ابن نجيم

البحر الرائق شرح كنز الدقائق

٩٧٠ هـ

رقم الكتاب في المكتبة الشاملة: ٥١٦٨
الطابع الزمني: ٣١-٣٥-٠٦-٢٢-٠١-٢٠٢١
المكتبة الشاملة رابط الكتاب

المحتويات

عن الكتاب

الكتاب : البحر الرائق شرح كنز الدقائق
المؤلف: ابن نجيم الحنفي
دار الكتب العلمية بيروت - لبنان
الطبعة الاولى ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م
[طبعة أخرى]

عن المؤلف

ابن نجيم (٠٠٠ - ٩٧٠ هـ = ٠٠٠ - ١٥٦٣ م)
زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم: فقيه حنفي، من العلماء.
مصري.
له تصانيف، منها (الأشباه والنظائر - ط) في أصول الفقه و (البحر الرائق في شرح كنز الدقائق - ط) فقه،
ثمانية أجزاء، منها سبعة له والثامن تكملة الطوري، و (الرسائل الزينية - ط) ٤١ رسالة، في مسائل فقهية، و (الفتاوى الزينية - ط)
نقلا عن : الأعلام للزركلي

١ البحر الرائق 1-معدل

البحر الرائق
ابن نجيم المصري ج ١
***
[١]
البحر الرائق
***
[٣]
البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية) للشيخ الامام أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي المتوفى سنة ٧١٠ هـ والشرح " البحر الرائق " للام العلامة الشيخ زين الدين بنابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصرى الحنفي المتوفى سنة ٩٧٠ هـ ومعه الحواشي المسماة منحة الخالق على البحر الرائق للعلامة الشيخ محمد أمين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ ضبطه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ زكريا عميرات تنبيه وضعنا متن كنز الدقائق في أعلى الصفحات، ووضعنا اسفل منه مباشرة نص " البحر الرائق " ووضعنا في أسفل الصفحات حواشي الشيخ ابن عابدين الجزء الاول منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت - لبنان
***
[٤]
الطبعة الاولى ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م دار الكتب العلمية بيروت - لبنان
***
[٥]
بسم الله الرحمن الرحيم ترجمة صاحب البحر هو الامام العلامة الشيخ زين بن ابراهيم بن محمد بن محمد بن محمد بن بكر الشهير بابن نجيم - اسم لبعض أجداده - العلامة الفاضل الذي لم تكتحل بمثله عين الاواخر والاوائل اشتغل ودأب وتفرد وتفنن وأفتى ودرس وساعده الحظ في حياته وبعد وفاته ورزق الحظ في سائر مؤلفاته ومصنفاته، فما كتب ورقة إلا وأتعب الناس في تحصيلها. ولد بالقاسرة سنة ست وعشرين وتسعمائة، وأخذ عن علمائها وتفقه بالشيخ أمين الدين بن عبد العال الحنفي والشيخ أبي الفيض السلمي والشيخ شرف الدين البلقيني وشيخ الاسلام أحمد بن يونس الشهير بابن الشلبي، (أخذ علوم العربية والعقلية عن جماعة كثيرين منهم: الشيخ العلامة نور الدين الديلمي المالكي والشيخ العلامة شقير المغربي، وانتفع به خلق كثير منهم: أخوه العلامة عمر صاحب النهر، والعلامة محمد الغزي التمر تاشي صاحب المنح، والشيخ محمد العلمي سبط ابن أبي شريف المقدسي الاصل الشامي السكن، وعبد الغفار مفتى القدس، وذكره العارف عبد الوهاب الشعراني في طبقاته وذكر أنه كان عالما زاهدا أجمع فقراء الصوفية على أدبه وجلالته وما تخلف عن الاذعان له إلا من عنده حسد أو جهل بمقامه. وكان له ذوق في حل مشكلات القوم وله الاعتقاد العظيم في طائفة القوم، وأخذ الطريق عن الشيخ العارف بالله تعالى سليمان الخضيرى، قال الشيخ عبد الوهاب: صحبته عشر سنين فما رأيت عليه شيئا يشينه في دينه، وحججت معه في سنة ثلاث وخمسين وتسعمائة فرأيته على خلق عظيم مع جيرانه وغلمانه ذهابا وإيابا مع أن السفر يسفر عن أخلاق الرجال، ولقد شاورني في ترك التدريس والاقبال على طريق الفقراء الصوفية فقلت له: لا تدخل في الطريق إلا بعد تضلعك من علوم الشريعة، فأجابني إلى ذلك أسأل الله تعالى أن يزيده علما وعملا صالحا ويحشرنا في زمرته مع العلماء العاملين والائمة المجتهدين تحت لواء سيد المرسلين، ولمولانا المترجم " الاشباه والنظائر " " والبحر الرائق " " ومختصر التحرير " " وشرح المنار " " والفوائد الزينية " والرسائل الزينية " التي رتبها ابن بنته محمد، وأما تعاليقه على هوامش الكتب وحواشيها وكتابته على أسئلة المستفتين الاوراق التي سودها بالمباحث الرائقة فشئ لا يمكن حصره، ولو لا معاجلة الاجل قبل بلوغ الامل
***
[٦]
لكان في الفقة وأصوله وفي سائر الفنون أعجوبة الدهر، توفي سنة سبعين وتسعمائة وقال تلميذة العلمي: إن وفاته كانت في سنة تسع،

بتقديم التاء - وستين وتسعمائة، وإن ولادته كانت سنة ست وعشرين وتسعمائة، ودفن بالقرب من السيدة سكينة رحم الله تعالى روحه ونور ضريحه آمين، كذا في شرح الاشباه والنظائر لشيخنا العلامة المحقق هبة الله أفندي البعلي التاجي رحمه الله تعالى، قال الشيخ العلامة قطب الدين الحنفي: أنشدني من لفظه مولانا الشيخ نور الدين أبو الحسن الخطيب الحنفي شيخ المدرسة الاشرفية أنه شافه المرحوم الشيخ زين بن نجيم رحمه الله تعالى بهذه الابيات بديهة وقد أجاد فقال: ذو الفضل زين الدين حاز من التقى * * والعلم ما عجز الورى عن حصره لا سيما الفقه الشريف فإنه * * يمليكه بكماله من صدره وإذا نظرت إلى الشروح بأسرها * * فترى الجميع كنقطة في بحره ونقل من خط الشيخ الفهامة سري الدين الصائغ الحنفي ما صورته: أنشدني منصور البلسي الحنفي لنفسه: على الكنز في الفقه الشروح كثيرة * * بحار تفيد الطالبين لاليا ولكن بهذا البحر صارت سواقيا * * ومن ورد البحر استقل السواقيا

***

[٧]

ترجمة صاحب حاشية البحر السيد محمد أمين الشهير بابن عابدين رحمه الله وهو وإن كان كبير القدر شهير الذكر لا تستقصى مناقبه في مجلدات، غير أننا أحببنا أن لا يفوتنا التبرك بذكر شئ من سيرته لانه عند ذكر الصالحين تنزل الرحمات فنقول: هو العلامة المتقن والامام المتفنن، السيد محمد أمين عابدين ابن السيد الشريف عمر عابدين، ينتهي نسبه الشريف إلى الامام جعفر الصادق بن محمد بن علي بن الحسن بن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه، وقد استوفى ذكر أجداده الكرام مع طرف صالح من مرضي سيرته وكريم خليقته وذكر مؤلفاته وسني حالااته، ولده المرحوم العلامة السيد محمد علاء الدين في أول كتابه " قرة عيون الاخيار لتكلة رد المختار على الدر المختار ". ومجمل القول في المترجم المذكور أنه رحمه الله كان ممن يتذكر به سيرة السلف الصالحين من وفور العلم وكثرة التفنن ومتانة الدين، فبعد غوره في العلوم تشهد به مؤلفاته الشهيرة وما تحويه من ثاقب إفهامه واقتداره على حل العويصات وكشف المدلهمات الكثيرة، فله رحمه الله من التآليف: " رد المحتار على الدر المختار " " والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية " وحاشية على " البيضاوي " وحاشية على " المطول " وحاشية على " شرح الملتقى " وحاشية على " النهر " إلا أنهما لم يجردا، وهذا الحاشية التي على البحر، وله مجموعة في الادب ونحو الثلاثين رسالة وغير ذلك، وكان حسن الاخلاق والسمات مقسما زمنه الشريف على أنواع الطاعات، وربما استغرق ليله أجمع بقراءة القرآن والبكاء، ولا يدع وقتا من أوقاته من غير طهارة، وكان كثير التصدق، بعيدا عن الشبهات، لا يأكل إلا من مال تجارته، وكان مهابا مطاع الكلمة، وبالجملة فأخلاقه الشريفة لا تحصر، ولد رحمه الله سنة ١١٩٨ ومات رحمه الله ضحوة يوم الاربعاء الحادي والعشرين من ربيع الثاني سنة ١٢٥٢، عن أربع وخمسين سنة تقريبا بدمشق الشام ودفن بمقبرتها بباب الصغير، لا زالت عليه سحائب الرحمات تمطر ولا برحت دار الخلد له فيها المقام الاشهر، ثم إن هذه الحاشية قد ازدادت حلية بتنميق العلامة الامام والفهامة الهمام، فريد عصره ووحيد دهره، المرحوم السيد أحمد عابدين ابن عم المؤلف لها بخطه الكريم وتحريره لها بالقراءة وإمعان الفكر وإدمان النظر المستقيم. وعند الشروع في الطبع سمح خاطر ورثته متع الله الوجود بدوامهم وأدام على المسلمين بركة أنفاسهم ومنافع علومهم، بإعطاء تلك الحاشية مع شرح البحر الذي تحلت غرره بخط المؤلف بهذا الحشاية ليكون الطبع والتصحيح على تلك الخطوط الزاهية، فجزى الله ذلك الصنيع خيرا ومنحهم رضا ووقاهم ضيرا آمين.

***

[٩]

الحمد لله الذي دبر الانام بتدبيره القوي، وقدر الاحكام بتقديره الحنفي وهدى عباده إلى الرشاد، وأنطقهم بأسنة حداد، وجعل مصالح معاشهم بالعقول محوطة، ومناجح معادلهم بالعلم منوطة، فضل نبيه بالعلم تفضيلا، وأنزل عليه القرآن تنزيلا، صلى الله عليه وعلى آله كنوز الهدى وعلى أصحابه بدور الدجى. أما بعد، فأن أشرف العلوم وأعلاها وأوفقها وأوفاها، علم الفقه والفتوى وبه صلاح الدنيا والعقبى فمن شمر لتحصيله ذيله، وأدرع نهاره وليله، فاز بالسعادة الآجله والسيادة العاجلة والاحاديث في أفضليته على سائر العلوم كثيرة والدلائل عليها شهيرة لا سيما وهو المراد بالحكمة في القرآن على قول المحققين للفرقان وقد قال في ز الخلاصة إن النظر في كتب أصحابنا من غير سماع أفضل من قيام الليل وقال إن تعلم الفقه أفضل من تعلم باقي القرآن وجميع الفقه لا بد منه ا ه‍. وإن كنز الدقائق للامام حافظ

الدين النسفي أحسن مختصر صنف في فقه الائمة الحنفية وقد وضعواله شروحا وأحسنها " التبيين " للامام الزيعلي لكنه قد أطال من ذكر الخلافيات ولم يفصح عن منطوقه ومفهومه وقد كنت مشتغلا به من ابتداء حالي معتنيا بمفهوماته فأحببت أن أضع عليه شرحا يفصح عن منطوقه
***
[١٠]
ومفهومه ويرد فروع الفتاوى والشروح إليها مع تفاريع كثيرة وتحريرات شريفة وها أنا أبين لك الكتب التي أخذت منها من شروح وفتاوى وغيرها فمن الشروح: شرح الجامع الصغير لقاضي خان وشرحه للبرهاني والمبسوط وشرح الكافي الحاكم وشرح مختصر الطحاوي للامام الاسبيجابي والهداية وشروحها من غاية البيان والنهاية والعناية ومعراج الدراية والخبازية وفتح القدير والكافي شرح الوافي والتبيين والسراج الوهاج والجوهرة والمجتبى والاقطع والينابيع وشرح المجمع للمصنف ولابن الملك والعيني وشرح الوقاية وشرح النقابة للشمني والمستصفى والمصفى وشرح منية المصلي لابن أمير حاج ومن الفتاوى: المحيط والذخيرة والبدائع والزيادات لقاضي خان وفتاواه المشهورة والظهيرية والولوالجية والخلاصة والبزازية والواقعات للحسامي والعمدة والعدة للصدر الشهيد ومآل الفتاوى وملتقط الفتاوى وحيرة الفقهاء والحاوي القدسي القنية والسراجية والقاسمية والتجنيس والعلامية وتصحيح القدوري وغير ذلك مع مراجعة كتب الاصول واللغة وغير ذلك ومن تردد في شئ مما ذكرته في هذا الشرح فليرجع إلى هذه الكتب وسميته بالبحر الرائق شرح كنوز الدقائق وأسأل الله تعالى أن ينفع به كما نفع بأصله وأن يجعله خالصا بلوجهه الكريم وأن يثيبنا عليه بفضله وكرمه إنه على ما يشاء قدير وبالاجابة جدير ولا بأس بذكر تعريفه لما في البديع لابن الساعاتي حق على من حاول علما أن يتصوره بحده أو
***
[١١]
رسمه ويعرف موضوعه وغايته واستمداده - قالوا - ليكون الطالب له على بصيرة فالفقه لعة الفهم وتقول منه فقه الرجل بالكسرة، وفلان لا يفقه وأفقهتك الشئ ثم خص به علم الشريعة والعالم به فقيه وفقه بالضم فقاهة وفقهه الله وتفقه إذا تعاطى ذلك وفاقهته إذا باحثته في العلم كذا في الصحاح وحاصله أن الفقه اللغوي مكسور القاف في الماضي والاصطلاحي مضموما فيه كما صرح به الكرماني وفي ضياء الحلوم الفقه العلم بالشئ ثم خص بعلم الشريعة وفقه بالكسر معنى الشئ فقها وفقها وفقهانا إذا علمه وفقه بالضم فقاهة إذا صار فقيها ا ه. وفي المغرب فقه المعنى فهمه وأفهمه غيره ا ه. واصطلاحا على ما ذكره النسفي في شرح المنار تبعا للاصوليين العلم بالاحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية بالاستدلال أطلقوا العلم على الفقه مع كونه ظنيا لان أدلته ظنية لانه لما كان ظن المجتهد الذي يجب عليه وعلى مقلديه العمل بمقتضاه كان لقوته بهذا الاعتبار قريبا من العلم فعبر به عنه تجوزا وتعقب بأن فيه ارتكاب مجاز دون قرينة فالاولى ما في التحرير من ذكر التصديق الشامل للعلم والاحكام جمع محلي باللام فإما أن يحمل على
***
[١٢]
الاستغراق أو على الجنس المتناول للكل والبعض الذي أقله ثلاثة منها لا بعينه ذكره السيد في حاشية العضد. وفيه أن المراد بالاحكام المجموع، ومعنى العلم بها التهيؤ لذلك ورده في التوضيح بأن التهيؤ البعيد حاصل لغير الفقه والقريب غير مضبوط إذ لا يعرف أي قدر من الاستعداد يقال له التهيؤ القريب وأجاب عنه في التلويح بأنه مضبوط لانه ملكة يقتدر بها على إدراك جزيئات الاحكام وإطلاق العلم عليها شائع. وفي التحرير والمراد بالملكة أدنى ما تحقق به الاهلية وهو مضبوط ا ه. واختلف في المراد من الحكم هنا، فاختار السيد في حاشيته أنه التصديق ورده في التلويح بأنه علم لانه إدراك أن النسبة واقعة أو ليست بواقعة فيقتضي أن الفقه علم بالعلوم الشرعية وليس كذلك بل المراد به النسبة التامة بين الامرين التي العلم بها تصديق ويغيرها تصور اه. ويمكن الجواب بأن مراده من التصديق القضية صرح المولى سعد في حاشية العضد بأنه كما يطلق على الادراك يطلق على القضية. والمحققون على أنه لا يراد بالحكم هنا خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييرا لانه يكون ذكر الشرعية والعملية تكرارا.
***
[١٣]

وخرج بقيد الاحكام العلم بالذوات والصفات والافعال وخرج بقيد الشرعية الاحكام المأخوذة من العقل كالعلم بأن حادث أو من الحس كالعلم بأن النار محرقة أو من الوضع والاصطلاح كالعلم بأن الفاعل مرفوع. وكذا في التلويح. وظاهره أن الحكم في مثل قولنا النار محرقة ليس عقليا ويمكن أن يجعل من العقلي بناء على أن الادراك في الحواس إنما هو للعقل بواسطة الحواس. وخرج بقيد العملية الاحكام الشرعية الاعتقادية ككون الاجماع حجة والايمان واجبا، ولذا لم يكن العلم بوجوب الصلاة والصوم ونحو ذلك مما اشتهر كونه من الدين بالضرورة فقها اصطلاحا، وأورد عليه أنه إن أريد بالعمل عمل الجوارح فالتعريف غير جامع إذ يخرج عنه العلم بوجوب النية ثحريم الرياء والحسد ونحو ذلك وإن أريد به ما يعم عمل القلب وعمل الجوارح فالتعريف غير مانع إذ يدخل فيه جميع الاعتقادات التي هي أصول الدين وأجسب عنه باختيار الشق الثاني ولا يدخل الاعتقادات إذ المراد بالعملية المتعلقة بكيفية عمل فالتعلق في النية ونحوها بكيفية عمل قلبي، والتعلق في الاعتقادات بحصول العلم وتحقيق الفرق بين فعل القلب كقصده إلى الشئ أو تمنيه حصول

***

[١٤]

الشئ وزواله وبين التصديق القائم بالقلب الذي هو تجل وانكشاف يحصل عقب قيام الدليل لا فعل للنفس هو أن القصد نوع من الارادة والتصديق نوع من العلم والوجدان كاف في الفرق نعم يعتبر في الايمان مع التصديق الذي هو التجلي والانكشاف إذعان واستسلام بالقلب لقبول الاوامر والنواهي فتسمية التصديق الذي هو الاعتقاد فعلا بهذا الاعتبار وقد عدل بعضهم عن ذكر العملية إلى الفرعية فلم يتوجه الايراد أصلا. وقوله من أدلتها متعلق بالعلم أي العلم الحاصل من الادلة وبه خرج علم المقلد وليسس متعلقا بالاحكام إذا لو تعلق بها لم يخرج علم المقلد لانه علم بالاحكام الحاصلة من أدلتها التفصيلية وإن لم يكن علم المقلد حاصلا عن الادلة. ومعنى حصول العلم من الدليل أنه ينظر في الدليل الحكم لكنه لم فعلم المقلد وإن كان مستندا إلى قول المجتهد المستند إلى علمه المستند إلى دليل الحكم لكنه لم يحصل من النظر في الدليل. كذا في التلويح وبه اندفع ما ذكره الكمال بن أبي شريف من أن

***

[١٥]

قوله من أدلتها للبيان لا للاحتراز إذ لا اكتساب إلا من دليل ا ه. واختلف في قيد التفصيلية فذكر جماعة منهم المحقق في التلويح أنه للاحتراز عن علم الخلافي لان العلم بوجوب الشئ لوجود المقتضى أو بعدم وجوبه لوجود النافي ليس من الفقه، وغلطهم المحقق في التحرير بقوله: وقولهم التفصيلية تصريح بلازم وإخراج الخلاف به غلط، ووضحه الكمال بأن قولهم إنما قولهم إنما يصح إذا قلنا إن الخلافي يستفيد علما بثبوت الوجوب أو انتفائه من مجرد تسليمه من الفقه وجود المقتضى أو النافي إجمالا وأنه يمكنه بمجرد ذلك حفظه عن إبطال الخصم والحق أنه لا يستفيد علما ولا يمكنه الحفظ المذكور حتى يتعين المقتى أو أنه ليس إخراجا لعلم الخلافي فهو تصريح بلازم اه. واختلف أيضا في قيد الاستدلال فذهب ابن الحاجب إلى أنه للاحتراز عن العلم الحاصل بالضرورة كعلم جبريل والرسول صلى الله عليه وسلم فإنه لا يسمى فقها اصطلاحا وحقق في التلويح بأنه لا حاجة إليه فإن حصول العلم عن الدليل مشعر بالاستدلال إذ لا معنى لذلك إلا أن يكون العلم مأخوذا من الدليل فخرج ما كان بالضرورة بقوله من أدلتها فهو للتصريح بما علم التزاما أو لدفع الوهم أو للبيان دون الاحتراز ومثله شائع في التعريفا اه. ولم يذكر علم الله تعالى لانه لا يوصف بضرورة ولا استدلال فلو قال إنه للاحتراز عن العلم الذي لم يحصل بالاستدلال لكان مخرجا لعلم الله تعالى أيضا. واختلف في علم النبي عليه الصلاة والسلام الحاصل عن اجتهاد هل يسمى فقها؟ والظاهر أنه باعتبار أنه دليل شرعي للحكم لا يسمى فقها، وباعتبار حصوله عن دليل شرعي يصح أن يسمى فقها اصطلاحا. وبما قررناه ظهر أن الاولى الاقتصار على الفقه العلم بالاحكام الشرعية

***

[١٦]

الفرعية عن أدلتها ويصح تعريفه بنفس الاحكام المذكور لما ذكره السيد في حواشيه أن أسماء العلوم كالاصول والفقه والنحو يطلق كل منها تارة بإزاء معلومات مخصوصة كقولنا زيد يعلم النحو أي يعلم تلك المعلومات المعينة، وتارة بإزاء إدراك تلك المعلمات وهكذا في

التحرير وعرفه في التقويم يأنه اسم لضرب علم أصيب باستنباط المعنى وضد الفقيه صاحب الظاهر وهو الذي يعمل بظاهر النصوص من غير تأمل في معانيها ولا يرى القياس حجة ا هـ. وظاهره أن ما كان من الاحكام له دليل صريح ليس من الفقه لانه لم يصب بالاستنباط وهو بعيد ولذا أطلقوا في قولهم من أدلتها ليشمل القياس وغيره من الدلائل الاربعة وعرفه الامتام الاعظم بأنه معرفة النفس ما لها وما عليها لكنه يتناول الاعتقاديات كوجوب الايمان والوجدانيات أي الاخلاق الباطنة والملكات النفسانية والعمليات كالصلاة والصوم والبيع فمعرفة ما لها وما عليها من الاعتقاديات علم الكلام ومعرفة ما لها وما عليها من الوجدانيات أي الاخلاق والتصوف كالزهد والبصبر والرضا وحضور القلب في الصلاة ونحو ذلك ومعرفة ما لهتا وما عليها من العمليات هي الفقه المصطلح فإن أردت بالفقه هذا المصطلح زدت عملا على قوله ما لها وما عليها وإن أردت علم ما يشتمل عل الاقسام الثلاثة لم تزد وأبو حنيفة رضي الله عنه إنما لم يزد لانه أراد الشمول أي أطلق العلم على العلم بما لها وما عليها سواء كان من الاعتقاديات أو الوجدانيات أو العمليات ومن ثم سمى الكلام فقها أكبر كذا في التوضيح وذكر العلامة خسرو أن الملكات النفسانية ليس من الفقه لاعتبار ذاتها وأما باعتبار آثارها التابعة لها من أفعال الجوارح فهي من الفقه ا هـ. هذا كله معنى الفقه عند الاصوليين وأما معناه الحقيقي له عند أهل الحقيقة فما ذكره الحسن البصري كما نقله أصحاب الفنتاوى في باب الطلاق ومنهم الوالوالجي بقوله هل رأيت فقيها قط؟ إنما الفقيه المعرض عن الدنيا الزاهد في الآخرة البصير بعيوب نفسه. وأما معناه عند الفقهاء فذكر صاحب الروض أنه لو وقف على الفقهاء فمن حصل في علم الفقه شيئا وإن قل أو المتفقهة فالمشتغل به ا هـ. وفي الحاوي القدسي اعلم أن معنى الفقه في اللغة الوقوف والاطلاع وفي الشريعة والوقوف الخاص وهو الوقوف على معاني النصوص

***

[١٧]

وإشاراتها ودلالاتها ومضمراتها ومقتضياتها والفقيه اسم للواقف عليها ويسمى حافظ مسائل الفقه الثابتة بها فقيها مجازا الحفظ ما ثبت بالفقه ا هـ. ثم قال ثم العلم أول ما يحصل للقلب لا يخلو عن نوع اضطراب لحكم الابتداء فإذا دامت الرؤية زال الاضطراب فصار معرفة لزيادة الصحبة ثم تتنوع هذه المعرفة نوعين معرفة الظاهر دون المعنى الباطن والباطن الذي هو الحكمة وبها يلتذ القلب إذا صار معقولا له فجرى منه مجرى الطبيعة فهذا هو الفقه ولهذا قال أبو يوسف مرضت مرضا شديدا حتى نسيت كل شئ سوى الفقه فإنه صار لي كالطبع ا هـ. وقال في موضع آخر الفقه قوة تصحيح المنقول وتارجيح المعقول فالحاصل أن الفقه في الاصول علم الاحكام من دلائلها كما تقدم فليس الفقيه إلا المجتهد عندهم وإطلاقه عل المقلد الحافظ للمسائل مجاز وهو حقيقة في عرف الفقهاء بدليل انصراف الوقف والوصية للفقهاء إليهم وأقله ثلاثة أحكام في المنتقى. وذكر في التحرير أن الشائع اطلاقه على من يحفظ الفروع مطلقا يعني سواء كانت بدلائلها أو لا. وأما موضوعه ففعل المكلف من حيث إنه مكلف لانه يبحث فيه عما يعرض لفعله من حل وحرمة ووجوب وندب والمراد بالمكلف البالغ العاقل، ففعل غير المكلف ليس من موضوعه وضمان المتلفات ونفقة الزوجات إنما المخاطب بها الولي لا الضبي والمجنون كما يخاطب صاحب البهيمه بضمان ما أتلفته حيث فرط في حفضها لتنزيل فعلها في هذه الحالة بمنزلة فعله. وأما صحة عبادة الضبي كصلاته وصومه المصاب عليها فهي عقليه من باب ربط الاحكام بالاسباب ولذا لم يكن مخاطبا بها بل ليعتادها فلا يتركها بعد بلوغه إن شاء الله تعالى وقيدنا بحيثية التكليف لان فعل المكلف لا من حيث التكليف لى موضوعه كفعله من حيث إنه مخلوق الله تعالى ولا يرد عليه الفعل المباح أو المندوب لعدم التكليف فيهما لان اعتبار حيثية التكليف أعم من أن تكون بحسب الثبوت كما في الوجوب والتحريم أو بحسب السلب كما في بقية الاحكام فإن تجويز الفعل والترك يرفع الكلفة عن العبد وفي الحاوي القدسي: وأفعال العبادة توصف بالحل والحرمة والحسن والقبح فيقال فعل حلال أو حرام أو حسن أو قبيح وأما وصف حكم الله بها كقول القائل الحلال والحرام والحسن وابلقبيح حكم الله تعالى فهو ببطريق فعل بطريق المجاز توسعا في العبارة وإطلاقا لاسم المفعلو على الفعل وهذا لان الله تعالى له فعل واحد لكنه اختلف تسمياته باعتبار الاضافة إلى وصف المفعول فإن كان وصف المفعول كونه حادثا سمي إحداثا وإن كان حيا سمي إحياء وإن كان ميتا سمي إماته وإن كان واجبا سمي إيجابا وإن كان حلالا سمي تحليلا وإن كان حراما سمي

***
[١٨]
تحريما ونحوها وهذا بناء على مسألة التكوين والمكون أنهما غير أن عندنا ا ه. وأما استمداده فمن الاصول الاربعة الكتاب والسنة والاجماع والقياس المستنبط من هذه الثلاثة وأما شريعة من قبلنا فتابعة للكتاب، وأما أقوال الصحابة فتابعة للسنة وأما تعامل الناس فتابع للاجماع وأما التحري واستصحاب الحال فتابعان للقياس وأما غايته فالفوز بسعادة الدارين والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.
***
[١٩]
كتاب الطهارة اعلم أن مدار أمور الدين متعلق بالاعتقادات والعبادات والمعاملات والمزاجر والآداب، فالاعتقادات خمسة أنواع: الايمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر، والعبادات خمسة: الصلاة والزكاة والصوم والحج والجهاد. والمعاملات خمسة: المعاوضات المالية والمناكحات والمخاصمات والامانات والتركات. والمزاجر خمسة: مزجرة قتل النفس، ومزجرة أخذ المال، ومزجرة هتك الستر، ومزجرة هتك العرض، ومزجرة قطع البيضة. والآداب أربعة: الاخلاق والشيم الحسنة والسياسات والمعاشرات، فالعبادات والمعاملات والمزاجر من قبيل ما نحن بصدده دون القسمين الآخرين. وقدم في سائر كتب الفقه العبادات على المعاملات والمزاجر لكونها أهم من غيرها، ثم الصلاة قدمت على غيرها لانها تالية الايمان وثابتة بالنص والخبر كقوله تعالى * (الذين يؤمنون بالغيب ويقيمون الصلاة) * (البقرة: ٣) وكحديث بني الاسلام على خمس (١). ثم قدمت الطهارة هنا على الصلاة لانها شرطها والشرط مقدم على المشروط طبعا فيقدم وضعا، وخصها بالبداءة دون سائر الشروط لانها أهم من غيرها لانها لا تسقط بعذر من الاعذار. كذا في المستصفى وغيره. وتعليلهم للاهمية بعدم
***
[٢٠]
السقوط أصلا لا يخصها لان النية كذلك كما صرح به الزيلعي في آخر نكاح الرقيق، فالاولى أن يزاد بأنها من الشرائط اللازمة للصلاة في كل أوقاتها وهي من خصائص الصلاة، فتخرج النية لانه لا يشترط استصحابها لكل ركن من أركانها وليست من خصائصها بل من خصائص العبادات كلها. ثم كتاب الطهارة مركب إضافي لا بد من معرفة جزأيه ولو من وجه، فالكتاب لغة مصدر كتاب كتابة وكتبه وكتابا بمعنى الكتب وهو جمع الحروف، وسمي به المفعول للمبالغة تقول كتبت البغلة إذا جمعت بين رحمها بحلقة أو سير، وكتبت القربة إذا خرزتها كتبا. والكتبة بالضم الخرزة والجمع كتب بفتح التاء. والكتيبة الجيش المجتمع، وتكتبت الخيل أي تجمعت. وسميت الكتابة كتابة لانها جمع الحروف والكلمات وجمعه كتب بضمتين وكتب بسكون التاء ومدار التركيب على الجمع. قال في المغرب: وقولهم سمي هذا العقد مكاتبة لانه ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة، أو لانه جمع بين نجمين فصاعدا ضعيف جدا وإنما الصحيح إن كلا منهما كتب على نفسه أمرا هذا الوفاء وهذا الآداء انتهى. وإنما كان التعليل بالجمع بين النجمين ضعيفا لانه ليس بلازم فيها لجوازها حالة، وضعف الوجه الاول ظاهر لانه بالكتابة قبل الاداء لم تحصل حرية الرقبة فلم يصح الجمع بهذا المعنى. وفي الاصطلاح جمع المسائل المستقلة، فخرج جمع الحروف والكلمات التي ليست بمسائل، وخرج الباب والفصل لعدم استقلالهما لدخولهما تحت كتاب، وشمل ما كان نوعا واحدا من المسائل ككتاب اللقطة، أو أنواعا ككتاب البيوع. ولا حاجة إلى أن يقال اعتبرت مستقلة ليدخل ما كان تبعا لغيره ولم يكن مستقلا بل اعتبر مستقلا ككتاب الطهارة كما في العناية لان المراد بالاستقلال عدم توقف تصور المسائل على شئ قبلها ولا شئ بعدها. وكتاب الطهارة كذلك لا الاصالة، وعدم التبعية والتقييد بالمسائل الفقهية كما في العناية لخصوص المقام لا أنه قيد احترازي، وما في السراج الوهاج من أنه في الشرع للشمل والاحاطة فغير صحيح إذ ليس هو هنا وضعا شرعيا وإنما هو وضع عرفي إلا أن يراد أنه في
***
[٢١]
عرف أهل الشرع وهو بعيد، ويبعده أيضا أن ظاهره أنه لا يكون كتابا إلا إذا أحاط بمسائل ما أضيف إليه وشملها والواقع خلافه، فالظاهر ما ذكرناه، والطهارة بفتح الطاء الفعل لغة وهي النظافة، وبكسرها الآلة، وبضمها فضل ما يتطهر به، واصطلاحا زوال الحدث أو الخبث، والحدث مانعية شرعية قائمة بالاعضاء إلى غاية استعمال المزيل وهو طبعي كالماء، وشرعي كالتراب، والخبث عين مستقذرة

شرعا وكلمة أو في الحد ليست لمنع الجمع فلا يفسد بها الحد. وقول بعضهم إنها إزالة الحدث أو الخبث غير جامع لخروج الزوال بدون الازالة كما إذا وقع المطر على أعضاء الوضوء من غير قصد فإنه طهارة وليس بإزالة لعدم الصنع منه، ولا يرد الوضوء على الوضوء فإنه طهارة بدون الزوال المذكور باعتبار إزالة الآثام الحاصلة لان تسميته طهارة مجاز والتعريف للحقيقة. وعرفها في السراج الوهاج بما يدخله فقال: إيصال مطهر إلى محل يجب تطهيره أو يندب، ولو عبر بالوصول لكان أولى لما ذكرنا في الازالة مع ما فيه من لزوم الدور وهو توقف مطهر على الطهارة وهي عليه لانه بعض التعريف. وفي البدائع ما يفيد أن تعرفها بالزوال المذكور توسع ومجاز فقال: الطهارة لغة وشرعا هي النظافة، والتطهير التنظيف وهو إثبات النظافة في المحل فإنها صفة تحدث ساعة فساعة، وإنما يمتنع حدوثها بوجود ضدها وهو القذر فإذا أزال القذر أي امتنع حدوثه بإزالة العين القذرة تحدث النظافة فكان زوال القذر من باب زوال المانع من حدوث الطهارة لا أن يكون طهارة، وإنما سمي طهارة توسعا لحدوث الطهارة عند زواله. وأما سبب وجوبها فقيل الحدث والخبث ونسبه الاصوليون إلى أهل الطرد قالوا للدوران وجودا وعدما، وعزاه في السراج الوهاج إليهم. وفي الخلاصة أنه أخذ به الامام السرخسي في الاصل ويبعد صحته عنه لانه مردود بأن الدوران وجودا غير موجود لانه قد يوجد الحدث ولا يجب الوضوء قبل دخول الوقت. كذا في غاية البيان. وقد يدفع بأنه يجب به الوضوء وجوبا موسعا إلى القيام إلى الصلاة لما نقله السراج الوهاج من أنه لا يأثم بالتأخير عن الحدث بالاجماع، وهكذا في الغسل على ما نبينه فيه إن شاء الله تعالى. فحينئذ لم يتخلف الدوران، ورد أيضا بأنهما ينقضانها فكيف يوجبانها؟ ودفعه في فتح القدير وغيره بأنهما ينقضان ما كان ويوجبان ما سيكون فلا منافاة، وأجاب عنه العلامة السير امي بأن الحدث
***
[٢٢]
مفض إلى الوجوب والوجوب إلى الوجود والمفضي إلى المفضي إلى الشئ مفض إلى ذلك الشئ فالحدث مفض إلى وجود الطهارة، ووجودها مفض إلى زوال الحدث فالحدث مفض إلى زوال نفسه ا ه‍. وفي فتح القدير: والاولى أن يقال: السببية إنما تثبت بدليل الجعل لا بمجرد التجويز وهو مفقود ا ه‍. وقد يدفع بأنه موجود لما رواه في الكشف الكبير عنه عليه الصلاة والسلام لا وضوء إلا عن حدث وحرف عن يدل على السببية كقوله أدوا عمن تمونون ولذا كان الرأس بوصف المؤنة والولاية سببا لوجوب صدقة الفطر. ويمكن أن يجاب عنه بأن الدليل لما دل على عدم صلاحية الحدث للسببية كان دخول عن على الحدث باعتبار أنه شبيه بالسبب بالنظر إلى التوقف والتكرر دليل السببية عند الصلاحية وهي منتفية فلا تدل. وقيل سببها إقامة الصلاة فهو وإن صححه في الخلاصة فقد نسبه في العناية إلى أهل الظاهر، وصرح في غاية البيان بفساده لصحة الاكتفاء بوضوء واحد لصلوات ما دام متطهرا. وقد يدفع بأن الاقامة سبب بشرط الحدث فلا يلزم ما ذكر خصوصا أنه ظاهر الآية. وقيل سببها إرادة الصلاة وهو وإن صححه في الكشف وغيره مردود بأن مقتضاه أنه إذا أراد الصلاة ولم يتوضأ أثم ولو لم يصل، والواقع خلافه لانه لم يقل به أحد كما أشار إليه في فتح القدير. وقد يدفع بما ذكره الزيلعي في باب الظهار بأنه إذا أراد الصلاة وجبت عليه الطهارة فإذا رجع وترك التنفل سقطت الطهارة لان وجوبها لاجلها وفي العناية سببها وجوب الصلاة لا وجودها لان وجودها مشروط بها فكان متأخرا عنها والمتأخر لا يكون سببا للمتقدم ا ه‍. يعني الاصل أن يكون وجودها هو السبب بدليل الاضافة نحو طهارة الصلاة وهي عندهم من إمارة السببية لكن منع مانع من ذلك، وظاهره أنه بدخول الوقت تجب الطهارة لكنه وجوب موسع كوجوب الصلاة فإذا ضاق الوقت صار الوجوب فيهما مضيقا وحينئذ فلا حاجة إلى جعل سببها وجوب أداء الصلاة كما في فتح القدير، لما علمت أن أصل الوجوب كاف للسببية إلا أنه مشكل لعدم شموله سبب الطهارة للصلاة النافلة إذ لا وجوب هنا ليكون
***
[٢٣]
سببا للطهارة فليس فيه إلا الارادة، فالظاهر أن السبب هو الارادة في الفرض والنفل ويسقط وجوبها بها بترك إرادة الصلاة، أو هو الارادة المستلحقة للشروع فلا يرد ما ذكر عليها. وأركانها في الحدث الاصغر غسل الاعضاء الثلاثة ومسح ربع الرأس، وفي الاكبر غسل جميع البدن، وفي النجاسة الحقيقية المرئية إزالة عينها، وفي غير المرئية غسل محلها ثلاثا والعصر في كل مرة إن كان مما ينعصر، والتجفيف في كل ما لا ينعصر. وحكمها استباحة ما لا يحل إلا بها ولم يذكروا أن من حكمها الثواب لانه ليس بلازم فيها لتوقفه

على النية وهي ليست شرطا فيها، وآلتها الماء والتراب والملحق بهما، وأنواعها كثيرة ستأتي مفصلة ومحاسنها شهيرة. وأما شرائطها فذكر العلامة الحلبي في شرح منية المصلي أنه لم يطلع عليها صريحة في كلام الاصحاب وإنما تؤخذ من كلامهم وهي تنقسم إلى شروط وجوب وشروط صحة. فالاولى تسعة: الاسلام والعقل والبلوغ ووجود الحدث ووجود الماء المطلق الطهور الكافي والقدرة على استعماله وعدم الحيض وعدم النفاس وتنجيز خطاب المكلف كضيق الوقت. والثانية أربعة: مباشرة الماء المطلق الطهور لجميع الاعضاء، وانقطاع الحيض، وانقطاع النفاس، وعدم التلبس في حالة التطهير، بما ينقضه في حق غير المعذور بذلك ا ه. والاضافة فيه بمعنى اللام كما لا يخفى وجعلها بمعنى من بعيد لان ضابطها كما في التسهيل صحة تقديرها مع صحة الاخبار عن الاول بالثاني نحاتم فضة وهو مفقود هنا إذ لا يصح أن يقال الكتاب طهارة. قوله: (فرض الوضوء غسل وجهه) قدمه على الغسل لان الحاجة إليه أكثر، ولان محله
***
[٢٤]
جزء من محل الغسل أو لتقديمه عليه في القرآن، أو في تعليم جبريل للنبي عليه الصلاة والسلام. واختلف في الفرض لغة ففي الصحاح: الفرض الحز في الشئ، والفرض جنس من التمر، والفرض ما أوجبه الله، سمي بذلك لان له معالم وحدودا اه. وفي التلويح: المشهور أنه حقيقة في القطع والايجاب. وذهب الاصوليون إلى أنه حقيقة في التقدير مجاز في غيره لان اللفظ إذا دار بين الاشتراك والمجاز فالمجاز أولى. يقال فرض القاضي النفقة إذا قدرها اه. وأما في الاصطلاح ففي التحرير: الفرض ما قطع بلزومه من فرض قطع اه. وهو بمعنى قولهم ما لزم فعله بدليل قطعي. وعرفه في الكافي بما يفوت الجواز بفوته وهو يشمل كل فرض بخلاف الاول إذ يخرج عنه المقدار في مسح الرأس فإنه فرض مع أنه ثبت بظني لكنه تعريف بالحكم موجب للدور. وفي العناية: إن المفروض في مسح الرأس قطعي لان خبر الواحد إذا لحق بيانا للمجمل كان الحكم بعده مضافا إلى المجمل دون البيان والمجمل من الكتاب دليل قطعي اه. وهو ينبني على أن الآية مجملة وسيأتي تضعيفه. والظاهر من كلامهم في الاصول والفروع أن المفروض على نوعين: قطعي وظني. هو في قوة القطعي في العمل بحيث يفوت الجواز بفوته فالمقدر في مسح الرأس من قبيل الثاني، وعند الاطلاق ينصرف إلى الاول لكماله. والفارق بين الظني القوي المثبت للفرض وبين
***
[٢٥]
الظني المثبت للواجب اصطلاحا خصوص المقام. وليس إكفار جاحد الفرض لازما له وإنما هو حكم الفرض القطعي المعلوم من الدين بالضرورة، وذكر في العناية: لا نسلم انتفاء اللازم في مقدار المسح لان الجاحد من لا يكون مؤولا وموجب الاقل أو الاستيعاب مؤول يعتمد شبهة قوية وقوة الشبهة تمنع التكفير من الجانبين، ألا ترى أن أهل البدع لم يكفروا بما منعوا مما دل عليه الدليل القطعي في نظر أهل السنة لتأويلهم اه. وأما غسل المرافق والكعبين ففرضيته بالاجماع كما سنحققه، وكذا القعدة الاخيرة لا بفعله في الاول وخبر الواحد في الثاني، ولا بما قيل في الغاية كما قد يتوهم. وذكر في النهاية أنه يجوز أن يكون الفرض في مقدار المسح بمعنى الواجب لالتقائهما في معنى اللزوم، وتعقب بأنه مخالف لما اتفق عليه الاصحاب إذ لا واجب في الوضوء، وقد يدفع بأن الذي وقع الاتفاق عليه هو الواجب الذي لا يفوت الجواز بفوته فلا مخالفة بل يحصل بتركه النقصان، والكلام هنا في الواجب الذي يفوت الجواز بفوته فلا مخالفة. والفرض بمعنى المفروض والاضافة فيه بيانية إذ الفرض قد يكون من غيره، والوضوء مأخوذ من الوضاءة وهي النظافة والحسن وقد وضؤ يوضؤ وضاءة فهو وضئ. كذا في طلبة الطلبة. وفي المغرب: إنه بالضم المصدر وبالفتح الماء الذي يتوضأ به اه. وفي الاصطلاح الشرعي: غسل الاعضاء الثلاثة ومسح ربع الرأس. والغسل بفتح الغين إزالة الوسخ عن الشئ ونحوه بإجراء الماء عليه لغة، وبالضم اسم من الاغتسال وهو تمام غسل الجسد واسم للماء الذي يغتسل به، وبالكسر ما يغسل به الرأس من خطمي وغيره. واختلف في معناه الشرعي فقال أبو حنيفة ومحمد: هو الاسالة مع التقاطر ولو قطرة حتى لو لم يسل الماء بأن استعمله استعمال الدهن لم يجز في ظاهر الرواية، وكذا لو توضأ
***
[٢٦]
بالثلج ولم يقطر منه شئ لم يجز. وعن خلف بن أيوب أنه قال: ينبغي للمتوضئ في الشتاء أن يبل أعضاءه بالماء شبه الدهن ثم يسيل

الماء عليها لان الماء يتجافى عن الاعضاء في الشتاء. كذا في البدائع. وعن أبي يوسف: هو مجرد بل المحل بالماء سال أو لم يسل، ثم على القولين الدلك ليس من مفهومه وإنما هو مندوب. وذكر في الخلاصة أنه سنة وحده إمرار اليد على الاعضاء المغسولة. والضمير في وجهه عائد إلى المتوضئ المستفاد من الوضوء. قوله: (وهو من قصاص الشعر إلى أسفل الذقن وإلى شحمتي الاذن) أي الوجه وقصاص الشعر مقطعه ومنتهى منبته من مقدم الرأس أو حواليه، وهو مثلث القاف والضم أعلاها. وفي الصحاح: ذقن الانسان مجتمع لحييه اه. واللحي منبت اللحية من الانسان وغيره والنسبة إليه لحوى وهما لحيان وثلاثة ألح على أفعل إلا أنهم كسروا الحاء لتسلم الياء والكثير لحى على فعول. وفي المغرب: اللحى العظم الذي عليه الاسنان اه. وهذا الحد للوجه مروي في غير رواية الاصول ولم يذكر حده في ظاهر الرواية. قال في البدائع: وهذا تحديد صحيح لانه تحديد الشئ بما ينبئ عنه اللفظ لغة لان الوجه اسم لما يواجه به الانسان أو ما يواجه إليه في العادة والمواجهة تقع بهذا المحدود فوجب غسله قبل نبات الشعر، فإذا نبت الشعر يسقط غسل ما تحته عند عامة العلماء كثيفا كان الشعر أو خفيفا لان ما تحته خرج أن يكون وجها لانه لا يواجه إليه، وكذلك لا يجب إيصال الماء إلى ما تحت شعر الحاجبين والشارب اه. والمراد بالخفيفة التي لا ترى بشرتها، أما التي ترى بشرتها فإنه يجب إيصال الماء
***
[٢٧]
إلى ما تحتها. كذا في فتح القدير. وعلى هذا ينبغي أن يحمل قول من قال أنه يجب إيصال الماء إلى ما تحت شعر الشارب على ما إذا كان بحيث يبدو منابت الشعر، وقد جعله في التجنيس من الآداب، وصرح الولوالجي في باب الكراهية على أن المفتى به أنه لا يجب إيصال الماء إلى ما تحته كالحاجبين. وأما الشفة فقيل تبع للفم. وقال أبو جعفر: ما انكتم عند انضمامه فهو تبع له وما ظهر فللوجه وصححه في الخلاصة. وذكر في المجتبى: لا تغسل العين بالماء ولا بأس بغسل الوجه مغمضا عينيه. وقال الفقيه أحمد بن ابراهيم: إن غمض عينيه شديدا لا يجوز ولو رمدت عينه فرمصت يجب إيصال الماء تحت الرمص إن بقي خارجا بتغميض العين وإلا فلا. وفي المغرب: الرمص ما جمد من الوسخ في الموق والموق مؤخر العين والماق مقدمها اه. وفي المجتبى: ولا يدخل في حد الوجه النزعتان وهو ما انحسر من الشعر من جانبي الجبهة إلى الرأس لانه من الرأس اه. والنزعة بالفتح وأفاد المصنف أن البياض الذي بين العذار والاذن من الوجه فيجب غسله وهو ظاهر المذهب كما ذكره الحلواني وهو الصحيح وعليه أكثر مشايخنا كما ذكره الطحاوي وهو الصحيح من المذهب كما ذكره السرخسي. وعن أبي يوسف عدمه كذا في البدائع، وظاهره أن مذهبه بخلافه. وفي تبيين الحقائق أن قوله من قصاص الشعر خرج مخرج الغالب وإلا لحد الوجه في الطول من مبدأ سطح الجبهة إلى منتهى اللحيين، كان عليه شعر أو لم يكن اه. لانه يرد عليه الاغم والاصلع لان الاغم الذي على جبهته شعر لا يكفي غسله من قصاص شعره، والاصلع الذي انحسر شعره إلى وسط رأسه لا يجب عليه أن يغسله من قصاص شعره على الاصح كما في الخلاصه. وصرح في المجتبى بالخلاف فيه فقيل إن قل فمن الوجه، وإن كثر فمن الرأس، والصحيح أنه من الرأس حتى جاز المسح عليه، وفي المغرب: عذار اللحية جانباها وشحمة الاذن مالان منها. قوله: (ويديه بمرفقيه) أي مع مرفقيه فالباء للمصاحبة بمعنى مع نحو اهبط بسلام أي معه. والفرق بين استعمالها بمعنى مع وبين مع أن مع لابتداء المصاحبة والباء لاستدامتها. كذا ذكره ابن الملك في بحث القياس. والمرفق بكسر الميم وفتح الفاء وفيه العكس اسم لملتقي العظمين، عظم العضد وعظم الذراع. وأشار المصنف إلى أن إلى في الآية بمعنى مع وهو مردود لانهم قالوا: إن اليد من رؤوس الاصابع للمنكب، فإذا كانت إلى بمعنى
***
[٢٨]
مع وجب الغسل إلى المنكب لانه كاغسل القميص وكمه، وغايته أنه كإفراد فرد من العام إذ هو تنصيص على بعض متعلق الحكم بتعليق عين ذلك الحكم وذلك لا يخرج غيره ولو أخرج كان بمفهوم اللقب وهو ليس بحجة، وما في المحيط من أنه لما كان المرفق ملتقى العظمين ولا يمكن التمييز بينهما فلما وجب غسل الذراع ولا يمكن تحديده وجب غسل المرفق احتياطا مردود، لانه لم يتعلق الامر بغسل الذراع ليجب غسل ما لازمه وإنما تعلق الامر بغسل اليد إلى المرفق وما بعد إلى لما لم يدخل لم يدخل جزاهما الملتقيان. وما في البدائع من أنه لما احتمل الدخول واحتمل الخروج صار مجملا وفعله عليه السلام بيان للمجمل، مردود بأن عدم دلالة اللفظ لا

يوجب الاجمال والاصل براءة الذمة، وإنما يوجب الدلالة المشتبهة فبقي مجرد فعله دليل السنة. وما في غاية البيان من أنها قد تدخل وقد لا تدخل فتدخل احتياطا مردود، لان الحكم إذا توقف على الدليل لا يجب مع عدمه والاحتياط العمل بأقوى الدليلين وهو فرع تجاذ بهما وهو منتف. وما في الهداية وغيرها من أنه غاية لمقدر وتقديره اغسلوا أيديكم مسقطين إلى المرافق مردود، لان الظاهر تعلقه باغسلوا وتعلقه بمقدر خلاف الظاهر بلا ملجئ مع أن المقصود منه الاسقاط وهو لا يوجبه عما فوق المرفق بل عما قبله باللفظ، إذ يحتمل أسقطوا من المنكب إلى المرفق أو من رؤوس الاصابع إلى المرفق فلم يتعين الاول كما لا يخفى. وفرقهم بين غاية الاسقاط وبين غاية المد بأن صدر الكلام إن كان متناولا لما بعد إلى فهي للاسقاط كمسئلتنا، وإلا فهي للمد نحو * (أتموا الصيام إلى الليل) * (البقرة: ١٨٧) ليس بمطرد لانتقاضه
***
[٢٩]
بالغاية في اليمين، فإن ظاهر الرواية عدم الدخول كما إذا حلف لا يكلمه إلى عشرة أيام لا يدخل العاشر مع تناول الصدر له كما في جامع الفصولين، وكذلك رأس السمكة في قوله والله لا آكل السمكة إلى رأسها فإنها لا تدخل مع التناول المذكور. وما ذكره المحققون - ومنهم الزمخشري والتفتازاني - من أن إلى تفيد معنى الغاية مطلقا فأما دخولها في الحكم وخروجها عنه فأمر يدور مع الدليل، فما فيه دليل الخروج قوله تعالى * (فنظرة إلى ميسرة) * ومما فيه دليل الدخول آية الاسراء للعلم بأنه لا يسرى به إلى المسجد الاقصى من غير أن يدخله، وما نحن فيه لا دليل فيه على أحد الامرين فقالوا بدخولهما احتياطا إذ لم يرو عنه قط صلى الله عليه وسلم ترك غسلهما فلا يفيد الافتراض لان الفعل لا يفيده وتقدم منع الاحتياط. والحق أن شيئا مما ذكروه لا يدل على الافتراض فالاولى الاستدلال بالاجماع على فرضيتهما. قال الامام الشافعي رضي الله عنه في الام: لا نعلم مخالفا في إيجاب دخول المرفقين في الوضوء. وهذا منه حكاية للاجماع. قال في فتح الباري بعد نقله عنه: فعلى هذا فزفر محجوج بالاجماع قبله، وكذا من قال ذلك من أهل الظاهر بعده، ولم يثبت ذلك عن مالك صريحا وإنما حكى عنه أشهب كلاما محتملا. وحكم الكعبين كالمرفقين. وإذا كان في أظفاره درن أو طين أو عجين أو المرأة تضع الحناء جاز في القروي والمدني وهو صحيح وعليه الفتوى. ولو لصق بأصل ظفره طين يابس وبقي قدر رأس إبرة من موضع الغسل لم يجز، وإذا كان في أصبعه خاتم إن كان ضيقا فالمختار أنه يجب نزعه أو تحريكه بحيث يصل الماء إلى ما تحته. ولو قطعت يده أو رجله فلم يبق من المرفق والكعب شئ سقط الغسل ولو بقي وجب، ولو طالت أظفاره حتى خرجت عن رؤوس الاصابع وجب غسلها بلا خلاف. ولو خلق له يدان على المنكب فالتامة هي الاصلية يجب غسلها والاخرى زائدة، فما حاذى منها محل الفرض وجب غسله، وما لا
***
[٣٠]
فلا يجب بل يندب غسله، وكذا يجب غسل ما كان مركبا على اليد من الاصبع الزائدة والكف الزائدة والسلعة، وكذا يجب إيصال الماء إلى ما بين الاصابع إذا لم تكن ملتحمة. قوله: (ورجليه بكعبيه) أي مع كعبيه كما تقدم. والكعبان هما العظمان الناشزان من جانبي القدم أي المرتفعان. كذا في المغرب وصححه في الهداية وغيرها. وروى هشام عن محمد أنه في ظهر القدم عند معقد الشراك قالوا: هو سهو من هشام لان محمدا إنما قال ذلك في المحرم إذا لم يجد النعلين حيث يقطع خفيه أسفل من الكعبين وأشار محمد بيده إلى موضع القطع فنقله هشام إلى الطهارة. ويرد على هشام من جهة المعنى أيضا بأن ما يوجد من خلق الانسان فإن تثنيته بعبارة الجمع كقوله تعالى * (فقد صغت قلوبكما) * (التحريم: ٤) أي قلبا كما، وما كان اثنين من خلقه فتثنيته بلفظها، ولو كان كما زعمه هشام لقيل الكعاب كالمرافق. كذا في المبسوط وغيره. وقد يقال أنه غير متعين لجواز أن يعتبر الكعبان بالنسبة إلى ما للمرء من جنس الرجل وهو اثنان لا بالنظر إلى كل رجل وحدها، فالاولى الرد عليه من اللغة والسنة، أما اللغة فقد صرح في الصحاح بأنه العظم الناشز كما ذكرناه قال: وأنكر الاصمعي قول الناس أنه في ظهر القدم اه‍. قالوا: الكعب في كلام العرب مأخوذ من العلو ومنه سميت الكعبة لارتفاعها. وأما السنة فما رواه أبو داود مرفوعا والله لتقيمن صفوفكم أو ليخالفن الله بين قلوبكم. قال: فرأيت الرجل يلزق منكبه بمنكب صاحبه وركبته بركبة صاحبه وكعبه بكعبه. وما وقع في الشروح من أنه كان ينبغي غسل يد واحدة ورجل واحدة لان مقابلة الجمع بالجمع

تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد، والجواب بأن وجوب واحدة بالعبارة والاخرى بالدلالة طائل تحته بعد انعقاد الاجماع القطعي على افتراضهما بحيث صار معلوما من الدين بالضرورة، ومن البحث في إلى وفي القراءتين في الارجل فإن الاجماع انعقد على غسلهما، ولا اعتبار بخلاف الروافض فلذا تركنا ما قرروه هنا، والزائد على الرجلين كالزائد على اليدين كما صرح به في المجتبى، ولو قال ورجليه بكعبيه أو مسح على خفيه لكان أولى. قوله: (ومسح ربع رأسه) هو في اللغة إمرار اليد على الشئ، واصطلاحا إصابة اليد المبتلة العضو ولو ببلل باق بعد غسل لا بعد مسح. والآلة لم تقصد إلا للايصال إلى المحل فإذا
***
[٣١]
أصابه من المطر قدر الفرض أجزأه، ولو مسح ببلل في يده أخذه من عضو آخر لم يجز مطلقا. وفي مقدار الفرض روايات أصحها رواية ودراية ما في المختصر، أما الاول فلاتفاق المتون عليها ولنقل المتقدمين لها كأبي الحسن الكرخي وأبي جعفر الطحاوي ورواية الناصية غيرها لان الناصية أقل من ربع الرأس. وأما الدراية فاختلف في توجيهها، ففي الهداية أن الكتاب مجمل وأن حديث المغيرة من مسحه عليه السلام بناصيته التحق بيانا له وهو مردود بأوجه: الوجه الاول أنه لا إجمال فيها لانه إن لم يكن في مثله عرف يصحح إرادة البعض أفاد مسح مسماه وهو الكل أو كان أفاد بعضا مطلقا ويحصل في ضمن الاستيعاب وغيره فلا إجمال. كذا في التحرير. وما في البدائع من تقرير الاجمال بأنها احتملت الباء للصلة والالصاق والتبعيض ولا دليل على تعيين بعضها، مدفوع بأن معناها عند المحققين الالصاق لانه المعنى المجمع عليه بخلاف غيره فإنه لم يثبته المحققون، فإن التبعيض ليس معنى أصليا بل يحصل في ضمن الالصاق. كذا في فتح القدير. وقال في التحرير: واعلم أن طائفة من المتأخرين ادعوا التبعيض في نحو شربن بماء البحر وابن جني يقول في سر الصناعة: لا نعرفه لاصحابنا. والحاصل أنه ضعيف للخلاف القوي ولان الالصاق المجمع عليه لها ممكن فيثبت التبعيض اتفاقيا لعدم استيعاب الملصق لا مدلولا اه‍. الثاني أن الباء المتنازع فيها موجودة في حديث المغيرة فهي مجملة على ما ادعوه، فكيف تبين المجمل فيعود النزاع في الحديث أيضا. الثالث إن جعل حديث المغيرة مبينا للآية موقوف على إثبات أن هذا الوضوء أول وضوئه عليه السلام بعد نزول الآية لانه لو لم يكن كذلك لزم تأخير البيان عن وقت
***
[٣٢]
الحاجة وهو غير جائز اتفاقا ولم يثبت ذلك، وإذ لو ثبت لنقل، ولئن كان كذلك فلا ينتفي التأخير بالنسبة إلى الذين لم يحضروا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم، وإذا الظاهر أن جميع المسلمين لم يكونوا حضورا في تلك السباطة وإلا لنقل لانها حادثة تعم بها البلوى فعلم به أنه لا إجمال في الآية. الرابع أن الناصية ليست قدر الربع بدليل أن صاحب البدائع وغيره نقلوا عن أبي حنيفة روايتين في رواية المفروض مقدار الناصية وفي رواية الربع وذكر الاسبيجاني رواية مقدار الناصية ثم قال: هذا إذا كانت الناصية تبلغ ربع الرأس، وإذا كانت الناصية لا تبلغ الربع لا يجوز، فدل على تغايرهما. وفي ضياء الحلوم: الناصية مقدم الرأس. وفي شرح الارشاد: الناصية ما بين النزعتين من الشعر وهي دون الربع. واختار المحققون كصدر الشريعة وابن الساعاتي في البديع وابن الهمام أن الباء للالصاق والفعل الذي هو المسح قد تعدى إلى الآلة وهي اليد لان الباء إذا دخلت في الآلة تعدى الفعل إلى كل الممسوح كمسحت رأس اليتيم بيدي، أو على المحل تعدى الفعل إلى الآلة، والتقدير وامسحوا أيديكم برؤوسكم فيقتضي استيعاب اليد دون الرأس واستيعابها ملصقة بالرأس لا تستغرق غالبا سوى ربعه فتعين مرادا من الآية وهو المطلوب، والاستيعاب في التيمم لم يكن بالآية بل بالسنة كما صرح به في البدائع وغيره. وأما رواية ثلاث أصابع بقدر ذكر في البدائع أنها رواية الاصول، وفي غاية البيان أنها ظاهر الرواية، وفي معراج الدراية أنها ظاهر المذهب واختيار عامة المحققين من أصحابنا وصححها في شرح القدوري. وقال في الظهيرية: وعليها الفتوى، ووجهوها بأن الواجب الصاق اليد والاصابع أصلها والثلاث أكثرها وللاكثر حكم الكل ومع ذلك فهي غير المنصور رواية ودراية، أما الاول فلنقل المتقدمين رواية الربع كما ذكرناه، وأما الثاني فلان المقدمة الاخيرة في حيز المنع لانه من قبيل للقدر الشرعي بواسطة تعدى الفعل إلى تمام اليد فإنه به يتقدر قدرها من الرأس وفيه يعتبر عين قدر. كذا في فتح القدير وعزاها في النهاية إلى محمد وعزا رواية الربع إليهما وهو الحق. ولو وضع ثلاث أصابع ولم يمدها جاز على رواية الثلاث الربع، ولو مسح بثلاث أصابع منصوبة غير موضوعة

***
[٣٣]
لم يجز. وينبغي أن يكون اتفاقا ولو مدها حتى بلغ القدر المفروض لم يجز عند أصحابنا خلافا لزفر، وكذا بأصبع أو أصبعين. ولو مسح بأصبع واحدة ثلاث مرات وأعادها إلى الماء في كل مرة جاز في رواية محمد، أما عندهما فلا يجوز. ولو مسح بأطراف أصابعه والماء متقاطر جاز وإن لم يكن متقاطرا لا يجوز لان الماء إذا كان متقاطرا فالماء ينزل من أصابعه إلى أطرافها، فإذا مده صار كأنه أخذ ماء جديدا كذا في المحيط. وذكر في الخلاصة: ولو مسح بأطراف أصابعه يجوز، سواء كان الماء متقاطرا أو لا وهو الصحيح. وفي البدائع: ولو مسح بأصبع واحدة بطنها وبظهرها وبجانبها لم يذكر في ظاهر الرواية واختلف المشايخ، قال بعضهم: لا يجوز. وقال بعضهم: يجوز وهو الصحيح لان ذلك في معنى المسح بثلاث أصابع اه. ولا يخفى أنه لا يجوز على المذهب من اعتبار الربع، وأما ما في شرح المجمع لابن الملك من أنه لا يجوز اتفاقا في الاصح ففيه نظر، نعم صرح بالتصحيح من غير ذكر الاتفاق شمس الائمة السرخسي ثم صاحب الخلاصة ومنية المفتي. ولو أدخل رأسه الاناء أو خفه أو جبيرته وهو محدث قال أبو يوسف: يجزئه ولا يصير الماء مستعملا، سواء نوى أو لم ينو. وقال محمد: إن لم ينو يجزئه ولا يصير مستعملا. وإن نوى المسح اختلف المشايخ على قوله، قال بعضهم لا يجزئه ويصير الماء مستعملا، والصحيح أنه يجوز ولا يصير الماء مستعملا. كذا في البدائع. فعلم بهذا أن ما في المجمع من الخلاف في هذه المسألة على غير الصحيح بل الصحيح أن لا خلاف، وعلم أيضا أنه لا فرق بين الرأس والخف والجبيرة خلافا لما ذكره ابن الملك. ومحل المسح على الشعر الذي فوق الاذنين لا ما تحتهما كذا في الخلاصة، والمسح على شعر الرأس ليس بدلا عن المسح على البشرة لانه يجوز مع القدرة على المسح على البشرة ولو كان بدلا لم يجز اه. قوله: (ولحيته) بالجر عطف على رأسه يعني وربع لحيته. وإنما عيناه لما صرح به
***
[٣٤]
المصنف في الكافي وإن جاز فيه وجه آخر وهو العطف على الربع ليفيد مسح الجميع. وهنا روايات في المفروض في اللحية مع الاتفاق على عدم جوب وإيصال الماء إلى ما تحت اللحية من بشرة الوجه: فروي مسح ربعها واختاره المصنف وعبر عنه في الكافي بقوله ولنا وروي مسح كلها، وروي مسح ما يلاقي البشرة وصححه قاضي خان في شرح الجامع الصغير وتبعه في المجمع، وروي مسح الثلث، وروي عدم وجوب شئ، والصحيح وجوب غسلها بمعنى افتراضه كما صرح به في السراج الوهاج وعليه الفتوى كما في الظهيرية. وفي البدائع أن ما عدا هذه الرواية مرجوع عنه، والعجب من أصحاب المتون في ذكر المرجوع عنه وترك المرجوع إليه المصحح المفتى به مع دخولها في حد الوجه المتقدم كما ذكره في فتح القدير. وهذا كله في الكثة، أما الخفيفة التي ترى بشرتها فيجب إيصال الماء إلى ما تحتها، وهذا كله في غير المسترسل، وأما المسترسل فلا يجب غسله ولا مسحه لكن ذكر في منية المصلي أنه سنة. ولو أمر الماء على شعر الذقن ثم حلقه لا يجب عليه غسل الذقن كالرأس. وظاهر كلامهم أن المراد باللحية الشعر النابت على الخدين من عذار وعارض والذقن. وفي شرح الارشاد: اللحية الشعر النابت بمجتمع اللحيين، والعارض ما بينهما وبين العذار وهو القدر المحاذي للاذن يتصل من الاعلى بالصدغ ومن الاسفل بالعارض. ولما فرغ المصنف من فرائض الوضوء شرع في بيان سننه إشارة إلى أن الوضوء لا واجب فيه لما أن ثبوت الحكم بقدر دليله والدليل المثبت له هو ما كان ظني الثبوت قطعي الدلالة وما كان بمنزلته كأخبار الآحاد التي مفهومها قطعي الدلالة ولم يوجد في الوضوء، ولا ينافيه ما في الخلاصة من أن الوضوء ثلاثة أنواع: فرض وهو الوضوء لصلاة الفريضة وصلاة الجنازة وسجدة التلاوة، وواجب وهو الوضوء للطواف بالبيت، ومندوب وهو الوضوء للنوم وعن الغيبة والكذب
***
[٣٥]
وإنشاد الشعر ومن القهقهة والوضوء على الوضوء لغسل الميت اه. لان هذا حكم على نفس الوضوء بأنه واجب لا أن فيه واجبا. وظاهر تقييده بصلاة الفريضة أن الوضوء للنافلة ليس بفرض وإن كان شرطا، والظاهر أنه فرض عند إرادتها الجازمة كما سبق تقريره في بيان السبب، ومراده من الوضوء للنوم الوضوء عند إرادة النوم فإنه مستحب، وأما الوضوء من النوم الناقض ففرض. قوله: (وسنته) أي الوضوء. هي لغة الطريقة المعتادة ولو سيئة، واصطلاحا الطريقة المسلوكة في الدين. كذا في العناية وفيه نظر لشموله الفرض والواجب فزاد في الكشف من غير افتراض ولا وجوب وفيه نظر لشموله المستحب والمندوب، فالاولى أن يقال: هي الطريقة المسلوكة في الدين

من غير لزوم على سبيل المواظبة ليخرج غير المحدود. وما في غاية
***
[٣٦]
البيان من أنها ما في فعله ثواب وفي تركه عتاب لا عقاب فهو تعريف بالحكم، وما في شرح النقاية من أنها ما ثبت بقوله أو فعله وليس بواجب ولا مستحب ففيه نظر لشموله المباح، وما في فتح القدير وغيره من أنها ما واظب النبي صلى الله عليه وسلم عليه مع الترك أحيانا فمنتقض بالفرض فإن القيام في الصلاة مثلا حصلت المواظبة عليه مع الترك أحيانا لعذر المرض، فلذا زاد في التحرير أن يكون الترك أحيانا بلا عذر ليلزم كونه بلا وجوب، وظاهره أن المواظبة بلا ترك أصلا لا تفيد السنية بل الوجوب، وظاهر الهداية يخالفه فإنه في الاستدلال على سنية المضمضة والاستنشاق. قال. لانه عليه السلام فعلهما على المواظبة، وكذا استدلالهم على سنية الاعتكاف في العشر الاخير من رمضان بأنه عليه السلام واظب على الاعتكاف في العشر الاخير من رمضان حتى توفاه الله تعالى كما في الصحيحين، يفيد أنها تفيد السنية مطلقا، ولذا قال في فتح القدير: فهذه المواظبة المقرونة بعدم الترك مرة لما اقترنت بعدم الانكار على من لم يفعله من الصحابة كانت دليل السنية وإلا كانت تكون دليل الوجوب انتهى. والذي ظهر للعبد الضعيف أن السنة ما واظب النبي صلى الله عليه وسلم لكن إن كانت لا مع الترك. فهي دليل السنة المؤكدة، وإن كانت مع الترك أحيانا فهي دليل غير المؤكدة، وإن اقترنت بالانكار على من لم يفعله فهي دليل الوجوب فافهم هذا فإن به يحصل التوفيق. وفي بعض النسخ وسننه بالجمع ونكته جمعها وأفراد الفرض الاشارة إلى أن الفروض وإن كثرت في حكم شئ واحد بدليل فساد البعض بترك البعض بخلاف السنن إذ لا يبطل بعضها بترك بعضها. والاضافة هنا بمعنى اللام كما لا يخفى، وجعلها المصنف في المستصفى من إضافة الشئ إلى محله لان الطهارة محل لهذه السنن، وفي النهاية أنها بمعنى من وفيه ما تقدم في كتاب الطهارة. قوله: (غسل يديه إلى رسغيه ابتداء) يعني غسل اليد ين ثلاثا إلى رسغيه في ابتداء الوضوء سنة. والرسغ منتهى الكف عند المفصل. وفي ضياء الحلوم: الرسغ بالغين المعجمة موصل الكف في الذراع والقدم في الساق. اعلم أن في غسل اليدين ابتداء ثلاثة أقوال: قيل إنه فرض وتقديمه سنة واختاره في فتح القدير والمعراج والخبازية وإليه يشير قول محمد في الاصل بعد غسل الوجه ثم يغسل ذراعيه ولم يقل يديه فلا يجب غسلهما ثانيا. وقيل إنه
***
[٣٧]
سنة تنوب عن الفرض كالفاتحة فإنها واجبة تنوب عن الفرض واختاره في الكافي. وقال السرخسي: إنه سنة لا ينوب عن الفرض فيعيد غسلهما ظاهرهما وباطنهما قال: وهو الاصح عندي. واستشكله في الذخيرة بأن المقصود هو التطهير فبأي طريق حصل حصل المقصود، وظاهر كلام المشايخ أن المذهب الاول. واختلف في أن غسلهما قبل الاستنجاء أو بعده، فقيل سنة قبله فقط، وقيل بعده فقط، وقيل قبله وبعده وإليه ذهب الاكثر كما صرح به في المجتبى، وصححه قاضي خان في الفتاوى وفي النهاية. ويستدل له بأن جميع من حكى وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم غسل اليدين، وأما سنيته قبله فيما رواه الجماعة من حديث ميمونة في صفة غسله وفيه أنها حكت غسل اليدين قبل الاستنجاء وحكمته قبله المبالغة في إزالة رائحة ما يصيبهما وأورد أن المصاب اليد اليسرى فينبغي الاقتصار عليها وتخصيصه بما إذا تغوط. وأجيب بما في الاصول من أن الحكمة تراعى في الجنس ولا يلزم وجودها في كل فرد. ثم أعلم أن الابتداء بغسل اليدين واجب إذا كانت النجاسة محققة فيهما وسنة عند ابتداء الوضوء كما ذكرنا، وسنة مؤكدة عند توهم النجاسة كما استيقظ من النوم، فعلم بهذا أن قيد الاستيقاظ الواقع في الهداية وغيرها اتفاقي لان من حكى وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم كحمران مولى عثمان بن عفان وغيره قدم فيه البداءة بغسل اليدين من غير تقييد بكونه عن نوم، وعلل له في الهداية بأن اليدين آلة التطهير فيبدأ بتنظيفهما وأورد عليه بأن هذا يقتضي الوجوب، لانه ما لا يتوصل إلى الواجب إلا به فهو واجب. وأجيب بأن هنا مانعا من القول بالوجوب وهو طهارتهما حقيقة وحكما فكأن الغسل إلى الرسغين لانه يكفي في حصول المقصود وهو تنظيف الآلة. وعلم بما قررناه أيضا أن ما في شرح المجمع من أن السنة في غسل اليدين للمستيقظ مقيدة بأن يكون نام غير مستنج أو كان على بدنه نجاسة حتى لو لم يكن كذلك لا يسن في حقه ضعيف، أو المراد نفي السنة المؤكدة لا أصلها. وكيفية غسلهما كما ذكر في الشروح أنه إن كان الاناء صغيرا بحيث يمكن رفعه لا يدخل يده فيه بل يرفعه

***
[٣٨]
بشماله ويصبه على كفه اليمنى ويغسلها ثلاثا، ثم يأخذ الاناء بيمينه ويصبه على كفه اليسرى ويغسلها ثلاثا. وإن كان الاناء كبيرا لا يمكن رفعه، فإن كان معه أناء صغير يفعل كما ذكرنا، وإن لم يكن يدخل أصابع يده اليسرى مضمومة في الاناء ويصب على كفه اليمنى ثم يدخل اليمنى في الاناء ويغسل اليسرى. وعلله في المحيط بأن الجمع بين اليدين في كل مرة غير مسنون، وتعقبه العلامة الحلبي بأن الجمع سنة كما تفيده الاحاديث. والظاهر أن تقديم اليمنى على اليسرى لاجل التيامن لا لما في المحيط كما لا يخفى. قالوا ولا يدخل الكف حتى لو أدخله صار الماء مستعملا كما صرح به في المبتغى. ومعناه صار الماء الملاقي للكف مستعملا إذا انفصل لا جميع ماء الاناء كما سنحققه في بحث المستعمل. وقالوا: يكره إدخال اليد في الاناء قبل الغسل للحديث وهي كراهة تنزيه، لان النهي فيه مصروف عن التحريم بقوله فإنه لا يدري أين باتت يده فالنهي محمول على الاناء الصغير أو الكبير إذا كان معه إناء صغير، فلا يدخل اليد فيه أصلا، وفي الكبير على إدخال الكف. كذا في المستصفى وغيره مع أن المنقول في الخانية أن المحدث أو الجنب إذا أدخل يده في الاناء للاغتراف وليس عليها نجاسة لا يفسد الماء، وكذا إذا وقع الكوز في الجب فأدخل يده إلى المرفق لا يصير الماء مستعملا. وفي شرح الاقطع: يكره الوضوء بالماء الذي أدخل المستيقظ يده فيه لاحتمال النجاسة كما يكره الوضوء بالماء الذي أدخل الصبي يده فيه. وفي المضمرات: إذا لم يكن معه ما يغترف به ويداه نجستان فإنه يأمر غيره أن يغترف بيديه ليصب على يديه ليغسلهما، وإن لم يجد يرسل في الماء منديلا ويأخذ طرفه بيده ثم يخرج من البئر فيغسل اليد بقطراته ثم يغسل اليد الاخرى، أو يأخذ الثوب بأسنانه فيغسل يديه بالماء الذي يتقاطر ثلاثا، فإن لم يجد يرفع الماء بفمه فيغسل يديه فإن لم يقدر فإنه يتيمم ويصلي ولا إعادة عليه اه‍. وفي مسألة رفع الماء بفيه اختلاف، والصحيح أنه يصير مستعملا وهو مزيل للخبث.
***
[٣٩]
قوله: (كالتسمية) أي كما أن التسمية سنة في الابتداء مطلقا كذلك غسل اليدين سنة في الابتداء مطلقا أعني سواء كان الوضوء عن نوم أو غيره ولفظها المنقول عن السلف كما في النهاية أو عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كما في الخبازية بسم الله العظيم والحمد لله على دين الاسلام. وعن الوبري يتعوذ ثم يبسمل. وذكر الزاهدي أنه إن جمع بين ما تقدم والبسملة فحسن. وفي المحيط: السنة مطلق الذكر كالحمد لله أو لا إله إلا الله. وما ذكره المصنف من أنها سنة مختار القدوري. وفي الهداية: الاصح أنها مستحبة. قيل وهو ظاهر الرواية. ويسمي قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح إلا مع الانكشاف وفي موضع النجاسة كذا في الخانية. وقد استدل لوجوب التسمية بحديث أبي داود لا وضوء لمن لم يذكر اسم الله عليه وهو وإن ضعف ارتقى إلى الحسن بكثرة طرقه. وأجاب عنه الطحاوي في شرح الآثار بمعارضته لما في الصحيحين أنه عليه السلام لم يرد السلام حين سلم عليه رجل حتى أقبل على الجدار فتيمم ثم رد السلام، وما رواه أبو داود وغيره من حديث المهاجرين قنفد لما سلم على النبي عليه السلام وهو يتوضأ فلم يرد عليه، فلما فرغ قال: إنه لم يمنعني أن أرد عليك إلا أني كنت على غير وضوء. فهذه تفيد عدم ذكره عليه السلام اسمه تعالى على غير طهارة، ومقتضاه انتفاؤه في أول الوضوء فيحمل الاول على نفي الفضيلة جمعا بين الاحاديث وتعقبه في معراج الدراية وشرح المجمع بأنه يلزم منه أن لا تكون التسمية أفضل في ابتداء الوضوء، وأن يكون وضوءه عليه السلام خاليا عن التسمية. ولا يجوز نسبة ترك الافضل له عليه السلام وقد يدفع بأنه يجوز ترك الافضل له تعليما للجواز كوضوئه مرة مرة تعليما لجوازه وهو واجب عليه وهو أعلى من المستحب، لكن يمكن الجمع بين الاحاديث بأن التسمية من لوازم إكماله فكان ذكرها من تمامه والذاكر لها قبل الوضوء مضطر إلى ذكرها لاقامة هذه السنة المكملة للفرض فخصت من عموم الذكر، ومطلق الذكر ليس من ضروريات الوضوء. والمستحب أن لا يطلق اللسان به إلا على طهارة، ويدخل في التخصيص الاذكار المنقولة على
***
[٤٠]
أعضاء الوضوء لكونها من مكملاته. كذا في معراج الدراية وهو مبني على أن المراد به نفي الفضيلة وهو ظاهر في نفي الجواز لكنه خبر

واحد لا يزاد به على الكتاب فمقتضاه الوجوب إلا لصارف، فذكر بعضهم أن الصارف قوله عليه السلام من توضأ وسمى الله تعالى كان طهورا لجميع أعضائه، ومن توضأ ولم يسم الله كان طهورا لاعضاء وضوئه فإنه يقتضي وجود الوضوء بلا تسمية وهو مردود من ثلاثة أوجه: الاول ضعف الحديث كما بينه في فتح القدير. الثاني أن ترك الواجب لا ينفي الوجود وإنما يوجب النقصان فقط. الثالث أنه يقتضي تجزي الطهارة وهي غير متجزئة عندنا. كذا في المعراج، ورده الاكمل في تقريره بأن من توضأ وغسل بعض أعضاء وضوئه كانت الطهارة مقتصرة على ما غسل، نعم بدن الانسان باعتبار ما يخرج منه غير متجز. وقيل الصارف عدم حكاية عثمان وعلي لها لما حكيا وضوأه عليه السلام، ورده في فتح القدير بأن عدم النقل لا ينفي الوجود فكيف بعد الثبوت بوجه آخر؟ ألا ترى أنهما لم ينقلا التخليل والسواك؟ ولا شك أنهما سنتان. وذكر في المبسوط أن الصارف هو عدم تعليمها للاعرابي لما علمه الوضوء، ورده في فتح القدير بأن حديث الاعرابي وإن حسنه الترمذي ضعفه ابن القطان قال: فأدى النظر إلى وجوبها غير أن صحة الوضوء لا تتوقف عليها لان الركن إنما يثبت بالقاطع ولا يلزم الزيادة على الكتاب بخبر الواحد إلا لو قلنا بالافتراض. وقد أجاب عن قولهم لا واجب في الوضوء لما حاصله أن هذا الحديث لما كان ظني الثبوت قطعي الدلالة ولم يصرفه صارف أفاد الوجوب ولا مانع منه، وقول من قال إنه ظني الدلالة ممنوع بأنه إن أريد بظنيها مشتركها فما نحن فيه ليس منه فإن الظاهر أن النفي متسلط على الوضوء والحكم الذي هو الصحة ونفي الكمال احتمال، وإن أريد بظنيها ما فيه احتمال ولو مرجوحا فلا نسلم أنه لا يثبت به الوجوب لان الظن واجب الاتباع وإن كان فيه احتمال. ولقائل أن يقول: إن قوله عدم النقل لا ينفي الوجود إلى آخره لا يتم في الواجب إذ لا يجوز في التعليم ترك شئ من الواجبات، فلو كانت التسمية واجبة لذكراها للحاجة إلى بيانها بخلاف السنن فكان هذا صارفا سالما عن الرد.

***

[٤١]

ومرادهم من ظني الدلالة مشتركها كما صرح به الاصوليون، ولا شك أنه مشترك شرعي أطلق تارة وأريد به نفي الحقيقة نحو لا صلاة لحائض إلا بخمار (١) ولا نكاح إلا بشهود، وأطلق تارة مرادا به نفي الكمال نحو لا صلاة للعبد الآبق ولا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد فتعين نفي الحقيقة في الاول بالاجماع، وفي الثاني لانه مشهور تلقته الامة بالقبول، فتجوز الزيادة بمثله على النصوص المطلقة فكانت الشهادة شرطا فعند عدم المرجح لاحد المعنيين كان الحديث ظنيا وبه تثبت السنة ومنه حديث التسمية، والعجب من الكمال بن الهمام أنه في هذا الموضع لفي ظنية الدلالة عن حديث التسمية بمعنى مشتركها وأثبتها له في باب شروط الصلاة بأبلغ وجوه الاثبات بأن قال: ولا شك في ذلك لان احتمال نفي الكمال قائم. فالحق ما عليه علماؤنا من أنها مستحبة، كيف وقد قال الامام أحمد: لا أعلم فيها حديثا ثابتا والله تعالى أعلم. ولو نسي التسمية في ابتداء الوضوء ثم ذكرها في خلاله فسمى لا تحصل السنة بخلاف نحوه في الاكل. كذا في التبيين معللا بأن الوضوء عمل واحد بخلاف الاكل فإن كل لقمة فعل مبتدأ اه‍. ولهذا ذكر في الخانية: لو قال كلما أكلت اللحم فلله علي أن أتصدق بدرهم فعليه بكل لقمة درهم لان كل لقمة أكل. لكن قال المحقق ابن الهمام: هو إنما يستلزم في الاكل تحصيل السنة في الباقي لا استدراك ما فات اه‍. وظاهره مع ما قبله أنه إذا نسي التسمية فإتيانه بها وعدمه سواء، مع أن ظاهر ما في السراج الوهاج أن الاتيان بها مطلوب ولفظة: فإن نسي التسمية في أول الطهارة أتى بها إذا ذكرها قبل الفراغ حتى لا يخلو الوضوء منها. قوله (والسواك) أي استعماله لانه اسم للخشبة. كذا في الشروح. ولا حاجة إليه لان السواك يأتي بمعنى المصدر أيضا كما ذكره ابن فارس في كتابه المسمى بمقياس اللغة، ولهذا قال في فتح القدير: أي الاستياك. والجمع سوك ككتاب وكتب ويجوز رفعه وجره وهو

***

[٤٢]

الاظهر ليفيد أن الابتداء به سنة أيضا. واستدل في الكافي للسنية بأنه عليه السلام واظب عليه مع الترك، وتعقبه في فتح القدير بأنه لم تعلم المواظبة منه على الوضوء. وأما ما ورد من أفضلية الصلاة التي بسواك على غيرها فيدل على الاستحباب وهو الحق، ولذا صحح الشارح وغيره الاستحباب. واختلف في وقته، ففي النهاية وفتح القدير أنه عند المضمضة، وفي البدائع والمجتبى قبل الوضوء، والاكثر على الاول وهو الاولى لانه الاكمل في الانقاء. وليس هو من خصائص الوضوء بل يستحب في مواضع لاصفرار السن وتغير الرائحة

والقيام من النوم والقيام إلى الصلاة وأول ما يدخل البيت وعند اجتماع الناس وعند قراءة القرآن. كذا في فتح القدير وغيره. لكن قولهم يستحب عند القيام إلى الصلاة ينافي ما نقلوه من أنه عندنا للوضوء لا للصلاة خلافا للشافعي. وعلله السراج الهندي في شرح الهداية بأنه إذا استاك للصلاة بما يخرج منه دم وهو نجس بالاجماع وإن لم يكن ناقضا عند الشافعي. وقالوا: فائدة الخلاف تظهر فيمن صلى بوضوء واحد صلوات يكفيه السواك للوضوء عندنا، وعند الشافعي يستاك لكل صلاة. وكيفيته أن يستاك أعالي الاسنان وأسافلها والحنك ويبتدئ من الجانب الايمن، وأقله ثلاث في الاعالي وثلاث في الاسافل بثلاث مياه. واستحب أن يكون لينا من غير عقد في غلظ الاصبع وطول شبر من الاشجار المرة المعروفة. ويستاك عرضا لا طولا لانه يخرج لحم الاسنان. وقال الغزنوي: يستاك طولا وعرضا والاكثر على الاول. ويستحب إمساكه باليد اليمنى. والسنة في كيفية أخذه أن تجعل الخنصر من يمينك أسفل السواك تحته
***
[٤٣]
والبنصر والوسطى والسبابة فوقه واجعل الابهام أسفل رأسه تحته كما وراه ابن مسعود، ولا يقبض القبضة على السواك فإن ذلك يورث الباسور، ويبدأ بالاسنان العليا من الجانب الايمن ثم الايسر ثم السفلى كذلك، كذا في شرح منية المصلي. وتقوم الاصبع أو الخرقة الخشنة مقامه عند فقده أو عدم أسنانه في تحصيل الثواب لا عند وجوده. والافضل أن يبدأ بالسبابة اليسرى ثم باليمنى، والعلك يقوم مقامه للمرأة لكون المواظبة عليه تضعف أسنانها فيستحب لها فعله، ومنافعه كثيرة منها أنه يرضي الرب ويسخط الشيطان ومن خشي من السواك القئ تركه. ويكره أن يستاك مضطجعا فإنه يورث كبر الطحال. كذا في السراج الوهاج. قوله (وغسل فمه وأنفه) عدل عن المضمضة والاستنشاق المذكورين في أصله الوافي للاختصار، وما في الشرح من أن الغسل يشعر بالاستيعاب فكان أولى فيه نظر، فإن المضمضة كذلك فإنها اصطلاحا استيعاب الماء جميع الفم كما في الخلاصة. وفي اللغة التحريك والاستنشاق لغة من النشق وهو جذب الماء ونحوه بريح الانف إلى داخله، واصطلاحا إيصال الماء إلى مارن الانف. كذا في الخلاصة. والمارن مالان من الانف. والمبالغة سنة فيهما أيضا كذا في الوافي لحديث أصحاب السنن الاربعة بالغ في المضمضة والاستنشاق إلا أن تكون صائما وهي في المضمضة بالغرغرة وفي الاستنشاق بالاستنثار كذا في الكافي. والاستنثاء دفع الماء ونحوه للخروج من الانف، وقد وافقه في فتح القدير على الاول. وقال في الثاني: كما في الخلاصة إلى ما اشتد من الانف. وفي الخلاصة: هي في المضمضة أن يصل إلى رأس الحلق. وقال شمس الائمة: هي في المضمضة أن يدير الماء في فيه من جانب إلى جانب، والاولى ما في فتح القدير ذكره بعضهم. ولو تمضمض وابتلع الماء ولم يمجه أجزأه لان المج ليس من حقيقتها، والافضل أن يلقيه لانه ماء مستعمل. وفي الظهيرية: وإذا أخذ الماء بكفه فمضمض ببعضه واستنشق بالباقي جاز وبخلاف ذلك لا يجوز. وفي المجتبى: لو رفع الماء من كف واحدة للمضمضة جاز وللاستنشاق لا يجوز
***
[٤٤]
لصيرورة الماء مستعملا، ولا يخفى أن نفي الجواز في المسألتين بمعنى نفي الاجزاء في تحصيل السنة لا بمعنى الحرمة لما أن أصلهما سنة، أو تحمل على المضمضة والاستنشاق في الغسل الواجب، وقالوا: المضمضة والاستنشاق سنتان مشتملتان على سنن منها تقديم المضمضة على الاستنشاق بالاجماع، ومنها التثليث في حق كل واحد بالاجماع، وأخذ ماء جديد في التثليث سنة عندنا وعند الشافعي بماء واحد، وأخذ ماء جديد لكل واحد منهما سنة عندنا، وعند الشافعي لهما ماء واحد، وإزالة المخاط باليد اليسرى. كذا في المعراج. وفي البدائع والمبسوط: وفعلهما باليمين سنة. وفي المنية أنه يستنشق باليسرى. وفي المعراج: ترك التكرار لا يكره مع الامكان. قال أستاذنا: يتبين من هذا أن من عنده ماء يكفي للغسل مرة مع المضمضة والاستنشاق أو ثلاثا بدونهما يغسل مرة معهما. وفي السراج: إنهما سنتان مؤكدتان، فإن ترك المضمضة والاستنشاق أثم على الصحيح ا ه‍. ولا يخفى أن الاثم منوط بترك الواجب، ويمكن الجواب مما قالوه من أن السنة المؤكدة في قوة الواجب ودليل سنيتهما المواظبة كما في الهداية. وفي غاية البيان يعني مع الترك أحيانا وإلا كانتا واجبتين. وقد علمت مما قدمناه أن المواظبة من غير ترك لا تفيد الوجوب وجميع من حكى وضوءه عليه السلام اثنان وعشرون صحابيا كلهم ذكروهما فيه كما في فتح القدير. وفي نسخة شرح عليها مسكين غسل فمه وأنفه بمياه وقال: قوله بمياه متعلق بكل واحد والذي في الوافي غسل فمه بمياه وأنفه بمياه وهو أولى مما في الكنز ليدل على تجديد الماء في كل منهما، وقد جاء مصرحا به في حديث الطبراني من قوله فمضمض

ثلاثا واستنشق ثلاثا يأخذ لكل مرة ماء جديدا ورواه أبو داود وسكت فكان حجة. وما ورد مما ظاهره المخالفة فمحمول على الموافقة كما في فتح القدير. وفي السراج الوهاج: ولو تمضمض ثلاثا من غرفة واحدة لم يصر آتيا
***
[٤٥]
بالسنة. وذكر الصيرفي أنه يصير آتيا بالسنة ا ه. ولا يخفى أنه يكون آتيا بسنة المضمضة لا بسنة كونها ثلاثا بمياه فالنفي والاثبات في القولين بالاعتبارين فلا اختلاف. قوله (وتخليل لحيته وأصابعه) أما تخليل اللحية وهو تفريق الشعر من جهة الاسفل إلى فوق لغير المحرم فسنة على الاصح، وقيده في السراج الوهاج بأن يكون بماء متقاطر في تخليل الاصابع ولم يقيده في تخليل اللحية. وهل هو قول أبي يوسف وحده أو معه محمد؟ قولان ذكرهما في المعراج وصحح في خير مطلوب أن محمدا مع أبي يوسف. وعند أبي حنيفة مستحب لعدم ثبوت المواظبة ولان السنة إكمال الفرض في محله وداخل اللحية ليس بمحل الفرض لعدم وجوب إيصال الماء إلى الشعر. وجه الاصح ما رواه أبو داود عن أنس: كان النبي صلى الله عليه وسلم إذ توضأ أخذ كفا من ماء تحت حنكه فخلل به لحيته وقال: بهذا أمرني ربي وسكت عنه. وكذا المنذري بعده وهو مغن عن نقل صريح المواظبة لان أمره حامل عليها. وقولهم داخل اللحية ليس بمحل الفرض ممنوع بعد ثبوت الحديث الصحيح بخلافه، وما أورد عليه من أن المضمضة والاستنشاق سنتان مع أنهما ليستا في محل الفرض أجيب عنه بأنهما في الوجه وهو محل الفرض إذ لهما حكم الخارج من وجه، ولان الكلام في سنة تكون تبعا للفرض بقرينة المقام وإلا يخرج عنه بعض السنن كالنية والتسمية كما لا يخفى. وإنما لم يكن التخليل واجبا بالامر في أمرني ربي وخللوا أصابعكم الآتي لوجود الصارف وهو تعليم الاعرابي والاخبار التي حكى فيها وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن التخليل لم يذكر فيها، وما في النهاية من أنا لو قلنا بالوجوب لزم الزيادة على النص بخبر الواحد فيه كلام إذ لا يلزم إلا لو قلنا بالافتراض. وما في الكافي من أنا لو قلنا بالوجوب في الوضوء لساوى التبع الاصل ضعيف، ولانه لا مانع منه إذا اقتضاه الدليل لان ثبوت الحكم بقدر دليله. ولانه قد ظهر عدم المساواة في حكم آخر وهو كونه لا يلزم بالنذر بخلاف الصلاة وأما تخليل الاصابع فهو إدخال بعضها في بعض بماء متقاطر ويقوم مقامه الادخال في الماء، ولو لم يكن جاريا فسنة اتفاقا أعني أصابع اليدين والرجلين لما في السنن الاربعة في حديث لقيط ابن صبرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا توضأت فأسبغ الوضوء وخلل بين الاصابع قال الترمذي حديث
***
[٤٦]
حسن صحيح. وتقدم الصارف له عن الوجوب. وكذا ما رواه الدارقطني خللوا أصابعكم لا يتخللها الله بالنار يوم القيامة لانه ليس فيه الوعيد على الترك حتى يفيد الوجوب لان منطوقه أن تخليل الاصابع في الوضوء يراد لعدم تخللها نار جهنم وهو لا يستلزم أن عدم التخليل في الوضوء يستلزم تخلل النار إلا لو كان تخليل الاصابع في الوضوء علة مساوية لعدم تخليلها بالنار وهو منتف بأنه قد يوجد التخليل بالنار مع تخليل الاصابع، فحينئذ لا حاجة إلى ما ذكر في شروح الهداية من أن الوعيد مصروف إلى ما إذا لم يصل الماء إلى ما بين الاصابع إذ قد علمت أنه لا وعيد في الحديث هذا مع أن ما قالوه لا يتم لانه إذا لم يصل يكون الغسل فرضا وليس التخليل غسلا كما لا يخفى هذا مع أن حديث الدارقطني ضعيف كما في فتح القدير. وفي الظهيرية: والتخليل إنما يكون بعد التثليث لانه سنة التثليث. ثم قيل: الاولى في أصابع اليدين أن يكون تخليلها بالتشبيك، وصفته في الرجلين أن يخلل بخنصر يده اليسرى خنصر رجله اليمنى ويختم بخنصر رجله اليسرى. كذلك ورد الخبر. كذا في معراج الدراية وغيره وتعقبه في فتح القدير بقوله والله أعلم به، ومثله فيما يظهر أمر اتفاقي لا سنة مقصودة ا ه. لكن ورد بعض هذه الكيفية فيما رواه ابن ماجه عن المستورد بن شداد قال: رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ فخلل أصابع رجليه بخنصره. وأما كونه بخنصر يده اليسرى وبكونه من أسفل فالله أعلم به. ويشكل كونه بخنصر اليسرى أن هذا من الطهارة المستحب في فعلها أن تكون باليمين، ولعل الحكمة في كونها بالخنصر كونها أدق الاصابع فهي بالتخليل أنسب. كذا في شرح المنية. وقولهم من أسفل إلى فوق يحتمل شيئين: أحدهما أنه يبدأ من أسفل الاصابع إلى فوق من ظهر القدم. ثانيهما أن يكون المراد من أسفل الاصبع من باطن القدم كما جزم به في السراج الوهاج والاول أقرب. وفي المعراج عن شيخه العلامة

في قوله عليه السلام خللوا الحديث دليل على أن وظيفة الرجل الغسل لا المسح فكان حجة على الروافض ا هـ. قوله (وتثليث الغسل) أي تكراره ثلاثا سنة لكن الاولى فرض والثنتان سنتان مؤكدتان
***
[٤٧]
على الصحيح كذا في السراج واختاره في المبسوط، والاولى أن يقال إنهما سنة مؤكدة لا توصف الثانية وحدها أو الثالثة وحدها بالسنية إلا مع ملاحظة الاخرى. والسنة تكرار الغسلات المستوعبات لا الغرفات، وإن اكتفى بالمرة الواحدة قيل يأثم لانه ترك السنة المشهورة، وقيل لا يأثم لانه قد أتى بما أمره به ربه كذا في الظهيرية، ولا يخفى ترجيح الثاني لقولهم والوعيد في الحديث لعدم رؤيته الثلاث سنة، فلو كان الاثم يحصل بالترك لما احتيج إلى حمل الحديث على ما ذكروا. وقيل: إن اعتاد يكره وإلا فلا واختاره في الخلاصة. وقد ذكروا دليل السنة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ مرة مرة وقال هذا وضوء من لا يقبل الله الصلاة إلا به، وتوضأ مرتين مرتين وقال هذا وضوء من يضاعف الله له الاجر مرتين، وتوضأ ثلاثا ثلاثا وقال هذا وضوئي ووضوء الانبياء من قبلي، فمن زاد على هذا أو نقص فقد تعدى وظلم. فأما صدره إلى قوله فمن زاد فرواه الدارقطني، وأما عجزه من قوله فمن زاد إلى آخره فرواه ابن ماجه والنسائي، وقوله توضأ مرة أي غسل كل عضو مرة، والمراد بالقبول الجواز بمعنى الصحة. وإنما قلنا هذا لما عرف أن القبول لا يلازم الصحة لان الصحة تعتمد وجود الشرائط والاركان والقبول يعتمد صدق العزيمة وخلوصها. وله شرائط كثيرة لقوله تعالى * (إنما يتقبل الله من المتقين) * (المائدة: ٢٧). واختلف في معنى قوله فمن زاد على هذا على أقوال، فقيل على الحد المحدود وهو مردود له عليه الصلاة والسلام من استطاع منكم أن يطيل غرته فليفعل والحديث في المصابيح. وإطالة الغرة تكون بالزيادة على الحد المحدود. وقيل على أعضاء الوضوء، وقيل الزيادة على العدد والنقص عنه، والصحيح أنه محمول على الاعتقاد دون نفس الفعل حتى لو زاد أو نقص واعتقد أن الثلاث سنة لا يلحقه الوعيد كذا في البدائع واقتصر عليه في الهداية. وعلى الاقوال كلها لو زاد لطمأنينة القلب
***
[٤٨]
عند الشك أو بنية وضوء آخر بعد الفراغ من الاول فلا بأس به لانه نور على نور، وكذا إن نقص لحاجة لا بأس به كذا في المبسوط وأكثر شروح الهداية وفيه كلام، لانهم قد صرحوا بأن تكرار الوضوء في مجلس واحد لا يستحب بل يكره لما فيه من الاسراف في الماء كما في السراج الوهاج. فكيف يدعي الاتفاق كما في الخلاصة على عدم الكراهة لو نوى وضوءا آخر حين فرغ من الاول اللهم إلا أن يحمل على ما إذا اختلف المجلس وهو بعيد كما لا يخفى، وفي الحديث لف ونشر لان التعدي يرجع إلى الزيادة والظلم إلى النقصان كذا في غاية البيان. وقيد المصنف بالغسل احترازا عن المسح فإنه لا يسن تثليثه كذا في فتح القدير. وإذا كان غير مسنون فهل يكره؟ فالمذكور في المحيط والبدائع أنه يكره، وفي الخلاصة أنه بدعة، وقيل لا بأس به، وفي فتاوى قاضيخان: وعندنا لو مسح ثلاث مرات بثلاث مياه لا يكره ولكن لا يكون سنة ولا أدبا ا هـ. وهو الاولى كما لا يخفى إذ لا دليل على الكراهة وسيأتي تمامه. قوله (ونيته) أي ونية المتوضئ رفع الحدث أو إقامة الصلاة هذا هو مراد المصنف كما أفصح عنه في الكافي فلا حاجة حينئذ إلى ما ذكره الزيلعي كما لا يخفى. واستفيد منه أن نية
***
[٤٩]
الطهارة لا تكفي في تحصيل السنة كأنه والله أعلم لانها متنوعة إلى إزالة الحدث أو الخبث فلم ينو خصوص الطهارة الصغرى. فعلى هذا لو نوى الوضوء فإنه يكون محصلا لها لان الوضوء رفع الحدث سواء، لان حقيقة الوضوء رفع الحدث كما حققناه أولا. وعلى هذا فيصبح عود الضمير إلى الوضوء وسقط به كلام الزيلعي أيضا كما لا يخفى مع أن الوضوء أخص من رفع الحدث لانه يشمل الغسل، فعلى هذا نية الوضوء أولى. قالوا: المعتبر قصد رفع الحدث أو إقامة الصلاة كما ذكر أو استباحتها أو امتثال الامر كما في المعراج، ولا يتأتي الاخير قبل دخول الوقت إذ ليس مأمورا به إلا أن يقال إن الوضوء لا يكون نفلا لانه شرط للصلاة وشرطها فرض ولا يخفى ما فيه. وهي لغة عزم القلب على الشئ، واصطلاحا كما في التلويح قصد الطاعة والتقرب إلى الله تعالى في إيجاد الفعل. واعترض عليه

بأن هذا إنما يستقيم في العبادات المترتب عليها الثواب دون المنهيات المترتب عليها العقاب، فالصواب أن تفسر النية بتوجه القلب نحو إيجاد الفعل وتركه موافقا لغرض من جلب نفع أو دفع ضر حالا أو مآلا ا هـ. وقد يقال: إن هذا الاعتراض مبني على أن المكلف به في النهي ليس هو الكف الذي هو الانتهاء وهو قول البعض والراجح في الاصول أنه لا تكليف إلا بفعل فهو في النهي كفه النفس فحينئذ دخل في إيجاد الفعل. وفي الصحاح: العزم إرادة الفعل والقطع عليه والقصد إتيان الشئ. وذكر اليمني في شرح الشهاب ثم النية معنى وراء العلم فهي نوع إرادة كالقصد والعزيمة، والهم والحب والود فالكل اسم للارادة الحادثة لكن العزم اسم
***
[٥٠]
للمتقدم على الفعل، والقصد اسم للمقترن بالفعل، والنية اسم للمقترن بالفعل مع دخوله تحت العلم بالمنوي، وهذا لان الفعل لا يوجد بدون الارادة فإذا قام الرجل من قعوده لا بد وأن يكون مريدا للقيام وإن لم تعمل إرادته القيام، وقد يركع الرجل ويسجد ذاهلا عن معرفة إرادة الركوع والسجود. ويستحيل وجودهما بدون الارادة بالكلية لان الارادة صنو القدرة وإنما المفقود العلم لا غير، ولذا قلنا للمكره إرادة. وإن كانت فاسدة بمقابلة إرادة المكره لكن قد تذكر النية مقام العزيمة كما في قولنا ونوى الصوم بالليل أي عزم عليه وأطال فيه فليراجع لاشتماله على فوائد كثيرة. ثم اعلم أن النية في غير التوضؤ بسؤر الحمار وبنبيذ التمر سنة مؤكدة على الصحيح وليست بشرط في كون الوضوء مفتاحا للصلاة. ووقتها عند غسل الوجه ومحلها القلب والتلفظ بها مستحب كذا في السراج الوهاج. وأما النية في التوضؤ بسؤر الحمار أو بنبيذ التمر فشرط كذا في شرح المجمع والنقاية معزيين إلى الكفاية قيدنا بقولنا في كونه مفتاحا لانها شرط في كونه سببا للثواب على الاصح، وقيل يثاب بغير نية، ثم استدل الشافعي على اشتراطها فيه بالحديث المشهور المتفق على صحته إنما الاعمال بالنية ووجهه أن المراد بالاعمال العبادات لان كثيرا من الاعمال تعتبر شرعا بلا نية فيكون المراد إنما صحة العبادات بالنية والوضوء عبادة لانها فعل ما يرضي الرب وهو كذلك فصار كالتيمم. ولنا على ما ذكره الاصوليون أن حقيقة هذا التركيب متروكة بدلالة محل الكلام لان كلمة إنما للحصر وقد دخلت على المعرف بلام الاستغراق، وذلك يقتضي أن لا يوجد عمل بلا نية ولا يمكن حمله على العموم لان كثيرا من الاعمال يوجد بلا نية فصار مجازا عن حكمه، فالتقدير حكم الاعمال بالنيات من إطلاق اسم السبب على المسبب، أو من حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه. والحكم نوعان مختلفان أحدهما أخروي وهو الثواب والاثم وهو بناء على صدق العزيمة وعدمه، والثاني دنيوي وهو الجواز والفساد وهو بناء على وجود الاركان والشرائط وعدمها، ولما اختلف الحكمان صار الاسم بعد كونه مجازا مشتركا. ويكفي في تصحيحه ما هو المتفق عليه وهو الحكم الاخروي ولا دليل على ما اختلف فيه فلا يصلح تقديره حجة علينا فاندفع بهذا التقرير ما أورده في الكشف وشرح المغني وشرح المنار من أن قولهم أن الحكم مشترك ولا عموم له ممنوع بل هذا في المشترك
***
[٥١]
اللفظي، أما المشترك المعنوي فله عموم كالشئ والحكم منه فيتناول الكل باعتبار المعنى الاعم إذ تفسير الحكم الاثر الثابت بالشئ ا هـ. مع أن الاكمل في تقريره أجاب عنه بأن هذا إنما يستقيم أن لو كان الحكم مقولا عليهما بالتواطؤ وهو ممنوع، لان الجواز والفساد وإن كانا أثرين ثابتين بالاعمال موجبين لها لكن الثواب والعقاب ليسا كذلك على المذهب الصحيح ا هـ. يعني لتخلفهما في الاول بعدم القبول مع الصحة، وفي الثاني بالعفو من الله تعالى. والمراد بالاعمال ما يشمل على القلب فيدخل فيه كف النفس بالنهي فإنه عمل، ولا ترد النية لانها خارجة لمعنى يخصها وهو لزوم التسلسل لكن اعتبار النية للتروك إنما هو لحصول الثواب لا للخروج عن عهدة النهي، لان مناط الوعيد بالعقاب في النهي هو فعل المنهي، فمجرد تركه كاف في انتفاء الوعيد، ومناط الثواب في المنهي كف النفس عنه وهو عمل مندرج في الحديث، وعلى هذا ففرق الشافعية بين الوضوء وإزالة النجاسة بأن الوضوء فعل فيفتقر إلى النية، وطهارة النجاسة من باب التروك فلا تفتقر إلى النية كترك الزنا ضعيف، فإن التكليف أبدا لا يقع إلا بالفعل الذي هو مقدور المكلف لا بعدم الفعل الذي هو غير مقدور وجوده قبل التكليف كما عرف في مقتضى النهي أنه كف النفس عن الفعل لا عدم الفعل والترك ليس بفعل، ولهذا لا يثاب المكلف على التروك إلا إذا ترك قاصدا، فلا يثاب على ترك الزنا إلا إذا كف نفسه عند قصدا لا إذا اشتغل عنه بفعل آخر كالنوم والعبادة وتركه بلا قصد فلا فرق بين الفعل والترك الموجبين للثواب والعقاب.

***
[٥٢]
وقوله إن الوضوء عبادة والعبادة لا تصح إلا بالنية سلمناه لانه لا يقع عبادة بدونها عندنا وليس الكلام في هذا بل في أنه إذا لم ينو حتى لم يقع عبادة سببا للثواب فهل يقع الشرط المعتبر للصلاة حتى تصح به أو لا؟ ليس في الحديث دلالة على نفيه ولا إثباته فقلنا نعم لان الشرط مقصود التحصيل لغيره لا لذاته فكيف حصل حصل المقصود وصار كستر العورة وباقي شروط الصلاة لا يفتقر اعتبارها إلى أن تنوي، فمن ادعى أن الشرط وضوء هو عبادة فعليه البيان بخلاف التيمم لان التراب لم يعتبر شرعا مطهرا إلا للصلاة وتوابعها لا في نفسه فكان التطهير به تعبدا محضا وفيه يحتاج إلى النية، وقياس الوضوء على التيمم ضعيف لان شرط صحة القياس أن لا يكون الاصل متأخرا والتيمم شرع بعد الهجرة والوضوء قبلها إلا إن قصد به الاستدلال بمعنى لما شرع التيمم بشرط النية ظهر وجوبها في الوضوء فهو بمعنى لا فارق فليس الجواب إلا بإثبات الفارق المتقدم، وقد علم النبي صلى الله عليه وسلم الاعرابي الوضوء ولم يبين له النية فلو كانت شرطا لبينها له. وقد علم مما قدمناه أن الوضوء يقع عبادة فقول بعضهم إنه ليس بعبادة محمول على ما إذا لم ينو أو مراده نفي العبادة المقصودة كما صرح به في الكافي وغيره، وبهذا اندفع ما ذكره النووي من الرد على من نفي العبادة عن الوضوء متمسكا بحديث مسلم الطهور شطر الايمان (١). واعلم أن المذكور في الاصول أن الغسل والمسح في آية الوضوء خاصان وهو لا يحتمل البيان، فاشتراط النية في الوضوء زيادة على النص بخبر الواحد لو دل عليها وهو لا يجوز فأورد العقده الاخيرة فإنها فرض بخبر الواحد، فأجيب بأن الصلاة مجملة في حق ما تتم به إذ لم يعرف بأن إتمامها بأي شئ يقع فاحتاج إلى البيان وقد بين بالحديث، فالفرض ثبت بالكتاب والحديث التحق به بيانا لمجمله فأورد أنه ينبغي أن يلتحق خبر الفاتحة كذلك، فأجيب بأنه لا إجمال في أمر القراءة بل هو خاص. وأورد أيضا أنه ينبغي عدم اشتراط النية في العبادات لما ذكر أجيب بأنها فرض فيها لا بالحديث المذكور بل بقوله تعالى * (وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين) * (البينة: ٥) فإنه جعل الاخلاص الذي هو عبارة عن النية حالا للعابدين والاحوال شروط، ومن هنا نشأ
***
[٥٣]
إشكال على من استدل به على اشتراطها في العبادات كصاحب الهداية مع قولهم في الاصول إن حديث إنما الاعمال بالنيات من قبل ظني الثبوت والدلالة يفيد السنية والاستحباب، وسيأتي تمامه في محله إن شاء الله تعالى. قوله (ومسح كل رأسه مرة) أي مرة مستوعبة لما روى الترمذي في جامعه أن عليا رضي الله تعالى عنه توضأ وغسل أعضاءه ثلاثا ومسح رأسه مرة وقال: هذا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم. وفي الهداية: والذي يروى عنه من التثليث فمحمول عليه بماء واحد وهو مشروع على ما روى الحسن عن أبي حنيفة ا ه‍. ولان التكرار في الغسل لاجل المبالغة في التنظيف ولا يحصل ذلك بالمسح فلا يفيد التكرار فصار كمسح الخف والجبيرة والتيمم، وما قلناه أولى لانه قياس الممسوح على الممسوح، وما قال الشافعي قياس الممسوح على المغسول. وفي العناية: فإن قيل قد صار البلل مستعملا بالمرة الاولى فكيف يسن إمراره ثانيا وثالثا؟ أجيب بأنه يأخذ حكم الاستعمال لاقامة فرض آخر لاقامة السنة لانها تبع للفرض، ألا ترى أن الاستيعاب يسن بماء واحد؟ وقال الزيلعي: تكلموا في كيفية المسح والاظهر أن يضع كفيه وأصابعه على مقدم رأسه ويمدهما إلى القفا على وجه يستوعب جميع الرأس ثم يمسح أذنيه بأصبعيه، ولا يكون الماء مستعملا بهذا لان الاستيعاب بماء واحد لا يكون إلا بهذا الطريق. وما قاله بعضهم من أنه يجافي كفيه تحرزا عن الاستعمال لا يفيد لانه لا بد من الوضع والمد، فإن كان مستعملا بالوضع الاول فكذا بالثاني فلا يفيد تأخيره ا ه‍. قوله (وأذنيه بمائه) أي بماء الرأس. وفي المجتبى: يمسحهما بالسبابتين داخلهما وبالابهامين خارجهما وهو المختار كذا في المعراج. وعن الحلواني وشيخ الاسلام: يدخل الخنصر في أذنيه ويحركهما. واستدل المشايخ بالحديث الاذنان من الرأس يمسحان بما
***
[٥٤]
يمسح به الرأس وتمام تقريره في غاية البيان، واستدل في فتح القدير بفعله عليه الصلاة والسلام أنه أخذ غرفة فمسح بها رأسه وأذنيه

على ما رواه ابن خزيمة وابن حبان والحاكم. وأما ما روي أنه عليه السلام أخذ لاذنيه ماء جديدا فيجب حمله على أنه لفناء البلة قبل الاستيعاب توفيقا بينهما مع أنه لو أخذ ماء جديدا من غير فناء البلة كان حسنا كذا في شرح مسكين، فاستفيد منه أن الخلاف بيننا وبين الشافعي في أنه إذا لم يأخذ ماء جديدا أو مسح بالبلة الباقية هل يكون مقيما للسنة؟ فعندنا نعم، وعنده لا، أما لو أخذ ماء جديدا مع بقاء البلة فإنه يكون مقيما للسنة اتفاقا. قوله (والترتيب المنصوص) أي كما ذكر في النص كذا في أصله الوافي. وهو سنة مؤكدة عندنا على الصحيح ويكون مسيئا بتركه، وعند الشافعي فرض. ومنهم من بنى الخلاف على الاختلاف في معنى الواو وليس بصحيح، فإن الصحيح عندنا وعنده كما هو قول الاكثر أن الواو لمطلق الجمع ولا تفيد الترتيب، ومن زعم من أئمتنا بأنها له لمسائل استدل بها فقد أجيب عنها في الاصول، ومن زعم من الشافعية أنه له فقد ضعفه النووي في شرح المهذب فلم يوجد دليل بالافتراض فنفاه أئمتنا، وقد علم من فعله عليه الصلاة والسلام فقالوا بسنيته. وأما ما استدل به النووي بأن الله تعالى ذكر ممسوحا بين مغسولات والاصل جمع المتجانسة على نسق واحد ثم عطف غيرها لا يخرج عن ذلك إلا لفائدة وهي هنا وجوب الترتيب، فقد أجيب عنه بأن الفائدة التنبيه على وجوب الاقتصاد في صب الماء على الارجل لما أنها مظنة الاسراف كما في الكشاف وغيره، وقد روى البخاري كما في التوشيح وأبو داود كما في السراج الوهاج أنه عليه الصلاة والسلام تيمم فبدأ بذراعيه قبل وجهه، فما ثبت عدم الترتيب في التيمم ثبت في الوضوء لان الخلاف فيهما واحد. وأما ما استدل به الشارحون للشافعي من أن الله تعالى عقب القيام بغسل الوجه بالفاء وهي للترتيب بلا خلاف ومتى وجب تقديم الوجه تعين الترتيب إذ لا قائل بالترتيب في البعض، وما أجابوا به من أن الفاء إنما تفيد ترتيب غسل الاعضاء على القيام إلى الصلاة لا ترتيب بعضها على بعض فقد قال النووي: إنه استدلال باطل عن الشافعي، وكأن قائله حصل له ذهول واشتباه فاخترعه. وأما ما استدل به الزيلعي عن الشافعي من الحديث لا يقبل الله صلاة أمرئ حتى يضع الطهور مواضعه فيغسل يديه ثم يغسل وجهه ثم يغسل ذراعيه فقد اعترف النووي بضعفه فلا حاجة إلى الاشتغال بجوابه. وأما ما استدل في المعراج وغيره من أنه صلى الله عليه وسلم نسي مسح

***

[٥٥]

رأسه ثم تذكر فمسحها ولم يعد غسل رجليه فقد قال النووي: إنه ضعيف لا يعرف. والحاصل أنه لا حاجة إلى إقامة الدليل على عدم الافتراض لانه الاصل ومدعيه مطالب به. قوله (والولاء) بكسر الواو وهو التتابع في الافعال من غير أن يتخللها جفاف عضو مع اعتدال الهواء كذا في تقرير الاكمل وغيره، وفي السراج مع اعتدال الهواء والبدن بغير عذر. وأما إذا كان لعذر بأن فرغ ماء الوضوء أو انقلب الاناء فذهب لطلب الماء وما أشبهه فلا بأس بالتفريق على الصحيح، وكذا إذا فرق في الغسل والتيمم ا ه. وظاهر الاول أن العضو الاول إذا جف بعد ما غسل الثاني فإنه ليس بولاء، وذكر الزيلعي وغيره أن الولاء غسل العضو الثاني قبل جفاف الاول، وهو يقتضي أنه ولاء وهو الاولى. وفي المعراج عن الحلواني تجفيف الاعضاء قبل غسل القدمين بالمنديل لا يفعل لان فيه ترك الولاء، ولا بأس بأن يمسح بالمنديل. واستدل في المعراج على عدم فرضية الولاء بأن ابن عمر رضي الله عنهما توضأ في السوق فغسل وجهه ويديه ومسح برأسه ثم دعي إلى جنازة فدخل المسجد ثم مسح على خفيه ا ه. قال النووي في شرح المهذب: وهو أثر صحيح رواه مالك عن نافع عن ابن عمر والاستدلال به حسن فإن ابن عمر فعله بحضرة حاضري الجنازة ولم ينكر عليه. قوله (ومستحبه التيامن) أي مستحب الوضوء البداءة باليمين في غسل الاعضاء، وهو في اللغة الشئ المحبوب ضد المكروه، وعند الفقهاء هو ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم مرة وتركه أخرى، والمندوب ما فعله مرة أو مرتين وتركه تعليما للجواز كذا في شرح النقاية. ويرد عليه ما رغب فيه ولم يفعله وما جعله تعريفا للمستحب جعله في المحيط تعريفا للمندوب، فالاولى ما عليه الاصوليون من عدن الفرق بين المستحب والمندوب، وأن ما واظب عليه صلى الله عليه وسلم مع ترك ما بلا عذر سنة، وما لم يواظب عليه مندوب ومستحب وإن لم يفعله بعد ما رغب فيه كذا في التحرير، وحكمه الثواب على الفعل وعدم اللوام على الترك. وإنما كان التيامن مستحبا لما في الكتب الستة عن عائشة رضي الله عنها كان صلى الله عليه وسلم يحب التيامن في كل شئ حتى في طهوره وتنعله وترجله وشأنه كله. والمحبوبية لا تستلزم المواظبة لان جميع

المستحبات محبوبة له، ومعلوم أنه لم يواظب على كلها وإلا لم تكن مستحبة بل مسنونة لكن أخرج أبو داود وابن ماجه عنه صلى الله عليه وسلم إذا توضأتم فابدؤوا بميامنكم (١) وغير واحد من حكي وضوءه صلى الله عليه وسلم صرحوا
***
[٥٦]
بتقديم اليمنى على اليسرى، وذلك يفيد المواظبة لانهم إنما يحكون وضوءه الذي هو عادته فيكون سنة وبمثله ثبت سنية الاستيعاب لانهم كذلك حكوا المسح كذا في فتح القدير، لكن المواظبة لا تفيد السنية إلا إذا كانت على سبيل العبادة، وأما إذا كانت على سبيل العادة فتفيد الاستحباب والندب لا السنية كلبس الثوب والاكل باليمين، ومواظبة النبي صلى الله عليه وسلم على التيامن كانت من قبيل الثاني فلا تفيد السنية كذا في شرح الوقاية. وكذا قال في السراج الوهاج: إن البداءة باليمنى فضيلة على الاصح. وقيدنا بقولنا في غسل الاعضاء تبعا لصدر الشريعة وغيره احترازا عن الممسوح فإنه لا يستحب تقديم اليمنى فيه كمسح الاذنين لان مسحهما معا أسهل كالخدين وليس في أعضاء الوضوء عضوان لا يستحب تقديم الايمن منهما إلا الاذنين، فإن كان الرجل اقطع لا يمكنه مسحهما معا فإنه يبتدئ باليمنى وبالخد الايمن كذا في السراج الوهاج. قوله (ومسح رقبته) يعني بظهر اليدين لعدم استعمال بلتهما وقد اختلف فيه، فقيل بدعة وقيل سنة وهو قول الفقية أبي جعفر وبه أخذ كثير من العلماء كذا في شرح مسكين. وفي الخلاصة: الصحيح أنه أدب وهو بمعنى المستحب كما قدمناه. وأما مسح الحلقوم فبدعة، واستدل في فتح القدير على استحباب مسح الرقبة أنه عليه السلام مسح ظاهر رقبته مع مسح الرأس فاندفع به قول من زعم أنه بدعة. وليس مراده حصر مستحبه فيما ذكر لان له مستحبات كثيرة وعبر عنها بعضهم بمندوباته وقدمنا عدم الفرق بينهما. فالذي في فتح القدير أن المندوبات نيف وعشرون: ترك الاسراف، والتقتير، وكلام الناس، والاستعانة - وعن الوبري لا بأس بصب الخادم كان صلى الله عليه وسلم يصب الماء عليه - والتمسح بخرقة يمسح بها موضع الاستنجاء، ونزع خاتم عليه اسمه تعالى أو اسم نبيه حال الاستنجاء، وكون آنيته من
***
[٥٧]
خزف، وأن يغسل عروة الابريق ثلاثا، ووضعه على يساره وإن كان إناء يغترف منه فعن يمينه، ووضع يده حالة الغسل على عروته لا رأسه، والتأهب بالوضوء قبل الوقت، وذكر الشهادتين عند كل عضو، واستقبال القبلة في الوضوء، واستصحاب النية في جميع أفعاله، وتعاهد موقيه وما تحت الخاتم، والذكر المحفوظ عند كل عضو، وأن لا يلطم وجهه بالماء، وإمرار اليد على الاعضاء المغسولة، والتأني، والدلك خصوصا في الشتاء، وتجاوز حدود الوجه واليدين والرجلين ليستيقن غسلهما، وقول سبحانك اللهم وبحمدك أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، اللهم اجعلني من التوابين الخ، وأن يشرب فضل وضوئه مستقبلا قائما - قيل وإن شاء قاعدا - وصلاة ركعتين عقيبة، وملء آنيته استعدادا وحفظ ثيابه من التقاطر، والامتخاط بالشمال عند الاستنشاق ويكره باليمين، وكذا إلقاء البزاق في الماء، والزيادة على ثلاث في غسل الاعضاء وبالماء المشمس ا ه‍. وهنا تنبيهات: الاول: أن الاسراف هو الاستعمال فوق الحاجة الشرعية وإن كان شط نهر، وقد ذكر قاضيخان تركه من السنن ولعله الاوجه. فعلى كونه مندوبا لا يكون الاسراف مكروها، وعلى كونه سنة يكون مكروها تنزيها، وصرح الزيلعي بكراهته. وفي المبتغي: إنه من المنهيات فتكون تحريمية. وقد ذكر المحقق آخر أن الزيادة على ثلاث مكروهة وهي من الاسراف. وهذا إذا كان ماء نهر أو مملوكا له، فإن كان ماء موقوفا على من يتطهر أو يتوضأ حرمت الزيادة والسرف بلا خلاف، وماء المدارس من هذا القبيل لانه إنما يوقف ويساق لمن
***
[٥٨]
يتوضأ الوضوء الشرعي كذا في شرح منية المصلي. وقد علمت فيما قدمناه إن الزيادة على الثلاث لطمأنينة القلب أو بنية وضوء آخر لا بأس به فينبغي تقييد ما أطلقوه هنا. الثاني أن ترك كلام الناس لا يكون أدبا إلا إذا لم يكن لحاجة، فإن دعت إليه حاجة يخاف فوقها بتركه لم يكن في الكلام ترك الادب كما في شرح المنية. الثالث أن التأهب بالوضوء قبل الوقت مقيد بغير صاحب العذر، وفي شرح المنية وعندي أنه من آداب الصلاة لا الوضوء لانه مقصود لفعل الصلاة. الرابع أن الزيلعي صرح بأن لطم الوجه بالماء مكروه فيكون تركه سنة لا أدبا. الخامس أن ذكره الدلك بعد ذكره إمرار اليد على الاعضاء تكرار لان الدلك كما في شرح المنية إمرار اليد على

الاعضاء المغسولة ينبغي أن يزاد مع الاتكاء. السادس أنه ذكر الدلك من المندوبات وفي الخلاصة أنه سنة عندنا. السابع أنه ذكر منها مل ء آنيته استعدادا وينبغي تقييده بما إذا لم يكن الوضوء من النهر أو الحوض لان الوضوء منه أيسر من الوضوء من الاناء. الثامن أن الادعية المذكورة في كتب الفقه قال النووي: لا أصل لها، والذي ثبت الشهادة بعد الفراغ من الوضوء وأقره عليه السراج الهندي في التوشيح. التاسع أن منها غسل ما تحت الحاجبين والشارب لعدم الحرج. العاشر أن صلاة الركعتين بعد الوضوء إنما تندب إذا لم يكن وقت كراهة. الحادي عشر أن منها الجمع بين نية القلب وفعل اللسان كما في المعراج. الثاني عشر أن لا يتوضأ في المواضع النجسة لان لماء الوضوء حرمة كذا في المضمرات. الثالث عشر منها أن يبدأ في غسل الوجه من أعلاه وفي مسح الرأس بمقدمه وفي اليد والرجل بأطراف الاصابع كما في المعراج. الرابع عشر منها إدخال خنصرية في صماخ أذنيه. الخامس عشر أن منها الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في كل عضو كما في التبيين. قوله (وينقضه خروج نجس منه) أي وينقض الوضوء خروج نجس من المتوضئ. والنجس بفتحتين اصطلاحا عين النجاسة، وبكسر الجيم ما لا يكون طاهرا. وفي اللغة: لا فرق بينهما كما في شرح الوقاية، وظاهره أنه بالكسر أعم فيصح ضبطه في المختصر بالكسر

***

[٥٩]

والفتح كما لا يخفى. والنقض في الجسم فك تأليفه. وفي غيره إخراجه عن إفادة ما هو المقصود منه كإستباحة الصلاة في الوضوء،. وأفاد بقوله خروج نجس أن الناقض خروجه لا عينه وعلل له في الكافي بأن الخروج علة الانتقاض وهي عبارة عن المعنى، وعلل شراح الهداية بأنها لو كانت نفسها ناقضة لما حصلت طهارة لشخص أصلا لان تحت كل جلدة دما لكن قال في فتح القدير: الظاهر أن الناقض النجس الخارج وبينه بما حاصله أن الناقض هو المؤثر للنقض والضد هو المؤثر في رفع ضده، وصفة النجاسة الرافعة للطهارة إنما هي قائمة بالخارج فالعلة للنقض هي النجاسة بشرط الخروج، وتأيد هذا بظاهر الحديث ما الحدث؟ قال: ما يخرج من السبيلين. فالعلة النجاسة والخروج علة العلة، وإضافة الحكم إلى العلة أولى من إضافته إلى علة العلة، فاندفع بهذا ما قالوا من لزوم عدم حصول طهارة لشخص على تقدير إضافة النقض إلى النجاسة إذ لا يلزم إلا لو قلنا بأن الخروج ليس شرطا في عمل العلة ولا علة العلة. وشمل كلامه جميع النواقض الحقيقية وهو مجمل وهو قسمان: خارج من السبيلين وخارج من غيرهما. فالاول ناقض مطلقا فتنقض الدودة الخارجة من الدبر والذكر والفرج كذا في الخانية. وفي السراج: إنه بالاجماع. فما في التبيين من أن الدودة الخارجة من فرجها على الخلاف ففيه نظر، وعلل في البدائع بكون الدودة ناقضة أنها نجسة لتولدها من النجاسة، وذكر الاسبيجابي أن فيها طريقتين: إحداهما ما ذكرناه، والثانية أن الناقض ما عليها واختاره الزيلعي وهو في الحصاة مسلم. ولا يرد على المصنف الريح الخارجة من الذكر وفرج المرأة فإنها لا تنقض الوضوء على الصحيح لان الخارج منهما اختلاج وليس بريح خارجة. ولو سلم فليست بمنبعثة عن محل النجاسة والريح لا ينقض إلا لذلك لا لان عينها نجسة لان الصحيح أن عينها طاهرة حتى لو لبس سراويل مبتلة أو ابتل من أليتيه الموضع الذي يمر به الريح فخرج الريح لا يتنجس وهو قول العامة. وما نقل عن الحلواني من أنه كان لا يصلي بسراويله فورع منه كذا قالوا، فاندفع بهذا ما ذكره مسكين في شرحه من أن كلام المصنف ليس على عمومه كما لا يخفى. ودخل أيضا ما لو أدخل أصبعه في دبره ولم يغيبها فإنه تعتبر فيه البلة والرائحة وهو الصحيح لانه ليس بداخل من كل وجه كذا في شرح قاضيخان.

***

[٦٠]

واستفيد منه أنه إذا غيبه نقض مطلقا، وكذا الذباب إذا طار ودخل في الدبر وخرج من غير بلة لا ينقض، وكذا المحقنة إذا أدخلها ثم أخرجها إن لم يكن عليها بلة لا تنقض والاحوط أن يتوضأ كذا في منية المصلي. وفي الخانية: وإذا أقطر في إحليله دهنا ثم عاد فلا وضوء عليه بخلاف ما إذا احتقن بدهن ثم عاد ا ه‍. والفرق بينهما إن في الثاني اختلط الدهن بالنجاسة بخلاف الاحليل للحائل عند أبي حنيفة كذا في فتح القدير. فعلى هذا فعدم النقض قوله فقط وقد صرح به في المحيط فقال: لا ينقض عند أبي حنيفة خلافا لابي يوسف. والاحليل بكسر الهمزة مجرى البول من الذكر. وفي الولوالجية: وكل شئ إذا غيبه ثم أخرجه أو خرج فعليه الوضوء وقضاء الصوم لانه كان داخلا مطلقا فترتب عليه الخروج، وكل شئ إذا أدخل بعضه وطرفه خارج لا ينقض الوضوء وليس عليه قضاء

الصوم لانه غير داخل مطلقا فلا يترتب عليه الخروج ا هـ. والكلية الثانية مقيدة بعدم البلة كما في المحيط. وفي البدائع: لو احتشت في الفرج الداخل ونفذت البلة إلى الجانب الآخر فإن كانت القطنة عالية أم محاذية لحرف الفرج كان حدثا لوجود الخروج، وإن كانت القطنة متسفلة عنه لا ينقض لعدم الخروج. وفي منية المصلي: وإن كانت احتشت في الفرج الخارج فابتل داخل الحشو انتقض نفذ أو لم ينفذ. وفي التبيين: وإن حشي إحليله بقطنة فخروجه بابتلال خارجه. وفي الخانية: المجبوب إذا خرج منه ما يشبه البول إن كان قادرا على إمساكه إن شاء أمسكه وإن شاء أرسله فهو بول ينقض الوضوء، وإن كان لا يقدر على إمساكه لا ينقض ما لم يسل. وفي فتح القدير: والخنثى إذا تبين أنه امرأة فذكره كالجرح، أو رجل ففرجه كالجرح وينقض في الآخر بالظهور لكن قال في التبيين: وأكثرهم على إيجاب الوضوء عليه. فحاصله أن الخنثى ينتقض وضوءه بخروج البول من فرجيه جميعا سال أو لا؟ تبين حاله أو لا؟ وفي التوشيح: يؤخذ في الخنثى المشكل بالاحوط وهو النقض، وأما المفضاة وهي التي صار مسلك البول والغائط منها واحدا أو التي صار مسلك بولها ووطئها واحدا، فيستحب لها الوضوء من الريح ولا يجب لان اليقين لا يزول بالشك. وعن محمد وجوبه وبه أخذ أبو حفص للاحتياط ورجحه في فتح القدير بأن الغالب في الريح كونها من الدبر بل لا نسبة لكونها من القبل به فيفيد غلبة ظن تقرب من اليقين وهو خصوصا في موضع الاحتياط له

***

[٦١]

حكم اليقين فترجح الوجوب ا هـ. لكن ينبغي ترجيحه فيها بالمعنى الاول، أما بالمعنى الثاني فلا، لان الصحيح عدم النقض بالريح الخارجة من الفرج. وقوله في الهداية لاحتمال خروجه من الدبر يشير إلى المعنى الاول ولها حكمان آخران: الاول لو طلقت ثلاثا وتزوجت بآخر لا تحل للاول ما لم تحبل لاحتمال الوطئ في الدبر. الثاني يحرم على زوجها جماعها إلا أن يمكنه إتيانها في قبلها من غير تعد كذا في فتح القدير. وينبغي أن يختصا بها بالمعنى الاول، وأما بالمعنى الثاني فلا كما يفيده التعليل المذكور. وإن كان بذكره شق له رأسان إحداهما يخرج منه ماء يسيل في مجرى الذكر والاخرى في غيره، ففي الاول ينقض بالظهور وفي الثاني بالسيلان. وفي التوشيح: باسوري خرج من دبره فإن عالجه بيده أو بخرقة حتى أدخله تنتقض طهارته لانه يلتزق بيده شئ من النجاسة إلا إن عطس فدخل بنفسه. وذكر الحلواني: إن تيقن خروج الدبر تنتقض طهارته بخروج النجاسة من الباطن إلى الظاهر ويخرج على هذا لو خرج بعض الدودة فدخلت ا هـ. ثم الخروج في السبيلين يتحقق بالظهور فلو نزل البول إلى قصبة الذكر لا ينقض وإلى القلفة فيه خلاف والصحيح النقض، واستشكله الزيلعي هنا بأنهم قالوا: لا يجب على الجنب إيصال الماء إليه لانه خلقه كقصبة الذكر. وأجاب عنه في الغسل بأن الصحيح وجوب الايصال على الجنب فلا إشكال، لكن في فتح القدير الصحيح المعتمد عدم وجوب الايصال في الغسل للحرج لا لانه خلقة فلا يرد الاشكال، واستدلوا لكون الخارج من السبيلين ناقضا مطلقا بقوله تعالى * (أو جاء أحد منكم من الغائط) * (المائدة: ٦) لانه اسم للموضع المطمئن من الارض يقصد للحاجة، فالمجئ منه يكون لازما لقضاء الحاجة فأطلق اللازم وهو المجئ منه وأريد الملزوم وهو الحدث كناية، كذا في غاية البيان والعناية. وظاهر ما في فتح القدير أن اللازم خروج النجاسة والملزوم المجئ من الغائط، وإذا كان كناية عن اللازم فالحمل على أعم اللوازم أولى أخذا بالاحتياط في باب العبادات، فكان جميع ما يخرج من بدن الانسان من النجاسة ناقضا، معتادا كان أو غير معتاد، فكان حجة على مالك. وتعقبه في فتح القدير بأنه إنما يصح على إرادة أعم اللوازم للمجئ والخارج النجس

***

[٦٢]

مطلقا ليس منه للعلم بأن الغائط لا يقصد قط للريح فضلا عن جرح إبرة ونحوه فالاولى كونه فيما يحله. ويستدل على الريح بالاجماع وعلى غيره بالخبر وهو ما رواه الدارقطني الوضوء مما خرج وليس مما دخل لكنه ضعيف. وقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة توضئي لوقت كل صلاة ا هـ. ولا يخفى أن المشايخ إنما استدلوا بالآية على مالك في نفيه ناقضية غير المعتاد من السبيلين ولم يستدلوا بها على الخارج من غيرهما والقياس أيضا حجة على مالك، فالاصل الخارج النجس من السبيلين على وجه الاعتياد، والفرع ما خرج منهما لا على وجه الاعتياد. وأما الخارج من غير السبيلين فناقض بشرط أن يصل إلى موضع يلحقه حكم التطهير - كذا قالوا - ومرادهم أن يتجاوز إلى موضع تجب طهارته أو تندب من بدن وثوب ومكان، وإنما فسرنا الحكم بالاعم من الواجب والمندوب لان ما اشتد من

الانف لا تجب طهارته أصلا بل تندب لما أن المبالغة في الاستنشاق لغير الصائم مسنونة، وأن حدها أن يأخذ الماء بمنخريه حتى يصعد إلى ما اشتد من الانف. وقد صرح في معراج الدراية وغيره بأنه إذا نزل الدم إلى قصبة الانف نقض، وفي البدائع إذا نزل الدم إلى صماخ الاذن يكون حدثا. وفي الصحاح.
***
[٦٣]
صماخ الاذن خرقها وليس ذلك إلا لكونه يندب تطهيره في الغسل ونحوه. وكذا إذا افتصد وخرج دم كثير وسال بحيث لم يتلطخ رأس الجرح فإنه ينقض الوضوء لكونه وصل إلى ثوب أو مكان يلحقهما حكم التطهير فتنبه لهذا فإنه يدفع كلام كثير من الشارحين، ولذا قال في فتح القدير: لو خرج من جرح في العين دم فسال إلى الجانب الآخر منها لا ينقض لانه لا يلحقه حكم هو وجوب التطهير أو ندبه. فقول بعضهم المراد أن يصل إلى موضع تجب طهارته محمول على أن المراد بالوجوب الثبوت وقول الحدادي إذا نزل الدم إلى قصبة الانف لا ينقض محمول على أنه لم يصل إلى ما يسن إيصال الماء إليه في الاستنشاق فهو في حكم الباطن حينئذ توفيقا بين العبارات، وقول من قال إذا نزل الدم إلى مالان من الانف نقض لا يقتضي عدم النقض إذا وصل إلى ما اشتد منه لا بالمفهوم والصريح بخلافه، وقد أوضحه في غاية البيان والعناية والمراد بالوصول المذكور سيلانه. واختلف في حده ففي المحيط حده أن يعلو وينحدر. عن أبي يوسف وعن محمد إذا انتفخ على رأس الجرح وصار أكبر من رأسه نقض، والصحيح الاول. وفي الدراية جعل قول محمد أصح واختاره السرخسي، وفي فتح القدير أنه الاولى، وفي مبسوط شيخ الاسلام تورم رأس الجرح فظهر به قيح ونحوه لا ينقض ما لم يجاوز الورم لانه لا يجب غسل موضع الورم
***
[٦٤]
فلم يتجاوزه إلى موضع يلحقه التطهير، ثم الجرح والنفطة وماء السرة والثدي والاذن والعين إذا كان لعلة سواء على الاصح. وعن الحسن أن ماء النفطة لا ينقض. قال الحلواني: وفيه توسعة لمن به جرب أو جدري كذا في المعراج: وفي التبيين والقيح: الخارج من الاذن أو الصديد إن كان بدون الوجع لا ينقض ومع الوجع ينقض لانه دليل الجرح روي ذلك عن الحلواني ا ه. وفيه نظر بل الظاهر إذا كان الخارج قيحا أو صديدا ينقض سواء كان مع وجع أو بدونه لانهما لا يخرجان إلا عن علة، نعم هذا التفصيل حسن فيما إذا كان الخارج ماء ليس غير. وفيه أيضا: ولو كان في عينيه رمد أو عمش يسيل منهما الدموع - قالوا - يؤمر بالوضوء لوقت كل صلاة لاحتمال أن يكون صديدا أو قيحا ا ه. وهذا التعليل يقتضي أنه أمر استحباب فإن الشك والاحتمال في كونه ناقضا لا يوجب الحكم بالنقض إذ اليقين لا يزول بالشك، نعم إذا علم من طريق غلبة الظن بأخبار الاطباء أو بعلامات تغلب على ظن المبتلي يجب. ولو كان الدم في الجرح فأخذه بخرقة أو أكله الذباب فازداد في مكانه، فإن كان بحيث يزيد ويسيل لو لم يأخذه بنفسه بطل وضوءه وإلا فلا. وكذلك إذا ألقى عليه تراب أو رماد ثم ظهر ثانيا وتربه ثم وثم فهو كذلك يجمع كله. قال في الذخيرة قالوا: وإنما يجمع إذا كان في مجلس واحد مرة بعد أخرى، أما إذا كان في مجالس مختلفة لا يجمع. ولو ربط الجرح فنفذت البلة إلى طاق لا إلى الخارج نقض. قال في فتح القدير: ويجب أن يكون معناه إذا كان
***
[٦٥]
بحيث لولا الرباط سال لان القميص لو تردد على الجرح فابتل لا يتنجس ما لم يكن كذلك لانه ليس بحدث. وفي المحيط: مص القراد فامتلا إن كان صغيرا لا ينقض كما لو مص الذباب وإن كان كبيرا نقض كمص العلقة ا ه. وعللوه بأن الدم في الكبير يكون سائلا قالوا: ولا ينقض ما ظهر من موضعه ولم يرتق كالنفطة إذا قشرت، ولا ما ارتقى عن موضعه ولم يسل كالدم المرتقى من مغرز الابرة، والحاصل في الخلال من الاسنان، وفي الخبز من العض، وفي الاصبع من إدخاله في الانف. وفي منية المصلي: ولو استنثر فسقطت من أنفه كتلة دم لم تنقض وضوءه وإن قطرت قطرة دم انتقض ا ه.. وأما ما سال بعصر وكان بحيث لو لم يعصر لم يسل قالوا لا ينقض لانه ليس بخارج وإنما هو مخرج وهو مختار صاحب الهداية، وقال شمس الائمة ينقض وهو حدث عمد عنده وهو الاصح كذا في فتح القدير معزيا إلى الكافي لانه لا تأثير يظهر للاخراج وعدمه في هذا الحكم بل لكونه خارجا نجسا، وذلك يتحقق مع الاخراج كما يتحقق

مع عدمه فصار كالفصد، كيف وجميع الادلة الموردة من السنة والقياس يفيد تعليق النقض بالخارج النجس وهو ثابت في المخرج ا ه. وضعفه في العناية بأن الاخراج ليس بمنصوص عليه وإن كان يستلزمه فكان ثبوته غير قصدي ولا معتبر به ا ه. وهذا كله مذهبنا واستدلوا له بأحاديث ضعفها في فتح القدير، وأحسن ما يستدل به حديث فاطمة والقياس. أما الاول فما رواه البخاري عن عائشة جاءت فاطمة بنت أبي حبيش إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إني امرأة استحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة؟ قال: لا إنما ذلك عرق وليست بالحيضة، فإذا
***
[٦٦]
أقبلت الحيضة فدعي الصلاة وإذا أدبرت فاغسلي عنك الدم. قال هشام بن عروة قال أبي: ثم توضئي لكل صلاة حتى يجئ ذلك الوقت. وما قيل إنه من كلام عروة دفع بأنه خلاف الظاهر لانه لما كان على مشاكلة الاول لزم كونه من قائل الاول فكان حجة لنا لانه علل وجوب الوضوء بأنه دم عرق وكل الدماء كذلك. وأما القياس فبيانه أن خروج النجاسة مؤثر في زوال الطهارة شرعا وقد عقل في الاصل وهو الخارج من السبيلين أن زوال الطهارة عنده وهو الحكم إنما هو بسبب أنه نجس خارج من البدن إذ لم يظهر لكونه من خصوص السبيلين تأثير وقد وجد في الخارج من غيرهما وفيه المناط فيتعدى الحكم إليه، فالاصل الخارج من السبيلين وحكمه زوال الطهارة وعلته خروج النجاسة من البدن وخصوص المحل ملغى، والفرع الخارج النجس من غيرهما وفيه المناط فيتعدى إليه زوال الطهارة التي موجبها الوضوء، فثبت أن موجب هذا القياس ثبوت زوال طهارة الوضوء. وإذا صار زائل الطهارة فعند إرادة الصلاة يتوجه عليه خطاب الوضوء وهو تطهير الاعضاء الاربعة، وإذا صار خروج النجاسة من غير السبيلين كخروجها من السبيلين يرد أن يقال لما اشترطتم في الفرع السيلان أو مل ء الفم في القئ مع عدم اشتراطه في الاصل، فاجيب بأن النقض بالخروج وحقيقته من الباطن إلى الظاهر وذلك بالظهور في السبيلين يتحقق وفي غيرهما بالسيلان إلى موضع يلحقه التطهير لان بزوال القشرة تظهر النجاسة في محلها فتكون بادية لا خارجة والفم ظاهر من وجه باطن من وجه فاعتبر ظاهرا في مل ء الفم باطنا فيما دونه. قوله (وقئ ملا فاه) أي وينقضه قئ ملا فم المتوضئ. أفرده بالذكر وإن كان داخلا في الاول لمخالفته في حد الخروج، كذا في التبيين. وإنما لم يفرد الخارج من غير السبيلين
***
[٦٧]
مع مخالفته للخارج منهما كما في الوافي لما أن السيلان مستفاد من الخروج كما قدمناه بخلاف مل ء الفم، وقد تقدم الدليل لمذهبنا وهو مذهب العشرة المبشرين بالجنة ومن تابعهم. واختلف في حد مل ء الفم فصحح في المعراج وغيره أنه ما لا يمكن إمساكه إلا بكلفة، وصحح في الينابيع أنه مالا يقدر على إمساكه، ووجهه أن النجس حينئذ يخرج ظاهرا لان هذا القئ ليس إلا من قعر المعدة، فالظاهر أنه مستصحب للنجس بخلاف القليل فإنه من أعلى المعدة فلا يستصحبه، ولان للفم بطونا معتبرا شرعا حتى لو ابتلع الصائم ريقه لا يفسد صومه كما لو انتقلت النجاسة من محل إلى آخر في الجوف وظهورا حتى لا يفسد الصوم بإدخال الماء فيه فراعينا الشبهين فلا ينقض القليل ملاحظة للبطون وينقض الكثير للآخر لخروج النجس ظاهرا. قوله (ولو مرة أو علقا أو طعاما أو ماء) بيان لعدم الفرق بين أنواع القئ. والعلق ما اشتدت حمرته وجمد أطلق في الطعام والماء. قال الحسن: إذا تناول طعاما أو ماء ثم قاء من ساعته لا ينقض لانه طاهر حيث لم يستحل وإنما اتصل به قليل القئ فلا يكون حدثا فلا يكون نجسا، وكذا الصبي إذا ارتضع وقاء من ساعته وصححه في المعراج وغيره. ومحل الاختلاف ما إذا وصل إلى معدته ولم يستقر، أما لو قاء قبل الوصول إليها وهو في المرئ فإنه لا ينقض اتفاقا كما ذكره الزاهدي. وفي فتح القدير: لو قاء دودا كثيرا أو حية ملات فاه لا ينقض لان ما يتصل به قليل وهو غير ناقض ا ه. وقد يقال: ينبغي على قول من حكم بنجاسة الدود أن ينقض إذا ملا الفم. قوله (لا بلغما) عطف على مرة أي لا ينقضه بلغم أطلقه فشمل ما إذا كان من الرأس أو من الجوف ملا الفم أو لا، مخلوطا بطعام أو لا، إلا إذا كان الطعام مل ء الفم. وعند أبي يوسف ينقض المرتقى من الجوف أن ملا الفم كسائر أنواع القئ لانه يتنجس في المعدة بالمجاورة بخلاف النازل من الرأس فإنها ليست محل النجاسة، ولهما أنه لزج صقيل لا يتداخله أجزاء النجاسة فصار كالبزاق، وما يتصل به من القئ قليل ولا يرد ما إذا وقع البلغم في

النجاسة فإنه يحكم بنجاسته لان كلامنا فيما إذا كان في الباطن، وأما إذا انفصل قلت ثخانته وازدادت رقته فقبلها، هكذا في كثير من الكتب وهو ظاهر في أن البلغم ليس

***

[٦٨]

نجسا اتفاقا وإنما نجسه أبو يوسف للمجاورة، وهما حكما بطهارته وأن الخلاف في الصاعد من المعدة فاندفع به قول من قال إن البلغم نجس عند أبي يوسف لانه إحدى الطبائع الاربع حتى قال في الخلاصة: إن من صلى ومعه خرقة المخاط لا تجوز صلاته عند أبي يوسف إن كان كثيرا فاحشا إذ لو كان كذلك لاستوى النازل من الرأس والمرتقى من الجوف، وقد قالوا: لا خلاف في طهارة الاول. واندفع به ما في البدائع أنه لا خلاف في المسألة في الحقيقة بأن جواب أبي يوسف في الصاعد من المعدة وأنه حدث بالاجماع لانه نجس وجوابهما في الصاعد من حواشي الحلق وأطراف الرئة وأنه ليس بحدث إجماعا لانه طاهر فينظر إن كان صافيا غير مخلوط بالطعام تبين أنه لم يصعد من المعدة فلا يكون حدثا، وإن كان مخلوطا بشئ من ذلك تبين أنه صعد منها فيكون حدثا وهذا هو الاصح ا ه‍. ويدل على ضعفه أن المنقول في الكتب المعتمدة أن البلغم إذا كان مخلوطا بالطعام لا ينقض إلا إذا كان الطعام غالبا بحيث لو انفرد ملا الفم، أما إذا كان الطعام مغلوبا فلا ينقض مع تحقق كونه من المعدة. قال في الخلاصة: فإن استويا لا ينقض. وفي صلاة المحسن قال: العبرة للغالب ولو استويا يعتبر كل على حدة. قال في فتح القدير: وعجز هذا أولى من عجز ما في الخلاصة. وفي شرح الجامع الصغير لقاضيخان: الخلاف في البلغم وهو ما كان منعقدا متجمدا، أما البزاق وهو ما لا يكون متجمدا فلا ينقض بالاجماع. وذكر العلامة يعقوب باشاه أن في قولهما إن ما يتصل بالبلغم من القئ قليل وهو غير ناقض إشارة إلى أنه ينبغي أن ينتقض الوضوء بقئ البلغم إذا تكرر جدا مع اتحاد المجلس أو السبب ويبلغ بالجمع حد الكثرة ا ه‍. وقد يقال: الظاهر عدم اعتباره لانه إنما يجمع إذا كان غير مستهلك، أما إذا كان مغلوبا مستهلكا فلا، وصرحوا في باب الانجاس أن نجاسة القئ مغلظة. وفي معراج الدراية وعن أبي حنيفة قاء طعاما أو ماء فأصاب إنسانا شبرا في شبر لا يمنع. وفي المجتبى: الاصح أنه لا يمنع ما لم يفحش ا ه‍. وهو صريح في أن نجاسته مخففة. وحمله في فتح القدير على ما إذا قاء من

***

[٦٩]

ساعته وهو غير صحيح لانه حينئذ طاهر كما قدمنا أنه غير ناقض. وألحقوا بالقئ ماء فم النائم إذا صعد من الجوف بأن كان أصفر أو منتنا وهو مختار أبي نصر، وصحح في الخلاصة طهارته وعند أبي يوسف نجس، ولو نزل من الرأس فطاهر اتفاقا وفي التنجيس أنه طاهر كيفما كان وعليه الفتوى. قوله (أو دما غلب عليه البصاق) معطوف على البلغم أي لا ينقض الدم الخارج من الفم المغلوب بالبصاق لان الحكم للغالب فصار كأنه كله بزاق، قيد بغلبة البزاق لانه لو كان مغلوبا والدم غالب نقض لانه سال بقوة نفسه. وإن استويا نقض أيضا لاحتمال سيلانه بنفسه أو أساله غيره فوجد الحدث من وجه فرجحنا جانب الوجود احتياطا بخلاف ما إذا شك في الحدث لانه لم يوجد إلا مجرد الشك ولا عبرة له مع اليقين، كذا في المحيط. قالوا: علامة كون الدم غالبا أو مساويا أن يكون أحمر، وعلامة كونه مغلوبا أن يكون أصفر، وقيدنا بكونه خارجا من الفم الخ. لانه لو كان صاعدا من الجوف مائعا غير مخلوط بشئ فعند محمد ينقض إن ملا الفم كسائر أنواع القئ، وعندهما إن سال بقوة نفسه نقض الوضوء، وإن كان قليلا لان المعدة ليست بمحل الدم فيكون من قرحة في الجوف، كذا في الهداية. واختلف التصحيح فصحح في البدائع قولهما قال وبه أحد عامة المشايخ. وقال الزيلعي: إنه المختار وصحح في المحيط قول محمد وكذا في السراج معزيا إلى الوجير، ولو كان مائعا نازلا من الرأس نقض، قل أو كثر، بإجماع أصحابنا. ولو كان علقا متجمدا يعتبر فيه مل ء الفم بالاتفاق لانه سوداء محترقة، وأما الصاعد من الجوف المختلط بالبزاق فحكمه ما بيناه في الخارج من الفم المختلط بالبزاق لا فرق في المخلوط بالبزاق بين كونه من الفم أو الجوف وهو ظاهر إطلاق الشارحين كصاحب المعراج وغاية البيان وجامع قاضيخان والكافي والينابيع والمضمرات، وصرح بعدم الفرق في شرح مسكين. ونقل ابن الملك في شرحه على المجمع

***

[٧٠]

أن الدم الصاعد من الجوف إذا غلبه البزاق لا ينقض اتفاقا. وظاهر كلام الزيلعي أن الدم الصاعد من الجوف المختلط بالبزاق ينقض قليله وكثيره على المختار، ولا يخفى عدم صحته لمخالفته المنقول مع عدم تعقل فرق بين الخارج من الفم والخارج من الجوف المختلطين بالبزاق. وقد استفيد مما ذكروا هنا أن ما خرج من المعدة لا ينقض ما لم يملا الفم وما لم يخرج منها كالدم ينقض قليله وكثيره إذا وصل إلى موضع يلحقه حكم التطهير، وإنما كان كذلك لان الفم له تعلق بالمعدة من حيث إن وصول الطعام إليها منه فكان منها لاتصاله بها فيجوز أن يلحق بها في حق ما يخرج منها إذا كان قليلا بخلاف الدم لان المعدة ليست بموضعه، ولا ضرورة في حكم الدم فيكون له حكم الظاهر من كل وجه، وكذا في معراج الدراية. وفي شرح النقاية: ولو كان في البزاق عروق الدم فهو عفو. وفي السراج الوهاج: وإن استعط نخرج السعوط إلى الفم إن ملا الفم نقض، وإن خرج من الاذنين لا ينقض وفيه تأمل. وحمله بعضهم على أنوصل إلى الجوف في المسألة الاولى ثم خرج وإلا فهو لم يصل إلى موضع النجاسة لكن في البدائع خلاف في النقض في المسألة الاولى ووجه القول بالنقض بما ذكرنا. وقال السراج الهندي: علامة كونه وصل إلى الجوف أن يتغير والتغير أن يستحيل

***

[٧١]

إلى نتن وفساد فحينئذ يكون نجسا. والبزاق بالزاي والسين والصاد لغات كما في شرح المنية. واعلم أن حكم الصوم كحكم الوضوء هنا حتى إذا ابتلع البصاق وفيه دم إن كان الدم غالبا أو كان سواء أفطر وإلا فلا. قوله (والسبب يجمع متفرقة) أي متفرق القئ. وصورته لو قاء مرارا كل مرة دون مل ء الفم ولو جمع ملا الفم يجمع وينقض الوضوء إن اتحد السبب وهو الغثيان وهو مصدر غثت نفسه إذا جاشت، وإن اختلف السبب لا يجمع. وتفسير اتحاده أن يقئ ثانيا قبل سكون النفس من الغثيان، وإن قاء ثانيا بعد سكون النفس كان مختلفا وهذا عند محمد. وقال أبو يوسف: يجمع إن اتحد المجلس اتحاد ما يحتوي عليه المجلس كما ذكره الحدادي لان للمجلس أثرا في جمع المتفرقات، ولهذا تتحد الاقوال المتفرقة في النكاح والبيع وسائر العقود باتحاد المجلس، وكذلك التلاوات المتعددة لآية السجدة تتحد باتحاد المجلس. ولمحمد رحمه الله أن الحكم يثبت على حسب ثبوت السبب من الصحة والفساد فيتحد باتحاده، ألا ترى أنه إذا جرح جراحات ومات منها قبل البرء يتحد الموجب وإن تخلل البرء اختلف. قال المصنف في الكافي: والاصح قول محمد لان الاصل إضافة الاحكام إلى الاسباب، وإنما ترك في بعض الصور للضرورة كما في سجدة التلاوة إذا لو اعتبر السبب لانتفى التداخل لان كل تلاوة سبب. وفي الاقارير اعتبر المجلس للعرف، وفي الايجاب والقبول لدفع الضرر ا ه. ثم هذه المسألة على أربعة أوجه: إما أن يتحد السبب والمجلس أو يتعدد أو يتحد الاول دون الثاني أو على العكس. ففي الاول يجمع اتفاقا، وفي الثاني لا يجمع اتفاقا، وفي الثالث يجمع عند محمد، وفي الرابع يجمع عند أبي يوسف. وقد نقلوا في كتاب الغصب مسألة اعتبر فيها محمد المجلس، وأبو يوسف اعتبر السبب وهي رجل نزع خاتما من أصبع نائم ثم أعادها، إن أعادها في ذلك النوم يبرأ من الضمان إجماعا، وإن استيقظ قبل أن يعيدها ثم نام في موضعه ولم يقم منه فأعادها في النومة الثانية لا يبرأ من الضمان عند أبي يوسف لانه لما انتبه وجب ردها إليه فما لم يردها إليه حتى نام لم يبرأ بالرد إليه وهو نائم بخلاف الاولى، لان هناك وجب الرد إلى نائم، وهنا لما استيقظ وجب الرد إلى مستيقظ فلا يبرأ بالرد إلى النائم. وعند محمد يبرأ لانه ما دام في مجلسه ذلك لا ضمان عليه وإن تكرر نومه ويقظته، فإن قام عن مجلسه ذلك ولم يردها إليه ثم نام في موضع آخر فردها إليه لم يبرأ من الضمان إجماعا لاختلاف المجلس والسبب، كذا في السراج الوهاج معزيا إلى الواقعات ولم يذكر لابي حنيفة فيها قولا. وقال قاضيخان في فتاواه من الغصب ولم يذكر في هذه المسائل قول أبي حنيفة فإن الصحيح من مذهبه أنه لا يضمن إلا بالتحويل ا ه. والذي يظهر أن الخلاف في مسألة الغصب ليس بناء على اتحاد السبب أو المجلس فإن النوم ليس سببا في براءته، بل السبب فيها إنما هو رده إلى صاحبه لكن أبو يوسف نظر إلى أنه أخذه وهو نائم ثم وجب الرد إليه وهو مستيقظ، فلما لم يرده حتى نام ثانيا لم يبرأ، ومحمد نظر إلى أنه ما دام في

***

[٧٢]

مجلسه لم يضمن. وقد تكرر لفظ المعدة فلا بأس بضبطها وهي بفتح الميم وكسر العين وبكسر الميم وإسكان العين كذا في شرح المهذب. قوله (ونوم مضطجع ومتورك) بيان للنواقض الحكمية بعد الحقيقية. والنوم فترة طبيعية تحدث في الانسان بلا اختيار منه وتمنع الحواس

الظاهرة والباطنة عن العمل مع سلامتها واستعمال العقل مع قيامه فيعجز العبد عن أداء الحقوق. وللعلماء في النوم طريقتان ذكرهما في المبسوط وتبعه شراح الهداية: إحداهما أن النوم ليس بناقض إنما الناقض ما لا يخلو عنه النائم فأقيم السبب الظاهر مقامه كما في السفر، وكما إذا دخل الكنيف وشك في وضوئه فإنه ينتقض وضوءه لجريان العادة عند الدخول في الخلاء بالتبرز. الثانية أن عينه ناقض وصحح في السراج الوهاج الاول فاختاره الزيلعي مقتصرا عليه لانه لو كان ناقضا لاستوى وجوده في الصلاة وخارجها. فما في التوشيح من أن عينه ليس بناقض اتفاقا فيه نظر، ولما كان النوم مظنة الحدث أدير الحكم على ما يتحقق معه الاسترخاء على الكمال وهو في المضطجع. والاضطجاع وضع الجنب على الارض، يقال ضجع الرجل إذا وضع جنبه بالارض واضطجع مثله في الصحاح. ويلحق به المستلقي على قفاه والنائم المستلقي على وجهه، وأما من نام واضعا أليتيه على عقبيه وصار شبه المنكب على وجهه واضعا بطنه على فخذيه لا ينتقض وضوؤه، كذا في النهاية والمعراج وعزاه في فتح القدير إلى الذخيرة ثم قال: وفي غيرها نام متربعا ورأسه على فخذيه نقض وهذا يخالف ما في الذخيرة ا هـ. وفي المحيط: لو نام قاعدا واضعا أليتيه على عقبيه شبه المنكب. قال محمد: عليه الوضوء. وقال أبو يوسف: لا وضوء عليه وهو الاصح ا هـ. فأفاد أن في المسألة اختلافا بين الصاحبين وأن ما في النهاية وغيرها الاصح أطلق في المضطجع فشمل المريض إذا نام في صلاته مضطجعا وفيه خلاف والصحيح النقض. وقيل: لا لان نومه قاعدا كنوم الصحيح قائما، وأما التورك فلفظ مشترك، فإن كان بمعنى أن جلسته تكشف عن المخرج كما إذا نام على أحد وركيه أو معتمدا على أحد مرفقيه فهذا ناقض وهو مراد المصنف بدليل ما علل به في الكافي، وإن كان
***
[٧٣]
بمعنى أن يبسط قدميه من جانب ويلصق أليتيه بالارض فهذا غير ناقض كما في الخلاصة، ولم يذكر المصنف الاستناد إلى شئ لو أزيل عنه لسقط لانه لا ينقض في ظاهر المذهب عن أبي حنيفة. إذا لم تكن مقعدته زائلة عن الارض كما في الخلاصة وبه أخذ عامة المشايخ وهو الاصح كما في البدائع، وإن كان مختار القدوري النقض. وأما إذا كانت مقعدته زائلة فإنه ينقض اتفاقا وهو بمعنى التورك فلذا تركه. وفي الخلاصة: ولو نام على رأس التنور وهو جالس قد أدلى رجليه كان حدثا. وفي المبتغى: ولو نام محتبيا ورأسه على ركبتيه لا ينقض. وفي المحيط: لو نام على دابة وهي عريانة قالوا: إن كان في حالة الصعود والاستواء لا يكون حدثا، وإن كان في حالة الهبوط يكون حدثا لان مقعدته متجافية عن ظهر الدابة ا هـ. وفي هذه المواضع التي يكون فيها حدثا فهو بمعنى التورك فلم يخرج عن كلام المصنف، وقيد المصنف بنوم المضطجع والمتورك لانه لا ينقض نوم القائم ولا القاعد ولو في السراج أو المحمل كما في الخلاصة، ولا الراكع ولا الساجد مطلقا إن كان في الصلاة وإن كان خارجها فكذلك إلا في السجود فإنه يشترط أن يكون على الهيئة المسنونة له بأن يكون رافعا بطنه عن فخذيه مجافيا عضديه عن جنبيه. وإن سجد على غير هذه الهيئة انتقض وضوؤه لان في الوجه الاول الاستمساك باق والاستطلاق منعدم بخلافه في الوجه الثاني، وهذا هو القياس في الصلاة إلا أنا تركناه فيها
***
[٧٤]
بالنص، كذا في البدائع وصرح الزيلعي بأنه الاصح. وسجدة التلاوة في هذا كالصلبية وكذا سجدة الشكر عند محمد خلافا لابي حنيفة. كذا في فتح القدير وكذا في سجدتي السهو كذا في الخلاصة. وأطلق في الهداية الصلاة فشمل ما كان عن تعمد وما عن غلبة. وعن أبي يوسف: إذا تعمد النوم في الصلاة نقض والمختار الاول. وفي فصل ما يفسد الصلاة من فتاوى قاضيخان. وعن أبي يوسف: إذا تعمد النوم في الصلاة نقض والمختار الاول. وفي فصل ما يفسد الصلاة من فتاوى قاضيخان: لو نام في ركوعه أو سجوده إن لم يتعمد لا تفسد، وإن تعمد فسدت في السجود دون الركوع ا هـ. كأنه مبني على قيام المسكة حينئذ في الركوع دون السجود، ومقتضى النظر أن يفصل في ذلك السجود إن كان متجافيا لا تفسد وإلا تفسد كذا في فتح القدير. وقد يقال مقتضى الاصح المتقدم أن لا ينتقض بالنوم في السجود مطلقا وينبغي حمل ما في الخانية على رواية أبي يوسف. وفي جامع الفقه أن النوم في الركوع والسجود لا ينقض الوضوء ولو تعمده ولكن تفسد صلاته كذا في شرح منظومة ابن وهبان. وفي الخلاصة: لو نام قاعدا فسقط على الارض عن أبي حنيفة أنه إن انتبه قبل أن
***

[٧٥]
يصيب جنبه الارض أو عند إصابة جنبه الارض بلا فصل لم ينتقض وضوؤه، وعن أبي يوسف أنه ينتقض، وعن محمد أنه إن انتبه قبل أن تزايل مقعدته الارض لم ينتقض وضوءه، وإن زايل مقعدته الارض قبل أن ينتبه انتقض، والفتوى على رواية أبي حنيفة، قال شمس الائمة الحلواني: ظاهر المذهب عن أبي حنيفة كما روي عمحمد قيل هو المعتمد، وسواء سقط أو لم يسقط. وإن نام جالسا وهو يتمايل ربمتزول مقعدته عن الارض وربما لا تزول. قال شمس الائمة الحلواني: ظاهر المذهب أنه لا يكون حدثا. ولو وضع يده على الارض فاستيقظ لا ينتقض الوضوء، سواء وضع بطن الكف أو ظهر الكف ما لم يضع جنبه على الارض قبل التيقظ ا ه. وقيد بالنوم لان النعاس مضطجعا لا ذكر له في المذهب، والظاهر أنه ليس بحدث. وقال أبو علي الدقاق وأبو علي الرازي: إن كان لا يفهم عامة ما قيل عنده كان حدثا كذا في شروح الهداية. وبهذا تبين أن ما في التبيين على قول الشيخين لا على الظاهر، وعليه يحمل ما في سنن البزار بإسناد صحيح: كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ينتظرون الصلاة فيضعون جنوبهم فمنهم من ينام ثم يقوم إلى الصلاة. فإن النوم مضطجعا ناقض إلا في حق النبي صلى الله عليه وسلم. صرح في القنية بأنه من خصوصياته ولهذا ورد في الصحيحين أن النبي صلى الله عليه وسلم نام حتى نفخ ثم قام إلى الصلاة ولم يتوضأ لما ورد في حديث آخر أن عيني
***
[٧٦]
تنامان ولا ينام قلبي. ولا يشكل عليه ما ورد في الصحيح من أنه نام ليلة التعريس حتى طلعت الشمس لان القلب يقظان يحس بالحدث وغيره مما يتعلق بالبدن ويشعر به القلب، وليس طلوع الفجر والشمس من ذلك ولا هو مما يدرك بالقلب وإنما يدرك بالعين وهي نائمة، وهذا هو المشهور في كتب المحدثين والفقهاء كذا في شرح المهذب. قوله (وإغماء وجنون) أي وينقضه إغماء وجنون. أما الاغماء فهو ضرب من المرض يضعف القوى ولا يزيل الحجا أي العقل بل يستره بخلاف الجنون فإنه يزيله، ولذا لم يعصم النبي صلى الله عليه وسلم من الاغماء كالامراض وعصم من الجنون وهو كالنوم في فوت الاختيار وفوت استعمال القدرة حتى بطلت عباراته بل أشد منه لان النوم فترة أصلية وإذا نبه انتبه، والاغماء عارض لا يتنبه صاحبه إذا نبه فكان حدثا بكل حال، ولذا أطلقه في المختصر بخلاف النوم فإنه لا يكون حدثا إلا إذا استرخت مفاصله غاية الاسترخاء فغلب الخروج حينئذ فأقيم السبب مقامه بخلافه في غير هذه الحالة فإن الغالب فيها عدمه فلا يقام السبب مقامه فكان عدم النقض على أصل القياس الذي يقتضي أن غير الخارج لا ينقض، وبهذا اندفع ما وقع في كثير من الكتب من أن القياس أن يكون النوم حدثا في الاحوال كلها. وقد نقل النووي في شرح المهذب الاجماع على ناقضية الاغماء والجنون. يقال أغمي عليه وهو مغمى عليه وغمي عليه فهو مغمى عليه، ورجل غمي أي مغمى عليه وكذا الاثنان والجمع والمؤنث، وقد ثناه بعضهم وجمعه فقال رجلان أغميان ورجال أغماء. وأما الجنون فهو زوال العقل ونقضه ظاهر باعتبار عدم مبالاته وتمييز الحدث من غيره. وعلله بعض المشايخ بغلبة الاسترخاء، ورد بأن الجنون قد يكون أقوى من الصحيح فالاولى ما قلناه كذا في العناية. وأما العتة فلم أر من ذكره من النواقض ولا بد من بيان حقيقته وحكمه. أما الاول فهو آفة توجب الاختلال بالعقل بحيث يصير مختلط الكلام فاسد التدبير لانه لا يضرب ولا يشتم. وأما الثاني فقد اختلف فيه على ثلاثة أقوال: ففي أصول فخر الاسلام وشمس الائمة والمنار والمغني والتوضيح أنه كالصبي مع العقل في كل الاحكام فيوضع عنه الخطاب. وفي التقويم لابي زيد الدبوسي أن حكمه حكم الصبي مع العقل إلا في العبادات فإنا لم نسقط عنه الوجوب به احتياطا في وقت الخطاب، ورده صدر الاسلام أبو اليسر بأنه نوع جنون فمنع الوجوب لانه لا يقف على العواقب. وفي أصول البستي أن المعتوه ليس بمكلف بأداء العبادات كالصبي العاقل إلا أنه إذا زال العتة توجه عليه الخطاب بالاداء حالا وبقضاء ما مضى إذا لم يكن فيه حرج كالقليل فقد صرح بأنه يقضي القليل دون الكثير وإن لم يكن مخاطبا فيما قبل كالنائم والمغمى عليه دون الصبي إذ بلغ وهو أقرب إلى التحقيق، كذا في شرح المغني للهندي. وظاهر كلام الكل الاتفاق على صحة أدائه العبادات، أما من جعله مكلفا بها
***
[٧٧]

فظاهر، وكذا من لم يجعله مكلفا لانه جعله كالصبي العاقل وقد صرحوا بصحة عباداته فيفهم منه أن العتة لا ينقض الوضوء والله سبحانه الموفق. قوله (وسكر) أي وينقضه سكر وهو سرور يغلب على العقل بمباشرة بعض الاسباب الموجبة له فيمتنع الانسان عن العمل بموجب عقله من غير أن يزيله، ولذا بقي أهلا للخطاب. وقيل إنه يزيله وتكليفه مع زوال عقله بطريق الزجر عليه، والتحقيق الاول لما ذكره الحكيم الترمذي في نوادره: العقل في الرأس وشعاعه في الصدر والقلب، فالقلب يهتدي بنوره لتدبير الامور وتمييز الحسن من القبيح، فإذا شرب الخمر خلص أثرها إلى الصدر فحال بينه وبين نور العقل فيبقى الصدر مظلما فلم ينتفع القلب بنور العقل فسمي ذلك سكرا لانه سكر حاجز بينه وبين العقل. وقد اختلف في حده هنا ففي الخلاصة والولجية والينابيع ونقله في المضمرات والتبيين عن صدر الاسلام وعزاه مسكين إلى شرح المبسوط أن حده هو وحده في وجوب الحد وهو من لا يعرف الرجل من المرأة. وقال شمس الائمة الحلواني: هو من حصل في مشيته اختلال وصححه في المجتبى وشرح الوقاية والمضمرات وشرح مسكين. قالوا: وكذا الجواب في الحنث إذا حلف أنه ليس بسكران وكان على الصفة التي قلنا يحنث في يمينه وإن لم يكن بحال لا يعرف الرجل من المرأة. وقد ذكر ابن وهبان في منظومته أن السكر يبطل الوضوء والصلاة وهو محمول على أنه شرب المسكر فقام إلى الصلاة قبل أن يصير إلى هذه الحالة ثم صار في أثنائها إلى حالة لو مشى فيها يتحرك. قوله (وقهقهة مصل بالغ) أي وينقضه قهقهة وهي في اللغة معروفة وهو أن يقول قه قه وقهقه بمعنى. واصطلاحا ما يكون مسموعا له ولجيرانه بدت أسنانه أو لا. وظاهر كلام المصنف وجماعة أن القهقهة من الاحداث. وقال بعضهم: إنها ليست حدثا فإنما يجب الوضوء بها عقوبة وزجرا وهو ظاهر كلام جماعة منهم القاضي أبو زيد الدبوسي في الاسرار وهو موافق للقياس لانها ليست خارجا نجسا بل هي صوت كالبكاء والكلام. وفائدة الخلاف أن من جعلها حدثا منع جواز مس المصحف معها كسائر الاحداث، ومن أوجب الوضوء عقوبة جوز مس المصحف معها، هكذا نقل الخلاف وفائدته في معراج الدراية. وينبغي ترجيح الثاني لموافقته القياس وسلامته مما يقال من أنها ليست نجاسة ولا سببها وموافقة الاحاديث
***

[٧٨]

فإنها على ما رووا ليس فيها إلا الامر بإعادة الوضوء والصلاة، ولا يلزم منه كونها من الاحداث ولذا وقع الاختلاف في قهقهة النائم في الصلاة وصححوا في الاصول والفروع أنها لا تنقض الوضوء ولا تبطل الصلاة بناء على أنها إنما أوجبت إعادة الوضوء بطريق الزجر والعقوبة والنائم ليس من أهلها وهذا يرجح ما ذكرناه، لكن سوى فخر الاسلام بين كلام النائم وقهقهته في أن كلا منهما لا يبطل الصلاة، والمذهب أن الكلام مفسد للصلاة كما صرح به في النوازل بأنه المختار فحينئذ تكون القهقهة من النائم مفسدة للصلاة لا الوضوء وهو مختار ابن الهمام في تحريره لان جعلها حدثا للجناية ولا جناية من النائم فتبقى كلاما بلا قصد فيفسد كالساهي به ا ه. وفي النصاب وعليه الفتوى وفي الولواجية وهو المختار وفي المبتغى: تكلم النائم في الصلاة مفسد في الاصح بخلاف القهقهة ا ه. ولا يخفى ما فيه فإن القهقهة كلام على ما صرحوا به. وفي المعراج أن قهقهة النائم تبطلهما وبه أخذ عامة المتأخرين احتياطا، وكذا وقع الاختلاف في الناسي كونه في الصلاة فجزم الزيلعي بأنه لا فرق بين الناسي والعامد. وذكر في المعراج أن في الساهي والناسي روايتين، ولعل وجه الرواية القائلة بعدم النقض أنه كالنائم إذ لا جناية إلا بالقصد، ولا يخفى ترجيح الرواية القائلة بالنقض لما أن للصلاة حالة مذكرة لا يعذر بالنسيان فيها ألا ترى أن الكلام ناسيا مفسد لها بخلاف النوم، ولا فرق بين كونه متوضئا أو متيمما، واتفقوا على أنها لا تبطل الغسل. واختلفوا هل تنقض الوضوء الذي في ضمن الغسل فعلى قول عامة المشايخ لا تنقض وصحح المتأخرون كقاضيخان النقض عقوبة له مع اتفاقهم على بطلان صلاته كما نبه عليه في المضمرات، وفي قهقهة الباني في الطريق بعد الوضوء روايتان كذا في المعراج وجزم الزيلعي بالنقض، قيل وهو الاحوط ولا نزاع في بطلان صلاته. قيد بقوله مصل احترازا عن غيره وأطلقها فانصرفت إلى ما لها ركوع وسجود أو ما يقوم مقامهما من الايماء لعذر أو راكبا يومئ بالنفل أو بالفرض حيث يجوز، فلا تنقض القهقهة في صلاة الجنازة وسجدة التلاوة لكن يبطلان قيدنا بقولنا حيث يجوز لانه لو كان
***

[٧٩]

راكبا يومئ بالتطوع في المصر أو القرية فقهقه لا ينتقض وضوؤه لعدم جواز صلاته عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: ينتقض لصحة

صلاته عنده. ولو نسي الباني المسح فقهقه قبل القيام إلى الصلاة نقض وبعده لا ينقض لبطلان الصلاة بالقيام إليها وهو من مسائل الامتحان، كذا في المعراج. وأفاد إطلاقه أنها تنقض بعد القعود قدر التشهد خلافا لزفر ولو عند السلام - كذا في المبتغى - أو في سجود السهو كذا في المحيط. ولو ضحك القوم بعد ما أحدث الامام متعمدا لا وضوء عليهم، وكذا بعد ما تكلم الامام، وكذا بعد سلام الامام هو الاصح كذا في الخلاصة. وقيل: إذا قهقهوا بعد سلامه بطل وضوؤهم، والخلاف مبني على أنه بعد سلام الامام هل هو في الصلاة إلى أن يسلم بنفسه أو لا؟ وفي البدائع: إن قهقه الامام والقوم معا أو قهقة القوم ثم الامام بطلت طهارة الكل، وإن قهقه الامام أولا ثم القوم انتقض وضوؤه دونهم. وفي فتح القدير: ولو قهقه بعد كلام الامام متعمدا فسدت طهارته على الاصح خلاف ما في الخلاصة بخلافه بعد حدثه عمدا ا هـ. ولم يبين الفرق بين كلام الامام عمدا وحدثه عمدا، والفرق بينهما أن الكلام قاطع للصلاة لا مفسد لها إذ لم يفوت شرط الصلاة وهو الطهارة فلم يفسد به شئ من صلاة المأمومين ولو مسبوقا فينقض وضوؤهم بقهقهتهم بخلاف حدثه عمدا لتفويته الطهارة فأفسدت جزءا يلاقيه فيفسد من صلاة المأموم كذلك، فقهقهتهم بعد ذلك تكون بعد الخروج من الصلاة فلا تنقض، وسيأتي إن شاء الله تعالى في باب الحدث تحقيق الفرق بأبسط من هذا. ولو أن محدثا غسل بعض أعضاء الوضوء ففني الماء فتيمم وشرع في الصلاة فقهقه ثم وجد الماء عند أبي يوسف يغسل باقي الاعضاء ويصلي، وعندهما يغسل جميعها بناء على أن القهقهة هل تبطل ما غسل من أعضاء الوضوء؟ عنده لا، وعندهما نعم كذا في الخلاصة. وإذا كان شارعا في صلاة فرض وبطل الوصف ثم قهقه، من قل ببطلان الاصل لا تنتقض طهارته بالقهقهة، ومن قال بعدمه انتقضت كما إذا تذكر فائتة والترتيب فرض أو دخل وقت العصر في الجمعة أو طلعت الشمس في الفجر. ومن اقتدى بإمام لا يصح اقتداؤه ثم قهقه لا ينتقض وضوؤه اتفاقا، وكذا من قهقه بعد بطلان صلاته، وكذا إذا قهقه بعد خروجه كما إذا سلم قبل الامام بعد القعود ثم قهقه كذا في الخانية.

***

[٨٠]

وقيد بالبلوغ لان قهقهة الصبي لا تنقض وضوءه لكن تبطل صلاته، كذا في كثير من الكتب. ونقل في السراج الوهاج الاجماع على عدم نقض وضوئه وفيه نظر، فقد ذكر في معراج الدراية أن في المسألة ثلاثة أقوال: الاول ما ذكرناه. الثاني عن نجم الائمة البخاري عن سلمة بن شداد أنها تنقض الوضوء دون الصلاة. الثالث عن أبي القاسم أنها تبطلهما إلا أن يقال: لما كان القولان الاخيران ضعيفين كانا كالعدم. ووجه الاول أنها إنما أوجبت إعادة الوضوء عقوبة وزجرا والصبي ليس من أهلها والاثر ورد في صلاة كاملة فيقتصر عليها فلا تتعدى إلى صلاة الجنازة وسجدة التلاوة وصلاة الصبي وصلاة الباني بعد الوضوء على إحدى الروايتين، وصلاة النائم على أحد القولين، وهذا كله مذهبنا. وقالت الائمة الثلاثة: لا تنقض أصلا قياسا على عدم نقضها خارج الصلاة، ولنا أن القياس ذلك لكن تركناه فيما إذا كانت القهقهة في ذات ركوع وسجود بما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرسلا ومسندا: بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بالناس إذ دخل رجل فتردى في حفرة وكان في بصره ضرر فضحك كثير من القوم وهو في الصلاة فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من ضحك أن يعيد الوضوء والصلاة. وتمامه في فتح القدير: وما قيل بأنه لا يظن الضحك بالصحابة خلفه قهقهة، أجيب عنه بأنه كان يصلي خلفه الصحابيون والمنافقون والاعراب الجهال، فالضاحك لعله كان بعض الاحداث أو المنافقين أو بعض الاعراب لغلبة الجهل عليهم كما بال اعرابي في مسجد النبي صلى الله عليه وسلم وهو نظير قوله تعالى * (وتركوك قائما) * (الجمعة: ١١) فإنه لم يتركه كبار الصحابة باللهو. قال في العناية: وهذا من باب حسن الظن بهم رضي الله عنهم وإلا فليس الضحك كبيرة وهم ليسوا من الصغائر بمعصومين ولا عن الكبائر على تقدير كونه كبيرة ا هـ. والمنقول في الاصول أن الصحابة عدول فهم محفوظون من المعاصي. وقيد بالقهقهة لان الضحك بفتح الضاد وكسر الحاء هذا أصله ويجوز إسكان الحاء مع فتح الضاد وكسرها فهي أربعة أوجه، كذا في شرح المهذب، وهو في اللغة أعم من القهقهة وهي من أفراده. وفي الاصطلاح ما كان مسموعا له فقط وحكمه أنه لا ينقض الوضوء بل يبطل الصلاة، وأما التبسم وهو ما لا صوت فيه أصلا بأن تبدو أسنانه فقط فحكمه أنه لا يبطلهما لانه صلى الله عليه وسلم تبسم في الصلاة حين أتاه جبريل عليه السلام وأخبره أن من صلى عليك مرة صلى الله عليه بها عشرا كما في البدائع. وقال جابر بن عبد الله:

ما رآني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا تبسم ولو في الصلاة كما في النهاية والعناية. وظاهر كلامهم أن التبسم في الصلاة غير مكروه ولذا قال في الاختيار: ولا حكم للتبسم: وقد رأيت في كلام بعضهم أنه لو أتى بحرفين من القهقهة انتقض وضوءه
***
[٨١]
عملا بعدم تبعيض الحدث لانه إذا وقع بعضه وقع كله قياسا لوقوعه على ارتفاعه بجامع أن كلا منهما لا يتبعض ا ه‍. وقد يقال إن الحكم وهو النقض معلق بالقهقه فإذا وجد بعضها لا يوجد الحكم ولا بعضه لما عرف في الاصول أن المشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط فقوله لانه إذا وقع بعضه ممنوع كما لا يخفى. قوله (ومباشرة فاحشة) يعني أن من النواقض الحكمية المباشرة الفاحشة وهي أن يباشر امرأته متجردين ولاقى فرجها مع انتشار الآلة ولم ير بللا، ولم يشترط بعضهم ملاقاة الفرج والظاهر الاول كذا ذكر الزيلعي، لكن المنقول في البدائع أن في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف لم يشترط مماستهما وشرط ذلك في النوادر وذكره الكرخي أيضا ا ه‍. فعلم أن ظاهر الرواية عدم الاشتراط وكذا ذكر في الينابيع وقال: وروى الحسن أنه يشترط وهو أظهر ا ه‍. فقول من قال الظاهر الاشتراط أراد من جهة الدراية لا الرواية، وصحح الاسبيجابي اشتراطه بعد أن ذكر أن ظاهر الرواية عدمه والقياس أن لا يكون حدثا وهو قول محمد، لان السبب إنما يقام مقام المسبب في موضع لا يمكن الوقوف على المسبب من غير حرج والوقوف على المسبب هنا ممكن بلا حرج لان الحال حال يقظة فلا حاجة إلى الاقامة. وجه الاستحسان وهو قولهما ما روي أن أبا اليسر بائع العسل سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: أني أصبت من امرأتي كل شئ إلا الجماع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: توضأ وصل ركعتين. كذا في البدائع والله أعلم بصحة هذا الحديث، ولانه يندر عدم مذي مع هذه الحالة والغالب كالمتحقق في مقام وجوب الاحتياط، والاصل أن السبب الظاهر يقوم مقام الامر الباطن وذلك بطريق قيام هذه المباشرة مقام خروج النجس، كذا في المصفى. وفي الحقائق شرح المنظومة معزيا إلى فتاوى العتابي: روي عن أصحابنا أنه لا ينقض ما لم يظهر شئ هو الصحيح ولا يعتمد على هذا التصحيح فقد صرح في التحفة كما نقله شارح المنية أن الصحيح قولهما وهو المذكور في المتون. وفي فتح القدير معزيا إلى القنية: وكذا المباشرة بين الرجل والغلام، وكذا بين الرجلين توجب الوضوء عليهما. وفي شرح منية المصلي معزيا إليها أيضا أن الوضوء يجب على المرأة من المباشرة أيضا قال: ولم أقف عليه إلا في القنية وفيه تأمل فإنهم لم يذكروا في مباشرة الرجل للمرأة على وقولهما إلا على الرجل ا ه‍. وقد يقال لا حاجة إلى التنصيص على الحكم في المرأة فإن من المعلوم أن كل حكم ثبت للرجال ثبت للنساء لانهن شقائق الرجال إلا ما نص عليه. قال في المستصفى: الاصل في النساء أن لا يذكرن لان مبني حالهن على الستر ولهذا لم يذكرن في القرآن حتى شكون فنزل قوله تعالى * (إن المسلمين والمسلمات) * (الاحزاب: ٣٥) إلا إذا كان الحكم مخصوصا بهن كمسألة الصغيرة الآتية في الغسل ا ه‍. ولانه قد وقع في كثير من عبارات علمائنا أن المباشرة الفاحشة تنقض الوضوء ولم يقيدوا بوضوء الرجل فكان وضوءها داخلا فيه كما لا يخفى.
***
[٨٢]
قوله (لا خروج دودة من جرح) بالرفع عطف على خروج نجس أي لا ينقض الوضوء خروج دودة من جرح، قيد به لان الدودة الخارجة من أحد السبيلين تنقض الوضوء، والفرق بينهما من ثلاثة أوجه: الاول أن الدودة لا تخلو عن قليل بلة تكون معها وتستصحبها وتلك البلة قليل نجاسة، وقليل النجاسة إذا خرجت من أحد السبيلين انتقض الوضوء ومن غيرهما غير ناقضة. الثاني أن الدودة حيوان وهو طاهر في الاصل والشئ الطاهر إذا خرج من السبيلين نقض الوضوء كالريح بخلاف غير السبيلين كالدمع والعرق. الثالث أن الدودة في الجرح متولدة من اللحم فصار كما لو انفصل قطعة من اللحم فإنه لا ينقض، وأما في السبيلين تتولد من النجاسة فتكون في الخروج كالنجاسة الخارجة من أحدهما والخارج من السبيلين، ناقض وقد قدمنا أنه لا فرق بين الدودة الخارجة من الدبر والقبل والذكر به يندمع ما ذكره صدر الشريعة أن الدودة من الاحليل لا تنقض وأن الدودة من القبل فيها اختلاف المشايخ. وفي شرح مسكين معزيا إلى الذخيرة: إن كان الماء يسيل من الجرح ينقض الوضوء، ولا ينافيه ما في السراج الوهاج أنه لو دخل الماء في الجرح ثم خرج لا ينقض كما لا يخفى بأدنى تأمل. قوله (ومس ذكر) بالرفع عطف على المنفي أي لا ينقض الوضوء مس الذكر وكذا مس الدبر والفرج

مطلقا خلافا للشافعي فإن المس لواحد من الثلاثة ناقض للوضوء إذا كان بباطن الاصابع. واستدل النووي له في شرح المهذب بما روت بسرة بنت صفوان أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إذا مس أحدكم ذكره فليتوضأ (١) وهو حديث حسن رواه مالك في الموطأ وأبو داود والترمذي وابن ماجه بأسانيد صحيحة. ولنا ما رواه الجماعة أصحاب السنن إلا ابن ماجه

***

[٨٣]

عن ملازم بن عمرو عن عبد الله بن بدر عن قيس بن طلق بن علي عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن الرجل يمس ذكره في الصلاة فقال: هل هو إلا بضعة منك. وقد رواه ابن حبان في صحيحه قال الترمذي هذا الحديث أحسن شئ يروى في هذا الباب وأصح، ورواه الطحاوي أيضا وقال: هذا حديث مستقيم الاسناد غير مضطرب في إسناده ومتنه. فهذا حديث صحيح معارض لحديث بسرة بنت صفوان ويرجح حديث طلق على حديث بسرة بأن حديث الرجال أقوى لانهم أحفظ للعلم وأضبط ولهذا جعلت شهادة امرأتين بشهادة رجل، وقد اسند الطحاوي إلى ابن المديني أنه قال: حديث ملازم بن عمرو أحسن من حديث بسرة. وعن عمرو بن علي الفلاس أنه قال: حديث طلق عندنا أثبت من حديث بسرة بنت صفوان، وقول النووي في شرح المهذب أن حديث طلق اتفق على ضعفه لا يخفى ما فيه إذ قد علمت ما قاله الترمذي وغيره أن حديث بسرة ضعفه جماعة حتى قال يحيى بن معين: ثلاثة أحاديث لم تصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم منها حديث مس الذكر. وقول النووي أيضا ترجيحا لحديث بسرة بأن حديث طلق منسوخ لان قدومه على النبي صلى الله عليه وسلم كان في السنة الاولى من الهجرة ورسول الله صلى الله عليه وسلم يبني مسجده وراوي حديث بسرة أبو هريرة، وإنما قدم أبو هريرة على النبي صلى الله عليه وسلم سنة سبع من الهجرة فغير لازم لان ورود طلق إذ ذاك ثم رجوعه لا ينفي عوده بعد ذلك وهم قد رووا عنه حديثا ضعيفا من مس ذكره فليتوضأ وقالوا: سمع من النبي صلى الله عليه وسلم الناسخ والمنسوخ، ولان حديث طلق غير قابل للنسخ لانه صدر على سبيل التعليل فإنه عليه الصلاة والسلام ذكر أن الذكر قطعة لحم فلا تأثير لمسه في الانتقاض، وهذا المعنى لا يقبل النسخ، كذا في معراج الدراية. وقول النووي أيضا إن حديث طلق محمول على المس فوق حائل لانه قال سألته عن مس الذكر في الصلاة والظاهر أن الانسان لا يمس ذكره في الصلاة بلا حائل مردود بأن تعليله صلى الله عليه وسلم بقوله هل هو إلا بضعة منك يأبى الحمل. والبضعة بفتح الموحدة القطعة من اللحم، وفي شرح الآثار للطحاوي لا نعمل أحدا من الصحابة أفتى بالوضوء من مس الذكر إلا ابن عمر وقد خالفه في ذلك أكثرهم، وأسند عن ابن عيينة أنه عد جماعة لم يكونوا يعرفون الحديث يعني حديث بسرة ومن رأيناه يحدث

***

[٨٤]

عنهم سخرنا منه. ومما يدل على انقطاع حديث بسرة باطنا أن أمر النواقض مما يحتاج الخاص والعام إليه وقد ثبت عن علي وعمار بن ياسر وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وحذيفة بن اليمان وعمران بن الحصين وأبي الدرداء وسعد بن أبي وقاص أنهم لا يرون النقض وإن روى عن غيرهم خلافه. وفي السنن للدارقطني حدثنا محمد بن الحسن النقاش أخبرنا عبد الله بن يحيى القاضي السرخسي أخبرنا رجاء بن مرجا الحافظ قال: اجتمعنا في مسجد الخيف أنا وأحمد بن حنبل وعلي بن المديني ويحيى بن معين فتناظرنا في مس الذكر فقال يحيى بن معين: يتوضأ منه. وقال علي بن المديني بقول الكوفيين وتقلد قولهم. واحتج يحيى بن معين بحديث بسرة بنت صفوان، واحتج علي بن المديني بحديث قيس بن طلق وقال ليحيى: كيف نتقلد إسناد بسرة ومروان أرسل شرطيا حتى رد جوابها إليه؟ وقال يحيى: وقد أكثر الناس في قيس بن طلق ولا يحتج بحديثه فقال ابن حنبل: كلا الامرين على ما قلتما. فقال يحيى: حدثنا مالك عن نافع عن ابن عمر أنه توضأ من مس الذكر فقال ابن المديني: كان ابن مسعود يقول: لا يتوضأ منه وإنما هو بضعة من جسدك. فقال يحيى عمن قال عن سفيان عن أبي قيس عن هذيل عن عبد الله، وإذا اجتمع ابن مسعود وابن عمر فابن مسعود أولى أن يتبع. فقال ابن حنبل: نعم ولكن أبو قيس لا يحتج بحديثه. فقال: حدثني أبو نعيم أخبرنا مسعر عن عمير بن سعيد عن عمار بن ياسر قال: ما أبالي مسسته أو أنفي فقال ابن حنبل: عمار وابن عمر استويا فمن شاء أخذ بهذا ومن شاء أخذ بهذا ا هـ. وإن سلكنا طريق الجمع

جعل مس الذكر كناية عما يخرج منه وهو من أسرار البلاغة يسكتون عن ذكر الشئ ويرمزون عليه بذكر ما هو من روادفه، فلما كان مس الذكر غالبا يرادف خروج الحدث منه ويلازمه عبر به عنه كما عبر الله تعالى بالمجئ من الغائط عما يقصد لاجله ويحل فيه فيتطابق طريقا الكتاب والسنة في التعبير فيصار إلى هذا الدفع التعارض والله الموفق للصواب. ويستحب لمن م س ذكره أن يغسل يده، صرح به صاحب المبسوط وهذا أحد ما حمل به حديث بسرة فقال: أو المراد بالوضوء غسل اليد استحبابا كما في قوله الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي اللمم لكن في البدائع ما يفيد تقييد الاستحباب بما إذا كان الاستنجاء بالاحجار دون الماء وهو حسن كما لا يخفى.

***

[٨٥]

قوله (وامرأة) بالجر عطف على ذكر أي مس بشرة المرأة لا ينقض الوضوء مطلقا، سواء كان بشهوة أو لا. وقال الشافعي: ينتقض وضوء اللامس مطلقا، كان بشهوة وقصد أو لا. وله في الملموس قولان أصحهما النقض إلا إذا لمس ذات رحم محرم أو صغيره لا تشتهى فإنه لا ينقض على الاصح بخلاف العجوز فالصحيح النقض، وهذه المسألة قد وقع الاختلاف فيها في الصدر الاول وهو اختلاف معتبر حتى قال بعض مشايخنا: ينبغي لمن يؤم أن يحتاط فيه، فمذهب عمرو بن مسعود وعبد الله بن عمر وجماعة من التابعين كمذهب الشافعي، ومذهب علي وابن عباس وجماعة من التابعين كمذهبنا. استدل الشافعي بقوله تعالى * (أو لامستم النساء) * (النساء: ٤٣) فإن اللمس يطلق على الجس باليد قال تعالى * (فلمسوه بأيديهم) * (الانعام: ٧) وبقول أهل اللغة اللمس يكون باليد وبغيرها وقد يكون بالجماع فنعمل بمقتضى اللمس مطلقا، فمتى التقت البشرتان انتقض، سواء كان بيد أو جماع. ولائمتنا في الجواب عن هذا أوجه: أحدهما ما ذكره الاصوليون كفخر الاسلام البزدوي أن حقيقة اللمس يكون باليد وأن الجماع مجاز فيه لكن المجاز مراد الاجماع حتى حل للجنب التيمم بالآية فبطلت الحقيقة لانه يستحيل اجتماعهما مرادين بلفظ واحد. ثانيهما وهو المذكور في بعض كتب الفقه أن اللمس إذا قرن بالمرأة كان حقيقة في الجماع، يؤيده أن الملامسة مفاعلة من اللمس وذلك يكون بين اثنين فصاعدا، وعندهم لا يشترط اللمس من الطرفين. ثالثها أن اللمس مشترك بين اللمس باليد وبين الجماع ورجحنا الحمل على الجماع بالمعنى وذلك أنه سبحانه وتعالى أفاض في بيان حكم الحدثين الاصغر والاكبر عند القدرة على الماء بقوله * (إذا قمتم إلى الصلاة) * إلى قوله * (وإن كنتم جنبا فأطهروا) * (النساء: ٤٣) فبين أنه الغسل، ثم شرع في بيان الحال عند عدم القدرة عليه بقوله * (وإن كنتم مرضى أو على سفر) * إلى قوله * (فتيمموا صعيدا) * (النساء: ٤٣) الخ. فإذا حملت الآية على الجماع كان بيانا لحكم الحدثين الاصغر والاكبر عند عدم الماء كما بين حكمهما عند وجوده فيتم الغرض لان بالناس حاجة

***

[٨٦]

إلى بيانهما خلاف ما ذهبوا إليه من كونه باليد فإنه يكون تكرارا محضا لانه قد علم الحدث الاصغر بقوله * (أو جاء أحد منكم من الغائط) * (النساء: ٤٣) ويدل عليه من السنة حديث عائشة الصحيح الذي رواه مسلم في صحيحه في كتاب الصلاة قالت: فقدت رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة من الفراش فالتمسته فوقعت يدي على بطن قدميه وهو في المسجد وهما منصوبتان وهو يقول: اللهم إني أعوذ برضاك من سخطك إلى آخر الدعاء. وفي رواية للبيهقي بإسناد صحيح: فالتمست بيدي فوقعت يدي على بطن قدميه وهما منصوبتان وهو ساجد. وحديث عائشة أيضا في الصحيحين أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي وهي معترضة بينه وبين القبلة فإذا أراد أن يسجد غمز رجلها فتقبضها. وفي رواية النسائي بإسناد صحيح: فإذا أراد أن يوتر مسني برجله. وقول النووي في شرح المهذب أنه يحتمل كونه فوق حائل بعيد كما لا يخفى والله أعلم بالصواب. قوله: (وفرض الغسل غسل فمه وأنفه وبدنه) قد تقدم وجه تقديم الوضوء على الغسل. والواو في قوله وفرض إما للاستئناف أو للعطف على قوله فرض الوضوء. والفرض مصدر بمعنى المفروض لان المصدر يذكر ويراد به الزمان والمكان والفاعل والمفعول كذا في الكشاف. وقوله الغسل يعني غسل الجنابة والحيض والنفاس كذا في السراج الوهاج، وظاهره أن المضمضة والاستنشاق ليستا شرطين في الغسل المسنون حتى يصح بدونهما. ثم اعلم أن الكلام في الغسل

في مواضع في تفسيره لغة وشرعا وفي سببه وركنه وشرائطه وسننه وآدابه وصفته وحكمه. أما تفسيره لغة فهو بالضم اسم من الاغتسال وهو تمام غسل الجسد واسم للماء الذي يغتسل به أيضا، ومنه في حديث ميمونة فوضعت له غسلا كذا في المغرب. وقال النووي: إنه بفتح الغين وضمها لغتان والفتح أفصح وأشهر عند أهل اللغة، والضم هو الذي تستعمله الفقهاء أو أكثرهم. واصطلاحا هو المعنى الاول اللغوي وهو غسل البدن وقد تقدم تفسير الغسل بالفتح لغة وشرعا. وأما ركنه فهو إسالة الماء على جميع ما يمكن إسالته عليه من البدن من غير حرج مرة واحدة حتى لو بقيت لمعة لم يصبها الماء لم يجز الغسل وإن كانت يسيرة لقوله تعالى * (وإن كنتم جنبا فاطهروا) * (النساء:
***
[٨٧]
٤٣) أمر الله سبحانه وتعالى بالاطهر بضم الهاء لان أصله تطهر فادغمت التاء في الطاء لقرب المخرج فجئ بحرف الوصل ليتوصل بها إلى النطق فصار اطهروا وبعض من لا خبرة له ولا دراية يقرأ بالاطهار وما ذاك إلا لحرمانه من العربية، كذا في غاية البيان. وهو تطهير جميع البدن واسم البدن يقع على الظاهر والباطن إلا أن ما يتعذر إيصال الماء إليه خارج عن قضية النص، وكذا ما يتعسر لان المتعسر منفي كالمتعذر كداخل العينين فإن في غسلهما من الحرج ما لا يخفى فإن العين شحم لا تقبل الماء، وقد كف بصر من تكلف له من الصحابة كابن عمر وابن عباس ولهذا لا تغسل العين إذا اكتحل بكحل نجس، ولهذا وجبت المضمضة والاستنشاق في الغسل لانه لا حرج في غسلهما فشملهما نص الكتاب من غير معارض كما شملهما قوله صلى الله عليه وسلم تحت كل شعرة جنابة فبلوا الشعر وانقوا البشرة رواه الترمذي من غير معارض. والبشرة ظاهر الجلد بخلافهما في الوضوء لان الواجب فيه غسل الوجه ولا تقع المواجهة بداخلهما، وأما قوله صلى الله عليه وسلم عشر من الفطرة وذكر منها المضمضة والاستنشاق لا يعارضه إذ كونهما من الفطرة لا ينفي الوجوب لانها الدين وهو أعم منه قال صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على الفطرة والمراد أعلى الواجبات على ما هو أعلى الاقوال، وهو على هذا فلا حاجة إلى حمل المروي على حالة الحدث بدليل قوله صلى الله عليه وسلم إنهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء كأنه يعني ما عن أبي هريرة أنه صلى الله عليه وسلم جعل المضمضة والاستنشاق للجنب ثلاثا فريضة لكن انعقد الاجماع على خروج اثنين منها وهو ضعيف، كذا في فتح القدير. والمراد بأعلى الواجبات الاسلام لكن قال أبو نصر الدبوسي كما نقله عنه الحاوي الحصري: لا يصح أن
***
[٨٨]
يقال إن المولود يولد على الاسلام لان من حكم بإسلامه مرة لم ينقل أبدا إلى غيره ولا يقر عليه بل معناه أنه يولد على الخلقة القابلة للاسلام بحيث إنه لو نظر إلى خلقته وتفكر فيها على حسب ما يجب لدلته على ربوبيته تعالى ووحدانيته. ولو شرب الماء عبا أجزأه عن المضمضة لا مصا. وعن أبي يوسف لا إلا أن يمجه. وفي الواقعات: لا يخرج بالشرب على وجه السنة أو غيره ما لم يمجه وهو أحوط كذا في الخلاصة. وقد يقال: إن الاحوط الخروج. ووجه كونه أحوط أنه قيل إن المج من شرط المضمضة والصحيح أنها ليست بشرط فكان الاحتياط الخروج عن الجنابة لان الاحتياط العمل بأقوى الدليلين وأقواهما هنا الخروج بناء على الصحيح كما لا يخفى. ولو كان سنه مجوفا أو بين أسنانه طعام أو درن رطب يجزيه لان الماء لطيف يصل إلى كل موضع غالبا كذا في التجنيس ثم قال: ذكر الصدر الشهيد حسام الدين في موضع آخر إذا كان في أسنانه كوات يبقى فيها الطعام لا يجزيه ما لم يخرجه ويجري الماء عليها. وفي فتاوى الفضلي والفقيه أبي الليث خلاف هذا فالاحتياط أن يفعل ا ه‍. وفي معراج الدراية: الاصح أنه يجزيه والدرن اليابس في الانف كالخبز الممضوغ والعجين يمنع تمام الاغتسال، وكذا جلد السمك والوسخ والدرن لا يمنع، والتراب والطين في الظفر لا يمنع لان الماء ينفذ فيه، وما على ظفر الصباغ يمنع، وقيل لا يمنع للضرورة. قال في المضمرات: وعليه الفتوى. والصحيح أنه لا فرق بين القروي والمدني ا ه‍. ولو بقي على جسده خرء برغوث أو ونيم ذباب أي ذرقه لم يصل الماء تحته جازت طهارته. ويجب تحريك القرط الخاتم الضيقين ولو لم يكن قرط فدخل الماء الثقب عند مروره أجزأه كالسرة وإلا أدخله كذا في فتح القدير. ولا يتكلف في إدخال شئ سوى الماء من خشب ونحوه كذا في شرح الوقاية، ويدخل القلفة استحبابا على ما نبينه،

***
[٨٩]
وتغسل فرجها الخارج وجوبا في الغسل وسنة في الوضوء - كذا في المحيط - لانه كالفم. ولا تدخل أصابعها في قبلها وبه يفتى. ولو كان في الانسان قرحة فبرأت وارتفع قشرها وأطراف القرحة متصلة بالجلد إلا الطرف الذي كان يخرج منه القيح فإنه يرتفع ولا يصل الماء إلى ما تحت القشرة أجزأه وضوؤه وفي معناه الغسل كذا في النوازل لابي الليث ونقله الهندي أيضا. ويجوز للجنب أن يذكر اسم الله تعالى ويأكل ويشرب إذا تمضمض هكذا قيد في فتح القدير، وظاهره أنه لا يجوز له قبل المضمضة لكن ذكر في البزازية ما يفيد أن هذا على رواية نجاسة الماء المستعمل ولفظها، ويحل للجنب شرب الماء قبل المضمضة على وجه السنة وأن لا على وجهها لا لانه شارب الماء المستعمل وأنه نجس ا ه. فينبغي على الرواية المختارة المصححة المفتى بها من طهارة الماء المستعمل أن يباح الشرب مطلقا، ويستفاد منه أن انفصال الماء عن العضو أعم من أن يكون إلى الباطن أو إلى الظاهر. والمنقول في فتاوى قاضيخان الجنب إذا أراد أن يأكل أو يشرب فالمستحب له أن يغسل يديه وفاه وإن ترك لا بأس. واختلفوا في الحائض قال بعضهم هي والجنب سواء، وقال بعضهم لا يستحب ههنا لان بالغسل لا تزول نجاسة الحيض عن الفم واليد بخلاف الجنابة ا ه. فاحفظه. وللجنب أن يعاود أهله قبل أن يغتسل إلا إذا احتلم فإنه لا يأتي أهله ما لم يغتسل كذا في المبتغى، وأقره عليه في فتح القدير، وتعقبه في شرح منية المصلي: بأن ظاهر الاحاديث فيه يفيد الاستحباب لا نفي الجواز المفاد من ظاهر كلامه. ويجوز نقل البلة في الغسل من عضو إلى عضو إذا كان متقاطرا بخلاف الوضوء، ولا يضر ما انتضح من غسله في إنائه بخلاف ما لو قطر كله في الاناء وسيأتي تمامه في بحث الماء المستعمل إن شاء الله تعالى. وأما شرائطه فما تقدم من شرائط الوضوء، وأما حكمه فاستباحة ما لا يحل إلا به، وأما سننه وآدابه وصفته وسببه فستأتي مفصلة إن شاء الله تعالى. ولا بأس بإيراد حديث مسلم بتمامه والتكلم على بعض معانيه. روى مسلم بإسناده عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عشر من الفطرة: قص الشارب وإعفاء اللحية والسواك واستنشاق الماء وقص الاظفار وغسل البراجم ونتف الابط وحلق العانة وانتقاص الماء قال مصعب أحد رواته: ونسيت العاشرة إلا أن تكون المضمضة. وانتقاص الماء بالقاف والصاد المهملة الاستنجاء، وقيل انتقاص البول بسبب استعمال الماء في غسل مذاكيره. وقال الجمهور: الانتضاح وهو نضح الفرج بماء قليل
***
[٩٠]
لينفي عنه الوسواس فإذا أراه الشيطان ذلك أحاله على الماء، وقد صرح بذلك مشايخنا في كتبهم لكن قالوا: إن هذه الحيلة إنما تنفعه إذا كان العهد قريبا بحيث لم يجف البلل أما إذا كان بعيدا وجف البلل ثم رأى بللا يعيد الوضوء. والاستحداد حلق العانة سمي استحدادا لاستعمال الحديدة وهي الموسى وهو سنة. والمراد بالعانة الشعر فوق ذكر الرجل وحواليه إلى السرة. وإعفاء اللحية توفيرها، والبراجم بفتح الباء والجيم جمع برجمة بضم الباء والجيم وهي عقد الاصابع ومفاصلها كلها. قال بعض العلماء: ويلتحق بالبراجم ما يجتمع من الوسخ في معاطف الاذن وقعر الصماخ فيزيله بالمسح وكذلك جميع الاوساخ. وأما الفطرة فقد تقدم من المحقق الكمال أنها الدين وهو قول البعض، وذهب أكثر العلماء إلى أنها السنة وهي في الاصل الخلقة. وفي بعض هذه الخصال ما هو واجب عند بعض العلماء ولا يمتنع قرن الواجب بغيره كما قال الله تعالى * (كلوا من ثمرة إذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده) * (الانعام: ١٤١) فإن الايتاء واجب والاكل ليس بواجب كذا ذكر النووي. ولا يخفى ما فيه فإن العطف في الآية ليس نظير ما في الحديث فإن الفطرة إذا فسرت بالسنة يقتضي أن جميع المعدود من السنة فإنه إذا قيل جاء عشر من الرجال لا يجوز أن يكون فيهم من ليس منهم، فالاولى في الفطرة تفسيرها بالدين. وقد تقدم معنى المضمضة والاستنشاق وأن المبالغة فيهما سنة في الوضوء وكذلك في الغسل لقوله صلى الله عليه وسلم بالغ في الاستنشاق إلا أن تكون صائما وهو حديث صحيح ذكره النووي. والصارف له عن الوجوب الاتفاق على عدمه كما نقله السراج الهندي. واعلم أن الحديث الذي ذكره في فتح القدير وهو تحت كل شعرة جنابة الخ وإن رواه أبو داود الترمذي كما ذكره الهندي فقد ضعفه النووي ونقل ضعفه عن الشافعي ويحيى بن معين والبخاري وأبي داود وغيرهم والله أعلم. قوله (لا دلكه) أي لا

يفترض ذلك بدنه في الغسل، وقد تقدم أنه إمرار اليد على الاعضاء المغسولة، فلو أفاض الماء فوصل إلى جميع بدنه ولم يمسه بيده أجزأه غسله وكذا وضوءه. قال النووي: وبه قال العلماء كافة إلا مالكا والمزني فإنهما شرطاه في صحة الغسل والوضوء واحتجا بأن الغسل هو إمرار اليد. ولا يقال لواقف في المطر اغتسل ونقل في فتح القدير أنه رواية عن أبي يوسف أيضا قال: وكأن وجهه خصوص صيغة اطهروا فإن فعل للتكثير إما في الفعل نحو جولت وطوفت، أو في الفاعل نحو موتت الإبل، أو في المفعول
***
[٩١]
نحو غلقت الابواب. والثاني يستدعي كثرة الفاعل فلا يقال في شاة واحدة موتت، والثالث كثرة المفعول فلا يقال في باب واحد غلقته وإن غلقه مرارا كما قيل فتعين كثرة الفعل وهو بالدلك اه. ولم يجب عنه. والذي ذكره الشارحون هنا أن المأمور به في النص هو التطهير ولا يتوقف ذلك على الدلك، فمن شرطه فقد زاد في النص وهو نسخ، وذكر النووي أنه يحتج بقوله صلى الله عليه وسلم لابي ذر رضي الله عنه فإذا وجدت الماء فامسه جلدك ولم يأمره بزيادة وهو حديث صحيح، وقولهم لا تسمى الافاضة غسلا ممنوع اه. وأما قوله له في فتح القدير إن فعل للتكثير إلى قوله فتعين كثرة الفعل قد يقال: إن صيغة اطهروا يجوز أن تكون من قبيل التكثير في المفعول، وقوله إن التكثير في المفعول يستدعي كثرة المفعول مسلم فيما إذا كان الفعل لا تكثير فيه كموتت الابل، أما إذا كان في الفعل تكثير فيجوز أن يكون فعل للتكثير في المفعول وإن كان الفاعل والمفعول واحدا كقطعت الثوب فإن التكثير فيه للتكثير في الفعل وإن كان المفعول واحدا وطهر من هذا القبيل، لانك تقول طهرت البدن يشهد لهذا ما ذكره المحقق العلامة أحمد الجاربردي في شرح الشافية للمحقق ابن الحاجب في التصريف بما لفظه:: قوله وفعل للتكثير وهو إما في الفعل نحو جولت وطوفت. أو في الفاعل نحو
***
[٩٢]
موتت الابل، أو في المفعول نحو غلقت الابواب فإن فقد ذلك لم يسغ استعماله فلذلك كان موتت الشاة لشاة واحدة خطأ لان هذا الفعل لا يستقيم تكثيره بالنسبة إلى الشاة إذ لا يستقيم تكثيرها وهي واحدة وليس ثم مفعول ليكون التكثير له. وينبغي أن يعلم أن هذا بخلاف قولك قطعت الثواب فإن ذلك سائغ وإن كان الفاعل واحدا ذكره المصنف في شرح المفصل ثم قال فيه: أن قوله في المفصل ولا يقال للواحد لم يرد به إلا ما لم يستقم فيه تكثير الفعل اه. قوله (وإدخال الماء داخل الجلدة للاقلف) أي لا يجب على الذي لم يختتن أن يدخل الماء
***
[٩٣]
داخل الجلدة في غسله من الجنابة وغيرها للحرج الحاصل لو قلنا بالوجوب لا لكونه خلقة كقصبة الذكر وهذا هو الصحيح المعتمد، وبه يندفع ما ذكره الزيلعي من أنه مشكل لانه إذا وصل البول إلى القلفة انتقض وضوءه فجعلوه كالخارج في هذا الحكم وفي حق الغسل كالداخل حتى لا يجب إيصال الماء إليه. وقال الكردري: يجب إيصال الماء إليه عند بعض المشايخ وهو الصحيح فعلى هذا لا إشكال فيه اه. فإن هذا الاشكال إنما نشأ من تعليله لعدم الوجوب بأنه خلقة كقصبة الذكر، وأما على ما عللنا به تبعا لفتح القدير فلا إشكال فيه أصلا لكن في البدائع أنه لا حرج في إيصال الماء إلى داخل القلفة وصحح أنه لا بد من الادخال، واختاره صاحب الهداية في مختارات النوازل، وقد تقدم أن إدخال الماء داخلها مستحب كما أن الدلك مستحب لكن قيده في منية المصلي بكونه في المرة الاولى ولعله لكونها سابقة في الوجود على ما بعدها فهي بالدلك أولى لان السبق من أسباب الترجيح. قوله (وسننه أن يغسل يديه وفرجه ونجاسة لو كانت على بدنه ثم يتوضأ ثم يفيض الماء على بدنه ثلاثا) لما روى الجماعة عن ميمونة قالت: وضعت للنبي صلى الله عليه وسلم ماء يغتسل به فأفرغ على يديه فغسلهما مرتين أو ثلاثا ثم ذلك أفرغ بيمينه على شماله فغسل مذاكيره ثم دلك يده بالارض ثم تمضمض واستنشق ثم غسل وجهه ويديه ثم غسل رأسه ثلاثا ثم أفرغ على جسده ثم تنحى عن مقامه فغسل قدميه. فهذا الحديث مشتمل على بيان السنة والفريضة فاستفيد منه استحباب تقديم غسل اليدين، وعللوا له بأنهما آلة التطهير فيبتدأ بتنظيفهما واستحباب تقديم غسل الفرج قبلا أو دبرا سواء كان عليه نجاسة أو لا كتقديم الوضوء على غسل الباقي، سواء كان محدثا أو لا، وبه يندفع ما ذكره الزيلعي بأنه كان يغنيه أو يقول ونجاسة عن قوله وفرجه لان الفرج إنما يغسل لاجل النجاسة اه. ولان تقديم غسل الفرج لم ينحصر كونه لنجاسة

بل لها أو لانه لو غسله في أثناء غسله ربما تنتقض طهارته عند من يرى ذلك كما
***
[٩٤]
أشار إليه القاضي عياض والخروج من الخلاف مستحب عندنا. واتفق العلماء على عدم وجوب الوضوء في الغسل إلا داود الظاهري فقال بالوجوب في غسل الجنابة وإذا توضأ أولا لا يأتي به ثانيا بعد الغسل، فقد اتفق العلماء على أنه لا يستحب وضوآن. ذكره النووي في شرح مسلم يعني لا يستحب وضوآن للغسل، أما إذا توضأ بعد الغسل واختلف المجلس على مذهبنا أو فصل بينهما بصلاة كما هو مذهب الشافعي فيستحب. وفي الحديث أيضا استحباب أن يدلك المستنجي بالماء يده بالتراب أو بالحائط ليذهب الاستقذار منها، وفيه استحباب تقديم غسل الرأس في الصب وقد اختلف فيه، فقال الحلواني: يفيض الماء على منكبه الايمن ثلاثا ثم الايسر ثلاثا ثم على سائر جسده، وقيل يبدأ بالايمن ثم بالايسر ثم بالرأس، وقيل يبدأ بالرأس وهو ظاهر لفظ الهداية. وظاهر حديث ميمونة المتقدم وبه يضعف ما صححه صاحب الدرر والغرر ن أنه يؤخر الرأس وكذا صححه في المجتبى. وفي قوله ثم يتوضأ إشارات: الاولى أنه يمسح رأسه في هذا الوضوء وهو الصحيح لانه روي في بعض الروايات أنه صلى الله عليه وسلم توضأ وضوءه للصلاة وهو اسم للغسل والمسح. وفي البدائع أنه ظاهر الرواية الثانية أنه لا يؤخر غسل قدميه وفيه خلاف، ففي المبسوط والهداية أنه يؤخر غسل قدميه إذا كان في مستنقع الماء أي مجتمعه ولا يقدم، وعند بعض مشايخنا وهو الاصح من مذهب الشافعي أنه لا يؤخر مطلقا وأكثر مشايخنا على أنه يؤخر مطلقا. وأصل الاختلاف ما وقع من روايتي عائشة وميمونة، ففي رواية عائشة أنه توضأ وضوءه للصلاة ولم يذكر فيها تأخير القدمين فالظاهر تقديم غسلهم فأخذ بهذه الشافعي وبعض مشايخنا لطول الصحبة والضبط في الحديث، وفي رواية ميمونة صريحا تأخير غسلهما فأخذ به أكثر مشايخنا لشهرتها. وفي المجتبى: الاصح التفصيل وهو المذكور في الهداية، ووجهه التوفيق بين الروايتين بحمل ما روت عائشة على ما إذا لم يكن في مجتمع الماء، وحمل ما روت ميمونة على ما إذا كان في مجتمع الماء. والظاهر أن الاختلاف في الاولوية لا في الجواز، فقول المشايخ القائلين بالتأخير أنه لا
***
[٩٥]
فائدة في تقديم غسلهما لانهما يتلوثان بالغسلات بعد فيحتاج إلى غسلهما ثانيا معناه أنه لا تحصل الفائدة الكاملة في تقديم غسلهما. وأنما قلنا هذا لانه لو قدم غسلهما ولم يغسلهما ثانيا خرج عن الجنابة وجازت صلاته على ما هو المفتى به لان الماء الذي أصابهما من الارض المجتمع فيها الغسلات مستعمل والماء المستعمل طاهر على المفتى به وليس الذي أصاب قدميه من صبه على بقية بدنه غير ما اجتمع في الارض مستعملا، أما على رواية عدم التجزي فظاهر، وأما على رواية التجزي فلا يوصف هذا الماء بالاستعمال إلا بعد انفصاله عن جميع البدن، فالماء الذي أصاب القدمين غير مستعمل لان البدن كله في الغسل كعضو واحد حتى يجوز نقل البلة فيه من عضو إلى آخر فحينئذ لا حاجة إلى غسلهما ثانيا إلا على سبيل التنزه والافضلية لا للزوم لان الماء المستعمل الذي أصابه من مجتمع الغسلات وإن كان طاهرا فقد انتقل إليه الحدث حتى تعافه الطباع السليمة، وقد صرح به الهندي فقال: وهذا إنما يتأتى على رواية نجاسة الماء المستعمل أيضا. ويدل على هذا ما ذكره في المحيط بقوله: وإنما لا يغسل رجليه لان غسلهما لا يفيد لانهما يتنجسان ثانيا باجتماع الغسلات فعلم منه أنه على رواية نجاسة الماء المستعمل وعليها، فمعنى قولهم لا يفيد أنه لا يفيد فائدة تامة وإلا فقد أفاد التقديم فائدة وهي حل القرآن ومس المصحف وإن كانت قدماه متنجستين بالماء المستعمل، وبهذا أظهر فساد ما ذكره ابن الملك في شرح المجمع من أن عدم الفائدة على رواية عدم التجزي، أما على رواية التجزي فغسلهما مفيد لان الجنابة تزول عن رجليه إذا غسلهما في الوضوء ويكون طاهرا في مجتمع الماء بعد غسل سائر جسده فإنه فهم من رواية عدم التجزي أن لو غسل رجليه أو ثم غسل باقي بدنه يجب عليه إعادة غسل رجليه لاجل عدم ارتفاع الجنابة عنهما وهذا ذهول عظيم وسهو كبير فإنهم اتفقوا على أن فرض غسل القدمين
***
[٩٦]
قد سقط بتقديمه ولكن هل زالت الجنابة عنهما أو هو موقوف على غسل الباقي؟ فرواية التجزي قائلة بالاول، ورواية عدم التجزي

قائلة بالثاني لا أنها قائلة بوجوب إعادة غسل الرجلين، وفائدة اختلاف الروايتين أنه لو تمضمض الجنب أو غسل يديه هل يحل له قراءة القرآن ومس المصحف؟ فعلى رواية التجزي يحل له لزوال الجنابة عنه، وعلى رواية عدم التجزي لا يحل له لعدم الزوال الآن، وقد صحح المشايخ هذه الرواية. وقد اندفع بما ذكرنا أيضا ما استشكله بعض المحشين من زوال الجنابة بصب الماء من الرأس كما هو العادة على رواية التجزي وقال: كما لا يخفى ولم يجب عنه وهو سهو منه وسوء فهم فإنهم اتفقوا على أن البدن في الغسل كعضو واحد وأتفقوا على أن الماء لا يصير مستعملا إلا بعد الانفصال عن العضو. فعلى رواية التجزي لا يصير مستعملا إلا إذا انفصل عن جميع البدن وإن زالت الجنابة عن كل عضو انفصل عنه الماء وهذا ظاهر لا يخفى. والذي يظهر أن القائلين بالتأخير إنما استحبوه ليكون الافتتاح والاختتام بأعضاء الوضوء أخذا من حديث ميمونة. قال القاضي عياض في شرح مسلم: وليس فيه تصريح بل هو محتمل لان قولها توضأ وضوءه للصلاة الاظهر فيه إكمال وضوئه، وقولها آخرا ثم تنحى فغسل رجليه يحتمل أن يكون لما نالهما من تلك البقعة اه. فعلى هذا يغسلهما بعد الفراغ من الغسل مطلقا أعني سواء غسلهما أو لا إكمالا للوضوء أو لم يغسلهما، وسواء أصابهما طين أو كانتا في مستنقع الماء المستعمل أو لم يكن شئ من ذلك. ثم لا يخفى تعين غسلهما في حق الواحد منا بعد الفراغ من الغسل إذا كانتا في مستنقع الماء وكان على البدن نجاسة من مني أو غيره والله سبحانه وتعالى أعلم. وفي الذخيرة نقلا عن العيون: خاض الرجل في ماء الحمام بعدما غسل قدميه فإن لم يعلم أن في الحمام جنبا أجزأه أن لا يغسل قدميه، وإن علم في الحمام جنبا قد اغتسل يلزمه أن يغسل قدميه إذا خرج. قال رحمه الله في واقعاته: وعلى ما اخترناه في الماء المستعمل ينبغي أن لا يلزمه غسل القدمين لكن استثنى الجنب في الكتاب فإنه موضع الاستثناء وغيره قال: إنما استثنى الجنب لان الجنب يكون على بدنه قذر ظاهرا وغالبا حتى لو لم يكن كان الماء المستعمل للمحدث والجنب سواء ويكون طاهرا على رواية محمد ولا يلزمه غسل الرجلين وهو الظاهر اه. وفي بقية حديث ميمونة ثم أتيته بالمنديل فرده قال النووي: فيه استحباب ترك تنشيف الاعضاء. وقال الامام: لا خلاف في أنه لا يحرم تنشيف الماء عن الاعضاء ولا يستحب ولكن هل يكره؟ فيه خلاف بين الصحابة. وقال القاضي: يحتمل رده للمنديل

***

[٩٧]

لشئ رآه أو لاستعجاله في الصلاة أو تواضعا أو خلافا لعادة أهل الترفه، ويكون الحديث الآخر في أنه كانت له خرقة يتنشف بها عند الضرورة وشدة البرد ليزيل برد الماء عن أعضائه اه. والمنقول في معراج الدراية وغيرها أنه لا بأس بالتمسح بالمنديل للمتوضئ والمغتسل إلا أنه ينبغي أن لا يبالغ ويستقصي فيبقي أثر الوضوء على أعضائه، ولم أر من صرح باستحبابه إلا صاحب منية المصلي فقال: ويستحب أن يمسح بمنديل بعد اغسل، الاشارة الثالثة أن جميع السنن والمندوبات في الوضوء ثابتة في هذا الوضوء والغسل فتسن النية ويندب التلفظ بها. قال في البدائع: وأما آداب الغسل فهي آداب الوضوء لكن يستثنى منه أن من آداب الوضوء استقبال القبلة بخلاف الغسل لانه يكون غالبا مع كشف العورة بخلاف الوضوء، كذا في شرح منية المصلي. ومن مكروهاته الاسراف وتقدم تفسيره ولهذا قدر محمد رحمه الله في ظاهر الرواية الصاع للغسل والمد للوضوء وهو تقدير أدنى الكفاية عادة وليس بتقدير لازم حتى أن من أسبغ بدون ذلك أجزأه وإن يكفه زاد عليه لان طباع الناس وأحوالهم تختلف، كذا في البدائع ونقل النووي الاجماع على عدم لزوم التقدير. وفي الخلاصة: والافضل أن لا يقتصر على الصاع في الغسل بل يغتسل بأزيد منه بعد أن لا يؤدي إلى الوسواس فإن أدى لا يستعمل إلا قدر الحاجة اه. ولا يخفى ما فيه فإن ظاهره أنه يزيد على الصاع وإن لم يكن به حاجة مع أن الثابت في صحيح مسلم أنه صلى الله عليه وسلم كان يغتسل بالصاع ويتوضأ بالمد، وفي البخاري اغتساله صلى الله عليه وسلم بالصاع من رواية جابر وعائشة كما نقله النووي في شرح المهذب فكان الاقتصار على ما فعله صلى الله عليه وسلم أفضل إذا اكتفى به وقد قالوا: إن مكث في الماء الجاري قدر الوضوء والغسل فقد أكمل السنة وإلا فلا ا ه. ويقاس على ما لو توضأ في الحوض الكبير أو وقف في المطر كما لا يخفى. قوله (ولا تنقض ضفيرة إن بل أصلها) أي ولا يجب على المرأة أن تنقض ضفيرتها إن بلت في الاغتسال أصل شعرها. والضفيرة بالضاد المعجمة الذؤابة من الضفر وهو فتل الشعر وإدخال بعضه في بعض ولا يقال بالظاء، والاصل فيه ما رواه مسلم وغيره عن أم سلمة

***

[٩٨]
قالت قلت يا رسول الله إني إمرأة أشد ضفر رأسي أفانقضه لغسل الجنابة؟ فقال: لا إنما يكفيك أن تحثي على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيضين عليك الماء فتطهرين. وفي رواية أفأنقضه للحيض والجنابة. وفي حديث عائشة بنحو معناه. قال في فتح القدير: ومقتضى هذا الحديث عدم وجوب الايصال إلى الاصول لكن قال في المبسوط: وإنما شرط تبليغ الماء أصول الشعر لحديث حذيفة فإنه كان يجلس إلى جنب امرأته إذا اغتسلت ويقول: يا هذه أبلغي الماء أصول شعرك وشؤون رأسك وهو مجمع عظام الرأس، ذكره القاضي عياض وأورد صاحب المعراج أن حديث أم سلمة معارض للكتاب وأجاب تارة بالمنع فإن مؤدي الكتاب غسل البدن والشعر ليس منه بل متصل به نظرا إلى أصوله فعملنا بمقتضى الاتصال في حق الرجال حتى قلنا يجب النقض على الاتراك والعلويين على الصحيح، ويجب عليها الايصال إلى أثناء شعرها إذا كان منقوضا لعدم الحرج وبمقتضى الانفصال في حق النساء دفعا للحرج إذ لا يمكنهن حلقه، وتارة بأنه خص من الآية مواضع الضرورة كداخل العينين فيخص بالحديث بعده. وأما أمر عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما بنقض النساء رؤوسهن إذا اغتسلن فيحتمل أنه أراد إيجاب ذلك عليهن في شعور لا يصل الماء إليها أو يكون مذهبا له أنه يجب النقض بكل حال كما هو مذهب النخعي أو لا يكون بلغه حديث أم سلمة وعائشة، ويحتمل أنه كان يأمرهن بذلك على الاستحباب والاحتياط لا على الوجوب كذا ذكره النووي في شرح مسلم. وفي الهداية: وليس عليها بل ذوائبها هو الصحيح. وقال بعضهم: يجب بلها ثلاثا مع كل بلة عصرة. وفي صلاة البقالي: الصحيح أنه يجب غسل الذوائب وإن جاوزت القدمين، والمختار عدم الوجوب كما صرح به في الجامع الحسامي كما نقله عنه في المضمرات للحصر المذكور في الحديث. والحاصل أن في المسألة ثلاثة أقوال:
***
[٩٩]
الاول الاكتفاء بالوصول إلى الاصول منقوضا كان أو معقوصا وهو ظاهر المذهب كما هو ظاهر الذخيرة ويدل عليه الاحاديث الواردة في هذا الباب. الثاني الاكتفاء بالوصول إلى الاصول إذا كان مضفورا ووجوب الايصال إلى أثنائه إذا كان منقوضا ومشى عليه جماعة منهم صاحب المحيط والبدائع والكافي. الثالث وجوب بل الذوائب مع العصر وصحح كما قدمناه. ولو ألزقت المرأة رأسها بالطيب بحيث لا يصل الماء إلى أصول الشعر وجب عليها إزالته. وثمن ماء غسل المرأة ووضوئها على الزوج وإن كانت غنية كذا في فتح القدير فصار كماء الشرب لان هذا مما لا بد منه، وظاهره أنه لا فرق بين غسل الجنابة وغيره من الواجب. وذكر في السراج الوهاج تفصيلا في غسل الحيض فقال: إذا انقطع لاقل من عشرة فعلى الزوج لاحتياجه إلى وطئها بعد الغسل، وإن انقطع لعشرة فعليها لانها هي المحتاجة إليه للصلاة. وقد يقال: إن ما تحتاج إليه المرأة مما لا بد لها منه واجب عليه، سواء كان هو محتاجا إليه أو لا، فالاوجه إطلاق ما قدمناه. قوله (وفرض عند مني ذي دفق وشهوة عند انفصاله) أي وفرض الغسل. واختلف المشايخ في سبب وجوبه، فظاهر ما في الهداية أن إنزال المني ونحوه سبب له فإنه قال: المعاني الموجبة للغسل إنزال المني إلى آخره. وتعقبه في النهاية بأن هذه معان موجبة للجنابة لا للغسل على المذهب الصحيح من علمائنا فإنها تنقضه فكيف توجبه؟ ورده في غاية البيان بأن المراد أن الغسل يجب بهذه المعاني على طريق البدل وإنما يتوجه ما اعترض به إذا كانت هذه المعاني موجبة لوجود الغسل لا لوجوبه. ورد أيضا بأنها تنقض ما كان وتوجب ما سيكون فلا منافاة. وأجاب في المستصفى أيضا بأن هذه المعاني شروط في الوجوب لا أسباب فأضيف الوجوب إلى الشرط مجازا كقولهم صدقة الفطر لان السبب يتعلق به الوجود والوجوب والشرط يضاف إليه الوجود فشارك الشرط السبب في الوجود. وقال في الكافي: وإنما قال عند مني ولم يقل بمني لان سبب وجوب الغسل الصلاة أو إرادة ما لا يحل مع الجنابة والانزال والالتقاء. وفي مبسوط شيخ الاسلام: سبب وجوب الغسل إرادة ما لا يحل فعله عند عامة المشايخ، وتعقبه في غاية البيان بأن الغسل يجب إذا وجد أحد هذه المعاني وجدت
***
[١٠٠]
الارادة أو لا فكيف يكون سببا؟ وقيل السبب الجنابة ورد أيضا لوجوده في الحيض والنفاس، واختار في غاية البيان أن السبب الجنابة أو ما في معناه ليدخل الحيض والنفاس ويرد بما قدمناه في أول الكتاب من أنه يوجد الحدث والجنابة ولا يجب الوضوء والغسل كما

إذا كان قبل الوقت فالاولى أن يقال: سببه وجوب ما لا يحل مع الجنابة وهذا هو الذي اختاره في فتح القدير. أعلم أن الامة مجمعة الآن على وجوب الغسل بالجماع وإن لم يكن معه إنزال وعلى وجوبه بالانزال، وكانت جماعة من الصحابة على أنه لا يجب إلا بالانزال ثم رجع بعضهم وانعقد الاجماع بعد الآخرين وفي الباب حديث إنما الماء من الماء مع حديث أبي بن كعب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الرجل يأتي أهله ثم لا ينزل قال: يغسل ذكره ويتوضأ. وفيه الحديث الآخر إذا جلس بين شعبها الاربع ثم جهدها فقد وجب الغسل وإن لم ينزل قال العلماء: العمل على هذا الحديث، وإما حديث الماء من الماء فالجمهور من الصحابة ومن بعدهم قالوا إنه منسوخ ويعنون بالنسخ أن الغسل من الجماع بغير إنزال كان ساقطا ثم صار واجبا. وذهب ابن عباس وغيره إلى أنه ليس منسوخا بل المراد به نفي وجوب الغسل بالرؤية في النوم إذا لم ينزل وهذا الحكم باق بلا شك، وأما حديث أبي بن كعب ففيه جوابان: أحدهما أنه منسوخ، والثاني أنه محمول على ما إذا باشرها فيما سوى الفرج كذا ذكر النووي في شرح مسلم لكن عندنا يشترط في وجوب الغسل بالانزال أن يكون انفصال المني عن شهوة وهو ما ذكره بقوله عند مني ذي دفق وشهوة. يقال دفق الماء دفقا صبه صبا فيه دفع وشدة كذا في المغرب. وفي ضياء الحلوم: دفق الماء دفقا صبه ودفق الماء دفوقا يتعدى ولا يتعدى. وعبر عنه في الهداية بقوله: أنزال المني على وجه الدفق والشهوة والاولى أن يقال: نزول المني دون الانزال لانه يلزم من النزول الانزال دون العكس، فإن من احتلم أو وجد على فخذه يجب عليه الغسل بلا قصد الانزال ذكره الهندي. فعلى هذا التقدير يكون ذكر الدفق اشتراطا للخروج من رأس الذكر فإنه يقال دفق الماء دفوقا بمعنى خرج من محله

***

[١٠١]

بخلاف دفق دفقا فإنه بمعنى صبه صبا لكن هذا إنما يستقيم على قول أبي يوسف، أما عندهما لا يستقيم لانهما لم يجعلا الدفق شرطا بل تكفي الشهوة حتى قالا بوجوبه إذا زايل المني من مكانه بشهوة وإن خرج بلا دفق كذا في النهاية معراج الدراية وغيرهما. وأجاب عنه في العناية وغاية البيان بأنه لا حصر في كلامه فيستقيم، غايته يلزم ترك بعض موجباته عندهما في موضع بيانها اه. ولا يخفى ما فيه. ويمكن أن يقال: إن المراد بكون الانزال على وجه الشهوة أن يكون للشهوة دخل في الانزال سواء كانت مقارنه أو سابقة عليه مقارنه للانفصال. هذا وعبارة المصنف أشد إشكالا لانه يرد عليها ما ورد على عبارة القدوري من أنها لا تشمل مني المرأة لان ماءها لا يكون دافقا كماء الرجل وإنما ينزل من صدرها إلى فرجها كما ذكره الولوالجي في فتاواه ويرد على عبارة المختصر خاصة التناقض في التركيب لان اشتراط الدفق يفيد اشتراط خروج المني بشهوة من رأس الذكر، وقوله عند انفصاله ينفيه فلو حذف الدفق لكان أولى. وقد يقال أن الدفق بمعنى الدفوق مصدر اللازم. وقال الشافعي: إن إنزاله موجب للغسل كان عن شهوة أو لا، واستدلوا له بقوله صلى الله عليه وسلم إنما الماء من الماء أي الاغتسال من الانزال وهو قول محمد

***

[١٠٢]

وزفر كما نقله في معراج الدراية وفي الذخيرة وهو مختار بعض المشايخ، واستدل في الهداية لنا بقوله تعالى * (وإن كنتم جنبا فاطهروا) * (المائدة: ٦) وهو في اللغة اسم لمن قضى شهوته فكان وجوب الاغتسال معلقا بالجنابة لا بخروج المني، وأورد على هذا أن ظاهره الاستدلال بمفهوم الشرط ولم يجب عنه. وقد يقال: ليس هذا استدلالا بمفهوم الشرط بل لما كان الحكم معلقا بشرط ولم يوجد كان الحكم معدوما بالعدم الاصلي لا أن عدم الشرط أوجب عدم الحكم، وهذا لا يخفى على من اشتغل بأصول أصحابنا. قال في التنقيح: وعندنا العدم لا يثبت بالتعليق بل يبقى الحكم على العدم الاصلي. وأجاب في الهداية عن الحديث بأنه محمول على الخروج عن شهوة. قال الشارحون: وإنما حمل على هذا لان العام إذا لم يمكن إجراؤه على المسموم يراد أخص الخصوص لتيقنه وهنا يمتنع إجراؤه على العموم لانه لا يجب الغسل بإنزال المذي والودي والبول بالاجماع والانزال عن شهوة مراد بالاجماع فلا يكون غيره وهو إنزال المني لا عن شهوة مرادا، ولا يخفى أن هذا المسلك لو صح لكان أوفق بقول أبي يوسف لان أخص الخصوص الذي أريد بالاجماع ما يكون عن شهوة عند الخروج والانفصال جميعا، فالاولى ما قدمناه من أنه منسوخ أو محمول على صورة الاحتلام. ولما كان ما ذكرناه واردا

عدل. والله أعلم - عن طريقة الشارحين في فتح القدير فقال: والحديث محمول على الخروج عن شهوة لان اللام للعهد الذهني أي الماء المعهود والذي به عهدهم هو الخارج عن شهوة، كيف وربما يأتي على أكثر الناس جميع عمره ولا يرى هذا الماء مجردا عنها على أن كون المني يكون عن غير شهوة ممنوع فإن عائشة أخذت في تفسيرها إياه الشهوة على ما روى ابن المنذر أن المني هو الماء الاعظم الذي منه الشهوة وفيه الغسل، وكذا عن قتادة وعكرمة، فلا يتصور مني إلا من خروجه عن شهوة وإلا يفسد الضابط. ثم اتفق أصحاب المذهب أنه لا يجب الغسل إذا انفصل عن مقره من الصلب بشهوة إلا إذا خرج على رأس الذكر، وإنما الخلاف في أنه هل يشترط مقارنة الشهوة الخروج؟ فعند أبي يوسف نعم، وعندهما لا. وقد أشار إلى اختيار قولهما بقوله عند انفصاله أي فرض الغسل عند خروج مني موصوف بالدفق والشهوة عند الانفصال عن محله عندهما. وجه قول أبي يوسف أن وجوب الغسل متعلق بانفصال المني وخروجه وقد شرطت الشهوة عند انفصاله فتشترط عند خروجه، ولهما أن

***

[١٠٣]

الجنابة قضاء الشهوة بالانزال فإذا وجدت مع الانفصال صدق اسمها وكان مقتضى هذا ثبوت حكمها وإن لم يخرج لكن لا خلاف في عدم ثبوت الحكم إلا بالخروج فيثبت بذلك الانفصال من وجه وهو أقوى مما بقي والاحتياط واجب وهو العمل بالاقوى من الوجهين فوجب. وأورد في النهاية الريح الخارجة من المفضاة لانها إن خرجت من القبل لا يجب الوضوء، وإن خرجت من الدبر وجب فينبغي ترجيح جانب الوجوب احتياطا كما قالا هنا. وأجاب بأن الشك هناك جاء من الاصل فتعارض الدليل الموجب وغير الموجب لتساويهما في القوة فتساقطا فعملنا بالاصل الثابت بيقين وهو الطهارة، أما هنا جاء دليل عدم الوجوب من الوصف وهو الدفق ودليل الوجوب من الاصل وهو نفس وجود الماء مع الشهوة فكان في إيجاب الاغتسال ترجيح لجانب الاصل على جانب الوصف وهو صحيح لان دليل الوجوب قد سبق هنا وهو مزايلة المني عن مكانه على سبيل الشهوة وخروجه من العضو لا على سبيل الدفق بقاء ذلك والسبق من أسباب الترجيح فترجح جانب الوجوب لذلك، وأما هناك فاقترن الدليلان على سبيل المدافعة فلا يثبت الحكم الحادث لتدافعهما بل يبقى ما كان على ما كان. وفي المصفى: وثمرة الاختلاف تظهر في ثلاث فصول: أحدها أن من احتلم فأمسك ذكره حتى سكنت شهوته ثم خرج المني يجب الغسل عندهما خلافا له. والثاني إذا نظر إلى امرأة بشهوة فزال المني عن مكانه بشهوة فأمسك ذكره حتى انكسرت شهوته ثم سال بعد ذلك لا عن دفق فعلى هذا الخلاف. والثالث أن المجامع إذا اغتسل قبل أن يبول أو ينام ثم سال منه بقية المني من غير شهوة يعيد الاغتسال عندهما خلافا له، فلو خرج بقية المني بعد البول أو النوم أو المشي لا يجب الغسل إجماعا لان مذي وليس بمني لان البول والنوم والمشي يقطع مادة الشهوة اه. وفي فتح القدير: وكذا لا يعيد الصلاة التي صلاها بعد الغسل الاول قبل خروج ما تأخر من المني اتفاقا. وقيد المشي بالكثير في المجتبى وأطلقه كثير والتقييد أوجه لان الخطوة والخطوتين لا يكون منهما ذلك كما لا يخفى. وفي المبتغى: بخلاف المرأة يعني تعيد تلك الصلاة إذا كانت مكتوبة إذا اغتسلت ثانيا بخروج بقية منها وفيه نظر ظاهر، والذي

***

[١٠٤]

يظهر أنها كالرجل وفي المستصفى: يعمل بقول أبي يوسف إذا كان في بيت إنسان واحتلم مثلا ويستحيي من أهل البيت أو خاف أن يقع في قلبهم ريبة بأن طاف حول أهل بيتهم ا ه. وفي السراج الوهاج: والفتوى على قول أبي يوسف في الضيف وعلى قولهما في غيره ا ه. ولو خرج مني بعد البول وذكره منتشر وجب الغسل وإن لم يكن ذكره منتشرا لا يجب الغسل، كذا في فتاوى قاضيخان وغيره. ومحله إذا وجد الشهوة يدل عليه تعليله في التنجيس بأن في حالة الانتشار وجد الخروج والانفصال جميعا على وجه الدفق والشهوة وهذا يفيد إطلاق ما قدمنا من أن المني الخارج بعد البول لا يوجب الغسل إجماعا. قيل: وعلى الخلاف المتقدم مستيقظ وجد ثبوبه أو فخذه بللا ولم يتذكر احتلاما وشك في أنه مذي أو مني يجب عندهما لاحتمال انفصاله عن شهوة ثم نسي ورق هو بالهواء خلافا له وفيه نظر، فإن هذا الاحتمال ثابت في الخروج كذلك كما هو ثابت في الانفصال كذلك، فالحق أنها ليست بناء على الخلاف بل هو يقول لا يثبت وجوب الغسل بالشك في وجود الموجب وهما احتاطا لقيام ذلك الاحتمال وقياسا على ما لو تذكر الاحتلام ورأى ماء رقيقا

حيث يجب اتفاقا حملا للرقة على ما ذكرنا، وقوله أقيس وأخذ به خلف ابن أيوب وأبو الليث كذا في فتح القدير. واعلم أن هذه المسألة على اثني عشر وجها لانه إما أن يتيقن أنه مني أو مذي أو ودي أو شك في الاول والثاني أو في الاول والثالث أو في الثاني والثالث، وكل من هذه الستة إما
***

[١٠٥]
أن تكون مع تذكر الاحتلام أو لا فيجب الغسل اتفاقا فيما إذا تيقن أنه مني وتذكر الاحتلام أو لا، وفيما إذا تيقن أنه مذي وتذكر الاحتلام أو شك أنه مني أو مذي أو مني أو ودي أو مذي أو ودي وتذكر الاحتلام في الكل، ولا يجب الغسل اتفاقا فيما إذا تيقن أنه ودي، تذكر الاحتلام أو لا، أو شك أنه مذي أو ودي ولم يتذكر الاحتلام، أو تيقن أنه مذي ولم يتذكر الاحتلام. ويجب الغسل عندهما لا عند أبي يوسف فيما إذ شك أنه مني أو مذي أو مني أو ودي ولم يتذكر الاحتلام فيهما. وهذا التقسيم وإن لم أجده فيما رأيت لكنه مقتضى عباراتهم لكن قال في فتح القدير: التيقن متعذر مع النوم. وفي الخلاصة: ولسنا نوجب الغسل بالمذي لكن المني يرق بإطالة المدة فتصير صورته صورة المذي لا حقيقة المذي ا ه. وهذا كله في النائم إذا استيقظ فوجد بللا. أما إذا غشي عليه فأفاق فوجد مذيا أو كان سكران فأفاق فوجده مذيا لا غسل عليه اتفاقا، كذا في الخلاصة وغيرها. والفرق بأن المني والمذي لا بد له من سبب وقد ظهر في النوم تذكر أو لا، لان النوم مظنة الاحتلام فيحال عليه. ثم يحتمل أنه مني رق بالهواء أو للغذاء فاعتبرناه منيا احتياطا ولا كذلك السكران والمغمى عليه لانه لم يظهر فيهما هذا السبب. ولو وجد الزوجان بينهما ماء دون تذكر ولا مميز بأن لم يظهر غلظه ورقته ولا بياضه وصفرته يجب عليهما الغسل، صححه في الظهيرية ولم يذكروا القيد فقالوا يجب عليهما، وقيل إذا كان غليظا أبيض فعليه أو رقيقا أصفر فعليها فيقيدونه بصورة نقل الخلاف. والذي يظهر تقييد الوجوب عليهما بما ذكرنا فلا خلاف إذن كذا في فتح القدير. وينبغي أن يقيد أيضا بما إذا لم يظهر كونه وقع طولا أو عرضا فإن بعضهم قال: إن وقع طولا فمن الرجل وإن وقع عرضا فمن المرأة، ولعله لضعف هذا النوع من التمييز عنده
***

[١٠٦]
أعرض عنه وليس ببعيد فيما يظهر، والقياس أنه لا يجب الغسل على واحد منهما لوقوع الشك. وإذا لم يجب عليهما لا يجوز لها أن تقتدي به والوجه فيه ظاهر، ولا يخفى أن هذا كله فيما إذا لم يكن الفراش قد نام عليه غيرهما قبلهما، وأما إذا كان قد نام عليه غيرهما وكان المني المرئي يابسا فالظاهر أنه لا يجب الغسل على واحد منهما. ولو احتملت المرأة ولم يخرج الماء إلى ظاهر فرجها، عن محمد يجب، وفي ظاهر الرواية لا يجب لان خروج منيها إلى فرجها الخارج شرط لوجوب الغسل عليها وعليه الفتوى كذا في معراج الدراية، والذي حرره في فتح القدير وقال إنه الحق الاتفاق على تعلق وجوب الغسل بوجود المني في احتلامهما، والقائل بوجوبه في هذه الخلافية إنما يوجبه على وجوده وإن لم تره فالمراد بعدم الخروج في قولهم ولم يخرج منها لم تره خرج فعلى هذا إلا وجه وجوب الغسل في الخلافية. والمراد بالرؤية في جواب النبي صلى الله عليه وسلم أم سليم لما سألته هل على المرأة من
***

[١٠٧]
غسل إذا هي احتلمت؟ قال: نعم إذا رأت الماء العلم مطلقا فإنها لو تيقنت الانزال بأن استيقظت في فور الاحتلام فأحست بيدها البلل ثم نامت فاستيقظت حتى جف فلم تر بعينها شيئا لا يسع القول بأن لا غسل عليها مع أنه لا رؤية بصر بل رؤية علم ورأي تستعمل حقيقة في علم باتفاق أهل اللغة قال: رأيت الله أكبر كل شئ. ا ه. ولو جومعت فيما دون الفرج فسبق الماء إلى فرجها أو جومعت البكر لا غسل عليها إلا إذا ظهر الحبل لانها لا تحبل إلا إذا أنزلت وتعيد ما صلت إن لم تكن اغتسلت لانه ظهر أنها صلت بلا طهارة. ولو جومعت فاغتسلت ثم خرج منها مني الرجل لا غسل عليها، ولو قالت معي جني يأتيني في النوم مرارا وأجد ما أجد إذا جامعني زوجي لا غسل عليها. وفي فتح القدير: ولا يخفى أنه مقيد بما إذا لم تر الماء فإن رأته صريحا وجب كأنه احتلام. وقد يقال: ينبغي وجوب الغسل من غير إنزال لوجود الايلاج لانها تعرف أنه يجامعها كما لا يخفى، ولا يظهر هذا الاشتراط
***

[١٠٨]
إلا إذا لم يظهر لها في صورة الآدمي. وفي فتاوى قاضيخان: إذا استيقظ فوجد بللا في إحليله وشك في أنه مني أو مذي فعليه الغسل إلا إذا كان ذكره منتشرا قبل النوم فلا يلزمه الغسل إلا أن يكون أكبر رأيه أنه مني فيلزمه الغسل، وهذه المسألة يكثر وقوعها والناس عنها غافلون، وهذه تقيد الخلاف المتقدم بين أبي يوسف وصاحبيه بما إذا لم يكن ذكره منتشرا. ثم إن أبا حنيفة في هذه المسألة ومسألة المباشرة الفاحشة ومسألة الفأرة المنتفخة أخذ بالاحتياط وأبا يوسف وافقه في الاحتياط في مسألة المباشرة الفاحشة لوجود فعل هو سبب خروج المذي وخالفه في الفصلين الاخيرين لانعدام الفعل منه، ومحمدا وافقه في الاحتياط في مسألة النائم لانه غافل عن نفسه فكان عنده موضع الاحتياط بخلاف الفصلين الاخيرين فإن المباشر ليس بغافل عن نفسه فيحس بما يخرج منه كذا في المبسوط. وفي المحيط: ولو أن رجلا عزبا به فرط شهوة له أن يستمني بعلاج لتسكن شهوته ولا يكون مأجورا عليه ليته ينجو رأسا برأس. هكذا روي عن أبي حنيفة. وفي الخلاصة معزيا إلى الاصل: المراهق لا يجب عليه الغسل لكن يمنع من الصلاة حتى يغتسل، وكذا لو أراد الصلاة بدون الوضوء وكذا المراهقة ا ه. وفي القنية: لو أنزل الصبي مع الدفق وكان سبب بلوغه فالظاهر أنه لا يلزمه الغسل ا ه. قال بعض المتأخرين: ولا يخفى أنه على هذا لا بد من توجيه المتون ولم يذكر توجيها. وقد يقال: أن غير المكلف مخصوص من إطلاق عباراتهم، فقولهم وموجبه إنزال مني معناه أن إنزال المني موجب للغسل على المكلف لا على غيره وسيأتي خلاف هذا في آخر بحث الغسل إن شاء الله تعالى. واعلم أنه كما ينتقض الوضوء بنزول البول إلى القلفة يجب الغسل بوصول المني إليها ذكره في البدائع.
***
[١٠٩]
قوله: (وتواري حشفة في قبل أو دبر عليهما) أي فرض الغسل عند غيبوبة ما فوق الختان وكذلك غيبوبة مقدار الحشفة من مقطوعها في قبل امرأة يجامع مثلها أو دبر على الفاعل والمفعول به وإن لم ينزل، والتعبير بغيبوبة الحشفة أولى من التعبير بالتقاء الختانين لتناوله الايلاج في الدبر، ولان الثابت في الفرج محاذاتهما لا التقاؤهما لان ختان الرجل هو موضع القطع وهو ما دون خرة الحشفة، وختان المرأة موضع قطع جلدة منها كعرف الديك فوق الفرج وذلك لان مدخل الذكر هو مخرج المني والولد والحيض، وفوق مدخل الذكر مخرج البول كإحليل الرجل وبينهما جلدة رقيقة يقطع منها من الختان، فحصل أن ختان المرأة متسفل تحت مخرج البول وتحت مخرج البول مدخل الذكر، فإذا غابت الحشفة في الفرج فقد حاذى ختانه ولكن يقال لموضع ختان المرأة الخفاض، فذكر الختانين بطريق التغليب، قيد بالتواري لان مجرد التلاقي لا يوجب الغسل ولكن ينقض الوضوء على الخلاف المتقدم، وقيدنا بكونه في قبل امرأة لان التواري في فرج البهيمة لا يوجب الغسل إلا بالانزال، وقيدنا بكونها يجامع مثلها لان التواري في الميتة والصغيرة لا يوجب الغسل إلا بالانزال، وقد تقدم الدليل من السنة والاجماع على وجوب الغسل بالايلاج وإن لم يكن معه إنزال وهو بعمومه يشمل الصغيرة والبهيمة وإليه ذهب الشافعي لكن أصحابنا رضي الله عنهم منعوه إلا أن ينزل لان وصف الجنابة متوقف على خروج المني ظاهرا أو حكما عند كمال سببه مع خفاء خروجه لقلته وتكسله في المجرى لضعف الدفق بعدم بلوغ الشهوة منتهاها كما يجده المجامع في أثناء الجماع من اللذة بمقاربة المزايلة، فيجب حينئذ إقامة السبب مقامه وهذا علة كون الايلاج فيه الغسل فتعدى الحكم إلى الايلاج في الدبر وعلى الملاط به إذ ربما يتلذذ فينزل، ويخفى لما قلنا. وأخرجوا ما ذكرنا لكنه يستلزم تخصيص النص بالمعنى ابتداء كذا في فتح القدير. وحاصله أن الموجب إنزال المني حقيقة أو تقديرا عند كمال سببه، وفيما ذكرناه لم يوجد حقيقة ولا تقدير النقصان سببه لكن هذا يستلزم تخصيص النص بالمعنى ابتداء والعام لا
***
[١١٠]
يخصص بالمعنى ابتداء عندنا فيحتاج أئمتنا إلى الجواب عن هذا ويحتاجوا أيضا إلى الجواب عما ذكره النووي في شرح المهذب بأنه ينتقض بوطئ العجوز الشوهاء المتناهية في القبح العمياء البرصاء المقطعة الاطراف فإنه يوجب الغسل بالاتفاق مع أنه لا يقصد به لذة في العادة، ولم أجد عن هذين الايرادين جوابا وقد ظهر لي في الجواب عن الاول أن هذا ليس تخصيصا للنص بالمعنى ابتداء وبيانه يحتاج إلى مزيد كشف فأقول وبالله التوفيق: إنه قد ورد حديثان ظاهرهما التعارض: الاول الماء من الماء ومقتضاه أن الغسل لا

يجب بالتقاء الختانين من غير إنزال فإن الماء اسم جنس محلى بلام الاستغراق فمعناه جميع الاغتسال من المني فيما يتعلق بعين الماء لا مطلقا لوجوبه بالحيض والنفاس. والثاني حديث إذا جلس بين شعبها الاربع ثم جهدها فقد وجب الغسل وإن لم ينزل ومقتضاه عموم وجوب الغسل بغيبوبة الحشفة من غير إنزال فيشمل الصغيرة والبهيمة والميتة فيعارض الاول وإذا أمكن العمل بهما وجب فقال علماؤنا: أن الموجب للغسل هو إنزال المني كما أفاده الحديث الاول لكن المني تارة يوجد حقيقة وتارة يوجد حكما عند كمال سببه وهو غيبوبة الحشفة في محل يشتهى عادة مع خفاء خروجه ولو كان في الدبر لكمال السببية فيه لانه سبب لخروج المني غالبا كالايلاج في القبل لاشتراكهما لينا وحرارة وشهوة حتى إن الفسقة اللوطة رجحوا قضاء الشهوة من الدبر على قضائها من القبل ومنه خبرا عن قوم لوط * (لقد علمت ما لنا في بناتك من حق وأنك لتعلم ما نريد) * (هود: ٧٩) وفي الصغيرة ونحوها لم يكن الايلاج سببا كاملا لانزال المني لعدم الداعية إليه فلم يوجد إنزال المني حقيقة ولا تقديرا. فلو قلنا بالوجوب من غير إنزال لكان فيه ترك العمل بالحديث أصلا وهو لا يجوز فكان هذا منا

***

[١١١]

قولا بموجب العلة لا تخصيصا للنص بالقياس ابتداء، ويكون إنزال المني هو الموجب وهو إما حقيقة أو تقديرا هو الذي ذكره مشايخنا في أصولهم في بحث المفاهيم قاطعين النظر عن كون الماء من الماء منسوخا كما لا يخفى. وجواب آخر أنه يجوز تخصيص النص العام بالمعنى ابتداء عند جمهور الفقهاء منهم الشيخ أبو منصور ومن تابعه من مشايخ سمرقند لان موجبه عندهم ليس بقطعي، وأكثر أصحابنا يمنعونه لكونه عندهم قطعيا والقياس ظني، أما إذا كان العام ظنيا جاز تخصيصه بالقياس ابتداء وما نحن فيه من هذا القبيل لانه ظني الثبوت وإن كان قطعي الدلالة. وأما الجواب عن الثاني فلا نسلم أن المحل لا يشتهى ولئن سلم فاجتماع هذه الاوصاف الشنيعة في امرأة نادر ولا اعتبار به. هذا وقد ذكر في المبتغى خلافا فيمن غابت الحشفة في فرجه فقال: وقيل لا غسل عليه كالبهيمة والمراد بالفرج الدبر ونقله في فتح القدير ولم يتعقبه. وقد يقال: إنه غير صحيح فقد قال في غاية البيان: واتفقوا على وجوب الغسل من الايلاج في الدبر على الفاعل والمفعول به ا ه‍. وجعل الدبر كالبهيمة بعيد جدا كما لا يخفى. وفي فتح القدير: إن في إدخال الاصبع الدبر خلافا في إيجاب الغسل فليعلم ذلك ا ه‍. وقد أخذه من التجنيس ولفظه: رجل أدخل أصبعه في دبره وهو صائم اختلفوا في وجوب الغسل والقضاء، والمختار أنه لا يجب الغسل ولا القضاء لان الاصبع ليس آلة للجماع فصار بمنزلة الخشبة. ذكره في الصوم. وقد حكى عن السراج الوهاج خلافا في وطئ الصغيرة التي لا تشتهى فمنهم من قال يجب مطلقا، ومنهم من قال لا يجب مطلقا والصحيح أنه إذا أمكن الايلاج في محل الجماع من الصغيرة ولم يفضها فهي ممن تجامع فيجب الغسل وعزاه للصيرفي في الايضاح. وقد يقال: إن بقاء البكارة دليل على عدم

***

[١١٢]

الايلاج فلا يجب الغسل كما اختاره في النهاية معزيا إلى المحيط. ولو لف على ذكره خرقة وأولج ولم ينزل قال بعضهم يجب الغسل لانه يسمى مولجا، وقال بعضهم لا يجب. والاصح إن كانت الخرقة رقيقة بحيث يجد حرارة الفرج واللذة وجب الغسل وإلا فلا، والاحوط وجوب الغسل في الوجهين. وإن أولج الخنثى المشكل ذكره في فرج امرأة أو دبرها فلا غسل عليهما لجواز أن يكون امرأة وهذا الذكر منه زائد فيصير كمن أولج أصبعه، وكذا في دبر رجل أو فرج خنثى لجواز أن يكونا رجلين والفرجان زائدان منهما، وكذا في فرج خنثى مثله لجواز أن يكون الخنثى المولج فيه رجلا والفرج زائد منه. وإن أولج رجل في فرج خنثى مشكل لم يجب الغسل عليه لجواز أن يكون الخنثى رجلا والفرج منه بمنزلة الجرح. وهذا كله إذا كان من غير إنزال، أما إذا أنزل وجب الغسل بالانزال. كذا في السراج الوهاج. وهذا لا يرد على المصنف لان كلامه في حشفة وقبل محققين والله أعلم بالصواب. قوله: (وحيض ونفاس) أي وفرض الغسل عند حيض ونفاس. وقد اختلف رأي المصنف في كتبه هل الموجب الحيض أو انقطاعه؟ فاختار في المستصفى أن الموجب رؤية الدم أو خروجه وعلل بأن الدم إذا حصل نقض الطهارة الكبرى ولم يجب الغسل مع سيلان الدم لانه ينافيه، فإذا انقطع أمكن الغسل فوجب لاجل ذلك الحدث السابق، فأما الانقطاع فهو طهارة فلا يوجب الطهارة. واختار في الكافي أن الموجب انقطاع الدم لا خروجه لان

***
[١١٣]
عنده لا يجب وإنما يجب عند الانقطاع. ونقل نظيره في المستصفى عن أستاذه وعلل له بأن الخروج منه مستلزم للحيض فقد وجد الاتصال بينهما فصحت الاستعارة. وفي غاية البيان: هذا والله عن عجائب الدنيا لانه إذا كان الخروج ملزوما والحيض لازما يلزم أن يوجد الحيض عند وجود الخروج لاستحالة انفكاك اللازم عن الملزوم ووجد الحيض عند وجوده محال بمرة ا ه. أقول: ليس في هذا شئ من العجب وما العجب إلا فهم الكلام على وجه يتوجه عليه الاعتراض، ولو فهم أن الخروج من الحيض مستلزم لتقدم الحيض لا لنفس الحيض لاستغنى عن هذا الاعتراض. واستبعد الزيلعي كون الانقطاع سببا لانه ليس فيه إلا الطهارة ومن المحال أن توجب الطهارة الطهارة وإنما توجبها النجاسة، ويدفع هذا الاستبعاد بأن الانقطاع نفسه ليس بطهر إنما الطهر الحالة المستمرة عقيبه ولو سلم، فلما كان الانقطاع لا بد منه في وجوب الغسل إذ لا فائدة في الغسل بدونه نسبت السببية إليه وإن كان السبب في الحقيقة خروج الدم. والحاصل أنهم اختلفوا هل الغسل يجب بخروج الدم بشرط الانقطاع أو يجب بنفس الانقطاع؟ ورجح بعضهم الثاني بأن الحيض اسم لدم مخصوص والجوهر لا يكون سببا للمعنى. والحق غير القولين بل إنما يجب بوجوب الصلاة كما قدمناه في الوضوء والغسل. وقد نقل الشيخ سراج الدين الهندي الاجماع على أنه لا يجب الوضوء على المحدث، والغسل على الجنب والحائض والنفساء قبل وجوب الصلاة أو إرادة ما لا يحل إلا به، فحينئذ لا فائدة لهذا الخلاف من جهة الاثم فإنهم اتفقوا على عدم الاثم قبل وجوب الصلاة، فظهر بهذا ضعف ما نقله في السراج الوهاج من أنه جعل فائدة الخلاف تظهر فيما إذا انقطع الدم طلوع الشمس وأخرت الغسل إلى وقت الظهر، فعند الكرخي وعامة العراقيين تأثم، وعند البخاريين لا تأثم. وعلى هذا الخلاف وجوب الوضوء فعند العراقيين يجب الوضوء للحدث وعند البخاريين للصلاة ا ه. وقد يقال: إن فائدته تظهر في التعاليق كأن يقول: إن وجب عليك غسل فأنت طالق. وقد ظهر لي فائدة أخرى وهي ما إذا استشهدت قبل انقطاع الدم فمن قال السبب نفس الحيض قال إنها تغسل لان الشهادة لا ترفع ما وجب قبل الموت كالجنابة، ومن قال إن السبب انقطاعه قال لا تغسل لعدم وجوب الغسل قبل الموت، وقد صحح في الهداية في باب الشهيد أنها تغسل فكان تصحيحا لكون السبب الحيض كما لا يخفى. وأما دليل وجوب الغسل من الحيض والنفاس فالاجماع نقله صاحب البدائع من أئمتنا والنووي في شرح المهذب عن ابن المنذر وابن جرير الطبري واستدل بعضهم للحيض بقوله تعالى * (ولا تقربوهن حتى يطهرن) * (البقرة: ٢٢٢) ووجه الدلالة أنه يلزمها تمكين الزوج من الوطئ ولا يجوز ذلك إلا بالغسل وما لا يتم
***
[١١٤]
الواجب إلا به فهو واجب. وإذا ثبت هذا فيما دون العشرة ثبت في العشرة بدلالة النص لان وجوب الاغتسال لاجل خروج الدم وقد وجد في العشرة. فإن قيل: إنما وجب الاغتسال فيما دون العشرة لتتأكد به صفة الطهارة عن الحيض وزوال الاذى ليثبت الحل للزوج، ولهذا يثبت الحل بمضي وقت صلاة عليها وإن لم تغتسل لوجود التأكيد بصيرورة الصلاة دينا عليها، وفي العشرة قد تأكد صفة الطهارة بنفس الانقطاع فانعدم المعنى الموجب فلا يمكن الالحاق بطريق الدلالة كما لا يمكن إثبات الحد باللواطة بمعنى الحرمة لانعدام المعنى الموجب للحد بعد الحرمة وهو كثرة الوقوع قلنا: ليس كذلك بل المعنى الموجب موجود لانه إما الحدث أو إرادة الصلاة على الخلاف، وكلاهما ثابت هنا، فأما الفرق الذي يدعيه فإنما يثبت إذا كان وجوب الاغتسال لثبوت الحل وليس كذلك، ألا ترى أنها لو لم تكن ذات زوج وجب عليها الاغتسال مع انعدام المعنى الذي يدعيه ولكنه وإن وجب بسبب آخر جعل غاية للحرمة فيما دون العشرة فإن الحيض به ينتهي فتنتهي الحرمة المبنية عليه، فعرفنا بعبارة النص في قراءة التشديد حرمان القربان مغيا إلى الاغتسال فيما دون العشرة بإشارته وجوب الاغتسال وبدلالته وجوبه في العشرة. كذا في معراج الدراية معزيا إلى شيخه العلامة. ويدل عليه أيضا حديث فاطمة بنت أبي حبيش أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها: إذا أقبلت الحيضة فدعي الصلاة وإذا أدبرت فاغتسلي وصلي. رواه البخاري ومسلم عن عائشة. وفي بعض الروايات فاغسلي عنك الدم وصلي. وفي البدائع: ولا نص في النفاس وإنما عرف بالاجماع، ثم إجماعهم يجوز أن يكون على خبر في الباب لكنهم تركوا نقله اكتفاء بالاجماع، ويجوز أن يكون بالقياس على دم الحيض لكون كل منهما دما خارجا من الرحم ا ه. والمذكور في الاصول أن الاجماع في كل حادثة لا يتوقف على نص على الاصح. وفي الكافي للحاكم

الشهيد وإذا اجنبت المرأة ثم أدركها الحيض فإن شاءت اغتسلت وإن شاءت أخرت حتى تطهر، وعند مالك: عليها أن تغتسل بناء على أصله أن الحائض لها أن تقرأ القرآن ففي اغتسالها من الجنابة هذه الفائدة. قوله: (لا مذي وودي واحتلام بلا بلل) بالجر عطف على مني أي لا يفترض الغسل عند هذه الاشياء. أما المذي ففيه ثلاث لغات: المذي بإسكان الذال وتخفيف الياء والمذي بكسر الذال وتشديد الياء وهاتان مشهورتان. قال الازهري وغيره: التخفيف أفصح وأكثر. والثالثة المذي بكسر الذال وإسكان الياء حكاها أبو عمر الزاهد في شرح الفصيح عن ابن الاعرابي. ويقال مذي بالتخفيف وأمذي ومذي بالتشديد والاول أفصح، وهو ماء أبيض

***

[١١٥]

رقيق يخرج عند شهوة لا بشهوة ولا دفق ولا يعقبه فتور وربما لا يحس بخروجه وهو أغلب في النساء من الرجال. وفي بعض الشروح أن ما يخرج من المرأة عند الشهوة يسمى القذي بمفتوحتين. والودي بإسكان الدال المهملة وتخفيف الياء ولا يجوز عند جمهور أهل اللغة غير هذا، وحكى الجوهري في الصحاح عن الاموي أنه قال بتشديد الياء، وحكى صاحب مطالع الانوار لغة أنه بالذال المعجمة وهذان شاذان. يقال ودي بتخفيف الدال وأودي وودي بالتشديد والاول أفصح، وهو ماء أبيض كدر ثخين يشبه المني في الثخانة ويخالفه في الكدورة ولا رائحة له، ويخرج عقيب البول إذا كانت الطبيعة مستمسكة وعند حمل شئ ثقيل ويخرج قطرة أو قطرتين ونحوهما، وأجمع العلماء أنه لا يجب الغسل بخروج المذي والودي. كذا في شرح المهذب. وإذا لم يجب بهما الغسل وجب بهما الوضوء. وفي المذي حديث علي المشهور الصحيح الثابت في البخاري ومسلم وغيرهما. فإن قيل: ما فائدة إيجاب الوضوء بالودي وقد وجب بالبول السابق عليه؟ قلنا عن ذلك أجوبة: أحدها فائدته فيمن به سلس البول فإن الودي ينقض وضوءه دون البول. ثانيها فيمن توضأ عقب البول قبل خروج الودي ثم خرج الودي فيجب به الوضوء. ثالثها يجب الوضوء لو تصور الانتقاض به كما فرع أبو حنيفة مسائل المزارعة لو كان يقول بجوازها قال في الغاية وفيه ضعف. ورابعها الودي ما يخرج بعد الاغتسال من الجماع وبعد البول وهو شئ لزج، كذا فسره في الخزانة والتبيين، فالاشكال إنما يرد على من اقتصر في تفسيره على ما يخرج بعد البول. خامسها أن وجوب الوضوء بالبول لا ينافي الوجوب بالودي بعده ويقع الوضوء عنهما حتى لو حلف لا يتوضأ من رعاف فرعف ثم بال أو عكسه فتوضأ فالوضوء منهما فيحنث، وكذا لو حلفت لا تغتسل من جنابة أو حيض فجامعها زوجها وحاضت فاغتسلت فهو منهما وتحنث وهذا ظاهر الرواية. وقال الجرجاني: الطهارة من الاول دون الثاني مطلقا. وقال الهندواني: إن اتحد الجنس كأن بال ثم بال فالوضوء الاول، وإن اختلف كأن بال ثم رعف فالوضوء منهما ذكره في الذخيرة. وقد رجح المحقق في فتح القدير تبعا للآمدي قول الجرجاني لان الناقض يثبت الحدث، ثم تجب إزالته عند وجود شروطه وهو أمر واحد لا تعدد في أسبابه فالثابت بكل سبب هو الثابت بالآخر إذ لا دليل يوجب خلاف ذلك فالناقض الاول لما أثبت الحدث لم يعمل الثاني شيئا لاستحالة تحصيل الحاصل. نعم لو وقعت الاسباب دفعة أضيف ثبوته إلى كلها ولا ينفي ذلك كون كل علة مستقلة لان معنى الاستقلال كون الوصف بحيث لو انفرد أثر هذه الحيثية ثابتة لكل في حال الاجتماع، وهذا أمر معقول يجب قبوله والحق أحق أن يتبع ويجب حمله على الحكم بتعدد الحكم هنا ولا يستلزم أن يقال به كل موضع لانه يرفع وقوع تعدد العلل بحكم واحد وهم في الاصول يثبتونه.

***

[١١٦]

وأما الاحتلام فهو افتعال من الحلم بضم الحاء وإسكان اللام وهو ما يراه النائم من المنامات. يقال حلم في منامه بفتح الحاء واللام واحتلم وحلمت كذا وحلمت بكذا هذا أصله ثم جعل اسما لما يراه النائم من الجماع فيحدث معه إنزال المني غالبا فغلب لفظ الاحتلام في هذا دون غيره من أنواع المنام لكثرة الاستعمال. وحكمه عدم وجوب الغسل إذا لم ينزل لما روى البخاري ومسلم عن أم سلمة رضي الله عنها قالت: جاءت أم سليم امرأة أبي طلحة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن الله لا يستحي من الحق هل على المرأة من غسل إذا هي احتلمت؟ قال: نعم إذا رأت الماء. ونقل النووي في شرح المهذب عن ابن المنذر الاجماع عليه. وأما ما استدل به في بعض الشرح ومن حديث عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم سأل عن الرجل يجد البلل ولا يذكر الاحتلام قال يغتسل. وعن الرجل يرى أنه احتلم ولا يجد البلل قال: لا غسل عليه. فهو وإن كان مشهورا رواه الدارمي وأبو داود الترمذي وغيرهم لكنه

من رواية عبد الله بن عمر العمري وهو ضعيف عند أهل العلم لا يحتج بروايته ويغني عنه حديث أم سليم المتقدم فإنه يدل على جميع ما يدل عليه هذا هكذا في شرح المهذب. ولا يقال إن الاستدلال بحديث أم سليم صحيح على مذهب من يقول بمفهوم الشرط وأنتم لا تقولون به لانا نقول: إن الحكم معلق بالشرط فإذا عدم الشرط انعدم الحكم بالعدم الاصلي لا بأن عدم الشرط أثر في عدم الحكم كما تقدم. قوله: (وسن للجمعة والعيدين والاحرام وعرفة) أي وسن الغسل لاجل هذه الاشياء. وأما الجمعة فلما روى الترمذي وأبو داود النسائي وأحمد في مسنده والبيهقي في سننه وابن أبي شيبة في مصنفة وابن عبد البر في الاستذكار عن قتادة عن الحسن عن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت، ومن اغتسل فالغسل أفضل قال الترمذي حديث حسن صحيح أي فبالسنة أخذ ونعمت هذه الخصلة، وقيل فبالرخصة أخذ
***
[١١٧]
ونعمت الخصلة هذه والاول أولى فإنه قال وإذا اغتسل فالغسل أفضل فتبين أن الوضوء سنة لا رخصة كذا في الطلبة. والضمير في فبها يعود إلى غير المذكور وهو جائز إذا كان مشهورا وهذا مذهب جمهور العلماء وفقهاء الامصار وهو المعروف من مذهب مالك وأصحابه، وما وقع في الهداية من أنه واجب عند مالك فقال بعض الشارحين: إنه غير صحيح فإنه لم يقل أحد بالوجوب إلا أهل الظاهر وتمسكوا بما رواه البخاري ومسلم من حديث عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من جاء منكم الجمعة فليغتسل والامر للوجو ب. وروى البخاري ومسلم من حديث الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال غسل يوم الجمعة واجب على كل محتلم وقد أجاب الجمهور عنه بثلاثة أجوبة: أحدها أن الوجوب قد كان ونسخ ودفع بأن الناسخ وإن صححه الترمذي لا يقوي قوة حديث الوجو ب ما ليس فيه تاريخ أيضا فعند التعارض يقدم الموجب. ثانيها أنه من قبيل انتها الحكم بانتهاء علته كما يفيده ما أخرجه أبو داود عن عكرمة أن ناسا من أهل العراق جاءوا فقالوا: يا ابن عباس أترى الغسل يوم الجمعة واجبا؟ فقال: لا ولكنه طهور وخير لمن اغتسل ومن لم يغتسل فلا شئ عليه بواجب، وسأخبركم كيف بدأ الغسل كان الناس مجهودين يلبسون الصوف ويعملون على ظهورهم وكان مسجدهم ضيقا مقارب السقف إنما هو عريش، فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم في يوم حار وعرق الناس في ذلك الصوف حتى ثارت منه رياح حتى أذى بعضهم بعضا، فلما وجد عليه السلام تلك الرياح قال: يا أيها الناس، إذا كان هذا اليوم فاغتسلوا وليمس أحدكم أمثل ما يجد من دهنه وطيبه. قال ابن عباس: ثم جاء الله بالخير ولبسوا غير الصوف وكفوا العمل ووسع مسجدهم وذهب بعض الذي كان يؤذي بعضهم بعضا من العرق. وثالثها أن المراد بالامر النسب وبالوجوب الثبوت شرعا على وجه الندب كأنه قال واجب في الاخلاق الكريمة وحسن السنة بقرينة متصلة ومنفصلة. أما المتصلة فهي أنه قرنه بما لا يجب اتفاقا كما رواه مسلم في حديث الخدري إنه عليه السلام قال غسل الجمعة على كل محتلم والسواك والطيب ما يقدر عليه ومعلوم أن الطيب والسواك ليسا بواجبين فكذلك الغسل، وأما قول أبي هريرة كغسل الجنابة فإنما أراد التشبيه في الهيئة والكيفية لا في كونه فرضا يدل عليه ما رواه الترمذي عن
***
[١١٨]
أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من توضأ فأحسن الوضوء ثم أتى الجمعة فدنا واستمع وأنصت غفر له ما بينه وبين الجمعة وزيادة ثلاثة أيام، ومن مس الحصى فقد لغا (١) وهذا نص في الاكتفاء بالوضوء. وأما القرينة المنفصلة فهي قوله ومن اغتسل فالغسل أفضل. وأما كون الغسل سنة للعيدين وعرفة فبما رواه ابن ماجه في سننه عن الفاكه بن سعد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يغتسل يوم الفطر ويوم النحر ويوم عرفة، ورواه الطبراني في معجمه والبزار في مسنده وزاد فيه يوم الجمعة، ورواه أحمد في مسنده أيضا وروى ابن ماجه عن ابن عباس قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغتسل يوم العيدين. وأما كونه سنة للاحرام فبما أخرجه الترمذي في الحج وحسنه عن خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه زيد بن ثابت أنه رأى النبي صلى الله عليه وسلم تجرد لاهلاله واغتسل. وذهب بعض مشايخنا إلى أن هذه الاغسال الاربعة مستحبة أخذا من قول محمد في الاصل إن غسل الجمعة حسن. قال في فتح القدير: وهو النظر لانا إن قلنا بأن الوجوب انتسخ لا يبقى حكم آخر بخصوصه إلا بدليل والدليل المذكور يفيد الاستحباب، وكذا

إن قلنا بأنه من قبيل انتهاء الحكم بانتهاء علته وإن حملنا الامر على الندب فدليل الندب يفيد الاستحباب إذ لا سنة دون مواظبته صلى الله عليه وسلم وليس ذلك لازم الندب ثم يقاس عليه باقي الاغسال، وإنما يتعدى إلى الفرع حكم الاصل وهو الاستحباب. وأما ما رواه ابن ماجه في العيدين وعرفة من حديثي الفاكه وابن عباس المتقدم ذكرهما فضعيفان قاله النووي وغيره. وأما ما رواه الترمذي في الاهلال فواقعة حال لا تستلزم المواظبة فاللازم الاستحباب إلا أن يقال: إهلاله اسم جنس فيعم لفظا كل إهلال صدر منه فثبتت سنية هذا الغسل ا ه. لكن قال تلميذه ابن أمير حاج: والذي يظهر استنان غسل الجمعة لما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يغتسل من أربع: من الجنابة ويوم الجمعة وغسل الميت ومن الحجامة. رواه أبو داود وصححه ابن خزيمة والحاكم وقال على شرط الشيخين. وقال البيهقي: رواته كلهم ثقاة. مع ما تقدم فإن هذا الحديث ظاهره يفيد المواظبة وما تقدم يفيد جواز الترك من غير لوم، وبهذا القدر تثبت السنة. ثم اختلفوا فعند أبي يوسف الغسل في الجمعة والعيدين سنة للصلاة لا لليوم لانها أفضل من الوقت، وعند الحس لليوم اظهارا لفضيلته. وهكذا في كثير من الكتب وفي بعض الكتب كما نقله في المعراج ذكر محمد مكان الحسن وقالوا: الصحيح قول أبي يوسف. وتظهر ثمرة الاختلاف فيمن لا جمعة عليه هل يسن له الغسل أو لا، وفيمن اغتسل ثم أحدث وتوضأ وصلى به الجمعة لا يكون له فضل غسل الجمعة عند أبي يوسف خلافا للحسن، وفيمن اغتسل بعد الصلاة قبل الغروب فعند أبي يوسف لا، وعند الحسن نعم. كذا

***

[١١٩]

ذكر الشارحون. والمنقول في فتاوى قاضيخان في باب صلاة الجمعة أنه لو اغتسل بعد الصلاة لا يعتبر بالاجماع وهو الاولى فيما يظهر لي لان سبب مشروعية هذا الغسل لاجل إزالة الاوساخ في بدن الانسان اللازم منها حصول الاذى عند الاجتماع، وهذا المعنى لا يحصل بالغسل بعد الصلاة، والحسن رحمه الله وإن كان يقول هو لليوم لا للصلاة لكن بشرط أن يتقدم على الصلاة. ولا يضر تخلل الحدث بين الغسل والصلاة عنده وعند أبي يوسف يضر. وفي الكافي للمصنف وخلاصة الفتاوى تظهر فائدة الخلاف فيما لو اغتسل قبل الصبح وصلى به الجمعة نال فضل الغسل عند أبي يوسف، وعند الحسن لا. وتعقب الزيلعي الحسن بأنه مشكل جدا لانه لا يشترط وجود الاغتسال بما سن الاغتسال لاجله وإنما يشترط أن يكون متطهرا بطهارة الاغتسال، ألا ترى أن أبا يوسف لا يشترط الاغتسال في الصلاة وإنما يشترط أن يصليها بطهارة الاغتسال، فكذا ينبغي أن يكون هنا متطهرا بطهارته في ساعة من اليوم عند الحسن لا أن ينشئ الغسل فيه ا ه. وأقره عليه في فتح القدير. وقد يقال: إن ما استشهد به بقوله ألا ترى إلى آخره لا يصلح للاستشهاد لان ما سن الاغتسال لاجله عند الحسن وهو اليوم يمكن إنشاء الغسل فيه، فلو قيل باشتراطه أمكن بخلاف ما سن الاغتسال لاجله عند أبي يوسف وهو الصلاة لا يمكن إنشاء الغسل فيها فافترقا، لكن المنقول في فتاوى قاضيخان من باب صلاة الجمعة أنه إن اغتسل قبل الصبح وصلى بذلك الغسل كانت صلاة بغسل عند الحسن. وفي معراج الدراية: لو اغتسل يوم الخميس أو ليلة الجمعة استن بالسنة لحصول المقصود وهو قطع الرائحة اه. ولم ينقل خلافا. وينبغي أن لا تحصل السنة عند أبي يوسف لاشتراطه أن لا يتخلل بين الغسل والصلاة حدث والغالب في مثل هذا القدر من الزمان حصول حدث بينهما، ولا تحصل السنة أيضا عند الحسن على ما في الكافي وغيره. أما على ما في الكافي فظاهر، وأما على ما في غيره فلانه يشترط أن يكون متطهرا بطهارة الاغتسال في اليوم لا قبله. ولو اتفق يوم الجمعة ويوم العيد أو عرفة وجامع ثم اغتسل ينوب عن الكل كذا في معراج الدراية. ثم في البدائع: يجوز أن يكون غسل عرفة على هذا الاختلاف أيضا يعني أن يكون للوقوف أو لليوم كما في الجمعة. قال ابن أمير

***

[١٢٠]

حاج: والظاهر أنه للوقوف وما أظن أحدا ذهب إلى استنانه ليوم عرفة من غير حضور عرفات. وفي المنبع شرح المجمع: فإن قلت هل يتأتى هذا الاختلاف في غسل العيد أيضا؟ قلت: يحتمل ذلك ولكني ما ظفرت به ا ه. قلت: والظاهر أنه للصلاة أيضا ويشهد له ما صح في موطأ مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يغتسل يوم الفطر قبل أن يغدو اه. وعبارة المجمع أولى من عبارة المصنف حيث قال: وفي عرفة ليبين أنه لا ينال السنة إلا إذا اغتسل في نفس الجبل بخلاف عبارة المصنف فإنها صادقة بما إذا اغتسل خارجه

لاجله ثم دخله. قوله: (ووجب للميت) أي الغسل فرض على المسلمين على الكفاية لاجل الميت وهذا هو مراد المصنف من الوجوب كما صرح به في الوافي في الجنائز. وفي فتح القدير إنه بالاجماع إلا أن يكون الميت خنثى مشكلا فإنه مختلف فيه قيل ييمم، وقيل يغسل في ثيابه والاول أولى وسيأتي في الجنائز إن شاء الله تعالى دليله. وهل يشترط لهذا الغسل النية؟ الظاهر أنه يشترط لاسقاط وجوبه عن المكلف لا لتحصيل طهارته هو وشرط صحة الصلاة عليه كذا في فتح القدير ولنافيه نظر نذكره إن شاء الله في الجنائز. وما نقله مسكين من قوله وقيل غسل الميت سنة مؤكدة ففيه نظر بعد نقل الاجماع اللهم إلا أن يكون قولا غير معتد به فلا يقدح في انعقاد الاجماع. قوله: (ولمن أسلم جنبا وإلا ندب) أي افترض الغسل على من أسلم حال كونه جنبا فاللام بمعنى على بقرينة قوله وإلا ندب إذ لو كانت اللام على حقيقتها لاستوت الحالتان كما لا يخفى. وعبارة أصله الوافي أحسن ولفظه وندب لمن أسلم ولم يكن جنبا وإلا لزم وقد اختلف المشايخ في الكافر إذا أسلم وهو جنب، فقيل لا يجب لانهم غير مخاطبين بالفروع ولم يوجد بعد الاسلام جنابة وهو رواية، وفي رواية يجب وهو الاصح لبقاء صفة الجنابة السابقة بعد الاسلام فلا يمكنه أداء المشروط بزوالها إلا به فيفترض. ولو حاضت الكافرة فطهرت ثم أسلمت قال شمس الائمة: لا غسل عليها بخلاف الجنب. والفرق أن صفة الجنابة باقية بعد

***

[١٢١]

الاسلام فكأنه أجنب بعده والانقطاع في الحيض هو السبب ولم يتحقق بعد فلذلك لو أسلمت حائضا ثم طهرت وجب عليها الغسل. ولو بلغ الصبي بالاحتلام أو هي بالحيض قيل يجب عليها لا عليه فهذه أربعة فصول. قال قاضيخان: والاحوط وجوب الغسل في الفصول كلها ا ه‍. وفي فتح القدير: ولا نعلم خلافا في وجوب الوضوء للصلاة إذا أسلم محدثا، ولا معنى للفرق بين هاتين فإنه إن اعتبر حال البلوغ أوان انعقاد أهلية التكليف فهو كحال انعقاد العلة لا يجب عليهما، وإن اعتبر أوان توجه الخطاب حتى اتحد زمانهما وجب عليهما، والحيض إما حدث أو يوجب حدثا في رتبة حدث الجنابة كما سنحققه في بابه فوجب أن يتحد حكمه بالذي أسلم جنبا. وجوابه أن السبب في الحيض الانقطاع وثبوته بعد البلوغ لتحقق البلوغ بابتداء الحيض كيلا يثبت الانقطاع إلا وهي بالغة ا ه‍. وهذا الجواب بعد تسليمه يصلح جوابا عما يرد على الفرق بين المرأة إذا بلغت بالحيض والصبي إذا بلغ بالاحتلام. ولقائل أن يمنعه لما تقدم أن المختار أن السبب في وجوب الغسل على الحائض ليس الحيض ولا انقطاعه وإنما هو وجوب الصلاة، فحينئذ لا فرق بينهما. والجواب الصحيح أن الصحيح وجوب الاغتسال على الصبي إذا بلغ بالاحتلام ذكره في معراج الدراية معزيا إلى أمالي قاضيخان. وأما ما يرد على الفرق بين المرأة الحائض إذا أسلمت بعد الانقطاع وبين المسلم إذا كان جنبا فلم يحصل الجواب عنه من المحقق، فالاولى القول بالوجوب عليهما كما ذكره قاضيخان، وإلى هنا تمت أنواع الاغتسال وهي فرض وسنة ومندوب. فالفرض ستة أنواع: من إنزال المني بشهوة، وتواري حشفة ولو كان كافرا ثم أسلم، ومن انقطاع حيض أو نفاس ولو كانت كافرة ثم أسلمت، والخامس غسل الميت، والسادس الغسل عند إصابة جميع بدنه نجاسة أو بعضه وخفي مكانها. وكثر من المشايخ قسموا أنواعه إلى فرض وواجب وسنة ومندوب وجعلوا الواجب غسل الميت وغسل الكافر إذا أسلم جنبا ولا يخفى ما فيه فإن هذا الذي سموه واجبا يفوت الجواز بفوته. والمنقول في باب الجنائز أن غسل الميت فرض فالاولى عدم إطلاق الواجب عليه لانه ربما يتوهم أنه غير الفرض بناء على اصطلاحنا المشهور. والمسنون أربعة كما تقدم، والمندوب غسل الكافر إذا أسلم غير جنب، ولدخول مكة، والوقوف بمزدلفة، ودخول مدينة النبي صلى الله عليه وسلم، وللمجنون إذا أفاق، والصبي إذا بلغ بالسن، ومن غسل الميت، وللحجامة لشبهة الخلاف، وليلة القدر إذا رآها،

***

[١٢٢]

وللتائب من الذنب، وللقادم من السفر، ولمن يراد قتله، وللمستحاضة إذا انقطع دمها. ذكر هذه الاربعة في شرح منية المصلي معزيا لخزانة الاكمل. وفي شرح المهذب: من الغسل المسنون غسل الكسوفين وغسل الاستسقاء ومنه ثلاثة أغسال رمي الجمار، ومن المستحب الغسل لمن أراد حضور مجمع الناس ولم أجده لائمتنا فيما عندي والله الموفق للصواب. قوله: (ويتوضأ بماء السماء والعين والبحر) يعني الطهارة جائزة بماء السماء كما صرح به القدوري وغيره، والمشايخ تارة يطلقون الجواز بمعنى الحل، وتارة بمعنى الصحة وهي لازمة للاول من غير عكس والغالب إرادة الاول في الافعال، والثاني في العقود والمراد هنا الاول، ومن قال بعموم المشترك استعمل الجواز هنا

بالمعنيين. والماء هو الجسم اللطيف السيال الذي به حياة كل نام، وأصله موه بالتحريك وهو أصل مرفوض فيما أبدل من الهاء أبدالا لازما فإن الهمزة فيه مبدلة عن الهاء في موضع اللام ويجمع على مياه جمع كثرة، وجمع قلة على أمواه. والعين لفظ مشترك بين الشمس والينبوع والذهب والدينار والمال والنقد والجاسوس والمطر وولد البقر الوحشي وخيار الشئ ونفس الشئ والناس القليل وحرف من حروف المعجم وما عن يمين قبلة العراق وعين في الجلد وغير ذلك، والمراد به هنا الينبوع بقرينة السياق. وفي قوله والبحر عطفا على السماء أي وبماء البحر إشارة إلى رد قول من قال إن ماء البحر ليس بماء حتى حكي عن ابن عمران أنه قال في ماء البحر: التيمم أحب إلي منه كما نقله عنه في السراج الوهاج. وقسم هذه المياه باعتبار ما يشاهد عادة وإلا فالكل من السماء لقوله تعالى * (ألم تر أن الله أنزل من السماء ماء فسلكه ينابيع في الارض) * (الزمر: ٢١) وقيل ليس في الآية أن جميع المياه تنزل من السماء لان ما نكرة في الاثبات ومعلوم أنها لا تعم قلنا: بل تعم بقرينة الامتنان به فإن الله ذكره في معرض الامتنان به، فلو لم يدل على العموم لفات المطلوب، والنكرة في الاثبات تفيد العموم بقرينة تدل عليه كما في قوله تعالى * (علمت نفس ما أحضرت) * (التكوير: ١٤) أي كل نفس. واعلم أن الماء نوعان مطلق ومقيد. فالمطلق هو ما يسبق إلى الافهام بمطلق قولنا ماء ولم يقم به خبث ولا معنى يمنع جواز الصلاة، فخرج الماء المقيد والماء المتنجس والماء المستعمل. والمطلق في الاصول هو المتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا

***

[١٢٣]

بالاثبات كماء السماء والعين والبحر والاضافة فيه للتعريف بخلاف الماء المقيد فإن القيد لازم له لا يجوز إطلاق الماء عليه بدون القيد كماء الورد. وقد أجمعوا على جواز الطهارة بماء السماء واستدلوا له بقوله تعالى * (وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به) * (الانفال: ١١) وقد استدل جماعة بقوله تعالى * (وأنزلنا من السماء ماء طهورا) * (الفرقان: ٤٨) وبالحديث الصحيح الذي رواه ما له في الموطأ وأبو داود والترمذي والنسائي وغيرهم عن أبي هريرة قال: سأل سائل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يارسول الله إنا نركب البحر ونحمل معنا القليل من الماء فإن توضأنا به عطشنا أفنتوضأ بماء البحر؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: وهو الطهور ماؤه الحل ميتته. قال البخاري في غير صحيحه هو حديث صحيح. وقال الترمذي حديث حسن صحيح. وأورد أن التمسك بالآية والحديث لا يصح إلا إذا كان الطهور بمعنى المطهر كما هو مذهب الشافعي ومالك، وأما إذا كان بمعنى الطاهر كما هو مذهبنا فلا يمكن الاستدلال والدليل على أنه بمعنى الطاهر قوله تعالى * (وسقاهم ربهم شرابا طهورا) * (الانسان: ٢١) وصفه بأنه طهور وإن لم يكن هناك ما يتطهر به. وقال جرير: عذاب الثنايا ريقهن طهور. ومعناه طاهر. وأهل العربية على أن الطهور فعول من طهر وهو لازم، والفعل إذا لم يكن متعديا لم يكن الفعول منه متعديا كقولهم نؤم من نام وضحوك من ضحك، وإذا كان متعديا فالفعول منه كذلك كقولهم قتول من قتل وضروب من ضرب. قلنا: إنما تفيد هذه الصيغة التطهير من طريق المعنى وهو أن هذه الصيغة للمبالغة فإن في الشكور والغفور من المبالغة ما ليس في الغافر والشاكر فلا بد أن يكون في الطهور معنى زائد ليس في الطاهر، ولا تكون تلك المبالغة في طهارة الماء إلا باعتبار التطهير لان في نفس الطهارة كلتا الصفتين سواء فتكون صفة التطهير له بهذا الطريق لا أن الطهور بمعنى المطهر وإليه أشار في الكشاف والمغرب قال: وما حكي عن ثعلب أن الطهور ما كان طاهرا في نفسه مطهرا لغيره

***

[١٢٤]

إن كان هذا زيادة بيان لبلاغته في الطهارة كان سديدا ويعضده قوله تعالى * (وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به) * (الانفال: ١١) وإلا فليس فعول من التفعيل في شئ وقياسه على ما هو مشتق من الافعال المتعدية كقطوع ومنوع غير سديد. والطهور يجئ صفة نحو ماء طهورا، واسما لما يتطهر به كالوضوء اسم لما يتوضأ به، ومصدرا نحو تطهرت طهورا حسنا ومنه قوله لا صلاة إلا بطهور أي طهارة فإذا كان بمعنى ما يتطهر به صح الاستدلال ولا يحتاج أن يجعل بمعنى المطهر حيث يلزم جعل اللازم متعديا. كذا قرره بعض الشارحين وفيه بحث من وجوه: الاول أن الله تعالى وصف شراب أهل الجنة بأعلى الصفات وهو التطهير. والثاني أن جريرا قصد تفضيلهن على سائر النساء فوصف ريقهن بأنه مطهر يتطهر به لكمالهن وطيب ريقهن وامتيازه على غيره، ولا يحمل على طاهر لانه لا مزية لهن في ذلك فإن كل النساء ريقهن طاهر بل كل حيوان طاهر اللحم كذلك كالابل والبقر. الثالث أن قوله ولا تكون تلك

المبالغة في طهارة الماء إلا باعتبار التطهير قد يمنع أن المبالغة فيه باعتبار كثرته وجودته في نفسه لا باعتبار التطهير. والمراد بماء السماء ماء المطر والندى والثلج والبرد إذا كان متقاطرا. وعن أبي يوسف: يجوز وإن لم يكن متقاطرا والصحيح قولهما، وقد استدل على جواز الطهارة بماء الثلج والبرد بما ثبت في
***
[١٢٥]
الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسكت بين تكبيرة الاحرام والقراءة سكتة يقول فيها أشياء منها: اللهم اغسل خطاياي بالماء والثلج والبرد. وفي رواية بماء الثلج والبرد. ولا يجوز بماء الملح وهو يجمد في الصيف ويذوب في الشتاء عكس الماء. قوله: (وإن غير طاهر أحد أوصافه) أي يجوز الوضوء بالماء ولو خالطه شئ طاهر فغير أحد أوصافه التي هي الطعم واللون والريح وهذا عندنا. وقال الشافعي: إن كان المخالط الطاهر مما لا يمكن حفظ الماء عنه كالطحلب وما يجري عليه الماء من الملح والنورة جاز الوضوء به، وإن كان ترابا طرح فيه قصدا لم يؤثر، وإن كان شيئا سوء ذلك كالزعفران والدقيق والملح الجبلي والطحلب المدقوق بما يستغني الماء عنه لم يجز الوضوء به. كذا في المهذب. وأصل الخلاف أن هذا الماء الذي اختلط به طاهر هل صار به مقيدا أم لا؟ فقال الشافعي ومن وافقه: يقيد لانه يقال ماء الزعفران ونحن لا ننكر أنه يقال ذلك ولكن لا يمتنع ما دام المخالط مغلوبا أن يقول القائل فيه هذا ماء من غير زيادة، وقد رأيناه يقال في ماء المد والنيل حال غلبة لون الطين عليهما وتقع الاوراق في الحياض زمن الخريف فيمر الرفيقان ويقول أحدهما للآخر هنا ماء تعالى نشرب نتوضأ فيطلقه مع تغير أوصافه، فظهر لنا من اللسان أن المخالط المغلوب لا يسلب الاطلاق فوجب ترتيب حكم المطلق على الماء الذي هو كذلك. ويدل عليه من السنة قوله صلى الله عليه وسلم اغسلوه بماء وسدر قاله لمحرم وقصته ناقته فمات. رواه البخاري ومسلم في حديث ابن عباس. وقال صلى الله عليه وسلم حين توفيت ابنته اغسلنها بماء وسدر رواه مالك في الموطأ من حديث أم عطية. والميت لا يغسل إلا بماء يجوز للحي أن يتطهر به. والغسل بالماء والسدر لا يتصور إلا بخلط السدر بماء أو بوضعه على الجسد وصب الماء عليه، وكيفما كان فلا بد من الاختلاط والتغيير وقد اغتسل صلى الله عليه وسلم يوم الفتح في قصعة فيها أثر العجين. رواه النسائي. والماء بذلك يتغير ولم يعتبر للمغلوبية وأمر عليه السلام قيس بن عاصم حين أسلم أن يغتسل بماء وسدر، فلولا أنه طهور لما أمر أن يغتسل به. فإن قيل: المطلق يتناول الكامل دون الناقص وفي الماء المختلط بطاهر غيره قصور، فالجواب أن المطلق يتناول الكامل ذاتا لا وصفا، والماء المتغير بطاهر كامل ذاتا فيتناوله مطلق الاسم. فإن قيل: لو حلف لا يشرب ماء فشرب هذا الماء المتغير لم يحنث ولو استعمل المحرم الماء، والمختلط بالزعفران لزمته الفدية. ولو وكل وكيلا بأن يشتري له ماء فاشترى هذا الماء لا يجوز فعلم بهذا أن الماء المتغير ليس بماء مطلق قلنا: لا نسلم ذلك هكذا ذكر السراج الهندي أقول: ولئن سلمنا فالجواب، أما في مسألة اليمين والوكالة فالعبرة فيهما للعرف وفي العرف أن هذا الماء لا يشرب، وأما في مسألة المحرم فإنما لزمته الفدية لكونه استعمل عين الطيب وإن كان مغلوبا.
***
[١٢٦]
قوله: (أو انتن بالمكث) أي يجوز الوضوء بماء أنتن بالمكث وهو الاقامة والدوام يجوز فتح الميم وضمها كما يجوز في عين فعله الماضي وهي بالضم في المضارع على كل حال. وفي بعض الشروح أنه يجوز فيه الكسر. قيد بقوله بالمكث لانه لو علم أنه أنتن للنجاسة لا يجوز به الوضوء، وأما لو شك فيه فإنه يجوز ولا يلزمه السؤال عنه. قوله: (لا بما تغير بكثرة الاوراق) عطف على بماء السماء يعني لا يتوضأ بما تغير بوقوع الاوراق الكثيرة فيه، وهذا محمول على ما إذا زال عنه اسم الماء بأن صار ثخينا كما سيأتي بيانه قريبا إن شاء الله تعالى. قال في النهاية: المنقول من الاساتذة أن أوراق الاشجار وقت الخريف تقع في الحياض فيتغير ماؤها من حيث اللون والطعم والرائحة. ثم إنهم يتوضؤون منها من غير نكير. وروي عن محمد إبن ابراهيم الميداني أن الماء المتغير بكثرة الاوراق إن ظهر لونها في الكف لا يتوضأ بها لكن يشرب. قوله أو بالطبخ أي لا يتوضأ بما تغير بسبب الطبخ مما لا يقصد به المبالغة في التنظيف كماء المرق والباقلاء لانه حينئذ ليس بماء مطلق لعدم تبادره عند إطلاق اسم الماء، ولا نعني بالمطلق إلا ما يتبادر عند إطلاقه، أما لو كنت النظافة تقصد

به كالسدر والصابون والاشنان يطبخ بالماء فإنه يتوضأ به إلا إذا خرج الماء عن طبعه من الرقة والسيلان. وبما تقرر علم أن ما ذكره صاحب الهداية في التجنيس وصاحب الينابيع أن الباقلاء أو الحمص إذا طبخ إن كان إذا برد ثخن لا يجوز الوضوء به، وإن كان لا يثخن ورقة الماء باقية جاز، ليس هو المختار بل هو قول الناطفي من مشايخنا رحمهم الله يدل عليه ما ذكره قاضيخان في فتاواه بما لفظه: ولو طبخ الحمص والباقلاء في الماء وريح الباقلاء توجد فيه لا يجوز التوضؤ به. وذكر الناطفي رحمه الله إذا لم تذهب عنه رقة الماء ولم يسلب عنه اسم الماء جاز الوضوء به. وبما قررناه أيضا علم أن الماء المطبوخ بشئ لا يقصد به المبالغة في التنظيف يصير مقيدا، سواء تغير شئ من أوصافه أو لم يتغير، فحينئذ لا ينبغي عطفه في المختصر على ما تغير بكثرة الاوراق إلا أن يقال إنه لما صار مقيدا فقد تغير بالطبخ. قوله: (أو اعتصر من شجر أو ثمر) عطف على قوله تغير أي لا يتوضأ بما اعتصر من شجر كالريباس أو ثمر كالعنب لان هذا ماء مقيد وليس بمطلق فلا يجوز الوضوء به لان الحكم منقول إلى التيمم عند فقد الماء المطلق بلا واسطة بينهما. وفي ذكر العصر إشارة إلى أن ما يخرج من الشجر بلا عصر كماء يسيل من الكرم يجوز به الوضوء، وبه صرح صاحب الهداية لكن المصرح به في كثير من الكتب أنه لا يجوز الوضوء به، واقتصر عليه قاضيخان

***

[١٢٧]

في الفتاوى وصاحب المحيط، وصدر به في الكافي وذكر الجواز بصيغة قبل. وفي شرح منية المصلي: الاوجه عدم الجواز فكان هو الاولى لما أنه كمل امتزاجه كما صرح به في الكافي. فما وقع في شرح الزيلعي من أنه لم يكمل امتزاجه ففيه نظر، وقد علمت أن العلماء اتفقوا على جواز الوضوء بالماء المطلق وعلى عدم جوازه بالماء المقيد. ثم الماء إذا اختلط به شئ طاهر لا يخرج عن صفة الاطلاق إلا إذا غلب عليه غيره. بقي الكلام هنا في تحقيق الغلبة بماذا تكون؟ فعبارة القدوري وهي قوله وتجوز الطهارة بماء خالطه شئ طاهر فغير أحد أوصافه كعبارة الكنز والمختار تفيد أن المتغير لو كان وصفين لا يجوز به الوضوء، وعبارة المجمع وهي قوله ونجيزه بغالب على طاهر كزعفران تغير به بعض أوصافه تفيد أن المتغير لو كان وصفين يجوز أو كلها لا يجوز. وفي تتمة الفتاوى الماء المتغير أحد أوصافه لا يجوز به الوضوء وفي الهداية والغلبة بالاجزاء لا بتغير اللون هو الصحيح وقد حكي خلاف بين أبي يوسف ومحمد ففي المجمع والخانية وغيرهما أن أبا يوسف يعتبر الغلبة بالاجزاء، ومحمدا باللون، وفي المحيط عكسه، والاصح من الخلاف الاول كما صرحوا به. وذكر القاضي الاسبيجابي أن الغلبة تعتبر أولا من حيث اللون ثم من حيث الطعم ثم من حيث الاجزاء. وفي الينابيع: لو نقع الحمص والباقلاء وتغير لونه وطعمه وريحه يجوز الوضوء به. وعن أبي يوسف: ماء الصابون إذا كان ثخينا قد غلب على الماء لا يتوضأ به، وإن كان رقيقا يجوز وكذا ماء الاشنان. ذكره في الغاية وفيه إذا كان الطين غالبا عليه لا يجوز الوضوء به، وإن كان رقيقا يجوز الوضوء به. وصرح في التجنيس بأن من التفريع على اعتبار الغلبة بالاجزاء قول الجرجاني إذا طرح الزاج أو العفص في الماء جاز الوضوء به إن كان لا ينقش إذا كتب به، فإن نقش لا يجوز والماء هو المغلوب وهكذا جاء الاختلاف ظاهرا في عباراتهم فلا بد من التوفيق فنقول: إن التقييد المخرج عن الاطلاق بأحد أمرين: الاول كمال الامتزاج وهو بالطبخ طاهر لا يقصد به المبالغة في التنظيف أو بتشرب النبات سواء خرج بعلاج أو لا. الثاني غلبة المخالط فإن كان جامدا فبانتفاء رقة الماء وجريانه على الاعضاء، وعليه يحمل ما عن أبي يوسف وما في الينابيع، ويوافقه ما في الفتاوى الظهيرية: إذا طرح الزاج في الماء حتى

***

[١٢٨]

اسود جاز الوضوء به وإن كان مائعا موافقا للماء في الاوصاف الثلاثة كالماء الذي يؤخذ بالتقطير من لسان الثور، وماء الورد الذي انقطعت رائحته، والماء المستعمل على القول المفتى به من طهارته إذا اختلط بالمطلق فالعبرة للاجزاء فإن كان الماء المطلق أكثر جاز الوضوء بالكل، وإن كان مغلوبا لا يجوز، وإن استويا لم يذكر في ظاهر الرواية. وفي البدائع قالوا: حكمه حكم الماء المغلوب احتياطا وعليه وعلى الاول يحمل قول من قال العبرة بالاجزاء وهو قول أبي يوسف الذي اختاره في الهداية. فإن كان المخالط جامدا فغلبة الاجزاء فيه بثخونته، فإن كان مائعا موافقا للماء فغلبة الاجزاء فيه بالقدر، وذكر الحدادي أن غلبة الاجزاء في الجامد تكون بالثلث وفي المائع بالنصف، فإن كان مخالفا للماء في الاوصاف كلها فإن غيرها أو أكثرها لا يجوز الوضوء به وإلا جاز، وعليه يحمل قول من قال إن غير

أحد أوصافه جاز الوضوء به وإن خالفه في وصف واحد أو وصفين فالعبرة لغلبة ما به الخلاف كاللبن يخالفه في اللون والطعم. فإن كان لون اللبن أو طعمه هو الغالب فيه لم يجز الوضوء به وإلا جاز، وكذا ماء البطيخ يخالفه في الطعم فتعتبر الغلبة فيه بالطعم، وعليه يحمل قول من قال إذا غير أحد أوصافه لا يجوز، وقول من قال العبرة للون. وأما قول من قال العبرة للون ثم الطعم ثم الاجزاء فمراده إن المخالط المائع للماء إن كان لونه مخالفا للون الماء فالغلبة تعتبر من حيث اللون، وإن كان لونه لون الماء فالعبرة للطعم إن غلب طعمه على الماء لا يجوز، وإن كان لا يخالفه في اللون والطعم والريح فالعبرة للاجزاء. وأما ما يفهم من عبارة المجمع فلا يمكن حمله على شئ كما لا يخفى، والذي يظهر أن مراده من البعض البعض الاقل وهو الواحد
***
[١٢٩]
كما هي عبارة القدوري تصحيحا لكلامه، ويدل عليه قوله في شرحه فغير بعض أوصافه من طعم أو ريح أو لون ذكره ب " أو " التي هي لاحد الاشياء بعد من التي أوقعها بيانا للبعض، ولا يظهر لتغيير عبارة القدوري فائدة. وههنا تنبيهات مهمة لا بأس بإيرادها: الاول أن مقتضى ما قالوه هنا من أن المخالط الجامد لا يقيد الماء إلا إذا سلبه وصف الرقة والسيلان جواز التوضؤ بنبيذ التمر والزبيب ولو غير الاوصاف الثلاثة، وقد صرحوا قبيل باب التيمم بأن الصحيح خلافه، وأن تلك رواية مرجوع عنها. وقد يقال إن ذلك مشروط بما إذا لم يزل عنه اسم الماء، وفي مسألة نبيذ التمر زال عنه اسم الماء فلا مخالفة كما لا يخفى. الثاني أنه يقتضي أيضا أن الزعفران إذا اختلط بالماء يجوز الوضوء به ما دام رقيقا سيالا ولو غير الاوصاف كلها لانه من قبيل الجامدات، والمصرح به في معراج الدراية معزيا إلى القنية أن الزعفران إذا وقع في الماء أمكن الصبغ فيه فليس بماء مطلق من غير نظر إلى الثخونة. ويجاب عنه بما تقدم من أنه زال عنه اسم الماء. الثالث أنهم قد صرحوا بأن الماء المستعمل على القول بطهارته إذا اختلط بالماء الطهور لا يخرجه عن الطهورية إلا إذا غلبه أو ساواه، أما إذا كان مغلوبا فلا يخرجه عن الطهورية فيجوز الوضوء بالكل، وهو بإطلاقه يشمل ما إذا استعمل الماء خارجا ثم ألقي الماء المستعمل واختلط بالطهور أو الغمس في الماء الطهور لا فرق بينهما يدل عليه ما في البدائع في الكلام على حديث لا يبولن أحدكم في الماء الدائم لا يقال إنه نهى لما فيه من إخراج الماء من أن يكون مطهرا من غير ضرورة وذلك
***
[١٣٠]
حرام لانا نقول: الماء القليل إنما يخرج عن كونه مطهرا باختلاط غير المطهر به إذا كان غير المطهر غالبا كماء الورد واللبن، فأما إذا كان مغلوبا فلا، وههنا الماء المستعمل ما يلاقي البدن ولا شك أن ذلك أقل من غير المستعمل فكيف يخرج به من أن يكون مطهرا؟ ا ه‍. وقال في موضع آخر فيمن وقع في البئر فإن كاعلى بدنه نجاسة حكمية بأن كان محدثا أو جنبا أو حائضا أو نفساء، فعلى قول من لم يجعل هذا الماء مستعملا لا ينزح شئ، وكذا على قول من جعله مستعملا وجعل المستعمل طاهرا لان غير المستعمل أكثر فلا يخرج عن كونه طهورا ما لم يكن المستعمل غالبا عليه كما لو صب اللبن في البئر بالاجماع أو بالت شاة فيها عند محمد ا ه‍. وقال في موضع آخر: ولو اختلط الماء المستعمل بالماء القليل قال بعضهم: لا يجوز التوضؤ به وإن قل وهذا فاسد. أما عند محمد فلانه طاهر لم يغلب على الماء المطلق فلا يغيره عن صفة الطهور كاللبن، وأما عندهما فلان القليل لا يمكن التحرز عنه. ثم الكثير عند محمد ما يغلب على الماء المطلق، وعندهما أن يستبين مواضع القطرة في الاناء ا ه‍. وفي الخلاصة: جنب اغتسل فانتضح من غسله شئ في إنائه لم يفسد عليه الماء، أما إذا كان يسيل فيه سيلانا أفسده، وكذا حوض الحمام على هذا. وعلى قول محمد لا يفسده ما لم يغلب عليه يعني لا يخرجه من الطهورية ا ه‍. بلفظه. فإذا عرفت هذا لم نتأخر عن الحكم بصحة الوضوء من الفساقي الموضوعة في المدارس عند عدم غلبة الظن بغلبة الماء المستعمل أو وقوع نجاسة في الصغار منها. فإن قلت: قد صرح قاضيخان في فتاواه أنه لو صب ماء الوضوء في البئر عند أبي حنيفة ينزح كل الماء، وعند صاحبيه إن كان استنجى بذلك الماء فكذلك، وإن لم يكن استنجى به على قول محمد لا يكون نجسا لكن ينزح منها عشرون ليصير الماء طاهرا ا ه‍. فهذا ظاهر في استعمال الماء بوقوع قليل من المستعمل فيه على قول محمد، وكذا صرحوا بأن الجنب إذا نزل في البئر بقصد الاغتسال يفسد الماء عند الكل، صرح به الاكمل وصاحب معراج الدراية وغرهما. وفي بعض الكتب ينزح عشرون دلوا عند محمد، ولولا أن الكل صار مستعملا لما نزح منها. وفي فتاوى قاضيخان: لو أدخل يده أو رجله في الاناء للتبرد يصير

الماء مستعملا لانعدام الضرورة، وكذا صرحوا بأن الماء يفسد إذا أدخل الكف فيه. وممن صرح به صاحب المبتغى بالغين المعجمة وهو يقتضي استعمال الكل. وقال القاضي
***
[١٣١]
الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي والولوالجي في فتاواه: جنب اغتسل في بئر ثم في بئر إلى العشرة على قصد الاغتسال قال أبو يوسف: تنجس الآبار كلها. وقال محمد: يخرج من الثالثة طاهرا ثم ينظر إن كان على بدنه عين نجاسة تنجست المياة كلها، وإن لم يكن عين نجاسة صارت المياه كلها مستعملا إلى آخر الفروع، وهذا صريح في استعمال جميع الماء عند محمد بالاغتسال فيه. وقال الامام القاضي أبو زيد الدبوسي في الاسرار في الكلام على حديث لا يبولن أحدكم في الماء إلى آخره قال: من قال إن الماء المستعمل طاهر طهور لا يجعل الاغتسال فيه حراما، وكذلك من قال طاهر غير طهور لان المذهب عنده أن الماء المستعمل إذا وقع في ماء آخر لم يفسده حتى يغلب عليه بمنزلة اللبن يقع فيه وقدر ما يلاقي بدن المستعمل يصير مستعملا وذلك القدر من جملة ما يغتسل فيه عادة يكون أقل مما فضل عن ملاقاة بدنه فلا يفسد ويبقى طهورا لذلك ولا يحرم فيه الاغتسال إلا أن يحكم بنجاسة الغسالة فيفسد الكل وإن كان أكثر من الغسالة كقطرة خمر تقع في حب إلا أن محمدا يقول: لما اغتسل في الماء القليل صار الكل مستعملا حكما ا ه. فهذه العبارة
***
[١٣٢]
كشفت اللبس وأوضحت كل تخمين وحدس فإنها أفادت أن مقتضى مذهب محمد أن الماء لا يصير مستعملا باختلاط القليل من الماء المستعمل إلا أن محمدا حكم بأن الكل صار مستعملا حكما لا حقيقة. فما في البدائع محمول على أن مقتضى مذهب محمد عدم الاستعمال إلا أنه يقول بخلافه. وفي الخلاصة: رجل توضأ في طست ثم صب ذلك الماء في بئر ينزح منه الاكثر من عشرين دلوا، ومما صب فيه عند محمد وعند أبي حنيفة وأبي يوسف ينزح ماء البئر كله لانه نجس عندهما ا ه. وهذا يفيد صيرورة ماء البئر مستعملا بصب الماء القليل المستعمل عليه فبالاولى إذا توضأ فيها أو اغتسل. قلت: قد وقع في جواز الوضوء من الفساقي الصغار الموضوعة في المدارس كلام كثير بين الحنفية من الطلبة والافاضل في عصرنا وقبله، وقد ألف الشيخ العلامة قاسم فيها رسالة وسماها رفع الاشتباه عن مسألة المياه واستدل فيها بما ذكرناه عن البدائع، ووافقه على ذلك بعض أهل عصره وأفتى به وتعقبه البعض الآخر وألف فيها رسالة وسماها زهر الروض في مسألة الحوض ونبه عليها في شرح منظومة ابن وهبان وقال: لا تغتر بما ذكره شيخنا العلامة
***
[١٣٣]
قاسم واستند إلى ما ذكرنا عن الاسرار وفتاوى قاضيخان، والعبد الضعيف إن شاء الله تعالى يكشف لك عن حقيقة الحال بقدر الوسع والامكان وجهد المقل دموعه فأقول وبالله التوفيق:
***
[١٣٤]
إن ما ذكره في البدائع صريح في عدم صيرورة الماء القليل مستعملا باختلاط المستعمل الاقل منه به، وكذا ما ذكره الشارحون كالزيلعي والمحقق الكمال والسراج الهندي في بحث الماء المقيد كما نقلناه صريح في ذلك. وأما ما ذكره الدبوسي في الاسرار وما ذكره في الخلاصة وغيرها من نزح عشرين دلوا، وما ذكره الاكمل وشراح الهداية من كونه يفسد عند الكل، وما ذكره القاضي الاسبيجابي والولوالجي عن محمد، فكله مبني على رواية ضعيفة عن محمد لا على الصحيح من مذهب محمد، وسيظهر لك صدق هذه الدعوى الصادقة بالبينة العادلة. قال في المحيط: وإذا وقع الماء المستعمل في البئر يفسد الماء وينزح كله عند أبي يوسف لانه نجس، وعند محمد لا يفسد ويجوز التوضؤ به ما لم يغلب على الماء وهو الصحيح لان الماء المستعمل طاهر غير طهور فصار كالماء المقيد إذا اختلط بالماء المطلق ا ه بلفظه. وقال الشيخ العلامة المحقق سراج الدين الهندي في شرح الهداية: إذا وقع الماء المستعمل في البئر لا يفسد عند محمد، ويجوز الوضوء به ما لم يغلب على الماء وهو الصحيح كالماء المقيد إذا اختلط بالماء المطلق. وفي التحفة: يجوز الوضوء به ما لم يغلب على الماء على المذهب المختار. وإذا وقع الماء المستعمل في الماء المطلق القليل قال بعضهم: لا يجوز الوضوء به بخلاف بول الشاة مع أن كلا منهما طاهر عند محمد، والفرق له أن الماء المستعمل من جنس ماء البئر فلا يستهلك فيه والبول ليس من جنسه فيعتبر الغالب فيه. وفي فتاوى قاضيخان:

لو صب الماء المستعمل في بئر ينزح منها عشرون دلوا لانه طاهر عنده وكان دون الفأرة، وهذا على القول الذي لا يجوز استعمال ماء البئر. ا هـ كلام العلامة السراج. فقد استفيد من هذا فوائد منها أن المشايخ اختلفوا في الماء القليل المستعمل إذا اختلط بالماء المطلق الاكثر منه القليل في نفسه،
***
[١٣٥]
فنهم من قال يصير الكل مستعملا عند محمد فيحتاج إلى الفرق بينه وبين بول الشاة فأفاد الفرق بقوله والفرق له إلى آخره وهي الفائدة الثانية. ومنهم من قال: لا يصير مستعملا ما لم يغلب على المطلق وصححه صاحب المحيط والعلامة كما رأيت، ونقل العلامة عن التحفة أنه المختار. ومنها حمل ما نقله قاضيخان وغيره من نزح عشرين دلوا على القول الضعيف، أما على القول الصحيح فلا ينزح شئ فإذا علمت هذا تعين عليك حمل قول من نقل عدم الجواز على القول الضعيف لا الصحيح كما فعله العلامة. وأما ما في كثير من الكتب من أن الجنب إذا أدخل يده أو رجله في الماء فسد الماء فهذا محمول على الرواية القائلة بنجاسة الماء المستعمل لا على المختارة للفتوى لان ملاقاة النجس للماء القليل تقتضي نجاسته لا ملاقاة الطاهر له، وقد كشف عن هذا ختام المحققين العلامة كمال الدين بن الهمام في شرح الهداية حجاب الاستار فقال: حوضان صغيران يخرج الماء من أحدهما ويدخل في الآخر فتوضأ في خلال ذلك جاز لانه جار، وكذا إذا قطع الجاري من فوق وقد بقي جري الماء كان جائزا أن يتوضأ بما يجري في النهر. وذكر في فتاوى قاضيان في المسألة الاولى قال: والماء الذي اجتمع في الحفيرة الثانية فاسد وهذا مطلقا إنما هو بناء على كون المستعمل نجسا، وكذا كثير من أشباه هذا. فأما على المختار من رواية أنه طاهر غير طهور فلا، فلتحفظ ليفرع عليها ولا يفتى بمثل هذه الفروع. ا هـ كلام المحقق. ومن هنا يعلم أن فهم المسائل على وجه التحقيق يحتاج إلى معرفة أصلين: أحدهما أن إطلاقات الفقهاء في الغالب مقيدة بقيود يعرفها صاحب الفهم المستقيم الممارس للاصول والفروع وإنما يسكتون عنها اعتمادا على صحة فهم الطالب. والثاني أن هذه المسائل اجتهادية معقولة المعنى لا يعرف الحكم فيها على الوجه التام إلا بمعرفة وجه الحكم الذي بنى عليه وتفرع عنه وإلا فتشتبه المسائل على الطالب ويحار ذهنه فيها لعدم معرفة الوجه والمبنى، ومن أهمل ما ذكرناه حار في الخطأ والغلط. وإذا عرفت هذا ظهر لك ضعف من يقول في عصرنا إن الماء المستعمل إذا صب على الماء المطلق وكأن الماء المطلق غالبا يجوز الوضوء بالكل، وإذا توضأ في فسقية صار الكل مستعملا إذ لا معنى للفرق بين المسألتين. وما قد يتوهم في الفرق من أن في الوضوء يشيع الاستعمال في الجميع بخلافه في الصب مدفوع بأن الشيوع والاختلاط في الصورتين سواء، بل لقائل أن يقول: إلقاء الغسالة من خارج أقوى تأثيرا من غيره لتعين المستعمل فيه بالمعاينة والتشخيص وتشخص الانفصال. وبالجملة فلا يعقل فرق بين
***
[١٣٦]
الصورتين من جهة الحكم، فالحاصل أنه يجوز الوضوء من الفساقي الصغار ما لم يغلب على ظنه أن الماء المستعمل أكثر أو مساو ولم يغلب على ظنه وقوع نجاسة. قال العلامة قاسم في رسالته: فإن قلت إذا تكرر الاستعمال قد يجمع ويمنع قلت: الظاهر عدم اعتبار هذا المعنى في النجس فكيف بالطاهر. قال في المبتغى يعني بالغين المعجمة. قوم يتوضؤون صفا على شط النهر جاز فكذا في الحوض لان حكم ماء الحوض في حكم ماء جار ا هـ بلفظه. قال العبد الضعيف: الظاهر أنه يجمع ويمنع، وأما ما استشهد به من عبارة المبتغى فلا يمس محل النزاع لان كلا منافي الحوض الصغير الذي لا يكون في حكم الجاري، وما في المبتغى مصور في الحوض الكبير بدليل قوله لان حكم ماء الحوض في حكم ماء جار. وقد نقل المحقق العلامة كمال الدين بن الهمام عبارة المبتغى ثم قال: وإنما أراد الحوض الكبير بالضرورة، وأيضا ما في المبتغى مفرع على القول بنجاسة الماء المستعمل لا على القول بطهارته بدليل أن الحدادي في شرح القدوري ذكرما في المبتغى تفريعا على القول بنجاسة الماء المستعمل وكلامنا هنا على القول بطهارته. ثم رأيت العلامة ابن أمير حاج في شرحه على منية المصلي قال في قول صاحب المنية وعن الفقيه أبي جعفر لو توضأ في أجمة القصب فإن كان لا يخلص بعضه إلى بعض جاز ما نصه: وإنما قيد الجواز بالشرط المذكور لانه لو كان يخلص بعضه إلى بعض لا يجوز كما هو المفهوم المخالف لجواب المسألة لكن على القول بنجاسة الماء المستعمل، أما على طهارته فلا، بل يجوز ما لم يغلب على ظنه أن القدر الذي يغترفه منه لاسقاط فرض من مسح أو غسل ماء

مستعمل أو ماء اختلط بماء مستعمل مساو له أو غالب عليه ا ه. والاجمة محركة الشجر الكثير الملتف. ثم قال أيضا: واتصال الزرع بالزرع لا يمنع اتصال الماء بالماء وإن كان مما يخلص فيجوز على الرواية المختارة في طهارة المستعمل بالشرط الذي سلف ولا يجوز على القول بنجاسته ا ه. ثم ذكر أيضا مسائل على هذا المنوال وهو صريح فيما قدمناه من جواز الوضوء بالماء الذي اختلط به ماء مستعمل قليل، ويدل عليه أيضا ما ذكره الشيخ سراج الدين قارئ الهداية في فتاويه التي جمعها تلميذه ختام المحققين الكمال بن الهمام بما لفظه: سئل عن فسقية صغيرة يتوضأ فيها الناس وينزل فيه الماء المستعمل وفي كل يوم ينزل فيها ماء جديد، هل يجوز الوضوء فيها؟ أجاب: إذا لم يقع فيها غير الماء المذكور لا يضر ا ه. يعني إذا وقعت فيها نجاسة تنجست لصغرها ا ه. قوله: (أو بماء دائم فيه نجس إن لم يكن عشرا في عشر) أي لا يتوضأ بماء ساكن
***
[١٣٧]
وقعت فيه نجاسة مطلقا، سواء تغير أحد أوصافه أو لا ولم يبلغ الماء عشرة أذرع في عشرة. اعلم أن العلماء أجمعوا على أن الماء إذا تغير أحد أوصافه بالنجاسة لا تجوز الطهارة به قليلا كان الماء أو كثيرا، جاريا كان أو غير جار. هكذا نقل الاجماع في كتبنا، وممن نقله أيضا النووي في شرح المهذب عن جماعات من العلماء وإن لم يتغير بها فاتفق عامة العلماء على أن القليل ينجس بها دون الكثير لكن اختلفوا في الحد الفاصل بين القليل والكثير، فقال مالك: إن تغير أحد أوصافه بها فهو قليل لا يجوز الوضوء به وإلا فهو كثير، وحينئذ يختلف الحال بحسب اختلاف النجاسة في الكم. وقال الشافعي: إذا بلغ الماء قلتين فهو كثير فيجوز الوضوء به وإلا فهو قليل لا يجوز الوضوء به. وقال أبو حنيفة في ظاهر الرواية عنه: يعتبر فيه أكبر رأي المبتلى به إن غلب على ظنه أنه بحيث تصل النجاسة إلى الجانب الآخر لا يجوز الوضوء وإلا جاز. وممن نص على أنه ظاهر المذهب شمس الائمة السرخسي في المبسوط وقال إنه الاصح. وقال الامام الرازي في أحكام القرآن في سورة الفرقان: إن مذهب أصحابنا أن كل ما تيقنا فيه جزءا من النجاسة أو غلب على الظن ذلك لا يجوز الوضوء به، سواء كان جاريا أو لا ا ه. وقال الامام أبو الحسن الكرخي في مختصره: وما كان من المياه في الغدران أو في مستنقع من الار ض وقعت فيه نجاسة نظر المستعمل في ذلك، فإن كان غالب رأيه أن النجاسة لم تختلط بجميعه لكثرته توضأ من الجانب الذي هو طاهر عنده في غالب رأيه في إصابة الطاهر منه، وما كان قليلا يحيط العلم أن النجاسة قد خلصت إلى جميعه أو كان ذلك في غالب رأيه لم يتوضأ منه ا ه. وقال ركن الاسلام أبو الفضل عبد الرحمن الكرماني في شرح الايضاح: دواختلفت الروايات في تحديد الكثير والظاهر عن محمد أنه عشر في عشر والصحيح عن أبي حنيف أنه لم يوقت في ذلك بشئ وإنما هو موكول إلى غلبة الظن في خلوص النجاسة ا ه. وقال الحاكم الشهيد في الكافي الذي هو جمع كلام محمد قال أبو عصمة: كان محمد بن الحسن يوقت عشرة في عشرة ثم رجع إلى قول أبي حنيفة وقال: لا أوقت فيه شيئا ا ه. وقال الامام الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي: ثم الحد الفاصل بين القليل والكثير عند أصحابنا هو الخلوص وهو أن يخلص بعضه من جانب إلى جانب ولم يفسر الخلوص في رواية الاصول. وسئل محمد عن حد الحوض فقال: مقدار مسجدي فذرعوه فوجدوه ثمانية في ثمانية وبه أخذ محمد بن سلمة. وقال بعضهم: مسحوا مسجد محمد فكان داخله ثمانيا في ثمان وخارجه عشرا في عشر، ثم رجع محمد إلى قول أبي حنيفة وقال: لا أوقت فيه شيئا ا ه. وفي معراج الدراية: الصحيح عن أبي حنيفة أنه لم يقدر في
***
[١٣٨]
ذلك شيئا وإنما قال: هو موكول إلى غلبة الظن في خلوص النجاسة من طرف إلى طرف وهذا أقرب إلى التحقيق لان المعتبر عدم وصول النجاسة وغلبة الظن في ذلك تجري مجرى اليقين في وجوب العمل كما إذا أخبر واحد بنجاسة الماء وجب العمل بقوله، وذلك يختلف بحسب اجتهاد الرائي وظنه ا ه. وكذا في شرح المجمع والمجتبى. وفي الغاية: ظاهر الرواية عن أبي حنيفة اعتباره بغلبة الظن وهو الاصح ا ه. وفي الينابيع قال أبو حنيفة: الغدير العظيم هو الذي لا يخلص بعضه إلى بعض ولم يفسره في ظاهر الرواية وفوضه إلى رأي المبتلى به وهو الصحيح وبه أخذ الكرخي ا ه. وهكذا في أكثر كتب أئمتنا فثبت بهذه النقول المعتبرة عن مشايخنا المتقدمين مذهب إمامنا
***

[١٣٩]
الاعظم أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رضي الله عنهم أجمعين فتعين المصير إليه. وإما ما اختاره كثير من مشايخنا المتأخرين بل عامتهم كما نقله في معراج الدراية من اعتبار العشر في العشر فقد علمت أنه ليس مذهب أصحابنا، وإن محمدا وإن كان قدر به رجع عنه كما نقله الائمة الثقات الذين هم أعلم بمذهب أصحابنا. فإن قلت: إن في الهداية وكثير من الكتب أن الفتوى على اعتبار العشر في العشر واختاره أصحاب المتون فكيف ساغ لهم ترجيح غير المذهب؟ قلت: لما كان مذهب أبي حنيفة التفويض إلى رأي المبتلى به وكان الرأي يختلف بل من الناس من لا رأي له اعتبر المشايخ العشر في العشر توسعة وتيسيرا على الناس. فإن قلت: هل يعمل بما صح من المذهب أو بفتوى المشايخ؟ قلت: يعمل بما صح من المذهب فقد قال الامام أبو الليث في نوازله: سئل أبو نصر عن مسألة وردت عليه ما تقول رحمك الله وقعت عندك كتب أربعة: كتاب إبراهيم بن رستم وأدب القاضي عن الخصاف وكتاب المجرد وكتاب النوادر من جهة هشام، فهل يجوز لنا أن نفتي منها أو لا وهذه الكتب محمودة عندك؟ فقال: ما صح عن أصحابنا فذلك علم محبوب مرغوب فيه مرضى به، وأما الفتيا فإني لا أرى لاحد أن يفتي بشئ لا يفهمه ولا يتحمل أثقال الناس، فإن كانت مسائل قد اشتهرت وظهرت وانجلت عن أصحابنا رجوت أن يسع الاعتماد عليها في النوازل انتهى. وعلى تقدير عدم رجوع محمد عن هذا التقدير فما قدر به لا يستلزم تقديره به إلا في نظره وهو لا يلزم غيره، وهذا لانه لما وجب كونه ما استكثره المبتلى فاستكثار واحد لا يلزم غيره بل يختلف باختلاف ما يقع في قلب كل إنسان، وليس هذا من قبيل الامور التي يجب فيها على العامي تقليد المجتهد إليه. أشار في فتح القدير ويؤيده ما في شرح الزاهدي عن الحسن وأصح حده ما لا يخلص بعض الماء إلى بعض بظن المبتلى به واجتهاده ولا يناظر المجتهد فيه ا ه. فعلم من هذا أن التقدير بعشر في عشر لا يرجع إلى أصل شرعي يعتمد عليه كما قاله محيي السنة. فإن قلت: قال في شرح الوقاية وإنما قدر به بناء على قوله صلى الله عليه وسلم
***
[١٤٠]
من حفر بئرا فله حولها أربعون ذراعا فيكون له حريمها من كل جانب عشرة ففهم من هذا أنه إذا أراد آخر أن يحفر في حريمها بئر يمنع لانه يجذب الماء إليها وينقص الماء في البئر الاولى، وإذا أراد أن يحفر بئر بالوعة يمنع أيضا لسراية النجاسة إلى البئر الاولى وينجس ماؤها ولا يمنع فيما وراء الحريم وهو عشر في عشر، فعلم أن الشرع اعتبر العشر في العشر في عدم سراية النجاسة حتى لو كانت النجاسة تسري يحكم بالمنع. قلت: هو مردود من ثلاثة أوجه: الاول إن كون حريم البئر عشرة أذرع من كل جانب قول البعض والصحيح أنه أربعون من كل جانب كما سيأتي إن شاء الله تعالى. الثاني أن قوام الارض أضعاف قوام الماء فقياسه عليها في مقدار عدم السراية غير مستقيم. الثالث أن المختار المعتمد في البعد بين البالوعة والبئر نفوذ الرائحة إن تغير لونه أو ريحه أو طعمه تنجس وإلا فلا. وهكذا في الخلاصة وفتاوى قاضيخان وغيرهما. وصرح في التتارخانية: أن اعتبار العشر في العشر على اعتبار حال أراضيهم والجواب يختلف باختلاف صلابة الارض ورخاوتها، وحيث اختار في المتن اعتبار العشر لا بأس بإيراد تفاريعه والتكلم عليها فنقول: اختلف المشايخ في الذراع على ثلاثة أقوال، ففي التجنيس المختار ذراع الكرباس، واختلف فيه ففي كثير من الكتب أنه ست قبضات ليس فوق كل قبضة أصبع قائمة فوق أربعة وعشرون أصبعا بعدد حروف لا إله إلا الله محمد رسول الله والمراد بالاصبع القائمة ارتفاع الابهام كما في غاية البيان. وفي فتاوى الولوالجي أن ذراع الكرباس سبع قبضات ليس فوق كل قبضة أصبع قائمة. وفي فتاوى قاضيخان وغيرها: الاصح ذراع المساحة وهو سبع قبضات فوق كل قبضة أصبع قائمة. وفي المحيط والكافي: الاصح أنه يعتبر في كل زمان ومكان ذراعهم من غير تعرض للمساحة والكرباس. والاقوال الكل في المربع، فإن كان الحوض مدورا ففي الظهيرية يعتبر ستة وثلاثون وهو الصحيح وهو مبرهن عند الحساب، وفي غيرها المختار المفتى به ستة وأربعون كيلا لعسر رعاية الكسر. وفي المحيط: الاحوط اعتبار ثمانية وأربعين. وفي فتح القدير: والكل تحكمات غير لازمة إنما الصحيح ما قدمناه من عدم التحكم بتقدير معين. وفي الخلاصة: وصورة الحوض الكبير المقدر بعشرة في عشرة أن يكون من كل جانب من جوانب الحوض عشرة وحول الماأربعون ذراعا ووجه الماء مائة

ذراع هذا مقدار الطول والعرض ا ه. وأما العمق ففي الهداية: والمعتبر في العمق أن يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف هو الصحيح أي لا ينكشف حتى لو انكشف ثم اتصل بعد ذلك لا يتوضأ منه
***
[١٤١]
وعليه الفتوى، كذا في معراج الدراية. وفي البدائع: إذا أخذا الماء وجه الارض يكفي ولا تقدير فيه في ظاهر الرواية وهو الصحيح ا ه. وهو الاوجه لما عرف من أصل أبي حنيفة. وفي الفتاوى: غدير كبير لا يكون فيه الماء في الصيف وتروث فيه الدواب والناس ثم يملا في الشتاء ورفع منه الجمد، إن كان الماء الذي يدخله يدخل على مكان نجس فالماء والجمد نجس وإن كان كثيرا بعد ذلك، وإن كان دخل في مكان طاهر واستقر فيه حتى صار عشرا في عشر ثم انتهى إلى النجاسة فالماء والجمد طاهران ا ه. وهذا بناء على ما ذكروا من أن الماء النجس إذا دخل على ماء الحوض الكبير لا ينجسه وإن كان الماء النجس غالبا على الحوض لان كل ما يتصل بالحوض الكبير يصير منه فيحكم بطهارته، وعلى هذا فماء بركة الفيل بالقاهرة طاهر إذا كان ممره طاهرا أو أكثر ممره على ما عرف في ماء السطح لانها لا تجف كلها بل لا يزال بها غدير عظيم، فلو أن الداخل اجتمع قبل أن يصل إلى ذلك الماء الكثير بها في مكان نجس حتى صار عشرا في عشر ثم اتصل بذلك الماء الكثير كان الكل طاهرا. هذا إذا كان الغدير الباقي محكوما بطهارته، كذا في فتح القدير. وفي التنجيس: وإذا كان الماء له طول وعمق وليس له عرض ولو قدر يصير عشرا في عشر فلا بأس بالوضوء فيه تيسيرا على المسلمين، ثم العبرة لحالة الوقوع فإن نقص بعده لا ينجس وعلى العكس لا يطهر، ولذا صحح في الاختيار وغيره ما في التنجيس. قال في فتح القدير: وهذا تفريع على التقدير بعشر ولو فرعنا على الاصح ينبغي أن يعتبر أكبر الرأي لو ضم، ومثله لو كان له عمق بلا سعة ولو بسط بلغ عشرا في عشر اختلف فيه ومنهم من صحح جعله كثيرا والاوجه خلافه لان مدار الكثرة عند أبي حنيفة على تحكيم الرأي في عدم خلوص النجاسة إلى الجانب الآخر، وعند تقارب الجوانب لا شك في غلبة الخلوص إليه والاستعمال إنما هو من السطح لا من العمق، وبهذا يظهر ضعف ما اختاره في الاختيار لانه إذا لم يكن له عرض فأقرب الامور الحكم بوصول النجاسة إلى الجانب الآخر من عرضه، وبه خالف حكم الكثير إذ ليس حكم الكثير تنجس الجانب الآخر بسقوطها في مقابله بدون تغير، وأنت إذا حققت الاصل الذي بيناه قبلت ما وافقه وتركت ما خالفه ا ه. وقد يقال إن هذا وإن كان الاوجه إلا أن المشايخ وسعوا الامر على الناس وقالوا بالضم كما أشار إليه في التنجيس بقوله تيسيرا على المسلمين. وفي التنجيس: الحوض إذا كان أعلاه عشرا في عشر وأسفله أقل من ذلك وهو ممتلئ
***
[١٤٢]
يجوز التوضؤ فيه والاغتسال فيه، وإن نقص الماء حتى صار أقل من عشرة في عشرة لا يتوضأ فيه ولكن يغترف منه ويتوضأ. وفي الخلاصة: ولو كان أعلاه أقل من عشر في عشر وأسفله عشر في عشر ووقعت قطرة خمر أو توضأ منه رجل ثم انتقص الماء وصار عشرا في عشر اختلف المتأخرون فيه، وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل: إن كان الماء الذي تنجس في أعلى الحوض أكثر من الماء الذي في أسفله ووقع الماء النجس في الاسفل جملة كان الماء نجسا ويصير النجس غالبا على الطاهر في وقت واحد، وإن وقع الماء النجس في أسفل الحوض على التدريج كان طاهرا. وقال بعضهم: لا يطهر كالماء القليل إذا وقعت فيه نجاسة ثم انبسط ا ه. وذكر السراج الهندي أن الاشبه الجواز. وفي التنجيس: حوض عشر في عشر إلا أن له مشارع فتوضأ رجل من مشرعة أو اغتسل والماء متصل بألواح المشرعة لا يضطرب لا يجوز التوضؤ به، وإن كان أسفل من الالواح فإنه لا يجوز، وعلله في فتح القدير بأنه في الاول كالحوض الصغيوفي الثاني حوض كبير مسقف، وعلى هذا الحوض الكبير إذا جمد ماؤه فنقب فيه إنسان نقبا فتوضأ من ذلك الموضع فإن كان الماء منفصلا عن الجمد لا بأس به لانه يصير كالحوض المسقف وإن كان متصلا لا لانه صار كالقصعة. كذا في التجنيس وغيره. وفي فتح القدير: واتصال القصب بالقصب لا يمنع اتصال الماء ولا يخرجه عن كونه غديرا عظيما فيجوز لهذا التوضؤ في الاجمة ونحوها ا ه. وفي المغرب: الاجمة الشجر الملتف والجمع أجم وآجام، وقد قدمنا في الكلام في الفساقي مسألة الاجمة فارجع إليه. ولو تنجس الحوض الصغير ثم دخل فيه ماء آخر وخرج حال دخوله طهر وإن قل، وقيل لا حتى يخرج قدر ما فيه، وقيل حتى يخرج ثلاثة أمثاله وصحح الاول في المحيط وغيره، قال السراج الهندي: وكذا البئر. واعلم أن عبارة كثير منهم في هذه المسألة تفيد أن

***
[١٤٣]
الحكم بطهارة الحوض إنما هو إذا كان الخروج حالة الدخول وهو كذلك فيما يظهر لانه حينئذ يكون في المعنى جاريا لكن إياك وظن أنه لو كان الحوض غير ملآن فلم يخرج منه شئ في أول الامر ثم لما امتلا خرج منه بعضه لاتصال الماء الجاري به أنه لا يكون طاهرا حينئذ إذ غايته أنه عند إمتلائه قبل خروج الماء منه نجس فيظهر بخروج القدر المتعلق به الطهارة إذا اتصل به الماء الجاري الطهور كما لو كان ممتلئا ابتداء ماء نجسا ثم خرج منه ذلك القدر لاتصال الماء الجاري به، ثم كلامهم يشير إلى أن الخارج منه نجس قبل الحكم على الحوض بالطهارة وهو كذلك كما هو ظاهر. كذا في شرح منية المصلي. وفي شرح الوقاية: وإذا كان حوض صغير يدخل فيه الماء من جانب ويخرج من جانب يجوز الوضوء في جميع جوانبه وعليه الفتوى من غير تفصيل بين أن يكون أربعا في أربع أو أقل فيجوز، أو أكثر فلا يجوز. وفي معراج الدراية: يفتي بالجواز مطلقا والمتمده في فتاوى قاضيخان. وفي فتح القدير: إن الخلاف مبني على نجاسة الماء المستعمل فقولهم في هذه المسألة أنه لا يجوز الوضوء إلا في موضع خروج الماء إنما هو بناء على نجاسة الماء المستعمل، وأما على المختار من طهارة الماء المستعمل فالجواب في هذه المسألة كما تقدم في نظائرها أنه يجوز الوضوء فيها ما لم يغلب على ظن المتوضئ أن ما يغترفه لاسقاط فرض ماء مستعمل أو ما يخالطه منه مقدار نصفه فصاعدا، فكن على هذا معتمدا. كذا في شرح منية المصلي للعلامة ابن أمير حاج رحمه الله تعالى. واعلم أن أكثر التفاريع المذكورة في الكتب مبنية على اعتبار العشر في العشر، فأما على المختار من اعتبار غلبة الظن فيوضع مكان لفظ عشر في كل مسألة لفظ كثير أو كبير ثم تجري التفاريع ا ه. وسائر المائعات كالماء في القلة والكثرة يعني كل مقدار لو كان ماء تنجس فإذا كان غيره ينجس. وحيث انتهينا من التفاريع المذكورة في الكتب نرجع إلى بيان الدلائل للائمة فنقول: استدل الامام مالك رضي الله عنه بقوله صلى الله عليه وسلم الماء الطهور لا ينجسه شئ إلا ما غير طعمه
***
[١٤٤]
أو لونه أو ريحه (١) واستدل الامام الشافعي رضي الله عنه بقوله صلى الله عليه وسلم إذا بلغ الماء قلتين لا يحمل خبثا واستدل أبو حنيفة على ما ذكره الرازي في أحكام القرآن بقوله تعالى * (ويحرم عليهم الخبائث) * (الاعراف: ١٥٧) والنجاسات لا محالة من الخبائث فحرمها الله تحريما مبهما ولم يفرق بين حال اختلاطها وانفرادها بالماء فوجب تحريم استعمال كل ما تيقنا به جزءا من النجاسة، وتكون جهة الحظر من طريق النجاسة أولى من جهة الاباحة لان الاصل أنه إذا اجتمع المحرم والمبيح قدم المحرم. وأيضا لا نعلم بين الفقهاء في سائر المائعات إذا خالطه اليسير من النجاسة كاللبن والادهان أن حكم اليسير في ذلك كحكم الكثير وأنه محظور عليه أكل ذلك وشربه، فكذا الماء بجامع لزوم اجتناب النجاسات، ويدل عليه من السنة قوله صلى الله عليه وسلم لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ثم يغتسل فيه من الجنابة وفي لفظ آخر ولا يغتسلن فيه من جنابة، ومعلوم أن البول القليل في الماء الكثير لا يغير لونه ولا طعمه ولا رائحته وقد منع منه النبي صلى الله عليه وسلم، ويدل عليه أيضا قوله صلى الله عليه وسلم إذا استيقظ أحدكم من منامه فليغسل يده ثلاثا قبل أن يدخلها الاناء فإنه لا يدري أين باتت يده (٣) فأمر بغسل اليد احتياطا من نجاسة أصابته من موضع الاستنجاء، ومعلوم أنها لا تغير الماء ولولا أنها مفسدة عند التحقيق لما كان للامر بالاحتياط معنى. وحكم النبي صلى الله عليه وسلم بنجاسة ولوغ الكلب بقوله طهور إناء أحدكم إذا ولغ فيه الكلب أن يغسل سبعا (٤) وهو لا يغير ا ه. فالحاصل أنه حيث غلب على الظن وجود نجاسة في الماء لا يجوز استعماله أصلا بهذه الدلائل لا فرق بين أن يكون قلتين أو أكثر أو أقل، تغير أو لا. وهذا مذهب أبي حنيفة والتقدير بشئ دون شئ لا بد فيه من نص ولم يوجد، وفي بعض هذا الاستدلال كلام نذكره إن شاء الله تعالى. وأما ما استدل به مالك
***
[١٤٥]
رضي الله عنه فهو مع الاستثناء ضعيف برشد بن سعد صرح بضعفه جماعة منهم النووي في شرح المهذب، وأما بدون الاستثناء فقد ورد من رواية أبي داود والترمذي من حديث أبي سعيد الخدري قيل: يا رسول الله أنتوضأ من بئر بضاعة وهي بئر يلقى فيها الحيض

ولحوم الكلاب والنتن؟ فقال صلى الله عليه وسلم: الماء طهور لا ينجسه شئ وحسنه الترمذي. وقال الامام أحمد: هو حديث صحيح. ورواه البيهقي عن أبي يحيى قال: دخلت على سهل بن سعد في نسوة فقال: لو أني أسقيتكم من بئر بضاعة لكرهتم ذلك وقد والله سقيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي منها. قلنا: هذا ورد في بئر بضاعة بكسر الباء وضمها. كذا في الصحاح. وفي المغرب بالكسر لا غير. وماؤها كان جاريا في البساتين على ما أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار بسنده إلى الواقدي. قال البيهقي: الواقدي لا يحتج بما يسنده فضلا عما يرسله. قلنا: قد أثنى عليه الدراوردي وأبو بكر بن العربي وابن الجوزي وجماعة. والدليل على أنه كان جاريا أن الماء الراكد إذا وقع فيه عذرة الناس والجيف والحائض والنتن تغير طعمه وريحه ولونه، ويتنجس بذلك إجماعا وليس في الحديث استثناء فدل ذلك على جريان مائها. فإن قيل: نقل النووي في شرح المهذب عن أبي داود أنه قال: مددت ردائي على بئر بضاعة ثم ذرعتها فإذا عرضها ستة أذرع. وسألت الذي فتح لي باب البستان هل غير بناؤها عما كان عليه؟ فقال: لا. قال: رأيت فيها ماء متغيرا. قلنا: ما ذكره الطحاوي إثبات وما نقل أبو داود عن البستاني نفي والاثبات مقدم على النفي والبستاني الذي فتح الباب مجهول الشخص والحال عنده فكيف يحتج بقوله؟ ولان أبا داود توفي بالبصرة في النصف من شوال سنة خمس وسبعين ومائتين فبينه وبين زمن النبي صلى الله عليه وسلم مدة كثيرة. ودليل التغير غالب وهو مضي السنين المتطاولة. قال النووي في شرح المهذب: وهذه صفتها في زمن أبي داود ولا يلزم أن تكون كانت هكذا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم. قال الخطابي: قد توهم بعضهم أن إلقاء العذرة والجيف وخروق الحيض في بئر بضاعة كان عادة وتعمدا وهذا لا يظن بذمي ولا وثني فضلا عن مسلم فلم يزل من عادة الناس قديما وحديثا، مسلمهم وكافرهم، تنزيه الماء وصونه عن النجاسات، فكيف يظن بأهل ذلك الزمان وهم أعلى طبقات أهل الدين وأفضل جماعات المسلمين، والماء ببلادهم أعز والحاجة إليه أمس من أن يكون هذا صنيعهم بالماء وامتهانهم له، وقد لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من تغوط في موارد الماء ومشارعه فكيف من اتخذ عيون الماء ومنابعه مطرح الانجاس؟ وإنما كان ذلك من أجل أن هذه البئر موضعها في حدور من الارض وكانت السيول تمسح هذه الاقذار من الطرق والافنية وتحملها فتلقيها فيه، وكان الماء لكثرته وغزارته لا يؤثر فيه وكان جوابه عليه السلام لهم أن الماء الكثير الذي صفته هذه في الكثرة والغزارة

***

[١٤٦]

لا تؤثر فيه النجاسة لان السؤال إنما وقع عن ذلك والجواب إنما يقع عنه ا ه. وقال الامام أبو نصر البغدادي: المعروف بالاقطع لا يظن بالنبي صلى الله عليه وسلم إنه كان يتوضأ من بئر هذه صفتها مع نزاهته وإيثاره الرائحة الطيبة ونهيه عن الامتخاط في لماء، فدل أن ذلك كان يفعل في الجاهلية فشك المسلمون في أمرها فبين النبي صلى الله عليه وسلم أنه لا أثر لذلك مع كثرة النزح ا ه. وقال الطحاوي: إن معنى قوله الماء لا ينجسه شئ والله أعلم أنه لا يبقى نجسا بعد إخراج النجاسة منه بالنزح وليس هو على حال كون النجاسة فيها وإنما سألوا عنه لانه موضع مشكل لان حيطان البئر لم تغسل وطينها لم يخرج فبين النبي صلى الله عليه وسلم أن ذلك يعفى للضرورة مثل قوله صلى الله عليه وسلم المؤمن لا ينجس ليس معناه أنه لا يتنجس وإن أصابته النجاسة. فإن قيل: العبرة لعموم اللفظ وهو لا ينجسه شئ لا لخصوص السبب وهو بئر بضاعة، فكيف خص هذا العموم بوروده في بئر بضاعة؟ قلنا: إنما لا يخص عموم اللفظ بسببه إذا لم يكن المخصص مثله في القوة وههنا قد ورد ما يخصصه وهو يساويه في القوة وهو حديث المستيقظ، وحديث لا يبولن أحدكم وإنما خصصناه بهذين الحديثين دفعا للتناقض فكان من باب الحمل لدفع التناقض لا من باب التخصيص بالسبب، ولانا ما خصصناه ببئر بضاعة بل عدينا حكمه منها إلى ما هو في معناها من الماء الجاري وترك عموم ظاهر الحديث لدفع التناقض واجب. كذا ذكره السراج الهندي وصاحب المعراج، وتعقبه في فتح القدير بأنه لا تعارض لان حاصل النهي عن البول في الماء الدائم تنجس الماء الدائم في الجملة لا كل ماء إذ ليست اللام فيه للاستغراق للاجماع على أن الكثير لا ينجس إلا بتغيره بالنجاسة. وحاصل الماء طهور لا ينجسه شئ عدم تنجس الماء إلا بالتغير بحسب ما هو المراد المجمع عليه وإلا تعارض بين مفهومي هاتين القضيتين، وأما حديث المستيقظ من منامه فليس فيه تصريح بتنجس الماء بتقدير كون اليد نجسة بل ذلك تعليل منا للنهي المذكور وهو غير لازم أعني تعليله بتنجس الماء عينا بتقدير

نجاستهما لجواز كونه أعم من النجاسة والكراهة فنقول: نهى لتنجس الماء بتقدير كونها متنجسة بما يغير أو للكراهة بتقدير كونها بما لا يغير، وأين هو من ذلك الصريح الصحيح؟ لكن يمكن إثبات المعارض بقوله صلى الله عليه وسلم طهور إناء إحدكم إذا ولغ فيه الكلب الحديث فإنه يقتضي نجاسة الماء ولا يغير بالولوغ فتعين ذلك الحمل والله سبحانه وتعالى أعلم ا هـ. وقد يقال إن اللام في حديث لا يبولن أحدكم في الماء للعموم حتى حرم البول في الماء القليل والكثير جميعا فاختصت القضية الثانية بالقليل بدليل يوجب تخصيصها حتى لم يحرم
***
[١٤٧]
الاغتسال في الماء الدائم الكثير مثل الغدير العظيم، هكذا ذكر في معراج الدراية معزيا إلى شيخه العلامة. فعلى هذا حاصل النهي عن البول في الماء تنجس كل ماء راكد فعارض قوله لا ينجسه شئ وكون الاجماع أن الكثير لا يتنجس إلا بالتغير أمر آخر خارج من مفهوم الحديث وإثبات التعارض إنما هو باعتبار المفهومين. وممن صرح بأن ماء بئر بضاعة كان كثيرا الشافعي رضي الله عنه، وأما ما استدل به الشافعي فرواه أصحاب السنن الاربعة عن ابن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يسأل عن الماء يكون في الفلاة وما ينو به من السباع والدواب فقال: إذا كان الماء قلتين لم يحمل الخبث. وأخرجه ابن خزيمة والحاكم في صحيحيهما. قلنا: هذا الحديث ضعيف وممن ضعفه الحافظ ابن عبد البر والقاضي إسماعيل ابن اسحاق وأبو بكر بن العربي المالكيون ونقل ضعفه في البدائع عن ابن المديني. وقال أبو داود: ولا يكاد يصح لواحد من الفريقين حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم في تقدير الماء ويلزم منه تضعيف حديث القلتين وإن كان رواه في كتابه وسكت عنه، وكذا ضعفه الغزالي في الاحياء والروياني في البحر والحلية. قال في البحر: هو اختياري واختار جماعة رأيتهم بخراسان والعراق ذكره النووي كما نقله عنه السراج الهندي. وقال الزيلعي المخرج: وقد جمع الشيخ تقي الدين بن دقيق العيد في كتاب الامام طرق هذا الحديث ورواياته واختلاف ألفاظه وأطال في ذلك إطالة تخص منها تضعيفه له فلذلك أضرب عن ذكره في كتاب الالمام مع شدة الاحتياج إليه. ووجهه أن الاضطراب وقع في سنده ومتنه ومعناه. أما الاول فإنه اختلف على أبي أسامة فمرة يقول عن الوليد بن كثير عن محمد بن عباد بن جعفر، ومرة عنه عن محمد بن جعفر بن الزبير، ومرة يروي عن عبد الله بن عبد الله بن عمر، ومرة يروي عن عبيد الله بن عبد الله بن عمر، وقد أجاب النووي عن هذا بأنه ليس اضطرابا لان الوليد رواه عن كل من المحمدين فحدث مرة عن أحدهما، ومرة عن الآخر، ورواه أيضا عبد الله وعبيد الله ابنا عبد الله بن عمر عن أبيهما وهما أيضا ثبتان. وأما الاضطراب في متنفي رواية الوليد عن محمد بن جعفر بن الزبير لم ينجسه شئ، ورواية محمد بن إسحبسنده سئل عن الماء يكون في الفلاة فترده السباع والكلاب فقال: إذا كان الماء قلتين لا يحمل الخبث. قال البيهقي: وهو غريب. وقال إسماعيل بن عياش عن محمد بن إسحق الكلاب والدواب، ورواه يزيد بن هارون عن حماد بن سلمة فقال الحسن بن الصباح عنه عن حماد
***
[١٤٨]
عن عاصم هو ابن المنذر، قال: دخلت مع عبيد الله بن عبد الله بن عمر بستانا فيه مقر ماء فيه جلد بعير ميت فتوضأ منه فقلت: أتتوضأ منه وفيه جلد بعير ميت؟ فحدثني عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: إذا بلغ الماء قلتين أو ثلاثا لم ينجسه شئ. وروى الدارقطني وابن عدي والعقيلي في كتابه عن القاسم باسناده إلى النبي صلى الله عليه وسلم إذا بلغ الماء أربعين قلة فإنه لا يحمل الخبث وضعفه الدارقطني بالقاسم وروى باسناد صحيح من جهة روح بن القاسم عن ابن المنكدر عن ابن عمر قال: إذا بلغ الماء أربعين قلة لم ينجس. وأخرج عن أبي هريرة من جهة بشر بن السري عن ابن لهيعة قال: إذا كان الماء قدر أربعين قلة لم يحمل خبثا. قال الدارقطني: كذا قال وخالفه غير واحد رووه عن أبي هريرة فقالوا أربعين غربا. ومنهم من قال أربعين دلوا. وهذا الاضطراب يوجب الضعف وإن وثقت الرجال. وأجاب النووي عن هذا الاضطراب. أما عن الشك في قوله قلتين أو ثلاثا فهي رواية شاذة غير ثابتة فهي متروكة فوجودها كعدمها لكن الطحاوي أثبتها بإسناده في شرح معاني الآثار. وأما ما روي من أربعين قلة أو أربعين غربا فغير صحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم وإنما نقل أربعين قلة عن عبد الله بن عمرو بن العاص، وأربعين غربا أي دلوا عن أبي هريرة، وحديث النبي

صلى الله عليه وسلم مقدم على غيره. قال النووي: وهذا ما نعتمده في الجواب. أما الاضطراب في معناه فذكر شمس الائمة السرخسي وتبعه في الهداية أن معنى قوله لم يحمل خبثا أنه يضعف عن النجاسة فيتنجس كما يقال هو لا يحمل الكل أي لا يطيقه وهذا مردود من وجهين ذكرهما النووي في شرح المهذب: الاول أنه ثبت في رواية صحيحة لابي داود إذا بلغ الماء قلتين لم ينجس فتحمل الرواية الاخرى عليها فمعنى لم يحمل خبثا لم ينجس وقد قال العلماء: أحسن تفسير غريب الحديث أن يفسر بما جاء في رواية أخرى لذلك الحديث. الثاني أنه صلى الله عليه وسلم جعل القلتين حدا فلو كان كما زعم هذا القائل لكان التقييد بذلك باطلا فإن ما دون القلتين يساوي القلتين في هذا. زاد عليه في فتح القدير وقال: هذا إن اعتبر مفهوم شرطه. وأما إن لم يعتبر مفهوم شرطه فيلزم عدم اتمام الجواب فإنه حينئذ لا

***

[١٤٩]

يفيد حكمه إذا زاد على القلتين والسؤال عن ذلك الماء كيفما كان، والنووي إنما اقتصر على ما ذكره لانه يقول بأن مفهوم الشرط حجة لكن قال الخبازي: ومعنى قوله إذا بلغ الماء قلتين يعني انتقاصا لا ازديادا. فإن قيل: فما فوق القلتين ما لم يبلغ عشرا في عشر فهو أيضا يضعف عن احتمال النجاسة، فما الفائدة في تخصيصه بالقلتين؟ قيل له: من الجائز أنه كان يوحي إليه بأن مجتهدا سيجئ ويقول بأن الماء إذا بلغ قلتين لا يحتمل النجاسة فقال النبي صلى الله عليه وسلم ردا لذلك القول ا ه. وهو كما ترى في غاية البعد قال المحقق في فتح القدير: فالمعول عليه الاضطراب في معنى القلة فإنه مشترك يقال على الجرة والقربة ورأس الجبل، وما فسر به الشافعي منقطع للجهالة فإنه قال في مسنده أخبرني مسلم بن خالد الزنجي عن ابن جريج بإسناد لا يحضرني أنه صلى الله عليه وسلم قال: إذا كان الماء قلتين لم يحمل خبثا. وقال في الحديث بقلال هجر. قال ابن جريج: رأيت قلال هجر فالقلة تسع قربتين أو قربتين وشيئا. قال الشافعي رحمه الله تعالى: فالاحتياط أن تجعل قربتين ونصفا، فإذا كان خمس قرب كبار كقرب الحجاز لم ينجس إلا أن يتغير. وهجر بفتح الهاء والجيم قرية بقرب المدينة فثبت بهذا أن حديث

***

[١٥٠]

القلتين ضعيف. فإن قلت: قد صححه ابن ماجه وابن خزيمة والحاكم وجماعة من أهل الحديث قلت: من صححه اعتمد بعض طرقه ولم ينظر إلى ألفاظه ومفهومها إذا ليس هذا وظيفة المحدث والنظر في ذلك من وظيفة الفقيه إذ غرضه بعد صحة الثبوت الفتوى والعمل بالمدلول، وقد بالغ الحافظ عالم العرب أبو العباس ابن تيمية في تضعيفه وقال: يشبه أن يكون الوليد بن كثير غلط في رفع الحديث وعزوه إلى ابن عمر فإنه دائما يفتي الناس ويحدثهم عن النبي صلى الله عليه وسلم، والذي رواه معروف عند أهل المدينة وغيرهم لا سيما عند سالم ابنه ونافع مولاه وهذا لم يروه عنه لا سالم ولا نافع ولا عمل به أحد من علماء المدينة، وذكر عن التابعين ما يخالف هذا الحديث ثم قال: فكيف تكون هذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم مع عموم البلوى فيها ولا ينقلها أحد من الصحابة ولا التابعين لهم بإحسان إلا رواية مختلفة مضطربة عن ابن عمر لم يعمل بها أحد من أهل المدينة ولا أهل البصرة ولا أهل الشام ولا أهل الكوفة؟ وأطال رحمه الله تعالى الكلام بما لا يحتمله هذا الموضع. ولا يضر الحافظ ما أخرجه الدارقطني عن سالم عن أبيه لضعفه، وقول النووي بأن حدها هو ما حده رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي أوجب الله طاعته وحرم مخالفته وحدهم يعني الحنفية مخالف حده صلى الله عليه وسلم مع أنه حد بما لا أصل له ولا ضبط فيه مدفوع بأن ما استدللتم به ضعيف كما تقدم، وما صرنا إليه يشهد له الشرع والعقل. أما الشرع فقد قدمنا الاحاديث الواردة في ذلك، وأم العقل فإنا نتيقن بعدم وصول النجاسة إلى الجانب الآخر أو يغلب على ظننا والظن كاليقين فقد استعملنا الماء الذي ليس فيه نجاسة يقينا وأبو حنيفة لم يقدر ذلك بشئ بل اعتبر غلبة ظن المكلف، فهذا دليل عقلي مؤيد بالاحاديث الصحيحة المتقدمة فكان العمل به متعينا، ولان دليلنا وهو حديث النهي عن البول في الماء الراكد ثابت في الصحيحين من رواية أبي هريرة وإسلامه متأخر وحديث القلتين حديث ابن عمر وإسلامه متقدم، والمتأخر ينسخ المتقدم لو ثبت. وقال الشافعي وأحمد: لو زال تغير القلتين بنفسه طهر الماء مع بقاء البول والعذرة وغيرهما من النجاسات فيكون حينئذ نجاسة البول والعذرة والخمر باعتبار الرائحة واللون والطعم لا لذاتها وهذا لا يعقل ولا تشهد له أصول الشرع، ولو أضيفت قلة نجسة إلى قلة نجسة عادتا طاهرتين

عندهم وهذا يؤدي إلى تنجس الماء الطاهر بقليل النجاسة دون كثيرها لانهم نجسوا القلة الطاهرة برطل ماء نجس ولم ينجسوها بقلة نجسة من الماء بل طهروها بها، ويؤدي أيضا إلى تولد طاهر باجتماع نجسين وهذا مما تحيله العقول. قوله: (وإلا فهو كالجاري) أي وإن يكن عشرا في عشر فهو كالجاري فلا يتنجس إلا
***
[١٥١]
إذا تغير أحد أوصافه، ثم في قوله كالجاري إشارة إلى أنه لا يتنجس موضع الوقوع وهو مروي عن أبي يوسف وبه أخذ مشايخ بخارى وهو المختار عندهم كذا في التبيين. وقال في فتح القدير: وهو الذي ينبغي تصحيحه فينبغي عدم الفرق بين المرئية وغيرها لان الدليل إنما يقتضي عند كثرة الماء عدم التنجس إلا بالتغير من غير فصل، وهو أيضا الحكم المجمع عليه وفي النصاب وعليه الفتوى كذا في شرح منية المصلي. وصحح في المبسوط والمفيد أنه يتنجس موضع الوقوع وإليه أشار في القدوري بقوله: جاز الوضوء من الجانب الآخر. وذكر أبو الحسن الكرخي أن كل ما خالطه النجس لا يجوز الوضوء به ولو كان جاريا وهو الصحيح. قال الزيلعي: فعلى هذا إن ما ذكره المصنف لا يدل على أن موضع الوقوع لا يتنجس لانه لم يجعله إلا كالجاري، فإذا تنجس موضع الوقوع من الجاري فمنه أولى أن يتنجس. وفي البدائع: ظاهر الرواية أنه لا يتوضأ من الجانب الذي وقعت فيه النجاسة ولكن يتوضأ من الجانب الآخر، ومعناه أنه يترك من موضع النجاسة قدر الحوض الصغير ثم يتوضأ. كذا فسره في الاملاء عن أبي حنيفة لانا تيقنا بالنجاسة في ذلك الجانب وشككنا فيما وراءه، وعلى هذا قالوا فيمن استنجى في موضع من حوض لا يجزيه أن يتوضأ من ذلك الموضع قبل تحريك الماء ولو وقعت الجيفة في وسط الحوض على قياس ظاهر الرواية إن كان بين الجيفة وبين كل جانب من الحوض مقدار ما لا يخلص بعضه إلى بعض يجوز التوضؤ فيه وإلا فلا. وإن كانت غير مرئية بأن بال إنسان أو اغتسل جنب اختلف المشايخ فيه، قال مشايخ العراق: إن حكمه حكم المرئية حتى لا يتوضأ من ذلك الجانب بخلاف الجاري، ومشايخنا مما وراء النهر فصلوا بينهما في غير المرئية أنه يتوضأ من أي جانب كان كما قالوا جميعا في الماء الجاري وهو الاصح لان غير المرئية لا تستقر في مكان واحد بل ينتقل لكونه مائعا سيالا بطبعه فلم يستيقن بالنجاسة في الجانب الذي يتوضأ منه بخلاف المرئية ا ه. وهكذا مشى قاضيخان أنه يترك من موضع النجاسة قدر الحوض الصغير وقدر الحوض الصغير في الكفاية شرح الهداية بأربع أذرع في أربع، وفي الذخيرة عن بعضهم يحرك الماء بيده مقدار ما يحتاج إليه عند الوضوء، فإن تحركت النجاسة لم يستعمل من ذلك الموضع. وقال بعضهم: يتحرى في ذلك، إن وقع تحريه أن النجاسة لم تخلص إلى هذا الموضع توضأ وشرب منه. قال في شرح منية المصلي: وهو الاصح. وفي معراج الدراية معزيا إلى المجتبى أن الفتوى على جواز الوضوء من موضع الوقوع واختاره مشايخ بخارى لعموم البلوى حتى قالوا: يجوز الوضوء من موضع الاستنجاء قبل التحريك.
***
[١٥٢]
قوله: (وهو ما يذهب بتبنة) أي الماء الجاري ما يذهب بتبنة، وقد توهم بعض المشتغلين أن هذا الحد فاسد لانه يرد عليه الجمل والسفينة فإنهما يذهبان بتبن كثير، ومنشأ التوهم أن ما موصولة في كلامه وقد وقع مثلها في عبارة ابن الحاجب فإنه قال: الكلام ما يتضمن كلمتين بالاسناد. فقيل يرد عليه الورقة والحجر المكتوب عليه كلمتان فأكثر لان ما موصولة بمعنى الذي لكن الجواب عنهما أن ما ليست موصولة وإنما هي نكرة موصوفة، فالمعنى الجاري ماء بالمد يذهب بتبنة والكلام لفظ يتضمن كلمتين. وقد اختلف في حد الجاري على أقوال منها ما ذكره المصنف وأصحها أنه ما يعده الناس جاريا كما ذكره في البدائع والتبيين وكثير من الكتب. قوله: (فيتوضأ منه) أي من الماء الجاري. قال الزيلعي: ويجوز أن يعود إلى الماء الراكد الذي بلغ عشرا في عشر لانه يجوز الوضوء به في موضع الوقوع ما لم يتغير في رواية وهو المختار عندهم. قوله: (إن لم ير أثره) أي إن لم يعلم أثر النجس فيه. ورأى تستعمل بمعنى علم قال الشاعر: رأيت الله أكبر كل شئ وإنما قلنا هذا لان الطعم والرائحة لا تعلق للبصر بهما وإنما الطعم للذوق والرائحة للشم. قوله: (وهو طعم أو لون أو ريح) أي الاثر ما ذكر. وحاصله أن الماء الجاري وما هو في حكمه إذا وقعت فيه نجاسة. إن ظهر أثرها لا يجوز الوضوء به وإلا جاز لان وجود الاثر دليل وجود النجاسة، فكل ما تيقنا فيه نجاسة أو غلب على ظننا ذلك لا يجوز الوضوء به، جاريا كان أو غيره، لان الماء الجاري لا يتنجس بوقوع النجاسة فيه كما قد يتوهم. وظاهر ما في المتون أن الجاري إذا وقعت فيه نجاسة يجوز الوضوء به إن لم

ير أثرها، سواء كان النجس جيفة مرئية أو
***
[١٥٣]
غيرها. فإذا بال إنسان فيه فتوضأ آخر من أسفله جاز ما لم يظهر في الجرية أثره. قال محمد في كتاب الاشربة: ولو كسرت خابية خمر في الفرات ورجل يتوضأ أسفل منه فما لم يجد في الماء طعم الخمر أو ريحه أو لونه يجوز الوضوء به، وكذا لو استقرت المرئية فيه بأن كانت جيفة إن ظهر أثر النجاسة لا يجوز وإلا جاز، سواء أخذت الجيفة الجرية أو نصفها إنما العبرة لظهور الاثر. ويوافقه ما في الينابيع. قال أبو يوسف في ساقية صغيرة فيها كلب ميت سد عرضها فيجري الماء فوقه وتحته إنه لا بأس بالوضوء أسفل منه إذا لم يتغير طعمه أو لونه أو ريحه. وقيل: ينبغي أن يكون هذا قول أبي يوسف خاصة. أما عند أبي حنيفة ومحمد لا يجوز الوضوء أسفل من الكلب ا ه ما في الينابيع. لكن المذكور في الفتاوى كفتاوى قاضيخان والتجنيس والولوالجي والخلاصة. وفي البدائع: وكثير من كتب أئمتنا الاثر إنما يعتبر في غير الجيفة، أما في الجيفة فإنه ينظر، إن كان كله أو أكثره يجري عليها لا يجوز الوضوء به، وإن كان الاقل يجوز الوضوء، وإن كان النصف القياس الجواز، والاستحسان أنه لا يجوز وهو الاحوط. ونظر هذا ماء المطر إذا جر في ميزاب من السطح وكان على السطح عذرة فالماء طاهر لان الذي يجري على غير العذرة أكثر، وإن كانت العذرة عند الميزاب فإن كان الماء كله أو أكثره أو نصفه يلاقي العذرة فهو نجس، وإن كان أكثره لا يلاقي العذرة فهو طاهر، وكذا أيضا ماء المطر إذا جرى على عذرات واستنقع في موضع كان الجواب كذلك. ورجح في فتح القدير أن العبرة لظهور الاثر مطلقا لان الحديث وهو قوله الماء طهور لا ينجسه شئ لما حمل على الجاري كان مقتضاه جواز التوضؤ من أسفله. وإن أخذت الجيفة أكثر الماء ولم يتغير فقولهم إذا أخذت الجيفة أكثر الماء أو نصفه لا يجوز يحتاج إلى مخصص قال: يوافقه ما عن أبي يوسف وقد نقلناه عن الينابيع. وقال تلميذه العلامة قاسم في رسالته المختار اعتبار ما عن أبي يوسف ا ه. لكن لقائل أن يقول: الاوجه ما في أكثر الكتب وقد صححه في التجنيس لصاحب الهداية لان العلماء رضي الله عنهم إنما قالوا بأن الماء الجاري إذا وقعت فيه نجاسة يجوز الوضوء به إذا لم ير أثرها
***
[١٥٤]
لان النجاسة لا تستقر مع جريان الماء، فلما لم يظهر أثرها علم أن الماء ذهب بعينها ولم تبق عينها موجودة فجاز استعمال الماء، أما إذا كانت النجاسة جيفة وكان الماء يجري على أكثرها أو نصفها تيقنا بوجود النجاسة فيه، وقد تقدم أن كل ما تيقنا وجود النجاسة في أو غلب على ظننا وجودها فيه لا يجوز استعماله فكان هذا مأخوذا من دلالة الاجماع لان الحديث لما حمل بالاجماع على الماء الذي لم يتغير لاجل أنه عند التغير تيقن بوجود النجاسة كان التغير دليل وجود النجاسة فيما يمكن فيه ذلك، أما في الجيفة فقد تيقنا بوجودها فلا يجوز استعمال الماء التي هي فيه أو أكثرها أو نصفها من غير اعتبار التغير لان التغير لما كان علامة على وجود النجاسة لا يلزم من انتفائه انتفاؤه فكان الاجماع مخصصا للحديث، وما قلناه مأخوذ من دلالة الاجماع. هذا ما ظهر للعبد الضعيف لكن ينبغي أن تعلم أن هذا - أعني قولهم إذا أخذت الجيفة
***
[١٥٥]
أقله يجوز الوضوء إذا لم يظهر أثر النجاسة، وأن قولهم إذا أخذت الجيفة الاكثر أو النصف لا يجوز - يعنون وإن لم يظهر أثر النجاسة، وأما التوضؤ في عين والماء يخرج منها فإن كان في موضع خروجه جاز، وإن كان في غيره فكذلك إن كان قدره أربعا في أربع فأقل، وإن كان
***
[١٥٦]
خمسا في خمس اختلف فيه واختار السعدي جوازه، والخلاف مبني على أنه هل يخرج الماء المستعمل قبل تكرر الاستعمال إذا كان بهذه المساحة أو لا، وهذه مبنية على نجاسة المستعمل. كذا في فتح القدير. وقد قدمنا أن الفتوى على الجواز مطلقا وكذا صرح في الفتاوى الصغرى، وألحقوا بالجاري حوض الحمام إذا كان الماء ينزل من أعلاه حتى لو أدخلت القصعة النجسة واليد النجسة فيه لا

تتنجس. وهل يشترط مع ذلك تدارك اغتراف الناس
***
[١٥٧]
منه؟ فيه خلاف ذكره في المنية، وفي المجتبى: الاصح أنه إن كان يدخل الماء في الانبوب والغرف متدارك فهو كالجاري وتفسير الغرف أن لا يسكن وجه الماء فيما بين الغرفتين. قال في فتح القدير: ثم لا بد من كون جريانه لمد دلة كما في العين والنهر هو المختار ا ه. وفي السراج الوهاج: ولا يشترط في الماء الجاري المدد وهو الصحيح ا ه. وفي التنجيس والمعراج وغيرهما: الماء الجاري إذا سد من فوق فتوضأ إنسان بما يجري في النهر وقد بقي جري الماء كان جائزا لان هذا ماء جار ا ه. فهذا يشهد لما في السراج. وذكر السراج الهندي عن الامام الزاهد أن من حفر نهرا من حوض صغير وأجرى الماء في النهر وتوضأ بذلك الماء في حال جريانه فاجتمع ذلك الماء في مكان واستقر فيه فحفر رجل آخر نهرا من ذلك المكان وأجرى الماء فيه وتوضأ به في حال جريانه فاجتمع ذلك الماء في مكان آخر أيضا ففعل رجل ثالث كذلك، جاز وضوء الكل لان كل واحد منهم إنما توضأ بالماء حال جريانه والماء الجاري لا يحتمل النجاسة ما لم يتغير. وعن الحسن بن زياد ما يدل على عدم جواز وضوء الثاني والثالث فانه قال في حفيرتين يخرج الماء من أحدهما ويدخل في الاخرى فتوضأ فيما بينهما جاز، والحفيرة التي يدخل فيها الماء تفسد، وإذا كان معه ميزاب واسع ومعه إداوة من ماء يحتاج إليه وهو على طمع من وجود الماء ولكن لا يتيقن ذلك ماذا يصنع، حكي عن الشيخ الزاهد أبي الحسن الرستغفني أنه كان يقول: يأمر أحد رفقائه أنه يصب الماء في طرف من الميزاب وهو يتوضأ فيه وعند الطرف الآخر من الميزاب إناء يجتمع فيه الماء فالمجتمع طاهر وطهور لان استعماله حصل في حال جريانه والماء الجاري لا يصير مستعملا باستعماله. ومن المشايخ من أنكر هذا القول وقال: الماء الجاري إنما لا يصير مستعملا إذا كان له مدد كالعين والنهر، أما إذا لم يكن له مدد يصير مستعملا، والصحيح القول الاول بدليل مسألة واقعات الناطفي أن النهر إذا سد من فوق فتوضأ إنسان بما يجري فإنه يجوز فإن هناك لم يبق للماء مدد ومع هذا يجوز التوضؤ به. ا ه ما ذكره السراج الهندي. واعلم أنه قد تقدم عن فتح القدير أن قولهم ما اجتمع في الحفيرة الثانية فاسد وكذا كثير من أشباه ذلك إنما هو بناء على نجاسة الماء المستعمل، فأما على المختار من طهارته فلا فلتحفظ ليفرع عليها ولا يفتي بمثل هذه الفروع. فروع: في الخلاصة معزيا إلى الاصل: يتوضأ من الحوض الذي يخاف فيه قذرا ولا يتيقنه ولا يجب أن يسأل إلى الحاجة إليه عند عدم الدليل والاصل دليل يطلق الاستعمال. وقال عمر رضي الله عنه حين سأل عمرو بن العاص صاحب الحوض أترده السباع يا
***
[١٥٨]
صاحب الحوض: لا تخبرنا. ذكره في الموطأ. وكذا إذا وجده متغير اللون والريح ما لم يعلم أنه من نجاسة لان التغير قد يكون بطاهر، وقد ينتن الماء للمكث وكذا البئر الذي يدلي فيها الدلاء والجرار الدنسة يحملها الصغار والعبيد ولا يعلمون الاحكام ويمسها الرستاقيون بالايدي الدنسة ما لم تعلم يقينا النجاسة، ولو ظن الماء نجسا فتوضأ ثم ظهر أنه طاهر جاز. وذكر السراج الهندي عن الفقيه أبي الليث أن عدم وجوب السؤال من طريق الحكم وإن سأل كان أحوط لدينه. وعلى هذا الضيف إذا قدم إليه طعام ليس له أن يسأل عنه. وفي فوائد الرستغفني: التوضؤ بماء الحوض أفضل من النهر لان المعتزلة لا يجيزونه من الحياض فنرغمهم بالوضوء منها ا ه. وهذا إنما يفيد الافضلية لهذا العارض ففي مكان لا يتحقق النهر أفضل. كذا في فتح القدير. وفي معراج الدراية قيل مسألة الحوض بناء على الجزء الذي لا يتجزأ فإنه عند أهل السنة موجود في الخارج فتتصل أجزاء النجاسة إلى جزء لا يمكن
***
[١٥٩]
تجزئته فيكون باقي الحوض طاهرا، وعند المعتزلة والفلاسفة هو معدوم فيكون كل الماء مجاورا للنجاسة فيكون الحوض نجسا عندهم، وقيل في هذا التقرير نظر ا ه. قالوا: ولا بأس بالتوضؤ من حب يوضع كوزه في نواحي الدار ويشرب منه ما لم يعلم به قذر ويكره للرجل أن يستخلص لنفسه إناء يتوضأ منه ولا يتوضأ منه غيره. وفي فتاوى قاضيخان: واختلفوا في كراهية البول في الماء الجاري والاصح هو الكراهة، وأما البول في الماء الراكد فقد نقل الشيخ جلال الدين الخبازي في حاشية الهداية عن أبي الليث أنه ليس بحرام إجماعا بل

مكروه، ونقل غيره أنه حرام ويحمل على كراهة التحريم لان غاية ما يفيده الحديث كراهة التحريم فينبغي على هذا أن يكون البول في الماء الجاري مكروها كراهة تنزيه فرقا بينه وبين البول في الماء الراكد. وفي فتاوى قاضيخان: إذا ورد الرجل ماء فأخبره مسلم أنه نجس لا يجوز له أن يتوضأ بذلك الماء. قالوا: هذا إذا كان عدلا، فإن كان فاسقا لا يصدق. وفي المستور روايتان ا ه. وفي المبتغى بالغين المعجمة: وبرؤية أثر أقدام الوحش عند الماء القليل لا يتوضأ به سبع مر بالركية وغلب على ظنه شربه منها تنجس وإلا فلا ا ه. وينبغي أن يحمل الاول على ما إذا غلب على ظنه أن الوحش شربت منه بدليل الفرع الثاني وإلا فمجرد الشك لا يمنع الوضوء به بدليل ما قدمنا نقله عن الاصل أنه يتوضأ من الحوض الذي يخاف فيه قذرا ولا يتيقنه، وينبغي أن يحمل التيقن المذكور في الاصل من قوله ولا يتيقنه على غلبة الظن والخوف على الشك أو الوهم كما لا يخفى. وفي التجنيس: من دخل الحمام واغتسل وخرج من غير نعل لم يكن به بأس لما فيه من الضرورة والبلوى ا ه. وسيأتي بقية هذا إن شاء الله تعالى في بحث المستعمل. قوله: (وموت ما لا دم له فيه كالبق والذباب والزنبور والعقرب والسمك والضفدع والسرطان لا ينجسه) أي موت حيوان ليس له دم سائل في الماء القليل لا ينجسه. وقد جعل في الهداية هذه المسألة مسألتين فقال أولا: وموت ما ليس له نفس سائلة في الماء لا ينجسه كالبق والذباب والزنابير والعقرب ونحوها ثم قال: وموت ما يعيش في الماء لا يفسده كالسمك والضفدع والسرطان. وقد جمعهما قول المصنف موت ما لا دم له لان مائي المولد لا دم له فكان الانسب ما ذكره المصنف من حيث الاختصار إلا أنه يرد عليه ما كان مائي

***

[١٦٠]

المولد والمعاش وله دم سائل فإنه سيأتي أنه لا ينجس في ظاهر الرواية مع أن عبار المصنف بخلافه فلذا فرق في الهداية بينهما، ونقل في الهداية خلاف الشافعي في المسألة الاولى وكذا في الثانية إلا في السمك، وما ذكره من خلاف الشافعي في الاولى ضعيف، والصحيح من مذهبه أنه كقولنا كما صرح به النووي في شرح المهذب. وفي غاية البيان قال أبو الحسن الكرخي في شرح الجامع الصغير: لا أعلم أن فيه خلافا بين الفقهاء ممن تقدم الشافعي، وإذا حصل الاجماع في الصدر الاول صار حجة على من بعده ا ه. وقد علمت أنه موافق لغيره وعلى تقدير مخالفته لا يكون خارقا للاجماع فقد قال بقوله القديم يحيى بن أبي كثير التابعي الجليل كما نقله الخطابي ومحمد بن المنكدر الامام التابعي كما نقله النووي، والدليل على أصل المسألة ما رواه البخاري في صحيحه بإسناده إلى أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا وقع الذباب في إناء أحدكم فليغمسه ثم لينزعه فإن في أحد جناحيه داء وفي الآخر شفاء وفي رواية النسائي وابن ماجه من حديث أبي سعيد الخدري فإذا وقع في الطعام فامقلوه فيه فإنه يقدم السم ويؤخر الشفاء (١) ومعنى امقلوه أغمسوه. وجه الاستدلال به أن الطعام قد يكون حارا فيموت بالغمس فيه، فلو كان يفسده لما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بغمسه ليكون شفاء لنا إذا أكلناه، وإذا ثبت الحكم في الذباب ثبت في غيره مما هو بمعناه كالبق والزنابير والعقرب والبعوض والجراد والخنفساء والنحل والنمل والصرصر والجعلان وبنات وردان والبرغوث والقمل. إما بدلالة النص أو بالاجماع كذا في المعراج. قال الامام الخطابي: وقد تكلم على هذا الحديث من لا خلاق له. وقال: كيف يجتمع الداء والشفاء في جناحي الذبابة، وكيف تعلم ذلك حتى تقدم جناح الداء قال: وهذا سؤال جاهل أو متجاهل، والذي يجد نفسه ونفوس عامة الحيوان قد جمع فيها الحرارة والبرودة والرطوبة واليبوسة وهي أشياء متضادة إذا تلاقت تفاسدت، ثم يرى الله عزوجل قد ألف بينها وجعلها سببا لبقاء الحيوان وصلاحه لجدير أن لا ينكر اجتماع الداء والدواء في جزأين من حيوان واحد، وأن الذي ألهم النحلة اتخاذ بيت عجيب الصنعة وتعسل فيه، وألهم النملة كسب قوتها وادخاره لاوان حاجتها إليه، وهو الذي خلق الذبابة وجعل لها الهداية إلى أن تقدم جناحا وتؤخر آخر لما أراد الله من الابتلاء الذي هو مدرجة التعبد والامتحان الذي هو

***

[١٦١]

مضمار التكليف وله في كل شئ حكمة وعلم وما يذكر إلا أولوا الالباب ا ه. وقال بعضهم: المراد به داء الكبر والترفع عن استباحة ما أباحته الشريعة المطهرة وأحلته السنة المعظمة فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بمقله دفعا للتكبر والترفع، وهذا ضعيف لانه حينئذ

يخرج ذكر الجناحين والشفاء عن الفائدة. كذا ذكره السراج الهندي. واستدل مشايخنا أيضا على أصل المسألة بما عن سلمان رضي الله عنه عنه عليه السلام قال: يا سلمان كل طعام وشراب وقعت فيه دابة ليس لها دم فماتت فيه فهو حلال أكله وشربه ووضوءه. قال الزيلعي رحمه الله تعالى: المخرج رواه الدارقطني. وقال: لم يروه إلا بقية عن سعيد بن أبي سعيد الزبيدي وهو ضعيف، ورواه ابن عدي في الكامل وأعله بسعيد هذا وقال: هو شيخ مجهول وحديثه غير محفوظ ا ه. قال العلامة في فتح القدير: ودفعا بأن بقية هذا هو ابن الوليد روى عنه الائمة مثل الحمادين وابن المبارك ويزيد بن هارون وابن عيينة ووكيع والاوزاعي وإسحق بن راهويه وشعبة وناهيك بشعبة واحتياطه. قال يحيى: كان شعبة مبجلا لبقية حيث قدم بغداد وقد روى له الجماعة إلا البخاري. وأما سعيد بن أبي سعيد هذا فذكره الخطيب وقال: واسم أبيه عبد الجبار وكان ثقة فانتفت الجهالة والحديث مع هذا لا ينزل عن الحسن ا ه. قال في الهداية: ولان المنجس اختلاط الدم المسفوح بأجزائه عند الموت حتى حل المذكي لانعدام الدم فيه ولا دم فيها، والحرمة ليست من ضرورتها النجاسة كالطين وأورد عليه ذبيحة المجوسي ومتروك التسمية عامدا فإنها نجسة مع زوال الدم المسفوح، وذبيحة المسلم إذا لم يسل منها الدم لعارض بأن أكلت ورق العناب فإنها حلال مع أن الدم لم يسل، وأجاب الاكمل وغيره عن الاول بأن القياس الطهارة كالمسلم إلا أن صاحب الشرع أخرجه عن أهلية الذبح فذبحه كلا ذبح. وعن الثاني أن الشارع أقام الاهلية واستعمال آلة الذبح مقام الاسالة لاتيانه بما هو داخل تحت قدرته ولا يعتبر بالعوارض لانها لا تدخل تحت القواعد الاصلية. وأجاب في معراج الدراية بأن ذبيحة المجوسي والوثني وتارك التسمية عمدا طاهر على الاصح وإن لم تؤكل لعدم أهلية الذابح، وعزاه إلى المجتبى ثم قال: فإن قيل لو كان المنجس هو الدم يلزم أن يكون الدموي من الحيوان نجسا، سواء كان قبل الحياة أو بعدها لانه يشمل على الدم في كلتا الحالتين. قلنا: الدم حال الحياة في معدنه والدم في معدنه لا يكون نجسا بخلاف الذي بعد الموت لان الدماء بعد الموت تنصب عن مجاريها فلا تبقى في معادنها فيتنجس اللحم بتشربه إياها، ولهذا لو قطعت العروق بعد الموت لا يسيل الدم منها. وفي صلاة البقالي: لو مص البق الدم لم ينجس عند أبي يوسف لانه

***

[١٦٢]

مستعار، وعند محمد ينجسه وفي جمع الخلاف على العكس. والاصح في العلق إذا مص الدم أنه يفسد الماء، قال صاحب المجتبى: ومن هذا يعرف حكم القراد والحلم ا ه. وأما ما ذكره في الهداية من خلاف الشافعي في الثانية فصحيح. قال النووي في شرح المهذب: ما يعيش في البحر مما له نفس سائلة إن كان مأكولا فميتته طاهرة ولا شك أنه لا ينجس الماء، وما لا يؤكل كالضفدع وكذا غيره إن قلنا لا يؤكل فإذا مات في ماء قليل أو مائع قليل أو كثير نجسه لا خلاف فيه عندنا ا ه. واستدل للمذهب في الهداية بقوله: ولنا أنه مات في معدنه فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال محها دما. ولانه لا دم فيها إذا الدموي لا يسكن الماء والدم هو المنجس وفي غير الماء قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن، وقيل لا يفسده لعدم الدم وهو الاصح ا ه. وقوله كبيضة حال محها بالحاء المهملة فيهما أي تغير صفرتها دما حتى لو صلى وفي كمه تلك البيضة تجوز صلاته بخلاف ما لو صلى وفي كمه قارورة دم حيث لا تجوز لان النجاسة في غير معدنها. وعموم قوله مات في معدنه يقتضي أن لا يعطى للوحش والطيور حكم النجاسة إذا مات في معدنها لان معدنها البر، ولهذا جعل شمس الائمة تعليل قوله لا دم فيها أصح قال: ليس لهذه الحيوانات دم سائل فإن ما فيها يبيض بالشمس والدم إذا شمس يسود. وكذا في معراج الدراية، وتعقبه في فتح القدير بأن كون البرية معدنا للسبع محل تأمل في معنى معدن الشئ، والذي يفهم منه ما يتولد منه الشئ وعلى التعليل الاول فرع ما لو وقعت البيضة من الدجاجة في الماء رطبة أو يبست لا يتنجس الماء لانها كانت في معدنها، وكذا السخلة إذا سقطت من أمها رطبة أو يبست لا تنجس الماء لانها كانت في معدتها. ثم لا فرق بين أن يموت في الماء أو خارجه ثم ينتقل إليه في الصحيح. وروي عن محمد: إذا تفتت الضفدع في الماء كرهت شربه لا للنجاسة بل لحرمة لحمه وقد صارت أجزاؤه في الماء. وهذا تصريح بأن كراهة شربه تحريمية وبه صرح في التنجيس فقال: يحرم شربه.

***

[١٦٣]

وفي فتاوى قاضيخان: فإن كانت الحية أو الضفدع عظيمة لها دم سائل تفسد الماء، وكذا الوزغة الكبيرة في رواية عن أبي يوسف. وفي

السراج الوهاج: الذي يعيش في الماء هو الذي يكون توالده ومثواه فيه، سواء كانت لها نفس سائلة أو لم تكن فظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه إذا كان لها دم سائل أوجب التنجيس ا ه. وكذا ذكر الاسبيجابي، فما في الفتاوى على غير ظاهر الرواية. واختلف في طير الماء ففي السراج الوهاج أنه ينجس لانه يتعيش في الماء ولا يعيش فيه. وفي شرح الجامع الصغير لقاضيخان: وطير الماء إذا مات في الماء القليل يفسده هو الصحيح من الرواية عن أبي حنيفة، وإن مات في غير الماء يفسده باتفاق الروايات لان له دما سائلا وهو بري الاصل مائي المعاش والمائي ما كان توالده ومعاشه في الماء ا ه. وطير الماء كالبط والاوز. وفي المجتبى: الصحيح عن أبي حنيفة في موت طير الماء فيه أنه لا ينجسه. وقيل إن كان يفرخ في الماء لا يفسده وإلا فيفسده ا ه. فقد اختلف التصحيح في طير الماء كما ترى والاوجه ما في شرح الجامع الصغير كما لا يخفى. وفي الكلب المائي اختلاف المشايخ كذا في معراج الدراية من غير ترجيح لكن قال في الخلاصة: الكلب المائي والخنزير المائي إذا مات في الماء أجمعوا أنه لا يفسد الماء ا ه. فكأنه لا يعتبر القول الضعيف كما لا يخفى، وقد وقع لصاحب الهداية هنا وفي بحث الماء المستعمل التعليل بالعدم، ووجه تصحيحه أن العلة متحدة وهي الدم وهو في مثله يجوز كقول محمد في ولد المغصوب لم يضمن لانه لم يغصب كذا في الكافي. وتوضيحه أن عدم العلة لا يوجب عدم الحكم لجواز أن يكون الحكم معلولا بعلل شتى إلا أن العلة إذا كانت متعينة يلزم من عدمها عدم المعلول لتوقفه على وجودها وهنا كذلك لان النجس هو الدم المسفوح لا غير ولا دم لهذه الاشياء بدليل أن الحرارة لازمة الدم، والبرودة لازمة الماء وهما نقيضان، فلو كان لها دم لماتت بدوام السكون في الماء. كذا في غاية البيان. وفي الهداية: والضفدع البري والبحري وسواء، وقيل: البري يفسد لوجود الدم وعدم المعدن. وقيل: لا يفسده. قال الشارحون: الضفدع البحري هو ما يكون بين أصابعه سترة بخلاف البري، وصحح في السراج الوهاج عدم الفرق بينهما لكن محله ما إذا لم يكن للبري دم، أما إذا كان له دم سائل فإنه يفسده على الصحيح. كذا في شرح منية المصلي. والضفدع بكسر الدال والانثى

***

[١٦٤]

ضفدعة، وناس يقولون ضفدع بفتح الدال وهو لغة ضعيفة وكسر الدال أفصح. والبق كبار البعوض واحدة بقة وقد يسمى به الفسفس في بعض الجهات، وهو حيوان كالقراد شديد النتن، كذا في شرح منية المصلي. والزنبور بالضم وسمي الذباب ذبابا لان كلما ذب آب أي كلما طرد رجع. وفي النهاية: وأشار الطحاوي إلى أن الطافي من السمك في الماء يفسده وهو غلط منه فليس في الطافي أكثر فسادا من أنه غير مأكول فهو كالضفدع ا ه. واعلم أن كل ما لا يفسد الماء لا يفسد غير الماء وهو الاصح. كذا في المحيط والتحفة. والاشبه بالفقه كذا في البدائع لكن يحرم أكل هذه الحيوانات المذكورة ما عدا السمك الغير الطافي لفساد الغذاء وخبثه متفسخا أو غيره وقد قدمناه عن التنجيس. قوله: (والماء المستعمل لقربة أو رفع حدث إذا استقر في مكان طاهر لا مطهر) اعلم أن الكلام في الماء المستعمل يقع في أربعة مواضع: الاول في سببه وقد أشار إليه بقوله لقربة أو رفع حدث الثاني في وقت ثبوته وقد أشار إليه بقوله إذا استقر في مكان. الثالث في صفته وقد بينها بقوله طاهر. الرابع في حكمه وقد بينه بقوله لا مطهر. والزيلعي رحمه الله أدرج الحكم في الصفة وجعل قوله طاهر لا مطهر بيانا لصفته والاولى ما أسمعتك تبعا لما في فتح القدير. أما الاول فقد ذكر أبو عبد الله الجرجاني أنه يصير مستعملا بإقامة القربة بأن ينوي الوضوء على الوضوء حتى يصير عبادة أو برفع الحدث بأن توضأ المحدث للتبرد أو للتعليم بلا خلاف بين أصحابنا الثلاثة. وذكر أبو بكر الرازي خلافا وقال: إنه يصير مستعملا بإقامة القربة أو رفع الحدث عندهما، وعند محمد بإقامة القربة لا غير استدلالا بمسألة الجنب إذا انغمس في البئر لطلب الدلو فقال محمد: الماء طاهر طهور لعدم إقامة القربة، فلو توضأ محدث بنية القربة صار الماء مستعملا بالاجماع، ولو توضأ متوضئ للتبرد لا يصير مستعملا بالاجماع. ولو توضأ المحدث للتبرد صار مستعملا عندهما خلافا لمحمد، ولو توضأ المتوضئ بنية القربة صار مستعملا عند الثلاثة. قال شمس الائمة السرخسي: التعليل لمحمد بعدم إقامة القربة ليس بقوي لانه غير مروي عنه، والصحيح عنده أن إزالة الحدث بالماء مفسدة له إلا عند الضرورة كالجنب يدخل البئر لطلب الدلو، ومن شرط نية القربة عند محمد استدل بمسألة البئر، وجوابه أنه إنما لم يصر مستعملا للضرورة لا لان الماء لا يصير

***

[١٦٥]

مستعملا بإزالة الحدث فصار كما لو أدخل الجنب أو الحائض أو المحدث يده في الماء لا يصير مستعملا للضرورة، والقياس أن يصير مستعملا عندهم لازالة الحدث ولكن سقط للحاجة ا ه. وأقره عليه العلامة كمال الدين بن الهمام والامام الزيلعي، وصرح في البدائع أن الخلاف لم ينقل عنهم نصا وإنما مسائلهم تدل عليه، وكذا في المحيط لكن قال: وهذا الخلاف صحيح عند محمد لان تغير الماء عند محمد باعتبار إقامة القربة به لا باعتبار تحول نجاسة حكمية إلى الماء، وعندهما تغير الماء باعتبار أنه تحول إليه نجاسة حكمية، وفي الحالتين تحول إلى الماء نجاسة حكمية فأوجب تغيره ا ه. والذي يدل على صحة الخلاف ما نقله في المحيط والخلاصة وكثير من الكتب، وعزاه الهندي إلى صلاة الاثر لمحمد أن الرجل إذا أخذ الماء بفمه وهو جنب ولا يريد المضمضة فغسل يده به أجزأه عن غسل اليد ولا يصير مستعملا عند محمد لعدم قصد القربة وإن زال الحدث عن الفم لكن يقال من جهة شمس الائمة السرخسي أن محمدا إنما لم يقل بالاستعمال للضرورة لا لان إزالة الحدث لا توجب الاستعمال. وقد علل به في المحيط فقال: لم يحكم باستعمال الماء للضرورة ويؤيده ما في فتح القدير أن الذي نعقله أن كلا من التقرب الماحي للسيئات والاسقاط مؤثر في التغير، ألا ترى أنه انفرد وصف التقرب في صدقة التطوع وأثر التغير حتى حرم على النبي صلى الله عليه وسلم، ثم رأينا الاثر عند ثبوت وصف الاسقاط معه غير ذلك وهو أشد لحرم على قرابته الناصرة له فعرفنا أن كلا أثر تغيرا شرعيا وبهذا يبعد قول محمد إنه التقرب فقط إلا أن يمنع كون هذا مذهبه كما قال شمس الائمة ا ه. ولو غسل يده للطعام أو منه صار الماء مستعملا لانه أقام به قربة لانه سنة، ولو غسل يده من الوسخ لا يصير مستعملا لعدم إزالة الحدث وإقامة القربة. كذا في المحيط. وهذا التعليل يفيد أنه كان متوضئا ولا بد منه كما لا يخفى. وقوله فيما قبله لانه أقام قربة يفيد أنه قصد إقامة السنة فلو لم يقصدها لا يصير مستعملا. وفيه: لو وصلت شعر آدمي إلى دؤابتها فغسلت ذلك الشعر الواصل لم يصر الماء مستعملا، ولو غسل رأس إنسان مقتول قد بان منه صار الماء مستعملا لان الرأس إذا وجد مع البدن ضم إلى البدن وصلى عليه فيكون بمنزلة البدن والشعر لا يضم مع البدن، فبالانفصال لم يبق له حكم البدن فلا تكون غسالته مستعملة. قال الولوالجي في فتاواه: وهذا الفرق يأتي على الرواية المختارة أن شعر الآدمي ليس بنجس، أما على الرواية الاخرى لا يتأتي فأنه نجس ينجس الماء ا ه. وفي المبتغى وغيره:

***

[١٦٦]

وبتعليم الوضوء للناس لا يصير مستعملا إذا لم يرد به الصلاة بل أراد تعليمه ا ه. ولا يخفى أن التعليم قربة فإذا قصد إقامة القربة ينبغي أن يصير الماء مستعملا إذا لم يرد به الصلاة بل أراد تعليمه ا ه. ولا يخفى أن التعليم قربة فإذا قصد إقامة القربة ينبغي أن يصير الماء مستعملا كغسل اليدين للطعام فإنه لم يرد به الصلاة بل إقامة القربة كما لا يخفى، ويؤيده ما في شرح النقاية أولا أن القربة ما تعلق به حكم شرعي وهو استحقاق الثواب، ولا شك أن في التعليم المقصود ثوابا. وقد يجاب عنه بأن هذا الماء لم يستعمل لقربة لان القربة فيه ليست بسبب استعماله إنما هي بسبب تعليمه، ولذا لو علمه بالقول استغني عن هذا الفعل بخلاف غسل اليدين من الطعام فإن القربة فيه لا تحصل إلا باستعماله فافترقا. وفي الفتاوى الظهيرية: وغسالة الميت نجسة كذا أطلق محمد في الاصل، والاصح أنه إذا لم يكن على بدنه نجاسة يصير الماء مستعملا ولا يكون نجسا إلا أن محمدا إنما أطلق الماء لان غسالته لا تخلو عن النجاسة غالبا. وفي الخلاصة: أما إذا توضأ الصبي في طست هل يصير الماء مستعملا؟ والمختار أنه يصير مستعملا إذا كان الصبي عاقلا ا ه. وقد قدمنا حكم إذا أدخل يده في الاناء فلتراجع. وفي الخلاصة: ولو أخذ الماء بفمه لا يريد به المضمضة لا يصير مستعملا عند محمد، وكذا لو أخذ بفيه وغسل أعضاءه بذلك. وقال أبو يوسف: لا يبقى طهورا وهو الصحيح ا ه. واعلم أن هذا وأمثاله كقولهم فيمن أدخل يديه إلى المرفقين أو إحدى رجليه في إجانة يصير الماء مستعملا يفيد أن الماء يصير مستعملا بواحد من ثلاثة: إما بإزالة الحدث كان معه تقرب أو لا، أو إقامة القربة كان معه رفع حدث أو لا، أو إسقاط الفرض فإن في هذه المسائل لم يزل الحدث ولا الجنابة عن العضو المغسول لما عرف أن الحدث الجنابة لا

***

[١٦٧]

يتجزآن زوالا كما لا يتجزآن ثبوتا. قالوا: وهذا هو الصحيح. وكذا لم توجد نية القربة وإنما سقط الفرض عن العضو المغسول فكان الاولى

ذكر هذا السبب الثالث، ولا تلازم بين سقوط الفرض وارتفاع الحدث، فسقوط الفرض عن اليد مثلا يقتضي أن لا يجب إعادة غسلها مع بقية الاعضاء ويكون ارتفاع الحدث موقوفا على غسل الباقي، وسقوط الفرض هو الاصل في الاستعمال إلا أن يقال: إن الحدث زال عن العضو زوالا موقوفا لكن المعلل به في كتاب الحسن عن أبي حنيفة كما نقله في فتح القدير إسقاط الفرض في مسألة إدخال اليد الاناء لغير ضرورة لا إزالة الحدث. وفي الخلاصة: لو غسل المحدث عضوا آخر سوى أعضاء الوضوء
***
[١٦٨]
كالفخذ، الاصح إنه لا يصير مستعملا بخلاف أعضاء الوضوء ا ه. وفي المبتغي بالغين بالمعجمة: وبغسله ثوبا أو دابة تؤكل لا يصير مستعملا، ووضوء الحائض مستعمل لان وضوءها مستحب ا ه. ولا يخفى أنه لا يصير مستعملا إلا إذا قصدت الاتيان بالمستحب، وفي البدائع: لو زاد على الثلاث فإن أراد بالزيادة ابتداء الوضوء صار الماء مستعملا، وإن أراد الزيادة على الوضوء الاول اختلف المشايخ فيه ا ه. وفيه كلام قدمناه في بحث تثليث الغسل في السنن فليراجع فإنه يقتضي أن الوضوء على الوضوء لا يكون قربة إلا إذا اختلف المجلس فحينئذ يكون الماء مستعملا، أما إذا اتحد المجلس فلا يكون قربة بل مكروه فيكون الماء غير مستعمل. وفي معراج الدراية: فإن قيل المتوضئ ليس على أعضائه نجاسة لا حقيقية ولا حكمية، فكيف يصير الماء مستعملا بنية القربة؟ قلنا: لما نوى القربة فقد ازداد طهارة على طهارة ولن تكون طهارة جديدة إلا بإزالة النجاسة الحكمية حكما فصارت الطهارة على الطهارة وعلى الحدث سواء ا ه. وأما الثاني أعني وقت ثبوت الاستعمال فقال بعض مشايخنا: الماء المستعمل ما زايل البدن واستقر في مكان من أرض أو إناء وهو مذهب سفيان الثوري، واستدل بمسائل زعم أنها تدل له منها إذا توضأ واغتسل وبقي على يده لمعة فأخذ البلل منها في الوضوء أو من أي عضو كان في الغسل وغسل اللمعة يجوز، ومنها نقل البلة من مغسول إلى ممسوح جائز وإن وجد الانفصال، ومنها أن الخرقة التي يتمسح بها تجوز الصلاة معها وإن كان ما أصابها من البلل كثيرا فاحشا، وكذا إذا أصاب ثوبه الماء المستعمل لا يضره وإن كان كثيرا وإن وجد الانفصال فأما عندنا فما دام على العضو لا يصير مستعملا وإذا زايله صار مستعملا وإن لم يستقر في مكان فإنه ذكر في الاصل أنه إذا مسح رأسه ببلل أخذه من لحيته لم يجز، وإن لم يستقر في مكان. وكذا لو مسح رأسه ببلل باق بعد مسح الخفين لا يجزئه، وعلل بأنه ماء قد مسح به مرة أشار به إلى ما قلنا. قالوا لا يجوز نقل البلة من عضو مغسول إلى مثله، فدل على أن المذهب ما قلناه، ووجهه أن القياس صيرورته مستعملا بنفس الملاقاة لوجود السبب فكان ينبغي أن يؤخذ لكل جزء من العضو جزء من الماء إلا أن فيه حرجا فسقط اعتبار حالة الاستعمال في عضو واحد حقيقة أو في عضو واحد
***
[١٦٩]
حكما كما في الجنابة. فإذا زايل العضو زالت الضرورة فظهر حكم الاستعمال بقضية القياس. وقد حصل الجواب عن المسألة الاولى التي استدل بها سفيان، وأما عن الثانية فقد ذكر الحاكم الجليل أنها على التفصيل إن لم يكن استعمله في شئ من أعضائه يجوز، أما إذا كان استعمله لا يجوز والصحيح أنه يجوز وإن استعمله في المغسولات لان فرض الغسل إنما تأدى بما جرى على عضوه لا بالبلة الباقية فلم تكن هذه البلة مستعملة بخلاف ما إذا استعمله في المسح على الخف ثم مسح به رأسه حيث لا يجوز لان فرض المسح يتأدى بالبلة وتفصيل الحاكم محمول على هذا، وأما ما مسح بالمنديل أو تقاطر على الثوب فهو مستعمل إلا أنه لا يمنع جواز الصلاة لان الماء المستعمل طاهر عند محمد وهو المختار، وعندهما وإن كان نجسا لكن سقوط اعتبار نجاسته ههنا لمكان الضرورة. هذا ما قرره صاحب البدائع رحمه الله. وذكر في المحيط أن القائل باشتراط الاستقرار سفيان فقط دون أهل المذهب، وصحح في الهداية وكثير من الكتب أن المذهب صيرورته مستعملا بمجرد الانفصال وإن لم يستقر، وصدر به في الكافي وذكر ما في الكنز بصيغة قيل. وما ذكره في الكنز هو مذهب سفيان الثوري وإبراهيم النخعي وبعض مشايخ بلخ وأبي حفص الكبير وظهير الدين المرغيناني: قال في الخلاصة: والمختار أنه لا يصير مستعملا ما لم يستقر في مكان ويسكن عن التحرك ا ه. وفي غاية البيان أن مختار فخر الاسلام البزدوي وغيره في شروح الجامع الصغير اجتماعه في مكان بعد المزايلة، وفيما اختاره صاحب الهداية حرج عظيم على المسلمين ا ه. وفي معراج الدراية عن شيخه أن ما في الهداية في حق من لا ضرورة فيه كثياب غير المتوضئ وقيل في حق المغتسل لانه قليل الوقوع لا في حق المتوضئ ا ه. والحاصل

أن المذهب ما في الهداية وما في الكنز اختيار بعض المشايخ، ومبنى اختيار ما في الكنز توهم أن ما ذكره في الهداية فيه حرج عظيم كما توهمه في غاية البيان، لان الماء الذي يقطر من الاعضاء يصيب ثوب المتوضئ، فلو قلنا باستعماله بالانفصال فقط لتنجس ثوبه على القول بنجاسته حتى احتاج بعضهم إلى حمله على ثياب غير المتوضئ، وبعضهم إلى حمله على الغسل كما رأيت، وليس ما توهموه من الحرج موجودا فقد قدمنا عن البدائع أن ما يصيب ثوب المتوضئ معفو عنه بالاتفاق، وكذا ذكر في غيره. وأما في ثياب غير المتوضئ فلا حرج، وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا انفصل ولم يستقر بل هو في الهواء فسقط على عضو انسان وجرى فيه من غير أن يأخذه بكفه، فعلى قول العامة لا يصح وضوءه، وعلى قول البعض يصح الثالث أعني صفة الماء المستعمل لم تذكر في ظاهر الرواية ولهذا ذكر في الكافي

***

[١٧٠]

الذي هو جمع كلام محمد أن الماء المستعمل لا يجوز التوضؤ به ولم يبين صفته من الطهارة أو النجاسة فلهذا لم تثبت مشايخ العراق خلافا بين أصحابنا في صفته فقالوا: طاهر غير طهور عند أصحابنا، وغيرهم أثبت الخلاف فقالوا: إن عن أبي حنيفة روايتين في رواية محمد عنه أنه طاهر غير طهور وبها أخذ وكذا رواها زفر وعامر عن أبي حنيفة كما ذكره قاضيخان في شرحه، وفي رواية أبي يوسف والحسن بن زياد أنه نجس غير أن الحسن روي عنه التغليظ، وأبا يوسف روي عنه التخفيف، وكل أخذ بما روي. وروي عن أبي يوسف أن المستعمل إن كان محدثا أو جنبا فالماء نجس، وإن كان طاهرا فالماء طاهر، وعند زفر إن كان المستعمل محدثا أو جنبا فهو طاهر غير طهور، وإن كان متوضأ فهو طاهر طهور. وقد صحح المشايخ رواية محمد حتى قال في المجتبى: وقد صحت الروايات عن الكل أنه طاهر غير طهور، إلا الحسن. وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير: هو المختار عندنا وهو المذكور في عامة كتب محمد عن أصحابنا فاختاره المحققون من مشايخ ما وراء النهر. وفي المحيط إنه المشهور عن أبي حنيفة وفي كثير من الكتب وعليها الفتوى من غير تفصيل بين المحدث والجنب. والمذكور في فتاوى الولوالجي والتنجيس في مواضع أن الفتوى على رواية محمد لعموم البلوى إلا في الجنب. وقد ذكر النووي أن الصحيح من مذهب الشافعي أنه طاهر غير طهور وبه قال أحمد وهو رواية عن مالك، ولم يذكر ابن المنذر عنه غيرها وغير قول جمهور السلف والخلف ا ه. وجه رواية النجاسة قوله صلى الله عليه وسلم لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة كذا في الهداية وكثير من الكتب. قال في البدائع: وجه الاستدلال به حرمة الاغتسال في الماء القليل لاجماعنا على أن الاغتسال في الماء الكثير ليس بحرام، فلولا أن القليل من الماء يجنس بالاغتسال بنجاسة الغسالة لم يكن للنهي معنى لان إلقاء الطاهر في الطاهر ليس بحرام، أما تنجيس الطاهر فحرام فكان هذا نهيا عن تنجيس الماء الطاهر بالاغتسال وذا يقتضي التنجس به، ولا يقال يحتمل أنه نهي لما فيه من إخراج الماء من أن يكون مطهرا من غير ضرورة وذلك حرام لانا نقول: الماء القليل إنما يخرج عن كونه مطهرا باختلاط غير المطهر به إذا كان الغير غالبا عليه كماء الورد واللبن، فأما إذا كان مغلوبا فلا. وههنا الماء المستعمل ما يلاقي البدن. ولا شك أن ذلك أقل من غير المستعمل فكيف يخرج به من أن يكون مطهرا؟ فأما ملاقاة النجس الطاهر توجب تنجيس الطاهر وإن لم يغلب على الطاهر لاختلاطه بالطاهر على وجه لا يمكن التمييز بينهما فيحكم بنجاسة الكل فثبت أن النهي لما قلنا. ولا يقال يحتمل أنه نهي لان أعضاء الجنب لا تخلو عن النجاسة الحقيقية وذا يوجب تنجيس الماء القليل لانا نقول: الحديث مطلق فيجب العمل بإطلاقه، ولان النهي عن الاغتسال ينصرف إلى الاغتسال المسنون لانه هو المتعارف بين المسلمين، والمسنون منه إزالة النجاسة قبل الاغتسال على أن النهي عن إزالة النجاسة الحقيقية التي على البدن استفيد بالنهي

***

[١٧١]

عن البول فيه فوجب حمل النهي على الاغتسال فيه لما ذكرنا صيانة لكلام صاحب الشرع عن الاعادة الخالية عن الافادة ا ه. وقد حصل من الجواب الاول دفع ما ذكره في فتح القدير تبعا للنووي. ومن الجواب الثاني دفع ما في السراج الوهاج كما لا يخفى على من يراجعهما، وفي معراج الدراية: فإن قيل القران في النظم لا يوجب القران في الحكم فلا يلزم تنجس الماء بالاغتسال قلنا: قد بينا أن مطلق النهي للتحريم خصوصا إذا كان مؤكدا بنون التوكيد لا باعتبار القران ا ه. ويستدل لابي حنيفة وأبي يوسف أيضا بالقياس وأصله الماء المستعمل في النجاسة الحقيقية والفرع المستعمل في الحكمية بجامع الاستعمال في النجاسة بناء على إلغاء وصف الحقيقي في

ثبوت النجاسة، وذلك لان معنى الحقيقية ليس إلا كون النجاسة موصوفا بها جسم محسوس مستقل بنفسه عن المكلف لا أن وصف النجاسة حقيقة لا يقوم إلا بجسم كذلك وفي غير، مجاز، بل معناه الحقيقي واحد في ذلك الجسم وفي الحدث، وهذا لانه ليس المتحقق لنا من معناها سوى أنها اعتبار شرعي منع الشار من قربان الصلاة والسجود حال قيامه لمن قام به إلى غاية استعمال الماء فيه، فإذا استعمله قطع ذلك الاعتبار كل ذلك ابتلاء للطاعة، فأما أن هناك وصفا حقيقيا عقلي أو محسوس فلا. ومن ادعاه لا يقدر في إثباته على غير الدعوى، ويدل على أنه اعتبار اختلافه باختلاف الشرائع، ألا ترى أن الخمر محكوم بنجاسته في شريعتنا وبطهارته في غيرها، فعلم أنها ليست سوى اعتبار شرعي ألزم معه كذا إلى غاية كذا ابتلاء، وفي هذا لا تفاوت بين الدم والحدث فإنه أيضا ليس إلا ذلك الاعتبار، فظهر أن المؤثر نفس وصف النجاسة وهو مشترك في الاصل والفرع فيثبت مثل حكم الاصل وهو نجاسة الماء المستعمل فيه في الفرع وهو المستعمل في الحدث فيكون نجسا إلا أن هذا إنما ينتهض على من يسلم كون حكم الاصل ذلك كما لك وأكثر العلماء، وأما من يشترط في نجاسته خروجه من الثوب متغيرا بلون النجاسة كالشافعي فلا، فعنده الماء الذي يستعمل في الحقيقية التي لا لون لها يغاير لون الماء كالبول طاهر يجوز شربه وغسل الثوب به دون إزالة الحدث لانه عنده مستعمل وهو لا يقصر وصف الاستعمال على رافع الحدث فإنما ينتهض عليه بعد

***

[١٧٢]

الكلام معه في نفس هذا التفصيل وهو سهل غير أنا لسنا إلا بصدد توجيه رواية نجاسة المستعمل عن أبي حنيفة على أصولنا. فإن قيل: لو تم ما ذكرت كان للبلوي تأثير في إسقاط حكمه، فالجواب الضرورة لا يعدو حكمها محلها والبلوى فيه إنما هي في الثياب فيسقط اعتبار نجاسة ثوب المتوضئ وتبقى حرمة شربه والطبخ به وغسل الثوب منه ونجاسة من يصيبه. كذا قرر وجه القياس العلامة المحقق كمال الدين بن همام الدين رحمه الله على النجاسة. واستدل في الكفاية للشيخ جلال الدين الخبازي بإشارة قوله تعالى عقب الامر بالوضوء والتيمم * (ولكن يريد ليطهركم) * (المائدة: ٦) فدل إطلاق التطهير على ثبوت النجاسة في أعضاء الوضوء، ودل الحكم بزوالها بعد التوضؤ على انتقالها إلى الماء فيجب الحكم بالنجاسة، ثم إن أبا يوسف جعل نجاسته خفيفة لعموم البلوى فيه لتعذر صيانة الثياب عنه ولكونه محل اجتهاد فأوجب ذلك خفة في حكمه. والحسن يجعل نجاسته غليظة لانها نجاسة حكمية وأنها أغلظ من الحقيقية، ألا ترى أنه عفى عن القليل من الحقيقية دون الحكمية. ووجه رواية محمد ما رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما من حديث جابر قال: مرضت فأتاني النبي صلى الله عليه وسلم وأبو بكر يعوداني فوجد اني قد أغمي علي، فتوضأ النبي صلى الله عليه وسلم ثم صب وضوءه علي فأفقت. وفي البخاري أيضا أن الناس كانوا يتمسحون بوضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه أنه إذا توضأ كادوا يقتتلون على وضوئه، فكذا استدل مشايخنا لرواية الطهارة منهم البيهقي في الشامل، وكذا استدل به النووي في شرح المهذب، ولكن لقائل أن يقول: إن هذا لا يصلح دليلا للمدعي لان هذا الذي تمسحوا به ليس هو المتساقط من أعضائه عليه الصلاة والسلام فإنه يجوز أن يكون هو ما فضل من وضوئه فإن في بعض رواياته الصحيحة فجعل الناس يأخذون من فضل وضوئه فيتمسحون به وفي لفظ النسائي في هذا الحديث وأخرج بلال فضل وضوئه فابتدره الناس وليس المراد به المتساقط من وضوئه عليه السلام، وكذا حديث جابر فصب عليه من وضوئه، فإن جعل الوضوء اسما لمطلق الماء فلا دلالة فيه على طهارة الماء المستعمل، وإن أريد بوضوئه فضل مائة الذي توضأ ببعضه لا استعمله في أعضائه فلا دلالة فيه أيضا، وإن جعل اسما للماء المعد للوضوء فلا دلالة فيه أيضا، فحينئذ لا يدل مع هذه الاحتمالات. كذا ذكره العلامة الهندي. ولهذا والله أعلم لم يستدل المحقق ابن الهمام بهذه الدلائل لرواية الطهارة، وإنما استدل بالقياس فقال: المعلوم من جهة الشارع أن الآلة التي تسقط الفرض وتقاوم بها القربة تتدنس، وأما الحكم

***

[١٧٣]

بنجاسة العين شرعا فلا، وذلك لان أصله مال الزكاة تدنس بإسقاط الفرض به حتى جعل من الاوساخ في لفظه عليه السلام فحرم على من شرف بقرابته الناصرة له ولم يصل مع هذا إلى النجاسة حتى لو صلى حامل دراهم الزكاة صحت، فكذا يجب في الماء أن يتغير على وجه لا يصل إلى التنجس وهو سلب الطهورية إلا أن يقوم فيه دليل يخصه غير هذا القياس ا ه‍. لكن قد علمت الدليل الذي ذكرناه

لابي حنيفة آنفا فاندفع به هذا القياس. وبهذا يترجح القول بالنجاسة، ولهذا والله أعلم ذكر صاحب الهداية في التجنيس أن الفتوى على رواية محمد لعموم البلوى إلا في الجنب نقلناه عنه وعن الولوالجي آنفا، كان دليل النجاسة قويا كان وهو المختار إلا أن البلوى عمت في الماء المستعمل في الحدث الاصغر فأفتى المشايخ بالطهارة بخلاف المستعمل في الاكبر لم يوجد فيه عموم البلوى فكان على المختار من النجاسة، ويؤيده ما ذكره شمس الائمة السرخسي في المبسوط أن قوله في الاصل إذا اغتسل الطاهر في البئر أفسده دليل على أن الصحيح من قول أبي حنيفة أن الماء المستعمل نجس لان الفاسد من الماء هو النجس ا هـ. لكن رجح في موضع آخر رواية أبي يوسف القائلة بالتخفيف، واستبعد رواية الحسن القائلة بالتغليظ فقال: ما رواه الحسن بعيد فإن للبلوى تأثيرا في تخفيف النجاسة ومعنى البلوى في الماء المستعمل ظاهر، فإن صون الثياب عنه غير ممكن وهو مختلف في نجاسته فلذلك خف حكمه ا هـ. وفي فتاوى قاضيخان: المشهور عن أبي حنيفة وأبي يوسف نجاسة الماء المستعمل لكن قال في الذخيرة: الظاهر أن الماء المستعمل طاهر للجنب والمحدث وقد قدمناه في الغسل فليراجع. ثم اعلم أن الماء المستعمل على قول القائلين بنجاسته نجاسة عينية عند البعض حتى لا يجوز الانتفاع به بوجه ما، وعند البعض نجاسته بالمجاورة حتى يجوز الانتفاع به بسائر الوجوه سوى الشرب لان هذا ماء أزيلت به النجاسة الحكمية فصار كما أزيل به النجاسة الحقيقية. ووجه الاول أن المجاورة إنما تكون بانتقال شئ من عين إلى عين ولم يوجد حقيقة إلا أنه يتنجس الماء بالاستعمال شرعا فيكون نجسا عينا. كذا ذكره الامام صاحب الهداية في التجنيس ولم يرجح، لكن تأخيره وجه الاول يفيد ترجيحه كما هي عادته في الهداية. وفي الخلاصة: ويكره شرب الماء المستعمل، وأما الماء إذا وقعت فيه نجاسة فإن تغير وصف الماء لم يجز الانتفاع به بحال، وإن لم يتغير الماء جاز الانتفاع به كبل الطين وسقي الدواب ا هـ. ولا يخفى أن الكراهة على رواية الطهارة أما على رواية النجاسة فحرام لقوله تعالى * (ويحرم عليهم

***

[١٧٤]

الخبائث) * والنجس منها. وفي البدائع: ويكره التوضؤ في المسجد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد: لا بأس به لانه عنده طاهر، وأما أبو يوسف فلانه يقول بنجاسته، وكذا ما روي عن أبي حنيفة. وأما على رواية الطهارة عنه فلانه مستقذر طبعا فيجب تنزيه المسجد عنه كما يجب تنزيهه عن المخاط والبلغم ا هـ. وفي فتاوى قاضيخان: وإن توضأ في إناء في المسجد جاز عندهم. الرابع في حكمه قال قاضيخان في فتاواه: اتفق أصحابنا في الروايات الظاهرة أن الماء المستعمل في البدن لا يبقى طهورا ا هـ. وقال في الهداية: إنه لا يزيل الاحداث. قال الشارحون: إن هذا حكمه وقالوا قيد بالاحداث لما أنه يزيل الانجاس على ما روى محمد عن أبي حنيفة أن الماء المستعمل طاهر غير طهور لان إزالة النجاسة الحقيقية تجوز بالمائعات عند أبي حنيفة، صرح به القوام الاتقاني والكاكي في المعراج وصاحب النهاية وغيرهم. هذا وإن كان الماء المستعمل طاهرا عند محمد لكن لا تجوز به إزالة النجاسة الحقيقية عنده لان عنده لا يجوز إزالتها إلا بالماء المطلق، وقد قدمنا أن الماء المستعمل ليس بمطلق، وبهذا يندفع ما توهمه بعض الطلبة في عصرنا أن الماء المستعمل يزيل الانجاس عند محمد لما أنه يقول بطهارته فهو حفظ شيئا وغابت عنه أشياء. واندفع أيضا ما توهمه بعض المشتغلين أن الماء المستعمل لا يزيل الانجاس اتفاقا لما أنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف نجس فلا يزيل، ومحمد وإن كان يقول بطهارته فعنده لا يزيل إلا الماء المطلق كما قدمناه لانه حفظ رواية النجاسة عن أبي حنيفة ونسي رواية الطهارة عنه التي اختارها المحققون وأفتوا بها. وذكر في المجتبى عن القدوري وشرح الارشاد وصلاة الجلالي أنه يجوز إزالة النجاسة بالماء المستعمل على الرواية الظاهرة، وما ذكرنا من حكمه عندنا فهو مذهب الشافعي وأحمد ورواية عن مالك. وذهب الزهري ومالك والاوزاعي في أشهر الروايتين عنهما وأبو ثور إلى أنه مطهر، واختاره ابن المنذر واحتجوا بقوله تعالى * (وأنزلنا من السماء ماء طهورا) * (الفرقان: ٤٨) لان الطهور ما يطهر غيره مرة بعد أخرى، ويحتج لاصحابنا ومن تبعهم أن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله عنهم احتاجوا في مواطن من أسفارهم الكثيرة إلى الماء ولم يجمعوا المستعمل لاستعماله مرة أخرى. فإن قيل: تركوا الجمع لانه لا يجتمع منه شئ فالجواب أن هذا لا يسلم وإن سلم في الوضوء لا يسلم في الغسل. فإن قيل: لا يلزم من عدم جمعه منع الطهارة به ولهذا لم يجمعوه للشرب والطبخ والعجن والتبرد ونحوها، فالجواب أن ترك جمعه للشرب ونحوه للاستقذار فإن النفوس تعافه للعادة وإن كان طاهرا كما استقذر النبي صلى الله عليه وسلم

***

[١٧٥]
الضب وتركه فقيل: أحرام هو؟ قال: لا ولكني أعافه، وأما الطهارة مرة ثانية فليس فيه استقذار فتركه يدل على امتناعه. وأما الجواب عن احتجاجهم فيعلم مما قدمناه في أول بحث المياه من أن الطهور ليس هو المطهر لغيره فضلا عن التكرار، وبما ذكرناه اندفع ما ذكره صدر الشريعة بقوله ونحن نقول لو كان طاهرا لجاز في السفر الوضوء به ثم الشرب ولم يقل أحد بذلك ا ه. لما علمت أن عدم شربه للاستقذار مع طهارته لا لعدمها. قوله: (ومسألة البئر جحط) أي ضابط حكم مسألة البئر جحط وصورتها: جنب انغمس في البئر للدلو أو للتبرد ولا نجاسة على بدنه، فعند أبي حنيفة الرجل والماء نجسان، وعند أبي يوسف الرجل جنب على حاله والماء مطهر على حاله، وعند محمد الرجل طاهر والماء طاهر طهور، فالجيم من النجس علامة نجاستهما، والحاء من الحال أي كلاهما بحاله، والطاء من الطاهر، فرتب حروفه على ترتيب الائمة. فالحرف الاول للامام الاعظم، والثاني للثاني، والثالث للثالث، وجه قول أبي حنيفة أن الفرض قد سقط عن بعض الاعضاء بأول الملاقاة لان النية ليست بشرط لسقوط الفرض فإذا سقط الفرض صار الماء مستعملا عنده فيتنجس الماء، والرجل باق على جنابته لبقاء الحدث في بقية الاعضاء، وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل، وصحح في شروح الهداية أنه نجس بالجنابة عنده. وفائدة الخلاف تظهر في تلاوة القرآن ودخول المسجد إذا تمضمض واستنشق. وفي فتاوى قاضيخان أن الاظهر أنه يخرج من الجنابة ثم يتنجس بالماء النجس حتى لو تمضمض واستنشق حل له قراءة القرآن ا ه. ووجه قول أبي يوسف أن الصب شرط لاسقاط الفرض عنده في غير الماء الجاري وما هو في حكمه ولم يوجد فكان الرجل جنبا بحاله فإذا لم يسقط الفرض ولم يوجد رفع الحدث ولا نية القربة لا يصير الماء مستعملا فكان بحاله. ووجه قول محمد على ما هو الصحيح عنه أن الصب ليس بشرط عنده فكان الرجل طاهرا ولا يصير الماء مستعملا وإن أزيل به حدث للضرورة، وإما على ما خرجه أبو بكر الرازي فإنه لا يصير الماء مستعملا عنده
***
[١٧٦]
لفقد نية القربة وهي شرط عنده في صيرورته مستعملا، وهذه المسألة أخذ منها أبو بكر الرازي الاختلاف في سبب استعمال الماء بين الاصحاب، وقد تقدم أن أخذه منها غير لازم كما ذكره شمس الائمة. وقال الخبازي في حاشية الهداية قال القدوري رحمه الله: كان شيخنا أبو عبد الله الجرجاني يقول: الصحيح عندي من مذهب أصحابنا أن إزالة الحدث توجب استعمال الماء ولا معنى لهذا الخلاف إذ لا نص فيه. وإنما لم يأخذ حكم الاستعمال في مسألة طلب الدلو لمكان الضرورة إذا لحاجة إلى الانغماس في البئر لطلب الدلو مما يتكرر، فلو احتاجوا إلى الغسل عند نزح ماء البئر كل مرة لحرجوا حرجا عظيما وصار كالمحدث إذا اغترف الماء بكفه لا يصير مستعملا بلا خلاف وإن وجد إسقاط الفرض لمكان الضرورة بخلاف ما إذا أدخل غير اليد فيه صار الماء مستعملا ا ه. وعن أبي حنيفة أن الرجل طاهر لان الماء لا يعطي له حكم الاستعمال قبل الانفصال من العضو. وقال الزيلعي والهندي وغيرهما تبعا لصاحب الهداية: وهذه الرواية أوفق الروايات أي للقياس، وفي فتح القدير وشرح المجمع أنها الرواية المصححة ا ه. وتعليلهم هذا يفيد أنه لو تمضمض واستنشق داخل البئر قبل انفصاله لا يخرج عن الجنابة لصيرورة الماء مستعملا قبل الانفصال، وقد صرح به في السراج الوهاج فعلم بما قررناه أن المذهب المختار في هذه المسألة أن الرجل طاهر والماء طاهر غير طهور. أما كون الرجل طاهرا على الصحيح فقد علمته. وأما كون الماء مستعملا كذلك على الصحيح فقد علمته أيضا مما قدمناه
***
[١٧٧]
قيدنا أصل المسألة بالجنب لان الطاهر إذا انغمس لطلب الدلو ولم يكن قدمناه على أعضائه نجاسة لا يصير الماء مستعملا اتفاقا لعدم إزالة الحدث وإقامة القربة، وإن انغمس للاغتسال صار مستعملا اتفاقا لوجود إقامة القربة وحكم الحدث حكم الجنابة ذكره في البدائع، وكذا حكم الحائض والنفساء إذا نزلا بعد الانقطاع، أما قبل الانقطاع وليس على أعضائهما نجاسة فإنهما كالطاهر إذا انغمس للتبرد لانها لا تخرج من الحيض بهذا الوقوع فلا يصير الماء مستعملا. كذا في فتاوى قاضيخان والخلاصة. وقيدنا بكونه انغمس لطلب الدلو أو للتبرد لانه لو انغمس بقصد الاغتسال للصلاة قالوا صار الماء مستعملا اتفاقا لوجود إزالة الحدث ونية القربة لكن ينبغي أن لا يزول حدثه عند أبي يوسف لما نقلوه عنه أن الصب شرط عنده في غير الماء الجاري وما هو في حكمه لاسقاط الفرض ولم أر من

صرح بهذا، وقد علمت فيما قدمناه في الكلام على ماء الفساقي أن قولهم بأن ماء البئر يصير مستعملا عند الكل مبني على قول ضعيف عن محمد، والصحيح من مذهب محمد أن ماء البئر لا يصير مستعملا مطلقا لان المستعمل هو ما تساقط عن الاعضاء وهو مغلوب بالنسبة إلى الماء الذي لم يستعمله فاحفظ هذا وكن على ذكر منه ينفعك إن شاء الله تعالى. ثم رأيت بعد هذا العلامة ابن أمير حاج في شرح منية المصلي صرح بما ذكرته وقال: الماء المستعمل هو الماء الذي لاقى الرجل الذي زال حدثه فيجب نزح جميع الماء على رواية نجاسة الماء المستعمل ولا يجب نزح شئ منها على رواية طهارته بل هو باق على طهوريته، وقد عرفت أن رواية الطهارة هي المختارة ا ه. فعلى هذا قولهم صار الماء مستعملا معناه صار الماء الملاقي للبدن مستعملا لا أن جميع ماء البئر صار مستعملا. وقيدنا بقولنا ليس على أعضائه نجاسة حقيقية لانه لو كان كذلك

***

[١٧٨]

لتنجس الماء اتفاقا، وقيد المسألة في المحيط بقوله لم يتدلك فيه ولم يبين مفهومه، وكذا في الخلاصة. والظاهر منه أنه إذا أنزل للدلو وتدلك في الماء صار الماء مستعملا اتفاقا لان الدلك فعل منه قائم مقام نية الاغتسال فصار كما لو نزل للاغتسال. وقيد المسألة بعضهم بأن لا يكون استنجى بالاحجار، فمفهومه أنه لو كان مستنجيا بالاحجار تنجس الماء اتفاقا لكن هذا يبتنى على أن الحجر في الاستنجاء مخفف لا مطهر وفيه خلاف ذكره في التجنيس وذكر أن المختار أنه مخفف لا مطهر وسنذكره إن شاء الله تعالى في موضعه فإن قلت: لم قال أبو يوسف بأن الصب شرط في العضو لا في الثوب؟ وما الفرق بينهما؟ قلت: روي عن أبي يوسف روايتان: في رواية أن الصب شرط فيهما ووجهه أن القياس يأبي التطهير بالغسل لان الماء يتنجس بأول الملاقاة، وإنما حكمنا بالطهارة ضرورة أن الشرع كلفنا بالتطهير والتكليف يعتمد القدرة وسمي الماء طهورا وذلك يقتضي حصول الطهارة به والضرورة تندفع بطريق الصب فلا ضرورة إلى طريق آخر مع أن الماء حال الصب بمنزلة ماء جار، وفي غير حالة الصب راكد والراكد أضعف من الجاري. وفي رواية أن الصب شرط في العضو لا في الثوب وهو المشهور عنه، ووجهه أن غسل الثياب بطريق الصب لا يتحقق إلا بكلفة ومشقة لانها تغسلها النساء عادة وكل امرأة لا تجد خادما يصب الماء عليها ولا ماء جاريا، وأما غسل البدن يتحقق بطريق الصب من غير كلفة. كذا في النهاية. وقال القاضي الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي: جنب اغتسل في بئر ثم في بئر إلى العشرة قال أبو يوسف: تنجس الآبار كلها. وقال محمد: يخرج من الثالثة طاهرا ثم ينظر إن كان على بدنه عين نجاسة تنجست المياه كلها، وإن لم يكن عين نجاسة صارت المياه كلها مستعملة، ثم بعد الثالثة أن وجدت منه النية يصير مستعملا، وإن لم توجد منه النية لا يصير مستعملا عنده. ولو أنه غسل الثوب النجس في إجانة وعصره ثم في إجانة إلى العشرة فإن الثوب يخرج من الثالثة طاهرا والمياه الثلاثة نجسة في قولهم جميعا، وأبو يوسف فرق بين الثوب والبدن فقال: لان في الثوب ضرورة ولا ضرورة في البدن ا ه. ولا يخفى أن مقتضى مذهب أبي يوسف من اشتراط الصب أن لا تتنجس المياه كلها عنده لما أن الحدث لم يزل ونية الاغتسال وإن وجدت لكن لا اعتبار بها إذا لم يصح الغسل عنده، وقد علمت فيما قدمناه عند الكلام على ماء الفساقي أن ما ذكره الاسبيجابي وغيره من كون ماء الآبار يصير مستعملا عند محمد مبني على القول الضعيف لا على الصحيح فارجع إليه تجد لك فرجا كبيرا إن شاء الله تعالى. وقد ظهر لي أن قولهم بنجاسة ماء الآبار عند أبي يوسف وقولهم بنجاسة ماء البئر إذا نزل للاغتسال عنده مفرع على رواية عن أبي يوسف أن من نزل في البئر وهو جنب كان الماء نجسا والرجل نجس، وقد ذكر هذه الرواية الاسبيجابي وذكر هذه الفروع بعدها فالظاهر أنها مفرعة عليها لا على القول المشهور عنه أن الرجل بحاله والماء بحاله والله الهادي للصواب.

***

[١٧٩]

قوله: (وكل إهاب دبغ فقد طهر) لما كان يتعلق بدباغ الاهاب ثلاث مسائل طهارته وهي تتعلق بكتاب الصيد، والصلاة فيه وهي تتعلق بكتاب الصلاة، والوضوء منه بأن يجعل قربة وهي تتعلق بالمياه، ذكر في بحث المياه لافادة جواز الوضوء منه بطريق الاستطراد فاندفع بهذا ما قيل إن هذا الموضع ليس لبيان هذه المسألة. والاهاب الجلد غير المدبوغ والجمع أهب بضمتين وبفتحتين اسم له، وأما الاديم فهو الجلد المدبوغ وجمعه أدم بفتحتين. كذا في المغرب. وكذا يسمى صرما وجرابا كذا في النهاية. وقوله كل إهاب يتناول

كل جلد يحتمل الدباغة لا ما لا يحتمله فلا حاجة إلى استثنائه وبه يندفع ما ذكره الهندي أنه كان ينبغي استثناء جلد الحية فلا يطهر جلد الحية والفأرة به كاللحم، وكذا لا يطهر بالذكاة لان الذكاة إنما تقام مقام الدباغ فيما يحتمله. كذا في التجنيس. وفيه: إذا أصلح أمعاء شاة ميتة فصلى وهي معه جازت صلاته لانه يتخذ منها الاوتار وهو كالدباغ، وكذلك العقب والعصبكذا لو دبغ المثانة فجعل فيها لبن جاز ولا يفسد اللبن، وكذلك الكرش إن كايقدر على اصلاحه. وقال أبو يوسف في الاملاء: إن الكرش لا يطهر لانه كاللحم ا ه. وأما قميص الحية فهو طاهر كذا في السراج الوهاج. ثم الدباغ هو ما يمنع عود الفساد إلى الجلد عند حصول الماء فيه. والدباغ على ضربين حقيقي وحكمي، فالحقيقي هو أن يدبغ بشئ له قيمة كالشب والقرظ والعفص وقشور الرمان ولحي الشجر والملح وما أشبه ذلك، وضبط بعضهم الشب بالباء الموحدة. وذكر الازهري أن غيره تصحيف، وضبطه بعضهم بالثاء المثلثة وهو نبت طيب الرائحة مر الطعم يدبغ به، ذكره الازهري في الصحاح، وبأيهما كان فالدباغ به جائز. وأما القرظ فهو بالظاء لا بالضاد ورق شجر السلم بفتح السين واللام ومنه أديم مقروظ أي مدبوغ بالقرظ. قالوا: والقرظ نبت بنواحي تهامة كذا ذكره النووي في شرح المهذب. وإنما نبهنا عليه لانه يوجد مصحفا في كثير من كتب الفقه يقرأ بالضاد. والحكمي أن يدبغ بالتشميس والترتيب والالقاء في الريح لا بمجرد التجفيف، والنوعان مستويان في سائر الاحكام إلا في حكم واحد وهو أنه لو أصابه الماء بعد الدباغ الحقيقي لا يعود نجسا باتفاق الروايات، وبعد الحكمي فيه روايتان وسنتكلم على المختارة مع نظائرها إن شاء الله تعالى. قوله: (إلا جلد الخنزير والآدمي) يعني كل إهاب دبغ جاز استعماله شرعا إلا جلد الخنزير لنجاسة عينه وجلد الآدمي لكرامته، وبهذا التقرير اندفع ما قيل إن الاستثناء من الطهارة وهذا في جلد الخنزير مسلم فإنه لا يطهر بالدباغ، وأما جلد الآدمي فقد ذكر في الغاية أنه إذا دبغ طهر ولكن لا يجوز الانتفاع به كسائر أجزائه فكيف يصح هذا الاستثناء؟

***

[١٨٠]

وقيل جلد الخنزير والآدمي لا يقبلان الدباغ لان لهما جلودا مترادفة بعضها فوق بعض، وعلى هذا يكون الاستثناء منقطعا كما لا يخفى، وإنما استثنى الجلد ولم يستثن الاهاب مع كونه مناسبا للمستثنى منه وهو قوله كل إهاب دبغ لما أن الاهاب هو الجلد قبل أن يدبغ فكان مهيأ للدباغ. يقال تأهب لكذا إذا تهيأ له واستعد وجلد الخنزير والآدمي لا يتهيآن للدبغ فلذا استثنى بلفظ الجلد دون الاهاب. وإنما قدم الخنزير على الآدمي في الذكر لان الموضع موضع إهانة لكونه في بيان النجاسة وتأخير الآدمي في ذلك أكمل. فحاصله أن في المشايخ من قال إنما لا يطهر جلد الخنزير بالدباغ لانه لا يندبغ لان شعره ينبت من لحمه ولو تصور دبغه لطهر، وقال بعضهم: لا يطهر وإن اندبغ لانه محرم العين كذا في معراج الدراية. وفي

***

[١٨١]

المبسوط: روي عن أبي يوسف أنه يطهر بالدباغ وفي ظاهر الرواية لا يطهر، إما لانه لا يحتمل الدباغ أو لان عينه نجس ا ه. وأما الآدمي فقد قال بعضهم: إن جلده لا يحتمل الدباغة حتى لو قبلها طهر لانه ليس بنجس العين لكن لا يجوز الانتفاع به، ولا يجوز دبغه احتراما له وعليه إجماع المسلمين كما نقله ابن جزم. وقال بعضهم: إن جلده لا يطهر بالدباغة أصلا احتراما له، فالقول بعدم طهارة جلده تعظيم له حتى لا يتجرأ أحد على سلخه ودبغه واستعماله. ويدخل في عموم قوله كل إهاب جلد الفيل فيطهر بالدباغ خلافا لمحمد في قوله إن الفيل نجس العين، وعندهما هو كسائر السباع. قال في المبسوط: من باب الحدث وهو الاصح فقد جاء في حديث ثوبان أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى لفاطمة سوارين من عاج فظهر استعمال الناس العاج من غير نكير فدل على طهارته ا ه. وأخرج البيهقي أنه صلى الله عليه وسلم كان يتمشط بمشط من عاج. قال الجوهري: العاج عظم الفيل. قال العلامة في فتح القدير: هذا الحديث يبطل قول محمد بنجاسة عين الفيل وسيأتي تمامه في عظم الميتات إن شاء الله تعالى. ويدخل أيضا في عموم قوله كل إهاب جلد الكلب فيطهر بالدباغ بناء على أنه ليس بنجس العين. وقد اختلفت روايات المبسوط فيه فذكر في بيان سؤره أن الصحيح من المذهب عندنا أن عين الكلب نجس، إليه يشير محمد في الكتاب بقوله: وليس الميت بأنجس من الكلب والخنزير. ثم قال: وبعض مشايخنا يقولون عينة ليس بنجس ويستدلون عليه بطهارة جلده

***
[١٨٢]
بالدباغ. وقال في باب الحدث: وجلد الكلب يطهر عندنا بالدباغ خلافا للحسن والشافعي لان عينه نجس عندهما ولكننا نقول: الانتفاع به مباح الاختيار فلو كان عينه نجسة لما أبيح الانتفاع به، وهذا صريح في مخالفة الاول. وذكر أيضا في كتاب الصيد في مسألة بيع الكلب في التعليل قال: وبهذا يتبين أنه ليس بنجس العين. وذكر في الايضاح اختلاف الرواية فيه. وفي مبسوط شيخ الاسلام: وأما جلد الكلب فعن أصحابنا فيه روايتان في رواية يطهر بالدبغ وفي رواية لا يطهر وهو الظاهر من المذهب. وذكر في البدائع أن فيه اختلاف المشايخ فمن قال إنه نجس العين جعله كالخنزير، ومن جعله طاهر العين جعله مثل سائر الحيوانات سوى الخنزير، والصحيح أنه ليس بنجس العين وكذا صححه في موضع آخر وقال: إنه أقرب القولين إلى الصواب ولذلك قال مشايخنا فيمن صلى وفي كمه جرو إنه تجوز صلاته. وقيد الفقيه أبو جعفر الهندواني الجواز بكونه مشدود الفم ا ه‍. ولذا صحح في الهداية طهارة عينه وتبعه شارحوها كالاتقاني والكاكي والسغناقي، واختار قاضيخان في الفتاوى نجاسة عينه وفرع عليها فروعا. فالحاصل أنه قد اختلف التصحيح فيه والذي يقتضيه عموم ما في المتون كالقدوري والمختار والكنز طهارة عينه ولم يعارضه ما يوجب نجاستها فوجب أحقية تصحيح عدم نجاستها، ألا ترى أنه ينتفع به حراسة واصطيادا. وقد صرح في عقد الفوائد شرح منظومة ابن وهبان بأن الفتوى على طهارة عينه، وأما ما استدل به في المبسوط من قول محمد وليس الميت بأنجس من الكلب والخنزير فقد قال في غاية البيان: لا نسلم أن نجاسة العين تثبت في الكلب بهذا القدر من الكلام، فمن ادعى ذلك فعليه البيان ولم يرد نص عن محمد في نجاسة العين، وما أورده من أنه لا يلزم من الانتفاع به طهارة عينه فإن السرقين ينتفع به إيقادا وتقوية للزراعة مع نجاسة عينه. أجاب عنه في النهاية وغيرها بأن هذا الانتفاع بالاستهلاك وهو جائز في نجس العين كالاقتراب من الخمر للاراقة. وقال في القنية رامزا لمجد الائمة: وقد اختلف في نجاسة الكلب والذي صح عندي من الروايات في النوادر والآمالي نجس العين عندهما، وعند أبي حنيفة ليس بنجس العين ا ه‍. ومشى عليه ابن وهبان في منظومته وذكره في عقد الفوائد شرحها، وذكر الناطفي عن محمد إذا صلى على جلد كلب أو ذئب قد ذبح جازت صلاته، ولا يخفى أن هذه الرواية تفيد طهارة عينه عند محمد فيجوز أن يكون عن محمد روايتان ا ه‍. وقال القاضي الاسبيجابي: وإما الكلب يحتمل الذكاة والدباغة في ظاهر الرواية خلافا لما روى
***
[١٨٣]
الحسن ا ه‍. فإذا علمت هذا فاعلم أن الجلد لا يطهر بالدباغ على القول بنجاسته ويطهر به على القول بطهارته، وإذا وقع في بئر واستخرج حيا تنجس الماء كله مطلقا على القول بنجاسته كما لو وقع الخنزير، وعلى القول بطهارته لا يتنجس إلا إذا وصل فمه الماء وإذا ذكي لا يطهر جلده ولا لحمه على القول بالنجاسة كالخنزير، ويطهر على القول بالطهارة. وإذا صلى وهو حامل جروا صغيرا لا تصح صلاته على القول بنجاسته مطلقا وتصح على القول بطهارته. وإما مطلقا أو بكونه مشدود الفم كما قدمناه عن البدائع. وتقييده بكونه جروا صغيرا يظهر أن في الكبير لا تصح مطلقا لما أنه وإن لم يكن نجس العين فهو متنجس لان مأواه النجاسات. وقد يقال ينبغي أن لا تصح صلاة من حمل جروا صغيرا اتفاقا، أما على القول بنجاسة عينه فظاهر، وأما على القول بطهارة عينه فلان لحمة نجس بدليل أنهم اتفقوا على أن سؤره نجس لما أنه مختلط بلعابه ولعابه متولد من لحمه وهو نجس ولهذا قال في التجنيس: نجاسة السؤر دليل نجاسة اللحم. وقال العلامة في فتح القدير: نجاسة سؤره لا تستلزم نجاسة عينه بل تستلزم نجاسة لحمه المتولد منه اللعاب ا ه‍. وسبب نجاسة لحمه اختلاط الدم المسفوح بأجزائه حالة الحياة مع حرمة أكله كما سنوضحه في بيان الاسآر إن شاء الله تعالى. وبهذا التقرير يندفع ما قد يتوهم إشكالا وهو أن يقال كيف يكون سؤره نجسا على القول بطهارة عينه؟ فإن هذه غفلة عظيمة عن فهم كلامهم فإن قولهم بطهارة عينه لا يستلزم طهارة كل جزء منه، ولهذا علل في البدائع لنجاسة سؤر الكلب وسائر السباع بأن سؤر هذه الحيوانات متحلب من لحومها ولحومها نجسة وقد قالوا: إن حرمة الشئ إذا لم تكن للكرامة كحرمة الآدمي ولا لفساد الغذاء كالذباب والتراب، ولا للخبث طبعا كالضفدع والسلحفاة، ولا للمجاورة كالماء النجس، كانت علامة النجاسة أي نجاسة اللحم فثبت بهذا أنه لا خلاف في نجاسة لحمه عندنا، وإنما الخلاف في نجاسة عينه، فظهر بهذا أن الكلب طاهر العين بمعنى طهارة عظمه وشعره وعصبه وما لا يؤكل منه لا بمعنى طهارة لحمه،

لكن قد أجاب في المحيط قال: وإن كان فمه مشدودا بحيث لا يصل لعابه إلى ثوبه جاز لان ظاهر كل حيوان طاهر ولا يتنجس إلا بالموت ونجاسة باطنه في معدنه فلا يظهر حكمها كنجاسة باطن المصلي. وفي شرح منية المصلي: لا يخفى أن هذا على القول بطهارة عينه، وأما على القول بأنه نجس العين فلا لظهور أن الصلاة لا تصح لحامله مطلقا كما في حق حامل الخنزير. وإذا دخل الماء فانتقض فأصاب ثوب إنسان أفسده ولو أصابه ماء المطر لم يفسد لان في الوجه الاول الماء أصاب الجلد وجلده نجس، وفي الوجه الثاني أصاب شعره وشعره طاهر. كذا ذكر الولوالجي وغيره. ولا يخفى أن هذا على القول بنجاسة عينه يستفاد منه أن الشعر طاهر

***

[١٨٤]

على القول بنجاسة عينه لما ذكر في السراج الوهاج أن جلد الكلب نجس وشعره طاهر هو المختار ويتفرع عليه ذكر الفرع الذي ذكرناه، أما على القول بالطهارة إذا انتفض فأصاب ثوبا لا ينجسه مطلقا، سواء أصاب شعره أو جلده ويدل عليه أن صاحب البدائع ذكر هذا الفرع شاهدا للقول بنجاسة عينه فقال: من جعله نجس العين استدل بما ذكر في العيون عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الكلب إذا وقع في الماء ثم خرج منه إلى آخر ما ذكرناه من التفصيل عن الولوالجي. ويدل عليه أيضا أن صاحب التجنيس ذكر هذا الذي ذكرناه مع التفصيل من جملة مسائل ثم قال بعدها: وهذا المسائل تشير إلى نجاسة عينه. ويدل عليه أيضا ما ذكره في فتح القدير في آخر باب الانجاس من مسائل شتى بما لفظه: وما ذكره في الفتاوى من التجنيس من وضع رجله موضع رجل كلب في الثلج أو الطين ونظائر هذه مبني على رواية نجاسة عين الكلب وليست بالمختارة ا ه. فقوله ونظائر هذه أراد به مثل المسألة التي ذكرناها عن الولوالجي كما لا يخفى، لكن ذكر قاضيخان في فتاواه أن هذه المسألة مفرعة على القول بنجاسة عينه وعلل للنجاسة في مسألة ما إذا أصاب الماء جلده بتعليل آخر وهو أن مأواه النجاسات، فاستفيد منه أن الماء أصاب جلده وانتفض فأصاب الثوب نجسه أيضا على القول بطهارة عينه لانه لما كان مأواه النجاسات صار جلده متنجسا. وعلم مما قررناه أنه لا يدخل في قول من قال بنجاسة عين الكلب الشعر بخلاف قولهم بنجاسة عين الخنزير فإنه يدخل فيه شعره أيضا، فإذا انتفض الخنزير فأصاب ثوبا نجسه مطلقا سواء أصاب الماء جلده أو شعره كما صرح به في السراج الوهاج. وقال الولوالجي أيضا: الكلب إذا أخذ عضو إنسان أو ثوبه إن أخذ في حالة الغضب لا يتنجس لانه يأخذه بالاسنان ولا رطوبة فيها، وإن أخذه في حالة المزاج لتنجس لانه يأخذه الاسنان والشفتين وشفتاه رطبة فيتنجس ا ه. وكذا ذكر غيره. في القنية رامز اللوبري: عضه الكلب ولا يرى بللا لا بأس به يعني لا يجب غسله، ولا يخفى أن ما في القنية إنما ينظر إلى وجود المقتضى للنجاسة وهو الريق، سواء كان ملاعبا أو غضبانا وهو الفقه. وقد صرح في الملتقط بأنه لا يتنجس ما لم ير البلل، سواء كان راضيا أو غضبانا. وفي الصيرفية هو المختار، وكذا في التتارخانية وواقعات الناطفي وغيرهما كذا في عقد الفوائد. وفي خزانة الفتاوى: وعلامة الابتلال أن لو أخذه بيده تبتل يده. ولا يخفى أن هذه المسألة على القولين، أما على القول بالنجاسة فظاهر، وأما على القول بطهارة عينه فلان لعابه نجس لتولده من لحم نجس كما قدمناه. وفي التجنيس: امرأة صلت وفي عنقها قلادة فيها

***

[١٨٥]

سن كلب أو أسد أو ثعلب فصلاتها تامة لانه يقع عليها الذكاة، وكل ما يقع عليه الذكاة فعظمه لا يكون نجسا بخلاف الآدمي والخنزير ا ه. وكذا ذكر الولوالجي. وذكر في السراج الوهاج معزيا إلى الذخيرة أسنان الكلب طاهرة وأسنان الآدمي نجسة لان الكلب يقع عليه الذكاة بخلاف الخنزير والآدمي ا ه. ولا يخفى أن هذا كله على القول بطهارة عينه لانه علله بكونه يطهر بالذكاة، وأما على القول بنجاسة عينه فلا تعمل فيه الذكاة فتكون أسنانه نجسة كالخنزير، وسيأتي الكلام على أسنان الآدمي إن شاء الله تعالى قريبا. وأما إذا أكل من شئ يغسل ثلاثا ويؤكل كذا في المبتغى بالغين المعجمة، وينبغي أن يكون هذا بالاتفاق كما لا يخفى، ولا يقال ينبغي أن يطهر بالجفاف قياسا على الكلا إذا تنجس فإنه يطهر به كما في الخلاصة والخانية لانا نقول: الطهارة في الكلا بالجفاف حصلت استحسانا بالاثر لكونه في معنى الارض لاتصاله بها، وما نحن فيه ليس كذلك. وأما بيعه وتمليكه فهو جائز هكذا انقلوا وأطلقوا لكن ينبغي أن يكون هذا على القول بطهارة عينه، أما على القول بالنجاسة فهو كالخنزير فبيعه باطل في حق المسلمين كالخنزير لكن المنقول في فتاوى قاضيخان من البيوع أن بيع الكلب المعلم جائز، فمفهومه أن غير المعلم لا يجوز بيعه. وفي التجنيس: من باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز رجل

ذبح كلبه ثم باع لحمه جاز لان اللحم طاهر بخلاف ما لو ذبح خنزير ثم باعه ا هـ. فالظاهر منهما أن هذا الحكم على القول بطهارة عينه. وذكر السراج الهندي في شرح الهداية معزيا إلى التجريد أن الكلب لو أتلفه إنسان ضمنه ويجوز بيعه وتمليكه. في عمدة المفتي: لو استأجر الكلب يجوز والسنور لا يجوز لان السنور لا يعلم. ونقل عن التجريد: لو استأجر كلبا معلما أو بازيا ليصيد بهما فلا أجرة له - قال - لعله لفقد العرف والحاجة إليه ا هـ. وهذا ما تيسر التكلم عليه في المسائل المتعلقة بالكلب، وهذا البيان إن شاء الله تعالى من خواص هذا الكتاب. ثم اعلم أن في قول المصنف في أصل المسأله دبغ إشارة إلى أنه يستوي أن يكون الدابغ مسلما أو كافرا أو صبيا أو مجنونا أو امرأة إذا حصل به مقصود الدباغ، فإن دبغه الكافر وغلب على الظن أنهم يدبغون بالسمن النجس فإنه يغسل. كذا في السراج الوهاج وفيه مسألة جلد الميتة بعد الدباغ هل يجوز أكله إذا كان جلد حيوان مأكول اللحم قال بعضهم: نعم لانه طاهر كجلد الشاة المذكاة. وقال بعضهم: لا يجوز أكله وهو الصحيح لقوله تعالى * (حرمت عليكم الميتة) * (المائدة: ٣) وهذا جزء منها. وقال عليه السلام في شاة ميمونة رضي الله تعالى عنها: إنما يحرم من الميتة أكلها مع أمره لهم بالدباغ والانتفاع. وأما
***
[١٨٦]
إذا كان جلد ما لا يؤكل كالحمار فإنه لا يجوز أكله إجماعا لان الدباغ فيه ليس بأقوى من الذكاة وذكاته لا تبيحه فكذا دباغه ا هـ. وهذا الذي قدمناه في جلود الميتات كله مذهبنا وللعلماء فيه سبعة مذاهب ذكرها الامام النووي في شرح المهذب فنقتصر منها على ما اشتهر من المذاهب، منها ما ذهب إليه الشافعي أن كل حيوان يجنس بالموت طهر جلده بالدباغ ما عدا الكلب والخنزير وما تولد منهما أو من أحدهما فلا يدخل الآدمي في هذا العموم عنده لان الصحيح عنده أن الآدمي لا ينجس بالموت فجلده طاهر من غير دبغ لكن لا يجوز استعماله لحرمته وتكريمه. ومنها ما ذهب إليه أحمد أنه لا يطهر بالدباغ شئ وهو رواية عن مالك. ومنها ما ذهب إليه مالك أنه يطهر الجميع حتى الكلب والخنزير إلا أنه يطهر ظاهره دون باطنه فيستعمل في اليابس دون الرطب. وجه قول أحمد قوله تعالى * (حرمت عليكم الميتة) * (المائدة: ٣) وهو عام في الجلد وغيره، وحديث عبد الله بن حكيم قال: أتانا كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل موته بشهر أن لا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب. رواه أبو داود والترمذي والنسائي وغيرهم. قال الترمذي حديث حسن. ووجه قول مالك أن الدباغ إنما يؤثر في الظاهر دون الباطن. ووجه قول الشافعي ما رواه أبو داود والترمذي والنسائي وغيرهم من رواية ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إيما إهاب دبغ فقد طهر وفي صحيح مسلم إذا دبغ الاهاب فقد طهر وهو حديث حسن صحيح. وما رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في شاة ميتة هلا أخذتم إهابها فدبغتموه فانتفعتم به قالوا: يا رسول الله أنها ميتة قال: إنما حرم أكلها. وفي الباب أحاديث أخر ذكرها النووي في شرح المهذب. وإنما خرج الكلب والخنزير لان الحياة أقوى من الدباغ بدليل أنها سبب لطهارة الجملة والدباغ إنما يطهر الجلد، فإذا كانت الحياة لا تطهرهما فالدباغ أولى. ولنا ما ذكرناه من الاحاديث في دليل الشافعي وهو كما تراه عام فإخراج الخنزير منه لمعارضة الكتاب إياه وهو قوله تعالى * (أو لحم خنزير فإنه رجس) * (الانعام: ١٤٥) بناء على عود الضمير إلى المضاف إليه لانه صالح لعوده، وعند صلاحية كل من المتضايفين لذلك يجوز كل من الامرين. وقد جوز عود ضمير ميثاقه في قوله تعالي * (ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه) * (البقرة: ٢٧) إلى كل من العهد ولفظ الجلالة، وتعين عودة إلى المضاف إليه في قوله تعالى * واشكروا نعمة الله إن كنتم إياه تعبدون) * (النحل: ١١٤) ضرورة صحة الكلام وإلى المضاف في قولك رأيت ابن زيد فكلمته لانه المحدث عنه بالرؤية رتب على الحديث الاول عنه الحديث الثاني فتعين هو مرادا
***
[١٨٧]
به وإلا اختل النظم. فإذا جاز كل منهما لغة والموضع موضع احتياط وجب إعادته على ما فيه الاحتياط وهو بما قلنا. كذا قرره العلامة في فتح القدير أخذا من النهاية ومعراج الدراية. وفي غاية البيان: ومما ظهر لي في فؤادي من الانوار الربانية والاجوبة الالهامية أن الهاء لا يجوز أن ترجع إلى اللحم لان قوله فإنه رجس خرج في مقام التعليل، فلو رجع إليه لكان تعليل الشئ بنفسه فهو فاسد لكونه

مصادرة، وهذا لان نجاسة لحمه عرفت من قوله أو لحم خنزير لان حرمة الشئ مع صلاحيته للغذاء لا للكرامة آية النجاسة فحينئذ يكون معناه كأنه قال لحم خنزير نجس فإن لحمه نجس. أما إذا رجع الضمير إلى الخنزير فلا فساد لانه حينئذ يكون حاصل الكلام لحم خنزير نجس لان الخنزير نجس يعني أن هذا الجزء من الخنزير نجس لان كله نجس. هذا هو التحقيق في الباب لاولي الالباب ا ه. وتعقبه شارح متأخر بأنه عند التأمل بمعزل عن الصواب، وكيف لا والجري على هذا المنوال مما يسد باب التعليل بالاوصاف المناسبة للاحكام، ولا شك أنه لا يلزم من كون الشئ علامة على شئ أن لا يصح التصريح بكون الشئ الثاني علة للشئ الاول بجعل الشارع لما فيه من الوصف المناسب لذلك بل ذلك يصحح التصريح بكونه علة ولا يلزم منه تعليل الشئ بنفسه قطعا، ولنوضحه فيما نحن بصدده فنقول: قوله أنه رجس تعليل للتحريم وكون التحريم لا للتكريم علامة على نجاسة المحرم كما هنا يصحح التصريح بكونه نجسا علة لتحريمه لا أنه يمنع منه، وليس فيه تعليل النجاسة بالنجاسة بل تعليل التحريم الكائن لا للتكريم بوصف مناسب له قائم بالعين المحرمة وهو القذارة حثا على مكارم الاخلاق والتزام المروءة بمجانبة الاقذار والنزاهة ونظيره قوله تعالى * (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف أنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا) * (النساء: ٢٢) فقوله إنه كان فاحشة ومقتا تعليل لتحريم نكاح منكوحات الآباء مع أن تحريم نكاحهن علامة على قبحه وكونه ممقوتا عند الله تعالى فلم يمنع ذلك من التصريح به علة له ا ه. وهو كما ترى في غاية الحسن، والتحقيق. وأما الجواب عن احتجاج أحمد، أما على الآية فهو أنها عامة خصتها السنة كذا أجاب النووي عنها في شرح المهذب. وأما عن حديث عبد الله بن عكيم فالاضطراب في متنه وسنده يمنع تقديمه على حديث ابن عباس رضي الله عنهما فإن الناسخ أي معارض فلا بد من مشاكلته في القوة ولذا قال به أحمد وقال: هو آخر الامرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم تركه للاضطراب فيه. أما في السند فروى عبد الرحمن عن ابن عكيم كما قدمنا وروى أبو داود من جهة خالد الحذاء عن الحكم بن عتبة

***

[١٨٨]

- بالتاء فوق - عن عبد الرحمن أنه انطلق هو وناس إلى عبد الله بن عكيم قال: فدخلوا ووقفت على الباب فخرجوا إلي فأخبروني أن عبد الله بن عكيم أخبرهم أنه عليه السلام كتب إلى جهينة الحديث. ففي هذا أنه سمع من الداخلين وهم مجهولون، وأما في المتن ففي رواية بشهر، وفي أخرى بأربعين يوما، وفي أخرى بثلاثة أيام، هذا مع الاختلاف في صحبة ابن عكيم. ثم كيف كان لا يوازي حديث ابن عباس الصحيح في جهة من جهات الترجيح؟ ثم لو كان لم يكن قطعيا في معارضته لان الاهاب اسم لغير المدبوغ وبعده يسمى شنا وأديما وما رواه الطبراني في الاوسط من لفظ هذا الحديث هكذا كنت رخصت لكم في جلود الميتة فلا تنتفعوا من الميتة بجلد ولا عصب في سنده فضالة بن مفضل مضعف. والحق أن حديث ابن عكيم ظاهر في النسخ لولا الاضطراب المذكور فإن من المعلوم أن أحدا لا ينتفع بجلد الميتة قبل الدباغ لانه حينئذ مستقذر فلا يتعلق النهي به ظاهرا. كذا في فتح القدير وفيه كلام من وجوه: الاول أنه ذكر أن الترمذي حسنه وقد قدمناه أيضا والحسن لا اضطراب فيه. الثاني أن قوله مع الاختلاف في صحبة ابن عكيم لا يقدح في حجيته لانه على تقدير كونه ليس صحابيا يكون الحديث مرسلا وأنتم تعملون به. الثالث أن قوله الحق أن حديث ابن عكيم ظاهر في النسخ الخ أخذا من قول الحازمي كما نقله الزيلعي المخرج عنه أنه قال: وطريق الانصاف أن حديث بن عكيم ظاهر الدلالة في النسخ ولكنه كثير الاضطراب غير مسلم لان أخبارنا مطلقة فيجوز أن يكون بعضها قبل وفاته صلى الله عليه وسلم بدون المدة المذكورة في حديث ابن عكيم على الاختلاف فيها، وبهذا صرح النووي في شرح المهذب. ويمكن الجواب عن الاول بما ذكره النووي أن الترمذي إنما حسنه بناء على اجتهاده وقد بين هو وغيره وجه ضعفه، وعن الثاني بأن هذا أعني كونه مرسلا صالح لان يجاب به على مذهب من يرى العمل بالمرسل لا أنه جواب عن حديث ابن عكيم على مقتضى مذهبنا. وأما الجواب عن احتجاج مالك فهو مخالف للنصوص الصحيحة التي قدمناها فإنها عامة في طهارة الظاهر والباطن، وأصرح من ذلك ما رواه البخاري من حديث سودة قالت: ماتت لنا شاة فدبغنا مسكها وهو جلدها فما زلنا ننتبذ فيه حتى صار شنا وهو حديث صحيح فإنه استعمل في مائع وهم لا يجيزونه وإن كانوا يجيزون شرب الماء منه لان الماء لا يتنجس عندهم إلا بالتغير. وأما الجواب عن احتجاج الشافعي، إن قلنا بأن الكلب ليس بنجس

العين وأن جلده يطهر بالدباغ فهو عموم الاحاديث الصحيحة المتقدمة فإنه يدخل في عمومها الكلب لان أي في الحديث نكرة وصفت بصفة عامة فتعم كما عرف في الاصول، وأما الخنزير فإنما خرج عن العموم لعارض ذكرناه، ولقد أنصف النووي حيث قال في شرح المهذب: واحتج أصحابنا بأحاديث لا دلالة فيها فتركتها لاني التزمت في خطبة الكتاب الاعراض عن الدلائل
***
[١٨٩]
الواهية ا ه. وإن قلنا إن الكلب كالخنزير فلا يحتاج إلى الجواب وقد قدمنا أن الدباغ جائز بكل ما يمنع النتن والفساد ولو ترابا أو ملحا. وقال الشافعي: لا يجوز بالشمس والتراب والملح لما رواه الدارقطني والبيهقي من حديث ابن عباس في شاة ميمونة قال: إنما حرم أكلها أو ليس في الماء والقرظ ما يطهرها؟ وهو حديث حسن ذكره النووي في شرح المهذب، ورواه أبو داود والنسائي في سننهما بمعناه عن ميمونة قال: يطهرها الماء والقرظ. ولنا ما تقدم من الاحاديث الصحيحة. فإن اسم الدباغ يتناول ما يقع بالتشميس والتتريب فلا يقيد بشئ ولان المقصود يحصل به فلا معنى لاشتراط غيره، وليس الحديث الذي استدل به الشافعي مما يقتضي الاختصاص بل المراد به ما في معناه بالاجماع، ولا يختص بما ذكر في الحديث. ثم عندنا يجوز بيع الجلد المدبوغ وينتفع به وهو قول الشافعي في الجديد وجمهور العلماء، وأما بيعه قبل الدباغ فقد نقل النووي في شرح المهذب أن أبا حنيفة يقول بجواز بيعه ورهنه كالثوب النجس وهو سهو منه فإن مذهب أبي حنيفة عدم جواز بيع جلود الميتة قبل الدباغ. ذكره في المحيط وشرح الطحاوي وكثير من الكتب وفي بعض الكتب ذكر خلافا. قال بعضهم إنه ملحق بالميتة، وبعضهم ألحقه بالخمر، فالظاهر منه الاتفاق على عدم الجواز. واعلم أن ما طهر جلده بالدباغ طهر بالذكاة لحمه وجلده، سواء كان مأكولا أو لا. أما طهارة جلده فهو ظاهر المذهب كما في البدائع. وفي النهاية أنه اختيار بعض المشايخ. وعند بعضهم إنما يطهر جلده بالذكاة إذا لم يكن سؤره نجسا ا ه. وأما طهارة لحمه إذا كان غير مأكول فقد اختلف فيه فصحح في البدائع والهداية والتجنيس طهارته، وصحح في الاسرار والكفاية والتبيين نجاسته، وفي المعراج أنه قول المحققين من أصحابنا، وفي الخلاصة هو المختار واختاره قاضيخان، وفي التبيين أنه قول أكثر المشايخ. وأما المصنف فقد اختلف كلامه فصحح في الكافي نجاسته واختار في الكنز في الدبائح طهارته وسنتكلم عليها بدلائلها وبيان ما هو الحق ثمة إن شاء الله تعالى. لكن في كثير من الكتب أن الذكاة إنما توجب الطهارة في الجلد واللحم إذا كانت من الاهل في المحل وهو ما بين اللبة واللحيين وقد سمي بحيث لو كان مأكولا يحل أكله بتلك الذكاة فذبيحة المجوسي لا توجب الطهارة لانها إماتة وقد قدمنا عن معراج الدراية معزيا إلى المجتبى أن ذبيحة المجوسي وتارك التسمية
***
[١٩٠]
عمدا توجب الطهارة على الاصح وإن لم يكن مأكولا، وكذا نقل صاحب المعراج في هذه المسألة الطهارة عن القنية أيضا هنا وصاحب القنية هو صاحب المجتبى وهو الامام الزاهدي المشهور علمه وفقهه، ويدل على أن هذا هو الاصح أن صاحب النهاية ذكر هذا الشرط الذي قدمناه بصيغة قيل معزيا إلى فتاوى قاضيخان، وفي منية المصلي: السنجاب إذا أخرج من دار الحرب وعلم أنه مدبوغ بودك الميتة لا تجوز الصلاة عليه ما لم يغسل وإن علم أنه مدبوغ بشئ طاهر جاز وإن لم يغسل، وإن شك فالافضل أن يغسل ا ه. قوله: (وشعر الانسان والميتة وعظمهما طاهران) إنما ذكرهما في بحث المياه لافادة أنه إذا وقع في الماء لا ينجسه لطهارته عندنا، والاصل أن كل ما لا تحله الحياة من أجزاء الهوية محكوم بطهارته بعد موت ما هي جزؤه كالشعر والريش والمنقار والعظم والعصب والحافر والظلف واللبن والبيض الضعيف القشر والانفحة، لا خلاف بين أصحابنا في ذلك وإنما الخلاف بينهم في الانفحة واللبن هل هما متنجسان؟ فقالا نعم لمجاورتهما الغشاء النجس، فإن كانت الانفحة جامدة تطهر بالغسل وإلا تعذر طهارتها. وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: ليسا بمتنجسين وعلى قياسهما قالوا في السخلة إذا سقطت من أمها وهي رطبة فيبست ثم وقعت في الماء لا تنجس لانها كانت في معدنها. كذا في فتح القدير. وفي إدخال العصب في المسائل التي لا خلاف فيها نظر، فقد صرحوا أن في العصب روايتين، وصرح في السراج الوهاج أن الصحيح نجاسته إلا أن صاحب الفتح تبع صاحب البدائع. فالتحرير ما في غاية البيان أن أجزاء الميتة لا تخلوا إما أن يكون فيها دم أو لا، فالاولى كاللحم نجسة، والثانية ففي غير الخنزير والآدمي ليس بنجسة إن كانت صلبة كالشعر والعظم بلا خلاف، وأما الانفحة

المائعة واللبن فكذلك عند أبي حنيفة، وعندهما نجس. وأما الآدمي ففيه روايتان: في رواية نجسة فلا يجوز بيعها ولا الصلاة معها إذا كانت أكثر من قدر الدرهم وزنا أو عرضا، وفي رواية طاهرة لعدم الدم وعدم جواز البيع للكرامة، وأما العصب ففيه
***
[١٩١]
روايتان: إحداهما أنه طاهر لانه عظم، والاخرى أنه نجس لان فيه حياة والحس يقع به ا ه. وأما الخنزير فشعره وعظمه وجميع أجزائه نجسة ورخص في شعره للخرازين للضرورة لان غيره لا يقوم مقامه عندهم. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه كره لهم ذلك أيضا ولا يجوز بيعه في الروايات كلها، وإن وقع شعره في الماء القليل نجسه عند أبي يوسف، وعند محمد لا ينجس. وإن صلى معه جاز عند محمد، وعند أبي يوسف لا يجوز إذا كان أكثر من قدر الدرهم، واختلفوا في قدر الدرهم قيل وزنا وقيل بسطا كذا في السراج الوهاج. وذكر السراج الهندي أن قول أبي يوسف بنجاسته هو ظاهر الرواية وصححه في البدائع ورجحه في الاختيار. وفي التجنيس: لا بأس ببيع عظام الموتى لانه لا يحل العظام الموت وليس في العظام دم فلا تتنجس فيجوز بيعها إلا بيع عظام الآدمي والخنزير ا ه. وفي المحيط: إن عظم الميتة إذا كان عليه دسومة ووقع في الماء نجسه. وفي السراج الوهاج: شعر الميتة إنما يكون طاهرا إذا كان محلوقا أو مجزوزا وإن كان منتوفا فهو نجس، وكذا شعر الآدمي على هذا التفصيل. وعن محمد في نجاسة شعر الآدمي وظفره وعظمه روايتان الصحيح منهما الطهارة. وفي النهاية: واختلف في السن هل هو عظم أو طرف عصب يابس لان العظم لا يحدث في الانسان بعد الولادة، وقيل هو عظم. وما وقع في الذخيرة وغيرها من أن أسنان الكلب إذا كانت يابسة طاهرة وأسنان الآدمي نجسة بناء على أن الكلب يطهر بالذكاة وما يطهر بها فعظمه طاهر بخلاف الآدمي فضعيف، فإن المصرح به في البدائع والكافي وغيرهما بأن سن الآدمي طاهرة على ظاهر المذهب وهو الصحيح. وعلل له البدائع بأن لا دم فيها والمنجس هو الدم ولانه يستحيل أن تكون طاهرة من الكلب نجسة من الآدمي المكرم إلا إنه لا يجوز بيعها ويحرم الانتفاع بها احتراما للآدمي كما إذا طحن سن الآدمي مع الحنطة أو عظمه لا يباح تناول الخبز المتخذ من دقيقهما لا لكونه نجسا بل تعظيما له كيلا يصير متناولا من أجزاء الآدمي. كذا هذا، وكذا ذكر في المبسوط والنهاية والمعراج. وعلى هذا ما ذكر في التنجيس رجل قطعت أذنه أو قلعت سنه فأعاد أذنه إلى مكانها أو سنه الساقط إلى مكانها فصلى أو صلى وأذنه أو سنه في كمه يجزيه لان ما ليس بلحم لا يحله الموت فلا يتنجس بالموت ا ه.
***
[١٩٢]
لكن ما ذكره في السن مسلم، أما الاذن فقد قال في البدائع: ما أبين من الحي من الاجزاء إن كان المبان جزءا فيه دم كاليد والاذن والانف ونحوها فهو نجس بالاجماع، وإن لم يكن فيه دم كالشعر والصوف والظفر فهو طاهر عندنا خلافا للشافعي ا ه. لكن في فتاوى قاضيخان والخلاصة: ولو قلع إنسان سنه أو قطع أذنه ثم أعادهما إلى مكانهما أو صلى وسنه أو أذنه في كمه تجوز صلاته في ظاهر الرواية ا ه. فهذا يقوي ما في التجنيس. وفي السراج الوهاج: وإن قطعت أذنه قال أبو يوسف: لا بأس بأن يعيدها إلى مكانها، وعندهما لا يجوز ا ه. وبما ذكرناه عن الفتاوى يندفع ما ذكر في بعض الحواشي أنه لو صلى وهو حامل سن غيره أو حامل سن نفسه ولم يضعها في مكانها تفسد صلاته اتفاقا كما لا يخفى، وكذا ذكر في المعراج أنه لو صلى وهو حامل سن غيره لا يجوز بالاتفاق وفيه من النظر ما علمت. وفي الخلاصة وفتاوى قاضيخان والتجنيس والمحيط: جلد الانسان إذا وقع في الماء أو قشره إن كان قليلا مثل ما يتناثر من شقوق الرجل ونحوه لا يفسد الماء، وإن كان كثيرا يعني قدر الظفر يفسد والظفر لا يفسد الماء ا ه. وعلل له في التجنيس بأن الجلد والقشر من جملة لحم الآدمي والظفر عصب وهذا كله مذهبنا. وقال الشافعي: الكل نجس إلا شعر الآدمي لقوله تعالى * (حرمت عليكم الميتة) * (المائدة: ٣) وهو عام للشعر وغيره. ولنا أن المعهود فيها حالة الحياة الطهارة وإنما يؤثر الموت النجاسة فيما يحله ولا تحلها الحياة فلا يحلها الموت، وإذا لم يحلها وجب الحكم ببقاء الوصف الشرعي المعهود لعدم المزيل. وفي السنة أيضا ما يدل عليه وهو قوله عليه السلام في شاة مولاة ميمونة حين مر بها ميتة إنما حرم أكلها في الصحيحين. وفي لفظ إنما حرم عليكم لحمها ورخص لكم في مسكها. وفي الباب حديث الدارقطني إنما حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم من الميتة لحمها فأما الجلد والشعر والصوف فلا بأس وهو وإن أعله بتضعيف عبد الجبار بن مسلم فقد ذكره ابن حبان في الثقاة فهو لا ينزل عن درجة الحسن، وأخرجه الدارقطني من

طريق أخرى وضعفها، ومن طريق أخرى بمعناه ضعيفة. وأخرج البيهقي أنه عليه السلام كان يتمشط بمشط من عاج وضعفه، فهذه عدة أحاديث لو كانت ضعيفة حسن المتن فكيف ومنها ما لا ينزل عن الحسن وله الشاهد الاول؟

***

[١٩٣]

كذا في فتح القدير مختصرا. وفي البدائع: لاصحابنا طريقان: أحدهما أن هذه الاشياء ليست بميتة لان الميتة من الحيوانات في عرف الشرع اسم لما زالت حياته لا بصنع أحد من العباد أو بصنع غير مشروع ولا حياة في هذه الاشياء فلا تكون ميتة. والثاني أن نجاسة الميتات ليست لاعيانها بل لما فيها من الدماء السائلة والرطوبات النجسة ولم توجد في هذه الاجزاء ا ه. وقد اقتصر في الهداية على الطريقة الاولى، وفي غاية البيان على الثانية، ولا يخفى أن الطريقة المذكورة في الهداية لا تجري في العصب لان فيه حياة لما فيه من الحركة، ألا ترى أنه يتألم الحي بقطعه بخلاف العظم فإن قطع قرن البقرة لا يؤلمها فدل أنه ليس في العظم حياة. كذا في النهاية. ولهذا كان فيه روايتان، فالاولى هي الطريقة الثانية وعليها لا يحتاج إلى الجواب عن قوله تعالى * (قال من يحيى العظام وهي رميم قل يحييها الذي أنشأها أول مرة) * [يس: ٧٩] فإن هذه الاشياء من الميتات إلا أن نجاسة الميتات إنما هي لما فيها من الدماء والرطوبات والعصب صقيل لا يتصور فيه ذلك، وكذا في العظم والشعر. وأما الجواب عن الآية على الطريقة الاولى فمن ثلاثة أوجه: الاول ما ذكره في الكشاف بقوله: ولقد استشهد بهذ الآية من يثبت الحياة في العظام ويقول إن عظام الموتى نجسة لان الموت يؤثر فيها من قبل أن الحياة تحلها، وأما أصحاب أبي حنيفة رحمهم الله فهي عندهم طاهرة وكذلك الشعر والعصب ويزعمون أن الحياة لا تحلها فلا يؤثر فيها الموت ويقولون المراد بإحياء العظام في الآية ردها إلى ما كانت عليه غضة رطبة في بدن حي حساس ا ه. ولا يتوهم أن صاحب الكشاف لم يرتض ما ذكره عن الحنفية بدليل قوله يزعمون لان زعم مطية الكذب كما قيل لانا لا نسلم أن زعم خاص في الباطل بل يستعمل تارة فيه وتارة في الحق. فمن الاول قوله تعالى * (زعم الذين كفروا أن لن يبعثوا) * (التغابن: ٧) ومن الثاني قوله من حديث مسلم زعم رسولك أن الله افترض علينا خمس صلوات صرح به النووي في شرح مسلم وأطال الكلام فيه. والثاني أن المراد بالعظام النفوس كما في معراج الدراية وحينئذ يعود الضمير في قوله وهي رميم إلى العظام الحقيقية على طريقة الاستخدام لان من أقسامه كما عرف في علم البديع أن يراد بلفظ له معنيان أحدهما ثم يؤتي بعده بضمير يعود في اللفظ عليه وفي المعنى على معناه الآخر كقول معاوية بن أبي ملك: إذا نزل السماء بأرض قوم رعيناه وإن كانوا غضابا فإنه أراد بالسماء المطر وأراد بالضمير في رعيناه النبات والنبات أحد معنى السماء لانه مجاز عنه باعتبار أن المطر سببه وسوغ له عود الضمير إلى النبات وإن لم يكن تقدم له ذكر

***

[١٩٤]

لتقدم ذكر سببه وهو السماء التي أريد بها المطر فكذلك ما نحن فيه، فإن العظام له معنيان: أحدهما مراد وهو النفوس مجازا من إطلاق البعض وإرادة الكل، والمعنى الآخر وهو العظام الحقيقية غير مراد. ثم الضمير في قوله وهي رميم يعود إلى العظام بالمعنى الغير المراد لا بالمعنى المراد وهو النفوس فكان من باب الاستخدام. هذا ما ظهر لي. الثالث ما ذكره في غاية البيان والعناية أن المراد أصحاب العظام على تقدير مضاف. فإن قلت: المفهوم من الآية إحياؤها في الآخرة وأحوالها لا تناسب أحوال الدنيا قلنا: سوق الكلام صريح في الرد على من أنكر عادتها في الآخرة إلى ما كانت عليه في الدنيا بعد أن صارت بالية خالية عن استعداد العود إليها في زعمهم، وقد استدل بعض مشايخنا لغير العظم ونحوه بقوله تعالى * (ومن أصوافها وأوبارها وأشعارها أثاثا ومتاعا إلى حين) * ووجه الدلالة عموم الآية فإن الله تعالى من علينا بأن جعل لنا الانتفاع ولم يخص شعر الميتة من المذكاة فهو عموم إلا أن يمنع منه دليل. وأيضا فإن الاصل كونها طاهرة قبل الموت بإجماع، ومن زعم أنه انتقل إلى نجاسة فعليه البيان. فإن قيل: حرمت عليكم الميتة وذلك عبارة عن الجملة قلنا: نخصه بما ذكرنا فإنه منصوص عليه في ذكر الصوف وليس في آيتكم ذكر الصوف صريحا فكان دليلنا أولى. كذا ذكر القرطبي في تفسيره وذكر أن الصوف للغنم والوبر للابل والشعر للمعز. وقد أجاب الاتقاني في غاية البيان أيضا عن استدلالهم بقوله تعالى * (حرمت عليكم الميتة) * (المائدة: ٣) بأنا لا نسلم أن المراد منه حرمة الانتفاع، فلم لا يجوز أن يكون المراد منه حرمة الاكل بدليل ما رويناه في حديث مولاة

ميمونة؟ ولئن قال الشافعي في بعض هذه الاشياء رطوبة فنقول نحن نقول أيضا بنجاسته إذا بقيت الرطوبة، وكلامنا فيما إذا لم تبق الرطوبة في العظم والحافر والظلف ونحوه وإذا غسل الشعر ونحوه وأزيل عنه الدم المتصل والرطوبة النجسة. ولئن قال الشعر ينمو بنماء الاصل فنقول: نعم ينمو لكن لا نسلم أن النماء يدل على الحياة الحقيقية كما في النبات والشجر. وقوله بنماء الاصل غير مسلم أيضا لانه ينمو مع نقصان الاصل كما إذا هزل الحيوان بسبب مرض فطال شعره ا ه‍. وقد وقع في الهداية تعريف الموت بزوال الحياة فقال في كشف الاسرار شرح أصول فخر الاسلام من باب الاهلية: الموت عند أهل السنة أمر وجودي لانه ضد الحياة لقوله تعالى * (خلق الموت والحياة) * (الملك: ٢) وعند المعتزلة: هو زوال الحياة فهو أمر عدمي. وتفسير صاحب الهداية بزوال الحياة تفسير بلازمه. كذا نقل عن العلامة شمس الائمة الكردري ا ه‍. وهكذا أوله في الكافي. وذكر في معراج الدراية أن الموت ضد الحياة والضدان صفتان وجوديتان يتعاقبان على موضوع

***

[١٩٥]

واحد ويستحيل اجتماعهما ويجوز ارتفاعهما، وزوال الحياة ليس بضد الحياة كما أن زوال السكون ليس بضد السكون فكان هذا تعريفا بلازمه ا ه‍. وتعقبه في غاية البيان بأنا لا نسلم أن زوال الحياة ليس بضد لها، وكيف يقال هذا وزوال الحياة مع الحياة لا يجتمعان؟ وليس معنى التضاد إلا هذا ولا نسلم أن زوال الحياة ليس بوجودي فهل لزوال الحياة وجود أم لا؟ فإن قلت نعم فيكون زوال الحياة وجود يا، وإن قلت لا فيكون حينئذ زوال الحياة حياة وهو محال لان عدم زوال الحياة عبارة عن الحياة ا ه‍. ولا يخفى ضعفه لان الموت نفس زوال الحياة لا عدم زوالها ولا يلزم من كون نقيض الشئ عدميا أن يكون عدم عدمه حتى يكون نفي النفي فيكون اثباتا. وأما جعله زوال الحياة ضدا لها فغير مسلم لان التضاد الحقيقي هو أن يكون بين الموجودين اللذين يمكن تعقل أحدهما مع الذهول عن الآخر تعاقب على الموضوع ويكون بينهما غاية الخلاف وهي ما يكون مقتضى كل منهما مغاير المقتضى الآخر كالسواد والبياض فإن مقتضى أحدهما قبض البصر ومقتضى الثاني تفريقه، ولا شك أن زوال الحياة عدمي فلا يكون ضدا لها وإنما يكون بينهما تقابل العدم والملكة، وقد ذكر بعض الاصوليين في شرح المغني أن هذا الفرق إنما هو على اصطلاح أهل العقول، أما على اصطلاح الاصوليين فالضد ما يقابل الشئ ويكون بينهما غاية الخلاف، سواء كانا وجوديين أو أحدهما وجودي والآخر عدمي. وقد اختار صاحب الكشاف أن الموت عدمي فقال: والحياة ما يصح بوجوده الاحساس، وقيل ما يوجب كون الشئ حيا وهو الذي يصح منه أن يعلم ويقدر والموت عدم ذلك فيه، ومعنى خلق الموت والحياة إيجاد ذلك المصحح وإعدامه. قال الطيبي رحمه الله في حاشيته: قوله والموت عدم ذلك فيه الانتصاف لمذهب القدرية أن الموت عدم واعتقاد السنية أنه أمر وجودي ضاد الحياة، وكيف يكون عدميا وقد وصف بكونه مخلوقا وعدم الحوادث أزلي، ولو كان المعدوم مخلوقا لزم وقوع الحوادث أزلا وهو ظاهر البطلان. وقال صاحب الفوائد: لو كان الموت عدم الحياة استحال أن يكون مخلوقا وقد قال بعد ذلك: معنى خلق الموت والحياة إيجاد ذلك المصحح وإعدامه، وهذا أيضا منظور فيه. وقال الامام: هي الصفة التي يكون الموصوف بها بحيث يصح أن يعلم ويقدر. واختلفوا في الموت قبل إنه عبارة عن عدم هذه الصفة، وقيل صفة وجودية مضادة للحياة لقوله تعالى * (الذي خلق الموت والحياة) * (الملك: ٢) والعدم لا يكون مخلوقا. هذا هو التحقيق إلى هنا كلام الطيبي رحمه الله تعالى. وقال الامام القرطبي في تفسيره قال العلماء رضي الله عنهم: الموت ليس بعدم محض ولا فناء صرف وإنما هو تعلق

***

[١٩٦]

الروح بالبدن ومفارقته وحيلولة بينهما وتبدل حال وانتقال من دار إلى دار والحياة عكس ذلك، ونقل أقوالا فيهما لا نطيل بذكرها. والحاصل أن مذهب أهل السنة أن الموت أمر وجودي كالحياة، ومذهب المعتزلة كما في الكشف أو القدرية كما في الحاشية أنه عدمي، وعلى كل منهما لا نزاع في أن الموت يكون بعد الحياة إذ ما لم يسبق له حياة لا يوصف بالموت حقيقة في اللغة والعرف، ولهذا قال السيد الشريف في شرح المواقف بعد تفسير الموت بعدم الحياة عما من شأنه أن يكون حيا: والاظهر أن يقال عدم الحياة عما اتفق لها ا ه‍. لكن قد يقال يحتاج حينئذ إلى الجواب عن قوله تعالى * (وكنتم أمواتا فأحياكم) * (البقرة: ٢٨) وفي الكشاف: فإن قلت كيف

قيل لهم أموات في حال كونهم جمادا وإنما يقال ميت فيما يصح فيه الحياة من الشئ؟ قلت: بل يقال ذلك في حال كونهم جمادا لعادم الحياة كقوله * (بلدة ميتا) * (الفرقان: ٤٩) * (وآية لهم الارض الميتة) * (يس: ٣٣) * (أموات غير أحياء) * (النحل: ٢١) ويجوز أن يكون استعارة في اجتماعهما في أن لا روح ولا احساس ا ه‍. وقرر القطب في حاشيته الاستعارة بأن يشبه الجماد بالميت في عدم الروح ثم استعير اللفظ والله أعلم تتمة نافجة المسك طاهرة مطلقا على الاصح. قوله: (وتنزح البئر بوقوع نجس) لما ذكر حكم الماء القليل بأنه يتنجس كله عند وقوع النجاسة فيه حتى يراق كله ورد عليه ماء البئر نقضا في أنه لا ينزح كله في بعض الصور فذكر أحكامه. قال الشارحون ومنهم المصنف في المستصفى: إن المراد بنزح البئر نزح مائها إطلاقا لاسم المحل على الحال كقولهم جرى الميزاب وسال الوادي وأكل القدر والمراد ما حل فيها للمبالغة في إخراج جميع الماء. والمراد بالبئر هنا هي التي لم تكن عشرا في عشر، أما إذا كانت عشرا في عشر لا تنجس بوقوع نجس إلا بالتغير كما يفيده ما سنذكره. والمراد بالنجس هنا هو الذي ليس حيوانا كالدم والبول والخمر، وأما أحكام الحيوان الواقع فيها فسنذكرها مفصلة. وبهذا يظهر ضعف ما في التبيين من أن المصنف أطلق ولم يقدر بشئ لانه لم يعين ما وقع فيها من النجاسة فأي نجس وقع فيها يوجب نزحها وإنما ينجس ماء البئر كله بقليل النجاسة لان البئر عندنا بمنزلة الحوض الصغير تفسد بما يفسد به الحوض الصغير إلا أن يكون عشرا في عشر. كذا في فتاوى قاضيخان. وفي التفاريق عن أبي حنيفة وأبي يوسف: البئر لا تنجس كالماء الجاري البئر إذا لم تكن عريضة وكان عمق مائها عشرة أذرع فصاعدا فوقعت النجاسة فيها لا يحكم بنجاستها في أصح الاقاويل ا ه‍. وعزاه في القنية إلى شرح صدر القضاة، وذكر ابن وهبان أنه مخالف لما أطلقه جمهور الاصحاب. كذا في شرح منية المصلي. ولا يخفى أن هذا التصحيح لو ثبت لانهدمت مسائل أصحابنا المذكورة في كتبهم وقد عللوا بأن البئر لما وجب إخراج النجاسة منها ولا يمكن إخراجها منها إلا بنزح كل مائها

***

[١٩٧]

وجب نزحه لتخرج النجاسة معه حقيقة، لكن قال في السراج الوهاج: ولو وقعت في البئر خشبة نجسة أو قطعة من ثوب نجس وتعذر إخراجها وتغيبت فيها طهرت الخشبة والقطعة من الثوب تبعا لطهارة البئر. وعزاه إلى الفتاوى. وفي المجتبى ومعراج الدراية: ونزحه أن يقل حتى لا يمتلئ الدلو منه أو أكثره ا ه‍. أي ونزح ماء البئر لكن هذا إنما يستقيم فيما إذا كانت البئر معينا لا تنزح وأخرج منها المقدار المعروف، أما إذا كانت غير معين فإنه لا بد من إخراجها لوجوب نزح جميع الماء. ثم البئر مؤنثة مهموزة ويجوز تخفيف همزها وهي مشتقة من بأرت أي حفرت وجمعها في القلة أبؤر وأبآر بهمزة بعد الباء فيهما، ومن العرب من يقلب الهمزة في أبآر وينقل فيقول آبار وجمعها في الكثرة بآر بكسر الباء بعدها همزة. كذا ذكر النووي في شرح مسلم من كتاب الايمان والاسلام. واعلم أن مسائل الآبار مبنية على اتباع الآثار دون القياس فإن القياس فيها إما أن لا تطهر أصلا كما قال بشر لعدم الامكان لاختلاط النجاسة بالاوحال والجدران والماء ينبع شيئا فشيئا، وإما أن لا تتنجس اسقاطا لحكم النجاسة حيث تعذر الاحتراز أو التطهير كما نقل عن محمد أنه قال: اجتمع رأيي ورأي أبي يوسف أن ماء البئر في حكم الجاري لانه ينبع من أسفله ويؤخذ من أعلاه فلا يتنجس كحوض الحمام. قلنا: وما علينا أن ننزح منها دلاء أخذا بالآثار ومن الطريق أن يكون الانسان في يد النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله عنهم كالاعمى في يد القائد. كذا في فتح القدير وغيره من الشروح، وفي البدائع بعد ما ذكر القياسين قال: إلا أنا تركنا القياسين الظاهرين بالخبر والاثر وضرب من الفقه الخفي. أما الخبر فما روى أبو جعفر الاستروشني بإسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في الفأرة تموت في البئر ينزح منها عشرون، وفي رواية ثلاثون. وعن أبي سعيد الخدري أنه قال في دجاجة ماتت في البئر ينزح منها أربعون دلوا. وعن ابن عباس وابن الزبير أنهما أمرا بنزح جميع ماء زمزم حين مات فيها زنجي وكان بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليهما أحد فانعقد الاجماع عليه. وأما الفقه الخفي فهو أن في هذه الاشياء دما مسفوحا وقد تشرب في أجزائها عند الموت فنجسها وقد جاور هذه الاشياء الماء والماء يتنجس أو يفسد بمجاورة النجس لان الاصل أن ما جاور النجس نجس بالشرع. قال صلى الله عليه وسلم في الفأرة تموت في السمن الجامد يقور ما حولها ويلقى وتؤكل البقية. فقد حكم النبي صلى الله عليه وسلم بنجاسة جار النجس،

وفي الفأرة ونحوها ما يجاورها من الماء مقدار ما قدره أصحابنا وهو عشرون دلوا أو ثلاثون لصغر
***
[١٩٨]
جثتها. فحكم بنجاسة هذا القدر من الماء لان ما وراء هذا القدر لم يجاور الفأرة بل جاورها ما جاور الفأرة، والشرع ورد بتنجيس جار الخبث لا بتنجيس جار جار النجس، ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم بطهارة جار السمن الذي جاور الفارة، وحكم بنجاسة ما جاور الفارة، وهذا لان جار جار النجس لو حكم بنجاسته لحكم أيضا بنجاسة ما جاور جار النجس ثم هكذا إلى ما لا نهاية له، فيؤدي إلى أن قطرة من بول أو فارة لو وقعت في بحر عظيم أن يتنجس جميع مائه لاتصال بين أجزائه وذلك فاسد. وفي الدجاجة والسنور وأشباه ذلك المجاورة أكثر لزيادة ضخامة في جثتها فقدر بنجاسة ذلك القدر والآدمي وما كان جثته مثل جثته كالشاة ونحوها مجاور جميع الماء في العادة لعظم جثته فيوجب تنجيس جميع الماء، وكذا إذا تفسخ شئ من هذه الواقعات أو انتفخ لان عند ذلك تخرج البلة منها لرخاوة فيها فتجاور جميع أجزاء الماء وقبل ذلك لا يجاور إلا قدر ما ذكرنا لصلابة فيها، ولهذا قال محمد: إذا وقع في البئر ذنب فأرة ينزح جميع الماء لان موضع القطع لا ينفك عن بلة فيجاور أجزاء فيفسدها ا ه. وهذا تقرير حسن لو لم يكن مخالفا لعامة كتب أصحابنا فإنها مصرحة بأن مسائل الآبار ليس للرأي فيها مدخل، وما ذكره خلافه. كذا تعقبه شارح المنية. والذي ظهر لي أن ما ذكره في البدائع لا يخالف ما صرحوا به لانه ذكر أن هذا معنى خفي فقهي لا قياس جلي ولا يكون من قبيل الرأي إلا القياس الجلي. وأما القياس الخفي فهو المسمى بالاستحسان إن قال في التوضيح: القياس جلي وخفي. فالخفي يسمى بالاستحسان لكنه أعم من القياس الخفي فإن كل قياس خفي استحسان وليس كل استحسان قياسا خفيا لان الاستحسان قد يطلق على غير القياس الخفي أيضا لكن الغالب في كتب أصحابنا أنه إذا ذكر الاستحسان أريد به القياس الخفي، وهو دليل يقابل القياس الجلي الذي يسبق إليه الافهام وهو حجة عندنا لان ثبوته بالدلائل التي هي حجة إجماعا لانه إما بالاثر كالسلم والاجارة وبقاء الصوم في النسيان، وإما بالاجماع كالاستصناع، وإما بالضرورة كطهارة الحياض والآبار. وأما بالقياس الخفي إلى آخر ما ذكر في أصول الفقه وكذا في كثير من كتب الاصول، فظهر بهذا أن طهارة الآبار بالنزح إنما ثبتت بالقياس الخفي الذي ثبت بالضرورة. قوله: (لا ببعرتي إبل وغنم) أي لا ينزح ماء البئر بوقوع بعرتي إبل وغنم فيها وهذا استحسان، والقياس أن يتنجس الماء مطلقا لوقوع النجاسة في الماء القليل كالاناء. وذكر للاستحسان طريقتان: الاولى واختارها صاحب الهداية مقتصرا عليها أن آبار الفلوات ليس
***
[١٩٩]
لها رؤوس حاجزة المواشي تبعر حولها ويلقيها الريح فيها فجعل القليل عفوا للضرورة ولا ضرورة في الكثير، ولا فرق على هذا بين الرطب واليابس، والصحيح والمنكسر، والروث والبعر والخثى، لان الضرورة تشمل الكل. وقد صرح في غاية البيان بأنه ظاهر الرواية يعارضه ما ذكره السرخسي أن الروث والمفتت من البعر مفسد في ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف إن قليله عفو قال: وهو الاوجه. وظاهر هذه الطريقة أن هذا الحكم مختص بآبار الفلوات، وأما الآبار التي في المصر فتنجس بالقليل منه لان لها رؤوسا حاجزة فيقع الامن عن الوقوع فيها وقد صرح به في البدائع لكن في غاية البيان ذكر أنه لا فرق بينهما على هذه الطريقة فقال: واختلف المشايخ في البئر إذا كانت في المصر، والصحيح عدم الفرق لشمول الضرورة في الجملة ا ه. فاعتبر الضرورة في الجملة وكذا في التبيين. والطريقة الثانية أن لليابس صلابة فلا يختلط شئ من أجزائه بأجزاء الماء فهذه تقتضي أن الرطب والمنكسر والروث والخثي ينجس الماء، وظاهرها عدم الفرق بين آبار الفلوات والامصار كما هو مذكور في البدائع، وكذا ظاهرها أن الكثير من اليابس الصحيح لا ينجس كالقليل وبه قال الحسن بن زياد، لكن الصحيح أن الكثير ينجس الاناء وماء البئر على الطريقتين: أما على الاولى فلما بينا أنه لا ضرورة في الكثير، وأما على الثانية فلانها إذا كثرت تقع المماسة بينها فيصطك البعض بالبعض فتتفتت أجزاؤها فتتنجس، إليه أشار في البدائع. وظاهرها أيضا أنه لا فرق بين البئر والاناء في عدم التنجيس بالقليل، وعلى الطريقة الاولى بينهما فرق لان الضرورة في البئر لا في الاناء كذا في الكافي - بخلاف بعر الشاة إذا وقع منها في المحلب وقت الحلب فإنه ترمي البعرة ويشرب اللبن على الطريقتين، أما على الثانية فظاهر،

وأما على الاولى فلمكان الضرورة. كذا في الهداية وقيده في النهاية وغاية البيان والمعراج بكونها رميت على الفور ولم يبق لونها على اللبن، وكذا في فتح القدير معللا له بأن الضرورة تحقق في نفس الوقوع لانها تبعر عند الحلب عادة لا فيما وراءه وذلك بمرأى منه. واختلفوا في حد الكثير على أقوال صحح منها قولان، فصحح في النهاية أنه ما لا يخلو لو عن بعرة وعزاه إلى المبسوط، وصحح في البدائع والكافي لمصنف وكثير من الكتب أن الكثيرة ما يستكثره الناظر والقليل ما يستقله. وفي معراج الدراية وعليه الاعتماد. قال في العناية: وإنما قال وعليه الاعتماد لان أبا حنيفة لا يقدر شيئا بالرأي في مثل هذه المسائل التي تحتاج إلى التقدير فكان هذا موافقا لمذهبه ا ه. فظهر بهذا أن ما ذكره في المتن من أن البعرتين لا ينجسان للاشارة إلى أن الثلاث تنجس إنما هو على قول ضعيف مبني على ما وقع

***

[٢٠٠]

في الجامع الصغير من قوله: فإن وقعت فيها بعرة أو بعرتان لم يفسد الماء. فدل على أن الثلاث تفسد بناء على أن مفهوم العدد في الرواية معتبر وإن لم يكن معتبرا في الدلائل عندنا على الصحيح، وهذا الفهم إنما يتم لو اقتصر محمد في الجامع الصغير على هذه العبارة ولم يقتصر عليها فإنه قال: إذا وقعت بعرة أو بعرتان في البئر لا يفسد ما لم يكن كثيرا فاحشا والثلاث ليس بكثير فاحش. كذا نقل عبارة الجامع في المحيط وغيره، ولو جعل قائل الحد الفاصل بين القليل والكثير أن ما غير أحد أوصاف الماء كان كثيرا وما لم يغيره يكون قليلا لكان له وجه. كذا في شرح منية المصلي. وبعر يبعر من حد منع، والروث للفرس والحمار من راث. يقال من حد نصر والخثي بكسر الخاء واحد الاخثاء للبقر. يقال من باب ضرب كذا في فتح القدير وغيره. قوله: (وخرء حمام وعصفور) أي لا ينزح ماء البئر بوقوع خرء حمام وعصفور فيها. والخرء بالفتح واحد الخرء بالضم مثل قرء وقروء. وعن الجوهري أنه بالضم كجند وجنود. والواو بعد الراء غلط كذا في المغرب. وإنما لا ينزح ماؤها منه لانه ليس بنجس عندنا على ما اختاره في الهداية وكثير من الكتب. وذكر في النهاية ومعراج الدراية اختلاف المشايخ في نجاسته وطهارته مع اتفاقهم على سقوط حكم النجاسة لكن عند البعض السقوط من الاصل للطهارة وعند آخرين للضرورة ا ه. ولم يذكر إفادة هذا الاختلاف. وقال الشافعي: نجس وهو القياس لانه استحال إلى نتن وفساد فأشبه خرء الدجاج. ولنا الاجماع العملي فإنها في المسجد الحرام مقيمة من غير نكير من أحد من العلماء مع العلم بما يكون منها مع ورود الامر بتطهير المساجد فيما رواه ابن حبان في صحيحه وأحمد وأبو داود وغيره عن عائشة رضي الله عنها قالت: أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ببناء المساجد في الدور وأن تنظف وتطيب. وعن سمرة رضي الله عنه أنه كتب إلى بنيه: أما بعد فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأمرنا أن نضع المساجد في دورنا ونصلح صنعتها ونطهرها. رواه أبو داود وسكت عليه ثم المنذري بعده. كذا ذكره الحافظ الزيلعي. وروى أبو أمامة الباهلي أن النبي صلى الله عليه وسلم شكر الحمامة فقال: أنها أوكرت علي باب الغار فجزاها الله تعالى بأن جعل المساجد مأواها، فهذا دليل طهارة خرئها. وعن ابن مسعود أنه خرأت عليه حمامة فمسحها بأصبعه، وكذلك عمر رضي الله عنه زرق عليه طير فمسحه بحصاة ثم صلى. كذا في معراج الدراية والنهاية. وأما ما ذكره من الاستحالة فهي لا إلى نتن رائحة فأشبه الطين الذي في قعر البئر فإن فيه الفساد أيضا وليس بنجس لانه لا إلى

***

[٢٠١]

نتن رائحة ويشكل هذا بالمني على قوله: قال في النهاية ثم الاستحالة إلى فساد لا توجب النجاسة لا محالة فإن سائر الاطعمة إذا فسدت لا تنجس به لان التغير إلى الفساد لا يوجب النجاسة ا ه. وبهذا يعلم ضعف ما ذكره في الخزانة من أن الطعام إذا تغير واشتد تغيره تنجس، وإن حمل ما في النهاية على ما إذا لم يشتد تغيره ليجمع بينهما فهو بعيد. والظاهر ما في النهاية لانه لا موجب لتنجيسه وإنما حرم أكله في هذه الحالة للايذاء لا للنجاسة كاللحم إذا أنتن قالوا: يحرم أكله ولم يقولوا تنجس بخلاف السمن واللبن والدهن والزيت إذا أنتن لا يحرم والاشربة لا تحرم بالتغير كذا في الخزانة. وأشار المصنف رحمه الله بقوله خرء حمام وعصفور إلى خرء ما يؤكل كل لحمه من الطيور احترازا عما لا يؤكل لحمه منها فإن خرأه نجس، وسنذكره صريحا في باب الانجاس. والصحيح أنه طاهر كخرء مأكول اللحم منها. ذكره في المبسوط وصحح قاضيخان في شرح الجامع الصغير نجاسته، وسنتكلم عليه إن شاء الله تعالى في باب الانجاس. قوله: (وبول ما

يؤكل نجس) إنما ذكرها هنا وإن كان محلها باب الانجاس لبيان أنه إذا وقع في البئر نجس ماءها، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد رحمه الله: طاهر فلا ينزح الماء من وقوعه إلا إذا غلب على الماء فيخرج من أن يكون طهورا لما رواه الائمة الستة في كتبهم من حديث أنس أن ناسا من عرينة اجتووا المدينة فرخص لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأتوا إبل الصدقة ويشربوا من ألبانها وأبوالها فقتلوا الراعي واستاقوا الذود فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتي بهم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم وتركهم بالحرة يعضون الحجارة. وفي رواية مسلم: لد الحدود وتركهم في الحرة يستسقون فلا يسقون حتى ماتوا. وفي رواية متفق عليها أنهم ثمانية كذا في فتح القدير. وعرنة واد بحذاء عرفات وبتصغيرها سميت عرينة وهي قبيلة ينسب إليها العرنيون. وإنما سقطت ياء التصغير عند النسبة لما أن ياء فعيلة وفعيلة يسقطان عند النسبة قياسا مطردا فيقال حنفي ومدني وجهني وعقلي في حنيفة ومدينة وجهينة وعقيلة. كذا في المغرب وغيره. وقوله اجتووها هو بالجيم والمثناة فوق ومعناه استوخموها كما فسرها في الرواية الآخرى أي لم توافقهم وكرهوها لسقم أصابهم. قالوا: وهو مشتق من الجوى وهو داء في الجوف،. ومعنى سمر أعينهم بالراء كحلها بمسامير وفي بعض الروايات سمل باللام بمعنى فقأها
***
[٢٠٢]
وأذهب ما فيها. كذا ذكر النووي في شرح مسلم من القصاص ولهما قوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا من البول فإن عامة عذاب القبر منه أخرجه الحاكم من حديث أبي هريرة وقال صحيح على شرط الشيخين ولا أعرف له علة. كذا ذكره الزيلعي المخرج، وفي معراج الدراية: وفي بعض نسخ الاحاديث عن مكان من. وفي المغرب: وأما قولهم استنزهوا البول لحن وفي معراج الدراية: وجه مناسبة عذاب القبر مع ترك استنزاه البول هو أن القبر أول منزل من منازل الآخرة والاستنزاه أول منزل من منازل الطهارة، والصلاة أول ما يحاسب به المرء يوم القيامة فكانت الطهارة أول ما يعذب بتركها في أول منزل من منازل الآخرة، وفي غاية البيان: وجه التمسك به أن البول يشمل كل بول بعمومه وقد ألحق النبي صلى الله عليه وسلم وعيد عذاب القبر بترك استنزاه البول من غير فصل، فدل على أن بول ما يؤكل لحمه نجس لان الحلال لا يتحقق بمباشرته وعيد ا ه. وأجاب في الهداية عن حديث العرنيين بأنه عليه السلام عرف شفاءهم فيه وحيا، وزاد شارحوها كالاتقاني والكاكي جوابا آخر بأن ذلك كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ بعد أن نزلت الحدود، ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم حين ارتدوا واستاقوا الابل وليس جزاء المرتد إلا القتل، فعلم إباحة البول انتسخت كالمثلة ا ه. وذكر الاصوليون منا أن العام قبل الخصوص يوجب الحكم فيما تناوله قطعا كالخاص حتى يجوز نسخ الخاص بالعام عندنا كحديث العرنيين ورد في أبوال الابل وهو خاص نسخ بقوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا من البول لان البول عام لان اللام فيه للجنس في ضمن المشخصات فيحمل على جميعها إذ لا عهد، وحديث العرنيين متقدم لان المثلة التي تضمنتها منسوخة بالاتفاق لانها كانت في ابتداء الاسلام ا ه. وهذا كله مبني على أن قصة العرنيين تضمنت مثلة وقد صرح به في الهداية من كتاب الجهاد فقال: والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر، وأراد بالنهي المتأخر ما ذكره البيهقي عن أنس قال: ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك خطبة إلا نهى فيها عن المثلة. وقد أنكر بعضهم كون الواقع في قصتهم مثلة كما روى ابن سعد في خبرهم أنهم قطعوا يد الراعي ورجله وغرزوا الشوك في لسانه وعينه حتى مات فليس هذا بمثلة، والمثلة ما كان ابتداء على غير جزاء وقد جاء في صحيح مسلم: إنما سمل النبي صلى الله عليه وسلم أعينهم لانهم سملوا أعين الرعاء. وسيأتي بقيته في كتاب الجهاد إن شاء الله تعالى. وأما ما أجاب به
***
[٢٠٣]
قاضيخان في شرح الجامع الصغير وتبعه عليه صاحب معراج الدراية من أن الصحيح أنه أمرهم بشرب الالبان يعني دون الابوال فلا يخفى ضعفه لما علمت أن رواية شرب الابوال ثابتة في الكتب الستة والله الموفق للصواب. قوله: (لا ما لم يكن حدثا) عطف على بول أي ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا، وهذا عند أبي يوسف فالدم الذي لم يسل كما إذا أخذ بقطنة ولو كان كثيرا في نفسه والقئ

القليل إذا وقع في الماء لا ينجسه، وكذا إذا أصاب شيئا. وقال محمد: إنه نجس. كذا في كثير من الكتب. وظاهر ما في شرح الوقاية أن ظاهر الرواية عن أصحابنا الثلاثة أنه ليس بنجس، وعند محمد في غير رواية الاصول أنه نجس لانه لا أثر للسيلان في النجاسة، فإذا كان السائل نجسا فغير السائل يكون كذلك. ولنا قوله تعالى * (قل لا أجد في ما أوحي إلي محرما على طاعم يطعمه) * إلى قوله * (أو دما مسفوحا) * فغير المسفوح لا يكون محرما لا يكون نجسا والدم الذي لم يسل عن رأس الجرح دم غير مسفوح فلا يكون نجسا. فإن قيل: هذا فيما يؤكل لحمه أما فيما لا يؤكل كالآدمي فغير المسفوح حرام أيضا فلا يمكن الاستدلال بحله على طهارته قلت: لما حكم بحرمة المسفوح بقي غير المسفوح على أصله وهو الحل ويلزم سنه الطهارة، سواء كان فيما يؤكل لحمه أو لا، لاطلاق النص، ثم حرمة غير المسفوح في الآدمي بناء على حرمة لحمه وحرمة لحمه لا توجب نجاسته إذ هذه الحرمة للكرامة لا للنجاسة فغير المسفوح في الآدمي يكون على طهارته الاصلية مع كونه محرما، والفرق بين المسفوح وغيره مبني على حكمة غامضة وهي أن غير المسفوح دم انتقل عن العروق وانفصل عن النجاسات وحصل له هضم آخر في الاعضاء وصار مستعدا لان يصير عضوا فأخذ طبيعة العضو فأعطاه الشرع حكمه بخلاف دم العروق، فإذا سال عن رأس الجرح علم أنه دم انتقل من العروق في هذه الساعة وهو الدم النجس، أما إذا لم يسل علم أنه دم العضو. وهذا في الدم، أما في القئ فالقليل هو الماء الذي كان في أعالي المعدة وهي ليست محل النجاسة فحكمه حكم الريق. كذا في شرح الوقاية. وكان الاسكاف والهندواني يفتيان بقول محمد، وصحح صاحب الهداية وغيره قول أبي يوسف وقال في العناية: قول أبي يوسف أرفق خصوصا في حق أصحاب القروح وفي فتح القدير أن الوجه يساعده لانه ثبت أن الخارج بوصف النجاسة حدث وأن هذا الوصف قبل الخروج لا يثبت شرعا وإلا لم يحصل للانسان طهارة فلزم أن ما ليس حدثا لم يعتبر خارجا شرعا وما لم يعتبر خارجا شرعا لم يعتبر نجسا ا ه. وذكر في السراج الوهاج أن الفتوى على قول أبي يوسف فيما إذا أصاب الجامدات كالثياب والابدان، وعلى قول محمد فيما إذا أصاب المائعات كالماء
***
[٢٠٤]
وغيره اه. وفي معراج الدراية: ثم قوله ما لا يكون حدثا إلى آخره لا ينعكس فلا يقال ما لا يكون نجسا لا يكون حدثا فإن النوم والجنون والاغماء وغيرها حدث وليست بنجسة ا ه. لكن قد يقال إنه مطرد منعكس لان المراد ما يخرج من بدن الانسان وليس بحدث لا يكون نجسا، وكذا ما يخرج من البدن وليس بنجس لا يكون حدثا، وأما النوم ونحوه فلم يدخل في العكس في قولنا ما لا يكون نجسا لا يكون حدثا، لانه ليس بخارج من بدن الانسان. قوله: (ولا يشرب أصلا) أي بول ما يؤكل لحمه لا يشرب أصلا لا للتداوي ولا لغيره، وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يجوز للتداوي لانه لما ورد الحديث به في قصة العرنيين جاز التداوي به إن كان نجسا. وقال محمد: يجوز شربه مطلقا للتداوي وغيره لطهارته عنده. ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أنه نجس والتداوي بالطاهر المحرم كلبن الاتان لا يجوز فما ظنك بالنجس، ولان الحرمة ثابتة فلا يعرض عنها إلا بتيقن الشفاء، وتأويل ما روي في قصة العرنيين أنه عليه السلام عر ف شفاءهم فيه وحيا ولم يوجد تيقن شفاء غيرهم لان المرجع فيه الاطباء، وقولهم ليس بحجة قطعية، وجاز أن يكون شفاء قوم دون قوم لاختلاف الامزجة حتى لو تعين الحرام مدفعا للهلاك الآن يحل كالميتة والخمر عند الضرورة، ولانه عليه السلام علم موتهم مرتدين وحيا، ولا يبعد أن يكون شفاء الكافرين في نجس دون المؤمنين بدليل قوله تعالى * (الخبيثات للخبيثين) * (النور: ٢٦) وبدليل ما روى البخاري عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه عليه السلام قال إن الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم (١) فاستفيد من كاف الخطاب أن الحكم مختصر بالمؤمنين. هذا وقد وقع الاختلاف بين مشايخنا في التداوي بالمحرم، ففي النهاية عن الذخيرة الاستشفاء بالحرام يجوز إذا علم أن فيه شفاء ولم يعلم دواء آخر ا ه. وفي فتاوى قاضيخان معزيا إلى نصر بن سلام: معنى قوله عليه السلام إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم إنما قال ذلك في الاشياء التي لا يكون فيها شفاء. فأما إذا كان فيها شفاء فلا بأس به. ألا ترى أن العطشان يحل له شرب الخمر للضرورة ا ه. وكذا اختار صاحب الهداية في التجنيس فقال: إذا سال الدم من أنف إنسان يكتب فاتحة الكتاب بالدم على
***
[٢٠٥]

جبهته وأنفه يجوز ذلك للاستشفاء والمعالجة، ولو كتب بالبول إن علم أن فيه شفاء لا بأس بذلك لكن لم ينقل وهذا لان الحرمة ساقطة عند الاستشفاء ألا ترى أن العطشان يجوز له شرب الخمر والجائع يحل له أكل الميتة ا ه. وسيأتي لهذا زيادة بيان في باب الكراهية إن شاء الله تعالى. قال في التبيين: وقول محمد مشكل لان كثيرا من الطاهر لا يجوز شربه، وقول أبي يوسف أشد إشكالا ا ه. وقد يقال إنه لا إشكال فيه أصلا لانه قال بنجاسته عملا بحديث استنزهوا من البول وقال بجواز شربه للتداوي عملا بحديث العرنيين. قوله: (وعشرون دلوا وسطا بموت نحو فأرة) قال في التبيين: أي ينزح عشرون إذا ماتت فيها فأرة ونحوها. وقوله عشرون معطوف على البئر وفيه إشكال وهو أنه يصير معناه تنزح البئر وعشرون دلوا وأربعون وكله فيفسد المعنى لانه يقتضي نزح البئر وعشرين دلوا وليس هذا بمراد، وإنما المراد أن تنزح البئر إذ وقع فيها نجس. ثم ذلك النجس ينقسم إلى ثلاثة أقسام: منه ما يوجب نزح عشرين، ومنه ما يوجب نزح أربعين، ومنه ما يوجب نزح الجميع. وليس نزح البئر مغايرا لهذه الثلاث حتى يعطف عليها وإنما هو تفسير وتقسيم لذلك النزح المبهم، وليس هذا من باب عطف البعض على الكل لا يقال إنه أراد بالاول ما يوجب الجميع وبالمعطوف ما يوجب نزح البعض لانه ذكر بعد ذلك ما يوجب نزح الجميع أيضا، فلو كان مراده الجميع لما ذكر ثانيا لكونه تكرارا محضا، ولان الاول لا يجوز أن يحمل على نوع من هذه الانواع الثلاثة لعدم الاولوية فبقي على إطلاقه. إلى هنا كلام الزيلعي رحمه الله وأقول: لا حاجة إلى هذه الاطالة مع إمكان حمل كلامه على وجه صحيح، فإن قوله عشرون معطوف على البئر بمعنى ماء البئر كما تقدم والواو فيه كبقية المعطوفات بمعنى أو والتقدير ينزح ماء البئر كله بوقوع نجس غير حيوان، أو ينزح عشرون دلوا من ماء البئر بموت نحو فأرة، أو أربعون منه بنحو دجاجة، أو كله بنحو شاة إلى آخره، وبهذا علم أن قوله وتنزح البئر بوقوع نجس ليس مبهما بل المراد منه نجس غير حيوان، واندفع به ما ذكره من لزوم التكرار لو أريد بالاول نزح الجميع فإنه أريد بالاول نزح الجميع لوقوع غير حيوان، وأريد بالثاني نزح الجميع لوقوع حيوان مخصوص فلا تكرار. وقوله ولان الاول لا يجوز أن يحمل إلى آخره سلمناه لكن يمنع قوله فبقين على إطلاقه لانه لا يلزم من انتفاء جواز حمله على الانواع الثلاث بقاؤه مطلقا لجواز حمله على نوع رابع غير الثلاثة كما حملناه

***

[٢٠٦]

على النجس الذي ليس حيوانا وهو ليس واحدا من الانواع. واعلم أنه لا فرق بين أن تموت الفأرة في البئر أو خارجها وتلقى فيها وكذا سائر الحيوانات إلا الميت الذي تجوز الصلاة عليه كالمسلم المغسول أو الشهيد. نعم في خزانة الفتاوى: والفأرة اليابسة لا تنجس الماء لان اليبس دباغة ا ه. ولا يخفى ضعفه لانا قدمنا أن ما لا يحتمل الدباغة لا يطهر وأن اليبس ليس بدباغة، ويدل عليه ما في الذخيرة أن الفأرة الميتة إذا كانت يابسة وهي في الخابية وجعل في الخابية الزيت فظهر ت على رأس الخابية فالزيت نجس ا ه. ثم اعلم أن الواقع في البئر إما نجاسة أو حيوان وحكم النجاسة قد تقدم في قوله وتنزح البئر بوقوع نجس على ما أسلفناه، والحيوان إما آدمي أو غيره، وغير الآدمي إما نجس العين أو غيره. وغير نجس العين إما مأكول اللحم أو غيره. والكل إما أن أخرج حيا أو ميتا والميت إما منتفخ أو غيره. فالآدمي إذا خرج حيا ولم يكن في بدنه نجاسة حقيقية أو حكمية وكان مستنجيا لم يفسد الماء وإن كان مسلما جنبا أو محدثا فانغمس بنية الغسل أو لطلب الدلو فقد تقدم حكمه، وإن كان كافرا روي عن أبي حنيفة أنه ينزح ماؤها لان بدنه لا يخلو عن نجاسة حقيقة أو حكما، وإن أخرج ميتا وكان مسلما وقع بعد الغسل لم يفسد الماء وإن كان قبله فسد، والكافر يفسد قبل الغسل وبعده وغير الآدمي إن كان نجس العين كالخنزير والكلب على القول بأنه نجس العين نجس البئر، مات أو لم يمت، أصاب الماء فمه أو لم يصب. وعلى القول بأن الكلب ليس بنجس العين لا ينجسه إذا لم يصل فمه إلى الماء وهو الاصح، وقيل دبره منقلب إلى الخارج فلهذا يفسد الماء بخلاف غيره من الحيوانات. وأما سائر الحيوانات فإن علم ببدنه نجاسة تنجس الماء وإن لم يصل فمه إلى الماء، وقيدنا بالعلم لانهم قالوا في البقر ونحوه يخرج ولا يجب نزح شئ وإن كان الظاهر اشتمال بولها على أفخاذها لكن يحتمل طهارتها بأن سقطت عقب دخولها ماء كثيرا. هذا مع أن الاصل الطهارة، وإن لم يعلم ولم يصل فمه إلى الماء، فإن كان مما يؤكل لحمه فلا يوجب التنجيس أصلا، وإن كان مما لا يؤكل لحمه من السباع والطيور ففيه اختلاف المشايخ والاصح عدم التنجيس، وكذلك في الحمار والبغل والصحيح أنه لا يصير الماء مشكوكا فيه، وقيل ينزح ماء البئر كله. وإن وصل لعابه فحكم الماء حكمه

***
[٢٠٧]
فيجب نزح الجميع إذا وصلعاب البغل أو الحمار إلى الماء. كذا في فتاوى قاضيخان وغيرها. لكن في المحيط: ولو وقع سؤر الحمار في الماء يجوز التوضؤ به ما لم يغلب عليه لانه طاهر غير طهور كالماء المستعمل عند محمد ا ه. وظاهر كلام صاحب الهداية في التجنيس أن معنى قولهم يجب نزح الجميع أنه لا لاجل النجاسة بل لانه كان غير طهور، ولا يجب النزاح إذا وقع في البئر ما يكره سؤره ووصل لعابه إلى الماء، لكن في فتاوى قاضيخان ينزح منها دلاء عشرة أو أكثر احتياطا وثقة. وفي التبيين: يستحب نزح الماء كله. ولا يخفى ما فيه. وهذا كله إذا خرج حيا، فإن مات وانتفخ أو تفسخ فالواجب نزح الجميع في الجميع، وإن لم ينتفخ ولم يتفسخ فالمذكور في ظاهر الرواية أنه على ثلاث مراتب كما دل عليه كلام المصنف والقدوري وصاحب الهداية وغيرهم. ففي الفأرة ونحوها عشرون أو ثلاثون، وفي الدجاجة ونحوها أربعون أو خمسون أو ستون، وفي الشاة ونحوها ينزح ماء البئر كله، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة جعله على خمس مراتب ففي الحلمة واحد الحلم وهي القراد الضخم العظيم والفأرة الصغيرة عشر دلاء، وفي الفارة الكبيرة عشرون، وفي الحمامة ثلاثون، وفي الدجاجة أربعون، وفي الآدمي ماء البئر كله، وقد قدمنا أن مسائل الآبار مبنية على اتباع الآثار فذكر مشايخنا في كتبهم آثارا: الاول عن أنس رضي الله عنه أنه قال في الفأرة ماتت في البئر وأخرجت من ساعتها ينزح منها عشرون دلوا. الثاني عن أبي سعيد الخدري أنه قال في الدجاجة إذا ماتت في البئر ينزح منها أربعون دلوا. قال في الغاية: لم يذكر أحد من أهل الحديث فيما علمته حديث أنس
***
[٢٠٨]
وإنما ذكره أصحابنا في كتب الفقه على عادتهم، وفي فتح القدير: ذكر مشايخنا ما أنس والخدري غير أن قصور نظرنا أخفاه عنا. وقال الشيخ علاء الدين: إن الطحاوي رواهما من طرق وتعقبه تلميذه الامام الزيلعي المخرج بأني لم أجدها في شرح الآثار للطحاوي ولكنه أخرج عن حماد بن أبي سليمان أنه قال في دجاجة وقعت في البئر فماتت قال: ينزح منها قدر أربعين دلوا أو خمسين. وأجاب عنه المحقق السراج الهندي بأنه يجوز أن يكون الطحاوي ذكرهما في كتاب اختلاف العلماء له أو في أحكام القرآن له أو في كتاب آخر، ولا يلزم من عدم الوجدان في الآثار عدم الوجود مطلقا. الثالث حديث الزنجي في بئر زمزم وسنتكلم عليه إن شاء الله تعالى واختلف في تفسير الدلو الوسط فقيل هي الدلو المستعمل في كل بلد، وقيل المعتبر في كل بئر دلوها لان السلف لما أطلقوا انصرف إلى المعتاد، واختاره في المحيط والاختيار والهداية وغيرها وهو ظاهر الرواية لانه مذكور في الكافي للحاكم. وقيل ما يسع صاعا وهو ثمانية أرطال، وقيل عشرة ارطال، وقيل غير ذلك. والذي يظهر أن البئر إما أن يكون لها دلو أو لا، فإن كان لها دلوا اعتبر به وإلا اتخذ لها دلو يسع صاعا وهو ظاهر ما في الخلاصة وشرح الطحاوي والسراج الوهاج، وحينئذ فينبغي أن يحمل قول من قدر الدلو على ما إذا لم يكن للبئر دلو كما لا يخفى، فلو نزح القدر الواجب فيها بحسب دلوها أو دلوهم بدلو واحد كبير أجزأ وحكم بطهارتها وهو ظاهر المذهب، وكان الحسن بن زياد يقول: لا تطهر إلا بنزح الدلاء المقدرة الواجبة لان عند تكرار النزح ينبع الماء من أسفله ويؤخذ من أعلاه فيكون كالجاري وهذ لا يحصل بدلو واحد، وإن كان عظيما، كذا في البدائع ونقله في التبيين والنهاية عن زفر. قلنا: قد حصل المقصود وهو إخراج القدر الواجب
***
[٢٠٩]
واعتبار معنى الجريان ساقط ولهذا لا يشترط التوالي في النزح حتى لو نزح في كل يوم دلو جاز، ويتفرع على عدم اشتراط التوالي أنه إذا نزح البعض ثم ازداد في الغد، وقيل ينزح كله، وقيل مقدار البقية. هذا مع أن في اشتراط التوالي خلافا نقله في معراج الدراية لكن المختار عدم اشتراطه، وأنه إذا ازداد في اليوم الثاني لا ينزح إلا ما بقي. إليه أشار في الخلاصة. وأشار المصنف رحمه الله بقوله بموت نحو فارة إلى أن ما يعادل الفأرة في الجثة حكمه حكمها وأورد عليه سؤالا وجوابا في المستصفى فقال: فإن قيل قد مر أن مسائل الآبار مبنية على اتباع الآثار والنص ورد في الفارة والدجاجة والآدمي وقد قيس ما عادلها بها قلنا: بعد ما استحكم هذا الاصل صار كالذي ثبت على وقف القياس في حق التفريع عليه كما في الاجارة وسائر العقود التي يأبى القياس جوازها ا ه. ولا يخفى ما فيه

فإنه ظاهر في أن للرأي مدخلا في بعض مسائل الآبار وليس كذلك فالاولى أن يقال: إن هذا إلحاق بطريق الدلالة لا بالقياس كما اختاره في معراج الدراية. قوله: (وأربعون بنحو حمامة) أي ينزح أربعون دلوا وسطا بموت نحو حمامة وقد تقدم دليله قريبا، وقد ذكر المصنف في هذين النوعين القدر الواجب ولم يذكر المستحب ولم يتعرض له الشارح الزيلعي أيضا، والمذكور في غيرهما أن المستحب في نحو الفأرة عشرة، وفي نحو الدجاجة اختلف كلام محمد في الاصل والجامع الصغير، ففي الاصل ما يفيد أن المستحب عشرون، وفي الجامع الصغير عشرة. قال في الهداية: وهو الاظهر. وعلل له في غاية البيان بأن الجامع الصغير صنف بعد الاصل فأفاد أن الظهور من جهة الرواية لا من جهة الدراية. وقد يقال من جهة الدراية إن الذي يضعف بسبب كبر الحيوان، إنما هو الواجب لا المستحب. واعلم أن القدر المستحب المذكور لم يصرح به في ظاهر الرواية وإنما فهمه بعض المشايخ من عبارة محمد رحمه الله حيث قال: ينزح في الفارة عشرون أو ثلاثون، وفي الهرة أربعون أو خمسون فلم يرد به التخيير، بل أراد به بيان الواجب والمستحب، وليس هذا الفهم بلازم بل يحتمل أنه إنما قال ذلك لاختلاف الحيوانات في الصغر والكبر ففي الصغير ينزح الاقل، وفي الكبير ينزح الاكثر. وقد اختار هذا بعضهم كما نقله في البدائع، ولعل هذا هو

***

[٢١٠]

سبب ترك التعرض للمستحب في الكتاب، ثم هذا إذا كان الواقع واحدا، فأما إذا تعدد فالفأرتان إذا لم يكونا كهيئة الدجاجة كفارة واحدة إجماعا، وكذا إذا كانا كهيئة الدجاجة إلا فيما روي عن محمد أنه ينزح منها أربعون، والهرتان كالشاة إجماعا. وجعل أبو يوسف الثلاث والاربع كفارة واحدة، والخمسة كالهرة إلى التسع، والعشرة كالكلب. وقال محمد: الثلاث كالهرة، والست كالكلب، ولم يوجد التصحيح في كثير من الكتب لكن في المبسوط أن ظاهر الرواية أن الثلاث كالهرة فيفيد أن الست كالكلب، وبه يترجح قول محمد وما كان بين الفأرة والهرة فحكمه حكم الفارة، وما كان بين الهرة والكلب فحكمه حكم الهرة. وهكذا يكون حكم الاصغر والهرة مع الفأرة كالهرة ويدخل الاقل في الاكثر. كذا في التجنيس وغيره. وظاهره يخالف قول من قال إن الفارة إذا كانت هاربة من الهرة فوقعت في البئر وماتت ينزح جميع الماء لانها تبول غالبا فإن على هذا القول يجب نزح الجميع في الهرة مع الفأرة لانها تبول خوفا، قد جزم به جماعة لكن قال في المجتبى: وقيل بخلافه وعليه الفتوى ا ه. ولعل وجهه أن في ثبوت كونها بالت شكا فلا يثبت بالشك. قوله: (وكله بنحو شاة) أي ينزح ماء البئر كله بموت ما عادل الشاة في الجثة كالآدمي والكلب، طاهرا كان أو نجسا، لان ابن عباس وابن الزبير أفتيا بنزح الماء كله حين مات زنجي في بئر زمزم كما رواه ابن سيرين وعطاء وعمر وبن دينار وقتادة وأبو الطفيل، أما رواية ابن سيرين فأخرجها الدارقطني في سننه بإسناده عن محمد بن سيرين أن زنجيا مات في زمزم فأمر به ابن عباس فأخرج وأمر بها أن تنزح قال: فغلبتهم عين جاءت من الركن قال فأمر بها فسدت بالقباطي والمطارف حتى نزحوها، فلما نزحوها انفجرت عليهم. والقباطي جميع قبطية وهو ثوب من ثياب مصر رقيقة بيضاء وكأنه منسوب إلى القبط وهم أهل مصر،

***

[٢١١]

والمطارف أردية من خز مربعة لها أعلام، مفردها مطرف بكسر الميم وضمها. وأما رواية عطاء فرواها ابن أبي شيبه في مصنفه والطحاوي في شرح الآثار أن حبشيا وقع في بئر زمزم فمات فأمر ابن الزبير فنزح ماؤها فجعل الماء لا ينقطع فنظر فإذا عين تجري من قبل الحجر الاسود فقال ابن الزبير: حسبكم. وأما رواية عمرو بن دينار فرواها البيهقي والآمر فيها بالنزح ابن عباس، وأما رواية قتادة فرواها ابن أبي شيبة في مصنفة والآمر ابن عباس. وأما رواية أبي الطفيل فرواها البيهقي والآمر ابن عباس. فإن قالوا رواية ابن سيرين مرسلة لانه لم يلق ابن عباس بل سمعها من عكرمة وكذا قتادة لم يلق ابن عباس، وأما رواية ابن دينار ففيها ابن لهيعة ولا يحتج به، وأما رواية أبي الطفيل ففيها جابر الجعفي ولا يحتج به، وأما عطاء فهو وإن سمع من ابن الزبير بلا خلاف لكن وجد ما يضعف روايته وهو ما رواه البيهقي عن سفيان بن عيينة أنه قال: إنا بمكة منذ سبعين سنة لم أر صغيرا ولا كبيرا يعرف حديث الزنجي الذي قالوا إنه وقع في بئر زمزم، ولا سمعت أحدا يقول نزحت زمزم. ثم أسند عن الشافعي أنه قا: لا يعرف هذا عن ابن عباس، وكيف يروي ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم الماء لا ينجسه شئ ويتركه؟ وإن كان قد فعل فلنجاسة ظهرت على وجه الماء أو نزحها للتنظيف لا

للنجاسة فإن زمزم للشرب. فالجواب أن ابن سيرين لما أرسل عن ابن عباس وكان الواسطة بينهما ثقة وهو عكرمة كان الحديث صحيحا محتجا به، وفي التمهيد لابن عبد البر مراسيل ابن سيرين عندهم حجة صحاح كمراسيل سعيد بن المسيب. وأما الجعفي فقد وثقه الثوري وشعبة واحتمله الناس ورووا عنه ولم يختلف أحد في الرواية عنه، ورواه الطحاوي عنه أيضا، وأما ابن لهيعة قال ابن عدي: هو حسن الحديث يكتب حديثه وقد حدث عنه الثقات الثوري وشعبة وعمرو بن الحارث والليث ابن سعد. وأما عدم علم سفيان والشافعي فلا يصلح دليلا، في دين الله تعالى والاثبات مقدم على النفي، فإن لم يعرفا فقد عرف غيرهما ممن ذكرناه من الاعلام الائمة وإثباتهم مقدم على نفي غيرهم مع أن بينهما وبين ذلك الوقت قريبا من مائة وخمسين سنة. وأما رواية ابن عباس الماء لا ينجسه شئ فيجوز أن يكون وقع عنده دليل أوجب تخصيصه فإن روايته كعلم المخالف به فكما قال الشافعي رحمه الله بتنجيس ما دون القلتين بدون تغير لدليل آخر وقع عنده أوجب تخصيص هذا الحديث لا يستبعد مثله لابن عباس. وأما تجويز كون النزح لنجاسة ظهرت أو للتنظيف فمخالف لظاهر الكلام لان الظاهر من قول القائل مات فأمر بنزحها أنه للموت لا لنجاسة أخرى كقولهم زنى فرجم وسها فسجد وسرق فقطع على أن عندهم لا ينزح أيضا للنجاسة، ولو كان للتنظيف لم يأمر بنزحها ولم يبالغوا هذه المبالغة العظيمة من سد العين. وقول النووي كيف يصل هذا
***
[٢١٢]
الخبر إلى أهل الكوفة ويجهله أهل مكة وسفيان بن عيينة كبير أهل مكة استبعاد بعد وضوح الطريق ومعارض بأن جمهور الصحابة كعلي وأصحابه وابن مسعود وأصحابه وأبي موسى الاشعري وأصحابه وابن عباس وجماعة من أصحابه وسلمان الفارسي وعامة أصحابه والتابعين انتقلوا إلى الكوفة والبصرة ولم يبق بمكة إلا القليل، وانتشروا في البلاد للجهاد والولايات وسمع الناس منهم، وانتشر العلم في جميع البلاد الاسلامية منهم حتى قال العجلي في تاريخه: نزل الكوفة ألف وخمسمائة من الصحابة، ونزل قرقيسا ست مائة، فيجوز أن يعرف أهل الكوفة أكثر من أهل مكة ولا ينكر هذا إلا مكابر، وما ذكره أيضا مخالف لقول إمامه فقد حكى ابن عساكر عن الشافعي أنه قال لاحمد: أنتم أعلم بالاخبار الصحاح منا فإذا كان خبر صحيح فأعلموني حتى أذهب إليه، كوفيا كان أو بصريا أو شاميا، فهلا قال: كيف يصل إلى أهل الكوفة والبصرة والشام ويجهله أهل مكة والمدينة مع أن الغالب أن البئر إذا نزحت لا يحضرها أهل البلد ولا أكثرهم وإنما يحضر من له بصارة أو من يستعان به. قوله: (وانتفاخ حيوان أو تفسخه) أي ينزح ماء البئر كله لاجل انتفاخ الحيوان الواقع فيها أو تفسخه مطلقا، صغر الحيوان أو كبر كالفارة والآدمي والفيل لانتشار البلة في أجزاء الماء لان عند انتفاخه تنفصل بلته وهي نجسه مائعة فصارت كقطرة من خمر، ولهذا لو وقع ذنب فارة بنزح الماء كله لان موضع القطع منه لا ينفك عن نجاسة بخلاف ما لو أخرجت قبل الانتفاخ لان شيئا من أجزائها لم يبق في الماء بعد إخراجها والانتفاخ أن تتلاشى أعضاؤه والتفسخ أن تتفرق عضوا عضوا، وكذا إذا تمعط شعره فهو كالمنتفخ. قال في السراج الوهاج: فإن جعل على موضع القطع شمعة لم يجب إلا ما يجب على الفأرة ا ه. فروع: لا يفيد النزح قبل إخراج الواقع لانه سبب النجاسة ومع بقائها لا يمكن الحكم بالطهارة إلا إذا تعذر إخراجه وكان مستنجسا كما قدمناه، وإذا لم يوجد في البئر القدر الواجب نزح ما فيها فإذا جاء الماء بعده لا ينزح منه شئ، لو غار الماء قبل النزح ثم عاد يعود نجسا لانه لم يوجد المطهر. وإن صلى رجل في قعرها وقد جفت تجزئه. كذا في التجنيس لكن اختار في فتح القدير أنه لا يعود نجسا، وصرح في باب الانجاس بأن فيه روايتين كنظائره والاصح عدم العود لانه بمنزلة النزح. كذا في المعراج وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى، لكن إنما يكون الاصح عدم العود فيما إذا جف أسفله، أما إذا غار ولم يجف أسفله فالاصح العود كما أفاده السراج الوهاج. وإذا طهرت البئر يطهر الدلو والرشا والبكرة ونواحي البئر ويد المستقي لان نجاسة هذه الاشياء بنجاسة البئر فتطهر بطهارتها للحرج كدن الخمر يطهر تبعا إذا صار خلا، وكيد المستنجي تطهر بطهارة المحل، وكعروة الابريق إذا كان في يده نجاسة رطبة فجعل يده عليها كلما صب على اليد فإذا غسل اليد ثلاثا طهرت العروة بطهارة اليد، ولو سال النجس على الآخر ثم وصل إلى الماء فنزحها طهارة للكل، وقيل الدلو طاهر في حق هذه البئر لا
***
[٢١٣]

غيرها كدم الشهيد طاهر في حق نفسه، ولا يجب نزح الطين في شئ من الصور لان الآثار إنما وردت بنزح الماء، وفي المجتبى: وكلما نزح من البئر شئ طهر من الدلو بقدره وليتأمل فيه. وفي فتاوى قاضيخان: ولا يطين المسجد بطين البئر التي نزحت احتياطا. ثم نجاسة البئر بعد إخراج الفارة وغيرها غليظة، ثم بقدر ما ينزح تخف، فلو صب الدلو الاول من بئر وجب فيها نزح عشرين في بئر طاهرة ينزح من الثانية عشرون، ولو صب الثاني ينزح تسعة عشر وكذا الثالث على هذا، ولو صب الدلو الآخير ينزح دلو مثله، والاصل في هذا أن البئر الثانية تطهر بما تطهر به الاولى. ولو أخرجت الفارة وألقيت في بئر طاهرة وصب أيضا فيها عشرون من الاولى يجب إخراج الفأرة ونزح عشرين دلوا لان الاولى تطهر به فكذا الثانية، ولو صب الدلو العاشرة في بئر طاهرة ينزح منها عشردلاء في رواية أبي سليمان، وفي رواية أبي حفص إحدى عشرة وهو الاصح. قال الاسبيجابي: ووفق بين الروايتين فالاولى سوى المصبوب والثانية مع المصبوب فلا خلاف. ولو صب ماء بئر نجسة في بئر آخر وهي نجسة أيضا ينظر بين المصبوب وبين الواجب فيها فأيهما كان أكثر أغنى عن الاقل، فإن استويا فنزح أحدهما يكفي. مثاله بئران ماتت في كل منهما رفاة فنزح من إحداهما عشرة مثلا وصب في الاخرى ينزح عشرون ولو صب دلو واحد فكذلك، ولو ماتت فأرة في بئر ثالثة فصب من إحدى البئرين عشرون ومن الاخرى عشرة ينزح ثلاثون، ولو صب فيها من كل عشرون نزح أربعون، وينبغي أن ينزح المصبوب، ثم الواجب فيها على رواية أبي حفص، ولو نزح دلو من الاربعين وصب في العشرين ينزح الاربعون لانه لو صب في بئر طاهرة ينزح كذلك فكذا هذا. وهذا كله قول محمد، وعن أبي يوسف روايتان في رواية ينزح جميع الماء، وفي رواية ينزح الواجب والمصبوب جميعا فقيل له: إن محمدا روى عنك الاكثر فأنكر.. وكذا قال أبو يوسف في بئرين وقع في كل منهما سنور فنزح من إحداهما دلو وصب في الاخرى ينزح ماؤها كله على الرواية الاولى لان الدلو الذي نزح أخذ حكم النجاسة، ولهذا لو أصاب الثوب نجسه ويجب غسله فصار كما إذا وقع في البئر نجاسة أخرى، واقتصر على هذه الرواية في التجنيس. ودفعه في فتح القدير بأن هذا إنما يظهر وجهه في المسألة السابقة وهي ما إذا كان المصبوب فيها طاهرة، أما إذا كانت نجسة فلا، لان أثر نجاسة هذا الدلو إنما يظهر فيما إذا ورد على طاهر وقد ورد هنا على نجس فلا يظهر أثر نجاسته فتبقى الموردة على ما كانت فتطهر بإخراج القدر الواجب. وجه دفعه عن المسألة
***
[٢١٤]
السابقة ما في المبسوط من أنا نتيقن أنه ليس في هذا البئر إلا نجاسة فأرة ونجاسة فارة يطهرها عشرون دلوا ا ه‍. وفي المحيط معزيا إلى النوادر: فإن ماتت في حب فاريق الماء في البئر قال محمد: ينزح الاكثر من المصبوبة ومن عشرين دلوا وهو الاصح لان الفارة لو وقعت فيها ينزح عشرون، فكذا إذا صب فيها ما وقع فيه إلا إذا زاد المصبوب على ذلك فتنزح الزيادة مع العشرين. وقال أبو يوسف: ينزح المصبوب وعشرون دلوا لانه يصير بمنزلة ما لو وقعت الفارتان في البئر يجب نزحهما ونزح عشرين دلوا كذا هذا. وفي الكافي والمستصفى والبدائع: إن الفارة إذا وقعت في الحب - بالحاء المهملة - يهراق الماء كله ولم يعلل له. ووجهه أن الاكتفاء بنزح البعض مخصوص بالآبار ثبت بالآثار على خلاف القياس فلا يلحق به غيره، فعلى هذا إذا وقعت الفارة في الصهريج أو الفسقية ولم يكونا عشرا في عشر فإن الماء كله يهراق كما لا يخفى، ولا يحكم بطهارة البئر ما لم ينفصل الدلو الاخير عن رأس البئر عندهما لان حكم الدلو حكم المتصل بالماء والبئر. وعن، محمد يطهر بالانفصال عن الماء ولا اعتبار بما يتقاطر للضرورة. وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا انفصل الدلو الاخير عن الماء ولم ينفصل عن رأس البئر واستبقى من مائها رجل ثم أعاد الدلو، فعندهما الماء المأخوذ قبل العود نجس، وعنده طاهر. كذا في التبيين. وظاهره أن عود الدلو قيد وليس كذلك بل الماء المأخوذ قبل الانفصال عن رأس البئر نجس عندهما مطلقا، عاد الدلو أو لا، ولهذا لم يذكر هذا القيد في فتح القدير ومعراج الدراية والمحيط وكثير من الكتب فكان زائدا. وفي البدائع لم يذكر في ظاهر الرواية قول أبي حنيفة وإنما ذكره الحاكم. وفي التجنيس: إذا نزح الماء النجس من البئر يكره أن يبل به الطين ويطين به المسجد أو أرضه لنجاسته بخلاف السرقين إذا جعله في الطين لان في ذلك ضرورة لانه لا يتهيأ إلا بذلك ا ه‍. والبعد بين البالوعة والبئر المانع من وصول النجاسة إلى البئر خمسة أذرع في رواية أبي سليمان، وسبعة في رواية أبي حفص. وقال
***
[٢١٥]
الحلواني: المعتبر الطعم أو اللون أو الريح فإن ليتغير جاز وإلا فلا، ولو كان عشرة أذرع. قال في الخلاصة وفتاوى قاضيخان: والتعويل

عليه، وصححه في المحيط. وإن ماتت الفارة في غير الماء فإن كان مائعا تنجس جميعه وجاز استعماله في غير الابدان. كذا قالوا. وينبغي أن لا يستصبح به في المساجد لكونه ممنوعا عن إدخال النجاسة المسجد، وتجوز بيعه وللمشتري الخيار إن لم يعلم به. وإن كان جامدا ألقيت الفارة وما حولها وكان الباقي طاهرا أو جاز الانتفاع بما حولها في غير الابدان، وفي المبسوط: وحد الجمود والذوب أنه إذا كان بحال لوقور ذلك الموضع لا يستوي من ساعته فهو جامد، وإن كان يستوي من ساعته فهو ذائب. وذكر الاسبيجابي أن الجلد إذا دبغ بذلك السمن يغسل الجلد بالماء ويطهر والمتشرب فيه معفو عنه، ولمن اشتراه الخيار إن لم يعلم به. وفي السراج الوهاج: وإن ماتت الفارة في الخمر فصار خلا قال بعضهم: الخل مباح، وقيل لا يحل شربه، وقيل إذا لم تتفسخ فيه جاز وإن تفسخت لم يجز لانه قد صار فيه جزء ومنها، وهذا القول أحسن. وهذا إذا استخرجت منه قبل أن يصير خلا، أما إذا صار خلا والفارة فيه لا يحل شربه، سواء كانت متفسخة أو لا لانه نجس ا ه. وفي المحيط والتنجيس: بالوعة حفروها وجعلوها بئر ماء، فإن حفروها مقدار ما وصلت إليه النجاسة فالماء طاهر وجوانبها نجسة، وإن حفروها أوسع من الاول طهر الماء والبئر كله ا ه. وذكر الولوالجي: ولو نزح ماء بئر رجل بغير إذنه حتى يبست لا شئ عليه لان صاحب البئر غير مالك للماء، ولو صب ماء رجل كان في الحب يقال له إملا الاناء لان صاحب الحب مالك للماء وهو من ذوات الامثال فيضمن مثله. وفي الخلاصة: والاوز كالدجاج إن كان صغيرا، وإن كان كبيرا فهو كالجمل العظيم ينزح كل الماء. وفي فتح القدير: ولو تنجست بئر فأجرى ماؤها بأن حفر لها منفذ فصار الماء يخرج منه حتى خرج بعضه طهرت لوجود سبب الطهارة وهو جريان الماء وصار كالحوض إذا تنجس فأجرى فيه الماء حتى خرج بعضه وقد ذكرناه ا ه.

***

[٢١٦]

قوله: (ومائتان لو لم يكن نزحها) أي ينزح مائتا دلو إن كانت البئر معينة لا يمكن نزحها بسبب أنهما كلما نزحوا نبع من أسفله مثل ما نزحوا أو أكثر. وقد اختلفت الروايات فيها فما في الكتاب مروي عن محمد قالوا إنما أفتى به بناء على ما شاهد في بغداد لان الغالب ماء آبارها كان لا يزيد على ثلثمائة، وروي عن أبي حنيفة التقدير بمائة دلو قالوا: أفتى بذلك بناء على قلة المياه في آبار الكوفة. وفي الهداية: وعن أبي حنيفة في الجامع الصغير في مثله ينزح حتى يغلبهم الماء ولم يقدر الغلبة بشئ كما هو دأبه في مثله ا ه. وإنما لم يقدرها لانها متفاوتة والنزح إلى أن يظهر العجز أمر صحيح في الشرع لان الطاعة بحسب الطاقة. وقيل: على قول أبي حنيفة يجب قدر ما يغلب على ظنهم أنه جميع الماء عند ابتداء النزح والاصح تفسير الغلبة بالعجز. كذا ذكر قاضيخان. وعن أبي يوسف وجهان: أحدهما أن تحفر حفيرة عمقها ودورها مثل موضع الماء منها وتجصص على قول بعض المشايخ ويصب فيها، فإذا امتلات فقد نزح ماؤها. والثاني أن ترسل قصبة في الماء ويجعل علامة لمبلغ الماء ثم ينزح عشر دلاء مثلا، ثم تعاد القصبة فينظركم انتقص، فإن انتقص العشر فهو مائة قالوا: ولكن هذا لا يستقيم إلا إذا كان دور البئر من أول حد الماء إلى قعر البئر متساويا، وإلا لا يلزم إذا نقص شبر بنزح عشر من أعلى الماء أن ينقص شبر بنزح مثله من أسفله. وعن أبي نصر محمد بن سلام أنه يؤتى برجلين لهما بصارة بأمر الماء، فإذا قدراه بشئ وجب نزح ذلك القدر وهو الاصح والاشبه بالفقه. وفي معراج الدراية أنه المختار لكونهما نصاب الشهادة الملزمة، واشتراط المعرفة لهما بالماء باعتبار أن الاحكام إنما تستفاد ممن له علم، أصله قول تعالى * (فاسئلوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون) * (النحل: ٤٣) وظاهر ما في النقاية الاكتفاء بواحد لانه أمر ديني فيكتفي بالواحد، لكن أكثر الكتب على الاثنين وقد صحح هذا القول جماعة واختاروه، وصحح الامام حسام الدين في شرح الجامع الصغير اعتبار الغلبة وهي العجز، وذكر أن الفتوى، على أنه يفوض إلى رأي المبتلى به. وفي الخلاصة أن الفتوى على أنه ينزح ثلثمائة، وكذا في معراج الدراية معزيا إلى فتاوى العتابي أن المختار ما عن محمد. فالحاصل أنه قد اختلف التصحيح في المسألة واختلفت الفتوى فيها، والافتاء بما عن محمد أسهل على الناس، والعمل بما عن أبي نصر أحوط، ولهذا قال في الاختيار: وما روي عن محمد أيسر على الناس لكن لا يخفى ضعفه فإنه إذا كان الحكم الشرعي نزح جميع الماء للحكم بنجاسته، فالقول بطهارة البئر بالاقتصار على نزح عدد مخصوص من الدلاء يتوقف

***

[٢١٧]

على سمعي يفيده، وأين ذلك؟ بل المأثور عن ابن عباس وابن الزبير خلافه. واختار بعض المتأخرين أن الاظهر إن أمكن سد منابع

الماء من غير عسر سدت وأخرج ما فيها من الماء، وإن عسر ذلك فإن علم أن كون محل الماء منها على منوال واحد طولا وعرضا في سائر أجزائه أرسل في الماء قصبة وعمل في ذلك بما قدمناه، وإن لم يقع العلم بذلك فإن أمكن العمل بمقداره من عدلين لهما بصارة بمياه الآبار أخذ بقولهما، وإن تعذر العلم بمقدار الماء من عدلين بصيرين بذلك نزحوا حتى يظهر لهم العجز بحسب غلبة ظنهم ا ه. وهذا تفصيل حسن للمتأمل فليكن العمل عليه. قوله (ونجسها منذ ثلاث فارة منتفخة جهل وقت وقوعها وإلا مذ يوم وليلة) أي نجس البئر منذ ثلاثة أيام بلياليها فأرة ميته منتفخة لا يدري وقت وقوعها وإن لم تكن منتفخة نجسها مذ يوم وليلة. قال المصنف في المستصفى: أي مذ ثلاث ليال إذ لو أريد به الايام لقال مذ ثلاثة لكن الليالي تنتظم ما بإزائها من الايام كما أن الايام تنتظم ما بازائها من الليالي كقوله تعالى * (أربعة أشهر وعشرا) * (البقرة: ٢٣٤) أي وعشر ليال بأيامها اه. فعلم أنه لا حاجة إلى ما ذكر الزيلعي هنا. أعلم أن البئر تنجس من وقت وقوع الحيوان الذي وجد ميتا فيها إن علم ذلك الوقت وإن لم يعلم فقد صار الماء مشكوكا في طهاته ونجاسته، فإذا توضؤوا منها وهم متوضؤون أو غسلوا ثيابهم من غير نجاسة فإنهم لا يعيدون إجماعا لان الطهارة لا تبطل
***

[٢١٨]
بالشك، وإن توضؤوا منها وهم محدثون أو اغتسلوا من جنابة أو غسلوا ثيابهم عن نجاسة ففي الثالث لا يعيدون وإنما يلزمهم غسلها على الصحيح، ويحكم بنجاستها في الحال من غير اسناد لانه من باب وجود النجاسة في الثوب. ومن وجد في ثوبه نجاسة أكثر من قدر الدرهم ولم يدر متى أصابته لا يعيد شيئا من صلاته بالاتفاق وهو الصحيح. كذا في المحيط والتبيين، وتعقبه شارح منية المصلي بأنه إذا كان يلزمهم غسلها لكونها مغسولة بماء البئر فيما تقدم حال العلم باشتمال البئر على الفأرة بدون يوم وليلة أو بدون ثلاثة أيام، كيف يكون
***

[٢١٩]
الحكم بنجاسة الثياب من باب الاقتصار على التنجس في الحال لا مستندا إلى ما تقدم فلا يتجه هذا على قوله لانه يوجب مع الغسل الاعادة لا على قولهما لانهما لا يوجبان غسل الثوب أصلا اه. وفي الاول والثاني خلاف، فعند أبي حنيفة التفصيل المذكور في الكتاب. وقالا: يحكم بنجاستها وقت العلم بها ولا يلزمهم إعادة شئ من الصلوات ولا غسل ما أصابه ماؤها قبل العلم وهو القياس لان اليقين لا يزول بالشك لانا نتيقن بطهارتها فيما مضى وقد شك في النجاسة لاحتمال أنها ماتت في غير البئر هم ألقتها الريح العاصف فيها أو بعض السفهاء أو الصبيان أو بعض الطيور كما حكي عن أبي يوسف أنه كان يقول بقوله إلى أن رأى حدأة في منقارها فأرة ميتة فألقتها في البئر فرجع عن قوله إلى هذا القول، وقياسا على النجاسة إذا وجدها في ثوبه، وعلى ما إذا رأت المرأة في كرسفها دما ولا تدري متى نزل، وعلى ما لو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة بعده فالقول لهم، والجامع بينهما أن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته. ولابي حنيفة وهو الاستحسان أن الاحالة على السبب الظاهر واجب عند خفاء المسبب والكون
***

[٢٢٠]
في الماء قد تحقق وهو سبب ظاهر للموت والموت فيه في نفس الامر قد خفي، فيجب اعتباره مات فيه إحالة على السبب الظاهر عند خفاء المسبب دون الموهوم وهو الموت بسبب آخر كمن جرح إنسانا ولم يزل صاحب فراش حتى مات يضاف موته إلى الجرح حتى يجب القصاص وإن احتمل موته بسبب آخر، وكذا إذا وجد قتيل في محله يضاف القتل إلى أهلها حتى تجب القسامة والدية عليهم وإن احتمل أنه قتل في موضع آخر غير أن الانتفاخ دليل التقادم فيقدر بالثلاث، ولهذا يصلي على القبر إلى ثلاثة أيام على ما قيل، وعدم الانتفاخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم وليلة لان ما دون ذلك ساعات لا يمكن ضبطها لتفاوتها. وأما مسألة النجاسة فقد قال المعلى بن منصور الرازي تلميذهما إنها على الخلاف، فإن كانت يابسة يعيد صلاة ثلاثة أيام، وإن كانت طرية يعيد صلاة يوم وليلة عنده فلا يحتاج إلى الفرق، ولو سلم أنها على الوفاق كما قدمنا أنه الاصح فالفرق له واضح وهو أن الثوب بمرأى عينه يقع عليه بصره فلو كانت النجاسة أصابته قبل ذلك لعلم بها بخلاف البئر فإنها غائبة عن بصره فلا يصح القياس، وما ذكره المعلى رحمه الله يحتمل كونه رواية

عن الامام وهو ظاهر ما ذكره القاضي الاسبيجابي وصاحب البدائع، ويحتمل أنه تفقه منه بطريق القياس على مسألة البئر وهو ظاهر ما في المحيط وهو الحق فقد قال الحاكم الشهيد: إن المعلى قال ذلك من دأب نفسه. وأما مسألة الميراث فالمرأة محتاجة إلى الاستحقاق والظاهر لا يصلح حجة لها وإنما يصلح للدفع والورثة هم الدافعون. وفي المجتبى: وحكم ما عجن به حكم الوضوء والغسل. وكان الصباغي يفتي بقول أبي حنيفة فيما يتعلق بالصلاة، وبقولهما فيما سواه. كذا في معراج الدراية. وفي غاية البيان: وما قاله أبو حنيفة احتياط في أمر العبادة، وما قالاه عمل باليقين ورفق بالناس. وفي تصحيح الشيخ قاسم رحمه الله وفي فتاوى العتابي: المختار قولهما. قلت: هو المخالف لعامة الكتب فقد رجح دليله في كثير من الكتب وقالوا: إنه الاحتياط فكان العمل عليه. وذكر الاسبيجابي أن ما عجن به قال بعضهم يلقى إلى الكلاب، وقال بعضهم يعلف المواشي، وقال بعضهم يباع من شافعي المذهب أو داودي المذهب اهـ. واختار الاول في البدائع وجزم به بصيغة قال مشايخنا يطعم للكلاب. فروع: ذكر ابن رستم في نوادره عن أبي حنيفة: من وجد في ثوبه منيا أعاد من آخر ما احتلم، وإن كان دما لا يعيد لان دم غيره قد يصيبه، والظاهر أن الاصابة لم تتقدم زمان وجوده، فأما مني غيره لا يصيب ثوبه فالظاهر أنه منيه فيعتبر وجوده من وقت وجود سبب

***

[٢٢١]

خروجه حتى إن الثوب لو كان مما يلبسه هو وغيره يستوي فيه حكم الدم والمني. ومشايخنا قالوا في البول يعتبر من آخر ما بال، وفي الدم من آخر مارعف، وفي المني من آخر ما احتلم أو جامع. كذا في البدائع. ومراده بالاحتلام النوم لانه سببه بدليل ما نقله في المحيط عن ابن رستم أنه يعيد من آخر نومه نامهافيه. واختار في المحيط أنه لا يعيد شيئا لو رأى دما. ولو فتق جبة فوجد فيها فارة ميتة ولم يعلم متى دخل فيها فإن لم يكن للجبة ثقب يعيد الصلاة من يوم ندف القطن فيها، وإن كان فيه ثقب يعيد صلاة ثلاثة أيام ولياليها عند أبي حنيفة كما في البئر. كذا في التجنيس والمحيط. وفي الذخيرة: ولا بأس برش الماء النجس في الطريق ولا يسقى للبهائم. وفي خزانة الفتاوى: لا بأس بأن يسقى الماء النجس للبقر والابل والغنم وحيث وجبت الاعادة على قوله فالمعاد الصلوات الخمس والوتر وسنة الفجر. كذا في شرح منية المصلي. قوله (والعرق كالسؤر) لما فرغ من بيان فساد الماء وعدمه باعتبار وقوع نفس الحيوانات فيه ذكرهما باعتبار ما يتولد منها. والسؤر مهموز العين بقية الماء التي يبقيها الشارب في الاناء أو في الحوض ثم استعير لبقية الطعام وغيره، والجمع الاسآر والفعل أسأر أي أبقى مما شرب أي عرق كل شئ معتبر بسؤره طهارة ونجاسة وكراهة لان السؤر مختلط باللعاب وهو والعرق متولدان من اللحم إذ كل واحد منهما رطوبة متحللة من اللحم فأخذا حكمه. ولا ينتقض بعرق الحمار فإنه طاهر مع أن سؤره مشكوك فيه لانا نقول: خص بركوبه صلى الله عليه وسلم الحمار معروريا والحر حر الحجاز والثقل ثقل النبوة فلا بد أن يعرق الحمار. قال في المغرب: فرس عري لا سرج عليه ولا لبد وجمعه أعراء، ولا يقال فرس عريان كما لا يقال رجل عرى، واعرورى الدابة ركبه عريا ومنه كان عليه السلام يركب الحمار معروريا وهو حال من ضمير الفاعل المستكن ولو كان من المفعول لقيل معرورى أهـ. أو لانه لا فرق بين عرقه وسؤره فإن سؤره طاهر على الاصح والشك إنما هو في طهوريته، وقد ذكر قاضيخان في شرح الجامع

***

[٢٢٢]

الصغير ثلاث روايات في لعابه وعرقه إذا أصاب الثوب أو البدن في رواية مقدر بالدرهم، وفي رواية بالكثير الفاحش، وفي رواية لا يمنع وإن فحش وعليه الاعتماد، وذكر شمس الائمة الحلواني أن عرقه نجس لكن عفي عنه للضرورة. فعلى هذا لو وقع في الماء القليل يفسده وهكذا روي عن أبي يوسف أهـ. وذكر الولوالجي رحمه الله أن عرق الحمار والبغل إذا أصاب الثوب لا يفسده، ولو وقع في الماء أفسده يعني به لم يبق طهورا لان عرقهما إذا وقع في الماء صار الماء مشكلا كما في لعابهما، والماء المشكل طاهر لكن كونه طهورا مشكل فلا يزول الحدث الثابت بيقين بالشك اهـ. وهكذا في التجنيس. واعلم أن تفسير الفساد بعدم الطهورية فيه نظر لانه إذا كان كل من العرق واللعاب طاهرا كيف يخرج الماء به عن الطهورية مع أنه فرض قليل والماء غالب عليه، فلعل الاشبه ما ذكره قاضيخان في تفسير قوله شمس الائمة إنه نجس وعفي عنه في الثوب والبدن للضرورة في الماء كما لا يخفى. فالحاصل أنه لا فرق بين

العرق والسؤر على ما هو المعتمد من أن كلا منهما طاهر، وإذا أصاب الثوب أو البدن لا ينجسه، وإذا وقع في الماء صار مشكلا، ولهذا قال في المستصفى: ظاهر المذهب أن العرق واللعاب مشكوك فيهما أهـ. فظهر بهذا كله أن قولهم إن العرق كالسؤر على إطلاقه من غير استثناء، وظهر به أيضا أن ما نقله الاتقاني في شرح البزدوي من الاجماع على طهارة عرقه فليس مما ينبغي وكأنه بناه على أنها هي التي استقر عليها الحال. قوله (وسؤر الآدمي والفرس وما يؤكل لحمه طاهر) أما الآدمي فلان لعابه متولد من لحم طاهر وإنما لا يؤكل لكرامته، ولا فرق بين الجنب والطاهر والحائض والنفساء والصغير والكبير والمسلم والكافر والذكر والانثى. كذا ذكر الزيلعي رحمه الله. يعني أن الكل طاهر طهور من غير كراهة وفيه نظر، فق دصرح في المجتبى من باب الحظر والاباحة أنه يكره سؤر المرأة للرجل وسؤره لها ولهذا لم يذكر الذكر والانثى في كثير من الكتب لكن قد يقال: الكراهة المذكورة إنما هو في الشرب لا في الطهارة. واستثنوا من هذا العموم سؤر شارب الخمر إذا شرب من ساعته فإن سؤره نجس لا لنجاسة لحمه بل لنجاسة فمه كما لو أدمى فوه، أما لو مكث قدر ما يغسل فمه بلعابه ثم شرب لا ينجس. كذا في كثير من الكتب.
***
[٢٢٣]
وفي الخلاصة والتجنيس: رجل شرب الخمر إن تردد في فيه من البزاق بحيث لو كان ذلك الخمر على ثوب طهرها البزاق طهر فمه أهـ. وهذا هو الصحيح من مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف ويسقط اعتبار الصب عند أبي يوسف للضرورة، ونظيره لو أصاب عضو نجاسة فلحسها حتى لم يبق أثرها، أو قاء الصغير على ثدي أمه ثم مصه حتى زال الاثر طهر خلافا لمحمد في جميعها بناء على عدم جواز إزالة النجاسة بغير الماء المطلق كما سيأتي إن شاء الله تعالى. وفي بعض شروح القدوري: فإن كان شارب الشارب طويلا يجس الماء وإن شرب بعد ساعات لان الشعر الطويل لما تنجس لا يطهر باللسان اهـ. وكأنه لانه لا يتمكن اللسان من استيعابه بإصابة بله إياه بريقه ثم أخذ ما عليه من البلة النجسة مرة بعد أخرى وإلا فهو ليس دون الشفتين والفم في تطهيره بالريق تفريعا على قول أبي حنيفة وأبي يوسف في جواز التطهير من النجاسة بغير الماء. كذا في شرح منية المصلي. فإن قيل: ينبغي أن يتنجس سؤر الجنب على القول بنجاسة المستعمل لسقوط الفرض به قلنا: ما يلاقي الماء من فمه مشروب، سلمنا أنه ليس بمشروب لكن لحاجة فلا يستعمل به كإدخال يده في الحب إخراج كوزه على ما قدمناه في المياه، وقد نقلوا روايتين في رفع الحدث بهذا الشرب، وظاهر كلامهم ترجيح أنه رافع فلا يصير الماء مستعملا للحرج لكن صرح يعقوب باشا بأن الصحيح أن الفرض لا يسقط به. ويدل على طهارة سؤر الآدمي مطلقا ما رواه مالك من طريق الزهري عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتي بلبن قد شيبيماء وعن يمينه أعرابي وعن يساره أبو بكر فشرب ثم أعطى الاعرابي وقال: الايمن فالايمن. وروى مسلم وغيره عن عائشة رضي الله عنها قالت: كنت أشرب وأنا حائض فأناوله النبي صلى الله عليه وسلم فيضع فاه على موضع في. ولما أنزل النبي صلى الله عليه وسلم بعض المشركين في المسجد ومكنه من المبيت فيه على ما في الصحيحين علم أن المراد بقوله تعالى * (إنما المشركون نجس) * (التوبة: ٢٨ النجاسة في اعتقادهم وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم لقي حذيفة فمد يده ليصافحه فقبض يده وقال: إني جنب. فقال عليه السلام: المؤمن ليس بنجس. ذكره البغوي في المصابيح. وأما سؤر الفرس ففيه روايتان عن أبي حنيفة، فظاهر الرواية عنه طهوريته من غير كراهة وهو قولهما لان كراهة لحمه عنده لاحترامه لانه آلة الجهاد لا لنجاسته فلا يؤثر في كراهة سؤره وهو الصحيح. كذا في البدائع وغيره. وأما سؤر ما يؤكل لحمه فلانه
***
[٢٢٤]
متولد من لحم طاهر فأخذ حكمه. ويستثنى منه الابل الجلالة والبقرة الجلالة والدجاجة والمخلاة كما سيأتي. والجلالة التي تأكل الجلة بالفتح وهي في الاصل البعرة، وقد يكنى بها عن العذرة وهي هنا من هذا القبيل كما أشار إليه في المغرب. ويلحق بما يؤكل ما ليس له نفس سائلة مما يعيش في الماء وغيره كذا في التبيين. قوله (والكلب والخنزير وسباع البهائم نجس) أي سؤر هذه الاشياء نجس. والمراد بسباع البهائم نحو الاسد والفهد والنمر. قال الزيلعي رحمه الله: قوله والكلب إلى آخره بالرفع أجود على أنه حذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه وذلك جائز بالاتفاق إذا كان الكلام مشعرا بحذفه وقد وجدنا ما يشعر بحذفه وهو تقدم ذكر السؤر، ولو جر على

أنه معطوف على ما قبله من المجرور لا يجوز عند سيبويه لانه يلزم منه العطف على عاملين وهو ممتنع عند البصريين، ويجوز عند الفراء. ولو قيل إنه مجرور على أنه حذف المضاف وترك المضاف إليه على إعرابه كان جائزا إلا أنه قليل نحو قولهم ما كل سوداء تمرة ولا كل بيضاء شحمة. ويشترط أن يتقدم في اللفظ ذكر المضاف أهـ. وقد أطال رحمه الله الكلام مع عدم التحرير لان قوله لانه يلزم منه العطف على عاملين مجاز وإنما يلزم منه العطف على معمولي عاملين لان الكلب معطوف على الآدمي وهو معمول للمضاف أعني سؤر، ونجس معطوف على طاهر وهو معمول المبتدأ أعني سؤر، فكان فيه العط ف على معمولين وهما الآدمي وطاهر لعاملين وهما المضاف والمبتدأ. هذا إذا كان المضاف عاملا في المضاف إليه، أما إذا كان العامل هو الاضافة فلا إشكال أنه من باب العطف على معمولي عاملين مختلفين. قال في المغني: وقولهم على عاملين فيه تجوز. قال الشمني: يعني بحذف المضاف. قال الرضي: معنى قولهم العطف على عاملين أن تعطف بحرف واحد معمولين مختلفين كانا في الاعراب كالمنصوب والمرفوع أو متفقين كالمنصوبين على معمولي عاملين مختلفين نحو إن زيدا ضرب عمرا وبكرا خالدا فهو عطف متفقي الاعراب على معمولي عاملين مختلفين. وقولك إن زيدا ضرب غلامه وبكرا أخوه عطف مختلفي الاعراب ولا يعطف المعمولان على عاملين بل على معموليهما فهذا القول منهم على حذف المضاف أهـ. وفي المغني: الحق جوازا العطف على معمولي عاملين في نحو في الدار زيد والحجرة عمرو أهـ. أما سؤر الكلب فهو طاهر عند مالك ومن تبعه ولكن يغسل الاناء منه سبعا تعبدا. وقال الشافعي: إنه نجس ويغسل الاناء منه سبعا إحداهن بالتراب. لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال يغسل الاناء إذا

***

[٢٢٥]

ولغ فيه الكلب سبع مرا ت أولاهن أو أخراهن بالتراب رواه الائمة الستة في كتبهم. وفي لفظ لمسلم وأبي داود طهور إناء أحدكم إذا ولغ فيه الكلب أن يغسل سبع مرات ورواه أيضا مسلم من حديث أبي هريرة إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليرقه ثم ليغسله سبع مرات. وروى مالك في الموطأ عن أبي الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا شرب الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبع مرات قال ابن عبد البر: إن حديث أبي هريرة تواترت طرقه وكثرت عنه. والامر بالاراقة دليل التنجيس وكذا الطهور لانه مصدر بمعنى الطهارة فيستدعي سابقية الحدث أو الخبث ولا حدث في الاناء فتعين الثاني، ولانه متى دار الحكم بين كونه تعبديا ومعقول المعنى كأن جعله معقول المعنى هو الوجه لندرة التعبد وكثرة التعقل. ولنا قوله صلى الله عليه وسلم يغسل الاناء من ولوغ الكلب ثلاثا روي عن أبي هريرة فعلا وقولا مرفوعا وموقوفا من طريقين: الاول أخرجه الدارقطني بإسناد صحيح عن عطاء عن أبي هريرة إذا ولغ الكلب في الاناء فاهرقه ثم اغسله ثلاث مرات وأخرجه بهذا الاسناد عن أبي هريرة أنه قال إذا ولغ الكلب في الاناء أهرقه وغسل ثلاث مرات قال الشيخ تقي الدين في الالمام: هذا إسناد صحيح الطريق. الثاني أخرجه ابن عدي في الكامل عن الحسين بن علي الكرابيسي بسنده إلى عطاء عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليهرقه وليغسله ثلاث مرات ولم يرفعه غير الكرابيسي. قال ابن عدي قال لنا أحمد الحسين الكرابيسي يسأل عنه وله كتب مصنفة ذكر فيها اختلاف الناس من المسائل وذكر فيها أخبارا كثيرة وكان حافظا لها ولم أجد له منكرا غير هذا الحديث. والذي حمل أحمد بن حنبل عليه إنما هو من أجل اللفظ بالقرآن، فأما في الحديث فلم أر به بأسا أهـ. ومن المعلوم أن الحكم بالضعف والصحة إنما هو في الظاهر، أما في نفس الامر فيجوز صحة ما حكم بضعفه ظاهرا وثبوت كون مذهب أبي هريرة ذلك كما تقدم بالسند الصحيح قرينة تفيد أن هذا مما أجاده الراوي المضعف، وحينئذ يعارض حديث السبع ويقدم عليه لان مع حديث السبع دلالة التقدم للعلم بما كان من التشديد في أمر الكلاب أول الامر حتى أمر بقتلها والتشديد في سؤرها يناسب كونه إذ ذاك وقد ثبت نسخ ذلك، فإذا عارض قرينه معارض كانت التقدمة له، ولو طرحنا الحديث بالكلية كان في عمل أبي هريرة على خلاف حديث السبع وهو رواية كفاية لاستحالة أن يترك القطعي بالرأي منه، وهذا لان ظنية خبر الواحد إنما هو بالنسبة إلى غير راوية، فأما بالنسبة إلى رواية الذي سمعه من في النبي صلى الله عليه وسلم فقطعي

***
[٢٢٦]
حتى ينسخ به الكتا ب إذا كان قطعي الدلالة في معناه فلزم أنه لا يتركه إلا لقطعه بالناسخ إذ القطعي لا يترك إلا لقطعي فبطل تجويزهم تركه بناء على ثبوت ناسخ في اجتهاده المحتمل للخطأ. وإذا علمت ذلك كان تركه بمنزلة روايته للناسخ بلا شبهة فيكون الآخر منسوخا بالضرورة. كذا في فتح القدير. وقال الطحاوي: ولو وجب العمل برواية السبع ولا يجعل منسوخا لكان ما روى عبد الله بن المغفل في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم أولى مما روى أبو هريرة لانه زاد عليه وعفروا الثامنة بالتراب والزائد أولى من الناقص فكان ينبغي للمخالف أن يعمل بهذه الزيادة، فإن تركها لزمه ما لزم خصمفي ترك السبع، ومالك لم يأخذ بالتعفير الثابت في الصحيح مطلقا فثبت أنه منسوخ أهـ. وحديث عبد الله بن المغفل مجمع على صحته ورواه مسلم وأبو داود فكان الاخذ بروايته أحوط، وقد روى عن أبي هريرة إذا ولغ السنور في الاناء يغسل سبع مرات ولم يعملوا به وكل جواب لهم عن ذلك فهو جوابنا عما زاد على الثلاث، أو يحمل ما زاد على الثلاث على الاستحباب، ويؤيده ما روى الدارقطني عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم في الكلب يلغ في الاناء أنه يغسل ثلاثا أو خمسا أو سبعا، فخيره ولو كان التسبيع واجبا لما خيره. ثم اعلم أن الطحاوي والوبري نقلا أن أصحابنا لم يجدوا لغسل الاناء منه حدا بل العبرة لاكبر الرأي ولو بمرة كما هو الحكم في غسل غيره من النجاسات. ذكره الطحاوي في كتاب اختلاف العلماء وهو مخالف لما في الهداية وغيرها أنه يغسل الاناء من ولوغه ثلاثا وهو ظاهر الحديث الذي استدلوا به، وسيأتي بيان أن الثلاث هل هي شرط في إزالة الانجاس أو لا إن شاء الله تعالى. وفي النهاية: الولوغ حقيقة شرب الكلب المائعات باطراف لسانه. وفي شرح المهذب: إن الماضي والمضارع بفتح العين تقول ولغ يلغ. وقد قدمنا أن سؤر الكلب نجس عند أصحابنا جميعا، أما على القول بنجاسة عينه فظاهر، وأما على القول المصحح بطهارة عينه فلان لحمه نجس ولعابه متولد من لحمه ولا يلزم من طهارة عينه طهارة سؤره لنجاسة لحمه ولا يلزم من نجاسة سؤره نجاسة عينه وإنما يلزم من نجاسة سؤرة نجاسة لحمه المتولد منه اللعاب كما صرح به في التجنيس وفتح القدير وغيرهما، وسيأتي ايضاحه في الكلام على سؤر السباع. والمذكور في كتب الشافعية كالمهذب أنه لا فرق بين الولوغ ووضع بعض عضوه في الاناء، ولم أر هذا في كتبنا. والذي يقتضيه كلامهم على القول بنجاسة عينه تنجس الماء وعلى القول بطهارة عينه عدم تنجسه أخذا من قولهم إذا ولغ الكلب في البئر كما قدمناه لان ماء البئر في حكم الماء القليل كماء الآنية كما قدمناه. ولا فرق بين ولوغ كلب أو كلبين في الاكتفاء بالثلاث لان الثاني لو يوجب تنجسا كما لا يخفى. وإذا ولغ الكلب في طعام فالذي يقتضيه كلامهم أنه إن كان جامدا مور ما حوله وأكل الباقي، وإن كان مائعا انتفع به في غير الابدان كما قدمناه. وأما سؤر الخنزير فلانه نجس
***
[٢٢٧]
العين لقوله تعالى * (أو لحم خنزير فإنه رجس) * (الانعام: ١٤٥) والرجس النجس والضمير عائد إليه لقربه وقد بسطنا الكلام فيه في الكلام على جلده. وأما سؤر سباع البهائم فقد قال الشافعي بطهارته محتجا بما رواه البيهقي والدارقطني عن جابر قال قيل: يا رسول الله أنتوضأ بما أفضلت الحمر؟ قال: نعم وبما أفضلت السباع كلها. بما رواه مالك في الموطأ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرج في ركب فيهم عمرو بن العاص حتى وردوا حوضا فقال عمرو بن العاص: يصاحب الحوض هل ترد حوضك السباع؟ فقال عمر بن الخطاب: يا صاحب الحوض لا تخبره فإنا نرد على السباع وترد علينا. وبما رواه ابن ماجه عن ابن عمر قال: خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض أسفاره فسار ليلا فمروا على رجل عند مقراة له فقال عمر: يا صاحب المقراة أولغت السباع الليلة في مقراتك؟ فقال عليه السلام: يا صاحب المقراة لا تخبره هذا مكلف لها ما حملت في بطونها ولنا ما بقي شراب وطهور. ولنا أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع، والظاهر من الحرمة مع كونه صالحا للغذاء غير مستقذر طبعا كونه للنجاسة وخبث طباعها لا ينافيه بل ذلك يصلح مثيرا لحكم النجاسة فليكن المثير لها فيجامعها ترتيبا على الوصف الصالح للعلية مقتضاه، ولانه ليس فيه ضرورة وعموم بلوى فيخرج السنور والفأرة، ولان لسانه يلاقي الماء فيخرج سباع الطير لانه يشرب بمنقاره كما سيأتي. ولم نتعارض أدلته فيخرج البغل والحمار، وأما حديث جابر فقد اعترف النووي بضعفه، وأما أثر الموطأ فهو وإن صححه البيهقي وذكر أنه

مرسل يحتج به على أبي حنيفة فقد ضعفه ابن معين والدارقطني وأما حديث ابن ماجه فقد ضعفه ابن عدي، وعلى تسليم الصحة يحمل على الماء الكثير أو على ما قبل تحريم لحوم السباع أو على حمر الوحش وسباع الطير بدليل ما تمسكوا به من حديث القلتين فإنه صلى الله عليه وسلم قال إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا جوابا لسؤاله عن الماء يكون في الفلاة وما ينوبه من السباع اعطاء لحكم هذا الماء الذي ترده السباع وغيره، فإن الجواب لا بد أن يطابق أو يزيد فيندرج فيه المسؤول عنه وغيره وقد قال بمفهوم شرطه فنجس ما دون القلتين وإن لم يتغير، وحقيقة مفهوم شرطه أنه إذا لم يبلغها يتنجس من ورود السباع وهذا من الوجوه الالزامية له. قال الزيلعي رحمه الله: ثم اعلم أن في مذهب أصحابنا في سؤر ما لا يؤكل لحمه من السباع إشكالا فإنهم يقولون لانه متولد من لحم نجس ثم يقولون إذا ذكى طهر لحمه لان نجاسته لاجل رطوبة الدم وقد خرج بالذكاة فإن كانوا يعنون بقولهم نجس عينه وجب أن لا يطهر بالذكاة كالخنزير، وإن كانوا يعنون به لاجل مجاورة الدم فالمأكول كذلك يجاوره الدم، فمن أين جاء الاختلاف بينهما في السؤر إذا كان كل واحد منها يطهر بالذكاة ويتنجس بموته حتف أنفه ولا فرق بينهما إلا في المذكي في حق الاكل والحرمة لا توجب النجاسة؟ وكم من طاهر لا يحل أكله ومن ثم قال بعضهم: لا يطهر بالذكاة إلا جلده لاحرمة لحمه لا لكرامته

***

[٢٢٨]

آية نجاسته لكن بين الجلد واللحم جلدة رقيقة تمنع تنجس الجلد باللحم وهذا هو الصحيح لان لا وجه لنجاسة السؤر إلا بهذا الطريق أه. وقد ذكر في العناية حاصل هذا الاشكال وذكر أنها نكتة لا بأس بالتنبيه عليها ثم قال: وحلها أن المراد باللحم الطاهر المتولد منه اللعاب ما يحل أكله بعد الذبح وبالنجس ما يقابله، وهذا لانهما اشتركا في النجاسة المجارة بالدم المسفوح قبل الذبح فإن الشاة لا تؤكل إذا ماتت حتف أنفها، واشتركا في الطهارة بعده لزوال المنجس وهو الدم فلا فرق بينهما إلا أن الشاة تؤكل بعد الذبح دون الكلب، ولا فرق بينهما أيضا في الظاهر إلا اختلاط اللعاب المتولد من اللحم. فعلم من هذا أن اللعاب المتولد من لحم مأكول بعد الذبح طاهر بلا كراهة دون غيره إضافة للحكم إلى الفارق صيانة لحكم الشرع عن المناقضة ظاهرا. هذا ما سنح لي أه. ولا يخفى ما فهذا الجواب فإن قول الزيلعي والحرمة لا توجب النجاسة يرده بل الجواب الصحيح ما في شرح الوقاية وهو أن الحرمة إذا لم تكن للكرامة فإنها آية النجاسة لكن فيه شبهة أن النجاسة لاختلاط الدم باللحم إذ لولا ذلك بل نجاسته لذاته لكان نجس العين وليس كذلك، فغير مأكول اللحم إذا كان حيا فلعابه متولد من اللحم الحرام المخلوط بالدم فيكون نجسا لاجتماع الامرين، أما في مأكول اللحم فلم يوجد إلا أحدهما وهو الاختلاط بالدم فلم يوجب نجاسة السؤر لان هذه العلة بانفرادها ضعيفة إذ الدم المستقر في موضعه لم يعط له حكم النجاسة في الحي. وإذا لم يكن حيا، فإن لم يكن مذكى كان نجسا، سواء كان مأكول اللحم أو غيره، لانه صار حراما بالموت، فالحرمة موجودة مع اختلاط الدم فيكون نجسا، فإذا كان مذكى كان طاهرا، أما في مأكول اللحم فلانه لم توجد الحرمة ولا اختلاط الدم، وأما في غير مأكول اللحم فلانه لم يوجد الاختلاط والحرمة المجردة غير كافية في النجاسة على ما مر أنها تثبت باجتماع الامرين أه. فحاصله أن نجاسة اللحم لحرمته مع اختلاط الدم المسفوح به وقد فقد الثاني في المذكى من السباع فكان طاهرا واجتمعا في حالتي الموت والحياة فكان نجسا، وفقد الاول في الشاة حالة الحياة والذكاة فكان طاهرا واجتمعا حالة الموت فكان نجسا. فظهر من هذا كله إن طهارة العين لا تستلزم طهارة اللحم لان السباع طاهرة العين باتفاق اصحابنا كما نقله بعضهم مع أن لحمها نجس فثبت بهذا ما قدمناه من أن الكلب طاهر العين ولحمه نجس ونجاسة سؤره لنجاسة لحمه. لكن بقي ههنا كلام وهو أن قولهم بين الجلد واللحم جلدة رقيقة تمنع

***

[٢٢٩]

تنجس الجلد باللحم مشكل فإنه يقتضي طهارة الجلد من غير توقف على الذكاة أو الدباغة كما لا يخفى. وفي مبسوط شيخ الاسلام ذكر محمد نجاسة سؤر السباع ولم يبين أنها خفيفة أم غليظة، فعن أبي حنيفة في غير رواية الاصول غليظة، وعن أبي يوسف أن سؤر ما لا يؤكل لحمه كبول ما يؤكل لحمه. كذا في معراج الدراية. ومما سيأتي في سبب التغليظ والتخفيف يظهر وجه كل من الروايتين، فالذي يظهر ترجيح الاولى لما عرف من أصله. قوله (والهرة والدجاجة المخلاة وسباع الطير وسواكن البيوت مكروه) أي سؤر هذه الاشياء

مكروه. وفي التبيين: وإعرابه بالرفع أجود على ما تقدم. قال المصنف في المستصفى: ويعني من السؤر المكروه أنه طاهر لكن الاولى أن يتوضأ بغيره أهـ. واعلم أن المكروه إذا أطلق في كلامهم فالمراد منه التحريم إلا أن ينص على كراهة التنزيه فقد قال المصنف في المستصفى: لفظ الكراهة عند الاطلاق يراد بها التحريم. قال أبو يوسف: قال لابي حنيفة رحمه الله إذا قلت في شئ أكره فما رأيك فيه؟ قال: التحريم أهـ. وقد صرحوا بالخلاف في كراهة سؤر الهرة فمنهم كالطحاوي من مال إلى أنها كراهة تحريم نظرا إلى حرمة لحمها، ومنهم كالكرخي من مال إلى كراهة التنزيه نظرا إلى أنها لا تتحامى النجاسة. قالوا: وهو الاصح وهو ظاهر ما في الاصل فإنه قال: وإن توضأ بغيره أحب إلي. لكن صرح بالكراهة في الجامع الصغير فكانت للتحريم لما تقدم. وأما سؤر الدجاجة المخلاة فلم أر من ذكر خلافا في المراد من الكراهة بل ظاهر كلامهم أنها كراهة تنزيه بلا خلاف لانها لا تتحامى النجاسة، وكذا في سباع الطير وسواكن البيوت. أما سؤر الهرة فظاهر ما في شروح الهداية أن أبا يوسف مع أبي حنيفة ومحمد في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه لا بأس بسؤرها، وظاهر ما في المنظومة وغيرها أن أبا يوسف مخالف لهما مستدلا بما عن كبشة بنت كعب بن مالك وكانت تحت أبي قتادة قالت: دخل عليها أبو قتادة فسكبت له وضوءا فجاءت هرة تشرب منه فأصغى لها الاناء حتى شربت قالت كبشة: فرآني أنظر إليه فقال: أتعجبين يا ابنة أخي؟ فقلت: نعم. قال: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إنها ليست بنجس أنها من الطوافين عليكم والطوافات. رواه أبو داود والترمذي وابن حبان في صحيح والحاكم في المستدرك ومالك

***

[٢٣٠]

في الموطأ وابن خزيمة في صحيحه. وقال الترمذي: حديث أبي قتادة حسن صحيح وهو أحسن شئ في الباب. وقال البيهقي: اسناده صحيح وعليه الاعتماد. والنجس بفتحتين كل ما يستقذر. قال النووي: أما لفظ أو الطوافات فروي به أو وبالواو. قال صاحب مطالع الانوار: يحتمل أن تكون للشك، ويحتمل أن تكون للتقسيم ويكون ذكر الصنفين من الذكور والاناث. وهذا الذي قاله محتمل والاظهر أنه للنوعين. قال أهل اللغة: الطوافون الخدم والمماليك، وقيل هم الذين يخدمون برفق وعناية. ومعنى الحديث أن الطوافين من الخدم والصغار الذين سقط في حقهم الحجاب، والاستئذان في غير الاوقات الثلاثة التي هي قبل الفجر وبعد العشاء وحين الظهيرة التي ذكرها الله تعالى إنما سقط في حقهم دون غيرهم للضرورة وكثرة مداخلتهم بخلاف الاحرار البالغين فلهذا يعفى عن الهرة للحاجة أهـ. ولهما أنه لا نزاع في سقوط النجاسة المفاد بالحديث بعلة الطوف المنصوصة يعني أنها تدخل المضايق ولازمه شدة المخالطة بحيث يتعذر معه صون الاواني منها بل صون النفس متعذر فللضرورة اللازمة من ذلك سقطت النجاسة إنما الكلام بعد هذا في ثبوت الكراهة. فإن كانت الكراهة كراهة تحريم كما قال الطحاوي لم ينتهض به وجه، فإن قال سقطت النجاسة فبقيت كراهة التحريم منعت الملازمة إذ سقوط وصف أو حكم شرعي لا يقتضي ثبوت آخر إلا بدليل. والحاصل أن إثبات كل حكم شرعي يستدعي دليلا، فإثبات كراهة التحريم والحالة هذه بغير دليل وإن كانت كراهة تنزيه على الاصح كفى فيه أنها لا تتحامى النجاسة فيكره كماء غمس الصغير يده فيه وأصله كراهة غمس اليد في الاناء للمستيقظ قبل غسلها نهى عنه في حديث المستيقظ لتوهم النجاسة، فهذا أصل صحيح منتهض يتم به المطلوب من غير حاجة إلى التمسك بالحديث وهو ما رواه الحاكم وصححه عن أبي هريرة قال قال رسوالله صلى الله عليه وسلم السنور سبع ووجه التمسك به على ما ذكره المصنف في المستصفى أنه عليه السلام لم يرد الحقيقة لانه ما بعث لبيان الحقائق فيكون المراد به الحكم والحكم أنواع نجاسة السؤر وكراهته وحرمة اللحم. ثم لا يخلوا إما أيلحق به في حق جميع الاحكام وهو غير ممكن لان فيه قولا بنجاسة السؤر مع كراهته وأنه لا يجوز أو في حرمة اللحم وأنه لا يجوز لما أنها ثابتة بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذي ناب من السباع، أو في كراهة السؤر وهو المرام أو في نجاسته وهو أنه لا يجوز أيضا إذا النجاسة منتفية بالاجماع، أو بالحديث، أو بالضرورة فبقيت الكراهة، أو في الاول مع الثاني أو في الاول مع الثالث أو في الثاني مع الثالث، وأنه لا يجوز لما مر.

***

[٢٣١]

فإن قيل: إنما يستقيم هذا الكلام أن لو كان هذا الحديث واردا بعد تحريم السباع قلنا: حرمة لحم السباع قبل ورود هذا الحديث يخلوا

أن تكون ثابتة أو لم تكن: فإن كانت ثابتة فظاهر، وإن لم تكن ثابتة لا تكون الحرمة من لوازم كونه سبعا فلا يمكن جعله مجازا عنها أو نقول، ابتداء لا يجوز أن تكون حرمة اللحم مرادة من هذا الحديث لان فيه حمل كلام الرسول عليه الصلاة والسلام على الاعادة لا على الافادة، سواء كان هذا الحديث سابقا أو مسبوقا تأمل تدر أهـ. فثبت بهذا كراهة سؤرها، ويحمل إصغاء أبي قتادة الاناء على زوال ذلك التوهم بأن كانت بمرأى منه في زمان يمكن فيه غسلها فمها بلعابها. وأما على قومحمد فيمكن كونه بمشاهدة شربها من ماء كثير أو مشاهدة قدومها عن غيبة يجوز معها ذلك فيعارض هذا التجويز أكلها نجسا قبيل شربها فيسقطه فتبقى الطهارة دن كراهة لانها ما جاءت إلا من ذلك التجويز وقد سقط، وعلى هذا لا ينبغي إطلاق كراهة أكل فضلها والصلاة إذا لحست عضوا قبل غسله كما أطلقه شمس الائمة وغيره بل يقيد بثبوت ذلك التوهم، فأما لو كان زائلا بما قلنا فلا. وقد تسامح في غاية البيان حيث قال: ومن الواجب على العوام أن يغسلوا مواضع لحس الهرة إذا دخلت تحت لحافهم لكراهة ما أصابه فمها فإنا قدمنا أن الصحيح أنها تنزيهية وترك المكروه كراهة تنزيه مستحب لا واجب إلا أن يراد بالواجب الثابت، ولا يخفى أن كراهة أكل فضلها تنزيها إنما هو في حق الغني لانه يقدر على غيره، أما في حق الفقير فلا يكره كما صرح به في السراج الوهاج وهو نظير ما قالوا إن السؤر المكروه إنما يكون عند وجود غيره، أما عند عدم غيره فلا كراهة أصلا. واعلم أن قولهم إن الاصل في سؤر الهرة أن يكون نجسا وإنما سقطت النجاسة بعلة الطواف يفيد أن سؤر الهرة الوحشية نجس وإن كان النص بخلافه لعدم العلة وهي الطواف لان العلة إذا كانت ثابت بالنص وعرف قطعا أن الحكم متعلق بها فالحكم يدور على وجودها لا غير كعدم حرمة التأفيف للوالدين إذا لم يعلم الولد معناه، أو استعمله بجهة الاكرام. ذكره فكشف الاسرار في بحث دلالة النص. وأما سؤر الدجاجة المخلاة فلانها تخالط النجاسة فمنقارها لا يخلو عن قذر، وكذا البقر الجلالة والابل الجلالة إلا أن تكون محبوسة. واختلفوا في تفسيرها فقيل هي التي تحبس في بيت ويغلق بابه وتعلف هناك لعدم النجاسة على منقارها لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الاعتبار لانها لا تجد عذرات غيرها حتى تجول فيها وهي في عذرات نفسها لا تجول، وإليه ذهب شيخ الاسلام في مبسوطه. وحكي عن الامام الحاكم عبد الرحمن أنه قال: لم يرد بكونها محبوسة أن تكون محبوسة في بيتها لأنها وإن كانت محبوسة تجول في عذارت نفسها فلا

***

[٢٣٢]

يؤمن من أن يكون على منقارها قذر فيكره كما لو كانت مخلاة، وإنما المراد أن تحبس في بيت لتسمن للاكل فيكون رأسها وعلفها وماؤها خارج البيت فلا يمكنها أن تجول في عذرات نفسها. كذا في معراج الدراية، واختار الثاني صاحب الهداية وغيره، وفي فتح القدير: والحق أنها لا تأكله بل تلاحظ الحب بينه فتلتقطه. وأما سؤر سباع الطير كالصقر والبازي فالقياس نجاسته لنجاسة لحمها لحرمة أكله كسباع البهائم، ووجه الاستحسان أن حرمة لحمها وإن اقتضت النجاسة لكنها تشرب بمنقارها وهو عظم جاف طاهر لكنها تأكل الميتات والجيف غالبا فأشبه الدجاجة المخلاة فأورث الكراهة بخلاف سباع البهائم فإنها تشرب بلسانها وهو رطب بلعابها المتولد من لحمها وهو نجس فافترقا، ولان في سباع الطير ضرورة وبلوى فإنها تنقض من الهواء فتشرب ولا يمكن صون الاواني عنها خصوصا في البراري وعن أبي يوسف أن الكراهة لتوهم النجاسة في منقارها لا لوصول لعابها إلى الماء حتى لو كانت محبوسة يعلم صاحبها أنه لا قذر في منقارها لا يكره التوضؤ بسؤرها، واستحسن المشايخ المتأخرون هذه الرواية وأفتوا بها. كذا في النهاية. وفي التجنيس: يجوز أن يفتى بها. وأما سؤر سواكن البيوت كالحية والفأرة فلان حرمة اللحم أوجبت النجاسة لكنها سقطت النجاسة بعلة الطواف وبقيت الكراهة، والعلة المذكورة في الحديث في الهرة موجودة بعينها في سواكن البيوت وهي الطواف فيثبت ذلك الحكم المترتب عليها وهو سقوط النجاسة وثبت الكراهة لتوهمها. فرع: تكره الصلاة مع حمل ما سؤره مكروه كالهرة كذا في التوشيح. نكتة: قيل: ست تورث النسيان: سؤر الفأرة وإلقاء القملة وهي حية والبول في الماء الراكد وقطع القطار ومضغ العلك وأكل التفاح. ومنهم من ذكره حديثا لكن قال أبو الفرج بن الجوزي: إنه حديث موضوع. قوله (والحمار والبغل مشكوك) أي سؤرهما مشكوك فيه. هذه عبارة أكثر مشايخنا، وأبو طاهر الدباس أنكر أن يكون شئ من أحكام الله تعالى مشكوكا فيه. وقال: سؤر الحمار طاهر لو غمس فيه الثوب جازت الصلاة معه إلا أنه محتاط فيه فأمر بالجمع بينه وبين التيمم ومنع منه حالة القدرة، والمشايخ قالوا: المراد بالشك التوقف لتعارض الادلة لا أن يعني بكونه مشكوكا الجهل بحكم الشرع لان حكمه معلوم وهو وجوب الاستعمال وانتفاء النجاسة وضم التيمم إليه والقول بالتوقف عند

تعار ض الادلة دليل العلم وغاية الورع وبيان التعارض على ما في المبسوط تعارض الاخبار في أكل لحمه فإنه روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر. وروى غالب بن أبجر قال: لم يبق لي
***
[٢٣٣]
مال إلا حميرات فقال عليه السلام: كل من سمين مالك. قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه: وهذا لا يقوى لان لحمه حبلا إشكال لانه اجتمع المحرم والمبيح فغلب المحرم على المبيح كما لو أخبر عدل بأن هذا اللحم ذبيحة مجوسي والآخر أنه ذبيحة مسلم لا يحل أكله لغلبة الحرمة فكان لحمه حراما بلا إشكال، ولعابه متولد منه فيكون نجسا بلا إشكال. وقيل: سبب الاشكال اختلاف الصحابة فإنه روي عن ابن عمر أنه كان يكره التوضؤ بسؤر الحمار والبغل. وعن ابن عباس أنه قال: الحمار يعلف القت والتبن فسؤره طاهر. قال شيخ الاسلام: وهذا لا يقوى أيضا لان الاختلاف في طهارة الماء ونجاسته لا يوجب الاشكال كما في إناء أخبر عدل أنه طاهر وآخر أنه نجس فالماء لا يصير مشكلا وقد استوى الخبران وبقي العبرة للاصل فكذا هاهنا، ولكن الاصح في التمسك أن دليل الشك هو التردد في الضرورة فإن الحمار يربط في الدور والافنية فيشرب من الاواني وللضرورة أثر في إسقاط النجاسة كما في الهرة والفأرة إلا أن الضرورة في الحمار دون الضرورة فيهما لدخولهما مضايق البيت بخلاف الحمار، ولو لم تكن الضرورة ثابتة أصلا كما في الكلب والسباع لوجب الحكم بالنجاسة بلا إشكال، ولو كانت الضرورة مثل الضرورة فيهما لوجب الحكم بإسقاط النجاسة، فلما ثبتت الضرورة من وجه دون وجه واستوى ما يوجب النجاسة والطهارة تساقطا للتعارض فوجب المصير إلى الاصل والاصل هاهنا شيئان: الطهارة في جانب الماء والنجاسة في جانب اللعاب لان لعابه نجس كما بينا وليس أحدهما بأولى من الآخر فبقي الامر مشكلا نجسا من وجه طاهرا من وجه فكان الاشكال عند علمائنا بهذا الطريق لا للاشكال في لحمه ولا لاختلاف الصحابة في سؤره وبهذا التقرير يندفع كثير من الاسئلة منها أن المحرم والمبيح إذا اجتمعا يغلب المحرم احتياطا، وجوابه أن القول بالاحتياط إنما يكون في ترجيح الحرمة في غير هذا الموضع أما هاهنا الاحتياط في إثبات الشك لانا إن رجحنا الحرمة للاحتياط يلزم ترك العمل بالاحتياط لانه حينئذ لا يجوز استعمال سؤر الحمار مع احتمال كونه مطهرا باعتبار الشك فكان متيمما عند وجود الماء في أحد الوجهين وذلك حرام، فلا يكون عملا بالاحتياط ولا بالمباح، وما قيل إن في تغليب الحرمة تقليل النسخ فذلك في تعارض النصين لا في الضرورة. ومنها أن يقال: لما وقع التعارض في سؤره وجب المصير إلى الخلف وهو التيمم كمن له إناآن أحدهما طاهر والآخر نجس فاشتبه عليه فإنه يسقط استعمال الماء ويجب التيمم، فكذا ههنا. قلنا: الماء ههنا طاهر لما ذكرنا أن قضية الشك أن يبقى كل واحد على حاله ولم يزل الحدث لانه لما كان ثابتا بيقين فيبقى إلى أن يوجد المزيل بيقين، والماء طاهر ووقع الشك في طهوريته فلا يسقط استعماله بالشك بخلاف الاناءين فإن أحدهما نجس يقينا والآخر طاهر يقينا لكنه عجز عن استعماله لعدم علمه فيصار إلى الخلف. ومنها أن التعارض لا يوجب الشك كما في إخبار عدلين بالطهارة والنجاسة
***
[٢٣٤]
حيث يتوضأ بلا تيمم. قلنا في تعارض الخبرين وجب تساقطهما فرجحنا كون الماء مطهرا باستصحاب الحال والماء كان مطهرا قبله وههنا تعارض جهتا الضرورة فتساقطتا فأبقينا ما كان على ما كان أيضا إلا أن ههنا ما كان ثابتا على حاله قبل التعارض شيئان: جانب الماء وجانب اللعاب وليس أحدهما بأولى من الآخر فوجب الشك. ومنها ما قيل في استعمال الماء ترك العمل بالاحتياط من وجه آخر لانه إن كان نجسا فقد تنجس العضو قلنا: أما على القول بأن الشك في الطهورية فظاهر، وأما على القول المرجوح من أن الشك في كونه طاهرا فالجواب أن العضو طاهر بيقين فلا يتنجس بالشك، والحدث ثابت بيقين فلا يزول بالشك فيجب ضم التيمم ضم التيمم إليه. كذا في معراج الدراية وغيره. وفي الكافي ولم يتعارض الخبر أن في سؤر الهرة إذ قوله صلى الله عليه وسلم الهرة سبع لا يقتضي نجاسة السؤر لما قدمنا أه‍. ثم اختلف مشايخنا فقيل الشك في طهارته، وقيل في طهوريته، وقيل فيهما جميعا، والاصح أنه في طهوريته وهو قول الجمهور. كذا في الكافي. هذا مع اتفاقهم أنه على ظاهر الرواية لا ينجس الثوب والبدن والماء ولا يرفع الحدث فلهذا قال في كشف الاسرار شرح أصول فخر الاسلام: إن الاختلاف لفظي لان من قال الشك في طهوريته لا في طهارته أراد

أن الطاهرلا يتنجس به ووجب الجمع بينه وبين التراب لا أن ليس في طهارته شك أصلا لان الشك في طهوريته إنما نشأ من الشك في طهارته لتعارض الادلة في طهارته ونجاسته أهـ. وبهذا التقرير علم ضعف ما استدل به في الهداية لقول من قال الشك في طهوريته بأنه لو وجد الماء المطلق لا يجب عليه غسل رأسه فإن وجوب غسله إنما يثبت بتيقن النجاسة والثابت الشك فيها فلا يتنجس الرأس بالشك فلا يجب. وعلم أيضا ضعف ما في فتاوى قاضيخان تفريعا على كون الشك في طهارته أنه لو وقع في الماء القليل أفسده لانه لا إفساد بالشك، وفي المحيط تفريعا على الشك في طهوريته أنه لو وقع في الماء يجوز التوضؤ به ما لم يغلب عليه لانه طاهر غير طهور كالماء المستعمل عند محمد اهـ. وكان
***
[٢٣٥]
الوجه أن يقول ما لم يساوه لما علمته في مسألة الفساقي وقد قدمنا حكم عرقه. وأما لبنها فاختار في الهداية أنه طاهر ولا يؤكل وصححه في منية المصلي، وبه اندفع ما في النهاية أنه لم يرجحه أحد، وعن البزدوي أنه يعتبر فيه الكثير الفاحش، وصححه التمرتاشي، وصحح بعضهم أنه نجس نجاسة غليظة. وفي المحيط: إنه نجس في ظاهر الرواية ومقتضى القول بطهارته القول بحل أكله وشربه يدل عليه ما في المبسوط: قيل لمحمد لم قلت بطهارة بول ما يؤكل لحمه ولم تقل بطهارة روثه؟ قال: لما قلت بطهارة بوله أبحت شربه، ولو قلت بطهارة روثه لابحت أكله وأحد لا يقول بها اهـ. فإن ظاهره أن الطهارة والحل متلازمان يلزم من القول بأحدهما القول بالآخر. ومن المشايخ من قال بنجاسة سؤر الحمار دون الاتان لان الحمار ينجس فمه بشم البول، وفي البدائع: وهذا غير سديد لانه أمر موهوم لا يغلب وجوده فلا يؤثر في إزالة الثابت، وقال قاضيخان: والاصح أنه لا فرق بينهما، ولما ثبت الحكم في الحمار ثبت في البغل لانه من نسله فيكون بمنزلته. قال الزيلعي: هذا إذا كانت أمه أتانا فظاهر لان الام هي المعتبرة في الحكم، وإن كانت فرسا ففيه إشكال لما ذكرنا أن العبرة للام ألا ترى أن الذئب لونزا على شاة فولدت ذئبا حل أكله ويجزئ في الاضحية، فكان ينبغي أن يكون مأكولا عندهما وطاهرا عند أبي حنيفة اعتبار اللام. وفي الغاية: إذا نزا الحمار على الرمكة لا يكره لحم البغل المتولد منهما عند محمد، فعلى هذا لا يصير سؤره مشكوكا اهـ. والرمكة هي الفرس وهي البرذونة تتخذ للنسل. كذا في المغرب. ويمكن الجواب عن الاشكال بأن البغل لما كان متولدا من الحمار والفرس فصار سؤره كسؤر فرس اختلط بسؤر الحمار فصار مشكوكا. ذكره في معراج الدراية وغيره، وذكر مسكين في شرح الكتاب سؤالا فقال: فإن قلت أين ذهب قولك الولد يتبع الام في الحل والحرمة قلت: ذلك إذا لم يغلب شبهه بالاب أما إذا غلب شبهه فلا أهـ. وبهذا سقط أيضا إشكال الزيلعي كما لا يخفى. وقال جمال الدين الرازي شارح الكتاب: البغال أربعة: بغل يؤكل بالاجماع وهو المتولد من حمار وحشي وبقرة، وبغل لا يؤكل بالاجماع وهو المتولد من أتان أهلي وفحل، وبغل يؤكل عندهما وهو المتولد من المتولد من فحل وأتان حمار وحشي، وبغل ينبغي أن يؤكل عندهما وهو المتولد من رمكة وحمار أهلي أهـ. وفي النوازل: لا يحل شرب ما شرب منه الحمار. وقال ابن
***
[٢٣٦]
مقاتل: لا بأس به. قال الفقيه أبو الليث: هذا خلاف قول أصحابنا، ولو أخذ إنسان بهذا القول أرجو أن لا يكون به بأس والاحتياط أن لا يشرب. كذا في فتح القدير. وفرع في المحيط على كون سؤر الحمار مشكوكا ما لو اغتسلت بسؤر الحمار تنقطع الرجعة ولا تحل للازواج لانه مشكوك فيه فإن كان طاهرا فلا رجعة، وإن كان نجسا لم يكن مطهرا فله الرجعة فإذا احتمل انقطعت احتياطا ولا تحل لغيره احتياطا اهـ.. قوله (توضأ به وتيمم إن فقد ماء) أي توضأ بسؤرهما وتيمم إن لم يجد ماء مطلقا يعني يجمع بينهما، والمراد بالجمع أن لا تخلو الصلاة الواحدة عنهما وإن لم يوجد الجمع في حالة واحدة حتى لو توضأ بسؤر الحمار وصلى ثم أحدث وتيمم وصلى تلك الصلاة أيضا جاز لانه جمع بين الوضوء والتيمم في حق صلاة واحدة وهو الصحيح. كذا في فتاوى قاضيخان. فأفاد أن فيها اختلافا. وفي الجامع الصغير للمحبوبي وعن نصير بن يحيى في رجل لم يجد إلا سؤر الحمار قال: يهريق ذلك السؤر حتى يصير عادما للماء ثم يتيمم. فعرض قوله هذا على القاسم الصفار فقال: هو قول جيد. وذكر محمد في نوادر الصلاة: لو توضأ بسؤر الحمار وتيمم ثم أصاب ماء نظيفا ولم يتوضأ به حتى ذهب الماء ومعه سؤر الحمار فعليه إعادة التيمم وليس عليه إعادة الوضوء بسؤر الحمار لانه إذا كان مطهرا فقد توضأ به، وإن كان نجسا فليس عليه الوضوء لا في المرة الاولى ولا في الثانية. كذا في النهاية. وفي الخلاصة: ولو تيمم وصلى ثم أراق سؤر

الحمار يلزمه إعادة التيمم والصلاة لانه يحتمل أن سؤر الحمار كان طهورا أه. فإن قيل، هذا الطريق يستلزم أداء الصلاة بغير طهارة في إحدى المرتين لا محالة وهو مستلزم للكفر لتأديه إلى الاستخفاف بالدين فينبغي أن لا يجوز ويجب الجمع في أداء واحد قلنا: ذلك فيما أدى بغير طهارة بيقين فأما إذا كان أداؤه بطهارة من وجه فلا، لانتفاء الاستخفاف لانه عمل بالشرع من وجه وههنا كذلك لان كل واحد من السؤر والتراب مطهر من وجه دون وجه فلا يكون الاداء بغير طهارة من كل وجه فلا يلزم منه الكفر كما لو صلى حنفي بعد الفصد أو الحجامة لا تجوز صلاته ولا يكفر لمكان الاختلاف، وهذا أولى بخلاف ما لو صلى بعد البول. كذا في معراج الدراية. قوله (وأيا قدم صح) أي من المذكورين وهما الوضوء والتيمم أيا بدأ به جاز حتى لو توضأ ثم تيمم جاز بالاتفاق، وإن عكس جاز عندنا خلافا لزفر لانه لا يجوز المصير إلى التيمم مع وجود ماء هو واجب الاستعمال فصار كالماء المطلق. ولنا وهو الاصح أن الماء إن كان طهروا فلا معنى للتيمم، تقدم أو تأخر، وإن لم يكن طهورا فالمطهر هو التيمم، تقدم أو

***

[٢٣٧]

تأخر، ووجود هذا الماء وعدمه بمنزلة واحدة وإنما يجمع بينهما لعدم العلم بالمطهر منهما عينا فكان الاحتياط في الجمع دون الترتيب. وكذا الاختلاف في الاغتسال به فعندنا لا يشترط تقديمه خلافا له لكن الافضل تقديم الوضوء والاغتسال به عندنا. وفي الخلاصة: اختلفوا في النية في الوضوء بسؤر الحمار والاحوط أن ينوي اه. (تنبيه) فيه ثلاث مسائل: الاولى ما قدمناه لو أخبر عدل بأن هذا اللحم ذبيحة المجوسي وأخبر عدل آخر أنه ذبيحة المسلم فإنه لا يحل أكله. الثانية ما قدمناه لو أخبر عدل بنجاسة الماء وعدل آخر بطهارته فإنه يحكم بطهارته. الثالثة ما ذكره محمد في كتاب الاستحسان كما نقله في التوشيح لو أخبر عدل بحل طعام وآخر بحرمته فإنه يحكم بحله. وهذا التنبيه لبيان الفرق بين الثلاث فإنه قد يشتبه والاصل فيها أن الخبرين إذا تعارضا تساقطا ويبقى ما كان ثابتا قبل الخبر على ما كان، ففي الماء قبل الخبر الثابت إباحة شربه وطهارته فلما تعارض الدليلان تساقطا فبقي ما كان من الاباحة والطهارة، وفي الطعام كذلك لان الاصل هو الحل فوجب العمل به إذ لو ترجح جانب الحرمة لزم ترجيح أحد المتساويين بلا مرجح مع ترك العمل بالاصل ولا يجوز ترجيح الحرمة بالاحتياط لاستلزامه تكذيب الخبر بالحل من غير دليل، فأما تعارض أدلة الشرع في حل الطعام وحرمته فيوجب ترجيح الحرمة تقليلا للنسخ الذي هو خلاف الاصل وعملا بالاحتياط الذي هو الاصل في أمور الدين عند عدم المانع. وأما مسألة اللحم الاولى فإنه لما تساقط الدليلان أيضا بالتعارض بقي ما كان ثابتا قبل الذبح والثابت قبله حرمة الاكل لانه إنما يحل أكله بالذبح شرعا، وإذا لم يثبت السبب المبيح لوقوع التعارض في سبب الاباحة بقي حراما كما كان فظهر الفرق بين الثلاث، لكن ذكر الامام جلال الدين الخبازي في حاشية الهداية تفصيلا حسنا في مسألة الماء تسكن إليه النفس ويميل إليه القلب فقال: فإن قيل إذا أخبر عدل بنجاسة الماء وعدل آخر بطهارته لم يصير الماء مشكوكا مع وقوع التعارض بين الخبرين؟ قلنا: لا تعارض ثمة لانه أمكن ترجيح أحدهما فإن المخبر عن الطهارة لو استقصى

***

[٢٣٨]

في ذلك بأن قال أخذت هذا الماء من النهر وسددت فم هذا الاناء ولم يخالطه شئ أصلا رجحنا خبره لتأيده بالاصل، وإن بنى خبره على الاستصحاب وقال كان طاهرا فيبقى كذلك رجحنا خبر النجاسة لانه أخبر عن محسوس مشاهد وأنه راجح على الاستصحاب أه. والذي ظهر لي أنه يحمل كلام المشايخ على ما إذا لم يبين مستند اخباره فإذا لم يبين يعمل بالاصل وهو الطهارة، وإن بين فالعبرة لهذا التفصيل. قوله (بخلاف نبيذ التمر) يعني إن فقد ماء مطلقا ولم يجد إلا نبيذ التمر فإنه يتوضأ ولا يجمع بينه وبين التيمم، وذكر هذه المسألة هنا إما لانه مما يجوز الوضوء به على رأي أو لان محمدا لما أوجب الجمع صار عنده مشكوكا فيه فشابه سؤر الحمار. كذا قيل لكن لا يخفى ضعف الثاني لان المصنف جعله مخالفا لسؤر الحمار. ثم اعلم أن الكلام ههنا في ثلاثة مواضع: الاول في تفسيره. الثاني في وقته. الثالث في حكمه. أما الاول فهو أن يلقي في الماء تميرات فيصر رقيقا يسيل على الاعضاء حلوا غير مسكر ولا مطبوخ. وإنما قلنا حلوا لانه لو توضأ به قبل خروج الحلاوة يجوز بلا خلاف، وإنما قلنا غير مسكر لانه لو كان مسكرا لا يجوز الوضوء به بلا خلاف لانه حرام، وإنما قلنا غير مطبوخ لانه لو طبخ فالصحيح أنه لا يتوضأ به إذ النار قد غيرته حلوا كان أو مشتدا كمطبوخ الباقلاء. كذا في

المبسوط والمحيط يعني بلا خلاف بين الثلاثة وهو الاليق بما قدمناه من أن الماء يصير مقيدا بالطبخ إذا لم يقصد به المبالغة في التنظيف، وبه يظهر ضعف ما صححه في المفيد والمزيد أنه يجوز الوضوء به بعدما طبخ. وقد ذكر الزيلعي أن صاحب الهداية وقع منه تناقض فإنه ذكر هنا أن النار إذا غيرته يجز الوضوء به عند أبي حنيفة لجواز شربه، وذكر في بحث المياه أنه لا يجوز الوضوء بما تغير بالطبخ أه. ولا يخفى ثبوت الخلاف في هذه المسألة لان اختلاف التصحيح ينبئ عنه فكان فيه روايتان، فيحتمل أن يكون مراد صاحب الهداية نقل الرواية في الموضعين فلا تناقض حيث أمكن التوفيق، وأما سائر الانبذة فإنه لا يجوز الوضوء بها عند عامة العلماء وهو الصحيح لان جواز التوضؤ بنبيذ التمر ثابت بخلاف القياس بالحديث ولهذا لا يجوز عند القدرة على الماء المطلق فلا يقاس عليه غيره. كذا في غاية البيان. وأما الثاني قال أبو حنيفة: كل وقت يجوز التيمم فيه يجوز التوضؤبه وإلا فلا. كذا في معراج الدراية. وأما الثالث ففيه ثلاث روايات عن أبي حنيفة: الاولى وهو قوله الاول أنه يتوضأ به جزما ويضيف التيمم إليه
***
[٢٣٩]
استحبابا. والثانية يجب الجمع بينه وبين التيمم كسؤر الحمار وبه قال محمد واختاره في غاية البيان ورجحه. والثالثة أنه يتيمم ولا يتوضأ به وهو قوله الآخر وقد رجع إليه وهو الصحيح، وبه قال أبو يوسف والشافعي ومالك وأحمد وأكثر العلماء واختاره الطحاوي. وحكي عن أبي طاهر الدباس أنه قال: إنما اختلفت أجوبة أبي حنيفة لاختلاف الاسئلة فإنه سئل عن التوضؤ به إذا كانت الغلبة للحلاوة قال بتيمم ولا يتوضأ به، وسئل مرة إذا كان الماء والحلاوة سواء قال يجمع بينهما، وسئل مرة إذا كانت الغلبة للماء فقال يتوضأ به ولا يتيمم. وبالجملة فالمذهب المصحح المختار المعتمد عندنا هو عدم الجواز موافقة للائمة الثلاث فلا حاجة إلى الاشتغال بحديث ابن مسعود الدال على الجواز من قوله عليه السلام له ليلة
***
[٢٤٠]
الجن، ما في أدواتك؟ قال: نبيذ تمر. قال: تمرة طيبة وماء طهور. أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه. لان من العلماء من تكلم فيه وضعفه. وإن أجيب عنه بما ذكره الزيلعي المخرج وغيره وعلى تقدير صحته هو منسوخ بآية التيمم لتأخرها إذ هي مدنية وعلى هذا مشى جماعة من المتأخرين. فإذا علم عدم جواز الوضوء به، علم عدم جواز الغسل به. واختلفوا على قول من يجيز الوضوء به في جواز الغسل به فصحح في المبسوط جوازه وصحح في المفيد عدمه، ولا فائدة في التصحيحين بعد أن كان المذهب عدم الجواز به في الحدثين لان المجتهد إذا رجع عن قول لا يجوز الاخذ به كما صرح به في التوشيح. وتشترط النية له على قول من يجيز الوضوء به، ولا يخفى أن سؤر الحمار مقدم عليه على المذهب وعلى القول الاول يقدم النبيذ، وعند محمد يجمع بينهما مع التيمم. وإذا شرع في الصلاة بالتيمم ثم وجده فهو كالمعدوم على المذهب، وعلى الاول يقطعها، وعند محمد يمضي فيها ويعيدها بالوضوء به كما لو وجد سؤر حمار فإنه يمضي ويعيدها به بالاتفاق، ولولا عبارة الوافي أصل الكتاب لشرحته بأن المراد أن النبيذ مخالف لسؤر الحمار حيث لا يجوز الوضوء به أصلا ليصير ما في الكتاب هو المعتمد، ولقد أنصف الامام الطحاوي
***
[٢٤١]
ناصر المذهب حيث قال: ما ذهب إليه أبو حنيفة أولا اعتمادا على حديث ابن مسعود لا أصل له أه. والله سبحانه وتعالى أعلم. باب التيمم الباب لغة النوع، وعرفا نوع من المسائل اشتمل عليها كتاب وليست بفصل. والتيمم لغة مطلق القصد بخلاف الحج فإنه القصد إلى معظم وشواهدهما كثيرة. واصطلاحا على ما في شروح الهداية القصد إلى الصعيد الطاهر للتطهير. وعلى ما في البدائع وغيره استعمال الصعيد في عضوين مخصوصين على قصد التطهير بشرائط مخصوصة. وزيف الاول بأن القصد شرط لا ركن، والثاني بأنه لا يشترط استعمال جزء من الارض حتى يجوز بالحجر الاملس فالحق أنه اسم لمسح الوجه واليدين على الصعيد الطاهر والقصد شرط لانه النية. وله ركن وشروط وحكم وسبب وسبب مشروعية وسبب وجوب وكيفية ودليل. أما ركنه فشيان: الاول ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين إلى المرفقين، والثاني استيعاب العضوين، وفي الاول كلام نذكره إن شاء الله تعالى. وأما شرائطه أعني شرائط جوازه فستأتي في الكتاب مفصلة. وأما حكمه فاستباحة ما لا يحل إلا به. وأما سبب مشروعيته فما وقع لعائشة رضي الله عنها في غزوة بني المصطلق

وهي غزوة المريسيع وهو ماء بناحية قديد بين مكة والمدينة لما أضلت عقدها فبعث عليه السلام في طلبه فحانت الصلاة وليس معهم ماء فأغلظ أبو بكر رضي الله عنه على عائشة وقال: حبست رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين على غير ماء فنزلت آية التيمم، فجاء أسيد بن الحضير فجعل يقول: ما أكثر بركتكم يا آل أبي بكر. رواه البخاري ومسلم.

***

[٢٤٢]

وقال القرطبي: نزلت الآية في عبد الرحمن بن عوف أصابته جنابة وهو مريض فرخص له في التيمم، وقيل غير ذلك. وأما سبب وجوبه فما هو سبب وجوب أصله المتقدم. وأما كيفيته فستأتي. وأما دليله فمن الكتاب في آيتين في سورة النساء والمائدة وهما مدنيتان. ومن السنة فأحاديث منها ما رواه البخاري ومسلم عن عمار بن ياسر قال: بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم في حاجة فأجنبت فلم أجد الماء فتمرغت في الصعيد كما تمرغ الدابة - وفي رواية فتمعكت - ثم أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال: إنما كان يكفيك أن تقول بيديك هكذا ثم ضرب بيديه الارض ضربة واحدة ثم مسح الشمال على اليمين وظاهر كفيه ووجهه. ثم اعلم أن التيمم لم يكن مشروعا لغير هذه الامة وإنما شرع رخصة لنا، والرخصة فيه من حيث الآلة حيث اكتفي بالصعيد الذي هو ملوث وفي محله بشطر أعضاء الوضوء. كذا في المستصفى. قوله (يتيمم لبعده ميلا عن ماء) أي يتيمم الشخص وهذا شروع في بيان شرائطه فمنها أن لا يكون واجدا للماء قدر ما يكفي لطهارته في الصلاة التي تفوت إلى خلف وما هو من أجزائها لقوله تعالى * (فلم تجدوا ماء فتيمموا) * (النساء: ٤٣) وغير الكافي كالمعدوم وهذا عندنا. وقال الشافعي: يلزمه استعمال الموجود والتيمم للباقي لان ما نكرة في النفي فتعم وقياسا على إزالة بعض النجاسة وستر بعض العورة، وكالجمع في حالة الاضطرار بين الذكية والميتة. قلنا: الآية سيقت لبيان الطهارة الحكمية فكأن التقدير فلم تجدوا ماء محللا للصلاة فإن وجود الماء النجس لا يمنعه من التيمم إجماعا وباستعمال القليل لم يثبت شئ من الحل يقينا على الكمال فإن الحل حكم والعلة غسل الاعضاء كلها وشئ من الحكم لا يثبت ببعض العلة كبعض النصاب في حق الزكاة، وكبعض الرقبة في حق الكفارة، والقياس على الحقيقية والعورة فاسد لانهما يتجزآن فيفيد إلزامه باستعمال القليل للتقليل، ولا يفيد هنا إذ لا يتجزأ هنا بل الحدث قائم ما بقي أدنى لمعة فيبقى مجرد إضاعة مال خصوصا في موضع عزته مع بقاء الحدث كما هو، وأما الجمع حالة الاضطرار فلان الذكية لما لم تدفع الاضطرار صارت كالعدم. كذا ذكر في كثير من الشروح لكن في الخلاصة: ولو وجد من الماء قدر ما يغسل به بعض النجاسة الحقيقية أو وجد من الثوب قدر ما يستربعض العورة لا يلزمه ا ه‍. ولو وجد ماء يكفي للحدث أو إزالة النجاسة المانعة غسل به الثوب منها وتيمم للحدث عند عامة العلماء، وإن توضأ به وصلى في النجس أجزأه وكان مسيئا. كذا في الخانية. وفي المحيط: ولو تيمم أولا ثم غسل النجاسة يعيد التيمم لانه تيمم وهو قادر على ما يتوضأ به ا ه‍. وفيه نظر بل الظاهر الحكم بجواز التيمم تقدم على غسل الثوب أو تأخر لانه مستحق الصرف إلى الثوب على ما قالوا، والمستحق الصرف إلى جهة معدوم حكما بالنسبة إلى غيرها كما في مسألة اللمعة مع

***

[٢٤٣]

الحدث قبل التيمم له إذا كان الماء كافيا لاحدهما فبدأ بالتيمم للحد ث قبل غسلها كما هو رواية الاصل، وكالماء المستحق للعطش ونحوه. نعم يتمشى ذلك على رواية الزيادات القائلة بأنه لو تيمم قبل غسل اللمعة لا يصح والله سبحانه أعلم. ولهذا قال في شرح الوقاية: ثم إنما ثبتت القدرة إذا لم يكن مصروفا إلى جهة أهم أصاب بدن المتيمم قذر فصلى ولم يمسحه جاز لان المسح لا يزيل النجاسة، والمستحب أن يمسح تقليلا للنجاسة ا ه‍. ثم العدم على نوعان: عدم من حيث الصورة والمعنى، وعدم من حيث المعنى لا من حيث الصورة، فالاول أن يكون بعيدا عنه. قال في البدائع: ولم يذكر حد البعد في ظاهر الروايات، فعن محمد التقدير بالميل فإن تحقق كونه ميلا جاز له التيمم، وإن تحقق كونه أقل أو ظن أنه ميل أو أقل لا يجوز قال في الهداية: والميل هو المختار في المقدار لان يلحقه الحرج بدخول المصر والماء معدوم حقيقة. والميل في كلام العرب منتهى مد البصر، وقيل للاعلام المبنية في طريق مكة أميال لانها بنيت على مقادير منتهى البصر. كذا في الصحاح والمغرب. والمراد هنا ثلث الفرسخ والفرسخ أثنا عشر ألف خطوة، كل خطوة ذراع ونصف

بذراع العامة، وهو أربع وعشرون أصبعا. كذا في الينابيع. وعن الكرخي رحمه الله أنه إن كان في موضع يسمع صوت أهل الماء فهو قريب، وإن كان لا يسمع فهو بعيد وبه أخذ أكثر مشايخنا. كذا في الخانية. وعن أبي يوسف: إذا كان بحيث لو ذهب إليه وتوضأ تذهب القافلة وتغيب عن بصره فهو بعيد ويجوز له التيمم، واستحسن المشايخ هذه الرواية كذا في التجنيس وغيره إلا أن ظاهره أنه في حق المسافر لا المقيم وهو جائز لهما لو في المصر لان الشرط هو العدم فأينما تحقق جاز التيمم. نص عليه في
***
[٢٤٤]
الاسرار لكن قال في شرح الطحاوي: لا يجوز التيمم في المصر إلا لخوف فوت جنازة أو صلاة عيد أو للجنب الخائف من البرد، وكذا ذكر التمرتاشي بناء على كونه نادرا والحق الاول لما ذكرنا والمنع بناء على عادة الامصار فليس خلافا حقيقيا، وتصحيح الزيلعي لا يفيده. وفي الخانية، قليل السفر وكثير سواء في التيمم والصلاة على الدابة خارج المصر إنما الفرق بين القليل والكثير في ثلاثة: في قصر الصلاة والافطار والمسح على الخفين ا ه‍. وفي المحيط: المسافر يطأ جاريته وإن علم أنه لا يجد الماء لان التراب شرع طهورا حالة عدم الماء ولا تكره الجنابة حال وجود الماء فكذا حال عدمه ا ه‍. وبما قررناه علم أن المعتبر المسافة دون خوف فوت الوقت خلافا لزفر. وفي المبتغى بالغين المعجمة: ومن كان في كلة جاز تيممه لخوف البق أو مطر أو حر شديد إن خاف فوت الوقت أه‍. ولا يخفى أن هذا مناسب لقول زفر لا لقول أئمتنا فإنهم لا يعتبرون خوف الفوت وإنما العبرة للبعد كما قدمناه. كذا في شرح منية المصلي، لكن ظفرت بأن التيمم لخوف فوت الوقت رواية عن مشايخنا ذكرها في القنية في مسائل من ابتلي ببليتين، ويتفرع على هذا الاختلاف ما لو ازدحم جمع على بئر لا يمكن الاستقاء منها إلا بالمناوبة لضيق الموقف أو لاتحاد الآلة للاستقاء ونحو ذلك، فإن كان يتوقع وصول النوبة إليه قبل خروج الوقت لم يجز له التيمم بالاتفاق، وإن علم أنها لا تصير إليه إلا بعد خروج الوقت يصبر عندنا ليتوضأ بعد الوقت، وعند زفر يتيمم، ولو كان جمع من العراة وليس معهم إلا ثوب يتناوبونه وعلم أن النوبة لا تصل إليه إلا بعد الوقت فإنه يصبر ولا يصلي عاريا، ولو اجتمعوا في سفينة أو بيت ضيق وليس هناك موضع يسع أن يصلي قائما فقط لا يصلي قاعدا بل يصبر ويصلي قائما بعد الوقت كما لو كان مريضا عاجزا عن القيام واستعمال الماء في الوقت ويغلب على ظنه القدرة بعده وكذا لو كان معه ثوب نجس ومعه ماء يغسله ولكن لو غسله خرج الوقت لزم غسله وإن خرج الوقت. كذا في التوشيح. وأما العدم معنى لا صورة فهو أن يعجز عن استعمال الماء لمانع مع قرب الماء منه وسيأتي بيانه مفصلا.
***
[٢٤٥]
قوله (أو لمرض) يعني يجوز التيمم للمرض وأطلقه وهو مقيد بما ذكره في الكافي من قوله بأن يخاف اشتداد مرضه لو استعمل الماء، فعلم أن اليسير منه لا يبيح التيمم وهو قول جمهور العلماء إلا ما حكاه النووي عن بعض المالكية وهو مردود بأنه رخصة أبيحت للضرورة ودفع الحرج وهو إنما يتحقق عند خوف الاشتداد والامتداد، ولا فرق عندنا بين أن يشتد بالتحرك كالمبطون، أو بالاستعمال كالجدري، أو كان لا يجد من يوضئه ولا يقدر بنفسه اتفاقا. وإن وجد خادما كعبده وولده وأجيره لا يجزيه التيمم اتفاقا كما نقله في المحيط، وإن وجد غير خادمه من لو استعان به أعانه ولو زوجته فظاهر المذهب أنه لا يتيمم من غير خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه كما يفيده كلام المبسوط والبدائع وغيرهما. ونقل في التجنيس عن شيخه خلافا بين أبي حنيفة وصاحبيه على قوله يجزئه التيمم، وعلى قولهما لا. قال: وعلى هذا الخلاف إذا كان مريضا لا يقدر على الاستقبال أو كان في فراشه نجاسة ولا يقدر على التحول منه ووجد من يحوله ويوجهه لا يفترض عليه ذلك عنده، وعلى هذا الاعمى إذا وجد قائدا لا تلزمه الجمعة والحج والخلاف فيهما معروف. فالحاصل أن عنده لا يعتبر المكلف قادرا بقدرة غيره لان الانسان إنما يعد قادرا إذا اختص بحالة يتهيأ له الفعل متى أراد، وهذا لا يتحقق بقدرة غيره ولهذا قلنا: إذا بذل الابن المال والطاعة لابيه لا يلزمه الحج، وكذا من وجبت عليه الكفارة وهو معدوم فبذل له انسان المال لما قلنا. وعند هما تثبت القدرة بآلة الغير لان آلة الغير صارت كآلته بالاعانة. وكان حسام الدين رحمه الله يختار قولهما. والفرق على ظاهر المذهب بين مسألة التيمم وبين المريض إذا لم يقدر على الصلاة
***

[٢٤٦]
ومعه قوم لو استعان بهم في الاقامة والثبات جاز له الصلاة قاعدا أنه يخاف على المريض زيادة الوجع في قيامه ولا يلحقه زيادة الوجع في الوضوء ا ه ما في التجنيس. وظاهره أنه لو لم يكن له أجير لكن معه ما يستأجر به أجيرا لا يجزئه التيمم، قل الآجر أو كثر، فإنه قال: أو عنده من المال مقدار ما يستأجر به أجيرا. والفرق بين الزوجة والمملوك أن المنكوحة إذا مرضت لا يجب عليه أن يوضئها وأن يتعاهدها، وفي العبد والجارية يجب عليه إذا لم يستطع الوضوء، كذا في الخلاصة. يعني أن السيد لما كان عليه تعاهد العبد في مرضه كان على عبده أن يتعاهده في مرضه، والزوجة لما لم يكن عليه أن يتعاهدها في مرضها فيما يتعلق بالصلاة لا يجب عليها ذلك، إذا مرض فلا يعد قادرا بفعلها. وفي المبتغى: مريض إذا لم يكن عنده أحد يوضئه إلا بأجر جاز له التيمم عند أبي حنيفة قل الاجر أو كثر. وقالا: لا يتيمم إذا كان الاجر ربع درهم ا ه. والظاهر عدم الجواز إذا كان قليلا لا إذا كان كثيرا لما عرف من مسألة شراء الماء إذا وجده بثمن المثل على ما نبينه إن شاء الله تعالى. وبقولنا قال مالك وأحمد والشافعي في الاصح كما نقله النووي لاطلاق قوله تعالى * (وإن كنتم مرضى) * (النساء: ٤٣) والمراد من الوجود في الآية القدرة. قال العلامة الكردري: الفاء في قوله تعالى فلم تجد والعطف على الشرط، وفي فتيمموا الجواب الشرط، وفي فامسحوا لتفسير التيمم. وهذا إذا قدر المريض على التيمم، أما إذا لم يقدر عليه أيضا ولا عنده من يستعين به فإنه لا يصلي عندهما. قال الشيخ الامام أبو بكر: رأيت في الجامع الصغير للكرخي أن مقطوع اليدين والرجلين إذا كان بوجهه جراحة يصلي بغير طهارة ولا يتيمم ولا يعيد وهذا هو الاصح. كذا في فتاوى الظهيرية ذكره مسكين وسيأتي بقية الكلام عليه إن شاء الله تعالى. قوله (أو برد) أي أن خاف الجنب أو المحدث إن اغتسل أو توضأ أن يقتله البرد أو
***
[٢٤٧]
يمرضه تيمم، سواء كان خارج المصر أو فيه. وعندهما لا يتيمم فيه. كذا في الكافي. وجوازه للمحدث قول بعض المشايخ والصحيح أنه لا يجوز له التيمم كذا في فتاوى قاضيخان والخلاصة وغيرهما. وذكر المصنف في المستصفى أنه بالاجماع على الاصح. قال في فتح القدير: وكأنه والله أعلم لعدم اعتبار ذلك الخوف بناء على أنه مجرد وهم إذ لا يتحقق ذلك في الوضوء عادة ا ه. ثم أعلم أن جوازه للجنب عند أبي حنيفة مشروط بأن لا يقدر على تسخين الماء ولا على أجرة الحمام في المصر ولا يجد ثوبا يتدفأ فيه ولا مكانا يأويه كما أفاده في البدائع وشرح الجامع الصغير لقاضيخان، فصار الاصل أنه متى قدر على الاغتسال بوجه من الوجوه لا يباح له التيمم إجماعا. وقالا: لا يجوز التيمم للبرد في المصر. وقد اختلف المشايخ فمنهم من جعل الخلاف بينهم في هذه نشأ عن اختلاف زمان لا برهان بناء على أن أجر الحمام في زمانهما يؤخذ بعد الدخول فإذا عجز عن الثمن دخل ثتعلل بالعسرة وفي زمانه قبله فيعذر، ومنهم من جعله برهانيا بناه على الخلاف في جواز التيمم لغير الواجد قبل الطلب من رفيقه إذا كان له رفيق. فعلى هذا يقيد منعهما بأن يترك طلب الماء الحار من جميع أهل المصر، أما إذا طلب فمنع فإنه يجوز عندهما، والظاهر قوله لانه لا يكلف الطهارة بالماء إلا إذا قدر عليه بالملك أو الشراء وعند انتفاء هذه القدرة يتحقق العجز، ولهذا لم يفصل
***
[٢٤٨]
العلماء فيما إذ لم يكن معه ثمن الماء بين إمكان أخذه بثمن مؤجل بالحيلة على ذلك أو لا، بل أطلقوا جواز التيمم إذ ذاك. فما أطلقه بعض المشايخ من عدم جواز التيمم في هذا الزمان بناء على أن أجر الحمام يؤخذ بعد الدخول فيتعلل بالعسرة بعده فيه نظر. كذا في فتح القدير. ولا شك في هذا فيما يظهر لانه تغرير لم يأذن الشرع فيه، ومن ادعى إباحته فضلا عن تعيينه فعليه البيان. ولا يخفى أن مراد المحقق في فتح القدير من قوله ليس معه مال أنه لا مال له غائب أيضا فحينئذ لا يلزمه الشراء بالنسيئة، أما إذا لم يكن معه مال وله مال غائب فإنه يلزمه الشراء بالنسيئة كما أشار إليه شارح منية المصلي تلميذ المحقق وفي المبتغى الغين المعجمة: أجير لا يجد الماء إن علم أنه يجده في نصف ميل لا يعذر في التيمم، وإن لم يأذن له المستأجر يتيمم ويصلي ثم يعيد ولو صلى صلاة أخرى وهو يذكر هذه تفسد ا ه. قوله (أو خوف عدو أو سبع أو عطش أو فقد آلة) يعني يجوز التيمم لهذه الاعذار لان الماء معدوم معنى لا صورة، أما

إذا كان بينه وبين الماء عدو آدميا أو غيره يخاف على نفسه إذا أتاه فلان إلقاء النفس في التهلكة حرام فيتحقق العجز عن استعمال الماء، وسواء خاف على نفسه أو ماله. كذا في العناية. وفي المبتغى: ولو كان عنده أمانة يخاف عليها إن ذهب إلى الماء يتيمم. وفي التوشيح: إذا خافت المرأة على نفسها بأن كان الماء عند فاسق أو خاف المديون المفلس من الحبس بأن كان صاحب الدين عند الماء. وفي الخلاصة وفتاوى قاضيخان وغيرهما: الاسير في يد العدو إذا منعه الكافر عن الوضوء والصلاة يتيمم ويصلي بالايماء ثم يعيد إذا خرج، وكذا لو قال لعبده إن توضأت حبستك أو قتلتك فإنه يصلي بالتيمم ثم يعيد كالمحبوس لان طهارة التيمم لم تظهر في منع وجوب الاعادة. وفي التجنيس: رجل أراد أن يتوضأ فمنعه إنسان عن أن يتوضأ بوعيد، قيل ينبغي أن يتيمم ويصلي ثم يعيد الصلاة بعد ما زال عنه لان هذ عذر جاء من قبل العباد فلا يسقط فرض الوضوء عنه ا ه. فعلم منه أن العذر إن كان من قبل الله تعالى لا تجب الاعادة، وإن كان من قبل العبد وجبت الاعادة. ثم وقع الاختلاف في الخوف من العدو هل هو من الله فلا تجب الاعادة. أو هو بسبب العبد فتجب الاعادة؟ ذهب صاحب معراج الدراية إلى الاول، وذهب صاحب النهاية إلى الثاني، والذي يظهر ترجيح ما في النهاية لما نقلناه من مسألة منع السيد عبده بوعيد من الحبس أو
***
[٢٤٩]
القتل فإنه ليس فيه إلا الخوف لا المنع الحسي، وكذا ظاهر ما نقلناه عن التجنيس كما لا يخفى لكن قد يقال لا مخالفة بين ما في النهاية والدراية، فإن ما في النهاية محمول على ما إذا حصل وعيد من العبد نشأ منه الخوف فكان هذا من قبل العباد، وما في الدراية محمول على ما إذا لم يحصل وعيد من العبد أصلا بل حصل خوف منه فكان هذا من قبل الله تعالى إذا لم يتقدمه وعيد بدليل أن صاحب الدراية ذكر مسألة الخوف في الاسير بدار الحرب، وبه يندفع ما ذكره في فتح القدير من أن صاحب الدراية نص على مخالفة ما في النهاية كما لا يخفى. ثم بعد هذا رأيت العلامة ابن أمير حاج صرح بما فهمته فقال: وتحرر أن المراد بالخوف من العدو الخوف الذي لم ينشأ عن وعيد من قادر عليه ونحو ذلك كما في الخوف من السبع، ولا بأس بأن يكون مرادهم ذلك. وإنما نسب هذا الخوف إلى الله تعالى في هذه الصورة مع أن فيها وفي غيرها منه تعالى أيضا خلقا وإرادة لتجرده في هذه الصورة عن مباشرة سبب له من الغير في حق الخائف. وفي المحيط: ولو حبس في السفر تيمم وصلى أو لا يعيد لانه انضم عذر السفر إلى العذر الحقيقي والغلب في السفر عدم الماء فتحقق العدم من كل وجه ا ه. وأما الماء المحتاج إليه للعطش فإنه مشغول بحاجته والمشغول بالحاجة كالمعدوم. وعطش رفيقه ودابته وكلبه لماشيته أو صيده في الحال أو ثاني الحال كعطشه، وسواء كان المحتاج إليه للعطش رفيقه المخالط له أو آخر من أهل القافلة، فإن امتنع صاحب الماء من ذلك وهو غير محتاج إليه للعطش وهناك مضطر إليه للعطش كان له أخذه منه قهرا وله أن يقاتله، فإن قتل أحدهما صاحبه إن كان المقتول صاحب الماء فدمه هدر ولا قصاص فيه ولا دية ولا كفارة، وإن كان المضطر فهو مضمون بالقصاص أو الدية والكفارة. وإن كان صاحب الماء محتاجا إليه للعطش فهو أولى به من غيره، فإن احتاج إليه الاجنبي للوضوء وكان مستغنيا عنه لم يلزمه بذله ولا يجوز للاجنبي أخذه منه قهرا. كذا في السراج الوهاج. وكذا الماء المحتاج إليه للعجين لما قلنا. وإن كان يحتاج إليه لاتخاذ المرقة لا يتيمم لان حاجة الطبخ دون حاجة العطش، وأما جوازه بفقد الآلة فلتحقق العجز لانه إذا لم يجد دلوا يستقي به فوجود البئر وعدمها سواء. ويشترط أن لا يمكنه إيصال ثوبه إليه، أما إذا أمكنه إيصال ثوبه ويخرج الماء قليلا بالبلل لا يجوز له التيمم. كذا في السراج الوهاج. وفي الخلاصة: ولو كان معه منديل طاهر لا يجزئه التيمم وهذا يوافق فروعا ذكرها الشافعية، وهي أنه لو وجد بئرا فيها ماء ولا يمكنه النزول إليه وليس معه ما يدليه إلا ثوبه أو
***
[٢٥٠]
عمامته لزمه إدلاؤه ثم يعصره، إن لم تنقص قيمة الثوب أكثر من ثمن الماء، فإن زال النقص على ثمن الماء تيمم ولا إعادة عليه. وإن قدر على استئجار من ينزل إليها بأجرة المثل لزمه ولم يجز التيمم وإلا جاز بلا إعادة. ولو كان مع ثوب إن شقه نصفين وصل إلى الماء وإلا لم يصل، فإن كان نقصه بالشق لا يزيد على ثمن الماء وثمن آلة الاستقاء لزمه مشقه ولم يجز التيمم وإلا جاز بلا إعادة. وهذا كله موافق لقواعدنا كذا في التوشيح. والاصل أنه متى أمكنه استعمال الماء بوجه من الوجوه من غير لحوق ضرر في نفسه أو ماله وجب

عليه استعماله، وما زاد على ثمن المثل ضرر فلا يلزمه بخلاف ثمن المثل، وفي المبتغى بالغين المعجمة: وبوجود آلة التقوير في نهر جامد تحته ماء لا يتيمم، وقيل يتيمم وفي سفره جمد أو ثلج معه آلة الذوب لا يتيمم، وقيل يتيمم ا هـ. والظاهر الاول منهما كما لا يخفى. وفي المحيط: الماء الموضوع في الفلاة في الحب ونحوه لا يمنع جواز التيمم لانه لم يوضع للوضوء غالبا وإنما وضع للشرب إلا أن يكون الماء كثيرا فيستدل بكثرته على أنه وضع للشرب والوضوء جميعا ا هـ. وكذا في التجنيس وفتاوى الولوالجي وقاضيخان. والحب بضم الحاء الخابية. وعن الامام أبي بكر محمد بن الفضل أن الموضوع للشرب يجوز التوضؤ منه والموضوع للوضوء لا يباح منه الشرب. وفي الخلاصة وغيرها: ثلاثة نفر في السفر جنب وحائض طهرت من الحيض وميت ومعهم من الماء قدر ما يكفي لاحدهم، إن كان الماء لاحدهم فهو أحق، وإن كان الماء لهم لا ينبغي لاحدهم أن يغتسل، وإن كان الماء مباحا فالجنب أحق،

***

[٢٥١]

فتتيمم المرأة وييمم الميت، ولو كان مكان الحائض محدث يصرف إلى الجنب ا هـ. وفي الظهيرية قال عامة المشايخ: الميت أولى، وقيل الجنب أولى وهو الاصح ا هـ. وفي المحيط: وينبغي أن يصرفا نصيبهما إلى غسل الميت ويتيمما فيما إذا كان مشتركا. وفي التجنيس: رجل كان في البادية وليس معه إلا قمقمة من ماء زمزم في رحله وقد رصص رأسه، ولا يجوز له التيمم إذا كان لا يخاف على نفسه العطش لانه واحد للماء وكثيرا ما يبتلى به الحاج الجاهل ويظن أنه يجزئه، والحيلة فيه أن يهبه من غيره. ثم يستودع منه الماء ا هـ. قال قاضيخان في فتاواه: إلا أن هذا ليس بصحيح عندي فإنه لو رأى مع غيره ماء يبيعه بمثل الثمن أو بغبن يسير يلزمه الشراء، ولا يجوز له التيمم فإذا تمكن من الرجوع في الهبة كيف يجوز له التيمم ا هـ. ودفعه في فتح القدير بأنه يمكن أن يفرق بأن الرجوع تملك بسبب مكروه وهو مطلوب العدم شرعا فيجوز أن يعتبر الماء معدوما في حقه كذلك وإن قدر عليه حقيقة كماء الحب بخلاف البيع اهـ. وقيل: الحيلة فيه أيخلطه بماء الورد حتى يغلب عليه فلا يبقى طهورا كذا في التوشيح. والمحبوس الذي لا يجد طهورا لا يصلي عندهما، وعند أبي يوسف يصلي بالايماء ثم يعيد وهو رواية عن محمد تشبها بالمصلين قضاء لحق الوقت كما في الصوم. ولهما أنه ليس بأهل للاداء لمكان الحدث فلا يلزمه التشبه كالحائض، وبهذه المسألة تبين أن الصلاة بغير طهارة متعمدا ليس بكفر فإنه لو كان كفرا لما أمر أبو يوسف به، وقيل كفر كالصلاة إلى غير القبلة أو مع الثوب النجس عمدا لانه كالمستخف، والاصح أنه لو صلى إلى غير القبلة أو مع الثوب النجس لا يكفر لان ذلك لا يجوز أداؤه بحال. ولو صلى بغير طهارة متعمدا يكفر لان ذلك يحرم بكل حال، فإذا صلى بغير طهارة متعمدا فقد تهاون واستخف بأمر الشرع فيكفر، كذا في المحيط، وقد قدمنا عن الفتاوى الظهيرية أن مقطوع اليدين والرجلين إذا كان بوجهه جراحة يصلي بغير طهارة ولا يتيمم ولا يعيد وهذا هو الاصح، فكانت الصلاة بغير طهارة نظير الصلاة على غير القبلة أو مع الثوب النجس فينبغي التسوية بينهما في الحكم وهو عدم التكفير كما لا يخفى. قوله: (مستوعبا وجهه ويديه مع مرفقيه) أي يتيمم تيمما مستوعبا فهو صفة لمصدر

***

[٢٥٢]

محذوف وجوز الزيلعي أن يكون حالا من الضمير الذي في تيمم فيكون حالامنتظرة قال: والاول أوجه ولم يبين وجهه، ولعل وجهه أن الاستيعاب فيه ركن لا يتحقق التيمم إلا به، وعلى جعله حالا يصير شرطا خارجا عن ماهيته لان الاحوال شروط على ما عرف. اعلم أن الاستيعاب فرض لازم في ظاهر الرواية عن أصحابنا حتى لو ترك شيئا قليلا من مواضع التيمم لا يجوز. ونص غير واحد أن هذا هو الصحيح، منهم قاضيخان ونص صاحب المجمع وصاحب الاختيار على أنه الاصح، وصاحب الخلاصة والولوالجي على أنه المختار، وشارح الوقاية أن عليه الفتوى، وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الاكثر يقوم مقام الكل لوجه غير لازم وهو إما لكثرة البلوى أو لانه مسح فلا يجب فيه الاستيعاب كمسح الرأس. وفي تفصيل عقد الفوائد بتكميل قيد الشرائد معزيا إلى الخلاصة أن المتروك لو كان أقل من الربع يجزئه وهو الاصح، والظاهر أن ليس المراد بها خلاصة الفتاوى المشهورة فإن فيها أن المختار افتراض الاستيعاب، ووجه ظاهر الرواية أن الامر بالمسح في باب التيمم تعلق باسم الوجه واليدين وأنه يعم الكل، ولان التيمم بدل عن الوضوء والاستيعاب في الاصل من تمام الركن فكذا في البدل فيلزمه تخليل الاصابع ونزع الخاتم أو تحريكه ولو ترك لم يجز، وعلى رواية الحسن لا يلزمه ويمسح

المرفقين مع الذراعين عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر حتى لو كان مقطوع اليدين من المرفقين يمسح موضع القطع عندنا خلافا لزفر. والكلام فيه كالكلام في الوضوء وقد مر. كذا في البدائع. وفي المحيط: وإن كان القطع فوق المرفق لا يجب المسح يعني اتفاقا ويمسح تحت الحاجبين وفوق العينين. وفي فتح القدير معزيا إلى الحلية تبعا للدراية: يمسح من وجهه ظاهر البشرة والشعر على الصحيح ا ه. لكن في السراج الوهاج: لا يجب عليه مسح اللحية في التيمم ولا مسح الجبيرة ولو مسح بإحدى يديه وجهه وبالاخرى يديه أجزأه في الوجه واليد الاولى ويعيد الضرب لليد الاخرى ا ه. وفي تعبيره بالواو في قوله ويديه دون ثم إشارة إلى أن الترتيب ليس بشرط فيه كأصله. ويشترط المسح بجميع اليد أو بأكثرها حتى لو مسح بأصبع واحدة أو اصبعين لا يجوز، ولو كرر المسح حتى استوعب بخلاف مسح الرأس. كذا في السراج الوهاج معزيا إلى الايضاح. وفي
***
[٢٥٣]
المجتبى: ومسح العذار شرط على ما حكي عن أصحابنا والناس عنه غافلون. وفي المحيط عن محمد في رجل يرى التيمم إلى الرسغ والوتر ركعة ثم رأى التيمم إلى المرفق والوتر ثلاثا لا يعيد ما صلى لانه مجتهد فيه، وإن فعل ذلك من غير أن يسأل أحد ثم سأل فأمر بثلاث يعيد ما صلى لانه غير مجتهد ا ه. وفي معراج الدراية: ولو أمر غيره أن ييممه ونوى هو جاز. وقال ابن القاضي: لا يجزئه ا ه. والناوي هو الآمر كما لا يخفى. وفي شرح المجمع: وأما استيعاب الوجه في التيمم فليس مستفادا من الالصاق بل لانه عن الغسل فلزم الاستيعاب في الخلف حسب لزومه في الاصل ا ه. وقد قدمناه في مسح الرأس. قوله: (بضربتين) الباء متعلقة بتيمم أي يتيمم بضربتين، وقد وقع ذكر الضرب في كثير من الكتب والمذكور في الاصل الوضع دون الضرب، وفي بعض الروايات الضرب فاختلف المشايخ فيه، فمنهم كالمصنف في المستصفى من قال بأنهم إنما اختاروه، وإن كان الوضع جائزا لما أن الآثار جاءت بلفظ الضرب. وفي غاية البيان: والمقصود من الضرب أن يدخل الغبار في خلال الاصابع تحقيقا لمعنى الاستيعاب. وتعقب ما في المستصفى بأن الضرب لم يذكر في الآية ولا في سائر الآثار وإنما جاء في بعضها. ومنهم من ذهب إلى أن المقصود بذكر الضربتين الرد على ابن سيرين ومتبعه أنه لا بد من ثلاث ضربات ضربة للوجه وضربة للكفين وضربة للذراعين، وأما مروي عن محمد من الاحتياج إلى ثلاث ضربات فليس افتراضا للثالثة لذاتها بل لتخليل الاصابع إذا لم يدخل الغبار بينها وهو خلاف النص والمقصود هو التخليل لا يتوقف عليه. ومنهم من ذهب إلى أن الضربتين ركن للخبر الوارد التيمم ضربتان فهما من ماهية التيمم، ومن ثم قال السيد أبو شجاع: إنه لو أحدث بعد الضربة أعادها ولا يجزئه المسح بما في يده من التراب. وصححه في الخلاصة وهو مختار شمس الائمة ولكن قال القاضي الاسبيجابي: إن الضربة تجزئه كما في الوضوء حيث يتوضأ بذلك الماء. وفرق السيد أبو شجاع بينهما بأن الشرط في الوضوء الحصول وفي التيمم التحصيل. وأجيب عنه بأن التحصيل شرط فلا ينافي الحدث كما لو أحرم مجامعا. وفي فتح القدير بعد ما ذكر الخلاف: وعلى هذا فما صرحوا به من أنه لو ألقت الريح الغبار على وجهه ويديه فمسح بنية التيمم أجزأه وإن لم يمسح لا يجوز يلزم فيه، إما كونه قول من أخرج الضربة لا قول الكل، وإما اعتبار الضربة أعم من كونها على الارض أو على العضو مسحا، والذي يقتضيه النظر عدم اعتبار ضربة الارض من مسمى التيمم شرعا فإن المأمور به المسح
***
[٢٥٤]
في الكتاب ليس غير قال تعالى * (فتيمموا صعيدا طيبا فامسحوا بوجوهكم) * (النساء: ٤٣) ويحمل قوله عليه السلام التيمم ضربتان إما على إرادة الاعم من المسحتين كما قلنا أو أنه أخرج مخرج الغالب والله سبحانه أعلم ا ه. ثم أعلم أن الشرط وجود الفعل منه أعم من أن يكون مسحا أو ضربا أو غيره فقد قال في الخلاصة: ولو أدخل رأسه في موضع الغبار بنية التيمم يجوز، ولو انهدم الحائط وظهر الغبار فحرك رأسه ونوى التيمم جاز والشرط وجود الفعل منه ا ه. وهذا يعين أن هذه الفروع مبنية على قول من أخرج الضربة من مسمى التيمم، وأما من أدخلها فلا يمكنه القول بها فيما نقلناه عن الخلاصة إذا ليس فيها ضرب أصلا لا على الارض ولا على العضو إلا أن يقال: مراده بالضرب الفعل منه أعم من كونه ضربا أو غيره وهو بعيد كما لا يخفى، وتظهر ثمرة الخلاف أيضا فيما إذا نوى بعد الضرب فمن جعله ركنا لم يعتبر النية بعده، ومن لم يجعله ركنا اعتبرها بعده. كذا في السراج الوهاج. وفي الخلاصة: ولو شلت كلا

يديه يمسح وجهه وذراعيه على الحائط ا هـ. وقد قدمنا أنه لو أمر غيره بأن ييممه جاز بشرط أن ينوي الآمر، فلو ضرب المأمور يده على الارض بعد نية الآمر ثم أحدث الآمر قال في التوشيح: ينبغي أن يبطل بحدث الآمر على قول أبي شجاع ا هـ. وظاهره أنه لا يبطل بحدث المأمور لما أن المأمور آلة وضربه ضرب للآمر فالعبرة للآمر ولهذا اشترطنا نيته لا نية المأمور وفي المحيط: وكيفية التيمم أن يضرب يديه على الارض ثم ينفضهما فيمسح بهما وجهه بحيث لا يبقى منه شئ وإن قل، ثم يضرب يديه ثانيا على الارض ثم ينفضهما فيمسح بهما كفيه وذراعيه كليهما إلى المرفقين. وقال مشايخنا: يضرب يديه ثانيا ويمسح بأربع أصابع يده اليسرى ظاهر يده اليمنى من رؤوس الاصابع إلى المرفق، ثم يمسح بكفه اليسرى باطن يده اليمنى إلى الرسغ ويمر باطن إبهامه اليسرى على ظاهر، إبهامه اليمنى، ثم يفعل باليد اليسرى كذلك وهو الاحوط لان فيه احترازا عن استعمال المستعمل بالقدر الممكن فإن التراب الذي على يده يصير مستعملا بالمسح

***

[٢٥٥]

حتى لو ضرب يديه مرة ومسح بهما وجهه وذراعيه لا يجوز، ولا يجب مسح باطن الكف لان ضربهما على الارض يغني عنه. وفي شرح النقاية للشمني معزيا إلى الذخيرة: لم يرد نص هل الضربة بباطن الكفين أو بظاهرهما والاصح أنها بظاهرهما وباطنهما ا هـ. والمراد بالواو إذ لا جمع بينهما كما لا يخفى، وهذا النقل عن الذخيرة مخالف لما نقله عنها ابن أمير حاج في شرح منية المصلي ولفظة تنبيه في الذخيرة: لم يذكر محمد أنه يضرب على الارض ظاهر كفيه أو باطنهما وأشار إلى أنه يضرب باطنهما فإنه قال في الكتاب: لو ترك المسح على ظاهر كفيه لا يجوز إنما يكون تاركا للمسح على ظاهر كفيه إذا ضرب باطن كفيه على الارض ا هـ. ثم قال: قلت وبهذا يعلم أن المراد بالكف باطنها لا ظاهرها ا هـ. وهكذا في التوشيح معزيا إلى الذخيرة إلا أنه بعد أسطر ذكر ما في شرح النقاية من التصحيح: وسنن التيمم سبعة: إقبال اليدين بعد وضعهما على التراب وإدبارهما ونفضهما وتفريج الاصابع والتسمية في أوله والترتيب والموالاة. ذكر الاربعة الاول في المبتغى والباقية في المبسوط، وبعضهم أطلق على بعض هذه الاستحباب، وفي ظاهر الرواية ينفضهما مرة، وعن أبي يوسف مرتين وهذا ليس كالزيلعي باختلاف لان المقصود وهو تناثر التراب، إن حصل بمرة اكتفى بها وإن لم يحصل ينفض مرتين. كذا في البدائع ولهذا قال في الهداية: ينفض يديه بقدر ما يتناثر التراب كيلا يصير مثلة ا هـ. قوله: (ولو جنبا أو حائضا) يعني يتيمم الجنب والمحدث والحائض والنفساء وهو قول جمهور العلماء للاحاديث الواردة، منها ما رواه البخاري ومسلم من حديث عمران بن الحصين إن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا معتزلا لم يصل مع القوم فقال: يا فلان ما منعك أن تصلي مع القوم؟ فقال: يارسول الله أصابتني جنابة ولا ماء فقال: عليك بالصعيد. ومنها حديث عمار أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره بالتيمم وهو جنب رواه الائمة الستة. وأما الآية وهي قوله تعالى * (أو لامستم النساء) * (النساء: ٤٣) فقد اختلف فيها فذهب عمر وابن مسعود وابن عمر إلى حملها على المس باليد فمنعوا التيمم للجنب، وذهب علي وابن عباس وعائشة إلى أنها محمولة على الجماع فجوزوه للجنب وبه أخذ أصحابنا وجهور العلماء ترجيحا لسياق الآية

***

[٢٥٦]

لان الله تعالى بين حكم الحدث الاصغر والاكبر حال وجود الماء ثم نقل الحكم إلى التراب حال عدم الماء، وذكر الحدث الاصغر بقوله * (أو جاء أحد منكم من الغائط) * (النساء: ٤٣) فتعين حمل الملامسة على الجماع ليكون بيانا لحكم الحدثين عند عدم الماء كما بين حكمهما عند وجوده، والشافعي حمل الآية على الجماع والمس باليد فقال بإباحته للجنب ونقض الوضوء بالمس باليد، والحيض والنفاس ملحقان بالجنابة لانهما في معناهما، هكذا في كثير من الكتب لكن في الفتاوى الظهيرية كما نقله مسكين من شرح الكنز والشمني في شرح النقاية تفصيل في الحائض وهي أنها إذا ظهرت لعشرة أيام يجوز لها التيمم، وإن طهرت لاقل لا يجوز إلا أن الشمني نقله عنها في تيممها لصلاة الجنازة والعيد والاول في مطلق التيمم. والذي يظهر أن هذا التفصيل غير صحيح بدليل ما اتفقوا على نقله في باب الحيض والرجعة أن الحائض إذا انقطع دمها لاقل من عشرة فتييمت عند عدم القدرة على الماء وصلت جاز للزوج وطؤها، وهل تنقطع الرجعة بمجرد التيمم أو لا بد من الصلاة به فيه خلاف، فهذا صريح في جواز التيمم لها. وممن صرح به القاضي الاسبيجابي

في شرح مختصر الطحاوي ولفظه: الاصل أن المرأة إذا كانت أيامها دون العشرة فوقت اغتسالها من الحيض حتى إنها لا تخرج من الحيض ما لم تغتسل أو يمضي عليها أدنى وقت الصلاة إليها مع قدرة الاغتسال فيه، ولو تيممت وصلت خرجت من الحيض بالاتفاق، ولو تيممت ولم تصل لا ينقطع حق الرجعة في قولهما خلافا لمحمد وزفر، وأجمعوا أنها لا تتزوج حتى تصلي بذلك التيمم إلى آخر ما ذكر من الفروع، لكن صحح شمس الائمة السرخسي في مبسوطه أنه لا يطؤها حتى تصلي به إجماعا لان محمدا إنما جعل التيمم كالاغتسال فيما هو مبني على الاحتياط وهو قطع الرجعة والاحتياط في الوطئ تركه فليس التيمم فيه كالاغتسال كما لم يفعله في الحل للازواج. وفي المحيط: جنب مر على مسجد فيه ماء يتيمم للدخول ولا يباح له إلا بالتيمم وإن كان فيه عين صغيرة ولا يستطيع الاغتراف منه لا يغتسل فيها ويتيمم لان الاغتسال فيه يفسده ولا يخرج طاهرا فلا يكون مفيدا، ولو أصابته الجنابة في المسجد قيل لا يباح له الخروج من غير تيمم اعتبارا بالدخول، وقيل يباح لان في الخروج تنزيه المسجد عن النجاسة وفي الدخول تلويثه بها ا ه‍. وسيأتي في الحيض تمامه إن شاء الله تعالى. قوله: (بطاهر) متعلق بيتيمم يعني يشترط لصحة التيمم طهارة الصعيد لقوله تعالى * (فتيمموا صعيدا طيبا) * (النساء: ٤٣) ولاطيب مع النجاسة حتى لو تيمم بغبار ثوب نجس

***

[٢٥٧]

لا يجوز إلا إذا وقع ذلك الغبار عليه بعد ما جف، ولا بد أن تكون طهارته مقطوعا بها حتى لو تيمم بأرض قد أصابتها نجاسة فجفت وذهب أثرها لم يجز في ظاهر الرواية. والفرق بين التيمم منها وجواز الصلاة عليها أن الجفاف مقلل لا مستأصل وقليلها مانع في التيمم دون الصلاة، ويجوز أن يعتبر القليل مانعا في شئ كقليلها في الماء مانع دون الثوب. كذا في البدائع وسيأتي تمامه في الانجاس إن شاء الله تعالى. وظاهر كلامهم أن الارض التي جفت نجسة في حق التيمم طاهرة في حق الصلاة، والحق أنها طاهرة في حق الكل. وإنما منع التيمم منها لفقد الطهورية كالماء المستعمل طاهر غير طهور وكان ينبغي للمصنف أن يقول بمطهر ليخرج ما ذكرنا كما عبر به في منظومة ابن وهبان وللحديث الوارد من قوله صلى الله عليه وسلم جعلت لي الارض مسجدا وطهورا (١) بناء على أن الطهور بمعنى المطهر وقد تقدم الكلام فيه. وفي المحيط والبدائع: ولو تيمم اثنان من مكان واحد جاز لانه لم يصر مستعملا لان التيمم إنما يتأدى بما التزق بيده لا بما فضل كالماء الفاضل في الاناء بعد وضوء الاول ا ه‍. وهو يفيد تصور استعماله وقصره على صورة واحدة وهي أن يمسح الذراعين بالضربة التي مسح بها وجهه ليس غير. قوله: (من جنس الارض) يعني يتيمم بما كان من جنس الارض. قال المصنف في المستصفى: كل ما يحترق بالنار فيصير رمادا كالشجر أو ينطبع ويلين كالحديد فليس من جنس الارض وما عدا ذلك فهو من جنس الارض ا ه‍. فلا يجوز التيمم بالاشجار والزجاج المتخذ من الرمل وغيره والماء المنجمد والمعادن إلا أن تكون في محالها، فيجوز للتراب الذي عليها لا بها نفسها، واللؤلؤ وإن كان مسحوقا لانه متولد من حيوان في البحر، والدقيق والرماد، ويجوز بالحجر والتراب والرمل والسبخة المنعقدة من الارض دون الماء، والجص والنورة والكحل والزرنيخ والمغرة والكبريت والفيروزج والعقيق والبلخش والزمرد والزبرجد. وفي

***

[٢٥٨]

فتح القدير: عدم الجواز بالمرجان. وفي غاية البيان والتوشيح والعناية والمحيط ومعراج الدراية والتبيين الجواز به فكان الاول سهوا. وأما الملح فإن كان مائيا فلا يجوز به اتفاقا، وإن كان جبليا ففيه روايتان وصحح كل منهما ذكره في الخلاصة لكن الفتوى على الجواز به. كذا في التنجيس. ويجوز بالآجر المشوي وهو الصحيح لانه طين مستحجر، وكذا بالخزف الخالص إلا إذا كان مخلوطا بما ليس من جنس الارض أو كان عليه صبغ ليس من جنس الارض. كذا أطلق في التجنيس والمحيط وغيرهما مع أن المسطور في فتاوى قاضيخان: التراب إذا خالطه شئ ما ليس من أجزاء الارض. يعتبر فيه الغلبة، وهذا يقتضي أن يفصل في المخالط للنئ بخلاف المشوي لاحتراق ما فيه من أجزاء الارض كذا في فتح القدير. وفي فتاوى قاضيخان: وإذا احترقت الارض بالنار إن اختلطت بالرماد يعتبر فيه الغالب إن كانت الغلبة للتراب جاز به التيمم وإلا فلا. وفي فتح القدير: يجوز التيمم بالارض المحترقة في الاصح ولم يفصل، والظاهر التفصيل. وفي المحيط: ولو تيمم بالذهب والفضة إن كان مسبوكا لا يجوز، وإن لم يكن مسبوكا وكان مختلطا بالتراب والغلبة للتراب جاز

ا هـ. فعلم بهذا أن ما أطلقه في فتح القدير محمول على هذا التفصيل، وإذا لم يجد إلا الطين يلطخه بثوبه فإذا جف تيم به، وقيل عند أبي حنيفة يتيمم بالطين وهو الصحيح لان الواجب عنده وضع اليد على الارض لا استعمال جزء منه والطين من جنس الارض إلا إذا صار مغلوبا بالماء فلا يجوز التيمم به. كذا في المحيط. وقيد الجواز بالطين الولوالجي في فتاواه صاحب المبتغى بأن يخاف خروج الوقت، أما قبله فلا كيلا يتلطخ وجهه فيصير بمعنى المثلة من غير ضرورة وهو قيد حسن ينبغي حفظه. وذكر الاسبيجابي ولو أن الحنطة أو الشئ الذي لا يجوز عليه التيمم إذا كان عليه التراب فضرب يده عليه وتيمم ينظر إن كان يستبين أثره بمده عليه جاز، وإن
***
[٢٥٩]
كان لا يستبين لا يجوز ا هـ. وبهذا يعلم حكم التيمم على جوخة أو بساط عليه غبار، فالظاهر عدم الجواز لقلة وجود هذا الشرط في نحو الجوخة فليتنبه له والله سبحانه الموفق. وهذا كله عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا بالتراب وهو قول الشافعي لما أخرجه مسلم عن حذيفة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال وجعلت لي الارض مسجدا وجعل تربتها لنا طهورا روى أحمد والبيهقي وجعل لي الترا ب طهورا ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى * (فتيمموا صعيدا طيبا) * (النساء: ٤٣) والصعيد اسم لوجه الارض ترابا كان أو غيره. قال الزجاج: لا أعلم اختلافا بين أهل اللغة في ذلك، وإذا كان هذا مفهومه وجب تعميمه وتعين حمل تفسير ابن عباس الصعيد بالتراب على الاغلب، ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم في الصحيحين وجعلت لي الارض مسجدا وطهورا لان اللام فيها للجنس فلا يخرج شئ منها لان الارض كلها جعلت مسجدا، وما جعل مسجدا هو الذي جعل طهورا. وما في
***
[٢٦٠]
الصحيحين أيضا من حديث عمار إنما يكفيك أن تضرب بيدك الارض ولم يقل التراب. وما رواه البخاري من أنه صلى الله عليه وسلم تيمم على الجدار. قال الطحاوي: حيطان المدينة مبنية من حجارة سود من غير تراب، ولو لم تثبت الطهارة بهذا التيمم لما فعله صلى الله عليه وسلم. وأما رواية وترابها طهورا فالجمهور على خلافه، وأن الثابت وتربتها ولا يراد بها التراب بل مكان تربتها ما يكون فيه من التراب والرمل وغيره من جنس الارض، ولم سلم فالاستدلال به عمل بمفهوم اللقب وهو ليس بحجة عند الجمهور، وما قد يتوهم أن هذا يخصص رواية الارض لانه فرد من أفراد العام نخطأ لان التخصيص إخراج الفرد من حكم العام وهذا ربط حكم العام نفسه ببعض أفراده. كذا في فتح القدير بمعناه، ويدل له ما ذكر في البدائع أن الجمهور أنه إذا وافق خاص عاما لم يخصصه خلافا لابي ثور كقوله أيما أهاب وكقوله في شاة ميمونة دباغها طهورها. لنا: لا تعارض فالعمل بهما واجب. فإن قيل المفهوم مخصص عند قائليه فذكرها يخرج غيرها قلنا: أما على أصلنا فظاهر ومن أجاز المفهوم فبغير اللقب ا هـ. وكذا ذكر ابن الحاجب في أصوله وبهذا اندفع ما ذكره النووي في شرح مسلم أنه من قبيل حمل المطلق على المقيد. قال القرطبي في تفسيره: وقولهم هذا من باب المطلق والمقيد فليس كذلك وإنما هو من باب النص على بعض أشخاص العموم كقوله تعالى * (فيهما فاكهة ونخل ورمان) * (الرحمن: ٦٨) ا هـ. وعلى تسليم أنهما منه وقولهم أن مفهوم اللقب حجة إذا اقترن بقرينة وهي هنا موجودة لانه لولا أن الحكم متعلق بالمذكور لم يكن لذكره فائدة قلنا: إنه إنما ذكره جريا على الغالب وإشارة إلى أنه الاصل. قوله: (وإن لم يكن عليه نقع وبه بلا عجز) أي وإن لم يكن على جنس الارض غبار حتى لو وضع يده على حجر لا غبار عليه يجوز. وقال محمد: لا يجوز لظاهر قوله تعالى * (فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) * (النساء: ٤٣) قلنا: من للابتداء في المكان إذ لا يصح فيها ضابط التبعيضية وهو وضع بعض موضعها والباقي بحاله إذ لو قيل فامسحوا بوجوهكم وأيديكم بعضها أفاد أن المطلوب جعل الصعيد ممسوحا والعضوين آلته وهو منتف اتفاقا، ولا يصح فيها ضابط البيانية وهو وضع الذي موضعها مع جزء ليتم صلة الموصول كما في * (اجتنبوا الرجس من الاوثان) * (الحج: ٣٠) أي الذي هو الاوثان. كذا في فتح القدير. ومثله توضأت من النهر أي ابتداء الاخذ للوضوء من النهر. وفي الكشاف: فإن قلت قولهم إنها لابتداء الغاية قول متعسف ولا يفهم أحد من العرب من قول القائل مسحت
***
[٢٦١]

برأسي من الدهن ومن الماء ومن التراب إلا معنى التبعيض قلت: هو كما تقول والاذعان للحق أحق من المراء ذكره في تفسير آية النساء. واختار ابن أمير حاج تلميذ المحقق ابن الهمام أنها لتبيين جنس ما تماسه الآلة التي بها يمسح العضوين على أن في الآية شيئا مقدرا طوى ذكره لدلالة الكلام عليه كما هو دأب إيجاز الحذف الذي هو باب من البلاغة. التقدير والله أعلم: امسحوا بوجوهكم وأيديكم مما مسه شئ من الصعيد وهذا لا يوجب استعمال جزء من الصعيد في العضوين قطعا ا ه. وقوله وبه بلا عجز أي بالنقع يجوز التيمم بلا عجز عن التراب، وعند أبي يوسف لا يجوز إلا عند العجز. تنبيهات: الاول: أن الصعيد المذكور في الآية ظرف مكان عندنا وعند الشافعي ومن يشترط التراب مفعول به بتقدير حذف الباء أي بصعيد ذكره القرطبي. الثاني: أن التيمم على التيمم ليس بقربة كذا في القنية، وظاهره أنه ليس بمكروه وينبغي كراهته لكونه عبثا. الثالث: ذكر في الغاية أن ههنا لطيفة وهي أن الله تعالى خلق درة ونظر إليها فصارت ماء ثم تكاثف منه وصار ترابا وتلطف منه فصار هواء وتلطف منه فصار نارا فكان الماء أصلا. ذكره المفسرون وهو منقول عن التوراة. وإنما لم يجز التيمم بالمعدن كالحديد لانه ليس بتبع للماء وحده حتى يقوم مقامه ولا للتراب كذلك وإنما هو مركب من العناصر الاربعة فليس له اختصاص بشئ منها حتى يقوم مقامه. قوله: (ناويا) أي يتيمم ناويا وهي من شروطه. والنية والقصد الارادة الحادثة ولهذا لا يقال لله تعالى ناو ولا قاصد. كذا في المستصفى. وشرطها أن يكون المنوي عبادة مقصودة لا تصح إلا بالطهارة أو الطهارة أو استباحة الصلاة أو رفع الحدث أو الجنابة، وما وقع في

***

[٢٦٢]

التجنيس من أن النية المشروطة في التيمم هي نية التطهير وهو الصحيح فلا ينافيه لتضمنها نية التطهير. وإنما اكتفى بنية التطهير لان الطهارة شرعت للصلاة وشرطت لاباحتها فكانت نيتها نية إباحة الصلاة حتى لو تيمم لتعليم الغير لا تجوز به الصلاة في الاصح. كذا في معراج الدراية. فلو تيمم لصلاة الجنازة أو سجدة التلاوة جاز له أن يصلي سائر الصلوات لان كلا منهما قربة مقصودة، والمراد بالقربة المقصودة أن لا تجب في ضمن شئ آخر بطريق التبعية، ولا ينافي هذا ما ذكر في الاصول من أن سجدة التلاوة ليست بقربة مقصودة حتى لو تلاها في وقت مكروه جاز أن يؤديها في وقت مكروه آخر بخلاف الصلاة المفروضة إذا وجبت في وقت ناقص لا تؤدي في ناقص آخر لان النفي والاثبات ليس من جهة واحدة بل من جهتين. والمراد مما ذكر هنا أنها شرعت ابتداء تقربا إلى الله تعالى من غير أن تكون تبعا لغيرها بخلاف دخول المسجد ومس المصحف، والمراد بما في الاصول أن هيئة السجود ليست بمقصودة لذاتها عند التلاوة بل لاشتمالها على التواضع المحقق لموافقة أهل الاسلام ومخالفة أهل الطغيان فلهذا قلنا: لا يختص إقامة الواجب بهذه الهيئة بل ينوب الركوع في الصلاة على الفور منابها. كذا في معراج الدراية تبعا للخبازية. وصرحوا بأنه لو تيمم لدخول المسجد أو القراءة ولو من المصحف أو مسه أو زيارة القبور أو دفن الميت أو الآذان أو الاقامة أو السلام أو رده أو الاسلام، لا تجوز الصلاة بذلك التيمم عند عامة المشايخ لان بعضها ليست بعبادة مقصودة، والاسلام وإن كان عبادة مقصودة لكن يصح بدون الطهارة. هكذا أطلقوا في قراءة القرآن المنع، وفي المحيط: أطلق الجواز وسوى بين صلاة الجنازة وسجدة التلاوة وقراءة القرآن. وفي السراج الوهاج: الاصح أنه لا يجوز له أن يصلي إذا تيمم لقراءة القرآن. والحق التفصيل فيها فإن تيمم لها وهو جنب جاز له أن يصلي به سائر الصلوات. كذا في البدائع وغاية البيان. ولم يفصلا في دخول المسجد بين أن يكون جنبا أو محدثا مع أن كلا منهما تبع لغيره وهو الصلاة فالاولى أن يقال: الشرط كون المنوي عبادة مقصودة أو جزأها وهو لا يحل إلا بالطهارة، فالقراءة جزء من العبادة المقصودة إلا أنه كان جنبا وجد الشرط الاخير وهو عدم حل الفعل إلا بالطهارة فكمل الشرط فجازت الصلاة به، وإن كان محدثا عدم الشرط الاخير ولم تجز الصلاة به وخرج التيمم لدخول المسجد مطلقا، أما إن كان للحدث فظاهر لفوات الشرطين، وأما للجنابة فهو وإن وجد الشرط الاخير وهو عدم الحل إلا أنه عدم الشرط الاول وهو كونه عبادة مقصودة أو جزأها. وخرج التيمم لمس المصحف

***

[٢٦٣]

مطلقا فإنه وإن كان لا يحل إلا بها إلا أنه ليس بعبادة مقصودة، ولا يقال إن دخول المسجد عبادة وإن لم يكن للصلاة بل للاعتكاف لانا نقول: العبادة هي الاعتكاف ودخول المسجد تبع له فكانت عبادة غير مقصودة. ولو تيمم لسجدة الشكر لا يصلي به المكتوبة،

وعند محمد يصليها بناء على بناء على أنها قربة عنده، وعندهما ليست بقربة. كذا في التوشيح. وفي فتح القدير: فإن قلت ذكرت أن نية التيمم لرد السلام لا تصححه على ظاهر المذهب مع أنه عليه السلام تيمم لرد السلام على ما أسلفته في الاول. فالجواب أن قصد رد السلام بالتيمم لا يستلزم أن يكون نوى عند فعل التيمم التيمم له بل يجوز كونه نوى ما يصح معه التيمم ثم يرد السلام إذا صار طاهرا ا ه. ولقائل أن يمنع عدم صحة التيمم للسلام كما زعمه لان المذهب أن التيمم للسلام صحيح، وإنما الكلام في جواز الصلاة به ولهذا قال قاضيخان في فتاواه: ولو تيمم للسلام أو لرده لا يجوز له أداء الصلاة بذلك التيمم ولم يقل لا يجوز تيممه، فعلم أن جواز الصلاة به حكم آخر لا تعلق له بما فعله عليه السلام فإنه تيمم للسلام عند فقد الماء، ولا شك في صحته. قال النووي في شرح مسلم: وهذا الحديث محمول على أنه صلى الله عليه وسلم كان عادما للماء حال التيمم فإن التيمم مع وجود الماء لا يجوز للقادر على استعماله ا ه. وعلى أصولنا لا حاجة إلى هذا الحمل فإن عندنا ما يفوت لا إلى خلف يجوز التيمم له مع وجود الماء كصلاة الجنازة، ولا شك أن رد السلام منه بناء على أنه عليه السلام لا يذكر الله تعالى إلاعلى طهارة، بل عندنا ما هو أعم من ذلك وهو أن ما ليست الطهارة شرطا في فعله وحله فإنه يجوز التيمم له مع وجود الماء كدخول المسجد للمحدث، ولهذا قال في المبتغى بالغين المعجمة: ويجوز التيمم لدخول مسجد عند وجود الماء وكذا للنوم فيه ا ه.

***

[٢٦٤]

وتجويز أن يكون النبي عليه السلام نوى معه ما يصح معه التيمم خلاف الظاهر كما لا يخفى، ثم لا يخفى أن قولهم بجواز الصلاة بالتيمم لصلاة الجنازة محمول على ما إذا لم يكن واجدا للماء كما قيده في الخلاصة بالمسافر، أما إذ يتيمم لها مع وجوده لخوف الفوت فإن تيممه يبطل بفراغه منها. ومما تقدم علم أن نية التيمم لا تكفي لصحته على المذهب خلافا لما في النوادر، ولا اعتماد عليه بل المعتمد اشتراط نية مخصوصة هي ما قدمناه لكن لا دليل عليه لان قوله تعالى * (فتيمموا صعيدا طيبا) * إنما يدل على قصد الصعيد المترتب عليه المسح فلا يكون موجبا غير النية المعتبرة. كذا في فتح القدير. ويمكن أن يقال: إن المراد قصد الصعيد لاجل الصلاة بقرينة قوله فلم تجدوا ففيه الانباء عن المشروط كما لا يخفى. ولا تشترط نية التمييز بين الحدث والجنابة حتى لو تيمم الجنب يريد به الوضوء أجزأ. هكذا روي عن محمد نصا كما نقله في التجنيس. وذكر الجصاص أنه لا حاجة إلى نية التطهير بل لا بد من التمييز لان التيمم لهما يقع على صفة واحدة فيميز بالنية كصلوات الفرائض وليس بصحيح، لان الحاجة إلى النية ليقع التيمم طهارة فإذا وقع طهارة جاز له أن يؤدي ما شاء لان الشروط يراعى وجودها لا غير، ألا ترى أنه لو تيمم للعصر يجوز أداء الظهر به بخلاف الصلوات، كذا في الخبازية وغيرها. ولا يخفى أن قول محمد لو تيمم الجنب يريد به الوضوء معناه يريد به طهارة الوضوء لما علمت من اشتراط نية التطهير. وبما تقرر علم أن ما في القنية من قوله بقي على جسد الجنب لمعة ثم أحدث وتيمم لهما جاز وينوي لهما لانه إذا نوى لاحدهما يبقى الآخر بلا نية مبني على قول أبي بكر الجصاص كما لا يخفى. قوله: (فلغا تيمم كافر لا وضوءه) يعني فلاجل اشتراط النية المخصوصة في التيمم بطل تيمم كافر، ولعدم اشتراط النية في الوضوء لا يبطل وضوءه، أما الاول فلان الاسلام شرط وقوع التيمم صحيحا عند عامة العلماء وروي عن أبي يوسف إذا تيمم ينوي الاسلام جاز حتى لو أسلم لا يجوز له أن يصلي بذلك التيمم عند العامة، وعلى رواية أبي يوسف

***

[٢٦٥]

يجوز، فالحاصل أن تيمم الكافر غير صحيح مطلقا للصلاة والاسلام وعند أبي يوسف صحيح للاسلام لا للصلاة لانه نوى قربة مقصودة تصح منه في الحال، ولنا أن الكافر ليس بأهل للنية فما يفتقر إليها لا يصح منه، وهذا لان النية تصير الفعل منتهضا مسببا للثواب ولا فعل يقع من الكافر كذلك حال الكفر، ولذا صححنا وضوءه لعدم افتقاره إلى النية ولم يصححه الشافعي لما افتقر إليها عنده وهي المسألة الثانية. قوله: (ولا تنقضه ردة) أي لا ينقض التيمم ردة لما بين أن الاسلام عندنا شرط وقوع التيمم صحيحا بين أن الاسلام ليس شرط بقائه على الصحة حتى لو تيمم المسلم ثم ارتد عن الاسلام - والعياذ بالله - ثم أسلم جاز له أن يصلي بذلك التيمم لان التيمم وقع طهارة صحيحة فلا يبطل بالردة لان أثرها في إبطال العبادات والتيمم ليس بعبادة عندنا لكنه طهور وهي لا تبطل صفة الطهورية

كما لا تبطل الوضوء، واحتمال الحاجة باق لانه مجبور على الاسلام والثابت بيقين يبقى لو هم الفائدة في أصول الشرع إلا أنه لم ينعقد طهارة مع الكفر لان جعله طهارة للحاجة والحاجة زائلة للحال بيقين وغير الثابت بيقين لا يثبت لوهم الفائدة لما أن رجاء الاسلام منه على موجب ديانته واعتقاده منقطع والجبر على الاسلام منعدم، فهو الفرق بين الابتداء والبقاء. كذا قرره في البدائع. وتحقيقه أن التيمم نفسه لا ينافيه الكفر وإنما ينافي شرطه وهو النية المشروطة في الابتداء وقد تحققت وتحقق التيمم كذلك، فالصفة الباقية بعده لو اعتبرت كنفسه لا يرفعها الكفر لان الباقي حينئذ حكما ليس هو النية بل الطهارة. تنبيه: مقتضى ما ذكروه أن الكافر إذا توضأ أو تيم لا يكون مسلما به، وكذا قولهم في الاحرام إن الكافر إذا أحرم ثم أسلم فجدد الاحرام يجوز، يقتضي أن لا يكون مسلما بالاحرام لكن محله ما إذا لبى ولم يشهد المناسك، أما إذا لبى وشهد المناسك كلها مع المسلمين فإنه يكون مسلما كما صرح به في المحيط. والاصل أن الكافر متى فعل عبادة فإن كانت موجودة في سائر الاديان فإنه لا يكون به مسلما كالصلاة منفردا والصوم والحج الذي ليس

***

[٢٦٦]

بكامل والصدقة، ومتى فعل ما هو مختص بشريعتنا فإن كان من الوسائل كالتيمم لا يكون به مسلما، وإن كان من المقاصد أو من الشعائر كالصلاة بجماعة والحج على الهيئة الكاملة والاذان في المسجد وقراءة القرآن فإنه يكون به مسلما. إليه أشار في المحيط وغيره من كتاب السير قوله: (بل ناقض الوضوء) أي بل ينقضه ناقض الوضوء الحقيقي والحكمي المتقدمان في الوضوء لان التيمم خلف عن الوضوء، ولا شك أن حال الخلف دون حال الاصل، فما كان مبطلا للاعلى فأولى أن يكون مبطلا للادنى. وما وقع في شرح النقاية من أن الاحسن أن يقال وينقضه ناقض الاصل وضوءا كان أو غسلا فغير مسلم، لان من المعلوم أن كل شئ نقض الغسل نقض الوضوء، فالعبارتان على السواء كما لا يخفى. واعلم أنه إذا تيم عن جنابة وأحدث حدثا ينقض الوضوء فإن تيممه ينتقض باعتبار الحدث فتثبت أحكام الحدث لا أحكام الجنابة فإنه محدث وليس بجنب. قوله (وقدرة ماء فضل عحاجته) أي وينقضه أيضا القدرة على استعمال الماء الكافي الفاضل عن حاجته. قيدنا بالكافي لان غيره وجوده كعدمه وقد قدمناه. فلو وجد المتيمم ماء فتوضأ به فنقص عن إحدى رجليه إن كان غسل كل عضو ثلاثا أو مرتين انتقض تيممه وهو المختار، أو مرة لا ينتقض لان في الاول وجد ماء يكفيه إذ لو اقتصر على المرة كفاه. كذا في الخلاصة. وقيدنا بالفاضل لانه لو لم يكن فاضلا عنها فهو مشغول بها وهو كالمعدوم كما بيناه. وفي قوله وقدرة ماء اشارتان: الاولى إفادة أن الوجود المذكور في قوله تعالى فلم تجدوا ماء بمعنى القدرة بخلاف الوجود المذكور في الكفارات فإنه بمعنى الملك حتى لو أبيح له الماء لا يجوز له التيمم للقدرة ولو عرض على المعسر الحانث الرقبة يجوز له التكفير بغير الاعتاق. الثانية أن التعبير بالقدرة أولى من التعبير برؤية الماء المشروطة القدرة على استعماله

***

[٢٦٧]

كما وقع في الهداية، لان القدرة أعم من أن تكون برؤية الماء أو بغيره، فإن المريض إذا تيم للمرض ثم زال مرضه انتقض تيممه كما صرح به قاضيخان في فتاواه. ومن تيم للبرد ثم زال البرد انتقض تيممه كما صرح به في المبتغى. فإذا تيم للمرض أو للبرد مع وجود الماء ثم فقد الماء ثم زال المرض أو البرد ينتقض تيممه لقدرته على استعمال الماء وإن لم يكن الماء موجودا. فالحاصل أن كل ما منع وجوده التيمم نقض وجوده التيمم، وما لا فلا. فلو قالوا وينقضه زوال ما أباح التيمم لكان أظهر في المراد، وإسناد النقض إلى زوال ما أباح التيمم إسناد مجازي لان الناقض حقيقة إنما هو الحدث السابق بخروج النجس، وزوال المبيح شرط لعمل الحدث السابق عمله عنده، واستدلوا له بقوله صلى الله عليه وسلم التراب طهور المسلم ولو إلى عشر حجج ما لم يجد الماء (١) لان مقتضاه خروج ذلك التراب الذي تيم به من الطهورية إذا وجد الماء، ويستلزم انتفاء أثره وهو طهارة المتيمم لكن قال في فتح القدير: ويرد عليه أن قطع الاعتبار الشرعي طهورية التراب إنما هو عند الرؤية مقتصرا فإنما يظهر في المستقبل إذ لو استند ظهر عدم صحة الصلوات السابقة. وما قيل إنه وصف يرجع إلى المحل فيستوي فيه الابتداء والبقاء لا يفيد دفعا ولا يمسه، والاوجه الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم في بقية الحديث فإذا وجده فليمسه بشرته. وفي إطلاقه دلالة على نفي تخصيص الناقضية بالوجدان خارج الصلاة كما هو قول الائمة الثلاثة اه‍. فالحاصل أن الحديث لا يفيد إلا انتهاء الطهورية بوجود الماء، ولا يلزم من انتهاء الطهورية انتهاء الطهارة الحاصلة به كالماء

تزول عنه الطهورية بالاستعمال وتبقى الطهارة الحاصلة به. والجواب بالفرق بينهما وهو أن التراب طهوريته مؤقتة بشئ غير متصل به وهو وجود الماء فتثبت به الطهارة المؤقتة الحاصلة على صفة المطهر، فإذا زالت طهوريته زالت طهارته. والماء لما كان مطهرا ولا تزول طهوريته بدون شئ يتصل به ثبت به الطهارة على التأبيد لان طهوريته إذا لم يتصل بها شئ على التأبيد. إليه أشار في الخبازية. ولا يخفى أنه لا يلزم من توقيت الطهورية تأقيت الطهارة بل هو عين النزاع، فالاوجه الاستدلال ببقية الحديث كما في فتح القدير تبعا لما في المستصفى. والحديث المذكور مروي في المصابيح. والتقييد بعشر حجج لبيان طول المدة لا للتقييد به كما في قوله تعالى * (أن تستغفر لهم سبعين مرة) * فإنه لبيان الكثرة لا للتحديد. كذا في المستصفى. وقال بعض الافاضل، قولهم إن الحدث السابق ناقض حقيقة لا يناسب قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان
***
[٢٦٨]
التيمم عندهما ليس بطهارة ضرورية ولا خلف عن الوضوء بل هو أحنوعي الطهارة، فكيف يصح أن يقال عمل الحدث السابق عمله عند القدرة؟ فالاولى أن يقال: لما كان عدم القدرة على الماء شرطا لمشروعية التيمم وحصول الطهار فعند وجودها لم يبق مشروعا فانتفي لان انتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط، والمراد بالنقض انتفاؤه والنائم على صفة لا توجب النقض كالنائم ماشيا أو راكبا إذا مر على ماء كاف مقدور الاستعمال انتقض تيممه عند أبي حنيفة خلافا لهما. أما النائم على صفة توجب النقض فلا يتأتى فيه الخلاف إذ التيمم انتقض بالنوم ولهذا صور المسألة في المجمع في الناعس لكن يتصور في النوم الناقض أيضا بأن كان متيمما عن جنابة كما لا يخفى. قال في التوشيح: والمختار في الفتاوى عدم الانتقاض اتفاقا لانه لو تيمم وبقربه ماء لا يعلم به جاز تيممه اتفاقا اه‍. وفي التجنيس: جعل الاتفاق فيما إذا كان بجنبه بئر ولا يعلم بها، وأثبت الخلاف فيما لو كان على شاطئ نهر لا يعلم به، وصحح عدم الانتقاض وإنه قول أبي حنيفة. واعلم أنهم جعلوا النائم كالمستيقظ في خمس وعشرين مسألة كما ذكره الولوالجي في آخر فتاواه في مسألة النائم المتيمم، وفي الصائم إذا أنام على قفاه وفمه مفتوح فوصل الماء إلى جوفه، وفيمن جامعها زوجها وهي نائمة فسد صومها، وفي المحرمة إذا جومعت نائمة فعليها الكفارة، وفي المحرم النائم إذا حلق رأسه فعليه الجزاء، وفي المحرم إذا انقلب على صيد وقتله وجب الجزاء، وفي المار بعرفة نائما فإنه مدرك للحج، وفي الصيد المرمى إليه بالسهم إذا وقع عند نائم فمات منها فإنه يحرم لقدرته على ذكاته، وفيمن انقلب على مال إنسان فأتلفه يضمن، وفيمن وقع على مورثه فقتله يحرم من الميراث على قول وهو الصحيح، وفيمن رفع نائما فوضعه تحت جدار فسقط عليه فمات لا يضمن، وفي عدم صحة الخلوة ومعهما أجنبي نائم، وفيمن نام في بيت فجاءته زوجته ومكثت عنده صحت الخلوة، وفي امرأة نائمة دخل عليها زوجها ومكث ساعة صحت الخلوة، وفي صغير ارتضع من ثدي
***
[٢٦٩]
نائمة ثبتت حرمة الرضاع، وفيمن تكلم في صلاته وهو نائم فسدت صلاته، وفيمن قرأ في صلاته وهو نائم حالة القيام تعتبر تلك القراءة في رواية، وفيمن تلا آية سجدة وهو نائم فسمعه رجل تلزمه السجدة، وفيمن قرأ عند نائم آية السجدة فلما استيقظ أخبره يجب عليه أن يسجد في قول، وفيمن قرأها وهو نائم فلما استيقظ أخبر يلزم القارئ في قول، وفيمن حلف لا يكلم فلانا فجاء الحالف وكلمه وهو نائم ولم يستيقظ الاصح حنثه، وفيمن مس مطلقته النائمة فإنه يصير مراجعا، وفي نائم قبلته مطلقته الرجعية بشهوة يصير مراجعا عند أبي يوسف خلافا لمحمد، وفي امرأة أدخلت ذكره في فرجها وهو نائم ثبتت حرمة المصاهرة إذا علم بفعلها، وفي امرأة قبلت النائم بشهوة ثبتت حرمة المصاهرة إذا صدقها على الشهوة، وفي الاحتلام في الصلاة يوجب الاستقبال، وفيمن نام يوما أو أكثر تصير الصلاة دينا في ذمته، وفي عقد النكاح بحضر النائمين يجوز في قول والاصح اشتراط السماع. وقد علم مما قدمناه أن الاباحة كالملك في النقض، فلو وجدوا مقدار ما يكفي أحدهم انتقض تيممهم بخلاف ما إذا كان مشتركا بينهم فإنه لا ينتقض إلا أن يكون بين الاب والابن فإن الاب أولى لان له تملك مال الابن عند الحاجة. كذا في فتاوى قاضيخان. ولو وهب لجماعة ماء يكفي أحدهم لا ينتقض تيممهم، أما عنده فلفسادها للشيوع، وأما عندهما فللاشتراك. فلو أذنوا لواحد لا يعتبر إذنهم ولا ينتقض تيممه لفسادها، وعندهما يصح إذنهم فانتقض تيممه. كذا في كثير من الكتب. وفي السراج الوهاج: الصحيح فساد التيمم إجماعا لان هذا مقبوض بعقد فاسد فيكون

مملوكا فينفذ تصرفهم فيه اهـ. ولا يخفى أنه وإن كان مملوكا لا يحل التصرف فيه فكان وجوده كعدمه. ولو كانوا في الصلاة فجاء رجل بكوز من ماء وقال هذا لفلان منهم فسدت صلاته خاصة، فإذا فرغوا وسألوه الماء فإن أعطاه للامام توضأ واستقبلوا معه الصلاة، وإن منع تمت صلاتهم وعلى من أعطاه الاستقبال. ولو قال يا فلان خذ الماء وتوضأ
***
[٢٧٠]
فظن كل واحد أنه يدعوه فسدت صلاة الكل. كذا في المحيط. ثم اعلم أن المتيمم إذا رأى مع رجل ماء كافيا فلا يخلو إما أن يكون في الصلاة أو خارجها، وفي كل منهما إما أن يغلب على ظنه الاعطاء أو عدمه أو يشك، وفي كل منها إما أن سأله أو لا، وفي كل منها إما أن أعطاه أو لا، فهي أربعة وعشرون. فإن كان في الصلاة وغلب على ظنه الاعطاء قطع وطلب الماء، فإن أعطاه توضأ وإلا فتيممه باق، فلو أتمها ثم سأله فإن أعطاه استأنف، وإن أبى تمت، وكذا إذا أبى ثم أعطى. وإن غلب على ظنه عدم الاعطاء أو شك لا يقطع صلاته، فإن قطع وسأل، فإن أعطاه توضأ وإلا فتيممه باق. وإن أتم ثم سأل فإن أعطاه بطلت وإن أبى تمت، وإن كان خارج الصلاة فإن لم يسأل وتيمم وصلى جازت الصلاة على ما في الهداية، ولا تجوز على ما في المبسوط. فإن سأل بعدها فإن أعطاه أعاد وإلا فلا، سواء ظن الاعطاء أو المنع أو الشك. وإن سأل فإن أعطاه توضأ وإن منعه تيمم وصلى، فإن أعطاه بعدها لا إعادة عليه وينتقض تيممه، ولا يتأتى في هذا القسم الظن أو الشك. وهذا حاصل ما في الزيادات وغيرها، وهذا الضبط من خواص هذا الكتاب، وبه تبين أنه إذا كان في الصلاة وغلب على طنه الاعطاء لا تبطل بل إذا أتمها وسأله ولم يعطه تمت صلاته لانه ظهر أن ظنه كان خطأ. كذا في شرح الوقاية. فعلم منه أن ما في فتح القدير من بطلانها بمجرد غلبة ظن الاعطاء ليس بظاهر إلا أن قاضيخان في فتاواه ذكر البطلان في هذه الصورة بمجرد الظن عن محمد. قوله (فهي تمنع التيمم وترفعه) أي القدرة على الماء تمنع جواز التيمم ابتداء وترفعه بقاء، وهذا تكرار محض لانه لما عد الاعذار علم أنه لا يجوز مع القدرة، ولما قال وقدرة ماء علم أنه ترفعه القدرة ولا يبقى إلا في موضع يجوز ابتداء فلا فائدة بذكره ثانيا، ولا يليق بمثل هذا المختصر. كذا في التبيين. وقد يقال: إنه ليس بتكرار محض لانه إنما عد بعض الاعذار ولم يستوفها كما علم مما بيناه أولا فربما يتوهم حصر الاعذار في المعدود وقد ذكر ضابطا لها لتتم الاعذار فكان فيه فائدة كما لا يخفى قوله (وراجي الماء يؤخر الصلاة) يعني على سبيل الندب كما صرح به في أصله الوافي. والمراد بالرجاء غلبة الظن أي يغلب على ظنه أنه يجد الماء في آخر الوقت. وهذا إذا كان بينه وبين موضع يرجوه ميل أو أكثر، فإن كان أقل منه لا يجزئه التيمم. وإن خاف فوت وقت الصلاة، فإن كان لا يرجوه لا يؤخر الصلاة عن أول الوقت لان فائدة الانتظار احتمال وجدان الماء فيؤديها بأكمل الطهارتين، وإذا لم يكن له رجاء
***
[٢٧١]
وطمع فلا فائدة في الانتظار وأداء الصلاة في أول الوقت أفضل إلا إذا تضمن التأخير فضيلة لا تحصل بدونه كتكثير الجماعة، ولا يتأتى هذا في حق من في المفازة فكان التعجيل أولى، ولهذا كان أولى للنساء أن يصلين في أول الوقت لانهن لا يخرجن إلى الجماعة. كذا في مبسوطي شمس الائمة ونخر الاسلام، كذا في معراج الدراية، وكذا في كثير من شروح الهداية. وتعقبهم في غاية البيان بأن هذا سهو وقع من الشارحين وليس مذهب أصحابنا كذلك فإن كلام أئمتنا صريح في استحباب تأخير بعض الصلوات من غير اشتراط جماعة، وما ذكروه في التيمم مفهوم والصريح مقدم على المفهوم. وأجاب عنه في السراج الوهاج بأن الصريح محمول على ما إذا تضمن ذلك فضيلة كتكثير الجماعة لانه إذا لم يتضمن ذلك لم يكن للتأخير فائدة، وما لا فائدة فيه لم يكن مستحبا. وهل يؤخر عند الرجاء إلى وقت الاستحباب أو إلى وقت الجواز؟ أقوال ثالثها إن كان على ثقة فإلى آخر وقت الجواز، وإن كان على طمع فإلى آخر وقت الاستحباب، وأصحها الاول. كذا في السراج الوهاج. والحق ما في غاية البيان فإن محمدا ذكر في الاصل أن تأخير الصلاة أحب إلي ولم يفصل بين الرجاء وغيره. والذي في مبسوط شمس الائمة إنما هو إذا كان لا يرجو فلا يؤخر الصلاة عن وقتها المعهود
***
[٢٧٢]

أي عن وقت الاستحباب وهو أول النصف الاخير من الوقت في الصلاة التي يستحب تأخيرها، أما إذا كان يرجو فالمستحب تأخيرها عن هذا الوقت المستحب، وهذا هو مراد من قال بعدم استحباب التأخير إذا كان لا يرجو، وليس المراد بالتعجيل الفعل في أول وقت الجواز حتى يلزم أن يكون أفضل، ويدل على ما قلناه ما ذكره الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي بقوله: وإن لم يكن على طمع من وجود الماء فإنه يتيمم ويصلي في وقت مستحب ولم يقل يصلي في أول الوقت. وقال الكردري في مناقبة: والاوجه أن يحمل استحباب التأخير مع الرجاء إلى آخر النصف الثاني وعدم استحبابه إلى هذا عند عدم الرجاء بل الافضل عند عدم الرجاء الاداء في أول النصف الثاني بدليل قولهم المستحب أن يسفر بالفجر في وقت يؤدي الصلاة بالقراءة المسنونة، ثم لو بدا له في الصلاة الاولى ريب يؤدي الثانية بالطهارة والتلاوة المسنونة أيضا، وذلك لا يتأتى إلا في أول النصف الثاني اه. وفي الخلاصة وغيرها: المسافر إذا كان على تيقن من وجود الماء أو غالب ظنه على ذلك في آخر الوقت فتيمم في أول الوقت وصلى، إن كان بينه وبين الماء مقدار ميل جاز، وإن كان أقل ولكن يخاف الفوت لا يتيمم اه. فحاصله أن البعد مجوز للتيمم مطلقا. وفي معراج الدراية معزيا إلى المجتبى: ويتخالج في قلبي فيما إذا كان يعلم أنه إن أخر الصلاة إلى آخر الوقت بقرب من الماء بمسافة أقل من ميل لكن لا يتمكن من الصلاة بالوضوء في الوقت، الاولى أن يصلي في أول الوقت مراعاة لحق الوقت وتجنبا عن الخلاف اه. وذكر في المناقب أن هذه المسألة أول واقعة خالف أبو حنيفة أستاذه حمادا فصلى حماد بالتيمم في أول الوقت، ووجد أبو حنيفة الماء في آخر الوقت وصلاها وكان ذلك غرة اجتهاده فقبلها الله تعالى منه وصوبه فيه، وكانت هذه الصلاة صلاة المغرب وكان خروجهما لاجل تشييع الاعمش. قوله (وصح قبل الوقت ولفرضين) أي صح التيمم قبل الوقت ولفرضين. اعلم أن التيمم بدل بلا شك اتفاقا لكن اختلفوا في كيفية البدل في موضعين: أحدهما الخلاف فيه لاصحابنا مع الشافعي، فقال أصحابنا: هو بدل مطلق عند عدم الماء وليس بضروري ويرتفع

***

[٢٧٣]

به الحدث إلى وقت وجود الماء لا أنه مبيح للصلاة مع قيام الحدث. وقال الشافعي: هو بدل ضروري مبيح مع قيام الحدث حقيقة فلا يجوز قبل الوقت ولا يصلي به أكثر من فريضة عنده، وعندنا يجوز. وفي أنائين طاهر ونجس يجوز التيمم عندنا خلافا له، ولهذا يبني الخلاف تارة على أنه رافع للحدث عندنا مبيح عنده لا رافع، وتارة على أنه طهارة ضرورية عنده مطلقة عندنا، واقتصر على الثاني صاحب الهداية. ويدفع مبنى الشافعي الاول بأن اعتبار الحدث مانعيه عن الصلاة شرعية لا يشكل معه أن التيمم رافع لارتفاع ذلك المنع به وهو الحق إن لم يقم على أكثر من ذلك دليل، وتغير الماء برفع الحدث إنما يستلزم اعتباره نازلا عن وصفه الاول بواسطة إسقاط الفرض لا بواسطة إزالة وصف حقيقي مدنس، ويدفع الثاني بأنه طهور حال عدم الماء بقوله صلى الله عليه وسلم التراب طهور المسلم وقال في حديث الخصائص في الصحيحين وجعلت لي الارض مسجدا وطهورا يريد به مطهرا وإلا لما تحققت الخصوصية لان طهارة الارض بالنسبة إلى سائر الانبياء ثابتة. وإذا كان مطهرا فتبقى طهارته إلى وجود غايتها من وجود الماء أو ناقض آخر. والثاني الخلاف فيه بين أصحابنا، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف البدلية بين الماء والترا ب، وعند محمد بين الفعلين وهما التيمم والوضوء، ويتفرع عليه جواز اقتداء المتوض بالمتيمم فأجازاه ومنعه وسيأتي إن شاء الله تعالى. وقاس الشافعي كما ذكره النووي عدم جوازه قبل الوقت على عدم جواز طهارة المستحاضة قبل الوقت. وقال النووي: إنهم وافقونا عليه ومنع أئمتنا الحكم في المقيس عليه لان المذهب عندنا جواز وضوئها قبل الوقت ولا ينتقض بالدخول، ولئن سلم على قول من يقول بنقضه بالدخول فالفرق بينهما أن طهارة المستحاضة قد وجد ما ينافيها وهو سيلان الدم والتيمم لم يوجد له رافع بعده وهو الحدث، أو وجود الماء فيبقى على ما كان كالمسح على الخفين بل أقوى لان المسح مؤقت بمدة قليلة والشارع جوز التيمم ولو إلى عشر حجج ما لم يجد الماء. وقولهم لا ضرورة قبله ممنوع لان المندوب التطهر قبل الوقت ليشتغل أول الوقت بالاداء، وما استدلوا به من أثر ابن عباس قال: من السنة أن لا يصلي بالتيمم أكثر من صلاة واحدة. رواه الدارقطني. ومن أثر ابن عمر قال: يتيمم لكل صلاة وإن لم يحدث. رواه البيهقي. ومن أثر علي قال: يتيمم لكل صلاة. فالكل ضعيف لان في سند الاول الحسن بن عمارة تكلموا فيه. قال بعضهم: متروك. ذكره مسلم في مقدمة كتابه في جملة من تكلم فيه.

رواه عنه أبويحيي الحماني وهو متروك. وفي سند الثاني عامر ضعفه ابن عيينة وأحمد بن حنبل
***
[٢٧٤]
وفي سماعه عن نافع نظر. وقال ابن خزيمة: الرواية فيه عن ابن عمر لا تصح. وفي السند الثالث الحجاج بن أرطأه والحارث الاعور وهما ضعيفان، مع أن ظاهرهما متروك فإنهم يجوزون أكثر من صلاة واحدة من النوافل مع الفرض تبعا له بشرط أن يتيمم له، فلو تيمم لصلاة النفل لا يجوز أن يؤدي الفرض به عنده وعلى عكسه يجوز. تنبيه. ظاهر كلام المشايخ هنا أن الشرط يلزم من عدمه عدم المشروط فإنهم قالوا: إن التراب مطهر بشرط عدم الماء فإذا وجد الماء فقد الشرط ففقد المشروط وهو طهورية التراب. والمذكور في الاصول أن الشرط لا يلزم من عدمه العدم ولا من وجوده وجود ولاعدم والجواب أن الشرط إذا كان مساويا للمشروط استلزمه وههنا كذلك، فإن كل واحد من عدم الماء وجواز التيمم مساو للآخر لا مخالة فجاز أن يستلزمه. كذا في العناية، فإن قلت: لا نسلم مساواتهما لجوازه مع وجوده حال مرضه قلت: ليس بموجود فيها حكما لان المراد به القدرة وهو ليس بقادر. قوله (وخوف فوت صلاة جنازة) أي يجوز التيمم لخوف فوت صلاة الجنازة، أطلقه وقيده في الهداية بأربعة أشياء: حضور الجنازة وكونه صحيحا وكونه في المصر وكونه ليس بولي، ووافقه على الاخير في الوافي. ولا حاجة إلى هذه القيود أصلا لان المريض يرخص له التيمم مطلقا، وكذا المسافر وقبل حضورها لا يخاف الفوت إذ الوجوب بالحضور، وكذا لا يخاف الفوت الولي مع أن في جوازه له خلافا ففي الهداية: الصحيح أنه لا يجوز له التيمم لان للولي حق الاعادة فلا فوات في حقه واختاره المصنف في الكافي. وصحح في التجنيس في الامام عدم الجواز إن كانوا ينتظرونه وإلا جاز. وفي ظاهر الرواية جوازه لهما وصححه السرخسي. وقال صاحب الذخيرة: لا فرق بين الامام والمقتدى ومن له حق الصلاة لأن الانتظار فيها مكروه. والمراد بالوالي من له التقدم حتى لا يجوز التيمم للسلطان والقاضي والوالي على ما في الهداية لان الوالي إذا كان لا يجوز له التيمم وهو مؤخر فمن هو مقدم عليه أولى لان المقدم على الولي له حق الاعادة لو صلى الولي، فعلى هذا يجوز التيمم للولي إذا كان من هو مقدم عليه حاضرا اتفاقا لانه يخاف الفوت إذ ليس له حق الاعادة لو صلى من هو مقدم عليه كما علم في الجنائز. وكذا يجوز للولي التيمم إذا أذن لغيره بالصلاة لانه حينئذ لا حق له في الاعادة فيخاف فوتها، ولا يجوز لمن أمره الولي. كذا في الخلاصة. وهذه التفاريع التي ذكرناها إنما هي على مختار صاحب الهداية، أما على ظاهر الرواية فيجوز التيمم للكل عند خوف الفوت. ولا فرق في جوازه عند الخوف بين كونه محدثا أو جنبا أو حائضا أو
***
[٢٧٥]
نفساء كما صرح به في النهاية وغيرها ولا بد من خوف فوت التكبيرا ت كلها لو اشتغل بالطهارة، فإن كان يرجو أن يدرك البعض لا يتيمم لانه لا يخاف الفوت لانه يمكنه أداء الباقي وحده. كذا في البدائع والقنية. وذكر ابن أمير حاج أنه لم يقف على هذا التفصيل في صلاة الجنازة فلله الحمد والمنة. والاصل في هذه المسائل أن كل موضع يفوت الاداء لا إلى خلف يجوز له التيمم، وفي كل موضع لا يفوت الاداء لا يجوز. ثم اعلم بأن الصلاة ثلاثة أنواع: نوع لا يخشى فواتها أصلا لعدم توقتها كالنوافل، ونوع يخشى فواتها أصلا كصلاة الجنازة والعيد ونوع يخشى فواتها وتقضى بعد وقتها أصلها أو بدلها كالجمعة والمكتوبات. أما الاول فلا يتيمم لها عند وجود الماء، وأما الثاني فيتيمم لها عند وجوده عندنا ومنعه الشافعي لانه تيمم مع عدم شرطه. وقلنا هو مخاطب بالصلاة عاجز عن الوضوء لها بفرض المسألة فيجوز التيمم، ويدل له تيممه عليه الصلاة والسلام لرد السلام مع وجود الماء على ما أسلفناه خشية الفوات لانه لو رد بعد التراخي لا يكون جوابا له وفيه ما تقدم من الاحتمال. وروى ابن عدي في الكامل بسنده عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال إذا فجأتك الجنازة وأنت على غير وضوء فتيمم ثم قال: هذا مرفوعا غير محفوظ بل هو موقوف على ابن عباس، ورواه ابن أبي شيبة عنه أيضا، ورواه الطحاوي في شرح الآثار. وكذا رواه النسائي في كتاب الكنى. وروى البيهقي من طريق بجهة الدارقطني أن ابن عمر أتى الجنازة وهو على غير وضوء فتيمم وصلى عليها. والحديث إذا كثرت طرقه وتعاضدت قويت فلا يضره الوقف لان الصحابة كانوا تارة يرفعون وتارة لا يرفعون. ولو حضرت جنازة أخرى بعد فراغه من الصلاة وخاف فوتها ففي المجمع يعيد عند محمد، ولا يعيد عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وذكر المصنف في المستصفى أن الخلاف فيما إذا لم يتمكن من التوضؤ بين الصلاتين، أما إذا تمكن ثم

فات التمكن يعيد التيمم اتفاقا. وفي الولوالجية: وعليه الفتوى. وذكر الحلواني أن التيمم في بلادنا لا يجوز للجنازة لان الماء حول مصلى الجنازة. وأما رواية القدوري فمطلقة كذا في معراج الدراية. وفي المستصفى: لا يقال إن النص ورد في الصلاة المطلقة وصلاة

***

[٢٧٦]

الجنازة ليست في معناها لانا نقول: لما جاز أداء أقوى الصلاتين بأضعف الطهارتين لان يجوز أداء أضعف الصلاتين بأضعف الطهارتين أولى.. قوله (أو عيد ولو بناء) أي يجوز التيمم لخوف فوت صلاة عيد ولو كان الخوف بناء لما بينا أنها تفوت لا إلى بدل. فإن كان إماما ففي رواية الحسن لا يتيمم، وفي ظاهر الرواية يجزئه لانه يخاف الفوت بزوال الشمس حتى لو لم يخف لا يجزئه، وإن كان المقتدي بحيث يدرك بعضها مع الامام لو توضأ لا يتيمم كما قدمناه في الجنازة. وصورة الخوف في البناء أن يشرع في صلاة العيد ثم يسبقه حدث إماما كان أو مقتديا فهذه على وجوه، فإن كان لا يخاف الزوال ويمكنه أن يدرك شيئا منها مع الامام لو توضأ فإنه لا يتيمم اتفاقا لامكان أداء الباقي بعده، وإن كان يخاف زوال الشمس لو اشتغل بالوضوء يباح له التيمم اتفاقا لتصور الفوات بالافساد بدخول الوقت المكروه. ولو شرع بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لانا لو أوجبنا الوضوء يكون واجدا للماء في خلال صلاته فتفسد، كذا في الهداية والمحيط. وقيل لا يجوز البناء بالتيمم عندهما لوجود الماء، ويجوز أن يكون ابتداؤها بالتيمم والبناء بالوضوء كما قلنا في جنب معه ماء قدر ما يكفي الوضوء فإنه يتيمم ويصلي ولو سبقه حدث فيها فإنه يتوضأ ويبني. وهذا القياس مع الفارق فإن في المقيس عليه لا يلزم بناء القوي على الضعيف إذ التيمم ههنا أقوى من الوضوء لانه يزيل الجنابة والوضوء لا يزيلها، وفي المقيس يلزم بناء القوي على الضعيف فكان الظاهر البناء اتفاقا. وقد يقال: إنه غير لازم لان التيمم مثل الوضوء بدليل جواز اقتداء المتوضئ بالمتيمم، يؤيده ما ذكره قاضيخان في فصل المسح على الخفين من فتاواه أن المتيمم إذا سبقه حدث في خلال صلاته فانصرف ثم وجد ماء يتوضأ ويبني. والفرق بينه وبين المتيمم الذي وجد الماء في خلال صلاته حيث يستأنف أن التيمم ينتقض بصفة الاستناد إلى وجود الحدث عند إصابة الماء لانه يصير محدثا بالحدث السابق لان الاصابة ليست بحدث، وفي هذه الصلاة لم ينتقض التيمم عند إصابة الماء بصفة الاستناد لانتقاضه بالحدث الطارئ على التيمم. ويمكن أن يقال: إن التيمم ينتقض عند رؤية الماء بالحدث السابق وإن كان هناك حدث طارئ لما قدمناه عمحمد أن الاسباب المتعاقبة كالبول ثم الرعاف ثم القئ توجب أحداثا متعاقبة يجزئ عنها وضوء واحد. وسيأتي إن شاء الله تعالى في باب الحدث في الصلاة ما يخالف ما ذكره قاضيخان، فثبت أن البناء بالتيمم متفق

***

[٢٧٧]

عليه. ولو شرع بالوضوء ثم سبقه الحدث ولم يخف زوال الشمس ولا يرجو إدراك الامام قبل فراغه، فعند أبي حنيفة يتيمم ويبني، وقالا: يتوضأ ولا يتيمم. ثم اختلف المشايخ فمنهم من قال إنه اختلاف عصر وزمان فكان في زمانه جبانة الكوفة بعيدة ولو انصرف للوضوء زالت الشمس فخوف الفوت قائم، وفي زمنهما جبانة بغداد قريبة فأفتيا على وفق زمنهما، ولهذا كان شمس الائمة الحلواني والسرخسي يقولان: في ديارنا لا يجوز التيمم للعيد ابتداء ولا بناء لان الماء محيط بمصلى العيد فيمكن التوضؤ والبناء بلا خوف الفوت حتى لو خيف الفوت يجوز التيمم، ومنهم من جعله برهانيا. ثم اختلفوا فمنهم من جعله ابتدائيا فهما نظرا إلى أن اللاحق يصلي بعد فراغ الامام فلا فوت، وأبو حنيفة نظر إلى أن الخوف باق لانه يوم زحمة فيعتريه عارض يفسد عليه صلاته من رد سلام أو تهنئة، ومنهم من جعله مبنيا على مسألة وهي أن من أفسد صلاة العيد لا قضاء عليه عنده فتفوت لا إلى بدل، وعندهما عليه القضاء فتفوت إلى بدل وإليه ذهب أبو بكر الاسكاف، لكن قال القاضي الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي: الاصح أنه لا يجب قضاء صلاة العيد بالافساد عند الكل. وفي شرح منية المصلي: لقائل أن يقول بجواز التيمم في المصر لصلاة الكسوف والسنن الرواتب ما عدا سنة الفجر إذا خاف فوتها لو توضأ فإنها تفوت لا إلى بدل فإنها لا تقضى كما في العيد، ولا سيما على القول بأن صلاة العيد سنة كما اختاره السرخسي وغيره. وأما سنة الفجر فإن خاف فوتها مع الفريضة لا يتيمم، وإن خاف فوتها وحدها فعلى قياس قول محمد لا يتيمم، وعلى قياس قولهما يتيمم، فإن عند محمد إذا فاتته باشتغاله بالفريضة مع الجماعة عند خوف فوت الجماعة يقضيها بعد ارتفاع الشمس وعندهما لا يقضيها أصلا قوله (لا لفوت جمعة ووقت) أي لا يصح التيمم لخوف فوت صلاة الجمعة وصلاة مكتوبة وإنما يجوز التيمم

لهما عند عدم القدرة على الماء حقيقة أو حكما وفيه خلاف زفر كما قدمناه. أما عدم جوازه لخوف فوت الجمعة فلانها تفوت إلى خلف وهو الظهر. كذا في الهداية. وأورد أن هذا لا يتأتى إلا على مذهب زفر، أما على ظاهر المذهب المختار من أن
***
[٢٧٨]
الجمعة خلف والظهر أصل فلا، ودفع بأنه متصور بصورة الخلف لان الجمعة إذا فاتت يصلي الظهر فكان الظهر خلفا صورة أصلا معنى. وقد جمع بينهما في النافع فقال: لانها تفوت إلى ما يقوم مقامها وهو الاصل. وأما عدم جوازه لخو ف فوت الوقت فلان الفوات إلى خلف وهو القضاء. فإن قيل: فضيلة الجمعة والوقت تفوت لا إلى خلف ولهذا جاز للمسافر التيمم وجازت الصلاة للراكب الخائف مع ترك بعض الشروط والاركان وكل هذا الفضيلة الوقت قلنا: فضيلة الوقت والاداء وصف للمؤدي تابع له غير مقصود لذاته بخلاف صلاة الجنازة والعيد فإنها أصل فيكون فواتها فوات أصل مقصود، وجوازها للمسافر بالنص لا لخوف الفوت بل لاجل أن لا تتضاعف عليه الفوائت ويحرج في القضاء، وكذا صلاة الخوف للخوف دون خوف الفوت. هذا وقد قدمنا عن القنية أن التيمم لخوف فوت الوقت رواية عن مشايخنا وفرع عليها في باب التيمم أنه لو كان في سطح ليلا وفي بيته ماء لكنه يخاف في الظلمة إن دخل البيت يتيمم إن خاف فوت الوقت، وكذا يتيمم في كلة لخوف البق أو مطر أو حر شديد إن خاف فوت الوقت، وعلى اعتبار العجز لا خوف الوقت فرمحمد رحمه الله ما لو وعده صاحبه أن يعطيه الاناء أنه ينتظر وإن خرج الوقت لان الظاهر هو الوفاء بالعهد فكان قادرا على استعمال الماء ظاهرا. وكذا إذا وعد الكاسي العاري أن يعطيه الثوب إذا فرغ من صلاته لم تجزه الصلاة عريانا لما قلنا. كذا في البدائع. قوله (ولم يعد أن صلى به ونسي الماء في رحله) أي ولم يعد إن صلى بالتيمم ناسيا الماء كائنا في رحله وهو مما ينسى عادة وكان موضوعا بعلمه وهو للبعير كالسراج للدابة. ويقال لمنزل الانسان ومأواه رحل أيضا وهو المراد بقولهم نسي الماء في رحله. كذا في المغرب. لكن قد يقال: قولهم لو كان الماء في مؤخرة الرحل يفيد أن المراد بالرحل الاول وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: تلزمه الاعادة قيد بالنسيان لان في الظن لا يجوز التيمم إجماعا، ويعيد الصلاة لان الرحل معدن الماء عادة فيفترض عليه الطلب كما يفرض عليه الطلب في العمرانات لان العلم لا يبطل بالظن بخلاف النسيان لانه من أضداد العلم وظنه بخلاف العادة لا يعتبر. وقيد بقوله في رحله لانه لو كان على ظهره فنسيه ثم تيمم يعيد اتفاقا. وكذا إذا كان على رأسه أو معلقا في عنقه. وقيدنا بكونه مما ينسى عادة لانه لو لم يكن كذلك كما إذا نسي الماء المعلق في مؤخر رحله وهو يسوق دابته فإنه يعيد اتفاقا. وكذا إذا
***
[٢٧٩]
كان راكبا والماء في مقدم الرحل أو بين يديه راكبا بخلاف ما إذا كان سائقا وهو في المقدم أو راكبا وهو في المؤخر فإنه على الاختلاف، وكذا إذا كان قائدا مطلقا. وقيدنا بكونه موضوعا بعلمه لانه لو وضعه غيره ولو عبده أو أجيره بغير أمره لا يعيد اتفاقا لان المرء لا يخاطب بفعل الغير. كذا في النهاية وتبعه عليه جماعة من الشارحين وإليه أشار في فتح القدير، وتعقبه في غاية البيان بأن دعوى الاجماع سهو ليست بصحيحة. ونقل عن فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير أنها على الاختلاف. والحق ما في البدائع أنه لا رواية لهذا نصا. وقال بعض المشايخ: أن لفظ الرواية في الجامع الصغير تدل على أنه يجوز بالاجماع فإنه قال في الرجل يكون في رحله ماء فنسي: والنسيان يستدعي تقدم العلم ثم مع ذلك جعل عذرا عندهما فبقي موضع لا علم أصلا ينبغي أن يجعل عذرا عند الكل، ولفظ الرواية في كتاب الصلاة يدل على أنه على الاختلاف فإنه قال: مسافر تيمم ومعه ماء في رحله وهو لا يعلم به وهذا يتناول حالة النسيان وغيرها لابي يوسف وجهان: أحدهما أنه نسي ما لا ينسى عادة لان الماء من أعز الاشياء في السفر لكونه سببا لصيانة نفسه عن الهلاك فكان القلب متعلقا به فالتحق النسيان فيه بالعدم. والثاني أن الرحل موضع الماء غالبا لحاجة المسافر إليه فكان الطلب واجبا كما في العمران. ولهما أنه عجز عن استعمال الماء فلا يلزمه الاستعمال، وهذا لانه لا قدرة بدون العلم لان القادر على الفعل هو الذي لو أراد تحصيله يتأتى له ذلك ولا تكليف بدون القدرة، ولو فقدت قدرته بفقد سائر الآلات جاز تيممه، فإذا فقد العلم وهو أقوى الآلات أولى. وتعقبه في فتح القدير بأن هذا لا يفيد بعد ما قرر لابي يوسف لثبوت العلم نظرا إلى الدليل اتفاقا كما قال الكل في المسائل الملحق بها. وإنما المفيد ليس إلا منع وجود العلة أي لا نسلم أن الرحل دليل الماء الذي ثبوته يمنع التيمم أعني ماء الاستعمال بل الشرب وهو

مفقود في حق غير الشرب اهـ. ولو صلى عريانا وفي رحله ثوب طاهر لم يعلم به ثم علم قال بعضهم تلزمه الاعادة بالاجماع، وذكر الكرخي أنه على الاختلاف وهو الاصح. كذا

***

[٢٨٠]

في البدائع. فإن كان على الاختلاف فظاهر، وإن كان بالاجماع فالفرق على قولهما أن الرحل معد للثوب لا لماء الوضوء لكن يرد عليه لو صلى مع ثوب نجس ناسيا الطاهر فإنها كمسألة الصلاة عاريا مع أن الرحل ليس معدا لماء الاستعمال بل لماء الشرب كما بينا. وما وقع في شرح الكنز وغيره من الفرق بينهما وبين ما لو نسي ماء الوضوء فتيمم بأن فرض الستر وإزالة النجاسة فات لا إلى خلف بخلاف الوضوء، لا يثلج الخاطر عند التأمل لان فوات الاصل إلى خلف لا يجوز الخلف مع فقد شرطه، بل إذا فقد شرطه مع فوات الاصل يصير فاقدا للطهورين فيلزمه حكمه وهو التأخير عنده والتشبه عندهما بالمصلين. كذا في فتح القدير. ولقائل أن يقول: قوله لان فوات الاصل إلى آخره صحيح، وأما قوله بل إذا فقد شرطه إلى آخره فليس بظاهر لان شرط جواز الخلف عدم القدرة على الاصل وفقد هذا الشرط بالقدرة على الاصل، فكيف يجتمع فقد شرط الخلف مع فوات الاصل؟ بل يلزم من فقد شرط الخلف وجود الاصل لان شرطه فوات الاصل ففقده بوجوده، ولا فرق في مسألة الكتاب بين أن يذكره في الوقت أو بعده. ولو مر بالماء وهو متيمم لكنه نسي أنه تيمم ينتقض تيممه، ولو ضرب الفسطاط على رأس البئر قد غطى رأسها ولم يعلم بذلك فتيمم وصلى ثم علم بالماء أمر بالاعادة. واتفقوا على أن النسيان غير معفو في مسائل منها: ما لو نسي المحدث غسل بعض أعضائه، ومنها لو صلى قاعدا متوهما عجزه عن القيام وكان قادرا، ومنها أن الحاكم إذا حكم بالقياس ناسيا النص، ومنها لو نسي الرقبة في الكفارة فصام، ومنها لو توضأ بماء نجس ناسيا، ومنها لو فعل ما ينافي الصلاة ناسيا، ومنها لو فعل محظور الاحرام ناسيا، ومنها مسائل كثيرة تعرف في أثناء الكتاب إن شاء الله تعالى. قوله (ويطلبه غلوة إن ظن قربه وإلا لا) أي يجب على المسافر طلب الماء قدر غلوة إن ظن قربه، وإن لم يظن قربه لا يجب عليه. وحد القرب ما دون الميل، قيدنا به لان الميل وما فوقه بعيد لا يوجب الطلب، وقيدنا بالمسافر لان طلب الماء في العمرانات واجب اتفاقا مطلقا، وكذا لو كان بقرب منها. وقد اختلفوا في مقدار الطلب فاختار المصنف هنا قدر غلوة وهي مقدار رمية سهم كما في التبيين، أو ثلثمائة ذراع كما في الذخيرة، والمغرب إلى أربعمائة، واختار في لمستصفى أنه يطلب مقدار ما يسمع صوت أصحابه ويسمع صوته وهو الموافق لما قال أبو يوسف: سألت أبا حنيفة عن المسافر لا يجد الماء أيطلب عن يمين الطريق

***

[٢٨١]

أو عن يساره؟ قال: إن طمع فيه فليفعل ولا يبعد فيضر بأصحابه إن انتظروه وبنفسه إن انقطع عنهم. ويوافقه ما صححه في البدائع فقال: والاصح أنه يطلب قدر ما لا يضر بنفسه ورفقته بالانتظار فكان هو المعتمد. وعلى اعتبار الغلوة فالطلب أن ينظر يمينه وشماله وأمامه ووراءه غلوة. كذا في الحقائق. وظاهره أنه لا يلزمه المشي بل يكفيه النظر في هذه الجهات وهو في مكانه. وهذا إذا كان حواليه لا يستتر عنه، فإن كان بقربه جبل صغير ونحوه صعده ونظر حواليه إن لم يخف ضررا على نفسه أو ماله الذي معه أو المخلف في رحله، فإن خاف لم يلزمه الصعود والمشي. كذا في التوشيح. ولو بعث من يطلب له كفاه عن الطلب بنفسه، وكذا لو أخبره من غير أن يرسله. كذا في منية المصلي. ولو تيمم من غير طلب وكان الطلب واجبا وصلى ثم طلبه فلم يجده وجبت عليه الاعادة عندهما خلافا لابي يوسف. كذا في السراج الوهاج. وفي المستصفى: وفي إيراد هذه المسألة عقيب المسألة المتقدمة لطيفة فإن الاختلاف في تلك المسألة بناء على اشتراط الطلب وعدمه اهـ. وعند الشافعي يجب الطلب مطلقا لقوله تعالى فلم تجدوا ماء لان الوجود يقتضي سابقة الطلب وهي دعوى لا دليل عليها لقوله تعالى * (أن قد وجدنا ما وعدنا ربنا حقا فهل وجدتم ما وعد ربكم حقا قالوا نعم) * (الاعراف: ٤٤) ولا طلب. وقوله تعالى * (ووجدك ضالا فهدى) * (الضحى: ٧) وقوله * (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين) * (النساء: ٩٢) وقوله * (ووجدوا ما عملوا حاضر) * (الكهف: ٤٩) ولم يطلبوا خطاياهم. وقوله تعالى * (وما وجدنا لاكثرهم من عهد وإن وجدنا أكثرهم لفاسقين) * (الاعراف: ١٠٢) وقوله * (فوجدا فيها جدارا يريد أن ينقض) * (الكهف: ٧٧) ولقوله عليه السلام من وجد لقطة فليعرفها (١) ولا طلب من الواجد، ولقوله من وجد زادا وراحلة ويقال فلان وجد ماله وإن لم يطلبه

ووجد مرضا في نفسه ولم يطلبه، فقد ثبت أن الوجود يتحقق من غير طلب، والله تعالى جعل شرط الجواز عدم الوجود من غير طلب، فمن زاد شرط الطلب فقد زاد على النص وهو لا يجوز بخلاف العمرانات لان العدم وإن ثبت حقيقة لم يثبت ظاهرا لان كون الماء في العمرانات دليل ظاهر على وجود
***
[٢٨٢]
الماء لان قيام العمارة بالماء فكان العدم ثابتا من وجه دون وجه وشرط الجواز العد المطلق ولا يثبت ذلك في العمرانات إلا بعد الطلب، وبخلاف ما إذا غلب على ظنه قربه لان غلبة الظن تعمل عمل اليقين في حق وجوب العمل وإن لم تعمل في حق الاعتقاد كما في التحري في القبلة، وكما في دفع الزكاة لمن غلب على ظنه فقره، وكما إذا غلب على ظنه نجاسة الماء أو طهارته، وأما إذا لم يغلب على ظنه قربه فلا يجب بل يستحب إذا كان على طمع من وجود الماء. كذا في البدائع. وظاهره أنه إذا لم يطمع لا يستحب له الطلب، وعلل له في المبسوط بأنه لا فائدة فيه إذا لم يكن على رجاء منه. وبما تقرر علم أن المراد بالظن غالبه، والفرق بينهما على ما حققه اللامشي في أصوله أن أحد الطرفين إذا قوي وترجح على الآخر ولم يأخذ القلب ما ترجح به ولم يطرح الآخر فهو الظن، وإذا عقد القلب على أحدهما وترك الآخر فهو أكبر الظن وغالب الرأي اه. وغلبة الظن هنا إما بأن وجد أمارة ظاهرة أو أخبره مخبر. كذا أطلقه في التوشيح وقيده في البدائع بالعدل. قوله (ويطلبه من رفيقه فإن منعه تيمم) أي يطلب الماء من رفيقه. أطلقه هنا وفصل في الوافي فقال: مع رفيقه ماء فظن أنه إن سأله أعطاه لم يجز التيمم، وإن كان عنده أنه لا يعطيه يتيمم، وإن شك في الاعطاء وتيمم وصلى فسأله فأعطاه يعيد. وعلل له في الكافي بأنه ظهر أنه كان قادرا وإن منعه قبل شروعه وأعطاه بعد فراغه لم يعد لانه لم يتبين أن القدرة كانت ثابته اه. اعلم أن ظاهر الرواية عن أصحابنا الثلاثة وجو ب السؤال من الرفيق كما يفيده ما في المبسوط قال: وإذا كان مع رفيقه ماء فعليه أيسأله إلا على قول الحسن بن زياد فإنه كان يقول: السؤال ذل وفيه بعض الحرج وما شرع التيمم إلا لدفع الحرج ولكنا نقول:
***
[٢٨٣]
ماء الطهارة مبذول عادة بين الناس وليس في سؤال ما يحتاج إليه مذلة فقد سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم بعض حوائجه من غيره اه. فاندفع بهذا ما وقع في الهداية وشرح الاقطع من الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه، فعنده لا يلزمه الطلب، وعندهما يلزمه. واندفع ما في غاية البيان من أن قول الحسن حسن. وفي الذخيرة نقلا عن الجصاص أنه لا خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه، فمراده فيما إذا غلب على ظنه منعه إياه، ومرادهما عند غلبة الظن بعدم المنع. وفي المجتبى: الغالب عدم الظنة بالماء حتى لو كان في موضع تجري الظنة عليه لا يجب الطلب منه اه. ولو كان مع رفيقه دلو لم يجب أن يسأله ولو سألة فقال انتظر حتى أستقي فالمستحب عند أبي حنيفة أن ينتظر بقدر ما لا يفوت الوقت، فإن خاف ذلك تيمم، وعندهما ينتظر. وإن خاف فوت الوقت وجه قولهما أن الوعد إذا وجد صار قادرا باعتباره لان الظاهر أنه يفي به، وعلى هذا الخلاف العاري إذا وعد له رفيقه الثوب. كذا في معراج الدراية. وفي فتح القدير والتوشيح: لو كان مع رفيقه دلو وليس معه له أن يتيمم قبل أن يسأله عنه. وفي المجتبى: رأى في صلاته ماء في يد غيره ثم ذهب منه قبل الفراغ فسأله فقال لو سألتني لاعطيتك، فلا إعادة عليه وإن كانت العدة قبل الشروع يعيد لوقوع الشك في صحة الشروع، والاصح أنه لا يعيد لان العدة بعد الذهاب لا تدل على الاعطاء قبله. ا. وقد قدمنا الفروع المتعلقة بها عن الزيادات، وفي التوشيح: وأجمعوا أنه إذ قال أبحت لك مالي لتحج به فإنه لا يجب عليه الحج، وأجمعوا أن في الماء إذا وعده صاحبه أن يعطيه لا يتيمم وينتظر وإن خرج الوقت. والفرق بينهما أن القدرة في الاول لا تكون إلا بالملك، وفي الثاني
***
[٢٨٤]
بالاباحة، وفي المحيط: ولو قرب من الماء وهو لا يعلم به ولم يكن بحضرته من يسأله عنه أجزأه التيمم لان الجهل بقربه كبعده عنه، ولو كان بحضرته من يسأله فلم يسأله حتى تيمم وصلى ثم سأله فأخبر بماء قريب لم تجز صلاته لانه قادر على استعماله بالسؤال كمن نزل بالعمران ولم يطلب الماء لم يجز تيممه، وإن سأله في الابتداء فلم يخبره ثم أخبره بماء قريب جازت صلاته لانه فعل ما عليه اه. قوله (وإن لم يعطه إلا بثمن مثله وله ثمنه لايتيمم وإلا تيمم) وهذه المسألة على ثلاثة أوجه: إما أن أعطاه بمثل قيمته في أقرب موضع من

المواضع الذي يعز فيه الماء أو بالغبن اليسير أو بالغبن الفاحش ففي الوجه الاول والثاني لا يجزئه التيمم لتحقق القدرة فإن القدرة على البدل قدرة على الماء كالقدرة على ثمن الرقبة في الكفارة تمنع الصوم، وفي الوجه الثالث يجوز له التيمم لوجود الضرر فإن حرمة مال المسلم كحرمة نفسه والضرر في النفس مسقط فكذا في المال. كذا في العناية. ونظيره الثوب النجس إذا لم يكن عنده ماء فإنه يصلي فيه ولا يلزمه قطع الثوب من موضع النجاسة، والمراد بالثمن الفاضل عن حاجته على ما قدمناه. واختلفوا في تفسير الغبن الفاحش، ففي النوادر هضعف القيمة في ذلك المكان، وفي رواية الحسن إذا قدر أن يشتري ما يساوي درهما بدرهم ونصف لا يتيمم، وقيل ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، وقيل ما لا يتغابن في مثله لان الضرر مسقط. واقتصر في البدائع والنهاية على ما في النوادر فكان هو الاول، وقد قدمنا أنه إذا كان له مال غائب وأمكنه الشراء بثمن مؤجل وجب عليه الشراء بخلاف ما إذا وجد من يقرضه فإنه لا يجب عليه لان الاجل لازم ولا مطالبة قبل حلوله بخلاف القرض قيد بالماء لان العاري إذا قدر على شراء الثوب. قوله (ولو أكثره مجروحا تيمم وبعكسه يغسل) أي لو كان أكثر أعضاء الوضوء منه

***

[٢٨٥]

مجروحا في الحدث الاصغر أو أكثر جميع بدنه في الحدث الاكبر تيمم، وإذا كان الصحيح أكثر من المجروح يغسل لان للاكثر حكم الكل ويمسح على الجراحة إن لم يضره وإلا فعلى الخرقة. وقد اختلف في حد الكثرة، منهم من اعتبر من حيث عدد الاعضاء، ومنهم من اعتبر الكثرة في نفس كل عضو، فلو كان برأسه ووجهه ويديه جراحة والرجل لا جراحة بها يتيمم، سواء كان الاكثر من أعضاء الجراحة جريحا أو صحيحا. والآخرون قالوا: إن كان الاكثر من كل عضو من أعضاء الوضوء المذكورة جريحا فهو الكثير الذي يجوز معه التيمم وإلا فلا، كذا في فتح القدير من غير ترجيح. وفي الحقائق: المختار اعتبار الكثرة من حيث عدد الاعضاء، ولا يخفى أن الخلاف إنما هو الوضوء، وأما في الغسل فالظاهر أن يكون المراد أكثر البدن صحيحا أو جريحا الاكثرية من حيث المساحة، فلو استويا لا رواية فيه. واختلف المشايخ منهم من قال يتيمم ولا يستعمل الماء أصلا، وقيل يغسل الصحيح ويمسح على الباقي واختار القول الاول في الاختيار وقال أنه أحسن. وفي الخلاصة إنه الاصح. وفي فتح القدير تبعا للزيلعي أنه الاشبه بالفقه وهو المذكور في النوادر، واختار في المحيط الثاني وقال: وهو الاصح. وفي فتاوى قاضيخان: وهو الصحيح. ولا يخفى أنه أحوط فكان أولى. وفي القنية والمبتغي بالغين المعجمة: بيده قروح يضره الماء دون سائر جسده يتيمم إذا لم يجد من يغسل وجهه، وقيل يتيمم مطلقا اه‍. فهذا يفيد أن قولهم إذا كان الاكثر صحيحا يغسل الصحيح محمول على ما إذا لم يكن باليدين جراحة كما لا يخفى. قوله (ولا يجمع بينهما) أي لا يجمع بين التيمم والغسل لما فيه من الجمع بين البدل والمبدل ولا نظير له في الشرع فيكون الحكم للاكثر

***

[٢٨٦]

بخلاف الجمع بين التيمم وسؤر الحمار لان الفرض يتأدى بأحدهما لا بهما فجمعنا بينهما لمكان الشك، وكما لا جمع بين التيمم والغسل لا جمع بين الحيض والاستحاضة، ولا بين الحيض والنفاس، ولا بين الاستحاضة والنفاس، ولا بين الحيض والحبل، ولا بين الزكاة والعشر، ولا بين العشر والخراج، ولا بين الفطرة والزكاة ولا بين الفدية والصوم، ولا بين القطع والضمان، ولا بين الجلد والنفي، ولا بين القصاص والكفارة، ولا بين الحد والمهر، ولا بين المتعة والمهر وغيرها من المسائل الآتية في مواضعها إن شاء الله تعالى، وما وقع في خزانة الفقه لابي الليث أن عشرة لا تجتمع مع عشرة فليس للحصر كما لا يخفى. فروع رجل تيمم للجنابة وصلى ثم أحدث ومعه من الماء قدر ما يتوضأ به فإنه يتوضأ به لصلاة أخرى، فإن توضأ به ولبس خفيه ثم مر بالماء ولم يغتسل حتى صار عادما الماء ثم حضرت الصلاة ومعه من الماء قدر ما يتوضأ به فإنه يتيمم ولا يتوضأ، فإن تيمم ثم حضرت الصلاة الاخرى وقد سبقه الحدث فإنه يتوضأ به وينزع خفيه، وإن لم يكن مر بماء قبل ذلك مسح على خفيه. وفاقد الطهورين في المصر بأن حبس في مكان نجس ولم يجد مكانا طاهرا ولا ماء طاهرا ولا ترابا طاهرا لا يصلي حتى يجد أحدهما. وقال أبو يوسف: يصلي بالايماء تشبها بالمصلين. قال بعضهم: إنما يصلي بالايماء على قوله إذا لم يكن الموضع يابسا، أما إذا كان يابسا يصلي بركوع وسجود، ومحمد في بعض الروايات مع أبي حنيفة. وأجمعوا أن الماشي لا يصلي وهو يمشي، والسابح لا يصلي وهو يسبح، ولا السائف وهو يضرب بالسيف وإن خاف فوت الوقت. وهذا إذا لم

يمكنه أن ينقر الارض أو الحائط بشئ، فإن أمكنه يستخرج التراب الطاهر ويصلي بالاجماع. كذا في الخلاصة. وجعل في المبسوط المسائل المجمع عليها مختلفا فيها إذا أحدث الامام في صلاة الجنازة. قال ابن الفضل: إن استخلف متوضئا ثم تيمم وصلى خلفه أجزأه في قولهم جميعا، وإن تيمم هذا الذي أحدث وأم وأتم جازت صلاة الكل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قوله محمد وزفر صلاة المتوضئين فاسدة وصلاة المتيممين جائزة، وهذه المسألة دليل على أن في صلاة الجنازة يجوز البناء والاستخلاف ويصح فيها اقتداء المتوضئ بالمتيمم كما في غيرها من الصلاة. كذا في فتاوى قاضيخان من التيمم. وفي الخلاصة من كتاب الصلاة في صحة الاقتداء: وأما اقتداء المتوضئ بالمتيمم في صلاة الجنازة فجائزة بلا خلاف اه. وذكر الجلابي في كتاب الصلاة: له أن من به وجع في رأسه لا يستطيع معه مسحه يسقط فرض المسح في حقه اه. وهذه مسألة مهمة أحببت ذكرها لغرابتها وعدم وجودها في غالب الكتب، وقد أفتى بها الشيخ سراج الدين قارئ الهداية أستاذ المحقق كمال الدين بن الهمام، وبه اندفع ما كان قد توهم قبل الوقوف على هذا النقل
***
[٢٨٧]
أنه يتيمم لعجزه عن استعمال الماء وليس بعد النقل إلا الرجوع إليه، ولعل الوجه فيه أن يجعل عادما لذلك العضو حكما فتسقط وظيفته كما في المعدوم حقيقة بخلاف ما إذا كان ببعض الاعضاء المغسولة جراحة فإنه يغسل الصحيح ويمسح على الجريح لان المسح عليه كالغسل لما تحته، ولان التيمم مسح فلا يكون بدلا عن مسح وإنما هو بدل عن غسل والرأس ممسوح ولهذا لم يكن التيمم في الرأس، وسيأتي في آخر باب المسح على الخفين لهذا زيادة تحقيق إن شاء الله تعالى. وفي القنية: مسافر إن انتهيا إلى ماء فزعم أحدهما نجاسته فتيمم وزعم الآخر طهارته فتوضأ ثم جاء متوضئ بماء مطلق وأمهما ثم سبقه الحدث في صلاته فذهب قبل الاستخلاف وأتم كل واحد منهما صلاة نفسه ولم يقتد بصاحبه جاز، لانه يعتد أن صاحبه محدث وبه أفتى أئمة بلخ وهو حسن اه. باب المسح على الخفين ذكره بعد التيمم لان كلا منهما طهارة مسح، وقدمه عليه لثبوته بالكتاب وهذا ثابت بالسنة على الصحيح كما سيأتي. والمسح لغة إمرار اليد على الشئ واصطلاحا عبارة عن رخصة مقدرة جعلت للمقيم يوما وليلة وللمسافر ثلاثة أيام ولياليها. والخف في الشرع اسم للمتخذ من الجلد الساتر للكعبين فصاعدا وما ألحق به، وسمي الخف خفا من الخفة لان الحكم خف به من الغسل إلى المسح. ثم يحتاج هنا إلى معرفة ستة أشياء: أحدها معرفة أصل
***
[٢٨٨]
المسح، والثاني معرفة مدته، والثالث معرفة الخف الذي يجوز عليه المسح، والرابع معرفة ما ينتقض به المسح، والخامس معرفة حكمه إذا انتقض والسادس معرفة صورته وقد ذكرها المصنف فبدأ بالاول فقال (صح) أي جاز المسح على الخفين، والصحة في العبادات على ما في التوضيح كونها بحيث توجب تفريغ الذمة فالمعتبر في مفهومها اعتبارا أوليا إنما هو المقصود الدنيوي وهو تفريغ الذمة وإن كان يلزمها الثواب مثلا وهو المقصود الاخروي لكنه غير مقصود في مفهومه اعتبارا أوليا. والوجوب كون الفعل بحيث لو أتى به يثاب ولو تركه يعاقب فالمعتبر في مفهومه اعتبارا أوليا هو المقصود الاخروي وإن كان يتبعه المقصود الدنيوي كتفريغ الذمة ونحوه اه. واختلف مشايخنا جوازه ثابت بالكتاب أو بالسنة؟ فقيل بالكتاب عملا بقراءة الجر فإنها لما عارضت قراءة النصب حملت على ما إذا كان متخففا، وحملت قراءة النصب على ما إذا لم يكن متخففا واختاره في غاية البيان، وقال الجمهور لم يثبت بالكتاب وهو الصحيح بدليل قوله إلى الكعبين لان المسح غير مقدر بهذا بالاجماع، والصحيح أن جوازه ثبت بالسنة. كذا ذكره المصنف في المستصفى، واختاره صاحب المجمع معللا بأن الماسح على الخف ليس ماسحا على الرجل حقيقة ولا حكما لان الخف اعتبر مانعا سراية الحدث إلى القدم فهي طاهرة، وما حل بالخف أزيل بالمسح فهو على الخف حقيقة وحكما، وحملوا قراءة الجر عطفا على المغسول والجر للمجاورة وقد جاءت السنة بجوازه قولا وفعلا حتى قال أبو حنيفة: ما قلت بالمسح حتى جاءني فيه مثل ضوء النهار وعنه أخاف الكفر على من لم ير المسح على الخفين لان الآثار التي جاءت فيه في حيز التواتر. وقال أبو يوسف: خبر المسح يجوز نسخ الكتاب به لشهرته. وقال أحمد: ليس في قلبي شئ من المسح فيه أربعون حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما رفعوا وما وقفوا. وعن الحسن البصري: أدركت سبعين نفرا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يرون المسح على الخفين ومن لم ير المسح عليهما جائزا من الصحابة فقد صح رجوعهم

كابن عباس وأبي هريرة وعائشة. وقال شيخ الاسلام: الدليل على أن منكر المسح ضال مبتدع ما روي أن أبا حنيفة سأل عن مذهب أهل السنة والجماعة فقال: هو أن تفضل الشيخين وتحب الختنين وترى المسح على الخفين. وإنما لم يجعله واجبا لان العبد مخير بين فعله وتركه، كذا قالوا. وينبغي أن يكون المسح واجبا في مواضع منها: إذا كان معه ماء لو غسل به رجليه لا يكفي وضوءه ولو مسح على الخفين يكفيه فإنه يتعين عليه المسح، ومنها ما لو خاف خروج
***
[٢٨٩]
الوقت لو غسل رجليه فإنه يمسح، ومنها إذا أخاف فوت الوقوف بعرفة لو غسل رجليه ولم أر من صرح بهذا من أئمتنا لكني رأيته فكتب الشافعية وقواعدنا لا تأباه كما لا يخفى، ولم يجعله مستحبا لان من اعتقد جوازه ولم يفعله كان أفضل لاتيانه بالغسل إذ هو أشق على البدن. قال في التوشيح: وهذا مذهبنا وبه قال الشاقعي ومالك ورواه ابن المنذر عن عمر بن الخطاب والبيهقي عن أبي أيوب الانصاري أيضا. وقال الشعبي والحكم وحماد والامام أبو الحسن الرستغفني من اصحابنا: إن المسح أفضل وهو أصح الروايتين عن أحمد، أما النفي التهمة عن نفسه لان الروافض والخوارج لا يرونه، وإما للعمل بقراءة النصب والجر. وعن أحمد أنهما سواء وهو اختيار ابن المنذر. احتج من فضل المسح بقوله عليه السلام في حديث المغيرة بهذا أمرني ربي رواه أبو داود. والامر إذا لم يكن للوجو ب كان للندب. ولنا حديث علي قال: رخص لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث. ذكره ابن خزيمة في صحيحه وكذا في حديث صفوان ذكر الرخصة والاخذ بالعزيمة أولى. فإن قيل: فهذه رخصة إسقاط لما عرف في أصول الفقه فينبغي أن لا يكون مشروعا ولا يثاب على إتيان العزيمة ههنا إذ لا تبقى العزيمة مشروعة إذا كانت الرخصة للاسقاط كما في قصر الصلاة قلنا: العزيمة لم تبق مشروعة ما دام متخففا أيضا والثواب باعتبار النزع والغسل، وإذا نزع صارت مشروعة وسقط سبب الرخصة في حقه أيضا فكان هذا نظير من ترك السفر سقط عنه سبب رخصة سقوط القصر، وليس لاحد أن يقول إن تارك السفر آثم اه. وهكذا أجاب النسفي وشراح الهداية وأكثر الاصوليين، ومبنى السؤال على أنه رخصة إسقاط، ومنعه الشارح الزيلعي رحمه الله وخطأهم في تمثيلهم به في الاصول لان المنصوص عليه في عامة الكتب أنه لو خاض ماء بخفه فانغسل أكثر قدميه بطل المسح، وكذا لو تكلف غسلهما من غير نزع أجزأه عن الغسل حتى لا يبطل بمضي المدة، فعلم أن العزيمة مشروعة مع الخف اه. ودفعه المحقق العلامة في فتح القدير بأن مبنى هذه التخطئة على صحة هذا الفرع وهو منقول في الفتاوى الظهيرية لكن في صحته نظر، فإن كلمتهم متفقة على أن الخف اعتبر شرعا مانعا سراية الحدث إلى القدم فتبقى القدم على طهارتها ويحل الحدث بالخف فيزال بالمسح، وبنوا عليه منع المسح للمتيمم والمعذورين بعد الوقت وغير ذلك من الخلافيات. وهذا يقتضي أن غسل الرجل في الخف وعدمه سواء إذا لم يبتمعه ظاهر الخف في أنه لم يزل به الحدث لانه في غير محله فلا تجوز الصلاة به لانه صلى مع حدث واجب الرفع إذ لو لم يجب والحال أنه لا يجب غسل الرجل جازت الصلاة بلا غسل ولا مسح فصار كما
***
[٢٩٠]
لو ترك ذراعيه وغسل محلا غير واجب الغسل كالفخذ، ووزانه في الظهيرية بلا فرق: لو أدخل يده تحت الجرموقين فمسح على الخفين وذكر فيها أنه لم يجز وليس إلا لانه في غير محل الحدث، والاوجه في ذلك الفرع كون الاجزاء إذا خاض النهر لابتلال الخف، ثم إذا انقضت المدة إنما لا يتقيد بها لحصول الغسل بالخوض والنزع إنما وجب الغسل وقد حصل اه. وظاهره تسليم التخطئة لو صح الفرع، وقد رد بعض المحققين التخطئة على تقدير صحة الفرع أيضا بأن هذا سهو وقع من الزيلعي لان مرادهم بالمشروعية الجواز في نظر الشارع بحيث يترتب عليه الثواب لا أن يترتب عليه حكم من الاحكام الشرعية، يدل عليه تنظيرهم
***
[٢٩١]
بقصر الصلاة فإن أتى بالعزيمة بأن صلى أربعا وقعد على الركعتين يأثم مع أن فرضه يتم. وتحقيق جوابه أن المترخص ما دام مترخصا لا يجوز له العمل بالعزيمة، فإذا زال الترخيص جاز له ذلك فإن المسافر ما دام مسافرا لا يجوز له الاتمام حتى إذا افتتحها بنية الاربع يجب قطعها والافتتاح بالركعتين لما سيأتي في صلاة المسافر، فإذا افتتحها بنية ثنتين ونوى الاقامة اثناء الصلاة تحولت إلى الاربع،

فالمتخفف ما دام متخففا لا يجوز له الغسل حتى إذا تكلف وغسل رجليه من غير نزع أثم وإن أجزأه عن الغسل. وإذا نزع الخف وزال الترخص صار الغسل مشروعا يثاب عليه، والعجب أن هذا مع وضوحه لمن تدرب في كتب الاصول كيف خفي على فحل من العلماء الفحول: اه واعلم أن العزيمة ما كان حكما أصليا غير مبني على أعذار العباد، والرخصة ما بني على أعذار العباد هو الاصح في تعريفهما عند الاصوليين كما عرف فيه. واعلم أن في تتمة الفتاوى الصغرى وفي فتاوى الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل أنه إذا ابتل قدمه لا ينتقض مسحه على كل حال لان استتار القدم بالخف يمنع سراية الحدث إلى الرجل فلا يقع هذا غسلا معتبرا فلا يوجب بطلان المسح، ويوافقه ما
***
[٢٩٢]
في شرح الزاهدي في سياق نقله عن البحر المحيط. وعن أبي بكر العياضي: لا ينتقض بلغ الماء الركبة اه. لكن ذكر في خير مطلوب لبس خفيه على الطهارة ومسح عليهما فدخل الماء إحداهما إن وصل الكعب حتى صار جميع الرجل مغسولا يجب غسل الاخرى، وإن لم يبلغ الكعب لا ينتقض مسحه، وإن أصاب الماء أكثر إحدى رجليه اختلف فيه، فقد علمت صحة ما بحثه المحقق في فتح القدير غير أنه أقر القائل بأنه إذا انقضت المدة ولم يكن محدثا لا يجب عليه غسل رجليه على هذا القول. وتعقبه تلميذه العلامة ابن أمير حاج بأنه يجب عليه غسل رجليه ثانيا إذا نزعهما أو انقضت المدة وهو غير محدث لان عند النزع أو انقضاء المدة يعمل ذلك الحدث السابق عمله من السراية إلى الرجلين وقتئذ فيحتاج إلى مزيل له عنهما حينئذ للاجماع على أن المزيل لا يظهر عمله في حدث طار بعده فليتأمل اه. قوله (ولو امرأة) أي ولو كان الماسح امرأة لاطلاق النصوص، وقد قدمنا أن الخطاب الوارد في أحدهما يكون واردا في حق الآخر ما لم ينص على التخصيص وأشار به إلى أنه يجوز للحاجة ولغيرها سفرا أو حضرا. قوله (لا جنبا) أي لا يجوز المسح على الخفين لمن وجب عليه الغسل، والمحققون على أن الموضع موضع النفي فلا حاجة إلى التصوير. وحاصله أنه إذا أجنب وقد لبس على وضوء وجب نزع خفيه وغسل رجليه. وذكر شمس الائمة أن الجنابة ألزمته غسل جميع البدن ومع الخف لا يتأتى ذلك. وفي الكفاية: صورته توضأ ولبس جوربين مجلدين ثم أجنب ليس له أن يشدهما ويغسل سائر جسده مضطجعا ويمسح عليه اه. وبهذا اندفع ما في النهاية من أنه لا يتأتى الاغتسال مع وجود الخف ملبوسا، وقيل صورته مسافرا
***
[٢٩٣]
جنب ولا ماء عنده فتيمم ولبس ثم أحدث ووجد ماء يكفي وضوءه لا يجوز له المسح لان الجنابة سرت إلى القدمين والتيمم ليس س بطهارة كاملة فلا يجوز له المسح إذا لبسهما على طهارته فينزعهما ويغسلهما، فإذا فعل ولبس ثم أحدث وعنده ماء يكفي للوضوء توضأ ومسح لان هذا الحدث يمنعه الخف السراية لوجوده بعد اللبس على طهارة كاملة، فلو مر بعد ذلك بماء كثير عاد جنبا، فإذا لم يغتسل حتى فقده تيمم له، فإذا أحدث بعد ذلك وعنده ماء يكفي للوضوء توضأ وغسل رجليه لان عاد جنبا، فإن أحدث بعد ذلك وعنده ما للوضوء فقط توضأ ومسح وعلى هذا تجرى المسائل. وقد ذكر شراح الهداية أن هذا تكلف غير محتاج إليه. وفي فتح القدير أنه يفيد أنه يشترط لجواز المسح كون اللبس على طهارة الماء لا طهارة التيمم معللا بأن طهارة التيمم ليست بطهارة كاملة، فإن أريد بعدم كمالها عدم الرفع عن الرجلين فهو ممنوع، وإن أريد عدم اصابة الرجلين في الوظيفة حسا فيمنع تأثيره في نفي الكمال المعتبر في الطهارة التي يعقبها اللبس. ويمكن أن يوجه الحكم المذكور بأن المسح على خلاف القياس، وإنما ورد من فعله صلى الله عليه وسلم على طهارة الماء ولم يرد من قوله ما يوسع مورده فيلزم فيه الماء قصرا على مورد الشرع، وحديث صفوان صريح في منعه للجنابة اه. وهو ما رواه الترمذي والنسائي وابن
***
[٢٩٤]
ماجه وابن حبان وابن خزيمة بسند صحيح عن صفوان بن عسال قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا إذا كنا سفرا أن إلا ننزع خفافنا ثلاثة أو لياليها، لا عن جنابة ولكن عن بول وغائط ونوم. وروي إلا من جنابة في كتا ب الحديث المشهورة، وروي بحرف النفي وكلاهما صحيح ولكن المشهور رواية إلا الاستثنائية. ووقع في كتب الفقه ولكن عن بول أو غائط أو نوم ب " أو والمشهور

في كتب الحديث بالواو. كذا ذكر النووي. وفي معراج الدراية معزيا إلى المجتبي: سألت استاذي نجم الائمة البخاري عن صورته فقال: توضأ ولبس خفيه ثم أجنب ليس له أن يشد خفيه فوق الكعبين ثم يغتسل ويمسح، وما ذكروا من الصور ليس بصحيح لان الجنابة لا تعود على الاصح اه. ولم يتعقبه ولا يخفى ضعفه فإنهم صرحو أبان التيمم ينتقض برؤية الماء فإن كان جنبا وتيمم عادت الجنابة برؤية الماء، وإن كان محدثا عاد الحدث، والذي يدلك على أن الصورة المتقدمة تكلف أنها لا تناسب وضع المسألة إذ وضعها عدم جواز المسح للجنب في الغسل، وما ذكر إنما هو عدم جوازه في الوضوء فليتنبه لذلك. وفي شرح منية المصلي: قوله من كل حدث موجب للوضوء احترازا من الجنابة وما في معناها مما يوجب الغسل كالحيض على أصل أبي يوسف في حق المرأة إذا كانت مسافرة لان أقل الحيض عنده يومان وليلتان وأكثر اليوم الثالث والنفاس فإنه لا ينوب المسح على الخفين في هذه الاحداث عن غسل الرجلين لعدم جعل الخف مانعا من سرايتها إلى الرجل شرعا كما صرح به في الجنابة حدث صفوان المتقدم، ويقاس الحيض والنفاس في ذلك عليها إن لم يكن فيهما إجماع اه. وإنما جعل الحيض مبنيا على أصل أبي يوسف لظهور أنه لا يتأتى على أصلهما فإنها إذا توضأت ولبست الخفين ثم أحدثت وتوضأت ومسحت ثم حاضت كان ابتداء المدة من وقت الحدث، فإذا انقطع الدم لثلاثة أيام انتقض المسح قبلها فلا يتصور أن يمنع المسح لاجل غسل الحيض لانه امتنع لانتقاضه بمضي المدة. وإن لبستهما في الحيض فغسل الرجلين واجب لفوات شرط المسح وهو لبس الخفين على طهارة، والمقصود تصوير المسألة بحيث لا يكون مانع من مسح الخفين سوى وجوب الاغتسال.
وصوره عدم مسح النفساء أنها لبست على طهارة ثم نفست وانقطع قبل ثلاثة وهي مسافرة أو قبل يوم وليلة وهي مقيمة.
***
[٢٩٥]
قوله (إن لبسهما على وضوء تام وقت الحدث) يعني المسح جائز بشرط أن يكون اللبس على طهارة كاملة وقت الحدث وذكره التمام لدفع توهم النقصان الذاتي له كما إذا بقي لمعة لم يصبها الماء لا للاحتراز عن طهارة أصحاب الاعذار بالنسبة إلى ما بعد الوقت إذا توضوا ولبسوا مع وجود الحدث الذي ابتلوا به كما مشى عليه غير واحد من المشايخ. وعن طهارة التيمم وبنبيذ التمر على القول بتعين الوضوء به عند وجوده وفقد الماء المطلق الطهور فإنه في الحقيقة لا نقص في شئ من هذه الطهارات بل هي ما بقي شرطها كالتي بالماء المطلق الطهور في حق الاصحاء وتحرير المسح لاصحاب الاعذار أنه إذا كان العذر غير موجود وقت الوضوء واللبس فإنه يمسح كالاصحاء حتى إذا كان مقيما فيوما وليلة من وقت الحدث العارض له على الطهارة المذكورة بعد اللبس. وإن كان مسافرا فثلاثة أيام ولياليها من وقت الحدث المذكور لان الحدث المذكور صادف لبسهما على طهارة كاملة مطلقا فجاز له المسح في الوقت وبعده إلى تمام المدة بخلاف ما إذا لبسبطهارة العذر بأن وجد العذر مقارنا للوضوء أو للبس أو لكليهما أو فيما بينهما واستمر على ذلك حتى لبس فإنه حينئذ إنما يمسح في الوقت كلما توضأ لحدث غير ما ابتلي به، ولا يمسح خارج الوقت بناء على ذلك اللبس لان الحدث في هذه الصورة صادف بالنسبة إلى الوقت لبسا على طهارة كاملة بدليل أن الشارع ألحق ذلك الحدث الذي ابتلي به بالعدم فيه حتى جوز له أداء الصلاة معه فيه، وصادف بالنسبة إلى خارج الوقت لبسا على غير طهارة بدليل أن الشارع لم يجوز له أداء الصلاة فيه وإن لم يوجد منه
***
[٢٩٦]
حدث آخر فإن هذه آية عمل الحدث السابق عمله إذ خروج الوقت ليس بحدث حقيقة بالاجماع، فبان أن اللبس في حقه حصل لا على طهارة فلاجرم إن جاز له المسح في الوقت لا خارجه. فحاصله أنه لا يمسح بعد خروج الوقت في ثلاثة أحوال ويمسح في حال واحدة، وأما في الوقت فيمسح مطلقا. كذا في النهاية وغيرها. وشمل كلام المصنف صورا منها: أن يبدأ بغسل رجليه ثم يلبسهما ثم يكمل الوضوء، ومنها أن يتوضأ إلا رجليه ثم يغسل واحدة ويلبس خفها ثم يغسل الاخرى ويلبسه، ومنها أن يبدأ بلبس الخفين ثم يتوضأ إلا رجليه ثم يخوض في الماء فتبتل رجلاه مع الكعبين أو عكسه بأن ابتل رجلاه ثم توضأ، وفي جميع هذه الصور يجوز له المسح إذا أحدث لتمام الطهارة وقت الحدث وإن لم يوجد وقت اللبس، فظهر بهذا أن قوله وقت الحدث قيد لا بد منه وبه يندفع ما ذكر في التبيين من أنه زيادة بلا فائدة لان قوله إن لبسهما على وضوء يغني عنه لان اللبس يطلق على ابتداء اللبس وعلى الدوام عليه، ولهذا يحنث بالدوام عليه في يمينه لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فيكون معناه إن وجد لبسهما على وضوء تام، سواء كان ذلك اللبس ابتداء

أو بالدوام عليه فلا حاجة إلى تلك الزيادة اهـ. ووجه دفعه أن الفعل دال على الحدث ولا دلالة على الدوام والاستمرار. قال المحقق التفتازاني في أول المطول: الاسم يدل على الدوام والاستمرار والفعل إنما يدل على الحقيقة دون الاستغراق ا هـ. فالمعنى أن الشرط حصول اللبس على طهر في الجملة عند اللبس بشرط أن تتم تلك الطهارة عند الحدث، ولو لم يقيد التام بوقت الحدث لتبادر تقييده بوقت اللبس وحصول الطهر التام قبله كما هو مقتضى لفظة على وبعدما قيد بوقت الحدث لم يبق احتمال تقييده بوقت اللبس، وكون الفعل أطلق على الدوام في مسألة اليمين إنما هو بطريق المجاز والكلام في تبادر المعنى الحقيقي فلولا التقييد بوقت الحدث لتبادر الفهم إلى المعنى الحقيقي. فإن قيل: المفهوم من الكتاب عدم الجواز عند كون اللبس على طهر تام وقت اللبس مع أنه ليس كذلك قلنا: التام وقت الحدث أعم من التام فيه فقط والتام فيه وقبله أيضا، والتام وقت اللبس يكون تاما وقت الحدث. وقال الشافعي: لا بد من لبسهما على وضوء تام ابتداء لما في الصحيحين عن المغيرة كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم في سفر فأهويت لانزع خفيه فقال: دعهما فإني أدخلتهما طاهرتين فمسح عليهما. وأهويت بمعنى قصدت. ولما أخرجه ابن حبان وابن خزيمة في صحيحهما من حديث أبي بكرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للمسافر ثلاثة أيام ولياليهن وللمقيم يوما وليلة إذا تطهر فلبس خفيه أن يمسح عليهما. ونص الشافعي على أن

***

[٢٩٧]

إسناده صحيح والبخاري على أنه حديث حسن. والجواب أن معنى أدخلتهما أدخلت كل واحدة الخف وهي طاهرة لانهما اقترنا في الطهارة والادخال لان ذلك غير متصور عادة، وهذا كما يقال دخلنا البلد ونحن ركبا يشترط أن يكون كل واحد راكبا عند دخولها ولا يشترط أن يكون جميعهم ركبانا عند دخول كل واحد منهم ولا اقترانهم في الدخول. كذا أجاب في التبيين وغيره لكن لا يصدق على الصورة الاخيرة التي ذكرناها وهي ما إذا بدأ بلبسهما ثم توضأ إلى آخره نظرا إلى ابتداء اللبس لا إلى ما بعد الوضوء الكامل المشتمل على غسلهما بعد ذلك، لكن أهل المذهب ليسوا بمعتدين بابتداء هذا اللبس في هذه الصورة بل إنما هم معتدون باستمراره لهما بعد الوضوء الكامل تنزيلا لاستمرار اللبس من وقته إلى حين الحدث بعده بمنزلة ابتداء لبس جديد وجد الحدث بعده على طهارة كاملة لعقلية أن المقصود وقوع المسح على خف يكون ملبوسا عند أول حدث يحدث بعد اللبس على طهارة كاملة، وهذا المقصود موجود في هذه الصورة كما في الصور الاخر، ألا ترى أن في الوجه الذي فعل فيه الوضوء بتمامه مرتبا لو نزع رجليه من خفيه ثم أعادهما إليهما من غير إعادة غسلهما أنه يمسح على الخفين إذا أحدث بعد ذلك قبل مضي المدة بالاجماع، وهذا ظاهر في أنه لا أثر لعدم الاكمال قبل ابتداء اللبس في المنع من جواز المسح إذا وجد الاكمال بعد ابتداء اللبس قبل الحدث على أن كلا من الحديثين المذكورين ليس بمتعرض لعدم الجواز في هذه الصورة اللهم إلا أن كان حديث أبي بكرة بطريق مفهوم المخالفة وهو طريق غير صحيح عند أهل المذهب على ما عرف في علم الاصول مع أن كلا منهما وما ضاهاهما يجوز أن يكون خرج مخرج البيان لما هو الاكمل في ذلك والاحسن، وأهل المذهب قائلون بأن هذا الذي عينه مخالفوهم محلا للجواز نظر إلى هذه الاحاديث هو الوجه الاكمل. واعلم أن في قوله وقت الحدث توسعا والمراد قبيل الحدث أي متصلا به لان وقت الحدث لا يجامع الطهارة فكيف يكون ظرفا له: وإنما أراد المبالغة في اتصال الوضوء التام بالحدث حتى كأنهما في وقت واحد. كذا ذكره مسكين في شرحه. وقد أفصح المصنف عن مراده في الكافي فقال: شرطه أن يكون الحدث بعد اللبس طارئا على وضوء تام. وقد ذكر في التوشيح إنه لو توضأ للفجر وغسل رجليه ولبس خفيه وصلى ثم أحدث وتوضأ للظهر وصلى ثم للعصر كذلك ثم تذكر أن لم يمسح رأسه في الفجر ينزع خفيه ويعيد الصلاة لانه تبين أن اللبس لم يكن على طهارة تامة، وإن تبين أنه لم يمسح في الظهر فعليه إعادة الظهر خاصة لتيقنه أنه كان على طهارة في العصر تامة فتكون طهارته للعصر تامة ولا ترتيب عليه للنسيان. وذكر في السراج الوهاج معزيا إلى الفتاوى: رجل ليست له إلا رجل واحدة يجوز

***

[٢٩٨]

له المسح على الخف. وفي البدائع: لو توضأ ومسح على جبائر قدميه ولبس خفيه أو كانت إحدى رجليه صحيحة فغسلها ومسح على جبائر الاخرى ولبس خفيه ثم أحدث، فإن لم يكن برئ الجرح مسح على الخفين لان المسح على الجبائر كالغسل لما تحته فحصل لبس

الخفين على طهارة كاملة كما لو أدخلهما مغسولتين حقيقة في الخف، وإن كان برئ الجرح نزع خفيه لانه صار محدثا بالحدث السابق فظهر أن اللبس حصل لا على طهارة اهـ. وفي المحيط: وإن لبس الخف ثم مسح على الجبيرة ثم برئ يكمل مدته لانه لزمه غسل ما برئ بحدث متأخر عن اللبس، وإن لم يحدث حتى برئ فغسل موضعه ثم أحدث فله أن يمسح على خفيه لانه لما غسل ذلك الموضع فقد كملت الطهارة فيكون الحدث طارئا على طهارة كاملة، وإن أحدث قبل أن يغسل موضع الجراحة بعد البرء لا يمسح بل ينزع الخف لان الحدث طرأ على طهارة ناقصة اهـ. واعلم أنا قد قدمنا أن عدم مسح المتيمم بعد وجود الماء لم يستفد من اشتراط اللبس على الوضوء التام لان طهارة التيمم تامة لما علمت من أنها كالتي بالماء ما بقي الشرط، بل لانه لو جاز المسح بعد وجود الماء لكان الخف رافعا للحدث الذي حل بالقدم لان الحدث الذي يظهر عند وجود الماء هو الذي قد كان حل به قبل التيمم لكن المسح إنما يزيل ما حل بالممسوح بناء على اعتبار الخف مانعا شرعا سراية الحدث الذي يطرأ بعده إلى القدمين، وبهذا يظهر ضعف ما في شرح الكنز من جعله طهارة التيمم ناقصة كما لا يخفى. قوله (يوما وليلة للمتيمم وللمسافر ثلاثا) هذا بيان لمدة المسح أي صح المسح يوما وليلة الخ. وهذا قول جمهور العلماء منهم أصحابنا والشافعي وأحمد، والحجة لهم أحاديث كثيرة صريحة يطول سردها، وقد اختلف القول عن مالك في جوازه للمقيم ومشى أبو زيد في رسالته على جوازه للمقيم. قوله (من وقت الحدث) بيان لاول وقته ولا يعتبر من وقت المسح الاول كما هو رواية عن أحمد واختاره جماعة منهم النووي وقال لانه مقتضى أحاديث الباب الصحيحة، ولا من وقت اللبس كما هو محكي عن الحسن البصري واختاره السبكي من متأخري الشافعية لانه وقت جوازه الرخصة. والحجة للجمهور أن أحاديث الباب كلها دالة على أن الخف جعل مانعا من سراية الحدث إلى الرجل شرعا فتعتبر المدة من وقت المنع لان ما

***

[٢٩٩]

قبل ذلك طهارة الغسل ولا تقدير فيها، فإذن التقدير في التحقيق إنما هو لمدة منعه شرعا وإن كان ظاهر اللفظ التقدير للمسح أو اللبس والخف إنما منع من وقت الحدث. وفي المبسوط لشمس الائمة السرخسي: وابتداؤها عقيب الحدث لانه لا يمكن اعتبار المدة من وقت اللبس فإنه لو لم يحدث بعد اللبس حتى يمر يوم وليلة لا يجب عليه نزع الخف ولا يمكن اعتباره من وقت المسح لانه لو أحدث ولم يمسح ولم يصل أياما لا إشكال أنه لا يمسح بعد ذلك فكان العدل في الاعتبار من وقت الحدث اهـ. وكذا في النهاية ومعراج الدراية معزيا إلى مبسوط شيخ الاسلام. فاستفيد منه أن مضي المدة رافع لجواز المسح أعم من كونه مسح أو لا، فالاولى أن لا يجعل مضي المدة ناقضا للمسح لانه يوهم أنه إذا لم يكن هناك مسح فلا أثر لمضيها كما لا يخفى. وثمرة الخلاف تظهر فيمن توضأ بعدما انفجر الصبح ولبس خفيه وصلى الفجر ثم أحدث بعد طلوع الشمس ثم توضأ ومسح على خفيه بعد زوال الشمس، فعلى قول الجمهور يمسح إلى ما بعد طلوع الشمس من اليوم الثاني إن كان مقيما ومن اليوم الرابع إن كان مسافرا، وعلى قول من اعتبر من وقت المسح يمسح إلى ما بعد الزوال من اليوم الثاني إن كان مقيما ومن اليوم الرابع إن كان مسافرا، وعلى قول من اعتبر من وقت اللبس يمسح إلى ما بعد طلوع الفجر من اليوم الثاني إن كان مقيما ومن اليوم الرابع إن كان مسافرا. وفي معراج الدراية معزيا إلى المجتبى: والمقيم في مدة مسحه قد لا يتمكن إلا من أربع صلوات وقتية بالمسح كمن توضأ ولبس خفيه قبل الفجر ثم طلع الفجر وصلاها وقعد قدر التشهد فأحدث لا يمكنه أن يصلي من الغد على هيئة الاولى لاعتراض ظهور الحدث في آخر صلاته، وقد يصلي خمسا وقد يصلي ستا كمن أخر الظهر إلى آخر الوقت ثم أحدث وتوضأ ومسح وصلى الظهر في آخر وقته ثم صلى الظهر من الغد وقد يصلي به على هذا الوجه سبعا على الاختلاف اهـ. قوله (على ظاهرهما مرة) بيان لمحل المسح حتى لا يجوز مسح باطنه أو عقبه أو ساقيه أو جوانبه أو كعبه. وفي المبتغى بالغين المعجمة: وظهر القدم من رؤوس الاصابع إلى معقد

***

[٣٠٠]

الشراك اهـ. وفي المحيط: ولا يسن مسح باطن الخف مع ظاهره خلافا للشافعي لان السنة شرعت مكملة للفرائض والاكمال إنما يتحقق في محل الفرض لا في غيره اهـ. وفي غيره نفي الاستحباب وهو المراد واحتج الشافعي بحديث المغيرة بن شعبة قال: وضأت رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة تبوك فمسح أعلى الخف وأسفله. رواه أبو داود. ولنا ما رواه أبو داود والبيهقي من طرق عن علي رضي

الله عنه: لو كان الدين بالرأي لكان أسفل الخف أولى بالمسح من أعلاه، وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على ظاهر خفيه. أراد أن أصول الشريعة لم تثبت من طريق القياس وإنما طريقها التوقيف وغير جائز استعمال القياس في رد التوقيف وكان القياس أن يكون باطن الخف أولى بالمسح لانه يلاقي الارض بما عليها من طين وتراب وقذر ولا يلاقيها ظاهره إلا أنه لم يستعمل القياس لانه رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح ظاهر الخف دون باطنه، وهذا يدل على أن مراده كان نفي القياس مع النص. كذا ذكره الجصاصي في أصوله اه. كذا في غاية البيان. وهذا يفيد كظاهرما في النهاية وغيرها أن المراد بالباطن عندهم محل الوطئ لا ما يلاقي البشرة، وتعقبهم المحقق في فتح القدير بأنه بتقديره لا تظهر أولوية مسح باطنه لو كان بالرأي بل المتبادر من قول علي رضي الله عنه ذلك ما يلاقي البشرة، وهذا لان الواجب من غسل الرجل في الوضوء ليس لازالة الخبث بل الحدث ومحل الوطئ من باطن الرجل فيه كظاهره، وكذا ما روي عن علي فيه بلفظ لكان أسفل الخف أولى بالمسح من أعلاه يجب أن يراد بالاسفل الوجه الذي يلاقي البشرة لانه أسفل من الوجه الاعلى المحاذي للسماء كما ذكرنا اه. وما روي أنه مسح أعلاه وأسفله فقد ضعفه الترمذي وأبو داود وغيرهما، ولو صح فمعناه ما يلي الساق وما يلي الاصابع توفيقا بينه وبين حديث علي. كذا في غاية البيان. وأورد أنه ينبغي جواز مسح الاسفل والعقب لانخلف عن الغسل فيجوز في جميع محل الغسل كمسح الرأس فإنه يجوز في جميع الرأس وإن ثبت مسحه عليه السلام على الناصية. وأجيب بأن فعله هنا ابتداء غير معقول فيعتبر جميع ما ورد به الشرع من رعاية الفعل والمحل بخلاف مسحه على الناصية فإنه بيان ما ثبت بالكتاب لا نصب الشرع فيجب العمل بقدر ما يحصل به البيان وهو المقدار لان المحل معلوم بالنص فلا حاجة إلى جعل فعله بيانا له. وتعقب بأنه ينبغي أن يجب المسح إلى الساق رعاية لجميع ما ورد به

***

[٣٠١]

الشرع فينبغي أن لا يجوز قدر ثلاث أصابع إلا بنص، ولم يجب عنه في فتح القدير. وبأنه ينبغي أنه لو بدأ من الساق لا يجوز لما ذكرنا. فأجاب عن الثاني في فتح القدير بأنه لا يجب مراعاة جميع ما ورد به في محل الابتداء أو الانتهاء للعلم بأن المقصود إيقاع البلة على ذلك المحل. وأجاب عن الاول في معراج الدراية بأنه روي أنه عليه السلام مسح على خفيه من غير ذكر مد إلى الساق كما روي المد فجعل المفروض أصل المسح والمد سنة جمعا بين الادلة، وتعقب بأنه ينبغي حمل المطلق على المقيد هنا لورودهما في حكم واحد في محل واحد كما في كفارة اليمين. وأجيب بأن الروايتين لا يتساويان في الشهرة بل المطلق هو المشهور دون المقيد، ولئن سلمنا تساويهما لا يجب الحمل أيضا لامكان الجمع فإن مسحه عليه السلام لم يقتصر على مرة واحدة فلا يكون الاطلاق والتقييد في حكم واحد في حادثة واحدة بل في متعدد في نفسه فيثبت أصل المسح وسنية المد، وتعقب بأنه ينبغي أن يستحب الجمع بين مسح الظاهر والباطن لكونهما مرويين والجمع ممكن، فيثبت فرضية أصل المسح وسنية المسح على الظاهر والباطن. وأجيب بأن في إحدى الروايتين احتمالا كما قدمناه فلا تثبت السنية بالشك، وقد يقال كان ينبغي على هذا أن يكون في صوم الكفارة مطلق الصوم واجبا والتتابع سنة ويكون هذا جمعا بين القراءتين، ولهذا والله أعلم لم يرتض المحقق في فتح القدير بما أجاب به في معراج الدراية وفي البدائع ما يصلح جوابا عما في فتح القدير فإنه استدل على فرضية ثلاث أصابع بحديث علي أنه عليه الصلاة والسلام مسح على ظهر خفيه خطوطا بالاصابع قال: وهذا خرج مخرج التفسير للمسح. والاصابع اسم جمع وأقل الجمع الصحيح ثلاثة فكان هذا تقديرا للمسح بثلاث أصابع اليد اه. وهكذا ذكر الاقطع. واستدل المصنف في المستصفى بأن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يغسل خفيه فقال صلى الله عليه وسلم: أما يكفيك مسح ثلاثة أصابع اه. وهذا صريح في المقصود. وفي قوله مرة إشارة إلى أنه لا يسن تكراره كمسح الرأس عملا بما ورد أنه عليه السلام مسح على ظاهر خفيه خطوطا بالاصابع بطريق الاشارة إذ الخطوط إنما تكون إذا مسح مرة. كذا في المستصفى. ولم يذكر المصنف الخطوط للاشارة إلى الرد على ما يفهم من عبارة الطحاوي أنها فرض كما هو ظاهر المجتبى فإنه ذكر أن إظهار الخطوط في المسح ليس بشرط في ظاهر الرواية ثم قال: وقال الطحاوي: المسح على الخفين خطوطا بالاصابع اه. والظاهر ظاهر الرواية، نعم إظهار الخطوط شرط السنية. قوله (بثلاث أصابع) بيان لمقدار آلة المسح بطريق المنطوق ولبيان قدر الممسوح بطريق

***

[٣٠٢]
اللزوم. وأراد أصابع اليد لما ذكره في المستصفى. كذا أطلقه غير واحد من مشايخ المذهب وعزاه في الخلاصة إلى أبي بكر الرازي، وفي الاختيار وغيره إلى محمد رحمه الله، وقيدها قاضيخان بكونها من أصغر أصابع اليد. وقال الكرخي: ثلاث أصابع من أصابع الرجل. والاول أصح - كذا في كثير من الكتب - لان اليد آلة المسح والثالثة أكثر أصابعها، وقد تقدم دليله من السنة من البدائع وغيرها. وقد ذكر كثير من المشايخ أن الثلاث فرض المسح ونص عليه محمد كما في المحيط، ومرادهم به الواجب لانه ثابت بالسنة فيكون المراد بالفرض التقدير دون الفرض الاصطلاحي فإنه ليس ثابتا بدليل قطعي ولانه مختلف فيه. كذا في التوشيح. لكن لا حاجة إلى هذلان مشايخنا يطلقون أصل الفرض على ما ثبت بظني إذا كان الجواز يفوت بفوته كغسل المرافق والكعبين وقد بيناه هناك. وفي تقدير الفرض بثلاث أصابع إشارة إلى أنه لو قطعت إحدى رجليه وبقي منها أقل منه أو بقي بثلاث أصابع لكن من العقب لا من موضع المسح فلبس على الصحيحة أو المقطوعة لا يمسح لوجوب غسل ذلك الباقي كما لقطعت من الكعب حيث يجب غسل الجميع ولا يمسح، وهذا التقدير لا بد منه في كل رجل، فلو مسح على رجل أصبعين وعلى الاخرى قدر خمسة لم يجز، واستفيد منه أنه لو مسح بأصبع واحدة ومدها حتى بلغ مقدار الثلاث من غير أن يأخذ ماء جديدا لا يجوز، ولو مسح بأصبع واحدة ثلاث مرات وأخذ لكل مرة ماء جاز إن مسح كل مرة غير الموضع الذي مسحه كأنه مسح بثلاثة أصابع كما في فتاوى قاضيخان. ولو مسح بالابهام والسبابة إن كانتا مفتوحتين جاز لان ما بينهما مقدار أصبع، ولو مسح بأصبع واحدة بجوانبها الاربع فينبغي أن يجوز بالاتفاق على الاصح بخلاف مسح الرأس فإن فيه اختلافا، فصحح في الهداية الجواز بناء على التقدير بثلاث أصابع، وصحح شمس الائمة السرخسي ومن تابعه عدم الجواز بناء على التقدير بالربع، وهنا لما اتفقوا في الاصح على الثلاث كان الاجزاء متفقا عليه كما لا يخفى. وإنما قيدنا الاتفاق بالاصح لان المصنف في الكافي قال: والكلام فيه كالكلام في مسح الرأس، فمن شرط ثمة الربع شرط الربع هنا، ومن شرط الادنى شرطه هنا اه. وفيه نظر لان هناك الراجح الربع وهنا الراجح الثلاث كما لا يخفى. وفي منية المصلي: ولو مسح برؤوس الاصابع وجافى أصول الاصابع والكف لا يجوز إلا أن يكون الماء متقاطرا. وفي الخلاصة: ولو مسح بأطراف أصابعه يجوز سواء كان الماء متقاطرا أو لا، وهو الصحيح. وما في المنية أولى ما في الخلاصة كما لا يخفى. وفي البدائع: ولو مسح بثلاث أصابع منصوبة غير موضوعة ولا ممدودة لا يجوز بلا خلاف بين أصحابنا، ولو أصاب موضع
***
[٣٠٣]
المسح ماء أو مطر قدر ثلاث أصابع جاز، وكذا لو مشى في حشيش مبتل بالمطر ولو كان مبتلا بالطل وأصاب الخف طل قدر الواجب، قيل يجوز لانه ماء، وقيل لا يجوز لانه نفس دابة في البحر يجذبه الهواء والاول أصح. وفي الخلاصة: ولو مسح بظاهر كفه جاز والمستحب أن يمسح بباطن كفه اه. وكان المراد به باطن الكف والاصابع ولو قال بباطن اليد لكان أولى. كذا في شرح منية المصلي وفيه نظر، لان صاحب الخلاصة نقل أنه إن وضع الكف ومدها أو وضع الكف مع الاصابع ومدها كلاهما حسن والاحسن الثاني اه. فوضع الكف وحدها دون الاصابع مستحب حسن وإن كانت مع الاصابع أحسن، ولو توضأ ومسح ببلة بقيت على كفيه بعد الغسل يجوز، سواء كانت البلة قاطرة أو لم تكن. كذا في فتاوى قاضيخان وغيرها. وصرح في الخلاصة بأنه الصحيح. ولو مسح رأسه ثم مسح خفيه ببلة بقيت على كفيه لا يجوز، وكذا بماء أخذه من لحيته. والحاصل أن البلل إذا بقي في كفيه بعد غسل عضو من المغسولات جاز المسح به لانه بمنزلة ما لو أخذه من الاناء، وإذا بقي في يده بعد مسح عضو ممسوح أو أخذه من عضو من أعضائه لا يجوز المسح به، مغسولا كان ذلك العضو أو ممسوحا، لانه مسح ببلة مستعملة ويستثنى من هذا الاطلاق مسح الاذنين فإنه جائز ببلة بقيت بعد مسح الرأس بل سنة عندنا كما قدمناه والاصبع يذكر ويؤنث. كذا في شرح الوقاية. قوله (يبدأ من الاصابع إلى الساق) بيان للسنة حتى لو بدأ من الساق إلى الاصابع أو مسح عليه عرضا جاز لحصول المقصود إلا أنه خالف السنة. وكيفيته كما ذكره قاضيخان في شرح الجامع الصغير أن يضع أصابع يده اليمنى على مقدم خفه الايمن وأصابع يده اليسرى على مقدم خفه الايسر من قبل الاصابع، فإذا تمكنت الاصابع يمدها حتى ينتهي إلى أصل الساق فوق الكعبين لان الكعبين يلحقهما فرض الغسل ويلحقهما سنة المسح، وإن

وضع الكف مع الاصابع كان أحسن. هكذا روي عن محمد اهـ. ويدل للاحسنية ما رواه ابن أبي شيبة من حديث المغيرة أنه وضع يده اليمنى على خفه الايمن ويده اليسرى على خفه الايسر ثم مسح أعلاهما مسحة واحدة الحديث. ولم يقل وضع كفه. وفي الخلاصة وفتاوى
***
[٣٠٤]
الولوالجي وغيرهما وتفسير المسح على الخفين أن يمسح على ظهر قدميه ما بين أطراف الاصابع إلى الساق ويفرج بين أصابعه قليلا اهـ. وهذا يفيد أن الاصابع غير داخلة في المحلية، وما في الكتاب كغيره من المتون والشروح يفيد دخولها، ويتفرع عليه أنه لو مسح بثلاث أصابع يده على أصابع كل رجل دون القدم فعلى ما في الكتاب يجوز لوجود المحلية، وعلى ما في أكثر الفتاوى لا يجوز لعدمها. وقد صرح به قاضيخان في فتاواه فقال: رجل له خف واسع الساق إن بقي من قدمه خارج الساق في الخف مقدار ثلاث أصابع سوى أصابع الرجل جاز مسحه، وإن بقي من قدمه خارج الساق في الخف مقدار ثلاث أصابع بعضه من القدم وبعضه من الاصابع لا يجوز المسح عليه حتى يكون مقدار ثلاث أصابع كلها من القدم ولا اعتبار للاصابع اهـ. فليتنبه لذلك والله الموفق للصواب. قوله: (والخرق الكبير يمنعه) قال المصنف في المستصفى: يجوز بالباء بنقطة من تحت والثاء بثلاث من فوق، والتفاوت بينهما أن الاول يستعمل في الكمية المتصلة، والثاني في المنفصلة، والثاني منقول عن العالم الكبير بدر الدين اهـ. وفي المغرب أن الكثرة خلاف القلة وتجعل عبارة عن السعة ومنها قولهم الخرق الكثير اهـ. فأفاد أن الكثير يستعمل للكمية المنفصلة أيضا. وصحح في السراج الوهاج رواية المثلثة بدليل قول القدوري: وإن كان أقل. وفي شرح منية المصلي عن خواهر زاده. الصحيح الرواية بالباء الموحدة لان في الكم المنفصل تستعمل الكثرة والقلة وفي الكم المتصل يستعمل الكبر والصغر والخف كم متصل فلا يذكر إلا الكبير لا الكثير اهـ. وقد علمت عن المغرب استعمال الكثير لهما والامر في ذلك قريب، وعلى التقدير الاول أو رد عليه أن الخرق واحد فكيف يوصف بالكثرة. وأجيب بأنه اسم مصدر وهو يقع على القليل والكثير. ثم كون الخرق الكبير مانعا دون القليل قول علمائنا الثلاثة وهو استحسان، والقياس أن يمنع القليل أيضا وهو قول زفر والشافعي في الجديد لانه
***
[٣٠٥]
لما ظهر شئ من القدم وإن قل ظهر غسله لحلول الحدث به، والرجل في حق الغسل غير متجزئه فوجب غسلها كلها. ووجه الاستحسان أن الخفاف لا تخلو عن قليل الخرق عادة والشرع علق المسح بمسمى الخف وهو الساتر الخصوص الذي يقطع به المسافة وما كان كذلك، فهذا المعنى موجود فيوالاسم مطلقا يطلق عليه فكان ذلك اعتبارا للخرق عدما بخلاف الخف المشتمل على الكثير فإن هذا المعنى معدوم فيه وإن ترك في التعبير عنه باسم الخف تقييده بخروق فهو مراد للمطلق معنى فليس بخف مطلق، ولانه لا تقطع المسافة به إذ لا يمكن تتابع المشي فيه والخف مطلقا ما تقطع به فليس به، وأيضا الحرج لازم على اعتبار الاول إذ غالب الخفاف لا تخلو عنه عادة والحرج منتف شرعا بقي الامر محتاجا إلى الحد الفاصل بين القليل والكثير فبينه. بقوله: (وهو قدر ثلاث أصابع القدم أصغرها) أي الخرق الكبير لان هذا القدر إذا انكشف منع من قطع المسافة، ولانه أكثر الاصابع وللاكثر حكم الكل. ثم اختلفوا فروى الحسن عن أبي حنيفة أن المعتبر كونها من اليد ثم في اعتبارها مضمومة أو منفرجة اختلاف المشايخ. ذكره في الاجناس. وقال محمد في الزيادات من أصابع الرجل أصغرها، وصححه صاحب الهداية كغيره واعتبر الاصغر للاحتياط. وإنما اعتبر على هذا أصابع الرجل في الخرق وأصابع اليد في المسح لان الخرق يمنع قطع السفر وتتابع المشي وإنه فعل الرجل، فأما فعل المسح فإنه يتأدى باليد والرجل محله واضافة الفعل إلى الفاعل دون المحل هي الاصل ولا عدول عن الاصل بلا موجب ولا موجب هنا، وفي مقطوع الاصابع يعتبر الخرق بأصابع غيره، وقيل بأصابع نفسه لو كانت قائمة. كذا في التبيين. والاوجه الثاني لان من الاصابع ما يكون طويلا ويكون قصيرا فلا يعتبر بأصابع غيره كما لا يخفى. وفي السراج الوهاج: وكبر القدم دليل على كبرها وصغره دليل على صغرها فيعرف من هذا الوجه اهـ. وإنما يعتبر الاصغر إذا انكشف موضع غير موضع الاصابع، وأما إذا انكشف الاصابع نفسها يعتبر أن ينكشف الثلاث أيتها كانت ولا يعتبر الاصغر لان كل أصبع أصل بنفسها فلا يعتبر بغيرها حتى لو انكشف الابهام مع جارتها وهما قدر ثلاث أصابع من أصغرها يجوز

المسح وإن كان مع جارتها لا يجوز وهذا هو الاصح. كذا في تتمة الفتاوى الصغرى. وحكى القدوري عن الحاكم أنه جعل الابهام كأصبعين وهو مردود. كذا في

***

[٣٠٦]

شرح منية المصلي. والخرق المانع هو المنفرج الذي يرى ما تحته من الرجل أو يكون منضما لكن ينفرج عند المشي أو يظهر القدم منه عند الوضع بأن كان الخرق عرضا، وإن كان طولا يدخل فيه ثلاث أصابع وأكثر لكن لا يرى شيئا من القدم ولا ينفرج عند المشي لصلابته لا يمنع المسح. ولو انكشفت الظهارة وفي داخلها بطانة من جلد أو خرقة مخروزة بالخف لا يمنع والخرق أعلى الكعب لا يمنع لانه لا عبرة يلبسه والخرق في الكعب وما تحته هو المعتبر في المنع، ولو كان الخرق تحت القدم فإن كان أكثر القدم منع. كذا في الاختيار وذكره الزيلعي عن الغاية بلفظ قيل وعلله بأن مواضع الاصابع يعتبر بأكثرها فكذا القدم. وتعقبه في فتح القدير بأنه لو صح هذا التعليل لزم أن لا يعتبر قدر ثلاث أصابع أصغرها إلا إذا كان عند أصغرها لان كل موضع حينئذ إنما يعتبر بأكثره اه. وظاهره اختيار اعتبار ثلاث أصابع مطلقا وهو ظاهر المتون كما لا يخفى حتى في العقب وهو اختيار السرخسي. وفي فتاوى قاضيخان: هذا إذا كان الخرق في مقدم الخف أو في أعلى القدم أو أسفله، وإن كان الخرق في موضع العقب إن كان يخرج أقل من نصف العقب جاز عليه المسح، وإن كان أكثر لا يجوز، وعن أبي حنيفة في رواية أخرى يمسح حتى يبدو أكثر من نصف العقب اه. وعلى هذه الرواية مشى في شرح الجامع الصغير مقتصرا عليها فقال: وإن كان الخرق من مؤخر الخف بإزاء العقب، فإن كان يبدو منه أكثر العقب منع المسح وإلا فلا اه. وفي اعتبار المصنف: الاصابع تبعا لصاحب الهداية ردا لما اختاره صاحب البدائع وشمس الائمة السرخسي فإنهما قالا: واختلف مشايخنا فيما إذا كان يبدو ثلاثة من الانامل والاصح أنه لا يجوز المسح عليه اه. وصحح ما في الكتاب صاحب الهداية والنهاية والمحيط. والانامل أطراف الاصابع،

***

[٣٠٧]

والقدم من الرجل ما يطأ عليه الانسان من لدن الرسغ إلى ما دون ذلك وهي مؤنثة والعقب بكسر القاف مؤخر القدم. قوله (ويجمع في خف لا فيهما) أي ويجمع الخروق في خف واحد لا في خفين حتى لو كان الخرق في خف واحد قدر أصبعين في موضع أو موضعين وفي الآخر قدر أصبع جاز المسح عليهما بعد أن يقع المقدار الواجب على الخف نفسه، فإن الظاهر أنه لو مسح مقدار ثلاث أصابع من أصغر أصابع اليد على الصحيح منه وعلى ما ظهر من الخرق اليسير كما في هذه المسألة أنه لا يجوز لان المسح على ما ظهر من الخرق ليس بمسح على الخف حقيقة ولا حكما. أما حقيقة فظاهر، وأما حكما فلان الخرق المذكور إنما جعل عفوا في جواز المسح على خف هو فيه لكن لا بحيث يكون ما يقع على ما ظهر منه محسوبا من القدر الواجب لما تقدم من أنه إنما اعتبر عفوا فيه لان في اعتباره مانعا من المسح حرجا لازما لما ذكرنا، ولا حرج في عدم احتساب ما يقع من المسح على ما ظهر منه من القدر الواجب لعدم العسر في فعله على غيره، فظهر أن عدم اعتباره مانعا من المسح على خف هو فيه للضرورة وأنه لا ضرورة لاحتساب ما يقع إليه من القدر الواجب من المسح وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها. كذا في شرح منية المصلي. وإذ امتنع المسح على أحدهما بجمع الخروق المتفرقة امتنع المسح على الآخر لما عرف حتى يلبس مكان المتخرق ما يجوز المسح عليه، وهذا الحكم المذكور في الكتاب هو المشهور في المذهب، وقد بحث المحقق كمال الدين بحثا عليه فقال: لقائل أن يقول لا داعي إلى جمع الخروق وهو اعتبارها، كأنها في مكان واحد لمنع المسح لان امتناعه فيما إذا اتحد المكان حقيقة لانتفاء معنى الخف بامتناع قطع المسافة المعتادة به لا لذاته، ولا لذات الانكشاف من حيث هو انكشاف وإلا لوجب الغسل في الخرق الصغير وهذا المعنى منتف عند تفرقها صغيرة كقدر الحمصة والفولة لامكان قطعها مع ذلك وعدم وجوب غسل البادي اه. وقد قواه تلميذه ابن أمير حاج بأن هذه الدراية موافقة لرواية عن أبي يوسف مذكورة في خزانة الفتاوى، وفي بعض شروح المجمع أنه لا يجمع الخرق سواء كان في خف أو خفين اه. وقد رأيت في التوشيح أن هذه الرواية قول أبي يوسف وجعل الجمع قول محمد اه. ولا شك أن هذه الدراية أولى مما في المحيط من أن الخروق المتعددة في الخف قدر ثلاثة أصابع تمنع من تتابع المشي فيه إذ لا يخفى ما فيه من المنع الظاهر. ومما في البدائع من أن

***
[٣٠٨]
الخرق إنما منع جواز المسح لظهور مقدار فرض المسح فإذا كان متفرقا في الخفين لم يظهر مقدار فرض المسح من كل منهما فإن ظهور مقدار فرض المسح من كل منهما لا يظهر له أثر في المنع بعد إمكان قطع المسافة به وتتابع المشي فيه وبقاء شئ من ظهر القدم يقع فيه مقدار الواجب من المسح فكان الظاهر ما بحثه المحقق والله أعلم. وأقل الخرق الذي يجمع ما يدخل فيه المسلة، وأما ما دونه فلا يعتبر الحاقا بمواضع الخرز ذكره في جوامع الفقه. قوله (بخلاف النجاسة والانكشاف) أي بخلاف النجاسة المتفرقة حيث تجمع وإن كانت متفرقة في خفيه أو ثوبه أو بدنه أو مكانه أو في المجموع. وبخلاف انكشاف العورة المتفرق كانكشاف شئ من فرج المرأة وشئ من ظهرها وشئ من فخذها وشئ من ساقها حيث يجمع لمنع جواز الصلاة لان المانع في العورة انكشاف القدر المانع وفي النجاسة هو كونه حاملا لذلك القدر المانع وقد وجد فيهما، وأما الخروق في الخف فإنما منع لامتناع قطع المسافة معه وهذا المعنى مفقود فيما إذا لم يكن في كل خف مقدار ثلاث أصابع. إليه أشار في الهداية وقد تقدم ما فيه، وسيأتي في باب شروط الصلاة كيفية الجمع وما فيه. هذا وقد ذكر في الخلاصة أن النجاسة لو كانت في ثو ب المصلي أقل من قدر الدرهم وتحت قدميه أقل من قدر الدرهم ولكن لو جمع بلغ أكثر من قدر الدرهم لا يجمع، ولا يخفى أنه مخالف لما قدمناه وهو مذكور في التبيين وغيره. وفي الخلاصة أيضا: والخرق في أذني الاضحية هل يجمع؟ اختلف المشايخ فيه وأعلام الثوب تجمع اه. يعني إذا كان في الثوب أعلام من الحرير وكانت إذا جمعت بلغت أكثر من أربع أصابع فإنها تجمع ولا يجوز لبسه كما لا يخفى. قوله (وينقضه ناقض الوضوء) أي وينقض المسح كل شئ نقض الوضوء حقيقيا أو حكميا لان المسح بعض الوضوء، فما نقض الكل نقض البعض. وعلل في كثير من الكتب بأنه بدل عن الغسل فينقضه ناقض أصله كالتيمم. وقد يقال إنه ليس ببدل كما صرح به في السراج الوهاج واختاره بعض الافاضل لان البدل لا يجوز مع القدرة على الاصل والمسح يجوز مع القدرة على الاصل، بل التحقيق أن التيمم بدل والمسح خلف. قوله (ونزع خف) أي وينقضه أيضا نزع خف لان الحدث السابق سرى إلى القدمين لزوال المانع ولا يلزم عليه أنه لو مسح الرأس ثم حلق الشعر حيث لا يلزمه إعادة المسح لان الشعر من الرأس خلقه، فالمسح عليه مسح على الرأس كما لو مسح على الخف ثم حكه بخلاف ما نحن فيه. كذا في النهاية. قوله (ومضى المدة) أي وينقضه أيضا مضي المدة للاحاديث الدالة على التاقيت. واعلم أن نزع الخف
***
[٣٠٩]
ومضي المدة غير ناقض في الحقيقة وإنما الناقض له الحدث السابق لكن الحدث يظهر عند وجودهما فأضيف النقض إليهما مجازا كما تقدم في التيمم. فإن قيل: لا حدث ليسري لانه قد كان حل بالخف ثم زال بالمسح. فلا يعود إلا بسببه من الخارج النجس ونحوه قلنا: جاز أن يعتبر الشرع ارتفاع الحدث بمسح الخف مقيدا بمدة منعه ثم علمنا وقوع مثله في التيمم حيث اعتبر في ارتفاعه باستعماله الصعيد تقييده بمدة اعتباره عاملا أعني مدة عدم القدرة على الماء، ويناسب ذلك لوصف البدلية وهو في المسح ثابت بل هو فيه من وجهين، فإن المسح وإن كان بالماء لكنه يدل عن وظيفة الغسل والخف عن الرجل فوجب تقييد الارتفاع فيه بمدة اعتباره بدلا يفيد ما يفيده الاصل كما تفيد في التيمم بمدة كونه بدلا يفيد ما يفيده الاصل مع أن المقام مقام الاحتياط. كذا في فتح القدير. قوله (إن لم يخف ذهاب رجله من البرد) أي ينقضه مضي المدة بشرط أن لا يخاف على رجله العطب بالنزع، ومفهومه أنه إذا خاف يجوز له المسح مطلقا من غير توقيت بمدة إلى أن يزول هذا الخوف، وظاهره أنه لا ينتقض عند الخوف، وتعقبه في فتح القدير بأن خوف البرد لا أثر له في منع السراية كما أن عدم الماء لا يمنعها، فغاية الامر أنه لا ينزع لكن لا يمسح بل يتيمم لخوف البرد، وعن هذا نقل بعض المشايخ تأويل المسح المذكور بأنه مسح جبيرة لا كمسح الخف. فعلى هذا يستوعب الخف على ما هو الاولى أو أكثره وهو غير المفهوم من اللفظ المؤول مع أنه إنما يتم إذا كان مسمى الجبيرة يصدق على ساتر ليس تحته محل وجع بل عضو صحيح غير أنه يخاف من كشفه حدوث المرض للبرد ويستلزم بطلان كلية مسألة التيمم لخوف البرد على عضو أو اسوداده، ويقتضي أيضا على ظاهر مذهب أبي حنيفة جواز تركه رأسا وهو خلاف ما يفيده اعطاؤهم حكم المسألة اه. وفي معراج الدراية: ولو مضت وهو يخاف البرد على رجله بالنزع يستوعب بالمسح كالجبائر اه. فأفاد الاستيعاب وأنه ملحق بالجبائر لا جبيرة حقيقة. وأما كلية مسألة التيمم

فمخصوصة بما إذا لم يكن عليه جبيرة أو ما هو ملحق بها، وأما جواز تركه رأسا فالمفتي به عدمه في الجبيرة كما سيأتي فكذا في الملحق بها. وفي فتاوى قاضيخان: لو تمت
***
[٣١٠]
المدة وهوفي الصلاة ولا ماء يمضي على الاصح في صلاته إذ لا فائدة في النزع لانه للغسل ولا ماء خلافا لمن قال من المشايخ تفسد اه. وفي التبيين: القول بالفساد أشبه لسراية الحدث إلى الرجل لان عدم الماء لا يمنع السراية ثم يتيمم له ويصلي كما لو بقي من أعضائه لمعة ولم يجد ماء يغسلها به فإنه يتيمم فكذا هذا اه. وتبعه المحقق في فتح القدير. قوله (وبعدهما غسل رجليه فقط) أي بعد النزع ومضي المدة غسل رجليه فقط وليس عليه إعادة بقية الوضوء إذا كان على وضوء لان الحدث السابق وهو الذي حل بقدمه وقد غسل بعده سائر الاعضاء وبقيت القدمان فقط فلا يجب عليه إلا غسلهما، ولا معنى لغسل الاعضاء المغسولة ثانيا لان الفائت الموالاة وهي ليست بشرط في الوضوء عندنا، وسيأتي إن شاء الله تعالى أن الماسح على الخف إذا أحدث فانصر ف ليتوضأ فانقضت مدة مسحه بطلت صلاته على الصحيح. قوله (وخروج أكثر القدم نزع وهو الصحيح كذا في الهداية وهو قول أبي يوسف، وعنه بخروج نصفه، وعن محمد إكان الباقي قدر محل الفرض أعني ثلاثة أصابع اليد طويلا لا ينتقض وإلا انتقض وعليه أكثر المشايخ. كذا في الكافي والمعراج وهو
***
[٣١١]
الصحيح. كذا في النصاب. وقال أبو حنيفة: إن خرج أكثر العقب يعني إذا أخرجه قاصدا إخراج الرجل بطل المسح حتى لو بدا له إعادتها فأعادها لا يجوز المسح، وكذا لو كان أعرج يمشي على صدور قدميه وقد ارتفع عقبه عن موضع عقب الخف إلى الساق لا يمسح، أما لو كان الخف واسعا يرتفع العقب برفع الرجل إلى الساق ويعود بوضعها فإنه يجوز له المسح. كذا في فتح القدير. وقيده في المحيط بأنه يبقى فيه مقدار ثلاثة أصابع. وفي البدائع: وقال بعض مشايخنا: يستمشي فإن أمكنه المشي المعتاد يبقى المسح وإلا ينتقض، وهو موافق لقول أبي يوسف وهو اعتبار أكثر القدم. ولا بأس بالاعتماد عليه لان القصد من لبس الخف هو المشي فإذا تعذر المشي عدم اللبس فيما قصد له ولان للاكثر حكم الكل اه. وهذا تصريح بترجيح هذا القول وهو به جدير فإن الحكم إذا كان دائرا مع الاصل وجودا وعدما كان الاعتبار له، وحينئذ يظهر أن ما قاله أبو حنيفة صحيح متجه لان بقاء العقب أو أكثرها في الساق يتعذر معه المداومة على المشي المعتاد مقدار ما يقطع به المسافة بواسطة ما فيه من الدوس على نفس الساق، وقد صربهذا في فتح القدير. وقد علم أن بنزع أحدهما يجب نزع الآخر لئلا يكون جامعا بين الاصل والخلف. كذا في الكافي وغيره. وهل ينتقض أيضا بغسل الرجل أو أكثرها؟ فالصحيح أنه ينتقض بغسل الاكثر. وذكر في السراج الوهاج أنه لا ينتقض المسح بغسل الرجل أصلا وهو الاظهر اه. وهو موافق لما قدمناه من البحث فارجع إليه. وإلى هنا صار نواقض المسح أربعة، وزاد في السراج الوهاج خامسا وهو خروج الوقت في حق صاحب العذر وقد قدمناه. قوله (ولو مسح مقيم فسافر قبل تمام يوم وليلة مسح ثلاثا) سواء سافر قبل انتقاض
***
[٣١٢]
الطهارة أو بعدها قبل كمال مدة المقيم، ولا خلا ف في أن مدته تتحول إلى مدة المسافر في الاول وفي الثاني خلاف الشافعي. لنا العمل بإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم يمسح المسافر الحديث. وهذا مسافر فيمسحها بخلاف ما بعد كمال مدة المقيم لان الحدث قد سرى إلى القدم وإنما يمسح على خف رجل حدث فيها إجماعا. وأما ما استدل به الشافعي من أن هذه عبادة ابتدأت حالة الاقامة فيعتبر فيها حالة الابتداء كصلاة ابتدأها مقيما في سفينة فسافرت، وصوم شرع فيه مقيما فسافر، حيث يعتبر فيه حكم الاقامة فغني عن تكلف الفرق لعدم ظهور وجه الجمع بالمشترك المؤثر في الحكم. كذا في فتح القدير. وبيانه أن أئمتنا لا يرون العبادة وصفا لازما للمسح بل إذا كان الوضوء منويا والنية ليست بشرط فيه عندهم، ولان المسحات في المدة بمنزلة الصيام في السفر لا بمنزلة صوم اليوم بدلالة أن فساد بعض المسحات لا يوجب فساد بعض الآخر كما في صيام أيام رمضان، ولا شك في أن من سافر في أواخر رمضان يسقط عنه وجوب الاداء فيما بقي ما دام مسافرا ولا يمنع كونه مقيما في أوله من ترخصه بترك أداء الصوم في تلك الحالة، فكذا كون الماسح مقيما في أول المدة لا يمنع من ترخصه رخصة المسافر بالمسح إذا كان في آخرها مسافرا. قال في السراج الوهاج: فلو أنه

لما جاوز العمران قبل مضي يوم وليلة ودخل في الصلاة سبقه الحدث فيها وعاد إلى مصره ليتوضأ فمضى يوم وليلة قبل أن يعود إلى مصلاه، فالقياس أن تفسد صلاته لان لما عاد إلى مصره فقد صار مقيما وقد انقضت مدته وهو في الصلاة ففسدت إلا أن الصدر الشهيد ذكر في الواقعات أن الماسح إذا انقضت مدته وهو في حال انصرافه مع الحدث لا تبطل صلاته استحسانا، ولو عاد إلى مصلاه في مسألتنا قبل مضي يوم وليلة انتقلت مدته إلى السفر ووجب عليه الاتمام في هذه الصلاة، وهذا مسألة عجيبة وهو أنه مسافر في حق المسح مقيم في حق اتمام الصلاة. كذا في ايضاح الصيرفي اه. وقد علمت فيما قدمناه أن الصحيح بطلان الصلاة، ومسألة الاتمام المذكورة مذكورة في الخلاصة من باب المسافر. قوله (ولو أقام المسافر بعد يوم وليلة نزع وإلا يتم يوما وليلة) لان رخصة السفر لا تبقى بدونه، والشافعي يوافقنا في هذه على ما هو المنصوص عليه.

***

[٣١٣]

قوله (وصح على الجرموق) أي جاز المسح على الجرموق. لما فرغ من بيان المسح على الخف شرع في الجرموق ولا بد من بيانهما فنقول: ذكر قاضيخان في فتاواه: ثم الخف الذي يجوز المسح عليه ما يكون صالحا لقطع المسافة والمشي المتابع عادة، ويستر الكعبين وما تحتهما، وما ليس كذلك لا يجوز المسح عليه. ثم قال: ويجوز المسح على الخف الذي يكون من اللبد وإن لم يكن منعلا لانه يمكن قطع المسافة به. وفي الخلاصة: وأما المسح على الخفاف المتخذة من اللبود التركية فالصحيح أنه يجوز المسح عليه، ولا يجوز المسح حتى يكون الاديم على أصابع الرجل وظاهر القدمين اه. فلو اتخذخفا من زجاج أو خشب أو حديد لا يجوز المسح عليه عندنا خلافا للشافعي فيما يمكن متابعة المشي فيه بغير عصا. وأما الجرموق فهو فارسي معرب ما يلبس فوق الخف وساقه أقصر من الخف. وقال الشافعي: لا يجوز المسح عليه لان الحاجة لا تدعو إليه ولان الخف بدل عن الرجل، فلو جاز المسح على الجرموق لصار بدلا عن الخف والخف لابدل له. ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم مسح على الموقين. رواه أبو داود من حديث بلال وابن خزيمة في صحيحه والحاكم في مستدركه وصححه والطبراني في معجمه والبيهقي من حديث أنس بن مالك. ولانه تبع للخف استعمالا من حيث المشي والقيام والقعود وغرضا فإن الخف وقاية للرجل فكذا الجرموق وقاية للخف تبعا له وكلاهما تبع للرجل فصار كخف ذي طاقين وهو بدل عن الرجل لا عن الخف، لا يقال كيف بطل المسح بنزع الجرموق ولم يبطل بنزع أحد طاقي الخف لانا نقول: بالمسح ظهرت أصالة

***

[٣١٤]

الجرموق فصار نزعه كنزع الخف بخلاف نزع أحد طاقي الخف لانه جزء من الخف لم يأخذ الاصالة أصلا كما إذا غسل رجله ثم أزال جلدها لم يجب عليه غسلها ثانيا. ولا يقال أيضا لو كان بدلا عن الرجل لكان ينبغي أن لا يجوز المسح على الخف بنزعه لانا نقول: الخف لم يكن محلا للمسح حال قيام الجرموق فإذا زال صار محلا للمسح. وما ذكره النووي من أن الموق هو الخف مخالف لما ذكره أهل اللغة كالجوهري والمطرزي فإنهما قالا: إن الجرموق والموق يلبسان فوق الخف فعلم أنهما غير الخف. وقولهم إن الحاجة لا تدعو إليه ممنوع ومناقض لمذهبهم في الخف من الزجاج أو الحديد كما قدمناه. ويشترط لجواز المسح على الجرموقين أن لا يحدث قبل لبسهما حتى لو لبس الخف على طهارة ثم أحدث قبل لبس الجرموق ثم لبسه لا يجوز له أن يمسح عليه، سواء لبسه قبل المسح على الخف أو بعده، لان حكم الحدث استقر عليه لحلول الحدث به فلا يزال بمسح غيره. وكذا لو لبس الموقين قبل

***

[٣١٥]

الحدث ثم أحد ث فأدخل يده فمسح خفيه لا يجوز لانه مسح في غير محل الحدث، ولو نزع أحد موقيه بعد المسح عليهما وجب مسح الخف البادي وإعادة المسح على الموق لانتقاض وظيفتهما كنزع أحد الخفين لان انتقاض بالمسح لا يتجزأ، وفي بعض روايات الاصل ينزع الآخر ويمسح على الخفين. وجه الظاهر أنه في الابتداء لو لبس على أحدهما كان له أن يمسح عليه وعلى الخف الآخر فكذا هذا، والخف على الخف كالجرموق عندنا في سائر أحكامه. كذا في الخلاصة. وكذا الخف فوق اللفافة يدل عليه ما في غاية البيان من أن ما جاز المسح عليه إذا لم يكن بينه وبين الرجل حائل جاز المسح عليه إذا كان بينهما حائل كخف إذا كان تحته خف أو لفافة اه. فهذا صريح في أن اللفافة على الرجل لا تمنع المسح على الخف فوقها. ووقع في شرح ابن المالك عن الكافي أنه لو لم يكن خفاه صالحين

للمسح لخرقهما يجوز على الموقين اتفاقا. ونقل من فتاوى الشاذي أن ما يلبس من الكرباس المجرد تحت الخف يمنع
***
[٣١٦]
المسح على الخف لكونه فاصلا وقطعة كرباس تلف على الرجل لا يمنع لانه غير مقصود باللبس لكن يفهم ممذكر في الكافي أنه يجوز المسح عليه لان الخف الغير الصالح للمسح إذا لم يكن فاصلا فلان لا يكون الكرباس فاصلا أولى اهـ. وقد وقع في عصرنا بين فقهاء الروم بالرو كلام كثير في هذه المسألة فنهم من تمسك بما في فتاوى الشاذي وأفتى بمنع المسح على الخف الذي تحته الكرباس ورد على ابن المالك في عزوه للكافي إذ الظاهر أن المراد به كافي النسفي ولم يوجد فيه، ومنهم من أفتى بالجواز وهو الحق لما قدمناه عن غاية البيان، ولهذا قال يعقوب باشا: إنه مفهوم من الهداية والكافي، ويدل عليه أيضا ما ذكره الشارحون في مسألة نزع الخف في الكلام مع الشافعي في قوله إنه إذا أعادهما يجوز له المسح من غير غسل الرجلين معللا بأنه لم يظهر من محل الفرض شئ فقالوا في الرد عليه: إن قوله لم يظهر من محل الفرض شئ يشكل بما لو أخرج الخفين عن رجليه وعلى الرجلين لفافة فإنه يبطل المسح وإن لم يظهر من محل الفرض شئ اهـ. فهذا ظاهر في صحة المسح على الخف فوق اللفافة. وفي المبتغى بالغين المعجمة: ولو أدخل يده تحت الجرموق ومسح على ظهر الخف لم يجز بخلاف مالو كان الخرق المانع ظاهر الجرموق وقد ظهر الخف فله المسح على الخف أو على الجرموق لانهما كخف واحد، وإن كان الخرق يسيرا فمسح على بعض الصحيح وعلى بعض الخرق وهو كله ثلاثة أصابع لم يجزه اهـ. وفي منية المصلي: ولا يجوز المسح على الجرموق المتخرق وإن كان خفاه غير متخرق اهـ. وينبغي أن يقال: إن كان الخرق في الجرموق مانعا لا يجوز المسح عليه وإنما يجوز المسح
***
[٣١٧]
على الخف لا غير لما علم أن المتخرق خرقا مانعا وجوده كعدمه فكانت الوظيفة للخف فلا يجوز المسح على غيره، وقد صرح به في السراج الوهاج فقال: والشرط الثاني لجواز المسح على الجرموق أن يكون الجرموق لو انفرد جاز المسح عليه حتى لو كان به خرق كثير لا يجوز المسح عليه. ولا يجوز المسح على الجرموق إذا كان من كرباس ونحوه لانه لا يمكن قطع السفر وتتابع المشي عليهما كما لو لبسهما على الانفراد إلا أن يكونا رقيقين يصل البلل إلى ما تحتهما من الخف فحينئذ يجوز ويكون مسحا على الخف. كذا في الذخيرة وغيرها. وفي الخلاصة وغيرها: ولو كان الجرموقان واسعين يفضل الجرموق من الخف ثلاثة أصابع فمسح على تلك الفضلة لم يجز إلا إذا مسح على الفضلة بعد أن يقدم رجليه على تلك الفضلة فحينئذ جاز، ولو أزال رجليه عن ذلك الموضع أعاد المسح اهـ. وفي التجنيس بعد أن نقل هذا عن أبي علي الدقاق قال: وفيه نظر ولم يذكر وجهه. وفي القنية جعل الخف كالجرموق في هذا من أنه إذا فضل من الجرموق أو الخف قدر ثلاثة أصابع لم يجز المسح عليها. قوله (والجورب المجلد والمنعل والثخين) أي يجوز المسح على الجورب إذا كان مجلدا أو منعلا أو ثخينا. ويقال جورب مجلد إذا وضع الجلد على أعلاه وأسفله، وجورب منعل ومنعل الذي وضع على أسفله جلدة كالنعل للقدم. وفي المستصفى أنعل الخف ونعله جعل له نعلا، وهكذا في كثير من الكتب، فيجوز في المنعل تشديد العين مع فتح النون كما يجوز تسكين النون وتخفيف العين. وفي معراج الدراية: والمنعل بالتخفيف وسكون النون والظاهر ما قدمناه كما لا يخفى. وفي فتاوى قاضيخان: ثم على رواية الحسن ينبغي أن يكون النعل إلى الكعبين، وفي ظاهر الرواية إذا بلغ النعل إلى أسفل القدم جاز، والثخين أن يقوم على الساق من غير شد ولا يسقط ولا يشف اهـ. وفي التبيين: ولايرى ما تحته. ثم المسح على الجورب إذا كان منعلا جائز اتفاقا، وإذا كان لم يكمنعلا وكان رقيقا غير جائز اتفاقا، وإن كان ثخينا فهو غير جائز عند أبي حنيفة. وقالا: يجوز لما رواه الترمذي عن المغيرة بن شعبة
***
[٣١٨]
قال: توضأ النبي صلى الله عليه وسلم ومسح على الجوربين. وقال حديث حسن صحيح. ورواه ابن حبان في صحيحه أيضا. ولانه يمكن المشي فيه إذا كان ثخينا. وله أنه ليس في معنى الخف لانه لا يمكن مواظبة المشي فيه إلا إذا كان منعلا وهو محمل الحديث. وعنه أنه رجع إلى قولهما وعليه الفتوى. كذا في الهداية وأكثر الكتب لانه في معنى الخف، فالتأويل المذكور للحديث قصر لدلالته عن مقتضاه

بغير سبب فلا يسمع على أن الظاهر أنه لو كان المراد به ذلك لنص عليه الراوي، هذا بخلاف الرقيق فإن الدليل يفيد إخراجه من الاطلاق لكونه ليس في معنى الخف، وما نقل من تضعيفه عن الامام أحمد وابن مهدي ومسلم حتى قال النووي كل منهم لو انفرد قدم على الترمذي مع أن الجر مقدم على التعديل فلا يضر لكونه روي من طرق متعددة ذكرها الزيلعي المخرج وهي وإن كانت كلها ضعيفة اعتضد بعضها ببعض، والضعيف إذا روي من طرق صار حسنا مع ما ظهر من مسح كثير من الصحابة من غير نكير منهم على فاعله كما ذكره أبو داود في سننه. ثم مع هذا كله لم يوجد من المعنى ما يقوى على الاستقلال بالمنع فلا جرم إن كان الفتوى على الجواز. وما في البدائع من أنها حكاية حال لا عموم لها فمسلم لو لم يرد ما رواه الطبراني عن بلال قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على الخفين والجوربين. وفي الخلاصة: فإن كان الجورب من مرعزي وصوف لا يجوز المسح عليه عندهم. المرعز بميم مكسورة وقد تفتح فراء ساكنة فمهملة مكسورة فزاي مشددة مفتوحة فالف مقصورة وقد تمد مع تخفيف الزاي وقد تحذف مع بقاء التشديد: الزغب الذي تحت شعر العنز. كذا في شرح النقاية. وفي المجتبى: لا يجوز المسح على الجورب الرقيق من غزل أو شعر بلا خلاف، ولو كان ثخينا يمشي معه فرسخا فصاعدا كجورب أهل مرو فعلى الخلاف. وكذا الجورب من جلد رقيق على الخلاف، ويجوز على الجوارب اللبدية. وعن أبي

***

[٣١٩]

حنيفة لا يجوز قالوا. ولو شاهد أبو حنيفة صلابتها لافتى بالجواز. ويجوز على الجاروق المشقوق على ظهر القدم وله أزرار يشده عليه يسده لانه كغير المشقوق، وإن ظهر القدم شئ فهو كخروق الخف. قلت: وأما لخف الدوراني الذي يعتاده فقهاء زماننا فإن كان مجلدا يستر جلده الكعب يجوز وإلا فلا. كذا في معراج الدراية. وفي الخلاصة: المسح على الجاروق إن كان يستر القدم ولا يرى من الكعب ولا من ظهر القدم إلا قدر أصبع أو أصبعين جاز المسح عليه، وإن لم يكن كذلك ولكن ستر القدم بالجلد إن كان الجلد متصلا بالجاروق بالخرز جاز المسح عليه، وإن شد بشئ لا. ولو ستر القدم باللفافة جوزه مشايخ سمرقند ولم يجوزه مشايخ بخارى اه‍. ثم ذكر التفصيل المذكور للجورق عن المجتبى في الجورب من الشعر. وفيها أيضا: وتفسير النعل أن يكون الجورب المنعل كجوارب الصبيان الذين يمشون عليها في ثخونة الجورب وغلظ النعل. وفي فتاوى قاضيخان: إن الجورق اسم فارسي لخف معروف، وعامة المشايخ على أنه إذا كان يظهر من ظهر القدم قدر ثلاثة أصابع لا يجوز، وبعضهم جوزوا ذلك لان عوام الناس يسافرون به خصوصا في بلاد المشرق، أما إذا كان يظهر منه قدر أصبع أو أصبعين فإنه يجوز في قولهم. قوله (لا على عمامة وقلنسوة وبرقع وقفازين) أي لا يجوز المسح على هذه الاشياء. العمامة والقلنسوة بفتح القاف وضم السين معروفتان، والبرقع بضم الباء الموحدة وسكون الراء وضم القاف وفتحها خريقة تثقب للعينين تلبسها الدواب ونساء العرب على وجوههن، والقفاز بالضم والتشديد شئ يعمل لليدين يحشى بقطن ويكون له أزرار تزرر على الساعدين من البرد تلبسه المرأة في يديها وهما قفازان كما في الصحاح، وقد تكون من الحلي تتخذه المرأة ليديها ورجليها، ومن ذلك يقال تقفزت المرأة بالحناء إذا نقشت يديها ورجليها كما في الجمهرة لابن دريد، وقد يتخذه الصائد من جلد ولبد ليغطي الاصابع والكف. ثم عدم جواز المسح على هذه ما عدا العمامة لا يعرف فيه خلاف ثابت عمن يعتد به. وفي معراج الدراية: ولو مسحت على خمارها ونفذت البلة إلى رأسها حتى ابتل قدر الربع منه يجوز. قال مشايخنا: إذا كان الخمار جديدا يجوز لان ثقوب الجديد لم تسد بالاستعمال فتنفذ البلة، أما إذا لم يكن جديدا لا يجوز لانسداد ثقوبه. وأما على العمامة فأجمعوا على عدم جوازه إلا أحمد فإنه أجازه بشرط أن تكون ساترة لجميع الرأس إلا ما جرت العادة بكشفه وأن يكون تحت الحنك منها شئ، سواء كان لها ذؤابة أو لم تكن، وأن لا تكون عمامة محرمة فلا يجوز المسح على

***

[٣٢٠]

العمامة المغصوبة، ولا يجوز للمرأة إذا لبست عمامة الرجل أن تمسح عليها والاظهر عند أحمد وجوب استيعابها والتوقيت فيها كالخف. ويبطل بالنزع والانكشاف إلا أن يكون يسيرا مثل أن يحك رأسه أو يرفعها لاجل الوضوء، وفي اشتراط لبسها على طهارة روايتان. واستدل بما ورد من مسحه صلى الله عليه وسلم على العمامة كما رواه مسلم من حديث بلال. والحجة للجمهور أن الكتاب العزيز ورد

بغسل الاعضاء ومسح الرأس فلا يزاد على الكتاب بخبر شاذ بخلاف الخف فإن الاخبار فيه مستفيضة تجوز الزيادة بمثلها على الكتاب، وقد أخرج الترمذي عن أبي عبيدة بن محمد بن عمار بن ياسر قال: سألت جابر بن عبد الله عن المسح على الخفين فقال: السنة يا أخي. وسألته عن المسح على العمامة فقال: أمس الشعر. وقال محمد بن الحسن في موطئه: أخبرنا مالك قال: بلغني عن جابر بن عبد الله أنه سئل عن المسح على العمامة فقال: لا حتى يمس الشعر الماء. قال محمد: وبهذا نأخذ ثم قال: أخبرنا مالك قال حدثنا نافع قال: رأيت صفية بنت أبي عبيد تتوضأ وتنزع خمارها ثم تمسح برأسها - قال نافع وأنا يومئذ صغير - قال محمد: وبهذا نأخذ لا يمسح على خمار ولا عمامة بلغنا أن المسح على العمامة كان ثم تركه. كذا في غاية البيان بعد أن ذكر تأويله بأن بلالا كان بعيدا فمسح النبي صلى الله عليه وسلم على رأسه ولم يضع العمامة عن رأسه فظن بلال أنه عليه الصلاة والسلام مسح على العمامة، أو أراد بلال المجاز إطلاقا لاسم الحال على المحل. وفي معراج الدراية: إن التأويل بعيد لانه حكم يلزمه غير الرأي. والصواب أن نقول: إذا ثبت رواية سالما عن المعارض ثبت جواز المسح على العمامة اه. يعني ولم تسلم لما قدمناه من معارضة الكتّاب لها. قوله (والمسح على الجبيرة وخرقة القرحة كالغسل) أي لما تحتها وليس ببدل. والجبيرة كما ذكره المصنف في الطلبة عيدان تربط على الجرح ويجبر بها العظام. وفي المغرب جبر الكسر جبرا وجبر بنفسه جبورا، والجبران في مصادره غير مذكورة. والجبر غير فصيح وجبره بمعنى أجبره لغة ضعيفة وإن قل استعمال المجبور بمعنى المجبر. وقرحة قرحا جرحه وهو قريح ومقروح ذو قرح اه. وفي القاموس: القرحة قد يراد بها الجراحة وقد يراد بها ما يخرج في البدن من بثور اه. وأياما كان المراد هنا فالحكم المذكور لا يختلف. ثم الاصل في شرعيته على ما ذكر غير واحد من مشايخنا ما عن علي رضي الله عنه قال: انكسرت احدى زندي فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرني أن أمسح على الجبائر. رواه ابن ماجه وفي اسناده عمرو بن خالد الواسطي متروك. قال النووي في هذا الحديث: اتفقوا على ضعفه. وفي المغرب: انكسرت إحدى زندي علي صوابه كسر أحد زنديه لان الزند مذكر، والزندان عظما الساعد.

***

[٣٢١]

ونقل المصنف في المستصفى خلافا في أنه هل كان الكسر يوم أحد أو يوم خيبر. وذكر الزيلعي المخرج أحاديث دالة على الجواز وضعفها، ويكفي في هذا الباب ما صح عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه مسح على العصابة كما ذكره الحافظ المنذري فإن الظاهر أن الموقوف في هذا كالمرفوع فإن الابدال لا تنصب بالرأي والباقي استئناس لا يضره التضعيف إن تم إذا لم يقو بعضه ببعض، أما إذا قوي فليستدل به كما قدمناه. ولم يذكر المصنف رحمه الله صفة المسح على الجبيرة والملحق بها لوجود الاختلاف في نقل المذهب، فاعلم أنه لا خلاف في أنه إذا كان المسح على الجبيرة يضره أنه يسقط عنه المسح لان الغسل يسقط بالعذر فالمسح أولى، وإنما الخلاف فيما إذا كان لا يضره. ففي المحيط: ولو ترك المسح على الجبائر والمسح يضره جاز، فإن لم يضره لم يجز تركه، ولا تجوز الصلابدونه عند أبي يوسف، ومحمد ولم يحك في الاصل قول أبي حنيفة، وقيل عنده يجوتركه، والصحيح أن عنده مسح الجبيرة واجب وليس بفرض حتى يجوز بدونه الصلاة لا الفرضية لا تثبت إلا بدليل مقطوع به وحديث علي من أخبار الآحاد فأوجب العمل به دون العلم فحكمنا بوجوب المسح عملا ولم نحكم بفساد الصلاة حال عدم المسح لان الحكم بالفساد يرجع إلى العلم. وهذا الدليل لا يوجبه، ويوافقه ما في شرح الطحاوي والزيادات والذخيرة بأن المسح ليس بفرض عنده، وكذا ذكر القدوري في تجريده أنه الصحيح، وكذا صحح في الغاية كما في المحيط. وفي التجنيس: الاعتماد على أنه ليس بفرض عنده. وفي الخلاصة: إن أبا حنيفة رجع إلى قولهما بعدم جواز الترك اه. ويوافقه ما ذكره صاحب المجمع في شرحه من قوله وقيل الوجوب متفق عليه

***

[٣٢٢]

وهذا أصح وعليه الفتوى لان المسح على الجبيرة كالغسل لما تحتها. ووظيفة هذا العضو الغسل عند الامكان والمسح على الجبيرة عند عدمه كالتيمم، وكما لا يقال إن الوضوء لا يجب عند العجز عن الماء فلا يجب التيمم كذلك لا يقال إن غسل ما تحتها ساقط فسقط المسح بل هو واجب بدليله كما وجب التيمم بدليله اه. فحاصله أنه قد اختلف التصحيح في افتراضه أو

***

[٣٢٣]
وجوبه ولم أر من صحح استحبابه على قول، وقد جنح المحقق في فتح القدير إلى تقوية القول بوجوبه حيث قال ما معناه: وغاية ما يفيد الوارد في المسح على الجبيرة الوجوب فعدم الفساد بتركه أقعد بالاصول. وحكم على قول الخلاصة الماضي بأنه اشتهر عن أبي حنيفة شهرة نقيضه عنه ولعل ذلك معنى ما قيل إن عنه روايتين اه. وهذا مبني على ما ذكره في المحيط من أن الحكم بالفساد يرجع إلى العلم فلا يثبت بدليل ظني وفيه بحث، فإن الكلام في الصلاة مفسد لها مع أن ترك الكلام فيها ثابت بخبر الواحد وهو قوله عليه الصلاة والسلام إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شئ من كلام الناس (١) فلا يكون الحكم بالفساد من باب العلم فيجوز ثبوته بظني. كذا في التوشيح. وقد يقال: إن الحكم بالفساد بسبب الكلام ليس ثابتا بالحديث لانه إنما أفاد كونه محظورا فيها والاتفاق على أنه حظر يرتفع إلى الافساد فهو إنما ثبت بالاتفاق لا بالحديث، ولا يخفى أنه على القول بوجوبه لا الفساد بتركه إذا لم يمسح وصلى
***
[٣٢٤]
فإنه يجب عليه إعادة تلك الصلاة لما عرف من أن كل صلاة أديت مع ترك واجب وجبت إعادتها. هذا وقد ذكر الشيخ أبو بكر الراز تفصيلا على قول أبي حنيفة فقال: إن كان ما تحت الجبيرة لو ظهر أمكن غسله فالمسح واجب بالاصل ليتعلق بما قام مقامه كمسح الخف، وإن كان ما تحتها لو ظهر لا يمكن غسله فالمسح عليها غير واجب لان فرض الاصل قد سقط فلا يلزم ما قام مقامه كالمقطوع القدم إذا لبس الخف. قال الصيرفي: وهذا أحسن الاقوال ويؤيده ما ذكره المصنف في المصفى أن الخلاف في المجروح، أما المكسور فيجب عليه المسح بالاتفاق. كذا في السراج الوهاج. فبنى ما في المصفى على تفصيل الرازي لا كما توهمه في فتح القدير من أنه مبني على أن خبر المسح عن علي في المكسور اه. وهذا كله بإطلاقه شامل لما إذا كانت الجراحة بالرأس وقد صرح به في البدائع فقال: ولو كانت الجراح على رأسه وبعضه صحيح فإن كان الصحيح قدر ما يجوز عليه المسح وهو قدر ثلا ث أصابع لا يجوز إلا أن يمسح عليه لان المفروض من مسح الرأس هذا القدر، وهذا القد من الرأس صحيح فلا حاجة إلى المسح على الجبائر، وإن كان أقل من ذلك لم يمسح لان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ويمسح على الجبائر اه. وفي المبتغى بالغين المعجمة يجب: ومن كان جميع رأسه مجروحا لا يجب المسح عليها لان المسح بدل عن الغسل ولا بدل له وقيل يجب ا ه. والصواب هو الوجوب. وقوله المسح بدل عن الغسل غير صحيح لان المسح على الرأس أصل بنفسه لا بدل كما لا يخفى. وفي شرح الجامع الصغير لقاضيخان: والمسح على الجبائر على وجوه: إن كان لا يضره غسل ما تحته يلزمه الغسل، وإن كان يضره الغسل بالماء البارد ولا يضره الغسل بالماء الحار يلزمه الغسل بالماء الحار، وإن كان يضره الغسل ولا يضره المسح يمسح ما تحت الجبيرة ولا يمسح فوقها اه. قالوا: ينبغي أن يحفظ هذا فإن الناس عنه غافلون. ولكن قال في السراج الوهاج: ولو كان لا يمكنه غسل الجراحة إلا بالماء الحار
***
[٣٢٥]
خاصة ولا يمكنه بما سواء لم يجب عليه تكلف الغسل الحار ويجزئه المسح لاجل المشقة اه. والظاهر الاول كما لا يخفى ولهذا اقتصر المحقق في فتح القدير عليه ولم ينقل غيره وقيده بأن يكون قادرا عليه وهو ظاهر، وقد قدمنا أن المسح على الجبيرة ليس ببدل بخلاف المسح على الخفين، ولهذا لا يمسح على الخف في أحد الرجلين ويغسل الاخرى لانه يؤدي إلى الجمع بين الاصل والبدل. ولو كانت الجبيرة على إحدى رجليه ومسح عليها وغسل الاخرى لا يكون ذلك جمعا بين الاصل والبدل، ولهذا أيضا لو مسح على خرقة المجروحة وغسل الصحيحة ولبس الخف عليها ثم أحدث فإنه يتوضأ وينزع الخف لان المجروحة مغسولة حكما ولا يجتمع الوظيفتان في الرجل. وعلى قياس ما روي عن أبي حنيفة إن ترك المسح على الجبائر وهو لا يضره يجوز ينبغي أن يجوز لانه لما سقط غسل المجروحة صارت كالذاهبة. هذا إذا لبس الخف على الصحيحة لا غير، فإن لبس على الجريحة أيضا بعدما مسح على جبيرتها فإنه يمسح عليها لان المسح عليها كالغسل لما تحتها. كذا في الخلاصة. وهذا كله ظاهر في أن هذا المسح ليس ببدل عن الغسل، وظاهر ما في الهداية أنه بدل، وتعقبه بعض الشارحين بأنه ليس ببدل بدليل ما ذكرنا من الفرق بينه وبين مسح الخف فكان أصلا لا بدلا. وأجيب بأنه في نفسه بدل بدليل أنه لا يجوز عند القدرة على الغسل لكن نزل منزلة الاصل لعدم القدرة عليه فكان كالاصل بخلاف المسح على الخفين

فإنه لم يعط له حكم الغسل بل هو بدل محض، ولهذا لو جمع بينه وبين الغسل أو بين المسح على الجبيرة يلزم الجمع بين الاصل والبدل حقيقة أحكاما. قوله (فلا يتوقت) أي لا يتوقت المسح على الجبيرة بوقت معين لان كالغسل لما تحتها، وإنما قيدنا بالوقت المعين لانه موقت بالبرء كما سيجئ، وهذه من المسائل التي يخالف فيها مسح الجبيرة مسح الخف قوله (ويجمع مع الغسل) أي يجمع المسح على الجبيرة مع الغسل وقد قدمناه وهذه هي الثانية من المسائل قوله (ويجوز وإن شدها بلا وضوء) لان في اعتبارها في تلك الحالة حرجا ولان غسل ما تحتها سقط وانتقل إلى الجبيرة بخلاف الخف، وهذه هي الثالثة. وفي تعبيره بيجوز دون يجب إشارة إلى أن المسح على الجبيرة ليس بفرض قوله (ويمسح على كل العصابة كان تحتها جراحة أو لا) وفيه مسألتان: الاولى أن استيعاب مسح
***
[٣٢٦]
العصابة واجب وكذا الجبيرة، ولم يذكر في ظاهر الرواية وذكر فيها روايتين صاحب الخلاصة في رواية الاستيعاب شرط وفي رواية المسح على الاكثر يجوز وعليه الفتوى. وقال المصنف في الكافي: ويكتفي بالمسح على أكثرها في الصحيح لئلا يؤدي إلى إفساد الجراحة اه. فكان ينبغي أن يقول في المتن ويمسح على أكثر العصابة كما لا يخفى. الثانية جواز المسح على جميع العصابة، ولا يشترط أن تكون الجراحة تحت جميعها بل يكفي أن تكون تحت بعضها جراحة وهذا ليس على إطلاقه، وقد بينه في المحيط فقال إذا زادت الجبيرة على رأس الجرح إن كان حل الخرقة وغسل ما تحتها يضر بالجراحة يمسح على الكل تبعا، وإن كان الحل والمسح لا يضر بالجرح لا يجزئه مسح الخرقة بل يغسل ما حول الجراحة ويمسح عليها لاعلى الخرقة، وإن كان يضره المسح ولا يضره الحل يمسح على الخرقة التي على رأس الجرح ويغسل حواليها وتحت الخرقة الزائدة إذ الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها اه. قال المحقق في فتح القدير: ولم أر لهم ما إذا ضره الحل لا المسح لظهور أنه حينئذ يمسح على الكل اه. ولا يخفى أنه يستفاد من عبارة المحيط فإنه اعتبر في القسم الاول ضرر الحل مطلقا، سواء ضره المسح معه أو لا. ولا فرق بين الجراحة وغيرها كالكي والكسر لان الضرورة تشمل الكل. ومن ضرر الحل أن تكون الجراحة في موضع لو زال عنه الجبيرة أو الرباط لا يمكنه أن يشد ذلك بنفسه فإنه يجوز له المسح على الجبيرة والرباط. وإن كان لا يضره المسح على الجراحة. ذكره قاضيخان في فتاواه. ولا يعرى إطلاقه عن بحث فإنه لو أمكنه أن يستعين بغيره في
***
[٣٢٧]
شدها على الوجه المشروع ينبغي أن يتعين عليه ذلك كما لا يخفى. ثم قد عرف من هذا أنه كان ينبغي للمصنف أن يقول ويمسح على أكثر العصابة ونحوها وإن لم يكن تحت بعضها جراحة إن ضره الحل وشمل كلامه عصابة المفتصد. وفي الخلاصة: وإيصال الماء إلى الموضع الذي لم تستره العصابة بين العصابة فرض لانها بادية اه. ومنهم من قال: لا ويكفيه المسح وعليه مشى في مختارات النوازل، وفي الذخيرة وغيرها وهو الاصح لانه لو كلف غسل ذلك الموضع ربما تبتل جميع العصابة وتنفذ البلة إلى موضع الفصد فيتضرر. وفي تتمة الفتاوى الصغرى: وإذا علم يقينا أن موضع الفصد قد انسد يلزمه غسل ذلك الموضع ولا يجزئه المسح اه. وفي إمامة المفتصد بغيره أقوال ثالثها أنه لا يؤم على الفور ويؤم بعد زمان، وظاهر ما في فتاوى قاضيخان اختيار الجواز مطلقا. ولو انكسر ظفره فجعل عليه دواء أو علكا أو أدخل جلدة مرارة أو مرهما، فإن كان يضر نزعه مسح عليه، وإن ضره المسح تركه، وإن كان بأعضائه شقوق أمر الماء عليها إن قدر وإلا تركه وغسل ما حوله. كذا في فتح القدير وغيره. وفي المغرب: الشقاق بالضم تشقيق الجلد ومنه طلي شقاق رجله وهو خاص، وأما الشق لواحد الشقوق فعام. قوله (وإن سقطت عن برء بطل وإلا لا) أي إن سقطت الجبيرة عن برء بطل المسح لزوال العذر، وإن لم يكن السقوط عن برء لا يبطل المسح لقيام العذر المبيح للمسح. والبرء خلاف السقم وهو الصحة. وتمام الجواب وفي هذه المسألة على ما في عامة الكتب أن الجبيرة إن سقطت عن برء فإن كان خارج الصلاة وهو متطهر غسل موضع الجبيرة ولا يجب عليه غسل باقي الاعضاء، وإن كان في الصلاة، فإن كان بعدما قعد قدر التشهد فهي إحدى المسائل الاثني عشر الآتية في موضعها، وإن كان قبل القعود غسل موضعها واستقبل الصلاة لانه ظهر حكم الحدث السابق على الشروع فصار كائنه شرع من غير غسل ذلك الموضع، وإن سقطت عن غير برء لم يبطل المسح، سواء كان في الصلاة أو خارجها حتى إنه إذا كان في الصلاة مضى عليها ولا يستقبل، ولهذا إذا أعادها أو غيرها لا يجب عليه إعادة المسح عليها، والاحسن أن يعيد المسح. كذا في الخلاصة وفتاوى

قاضيخان والولوالجي، لان المسح على الاولى كان بمنزلة الغسل، فعلى هذا ما في الذخيرة عن أبي يوسف رجل به جرح يضره
***
[٣٢٨]
إمساس الماء فعصبه بعصابتين ومسح على العليا ثم رفعها قال يمسح على العصابة الباقية بمنزلة الخفين والجرموقين ولا يجزئه حتى يمسح اهـ. ليس بظاهر بل الظاهر مما قدمناه أن الاعادة مستحبة لا واجبة، ومن الغريب ما نقله الزاهدي في القنية أنها إذا سقطت من غير برء لا يبطل المسح عند أبي حنيفة ويبطل عندهما اهـ ولم يتعرض المصنف لما إذا برئ موضع الجبيرة ولم تسقط. قال الزاهدي: ولم يذكر في عامة كتب الفقه إذا برئ موضع الجبائر ولم تسقط، وذكر في الصلاة للتقي الكرابيسي أنه بطل المسح اهـ. وينبغي أن يقال: هذا إذا كان مع ذلك لا يضره إزالتها، أما إذا كان يضره لشدة لصوقها به ونحوه فلا والله سبحانه أعلم. والدواء كالجبيرة إذا أمر الماء عليه ثم سقط كان على التفصيل. ثم اعلم أن المسح على الجبيرة يخالف المسح على الخف من وجوه: الاول أن الجبيرة لا يشترط شدها على وضوء بخلاف الخف. الثاني أن مسح الجبيرة غير موقت بوقت معين بخلاف الخف. الثالث أن الجبيرة إذا سقطت عن غير برء لا ينتقض المسح بخلاف الخف. الرابع إذا سقطت عن برء لا يجب إلا غسل ذلك الموضع إذا كان على وضوء بخلاف الخف فإنه يجب عليه غسل الرجلين. الخامس أن الجبيرة يستوي فيها الحدث الاكبر والاصغر بخلاف الخف. سادسها أن الجبيرة يجب استيعابها في المسح في رواية بخلاف الخف فإنه لا يجب رواية واحدة. هكذا ذكر الزيلعي. وقد يزاد عليها أيضا فنقول: السابع أن الصحيح وجوب مسح أكثر الجبيرة بخلاف الخف. الثامن أنهم اختلفوا هل يشترط تكرار مسح الجبيرة فمنهم من شرط المسح ثلاثا إلا أن تكون الجراحة في الرأس فلا يلزمه تكرار المسح، ومنهم من قال: التكرار ليس بشرط ويجوز له أن يمسح مرة واحدة كمسح الرأس والخفين وهو الاصح عند علمائنا - كذا في الذخيرة - بخلاف مسح الخف لم يشترط تكراره اتفاقا. التاسع أنه إذا مسح عليها ثم شد عليها أخرى أو عصابة جاز المسح على الفوقاني بخلاف الخق إذا مسح عليه لا يجوز المسح على الفوقاني كما قدمناه العاشر إذا دخل الماء تحت الجبائر لا يبطل المسح بخلاف الخف. ذكره الزاهدي. الحادي عشر أن النية لا تشترط فيه باتفاق الروايات بخلاف المسح على الخف كما سيأتي. الثاني عشر إذا زالت العصابة الفوقانية التي مسح عليها لا يعيد المسح على التحتانية كما قدمناه
***
[٣٢٩]
بخلاف الخف. الثالث عشر إذا كان الباقي من العضو المعصوب أقل من ثلاثة أصابع كاليد المقطوعة والرجل جاز المسح عليها بخلاف المسح على الخفين كما قدمناه. الرابع عشر أن مسح الجبيرة ليس ثابتا بالكتاب اتفاقا بخلاف مسح الخف فإن خلافا كما قدمناه. الخامس عشر أن مسح الجبيرة يجوز تركه في بعض الروايات بخلاف المسح على الخفين فإنه لا يجوز تركه مع إرادة عدم الغسل. قوله (ولا يفتقر إلى النية في مسح الخف والرأس) على الصحيح لانهما ليسا بعبادة على أصلنا لان النية لا تشترط إلا فيما هو عبادة أو وسيلة دل الدليل على اشتراطها فيها كالتيمم ولم يوجد فيما نحن فيه، وبهذا ظهر ضعف ما في جوامع الفقه أن النية شرط في مسح الخف والله سبحانه وتعالى أعلم. باب الحيض اختلف الشارحون في التعبير عن الحيض والنفاس بأنهما من الاحدا ث أو الانجاس، فمنهم من ذهب إلى الثاني، ومنهم من ذهب إلى الاول وهو الانسب لان المصنف يقول بعد
***
[٣٣٠]
هذا باب الانجاس. ولما فرغ من الاحداث التي يكثر وقوعها ذكرما هو أقل وقوعا منه، ولقب الباب بالحيض دون النفاس لكثرته أو لكونه حالة معهودة في بنات آدم دون النفاس. كذا في العناية. لكن الظاهر من كلام المصنف أنه من الانجاس بدليل التعريف وأفرده لاختصاصه بأحكام على حدة وقدمه لكثرة مناسبته بالاحداث حتى كانت الاحكام المختصة بالاحداث ثابتة له. ولا يضر اختصاص نوع من النجس بأحكام وبهذا اندفع ما في النهاية كما لا يخفى، والظاهر أنه لا ثمرة لهذا الاختلاف. واعلم أن باب الحيض من غوامض الابواب خصوصا من المتحيرة وتفاريعها، ولهذا اعتنى به المحققون وأفرده محمد في كتاب مستقل. ومعرفة مسائل الحيض من أعظم المهمات لما يترتب عليها ما لا يحصى من الاحكام كالطهارة والصلاة وقراءة القرآن والصوم والاعتكاف والحج والبلوغ والوطئ والطلاق والعدة والاستبراء وغير ذلك من الاحكام. وكان من أعظم الواجبات لان عظم منزلة العلم بالشئ بحسب منزلة

ضرر الجهل به، وضرر الجهل بمسائل الحيض أشد من ضرر الجهل بغيرها فيجب الاعتناء بمعرفتها وإن كان الكلام فيها طويلا فإن المحصل يتشوف إلى ذلك، ولا التفات إلى كراهة أهل البطالة. ثم الكلام فيه في عشرة مواضع: في تفسيره لغة وشرعا، وسببه، وركنه، وشرطه، وقدره، وألوانه، وأوانه، ووقت ثبوته، والاحكام المتعلقة به. أما تفسيره لغة فقال أهل اللغة: أصله السيلان يقال حاض الوادي أي سال فسمي حيضا لسيلانه في أوقاته. وقال الازهري: الحيض دم يرخيه رحم المرأة بعد بلوغها في أوقات معتادة، ويقال حاضت المرأة تحيض حيضا ومحيضا ومحاضا فهي حائض بحذف التاء لانه صفة المؤنث خاصة فلا تحتاج إلى علامة التأنيث بخلاف قائمة ومسلمة، هذه اللغة الفصيحة المشهورة. وحكى الجوهري عن الفراء أنه يقال أيضا حائضة وله عشرة اسماء: حيض وطمث بالمثلة وضحك وإكبار وإعصار ودراس وعراك وفراك - بالفاء - وطمس - بالسين المهملة - ونفاس. وزاد بعضهم طمت بالمثناة وطم ء بالهمزة. وأما تفسيره شرعا بناء على أنه من الانجاس فما ذكره المصنف بقوله: (وهو دم ينفضه رحم امرأة سليمة عن داء وصغر) فدخل في قوله دم غير المعرف
***
[٣٣١]
وشمل الدم الحقيقي والحكمي، وخرج بقوله ينفضه رحم امرأة دم الرعاف والجراحات وما يكون منه لا من آدمية وما يخرج من الدبر من الدم فإنه ليس بحيض لكن يستحب لها أن تغتسل عند انقطاع الدم، فإن أمسك زوجها عن الاتيان أحب إلي. كذا في الخلاصة. ولم تخرج الاستحاضة لان المراد بالرحم هنا الفرج وإنما خرج بقوله سليمة عن داء أي داء برحمها، وإنما قيد نابه لان مرض المرأة السليمة الرحم لا يمنع كون ما تراه في عادتها مثلا حيضا كما لا يخفى. وخرج به النفاس أيضا لان بالرحم داء بسبب الولادة وهذا أولى مما قالوا إن النفاس خرج به لان النفساء في حكم المريضة حتى اعتبر تبرعاتها من الثلث فإن ظاهره أن مرض المرأة يمنع كونها حائضا وقد علمت خلافه. وقد خرج به أيضا ما تراه الصغيرة فإنه دم استحاضة لكن قال بعضهم: إن ما تراه المرأة قبل استكمال تسع سنين فهو دم فساد ولا يقال له استحاضة لان الاستحاضة لا تكون إلا على صفة لا تكون حيضا، ولهذا قال الازهري: الاستحاضة سيلان الدم في غير أوقاته المعتادة، فلهذا ذكر ما يخرج ما تراه الصغيرة بقوله وصغر. وبهذا التقرير يندفع ما ذكره في فتح القدير من أن هذا التعريف لا يخلو عن تكرار واستدراك لان لفظ الصغر مستدرك والاستحاضة تكرر إخراجها لخروجها بذكر الرحم وسليمة عن داء وتعريفه بلا استدراك ولا تكرر دم من الرحم لا لولادة اه. وقد سبقه إلى هذا التعريف صاحب البدائع. وفي الظهيرية: والخنثى إذا خرج منه المني والدم فالعبرة للمني دون الدم. ثم هذا التعريف بناء على أن مسمى الحيض خبث، أما إذا كان مسماه الحدث الكائن عن الدم المحرم للتلاوة والمس كاسم الجنابة للحدث الخاص لا للماء الخاص، فتعريفه مانعية شرعية بسبب الدم المذكور عما اشترط فيه الطهارة وعن الصوم والمسجد والقربان. وقد جزم صاحب النهاية بأنه من الاحداث لا الانجاس وعرفه بما في الكتاب فكان تناقضا منه. وأما سببه فقد قيل: إن
***
[٣٣٢]
أمنا حواء عليها السلام حين تناولت من شجرة الخلد فابتلاها الله تعالى بذلك وبقي هو في بناتها إلى يوم التناد بذلك السبب، وثبت في الصحيح عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحيض: هذا شئ كتبه الله على بنات آدم. قال البخاري في صحيحه قال بعضهم: أول ما أرسل الحيض على بني إسرائيل. قال البخاري: وحديث النبي صلى الله عليه وسلم أكبر. قال النووي: يعني أنه عام في جميع بني آدم. وأما ركنه فهو بروز الدم من محل مخصوص حتى تثبت الاحكام به. وعن محمد: بالاحساس به. وثمرته تظهر فيما لو توضأت ووضعت الكرسف ثم أحست بنزول الدم إليه قبل الغروب ثم رفعته بعده تقضي الصوم عنده خلافا لهما يعني إذا لم يحاذ حرف الفرج الداخل فإن حاذته البلة من الكرسف كان حيضا ونفاسا اتفاقا، وكذا الحدث بالبول. ولو وضعته ليلا فلما أصبحت رأت الطهر تقضي العشاء، فلو كانت طاهرة فرأت البلة حين أصبحت تقضيها أيضا إن لم تكن صلتها قبل الوضع انزالا لها طاهرة في الصورة الاولى من حين وضعته، وحائضا في الثانية حين رفعته أخذا بالاحتياط فيهما. وهذا أولى مما ذكره في النهاية من أن ركنه امتداد دور الدم من قبل المرأة لان ركن الشئ ما يقوم به ذلك الشئ والحيض لا يقوم به لان الامتداد الخاص معرف

له لا أنركن لان الامتداد لو كان ركنه لما ثبت حكمه قبله، وقد علمت أن حكمه ثبت بمجرد البروز. وأما شرطه فتقدم نصاب الطهر حقيقة أو حكما وعدم نقصانه عن الاقل وعدم الصغر وفراغ الرحم عن الحبل الذي تنفس بوضعه لان الحامل لا تحيض. وإنما قيدنا بقولنا تنفس لانه إذا سقط منها شئ لم يستبن خلقه فما رأت فعلى هذا يكون حيضا لانه لا يعلم أنه حبل بل لحم من البطن فلا تسقط الصلاة بالشك. والتحقيق أن له الشرطين الاولين، وأما ما تراه الحامل والصغيرة فليس من الرحم فلم يوجد الركن وعدم الصغر يعرف بتقدير أدنى مدة يحكم ببلوغها فيما إذا رأت الدم، واختلف فيها على أقوال المختار منها تسع وعليه الفتوى. كذا في السراج الوهاج. وإذا رأت المبتدأة في سن يحكم ببلوغها فيه تركت الصلاة والصوم عند أكثر مشايخ بخارى. وعن أبي حنيفة: لا تترك حتى تستمر ثلاثة أيام. ثم الاصح أن الحيض موقت إلى سن الاياس، وأكثر المشايخ قدروه بستين سنة، ومشايخ بخارى وخوارزم بخمس وخمسين، فما رأت بعدها لا يكون حيضا في ظاهر المذهب. وفي المجتبى: والفتوى في زماننا أن يحكم بالاياس عند الخمسين. وفي شرح الوقاية: والمختار أنها إن رأت دما قويا كالاسود والاحمر القاني كان حيضا ويبطل الاعتداد بالاشهر قبل التمام وبعده لا. وإن رأت صفرة أو خضرة أو تربية فهي استحاضة

***

[٣٣٣]

اهـ. وفي فتح القدير: ثم إنما ينتقض الحكم بالاياس بالدم الخالص فيما يستقبل لا فيما مضى حتى لا تفسد الانكحة المباشرة قبل المعاودة. وفي القنية: قضاء القاضي ليس بشرط للحكم بالاياس وهو الاظهر حتى إذا بلغت مدة الاياس تعتد بالاشهر ولا يحتاج في ذلك إلى القضاء اهـ. وقد علم أوانه ووقت ثبوته وسيأتي مقداره وألوانه وأحكامه. قوله (وأقله ثلاثة أيام وأكثرة عشرة) أي أقل الحيض ثلاثة أيام بالرفع والنصب، أما الرفع فعلى كونها خبر المبتدأ وعلى هذا لا بد من الاضمار لاستحالة كون الدم ثلاث أيام، فالتقدير أقل مدة الحيض. وأما النصب فعلى الظرف ولا يخفى أنه ليس بشرط أن يكون الدم ممتدا ثلاثة أيام بحيث لا ينقطع ساعة حتى يكون حيضا لان ذلك لا يكون إلا نادرا، بل انقطاع الدم ساعة أو ساعتين فصاعدا غير مبطل للحيض. كذا في المستصفى. والمراد أن أقل مدته قدر ثلاثة أيام بلياليها وأكثرها قدر عشر أيام بلياليها كما صرح به في الوافي. وإنما حذفه هنا لان ذكر الايام بلفظ الجمع يتناول مثلها من الليالي قال الله تعالى * (ثلاثة أيام إلا رمزا) * (آل عمران: ٤١) وقال في موضع آخر * (ثلاث ليال سويا) * (مريم: ١٠) والقصة واحدة. وهذا هو ظاهر الرواية حتى لو رأت عند طلوع الفجر يوم السبت وانقطع عند غروب الشمس يوم الاثنين لا يكون حيضا. وعن أبي يوسف روايتان: الاولى وهي قوله أنه مقدر بيومين وأكثر الثالث وهو سبع وستون ساعة على ما في العناية عن النوادر. الثانية أنه مقدر بثلاثة أيام وليلتين على ما في التجنيس وفي غيره أنه رواية الحسن عن أبي حنيفة. وفي البدائع: رواية الحسن ضعيفة لان كل واحدة من عدد الايام والليالي منصوص عليه فلا يجوز أن ينقص عنه. وقال الشافعي وأحمد: أقله يوم وليلة وأكثره خمسة عشر يوما لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت أبي حبيس: دم الحيض أسود يعرف فإذا كان كذلك فأمسكي عن الصلاة. رواه أبو داود وغير بأسانيد صحيحة. قال النووي: وهذه الصفة موجودة في اليوم والليلة. ولنا قوله صلى الله عليه وسلم أقل الحيض ثلاثة أيام وأكثره عشرة أيام. هكذا ذكره أصحابنا وخرجه الزيلعي المخرج من حديث أبي أمامة وواثلة ومعاذ وأبي سعيد الخدري وأنس بن مالك وعائشة بطرق ضعيفة وأطال الكلام فيها. قال في فتح القدير بعد سردها: فهذه عدة أحاديث عن النبي صلى الله عليه وسلم متعددة الطرق وذلك يرفع الضعيف إلى الحسن. والمقدرات الشرعية مما لا تدرك بالرأي فالموقوف فيها حكمه الرفع بل تسكن النفس بكثرة ما روي فيه عن الصحابة والتابعين إلى أن المرفوع مما أجاد فيه ذلك الراوي الضعيف. وبالجملة فله أصل في الشرع بخلاف قولهم أكثره خمسة عشر يوما لم نعلم فيه حديثا حسنا ولا ضعيفا وإنما تمسكوا فيه بما رووه عنه عليه الصلاة والسلام قال في صفة النساء تمكث إحداكن شطر عمرها لا تصلي وهو لو صح لم يكن فيه حجة. قال البيهقي: إنه لم يجده. وقال ابن الجوزي في التحقيق: هذا حديث لا يعرف وأقره عليه صاحب التنقيح اهـ. وقال النووي في شرح المهذب: إنه حديث باطل لا

***

[٣٣٤]

يعرف وإنما ثبت في الصحيحين تمكث الليالي ما تصلي اهـ. واحتج الطحاوي للمذهب بحديث أم سلمة إذ سألت عن المرأة تهراق الدماء فقال عليه السلام: لتنظر عدد الليالي والايام التي كانت تحيضهن من الشهر فلتترك قدر ذلك من الشهر ثم تغتسل وتصلي. فأجابها بذكر عدد الليالي والايام من غير أن يسألها عن مقدا حيضها قبل ذلك وأكثر ما يتناوله الايام عشرة وأقله ثلاثة اهـ. وأما ما استدلوا به على أقله فلا دليل فيه لانه لما جاز أن تكون الصفة موجودة في اليوم والليلة جاز وجودها فيما دونه فلم لم يجعله حيضا. قوله (فما نقص من ذلك أو زاد استحاضة) أي ما نقص من الاقل أو زاد على الاكثر فهو استحاضة لان هذا الدم إما أن يكون دم حيض أو نفاس أو استحاضة فانتفى الاولان فتعين الثالث، ولان تقدير الشرع يمنع إلحاق غيره به. قوله (وما سوى البياض الخالص حيض) لما فرغ من بيان كميته شرع في بيان كيفيته. اعلم أن ألوان الدماء ستة: السواد والحمرة والصفرة والكدرة والخضرة والتربية وهي التي على لون التراب نوع من الكدره وهي نسبة إلى الترب بمعنى التراب. ويقال تربية بتشديد الياء وتخفيفها بغير همزة، وتريبة مثل تريعة وتربية بوزن ترعية. وقيل: هي من الرئة لانها على لونها. كذا في المغرب. ويقال أيضا الترابية. وكل هذه الالوان حيض في أيام الحيض إلى أن ترى البياض. وعند أبي يوسف لا تكون الكدرة حيضا إذا رأتها في أول أيام الحيض، وإذا رأتها في آخرها تكون حيضا لانها لو كانت دم رحم لتأخرت عن الصافي. ولهما ما روي عن مولاة عائشة قالت: كان النساء يبعثن إلى عائشة بالدرجة التي فيها الكرسف فيه الصفرة من دم الحيض لتنظر إليه فتقول: لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء تريد بذلك الطهر من الحيض. رواه مالك في الموطأ. والقصة بفتح القاف وتشديد الصاد المهملة. وذكره البخاري تعليقا بصيغة الجزم فصح بهذا اللفظ عن عائشة. وذكر في الصحيح والسنن عن أم عطية قالت: كنا لا نعد الكدرة والصفرة بعد الطهر شيئا. وهذا يدل على أنهما في أيام الحيض حيض لانها قيدت بما بعد الطهر. وفي التجنيس: امرأة رأت بياضا خالصا على الخرقة ما دام رطبا، فإذا يبس أصفر فحكمه حكم البياض لان المعتبر حال الرؤية لا حالة التغير بعد ذلك اهـ. وكذا لو رأت حمرة أو صفرة فإذا يبست ابيضت يعتبر حالة الرؤية لا حالة التغير بعد ذلك اهـ. ومن المشايخ من أنكر الخضرة فقال: لعلها أكلت قصيلا استبعادا لها. قلنا: هي نوع من الكدرة ولعلها أكلت نوعا من البقول. وفي الهداية: وأما الخضرة فالصحيح أن المرأة إذا كانت من ذوات الاقراء يكون حيضا ويحمل على فساالغذاء، وإن كانت آيسة لا ترى غير الخضرة يحمل على فساد المنبت فلا يكون حيضا اهـ. وفي البدائع قال بعضهم: الكدرة

***

[٣٣٥]

والتربة والصفرة والخضرة إنما تكون حيضا على الاطلاق من غير العجائز، أما في العجائز فينظر إن وجدتها على الكرسف ومدة الوضع قريبة فهي حيض، وإن كانت مدة الوضع طويلة لم تكن حيضا لان رحم العجوز يكون منتنا فيتغير الماء فيه لطول المكث، وما عرفت الجواب في هذه الابواب من الحيض فهو الجواب فيها في النفاس لانها أخت الحيض اهـ. وفي معراج الدراية معزيا إلى فخر الائمة: لو أفتى مفت بشئ من هذه الاقوال في موضع الضرورة طلبا للتيسير كان حسنا اهـ. وفي فتح القدير: ومقتضى المروي في الموطأ والبخاري أن مجرد الانقطاع دون رؤية القصة لا يجب معه أحكام الطاهرات، وكلام الاصحاب فيما يأتي كله بلفظ الانقطاع حيث يقولون: وإذا انقطع دمها فكذا مع أنه قد يكون انقطاع بجفاف من وقت إلى وقت ثم ترى القصة، فإن كانت الغاية القصة لم تجب تلك الصلاة، وإن كان الانقطاع على سائر الالوان وجبت وأنا متردد فيما هو الحكم عندهم بالنظر إلى دليلهم وعباراتهم في اعطاء الاحكام والله أعلم. ورأيت في مروي عبد الوهاب عن يحيى بن سعيد عن ريطة مولاة عمرة عن عمرة أنها كانت تقول للنساء: إذا أدخلت إحداكن الكرسف فخرجت متغيرة فلا تصلي حتى لا ترى شيئا، وهذا يقتضي أن الغاية الانقطاع اهـ. وقد يقال: هذا التردد لا يتم إلا إذا فسرت القصة بأنها بياض ممتد كالخيط، والظاهر من كلامهم ضعف هذا التفسير فقد قال في المغرب قال أبو عبيدة: معناه أن تخرج القطنة أو الخرقة التي تحتشي بها المرأة كأنها قصة لا تخالطها صفرة ولا تربية، ويقال إن القصة شئ كالخيط الابيض يخرج بعد انقطاع الدم كله، ويجوز أن يراد انتفاء اللون وأن لا يبقى منه أثر البتة فضرب رؤية القصة مثلا لذلك لان رائي القصة غير رائي شئ من سائر ألوان الحائض اهـ. فقد علمت أن القصة مجاز عن الانقطاع وأن تفسيرها بأنها شئ كالخيط ذكره بصيغة يقال الدالة على التمريض، ويدل على أن المراد بها الانقطاع آخر الحديث وهو قوله تريد بذلك الطهر من الحيض فثبت بهذا أن دليلهم موافق لعباراتهم

كما لا يخفى. وفي شرح الوقاية: ثم وضع الكرسف مستحب للبكر في الحيض وللثيب في كل حال وموضعه موضع البكارة ويكره في الفرج الداخل اهـ. وفي غيره أنه سنة للثيب حالة الحيض مستحبة حالة الطهر ولو صلتا بغير كرسف جاز. قوله (يمنع صلاة وصوما) شروع في بيا أحكامه فذكر بعضها ولا بأس ببيانها فنقول: إن الحيض يتعلق به أحكام: أحدها يمنع صحة الطهارة وأما أغسال الحج فإنها تأتي بها لان
***
[٣٣٦]
المقصود منها التنظيف الطهارة، وأما تحريم الطهارة عليها فنقول في شرح المهذب للنووي، وأما أئمتنا فقالوا: إنه يستحب لها أن تتوضأ لوقت كل صلاة وتقعد على مصلاها تسبح وتهلل وتكبر، وفي رواية يكتب لها ثواب أحسن صلاة كانت تصلي. وصحح في الظهيرية أنها تجلس مقدار أداء فرض الصلاة كيلا تنسى العادة. الثاني يمنع وجوب الصلاة وهو ظاهر ما في الكتاب وظاهر ما في القدوري أيضا فإنه قال: والحيض يسقط فأفاد ظاهرا عدم تعلق أصل الوجوب بها، وهذا لان تعلقه يستتبع فائدته وهي إما الاداء أو القضاء والاول منتف لقيام الحدث مع العجز عن رفعه، والثاني كذلك فضلا منه تعالى دفعا للحرج اللازم بإلزام القضاء لتضاعف الواجبات خصوصا فيمن عادتها أكثره، فانتفى الوجوب لانتفاء فائدته لا لعدم أهليتها للخطاب، ولذا تعلق بها خطاب الصوم لعدم الحرج إذ غاية ما تقضي في السنة خمسة عشر يوما إذا كان حيضها عشرة، وبهذا اندفع ما في النهاية ومعراج الدراية وغيرهما من أن قوله يسقط يقتضي سابقة الوجوب عليها ويقولون إنه قول أبي زيد، وأما على قول عامة المشايخ لا يجب، وقد نقل النووي الاجماع على سقوط وجوب الصلاة عنها. الثالث يحرمها. الرابع يمنع صحتها. الخامس يحرم الصوم. السادس يمنع صحته وأما أنه يمنع وجوبه فلا لما قدمنا وسيأتي إيضاحه. السابع يحرم مس المصحف وحمله. الثامن يحرم قراءة القرآن. التاسع يحرم دخول المسجد. العاشر يحرم سجود التلاوة والشكر ويمنع صحته. الحادي عشر يحرم الاعتكاف. الثاني عشر يمنع صحته. الثالث عشر يفسده إذا طرأ عليه. الرابع عشر يحرم الطواف من جهتين دخول المسجد وترك الطهارة له لكن لا يمنع صحته كما هو المشهور من
***
[٣٣٧]
مذهبنا، فاندفع به ما نقله النووي في شرح المهذب من نقل الاجماع على عدم صحة طوافها مطلقا. الخامس عشر يمنع وجوب طواف الصدر. السادس عشر يحرم الوطئ وما هو في حكمه. السابع عشر يحرم الطلاق. الثامن عشر تبلغ به الصبية. التاسع عشر يتعلق به انقضاء العدة. العشرون يتعلق به الاستبراء. الحادي والعشرون يوجب الغسل بشرط الانقطاع على ما حققناه. الثاني والعشرون لا يقطع التتابع في صوم كفارة القتل والفطر بخلاف كفارة اليمين ونحوها حيث تقطع على ما حققه الامام الدبوسي في التقويم. وهذه الاحكا كلها متعلقة بالنفاس إلا خمسة وهي: انقضاء العدة والاستبراء والحكم ببلوغها والفصل بين طلاقي السنة والبدعة وعدم قطع التتابع في الصوم فإن هذه مختصة بالحيض، فظهر بما قررناه أن ما في النهاية ومعراج الدراية وغيرهما من أن أحكام الحيض والنفاس اثنا عشر ثمانية مشتركة وأربعة مختصة بالحيض ليس بجامع. ثم هذه الاحكام التي ذكرناها منها ما يتعلق ببروز الدم على المذهب المختار، وعند محمد بالاحساس، ومنها ما يتعلق بنصاب الحيض لكن يستند إلى ابتدائه، ومنها ما يتعلق بانقضائه، فالثاني هو الحكم ببلوغها ووجوب الغسل، والثالث هو انقضاء العدة والاستبراء وبقية الاحكام متعلقة بالقسم الاول.
***
[٣٣٨]
قوله: (فتقضيه دونها) أي فتقضي الصوم لزوما دون الصلاة لما في الكتب الستة عن معاذة قالت: سألت عائفقلت: ما بال الحائض تقضي الصوم ولا تقضي الصلاة؟ فقالت: أحرورية أنت قلت: لست بحرورية ولكني اسأل قالت: كان يصيبنا ذلك فنؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة. وعليه انعقد الاجماع، ولان في قضاء الصلاة حرجا بتكررها في كل يوم وتكرر الحيض في كل شهر بخلاف الصوم حيث يجب في السنة شهرا واحدا والمرأة لا تحيض عادة في الشهر إلا مرة فلا حرج. وإنما وجب عليها قضاء الصوم وإن نفست رمضان كله لان وجوده في رمضان كله نادر فلا يعتبر. وذكر في آخر الفتاوى الظهيرية أن حكمته أن حواء لما رأت الدم أول مرة سألت آدم فقال: لا أعلم. فأوحي إليه أن تترك الصلاة فلما طهرت سألته فقال: لا أعلم. فأوحي إليه أن لا قضاء عليها، ثم رأته في وقت الصوم فسألته فأمرها بترك الصوم وعدم قضائه قياسا على الصلاة فأمرها الله تعالى بقضاء الصوم من قبل أن آدم أمرها

بذلك من غير أمر الله تعالى. وفي معراج الدراية: إن سبب قضائه ترك حواء السؤال له وقياسها الصوم على الصلاة فجوزيت بقضائه بسبب ترك السؤال. فإن قيل: إنها غير مخاطبة بالصوم حال حيضها لحرمته عليها فكيف يجب عليها القضاء ولم يجب عليها الاداء؟ قلنا: أمن قال من مشايخنا وغيرهم بأن القضاء يجب بأمر جديد فلا إشكال، وأما على قول الجمهور من مشايخنا أن القضاء يجب بما يجب به الاداء فانعقاد السبب يكفي لوجوب القضاء وإن لم تخاطب بالاداء. وهل يكره لها قضاء الصلاة؟ لم أره صريحا، وينبغي أن يكون خلاف الاولى كما لا يخفى. والحرورية فرقة من الخوارج منسوبة إلى حروراء قرية بالكوفة كان بها أول تحكمهم واجتماعهم، والمراد أنها في التعمق في سؤالها كأنها خارجية لانهم تعمقوا في أمر الدين حتى خرجوا. كذا في المغرب. قوله: (ودخول مسجد) أي يمنع الحيض دخول المسجد وكذا الجنابة. وخرج بالمسجد غيره كمصلى العيد والجنائز والمدرسة والرباط فلا يمنعان من دخولها ولهذا قال في الخلاصة: المتخذ لصلاة الجنازة والعيد الاصح أنه ليس له حكم المسجد. واختار في القنية من كتاب الوقف أن المدرسة إذا كان لا يمنع أهلها الناس من الصلاة في مسجدها فهي مسجد. وفي فتاوى قاضيخان: الجبانة ومصلى الجنازة لهما حكم المسجد عند أداء الصلاة حتى يصح الاقتداء وإن لم تكن الصفوف متصلة وليس لهما حكم المسجد في حق المرور، وحرمة

***

[٣٣٩]

الدخول للجنب وفناء المسجد له حكم المسجد في حق جواز الاقتداء بالامام وإن لم تكن الصفوف متصلة ولا المسجد ملآنا اه. وأما في جواز دخول الحائض فليس للفناء حكم المسجد فيه، وأما ما في شرح الزاهدي من أن سطح المسجد وظلة بابه في حكمه فليس على إطلاقه بل مقيد في الظلة بأنها حكمه في حق جواز الاقتداء لا في حرمة الدخول للجنب والحائض كما لا يخفى. وقيد صاحب الدرر والغرر المنع من دخولهما المسجد بأن لا يكون عن ضرورة فقال: وحرم على الجنب دخول المسجد ولو للعبور إلا لضرورة كأن يكون باب بيته إلى المسجد اه. وهو حسن وإن خالف إطلاق المشايخ. وينبغي أن يقيد بكونه لا يمكنه تحويل بابه إلى غير المسجد وليس قادرا على السكنى في غيره كما لا يخفى وإلا لم تتحقق الضرورة، يدل عليه ما عن أفلت عن جسرة بنت دجاجة عن عائشة رضي الله عنها قالت: جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ووجوه بيوت أصحابه شارعة في المسجد فقال: وجهوا هذه البيوت عن المسجد، ثم دخل ولم يصنع القوم شيئا رجاء أن تنزل فيهم رخصة فخرج إليهم فقال: وجهوا هذه البيوت عن المسجد فإني لا أحل المسجد لحائض ولا جنب. رواه أبو داود وابن ماجه والبخاري في تاريخه الكبير، وقد نقل الخطابي تضعيفه بسبب جهالة أفلت ورد عليه. ودجاجة بكسر الدال بخلاف واحدة الدجاج وهو بإطلاقه حجة على الشافعي في إباحته الدخول على وجه العبور وعلى أبي اليسر من أصحابنا كما في اباحة الدخول لغير الصلاة كما نقله عنه في خزانة الفتاوى. واستدل الشافعي بقوله تعالى * (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا جنبا إلا عابري سبيل حتى تغتسلوا) * (النساء: ٤٣) بناء منه على إرادة مكان الصلاة بلفظ الصلاة مجازا فيكون المنهي عنه قربان مكان الصلاة للجنب لا حال العبور، أو بناء منه على استعمال لفظ الصلاة في حقيقته ومجازه فيكون المنهي عنه قربان الصلاة وموضعها، ولا شك أن هذا منه عدول عن الظاهر ولا موجب له إلا توهم لزوم جواز الصلاة جنبا حال كونه عابر سبيل لانه مستثنى من المنع المغيا بالاغتسال، وهذا التوهم ليس بلازم لوجوب الحكم بأن المراد جوازها حال كونه عابر سبيل أي مسافرا بالتيمم لان مؤدى التركيب لا تقربوها جنبا حتى تغتسلوا إلا حال عبور السبيل فلكم أن تقربوها بغير اغتسال، وبالتيمم يصدق أنه بغير اغتسال. نعم مقتضى ظاهر الاستثناء

***

[٣٤٠]

إطلاق القربان حال العبور لكن يثبت اشتراط التيمم فيه بدليل آخر وليس هذا ببدع، فظهر بهذا أن المراد بعابري السبيل المسافرون كما هو منقول عن أهل التفسير. وعلى هذا فالآية دليلهما على منع التيمم للجنب المقيم في المصر ظاهرا فإنه استثنى من المنع المسافرين فكان المقيم داخلا في المنع، وجوابه من قبل أبي حنيفة أنه خص حالة عدم القدرة على الماء في المصر من المنع في الآية كما أنها مطلقة في المريض وقد أجمعوا على تخصيص حالة القدرة حتى لا يتيمم المريض القادر على استعمال الماء وأجماعهم إنما كان للعلم بأن شرعيته

للحاجة إلى الطهارة عند العجز عن الماء، فإذا تحقق في المصر جاز، وإذا لم يتحقق في المريض لا يجوز. فإن قيل في الآية دليل حينئذ على أن التيمم لا يرفع الحدث وأنتم تأبونه قلنا: قد ذكرنا أن محصلها لا تقربوها جنبا حتى تغتسلوا إلا عابري سبيل فاقربوها بلا اغتسال بالتيمم لان المعنى فاقربوها جنبا بلا اغتسال بالتيمم، فالرفع وعدمه مسكوت عنه، ثم استفيد كونه رافعا من خارج على ما قدمناه في باب التيمم، ويدل للمذهب أيضا ما أخرجه الترمذي عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: يا علي لا يحل لاحد يجنب في هذا المسجد غيري وغيرك. (١) وقال حديث حسن غريب. ثم ذكر عن علي ابن المنذر قلت لضرار بن صرد: ما معناه؟ قال: لا يحل لاحد يستطرقه جنبا غيري وغيرك. نعم تعقب تحسين الترمذي بأن في اسناده سالم بن أبي حفصة وعطية العوفي وهما ضعيفان شيعيان متهمان لكن قال الحافظ سراج الدين الشهير بابن الملقن ورواه البزار من حديث سعد بن أبي وقا ص والطبراني في أكبر معاجمه من حديث أم أبي سلمة اه. وقال الحافظ ابن حجر: وقد ذكر البزار في مسنده أن حديث سدوا كل باب في المسجد إلا باب علي جاء من روايات أهل الكوفة وأهل المدينة يروون إلا باب أبي بكر قال: فإن ثبتت رواية أهل الكوفة فالمراد بها هذا المعنى فذكر حديث أبي سعيد الذي ذكرناه ثم قال يعني البزار: على أن روايات أهل الكوفة جاءت من وجوه بأسانيد حسان. وأخرج القاضي اسماعيل المالكي في أحكام القرآن عن المطلب هو ابن عبد الله بن حنطب أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن أذن لاحد أن يمر في المسجد ولا يجلس فيه وهو جنب إلا علي بن أبي طالب لان بيته كان في المسجد. قال الحافظ ابن حجر: وهو مرسل قوي اه. فقد منعهم من الاجتياز والقعود ولم يستثن منهم غير علي خصوصية له كما خص

***

[٣٤١]

الزبير بإباحة لبس الحرير لما شكا من أذى القمل، وخص غيره بغير ذلك وما ينطق عن الهوى. وقد صرح بهذا في خصوص ما نحن فيه فقد أخرج غير واحد من الحفاظ منهم الحاكم وقال صحيح الاسناد عن زيد بن أرقم قال: كان لنفر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أبواب شارعة في المسجد قال فقال يوما: سدوا هذه الابواب إلا باب علي. قال: فتكلم في ذلك أناس قال فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه قال: أما بعد فإني أمرت بسد هذه الابواب غير باب علي فقال فيه قائلكم وإني والله ما سددت شيئا ولا فتحته ولكني أمرت بشئ فاتبعته. واعلم أن في تتمة الفتاوى الصغرى: ويستوي في المنع المكث أو عبور آل محمد صلى الله عليه وسلم وغيره خلاف ما قاله أهل الشيعة أنه رخص لآل محمد صلى الله عليه وسلم الدخول في المسجد لمكث أو عبور وإن كان جنبا لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص لعلي وأهل بيته أن يمكثوا في المسجد وإن كانوا جنبا، وكذا رخص لهم لبس الحرير إلا أن هذا حديث شاذ لا نأخذ به اه. وقال ابن أمير حاج: والظاهر أن ما ذكره الشيعة لاهل علي في دخول المسجد ولبس الحرير اختلاق منهم على رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأما الحكم بالشذوذ على الترخيص لعلي في دخول المسجد جنبا ففيه نظر. نعم قضى ابن الجوزي في موضوعاته على حديث سدوا الابواب التي في المسجد إلا باب علي بأنه باطل لا يصح وهو من وضع الرافضة، وقد دفع ذلك شيخنا الحافظ ابن حجر في القول المسدد في الذب عن مسند أحمد وأفاد أنه جاء من طرق متظافرة من روايات الثقات تدل على أن الحديث صحيح منها ما ذكرنا آنفا وبين عدم معارضته لحديث الصحيحين سدوا الابواب المشارعة في المسجد إلا خوخة أبي بكر (٢) فليراجع ذلك من رام الوقوف عليه اه. وقد علم أن دخوله صلى الله عليه وسلم المسجد جنبا ومكثه فيه من خواصه، وذكره النووي وقواه. وفي منية المصلي: وإن احتلم في المسجد تيمم للخروج إذا لم يخف وإن خاف يجلس مع التيمم ولا يصلي ولا يقرأ اه. وصرح في الذخيرة أن هذا التيمم مستحب وظاهر ما قدمناه في التيمم عن المحيط أنه واجب، ثم الظاهر أن المراد بالخوف الخوف من لحوق ضرر به بدنا أو مالا كأن يكون ليلا. قوله: (والطواف) أي ويمنع الحيض الطواف بالبيت وكذا الجنابة لما في الصحيحين أنه عليه الصلاة والسلام قال لعائشة رضي الله عنها لما حاضت بسرف: اقضي ما يقضي الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت حتى تغتسلي. فكان طوافها حراما ولو فعلته كانت عاصية معاقبة

***

[٣٤٢]

وتحلل به من إحرامها بطواف الزيارة وعليها بدنه كطواف الجنب كما سيأتي في محله إن شاء الله تعالى. وعلل للمنع صاحب الهداية بأن الطواف في المسجد وكان الاولى عدم الاقتصار على هذا التعليل فإن حرمة الطواف جنبا ليس منظورا فيه إلى دخول المسجد بالذات بل لان الطهارة واجبة في الطواف، فلو لم يكن ثمة مسجد حرم عليها الطواف. كذا في فتح القدير وغيره. وقد يقال: إن حرمة الطواف عليها إنما هي لاجل كونه في المسجد، وأما إذا لم يكن الطواف في المسجد بل خارجه فإنه مكروه كراهة تحريم لما عرف من أن الطهارة له واجبة على الصحيح فتركها يوجب كراهة التحريم ولا يوجب التحريم إلا ترك الفرض، ولو حاضت بعدما دخلت وجب عليها أن لا تطوف وحرم مكثها كما صرحوا به. قوله: (وقربان ما تحت الازار) أي ويمنع الحيض قربان زوجها ما تحت أزارها، أما حرمة وطئها عليه فمجمع عليها لقوله تعالى * (ولا تقربوهن حتى يطهرن) * (البقرة: ٢٢٢) ووطؤها في الفرج عالما بالحرمة عامدا مختارا كبيرة لا جاهلا ولا ناسيا ولا مكرها فليس عليه إلا التوبة والاستغفار. وهيجب التعزير أم لا؟ ويستحب أن يتصدق بدينار أو نصفه، وقيل بدينار إن كان أول الحيض، ونصفه إن وطئ في آخره كأن قائله رأى أن لا معنى للتخيير بين القليل والكثير في النوع الواحد، ومصرفة مصرف الزكاة كما في السراج الوهاج. وقيل إن كان الدم أسود يتصدق بدينار وإن كان أصفر فبنصف دينار، ويدل له ما رواه أبو داود والحاكم وصححه إذا واقع الرجل أهله وهي حائض إن كان دما أحمر فليتصدق بدينار وإن كان أصفر فليتصدق بنصف دينار. وفي السراج الوهاج: وإذا أخبرته بالحيض قال بعضهم: إن كانت فاسقة لا يقبل قولها وإن كانت عفيفة يقبل قولها وترك وطأها. وقال بعضهم: إن كان صدقها ممكنا بأن كانت في أوان حيضها قبلت ولو كانت فاسقة كما في العدة وهذا القول أحوط وأقرب إلى الورع اه. فعلم من هذا أنها إذا كانت فاسقة ولم يغلب على ظنه صدقها بأن كانت في غير أوان حيضها لا يقبل قولها اتفاقا كما قالوا في أخبار الفاسق إنه يشترط لوجوب العمل به أن يغلب على الظن صدقه، وبهذا علم أن ما في فتح القدير من أن الحرمة تثبت بإخبارها وأن كذبها ليس على إطلاقه بل إذا كانت عفيفة أو غلب على الظن صدقها بخلاف من علق به طلاقها فأخبرته به فإنه يقع الطلاق عليه وإن كذبها مطلقا لتقصيره في تعليقه بما لا يعرف إلا من جهتها. وهذا إذا وطئها غير مستحل فإن كان مستحلا له فقد جزم صاحب المبسوط والاختيار وفتح القدر وغيرهم بكفره، وذكره القاضي الاسبيجابي بصيغة وقيل وصحح أنه لا يكفر. صاحب الخلاصة: ويوافقه ما نقله أيضا من الفصل الثاني في ألفاظ الكفر من اعتقد الحرام حلالا أو على القلب يكفر إذا كان حراما لعينه وثبتت حرمته بدليل مقطوع به، أما إذا كان حراما لغيره بدليل مقطوع به أو حراما لعينه بأخبار الآحاد لا يكفر إذا اعتقده حلالا اه. فعلى هذا لا يفتبتكفير مستحله لما في الخلاصة أن
***
[٣٤٣]
المسألة إذا كان فيها وجوه توجب التكفير ووجه واحد يمنع فعلى المفتي أن يميل إلى ذلك الوجه اه. وأما الاستمتاع بها بغير الجماع فمذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي ومالك يحرم عليه ما بين السرة والركبة وهو المراد بما تحت الازار. كذا في فتح القدير. وفي المحيط وفتاوى الولوالجي: وتفسير الازار على قولهما. قال بعضهم: الازار المعروف ويستمتع بما فوق السرة ولا يستمتع بما تحتها. وقال بعضهم: هو الاستتار فإذا استترت حل له الاستمتاع اه. والظاهر ما اقتصر عليه في فتح القدير، وقال محمد بن الحسن وأحمد: لا يحرم ما سوى الفرج واختاره من المالكية أصبغ ومن الشافعية النووي لما أخرج الجماعة إلا البخاري أن اليهود كانوا إذا حاضت المرأة منهم لم يؤاكلوها ولم يجامعوها في البيوت فسألت الصحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فانزل الله تعالى * (ويسألونك عن المحيض) * (البقرة: ٢٢٢) فقال النبي صلى الله عليه وسلم اصنعوا كل شئ إلا النكاح. وفي رواية إلا الجماع. وللجماعة ما عن عبد الله بن سعد سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عما يحل لي من امرأتي وهي حائض فقال: لك ما فوق الازار. رواه أبو داود وسكت عليه فهو حجة. وإذن فالترجيح له لانه مانع وذلك مبيح، ولخبر من حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه. (١) وأما ترجيح السروجي قول محمد بأن دليله منطوف ودليلنا مفهوم والمنطوق أقوى فكان مقدما فغير صحيح، أما الاول فلانه لا يلزم أن يكون دليلنا مفهوما بل يحتمل أن يكون منطوقا فإن السائل سأل عن جميع ما يحل له من امرأته الحائض، فقوله لك مفوق الازار معناه جميع ما يحل لك ما فوق الازار ليطابق الجواب السؤال، وأما ثانيا فلانه لو سلم أنه مفهوم كان هذا المفهوم أقوى من المنطوق لانه يدل على المفهوم

بطريق اللزوم لوجوب مطابقة جوابه عليه السلام لسؤال السائل، ولو كان هذا المفهوم غير مراد لم يطابق فكان ثبوته واجبا من اللفظ على وجه لا يقبل تخصيصا ولا تبديلا لهذا العارض، والمنطوق من حيث هو منطوق يقبل ذلك فلم يصح الترجيح في خصوص المادة بالمنطوقية ولا المرجوحية بالمفهومية، وقد كان فعله صلى الله عليه وسلم على ذلك فكان لا

***

[٣٤٤]

يباشر إحداهن وهي حائض حتى يأمرها أن تأتزر متفق عليه. وأما قوله تعالى * (ولا تقربوهن حتى يطهرن) * (البقرة: ٢٢٢) فإن كان نهيا عن الجماع عينا فلا يمتنع أن تثبت حرمة أخرى في محل آخر بالسنة، وإياك أن تظن أن هذه من الزيادة على النص بخبر الواحد لانها تقيد مطلق النص فتكون معارضة له في بعض متناولاته، وما أثبتته السنة فيما نحن فيه شرع ما لم يتعرض له النص القرآني فلم يكن من باب الزيادة وإن كان نهيا عما هو أعم من الجماع كان الجماع من أفراد المنهي عنه لتناوله حرمة الاستمتاع بها أعني من الجماع وغيره من الاستمتاعات. ثم يظهر تخصيص بعضها بالحديث المفيد لحل ما سوى ما بين السرة والركبة فيبقى ما بينهما داخلا في عموم النهي عن قربانه وإن لم يحتج إلى هذا الاعتبار في ثبوت المطلوب لما بينا. كذا في فتح القدير مع بعض اختصار. واعلم أنه كما يحرم عليه الاستمتاع بما بين السرة والركبة يحرم عليها التمكين منه ولم أر لهم صريحا حكم مباشرتها له، ولقائل أن يمنعه لانه لما حرم تمكينها من استمتاعه بها حرم فعلها بالاولى، ولقائل أن يجوزه لان حرمته عليه لكونها حائضا وهو مفقود في حقه فحل لها الاستمتاع به ولان غاية مسها لذكره أنه استمتاع بكفها وهو جائز قطعا. تنبيهات: وقع في بعض العبارات لفظ الاستمتاع وهو يشمل النظر واللمس بشهوة، ووقع في عبارة كثير لفظ المباشرة والقربان ومقتضاها تحريم اللمس بلا شهوة فبينهما عموم وخصوص من وجه، والذي يظهر أن التحريم منوط بالمباشرة ولو بلا شهوة بخلاف النظر ولو بشهوة وليس هو أعظم من تقبيلها في وجهها بشهوة كما لا يخفى، وقد علم من

***

[٣٤٥]

عباراتهم أنه يجوز الاستمتاع بالسرة وما فوقها وبالركبة وما تحتها، والمحرم الاستمتاع بما بينهما وهي أحسن من عبارة بعضهم يستمتع بما فوق السرة وما تحت الركبة كما لا يخفى، فيجوز له الاستمتاع فيما عدا ما ذكر بوطئ وغيره ولو بلا حائل، وكذا بما بينهما بحائل بغير الوطئ ولو تلطخ دما. ولا يكره طبخها ولا استعمال ما مسته من عجين أو ماء غيرهما إلا إذا توضأت بقصد القربة كما هو المستحب على ما قدمناه فإنه يصير مستعملا. وفي فتاوى الولوالجي: ولا ينبغي أن يعزل عن فراشها لان ذلك يشبه فعل اليهود. وفي التنجيس وغيره: امرأة تحيض من دبرها لا تدع الصلاة لان هذا ليس بحيض، ويستحب أن تغتسل عند انقطاع الدم. وإن أمسك زوجها عن الاتيان كان أحب إلي لمكان الصورة وهو الدم من الفرج اه. وقد قدمناه عن الخلاصة. قوله: (وقراءة القرآن) أي يمنع الحيض قراءة القرآن وكذا الجنابة لقوله صلى الله عليه وسلم لا تقرأ الحائض ولا الجنب شيئا من القرآن (١) رواه الترمذي وابن ماجه وحسنه المنذري وصححه النووي وقال: إنه يقرأ بالرفع على النفي وهو محمول على النهي كيلا يلزم الخلف في الوعد، وبكسر الهمزة لالتقاء الساكنين على النهي وهما صحيحان. وعن علي رضي الله عنه قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرئنا القرآن على كل حال ما لم يكن جنبا رواه أبو داود والترمذي وقال: إنه حسن صحيح. ثم كل من الحديثين يصلح مخصصا لحديث مسلم عن عائشة أنه صلى الله عليه وسلم كان يذكر الله على كل أحيانه بعد القول بتناول الذكر قراءة القرآن. وبقولنا قال أكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين كما حكاه الترمذي في جامعه وشمل إطلاقه الآية وما دونها وهو قول الكرخي وصححه صاحب الهداية في التنجيس، وقاضي خان في شرح الجامع الصغير، والولوالجي في فتاواه، ومشى عليه المصنف في المستصفى، وقواه في الكافي، ونسبه صاحب البدائع إلى عامة المشايخ وصححه معللا بأن الاحاديث لم تفصل بين القليل والكثير لكن ذكر أن القراءة مكروهة، وفي كثير من الكتب أنها حرام، وفي رواية الطحاوي يباح لهما ما دون

***

[٣٤٦]

الآية، وصححه صاحب الخلاصة في الفصل الحادي عشر في القراءة، ومشى عليه فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير، ونسبه الزاهدي إلى الاكثر، ووجهه صاحب المحيط بأن النظم والمعنى يقصر فيما دون الآية ويجري مثله في محاورات الناس وكلامهم فتمكنت فيه

شبهة عدم القرآن، ولهذا لا تجوز الصلاة به اه. فحاصله أن التصحيح قد اختلف فيما دون الآية، والذي ينبغي ترجيح القول بالمنع لما علمت من أن الاحاديث لم تفصل والتعليل في مقابلة النص مردود لان شيئا كما في الكافي نكرة في سياق النفي فتعم وما دون الآية قرآن فيمتنع كالآية مع أنه قد أجيب أيضا بالاخذ بالاحتياط فيهما وهو عدم الجواز في الصلاة والمنع للجنب ومن بمعناه، ويؤيده ما رواه الدارقطني عن علي رضي الله عنه قال: اقرؤوا القرآن ما لم يصب أحدكم جنابة فإن أصابه فلا ولا حرفا واحدا. ثم قال: وهو الصحيح عن علي. وهذا كله إذا قرأ على قصد أنه قرآن، أما إذا قرأه على قصد الثناء أو افتتاح أمر لا يمنع في أصح الروايات. وفي التسمية اتفاق أنه لا يمنع إذا كان على قصد الثناء أو افتتاح أمر. كذا في الخلاصة. وفي العيون لابي الليث: ولو أنه قرأ الفاتحة على سبيل الدعاء أو شيئا من الآيات التي فيها معنى الدعاء ولم يرد به القراءة فلا بأس به اه. واختاره الحلواني. وذكر في غاية البيان أنه المختار لكن قال الهندواني: لا أفتي بهذا وإن روي عن أبي حنيفة اه. وهو الظاهر في مثل الفاتحة فإن المباح إنما هو ليس بقرآن وهذا قرآن حقيقة وحكما لفظا ومعنى، وكيف لا وهو معجز يقع به التحدي عند المعارضة والعجز عن الاتيان بمثله مقطوع به وتغيير المشروع في مثله بالقصد المجرد مردود على فاعله بخلاف نحو الحمد لله بنية الثناء لان الخصوصية القرآنية فيه غير لازمة وإلا لانتفى جواز التلفظ بشئ من الكلمات العربية لاشتمالها على الحروف الواقعة في القرآن وليس الامر كذلك إجماعا بخلاف نحو الفاتحة فإن الخصوصية القرآنية لازمة قطعا وليس في قدرة المتكلم إسقاطها عنه مع ما هو عليه من النظم الخاص كما هو في المفروض، وقد انكشف بهذا ما في الخلاصة من عدم حرمة ما يجري على

***

[٣٤٧]

اللسان عند الكلام من آية قصيرة من نحو * (ثم نظر) * (المدثر: ٢١) أو * (لم يولد) * (الاخلاص: ٣). ثم اعلم أنهم قالوا هنا وفي باب ما يفسد الصلاة أن القرآن يتغير بعزيمته فأورد الامام الخاصي كما نقله عنه السراج الهندي في التوشيح بأن العزيمة لو كانت مغيرة للقراءة لكان ينبغي أنه إذا قرأ الفاتحة في الاوليين بنية الدعاء لا تكون مجزئوقد نصوا على أنها مجزئة. وأجاب بأنها إذا كانت في محلها لا تتغير بالعزيمة حتى لو لم يقرأ في الاوليين فقرأ في الاخريين بنية الدعاء لا يجزئه اه. والمنقول في التجنيس أنه قرأ في الصلاة فاتحة الكتاب على قصد الثناء جازت صلاته لانه وجدت القراءة في محلها فلا يتغير حكمها بقصد اه. ولم يقيد بالاوليين، ولا شك أن الاخريين محل القراءة المفروضة فإن القراءة فرض في ركعتين غير عين وإن كان تعيينها في الاوليين واجبا. وذكر في القنية خلافا فيما إذا قرأ الفاتحة على قصد الدعاء فرقم لشرح شمس الائمة الحلواني أنها لا تنوب عن القراءة اه. وأما الاذكار فالمنقول إباحتها مطلقا ويدخل فيها اللهم اهدنا إلى آخره. وأما اللهم إنا نستعينك إلى آخره الذي هو دعاء القنوت عندنا فالظاهر من المذهب أنه لا يكره لهما وعليه الفتوى. كذا في الفتاوى الظهيرية وغيرها. وعن محمد يكره لشبهة كونه قرآنا لاختلاف الصحابة في كونه قرآنا فلا يقرأه احتياطا. قلنا: حصل الاجماع القطعي اليقيني على أنه ليس بقرآن، ومعه لا شبهة توجب الاحتياط المذكور. نعم المذكور في الهداية وغيرها في باب الاذان استحباب الوضوء لذكر الله تعالى وترك المستحب لا يوجب الكراهة. وفي الخلاصة: ولا ينبغي للحائض

***

[٣٤٨]

والجنب أن يقرأ التوراة والانجيل. كذا روي عن محمد، والطحاوي لا يسلم هذه الرواية. قال رضي الله عنه: وبه يفتى اه. وفي النهاية وغيرها: وإذا حاضت المعلمة فينبغي لها أن تعلم الصبيان كلمة كلمة وتقطع بين الكلمتين على قول الكرخي، وعلى قول الطحاوي تعلم نصف آية اه. وفي التفريع نظر على قول الكرخي فإنه قائل باستواء الآية وما دونها في المنع إذا كان ذلك بقصد قراءة القرآن وما دون الآية صادق على الكلمة، وإن حمل على التعليم دون قصد القرآن فلا يتقيد بالكلمة. ثم في كثير من الكتب التقييد بالحائض المعلمة معللا بالضرورة مع امتداد الحيض وظاهره عدم الجواز للجنب، لكن في الخلاصة: واختلف المتأخرون في تعليم الحائض والجنب والاصح أنه لا بأس به إن كان يلقن كلمة كلمة ولم يكن من قصده أن يقرأ آية تامة اه. والاولى ولم يكن من قصده قراءة القرآن كما لا يخفى. قوله: (ومسه إلا بغلافه) أي تمنع الحائض مس القرآن لما روى الحاكم في المستدرك وقال صحيح الاسناد عن حكيم بن خرام قال:

لما بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قال: لا تمس القرآن إلا وأنت طاهر. واستدلوا له أيضا بقوله تعالى * (لا يمسه إلا المطهرون) * (الواقعة: ٧٩) فظاهر ما في الكشاف صحة الاستدلال به هنا إن جعلت الجملة صفة للقرآن ولفظه في كتاب مكنون مصون عن غير المقربين من الملائكة لا يطلع عليه من سواهم وهم
***
[٣٤٩]
المطهرون من جميع الادناس أدناس الذنوب، وما سواها إن جعلت الجملة صفة لكتاب مكنون وهو اللوح، وإن جعلتها صفة للقرآن فالمعنى لا ينبغي أن يمسه إلا من هو على الطهارة من الناس يعني مس المكتوب منه ا ه‍. لكن الامام الطيبي في حاشيته ذكر صحة الاستدلال به على الوجه الاول أيضا فقال: فالمعنى على الوجه الاول أن هذا الكتاب كريم على الله تعالى ومن كرمه أنه أثبته عنده في اللوح المحفوظ وعظم شأنه بأن حكم بأنه لا يمسه إلا الملائكة المقربون وصانه عن غير المقربين فيجب أن يكون حكمه عند الناس كذلك بناء على أن ترتب الحكم على الوصف المناسب مشعر بالعلية لان سياق الكلام لتعظيم شأن القرآن. وعن الدارمي عن عبد الله بن عمرو أن النبي صلى الله عليه وسلم قال القرآن أحب إلى الله تعالى من السموات والارض ومن فيهن ا ه‍. وذكر أنه على الوجه الثاني إخبار في معنى الامر كقوله * (الزاني لا ينكح إلا زانية) * (النور: ٣) ا ه‍. وتعبير المصنف بمس القرآن أولى من تعبير غيره بمس المصحف لشمول كلامه ما إذا مس لوحا مكتوبا عليه آية وكذا الدرهم والحائط، وتقييده بالسورة في الهداية اتفاقي بل المراد الآيلكن لا يجوز مس المصحف كله المكتوب وغيره بخلاف غيره فإنه لا يمنع إلا مس المكتوب. كذا ذكره في السراج الوهاج مع أن في الاول اختلافا فقال في غاية البيان وقال بعض مشايخنا: المعتبر حقيقة المكتوب حتى إن مس الجلد ومس مواضع البياض لا يكره لانه لم يمس القرآن، وهذا أقرب إلى القياس والمنع أقرب إلى التعظيم ا ه‍. وفي تفسير الغلاف اختلاف، فقيل الجلد المشرز، وفي غاية البيان مصحف مشرز أجزاؤه مشدود بعضها إلى بعض من الشيرازة وليست بعربية، وفي الكافي والغلاف الجلد الذي عليه في الاصح، وقيل هو المنفصل كالخريطة ونحوها المتصل بالمصحف منه حتى يدخل في بيعه بلا ذكر ا ه‍. وصحح هذا القول في الهداية وكثير من الكتب وزاد في
***
[٣٥٠]
السراج الوهاج أن عليه الفتوى، وقد تقدم أنه أقرب إلى التعظيم. والخلاف في الغلاف المشرز جار في الكم ففي المحيط لا يكره مسه بالكم عند الجمهور واختاره المصنف في الكافي، وعلله بأن المس محرم وهو اسم للمباشرة باليد بلا حائل ا ه‍. وفي الهداية: ويكره مسه بالكم هو الصحيح لانه تابع له ا ه‍. وفي الخلاصة: من فصل القرآن وكرهه عامة مشايخنا ا ه‍. فهو معارض لما في المحيطفكان هو الاولى. وفي فتح القدير: والمراد بالكراهة كراهة التحريم ولهذا عبينفي الجواز في الفتاوى. وقال لي بعض الاخوان: هل يجوز مس المصحف بمنديل هو لابسه على عنقه؟ قلت: لا أعلم فيه منقولا والذي يظهر أنه إن كان بطرفه وهو يتحرك بحركته ينبغي أن لا يجوز، وإن كان لا يتحرك بحركته ينبغي أن يجوز لاعتبارهم إياه في الاول تابعا له كبدنه دون الثاني. قالوا فيمن صلى وعليه عمامة بطرفها نجاسة مانعة إن كان ألقاه وهو يتحرك لا يجوز وإلا يجوز اعتبارا له على ما ذكرنا ا ه‍. وفي الهداية بخلاف كتب الشريعة حيث يرخص لاهلها في مسها بالكم لان فيه ضرورة ا ه‍. وفي فتح القدير: إنه يقتضي أنه لا يرخص بلا كم. قالوا: يكره مس كتب التفسير والفقه والسنن لانها لا تخلو عن آيات القرآن وهذا التعليل يمنع مس شروح النحو أيضا ا ه‍. وفي الخلاصة: يكره مس كتب الاحاديث والفقه للمحدث عندهما، وعند أبي حنيفة الاصح أنه لا يكره، ذكره من كتاب الصلاة في فضل القراءة خارج الصلاة. وفي شرح الدرر والغرر: ورخص المس باليد في الكتب الشرعية إلا التفسير. ذكره في مجمع الفتاوى وغيره ا ه‍. وفي السراج الوهاج معزيا إلى الحواشي: المستحب أن لا يأخذ كتب الشريعة بالكم أيضا بل يجدد الوضوء كلما أحدث وهذا أقرب إلى التعظيم. قال الحلواني: إنما نلت هذا العلم بالتعظيم فإني ما أخذت الكاغد إلا بطهارة، والامام السرخسي كان مبطونا في ليلة وكان يكرر درس كتابه فتوضأ في تلك الليلة سبعة عشرة مرة. فروع: من التعظيم أن لا يمد رجله إلى الكتاب. وفي التجنيس: المصحف إذا صار كهنا أي عتيقا وصار بحال لا يقرأ فيه وخاف أن يضيع يجعل في خرقة طاهرة ويدفن لان المسلم إذا مات يدفن فالمصحف إذا صار كذلك كان دفنه أفضل من

وضعه موضعا يخاف أن تقع عليه النجاسة أو نحو ذلك. والنصراني إذا تعلم القرآن يعلم والفقه كذلك لانه عسى يهتدي لكن لا يمس المصحف، وإذا اغتسل ثم مس لا بأس به في قول محمد، وعندهما يمنع من مس المصحف مطلقا. ولو كان القرآن مكتوبا بالفارسية يحرم على الجنب والحائض مسه بالاجماع وهو الصحيح، أما عند أبي حنيفة فظاهر، وكذلك عندهما لانه قرآن عندهما حتى
***
[٣٥١]
يتعلق به جواز الصلاة في حق من لا يحسن العربية ا ه ذكره في كتاب الصلاة. وفي القنية: اللغة والنحو نوع واحد فيوضع بعضها فوق بعض، والتعبير فوقهما، والكلام فوق ذلك، والفقه فوق ذلك، والاخبار والمواعظ والدعوات المروية فوق ذلك، والتفسير فوق ذلك، والتفسير الذي فيه آيات مكتوبة فوق كتب القراءة بساط أو غيره كتب عليه الملك لله يكره بسطه واستعماله إلا إذا علق للزينة ينبغي أن يكره، وينبغي أن لا يكره كلام الناس مطلقا وقيل يكره حتى الحروف المفردة. ورأى بعض الائمة شبانا يرمون إلى هدف كتب فيه أبو جهل لعنه الله فنهاهم عنه، ثم مر بهم وقد قطعوا الحروف فنهاهم أيضا وقال: إنما نهيتكم في الابتداء لاجل الحروف فإذا يكره مجرد الحروف لكن الاول أحسن وأوسع. يجوز للمحدث الذي يقرأ القرآن من المصحف تقليب الاوراق بقلم أو عود أو سكين، ويجوز أن يقول للصبي احمل إلي هذا المصحف. ولا يجوز لف شئ في كاغد فيه مكتوب من الفقه وفي الكلام الاولى أن لا يفعل، وفي كتب الطب يجوز، ولو كان فيه اسم الله تعالى أو اسم النبي عليه السلام فيجوز محوه ليلف فيه شئ. ومحو بعض الكتابة بالريق يجوز وقد ورد النهي في محو اسم الله تعالى بالبزاق. محا لوحا يكتب فيه القرآن واستعمله في أمر الدنيا يجوز. حانوت أو تابوت فيه كتب فالادب أن يضع الثياب فوقه. يجوز قربان المرأة في بيت فيه مصحف مستور. يجوز رمي براية القلم الجديد ولا يرمى براية القلم المستعمل لاحترامه كحشيش المسجد وكناسته لا تلقى في موضع يخل بالتعظيم ا ه. ذكره في الكراهية. وتكره القراءة في المخرج والمغتسل والحمام، وعند محمد لا بأس في الحمام لان الماء المستعمل طاهر عنده. ولو كانت رقية في غلاف متجاف لم يكره دخول الخلاء به والاحتراز عن مثله أفضل. كذا في فتح القدير. وفي الخلاصة: لو كان على خاتمه اسم الله تعالى يجعل الفص إلى باطن الكف ا ه. وفي التوشيح: وتكره المسافرة بالقرآن إلى دار الحرب صونا عن وقوعه في أيدي الكفرة واستخفافه. وفي السراج الوهاج: الدرهم المكتوب عليه آية يكره إذابته إلا إذا كسره فلا بأس به حينئذ. وفي غاية البيان معزيا إلى فخر الاسلام: فإن غسل الجنب فمه ليقرأ أو يده ليمس أو غسل المحدث يده ليمس لم يطلق له المس ولا القراءة للجنب. هذا هو الصحيح لان الجنابة والحدث لا يتجزآن وجودا ولا زوالا. وفي الخلاصة: إنما تكره القراءة في الحمام إذا قرأ جهرا فإن قرأ في نفسه لا بأس به هو المختار، وكذا التحميد والتسبيح، وكذا لا يقرأ إذا كانت عورته مكشوفة أو امرأته هناك تغتسل مكشوفة أو في الحمام أحد مكشوف فإن لم يكن فلا بأس بأن يرفصوته. وقوله: (ومنع الحدث المس) أي مس القرآن (ومنعهما) أي
***
[٣٥٢]
المس وقراءة القرآن (الجنابة والنفاس) وقد تقدم بيان أحكام النفاس. قوله: (وتوطأ بلا غسل بتصرم لاكثره) أي ويحل وطئ الحائض إذا انقطع دمها العشرة بمجرد الانقطاع من غير توقف على اغتسالها. وقال في المغرب: تصرم القتال انقطع وسكن. قوله: (ولا قله لا حتى تغتسل أو يمضي عليها أدنى وقت صلاة) اعلم أن هذه المسألة على ثلاثة أوجه لان الدم إما ينقطع لتمام العشرة أو دونها لتمام العادة أو دونهما، ففيما إذا انقطع لتمام العشرة يحل وطؤها بمجرد الانقطاع ويستحب له أن يطأها حتى تغتسل، وفيما إذا انقطع لما دون العشرة دون عادتها لا يقربها وإن اغتسلت ما لم تمض عادتها، وفيما إذا انقطع للاقل لتمام عادتها إن اغتسلت أو مضى عليها وقت صلاة حل وإلا لا. وكذا النفاس إذا انقطع لما دون الاربعين لتمام عادتها، فإن اغتسلت أو مضى الوقت حل وإلا لا. كذا في المحيط: وقال الشافعي: لا يجوز وطؤها حتى تغتسل مطلقا عملا بقوله تعالى * (حتى يطهرن) * (البقرة: ٢٢٢) بالتشديد أي يغتسلن. ونقله الاسبيجابي عن زفر. ولنا أن في الآية قراءتين يطهرن بالتخفيف ويطهرن بالتشديد ومؤدى الاولى انتهاء الحرمة العارضة بالانقطاع مطلقا وإذا انتهت الحرمة العارضة على الحل حلت بالضرورة، ومؤدى الثانية عدم انتهائها عنده بل بعد الاغتسال فوجب الجمع ما أمكن، فحملنا الاولى على الانقطاع لاكثر المدة، والثانية عليه لتمام العادة التي ليست أكثر مدة الحيض وهو المناسب لان في توقيف قربانها في

الانقطاع للاكثر على الغسل إنزالها حائضا حكما وهو مناف لحكم الشرع عليها بوجوب الصلاة المستلزم إنزاله إياها طاهرة قطعا بخلاف تمام العادة فإن الشرع لم يقطع عليها بالطهر بل يجوز الحيض بعده، ولذا لو زادت ولم تجاوز العشرة كان الكل حيضا بالاتفاق. بقي أن مقتضى الثانية ثبوت الحرمة قبل الغسل فرفع الحرمة قبله بخروج الوقت معارضة للنص بالمعنى. والجواب أن القراءة الثانية خص منها صورة الانقطاع للعشرة بقراءة التخفيف فجاز أن تخص ثانيا بالمعنى. كذا في فتح القدير وعبارته في التحرير في فصل التعارض: وقراءتي التشديد في يطهرن المانعة إلى الغسل والتخفيف إلى الطهر فيحل القربان قبله بالحل
***
[٣٥٣]
الذي انتهت حرمته العارضة بحمل تلك على ما دون الاكثر وهذه عليه، وتطهرن بمعنى طهرن لانه يأتي به كتكبر وتعظم في صفاته تعالى محافظة على حقيقة يطهرن بالتخفيف. وكل وإن كان خلاف الظاهر لكن هذا أقرب إذ لا يوجب تأخر حق الزوج بعد القطع بارتفاع المانع ا ه. فقوله وتطهرن بمعنى طهرن إلى آخره جواب سؤال تقديره أن هذا الحمل يرده قوله تعالى فإذا تطهرن فإنه لم يقرأ إلا بالتشديد. واعلم أن المراد بأدنى وقت الصلاة أدناه الواقع آخرا أعني أن تطهر في وقت منه إلى خروجه قدر الاغتسال والتحريم لا أعم من هذا، أو من أن تطهرن في أوله ويمضي منه هذا المقدار لان هذا لا ينزلها طاهرة شرعا كما رأيت بعضهم يغلط فيه، ألا ترى تعليلهم بأن تلك الصلاة صارت دينا في ذمتها وذلك بخروج الوقت ولذا لم يذكر غير واحد لفظة أدنى وعبارة الكافي أو تصير الصلاة دينا في ذمتها بمضي أدنى وقت صلاة بقدر الغسل والتحريمة بأن انقطع في آخر الوقت كذا في فتح القدير. وما قاله حق فقد رأيت أيضا من يغلط فيه ويؤيده ما في السراج الوهاج من أن الانقطاع إذا كان في أول الوقت فلا يجوز قربانها إلا بعد الاغتسال أو بمضي جميع الوقت، وإذا انقطع في وقت صلاة ناقصة كصلاة الضحى والعيد فإنه لا يجوز وطؤها حتى تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة الظهر ا ه. وإنما عبر بعضهم بالادنى ولم يقل مضي وقت صلاة نفيا لما قد يتوهم أن مضي الوقت كله والدم منقطع شرط للحل وليس كذلك، ولهذا قال كثير من الشارحين: إن هذا محمول على ما إذا كان الانقطاع آخر الوقت. فالحاصل أن الانقطاع إن كان في أول الوقت أو في أثنائه فلا بد للحل من خروج الوقت، وإن كان في آخره فإن بقي منه زمان قدر الغسل والتحريمة وخرج الوقت حل وإلا فلا. وأما الثالث وهو ما إذا كان الانقطاع لما دون العشرة لاقل من العادة فوق الثلاث لم يقربها حتى تمضي عادتها وإن اغتسلت لان العود في العادات غالب فكان الاحتياط في الاجتناب. كذا في الهداية. وصيغة لم يقربها وكذا التعليل بالاحتياط في الاجتناب يقتضي حرمة الوطئ، وقد صرح به في غاية البيان، والمنصوص عليه في النهاية والكافي للنسفي كراهة الوطئ فإن أريد بالكراهة التحريم فلا منافاة بين العبارتين وإلا فالمنافاة بينهما ظاهرة. وفي النهاية تأخير الغسل إلى آخر الوقت المستحب مستحب فيما إذا انقطع لتمام عادتها، وفيما إذا انقطع لاقلها واجب. وفي المبسوط: إذا انقطع لاقل من عشرة تنتظر إلى آخر الوقت المستحب دون المكروه.
***
[٣٥٤]
نص عليه محمد في الاصل قال: إذا انقطع في وقت العشاء تؤخر إلى وقت يمكنها أن تغتسل فيه وتصلي قبل انتصاف الليل وما بعد نصف الليل مكروه ا ه. وفي فتح القدير: إن حكم الثالث خلاف إنهاء الحرمة بالغسل الثابت بقراءة التشديد فهو مخرج منه بالاجماع ا ه. ويعارضه ما نقله في الغاية عن ابن تيمية أنه ذكر الاجماع على أنها تغتسل وتصلي ولا يحرم وطؤها كما في شرح منظومة ابن وهبان، ولعله توهم من قول بعض الحنفية بالكراهة أنها كراهة تنزيه فنقل الاجماع على عدم الحرمة وإلا فلا يصح نقل الاجماع مع خلاف الحنفية كما لا يخفى. وفي التجنيس: مسافرة طهرت من الحيض فتيممت ثم وجدت ماء جاز للزوج أن يقربها لكن لا تقرأ القرآن لانها لما تيممت خرجت من الحيض. فلما وجدت الماء فإنما وجب عليها الغسل فصارت كالجنب ا ه. وظاهره أن التيمم من غير صلاة يخرجها من الحيض فيجوز قربانها وليس كذلك فقد قال في المبسوط: ولم يذكر يعني الحاكم الشهيد في الكافي ما إذا تيممت ولم تصل، فقيل هو على الاختلاف عندهما ليس للزوج أن يقربها، وعند محمد له ذلك، والاصح أنه ليس له أن يقربها عندهم جميعا لان محمدا إنما جعل التيمم كالاغتسال فيما هو مبني على الاحتياط وهو قطع الرجعة والاحتياط في الوطئ تركه فلم نجعل التيمم فيه قبل تأكده بالصلاة كالاغتسال كما لا يفعله في الحل للازواج ا ه. فالحاصل أن التيمم لا يوجب حل وطئها وانقطاع الرجعة وحلها للازواج إلا

بالصلاة على الصحيح من المذهب لكن قال القاضي الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي: وأجمعوا أنه يقربها زوجها وإن لم تصل ولا تتزوج بزوج آخر ما لم تصل وفي انقطاع الرجعة الخلاف ف. وفي الخلاصة: إذا انقطع دم المرأة دون عادتها المعروفة في حيض أو نفاس اغتسلت حين تخاف فوت الصلاة وصلت واجتنب زوجها قربانها احتياطا حتى تأتي على عادتها لكن تصوم رمضان احتياطا، ولو كانت هذه الحيضة هي الثالثة من العدة انقطعت الرجعة احتياطا ولا تتزوج بزوج آخر احتياطا، فإن
***
[٣٥٥]
تزوجها رجل إن لم يعاودها الدم جاز، وإن عاودها إن كان في العشرة ولم يزد على العشرة فسد نكاح الثاني، وكذا صاحب الاستبراء يجتنبها احتياطا ا ه. قال في فتح القدير: ومفهوم التقييد أنه إذا زاد لا يفسد، ومراده إذا كان العود بعد انقضاء العادة، أما قبلها فيفسد وإن زاد لان الزيادة توجب الرد إلى العادة والفرض أنه عاودها فيها، فظهر أن النكاح قبل انقضاء الحيضة. واعلم أن مدة الاغتسال معتبرة من الحيض في الانقطاع لاقل من العشرة وإن كان تمام عادتها بخلاف الانقطاع للعشرة حتى لو طهر ت في الاولى والباقي قدر الغسل والتحريمة فعليها قضاء تلك الصلاة، ولو طهرت في الثانية يشترط أن يكون الباقي قدر التحريمة فقط. وفي المجتبى: والصحيح أنه يعتبر مع الغسل لبس الثياب، وهكذا جواب صومها إذا طهرت قبل الفجر لكن الاصح أن لا تعتبر التحريمة في حق الصوم. ثم قال: قال مشايخنا: زمان الغسل من الطهر في حق صاحبة العشرة، ومن الحيض فيما دونها. ولكن ما قالوا في حق القربان وانقطاع الرجعة وجواز التزوج بزوج آخر لا في حق جميع الاحكام، ألا ترى أنها إذا طهرت عقب غيبوبة الشفق ثم اغتسلت عند الفجر الكاذب ثم رأت الدم في الليلة السادسة عشر بعد زوال الشفق فهو طهر تام وإن لم يتم خمسة عشر من وقت الاغتسال ا ه. وقوله الاصح أن لا يعتبر في الصوم التحريمة ظاهره الاكتفاء بمضي زمان الغسل. وفي السراج الوهاج: ولو انقطع دمها في بعض ليالي رمضان، فإن وجدت في الليل مقدار ما تغتسل ويبقى ساعة من الليل فإنه يجب عليها قضاء العشاء ويجوز صومها من الغد، وإن بقي من الليل أقل من ذلك لا يجب عليها قضاء العشاء ولا يجوز صومها من الغد. ومن التوشيح: إن كانت أيامها دون العشرة لا يجزئها صوم هذا اليوم إذا لم يبق من الوقت قدر الاغتسال والتحريمة لانه لا يحكم بطهارتها إلا بهذا، وإن بقي مقدار الغسل والتحريمة فإنه يجزئها صومها لان العشاء صارت دينا عليها وأنه من حكم الطهارات فحكم بطهارتها ضرورة ا ه. وهذا هو الحق فيما يظهر. وفي الكافي للحاكم: ولو كانت نصرانية تحت مسلم فانقطع عنها الدم فيما دون العشرة وسع الزوج أن يطأها ووسعها أن تتزوج لانه لا اغتسال عليها لعدم الخطاب وهي مخرجة من حمل قراءة التشديد على ما دون الاكثر كما لا يخفى، فإن أسلمت بعد الانقطاع لا تتغير الاحكام لانا حكمنا بخروجها من الحيض بنفس الانقطاع فلا يعود بالاسلام بخلاف ما إذا عاودها الدم فرؤية الدم مؤثرة في إثبات الحيض به ابتداء،
***
[٣٥٦]
فكذلك يكون مؤثرا في البقاء بخلاف الاسلام. كذا في المبسوط. وفي الخلاصة: فإن أدركها الحيض في شئ من الوقت سقطت الصلاة عنها إن افتتحها. وأجمعوا أنها إذا طهرت وقد بقي من الوقت قدر ما لا يسع فيه التحريمة لا يلزمها قضاء هذه الصلاة، وإذا أدركها الحيض بعد شروعها في التطوع كان عليها قضاء تلك الصلاة إذا طهرت ا ه. وكذا إذا شرعت في صوم التطوع ثم حاضت فإنه يلزمها قضاؤه، فلا فرق بين الصلاة والصوم. ذكره في فتح القدير من الصوم، وكذا في النهاية، وكذا ذكره الاسبيجابي هنا، فتبين أن ما في شرح الوقاية من الفرق بينهما غير صحيح. قوله: (والطهر بين الدمين في المدة حيض ونفاس) يعني أن الطهر المتخلل بين دمين والدمان في مدة الحيض أو في مدة النفاس يكون حيضا في الاول ونفاسا في الثاني. اعلم أن خمسة من أصحاب أبي حنيفة - وهم أبو يوسف ومحمد وزفر والحسن بن زياد وابن المبارك - روى كل منهم عنه في هذه المسألة رواية إلا محمدا فإنه روي عنه روايتين وأخذ بإحداهما، فالاصل عند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة الآخر على ما في المبسوط أن الطهر المتخلل بين الدمين إذا كان أقل من خمسة عشر يوما لا يصير فاصلا بل يجعل كالدم المتوالي لانه لا يصلح للفصل بين الحيضتين فلا يصلح للفصل بين الدمين، وإن كان خمسة عشر يوما فصاعدا يكون فاصلا لكنه لا يتصور ذلك إلا في مدة النفاس. ثم إن كان في أحد طرفيه ما يمكن جعله حيضا فهو حيض وإلا فهو استحاضة، ثم ينظر إن كان لا يزيد على العشرة فهو حيض كله

***

[٣٥٧]

ما رأت الدم فيه وما لم تره، وسواء كانت مبتدأة أو لا، وما سواه فدم استحاضة وطهره طهر. ووافق محمد أبا يوسف في الطهر المتخلل في مدة النفاس إن كان خمسة عشر يوما فصل بين الدمين فيجعل الاول نفاسا والثاني حيضا إن أمكن بأن كان ثلاثة بلياليها فصاعدا أو يومين وأكثر الثالث عند أبي يوسف وإلا كان استحاضة، وعند أبي حنيفة لا يفصل ويجعل إحاطة الدم بطرفيه كالدم المتوالي، فلو رأت بعد الولادة يوما دما وثمانية وثلاثين طهرا ويوما دما فالاربعون نفاس عنده، وعندهما نفاسها الدم الاول. ومن أصل أبي يوسف أيضا أنه يجوز بداية الحيض بالطهر وختمه به بشرط أن يكون قبله وبعده دم ويجعل الطهر بإحاطة الدمين به حيضا، وإن كان قبله دم ولم يكن بعده دم يجوز بداية الحيض بالطهر ولا يجوز ختمه به وعلى عكسه بأن كان بعده دم ولم يكن قبله دم يجوز ختم الحيض بالطهر ولا يجوز بدايته به، فلو رأت مبتدأه يوما دما وأربعة عشر طهرا ويوما دما كانت العشرة الاولى حيضا يحكم ببلوغها، ولو رأت المعتادة قبل عادتها يوما دما وعشرة طهرا ويوما دما فالعشرة التي لم تر فيها الدم حيض إن كانت عادتها العشرة، فإن كانت أقل ردت إلى أيام عادتها، والاخذ بقول أبي يوسف أيسر وكثير من المتأخرين أفتوا به لانه أسهل على المفتي والمستفتي، لان في قول محمد وغيره تفاصيل يحرج الناس في ضبطها، وقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما خير بين أمرين إلا اختار أيسرهما. وروى محمد عن أبي حنيفة أن الشرط أن يكون الدم محيطا بطرفي العشرة فإذا كان كذلك لم يكن الطهر المتخلل فاصلا بين الدمين وإلا كان فاصلا، فلو رأت مبتدأة يوما دما وثمانية طهرا ويوما دما، فالعشرة حيض يحكم ببلوغها. ولو كانت معتادة فرأت قبل عادتها يوما دما وتسعة طهرا ويوما دما لا يكون شئ منه حيضا، ووجه أن استيعاب الدم ليس بشرط إجماعا فيعتبر أوله وآخره كالنصاب في باب الزكاة، وقد اختار هذه الرواية أصحاب المتون لكن لم تصحح في الشروح كما لا يخفى

***

[٣٥٨]

ولعله لضعف وجهها فإن قياسها على النصاب غير صحيح لان الدم منقطع في أثناء المدة بالكلية، وفي المقيس عليه يشترط بقاؤ جزء من النصاب في أثناء الحول، وإنما الذي اشترط وجوده في الابتداء والانتهاء تمامه. وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة أنه يعتبر أن يكون الدم في العشرة مثل أقله وهو قول زفر، ووجهه أن الحيض لا يكون أقل من ثلاثة أيام وهو اسم للدم، فإذا بلغ المرئي هذا المقدار كان قويا في نفسه فجعل أصلا وما يتخلله من الطهر تبع له. وإن كان الدم دون هذا كان ضعيفا في نفسه لا حكم له إذا انفرد فلا يمكن جعل زمان الطهر تبعا له، فلو رأت يوما دما وثمانية طهرا ويوما دما لم يكشئ منه حيضا. وقال محمد: الطهر المتخلل إن نقض عن ثلاثة أيام ولو بساعة لا يفصل اعتبارا بالحيض، فإن كان ثلاثة فصاعدا فإن كان مثل الدمين أو أقل فكذلك تغليبا للمحرمات لان اعتبار الدم يوجب حرمتها واعتبار الطهر يوجب حلها فغلب الحرام الحلال، وإن كان أكثر فصل ثم ينظر إن كان في أحد الجانبين ما يمكن أن يجعل حيضا فهو حيض والآخر استحاضة، وإن لم يكن فالكل استحاضة ولا يمكن كون كل من المحتوشين حيضا لان الطهر حينئذ أقل من الدمين إلا إذا زاد على العشرة فيجعل الاول حيضا لسبقه لا الثاني ومن أصله أن لا يبدأ الحيض بالطهر ولا يختم به، سواء كان قبله أو بعده دم أو لم يكن، ولا يجعل زمان الطهر زمان الحيض بإحاطة الدمين به، ولو رأت مبتدأة يوما دما ويومين طهرا ويوما دما فالاربعة حيض، ولو رأت يوما دما وثلاثة طهرا ويومين دما لستة حيض للاستواء، ولو رأت يوما دما وخمسة طهرا يوما دما لا يكون حيضا لغلبة الطهر، ولو رأت ثلاثة دما وخمسة طهرا ويوما دما فالثلاثة حيض لغلبة الطهر فصار فاصلا والمتقدم أمكن جعله حيضا، ولو رأت يوما دما وخمسة طهرا وثلاثة دما فالاخير حيض لما تقدم، ولو رأت ثلاثة دما وستة طهرا وثلاثة دما فحيضها الثلاثة الاول لسبقها ولا تكون العشرة حيضا لغلبة الطهر فيها وإن كان مساويا باعتبار الزائد عليها، وقد صحح قول محمد في المبسوط والمحيط

***

[٣٥٩]

وعليه الفتوى لكن قال المحقق في فتح القدير: الاولى الافتاء بقول أبي يوسف لما قد مناه. وفي معراج الدراية: جعل قول محمد رواية عن أبي حنيفة فثبت أنه روى عنه روايتين أخذ بإحداهما. وروى زفر عن أبي حنيفة أنها إذا زادت في طرفي العشرة ثلاثة أيام دما

فهي حيض وإلا فلا. ذكر هذه الرواية في التوشيح والمعراج والخبازية إلا أن المذكور في المبسوط وأكثر الكتب المشهورة أن قول زفر رواية ابن المبارك المتقدمة ولم يذكروا له رواية عن أبي حنيفة. والظاهر أن هذه الرواية لا تخالف رواية ابن المبارك إلا أن يقال: إن هذه الرواية تفيد اشتراط وجود الدم في العشرة، ورواية ابن المبارك لا تفيد إلا اشتراط وجود ثلاثة أيام دما ولو في طرف واحد. وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أن نقص الطهر عن ثلاثة لم يفصل وإن كان ثلاثة فصل كيفما كان. ثم ينظر إن أمكن أن يجعل أحدهما بانفراده حيضا يجعل ذلك حيضا كما قاله محمد. وإنما خالفه في أصل واحد وهو أنه لم يعتبر غلبة الدم ولا مساواته بالطهر. وفي فتح القدير: فرع على هذه الاصول: رأت يومين دما وخمسة طهرا ويوما دما ويومين طهرا ويوما دما، فعند أبي يوسف العشرة الاولى حيض إن كانت عادتها أو مبتدأة لان الحيض يختم بالطهر، وإن كانت معتادة فعادتها فقط لمجاوزة الدم العشرة. وعلى قول محمد الاربعة الاخيرة فقط لانه تعذر جعل العشرة حيضا لاختتامها بالطهر، وتعذر جعل ما قبل الطهر الثاني حيضا لان الغلبة فيه للطهر فطرحنا الدم الاول والطهر الاول فبقي بعده يوم دم ويومان طهر ويوم

***

[٣٦٠]

دم والطهر أقل من ثلاثة فجعلنا الاربعة حيضا. وعند زفر الثمانية حيض لاشتراطه كون الدم ثلاثة في العشرة ولا يختم عنده بالطهر وقد وجد أربعة دما، وكذلك هو أيضا على رواية محمد عن أبي حنيفة لخروج الدم الثاني عن العشرة. فرع آخر: عادتها عشرة فرأت ثلاثة وطهرت ستة، عند أبي يوسف لا يجوز قربانها، وعند محمد يجوز لان المتوهم بعده من الحيض يوم الستة أغلب من الاربعة فيجعل الدم الاول فقط حيضا بخلاف قول أبي يوسف. ولو كانت طهرت خمسة وعادتها تسعة اختلفوا على قول محمد، قيل لا يباح قربانها لاحتمال الدم في يومين آخرين، وقيل يباح وهو الاولى لان اليوم الزائد موهوم لانه خارج العادة. وفي نظم ابن وهبان إفادة أن المجيز للقربان يكره ا ه. ما في فتح القدير. وعبارة النظم هذه: ولو طهرت بعد الثلاث وطهرت وعادتها لم تمض فالوطئ يذكر كراهته بعض وينفيه بعضهم وبالصوم تأتي والصلاة وتذكر ولا يخفى بعد هذه الافادة من النظم لان ما فيه ليس هذه الصورة بل الاغتسال عقب الطهر من غير بيان أن الطهر غالب على الحيض أو لا، وهي المسألة التي قدمناها وهي أن الدم إذا انقطع لاقل من العادة هل وطؤها حرام أو مكروه، وليس فيه خلاف الامامين ولم ينقل فيها الجواز أصلا ونقل الكراهة لا يفيده لان الجواز بمعنى الحل لا يجامع كراهة التحريم بخلافه بمعنى الصحة. قوله: (وأقل الطهر خمسة عشرة يوما) بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه مدة

***

[٣٦١]

اللزوم فصار كمدة الاقامة. قوله: (ولا حد لاكثره إلا عند نصب العادة في زمن الاستمرار) لانه قد يمتد إلى سنة وإلى سنتين وقد لا تحيض أصلا فلا يمكن تقديرا أكثره إلا عند الضرورة. وشمل كلامه ثلاث مسائل: الاولى إذا بلغت مستحاضة فستأتي أنه يقدر حيضها بعشرة من كل شهر وباقيه طهر. والثانية إذا بلغت برؤية عشرة مثلا دما وسنة طهرا ثم استمر بها الدم فقال أبو عصمة والقاضي أبو حازم: حيضها ما رأت وطهرها ما رأت فتنقضي عدتها بثلاث سنين وثلاثين يوما. وهذا بناء على اعتباره للطلاق أول الطهر، والحق أنه إن كان من أول الاستمرار إلى إيقاع الطلاق مضبوطا فليس هذا التقدير بلازم لجواز كون حسابه يوجب كونه أول الحيض فيكون أكثر من المذكور بعشرة أيام أو آخر الطهر فيقدر بسنتين وأحد وثلاثين أو اثنين أو ثلاثة وثلاثين ونحو ذلك، وإن لم يكن مضبوطا فينبغي أن تزاد العشرة إنزالا له مطلقا أول الحيض احتياطا. كذا في فتح القدير. وقد يقال: لما كان الطلاق في

***

[٣٦٢]

الحيض محرما لم ينزلوه مطلقا فيه حملا لحال المسلم على الصلاة وهو واجب ما أمكن. والثالثة مسألة المضللة وتسمى بالمحيرة وفيها ثلاثة فصول: الاولى الاضلال بالعدد. والثاني الاضلال بالمكان. والثالث الاضلال بهما. والاصل أنها متى تيقنت بالطهر في وقت صلت فيه بالوضوء لوقت كل صلاة وصامت، ومتى تيقنت بالحيض في وقت تركتهما فيه، ومتى شكت في وقت أنه وقت حيض أو طهر تحرت، فإن لم يكن لها رأي تصلي فيه بالوضوء لوقت كل صلاة وتصوم وتقضيه دونها، ومتى شكت في وقت أنه حيض أو طهر أو خروج عن الحيض تصلي فيه بالغسل لكل صلاة لجواز أنه وقت الخروج من الحيض ولا يأتيها زوجها بحال لاحتمال الحيض. أما

الاول وهو ما إذا نسيت عدد أيامها بعد ما انقطع الدم عنها أشهرا واستمر وعلمت أن حيضها في كل شهر مرة فإنها تدع الصلاة ثلاثة أيام من أول الاستمرار لتيقنها بالحيض فيها، ثم تغتسل سبعة أيام لكل صلاة لتردد حالها فيها بين الحيض والطهر والخروج من الحيض، ثم تتوضأ عشرين يوما لوقت كل صلاة لتيقنها فيها بالطهر ويأتيها زوجها. وأما إذا لم تعلم أنه في كل شهر مرة فهو على ثلاثة أوجه: أحدها ما إذا لم تعلم عدد حيضها وطهرها فإنها تدع الصلاة ثلاثة أيام من أول الاستمرار، ثم تصلي سبعة بالاغتسال لوقت كل صلاة، ثم تصلي ثمانية بالوضوء لوقت كل صلاة لتيقنها بالطهر فيها ويأتيها زوجها فيها، ثم تصلي
***
[٣٦٣]
ثلاثة بالوضوء لوقت كل صلاة للتردد بين الطهر والحيض، ثم تصلي بالاغتسال لكل صلاة كما قدمناه. وثانيها إذا علمت أن طهرها خمسة عشر ولم تعلم عدد حيضها فإنها تدع الصلاة ثلاثة أيام، ثم تصلي سبعة بالغسل، ثم تصلي ثمانية بالوضوء باليقين، ثم تصلي ثلاثة أيام بالوضوء بالشك فبلغ ذلك أحدا وعشرين يوما، فإن كان حيضها ثلاثة فابتداء طهرها الثاني بعد احد وعشرين يوما، وإن كان حيضها عشرة فابتداء طهرها الثاني بعد خمسة وثلاثين فتصلي في هذه الاربعة عشر التي بعد الاحد والعشرين بالاغتسال لكل صلاة للتردد بين الثلاثة، ثم تصلي يوما بالوضوء لوقت كل صلاة بيقين لتيقنها بالطهر لانه اليوم الخامس عشر منه الذي هو السادس والثلاثون، ثم تصلي ثلاثة بالوضوء لوقت كل صلاة للتردد فيها بين الحيض والطهر، ثم تغتسل لكل صلاة أبدا لانه ما من ساعة إلا ويتوهم أنه وقت خروجها من الحيض. وثالثها إذا علمت أن حيضها ثلاثة ولا تعلم عدد طهرها فإنها تدع الصلاة ثلاثة أيام من أول الاستمرار، ثم تصلي خمسة عشر يوما بالوضوء لوقت كل صلاة لتيقنها بالطهر فيه، ثم تصلي ثلاثة بالوضوء للتردد بين الحيض والطهر، ثم تغتسل لكل صلاة أبدا لتوهم خروجها عن الحيض كل ساعة، وإن علمت أنها كانت تحيض في كل شهر مرة من أوله أو آخره ولا تدري العدد تتوضأ ثلاثة أيام في أول الشهر لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر، ثم تغتسل سبعة أيام للتردد بين الثلاثة ثم تتوضأ إلى آخر الشهر وتغتسل مرة واحدة لتمام الشهر لجواز خروجها من الحيض لان الشك في العشرة الاولى والاخيرة لا في الوسطى. وأما الثاني وهو الاضلال بالمكان فأصله أنها متى أضلت أيامها في ضعفها من العدد أو
***
[٣٦٤]
أكثر من الضعف فلا تتيقن بالحيض في شئ منه كما لو أضلت ثلاثة في ستة أو أكثر، ومتى أضلت أيامها في دون ضعفها من العدد فإنها تتيقن بالحيض في شئ منه كما لو أضلت ثلاثة في خمسة فإنها تتيقن بالحيض في اليوم الثالث فإنه أول الحيض أو آخره، فإن علمت أن أيامها كانت ثلاثة ولا تعلم موضعها من الشهر تصلي ثلاثة أيام من أول الشهر بالوضوء لوقت كل صلاة للتردد بين الحيض والطهر، ثم تغتسل سبعة وعشرين لكل صلاة لتوهم خروجها من الحيض في كل ساعة، وإن علمت أن أيامها أربعة توضأت في الاربعة ثم اغتسلت لكل صلاة إلى آخر العشر، وكذا لو علمت أن أيامها خمسة توضأت خمسة ثم اغتسلت إلى آخر العشر، ولو علمت أن أيامها ستة توضأت أربعة من أول العشر وتدع الصلاة والصوم يومين لتيقنها بالحيض فيهما لما قدمناه من الاصل، ثم تغتسل أربعة لكل صلاة لتوهم خروجها من الحيض في كل ساعة، وإن علمت أن أيامها سبعة صلت بالوضوء ثلاثة أيام من أولها وتدع أربعة أيام لتيقنها بالحيض فيها، ثم تغتسل لكل صلاة ثلاثة أيام: وعلى هذا القياس الثمانية والتسعة. وأما الثالث وهو الاضلال بهما كما إذا استحيضت ونسيت عدد أيامها ومكانها فإنها تتحرى وإن لم يكن لها رأي اغتسلت لكل صلاة على الصحيح، وقيل لوقت كل صلاة وتصلي المكتوبات والواجبات والسنن المؤكدة ولا تصلي تطوعا كالصوم تطوعا وتقرأ القدر المفروض والواجب على الصحيح، وقيل تقتصر على المفروض وتقرأ في الركعتين الاخيرتين على الصحيح لانها سنة، وقيل لا. ولا تقرأ في الوتر اللهم إنا نستعينك لانها سورة عند عمر وغيره يقوم مقامه. ولا تقرأ شيئا من القرآن خارج الصلاة ولا تمس المصحف ولا تدخل المسجد ولو سمعت آية السجدة فسجدت في الحال لا تجب الاعادة عليها لانها إن كانت طاهرة فقد صح أداؤها وإلا لم تلزمها، وإن سجدت بعد ذلك أعادت بعد العشرة لاحتمال طهارتها وقت السماع وحيضها وقت السجود. وأما قضاء الفوائت فإن كان عليها فوائت فقضتها فعليها إعادتها بعد عشرة أيام لاحتمال حيضها وقت القضاء. وقال أبو علي الدقاق: تقضيها بعد العشرة قبل أن تزيد على خمسة عشر وهو الصحيح لجواز أن يعود حيضها بعد خمسة

عشر يوما. وأما الصوم فإنها تصوم كل شهر رمضان لاحتمال طهارتها
***
[٣٦٥]
كل يوم وتعيد بعد رمضان عشرين يوما وهو على ثلاثة أوجه: الاول إن علمت أن ابتداء حيضها كان يكون بالليل فإنها تقضي عشرين يوما لجواز أن حيضها في كل شهر عشرة أيام، فإذا قضت عشرة يجوز حصولها في الحيض فتقضي عشرة أخرى. والثاني إن علمت أن ابتداء حيضها كان يكون بالنهار فتقضي اثنين وعشرين يوما لان أكثر ما فسد صومها في الشهر أحد عشر يوما فتقضي ضعفه احتياطا، وإن لم تعلم شيئا قال عامة مشايخنا: تقضي عشرين لان الحيض لا يزيد على عشرة. وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني: تقضي اثنين وعشرين يوما وهو الاصح احتياطا لجواز أن يكون بالنهار. وهذا إذا علمت دورها في كل شهر، فإن لم تعلم ذلك، فإن علمت أن ابتداء حيضها كان بالليل تقضي خمسة وعشرين يوما لجواز أنها حاضت عشرة في أوله وخمسة في آخره أو على العكس فعليها قضاء خمسة عشر يوما، فإذا قضته موصولا بالشهر فعلى التقدير الاول فخمسة أيام من شوال بقية حيضها الثاني فلا يجزئ الصوم
***
[٣٦٦]
فيها ويجزئها في خمسة عشر بعدها وعلى العكس، فيوم الفطر أول يوم من طهرها لا تصوم فيه ثم يجزئها الصوم في أربعة عشر يوما، ثم لا يجزئها في عشرة، ثم يجزئها في آخر يوم فجملته خمسة وعشرون يوما. وكذلك إن قضته مفصولا لتوهم أن ابتداء القضاء كان وافق أول يوم من حيضها فلا يجزئها الصوم في عشر ثم يجزئها في خمسة عشر. وإن علمت أن ابتداء حيضها كان بالنهار تقضي اثنين وثلاثين يوما إن قضته موصولا برمضان لان أكثر ما فسد من صومها من أول الشهر ستة عشر يوما، وإن قضته مفصولا تقضي ثمانية وثلاثين يوما لتوهم أن ابتداء القضاء وافق أول يوم من حيضها فلا يجزئها الصوم في أحد عشر ثم يجزئها في أربعة عشر ثم لا يجزئها في أحد عشر ثم يجزئها في يومين، فجملته ثمانية وثلاثون يوما. وإن كانت لا تعلم شيئا قال عامة مشايخنا: تصوم خمسة وعشرين يوما. وقال الفقيه أبو جعفر: إن قضته موصولا صامت اثنين وثلاثين، وإن قضته مفصولا صامت ثمانية وثلاثين يوما وهو الاصح لما بينا. وهذا كله إذا كان شهر رمضان كاملا، فإن كان ناقصا وعلمت أن ابتداء حيضها كان بالليل أو لم تعلم، فإن وصلت قضت ثلاثة وثلاثين يوما، وإن فصلت صامت سبعة وثلاثين يوما. وأما إن حجت فلا تأتي بطواف التحية لانه سنة وتطوف للزيارة
***
[٣٦٧]
لانه ركن ثم تعيده بعد عشرة، وتطوف للصدر ولا تعيده لانها إن كانت طاهرة فقد سقط وإلا فلا يجب على الحائض. ولا يأتيها زوجها تجنبا عن وقوعه في الحيض، ولا يطؤها بالتحري لان التحري في باب الفروج لا يجوز. نص عليه في كتاب التحري في باب الجواري. وقال مشايخنا: له أن يتحرى لان زمان الطهر أكثر فتكون الغلبة للحلال وعند غلبة الحلال يجوز التحري كما في المساليخ إذا غلب الحلال منها. كذا في المحيط مع حذف للبعض، ومن أشكل عليه شئ مما كتبناه فليراجعه. وأما حكم العدة ففيه اختلاف،
***
[٣٦٨]
فنهم من لم يقدر لها طهرا ولا تنقضي عدتها أبدا لان التقدير لا يجوز إلا توقيفا، والعامة قدروه بسنة، والميداني بستة أشهر إلا ساعة لان الطهر بين الدمين أقل من أدنى مدة الحبل عادة فنقصنا عنه ساعة لتنقضي عدتها بتسعة عشر شهرا إلا ثلاث ساعات لاحتمال أنه طلقها أول الطهر. وبحث الشارح الزيلعي أنه ينبغي زيادة عشرة لمثل ما قلنا في المسألة الثانية وجوابه بمثل ما قدمناه. وعن محمد بن الحسن شهران واختاره الحاكم الشهيد وعليه الفتوى لانه أيسر على المفتي والنساء كذا في النهاية والعناية وفتح القدير. قوله (ولو زاد الدم على أكثر الحيض والنفاس فما زاد على عادتها استحاضة) لان ما رأته في أيامها حيض بيقين، وما زاد على العشرة استحاضة بيقين، وما بين ذلك متردد بين أن يلحق بما قبله فيكون حيضا فلا تصلي وبين أن يلحق بما بعده فيكون استحاضة فتصلي فلا تترك الصلاة بالشك فيلزمها قضاء ما تركت من الصلاة. والمراد بالاكثر عشرة أيام وعشر ليال في الحيض حتى إذا كان عشرة أيام وتسع ليال ثم زاد الدم فإنه حيض حتى يزيد على ليلة الحادي عشر. كذا في السراج الوهاج. وهل تترك بمجرد رؤيتها الزيادة؟ قيل لا إذ لم نتيقن

بكونه حيضا لاحتمال الزيادة على العشرة، وقيل نعم استصحابا للحال ولان الاصل الصحة وكونه استحاضة بكونه عن داء. وصححه في النهاية وغيرها. وكذا في النفاس، فما زاد على الاربعين ولها عادة معروفة فإنها ترد إليها أطلقه فشمل ما إذا كان ختم عادتها بالدم أو بالطهر. وهذا عند أبي يوسف، وعند محمد إن كان ختم عادتها بالدم

***

[٣٦٩]

فكذلك، وإن كان بالطهر فلا، لان أبا يوسف يرى ختم الحيض والنفاس بالطهر إذا كان بعده دم، ومحمد لا يرى ذلك. وبيانه ما ذكر في الاصل إذا كانت عادتها في النفاس ثلاثين يوما فانقطع دمها على رأس عشرين يوما وطهرت عشرة أيام تمام عادتها فصلت وصامت ثم عاودها الدم فاستمر بها حتى جاوز الاربعين ذكر أنها مستحاضة فيما زاد على الثلاثين ولا يجزئها صومها في العشرة التي صامت فيلزمها القضاء. قال الحاكم الشهيد: هذا على مذهب أبي يوسف يستقيم، فأما على مذهب محمد ففيه نظر لما قدمناه فنفاسها عنده عشرون يوما فلا يلزمها قضاء ما صامت في العشرة أيام بعد العشرين. كذا في البدائع. وقيد بكونه زاد على الاكثر لانه لو زاد على العادة ولم يزد على الاكثر فالكل حيض اتفاقا بشرط أن يكون بعده طهر صحيح، وإنما قيدنا به لانها لو كانت عادتها خمسة أيام مثلا من أول كل شهر فرأت ستة أيام فإن السادس حيض أيضا، فإن طهرت بعد ذلك أربعة عشر يوما ثم رأت الدم فإنها ترد إلى عادتها وهي خمسة واليوم السادس استحاضة فتقضي ما تركته فيه من الصلاة. كذا في السراج الوهاج. وإنما الخلاف في أنه يصير عادة لها أو لا إلا إن رأت في الثاني كذلك. وهذا بناء على نقل العادة بمرة أو لا، فعندهما لا، وعند أبي يوسف نعم. وفي الخلاصة والكافي أن الفتوى على قول أبي يوسف. وإنما تظهر ثمرة الاختلاف فيما لو استمر بها الدم في الشهر الثاني، فعند أبي يوسف يقدر حيضها من كل شهر ما رأته آخرا، وعندهما على ما كان قبله. كذا في فتح القدير وفيه نظر، بل ثمرة الاختلاف تظهر أيضا فيما إذا رأت في الشهر الاول زيادة على عادتها فإن الامر موقوف

***

[٣٧٠]

عند أبي حنيفة إن رأت في الشهر الثاني مثله فهذا والاول حيض وإلا فهو استحاضة. وقالا: حيض لان أبا يوسف يرى نقض العادة بمرة، ومحمد يرى الابدال إن أمكن كما صرح به في الكافي فيما إذا رأت يومين فيها يوما قبلها. وفي الفتاوى الظهيرية: ولو رأت صاحبة العادة قبل أيامها ما يكون حيضا، وفي أيامها ما لا يكون حيضا، أو رأت قبل أيامها ما لا يكون حيضا وفي أيامها ما لا يكون حيضا لكن إذا جمعا كانا حيضا أو رأت قبل أيامها ما يكون حيضا ولم تر في أيامها شيئا لا يكون شئ من ذلك حيضا عند أبي حنيفة والامر موقوف إلى الشهر الثاني، فإن رأت في الشهر الثاني مثل ما رأت في الشهر الاول يكون الكل حيضا، وعندهما يكون حيضا غير أن عند أبي يوسف بطريق العادة، وعند محمد بطريق البدل. ولو رأت قبل أيامها ما لا يكون حيضا وفي أيامها ما يكون حيضا فالكل حيض بالاتفاق، ويجعل ما قبل أيامها تبعا لايامها. ولو رأت قبل أيامها ما يكون حيضا وفي أيامها ما يكون حيضا، فعن أبي حنيفة روايتان وكذا الحكم في المتأخر غير أنها إذا رأت في أيامها ما يكون حيضا وبعد أيامها ما لا يكون

***

[٣٧١]

حيضا يكون الكل حيضا رواية واحدة عن أبي حنيفة. وقد بين الابدال على قول محمد وأطال فيه فمن رامه فليراجعها. وما في الظهيرية هو الانتقال من حيث المكان، وما تقدم هو انتقال العادة من حيث العدد وعلى هذا الخلاف لو انقطع دون عادتها على ثلاث أو أربعة. كذا في السراج الوهاج. وفي الظهيرية: والعادة كما تنتقل برؤية الدم المخالف للدم المرئي في أيامها مرتين فكذلك تنتقل بطهر أيامها مرتين. قيد بكونها معتادة لانه لو لم يكن لها عادة معروفة بأن كانت ترى شهرا ستا وترى شهرا سبعا فاستمر بها الدم فإنها تأخذ في حق الصوم والصلاة والرجعة بالاقل، وفي حق انقضاء العدة والغشيان بالاكثر. فعليها إذا رأت ستة أيام في الاستمرار أن تغتسل في اليوم السابع لتمام السادس وتصلي فيه وتصوم إن كان دخل عليها شهر رمضان لانه يحتمل أن يكون السابع حيضا ويحتمل أن لا يكون حيضا فوجب احتياطا، فإذا جاء الثامن فعليها الغسل ثانيا وتقضي اليوم الذي صامته في السابع لاحتمال كونها حائضا فيه ولا تقضي الصلاة. وإن كانت عادتها خمسة فحاضت ستة ثم حاضت أخرى سبعة ثم حاضت أخرى ستة فعادتها ستة بالاجماع حتى يبني

الاستمرار عليها لان عند أبي يوسف يبني الاستمرار على المرة الاخيرة، وأما عندهما فقد رأت الستة مرتين. كذا في البدائع
***
[٣٧٢]
والمبسوط. ومنهم - كصاحب المحيط والمصفى - جعل هذا نظير العادة الجعلية وإنها نوعان: أصلية وهي أن ترى دمين متفقين وطهرين متفقين على الولاء أو أكثر وأن الخلاف جار فيها، والجعلية تنتقل برؤية المخالف مرة واحدة اتفاقا وهي أن ترى أطهارا مختلفة ودماء مختلفة بأن رأت في الابتداء خمسة دما وسبعة عشر طهرا ثم أربعة وستة عشر ثم ثلاثة وخمسة عشر، ثم استمر بها الدم. فعلى قول محمد بن ابراهيم يبني على أوسط الاعداد فتدع من أول الاستمرار أربعة وتصلي ستة عشر وذلك دأبها، وعلى قول ابن مزاحم تبني على أقل المرئيين الاخيرين فتدع ثلاثة وتصلي خمسة عشر فهذه عادتها جعلية لها في زمن الاستمرار، ولذلك سميت جعليه لانها جعلت عادة للضرورة، ولا يخفى أن ما في البدائع وغيره أولى لانه أحوط. ثم اختلفوا في العادة الجعلية إذا طرأت على العادة الاصلية هل تنتقض الاصلية؟ قال أئمة بلخ: لا لانها دونها. وقال أئمة بخارى: نعم لانها لا بد أن تتكرر في الجعلية خلاف ما كان في الاصلية فإن المرأة متى كانت عادتها الاصلية في الحيض خمسة فلا تثبت العادة الجعلية إلا برؤية ستة وسبعة وثمانية ويتكرر فيها خلاف العادة الاصلية مرارا، فالعادة الاصلية تنتقل بالتكرار بخلافها. كذا في المحيط. وفي المجتبى: والعادة تنتقل عند أبي يوسف بأحد أمور ثلاثة: بعدم رؤية مكانها مرة، وبطهر صحيح صالح لنصب العادة يخالف الاول مرة، ودم صالح مخالف مرة. وعندهما بتكرر هذه الامور مرتين على الولاء اه. قوله: (ولو مبتدأة فحيضها عشرة ونفاسها أربعون) أي لو كانت المستحاضة ابتدأت مع البلوغ مستحاضة أو مع الولد الاول فحيضها ونفاسها الاكثر لان الاصل الصحة فلا يحكم بالعارض إلا بيقين، وتترك الصلاة بمجرد رؤية الدم على الصحيح كصاحبة العادة، وعن أبي حنيفة أنها لا تترك ما لم تستمر ثلاثة أيام. وتثبت عادة هذه المبتدأة بمرة واحدة، فلو رأت خمسة دما وخمسة عشر طهرا ثم استمر الدم فإنها تترك الصلاة من أول الاستمرار خمسة ثم تصلي خمسة عشر وذلك عادتها لان الانتقال عن حالة الصغر في النساء لا يحصل إلا بمرة واحدة بخلاف المعتادة. ثم العادة في حق المبتدأة أيضا نوعان: أصلية وجعلية، فالاولى على وجهين: أحدهما أن ترى دمين خالصين وطهرين خالصين متفقين على الولاء بأن رأت مبتدأة ثلاثة دما وخمسة عشر طهرا وثلاثة دما وخمسة عشر طهرا ثم استمر بها الدم، فإنها تدع الصلاة من أول الاستمرار وتصلي خمسة عشر لان ذلك صار عادة أصلية لها بالتكرار. والثاني
***
[٣٧٣]
أن ترى دمين وطهرين مختلفين بأن رأت ثلاثة دما وخمسة عشر طهرا وأربعة دما وستة عشر طهرا ثم استمر بها الدم، فعند أبي يوسف أيام حيضها وطهرها ما رأت أول مرة، واختلفوا في قولهما فقيل عادتها ما رأته أول مرة، وقيل عادتها أقل المرتين لان الاقل موجود في الاكثر فيتكرر الاقل معنى. وأما العادة الجعلية فهي أن ترى ثلاثة دماء وأطهار مختلفة، ثم استمر الدم بها بأن رأت خمسة دما وسبعة عشر طهرا. وأربعة دما وستة عشر طهرا وثلاثة دما وخمسة عشر طهرا. واختلفوا فقيل عادتها أوسط الاعداد فتدع من أول الاستمرار أربعة وتصلي ستة عشر، وقيل أقل المرئيين الاخيرين فتدع من أول الاستمرار ثلاثة وتصلي خمسة عشر، فلو رأت مبتدأة ثلاثة دما وخمسة عشر طهرا وأربعة دما وستة عشر طهرا وخمسة دما وسبعة عشر طهرا ثم استمر بها الدم، فعادتها أربعة في الدم وستة عشر في الطهر اتفاقا لان ذلك أقل المرئيين الاخيرين وأوسط الاعداد. ولو رأت ثلاثة دما وخمسة عشر طهرا وأربعة دما وستة عشر طهرا وثلاثة دما وخمسة عشر طهرا، فإن عادتها ثلاثة في الدم وخمسة عشر في الطهر لانا جعلنا ما رأته آخرا مضموما إلى ما رأته أولا لانه تأكد بالتكرار فصار عادة جعلية لها. كذا في المحيط. وبقية مسائل المبتدأة مذكورة فيه فمن رامها فليراجعه ولخوف الاطالة المؤدية إلى الملل لم نوردها. وأطلق العشرة فشمل الاولى والوسطى والاخيرة لان المراد عشرة من أول ما رأت. قوله: (وتتوضأ المستحاضة ومن به سلس بول أو استطلاق بطن أو انفلات ريح أو رعاف دائم أو جرح لا يرقأ لوقت كل فرض) لما كان الحيض أكثر وقوعا قدمه، ثم أعقبه الاستحاضة لانه أكثر وقوعا من النفاس فإنها تكون مستحاضة بما إذا رأت الدم حالة الحبل، أو زاد الدم على العشرة، أو زاد الدم على عادتها وجاوز العشرة، أو رأت ما دون الثلاث، أو رأت قبل تمام الطهر، أو رأت قبل أن تبلغ تسع سنين على ما عليه العامة. وكذا من أسباب الاستحاضة إذا زاد الدم على الاربعين في النفاس أو زاد على عادتها وجاوز الاربعين، وكذا ما تراه الآيسة بخلاف

النفاس فإن سببه شئ واحد. وقدم حكم الاستحاضة ومن بمعناها على تفريعها لان المقصود بيان الحكم. ودم الاستحاضة اسم لدم خارج من الفرج دون الرحم وعلامته أنه لا رائحة له، ودم الحيض منتن الرائحة. ومن به سلس بول وهو من لا يقدر على امساكه والرعاف الدم الخارج من الانف والجرح الذي لا يرقأ أي الذي لا يسكن دمه من رقا الدم سكن. وإنما كان وضوءها لوقت كل فرض لا لكل صلاة لقوله عليه الصلاة والسلام المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة رواه سبط ابن الجوزي عن أبي حنيفة. وحديث توضئ لكل صلاة محمول عليه لان اللام للوقت. وفي الفتاوى الظهيرية: رجل رعف أو
***
[٣٧٤]
سال من جرحه دم ينتظر آخر الوقت، إن لم ينقطع الدم توضأ وصلى قبل خروج الوقت، فإن توضأ وصلى ثم خرج الوقت ودخل وقت صلاة أخرى وانقطع الدم ودام الانقطاع إلى وقت صلاة أخرى توضأ وأعاد الصلاة، وإن لم ينقطع في وقت الصلاة الثانية حتى خرج الوقت جازت الصلاة ا ه‍. وسيأتي إيضاحه. وقيد بالوضوء لانه لا يجب عليها الاستنجاء لوقت كل صلاة. كذا في الظهيرية أيضا. وفي البدائع: وإنما تبقى طهارة صاحب العذر في الوقت إذا لم يحدث حدثا آخر، أما إذا أحدث حدثا آخر فلا تبقى كما إذا سال الدم من أحد منخرية فتوضأ ثم سال من المنخر الآخر فعليه الوضوء لان هذا حدث جديد لم يكن موجودا وقت الطهارة، فأما إذا سال منهما جميعا فتوضأ ثم انقطع أحدهما فهو على وضوئه ما بقي الوقت اه‍. قوله: (ويصلون به فرضا ونفلا) أي يصلي أرباب الاعذار بوضوئهم ما شاؤوا فرضا كان أو واجبا أو نفلا فالمراد بالنفل ما زاد على الفرض فيشمل الواجب. فروع وينبغي لصاحب الجرح أن يربطه تقليلا للنجاسة، ولو سال على ثوبه فعليه أن يغسله إذا كان مفيدا بأن لا يصيبه مرة أخرى، وإن كان يصيبه المرة بعد الاخرى أجزأه ولا يجب غسله ما دام العذر قائما، وقيل لا يجب غسله أصلا، واختار الاول السرخسي. والمختار ما في النوازل إن كان لو غسله تنجس ثانيا قبل الفراغ من الصلاة جاز أن لا يغسله وإلا فلا. ومتى قدر المعذور على رد السيلان برباط أو حشو أو كان لو جلس لا يسيل ولو قام سال وجب رده، وخرج برده عن أن يكون صاحب عذر بخلاف الحائض إذا منعت الدرور فإنها حائض. واختلفوا في المستحاضة إذا احتشت، قيل كصاحب العذر، وقيل كالحائض. كذا في السراج. ويجب أن يصلي جالسا بإيماء إن سال بالميلان لان ترك السجود أهون من الصلاة مع الحدث، ولا يجوز أن يصلي من به انفلات ريح خلف من به سلس البول لان الامام معه حدث ونجاسة فكان صاحب عذرين، والمأموم صاحب عذر واحد. ولو كان في عينيه رمد يسيل دمعها يؤمر بالوضوء لكل وقت لاحتمال كونه صديدا. وفي
***
[٣٧٥]
فتح القدير: وأقول هذا التعليل يقتضي أنه أمر استحباب فأن الشك والاحتمال في كونه ناقضا لا يوجب الحكم بالنقض إذ اليقين لا يزول بالشك، نعم إذا علم من طريق غلبة الظن بإخبار الاطباء أو علامات تغلب على ظن المبتلي يجب اه‍. وهو حسن لكن صرح في السراج الوهاج بأنه صاحب عذر فكان الامر للايجاب. قوله: (ويبطل بخروجه فقط) أي ولا يبطل بدخوله ومراده يظهر الحدث السابق عند خروجه فإضافة البطلان إلى الخروج مجاز لانه لا تأثير للخروج في الانتقاض حقيقة، ولهذا لا يجوز لهم المسح على الخفين بعد الوقت إذا كان العذر موجودا وقت الوضوء، أو اللبس ولا البناء إذا خرج الوقت وهم في الصلاة. وظهور الحدث السابق عنده إنما هو مقتصر من كل وجه على التحقيق لا أنه مستند إلى أول الوقت، ولهذا لو شرع صاحب العذر في التطوع ثم خرج الوقت لزمه القضاء، ولو كان ظهوره مستندا لم يلزمه لان المراد بظهوره أن ذلك الحدث محكوم بارتفاعه إلى غاية معلومة فيظهر عندها مقتصرا لا أن يظهر قيامه شرعا من ذلك
***
[٣٧٦]
الوقت، ومن حقق أنه اعتبار شرعي لم يشكل عليه مثله. ثم إنما يبطل بخروجه إذا توضؤوا على السيلان أو وجد السيلان بعد الوضوء، أما إذا كان على الانقطاع ودام إلى خروج الوقت فلا يبطل بالخروج ما لم يحدث حدثا آخر أو يسيل دمها، وأفاد أنه لو توضأ بعد طلوع الشمس ولو لعيد أو ضحى على الصحيح فلا تنتقض إلا بخروج وقت الظهر لا بدخوله خلافا لابي يوسف، وأنه لو توضأ قبل الطلوع

انتقض بالطلوع اتفاقا خلافا لزفر، وأنه لو توضأ في وقت الظهر للعصر بطل بخروج وقت الظهر على الصحيح. فالحاصل أنه ينتقض بالخروج لا بالدخول عندهما، وعند أبي يوسف بأيهما وجد، وعند زفر بالدخول فقط. قوله: (وهذا إذا لم يمض عليهم وقت فرض إلا وذلك الحدث يوجد فيه) أي وحكم الاستحاضة والعذر يبقى إذا لم يمض على أصحابهما وقت صلاة إلا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه ولو قليلا حتى لو انقطع وقتا كاملا خرج عن كونه عذرا. قيدنا بكونه شرط البقاء لان شرط ثبوته ابتداء بأن يستوعب وقتا كاملا. كذا في أكثر الكتب. وفي النهاية يشترط في الابتداء دوام السيلان من أول الوقت إلى آخره اعتبارا بالسقوط فإنه لا يتم حتى ينقطع في الوقت كله. وفي شرح الشيخ حميد الدين الضرير: فالشرط في الابتداء أن يكون الحدث مستغرقا جميع الوقت حتى لو لم يستغرق كل الوقت لا تكون مستحاضة، وظاهره أنه لو انقطع في الوقت زمنا يسيرا لا تكون مستحاضة. وفي الكافي ما يخالفه فإنه قال: إنما يصير صاحب عذر إذا لم يجد في وقت صلاة زمانا يتوضأ فيه خاليا عن الحدث. وفي التبيين أن الاظهر خلاف ما في الكافي. وفي فتح القدير أن ما في الكافي يصلح تفسيرا لما في غيره إذ قل ما يستمر كمال وقت بحيث لا ينقطع لحظة فيؤدي إلى نفي تحققه إلا في الامكان بخلاف جانب الصحة منه فإنه يدوم انقطاعه وقتا كاملا وهو مما يتحقق اه. وفي شرح الدرر والغرر لمنلاخسرو: لا مخالفة بين ما في عامة الكتب وما ذكره في الكافي بدليل أن شراح الجامع الخلاطي قالوا في شرح قوله لان زوال العذر يثبت باستيعاب الوقت كالثبوت أن الانقطاع الكامل معتبر في إبطال رخصة المعذور والقصر غير معتبر إجماعا فاحتيج إلى حد فاصل، فقدرنا بوقت الصلاة كما قدرنا به ثبوت العذر ابتداء فإنه يشترط لثبوته ابتداء دوام السيلان

***

[٣٧٧]

من أول الوقت إلى أخره لانه إنما يصير صاحب عذر ابتداء فإنه يشترط لثبوته ابتداء دوام السيلان من أول الوقت إلى آخره لانه إنما يصير صاحب عذر ابتداء إذا لم يجد في وقت صلاة زمانا يتوضأ فيه ويصلي خاليا عن الحدث الذي ابتلى به اه. فالحاصل أن صاحب العذر ابتداء من استوعب عذره تمام وقت صلاة ولو حكما لان الانقطاع اليسير ملحق بالعدم وفي البقاء من وجد عذره في جزء من الوقت، وفي الزوال يشترط استيعاب الانقطاع حقيقة. وفي السراج الوهاج: للمستحاضة وضوآن: كامل وناقص، فالكامل أن نتوضأ والدم منقطع فهذه لا يضرها خروج الوقت إذا لم يسل إلى خرجه، والناقص أن نتوضأ وهو سائل فهذه يضرها خروجه، سال بعد ذلك أولا. ولها انقطاعان: كامل وناقص. فالكامل أن ينقطع وقتا كاملا فهذا يوجب الزوال ويمنع اتصال الدم الثاني بالاول، والناقص أن ينقطع دونه فهذا لا يزيله ويكون ما بعده كدم متصل. وبيانه إذا زالت الشمس ودمها سائل فتوضأت على السيلان ثم انقطع قبل الشروع في صلاة الظهر أو بعده قبل القعود قدر التشهد أو بعده قبل السلام عند الامام ودام الانقطاع حتى خرج وقت الظهر انتقض وضوءها لانه ناقص فأفسده خروج الوقت، ثم إذا توضأت للعصر فتم الانقطاع حتى غربت الشمس لم ينتقض وضوءها لانه كامل فلا يضره الخروج، ولكن عليها إعادة الظهر لان دمها انقطع وقتا كاملا وتبين أنها صلت الظهر بطهارى العذر والعذر زائل، ولا يجب عليها إعادة العصر لان فساد الظهر إنما عرف بعد الغروب. وأما إذا كان دمها انقطع بعدما فرغت من صلاة الظهر أو بعد القعود قدر التشهد على قولهما فإنها لا تعيد الظهر لان عذرها زال بعد الفراغ كالمتيمم إذا رأى الماء بعد الفراغ من الصلاة اه. وظن القوام الاتقاني في غاية البيان أن ما ذكر في المتن تعريف للمستحاضة فأورد عليه الحائض والنفساء لان الحائض قد تكون بهذه المثابة بأن لا يمضي عليها وقت إلا وهو يوجد فيه، واختار تعريفا للمستحاضة بأنها هي التي ترى الدم مستغرقا وقت صلاة في الابتداء من غير شرط استمرار في البقاء في زمان لا يعتبر من الحيض والنفاس اه. وليس كما ظن بل هو شرط لها لا تعريف وقد قدمنا تعريف الاستحاضة. قوله: (والنفاس دم يعقب الولد) شرعا. وفي اللغة هو مصدر نفست المرأة بضم النون وفتحها إذا ولدت فهي نفساء وهن نفاس. وإنما سمى الدم به لان النفس التي هي اسم لجملة الحيوان قوامها بالدم، وقولهم النفاس هو الدم الخارج عقيب الولد تسمية بالمصدر كالحيض. فأما اشتقاقه من تنفس الرحم أو خروج النفس بمعنى الولد فليس بذاك. كذا في المغرب. وأفاد

***

[٣٧٨]

المصنف أنها لو ولدت ولم تر دما لا تكون نفساء. ثم يجب الغسل عند أبي حنيفة احتياطا لان الولادة لا تخلو ظاهرا عن قليل دم،

وعند أبي يوسف لا يجب لانه متعلق بالنفاس ولم يوجد. كذا في فتح القدير وفيه نظر، بل هي نفساء عند أبي حنيفة لما في السراج الوهاج أنه يبطل صومها عند أبي حنيفة إن كانت صائمة، عند أبي يوسف لا غسل عليها ولا يبطل صومها اه. فلو لم تكن نفساء لم يبطل صومها، وصحح الشارح الزيلعي قول أبي يوسف معزيا إلى المفيد وقال: لكن يجب عليها الوضوء بخروج النجاسة مع الولد إذ لا تخلو عن رطوبة. وصحح في الفتاوى الظهيرية قول الامام بالوجوب، وكذا صححه في السراج الوهاج قال: وبه كان يفتي الصدر الشهيد فكان هو المذهب. وفي العناية: وأكثر المشايخ أخذوا بقول أبي حنيفة. وأراد المصنف بالدم الدم الخارج عقب الولادة من الفرج فإنها لو ولدت من قبل سرتها بأن كان ببطنها جرح فانشقت وخرج الولد منها تكون صاحبة جرح سائل لا نفساء وتنقضي به العدة وتصير الامة أم ولد، ولو علق طلاقها بولادتها وقع لوجود الشرط. كذا في الفتاوى الظهيرية إلا إذا سال الدم من الاسفل فإنها تصير نفساء ولو ولدت من السرة لانه وجد خروج الدم من الرحم عقب الولادة. كذا في المحيط. والدم الخارج عقب خروج أكثر الولد كالخارج عقب كله فيكون نفاسا، وإن خرج الاقل لا يكون حكمها حكم النفساء ولا تسقط عنها الصلاة ولو لم تصل تكون عاصية لربها. ثم كيف تصلي؟ قالوا: يؤتى بقدر فيجعل القدر تحتها أو يحفر لها حفيرة وتجلس هناك وتصلي كيلا تؤذي ولدها. كذا في الظهيرية ونقله في المحيط عن أبي حنيفة وأبي يوسف. وعند محمد وزفر: إذا خرج أكثره لا يكون نفاسا لان عندهما النفاس لا يثبت إلا بوضع الحمل كله. قوله (ودم الحامل استحاضة) لانسداد فم الرحم بالولد فلا يخرج منه دم ثم يخرج بخروج الولد للانفتاح به، ولذا حكم الشارع بكون وجود الدم دليلا على فراغ الرحم في قوله صلى الله عليه وسلم ألا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحبالى حتى يستبرأن بحيضة. وأفاد أن ما
***
[٣٧٩]
تراه من الدم في حال ولادتها قبل خروج أكثر الولد استحاضة فتتوضأ إن قدرت في هذه الحالة أو تتيمم وتومئ بالصلاة ولا تؤخر فما عذر الصحيح القادر. كذا في المجتبى. قوله (والسقط أن ظهر بعض خلقه ولد) هو بالكسر والتثليث لغة كذا في المصباح وهو الولد الساقط قبل تمامه وهو كالساقط بعد تمامه في الاحكام فتصير المرأة به نفساء وتنقضي به العدة وتصير الامة به أم ولد إذا ادعاه المولى، ويحنث به لو كان علق يمينه بالولادة. ولا يستبين خلقه إلا في مائة وعشرين يوما كذا ذكره الشارح الزيلعي في باب ثبوت النسب. والمراد نفخ الروح وإلا فالمشاهد ظهور خلقته قبلها. قيد بقوله إن ظهر لانه لو لم يظهر من خلقته شئ فلا يكون ولدا ولا تثبت هذه الاحكام فلا نفاس لها لكن إن أمكن جعل المرئي من الدم حيضا بأن يدوم إلى أقل مدة الحيض ويقدمه طهر تام يجعل حيضا وإن لم يمكن كان استحاضة. كذا في العناية وإن كان لا يدري أمستبين هو أم لا بأن أسقطت في المخرج واستمر بها الدم إن أسقطت أول أيامها تركت الصلاة قدر عادتها بيقين لانها إما حائض أو نفساء، ثم تغتسل وتصلي عادتها في الطهر بالشك لاحتمال كونها نفساء أو طاهرة، ثم تترك الصلاة قدر عادتها بيقين لانها إما نفساء أو حائض، ثم تغتسل وتصلي عادتها في الطهر بيقين إن كانت استوفت أربعين من وقت الاسقاط وإلا فبالشك في القدر الداخل فيها، وبيقين في الباقي، ثم تستمرعلى ذلك. وإن أسقطت بعد أيامها فإنها تصلي من ذلك الوقت قدر عادتها في الطهر بالشك، ثم تترك قدر عادتها في الحيض
***
[٣٨٠]
بيقين. وحاصل هذا كله أنه لا حكم للشك ويجب الاحتياط، وفي كثير من نسخ الخلاصة غلط في التصوير هنا من النساخ فاحترس منه. كذا في فتح القدير. وفي النهاية: فإن رأت دما قبل إسقاط السقط ورأت دما بعده، فإن كان مستبين الخلق فما رأت قبله لا يكون حيضا وهي نفساء فيما رأته بعده، وإن لم يكن مستبين الخلق فما رأته بعده حيض إن أمكن كما قدمناه. قوله (ولا حد لاقله) أي النفاس لان تقدم الولد علم الخروج من الرحم فأغنى عن امتداده بما جعل علما عليه بخلاف الحيض. وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه: اتفق أصحابنا على أن أقل النفاس ما يوجد فإنها كما ولدت إذا رأت الدم ساعة ثم انقطع الدم عنها فإنها تصوم وتصلي وكان ما رأت نفاسا لا خلاف في هذا بين أصحابنا، إنما الخلاف فيما إذا وجب اعتبار أقل النفاس في انقضاء العدة بأن قال لها إذا ولدت فأنت طالق فقالت انقضت عدتي أي مقدار يعتبر لاقل النفاس مع ثلاث حيض عند أبي حنيفة يعتبر أقله بخمسة وعشرين يوما، وعند

أبي يوسف بأحد عشر، وعند محمد بساعة، فأما في حق الصوم والصلاة فأقله ما يوجد. كذا في النهاية. وإنما لم ينقص عن خمسة وعشرين عند أبي حنيفة لانه لو نصب لها دون ذلك أدى إلى نقض العادة عند عود الدم في الاربعين لان من أصله أن الدم إذا كان في الاربعين فالطهر المتخلل فيه لا يفصل طال الطهر أو قصر حتى لو رأت ساعة دما وأربعين إلا ساعتين طهرا ثم ساعة دما كان الاربعون كله نفاسا. وعندهما إن لم يكن الطهر خمسة عشر يوما فكذلك وإن كان خمسة عشر يوما فصاعدا يكون الاول نفاسا والثاني حيضا إن أمكن وإلا كان استحاضة، وهو رواية ابن المبارك عنه، وكذا في حق الاخبار بانقضاء العدة مقدر بخمسة وعشرين يوما عنده، وأبو يوسف قدره بأحد عشر يوما ليكون أكثر من أكثر الحيض. كذ في التبيين. فعلى هذا لا تصدق في أقل من خمسة وثمانين يوما عند أبي حنيفة في رواية محمد عنه، وفي رواية الحسن لا تصدق في أقل من مائة يوم وتوضيحه بتمامه في السراج الوهاج. قوله (وأكثره أربعون يوما والزائد استحاضة) وهو مروي عن جماعة من الصحابة منهم

***

[٣٨١]

ابن عمر وعائشة، ولانهم أجمعوا على أن أكثر مدة النفاس أربعة أمثال أكثر مدة الحيض، وقد ثبت في باب الحيض أن أكثر مدته عشرة أيام بلياليها فكان أكثر مدة النفاس أربعين يوما. وإنما كان كذلك لان الروح لا تدخل في الولد قبل أربعة أشهر فتجتمع الدماء أربعة أشهر، فإذا دخل الروح صار الدم غذاء للولد، فإذا خرج الولد خرج ما كان محتبسا من الدماء أربعة أشهر في كل شهر عشرة أيام. كذا في النهاية. ومراده المبتدأة، وأما صاحبة العادة إذا زاد دمها على الاربعين فإنها ترد إلى أيام عادتها، وقد ذكره من قبل هذا كذا في التبيين. وقد قدمنا أن أبا يوسف يجوز ختم عادتها بالطهر ومحمد يمنعه فراجعه قوله (ونفاس التوأمين من الاول) وهما الولدان اللذان بين ولادتيهما أقل من ستة أشهر، وهذا مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف لان بالولد الاول ظهر انفتاح الرحم فكان المرئي عقبه نفاسا، وعند محمد وزفر نفاسها من الثاني والاول استحاضة. وأفاد المصنف أن ما تراه عقب الثاني أن كان قبل الاربعين فهو نفاس الاول لتمامها واستحاضة بعد تمامها عند أبي حنيفة وأبي يوسف فتغتسل وتصلي كما وضعت الثاني وهو الصحيح. كذا في النهاية. وفي السراج الوهاج: ومن فوائد الاختلاف إذا كان عادتها عشرين فرأت بعد الاول عشرين وبعد الثاني أحدا وعشرين، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف العشرون الاولى نفاس وما بعد الثاني استحاضة، وعند محمد وزفر العشرون الاولى استحاضة تصوم وتصلي معها وما بعد الثاني نفاس. ولو رأت بعد الاول عشرين وبعد الثاني عشرين وعادتها عشرون، فالذي بعد الثاني نفاس إجماعا، والذي قبله نفاس أيضا عندهما خلافا لمحمد وزفر. وقيد بالتوأمين لانه لو كان بينهما ستة أشهر فأكثر فهما حملان

***

[٣٨٢]

ونفاسان، ولو ولدت ثلاثة أولاد بين الاول والثاني أقل من ستة أشهر، وكذا بين الثاني والثالث ولكن بين الاول والثالث أكثر من ستة أشهر فالصحيح أنه يجعل حملا واحدا والله تعالى أعلم. باب الانجاس لما فرغ من الحكمية وتطهير شرع في الحقيقة وإزالتها. وقدم الحكمية لانها أقوى لكون قليلها يمنع جواز الصلاة اتفاقا ولا يسقط وجوب إزالتها بعذر ما إما أصلا أو خلفا بخلاف الحقيقية. كذا في النهاية. وأما من به نجاسة وهو محدث إذا وجد ماء يكفي أحدهما فقط إنما وجب صرفه إلى النجاسة لا الحدث ليتيمم بعده فيكون محصلا للطهارتين لا لانها أغلظ من الحدث. كذا في فتح القدير. والانجاس جمع نجس بفتحتين وهو كل مستقذر، وهو في الاصل مصدر ثم استعمل اسما قال الله تعالى * (إنما المشركون نجس) * (التوبة: ٢٨) وكما أنه يطلق على الحقيقي يطلق على الحكمي إلا أنه لما قدم بيان الحكمي أمن اللبس فأطلقه. كذا في العناية. وفي الكافي: الخبث يطلق على الحقيقي والحدث على الحكمي والنجس عليهما اهـ. والنجاسة شرعا عين مستقذرة شرعا وإزالتها عن البدن والثوب والمكان فرض إن كان القدر المانع كما سيأتي وأمكن إزالتها من غير ارتكاب ما هو أشد حتى لو لم يتمكن من إزالتها إلا بإبداء عورته للناس يصلي معها لان كشف العورة أشد، فلو أبداها للازالة فسق إذ من ابتلى بين أمرين محظورين عليه أن يرتكب أهونهما. كذا في فتح القدير. وفي البزازية: ومن لم يجد

***

[٣٨٣]

سترة تركه ولو على شط نهر لان النهي راجح على الامر حتى استوعب النهي الازمان ولم يقتض الامر التكرار. وفي الخلاصة: إذا تنجس

طرف من أطراف الثوب ونسيه فغسل طرفا من أطراف الثوب من غير تحر حكم بطهارة الثوب هو المختار، فلو صلى مع هذا الثوب صلوات ثم ظهر أن النجاسة في الطرف الآخر يجب عليه إعادة الصلوات التي صلى على هذا الثوب اهـ. وفي الظهيرية: المصلي إذا رأى على ثوبه نجاسة ولا يدري متى أصابته ففيه تقاسيم واختلافات، والمختار عند أبي حنيفة أنه لا يعيد إلا الصلاة التي هو فيها، واختار في البدائع في المسألة الاولى غسل الجميع احتياطا لان موضع النجاسة غير معلوم وليس البعض بأولى من البعض، وفي شرح النقاية: ولو وجب غسل على رجل ولم يجد ما يستره من رجال يرونه يغتسل ولا يؤخر ولو وجب عليه الاستنجاء يتركه. والفرق أن النجاسة الحكمية أقوى

***

[٣٨٤]

من النجاسة الحقيقية بدليل عدم جواز الصلاة معها وإن كانت دون الدرهم، ولو وجب غسل على امرأة لا تجد سترة من الرجال تؤخر وإن كانت لا تجد سترة من النساء فكالرجل بين الرجال اهـ. وينبغي أن تتيمم المرأة وتصلي لعجزها شرعا عن استعمال الماء فينتقل الحكم إلى التيمم وسيأتي تفاريعها في شروط الصلاة. قوله (يطهر البدن والثوب بالماء) وهذا بالاجماع وأراد به الماء المطلق وقد تقدم تعريفه في بحث المياه. وأراد بطهارة البدن طهارته من الخبث لا من الحدث لان عطف عليه المائع الطاهر وإن كان الحدث يجوز إزالته بالماء. قوله (وبمائع مزيل كالخل وماء الورد) قياسا على إزالتها بالماء بناء على أن الطهارة بالماء معلولة بعلة كونه قالعا لتلك النجاسة والمائع قالع فهو

***

[٣٨٥]

محصل ذلك المقصود، فتحصل به الطهارة وما عن أسماء بنت الصديق رضي الله عنهما قالت: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: أحدانا يصيب ثوبها من دم الحيض كيف تصنع به؟ قال: تحته ثم تقرصه بالماء ثم تنضحه ثم تصلي فيه. متفق عليه. فلا يدل على خلافه لانه مفهوم لقب وهو ليس بحجة كما عرف في الاصول. وألحت القشر بالعود والظفر ونحوه، والقرص بأطراف الاصابع. وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد قياسا على النجاسة الحكمية. وقيد بكونه مزيلا ليخرج الدهن والسمن واللبن وما أشبه ذلك لان الازالة إنما تكون بأن يخرج أجزاء النجاسة مع المزيل شيئا فشيئا وذلك إنما يتحقق فيما ينعصر بالعصر بخلاف الخل وماء الباقلا الذي لم يثخن فإنه مزيل، وكذا الريق. وعلى هذا فرعوا طهارة الثدي إذا قاء عليه الولد ثم رضعه حتى أزال أثر القئ، وكذا إذا لحس أصبعه من نجاسة بها حتى ذهب الاثر أو شرب خمرا ثم تردد ريقه في فيه مرارا طهر حتى لو صلى صحت صلاته. وعلى قول محمد لا تصح ولا يحكم بالطهارة بذلك لانه لا يجيز إزالتها إلا بالماء المطلق. ولم يقيده بالطاهر كما في الهداية للاختلاف فيه، فقيل لا يشترط حتى لو غسل الثوب المتنجس بالدم ببول ما يؤكل لحمه زالت نجاسة الدم وبقية نجاسة البول فلا يمنع ما لم يفحش. وصحح السرخسي أن التطهير بالبول لا يكون، واختاره المحقق في فتح القدير. ووجهه أن سقوط التنجس حال كون المستعمل في المحل ضرورة التطهير وليس البول مطهرا للتضاد بين الوصفين فيتنجس بنجاسة الدم، فما إزداد الثوب بهذا إلا شرا إذ يصير جميع المكان المصاب بالبول متنجسا بنجاسة الدم وإن لم يبق عين الدم. وتظهر ثمرة الاختلاف أيضا فيمن حلف ما فيه دم وقد غسله بالبول لا يحنث على الضعيف، ويحنث على الصحيح إليه أشار في النهاية وفي العناية: وكذا الحكم في الماء المستعمل يعني على القول بنجاسته، فقيل يزيل النجاسة والاصح لا. وأما على القول بطهارته فهو مائع مزيل طاهر فيزيل النجاسة الحقيقية، وقد

***

[٣٨٦]

صرح بكون المستعمل مزيلا القدوري في مختصره. وفي النهاية: إنما يتصور على رواية محمد عن أبي حنيفة وأما على رواية أبي يوسف فهو نجس فلا يزيل النجاسة وقد قدمنا الكلام عليه في بحث الماء المستعمل. ثم أعلم أن القياس يقتضي تنجس الماء بأول الملاقاة للنجاسة لكن سقط للضرورة، سواء كان الثوب في أجانة وأورد الماء عليه أو كان الماء فيها وأورد الثوب المتنجس عليه، عندنا فهو طاهر في المحل نجس إذا انفصل سواء تغير أو لا. وهذا في الماءين بالاتفاق وأما الماء الثالث فهو طاهر عندهما إذا انفصل أيضا لانه كان طاهرا وانفصل عن محل طاهر، وعند أبي حنيفة نجس لان طهارته في المحل ضرورة تطهيره وقد زالت. وإنما حكم شرعا بطهارة المحل عند

انفصاله ولا ضرورة في اعتبار الماء المنفصل ظاهرا مع مخالصة النجس بخلاف الماء الرابع فإنه لم يخالطه ما هو محكوم شرعا بنجاسته في المحل فيكون طاهرا. وأما عند الشافعي فإنما سقط هذا القياس في الماء الوارد على النجاسة، أما في الماء الذي وردت عليه النجاسة فلا يطهر عنده. وعلى هذا فالاولى في غسل الثوب النجس وضعه في الاجانه من غير ماء ثم صب الماء عليه لا وضع الماء أولا ثم وضع الثوب فيه خروجا من الخلاف. ولما سقط ذلك القياس عندنا مطلقا لم يفرق محمد بين تطهير الثوب النجس في الاجانة والعضو النجس بأن يغسل كلا منهما في ثلاث إجانات طاهرات أو ثلاثا في إجانة بمياه طاهرة ليخرج من الثالث طاهرا. وقال أبو يوسف بذلك في الثوب خاصة، أما العضو المتنجس إذا غمس في إجانات طاهرات نجس الجميع ولا يطهر بحال بل بأن يغسل في ماء جار أو يصب عليه لان القياس يأبى حصول الطهارة لهما بالغسل في الاواني فسقط في الثياب للضرورة وبقي في العضو لعدمها. وهذا يقتضي أنه لو كان المتنجس من الثوب موضعا صغيرا فلم يصب الماء عليه وإنما غسله في الاناء فإنه لا يطهر عند أبي يوسف لعدم الضرورة لتيسر الصب. وعلى هذا جنب اغتسل في آبار ولم يكن استنجى تنجس كلها وإن كثرت، وإن كان استنجى صارت فاسدة ولم يطهر عند أبي يوسف. وقال محمد: إن لم يكن استنجى يخرج من الثالثة طاهرا وكلها نجسة، وإن كان استنجى يخرج من الاولى طاهرا وسائرها مستعملة. كذا في المصفى. وينبغي تقييد الاستعمال بما إذا قصد القربة عنده. كذا

***

[٣٨٧]

في فتح القدير. وقد قدمنا في بحث الماء المستعمل أنه لا يحتاج إلى قصد القربة عند محمد على الصحيح، وقدمنا أن ماء البئر لا يصير مستعملا على الصحيح لان الملاقي للعضو المنفصل عنه وهو قليل بالنسبة إلى ماء البئر فلا يصير ماؤها مستعملا كما أوضحناه في الخير الباقي في جواز الوضوء في الفساقي. وتكلمنا عليه في شرحنا هذا فراجعه. قوله (لا الدهن) أي لا يجوز التطهير بالدهن لانه ليس بمزيل، وما روي عن أبي يوسف من أنه لو غسل الدم من الثوب بدهن حتى ذهب أثره جاز لخلاف الظاهر عنه، بل الظاهر عن أبي حنيفة وصاحبيه خلافه. كذا في شرح منية المصلي، وكذا ما روي في المحيط من كون اللبن مزيلا في رواية فضعيف وعلى ضعفه فهو محمول على ما إذا لم يكن فيه دسومة. وفي المجتبى: والماء المقيد ما استخرج بعلاج كماء الصابون والحرض والزعفران والاشجار والاثمار والباقلا فهو طاهر غير طهور يزيل النجاسة الحقيقية عن الثوب والبدن جميعا. كذا قال الكرخي والطحاوي. وفي العيون: لا يزيل عن البدن في قولهم جميعا والصحيح ما ذكراه اه. قوله (والخف بالدلك بنجس ذي جرم وإلا يغسل) بالرفع عطفا على البدن أي يطهر الخف بالدلك إذا أصابته نجاسة لها جرم، وإن لم يكن لها جرم فلا بد من غسله الحديث أبي داود إذا جاء أحدكم المسجد فلينظر، فإن رأى في نعله أذى أو قذرا فليمسحه وليصل فيهما (١) وفي حديث ابن خزيمة فطهورهما التراب وخالف فيه محمد والحديث حجة عليه ولهذا روي رجوعه كما في النهاية. قيد بالخف لان الثوب والبدن لا يطهران بالدلك إلا في المني لان الثوب لتخلخه يتداخله كثير من أجزاء النجاسة فلا يخرجها إلا الغسل، والبدن للينه ورطوبته وما به من العرق لا يجف، فعلى هذا فما روي عن محمد في المسافر إذا أصاب يده نجاسة يمسحها بالتراب فمحمول على أن المسح لتقليل النجاسة لا للتطهير وإلا فمحمد لا يجوز الازالة بغير الماء، وهما لا يقولان بالدلك لا في الخف والنعل. كذا في فتح القدير. وظاهر ما في النهاية أن المسح للتطهير فيحمل على أن عن محمد روايتين. ولم يقيده بالجفاف للاشارة إلى أن قول أبي يوسف هنا هو الاصح فإن عنده لا تفصيل بين الرطب واليابس، وهما قيداه بالجفاف وعلى قوله أكثر المشايخ. وفي النهاية والعناية، والخانية والخلاصة وعليه الفتوى وفي فتح القدير وهو المختار لعموم البلوى ولاطلاق الحديث. وفي الكافي: والفتوى أنه يطهر لو مسحه بالارض بحيث لم يبق أثر

***

[٣٨٨]

النجاسة اه. فعلم به أن المسح بالارض لا يطهر إلا بشرط ذهاب أثر النجاسة وإلا لا يطهر. وأطلق الجرم فشمل ما إذا كان الجرم منها أو من غيرها بأن ابتل الخف بخمر فمشى به على رمل، أو رماد فاستجمد فمسحه بالارض حتى تناثر طهر وهو الصحيح. كذا في التبيين. ثم الفاصل بينهما أن كل ما يبقى بعد الجفاف على ظاهر الخف كالعذرة والدم فهو جرم، وما لا يرى بعد الجفاف فليس بجرم، واشتراط الجرم قول الكل لانه لو أصابه بول فيبس لم يجزه حتى يغسله لان الاجزاء تتشرب فيه فاتفق الكل على أن المطلق

مقيد، فقيده أبو يوسف بغير الرقيق، وقيداه بالجرم والجفاف. وإنما قيده أبو يوسف به لانه مفاد بقوله طهور أي مزيل، ونحن نعلم أن الخف إذا تشرب البول لا يزيله المسح، فإطلاقه مصروف إلى ما يقبل الازالة بالمسح. كذا في النهاية والعناية. وتعقبه في فتح القدير بأنه لا يخفى ما فيه إذ معنى طهور مطهر واعتبر ذلك شرعا بالمسح المصرح به في الحديث الآخر الذي ذكرناه مقتصرا عليه، وكما لا يزيل ما تشرب به من الرقيق كذلك لا يزيل ما تشرب من الكثيف حال الرطوبة على ما هو المختار للفتوى باعتراف هذا المجيب. والحاصل فيه بعد إزالة الجرم كالحاصل قبل الدلك في الرقيق فإنه لا يشرب إلا ما في استعداده قبوله وقد يصيبه من الكثيفة الرطبة مقدار كثير يشرب من رطوبته مقدار ما يشربه من بعض الرقيق اه. وقد يفرق بأن التشرب وإن كان موجودا فيهما لكن عفي عنه في التشرب من الكثيف حال الرطوبة للضرورة والبلوى، ولانا نعلم أن الحديث يفيد طهارتها بالدلك مع الرطوبة إذ ما بين المسجد والمنزل ليس مسافة يجف في مدة قطعها ما أصاب الخف رطبا، ولم يعف عن التشرب في الرقيق لعدم الضرورة والبلوى إذ قد جوزوا كون الجرم من غيرها بأن يمشي به على رمل أو تراب فيصير لها جرم فتطهر بالدلك فحيث أمكنه ذلك لا ضرورة في التطهير بدونه والله سبحانه أعلم. وذكر المصنف الدلك بالارض تبعا لرواية الاصل وهو المسح فإنه ذكر في الاصل إذا مسحهما بالتراب يطهر. وفي الجامع الصغير: إنه إن حكه أو حته بعدما يبس طهر. قال في النهاية قال مشايخنا: لولا المذكور في الجامع الصغير لكنا نقول إنه إذا لم يمسحهما بالتراب لا يطهر لان المسح بالتراب له أثر في باب الطهارة فإن محمدا قال في المسافر إذا أصاب يده نجاسة يمسحها بالتراب. فأما الحك فلا أثر له في باب الطهارة، فالمذكور في الجامع الصغير بين أن
***
[٣٨٩]
له أثرا أيضا اه. وقد قدمنا مسألة مسح المسافر يده المتنجسة. وأعلم أنا قد قدمنا أن الطهارة بالمسح خاصة بالخف والنعل وأن المسح لا يجوز في غيرهما كما قالوا، أو ينبغي أن يستثنى منه ما في الفتاوى الظهيرية وغيرها إذا مسح الرجل محجمة بثلاث خرقات رطبات نظاف أجزأه عن الغسل. هكذا ذكره الفقيه أبو الليث ونقله في فتح القدير وأقره عليه ثم قال: وقياسه ما حول محل الفصد إذا تلطخ ويخاف من الاسالة السريان إلى الثقب ا ه. وهو يقتضي تقييد مسألة المحاجم بما إذا خاف من الاسالة ضررا كما لا يخفى والمنقول مطلق. وفي الفتاوى الظهيرية: خف بطانة ساقه من الكرباس فدخل في خروقه ماء نجس فغسل الخف ودلكه باليد ثم ملا الماء وأراقه طهر للضرورة يعني من غير توقف على عصر الكرباس كما صرح به البزازي في فتاواه. ثم قال في الظهيرية أيضا: الخف يطهر بالغسل ثلاثا إذا جففه في كل مرة بخرقة. وعن القاضي الامام صدر الاسلام أبي اليسر: إنه لا يحتاج إلى التجفيف. وفي السراج الوهاج: الخف إذا دهن بدهن نجس ثم غسل بعد ذلك فإنه يطهر. قوله (وبمني يابس بالفرك وإلا يغسل) معطوف على قوله بالماء يعني يطهر البدن والثوب والخف وإذا أصابه مني بفركه إن كان يابسا وبغسله إن كان رطبا، وهو فرع نجاسة المني خلافا للشافعي لحديث مسلم عن عائشة أنه صلى الله عليه وسلم كان يغسل المني ثم يخرج إلى الصلاة في ذلك الثوب وأنا أنظر إلى أثر الغسل فيه. فإن حمل على حقيقته من أنه فعله بنفسه فظاهر لانه لو كان طاهرا لم يغسله لانه إتلاف الماء لغير حاجة وهو سرف، أو هو على مجازه وهو أمره بذلك فهو فرع علمه أطلق مسألة المني فشمل منيه ومنيها. وفي طهارة فيها بالفرك اختلاف، قال الفضلي: لا يطهر به لرقته والصحيح أنه لا فرق بين مني الرجل ومني المرأة. كذا في فتاوى قاضيخان. وشمل البدن والثوب في أن كلا منهما يطهر بالفرك وهو ظاهر الرواية للبلوى، وعن أبي حنيفة أن البدن لا يطهر بالفرك لرطوبته. كذا في شرح المجمع لابن الملك. وشمل ما إذا تقدمه مذي أو لا، وقيل إنما يطهر بالفرك إذا لم يسبقه مذي فإن سبقه لا يطهر إلا بالغسل، وعن هذا قال شمس الائمة: مسألة المني مشكلة لان كل فحل يمذي ثم يمني إلا أن يقال إنه مغلوب بالمني مستهلك فيه فيجعل تبعا اه. وفي فتح القدير: وهذا ظاهر في أنه إذا كان الواقع أنه لا يمني حتى يمذي وقد طهره الشرع بالفرك يابسا يلزم أن يكون اعتبر ذلك الاعتبار للضرورة بخلاف ما إذا بال ولم يستنج بالماء حتى أمنى فإنه لا
***
[٣٩٠]
يطهر حينئذ إلا بالغسل لعدم الملجئ كما قيل. وقيل: ولو بال ولم ينتشر البول على رأس الذكر بأن لم يتجاوز الثقب فأمنى لا يحكم بتنجيس

المني، وكذا إذا جاوز لكن خرج المني دفقا من غير أن ينتشر على رأس الذكر لانه لم يوجد سوى مروره على البول في مجراه ولا أثر لذلك في الباطن ا هـ. وظاهر المتون الاطلاق أعني سواء بال واستنجى أو لم يستنج بالماء فإن المني يطهر بالفرك لانه مغلوب مستهلك كالمذي، ولم يعف في المذي إلا لكونه مستهلكا لا لاجل الضرورة. وأطلق في الثوب فشمل الجديد والغسيل فيطهر كلا منهما بالفرك، وقيده في غاية البيان بكون الثوب غسيلا احترازا عن الجديد فإنه لا يطهر بالفرك ولم أره فيما عندي من الكتب لغيره وهو بعيد كما لا يخفى. وشمل ما إذا كان للثوب بطانة نفذ إليها وفيه اختلاف، والصحيح أن البطانة تطهر بالفرك كالظاهرة لانه من أجزاء المني. كذا في النهاية وغيرها. ثم نجاسة المني عندنا مغلظة. كذا في السراج الوهاج معزيا إلى خزانة الفقيه أبي الليث. وحقيقة الفرك، الحك باليد حتى يتفتت. كذا في شرح ابن الملك. وقد صرح المصنف بطهارة المحل بالفرك، وكذا في الكل وفيه اختلاف نذكره في آخرها إن شاء الله تعالى. وفي المجتبى: وبقاء أثر المني بعد الفرك لا يضر كبقائه بعد الغسل. وفي المسعودي: مني الانسان نجس وكذا مني كل حيوان، وأشار إلى أن العلقة والمضغة نجسان كالمني، وقد صرح بذلك في النهاية والتبيين، وكذا الولد إذا لم يستهل فهو نجس ولهذا قال قاضيخان في فتاواه، الولد إذا نزل من المرأة ولم يستهل وسقط في الماء أفسده، سواء غسل أو لا. وكذا لو حمله المصلي لا تصح صلاته اهـ. وفي المجتبى: أصاب الثوب دم عبيط فيبس فحته طهر الثوب كالمني اهـ. وفيه نظر لتصريحهم بأن طهارة الثوب بالفرك إنما هو في المني لا في غيره. وفي البدائع: وأما سائر النجاسات إذا أصابت الثوب أو البدن ونحوهما فإنها لا تزول إلا بالغسل، سواء كانت رطبة أو يابسة، وسواء كانت سائلة أو لها جرم. ولو أصاب ثوبه خمر فألقى عليها الملح ومضى عليه من المدة مقدار ما يتخلل فيها لم يحكم بطهارته حتى يغسله، ولو أصابه عصير فمضى عليه من المدة مقدار ما يتخمر العصير لا يحكم بنجاسته اهـ. قوله (ونحو السيف بالمسح) أي يطهر كل جسم صقيل لا مسام له بالمسح جديدا كان

***

[٣٩١]

أو غيره، فخرج الجديد إذا كان عليه صدأ أو منقوشا فإنه لا يطهر إلا بالغسل، وخرج الثوب الصقيل لوجود المسام، ودخل الظفر إذا كان عليه نجاسة فمسحها، وكذلك الزجاجة والزبدية الخضراء أعني المدهونة والخشب الخراطي والبوريا القصب كما في فتح القدير. وزاد في السراج الوهاج العظم والآبنوس وصفائح الذهب والفضة إذا لم تكن منقوشة. وإنما اكتفى بالمسح لان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يقتلون الكفار بسيوفهم ثم يمسحونها ويصلون معها: ولانه لا يتداخله النجاسة وما على طاهره يزول بالمسح أطلقه فشل الرطب واليابس والعذرة والبول. وذكر في الاصل أن البول والدم لا يطهر إلا بالغسل والعذرة الرطبة كذلك، واليابسة تطهر بالحت عندهما خلافا لمحمد والمصنف كأنه اختار ما ذكره الكرخي ولم يذكر خلاف محمد وهو المختار للفتوى لما قدمناه من فعل الصحابة. كذا في العناية. وقد أفاد المصنف طهارته بالمسح كنظائره وفيه اختلاف، فقيل تطهر حقيقة، وقيل تقل وإليه يشير قول القدوري حيث قال: اكتفى بمسحهما ولم يقل طهرتا وسيأتي بيان الصحيح فيه. وفي نظائره وفائدته فيما لو قطع البطيخ أو اللحم بالسكين الممسوحة من النجاسة فإنه يحل أكله على الاول دون الثاني. ولا يخفى أن المسح إنما يكون مطهرا بشرط زوال الاثر كما قيده به قاضيخان في فتاواه، ولا فرق بين أن يمسحه بتراب أو خرقة أو صوف الشاة أو غير ذلك كما في الفتاوى أيضا. والمسام منافذ الشئ. قوله (والارض باليبس وذهاب الاثر للصلاة لا للتيمم) أي تطهر الارض المتنجسة بالجفاف إذا ذهب أثر النجاسة فتجوز الصلاة عليها، ولا يجوز التيمم منها لاثر عائشة ومحمد ابن الحنفية: زكاة الارض يبسها. أي طهارتها. وإنما لم يجز التيمم منها لان الصعيد علم قبل التنجس طاهرا وطهورا وبالتنجس علم زوال الوصفين، ثم ثبت بالجفاف شرعا أحدهما أعني الطهارة فيبقى الآخر على ما علم من زواله وإذا لم يكن طهورا لا يتيمم به، وهذا أولى مما ذكره الشارحون في الفرق بأن طهارة المكان ثبتت بدلالة النص التي خص منها حالة غير الصلاة، والنجاسة القليلة والعام المخصوص من الحجج المجوزة كخبر الواحد فجاز تخصيصه بالاثر بخلاف قوله تعالى فتيمموا فإنه من الحجج الموجبة التي لم يدخله تخصيص،

***

[٣٩٢]

فإن المصنف في الكافي قال بعده: ولي فيه إشكال لان النص لا عموم له في الاحوال لانها غير داخلة تحت النص وإنما تثبت ضرورة،

والتخصيص يستدعي سبق التعميم، ولان الطيب يحتمل الطاهر والمنبت. وعلى الثاني حمله أبو يوسف والشافعي ولا يجوز أن يكونا مرادين لان المشترك لا عموم له فيكون مؤولا، وهو من الحجج المجوزة كالعام المخصوص قيد بالارض احترازا عن الثوب والحصير والبدن وغير ذلك فإنها لا تطهر بالجفاف مطلقا. ويشارك الارض في حكمها كل ما كان ثابتا فيها كالحيطان والاشجار والكلا والقصب وغيره ما دام قائما عليها، فيطهر بالجفاف وهو المختار. كذا في الخلاصة. فإن قطع الخشب والقصب وأصابته نجاسة فإنه لا يطهر إلا بالغسل. ويدخل في القصب الخص بضم الخاء المعجمة وبالصاد المهملة. البيت من القصب والمراد به هنا السترة التي تكون على السطوح من القصب. كذا في شرح الوقاية. وكذا الجص بالجيم كما في الخلاصة حكمه حكم الارض بخلاف اللبن الموضوع على الارض. وأما الحجر فذكر الخجندي أنه لا يطهر بالجفاف. وقال الصيرفي: إن كان الحجر أملس فلا بد من الغسل، وإن كان تشرب النجاسة كحجر الرحا فهو كالارض والحصى بمنزلة الارض. وأما اللبن والآجر فإن كانا موضوعين ينقلان ويحولان فإنهما لا يطهران بالجفاف لانهما ليسا بأرض، وإن كان اللبن مفروشا فجف قبل أن يقلع طهر بمنزلة الحيطان. وفي النهاية: إن كانت الآجرة مفروشة في الارض فحكمها حكم الارض، وإن كانت موضوعة تنقل وتحول، فإن كانت النجاسة على الجانب الذي يلي الارض جازت الصلاة عليها، وإن كانت النجاسة على الجانب الذي قام عليه المصلي لا تجوز صلاته. كذا في السراج الوهاج. وإذا رفع الآجر عن الفرش هل يعود نجسا؟ فيه روايتان كذا في البزازية وسيأتي بيان الصحيح في نظائرة. وأطلق في اليبس ولم يقيده بالشمس كما قيده القدوري لان التقييد به مبني على العادة وإلا فلا فرق بين الجفاف بالشمس والنار والريح والظل. وقيد باليبس لان النجاسة لو كانت رطبة لا تطهر إلا بالغسل، فإن كانت رخوة تتشرب الماء كما صب عليها فإنه يصب عليها الماء حتى يغلب على ظنه أنها طهرت، ولا توقيت في ذلك. وعن أبي يوسف يصب بحيث لو كانت هذه النجاسة في الثوب طهر، واستحسن هذا صاحب الذخيرة. وإن كانت صلبة إن كانت منحدرة حفر في أسفلها حفيرة وصب عليها الماء، فإذا اجتمع في تلك الحفيرة

***

[٣٩٣]

كبسها أعني الحفيرة التي فيها الغسالة، وإن كانت صلبة مستوية فلا يمكن الغسل بل يحفر ليجعل أعلاه في أسفله وأسفله في أعلاه، وإن كانت الارض مجصصة قال في الواقعات: يصب عليها الماء ثم يدلكها وينشفها بخرقة أو صوفة ثلاثا فتطهر، جعل ذلك بمنزلة غسل الثوب في الاجانة والتنشيف بمنزلة العصر، فإن لم يفعل ذلك ولكن صب عليها الماء كثيرا حتى زالت النجاسة ولم يوجد لها لون ولا ريح ثم تركها حتى نشفت طهرت. كذا في السراج الوهاج والخلاصة والمحيط. وقيد بذهاب الاثر الذي هو الطعم واللون والريح لانها لو جفت وذهب أثرها بالرؤية وكان إذا وضع أنفه شم الرائحة لم تجز الصلاة على مكانها. كذا في السراج الوهاج. وفي الفتاوى: إذا احترقت الارض بالنار فتيمم بذلك التراب، قيل يجوز التيمم، وقيل لا يجوز، والاصح الجواز. ثم أعلم أن ما حكم بطهارته بمطهر غير المائعات إذا أصابه ماء هل يعود نجسا؟ فذكر الشارح الزيلعي أن فيها روايتين، وأن أظهرهما أن النجاسة تعود بناء على أن النجاسة قلت ولم تزل وحكى خمس مسائل: المني إذا فرك، والخف إذا دلك، والارض إذا جفت مع ذهاب الاثر، وجلد الميتة إذا دبغ دباغا حكميا بالتتريب والتشميس، والبئر إذا غار ماؤها ثم عاد. وقد اختلف التصحيح في بعضها ولا بأس بسوق عباراتهم. فأما مسألة المني فقال قاضيخان في فتاواه: والصحيح أنه يعود نجسا. وفي الخلاصة: المختار أنه لا يعود نجسا. وأما مسألة الخف فقال في الخلاصة: هو كالمني في الثوب يعني المختار عدم العود. وقال الحدادي في السراج الوهاج: الصحيح أنه يعود نجسا. وأما مسألة الارض فقال قاضيخان في فتاواه: الصحيح أنها لا تعود نجسة. وقال في المجتبى: الصحيح عدم عود النجاسة. وفي الخلاصة بعد ما ذكر أن المختار عدم نجاسة الثوب من المني إذا أصابه الماء بعد الفرك قال: وكذا الارض على الرواية المشهورة. وأما مسألة جلد الميتة إذا دبغ ثم أصابه الماء فأفاد الشارح أنها على الروايتين لكن المتون مجمعة على الطهارة بالدباغ فإنهم يقولون: كل إهاب دبغ فقد طهر، وهو يقتضي عدم عودها. وأما مسألة البئر إذا غار ماؤها ثم عاد ففي الخلاصة: لا تعود نجسة وعزاه إلى الاصل. ويزاد على هذه الخمسة الآجرة المفروشة إذا تنجست فجفت ثم قلعت، فعلى الروايتين وفي الخلاصة المختار عدم العود. ويزاد السكين إذا مسحت فعلى الروايتين. وقال في السراج الوهاج: اختار القدوري عود النجاسة، واختار الاسبيجابي عدم العود. وفي المحيط: الارض إذا أصابتها النجاسة فيبست وذهب أثرها ثم أصابها الماء، والمني إذا فرك، والخف إذا دلك،

***
[٣٩٤]
والجب إذا غار ماؤها ثم عاد فيه روايتان في رواية يعود نجسا وهو الاصح اه‍. فالحاصل أن التصحيح والاختيار قد اختلف في كل مسألة منها كما ترى، فالاولى اعتبار الطهارة في الكل كما يفيده أصحاب المتون حيث صرحوا بالطهارة في كل، وملاقاة الماء الطاهر لا توجب التنجس وقد اختاره في فتح القدير، فإن من قال بالعود بناه على أن النجاسة لم تزل وإنما قلت، ولا يرد المستنجي بالحجر ونحوه إذا دخل في الماء القليل فإنهم قالوا بأنه ينجسه لان غير المائع لم يعتبر مطهرا في البدن إلا في المني، وجواز الاستنجاء بغير المائعات إنما هو لسقوط ذلك المقدار عفوا لا لطهارة المحل فعنه أخذوا كون قدر الدرهم في النجاسات عفوا على أن المختار طهارته أيضا كما سنبينه في آخر الباب. ثم أعلم أنه قد ظهر إلى هنا أن التطهير يكون بأربعة أمور: بالغسل الدلك والجفاف والمسح في الصقيل دون ماء والفرك يدخل في الدلك. والخامس مسح المحاجم بالماء بالخرق كما قدمناه. والسادس النار كما قدمناه في الارض إذا احترقت بالنار. والسابع انقلاب العين فإن كان في الخمر فلا خلاف في الطهارة، وإن كان في غيره كالخنزير والميتة تقع في المملحة فتصير ملحا يؤكل. والسرقين والعذرة تحترق فتصير رمادا تطهر عند محمد خلافا لابي يوسف، وضم إلى محمد أبا حنيفة في المحيط، وكثير من المشايخ اختاروا قول محمد. وفي الخلاصة: وعليه الفتوى. وفي فتح القدير أنه المختار لان الشرع رتب وصف النجاسة على تلك الحقيقة وتنتفي الحقيقة بانتفاء بعض أجزاء مفهومها فكيف بالكل، فإن الملح غير العظم واللحم فإذا صار ملحا ترتب حكم الملح، ونظيره في الشرع النطفة نجسة وتصير علقة وهي نجسة وتصير مضغة فتطهر، والعصير طاهر فيصير خمرا فينجس ويصير خلا فيطهر، فعرفنا أن استحالة العين تستتبع زوال الوصف المرتب عليها، وعلى قول محمد فرعوا الحكم بطهارة
***
[٣٩٥]
صابون صنع من زيت نجس اه‍. وفي المجتبى: جعل الدهن النجس في صابون يفتى بطهارته لانه تغير والتغيير يطهر عند محمد ويفتى به للبلوى. وفي الظهيرية: ورماد السرقين طاهر عند أبي يوسف خلافا لمحمد والفتوى على قول أبي يوسف وهو عكس الخلاف المنقول فإنه يقتضي أن الرماد طاهر عند محمد نجس عند أبي يوسف كما لا يخفى. وفيها أيضا العذرات إذا دفنت في موضع حتى صارت ترابا، قيل تطهر كالحمار الميت إذا وقع في المملحة فصار ملحا يطهر عند محمد. وفي الخلاصة: فأرة وقعت في دن خمر فصار خلا يطهر إذا رمي بالفأرة قبل التخلل، وإن تفسخ الفأرة فيها لا يباح. ولو وقعت الفأرة في العصير ثم تخمر العصير ثم تخلل وهو لا يكون بمنزلة ما لو وقعت في الخمر هو المختار، وكذا لو ولغ الكلب في العصير، ثم تخمر ثم تخلل لا يطهر اه‍. وفي الظهيرية: إذا صب الماء في الخمر ثم صارت الخمر خلا تطهر وهو الصحيح، وأدخل في فتح القدير التطهير بالنار في الاستحالة، ولا ملازمة بينهما فإنه لو أحق موضع الدم من رأس الشاة طهر، والتنور إذا رش بماء نجس لا بأس بالخبز فيه. كذا في المجتبى. وكذا الطين النجس إذا جعل منه الكوز أو القدر وجعل في النار يكون طاهرا. كذا في السراج الوهاج، والثامن الدباغ وقد مر، والتاسع الذكاة فكل حيوان يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكاة كما قدمناه. والعاشر النزح في الآبار كما بيناه. فظهر بهذا أن المطهرات عشرة كما ذكره في المجتبى ناقلا عن صلاة الجلابي قوله (وعفى قدر الدرهم كعرض الكف من نجس مغلظ كالدم والبول والخمر وخر الدجاج وبول ما لا يؤكل لحمه والروث والخثى) لان ما لا يأخذه الطرف كوقع الذباب مخصوص من نص التطهر اتفاقا فيخص أيضا قدر الدرهم بنص الاستنجاء بالحجر لان محله قدره ولم يكن الحجر مطهرا حتى لو دخل في قليل ماء نجسه، أو بدلالة الاجماع عليه. والمعتبر وقت الاصابة فلو كان دهنا نجسا قدر درهم فانفرش فصار أكثر منه لا يمنع في اختيار المرغيناني وجماعة، ومختار غيرهم المنع، فلو صلى قبل اتساعه جازت وبعده لا، وبه أخذ الاكثرون. كذا في السراج والوهاج. ولا يعتبر نفوذ المقدار إلى الوجه الآخر إذا كان الثوب واحدا لان النجاسة حينئذ واحدة في الجانبين فلا يعتبر متعددا بخلاف ما إذا كان ذا
***
[٣٩٦]
طاقين لتعددها فيمنع، وعن هذا فرع المنع لو صلى مع درهم متنجس الوجهين لوجود الفاصل بين وجهه وهو جواهر سمكه، ولانه مما لا ينفذ نفس ما في أحد الوجهين فيه فلم تكن النجاسة متحدة فيهما. ثم إنما يعتبر المانع مضافا إليه، فلو جلس الصبي المتنجس الثوب

والبدن في حجر المصلي وهو يستمسك أو الحمام المتنجس على رأسه جازت صلاته لانه الذي يستعمله فلم يكن حامل النجاسة بخلاف ما لو حمل من لا يستمسك حيث يصير مضافا إليه فلا يجوز. كذا في فتح القدير. ولو حمل ميتا إن كان كافرا لا يصح مطلقا، وإن كان مسلما لم يغسل فكذلك، وإن غسل فإن استهل صحت وإلا فلا. ومراده من العفو صحة الصلاة بدون إزالته لا عدم الكراهة لما في السراج الوهاج وغيره إن كانت النجاسة قدر الدرهم تكره الصلاة معها إجماعا، وإن كانت أقل وقد دخل في الصلاة نظر إن كان في الوقت سعة فالافضل إزالتها واستقبال الصلاة، وإن كانت تفوته الجماعة فإن كان يجد الماء ويجد جماعة آخرين في موضع آخر فكذلك أيضا ليكون مؤديا للصلاة الجائز بيقين، وإن كان في آخر الوقت أو لا يدرك الجماعة في موضع آخر يمضي على صلاته ولا يقطعها اه. والظاهر أن الكراهة تحريمية لتجويزهم رفض الصلاة لاجلها ولا ترفض لاجل المكروه تنزيها، وسوى في فتح القدير بين الدرهم وما دونه في الكراهة ورفض الصلاة، وكذا في النهاية والمحيط. وفي الخلاصة ما يقتضي الفرق بينهما فإنه قال: وقدر الدرهم لا يمنع ويكون سيئا وإن كان أقل فالافضل أن يغسلها ولا يكون سيئا اه. وأراد بالدرهم المثقال الذي وزنه عشرون قيراطا. وعن شمس الائمة أنه يعتبر في كل زمان درهمه والاول هو الصحيح. كذا في السراج الوهاج. وأفاد بقوله كعرض الكف أن المعتبر بسط الدرهم من حيث المساحة وهو قدر عرض الكف. وصححه في الهداية وغيرها. أو قيل من حيث الوزن. والمصنف في كافيه.

***

[٣٩٧]

ووفق الهندواني بينهما بأن رواية المساحة في الرقيق كالبول، ورواية الوزن في الثخين، واختار هذا التوفيق كثير من المشايخ، وفي البدائع وهو المختار عند مشايخ ما وراء النهر وصححه الشارح الزيلعي وصاحب المجتبى، وأقره عليه في فتح القدير لان إعمال الروايتين إذا أمكن أولى خصوصا مع مناسبة هذا التوزيع. وروي أن عمر رضي الله عنه سئل عن قليل النجاسة في الثوب فقال: إذا كان مثل ظفري هذا لا يمنع جواز الصلاة حتى يكون أكثر منه، وظفره كان مثل المثقال. كذا في السراج الوهاج. وقال النخعي: أرادوا أن يقولوا مقدار المقعدة فاستقبحوا ذلك وقالوا مقدار الدرهم والمراد بعرض الكف ما وراء مفاصل الاصابع. كذا في غاية البيان. وكل من هذه الروايات خلاف ظاهر الرواية فإنه لم يذكر في ظاهر الرواية صريحا أن المراد من الدرهم من حيث العرض أو الوزن، وإنما رجح في الهداية رواية العرض لانها صريحة في النوادر، ورواية الوزن ليست صريحة إنما أشير إليها في كتاب الصلاة حيث قال: الدرهم الكبير المثقالي. إليه أشار في البدائع. ولم يصرح المصنف رحمه الله بما يثبت به التغليظ والتخفيف وفيه اختلاف، فعند أبي حنيفة رحمه الله التخفيف والتغليظ بتعارض النصين وعدمه، وقالا بالاختلاف وعدمه. كذا في المجمع. وحاصله أنه إن ورد نص واحد بنجاسة شئ فهو مغلظ، وإن تعارض نصان في طهارته ونجاسته فهو مخفف عنده، وعندهما إن اتفق العلماء على النجاسة فهو مغلظ، وإن اختلفوا فهو مخفف. هكذا تواردت كلمتهم، وزاد في الاختيار في تفسير الغليظة عنده: ولا حرج في اجتنابه وفي تفسيرها عندهما ولا بلوى في إصابته فظهر به أن عنده كما يكون التخفيف بالتعارض يكون بعموم البلوى بالنسبة إلى جنس المكلفين وإن ورد نص واحد في نجاسته من غير معارض، وكذا عندهما كما يكون التخفيف بالاختلاف يكون أيضا بعموم البلوى في إصابته. وإن وقع الاتفاق على النجاسة فيقع الاتفاق على صدق القضية المشهورة المنقولة في الكافي وهي أن ما عمت بليته خفت قضيته، نعم قد يقع النزاع بينه وبينهما في وجود هذا المعنى في بعض الاعيان فيختلف الجواب بسبب ذلك، ثم قال ابن الملك في شرح المجمع: إذا كان النص الوارد في نجاسة شئ يضعف حكمه بمخالفة الاجتهاد عندهما فيثبت به التخفيف فضعفه بما إذا ورد نص آخر يخالفه يكون بطريق أولى، فيكون حينئذ التخفيف بتعارض النصين اتفاقا. وإنما يتحقق الاختلاف في ثبوت التخفيف

***

[٣٩٨]

بالاختلاف فعنده لا يثبت وعندهما يثبت، وأقره عليه ابن أمير حاج في شرح منية المصلي قال: وكأن من هنا والله أعلم قال في الكافي: ولا يظهر الاختلاف في غير الروث والخثي لثبوت الخلاف المذكور مع فقد تعارض النصين، ثم على طرد أنه يثبت التخفيف عندهما بالتعارض كما باختلاف المجتهدين تقع الحاجة إلى الاعتذار لمحمد عن قوله بطهارة بول الحيوان المأكول. ثم لا يخفى أن المراد باختلاف العلماء المقتضى للتخفيف عندهما الخلاف المستقر بين العلماء الماضين من أهل الاجتهاد قبل وجودهما أو الكائنين في عصرهما

لا ما هو أعم من ذلك ا هـ. وأورد بعضهم على قول أبي حنيفة سؤر الحمار فإن تعارض النصين قد وجد فيه مع أنه لم يقل بالنجاسة أصلا، وعلى قولهما المني فإنه مغلظ اتفاقا مع وجود الاختلاف. وفي الكافي: وخفة النجاسة تظهر في الثياب لا في الماء ا هـ. والبدن كالثياب. وأراد بالدم الدم المسفوح غير دم الشهيد فخرج الدم الباقي في اللحم المهزول إذا قطع والباقي في العروق، والدم الذي في الكبد الذي يكون مكمنا فيه لا ما كان من غيره. وأما دم قلب الشاة ففي روضة الناطفي أنه طاهر كدم الكبد والطحال، وفي القنية إنه نجس، وقيل طاهر. وخرج الدم الذي لم يسل من بدن الانسان كما سيأتي، ودم البق والبراغيث والقمل وإن كثر ودم السمك على ما سيأتي. ودخل دم الحيض والنفاس والاستحاضة وكل دم أوجب الوضوء أو الغسل، ودم الحلمة والوزغ. وقيده في الظهيرية بأن يكون سائلا. وفي المحيط: ودم الحلمة نجس وهي ثلاثة أنواع: قراد وحمنانة وحلمة، فالقراد أصغر أنواعه، والحمنانة أوسطها وليس لهما دم سائل، والحلمة أكبرها ولها دم سائل، ودم كل عرق نجس، وكذا الدم السائل من سائر الحيوانات. وأما دم الشهيد فهو طاهر ما دام عليه فإذا أبين منه كان نجسا. كذا في الظهيرية، حتى لو حمله ملطخا به في الصلاة صحت. وأراد بالبول كل بول سواء كان بول آدمي أو غيره إلا بول الخفاش فإنه طاهر كما سيأتي. وإلا بول ما يؤكل لحمه فإنه سيصرح بتخفيفه وأطلقه فشمل بول الصغير الذي لم يطعم، وشمل بول الهرة والفأرة وفيه اختلاف، ففي البزازية بول الهرة أو الفأرة إذا أصاب الثوب لا
***

[٣٩٩]

يفسد، وقيل إن زاد على قدر الدرهم أفسد وهو الظاهر اهـ. وفي الخلاصة: إذا بالت الهرة في الاناء أو على الثوب تنجس، وكذا بول الفأرة. وقال الفقيه أو جعفر: ينجس الاناء دون الثوب ا هـ. وهو حسن لعادة تخمير الاواني. كذا في فتح القدير. وفي المحيط: وخرء الفأرة وبولها نجس لانه يستحيل إلى نتن وفساد والاحتراز عنه ممكن في الماء وغير ممكن في الطعام والثياب فصار معفوا فيهما ا هـ. وهو يفيد أن المراد بقول أبي جعفر ينجس الاناء أي إناء الماء لا مطلق الاناء، وفي فتاوى قاضيخان: بول الهرة والفأرة وخرؤهما نجس في أظهر الروايات يفسد الماء والثوب، وبول الخفافيش وخرؤها لا يفسد لتعذر الاحتراز عنه ا هـ. وبهذا كله ظهر أن مراد صاحب التجنيس بنقل الاتفاق بقوله بال السنور في البئر نزح كله لان بوله نجس باتفاق الروايات، وكذا لو أصاب الثوب أفسده اتفاق الروايات الظاهرة لا مطلقا لوجود الخلاف كما علمت. وفي الظهيرية: وبول الخفافيش ليس بنجس للضرورة، وكذلك بول الفأرة لانه لا يمكن التحرز عنه اهـ. وهو صريح في نفي النجاسة ثم قال آخرا: وبول الهرة نجس إلا على قول شاذ. وفيها أيضا: ومرارة كل شئ كبوله، وجرة البعير حكمها حكم سرقينة لانه توارى في جوفه. والجرة بالكسر ما يخرجه البعير من جوفه إلى فمه فيأكله ثانيا. والسرقين الزبل. وأشار بالبول إلى أن كل ما يخرج من بدن الانسان مما يوجب خروجه الوضوء أو الغسل فهو مغلظ كالغائط والبول والمني والمذي والودي والقيح والصديد والقئ إذا ملا الفم، أما ما دونه فطاهر على الصحيح. وقيد بالخمر لان بقية الاشربة المحرمة كالطلاء والسكر ونقيع الزبيب فيها ثلاث روايات: في رواية مغلظة، وفي أخرى مخففة، وفي أخرى طاهرة: ذكرها في البدائع. بخلاف الخمر فإنه مغلظ باتفاق الروايات لان حرمتها قطعية وحرمة غير الخمر ليست قطعية. وينبغي ترجيح التغليظ للاصل المتقدم كما لا يخفى فلا فرق بين الخمر وغيرها، وكون الحرمة فيه ليست قطعية لا يوجب التخفيف لان دليل
***

[٤٠٠]

التغليظ لا يشترط أن يكون قطعيا. وأما قول صاحب الهداية بعد ذكر النجاسات الغليظة لانها ثبتت بدليل مقطوع به فقال في فتح القدير: معناه مقطوع بوجوب العمل به فالعمل بالظني واجب قطعا في الفروع وإن كان نفس وجوب مقتضاه ظنيا والاولى أن يريد دليل الاجماع ا هـ. وفي العناية: المراد بالدليل القطعي أن يكون سالما من الاسباب الموجبة للتخفيف من تعارض النصين وتجاذب الاجتهاد والضرورات المخففة ا هـ. وأشار بخرء الدجاج إلى خرء كل طير لا يذرق في الهواء كالدجاج والبط لوجود معنى النجاسة فيه وهو كونه مستقذرا لتغييره إلى نتن وفساد رائحة فأشبه العذرة. وفي الاوز عن أبي حنيفة روايتان، روى أبو يوسف عنه أنه ليس بنجس، وروى الحسن عنه أنه نجس. كذا في البدائع. وفي البزازية: وخرء البط إذا كان يعيش بين الناس ولا يطير فكالدجاج، وإن كان يطير ولا يعيش بين الناس فكالحمامة، وقيد به لان خرء الطيور التي تذرق في الهواء نوعان: فما يؤكل لحمه كالحمام والعصفور فقد

تقدم في بحث الآبار أنه طاهر، وما لا يؤكل لحمه كالصقر والبازي والحدأة فسيذكر أنه مخفف وفيه خلاف نبينه إن شاء الله تعالى. وصرح ببول ما لا يؤكل لحمه مع كونه داخلا في عموم البول لئلا يتوهم أن المراد بالبول بول الآدمي ولا خلاف في نجاسته، وإنما الخلاف في بول ما يؤكل لحمه كما سيأتي. وأشار بالروث والخثي إلى نجاسة خرء كل حيوان غير الطيور، فالروث للحمار والفرس، والخثي للبقر، والبعر للابل، والغائط للآدمي، ولا خلاف في تغليظ غائط الآدمي ونجو الكلب ورجيع السباع واختلفوا فيما عداه، فعنده غليظة لقوله عليه السلام في الروثة إنها ركس أي نجس ولم يعارض، وعندهما خفيفة فإن مالكا يرى طهارتها ولعموم البلوى لامتلاء الطرق بخلاف بول الحمار وغيره مما لا يؤكل لحمه لان الارض تنشفه حتى رجع محمد آخر إلى أنه لا يمنع الروث وإن فحش لما دخل الري مع الخليفة ورأى بلوى الناس من امتلاء الطرق والخانات بها. وقاس المشايخ على قوله هذا طين بخارى لان مشي الناس والدواب فيها واحد، وعند ذلك يروي رجوعه في الخف حتى إذا أصابته عذرة يطهر بالدلك وفي الروث لا يحتاج إلى الدلك عنده. ولابي حنيفة أن الموجب للعمل النص لا الخلاف والبلوى في النعال وقد ظهر أثرها حتى طهرت بالدلك، فإثبات أمر زائد على ذلك يكون بغير موجب، وما قيل إن البلوى لا تعتبر في موضع النص عنده كبول الانسان فممنوع، بل تعتبر إذا تحققت بالنص النافي للحرج وهو ليس معارضة للنص بالرأي. كذا في فتح القدير. وفي الظهيرية: والشعير الذي يوجد في بعر الابل والشاة يغسل ويؤكل بخلاف ما يوجد في خثي البقر لانه لا صلابة فيه. خبز وجد في خلاله خرء الفأرة فإن كان صلبا يرمى

***

[٤٠١]

الخرء ويؤكل الخبز لانه طاهر ثم قال: خرء الفأرة إذا وقع في إناء الدهن أو الماء لا يفسده وكذلك لو وقع في الحنطة ا ه‍. وقد تقدم أنه يفسده. وفيها أيضا: البعر إذا وقع في المحلب عند الحلب فرمي قبل التفتت لا يتنجس. وفي البزازية: مشى في الطين أو أصابه لا يجب في الحكم غسله، ولو صلى به جاز ما لم يتبين أثر النجاسة والاحتياط في الصلاة التي هي وجه دينه ومفاتيح رزقه وأول ما يسأل في الموقف وأول منزلة الآخرة لا غاية له، ولهذا قلنا: حمل المصلي أي السجادة أولى من تركه في زماننا. دخل مربطا وأصاب رجله الارواث، جازت الصلاة معه ما لم يفحش اه‍. وهو ترجيح لقولهما في الارواث كما لا يخفى، وقد نقلوا في كتب الفتاوى والشروح فروعا ونصوا على النجاسة ولم يصرحوا بالتغليظ والتخفيف والظاهر أنها مغلظة وأنها المرادة عند إطلاقهم، ودخل فيها بعض الطاهرات تبعا في الذكر فمنها الاسار النجسة. ومنها ما في الفتاوى الظهيرية جلد الحية نجس وإن كانت مذبوحة لان جلدها لا يحتمل الدباغة بخلاف قميصها فإنه طاهر، والدودة الساقطة من السبيلين نجسة بخلاف الساقطة من اللحم فإنها طاهرة. الحمار إذا شرب من العصير لا يجوز شربه، الريح إذا مرت بالعذرات وأصابت الثوب المبلول يتنجس إن وجدت رائحة النجاسة فيه، وما يصيب الثوب من بخارات النجاسات قيل يتنجس الثوب بها وقيل لا يتنجس وهو الصحيح. ولو أصاب الثوب ما سال من الكنيف فالاحب أن يغسله ولا يجب ما لم يكن أكبر رأيه أنه نجس. جلدة آدمي إذا وقعت في الماء القليل تفسده إذا كانت قدر الظفر، والظفر لو وقع بنفسه لا يفسده. الكافر الميت نجس قبل الغسل وبعده وكذلك الميت، وعظم الآدمي نجس، وعن أبي يوسف أنه طاهر. والاذن المقطوعة والسن المقلوعة طاهرتان في حق صاحبهما وإن كانتا أكثر من قدر الدرهم، وهذا قول أبي يوسف. وقال محمد في الاسنان الساقطة: إنها نجسة وإن كانت أكثر من قدر الدرهم وفي قياس قوله الاذن نجس وبه نأخذ. وقال محمد في صلاة الاثر: سن وقعت في الماء القليل يفسد وإذا طحنت في الحنطة لا تؤكل. وعن أبي

***

[٤٠٢]

يوسف أن سنه طاهر في حقه حتى إذا أثبتها جازت الصلاة، وإن أثبت سن غيره لا يجوز وقال: بينهما فرق وإن لم يحضرني. وسن الكلب والثعلب طاهرة وجلد الكلب نجس وشعره طاهر وهو المختار، وماء فم الميت نجس بخلاف ماء فم النائم فإنه طاهر ا ه‍. وفي الخلاصة: ولو استنجى بالماء ولم يمسحه في المنديل حتى فسا اختلف المشايخ فيه وعامة المشايخ على أنه لا يتنجس، والمختار أنه يتنجس. وكذا لو لم يستنج ولكن ابتل السراويل بالعرق أو بالماء ثم فسا. وفي فتاوي قاضيخان: ماء المطابق نجس قياسا وليس بنجس استحسانا، وصورته إذا احترقت العذرة في بيت فأصاب ماء طابق ثوب إنسان لا يفسده استحسانا ما لم يظهر أثر النجاسة فيه، وكذا الاصطبل

إذا كان حارا وعلى كوته طابق أو بيت البالوعة إذا كان عليه طابق وتقاطر منه، وكذا الحمام إذا أهريق فيه النجاسات فعرق حيطانها وكوتها وتقاطر، وكذا لو كان في الاصطبل كوز معلق فيه ماء فترشح في أسفل الكوز في القياس يكون نجسا لان البلة في أسفل الكوز صار نجسا بخار الاصطبل، وفي الاستحسان لا يتنجس لان الكوز طاهر والماء الذي فيه طاهر فما ترشح منه يكون طاهرا. إذا صلى ومعه فأرة أو هرة أو حية تجوز صلاته وقد أساء، وكذلك مما يجوز التوضؤ بسؤره، وإن
***
[٤٠٣]
كان في كمه ثعلب أو جرو كلب لا تجوز صلاته لان سؤره نجس. ثوب أصابه عصير ومضى على ذلك أيام جازت الصلاة فيه عند علمائنا لانه لا يصير خمرا في الثوب، والمسك حلال على كل حال يؤكل في الطعام ويجعل في الادوية ولا يقال إن المسك دم لانها وإن كانت دما فقد تغيرت فيصير طاهرا كرماد العذرة. التراب الطاهر إذا جعل طينا بالماء النجس أو على العكس الصحيح أن الطين نجس أيهما ما كان نجسا. وإذا بسط الثوب الطاهر اليابس على أرض نجسة مبتلة فظهرت البلة في الثوب لكن لم يصر رطبا ولا بحال لو عصر يسيل منه شئ متقاطر لكن موضع الندوة يعرف من سائر المواضع الصحيح أنه لا يصير نجسا، وكذا الولف الثوب النجس في ثوب طاهر والنجس رطب مبتل وظهرت ندوته في الثوب الطاهر لكن لم يصر بحال لو عصر يسيل منه شئ متقاطر لا يصير نجسا ا ه. وفي البزازية: الفتوى على أن العبرة للطاهر أيهما كان في مسألة التراب الطاهر إذا جعل طينا بالماء النجس
***
[٤٠٤]
أو عكسه فهو مخالف لتصحيح قاضيخان المتقدم. وفيها: طير الماء مات فيه لا يفسده عند الامام وفي غيره يفسده بالاتفاق وعليه الفتوى. وفي السراج الوهاج: غسالة الميت نجسة، أطلق ذلك محمد في الاصل والاصح أنه إذا لم يكن على بدنه نجاسة يصير الماء مستعملا ولا يكون نجسا إلا أن محمدا إنما أطلق ذلك لان بدن الميت لا يخلو عن نجاسة غالبا، ودخان النجاسة إذا أصاب الثوب أو البدن فيه اختلاف والصحيح أنه لا ينجسه. بيض ما لا يؤكل لحمه إذا انكسر على ثوب إنسان فأصابه من مائه ومحه فيه اختلاف، منهم من قال إنه نجس اعتبارا بلحم ما لا يؤكل ولبنه لانه محرم الاكل، وقيل هو طاهر اعتبارا ببيض الدجاجة الميتة ا ه. وفي المجتبى: وفي نجاسة القئ وماء البئر التي وقعت فيها فأرة وماتت روايتان، وسؤر سباع الطير غليظة، وغسالة النجاسة في المرات الثلاث غليظة على الاصح وإن كانت الاولى تطهر بالثلاث والثانية بالثنتين والثالثة بالواحدة ا ه. وفيما عدا الاخيرة نظر بل الراجح التغليظ في القئ وماء البئر المتنجس، وأما سؤر سباع الطير فليس بنجس أصلا بل هو مكروه. وفي عمدة الفتاوى للصدر الشهيد: فأرة ماتت في الخمر وتخللت طاب الخل في رواية هو الصحيح. فأرة ماتت في السمن الجامد يقور ما حولها ويرمى ويؤكل الباقي، فإن كان مائعا لا يؤكل ويستصبح به ويدبغ به الجلد والتشرب معفو عنه ودك الميتة يستصبح به ولا يدبغ به الجلد ا ه. وفي عدة الفتاوى: إذا وجد في القمقمة فأرة ولا يدري أهي فيها ماتت أم في الجرة أم في البئر، تحمل على القمقمة ا ه. وفي مآل الفتاوى: ماء المطر إذا مر على العذرات لا ينجس إلا أن تكون العذرة أكثر من الارض الطاهرة أو تكون العذرة عند الميزاب. إذا فسا في السراويل وصلى معه قال بعضهم: لا يجوز لان في الريح أجزاء لطيفة فتدخل أجزاء الثوب. وقيل: إن الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني كان يصلي من غير السراويل ولا تأويل لفعله إلا التحرز من الخلاف،
***
[٤٠٥]
والفتوى أنه يجوز سواء كان السراويل رطبا وقت الفسوة أو يابسا. إذا رأى على ثوب غيره نجاسة أكثر من قدر الدرهم يخبره ولا يسعه تركه. جلد مرارة الغنم نجس ومرارته وبوله سواء عند محمد طاهر، وعندهما نجس. ومثانة الغنم حكمه حكم بوله حتى لا تجوز الصلاة معه. إذا زاد على قدر الدرهم قطرة خمر وقعت في دن خل لا يحل شربه إلا بعد ساعة، ولو صب كوز من خمر في دن من خل ولا يوجد له طعم ولا رائحة حل الشراب في الحال. السلق والسلجم المطبوع في رماد العذرة نجس عند أبي يوسف اه. وإنما أكثرنا من هذه الفروع للحاجة إليها ولكون الطهارة من المهمات، ولهذا ورد أن أول شئ يسئل عنه العبد في قبره الطهارة. قوله: (وما دون ربع الثوب من مخفف كبول ما يؤكل والفرس وخرء طير لا يؤكل) أي عفي ما كان من النجاسات أقل من ربع الثوب المصاب إذا كانت النجاسة مخففة لان التقدير فيها بالكثير الفاحش للمنع على ما روي عن أبي حنيفة على ما هو دأبه في مثله من عدم

التقدير، وهو ما يستكثره الناظر ويستفحشه حتى روي عنه أنه كره تقديره وقال: الفاحش يختلف باختلاف طباع الناس لكن لما كان الربع ملحقا بالكل في بعض الاحكام كمسح الرأس وانكشاف العورة ألحق به هنا، وبالكل يحصل الاستفحاش فكذا بما قام مقامه وهو رواية عن أبي حنيفة أيضا، وصححه الشارح وغيره. وفي الهداية: وعليه الاعتماد واختاره في فتح القدير وقال: إنه أحسن لاعتبار الربع كثيرا كالكل. ثم اختلفوا في كيفية اعتبار الربع على ثلاثة أقوال: فقيل ربع طرف أصابته النجاسة كالذيل والكم والدخريص إن كان المصاب ثوبا، وربع العضو المصاب كاليد والرجل إن كان بدنا وصححه صاحب التحفة والمحيط والبدائع والمجتبى والسراج الوهاج، وفي الحقائق: وعليه الفتوى. وقيل ربع جميع الثوب والبدن وصححه صاحب المبسوط. وقيل ربع أدنى ثوب تجوز فيه الصلاة كالمئزر وهو رواية عن أبي حنيفة. قال شارح القدوري الامام البغدادي: الاقطع وهذا أصح ما روي فيه من غيره ا ه. لكنه قاصر على الثوب ولم يفد حكم البدن فقد اختلف التصحيح كما ترى لكن ترجح الاول بأن الفتوى عليه. وفي فتح القدير ما يقتضي التوفيق بين القولين الاخيرين بأن يكون المراد من اعتبار ربع جميع الثوب الساتر لجميع بدن الذي هو عليه، وإن كان الذي هو عليه أدنى ما تجوز فيه الصلاة اعتبر ربعه لانه الكثير بالنسبة إلى المصاب ا ه. وهو حسن جدا
***
[٤٠٦]
ولم ينقل القول الاول أصلا. ومثل المصنف للمخففة بثلاثة: الاول ببول ما يؤكل لحمه وهو مخفف عندهما طاهر عند محمد لحديث العرنيين، وأبو يوسف قال بالتخفيف لاختلاف العلماء على أصله، وأبو حنيفة قال به أيضا لتعارض النصين وهما حديث العرنيين وحديث استنزهوا البول. وفي الكافي: فإن قيل تعارض النصين كيف يتحقق وحديث العرنيين منسوخ عنده. قلنا: إنه قال ذلك رأيا ولم يقطع به فتكون صورة التعارض قائمة ا ه. وهو أحسن مما أجاب به في النهاية فإن صاحب العناية قد رده فليراجعا. الثاني بول الفرس وهو داخل فيما قبله لكن لما كان في أكل لحمه اختلاف صرح به لئلا يتوهم أنه داخل في بول ما لا يؤكل لحمه
***
[٤٠٧]
عند الامام فيكون مغلظا وليس كذلك فإنه مخفف عندهما طاهر عند محمد كبول ما يؤكل لحمه. وإنما كره الامام لحمه إما تنزيها أو تحريما مع اختلاف التصحيح لانه آلة الجهاد لا لان لحمه نجس بدليل أن سؤره طاهر اتفاقا. والثالث خرء طير لا يؤكل وقد اختلف الامامان الهندواني والكرخي فيما نقلاه عن أئمتنا فيه، فروى الهندواني أنه مخفف عند الامام مغلظ عندهما، وروى الكرخي أنه طاهر عندهما مغلظ عند محمد. وقيل إن أبا يوسف مع أبي حنيفة في التخفيف أيضا فاتفقوا على أنه مغلظ عند محمد، وأما أبو يوسف فله ثلاث روايات: الطهارة والتغليظ والتخفيف، وأما أبو حنيفة فروايتان: التخفيف والطهارة. وأما التغليظ فلم ينقل عنه وصحح قاضيخان في شرح الجامع الصغير أنه نجس عند أبي حنيفة وأبي يوسف حتى لو وقع في الماء القليل أفسده، وقيل لا يفسد التعذر صون الاواني عنه. وصحح الشارح وجماعة رواية الهندواني فالتخفيف عنده لعموم البلوى وهي موجبة للتخفيف، وأما التغليظ عندهما فاستشكله الشارح الزيلعي بأن اختلاف العلماء يورث التخفيف عندهما وقد وجد فإنه طاهر في رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف فكان للاجتهاد فيه مساغ ا ه. وقد يجاب عنه بضعف رواية الطهارة كما قدمناه وإن صححها بعضهم كما سيأتي فلم يعد اختلافا. وصحح صاحب المبسوط رواية الكرخي وهي الطهارة عندهما، وكذا صححه في الدقائق والاولى اعتماد التصحيح الاول لموافقته لما في المتون، ولهذا قال شارح المنية تلميذ المحقق ابن الهمام: تصحيح النجاسة أوجه. ووجهه المحقق في فتح القدير بأن الضرورة فيه لا تؤثر أكثر من ذلك فإنه قل أن يصل إلى أن يفحش فيكفي تخفيفه ا ه. والخرء واحد الخروء مثل قرء وقروء. وعن الجوهري بالضم كجند وجنود والواو بعد الراء غلط. والهندواني بضم الهاء في نسخة معتبرة. وفي المنظومة للنسفي بكسرها. وهذه النسبة إلى الهندوان بكسر الهاء حصار ببلخ يقال له باب الهندواني ينزل فيه الغلمان والجواري التي
***
[٤٠٨]
تجلب من الهندوان فلعله ولد هناك. كذا في الحقائق. وفي الفتاوى الظهيرية، وإن أصابه بول الشاة وبول الآدمي تجعل الخفيفة تبعا للغليظة ا ه. قوله: (ودم السمك ولعاب البغل والحمار وبول انتضح كرؤوس الابر) أي وعفي دم السمك وما عطف عليه. أما دم

السمك فلانه ليس بدم عن التحقيق وإنما هو دم صورة لانه إذا يبس يبيض والدم يسود، وأيضا الحرارة خاصية الدم والبرودة خاصيه الماء فلو كان للسمك دم لم يدم سكونه في الماء، أطلقه فشمل السمك الكبير إذا سال منه شئ فإن ظاهر الرواية طهارة دم السمك مطلقا. وعن أبي يوسف: نجاسته مطلقا وأنه مقدر بالكثير الفاحش. وعنه: نجاسة دم الكبير، وما عن أبي يوسف ضعيف ذكره في المبسوط، وتقدم الكلام على أنواع الدماء وأحكامها، وأما لعاب البغل والحمار فقد قدمنا الكلام عليه في الاسآر. وفي المجمع: ويلحق بالخفيفة لعاب البغل والحمار وطهراه، والظاهر من غاية البيان أنه رواية عن أبي يوسف وأن ظاهر الرواية عنه كقولهما. وأما البول المنتضح قدر رؤوس الابر فمعفو عنه للضرورة وإن امتلا الثوب، وعن أبي يوسف وجوب غسله. أطلقه فشمل ما إذا أصابه ماء فكثر فإنه لا يجب غلسه أيضا، وشمل بوله وبول غيره. وقيد برؤوس الابر لانه لو كان مثل رؤوس المسلة منع. وفي الكافي: قيل قوله رؤوس الابر يدل على أن الجانب الآخر من الابر معتبر وليس كذلك بل لا يعتبر الجانبان، وبه اندفع ما في التبيين. وحكى
***
[٤٠٩]
القول الاول في فتح القدير الهندواني قال: وغيره من المشايخ لا يعتبر الجانبان دفعا للحرج. وأشار إلى ما قالوا لو ألقى عذرة أو بولا في ماء فانتضح عليه ماء من وقعها لا ينجس ما لم يظهر لون النجاسة أو يعلم أنه البول. وما ترشش على الغاسل من غسالة الميت مما لا يمكنه الامتناع عنه ما دام في علاجه لا ينجسه لعموم البلوى بخلاف الغسلات الثلاث إذا استنقعت في موضع فأصابت شيئا نجسته. كذا في فتح القدير: فالبول في المختصر قيد احترازي وقد قدمنا التصحيح في غسالة الميت قريبا. وقد أطلق المصنف رحمه الله العفو على الكل مع أن هذه الثلاثة طاهرة، فتعقبه الشارح الزيلعي لان العفو يقتضي النجاسة، وقد يجاب بأن هذه ذكرت بطريق الاستطراد والتبعية ولا لبس لتصريحه في الكافي بالطهارة أو لانه لم يقع الاتفاق على طهارتها كما قدمناه. وانتضح بمعنى ترشش. وفي القنية: والبول الذي يصيب الثوب مثل رؤوس الابر إذا اتصل وانبسط وزاد على قدر الدرهم ينبغي أن يكون كالدهن النجس إذا انبسط. أبوال البراغيث لا تمنع جواز الصلاة. يمشي في السوق فتبتل قدماه بماء رش به السوق فصلى لم يجزه لان النجاسة غالبة في أسواقنا، وقيل يجزئه. وعن أبي نصر الدبوسي: طين الشارع ومواطئ الكلاب فيه طاهر، وكذا الطين المسرقن وردغة طريق فيه نجاسة طاهرة إلا إذا رأى عين النجاسة. قال رحمه الله: وهو الصحيح من حيث الرواية وقريب من حيث المنصوص عن أصحابنا ا ه‍. قوله: (والنجس المرئي يطهر بزوال عينه إلا ما يشق) أي يطهر محله بزوال عينه لان تنجس المحل باعتبار العين فيزول بزوالها. والمراد بالمرئي ما يكون مرئيا بعد الجفاف كالدم والعذرة، وما ليس بمرئي هو ما لا يكون مرئيا بعد الجفاف كالبول، كذا في غاية البيان وهو معنى ما فرق به في الذخيرة بأن المرئية هي التي لها جرم، وغير المرئية هي التي لا جرم لها.
***
[٤١٠]
وأطلقه فشمل ما إذا زالت العين بمرة واحدة فإنه يكتفي بها وهذا هو الظاهر وفيه اختلاف المشايخ، وأفاد أنها لو لم تزل بالثلاث فإنه يزيد عليها إلى أن تزول العين. وإنما قال يطهر بزوال عينه ولم يقل بغسله ليشمل ما يطهر من غير غسل مما قدمه من طهارة الخف بالدلك والمني بالفرك والسيف بالمسح والارض باليبس، ففي هذا كله لا يحتاج إلى الغسل بل يكفي في ذلك زوال العين من غير غسل. كذا في السراج الوهاج. والمراد بقوله إلا ما شق استثناء ما شق إزالته من أثر النجاسة لا من عينها ولهذا قال في النهاية: ثم الذي وقع منه الاستثناء غير مذكور لفظا لان استثناء الاثر من العين لا يصح لانه ليس من جنسه فكان تقديره فطهارته زوال عينه وأثره إلا أن يبقى من أثره، وحذف المستثنى منه في المثبت جائز إذا استقام المعنى كقولك قرأت إلا يوم كذا ا ه‍. وفي العناية أنه استثناء العرض من العين فيكون منقطعا ا ه‍. فقد أفاد صحته من غير هذا التقدير لان الاستثناء المنقطع صحيح عند أهل العربية كالمتصل، ومنهم من رجعه إلى المتصل بالتقدير ولعل صاحب النهاية مائل إليه. والمراد بالاثر اللون والريح فإن شق إزالتهما سقطت. وتفسير المشقة أن يحتاج في إزالته إلى استعمال غير الماء كالصابون والاشنان أو الماء المغلي بالنار، كذا في السراج. وظاهر ما في
***
[٤١١]
غاية البيان أنه يعفى عن الرائحة بعد زوال العين مطلقا، وأما اللون فإن شق إزالته يعفي أيضا وإلا فلا. وفي فتح القدير: وقد يشكل

على الحكم المذكور وهو أن بقاء الاثر الشاق لا يضر لما في التجنيس: حب فيه خمر غسل ثلاثا يطهر إذا لم يبق فيه رائحة الخمر لانه لم يبق فيه أثرها، فإن بقيت رائحتها لا يجوز أن يجعل فيه من المائعات سوى الخل لانه بجعله فيه يطهر وإن لم يغسل لان ما فيه من الخمر يتخلل بالخل إلا أن آخر كلامه أفاد أن بقاء رائحتها فيه بقيام بعض أجزائها، وعلى هذا قد يقال في كل ما فيه رائحة كذلك. وفي الخلاصة: الكوز إذا كان فيه خمر تطهيره أن يجعل فيه الماء ثلاث مرات كل مرة ساعة وإن كان جديدا عند أبي يوسف يطهر، وعند محمد لا يطهر أبدا ا ه. من غير تفصيل بين بقاء الرائحة أو لا والتفصيل أحوط. ا ه. ما في فتح القدير. وفي فتاوى قاضيخان: المرأة إذا اختضبت بحناء نجس فغسلت ذلك الموضع ثلاثا بماء طاهر يطهر لانها أتت بما في وسعها، وينبغي أن لا يكون طاهرا ما دام يخرج منه الماء الملون بلون الحناء ا ه. وظاهره أن المذهب الطهارة وإن لم ينقطع اللون، وظاهر ما في فتح القدير أن ما ذكره بصيغة ينبغي هو المذهب فإنه قال: قالوا لو صبغ ثوبه أو يده بصبغ أو حناء نجسين فغسل إلى أن صفا الماء يطهر مع قيام اللون وقيل يغسل بعد ذلك ثلاثا ا ه. وفي المجتبى: غسل يديه من دهن نجس طهرت ولا يضر أثر الدهن على الاصح. تنجس العسل يلقى في قدر ويصب عليه الماء ويغلى حتى يعود إلى مقداره الاول هكذا ثلاثا قالوا وعلى هذا الدبس ا ه. وأطلق الاثر الشاق فشمل ما إذا كان كثيرا فإنه معفو عنه كما في الكافي. قوله: (وغيره بالغسل ثلاثا وبالعصر في كل مرة) أي غير المرئ من النجاسة يطهر بثلاث غسلات وبالعصر في كل مرة لان التكرار لا بد منه للاستخراج، ولا يقطع بزواله فاعتبر غالب الظن كما في أمر القبلة. وإنما قدروا بالثلاث لان غالب الظن يحصل عنده فأقيم السبب الظاهر مقامه تيسيرا، ويتأيد ذلك بحديث المستيقظ من منامه حيث شرط الغسل

***

[٤١٢]

ثلاثا عند توهم النجاسة فعند التحقق أولى. ولم يشترط الزيادة في المتحقق لان الثلاث لو لم تكن لازالة النجاسة حقيقة لم تكن رافعة للتوهم ضرورة. كذا في الهداية والكافي. وفي غاية البيان أن التقدير بالثلاث ظاهر الرواية، وظاهره أنه لو غلب على ظنه زوالها بمرة أو مرتين لا يكفي. وظاهر أن ما في الهداية أولا أنه يكفي لانه اعتبر غلبة الظن وآخرا أنه لا بد من الزيادة على الواحدة حيث قال: لان التكرار لا بد منه للاستخراج والمفتى به اعتبار غلبة الظن من غير تقدير بعدد كما صرح به في منية المصلي. وصرح الامام الكرخي في مختصره بأنه لو غلب على ظنه أنها قد زالت بمرة أجزأه واختاره الامام الاسبيجابي. وذكر في البدائع أن التقدير بالثلاث ليس بلازم بل هو مفوض إلى رأيه. وفي السراج: اعتبار غلبة الظن مختار العراقيين، والتقدير بالثلاث مختار البخاريين والظاهر الاول إن لم يكن موسوسا وإن كان موسوسا فالثاني ا ه. واشتراط العصر في كل مرة هو ظاهر الرواية لانه هو المستخرج. كذا في الهداية. وفي غير رواية الاصول يكتفي بالعصر مرة واحدة وهو أرفق. وعن أبي يوسف: العصر ليس بشرط كذا في الكافي. ثم اشتراط العصر فيما ينعصر إنما هو فيما إذ غسل الثوب في الاجانة، أما إذا غمس الثوب في ماء جار حتى جرى عليه الماء طهر، وكذا ما لا ينعصر. ولا يشترط العصر فيما لا ينعصر ولا التجفيف فيما لا ينعصر، ولا يشترط تكرار الغمس، وكذا الاناء النجس إذا جعله في النهر وملاه وخرج منه طهر. ولو تنجست يده بسمن نجس فغمسها في الماء الجاري وجرى عليها طهرت، ولا يضره بقاء أثر الدهن لانه طاهر في نفسه وإنما يجس بمجاورة النجاسة بخلاف ما إذا كان الدهن ودك ميتة فإنه يجب عليه إزالة أثره. وأما حكم الغدير فإن غمس الثوب به فإنه يطهر وإن لم ينعصر وهو المختار، وأما حكم الصب فإنه إذا صب الماء على الثوب النجس إن أكثر الصب بحيث يخرج ما أصاب الثوب من الماء وخلفه غير ثلاثا فقد طهر لان الجريان بمنزلة التكرار والعصر والمعتبر غلبة الظن هو الصحيح، وعن أبي يوسف: إن كانت النجاسة رطبة لا يشترط العصر، وإن كانت يابسة فلا بد منه وهذا هو المختار، كذا في السراج الوهاج. وفي التبيين: والمعتبر ظن الغاسل إلا أن يكون الغاسل صغيرا أو مجنونا فيعتبر ظن المستعمل لانه هو

***

[٤١٣]

المحتاج إليه ا ه. وتعتبر قوة كل عاصر دون غيره خصوصا على قول أبي حنيفة أن قدرة الغير غير معتبرة وعليه الفتوى، فلو كانت قوته أكثر من ذلك إلا أنه لم يبالغ في العصر صيانة لثوبه عن التمزيق لرقته قال بعضهم لا يطهر، وقال بعضهم يطهر لمكان الضرورة وهو الاظهر. كذا في السراج الوهاج لكن اختار قاضيخان في فتاواه عدم الطهارة. وفي فتح القدير: إن اشتراط العصر فيما ينعصر

مخصوص منه ما قال أبو يوسف في إزار الحمام إذا صب عليه ماء كثير وهو عليه يطهر بلا عصر حتى ذكر الحلواني: لو كانت النجاسة دما أو بولا وصب عليه الماء كفاه على قياس قول أبي يوسف في إزار الحمام لكن لا يخفى أن ذلك لضرورة ستر العورة فلا يلحق به غيره وتترك الروايات الظاهرة فيه. وقالوا في البساط النجس: إذا جعل في نهر ليلة ظهر، وفي أنه إذا لم يتهيأ له عصر الكرباس طهر كالبساط ا ه. ولا يخفى أن الازار المذكور إن كان متنجسا فقد جعلوا الصب الكثير بحيث يخرج ما أصاب الثوب من الماء ويخلفه غيره ثلاثا قائما مقام العصر كما قدمناه عن السراج، فحينئذ لا فرق بين إزار الحمام وغيره. وليس الاكتفاء به في الازار لاجل ضرورة الستر كما فهمه المحقق بل لما ذكرناه، وظاهر ما في فتاوى قاضيخان أن الازار ليس متنجسا وإنما أصابه ماء الاغتسال من الجنابة، فعلى رواية نجاسة الماء المستعمل طاهر وعليه بنى هذا الفرع، وأما على طهارته فلا حاجة إلى غسله أصلا كما لا يخفى. والتقدير بالليلة في مسألة البساط لقطع الوسوسة وإلا فالمذكور في المحيط قالوا: البساط إذا تنجس فأجرى عليه الماء إلى أن يتوهم زوالها طهر لان إجراء الماء يقوم مقام العصر ا ه. ولم يقيده بالليلة. قوله: (وبتثليث الجفاف فيما لا ينعصر) أي ما لا ينعصر فطهارته غسله ثلاثا وتجفيفه في كل مرة لان للتجفيف أثرا في استخراج النجاسة وهو أن يتركه حتى ينقطع التقاطر، ولا يشترط فيه اليبس. أطلقه فشمل ما تداخله أجزاء النجاسة أولا. أما الثاني فيغسل ويجفف في كل مرة كالجلد والخف والمكعب والجرموق والخزف والآجر والخشب الجديد، وأما القديم فيطهر بالغسل ثلاثا دفعة واحدة وإن لم يجف. كذا ذكروه. وفي فتح القدير: وينبغي تقييد

***

[٤١٤]

الخزفة بما إذا تنجست وهي رطبة، أما لو تركت بعد الاستعمال حتى جفت فإنها كالجديدة لانه يشاهد اجتذابها حتى يظهر من ظاهرها ا ه. وذكر الامام الاسبيجابي: وإن كان ذلك الشئ الذي أصابه النجاسة صلبا كالحجر والآجر والخشب والاواني فإنه يغسل مقدار ما يقع في أكبر رأيه أنه قد طهر ولا توقيت فيه، وإنما حكم بطهارته إذا كان لا يوجد بعد ذلك طعم النجاسة ولا رائحتها ولا لونها، فإذا وجد منها أحد هذه الاشياء الثلاثة فلا يحكم بطهارتها، سواء كانت الآنية من الخزف أو من غيره، جديدا كان أو غير جديد. وعزاه صاحب المحيط إلى أكثر المشايخ وهو بإطلاقه يفيد أن الاثر فيه غير مغتفر وإن كان يشق زواله بخلاف ما ذكروا في الثوب ونحوه، والتفرقة بينهما في هذه لا تعرى عن شئ ولعل وجه ذلك أن بقاء الاثر هنا دال على قيام شئ من العين بخلاف الثوب ونحوه لجواز أن يكون الاكتساب فيه بسبب المجاورة واستمرت قائمة بعد اضمحلال العين منه. كذا في شرح المنية. ويدل للتفرقة ما في الفتاوى الظهيرية: وإن بقي أثر الخمر يجعل فيه الخل حتى لا يبقى أثرها فيطهر ا ه. وفي الحاوي القدسي: والاواني ثلاثة أنواع: خزف وخشب وحديد ونحوها، وتطهيرها على أربعة أوجه: حرق ونحت ومسح وغسل. فإن كان الاناء من خزف أو حجر وكان جديدا ودخلت النجاسة في أجزائه يحرق، وإن كان عتيقا يغسل، وإن كان من خشب وكان جديدا ينحت، وإن كان عتيقا يغسل، وإن كان من حديد أو صفر أو زجاج أو رصاص وكان صقيلا يمسح وإن كان خشنا يغسل ا ه. وفي الذخيرة: وحكي عن الفقيه أبي اسحق الحافظ أنه إذا أصابت النجاسة البدن يطهر بالغسل ثلاث مرات متواليات لان العصر متعذر فقام التوالي في الغسل مقام العصر، وفي شرح المنية: والاظهر أن كلا من التوالي والترك ليس بشرط في البدن وما يجري مجراه بعد التفريع على اشتراط الثلاث في ذلك، وقد صرح به في النوازل وفي الذخيرة ما يوافقه، وأما على أن الاعتبار بغلبة الظن فعدم اشتراط كل منهما أظهر ا ه. وفي عمدة الفتاوى: نجاسة يابسة على الحصيرة تفرك وفي الرطبة يجرى عليها الماء ثلاثا والاجراء كالعصر. وفي فتاوى قاضيخان: البردي إذا تنجس إن كانت النجاسة رطبة تغسل بالماء ثلاثا ويقوم الحصير حتى يخرج الماء من أثقابه، وإن كانت النجاسة قد يبست في الحصر تدلك حتى تلين النجاسة فتزول بالماء، ولو كان الحصير من القصب ذكرنا أنه يغسل ثلاثا فيطهر ا ه. وحمله في فتح القدير على الحصير الصقيلة كأكثر حصر مصر، أما الجديدة المتخذة مما يتشرب فسيأتي.

***

[٤١٥]

وفي المجتبى معزيا إلى صلاة البقالي: إن الحصير تطهر بالمسح كالمرآة والحجر، وأما الاول - أعني ما يتداخله أجزاء النجاسة - فلا يطهر عند محمد أبدا، ويطهر عند أبي يوسف كالخزفة الجديدة والخشبة الجديدة والبردي والجلد دبغ بنجس والحنطة انتفخت من النجاسة،

فعند أبي حنيفة وأبي يوسف تغسل ثلاثا وتجفف في كل مرة على ما ذكرنا، وقيل في الاخيرة فقط. والسكين المموهة بماء نجس تموه ثلاثا بطاهر واللحم وقع في مرقه نجاسة حال الغليان يغلى ثلاثا فيطهر، وقيل لا يطهر، وفي غير حالة الغليان يغسل ثلاثا. كذا في الظهيرية. والمرقة لا خير فيها إلا أن تكون تلك النجاسة خمرا فإنه إذا صب فيها خل حتى صارت كالخل حامضة طهرته. وفي التجنيس: طبخت الحنطة في الخمر قال أبو يوسف تطبخ بالماء ثلاثا وتجفف كل مرة وكذا اللحم. وقال أبو حنيفة: إذا طبخت بالخمر لا تطهر أبدا وبه يفتى اهـ. والكل عند محمد لا يطهر أبدا. وفي الظهيرية: ولو صبت الخمر في قدر فيها لحم إن كان قبل الغليان يطهر اللحم بالغسل ثلاثا، وإن كان بعد الغليان لا يطهر، وقيل يغلي ثلاث مرات كل مرة بماء طاهر ويجفف في كل مرة وتجفيفه بالتبريد. الخبز الذي عجن بالخمر لا يطهر بالغسل ولو صب فيه الخل وذهب أثرها يطهر الدهن النجس يطهر بالغسل ثلاثا، وحيلته أن يصب الماء عليه فيعلو الدهن هكذا يفعل ثلاث مرات. امرأة تطبخ مرقة فجاء زوجها سكران وصب الخمر فيها فصبت المرأة فيها خلا، إن صارت المرقة كالخل في الحموضة طهرت. دجاجة شويت وخرج من بطنها شئ من الحبوب يتنجس موضع الحبوب، وتطهيره أن يطبخ ويبرد في كل مرة ثلاث مرات بالماء الطاهر، وكذلك البعر إذا وجد في حمل مشوي اهـ. ما في الظهيرية. وفي فتح القدير: ولو ألقيت دجاجة حال الغليان في الماء قبل أن يشق بطنها التنتف أو كرش قبل الغسل لا يطهر أبدا لكن على قول أبي يوسف يجب أن يطهر على قانون ما تقدم في اللحم قلت: وهو سبحانه أعلم هو معلل بتشربهما النجاسة المتخللة بواسطة الغليان، وعلى هذا اشتهر أن اللحم السميط بمصر نجس لا يطهر لكن العلة المذكورة لا تثبت حتى يصل الماء إلى حد الغليان

***

[٤١٦]

ويمكث فيه اللحم بعد ذلك زمانا يقع في مثله التشرب والدخول في باطن اللحم، وكل من الامرين غير متحقق في السميط الواقع حيث لا يصل الماء إلى حد الغليان ولا يترك فيه إلا مقدار ما تصل الحرارة إلى سطح الجلد فتنحل مسام السطح من الصوف، بل ذلك الترك يمنع من وجوده انقلاع الشعر فالاولى في السميط أن يطهر بالغسل ثلاثا لتنجس سطح الجلد بذلك الماء فإنهم لا يحترسون فيه من المنجس، وقد قال شرف الائمة بهذا في الدجاجة والكرش والسميط مثلهما اهـ. واعلم أن صاحب المحيط فصل فيما لا ينعصر بين ما لا يتشرب فيه النجس وما يتشرب، فالاول يطهر بالغسل ثلاثا من غير تجفيف، والثاني يحتاج إلى التجفيف، وبهذا علم المتن ليس على عمومه كما لا يخفى. وفيه أيضا: والمياه الثلاث نجسة متفاوته، فالاول إذا أصاب شيئا يطهر بالثلاث، والثاني بالمثنى، والثالث بالواحد ويكون حكمه في الثوب الثاني مثل حكمه في الاول. وإذا استنجى بالماء ثلاثا كان نجسا وإن استعمل الماء بعد الانقاء صار مستعملا. قوله: (وسن الاستنجاء بنحو حجر منق) ذكره هنا ولم يذكره في سنن الوضوء لان الاستنجاء إزالة النجاسة العينية وهو إزالة ما على السبيل من النجاسة. وفي المغرب: الاستنجاء مسح موضع النجو وهو ما يخرج من البطن أو غسله، ويجوز أن تكون السين للطلب أي طلب النجو ليزيله. وقد علم من تعريفه أن الاستنجاء لا يسن إلا من حدث خارج من أحد السبيلين غير الريح لان بخروج الريح لا يكون على السبيل شئ فلا يسن منه بل هو بدعة كما في المجتبى، ولا من النوم والفصد إليه أشار في شرح الوقاية لكن يرد عليه الحصى الخارج من أحد السبيلين فإنه يدخل تحت ضابطه. والحال أنه لا يسن الاستنجاء له صرح به في السراج

***

[٤١٧]

الوهاج. وأفاد أن الاستنجاء لا يكون إلا سنة، وصرح في النهاية بأنه سنة مؤكدة فلا يكون فرضا. وعلى هذا فما ذكر في السراج الوهاج من أن الاستنجاء خمسة أنواع: أربعة فريضة وواحد سنة فالاول من الحيض والنفاس والجنابة وإذا تجاوزت النجاسة مخرجها، وواحد سنة وهو ما إذا كانت النجاسة مقدار المخرج فتسامح فإن الثلاثة الاول من باب إزالة الحدث إن لم يكن شئ على المخرج، وإن كان شئ فهو من باب إزالة النجاسة الحقيقية من البدن غير السبيلين فلا يكون من باب الاستنجاء، وإن كان على أحد السبيلين شئ فهي سنة لا فرض. وأما الرابع فهو من باب إزالة النجاسة عن البدن، وقد علمت أنه ليس من باب الاستنجاء فلم يبق إلا القسم المسنون. وأشار بقوله منق إلى أن المقصود هو الانقاء وإلى أنه لا حاجة إلى التقييد بكيفية من المذكورة في الكتب نحو إقباله بالحجر في الشتاء وإدباره به في الصيف لاسترخاء الخصيتين فيه لا في الشتاء. وفي المجتبى: المقصود الانقاء فيختار ما هو الابلغ والاسلم عن زيادة التلويث اهـ. فالاولى أن يقعد مسترخيا كل الاسترخاء إلا أن يكون صائما وكان الاستنجاء بالماء، ولا يتنفس إذا كان صائما ويحترز من دخول

الاصبع المبتلة كل ذلك يفسد الصوم. وفي كتاب الصوم من الخلاصة: إنما يفسد إذا وصل إلى موضع المحقنة وقلما يكون ذلك اه. وللمخافة ينبغي أن ينشف المحل قبل أن يقوم، ويستحب لغير الصائم أيضا حفظ الثوب من الماء المستعمل ويغسل يديه قبل الاستنجاء وبعده، وينبغي أن يخطو قبله خطوات والمقصود أن يستبرئ. وفي المبتغى: والاستبراء واجب، ولو عرض له الشيطان كثيرا لا يلتفت إليه بل ينضح فرجه بماء أو سراويله حتى إذا شك حمل البلل على ذلك النضح ما لم يتيقن خلافه، وبالماء البادرد في الشتاء أفضل بعد تحقق الازالة به. ولا يدخل الاصبع قيل يورث الباسور، والمرأة كالرجل تغسل ما ظهر منها، ولو غسلت المرأة براحتها كفاها. كذا في فتح القدير. ولا تدخل المرأة أصبعها في قبلها للاستنجاء كما في الخانية. وأراد المصنف بالسنة السنة المؤكدة كما هو مذكور في الاصل، ولو تركه صحت صلاته. قال في الخلاصة: بناء على أن النجاسة القليلة عفو عندنا. وعلماؤنا فصلوا بين النجاسة التي على موضع الحدث والتي على غيره في غير موضع الحدث إذا تركها يكره، وفي موضعه إذا تركها لا يكره، وما عن أنس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخل الخلاء فأحمل أنا وغلام نحوي إداوة من ماء وعنزة فيستنجي بالماء. متفق عليه. ظاهر في المواظبة بالماء ومقتضاه كراهة تركه. كذا في فتح القدير. وهو مبني على أن صيغة كان يفعل مفيدة للتكرار وفيه خلاف بين الاصوليين، والمختار الذي عليه الاكثرون والمحققون من الاصوليين أن لفظة كان لا يلزم منها الدوام ولا التكرار وإنما هي فعل ماض

***

[٤١٨]

تدل على وقوعه فإن دل دليل على التكرار عمل به وإلا فلا تقتضيه بوضعها، وقد قالت عائشة رضي الله عنها، كنت أطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لحله قبل أن يطوف، ومعلوم أنه صلى الله عليه وسلم لم يحج بعد أن صحبته عائشة إلا حجة واحدة وهي حجة الوداع فاستعملت كان في مرة واحدة، ولا يقال لعلها طيبته في إحرامه لان المعتمر لا يحل له التطيب قبل الطواف بالاجماع فثبت أنها استعملت كان في مرة واحدة كما قال الاصوليون. ذكره النووي في شرح مسلم من باب الوتر، واختاره المحقق في التحرير فإنه اختار أن إفادتها للتكرار من جهة الاستعمال لا من جهة الوضع لكن الاستعمال مختلف كما رأيت. وقد علم مما ذكرنا أن التقييد بالانقاء إنما هو لحصول السنة حتى لو لم ينق فإن السنة قد فاتت لا أنه قيد للجواز. وأطلق الخارج ولم يقيده بكونه معتادا ليفيد أن غير المعتاد إذا أصاب المحل كالدم يطهر بالحجارة على الصحيح، سواء كان خارجا منه أو لا، وليفيد أنه لا فرق بين أن يكون الغائط رطبا ولم يقم من موضعه أو قام من موضعه أو جف الغائط فإن الحجر كاف فيه، وفي الثاني خلاف ذكره في السراج الوهاج. وأراد بنحو الحجر ما كان عينا طاهرة مزيلة لا قيمة له كالمدر والتراب والعود والخرقة والقطن والجلد الممتهن، نخرج الزجاج والثلج والآجر والخزف والفحم. قوله: (وما سن فيه عدد) أي في الاستنجاء لما قدمنا من أن المقصود إنما هو الانقاء، وشرط الشافعي الثلاث مبني على أن الاستنجاء فرض ولا نقول به، وذكر الثلاث في بعض الاحاديث خرج مخرج العادة لان الغالب حصول الانقاء بها، أو يحمل على الاستحباب بدليل أنه لو استنجى بحجر له ثلاثة أحرف جاز عندهم، وبدليل أنه لما أتى له عليه الصلاة والسلام بحجرين وروثة ألقى الروثة واقتصر على الحجرين. كذا ذكر أئمتنا، وتعقبه شيخ الاسلام ابن حجر في فتح الباري بأن الامر أولا بإتيان ثلاثة أحجار يغني عن طلب ثالث بعد إلقاء الروثة، وبأنه ورد في بعض الروايات الصحيحة أنه طلب منه ثالثا وأتى له به. وبما قررناه علم أن المراد نفي السنة المؤكدة وإلا فقد صرحوا بالاستحباب كما قدمناه. قوله: (وغسله بالماء أحب) أي غسل المحل بالماء أفضل لانه قالع للنجاسة والحجر مخفف لها فكان الماء أولى. كذا ذكره الشارح الزيلعي، وهو ظاهر في أن المحل لم يطهر بالحجر، ويتفرع عليه أنه يتنجس السبيل باصابة الماء وفيه الخلاف المعروف في مسألة الارض إذا جفت بعد التنجس ثم أصابها ماء وكذا في نظائرها. وقد اختاروا في الجميع عدم عود النجاسة كما قدمناه عنهم فليكن كذلك هنا. ويدل على ذلك من السنة ما رواه الدارقطني وصححه عن أبي هريرة أنه صلى الله عليه وسلم نهى

***

[٤١٩]

أن يستنجي بروث أو عظم وقال: إنهما لا يطهران. فعلم أن ما أطلق الاستنجاء به بطهر إذ لو لم يطهر لم يطلق الاستنجاء به بحكم هذه العلة. وفي فتح القدير: وأجمع المتأخرون أنه لا يجس بالعرق حتى لو سال العرق منه وأصاب الثوب والبدن أكثر من قدر الدرهم لا

يمنع، وظاهر ما في الكتاب يدل على أن الماء مندوب، سواء كان قبله الحجر أو لا. فالحاصل أنه إذا اقتصر على الحجر كان مقيما للسنة، وإذا اقتصر على الماء كان مقيما لها أيضا وهو أفضل من الاول، وإذا جمع بينهما كان أفضل من الكل، وقيل الجمع سنة في زماننا، وقيل سنة على الاطلاق وهو الصحيح وعليه الفتوى. كذا في السراج الوهاج. وفي فتح القدير: هذا والنظر إلى ما تقدم أول الفصل من حديث أنس وعائشة يفيد أن الاستنجاء بالماء سنة مؤكدة في كل زمان لافادته المواظبة، وفيه ما قدمناه من البحث. أطلق الغسل بالماء ولم يقيده بعدد ليفيد أن الصحيح تفويضه إلى رأيه فيغسل حتى يقع في قلبه أنه طهر. كذا في الخلاصة بعد نقل الخلاف، فمنهم من شرط الثلاث، ومنهم من شرط السبع، ومنهم من شرط العشرة. والمراد بالاشتراط الاشتراط في حصول السنة وإلا فترك الكل لا يضره عندهم كما قدمناه. وفي فتاوى قاضيخان: والاستنجاء بالماء أفضل إن أمكنه ذلك من غير كشف العورة، وإن احتاج إلى كشف العورة يستنجي بالحجر ولا يستنجي بالماء. قالوا: من كشف العورة للاستنجاء يصير فاسقا. وفي فتح القدير: ولو كان على شط نهر ليس فيه سترة لو استنجى بالماء قالوا يفسق وكثيرا ما يفعله عوام المصريين في الميضأة فضلا عن شاطئ النيل اه. وقد قدمنا الكلام عليه أول الباب. قوله: (ويجب إن جاوز النجس المخرج) أي ويجب غسل المحل بالماء إن تعدت النجاسة المخرج لان للبدن حرارة جاذبة أجزاء النجاسة فلا يزيلها المسح بالحجر وهو القياس في محل الاستنجاء إلا أنه ترك فيه للنص على خلاف القياس فلا يتعداه. وفسرنا فاعل يجب بالغسل دون الاستنجاء كما فعل الشارح الزيلعي لما أن غسل ما عدا المخرج لا يسمى استنجاء، ولما قدمنا من أن الاستنجاء لا يكون إلا سنة. وأراد بالماء هنا كل مائع طاهر مزيل بقرينة تصريحه أول الباب وهو أولى من حمله على رواية محمد المعينة للماء كما أشار إليه في الكافي لانها ضعيفة في المذهب كما علمت سابقا. وأراد بالمجاوز أن يكون أكثر من قدر الدرهم بقرينة ما بعده وحينئذ فالمراد بالوجوب الفرض. قوله: (ويعتبر القدر المانع وراء موضع الاستنجاء) أي

***

[٤٢٠]

ويعتبر في منع صحة الصلاة أن تكون النجاسة أكثر من قدر الدرهم مع سقوط موضع الاستنجاء حتى إذا كان المجاوز للمخرج مع ما على المخرج أكثر من قدر الدرهم فإنه لا يمنع لان ما على المخرج ساقط شرعا، ولهذا لا تكره الصلاة معه فبقي المجاوز غير مانع. وهذا عندهما خلافا لمحمد بناء على أن ما على المخرج في حكم الباطن عندهما، وفي حكم الظاهر عنده. وهذا بعمومه يتناول ما إذا كانت مقعدته كبيرة وكان فيها نجاسة أكثر من قدر الدرهم ولم يتجاوز المخرج فإنه ينبغي أن يعفى عنه اتفاقا لاتفاقهم على أن ما على المقعدة ساقط، وإنما خلاف محمد فيما إذا جاوزت النجاسة المخرج وكان قليلا وكان لو جمع مع ما على المخرج كان كثيرا، فعلى هذا فالاختلاف المنقول في الشرح وغيره بين الفقيه أبي بكر القائل بأنه لا يجزئه الاستنجاء بالاحجار، وبين ابن شجاع القائل بالجواز مشكل إلا أن يخص هذا العموم بالمقعدة المعتادة التي قدر بها الدرهم الكبير المثقالي، وأما الكبيرة التي جاوز ما عليها الدرهم فليست ساقطة فله وجه مع بعده. وفي السراج الوهاج: هذا حكم الغائط إذا تجاوز، وأما البول إذا تجاوز عن رأس الاحليل أكثر من قدر الدرهم فالظاهر أنه يجزئ فيه الحجر عند أبي حنيفة، وعند محمد لا يجزئ فيه الحجر إلا إذا كان أقل من قدر الدرهم اه. وفي الخلاصة: ولو أصاب طرف الاحليل من البول أكثر من قدر الدرهم لا تجوز صلاته هو الصحيح اه. وتعبير المصنف بموضع الاستنجاء أولى من تعبير صاحب النقاية وغيرها بالمخرج لانه لا يجب الغسل بالماء إلا إذا تجاوز ما على نفس المخرج وما حوله من موضع الشرج، وكان المجاوز أكثر من قدر الدرهم كما في المجتبى. وذكر في العناية معزيا إلى القنية أنه إذا أصاب موضع الاستنجاء نجاسة من الخارج أكثر من قدر الدرهم يطهر بالحجر، وقيل الصحيح أنه لا طهر إلا بالغسل وقد قدمنا أنه يطهر بالحجر، وقد نقلوا هذا التصحيح هنا بصيغة التمريض فالظاهر خلافه والله أعلم. قوله: (لا بعظم وروث وطعام ويمين) أي لا يستنجي بهذه الاشياء، والمراد أنه يكره بها كما صرح به الشارح. والظاهر أنها كراهة تحريم للنهي الوارد في ذلك لما روى البخاري من حديث أبي هريرة في بدء الخلق أن النبي صلى الله عليه وسلم قال

***

[٤٢١]

له: اتبعني أحجارا استقض بها ولا تأتني بعظم ولا بروثة. قالت: ما بال العظام والروثة؟ قال: هما من طعام الجن. وروى أصحاب

الكتب الستة عن أبي قتادة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا بال أحدكم فلا يمس ذكره بيمينه، وإذا أتى الخلاء فلا يتمسح بيمينه، وإذا شرب فلا يشرب نفسا واحدا وفي القنية في شرح السنة: جمع الحديث النهي عن الاستنجاء باليمين ومس الذكر باليمين ولا يمكنه إلا بالارتكاب أحدهما، فالصواب أن يأخذ الذكر بشماله فيمره على جدار أو موضع ناء من الارض وإن تعذر يقعد ويمسك الحجر بين عقبيه فيمر العضو عليه بشماله، فإن تعذر يأخذ الحجر بيمينه ولا يحركه ويمر العضو عليه بشماله. قال مولانا نجم الدين: وفيما أشار إليه من إمساك الحجر بعقبيه حرج وتعسير وتكلف، بل يستنجي بجدار إن أمكن وإلا يأخذ الحجر بيمينه ويستنجي بيساره اه. وليس مراده القصر على هذه الاشياء فإن ما يكره الاستنجاء به ثلاثة عشر كما في السراج الوهاج: العظم والروث والرجيع والفحم والطعام والزجاج والورق والخزف والقصب والشعر والقطن والخرقة وعلف الدواب مثل الحشيش وغيره. فإن استنجى بها أجزأه مع الكراهة لحصول المقصود، والروث وإن كان نجسا عندنا بقوله عليه الصلاة والسلام فيها ركس أو رجس لكن لما كان يابسا لا ينفصل منه شئ صح الاستنجاء به لانه يجفف ما على البدن من النجاسة الرطبة. والرجيع العذرة اليابسة، وقيل الحجر الذي قد استنجى به. وفي فتح القدير: ولا يجزئه الاستنجاء بحجر استنجى به مرة إلا أن يكون له حرف آخر لم يستنج به اه. والورق قيل إنه ورق الكتابة، وقيل إنه ورق الشجر، وأي ذلك كان فإنه مكروه. وأما الطعام فلانه إسراف وإهانة، وإنما كرهوا وضع المملحة على الخبز للاهانة فهذا أولى، وسواء كان مائعا أو لا كاللحم. وأما الخزف والزجاج والفحم فإنه يضر بالمقعدة، وأما باليمين فللنهي المتقدم، فإن كان باليسرى عذر يمنع الاستنجاء بها جاز أن يستنجي بيمينه من غير كراهة. وأما باقي هذه الاشياء فقيل إن الاستنجاء بها يورث الفقر، وقد قدمنا أن التحقيق أن الاستنجاء لا يكون إلا سنة فينبغي أنه إذا استنجى بالمنهي عنه أن لا يكون مقيما لسنة الاستنجاء أصلا، فقولهم بالاجزاء مع الكراهة تسامح لان مثل هذه العبارة تستعمل في الواجب وليس به والله الموفق للصواب. فروع: إذا أراد الانسان دخول الخلاء وهو بيت التغوط يستحب له أن يدخل بثوب

***

[٤٢٢]

غير ثوبه الذي يصلي فيه إن كان له ذلك وإلا فيجتهد في حفظ ثوبه عن إصابة النجاسة والماء المستعمل، ويدخل مستور الرأس ويقول عند دخوله: باسم الله اللهم إني أعوذ بك من الخبث والخبائث، وأعوذ بك من الرجس الخبيث المخبث الشيطان الرجيم. والخبث بسكون الباء بمعنى الشر، وبضمها جمع الخبيث وهو الذكر من الشيطان. والخبائث جمع الخبيثة وهي الانثى من الشياطين. ويكره أن يدخل الخلاء ومعه خاتم مكتوب عليه اسم الله تعالى أو شئ من القرآن. ويبدأ برجله اليسرى ويقعد ولا يكشف عورته وهو قائم، ويوسع بين رجليه ويميل على اليسرى، ولا يتكلم على الخلاء فإن الله تعالى يمقت على ذلك. والمقت هو البغض. ولا يذكر الله ولا يحمد إذا عطس، ولا يشمت عاطسا، ولا يرد السلام، ولا يجيب المؤذن، ولا ينظر لعورته إلا لحاجة، ولا ينظر إلى ما يخرج منه، ولا يبزق، ولا يمخط، ولا يتنحنح، ولا يكثر الالتفات، ولا يعبث ببدنه، ولا يرفع بصره إلى السماء، ولا يطيل القعود على البول والغائط لانه يورث الباسور أو وجع الكبد كما روي عن لقمان عليه السلام، فإذا فرغ قام ويقول: الحمد لله الذي أذهب عني الاذى وعافاني أي بإبقاء شئ من الطعام لانه لو خرج كله هلك. ويكره البول والغائط في الماء ولو كان جاريا، ويكره على طرف نهر أو بئر أو حوض أو عين أو تحت شجرة مثمرة أو في زرع أو في ظل ينتفع بالجلوس فيه، ويكره بجنب المساجد ومصلى العيد وفي المقابر وبين الدواب وفي طرق المسلمين ومستقبل القلبة ومستدبرها ولو في البنيان، فإن جلس مستقبل القبلة ناسيا ثم ذكر بعده أن أمكنه الانحراف انحرف وإلا فلا بأس. وكذا يكره للمرأة أن تمسك ولدها للبول والغائط نحو القبلة، واختلفوا في الاستقبال للتطهر فاختار التمرتاشي أنه لا يكره. وكذا يكره استقبال الشمس والقمر لانهما من آيات الله الباهرة، ويكره أن يقعد في أسفل الارض ويبول في أعلاها وأن يبول في مهب الريح وأن يبول في جحر فأرة أو حية أو نملة أو ثقب، ويكره أن يبول قائما أو مضطجعا أو متجردا عن ثوبه من غير عذر، فإن كان لعذر فلا بأس لانه عليه الصلاة والسلام بال قائما لوجع في صلبه، ويكره أن يبول في موضع ويتوضأ أو يغتسل فيه للنهي، كذا في السراج الوهاج.

***

[٤٢٣]

كتاب الصلاة هي لغة الدعاء، وشرعا الافعال المخصوصة من القيام والقراءة والركوع والسجود. وقول الشارح وفيها زيادة مع بقاء معنى فيكون تغييرا لا نقلا فيه نظر، إذا الدعاء ليس من حقيقتها شرعا، وإن أريد به القراءة فبعيد. فالظاهر أنها منقولة كما في الغاية لا لما علل به من وجودها بدون الدعاء في الامي بل لما ذكرناه، وسيأتي بيان أركانها وشرائطها وواجباتها. وحكمها سقوط الواجب عن ذمته بالاداء في الدنيا ونيل الثواب الموعود في الآخرة إن كان واجبا وإلا فالثاني. وسببها أوقاتها عند الفقهاء، وعند الاصوليين هي علامات وليست بأسباب، والفرق بينهما أن السبب هو المفضي إلى الحكم بلا تأثير، والعلامة هي الدال على الحكم من غير توقف ولا إفضاء ولا تأثير فهو علامة على الوجوب. والعلة في الحقيقة النعم المترادفة في الوقت وهو شرط صحة متعلقة بالضرورة كما يفيده كونه ظرفا. ثم عامة مشايخنا

***

[٤٢٤]

على أن السبب هو الجزء الاول إن اتصل به الاداء، وإن لم يتصل به انتقلت كذلك إلى ما يتصل به وإلا فالسبب الجزء الاخير وبعد خروجه يضاف إلى جملته، وتمامه في كتابنا المسمى بلب الاصول. وفي شرح النقاية: وكان فرض الصلوات الخمس ليلة المعراج وهي ليلة السبت لسبع عشرة ليلة خلت من رمضان قبل الهجرة بثمانية عشر شهرا من مكة إلى السماء، وكانت الصلاة قبل الاسراء صلاتين: صلاة قبل طلوع الشمس وصلاة قبل غروبها قال تعالى * (وسبح بحمد ربك بالعشي والابكار) * (غافر: ٥٥) ثم بدأ بالاوقات لتقدم السبب على المسبب، والشرط وإن كان كذلك لكن السبب أشرف منه ولكونه شرطا أيضا. وقدم الفجر لانه أول النهار أو لانه لا خلاف في أوله ولا آخره، أو لان أول من صلاها آدم عليه السلام حين أهبط من الجنة. إنما قدم الظهر في الجامع الصغير لانها أول صلاة فرضت على النبي صلى الله عليه وسلم وعلى أمته. كذا في غاية البيان. وبهذا اندفع السؤال المشهور كيف ترك النبي صلى الله عليه وسلم صلاة الفجر صبيحة ليلة الاسراء التي افترض فيها الصلوات الخمس. وفي الغاية: إن صلاة الفجر أول الخمس في الوجوب لان الفجر صبيحة ليلة الاسراء فيحتاج إلى الجواب عن الفجر، وأجاب عنه العراقي أنه كان نائما وقت الصبح والنائم غير مكلف. قوله: (وقت الفجر من الصبح الصادق إلى طلوع الشمس) لحديث أمامة: أتاني جبريل عند البيت مرتين فصلى بي الظهر في الاولى منهما حين كان الفئ مثل الشراك، ثم صلى العصر حين كان كل شئ مثل ظله، ثم صلى المغرب حين وجبت الشمس وأفطر الصائم، ثم صلى العشاء حين غاب الشفق، ثم صلى الفجر حين بزق الفجر وحرم الطعام على الصائم. وصلى المرة الثانية الظهر حين كان ظل كل شئ مثله كوقت العصر بالامس، ثم صلى العصر حين كان ظل كل شئ مثليه، ثم صلى المغرب لوقته الاول، ثم صلى العشاء

***

[٤٢٥]

الاخيرة حين ذهب ثلث الليل، ثم صلى الصبح حين أسفرت الارض، ثم التفت جبريل فقال: يا محمد هذا وقت الانبياء من قبلك، والوقت فيما بين هذين الوقتين. وبزق أي بزغ وهو أول طلوعه. وقيد بالصادق احترازا عن الكاذب فإنه من الليل، وهو المستطيل الذي يبدو كذنب الذئب ثم يعقبه الظلام، والاول المستطير وهو الذي ينتشر ضوءه في الافق وهي أطراف السماء. وفي السراج الوهاج: آخره قبيل طلوع الشمس. وفي المجتبى: واختلف المشايخ في أن العبرة لاول طلوعه أو لاستطارته أو لانتشاره اه‍. والظاهر الاخير لتعريفهم الصادق به. قال في النهاية: الصادق هو البياض المنتشر في الافق. قوله: (والظهر من الزوال إلى بلوغ الظل مثليه سوى الفئ) أي وقت الظهر، أما أوله فمجمع عليه لقوله تعالى * (أقم الصلاة لدلوك الشمس) * (الاسراء: ٧٨) أي لزوالها وقيل لغروبها، واللام للتأقيت، ذكره البيضاوي. وأما آخره ففيه روايتان عن أبي حنيفة: الاولى رواها محمد عنه ما في الكتاب، والثانية رواية الحسن إذا صار ظل كل شئ مثله سوى الفئ وهو قولهما، والاولى قول أبي حنيفة. قال في البدائع: إنها المذكورة في الاصل وهو الصحيح وفي النهاية: إنها ظاهر الرواية عن أبي حنيفة. وفي غاية البيان: وبها أخذ أبو حنيفة وهو المشهور عنه. وفي المحيط: والصحيح قول أبي حنيفة. وفي الينابيع: وهو الصحيح عن أبي حنيفة. وفي تصحيح القدوري للعلامة قاسم: إن برهان الشريعة المحبوبي اختاره وعول عليه النسفي ووافقه صدر الشريعة ورجح دليله. وفي الغياثية: وهو المختار. وفي شرح المجمع للمصنف: إنه مذهب أبي حنيفة وإختاره أصحاب المتون وارتضاه الشارحون، فثبت أنه مذهب أبي حنيفة. فقول الطحاوي وبقولهما نأخذ لا يدل على أنه المذهب مع

ما ذكرناه، وما ذكره الكركي في الفيص من أنه يفتى بقولهما في العصر والعشاء مسلم في العشاء فقط على ما فيه أيضا كما سنذكره. لهما: إمامة جبريل في اليوم الاول في هذا الوقت، وله: قوله عليه الصلاة والسلام أبردوا بالظهر فإن شدة الحر من فيح جهنم وأشد الحر في ديارهم كان في هذا الوقت، وإذا تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت بالشك. وذكر شيخ الاسلام أن الاحتياط أن لا يؤخر الظهر إلى المثل وأن لا يصلي العصر حتى يبلغ المثلين

***

[٤٢٦]

ليكون مؤديا للصلاتين في وقتهما بالاجماع. كذا في السراج. وفي المغرب: الفئ بوزن الشئ ما نسخ الشمس وذلك بالعشي والجمع أفياء وفيوء، والظل ما نسخته الشمس وذلك بالغداة. وفي السراج الوهاج: والفئ في اللغة اسم للظل بعد الزوال سمي فيأ لانه فاء من جهة المغرب إلى جهة المشرق أي رجع، وبه اندفع ما قيل إن الفئ هو الظل الذي يكون للاشياء وقت الزوال. وفي معرفة الزوال روايات أصحها أن يغرز خشبة مستوية في أرض مستوية ويجعل عند منتهى ظلها علامة، فإن كان الظل ينقص عن العلامة فالشمس لم تزل، وإن كان الظل يطول ويجاوز الخط علم أنها زالت، وإن امتنع الظل من القصر والطول فهو وقت الزوال. كذا في الظهيرية. وفي المجتبى: فإن لم يجد ما يغرزه لمعرفة الفئ والامثال فليعتبره بقامته، وقامة كل انسان ستة أقدام ونصف بقدمه. وقال الطحاوي وعامة المشايخ: سبعة أقدام ويمكن الجمع بينهما بأن يعتبر سبعة أقدام من طرف سمت الساق، وستة ونصف من طرف الابهام. واعلم أن لكل شئ ظلا وقت الزوال إلا بمكة والمدينة في أطول أيام السنة لان الشمس فيها تأخذ الحيطان الاربعة. كذا في المبسوط. قوله: (والعصر منه إلى الغروب) أي وقت العصر من بلوغ الظل مثليه سوى الفئ إلى غروب الشمس، والخلاف في آخر وقت الظهر جار في أول وقت العصر، وفي آخره خلاف أيضا فإن الحسن بن زياد يقول: إذا اصفرت الشمس خرج وقت العصر. ولنا رواية الصحيحين من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر (١). قوله: (والمغرب منه إلى غروب الشفق) أي وقت المغرب من غروب الشمس إلى غروب الشفق لرواية مسلم وقت صلاة المغرب ما لم يسقط نور الشفق (٢) وضبطه الشمني بالثاء

***

[٤٢٧]

المثلثة المفتوحة وهو ثوران حمرته. قوله: (وهو البياض) أي الشفق هو البياض عند الامام وهو مذهب أبي بكر الصديق وعمر ومعاذ وعائشة رضي الله عنهم، وعندهما وهو رواية عنه هو الحمرة وهو قول ابن عباس وابن عمر، وصرح في المجمع بأن عليها الفتوى. ورده المحقق في فتح القدير بأنه لا يساعده رواية ولا دراية، أما الاول فلانه خلاف الرواية الظاهرة عنه، وأما الثاني فلما في حديث ابن فضيل وإن آخر وقتها حين يغيب الافق وغيبوبته بسقوط البياض الذي يعقب الحمرة وإلا كان باديا ويجئ ما تقدم يعني إذا تعارضت الاخبار لم ينقض الوقت بالشك، ورجحه أيضا تلميذه قاسم في تصحيح القدوري. وقال في آخره: فثبت أن قول الامام هو الاصح اه. وبهذا ظهر أنه لا يفتى ويعمل إلا بقول الامام الاعظم، ولا يعدل عنه إلى قولهما أو قول أحدهما أو غيرهما إلا لضرورة من ضعف دليل أو تعامل بخلافه كالمزارعة وإن صرح المشايخ بأن الفتوى على قولهما كما في هذه المسألة. وفي السراج الوهاج: فقولهما أوسع للناس وقول أبي حنيفة أحوط. قوله: (والعشاء والوتر منه إلى الصبح) أي وقتهما من غروب الشفق على الخلاف فيه، وكون وقتهما واحدا مذهب الامام، وعندهما وقت الوتر بعد صلاة العشاء. له حديث أبي داود إن الله أمدكم بصلاة هي خير لكم من حمر النعم وهي الوتر فجعلها لكم فيما بين العشاء إلى طلوع الفجر (١) ولهما ما في بعض طرقه فجعلها لكم فيما بين صلاة العشاء إلى طلوع الفجر والخلاف فيه مبني على أنه فرض أو سنة قوله: (ولا يقدم على العشاء للترتيب)

***

[٤٢٨]

أي لا يقدم الوتر على العشاء لوجوب الترتيب بين العشاء والوتر ولانهما فرضان عند الامام وإن كان أحدهما اعتقادا والآخر عملا فأفاد أنه عند التذكر حتى لو قدم الوتر ناسيا فإنه يجوز، وعندهما يعيده، وعند النسيان أيضا لانه سنة العشاء تبعا لها فلا يثبت حكمه قبلها كالركعتين بعد العشاء. وقول الشارح وعندهما لا يجوز فيه نظر لانه سنة عندهما يجوز تركه أصلا، وأشار إلى أن الترتيب بينه

وبين غيره واجب عنده كما سيصرح به في باب الفوائت، وعندهما ليس بواجب لسنيته. وفي النهاية: ثم إنهما يوافقان أبا حنيفة في وجوب القضاء، فلو كانت سنة لما وجب القضاء كما في سائر السنن. ومراده من الوجوب الثبوت لا المصطلح عليه لان أداءه عندهما سنة فلا يكون القضاء واجبا عندهما وإلا فهو مشكل والله سبحانه أعلم. قوله: (ومن لم يجد وقتهما لم يجبا) أي العشاء والوتر كما لو كان في بلد يطلع فيه الفجر قبل أن يغيب الشفق كبلغارفي أو قصر ليالي السنة فيما حكاه معجم صاحب البلدان لعدم السبب وأفتى به البقالي، كما يسقط غسل اليدين من الوضوء عن مقطوعهما من المرفقين، وأفتى بعضهم بوجوبها واختاره المحقق في فتح القدير بثبوت الفرق بين عدم محل
***
[٤٢٩]
الفرض وبين سببه الجعلي الذي جعل علامة على الوجوب الخفي الثابت في نفس الامر وجواز تعدد المعرفات للشئ، فإنتفاء الوقت انتفاء المعرف، وانتفاء الدليل على الشئ لا يستلزم انتفاءه لجواز دليل آخر وهو ما تواطأت عليه أخبار الاسراء من فرض الله الصلاة خمسا إلى آخره. والصحيح أنه لا ينوي القضاء لفقد وقت الاداء، ومن أفتى بوجوب العشاء يجب على قوله الوتر أيضا. قوله: (وندب تأخير الفجر) لما رواه أصحاب السنن الاربعة وصححه الترمذي أسفروا بالفجر فإنه أعظم للاجر (١) وحمله على تبين طلوعه يأباه ما في صحيح ابن حبان كلما أصبحتم بالصبح فهو أعظم للاجر أطلقه فشمل الابتداء والانتهاء فيستحب البداءة بالاسفار والختم به خلافا للطحاوي فإنه نقل عن الاصحاب استحباب البداءة بالغلس والختم بالاسفار، والاول ظاهر الرواية كما في العناية. وقالوا: يسفر بها بحيث لو ظهر فساد صلاته يمكنه أن يعيدها في الوقت بقراءة مستحبة. وقيل: يؤخرها جدا لان الفساد موهوم فلا يترك المستحب لاجله وهو ظاهر إطلاق الكتاب لكن لا يؤخرها بحيث يقع الشك في طلوع الشمس. وفي السراج الوهاج: حد الاسفار أن يصلي في النصف الثاني، ولا يخفى أن الحاج بمزدلفة لا يؤخرها. وفي المبتغى بالغين المعجمة: الافضل للمرأة في الفجر الغلس، وفي غيرها الانتظار إلى فراغ الرجال عن الجماعة. قوله: (وظهر الصيف) أي ندب تأخيره لرواية البخاري: كان إذا اشتد البرد بكر بالصلاة، وإذا اشتد الحر أبرد بالصلاة. والمراد الظهر لانه جواب السؤال عنها وحده أن يصلي قبل المثل. أطلقه فأفاد أنه لا فرق بين أن يصلي بجماعة أو لا، وبين أن يكون في بلاد حارة أو لا، وبين أن يكون في شدة الحر أو لا، ولهذا قال في المجمع: ونفضل الابراد بالظهر مطلقا، فما في السراج الوهاج من أنه إنما يستحب الابراد بثلاثة شروط ففيه نظر، بل هو مذهب الشافعي على ما قيل. والجمعة كالظهر أصلا واستحبابا في الزمانين كذا ذكره الاسبيجابي. قوله (والعصر ما لم تتغير) أي ندب تأخيره ما لم تتغير الشمس لرواية أبي داود: كان يؤخر العصر ما دامت الشمس بيضاء نقية. أطلقه فشمل الصيف والشتاء لما في ذلك من تكثير النوافل لكراهتها بعد العصر، وأراد
***
[٤٣٠]
بالتغير أن تكون الشمس بحال لا تحار فيها العيون على الصحيح فإن تأخيرها إليه مكروه لا الفعل لانه مأمور بها منهي عن تركها فلا يكون الفعل مكروها. كذا في السراج. ولو شرع فيه قبل التغير فمده إليه لا يكره لان الاحتراز عن الكراهة مع الاقبال على الصلاة متعذر فجعل عفوا. كذا في غاية البيان. وحكم الاذان حكم الصلاة في الاستحباب تعجيلا وتأخيرا صيفا وشتاء كما سنذكره في بابه إن شاء الله تعالى قوله (والعشاء إلى الثلث) أي ندب تأخيرها إلى ثلث الليل لما رواه الترمذي وصححه لولا أن أشق على أمتي لاخرت العشاء إلى ثلث الليل أو نصفه (٢) وفي مختصر القدوري إلى ما قبل الثلث لرواية البخاري: كانوا يصلون العتمة فيما بين أن يغيب الشفق إلى ثلث الليل. ومقتضاه أنه لا يستحب تأخيرها إلى الثلث بخلاف الاول. ووفق بينهما في شرح المجمع لابن الملك بحمل الاول على الشتاء والثاني على الصيف لغلبة النوم ا ه‍. وأطلقه فشمل الصيف والشتاء، وقيل يستحب تعجيل العشاء في الصيف لئلا تتقلل الجماعة، وأفاد أن التأخير إلى نصف الليل ليس بمستحب وقالوا: إنه مباح وإلى ما بعده مكروه. وقيل: إلى ما بعد الثلث مكروه. وروى الامام أحمد وغيره أنه عليه الصلاة والسلام كان يستحب أن يؤخر العشاء، وكان يكره النوم قبلها والحديث بعدها. وقيد الطحاوي كراهة النوم قبلها بمن خشي عليه فوت وقتها أو فوت الجماعة فيها وإلا فلا. وقيد
***
[٤٣١]

الشارح كراهة الحديث بعدها بغير الحاجة أما لها فلا، وكذا قراءة القرآن والذكر وحكايات الصالحين ومذاكرة الفقه والحديث مع الضيف. وفي الظهيرية: ويكره الكلام بعد انفجار الصبح، وإذا صلى الفجر جاز له الكلام. وفي القنية: تأخير العشاء إلى ما زاد على نصف الليل والعصر إلى وقت اصفرار الشمس والمغرب إلى اشتباك النجوم يكره كراهة تحريم. قوله (والوتر إلى آخر الليل لمن يثق بالانتباه) أي وندب تأخيرة لرواية الصحيحين اجعلوا آخر صلاتكم وترا (١) والامر للندب لرواية الترمذي من خشي منكم أن لا يستيقظ من آخر الليل فليوتر أوله ومن طمع منكم أن يوتر في آخر الليل فليوتر من آخر الليل فإن قراءة القرآن في آخر الليل محضورة (٢) وهي أفضل وهو دليل مفهوم قوله لمن يثق به. وإذا أوتر قبل النوم ثم استيقظ وصلى ما كتب له لا كراهة فيه ولا يعيد الوتر ولزمه ترك الافضل المفاد بحديث الصحيحين قوله (وتعجيل ظهر الشتاء) أي وندب تعجيل ظهر الشتاء لما روينا في ظهر الصيف. وفي الخلاصة: من آخر الايمان: إن كان عندهم حساب يعرفون به الشتاء والصيف فهو على حسابهم، وإن لم يكن فالشتاء ما اشتد فيه البرد على الدوام، والصيف ما يشتد فيه الحر على الدوام، فعلى قياس هذا الربيع ما ينكسر فيه البرد على الدوام، والخريف ما ينكسر فيه الحر على الدوام. ومن مشايخنا من قال: الشتاء ما يحتاج الناس فيه إلى شيئين إلى الوقود ولبس الحشو، والصيف ما يستغنى فيه عنهما، والربيع والخريف ما يستغنى عن أحدهما اه. ولم أر من تكلم على حكم صلاة الظهر في الربيع والخريف، والذي يظهر أن الربيع ملحق بالشتاء في هذا الحكم والخريف ملحق بالصيف فيه قوله (والمغرب) أي وندب تعجيلها لحديث الصحيحين: كان يصلي المغرب إذا غربت الشمس وتوارت بالحجاب. ويكره تأخيرها إلى اشتباك النجوم لرواية أحمد لا تزال أمتي بخير ما لم يؤخروا المغرب حتى تشتبك النجوم (٣) ذكره الشارح وفيه بحث إذ مقتضاه الندب لا الكراهة لجواز الاباحة. وفي المبتغى

***

[٤٣٢]

بالمعجمة: ويكره تأخير المغرب في رواية، وفي أخرى لا ما لم يغب الشفق. الاصح هو الاول إلا من عذر كالسفر ونحوه أو يكون قليلا، وفي الكراهة بتطويل القراءة خلاف اه. وفي الاسرار: تعجيل الصلاة أداؤها في النصف الاول من وقتها. وفي فتح القدير: تعجيلها هو أن لا يفصل بين الاذان والاقامة إلا بجلسة خفيفة أو سكتة على الخلاف الذي سيأتي، وتأخيرها لصلاة ركعتين مكروهة، وما روى الاصحاب عن ابن عمر أنه أخرها حتى بدا نجم فأعتق رقبة يقتضي أن ذلك القليل الذي لا يتعلق بكراهة هو ما قبل ظهور النجم وفي المنية: لا يكره للسفر وللمائدة أو كان يوم غيم. وذكر الاسبيجابي إذا جئ بجنازة بغد الغروب بدؤوا بالمغرب ثم بها ثم بسنة المغرب اه. وقد تقدم أن كراهة تأخيرها تحريمية قوله (وما فيها عين يوم غين) أي وندب تعجيل كل صلاة في أولها عين يوم الغيم وهي العصر والعشاء لان في تأخير العصر احتمال وقوعها في الوقت المكروه، وفي تأخير العشاء تقليل الجماعة على احتمال المطر والطين. والغين لغة في الغيم وهو السحاب. كذا في الصحاح وليس فيه وهم الوقوع قبل الوقت لان الظهر قد أخر في هذا اليوم، وكذا المغرب وبهذا اندفع ما رجح به في غاية البيان رواية الحسن أن التأخير أفضل في سائر الصلوات يوم الغيم بأنه أقرب إلى الاحتياط لجواز الاداء بعد الوقت لا قبله قوله (ويؤخر غيره فيه) أي يؤخر غير ما في أوله عين يوم غين وهي الفجر والظهر والمغرب لان الفجر والظهر لا كراهة في وقتهما فلا يضر التأخير، والمغرب يخاف وقوعها قبل الغروب لشدة الالتباس. قوله (ومنع عن الصلاة وسجدة التلاوة وصلاة الجنازة عند الطلوع والاستواء والغروب إلا عصر يومه) لما روى الجماعة إلا البخاري من حديث عقبة بن عامر الجهني رضي الله عنه قال:

***

[٤٣٣]

ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهانا أن نصلي فيهن وأن نقبر فيهن موتانا: حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع، وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل، وحين تضيف للغروب حتى تغرب. ومعنى تضيف تميل وهو بالمثناة الفوقية المفتوحة فالضاد المعجمة المفتوحة فالمثناة التحتية المشددة، وأصله تتضيف حذف منه إحدى التاءين. والمراد بقوله وإن نقبر صلاة الجنازة كناية لانها ذكر الرديف وإرادة المردوف إذا الدفن غير مكروه خلافا لابي داود لما رواه ابن دقيق العيد في الامام عن عقبة قال: نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نصلي على موتانا عند طلوع الشمس. أطلق الصلاة فشمل فرضها ونفلها لان الكل ممنوع فإن المكروه من قبيل الممنوع لانها تحريمية لما عرف من أن النهي الظني الثبوت غير المصروف عن مقتضاه يفيد كراهة التحريم، وإن كان قطعية أفاد

التحريم، فالتحريم في مقابلة الفرض في الرتبة، وكراهة التحريم في رتبة الواجب، والتنزيه في رتبة المندوب، والنهي في حديث عقبة من الاول فكان الثابت به كراهة التحريم. فإن كانت الصلاة فرضا أو واجبة فهي غير صحيحة لانها لنقصان في الوقت بسبب الاداء فيه تشبيها بعبادة الكفار المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم إن الشمس تطلع بين قرني شيطان إذا ارتفعت فارقها، ثم إذا استوت قارنها، فإذا زالت فارقها، فإذا دنت للغروب قارنها، وإذا غربت فارقها ونهى عن الصلاة في تلك الساعات رواه مالك في الموطأ. وهذا هو المراد بنقصان الوقت وإلا فالوقت لا نقص فيه نفسه بل هو وقت كسائر الاوقات إنما النقص في الاركان فلا يتأدى بها ما وجب كاملا، فخرج الجواب عما قيل لو ترك بعض الواجبات صحت الصلاة مع أنها ناقصة يتأدى بها الكامل لان ترك الواجب لا يدخل النقص في الاركان التي هي المقومة للحقيقة بخلاف فعل الاركان في هذه الاوقا ت. وإنما جاز القضاء في أرض الغير وإن كان النهي ثم لمعنى في غيره أيضا لان النهي ثم ورد للمكان، وهنا للزمان، واتصال الفعل بالزمان أكثر لانه داخل في ماهيته ولهذا فسد صوم يوم النحر وإن ورد النهي فيه لمعنى في غيره لان النهي فيه باعتبار الوقت، والصوم يقوم به ويطول بطوله ويقصر بقصره لانه معياره فازداد الاثر فصار فاسدا. وإن كانت الصلاة نفلا فهي صحيحة مكروهة حتى وجب قضاؤه إذا قطعه ويجب قطعه وقضاؤه في غير مكروه في ظاهر الرواية، ولو أتمه خرج عن عهدة ما لزمه بذلك الشروع. وفي المبسوط: القطع أفضل والاول هو مقتضى الدليل والوتر داخل في الفرض لانه فرض عملي أو في الواجب فلا يصح في هذه الاوقات كما في الكافي والمنذور المطلق الذي لم يقيد بوقت الكراهة داخل فيه أيضا كما صرح به الاسبيجابي. والنفل إذا شرع فيه في وقت مستحب ثم أفسده داخل فيه أيضا فلا يصح في هذه الاوقات كما في المحيط بخلاف ما لو قضى في وقت مكروه ما قطعه من النفل المشروع فيه في وقت مكروه حيث يخرجه عن العهدة وإن كان آثما لان وجوبه ضرورة صيانة المؤدي عن البطلان ليس غير، والصون عن البطلان يحصل مع النقصان كما لو نذر
***

[٤٣٤]

إن يصلي في الوقت المكروه فأدى فيه يصح ويأثم، ويجب أن يصلي في غيره. وقول الشارح فيهما والافضل أن يصلي في غيره ضعيف كما قدمناه. ويدخل في الواجب ركعتا الطواف فلا تصح في هذه الاوقات الثلاثة، اعتبرت واجبة في حق هذا الحكم ونفلا في كراهتها بعد صلاة الفجر والعصر احتياطا فيهما. وعبارة الكتاب أولى من عبارة أصله الوافي حيث قال: لا تصح صلاة إلى آخره لما علمت أن عدم الصحة إنما هن في الفرائض والواجبات لا في النوافل بخلاف المنع فإنه يعم الكل. وأراد بسجدة التلاوة وصلاة الجنازة ما وجبت قبل هذه الاوقات، أما إذا تلاها فيها أو حضرت الجنازة فيها فأداها فإنه يصح من غير كراهة إذ الوجوب بالتلاوة والحضور لكن الافضل التأخير فيهما. وفي التحفة: الافضل أن يصلي على الجنازة إذا حضرت في الاوقات الثلاثة ولا يؤخرها بخلاف الفرائض. وظاهر التسوية بين صلاة الجنازة وسجدة التلاوة أنه لو حضرت الجنازة في غير مكروه فأخرها حتى صلى في الوقت المكروه فإنها لا تصح وتجب إعادتها كسجود التلاوة. وذكر الاسبيجابي: لو صلى صلاة الجنازة فإنه يجوز مع الكراهة ولا يعيد، ولو سجد سجدة التلاوة ينظر، إن قرأها في هذا الوقت تجوز مع الكراهة وتسقط عن ذمته، وإن قرأها قبل ذلك ثم سجدها في هذا الوقت لا يجوز ويعيد اه. وسجدة السهو كسجدة التلاوة - كذا في المحيط - حتى لو دخل وقت الكراهة بعد السلام وعليه سهو فإنه لا يسجد لسهوه وسقط عنه لانه لجبر النقصان المتمكن في الصلاة، فجرى ذلك مجرى القضاء وقد وجب ذلك كاملا فلا يتأدى بالناقص. كذا في شرح المنية. وذكر في الاصل ما لم ترتفع الشمس قدر رمح فهي في حكم الطلوع. واختار الفضلي أن الانسان ما دام يقدر على النظر إلى قرص الشمس في الطلوع فلا تحل الصلاة، فإذا عجز عن النظر حلت وهو مناسب لتفسير التغير المصحح كما قدمناه. وأراد بالغروب التغير كما صرح به قاضيخان في فتاواه حيث قال: وعند احمرار الشمس إلى أن تغيب. والشافعي رحمه الله أخرج من النهي في حديث عقبة الفوائت عملا بقوله عليه السلام من نام عن صلاة أو نسيها فيصلها إذا ذكرها (١) متفق عليه. والجواب عنه أن كونه مخصصا لعموم النهي متوقف على المقارنة، فلما لم تثبت فهو معارض في بعض الافراد فيقدم حديث عقبة لانه محرم، ولو تنزلنا إلى طريقهم في كون الخاص مخصصا كيفما كان فهو خاص في الصلاة عام في الاوقات، فإن وجب تخصيص عموم الصلاة في حديث عقبة وجب تخصيص حديث عقبة عموم الوقت لانه خاص في الوقت، وتخصيص
***

[٤٣٥]
عموم الوقت هو إخراجه الاوقات الثلاثة من عموم وقت التذكر في حق الصلاة الفائتة كما أن تخصيص الآخر هو إخراج الفوائت عن عموم منع الصلاة في الاوقات الثلاثة، وحينئذ فيتعارضان في الفائتة في الاوقات المكروهة إذ تخصيص حديث عقبة يقتضي إخراجها عن الحل في الثلاثة، وتخصيص حديث التذكر للفائتة من عموم الصلاة يقتضي حلها فيها، ويكون إخراج حديث عقبة أولى لانه محرم. وأخرج أيضا النوافل بمكة لعموم قوله صلى الله عليه وسلم يا بني عبد مناف لا تمنعوا أحدا طاف بهذا البيت وصلى أية ساعة شاء من ليل أو نهار وجوابه أنه عام في الصلاة والوقت فيتعارض عمومهما في الصلاة، ويقدم حديث عقبة لما قلنا. وكذا يتعارضان في الوقت إذ الخاص يعارض العام عندنا، وعلى أصولهم يجب أن يخص منه حديث عقبة في الاوقات الثلاثة لانه خاص فيها. وأخرج أبو يوسف منه النفل يوم الجمعة وقت الزوال لما رواه الشافعي في مسنده: نهى عن الصلاة نصف النهار حتى تزول الشمس إلا يوم الجمعة. وجوابه أن الاستثناء عندنا تكلم بالباقي فيكون حاصله نهيا مقيدا بكونه بغير يوم الجمعة فيقدم عليه حديث عقبة المعارض له فيه لانه محرم، وبحث فيه المحقق ابن الهمام بأنه يحمل المطلق على المقيد لاتحادهما حكما وحادثة ولم يجب عنه، فظاهر ترجيح قول أبي يوسف فلذا قال في الحاوي: وعليه الفتوى كما عزاه له ابن أمير حاج في شرح المنية. وفي العناية: أن حديث أبي يوسف منقطع أو معناه ولا يوم الجمعة، واستثنى المصنف من المنع عصر يومه فأفاد أنه لا يكره أداؤه وقت التغير، وقد قدمنا أن المكروه إنما هو تأخيره لا أداؤه لانه أداه كما وجب لان سبب الوجوب آخر الوقت إن لم يؤد قبله وإلا فالجزء المتصل بالاداء وإلا فجميع الوقت. وعلل المصنف في كافيه بأنه لا يستقيم إثبات الكراهة للشئ لانه مأمور به، وقيل الاداء مكروه أيضا اه‍. وعلى هذا مشى في شرح
***
[٤٣٦]
الطحاوي. والتحفة والبدائع والحاوي وغيرها على أنه المذهب من غير حكاية خلاف وهو الاوجه للحديث السابق الثابت في صحيح مسلم وغيره. وقيد بعصر يومه لان عصر أمسه لا يجوز وقت التغير لان الاجزاء الصحيحة أكثر فيجب القضاء كاملا ترجيحا للاكثر الصحيح على الاقل الفاسد. وأورد عليه أن من بلغ أو أسلم في الجزء الناقص لا يصح منه في ناقص غيره مع تعذر الاضافة في حقه إلى الكل لعدم الاهلية. وأجيب بأن لا رواية فيها فتلتزم الصحة، والصحيح أن النقص لازم الاداء في ذلك الجزء، وأما الجزء فلا نقص فيه غير أن تحمل ذلك النقص لو أدى فيه العصر ضروري لانه مأمور بالاداء فيه، فإذا لم يؤد لم يوجد النقص الضروري وهو في نفسه كامل فيثبت في ذمته كذلك فلا يخرج عن عهدته إلا بكامل، وبهذا اندفع ما ذكره السراج الهندي في شرح المغني من أن السبب لما كان ناقصا في الاصل كان ما ثبت في الذمة ناقصا أيضا، فعند مضي الوقت لا يتصف بالكمال لما علمت أنه لا نقص في الوقت أصلا. وأشار إلى أن فجر يومه يبطل بالطلوع والفرق بينهما أن السبب في العصر آخر الوقت وهو وقت التغير وهو ناقص فإذا أداها فيه أداها كما وجبت، ووقت الفجر كله كامل فوجبت كاملة فتبطل بطرو الطلوع الذي هو وقت فساد لعدم الملائمة بينهما. فإن قيل: روى الجماعة عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها ومن أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح أجيب بأن التعارض لما وقع بين هذا الحديث وبين النهي عن الصلاة في الاوقات الثلاثة في الفجر رجعنا إلى القياس كما
***
[٤٣٧]
هو حكم التعارض، فرجحنا حكم هذا الحديث في صلاة العصر وحكم النهي في صلاة الفجر. كذا في شرح النقاية. وظاهره أن ترجيح المحرم على المبيح إنما هو عند عدم القياس، أما عنده فالترجيح له وفي القنية: كسالى العوام إذا صلوا الفجر وقت الطلوع لا ينكر عليهم لانهم لو منعوا يتركونها أصلا ظاهرا، ولو صلوها تجوز عند أصحاب الحديث، والاداء الجائز عند البعض أولى من الترك أصلا. وفي البغية: الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في الاوقات التي تكره فيها الصلاة والدعاء والتسبيح أفضل من قراءة القرآن اه‍. ولعله لان القراءة ركن الصلاة وهي مكروهة فالاولى ترك ما كان ركنا لها. والتعبير بالاستواء أولى من التعبير بوقت الزوال لان وقت الزوال لا تكره فيه الصلاة إجماعا. كذا في شرح منية المصلي. قوله (وعن التنفل بعد صلاة الفجر والعصر لا عن قضاء فائتة وسجدة تلاوة وصلاة

جنازة) أي منع عن النتفل في هذين الوقتين قصدا لا عن غيره لرواية الصحيحين لا صلاة بعد صلاة العصر حتى تغرب الشمس، ولا صلاة بعد صلاة الفجر حتى تطلع الشمس وهو بعمومه متناول للفرائض فأخرجوها منه بالمعنى وهو أن الكراهة كانت لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول به لا بمعنى في الوقت فلم يظهر في حق الفرائض، وقد بحث فيه المحقق ابن الهمام بأن هذا الاعتبار لا دليل عليه. ثم النظر إليه يستلزم نقيض قولهم العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لمعنى النص لانه يستلزم معارضة النص بالمعنى، والنظر إلى النصوص يفيد منع القضاء تقديما للنهي العام على حديث التذكر. نعم يمكن إخراج صلاة الجنازة وسجدة التلاوة بأنهما ليسا بصلاة مطلقة، ويكفي في إخراج القضاء من الفساد العلم بأن النهي ليس بمعنى في الوقت، وذلك هو الموجب للفساد، وأما من الكراهة ففيه ما سبق اه. والحاصل إن الدليل يقتضي ثبوت الكراهة في كل صلاة وتخصيصه بلا مخصص شرعي لا يجوز. أطلق في الفائتة فشملت الوتر لانه واجب على قوله، وأما على قولهما فهو سنة فينبغي أن لا يقضي بعد طلوع الفجر لكراهة التنفل فيه، لكن في القنية: الوتر يقضي بعد طلوع الفجر بالاجماع بخلاف سائر السنن اه. ولا يخفى ما فيه. واقتصر على الثلاثة ليفيد أن
***
[٤٣٨]
بقية الواجبات من الصلاة داخل في النفل فيكره فيهما كالمنذور خلافا لابي يوسف، وما شرع فيه من النفل ثم أفسده وركعتي الطواف لان ما إلتزمه بالنذر نفل لان النذر سبب موضوع لالتزامه بخلاف سجود التلاوة لانها ليست بنفل لان التنفل بالسجدة غير مشروع فيكون واجبا بإيجاب الله تعالى، ولانه تعلق وجوب النذر بسبب من جهته وسجدة التلاوة بإيجابه تعالى وإن كانت التلاوة فعله كجمع المال فعله، ووجوب الزكاة بإيجاب الشرع. وفي فتح القدير: وقد يقال: وجوب السجدة في التحقيق متعلق بالسماع لا بالاستماع ولا التلاوة، وذلك ليس فعلا من المكلف بل وصف خلق فيه بخلاف النذر والطواف والشروع فعله ولولاه لكانت الصلاة نفلا اه. وهو قاصر على السامع للتلاوة لان السبب في حقه السماع على خلاف فيه، وأما التالي فاتفقوا على أن السبب في حقه إنما هو التلاوة لا السماع. وأطلق في التنفل فشمل ماله سبب وما ليس له، فتكره تحية المسجد فيهما للعموم وهو مقدم على عموم قوله صلى الله عليه وسلم من دخل المسجد فليركع ركعتين لانه مبيح وذلك حاظر. وأشار إلى أنه لو شرع في النفل في وقت مستحب ثم أفسده ثم قضاه فيهما فإنه لا يسقط عن ذمته كما في المحيط، وإلى أنه لو أفسد سنة الفجر ثم قضاها بعد صلاة الفجر فإنه لا يجوز على الاصح. وقيل يجوز والاحسن أن يشرع في السنة ثم يكبر بالفريضة فلا يكون مفسدا للعمل ويكون منتقلا من عمل إلى عمل. كذا في الظهيرية وفيه نظر، لانه إذا كبر للفريضة فقد أفسد السنة كما صرحوا به في باب ما يفسد الصلاة. وفي شرح المجمع لابن الملك: ما قاله بعض الفقهاء من أنه إذا أقيم للفجر وخاف رجل فوت الفرض يشرع في السنة فيقطعها فيقضيها قبل الطلوع مردود لكراهة قضاء التنفل الذي أفسده فيه على أن الامر بالشروع للقطع قبيح شرعا، وإلى أنه لا يكره التنفل قبل صلاة العصر في وقته، وإلى أن لصلاة العصر مدخلا في كراهة النوافل فينشأ عنه كراهة التطوع بعد العصر المجموعة إلى الظهر في وقت الظهر بعرفات فيما يظهر، ولم أقف على التصريح به لاحد من أهل المذهب. كذا في شرح منية المصلي. واعلم أن قضاء الفائتة وما معها لا تكره بعد صلاة العصر إلى غاية التغير لا إلى الغروب كما هو ظاهر كلامه. قوله (وبعد طلوع الفجر بأكثر من سنة الفجر) أي ومنع عن التنفل بعد طلوع الفجر
***
[٤٣٩]
قبل صلاة الفجر بأكثر من سنته قصدا لما رواه أحمد وأبو داود لا صلاة بعد الصبح إلا ركعتين وفي رواية الطبراني إذا طلع الفجر فلا تصلوا إلا ركعتين قيدنا بكونه قصدا لما في الظهيرية: ولو شرع في التطوع قبل طلوع الفجر فلما صلى ركعة طلع الفجر، قيل يقطع الصلاة، وقيل يتمها، والاصح أنه يتمها، ولا تنوب عن سنة الفجر على الاصح. ولو اقتصر المصنف وقال وعن التنفل بعد طلوع الفجر بأكثر من سنته وبعد صلاة العصر لاغناه عن التطويل كما لا يخفى. وإنما أتى بالفجر ثانيا ظاهرا ولم يقل بسنته مضمرا لانها ليست سنة الفجر بمعنى الزمن وإنما هي سنة صلاة الفجر فهو على حذف مضاف أي بأكثر من سنة صلاة الفجر. وفي المجتبى: تخفف القراءة في ركعتي الفجر، قيد بالتنفل لان قضاء الفائتة بعد طلوع الفجر ليس بمكروه لان النهي عن التنفل فيه لحق ركعتي الفجر حتى يكون كالمشغول بها لان الوقت متعين لها حتى لو نوى تطوعا كان عن سنة الفجر من غير تعيين منه فلا يظهر في حق الفرض لانه فوقها،

والبحث المتقدم لابن الهمام يجري هنا للنهي الذي ذكرناه في المسألة السابقة. وفي العناية. والحاصل أن ما كان النهي فيه لمعنى في الوقت أثر في الفرائض والنوافل جميعا، وما كان لمعنى في غيره أثر في النوافل دون الفرائض وما هو في معناه اهـ. قوله (وقبل المغرب) أي ومنع عن التنفل بعد غروب الشمس قبل صلاة المغرب لما رواه أبو داود: سئل ابن عمر رضي الله عنهما عن الركعتين قبل المغرب فقال: ما رأيت أحدا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يصليهما. وهو يقتضي نفي المندوبية. أما ثبوت الكراهة فلا إلا أن يدل دليل آخر. وما ذكر من استلزام تأخير المغرب فقد قدمنا عن القنية استثناء القليل، والركعتان لا تزيد على القليل إذا تجوز فيهما.
***
[٤٤٠]
وفي صحيح البخاري أنه صلى الله عليه وسلم قال صلوا قبل المغرب ركعتين وهو أمر ندب وهو الذي ينبغي اعتقاده في هذه المسألة والله الموفق. وما ذكروه في الجواب لا يدفعه قيدنا بالتنفل لانه يجوز قضاء الفائتة وصلاة الجنازة وسجدة التلاوة في هذا الوقت كما صرح به غير واحد كقاضيخان وصاحب الخلاصة يعني من غير كراهة، وقد قدمنا أنه يبدأ بصلاة المغرب ثم يصلون على الجنازة ثم يأتون بالسنة، ولعله بيان الافضل. وفي شرح المنية معزيا إلى حجة الدين البلخي: إن الفتوى على تأخير صلاة الجنازة عن سنة الجمعة وهي سنة، فعلى هذا تؤخر عن سنة المغرب لانها آكد. قوله (ووقت الخطبة) أي ومنع عن التنفل وقت الخطبة لان الاستماع فرض والامر بالمعروف حرام وقتها الرواية الصحيحين إذا قلت لصاحبك أنصت والامام يخطب فقد لغوت (١) فكيف بالتنفل. وأما ما رواه الجماعة عن جابر أن رجلا جاء إلى الجمعة والنبي صلى الله عليه وسلم يخطب فقال: أصليت يا فلان؟ قال: صل ركعتين وتجوز فيهما. وسماه النسائي سليكا الغطفاني، فالجواب أنه صلى الله عليه وسلم أمسك له حتى فرغ من صلاته كما صرح به الدارقطني من رواية أنس، أو كان ذلك قبل الشروع في الخطبة كما ذكره النسائي. كذا في شرح النقاية. واقتصر الشارح على الاول وفي كل منهما نظر إذ النفل مكروه بعد
***
[٤٤١]
خروج الامام للخطبة قبل الخطبة ووقتها، سواء أمسك الخطيب عنها أو لا، أطلق الخطبة فشملت كل خطبة، سواء كانت خطبة جمعة أو عيد أو كسوف أو استسقاء كما في الخانية، أو حج وهي ثلاث أو ختم أي ختم القران كما في المجتبى، أو خطبة نكاح وهي مندوبة كما في شرح منية المصلي، وإلى هنا صارت الاوقات التي تكره الصلاة فيها ثمانية على ما ذكره المصنف، وسيأتي أنه إذا خرج الامام إلى الخطبة فلا صلاة ولا كلام فلذا لم يذكره هنا. ومنها إذا أقيمت الصلاة فإن التطوع مكروه إلا سنة الفجر إن لم يخف فوت الجماعة، ومنها التنفل قبل صلاة العيدين مطلقا وبعدها في المسجد لا في البيت، ومنها التنفل بين صلاتي الجمع بعرفة ومزدلفة، ومنها وقت المكتوبة إذا ضاق يكره أداء غير المكتوبة فيه، ومنها وقت مدافعة الاخبثين، ومنها وقت حضور الطعام إذا كانت النفس تائقة إليه، والوقت الذي يوجد فيه ما يشغل البال من أفعال الصلاة ويخل بالخشوع كائنا ما كان ذلك الشاغل. كذا في شرح منية المصلي. وذكر في غاية البيان من الاوقات المكروهة ما بعد نصف الليل لاداء العشاء لا غير وفيه نظر، إذ ليس هو وقت كراهة وإنما الكراهة في التأخير فقط. قوله (وعن الجمع بين الصلاتين في وقت بعذر) أي منع عن الجمع بينهما في وقت واحد بسبب العذر للنصوص القطعية بتعيين الاوقات فلا يجوز تركه إلا بدليل مثله، ولرواية الصحيحين قال عبد الله بن مسعود: والذي لا إله غيره ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة قط إلا لوقتها إلا صلاتين جمع بين الظهر والعصر بعرفة، وبين المغرب والعشاء بجمع. وأما ما روي من الجمع بينهما فمحمول على الجمع فعلا بأن صلى الاولى في آخر وقتها، والثانية في أول وقتها. ويحمل تصريح الراوي بالوقت على المجاز لقربه منه، والمنع عن الجمع المذكور عندنا مقتض للفساد إن كان جمع تقديم، وللحرمة إن كان جمع تأخير مع الصحة كما لا يخفى. وذهب الشافعي وغيره من الائمة إلى جواز الجمع للمسافر بين الظهر والعصر وبين المغرب والعشاء، وقد شاهدت كثيرا من الناس في الاسفار خصوصا في سفر الحج ماشين على هذا تقليدا للامام الشافعي في ذلك إلا أنهم يخلون بما ذكرت الشافعية في كتبهم من الشروط له فأحببت إيرادها إبانة لفعله على وجهه لمريده. اعلم أنهم بعد أن اتفقوا على أن فعل كل صلاة في وقتها أفضل إلا للحاج في الظهر والعصر بعرفة، وفي حق المغرب والعشاء بمزدلفة قالوا: شروط التقديم ثلاثة: البداءة بالاولى، ونية الجمع بينهما ومحل هذه النية عند
***

[٤٤٢]
التحريم أعني في الاولى ويجوز في أثنائها في الاظهر، ولو نوى مع السلام منها جاز على الاصح. والموالاة بأن لا يطول بينهما فصل، فإن طال وجب تأخير الثانية إلى وقتها. ولا يضر فصل يسير وما عده العرف فصلا طويلا فهو طويل يضر، وما لا فلا. وللمتيمم الجمع على الصحيح ولا يشترط على الصحيح في جواز تأخير الاولى إلى الثانية سوى تأخيرها بنية الجمع بينهما، والاصح أنه إن نوى وقد بقي من الوقت ما يسع ركعة كفى على ما في الرافعي والروضة. واعتبر في شرح المهذب قدر الصلاة فإن لم ينو كما ذكرنا وأخر عصى في التأخير وكانت صلاته قضاء. قالوا: وإذا كان سائرا وقت الاولى فتأخيرها إلى وقت الثانية أفضل، وإن كان نازلا فتقديم الثانية إلى وقت الاولى أفضل. ذكره ابن أمير حاج في مناسكه والله سبحانه وتعالى أعلم. باب الاذان. هو لغة الاعلام ومنه قوله تعالى * (وأذان من الله ورسوله) * وشرعا إعلام مخصوص في وقت مخصوص. وسببه الابتدائي أذان جبريل عليه السلام ليلة الاسراء وإقامته حين صلى النبي صلى الله عليه وسلم إماما بالملائكة وأرواح الانبياء، ثم رؤيا عبد الله بن زيد الملك النازل من السماء في المنام وهو مشهور وصححه الاسبيجابي. واختلف في هذا الملك فقيل جبريل، وقيل غيره. كذا في العناية والبقائي. دخول الوقت ودليله الكتاب * (إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة) * والسنة والاجماع. وصفته ستأتي. وركنه الالفاظ المخصوصة، وكيفيته معلومة. وأما سننه فنوعان: سنن في نفس الاذان، وسنن في صفات المؤذن. أما الاول فسيأتي، وأما الثاني فأن يكون رجلا عاقلا ثقة عالما بالسنة وأوقات الصلاة، فأذان الصبي العاقل ليس بمستحب ولا مكروه في ظاهر الرواية فلا يعاد ويشهد له الحديث وليؤذن لكم خياركم وصرحوا بكراهة أذان الفاسق من غير تقييد بكونه عالما أو غيره. ثم يدخل في كونه خيارا أن لا يأخذ على
***
[٤٤٣]
الاذان أجرا فإنه لا يحل للمؤذن ولا للامام لحديث أبي داود واتخذ مؤذنا لا يأخذ على الاذان أجرا (١) قالوا: فإن لم يشارطهم على شئ لكن عرفوا حاجته فجمعوا له في وقت شيئا كان حسنا ويطيب له، وعلى هذا المفتى لا يحل له أخذ شئ على ذلك لكن ينبغي للقوم أن يهدوا إليه. كذا في فتح القدير وهو على قول المتقدمين. أما على المختار للفتوى في زماننا فيجوز أخذ الاجر للامام والمؤذن والمعلم والمفتي كما صرحوا به في كتاب الاجارات. وفي فتاوى قاضيخان: المؤذن إذا لم يكن عالما بأوقات الصلاة لا يستحق ثواب المؤذنين. قال في فتح القدير: ففي أخذ الاجر أولى اه. وقد يمنع لما أنه في الاول للجهالة الموقعة في الغرر لغيره بخلافه في الثاني. وهل يستحق المعلوم المقدر في الوقف للمؤذن؟ لم أره في كلام أئمتنا، وصرح النووي في شرح المهذب بأنه لم يصح أذانه فيمن يولي ويرتب للاذان. واختلف هل الاذان أفضل أما الامامة: قيل بالاول للآية * (ومن أحسن قولا ممن دعا إلى الله) * فسرته عائشة بالمؤذنين، وللحديث المؤذنون أطول أعناقا يوم القيامة. (٢) واختلف في معناه على أقوال: قيل أطول الناس رجاء يقال طال عنقي إلى وعدك أي رجائي، وقيل أكثر الناس اتباعا يوم القيامة لانه يتبعهم كل من يصلي بأذانهم يقال جاءني عنق من الناس أي جماعة، وقيل أعناقهم تطول حتى لا يلجمهم العرق يوم القيامة، وقيل إعناقا بكسر الهمزة أي هم أشد الناس إسراعا في السير وقيل الامامة أفضل لان النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء من بعده كانوا أئمة ولم يكونوا مؤذنين وهم لا يختارون من الامور إلا أفضلها، وقيل هما سواء. وذكر الفخر الرازي في تفسير سورة المؤمنون أن بعض العلماء اختار الامامة فقيل له في ذلك فقال: أخاف إن تركت الفاتحة أن يعاتبني الشافعي، وإن قرأتها مع الامام أن يعاتبني أبو حنيفة، فاخترت الامامة طلبا للخلاص من هذا الاختلاف اه. وقد كنت أختارها لهذا المعنى بعينه قبل الاطلاع على هذا النقل والله الموفق. واختار المحقق ابن الهمام أنها أفضل لما ذكرناه، وقول عمر لولا الخليفى لاذنت لا يستلزم تفضيله عليها بل مراده لاذنت مع الامامة لا مع تركها، فيفيد أن الافضل كون الامام هو المؤذن وهذا مذهبنا وعليه كان أبو حنيفة كما علم من أخباره اه. وفي القنية: وينبغي أن يكون المؤذن مهيبا ويتفقد أحوال الناس ويزجر المتخلفين عن الجماعات ولا يؤذن لقوم آخرين إذا صلى في مكانه ويسن الاذان في موضع عال والاقامة على الارض، وفي أذان المغرب اختلاف المشايخ اه. والظاهر
***
[٤٤٤]

أنه يسن المكان العالي في أذان المغرب أيضا كما سيأتي. وفي السراج الوهاج: وينبغي للمؤذن أن يؤذن في موضع يكون أسمع للجيران، ويرفع صوته ولا يجهد نفسه لانه يتضرر بذلك. وفي الخلاصة: ولا يؤذن في المسجد. وفي الظهيرية: وولاية الاذان والاقامة لمن بنى المسجد وإن كان فاسقا والقوم كارهون له، وكذا الامامة إلا أن هاهنا استثنى الفاسق اه. يعني في الامامة. قوله (سن للفرائض) أي سن الاذان للصلوات الخمس والجمعة سنة مؤكدة قوية قريبة من الواجب حتى أطلق بعضهم عليه الوجوب، ولهذا قال محمد: لو اجتمع أهل بلد على تكره قاتلناهم عليه. وعند أبي يوسف يحبسون ويضربون وهو يدل على تأكده لا على وجوبه لان المقاتلة لما يلزم من الاجتماع على تركه من استخفافهم بالدين بخفض أعلامه لان الاذان من أعلام الدين كذلك. واختار في فتح القدير وجوبه لان عدم الترك مرة دليل الوجوب ولا يظهر كونه على الكفاية وإلا لم يأثم أهل بلدة بالاجتماع على تركه إذا قام به غيرهم ولم يضربوا ولم يحبسوا، واستشهد على ذلك بما في معراج الدراية عن أبي حنيفة وأبي يوسف صلوا في الحضر الظهر أو العصر بلا أذان ولا إقامة أخطأوا السنة وأثموا اه. والجواب أن المواظبة المقرونة بعدم الترك مرة لما اقترنت بعدم الانكار على من لم يفعله كانت دليل السنية لا الوجوب كما صرح به في فتح القدير في باب الاعتكاف. والظاهر كونه على الكفاية بمعنى أنه إذا فعل في بلد سقطت المقاتلة عن أهلها لا بمعنى أنه إذا أذن واحد في بلد سقط عن سائر الناس من غير أهل تلك البلدة إذ لم يحصل به إظهار أعلام الدين، ولو لم يكن على الكفاية بهذا المعنى لكان سنة في حق كل أحد وليس كذلك إذا أذان الحي يكفينا كما سيأتي والاستشهاد بالاثم على تركه لا يدل على الوجوب عندنا لانه مشترك بين الواجب والسنة المؤكدة، ولهذا كان الصحيح أنه يأثم إذا ترك سنن الصلوات المؤكدة كما سيأتي في باب

***

[٤٤٥]

النوافل إن شاء الله تعالى. ولعل الاثم مقول بالتشكيك بعضه أقوى من بعض ولهذا صرح في الرواية بالسنية حيث قال: أخطأوا السنة. وفي غاية البيان والمحيط: والقولان متقاربان لان السنة المؤكدة في معنى الواجب في حق لحوق الاثم لتاركهما اه. وخرج بالفرائض ما عداها فلا أذان للوتر ولا للعيد ولا للجنائز ولا للكسوف والاستسقاء والتراويح والسنن الرواتب لانها اتباع للفرائض، والوتر وإن كان واجبا عنده لكنه يؤدي في وقت العشاء فاكتفي بأذانه لا لان الاذان لهما على الصحيح كما ذكره الشارح. قوله (بلا ترجيع) أي ليس فيه ترجيع وهو أن يخفض بالشهادتين صوته ثم يرجع فيرفع بهما صوته لان بلالا كان لا يرجع، وأبو محذورة رجع بأمره صلى الله عليه وسلم للتعليم كما كان عادته في تعليم أصحابه لا لانه سنة، ولان المقصود منه الاعلام ولا يحصل بالاخفاء فصار كسائر كلماته. والظاهر من عباراتهم أن الترجيع عندنا مباح فيه ليس بسنة ولا مكروه لكن ذكر الشارح وغيره أنه لا يحل الترجيع بقراءة القرآن ولا التطريب فيه. والظاهر أن الترجيع هنا ليس هو الترجيع في الاذان بل هو التغني. وفي غاية البيان معزيا إلى ابن سعد في الطبقات: كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة مؤذنين: بلال وأبو محذورة وعمرو بن أم مكتوم، فإذا غاب بلال أذن أبو محذورة، وإذا غاب أبو محذورة أذن عمرو. قال الترمذي: أبو محذورة اسمه سمرة بن معير. قوله (ولحن) أي ليس فيه لحن أي تلحين وهو كما في المغرب التطريب والترنم، يقال لحن في قراءته تلحينا طرب فيها وترنم. وأما اللحن فهو الفطنة والفهم لما لا

***

[٤٤٦]

يفطن له غيره ومنه الحديث لعل بعضكم ألحن بحجته من بعض (١) وفي الصحاح: اللحن الخطأ في الاعراب، والتلحين التخطئة. والمناسب هنا المعنى الاول والثالث ولهذا فسره ابن الملك بالتغني بحيث يؤدي إلى تغيير كلماته، وقد صرحوا بأنه لا يحل فيه. وتحسين الصوت لا بأس به من غير تغن. كذا في الخلاصة. وظاهره أن تركه أولى لكن في فتح القدير: وتحسين الصوت مطلوب ولا تلازم بينهما. وقيده الحلواني بما هو ذكر فلا بأس بإدخال المد في الحيعلتين، فظهر من هذا أن التلحين هو إخراج الحرف عما يجوز له في الاداء من نقص من الحروف أو من كيفياتها وهي الحركات والسكنات أو زيادة شئ فيها. وأشار إلى أنه لا يحل سماع المؤذن إذا لحن كما صرحوا به ودل كلامه أنه لا يحل في القراءة أيضا بل أولى قراءة وسماعا. وقيده بالتلحين لان التفخيم لا بأس به لانه أحد اللغتين. كذا في المبسوط. وفي المغرب: أنه تغليظ اللام في اسم الله تعالى وهو لغة أهل الحجاز ومن يليهم من العرب. وذكر في الكافي خلافا

فيه بين القراء وصرح الشارح بكراهة الخطأ في أعراب كلماته قوله (ويزيد بعد فلاح أذان الفجر الصلاة خير من النوم مرتين) لحديث بلال حيث ذكرها حين وجد النبي صلى الله عليه وسلم نائما فلما انتبه أخبره به فاستحسنه وقال: اجعله في أذانك. وهو للندب بقرينة قوله ما أحسن هذا. وإنما خص الفجر به لانه وقت نوم وغفلة نخص بزيادة الاعلام دون العشاء لان النوم قبلها مكروه أو نادر. وإنما كان النوم مشاركا للصلاة في أصل الخيرية لانه قد يكون عبادة كما إذا كان وسيلة إلى تحصيل طاعة أو ترك معصية، أو لان النوم راحة في الدنيا والصلاة راحة في الآخرة فتكون الراحة في الآخرة أفضل. وفي قوله بعد فلاح أذان الفجر رد على من يقول إن محلها بعد الاذان بتمامه وهو اختيار الفضلي. هكذا في المستصفى. قوله (والاقامة مثله) أي مثل الاذان في كونه سنة الفرائض فقط وفي عدد كلماته وفي ترتيبها لحديث الملك النازل من السماء فإنه أذن مثنى مثنى، وأقام مثنى مثنى، ولحديث الترمذي عن أبي محذورة: علمني رسول الله صلى الله عليه وسلم الاذان تسع عشرة كلمة والاقامة سبع عشرة كلمة. وإنما قال تسع عشرة كلمة لاجل الترجيع وإلا فالاذان عندنا خمس عشرة كلمة. وهذا الحديث لم يعمل بمجموعه الفريقان فإن الشافعية لا يقولون بتثنية الاقامة، والحنيفة لا يقولون
***
[٤٤٧]
بالترجيع. وأما ما رواه البخاري أمر بلال أن يشفع الاذان ويوتر الاقامة فمحمول على إيتار صوتها بأن يحدر فيها كما هو المتوارث ليوافق ما رويناه من النص الغير المحتمل لا إيتار ألفاظها، ويدل عليه أن الشافعية لا يقولون بإيتار التكبير بل هو مثنى في الاقامة عندهم، وقد قال الطحاوي: تواترت الآثار عن بلال أنه كان يثني الاقامة حتى مات. وفي الخلاصة: وإن أذن رجل وأقام آخر بإذنه لا بأس به، وإن لم يرض به الاول يكره، وهذا اختيار الامام خواهر زاده. وجواب الرواية أنه لا بأس به مطلقا ويدل عليه إطلاق ما في المجمع حيث قال: ولا نكرهها من غيره. فما ذكره ابن الملك في شرحه من أنه لو حضر ولم يرض بإقامة غيره يكره اتفاقا فيه نظر. وفي الفتاوى الظهيرية: والافضل أن يكون المقيم هو المؤذن ولو أقام غيره جاز، والظاهر أن الاقامة آكد في السنية من الاذان كما صرح به في فتح القدير، ولهذا قالوا: يكره تركها للمسافر دون الاذان وقالوا: إن المرأة تقيم ولا تؤذن. وفي الخلاصة: والاقامة أفضل من الاذان. وفي القنية: ذكر في الصلاة أنه كان محدثا فقدم رجلا جاء ساعتئذ لا تسن إعادة الاقامة. ويدخل في المثلية تحويل وجهه بالصلاة والفلاح فيها كالاذان ورفع الصوت بها كهو كما صرح به في القنية إلا أن الاقامة أخفض منه كما في غاية البيان، فقول الشارح في عدد الكلمات فيه نظر قوله (ويزيد بعد فلاحها قد قامت الصلاة مرتين) لحديث أبي محذورة. وفي روضة الناطفي: أكره للمؤذن أن يمشي في إقامته. وفي الخلاصة: إذا انتهى المؤذن إلى قد قامت الصلاة إن شاء أتمها في مكانه وإن شاء مشى إلى مكان الصلاة إماما كان المؤذن أو غيره. وفي السراج الوهاج: إن كان المؤذن غير الامام أتمها في موضع البداية من غير خلاف. وفي الظهيرية: ولو أخذ المؤذن في الاقامة ودخل رجل في المسجد فإنه يقعد إلى أن يقوم الامام في مصلاه. وفي القنية: ولا ينتظر المؤذن ولا الامام لواحد بعينه بعد اجتماع أهل المحلة إلا أن يكون شريرا وفي الوقت سعة فيعذر، وقيل يؤخر. قوله (ويترسل فيه ويحدر فيها) أي يتمهل في الاذان ويسرع في الاقامة، وحده أن يفصل بين كلمتي الاذان بسكتة بخلاف الاقامة للتوارث ولحديث الترمذي أنه صلى الله عليه وسلم قال
***
[٤٤٨]
لبلال: إذا أذنت فترسل في أذانك وإذا أقمت فاحدر. فكان سنة فيكره تركه، ولان المقصود من الاذان الاعلام والترسل بحاله أليق ومن الاقامة الشروع في الصلاة والحدر بحاله أليق. وفسر الترسل في الفوائد بإطالة كلمات الاذان والحدر قصرها وإيجازها. وفي الظهيرية: ولو جعل الاذان إقامة يعيد الاذان، ولو جعل الاقامة أذانا لا يعيد لان تكرار الاذان مشروع دون الاقامة، فما ذكره المصنف في الكافي من أنه لو ترسل فيهما أو حدر فيهما أو ترسل في الاقامة وحدر في الاذان جاز لحصول المقصود وهو الاعلام وترك ما هو زينة لا يضر، يدل على عدم الكراهة والاعادة. وفي فتاوى قاضيخان: أذن ومكث ساعثم أخذ في الاقامة فظنها أذانا فصنع كالاذان فعرف يستقبل الاقامة لان السنة في الاقامة الحدر فإذا ترسل ترك سنة الاقامة وصار كأنه أذن مرتين ا ه‍. لكن قال في المحيط: ولو جعل الاذان إقامة لا يستقبل، ولو جعل الاقامة أذانا يستقبل لان في الاقامة التغير وقع من أولها إلى آخرها لانه لم يأت بسنتها وهو

الحدر، وفي الاذان التغير من آخره لانه أتى بسنته في أوله وهو الترسل فلهذا لا يعيد اهـ. وهو مخالف لما في الظهيرية لكن تعليله يفيد أن المراد بجعل الاذان إقامة أنه أتى فيه بقوله قد قامت الصلاة مرتين فليكن هو المراد مما في الظهيرية، وتصير مسألة أخرى غير ما في الخانية والكافي وهو الظاهر. ويسكن كلمات الاذان والاقامة لكن في الاذان ينوي الحقيقة، وفي الاقامة ينوي الوقف. ذكره الشارح. وفي المبتغى: والتكبير جزم.
***
[٤٤٩]
وفي المضمرات: إنه بالخيار في التكبيرات إن شاء ذكره بالرفع وإن شاء ذكره بالجزم وإن كرر التكبير مرارا فالاسم الكريم مرفوع في كل مرة وذكر أكبر فيماعدا المرة الاخيرة بالرفع وفي المرة الاخيرة هو بالخيار إن شاء ذكره بالرفع وإن شاء ذكره بالجزم. قوله (ويستقبل بهما القبلة) أي بالاذان والاقامة لفعل الملك النازل من السماء وللتوارث عن بلال، ولو ترك الاستقبال جاز لحصول المقصود ويكره لمخالفة السنة. كذا في الهداية. والظاهر أنها كراهة تنزيه لما في المحيط: وإذا انتهى إلى الصلاة والفلاح حول وجهه يمنة ويسرة ولا يحول قدميه لانه في حالة الذكر والثناء على الله تعالى والشهادة له بالوحدانية ولنبيه بالرسالة فالاحسن أن يكون مستقبلا، فأما الصلاة والفلاح دعاء إلى الصلاة وأحسن أحوال الداعي أن يكون مقبلا على المدعوين. ويستثنى من سنية الاستقبال ما إذا أذن راكبا فإنه لا يسن الاستقبال بخلاف ما إذا كان ماشيا. ذكره في الظهيرية عن محمد. قوله (ولا يتكلم فيهما) أي في الاذان والاقامة لما فيه من ترك الموالاة ولانه ذكر معظم كالخطبة. أطلقه فشمل كل كلام فلا يحمد لو عطس هو ولا يشمت عاطسا ولا يسلم ولا يرد السلام وفيه خلاف، والصحيح ما عن أبي يوسف أنه لا يلزمه الرد لا بعده ولا قبله في نفسه. وكذا لو سلم على المصلي أو القارئ أو الخطيب، وأجمعوا أن المتغوط لا يلزمه الرد في الحال ولا بعده لان السلام عليه حرام بخلاف من في الحمام إذا كان بمئزر. وفي فتاوى قاضيخان: إذا سلم على القاضي والمدرس قالوا لا يجب عليه الرد اهـ. ومثله ذكر في سلام المكدي: ولو تكلم المؤذن في أذانه استأنفه. كذا في فتح القدير. وفي الخلاصة: وإن تكلم بكلام يسير لا يلزمه الاستقبال. وفي الظهيرية: والتنحنح في الاذان مكروه إذا لم يكن لتحصيل الصوت. وفي الخلاصة: وكذا في الاقامة وإن قدم في أذانه وإقامته شيئا بأن قال أولا أشهد أن محمدا رسول الله ثم قال أشهد أن لا إله إلا الله فعليه أن يعيد الاول. قوله (ويلتفت يمينا وشمالا بالصلاة والفلاح) لما قدمناه ولفعل بلال رضي الله عنه على ما رواه الجماعة، ثم أطلقه فشمل ما إذا كان وحده على الصحيح لكونه سنة الاذان فلا يتركه خلافا للحلواني لعدم الحاجة إليه. وفي السراج الوهاج: إنه من سنن الاذان فلا يخل المنفرد بشئ منها حتى قالوا في الذي يؤذن للمولود ينبغي أن يحول اهـ. وقيد باليمين والشمال لانه لا يحول وراءه لما فيه من استدبار القبلة، ولا أمامه لحصول الاعلام في الجملة بغيرها من كلمات الاذان. وقوله بالصلاة والفلاح لف ونشر مرتب يعني أنه يلتفت يمينا بالصلاة وشمالا بالفلاح وهو
***
[٤٥٠]
الصحيح خلافا لمن قال إن الصلاة باليمين والشمال والفلاح كذلك. وفي فتح القدير: إنه الاوجه ولم يبين وجهه. وقيد بالالتفات لانه لا يحول قدميه لما رواه الدارقطني عن بلال قال: أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أذنا أو أقمت ان لا نزيل أقدامنا عن مواضعها. وأطلق في الالتفات ولم يقيده بالاذان وقدمنا عن الغنية أنه يحول في الاقامة أيضا. وفي السراج الوهاج: لا يحول فيها لانها لاعلام الحاضرين بخلاف الاذان فإنه إعلام للغائبين، وقيل يحول إذا كان الموضع متسعا. قوله (ويستدير في صومعته) يعنى إن لم يتم الاعلام بتحويل وجهه مع ثبات قدميه فإنه يستدير في المئذنة ليحصل التمام. والصومعة المنارة وهي في الاصل متعبد الراهب. ذكره العيني. ولم يكن في زمنه صلى الله عليه وسلم مئذنة لكن روى أبو داود من حديث عروة بن الزبير عن امرأة من بني النجار قالت: كان بيتي من أطول بيت بحول المسجد فكان بلال يأتي بسحر فيجلس عليه ينظر إلى الفجر، فإذا رآه أذن. وفي القنية: يؤذن المؤذن فتعوي الكلاب فله ضربها إن ظن أنها تمتنع بضربه وإفلا. وفي الخلاصة: ومن سمع الاذان فعليه أن يجيب وإن كان جنبا لان إجابة المؤذن ليست بأذان. وفي فتاوى قاضيخان: إجابة المؤذن فضيلة وإن تركها لا يأثم. وأما قوله عليه الصلاة والسلام من لم يجب الاذان فلا صلاة له فمعناه الاجابة بالقدم لا باللسان فقط. وفي المحيط: يجب على السامع للاذان الاجابة ويقول مكان حي على الصلاة لا

حول ولا قوة إلا بالله، ومكان حي على الفلاح ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن، لان إعادة ذلك يشبه الاستهزاء لان ليس بتسبيح ولا تهليل. وكذا إذا قال الصلاة خير من النوم فإنه يقول صدقت وبررت ولا يقرأ السامع ولا يسلم ولا يرد السلام ولا يشتغل بشئ سوى الاجابة،

***

[٤٥١]

ولو كان السامع يقرأ يقطع القراءة ويجيب. وقال الحلواني: الاجابة بالقدم لا باللسان حتى لو أجاب باللسان ولم يمش إلى المسجد لا يكون مجيبا، ولو كان في المسجد حين سمع الاذان ليس عليه الاجابة. وفي الظهيرية: ولو كان الرجل في المسجد يقرأ القرآن فسمع الاذان لا يترك القراءة لانه إجابة بالحضور، ولو كان في منزله يترك القراءة ويجيب، ولعله متفرع على قول الحلواني، والظاهر أن الاجابة باللسان واجبة لظاهر الامر في قوله صلى الله عليه وسلم إذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول إذا لا تظهر قرينة تصرف عنه بل ربما يظهر استنكار تركه لانه يشبه عدم الالتفات إليه والتشاغل عنه. وفي شرح النقاية: ومن سمع الاقامة لا يجيب، ولا بأس بأن يشتغل بالدعاء عندهما. وفي فتح القدير: إن إجابة الاقامة مستحبة. وفي

***

[٤٥٢]

غيره إنه يقول إذا سمع قد قامت الصلاة أقامها الله وأدامها. وفي التفاريق: إذا كان في المسجد أكثر من مؤذن أذنوا واحدا بعد واحد فالحرمة للاول. وسئل ظهير الدين عمن سمع في وقت من جهات ماذا عليه؟ قال: إجابة أذان مسجده بالفعل. وفي فتح القدير: وهذا ليس مما نحن فيه إذ مقصود السائل أي مؤذن يجيب باللسان استحبابا أو وجوبا والذي ينبغي إجابة الاول، سواء كان مؤذن مسجده أو غيره لانه حيث سمع الاذان ندب له الاجابة أو وجبت على القولين. وفي القنية: سمع الاذان وهو يمشي فالاولى أن يقف ساعة ويجيب. وعن عائشة رضي الله عنها: إذا سمع الاذان فما عمل بعده فهو حرام. وكانت تضع مغزلها، وإبراهيم الصائغ يلقي المطرقة من ورائه، وورد خلف شاهدا لاشتغاله بالنسيج حالة الاذان. وعن السلماني: كان الامراء يوقفون أفراسهم له ويقولون كفوا اه‍. وأما الحوقلة عند الحيعلة فهو وإن خالف ظاهر قوله عليه السلام فقولوا مثل ما يقول لكنه ورد فيه حديث مفسر لذلك رواه مسلم، واختار المحقق في فتح القدير الجمع بين الحوقلة والحيعلة عملا بالاحاديث لانه ورد في بعض الصور طلبها صريحا في مسند أبي يعلى إذا قال حي على الصلاة قال حي على الصلاة إلى أخره. وقولهم إنه يشبه الاستهزاء لا يتم إذ لا مانع من صحة اعتبار المجيب بهما داعيا لنفسه محركا منها السواكن مخاطبا لها، وقد أطال رحمه الله الكلام فيه. وبهذا ظهر أن ما في غاية البيان من أن سامع الحيعلة لا يقول مثل ما يقول المؤذن لانه يشبه الاستهزاء وما يفعله بعض الجهلة فذاك ليس بشئ اه‍. ليس بشئ اه‍. لانه كيف ينسب فاعله إلى الجهل مع وروده في بعض الاحاديث والاصول تشهد له لان عندنا المخصص الاول ما لم يكن متصلا لا يخصص بل يعارض أو يقدم العام، وقال به بعض مشايخنا كما في الظهيرية. وفي فتح القدير: وقد رأينا من مشايخ السلوك من كان يجمع بينهما فيدعو نفسه ثم يتبرأ من الحول والقوة ليعمل بالحديثين. وفي حديث عمرو بن أبي أمامة التنصيص على أن لا يسبق المؤذن بل يعقب كل جملة منه بجملة منه اه‍. ولم أر حكم ما إذا فرغ المؤذن ولم يتابعه السامع هل يجيب بعد فراغه، وينبغي أنه إن طال الفصل لا يجيب وإلا يجيب. وفي المجتبى: في ثمانية مواضع إذا سمع الاذان لا يجيب: في الصلاة، واستماع خطبة الجمعة، وثلاث خطب الموسم: والجنازة، وفي تعلم العلم وتعليمه، والجماع والمستراح، وقضاء الحاجة، والتغوط. قال أبو حنيفة: لا يثني بلسانه. وكذا الحائض والنفساء لا يجوز أذانهما وكذا ثناؤهما اه‍. والمراد بالثناء الاجابة وكذا لا تجب الاجابة عند

***

[٤٥٣]

الاكل كما صرح به. وفي صحيح البخاري عن جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم من قال حين يسمع النداء اللهم رب هذه الدعوة التامة والصلاة القائمة آت محمدا الوسيلة والفضيلة وابعثه مقاما محمودا الذي وعدته حلت له شفاعتي يوم القيام وفي المجتبى من كتاب الشهادات: من سمع الاذان وانتظر الاقامة في بيته لا تقبل شهادته. قوله (ويجعل أصبعيه في أذنيه) لقوله صلى الله عليه وسلم اجعل أصبعيك في أذنيك فإنه ارفع لصوتك والامر للندب بقرينة التعليل فلهذا لو لم يفعل كان حسنا، وكذا لو جعل يديه على

أذنية. فإن قيل ترك السنة كيف يكون حسنا قلنا: لان الاذان معه أحسن فإذا تركه بقي الاذان حسنا. كذا في الكافي. فالحسن راجع إلى الاذان. وإنما كان ذلك أبلغ في الاعلام لان الصوت يبدأ من مخارج النفس فإذا سد أذنيه اجتمع النفس في الفم فخرج الصوت عاليا من غير ضرورة، وفيه فائدة أخرى وهي ربما لم يسمع إنسان صوته لصمم أو بعد أو غيرهما فيستدل بأصبعيه على أذنه. ولا يستحب وضع الاصبع في الاذن في الاقامة لما قدمنا أن الاقامة أخفض من الاذان. قوله (ويثوب) أي المؤذن والتثويب العود إلى الاعلام بعد الاعلام ومنه الثيب لان مصيبها عائد إليها، والثواب لان منفعة عمله تعود إليه، والمثابة لان الناس يعودون إليه. ووقته بعد الاذان على الصحيح كما ذكره قاضيخان، وفسره في رواية الحسن بأن يمكث بعد الاذان قدر عشرين آية ثم يثوب ثم يمكث كذلك ثم يقيم وهو نوعان: قديم وحادث. فالاول الصلاة خير من النوم وكان بعد الاذان إلا أن علماء الكوفة ألحقوه بالاذان، والثاني أحدثه علماء الكوفة بين الاذان والاقامة حي على الصلاة مرتين حي على الفلاح مرتين. وأطلق في التثويب فأفاد أنه ليس لفظ يخصه بل تثويب كل بلد على ما تعارفوه، إما بالتنحنح أو بقوله الصلاة الصلاة أو قامت قامت لانه للمبالغة في الاعلام وإنما يحصل بما تعارفوه. فعلى هذا إذا أحدث الناس إعلاما مخالفا لما ذكر جاز. كذا في المجتبى. وأفاد أنه لا يخص صلاة بل هو في سائر الصلوات وهو اختيار المتأخرين لزيادة غفلة الناس وقلما يقومون عند سماع الاذان، وعند المتقدمين هو مكروه في غير الفجر وهو قول الجمهور كما حكاه النووي في شرح المهذب لما روي أن عليا رأى مؤذنا يثوب في العشاء فقال: أخرجوا هذا المبتدع من المسجد. وعن ابن عمر مثله. ولحديث الصحيحين من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو

***

[٤٥٤]

رد (٢) وأفاد أنه لا يخص شخصا دون آخر فالامير وغيره سواء وهو قول محمد، لان الناس سواسية في أمر الجماعة. وخص أبو يوسف الامير وكل من كان مشتغلا بمصالح المسلمين كالمفتي والقاضي والمدرس بنوع إعلام بأن يقول السلام عليك أيها الامير حي على الصلاة حي على الفلاح الصلاة يرحمك الله. واختاره قاضيخان وغيره لكن ذكر ابن الملك أن أبا حنيفة مع محمد وعاب عليه محمد فقال: أف لابي يوسف حيث خص الامراء بالذكر والتثويب ومال إليهم. ولكن أبو يوسف رحمه الله وإنما خص أمراء زمانه لانهم كانوا مشغولين بأمور الرعية. أما إذا كان مشغولا بالظلم والفسق فلا يجوز للمؤذن المرور على بابه ولا التثويب لهم إلا على وجه الامر بالمعروف والنصيحة كما في السراج الوهاج وغيره. وقيد بكون المثوب هو المؤذن لما في القنية معزيا للملتقط: لا ينبغي لاحد أن يقول لمن فوقه في العلم والجاه حان وقت الصلاة سوى المؤذن لانه استفضال لنفسه. فرع في شرح المهذب للشافعية: يكره أن يقال في الاذان حي على خير العمل لانه لم يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم والزيادة في الاذان مكروهة اه. وقد سمعناه الآن عن الزيدية ببعض البلاد. قوله (ويجلس بينهما إلا في المغرب) أي ويجلس المؤذن بين الاذان والاقامة على وجه السنية إلا في المغرب فلا يسن الجلوس بل السكوت مقدار ثلاث آيات قصار أو آية طويلة أو مقدار ثلاث خطوات. وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: يفصل أيضا في المغرب بجلسة خفيفة قدر جلوس الخطيب بين الخطبتين وهي مقدار أن تتمكن مقعدته من الارض بحيث يستقر كل عضو منه في موضعه. والاصل أن الوصل بينهما في سائر الصلوات مكروه إجماعا لحديث بلال اجعل بين أذانك وإقامتك قدر ما يفرغ الآكل من أكله غير أن الفصل في سائر الصلوات بالسنة أو ما يشبهها لعدم كراهية التطوع قبلها. وفي المغرب: كره التطوع قبله فلا يفصل به ثم قال: الجلسة تحقق الفصل كما بين الخطبتين ولا يقع الفصل بالمسكنة لانها توجد بين كلمات الاذان ولم تعد فاصلة. وقال أبو حنيفة: إن الفصل بالسكتة أقرب إلى التعجيل المستحب والمكان هنا مختلف لان السنة أن يكون الاذان في المنارة والاقامة في المسجد، وكذا النغمة والهيئة بخلاف خطبتي الجمعة لاتحاد المكان والهيئة فلا يقع الفصل إلا بالجلسة. وفي الخلاصة: ولو فعل المؤذن كما قالا لا يكره عنده، ولو فعل كما قال لا يكره عندهما يعني أن

***

[٤٥٥]

الاختلاف في الافضلية. وبما تقرر علم أنه يستحب التحول للاقامة إلى غير موضع الاذان وهو متفق عليه، وعلم أن تأخير المغرب قدر أداء ركعتين مكروه وقد قدمنا عن القنية أن التأخير القليل لا يكره فيجب حمله على ما هو أقل من قدرهما إذا توسط فيهما ليتفق كلام

الاصحاب. كذا في فتح القدير. ولم يذكر المصنف رحمه الله مقدار الجلوس بينهما لانه لم يثبت في ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبي حنيفة في الفجر قدر ما يقرأ عشرين آية ثم يثوب، وإن صلى ركعتي الفجر بين الاذان والتثويب فحسن، وفي الظهر يصلي بينهما أربع ركعات يقرأ في كل ركعة نحو عشر آيات، والعشاء كالظهر، وإن لم يصل فليجلس قدر ذلك. ولم يذكروا هنا أنه يجلس بينهما بقدر اجتماع الجماعة مع أنهم قالوا: ينبغي للمؤذن مراعاة الجماعة، فإن رآهم اجتمعوا أقام وإلا انتظرهم، ولعله والله أعلم أنه لم يذكر في ظاهر الرواية مقدار لهذا لانه غير منضبط قوله (ويؤذن للفائتة ويقيم) لان الاذان سنة للصلاة لا للوقت فإذا فاتته صلاة تقضي بأذان وإقامة لحديث أبي داود وغيره أنه صلى الله عليه وسلم أمر بلالا بالاذان والاقامة حين ناموا عن الصبح وصلوها بعد ارتفاع الشمس وهو الصحيح في مذهب الشافعي كما ذكره النووي في شرح المهذب، ولان القضاء يحكي الاداء ولهذا يجهر الامام بالقراءة إن كانت صلاة يجهر فيها وإلا خافتها. وذكر الشارح أن الضابط عندنا أن كل فرض - أداء كان أو قضاء - يؤذن له ويقام، سواء أدي منفردا أو بجماعة إلا الظهر يوم الجمعة في المصر، فإن أداءه بأذان وإقامة مكروه يروى ذلك عن علي اه. ويستثنى أيضا كما في الفتح ما تؤديه النساء أو تقضيه لجماعتهن لان عائشة أمتهن بغير أذان ولا إقامة حين كانت جماعتهن مشروعة، وهذا يقتضي أن المنفردة أيضا كذلك لان تركهما لما كان هو السنة حال شرعية الجماعة كان حال الانفراد أولى. أطلقه فشمل ما إذا قضاها في بيته أو في المسجد. وفي المجتبى معزيا إلى الحلواني: إنه سنة القضاء في البيوت دون المساجد فإن فيه تشويشا وتغليطا اه. وإذا كانوا قد صرحوا بأن الفائتة لا تقضى في المسجد لما فيه من إظهار التكاسل في إخراج الصلاة عن وقتها فالواجب الاخفاء، فالاذان للفائتة في المسجد أولى بالمنع، وحكم الاذان للوقتية قد علم من قوله أول الباب سن للفرائض، وسيأتي آخر الباب أنه لا يكره تركهما لمن يصلي في بيته فتعين أن تكون السنة في الاداء إنما هو إذا صلى في

***

[٤٥٦]

المسجد بجماعة أو منفردا أو لا، وعليه يحمل كلام الشارح المتقدم. وعلى هذا فقوله ويؤذن للفائتة احتراز عن الوقتية فإنه إذا صلاها في بيته بغير أذان ولا إقامة لم يكره كما قدمناه، وصرح به في السراج الوهاج. فتحرر من هذا أن القضاء مخالف للاداء في الاذان لانه يكره تركهما في القضاء ولا يكره في الاداء وكلاهما في بيته لا في المسجد، وسيأتي فيه زيادة إيضاح آخر الباب. وهل يرفع صوته بأذان الفائتة فينبغي أنه إن كان القضاء بالجماعة يرفع، وإن كان منفردا، فإن كان كذلك في الصحراء يرفع للترغيب الوارد في الحديث في رفع صوت المؤذن لا يسمع مدى صوت المؤذن إنس ولا جن ولا مدإلا شهد له يوم القيامة (١) وإن كان في البيت لا يرفع ولم أره في كلام أئمتنا. قوله (وكذا لاولى الفوائت وخير فيه للباقي) أي في الاذان إن شاء أذن وإن شاء تركه لما روى أبو يوسف بسنده أنه صلى الله عليه وسلم حين شغلهم الكفار يوم الاحزاب عن أربع صلوات عن الظهر والعصر والمغرب والعشاء قضاهن على الولاء وأمر بلالا أن يؤذن ويقيم لكل واحدة منهن، ولان القضاء على حسب الاداء. وله الترك لماعدا الاولى لان الاذان للاستحضار وهم حضور. وعن محمد في غير رواية الاصول أن الباب بالاقامة لا غير. قال الرازي: إنه قول الكل والمذكور في الظاهر محمول على صلاواحدة، وهذا الحمل لا يصح لان المذكور في ظاهر الرواية إنما هو حكم الفوائت صريحا، فكيف يحمل على الواحدة؟ وكيف يصح مع هذا الحمل أن يقال يؤذن لاولى الفوائت ويخير فيه للباقي؟ قيد بالفائتة احترازا عن الفاسدة إذا أعيدت في الوقت فإنه لا يعاد الاذان ولا الاقامة، ولهذا قال في المجتبى: قوم ذكروا فساد صلاة صلوها في المسجد في الوقت قضوها بجماعة فيه ولا يعيدون الاذان ولا الاقامة، وإن قضوها بعد الوقت قضوها في غير ذلك المسجد بأذان وإقامة. وفي المستصفى: التخيير في الاذان للباقي، إنما هو إذا قضاها في مجلس واحد، أما إذا قضاها في مجالس فإنه يشترط كلاهما اه. قوله (ولا يؤذن قبل وقت ويعاد فيه) أي في الوقت إذا أذن قبله لان يراد للاعلام

***

[٤٥٧]

بالوقت فلا يجوز قبله بلا خلاف في غير الفجر. وعبر بالكراهة في فتح القدير والظاهر أنها تحريمية، وأما فيه فجوزه أبو يوسف ومالك والشافعي لحديث الصحيحين إن بلالا يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم. (١) ووقته عند أبي يوسف بعد ذهاب

نصف الليل وهو الصحيح في مذهب الشافعي كما ذكره النووي في شرح المهذب. والسنة عنده أن يؤذن للصبح مرتين: إحداهما قبل الفجر والاخرى عقب طلوعه. ولم أره لابي يوسف. وعند أبي حنيفة ومحمد لا يؤذن في الفجر قبله لما رواه البيهقي أنه عليه الصلاة والسلام قال: يا بلال لا تؤذن حتى يطلع الفجر. قال في الامام رجال إسناده ثقات. ولرواية مسلم: كان النبي صلى الله عليه وسلم يصلي ركعتي الفجر إذا سمع الاذان ويخففهما. ويحمل ما رووه على أن معناه لا تعتمدوا على أذانه فإنه يخطئ فيؤذن بليل تحريضا له على الاحتراس عن مثله. وأما أن المراد بالاذان التسحير بناء على أن هذا إنما كان في رمضان كما قاله في الامام فلذا قال فكلوا واشربوا، والتذكير المسمى في هذا الزمان بالتسبيح ليوقظ النائم ويرجع القائم كما قيل إن الصحابة كانوا حربين حربا مجتهدون في النصف الاول وحربا في الاخير، وكان الفاصل عندهم أذان بلال يدل عليه ما روي عنه عليه السلام لا يمنعكم من سحوركم أذان بلال فإنه يؤذن ليوقظ نائمكم ويرقد قائمكم فلو أوقع بعض كلمات الاذان قبل الوقت وبعضها في الوقت فينبغي أن لا يصح وعليه استئناف الاذان كله. وفهم من كلامه أن الاقامة قبل الوقت لا تصح بالاولى كما صرح به ابن الملك في شرح المجمع، وأنه متفق عليه لكن بقي الكلام فيما إذا قام في الوقت ولم يصل على فوره هل تبطل إقامته؟ لم أره في كلام أئمتنا، وينبغي أنه إن طال الفصل تبطل وإلا فلا. ثم رأيت بعد ذلك في القنية: حضر الامام بعد إقامة المؤذن بساعة أو صلى سنة الفجر بعدها لا يجب عليه اعادتها اه. وفي المجتبى معزيا إلى

***

[٤٥٨]

المجرد قال أبو حنيفة: يؤذن للفجر بعد طلوعه، وفي الظهر في الشتاء حين تزول الشمس، وفي الصيف يبرد، وفي العصر يؤخره ما لم يخف تغيير الشمس، والعشاء يؤخر قليلا بعد ذهاب البياض اه. قوله (وكره أذان الجنب وإقامته وإقامة المحدث وأذان المرأة والفاسق والقاعد والسكران) أما أذان الجنب فمكروه رواية واحدة لانه يصير داعيا إلى ما لا يجيب إليه، وإقامته أولى بالكراهة. قيد بالجنب لان أذان المحدث لا يكره في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان للاذان شبها بالصلاة حتى يشترط له دخول الوقت وترتيب كلماته كما ترتبت أركان الصلاة وليس هو بصلاة حقيقة فاشترط له الطهارة عن أغلظ الحدثين دون أخفهما عملا بالشبهين وقيل: يكره لحديث الترمذي عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يؤذن إلا متوضئ وأما إقامة المحدث فلانها لم تشرع إلا متصلة بصلاة من يقيم، ويروي عدم كراهتها كالاذان، والمذهب الاول. وأما أذان المرأة فلانها منهية عن رفع صوتها لانه يؤدي إلى الفتنة، وينبغي أن يكون الخنثى كالمرأة، وأما الفاسق فلان قوله لا يوثق به ولا يقبل في الامور الدينية ولا يلزم أحدا فلم يوجد الاعلام، وأما القاعدة فلترك سنة الاذان من القيام. أطلقه وهو مقيد بما إذا لم يؤذن لنفسه فإن أذن لنفسه قاعدا فإنه لا يكره لعدم الحاجة إلى الاعلام. ويفهم منه كراهته مضطجعا بالاولى، وأما السكران فلعدم الوثوق بقوله وهو داخل في الفاسق لكن قد يكون سكره من مباح فلا يكون فاسقا فلذا أفرده بالذكر وأشار به إلى كراهة أذان المجنون والصبي الذي لا يعقل بالاولى لما ذكرنا. ولم يتعرض المصنف لاعادة أذان من كره أذانه وفيه تفصيل، قالوا: يعاد أذان الجنب لا إقامته على الاشبه. كذا في الهداية وهو الاصح كما في المجتبى، لان تكراره مشروع كما في أذان الجمعة لانه لاعلام الغائبين فتكريره مفيد لاحتمال عدم سماع البعض بخلاف تكرار الاقامة إذ هو غير مشروع. ويفهم منه عدم إعادة إقامة المحدث بالاولى، وظاهر كلام الشارح أن الاعادة لاذان الجنب مستحبة لا واجبة لانه قال: وإن لم يعد أجزأه الاذان والصلاة. وصرح في الظهيرية باستحباب إعادته، وصرح قاضيخان بأنه تجب

***

[٤٥٩]

الطهارة فيه عن أغلظ الحدثين دون أخفهما، فظاهره كغيره أن كراهة أذان الجنب تحريمية لترك الواجب وإن كانت إعادته مستحبة. ويعاد أذان المرأة والسكران والجنون والمعتوه والصبي الذي لا يعقل لعدم الاعتماد على أذان هؤلاء فلا يلتفت إليهم فربما ينتظر الناس الاذان المعتبر والحال أنه معتبر فيؤدي إلى تفويت الصلاة أو الشك في صحة المؤدي أو إيقاعها في وقت مكروه، وهذا لا ينتهض في الجنب، وغاية ما يمكن أن ينهض فسقه. وصرح بكراهة أذان الفاسق ولا يعاد فالاعادة فيه ليقع على وجه السنة. وفي الخلاصة: خمس خصال إذا وجدت في الاذان والاقامة وجب الاستقبال: إذا غشي على المؤذن في أحدهما أو مات أو سبقه حدث فذهب وتوضأ

أو حصر فيه ولا ملقن أو خرس يجب الاستقبال. وفي فتاوى قاضيخان: معناه فإن حمل الوجوب على ظاهره احتيج إلى الفرق بين نفس الاذان فإنه سنة واستقباله بعد الشروع فيه وتحقق العجز عن إتمامه. وقد يقال فيه إذا شرع فيه ثم قطع تبادر إلى ظن السامعين أن قطعه للخطأ فينتظرون الاذان الحق وقد تفوت بذلك الصلاة فوجب إزالة ما يفضي إلى ذلك بخلاف ما إذا لم يكن أذان أصلا حيث لا ينتظرون بل يراقب كل منهم وقت الصلاة بنفسه أو ينصبون لهم مراقبا إلا أن هذا يقتضي وجوب الاعادة فيمن ذكرناهم آنفا إلا الجنب. كذا في فتح القدير. والظاهر أن الوجوب ليس على حقيقته بل بمعنى الثبوت لما في المجتبى: وإذا غشي عليه في أذانه أو أحدث فتوضأ أو مات أو ارتد فالاحب استقبال الاذان. وكذا صرح بالاستحباب في الظهيرية. وفي السراج الوهاج وفي القنية: وقف في الاذان لتنحنح أو سعال لا يعيد وإن كانت الوقفة كثيرة يعيد اه. وذكر الشارح أن إعادة أذان المرأة والسكران مستحبة فصار الحاصل على هذا أن العدالة والذكورة والطهارة صفات كمال للمؤذن لا شرائط صحة، فأذان الفاسق والمرأة والجنب صحيح حتى يستحق المؤذن معلوم وظيفة الاذان المقررة في الوقف، ويصح تقرير الفاسق فيها، وفي صحة تقرير المرأة في الوظيفة تردد لكن ذكر في السراج الوهاج إذا لم

***

[٤٦٠]

يعيدوا أذان المرأة فكأنهم صلوا بغير أذان فلهذا كان عليهم الاعادة وهو يقتضي عدم صحته. وينبغي أن لا يصح أذان الفاسق بالنسبة إلى قبول خبره والاعتماد عليه لما قدمناه من أنه لا يقبل قوله في الامور الدينية كما صرح به الشارح. وأما العقل فينبغي أن يكون شرط صحة فلا يصح أذان الصبي الذي لا يعقل والمجنون والمعتوه أصلا، وأما الصبي الذي يعقل فأذانه صحيح من غير كراهة في ظاهر الرواية إلا أن أذان البالغ أفضل. كذا في السراج الوهاج. وفي المجمع: ويكره أذان الصبي ويجزئ وأطلقه. فعلى هذا يصح تقريره في وظيفة الاذان، وأما الاسلام فينبغي أن يكون شرط صحة فلا يصح أذان كافر على أي ملة كان، لكن هل يكون بالاذان مسلما؟ قال البزازي في فتاواه من باب السير: وإن شهدوا على الذمي أنه كان يؤذن ويقيم كان مسلما، سواء كان الاذان في السفر أو الحضر. وإن قالوا سمعناه يؤذن في المسجد فلا شئ حتى يقولوا هو مؤذن، فإن قالوا ذلك فهو مسلم لانهم إذا قالوا هو مؤذن كان ذلك عادة له فيكون مسلما اه. فالحاصل أنه لا يكون بالاذان مسلما إلا إذا صار عادة له مع إتيانه بالشهادتين. وينبغي أن يكون ذلك في العيسوية وهم طائفة من اليهود ينسبون إلى أبي عيسى اليهودي الاصبهاني يعتقدون اختصاص رسالة نبينا صلى الله عليه وسلم إلى العرب، فهذا لا يصير بالاذان مسلما، وأما غيرهم فينبغي أن يكون مسلما بنفس الاذان والله الموفق للصواب. وفي السراج الوهاج: إذا ارتد المؤذن بعد الاذان لا يعاد أذانه ولو أعيد فهو أفضل. قوله (لا أذان العبد وولد الزنا والاعمى والاعرابي) أي لا يكره أذان هؤلاء لان قولهم مقبول في الامور الدينية فيكون ملزما فيحصل به الاعلام بخلاف الفاسق. وفي الخلاصة: وغيرهم أولى

***

[٤٦١]

منهم. وأما ابن أم مكتوم الاعمى فإن بلالا كان يؤذن قبله. وفي النهاية: ومتى كان مع الاعمى من يحفظ عليه أوقات الصلاة يكون حينئذ تأذينه وتأذين البصير سواء. وإنما كرهت إمامتهم لان الناس ينفرون من الصلاة خلفهم أو لان العبد مشغول بخدمة مولاه فلا يتفرغ للعلم كالاعرابي وهو ليس بموجود في الاذان لعدم احتياجه إلى العلم. وينبغي أن العبد إن أذن لنفسه لا يحتاج إلى إذن سيده، وإن أراد أن يكون مؤذنا للجماعة لم يجز إلا بإذن سيده لان فيه إضرارا بخدمته لانه يحتاج إلى مراعاة الاوقات ولم أره في كلامهم قوله (وكره تركهما للمسافر) أي ترك الاذان والاقامة لما رواه البخاري ومسلم عن مالك بن الحويرث أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا وصاحب لي، فلما أردنا الانتقال من عنده قال لنا: إذا حضرت الصلاة فأذنا وأقيما وليؤمكما أكبركما. وإذا كان هذا الخطاب لهما ولا حاجة لهما مترافقين إلى استحضار أحد علم أن المنفرد أيضا يسن له ذلك، وقد ورد في خصوص المنفرد أحاديث في أبي داود والنسائي يعجب ربك من راعي غنم في رأس شظية يؤذن بالصلاة ويصلي فيقول الله عزوجل: انظروا إلى عبدي هذا يؤذن للصلاة ويقيم للصلاة يخاف مني قد غفرت لعبدي وأدخلته الجنة وعن سلمان الفارسي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا

كان الرجل بأرض فئ فحانت الصلاة فليتوضأ فإن لم يجد ماء فليتيمم، فإن أقام صلى معه ملكاه، وإن أذن وأقام صلى خلفه من جنود الله ما لا يرى طرفاه رواه عبد الرزاق. وبهذا ونحوه عرف أن المقصود من الاذان لم ينحصر في الاعلام بل كل منه. ومن الاعلان بهذا الذكر نشر الذكر لله ودينه في أرضه وتذكير العبادة من الجن والانس الذين لا يرى شخصهم في الفلوات من العباد. قيد بتركهما لانه لو ترك الاذان وأتى بالاقامة لا يكره لاثر علي رضي الله عنه ولو عكس يكره كما في شرح النقاية قوله (لا لمصل في بيته في المصر) أي لا يكره تركهما له، والفرق بينهما أن المقيم إذا صلى بدونهما حقيقة فقد صلى بهما حكما لان المؤذن نائب عن أهل المحلة فيهما فيكون فعله كفعلهم، وأما المسافر فقد صلى بدونهما حقيقة وحكما لان المكان الذي هو فيه لم يؤذن فيه أصلا لتلك الصلاة. كذا في الكافي. ومفهومه أنه لو لم يؤذنوا في الحي فإنه يكره تركهما للمصلي في بيته، وقد صرح به في المجتبى أنه لو أذن بعض المسافرين سقط عن الباقين كما لا يخفى. وأطلق في المصلي في بيته فأفاد أنه لا فرق بين الواحدة

***

[٤٦٢]

والجماعة. وعن أبي حنيفة في قوم صلوا في المصر في منزل واكتفوا بأذان الناس أجزأهم وقد أساءوا ففرق بين الواحد والجماعة في هذه الرواية. والتقييد بالبيت ليس احترازيا بل المصلي في المسجد إذا صلى بعد صلاة الجماعة لا يكره له تركهما بل ليس له أن يؤذن. وفي السراج الوهاج: وإن دخل مسجدا ليصلي فإنه لا يؤذن ولا يقيم، وإن أذن في مسجد جماعة وصلوا يكره لغيرهم أن يؤذنوا ويعيدوا الجماعة ولكن يصلوا وحدانا، وإن كان المسجد على الطريق فلا بأس أن يؤذنوا فيه ويقيموا اه‍. وفي الخلاصة: جماعة من أهل المسجد أذنوا في المجسد على وجه المخافتة بحيث لم يسمع غيرهم، ثم حضر من أهل المسجد قوم وعلموا فلهم أن يصلوا بالجماعة على وجهها ولا عبرة للجماعة الاولى. والتقييد بالمصر ليس احترازيا أيضا بل القرية كالمصران، كان في القرية مسجد فيه أذان وإقامة وإن لم يكن فيها مسجد، فحكمه حكم المسافر. كذا في شرح النقاية للشمني. والحاصل أن الاذان والاقامة كل منهما سنة في حق أهل المسجد يكره ترك واحد منهما أذانا أو إقامة وأما غيرهم فلا يكونان سنة مؤكدة. قوله (وندبا لهما) أي الاذان والاقامة للمسافر والمصلي في بيته في المصر ليكون الاداء على هيئة الجماعة. وفي السراج الوهاج: ولو أذن المسافر راكبا فلا بأس به من غير كراهة وينزل للاقامة. وفي الظهيرية: بين له مسجد يكره أن يصلي فيه ويترك الاقامة. قوله (لا للنساء) أي لا يندب للنساء أذان ولا إقامة لانهما من سنن الجماعة المستحبة. قيد بالنساء أي جماعة النساء لان المرأة المنفردة تقيم ولا تؤذن كما قدمناه. وظاهر ما في السراج الوهاج أنها لا تقيم أيضا وأشار إلى أن العبيد لا أذان ولا إقامة عليهم لانها من سنن الجماعة وجماعتهم غير مشروعة، ولهذا لم يشرع التكبير عقبها أيام التشريق. ذكره الشارح والله سبحابه وتعالى أعلم. باب شروط الصلاة وهي جمع شرط على وزن فعل وأصله مصدر، وأما الشرائط فواحدها شريطة. كذا في

***

[٤٦٣]

ضياء الحلوم مختصر شمس العلوم في اللغة. فمن عبر هنا بالشرائط فمخالف للكما عرفت وللقاعدة التصريفية فإن فعائل لم يحفظ جمعا لفعل بفتح الفاء وسكون العين بخلاف التعبير بالفرائض فإنه صحيح لان مفرده فريضة كصحائف جمع صحيفة وهو في اللغة العلامة. كذا في فتح القدير. وأما في الصحاح: الشرط معروف والشرط بالتحريك العلامة، وقوله تعالى * (فقد جاء أشراطها) * (محمد: ١٨) أي علاماتها. وفي الشريعة ما يتوقف عليه وجود الشئ ولا يكون داخلا فيه. وقد قسم الاصوليون الخارج المتعلق بالحكم إلى مؤثر فيه ومفض إليه بلا تأثير. فالاول العلة، والثاني السبب وإلا فإن توقف عليه الوجود فالشرط وإلا فإن دل عليه فالعلامة. والشرط حقيقي وجعلي، فالاولى ما يتوقف عليه الشئ في الواقع، والثاني شرعي أي بجعل الشرع فيتوقف شرعا كالشهود للنكاح والطهارة للصلاة، وغير شرعي أي بجعل المكلف بتعليق تصرفه عليه مع إجازة الشرع كأن دخلت الدار فكذا. وذكر الشمني أن المراد بالشروط هنا ما لا يكون المكلف بحصولها شارعا في الصلاة احترازا عن التحريمة فإنها شرط عندنا ولا تذكر في هذا الباب اه‍. وأطلق الشروط ولم يقيدها بالتقدم كما في مختصر القدوري لانه لا حاجة إليه لانها صفة كاشفة لا مخصصة إذ الشرط لا يكون إلا متقدما، وما ذكره الشارحون بخلاف ذلك فقد رده في فتح القدير. قوله: (هي طهارة بدنه من حدث وخبث وثوبه ومكانه) أما طهارة بدنه من الحدث فبآية

الوضوء والغسل، ومن الخبث فبقوله صلى الله عليه وسلم تنزهوا من البول فإن عامة عذاب القبر منه ولحديث فاطمة بنت أبي حبيش اغسلي عنك الدم وصلي. والحدث مانعية شرعية قائمة بالاعضاء إلى غاية استعمال المزيل. والخبث عين مستقذرة شرعا. وقدم الحدث لقوته لان
***
[٤٦٤]
قليله مانع بخلاف قليل الخبث. وفي غاية البيان: وفيه نظر لان القطرة من الخمر أو الدم أو البول إذا وقعت في البئر تنجس، والجنب أو المحدث إذا أدخل يده في الاناء لا ينجس. والاولى أن يقال: ليس فيه تقديم لان الواو لمطلق الجمع ا ه‍. وقد تقدم في الانجاس شئ منه. وأما طهارة ثوبه فلقوله تعالى * (وثيابك فطهر) * (المدثر: ٤) فإن الاظهر أن المراد ثيابك الملبوسة وأن معناه طهرها من النجاسة. وقد قيل في الآية غير هذا لكن الارجح ما ذكرناه وهو قول الفقهاء وهو الصحيح كما ذكره النووي في شرح المهذب، ولعموم الحديثين السابقين. وإذا وجب التطهير لما ذكرناه في الثوب وجب في المكان والبدن بالاولى لانهما ألزم للمصلي منه لتصور انفصاله بخلافهما. وأراد بالخبث القدر المانع الذي قدمه في باب الانجاس فلا يرد عليه الاطلاق. وأشار باشتراط طهارة الثوب إلى أنه لو حمل نجاسة مانعة فإن صلاته باطلة. فكذا لو كانت النجاسة في طرف عمامته أو منديله المقصود ثوب هو لابسه فألقى ذلك الطرف على الارض وصلى فإنه إن تحرك بحركته لا يجوز وإلا يجوز، لانه بتلك الحركة ينسب لحمل النجاسة. وفي الظهيرية: الصبي إذا كان ثوبه نجسا أو هو نجس فجلس على حجر المصلي وهو يستمسك، أو الحمام النجس إذا وقع على رأس المصلي وهو
***
[٤٦٥]
يصلي كذلك جازت الصلاة، وكذلك الجنب أو المحدث إذا حمله المصلي لان الذي على المصلي مستعمل له فلم يصر المصلي حاملا للنجاسة ا ه‍. ودل كلامه أنه لو صلى ورأسه يصل إلى السقف النجس أو في كلة متنجسة أو في خيمة كذلك فإنها لا تصح لكونه حاملا للنجاسة، ولهذا قال في القنية: إذا صلى في الخيمة ورفع سقفها لتمام قيامه جاز إذا كانت طاهرة وإلا فلا ا ه‍. وفي المحيط: لو صلى وفي يده حبل مشدود على عنق الكلب تجوز صلاته لان الحبل لما سقط على الارض فقد انقطع حكم الاتصال به فصار كالعمامة الطويلة ا ه‍. وكذا لو كان الحبل مشدودا في وسطه، وكذا لو كان مربوطا في سفينة فيها نجاسة، ومذهب الشافعي أن الصلاة لا تصح في هذه المسائل لانه حامل للنجاسة كما نقله النووي ولو صلى ومعه جرو كلب أو كل ما لا يجوز أن يتوضأ بسؤره، قيل لم يجز والاصح أنه إن كان فمه مفتوحا لم يجز لان لعابه يسيل في كمه فيصير مبتلا بلعابه فيتنجس كمه فيمنع الجواز إن كان أكثر من قدر الدرهم، وإن كان فمه مشدودا بحيث لا يصل لعابه إلى ثوبه جاز لان ظاهر كل حيوان طاهر، ولا يتنجس إلا بالموت ونجاسة باطنه في معدنه فلا يظهر حكمها كنجاسة باطن المصلي. ولو صلى وفي كمه قارورة مضمومة فيها بول لم تجز صلاته لانه في غير معدنه ومكانه، ولو صلى وفي كمه بيضة مذرة قد صار محها دما جازت لانه في معدنه، والشئ ما دام في معدنه لا يعطي له حكم النجاسة. الكل في المحيط. وأراد بالمكان موضع القدم والسجود فقط، أما طهارة موضع القدم فباتفاق الروايات بشرط أن يضعهما على النجاسة، أما إن رفع القدم التي موضعها نجس وصلى جاز. وإما طهارة موضع السجود ففي أصح الروايتين عن أبي حنيفة وهو قولهما، وأما إن كانت النجاسة في موضع يديه وركبتيه وحذاء إبطيه وصدره جازت صلاته لان الوضع على النجاسة كلا وضع، والسجود على اليدين والركبتين غير واجب فكأنه لم يسجد عليها وهذا ظاهر الرواية. واختار أبو الليث أن صلاته تفسد وصححه في العيون. ولو صلى على مكان طاهر إلا أنه إذا سجد تقع ثيابه على أرض
***
[٤٦٦]
نجسة جازت صلاته بالطريق الاولى لان قيامه على مكان طاهر. ولو صلى على بساط وعلى طرف منه نجاسة فالاصح أنه يجوز، كبيرا كان أو صغيرا، لانه بمنزلة الارض فلا يصير مستعملا للنجاسة وهو بالطريق الاولى لان النجاسة إذا كانت لا تمنع في موضع الركبتين واليدين فههنا أولى. وفي الخلاصة: ولو بسط بساطا رقيقا على الموضع النجس، وصلى عليه، إن كان البساط بحال يصلح ساترا للعورة تجوز الصلاة، وإن كانت رطبة فالقى عليها ثوبا وصلى، إن كان ثوبا يمكن أن يجعل من عرضه ثوبا يجوز عند محمد، وإن كان لا يمكن

لا يجوز. وكذا لو ألقى عليها لبدا فصلى عليه يجوز. وقال الحلواني: لا يجوز حتى يلقي على هذا الطرف الطرف الآخر فيصير بمنزلة ثوبين. وإن كانت النجاسة يابسة جازت يعني إذا كان يصلح ساترا ا ه. ولو صلى على ما له بطانة متنجسة وهو قائم على ما يلي موضع النجاسة من الطهارة، عن محمد يجوز. وعن ابي يوسف لا يجوز. وقيل جواب محمد في غير المضرب فيكون حكمه حكم ثوبين، وجواب أبي يوسف في المضرب فحكمه حكم ثوب واحد فلا خلاف بينهما. قال في التجنيس: والاصح أن المضرب على الخلاف ذكره الحلواني. ولو قام على النجاسة وفي رجليه نعلان أو جوربان لم تجز صلاته لانه قام على مكان نجس، ولو افترش نعليه وقام عليهما جازت الصلاة بمنزلة ما لو بسط الثوب الطاهر على الارض النجسة وصلى عليه جاز. وفي المبسوط من كتاب التحري: يجوز لبس الثوب النجس لغير الصلاة ولا يلزمه الاجتناب. وذكر في البغية تلخيص القنية خلافا فيه. قوله: (وستر عورته) للاجماع على أنه فرض في الصلاة كما نقله غير واحد من أئمة النقل إلى أن حدث بعض المالكية فخالف فيه كالقاضي اسماعيل وهو لا يجوز بعد تقرر الاجماع. ويعضده قوله تعالى * (يا بني آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد) * (الاعراف: ٣١) أي محلها. والمراد ما يواري عورته عند كل صلاة إطلاقا لاسم الحال على المحل في الاول وعكسه في الثاني. وقوله صلى الله عليه وسلم لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار) (١) أي البالغة سميت
***
[٤٦٧]
حائضا لانها بلغت سن الحيض. والتقييد بالحائض يخرج التي دون البلوغ لما قال في المحيط: مراهقة صلت بغير وضوء أو عريانة تؤمر بالاعادة، وإن صلت بغير قناع فصلاتها تامة استحسانا لقوله عليه الصلاة والسلام لا تصلي حائض بغير قناع فلا يتناول غير الحائض، ولان ستر عورة الرأس لما سقط بعذر الرق فبعذر الصبا أولى لانه يسقط بعذر الصبا الخطاب بالفرائض بخلاف غيره من الشرائط لا يسقط بعذر الصبا ا ه. قال أهل اللغة: سميت العورة عورة لقبح ظهورهولغض الابصار عنها، مأخوذة من العور وهو النقص والعيب والقبح، ومنه عور العين والكلمة العوراء القبيحة. أطلق فيما يستر به فشمل ما يباح لبسه وما لا يباح، فلو سترها بثوب حرير وصلى صحت وأثم كالصلاة في الارض المغصوبة، ولو لم يجد غيره يصلي فيه لا عريانا. وحد الستر أن لا يرى ما تحته حتى لو سترها بثوب رقيق يصف ما تحته لا يجوز. وشمل ما إذا كان بحضرته أحد أو لم يكن حتى لو صلى في بيت مظلم عريانا ولو ثوب طاهر لا يجوز إجماعا لان الستر مشتمل على حق الله وحق العباد وإن كان مراعى في الجملة بسبب استتاره عنهم فحق الله تعالى ليس كذلك. فإن قيل: الستر لا يحجب عن الله تعالى لانه سبحانه يرى المستور كما يرى المكشو ف، أجيب بأنه يرى المكشوف تاركا للادب المستور متأدبا وهذا الادب واجب مراعات عند القدرة عليه. وإن صلى في الماء عريانا إن كان كدرا صحت صلاته، وإن كاصافيا يمكن رؤية عورته لا تصح. كذا في السراج الوهاج. وصورة الصلاة في الماء الصلاة على جنازة وإلا فلا يصح التصوير. وأراد بسترها الستر عن غيره لا عن نفسه حتى لو رأى فرجه من زيقه أو كان بحيث يراه لو نظر إليه فإنها صحيحة عند العامة وهو الصحيح كما في المحيط وغيره لكن في السراج الوهاج:
***
[٤٦٨]
إذا صلى في قميص عليه بغير إزرار فعليه أن يزره لما روى عن سلمة بن الاكوع قال قلت: يا رسول الله أصلي في قميص واحد فقال: زره عليك ولو بشوكة. والمستحب أن يصلي في ثلاثة أثواب: قميص وإزار وعمامة. والمكروه أن يصلي في سروال واحد كذا في المحيط. وبهذا علم أن لبس السراويل في الصلاة ليس بواجب لان الستر من أسفل ليس بلازم بل إنما يلزم من جوانبه وأعلاه، ولذا قال في منية المصلي: ومن صلى في قميص ليس له غيره فلو نظر إنسان من تحته رأى عورته فهذا ليس بشئ. واعلم أن ستر العورة خارج الصلاة بحضرة الناس واجب إجماعا إلا في مواضع، وفي الخلوة فيه خلاف والصحيح الوجوب إذا لم يكن الانكشاف لغرض صحيح. كذا في شرح المنية. قوله: (وهي من تحت سرته إلى تحت ركبته) أي ما بينهما فالسرة ليست بعورة والركبة عورة فالغاية هنا لم تدخل تحت المغيا لما رواه الحاكم من غير تعقب ما بين السرة والركبة عورة (١) ولرواية الدارقطني ما تحت السرة إلى الركبة عورة (١) ولرواية البيهقي الفخذ عورة (٢). وأما انكشاف نخذه صلى الله عليه وسلم في زقاق خيبر فلم يكن قصدا ولان الركبة ملتقى عظمي الساق

والفخذ والتمييز بينهما متعذر فاجتمع المحرم والمبيح فغلب المحرم احتياطا. كذا قالوا، وقد يقال إن هذا يقتضي أن تكون السرة عورة كما هو رواية عن أبي حنيفة فإنه تعارض في
***
[٤٦٩]
السرة المحرم والمبيح. وقد يجاب عنه بأنه لم يكن محرما لدليل اقتضاه وهو ما أخرج أحمد في مسنده عن عمير بن إسحق قال: كنت أمشي مع الحسن بن علي في بعض طرق المدينة فلقينا أبو هريرة فقال للحسن: اكشف لي عن بطنك جعلت فداك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبله قال: فكشف عن بطنه فقبل سرته. كذا في شرح المنية. وكان محمد بن الفضل يقول: من السرة إلى موضع نبات شعر العانة ليس بعورة لتعامل العمال في إبداء ذلك الموضع عند الاتزار وفي ستره نوع حرج. وهذا القول ضعيف لان التعامل بخلاف النص لا يعتبر. كذا في السراج. وفي الظهيرية: وحكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ حتى لو رأى رجل غيره مكشوف الركبة ينكر عليه برفق ولا ينازعه إن لج، وإن رآه مكشوف الفخذ ينكر عليه بعنف ولا يضر به إن لج، وإن رآه مكشوف السوأة أمره بستر العورة وأدبه على ذلك إن لج ا ه. وهو يفيد أن لكل مسلم التعزير بالضرب فإنه لم يقيده بالقاضي، وسيأتي إن شاء الله تعالى في بابه. قوله: (وبدن الحرة عورة إلا وجهها وكفيها وقدميها) لقول تعالى * (ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها) * (النور: ٣١) قال ابن عباس: وجهها وكفيها وإن كان ابن مسعود فسره بالثياب كما رواه إسماعيل القاضي من حديث ابن عباس مرفوعا بسند جيد، ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى المحرمة عن لبس القفازين والنقاب ولو كانا عورة لما حرم سترهما. ولان الحاجة تدعوا إلى إبراز الوجه للبيع والشراء وإلى ابراز الكف للاخذ والاعطاء فلم يجعل ذلك عورة. وعبر بالكف دون اليد كما وقع في المحيط للدلالة على أنه مختص بالباطن وأن ظاهر الكف عورة كما هو ظاهر الرواية. وفي مختلفات قاضيخان: ظاهر الكف وباطنه ليسابعورة إلى الرسغ ورجحة في شرح المنية بما أخرجه أبو داود في المراسيل عن قتادة مرفوعا أن المرأة إذا حاضت لم يصلح أن يرى منها إلا وجهها ويداها إلى المفصل، ولان الظاهر أن إخراج الكف عن كونه عورة معلول بالابتلاء بالابداء إذ كونه عورة مع هذا الابتلاء موجب للحرج وهو مدفوع
***
[٤٧٠]
بالنص، وهذا الابتلاء كما هو متحقق في باطن الكف متحقق في ظاهره ا ه. والمذهب خلافه. وللتنصيص على أن الذراع عورة وعن ابي يوسف ليس بعورة واختاره في الاختيار للحاجة إلى كشفه للخدمة، ولانه من الزينة الظاهرة وهو السوار. وصحح في المبسوط أنه عورة وصحح بعضهم أنه عورة في الصلاة لا خارجها، والمذهب ما في المتون لانه ظاهر الرواية كما صرح به في شرح منية المصلي. واعلم أنه لا ملازمة بين كونه ليس بعورة وجواز النظر إليه، فحل النظر منوط بعدم خشية الشهوة مع انتفاء العورة، ولذا حرم النظر إلى وجهها ووجه الامرد إذا شك في الشهوة ولا عورة. كذا في شرح المنية. قال مشايخنا: تمنع المرأة الشابة من كشف وجهها بين الرجال في زماننا للفتنة. وشمل كلامه الشعر المسترسل وفيه روايتان. وفي المحيط: والاصح أنه عورة. وأما غسله في الجنابة فموضوع على الصحيح. واستثنى المصنف القدم للابتلاء في إبدائه خصوصا الفقيرات وفيه اختلاف الرواية عن أبي حنيفة والمشايخ، فصحح في الهداية وشرح الجامع الصغير لقاضيخان أنه ليس بعورة واختاره في المحيط، وصحح الاقطع وقاضيخان في فتاواه على أنه عورة، واختاره الاسبيجابي والمرغياني. وصحح صاحب الاختيار أنه ليس بعورة في الصلاة وعورة خارجها، ورجح في شرح المنية كونه عورة مطلقا بأحاديث منها ما رواه أبو داود والحاكم عن أم سلمة أنها سألت النبي صلى الله عليه وسلم أتصلي المرأة في درع وخمار وليس عليها إزار؟ فقال: إذا كان الدرع سابغا يغطي ظهور قدميها. ولظاهر الآية على ما تقدم من تفسيرها عن عائشة وابن عباس موقوفا ومرفوعا. وصرح في النوازل بأن نغمة المرأة عورة وبنى عليه أن تعلمها القرآن من المرأة أحب إلي من تعلمها من الاعمى، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم التسبيح للرجال والتصفيق للنساء فلا يجوز أن يسمعها الرجل. ومشى عليه المصنف في الكافي فقال: ولا تلبي جهرا لان صوتها عورة. ومشى عليه صاحب المحيط في باب الاذان، وفي فتح القدير: وعلى هذا لو قيل إذا
***
[٤٧١]

جهرت بالقرآن في الصلاة فسدت كان متجها ا هـ. وفي شرح المنية: الاشبه أن صوتها ليس بعورة وإنما يؤدي إلى الفتنة كما علل به صاحب الهداية وغيره في مسألة التلبية، ولعلهن إنما منعن من رفع الصوت بالتسبيح في الصلاة لهذا المعنى، ولا يلزم من حرمة رفع صوتها بحضرة الاجانب أن يكون عورة كما قدمناه. وفي الظهيرية: الصغيرة جدا لا تكون عورة ولا بأس بالنظر إليها ومسها. وفي السراج الوهاج: وأما عورة الصبي والصبية فما داما لم يشتهيا فالقبل والدبر ثم يتغلظ بعد ذلك إلى عشر سنين، ثم يكون كعورة البالغين لان ذلك زمان يمكن بلوغ المرأة فيه، وكل عضو هو عورة من المرأة إذا انفصل منها هل يجوز النظر إليه؟ فيه روايتان: إحداهما يجوز كما يجوز النظر إلى ريقها ودمعها، والثانية لا يجوز وهو الاصح، وكذا الذكر المقطوع من الرجل وشعر عانته إذا حلق والاصح أنه لا يجوز. قوله: (وكشف ربع ساقها يمنع وكذا الشعر والبطن والفخذ والعورة الغليظة) لان قليل الانكشاف عفو عندنا للضرورة فإن ثياب الفقراء لا تخلو عن قليل خرق كالنجاسة القليلة والكثير مفسد لعدمها فاعتبر الربع وأقيم مقام الكل احتياطا لان للربع شبها بالكل كما في حلق ربع الرأس فإنه يجب به الدم كما لو حلق كله، وأما ما وقع في الهداية من التشبيه بمسح الرأس ففيه إشكال، فإنه لم يكن الواجب فيه مسح جميع الرأس لان النص لم يتناول إلا البعض. أما في الاحرام فالنص تناوله كله قال الله تعالى * (ولا تحلقوا رؤوسكم) * (البقرة: ١٩٦) فأقيم ربعه مقام كله. أطلق في الشعر فشمل ما على الرأس والمسترسل، وفي الثاني خلاف وقد قدمنا أن الصحيح أنه عورة. وأراد بالغليظة القبل والدبر وما حولهما، والخفيفة ما عدا ذلك من الرجل والمرأة. ونص على الغليظة. للرد على الكرخي القائل بأنه يعتبر في الغليظة ما زاد على قدر الدرهم قياسا على النجاسة المغلظة قال المصنف في الكافي: وهذا ليس بقوي لانه قصد به التغليظ في الغليظة وهو في الحقيقة تخفيف لانه اعتبر في الدبر أكثر من قدر الدرهم والدبر لا يكون أكثر منه، فهذا يقتضي جواز الصلاة وإن كان الكل مكشوفا وهو تناقض، وقد أجاب عنه في فتح القدير بأنه قد قيل الغليظة القبل والدبر مع ما حولهما

***

[٤٧٢]

فيجوز كونه اعتبر ذلك فلا يرد عليه ما قالوه ا هـ. وهو عجيب لانه لا يفهم مما قيل إن المجموع عضو واحد بل بيان العورة الغليظة، كيف وقد صرحوا بأن كلا من الذكر والخصيتين عضو مستقل؟ وصححه في الهداية والخانية لان كلا منهما يعتبر عضوا على حدته في الدية فكذا هنا للاحتياط. وفي رواية أن الكل عضو واحد، وعلى كل تقدير لم يقل أحد بأن القبل والدبر عضو واحد إلا أن يقال: إن مراده أن القبل مع ما حوله عضو، والدبر مع ما حوله عضو. وأما الركبة مع الفخذ فالاصح أنهما عضو واحد. كذا في التجنيس، وهو المختار كذا في الخلاصة، لان الركبة ملتقى عظم الساق والفخذ فليست بعضو مستقل في الحقيقة، وإنما جعلت عورة تبعا للفخذ احتياطا. فعلى هذا لو صلى وركبتاه مكشوفتان والفخذ مغطى فإنه يجوز. كذا في المنية. وفي شرحها: والصحيح أن الكعب ليس بعضو مستقل بل هو مع الساق عضو واحد، فعلى هذا إنما يمنع ربع الساق مع ربع الكعب أو مقدار ربعهما. والدبر عضو واحد وكل ألية عضو واحد وهو الاصح، وكل أذن عضو على حدة، وثدي المرأة إن كانت ناهدة فهي تبع لصدرها، وإن كانت منكسرة فهي أصل بنفسها. والناهدة بمعنى النافرة من الصدر غير مسترخية. والثدي يذكر ويؤنث والتذكير أشهر ولم يذكر في المغرب سوى التذكير. وما بين السرة والعانة عضو والمراد منه حول جميع البدن. كذا في المحيط. وفي الزيادات: امرأة صلت فانكشف شئ من فخذها وشئ من ساقها وشئ من صدرها وشئ من عورتها الغليظة ولو جمع بلغ ربع عضو صغير منها، لم تجز صلاتها لان جميع الاعضاء عند الانكشاف كعضو واحد فيجمع كالنجاسة المتفرقة في مواضع، والطيب للمحرم في مواضع بخلاف الخروق كما قدمناه في المسح على الخفين. وذكر الشارح أنه ينبغي

***

[٤٧٣]

أن يعتبر بالاجزاء وإلا يمنع القليل، فلو انكشف نصف ثمن الفخذ ونصف ثمن الاذن وذلك يبلغ ربع الاذن أو أكثر لا ربع جميع العورة المنكشفة لا تبطل. وحاصله أنه ينظر إلى مجموع الاعضاء المنكشفة بعضها وإلى مجموع المنكشف، فإن بلغ مجموع المنكشف ربع مجموع الاعضاء منع وإلا فلا، وهو ظاهر كلام محمد في الزيادات في موضع آخر حيث قال: إذا صلت وانكشف شئ من شعرها وشئ من ظهرها وشئ من فرجها إن كان بحال لو جمع بلغ الربع منع وإلا فلا. ثم قال الزاهدي: ولم يذكر أنه بلغ ربع أصغرها أم أكبرها.

وفي شرح المجمع لابن الملك: اعلم أن انكشاف ما دون الربع معفو إذا كان في عضو واحد، وإن كان في عضوين أو أكثر وجمع بلغ ربع أدنى عضو منها يمنع جواز الصلاة ا هـ. وهو تفصيل لا دليل عليه فإن الدليل اقتضى اعتبار الربع، سواء كان في عضو واحد أو عضوين. وأطلق في المنع وهو مقيد بما إذا كان في الزمن الكثير لما في فتح القدير: الحاصل أن الانكشاف الكثير في الزمن القليل لا يفسد، والانكشاف القليل في الزمن الكثير أيضا لا يفسد، والمفسد الانكشاف الكثير في الزمن الكثير، وقدر الكثير ما يؤدي فيه ركن والقليل دونه، فلو

***

[٤٧٤]

انكشف فغطاها في الحال لا تفسد إن لم يكن بفعله، وإن كان بفعله فسدت في الحال عندهم. كذا في القنية وهو تقييد غريب. وهذا عند أبي يوسف، ومحمد اعتبر أداء الركن حقيقة وعلى هذا الخلاف لو قام في صف النساء للازدحام أو قام على نجاسة مانعة. وإنما عبر المصنف بالمنع دون الفساد ليشمل ما إذا أحرم مكشوف العورة فإنه مانع من الانعقاد وما إذا انكشف بعد الاحرام فإنه يمنع صحتها، وحكم النجاسة المانعة كالانكشاف المانع. وتفرع على ما ذكرنا ما في المحيط: أمة صلت بغير قناع فرعفت ثم أعتقت فتوضأت ثم تقنعت وعادت إلى الصلاة جازت لانها ما أدت شيئا من الصلاة مع كشف العورة، وإن عادت ثم تقنعت فسدت لانها أدت شيئا من الصلاة مع الكشف. قوله: (والامة كالرجل وظهرها وبطنها عورة) لانها محل الشهوة دونه، وكل من الظهر والبطن موضع مشتهى وما عدا هذه الجملة منها ليس بعورة، سواء كان رأسا أو كتفا أو ساقا للحرج. وقد أخرج عبد الرزاق بإسنادصحيح عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب أمة متقنعة وقال: اكشفي رأسك لا تتشبهي بالحرائر. ثم في توضيح المالكية: فإن قيل لم منع عمر الاماء من التشبه بالحرائر؟ فجوابه أن السفهاء جرت عادتهم بالتعرض للاماء فخشي عمر أن يلتبس الامر فيتعرض السفهاء للحرائر فتكون الفتنة أشد وهو معنى قوله عزوجل * (ذلك أدنى أن يعرفن فلا يؤذين) * (الاحزاب: ٥٩) أي يتميزن بعلامتهن عن غيرهن. وظاهره أنه يكره للامة ستر جميع بدنها ولا يخفى ما فيه. وعلى كل تقدير ينبغي أن يقال: يستحب لها ذلك في الصلاة ولم أره لائمتنا بل هو منقول الشافعية كما ذكره النووي. والامة في اللغة خلاف الحرة كذا في الصحاح. فلهذا أطلقها ليشمل القنة والمدبرة والمكاتبة والمستسعاة وأم الولد. وعندهما المستسعاة حرة، والمراد بالمستسعاة معتقة البعض، وأما المستسعاة المرهونة إذا أعتقها الراهن وهو معسر فهي حرة اتفاقا. وقد وقع تردد في بعض الدروس في الجنب هل هو

***

[٤٧٥]

عورة أو لا، فذكرت أنه عورة ثم رأيته في القنية قال: الجنب تبع البطن والاوجه أن ما يلي البطن تبع له ا هـ. ولو أعتقت وهي في الصلاة مكشوفة الرأسة ونحوه فسترته بعمل قليل قبل أداء ركن جازت لا بكثير أو بعد ركن. كذا في كثير من الكتب. وقيده الشارح بأن تؤدي ركنا بعد العلم بالعتق فشرط علمها تبعا لما في الظهيرية. والمصرح به في المجتبى أنها لو صلت شهرا بغير قناع ثم علمت بالعتق منذ شهر تعيدها. وفي فتاوى قاضيخان: إذا انكشفت عورته وأدى ركنا معه فسدت، علم بذلك أو لم يعلم، وذكر نحوه مسائل كثيرة. وهذان المنطوقان أوجه من ذلك المفهوم المخالف. وفي عدة الفتاوى: رجل مات بمكة فلزم امرأة أن تعيد صلاة سنة فقل: هو رجل علق عتق جاريته بموته فمات بمكة وهي لم تعلم بموته وصلت مكشوفة الرأس فإنها تعيد الصلاة من وقت موته ا هـ. وفي المحيط: بخلاف العاري إذا وجد الكسوة في خلال الصلاة فإنه يلزمه الاستقبال لانه يلزمه الستر بسبب سابق على الشروع وهو كشف العورة وهو متحقق قبل الصلاة، فلما توجه إليه الخطاب بالستر في الصلاة استند إلى سببه فصار كأنه توجه إليه قبل الصلاة، وقد تركه بخلافها إذ العتق سبب خطابها بالستر وقد وجد حالة الصلاة وقد سترت كما قدرت. وظاهره أنها لو كانت عاجزة عن الستر فلم تستتر كالحرة لا تبطل صلاتها وهو مصرح به في شرح منية المصلي معزيا إلى البدائع. وفي شرح السراج الوهاج: الخنثى إذا كان رقيقا فعورته عورة الامة، وإن كان حرا أمرناه أن يستر جميع بدنه لجواز أن يكون امرأة، فإن ستر ما بين سرته إلى ركبته وصلى قال بعضهم تلزمه الاعادة لجواز أن يكون امرأة، وقال بعضهم لا تلزمه الاعادة لجواز أن يكون رجلا. فرع حسن لم أره منقولا لائمتنا وهو مذكور في شرح المهذب: إذا قال لامته إن صليت صلاة صحيحة فأنت حرة قبلها فصلت مكشوفة الرأس، إن كان في حال عجزها عن ستره صحت

صلاتها وعتقت، وإن كانت قادرة على الستر صحت صلاتها ولا تعتق، لانها لو
***
[٤٧٦]
عتقت لصارت حرة قبل الصلاة وحينئذ لا تصح صلاتها مكشوفة الرأس، وإذا لم تصح لا تعتق، فإثبات العتق يؤدي إلى بطلانه وبطلان الصلاة فبطل وصحت الصلاة ا ه‍. وسيأتي في الطلاق أن الراجح في مسألة الدور وهي إن طلقتك فأنت طالق ثلاثا قبله أن يلغو قوله قبله وإذا طلقها وقع الثلاث كما في فتح القدير، فمقتضاه هنا أن يلغو قوله قبلها ويقع العتق كما لا يخفى. قوله: (ولو وجد ثوبا ربعه طاهر وصلى عاريا لم يجز) لان ربع الشئ يقوم مقام كله فيجعل كأن كله طاهر في موضع الضرورة فيفترض عليه الصلاة فيه، ولا يخفى أن محله ما إذا لم يجد ما يزيل به النجاسة ولا ما يقللها، فإن وجد في الصورتين وجب استعماله بخلاف ما إذا وجد ماء يكفي بعض أعضاء الوضوء فإنه يتيمم ولا يجب استعماله كما عرف في بابه، وعلم حكم ما إذا كان الاكثر من الربع طاهرا بالاولى. قوله (وخير إن طهر أقل من ربعه) يعني بين أن يصلي فيه وهو الافضل لما فيه من الاتيان بالركوع والسجود وستر العورة، وبين أن يصلي عريانا قاعدا يومي بالركوع والسجود وهو يلي الاول في الفضل لما فيه من ستر العورة الغليظة، وبين أن يصلي قائما عريانا بركوع وسجود وهو دونهما في الفضل. وفي ملتقى البحار: إن شاء صلى عريانا بالركوع والسجود أو موميا بهما إما قاعدا وإما قائما. فهذا نص على جواز الايماء قائما. وظاهر الهداية أنه لا يجوز. وعلى الاول المخير فيه أربعة أشياء، وينبغي أن يكون الرابع دون الثالث في الفضل وإن كان ستر العورة فيه أكثر للاختلاف في صحته. وهذا كله عندهما، وعند محمد ليس
***
[٤٧٧]
بمخير ولا تجوز صلاته إلا في الثوب لان خطاب التطهير سقط عنه لعجزه ولم يسقط عنه خطاب الستر لقدرته عليه فصار كالطاهر في حقه. ولهما أن المأمور به هو الستر بالطاهر فإذا لم يقدر عليه سقط فيميل إلى أيهما شاء. ولو قال المصنف وخير إن طهر الاقل أو كان كله نجسا لكان أفود إذا الحكم كذلك مذهبا وخلافا كما في النهاية وغيرها، أو اقتصر على الثاني ليفهم منه الاول بالاولى لكان أولى. وفي الاسرار: قول محمد أحسن بخلاف ما لو لم يجد إلا جلد ميتة غير مدبوغ فإنه لا يجوز أن يستر به عورته، ولم تجز صلاته فيه لان نجاسة البول أو الدم أو نحوهما في الثوب كله تزول بالماء، ونجاسة الجلد لا يزيلها الماء فكانت أغلظ. وأشار المصنف إلى أنه لو كان معه ثوبان ربع أحدهما طاهر والآخر أقل من الربع، فإنه يصلي في الذي ربعه طاهر ولا يجوز عكسه لما أن طهارة الربع كطهارة الكل. ويستفاد منه أن نجاسة أحدهما لو كانت قدر الربع والآخر أقل وجب أن يصلي في أقلهما ولا يجوز عكسه لان للربع حكم الكل، ولما دون الربع حكم العدم وإلى أنه لو كان في كل واحد منهما قدر الربع أو كان في أحدهما أكثر لكن لا يبلغ ثلاثة أرباعه وفي الآخر قدر الربع فإنه يصلي في أيهما شاء لاستوائهما في الحكم. وكذا لو كان معه ثوبان نجاسة كل واحد منهما أكثر من قدر الدرهم يتخير ما لم يبلغ أحدهما ربع الثوب لاستوائهما في المنع. وفي المحيط: ولو كان الدم في ناحية من الثوب والطاهر منه بقدر ما يمكنه أن يتزر به لم يجز إلا أن يصلي فيه لانه يمكنه ستر العورة بثوب طاهر ولم يفصل بينهما إذا تحرك الطرف الآخر أو لم يتحرك ا ه‍. وبهذا علم أن التفصيل المتقدم إنما هو عند الاختيار، أما عند الضرورة فلا تفصيل. ثم الاصل في جنس هذه المسائل أن من ابتلي ببليتين وهما متساويتان يأخذ بأيهما شاء، وإن اختلفا فعليه أن يختار أهونهما، ولهذا لو أن امرأة لو صلت قائمة ينكشف من عورتها ما يمنع جواز الصلاة، ولو صلت قاعدة لا ينكشف منها شئ فإنها تصلي قاعدة لما أن ترك القيام أهون. ولو كان الثوب يغطي جسدها وربع رأسها فتركت تغطية الرأس لا يجوز، ولو كان يغطي أقل من الربع لا يضر والستر أفضل تقليلا للانكشاف. ولو كان جريح لو سجد سال جرحه وإن لم يسجد لم
***
[٤٧٨]
يسل فإنه يصلي قاعدا موميا لان ترك السجود أهون من الصلاة مع الحدث، ألا ترى أن ترك السجود جائز حالة الاختيار في التطوع على الدابة، ومع الحدث لا يجوز بحال. فإن قاوقرأ وركع ثم قعد وأومأ للسجود جاز لما قلنا والاول أفضل، وكذا شيخ لا يقدر على القراءة قائما ويقدر عليها قاعدا يصلي قاعدا لانه يجوز حالة الاختيار في النفل ويجوز ترك القراءة بحال، ولو صلى في الفصلين قائما مع

الحدث وترك القراءة لم يجز. قوله: (ولو عدم ثوبا صلى قاعدا موميا بركوع وسجود وهو أفضل من القيام بركوع وسجود) لما عن أنس أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ركبوا في السفينة فانكسرت بهم فخرجوا من البحر عراة فصلوا قعودا بإيماء. أراد بالثوب ما يستر عامة عورته ولو حريرا أو حشيشا أو نباتا أو كلا أو طينا يلطخ به عورته ويبقى عليه حتى يصلي لا الزجاج الذي يصف ما تحته. والعدم المذكور يثبت بعدم الوجود في ملكه وبعدم الاباحة له حتى لو أبيح له ثوب ثبت القدرة به على الاصح، فلو صلى عاريا لم يجز كالمتيمم إذا أبيح له الماء. وعن محمد في العريان يعده صاحبه أنه يعطيه الثوب إذا صلى فإنه ينتظره ولا يصلي عريانا وإن خاف فوت الوقت. كذا في السراج الوهاج. وفي القنية عن أبي حنيفة: ينتظره ما لم يخف فوت الوقت وأبو يوسف مع أبي حنيفة. وينبغي ترجيحه قياسا على المتيمم إذا كان يرجو الماء في آخره. وأطلق في الصلاة قاعدا فشمل ما إذا كان نهارا أو ليلا في بيت أو صحراء وهو الصحيح كما بينه في منية المصلي، ومن المشايخ من خصه بالنهار، أما في الليل فيصلي قائما لان ظلمة الليل تستر عورته. قال في الذخيرة: وهذا ليس بمرضي لان الستر الذي يحصل في ظلمة الليل لا عبرة به، ألا ترى أن حالة القدرة على الثوب إذا صلى عريانا في ظلمة الليل لا يجوز فصار وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ا ه. وتعقبه في شرح منية المصلي بأن الاستشهاد المذكور غير متجه للفرق بين حالة الاختيار وحالة الاضطرار وأطال إلى أن قال: ويؤيده ما أخرجه عبد الرزاق سئل علي رضي الله عنه عن صلاة العريان قال: إن كان حيث يراه الناس صلى جالسا، وإن كان حيث لا يراه الناس صلى قائما. وهو وإن كان سنده ضعيفا فلا يقصر عن إفادة الاستئناس. وأما واقعة الصحابة المتقدمة فقد تطرق إليها احتمالات، إما لانهم اختاروا الاولى لما فيه من تقليل الانكشاف أو لانهم كانوا مترائين أو لم يكن ليلا فسقط بها الاستدلال، ولم يبين المصنف صفة القعود للاختلاف فيها. ففي منية المصلي: يقعد كما يقعد في الصلاة. فعلى هذا يختلف في الرجل والمرأة، فهو يفترش وهي تتورك. وفي الذخيرة: يقعد ويمد
***
[٤٧٩]
رجليه إلى القبلة ويضع يديه على عورته الغليظة. والذي يظهر ترجيح الاول وأنه أولى لانه يحصل به من المبالغة في الستر ما لا يحصل بالهيئة المذكورة مع خلو هذه الهيئة عن فعل ما ليس بأولى وهو مد رجليه إلى القبلة من غير ضرورة، والحاصل أن القعود على هيئة متعينة ليس بمتعين بل يجوز كيفما كان، وإنما كان القعود أفضل من القيام لان ستر العورة أهم من أداء الاركان لانه فرض مطلقا والاركان فرائض الصلاة لا غير وقد أتى ببدلها. وإنما كان القيام جائزا لانه وإن ترك فرض الستر فقد كمل الاركان الثلاثة وبه حاجة إلى تكميلها. كذا في البدائع. ولقائل أن يقول: ينبغي على هذا أن لا يجوز الايماء قائما لان تجويز ترك فرض الستر إنما كان لاجل تكميل الاركان الثلاثة والمومئ بهما قائما لم يحرزهما على وجه الكمال مع أن القيام إنما شرع لتحصيلهما على وجه الكمال على ما صرحوا به في صلاة المريض أنه لو قدر على القيام دون الركوع والسجود أومأ قاعدا وسقط عنه القيام. وفي المبتغى بالمعجمة: وإن كان عنده قطعة يستر بها أصغر العورات فلم يستر فسدت وإلا فلا. وفي فتح القدير: ولو وجد ما يستر بعض العورة يجب استعماله ويستر القبل والدبر ا ه. فإن لم يجد ما يستر به إلا أحدهما قيل يستر الدبر لانه أفحش في حالة الركوع والسجود، وقيل يستر القبل لانه يستقبل به القبلة ولانه لا يستر بغيره والدبر يستر بالاليتين ا ه. كذا في السراج الوهاج. وسيأتي في باب الامامة أن العراة لا يصلون جماعة. وفي الذخيرة: وأستر ما يكون أن يتباعد بعضهم عن بعضهم إذا أمنوا العدو والسبع وإن صلوا جماعة صحت مع الكراهة. ويقف الامام وسطهم وإن تقدم جاز، ويغضون أبصارهم سوى الامام. ثم المصنف رحمه الله لم يذكر أن على العاري الاعادة إذا وجد ثوبا وقد أفاد النووي رحمه الله في شرح المهذب أنه لا خلاف بين المسلمين أنه لا تجب عليه الاعادة إذا صلى عاريا للعجز عن السترة ا ه. وينبغي أن تلزمه الاعادة عندنا إذا كان العجز لمنع من العباد كما إذا غصب ثوبه لما صرحوا به في
***
[٤٨٠]
كتاب التيمم أن المنع من الماء إذا كان من قبل العباد يلزمه الاعادة. ثم أعلم أنه إذا كان عاريا لا ثوب عليه وهو يقدر على شراء ثوب هل يلزمه شراؤه كالماء إذا كان يباع بثمن المثل وله ثمنه فإنه لا يتيمم. قوله: (والنية بلا فاصل) يعني من شروط الصلاة لاجماع

المسلمين على ذلك كما نقله ابن المنذر وغيره. وأما الاستدلال على اشتراطها بقوله تعالى * (وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين) * (البينة: ٥) كفعله السراج الهندي في شرح المغني فليس بظاهر لان الظاهر أن العبادة بمعنى التوحيد بدليل عطف الصلاة والزكاة عليها، وأما الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم إنما الاعمال بالنيات كما في الهداية وغيرها فلا يصح لان الاصوليين ذكروا أن الحديث من قبيل ظني الثبوت والدلالة لانه خبر واحد مشترك الدلالة فيفيد السنية والاستحباب لا الافتراض، والنية إرادة الصلاة لله تعالى على الخلوص وقد قدمنا في الوضوء الكلام عليها. وقول الشارح أن المصلي يحتاج إلى ثلاث نيات: نية الصلاة التي يدخل فيها، ونية الاخلاص لله تعالى، ونية استقبال القبلة فيه نظر، بل المحتاج إليه نية واحدة وهي ما ذكرناه. فقولنا على الخلوص يغني عن الثانية. وأما نية استقبال القبلة فليست شرطا على الصحيح كما ذكره في المبسوط، سواء كان يصلي إلى المحراب أو في الصحراء، والمراد بقوله بلا فاصل أي بين النية والتكبير الفاصل الاجنبي وهو عمل لا يليق في الصلاة كالاكل والشرب لان هذه الافعال تبطل الصلاة فتبطل النية وشراء الحطب والكلام، وأما المشي والوضوء فليس بأجنبي، ألا ترى أن من أحدث في صلاته له أن يفعل ذلك ولا يمنعه من

***

[٤٨١]

البناء. وبهذا علم أن الصلاة تجوبنية متقدمة على الشروط إذا لم يفصل أجنبي كما صرحوا به، فظاهر إطلاقهم يفيد أالنية قبل دخول الوقت صحيحة كالطهارة قبله لكن ذكر ابن أمير حاج عن ابن هبيرة اشتراط دخول الوقت للنية المتقدمة عن أبي حنيفة وهو مشكل وفي ثبوته تردد لا يخفى لعدم وجوده في كتب المذهب، وفي الظهيرية: وعند محمد يجوز تقديم النية في العبادات: هو الصحيح، وعند أبي يوسف لا يجوز إلا في الصوم ا ه‍. وفي منية المصلي: والاحوط أن ينوي مقارنا للتكبير ومخالطا له كما هو مذهب الشافعي ا ه‍. وبه قال الطحاوي لكن عندنا هذا الاحتياط مستحب وليس بشرط، وعند الشافعي شرط لان الحاجة إلى النية لتحقق معنى الاخلاص وذلك عند الشروع لا قبله. قلنا: النص مطلق فلا يجوز تخصيصه بالرأي على أن قوله صلى الله عليه وسلم وإنما لكل امرئ ما نوى يفيد أنه يكون له ما نوى إذا تقدمت النية، فالقول بأنه لا يكون له ما نوى خلاف النص، ولان اشتراط القران لا يخلو عن الحرج مع ما في التزامه من فتح باب الوسواس فلا يشترط كما في الصوم والزكاة والحج، حتى لو خرج من بيته يريد الحج فأحرم ولم تحضره النية جاز. ثم فسر النووي القران بأن يأتي بالنية مع أول التكبير ويستصحبها إلى آخره، وذكر في شرح المهذب أنه لا يجب التدقيق في تحقيق المقارنة وأنه يكفي المقارنة العرفية في ذلك بحيث يعد مستحضرا لصلاته غير غافل عنها اقتداء بالسلف الصالحين في مسامحتهم في ذلك. وأشار المصنف إلى أنها لا تجوز بنية متأخرة خلافا للكرخي قياسا على الصوم وهو فاسد، لان سقوط القران لمكان الحرج والحرج يندفع بتقديم النية فلا ضرورة إلى التأخير، وجوز التأخير في الصوم للحرج. وبهذا علم أن ما في خزانة الفتاوى والعتابي نسي النية فنوى عند قوله ولا إله غيرك يصير شارعا مبني على قول الكرخي على تخريج بعض المشايخ أنه يجوز إلى انتهاء الثناء، وقيل إلى أن يركع وهو مروي عن محمد. كذا في المجتبى. وقيل إلى أن يرفع رأسه من الركوع، وقيل إلى التعوذ. وفي البدائع: لو نوى بعد قوله الله قبل أكبر لا يجوز لان الشروع يصح

***

[٤٨٢]

بقوله الله فكأنه نوى بعد التكبير. وجعله في المحيط مذهب أبي حنيفة وسيأتي إن شاء الله تعالى. قوله: (والشرط أن يعلم بقلبه أي صلاة يصلي) أي الشرط في اعتبارها علمه أي صلاة يصلي أي التمييز فالنية هي الارادة للفعل، وشرطها التعيين للفرائض. كذا في فتح القدير وفيه بحث، لانه لو كان مرادهم من هذا الشرط اشتراط التعيين للفرائض لكان تكرارا إذا قالوا بعده وللفرض شرط تعيينه. وفي شرح المجمع لابن الملك: المراد أن من قصد صلاة فعلم أنها ظهر أو عصر أو نفل أو قضاء يكون ذلك نية له فلا يحتاج إلى نية أخرى للتعيين إذا أوصلها بالتحريمة ا ه‍. وفيه نظر لان النفل لا يشترط علمه، والحق أنهم إنما ذكروا العلم بالقلب لافادة أن النية إنما هي عمل القلب وأنه لا يعتبر باللسان لا أنه شرط زائد على أصل النية واشتراط التعيين. وأما قول الشارح وأدناه أن يصير بحيث لو سئل عنها أمكنه أن يجيب

***
[٤٨٣]
من غير فكر وعزاه في منية المصلي إلى الاجناس فإنما هو قول محمد بن سلمة كما ذكره في البدائع والخانية والخلاصة. وإلا فالمذهب أنها تجوز بنية متقدمة على الشروع بشرطه المتقدم، سواء كان بحيث يقدر على الجواب من غير تفكر أو لا، ولهذا قال في الخانية والخلاصة: ولو نوى قبل الشروع، فعن محمد أنه لو نوى عند الوضوء أن يصلي الظهر أو العصر مع الامام ولم يشتغل بعد النية بما ليس من جنس الصلاة إلا أنه لما انتهى إلى مكان الصلاة لم تحضره النية جازت صلاته بتلك النية، وهكذا روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي البدائع. وقد روي عن أبي يوسف فيمن خرج من منزله يريد الفرض في الجماعة فلما انتهى إلى الامام كبر ولم تحضره النية في تلك الساعة أنه يجوز. قال الكرخي: ولا أعلم أن أحدا من علمائنا خالف أبا يوسف في ذلك ا ه. وهو يفيد أنه يكفي تقدم أصل النية. ونية التعيين للفرائض ولا يشترط المقارنة ولا الاستحضار لما نواه في أثنائها، بل كلام محمد بن سلمة يقتضي أنه لا يكفي مقارنة النية للتكبير بل لا بد من الاستحضار لها إلى آخر الصلاة لانه قال: لو احتاج إلى تفكر بعد السؤال لا تصح صلاته، وقد أجمع العلماء على أنه لو نوى بقلبه ولم يتكلم فإنه يجوز كما حكاه غير واحد. فما في الخانية وعند الشافعي لا بد من الذكر باللسان مردود. وقد اختلف كلام المشايخ في التلفظ باللسان فذكر في منية المصلي أنه مستحب وهو المختار وصححه في المجتبى. وفي الهداية والكافي والتبيين أنه يحسن لاجتماع عزيمته، وفي الاختيار معزيا إلى محمد بن الحسن أن سنة، وهكذا في المحيط والبدائع. وفي القنية: إنه بدعة إلا أن لا يمكنه إقامتها في القلب إلا بإجرائها على اللسان فحينئذ يباح. ونقل عن بعضهم أن السنة الاقتصار على نية القلب فإن عبر عنه بلسانه جاز. ونقل في شرح المنية عن بعضهم الكراهة، وظاهر ما في فتح القدير اختيار أنه بدعة فإنه قال قال بعض الحفاظ: لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من طريق صحيح ولا ضعيف أنه كان يقول عند الافتتاح أصلي كذا، ولا عن أحد من الصحابة والتابعين بل المنقول أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا قام إلى الصلاة كبر وهذه بدعة ا ه. وقد يفهم من قول المصنف لاجتماع عزيمته أنه لا يحسن لغير هذا القصد وهذا لان الانسان قد يغلب عليه تفرق خاطره فإذا ذكر بلسانه كان عونا على جمعه. ثم رأيته في التنجيس قال: والنية بالقلب لانه عمله والتكلم لا معتبر به، ومن اختاره
***
[٤٨٤]
اختاره لتجتمع عزيمته ا ه. وزاد في شرح المنية أنه لم ينقل عن الائمة الاربعة أيضا فتحرر من هذا أنه بدعة حسنة عند قصد جمع العزيمة، وقد استفاض ظهور العمل بذلك في كثير من الاعصار في عامة الامصار، فلعل القائل بالسنية أراد بها الطريقة الحسنة لا طريقة النبي صلى الله عليه وسلم. بقي الكلام في كيفية التلفظ بها، ففي المحيط: ينبغي أن يقول اللهم أني أريد صلاة كذا فيسرها لي وتقبلها مني. وهكذا في البدائع والحاوي. وفي القنية: إذا أراد النفل أو السنة يقول اللهم إني أريد الصلاة فيسرها لي وتقبلها مني. وفي الفرض: اللهم أني أريد أن أصلي فرض الوقت أو فرض كذا فيسره لي وتقبله مني. وفي صلاة الجنازة اللهم أني أريد أن أصلي لك وأدعوا لهذا الميت فيسره لي وتقبله مني. والمقتدي يقول اللهم أني أريد أن أصلي فرض الوقت متابعا لهذا الامام فيسره لي وتقبله مني ا ه. وهذا كله يفيد أن التلفظ بها يكون بهذه العبارة لا بنحو نويت أو أنوي كما عليه عامة المتلفظين بالنية من عامي وغيره، ولا يخفى أن سؤال التوفيق والقبول شئ آخر غير التلفظ بها على أنه قد ذكر غير واحد من مشايخنا في وجه ما ذكره محمد في كتاب الحج أن الحج لما كان مما يمتد ويقع فيه العوارض والموانع وهو عبادة عظيمة تحصل بأفعال شاقة استحب طلب التيسير والتسهيل من الله تعالى ولم يشرع مثل هذا الدعاء في الصلاة لان أداءها في وقت يسير ا ه. وهو صريح في نفي قياس الصلاة على الحج. وفي المجتبى: من عجز من أحضار القلب في النية يكفيه اللسان ا ه. وظاهره أن فعل اللسان يكون بدلا عن فعل القلب، ومن المعلوم أن نصب الابدال بالرأي لا يجوز في القنية: عزم على صلاة الظهر وجرى على لسانه نويت صلاة العصر يجزئه. قوله: (ويكفيه مطلق النية للنفل والسنة والتراويح) أما في النفل فمتفق عليه لان مطلق اسم الصلاة ينصرف إلى النفل لانه الادنى فهو متيقن والزيادة مشكوك فيها، ولا فرق بين أن ينوي الصلاة أو الصلاة لله لان المصلي لا يصلي لغير الله. وأما في السنة والتراويح فظاهر الرواية ما في الكتاب كما في الذخيرة

والتجنيس وجعله في الهداية هو الصحيح. وفي المحيط: إنه قول عامة المشايخ وفي منية المفتي وخزانة الفتاوى: إنه المختار، ورجحه في فتح القدير ونسبه إلى المحققين بأن معنى السنة كون النافلة مواظبا عليها من النبي صلى الله عليه وسلم بعد الفريضة
***
[٤٨٥]
المعينة أو قبلها، فإذا أوقع المصلي النافلة في ذلك المحل صدق عليه أنه فعل الفعل المسمى سنة. فالحاصل أن وصف السنة يحصل بنفس الفعل الذي فعله صلى الله عليه وسلم وهو إنما كان يفعل على ما سمعت فإنه لم يكن ينوي السنة بل الصلاة لله تعالى، فعل أن وصف السنة ثبت بعد فعله على ذلك الوجه تسمية منا بفعله المخصوص لا أنه وصف يتوقف حصوله على نيته. وذكر قاضيخان في فتاواه في فصل التراويح اختلاف المشايخ في السنن والتراويح، والصحيح أنها لا تتأدى بنية الصلاة وبنية التطوع لانها صلاة مخصوصة فتجب مراعاة الصفة للخروج عن العهدة، وذلك بأن ينوي السنة أو متابعة النبي صلى الله عليه وسلم، وهل يحتاج لكل شفع من التراويح أن ينوي ويعين؟ قال بعضهم يحتاج لان كل شفع صلاة، والاصح أنه لا يحتاج لان الكل بمنزلة صلاة واحدة ا ه. فقد اختلف التصحيح فلذا قال في منية المصلي: والاحتياط في التراويح أن ينوي التراويح أو سنة الوقت أو قيام الليل وفي السنة ينوي السنة ا ه. أطلق المصنف في السنة فشمل سنة الفجحتى لو صلى ركعتين تهجدا ثم تبين أنه صلاهما بعد طلوع الفجر أجزأتا عن السنة. وفي آخر العمدة للصدر الشهيد: إذا صلى أربع ركعات تطوعا قبل الفجر فوقع ركعتان بعد الطلوع يحتسب من ركعتي الفجر ا ه. وفي الخلاصة: وبه يفتى وفيه نظر لان السنة إنما تكون بتحريمة مبتدأة بعد الطلوع ولم تحصل، وقد قالوا في سجود السهو: إنه لو قام إلى الخامسة بعد القعود على رأس الرابعة ساهيا فإنه يضم السادسة ولا ينوبان عن سنة الظهر لما قلنا، فكذا في سنة الفجر، اللهم إلا أن يقال: لما كان التنفل مكروها في الفجر جعلناهما سنة بخلافه في الظهر. ولا يخفى أن الاربع التي تصلى بعد الجمعة على أنها آخر ظهر عليه للشك في الجمعة إذا تبين صحة الجمعة فإنها تنوب عن سنتها على قول الجمهور لانه يلغو الوصف ويبقى الاصل، وبه تتأدى السنة وعلى قول البعض لا تنوب لاشتراط التعيين. قوله: (وللفرض شرط تعيينه كالعصر مثلا) لاختلاف الفروض فلا بد من التعيين لقوله عليه الصلاة والسلام وإنما لكل امرئ ما نوى. أطلقه فشمل ما إذا قرن باليوم كعصر اليوم، سواء خرج الوقت أو لا، لان غايته أنه قضاء بنية الاداء وهو جائز على الصحيح، يدل على هذا مسألة الاسير إذا اشتبه عليه رمضان فتحرى شهرا وصام فوقع صومه بعد رمضان وهذا قضاء بنية الاداء. كذا في الظهيرية. وشمل ما إذا قرن بالوقت كعصر الوقت أو فرض الوقت وقيدهما في فتح القدير بعدم خروج الوقت فإن خرج ونسيه لا يجزئه في الصحيح، وجعل هذا القيد الشارح قيدا في فرض الوقت فقط معللا بأن فرض الوقت في
***
[٤٨٦]
هذه الحالة غير الظهر فينبغي أن تكون نية عصر الوقت صحيحة وإن خرج الوقت ويكون الوقت كاليوم كما لا يخفى. ويستثنى من فرض الوقت الجمعة فإنها بدل فرض الوقت لا نفسه فلا تصح الجمعة بنية فرض الوقت إلا أن يكون اعتقاده أنها فرض الوقت. وشمل ما
***
[٤٨٧]
إذا نوى العصر بلا قيد وفيه خلاف، ففي الظهيرية: لو نوى الظهر لا يجوز لان هذا الوقت كما يقبل ظهر هذا اليوم يقبل ظهر آخر. وقيل: يجوز وهو الصحيح لان الوقت متعين له. هذا إذا كان مؤديا، فإن كان قاضيا، فإن صلى بعد خروج الوقت وهو لا يعلم بخروج
***
[٤٨٨]
الوقت فنوى الظهر لا يجوز أيضا. وذكر شمس الائمة: ينوي صلاة عليه، فإن كانت وقتية فهي عليه، وإن كانت قضاء فهي عليه أيضا ا ه. وهكذا صححه في فتح القدير معزيا إلى فتاوى العتابي لكن جزم في الخلاصة بعدم الجواز، وصححه السراج الهندي في شرح المغني فاختلف التصحيح كما ترى. وينبغي في مسألة شمس الائمة أن لا يكون عليه صلاة غيرها وإلا فلا تعيين، وأفاد أنه لو نوى شيئين فإنه لا يصح، فلو نوى فائتة ووقتية كما إذا فائته الظهر فنوى في وقت العصر الظهر والعصر فإنه لا يصير شارعا في واحدة منهما. وفي منية
***
[٤٨٩]

المصلي: ولو نوى مكتوبتين فهي التي دخل وقتها، وعلل له في المحيط بأن الوقتية واجبة للحال وغيرها لا ا هـ. وهو يفيد أنه ليس بصاحب ترتيب وإلا فالفائتة أولى كما لا يخفى. وفي المنية أيضا: ولو نوى فائتة ووقتية فهي للفائتة إلا أن يكون في آخر وقت الوقتية ا هـ. وهو مخالف للاول. وأفاد في الظهيرية أن فيها روايتين، ولو جمع بين مكتوبتين فائتتين فمقتضاه أنه لا يصح لكن في الخلاصة أنه يكون للاولى منهما، وأقره في فتح القدير، وعلل له في المحيط بأن الثانية لا تجوز إلا بعد قضاء الاولى وهو إنما يتم فيما إذا كان الترتيب بينهما واجبا. ولو نوى الفرض والتطوع جاز عن الفرض عند أبي يوسف لان الفرض أقوى من النفل فلا يعارضه
***
[٤٩٠]
فتلغو نية النفل وتبقى نية الفرض. وقال محمد: لا يكون داخلا في الصلاة أصلا لتعارض الوصفين ولو نوى الظهر والجمعة جميعا بعضهم جوزوا ذلك ورجحوا نية الجمعة بحكم الاقتداء. ولو نوى مكتوبة وصلاة جنازة فهي عن المكتوبة، ولو نوى نافلة وصلاة جنازة فهي نافلة كذا في الظهيرية. وأطلق نية التعيين فشمل الفوائت أيضا فلذا قال في الظهيرية: ولو كانت الفوائت كثيرة فاشتغل بالقضاء يحتاج إلى تعيين الظهر أو العصر وينوي أيضا ظهر يوم كذا، فإن أراد تسهيل الامر ينوي أول ظهر عليه أو آخر ظهر عليه، فرق بين الصلاة والصوم ففي الصوم لو كان عليه قضاء يومين فقضى يوما ولم يعين جاز لان في الصوم السبب واحد وهو الشهر فكان الواجب عليه إكمال العدد، أما في الصلاة فالسبب مختلف وهو الوقت وباختلاف السبب يختلف الواجب فلا بد من التعيين حتى لو كان عليه قضاء يومين من رمضانين يحتاج إلى التعيين ا هـ. ويتفرع على اشتراط التعيين للفرائض ما قاله أبو حنيفة رحمه الله في رجل فاتته صلاة من يوم واشتبهت أنها أية صلاة، فإنه يصلي صلاة كل اليوم حتى يخرج عما عليه، ويتفرع أيضا ما في الظهيرية: رجل لم يعرف أن الصلاة الخمس فرض على العباد إلا أنه كان يصليها في مواقيتها لا يجوز وعليه قضاؤها لانه لم ينو الفرض، وكذا إذا علم أن منها فريضة ومنها سنة لكن لم يعلم الفريضة من السنة، فإن نوى الفريضة في الكل جاز. وإن كان لا يعلم أن بعضها فريضة وبعضها سنة فصلى مع الامام ونوى صلاة الامام جازت، فإن كان يعلم الفرائض من السنن لكن لا يعلم ما في الصلاة من الفرائض والسنن جازت صلاته أيضا. فإن أم هذا الرجل غيره وهو لا يعلم الفرائض من النوافل فصلى ونوى الفرض في الكل جازت صلاته، أما صلاة القوم فكل صلاة ليست لها سنة قبلها كصلاة العصر والمغرب والعشاء يجوز أيضا، وكل صلاة قبلها سنة مثلها كصلاة الفجر والظهر لا تجوز صلاة القوم
***
[٤٩١]
ا هـ. وأراد المصنف بالفرض الفرض العملي فيشمل الواجب فيدخل فيه قضاء ما شرع فيه من النفل ثم أفسده، والنذر والوتر وصلاة العيدين وركعتي الطواف فلا بد من التعيين لاسقاط الواجب عنه. وقالوا: إنه لا ينوي فيه أنه واجب للاختلاف فيه. وفي القنية من سجود التلاوة: لا تجب نية التعيين في السجدات ا هـ. وأما نية التعيين لسجدة التلاوة فلا بد منه لدفع المزاحم من سجدة الشكر والسهو. وأراد باشتراط التعيين وجوده عند الشروع فقط حتى لو نوى فرضا وشرع فيه ثم نسي فظنه تطوعا فأتمه على أنه تطوع فهو فرض مسقط لان النية المعتبرة إنما يشترط قرانها بالجزء الاول، ومثله إذا شرع بنية التطوع فأتمها على ظن المكتوبة فهي تطوع بخلاف ما لو كبر حين شك ينوي التطوع في الاول أو المكتوبة في الثاني حيث يصير خارجا إلى ما نوى ثانيا لقران النية بالتكبير، وسيأتي في المفسدات. وقد علم مما ذكره أنه لا بد من قطع النية لصحة المنوي، فلو ردد لا يصح وهو ظاهر. وقيد بنية التعيين لان نية عدد الركعات ليست بشرط في الفرض والواجب لان قصد التعيين مغن عنه. ولو نوى الظهر ثلاثا والفجر أربعا جاز، وقد علم مما قدمناه من أنه لا معتبر باللسان أنه لو نوى الظهر وتلفظ بالعصر فإنه يكون شارعا في الظهر كما صرحوا به. قوله: (والمقتدي ينوي المتابعة أيضا) لانه يلزمه الفساد من جهة إمامه فلا بد من التزامه، والافضل أن ينوي الاقتداء عند افتتاح الامام، وقول الشارح الافضل أن ينوي بعد تكبير الامام فيه بحث لانه يلزم منه أن يكون تكبير المقتدي بعد تكبير الامام لان التكبير إما مقارن بالنية أو متأخر عنه، وسيأتي أن الافضل أن يكبر القوم مع الامام. ذكره ملاخسرو في شرحه. وقد يقال: إنه مبني على قولهما. ولو نواه حين وقف الامام موقف
***
[٤٩٢]

الامامة جاز عند عامة المشايخ، وقيل لا يجوز لانه نوى الاقتداء بغير المصلي، فإن نوى حين وقف عالما بأنه لم يشرع جاز، وإن نواه على ظن أنه شرع فيه ولم يشرع بعد. قال بعضهم: لا يجوز كذا في الظهيرية مقتصرا عليه وأشار بقوله أيضا إلى أنه لا بد للمقتدي من ثلاث نيات: أصل الصلاة ونية التعيين ونية الاقتداء. وإن نية الاقتداء لا تكفيه عن التعيين حتى لو نوى الاقتداء بالامام أو الشروع في صلاة الامام ولم يعين الصلاة فإنه لا يجوز وهو قول البعض، والاصح الجواز كما نقله الشارح وغيره، وينصرف إلى صلاة الامام وإن لم يكن للمقتدي علم بها لانه جعل نفسه تبعا لصلاة الامام، فلو أسقط قوله أيضا لكان أولى بخلاف ما إذا نوى صلاة الامام ولم ينو الاقتداء حيث لا يجزئه لانه تعيين لصلاة الامام وليس باقتداء به. ونظيره ما لو انتظر تكبير الامام ثم كبر بعده فإنه لا يكفيه عن نية الاقتداء لانه متردد قد يكون بحكم العادة وقد يكون لقصد الاقتداء فلا يصير مقتديا بالشك خلافا لما ذهب إليه بعض المشايخ من أنه يكفيه عن نية الاقتداء. ورده في البدائع وغيره. وأطلق في اشتراط نية المتابعة فشمل الجمعة لكن في الذخيرة وفتاوى قاضيخان: لو نوى الجمعة ولم ينو الاقتداء بالامام فإنه يجوز لان الجمعة لا تكون إلا مع الامام. وذكره في منية المصلي معزيا إلى البعض. وأفاد أن تعيين الامام ليس بشرط في حصة الاقتداء، فلو نوى الاقتداء بالامام وهو يظن أنه زيد فإذا هو عمرو يصح إلا إذا نوى الاقتداء بزيد فإذا هو عمرو فإنه لا يصح لان العبرة لما نوى. ولو كان يرى شخصه فنوى الاقتداء بهذا الامام الذي هو زيد فإذا هو خلافه جاز لانه عرفه بالاشارة فلغت التسمية. ومثل ما ذكرنا في الخطأ في تعيين الميت فعند الكثرة ينوي الميت الذي يصلي عليه الامام. وفي عدة الفتاوي: ولو قال اقتديت بهذا الشيخ وهو شاب صح لان الشاب يدعي شيخا للتعظيم، ولو قال اقتديت بهذا الشاب فإذا هو شيخ لم

***

[٤٩٣]

يصح ا ه. وفي الظهيرية: وينبغي للمقتدي أن لا يعين الامام عند كثرة القوم ولا يعين الميت. وقيد بالمقتدي لان الامام لا يشترط في صحة اقتداء الرجال نية الامامة لانه منفرد في حق نفسه، ألا ترى أنه لو حلف أن لا يؤم أحدا فصلى ونوى أن لا يؤم أحدا فصلى خلفه جماعة لم يحنث لان شرط الحنث أن يقصد الامامة ولم يوجد، بخلاف ما لو حلف أن لا يؤم فلانا لرجل بعينه فصلى ونوى أن يؤم الناس فصلى ذلك الرجل مع الناس خلفه فإنه يحنث وإن لم يعلم به لانه لما نوى الناس دخل فيه هذا الرجل. وأما في حق النساء فإنه لا يصح اقتداؤهن إذا لم ينو إمامتهن لان في تصحيحه بلا نية إلزاما عليه بفساد صلاته إذا حاذته من غير التزام منه وهو منتف. وخالف في هذا العموم بعضهم فقالوا: يصح اقتداء النساء وإن لم ينو الامام إمامتهن في صلاة الجمعة والعيدين، وصححه صاحب الخلاصة. والجمهور على اشتراطها في حقهن لما ذكرناه. وأما صلاة الجنازة فلا يشترط في صحة اقتدائها به فيها نية إمامتها بالاجماع. كذا في الخلاصة. قوله: (وللجنازة ينوي الصلاة لله والدعاء للميت) لانه الواجب عليه فيجب تعيينه وإخلاصه لله تعالى فلا ينوي الدعاء للميت فقط نظرا إلى أنها ليست بصلاة حقيقة فإن مطلق الدعاء لا يحتاج إلى نية. قوله: (واستقبال القبلة) يعني من شروطها استقبال القبلة عند القدرة، وهو استفعال من قبلت الماشية الوادي بمعنى قابلته، وليس السين فيه للطلب لان طلب المقابلة ليس هو الشرط بل الشرط المقصود بالذات المقابلة فهو بمعنى فعل كاستمر واستقر. والقبلة في الاصل الحالة التي يقابل الشئ عليها غيره كالجلسة للحالة التي يجلس عليها، والآن قد صارت كالعلم للجهة التي تستقبل في الصلاة. وسميت بذلك لان الناس يقابلونها في صلاتهم وتقابلهم، وهو شرط بالكتاب لقوله تعالى * (فول وجهك شطر المسجد الحرام وحيث ما كنتم فولو وجوهكم شطره) * (البقرة: ١٤٤) واختلف في المراد بالمسجد هنا، فقيل المسجد الكبير الذي فيه الكعبة لان عين الكعبة يصعب استقبالها لصغرها، وقيل الحرم كله لانه قد يطلق ويراد به الحرم كما في قوله * (من المسجد الحرام إلى المسجد الاقصى) *

***

[٤٩٤]

(الاسراء: ١) والصحيح كما ذكره الامام نجم الدين في تفسيره والنووي في شرح المهذب أن المراد به الكعبة فهي القبلة كما يدل عليه عامة الاحاديث ومنها ما في صحيح مسلم عن البراء صلينا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم نحو بيت المقدس ستة عشر شهرا أو سبعة عشر شهرا ثم صرفنا نحو الكعبة. والنكتة في ذكر المسجد الحرام وإرادة الكعبة كما في الكشاف وحواشيه الدلالة على أن الواجب في حق الغائب هو الجهة. وبالسنة كثير منها قوله صلى الله عليه وسلم للمسئ صلاته إذا قمت إلى الصلاة فأسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة وكبر رواه مسلم. وانعقد

***
[٤٩٥]
الاجماع عليه. وفي عدة الفتاوى: الكعبة إذا رفعت عن مكانها لزيارة أصحاب الكرامة ففي تلك الحالة جازت صلاة المتوجهين إلى أرضها قوله: (فللمكي فرضه إصابة عينها) أي عين القبلة بمعنى الكعبة للقدرة على اليقين. أطلق في المكي فشمل من كان بمعاينتها ومن لم يكن حتى لو صلى مكي في بيته ينبغي أن يصلي بحيث لو أزيلت الجدران يقع استقباله على شطر الكعبة بخلاف الآفاقي فإنه لو أزيلت الموانع لا يشترط أن يقع استقباله على عين الكعبة لا محالة. كذا في الكافي وهو ضعيف. قال في الدراية: من كان بينه وبين الكعبة حائل الاصح أنه كالغائب، ولو كان الحائل أصليا كالجبل كان له أن يجتهد والاولى أن يصعده ليصل إلى اليقين. وفي التجنيس: من كان بمعاينة الكعبة فالشرط إصابة عينها، ومن لم يكن بمعاينتها فالشرط إصابة جهتها وهو المختار. وفي فتح القدير: وعندي في جواز التحري مع إمكان صعوده إشكال لان المصير إلى الدليل الظني وترك القاطع مع إمكانه لا يجوز. وما أقرب قوله في الكتاب: والاستخبار فوق التحري فإذا امتنع المصير إلى الظني لامكان ظني أقوى منه فكيف يترك اليقين مع إمكانه للظن؟ قوله: (ولغيره إصابة جهتها) أي لغير المكي فرضه إصابة جهتها وهو الجانب الذي إذا توجه إليه الشخص يكون مسامللكعبة أو لهوائها، إما تحقيقا بمعنى أنه لو فرض خط من تلقاء وجهه على زوايقائمة إلى الافق يكون مارا على الكعبة أو هوائها، وإما تقريبا بمعنى أن يكون ذلك منحرفا عن الكعبة أو هوائها انحرافا لا تزول به المقابلة بالكلية بأن بقي شئ من
***
[٤٩٦]
سطح الوجه مسامتا لها، لان المقابلة إذا وقعت في مسافة بعيدة لا تزول بما تزول به من الانحراف لو كانت في مسافة قريبة، ويتفاوت ذلك بحسب تفاوت البعد وتبقى المسامتة مع انتقال مناسب لذلك البعد، فلو فرض مثلا خط من تلقاء وجه المستقبل للكعبة على التحقيق في بعض البلاد وخط آخر يقطعه على زاويتين قائمتين من جانب يمين المستقبل وشماله لا تزول تلك المقابلة بالانتقال إلى اليمين والشمال على ذلك الخط بفراسخ كثيرة، ولهذا وضع العلماء قبله بلد وبلدين وبلاد على سمت واحد. وفي فتاوى قاضيخان: وجهة الكعبة تعرف بالدليل والدليل في الامصار والقرى المحاريب التي نصبها الصحابة والتابعون رضي الله عنهم أجمعين، فعلينا اتباعهم في استقبال المحاريب المنصوبة، فإن لم يكن فالسؤال من الاهل. أما البحار والمفاوز فدليل القبلة النجوم إلى آخره. وفي المبتغى: في معرفة الجهة أربعة أوجه: أحدها في أقصر يوم من السنة وقت طلوع الشمس فاجعل عين الشمس عند مطلعها على رأس أذنك اليسرى فإنك تدركها. وثانيها فاجعل عين الشمس على مؤخر عينك اليسرى عند الزوال فإنك تصيبها. وثالثها فاجعل الشمس على مقدم عينك اليمنى مما يلي الانف عند صيرورة ظل كل شئ مثليه بعد زوالها فإنك تدركها. ورابعها فاجعل عين الشمس على مؤخر عينك اليمنى عند غروب الشمس فإنك تدركها. ووجه آخر أنه إذا كان قبل المهرجان بشهر فاستقبل العقرب وقت صلاة العشاء الاخيرة فإنك تدركها. وإذا جعلت بنات نعش الصغرى على أذنك اليمنى وانحرفت قليلا إلى شمالك فإنك تدركها. وذكر بعضهم أن أقوى الادلة القطب وهو نجم صغير في بنات نعش الصغرى بين الفرقدين والجدي إذا جعله الواق ف خلف أذنه اليمنى كان مستقبلا القبلة إن كان بناحية الكوفة وبغداد وهمدان وقزوين وطبرستان وجرجان وما والاها إلى نهر الشاش، ويجعله من بمصر على عاتقة الايسر، ومن بالعراق على عاتقة الايمن، فيكون مستقبلا باب الكعبة، وباليمن قبالة المستقبل مما يلي جانبه الايسر، وبالشام وراءه. وفي معرفة الجهة أقوال أخرى مذكورة في الخانية وغيرها. أطلق في الاكتفاء بالجهة فأفاد أنه لا يشترط نية الكعبة، وشرطها الجرجاني بناء على أن الفرض إصابة العين للقريب والبعيد، ولا يمكن إصابة العين للبعيد إلا من حيث النية فانتقل ذلك إليها. وذهب العامة إلى عدم اشتراط إصابة العين فلا يشترط نيتها لعدم الحاجة إلى ذلك فإن إصابة الجهة تحصل من غير نية العين، فالحاصل أن نية استقبال القبلة ليست بشرط على الصحيح من المذهب، سواء كان الفرض إصابة العين في حق المكي أو إصابة الجهة في حق غيره كما صححه في التحفة والتجنيس والخلاصة وغيرها حتى قال في البدائع: الافضل أن لا ينوي الكعبة لاحتمال أن لا تحاذي هذه الجهة الكعبة فلا تجوز
***
[٤٩٧]
صلاته. وإنما كان هذا هو الصحيح لان استقبالها شرط من الشرائط فلا يشترط فيه النية كالوضوء وغيره وعلى هذا فقولهم لو نوى بناء الكعبة لا يجوز لان المراد بالكعبة العرصة لا البناء إلا أن يريد بالبناء جهة الكعبة فيجوز. ذكره في المحيط وغيره. وقولهم لو نوى

أن قبلته محراب مسجده لا يجوز لانه علامة وليس بقبلة كما في الخانية. وقولهم لو نوى مقام إبراهيم ولم ينو الكعبة قيل لا يجوز إلا أن ينوي الجهة. وقيل إن لم يكن الرجل أتى مكة أجزأه وإلا لا يجوز، واختاره في الخانية والبدائع والمحيط مبني على الضعيف الشارط للنية. أما على الصحيح فيجوز كما ذكره ابن أمير حاج. وذكر عن بعضهم أن ثمرة الخلاف عند أصحابنا تظهر أيضا في الانحراف قليلا، فمن قال الفرض التوجه إلى العين لم تصح صلاته، ومن قال الجهة صححها وسيأتي في باب الصلاة في الكعبة أن الصواب أن يقال: القبلة هي العرصة لا الكعبة لانها البناء. وفي الفتاوى: الانحراف المفسد أن يجاوز المشارق إلى المغارب. وفي التجنيس: وإذا حول وجهه لا تفسد صلاته وتفسد بصدره، قيل هذا أليق بقولهما أما عنده فلا تفسد في الوجهين بناء على أن الاستدبار إذا لم يكن على قصد الرفض لا تفسد ما دام في المسجد عنده خلافا لهما، حتى لو انصرف عن القبلة على ظن الاتمام فتبين عدمه بنى ما دام في المسجد عنده خلافا لهما اهـ. وفي فتح القدير: ولقائل أن يفرق بينهما بعذره هناك وتمرده هنا. والحاصل أن المذهب أنه إذا حول صدره فسدت وإن كان في المسجد إذا كان من غير عذر كما عليه عامة الكتب. وفي الظهيرية: ومن صلى إلى غير جهة الكعبة متعمدا لا يكفر هو الصحيح لان ترك جهة الكعبة جائز في الجملة بخلاف الصلاة بغير طهارة لعدم الجواز بغير طهارة بحال، واختاره الصدر الشهيد. والحاصل أن حكم الفرض لزوم الكفر بجحده لا
***
[٤٩٨]
بتركه. وإنما قال أبو حنيفة بالكفر في هذه المسائل بمجرد الترك عمدا للزوم الاستهزاء به والاستخفاف وهو يقتضي أنه لا فرق في المسائل إذ لا أثر لعدم الجواز في شئ من الاحوال، بل الموجب للاكفار هو الاستهانة وهو ثابت في الكل وإلا فهو منتف في الكل. وألحق في فتح القدير الصلاة في الثوب النجس كالصلاة بغير طهارة وهو مشكل، فإن بعض أئمة المالكية يقول بأن إزالتها سنة لا فرض ولا يكفر بجحد المختلف فيه، فكيف بتركه من غير جحد كما أشار إليه قاضيخان في فتاواه. وحكى في الذخيرة الاختلاف فيما إذا صلى بغير طهارة ثم قال: ولو ابتلي إنسان بذلك لضرورة بأن كان مع قوم فأحدث واستحيا أن يظهر فكتم ذلك وصلى هكذا أو كان بقرب العدو فقام يصلي وهو غير طاهر قال بعض مشايخنا: لا يكون كافرا لانه غير مستهزئ. ومن ابتلى بذلك لضرورة أو لحياء ينبغي أن لا يقصد بالقيام قيام الصلاة ولا يقرأ شيئا، وإذا حنى ظهره لا يقصد الركوع ويسبح حتى لا يصير كافرا بالاجماع. قوله (والخائف يصلي إلى أي جهة قدر) لان استقبال القبلة شرط زائد يسقط عند العجز. والفقه فيه أن المصلي في خدمة الله تعالى ولا بد من الاقبال عليه والله سبحانه منزه عن الجهة فابتلاه بالتوجه إلى الكعبة لان العبادة ليست لها، ولهذا لوسجد للكعبة نفسها كفر فلما اعتراه الخوف تحقق العذر فأشبه حالة الاشتباه في تحقق العذر فيتوجه إلى أي جهة قدر لان الكعبة لم تعتبر لعينها بل للابتلاء وهو حاصل بذلك. أطلقه فشمل الخوف من عدو أو سبع أو لص، وسواء خاف على نفسه أو على دابته. وأراد بالخائف من له عذر فيشمل المريض إذا كان لا يقدر على التوجه وليس عنده من يحوله إليها أو كان التحويل يضره. والتقييد بعدم وجود من يحوله جرى على قولهما، أما عنده فالقادر بقدرة غيره ليس بقادر كما عرف في التيمم، ويشمل ما إذا كان على لوح في السفينة يخاف الغرق إذا انحرف إليها، وما إذا كان في طين وردغة لا يجد على الارض مكانا يابسا، أو كانت الدابة جموحا لو نزل لا
***
[٤٩٩]
يمكنه الركوب إلا بمعين، أو كان شيخا كبيرا لا يمكنه أن يركب إلا بمعين ولا يجده، فكما تجوز له الصلاة على الدابة ولو كانت فرضا وتسقط عنه الاركان كذلك يسقط عنه التوجه إلى القبلة إذا لم يمكنه ولا إعادة عليه إذا قدر، فالحاصل أن الطاعة بحسب الطاقة. قوله (ومن اشتبهت عليه القبلة تحرى) أي إذا عجز عن تعرف القبلة بغير التحري لزمه التحري وهو بذل المجهود لنيل المقصود لان الصحابة تحروا وصلوا. وقيل في قوله تعالى * (فأينما تولوا فثم وجه الله) * أي قبلته أنها نزلت في الصلاة حالة الا شتباه. قيدنا بالعجز عن التعرف إلا به لانه لو قدر على تعرف القبلة بالسؤال من أهل ذلك الموضع ممن هو عالم بالقبلة فلا يجوز له التحري لان الاستخبار فوقه لكون الخبر ملزما له ولغيره، والتحري ملزم له دون غيره فلا يصار إلى الادنى مع إمكان الاعلى بخلاف ما إذا لم يكن من أهله فإنه لا يقلده لان حاله كحاله، فإن لم يخبره المستخبر حين سأله فصلى بالتحري ثم أخبره لا يعيد ولو كان مخطئا. وبناء هذا ما ذكر في

التجنيس: تحرى فأخطأ فدخل في الصلاة وهو لا يعلم ثم علم وحول وجهه إلى القبلة فدخل رجل في صلاته وقد علم حالته الاولى لا تجوز صلاة الداخل لعلمه أن الامام كان على الخطأ في أول الصلاة اه. وكذا إذا كان في المفازة والسماء مصحية وله علم بالاستدلال بالنجوم على القبلة لا يجوز له التحري لان ذلك فوقه. وفي الظهيرية: رجل صلى بالتحري إلى جهة في المفازة والسماء مصحية لكنه لا يعرف النجوم فتبين أنه أخطأ القبلة هل يجوز؟ قال رضي الله عنه قال أستاذنا ظهير الدين المرغيناني: يجوز وقال غيره: لا يجوز لانه لا عذر لاحد في الجهل بالادلة الظاهرة المعتادة نحو الشمس
***
[٥٠٠]
والقمر وغير ذلك، أما دقائق علم الهيئة وصور النجوم الثوابت فهو معذور في الجهل بها اه. فالحاصل أن محل التحري أن يعجز عن الاستقبال بانطماس الاعلا وتراكم الظلام وتضام الغمام كما ذكره المصنف في كافيه، وهو يرجح ما في الظهيرية من أن السماء إذا كانت مصحية لا يجوز التحري ولا يعذر بالجهل. وذكر الشارح أنه لا يجوز التحري مع المحاريب. وفي الظهيرية: رجل اشتبهت عليه القبلة في المسجد ولم يكن أحد يعرفه القبلة قال في الاصول: يجوز له التحري لانه عجز عمن يسأله فصارة كالمفازة. وقال أئمة بلخ منهم الفقيه أبو جعفر: لا تجوز له الصلاة بالتحري وعلفقال: إن هذه نائبة العقبي فتعتبر بنائبة الدنيا، ولو حدثت به نائبة الدنيا فإنه يستغيث بجيران المسجد كذلك ههنا يجب أن يستغيث بهم. وإن كان في مسجد نفسه قال بعضهم هو كالبيت لا يجوز له التحري. وقال بعضهم: مسجده ومسجد غيره سواء. وروى أبو جعفر عن سلام بن حكيم أنه قال: محاريب خراسان كلها منصوبة إلى الحجر الاسود والحجر الاسود إلى ميسرة الكعبة، ومن توجه إلى الكعبة ومال بوجهه إلى ميسرة الكعبة وقع وجهه إلى جبل أبي قبيس، ومن مال بوجهه إلى يمينها وقع وجهه إلى الكعبة، ولهذا قيل يجب أن يميل إلى يمينها. قال: ومحاريب الدنيا كلها نصبت بالتحري حتى منى ولم يزد عليه شيئا، وهذا خلاف ما نقل عن أبي بكر الرازي في محراب المدينة أنه مقطوع به فإنه إنما نصبه رسول الله صلى الله عليه وسلم بالوحي بخلاف سائر البقاع حتى قيل أن محراب منى نصب بالتحري والعلامات وهو أقرب المواضع إلى مكة اه. وبهذا تبين أن قولهم لغير المكي أصابة جهتها ليس على إطلاقه بل في غير المدني فإن المدني كالمكي يفترض عليه إصابة عينها كما صرح به في السراج الوهاج أيضا. وأطلق في الاشتباه فشمل ما إذا كان بمكة أو بالمدينة بأن كان محبوسا ولم يكن بحضرته من يسأله فصلى بالتحري ثم تبين أنه أخطأ، روي عن محمد أنه لا إعادة عليه، وكان الرازي يقول: تلزمه الاعادة لانه تيقن بالخطأ إذا كان بمكة أو بالمدينة والاول أحسن. كذا في الظهيرية. وفي فتاوى قاضيخان: رجل صلى في المسجد في ليلة مظلمة بالتحري فتبين أنه صلى إلى غير القبلة جازت صلاته لانه ليس له أن يقرع أبواب
***
[٥٠١]
الناس للسؤال عن القبلة، ولا يعرف القبلة بمس الجدار والحيطان لان الحائط لو كانت منقوشة لا يمكنه تمييز المحراب من غيره، وعسى يكون ثم هامة مؤذية فجاز له التحري اه.. وقيد بالاشتباه لانه لو صلى في الصحراء إلى جهة من غير شك ولا تحر، إن تبين أنه أصاب أو كان أكبر رأيه أو لم يظهر من حاله شئ حتى ذهب عن الموضع فصلاته جائزة، وإن تبين أنه أخطأ أو كان أكبر رأيه فعليه الاعادة. وقيد بالتحري لان من صلى ممن اشتبهت عليه بلا تحر فعليه الاعادة إلا أن علم بعد الفراغ أنه أصاب لان ما افترض لغيره يشترط حصوله لا تحصيله. وإن علم في الصلاة أنه أصاب يستقبل خلافا لابي يوسف لما ذكرنا. قلنا: حالته قويت بالعلم وبناء القوي على الضعيف لا يجوز، أما لتحرى صلى إلى غير جهة التحري ففي الخلاصة والخانية عن أبي حنيفة أنه يخشى عليه الكفر لاعراضه عن القبلة. وفي الذخيرة: اختلف المشايخ في كفره لانه صارت قبلفي حقه. وفي الظهيرية: وظن بعض أصحابنا أن الجهة التي أدى إليها التحري قبلت على الحقيقة، وعندنا هذا غير مرضي ففيه قول بأن كل مجتهد يصيب الحق لا محالة ولا نقول به لكن المجتهد يخطئ مرة ويصيب أخرى اه. وأما صلاته فلا تجزئه وإن أصاب مطلقا خلافا لابي يوسف. وفي فتح القدير: هي مشكلة على قولهما لان تعليلهما في هذه وهو أن القبلة في حقه جهة التحري وقد تركها يقتضي الفساد مطلقا في صورة ترك التحري لان ترك جهة التحري تصدق مع ترك التحري وتعليلهما في تلك بأن ما فرض لغيره يشترط مجرد حصوله كالسعي يقتضي الصحة في هذه. وعلى هذا لو صلى

في ثوب وعنده أنه نجس ثم ظهر أنه طاهر، أو صلى وعنده أنه محدث فظهر أنه متوضئ، أصلى الفرض وعنده أن الوقت لم يدخل فظهر أنه كان قد دخل، لا يجزئه لانه لما حكم بفساد صلاته بناء على دليل شرعي وهو تحريه فلا ينقلب جائزا إذا ظهر خلافه. وهذا التعليل يجري في مسألة العدول عن جهة التحري إذا ظهر صوابه، وبه يندفع الاشكال الذي أوردناه لان دليل الشرع على الفساد هو التحري أو اعتقاد الفساد عن التحري فإذا حكم الفساد دليل شرعي لزم وذلك منتف في صورة ترك التحري فكان ثبوت الفساد فيها قبل ظهور الصواب إنما هو لمجرد اعتقاده الفساد فيؤاخذ باعتقاده الذي ليس بدليل إذا لم

***

[٥٠٢]

يكن عن تحر. وفي فتاوى العتابي: تحرى فلم يقع تحريه على شئ قيل يؤخر، وقيل يصلي إلى أربع جهات، وقي يخير. وفي الظهيرية: ولو تحرى رجل واستوى الحالان عنده ولم يتيقن بشئ ولكن صلى إلى إن ظهر أنه أصاب القبلة جاز، وإن ظهر أنه اخطأ فكذلك، وإن لم يظهر له شئ جازت صلاته. وفي الخلاصة: وعن محمد لو صلى أربع ركعات إلى أربع جهات جاز. ثم اختلف المتأخرون فيما إذا تحول رأيه إلى الجهة الاولى بالتحري، فنهم من قال يتم الصلاة، ومنهم من قال يستقبل اه. وفي البغية: لو صلى إلى جهة بتحر ثم تحول رأيه في الركعة الثانية إلى جهة أخرى فتحول وتذكر أنه ترك سجدة من الركعة الاولى فسدت صلاته. وفي الظهيرية: ويجوز التحري لسجدة التلاوة كما يجوز للصلاة. قوله (وإن أخطأ لم يعد) لانه أتى بالواجب في حقه وهو الصلاة إلى جهة تحريه بخلاف من توضأ بماء أو صلى في ثوب على ظن أنه طاهر ثم تبين أنه نجس حيث يعيد الصلاة لانه

***

[٥٠٣]

ترك ما أمر به وهو الصلاة في ثوب طاهر وعلى طهارة وهو قد أتى بما أمر به وهو التحري، وفي الكافي ما يدل على جواز التحري في الاواني والثياب وفيه تفصيل مذكور في الظهيرية قال: ويجوز التحري في الثوب الواحد حالة الضرورة والثوبين والثياب وإن كان النجس غالبا، وفي الانائين لا يجوز إلا رواية عن أبي يوسف لكنه إذا توضأ بهما واحدا بعد واحد وصلى ينظر، إن توضأ بالاول وصلى جاز لان وضوءه من الاول تحر منه أنه طاهر كما لو قال لامرأتيه إحداكما طالق ثم وطئ إحداهما تعينت الاخرى للطلاق، فلو توضأ بالثاني ثم صلى ينبغي أن لا تجوز صلاته لانه توضأ بماء نجس، وإن لم يحدث ولم يصل بعدما توضأ من الاول حتى توضأ بالثاني قال عامتهم: لا يجوز لان أعضاءه صارت نجسة. وقال بعضهم: يجوز وهو الصحيح لانه لما لم يجز التحري عندنا لغلبة النجاسة أو لاستواء الطاهر بالنجس يهريق المياه كلها ويتيمم ويصلي أو يخلط المياه كلها حتى تصير المياه كلها نجسة ثم يتيمم احترازا عن إضاعة الماء، ولو لم يهرقها جاز له التيمم. قالوا: هذا قول أبي حنيفة. وقالا: لا يجوز تيممه إلا بعد الاراقة. وقال ابن زياد: يخلطها ثم يتيمم. وإن كان عند ثلاثة ثلاث أوان أحدها نجس ووقع تحري كل واحد منهم على إناء جازت صلاتهم فرادى، ولو كان أحدهما سؤر حمار والآخر طاهرا يتوضأ بهما ولا يتيمم اه‍. قوله (وإن علم به في صلاته استدار) أي إن علم بالخطأ لان تبدل الاجتهاد بمنزلة تبدل النسخ وقد روي أن قوما من الانصار كانوا يصلون بمسجد قباء إلى بيت المقدس فأخبروا بتحول القبلة فاستداروا كهيئتهم. وفيه دليل على جواز نسخ الكتاب السنة إذ لا نص على بيت المقدس في القرآن فعلم أنه كان ثابتا بالسنة ثم نسخ بالكتاب، وعلى أن حكم النسخ لا يثبت حتى يبلغ المكلف، وعلى أن خبر الواحد يوجب العمل. كذا ذكر الشارح. وفي كون بيت المقدس ثبت التوجه إليه بالسنة فقط بحث بل في القرآن العظيم ما يدل عليه فإنه قال تعالى * (سيقول السفهاء من الناس ما ولاهم عن قبلتهم التي كانوا عليها) * (البقرة: ١٤٢) قال

***

[٥٠٤]

المفسرون: هي بيت المقدس، ثم مسائل حسن التحري في القبلة على عشرين وجها لانه لا يخلو إما إن لم يشك ولم يتحر أو شك وتحرى، أو شك ولم يتحر، أو تحرى ولم يشك، وكل وجه على خمسة لانه إما أن يظهر إنه أصاب في الصلاة أو بعد الفراغ، أو أخطأ في الصلاة أو بعدها، أولم يظهر شئ. أما الاول فإن ظهر أنه أخطأ لزمه الاستقبال سواء كان في الصلاة أو بعد الفراغ منها، وإن ظهر أنه أصاب قبل الفراغ ففيه اختلاف، فذهب الامام محمد بن الفضل إلى أنه يلزمه الاستقبال لان افتتاحه كان ضعيفا وقد قوي حالة بظهور الصواب ولا يبني القوي على الضعيف، والصحيح كما في المبسوط والخانية أنه لا يلزمه الاستقبال لان صلاته كانت جائزة ما لم يظهر

الخطأ، فإذا تبين أنه أصاب لا يتغير حاله، وإن تبين بعد الفراغ أنه أصاب بيقين أو بأكبر رأيه أو لم يظهر من حاله شئ حتى غاب عن ذلك الموضع فصلاته جائزة لان الاصل الجواز لم يوجد ما يرفعه. وأما الثاني وهو ما إذا شك وتحرى فحكمه ما ذكر في الكتاب وهو الصحة في الوجوه الخمس. وأما الثالث وهو ما إذا شك ولم يتحر فهي فاسدة في الوجوه كلها إلا إذا تبين له بعد الفراغ أنه أصاب القبلة بيقين، فإن كان أكبر رأيه أنه أصابها قاقاضيخان: اختلفوا فيه، قال شمس الائمة السرخسي: الصحيح أنه لا تجوز صلاته. وأما الرابع فهو فاسد الوضع لان التحري إنما يكون عند الشك فإذا لم يشك لم يتحر فلذا لم يذكروه. وفي الظهيرية: ولو صلى بالتحري وخلفه نائم ومسبوق فبعد فراغ الامام تحول رأيهما إلى جهة أخرى. فالمسبوق يتحول إلى الجهة التي وقع تحريه إليها، واللاحق تفسد صلاته. قيد بتحويل الرأي في أمر القبلة لانه لو تحرى في الثوبين فصلى في أحدهما بالتحري ثم تحول تحريه إلى ثوب آخر فكل صلاة صلاها في الثوب الاول جازت دون الثاني. كذا في الظهيرية. قوله (ولو تحرى قوم جهات وجهلوا حال إمامهم يجزئهم) لان القبلة في حقهم جهة التحري وهذه المخالفة غير مانعة لصحة الاقتداء كما في جوف الكعبة فإنه لو جعل بعض القوم ظهره إلى ظهر الامام صح. وقيد بجهلهم إذ لو علم واحد منهم حال إمامه حالة الاداء وخالف جهته لم تجز صلاته لانه اعتقد إمامه على الخطأ بخلاف جوف الكعبة لانه ما اعتقد إمامه مخطئا إذا الكل قبلة. ولم يقيد المصنف بعدم تقدم أحد على الامام لان من المعلوم أن من تقدم على إمامه فسدت صلاته كما في جوف الكعبة لتركه فرض المقام. وهذا المسألة من مسائل الجامع الصغير وهي في كتاب الاصل أتم فإنه قال: لو أن جماعة

***

[٥٠٥]

صلوا في المفازة عند اشتباه القبلة بالتحري وتبين أنهم صلوا إلى جهات مختلفة قال: من تيقن مخالفة إمامه في الجهة حالة الاداء لم تجز صلاته، ومن لم يعلم عند الاداء أنه يخالف إمامه في الجهة فصلاته صحيحة، فشرط أن يكون في المفازة وهو يدل على أن التحري لا يجوز في القرية والمصر من غير سؤال وقد أسلفناه، وأفاد أن علمه بالمخالفة بعد الاداء لا يضر والله أعلم. باب صفة الصلاة شروع في المقصود بعد الفراغ من مقدماته. قيل: الصفة والوصف في اللغة واحد وفي عرف المتكلمين بخلافه. والتحرير أن الوصف لغة ذكر ما في الموصوف من الصفة والصفة هي ما فيه ولا ينكر أنه يطلق الوصف ويراد الصفة وبهذا لا يلزم الاتحاد لغة إذ لا شك في أن الوصف مصدر صفه إذا ذكر ما فيه. ثم المراد هنا بصفة الصلاة الاوصاف النفسية لها وهي الاجزاء العقلية الصادقة على الخارجية التي هي أجزاء الهويه من القيام الجزئي والركوع والسجود. كذا في فتح القدير. وليس هذا من باب قيام العرض بالعرض لان الاحكام الشرعية لها حكم الجواهر ولهذا توصف بالصحة والفساد والبطلان والفسخ. كذا في غاية البيان. وفي السراج الوهاج: ثم اعلم أنه يشترط لثبوت الشئ ستة أشياء العين وهي ماهية الشئ، فلا يكون الشئ، والركن وهو جزء الماهية، والحكم وهو الاثر الثابت بالشئ، ومحل ذلك الشئ، وشرطه، وسببه، فلا يكون الشئ ثابتا إلا بوجود هذه الاشياء الستة.

***

[٥٠٦]

فالعين هنا الصلاة، والركن القيام والقراءة والركوع والسجود، والمحل للشئ هو الآدمي المكلف، والشرط هو ما تقدم من الطهارة وغيرها، والحكم جواز الشئ وفساده وثوابه، والسبب الاوقات. ومعنى صفة الصلاة أي ماهية الصلاة قوله (فرضها التحريمة) أي ما لا بد منه فيها فإن الفرض شرعا ما لزم فعله بدليل قطعي أعم من أن يكون شرطا أو ركنا، والتحريم جعل الشئ محرما. وخصت التكبيرة الاولى بها لانها تحرم الاشياء المباحة قبل الشروع بخلاف سائر التكبيرات، والدليل على فرضيتها قوله تعالى * (وربك فكبر) * (المدثر: ٣) جاء في التفسير أن المراد به تكبيرة الافتتاح ولان الامر للايجاب وما وراءها ليس بفرض فتعين أن تكون مرادة لئلا يؤدي إلى تعطيل النص. وما رواه أبو داود وغيره عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال مفتاح الصلاة الطهور وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم (١) ثم اختلفوا هل هي شرط أو ركن، ففي الحاوي هي شرط في أصح الروايتين، وجعله في البدائع قول المحققين من مشايخنا. وفي غاية البيان قول عامة المشايخ وهو الاصح، واختار بعض مشايخنا منهم عصام بن يوسف والطحاوي أنها ركن، وبه قال الشافعي لانها ذكر مفروض في القيام فكان ركنا كالقراءة ولهذا شرط لها ما شرط لسائر الاركان من الطهارة وستر العورة واستقبال القبلة. ووجه الاصح وهو المذهب عطف الصلاة عليها في قوله تعالى * (وذكر اسم ربه فصلى) * ومقتضى العطف

المغايرة والمغايرة وإن كانت ثابتة على القول بركنيتها أيضا لانه حينئذ يكون من باب عطف الكل على الجزء وهو نظير عطف العام
***
[٥٠٧]
على الخاص لكن جوازه لنكتة بلاغية وهي غير ظاهرة هنا فيلزم أن لا يكون التكبير منها فهو شرط وهو المطلوب، ومراعاة الشرائط المذكورة ليس لها بل للقيام المتصل بها وهو ركن إن سلمنا مراعاتها وإلا فهو ممنوع، فتقديم المنع على التسليم أولى. كذا في التلويح. فالاولى أن يقال: لا نسلم مراعاتها فإنه لو أحرم إلى آخره ولئن سلمنا فهي ليس لها بل إلى آخره فإنه لو أحرم حاملا للنجاسة فالقاه عند فراغه منها أو منحرفا عن القبلة فاستقبلها عند الفراغ منها أو مكشوف العورة فسترها عند فراغه من التكبير بعمل يسير أو شرع في التكبير قبل ظهور الزوال ثم ظهر عند فراغه منها جاز. وفي الحاوي: والذي يؤيد أنها شرط انعقاد الجمعه مع عدم مشاركة القوم الامام فيها. وثمرة الاختلاف تظهر في بناء النفل على تحريمة الفرض، فيجوز عند القائلين بالشرطية، ولا يجوز عند القائلين بالركنية. وقول الشارح إنه يجوز بالاجماع بين أصحابنا فيه نظر، فإن القائلين بالركنية من أصحابنا لا يجوزونه، وأما بناء الفرض على الفرض أو على النفل فهو جائز عند صدر الاسلام لما علمت أنها شرط كالطهارة، ولا يجوز على الظاهر من المذهب كالنية ليست من الا ركان ومع هذا لا يجوز أداء صلاة بنية صلاة أخرى إجماعا. وأما أداء النفل بتحريمة النفل فلا شك في صحته اتفاقا لما أن الكل صلاة واحدة بدليل أن القعود لا
***
[٥٠٨]
يفترض إلا في آخرها على الصحيح. وقولهم إن كل ركعتين من النفل صلاة لا يعارضه لانه في أحكام دون أخرى. وفي المحيط: الاخرس والامي افتتحا بالنية أجزأهما لانهما أتيا بأقصى ما في وسعهما. وفي شرح منية المصلي: ولا يجب عليهما تحريك اللسان عندنا وهو الصحيح. ولو قال المصنف فرضها التحريمة قائما لكان أولى لان الافتتاح لا يصح إلا في حالة القيام حتى لو كبر قاعدا ثم قام لا يصير شارعا لان القيام فرض حالة الافتتاح كما بعده، ولو جاء إلى الامام وهو راكع فحنى ظهره ثم كبر إن كان إلى القيام أقرب يصح، وإن كان إلى الركوع أقرب لا يصح. ولو أدرك الامام راكعا فكبر قائما وهو يريد تكبيرة الركوع جازت صلاته لان نيته لغت فبقي التكبير حالة القيام، ولو كبر قبل إمامه لا تجوز صلاته ما لم يجدد لانه اقتدى بمن ليس في الصلاة فلا يدخل في صلاته ولا في صلاة نفسه على الصحيح لانه قصد المشاركة وهي غير صلاة الانفراد. ولو افتتح بالله قبل إمامه لم يصر شارعا في صلاته لانه صار شارعا في صلاة نفسه قبل شروع الامام، ولو مد الامام التكبير وحذف رجل خلفه ففرغ قبل فراغ الامام أجزأه على قياس قولهما، وعلى قول أبي يوسف لا يجزئه ولو كبر المؤتم ولم يعلم أنه كبر قبل الامام أو بعده، فإن كان أكبر رأيه أنه كبر قبله لا يجزئه وإلا أجزأه، لان أمره محمول على الصلاح حتى يتبين الخطأ بيقين أو بغالب الظن كذا في المحيط. والمراد بقولهما إن الشروع يصح بالله بدون أكبر وقال أبو يوسف: لا يصح إلا بهما كما صرح به في التنجيس هنا. وبهذا علم أن ما في فتح القدير من قوله ففرغ الامام قبله سبق قلم، والصواب: ففرغ المقتدي قبله أي قبل تكبير الامام كما في التجنيس والمحيط. وقوله أو كبر قبله غير عالم بذلك سهو لان المقتدي إذا كبر قبل الامام لا يقال فيه جاز في قياس قولهما لا قول أبي يوسف وإنما حكمه ما ذكرناه عن المحيط، وكذا ذكر في التنجيس مسألة ما إذا مد الامام التكبير ولم يضم إليه مسألة ما إذا كبر قبله. وذكر الشارح في باب الاحرام أن الشروع في الصلاة بالنية عند التكبير لا بالتكبير.
***
[٥٠٩]
قوله (والقيام) لقوله تعالى * (وقوموا لله قانتين) * أي مطيعين. والمراد به القيام في الصلاة باجماع المفسرين، وهو فرض في الصلاة للقادر عليه في الفرض وما هو ملحق به، واتفقوا على ركنيته. وحد القيام أن يكون بحيث إذا مد يديه لا تنال ركبتيه، كذا في السراج الوهاج. ثم اعلم أن قولهم إن القيام فرض في الفرض للقادر عليه ليس على عمومه بل يخرج منه مسألة يستوي فيها القيام والقعود للقادر على القيام، ومسائل يتعين فيها ترك القيام. أما الاولى فما صرحوا به في باب صلاة المريض أن المريض لو قدر على القيام، دون الركوع والسجود فإنه يخير بين القيام والقعود وإن كان القعود أفضل فقد سقط عنه القيام مع قدرته عليه. وأما الثانية فمنها

ما في الذخيرة والمحيط في رجل إن صام رمضان يضعفه ويصلي قاعدا وإن أفطر يصلي قائما فإنه يصوم ويصلي قاعدا. ومنها ما في منية المصلي: شيخ كبير إذا قام سلس بوله أو به جراحة تسيل، وإن جلس لا تسيل يصلي جالسا. قال شارحها: حتى لو صلى قائما لا يجوز. ومنها ما فيها أيضا: لو كان الشيخ بحال لو صلى قائما ضعف عن القراءة يصلي قاعدا بقراءة. ومنها ما في الخلاصة وغيرها: لو كان بحال لو صلى منفردا يقدر على القيام ولو صلى مع الامام لا يقدر فإنه يخرج إلى الجماعة ويصلي قاعدا وهو الاصح كما في المجتبى، لانه عاجز عن القيام حالة الاداء وهي المعتبرة. وصحح في الخلاصة أنه يصلي في بيته قائما قال: وبه يفتى. واختار في منية المصلي القول الثالث وهو أنه يشرع قائما ثم يقعد فإذا جاء وقت الركوع يقوم، ويركع والاشبه ما صححه في الخلاصة لان القيام فرض فلا يجوز تركه لاجل الجماعة التي هي سنة بل يعد هذا عذرا في تركها. وقد علم مما ذكرنا أن ركنية القراءة أقوى من الركنية القيام وسيأتي ما فيه. قوله (والقراءة) لقوله تعالى * (فافرءوا ما تيسر من القرآن) * وحكى الشارح الاجماع على فرضيتها، وهكذا في غاية البيان حتى ادعى أن أبا بكر الاصم القائل بالسنية خرق الاجماع وهو دليل على انعقاد الاجماع قبله. واختلف في كونها ركنا فذهب الغزنوي صاحب الحاوي القدسي إلى أنها ليست بركن، والجمهور إلى أنها ركن غير أنهم قسموا الركن إلى أصلي وهو ما لا يسقط إلا لضرورة، وزائد وهو ما يسقط في بعض الصور

***

[٥١٠]

من غير تحقق ضرورة، وجعلوا القراءة من هذا القسم فإنها تسقط عن المقتدي بالاقتداء عندنا، وعن المدرك في الركوع بالاجماع. وقد تعقب كون الركن يكون زائدا فإن الركن ما كان داخل الماهية فكيف يوصف بالزيادة؟ وأجاب الاكمل في شرح البزدوي بأنهما باعتبارين فتمسيه ركنا باعتبار قيام ذلك الشئ به في حالة بحيث يستلزم انتفاؤه انتفاءه وتسميته زائدا فلقيامه بدونه في حالة أخرى بحيث لا يستلزم انتفاؤه انتفاءه والمنافاة بينهما إنما هي باعتبار واحد، وهذا لانها ماهية اعتبارية فيجوز أن يعتبرها الشارع تارة بأركان وأخرى بأقل منها. فإن قيل: فيلزمهم على هذا تسمية غسل الرجل ركنا زائدا في الوضوء. فالجواب أن الزائد هو ما إذا سقط لا يخلفه بدل والمسح بدل الغسل فليس بزائد اه‍. وبهذا خرج الجواب عن بتية أركان الصلاة فإنها تسقط مع أنها ليست بزوائد لوجود الخلف لها. وذكر في التلويح أن معنى الركن الزائد هو الجزء الذي إذا انتفى كان حكم المركب باقيا بحسب اعتبار الشرع، وهذا قد يكون باعتبار الكيفية كالاقرار في الايمان أو باعتبار الكمية كالاقل في المركب منه ومن الاكثر حيث يقال للاكثر حكم الكل اه‍. وقد علم مما ذكرناه أن القيام ركن أصلي والقراءة ركن زائد مع أن القراءة أقوى منه بدليل الفرع الذي ذكرناه عنهم في بحث القيام. وقد يقال: إنما أوجبوا عليه القعود مع القراءة لان القيام له بدل وهو القعود والقراءة لا بدل لها، وقد خالف ابن الملك في شرح المجمع الجم الغفير وجعل القراءة ركنا أصليا. وحد القراءة تصحيح الحروف بلسانه بحيث يسمع نفسه على الصحيح، وسيأتي بيان الخلاف فيه وقدر الفرض في الفرض وفي النفل في فصل القراءة إن شاء الله تعالى. قوله (والركوع والسجود) لقوله تعالى * (اركعوا واسجدوا) * (الحج: ٧٧) وللاجماع على فرضيتهما وركنيتهما. واختلفوا في حد الركوع ففي البدائع وأكثر الكتب القدر المفروض من الركوع أصل الانحناء والميل. وفي الحاوي: فرض الركوع انحناء الظهر. وفي منية المصلي:

***

[٥١١]

الركوع طأطاة الرأس. ومقتضى الاول أنه لو طأطأ رأسه ولم يحن ظهره أصلا مع قدرته عليه لا يخرج عن عهدة فرض الركوع وهو حسن. كذا في شرح منية المصلي. وفيها: الاحدب إذا بلغت حدوبته إلى الركوع يخفض رأسه في الركوع فإنه القدر الممكن في حقه. وحقيقة السجود وضع بعض الوجه على الارض مما لا سخرية فيه فدخل الانف، وخرج الخد والذقن وما إذا رفع قدميه في السجود فإن السجود مع رفع القدمين بالتلاعب أشبه منه بالتعظيم والاجلال، وسيأتي أنه يكفيه وضع أصبع واحدة وأنه يصح الاقتصار على الجبهة وعلى الانف وحده وبيان الخلاف في ذلك. وبما قررناه علم أن تعريف بعضهم السجود بوضع الجبهة ليس بصحيح لان وضعها ليس بركن لانه يجوز الاقتصار على الانف من غير عذر عند أبي حنيفة وإن كان الفتوى على قولهما. والمراد من السجود والسجدتان فأصله ثابت بالكتاب والسنة والاجماع، وكونه مثنى في كل ركعة بالسنة والاجماع وهو أمر تعبدي لم يعقل له معنى على قول أكثر

مشايخنا تحقيقا للابتلاء. ومن مشايخنا من يذكر له حكمة فقيل إنما كان مثنى ترغيما للشيطان حيث لم يسجد فإنه أمر بسجدة فلم يفعل فنحن نسجد مرتين ترغيما له. وقيل: الاولى لامتثال الامر والثانية ترغيما له حيث لم يسجد استكبارا. وقيل: الاولى لشكر الايمان والثانية لبقائه. وقيل: في الاولى إشارة إلى أنه خلق من الارض، وفي الثانية إلى أنه يعاد إليها. وقيل: لما أخذ الميثاق على ذرية آدم أمرهم بالسجود تصديقا لما قالوا فسجد المسلمون كلهم وبقي الكفار، فلما رفع المسلمون رؤوسهم رأوا الكفار لم يسجدوا فسجدوا ثانيا شكرا للتوفيق كما ذكره شيخ الاسلام.

***

[٥١٢]

قوله (والقعود الاخير قدر التشهد) وهي فرض بإجماع العلماء وقد روى الشيخان وغيرهما من طرق عديدة عن الصحابة رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم حين علم الاعرابي المسئ صلاته أركان الصلاة إلى أن قال: فإذا رفعت رأسك من آخر سجدة وقعدت قدر التشهد فقد تمت صلاتك. قال الشيخ قاسم في شرح الدرر: قد وردت أدلة كثيرة بلغت مبلغ التواتر على أن القعدة الاخيرة فرض. وفي فتح القدير: إن قوله تعالى * (وربك فكبر) * وكذا * (وقوموا لله) * * (فاقرءوا) * * (واركعوا واسجدوا) * أوامر والمستفاد منها وجوب المذكورات في الصلاة وهي لا تنفي إجمال الصلاة إذ الحاصل حينئذ أن الصلاة فعل يشتمل على هذه. بقي كيفية ترتيبها في الاداء وهل الصلاة هذه فقط أو مع أمور أخر؟ وقع البيان في ذلك كله بفعله صلى الله عليه وسلم وقوله وهو لم يفعلها قط بدون القعدة الاخيرة والمواظبة من غير ترك مرة دليل الوجوب فإذا وقعت بيانا للفرض أعني الصلاة المجمل كان متعلقها فرضا بالضرورة، ولو لم يقم الدليل في غيرها من الافعال على سنيته لكان فرضا، ولو لم يلزم تقييد مطلق الكتاب بخبر الواحد في الفاتحة والطمأنينة وهو نسخ للقاطع بالظني لكانا فرضين، ولولا أنه عليه الصلاة والسلام لم يعد إلى القعدة الاولى لما تركها ساهيا ثم علم لكانت فرضا. فقد عرفت أن بعض الصلاة عرف بتلك النصوص ولا إجمال فيها وإنه لا ينفي الاجمال في الصلاة من وجه آخر، فما تعلق بالافعال نفسها لا يكون بيانا فإن كان ناسخا للاطلاق وهو قطعي نسخ للعلم بأنه صلى الله عليه وسلم قاله وهو أدرى بالمراد، وإن لم يكن قطعيا لم يصلح لذلك وإلا لزم تقديم الظني عند معارضة القطعي وهو لا يجوز في قضية العقل. وعما ذكرنا كان تقديم القيام على الركوع والركوع على السجود فرضا لانه بينها كذلك اه. وقوله قدر التشهد بيان

***

[٥١٣]

لقدر الفرض منها وهو الاصح للعلم بأن شرعيتها لقراءته. وأقل ما ينصرف إليه اسم التشهد عند الاطلاق ذلك، وعلى هذا ينشأ إشكال وهو أن كون ما شرع لغيره بمعنى أن المقصود من شرعيته غيره يكون آكد من ذلك الغير مما لم يعهد، بل وخلاف المعقول فإذا كان شرعية القعدة للذكر أو السلام كانت دونهما فالاولى أن يعين سبب شرعيتها الخروج. كذا في فتح القدير. وذكر الولوالجي في آخر فتاواه من مسائل متفرقة: رجل صلى أربعة ركعات وجلس جلسة خفيفة فظن أن ذلك ثالثة فقام ثم تذكر فجلس وقرأ بعض التشهد وتكلم إن كان كلا الجلستين مقدار التشهد جازت صلاته وإن كانت أقل فسدت اه. وبهذا علم أن القعود قدر التشهد لا يشترط فيه الموالاة وعدم الفاصل. ثم بعد الاتفاق على فرضيتها اختلفوا في ركنيتها فقال بعضهم: هي ركن من الاركان الاصلية. قال في البدائع: وإليه مال عصام بن يوسف. والصحيح أنها ليست بركن أصلي لعدم توقف الماهية عليها شرعا لان من حلف لا يصلي يحنث بالرفع من السجود دون توقف على القعدة، فعلم أنها شرعت للخروج. وهذا لان الصلاة أفعال وضعت للتعظيم وهي بنفسها غير صالحة للخدمة لانها من باب الاستراحة فتمكن الخلل في كونها ركنا أصليا، ولم أر من تعرض لثمرة هذا الاختلاف. قوله: (والخروج بصنعه) أي الخروج من الصلاة قصدا من المصلي بقول أو عمل ينافي الصلاة بعد تمامها فرض، سواء كان ذلك قوله السلام عليكم ورحمة الله كما تعينه لذلك هو الواجب، أو كان فعلا مكروها كراهة تحريم ككلام الناس أو أكل أو شرب أو مشي. وإنما كان مكروها كراهة تحريم لكونه مفوتا للواجب وهو السلام. وهذا الفرض مختلف فيه فما ذكره المصنف إنما هو على تخريج أبي سعيد البردعي فإنه فهم من قول أبي حنيفة بالفساد في المسائل الاثني عشرية أن الخروج منها بفعله فرض، وعلل له بأن إتمامها فرض بالاجماع وإتمامها بإنهائها وإنهاؤها

لا يكون إلا بمنافيها لان ما كان منها لا ينهيها، وتحصيل المنافي صنع المصلي فيكون فرضا. وفهم من قولهما بعدم الفساد فيها بأنه ليس بفرض وعلل له بأن الخروج بصنعه كان فرضا لتعين بما هو قربة كسائر فرائض الصلاة وذلك منتف لانه قد يكون
***
[٥١٤]
بما هو معصية كالقهقهة والحدث والكلام العمد فلا يجوز وصفه بالفرض. وذهب الكرخي إلى أنه لا خلاف بينهم في أن الخروج بفعل المصلي ليس بفرض، ولم يرو عن أبي حنيفة بل هو حمل من أبي سعيد كما ذكرناه وهو غلط، لانه لو كان فرضا لاختص بما هو قربة وسيأتي وجه الفساد عنده في المسائل المذكورة في محله إن شاء الله تعالى. وصحح الشارح وغيره قول الكرخي. وفائدة الخلاف على رأي البردعي تظهر فيما إذا سبقه الحدث بعد ما قعد قدر التشهد في القعدة الاخيرة فإن صلاته تامة فرضا عندهما، وعند أبي حنيفة لم تتم صلاته فرضا فيتوضأ ويخرج منها بفعل مناف لها، فلو لم يتوضأ ولم يأت بالسلام حتى أتى بمناف فسدت عنده لا عندهما، واتفقوا على الوضوء والسلام. كذا في منية المصلي وشرحها وفيه نظر سنذكره إن شاء الله تعالى. ثم اعلم أن هذه الفرائض المذكورة إذا أتى بها نائما فإنها لا تحتسب بل يعيدها كما إذا قرأ نائما أو ركع نائما، وهذه المسألة يكثر وقوعها لا سيما في التراويح. كذا في منية المصلي. والحاصل أنهم اختلفوا في أن قراءة النائم في صلاته هل يعتد بها، فقيل نعم واختاره الفقيه أبو الليث لان الشرع جعل النائم كالمستيقظ في الصلاة تعظيما لامر المصلي، واختار فخر الاسلام وصاحب الهداية وغيرهما أنها لا تجوز، ونص في المحيط والمبتغي على أنه الاصح لان الاختيار شرط لاداء العبادة ولم يوجد حالة النوم. قال في فتح القدير: والاوجه اختيار الفقيه والاختيار المشروط قد وجد في ابتداء الصلاة وهو كاف، ألا ترى أنه لو ركع وسجد ذاهلا عن فعله كل الذهول أنه يجزئه؟ ا ه‍. وهذا يفيد أنه لو ركع وسجد حالة النوم يجزئه وقد نصوا على أنه لا يجزئه. قال في المبتغى: ركع وهو نائم لا يجوز إجماعا ا ه‍. وفرقهم بين القراءة والركوع والسجود بأن كلا من الركوع والسجود ركن أصلي بخلاف القراءة لا يجدي نفعا. وعرف من هذا أيضا جواز القيام حالة النوم أيضا وإن نص بعضهم على عدم جوازه. وأما القعدة الاخيرة نائما ففي منية المصلي: إذا نام في القعدة الاخيرة كلها فلما انتبه عليه أن يقعد قدر التشهد وإن لم يقعد فسدت صلاته. ويخالفه ما في جامع الفتاوى أنه لو قعد قدر التشهد نائما يعتد بها. وعلل له في التحقيق للشيخ عبد العزيز البخاري بأنها ليست بركن ومبناها على الاستراحة فيلائمها النوم فيجوز أن تحتسب من الفرض بخلاف سائر الافعال فإن مبناها على المشقة فلا تتأدى في حالة النوم. ويترجح أيضا
***
[٥١٥]
بما رجحه المحقق في فتح القدير فيما لو قرأ نائما. ثم في قولهم لو ركع نائما إشارة إلى أنه لو ركع فنام في ركوعه أنه يجزئه وهو كذلك، بل في المبتغى جاز إجماعا. وفي المحيط: لو نام في ركوعه وسجوده لا يعيد شيئا لان الرفع والوضع حصل بالاختيار. ثم اعلم أنه يتفرع على اشتراط الاختيار في أداء هذه الافعال المفروضة أن النائم في الصلاة لو أتى بركعة تامة تفسد صلاته لانه زاد ركعة لا يعتد بها، والمسألة في المحيط أيضا والله سبحانه أعلم. قوله: (وواجبها قراءة الفاتحة) وقالت الائمة الثلاثة: إنها فرض لما في الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب (١) ولنا قوله تعالى * (فاقرءوا ما تيسر من القرآن) * [المزمل ٢٠] وما في الصحيحين من قوله صلى الله عليه وسلم إذا قمت إلى الصلاة فاسبغ الوضوء، ثم استقبل القبلة، ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن (٢) فقد أمر الله ورسوله بقراءة القرآن مطلقا ووافق نص الكتاب القطعي نص السنة فلا يجوز تقييد نص الكتاب القطعي بما رووه من السنة مع ما فيه من كونه ظني الثبوت والدلالة أو ظني الثبوت فقط بناء على أن النفي متسلط على الصحة لان تقييد إطلاق نص الكتاب بخبر الواحد نسخ له، وخبر الواحد لا يصلح ناسخا للقطعي بل يوجب العمل به. وأيضا ثبت عنه المواظبة على قراءة الفاتحة فيها ولم يقم دليل على تعيينها للفرضية، والمواظبة وحدها كذلك من غير ترك ظاهر التقيد الوجوب فلا تفسد الصلاة بتركها عامدا أو ساهيا بل يجب عليه سجود السهو في السهو جبرا للنقصان الحاصل بتركها سهوا، والاعادة في العمد والسهو إذا لم يسجد لتكون مؤداة على وجه لا نقص فيه، فإذا لم يعدها كانت مؤداة أداء مكروها كراهة تحريم، وهذا هو الحكم في كل واجب تركه عامدا أو ساهيا. وبهذا ظهر ضعف ما في

المجتبى من قوله قال أصحابنا: إذا
***
[٥١٦]
ترك الفاتحة في الصلاة يؤمر بإعادة الصلاة، ولو ترك قراءة السورة لا يؤمر بالاعادة ا ه‍. إذ لا فرق بين واجب وواجب إلا أن يقال: إنه ترك السورة وقرأ ثلاث آيات وهو بعيد جدا. ثم اعلم أنهم قالوا في باب سجود السهو إنه لو ترك أكثر الفاتحة يجب عليه سجود السهو، ولو ترك أقلها لا يجب. وظاهره أن الفاتحة بتمامها ليست بواجبة وإنما الواجب أكثرها ولا يعرى عن تأمل. وفي القنية: يخاف المصلي فوت الوقت إن قرأ الفاتحة والسورة يجوز أن يقرأ في كل ركعة بآية في جميع الصلوات إن خاف فوت الوقت بالزيادة ا ه‍. ثم الفاتحة واجبة في الاوليين من الفرض وفي جميع ركعات النفل وفي الوتر والعيدين، وأما في الاخريين من الفرض فسنة كما سيأتي. قوله: (وضم سورة) وعند الائمة الثلاثة سنة ولنا رواية الترمذي مرفوعا لا صلاة لمن لم يقرأ بالحمد وسورة في فريضة أو غيرها (١) أطلق السورة وأراد بها ثلاث آيات لان أقل سورة في كتاب الله تعالى ثلاث آيات قصار كسورة إنا أعطيناك الكوثر ولم يرد السورة بتمامها بدليل ما سيأتي صريحا في كلامه. وهذا الضم واجب في الاولين من الفرض وفي جميع ركعات النفل والوتر كالفاتحة، وأما في الاخريين من الفرض فليس بواجب ولا سنة بل هو مشروع، فلو ضم السورة إلى الفاتحة في الاخريين لا يكون مكروها كما نقله في غاية البيان عن فخر الاسلام، وسيأتي بأوضح من هذا إن شاء الله تعالى. قوله: (وتعيين القراءة في الاوليين) أي وتعيين الاوليين من الثلاثية والرباعية المكتوبتين للقراءة المفروضة حتى لو قرأ في الاخريين من الرباعية دون الاوليين أو في إحدى الاوليين وإحدى الاخريين ساهيا، وجب عليه سجود السهو بناء على أن محل القراءة المفروضة الاوليان عينا وهو الصحيح كما سيأتي بيانه في باب الوتر والنوافل. وعلى القول بعدم التعين لا فرضا ولا واجبا لا يجب سجود السهو، وسيأتي تضعيفه. ثم اعلم أن في مسألة القراءة الواجبة واجبين آخرين لم يذكرهما المصنف صريحا: أحدهما وجوب تقديم الفاتحة على السورة لثبوت المواظبة منه صلى الله عليه وسلم كذلك حتى قالوا: لو قرأ حرفا من السورة قبل الفاتحة ساهيا ثم تذكر يقرأ الفاتحة ثم السورة ويلزمه سجود السهو. وفي كلام المصنف ما يشير إلى ذلك حيث قال: وضم سورة لانه يفيد
***
[٥١٧]
تقديم الفاتحة لان المضموم إليه شئ يقتضي تأخره عنه. ثانيهما الاقتصار في الاوليين على قراءة الفاتحة مرة واحدة في كل ركعة حتى إذا قرأها في ركعة منهما مرتين وجب عليه سجود السهو. كذا في الذخيرة وغيرها لكن في فتاوى قاضيخان تفصيل وهو أنه إذا قرأها مرتين على الولاء وجب السجود، وإن فصل بينهما بالسور لا يجب. واختاره في المحيط والظهيرية والخلاصة وصححه الزاهدي لما أشار إليه في الذخيرة من لزوم تأخير الواجب وهو السورة على التقدير الاول دون الثاني، فإن الركوع ليس واجبا بأثر السورة فإنه لو جمع بين سور بعد الفاتحة لم يجب عليه شئ. قوله: (ورعاية الترتيب في فعل مكرر) أطلقه هنا وقيده في الكافي بالمتكرر في كل ركعة كالسجدة حتى لو ترك السجدة الثانية وقام إلى الركعة الثانية لا تفسد صلاته. وزاد عليه الشارح أو يكون متكررا في جميع الصلاة كعدد الركعات فإن ما يقضيه المسبوق بعد فراغ الامام أول صلاته عندنا ولو كان الترتيب فرضا لكان آخرا ا ه‍. وهو مردود فإن ما يقضيه المسبوق أول صلاته حكما لا حقيقة. وأيضا ليس هو أول صلاته مطلقا بل أولها في حق القراءة وآخرها في حق التشهد على ما سيأتي. ولا يصح أن يدخل تحت الترتيب الواجب إذ
***
[٥١٨]
لا شئ على المسبوق ولا نقص في صلاته أصلا فلذا اقتصر المصنف على المتكرر في كل ركعة. وإنما كان واجبا لمواظبة النبي صلى الله عليه وسلم على مراعاة الترتيب فيه وقيام الدليل على عدم فرضيته وهو ما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم من قوله ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا (١) ثم قال المصنف في الكافي: أما ترتيب القيام على الركوع وترتيب الركوع على السجود ففرض لان الصلاة لا توجد إلا بذلك، وهكذا ذكر الشارح وشراح الهداية، وعللوا له بأن ما اتحدت شرعيته يراعي وجوده صورة ومعنى في محله لانه كذلك شرع،

فإذا غيره فقد قلب الفعل وعكسه وقلب المشروع باطل ولا كذلك ما تعددت شرعيته. وقال المصنف في كافيه من باب
***
[٥١٩]
سجود السهو: إن سجود السهو يجب بأشياء منها: تقديم ركن بأن ركع قبل أن يقرأ أو سجد قبل أن يركع ثم قال: أما التقديم والتأخير فلان مراعاة الترتيب واجبة عندنا خلافا لزفر، فإذا ترك الترتيب فقد ترك الواجب وهو ظاهر في التناقض على ما قيل، وقد وقع نظيره في الذخيرة حتى استدل به صدر الشريعة في شرح الوقاية على أن الترتيب بين القراءة والركوع واجب بدليل وجوب سجود السهو بتركه حتى قال: وليس فيما تكرره قيدا يوجب نفي الحكم عما عداه فإن مراعاة الترتيب في الاركان التي لا تكرر في كل ركعة واحدة أيضا واجب لانهم قالوا: يجب سجود السهو بتقديم ركن وأوردوا لنظيره الركوع قبل القراءة، وسجدة السهو لا تجب إلا لترك الواجب، فعلم أن الترتيب بين الركوع والقراءة واجب مع أنهما غير مكررين في ركعة واحدة، فعلم أن مراعاة الترتيب واجبة مطلقا، ويخطر ببالي أن المراد بما تكرر ما تكرر في الصلاة احترازا عما لا يتكرر فيها على سبيل الفرضية وهو تكبيرة الافتتاح والقعدة الاخيرة، فإن مراعاة الترتيب في ذلك فرض ا ه‍. وليس كما ظن وليس
***
[٥٢٠]
بين الكلامين تناقض لان قولهم هنا بأن هذا الترتيب شرط معناه أن الركن الذي هو فيه يفسد بتركه حتى إذا ركع بعد السجود لا يقع معتدا به بالاجماع كما صرح به في النهاية، فيلزمه إعادة السجود. وقولهم في سجود السهو بأن هذا الترتيب واجب معناه أن الصلاة لا تفسد بترك الترتيب إذا أعاد الركن الذي أتى به، فإذا أعاده فقد ترك الترتيب صورة فيجب عليه سجود السهو. فالحاصل أن المشروع فرضا في الصلاة أربعة أنواع: ما يتحد في كل الصلاة كالقعدة أو في كل ركعة كالقيام والركوع، وما يتعدد في كلها كالركعات أو في كل ركعة كالسجود، فالترتيب شرط بين المتحد في كل الصلاة وجميع ما سواه مما يتعدد في كلها كالركعات أو في كل ركعة وما يتحد في كل ركعة حتى لو تذكر بعد القعدة قبل السلام أو بعده قبل أن يأتي بمفسد ركعة أو سجدة صلبية أو للتلاوة فعلها وأعاد القعدة وسجد للسهو، ولو تذكر كرر ركوعا قضاه وقضى ما بعده من السجود، أو قياما أو قراءة صلى ركعة تامة، وكذا يشترط الترتيب بين ما يتحد في كل ركعة كالقيام والركوع، ولذا قلنا آنفا في ترك القيام والركوع إنه يصلي ركعة تامة. وإذا عرف هذا فقوله في النهاية الترتيب ليس بشرط بين ما يتعدد في كل
***
[٥٢١]
الصلاة يعني الركعات أو يتحد في كل ركعة وبين ما يتعدد في كل ركعة ليس على إطلاقه، بل بين السجود والمتحد في كل ركعة تفصيل إن كان سجود ذلك الركوع بأن يكون ركوعا وسجودا من ركعة واحدة فالترتيب شرط، وإن كان ركوعا من ركعة وسجودا من أخرى بأن تذكر في سجدة ركوع ركعة قبل ركوع هذه السجدة قضى الركوع وسجدتيه، وإن تذكر على القلب بأن تذكر في ركوع أنه لم يسجد في الركعة قبلها سجدها. وهل يعيد الركوع والسجود المتذكر فيه؟ ففي الهداية إنه لا تجب الاعادة بل تستحب معللا بأن الترتيب ليس بفرض بين ما يتكرر في الافعال، والذي في فتاوى قاضيخان وغيره أنه يعيد معللا بأنه ارتفض بالعود إلى ما قبله من الاركان لانه قبل الرفع منه يقبل الرفض، ولهذا ذكر هو فيما لو تذكر سجدة بعد ما رفع من الركوع أنه يقضيها ولا يعيد الركوع لانه بعد ما تم بالرفع لا يقبل الرفض، فعلم أن الاختلاف في الاعادة ليس بناء على اشتراط الترتيب وعدمه بل عن أن الركن المتذكر فيه هل يرتفض بالعود إلى ما قبله من الاركان أو لا، وفي الكافي للحاكم: رجل افتتح
***
[٥٢٢]
الصلاة وقرأ وركع ولم يسجد ثم قام فقرأ وسجد ولم يركع، فهذا قد صلى ركعة، وكذلك إن ركع أولا ثم قرأ وركع وسجد فإنما صلى ركعة واحدة، وكذلك إن سجد أولا سجدتين ثم قام فقرأ في الثانية وركع ولم يسجد ثم قام فقرأ وسجد في الثالثة ولم يركع فإنما صلى ركعة واحدة، وكذلك إن ركع في الاولى ولم يسجد وركع في الثانية ولم يسجد ثم سجد في الثالثة ولم يركع فإنما صلى واحدة ا ه‍. كذا في فتح القدير. ثم اعلم أن في كل موضع يشترط فيه الترتيب، وقلنا يفسد بتركه الركن الذي هو فيه كما قدمنا هل تفسد الصلاة بالكلية

ينظر، إن كانت الزيادة ركعة تامة تفسد لما أن الركعة لا تقبل الرفض حتى يراعى الترتيب المشروط برفضها، وأما إن كانت الزيادة ما دون الركعة فلا تفسد إليه أشار في النهاية. قوله: (وتعديل الاركان) وهو تسكين الجوارح في الركوع والسجود حتى تطمئن مفاصله، وأدناه مقدار تسبيحة، وهو واجب على تخريج الكرخي وهو الصحيح كما في شرح المنية، وسنة على تخريج الجرجاني، وفرض على ما نقله الحاوي عن الثلاثة. والذي نقله الجم الغفير أنه واجب عند أبي حنيفة ومحمد، فرض عند أبي يوسف، مستدلين له ولمن وافقه بحديث المسئ صلاته حيث قال: ارجع فصل فإنك لم تصل ثلاث مرات، وأمره له بالطمأنينة، فالامر بالاعادة لا يجب إلا عند فساد الصلاة، ومطلق الامر يفيد الافتراض. وبما أخرجه أصحاب السنن الاربعة مرفوعا لا تجزئ صلاة لا يقيم الرجل فيها صلبه في الركوع والسجود ولهما قوله تعالى * (اركعوا واسجدوا) * (الحج: ٧٧) واللفظان خاصان معلوم معناهما فلا تجوز الزيادة عليهما بخبر الواحد لانه لا يصلح ناسخا للكتاب ويصلح مكملا، فيحمل أمره بالاعادة والطمأنينة على الوجوب ونفيه للصلاة على نفي كمالها كنفي الاجزاء في الحديث الثاني على نفي الاجزاء الكامل. ويدل عليه آخر حديث المسئ صلاته فإنه قال فيه: فإذا فعلت ذلك فقد تمت صلاتك، وإن انتقصت منه شيئا انتقصت من صلاتك. فقد سماها صلاة والباطلة ليست صلاة ولانه تركه عليه السلام بعد أول ركعة حتى أتم، ولو كان عدمها مفسدا لفسدت بأول ركعة وبعد الفساد لا يحل المضي في الصلاة، وتقريره عليه السلام من الادلة الشرعية ويدل على وجوبها المواظبة عليها، وبهذا يضعف قول الجرجاني ولهذا سئل محمد عن تركها فقال: أني أخاف أن لا تجوز. وعن السرخسي: من

***

[٥٢٣]

ترك الاعتدال تلزمه الاعادة. ومن المشايخ من قال: تلزمه ويكون الفرض هو الثاني ولا إشكال في وجوب الاعادة إذ هو الحكم في كل صلاة أديت مع كراهة التحريم ويكون جابرا للاول لان الفرض لا يتكرر، وجعله الثاني يقتضي عدم سقوطه بالاول وهو لازم ترك الركن لا الواجب إلا أن يقال: المراد أن ذلك امتنان من الله تعالى إذ يحتسب الكامل وإن تأخر عن الفرض لما علم سبحانه أنه سيوقعه. كذا في فتح القدير. وقد يقال: إن قول أبي يوسف بالفرضية مشكل لانه وافقهما في الاصول أن الزيادة على الخاص بخبر الواحد لا تجوز فكيف استقام له القول بالجواز هنا، ولهذا والله أعلم قال المحقق ابن الهمام: ويحمل قول أبي يوسف بالفرضية على الفرض العملي وهو الواجب فيرتفع الخلاف اه‍. ويؤيده أن هذا الخلاف لم يذكر في ظاهر الرواية على ما قالوا كما في شرح منية المصلي، ولهذا لم يذكر صاحب الاسرار خلاف أبي يوسف وإنما قال قال علماؤنا: الطمأنينة في الركوع والسجود، وفي الانتقال من ركن إلى ركن ليس بركن، وكذلك الاستواء بين السجدتين وبين الركوع والسجود اه‍. وينبغي أن يحمل ما ذهب إليه الطحاوي من الافتراض على الفرض العملي كما قررناه ليوافق أصول أهل المذهب وإلا فالاشكال أشد. قيد بالطمأنينة في الاركان أي الركوع والسجود لان الطمأنينة في القومة والجلسة سنة عند أبي حنيفة ومحمد بالاتفاق، وعند أبي يوسف فرض كما تقدم، وفي شرح الزاهدي ما يدل على وجوبها عندهما كوجوبها في الاركان فإنه قال: وذكر صدر القضا وإتمام الركوع وإكمال كل ركن واجب عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف والشافعي فرض. وكذا رفع الرأس من الركوع والانتصاب والقيام والطمأنينة فيه فيجب أن يكمل الركوع حتى يطمئن كل عضو منه ويرفع رأسه من الركوع حتى ينتصب قائما ويطمئن كل عضو منه، وكذا في السجود، ولو ترك شيئا من ذلك ناسيا يلزمه سجدتا السهو، ولو تركها عمدا يكره أشد الكراهة ويلزمه أن يعيد الصلاة اه‍. وهو يدل على وجوب القومة والجلسة وسيأتي التصريح بسنيتهما. ومقتضى الدليل وجوب الطمأنينة في الاربعة ووجوب نفس الرفع من الركوع والجلوس بين السجدتين للمواظبة على

***

[٥٢٤]

ذلك كله، وللامر في حديث المسئ صلاته. وفي فتاوى قاضيخان في فصل ما يوجب السهو قال: المصلي إذا ركع ولم يرفع رأسه من الركوع حتى خر ساجدا ساهيا تجوز صلاته في قول أبي حنيفة ومحمد وعليه السهو اه‍. وفي المحيط: لو ترك تعديل الاركان أو القومة التي بين الركوع والسجود ساهيا لزمه سجود السهو اه‍. فيكون حكم الجلسة بين السجدتين كذلك لان الكلام فيهما واحد، والقول بوجوب الكل هو مختار المحقق ابن الهمام وتلميذه ابن أمير حاج حتى قال: إنه الصواب والله الموفق للصواب. قوله: (والقعود الاول) لان النبي

صلى الله عليه وسلم واظب عليه في جميع العمر، وذا يدل على الوجوب إذا قام دليل عدم الفرضية وقد قام هنا لانه روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قام إلى الثالثة فسبح له فلم يرجع. صححه الترمذي. ولو كان فرضا لرجع. وما في الكتاب في الوجوب قول الجمهور وهو الصحيح، وعند الطحاوي والكرخي هي سنة. وفي البدائع: وأكثر مشايخنا يطلقون عليها اسم السنة، إما لان وجوبها عرف بالسنة فعلا، أو لان السنة المؤكدة في معنى الواجب وهذه القعدة للفصل بين الشفعين وأراد بالاول غير الآخر لا الفرض السابق إذ لو أريد به السابق لم يفهم حكم القعدة الثانية التي ليست أخيره لان القعدة في الصلاة قد تكون أكثر من اثنتين، فإن المسبوق بثلاث في الرباعية يقعد ثلاث قعدات كل من الاولى والثانية واجب والثالثة هي الاخيرة، وهي فرض كما سيأتي بيانه في مسائل المسبوق إن شاء الله تعالى ولم أر من نبه على هذا وسيأتي إن شاء الله تعالى عن خزانة الفقه أن القعود في الصلاة يتكرر عشر مرات قوله: (والتشهد) أي الاول والثاني. وفي بعض نسخ النقاية والتشهد أن بلفظ
***
[٥٢٥]
التثنية للمواظبة الدالة على الوجوب، ولقوله صلى الله عليه وسلم لابن مسعود قل التحيات من غير تفرقة بين الاول والثاني. واختار جماعة سنية التشهد في القعدة الاولى للفرق بين القعدتين لان الاخيرة لما كانت فرضا كان تشهدها واجبا، والاولى لما كانت واجبة كان تشهدها سنة، وأجيب بمنع الملازمة فإن التشهد إنما هو ذكر مشروع في حالة مخصوصة واظب عليه النبي صلى الله عليه وسلم في القعدتين، فلذا كان الوجوب فيهما ظاهر الرواية وهو الاصح كما في المحيط والذخيرة، وصرح به في الهداية في باب سجود السهو وإن كان سكت عنه في باب صفة الصلاة، فقول صدر الشريعة إن صاحب الهداية جعله سنة غير صحيح وغفلة عن تصريحه به في ذلك الباب ولعل صاحب الكتاب إنما لم يأت بالتثنية للاشارة إلى أن كل تشهد يكون في الصلاة فهو واجب، سواء كان اثنين أو أكثر كما علمته في القعود. قوله: (ولفظ السلام) للمواظبة عليه. وذهبت الائمة الثلاثة إلى افتراضه حتى قال النووي: لو أخل بحرف من حروف السلام عليكم لم تصح صلاته كما لو قال السلام عليك أو سلامي عليكم لما أخرجه أبو داود وغيره عن علي مرفوعا مفتاح الصلاة الطهور وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم. ولنا ما في حديث ابن مسعود إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له بعد أن علمه التشهد: إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد قضيت صلاتك إن شئت أن تقوم فقم وإن شئت أن تقعد فاقعد، رواه أبو داود. وأطلق بعض المشايخ اسم السنة عليه وهو لا ينافي الوجوب والخروج من الصلاة يحصل عندنا بمجرد لفظ السلام ولا يتوقف على قوله عليكم. وفي قوله لفظ السلام إشارة إلى أن الالتفات به يمينا ويسارا ليس بواجب وإنما هو سنة على ما سيأتي، وإلى أن الواجب السلام فقط دون عليكم وإلى أن لفظا آخر لا يقوم مقامه ولو كان بمعناه حيث كان قادرا عليه بخلاف التشهد في الصلاة حيث لا يختص بلفظ
***
[٥٢٦]
العربي بل يجوز بأي لسان كان مع قدرته على العربي، ولذا لم يقل ولفظ التشهد وقال ولفظ السلام. وقال غيره: وإصابة لفظ السلام لكن هذه الاشارة يخالفها صريح المنقول فإنه سيأتي أن الشارح نقل الاجماع أن السلام لا يختص بلفظ العربي قوله: (وقنوت الوتر) أي وقراءة القنوت في الوتر واجبة، وهذا عند أبي حنيفة، وأما عندهما فهو سنة كنفس صلاة الوتر. واستدل لوجوبه بأنه يضاف إلى الصلاة فيقال قنوت الوتر فدل أنه من خصائصه. وهو إما بالوجوب أو بالفرض وانتفى الثاني فتعين الاول ولا يخفى ما فيه فإن هذه الاضافة لم تسمع من الشارع حتى تفيد الاختصاص، واستدل بعضهم بما رواه أصحاب السنن الاربعة عن علي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول في آخر وتره: اللهم إني أعوذ برضاك من سخطك، وبمعافاتك من عقوبتك، وأعوذ بك منك لا أحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك. فإنه صريح في المواظبة على هذا القول وأنت خبير بأنه لا يدل على المطلوب وسيأتي شئ منه في بابه، وأن المراد بالقنوت الدعاء ولا يختص بلفظ حتى قال بعضهم: الافضل أن لا يؤقت دعاء. ومنهم من قال به إلا الدعاء المعروف اللهم إنا نستعينك إلى آخره. واتفقوا على أنه لو دعا بغيره جاز ولهذا قالوا من لا يحسن القنوت المعروف يقول اللهم اغفر لي قوله: (وتكبيرات العيدين) أي والتكبيرات الزوائد في صلاتي العيدين وهي ثلاث في كل ركعة، واستدل للوجوب بالاضافة المتقدمة وفيه من البحث ما قدمناه. وذكر في فتح القدير أن الاولى أن يستدل على وجوب الاذكار المذكورة بالمواظبة المقرونة بالترك في التشهد للنسيان فلا

يلحق بالمبين أعني الصلاة ليكون فرضا، أما في قنوت الوتر وتكبيرات العيدين فلان أصلهما بظني فلا تكون المواظبة فيهما محتاجة إلى الاقتران بالترك ليثبت به الوجوب، والمواظبة في السلام معارضة بحديث ابن مسعود فلم يتحقق بيانا لما تقرر جزءا للصلاة ا ه. وظاهره ثبوت المواظبة على القنوت وتكبيرات الزوائد من غير ترك حتى أثبت بها الوجوب، وقد نازع هو في ذلك في باب صلاة الوتر بأن الوارد مطلق المواظبة أعم من المقرونة بالترك أحيانا وغير المقرونة ولا دلالة للاعم على الاخص وإلا لوجب الكلمات الواردة عينا أو كانت أولى من غيرها. وذكر في المستصفى أن من الواجبات رعاية لفظ التكبير في تكبيرة الافتتاح في صلاة العيدين حتى يجب عليه سجود السهو إذا قال الله أجل أو أعظم يعني ساهيا بخلاف سائر الصلوات ا ه. وسيأتي بيان الخلاف في مراعاة لفظ التكبير للافتتاح في سائر الصلوات وأن
***
[٥٢٧]
الراجح وجوبها، فحينئذ لا فرق بين العبد وغيرها ومن الواجبات تكبيرة القنوت وتكبيرة الركوع في الركعة الثانية من صلاتي العيدين ذكرهما الشارح في باب سجود السهو قوله: (والجهر والاسرار فيما يجهر ويسر) للمواظبة على ذلك أطلقه اعتمادا على ما يبينه في محله من أن المنفرد مخير فيما يجهر، فالحاصل إن الاخفاء في صلاة المخافتة واجب على المصلي إماما كان أو منفردا، وهي صلاة الظهر والعصر والركعة الثالثة من المغرب والاخريان من صلاة العشاء وصلاة الكسوف والاستسقاء، وهو واجب على الامام اتفاقا وعلى المنفرد على الاصح. وأما الجهر في الصلاة والجهرية فواجب على الامام فقط وهو أفضل في حق المنفرد وهي صلاة الصبح والركعتان الاوليان من المغرب والعشاء وصلاة العيدين والتراويح والوتر في رمضان. قوله: (وسننها رفع اليدين للتحريمة) للمواظبة وهي وإن كانت من غير ترك تفيد الوجوب لكن إذا لم يكن ما يفيد إنها ليست لحامل الوجوب وقد وجد وهو تعليمه الاعرابي من غير ذكر تأويل وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز على أنه حكي في الخلاصة خلافا في تركه، وقيل يأثم، وقيل لا. قال: والمختار إن اعتاده أثم لا إن كان أحيانا ا ه. وفي فتح القدير: وينبغي أن يجعل شقي هذا القول محمل القولين فلا اختلاف حينئذ ولا إثم لنفس الترك بل لانه اعتياده للاستخفاف وإلا فمشكل أو يكون واجبا ا ه. والذي يظهر من كلام أهل المذهب أن الاثم منوط بترك الواجب أو السنة المؤكدة على الصحيح لتصريحهم بأن من ترك سنن الصلوات الخمس قيل لا يأثم، والصحيح أنه يأثم. ذكره في فتح القدير وتصريحهم بالاثم لمن ترك الجماعة مع أنها سنة مؤكدة على الصحيح وكذا في نظائره لمن تتبع كلامهم، ولا شك أن الاثم مقول بالتشكيك بعضه أشد من بعض، فالاثم لتارك السنة المؤكدة أخف من الاثم لتارك الواجب، ولهذا قال في شرح منية المصلي في هذه المسألة: ثم المراد بالاثم على هذا إثم يسير كما هو حكم هذه السنة المواظب صلى الله عليه وسلم عليها على ما ذكره صدر الاسلام البزدوي ا ه فالحاصل أن القائل بالاثم في ترك الرفع بناه على أنه من سنن الهدى فهو سنة
***
[٥٢٨]
مؤكدة، والقائل بعدمه بناه على أنه من سنن الزوائد بمنزلة المستحق، وقد قال في الذخيرة: وقد روي عن أبي حنيفة ما يدل على عدم الاثم فإنه قال: إن ترك رفع اليدين جاز وإن رفع فهو أفضل ا ه. وبهذا اندفع ما في الفتح القدير كما لا يخفى قوله: (ونشر أصابعه) وكيفيته أن لا يضم كل الضم ولا يفرج كل التفريج بل يتركها على حالها منشورة. كذا ذكره الشارح. والظاهر أن المراد بالنشر عدم الطي بمعنى أنه يسن أن يرفعهما منصوبتين لا مضمومتين حتى تكون الاصابع مع الكف مستقبلة للقبلة، ومن السنن أن لا يطأطئ رأسه عند التكبير كما في المبسوط وهو بدعة. قوله: (وجهر الامام بالتكبير) لحاجته إلى الاعلام بالدخول والانتقال. قيد بالامام لان المأموم والمنفرد لا يسن لهما الجهر به لان الاصل في الذكر الاخفاء ولا حاجة لهما إلى الجهر. قوله: (والثناء والتعوذ والتسمية والتأمين سرا) للنقل المستفيض على ما يأتي بيانه. وقوله سرا راجع إلى الاربعة. قوله: (ووضع يمينه على يساره تحت سرته) لما في صحيح مسلم عن وائل بن حجر أنه قال: ثم وضع النبي صلى الله عليه وسلم يده اليمنى على اليسرى. فانتفى به قول مالك بالارسال. وعند الشافعي محله ما فوق السرة تحت الصدر واستدل له النووي بما في صحيح ابن خزيمة عن وائل بن حجر قال: صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فوضع يده اليمنى على يده اليسرى على صدره. ولا يخفى أنه لا يطابق المدعي. واستدل مشايخنا بما عن النبي صلى الله عليه وسلم

أنه قال: ثلاث من سنن المرسلين وذكر من جملتها وضع اليمين على الشمال تحت السرة لكن المخرجين لم يعرفوا فيه مرفوعا وموقوفا تحت السرة. ويمكن أن يقال في توجيه المذهب: إن الثابت من السنة وضع اليمين على الشمال ولم يثبت حديث يوجب تعيين المحل الذي يكون فيه الوضع من البدن إلا حديث وائل المذكور،

***

[٥٢٩]

وهو مع كونه واقعة حال لا عموم لها يحتمل أن يكون لبيان الجواز فيحال في ذلك كما قاله في فتح القدير على المعهود من وضعها حال قصد التعظيم في القيام، والمعهود في الشاهد منه أن يكون ذلك تحت السرة فقلنا به في هذه الحالة في حق الرجل بخلاف المرأة فإنها تضع على صدرها لانه أستر لها فيكون في حقها أولى. قوله: (وتكبير الركوع) لما روي أنه عليه الصلاة والسلام كان يكبر عند كل رفع وخفض. قوله: (والرفع منه) أي من الركوع وهو بالرفع عطفا على التكبير ولا يجوز جره لانه لا يكبر عند الرفع من الركوع وإنما يأتي بالتسميع، وقد قدمنا أن مقتضى الدليل الوجوب لا السنية، وهو رواية عن أبي حنيفة. قوله: (وتسبيحه ثلاثا) أي تسبيح الركوع. قوله: (وأخذ ركبتيه بيديه وتفريج أصابعه) لحديث أنس: إذا ركعت فضع يديك على ركبتيك وفرج بين أصابعك. قوله: (وتكبير السجود) لما روينا. قال الشارح: ولو قال وتكبير السجود والرفع منه كان أولى لان التكبير عند الرفع منه سنة وكذا الرفع نفسه سنة اه‍. لكن استفادة الحكمين من قوله والرفع منه محل نظر لانه إن قرئ بالرفع أفاد سنية أصل الرفع، وإن قرئ بالجر أفاد سنية التكبير عند الرفع، وأما استفادتهما منه فلا. وروي عن أبي حنيفة أن الرفع منه فرض، وجه الظاهر أن المقصود الانتقال وهو يتحقق بدونه بأن يسجد على وسادة ثم تنزع ويسجد على الارض ثانيا. قال الشارح: ولكن لا يتصور هذا إلا على قول من لا يشترط الرفع حتى يكون أقرب إلى الجلوس. قوله: (وتسبيحه ثلاثا) لقوله عليه الصلاة والسلام إذا سجد أحدكم فليقل سبحان ربي الاعلى ثلاثا. قوله: (ووضع يديه وركبتيه) يعني حالة السجود وسيأتي الكلام عليه. قوله: (وافتراش رجله اليسرى ونصب اليمنى والقومة والجلسة) تقدم أن مقتضى الدليل وجوبهما. وفي قوله القومة نوع إشكال

***

[٥٣٠]

فإنه قد ذكر فيما تقدم من قريب أن الرفع من الركوع سنة وهو القومة فيكون تكرارا. كذا ذكره الشارح. وقد يقال: إنه أراد بالقومة القومة من السجود فلا تكرار والقومة خلاف الجلسة كما لا يخفى. قوله: (والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم) أو هو قول عامة السلف والخلف. وقال الشافعي: إنها فرض تبطل الصلاة بتركها وقد نسب قوم من الاعيان الامام الشافعي في هذا إلى الشذوذ ومخالفة الاجماع منهم أبو جعفر الطحاوي وأبو بكر الرازي وأبو بكر بن المنذر والخطابي والبغوي وابن جرير الطبري وهذه عبارته: أجمع جميع المتقدمين والمتأخرين من علماء الامة على أن الصلاة عليه غير واجبة في التشهد ولا سلف للشافعي في هذا القول ولا سنة يتبعها ا ه‍. فإن تم هذا كان الاجماع هو الدليل على السنية لكن تعقب غير واحد دعوى الاجماع بعدم التمام لان عن بعض الصحابة وبعض التابعين ما يوافق قول الشافعي، وأما موجب الامر في قوله تعالى * (صلوا عليه) * (الاحزاب: ٥٦) فهو افتراضها في العمر مرة واحدة في الصلاة أو خارجها لان الامر لا يقتضي التكرار، وسيأتي كيفيتها وأحكامها إن شاء الله تعالى. قوله: (والدعاء) أي لنفسه ولوالديه إن كانا مؤمنين ولجميع المؤمنين والمؤمنات لما في صحيح مسلم ثم يتخير من المسألة ما شاء، ولما رواه الترمذي وحسنه مرفوعا عن أبي إمامة قيل: يا رسول الله أي الدعاء أسمع؟ قال: جوف الليل الاخير ودبر الصلوات المكتوبات (١) بناء على أن المراد بدبرها ما قيل الفراغ منها كما ذكره بعضهم أي الوقت الذي يليه وقت الخروج منها لان دبر كل شئ منه ومتصل به، وقد يراد بدبر الشئ وراءه وعقبه كما نصوا عليه أيضا فيكون حينئذ المراد بدبرها الوقت الذي يلي وقت الخروج منها لكن عندنا السنة مقدمة على الدعاء الذي هو عقب الفراغ. قوله: (وآدابها نظره إلى موضع سجوده) أي في حال القيام، وأما في حالة الركوع فإلى ظهر قدميه، وفي سجوده إلى أرنبته، وفي قعوده إلى حجره، وعند التسليمة الاولى إلى منكبه الايمن، وعند الثانية إلى منكبه الايسر لان المقصود الخشوع. قوله: (وكظم فمه عند التثاؤب)

***

[٥٣١]

أي إمساك فمه والمراد به سده لقوله عليه الصلاة والسلام التثاؤب في الصلاة من الشيطان فإذا تثاءب أحدكم فليكظم ما استطاع (٢) وفي الظهيرية: فإن لم يقدر غطاه بيده أو كمه للحديث. قوله: (وإخراج كفيه من كميه عند التكبير) لانه أقرب إلى التواضع وأبعد من التشبه بالجبابرة وأمكن من نشر الاصابع إلا لضرورة برد ونحوه. قوله: (ودفع السعال ما استطاع) لانه ليس من أفعال الصلاة ولهذا لو كان بغير عذر لا تفسد صلاته فيجتنبه ما أمكن. قوله: (والقيام حين قيل حي على الفلاح) لانه أمر به فيستحب المسارعة إليه. أطلقه فشمل الامام والمأموم إن كان الامام بقرب المحراب وإلا فيقوم كل ص ف ينتهي إليه الامام وهو الاظهر، وإن دخل من قدام وقفوا حين يقع بصرهم عليه. وهذا كله إذا كان المؤذن غير الامام، فإن كان واحدا وأقام في المسجد فالقوم لا يقومون حتى يفرغ من إقامته. كذا في الظهيرية. قوله: (وشروع الامام مذ قيل قد قامت الصلاة) عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف: يشرع إذا فرغ من الاقامة محافظة على فضيلة متابعة المؤذن وإعانة للمؤذن على الشروع معه. ولهما أن المؤذن أمين وقد أخبر بقيام الصلاة فيشرع عنده صونا لكلامه عن الكذب، وفيه مسارعة إلى المناجاة وقد تابع المؤذن في الاكثر فيقوم مقام الكل على أنهم قالوا المتابعة في الاذان دون الاقامة. كذا ذكره الشارح وفيه نظر لما نقلناه في باب الاذان أن إجابة الاقامة مستحبة. وفي الظهيرية: ولو أخر حتى يفرغ المؤذن من الاقامة لا بأس به في قولهم جميعا والله أعلم. فصل هو في اللغة فرق ما بين الشيئين وفي الاصطلاح طائفة من المسائل الفقهية

***

[٥٣٢]

تغيرت أحكامها بالنسبة إلى ما قبلها غير مترجمة بالكتا ب والباب. قوله: (وإذا أراد الدخول في الصلاة كبر) أي تكبيرة الافتتاح قائما كما قدمناه، وتقدم أنه يكون شارعا بالنية عند التكبير لا به، وأن العاجز عن النطق لا يلزمه تحريك اللسان على الصحيح، ومن سنن التكبير حذفه كما في البدائع والمحيط. قوله: (ورفع يديه حذاء أذنيه) لما رويناه ولما رواه الحاكم وصححه عن أنس قال: رأيت النبي صلى الله عليه وسلم كبر فحاذى بإبهاميه أذنيه. وما ورد في حديث ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه إلى منكبيه فمحمول على حالة العذر حين كانت عليهم الاكسية والبرانس في زمن الشتاء كما أخبر به وائل بن حجر رضي الله عنه على ما رواه الطحاوي عنه، أو المراد بما رويناه رؤو س الاصابع وبالثاني الاكف والارساغ عملا بالدلائل بالقدر الممكن كما في البدائع واعتمده في فتح القدير. أطلقه فشمل الرجل والمرأة قالوا: يذكر حكم رفعها في ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها كالرجل فيه لان كفيها ليستا بعورة، وروى ابن مقاتل أنها ترفع حذاء منكبيها لانه أستر لها وصححه في الهداية. ولا فرق بين الحرة والامة على الروايتين. والمراد بالمحاذاة أن يمس بإبهاميه شحمتي أذنيه ليتيقن بمحاذاة يديه بأذنيه كما ذكره في النقاية. ولم يبين المصنف وقت الرفع لانه عبر بالواو وهي لمطلق الجمع وفيه ثلاثة أقوال: القول الاول أنه يرفع مقارنا للتكبير وهو المروي عن أبي يوسف قولا والمحكي عن الطحاوي فعلا واختاره شيخ الاسلام وقاضيخان وصاحب الخلاصة والتحفة والبدائع والمحيط حتى قال البقالي: هذا قول أصحابنا جميعا. ويشهد له المروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان يكبر عند كل خفض ورفع، وما رواه أبو داود أنه صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه مع التكبير. وفسر قاضيخان المقارنة بأن تكون بداءته عند بداءته وختمه عند ختمه. القول الثاني وقته قبل التكبير ونسبه في المجمع إلى أبي حنيفة ومحمد، وفي غاية البيان إلى عامة علمائنا، وفي المبسوط إلى أكثر مشايخنا، وصححه في الهداية، ويشهد له ما في الصحيحين عن ابن عمر قال: كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا افتتح الصلاة رفع يديه حتى يكونا حذو منكبيه ثم كبر. القول الثالث وقته بعد التكبير فيكبر أولا ثم يرفع

***

[٥٣٣]

يديه، ويشهد له ما في صحيح مسلم أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا صلى كبر ثم رفع يديه. ورجح في الهداية ما صححه بأن فعله نفي الكبرياء عن غيره تعالى والنفي مقدم على الايجاب ككلمه الشهادة، وأورد عليه أن ذلك في اللفظ فلا يلزم في غيره، ورد بأنه لم يدع لزومه في غيره وإنما الكلام في الاولوية ففي الاقوال الثلاثة رواية عنه عليه السلام فيؤنس بأنه صلى الله عليه وسلم فعل كل ذلك، ويترجح من بين أفعاله هذه تقديم الرفع بالمعنى المذكور. وتحمل ثم في قوله ثم رفع على الواو ومع على معنى قبل لان الظروف ينوب

بعضها عن بعض. وقد يقال: إن تقديم النفي في كلمة الشهادة ضرورة لانه لا يمكن التكلم بالنفي والاثبات معا بخلاف ما نحن فيه، ورواية إنه كان يرفع مع التكبير نص محكم في المقارنة. ورواية إنه كان يرفع ثم يكبر وعكسه يجوز أن تكون فيه ثم بمعنى الواو وهو يصدق على القران كالترتيب فيحمل على القران جمعا بين الروايات، وإنما لم يعكس لان المحكم راجح على المحتمل. كذا في شرح المنية وفيه بحث، لان كلمة ثم موضوعة للترتيب مع التراخي واستعمالها بمعنى الواو مجاز فهي ظاهرة في معناها كما أن مع ظاهرة في القران وتكون بمعنى بعد مجازا كما في قوله تعالى * (إن مع العسر يسرا) * (الشرح: ٦) وكما في قوله أنت طالق اثنتين مع عتق مولاك كما ذكروه في باب الطلاق فليست محكمة كما توهمه، فالمعارضة بين الروايات ثابتة، فالترجيح بالمعنى المذكور لا بما ذكره. وأما التشبيه بكلمة الشهادة فهي في باب التمثيل لا القياس المصطلح عليه وكبر ولم يرفع يديه حتى فرغ من التكبير لم يأت به لفوات محله، وينبغي أن يأتي به على القول الثالث كما لا يخفى. وإن ذكره في أثناء التكبير رفع لانه لم يفت محله، وإن لم يمكنه إلى الموضع المسنون رفعهما قدر ما يمكن، وإن أمكنه رفع أحدهما دون الاخرى رفعها، وإن لم يمكنه الرفع إلا بالزيادة على المسنون رفعهما. كذا ذكره الشارح رحمه الله تعالى. قوله (ولو شرع بالتسبيح أو بالتهليل أو بالفارسية صح) شروع في المراد بتكبيرة الافتتاح فأفاد أن المراد بها كل لفظ هو ثناء خالص دال على التعظيم. وقال أبو يوسف: لا يصير شارعا إلا بألفاظ مشتقة من التكبير وهي خمسة ألفاظ: الله أكبر، الله الاكبر، الله
***
[٥٣٤]
الكبير، الله كبير، الله الكبار - كما في الخلاصة - إلا إذا كان لا يحسن التكبير أو لا يعلم أن الشروع في الصلاة يكون به للحديث وتحريمها التكبير، وهحاصل بهذه الالفاظ لان أفعل وفعيلا في صفاته تعالى سواء. ولهما أن التكبير لغة التعظيم وهذه الالفاظ موضوعة له خصوصا الله أعظم فكانت تكبيرا وإن لم تكن بلفظ التكبير المعروف. وفي البدائع: والدليل على أن قوله الله أكبر والرحمن أكبر سواء قوله تعالى * (قل ادعوا الله أو ادعوا الرحمن أيا ما تدعوا فله الاسماء الحسنى) * (الاسراء: ١١٠) ولهذا يجوز الذبح باسم الرحمن أو باسم الرحيم، فكذا هذا. ثم غاية ما هنا أن الثابت بالنص ذكر الله تعالى على سبيل التعظيم ولفظ التكبير ثبت بالخبر فيجب العمل به حتى يكره افتتاح الصلاة بغيره لمن يحسنه كما قلنا في قراءة القرآن مع الفاتحة وفي الركوع والسجود مع التعديل. ذكره في الكافي. وهذا يفيد الوجوب وهو الاشبه للمواظبة التي لم تقترن بترك فعلي. هذا ما ذكره في التحفة والذخيرة والنهاية من أن الاصح أنه يكره الافتتاح بغير الله أكبر عند أبي حنيفة، فالمراد كراهة التحريم لانها في رتبة الواجب من جهة الترك، فعلى هذا يضعف ما صححه السرخسي من أن الاصح أنه لا يكره مستدلا بما روي عن مجاهد قال: كان الانبياء يفتتحون الصلاة بلا إله إلا الله ونبينا من جملتهم. وهذا على تقدير صحته فالمراد غير نبينا صلى الله عليه وسلم بدليل نقل المواظبة عنه على لفظ التكبير. ويضعف أيضا ما ذكره المصنف في المستصفى من أن مراعاة لفظ التكبير في الافتتاح واجبة في صلاة العيد بخلاف سائر الصلوات لما علمت أنها واجبة في الكل. والظاهر أنه مبني على تصحيح السرخسي بدليل ما ذكره في الكافي. وأراد المصنف بالتسبيح والتهليل ما ذكرنا من اللفظ الدال على التعظيم لا خصوص سبحان الله والحمد لله فأفاد بإطلاقه أنه لا فرق بين الاسماء الخاصة أو المشتركة حتى يصير شارعا بالرحيم أكبر أو أجل كما نص عليه في المحيط والبدائع والخلاصة، وصرح في المجتبى بأنه الاصح، وأفتى به المرغيناني. فما في الذخيرة عن فتاوى الفضلي أنه لا يصير شارعا بالرحيم ضعيف. وقيده في شرح المنية بأن لا يقترن به ما يفسد الصلاة أما إذا قرن به ما كان كذلك فلا يصير شارعا اتفاقا كقوله العالم بالمعدوم والموجود أو بأحوال الخلق كما أن القول بأنه لا يجوز بكل اسم مشترك مقيد بما إذا لم يقترن بما يزيل اشتراكه، أما إذا قرن بما يزيله لا يفسد الصلاة كقوله
***
[٥٣٥]
القادر على كل شئ، والرحيم بعباده، وعالم الغيب والشهادة، فينبغي أن يصير شارعا باتفاقهم على قولهم اه. وأشار بذكر التسبيح والتهليل إلى أنه لا يصيشارعا إلا بجملة تامة فلا يصير شارعا بالمبتدأ وحده ك " الله أو أكبر وهو ظاهر الرواية كما نقله في التجريد. وعلل له بأن

التعظيم الذي هو معنى التكبير حكم على المعظم فلا بد من الخبر، ومنهم من قال: يصير شارعا بكل اسم مفردا وخبر لا فرق بين الجلالة وغيرها وهو رواية الحسن. وفرق قاضيخان في فتاواه بين الالفاظ فقال: لو قال الله أو الرب ولم يزد يصير شارعا، ولو قال الكبير أو الاكبر أو قال أكبر لا يصير شارعا. قال في فتح القدير: كان الفرق الاختصاص في الاطلاق وعدمه. وفائدة الاختلاف تظهر في مسائل منها: أن الحائض إذا طهرت على عشر وفي الوقت ما يسع الاسم الشريف فقط لا تجب تلك الصلاة عليها على ظاهر الرواية، وتجب على تلك الرواية. ومنها أنه ينبغي فيما إذا أدرك الامام في الركوع فقال الله أكبر إلا أن قوله الله كان في قيامه وقوله أكبر كان في ركوعه أنه يكون شارعا على رواية الحسن لا على الظاهر، لكن الذي في الخانية والخلاصة أنه لا يكون شارعا ولم يحكيا غيره فكأنهما بنياه على القول المختار. ومنها ما لو وقع قوله الله مع الامام وأكبر قبله لا يكون شارعا على الظاهر، وأما إذا شرع بالفارسية فإنما يصح لما بيناه من أن التكبير هو التعظيم وهو حاصل بأي لسان كان، ولان الاصل في النصوص التعليل فلا يعدل عنه إلا بدليل فهو كالايمان فإنه لو آمن بغير العربية جاز إجماعا لحصول المقصود وكذا التلبيه في الحج والسلام والتسمية عند الذبح بها يجوز كما سيأتي. ومحمد مع أبي حنيفة في العربية حتى يصير شارعا بغير لفظ التكبير من العربية حيث دل على التعظيم، ومع أبي يوسف في الفارسية حتى لا يكون شارعا في الصلاة بها حيث كان يحسن العربية، وعلى هذا الخلاف الخطبة والقنوت والتشهد، وفي الاذان يعتبر التعارف.

***

[٥٣٦]

قوله: (كما لو قرأ بها عاجزا) أي لو قرأ بالفارسية حالة العجز عن العربية فإنه يصح، وهذا بالاتفاق. قيد بالعجز لانه لو كان قادرا فإنه لا يصح اتفاقا على الصحيح وكان أبو حنيفة أولا يقول بالصحة نظرا إلى عدم أخذ العربية في مفهوم القرآن ولذا قال تعالى * (ولو جعلناه قرآنا أعجميا * (فصلت: ٤٤) فإنه يستلزم تسميته قرآنا أيضا لو كان أعجميا، ثم رجع عن هذا القول ووافقهما في عدم الجواز وهو الحق لان المفهوم من القرآن باللام إنما هم العربي في عرف الشرع وهو المطلوب من قوله تعالى * (فاقرءوا ما تيسر من القرآن) * (المزمل: ٢٠) وأما قرآن المنكر فلم يعهد فيه نقل عن المفهوم اللغوي فيتناول كل مقروء. وما قيل النظم مقصود للاعجاز وحالة الصلاة المقصود من القرآن فيها المناجاة لا الاعجاز فلا يكون النظم لازما فيها فمردود، لانه معارضة للنص بالمعنى فإن النص طلب بالعربي وهذا التعليل يجيزه بغيرها، والكلام في هذه المسألة كثير أصولا وفروعا. والتقييد بالفارسية ليس للاحتراز عن غيرها فإن الصحيح أن الفارسية وغيرها سواء، فحينئذ كان مراده من الفارسية غير العربية. ولا يجوز بالتفسير إجماعا لانه كلام الناس، وفي الهداية: والخلاف في الجواز إذا اكتفي به، ولا خلاف في عدم الفساد حتى إذا قرأ معه بالعربية قدر ما تجوز به الصلاة جازت صلاته. وفي فتاوى قاضيخان: إنها تفسد عندهما والتوفيق بينهما بحمل ما في الهداية على ما إذا كان ذكرا أو تنزيها. ويحمل ما في الفتاوى على ما إذا كان المقروء من مكان القصص والامر والنهي كالقراءة الشاذة فإنهم صرحوا في الفروع أنه لا يكتفي بها ولا تفسد. وفي

***

[٥٣٧]

أصول شمس الائمة أن الصلاة تفسد بها فيحمل الاول على ما إذا كان ذكرا، والثاني على ما إذا كان غير ذكر كما بيناه في كتابنا المسمى بلب الاصول. قوله: (أو ذبح وسمى بها) يعني يصح اتفاقا لان الشرط فيه الذكر وهو حاصل بأي لسان كان. قوله (لا باللهم اغفر لي) أي لا يكون شارعا في الصلاة ولا مسميا على الذبيحة بقوله اللهم اغفر لي لانه ليس بثناء خالص بل مشوب بحاجته، قيد به لانه لو قال اللهم اختلفوا فيه والصحيح الجواز كذا في المحيط. والخلاف مبني على معناه فعند سيبويه والبصريين معناه يا الله وضمه الهاء فيه هي الضمة التي بنى عليها المنادى، والميم المشددة في آخره عوض عن حرف النداء المحذوف، ولا يجمع بينه وبين حرف النداء لئلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض، ويصح الشروع ب يا الله كما في منية المصلي ولم يحك فيه خلافا فكذا ما كان بمعناه. وعند الكوفيين معناه يا الله أمنا بخير أي اقصدنا به فحذف حرف النداء والجملة اختصارا لكثرة الاستعمال فأبقيت ضمة الهاء على ما كانت عليه، وعوضت بالميم المشددة عن الجملة. ويجوز الجمع بين حرف النداء والميم لانها ليست بعوض عنه وقد رد هذا القول بقوله تعالى * (وإذا قالوا اللهم إن كان هذا هو الحق من عندك فأمطر) * (الانفال: ٣٢) الآية، لانه لا يسوغ أن يقال يا الله أمنا بخير إن كان هذا هو الحق من عندك فأمطر الآية. فلا جرم أن صحح المشايخ القول بالصحة. وذكر في شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام أن فيه قولا ثالثا

وهو أن الميم المشددة كناية عن أسماء الله تعالى قال: فهذا يوجب أن يصح الشروع به أيضا اه. ويشهد له قول النضر بن شميل من قال اللهم فقد دعا بجميع أسمائه، ولهذا قيل إنه الاسم الاعظم. وأشار إلى أنه لو قال اللهم أرزقني أو قال استغفر الله أو أعوذ بالله أو لا حول ولا قوة إلا بالله أو ما شاء الله فإنه لا يصير شارعا كما في المنية، ولو قال بسم الله الرحمن الرحيم ففي المبتغى والمجتبى يجوز، وفي الذخيرة لا يجوز معللا بأن التسمية للتبرك فكأنه قال بارك لي في هذا الامر،

***

[٥٣٨]

وظاهر كلام الشارح ترجيحه. وفي شرح المنية إنه الاشبه. وينبغي ترجيح الجواز لانه ذكر خالص بدليل التسمية على الذبيحة مع اشتراط الذكر الخالص فيها لقوله تعالى * (فاذكروا اسم الله عليها صواف) * (الحج: ٣٦) أي خالصا. قوله (ووضع يمينه على يساره تحت سرته) كما قدمناه ولم يذكر كيفية الوضع لانها لم تذكر في ظاهر الرواية. واختلف فيها والمختار أنه يأخذ رسغها بالخنصر والابهام لانه يلزم من الاخذ الوضع ولا ينعكس. وهذا لان الاخبار اختلفت ذكر في بعضها الوضع وفي بعضها الاخذ فكان الجمع بينهما عملا بالدليلين أولى. ولم يذكر المصنف أيضا وقت الوضع ففي ظاهر الرواية وقته كما فرغ من التكبير فهو سنة قيام له قرار فيه ذكر مسنون فيضع حالة الثناء وفي القنوت وتكبيرات الجنازة، وقيل سنة القراءة فقط فلا يضع في هذه المواضع. وأجمعوا

***

[٥٣٩]

أنه لا يسن الوضع في القيام المتخلل بين الركوع والسجود لانه لا قرار له ولا قراءة فيه، وبهذا اندفع ما في فتح القدير من أن الارسال في القومة بناء على الضابط المذكور يقتضي أن ليس فيها ذكر مسنون وإنما يتم إذا قيل بأن التحميد والتسميع ليس سنة فيها بل في نفس الانتقال إليها لكنه خلاف ظاهر النصوص والواقع أنه قل ما يقع التسميع إلا في القيام حالة الجمع بينهما اه. لما علمت أن كلامهم إنما هو في قيام له قرار. وفي القنية: ولو ترك التسميع حتى استوى قائما لا يأتي به كما لو لم يكبر حالة الانحطاط حتى ركع أو سجد تركه، ويجب أن يحفظ هذا ويراعى كل شئ في محله اه. وهو صريح في أن القومة ليس فيها ذكر مسنون. وذكر في شرح منية المصلي أن شيخ الاسلام ذكر في شرح كتاب الصلاة أنه يرسل في القومة التي تكون بين الركوع والسجود على قولهما كما هو قول محمد. وذكر في موضع آخر أن على قولهما يعتمد فإن في هذا القيام ذكرا مسنونا وهو التسميع أو التحميد، وعلى هذا مشى صاحب الملتقط اه. وهو مساعد لما بحثه المحقق آنفا. وعلى هذا

***

[٥٤٠]

فالمراد من الاجماع المتقدم اتفاق أبي حنيفة وصاحبيه على الصحيح. وصحح في البدائع جواب ظاهر الرواية مستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم إنا معاشر الانبياء أمرنا أن نضع أيماننا على شمائلنا في الصلاة من غير فصل بين حال وحال فهو على العموم إلا ما خص بدليل. وذكر الشارح أنه لا يضع في تكبيرات العيد، وعند بعضهم أنه سنة القيام مطلقا حتى يضع في الكل. وحكى في البدائع اختلاف المشايخ في الوضع فيما بين التكبيرات. قوله (مستفتحا) هو حال من الوضع أي يضع قائلا سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا إله غيرك. وقد تقدم أنه سنة لرواية الجماعة أنه كان صلى الله عليه وسلم يقوله إذا افتتح الصلاة. أطلقه فأفاد أنه يأتي به كل مصل، إماما كان أو مأموما أو منفردا لكن قالوا: المسبوق لا يأتي به إذا كان الامام يجهر بالقراءة للاستماع وصححه في الذخيرة. ثم سبحان في الاصل مصدر كغفران وهو لا يكاد يستعمل إلا مضافا منصوبا بإضمار فعله وجوابا، فمعنى سبحانك أسبحك تسبيحا أي أنزهك تنزيها. وقيل اعتقد نزاهتك عن كل صفة لا تليق بك. وبحمدك أي نحمدك بحمدك فهو في المعنى عطف الجملة على الجملة فحذفت الثانية كالاولى، وأبقى حرف العطف داخلا على متعلقها مرادا به الدلالة على الحالية من الفاعل فهو في موضع نصب على الحال منه فكأنه إنما أبقى ليشعر بأنه قد كان هنا جملة طوي ذكرها إيجازا على أنه لو قيل بحمدك بلا حرف العطف كان جائزا صوابا كما روي عن أبي حنيفة لانه لا يخل بالمعنى المقصود. والحاصل أنه نفى بقوله: سبحانك صفات النقص، وأثبت بقوله بحمدك صفات الكمال لان الحمد إظهار الصفات الكمالية. ومن هنا يظهر وجه تقديم التسبيح على التحميد. وتبارك لا يتصرف فيه ولا يستعمل إلا لله تعالى. ذكره

القاضي البيضاوي.

***

[٥٤١]

ولعل المعنى والله أعلم تكاثر خيور أسمائك الحسنى وزادت على خيور سائر الاسماء لدلالتها على الذات السبوحية القدوسية العظمى والافعال الجامعة لكل معنى أسنى. وتعالى جدك أي ارتفع عظمتك أو سلطانك أو غناك عما سواك.، ولا إله غيرك في الوجود فأنت المعبود بحق فبدأ بالتنزيه الذي يرجع إلى التوحيد، ثم ختم بالتوحيد ترقيا في الثناء على الله عزوجل من ذكر النعوت السلبية والصفات الثبوتية إلى غاية الكمال في الجلال والجمال وسائر الافعال وهو الانفراد بالالوهية وما يختص به من الاحدية والصمدية، فهو الاول والآخر والظاهر والباطن وهو بكل شئ عليم. وأشار المصنف إلى أنه لا يزيد على الاستفتاح فلا يأتي بدعاء التوجه وهو وجهت وجهي لا قبل الشروع ولا بعده هو الصحيح المعتمد. ونص في البدائع على أن عن أبي يوسف روايتين في رواية يقدم التسبيح على التوجه وصححه الزاهدي، وفي رواية إن شاء قدمه وإن شاء أخره، وقد روى البيهقي عن جابر مرفوعا أنه صلى الله عليه وسلم كان يجمع بينهما، وهو محمول على النافلة لان مبناها على التوسع، ويدفعه ما رواه ابن حبان في صحيحه كان إذا قام للصلاة المكتوبة يجمع بينهما. ومنهم من أجاب بأن ذلك كان في أول الامر، ويدل عليه أن عمر رضي الله عنه جهر بالتسبيح فقط ليقتدي الناس به ويتعلموه، فهو ظاهر في أنه وحده هو الذي كان عليه النبي صلى الله عليه وسلم آخر الامر في الفرائض. وفي منية المصلي: وإذا زاد وجل ثناؤك لا يمنع وإن سكت لا يؤمر به. وفي الكافي: إنه لم ينقل في المشاهير. وفي البدائع: إن ظاهر الرواية الاقتصار على المشهور. فالحاصل أن الاولى تركه في كل صلاة نظرا إلى المحافظة على المروي من غير زيادة عليه في خصوص هذا المحل وإن كان ثناء على الله تعالى. ثم اعلم أنه يقول في دعاء التوجه وأنا من المسلمين ولو قال وأنا أول المسلمين اختلف المشايخ في فساد صلاته والاصح عدم الفساد، وينبغي أن لا يكون فيه خلاف لما ثبت في صحيح مسلم من الروايتين بكل منهما. وتعليل الفساد بأنه كذب مردود بأنه إنما يكون كذبا إذا كان مخبرا عن نفسه لا تاليا، وإذا كان مخبرا فالفساد عند الكل.

***

[٥٤٢]

قوله (وتعوذ سرا) أي قال المصلي أعوذ بالله من الشيطان الرجيم وهو اختيار أبي عمر وعاصم وابن كثير وهو المختار عندنا وهو قول الاكثر من أصحابنا لانه المنقول من استعاذته صلى الله عليه وسلم، وبهذا يضعف ما اختاره في الهداية من أن الاولى أن يقول أستعيذ بالله ليوافق القرآن يعني لان المذكور فيه فاستعذ بصيغة الامر من الاستعاذة وأستعيذ مضارعها فيتوافقان بخلاف أعوذ فإنه من العوذ لا من الاستعاذة، وجوابه كما في فتح القدير أن لفظ استعذ طلب العوذ، وقوله أعوذ مثال مطابق لمقتضاه، أما قربه من لفظه فمهدر. وفي البدائع: ولا ينبغي أن يزيد عليه أن الله هو السميع العليم يعني كما هو اختيار نافع وابن عامر والكسائي لان هذه الزيادة من باب الثناء، وما بعد التعوذ محل القراءة لا محل الثناء، وقد قدم المصنف أنه سنة لقوله تعالى * (فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم) * (النحل: ٩٨) أي إذا أردت قراءة القرآن فأطلق المسبب على السبب. وإنما لم يكن واجبا لظاهر الامر لان السلف أجمعوا على سنيته كما نقله المصنف في الكافي ولم يعين سند الاجماع الذي هو الصارف للامر عن ظاهره، وعلى القول بأنه لا يحتاج إلى سند بل يجوز أن يخلق الله لهم علما ضروريا يستفيدون به الحكم فلا إشكال. وروى ابن أبي شيبة عن إبراهيم النخعي عن ابن مسعود أربع يخفيهن الامام: التعوذ والتسمية وآمين وربنا لك الحمد. فقوله سرا عائد إلى الاستفتاح والتعوذ قوله (للقراءة فيأتي به المسبوق لا المقتدي ويؤخر عن تكبيرات العيدين) يعني أن التعوذ سنة القراءة فيأتي به كل قارئ للقرآن لانه شرع لها صيانة عن وساوس الشيطان فكان تبعا لها وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وعند أبيوسف هو تبع للثناء. وفائدة الخلاف في ثلاث مسائل: إحداها أنه لا يأتي به المقتدي عندهما لانه لا قراءة عليه، ويأتي به

***

[٥٤٣]

عنده لانه يأتي بالثناء. ثانيها أن الامام يأتي بالتعوذ بعد تكبيرات الزوائد في الركعة الاولى عندهما، ويأتي به الامام والمقتدي بعد

الثناء قبل التكبيرات عنده. ثالثها أن المسبوق لا يأتي به للحال ويأتي به إذا قام إلى القضاء عندهما، وعنده يأتي به مرتين عن الدخول بعد الثناء وعند القراءة، وقد ذكر صاحب الهداية وجماعة الخلاف بين الصاحبين وأبي يوسف وفي عامة النسخ كالمبسوط والمنظومة وشروحها بين أبي يوسف ومحمد، ولم يذكر قول أبي حنيفة بل وذكر أبو اليسر رواية عن محمد كما عن أبي يوسف، فلذا والله أعلم صحح صاحب الخلاصة قول أبي يوسف أنه تبع للثناء. وأشار المصنف إلى أن محل التعوذ بعد الثناء ومقتضاه أنه لو تعوذ قبل الثناء أعاده بعده لعدم وقوعه في محله، وإلى أنه لو نسي التعوذ فقرأ الفاتحة لا يتعوذ لفوات المحل. وقيدنا بقراءة القرآن للاشارة إلى أن التلميذ لا يتعوذ إذا قرأ على أستاذه كما نقله في الذخيرة، وظاهره أن الاستعاذة لم تشرع إلا عند قراءة القرآن أو في الصلاة وفيه نظر ظاهر، وقد قدمنا أن المسبوق يأتي بالثناء إلا إذا كان إمامه يجهر بالقراءة، ويأتي به أيضا إذا قام إلى قضاء ما سبق به. وإذا أدرك الامام في الركوع يتحرى إن كان أكبر رأيه أنه لو أتى به أدرك الامام في شئ من الركوع يأتي به قائما وإلا يتابع الامام ولا يأتي بالثناء في الركوع لفوات محله فإنه محل التسبيحات. وإنما يأتي بتكبيرات العيد فيه دون تسبيحاته لانها واجبة دونها، وكذا لو أدرك المسبوق الامام في السجدة فهو كالركوع، وإذا لم يدرك الامام في الركوع والسجود لا يأتي بهما لانه انفرد عن الامام بعد الاقتداء بزيادة لم يعتد بها وإن كانت غير مفسدة لما أن زيادة ما دون الركعة غير مفسد. وإن أدرك إمامه في القعدة فإنه لا يأتي بالثناء بل يكبر للافتتاح ثم للانحطاط ثم يقعد، وقيل يأتي بالثناء. وينبغي أن يفصل كما في الركوع والسجود وأن لا فرق بين القعدة الاولى والثانية.
***
[٥٤٤]
قوله (وسمى سرا في كل ركعة) أي ثم يسمي المصلي بأن يقول بسم الله الرحمن الرحيم. هذا هو المراد بالتسمية هنا، وأما في الوضوء والذبيحة فالمراد منها ذكر الله تعالى. والمراد بالمصلي هنا الامام أو المنفرد، أما المقتدي فلا دخل له فيها فإنه لايقرأ بدليل أنه قدم أنه لا يتعوذ، وقد عدها المصنف فيما سبق من السنن وهو المشهور عن أهل المذهب. وقد صحح الزاهدي في شرحه. وفي القنية وجوبها في كل ركعة وصرح في باب سجود السهو بأنه يلزمه السهو بتركها وتبعه على ذلك ابن وهبا في منظومته قال: وإن الوجوب قول الاكثر. والشارح الزيلعي في باب سجود السهو علل في البدائع بما يفيده فإنه قال: وروى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه يأتي بها في كل ركعة هو قول أبي يوسف ومحمد، لان التسمية إن لم تجعل من الفاتحة قطعا لخبر الواحد لكن خبر الواحد يوجب العمل فصارت من الفاتحة عملا فمتى لزمه قراءة الفاتحة يلزمه قراءة التسمية احتياطا اه‍. وهذا كله ضعيف والمواظبة لم تثبت لما في صحيح مسلم عن أنس: صليت خلف النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان فلم أسمع أحدا منهم يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم وإن كان قد أجاب عنه أئمتنا بأنه لم يرد نفي القراءة بل السماع للاخفاء بدليل ما رواه أحمد عنه فكانوا لا يجهرون ببسم الله الرحمن الرحيم وهو دليلنا على الاخفاء بها، ولولا التصريح بلزوم السهو بتركها لقلت إن
***
[٥٤٥]
الوجوب في كلامهم بمعنى الثبو ت أطلق فشمل الصلاة الجهرية والسرية فما في منية المصلي من أن الامام إذا جهر لا يأتبها وإذا خافت يأتي بها غلط فاحش مخالف لكل الروايات. وقوله في كل ركعة أي في ابتداء كل ركعة فلا تسن التسمية بين الفاتحة والسورة مطلقا عندهما. وقال محمد: تسن إذا خافت لا إن جهر. وصحح في البدائع قولهما. والخلاف في الاستنان أما عدم الكراهة فمتفق عليه ولهذا صرح في الذخيرة والمجتبى بأنه إن سمى بين الفاتحة والسورة كان حسنا عند أبي حنيفة، سواء كانت تلك السورة مقروءة سرا أو جهرا. ورجحه المحقق ابن الهمام وتلميذه الحلبي لشبهة الاختلاف في كونها آية من كل سورة وإن كانت الشبهة في ذلك دون الشبهة الناشئة من الاختلاف في كونها آية من الفاتحة. وما في القنية من أنه يلزمه سجود السهو بتركها بين الفاتحة والسورة فبعيد جدا كما أن قول من قال لا يسمي إلا في الركعة الاولى قول غير صحيح، بل قال الزاهدي: أنه غلط على أصحابنا غلطا فاحشا. وفي ذكر التسمية بعد التعوذ إشارة إلى محلها فلو سمى قبل التعوذ أعادها بعده لعدم وقوعها في محلها، ولو نسيها حتى فرغ من الفاتحة لا يسمي لاجل فوات محلها. قوله (وهي آية من القرآن أنزلت للفصل بين السور ليست من الفاتحة ولا من كل سورة) بيان للاصح من الاقوال كما في المحيط وغيره ورد للقولين الآخرين: أحدهما أنها ليست قرآنا وهو قول بعض مشايخنا لاختلاف العلماء والاخبار فيها فأورث شبهة. ثانيهما أنها من

الفاتحة ومن كل سورة ونسب إلى الشافعي ووجه الاصح إجماعهم على كتابتها مع الامر بتجريد المصحف وقد تواترت فيه، وهو دليل تواتر كونها قرآنا، وبه اندفعت الشبهة للاختلاف، وإنما لم يحكم بكفر منكرها لان إنكار القطعي لا يوجب الكفر إلا إذا لم يثبت فيه
***
[٥٤٦]
شبهة قوية، فإن ثبتت فلا كما في البسملة. فالموجب لتكفير من أنكر القرآن إنكار متواتر كونه قرآنا، وأما البسملة فلما تواترت في المصحف ثبتت قرآنيتها وبتواتر كونها قرآنا في الاوائل لم يكفر جاحدها، فالتواتر المعتبر في القرآن تواتره في محله والمعتبر في التكفير تواتر كونه قرآنا، وبهذا اندفع ما قيل من الاشكال في التسمية وهو أنها إن كانت متواترة لزم تكفير منكرها ولم يتكافروا فيها، وإن لم تكن متواترة فليست قرآنا. وأشار بقوله آية إلى أنها في القرآن آية واحدة يفتتح بها كل سورة، وعند الشافعي آيات في السور. والخلاف في غير البسملة التي في سورة النمل، أما هي فبعض آية اتفاقا. ومما استدل به لمذهبنا حديث قسمت الصلاة بيني وبين عبدي فإذا قال الحمد لله إلى آخره (١) فإنه لم يذكر البسملة فدل أنها ليست من الفاتحة. وحديث عد سورة الملك ثلاثين آية وهي ثلاثون دونها، والكلام في البسملة طويل بين الائمة. واستفيد من كلام المصنف أنه يحرم قراءتها على الجنب والحائض. وقيده في المحيط وغيره بأن يقرأ على قصد القرآن ومقتضى كونها قرآنا أن تحرم على الجنب إلا إذا قصد الذكر أو التيمن. وفي المجتبى: الاصح أنها آية في حق حرمتها على الجنب لا في حق جواز الصلاة بها فإن فرض القراءة ثابت بيقين فلا يسقط بما فيه شبهة، وكذا في المحيط. قوله (وقرأ الفاتحة وسورة أو ثلاث آيات) أي وقرأ المصلي إذا كان إماما أو منفردا على وجه الوجوب ما ذكر، وهما واجبتان للمواظبة لكن الفاتحة أوجب حتى يؤمر بالاعادة بتركها دون السورة. كذا ذكره الشارح، وقد تبع فيه الفقيه وفيه نظر ظاهر لان كلا منهما واجب اتفاقا وبترك الواجب تثبت كراهة التحريم وقد قالوا: كل صلاة أديت مع كراهة التحريم يجب إعادتها، فتعين القول بوجوب الاعادة عند ترك السورة وما يقوم مقامها كترك الفاتحة. نعم الفاتحة آكد في الوجوب من السورة للاختلاف في ركنيتها دون السورة، والآكدية لا
***
[٥٤٧]
تظهر فيما ذكره لان وجوب الاعادة حكم ترك الواجب مطلقا لا الواجب المتأكد. وإنما يظهر في الاثم لانه مقول بالتشكيك كما قدمناه. والثلاث آيات القصار تقوم مقام السورة في الاعجاز فكذا هنا، وكذا الآية الطويلة تقوم مقامها فإذا نقص عن ثلاث قصار أو آية طويلة فقد ارتكب كراهة التحريم لتركه الواجب، وإذا أتى بها خرج عن كراهة التحريم فإن قرأ القدر المسنون كما سيأتي فقد خرج عن كراهة التنزيه أيضا وإلا فقد ارتكبها كما صرح به في شرح منية المصلي. فمن قال يخرج عن الكراهة إذا قرأ الواجب أراد التحريمية، ومن قال لا يخرج عنها أراد التنزيهية. قوله (وأمن الامام والمأموم سرا) للحديث إذا أمن الامام فأمنوا فإنه من وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه (١) رواه الشيخان وهو يفيد تأمينهما لكن في حق الامام بالاشارة لانه لم يسق النص له، وفي حق المأموم بالعبارة لانه سيق لاجله، وبهذا يضعف رواية الحسن عن أبي حنيفة أن الامام لا يؤمن. وروى أبو داود وغيره أنه صلى الله عليه وسلم قال آمين وخفض بها صوته. ولو قال المصنف وأمن المصلي أو الجميع كما في الحاوي القدسي لكان أولى، ليشمل المنفرد فإنه يؤمن أيضا لرواية مسلم إذا قال أحدكم في الصلاة آمين (٢)
***
[٥٤٨]
الحديث. قال عبد الحق: في هذه الرواية اندرج المنفرد. وأطلق في إخفائها فشمل الصلاة الجهرية والسرية وكل مصل لكن اختلفوا في تأمين المأموم إذا كان الامام في السرية وسمع المأموم تأمينه، منهم من قال يقوله هو كما هو ظاهر الكتاب، ومنهم من قال لا لان ذلك الجهر لا عبرة به بعد الاتفاق على أنه ليست من القرآن. وقد علم مما ذكرنا أن المأموم لا يقولها إلا إذا سمع قراءة الامام لا مطلقا فليس كالامام مطلقا كما هو ظاهر المختصر. وفي آمين أربع لغات أفصحهن وأشهرهن آمين بالمد والتخفيف، والثانية بالقصر والتخفيف ومعناه استجب، والثالثة بالامالة، والرابعة بالمد والتشديد. فالاولتان مشهورتان والاخيرتان حكاهما الواحدي في أول البسيط ولهذا كان المفتى به عندنا أنه لو قال آمين بالتشديد لا تفسد لما علمت أنها لغة ولانه موجود في القرآن ولان له وجها كما قال الحلواني إن معناه ندعوك قاصدين إجابتك لان معنى آمين قاصدين. وأنكر جماعة من مشايخنا كونها لغة وحكم بفساد الصلاة. ومن الخطأ في استعمالها

أمن بالتشديد مع حذف الياء مقصورا وممدودا ولا يبعد فساد الصلاة فيهما. قوله (وكبر بلا مد وركع) لما في الصحيحين عن أبي هريرة قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا قام إلى الصلاة يكبر حين يقوم ثم يكبر حين يركع، ثم يقول سمع الله لمن حمده حين يرفع صلبه من الركوع، ثم يقول وهو قائم ربنا ولك الحمد، ثم يكبر حين يهوي ساجدا، ثم يكبر حين يرفع رأسه، ثم يفعل ذلك في الصلاة كلها حتى يقضها، ويكبر حين يقوم من الثنتين بعد الجلوس. معنى قوله بلا مد حذفه من غير تطويل وهو معنى ما ورد التكبير جزم. وصاحله الامساك عن إشباع الحركة والتعمق فيها والاضراب عن الهمز المفرطة والمد الفاحش. وفي المبسوط: لو مد ألف الله لا يصير شارعا وخيف عليه الكفر إن كان قاصدا.
***
[٥٤٩]
وكذا لو مد ألف أكبر أو باءه لا يصير شارعا لان إكبار جمكبر وهو البطل، وقيل اسم للشيطان. ولو مد الله فهو خطأ لغة، وكذا لو مد راءه. ومد لام الله صواب وجزم الهاء خطأ لانه لم يجئ إلا في ضرورة الشعر، وقد بحث الاكمل في العناية في قولهم أنه إذا مد الهمزة من الله تفسد ويكفر إن تعمده للشك بأن الهمزة يجوز أن تكون للتقرير فلا يكون هناك لا كفر ولا فساد ا ه. وفيه نظر لان ابن هشام في المغني قال: والرابع التقرير ومعناه حملك المخاطب على الاقرار والاعتراف بأمر قد استقر عنده ثبوته أو نفيه، ويجب أن يليها الشئ الذي يقرر به تقول في التقرير بالفعل أضربت زيدا، أو بالفعل أأنت ضربت زيدا، أو بالمفعول أزيدا ضربت كما يجب ذلك في المستفهم عنه اه. وليس الله أكبر من
***
[٥٥٠]
هذا القبيل إذ ليس هنا مخاطب كما لا يخفى لكن ذكر في المطول أن التقرير يقال على التحقق والثبوت ويقال على حملك المخاطب إلى آخره، ولعل الاكمل أراد المعنى الاول. وقد تبع المصنف القدوري في التعبير بالواو في قوله وركع المحتمل لمقارنة وضدها. وفي بعض الروايات يكبر ثم يهوي وعبارة الجامع الصغير ويكبر مع الانحطاط قالوا: وهو الاصح لئلا تخلو حالة الانحناء عن الذكر، ولما قدمناه من حديث الصحيحين، وقال بعضهم: يسن التكبير عند الخرور وابتداؤه عند أول الخرور، وفراغه عند الاستواء. كذا في الخلاصة. وليس هو موافقا لما في الجامع لانه لا يلزم منه أن يكون فراغه عند الاستواء. وفي الخلاصة: ويركع حين يفرغ من القراءة وهو منتصب يصلي هذا هو المذهب الصحيح اه. واحترز به عما حكاه في منية المصلي عن بعضهم أنه إذا أتم القراءة حالة الخرور لا بأس أن يكون ما بقي من القراءة حرفا أو كلمة، لكن ذكر في المكروهات أن منها أن يتم القراءة في الركوع. قوله (وركع ووضع يديه على ركبتيه وفرج أصابعه) لما رواه أنس من صفة صلاته عليه السلام. وأشار إلى أن التطبيق المروي عن ابن مسعود منسوخ وهو أن يضم إحدى الكفين إلى الاخرى ويرسلهما بين فخذيه بما في الصحيحين. وفي فتح القدير: ويعتمد بيديه على ركبتيه ناصبا ساقيه، وإحناؤهما شبه القوس كما يفعل عامة الناس مكروه. ذكره في روضة العلماء. وإنما يفرج بينهما لانه أمكن من الاخذ بالركب ولا يندب إلى التفريج إلا في هذه الحالة، ولا إلى الضم إلا في حالة السجود وفيما عدا ذلك يترك على العادة. قوله (وبسط ظهره وسوى رأسه بعجزه) فإنه سنة كما صح عنه صلى الله عليه وسلم فلهذا لا يرفع رأسه ولا يخفضه. وفي المجتبى: والسنة في الركوع إلصاق الكعبين واستقبال الاصابع للقبلة. قوله (وسبح فيه ثلاثا) أي في ركوعه بأن يقول سبحان ربي العظيم ثلاثا لحديث ابن ماجه إذا ركع أحدكم فليقل سبحان ربي العظيم ثلاثا
***
[٥٥١]
وذلك أدناه، وإذا سجد فليقل سبحان ربي الاعلى ثلاثا وذلك أدناه (١) وفي صحيح مسلم أنه صلى الله عليه وسلم كان يقول في ركوعه سبحان ربي العظيم، وفي سجوده سبحان ربي الاعلى. وفي سنن أبي داود: لما نزلت * (فسبح باسم ربك العظيم) * (الواقعة: ٧٤) قال: اجعلوها في ركوعكم. فلما نزلت * (سبح اسم ربك الاعلى) * (الاعلى: ١) قال: اجعلوها في سجودكم. وظاهر هذا الامر الوجوب. روي عن أبي مطيع البلخي أن التسبيحات ركن لو تركه لا تجوز صلاته كما في الذخيرة. والذي في البدائع عنه أن من نقص من الثلاث في تسبيحات الركوع والسجود لا تجوز صلاته قال: وهذا فاسد لان الامر تعلق بفعل الركوع والسجود مطلقا عن شرط

التسبيح فلا يجوز نسخ الكتاب بخبر الواحد، فقلنا بالجاز مع كون التسبيح سنة عملا بالدليلين بقدر الامكان اه. وقد بحث فيه العلامة ابن أمير حاج الحلبي بأنه لا يتعين العمل بالدليلين في جعل التسبيح سنة بل يكون ذلك أيضا في جعله واجبا والمواظبة الظاهرة من حاله صلى الله عليه وسلم والامر به متظافران على الوجوب، فينبغي إذا تركه سهوا أن يجب السجود، وإذا تركه عمدا يؤمر بالاعادة. ونقل ابن هبيرة وغيره أنه مرة واحدة في كل منهما، والتسميع والتحميد وسؤال المغفرة بين السجدتين والتكبيرات واجب في الرواية المشهورة عن أحمد إلا أنه إن ترك شيئا منها عمدا بطلت صلاته، وسهوا لا ويسجد للسهو اه. وقد يقال: إنما لم يكن واجبا عندنا لوجود الصارف وهو أنه عليه الصلاة والسلام لم يذكره للاعرابي حين علمه ولو كان واجبا لذكره له، والمواظبة لم تنقل صريحا وهذا الصارف منع من القول بها ظاهرا فلهذا كان الامر للاستحباب كما صرح به غير واحد من المشايخ. فعلى هذا فالمراد من الكراهة في قولهم لو ترك التسبيحات أصلا أو نقص عن الثلاث فهو مكروه كراهة التنزيه لانها في مقابلة المستحب. واختلف في معنى قوله وذلك أدناه فقيل أدنى كمال السنة، وقيل أدنى كمال التسبيح، وقيل أدنى القول المسنون والاول أوجه، وعلى كل فالزيادة على الثلاث أفضل. ويستحب أن يختم على وتر خمس أو سبع أو تسع لحديث الصحيحين إن الله وتر يحب الوتر (٢) ولا ينبغي للامام أن يطيل على وجه يمل القوم لانه سبب للتنفير وأنه مكروه ولهذا قال الاسبيجابي: ولو كان إماما يقولها ثلاثا على قول بعضهم. وقال بعضهم: يقولها أربعا حتى يتمكن المقتدي من الثلاث، ولو أطال
***
[٥٥٢]
الركوع لادراك الجائي لا تقر بالله تعالى فهو مكروه. وفي الذخيرة والبدائع وغيرهما قال أبو يوسف: سألت أبا حنيفة عن ذلك فقال: أخشى عليه أمرا عظيما يعني الشرك. وقد وهم بعضهم في فهم كلام الامام فاعتقد منه أن يصير المنتظر مشركا يباح دمه فأفتى بإباحة دمه، وهكذا ظن صاحب منية المصلي فقال: يخشى عليه الكفر، ولا يكفر وكل منهما غلط ولم يرده الامام رحمه الله تعالى بل أراد أنه يخاف عليه الشرك في عمله الذي هو الرياء وإنما لم يقطع بالرياء في عمله لما أنه غير مقطوع به لوجود الاختلاف فإنه نقل عن الشعبي أنه لا بأس به وهو قول الشافعي في القديم وقد نهى الله عن الاشراك في العمل بقوه تعالى * (فمن كان يرجو لقاء ربه) * (الكهف: ١١٠) الآية. وأعجب منه ما نقله في المجتبى عن البلخي أنه تفسد صلاته ويكفر. ثم نقل بعده عن الجامع الاصغر أنه مأجور على ذلك لقوله تعالى * (وتعاونوا على البر والتقوى) * (المائدة: ٢) وعن أبي الليث أنه حسن. وعنه التفصيل بين أن يعرف الجائي فلا أو لا فنعم. وأشار المصنف إلى أنه لا يأتي في ركوعه وسجوده بغير التسبيحات، وما ورد في السنة من غيرها فمحمول على النوافل تهجدا أو غيره. ولو رفع الامام رأسه قبل أن يتم المأموم التسبيحات فيه روايتان أصحهما وجوب المتابعة بخلاف ما لو سلم قبل أن يتم المقتدي التشهد فإنه لا يتابعه لان قراءة التشهد واجبة. كذا في فتاوى قاضيخان. قوله (ثم رفع رأسه) أي من الركوع، وقد تقدم حكم هذا الرفع في عد الواجبات قوله (واكتفى الامام بالتسميع والمؤتم والمنفرد بالتحميد) لحديث الصحيحين إذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد (١) فقسم بينهما والقسمة تنافي الشركة فكان حجة على أبي يوسف ومحمد القائلين بأن الامام يجمع بينهما استدلالا بأنه عليه السلام كان يجمع بينهما لان القول مقدم على الفعل وحجة على الشافعي في قوله إن المقتدي يجمع بين الذكرين أيضا، وحكاه الاقطع رواية عن أبي حنيفة وهو غريب فإن صاحب الذخيرة نقل أنه لا يأتي بالتسميع بلا خلاف بين أصحابنا. وأما المنفرد ففيه ثلاثة أقوال: الاول أنه يأتي بالتسميع لا غير وهو رواية المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، وينبغي أن لا يعول عليها ولم أر من صححها.
***
[٥٥٣]
الثاني أنه يأتي بالتحميد لا غير وصححه المصنف في الكافي. وقال في المبسوط: وهو الاصح وعليه أكثر المشايخ. واختاره الحلواني والطحاوي لان التسميع حث لمن خلفه على التحميد وليس معه أحد ليحثه عليه فلا يأتي بالتسميع. الثالث الجمع بينهما وصححه صاحب الهداية. وقال الصدر الشهيد: وعليه الاعتماد. واختاره صاحب المجمع لان قد صح من فعله عليه الصلاة والسلام أنه كان يجمع بينهما ولا محمل له سوى حالة الانفراد توفيقا بينه وبين القول الثابت في الصحيحين في حق الامام والمأموم. وقيده في غاية البيان بانفراده

بصلاة النفل لانه كان مواظبا على الجماعة في الفرض، وحيث اختلف التصحيح كما رأيت فلا بد من الترجيح، فالمرجح من جهة المذهب ما في المتن لانه ظاهر الرواية كما صرح به قاضيخان في شرحه، والرجح من جهة الدليل ما صححه في الهداية. وفي القنية: أما المنفرد يقول سمع الله لمن حمده فإذا استوى قائما قال ربنا لك الحمد في الجواب الظاهر وهو الصحيح اه. وفي جامع التمرتاشي: فإن لم يأت بالتسميع حالة الرفع لم يأت به حالة الاستواء، وقد قيل يأتي بهما. والمراد بالتسميع سمع الله لمن حمده ومعناه قبل الله حمد من حمده، وقيل أجاب، وقيل غفر له. والهاء في حمده للكناية. كذا في المستصفى. وذكر في الفوائد الحميدية أنها للسكتة والاستراحة. والمراد بالتحميد واحد من أربعة ألفاظ أفضلها اللهم ربنا ولك الحمد كما في المجتبى، ويليه اللهم ربنا لك الحمد، ويليه ربنا ولك الحمد، ويليه المعروف ربنا لك الحمد. فما في المحيط من أفضلية الثاني فمحمول على أفضليته على ما بعده لا على الكل كما لا يخفى لما صرحوا به من أن زيادة الواو توجب الافضلية واختلفوا فيها، فقيل زائدة، وقيل عاطفة تقديره ربنا حمدناك ولك الحمد. واعلم أن المفهوم من المتن أنه لا يكبر حال الارتفاع وهو الموافق لما ذكر في خزانة الفقه أن تكبيرات فرائض اليوم والليلة أربع وتسعون، وإنما يستقيم هذا إذا لم يكن عند الرفع تكبير لكن ذكر في المحيط وروضة الناطفي أنه يكبر حالة الارتفاع لما روي أنه عليه الصلاة والسلام وأبا بكر وعمر وعليا كانوا يكبرون عند كل خفض ورفع كما رواه الطحاوي. ويمكن أن يجاب عن الحديث بأن المراد بالتكبير الذكر الذي فه تعظيم الله تعالى توفيقا. كذا في المجتبى قوله (ثم كبر ووضع ركبتيه ثم يديه ثم وجهه بين كفيه بعكس النهوض) كما كان يفعله عليه السلام كما رواه أبو داود ولحديث الترمذي: كان عليه السلام إذا سجد وضع وجهه بين كفيه. وأفاد أنه إذا أراد السجود يضع أولا ما كان أقرب إلى الارض فيضع ركبتيه أولا ثم يديه ثم أنفه ثم جبهته، وإذا أراد الرفع يرفع أولا جبهته ثم أنفه ثم يديه ثم ركبتيه. وهذا كله عند الامكان، أما إذا كان متخففا فإنه يضع اليدين قبل الركبتين ويقدم اليمنى على اليسرى.

***

[٥٥٤]

قوله (وسجد بأنفه وجبهته) أي سجد عليهما التحصيل الاكمل. والانف اسم لما صلب وأما مالان منه فلا يجوز الاقتصار عليه بإجماعهم كما نقله غير واحد. والجبهة اسم لما يصيب الارض مما فوق الحاجبين إلى قصاص الشعر حالة السجود، وعرفها بعضهم بأنها ما إكتنفه الجبينان. واعلم أن المأمور به في كتاب الله تعالى إنما هو السجود وهو في اللغة يطلق لطأطأه الرأس والانحناء وللخضوع وللتواضع وللميل كسجدت النخلة مالت، وللتحية كالسجود لآدم تكرمة له. كذا في ضياء الحلوم. وفي الشريعة: وضع بعض الوجه مما لا سخرية فيه فخرج الخد والذقن والصدغ ومقدم الرأس فلا يجوز السجود عليها، وإن كان من عذر بل معه يجب الايماء بالرأس. ولعله إنما قال تعالى * (يخرون للاذقان سجدا) * مع أن الذقن ليس محل السجود لان الساجد أول ما يلقى به الارض من وجهه الذقن وهو مجتمع اللحيين. ووضع بعض الوجه يتحقق بالانف كما في الجبهة فيجوز بالجبهة وحدها اتفاقا على ما عليه الجم الغفير من أهل المذهب. وما في المفيد والمزيد من أنه لا يتأدى الفرض عندهما إلا بوضعهما نخلاف المشهور عنهما، وإنما محل الاختلاف في الاقتصار على الانف فعنده يجوز مطلقا، وعندهما لا يجوز إلا من عذر بالجبهة كما صرح به صاحب الهداية، والوجه ظاهر للامام رحمه الله لان المأمور به السجود وهو ما قلنا. وأما ما في الصحيحين مرفوعا أمرت أن اسجد على سبعة أعظم على الجبهة وأشار بيده إلى أنفه واليدين والركبتين وأطراف القدمين ولا يكف الثياب والشعر (١) فلا يفيد الافتراض لان ظني الثبوت قطعا وظني الدلالة على

***

[٥٥٥]

خلاف فيه بناء على أن لفظ أمرت مستعمل في الوجوب والندب الذي هو الاعم بمعنى طلب مني ذلك أو في الندب أو في الوجوب. فقولهما بالافترا ض مشكل لانه يلزمهما الزيادة على الكتاب بخبر الواحد وهما يمنعانه في الاصول كأبي حنيفة، فلذا قال المحقق ابن الهمام: فجعل بعض المتأخرين الفتوى على الرواية الاخرى الموافقة لقولهما لم يوافقه دراية ولا القوي من الرواية. هذا ولو حمل قولهما لا يجوز الاقتصار إلا من عذر على وجوب الجمع كان أحسن إذ يرتفع الخلاف بناء على ما حملنا الكراهة منه عليه من كراهة التحريم ولم يخرجا عن الاصول اه. فالحاصل أنه لا خلاف بينهم، فقول الامام بكراهة الاقتصار على الانف المراد بها كراهة التحريم وهي

في مقابلة ترك الواجب، وقولهما بعدم الجواز المراد به عدم الحل وهو كراهة التحريم، فالسجود على الجبهة واجب اتفاقا لان مقتضى الحديث والمواظبة المروية في سنن الترمذي كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا سجد مكن جبهته وأنفه بالارض وقال حديث حسن صحيح. وهكذا في صحيح البخاري لكن هذا يقتضي وجوب السجود على الانف كالجبهة لان المواضبة المنقولة تعمهما مع أن المنقول في البدائع والتحفة والاخيار عدم الكراهة بترك السجود على الانف، وظاهر ما في الكتاب يخالفة فإنه قال: وكره أي الاقتصار على أحدهما، سواء كان الجبهة أو الانف. وهي عند الاطلاق منصرفة إلى كراهة التحريم، وهكذا في المفيد والمزيد. فالقول بعدم الكراهة ضعيف. وخرج أيضا بقولنا مما لا سخرية فيه ما إذا رفع قدميه في السجود فإنه لا يصح لان السجود مع رفعهما بالتلاعب أشبه منه
***
[٥٥٦]
بالتعظيم والاجلال. ويكفيه وضع أصبع واحدة فلو لم يضع الاصابع أصلا ووضع ظهر القدم فإنه لا يجوز لان وضع القدم بوضع الاصبع. وإذا وضع قدما ورفع آخر جاز مع الكراهة من غير عذر كما أفاده قاضيخان. وذهب شيخ الاسلام إلى أن وضعهما سنة فتكون الكراهة تنزيهية، والاوجه على منوال ما سبق هو الوجوب فتكون الكراهة تحريمية لما سبق من الحديث. وذكر القدوري أن وضعهما فرض وهو ضعيف. وأما اليدان والركبتان فظاهر الرواية عدم افتراض وضعهما. قال في التجنيس، والخلاصة: وعليه فتوى مشايخنا. وفي منية المصلي: ليس بواجب عندنا. واختار الفقيه أبو الليث الافتراض وصححه في العيون ولا دليل عليه لان القطعي إنما أفاد وضع بعض الوجه على الارض دون اليدين والركبتين، والظني المتقدم لا يفيده لكن مقتضاه ومقتضى المواظبة الوجوب، وقد اختاره المحقق في فتح القدير وهو إن شاء الله تعالى أعدل الاقوال لموافقته الاصول وإن صرح كثير من مشايخنا بالسنية ومنهم صاحب الهداية. وفي المجتبى: سجد على طرف من أطراف جبهته يجوز اه‍. وظاهر ما في التجنيس يخالفه فإنه قال: إذا وضع من الجبهة مقدار الانف لا يجوز عند أبي حنيفة لان الانف عضو كامل، وهذا المقدار من الجبهة ليس بعضو كامل ولا بأكثر منها اه‍. إلا أن يحمل الطرف على الاكثر كما لا يخفى. قوله (وكره بأحدهما أو بكور عمامته) أي كره السجود عليه وهو دورها. يقال كار
***
[٥٥٧]
العمامة وكورها دارها على رأسه، وهذه العمامة عشرة أكوار وعشرون كورا. كذا في المغرب. وهو بفتح الكاف كما ضبطه ابن أمير حاج لحديث الصحيحين كننصلي مع النبي صلى الله عليه وسلم في شدة الحر فإذا لم يستطع أحدنا أن يمكن جبهته من الارض بسط ثوبه فسجد عليه. وذكر البخاري في صحيحه قال الحسن: كان القوم يسجدون على العمامة والقلنسوة فدل ذلك على الصحة، وإنما كره لما فيه من ترك نهاية التعظيم. وما في التنجيس من التعليل بترك التعظيم راجع إليه والافتراك التعظيم أصلا مبطل للصلاة، وقد نبه العلامة ابن أمير حاج هنا تنبيها حسنا وهو أن صحة السجود على الكور إذا كان الكور على الجبهة أو بعضها، أما إذا كان على الرأس فقط وسجد عليه ولم تصب جبهته والارض على القول بتعيينها ولا أنفه على القول بعدم تعيينها، فإن الصلاة لا تصح لعدم السجود على محله، وكثير من العوام يتساهل في ذلك ويظن الجواز. وظاهر أن الكراهة تنزيهية لنقل فعله صلى الله عليه وسلم وأصحابه من السجود على العمامة تعليما للجواز فلم تكن تحريمية، وقد أخر أبو داود عن صالح بن حيوان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يسجد وقد اعتم على جبهته فحسر عن جبهته إرشادا لما هو الافضل والاكمل. ولا يخفى أن محل الكراهة عند عدم العذر، أما معه فلا. وفي كلام المصنف اشتباه فإنه جعل الكراهة في الاقتصار على أحدهما وفي السجود على الكور واحدة، وقد حققنا أنها تحريمية في الاول تنزيهية في الثاني، فيراد بالكراهة طلب الكف عن فعلها طلبا غير جازم، سواء كان في الفعل إثم أو لا وأشار بالكور إلى أن كل حائل بينه وبين الارض متصل به فإن حكمه كذلك يعني الصحة كما لو سجد على فاضل ثوبه أو كمه على مكان طاهر. وأما الكراهة ففي الذخيرة والمحيط: إذا بسط كمه وسجد عليه إن بسط ليقي التراب عن وجهه كره ذلك لان هذا نوع تكبر، وإن بسط ليقي التراب على عمامته أو ثيابه لا يكره لعدمه. ونص قاضيخان على أن لا بأس به ولم يذكر كراهة. وفي الزاد: ولو سجد على كمه إن كان ثمة تراب أو حصاة لا يكره لانه يدفع الاذى عن نفسه، وإن لم يكن جاز ويكره. والتوفيق بينهما بحمل ما في الذخيرة على ما إذا لم يخف ضررا وقصد الترفع

فيكره تحريما، ويحمل ما ذكره قاضيخان على ما إذا لم يكن ترفعا ولم يخف أذى فيكره تنزيها وهي ترجع إلى خلاف الاولى، وكلمة لا بأس غالبا فيما تركه أولى. ويحمل ما في الزاد على ما إذا لم يكن ترفعا وخاف الاذى فيكون مباحا. وقيدنا بكون ما تحته طاهرا لانه لو بسط كمه على نجاسة فالاصح عدم الجواز، ودل كلامه على أنه لو سجد على حائل بينه وبين الارض منفصل عنه فإنه يصح بالاولى كالسجادة والحصير. وذكر الاكمل في تقريره أن الاولى للامام

***

[٥٥٨]

ومن يقتدي به كالمفتي ترك السجادة حتى لا يحمل العوام على ما فيه حرج عليهم بخلافه في الخلوة ومن لا يقتدي به. وحمله البزازي على زمانهم أما في زماننا فالاولى الصلاة عليها لما أن الناس تهاونوا في أمر الطهارة، والاصل كما أنه يجوز السجود على الارض يجوز على ما هو بمعنى الارض مما تجد جبهته حجمه وتستقر عليه. وتفسير وجدان الحجم أن الساجد لو بالغ لا يتسفل رأسه أبلغ من ذلك فيصح السجود على الطنفسة والحصير والحنطة والشعير والسرير والعجلة إن كانت على الارض لانه يجد حجم الارض بخلاف ما إذا كانت على ظهر الحيوان لان قرارها حينئذ على الحيوان كالبساط المشدود بين الاشجار. ولو سجد على ظهر رجل إن كان للضرورة بأن لم يجد موضعا من الارض يسجد عليه والمسجود على ظهره في الصلاة جاز، وإن لم يكن في الصلاة أو وجد فرجه لا يجوز لعدمها. وقيد في الواقعات أن تكون صلاتهما متحدة حتى لو سجد على ظهر من يصلي صلاة أخرى لا يجوز لعدمها، وعليه مشى في الخلاصة وفتح القدير: وشرط في المجتبى شرطا آخر وهو أن يكون المسجود على ظهره ساجدا على الارض، فلو سجد على ظهر مصل ساجد على ظهر مصل لا يجوز فالشروط أربعة. وفي المحيط: ولو سجد على ظهر الميت وعليه لبد، إن وجد حجم الميت لم يجز لانه سجد على الميت، وإن لم يكن يجد حجمه جاز لانه سجد على اللبد. ولو سجد على الارز أو الجاورس أو الذرة لا يجوز لعدم استقرار الجبهة عليها حتى لو كان الارز في الجوالق فإنه يجوز لانه يجد الحجم بواسطة انكباسه كما ذكره في منية المصلي. وإن سجد على الثلج إن لم يلبده وكأن يغيب وجهه ولا يجد حجمه لم يجز وإن لبد جاز. وكذا إذا ألقي الحشيش فسجد عليه إن وجد حجمه جاز وإلا فلا، وكذا التبن والقطن. ومن هنا يعلم جواز أداء الصلاة على الطراحة القطن فإن وجد الحجم جاز وإلا فلا. وهذا القيد لا بد منه في السجود على كور العمامة وطرف القلنسوة كما صرح به في المجتبى. وفي منية المصلي: ولو أن موضع السجود ارفع من موضع القدمين مقدار لبنتين منصوبتين جاز وإن كان أكثر يجوز، أراد لبنة بخارى وهو ربع ذراع اه‍. وفي التنجيس: ولو سجد على حجر صغير إن كان أكثر الجبهة على الارض يجوز وإلا فلا. وهكذا في كثير من الكتب معزيا إلى نصير وفيه بحث، لان اسم السجود يصدق بوضع شئ من الجبهة على

***

[٥٥٩]

الارض ولا دليل على اشتراط أكثرها كما قالوا يكفي في القدمين وضع أصبع واحدة، ولهذا قال في المجتبى: سجد على طرف من أطراف جبهته جاز. ثم نقل كلام نصير فدل على تضعيفه. نعم وضع أكثرها واجب للمواظبة على تمكين الجبهة من الارض، وعلى تسليم أن الاكثر شرط فيجب أنه إذا كان ما أصاب الحجر والارض يبلغ أكثرها يجوز لا أنه لا يعتد بما أصاب الحجر أصلا كما هو ظاهر كلامهم والله الموفق للصواب. وقيد بكون الحائل تبعا لان الحائل لو كان بعضه، فإن كان كفه يجوز على الاصح، وإن كان فخذه يجوز بعذر لا بغيره على الصحيح، وإن كان ركبته لا يجوز مطلقا من غير خلاف يعلم لكن إن كان بعذر كفاه باعتبار ما في ضمنه من الايماء وكان عدم الخلاف فيه لكون السجود يقع على حرف الركبة وهو لا يأخذ قدر الواجب من الجبهة على ما قدمناه عن التنجيس وفي فتح القدير، والذي ينبغي ترجيح الفساد على الكف والفخذ. قوله (وأبدى ضبعيه) أي أظهر عضديه. والضبع بالسكون لا غير العضد. وقيل وسطه وباطنه كذا في المغرب. ولعل المراد هنا الثاني للدليل الآتي، ولانه المسنون. وذكر في المحيط أن فيه لغتين سكون الباء وضمها. وذكر في ضياء الحلوم مختصر شمس العلوم أن الضبع بالسكون العضد، والضبع بالضم الانثى من الضباع، ويقال للسنة المجدبة. وإنما يظهرهما لحديث الصحيحين أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا سجد فرج بين يديه حتى يبدو بياض إبطيه ولحديث مسلم إذا سجدت فضع كفيك وارفع مرفقيك ثم إن كان في الصف لا يبديهما حذرا من إيذاء جاره بخلاف ما إذا لم يؤد إلى الايذاء كما إذا لم يكن في الصف زحام. ذكره في المجتبى، وهذا أولى مما ذكره في الهداية وتابعه في الكافي وتبعهما الشارح من أنه إذا كان في الصف

لا يجافي بطنه عن فخذيه لان الايذاء لا يحصل من مجرد المجافاة وإنما يحصل من إظهار العضدين. قوله (وجافى بطنه عن فخذيه) أي باعده لحديث مسلم: كان إذا سجد جافى بين
***
[٥٦٠]
يديه حتى لو أن بهيمة أرادت أن تمر بين يديه مرت، ولحديث أبي داود في صفة صلاته عليه الصلاة والسلام: وإذا سجد فرج بين فخذيه غير حامل بطنه على شئ من فخذيه. وبهيمة تصغير بهمة ولد الشاة بعد السخلة فإن أول ما تضعه أمه يكون سخلة، ثم يكون بهمة وهي بصيغة المكبر في صحيح مسلم وسنن ابن ماجه. وذكر بعض الحفاظ أن الصواب التصغير قالوا: والحكمة في الابداء والمجافاة أن يظهر كل عضو بنفسه فلا تعتمد الاعضاء بعضها على بعض. وهذا ضد ما ورد في الصفوف من التصاق بعضهم ببعض لان المقصود هناك الاتحاد بين المصلين حتى كأنهم جسد واحد ولانه في الصلاة أشبه بالتواضع وأبلغ في تمكين الجبهة والانف من الارض وأبعد من هيآت الكسالى، فإن المنبسط يشبه الكلب ويشعر بالتهاون بالصلاة وقلة الاعتناء بها. قوله (ووجه أصابع رجليه نحو القبلة) لحديث أبي حميد في صحيح البخاري أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا سجد وضع يديه غير مفترش ولا قابضهما واستقبل بأطراف أصابع رجليه القبلة. ونص صاحب الهداية في التجنيس على أنه إن لم يوجه الاصابع نحوها فإنه مكروه. ثم الظاهر أن المراد بقوله ولا قابضهما أنه ناشر أصابعه عن باطن كفيه بدليل ما في صحيح ابن حبان عن وائل بن حجر أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا سجد ضم أصابعه فنشر أصابعه من الطي ضاما بعضها إلى بعض. ومن هنا نص مشايخنا على أنه يضم
***
[٥٦١]
أصابعه كل الضم في السجود. قيل: والحكمة فيه أن الرحمة تنزل عليه في السجود فبالضم ينال أكثر. قوله (وسبح فيه ثلاثا) أي في السجود وقد قدمناه في تسبيحات الركوع. قوله (والمرأة تخفض وتلزق بطنها بفخذيها) لانه أستر لها فإنها عورة مستورة، ويدل عليه ما رواه أبو داود في مراسيله أنه عليه الصلاة والسلام مر على امرأتين تصليان فقال: إذا سجدتما فضما بعض اللحم إلى الارض فإن المرأة ليست في ذلك كالرجل. وذكر الشارح أن المرأة تخالف الرجل في عشر خصال: ترفع يديها إلى منكبيها، وتضع يمينها على شمالها تحت ثدييها، ولا تجافي بطنها عن فخذيها، وتضع يديها على فخذيها تبلغ رؤوس أصابعها ركبتيها، ولا تفتح ابطيها في السجود، وتجلس متوركة في التشهد، ولا تفرج أصابعها في الركوع، ولا تؤم الرجال، وتكره جماعتهن، وتقوم الامام وسطهن اه‍. ويزاد على العشر أنها لا تنصب أصابع القدمين كما ذكره في المجتبى. ولا يستحب في حقها الاسفار بالفجر كما قدمناه في محله، ولا يستحب في حقها الجهر بالقراءة في الصلاة الجهرية بل قدمنا في شروط الصلاة إنه لو قيل بالفساد إذا جهرت لامكن على القول بأن صوتها عورة والتتبع يقتضي أكثر من هذا فالاحسن عدم الحصر قوله (ثم رفع رأسه مكبرا وجلس مطمئنا) يعني بين السجدتين، وقد تقدم أن هذا الجلوس مسنون ومقتضى الدليل من المواظبة عليها وجوبها لكن المذهب خلافه، وما في شرح المنية من أن الاصح وجوبها إن كان بالنظر إلى الدراية فمسلم لما علمت من المواظبة، وإن كان من جهة الرواية فلا، وقد صرح الشارحون بالسنية. ولم يذكر المصنف بين السجدتين ذكرا مسنونا وهو المذهب عندنا، وكذا بعد الرفع من الركوع، وما ورد فيهما من الدعاء فمحمول على التهجد. قال يعقوب: سألت أبا حنيفة عن الرجل يرفع رأسه من الركوع في الفريضة، أيقول اللهم اغفر لي قال: يقول ربنا لك الحمد وسكت. وكذلك بين السجدتين فقد أحسن حيث لم ينهه عن الاستغفار صريحا من قوة احترازه، ولم يذكر المصنف
***
[٥٦٢]
أيضا مقدار الرفع الذي يكون فاصلا بين السجدتين للاختلاف فيه، فإن فيه أربع روايات عن أبي حنيفة صحح صاحب الهداية أنه إن كان إلى القعود أقرب جاز، وإن كان إلى السجود أقرب لا يجوز لانه يعد ساجدا. وصحح صاحب البدائع أنه إن كان بحيث لا يشكل على الناظر أنه رفع يجوز. وصحح صاحب المحيط أنه يكتفي بأدنى ما ينطلق عليه اسم الرفع. والرواية الرابعة أنه إذا رفع رأسه مقدار ما يمر الريح بينه وبين الارض جاز، ولم أر من صححها. وظاهر كلام المصنف في الكافي أنها تعود إلى الرواية الثالثة المصححة في المحيط

واختارها فيه، وذكر أنها القياس لتعلق الركنية بالادنى في سائر الاركان. قوله (وكبر وسجد مطمئنا) وقد تقدم حكم الطمأنينة. قوله (وكبر للنهوض بلا اعتماد وقعود) لحديث أبي داود: نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يعتمد الرجل على يديه إذا نهض في الصلاة. وفي حديث وائل بن حجر في صفة صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم: وإذا نهض نهض على ركبتيه واعتمد على فخذيه. ولحديث الترمذي عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينهض في الصلاة على صدور قدميه. قال الترمذي: إن عليه العمل عند أهل العلم. وأما ما رواه البخاري عن مالك بن الحويرث أنه رأى النبي صلى الله عليه وسلم إذا كان في وتر من صلاته لم ينهض حتى يستوي قاعدا. فمحمول على حالة الكبر كما في الهداية، ويرد عليه أن هذا الحمل يحتاج إلى دليل وقد قال عليه الصلاة والسلام لمالك بن الحويرث لما أراد أن يفارقه: صلوا كما رأيتموني أصلي. ولم يفصل فكان الحديث حجة للشافعي، فالاولى أن يحمل على تعليم الجواز فلذا والله أعلم قال في الفتاوى الظهيرية قال شمس الائمة الحلواني: إن الخلاف إنما هو في الافضلية حتى لو فعل كما هو مذهب الشافعي لا بأس به عندنا اهـ. وكذا ترك الاعتماد مستحب لمن ليس به عذر عندنا على ما هو ظاهر كثير من الكتب المشهورة. قال الوبري: لا بأس بأن يعتمد براحتيه على الارض عند النهوض من غير فصل بين العذر وعدمه. ومثله ما في المحيط عن الطحاوي: لا بأس بأن يعتمد بيديه على الارض شيخا كان أو شابا. وهو قول عامة العلماء اهـ. والاوجه أن يكون سنة فتركه يكره تنزيها لما تقدم من النهي. وذكر الشارح أنه يكره تقديم إحدى الرجلين عند النهوض، ويستحب

***

[٥٦٣]

الهبوط باليمنى والنهوض بالشمال ولم يذكر للكراهة دليلا وذكرها في المجتبى مروية عن معاذ بن جبل وابن عباس رضي الله عنهما قوله (والثانية كالاولى) أي فيما قدمناه من الاركان والواجبات والسنن الآداب (إلا أنه لا يثنى) أي لا يأتي بدعاء الاستفتاح لانه شرع في أول العبادة دون أثنائها ولذا سمي دعاء الاستفتاح. قوله (ولا يتعوذ) لانه شرع في أول القراءة لدفع الوسوسة فلا يتكرر إلا بتبدل المجلس كما لو تعوذ وقرأ ثم سكت قليلا وقرأ، وبهذا اندفع ما ذكره ابن أمير حاج في شرحه من أنه ينبغي على قول أبي حنيفة ومحمد أن يتعوذ في الثانية أيضا لانه سنة القراءة والقراءة تتجدد في كل ركعة لما علمت أنه سنة في أول القراءة. قوله: (ولا يرفع يديه إلا في فقعس صمعج) أي ولا يرفع يديه على وجه السنة المؤكدة إلا في هذه المواضع. وليس مراده النفي مطلقا لان رفع الايدي وقت الدعاء مستحب كما عليه المسلمون في سائر البلاد، فلا يرفع يديه عند الركوع ولا عند الرفع منه ولا في تكبيرات الجنائز لحديث أبي داود عن البراء قال: رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يرفع يديه حين افتتح الصلاة ثم لم يرفعهما حتى انصرف. ولحديث مسلم عن جابر ابن سمرة قال: خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: ما لي أراكم رافعي أيديكم كأنها أذناب خيل شمس؟ تسكنوا في الصلاة. وشمس بضم المعجمة وسكون الميم جمع شموس بفتحها، وضم الميم أي صعب. واعتراض البخاري في كتابه رفع اليدين بأن هذا الرفع كان في التشهد بدليل حديث عبد الله بن القبطية عن جابر أيضا، رد بأن الظاهر أنهما حديثان لان الذي يرفع يديه حال التسليم لا يقال له أسكن في الصلاة، وبأن العبرة لعموم اللفظ وهو قوله اسكنوا في الصلاة لا لخصوص السبب وهو الايماء حال التسليم. وفي فتح القدير: واعلم أن الآثار عن الصحابة والطرق عنه صلى الله عليه وسلم كثيرة جدا والكلام فيها واسع من جهة الطحاوي وغيره، والقدر المتحقق بعد ذلك كله ثبوت رواية كل من الامرين عنه عليه الصلاة والسلام الرفع عند الركوع كما رواه الائمة الستة في كتبهم عن ابن عمر، وعدمه كما رواه أبو داود وغير عن ابن مسعود وغيره فيحتاج إلى الترجيح لقيام التعارض. ويترجح ما صرنا إليه بأنه قد علم أنها كانت أقوال مباحة في الصلاة وأفعال من جنس هذا الرفع وقد علم نسخها فلا يبعد أن

***

[٥٦٤]

يكون هو أيضا مشمولا بالنسخ خصوصا، وقد ثبت ما يعارضه ثبوتا لا مرد له بخلاف عدمه فإنه لا يتطرق إليه احتمال عدم الشرعية لانه ليس من جنس ما عهد فيه ذلك بل من جنس السكون الذي هو طريق ما أجمع على طلبه في الصلاة أعني الخشوع، وكذا

بأفضلية الرواة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كما قاله أبو حنيفة للاوزاعي في الحكاية المشهورة عنهما. وأفاد بهذه الحروف سنية رفع اليدين في ثمانية مواضع: ثلاثة في الصلاة فالفاء لتكبيرة الافتتاح، والقاف للقنوت، والعين للعيدين. وخمسة في الحج فالسين عند استلام الحجر، والصاد عند الصعود على الصفا، والميم للمروة، والعين لعرفات، والجيم للجمرات، والرفع في الثلاثة الاول بحذاء الاذنين، وفي الخمسة تفصيل ففي استلام الحجر وعند الجمرتين الاولى والوسطى يرفع حذاء منكبيه ويجعل باطنهما نحو الكعبة في ظاهر الرواية، وعند الصفا والمروة وبعرفات يرفعهما كالدعاء باسطا يديه نحو السماء. كذا في الفتاوى الظهيرية من المناسك قوله: (وإذا فرغ من سجدتي الركعة الثانية افترش رجله اليسرى فجلس عليها ونصب يمناه ووجه أصابعه نحو القبلة) لحديث مسلم عن عائشة: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في كل ركعتين التحية، وكان يفترش رجله اليسرى وينصب اليمنى، وهذا بيان السنة عندنا حتى لو تورك جاز. أطلق الصلاة فشمل الفرض والنفل فيقعد فيهما على هذه الكيفية ففي المجتبى ناقلا عن صلاة الجلابي أن هذا في الفرض وفي النفل يقعد كيف شاء كالمريض مخالف لاطلاق الكتب المعتبرة المشهورة. نعم النفل مبناه على التخفيف ولذا يجوز قاعدا مع القدرة على القيام لكن الكلام إنما هو في السنية. قوله: (ووضع يديه على فخديه وبسط أصابعه) يعني وضع يده اليمنى على فخذه اليمنى ويده اليسرى على فخذه اليسرى لحديث مسلم عن ابن عمر مرفوعا كذلك أشار إلى رد ما ذكره الطحاوي أنه يضع يديه على ركبتيه ويفرق بين أصابعه كحالة الركوع لحديث مسلم

***

[٥٦٥]

أيضا عن ابن عمر كذلك وزاد فيه وعقد ثلاثة وخمسين وأشار بالسبابة. ورجح في الخلاصة الكيفية الاولى فقال: ولا يأخذ الركبة هو الأصح، فتحمل الكيفية الثانية في الحديث على الجواز، والاولى على بيان الافضلية. وعلل له في البدائع بأنه على الكيفية الاولى تكون الاصابع متوجهة إلى القبلة، وعلى الثانية إلى الارض لكنه لا يتم إلا إذا كانت الاصابع عطفت على الركبة، أما إذا كانت رؤوسها عند رأس الركبة فلا يتم الترجيح. وعلى اعتبار هذه الكيفية الثالثة ما في جمع التفاريق عن محمد أنه يكون أطراف الاصابع عند الركبة كما نقله في المجتبى وأشار ببسط الاصابع إلى أنه لا يشير بالسبابة عند الشهادتين وهو قول كثير من المشايخ وفي الولوالجية والتجنيس: وعليه الفتوى لانه مبنى الصلاة على السكون وكرهها في منية المصلي، ورجح في فتح القدير القول بالاشارة وأنه مروي عن أبي حنيفة كما قال محمد، فالقول بعدمها مخالف للرواية والدراية، ورواها في صحيح مسلم من فعله صلى الله عليه وسلم. وفي المجتبى: لما اتفقت الروايات عن أصحابنا جميعا في كونها سنة وكذا عن الكوفيين والمدنيين وكثرة الاخبار والآثار كان العمل بها أولى. قوله: (وقرأ تشهد ابن مسعود رضي الله عنه) وهو ما رواه أصحاب الكتب الستة

***

[٥٦٦]

وهو: التحيات لله والصلوات والطيبات، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين، أشهد أن لاإله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله. فسمي تشهدا تسمية للكل باسم جزئه الاشرف لان التشهد أشرف أذكاره. ثم في تفسير ألفاظها أقوال كثيرة أحسنها أن التحيات العبادات القولية، والصلوات العبادات البدنية، والطيبات العبادات المالية، فجميع العبادات لله تعالى لا يستحقه غيره ولا يتقرب بشئ منه إلى ما سواه. ثم هو على مثال من يدخل على الملوك فيقدم الثناء أولا ثم الخدمة ثانيا ثم بذل المال ثالثا. وأما قوله السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته حكاية سلام الله تعالى على نبيه عليه الصلاة والسلام فهي ثلاثة بمقابلة الثلاث التي أثنى بها النبي صلى الله عليه وسلم على ربه ليلة الاسراء. والسلام من سلم الله تعالى عليه أو من تسليمه من الآفات، والاظهر أن المراد بالرحمة هنا نفس الاحسان منه تعالى لا إرادته لان المراد الدعاء بها، والدعاء إنما يتعلق بالممكن والارادة قديمة بخلاف نفس الاحسان، والبركة النماء والزيادة من الخير، ويقال البركة جماع كل خير. ثم إنه صلى الله عليه وسلم أعطى سهما من هذه الكرامة لاخوانه الانبياء والملائكة وصالح المؤمنين من الانس والجن لانه يعمهم كما شهدت به السنة الصحيحة حيث قال صلى الله عليه وسلم هذه الكلمات فإنكم إذا قلتموها أصابت كل عبد صالح في السماء والارض. والعباد جمع عبد قال بعضهم ليس شئ أشر

ف من العبودية، ومراده من صفات المخلوقين وإلا فهي منبئة عن النقص لدلاتها على الحاجة والافتقار كما ذكره الغزالي في جواهر القرآن. وعرفها النسفي بأنها الرضا بما يفعله الرب تعالى والعبادة فعل ما يرضي الرب، وأن العبودية أقوى منها لانها لا تسقط في العقبى بخلاف العبادة. والصالح هو القائم بحقوق الله وحقوق عباده ولذا وصف الانبياء نبينا عليه الصلاة والسلام به ليلة الاسراء فقالوا مرحبا بالنبي الصالح، ولذا قالوا: لا ينبغي الجزم به في حق شخص معين من غير شهادة الشارح له به، وإنما يقال هو صالح فيما أظن أو في ظني خوفا من الشهادة بما ليس س فيه. وأشهد معناه أعلم وأتيقن ألوهية الله تعالى وحده لا شريك له، وعبودية محمد ورسالته صلى الله عليه وسلم. وقدمت العبودية على الرسالة لما قدمنا أنها أشرف صفاته ولهذا وصفه الله تعالى بها في قوله تعالى * (سبحان الذي أسرى بعبده) * (الاسراء: ١) وفي قوله تعالى * (فأوحى إلى عبده ما أوحى) * [النجم: ١٠]
***
[٥٦٧]
واختير لفظ الشهادة دونهما لانها أبلغ في معناها وأظهر منهما لكونها مستعملة في ظواهر الاشياء وبواطنها بخلاف العلم واليقين فإنهما يستعملان غالبا في البواطن فقط، ولذا لو أتى الشاهد بلفظ أعلم أو أتيقن مكان أشهد لم تقبل شهادته. وإنما ذكرنا بعض معاني التشهد لما أن المصلي يقصد بهذه الالفاظ معانيها مرادة له على وجه الانشاء منه كما صرح به في المجتبى بقوله: ولا بد من أن يقصد بألفاظ التشهد معناها التي وضعت لها من عنده كأنه يحيي الله ويسلم على النبي صلى الله عليه وسلم وعلى نفسه وأوليائه ا ه‍. وعلى هذا فالضمير في قوله السلام علينا عائد إلى الحاضرين من الامام والمأموم والملائكة كما نقله في الغاية عن النووي واستحسنه، وبهذا يضعف ما ذكره في السراج الوهاج أن قوله السلام عليك أيها النبي حكاية سلام الله عليه لابتداء سلام من المصلي عليه. واحترز بتشهد ابن مسعود عن غيره ليخرج تشهد عمر رضي الله عنه وهو: التحيات لله الزاكيات لله الطيبات الصلوات لله، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين، أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله. رواه مالك في الموطأ وعمل به إلا أنه زاد عليه وحده لا شريك له الثابت في تشهد عائشة المروي في الموطأ أيضا، وبه علم تشهدها. وخرج تشهد ابن عباس رضي الله عنهما المروي في مسلم وغيره مرفوعا: التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين، أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا رسول الله، إلا أن في رواية الترمذي: سلام عليك بالتنكير. وبهذا أخذ الشافعي وقال: إنه أكمل التشهد. ورجح مشايخنا تشهد ابن مسعود بوجوه عشرة ذكرها الشارح وغيره أحسنها أن حديثه اتفق عليه الائمة الستة في كتبهم لفظا ومعنى. واتفق المحدثون على أنه أصح أحاديث التشهد بخلاف غيره حتى قال الترمذي: إن أكثر أهل العلم عليه من الصحابة والتابعين. وممن عمل به أبو بكر الصديق رضي الله عنه وكان يعلمه الناس على المنبر كالقرآن. ثم وقع لبعض الشارحين أنه قال: والاخذ بتشهد ابن مسعود أولى فيفيد أن الخلاف في الاولوية حتى لو تشهد بغيره كان آتيا بالواجب والظاهر خلافه، لانهم جعلوا
***
[٥٦٨]
التشهد واجبا وعينوه في تشهد ابن مسعود فكان واجبا ولهذا قال في السراج الوهاج: ويكره أن يزيد في التشهد حرفا أو يبتدئ بحرف قبل حرف. قال أبو حنيفة: ولو نقص من تشهده أو زاد فيه كان مكروها لاأذكار الصلاة محصورة فلا يزاد عليها ا ه‍. وإذا قلنا بتعينه للوجوب كانت الكراهة تحريمية وهي المحمل عند اطلاقها كما ذكرناه غير مرة. وأشار إلى أنه لا يزيد على تشهد ابن مسعود في القعدة الاولى فلا يأتي بالصلاة عليه صلى الله عليه وسلم فيها وهو قول أصحابنا ومالك وأحمد، وعند الشافعي على الصحيح أنها مستحبة فيها للجمهور ما رواه أحمد وابن خزيمة من حديث ابن مسعود. ثم إن كان النبي صلى الله عليه وسلم في وسط الصلاة نهض حين فرغ من تشهده قال الطحاوي: من زاد على هذا فقد خالف الاجماع فإن زاد فيها، فإن كان عامدا فهو مكروه ولا يخفى وجوب إعادتها، وإن كان ساهيا فقد اختلفت الرواية والمشايخ والمختار كما صرح به في الخلاصة أنه يجب السجود للسهو إذا قال اللهم صل على محمد لا لاجل خصوص الصلاة بل لتأخير القيام المفروض، واختاره قاضيخان. وبهذا ظهر ضعف ما في منية المصلي من أنه إذا زاد حرفا

واحدا وجب عليه سجود السهو على قول أكثر المشايخ لان الحرف أو الكلمة يسير يعسر التحرز عنه. وما ذكره القاضي الامام من أن السجود لا يجب حتى يقول وعلى آل محمد لان التأخير حاصل بما ذكرناه وما في الذخيرة من أنه لا يجب حتى يؤخر مقدار ما يؤدي ركنا فيه لانه لا دليل عليه. قوله: (وفيما بعد الاولين اكتفى بالفاتحة) يعني في الفرائض. أطلقه فشمل الثالثة من المغرب والاخيرتين من الرباعي وهي أحسن من عبارة القدوري حيث قال: ويقرأ في الاخريين بالفاتحة إذ لا تشمل المغرب. ولم يبين صفة القراءة فيما بعدهما للاختلاف، فروى
***
[٥٦٩]
الحسن عن أبي حنيفة وجوبها، وظاهر الرواية أنه يخير بين القراءة والتسبيح ثلاثا كما في البدائع والذخيرة، والسكوت قدر تسبيحة كما في النهاية أو ثلاثا كما ذكره الشارح وصحح التخيير في الذخيرة. وفي فتاوى قاضيخان: وعليه الاعتماد. وفي المحيط: ظاهر الرواية أن القراءة سنة في الاخيرتين، ولو سبح فيهما ولم يقرأ لم يكن مسيئا لان القراءة فيهما شرعت على سبيل الذكر والثناء حتى قالوا: ينوي بها الذكر والثناء دون القراءة بدليل أنه شرعت المخافتة فيها في سائر الاحوال وذلك يختص بالاذكار، ولذا تعينت الفاتحة للقراءة لانها كلها ذكر وثناء. وإن سكت فيهما عمدا يكون مسيئا لانه ترك السنة، وإن كان ساهيا لم يلزمه سجود السهو. وفي البدائع: إن التخيير مروي عن علي وابن مسعود وهو مما لا يدرك بالرأي فهو كالمرفوع وهو الصارف للمواظبة عن الوجوب المستفاد من حديث الصحيحين عن أبي قتادة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الظهر والعصر في الركعتين الاوليين بفاتحة الكتاب وسورتين، وفي الركعتين الاخيرتين بفاتحة الكتاب. وبهذا ظهر ضعف ما في المحيط من أنه
***
[٥٧٠]
لا يكون مسيئا بترك القراءة فيهما لكن مقتضى أثر علي وابن مسعود أنه لا يكون مسيئا بالسكوت وهو ظاهر ما في البدائع والذخيرة والخانية، وإن صاحب المحيط على خلافه. واتفق الكل على أن القراءة أفضل وليس بمناف للتخيير كالحلق مع التقصير وصوم المسافر في رمضان إذ لا مانع من التخيير بين الفاضل والافضل، وصحح في المجتبى أنه ينوي الذكر والثناء موافقا لما في المحيط، واستدل له في المبسوط. وفي البدائع أن رجلا سأل عائشة عن قراءة الفاتحة في الاخريين فقالت: ليكن على وجه الثناء وقد قدمنا في الحيض أن القرآن يخرج عن القرآنية بالقصد وأن بعضهم لا يرى به في الفاتحة فينبغي كذلك هنا، ومن الغريب ما نقله في المجتبى عن غريب الرواية أنه لو قرأ الفاتحة في الاخريين بنية القرآ يضم إليها السورة ا ه‍. وكان وجهه القياس على الاوليين، ولا يخفى عدم صحته لما عهد في الاخريين من التخفيف. وأشار بقوله اكتفى بالفاتحة إلى أنه لا يزيد عليها على أنه سنة، والظاهر أن الزيادة عليها مباحة لما ثبت في صحيح مسلم من حديث أبي سعيد الخدري أنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في صلاة الظهر في الركعتين الاوليين قدر ثلاثين آية، وفي الاخريين قدر خمسة عشر آية، وقال نصف ذلك. ولهذا قال فخر الاسلام وتبعه في غاية البيان أن السورة مشروعة نفلا في الاخريين حتى لو قرأها في الاخريين ساهيا لم يلزمه السجود، وفي الذخيرة وهو المختار، وفي المحيط وهو الاصح، وإن كان الاولى الاكتفاء بها لحديث أبي قتادة السابق، ويحمل حديث أبي سعيد على تعليم الجواز، ويحمل ما في السراج الوهاج معزيا إلى الاختيار من كراهة الزيادة على الفاتحة على كراهة التنزيه التي مرجعها إلى خلاف الاولى. وقيدنا بالفرائض لان النفل والواجب تجب القراءة في جميع الركعات بالفاتحة والسورة كما سيأتي، وأشار أيضا إلى أنه لا يأتي بالثناء والتعوذ في الشفع الثاني من الفرائض والواجب كالفرض في هذا بخلاف النوافل، سنة كانت أو غيرها، فإنه يأتي بالثناء والتعوذ فيه كالاول لان كل شفع صلاة على حدة، ولذا يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم في القعود الاول. واستثنى من ذلك في المجتبى الاربع قبل الظهر والجمعة وبعدها فإنها صلاة واحدة كالفرض لكن هو مسلم في الاربع قبل
***
[٥٧١]
الظهر لما صرحوا به من أنه لا تبطل شفعة الشفيع بالانتقال إلى الشفع الثاني منها. ولو أفسدها قضى أربعا والاربع قبل الجمعة بمنزلتها، وأما الاربع بعد الجمعة فغير مسلم بل هي كغيرها من السنن فإنهم لم يثبتوا لها تلك الاحكام المذكورة والله سبحانه أعلم. قوله: (والقعود

الثاني كالاول) يعني فيفترش رجله اليسرى فيجلس عليها وينصب اليمنى كما قدمناه، وهو احتراز عن قول مالك والشافعي من أنه يتورك فيها. وفي خزانة الفقه لابي الليث: وأكثر ما يقع التشهد في الصلاة الواحدة عشر مرات وهو أن يدرك الامام في التشهد الاول من صلاة المغرب، ثم يتشهد معه الثانية وعلى الامام سهو فيسجد معه ويتشهد الثالثة ثم يتذكر الامام أن عليه سجدة تلاو فيسجد ويتشهد معه الرابعة ثم يسجد الامام لهذا السهو ويتشهد معه الخامسة، ثم إذا سلم الامام قام المأموم وصلى ركعة وتشهد السادسة ثم صلى ركعة أخرى وتشهد السابعوقد كان سهى فيما يقضي فسجد للسهو وتشهد الثامنة، ثم تذكر أنه قرأ آية سجد فيما يقضي فسجد وتشهد التاسعة ثم سجد لهذا السهو وتشهد العاشرة ا ه. ومراد من التشهد بعد سجود التلاوة تشهد الصلاة في القعدة الاخيرة لان العود إلى سجود التلاوة يرفع القعدة كما لا يخفى، وحينئذ يعيده ويعيد سجود السهو لبطلانه بالعود إلى سجود التلاوة. قوله: (وتشهد وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم) وقد قدمنا أن التشهد واجب وأن الصلاة سنة، وقدمنا دليل السنية وأن موجب الامر في الآية إنما هو الافتراض في العمر مرة لانه لا يقتضي التكرار، وهذا بلا خلاف وإنما وقع الخلاف بين الطحاوي والكرخي في وجوبها كلما سمع ذكره من غيره أو من نفسه الموجب للتفسيق بالترك لا في الافتراض، فاختار الطحاوي تكرار الوجوب وصححه في التحفة والمحيط. واختلف على قوله إنه لو تكرر في مجلس واحد هل يتداخل الوجوب فيكفيه صلاة واحدة أو

***

[٥٧٢]

يتكرر الوجوب من غير تداخل؟ صحح في الكافي من باب سجود التلاوة الاول وأن الزائد ندب، وكذا التشميت. وصحح في المجتبى الثاني وفرق بينه وبين تكرار ذكر الله تعالى في مجلس حيث يكفي ثناء واحد قال: ولو تركه لا يبقى عليه دينا بخلاف الصلاة فإنها تصير دينا بأن كل وقت أداء للثناء لانه لا يخلو عن تجدد نعم الله تعالى عليه الموجبة للثناء فلا يكون وقتا للقضاء كالفاتحة في الاخريين بخلاف الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم. وهذا الفرق ليس بظاهر لان جميع الاوقات وإن كانت وقتا للاداء لكن ليس مطالبا بالاداء لانه رخص له في الترك فيمكن أن يكون سماعه لاسم الله تعالى سببا في الوجوب كالصلاة. واختار الكرخي استحباب التكرار ورجحه شمس الائمة السرخسي، وقدح في قول الطحاوي بأنه مخالف للاجماع، فإن تم نقل الاجماع على الاستحباب ترجح وإلا فالاولى قول الطحاوي للاحاديث الواردة فيها من الدعاء بالرغم والابعاد والشقاء والوصف بالبخل والجفاء لمن لم يصل عليه إذا ذكر عنده، فإن الوعيد في مثل هذه الامور على الترك من علامات الوجوب. ولعل السرخسي ظن أن الطحاوي قائل بالافتراض فرده، وقد علمت أنه إنما قال بالوجوب المصطلح عليه عندنا لما

***

[٥٧٣]

أن مستنده خبر واحد. وبهذا ظهر أن الصلا تكون فرضا وواجبا وسنة مستحبة ومكروهة. فالاول في العمر مرة، والثاني كلما ذكر على الصحيح، والثالث في الصلاة، والرابع في جميع أوقات الامكان،، والخامس في الصلاة في غير التشهد في القعود الاخير وظهر أيضا بما قررناه أن قول الحاوي القدسي وقال بعضهم إنها فرض عند سماع اسمه كل مرة وهذا أصح ا ه. محمول على الواجب كما قدمنا. ويمكن أن تكون الصلاة حراما كما صرحوا به في الخطر والاباحة في مسألة ما إذا فتح التاجر متاعه وصلى. وكذا في الفقاعي. وفي المجتبى معزيا إلى خزانة الاكمل: إنه لا يجب على النبي صلى الله عليه وسلم أن يصلي على نفسه. ثم في كيفيتها في الصلاة وخارجها اختلاف، والذي صرح به ضابط المذهب محمد بن الحسن على ما نقله الشارح وغيره: اللهم صلي على محمد وعلى آل محمد كما صليت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم، وبارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم إنك حميد مجيد. من غير ذكر في العالمين. وأخرجه البيهقي حديثا مرفوعا. ونقل في الذخيرة عن محمد الصلاة المذكورة مع تكرار إنك حميد مجيد. وهو كذلك في صحيح البخاري. وفي إفصاح ابن هبيرة عن محمد بن الحسن ذكر الصلاة المنقولة عنه مع زيادة في العالمين وهي ثابتة في رواية ابن مسعود الانصاري عند مالك ومسلم وأبي داود وغيرهم. فما في السراج الوهاج معزيا إلى منية المصلي من أنه لا يأتي بها ضعيف. ومعنى الصلاة الرحمة وإنما كرر حرف الجر في الآل للاشارة إلى تراخي رتبة آله عنه، واختلف فيهم فالاكثرون على أنهم قرابته الذين حرمت الصدقة عليهم، وصححه بعضهم،

واختار النووي أنهم جميع الامة والتشبيه في قوله كما صليت إما راجع لآل محمد، وأما لان
***
[٥٧٤]
المشبه به لا يلزم أن يكون أعلى من المشبه أو مساويا بل قد يكون أدنى مثل قوله تعالى * (مثل نوره كمشكاة) * (النور: ٣٥) وسبب وقوعه كون المشبه به مشهورا فهو من باب إلحاق غير المشهور بالمشهور ولا الناقص بالكامل. والواقع أن القدر الحاصل للنبي صلى الله عليه وسلم وآله أزيد مما حصل لغيره، والنكتة في تخصيص سيدنا ابراهيم دون غيره من الانبياء إما سلامه على أمة محمد صلى الله عليه وسلم ليلة الاسراء دون غيره من الانبياء أو لدعائه بقوله * (ربنا وابعث فيهم رسولا منهم) * (البقرة: ١٢٩) أو لانه سمانا المسلمين وسماه الله أبا للمسلمين، وحسن الختم ب " إنك حمد مجيد لان الداعي يشرع له أن يختم دعاءه باسم من الاسماء الحسنى مناسب للمطلوب كما علم من الآيات والاحاديث والصلاة والتبريك عليه يشتمل على الحمد والمجد لاشتمالها على ثناء الله وتكريمه ورفع الذكر له فكان المصلي يطلب من الله أن يزيده في حمده ومجده فناسب أن يختم بهذين الاسمين. والحكمة في أن العبد يسأل الله تعالى أن يصلي ولا يصلي بنفسه مع أنه مأمور بالصلاة قصوره عن القيام بهذه الحق كما ينبغي، فالمراد من الصلاة في الآية سؤالها، فالمصلي في الحقيقة هو الله تعالى ونسبتها إلى العبد مجاز. وفي منية المصلي:
***
[٥٧٥]
وروي عن بعض المشايخ أنه قال: ولا يقول ارحم محمدا وأكثر المشايخ على أنه يقوله للتوارث ا ه‍. وقال السرخسي: لا بأس به لان الاثر ورد به من طريق أبي هريرة وابن عباس، ولان أحدا وإن جل قدره لا يستغني عن رحمة الله تعالى، وصححه الشارح، ومحل الخلاف في الجواز وعدمه إنما هو فيما يقال مضموما إلى الصلاة والسلام كما أفاده شيخ الاسلام ابن حجر فلذا اتفقوا على أنه لا يقال ابتداء رحمه الله ومن العجيب ما وقع في فتاوى قاضيخان في آخر باب الوتر والتراويح حيث قال: وإذا صلى على النبي صلى الله عليه وسلم في القنوت قالوا: لا يصلي في القعدة الاخيرة، وكذا لو صلى على النبي صلى الله عليه وسلم في القعدة الاولى ساهيا لا يصلي في القعدة الاخيرة ا ه‍. وكان وجهه أن الصلا ة عليه في الصلاة لا تتكرر فإذا أتى بها مرة ولو في غير موضعها لا تعاد لكن هذا في الثاني ممكن، وأما في القنوت فالصلاة آخره مشروعة كما سيأتي، فالحق خلافه وأعجب من هذا ما في المجتبى من أنه إذا شرع في التشهد ولم يتمه لا تصح صلاته عند محمد لانه صار فرضا عليه بالشروع وإن كان ظاهر المذهب الصحة. وعندي في صحته عن محمد بعد لان يلزمه في كل واجب شرع فيه ولم يتمه كالفاتحة. وأطلق المصنف التشهد والصلاة فشمل المسبوق، ولا خلاف أنه في التشهد كغيره. وأما في الصلاة والدعاء فاختلفوا على أربعة أقوال، اختار ابن شجاع تكرار التشهد، وأبو بكر الرازي السكوت، وصحح قاضيخان في فتاواه أنه يترسل في التشهد حتى يفرغ منه عند سلام الامام، وصحح صاحب المبسوط أنه يأتي بالصلاة والدعاء متابعة للامام لان المصلي لا يشتغل بالدعاء في خلال الصلاة لما فيه من تأخير الاركان، وهذا المعنى لا يوجد هنا لانه لا يمكنه أن يقوم قبل سلام الامام، وينبغي الافتاء بما في الفتاوى كما لا يخفى. وفي عمدة الفتاوى للصدر الشهيد: الامام إذا تكلم والمقتدي بعد لم يقرأ التشهد قرأ، وإن أحدث الامام لم يقرأ لان الكلام بمنزلة
***
[٥٧٦]
السلام والامام إذا سلم والمقتدي لم يقرأ التشهد لانه يجوز أن يبقى المقتدي في حرمة الصلاة بعد سلام الامام ولا يجوز أن يبقى بعد حدث الامام عمدا. قوله: (ودعا بما يشبه ألفاظ القرآن والسنة لا كلام الناس) أي بالدعاء الموجود في القرآن ولم يرد حقيقة المشابهة إذ القرآن معجز لا يشابهه شئ، ولكن أطلقها لارادته نفس الدعاء لا قراءة القرآن مثل * (ربنا لا تؤاخذنا) * (البقرة: ٢٨٦) * (ربنا لا تزغ قلوبنا) * (آل عمران: ٨) * (رب اغفر لي ولوالدي) * (نوح: ٢٨) * (ربنا آتنا في الدنيا حسنة) * (البقرة: ٢٠١) إلى آخر كل من الآيات. وقوله والسنة يجوز نصبه عطفا على ألفاظ أي دعا بما يشبه ألفاظ السنة وهي الادعية المأثورة، ومن أحسنها ما في صحيح مسلم: اللهم إني أعوذ بك من عذاب جهنم ومن عذاب القبر ومن فتنة المحيا والممات ومن فتنة المسيح الدجال. ويجوز

جره عطفا على القرآن أو ما أي دعا بما يشبه ألفاظ السنة أو دعا بالسنة وقد تقدم أن الدعاء آخرها سنة لحديث ابن مسعود ثم ليتخير أحدكم من الدعاء أعجبه إليه فيدعو به ولفظ مسلم ثم ليتخير من المسألة ما شاء وله حديث أيضا عند أحمد وإن كان في آخرها دعا يعني النبي صلى الله عليه وسلم بعد التشهد بما شاء أن يدعو ثم يسلم. وعن أبي إمامة قال قيل: يا رسول الله أي الدعاء أسمع؟ قال: جوف الليل الاخير ودبر الصلوات المكتوبات. رواه الترمذي وحسنه. والدبر يطلق على ما قبل الفراغ منها أي الوقت الذي يليه وقت الخروج منها، وقد يراد به وراءه وعقبه أي الوقت الذي يلي وقت الخروج، ولا يبعد أن يكون كل من الوقتين أوفق لاستماع الدعاء فيه وأولى باستحبابه. وأطلق في المدعو له ولم يخصه بنفسه لان السنة أن لا يخص المصلي نفسه بالدعاء لقوله تعالى * (واستغفر لذنبك وللمؤمنين والمؤمنات) * (محمد: ١٩) وللحديث من صلى صلاة لم يدع فيها للمؤمنين والمؤمنات فهي خداج. ثم ظاهر النصوص ومن جملتها التشهد في الصلاة استحباب تقديم نفسه في الدعاء كما ثبت في سنن أبي داود وغيره: كان صلى الله صلى الله عليه وسلم إذا دعا بدعاء بدأ بنفسه وهو من آداب الدعاء. ولذا قال في منية المصلي: ويستغفر لنفسه ولوالديه إن كانا مؤمنين ولجميع المؤمنين والمؤمنات. وإنما قيد بإيمانهما لانه لا يجوز الدعاء بالمغفرة للمشرك، ولقد بالغ القرافي المالكي كما نقله في شرح منية المصلي بأن قال: إن الدعاء بالمغفرة للكافر كفر لطلبة تكذيب الله تعالى فيما أخبر به، وقد
***
[٥٧٧]
صرح المفسرون بأن والدي سيدنا نوح كانا مؤمنين. ثم ظاهر ما في المنية أنه يجوز الدعاء بالمغفرة لجميع المؤمنين جميع ذنوبهم، وقد صرح القرافي بتحريمه لان فيه تكذيبا للاحاديث الصحيحة المصرحة بأنه لا بد من تعذيب طائفة من المؤمنين بالنار وخروجهم منها شفاعة أو بغير شفاعة، ودخولهم النار إنما هو بذنوبهم. ولا يوجب الكفر كالدعاء للمشرك بها للفرق بين تكذيب الآحاد والقطعي، وأما قول الداعي اللهم اغفر لي ولجميع المسلمين فيجوز أن يريد بالمغفرة له المغفرة من جميع الذنوب، وأما لجميع المسلمين فإن أراد المغفرة من حيث الجملة ولم يشركهم فيما طلبه لنفسه فهو جائز، وإن أراد المغفرة لكل أحد من جميع ذنوبه فهو المحرم الذي ذكرناه. وتعقبه الكرماني شارح البخاري ورده في شرح منية المصلي وأطال الكلام، والحق أنه يكون عاصيا بالدعاء للكافر بالمغفرة غير عاص بالدعاء بالمغفرة لجميع المؤمنين لان العلماء اختلفوا في جواز العفو عن المشرك عقلا، قيل بالجواز لان الخلف في الوعيد كرم فيجوز من الله تعالى وإن كان المحققون على خلافه كما ذكره التفتازاني في شرح العقائد. وقد قال العلامة زين العرب في شرح المصابيح من بحث الايمان: ليس بحتم عندنا - أي أهل السنة - أن يدخل النار أحد من الامة بل العفو عن الجميع مرجو لموجب قوله تعالى * (ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء) * (النساء: ٤٨) وقوله تعالى * (إن الله يغفر الذنوب جميعا) *
***
[٥٧٨]
(الزمر: ٥٣) ا ه‍. فيجوز أن يطلب للمؤمنين لفرط شفقته على إخوانه الامر الجائز الوقوع وإن لم يكن واقعا. ثم في تقديم الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم على الدعاء بيان للسنة كما ذكره الصحاوي في مختصره للحديث الصحيح المروي في سنن الترمذي وغيره إذا صلى أحدكم فيبدأ بالحمد والثناء على الله ثم بالصلاة علي ثم بالدعاء (١) ولم يبين المصنف كلام الناس هنا وبينه في الكافي فقال: وفسروه بما لا يستحيل سؤاله من العباد نحو أعطني كذا وزوجني امرأة، وما لا يشبه كلامهم ما يستحيل سؤاله منهم نحو اغفر لي لانه يختص به عزوجل قال الله تعالى * (ومن يغفر الذنوب إالله) * (آل عمران: ١٣٥) ا ه‍. وهكذا ذكره الجمهور ويشكل عليه أن المغفرة كما ذكروه تختص بالله تعالى وهم فصلوا فقالوا: لو قال اللهم اغفر لعمي أو لخالي تفسد. ذكره في الخلاصة من غير ذكر خلاف. وذكر فيها أنه لو قال اللهم اغفر لي ولوالدي وللمؤمنين والمؤمنات لا تفسد ولم يحك خلافا، وحكي الخلاف فيما إذ قال اللهم اغفر لاخي. قال الحلواني: لا تفسد. وقال ابن الفضل: تفسد. وصحح في المحيط الاول ووجه أنه موجود في القرآن العظيم حكاية عن موسى عليه السلام رب اغفلي ولاخي. وفي الذخيرة لو قال اللهم اغفر لزيد أو لعمر وتفسد صلاته لانه ليس في القرآن. والذي ظهر للعبد الضعيف أن هذه الفروع المفصلة في المغفرة مبنية على القول الضعيف الذي يفسر ما ليس من كلام الناس بما يستحيل سؤاله من العباد وكان في

القرآن أو في السنة. أما على
***
[٥٧٩]
قول الجمهور المقتصرين على الاول فلا تفصيل في سؤال المغفرة أصلا فلا تفسد الصلاة به، ولذا قال في الخلاصة بعد ذكر هذه الفروع التي ذكرناها عنها: والحاصل أنه إن سأل ما يستحيل سؤاله من الخلق لا تفسد إذا كان في القرآن وكان مأثورا. وفي الجامع الصغير: لم يشترط كونه في القرآن أو كونه مأثورا بل قال: إن كان يستحيل سؤاله من الخلق لا تفسد، وإن كان لا يستحيل تفسد. ا ه. بلفظه. فظهر أن التفصيل إنما هو مبني على غير ظاهر الرواية فإن الجامع الصغير من كتب ظاهر الرواية بل كل تأليف لمحمد بن الحسن موصوف بالصغير فهو باتفاق الشيخين أبي يوسف ومحمد بخلاف الكبير فإنه لم يعرض على أبي يوسف، لكن يشكل عليه ما في الفتاوى الظهيرية: لو قال اللهم اغفر لعمي تفسد اتفاقا إلا أن يحمل على اتفاق المشايخ المبني على ما ذكرنا، ولهذا قال في المجتبى: وفي أقربائي أو أعمامي اختلاف المشايخ ا ه. إلا أنه يشكل بقوله اللهم اغفر لزيد أو لعمرو فإن صاحب الذخيرة قد صرح بالفساد به مع أن سؤال المغفرة مما يستحيل سؤاله من العباد ولم يذكروا فيه خلافا. ويمكن أن يقال: إنه على الخلاف أيضا وإن الظاهر عدم الفساد به ولهذا قال في الحاوي القدسي: من سنن القعدة الاخيرة الدعاء بما شاء من صلاح الدين والدنيا لنفسه ولوالديه وأستاذه وجميع المؤمنين. وهو يفيد أنه لو قال اللهم اغفر لي ولوالدي ولاستاذي لا تفسد مع أن الاستاذ ليس في القرآ فيقتضي عدم الفساد بقوله: اللهم اغفر لزيد. وفي الذخيرة وغيرها: لو قال اللهم ارزقني من بقلها وقثائها وفومها وعدسها وبصلها لا تفسد صلاته لانه عينه في القرآن، ولو قال اللهم ارزقني بقلا وقثاء وعدسا وبصلا تفسد لان عين هذا اللفظ ليس في القرآن، وفي الهداية: اللهم ارزقني من كلام الناس لاستعمالها فيما بينهم. يقال رزق الامير الجيش. وتعقبه في غاية البيان بأن إسناد الرزق إلى الامير مجاز. فإن الرازق في الحقيقة هو الله تعالى، وقد صرح فخر الاسلام بأن سؤال الرزق كسؤال المغفرة. وفصل في الخلاصة فقال: لو قال ارزقني فلانة الاصح أنها تفسد بخلاف ارزقني الحج الاصح أنها لا تفسد، وكذا ارزقني رؤيتك، وفي المضمرات شرح القدوري: ولو قال اللهم اقض ديني تفسد، ولو قال اللهم اقض دين والدي لا تفسد وهو مشكل، فإن الدعاء بقضاء الدين لنفسه ورد في السنة الصحيحة في مسلم وغيره من قوله اقض عنا الدين وأغننا من الفقر فإن التفصيل بين كونه مستحيلا أولا إنما هو في غير المأثور كما هو ظاهر كلام الخانية إلا أن يقال: المراد بالمأثور أن يكون ورد في الصلاة لا مطلقا وهو بعيد. وفي فتاوى الحجة: ولو
***
[٥٨٠]
قال اللهم العن الظالمين لا يقط صلاته، ولو قال اللهم العن فلانا يعني ظالمه يقطع الصلاة ا ه. وفي السراج الوها: إن الذي يشبه كلام الناس إنما يفسدها إذا كان قبل تمام فرائضها، أما إذا كان بعد التشهد لا يفسدها لان حقيقة كلام الناس لا يبطلها فهذا أولى. وإنما لم يدع بكلام الناس في آخرها للحديث أن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شئ من كلام الناس فيقدم على المبيح وهو عموم قوله صلى الله عليه وسلم ثم ليتخير أحدكم من الدعاء أعجبه إليه. وفي فتاوى الولوالجي: المصلي ينبغي أن يدعو في الصلاة بدعاء محفوظ لا بما يحضره لانه يخاف أن يجري على لسانه ما يشبه كلام الناس فتفسد صلاته، فأما في غير الصلاة فينبغي أن يدعو بما يحضره ولا يستظهر الدعاء لان حفظ الدعاء يمنعه عن الرقة. قوله (وسلم مع الامام كالتحريمة عن يمينه ويساره ناويا القوم والحفظة والامام في الجانب الايمن أو الايسر أو فيهما لو محاذيا) لما تقدم أن السلام من واجباتها عندنا، ومن أركانها عند الائمة الثلاثة، ومن أطلق من مشايخنا عليه اسم السنة فضعيف والاصح وجوبه كما في المحيط وغيره، أو لانه ثبت وجوبه بالسنة للمواظبة وهو على وجه الاكمل أن يقول: السلام عليكم ورحمة الله مرتين. والسنة أن تكون الثانية أخفض من الاولى كما في المحيط وغيره. وجعله في منية المصلي خاصا بالامام، فإن قال السلام عليكم أو السلام أو سلام عليكم أو عليكم السلام أجزأه وكان تاركا للسنة. وصرح في السراج الوهاج بالكراهة في الاخير وأنه لا يقول وبركاته. وصرح النووي بأنه بدعة وليس فيه شئ ثابت لكن في الحاوي القدسي أنه مروي. وتعقب ابن أمير حاج النووي بأنها جاءت في سنن أبي داود من حديث وائل بن حجر بإسناد صحيح. وقوله عن يمينه ويساره بيان للسنة ورد على مالك القائل بأنه يسلم تسليمة تلقاء وجهه. ولو بدأ باليسار عامدا أو ناسيا فإنه يسلم عن يمينه ولا يعيده على يساره ولا شئ عليه، ولو سلم تلقاء وجهه فإنه

يسلم عن يساره. ولو سلم عن يمينه ونسي عن يساره حتى قام فإنه يرجع ويقعد ويسلم ما لم يتكلم أو يخرج من المسجد. وفي المجتبى: ولم يذكر قدر ما يحول به وجهه وقد ورد في حديث ابن مسعود أنه صلى الله عليه وسلم كان

***

[٥٨١]

يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الايمن، وعن يساره حتى ير بياض خده الايسر. وفي النوازل: لو قال السلام ودخل في الصلاة لا يكون داخلا فثبت أن الخروج لا يتوقف على عليكم. وقوله مع الامام بيان للافضل يعني الافضل للمأموم المقارنة في التحريمة والسلام عند أبي حنيفة، وعندهما الافضل عدمها للاحتياط، وله أن الاقتداء عقد موافقة وإنها في القران لا في التأخير. وإنما شبه السلام بالتحريمة لان المقارنة في التحريمة باتفاق الروايات عن أبي حنيفة، وأما في السلام ففيه روايتان لكن الاصح ما في الكتاب كما في الخلاصة. وقوله ناويا القوم بيان للافضل لما في صحيح مسلم عنه صلى الله عليه وسلم: أما يكفي أحدكم أن يضع يده على فخذه ثم يسلم على أخيه عن يمينه وعن شماله (١) قال النووي في شرحه: المراد بالاخ الجنس من إخوانه الحاضرين عن اليمين والشمال ويزاد عليه من كان منهم أمامه أو وراءه بالدلالة لان المقصود من ذلك مزيد التودد. وأما ما عللوا به من أنه لما اشتغل بمناجاة ربه صار بمنزلة الغائب عن الخلق وعند التحلل يصير خارجا فيسلم كمسافر قدم من سفره فلا يفيد الاقتصار على من معه في الصلاة بل يعم الحاضرين مصليا أو غيره. وإنما احتيج إلى النية لانه مقيم للسنة فينويها كسائر السنن. وكذا ذكر شيخ الاسلام أنه إذا سلم على أحد خارج الصلاة ينوي السنة وخالف صدر الاسلام فقال: لا حاجة للامام إلى النية في السلام آخر الصلاة لانه يجهر بالسلام ويشير إليهم فهو فوق النية، ورد بأن الجهر للاعلام بالخروج والنية لاقامة السنة. وأراد بالقوم من كان معه في الصلاة فقط وهو قول الجمهور وصححه شمس الائمة بخلاف سلام التشهد فإنه ينوي جميع المؤمنين والمؤمنات، فما في الخلاصة من أن الصحيح أنه ينوي من كان معه في المسجد ضعيف، وكذا ما اختاره الحاكم الشهيد من أنه كسلام التشهد. وزاد السروجي: وأنه ينوي المؤمنين من الجن أيضا. وخرج بذكر القوم النساء ولهذا قالوا: لا ينوي النساء في زماننا لعدم حضورهن الجماعة أو لكراهيته لكن ذكر محمد في الاصل أنه ينوي الرجال والنساء، وفي الحقيقة لا اختلاف فما في الاصل مبني على حضورهن الجماعة،

***

[٥٨٢]

وما ذكره المشايخ مبني على عدمه فصاالمدار في النية وعدمها حضورهن وعدمه حتى إذا كان من المقتدين خناثى أو صبيان نواهم أيضا. وفي غاية البيان: إن هذا شئ تركه جميع الناس لانه قلما ينوي أحد شيئا وهذا حق لانها صارت كالشريعة المنسوخة. وقوله ناويا القوم والحفظة يعم الامام والمأموم. وقوله والامام معطوف على القوم خاص بالمأموم يعني أن المأموم يزيد في نيته نية السلام على إمامه في التسليمة الاولى إذا كان الامام عن يمينه، أو في الثانية إن كان عن يساره، أو في التسليمتين لو كان محاذيا له لانه ذو حظ من الجانبين، وأشار إلى أن المنفرد ينوي الحفظة فقط لانه ليس معه غيرهم فينوي بالاولى من على يمينه من الملائكة، وبالثانية من على يساره منهم، وعلى ما صححه في الخلاصة ينوي الحاضرين معه في المسجد أيضا، وعلى ما اختاره الحاكم ينوي جميع المؤمنين أيضا. ثم قدم المصنف القوم على الحفظة تبعا للجامع الصغير وفي الاصل على العكس، فاختلف المشايخ والتحقيق أنه ليس بينهما فرق فإن الواو لمطلق الجمع من غير ترتيب ولان النية عمل القلب وهي تنتظم الكل بلا ترتيب، واختاره الشارح تبعا لما في البدائع لكن قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير: للبداءة أثر في الاهتمام ولذا قال أصحابنا في الوصايا بالنوافل: إنه يبدأ بما بدأ به الميت فدل ما ذكر هنا وهو آخر التصنيفين أن مؤمني البشر أفضل من الملائكة وهو مذهب أهل السنة والجماعة خلافا للمعتزلة، وذلك أن عندهم صاحب الكبيرة خارج من الايمان وقل ما يسلم مؤمن من الكبائر، وعندنا هو كامل الايمان، ثم هو مبتلي بالايمان بالغيب فكان أحق من الملائكة، ألا ترى أن الله جعل الملائكة منزلة خدم المؤمنين في الدنيا والآخرة اه. وما ذكره عن المعتزلة نسبه الشارح إلى الباقلاني من أئمتنا، وما اختاره فخر الاسلام من تفضيل الجملة على الجملة نسبه في المحيط إلى بعض أهل السنة ثم قال: والمختار عندنا أن خواص بني آدم وهم الانبياء والمرسلون أفضل من جملة الملائكة، وعوام بني آدم من الاتقياء أفضل من عوام الملائكة، وخواص الملائكة أفضل من عوام

بني آدم. ونص قاضيخان على أن هذا هو المذهب المرضي. والمراد هنا بالاتقياء من اتقى الشرك لا من اتقاه مع المعاصي فإن ظاهره أن فسقه المؤمنين أفضل من عوام الملائكة، ويدل عليه ما في روضة العلماء للامام أبي الحسن البخاري أن الامة
***
[٥٨٣]
اجتمعت على أن الانبياء عليهم السلام أفضل الخليقة، ونبينا محمد صلى الله عليه وسلم أفضلهم. واتفقوا على أن أفضل الخلائق بعد الانبياء جبريل وميكائيل وإسرافيل وعزرائيل وحملة العرش والروحانيون ورضوان ومالك، وأجمعوا على أن الصحابة والتابعين والشهداء والصالحين أفضل من سائر الملائكة، واختلفوا أن سائر الناس بعد هؤلاء أفضل أم سائر الملائكة، فقال أبو حنيفة: سائر الناس من المسلمين أفضل وقالا: سائر الملائكة أفضل. ولابي حنيفة قوله تعالى * (يدخلون عليهم من كل باب سلام) * (الرعد: ٢٣) الآية فأخبر أنهم يزورون المسلمين في الجنة والمزور أفضل من الزائر اه. والحفظة جمع حافظ ككتبة جمع كاتب وسموا به لحفظهم ما يصدر من الانسان من قول وعمل، أو لحفظهم إياه من الجن وأسباب المعاطب، والثاني يشمل جميع من معه من الملائكة، والاول يخص الكرام الكاتبين، وفي المجتبى: واختلف في نية الحفظة فقيل ينوي الملكين الكاتبين، وقيل الحفظة الخمسة، وفي الحديث أن مع كل مؤمن خمسة منهم واحد عن يمينه وواحد عن يساره يكتبان أعماله، وواحد أمامه يلقنه الخيرات، وواحد وراءه يدفع عنه المكاره، وواحد عن ناصيته يكتب ما يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم وفي بعضها مع كل مؤمن ستون ملكا وفي بعضها مائة وستون ورجح الاول في غاية البيان لموافقته كتاب الله تعالى وفي الهداية: ولا ينوي في الملائكة عددا محصورا لان الاخبار في عددهم قد اختلفت فأشبه الايمان بالانبياء عليهم السلام اه. مع أنه ورد في الحديث عدد الانبياء أو الرسل فقال بعدما سئل عن الانبياء: أنهم مائة ألف وأربعة
***
[٥٨٤]
وعشرون ألفا، والرسل ثلاثمائة وثلاثة عشر جما غفيرا. كذا في الكشاف في سورة الحج لكن لما كان ظنيا لانه خبر واحد لم يعارض قوله تعالى * (ورسلا قد قصصناهم عليك من قبل ورسلا لم نقصصهم عليك) * (النساء: ١٦٤) واختلف في الملكين الكاتبين هل يتبدلان بالليل والنهار، فقيل يتبدلان للحديث الصحيح يتعاقبون فيكم ملائكة بالليل وملائكة بالنهار (١) بناء على أنهم الحفظة وهو قول الجمهور كما نقله القاضي عياض لكن ذكر القرطبي في شرح مسلم أن الاظهر أنهم غيرهم. وقيل: لا يتغيران عليه ما دام حيا. واختلف في محل جلوسهما فقيل في الفم وأن اللسان قلمهما والريق مدادهما للحديث نقوا أفواهكم بالخلال فإنها مجلس الملكين الحافظين إلى آخره. وقيل: تحت الشعر على الحنك، وقيل اليمين واليسار ثم قالوا: إن كاتب السيئات يفارقه عند الغائط والجماع. زاد القرطبي وفي الصلاة لانه لا
***
[٥٨٥]
يفعل سيئة فيها. ثم اختلفوا فيما يكتبانه فقيل ما فيه أجر أو وزر، وعزاه في الاختيار إلى محمد، وقيل يكتبان كل شئ حتى أنينه في مرضه. ثم اختلفوا يمحى المباح فقيل آخر النهار، وقيل يوم الخميس، والاكثرون على أنها تمحى يوم القيامة. كذا في الاختيار. وذكر بعض المفسرين أنه الصحيح عند المحققين، والمختار أن كيفية الكتابة والمكتوب فيه مما لا يعلمها إلا الله تعالى، وقد أوسع الكلام في هذا العلامة ابن أمير حاج في شرح منية المصلي وذكر أن الصبي المميز لا ينوي الكتبة إذ ليسوا معه وإنما ينوي الحافظين له من الشياطين، ولذا لم يقل المصنف والكتبة ليعم كل مصل. ولم يذكر المصنف ما يفعله بعد السلام وقد قالوا: إن كان إماما وكانت صلاة يتنفل بعدها فإنه يقوم ويتحول عن مكانه إما يمنة أو يسرة وخلفه والجلوس مستقبلا بدعة، وإن كان لا يتنفل بعدها يقعد مكانه وإن شاء انحرف يمينا أو شمالا، وإن شاء استقبلهم بوجهه إلا أن يكون بحذائه مصل، سواء كان في الصف الاول أو في الاخير. والاستقبال إلى المصلي مكروه هذا ما صححه في البدائع، واختار في الخانية والمحيط استحباب أن ينحرف عن يمين القبلة وأن يصلي فيها، ويمين القبلة ما بحذاء يسار المستقبل ويشهد له ما في صحيح مسلم من حديث البراء كنا إذا صلينا خلف النبي صلى الله عليه وسلم أحببنا أن نكون عن يمينه يقبل علينا بوجهه. قوله: (وجهر بقراءة الفجر وأولي العشاءين ولو قضاء والجمعة والعيدين ويسر في غيرها كمتنفل بالنهار وخير المنفرد فيما يجهر كمتنفل بالليل) شروع في بيان القراءة وصفتها، وقدم صفتها من الجهر والاخفاء لانه يعم المفروض وغيره، والاصل

فيه كما ذكره المصنف في الكافي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجهر بالقرآن في الصلوات كلها في الابتداء وكان المشركون يؤذونه ويسبون من أنزل وأنزل عليه فأنزل الله تعالى * (ولا تجهر بصلاتك ولا تخافت بها) * (الاسراء: ١١٠) أي لا تجهر بصلاتك كلها ولا تخافت بها كلها وابتغ بين ذلك سبيلا بأن
***
[٥٨٦]
تجهر بصلاة الليل وتخافت بصلاة النهار فكان يخافت بعد ذلك في صلاة الظهر والعصر لانهم كانوا مستعدين للايذاء في هذين الوقتين، ويجهر في المغرب لانهم كانوا مشغولين بالاكل، وفي العشاء والفجر لكونهم رقودا. وفي الجمعة والعيدين لانه أقامهما بالمدينة وما كان للكفار بها قوة. وهذا العذر وإن زال بغلبة المسلمين فالحكم باق لان بقاءه يستغني عن بقاء السبب ولانه أخلف عذرا آخر وهو كثرة اشتغال الناس في هاتين الصلاتين دون غيرهما اه. وقد انعقد الاجماع على الجهر فيما ذكر وقد قدمنا أن الجهر في هذه المواضع واجب على الامام للمواظبة من النبي صلى الله عليه وسلم. وتخصيصه بالامام مفهوم من قوله هنا وخير المنفرد فيما يجهر فأفاد أن الامام ليس بمخير قالوا: ولا يجهد الامام نفسه بالجهر. وفي السراج الوهاج: الامام إذا جهر فوق حاجة الناس فقد أسار وأفاد أنه لا فرق في حق الامام بين الاداء والقضاء لان القضاء يحكي الاداء. والحق بالجمعة والعيدين التراويح والوتر في رمضان للتوارث المنقول، والمراد بغيرهما الثالثة من المغرب والاخريان من العشاء وجميع ركعات الظهر والعصر. وقد أفاد أن المتنفل بالنهار يجب عليه الاخفاء مطلقا والمتنفل بالليل مخير بين الجهر والاخفاء إن كان منفردا، أما إن كان إماما فالجهر واجب كما ذكره الشارح رحمه الله، وأن المنفرد ليس بمخير في الصلاة السرية بل يجب الاخفاء عليه وهو الصحيح لان الامام يجب عليه الاخفاء فالمنفرد أولى. وذكر عصام بن يوسف أن المنفرد مخير فيما يخافت فيه أيضا استدلالا بعدم وجوب سجود السهو عليه، وتعقبه الشارح بأن الامام إنما وجب عليه سجود السهو لان جنايته أعظم لانه ارتكب الجهر والاسماع بخلاف المنفرد، وتعقبه في فتح القدير بأنا لا ننكر أن واجبا قد يكون آكد من واجب لكن لما لم ينطوجوب السهو إلا بترك الواجب لا بآكد الواجب ولا برتبة مخصوصة منه فحيث كانت المخافتة واجبة على المنفرد ينبغي أن يجب بتركها السجود. وفي العناية: إن ظاهر الرواية أن المنفرد مخير فيما يخافت فيه أيضا وفيه تأمل. والظاهر من المذهب الوجوب. وفي قوله فيما يجهر دلالة على أن المنفرد مخير في الصلاة الجهرية إذا
***
[٥٨٧]
فاتت وقضاها نهارا كما هو حكم الامام لان القضاء يحكي الاداء والجهر أفضل وصححه في الذخيرة والخانية، واختاره شمس الائمة في المبسوط وفخر الاسلام، وصحح في الهداية الاخفاء حتما لان الجهر مختص، أما بالجماعة حتما أو بالوقت في حق المنفرد على وجه التخيير ولم يوجد أحدهما. وتعقبه في غاية البيان بأن الحكم يجوز أن يكون معلولا بعلل شتى، وعلة الجهر هنا أن القضاء يحكي الاداء بدليل أنه يؤذن ويقيم للقضاء كالاداء. وفي السراج الوهاج: ولو سبق رجل يوم الجمعة بركعة ثم قام لقضاء ما فاته كان بالخيار إن شاء جهر وإن شاء خافت كالمنفرد في صلاة الفجر. وفي الخلاصة عن الاصل: رجل يصلي وحده فجاء رجل واقتدى به بعدما قرأ الفاتحة أو بعضها يقرأ الفاتحة ثانيا ويجهر اه. يعني إذا كانت الصلاة جهرية ولم يجهر المصلي، ووجهه أن الجهر فيما بقي صار واجبا بالاقتداء، والجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة شنيع، وقيد المصنف بالقراءة لان ما عداها من الاذكار فيه تفصيل إن كان ذكرا وجب للصلاة فإنه يجهر به كتكبيرة الافتتاح وما ليس بفرض فما وضع للعلامة فإنه يجهر به كتكبيرات الانتقال عند كل خفض ورفع إذا كان إماما، إما المنفرد والمقتدي فلا يجهران به، وإن كان يختص ببعض الصلاة كتكبيرات العيدين جهر به، وكذا القنوت في مذهب العراقيين. واختار صاحب الهداية الاخفاء به، وإما ما سوى ذلك فلا يجهر به مثل التشهد وآمين والتسبيحات لانها أذكار لا يقصد بها العلامة. كذا في السراج والوهاج. ولم يبين المصنف حد الجهر والاخفاء للاختلاف مع اختلاف التصحيح، فذهب الكرخي إلى أن أدنى الجهر أن يسمع نفسه، وأدنى المخافتة تصحيح الحروف. وفي البدائع:
***
[٥٨٨]
ما قاله الكرخي أقيس وأصح. وفي كتاب الصلاة لمحمد إشارة إليه فإنه قال: إن شاء قرأ في نفسه وإن شاء جهر وأسمع نفسه اه. وأكثر

المشايخ على أن الصحيح أن الجهر أن يسمع غيره والمخافتة أن يسمع نفسه وهو قول الهندواني، وكذا كل ما يتعلق بالنطق كالتسمية على الذبيحة ووجوب السجدة بالتلاوة والعتاق والطلاق والاستثناء حتى لو طلق ولم يسمع نفسه لا يقع وإن صحح الحروف. وفي الخلاصة: الامام إذا قرأ في صلاة المخافتة بحيث سمع رجل أو رجلان لا يكون جهرا والجهر أن يسمع الكل اه. وفي فتح القدير: واعلم أن القراءة وإن كانت فعل اللسان لكن فعله الذي هو كلام والكلام بالحروف والحروف كيفية تعرض للصوت وهو أخص من النفس فإن النفس المعروض بالفرع، فالحرف عارض للصوت لا للنفس فمجرد تصحيحها بلا صوت إيماء إلى الحروف بعضلات المخارج لا حروف فلا كلام. بقي أن هذا لا يقتضي أن يلزم في مفهوم القراءة أن يصل إلى السمع بل كونه بحيث يسمع وهو قول بشر المريسي، ولعله المراد بقول الهندواني بناء على أن الظاهر سماعه بعد وجود الصوت إذا لم يكن مانع اه. فاختار أن قول بشر والهندواني متحدان وهو خلاف الظاهر، بل الظاهر من عباراتهم أن في المسألة ثلاثة أقوال. قال الكرخي: إن القراءة تصحيح الحروف وإن لم يكن الصوت
***

[٥٨٩]

بحيث يسمع، وقال بشر: لا بد أن يكون بحيث يسمع. وقال الهندواني: لا بد أن يكون مسموعا له. زاد في المجتبى في النقل عن الهندواني أنه لا يجزئه ما لم يسمع أذناه ومن بقربه اه. ونقل في الذخيرة عن الحلواني أن الاصح هذا، ولا ينبغي أن يجعل قولا رابعا بل هو قول الهندواني الاول. وفي العادة إن ما كان مسموعا له يكون مسموعا لمن هو بقربه أيضا. وفي الذخيرة معزيا إلى القاضي علاء الدين في شرح مختلفاته أن الاصح عندي أن في بعض التصرفات يكتفي بسماعه وفي بعض التصرفات يشترط سماع غيره مثلا في البيع لو أدنى المشتري صماخه إلى فم البائع وسمع يكفي، ولو سمع البائع بنفسه ولم يسمعه المشتري لا يكفي. وفيما إذا حلف لا يكلم فلانا فناداه من بعيد بحيث لا يسمع لا يحنث في يمينه. نص على هذا في كتاب الايمان لان شرط الحنث وجود الكلام معه ولم يوجد اه. قوله: (ولو ترك السورة في أولي العشاء قرأها في الاخريين مع الفاتحة جهرا ولو ترك الفاتحة لا) أي لا يقرؤها في الاخريين، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يقضي واحدة منهما لان الواجب إذا فات عن وقته لا يقضي إلا بدليل. ولهما وهو الفرق بين الوجهين أن قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة فلو قضاها في الاخريين
***

[٥٩٠]

تترتب الفاتحة على السورة، وهذا خلا ف الموضوع بخلاف ما إذا ترك السورة لانه أمكن قضاؤها على الوجه المشروع. وهذه المسألة مربعة فالقول الثالث ما رواه الحسن عن أبي حنيفة أنه يقضيهما. وقال عيسى بن أبان: يقضي الفاتحة دون السورة لانها أهم الامرين. وفي تعبيره بالخبر في قوله قرأها تبعا للجامع الصغير إشارة إلى الوجوب لان الاخبار في الوجوب آكد من الامر. وصرح في الاصل بالاستحباب فإنه قال: أحب إلى أن يقضي السورة في الاخريين. وإنما كان مستحبا لانه لا يمكن مراعاتها من كل وجه في القضاء لانها وإن كانت مؤخرة عن الفاتحة فهي غير موصولة بها لان السورة في الشفع الثاني والفاتحة في الاول. وفي غاية البيان: والاصح ما قاله في الجامع الصغير لانه آخر التصنيفين. وفي فتح القدير: ولا يخفى أن ما في الاصل أصرح فيجب التعويل عليه في الرواية اه. وقد يقال أيضا: إن الاخبار إنما يكون آكد من الامر أن لو كان من الشارع، أما من الفقهاء فلا يدل على الوجوب بل والامر منهم لا يدل عليه فكان المذهب الاستحبا ب. ثم ظاهر الكتاب أنه يجهر بالسورة والفاتحة وجعله الشارح ظاهر الرواية وصححه في الهداية لان الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة شنيع وتغيير النفل وهو الفاتحة أولى. وصحح التمرتاشي أنه يجهر بالسورة فقط وجعله شيخ الاسلام الظاهر من الجواب، ونخر الاسلام الصواب قولا بعدم التغيير. ولا يلزم الجمع بينهما في ركعة لان السورة تلتحق بموضعها تقديرا ولم يبين كيف يرتبهما، فقيل يقدم السورة، وقيل الفاتحة وينبغي ترجيحه. وفي قوله مع الفاتحة إشارة إلى أنه إذا أراد قضاء السورة ليس له ترك الفاتحة فتصير واجبة كالسورة وفيه قولان، وينبغي ترجيح عدم الوجوب كما هو الاصل فيها. وقيد بكونه ترك الفاتحة في الاوليين لانه لو نسي الفاتحة من الركعة الاولى أو الثانية وقرأ السورة ثم تذكر قبل الركوع فإنه يأتي بها ويعيد السورة في ظاهر المذهب لانه إذا أتى بها تكون فرضا كالسورة فصار كما لو تذكر السورة في الركوع فإنه يأتي بها ويعيد الركوع.
***

[٥٩١]
قوله: (وفرض القراءة آية) هي في اللغة العلامة الظاهرة ومن هنا سميت المعجزة آية لدلالتها على النبوة وصدق من ظهرت على يده، وتقال الآية لكل جملة دالة على حكم من أحكامه تعالى، ولكل كلام منفصل عما قبله وبعده بفصل توقيفي لفظي، وقيل جماعة حروف وكلمات من قولهم خرج القوم بآيتهم أي بجماعتهم. كذا في شرح المصابيح لزين العرب. وفي بعض حواشي الكشاف: والآية طائفة من القرآن مترجمة أقلها ستة أحرف صورة اهـ. ويرد عليه قوله تعالى * (لم يلد) * (الاخلاص: ٣) فإنها آية ولهذا جوز أبو حنيفة الصلاة بها وهي خمسة أحرف. وفي فرض القراءة ثلاث روايات ظاهر الرواية كما نقله المشايخ ما في الكتاب لقوله تعالى * (فاقرءوا ما تيسر من القرآن) * من غير فصل إلا أن ما دون الآية خارج منه والآية ليست في معناه. وفي رواية ما يطلق عليه اسم القرآن ولم يشبه قصد خطاب أحد وصححه القدوري، ورجحه الشارح بأنه أقرب إلى القواعد الشرعية لان المطلق ينصرف إلى الادنى وفيه نظر، بل المطلق ينصرف إلى الكامل في الماهية. وفي رواية ثلاث آيات قصار أو آية طويلة وهو قولهما ورجحه في الاسرار بأنه احتياط لان قوله * (لم يلد) * (الاخلاص: ٣) * (ثم نظر) * (المدثر: ٢١) لا يتعارف قرآنا وهو قرآن حقيقة فمن حيث الحقيقة حرمتا على الحائض والجنب، ومن حيث العدم لم تجز الصلاة به حتى يأتي بما يكون قرآنا حقيقة وعرفا، فالامر المطلق لا ينصرف إلى ما لا يتعارف قرآنا والاحتياط أمر حسن في العبادات. وذكر المصنف في الكافي أن الخلاف مبني على أصل وهو أن الحقيقة المستعملة أولى عنده من المجاز المتعارف، وعندهما بالعكس. أطلق الآية فشمل الطويلة والقصيرة والكلمة
***
[٥٩٢]
الواحدة وما كان مسماه حرفا فيجوز بقوله تعالى * (ثم نظر) * (المدثر: ٢١) * (مدهامتان) * (الرحمن: ٦٤) ص، ق، ن. ولا خلاف في الاول، وأما في الثاني والثالث ففيه اختلاف المشايخ والاصح أنه لا يجوز لانه يسمى عادا لا قارئا. كذا ذكره الشارحون وهو مسلم في ص ونحوه لان نحو ص ليس بآية لعدم انطباق تعريفها عليه وأما في نحو مدهامتان فذكر الاسبيجابي وصاحب البدائع أنه يجوز على قول أبي حنيفة من غير ذكر خلاف بين المشايخ، وما وقع في عبارة المشايخ من أن ص ونحوه حرف فقال في فتح القدير: إنه غلط فإنها كلمة مسماها حرف وليس المقروء وإنما المقروء صاد وقاف ونون، وأفاد أنه لو قرأ نصف آية طويلة في ركعة ونصفها في أخرى فإنه لا يجوز لانه ما قرأ آية طويلة وفيه اختلاف المشايخ، وعامتهم على الجواز لان بعض هذه الآيات تزيد على ثلاث آيات قصارا وتعدلها فلا يكون أدنى من آية، وصححه في منية المصلي. وعلم من تعليلهم أن كون المقروء في كل ركعة النصف ليس بشرط بل أن يكون البعض المقروء يبلغ ما يعد بقراءته قارئا عرفا. وأفاد أيضا أنه لو قرأ نصف آية مرتية أو كلمة واحدة مرارا حتى بلغ قدر آية تامة فإنه لا يجوز، وأن من لا يحسن الآية لا يلزمه التكرار عند أبي حنيفة قالوا: وعندهما يلزمه التكرار ثلاث مرات، وأما من يحسن ثلاث آيات إذا كرر آية واحدة ثلاثا ففي المجتبى أنه لا يتأدى به الفرض عندهما. وذكر في الخلاصة أن فيه اختلاف المشايخ على قولهما. وفي المضمرات شرح القدوري: اعلم أن حفظ قدر ما تجوز الصلاة به من القرآن فرض عين على المسلمين لقوله تعالى * (فاقرؤا ما تيسر من القرآن) * (المزمل: ٢٠) وحفظ جميع القرآن فرض كفاية وحفظ فاتحة الكتاب وسورة واجبة على كل مسلم. قوله: (وسنتها في السفر الفاتحة وأي سورة شاء) لحديث أبي داود وغيره أنه صلى الله عليه وسلم قرأ بالمعوذتين في صلاة الفجر في السفر ولان السفر أثر في إسقاط شطر الصلاة، فلان يؤثر في تخفيف القراءة أولى. أطلقه فشمل حالة الضرورة والاختيار وحالة العجلة والقرار، وهكذا وقع الاطلاق في الجامع الصغير، وما في الهداية وغيرها من أنه محمول على حالة العجلة في السير، وأما إن كان في أمن وقرار فإنه يقرأ في الفجر نحو سورة البروج والانشقاق لانه
***
[٥٩٣]
يمكن مراعاة السنة مع التخفيف. وفي منية المصلي: والظهر كالفجر وفي العصر والعشاء دون ذلك، وفي المغرب بالقصار جدا فليس له أصل يعتمد عليه من جهة الرواية ولا من جهة الدراية. أما الاول فما علمته من إطلاق الجامع وعليه أصحاب المتون، وأما الثاني فلان المسافر إذا كان على أمن وقرار صار كالمقيم سواء فكان ينبغي أن يراعي السنة، والسفر وإن كان مؤثرا في التخفيف لكن التحديد

بقدر سورة البروج في الفجر والظهر لا بد له من دليل ولم ينقلوه، وكونه صلى الله عليه وسلم قرأ في السفر شيئا لا يدل على سنيته إلا لو واظب عليه ولم يوجد فالظاهر الاطلاق. وشمل سورة الكوثر فما في الحاوي من تعيينه بمقدار المعوذتين فصاعدا مشيرا بذلك إلى إخراج سورة الكوثر فضعيف لان تعليل التعميم والتفويض إلى مشيئته بدفع الحرج عنه الحاصل من التقييد بسورة دون سورة يدل على الشمول. قوله: (وفي الحضر طوال المفصل لو فجرا أو ظهرا وأوساطه لو عصرا وعشاء وقصاره لو مغربا) والاصل فيه كتاب عمر إلى أبي موسى الاشعري رضي الله عنه أن اقرأ في الفجر والظهر بطوال المفصل، وفي العصر والعشاء بأوساط المفصل، وفي المغرب قصار المفصل.

***

[٥٩٤]

ولان مبنى المغرب على العجلة والتخفيف أليق بها، والعصر والعشاء يستحب فيهما التأخير وقد يقعان في التطويل في وقت غير مستحب فيؤقت فيهما بالاوساط. والطوال والقصار بكسر الاول فيهما جمع طويلة وقصيرة ككرام وكريمة، وأما الطوال بالضم فهو الرجل الطويل. والاوساط جمع وسط بفتح السين ما بين القصار والطوال. ولم يبين المصنف المفصل للاختلاف فيه، والذي عليه أصحابنا أنه من الحجرات إلى والسماء ذات البروج طوال، ومنها إلى لم يكن أوساط، ومنها إلى آخر القرآن قصار، وبه صرح في النقاية. وسمي مفصلا لكثرة الفصول فيه، وقيل لقلة النسوخ فيه. وأطلق فشمل الامام والمنفرد كما صرح به في المجتبى من أنه يسن في حق المنفرد ما يسن في حق الامام من القراءة. وأفاد أن القراءة في الصلاة من غير المفصل خلاف السنة ولهذا قال في المحيط: وفي الفتاوى قراءة القرآن على التأليف في الصلاة لا بأس بها لان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كانوا يقرؤون القرآن على التأليف في الصلاة، ومشايخنا استحسنوا قراءة المفصل ليستمع القوم

***

[٥٩٥]

ويتعلموا اه. ولم يذكر المصنف عدد الآيات التي تقرأ في كل صلاة لا ختلاف الآثار والمشايخ، والمنقول في الجامع الصغير أنه يقرأ في الفجر في الركعتين سوى الفاتحة أربعين أو خمسين أو ستين آية. واقتصر في الاصل على الاربعين وروى الحسن في المجرد ما بين ستين إلى مائة، ووردت الاخبار بذلك كله عنه صلى الله عليه وسلم ثم قالوا: يعمل بالروايات كلها بقدر الامكان واختلفوا في كيفية العمل به، فقيل ما في المجرد من المائة محمل الراغبين، وما في الاصل محمل الكسالى أو الضعفاء، وما في الجامع الصغير من الستين محمل الاوساط، وقيل ينظر إلى طول الليالي وقصرها وإلى كثرة الاشغال وقلتها. قال في فتح القدير: الاولى أن يجعل هذا محمل اختلاف فعله عليه الصلاة والسلام بخلاف القول الاول فإنه لا يجوز فعله عليه لانهم لم يكونوا كسالى فيجعل قاعدة لفعل الائمة في زماننا. ويعلم منه أنه لا ينقص في الحضر عن الاربعين وإن كانوا كسالى لان الكسالى محملها اه. فالحاصل أنه لا ينقص عن الاربعين في الركعتين في الفجر على كل حال على جميع الاقوال. وقال فخر الاسلام قال مشايخنا: إذا كانت الآيات قصارا فمن الستين إلى مائة، وإذا كانت أوساط فخمسين، وإذا كانت طوالا فأربعين، وجعل المصنف الظهر كالفجر والاكثرون على أنه يقرأ في الظهر بالطوال. وذكر في منية المصلي معزيا إلى القدوري أن الظهر كالعصر يقرأ فيه بالاوساط، وأما في عدد الآيات ففي الجامع الصغير أن الظهر كالفجر في العدد لاستوائهما في سعة الوقت. وقال في الاصل: أو دونه لانه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزا عن الملال، وعينه في الحاوي بأنه دون أربعين إلى ستين. وأما عدد الآي في العصر والعشاء فعشرون آية في الركعتين الاوليين منهما كما في المحيط وغيره، أو خمسة عشر آية فيهما كما في الخلاصة، وذكر قاضيخان في شرح الجامع الصغير أنه ظاهر الرواية. وأما قدر ما في المغرب ففي التحفة والبدائع سورة

***

[٥٩٦]

قصيرة خمس آيات أو ست آيات سوى الفاتحة، وعزاه صاحب البدائع إلى الاصل، وذكر في الحاوي أن حد التطويل في المغرب في كل ركعة خمس آيات أو سورة قصيرة، وحد الوسط والاختصار سورة من قصار المفصل، واختار في البدائع أنه ليس في القراءة تقدير معين بل يختلف باختلاف الوقت وحال الامام والقوم. والجملة فيه أنه ينبغي للامام أن يقرأ مقدار ما يخف على القوم ولا يثقل

عليهم بعد أن يكون على التمام وهكذا في الخلاصة. قوله: (وتطال أولي الفجر فقط) بيان للسنة وهذا - أعني إطالة الركعة الاولى من الفجر - متفق عليه للتوارث على ذلك من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا كما في النهاية، ولانه وقت نوم وغفلة فيعين الامام الجماعة بتطويلها رجاء أن يدركوها لانه لا تفريط منهم بالنوم. ولم يبين في المختصر حد التطويل وبينه في الكافي بأن يكون التفاوت بقدر الثالث والثلثين والثلثان في الاولى والثلث في الثانية قال: وهذا بيان الاستحباب. أما بيان الحكم فالتفاوت وإن كان فاحشا لا بأس به لورود الاثر اهـ. واختار في الخلاصة قدر النصف فإنه قال: وحد الاطالة في الفجر أن يقرأ في الركعة الثانية من عشرين إلى ثلاثين، وفي الاولى من ثلاثين إلى ستين آية. وفي قوله فقط دلالة على أنه لا يسن التطويل في غير الفجر وهو قولهما خلافا لمحمد لحديث البخاري عن أبي قتادة أنه عليه الصلاة والسلام كان يطول الركعة الاولى من الظهر ويقصر الثانية، وهكذا في العصر، وهكذا في الصبح. واستدل للمذهب بحديث أبي سعيد الخدري أنه عليه الصلاة والسلام كان يقرأ في صلاة الظهر في الاوليين في كل ركعة قدر ثلاثين آية، وفي العصر في الاوليين في كل ركعة خمس عشر آية. فإنه نص ظاهر في المساواة في القراءة بخلاف حديث أبي قتادة فإنه يحتمل أن يكون التطويل فيه ناشئا من جملة الثناء والتعوذ والتسمية وقراءة ما دون الثلاث فيحمل عليه جمعا بين المتعارضين بقدر الامكان. وبحث فيه المحقق في فتح القدير بأن الحمل لا يتأتى في قوله وهكذا الصبح، وإن
***
[٥٩٧]
حمل على التشبيه في أصل الاطالة لا في قدرها فهو غير المتبادر ولذا قال في الخلاصة في قول محمد إنه أحب اهـ. وتعقبه تلميذه الحلبي بأنه لا يتوقف قولهما باستنان تطويل الاولى على الثانية في الفجر من حيث القدر على الاحتجاج بهذا الحديث فإن لهما أن يثبتان بدليل آخر، فالاحب قولهما لا قوله. وحيث ظهر قوة دليلهما كان الفتوى على قولهما، فما في معراج الدراية من أن الفتوى على قول محمد ضعيف. وفي المحيط معزيا إلى الفتاوى: الامام إذا طول القراءة في الركعة الاولى لكي يدركها الناس لا بأس إذا كان تطويلا لا يثقل على القوم اهـ. فأفاد أن التطويل في سائر الصلوات إن كان لقصد الخير فليس بمكروه وإلا ففيه بأس وهو بمعنى كراهة التنزيه. وظاهر إطلاقهم أن الجمعة والعيدين على الخلاف وهو كذلك في جامع المحبوبي وفي نظم الزندوستي: تستوي الركعتان في القراءة في الجمعة والعيدين بالاتفاق. وقيد بالاولى لان إطالة الثانية على الاولى تكره إجماعا، وإنما يكره التفاوت بثلاث آيات، فإن كان آية أو آيتين لا يكره لانه صلى الله عليه وسلم قرأ في المغرب بالمعوذتين وإحداهما أطول من الاخرى بآية. كذا في الكافي. ويشكل على هذا الحكم ما ثبت في الصحيحين من قراءته صلى الله عليه وسلم في الجمعة والعيدين في الاولى بسبح اسم ربك الاعلى وفي الثانية بهل أتاك حديث الغاشية مع أن الثانية أطول من الاول بأكثر من ثلاث آيات، فإن الاولى تسع عشرة آية، والثانية ست وعشرون آية وقد يجاب بأن هذه الكراهة في غير ما وردت به السنة، وأما ما ورد عنه عليه الصلاة والسلام في شئ من الصلوات فلا، أو الكراهة تنزيهية وفعله عليه
***
[٥٩٨]
الصلاة والسلام تعليما للجواز لا يوصف بها، والاول أولى لانهم صرحوا باستنان قراءة هاتين السورتين في الجمعة والعيدين. وقيد بالفرض لانه يسوي في السنن والنوافل بين ركعاتها في القراءة إلا فيما وردت به السنة أو الاثر. كذا في منية المصلي. وصرح في المحيط بكراهة تطويل ركعة من التطوع ونقص أخرى. وأطلق في جامع المحبوبي عدم كراهة إطالة الاولى على الثانية في السنن والنوافل لان أمرها سهل، واختاره أبو اليسر ومشى عليه في خزانة الفتاوى كما ذكره في شرح منية المصلي فكان الظاهر عدم الكراهة. قوله: (ولم يتعين شئ من القرآن لصلاة) لاطلاق قوله تعالى * (فاقرءوا ما تيسر من القرآن) * أراد بعدم التعيين عدم الفرضية وإلا فالفاتحة متعينة على وجه الوجوب لكل صلاة. وأشار إلى كراهة تعيين سورة لصلاة لما فيه من هجر الباقي وإيهام التفضيل كتعيين سورة السجدة وهل أتى على الانسان في فجر كل جمعة وسبح اسم ربك وقل يا أيها الكافرون وقل هو الله أحد في الوتر. كذا في الهداية وغيرها. وظاهره أن المداومة مكروهة مطلقا، سواء اعتقد أن الصلاة تجوز بغيره أو لا، لان دليل الكراهة لم يفصل وهو إيهام التفضيل وهجر الباقي فحينئذ لا حاجة إلى ما ذكره الطحاوي والاسبيجابي من أن الكراهة إذا رآه حتما يكره غيره، أما لو قرأ للتيسير عليه أو تبركا بقراءته صلى الله

عليه وسلم فلا كراهة لكن بشرط أن يقرأ غيرها أحيانا لئلا يظن الجاهل أن غيرها لا يجوز اهـ. والاولى أن يجعل دليل كراهة المداومة إيهام التعيين لا هجر الباقي لانه إنما يلزم لو لم يقرأ الباقي في صلاة أخرى. وفي فتح القدير: ثم مقتضى الدليل عدم المداومة لا المداومة على العدم كما يفعله حنفية العصر، بل يستحب أن يقرأ ذلك أحيانا تبركا بالمأثور فإن لزوم الايهام ينتفي بالترك أحيانا
***
[٥٩٩]
ولذا قالوا: السنة أن يقرأ في ركعتي الفجر بقل يا أيها الكافرون وقل هو الله أحد. وظاهر هذا إفادة المواظبة على ذلك وذلك لان الايهام المذكور منتف بالنسبة إلى المصلي نفسه اهـ. وفيه نظر لما صرح به في غاية البيان من كراهة المواظبة على قراءة السور الثلاث في الوتر أعم من كونه في رمضان، إماما أو لا. فما في فتح القدير مبني على أن العلة إيهام التعيين، وأما على ما علل به المشايخ من هجر الباقي فهو موجود، سواء كان يصلي وحده أو إماما، وسواء كان في الفرض أو في غيره، فتكره المداومة مطلقا. قوله: (ولا يقرأ المؤتم بل يستمع وينصت وإن قرأ آية الترغيب أو الترهيب أو خطب أو صلى على النبي صلى الله عليه وسلم والنائي كالقريب) للحديث المروي من طرق عديدة من كان له إمام فقراءة القرآن له قراءة فكان مخصصا لعموم قوله تعالى * (فاقرءوا ما تيسر) * بناء على أنه خص منه المدرك في الركوع إجماعا فجاز تخصيصه بعده بخبر الواحد ولعموم الحديث لا صلاة إلا بقراءة (٢) فإن قلت: حيث جاز تخصيصه بعد بخبر الواحد فينبغي تخصيص عمومها بالفاتحة عملا بخبر الفاتحة قلت التخصيص الاول إنما هو في المأمورين ولم يقع تخصيص لعموم المقروء فلم يجز تخصيصه بالظني. أطلقه فشمل الصلاة الجهرية والسرية، وفي الهداية: ويستحسن على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد، ويكره عندهما لما فيه من الوعيد. وتعقبه في غاية البيان بأن محمدا صرح في كتبه بعدم القراءة خلف الامام فيما يجهر
***
[٦٠٠]
فيه وفيما لا يجهر فيه. قال: وبه نأخذ وهو قول أبي حنيفة. ويجاب عنه بأن صاحب الهداية لم يجزم بأنه قول محمد بل ظاهره أنها رواية ضعيفة. وفي فتح القدير: والحق أن قول محمد كقولهما. والمراد من الكراهة كراهة التحريم، وفي بعض العبارات أنها لا تحل خلفه وإنما لم يطلقوا اسم الحرمة عليها لما عرف من أن أصلهم أنهم لا يطلقونها إلا إذا كان الدليل قطعيا، ودعوى الاحتياط في القراءة خلفه ممنوعة بل الاحتياط تركها لانه العمل بأقوى الدليلين، وقد روي عن عدة من الصحابة فساد الصلاة بالقراءة خلفه فأقواهما المنع. وأشار بقوله بل يستمع وينصت إلى آخره إلى أن الآية نزلت في الصلاة وهي قوله تعالى * (وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وانصتوا لعلكم ترحمون) * وهو قول أكثر أهل التفسير. ومنهم من قال: نزلت في الخطبة. قال في الكافي: ولا تنافي بينهما فإنما أمروا بهما فيها لما فيها من قراءة القرآن. وحاصل الآية أن المطلوب بها أمران: الاستماع والسكوت، فيعمل بكل منهما والاول يخص الجهرية، والثاني لا. فيجري على إطلاقه فيجب السكوت عند القراءة مطلقا. ولما كان العبرة إنما هو لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وجب الاستماع لقراءة القرآن خارج الصلاة أيضا ولهذا قال في الخلاصة: رجل يكتب الفقه وبجنبه رجل يقرأ القرآن ولا يمكنه استماع القرآن فالاثم على القارئ. وعلى هذا لو قرأ على السطح في الليل جهرا والناس نيام يأثم. وفي القنية وغيرها: الصبي إذا كان يقرأ القرآن وأهله يشتغلون بالاعمال ولا يستمعون إن كان شرعوا في العمل قبل قراءته لا يأثمون وإلا أثموا. وقوله وإن للوصل، وآية الترغيب هي ما كان فيها ذكر الجنة أو الرحمة، وآية الترهيب ما كان فيها ذكر النار. والترهيب التخويف وفي عبارته رعاية الادب حيث قال يستمع وينصت ولم يقل لا يسأل الجنة ولا يتعوذ من النار وإنما لم يسأل ويتعوذ لما فيه من الاخلال بفرض الاستماع، ولان الله تعالى وعده بالرحمة إذا استمع وأنصت ووعده حتم وإجابة الدعاء غير مجزوم به خصوصا المتشاغل عن سماع القرآن بالدعاء. والضمير في قوله قرأ راجع إلى الامام، وكذا في خطب وصلى وحينئذ فلفظ المؤتم حقيقة بالنسبة إلى قوله وإن قرأ آية الترغيب والترهيب مجاز باعتبار ما يؤول بالنسبة إلى الخطبة والصلاة، ويجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز بلفظ واحد عند كثير من العلماء، وبهذا اندفع ما ذكره الشارح من الخلل في عبارة المختصر. واستثنى
***
[٦٠١]
المصنف في الكافي من قوله صلى ما إذا ذكر الخطيب آية * (إن الله وملائكته) * (الاحزاب: ٥٦) فإن السامع يصلي في نفسه سرا

أئمارا للامر وجعل البعيد كالقريب للخطيب في أنه يسكت هو الاحتياط كما في الهداية والله سبحانه وتعالى أعلم. باب الامامة اعلم أن الكلام هنا في مواضع: الاول في بيان شرائط صحتها. الثاني في بيان شرائط
***
[٦٠٢]
كمالها. الثالث في بيان من تكره إمامته. الرابع في بيان صفتها. الخامس في بيان أقلها. السادس في بيان من تجب له. السابع في بيان من تجب عليه. الثامن في حكمة مشروعيتها. أما الاول فحاصله مجملا ما ذكره الامام الاسبيجابي أنه متى أمكن تضمين صلاة المقتدي في صلاة الامام صح اقتداؤه به وإن لم يمكن لا يصح اقتداؤه به، والشئ إنما يتضمن ما هو مثله أو دونه ولا يتضمن ما هو فوقه، وسيأتي بيانها مفصلا في قوله وفسد اقتداء رجل بامرأة إلى آخره. وأما الثاني فهو أن الاصل أن بناء الامامة على الفضيلة والكمال فكل من كان أكمل وأفضل فهو أحق بها، وسيأتي مفصلا مع بيان من تكره إمامته. وأما صفتها فما ذكره قوله: (الجماعة سنة مؤكدة) أي قوية تشبه الواجب في القوة. والراجح عند أهل المذهب الوجوب ونقله في البدائع عن عامة مشايخنا، وذكر هو وغيره أن القائل منهم أنها
***
[٦٠٣]
سنة مؤكدة ليس مخالفا في الحقيقة بل في العبارة لان السنة المؤكدة والواجب سواء خصوصا ما كان من شعائر الاسلام. ودليله من السنة المواظبة من غير ترك مع النكير على تاركها بغير عذر في أحاديث كثيرة. وفي للمجتبى والظاهر أنهم أرادوا بالتأكيد الوجوب لاستدلالهم بالاخبار الواردة بالوعيد الشديد بترك الجماعة. وصرح في المحيط بأنه لا يرخص لاحد في تركها بغير عذر حتى لو تركها أهل مصر يؤمرون بها فإن ائتمروا وإلا يحل مقاتلتهم، وفي القنية وغيرها: بأنه يجب التعزير على تاركها بغير عذر ويأثم الجيران بالسكوت. وفيها: لو انتظر الاقامة لدخول المسجد فهو مسئ. وفي المجتبى: ومن سمع النداء كره له الاشتغال بالعمل. وعن عائشة أنه حرام يعني حالة الاذان وإن عمل بعده قبل الصلاة فلا بأس به. وعن محمد: لا بأس بالاسراع إلى الجمعة والجماعة ما لم يجهد نفسه والسكينة أفضل فيها اه. وفي الخلاصة: يجوز التعزير بأخذ الماء ومن ذلك رجل لا يحضر الجماعة اه. وسيأتي إن شاء الله تعالى في محله أن معناه حبس ماله عنه مدة ثم دفعه له لا أخذه على وجه التملك كما قد يتوهم كما صرح به في البزازية. وذكفي غاية البيان معزيا إلى الاجناس أن تارك الجماعة يستوجب إساءة ولا تقبل شهادته إذا تركها استخفافا بذلك ومجانة، أما إذا تركها سهوا أو تركها بتأويل بأن يكون الامام من أهل الاهواء أو مخالفا لمذهب المقتدي لا يراعى مذهبه فلا يستوجب الاساءة وتقبل شهادته اه. وفي شرح النقاية عن نجم الائمة: رجل يشتغل بتكرار الفقه ليلا ونهارا ولا يحضر الجماعة لا يعذر ولا تقبل شهادته. وقال أيضا: ورجل يشتغل
***
[٦٠٤]
بتكرار اللغة فتفوته الجماعة لا يعذر بخلاف تكرار الفقه. قيل جوابه الاول فيمن واظب على ترك الجماعة تهاونا، والثاني فيمن لا يواظب على تركها اه. ولم يذكر المصنف بقية أحكامها فمنها: أن أقلها اثنان واحد مع الامام في غير الجمعة لانها مأخوذة من الاجتماع وهما أقل ما يتحقق بهما الاجتماع، ولقوله عليه الصلاة والسلام الاثنان فما فوقهما جماعة (١) وهو ضعيف كما في شرح منية المصلي، وسواء كان ذلك الواحد رجلا أو امرأة، حرا أو عبدا أو صبيا يعقل ولا عبرة بغير العاقل. وفي السراج الوهاج: لو حلف لا يصلي بجماعة وأم صبيا يعقل حنث في يمينه. ولا فرق في ذلك بين أن يكون في المسجد أو بيته حتى لو صلى في بيته بزوجته أو جاريته أو ولده فقد أتى بفضيلة الجماعة. ومنها أنها واجبة للصلوات الخمس إلا للجمعة فإنها شرط فيها، وتجب لصلاة العيدين على القول بوجوبها وتسن فيها على القول بسنيتها، وفي الكسوف والتراويح سنة وسيأتي أن الصحيح أنها في التراويح سنة على الكفاية. ونص في جوامع الفقه على أنها فيها واجبة وهو غريب. ويستحب في الوتر في رمضان على قول، ولا يستحب فيه على قول، وهي مكروهة في صلاة الخسوف وقيل لا. وأما ما عدا هذه الجملة ففي الخلاصة الاقتداء في الوتر خارج رمضان يكره، وذكر القدوري أنه لا يكره. وأصل هذا أن التطوع بالجماعة إذا كان على سبيل التداعي يكره في الاصل للصدر الشهيد، أما إذا صلوا بجماعة بغير أذان وإقامة في ناحية المسجد لا يكره. وقال شمس الائمة الحلواني: إن كان سوى الامام ثلاثة لا يكره في بالاتفاق، وفي الاربع اختلف المشايخ والاصح أنه يكره اه. كذا في شرح المنية. ولا يخفى أن الجماعة في العيدين وإن كانت واجبة أو سنة على القولين فيها فهي شرط الصحة على كل قول لان شرائط العيدين وجوبا

وصحة شرائط الجمعة إلا الخطبة فلا تصح صلاة العيدين منفردا كالجمعة، ولا يلزم من بطلان الوصف بطلان الاصل على
***
[٦٠٥]
المذهب. ومنها حكم تكرارها في مسجد واحد ففي المجمع: ولا نكررها في مسجد محلة بأذان ثان. وفي المجتبى: ويكره تكرارها في مسجد بأذان وإقامة. وعن أبيوسف: إنما يكره تكرارها بقوم كثير، أما إذا صلى واحد بواحد واثنين فلا بأس به. وعنه: لا بأس به مطلقا إذا صلى في غير مقام الامام. وعن محمد: إنما يكره تكرارها على سبيل التداعي، أما إذا كان خفية في زاوية المسجد لا بأس به. وقال القدوري: لا بأس بها في مسجد في قارعة الطريق وفي أمالي قاضيخان: مسجد ليس له إمام ولا مؤذن ويصلي الناس فيه فوجا فوجا فالافضل أن يصلي كل فريق بأذان وإقامة على حدة، ولو صلى بعض أهل المسجد بأذان وإقامة مخافتة ثم ظهر بقيتهم فلهم أن يصلوا جماعة على وجه الاعلان اه. ومنها أنها لا تجب إلا على الرجال البالغين العاقلين الاحرار القادرين عليها من غير حرج، فلا تجب على شيخ كبير لا يقدر على المشي، ومريض وزمن وأعمى ولو وجد من
***
[٦٠٦]
يقوده. ويحمله عند أبي حنيفة لما عرف أنه لا عبرة بقدرة الغير. وحقق في فتح القدير أنه اتفاق، والخلاف في الجمعة الجماعة. وتسقط بعذر البرد الشديد والظلمة الشديدة، وذكر في السراج الوهاج أن منها المطر والريح في الليلة المظلمة، وأما في النهار فليست الريح عذرا، وكذا إذا كان يدافع الاخبثين أو أحدهما أو كان إذا خرج يخاف أن يحبسه غريمه في الدين أو كان يخاف الظلمة أو يريد سفرا وأقيمت الصلاة فيخشى أن تفوته القافلة، أو يكون قائما بمريض أو يخاف ضياع ماله، وكذا إذا حضر العشاء وأقيمت صلاة العشاء ونفسه تتوق إليه، وكذا إذا حضر الطعام في غير وقت العشاء ونفسه تتوق إليه اه. وفي فتح القدير: وإذا فاتته لا يجب عليه الطلب في المساجد بلا خلاف بين أصحابنا، بل أن أتى مسجدا للجماعة آخر فحسن، وإن صلى في مسجد حيه منفردا فحسن. وذكر القدوري: يجمع بأهله ويصلي بهم يعني وينال ثواب الجماعة. وقال شمس الائمة: الاولى في زماننا تتبعها. وسئل الحلواني عمن يجمع بأهله أحيانا هل ينال ثواب الجماعة أو لا؟ قال: لا ويكون بدعة ومكروها بلا عذر. واختلف في الافضل من جماعة مسجد حيه وجماعة المسجد الجامع وإذا كان مسجدان يختار أقدمهما، فإن استويا فالاقرب، فإن صلوا في الاقرب وسمع إقامة غيره فإن كان دخل فيه لا يخرج وإلا فيذهب إليه. وهذا على الاطلاق تفريع على أفضلية الاقرب مطلقا على من فضل الجامع، فلو كان الرجل متفقها فمجلس أستاذه لدرسه أو مجلس العامة أفضل بالاتفاق اه. وأما حكمة مشروعيتها فقد ذكر في ذلك وجوه: أحدها قيام نظام الالفة بين المصلين ولهذه الحكمة شرعت المساجد في المحال لتحصيل التعاهد باللقاء في أوقات الصلوات بين الجيران. ثانيها دفع حصر النفس أن تشتغل بهذه العبادة وحدها. ثالثها تعلم الجاهل من العالم أفعال الصلاة وذكر بعضهم أنها ثابتة بالكتاب وهو قوله تعالى * (واركعوا مع الراكعين) * فهي بالكتاب والسنة. وأما فضائلها ففي السنة الصحيحة أن صلاة الجماعة تفضل صلاة المنفرد ببضع وعشرين درجة. وفي المضمرات: إنه مكتوب في التوراة صفة أمة محمد وجماعتهم وأنه بكل رجل في صفوفهم تزاد في صلاتهم صلاة يعني إذا كانوا ألف رجل يكتب لكل رجل ألف صلاة.
***
[٦٠٧]
قوله: (والاعلم أحق بالامامة) أي أولى بها ولم يبين المعلوم، وفسره في المضمرات بأحكام الصلاة، وفي السراج الوهاج بما يصلح الصلاة ويفسدها، وفي غاية البيان بالفقه وأحكام الشريعة، والظاهر هو الاول ويقرب منه الثاني. وأما الثالث فمحمول على الاول لظهور أنه ليس المراد من الفقه غير أحكام الصلاة، ولهذا وقع في عبارة أكثرهم الاعلم بالسنة باعتبار أن أحكام الصلاة لم تستفد إلا من السنة. وأما الصلاة في الكتاب فمجملة، وقدم أبو يوسف الاقرأ لحديث الصحيحين يؤم القوم اقرؤهم لكتاب الله، فإن كانوا في القراءة سواء فأعلمهم بالسنة، فإن كانوا في السنة سواء فأقدمهم هجرة، فإن كانوا في الهجرة سواء فأقدمهم إسلاما، ولا يؤم الرجل في سلطانه ولا يقعد في بيته على تكرمته إلا بإذنه (١) وأجاب عنه في الهداية بأن اقرأهم كان أعلمهم لانهم كانوا يتلقونه بأحكامه فقدم

في الحديث ولا كذلك في زماننا فقدمنا الاعلم، ولان القراءة يفتقر إليها الركن واحد والعلم لسائر الاركان. وفي فتح القدير: وأحسن ما يستدل به للمذهب حديث مروا أبا بكر فليصل بالناس وكان ثمة من هو أقرأ منه بدليل قوله عليه الصلاة والسلام اقرؤكم أبي وكان أبو بكر أعلمهم بدليل قول أبي سعيد: كان أبو بكر أعلمنا. وهذا آخر الامر من رسول الله صلى الله عليه وسلم. وفي الخلاصة: الاكثر على تقديم الاعلم فإن كامتبحرا في علم الصلاة لكن لم يكن له حظ في غيره من العلوم فهو أولى اه. وقيد في المجتبى الاعلم بأن يكون مجتنبا للفواحش الظاهرة وإن لم يكن ورعا. وقيد في السراج الوهاج تقديم الاعلم بغير الامام الراتب، وأما الامام الراتب فهو أحق من غيره وإن كان غيره أفقه منه. وقيد الشارح وجماعة تقديم الاعلم بأن يكون حافظا من القرآن قدر ما تقوم به سنة القراءة، وقيده المصنف في الكافي بأن يكون حافظا قدر ما تجوز به الصلاة، وينبغي أن يكون المختار قولا ثالثا وهو أن يكون حافظا للقدر المفروض والواجب ولم أره منقولا لكن القواعد لا تأباه لان الواجب مقتضاه الاثم بالترك ويورث النقصان في الصلاة.

***

[٦٠٨]

(ثم الاقرأ) محتمل لشيئين: أحدهما أن يكون المراد به أحفظهم للقرآن وهو المتبادر. الثاني أحسنهم تلاوة للقرآن باعتبا تجويد قراءته وترتيلها، وقد اقتصر العلامة تلميذ المحقق ابن الهمام في شرح زاد الفقير عليه. قوله: (ثم الاورع) أي الاكثر اجتنابا للشبهات. والفرق بين الورع والتقوى أن الورع اجتناب الشبهات. والتقوى اجتناب المحرمات، ولم يذكر الورع في الحديث السابق وإنما ذكر فيه بعد القراءة الهجرة لانها كانت واجبة في ابتداء الاسلام قبل الفتح، فلما انتسخت بعده أقمنا الورع مقامها. واستثنى في معراج الدراية من نسخ وجوبها بعده ما إذا أسلم في دار الحرب فإنه تلزمه الهجرة إلى دار الاسلام لكن الذي نشأ في دار الاسلام أولى منه إذا استويا فيما قبلها. قوله: (ثم الاسن) لحديث مالك بن الحويرث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له ولصاحب له: إذا حضرت الصلاة فأذنا ثم أقيما ثم ليؤمكما أكبر كما. وقد استويا في الهجرة والعلم والقراءة. وعلل له في البدائع بأن من امتد عمره في الاسلام كان أكثر طاعة، وهو يدل على أن المراد بالاسن الاقدم إسلاما، ويشهد له حديث الصحيحين المتقدم من قوله فإن كانوا في الهجرة سواء فأقدمهم إسلاما فعلى هذا لا يقدم شيخ أسلم قريبا على شاب نشأ في الاسلام أو أسلم قبله، وكلام المصنف ظاهر في تقدم الاورع على الاسن، وهكذا في كثير من الكتب، وفي المحيط ما يخالفه فإنه قال: وإن كان أحدهما أكبر والآخر أورع فالاكبر أولى إذا

***

[٦٠٩]

لم يكن فيه فسق ظاهر اه. وأشار المصنف إلى أنهما لو استويا في سائر الفضائل إلا أن أحدهما أقدم ورعا قدم، وقد صرح به في فتح القدير. ثم اقتصر المصنف على هذه الاوصاف الاربعة أعني العلم والقراءة والورع والسن، وقد ذكروا أوصافا آخر. ففي المحيط: فإن استويا في السن قالوا أحسنهما خلقا أولى، فإن استويا فأحسنهما وجها أولى. وفسر الشمني الخلق بالالف بين الناس، وفسر المصنف في الكافي أحسنهم وجها بأكثرهم صلاة بالليل للحديث من كثرت صلاته بالليل حسن وجهه بالنهار وإن كان ضعيفا عند المحدثين. وذكر في البدائع أنه لا حاجة إلى هذا التكلف بل يبقى على ظاهره لانه صباحة الوجه سبب لكثرة الجماعة خلفه. وقدم في فتح القدير الحسب على صباحة الوجه، فإن استووا فأشرفهم نسبا. وزاد الامام الاسبيجابي على ذلك أوصافا ثلاثة أخرى وهي: فإن استووا فأكبرهم رأسا وأصغرهم عضوا، فإن استووا فأكثرهم مالا أولى حتى لا يطلع على الناس، فإن استووا في ذلك فأكثرهم جاها أولى. وزاد في المعراج ثاني عشر وهو أنظفهم ثوبا. واختلف في المسافر مع المقيم قيل هما سواء، وقيل المقيم أولى، وينبغي ترجيحه كما لا يخفى. وفي الخلاصة: وإن اجتمعت هذه الخصال في رجلين فإنه يقرع بينهما أو الخيار إلى القوم. وأشار المصنف بالاحقية إلى أن القوم لو قدموا غير الاقرأ مع وجوده فإنهم قد أساءوا ولكن لا يأثمون كما في التنجيس وغيره. وهذا كله فيما إذا لم يكونا في بيت شخص، أما إذا كانا في بيت إنسان فإنه يكره أن يؤم ويؤذن. وصاحب البيت أولى بالامامة إلا أن يكون معه سلطان أو قاض فهو أولى لان ولايتهما عامة. كذا ذكر الاسبيجابي، ويشهد له حديث الصحيحين السابق. وفي السراج الوهاج: ويقدم الوالي على الجميع وعلى إمام المسجد، وصاحب البيت والمستأجر أولى من المالك لانه أحق بمنافعه، وكذا المستعير أولى من المعير اه. وفي تقديم المستعير نظر لان للمعير أن

يرجع أي وقت شاء بخلاف المؤجر. وفي الخلاصة وغيرها: رجل أم قوما وهم له كارهون، إن كانت الكراهية لفساد فيه أو لانهم أحق بالامامة يكره له ذلك، وإن كان هو حق بالامامة لا يكره له ذلك اه. وفي بعض الكتب: والكراهة على القوم وهو ظاهر لانها ناشئة عن الاخلاق الذميمة. وينبغي أن تكون تحريمية في حق الامام في صورة الكراهة لحديث أبي داود عن ابن عمر مرفوعا ثلاثة لا يقبل الله منهم صلاة: من تقدم قوما وهم له كارهون، ورجل أتى الصلاة دبارا. والدبار أن يأتيها بعد أن تفوته - ورجل اعتبد محرره (١) كذا في شرح المنية.

***

[٦١٠]

قوله: (وكره إمامة العبد والاعرابي والفاسق والمبتدع والاعمى وولد الزنا) بيان للشيئين الصحة والكراهة. أما الصحة فمبنية على وجود الاهلية للصلاة مع أداء الاركان وهما موجودان من غير نقص في الشرائط والاركان. ومن السنة حديث صلوا خلف كل بر وفاجر وفي صحيح البخاري أن ابن عمر كان يصلي خلف الحجاج وكفى به فاسقا كما قاله الشافعي. وقال المصنف: إنه أفسق أهل زمانه. وقال الحسن البصري: لو جاءت كل أمة بخبيثاتها وجئنا بأبي محمد لغلبناهم. وإمامة عتبان بن مالك الاعمى لقومه مشهورة في الصحيحين، واستخلاف ابن أم مكتوم الاعمى على المدينة كذلك في صحيح ابن حبان. وأما الكراهة فمبنية على قلة رغبة الناس في الاقتداء بهؤلاء فيؤدي إلى تقليل الجماعة المطلوب تكثيرها تكثيرا للاجر، ولان العبد لا يتفرغ للتعلم والغالب على الاعراب الجهل، والفاسق لا يهتم لامر دينه، والاعمى لا يتوقى النجاسة، وليس لولد الزنا أب يربيه ويؤد به ويعلمه فيغلب عليه الجهل. أطلق الكراهة في هؤلاء وقيد كراهة إمامة الاعمى في المحيط وغيره بأن لا يكون أفضل القوم، فإن كان أفضلهم فهو أولى. وعلى هذا يحمل تقديم ابن أم مكتوم لانه لم يبق من الرجال الصالحين للامامة في المدينة أحد أفضل منه حينئذ، ولعل عتبان بن مالك كان أفضل من كان يؤمه أيضا. وعلى قياس هذا إذا كان الاعرابي أفضل الحاضرين كان أولى، ولهذا قال في منية المصلي: أراد بالاعرابي الجاهل وهو ظاهر في كراهة إمامة العامي الذي لا علم عنده، وينبغي أن يكون كذلك في العبد. وولد الزنا إذا كان أفضل القوم فلا كراهة إذا لم يكونا محتقرين بين الناس لعدم العلة للكراهة. والاعرابي من يسكن البادية عربيا كان أو عجميا، وأما من يسكن المدن فهو عربي. وفي المجتبى: وهذه الكراهة تنزيهية لقوله في الاصل إمامة غيرهم أحب إلي. وهكذا في معراج الدراية. وفي الفتاوى: لو صلى خلف فاسق أو مبتدع ينال فضل الجماعة لكن لا ينال كما ينال خلف تقي ورع لقوله صلى الله عليه وسلم من صلى خلف عالم تقي فكأنما صلى على خلف نبي قال ابن أمير حاج: ولم يجده المخرجون. نعم أخرج الحاكم في مستدركه مرفوعا إن سركم أن يقبل الله صلاتكم فليؤمكم خياركم فإنهم

***

[٦١١]

وفدكم فيما بينكم وبين ربكم وذكر الشارح وغيره أن الفاسق إذا تعذر منعه يصلي الجمعة خلفه، وفي غيرها ينتقل إلى مسجد آخر. وعلل له في المعراج بأن في غير الجمعة يجد إماما غيره فقال في فتح القدير: وعلى هذا فيكره الاقتداء به في الجمعة إذا تعددت إقامتها في المصر على قول محمد وهو المفتى به، لانه بسبيل من التحول حينئذ. وفي السراج الوهاج: فإن قلت فما الافضلية أن يصلي خلف هؤلاء أو الانفراد؟ قيل: أما في حق الفاسق فالصلاة خلفه أولى لما ذكر في الفتاوى كما قدمناه، وأما الآخرون فيمكن أن يكون الانفراد أولى لجهلهم بشروط الصلاة، ويمكن أن يكون على قياس الصلاة خلف الفاسق والافضل أن يصلي خلف غيرهم اه. فالحاصل أنه يكره لهؤلاء التقدم ويكره الاقتداء بهم كراهة تنزيه، فإن أمكن الصلاة خلف غيرهم فهو أفضل وإلا فالاقتداء أولى من الانفراد. وينبغي أن يكون محل كراهة الاقتداء بهم عند وجود غيرهم وإلا فلا كراهة كما لا يخفى. وأشار المصنف إلى أنه لو اجتمع معتق وحر أصلي فالحر الاصلي أولى بعد الاستواء في العلم والقراءة كما في الخلاصة، وأما المبتدع فهو صاحب البدعة وهي كما في المغرب اسم من ابتدع الامر إذا ابتدأه وأحدثه كالرفقة من الارتفاق والخلفة من الاختلاف، ثم غلبت على ما هو زيادة في الدين أو نقصان منه اه. وعرفها الشمني بأنها ما أحد ث على خلاف الحق المتلقى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من علم أو عمل أو حال بنوع شبهة واستحسان وجعل دينا قويما وصراطا مستقيما اه. وأطلق المصنف في المبتدع فشمل كل مبتدع هو من أهل قبلتنا. وقيده في المحيط والخلاصة

والمجتبى وغيرها بأن لا تكون بدعته تكفره، فإن كانت تكفره فالصلاة خلفه لا تجوز. وعبارة الخلاصة هكذا: وفي الاصل الاقتداء بأهل الاهواء جائز إلا الجهمية والقدرية والروافض الغالي ومن يقول بخلق القرآن والخطابية والمشبهة. وجملته أن من كان من أهل قبلتنا ولم يغل في هواه حتى يحكم بكفره تجوز الصلاة خلفه وتكره، ولا تجوز الصلاة خلف من ينكر شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم أو ينكر الكرام الكاتبين أو ينكر الرؤية لانه كافر. وإن قال إنه لا يرى لجلاله وعظمته فهو مبتدع. والمشبه إن قال إن لله يدا أو رجلا كما للعباد فهو كافر، وإن قال إنه جسم لا كالاجسام فهو مبتدع. والرافضي إن فضل عليا على غيره فهو مبتدع، وإن أنكر خلافة الصديق فهو كافر. ومن أنكر الاسراء من مكة إلى بيت المقدس فهو كافر، ومن أنكر المعراج من بيت المقدس فليس بكافر اه. وألحق في فتح القدير عمر
***
[٦١٢]
بالصديق في هذا الحكم ولعل مرادهم إنكار الخلافة إنكار استحقاقهما الخلافة فهو مخالف لاجماع الصحابة لا إنكار وجودها لهما. وعلل لعدم كفره في قوله لا كالاجسام بأنه ليس فيه إلا إطلاق لفظ الجسم عليه وهو موهم للنقص فرفعه بقوله لا كالاجسام فلم يبق إلا مجرد الاطلاق وذلك معصية تنهض سببا للعقاب لما قلنا من الايهام بخلاف ما لو قاله على التشبيه فإنه كافر، وقيل يكفر بمجرد الاطلاق أيضا وهو حسن بل هو أولى بالتكفير اه. فالحاصل أنه يكفر في لفظين هو جسم كالاجسام هو جسم ويصير مبتدعا في الثالث هو جسم كالاجسام ثم قال: واعلم أن الحكم بكفر من ذكرنا من أهل الاهواء مع ما ثبت عن أبي حنيفة والشافعي من عدم تكفير أهل القبلة من المبتدعة كلهم محمله على أن ذلك المعتقد نفسه كفر، فالقائل به قائل بما هو كفر وإن لم يكفر بناء على كون قوله ذلك عن استفراغ وسعه مجتهدا في طلب الحق لكن جزمهم ببطلان الصلاة خلفه لا يصحح هذا الجمع اللهم إلا أن يراد بعدم الجواز خلفهم عدم الحل أي عدم حل أن يفعل وهو لا ينافي الصحة وإلا فهو مشكل - والله سبحانه أعلم - بخلاف مطلق اسم الجسم مع التشبيه فإنه يكفر لاختياره إطلاق ما هو موهم للنقص بعد علمه بذلك، ولو نفى التشبيه لم يبق منه إلا التساهل والاستخفاف بذلك اه. وهكذا استشكل هذه الفروع مع ما صح عن المجتهدين المحقق سعد التفتازاني في شرح العقائد وفيما أجاب به في فتح القدير نظر، لان تعليله في الخلاصة فيمن أنكر الرؤية ونحوها بأنه كافر يرد هذا الحمل فالاولى ما ذكره هو في باب البغاة أن هذه الفروع المنقولة في الفتاوى من التكفير لم تنقل عن الفقهاء أي المجتهدين. وإنما المنقول عنهم عدم تكفير من كان من قبلتنا حتى لم يحكموا بتكفير الخوارج الذين يستحلون دماء المسلمين وأموالهم وسب أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لكونه عن تأويل وشبهة ولا عبرة بغير المجتهدين اه. وذكر في المسايرة أن ظاهر قول الشافعي وأبي حنيفة أنه لا يكفر أحد منهم وإن روي عن أبي حنيفة أنه قال لجهم: إخرج عني يا كافر حملا على التشبيه، وهو مختار الرازي. وذكر في شرحها للكمال بن أبي شريف أن عدم تكفيرهم هو المنقول عن جمهور المتكلمين
***
[٦١٣]
والفقهاء، فإن الشيخ أبا الحسن الاشعري قال في كتاب مقالات الاسلاميين: اختلف المسلمون بعد نبيهم صلى الله عليه وسلم في أشياء ظل بعضهم بعضا، وتبرأ بعضهم عن بعض فصاروا فرقا متباينين إلا أن الاسلام يجمعهم ويعمهم اه. وقال الامام الشافعي: أقبل شهادة أهل الاهواء إلا الخطابية لانهم يشهدون بالزور لموافقيهم. وما ذكره المصنف أنه ظاهر قول أبي حنيفة جزم بحكايته عنه الحاكم صاحب المختصر في كتاب المنتقى وهو المعتمد اه. فالحاصل أن المذهب عدم تكفير أحد من المخالفين فيما ليس من الاصول المعلومة من الدين ضرورة، ويدل عليه قول شهادتهم إلا الخطابية، ولم يفصلوا في كتاب الشهادات فدل ذلك على أن هذه الفروع المنقولة من الخلاصة وغيرها بصريح التكفير لم تنقل عن أبي حنيفة وإنما هي من تفريعات المشايخ كألفاظ لتكفير المنقولة في الفتاوى والله سبحانه هو الموفق. وفي جمع الجوامع وشرحه: ولا نكفر أحدا من أهل القبلة ببدعة كمنكري صفات الله تعالى وخلقه أفعال عباده وجواز رؤيته يوم القيامة، ومنا من كفرهم. أما من خرج ببدعته من أهل القبلة كمنكري حدوث العالم والبعث والحشر للاجسام والعلم بالجزئيات فلا نزاع في كفرهم لانكارهم بعض ما علم مجئ الرسول به ضرورة اه. وفي الخلاصة عن الحلواني: يمنع عن الصلاة خلف من يخوض

في علم الكلام ويناظر صاحب الاهواء. وحمله في المجتبى على من يريد بالمناظرة أن يزل صاحبه، وأما من أراد الوصول به إلى الحق وهداية الخلق فهو ممن يتبرك بالاقتداء به ويندفع البلاء عن الخلق بهدايته واهتدائه. وأما الصلاة خلف الشافعية فحاصل ما في المجتبى أنه إذا كان مراعيا للشرائط والاركان عندنا فالاقتداء به صحيح على الاصح ويكره وإلا فلا يصح أصلا. وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى في باب الوتر. ولا خصوصية للشافعية بل الصلاة خلف كل مخالف للمذهب كذلك.
***
[٦١٤]
قوله (وتطويل الصلاة) أي وكره للامام تطويلها للحديث إذا أم أحدكم الناس فليخفف (١) واستثنى المحقق في فتح القدير صلاة الكسوف فإنه السنة فيها التطويل حتى تنجلي الشمس. وأراد بالتطويل ما زاد على القدر المسنون كما في السراج الوهاج لا كما قد يتوهمه بعض الائمة فيقرأ يسيرا في الفجر كغيرها. وفي المضمرات شرح القدوري: أي لا يزيد على القراءة المستحبة ولا يثقل على القوم ولكن يخفف بعد أن يكون على التمام والاستحباب اه. وذكره في فتح القدير بحثا وعلل له بأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن التطويل وكانت قراءته هي المسنونة فلا بد من كون ما نهى عنه غير ما كان دأبه إلا لضرورة كما روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قرأ بالمعوذتين في الفجر، فلما فرغ قيل له أو جزت قال: سمعت بكاء صبي فخشيت أن تفتتن أمه. وفي منية المصلي: ويكره للامام أن يعجلهم عن إكمال السنة، والظاهر أنها في تطويل الصلاة كراهة تحريم للامر بالتخفيف وهو للوجوب إلا لصارف ولادخال الضرر على الغير. وأطلقه فشمل ما إذا كان القوم يحصون أو لا رضوا بالتطويل أو لا لاطلاق الحديث. وأطلق في التطويل فشمل إطالة القراءة أو الركوع أو السجود أو الادعية واختار الفقيه أو الليث أنه يطيل الركوع لادراك الجائي إذا لم يعرفه فإن عرفه فلا، وأبو حنيفة منع منه مطلقا لانه شرك أي رياء قوله (وجماعة النساء) أي وكره جماعة النساء لانها لا تخلو عن ارتكاب محرم وهو قيام الامام وسط الصف فيكره كالعراة. كذا في الهداية، وهو يدل على أنها كراهة تحريم لان التقدم واجب على الامام للمواظبة من النبي صلى الله عليه وسلم عليه، وترك الواجب موجب لكراهة التحريم المقتضية للاثم، ويدل على كراهة التحريم في جماعة العراة بالاولى. واستثنى الشارحون جماعتهن في
***
[٦١٥]
صلاة الجنازة فإنها لا تكره لانها فريضة وترك التقدم مكروه فدار الامر بين فعل المكروه لفعل الفرض أو ترك الفرض لتركه، فوجب الاول بخلاف جماعتهن في غيرها. ولو صلين فرادى فقد تسبق إحداهن فتكون صلاة الباقيات نفلا، والتنفل بها مكروه فيكون فراغ تلك موجبا لفساد الفرضية لصلاة الباقيات كتقييد الخامس بالسجدة لمن ترك القعدة. وأفاد أن إمامة المرأة للنساء صحيحة، واستثنى في السراج الوهاج مسألة وهي ما لو استخلف الامام امرأة وخلفه رجال ونساء فسدت صلاة الرجال والنساء والامام والمقدمة في قول أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر، أما فساد صلاة الرجال فظاهر، وأما فساد صلاة النساء فلانهم دخلوا في تحريمة كاملة فإذا انتقلوا إلى تحريمة ناقصة لم يجز كأنهم خرجوا من فرض إلى فرض آخر. قوله (فإن فعلن تقف الامام وسطهن كالعراة) لان عائشة رضي الله عنها فعلت كذلك وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام ولان في التقدم زيادة الكشف. وأفاد بالتعبير بقوله تقف أنه واجب فلو تقدمت أثمت كما صرح به في فتح القدير والصلاة صحيحة، فإذا توسطت لا تزول الكراهة وإنما أرشدوا إلى التوسط لانه أقل كراهية من التقدم. كذا في السراج الوهاج. ولو تأخرت لم يصح الاقتداء بها عندنا لعدم شرطه وهو عدم التأخر عن المأموم. وذكر في المغرب الامام من يؤتم به أي يقتدى به كرا كان أو أنثى. وفي الواو مع السين الوسط بالتحريك اسم لعين ما بين طرفي الشئ كمركز الدائرة، وبالسكون اسم مبهم لداخل الدائرة مثلا ولذلك كان ظرفا، فالاول يجعل مبتدأ أو فاعلا ومفعولا به وداخلا عليه حرف الجر ولا يصح شئ من هذا في الثاني، تقول وسطه خير من طرفه، واتسع وسطه، وضربت وسطه، وجلست في وسط الدار، وجلست وسطها بالسكون لا غير ويوصف بالاول مستويا فيه المذكر المؤنث والاثنان والجمع. قال الله تعالى * (جعلناكم أمة وسطا) * (البقرة: ١٤٣) ولله علي أن أهدي شاتين وسطا إلى بيت الله أو أعتق عبدين وسطا. وقد بنى منه أفعل التفضيل فقيل للذكر الاوسط وللمؤنث الوسطى قال تعالى * (من أوسط ما تطعمون أهليكم) * (المائدة: ٨٩) يعني المتوسط بين الاسراف والتقتير. وقد أكثروا في ذلك وهو في محل

الرفع على البدل من اطعام أو كسوتهم معطوف عليه والصلاة الوسطى العصر وهو المشهور اهـ. وضبطه هنا في السراج الوهاج بسكون السين لا غير. وفي الصحاح: كل موضع صلح فيه بين فهو وسط بالتسكين كجلست وسط القوم، وإن لم يصلح فيه فهو بالتحريك كجلست وسط الدار بما سكن وليس بالوجه اهـ. وفي ضياء الحلوم: الوسط بالسكون ظرف مكان، وبفتح السين اسم تقول وسط

***

[٦١٦]

رأسه دهن بسكون السين وفتح الطاء فهذا ظرف، فإذفتحت السين رفعت الطاء وقلت وسط رأسه دهن فهذا اسم اهـ. وفي معراج الدراية والتشبيه بالعراة ليس من كل وجه بل في أفضلية الافراد وأفضلية قيام الامام وسطهن، وأما العراة فيصلون قعودا وهو أفضل والنساء قائمات. وفي الخلاصة: يصلون قعودا بإيماء وإن صلوا بقيام وركوع وسجود بجماعة أجزأهم. وذكر الاسبيجابي: وكذلك يكره أن يؤم النساء في بيت وليس معهن رجل ولا محرم منه مثل زوجته وأمته وأخته، فإن كانت واحدة منهن فلا يكره، وكذلك إذا أمهن في المسجد لا يكره، وإطلاق المحرم على من ذكر تغليب وإلا فليس هو محرما لزوجته وأمته. قوله (ويقف الواحد عن يمينه والاثنان خلفه) لحديث ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام صلى به وأقامه عن يمينه، وهو ظاهر في محاذاة اليمين وهي المساواة وهذا هو المذهب خلافا لما عن محمد من أنه يجعل أصبعه عند عقب الامام. وأفاد الشارح أنه لو وقف عن يساره فإنه يكره يعني اتفاقا، ولو وقف خلفه فيه روايتان أصحهما الكراهة. وأطلق في الواحد فشمل البالغ والصبي واحترز به عن المرأة فإنها لا تكون إلا خلفه. فلو كان معه رجل وامرأة فإنه يقيم الرجل

***

[٦١٧]

عن يمينه والمرأة خلفهما، وإن كان رجلان وامرأة أقام الرجلين خلفه والمرأة خلفهما. وإنما يتقدم الرجلين لانه عليه الصلاة والسلام تقدم على أنس واليتيم حين صلى بهما وهو دليل الافضلية، وما ورد من فعل ابن مسعود من أنه توسطهما فهو دليل الاباحة. كذا في الهداية وغيرها. وذكر الاسبيجابي أنه لو كان معه رجلان فإمامهم بالخيار إن شاء تقدم وإن شاء أقام فيما بينهما. ولو كانوا جماعة فينبغي للامام أن يتقدم ولو لم يتقدم إلا أنه أقام على ميمنة الصف أو على ميسرته أو قام في وسط الصف فإنه يجوز ويكره. وينبغي أن يكون بحذاء الامام من هو أفضل. ولو قال المصنف كما في النقاية لكان أولى والزائد خلفه لشمول الزائد الاثنين والاكثر. وفي الخلاصة: ولو كان المقتدي عن يمين الامام فجاء ثالث وجذب المؤتم إلى نفسه بعدما كبر الثالث لا تفسد صلاته. وأشار المصنف إلى أن العبرة إنما هو للقدم لا للرأس فلو كان الامام أقصر من المقتدي تقع رأس المقتدي قدام الامام يجوز بعد أن يكون محاذيا بقدمه أو متأخرا قليلا، وكذا في محاذاة المرأة كما سيأتي. وإن تفاوتت الاقدام صغرا وكبرا فالعبرة بالساق والكعب، والاصح ما لم يتقدم أكثر قدم المقتدي لا تفسد صلاته. كذا في المجتبى. وفي الظهيرية: ولو جاء والصف متصل انتظر حتى يجئ الآخر فإن خاف فوت الركعة جذب واحدا من الصف إن علم أنه لا يؤذيه، وإن اقتدى به خلف الصفوف جاز لما روي أن أبا بكرة قام خلف الصف فدب راكعا حتى التحق بالصف، فلما فرغ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: يا أبا بكرة زادك الله حرصا في الدين. ولو كان في الصحراء ينبغي أن يكبر أولا ثم يجذبه ولو جذبه أولا فتأخر ثم كبر هو قيل تفسد صلاة الذي تأخر. ذكره الزندوستي في نظمه والمعنى فيه أن هذا إجابة بالفعل فيعتبر بالاجابة بالقول، ولو أجاب بالقول فسدت كما إذا أخبر بخبر يسره فقال: الحمد لله. والاصح أنه لا تفسد صلاته اهـ. وفي القنية: والقيام وحده أولى في زماننا لغلبة الجهل على العوام. قوله (ويصف الرجال ثم الصبيان ثم النساء) لقوله عليه الصلاة والسلام ليلني منكم أولو الاحلام والنهي (١) ولان المحاذاة مفسدة فيؤخرون. وليلني أمر الغائب من الولي وهو

***

[٦١٨]

القرب، والاحلام جمع حلم بضم الحاء وهو ما يراه النائم أريد به البالغون مجازا لان الحلم سبب البلوغ. والنهي جمع نهية وهي العقل كذا في غاية البيان. ولم يذكر الخناثى كما في المجمع وغيره لندرة وجوده. وذكر الاسبيجابي أنه يقوم الرجال صفا مما يلي الامام ثم الصبيان بعدهم، ثم الخناثى، ثم الاناث، ثم الصبيات المراهقات. وفي شرح منية المصلي: المذكور في عامة الكتب أربعة أقسام، قيل وليس

هذا الترتيب لهذه الاقسام بحاصر لجملة الاقسام الممكنة فإنها تنتهي إلى أثني عشر قسما. والترتيب الحاصر لها أن يقدم الاحرار البالغون ثم الاحرار الصبيان ثم العبيد البالغون ثم العبيد الصبيان ثم الاحرار الخناثى الكبار ثم الاحرار الخناثى الصغار ثم الارقاء الخناثى الكبار ثم الارقاء الخناثى الصغار ثم الحرائر الكبار ثم الحرائر الصغار ثم الاماء الكبار ثم الاماء الصغار اه. وظاهر كلامهم متونا وشروحا تقديم الرجال على الصبيان مطلقا، سواء كانوا أحرارا أو عبيدا، فإن الصبي الحر وإن كان له شرف الحرية لكن المطلوب هنا قرب البالغ العاقل بالحديث السابق. نعم يقدم البالغ الحر على البالغ العبد، والصبي الحر على الصبي العبد، والحرة البالغة على الامة البالغة، والصبية الحرة على الصبية الامة لشرف الحرية من غير معارض، ولم أر صريحا حكم ما إذا صلى ومعه رجل وصبي وإن كان داخلا تحت قوله والاثنان خلفه، وظاهر حديث أنس أنه يسوي بين الرجل والصبي ويكونان خلفه فإنه قال: فصففت أنا واليتيم وراءه والعجوز من ورائنا. ويقتضي أيضا أن الصبي الواحد لا يكون منفردا عن صف الرجال بل يدخل في صفهم، وأن محل هذا الترتيب إنما هو عند حضور جمع من الرجال وجمع من الصبيان فحينئذ تؤخر الصبيان بخلاف المرأة الواحدة فإنها تتأخر عن الصفوف كجماعتهن. وينبغي للقوم إذا قاموا إلى الصلاة أن يتراصوا ويسدوا الخلل ويسووا بين مناكبهم في الصفوف، ولا بأس أن يأمرهم الامام بذلك. وينبغي أن يكملوا ما يلي الامام من الصفوف ثم ما يلي ما يليه وهلم جرا. وإذا استوى جانبا الامام فإنه يقوم الجائي عن يمينه، وإن ترجح اليمين فإنه يقوم عن يساره، وإن وجد في الصف فرجه سدها وإلا فينتظر حتى يجئ آخر كما قدمناه. وفي فتح القدير: وروى أبو داود والامام أحمد عن ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم قال أقيموا الصفوف وحاذوا بين المناكب وسدوا الخلل ولينوا بأيديكم إخوانكم لا تذروا فرجات للشيطان، من وصل صفا

***

[٦١٩]

وصله الله ومن قطع صفاقطعه الله (١) وروى البزار باسناد حسن عنه صلى الله عليه وسلم من سد فرجة في الصف غفر له (٢) وفي أبي داود عنه صلى الله عليه وسلم قال خياركم ألينكم مناكب في الصلاة. وبهذا يعلم جهل من يستمسك عند دخول داخل بجنبه في الصف ويظن أن فسحه له رياء بسبب أنه يتحرك لاجله، بل ذلك إعانة له على إدراك الفضيلة وإقامة لسد الفرجات المأمور بها في الصف، والاحاديث في هذا كثيرة شهيرة اه. وفي القنية: والقيام في الصف الاول أفضل من الثاني وفي الثاني أفضل من الثالث، هكذا لانه روي في الاخبار أن الله تعالى إذا أنزل الرحمة على الجماعة ينزلها أولا على الامام ثم تتجاوز عنه إلى من بحذائه في الصف الاول، ثم إلى الميامن، ثم إلى المياسر، ثم إلى الصف الثاني. وروي عنه عليه السلام أنه قال يكتب للذي خلف الامام بحذائه مائة صلاة، وللذي في الجانب الايمن خمسة وسبعون صلاة، وللذي في الجانب الايسر خمسون صلاة، وللذي في سائر الصفوف خمسة وعشرون صلاة. وجد في الصف الاول فرجة دون الثاني فله أن يصلي في الصف الاول ويخرق الثاني لانه لا حرمة له لتقصيرهم حيث لم يسدوا الصف الاول اه. قوله (وإن حاذته مشتهاة في صلاة مطلقة مشتركة تحريمة وإداء في مكان متحد بلا حائل فسدت صلاته أن نوى إمامتها) بيان لفائدة تأخيرها ولحكم محاذاتها للرجل، والقياس أن لا تفسد اعتبارا بصلاتها وبمحاذاة الامرد وجه الاستحسان حديث مسلم السابق من أنه صلى الله عليه وسلم جعل العجوز خلف الصف ولولا أن المحاذاة مفسدة ما تأخرت العجوز لان الانفراد خلف

***

[٦٢٠]

الصف مكروه عندنا ومفسد عند أحمد، ولحديث ابن مسعود أخروهن من حيث أخرهن الله والحنفية يذكرونه مرفوعا. والمحقق ابن الهمام منع رفعه بل هو موقوف على ابن مسعود، وهو يفيد افتراض تأخرهن عن الرجال لانه وإن كان آحادا وقع بيانا لمجمل الكتاب وهو قوله تعالى * (وللرجال عليهن درجة) * (البقرة: ٢٢٨) فإذالم يشر إليها بالتأخر بعدما دخلت في الصلاة ونوى الامام إمامتها فقد ترك فر ض المقام فبطلت صلاته، وإذا أشار إليها بالتأخر فلم تتأخر تركت حينئذ فرض المقام فبطلت صلاتها دونه ولم يمكنه التقدم بخطوة أو خطوتين لانه مكروه فلا يؤمر به، وهذا هو الفرق بينها وبينه. وهذا في محاذاة غير الامام، أما في محاذاة إمامها فصلاتهما فاسدة أيضا لانه إذا فسدت صلاة الامام فسدت صلاة المأموم. وفي فتاوى قاضيخان: المرأة إذا صلت مع زوجها في البيت إن كان قدمها بحذاء قدم الزوج لا تجوز صلاتهما بالجماعة. وفي المحيط: إذا حاذت إمامها فسدت صلاة الكل. وأما محاذاة الامرد فقال في

فتح القدير: صرح الكل بعدم الفساد إلا من شذ ولا متمسك له في الرواية ما صرحوا به، ولا في الدراية لتصريحهم بأن الفساد في المرأة غير معلول بعروض الشهوة بل هو لترك فرض المقام، وليس هذا في الصبي، ومن تساهل فعلل به صرح بنفيه في الصبي مدعيا عدم اشتهائه اهـ. وعلى هذا فما في معراج الدراية عن الملتقط من أن الامرد من قرنه إلى قدمه عورة مبني على القول الشاذ الذي يلحقه بالمرأة. وذكر الشارح وغيره أن المعتبر في المحاذاة الساق والكعب في الاصح وبعضهم اعتبر القدم اهـ. وهو قاصر الافادة فإنه كما
***
[٦٢١]
صرحوا به المرأة الواحدة تفسد صلاة ثلاثة إذا وقفت في الصف من عن يمينها ومن عن يسارها ومن خلفها، ولا شك إن المحاذاة بالساق والكعب لم تحقق فيمن خلفها فالتفسير الصحيح للمحاذاة ما في المجتبى: والمحاذاة المفسدة أن تقوم بجنب الرجل من غير حائل أو قدامه اهـ. فالحاصل أن مماسة بدنها لبدنه ليست بشرط بل أن تكون عن جنبه بلا حائل ولا فرجة، وسيأتي تفسير الحائل والفرجة، ولهذا لو كان أحدهما على الدكان دون القامة والآخر على الارض فسدت صلاته لوجود المحاذاة لبعض بدنها لكونها عن جنبه، وليس هنا محاذاة بالساق والكعب ولا بالقدم. وفي الخانية والظهيرية: المرأة إذا صلت في بيتها مع زوجها إن كانت قدماها خلف قدم الزوج إلا أنها طويلة يقع رأسها في السجود قبل رأس الامام جازت صلاتهما لان العبرة للقدم اهـ. وقال قاضيخان في باب ما يفسد الصلاة: وحد المحاذاة أن يحاذي عضو منها عضوا من الرجل حتى لو كانت المرأة على الظلة والرجل بحذائها أسفل منها أو خلفها إن كان يحاذي الرجل شيئا منها تفسد صلاته. وقيد بالمشتهاة لان غير المشتهاة لا تفسد صلاته وإن
***
[٦٢٢]
كانت مميزة. واختلفوا في حد المشتهاة وصحح الشارح وغيره أنه لا اعتبار بالسن من السبع على ما قيل، أو التسع على ما قيل، وإنما المعتبر أن تصلح للجماع بأن تكون ضخمة عبلة، والعبلة المرأة التامة الخلق. وأطلقها فشملت الاجنبية والزوجة والمحرم والمشتهاة حالا أو ماضيا، مراهقة أو بالغة، فدخلت العجوز الشوهاء. ولم يقيدها بالعاقلة كما فعل غيره لان المجنونة لم تصح صلاتها فلم يوجد الاشتراك. وقيد بالصلاة لانها لو لم تكن في الصلاة فلا فساد. وقيد الصلاة بالاطلاق وهي ما عهد مناجاة للرب سبحانه وتعالى وهي ذات الركوع أو السجود أو الايماء للعذر للاحتراز عن المحاذاة في صلاة الجنازة فإنها لا تفسد. وقيد بالاشتراك لان محاذاة المصلية لمصل ليس في صلاتها لا تفسد صلاته لكنه مكروه كما في فتح القدير. وقيد الاشتراك بالتحريمة والاداء لان اللاحق إذا حاذته اللاحقة عند الذهاب إلى الوضوء أو عند المجئ قبل الاشتغال بعمل الصلاة فلا فساد، وإن وجد الاشتراك حالة المحاذاة تحريمة لعدم الاشتراك أداء حالة المحاذاة لان هذه الحالة ليست حالة الاداء، وكذا المسبوق إذا حاذته المسبوقة بعد سلام الامام عند قضاء ما سبقا به لعدم الاشتراك في الاداء لان المسوق منفرد فيما يقضي إلا في مسائل سنذكرها، وإن وجد الاشتراك في التحريمة وليس من شرط الاشتراك في التحريمة تحصيل الركعة الاولى مع الامام، ولهذا قال في السراج الوهاج: ولا يشترط أن تدرك أول الصلاة في الصحيح بل لو سبقها بركعة أو بركعتين فحاذته فيما أدركت تفسد عليه اهـ. فالمشاركة في التحريمة بناء صلاتها على على صلاة من حاذته أو على صلاة إمام في حاذته، فحينئذ لا تمكن المشاركة في الاداء بدون
***
[٦٢٣]
المشاركة في التحريمة، فلذا ذكروا المشاركة تحريمة وأداء ولم يكتفوا بالمشاركة في الاداء. وفي فتح القدير: ثم لو قيل بدل مشتركة تحريمة وأداء مشتركة أداء، ويفسرها بأن يكون لهما إمام فيما يؤديانه حالة المحاذاة أو أحدهما إمام للآخر لعم الاشتراكين اهـ. قلنا: نعم يعم لكن يلزم من الاشتراك أداء الاشتراك تحريمة، فلهذا ذكروهما. والحاصل أن المقتدي إما مدرك أو لاحق غير مسبوق، أو مسبوق حق أو مسبوق غير لاحق. فالمدرك من أدرك الركعات كلها مع الامام، فإذا حاذته أبطلت صلاته لوجود الاشتراك تحريمة وأداء. واللاحق الغير المسبوق هو الذي أدرك الركعة الاولى وفاتته ركعة أو أكثر منها بعذر كنوم أو حدث أو غفلة أو زحمة أو لانه من الطائفة الاولى في صلاة الخوف، وحكمه أنه إذا زال عذره فإنه يبدأ بقضاء ما فاته بالعذر ثم يتابع الامام إن لم يفرغ، وهذا واجب لا شرط حتى لو عكس فإنه يصح، فلو نام في الثالثة واستيقظ في الرابعة فإنه يأتي بالثالثة بلا قراءة لانه لاحق فيها، فإذا فرغ منها

قبل أن يصلي الامام الرابعة صلى معه الرابعة، وإن بعد فراغ الامام صلى الرابعة وحدها بلا قراءة أيضا لانه لاحق، فلو تابع الامام ثم قضى الثالث بعد فراغ الامام صح وأثم. ومن حكمه أنه مقتد حكما فيما يقضي ولهذا لا يقرأ ولا يلزمه سجود بسهوه، وإذا تبدل اجتهاده في القبلة تبطل صلاته، ولو سبقه الحدث وهو مسافر فدخل مصره للوضوء بعد فراغ الامام لا ينقلب أربعا، وكذا لو نوى الاقامة بعد فراغ الامام وقد جعلوا فعله في الاصول أداء شبيها بالقضاء فلهذا لا يتغير فرضه بنية الاقامة لانها لا تؤثر في القضاء. ومما الحق باللاحق المقيم إذ اقتدى بمسافر فإنه بعد سلام إمامه كاللاحق، ولهذا لا يقر ولا يسجد لسهوه ولا يقتدى به كما في الخانية. وأما اللاحق المسبوق فهو من لم يدرك الركعة الاولى مع الامام وفاته بعد الشروع ركعة أو أكثر بعذر، ولهذا اختار المحقق في فتح القدير أن اللاحق هو من فاته بعد ما دخل مع الامام بعض صلاة

***

[٦٢٤]

الامام ليشمل اللاحق المسبوق، وتعريفهم اللاحق بأنه من أدرك أول صلاة الامام وفاته شئ منها بعذر تساهل اهـ. لكن يرد عليه المقيم إذا اقتدى بمسافر فإنه لاحق ولم يشمله تعريفه إلا أن يقال: إنه ملحق به وليس هو حقيقة. وحكمه إذا زال عذره ما قال في المجمع: أن يصلي فيما أدرك ما نام فيه ثم يقضي ما فاته، ولو تابع فيما بقي ثم قضى الفائت ثم ما نام فيه أجزناه، وقدمنا أنه يصح مع الاثم لترك الواجب. وأما المسبوق فقط فهو من لم يدرك الركعة الاولى مع الامام وسيأتي إن شاء الله تعالى بيان أحكامه عند قوله وصح استخلاف المسبوق. وقالوا: لو اقتديا في الركعة الثالثة ثم أحدثا فذهبا للوضوء ثم حاذته في القضاء ينظر، فإن حاذته في الاولى أو الثانية وهي الثالثة والرابعة للامام تفسد صلاته لوجود الشركة فيهما تقديرا لكونهما لاحقين فيهما، وإن حاذته في الثالثة والرابعة لا تفسد لعدم المشاركة فيهما لكونهما مسبوقين. وهذا بناء على أن اللاحق المسبوق يقضي أولا ما لحق فيه ثم ما سبق فيه، وهذا عند زفر ظاهر، وعندنا وإن صح عكسه لكن يجب هذا. فباعتباره تفسد. وقيد باتحاد المكان لانه لو اختلف فلا فساد، سواء كان هناك حائل أو لا، ولهذا قال في السراج الوهاج: لو كان على الدكان أو الحائط وهو قدر قامة وهي على الارض لا تفسد لعدم اتحاد المكان، وهكذا في الكافي. قال في النوازل: قوم صلوعلى ظهر ظلة في المسجد وبحذائهم من تحتهم نساء أجزأتهم صلاتهم لعدم اتحاد المكان بخلاف ما إذا كان قدامهم نساء فإنها فاسدة لانه تخلل بينهم وبين الامام صف من النساء وهو مانع من الاقتداء كما سيأتي، وفي المجتبى: اقتدين على رفة المسجد وتحته صفوف الرجال لا تفسد صلاتهم. وقيد بعدم الحائل لانه لو كان بينها وبينه حائل فلا فساد. وأدناه قدر مؤخرة الرجل أو مقدمته لان أدنى أحوال الصلاة القعود فقدرنا الحائل به، وهو قدر ذراع كذا في المحيط. وفي المجتبى: لو كان بينهما أسطوانة أو سترة قدر مؤخرة الرحل أو عود أو قصبة منتصبة للسترة أو حائط أو دكان قدر الذراع لا تفسد. وذكر الشارح أن أدناه قدر مؤخرة الرحل وغلظه مثل غلظ الاصبع، ولم يذكر المصنف الفرجة من غير حائل وظاهر كلامه أنه لا عبرة بها، وأن المرأة إذا كانت عن يمينه أو عن يساره وبينهما فرجة بلا حائل فإنها تفسد صلاته. وذكر الشارح وغيره أن

***

[٦٢٥]

الفرجة كالحائل وأدناها قدر ما يقوم فيها الرجل، ولو كان أحدهما على دكان قدر قامة الرجل والآخر أسفل لا تفسد صلاته لعدم تحقق المحاذاة. وصرح في معراج الدراية بأنه لو كان بينهما فرجة تسع الرجل أو أسطوانة قيل لا تفسد، وكذا إذا قامت أمامه وبينهما هذه الفرجة، وصرح به في المجتبى عن صلاة البقالي. ويشكل عليه ما اتفقوا على نقله عن أصحابنا كما في غاية البيان لو قامت امرأة بحذاء الامام وقد نوى إمامتها تفسد صلاة الامام والقوم، وإن قامت في الصف تفسد صلاة رجلين من جانبيها وصلاة رجل خلفها، ولو تقدمت على الامام لا تفسد صلاة الامام والقوم ولكن تفسد صلاتها. ولو كان صف من النساء بين الامام والرجال لا يصح اقتداء الرجال بالامام ويجعل حائلا، ولو كان في صف الرجال ثنتان من النساء تفسد صلاة رجل عن يمينهما وصلاة رجل عن يسارهما وصلاة رجلين خلفهما فقط، ولو كن ثلاثة تفسد صلاة ثلاثة ثلاثة ثلاثة خلفهن إلى آخر الصفوف، وواحد عن أيمانهن، وواحد عن يسارهن لان الثلاثة جمع صحيح فصار كالصف فيمنع صحة الاقتداء في حق من صرن حائلات بينه وبين إمامه. وفي المحيط عن الجرجاني: لو كبرت في الصف الاول وركعت في الصف الثاني وسجدت في الصف الثالث فسدت صلاة من عن يمينها ويسارها وخلفها في كل صف لانها أدت في كل صف ركنا من الاركان فصار كالمدفوع إلى صف النساء. ووجه إشكاله إن الرجل الذي هو

خلفها أو الصف الذي هو خلفهن بينها وبينه فرجة قدر قامة الرجل، وقد جعلوا الفرجة كالحائل فيمن عن جانبها أو خلفها كما قدمناه عن المجتبى وغيره، فتعين أن يحمل على ما إذا كان خلفها من غير فرجة محاذيا لها بحيث لا يكون بينها وبينه قدر قامة الرجل، ولهذا قال في
***
[٦٢٦]
السراج الوهاج: ولو قامت المرأة وسط الصف فإنها تفسد صلاة ثلاثة واحد عن يمينها، وواحد عن يسارها، وواحد خلفها بحذائها، ولا تفسد صلاة الباقين اه‍. فقد شرط أن يكون من خلفها محاذيا لها للاحتراز عما إذا كان بينه وبينها فرجة، وكذا صرح الزيلعي الشارح فقال في المرأتين يفسدان صلاة رجلين خلفهما بحذائهما: ثم رأيت بعد ذلك مصرحا به في الكافي للحاكم الشهيد. وفي المجتبى: ولو كان الرجل على سترة أو رف والمرأة قدامه تفسد، سواء كان قدر قامة الرجل أو دونه. وهذا إذا لم يكن على الرف سترة، فأما إذا كان عليه سترة قدر ذراع لا تفسد في جميع الاحوال اه‍. وقدمنا عن النوازل أنهن لو كن بحذائهم
***
[٦٢٧]
تحتهم لا تفسد. وقيد بنية الامامة لانه لو لم ينو الامام إمامتها لا تفسد صلاة من حاذته مطلقا، ولا حاجة إلى هذا القيد لانه علم من قوله مشتركة لانه لا اشتراك إلا بنية الامام إمامتها فإذا لم ينو إمامتها لم يصح اقتداؤها. وجرى أكثرهم على هذا العموم حتى في الجمعة والعيدين لانه يلزمه الفساد من جهتها بتقدير محاذاتها، فاشتراط التزامه والمأموم تبع لامامه. ومنهم من لا يشترطها فيهما وصححه صاحب الخلاصة لانها لا تتمكن من الوقوف بجنب الامام للازدحام ولا تقدر أن تؤديها وحدها، ويشترط نية الامام وقت الشروع لا بعده، ولا يشترط حضورها عند النية في رواية، ويشترط في أخرى كما في السراج الوهاج، والظاهر الاول. وأشار بقوله فسدت صلاته إلى أنها لو اقتدت به مقارنة لتكبيره محاذية له وقد نوى إمامتها لم تنعقد تحريمة الامام وهو الصحيح كما في فتاوى قاضيخان، لان المفسد للصلاة إذا قارن الشروع منع من الانعقاد. ولو نوى إمامة النساء إلا واحدة فهو كما نوى، فإذا حاذته لا تبطل صلاته. ولا يشترط اتحاد صلاتهما حتى لو اقتدت به في الظهر وهو يصلي العصر وحاذته أبطلت صلاته على الصحيح كما في السراج الوهاج، لان اقتداءها وإن لم يصح فرضا يصح نفلا على المذهب فكان بناء النفل على الفرض لكن هو متفرع على أحد القولين في بقاء أصل الصلاة عند فساد الاقتداء، وسنبين ما هو المذهب فيه وفي نظائره ولم يذكر المصنف كونها في ركن كامل للخلاف فيه ففي فتاوى قاضيخان: المحاذاة مفسدة قلت أو كثرت. وفي المجمع أن أبا يوسف يفسدها بالمحاذاة قدر أداء ركن، واشترط محمد أداء الركن ففيها ثلاثة أقوال. وظاهر إطلاق المصنف اختيار الاول ولم يذكر أيضا اتحاد الجهة قالوا: أو لا بد منه حتى لو اختلفت كما في جوف الكعبة وبالتحري في الليلة المظلمة فلا فساد بالمحاذاة. قوله (ولا يحضرن الجماعات) لقوله تعالى * (وقرن في بيوتكن) * (الاحزاب: ٣٣) وقال صلى الله عليه وسلم صلاتها في قعر بيتها أفضل من صلاتها في صحن دارها، وصلاتها في صحن دارها أفضل من صلاتها في مسجدها، وبيوتهن خير لهن (١) ولانه لا يؤمن الفتنة من
***
[٦٢٨]
خروجهن. أطلقه فشمل الشابة والعجوز والصلاة النهارية والليلية. قال المصنف في الكافي: والفتوى اليوم على الكراهة في الصلاة كلها لظهور الفساد، ومتى كره حضور المسجد للصلاة فلان يكره حضور مجالس الوعظ خصوصا عند هؤلاء الجهال الذين تحلوا بحلية العلماء أولى. ذكره فخر الاسلام اه‍. وفي فتح القدير: المعتمد منع الكل في الكل إلا العجائز المتفانية فيما يظهر لي دون العجائز المتبرجات وذوات الرمق ا ه‍. وقد يقال: هذه الفتوى التي اعتمدها المتأخرون مخالفة لمذهب الامام وصاحبيه فإنهم نقلوا أن الشابة تمنع مطلقا اتفاقا، وأما العجوز فلها حضور الجماعة عند أبي حنيفة في الصلاة إلا في الظهر والعصر والجمعة. وقالا: يخرج العجائز في الصلاة كلها كما في الهداية والمجمع وغيرهما، فالافتاء بمنع العجوز في الكل مخالف للكل، فالاعتماد على مذهب الامام. وفي الخلاصة من كتاب النكاح: يجوز للزوج أن يأذن لها بالخروج إلى سبعة مواضع: زيارة الوالدين وعيادتهما وتعزيتهما أو أحدهما وزيارة المحارم فإن كانت قابلة أو غسالة أو كان لها على آخر حق تخرج بالاذن وبغير الاذن والحج على هذا، وفيما عدا ذلك من زيارة غير المحارم وعيادتهم والوليمة

لا يأذن لها ولا تخرج، ولو أذن وخرجت كانا عاصيين وسيأتي تمامه إن شاء الله تعالى قوله (وفسد اقتداء رجل بامرأة أو صبي) أما الاول فلما قدمناه من الحديث، ونقل في المجتبى الاجماع عليه. وأما إمامة الصبي فلان صلاته نفل لعدم التكلف فلا يجوز بناء الفرض عليه لما سيأتي. قيد بالرجل لان اقتداء المرأة بالمرأة صحيح مكروه، وكذا اقتداء الصبي بالصبي صحيح. وقيد بالمرأة لان الاقتداء بالرجل جائز سواء نوى الامامة أو لا، وبالخنثى فيه تفصيل فإن كان المقتدي رجلا فهو غير صحيح لجواز أن يكون امرأة، إن كان امرأة فهو صحيح إلا أن يتقدم ولا يقوم وسط الصف حتى لا تفسد صلاته بالمحاذاة، وإن كان خنثى لا يجوز لجواز أن يكون امرأة والمقتدي رجلا. كذا ذكر الاسبيجابي. وقيد بفساد الاقتداء لان صلاة الامام تامة على كل حال، وأطلق فساد الاقتداء بالصبي فشمل الفرض والنفل وهو المختار كما في الهداية، وهو قول العامة كما في المحيط، وهو ظاهر الرواية كما ذكره الاسبيجابي وغيره، لان نفل البالغ مضمون حتى يجب القضاء إذا أفسده، ونفل الصبي ليس بمضمون
***
[٦٢٩]
حتى لا يجب القضاء عليه بالافساد فيكون نفل الصبي دون نفل البالغ فلا يجوز أن يبني القوي على الضعيف، ولا يرد عليه الاقتداء بالظان أي بمن ظن أن عليه فرضا ثم تبين خلافه فإن الاقتداء به صحيح نفلا مع أن نفل المقتدي مضمون عليه بالافساد حتى يلزمه القضاء، ونفل الامام ليس بمضمون عليه حتى لا يلزمه القضاء لانه مجتهد في وجوب قضائه على الظان، فإن زفر يقول بوجوبه فاعتبر الظن العارض عدما في حق المقتدي بخلاف الصبي، ومشايخ بلخ جوزوا اقتداء البالغ بالصبي في غير الفرض قياسا على المظنون وقد علمت جوابه. وفي النهاية: والاختلاف راجع إلى أن صلاة الصبي هل هي صلاة أم لا، قيل ليست بصلاة وإنما يؤمر بها تخلقا ولهذا لو صلت المراهقة بغير قناع فإنه يجوز، وقيل هي صلاة ولهذا لو قهقه المراهق في الصلاة يؤمر بالوضوء ا ه. فظاهره ترجيح أنها ليست بصلاة ولهذا كان المختار عدم جواز الاقتداء به في كل صلاة. وفي السراج الوهاج: لو اقتدى الرجل بالمرأة ثم أفسدها لا يلزمه القضاء ولا يكون تطوعا، وظاهره مع ما في المختصر صحة الشروع وسيأتي اختلاف التصحيح فيه وفي نظائره. وأشار المصنف إلى أنه لا يجوز الاقتداء
***
[٦٣٠]
بالمجنون بالاولى لكن شرط في الخلاصة أن يكون مطبقا، أما إذا كان يجن ويفيق يصح الاقتداء به في حالة الافاقة قال: ولا يجوز الاقتداء بالسكران. قوله: (وطاهر بمعذور) أي وفسد اقتداء طاهر بصاحب العذر المفوت للطهارة لان الصحيح أقوى حالا من المعذور والشئ لا يتضمن ما هو فوقه، والامام ضامن بمعنى تضمن صلاته صلاة المقتدي. وقيد المعذور في المجتبى بأن يقارن الوضوء الحدث أو يطرأ عليه للاحتراز عما إذا توضأ على الانقطاع وصلى كذلك فإنه يصح الاقتداء به لانه كحكم الطاهر. وقيد بالطاهر لان اقتداء المعذور بالمعذور صحيح إن اتحد عذرهما وأما إن اختلف فلا يجوز أن يصلي من به انفلات ريح خلف من به سلس البول لا الامام معه حدث ونجاسة فكان الامام صاحب عذرين والمأموم صاحب عذر، وكذا لا يصلي من به سلس البول خلف من به انفلات ريح وجرح لا يرقأ لان الامام صاحب عذرين. كذا في السراج الوهاج. وظاهره أن سلس البول والجرح من قبيل المتحد، وكذا سلس البول واستطلاق البطن. وفي المجتبى: واقتداء المستحاضة بالمستحاضة والضالة بالضالة لا يجوز كالخنثى المشكل بالمشكل اهـ. لعله لجواز أن يكون الامام حائضا أما إذا انتفى الاحتمال فينبغي الجواز لانه من قبيل المتحد. وفي الخلاصة: وإمامة المفتصد لغيره من الاصحاء صحيحة إذا كان يأمن خروج الدم اهـ. قوله: (وقارئ بأمي) أي وفسد اقتداء حافظ الآية من القرآن بمن لا
***
[٦٣١]
يحفظها وهو المسمى بالامي، فهو عندنا من لا يحسن القراءة المفروضة، وعند الشافعي من لا يحسن الفاتحة. وإنما فسد لان القارئ أقوى حالا منه لانه يصلي مع عدم ركنها للضرورة ولا ضرورة في حق المقتد، وسيأتي أن صلاة الامي الامام تفسد أيضا عند أبي حنيفة. وعلم منه أنه لا يجوز اقتداء القارئ بالاخرس بالاولى، وأشار إلى أنه لا يجوز اقتداء الامي بالاخرس لان الامي أقوى حالا منه لقدرته على التحريمة وإلى جواز اقتداء الاخرس بالامي. قوله: (ومكتس بعار) لان صلاة العاري جائزة مع فقد الشرط للضرورة

ولا ضرورة في حق المقتدي. وفي السراج الوهاج: لو قال ولا مستور العورة خلف العاري لكان أولى لامن ستر عورته بالسروال أو نحوه لا يسمى مكتسيا في العرف، وتصح صلاة المكتسي خلفه لانه مستور العورة اه. لكن اختلفوا في السراويل هل يكون كسوة شرعا في كفارة اليمين، وصحح صاحب الخلاصة أنه لا يجوز للرجل ولا للمرأة أي لا يكون كسوة قيد بالمكتسي لانه لو أم العاري عراة ولابسين فصلاة الامام ومن هو مثله جائزة بلا خلاف، وكذا صاحب الجرح السائل بمثله وبصحيح بخلاف الامي إذا أم أميا وقارئا فإن صلاة الكل فاسدة عند أبي حنيفة لان الامي يمكن أن يجعل صلاته بقراءة إذا اقتدى بقارئ لان قراءة الامام له قراءة وليست طهارة الامام وسترته طهارة وسترة للمأموم حكما فافترقا. قوله: (وغير موم بموم) أي فسد اقتداء من يقدر على الركوع والسجود بمن لا يقدر عليهما للعذر لقوة حال المقتدي، قيد به لان اقتداء المومي بالمومي صحيح للماثلة كما سيأتي. قوله: (ومفترض بمتنفل وبمفترض آخر) أي وفسد اقتداء المفترض بإمام متنفل أو بإمام يصلي فرضا غير فرض المقتدي لان الاقتداء بناء ووصف الفرضية معدوم في حق الامام في الاولى وهو مشاركة وموافقة، فلا بد من الاتحاد وهو معدوم في الثانية، والذي صح عند أئمتنا وترجح أن معاذ بن جبل كان يصلي مع النبي صلى الله عليه وسلم نفلا وبقومه فرضا لقوله حين شكوا تطويله بهم: يا معاذ إما أن تصلي معي وإما أن تخفف على قومك كما رواه الامام أحمد. فشرع له أحد الامرين الصلاة معه ولا يصلي بقومه أو الصلاة بقومه على وجه التخفيف ولا يصلي معه. هذا حقيقة اللفظ أفاد منعه من الامامة إذا صلى معه عليه السلام ولا تمتنع إمامته مطلقا بالاتفاق فعلم أنه منعه من الفرض. والحاصل أن اتحاد الصلاتين شرط لصحة الاقتداء وذلك بأن يمكنه الدخول في صلاته بنية صلاة الامام فتكون صلاة الامام متضمنة لصلاة

***

[٦٣٢]

المقتدي وهو المراد بقوله عليه الصلاة والسلام الامام ضامن أي تتضمن صلاته صلاة المقتدي. وأشار بمنع اقتداء المفترض بالمتنفل إلى منع اقتداء الناذر بالناذر لان صلاة الامام نفل بالنسبة إلى المقتدي لان التزامه إنما يظهر عليه فقط إلا إذا نذر أحدهما عين ما نذره الآخر فاقتدى أحدهما بالآخر فإنه يجوز للاتحاد، وإلا أنه لو أفسد كل منهما التطوع ثم اقتدى أحدهما بالآخر في قضائه فإنه لا يجوز لما ذكرناه للاختلاف كما لو اقتدى من أفسد بمن يصلي منذورة إلا إذا كان اقتدى أحدهما بالآخر تطوعا ثم أفسداه ثم قضياه بالاقتداء يجوز للاتحاد. ومصليا ركعتي الطواف كالناذرين لان طواف هذا غير طواف الآخر وهو السبب فهو اقتداء الواجب بالنفل. وينبغي أن يصح الاقتداء على القول بسنية ركعتي الطواف كما لا يخفى. وأشار بمنع مفترض خلف مفترض آخر إلى منع اقتداء الناذر بالحالف لان المنذورة أقوى من المحلوف بها لانها واجبة قصدا ووجوب المحلوف بها عارض لتحقيق البر، ولهذا صح اقتداء الحالف بالحالف والحالف بالناذر. وصورة الحلف بها كما في الخلاصة أن يقول والله لاصلين ركعتين. وذكر الولوالجي أن اقتداء الحالف بالمتطوع أو المفترض جائز بخلاف اقتداء الناذر بالمتطوع أو المفترض فإنه لا يجوز اه. وهذا يدل على أن صلاة الحالف لم تخرج عن كونها نفلا بالحلف، وقد يقال إنها واجبة لتحقق البر فينبغي أن لا يجوز خلف المتطوع. ولو اقتدى من يرى وجوب الوتر فيه بمن يرى سنيته صح للاتحاد ولا يختلف باختلاف الاعتقاد، ولو اقتدى من يصلي سنة بمن يصلي سنة أخرى فإنه يجوز كسنة العشاء خلف من يصلي التراويح، أو سنة الظهر البعدية خلف من يصلي القبلية كما في الخلاصة والمجتبى. وأطلق في منع اقتداء المفترض بالمتنفل فشمل الاقتداء في جميع الافعال وفي بعضها وهو قول العامة فلا يردما ذكره محمد من أن الامام إذا رفع رأسه من الركوع فاقتدى به إنسان فسبق الامام الحدث قبل السجود فاستخلفه صح ويأتي بالسجدتين ويكونان نفلا للخليفة حتى يعيدهما بعد ذلك،

***

[٦٣٣]

وفرضا في حق من أدرك أول الصلاة لمنع النفلية في حق الخليفة بل هما فرض عليه. ولذا لو تركهما فسدت لانه قام مقام الاول فلزمه ما لزمه، وكذا لا يرد المتنفل إذا اقتدى بالمفترض في الشفع الثاني فإنه يجوز مع أنه اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القراءة لكون صلاة المقتدي أخذت حكم الفرض بسبب الاقتداء، ولذا لزمه قضاء ما لم يدركه مع الامام من الشفع الاول، ولذا لو أفسد على نفسه يلزمه قضاء الاربع. والتحقيق ما في غاية البيان من أن قراءة المأموم محظورة، فكيف يقال إنها مفروضة؟ فالحق أن الايراد

ساقط من أصله. وفي المجتبي وغيره: لا يصح اقتداء المسبوق بالمسبوق ولا اللاحق باللاحق، وكذا المقيمان إذا اقتديا بالمسافر ثم اقتدى أحدهما بالآخر في القضاء. ولو صليا الظهر ونوى كل واحد منهما إمامة صاحبه صحت صلاتهما، ولو نويا الاقتداء فسدت، ومن مختلفي الفرض الظهر خلف الجمعة أو عكسه. وذكر الاسبيجابي أن من اقتدى في موضع يجب عليه الانفراد كالمسبوق إذا اقتدى بمسبوق أو انفرد في موضع يجب عليه الاقتداء فسدت صلاته كما إذا قام المسبوق إلى قضاء ما سبق به ثم تذكر الامام أن عليه سجدة التلاوة ولم يعد المسبوق إلى متابعة الامام. ثم المصنف رحمه الله ذكر في هذه المواضع الثمانية فسد الاقتداء ولم يذكر هل يصير شارعا أو لا للاختلاف. قالوا: فيه روايتان وصحح في السراج الوهاج أنه يصير شارعا في صلاة نفسه، وصحح في المحيط وغيره أنه لا يصير شارعا. قال في المعراج: وفي المحيط الصحيح هو الاول يعني عدم الشروع لانه نص عليه محمد في الاصل حتى لو كان متطوعا لا يلزمه القضاء. وذكر الشارح أن الاشبه أن يقال: إن فسد لفقد شرط الصلاة كالطاهر خلف المعذور لا يكون شارعا فيه وإن كان للاختلاف بين الصلاتين ينبغي أن يكون شارعا فيه غير مضمون بالقضاء لاجتماع شرائطه فصار كالظان، وثمرة الخلاف تظهر في حق بطلان الوضوء بالقهقهة اه. ويرد هذا التفصيل ما ذكره الحاكم في كافيه من أن المرأة إذا نوت العصر خلف

***

[٦٣٤]

مصلي الظهر لم تجز صلاتها ولم تفسد على الامام صلاته اه. فهو صريح في عدم صحة شروعها لاختلاف الصلاتين. وقال في موضع آخر: رجل فارئ دخل في صلاة أمي تطوعا أو في صلاة امرأة أو جنب أو على غير وضوء ثم أفسدها فليس عليه قضاؤها لانه لم يدخل في صلاة تامة اه. فعلم بهذا أن المذهب تصحيح المحيط من عدم صحة الشروع لان الكافي جمع كلام محمد في كتبه التي هي ظاهر الرواية، ولم يذكر المصنف ما يمنع الاقتداء من الحائل، وذكر في الكافي للحاكم أنه إذا كان بين المصلي والامام طريق يمر فيه الناس أو نهر عظيم لم تجز صلاته إلا أن تكون الصفوف متصلة على الطريق فيجوز حينئذ، وقدم قبله أن صف النساء مفسد لصلاة الصفوف التي وراءه كلها استحسانا، فالمانع ثلاثة. وفيه أن لو كان بينه وبين الامام حائط أجزأته صلاته اه. أطلق في الحائط فشمل الصغير والكبير وما يشتبه فيه حال الامام أو لا، لكن قيده في الخلاصة وغيرها بعدم الاشتباه فإن أمكنه الوصول إلى الإمام فهو صحيح اتفاقا، وإن لم يمكنه ولم يشتبه اختلفوا فيه، ولو قام على سطح المسجد

***

[٦٣٥]

واقتدى بالامام أو في المئذنة مقتديا بالامام في المسجد، فإن كان لهما باب في المسجد ولا يشتبه يجوز في قولهم، فإن كان من خارج المسجد ولا يشتبه فعلى الخلاف. وفي الخلاصة اختار الصحة وكذا على جدار بين داره وبين المسجد بخلاف ما إذا اقتدى من سطح داره المتصلة بالمسجد فإنه يصح مطلقا. وفي المحيط: ولو اقتدى بالامام في الصحراء وبينهم ما قدر صفين فصاعدا لا يصح الاقتداء، ودونه يصح. وصحح أن النهر العظيم ما تجري فيه السفن. وفي المجتبى: وفناء المسجد له حكم المسجد يجوز الاقتداء فيه وإن لم تكن الصفوف متصلة ولا تصح في دار الضيافة إلا إذا اتصلت الصفوف اه. وبهذا علم أن الاقتداء من صحن الخانقاه الشيخونية بالامام في المحراب صحيح وإن لم تتصل الصفوف لأن الصحن فناء المسجد، وكذا اقتداء من بالخلاوي السفلية صحيح لأن أبوابها في فناء المسجد ولم يشتبه حال، الامام وأما اقتداء من بالخلاوي العلوية بإمام المسجد فغير صحيح حتى الخلوتين اللتين فوق الايوان الصغير وإن كان مسجدا لأن أبوابها خارجة عن فناء المسجد سواء اشتبه حال الامام أو لا كالمقتدي من سطح داره المتصلة بالمسجد فإنه لا يصح مطلقا وعلله في المحيط باختلاف المكان.

***

[٦٣٦]

قوله: (لا اقتداء متوضئ بمتيمم) أي لا يفسد. أطلقه فشمل الاقتداء في صلاة الجنازة أو غيرها، ولا خلف في صحته في صلاة الجنازة كما في الخلاصة. واختلفوا في غيرها فذهب محمد إلى فساده وذهبا إلى صحته، والخلاف مبني على أن الخلفية هل هي بين الآلتين وهما الماء والتراب وبه قالا، أو بين الطهارتين وبه أخذ محمد، فعنده هو بناء القوي على الضعيف، وعندهما الطهارتان سواء، وتمامه في الاصول. وترجح المذهب بفعل عمرو بن العاص حين صلى بقومه بالتيمم لخوف البرد من غسل الجنابة وهم متوضؤون ولم يأمرهم عليه

الصلاة والسلام بالاعادة حين علم، وشمل ما إذا كان مع المتوضئين ماء أو لا لكن قيده في المجتبى بأن لا يكون مع المتوضئين ماء، أما إذا كان معهم ماء فلا يصح الاقتداء. وذكر في فتح القدير أن هذا التقييد يبتنى على فرع إذا رأى المتوضئ المقتدي بمتيمم ماء في اصلاة لم يره الامام فسده صلاته لاعتقاده فساد صلاة الامام لوجوة الماء، وينبغي أن يحكم أن محل الفصاد عندهم إذا ظن علم إمامه به لان اعتقاد فساد صلاة إمامه بذلك اه. ثم اعلم أن في طهارة التيمم جهة الاطلاق باعتبار عدم توقتها وجهة الضرورة وباعتبار أن المصير إليها ضرورة عدم القدرة على الماء، فاعتبر محمد جهة الضرورة في هذا الباب احتياطا وجهة الاطلاق في باب الرجعة احتياطا، وهما اعتبرا جهة الضرورة في هذا الباب احتياطا وجهة الاطلاق في باب الرجعة احتياطا، وهما اعتبرا جهة الاطلاق هنا لحديث عمرو بن العاص وجهة الضرورة في الرجعة كما سيأتي إيضاحه فيها إن شاء الله تعالى. وفي المجتبى معزيا إلى أبي بكر الرازي جواز إمامة من توضأ بسؤر الحمار وتيمم المتوضئين. قوله: (وغاسل بماسح) لاستواء حالهما لأن الخف مانع سراية الحدث إلى اقدم وما حل بالخف يزيله المسح بخلاف المستحاضة لأن الحدث موجود حقيقة وإن جعل في حقها معدوما للضرورة. أطلق الماسح فشمل ماسح الخف وماسح الجبيرة وهو أولى بالجواز لأنه كالغسل لما تحته.

***

[٦٣٧]

قوله: (وقائم بقاعد وبأحدب) أي لا يفسد اقتداء قائم بقاعد وبأحدب. وأما الاول فهو قولهما، وحكم محمد بالفساد نظرا إلى أنه بناء القوي على الضعيف، ولهما اقتداء الناس بالنبي صلى الله عليه وسلم في مرض موته وهو قاعد وهم قيام وهو آخر أحواله، فتعين العمل به بناء على أنه عليه الصلاة والسلام كان إماما وأبو بكر مبلغا للناس تكبيره، وبه استدل على جواز رفع

***

[٦٣٨]

المؤذنين أصواتهم في الجمعة والعيدين وغيرهما كما في المجتبى، وليس هو بناء القوي على الضعيف لأن القعود قيام من وجه كالركوع لانتصاب أحد مصفيه وصار كالاقتداء بالمنحني من الهرم، ولا يرد عليه الايماء فانه بعض الركوع والسجود ومع ذلك فلم يصح اقتداء الراكع والساجد بالمومي لوجهين: أحدهما أن القيام ليس بركن مقصود ولهذا جاز تركه في النفل من غير عذر فجاز أن يسد الناقص مسده لعدم فوات المقصود فكان حال الامام مثل حال المقتدي في المقصود وهو نهاية التعبد بخلاف الركوع والسجود فإنهما ركنان مقصودان وقد فاتا في حق الامام المومي، ولإن القعود يسمي قياما. يقال لمن قعد ناهضا عن نومه قام عن فراشه وقام عن مضجعه، ويقال للمضطجع قم واقرأ فإذا نهض وقعد يكون ممتثلا لامره بالقيام بخلاف الايماء فإنه لا يسمى سجودا. وذكر في المجتبى فرقا إجماليا وهو أن المتنفل يتخير بين القيام والقعود ولا يتخير بين الايماء والسجود ولا بين القعود والاستلقاء. وفي الحقائق: الخلاف في قاعد يركع ويسجد لانه لو كان يومئ والقوم يركعون ويسجدون لا يجوز اتفاقا. ومحل الاختلاف الاقتداء في الفرض والواجب حيث كان للامام عذر، أما في النفل فيجوز اتفاقا. واختلف في اقتداء القائم بالقاعد في التراويح والاصح أنه جائز عند الكل كما في فتاوى قاضيخان. وأما الثاني وهو اقتداء القائم بالاحدب فأطلقه فشمل ما إذا بلغ حدبه حد الركوع وما إذا لم يبلغ، ولا خلاف في الثاني واختلفوا في الاول، ففي المجتبى أنه جائز عندهما وبه أخذ عامة العلماء خلافا لمحمد. وفي الفتاوى الظهيرية: لا تصح إمامة

***

[٦٣٩]

الاحدب للقائم. هكذا ذكر محمد في مجموع النوازل. وقيل يجوز والاول أصح اه. ولا يخفى ضعفه فإنه ليس هو أدنى حالا من القاعد لان القعود استواء النصف الاعلى وفي الحدب استواء النصف الاسفل، ويمكن أن يحمل على قول محمد. وأشار إلى أن اقتداء القاعد خلف مثله جائز اتفاقا، وكذا الاقتداء بالاعرج أو من بقدمه عوج وإن كان غيره أولى. وفي الخلاصة: ولا يجوز اقتداء النازل بالراكب، ولو صلوا على الدابة بجماعة جازت صلاة الامام ومن كان معه على دابته ولا تجوز صلاة غيره في ظاهر الرواية. قوله: (وموم بمثله) أي لا يفسد اقتداء موم بموم لاستواء حالهما. أطلقه فشمل ما إذا كان الامام يومئ قائما أو قاعدا بخلاف ما إذا كان الامام مضطجعا والمؤتم قاعدا أو قائما فإنه لا يجوز لقوة حال المأموم لان القعود معتبر بدليل وجوبه عليه عند القدرة بخلاف القيام لانه ليس بمقصود لذاته، ولهذا لا يجب عليه القيام مع القدرة عليه إذا عجز عن السجود. وفي الشراح إنه المختار ردا لما صححه التمرتاشي من الجواز عند

الكل. قوله: (ومتنفل بمفترض) أي لا يفسد اقتداء متنفل بمفترض لانه بناء الضعيف على القوي، والقراءة في النفل وإن كانت فرضا في الاخيرتين نفلا في الفرض لكن إنما تكون فرضا إذا كان المصلي منفردا، أما إذا كان مقتديا فلا، لانها محظورة كذا في الغاية. ولانه بالاقتدا صار تبعا للامام في القراءة فكانت نفلا فيهما في حقه كإمامه. أطلقه فشمل اقتداء من يصلي التراويح بالمكتوبة، وذكر في فتاوى قاضيخان اختلافا وأن الصحيح عدم الجواز وهو مشكل فإنه بناء

***

[٦٤٠]

الضعيف على القوي. وأشار إلى أن اقتداء المتنفل بمثله جائز وفي اقتداء الحنفي في الوتر بمن يراه سنة اختلاف المشايخ، ولو تكلم الامام في شفع الترويحة ثم أمهم في ذلك الشفع جاز، وكذا إذا اقتدى في سنة العشاء بمن يصلي التراويح أو في السنة بعد الظهر بمن يصلي الاربع قبل الظهر صح اه. قوله: (وإن ظهر إن إمامه محدث أعاد) أي على سبيل الفرض، فالمراد بالاعادة الاتيان بالفرض لا الاعادة في اصطلاح الاصوليين الجابرة للنقص في المؤدي، فلو قال بطلت لكان أولى. وإنما بطلت صلاة المأموم لان الاقتداء بناء والبناء على المعدوم محال، ولا فرق في ذلك بين أن يظهر أن الامام عدم ركنا أو شرطا. وفي المجتبى: ولو أخبرهم الامام أنه أمهم شهرا بغير طهارة أو مع علمه بالنجاسة المانعة لا يلزم الاعادة لانه صرح بكفره، وقول الفاسق غير مقبول في الديانات، فكيف قول الكافر؟ اه. وهو مشكل فإنه لا يكفر إذا صلى بالنجاسة المانعة عمدا للاختلاف في وجوب إزالتها فإن مالكا يقول في قول بسنيتها، وفي المبتغى بالمعجمة: ومن علم أن إمامه على غير طهارة أعاد وإلا فلا. ولا يلزم على الامام أن يعلم الجماعة بحاله ولا يأثم بتركه. وفي معراج الدراية: ولا يلزم على الامام

***

[٦٤١]

الاعلام إذا كانوا قوما غير معينين. وفي المجتبى: ولو أم قوما محدث أو جنب ثم علم بعد التفرق يجب الاخبار بقدر الممكن بلسانه أو كتاب أو رسول على الاصح. وفي خزانة الاكمل: لانه سكت عن خطأ معفو عنه. وعن الوبري: يخبرهم وإن كان مختلفا فيه ونظيره إذا رأى غيره يتوضأ من ماء نجس أو على ثوبه نجاسة اه. قوله: (وإن اقتدى أمي وقارب أمي أو استخلف أميا في الاخريين فسدت صلاتهم) أما في المسألة الاولى فهو عند أبي حنيفة، وقالا: صلاة الامام ومن لم يقرأ تامة لانه معذور أم قوما معذورين وغير معذورين فصار كما إذا أم العاري عراة ولا بسين، وله أن الامام ترك فرض القراء مع القدرة عليها فتفسد صلاته، وهذا لانه لو اقتدى بالقارئ تكون قراءته قراءة له بخلاف تلك المسألة وأمثالها لان الموجود في حق الامام لا يكون موجودا في حق المقتدي. قيد بالاقتداء لانه لو كان يصلي الامي وحده والقارئ وحده فإنه جائز هو الصحيح لانه لم يظهر منهما رغبة في الجماعة. كذا في الهداية: وفي النهاية: لو افتتح الامي ثم حضر القارئ ففيه قولان، ولو حضر الامي بعد افتتاح القارئ فلم يقتد به وصلى منفردا الاصح أن صلاته فاسدة، وأشار بفساد الصلاة إلى صحة شروع القارئ لاستوائهما في فرض التحريمة. وإنما اختلفا في القراءة ولا يقال لم لا يلزم القضاء على المقتدي إذا أفسد وقد صح شروعه لانا نقول: لما شرع في صلاة الامي أوجبها على نفسه بغير قراءة فلم يلزمه القضاء كنذر صلاة بغير قراءة لا تلزمه إلا في رواية عن أبي يوسف. كذا في غاية البيان. وصحح في الذخيرة وعدم صحة شروعه، وفائدته تظهر في انتقاض وضوئه بالقهقهة. وأطلق فشمل ما إذا علم الامي أن خلفه قارئا أو لم يعلم وهو ظاهر الرواية لان الفرائض لا يختلف فيها الحال

***

[٦٤٢]

بين الجهل والعلم. وشمل ما إذا نوى الامي إمامة القارئ أو لم ينو لان الوجه المذكور وهو ترك الفرض مع القدرة عليه بعد ظهور الرغبة في صلاة الجماعة يوجب الفساد وإن لم ينو، ودل كلامه على أن القارئ والاخرس إذا اقتديا بالاخرس فهو كذلك بالاولى، لكن ينبغي أن لا يصح شروع القارئ اتفاقا لعدم الاستواء في التحريمة. وفي المجتبى: لو أم من يقرأ بالفارسية وهو لا يحسن العربية القارئين جاز عنده خلافا لهما، والاخرس إذا أم خرسانا جازت صلاتهم بالاتفاق، وفي إمامة الاخرس الامي اختلاف المشايخ اه. فالحاصل أن إمامة الانسان لمماثله صحيحة إلا إمامة المستحاضة والضالة والخنثى المشكل لمثله غير صحيحة ولمن دونه صحيحة مطلقا ولمن

فوقه لا تصح مطلقا. وأما في المسألة الثانية فهو عندنا خلافا لزفر لتأدي فرض القراءة، ولنا أن كل ركعة صلاة فلا تخلو عن القراءة، إما تحقيقا أو تقديرا ولا تقدير في حق الامي لانعدام الاهلية فقد استخلف من لا يصلح للامامة ففسدت صلاتهم، أما صلاة الامام فلانه عمل كثير وصلاة القوم مبنية عليها. وشمل كلامه ما إذا قدمه في التشهد أي قبل الفراغ منه، أما لو استخلفه بعده فهو صحيح بالاجماع لخروجه من الصلاة بصنعه، وقيل تفسد صلاتهم عنده لا عندهما والصحيح الاول. كذا في غاية البيان. وإنما اعتبر أبو حنيفة في مسائل الامي قدرة الغير مع أن من أصله أن القادر بقدرة غيره ليس بقادر لانه مقيد بما إذا تعلق باختيار ذلك الغير، أما هنا الامي قادر على الاقتداء بالقارئ من غير اختيار القارئ فينزل قادرا على القراءة. ولهذا قالوا: لو تحرم ناويا أن لا يؤم أحدا فائتم به رجل صح اقتداؤه. وفي المغرب: الامي في اللغة منسوب إلى أمة العرب وهي لم تكن تكتب ولا تقرأ فاستعير لكل من لا يعرف الكتابة والقراءة. وفي فتح القدير: والامي يجب عليه كل الاجتهاد في تعلم ما تصح به الصلاة ثم في القدر الواجب وإلا فهو آثم، وقدمنا نحوه في إخراج الحرف الذي يقدر على إخراجه. وسئل ظهير الدين عن القيام هل يتقدر بالقراءة؟ فقال: لا. وكذلك ذكر في اللاحق في الشافي اه. أي في الكتاب المسمى بالشافي للبيهقي. وفي الخلاصة: وإمامة الالثغ لغيره ذكر الفضيلي أنها جائزة وصحح في المجتبى عدم الجواز والله سبحانه وتعالى أعلم. باب الحدث في الصلاة ثابت في بعض النسخ ولا شك أنه من العوارض وهو ليس بمفسد في كل الاحوال

***

[٦٤٣]

فقدمه على ما يفسدها، وقدمنا أن الحدث مانعيه شرعية قائمة بالاعضاء إلى غاية استعمال المزيل. قوله: (ومن سبقه حدث توضأ وبنى والقياس فسادها لان الحدث ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها فأشبه الحد ث العمد. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من قاء أو رعف أو أمذى فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم ولا نزاع في صحته مرسلا وهو حجة عندنا وعند أكثر أهل العلم، ومذهبنا ثابت عن جماعة من الصحابة وكفى بهم قدوة فوجب ترك القياس به، والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمده فلا يلحق به. ثم لجواز البناء شروط. الاول أيكون الحدث سماويا وهو المراد بالسبق وهو ما لا اختيار للعبد فيه ولا في سببه فلا يبني بشجة وعضة ولو منه لنفسه. واختلفوا فيما إذا وقعت طوبة من سطح أو سفرجلة من شجر أو تعثر في شئ موضوع في المسجد فأدماه، وصححوا عدم البناء فيما

***

[٦٤٤]

إذا سبقه الحدث من عطاسه أو تنحنحه. ولو سقط من المرأة كرسفها مبلولا بغير صنعها بنت، وبتحريكها لا تبني عنده خلافا لهما. الثاني أن يكون الحدث موجبا للوضوء فلا يبني من نام فاحتلم في الصلاة ولا من أصابته نجاسة مانعة من الصلاة من غير سبق حدث، سواء كانت من بدنه أو من خارج. الثالث أن لا يكون الحدث يندر وجوده فلا يبني بإغماء وقهقهة، وهذا والثاني سيصرح به المصنف وإدخال الكلام هنا كما في فتح القدير مع أن الكلام مفسد لا حدث لكون شرطه أن لا يأتي بمناف بعده. الرابع أن لا يفعل فعلا له منه بد فلو فعله استقبل كما لو استقى الماء من البئر على المختار، أو كان دلوه متخرقا فخرزه، وكذا لو وجد ماء للوضوء فذهب إلى ماء أبعد منه من غير عذر النسيان ونحوه إلا إذا كان الماء القريب في بئر كما قدمناه وإلا إذا كان قليلا قدر صفين كما إذا وجد مشرعة من الماء فتركها وذهب إلى أخرى بجنبها فإنه يبني، وكذا لو رد الباب عليه باليدين لا لقصد ستر العورة فلو كان له لا تفسد أو بيد واحدة لا تفسد مطلقا، وكذا لو حمل آنية لغير حاجة بيديه فلو كان لحاجة لا تفسد مطلقا أو بيد واحدة لا تفسد مطلقا، وكذا لو توضأ ورجع ثم تذكر

***

[٦٤٥]

أنه نسي شيئا فذهب وأخذه فسدت، ولو كشف عورته للاستنجاء بطلت صلاته في ظاهر الرواية، وكذا إذا كشفت المرأة ذراعيها للوضوء وهو الصحيح. وفي الظهيرية عن أبي علي النسفي أنه إذا لم يجد بدا منه لم تفسد، وكذا المرأة إذا احتاجت إلى البناء لها أتكشف عورتها وأعضاءها في الوضوء وتغسل إذا لم تجد بدا من ذلك اه. ويتوضأ من سبقه الحدث ثلاثا ثلاثا ويستوعب رأسه بالمسح ويتمضمض ويستنشق ويأتي بسائر السنن، وقيل يتوضأ مرة مرة وإن زاد فسدت والاول أصح لان الفرض يقوم بالكل. كذا

في الظهيرية. ولو غسلل نجاسة مانعة أصابته فإن كان من سبق الحدث بنى، وإن كان من خارج لا يبني، وإن كانت منهما لا يبني. ولو ألقى الثوب المتنجس من غير حدثه وعليه غيره من الثياب أجزأه. كذا في الظهيرية. الخامس أن لا يأتي بمناف للصلاة، فلو تكلم بكلام الناس بعد الحدث فسدت. وفي الظهيرية: لو طلب الماء بالاشارة أو اشتراه بالتعاطي فسدت. السادس أن ينصرف من ساعته فلو مكتث قدر أداء ركن بغير عذر فسدت، ولو كان لعذر فلاه كما لو أحدث بالنوم ومكث ساعة ثم انتبه فإنه يبني، أو مكث لعذر الزحمة كما في الخانية. وفي المنتقى: إن لم ينو بمقامه الصلاة لا تفسد لانه لم يؤد جزءا من الصلاة مع الحدث. قلنا: هو في حرمتها فما وجد منه صالحا لكونه جزءا منها انصرف إلى ذلك غير مقيد بالقصد إذا كان غير محتاج إليه. وفي الظهيرية: لو أخذه الرعاف ولم ينقطع يمكث إلى أن ينقطع ثم يتوضأ ويبني. السابع أن لا يؤدي ركنا مع الحدث فلو سبقه الحدث في سجوده فرفع رأسه قاصدا الاداء استقبل، وكذا لو قرأ في ذهابه لا إن سبح على الاصح لانه ليس من الاجزاء. وفي المجتبى: أحدث في ركوعه أو في سجوده لا
***
[٦٤٦]
يرفع مستويا فتفسد صلاته بل يتأخر محدودبا ثم ينصرف اه. وظاهره عدم اشتراط قصد الاداء. الثامن أن لا يؤدي ركنا مع المشي في حالة الرجوع فلو قرأ بعد الوضوء استقبل. التاسع أن لا يظهر حدثه السابق بعد الحدث السماوي فلو سبقه حدث فذهب فانقضت مدة مسحه أو كان متيمما فرأى الماء أو كانت مستحاضة نخرج الوقت استقبل على الاصح كما في المحيط. العاشر إذا كان مقتديا أن يعود إلى الامام إن لم يكن فرغ الامام وكل بينهما حائل يمنع جواز الاقتداء، فلو كان منفردا خير بين العود والاتمام في مكان الوضوء، واختلفوا في الافضل. ولو كان مقتديا فرغ إمامه فلا يعود فلو عاد اختلفوا في فساد صلاته، فلو لم يكن بينهما مانع فله الاقتداء من مكانه من غير عود. الحادي شعر أن لا يتذكر فائتة عليه بعد الحدث السماوي وهو صاحب ترتيب. الثاني عشر إذا كان إماما لا يستخلف من لا يصلح للامامة فلو استخلف امرأة استقبل. قوله: (واستخلف لو إماما) معطوف على توضأ أي من سبقه حدث وكان إماما فإنه يستخلف رجلا مكانه يأخذ بثوب رجل إلى المحراب أو يشير إليه. والسنة أن يفعله محدودب الظهر واضعا يده في أنفه يوهم أنه قد رعف لينقطع عنه كلام الناس، ولو تكلم بطلت صلاتهم، ولو ترك ركوعا يشير بوضع يده على ركبتيه، أو سجودا يشير بوضعها على جبهته، أو قراءة يشير بوضعها على فمه، وإن بقي عليه ركعة واحدة يشير بأصبع واحدة، وإن كان اثنين فبأصبعين. هذا إذا لم يعلم الخليفة ذلك، أما إذا علم فلا حاجة إلى ذلك. ولسجدة التلاوة بوضع أصبعه على الجبهة واللسان، وللسهو على صدره، وقيل يحول رأسه يمينا وشمالا كذا في الظهيرية، ثم الاستخلاف ليس بمتعين حتى لو كان الماء في المسجد فإنه يتوضأ ويبني ولا حاجة إلى الاستخلاف كما ذكره الشارح. وإذا لم يكن في المسجد فالافضل الاستخلاف كما ذكره المصنف في المستصفى بناء على أن الافضل للامام والمقتدي البناء صيانة للجماعة وللمنفرد الاستقبال تحرزا عن الخلاف، وصححه في السراج الوهاج. وظاهر كلام المتون أن الاستئناف أفضل في حق الكل، فما في شرح المجمع لابن الملك من أنه يجب على الامام الاستخلاف صيانة
***
[٦٤٧]
لصلاة القوم ففيه نظر، وإذا استخلف لا يخرج الامام عن الامامة بمجرده، ولهذا لو اقتدى به إنسان من ساعته قبل الوضوء فإنه صحيح على الصحيح كما في المحيط، ولهذا قال في الظهيرية والخانية: إن الامام لو توضأ في المسجد وخليفته قائم في المحراب ولم يؤد ركنا فإنه يتأخر الخليفة ويتقدم الامام. ولو خرج الامام الاول من المسجد وتوضأ ثم رجع إلى المسجد وخليفته لم يؤد ركنا فالامام هو الثاني. ثم الاستخلاف حقيقي وحكمي، فالاول ظاهر والثاني أن يتقدم رجل واحد من القوم قبل أن يخرج الامام من المسجد فإن صلاتهم جائزة، ولو تقدم رجلان فأيهما سبق إلى مكان الامامة فهو أولى، ولو قدم الامام رجلا والقوم رجلا فمن قدمه الامام فهو أولى، وإن نويا معا الامامة جاز صلاة المقتدي بخليفة الامام وفسدت على المقتدي بخليفة القوم. وإن تقدم أحدهما إن كان خليفة الامام فكذلك، وإن كان خليفة القوم فاقتدوا به ثم نوى الآخر فاقتدى به البعض جاز صلاة الاولين دون الآخرين. ولو قدم بعض القوم رجلا والبعض رجلا فالعبرة للاكثر، ولو استويا فسد ت صلاتهم. ولو استخلف الامام من آخر الصفوف ثم خرج من المسجد إن نوى الخليفة الامامة من ساعته صار إماما فتفسد صلاة من كان متقدمه دون صلاته وصلاة الامام الاول ومن على يمينه وشماله في

صفه ومن خلفه، وإن نوى أن يكون إماما إذا قام مقام الاول وخرج الاول قبل أن يصل الخليفة إلى مكانه أو قبل أن ينوي الامامة فسدت صلاتهم. وشرط جواز صلاة الخليفة والقوم أن يصل الخليفة إلى المحراب قبل أن يخرج الامام عن المسجد، ولم يبين محمد حال الامام. وذكر الطحاوي أن صلاته فاسدة أيضا، وذكر أبو عصمة أن صلاته لا تفسد وهو الاصح. ولو لم يستخلف في المسجد واستخلف من الرحبة وفيها قوم جازت صلاة الكل
***
[٦٤٨]
إذا كانت الرحبة متصلة بالمسجد. كذا في الظهيرية. وإذا استخلف الامام رجلا فإنه يتعين للامامة إن قام مقام الاول حتى لو تأخر بعد التقدم فسدت صلاته، وإذا قام الخليفة مقامه صار الاول مقتديا به، خرج من المسجد أو لا. حتى لو تذكر فائتة أو تكلم لم تفسد صلاة القوم. ومقتضى ما قدمناه أنه لا يصير مقتديا بالخليفة ما دام في المسجد، وللخليفة الاستخلاف إذا أحدث. فلو استخلف الخليفة من غير حدث إن قدمه قبل أن يقوم في مكان الامامة والامام الاول في المسجد جاز، ولو تذكر الخليفى أنه على غير وضوء فقدم آخر ولم يقم في موضع الامة جاز إذا كان الاول في المسجد، ولو أحدث الخليفة بعد ما قام في موضع الامامة فانصرف فقبل أن يخرج دخل الاول متوضئا فقدمه جاز، ولو لم يقم الخليفة في موضع الامامة حتى أحدث فدخل الاول فقدمه لم يجز والمسألة متأولة: وتأويلها إذا كان مع الامام رجل آخر سواه. ولو كبر الخليفة ينوي الاستقبال جازت صلاة من استقبل وفسدت صلاة من لم يستقبل، وكذا صلاة الامام الاول تفسد إن بنى على صلاة نفسه. وفي الخلاصة: فإن نوى الثاني بعدما تقدم إلى المحراب أن لا يكون خليفة للاول ويصلي صلاة نفسه لم يفسد ذلك صلاة من اقتدى به. وفي المجتبى: والامام المحدث على إمامته ما لم يخرج من المسجد أو يقوم خليفته مقامه أو يستخلف القوم غيره أو يتقدم بنفسه. وفي الظهيرية: رجلان وجد في السفر ماء قليلا فقال أحدهما هو نجس، وقال الآخر هو طاهر، فتوضأ أحدهما وتيمم الآخر ثم أمهما من توضأ بماء مطلق ثم سبقه الحدث يصلي كل واحد من المقتديين وحده من غير أن يقتدي بالآخر، فلو رجع الامام
***
[٦٤٩]
بعدما توضأ يقتدي بمن يظنه طاهرا اه. ظاهره أنه لا فرق بين أي يخرج الامام من المسجد أو لم يخرج. وإذا خرج الامام من المسجد خرج عن ولم يبق لهما إمام، وقد صرحوا ببطلان صلاة المقتدي في هذه الحالة، ولذا قال في المحيط: رجل أم رجلا فأحدثا معا وخرجا من المسجد فصلاة الامام تامة وصلاة المقتدي فاسدة لانه لم يبق له إمام في المسجد اه. فبقاؤهما فيها من غير إمام مشكل إلا أن يقال ذلك للضرورة إذ لا يمكن اقتداء أحدهما بالآخر لان المتيمم إن تقدم ففي اعتقاد المتوضئ أن تيممه باطل لطهارة الماء عنده، وإن تقدم المتوضئ ففي اعتقاد المتيمم أنه توضأ بماء نجس والله سبحانه أعلم. وفي المجتبى: وفي جواز الاستخلاف في صلاة الجنازة اختلاف المشايخ. قوله: (كما لو حصر عن القراءة) أي جاز لمن سبقه الحدث الاستخلاف إذا كان إماما كما جاز للامام الاستخلاف إذا عجز عن القراءة. وحصر بوزن تعب فعلا ومصدرا العي وضيق الصدر، ويقال حصر يحصر حصرا من باب علم، ويجوز أن يكون حصر فعل ما لم يسم فاعله من حصره إذا حبسه من باب نصر ومعناه منع وحبس عن القراءة بسبب خجل أو خوف. قال في غاية البيان: وبالوجهين حصل لي السماع. وقد وردت اللغتان بهما في كتب اللغة كالصحاح وغيره، وأما انكار المطرزي ضم الحاء فهو في مكسور العين لانه لازم لا يجئ له مفعول ما لم يسم فاعله لا في مفتوح العين لانه متعد يجوز بناء الفعل منه للمفعول. وصورة المسألة إذا لم يقدر الامام على القراءة لاجل خجل يعتريه، أما إذا نسي القراءة أصلا لا يجوز الاستخلاف بالاجماع لان صار أميا، واستخلاف الامي لا يجوز. هذا كله عند أبي حنيفة. وقالا: لا يجوز لانه يندر وجوده، وله أن
***
[٦٥٠]
الاستخلاف في الحدث بعلة العجز وهو هنا ألزم والعجز عن القراءة غير نادر. وأشار بالمنع عن القراءة إلى أنه لم يقرأ مقدار الفرض فيفيد أنه لو قرأه لا يجوز الاستخلاف إجماعا لعدم الحاجة إليه، وذكره في المحيط بصيغة قيل. وظاهره أن المذهب الاطلاق وهو الذي

ينبغي اعتماده لما صرحوا في فتح المصلي على إمامه بأنها لا تفسد على الصحيح، سواء قرأ الامام ما تجوز به الصلاة أو لا، فكذلك هنا يجوز الاستخلاف مطلقا. وقيد بالمنع عنها لانه لو أصاب الامام وجع في البطن فاستخلف رجلا لم يجز، فلو قعد وأتم صلاته جاز، ولو صار الامام حاقنا بحيث لا يمكنه المضي فذكر في غير رواية الاصولي أن على قول أبي حنيفة ليس له أن يستخلف، وعلى قول أبي يوسف له ذلك. أبو حنيفة فرق بين هذا وبين مسألة الحصر في القراءة. كذا في الظهيرية. والحاقن الذي له بول كثير كذا في المغرب وفي غاية البيان. ثم عندهما إذا لم يستخلف كيف يصنف؟ قال بعض الشارحين: يتم صلاته بلا قراءة إلحاقا له بالامي، وهذا سهو لان مذهبهما أنه يستقبل وبه صرح فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير لانه قال في عامة الكتب: إن الحصر لما كان نادرا أشبه الجنابة وبها لا تتم الصلاة فكذا بالحصر اه. والعجب من الشارح أنه جعل الحصر عن القراءة كالجنابة ونقل عنهما أنه يتمها بغير قراءة، وكذا المحقق في فتح القدير. وفي البدائع: وعندهما لا يجوز وتفسد صلاتهم وهو شاهد لما في غاية البيان والظاهر أن عنهما روايتين.

***

[٦٥١]

قوله: (وإن خرج من المسجد بظن الحدث أو جن أو احتلم أو أغمي عليه استقبل) أما فسادها بالخروج من المسجد لتوهم الحدث ولم يكن موجودا فلوجود المنافي من غير عذر، والقياس فسادها بالانحراف عن القبلة مطلقا لما ذكرنا لكن استحسنوا بقاءها عند عدم الخروج لانه انصرف على قصد الاصلاح لانه لو تحقق ما توهمه بني على صلاته فألحق قصد الاصلاح بحقيقته ما لم يختلف المكان بالخروج، وقد فهم بعضهم من هذا كما ذكره في التنجيس أن المصلي إذا حول صدره عن القبلة لا تفسد صلاته، وأن القول بفسادها أليق بقولهما وليس بشئ لان أبا حنيفة إنما قال بعدم فساد صلاته عند عدم الخروج لاجل أنه معذور بتوهم الحدث، وأما من حول صدره عن القبلة فهو متمرد عاص لا يستحق التخفيف، فالقول بالفساد أليق بقول الكل كما لا يخفى. قيد بظن الحدث لانه لو ظن أنه افتتح على غير وضوء أو كان ماسحا على الخفين فظن أن مدة مسحه قد انقضت، أو كان متيمما فرأى سرابا فظنه ماء، أو كان في الظهر فظن أنه لم يصل الفجر، أو رأى حمرة في ثوبه فظن أنها نجاسة، فانصرف حيث تفسد صلاته وإن لم يخرج من المسجد لان الانصراف على سبييل الرفض، ولهذا لو تحقق ما توهمه يستقبل، وهذا هو الاصل. والاستخلاف كالخروج من المسجد لانه عمل كثير فيبطلها، وإنما عبر بالظن دون التوهم لانه الطرف الراجح والوهم هو الطرف

***

[٦٥٢]

المرجوح. وصور مسألة الظن - الشمني - بأن خرج شئ من أنفه فظن أنه رعف، فظاهره أنه لو لم يكن للظن دليل بأن شك في خروج ريح ونحوه فإنه يستقبل مطلقا بالانحراف عملا بما هو القياس لكني لم أره منقولا، وإنما في التجنيس: لو شك الامام في الصلاة فاستخلف فسدت صلاتهم، ولو خاف سبق الحدث فانصرف ثم سبقه الحدث فالاستئناف لازم عند أبي حنيفة خلافا لابي يوسف. كذا في المجمع. والدار ومصلى الجنازة والجبانة كالمسجد إذ له حكم البقعة الواحدة - كذا قالوا - إلا في المرأة فإنها إن خرجت عن مصلاها فسدت صلاتها: وليس البيت لها كالمسجد للرجل. وقال القاضي الامام أبو علي النسفي: لا تفسد صلاتها والبيت لها كالمسجد للرجل. كذا في فتاوى قاضيخان. وإن كان يصلي في الصحراء فمقدار الصفوف له حكم المسجدان مشى يمنة أو يسرة أو خلفا، وإن مشى أمامه وليس بين يديه سترة فالصحيح هو التقدير بموضع السجود، وإن كان وحده فمسجده موضع سجوده من الجوانب الاربع إلا إذا مشى أمامه وبين يديه سترة فيعطي لداخلها حكم المسجد. كذا في البدائع. وفي فتح القدير: والاوجه إذا لم يكن سترة أن يعتبر موضع سجوده لان الامام منفرد في حق نفسه والمنفرد حكمه ذلك اه. وهذا البحث هو ما صححه في البدائع، فعلم أن ما في الهداية من أن الامام إذا لم يكن بين يديه سترة فمقدار الصفوف خلفه ضعيف، وأما فسادها بما ذكر من الجنون والاغماء والاحتلام فلانه يندر وجود هذه العوارض فلم تكن في معنى ما ورد به النص من القئ والرعاف، وكذلك إذا قهقه لانه بمنزلة الكلام وهو قاطع لقوله عليه الصلاة والسلام وليبن على صلاته ما لم يتكلم. وكذا لو نظر إلى امرأة فأنزل. ومحل الفساد بهذه الاشياء قبل القعود قدر التشهد، أما بعده فلا لما سنذكره من أن تعمد الحدث بعده لا يفسدها فهذا أولى. ولا يخلوا لموصوف بها عن اضطراب أو مكث، وكيفما كان فالصنع منه موجود على القول باشتراطه للخروج، أما في الاضطراب فظاهر، وأما في المكث فلانه يصير به مؤديا جزءا من الصلاة مع

الحدث والاداء صنع منه. وفي
***
[٦٥٣]
العناية: وإنما قال أو نام فاحتلم لان النوم بانفراده ليس بمفسد وكذا الاحتلام المنفرد عن النوم وهو البلوغ بالسن فجمع بينهما بيانا للمراد اهـ. فعلى هذا الاحتلام هو البلوغ أعم من الانزال أو السن فالمراد في المختصر هو الاول. وفي الظهيرية: المصلى إذا نعس في صلاته فاضطجع، قيل تنتقض طهارته فيتوضأ ويبني، وقيل لا تفسد صلاته ولا تنتقض طهارته اهـ. ولعل المصنف إنما عبر بالاستقبال في هذه المسائل كغيره دون الفساد لما أن الفساد فيها ليس مقصودا فيثاب على ما فعله منها بخلاف ما إذا أفسدها قصدا فإنه لا ثواب له فيما أداه بل يأثم لان قطعها لغير ضرورة حرام. قوله: (وإن سبقه حدث بعد التشهد توضأ وسلم) لان التسليم واجب ولا بد له من الوضوء ليأتي به فالوضوء والسلام واجبان فلو لم يفعل كره تحريما. والشروط التي قدمناها لصحة البناء لا بد منها للسلام حتى لو لم يتوضأ فورا أو أتى بمناف بعده فاته السلام ووجب عليه إعادتها لاقامة الواجب لانه حكم كل صلاة أديت مع كراهة التحريم، وإن كان إماما استخلف من يسلم بالقوم. قوله: (وإن تعمده أو تكلم تمت صلاته) أي تعمد الحدث لحديث الترمذي عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أحدث - يعني الرجل - وقد جلس في آخر صلاته قبل أن يسلم فقد جازت صلاته (١) ومعنى قوله تمت صلاته تمت فرائضها ولهذا لم تفسد بفعل المنافي وإلا فمعلوم أنها لم تتم بسائر ما ينسب إليها من الواجبات لعدم خروجه
***
[٦٥٤]
بلفظ السلام وهو واجب بالاتفاق حتى إن هذه الصلاة تكون مؤداة على وجه مكروه فتعاد على وجه غير مكروه كما هو الحكم في كل صلاة أديت مع الكراهة. كذا في شرح منية المصلي، وفيه أنه لا خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في أن من سبقه الحدث بعده يتوضأ ويسلم، وإنما الخلاف فيما إذا لم يتوضأ حتى أتى بمناف، فعند أبي حنيفة بطلت صلاته لعدم الخروج بصنعه، وعندهما لا تبطل لانه ليس بفرض عندهما اهـ. وفيه نظر، بل لا يكاد يصح لانه إذا أتى بمناف بعد سبق الحدث فقد خرج منها بصنعه، ولهذا قال الشارح الزيلعي: وكذا إذا سبقه الحدث بعد التشهد ثم أحدث متعمدا قبل أن يتوضأ تمت صلاته ولم يحك خلافا، وإنما ثمرة الخلاف تظهر فيما إذا خرج منها لا بصنعه كالمسائل الاثني عشرية كما سنقرره إن شاء الله تعالى. وشمل تعمد الحدث القهقهة عمدا فصلاته تامة وبطل وضوءه لوجودها في أثناء الصلاة فصار كنية الاقامة في هذه الحالة، وكذا لو قهقه في سجود السهو. وإن قهقه الامام أو أحدث متعمدا ثم قهقه القوم فعليه الوضوء دونهم لخروجهم منها بحدث الامام بخلاف قهقهتهم بعد سلامه لانهم لا يخرجون منها بسلامه فبطلت طهارتهم، وإن قهقهوا معا أو القوم فعليهم الوضوء. والحاصل أن القوم يخرجون من الصلاة بحدث الامام عمدا اتفاقا، ولهذا لا يسلمون ولا يخرجون منها بسلامه عندهما خلافا لمحمد، وأما بكلامه فعن أبي حنيفة روايتان في رواية كالسلام فيسلمون وتنتقض طهارتهم بالقهقهة، وفي رواية كالحدث العمد فلا سلام ولا نقض بها كذا في المحيط. قوله: (وبطلت أن رأى متيمم ماء) أي بطلت صلاته بالقدرة على استعمال الماء، ولا عبرة بالرؤية المجردة عن القدرة بدليل ما قدمه في بابه. وإنما بطلت لان عدم الماء شرط في الابتداء فكان شرط البقاء كسائر الشروط، وكالمكفر بالصوم إذا أيسر ليس له البناء لانه برؤية الماء ظهر حكم الحدث السابق فكأنه شرع على غير وضوء بخلاف ما إذا سبقه الحدث لانه شرع بوضوء تام. أطلقه فشمل ما إذا رأى المتيمم قبل سبق الحدث أو بعده، وفي الثاني خلاف والصحيح هو البطلان كما في المحيط، وجزم به الشارح. واختار في النهاية أنه يبني دون فساد. وفي فتح القدير: والذي يظهر أن الاسباب المتعاقبة كالبول ثم الرعاف ثم القئ إذا أوجبت أحداثا متعاقبة يجزئه عنها وضوء واحد، فالاوجه ما في شرح الكنز وهو الموافق لما قدمناه من قول محمد فيمن حلف لا يتوضأ من الرعاف فبال ثم رعف ثم توضأ أنه يحنث. وإن قلنا لا يوجب كما قدمنا النظر فيه في باب الغسل فالاوجه ما في النهاية وهو الحق في
***
[٦٥٥]
اعتقادي لكن كلام النهاية ليس عليه بل على ما نقل عن محمد في باب الغسل فالاوجه ما في النهاية وهو الحق في اعتقادي لكن كلام النهاية ليس عليه بل على ما نقل عن محمد في باب الغسل فلا تتفرع مسألة التيمم على الوجه الذي ذكره على ما هو ظاهر اختياره اهـ.

والذي يظهر أن هذا ليس مبنيا على هذا الفرع فإنهم عللوا الاستقبال بأنه لما ظهر الحدث السابق تبين كونه شرع بغير طهارة فليس له البناء، سواء قلنا إنها توجب أحداثا أو حدثا كما لا يخفى. وذكر الشارح وتقييده بالمتيمم لبطلان الصلاة عند رؤية الماء لا يفيد لانه لو كان متوضئ يصلي خلف متيمم فرأى المؤتم الماء بطلت صلاته لعلمه أن إمامه قادر على الماء بإخباره، وصلاة الامام تامة لعدم قدرته، ولو قال وبطلت أن رأى متيمم أو المقتدى به ماء لشمل الكل اه. وأقره عليه في فتح القدير وفيه نظر، لان المقتدي بالمتيمم إذا رأى ماء لم يعلم به الامام فإن صلاة المقتدي لم تبطل أصلا، وإنما بطل وصفها وهو الفرضية وكلامه في بطلان أصلها برؤية الماء، ولهذا صرح في المحيط بأن المتوضئ خلف المتيمم إذا رأى الماء أو كان على الامام فائتة لا يذكرها والمؤتم يذكرها أو كان الامام على غير القبلة وهو لا يعلمه والمؤتم يعلمه فقهقه المؤتم فعليه الوضوء عندهما خلافا لمحمد وزفر بناء على أن الفرضية متى فسدت لا تنقطع التحريمة عندهما خلافا لمحمد اه. وأيضا نفي الفائدة مطلقا ممنوع فإن المتوضئ إذا رأى ماء لا يضره فقد أفاد قوله: (أو تمت مدة مسحه) أطلقه فشمل ما إذا كان واجدا للماء أو لم يكن واجدا وهو اختيار بعض المشايخ. وذكر قاضيخان في فتاواه أنه لو تمت المدة وهو في الصلاة ولا ماء يمضي على الاصح في صلاته إذ لا فائدة في النزع لانه للغسل ولا ماء
***
[٦٥٦]
خلافا لمن قال من المشايخ تفسد اه. واختار القول بالفساد في فتح القدير وقد قدمناه في بابه. قوله: (أو نزع خفيه بعمل يسير) بأن كانا واسعين لا يحتاج فيهما إلى المعالجة في النزع. قيد به لان العمل الكثير يخرج به عن الصلاة فتتم صلاته حينئذ اتفاقا، والظاهر أن ذكر الخف بلفظ المثنى اتفاقي لان الحكم كذلك في الخف الواحد لما قدمه في بابه من أن نزع الخف ناقض للمسح ولذا أفرده في المجمع. قوله: (أو تعلم أمي سورة) وهو منسوب إلى أمة العرب وهي الامة الخالية عن العلم والكتابة والقراءة فاستعير لمن لا يعرف الكتابة والقراءة. والمراد بالتعلم تذكره إياها بعد النسيان لان التعلم لا بد له من التعليم وذلك فعل ينافي الصلاة فتتم صلاته اتفاقا. وقيل سمعه بلا اختيار وحفظه بلا صنع بأن سمع سورة الاخلاص مثلا من قارئ فحفظها من غير احتياج إلى التلبس بما يفسد الصلاة من عمل كثير. كذا قالوا. وقوله سورة وقع اتفاقا لان عند أبي حنيفة الآية تكفي، وهما وإن قالا بافتراض ثلاث آيات لم يشترطا السورة. وأطلق فشمل كل مصل وفيما إذا كان يصلي خلف قارئ اختلاف المشايخ، فعامتهم على أنها تفسد لان الصلاة بالقراءة حقيقة فوق الصلاة بالقراءة حكما فلا يمكنه البناء عليها. وقيل: لا تبطل وصححه في الفتاوى الظهيرية قال: الامي إذا تعلم سورة خلف القارئ فإنه يمضي على صلاته وهو الصحيح اه. ووجهه أن قراءة الامام قراءة له فقد تكامل أول الصلاة وآخرها وبناء الكامل جائز. قال أبو الليث: لا تبطل صلاته اتفاقا وبه نأخذ. قوله: (أو وجد عار ثوبا) أي ثوبا تجوز فيه الصلاة بأن لم تكن فيه نجاسة مانعة من الصلاة، أو كانت فيه وعنده ما يزيل به النجاسة، أو لم يكن عنده ما يزيل به النجاسة ولكن ربعه أو أكثر منه طاهر وهو ساتر للعورة قوله: (أو قدر موم) أي على الركوع والسجود لان آخر صلاته أقوى فلا يجوز بناؤه على الضعيف قوله: (أو تذكر فائتة) أي عليه أو على إمامه ولم يسقط الترتيب بعد، وقد قدمنا أن المأموم إذا تذكر فائتة على إمامه ولم يتذكرها الامام فسد وصف الفرضية لا أصلها، وكذا إذا تذكر فائتة عليه فإن أصل الصلاة لم يبطل وإنما انقلبت نفلا لما عرف أن بطلان الوصف لا يوجب بطلان الاصل عندهما خلافا لمحمد. في السراج الوهاج: ثم هذه الصلاة لا تبطل قطعا عند أبي حنيفة بل تبقى موقوفة إن صلى بعدها خمس
***
[٦٥٧]
صلوات وهو يذكر الفائتة فإنها تنقلب جائزة اه. فذكر المصنف لها في سلك الباطل اعتماد على ما يذكره في باب الفوائت قوله: (أو استخلف أميا) يعني عند سبق الحديث على ما اختاره في الهداية لان فساد الصلاة بحكم شرعي وهو عدم صلاحيته للامامة في حق القارئ لا بالاستخلاف لانه غير مفسد حتى جاز استخلافه القارئ واختار فخر الاسلام أنه لا فساد بالاستخلاف بعد التشهد بالاجماع، وصححه في الكافي وغاية البيان، لان استخلاف الامي فعل مناف للصلاة فيكون مخرجا منها، وكونه ليس بمناف لها إنما هو في مطلق الاستخلاف، وأما الاستخلاف المقيد وهو استخلاف الامي فهو مناف لها قوله: (أو طلعت الشمس في الفجر أو دخل وقت العصر في الجمعة) لانها مفسدة للصلاة من غير صنعه، ومذهب الشافعي وغيره عدم فسادها بطلوعها تمسكا بقوله صلى الله عليه وسلم من أدرك

ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدركها (١) ولنا حديث عقبة بن عامر الجهني المتقدم من النهي عنها في الاوقات الثلاثة فإنه يفيد بطريق الاستدلال الفساد بطلوع الشمس، وإذا تعارضا قدم النهي فيجب حمل ما رووا على ما قبل النهي عن الصلاة في الاوقات المكروهة. فإن قيل: كيف يتحقق الخلاف في البطلان بدخول وقت العصر في الجمعة فإن الدخول عنده إذا صار ضل كل شئ مثليه، وعندهما إذا صار مثله؟ قلنا: هذا على قول الحسن بن زياد فإن عنده وقتا مهملا بين خروج الظهر ودخول العصر، فإذا صار الظل مثله يتحقق الخروج عندهما والصلاة تامة وعنده باطلة. كذا في الكافي وفيه نظر، لانهم قالوا: أو دخل وقت العصر ولم يقولوا أو خرج وقت الظهر. وقيل: يمكن أن يقعد في الصلاة بعدما قعد قدر التشهد مقدار ما صار الظل مثليه فحينئذ يتحقق الخلاف. كذا في المعراج. والظاهر في الجواب ما نقله في المعراج عن المستصفى بعد هذا الكلام من أن هذا على اختلاف القولين فعندهما إذا صار الظل مثله، وعنده إذا صار مثليه. قوله: (أو سقطت جبيرته عن برء أو زال عذر المعذور) قيد بالبرء لان سقوطها لا عن برء لا يبطل الصلاة اتفاقا لما بيناه في بابه. والمراد بزوال العذر استمرار انقطاعه وقتا كاملا، فإذا انقطع عذره بعد القعود فالامر موقوف، فإن دام وقتا كاملا بعد الوقت الذي صلى فيه ووقع الانقطاع فيه فحينئذ يظهر أنه انقطاع هو برء فيظهر الفساد عند أبي حنيفة فيقضيها وإلا فمجرد الانقطاع لا يدل عليه لانه لو عاد في الوقت الثاني فالصلاة الاولى صحيحة كما قدمناه

***

[٦٥٨]

في بابه. وقد ذكر هنا اثني عشر مسألة ولقبها اثنا عشرية عند أصحابنا وهي مشهورة عندهم بهذه النسبة إلا أن هذا الاطلاق غير جائز من حيث العربية لانه إنما ينسب إلى صدر العدد المركب في مثله بعد أن يكون علما على ما عرف في فنه، فيقال في النسبة إلى خمسة عشر علما على رجل أو غيره خمسي، وأما إذا لم يكن مسمى به وأريد به العدد فلا ينسب إليه أصلا لان الجزأين حينئذ مقصود أن بالمعنى، فلو حذف أحدهما اختل المعنى، ولو لم يحذف استثقل. قالوا: وقد زيد عليها مسائل فمنها: إذا كان يصلي بالثوب النجس فوجد ماء يغسل به وهو مستفاد من مسألة ما إذا وجد العاري ثوبا. ومنها ما إذا كان يصلي القضاء فدخل عليه الاوقات المكروهة وهو مستفاد من مسألة طلوع الشمس في الفجر. ومنها إذا خرج الوقت على المعذور وهي ترجع إلى ظهور الحدث السابق. ومنها الامة إذا كانت تصلي بغير قناع فأعتقت في هذه الحالة ولم تستتر من ساعتها، وهو مستفاد مما إذا وجد العاري ثوبا، ففي التحقيق لا زيادة على ما هو المشهور، وحاصلها يرجع إلى ظهور الحدث السابق وقوة حاله بعد ضعفها وطرو الوقت الناقص على الكامل. وفي السراج الوهاج: إن الصلاة في هذه المسائل إذا بطلت لا تنقلب نفلا إلا في ثلاث مسائل وهو ما إذا تذكر فائتة أو طلعت الشمس أو خرج وقت الظهر في يوم الجمعة. أطلق المصنف في بطلانها بهذه العوارض فشمل ما قبل القعود وما بعده، ولا خلاف في بطلانها في الاول، وأما في حدوثها بعده فقال أبو حنيفة بالبطلان، وقالا بالصحة لانه معنى مفسد لها فصار كالحدث والكلام وقد حدثت بعد التمام فلا فساد. واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة، فذهب البردعي إلى أنه إنما قال بالبطلان لان الخروج من الصلاة بصنع المصلي فرض عنده لانها لا تبطل إلا بترك فرض ولم يبق عليه سوى الخروج بصنعه، وتبعه على ذلك العامة كما في العناية. وذهب الكرخي إلى أنه لا خلاف بينهم أن الخروج بصنعه منها ليس بفرض لقوله صلى الله عليه وسلم لابن مسعود إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك، فإن شئت أن تقوم فقم، وإن شئت أن تقعد فاقعد وليس فيه نص عن أبي حنيفة، وإنما استنبطه البردعي من هذه المسائل وهو غلط منه لانه لو كان فرضا كما زعمه لاختص بما هو قربه وهو السلام، وإنما حكم

***

[٦٥٩]

الامام بالبطلان باعتبار أن هذه المعاني مغيرة للفرض فاستوى في حدوثها أول الصلاة وآخرها أصله نية الاقامة. قال الامام الاقطع في شرح القدوري: وهذه العلة مستمرة في جميع المسائل إلا في طلوع الشمس إلا أنه يقيسه على بقية المسائل بعلة أنه معنى مفسد للصلاة حصل بغير فعله بعد التشهد اه. ولا حاجة إلى الاستثناء لان طلوع الشمس بعد الفجر مغير للفرض من الفرض إلى النفل كرؤية الماء فإنها مغيرة للفرض لانه كان فرضه التيمم فتغير فرضه إلى الوضوء بسبب سابق على الصلاة، وكذا سائر أخواتها بخلاف الكلام فإنه قاطع لا مغير، والحدث العمد والقهقهة مبطلة لا مغيرة. قال في المجتبى: وعلى قول الكرخي المحققون من أصحابنا. وذكر في المعراج معزيا إلى شمس الائمة: والصحيح ما قاله الكرخي. وقال صاحب التأسيس: ما

***
[٦٦٠]
قاله أبو الحسن أحسن لان الاول ليس بمنصوص عن أبي حنيفة. ورجح المحقق في فتح القدير قولهما بأن اقتضاء الحكم الاختيار لينتفي الجبر إنما هو في المقاصد لا في الوسائل، ولهذا لو حمل مغمى عليه إلى المسجد فأفاق فتوضأ فيه أجزأه عن السعي، ولو لم يحمل وجب عليه السعي للتوسل، فكذا إذا تحقق القاطع في هذه الحالة بلا اختيار حصل المقصود من القدرة على صلاة أخرى، ولو لم يتحقق وجب عليه فعل هو قربة قاطع، فلو فعل مختارا قاطعا محرما أثم لمخالفة الواجب. والجواب بأن الفساد عنده لا لعدم الفعل بل للاداء مع الحدث إذ بالرؤية وانقضاء المدة وانقطاع العذر يظهر الحدث السابق فيستند النقص. فيظهر في هذه لقيام حرمتها حالة الظهور بخلاف المنقضية ليس بمطرد اه. وهذا كله على تعليل البردعي، وأما على تخريج الكرخي فلا يرد كما لا يخفى. وذكر الشارح أنه لو سلم الامام وعليه سهو فعرض له واحد منها، فإن سجد بطلت صلاته وإلا فلا. ولو سلم القوم قبل الامام بعدما قعد قدر التشهد ثم عرض له واحد منها بطلت صلاته دون القوم، وكذا إذا سجد هو للسهو ولم يسجد القوم ثم عرض له. قوله: (وصح استخلاف المسبوق) لوجود المشاركة في التحريمة، والاولى للامام أن يقدم مدركا لانه أقدر على إتمام صلاته، وينبغي لهذا المسبوق أن لا يتقدم لعجزه عن السلام، فلو تقدم يبتدئ من حيث انتهى إليه الامام لقيامه مقامه، وإذا انتهى إلى السلام يقدم مدركا يسلم بهم فلو استخلف في الرباعية مسبوقا بركعتين فصلى الخليفة ركعتين ولم يقعد فسدت صلاته، ولو أشار إليه الامام أنه لم يقرأ في الاوليين لزمه أن يقرأ في الاخريين لقيامه مقام الامام، وإذا قرأ التحقت بالاوليين فخلت الاخريان عن القراءة فصار كأن الخليفة لم يقرأ في الاخريين، فإذا قام إلى قضاء ما سبقه لزمه القراءة فيما سبق به من الركعتين فقد لزمه القراءة في جميع الفرض الرباعي. ولو لم يعلم المسبوق الخليفة كمية صلاة الامام ولا القوم بأن كان الكل مسبوقين مثله، إن كان الامام سبقه الحدث وهو قائم صلى الذي تقدم ركعة وقعد مقدار التشهد ثم قام وأتم صلاة نفسه والقوم لا يقتدون به ولكنهم يمكثون إلى إن يفرغ هذا من صلاته، فإذا فرغ قام القوم فيقضون ما بقي من صلاتهم وحدانا لان من الجائز أن الذي بقي على الامام آخر الركعات فحين صلى الخليفة تلك الركعة تمت صلاة الامام، فلو اقتدوا به فيما يقضي هو كأنوا اقتدوا بمسبوق فيما يقضي فتفسد صلاتهم، ولا يشتغلون بالقضاء لجواز أن
***
[٦٦١]
يكون بعض ما يقضي هذا الخليفة مما بقي على الامام الاول فيكون القوم قد انفردوا قبل فراغ إمامهم من جيمع أركان الصلاة فتفسد صلاتهم، فالاحوط في ذلك ما قلنا. كذا في الظهيرية. وفي فتح القدير: ويقعد هذا الخليفة فيما بقي على الامام الاول على كل ركعة. وهكذا في الخلاصة، ولم يبينوا ما إذا سبقه الحدث وهو قاعد واقتدوا به وهو قاعد فاستخلف واحدا منهم ولم يعلموا أنها الاولى أو الثانية والفرض رباعي كالظهر، وينبغي على قياس ما ذكروه أن يصلي الخليفة ركعتين وحده وهم جلوس فإذا فرغ منهما قاموا وصلى كل واحد منهم أربعا وحده، والخليفة ما بقي، ولا يشتغلون بالقضاء قبل فراغة من الاوليين لما ذكرناه لاحتمال أن تكون القعدة التي للامام هي الاخيرة، وحينئذ ليس لهم الاقتداء، ويحتمل أن تكون الاولى وحينئذ ليس لهم الانفراد. وحقيقة المسبوق هو من لم يدرك أول صلاة الامام والمراد بالاول وله أحكام كثيرة فمنها: أنه منفرد فيما يقضي إلا في أربع مسائل: إحداها أنه لا يجوز اقتداؤه ولا الاقتداء به لانه بان تحريمة فلو اقتدى مسبوق بمسبوق فسدت صلاة المقتدي، قرأ أو لم يقرأ، دون الامام. واستثنى منلاخسرو وفي الدرر والغرر من قولهم لا
***
[٦٦٢]
يصح الاقتداء بالمسبوق أن إمامه لو أحدث فاستخلفه صح استخلافه وصار إماما اه. وهو سهو لان كلامهم فيما إذا قام إلى قضاء ما سبق به وهو في هذه الحالة لا يصح الاقتداء به أصلا فلا استثناء. ولو ظن الامام أن عليه سهوا فسجد للسهو فتابعه المسبوق فيه ثم علم أنه ليس عليه سهو ففيه روايتان، والاشهر أن صلاة المسبوق تفسد لانه اقتدى في موضع الانفراد. وقال الفقيه أبو الليث: في زماننا لا تفسد لان الجهل في القراء غالب كذا في الظهيرية. ولو لم يعلم لم تفسد في قولهم. كذا في الخانية. ولو قام الامام إلى الخامسة في صلاة الظهر فتابعه المسبوق إن قعد الامام على رأس الرابعة تفسد صلاة المسبوق، وإن لم يقعد لم تفسد حتى يقيد الخامسة بالسجدة،

فإذا قيدها بالسجدة فسدت صلاة الكل لان الامام إذا قعد على الرابعة تمت صلاته في حق المسبوق فلا يجوز للمسبوق متابعته، ولو نسي أحد المسبوقين المتساويين كمية ما عليه فقضى ملاحظا للآخر بلا اقتداء به صح. ثانيها لو كبر ناويا للاستئناف يصير مستأنفا قاطعا للاولى بخلاف المنفرد على ما يأتي. ثالثها لو قام لقضاء ما سبق به وعلى الامام سجدتا سهو قبل أن يدخل معه كان عليه أن يعود فيسجد معه ما لم يقيد الركعة بسجدة، فإن لم يعد حتى سجد يمضي وعليه أن يسجد في آخر صلاته بخلاف المنفرد لا يجب عليه السجود لسهو غيره. رابعها يأتي بتكبير التشريق اتفاقا بخلاف المنفرد لا يجب عليه عند أبي حنيفة، وفيما سوى ذلك هو منفرد لعدم المشاركة فيما يقضيه حقيقة وحكما. ومن أحكامه أنه لو سلم مع الامام ساهيا أو قبله لا يلزمه سجود السهو لانه مقتد، وإن سلم بعده لزمه، وإن سلم مع الامام على ظن أن عليه السلام مع الامام فهو سلام عمد فتفسد. كذا في الظهيرية. ومن أحكامه أنه لا يقوم إلى القضاء قبل التسليمتين بل ينتظر فراغ الامام بعدهما لاحتمال سهو على الامام فيصبر حتى يفهم أنه لا سهو عليه إذ لو كان لسجد. وقيده في فتح القدير بحثا بأن محله ما إذا اقتدى بمن يرى سجود السهو بعد السلام، أما إذا اقتدى بمن يراه قبله فلا. قلت: الخلاف بين الائمة إنما هو في الاولوية فربما اختار الامام الشافعي أن يسجد بعد السلام عملا بالجائز فلهذا أطلقوا استنظاره. ومن أحكامه أنه لا يقوم المسبوق قبل السلام بعد قدر التشهد إلا في مواضع إذا خاف وهو ماسح تمام المدة لو انتظر سلام الامام أو خاف المسبوق في الجمعة والعيدين والفجر، أو المعذور خروج الوقت أو

***

[٦٦٣]

خاف أن يبتدره الحدث أو أن تمر الناس بين يديه، ولو قام في غيرها بعد قدر التشهد صح ويكره تحريما لان المتابعة واجبة بالنص. قال عليه السلام إنما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه (١) وهذه المخالفة له إلى غير ذلك من الاحاديث المفيدة للوجوب. ولو قام قبله قال في النوازل: إن قرأ بعد فراغ الامام من التشهد ما تجوز به الصلاة جاز وإلا فلا. هذا في المسبوق بركعة أو ركعتين، فإن كان بثلاث، فإن وجد منه قيام بعد التشهد الامام جاز وإن لم يقرأ لانه سيقرأ في الباقيتين والقراءة فرض في كل الركعتين، ولو قام حيث يصح وفرغ قبل سلام الامام وتابعه في السلام، قيل تفسدوا الفتوى على أن لا تفسدوا إن كان اقتداؤه بعد المفارقة مفسدا لان هذا مفسد بعد الفراغ فهو كتعمد الحدث في هذه الحالة. ومن أحكامه أن الامام لو تذكر سجدة فإما تلاوية أو صلبية، فإن كانت تلاوية وسجدها إن لم يقيد المسبوق ركعته بسجدة فإنه يرفض ذلك ويتابعه ويسجد معه للسهو ثم يقوم إلى القضاء ولو لم يعد فسدت صلاته لان عود الامام إلى سجود التلاوة يرفع القعدة وهو بعد لم يصر منفردا لان ما أتى به دون ركعة فيرتفض في حقه أيضا، وإذا ارتفضت لا يجوز له الانفراد لان هذا أوان افتراض المتابعة والانفراد في هذه الحالة مفسد للصلاة، ولو تابعه بعد تقييدها بالسجدة فيها فسدت رواية واحدة، وإن لم يتابعه فظاهر الرواية كما في المحيط عدم الفساد، وفي الظهيرية وهو أصح الروايتين لان ارتفاضها في حق الامام لا يظهر في حق المسبوق. ولو تذكر الامام سجدة صلبية وعاد إليها يتابعه وإن لم يتابعه فسدت، وإن كان قيد ركعته بالسجدة تفسد في

***

[٦٦٤]

الروايات كلها. عاد أو لم يعد، لانه انفرد وعليه ركنان - السجدة والقعدة - وهو عاجز عن متابعته بعد إكمال الركعة، والاصل أنه إذا اقتدى في موضع الانفراد أو انفرد في موضع الاقتداء تفسد. ومن أحكامه أنه يقضي أول صلاته في حق القراءة وآخرها في حق التشهد حتى لو أدرك مع الامام ركعة من المغرب فإنه يقرأ في الركعتين بالفاتحة والسورة، ولو ترك القراءة في أحدهما فسدت صلاته وعليه أن يقضي ركعة بتشهد لانها ثانيته، ولو ترك جازت استحسانا لا قياسا. ولو أدرك ركعة من الرباعية فعلية أن يقضي ركعة ويقرأ فيها الفاتحة والسورة ويتشهد لانه يقضي الآخر في حق التشهد، ويقضي ركعة يقرأ فيها كذلك ولا يتشهد، وفي الثالثة يتخير والقراءة أفضل. ولو أدرك ركعتين يقضي ركعتين يقرأ فيهما ويتشهد، ولو ترك في أحدهما فسدت. ومن أحكامه أنه لو بدأ بقضاء ما فاته ففي الخانية والخلاصة يكره ذلك لانه

***

[٦٦٥]

خالف السنة ولا تفسد صلاته، وصححه في الحاوي الحصيري معزيا إلى الجامع الصغير. وفي الظهيرية: تفسد صلاته وهو الاصح لانه

عمل بالمنسوخ وقواه بما قالوا إن المسبوق لو أدرك الامام في السجدة الاولى فركع وسجد سجدتين لا تفسد صلاته بخلاف ما لو أدرك في السجدة الثانية فركع وسجد سجدتين حيث تفسد صلاته. واختاره في البدائع معللا بأنه انفرد في موضع وجب عليه الاقتداء وهو مفسد، فقد اختلف التصحيح والاظهر القول بالفساد لموافقته القاعدة. ومن أحكامه أنه يتابعه في السهو ولا يتابعه في التسليم والتكبير والتلبية، فإن تابعه في التسليم والتلبية فسدت صلاته، وإن تابعه في التكبير وهو يعلم أنه مسبوق لا تفسد صلاته وإليه مال شمس الائمة السرخسي. كذا في الظهيرية، والمراد من التكبير تكبير التشريق. وأشار المصنف بصحة استخلاف المسبوق إلى صحة استخلاف اللاحق، والمقيم إذا كان الامام مسافرا وهو خلاف الاولى لانهما لا يقدران على الاتمام. ولا ينبغي لهما التقدم وإن تقدما يقدما مدركا للسلام، أما المقيم فلان المسافرين خلفه لا يلزمهم الاتمام بالاقتداء به كما لا يلزمهم بنية الاول الاقامة بعد الاستخلاف أو بنية الخليفة لو كان مسافرا في الاصل. أما لو نوى الامام الاول الاقامة قبل الاستخلاف ثم استخلف فإنه يتم الخليفة صلاة المقيمين. وفي الظهيرية: مسافر صلى ركعة فجاء مسافر آخر واقتدى به فأحدث الامام واستخلف المسبوق فذهب الامام الاول للوضوء ونوى
***
[٦٦٦]
الاقامة والامام الثاني نوى الاقامة أيضا ثم جاء الامام الاول كيف يفعل؟ قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل: إذا حضر الاول يقتدي بالثاني في الذي هو باقي صلاته، فإذا صلى الامام الثاني الركعة الثانية يقعد قدر التشهد ويستخلف رجلا مسافرا من الذي أدرك أول صلاته حتى يسلم بالقوم ثم يقوم الثاني فيصلي ثلاث ركعات والامام الاول يصلي ركعتين بعد سلام الامام الثاني ولا يتغير فرض القوم بنية الامام الثاني ولا فرض الامام الاول ا ه‍. وفي فتح القدير: وأما اللاحق فإنما يتحقق في حقه تقديم غيره إذا خالف الواجب بأن بدأ بإتمام صلاة الامام فإنه حينئذ يقدم غيره للاتمام ثم يشتغل بما فاته معه، أما إذا فعل الواجب بأن قدم ما فاته مع الامام ليقع الاداء مرتبا فيشير إليهم إذا تقدم أن لا يتابعوه فينتظرونه حتى يفرغ مما فاته مع الامام ثم يتابعونه ويسلم بهم ا ه‍. وفيه نظر، بل يتحقق في حقه تقديم الغير مطلقا لانه يلزم من فعل الواجب انتظارهم وهو مكروه فلذا إذا تقدم له أن يتأخر ويقدم رجلا كما في المحيط. وفي الظهيرية: المسبوق يخالف اللاحق في القضاء في ستة أشياء: في محاذاة المرأة، والقراءة، والسهو، والقعدة الاولى إذا تركها الامام، وفي ضحك الامام في موضع السلام، وفي نية الامام الاقامة إذا قيد المسبوق الركعة بسجدة ا ه‍. وقد تقدم في بحث المحاذاة شئ من أحكام اللاحق. قوله: (فلو أتم صلاة الامام تفسد بالمنافي صلاته دون القوم) أي لو أتم المسبوق الخليفة صلاة الامام المحدث فأتى بما ينافي الصلاة من ضحك أو كلام أو خروج من المسجد أو انحراف عن القبلة تفسد صلاته دون صلاة القوم، لان المفسد في حقه وجد في خلال الصلاة وفي حقهم بعد إتمام أركانها. أراد بالقوم المدركين، وأما من حاله مثل حاله فصلاته فاسدة لما ذكرنا. ولم يتعرض لصلاة الامام المحدث لان فيه اختلافا والصحيح أنه إن كان فرغ لا تفسد صلاته، وإن لم يفرغ تفسد صلاته لانه صار مأموما بالخليفة بعد الخروج من
***
[٦٦٧]
المسجد، ولذا قالوا: ولو تذكر الخليفة فائتة فسدت صلاة الامام الاول والثاني والقوم، ولو تذكرها الاول بعد ما خرج من المسجد فسدت صلاته خاصة، أو قبل خروجه فسدت صلاته وصلاة الخليفة والقوم. وقالوا: لو صلى الامام المحدث ما بقي من صلاته في منزله قبل فراغ هذا المستخلف تفسد صلاته لان انفراده قبل فراغ الامام لا يجوز قوله: (كما تفسر بقهقهة إمامه لدى اختتامه لا بخروجه من المسجد وكلامه) أي كما تفسد صلاة المسبوق بحدث إمامه عامدا بعد القعود قدر التشهد ولا تفسد صلاة المسبوق بخروج إمامه من المسجد وكلامه بعد القعود ولا خلاف في الثاني. وخالفا في الاول قياسا على الثاني لان صلاة المقتدي مبنية على صلاة الامام صحة وفسادا، ولم تفسد صلاة الامام اتفاقا في الكل فكذا المقتدي. وفرق الامام بأن الحديث مفسد للجزء الذي يلاقيه من صلاة الامام فيفسد مثله من صلاة المقتدي غير أن الامام لا يحتاج إلى البناء والمسبوق محتاج إليه والبناء على الفاسد فاسد، بخلاف السلام لانه منه والكلام في معناه، ولهذا لا يخرج المقتدي منها بسلام الامام وكلامه وخروجه فيسلم ويخرج بحدثه عمدا فلا يسلم بعده. قيد بالمسبوق لان صلاة المدرك لا تفسد اتفاقا، وفي صلاة اللاحق روايتان، وصحح في السراج الوهاج الفساد، وصحح في الظهيرية عدمه معللا بأن

النائم كأنه خلف الامام والامام قد تمت صلاته فكذلك صلاة النائم تقديرا ا هـ. وفي نظر، لان الامام لم يبق عليه شئ بخلاف اللاحق، وفي فتح القدير: لو كان في القوم لاحق إن فعل الامام ذلك بعد أن قام يقضي ما فاته مع الامام لا تفسد وإلا تفسد عنده. وقيد بكونه عند اختتامه لان الحدث العمد لو حصل قبل القعود بطلت صلاة الكل اتفاقا. وقيد وافساد المسبوق عنده بما إذا لم يتأكد انفراده، فلو قام قبل سلامه تاركا للواجب فقضى ركعة فسجد لها ثم فعل الامام ذلك لا تفسد صلاته لانه استحكم انفراده حتى لا يسجد لو سجد الامام لسهو عليه ولا تفسد صلاته لو فسدت صلاة الامام بعد سجوده قوله: (ولو أحدث في ركوعه أو سجوده توضأ وبنى وأعادهما) لان إتمام الركن بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق فلا بد من الاعادة، أما على قول محمد فظاهر، وأما عند أبي يوسف فالسجدة وإن تمت بالوضع لكن الجلسة بين السجدتين فرض عنده ولا تحقق هي بغير طهارة والانتقال من
***
[٦٦٨]
ركن إلى ركن فرض بالاجماع. وذكر المصنف في الكافي أن التمام على نوعين: تمام ماهية وتمام مخرج عن العهدة، فالسجدة وإن تمت بالوضع ماهية لم تتم تماما مخرجا عن العهدة ا هـ. والاعادة هنا على سبيل الفرض وهي مجاز عن الاداء لانهما لم يصحا، فلذا لو لم يعد فسدت صلاته. ولو كان إماما فقدم غيره ودام المقدم على ركوعه وسجوده لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة عليه، ولهذا قال في الظهيرية: ولو أحدث الامام في الركوع فقدم غيره فالخليفة لا يعيد الركوع ويتم. كذلك ذكره شمس الائمة السرخسي. وقيد المصنف في الكافي بناءه بما إذا لم يرفع مريدا الاداء فلو سبقه الحدث في الركوع فرفع رأسه قائلا سمع الله لمن حمده فسدت صلاته وصلاة القوم، ولو رفع رأسه من السجود وقال الله أكبر مريدا به أداء ركن فسدت صلاة الكل، وإن لم يرد به أداء الركن ففيه روايتان عن أبي حنيفة ا هـ. وقد قدمناه. قوله: (ولو ذكر راكعا أو ساجدا سجدة فسجدها لم يعدهما) لان الانتقال مع الطهارة شرط وقد وجد لان الترتيب ليس بشرط فيما شرع مكررا من أفعال الصلاة. وذكر المصنف في الوافي في هذه المسألة أنه يعيدهما ولا تناقض، لان ما في الكنز لبيان عدم اللزوم، وما في أصله لبيان الافضل لتقع الافعال مرتبة بالقدر الممكن، وكان ينبغي أن تكون إعادتهما واجبة لان الترتيب المذكور واجب. قال المصنف في الكافي: ولئن كان الترتيب واجبا فقد سقط بعذر النسيان. وتبعه المحقق في فتح القدير وفيه نظر، لان الترتيب الساقط بعذر النسيان إنما هو ترتيب الفوائت، وأما لواجب في الصلاة إذا تركه ناسيا فإن حكمه سجود السهو. وجوابه أنهم لم يمنعوا وجوب سجود السهو وإنما الكلام في إعادته لاجل تركه الترتيب، فالمعلل له عدم لزوم الاعادة لا عدم وجوب السجود. أطلق في السجدة فشملت الصلاتية والتلاوية، وقيد بالتذكر في الركوع والسجود لانه لو تذكر سجدة صلبية في القعود الاخير فسجدها أو تذكر في الركوع أنه لم يقرأ السورة فعاد لقراءتها ارتفض ما كان فيه لان الترتيب فيه فرض كما أسلفناه في صفة الصلاة، وفي فتح القدير: له أن يقضي السجدة المتروكة عقب التذكر، وله أن يؤخرها إلى آخر الصلاة فيقضيها هناك ا هـ. وبما ذكر هنا ظهر ضعف ما في فتاوى قاضيخان من أن الامام لو صلى ركعة وترك منها سجدة وصلى أخرى وسجد لها فتذكر المتروكة في السجود أنه يرفع رأسه من السجود ويسجد المتروكه ثم يعيد ما
***
[٦٦٩]
كان فيها لانها ارتفضت فيعيدها استحسانا ا هـ. فإنك قد علمت أنها لا ترتفض وأن الاعادة مستحبة، ومقتضى الارتفاض افتراض الاعادة وهو مقتض لافتراض الترتيب وقد اتفقوا على وجوبه. قوله: (ويتعين المأموم الواحد للاستخلاف بلا نية) لما فيه من صيانة الصلاة، وتعيين الاول لقطع المزاحمة ولا مزاحم وصار الامام مؤتما إذا خرج من المسجد، وإن لم يخرج من المسجد فهو على إمامته حتى يجوز الاقتداء به، وكذا لو توضأ في المسجد يستمر على إمامته، أطلق في المأموم فشمل من يصلح للامامة ومن لا يصلح مثل المرأة والصبي والخنثى والامي والاخرس والمتنقل خلف المفترض والمقيم خلف المسافر في القضاء ففيه ثلاثة أقوال: قيل بفساد صلاة الامام خاصة، وقيل بفساد صلاتهما والاصح فساد صلاة المقتدي دون الامام كما في المحيط وغاية البيان، لان الامامة لم تتحول عنه فبقي إماما وبقي المقتدي بلا إمام له فحينئذ لم يتعين للامامة، فإطلاق المختصر منصرف لمن يصلح للامامة، ومحل الاختلاف عند عدم الاستخلاف وإما إذا استخلفه فأجمعوا على بطلان صلاة الامام المستخلف. وقيد بكون المأموم واحد لانه لو كان متعددا فلا يتعين إلا بتعيين الامام أو القوم أو يتعين هو بالتقدم ويقتدي به لعدم الاولوية كما قدمناه. وفي التنجيس: رجل أم رجلا واحدا فأحدثا

جميعا وخرجا جميعا من المسجد، فصلاة الامام تامة لانه منفرد يبني على صلاته وصلاة المقتدي الترتيب فيه فرض كما أسلفناه في صفة الصلاة، وفي فتح القدير: له أن يقضي السجدة المتروكة عقب التذكر، وله أن يؤخرها إلى آخر الصلاة فيقضيها هناك ا ه. وبما ذكر هنا ظهر ضعف ما في فتاوى قاضيخان من أن الامام لو صلى ركعة وترك منها سجدة وصلى أخرى وسجد لها فتذكر المتروكة في السجود أنه يرفع رأسه من السجود ويسجد المتروكه ثم يعيد ما

***

[٦٦٩]

كان فيها لانها ارتفضت فيعيدها استحسانا ا ه. فإنك قد علمت أنها لا ترتفض وأن الاعادة مستحبة، ومقتضى الارتفاض افتراض الاعادة وهو مقتض لافتراض الترتيب وقد اتفقوا على وجوبه. قوله: (ويتعين المأموم الواحد للاستخلاف بلا نية) لما فيه من صيانة الصلاة، وتعيين الاول لقطع المزاحمة ولا مزاحم وصار الامام مؤتما إذا خرج من المسجد، وإن لم يخرج من المسجد فهو على إمامته حتى يجوز الاقتداء به، وكذا لو توضأ في المسجد يستمر على إمامته، أطلق في المأموم فشمل من يصلح للامامة ومن لا يصلح مثل المرأة والصبي والخنثى والامي والاخرس والمتنقل خلف المفترض والمقيم خلف المسافر في القضاء ففيه ثلاثة أقوال: قيل بفساد صلاة الامام خاصة، وقيل بفساد صلاتهما والاصح فساد صلاة المقتدي دون الامام كما في المحيط وغاية البيان، لان الامامة لم تتحول عنه فبقي إماما وبقي المقتدي بلا إمام له فحينئذ لم يتعين للامامة، فإطلاق المختصر منصرف لمن يصلح للامامة، ومحل الاختلاف عند عدم الاستخلاف وإما إذا استخلفه فأجمعوا على بطلان صلاة الامام المستخلف. وقيد بكون المأموم واحد لانه لو كان متعددا فلا يتعين إلا بتعيين الامام أو القوم أو يتعين هو بالتقدم ويقتدي به لعدم الاولوية كما قدمناه. وفي التجنيس: رجل أم رجلا واحدا فأحدثا جميعا وخرجا جميعا من المسجد، فصلاة الامام تامة لانه منفرد يبني على صلاته وصلاة المقتدي فاسدة لانه مقتد ليس له إمام في المسجد اه. والله سبحانه وتعالى أعلم. تم الجزء الاول من البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ويليه الجزء الثاني أوله باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها

٢ البحر الرائق2-م

البحر الرائق
ابن نجيم المصري ج ٢

***

[١]

البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية) للشيخ الامام ابي البركات عبد الله بن احمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي المتوفي سنة. ٧١ ه والشرح (البحر الرائق)

***

[٣]

بسم الله الرحمن الرحيم باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها يفسد الصلاة التكلم والدعاء بما يشبه كلامنا والانين والتاوه وارتفاع بكائه من باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها لما كان سبق الحدث عارضا سماويا والمفسدات عارضا كسبيا قدم ذاك وآخر هذا، والفساد والبطلان في العبادات سواء. قوله: (يفسد الصلاة التكلم) لحديث مسلم إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شئ من كلام الناس إنما هو التسبيح والتكبير وقراءة القرآن (١). وفي رواية البيهقي إنما هي وما لا يصلح فيها مباشرته يفسدها مطلقا كالاكل والشرب. والمكروه غير صالح من وجه دون وجه والنص يقتضي انتفاء الصلاح مطلقا، أطلقه فشمل العمد والنسيان والخطأ والقليل والكثير لا صلاح صلاته أو لا، عالما بالتحريم أو لا، ولهذا عبر بالتكلم دون الكلام ليشمل الكلمة الواحدة كما عبر بها في المجمع لان التكلم هو النطق. يقال تكلم بكلام وتكلم كلاما. كذا

***

[٤]

في ضياء الحلوم. وسواء أسمع غيره أو لا، وإن لم يسمع نفسه وصحح الحروف فعلى قول لكرخي تفسد، وحكي عن الامام محمد بن

الفضل عدمه والاختلاف فيه نظير الاختلاف فيما إذا قرأ في صلاته ولم يسمع نفسه هل تجوز صلاته، وقد بيناه. كذا في الذخيرة. وفي المحيط: النفخ المسموع المهجى مفسد عندهما خلافا لابي يوسف. لهما أن الكلام اسم لحروف منظومة مسموعة من مخرج الكلام لان الافهام بهذا يقع وأدنى ما يقع به انتظام الحروف حرفان اهـ. وينبغي أن يقال: إن أدناه حرفان أو حرف مفهم كـ "ع أمرا وكذا ق فإن فساد الصلاة بهما ظاهر. وشمل الكلام في النوم وهو قول كثير من المشايخ وهو المختار، واختار فخر الاسلام وغيره أنها لا تفسد، وأما ما رواه الحاكم وصححه إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه (١) فهو من باب المقتضى ولا عموم له لانه ضروري فوجب تقديره على وجه يصح والاجماع منعقد على أن رفع الاثم مراد فلا يراد غيره وإلا لزم تعميمه وهو في غير محل الضرورة. ولقائل أن يقول: إن حديث ذي اليدين الثابت في صحيح مسلم فإنه تكلم في الصلاة حين سلم النبي صلى الله عليه وسلم على رأس الركعتين ساهيا وتكلم بعض الصحابة والنبي صلى الله عليه وسلم فكان حجة للجمهور بأن كلام الناسي ومن يظن أنه ليس فيها لا يفسدها. فإن أجيب بأن حديث ذي اليدين منسوخ كان في الابتداء حين كان الكلام فيها مباحا فممنوع لانه رواية أبي هريرة وهو متأخر الاسلام. وإن أجيب بجواز أن يرويه عن غيره ولم يكن حاضرا فغير صحيح لما في صحيح مسلم عنه بينما أنا أصلي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وساق الواقعة وهو صريح في حضوره ولم أر عنه جوابا شافيا. وأراد من التكلم التكلم لغير ضرورة لما سيأتي أنه لو عطس أو تجشأ فحصل منه كلام لا تفسد لتعذر الاحتراز عنه كما في المحيط. ودخل في التكلم المذكور قراءة التوراة والانجيل والزبور فإنه يفسد كما في

***

[٥]

المجتبي. وقال في الاصل: لم يجزه. وفي جامع الكرخي فسدت. وعن أبي يوسف إن أشبه التسبيح جاز. قوله: (والدعاء بما يشبه كلامنا) أفرده وإن دخل في التكلم لان الشافعي لا يفسدها بالدعاء. وينبغي أن يتعلق قوله بما يشبه كلامنا بالتكلم والدعاء. وقد قدمنا بأن الدعاء بما يشبه كلامنا هو ما أمكن سؤاله من العباد كاللهم اطعمني أو اقض ديني وارزقني فلانة على الصحيح، وما استحال طلبه من العباد فليس من كلامنا مثل العافية والمغفرة والرزق، سواء كان لنفسه أو لغيره ولو لاخيه على الصحيح كما في المحيط. وفي الظهيرية: ولو قال أل ثم قال الحمد لله أو لم يقل لا تفسد صلاته. وقال المرغيناني: إن أنصاف الكلمة مثل كل الكلمة تفسد صلاته، ثم ذكر ضابطا للدعاء بما يشبه كلامنا فقال: الحاصل أنه إذا دعا بما جاء في الصلاة أو في القرآن أو في المأثور لا تفسد صلاته، وإن لم يكن في القرآن أو في المأثور ولا يستحيل سؤاله تفسد، وإن كان يستحيل سؤاله لا تفسد اهـ. ويشكل عليه اللهم اغفر لعمي أو خالي فإنه نقل أنها تفسد اتفاقا كما قدمناه قوله: (والانين والتاوه وارتفاع بكائه من وجع أو مصيبة لا من ذكر جنة أو نار) أي

***

[٦]

يفسدها، أما الانين فهو أن يقول أه كما في الكافي، والتأوه هو أن يقول أوه ويقال أوه الرجل تأويها وتأوه تأوها إذا قال أوه. وقال في المغرب: وهي كلمة توجع. ورجل أواه كثير التأوه. وذكر العلامة الحلبي في شرح المنية أن فيها ثلاث عشرة لغة فالهمزة مفتوحة في سائرها، ثم قد تمد وقد لا تمدمع تشديد الواو المفتوحة وسكون الهاء فهاتان لغتان، ولا تمد مع تشديد الواو المكسورة وسكون الهاء وكسرها فهاتان أخريان، ومع سكون الواو وكسر الهاء فهذه خامسة، ومع تشديد الواو مفتوحة ومكسورة بلا هاء فهاتان سادسة وسابعة، وأو على مثال أو العاطفة فهذه ثامنة، وتمد لكن يليها هاء ساكنة ومكسورة بلا واو فهاتان تاسعة وعاشرة، والحادية عشرة والثانية عشرة أو ياه بمد الهمزة وعدمه وفتح الواو المشدودة يليها ياء مثناة ثم ألف ثم هاء ساكنة، والثالثة عشرة آو وه بمد الهمزة وضم الواو الاولى وسكون الثانية بعدها هاء ساكنة، وحينئذ فتسمية آه أنيناوأوه تأوها اصطلاح اهـ. يعني لا لغة لان من لغات التأوه آه وهي العاشرة، وأما ارتفاع البكاء فهو أن يحصل به حروف وقوله من وجع أو مصيبة قيد للثلاثة، وقوله لامن ذكر جنة أو نار عائد إلى الكل أيضا. فالحاصل أنها إن كانت من ذكر الجنة أو النار فهو دال على زيادة الخشوع، ولو صرح بهما فقال اللهم إني أسألك الجنة وأعوذ بك من النار لم تفسد صلاته. وإن كان من وجع أو مصيبة فهو دال على إظهارهما فكأنه قال إني مصاب والدلالة تعمل عمل

الصريح إذا لم يكن هناك صريح يخالفها. وهذا كله عندهما، وعن أبي يوسف أن قوله آه لا يفسد في الحالين وأوه يفسد، وقيل الاصل عنده أن الكلمة إذا اشتملت على حرفين وهما زائدان أو أحدهما لا تفسد، وإن كانتا أصليتين تفسد وحروف الزوائد مجموعة في قولنا أمان وتسهيل. ونعني بالزوائد أن الكلمة لو زيد فيها حرف لكان من هذه الحروف لا أن هذه الحروف زوائد أين ما وقعت. قال في الهداية: وقول أبي يوسف لا يقوى لان كلام الناس في متفاهمهم أي

***

[٧]

أهل العرف يتبع وجود حروف الهجاء وإفهام المعنى، ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد اهـ. وتعقبه الشارحون بأن أبا يوسف إنما يجعل حروف الزوائد كأن لم تكن إذا قلت لا إذا كثرت. وأجاب عنه في فتح القدير بأنه أراد بالجمع الاثنين فصاعدا. وجعل في الظهيرية محل الخلاف فيما إذا أمكن الامتناع عنه أما ما لا يمكن الامتناع عنه فلا يفسد عند الكل كالمريض إذا لم يملك نفسه من الانين والتأوه لانه حينئذ كالعطاس والجشأ إذا حصل بهما حروف قيد بالانين ونحوه فإنه لو استعطف كلبا أو هرة أو ساق حمارا لم تفسد صلاته لانه صوت لا هجاء له. وقيد بارتفاع بكائه لانه لو خرج دمعه من غير صوت لا تفسد صلاته بلا خلاف في كل حال. كذا في شرح الجامع الصغير لقاضيخان. والتأفيف كالانين كأف وتف. ثم أف اسم فعل لا تضجر، وقيل لتضجرت، وسواء أراد به تنقية موضع سجوده أو أراد به التأفيف فإن الصلاة تفسد عندهما مطلقا. وقال أبو يوسف بعدمه، لكن في المجتبى: الصحيح أن خلافه إنما هو في المخفف وفي المشدد تفسد عندهم ويعارضه ما في الخلاصة أن الاصل عنده أن في الحرفين لا تفسد صلاته، وفي أربعة أحرف تفسد، وفي ثلاثة أحرف اختلف المشايخ فيها والاصح أنها لا تفسد اهـ. وبما فيها اندفع ما اعترض به الشارحون على الهداية في قوله ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد كما لا يخفى. وفي الخانية: ولو لدغته عقرب أو أصابه وجع فقال بسم الله قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل: تفسد صلاته ويكون بمنزلة الانين. وهكذا روي عن أبي حنيفة. وقيل لا تفسد لانه ليس من كلام الناس. وفي النصاب: وعليه الفتوى. وجزم به في الظهيرية، وكذا لو قال يا رب كما في الذخيرة. وفي الظهيرية: ولو وسوسه الشيطان فقال لا حول ولا قوة إلا بالله إن كان ذلك لامر الآخرة لا تفسد وإن كان لامر الدنيا تفسد خلافا لابي يوسف. ولو عوذ نفسه بشئ من القرآن للحمى ونحوها تفسد عندهم قوله: اهـ. بخلاف التعوذ لدفع الوسوسة لا تفسد مطلقا كما في القنية (والتنحنح بلا عذر) وهو أن يقول أح بالفتح والضم والعذر وصف يطرأ على المكلف يناسب التسهيل عليه، فإن كان التنحنح لعذر فإنه لا يبطل الصلاة بلا خلاف وإن حصل

***

[٨]

به حروف لانه جاء من قبل من له الحق فجعل عفوا، وإن كان من غير عذر ولا غرض صحيح فهو مفسد عندهما خلافا لابي يوسف في الحرفين، وإن كان بغير عذر لكن لغرض صحيح كتحسين صوته للقراءة أو للاعلام أنه في الصلاة أو ليهدي إمامه عند خطائه ففيه اختلاف، فظاهر الكتاب والظهيرية اختيار الفساد لكن الصحيح عدمه لان ما للقراءة ملحق بها كما في فتح القدير وغيره. فلو قال بلا عذر وغرض صحيح لكان أولى إلا أن يستعمل العذر فيما هو أعم من المضطر إليه. قيدنا بأن يظهر له حروف لانه لو لم يظهر له حروف مهجاة فإنه لا يفسدها اتفاقا لكنه مكروه وهو محمل قول من قال إن التنحنح قصدا واختيارا مكروه لانه عبث لعروه عن الفائدة. وقيد بالتنحنح لانه لو تثاءب فحصل منه صوت أو عطس فحصل منه صوت مع الحروف لا تفسد صلاته. كذا في الظهيرية. ثم قال: التنحنح في الصلاة إن لم يكن مسموعا لا تفسد، وإن كان مسموعا يفسد. ظن بعض مشايخنا أن المسموع ما يكون مهجى. نحو أف وتف وغير المسموع ما لا يكون مهجى إلى هذا مال شمس الائمة الحلواني. وبعض مشايخنا لم يشترطوا وإليه مال الشيخ الامام خواهر زاده حتى قيل: إذا قال في صلاته ما يساق به الحمار لا تفسد إذا لم يحصل به الحروف اهـ. واختار الأول صاحب الخلاصة وذكر أنه إذا لم يفسد فهو مكروه قوله: (وجواب عاطس بيرحمك الله) أي يفسدها لانه من كلام الناس ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم لقائله وهو معاوية بن الحكم أن صلاتنا هذه لا يصح فيها شئ من كلام الناس فجعل التشميت منه قيد بكونه جوابا لانه لو قال العاطس لنفسه يرحمك الله يا نفسي لا تفسد لانه لما لم يكن خطابا لغيره لم يعتبر من كلام الناس كما إذا قال يرحمني الله. وقيد بقوله

يرحمك الله لانه لو قال العاطس أو السامع الحمد لله لا تفسد لانه لم يتعارف جوابا وإن قصده وفيه اختلاف المشايخ، ومحله عند إرادة الجواب، أما إذا لم يرده بل قاله رجاء الثواب لا تفسد بالاتفاق. كذا في غاية البيان. ومحله أيضا عند عدم إرادة التفهيم فلو أراده تفسد صلاة السامع القائل الحمد لله لانه تعليم للغير من غير حاجة كما في منية المصلي وشرحها. وأشار المصنف بالجواب إلى أن المصلي لو عطس فقال له رجل يرحمك الله فقال العاطس آمين تفسد صلاة. ولهذا قال في الظهيرية. رجلان يصليان فعطس أحدهما فقال رجل خارج الصلاة يرحمك الله فقالا جميعا آمين تفسد صلاته

***

[٩]

العاطس ولا تفسد صلاة الآخر لانه لم يدع له اه. أي لم يجبه ويشكل عليه ما في الذخيرة إذا أمن المصلي لدعاء رجل ليس في الصلاة تفسد صلاته اه. وهو يفيد فساد صلاة المؤمن الذي ليس بعاطس وليس ببعيد كما لا يخفى. وأشار إلى أن المصلي إذا سمع الاذان فقال مثل ما يقول المؤذن، إن أراد جوابه تفسد وإلا فلا. وإن لم تكن له نية تفسد لان الظاهر أنه أراد به الاجابة، وكذلك إذا سمع اسم النبي صلى الله عليه وسلم فصلى عليه فهذا إجابة فتفسد، وإن صلى عليه ولم يسمع اسمه لا تفسد. ولو قال لبيك سيدي حين قرأ * (يا أيها الذين آمنوا) * ففيه قولان والاحسن أن لا يفعل. كذا في المحيط وفي الذخيرة معزيا إلى نوادر بشر عن أبي يوسف أنه إذا عطس الرجل في الصلاة حمد الله، فإن كان وحده فإن شاء أسر به وحرك لسانه، وإن شاء أعلن، وإن كان خلف إمام أسر به وحرك لسانه، ثم رجع أبو يوسف وقال: لا يحرك لسانه مطلقا اه. وهو متعين ولهذا قال في الخلاصة: وينبغي أن يقول في نفسه والاحسن هو السكوت. وفي القنية: مسجد كبير يجهر المؤذن فيه بالتكبيرات فدخل فيه رجل نادى المؤذن أن يجهر بالتكبير فرفع الامام للحال وجهر المؤذن بالتكبير، فإن قصد جوابه فسدت صلاته، وكذا لو قال عند ختم الامام قراءته صدق الله وصدق الرسول، وكذا إذا ذكر في تشهده الشهادتين عند ذكر المؤذن الشهادتين تفسد إن قصد الاجابة اه.

***

[١٠]

قوله: (وفتحه على غير إمامه) أي يفسدها لانه تعليم وتعلم لغير حاجة. قيد به لانه لو فتح على إمامه فلا فساد لانه تعلق به إصلاح صلاته، أما إن كان الامام لم يقرأ الفرض فظاهر، وأما إن كان قرأ ففيه اختلاف، والصحيح عدم الفساد لانه لو لم يفتح ربما يجري على لسانه ما يكون مفسدا فكان فيه إصلاح صلاته. ولاطلاق ما روي عن علي رضي الله عنه إذا استطعمكم الامام فأطعموه واستطعامه سكوته. ولهذا لو فتح على إمامه بعدما انتقل إلى آية أخرى لا تفسد صلاته وهو قول عامة المشايخ لاطلاق المرخص. وفي المحيط ما يفيد أنه المذهب فإن فيه وذكر في الاصل والجامع الصغير أنه إذا فتح على إمامه يجوز مطلقا لان الفتح وإن كان تعليما ولكن التعليم ليس بعمل كثير وأنه تلاوة حقيقة فلا يكون مفسدا وإن لم يكن محتاجا إليه. وصحح في الظهيرية أنه لا تفسد صلاة الفاتح على كل حال وتفسد صلاة الامام إذا أخذ من الفاتح بعدما انتقل إلى آية أخرى. وصحح المصنف في الكافي أنه لا تفسد صلاة الامام أيضا، فصار الحاصل أن الصحيح من المذهب أن الفتح على إمامه لا يوجب فساد صلاة أحد، لا الفاتح ولا الآخذ مطلقا في كل حال. ثم قيل: ينوي الفاتح بالفتح على إمامه التلاوة، والصحيح أنه ينوي الفتح دون القراءة لان قراءة المقتدي منهي عنها والفتح على إمامه غير منهي عنه. قالوا: يكره للمقتدي أن يفتح على إمامه من ساعته، وكذا يكره للامام أن يلجئهم إليه بأن يقف ساكتا بعد الحصر أو يكرر الآية بل يركع إذا جاء أوانه أو ينتقل إلى آية أخرى لم يلزم من وصلها ما يفسد الصلاة أو ينتقل إلى سورة أخرى كما في المحيط. واختلفت الرواية في وقت أوان الركوع ففي بعضها اعتبر أوانه المستحب، وفي بعضها اعتبر فرض القراءة يعني إذا قرأ مقدار ما تجوز به الصلاة ركع. كذا في السراج الوهاج. وأراد من الفتح على غير إمامه تلقينه على قصد التعليم، أما إن قصد قراءة القرآن فلا تفسد عند الكل. كذا في الخلاصة وغيرها. وأطلق في الفتح المذكور فشمل ما إذا تكرر منه أو كان مرة واحدة وهو الاصح لانه لما اعتبر كلاما جعل نفسه قاطعا من غير فصل بين القليل والكثير كما في الجامع الصغير. وفصل في البدائع بأنه إن فتح بعد استفتاح فصلاته تفسد بمرة واحدة، وإن كان من غير استفتاح فلا تفسد بمرة واحدة وإنما تفسد بالتكرار اه. وهو خلاف المذهب كما سمعت، وشمل ما

إذا كان المفتوح عليه مصليا أو لا. وأشار المصنف إلى أنه لو أخذ المصلي
***
[١١]
غير الامام بفتح من فتح عليه فإن صلاته تفسد كما في الخلاصة. ثم اعلم أن هذا كله على قول أبي حنيفة ومحمد، وأما على قول أبي يوسف فلا تفسد صلاة الفاتح مطلقا لانه قرآن فلا يتغير بقصد القارئ عنده. وفي القنية: ارتج على الامام ففتح عليه من ليس في صلاته وتذكر فإذا أخذ في التلاوة قبل تمام الفتح لم تفسد وإلا فتفسد لان تذكره يضاف إلى الفتح، وفتح المراهق كالبالغ. ولو سمعه المؤتم ممن ليس في الصلاة ففتحه على إمامه يجب أن تبطل صلاة الكل لان التلقين من خارج اه. قوله: (والجواب بلا إله إلا الله) أي يفسدها عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يكون مفسدا لانه ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته. ولهما أنه أخرج الكلام مخرج الجواب وهو يحتمله فيجعل جوابا كتشميت العاطس. وليس مقصود المصنف خصوص الجواب بهذه الكلمة بل كل كلمة هي ذكر أو قرآن قصد بها الجواب فهي على الخلاف كما إذا أخبر بخبر يسره فقال الحمد لله، أو بأمر عجيب فقال سبحان الله. ثم نص المشايخ على أشياء موجبة للفساد باتفاقهم وهو ما لو كان بين يدي المصلي كتاب موضوع وعنده رجل اسمه يحيى فقال * (يا يحيى خذ الكتاب بقوة) * (مريم: ١٢) أو رجل اسمه موسى وبيده عصا فقال له * (وما تلك بيمينك يا موسى) * (طه: ١٧) أو كان في السفينة وابنه خارجها فقال * (يا بني اركب معنا) * (هود: ٤٢) أو طرق عليه الباب أو نودي من خارجه فقال * (ومن دخله كان آمنا) * (آل عمران: ٩٧) وأراد بهذه الالفاظ الخطاب لانه لا يشكل على أحد أنه متكلم لا قارئ وهي مؤيدة لما قالاه واردة على أبي يوسف، ومما أورد على أبي يوسف الفتح على غير إمامه فإنه مفسد عنده وهو قرآن. كذا في فتح القدير. وأجاب عنه في غاية البيان بأن الفساد عنده فيه لامر آخر وهو التعليم والايراد مدفوع من أصله لان أبا يوسف لا يقول بالفساد بالفتح على غير إمامه كما ذكرها لزيلعي
***
[١٢]
وغيره. ثم اختلف المشايخ فيما إذا أخبر بخبر يسوءه فاسترجع لذلك بأن قال * (إنا لله وإنا إليه راجعون) * مريدا بذلك الجواب، وصحح في الهداية والكافي الفساد عندهما خلافا لابي يوسف. وقال بعض المشايخ: إنه مفسد اتفاقا، ونسبه في غاية البيان إلى عامة المشايخ. وقال قاضيخان: إنه الظاهر. ولعل الفرق على قوله أن الاسترجاع لاظهار المصيبة وما شرعت الصلاة لاجله والتحميد لاظهار الشكر والصلاة شرعت لاجله. وحكم لا حول ولا قوة إلا بالله كالاسترجاع كما هو في منية المصلي. وقدمنا أنه لو قالها لدفع الوسوسة لامر الدنيا تفسد ولامر الآخرة لا تفسد. ثم أطلق المصنف الجواب بلا إله إلا الله وقيده في الكافي بصورة بأن قيل بين يديه أمع الله إله اخر فقال لاإله إلا الله والظاهر عدم التقييد بهذه الصورة في فتاوى قاضيخان أنه لو أخبر بخبر يهوله فقال لا إله إلا الله أو الله أكبر وأراد الجواب فسدت. ومما ألحق بالجواب ما في المجتبي: لو سبح أو هلل يريد زجرا عن فعل أو أمرا به فسدت عندهما. وقيد بالجواب لانه لو أراد به إعلامه أنه في الصلاة كما إذا استأذن على المصلي إنسان فسبح وأراد به إعلامه أنه في الصلاة لم يقطع صلاته، وكذا لو عرض للامام شئ فسبح المأموم لا بأس به لان المقصود به إصلاح الصلاة فسقط حكم الكلام عند الحاجة إلى الاصلاح. ولا يسبح للامام إذا قام إلى الاخريين لانه لا يجوز له الرجوع إذا كان إلى القيام أقرب فلم يكن التسبيح مفيدا. كذا في البدائع وينبغي فساد الصلاة به لان القياس فسادها به عند قصد الاعلام، وإنما ترك للحديث الصحيح من نابه شئ في صلاته فليسبح (١) فللحاجة لم يعمل بالقياس، فعند عدمها يبقى الامر على أصل القياس. ثم رأيته في المجتبي قال: ولو قام إلى الثالثة في الظهر قبل أن يقعد فقال المقتدي سبحان الله، قيل لا تفسد. وعن الكرخي: تفسد عندهما اه. وقد قدمنا حكم ما
***
[١٣]
إذا أجاب المؤذن أو صلى على النبي صلى الله عليه وسلم. ولو لعن الشيطان في الصلاة عند قراءة ذكره لا تفسد. وفي الخانية والظهيرية: ولو قرأ الامام آية الترغيب أو الترهيب فقال المقتدي صدق الله وبلغت رسله فقد أساء ولا تفسد صلاته اه. وهو مشكل لانه جواب لامامه، ولهذا قال في المبتغى بالمعجمة: ولو سمع المصلي من مصل آخر * (ولا الضالين) * (الفاتحة: ٧) فقال آمين لا تفسد، وقيل

تفسد وعليه المتأخرون. وكذا بقوله عند ختم الامام قراءته صدق الله وصدق الرسول اه. وفي المجتبى: ولو لبى الحاج تفسد صلاته. ولو قال المصلي في أيام التشريق الله أكبر لا تفسد، ولو أذن في الصلاة وأراد به الاذان فسدت صلاته. وقال أبو يوسف: لا تفسد حتى يقول حي على الصلاة حي على الفلاح ولو جرى على لسانه نعم إن كان هذا الرجل يعتاد في كلامه نعم تفسد صلاته، وإن لم يكن عادة له لا تفسد لان هذه الكلمة في القرآن فتجعل منه. ثم اعلم أنه وقع في المجتبي وقيل لا تفسد في قولهم أي لا تفسد الصلاة بشئ من الاذكار المتقدمة إذا قصد بها الجواب في قول أبي حنيفة وصاحبيه، ولا يخفى أنه خلاف المشهور المنقول متونا وشروحا وفتاوي، لكن ذكر في الفتاوي الظهيرية في بعض المواضع أنه لو أجاب بالقول بأن يخبر بخبر يسره فقال الحمد لله رب العالمين أو بخبر يسوءه فقال إنا لله وإنا إليه راجعون تفسد صلاته والاصح أنه لا تفسد صلاته اه. وهو تصحيح مخالف للمشهور. قوله: (والسلام ورده) لانه من كلام الناس. أطلقه فشمل العمد والسهو كما صرح به في الخلاصة. وشمل ما إذا قال السلام فقط من غير أن يقول عليكم كما في الخلاصة أيضا. وفي الهداية ما يخالفه فإنه قال بخلاف السلام ساهيا لانه من الاذكار فيعتبر ذكرا في حالة النسيان وكلاما في حالة التعمد لما فيه من كاف الخطاب اه. وتبعه الشارحون. وهكذا قيد صدر الشريعة السلام بالعمد ولم يقيد الرد به. قال الشمني: لان رد السلام مفسد، عمدا كان أو سهوا، لان رد

***

[١٤]

السلام ليس من الاذكار بل هو كلام وخطاب والكلام مفسد مطلقا اه. وهكذا قيد السلام بالعمد في المجمع ولم أر من وفق بين العبارات، وقد ظهر لي أن المراد بالسلام المفسد مطلقا أن يكون لمخاطب حاضر فهذا لا فرق فيه بين العمد والنسيان أي نسيان كونه في الصلاة، وأن المراد بالسلام المفسد حالة العمد فقط أن لا يكون لمخاطب حاضر كما قالوا: لو سلم على رأس الركعتين في الرباعية ساهيا، فإن صلاته لا تفسد. وكذا لو سلم المسبوق مع الامام. ثم بعد ذلك رأيت التصريح به في البدائع أن السلام على إنسان مبطل مطلقا، وأما السلام وهو الخروج من الصلاة فإنه مفسد إن كان عمدا والله الموفق. وفي القنية سلم قائما على ظن أنه أتم الصلاة ثم علم أنه لم يتم فسدت، وقيل يبنى لانه سلم في غير محله بخلاف القعود وصلاه الجنازة اه. وهو مقيد لاطلاقهم بما إذا كان السلام حالة القعود. وفيها: سلم المسبوق ساهيا ودعا بدعاء كان عادته أعاد، ولو قال استغفر الله وهو عادته لا يعيد. ولو قال المسبوق بعد الترويحة سبحان الله إلى آخره كما هو المعتاد ينبغي أن لا تفسد قرأ المسبوق الفاتحة بعد سلام الامام على المحتاج ناسيا فسدت اه. ثم هذا كله إذا سلم أورد بلسانه، أما إذا رد السلام بيده ففي الفتاوى الظهيرية والخلاصة وغيرهما ولو سلم إنسان على المصلي وأشار إلى رد السلام برأسه أو بيده أو بأصبعه لا تفسد صلاته، ولو طلب إنسان من المصلي شيئا فأومأ برأسه أو قيل له أجيد هذا فأومأ برأسه بلا أو بنعم لا تفسد صلاته اه. وفي المجمع: لو رد السلام بلسانه أو بيده فسدت، ومن العجب أن العلامة ابن أمير حاج الحلبي مع سعة إطلاعه قال: إن بعض من ليس من أهل المذهب قد عزا إلى أبي حنيفة أن الصلاة تفسد بالرد باليد وأنه لم يعرف أن أحدا من أهل المذهب نقل الفساد في رد السلام باليد وإنما يذكرون عدم الفساد من غير حكاية خلاف في المذهب فيه، بل وصريح كلام الطحاوي في

***

[١٥]

شرح الآثار يفيد أن عدم الفساد قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وكأن هذا القائل فهم من نفي الرد بالاشارة الفساد على تقديره كما هو كذلك في الرد بالنطق لكن الثبت ما ذكرنا اه. فإن صاحب المجمع من أهل المذهب المتأخرين، والحق ما ذكره العلامة الحلبي أن الفساد ليس بثابت في المذهب وإنما استنبطه بعض المشايخ في فرع نقله من الظهيرية والخلاصة وغيرهما أنه لو صافح المصلي إنسانا بنية السلام فسدت صلاته. ونقل الزاهدي بعد نقله عن حسام الائمة المودني أنه قال: فعلى هذا تفسد أيضا إذا رد بالاشارة لانه كالتسليم باليد. وكذا نكره البقالي وقال: عند أبي يوسف لا تفسد اه. ويدل لعدم كونه مفسدا ما ثبت في سنن أبي داود وصححه الترمذي عنابن عمر قال: خرج النبي صلى الله عليه وسلم إلى قباء فصلى فيه قال فجاءته الانصار فسلموا عليه وهو يصلي فقلت لبلال: كيف كان النبي صلى الله عليه وسلم يرد السلام عليهم حين كانوا يسلمون عليه وهو يصلي؟ قال: يقول هكذا وبسط كفه وبسط جعفر بن عون كفه

وجعل بطنه أسفل وجعل ظهره إلى فوق. وما عن صهيب: مررت برسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يصلي فسلمت عليه فرد علي إشارة ولا أعلمه قال الاشارة بأصبعه. رواه أبو داود والترمذي وحسنه. فإن قلت: إنها تقضي عدم الكراهة وقد صرحوا كما في منية المصلي وغيرها بكراهة السلام على المصلي ورده بالاشارة أجاب العلامة الحلبي بأنها كراهة تنزيهة وفعله عليه السلام لها إنما كان تعليما للجواز فلا يوصف بالكراهة، وقد أطال رحمه الله الكلام هنا إطالة حسنة كما هو دأبه. وحينئذ فيحتاج إلى الفرق بين المصافحة والرد باليد وقد علل

***

[١٦]

الولوالجي لفسادها بالمصافحة بأنها سلام وهو مفسد. وعلل الزيلعي بأنها كلام معنى ويرد عليه أن الرد بالاشارة كلام معنى، فالظاهر استواء حكمهما وهو عدم الفساد للاحاديث الواردة في ذلك. ثم اعلم أنه يكره السلام على المصلي والقارئ والجالس للقضاء أو البحث في الفقه أو التخلي، ولو سلم عليهم لا يجب عليهم الرد لانه في غير محله. كذا ذكر الشارح. وصرح في فتح القدير من باب الاذان أن السلام على المتغوط حرام ولا يخفى ما فيه إذ الدليل ليس بقطعي والله سبحانه أعلم. قوله: (وافتتاح العصر أو التطوع لا الظهر بعد ركعة الظهر) أي يفسدها انتقاله من صلاة إلى أخرى مغايرة للاولى، فقوله بعد ركعة الظهر ظرف للافتتاح وصورتها: صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر أو التطوع بتكبيرة فقد أفسد الظهر. وتفسير المسألة أن لا يكون صاحب ترتيب بأن بطل عنه بضيق الوقت أو بكثرة الفوائت، فإن كان صاحب ترتيب فالمنتقل إلى العصر متطوع عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانه لا يلزم من بطلان الوصف بطلان الاصل عندهما، وإن انتقل إلى عصر سابق على الظهر فقد انتقض وصف الفرضية قبل الدخول في العصر للترتيب فإنما انتقل عن تطوع لا فرض. كذا في الكافي. وإنما بطل ظهره لانه صح شروعه في غيره لانه نوى تحصيل ما ليس بحاصل فيخرج عنه ضرورة لمنافاة بينهما، فمناط الخروج عن الاولى صحة الشروع في المغاير ولو من وجه، فلذا لو كان منفردا

***

[١٧]

في فرض فكبر ينوي الاقتداء أو النفل أو الواجب أو شرع في جنازة فجئ بأخرى فكبر ينويهما أو الثانية يصير مستأنفا على الثانية فقط بخلاف ما إذا لم ينو شيئا، ولو كان مقتديا فكبر للانفراد يفسد ما أدى قبله ويصير مفتتحا ما أداه ثانيا. وقوله لا الظهر يعني لو صلى ركعة من الظهر فكبر ينوي الاستئناف للظهر بعينها فلا يفسد ما أداه فيحتسب بتلك الركعة حتى لو لم يقعد فيما بقي القعدة الاخيرة باعتبارها فسدت الصلاة فلغت النية الثانية، وتفرع عليه ما ذكره الولوالجي إذا صلى الظهر أربعا فلما سلم تذكر أنه ترك سجدة منها ساهيا ثم قام واستقبل الصلاة وصلى أربعا وسلم وذهب فسد ظهره لان نية دخوله في الظهر ثانيا وقع لغوا، فإذا صلى ركعة فقد خلط المكتوبة بالنافلة قبل الفراغ من المكتوبة اه‍. ومعلوم أن هذا إذا لم يتلفظ بلسانه، فإن قال نويت أن أصلي إلى آخره فسدت الاولى وصار مستأنفا للمنوي ثانيا مطلقا لان الكلام مفسد. وقيد بالصلاة لانه لو صام قضاء رمضان وأمسك بعد الفجر ثم نوى بعده نفلا لم يخرج عنه بنية النفل لان الفرض والنفل في الصلاة جنسان مختلفان لارجحان لاحدهما على الآخر في التحريمة وهما في الصوم والزكاة جنس واحد. كذا في المحيط. قوله: (وقراءته من مصحف) أي يفسدها عند أبي حنيفة. وقالا: هي تامة لانها عبادة انضافت إلى عبادة إلا أنه يكره لانه تشبه بصنيع أهل الكتاب. ولابي حنيفة وجهان: أحدهما أن حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الاوراق عمل كثير. الثاني أنه تلقن من المصحف فصار كما إذا تلقن من غيره. وعلى هذا الثاني لا فرق بين الموضوع والمحمول عنده، وعلى الاول يفترقان. وصحح المصنف في الكافي الثاني وقال: إنها تفسد بكل حال تبعا لما صححه شمس وعلى الائمة السرخسي. وربما يستدل لابي حنيفة كما ذكره العلامة الحلبي بما أخرجه ابن أبي داود عن ابن عباس قال: نهانا أمير المؤمنين أن نؤم الناس في المصحف فإن الاصل كون النهي يقتضي الفساد، وأراد بالمصحف المكتوب فيه شئ من القرآن فإن الصحيح أنه لو قرأ من

***

[١٨]

المحراب فسدت كما هو مقتضى الوجه الثاني كما صرحوا به. وأطلقه فشمل القليل والكثير وما إذا لم يكن حافظا أو حافظا للقرآن وهو إطلاق الجامع الصغير، وذهب بعضهم إلى أنه إنما تفسد إذا قرأ آية وبعضهم إذا قرأ الفاتحة. وقال الرازي: قول أبي حنيفة محمول

على من لم يحفظ القرآن ولا يمكنه أن يقرأ إلا من مصحف، فأما الحافظ فلا تفسد صلاته في قولهم جميعا وتبعه على ذلك السرخسي في جامعة الصغير على ما في النهاية وأبو نصر الصفار على ما في الذخيرة معللا بأن هذه القراءة مضافة إلى حفظه لا إلى تلقنه من المصحف، وجزم به في فتح القدير والنهاية والتبيين وهو أوجه كما لا يخفى. وفي الظهيرية: ثم لم يذكر في الكتاب أنه إذا لم يكن قادرا إلا على القراءة من المصحف فصلى بغير قراءة هل تجوز والاصح أنها لا تجوز ا ه. ويخالفه ما في النهاية نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام وكان الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل يقول في التعليل لابي حنيفة أجمعنا على أن الرجل إذا كان يمكنه أن يقرأ من المصحف ولا يمكنه أن يقرأ على ظهر قلبه أنه لو صلى بغير قراءة أنه يجزئه، ولو كانت القراءة من المصحف جائزة لما أبيحت الصلاة بغير قراءة ولكن الظاهر أنهما لا يسلمان هذه المسألة وبه قال بعض المشايخ ا ه. والظاهر أن ما في الظهيرية متفرع على أن علة الفساد حمله والعمل الكثير فإذا لم يحفظ شيئا على ظهر قلبه يمكنه أن يقرأ من المصحف وهو موضوع فليس أميا لتجوز صلاته بغير قراءة، وما ذكره الامام الفضلي متفرع على الصحيح من أن علة الفساد تلقنه ولو كان موضوعا فحينئذ لا قدرة له على القراءة فكان أميا، وبهذا ظهر أن تصحيح الظهيرية مفرع على الضعيف. وأطلق في المصلي فشمل الامام والمنفرد، فما في الهداية من تقييده بالامام اتفاقي كما في غاية البيان. ثم اعلم أن التشبيه بأهل الكتاب لا يكره في كل شئ فإنا نأكل ونشرب كما يفعلون، إنما الحرام هو التشبه فيما كان مذموما وفيما يقصد به التشبيه. كذا ذكرهما قاضيخان في شرح الجامع الصغير فعلى هذا لو لم يقصد التشبه لا يكره عندهما.

***

[١٩]

قوله: (والاكل والشرب) أي يفسدانها لان كل واحد منهما عمل كثير وليس من أعمال الصلاة ولا ضرورة إليه. وعلل قاضيخان وجه كونه كثيرا بقوله: لانه عمل اليد والفم واللسان. قال العلامة الحلبي: وهو مشكل بالنسبة إلى ما لو أخذ من خارج سممسة فابتلعها أو وقع في فيه قطرة مطر فابتلعها فإنهم نصوا على فساد الصلاة في كل من هذه الصور مطلقا ا ه. أطلقه فشمل العمد والنسيان لان حالة الصلاة مذكرة فلا يعفى النسيان بخلاف الصوم فإنه لا مذكر فيه. وشمل القليل والكثير ولهذا فسره في الحاوي بقدر ما يصل إلى الحلق، وقيده الشارح بما يفسد الصوم وما لا يفسد الصوم لا يبطل الصلاة ا ه. وهو ممنوع كليا فإنه لو ابتلع شيئا بين أسنانه وكان قدر الحمصة لا تفسد صلاته وفي الصوم يفسد. وفرق بينهما الولوالجي وصاحب المحيبأن فساد الصلاة معلق بعمل كثير ولم يوجد بخلاف فساد الصوم فإنه معلق بوصول المغذي إلى جوفه لكن في البدائع والخلاصة أنه لا فرق بين فساد الصلاة والصوم في قدر الحمصة. وفي الظهيرية: لو ابتلع دما خرج من بين أسنانه لم تفسد صلاته إذا لم يكن مل ء الفم ا ه. وقالوا في باب الصوم: لو خرج من بين أسنانه دم ودخل حلقه وهو صائم إن كان الغلبة للدم أو كانا سواء فطره لان له حكم الخارج، وإن كانت الغلبة للبراق لا يضره كما في الوضوء فقد فرقوا بين الصلاة والصوم. وفي الظهيرية: لو قاء أقل من مل ء الفم فعاد إلى جوفه وهو لا يملك إمساكه لم تفسد صلاته، وإن أعاده إلى جوفه وهو قادر على أن يمجه يجب أن يكون على قياس الصوم عند أبي يوسف لا تفسد، وعند محمد تفسد. وإن تقيأ في صلاته إن كان أقل من مل ء الفم لا تفسد، وإن كان مل ء الفم تفسد صلاته ا ه. وفي المحيط وغيره: ولو مضغ العلك كثيرا فسدت، وكذا لو كان في فمه إهليلجة فلاكها فإن دخل في حلقه منها شئ يسير من غير أن يلوكها لا تفسد وإن كثر ذلك فسدت. وفي الخلاصة: ولو أكل شيئا من الحلاوة وابتلع عينها فدخل في الصلاة فوجد حلاوتها في فيه وابتلعها لا تفسد صلاته. ولو دخل الفانيد أو السكر في فيه ولم يمضغه لكن يصلي والحلاوة تصل إلى جوفه تفسد صلاته ا ه. وأشار بالاكل والشرب إلى أن كل عمل كثير فهو مفسد، واتفقوا على أن الكثير مفسد والقليل لا لامكان الاحتراز عن الكثير دون القليل فإن في الحي حركات من الطبع وليست من الصلاة، فلو اعتبر العمل مفسدا مطلقا لزم الحرج في إقامة صحتها وهو مدفوع بالنص.

***

[٢٠]

ثم اختلفوا فيما يعين الكثرة والقلة على أقوال: أحدها ما اختاره العامة كما في الخلاصة والخانية أن كل عمل لا يشك الناظر أنه ليس في الصلاة فهو كثير، وكل عمل يشتبه على الناظر أن عامله في الصلاة فهو قليل. قال في البدائع: وهذا أصح. وتابعه الشارح والولوالجي. وقال في المحيط: إنه الاحسن. وقالالصدر الشهيد: إنه الصواب. وذكر العلامة الحلبي أن الظاهر أن مرادهم بالناظر من ليس عنده

علم بشروع المصلي في الصلاة فحينئذ إذا رآه على هذا العمل وتيقن أنه ليس في الصلاة فهو عمل كثير، وإن شك فهو قليل. ثانيها أن ما يقام باليدين عادة كثير وإن فعله بيد واحدة كالتعمم ولبس القميص وشد السراويل والرمي عن القوس وما يقام بيد واحدة قليل، ولو فعله باليدين كنزع القميص وحل السراويل ولبس القلنسوة ونزعها ونزع اللجام وما أشبه ذلك. كذا ذكره الشارح ولم يقيد في الخلاصة والخانية ما يقام باليدين بالعرف، وقيد في الخانية ما يقام بيد واحدة بما إذا لم يتكرر والمراد بالتكرر ثلاث متواليات لما في الخلاصة: وإن حك ثلاثا في ركن واحد تفسد صلاته. هذا إذا رفع يده في كل مرة، أما إذا لم يرففي كل مرة فلا تفسد لانه حك واحد ا ه. وهو تقييد غريب وتفصيل عجيب ينبغي حفظ لكن في الظهيرية معزيا إلى الصدر الشهيد حسام الدين: لو حك موضعا من جسده ثلا ث مرات بدفعة واحدة تفسد صلاته ا ه. ولم أر من صحح القول الثاني في تحديد العمل وقد يقال إنه غير صحيح وإنه لو مضغ العلك في صلاته فسدت صلاته. كذا ذكره محمد كما في البدائع، لان الناظر إليه من بعيد لا يشك أنه في غير الصلاة وليس فيه استعمال اليد رأسا فضلا عن استعمال اليدين، وكذا الاكل والشرب يعمل بيد واحدة وهو مبطل اتفاقا، وكذا قولهم لو دهن رأسه أو سرح شعره سواء كان شعر رأسه أو لحيته تفسد صلاته، لا يتخرج على أن العمل الكثير ما يقام باليدين لان دهن الرأس وتسريح الشعر عادة يكون بيد واحدة إلا أن يريد بالدهن تناوله القارورة وصب الدهن منها بيده الاخرى وهو كذلك فإن في المحيط قال: ولو صب الدهن على رأسه

***

[٢١]

بيد واحدة لا تفسد، وتعليل الولوالجي بأن تسريح الشعر يفعل باليدين ممنوع. وأما قولهم ولو حملت صبيا فأرضعته تفسد فهو على سائر التفاسير لكن ما في الخلاصة والخانية: المرأة إذا أرضعت ولدها تفسد صلاتها لانها صارت مرضعة، فشمل ما إذا حمل إليها فدفعت إليه الثدي فرضعها، وأما إذا ارتضع من ثديها وهي كارهة ففي الظهيرية والخلاصة والخانية إن مص ثلاثا فسدت وإن لم ينزل اللبن، فإن كان مصة أو مصتين فإن نزل لبن فسدت وإلا فلا. وفي المنية والمحيط: إن خرج اللبن فسدت وإلا فلا من غير تقييد بعدد. وصححه في معراج الدراية. وأما قولهم لو ضرب إنسانا بيد واحدة أو بسوط تفسد كما في المحيط والخلاصة والظهيرية والمنية فلا يتفرع على ما يقام باليدين على الصحيح لكن في الظهيرية لو ضرب دابته مرة أو مرتين لا تفسد وإن ضربها ثلاثا في ركعة واحدة تفسد. قال رضي الله عنه: وعندي إذا ضرب مرة واحدة وسكن ثم ضرب مرة أخرى وسكن ثم ضرب مرة أخرى لا تفسد صلاته كما قلنا في المشي ا ه. وهذا يصلح أن يتفرع على القولين، وأما اعتبارهم المرات الثلاث في الحك كما قدمناه عن الخلاصة فالظاهر تفريعه على قول من فسر العمل الكثير بما تكرر ثلاثا وهو القول الثالث لا على القولين الاولين، وأما قولهم لو قتل القملة مرارا إن قتل قتلا متداركا تفسد، وإن كان بين القتلات فرجة لا تفسد فيصلح تفريعه على الاقوال كلها. وإما قولهم لو قبل المصلي امرأته بشهوة أو بغير شهوة أو مسها بشهوة فسدت ينبغي تفريعه على القول الاصح، وكذا على قول من فسر العمل الكثير بما يستفحشه المصلي. وأما على اعتبار ما يفعل باليدين أو بما تكرر ثلاثا فلا وهو مما يضعفهما كما لا يخفى. كذا لو جامعها فيما دون الفرج من غير إنزال بخلاف النظر إلى فرجها بشهوة فإنه لا يفسد على المختار كما في الخلاصة. وأما قولهم كما في الخانية والخلاصة لو كانت المرأة هي المصلية دونه فقبلها فسدت بشهوة أو بغير شهوة ولو كان هو المصلي فقبلته ولم يشتهها فصلاته تامة فمشكل، إذ ليس من المصلي فعل في الصورتين فمقتضاه عدم الفساد فيهما، فإن جعلنا تمكينه من الفعل بمنزلة فعله اقتضى الفساد فيهما وهو الظاهر على اعتبار أن العمل الكثير ما لو نظر إليه الناظر لتيقن أنه ليس في الصلاة أو ما استفحشه المصلي لكن في شرح الزاهدي: ولو قبل المصلية لا

***

[٢٢]

تفسد صلاتها. وقالابو جعفر: إن كان بشهوة فسدت ا ه. وهو مخالف لما في الخلاصة والخانية فسدت لتقبيله وتقبيلها. وفي منية المصلي: المشي في الصلاة إذا كان مستقبل القبلة لا يفسد إذا لم يكن متلاحقا ولم يخرج من المسجد وفي الفضاء ما لم يخرج عن الصفوف. هذا كله إذا لم يستدبر القبلة، وأما إذا استدبرها فسدت. وفي الظهيرية: المختار في المشي أنه إذا كثر أفسدها. وأما قولهم كما في منية المصلي لو أخذ حجرا فرمى به تفسد ولو كان معه حجر فرمى به لا تفسد وقد أساء، فظاهره التفريع على الصحيح لا على تفسيره

بما يقام باليدين. وأما قولهم كما في الخلاصة وغيرها لو كتب قدر ثلاث كلمات تفسد وإن كان أقل لا، فالظاهر تفريعه على أن الكثير ما يستكثره المبتلي به أو أنه ما تكرر ثلاثا متواليات. وأما على الصحيح فالظاهر أن الفساد لا يتوقف على كتابة ثلاث كلمات بل يحصل الفساد بكتابة كلمة واحدة مستبينة على الارض ونحوها، وقد يشهد بذلك إطلاق ما في المحيط قال محمد: لو كتب في صلاته على شئ فسدت وإن كتب على شئ لا يرى لا تفسد لانه لا يسمى كتابة. وأما قولهم كما في الذخيرة لو حرك رجلا لا على الدوام لا تفسد وإن حرك رجليه تفسد فمشكل، لان الظاهر أن تحريك اليدين في الصلاة لا يبطلها حتى يلحق بهما تحريك الرجلين، فالاوجه قول بعضهم أنه إن حرك رجلية قليلا لا تفسد وإن كان كثيرا فسدت كما في الذخيرة أيضا، ولعله مفوض إلى ما يعده العرف قليلا أو كثيرا. وفي الظهيرية: إذا تخمرت المرأة فسدت صلاتها، ولو أغلق الباب لا تفسد، وإن فتح
***
[٢٣]
الباب المغلق تفسد، وإن نزع القميص لا تفسد وللبس تفسد، ولو شد السراويل تفسد ولو فتح لا تفسد، ومن أخذ عنان دابته أو مقودها وهو نجس إن كان موضع قبضه نجسا لم يجز، وإن كان النجس موضعا آخر جاز، وإن كان يتحرك بتحركه هو المختار وإن جذبته الدابة حتى أزالته عن موضع سجوده تفسد. ولو آذاه حر الشمس فتحول إلى الظل خطوة أو خطوتين لا تفسد وقيل في الثلا ث كذلك والاول أصح. ولو رفع رجل المصلي عن مكانه ثم وضعه من غير أن يحوله عن القبلة لا تفسد، ولو وضعه على الدابة تفسد. ولو زر قميصا أو قباء فسدت لا إن حله، وإن ألجم دابة فسدت لا إن خلعه، ولو لبس خفية فسدت لا إن تنعل أو خلع نعليه كما لو تقلد سيفا أو نزعه أو وضع الفتيلة في مسرجة أو تروح بمروحة أو بكمه أو سوى من عمامته كورا أو كورين أو لبس قلنسوة أو بيضة. والحاصل أن فروعهم في هذا الباب قد اختلفت ولم تتفرع كلها على قول واحد بل بعضها على قول وبعضها على غير كما يظهر للمتأمل، والظاهر أن أكثرها تفريعات المشايخ لم تكن منقولة عن الامام الاعظم ولهذا جعل الاختلاف في حد العمل الكثير والقليل في التجنيس إنما هو بين المشايخ، وقد ذكرنا من الاقوال أربعة وذكروا قولا خامسا وهو أن العمل الكثير ما يكون
***
[٢٤]
مقصودا للفاعل بأن أفرد له مجلسا على حدة، ولقد صدق من قال كثرة المقالات تؤذن بكثرة الجهالات، ولقد صدق صاحب الفتاوي الظهيرية حيث قال في الفصل الثالث في قراءة القرآن: إن كل ما لم يرو عن أبي حنيفة فيه قول بقي كذلك مضطربا إلى يوم القيامة كما حكي عن أبي يوسف أنه كان يضطرب في بعض المسائل وكان يقول: كل مسألة ليس لشيخنا فيها قول فنحن فيها هكذا اه. وإلى هنا تبين أن المفسد للصلاة كلام الناس مطلقا والعمل الكثير، ومن المفسد الموت والارتداد بالقلب والجنون والاغماء وكل حدث عمد، وما أوجب الغسل كالاحتلام والحيض ومحاذاة المرأة بشروطه وترك ركن من غير قضاء أو شرط لغير عذر. وأما استخلاف القارئ للامي والفتح على غير إمامه فداخل تحت العمل الكثير، وأما ترك القعدة الاخيرة مع التقييد بالسجدة، وقدرة المومي على الركوع والسجود، وتذكر صاحب الترتيب الفائتة فيها، وطلوع الشمس في الفجر، ودخول وقت العصر في الجمعة ونظائرها، فمما يفسد وصف الفرضية لا أصل الصلاة، وأما فسادها بتقدم الامام أمام المصلي أو طرحه في صف النساء أو في مكان نجس أو سقوط الثوب عن عورته مع التعمد مطلقا ومع أداء ركن إن لم يتعمد علم أو لم يعلم، ومع المكث قدره إن لم يؤد عند أبي حنيفة ومحمد كما في الظهيرية فراجع إلى فوت الشرط كما لا يخفى. قوله: (ولو نظر إلى مكتوب وفهمه أو أكل ما بين أسنانه أو مر مار في موضع سجوده لا تفسد وإن أثم) أما الاول فلان الفساد إنما يتعلق في مثله بالقراءة وبالنظر مع الفهم لم تحصل، وصحح المصنف في الكافي أنه متفق عليه بخلاف من حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر إليه وفهمه فإنه يحنث عنه محمد لان المقصود فيه الفهم والوقوف على سره. أطلق المكتوب فشمل ما هو قرآن وغيره لكن في القرآن لا تفسد إجماعا بالاتفاق كما في النهاية، وشمل ما إذا استفهم أو لا، لكن إذا لم يكن مستفهما لا تفسد بالاجماع، وإن كان مستفهما ففي المنية تفسد عند محمد والصحيح عدمه اتفاقا لعدم الفعل منه ولشبهة الاختلاف قالوا: ينبغي للفقيه أن لا يضع جز تعليقه بين يديه في الصلاة لانه ربما يقع بصره على ما في الجزء فيفهم ذلك فيدخل فيه شبهة الاختلاف ا ه. وعبر في النهاية بالوجوب على الفقيه أن لا يضع لكن قد علمت أن شبهة الاختلاف فيما إذا كان مستفهما،

وأما إذا لم يكن مستفهما فلا يعلل بما ذكر لعدم الاختلاف فيه بل لاشتغال قلبه به إذا خاف من وضعه بين يديه اشتغاله بالنظر إليه ولم يذكروا كراهة النظر إلى المكتوب متعمدا، وفي منية المصلي ما يقتضيها فإنه قال: ولو أنشأ شعرا أو خطبة ولم يتكلم بلسانه لا تفسد وقد أساء، وعلل الاساءة شارحها

***

[٢٥]

باشتغالة بما ليس من أعمال الصلاة من غير ضرورة قال ثم ينبغي أن يكون عليه سجود السهو إذا أشغله ذلك عن أداء ركن أو واجب سهوا ا هـ. وبهذا علم أن ترك الخشوع لا يخل بالصحة بل بالكمال ولذا قال في الخلاصة والخانية أذا تفكر في صلاته فتذكر شعرا أو خطبة فقرأهما بقلبه ولم يتكلم بلسانه لا تفسد صلاته اهـ. وأما الثاني وهو أكله ما بين أسنانه فلانه عمل قليل، أطلقه فشمل ما إذا كان قدر الحمصة كما قدمناه عن المحيط والواجية من الفرق بين الصلاة والصوم. وفي البدائع: إن كان دون الحمصة لم يضره وإن كان قدر الحمصة فصاعدا فسدت صلاته، وهكذا في شرح الطحاوي. وقال بعضهم: لا تفسد صلاته بما دون مل ء الفم وعليه مشي في الخلاصة حيث قال: وقال الامام خواهر زاده: ولو أكل بعض اللقمة وبقي البعض في فيه حتى شرع في الصلاة وابتلع الباقي لا تفسد صلاته ما لم يكن مل ء الفم. فهذه ثلاثة أقوال في هذه المسألة كما ترى والشأن فيما هو الراجح منها وهو ينبني على معرفة العمل الكثير وفيه اختلاف كما سبق، وينبغي أن يكون محل الاختلاف فيما إذا ابتلع ما بين أسنانه من غير مضغ، أما إذا مضغه كثيرا فلا خلاف في فسادها كما قدمناه في مضغ العلك، وعلى هذا فلو عبر المصنف بالابتلاع كما في الخلاصة والمحيط والولواجية وكثير دون الاكل لكان أولى. ثم إذا كان ابتلاع ما بين أسنانه غير مفسد بشرطه على الخلاف

***

[٢٦]

فهو مكروه كما صرح به في منية المصلي لانه ليس من أعمال الصلاة ولا ضرورة فيه فكان مكروها وإن كان قليلا. وأما الثالث وهو مرور المار في موضع سجود المصلي فإنما لا يفسدها عند عامة العلماء، سواء كان المار امرأة أو حمارا أو كلبا أو غيرها لحديث الصحيحين عن عائشة أنه صلى الله عليه وسلم كان يصلي وأنا معترضة بين يديه فإذا سجد غمزني فقبضت رجلي فإذا قام بسطتهما والبيوت يومئذ ليس فيها مصابيح، ولقوله عليه السلام لا يقطع الصلاة مرور شئ وادرؤوا ما استطعتم فإنما هو شيطان لكن ضعفه النووي. وفي فتح القدير: والذي يظهر أنه لا ينزل عن الحسن لانه يروي من عدة طرق. ثم الكلام في هذه المسألة في سبعة عشرة موضعا: الاول ما ذكره في الكتاب من عدم الفساد. الثاني أن المار آثم للحديث لو يعلم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر لوقف أربعين خير له من أن يمر بين يديه (١) قال الراوي: لا أدري أربعين عاما أو شهرا أو يوما. وأخرجه البزار وقال: أربعين خريفا. وروى ابن ماجه وصححه ابن حبان عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو يعلم أحدكم ما له في أن يمر بين يد أخيه معترضا في الصلاة كان لان يقيم مائة عام خير له من الخطوة التي خطى. وبهذا علم أن الكراهة تحريمية لتصريحهم بالاثم وهو المراد بقوله وإن أثم المار بين يديه. الثالث في الموضع الذي يكره المرور فيه وفيه اختلاف، واختار المصنف أنه موضع سجوده، وصححه في الكافي لان هذا القدر من المكان حقه وفي تحريم ما وراءه تصييق على المارة وهو يفيد أن المراد بموضع سجوده موضع صلاته وهو من قدمه إلى موضع سجوده كما صرح به الشارح وهو مختار صاحب الهداية وشمس الائمة السرخسي وقاضيخان، وفي المحيط إنه الاحسن لان ذلك القدر موضع صلاته دون ما وراءه. وذكر التمرتاشي أن الاصح أنه إن كان بحال لو صلى صلاة خاشع لا يقع بصره على المار فلا يكره المرور نحو أن يكون منتهى بصره في قيامه إلى موضع سجوده، وفي ركوعه إلى صدور قدميه. وفي سجوده إلى أرنبة أنفه، وفي قعوده إلى حجره، وفي سلامه إلى منكبيه، واختاره فخر الاسلام فإنه قال: إذا صلى راميا

***

[٢٧]

ببصره إلى موضع سجوده فلم يقع عليه بصره لم يكره وهذا حسن. وفي البدائع وقال بعضهم: قدر ما يقع بصره على المار لو صلى بخشوع وفيما وراء ذلك لا يكره وهو الاصح، ورجحه في النهاية بأنه أشبه إلى الصواب لان المصلي إذا صلى بخشوع وفيما وراء ذلك لا يكره وهو الاصح. ورجحه في النهاية بأنه أشبه إلى الصواب لان المصلي إذا صلى على الدكان وحاذ أعضاء المار أعضاءه فإن المرور أسفل الدكان

مكروه وهو ليس بموضع سجود المصلي فهي واردة على من اعتبر موضع السجود، فما اختاره فخر الاسلام يمشي في كل الصور كما هو دأبه في اختياراته، وأقره عليه في فتح القدير. ووفق بينهما في العناية بأن المراد بموضع السجود الموضع القريب من موضع السجود فيؤل إلى ما اختاره فخر الاسلام بدليل أن صاحب الهداية بعد اعتباره موضع السجود شرط عدم الحائل كالاسطوانة، ولا يتصور أن يكون الحائل بينه وبين موضع سجوده وبدليل أنه صرح بمسألة المرور أسفل الدكان ا ه. وهو تكلف. والذي يظهر للعبد الضعيف أن الراجح ما في الهداية وأنه لا يرد عليه شئ مما ذكر لان مسألة الدكان إنما ترد عليه نقضا لو سكت عنها. وأما إذا صرح بها فلا فكأنه قال: العبرة بموضع السجود إن لم يكن يصلي علدكان، فأما إذا كان يصلي عليها فالعبرة للمحاذاة كما هو ظاهر عبارته لمن تأملها. وإنما شرط عدم الحائل لانه يتصور وجود الحائل. في موضع السجود كأن يصلي قريبا من جدار بالايماء للمرض بحيث لو لم يكن الجدار لكان موضعه موضع السجود فلا منافاة كما

***

[٢٨]

في العناية، أو أن اشتراط عدم الحائل إنما هو بيان لمحل الخلاف فإن المرور وراء الحائل ليس بمكروه اتفاقا كما هو ظاهر عبارتهم لاشرط في المرور في موضع السجود. ومما يضعف تصحيح النهاية أنه يقتضي أن الموضع الذي يكره المرور فيه مختلف يكون في حالة القيام مخالفا لحالة الركوع وفي حالة الجلوس مخالفا للكل فيقتضي أنه لو مر إنسان بين يديه في موضع سجوده وهو جالس لا يكره لان بصره لا يقع عليه حالة كونه خاشعا، ولو مر في ذلك لم يمر في ذلك الموضع بعينه وهو قائم يكره لان بصره يقع عليه حالة خشوعه، وأنه لو مر داخل موضع سجوده وهو راكع لا يكره لان بصره لا يقع عليه حالة خشوعه، وأنه لو مر عن يمينه وهو يسلم بحيث يقع بصره عليه خاشعا يكره، وهذا كله بعيد عن المذهب لعدم انضباطه كما لا يخفى. والاختلاف في موضع المرور إنما هو منشأ بين المشايخ لعدم ذكره في الكتاب لمحمد بن الحسن كما في البدائع وحيث لم ينص صاحب المذهب على شئ فالترجيح لما في الهداية لانضباطه، وهو بإطلاقه يشمل الصحراء والمسجد وفي المسجد اختلاف، ففي الخلاصة: وإذا كان في المسجد لا ينبغي لاحد أن يمر بينه وبين حائط القبلة. وصحح في المحيط أنه لو مر عن بعد في المسجد فالاصح أنه لا يكره، وكذا صححه فخر الاسلام كما في غاية البيان. وذكر قاضيخان في شرحه أن المسجد إذا كان كبيرا فحكمه حكم الصحراء. وفي الذخيرة من الفصل التاسع: إن كان المسجد صغيرا يكره في أي موضع يمر وإليه أشار محمد في الاصل فإنه قال في الامام إذا فرغ من صلاته: فإن كانت صلاة لا تطوع بعدها فهو بالخيار إن شاء انحرف عن يمينه أو شماله وإن شاء قام وذهب وإن شاء استقبل الناس

***

[٢٩]

بوجهه إذا لم يكن بحذائه رجل يصلي، ولم يفصل بين ما إذا كان المصلي في الصف الاول أو في الصف الاخير وهذا هو ظاهر المذهب لانه إذا كان وجهه مقابل وجه الامام في حال قيامه يكره ذلك وإن كان بينهما صفوف. ووجه الاستدلال بهذه المسألة أن محمدا جعل جلوس الامام في محرابه وهو مستقبل له بمنزلة جلوسه بين يديه وموضع سجوده، وكذا مرور المار في أي موضع يكون من المسجد بمنزلة مروره بين يديه وفي موضع سجوده، وإن كان المسجد كبيرا بمنزلة الجامع قال بعضهم: هو بمنزلة المسجد الصغير فيكره المرور في جميع الاماكن. وقال بعضهم: هو بمنزلة الصحراء ا ه. وبهذا علم أن ما صححه في الذخيرة في الفصل الرابع أن بقاع المسجد في ذلك كله على السواء إنما هو في المسجد الصغير، ورجح في فتح القدير أنه لا فرق بين المسجد وغيره فإن المؤثم المرور بين يديه وكون ذلك البيت برمته اعتبر بقعة واحدة في حق بعض الاحكام لا يستلزم تغيير الامر الحسي من المرور من بعيد فيجعل البعيد قريبا ا ه. فحاصل المذهب على الصحيح أن الموضع الذي يكره المرور فيه هو أمام المصلي في مسجد صغير وموضع سجوده في مسجد كبير أو في الصحراء أو أسفل من الدكان أمام المصلي لو كان يصلي عليها بشرط محاذاة أعضاء المار أعضاءه. قال في النهاية:

***

[٣٠]

إنما شرط هذا فإنه لو صلى على الدكان والدكان مثل قامة الرجل وهو سترة فلا يأثم المار وكذا السطح والسرير وكل مرتفع، ومن مشايخنا من حده بقدر السترة وهو ذراع وهو غلط، لانه لو كان كذلك لما كره مرور الراكب. وإن استتر بظهر إنسان جالس كان سترة، وإن

كان قائما اختلفوا فيه، وإن استتر بدابة فلا بأس به وقالوا: حيلة الراكب إذا أراد أن يمر ينزل فيصير وراء الدابة ويمرا فتصير الدابة سترة ولا يأثم. وكذا لو مر رجلان متحاذيان فإن كراهة المرور وإثمه يلحق الذي يلي المصلي ا ه. الرابع أنه ينبغي لمن يصلي في الصحراء أن يتخذ أمامه سترة لما رواه الحاكم وأحمد وغيرهما عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لله إذا صلى أحدكم فليصل إلى سترة ولا يدع أحدا يمر بين يديه (١) وفي الصحيحين عن ابن عمر أيضا: كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا خرج يوم العيد أمر بالحربة فتوضع بين يديه فيصلي إليها والناس وراءه، وكان يفعل ذلك في السفر. وفي منية المصلي: وتكره الصلاة في الصحراء من غير سترة إذا خاف المرور بين يديه. وينبغي أن تكون كراهة تحريم لمخالفة الامر المذكور لكن في البدائع: والمستحب لمن يصلي في الصحراء أن ينصب شيئا ويستتر فأفاد أن الكراهة تنزيهية فحينئذ كان الامر للندب لكنه يحتاج إلى صارف عن الحقيقة. قال العلامة الحلبي في شرح المنية: إنما قيد بقوله في الصحراء لانها المحل الذي يقع فيه المرور غالبا وإلا فالظاهر كراهة ترك السترة فيما يخاف فيه المرور أي موضع كان. الخامس أن المستحب أن يكون مقدارها ذراعا فصاعدا لحديث مسلم عن

***

[٣١]

عائشة سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سترة المصلي فقال: بقدر مؤخرة الرحل. ومؤخرة بضم الميم وهمزة ساكنة وكسر الخاء المعجمة العود الذي في آخر الرحل من كور البعير، وفسرها عطاء بأنها ذراع فما فوقه كما أخرجه أبو داود. السادس اختلفوا في مقدار غلظها ففي الهداية: وينبغي أن تكون في غلظ الاصبع لان ما دونه لا يبدو للناظر وكأن مستنده ما رواه الحاكم مرفوعا استتروا في صلاتكم ولو بسهم ويشكل عليه ما رواه الحاكم عنأبي هريرة مرفوعا يجزئ من السترة قدر مؤخرة الرحل ولو بدقة شعرة ولهذا جعل بيان الغلظ في البدائع قولا ضعيفا وأنه لا اعتبار بالعرض وظاهره أنه المذهب. السابع أن من السنة غرزها إن أمكن. الثامن أن في استنان وضعها عند تعذر غرزها اختلافا فاختار في الهداية أنه لا عبرة بالالقاء، وعزاه في غاية البيان إلي أبحنيفة ومحمد وصححه جماعة منهم قاضيخان في شرح الجامع الصغير معللا بأنه لا يفيد المقصود. وقيل: يسن الالقاء ونقله القدوري عن أبي يوسف، ثم قيل يضعه طولا لا عرضا ليكون على مثال الغرز. التاسع أن السنة القرب منها لحديث أبي داود مرفوعا إذا صلى أحدكم فليصل إلى سترة وليدن منها (١) وذكر العلامة الحلبي أن السنة أن لا يزيد ما بينه وبينها على ثلاثة أذرع. العاشر أن السنة أن يجعلها على أحد حاجبيه لحديث أبي داود عن المقداد بن الاسود قال: ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي إلى عود أو شجرة إلا جعله على حاجبه الايمن أو الايسر ولا يصمد إليه صمدا. أي لا يقابله مستويا مستقيما بل كان يميل عنه. كذا في المغرب. الحادي عشر أن سترة الامام تجزئ عن أصحابه كما هو ظاهر الاحاديث الثابتة في الصحيحين من الاقتصار على سترته صلى الله عليه وسلم. وقد اختلف العلماء في أن سترة الامام هل هي بنفسها سترة للقوم وله أو هي سترة له خاصة وهو سترة لمن خلفه، فظاهر كلام أئمتنا الاول ولهذا قال في الهداية: وسترة الامام سترة للقوم. الثاني عشر أنه لا بأس بالمرور وراء السترة كما دل عليه حديث ابن عباس الثابت في الصحيحين من مروره وراء السترة ولم ينكر عليه. الثالث عشر أنه إذا لم يجد ما يتخذه سترة فهل ينوب الخط بين يديه منابها ففيه روايتان: الاولى أنه ليس بمسنون ومشى عليه كثير من المشايخ واختاره في الهداية لانه لا يحصل المقصود به إذ لا يظهر من بعيد، والثانية عن محمد أنه يخط لحديث أبي داود فإن لم يكن معه عصا فليخط خطا وأجاب عنه في البدائع بأنه شاذ فيما تعم به البلوى وصرح النووي بضعفه وتعقب بتصحيح أحمد وابن حبان وغيرهما له كما ذكره العلامة الحلبي وجزم به المحقق في فتح القدير وقال: إن السنة

***

[٣٢]

أولى بالاتباع مع أنه يظهر في الجملة إذ المقصود جمع الخاطر بربط الخيال به كيلا ينتشر. الرابع عشر في بيان كيفيته، فمنهم من قال يخط بين يديه عرضا مثل الهلال، ومنهم من قال يخطه بين يديه طولا، وذكر النووي أنه المختار ليصير شبه ظل السترة. الخامس عشر درء المار بين يديه قالوا: ويدرؤه إن لم يكن سترة أو مر بينه وبينها للاحاديث الواردة، وهو بالاشارة باليد أو بالرأس أو بالعين أو بالتسبيح، وزاد الولوالجي أنه يكون برفع الصوت بقراءة القرآن، وينبغي أن يكون محله في الصلاة الجهرية فيما يجهر فيه منها. وفي الهداية: ويكره

الجمع بين التسبيح والاشارة لان بأحدهما كفاية. قالوا: هذا في حق الرجال، أما النساء فإنهن يصفقن للحديث. وكيفيته أن تضرب بظهور أصابع اليمنى على صفحة الكف من اليسرى ولان في صوتهن فتنة فكره لهن التسبيح. كذا في غاية البيان. السادس عشر أن ترك الدرء أفضل لما في البدائع. ومن المشايخ من قال: إن الدرء رخصة والافضل أن لا يدرأ لانه ليس من أعمال الصلاة، وكذا رواه الماتريدي عن أبي حنيفة. والامر بالدرء في الحديث لبيان الرخصة كالامر بقتل الاسودين ا ه. وذكر الشارح عن السرخسي أن الامر بالمقاتلة محمول على الابتداء حين كان العمل فيها مباحا، وفي غاية البيان معنى المقاتلة الدفع العنيف. السابع عشر أنه لا بأس بترك السترة إذا أمن المرور ولم يواجه الطريق لان اتخاذ السترة للحجاب عن المار ولا حاجة بها عند عدم المار. روي عن محمد أنه تركه في طريق الحجاز غير مرة. وقال العلامة الحلبي: ويظهر أن الاولى اتخاذها في هذا الحال وإن لم يكره الترك لمقصود آخر وهو كف بصره عما وراءها وجمع خاطره بربط الخيال بها ا ه. وقيدوا بقولهم ولم يواجه الطريق لان الصلاة في الطريق أي في طريق العامة مكروهة، وعلله في
***
[٣٣]
المحيط بما يفيد أنها كراهة تحريم بقوله: لان فيه منع الناس عن المرور والطريق حق الناس أعد للمرور فيه فلا يجوز شغله بما ليس له حق الشغل. وإذا ابتلي بين الصلاة في الطريق وبين أرض غيره، فإن كانت مزروعة فالافضل أن يصلي في الطريق لان له حقا في الطريق ولا حق له في الارض، وإن تكن مزروعة وإن كانت لمسلم يصلي فيها فإن الظاهر أنه يرضى به لانه إذا بلغه يسر بذلك لانه أحرز أجرا من غير اكتساب منه وفي الطريق لا إذن لان الطريق حق المسلم والكافر وإن كانت لكافر يصلي على الطريق لانه لا يرضى به ا ه. قوله: (وكره عبثه بثوبه وبدنه) شروع في بيان المكروهات بعد بيان المفسدات لان كلا منهما من العوارض إلا أنه قدم المفسد لقوته. والمكروه في هذا الباب نوعان: أحدهما ما كره تحريما وهو المحمل عند إطلاقهم الكراهة كما ذكره في فتح القدير من كتاب الزكاة وذكر أنه في رتبة الواجب لا يثبت إلا بما يثبت به الواجب يعني بالنهي الظني الثبوت فإن الواجب يثبت بالامر الظني الثبوت. ثانيهما المكروه تنزيها ومرجعه إلى ما تركه أولى وكثيرا ما يطلقونه كما ذكره العلامة الحلبي في مسألة مسح العرق فحينئذ إذ ذكروا مكروها فلا بد من النظر في دليله، فإن كان نهيا ظنيا يحكم بكراهة التحريم إلا لصارف للنهي عن التحريم إلى الندب، فإن لم يكن الدليل نهيا بل كان مفيدا للترك الغير الجازم فهي تنزيهية. واختلف في تفسير العبث فذكر الكردري أنه فعل فيه غرض ليس بشرعي والسفه ما لا غرض فيه أصلا،
***
[٣٤]
والمذكور في شرح الهداية وغيرها أن العبث الفعل لغرض غير صحيح حتى قال في النهاية: وحاصله أن كل عمل هو مفيد للمصلي فلا بأس بأن يأتي به، أصله ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم عرق في صلاة فسلت العرق عن جبينه أي مسحه لانه كان يؤذيه فكان مفيدا. وفي زمن الصيف كان إذا قام من السجود نفض ثوبه يمنة أو يسرة لانه كان مفيدا كيلا يبقى صورة، فأما ما ليس بمفيد فهو العبث اه. وتعقبه العلامة الحلبي بأنه إذا كان يكره رفع الثوب كيلا يتترب وأنه قد وقع الخلاف في أنه يكره مسح التراب عن جبهته في الصلاة وأنه قد وقع الندب إلى تتريب الوجه في السجود فضلا عن الثوب فكون نفض الثوب عن التراب عملا مفيدا وأنه لا بأس به مطلقا فيه نظر ظاهر، وأما أنه لا بأس بسلت العرق في الصلاة فهو قول بعض المشايخ واختاره في الخانية وغيرها. وفي منية المصلي: ويكره أن يمسح عرقه أو التراب عن جبهته في أثناء الصلاة أو في التشهد قبل السلام، ووفق بينهما بأن المراد بالعرق الممسوح عرق لم تدعه حاجة إلمسحه وبالكراهة الكراهة التنزيهية فحينئذ لا منافاة بينها وبين قولهم لا بأس لان تركه أولى، ويحمل فعله صلى الله عليه وسلم إن ثبت على أن به حاجة إلى مسحه أو بيانا للجواز ا ه. وفي الخانية: ولا بأس بأن يمسح جبهته من التراب أو الحشيش بعد الفراغ من الصلاة وقبله إذا كان يضره ذلك ويشغله عن الصلاة، وإذا كان لا يضره ذلك يكره في وسط الصلاة ولا يكره قبل التشهد والسلام ا ه. وصححه في المحيط وهو مع ما قدمناه من تعريف العبث يدل على أن الحك بيده في بدنه إنما يكون عبثا إذا كان لغير حاجة، أما إذا أكله شئ في بدنه ضره وأشغله فلا بأس بحكه ولا يكون من العبث. ثم ذكر الشارحون أنهم إنما قدموا مسألة العبث

لانها كلية وغيرها نوعية لان تقليب الحصى والفرقعة والتخصر من أنواع العبث والكلي مقدم على النوعي. وتعقبه في العناية بأن العبث بالثوب لا يشمل ما بعده من تقليب الحصى وغيره بل إنما قدموه لانه أكثر وقوعا ا هـ. وقد يقال: إن الشامل للتقليب وغيره العبث بالبدن ولا يتم ما قاله إلا لو اقتصروا على العبث بالثوب. ثم إن كراهة العبث تحريمية لما أخرجه القضاعي في مسند الشهاب مرسلا عن يحيى بن أبي كثير عن النبي صلى الله عليه وسلم إن الله كره لكم ثلاثا العبث في الصلاة والرفث في الصيام والضحك في المقابر وعلله في الهداية بأن العبث خارج الصلاة حرام فما ظنك في الصلاة ا هـ. وأراد به كراهة التحريم وأورد عليه في غاية البيان بأنه إذا كان حراما ينبغي أن يكون مفسدا كالقهقهة،

***

[٣٥]

وأجاب بأن فساد القهقهة لا باعتبار حرمتها بل باعتبار أنها تنقض الطهارة وهي شرط ولهذا لا يفسدها النظر إلى الاجنبية وإن كان حراما إلا إذا كثر العبث فحينئذ يفسدها لكونه عملا كثيرا. وفي الغاية للسروجي قوله ولان العبث خارج الصلاة حرام فيه نظر لان العبث خارجها بثوبه أو بدنه خلاف الاولى ولا يحرم والحديث قيد بكونه في الصلاة ا هـ. قوله: (وقلب الحصى إلا للسجود مرة) أي كره قلبه لغير ضرورة لما أخرج في الكتب الستة عن معيقيب أنه صلى الله عليه وسلم قال لا تمسح الحصى وأنت تصلي فإن كنت لا بد فاعلا فواحدة وعن أبي ذر أنه قال: سألت خليلي عن كل شئ حتى سألته عن تسوية الحصى في الصلاة فقال: يا أبا ذر مرة أو ذر. ولانه نوع عبث، أما إذا كان لا يمكنه السجو عليه فيسويه مرة لان فيه إصلاح صلاته. كذا في الهداية. يعني فيه تحصيل السجود على الوجه المطلوب شرعا وهو يفيد أن تسويته مرة لهذا الغرض أولى من تركها. وصرح في البدائع بأن التسوية مرة رخصة وأن الترك أولى لانه أقرب إلى الخشوع. وفي النهاية والخلاصة: إن الترك أحب إلي مستدلا في النهاية بما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض الروايات وإن تركتها فهو خير لك من مائة ناقة سوداء الحدقة تكون لك (٢) اهـ. فالحاصل أن التسوية لغرض صحيح مرة هل هي رخصة أو عزيمة وقد تعارض فيها جهتان، فبالنظر إلى أن التسوية مقتضية للسجود على الوجه المسنون كانت التسوية عزيمة، وبالنظر إلى أن تركها أقرب إلى الخشوع كان تركها عزيمة، والظاهر من الاحاديث الثاني ويرجحه أن الحكم إذا تردد بين سنة وبدعة كان ترك البدعة راجحا على فعل السنة مع أنه قد كان يمكنه التسوية قبل الشروع في الصلاة وتقييد المصنف بالمرة هو ظاهر الرواية والزيادة عليها مكروهة، وقيل يسويها مرتين. ذكره في منية المصلي قوله: (وفرقعة الاصابع) وهو غمزها أو مدها حتى تصوت. ونقل في الدراية الاجماع على كراهتها فيها، ومن السنة ما رواه ابن ماجه مرفوعا لا تفرقع أصابعك وأنت تصلي (٣) لكنه معلول بالحارث. وروى أحمد عن سهل بن معاذ رفعه الضاحك في الصلاة والملتفت والمفرقع أصابعه بمنزلة واحدة (٤) ولعل

***

[٣٦]

المراد التساوي في المعصية وإلا فالضحك مبطل لها. وينبغي أن تكون كراهة الفرقعة تحريمية للنهي الوارد في ذلك ولانها من أفراد العبث بخلاف الفرقعة خارج الصلاة لغير حاجة ولو لاراحة المفاصل فإنها تنزيهية على القول بالكراهة كما في المجتبي أنه كرهها كثير من الناس لانها من الشيطان بالحديث اهـ. لكن لما لم يكن فيها خارجها نهي لم تكن تحريمية كما أسلفناه قريبا، والحق في المجتبي المنتظر للصلاة والماشي إليها بمن في الصلاة في كراهتها وروى في ذلك حديثا أنه نهى أن يفرقع الرجل أصابعه وهو جالس في المسجد ينتظر الصلاة. وفي رواية وهو يمشي إليها. وأشار المصنف إلى كراهة تشبيك الاصابع وهو أن يدخل إحدى أصابع يديه بين أصابع الاخرى في الصلاة كما صرح به في المحيط وغيره لما روى أحمد وأبو داود وغيرهما مرفوعا إذا توضأ أحدكم فأحسن وضوءه ثم خرج عامدا إلى المسجد فلا يشبك بين يديه فإنه في الصلاة (١) ونقل في الدراية إجماع العلماء على كراهته فيها. ثم يظهر أيضا أنها تحريمية للنهي المذكور وظاهره الكراهة أيضا حالة السعي إلى الصلاة فإذا كان منتظرا لها بالاولى. وذكر العلامة الحلبي أنه لم يقف على حكمه خارج الصلاة لمشايخنا، والظاهر أنه في غير هذين الموضعين لا للعبث ليس بمكروه ولو لاراحة الاصابع وإن كان على سبيل العبث يكره تنزيها اهـ. وقد قدمنا عن الهداية أن العبث خارج الصلاة حرام وحملناه على كراهة التحريم فينبغي أن يكون العبث خارجها لغير حاجة كذلك قوله:

(والتخصر) وهو وضع اليد على الخاصرة وهي ما فوق الطفطفة والشراسيف - كذا في المغرب - لنهيه صلى الله عليه وسلم عنه كما في سنن أبي داود. وهذا التفسير هو الصحيح وبه قال الجمهور من أهل اللغة والفقود الحديث ورد مفسرا هكذا عن ابن عمر كما في السنن. وحكمته أنه في الصلاة راحة أهل النار كما رواه ابن حبان في صحيحه. قال ابن حبان: يعني فعل اليهود والنصار في صلاتهم وهم أهل النار لا أن لهم راحة في النار أو أنه فعل المتكبرين ولا يليق بالصلاة، أو أنه فعل الشيطان حتى قيل إن إبليس اهبط من الجنة لذلك فلهذا قال في المبسوط والمجتبى: ويكره التخصر خارج الصلاة أيضا. والذي يظهر أنها تحريمية فيها للنهي المذكور. وقد فسر التخصر بغير هذا أيضا منها أن يتوكأ في الصلاة

***

[٣٧]

على عصا، ومنها أن يختصر السورة فيقرأ من أولها آية أو آيتين، ومنها أن يختصرها فيقرأ آخرها، ومنها أن يحذف آية السجدة، ومنها أن يختصر صلاته فلا يتم حدودها، ولا شك في كراهة الاتكاء في الفرض لغير ضرورة كما صرحوا به لا في النفل على الاصح كما في المجتبي، وأما الاختصار في القراءة فإن أخل بواجب بأن نقص عن ثلاث آيات مع الفاتحة كان مكروها كراهة تحريم لترك بعض الواجب إلا فلا. وقد صرح أصحاب الفتاوى بأن الصحيح أنه لا تكره القراءة من آخر السورة وقد صرحوا بكراهة قراءة السورة وترك آية السجدة في بابها، وأما اختصار الصلاة بحيث لا يتم حدودها فإن لزم منه ترك واجب كره تحريما وإن أخل بسنة كره تنزيها. هذا ما تقتضية القواعد والله سبحانه الموفق للصواب. قوله (والالتفات) لما رواه البخاري عن عائشة رضي الله عنها قالت: سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الالتفات في الصلاة فقال: هو اختلاس يختلسه الشيطان من صلاة العبد. وروى الترمذي وصححه عن أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم إياك والالتفات في الصلاة فإن الالتفات في الصلاة هلكة، فإن كان لا بد ففي التطوع لا في الفريضة (٢). ثم المذكور في عامة الكتب إن الالتفات المكروه هو تحويل وجهه عن القبلة، وممن صرح به صاحب البدائع والنهاية والغاية والتبيين وفتح القدير والمجتبي والكافي وشرح المجمع، وقيده في الغاية بأن يكون لغير عذر، أما تحويل الوجه لعذر فغير مكروه. وينبغي أن تكون تحريمية كما هو ظاهر الاحاديث قالوا: وإنما كره لغير عذر لانه انحراف عن القبلة ببعض بدنه ولو انحرف عنها بجميع بدنه فسدت، فإن انحرف ببعض بدنه كره كالعمل القليل فإنه مكروه لان كثيره مفسد ويدل لعدم فسادها بهذا الالتفا ت قوله في الحديث يختلسها الشيطان من صلاة العبد فإنه سماها صلاة معه. وإنما لم يكره للعذر لحديث مسلم عن جابر: اشتكى رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلينا وراءه وهو قاعد فالتفت إلينا فرآنا قياما فأشار إلينا فقعدنا. وقد صرحوا بأن التفات البصر يمنة ويسرة من غير تحويل الوجه أصلا غير مكروه مطلقا والاولى تركه لغير حاجة، والظاهر أن فعله عليه السلام إياه كان لحاجة تفقد أحوال المقتدين به مع ما فيه من بيان الجواز وإلا فهو كان ينظر من خلفه كما ينظر أمامه كما في الصحيحين. وقد خالف صاحب

***

[٣٨]

الخلاصة عامة الكتب في الالتفات المكروه فجعله مفسدا وعبارته: ولو حول المصلي وجهه عن القبلة من غير عذر فسدت. وكذا في الخانيوجعل فيها الالتفات المكروه أن يحول بعض وجهه عن القبلة والاشبه ما في عامة الكتب من أن الالتفات المكروه أعم من تحويل جميع الوجه أو بعضه. وذكر في منية المصلي أن كراهة الالتفات بالوجه فيما إذا استقبل من ساعته يعني فلو لم يستقبل من ساعته فسدت وكأنه جمع بين ما في الفتاوى وبين ما في عامة الكتب بحمل ما في الفتاوى على ما إذا لم يستقبل من ساعته، وحمل ما في العامة على ما إذا استقبل من ساعته وكأنه ناظر إلى أنه إذا لم يستقبل من ساعته صار عملا كثيرا فأفسدها، وإذا استقبل من ساعته كان عملا قليلا فكره وهو بعيد فإن الاستدامة على هذا القليل لا يجعله كثيرا وإنما كثيره تحويل صدره، وقد صرحوا بالفساد عند تحويل الصدر. ولا بد من تقييده بعدم العذر كما في منية المصلي لتصريحهم كما سبق بأنه لو ظن أنه أحدث فاستدبر القبلة ثم علم أنه لم يحدث قبل الخروج من المسجد لا تبطل، ومقتضى القواعد المذهبية اشتراط أن يؤدي ركنا وهو مستدبر لما صرحوا به من أن انكشاف العورة إنما يفسدها إذا لم يستتر من ساعته حتى أدى ركنا أما إذا سترها قبل أداء الركن فلا، فكذا استقبال القبلة بجامع الشرطية والمكث قدر أداء الركن فيه خلاف بين أبي يوسف ومحمد، فأبو يوسف لا يجعله كأداء الركن، ومحمد جعله كما عرف. وذكر الشارح أنه يكره

رفع بصره إلى السماء لقوله عليه السلام ما بال أقوام يرفعون أبصارهم إلى السماء في الصلاة، لينتهن أو لتخطفن أبصارهم (١) وفي التجنيس: ويكره أن يميل أصابع يديه ورجليه عن القبلة لانه مأمور بتوجيهها قال عليه السلام فليوجه من أعضائه إلى القبلة ما استطاع.

***

[٣٩]

قوله (والاقعاء) لنهيه صلى الله عليه وسلم عن عقبة الشيطان كما في الصحيحين وهو الاقعاء ولما في مسند أحمد عن أبي هريرة: نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثلاثة: عن نقرة كنقرة الديك وإقعاء كإقعاء الكلب والتفات كالتفات الثعلب. شبه من يسرع في الركوع والسجود ويخفف فيهما بالديك الذي يلتقط الحبة كما في النهاية، وهي كراهة تحريم للنهي المذكور كما أسلفناه من الاصل. ثم اختلفوا في الاقعاء المذكور في الحديث. فصحح صاحب الهداية وعامتهم أنه أن يضع أليتيه على الارض وينصب ركبتيه نصبا كما هو قول الطحاوي. وزاد كثير ويضع يديه على الارض، وزاد بعضهم أن يضم ركبتيه إلى صدره لان إقعاء الكلب يكون بهذه الصفة إلا أن إقعاء الكلب يكون في نصب اليدين وإقعاء الآدمي في نصب الركبتين إلى صدره. وذهب الكرخي إلى أنه أن ينصب قدميه ويقعد على عقبيه واضعا يديه على الارض وهو عقب الشيطان الذي نهى عنه في الحديث والكل مكروه لان فيه ترك الجلسة المسنونة. كذا في البدائع وغاية البيان والمجتبي. زاد في فتح القدير أن قوله الصحيح أي كون هذا هو المراد في الحديث لا أن ما قاله الكرخي غير مكروه بل يكره ذلك أيضا اه‍. والعقبة بضم العين وسكون القاف، والعقب بفتح العين وكسر القاف بمعنى الاقعاء. كذا في المغرب. وفي فتح القدير: وأما ما روى مسلم عن طاوس قلت لابن عباس في الاقعاء على القدمين فقال: هي السنة. فقلت: إنا نراه جفاء بالرجل. فقال: بل هي سنة نبيك صلى الله عليه وسلم. وما روى البيهقي عن ابن عمر وابن الزبير أنهم كانوا يقعون فالجواب المحقق عنه أن الاقعاء على ضربين: أحدهما مستحب أن يضع أليتيه على عقبيه وركبتاه في الارض وهو المروي عن العبادلة، والنهي أن يضع أليتيه ويديه على الارض وينصب ساقييه اه‍. وهو مخالف لما ذكره هو وغيره أن الاقعاء بنوعيه مكروه، والحق أن هذا الجواب ليس لائمتنا وإنما هو جواب البيهقي والنووي وغيرهما بناء على أن مستحب عند الشافعي لانك قد علمت كراهته عندنا بنوعيه. ويمكن الجواب عنه

***

[٤٠]

إما بحمله على حالة العذر إن ثبت في بعض رواياته أنه كان في الصلاة أو بحمله على كونه خارج الصلاة إن لم يثبت، أو لان المانع والمبيح إذا تعارضا ولم يعلم التاريخ كان الترجيح للمانع. وقد فسر صاحب المغرب عقب الشيطان بالاقعاء عند الكرخي فكان مانعا، وينبغي أن تكون كراهته تنزيهية بخلاف النوع المتفق على كراهته قوله (وافترش ذراعيه) لما في صحيح مسلم عن عائشة رضي الله عنها: وكان - يعني النبي صلى الله عليه وسلم - ينهى أن يفترش الرجل ذراعيه افتراش السبع. وافتراشهما إلقاؤهما على الارض كما في المغرب. قيل: وإنما نهى عن ذلك لانها صفة الكسلان والتهاون بحاله مع ما فيه من التشبه بالسباع والكلاب، والظاهر أنها

***

[٤١]

تحريمية للنهي المذكور من غير صارف قوله (ورد السلام بيده) أي بالاشارة وقد قدمناه في بيان المفسدات فراجعه. قوله (والتربع بلا عذر) لان فيه ترك سنة القعود في الصلاة. كذا علل به في الهداية وغيرها، وما قيل في وجه الكراهة أنه جلوس الجبابرة ليس بصحيح لانه عليه السلام كان جل قعوده في غير الصلاة مع أصحابه التربع، وكذا عمر رضي الله عنه. كذا ذكره المصنف وغيره. وتعليلهم بأن فيه ترك السنة يفيد أنه مكروه تنزيها إذ ليس فيه نهي خاص ليكون فيه تحريما. وقيد بكونه بلا عذر لانه ليس بمكروه تنزيها مع العذرلان الواجب يترك مع العذر فالسنة أولى. وفي صحيح البخاري عن عبد الله بن عبد الله أنه كان يرى عبد الله بن عمر يتربع في الصلاة إذا جلس ففعلته وأنا يومئذ حديث السن فنهاني عبد الله بن عمر وقال: إنما سنة الصلاة أن تنصب رجلك اليمنى وتثني اليسرى فقلت: إنك تفعل ذلك؟ فقال: إن رجلي لا يحملاني. وعليه يحمل ما في صحيح ابن حبان عن عائشة: رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يصلي متربعا. أو تعليما للجواز. ثم الجلوس متربعا معروف وإنما سمي بالتربع لان صاحب هذه الجلسة قد ربع نفسه كما يربع الشئ إذا

جعل أربعا والاربع هنا الساقان والفخذان ربعها بمعنى أدخل بعضها تحت بعض قوله (وعقص شعره) أي عقص شعر الرأس فيها بمعنى أن يفعل ذلك قبل الدخول فيها ثم يدخل كذلك لما روى أصحاب الكتب الستة عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال أمرت أن أسجد على سبعة وأن لا أكف شعرا ولا ثوبا (١) وفي العقص كفه ما رواه مسلم عن كريب أن ابن عباس رأى عبد الله بن الحر ث يصلي ورأسه معقوص من ورائه فجعل يحله فلما انصرف قال: مالك ولرأسي؟ قال: إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول إنما مثل هذا مثل الذي يصلي وهو مكتوف (٢) ولهذا قال العلماء: حكمة النهي عنه أن الشعر يسجد معه. والظاهر أن الكراهة تحريمية للنهي المذكور بلا صارف، ولا فرق فيه بين أن يتعمده للصلاة أولا وهو في اللغة جمع الشعر على الرأس، وقيل ليه وإدخال أطرافه في أصواله. كذا في المغرب. واختلف الفقهاء فيه على أقوال: فقيل أن يجمعه وسط رأسه ثم يشده، وقيل أن يلف ذوائبه حول رأسه كما يفعله النساء، وقيل أن يجمعه من قبل القفا ويمسكه بخيط أو
***
[٤٢]
خرقة وكل ذلك مكروه. كذا في غاية البيان. وفي الظهيرية: ويكره الاعتجار وهو لف العمامة حول رأسه وإبداء الهامة كما يفعله الشطار اه. وفي المحيط: ويكره الاعتجار لانه عليه السلام نهى عنه وهو أن يكور عمامته ويترك وسط رأسه مكشوفا كهيئة الاشرار. وقيل: أن يتنقب بعمامته فيغطي أنفه كمعجز النساء إما لاجل الحر أو البرد أو للتكبر وهو مكروه لقول ابن عباس: لا يغطي الرجل وهو يصلي اه. وفي المغرب: وتفسير من قال هو أن يلف العمامة على رأسه ويبدي الهامة أقرب لانه مأخوذ من معجر المرأة وهو ثوب كالعصابة تلفه المرأة على استدارة رأسها اه. والمعجر على وزن منبر وعلل كراهة الاعتجار الامام الولوالجي بأنه تشبه بأهل الكتاب قال: وهو مكروه خارج الصلاة ففيها أولى قوله (وكف ثوبه) للحديث السابق سواء كان من بين يديه أو من خلفه عند الانحطاط للسجود. والكف هو الضم والجمع ولان فيه ترك سنة اليد، وذكر في المغرب عن بعضهم أن الاتتزار فوق القميص من الكف اه. فعلى هذا يكره أن يصلي مشدود الوسط فوق القميص ونحوه أيضا وقد صرح به في العتابية معللا بأنه صنيع أهل الكتاب لكن في الخلاصة أنه لا يكره. كذا في شرح منية المصلي. ويدخل أيضا في كف الثوب تشمير كميه كما في فتح القدير وظاهره الاطلاق وفي الخلاصة ومنية المصلي قيد الكراهة بأن يكون رافعا كميه إلى المرفقين وظاهره أنه لا يكره إذا كان يرفعهما إلى ما دونهما والظاهر الاطلاق لصدق كف الثوب على الكل. وذكر في المجتبى في كراهة تشمير الكمين قولين، وذكر في القنية أن القول بإمساك الكمين أحوط ولا يخفي ما فيه. وفي مذهب مالك تفصيل قد كنت رأيته لائمتنا في بعض الفتاوى ولم يحضرني تعيينها الآن وهو أنه يكره إن كان للصلاة لا إذا كان لاجل شغل ثم حضرته الصلاة فصلى وهو على تلك الهيئة ومن كف الثوب رفعه كيلا يتترب كما في منية المصلي، وقيل لا بأس بصونه عن التراب كما في المجتبى. قوله (وسدله) لنهيه عليه السلام عنه كما أخرجه أبو داود والحاكم وصححه. يقال سدل الثوب سدلا من باب طلب إذا أرسله من غير أن يضم جانبه. وقيل: هو أن يلقيه على رأسه ويرخيه على منكبيه وأسدل خطأ. كذا في المغرب. وذكر في البدائع أن الكرخي فسره بأن يجعل ثوبه على رأسه أو على كتفيه ويرسل أطرافه من جوانبه إذا لم يكن عليه سراويل.
***
[٤٣]
وعن أبي حنيفة أنه يكره السدل على القميص وعلى الازار وقال: لانه صنيع أهل الكتاب. فإن كان السدل بدون السراويل فكراهته لاحتمال كشف العورة عند الركوع، وإن كان مع الازار فكراهته لاجل التشبه بأهل الكتاب فهو مكروه مطلقا، سواء كان للخيلاء أو لغيره للنهي من غير فصل اه. وفي فتح القدير أن السدل يصدق على أن يكون المنديل مرسلا من كتفيه كما يعتاده كثير فينبغي لمن على عنقه منديل أن يضعه عند الصلاة، ويصدق أيضا على لبس القباء من غير إدخال اليدين في كميه وقد صرح بالكراهة فيه اه. وكذا صرح في النهاية بإدخال القباء المذكور في السدل وعزاه إلى مبسوط شيخ الاسلام والخلاصة لكن الذي في خلاصة الفتاوى: المصلي إذا كان لابسا شقة أو فرجيه ولم يدخل يديه اختلف المتأخرون في الكراهة والمختار أنه لا يكره اه. وظاهر ما في فتح القدير أن الشد الذي يعتاد وضعه على الكتفين إذا أرسل طرفا على صدره وطرفا على ظهره لا يخرج عن الكراهية فإنه عين الوضع، وظاهر كلامهم

يقتضي أنه لا فرق بين أن يكون الثوب محفوظا من الوقوع أو لا، فعلى هذا يكره في الطيلسان الذي يجعل على الرأس، وقد صرح به في شرح الوقاية وصرح العلامة الحلبي بأن محل كراهة السدل عند عدم العذر، وأما عند العذر فلا كراهة وأنه إن كان للتكبر فهو مكروه مطلقا. واختلف المشايخ في كراهة السدل خارج الصلاة كما في الدراية وصحح في القنية من باب الكراهية أنه لا يكره. ومن المكروه اشتمال الصماء لما رواه أبو داود عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا كان لاحدكم ثوبان فليصل فيهما فإن لم يكن إلا ثوب فليتزر به ولا يشتمل اشتمال اليهود (١) اهـ. واشتمال اليهود هو الصماء وهو إدارة الثوب على الجسد من غير إخراج اليد، سمي بها لعدم منفذ يخرج يده منها كالصخرة الصماء، وفسرها في المحيط بأن يجمع طرفي ثوبه ويخرجهما تحت إحدى يديه على أحد كتفيه اهـ. وقيده في البدائع بأن لا يكون عليه سراويل. وإنما كره لانه لا يؤمن انكشاف العورة، ومحمد رحمه الله فصل بين الاضطباع ولبسة الصماء فقال: إنما تكره الصماء إذا لم يكن عليه إزار فإن كان عليه إزار فهو اضطباع لان يدخل طرفي ثوبه تحت إحدى ضبعيه وهو مكروه لانه لبس أهل الكبر اهـ.

***

[٤٤]

وفي الخلاصة وغيرها: لا بأس أن يصلي الرجل في ثوب واحد متوشحا به جميع بدنه ويؤم كذلك، والمستحب أن يصلي الرجل في ثلاثة أثواب: قميص وإزار وعمامة. أما لو صلى في ثوب واحد متوشحا به جميع بدنه كإزار الميت تجوز صلاته من غير كراهة. وتفسيره ما يجعله القصار في المقصرة. وإن صلى في إزار واحد يجوز ويكره، وكذا في السراويل فقط لغير عذر، وكذا مكشوف الرأس للتهاون والتكاسل لا للخشوع. وفسر في الذخيرة التوشيح أن يكون الثوب طويلا يتوشح به فيجعل بعضه على رأسه وبعضه على منكبيه وعلى كل موضع من بدنه، وذكر في شرح منية المصلي أن ستر المنكبين في الصلاة مستحب يكره تركه تنزيها عند أصحابنا، وفسره في المغرب بأن يدخله تحت يده اليمنى ويلقيه على منكبه الايسر كما يفعله المحرم اهـ. وفسره ابن السكيت بأن يأخذ طرف الثوب الذي ألقاه على منكبه الايمن من تحت يده اليسرى ويأخذ طرفه الذي ألقاه على الايسر من تحت يده اليمنى ثم يعقدهما على صدره، وقد ثبت في الصحيحين عن عمر بن أبي سلمة أنه رأى النبي صلى الله عليه وسلم يصلي في ثوب واحد في بيت أم سلمة قد ألقى طرفيه على عاتقه، وفي لفظ مشتملا به واضعا طرفيه على عاتقيه، وفي لفظ مخالفا بين طرفيه، وفي حديث جابر متوشحا به، والالفاظ كلها بمعنى واحد كما ذكره النووي في شرح مسلم. ومن المكروه التلثم وتغطية الانف والوجه في الصلاة لانه يشبه فعل المجوس حال عبادتهم النيران. كذا ذكره الشارح لكن التلثم هو تغطية الانف والوجه كما في المحيط. وفي الخلاصة: ولو ستر قدميه في السجدة يكره. قوله (والتثاؤب) وهو التنفس الذي ينفتح منه الفم لدفع البخارات وهو ينشأ من امتلاء المعدة وثقل البدن لما في الصحيحين عن أبي هريرة إن النبي صلى الله عليه وسلم قال التثاؤب من الشيطان فإذا تثاءب أحدكم فليكظم ما استطاع (١) والادب أن يكظمه ما استطاع أي يرده ويحبسه لما روينا، فإن لم يقد فليضع يده أو كمه على فيه، ووضع اليد ثابت في صحيح مسلم ووضع

***

[٤٥]

الكم قياس عليه. وصرح في الخلاصة بأنه إن أمكنه عند التثاؤب أن يأخذ شفتيه بسنه فلم يفعل وغطفاه بيده أو بثوبه يكره. كذا روي عن أبي حنيفة اهـ. ووجهه أن تغطية الفم منهي عنها في الصلاة لما رواه أبو داود وغيره وإنما أبيحت للضرورة ولا ضرورة إذا أمكنه الدفع، ثم إذا وضع يده على فيه يضع ظهر يده. كذا في مختارات النوازل. قال العلامة الحلبي: وهل يفعل ذلك بيده اليمنى أو اليسرى لم أقف عليه مسطورا لمشايخنا أهـ. وهو عجيب مع كثرة مطالعته للمجتبى ونقله عنه وقد صرح بأنه يغطي فاه بيمينه في القيام وفي غيره بيساره ومن المكروه التمطي لانه من التكاسل قوله (وتغميض عينيه) لما رواه ابن عدي عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم إذا قام أحدكم في الصلاة فلا يغمض عينيه إلا أن في سنده من ضعف. والكراهة مروية عن مجاهد وقتادة. وعلله في البدائع بأن السنة أن يرمي بصره إلى موضع سجوده وفي التغميض ترك هذه السنة، ولان كل عضو وطرف ذو حظ من هذه العبادة فكذا العين اهـ. وظاهر كلامهم أن لا يغمض في السجود وقد قال جماعة من الصوفية نفعنا الله بهم: يفتح عينيه في السجود لانهما يسجدان.

وينبغي أن تكون الكراهة تنزيهية إذا كالغير ضرورة ولا مصلحة، أما لو خاف فوات خشوع بسبب رؤية ما يفرق الخاطر فلا يكره غمضهما بسبب ذلك بل ربما يكون أولى لانه حينئذ لكمال الخشوع قوله (وقيام الامام لا سجوده في الطاق) أي المحراب لان قيامه فيه يشبه صنيع أهل الكتاب بخلاف سجوده فيه وقيامه خارجه. هكذا علل به في الهداية وهو أحد الطريقين للمشايخ، وأصله أن محمدا صرح بالكراهة في الجامع الصغير ولم يفصل، فاختلف المشايخ في سببها فقيل كونه يصير ممتازا عنهم في المكان لانه في معنى بيت آخر وذلك صنيع أهل الكتاب. واقتصر عليه في الهداية واختاره الامام السرخسي وقال: إنه الاوجه. وقيل: اشتباه حاله على من على يمينه ويساره، فعلى الطريقة الاولى يكره مطلقا، وعلى الثانية لا يكره عند عدم الاشتباه. وفي فتح القدير: ولا يخفي أن امتياز الامام مقرر مطلوب في الشرع في حق المكان حتى كان التقدم واجبا عليه وغاية ما هنا كونه في خصوص مكان ولا أثر لذلك لانه يحاذي وسط الصف وهو المطلوب إذ قيامه في غير محاذاته مكروه وغايته اتفاق الملتين في بعض الاحكام، ولا بدع فيه على أن أهل الكتاب إنما
***
[٤٦]
يخصون الامام بالمكان المرتفع على ما قيل فلا تشبه اه. وقد يقال إن امتياز الامام المطلوب في الشرع حاصل بتقدمه من غير أن يقف في مكان آخر، فمتى أمكن تمييزه من غير تشبه بأهل الكتاب تعين، فحينئذ وقوفه في المحرا ب تشبه بأهل الكتاب لغير حاجة فكره مطلقا ولهذا قال الولوالجي في فتاواه وصاحب التجنيس: إذا ضاق المسجد بمن خلف الامام على القوم لا بأس بأن يقوم الامام في الطاق لانه تعذر الامر عليه، وإن لم يضق المسجد بمن خلف الامام لا ينبغي للامام أن يقوم في الطاق لانه يشبه تباين المكانين اه. يعني وحقيقة اختلاف المكان تمنع الجواز فشبهة الاختلاف توجب الكراهة وهو وإن كان المحراب من المسجد كما هي العادة المستمرة فصورته وهيئته اقتضت شبهة الاختلاف. فالحاصل أن مقتضى ظاهر الرواية كراهة قيامه في المحراب مطلقا، سواء اشتبه حال الامام أو لا، وسواء كان المحراب من المسجد أم لا. وإنما لم يكره سجوده في المحراب إذا كان قدماه خارجه لان العبرة للقدم في مكان الصلاة حتى تشترط طهارته رواية واحدة بخلاف مكان السجود إذ فيه روايتان. وكذا لو حلف لا يدخل دار فلان يحنث بوضع القدمين وإن كان باقي بدنه خارجها، والصيد إذا كان رجلاه في الحرم ورأسه خارج منه فهو صيد الحرم ففيه الجزاء. قوله (وانفراد الامام على الدكان وعكسه) أما الاول فلحديث الحاكم مرفوعا: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقوم الامام فوق ويبقى الناس خلفه. وعللوه بأنه تشبه بأهل الكتاب فإنهم يتخذون لامامهم دكانا. أطلقه فشمل ما إذا كان الدكان قدر قامة الرجل أو دون ذلك وهو ظاهر الرواية. وصححه في البدائع لاطلاق النهي وقيده الطحاوي بقدر القامة ونفى الكراهة فيما دونه. وقال قاضيخان في شرح الجامع الصغير: إنه مقدر بذراع اعتبارا بالسترة وعليه
***
[٤٧]
الاعتماد، وفي غاية البيان وهو الصحيح، وفي فتح القدير وهو المختار لكن قال: الاوجه الاطلاق وهو ميقع به الامتياز لان الموجب وهو شبه الازدراء يتحقق فيه غير مقتصر على قدر الذراع اه. فالحاصل أن التصحيح قد اختلف والاولى العمل بظاهر الرواية وإطلاق الحديث، وأما عكسه وهو انفراد القوم على الدكان بأن يكون الامام أسفل فهو مكروه أيضا في ظاهر الرواية. وروى الطحاوي عن أصحابنا أنه لا يكره لان الموجب للكراهة التشبه بأهل الكتاب ولا تشبه هنا لان مكان إمامهم لا يكون أسفل وجواب ظاهر الرواية أقرب إلى الصواب لان كراهة كون المكان أرفع كان معلولا بعلتين: التشبه بأهل الكتاب ووجود بعض المفسد وهو اختلاف المكان، وههنا وجدت إحدى العلتين وهي وجود بعض المخالفة. كذا في البدائع. ومن المشايخ من علل الكراهة في الثانية بما في ذلك من شبه الازدراء بالامام ولعله أولى، وعلى ما ذكره الطحاوي من عدم الكراهة مشى قاضيخان في فتاواه وعزاه إلى النوادر وقال: وعليه عامة المشايخ اه. وهذا كله عند عدم العذر، أما عند العذر كما في الجمعة والعيدين فإن القوم يقومون على الرفوف والامام على الارض ولم يكره ذلك لضيق المكان. كذا في النهاية. وذكر في شرح منية المصلي: وهل يدخل في الحاجة في حق الامام إرادة تعليم المأمومين أعمال الصلاة وفي حق المأمومين إرادة تبليغ انتقالات الامام عند اتساع المكان وكثرة المصلين؟ فعند الشافعي نعم قيل وهو رواية عن أبي حنيفة اه. قيد بالانفراد لانه لو قام بعض القوم مع الامام قيل يكره والاصح أنه لا يكره وبه جرت العادة في جوامع المسلمين في أغلب

الامصار. كذا في المحيط. وذكر في البدائع أن من اعتبر معنى التشبه قال لا يكره وهو قياس رواية الطحاوي لزوال معنى التشبه لان أهل الكتاب لا يشاركون الامام في المكان، ومن اعتبر وجود بعض المفسد قال يكره وهو قياس ظاهر الرواية لوجود بعض المخالفة في المكان اهـ. وفيه نظر لا يخفى قوله (ولبس ثوب فيه تصاوير) لانه يشبه حامل الصنم فيكره. وفي الخلاصة: وتكره التصاوير على الثوب صلى فيه أو لم يصل اهـ. وهذه
***
[٤٨]
الكراهة تحريميه، وظاهر كلام النووي في شرح مسلم الاجماع على تحريم تصويره صورة الحيوان فإنه قال قال أصحابنا وغيرهم من العلماء: تصوير صور الحيوان حرام شديد التحريم وهو من الكبائر لانه متوعد عليه بهذا الوعيد الشديد المذكور في الاحاديث يعني مثل ما في الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم أشد الناس عذابا يوم القيامة المصورون يقال لهم أحيوا ما خلقتم (١) ثم قال: وسواء صنعه لما يمتهن أو لغيره فصنعته حرام على كل حال لان فيه مضاهاة لخلق الله تعالى وسواء كان في ثوب أو بساط أو درهم ودينار وفلس وإناء وحائط وغيرها اهـ. فينبغي أن يكون حراما لا مكروها إن ثبت الاجماع أو قطعية الدليل لتواتره. قيد بالثوب لانها لو كانت في يده وهو يصلي لا تكره لانه مستور بثياب، وكذا لو كان على خاتمه. كذا في الخلاصة. وفي المحيط: رجل في يديه تصاوير وهو يؤم الناس لا تكره إمامته لانها مستورة بالثياب فصار كصورة في نقش خاتم وهو غير مستبين اهـ. وهو يفيد أن المستبين في الخاتم تكره الصلاة معه ويفيد أنه لا يكره أن يصلي ومعه صرة أو كيس فيه دنانير أو دراهم فيها صور صغار لاستتارها، ويفيد أنه لو كان فوق الثوب الذي فيه صورة ثوب ساتر له فإنه لا يكره أن يصلي فيه لاستتارها بالثوب الآخر والله سبحانه أعلم. قوله (وأن يكون فوق رأسه أو بين يديه أو بحذائه صورة) لحديث الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم لتدخل الملائكة بيتا فيه كلب ولا صورة وفي المغرب: الصورة عام في كل ما يصور مشبها بخلق الله تعالى من ذوات الروح وغيرها، وقولهم ويكره التصاوير المراد بها التماثيل اهـ. فالحاصل أن الصورة عام والتماثيل خاص والمراد هنا الخاص فإن غير ذي الروح لا يكره كالشجر لما سيأتي والمراد بحذائه يمينه ويساره ولم يذكر ما إذا كانت خلفه للاختلاف، ففي رواية الاصل لا يكره لانه لا يشبه العبادة، وصرح في الجامع الصغير بالكراهة ومشى عليه في الخلاصة وبأنها إذا كانت في موضع قيامه أو جلوسه لا يكره لانها استهانة بها، وكذلك على الوسادة إن كانت قائمة يكره لانه تعظيم لها إن كانت مفروشة لا تكره. كذا في المحيط. قالوا: وأشدها كراهة ما يكون على القبلة أمام المصلي، والذي يليه ما يكون فوق رأسه،
***
[٤٩]
والذي يليه ما يكون عن يمينه ويساره على الحائط، والذي يليه ما يكون خلفه على الحائط أو الستر. وإنما لتكره الصلاة في بيت فيه صورة مهانة على بساط يوطأ أو مرفقة يتكأ عليها مع عموم الحديث من أن الملائكة لا تدخله وهو علة الكراهة لان شر البقاع بقعة لا تدخلها الملائكة لوجود مخصص وهو ما في صحيح ابن حبان: استأذن جبريل عليه السلام على النبي صلى الله عليه وسلم فقال: ادخل. فقال: كيف أدخل وفي بيتك ستر فيه تصاوير فإن كنت لا بد فاعلا فاقطع رؤوسها أو قطعها وسائد أو اجعلها بسطا. وفي البخاري في كتاب المظالم عن عائشة رضي الله عنها أنها اتخذت على سهوة لها سترا فيه تماثيل فهتكه النبي صلى الله عليه وسلم قالت: فاتخذت منه نمرقتين فكانتا في البيت نجلس عليهما، زاد أحمد في مسنده: ولقد رأيته متكئا على أحدهما وفيه صورة. والسهوة كالصفة تكون بين البيت، وقيل بيت صغير كالخزانة. والنمرقة بكسر النون وسادة صغيرة والوسادة المخدة لكنه يقتضي عدم كراهة الصلاة على بساط فيه صورة وإن كانت في موضع السجود لان ذلك ليس بمانع من دخول الملائكة كما أفادته النصوص المخصصة وإن علل بالتشبه بعبادة الاصنام فممنوع فإنهم لا يسجدون عليها وإنما ينصبونها ويتوجهون إليها إلا أن يقال: إن فيها صورة التشبه بعبادتها حال القيام والركوع وفيه تعظيم لها إن سجد عليها، ولهذا أطلق الكراهة في الاصل فيما إذا كان على البساط المصلى عليه صورة لان الذي يصلي عليه معظم فوضع الصورة فيه تعظيم لها بخلاف البساط الذي ليس بمصلى، وتقدم عن الجامع الصغير التقييد بموضع السجود فينبغي أن يحمل إطلاق الاصل عليه، وإنها إذا كانت تحت قدميه لا يكره اتفاقا. وفي الخلاصة: ولا بأس بإن يصلي على بساط فيه تصاوير لكن لا

يسجد عليها ثم قال: ثم التمثال إن كان على وسادة أو بساط لا بأس باستعمالهما وإن كان يكره اتخاذهما. ثم اعلم أن العلماء اختلفوا فيما إذا كانت
***
[٥٠]
الصورة على الدراهة والدنانير هل تمنع الملائكة من دخول البيت بسببها، فذهبالقاضي عياض إلى أنهم لا يمتنعون وأن الاحاديث مخصصة، وذهب النووي إلى القول بالعموم. ثم المراد بالملائكة المذكورين ملائكة الرحمة لا الحفظة لانهم لا يفارقونه إلا في خلوته بأهله وعند الخلاء. قوله (إلا أن تكون صغيرة) لان الصغار جدا لا تعبد فليس لها حكم الوثن فلا تكره في البيت، والكراهة إنما كانت باعتبار شبه العبادة. كذا قالوا، وقد عرفت ما فيه. والمراد بالصغيرة التي لا تبدو للناظر على بعد والكبيرة التي تبدو للناظر على بعد. كذا في فتح القدير. ونقل في النهاية أنه كان على خاتم أبي موسى ذبابتان وأنه لما وجد خاتم دانيال عليه السلام في عهد عمر رضي الله عنه وجد عليه أسد ولبوة بينهما صبي يلحسانه، وذلك أن بختنصر قيل له يولد مولود يكون هلاكك على يديه فجعل يقتل من يولد، فلما ولدت أم دانيال ألقته في غيضرجاء أن يسلم فقيض الله له أسدا يحفظه ولبوة ترضعه فنقشه بمرأى منه ليتذكر نعم الله عليه، ودفعه عمر إلى أبي موسى الاشعري وكان لابن عباس كانون محفوف بصور صغار اه. وفي الخلاصة من كتاب الكراهة: رجل صلى ومعه دراهم وفيها تماثيل ملك لا بأس به لصغرها اه. قوله (أو مقطوع الرأس) أي سواء كان من الاصل أو كان لها رأس ومحي، وسواء كان القطع بخيط خيط على جميع الرأس حتى لم يبق لها أثر أو يطليه بمغرة ونحوها أو بنحته أو بغسله. وإنما لم يكره لانه لا تعبد بدون الرأس عادة ولما رواه أحمد عن علي قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنازة فقال: أيكم ينطلق إلى المدينة فلا يدع بها وثنا إلا كسره ولا قبرا إلا سواه ولا صورة إلا لطخها اه. وأما ما قطع الرأس عن الجسد بخيط مع بقاء الرأس على حاله فلا ينفي الكراهة لان من الطيور ما هو مطوق فلا يتحقق القطع بذلك ولهذا فسر في الهداية المقطوع بمحو الرأس. كذا في النهاية. قيد بالرأس لانه لا اعتبار بإزالة الحاجبين أو العينين لانها تعبد بدونها، وكذا لا اعتبار بقطع اليدين أو الرجلين. وفي الخلاصة: وكذا لو محى وجه الصورة فهو كقطع الرأس قوله (أو لغير ذي روح) لما تقدم أنه ليس بتمثال ولما في الصحيحين عن سعيد بن أبي الحسن قال: جاء رجل إلى ابن عباس فقال: إني رجل أصور هذه الصور فأفتني فيها فقال له: ادن مني. فدنا ثم قال له: ادن مني. فدنا حتى وضع يده على رأسه وقال: أنبئك بمسمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقوكل مصور في النار يجعل له بكل صورة صورها نفسا فتعذبه في جهنم (١) قال ابن عباس: فإن
***
[٥١]
كنت لا بد فاعلا فاصنع الشجر وما لا نفس له اه. ولا فرق في الشجر بين المثمر وغيره وهو مذهب العلماء كافة إلا مجاهدا فإنه كره المثمر. وفي الخلاصة ولو رأى صورة في بيت غيره يجوز له محوها وتغييرها. وفي النهاية عن محمد في الاجير لتصوير تماثيل الرجال أو ليزخرفها والاصباغ من المستأجر قال: لا أجر له لان عمله معصية. وفي التفاريق: هدم بيتا مصورا بالاصباغ ضمن قيمة البيت والاصباغ غير مصور اه. قوله: (وعد الآي والتسبيح) أي ويكره عد الآيات من القرآن والتسبيح وكذا السور لانه ليس من أعمال الصلاة. أطلقه فشمل العد في الفرائض والنوافل جميعا باتفاق أصحابنا في ظاهر الرواية، وروي عنهما في غير ظاهر الرواية أن العد باليد لا بأس به، كذا في العناية وغيرها لكن في الكافي: وقالا لا بأس به فجزم به عنهما وعلل لهما بأن المصلي يضطر إلى ذلك لمراعاة سنة القراءة والعمل بما جاءت به السنة في صلاة التسبيح، وقال عليه السلام لنسوة سألنه عن التسبيح: أعددنه بالانامل فإنهن مسؤولات مستنطقات يوم القيامة. وقوله في الهداية قلنا يمكنه أن يعد ذلك قبل الشروع إنما يأتي هذا في الآي دون التسبيحات ا ه. قالوا: ومحل الاختلاف هو العد باليد كما وقع التقييد به في الهداية، سواء كان بأصابعه أو بخيط يمسكه، أما الغمز برؤوس الاصابع أو الحفظ بالقلب فهو غير مكروه اتفاقا والعد باللسان مفسد اتفاقا. وقيد بالآي والتسبيح لان عد الناس وغيرهم مكروه اتفاقا. كذا في غاية البيان. وقيد بالصلاة لانا لعد خارج الصلاة لا يكره على الصحيح كما ذكره المصنف في المستصفى لانه أسكن للقلب وأجلب للنشاط ولما رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن حبان والحاكم قال صحيح الاسناد عن سعد بن أبي وقاص أنه دخل مع النبي صلى الله عليه وسلم على

امرأة وبين يديها نوى أو حصى تسبح به فقال: أخبرك بما هو أيسر عليك من هذا أو أفضل فقال: سبحان الله عدد ما خلق في السماء، وسبحان الله عدد ما خلق في الارض، وسبحان الله عدد ما بين ذلك، وسبحان الله عدد ما هو خالق، والحمد لله مثل ذلك، والله أكبر مثل ذلك، ولا إله إلا الله مثل ذلك، ولا حول ولا قوة إلا بالله مثل ذلك. فلم ينهها عن ذلك
***
[٥٢]
وإنما أرشدها إلى ما هو أيسر وأفضل ولو كان مكروها لبين لها ذلك. ثم هذا الحديث ونحوه مما يشهد بأنه لا بأس باتخاذ السبحة المعروفة لاحصاء عدد الاذكار إذ لا تزيد السبحة على مضمون هذا الحديث إلا بضم النوى ونحوه في خيط، ومثل هذا لا يظهر تأثيره في المنع فلا جرم أن نقل اتخاذها والعمل بها عن جماعة من الصوفية الاخيار وغيرهم اللهم إلا إذا ترتب عليها رياء وسمعة فلا كلام لنا فيه. وهذا الحديث أيضا يشهد لافضلية هذا الذكر المخصوص على ذكر مجرد عن هذه الصيغة ولو تكرر يسيرا. ثم اعلم أن العلامة الحلبي ذكر أن كراهة العد باليد في الصلاة تنزيهية وظاهر النهاية أنها تحريمية فإنه قال: والصحيح أنه لا يباح العد أصلا لانه ليس في الكتاب فصل بين الفرض والنفل وقد يصير العد عملا كثيرا فيوجب فساد الصلاة وما روي في الاحاديث من قرأ في الصلاة كذا وكذا مرة قل هو الله أحد وكذا كذا تسبيحة فتلك الاحاديث لم يصححها الثقات، أما صلاة التسبيح فقد أوردها الثقات وهي صلاة مباركة فيها ثواب عظيم ومنافع كثيرة فإنه يقدر أن يحفظ بالقلب وإن احتاج يعد بالانامل حتى لا يصير عملا كثيرا ا ه. ثم صلاة التسبيح هذه ما رواها عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للعباس بن عبد المطلب: يا عباس يا عماه إلا أعطيك ألا أمنحك ألا أحبوك ألا أفعل بك عشر خصال إذا أنت فعلت ذلك غفر الله لك ذنبك أوله وآخره، قديمه وحديثه، خطأه وعمده، صغيره وكبيره، سره وعلانيته. عشر خصال أن تصلي أربع ركعات تقرأ في كل ركعة بفاتحة الكتاب وسورة، فإذا فرغت من القراءة في أول ركعة فقل وأنت قائم سبحان الله والحمد الله ولا إله إلا الله والله أكبر خمس عشرة مرة، ثم تركع فتقول وأنت راكع عشرا، ثم ترفع رأسك من الركوع فتقولها عشرا، ثم تهوي ساجدا فتقولها وأنت ساجد عشرا، ثم ترفع رأسك من السجود فتقولها عشرا، ثم تسجد الثانية فتقولها عشرا، ثم ترفع رأسك من السجود فتقولها عشرا فذلك خمس وسبعون في كل ركعة تفعل ذلك في أربع ركعات، إن استطعت أن تصليها في كل يوم مرة فافعل، فإن لم تستطع ففي كل جمعة مرة، فإن لم تفعل ففي كل شهر مرة، فإن لم تفعل ففي كل سنة مرة، فإن لم
***
[٥٣]
تفعل ففي عمرك مرة. رواه أبو داود وابن ماجه والطبراني وقال في آخره: فلو كانت ذنوبك مثل زبد البحر أو رمل عالج غفر الله لك. قال الحافظ عبد العظيم المنذري: وقد روي هذا الحديث من طرق كثيرة عن جماعة من الصحابة وأمثلها حديث عكرمة هذا وقد صححه جماعة ا ه. وذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قال مشايخنا: إن احتاج المرء إلى العد يعد إشارة لا إفصاحا ويعمل بقولهما في المضطر ا ه. قوله: (لا قتل الحية والعقرب) أي لا يكره قتلهما لحديث الصحيحين اقتلوا الاسودين في الصلاة الحية والعقرب (١) وفي صحيح مسلم مرفوعا أمر عليه الصلاة والسلام بقتل الكلب العقور والحية والعقرب في الصلاة. وأقل مراتب الامر الاباحة. وفي شرح منية المصلي: ويستحب قتل العقرب بالنعل اليسرى إن أمكن لحديث أبي داود كذلك، ولا بأس بقياس الحية على العقرب في هذا ا ه. أطلقه فشمل جميع أنواع الحيات وصححه في الهداية لاطلاق الحديث وجميع المواضع. وفي المحيط قالوا: وينبغي أن لا تقتل الحية البيضاء التي تمشي مستوية لانها جان لقوله عليه السلام اقتلوا ذا الطفيتين والابتر وإياكم والحية البيضاء فإنها من الجن (٢). وقال الطحاوي: لا بأس بقتل الكل لان النبي صلى الله عليه وسلم عهد مع الجن أن لا يدخلوا بيوت أمته وإذا دخلوا لم يظهروهم فإذا دخلوا فقد نقضوا العهد فلا ذمة لهم. والاولى هو الاعذار والانذار فيقاارجع بإذن الله فإن أبى قتله ا ه. يعني الانذار في غير الصلاة. وفي النهاية معزيا إلى صدر الاسلام: والصحيح من الجواب أن يحتاط في قتل الحيات حتى لا يقتل جنيا فإنهم يؤذونه أذاء كثيرا بل إذا رأى حية وشك أنه جني يقول له خل طريق المسلمين ومر، فإن مرت تركه فإن واحدا من إخواني هو أكبر سنا مني قتل حية

***
[٥٤]
كبيرة بسيف في دار لنا فضربه الجن حتى جعلوه زمنا كان لا يتحرك رجلاه قريبا من الشهر ثم عالجناه وداويناه بإرضاء الجن حتى تركوه فزال ما به وهذا مما عاينته بعيني ا ه. وأطلق في القتل فشمل ما إذا كان بعمل كثير. قال السرخسي: وهو الاظهر لان هذا عمل رخص فيه للمصلي كالمشي بعد الحدث والاستقاء من البئر والتوضؤ ا ه. وتعقبه في النهاية بأنه مخالف لما عليه عامة رواية شروح الجامع الصغير ورواية مبسوط شيخ الاسلام فإنهم لم يبيحوا العمل الكثير في قتلها ا ه. وتعقبه أيضا في فتح القدير بأنه يقضي أن الاستقاء غير مفسد في سبق الحدث وقد تقدم خلافه وبحثه بأنه لا يفسد للرخصة بالنص يستلزم مثله في علاج المار إذا كثر فإنه أيضا مأمور به بالنص كما قدمناه لكنه مفسد عندهم، فما هو جوابه عن علاج المار هو جوابنا في قتل الحية. ثم الحق فيما يظهر الفساد وقولهم الامر بالقتال لا يستلزم بقاء الصحة على نهج ما قالوه من الفساد في صلاة الخوف إذا قاتلوا في الصلاة بل أثره في رفع الاثم بمباشرة المفسد في الصلاة بعد أن كان حراما صحيح ا ه. وفي النهاية معزيا إلى الجامع الصغير البرهاني: إنما يباح قتلها في الصلاة إذا مرت بين يديه وخاف أن تؤذيه وإلا فيكره. وقيد بالحية والعقرب لان في قتل القملة والبرغوث اختلافا قال في الظهيرية: فإن أخذ قملة في الصلاة كره له أن يقتلها لكن يدفنها تحت الحصى وهو قول أبي حنيفة، وروي عنه إذا أخذ قملة أو برغوثا فقتله أو دفنه فقد أساء، وعن محمد إنه يقتلها وقتلها أحب إلى من دفنها وأي ذلك فعل فلا بأس به. وقال أبو يوسف: يكره كلاهما في الصلاة ا ه. وذكر في شرح منية المصلي أن دفنهما مكروه في المسجد في غير الصلاة. وأن الحاصل أنه يكره التعرض لكل منهما بالاخذ فضلا عن القتل أو الدفن عند عدم تعرضهما له بالاذى، وأما عند تعرضهما له بالاذى فإن كان خارج المسجد فلا بأس حينئذ بالاخذ والقتل أو الدفن بعد أن لا يكون ذلك بعمل كثير فإن كان خارج المسجد فلا بأس حينئذ بالاخذ والقتل أو الدفن بعد أن لا يكون ذلك بعمل كثير فإنه كما روي عن ابن مسعود من دفنها روي عن أنس أنهم كانوا يقتلون القنل والبراغيث في الصلاة، ولعل أبا حنيفة إنما اختار الدفن على القتل لما فيه من النزاهة عن إصابة دمهما ليد القاتل أو ثوبه في هذه الحالة وإن كان ذلك معفوا عنه، وأن ابن مسعود فعل أحسن الجائزين. وإن كان في المسجد فلا بأس بالقتل بالشرط المذكور ولا يطرحها في المسجد بطريق الدفن ولا غيره إلا إذا غلب على ظنه أنه يظفر
***
[٥٥]
بها بعد الفراغ من الصلاة، وبهذا التفصيل يحصل الجمع بين ما عنأبي حنيفة من أنه يدفنها في الصلاة وبين ما عنه أنه لو دفنها في المسجد فقد أساء ا ه. قوله: (والصلاة إلى ظهر قاعد يتحدث) أي لا تكره. كذا في الجامع الصغير. وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة: يكره له أن يصلي وقبله نيام أو قوم يتحدثون لما أخرجه البزار عن ابن عباس مرفوعا: نهيت أن أصلي إلى النيام والمحدثين. وأجيب بأنه محمول في النائمين على ما إذا خاف ظهور صوت منهم يضحكه ويخجل النائم إذا انتبه، وفي المحدثين على ما إذا كان لهم أصوات يخاف منها التغليط أو شغل البال، ونحن نقول بالكراهة في هذا ثم يعارض الحديث المذكور في النائمين ويقدم عليه لقوته ما في الصحيحين عن عائشة قالت: كان رسوالله صلى الله عليه وسلم يصلي صلاة الليل كلها وأنا معترضة بينه وبين القبلة، فإذا أراد أن يوتر أيقظني فأوترت. وإنما قيد بقوله يتحدث ليفيد عدم الكراهة إلى ظهر من لا يتحدث بالاولى ولعله متفق عليه وقد كان يفعله ابن عمر إذا لم يجد سارية يقول لنافع: ول ظهرك. وأفاد كلامهم هنا أنه لا كراهة على المتحدث ولهذا نقل الشارح عن الصحابة رضي الله عنهم أن بعضهم كانوا يقرؤون القرآن وبعضهم يتذاكرون العلم والمواعظ وبعضهم يصلون ولم ينههم النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولو كان مكروها لنهاهم ا ه. وقيد بالظهر لان الصلاة إلى وجه أحد مكروهة كما في الجامع الصغير. قال في المنية: والاستقبال إلى المصلي مكروه، سواء كان المصلي في الصف الاول أو في الصف الاخير ولهذا قال في الذخيرة: يكره للامام أن يستقبل المصلي وإن كان بينهما صفوف، وهذا هو ظاهر المذهب ذكره في الفصل الرابع من كتاب الصلاة. والحاصل أن استقبال المصلي إلى وجه الانسان مكروه واستقبال الانسان وجه المصلي مكروه فالكراهة من الجانبين. قالالعلامة الحلبي: وقد صرحوا بأنه لو صلى إلى وجه
***

[٥٦]
إنسان وبينهما ثالث ظهره إلى وجه المصلي لم يكره قوله: (وإلى مصحف أو سيف معلق) أي لا يكره أن يصلي وأمامه مصحف أو سيف، سواء كان معلقا أو بين يديه. أما المصحف فلان في تقديمه تعظيمه وتعظيمه عبادة والاستخفاف به كفر فانضمت هذه العبادة إلى عبادة أخرى فلا كراهة، ومن قال بالكراهة إذا كان معلقا معللا بأنه تشبه بأهل الكتاب مردود لان أهل الكتاب يفعلونه للقراءة منه وليس كلا منا فيه. وأما السيف فلانه سلاح ولا يكره التوجه إليه فقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يصلي للعنزة وهي سلاح قوله: (أو شمع أو سراج) لانهما لا يعبدان والكراهة باعتبارها وإنما يعبدها المجوس إذا كانت في الكانون وفيها الجمر أو في التنور فلا يكره التوجه إليها على غير هذا الوجه، وذكر في غاية البيان اختلاف المشايخ في التوجه إلى الشمع أو السراج والمختار أنه لا يكره ا ه‍. وينبغي أن يكون عدم الكراهة متفقا عليه فيما إذا كان الشمع على جانبيه كما هو المعتاد في مصر المحروسة في ليالي رمضان للتراويح. قال ابن قتيبة في أدب الكاتب في باب ما جاء فيه لغتان: استعمل الناس أضعفهما الشمع بالسكون والاوجه فتح الميم ا ه‍. قوله: (وعلى بساط فيه تصاوير إن لم يسجد عليها) أي لا يكره. والتقييد المذكور بناء على ما في الجامع الصغير وقد قدمنا مفهومه وما في الاصل فلا حاجة إلى إعادته. ثم اعلم أن المصنف لم يستوف ذكر المكروهات في الصلاة فمنها أن كل سنة تركها فهو مكروه تنزيها كما صرح به في منية المصلي من قوله: ويكره وضع اليدين على الارض قبل الركبتين إذا سجد ورفعهما قبلهما إذا قام إلا من عذر، وأن يرفع رأسه أو ينكسه في الركوع، وأن يجهر بالتسمية والتأمين، وأن لا يضع يديه في موضعهما إلا من عذر، وأن يترك التسبيحات في الركوع والسجود، وأن ينقص من ثلاث تسبيحات في الركوع والسجود، وأن يأتي بالاذكار
***
[٥٧]
المشروعة في الانتقالات بعد تمام الانتقال وفيه خللان: تركها في موضعها وتحصيلها في غير موضعها. ذكره في مواضع متفرقة من مكروهات الصلاة. وحاصله أن السنة إذا كانت مؤكدة قوية لا يبعد أن يكون تركها مكروها كراهة تحريم كترك الواجب فإنه كذلك، وإن كانت غير مؤكدة فتركها مكروه تنزيها كما في هذه الامثلة، وإن كان ذلك الشئ مستحبا أو مندوبا وليس بسنة كما هو على اصطلاحنا فينبغي أن لا يكون تركه مكروها أصلا كما صرحوا به من أنه يستحب يوم الاضحى أن لا يأكل أولا إلا من أضحيته. قالوا: ولو أكل من غيرها فليس بمكروه فلم يلزم من ترك المستحب ثبوت كراهته إلا أنه يشكل عليه ما قالوه من أن المكروه تنزيها مرجعه إلى خلاف الاولى، ولا شك أن ترك المستحب خلاف الاولى. ومنها ما في الخلاصة والولوالجية: ولا ينبغي أن يقرأ في كل ركعة آخر سورة على حدة فإنه مكروه عند الاكثر وينبغي أن يقرأ في الركعتين آخر سورة واحدة وهو أفضل من السورة إن كان الآخر أكثر آية ا ه‍. وصحح قاضيخان في شرح الجامع الصغير عدم الكراهة وإن كان الافضل خلافه. ومنها الانتقال من آية من سورة إلى آية أخرى من سورة أخرى أو آية من هذه السورة بينهما آيات، وكذا الجمع بين السورتين بينهما سور أو سورة واحدة في ركعة واحدة مكروه وفي الركعتين إن كان بينهما سور لا يكره، وإن كان بينهما سورة واحدة قال بعضهم يكره، وقال بعضهم إن كانت السورة طويلة لا يكره كما إذا كانت بينهما سورتان قصيرتان. ومنها أن يقرأ في ركعة أخرى سورة وفي ركعة أخرى سورة فوق تلك السورة أو فعل ذلك في ركعة فهو مكروه، وإن وقع هذا من غير قصد بأن قرأ في الركعة الاولى قل أعوذ برب الناس يقرأ في الركعة الثانية هذه السورة أيضا. وهذا كله في الفرائض، أما في النوافل لا يكره كذا في الخلاصة. ومنها ما إذا افتتح سورة وقصده سورة أخرى فلما قرأ آية أو آيتين أراد أن يترك تلك السورة ويفتتح التي أرادها يكره، وكذا لو قرأ أقل من آية وإن كان حرفا. ومنها أن يصلي في ثياب البذلة والمهنة واحتج له في الذخيرة بأنه روي عن عمر رضي الله
***
[٥٨]
عنه أنه رأى رجلا فعل ذلك فقال: أرأيتك لو كنت أرسلتك إلى بع ض الناس أكنت تمر في ثيابك هذه؟ فقال لا. فقال عمر: الله أحق أن يتزين له. وروى البيهقي عنه صلى الله عليه وسلم إذا صلى أحدكم فليلبس ثوبيه فإن الله أحق من أن يتزين له. والظاهر أنها تنزيهية. وفسر ثياب البذلة في شرح الوقاية بميلبسه في بيته ولا يذهب به إلى الاكابر. ومنها أن يحمل صبيا في صلاته، وأما حملصلى الله

عليه وسلم أمامة بنت زينب في الصلاة فأجيب عنه بوجوه. منها: أنه منسوخ بقوله أن في الصلاة لشغلا. وقد أطال الكلام فيهالعلامة الحلبي. ومنها أن يضع في فيه دراهم أو دنانير بحيث لا تمنعه عن القراءة وإن منعه عن أداء الحروف لا يجوز كما في الخلاصة وغيرها. ومنها أن يتم القراءة في الركوع كما في منية المصلي وفي موضع آخر أن يقرأ في غير حالة القيام. ومنها أن يقوم خلف الصف وحده مقتديا بالامام إلا إذا لم يجد فرجة، وكذا يكره للمنفرد أن يقوم في خلال الصفوف فيصلي فيخالفهم في القيام والقعود. ومنها أنه تكره الصلاة في معاطن الابل والمزبلة والمجزرة والمغتسل والحمام والمقبرة وعلى سطح الكعبة، وذكر في الفتاوي إذا غسل موضعا في الحمام ليس فيه تمثال وصلي فيه لا بأس به، وكذا في المقبرة إذا كان فيها موضع آخر أعد للصلاة وليس فيه قبر ولا نجاسة. ومنها أنه يكره للامام أن يعجلهم عن إكمال السنة. ومنها ويكره أن يمكث في مكانه بعد ما سلم في صلى بعدها سنة إلا قدر ما يقول اللهم أنت السلام ومنك السلام تباركت يا ذا الجلال والاكرام، به ورد الاثر كما في منية المصلي. ومنها أن يدخل في الصلاة وقد أخذه غائط أو بول وإن كان الاهتمام يشغله يقطعها وإن مضى عليها أجزأه وقد أساء، وكذا إن أخذه بعد

***

[٥٩]

الافتتاح والاصل فيه ما رواه مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا صلاة بحضرة طعام ولا وهو يدافعه الاخبثان (١) وجعل الشارح مدافعة الريح كالاخبثين وأن الحديث محمول على الكراهية ونفي الفضيلة حتى لو ضاق الوقت بحيث لو اشتغل بالوضوء يفوته يصلي لان مع الاداء الكراهية أولى من القضاء. ومنها أن كل عمل قليل لغير عذر فهو مكروه كما لو تروح على نفسه بمروحة أو كمه والله سبحانه وتعالى أعلم. فصل لما فرغ من بيان الكراهة في الصلاة شرع في بيانها خارجها مما هو من توابعها قوله: (كره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء واستدبارها) والخلاء بالمد بيت التغوط وأما بالقصر فهو النبت. والكراهة تحريمية لما أخرجه الستة عنه صلى الله عليه وسلم إذا أتيتم الغائط فلا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها ولكن شرقوا أو غربوا (٣) ولهذا كان الاصح من الروايتين كراهة الاستدبار كالاستقبال، وهو بإطلاقه يتناول الفضاء والبنيان. وفي فتح القدير: ولو نسي فجلس مستقبلا فذكر يستحب له الانحراف بقدر ما يمكنه لما أخرجه الطبري مرفوعا من جلس يبول قبالة القبلة فذكر فانحرف عنها إجلالا لها لم يقم من مجلسه حتى يغفر له وكما يكره للبالغ ذلك يكره له أن يمسك الصبي نحوها ليبول. وقالوا: يكره أن يمد رجليه في النوم وغيره إلى القبلة أو المصحف أو كتب الفقة إلا أن تكون على مكان مرتفع عن المحاذاة ا ه‍. قوله: (وغلق باب المسجد) لانه يشبه المنع من الصلاة قال تعالى * (ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه) * (البقرة: ١١٤) والاغلاق يشبه المنع فيكره. قال في الهداية: وقيل لا بأس به إذا خيف على متاع المسجد ا ه‍. وهو أحسن من التقييد بزماننا كما في عبارة بعضهم فالمدار خشية الضرر على المسجد، فإن ثبت في زماننا في جميع الاوقات ثبت كذلك إلا في

***

[٦٠]

أوقات الصلاة أو لا فلا أو في بعضها ففي بعضها. كذا في فتح القدير. وفي العناية: والتدبير في الغلق لاهل المحلة فإنهم إذا اجتمعوا على رجل وجعلوه متوليا بغير أمر القاضي يكون متوليا اه‍. وفي النهاية: وكان المتقدمون يكرهون شد المصاحف واتخاذ المشدة لها كيلا يكون ذلك في صورة المنع من قراءة القرآن، فهذا مثله أو فوقه لان المصحف ملك لصاحبه والمسجد ليس بملك لاحد ا ه‍. ومن هنا يعلم جهل بعض مدرسي زماننا من منعهم من يدرس في مسجد تقرر في تدريسه أو كراهتهم لذلك زاعمين الاختصاص بها دون غيرهم حتى سمعت من بعضهم أنه يضيفها إلى نفسه ويقول هذه مدرستي أو لا تدرس في مدرستي، وأعجب من ذلك أنه إذا غضب على شخص يمنعه من دخول المسجد خصوصا بسبب أمر دنيوي، وهذا كله جهل عظيم ولا يبعد أن يكون كبيرة فقد قال الله تعالى * (وإن المساجد لله) * (الجن: ١٨) وما تلوناه من الآية السابقة فلا يجوز لاحد مطلقا أن يمنع مؤمنا من عبادة يأتي بها في المسجد لان المسجد ما بني إلا لها من صلاة واعتكاف وذكر شرعي وتعليم علم وتعلمه وقراءة قرآن. ولا يتعين مكان مخصوص لاحد حتى لو كان للمدرس موضع من المسجد يدرس فيه فسبقه غيره إليه ليس له إزعاجه وإقامته منه فقد قال الامام الزاهدي في فتاويه المسماة بالقنية

معزيا إلى فتاوي العصر: له في المسجد موضع معين يواظب عليه وقد شغله غيره قال الاوزاعي: له أن يزعجه وليس له ذلك عندنا ا هـ. ومن الفروع الدالة على أن مدرس المسجد كغيره ما قاله في القنية أيضا: ليس للمدرس في المسجد أن يجعل من بيته بابا إلى المسجد وإن فعل أدى ضمان نقصان الجدار إن وقع فيه ا هـ. وأعجب من ذلك أن بعض مدرسي الاروام يعتقد في المسجد الذي له مدرس أنه مدرسة وليس بمسجد حتى ينتهك حرمته بالمشي فيه بنعله المتنجس مع تصريح الواقف بجعله مسجدا، وسيأتي شروط المسجد إن شاء الله تعالى في كتاب الوقف. قوله: (والوطئ فوقه والبول والتخلي) أي وكره الوطئ فوق المسجد وكذا البول والتغوط لان سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح الاقتداء منه بمن تحته، ولا يبطل الاعتكاف بالصعود إليه ولا يحل للجنب الوقوف عليه. والمراد بالكراهة كراهة التحريم وصرح الشارح بأن الوطئ فيه حرام لقوله تعالى * (ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد) * (البقرة: ١٨٧) وذكر في فتح القدير أن الحق أنها كراهة تحريم لان الآية ظنية الدلالة لانها محتملة كون التحريم للاعتكاف أو للمسجد وبمثلها لا يثبت التحريم ولان تطهيره واجب لقوله تعالى * (أن طهرا بيتي للطائفين والعاكفين والركع السجود) * (البقرة: ١٢٥) ولما أخرجه المنذري مرفوعا جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وبيعكم وشراءكم ورفع أصواتكم وسل سيوفكم وإقامة حدودكم وجمروها في الجمع واجعلوا على أبوابها المطاهر (١) ا هـ. واختلف المشايخ في كراهية إخراج

***

[٦١]

الريح في المسجد. وأشار المصنف إلى أنه لا يجوز ادخال النجاسة المسجد وهو مصرح به فلذا ذكر العلامة قاسم في بعض فتاويه أن قولهم إن الدهن المتنجس يجوز الاستصباح به مقيد بغير المساجد فإنه لا يجوز الاستصباح به في المسجد لما ذكرنا، ولهذا قال في التجنيس: وينبغي لمن أراد أن يدخل المسجد أن يتعاهد النعل والخف عن النجاسة ثم يدخل فيه احترازا عن تلويث المسجد. وقد قيل: دخول المسجد متنعلا من سوء الادب وكان إبراهيم النخعي يكره خلع النعلين ويرى الصلاة معها أفضل لحديث خلع النعال. وعن علي رضي الله عنه أن كان له زوجان من نعل إذا توضأ انتعل بأحدهما إلى باب المسجد ثم يخلعه وينتعل بالآخر ويدخل المسجد إلى موضع صلاته ولهذا قالوا: إن الصلاة مع النعال والخفاف الطاهرة أقرب إلى حسن الادب ا هـ. وفي الخلاصة وغيرها: ويكره الوضوء والمضمضمة في المسجد إلا أن يكون موضع فيه اتخذ للوضوء ولا يصلي فيه. زاد في التجنيس: لو سبقه الحدث وقت الخطبة يوم الجمعة فإن وجد الطريق انصرف وتوضأ وإن لم يمكنه الخروج يجلس ولا يتخطى رقاب الناس، فإن وجد ماء في المسجد وضع ثوبه بين يديه حتى يقع الماء عليه ويتوضأ بحيث لا يجنس المسجد ويستعمل الماء على التقدير، ثم بعد خروجه من المسجد يغسل ثوبه وهذا حسن جدا. ويكره مسح الرجل من الطين والردغة بإسطوانة المسجد أو بحائط من حيطان المسجد لان حكمه حكم المسجد، وإن مسح ببردي المسجد أو بقطعة حصير ملقاة فيه لا بأس به لان حكمه ليس حكم المسجد ولا له حرمة المسجد وهكذا قالوا: إن الاولى أن لا يفعل. وإن مسح بتراب في المسجد فإن كان مجموعا لا بأس به، وإن كان التراب منبسطا يكره هو المختار وإليه ذهب أبو القاسم الصفار لان له حكم الارض فكان من المسجد. وإن مسح بخشبة موضوعة في المسجد فلا بأس به لانه ليس لهذه الخشبة حكم المسجد فلا يكون لها حرمة المسجد، وكذا إذا مسح بحشيش مجتمع أو حصير مخرق لا بأس به لانه لا حرمة له إنما الحرمة للمسجد ا هـ. ولكون المسجد يصان عن القاذورات ولو كانت طاهرة يكره البصاق فيه ولا يلقى لا فوق البواري ولا تحتها للحديث المعروف إن المسجد لينزوي من النخامة كما ينزوي الجلد من النار ويأخذ النخامة بكمه أو بشئ من ثيابه، فإن اضطر إلى ذلك كان البصاق فوق البواري خيرا من البصاق تحتها لان البواري ليست من المسجد حقيقة ولها حكم المسجد، فإذا ابتلي ببليتين يختار أهونهما، فإن لم يكن فيها بوار يدفنها في التراب ولا يدعها على وجه الارض وقالوا: إذا نزح الماء النجس من البئر كره له أن يبل به الطين فيطين به المسجد على قول من اعتبر نجاسة الطين. وفي الظهيرية

***

[٦٢]

وغيرها: ويكره غر س الاشجار في المسجد لانه يشبه البيعة إلا أن يكون به نفع للمسجد كأن يكون ذا نز أو اسطوانية لا تستقر فيغرس ليجذب عروق الاشجار ذلك النز فحينئذ يجوز وإلا فلا وإنجوز مشايخنا في المسجد الجامع بخارى لما فيه من الحاجة. قالوا: ولا يتخذ في

المسجد بئر ماء لانه يخل حرمة المسجد فإنه يدخله الجنب والحائض، وإن حفر فهو ضامن بما حفر إلا أن ما كان قديما فيترك كبئر زمزم في المسجد الحرام. ولا بأس برمي عش الخفاش والحمام لان فيه تنقية المسجد من زرقها. وقالوا: ولا يجوز أن تعمل فيه الصنائع لانه مخلص لله تعالى فلا يكون محلا لغير العبادة غير أنهم قالوا في الخياط: إذا جلس فيه لمصلحته من دفع الصبيان وصيانة المسجد لا بأس به للضرورة ولا يدق الثوب عند طيه دقا عنيفا. والذي يكتب إن كان بأجر يكره وإن كان بغير أجر لا يكره. قال في فتح القدير: هذا إذا كتب القرآن والعلم لانه في عبادة، أما هؤلاء المكتبون الذين يجتمع عندهم الصبيان واللغط فلا، ولو لم يكن لغط لانهم في صناعة لا عبادة إذ هم يقصدون الاجارة ليس هو لله بل للارتزاق ومعلم الصبيان القرآن كالكاتب إن كان لاجر لا وحسبة لا بأس به ا ه. وفي الخلاصة: رجل يمر في المسجد ويتخذه طريقا إن كان لغير عذر لا يجوز وبعذر يجوز، ثم إذا جاز يصلي كل يوم تحية المسجد مرة ا ه. وفي القنية: يعتاد المرور في الجامع يأثم ويفسق ولو دخل المسجد للمرور فلما توسطه ندم، قيل يخرج من باب غير الذي قصده، وقيل يصلي ثم يتخير في الخروج، وقيل إن كان محدثا يخرج من حيث دخل إعداما لماجنى ويكره تخصيص مكان في المسجد لنفسه لانه يخل بالخشوع. أعظم المساجد حرمة المسجد الحرام ثم مسجد المدينة ثم مسجد بيت المقدس ثم الجوامع ثم مساجد المحال ثم مساجد الشوارع فإنها أخف مرتبة حتى لا يعتكف فيها أحد إذا لم يكن لها إمام معلوم ومؤذن، ثم مساجد البيوت فإنه لا يجوز حتى الاعتكاف فيها إلا للنساء. وإذا قسم أهل المحلة المسجد وضربوا فيه حائطا ولكل منهم إمام على حدة ومؤذنهم واحد لا بأس به، والاولى أن يكون لكل طائفة مؤذن كما يجوز لاهل المحلة أن يجعلوا المسجد الواحد مسجدين فلهم أن يجعلوا المسجدين واحدا لاقامة الجماعات إما للتدريس أو للتذكير فلا، لانه ما بنى له وإن جاز فيه ولا يجوز التعليم في دكان في فناء المسجد عند أبي حنيفة وعندهما يجوز إذا لم يضر بالعامة ا ه. ما في القنية. ولا يخفى أن المسجد الجامع تدبيره وعمارته وإصلاحه للامام أو نائبه كما صرحوا به في كتاب القسامة، فللامام أو نائبه أن يجعل الجامع

***

[٦٣]

مسجدين بضرب حائط ونحوه كالاهل المحلة. ولا بد أن نذكر أحكام تحية المسجد فنقول: هي على حذف مضاف أي تحية رب المسجد لان المقصود منها التقرب إلى الله تعالى لا إلى المسجد لان الانسان إذا دخل بيت الملك فإنما يحيي الملك لا بيته. كذا ذكره العلامة الحلبي. وقد حكى الاجماع على سنيتها غير أن أصحابنا يكرهونها في الاوقات المكروهة تقديما لعموم الحاظر على عموم المبيح، وقد قدمنا أنه إذا تكرر دخوله في كل يوم فإنه يكفيه ركعتان لها في اليوم. وذكره في الغاية أنها لا تسقط بالجلوس عند أصحابنا فإنه قال في الحاكم إذا دخل المسجد للحكم فهو بالخيار عندنا إن شاء صلى تحية المسجد عند دخوله وإن شاء صلاها عند انصرافه فلم تسقط بالجلوس لانها لتعظيم المسجد وحرمته ففي أي وقت صلاها حصل المقصود من ذلك ا ه. وفي الظهيرية: ثم اختلفوا في صلاة التحية أنه يجلس ثم يقوم ويصلي أو يصلي قبل أن يجلس. قال بعضهم: يجلس ثم يقوم. وعامة العلماء قالوا: يصلي كما يدخل المسجد ا ه. قلت: ويشهد لقول العامة وهو الصحيح كما في القنية ما في الصحيحين عن أبي قتادة الانصاري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يصلي ركعتين (١) وإنما قلنا بعدم سقوطها بالجلوس لما أخرجه ابن حبان في صحيحه عن أبي ذر قال: دخلت المسجد فإذا رسول الله صلى الله عليه وسلم جالس وحده فقال: يا أبا ذر إن للمسجد تحية وإن تحيته ركعتان فقم فاركعهما فقمت فركعتهما ا ه. وقد قالوا: إن كل صلاة صلاها عند دخوله فرضا أو سنة فإنها تقوم مقام التحية بلا نية كما في البدائع وغيره، فلو نوى التحية الفرض فظاهر ما في المحيط وغيره أنه يصح عندهما، وعند محمد لا يكون داخلا في الصلاة فإنهم قالوا: لو نوى الدخول في الظهر والتطوع فإنه يجوز عن الفرض عند أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة، وعن محمد لا يكون داخلا. وصرح في الظهيرية بكراهة الحديث أي كلام الناس في المسجد لكن قيده بأن يجلس لاجله. وفي فتح القدير: الكلام المباح فيه مكروه يأكل الحسنات، وينبغي تقييده بما في الظهيرية. أما إن جلس للعبادة ثم بعدها تكلم فلا. وأما النوم في المسجد فاختلف المشايخ فيه. وفي التجنيس: الاشبه بما تقدم من المسائل أنه يكره لانه ما أعد لذلك وإنما بني لاقامة الصلاة، وأما الجلوس في المسجد للمصيبة فمكروه لانه لم يبن له.

وعن الفقيه أبي الليث أنه لا بأس به لان النبي صلى الله عليه وسلم حين بلغه قتل جعفر وزيد بن حارثة جلس في المسجد والناس يأتونه ويعزونه، والمفتي به أنه
***
[٦٤]
لا يلازم غريمه في المسجد لان المسجد بني لذكر الله تعالى. ويجوز الجلوس في المسجد لغير الصلاة، ولا بأس به للقضاء كالتدريس والفتوى ا ه. وسيأتي إن شاء الله تعالى بقية أحكام المسجد في الوقف والكراهية والجنايات ومسألة الذهاب إلى الاقدم أو إلى مسجد حيه أو إلى من كان إمامه أصلح مذكورة في الخلاصة وغيرها بتفاريعها. قوله: (لا فوق بيت فيه مسجد) أي لا يكره ما ذكر في بيت فيه أو فوقه في ذلك البيت مسجد وهو مكان في البيت أعد للصلاة فإنه لم يأخذ حكم المسجد وإن كان يستحب للانسان، رجلا كان أو امرأة، أن يتخذ في داره مكانا خاليا لصلاته وبه أمر النبي صلى الله عليه وسلم أصحابه. واختلفوا في مصلى الجنازة والعيد فصحح في المحيط في مصلى الجنائز أنه ليس له حكم المسجد أصلا، وصحح في مصلى العيد كذلك إلا في حق جواز الاقتداء وإن لم تتصل الصفوف. وفي النهاية وغيرها: والمختار للفتوى في المسجد الذي اتخذ لصلاة الجنازة والعيد أنه مسجد في حق جواز الاقتداء وإن انفصل الصفوف رفقا بالناس، وفيما عدا ذلك ليس له حكم المسجد ا ه. وظاهر ما في النهاية أنه يجوز الوطئ والبول والتخلي في مصلي الجنائز والعيد، ولا يخفى ما فيه فإن الباني لم يعده لذلك فينبغي أن لا، تجوز هذه الثلاثة وإن حكمنا بكونه غير مسجد، وإنما تظهر فائدته في بقية الاحكام التي ذكرناها ومن حل دخوله للجنب والحائض. قوله: (ولانقشه بالجص وماء الذهب) أي ولا يكره نقش المسجد وهو المذكور في الجامع الصغبلفظ لا بأس به. وقيل يكره للحديث إن من اشراط الساعة تزيين المساجد وقيل مستحب لانه من عمارته وقد مدح الله فاعلها بقوله * (إنما يعمر مساجد الله) * (التوبة:
***
[٦٥]
١٨) وأصحابنا قالوا بالجواز من غير كراهة ولا استحباب لان مسجد رسول الله كان مسقفا من جريد النخل وكان يكف إذا جاء المطر وكان كذلك إلى زمن عثمان ثم رفعه عثمان وبناه وبسط فيه الحصى كما هو اليوم كذلك. ومحل الاختلاف في غير نقش المحراب، أما نقشه فهو مكروه لانه يلهي المصلي كما في فتح القدير وغيره. قال المصنف في الكافي: وهذا إذا فعل من مال نفسه أما المتولي فإنما يفعل من مال الوقف ما يحكم البناء دون النقش، فلو فعل ضمن حينئذ لما فيه من تضييع المال، فإن اجتمعت أموال المساجد وخاف الضياع بطمع الظلمة فيها لا بأس به حينئذ ا ه. وصرح في الغاية أن جعل البياض فوق السواد للنقاء موجب لضمان المتولي، ولا يخفى أن محله ما إذا لم يكن الواقف فعل مثل ذلك، أما إن كان كذلك فله البياض لقولهم في عمارة الوقف أنه يعمر كما كان. وقيد بكونه للنقاء إذ لو قصد به أحكام البناء فإنه لا يضمن، وقيدوا بالمسجد إذ نقش غيره موجبللضمان إلا إذا كان مكانا معدا للاستغلال تزيد الاجرة به فلا بأس به. وأرادوا من المسجد داخله لقول صاحب النهاية: ولان من تزيينه ترغيب الناس في الاعتكاف والجلوس في المسجد لانتظار الصلاة وذلك حسن ا ه. فيفيد أن تزيين خارجه مكروه، وأما من مال الوقف فلا شك أنه لا يجوز للمتولي فعله مطلقا لعدم الفائدة فيه خصوصا إذا قصد به حرمان أرباب الوظائف كما شاهدناه في زماننا من دهنهم الحيطان الخارجة، وسيأتي إن شاء الله تعالى بأتم من هذا في كتاب الوقف. وفي النهاية: وليس بمستحسن كتابة القرآن على المحاريب والجدران لما يخاف من سقوط الكتابة وأن توطأ. وفي جامع النسفي: مصلى أو بساط فيه أسماء الله تعالى يكره بسطوت استعماله في شئ، وكذا لو كان عليه الملك لا غير أو الالف واللام وحدها، وكذا يكره إخراجه عن ملكه إذا لم يأمن من استعمال الغير فالواجب أن يوضع في أعلى موضع لا يوضع فوقه شئ، وكذا يكره كتابة الرقاع وإلصاقها في الابواب لما فيه من الاهانة ا ه. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب. باب الوتر والنوافل لا خفاء في حسن تأخيرهما عن الفرائض. والوتر في اللغة خلاف الشفع وأوتر صلى
***
[٦٦]
الوتر. كذا في المغرب. وهو في الشرع صلاة مخصوصة وهي ثلاث ركعات بعد العشاء، والنفل في اللغة الزيادة وفي الشريعة زيادة

عبادة شرعت لنا لا علينا، ووجوه اشتقاقه يدل على الزيادة ولهذا يسمى ولد الولد نافلة لانه زيادة على الولد الصلبي وتسمى الغنيمة نفلا لانها زيادة على أصل المال قوله: (الوتر واجب) وهذا آخر أقوالابي حنيفة وهو الصحيح. كذا في المحيط. والاصح كما في الخانية وهو الظاهر من مذهبه كذا في المبسوط وروي عنه أنه فرض وعنه أنه سنة. ووفق المشايخ بينهما بأنه فرض عملا، واجب اعتقادا، سنة ثبوتا ودليلا. وأما عندهما فسنة عملا واعتقادا ودليلا لكن سنة مؤكدة آكد من سائر السنن المؤقتة كما في البدائع لظهور أثر السنن فيحيث لا يؤذن له ولم يثبت عندهما دليل الوجوب فنفياه. وأما استدلاله في الهداية لهما بأنه لا يكفر جاحده لا يفيد إذ إثبات اللازم لا يستلزم إثبات الملزوم المعين إلا إذا ساواه وهو هنا أعم، وإن عدم الاكفار بالجحد لازم الوجوب كما هو لازم السنة والمدعي الوجوب لا الفرض، وأما الامام فثبت عنده دليل الوجوب وهو الحديث وأحسن ما يعين منه ما رواه أبو داود مرفوعا الوتر حق فمن لم يوتر فليس مني، الوتر حق فمن لم يوتر فليس مني، الوتر حق فمن لم يوتر فليس مني رواه الحاكم وصححه. وما رواه مسلم مرفوعا أوتر وأقبل أن تصبحوا والامر للوجوب. وأما ما في الصحيحين من أنه عليه السلام أو تر على بعيره فواقعة حال لا عموم لها فيجوز كونه كان للعذر والاتفاق على أن الفرض يصلي على الدابة لعذر الطين والمرض ونحوه أو أنه كان قبل وجوبه لان وجوبه لم يقارن وجوب الخمس بل متأخر، وقد روي أنه عليه السلام كان ينزل للوتر. وأما حديث الاعرابي حين قال له هل علي غيرها أي الصلوت الخمس فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: لا إلا أن تطوع. فلا يدل على عدم وجوب الوتر كما زعمه النووي في شرح مسلم لانه كان في

***

[٦٧]

أول الاسلام ثم وجب الوتر بعده بدليل أنه سأله عن العبادة المالية فأخبره بالزكاة فقال هل علي غيرها؟ فقال: لا. كما ذكر في الصلاة مع أن صدقة الفطر فرض عندهم بدليله فما هو جوابهم عنها فهو جوابنا عنه، ولا يلزم من القول بوجوبه الزيادة على الفرائض الخمس القطعية لانليس بفرض قطعي. وذكر في البدائع حكاية هي أن يوسف بن خالد السمي كان من أعيان فقهاء البصرة فسأل أبا حنيفة عنه فقال: إنه واجب. فقال له: كفرت يا أبا حنيفة ظنا منه أنه يقول إنه فريضة. فقال أبو حنيفة: أيهولني إكفارك إياي وأنا أعرف الفرق بين الفرض والواجب كفرق ما بين السماء والارض، ثم بين له الفرق بينهما فاعتذر إليه وجلس عنده للتعلم اه. وفي المحيط: لا يجوز الوتر قاعدا مع القدرة على القيام ولا على راحلته من غير عذر لان عنده الوتر واجب وأداء الواجبات والفرائض على الراحلة من غير عذر لا يجوز، وعندهما وإن كان سنة لكن صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يتنفل على راحلته من غير عذر في الليل وإذا بلغ الوتر نزل فيوتر على الارض اه. فأفاد أنه لا يجوز قاعدا وراكبا من غير عذر باتفاق أبي حنيفة وصاحبيه. وصرح في الهداية بأنه يجب قضاؤه إذا فاته بالاجماع وصححه في التجنيس، وعلل له في المحيط بقوله: أما عنده فلانه واجب، وأما عندهما فلقوله عليه السلام من نام عن وتر أو نسيه فليصله إذا ذكره (١) اه. وصرح في الكافي بأن وجوب قضائه ظاهر الرواية عنهما، وروي عنهما عدمه وسيأتي أنه لا يصلي خلف النفل اتفاقا، فظهر بهذا أنه لا فرق بين قوله بوجوبه وبين قولهما بسنيته من جهة الاحكام فإن السنة المؤكدة بمنزلة الواجب إلا في فساد الصبح بتذكره وفي قضائه بعد طلوع الفجر قبل طلوع الشمس. قال في التجنيس: عند أبي حنيفة يقضيه بعد طلوع الفجر قبل طلوع الشمس وبعد صلاة العصر لانه واجب عنده فيجوز قضاؤه فيه كقضاء سائر الفرائض، وعندهما لا لانه سنة عندهما ا ه. لكن تعقب صاحب الهداية في فتح القدير بأنه سنة عندهما فوجوب القضاء محل النزاع، وقد علمت دفعه بما في المحيط. وفي الظهيرية والولوالجية والتجنيس وغيرهما: أهل قرية اجتمعوا على ترك الوتر أدبهم الامام وحبسهم فإن لم يمتنعوا قاتلهم، وإن امتنعوا عن أداء السنن فجواب أئمة

***

[٦٨]

بخارى بأن الامام يقاتلهم كما يقاتلهم على ترك الفرائض لما روي عن عبد الله بن المبارك أنه قال: لو أن أهل بلدة أنكرو سنة السواك لقاتلتهم كما نقاتل المرتدين اه. وفي العمدة: اجتمع قوم على ترك الاذان يؤدبهم الامام وعلى ترك السنن يقاتلهم. زاد في الخلاصة بأن هذا إذا تركها جفاء لكن رآها حقا فإن لم يرها حقا يكفر. وذكر في التحقيق لصاحب الكشف أن الواجب نوعان: واجب في قوة الفرض في العمل كالوتر عند أبي حنيفة حتى منع تذكره صحة الفجر كتذكر العشاء، وواجب دون الفرض في العمل فوق السنة

كتعيين الفاتحة حتى وجب سجود السهو بتركه ولكن لا تفسد الصلاة اه. وفي البدائع أن وجوبه لا يختص بالبعض دون البعض بل يعم الناس أجمع من الحر والعبد والذكر والانثى إن كان أهلا للوجوب لعموم الدلائل. قوله (وهو ثلاث ركعات بتسليمة) أي الوتر لما رواه الحاكم وصححه وقال على شرطهما عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر بثلاث لا يسلم إلا في آخرهن. قيل للحسن: إن ابن عمر كان يسلم في الركعتين من الوتر فقال: كان عمر أفقه منه وكان ينهض في الثانية بالتكبير اه. ونقله الطحاوي عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم. وأما قوله صلى الله عليه وسلم صلاة الليل مثنى مثنى وإذا خشي الصبح صلى واحدة فأوترت له ما صلى (٢) فليس فيه دلالة على أن الوتر واحدة بتحريمة مستأنفة ليحتاج إلى الاشتغال بجوابه إذا يحتمل كلا من ذلك ومن كونه إذا خشي الصبح صلى واحدة متصلة ومع الاحتمال لا يقاوم الصرائح الواردة، وقد روى الامام أبو حنيفة بسنده أنه عليه السلام كان يقرأ في الاولى سبح اسم ربك الاعلى، وفي الثانية قل يا أيها الكافرون، وفي الثالثة قل هو الله أحد. وما وقع في السنن وغيرها من زياد المعوذتين أنكرها الامام أحمد وابن معين ولم يخترها أكثر أهل العلم كما ذكره الترمذي. كذا في شرح منية المصلي. وصحح الشارح الزيلعي أنه لا يجوز اقتداء الحنفي بمن يسلم من الركعتين في الوتر وجوزه أبو بكر الرازي ويصلي معه بقية الوتر لان

***

[٦٩]

إمامه لم يخرج بسلامه عنده وهو مجتهد فيه كما لو اقتدى بإمام قد رعف. واشتراط المشايخ لصحة اقتداء الحنفي في الوتر بالشافعي أن لا يفصله على الصحيح مفيد لصحته إذا لم يفصله اتفاقا، ويخالفه ما ذكره في الارشاد من أنه لا يجوز الاقتداء في الوتر بالشافعي بإجماع أصحابنا لانه اقتداء المفترض بالمتنفل فإنه يفيد عدم الصحة فصل أو وصل فلذا قال بعده: والاول أصح مشيرا إلى أن عدم الصحة إنما هو عند الفصل لا مطلقا معللا بأن اعتقاد الوجوب ليس بواجب على الحنفي اه. فمراده من الاول هو قوله في شروط الاقتداء بالشافعي ولا يقطع وتره بالسلام هو الصحيح، ويشهد للشارح ما في السراج الوهاج أن الاقتداء به في العيدين صحيح ولم يرد فيه خلاف مع أنه سنة عند الشافعي وواجب عندنا، وما نقله أصحاب الفتاوى عن ابن الفضل أن اقتداء الحنفي في الوتر بمن يرى أنه سنة كاليوسفي صحيح لان كلا يحتاج إلى نية الوتر فلم تختلف نيتهما فأهدر اختلاف الاعتقاد في صفة الصلاة واعتبر مجرد اتحاد النية. واستشكله في فتح القدير بما ذكره في التجنيس وغيره من أن الفرض لا يتأدى بنية النفل ويجوز عكسه، فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز وتر الحنفي اقتداء وتر الشافعي بناء على أنه لم يصح شروعه في الوتر لانه بنيته إياه إنما نوى النفل الذي هو الوتر فلا يتأدى الواجب بنية النفل، وحينئذ فالاقتداء به فيه بناء على المعدوم في زعم المقتدي. نعم يكن أن يقال: لو لم يخطر بخاطره عند النية صفة من السنة أو غيرها بل مجرد الوتر ينتفي المانع فيجوز لكن إطلاق مسألة التجنيس يقتضة أنه لا يجوز وإن لم يخطر بخاطره نفلية وفرضية بعد أن كان المتقرر في اعتقاده نفليته وهو غير بعيد للمتأمل اه..

***

[٧٠]

وحاصلة ترجيح ما في الارشاد وتضعيف تصحيح الزيلعي، وما في الفتاوى عن ابن الفضل وليس فيما ذكره دليل عليه لان ما في التجنيس وغيره إنما هو في الفرض القطعي والوتر ليس بفرض قطعي إنما هو واجب ظني ثبت بالسنة فلا يلزم اعتقاد وجوبه للاختلاف فيه فلم يلزم في صحته تعيين وجوبل تعيين كونه وترا، بل صرح في المحيط والبدائع بأنه ينوي صلاة الوتر والعيديد فقط. وصرح بعض المشايخ كما في شرح منية المصلي بأنه لا ينوي في الوتر أنه واجب للاختلاف في وجوبه، فظهر بهذا أن المذهب الصحيح صحة الاقتداء بالشافعي في الوتر إن لم يسلم على رأس الركعتين وعدمها إن سلم والله الموفق للصواب. ثم اعلم أن قوله في فتح القدير لكن إطلاق مسألة التجنيس يقتضي إلى آخره غفلة عما ذكره صاحب التجنيس في باب الوتر منه ولفظه: إذا اقتدى في الوتر بمن يراه سنة وهو يراه واجبا ينظر إن كان نوى الوتر وهو يراه سنة أو تطوعا جاز الاقتداء بمنزلة من صلى الظهر خلف آخر وهو يرى أن الركوع سنة أو تطوع، وإن كان افتتح الوتر بنية التطوع أو بنية السنية لا يصح الاقتداء لانه يصير اقتداء المفترض بالمتنفل. كذا ذكره الامام الرستغفني. هذا والذي ينبغي أن يفهم من قولهم إنه لا ينوي أنه واجب أنه لا يلزمه تعيين الوجوب لا أن المراد منعه من أن ينوي وجوبه لانه لا

يخلو إما أن يكون حنفيا أو غيره، فإن كان حنفيا فينبغي أن ينويه ليطابق اعتقاده، وإن كان غيره فلا تضره تلك النية فإن من المعلوم أن انتفاء الوصف لا يوجب انتفاء الاصل فيبقى الاصل وهو صلاة الوتر هنا وقد كان يخرج به عن العهدة. قوله (وقنت في ثالثته قبل الركوع ابدا) لما أخرجه النسائي عن أبي بن كعب أنه عليه الصلاة والسلام كان يقنت قبل الركوع. وما في حديث أنس من أنه عليه السلام قنت بعد الركوع فالمراد منه أن ذلك كان شهرا منه فقط بدليل ما في الصحيح عن عاصم الاحول
***
[٧١]
سألت أنسا عن القنوت في الصلاة قال: نعم. قلت: أكان قبل الركوع أو بعده؟ قال: قبله. قلت: فإن فلانا أخبرني عنك أنك قلت بعده قال: كذب إنما قنت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الركوع شهرا. وظاهر الاحاديث يدل على القنوت في جميع السنة، وأما ما رواه أبو داود أن عمر رضي الله عنه جمع الناس على أبي بن كعب فكان يصلي بهم عشرين ليلة من الشهر - يعني رمضان - ولا يقنت بهم إلا في النصف الثاني فإذا كان العشر الاواخر تخلف فصلى في بيته، فلا يدل على تخصيصه بالنصف الثاني من رمضان لان القنوت فيه يحتمل أن يكون طول القيام فإنه يقال عليه كما يقال على الدعاء وترجح الاول لتخصيص النصف الاخير بزيادة الاجتهاد فليس هو المتنازع فيه. والكلام في القنوت في خمسة مواضع: في صفته ومحل أدائه ومقداره ودعائه وحكمه إذا فات. أما الاول فقد ذكره المصنف في باب صفة الصلاة من الواجبات وهو مذهب أبي حنيفة وعندهما سنة كالوتر، ويشهد للوجوب قوله صلى الله عليه وسلم للحسن حين علمه القنوت، اجعل هذا في وترك. والامر للوجوب لكنه تعقبه في فتح القدير بأنه لم يثبت، ومنهم من حاول الاستدلال
***
[٧٢]
بالمواظبة المفادة من الاحاديث وهو متوقف على كونها غير مقرونة بالترك مرة لكن مطلق المواظبة أعم من المقرونة به أحيانا وغير المقرونة ولا دلالة للاعم على الاخص وإلا لوجبت بهذه الكلمات عينا أو كانت أولى من غيرها لكن المتقرر عندهم الدعاء المعروف اللهم إنا نستعينك كما سيأتي اه. وأطلقه فشمل الاداء والقضاء فلذا قالوا: ومن يقضي الصلوات والاوتار يقنت في الاوتار احتياطا. وعلله الولوالجي في فتاواه بأنه إن كان عليه الوتر كان عليه القنوت وإن لم يكن عليه الوتر فالقنوت يكون في التطوع والقنوت في التطوع لا يضر اه. وهو يقتضي أن قضاءه ليس لكونه لم يؤد حقيقة بل احتياطا وليس هو بمستحب. قال في مآل الفتاوى: ولما لم يفته شئ من الصلوات وأحب أن يقضي جميع الصلوات التي صلاها متداركا لا يستحب لذلك إذا كان غالب ظنه فساد ما صلى ورد النهي عنه صلى الله عليه وسلم. وما حكي عن أبي حنيفة أنه قضى صلاة عمره فإن صح النقل فنقول كان يصلي المغرب والوتر أربع ركعات بثلاث قعدات اه. وفي التجنيس: شك في الوتر وهو في حالة القيام أنفي الثانية أم في الثالثة يتم تلك الركعة ويقنت فيها لجواز أنها الثالثة، ثم يقعد فيقوم فيضيف إليها ركعة أخرى ويقنت فيها أيضا، وهو المختار. فرق بين هذا وبين المسبوق بركعتين في الوتر في شهر رمضان إذا قنت مع الامام في الركعة الاخيرة من صلاة الامام حيث لا يقنت في الركعة الاخيرة إذا قام إلى القضاء في قولهم جميعا. والفرق أن تكرار القنوت في موضعه ليس بمشروع وههنا أحدهما في موضعوالآخر ليس في موضعه فجاز، فأما المسبوق فهو مأمور بأن يقنت مع الامام فصار ذلك موضعا له، فلو أتى بالثاني كان ذلك تكرارا للقنوت في موضعه اه. وفي المحيط معزيا إلى الاجناس: لو شك أنه في الاولى أو في الثانية أو في الثالثة فإنه
***
[٧٣]
يقنت في الركعة التي هو فيها ثم يقعد ثم يقوم فيصلي ركعتين بقعدتين ويقنت فيهما احتياطا. وفي قول آخر: لا يقنت في الكل أصلا لان القنوت في الركعة الثانية والاولى بدعة وترك السنة أسهل من الاتيان بالبدعة والاول أصح لان القنوت واجب، وما تردد بين الواجب والبدعة يأتي به احتياطا اه. وفي الذخيرة: إن قنت في الاولى أو في الثانية ساهيا لم يقنت في الثالثة لانه لا يتكرر في الصلاة الواحدة اه. وفيه نظر لانه إذا كان مع الشك في كونه في محله يعيده ليقع في محله كما قدمناه فمع اليقين بكونه في غير محله أولى أن يعيده كما لو قعد بعد الاولى ساهيا لا يمنعه أن يقعد بعد الثانية، ولعل ما في الذخيرة مبني على القول الضعيف القائل بأنه لا يقنت في

الكل أصلا كما لا يخفي. وأما الثاني فقد ذكرناه. وأما مقداره فقد ذكر الكرخي أن مقدار القيام في القنوت مقدار سورة إذا السماء انشقت وكذا ذكر في الاصل لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يقرأ في القنوت اللهم إنا نستعينك اللهم اهدنا وكلاهما على مقدار هذه السورة. وروي أنه عليه السلام كان لا يطول في دعاء القنوت. كذا في البدائع. وأما دعاؤه فليس فيه دعاء مؤقت. كذا ذكر الكرخي في كتاب الصلاة لانه روي عن الصحابة أدعية مختلفة في حال القنوت، ولان المؤقت من الدعاء يذهب بالرقة كما روي عن محمد فيبعد عن الاجابة، ولانه لا يؤقت في القراءة لشئ من الصلوات ففي دعاء القنوت، أولى. وقال بعض مشايخنا: المراد من قوله ليس فيه دعاء مؤقت ما سوى اللهم إنا نستعينك لان الصحابة

***

[٧٤]

اتفقوا عليه فالاولى أن يقرأه ولو قرأ غيره جاز، ولو قرأ معه غيره كان حسنا والاولى أن يقرأ بعده ما علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم الحسن بن على قنوته اللهم اهدني فيمن هديت إلى آخره. وقال بعضهم: الافضل من الوتر أن يكون فيه دعاء مؤقت لان الامام ربما يكون جاهلا فيأتي بدعاء يشبه كلام الناس فتفسد صلاته، وما روي عن محمد من أن التوقيت في الدعاء يذهب برقة القلب، محمول على أدعية المناسك دون الصلاة. كذا في البدائع. ورجح في شرح منية المصلي قول الطائفة الثانية لما ذكروا وتبركا بالمأثور الوارد به الاخبار وتوارثه الخلف عن السلف في سائر الاعصار اه. لكن ذكر الاسبيجابي أن ظاهر الرواية عدم توقيته. ثم إن الدعاء المشهور عند أبي حنيفة: اللهم إنا نستعينك ونستغفرك ونؤمن بك ونتوكل عليك ونثني عليك الخير كله، نشكرك ولا نكفرك ونخلع ونترك من يفجرك، اللهم إياك نعبد ولك نصلي ونسجد وإليك نسعى ونحفد، نرجو رحمتك ونخشى عذابك إن عذابك بالكفار ملحق. لكن في المقدمة الغزنوية إن عذابك الجد. ولم يذكره في الحاوي القدسي إلا أنه أسقط الواو من نخلع. والظاهر ثبوتهما. أما إثبات الجد ففي مراسيل أبي داود. وأما إثبات الواو في ونخلع ففي رواية الطحاوي والبيهقي، وبه اندفع ما ذكره الشمني في شرح النقاية أنه لا يقول الجد واتفقوا على أنه بكسر الجيم بمعنى الحق. واختلفوا في ملحق وصحح الاسبيجابي كسر الحاء بمعنى لاحق بهم، وقيل بفتحها، ونص الجوهري على أنه صواب. وأما نحفد فهو بفتح النون وكسر الفاء وبالدال المهملة من الحفد بمعنى السرعة ويجوز ضم النون. يقال حفد بمعنى أسرع وأحفد لغة فيه حكاها ابن مالك في فعل وافعل. وصرح قاضيخان في فتاواه بأنه لو قرأها بالذال المعجمة بطلت صلاته، ولعله لانها كلمة مهملة لا معنى لها. ثم اعلم أن المشايخ اختلفوا في حقيقة القنوت الذي هو واجب عنده فنقل في المجتبى عن شرح المؤذني القنوت طول القيام دون الدعاء، وعن أبي عمرو لا أعرف من القنوت إلا طول القيام وبه فسر قوله تعالى * (أمن هو قانت آناء الليل) * (الزمر: ٩) وعن الفتاوى الصغرى: القنوت في الوتر هو الدعاء دون القيام اه. وينبغي تصحيحه ومن لا يحسن القنوت بالعربية أو لا يحفظه ففيه ثلاثة أقوال مختارة: قيل يقول يا رب ثلاث مرات ثم يركع، وقيل يقول اللهم اغفر لي ثلاث مرات، وقيل اللهم ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي

***

[٧٥]

الآخرة حسنة وقنا عذاب النار. والظاهر أن الاختلاف في الافضلية لا في الجواز وإن الاخير أفضل لشموله، وإن التقييد بمن لا يحسن العربية ليس بشرط بل يجوز لمن يعرف الدعاء المعروف أن يقتصر على واحد مما ذكر لما علمت أن ظاهر الرواية عدم توقيته. وأما حكمه إذا فات محله فنقول: إذا نسي القنوت حتى ركع ثم تذكر، فإن كان بعد رفع الرأس من الركوع لا يعود وسقط عنه القنوت، وإن تذكره في الركوع فكذلك في ظاهر الرواية كما في البدائع وصححه في الخانية. وعن أبي يوسف أنه يعود إلى القنوت لشبهه بالقرآن كما لو ترك الفاتحة أو السورة فتذكرها في الركوع أو بعد رفع الرأس منه فإنه يعود وينتقض ركوعه. والفرق على ظاهر الرواية أن نقض الركوع في المقيس عليه لاكماله لانه يتكامل بقراءة الفاتحة والسورة لكونه لا يعتبر بدون القراءة أصلا، وفي المقيس ليس نقضه لاكماله لانه لا قنوت في سائر الصلوات والركوع معتبر بدونه، فلو نقض لكان نقض الفرض للواجب كذا في البدائع. فإن عاد إلى القيام وقنت ولم يعد الركوع لم تفسد صلاته لان ركوعه قائم لم يرتفض بخلاف المقيس عليه لان بعوده صارت قراءة الكل فرضا، والترتيب بين القراءة والركوع فرض، فارتفض ركوعه فلو لم يركع بطلت، فلو ركع وأدركه رجل في الركوع الثاني كان مدركا لتلك الركعة.

وإنما لم يشرع القنوت في الركوع مثل تكبيرات العيد إذا تذكرها في حال الركوع حيث يكبر فيه لانه لم يشرع إلا في محض القيام غير معقول ا لمعنى فلا يتعدى إلى ما هو قيام من وجه دون وجه وهو الركوع، وأما تكبيرات العيد فلم تختص بمحض القيام لان تكبيرة الركوع يؤتى بها في حال الانحطاط وهي محسوبة من تكبيرات العيد بإجماع الصحابة، فإذا جاز أداء واحدة منها في غير محض القيام من غير عذر جاز أداء الباقي مع قيام العذر بالاولى. ولم يقيد المصنف القنوت بالمخافتة للاختلاف

***

[٧٦]

فيه. قال في الذخيرة: استحسنوا الجهر في بلاد العجم للامام ليتعلموا كما جهرعمر رضي الله عنه بالثناء حين قدم عليه وفد العراق. ونص في الهداية على أن المختار المخافتة، وفي المحيط على أنه الاصح، وفي البدائع واختار مشايخنا بما وراء النهر الاخفاء في دعاء القنوت في حق الامام والقوم جميعا لقوله تعالى * (ادعوا ربكم تضرعا وخفية) * (الاعراف: ٥٥) وقول النبي صلى الله عليه وسلم خير الدعاء الخفي وهو مروي في صحيح ابن حبان. وفصل بعضهم بين أن يكون القوم لا يعلمونه فالافضل للامام الجهر ليتعلموا وإلا فالاخفاء أفضل كما في الذخيرة، ومن اختار الجهر به اختار أن يكون دون جهر القراءة كما في منية المصلي. قوله (وقرأ في كل ركعة منه فاتحة الكتاب وسورة) بيان لمخالفته للفرائض فيقرأ في كل ركعة منه حتما، ونقل في الهداية أنه بالاجماع. وفي التجنيس: لو ترك القراءة في الركعة الثالثة منه لم يجز في قولهم جميعا اه. أما عندهما فلانه نفل وفي النفل تجب القراءة في الكل، وكذا على قول أبي حنيفة لان الوتر عنده واجب يحتمل أنه نفل ولكن يترجح جهة الفرضية بدليل فيه شبهة فكان الاحتياط فيه وجوب القراءة في الكل، وقد قدمنا من فعله صلى الله عليه وسلم أنه كان يقرأ في الركعة الاولى سبح اسم ربك الاعلى وفي الثانية قل يا أيها الكافرون وفي الثالثة قل هو الله أحد. فالحاصل أن قراءة آية في كل ركعة منه فرض وتعيين الفاتحة مع قراءة ثلاث آيات في كل ركعة واجب والسور الثلاث فيه سنة لكن ذكر في النهاية أنه لا ينبغي أن يقرأ سورة متعينة على الدوام لان الفرض هو مطلق القراءة بقوله تعالى * (فاقرؤوا ما تيسر من القرآن) * (المزمل: ٢٠) والتعيين على الدوام يفضي إلى أن يعتقد بعض الناس أنه واجب وأنه لا يجوز غيره لكن لو قرأ بما ورد به الآثار

***

[٧٧]

أحيانا يكون حسنا، ولكن لا يواظب لما ذكرنا اه. وقد يقال: إنهم رجحوا جهة النفلية فيه احتياطا في القراءة فينبغي أن لا يقضي في الوقت المكروه كما بعد طلوع الفجر وبعد صلاة العصر احتياطا لجهة النفلية لان النفل فيه ممنوع، وقد قدمنا عن التجنيس خلافه وفيه: والوتر بمنزلة النفل في حق القراءة إلا أنه يشبه المغرب من حيث إنه لو استتم قائما في الثالثة قبل القعود ثم تذكر لا يعود لانها صلاة واحدة، وفي النفل يعود لانه كل شفع صلاة على حدة اه. وفي المجتبى: ولا تجب القعدة الاولى في الوتر. وفي الامتحان: صلى الوتر ولم يقعد في الثانية ناسيا ثم تذكر في الركوع لا يعود وإن عاد لا ينتقض ركوعه اه. ولا يخفى مفيه لان القعدة الاولى واجبة في الفرض والنفل والوتر ذو شبه لهما فوجبت القعدة الاولى فيه، وقد تقدم أنه يرفع يديه عند تكبيرة القنوت كما يرفعهما عند الافتتاح. وفي النهاية معزيا إلى محمد بن الحنفية قال: الدعاء أربعة: دعاء رغبة ودعاء رهبة ودعاء تضرع ودعاء خفية. ففي دعاء الرغبة يجعل بطون كفيه نحو السماء، وفي دعاء الرهبة يجعل ظهر كفيه إلى وجهه كالمستغيث من الشئ، وفي دعاء التضرع يعقد الخنصر والبنصر ويحلق بالابهام والوسطى ويشير بالسبابة، ودعاء الخفية ما يفعله المرء في نفسه. ولم يذكر المصنف الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في القنوت للاختلاف فيها، واختار الفقيه أبو الليث أن الاولى الصلاة عليه صلى الله عليه وسلم لان القنوت دعاء والاولى في الدعاء أن يكون مشتملا عليها. وذهب أبو القاسم الصفار إلى أنه لا يصلي فيه لانه ليس موضعها ومشى عليه في الخلاصة، ولما رواه الطبراني عن علي كل دعاء

***

[٧٨]

محجوب حتى يصلي على محمد وفي الواقعات: ويستحب في كل دعاء أن تكون فيه الصلاة على النبي اللهم صلي على محمد وعلى آل محمد اه. وهو يقتضي أنه يصلي عليه في القنوت بهذه الصيغة وهو الاولى. ومن الغريب ما في المجتبي: لو صلى على النبي صلى الله عليه وسلم

في القنوت لا يصلي في القعدة الاخيرة، وكذا لو صلى عليه في القعدة الاولى سهوا لا يصلي عليه في القعدة الاخيرة ولا يصلي في القنوت اهـ. قوله (ولا يقنت في غيره) أي في غير الوتر لما رواه الامام أبو حنيفة عن ابن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقنت في الفجر قط إلا شهرا واحدا لم ير قبل ذلك ولا بعده، وإنمقنت في ذلك الشهر يدعو على أناس من المشركين، وكذا في الصحيحين أنه عليه الصلاة والسلام قنت شهرا يدعو على قوم من العرب ثم تركه. وقد أطال المحقق ابن الهمام هنا في الكلام معالشافعي كما هو دأبه ولسنا بصدده. وفي شرح النقاية معزية إلى الغاية: وإن نزل بالمسلمين نازلة قنت الامام في صلاة الجهر. وهو قول الثوري وأحمد. وقال جمهور أهل الحديث: القنوت عند النوازل مشروع في الصلوات كلها اهـ. قوله (ويتبع المؤتم قانت الوتر) وقال محمد: لا يأتي به المأموم بل يؤمن لان للقنوت شبهة القرآن لاختلاف الصحابة في قوله اللهم إنا نستعينك أنه من القرآن أو لا فأورث شبهة وهو لا يقرأ، حقيقة القرآن فكذا ما له شبهه، والمختار ما في الكتاب كما في المحيط وغيره وصححوه لانه دعاء حقيقة كسائر الادعية والثناء والتشهد والتسبيحات، وظاهر الرواية أنه لا يكره قراءته للجنب لانه ليس بقرآن وعليه الفتوى كما في الولوالجية قوله (لا الفجر) أي لا يتبع المؤتم الامام القانت
***
[٧٩]
في صلاة الفجر، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يتابعه لانه تبع للامام والقنوت مجتهد فيه. ولهما أنه منسوخ فصار كما لو كبر خمسا في الجنازة حيث لا يتابعه في الخامسة، وإذا لم يتابعه فيه فقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعي بدليل مشاركة الامام في القراءة وإذا قعد فقد ت المشاركة. ولا يقال كيف يقعد تحقيقا للمخالفة وهي مفسدة للصلاة لان المخالفة فيمهوا من الاركان والشرائط مفسدة لا في غيرها. قال في الهداية: والاظهر وقوفه ساكت. وصححه قاضيخان وغيره لان فعل الامام يشتمل على مشروع وغيره، فما كان مشروعا يتبعه فيه، وما كان غير مشروع لا يتبعه. كذا في العناية. وقد يقال: إن طول القيام بعد رفع الرأس من الركوع ليس بمشروع فلا يتابعه فيه. قال في الهداية: ودلت المسألة على جواز الاقتداء بالشفعوية. وإذا علم المقتدي منه ما يزعم به فساد صلاته كالفصد وغيره لا يجزئه اهـ. ووجه دلالتها أنه لو لم يصح الاقتداء به لم يصح اختلاف علمائنا في أنه يسكت أو يتابعه، ووقع في بعض نسخها بالشافعية وهو الصواب لما عرف من وجوب حذف ياء النسب إذا نسب إلى ما هي فيه ووضع الياء الثانية مكانها حتى تتحد الصورة قبل النسبة الثانية وبعدها والتمييز حينئذ من خارج، فالياء المشددة فيه ياء النسبة لا آخر الكلمة ككرسي. وذكر في النهاية بنو شافع من بني المطلب ابن عبد مناف منهم الامام الشافعي الفقيه رحمه الله، ومن قال في نسبته الشفعوي فهو عامي وحقه أن يقال بالشافعي المذهب. فحاصله أن صاحب الهداية جوز الاقتداء بالشافعي بشرط أن لا يعلم المقتدي منه ما يمنع صحة صلاته في رأي المقتدي كالفصد ونحوه وعدد مواضع عدم صحة الاقتداء به في العناية وغاية البيان بقوله كما إذا لم يتوضأ من
***
[٨٠]
الفصد والخارج من غير السبيلين، وكما إذا كان شاكا في إيمانه بقوله أنا مؤمن إن شاء الله أو متوضئا من القلتين أو يرفع يديه عند الركوع وعند رفع الرأس من الركوع أو لم يغسل ثوبه من المني ولم يفركه أو انحرف عن القبلة إلى اليسار أو صلى الوتر بتسليمتين أو اقتصر على ركعة أو لم يوتر أصلا أو قهقه في الصلاة ولم يتوضأ أو صلى فرض الوقت مرة ثم أم القوم فيه. زاد في النهاية وأن لا يراعي الترتيب في الفوائت وأن لا يمسح ربع رأسه. وزاد قاضيخان وأن يكون متعصبا. والكل ظاهر ما عدا خمسة أشياء: الاول مسألة التوضؤ من القلتين فإنه صحيح عندنا إذا لم يقع في الماء نجاسة ولم يختلط بمستعمل مساو له أو أكثر فلا بد أن يقيد قولهم بالقلتين المتنجس ماؤهما أو المستعمل بالشرط المذكور لا مطلقا. الثاني مسألة رفع اليدين من وجهين: الاول أن الفساد برفع اليدين عند الركوع وعند رفع الرأس منه رواية شاذة، رواها مكحول النسفي عن أبي حنيفة وليس بصحيحة رواية ودراية، لان المختار في العمل الكثير المفسد لها ما لورآه شخص من بعيد ظنه ليس في الصلاة لا ما يقام باليدين، ولان وضع هذه المسألة يدل على جواز الاقتداء بالشافعي وبقائه إلى وقت القنوت حتى اختلفوا هل يتابعه فيه أو لا - كما في الهداية - مع وجود رفع اليدين في الركعات الثلاث. الثاني أن الفساد عند الركوع لا يقتضي عدم صحة الاقتداء من الابتداء مع أن عروض البطلان غير مقطوع به حتى يجعل كالمتحقق عند الشروع لان الرفع

جائز الترك عندهم لسنيته. الثالث مسألة الانحراف عن القبلة إلى اليسار لان الانحراف المانع عندنا أن يجاوز المشارق إلى المغارب كما نقله في فتح القدير في استقبال القبلة، والشافعية لا يحرفون هذا الانحراف. الرابع مسألة التعصب وهو تعصب لان التعصب على تقدير وجوده منهم إنما يوجب الفسق لا الكفر والفسق لا يمنع صحة الاقتداء، والظاهر من الشارطين لعدمه أنه يوجب الكفر لكونه في الدين وهو بعيد كما لا يخفى. الخامس مسألة الاستثناء في الايمان. فاعلم أن عبارتهم قد اختلفت في هذه المسألة، فذهب طائفة من الحنفية إلى تكفير من قال أنا مؤمن إن شاء الله ولم يقيدوه بأن يكون شاكا في إيمانه، ومنهم الاتقاني في غاية البيان. وصرح في روضة العلماء بأن قوله إن شاء الله يرفع إيمانه فيبقى بلا إيمان فلا يجوز الاقتداء به. وذكر في الفتاو الظهيرية من المواعظ أن معاذ بن جبل سئل عمن يستثنى في الايمان فقال: إن الله تبارك وتعالى ذكر في كتابه ثلاثة أصناف قال تعالى في موضع * (أولئك هم المؤمنون حقا) * (الانفال: ٤٠) وقال في موضع آخر * (أولئك هم الكافرون حقا) * (النساء: ١٥١) وقال في

***

[٨١]

موضع آخر * (مذبذبين بين ذلك لا إلى هؤلاء ولا إلى هؤلاء) * (النساء: ١٤٣) فمن قال بالاستثناء في الايمان فهو من جملة المذبذبين اه. وفي الخلاصة والبزازية من كتاب النكاح عن الامام أبي بكر محمد بن الفضل: من قال أنا مؤمن إن شاء الله فهو كافر لا تجوز المناكحة معه. قال الشيخ أبو حفص في فوائده: لا ينبغي للحنفي أن يزوج بنته من رجل شفعوي المذهب. وهكذا قال بعض مشايخنا ولكن يتزوج بنتهم. زاد في البزازية تنزيلا لهم منزلة أهل الكتاب اه. وذهب طائفة إلى تكفير من شك منهم في إيمانه بقوله أنا مؤمن إن شاء الله على وجه الشك مطلقا وهو الحق لانه لا مسلم يشك في إيمانه. وقول الطائفة الاولى أنه يكفر غلط لانه لا خلاف بين العلماء في أنه لا يقال أنا مؤمن إن شاء الله للشك في ثبوته للحال بل ثبوته في الحال مجزوم به كما نقله المحقق ابن الهمام في المسايرة، وإنما محل الاختلاف في جوازه لقصد إيمان الموافاة، فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى منعه وعليه الاكثرون، وأجازه كثير من العلماء منهم الشافعي وأصحابه لان بقاءه إلى الوفاة عليه وهو المسمى بإيمان الموافاة غير معلوم، ولما كان ذلك هو المعتبر في النجاة كان هو الملحوظ عند المتكلم في ربطه بالمشيئة وهو أمر مستقبل، فالاستثناء فيه اتباع لقوله تعالى * (ولا تقولن لشئ إني فاعل ذلك غدا إلا أن يشاء الله) * (الكهف: ٢٣) وقال أئمة الحنفية: لما كان ظاهر التركيب الاخبار بقيام الايمان به في الحال مع اقتران كلمة الاستثناء به كان تركه أبعد عن التهمة فكان تركه واجبا، وأما من علم قصده فربما تعتاد النفس التردد لكثرة إشعارها بترددها في ثبوت الايمان واستمراره وهذه مفسدة إذ قد يجر إلى وجوده آخر الحياة الاعتياد خصوصا والشيطان منقطع مجرد نفسه لسبيل لا شغل له سواك فيجب ترك المؤدي إلى هذه المفسدة اه. فالحاصل أنه لا فائدة في هذا الشرط وهو قول الطائفة الثانية أن لا يكون شاكا في إيمانه إذ لا مسلم يشك فيه، وأما التكفير بمطلق الاستثناء فقد علمت غلطه وأقبح من ذلك من منع منا ختهم وليس هو إلا محض تعصب نعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، خصوصا قد نقل الامام السبكي في رسالة ألفها في هذه المسألة: أن القول بدخول الاستثناء في الايمان هو قول أكثر السلف من الصحابة والتابعين ومن بعدهم والشافعية والمالكية والحنابلة ومن المتكلمين الاشعرية والكلابية قال: وهو قول سفيان الثوري اه. فالقول بتكفير هؤلاء من أقبح الاشياء. ثم اعلم أنه قد صرح في النهاية والعناية وغيرهما بكراهة الاقتداء بالشافعي إذا لم يعلم حاله حتى صرح في النهاية بأنه إذا علم منه مرة عدم الوضوء من الحجامة ثم غاب عنه ثم رآه يصلي فالصحيح جواز الاقتداء به مع الكراهة، فصار الحاصل أن الاقتداء بالشافعي على ثلاثة أقسام: الاول أن يعلم منه الاحتياط في

***

[٨٢]

مذهب الحنفي فلا كراهة في الاقتداء به. الثاني أن يعلم منه عدمه فلا صحة لكن اختلفوا هل يشترط أن يعلم منه عدمه في خصوص ما يقتدى به أو في الجملة، صحح في النهاية الاول وغيره اختار الثاني. وفي فتاوى الزاهدي: إذا رآه احتجم ثم غاب فالاصح أنه يصح الاقتداء به لانه يجوز أن يتوضأ احتياطا وحسن الظن به أولى. الثالث أن لا يعلم شيئا فالكراهة ولا خصوصية

***

[٨٣]
لمذهب الشافعي بل إذا صلى حنفي خلف مخالف لمذهبه فالحكم كذلك، وظاهر الهداية أن الاعتبار لاعتقاد المقتدي ولا اعتبار لاعتقاد الامام حتى لو شاهد الحنفي إمامه الشافعي مس امرأة ولم يتوضأ ثم اقتدى به فإن أكثر مشايخنا قالوا يجوز وهو الاصح كما في فتح القدير وغيره. وقال الهندواني وجماعة: لا يجوز ورجحه في النهاية بأنه أقيس لما أن زعم الامام أن صلاته ليست بصلاة فكان الاقتداء حينئذ بناء الموجود على المعدوم في زعم الامام وهو الاصل فلا يصح الاقتداء اه. ورد بأن المقتدي يرى جوازها والمعتبر في حقه رأى نفسه لا غيره. وأيضا ينبغي حمل حال الامام على التقليد لابي حنيفة حملا لحال المسلم على الصلاح ما أمكن فيتحد اعتقادهما وإلا لزم منه تعمد الدخول في الصلاة بغير طهارة على اعتقاده وهو حرام إلا أن تفرض المسألة أن المأموم علم به والامام لم يعلم بذلك كما ذكره الشارح فيقتصر على الجواب الاول. قوله: (والسنة قبل الفجر وبعد الظهر والمغرب والعشاء ركعتان وقبل الظهر والجمعة وبعدها أربع) شروع في بيان النوافل بعد ذكر الواجب فذكر أنها نوعان: سنة ومندوب. فالاول في كل يوم ما عدا الجمعة ثنتا عشرة ركعة، وفي يوم الجمعة أربع عشرة ركعة، والاصل فيه ما رواه الترمذي وغيره عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ثابر على ثنتي عشرة ركعة من السنة بنى الله له بيتا في الجنة وذكرها كما في الكتاب. وروى مسلم أنه عليه الصلاة والسلام كان يصليها، وبدأ المصنف بسنة الفجر لانها أقوى السنن باتفاق الروايات لما في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت: لم يكن النبي صلى الله عليه وسلم على شئ من النوافل أشد تعاهدا منه على ركعتي الفجر. وفي لفظ لمسلم ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها (١) وفي أوسط الطبراني عنها أيضا: لم أره ترك الركعتين قبل صلاة الفجر في
***
[٨٤]
سفر ولا حضر ولا صحة ولا سقم. وقد ذكروا ما يدل على وجوبها قال في الخلاصة: أجمعوا أن ركعتي الفجر قاعدا من غير عذر لا يجوز. كذا روى الحسن عن أبي حنيفة ا ه‍. وفي النهاية قال مشايخنا: العالم إذا صار مرجعا في الفتاوى يجوز له ترك سائر السنن لحاجة الناس إلى فتواه إلا سنة الفجر ا ه‍. وفي المضمرات معزيا إلى العتابي: من أنكر سنة الفجر يخشى عليه الكفر. وفي الخلاصة: الظاهر من الجواب أن السنة لا تقضي إلا سنة الفجر. ومما يدل على وجوبها ما في سنن أبي داود عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تدعوا ركعتي الفجر ولو طردتكم الخيل (٢) فقد وجدت المواظب عليها بما قدمناه والنهي عن تركها لكن المنقول في أكثر الكتب أنها سنة مؤكدة، وإن قلنا إنها بمعنى الواجب هنا لم يصح لانها تتأدى بمطلق النية. قال في التجنيس: رجل صلى ركعتين تطوعا وهو يظن أن الفجر لم يطلع فإذا الفجر طالع يجزئه عن ركعتي الفجر هو الصحيح لان السنة تطوع فتتأدى بنية التطوع ا ه‍. لكن في الخلاصة: الاصح أنها لا تنوب وهو يدل على الوجوب. وفيها أيضا عن
***
[٨٥]
متفرقات شمس الائمة الحلواني: رجل صلى أربع ركعات في الليل فتبين أن الركعتين الآخرتين بعد طلوع الفجر تحتسب عن ركعتي الفجر عندهما وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة قال وبه يفتي ا ه‍. ورده في التجنيس بأن الاصح أنها لا تنوب عن ركعتي الفجر كما إذا صلى الظهر ستا وقد قعد على رأس الرابعة فإنه لا تنوب الركعتان عن ركعتي السنة في الصحيح من الجواب كذا هذا. وهذا لان السنة ما واظب النبي صلى الله عليه وسلم عليها ومواظبته عليه السلام كانت بتحريمة مبتدأة. وفي الخلاصة: والسنة في ركعتي الفجر ثلاث: أحدها أن يقرأ في الركعة الاولى قل يا أيها الكافرون وفي الثانية الاخلاص. والثانية أن يأتي بهما أول الوقت. والثالثة أن يأتي بهما في بيته وإلافعلى باب المسجد وإلا ففي المسجد الشتوي إن كان الامام في الصيفي أو عكسه إن كايرجو إدراكه، وإن كان المسجد واحدا يأتي بهما في ناحية من المسجد ولا يصليهما مخالطا للصف مخالفا للجماعة، فإن فعل ذلك يكره أشد الكراهة ولا يطول القراءة فيهما، ولو تذكر في الفجر أنه لم يصل ركعتي الفجر لم يقطع ا ه‍. وذكر الولوالجي: إمام يصلي الفجر في المسجد الداخل فجاء رجل يصلي الفجر في المسجد الخارج اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم يكره، وقال بعضهم لا يكره لان ذلك كله كمكان واحد بدليل جواز

الاقتداء لمن كان في المسجد الخارج بمن كان في المسجد الداخل، وإذا اختلف المشايخ فالاحتياط أن لا يفعل ا ه. وفي القنية: إذا لم يسع وقت الفجر إلا الوتر والفجر أو السنة والفجر فإنه يوتر ويترك السنة عند أبي حنيفة، وعندهما السنة أولى من الوتر ا ه. وفي المحيط: ولو صلى ركعتي الفجر مرتين بعد الطلوع فالسنة آخرهما لانه أقرب إلى المكتوبة ولم يتخلل بينهما صلاة والسنة ما تؤدي متصلا بالمكتوبة ا ه. وفي القنية: واختلف
***
[٨٦]
في آكد السنن بعد سنة الفجر، فقيل الاربع قبل الظهر والركعتان بعده والركعتان بعد المغرب كلها سواء، والاصح أن الاربع قبل الظهر آكد ا ه. وهكذا صححه في العناية والنهاية لان فيها وعيدا معروفا قال عليه الصلاة والسلام من ترك أربعا قبل الظهر لم تنله شفاعتي. وفي التجنيس والنوازل والمحيط: رجل ترك سنن الصلوات الخمس إن لم ير السنن حقا فقد كفر لانه ترك استخفافا، وإن رأى حقا منهم من قال لا يأثم والصحيح أنه يأثم لانه جاء الوعيد بالترك ا ه. وتعقبه في فتح القدير بأن الاثم منوط بترك الواجب وقد قال صلى الله عليه وسلم للذي قال والذي بعثك بالحق لا أزيد على ذلك شيئا: أفلح أن صدق ا ه. ويجاب عنه بأن السنة المؤكدة بمنزلة الواجب في الاثم بالترك كما صرحوا به كثيرا. وصرح به في المحيط هنا وأنه لا يجوز ترك السنن المؤكدة ولصلى وحده وهو أحوط ا ه. وبأن حديث الاعرابي كان متقدما وقد شرع بعده أشياء كالوتر فجاز أن تكون السنن المؤكدة كذلك لما قدمنا أنه لم يذكر له صدقة الفطر، وقد اتفقوا على أنه يأثم بتركها. وفي النهاية: ذكر الحلواني أنه لا بأس بأن يقرأ بين الفريضة والسنة الاوراد. وفي شرح الشهيد: القيام إلى السنة متصلا بالفرض مسنون. وفي الشافي: كان عليه الصلاة والسلام إذا سلم يمكث قدر ما يقول اللهم أنت السلام ومنك السلام وإليك يعود السلام تباركت يا ذا الجلال والاكرام. وكذلك عن البقالي ولم يمر بي لو تكلم بعد الفريضة هل تسقط السنة، قيل تسقط وقيل لا تسقط ولكن ثوابه أنقص من ثوابه قبل التكلم ا ه. وفي القنية: الكلام بعد الفرض لا يسقط السنة ولكن ينقص ثوابه وكل عمل ينافي التحريمة أيضا وهو الاصح اه. وفي الخلاصة: لو صلى ركعتي الفجر أو الاربع قبل الظهر واشتغل بالبيع والشراء أو الاكل فإنه يعيد السنة، أما بأكل لقمة أو شربة لا تبطل السنة ا ه. وفي المجتبي وفي الاربع قبل الظهر والجمعة وبعدها لا يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم في القعدة الاولى ولا يستفتح إذا قام إلى الثالثة بخلاف سائر ذوات
***
[٨٧]
الاربع من النوافل ا ه. وصحح في فتاواه أنه لا يأتي بهما في الكل لانها صلاة واحدة ا ه. ولا يخفى ما فيه فالظاهر الاول، والدليل على استنان الاربع قبل الجمعة ما رواه مسلم مرفوعا من كان مصليا قبل الجمعة فليصل أربعا مع ما رواه ابن ماجه عن ابن عباس قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يركع من قبل الجمعة أربعا لا يفصل في شئ منهن. وعلى استنان الاربع بعدها ما في صحيح مسلم عن أبي هريرة مرفوعا إذا صلى أحدكم الجمعة فليصل بعدها أربعا (١) وفي رواية إذا صليتم بعد الجمعة فصلوا أربعا وذكر في البدائع إنه ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أنه ينبغي أن يصلي أربعا ثم ركعتين. وذكر محمد في كتاب الاعتكاف أن المعتكف يمكث في المسجد الجامع مقدار ما يصلي أربعا أو ستا ا ه. وفي الذخيرة والتجنيس: وكثير من مشايخنا على قولابي يوسف. وفي منية المصلي: والافضل عندنا أن يصلي أربعا ثم ركعتين. وفي القنية: صلى الفريضة وجاء الطعام فإن ذهب حلاوة الطعام أو بعضها يتناول ثم يأتي بالسنة، وإن خاف الوقت يأتي بالسنة ثم يتناول الطعام، ولو نذر بالسنن وأتى بالمنذور به فهو السنة. وقال تاج الدين أبو صاحب المحيط: لا يكون آتيا بالسنة لانه لما التزمها صارت أخرى فلا تنوب مناب السنة، ولو أخر السنة بعد الفرض ثم أداها في آخر الوقت لا تكون سنة وقيل تكون سنة ا ه. والافضل في السنن أداؤها في المنزل إلا التراويح، وقيل إن الفضيلة لا تختص بوجه دون وجه وهو الاصح لكن كل ما كاأبعد من الرياء وأجمع للخشوع والاخلاص فهو أفضل. كذا في النهاية. وفي الخلاصة فسنة المغرب: إن خاف لو رجع إلى بيته شغله شأن آخر يأتي بها في المسجد وإن كان لا يخاف صلاها في المنزل، وكذا في سائر السنن حتى الجمعة والوتر في البيت أفضل ا ه. قوله: (وندب الاربع قبل العصر والعشاء وبعدها والست بعد المغرب) بيان للمندوب
***

[٨٨]
من النوافل. أما الاربع قبل العصر فلما رواه الترمذي وحسنه عن علي رضي الله عنه قال: كان النبي صلى الله عليه وسلم يصلي قبل العصر أربع ركعات يفصل بينهن بالتسليم على الملائكة المقربين ومن تبعهم من المسلمين والمؤمنين. وروى أبو داود عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي قبل العصر ركعتين، فلذا خيره في الاصل بين الاربع وبين الركعتين، والافضل الاربع. وإنما لم تكن الركعتان سنة راتبة لانها ثابتة بيقين ويكون الاربع مستحبا لانه لم يذكر في حديث عائشة رضي الله عنها للعصر سنة راتبة أصلا كما في البدائع فلذا لم يجعل له سنة، وأما الاربع قبل العشاء فذكروا في بيانه أنه لم يثبت أن التطوع بها من السنن الراتبة فكان حسنا لان العشاء نظير الظهر في أنه يجوز التطوع قبلها وبعدها كذا في البدائع. ولم ينقلوا حديثا فيه بخصوصه لاستحبابه، وأما الاربع بعدها ففي سنن أبي داود عن شريح بن هاني قال: سألت عائشة عن صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: ما صلى العشاء قط فدخل بيتي إلا صلى فيه أربع ركعات أو ست ركعات. قال في فتح القدير: الذي يقتضيه النظر كون الاربع بعد العشاء سنة لنقل
***
[٨٩]
المواظبة عليها في أبي داود فإنه نص في مواظبته على الاربع دون الست للمتأمل ا ه. وقد يقال: إنما لم تكن الاربع سنة لما في الصحيحين عن ابن عمر قال: صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين قبل الظهر وركعتين بعدها وركعتين بعد المغرب وركعتين بعد العشاء وركعتين بعد الجمعة. وحدثتني حفصة بنت عمران النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي ركعتين خفيفتين بعد ما يطلع الفجر ا ه. فهو معارض لنقل المواظبة على الاربع فلذا لم تكن سنة. وأما الستة بعد المغرب فلما روى ابن عمر رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال من صلى بعد المغرب ست ركعات كتب من الاوابين وتلا قوله تعالى * (إنه كان للاوابين غفورا) * (الاسراء: ٢٥) وذكر في التجنيس أنه يستحب أن يصلي الست بثلاث تسليمات. ولم يذكر المصنف من المندوبات الاربع بعد الظهر. وصرح باستحبابها جماعة من المشايخ لحديث أبي داود والترمذي والنسائي. وحكى في فتح القدير اختلافا بين أهل عصره في مسألتين: الاولى هل السنة المؤكدة محسوبة من المستحب في الاربع بعد الظهر وبعد العشاء وفي الست بعد المغرب أو لا. الثانية على تقدير الاول هل يؤدي الكل بتسليمة واحدة أو بتسلمتين. واختار الاول فيهما وأطال الكلام
***
[٩٠]
فيه إطالة حسنة كما هو دأبه، وظاهره أنه لم يطلع عليه في كلام من تقدمه. ولم يذكر المصنف من المندوبات صلاة الضحى للاختلاف فيها فقيل لا تستحب لما في صحيح البخاري من إنكار ابن عمر لها، وقيل مستحبة لما في صحيح مسلم عن عائشة أنه عليه السلام كان يصلي الضحى أربع ركعات ويزيد ما شاء، وهذا هو الراجح ولا يخالفه ما في الصحيحين عنها ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي سبحة الضحى قط وإني لاسبحها لاحتمال أنها أخبرت في النفي عن رؤيتها ومشاهدتها وفي الاثبات عن خبره عليه السلام أو خبر غيره عنه أو أنها أنكرتها مواظبة وإعلانا. ويدل لذلك كله قولها وإني لاسبحها. وفي رواية الموطأ وإني لاستحبها من الاستحباب وهو أظهر في المراد. وظاهر ما في المنية يدل على أن أقلها ركعتان وأكثرها ثنتا عشرة ركعة لما رواه الطبراني في الكبير عن أبي الدرداء قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من صلى ركعتين لم يكتب من الغافلين، ومن صلى أربعا كتب من العابدين، ومن صلى ستا كفي ذلك اليوم، ومن صلى ثمانيا كتبه الله من القانتين، ومن صلى اثنتي عشرة ركعة بنى الله له بيتا في الجنة، وما من يوم وليلة إلا ولله من يمن به على عباده وصدقة. وما من الله على أحد من
***
[٩١]
عباده أفضل من أن يلهمه ذكره قال المنذري: ورواته ثقات. ولم أر بيان أول وقتها وآخره لمشايخنا هنا ولعلهم تركوه للعلم به وهو أنه من ارتفاع الشمس إلى زوالها كما لا يخفى. ثم رأيت صاحب البدائع صرح به في كتاب الايمان فيما إذا حلف ليكلمنه الضحى فقال إنه

من الساعة التي تحل فيها الصلاة إلى الزوال وهو وقت صلاة الضحى ا هـ. ومن المندوبات تحية المسجد وقد قدمناها في أحكام المسجد قبيل باب الوتر، وصرح في الخلاصة باستحبابها وأنها ركعتان. ومن المندوبات ركعتان عقيب الوضوء كما في شرح النقاية والتبيين. ومن المندوبات صلاة الاستخارة وقد أفصحت السنة ببيانها، فعن جابر قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا الاستخارة في الامور كلها كما يعلمنا السورة من القرآن يقول: إذا هم أحدكم بالامر فليركع ركعتين من غير الفريضة ثم ليقل: اللهم إني أستخيرك بعلمك، وأستقدرك بقدرتك، وأسألك من فضلك العظيم، فإنك تقدر ولا أقدر وتعلم ولا أعلم وأنت علام الغيوب. اللهم إن كنت تعلم أن هذا الامر خير لي في ديني ومعاشي وعاقبة أمري أو قال عاجل أمري وآجله فقدر لي ويسره لي ثم بارك فيه، وإن كنت تعلم أن هذا الامر شر لي في ديني ومعاشي وعاقبة أمري أو قال عاجله فاصرفه عني واصرفني عنه وقدر لي الخير حيث كان ثم رضني

***

[٩٢]

به. قال: ويسمى حاجته. رواه البخاري وغيره. ومن المندوبات صلاة الحاجة وهي ركعتان كما ذكره في شرح منية المصلي مع ما قبله من الاستخارة والاحاديث بها مذكورة في الترغيب والترهب. ومن المندوبات صلاة الليل حثت السنة الشريفة عليها كثيرا وأفادت أن لفاعلها أجرا كبيرا فمنها ما في صحيح مسلم مرفوعا أفضل الصيام بعد رمضان شهر الله المحرم، وأفضل الصلاة بعد الفريضة صلاة الليل وروى ابن خزيمة مرفوعا عليكم بقيام الليل فإنه دأب الصالحين قبلكم وقربة إلى ربكم ومكفرة للسيئات ومنهاة عن الاثم (٢) وروى الطبراني مرفوعا لا بد من صلاة بليل ولو حلب شاة وما كان بعد صلاة العشاء فهو من الليل ا هـ. وهو يفيد أن هذه السنة تحصل بالتنفل بعد صلاة العشاء قبل النوم وقد تردد في فتح القدير في صلاة التهجد أهي سنة في حقنا أم تطوع وأطال الكلام على وجه التحقيق كما هو دأبه وأوسع منه ما ذكره في أواخر شرح منية المصلي. ومن المندوبات إحياء ليالي

***

[٩٣]

العشر من رمضان وليلتي العيدين وليالي عشر ذي الحجة وليلة النصف من شعبان كما وردت به الاحاديث، وذكرها في الترغيب والترهيب مفصلة. والمراد بإحياء الليل قيامه وظاهره الاستيعاب ويجوز أن يراد غالبه. ويكره الاجتماع على إحياء ليلة من هذه الليالي في المساجد قال في الحاوي القدسي: ولا يصلي تطوع بجماعة غير التراويح، وما روي من الصلوات في الاوقات الشريفة كليلة القدر وليلة النصف من شعبان وليلتي العيد وعرفة والجمعة وغيرها تصلى فرادى انتهى. ومن هنا يعلم كراهة الاجتماع على صلاة الرغائب التي تفعل في رجب في أول ليلة جمعة منه وأنها بدعة، وما يحتاله أهل الروم من نذرها لتخرج عن النفل والكراهة فباطل، وقد أوضحه العلامة الحلبي وأطال فيه إطالة حسنة كما هو دأبه وفي الفتاوي البزازية. قوله: (وكره الزيادة على أربع في نفل النهار وعلى ثمان ليلا) أي بتسليمة والاصل فيه أن النوافل شرعت توابع للفرائض والتبع لا يخالف الاصل فلو زيدت على الاربع في النهاية لخالفت الفرائض، وهذا هو القياس في الليل إلا أن الزيادة على الاربع إلى الثماني عرفناه بالنص وهو ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يصلي بالليل خمس ركعات، سبع ركعات، تسع ركعات، إحدى عشرة ركعة، ثلاث عشرة ركعة، والثلاث من كل واحد من هذه الاعداد الوتر وركعتان سنة الفجر فيبقى ركعتان وأربع وست وثمان فيجوز إلى هذا القدر بتسليمة واحدة من غير كراهة. واختلف المشايخ في الزيادة على الثماني بتسليمة واحدة مع اختلاف التصحيح فصحح الامام السرخسي عدم الكراهة معللا بأن فيه وصل العبادة بالعبادة وهو

***

[٩٤]

أفضل. ورده في البدائع بأنه يشكل بالزيادة على الاربع في النهار قال: والصحيح أنه يكره لانه لم يرو عن النبي صلى الله عليه وسلم انتهى. وفي منية المصلي أن الزيادة المذكورة مكروهة بالاجماع أي بإجماع أبي حنيفة وصاحبيه وبه يضعف قول السرخسي، وصحح في الخلاصة ما ذهب إليه السرخسي ويشهد له ما في صحيح مسلم عن عائشة رضي الله عنها في حديث طويل إنه كان يصلي تسع ركعات لا يجلس فيهن إلا في الثامنة فيذكر الله تعالى ويحمده ويدعوه، ثم ينهض ولا يسلم فيصلي التاسعة ثم يقعد فيذكر الله تعالى ويحمده ويدعوه

ثم يسلم تسليما يسمعنا إلا أن هذا يقتضي عدم جواز القعود فيها أصلا إلا بعد الثامنة وجواز التنفل بالوتر من الركعات وكلمتهم على وجوب القعدة على رأس الركعتين من النفل مطلقا، وإنما الخلاف في الفساد بتركها وعلى كراهة التنفل بالوتر من الركعات، ومن العجب ما ذكره الطحاوي من رده استدلالهم على إباحة الثماني بتسليمة واحدة بما ثبت عن عائشة من رواية الزهري أنه كان يسلم من كل اثنتين منهن ولم نجد عنه من فعله ولا من قوله أنه أباح أن يصلي في الليل بتكبيرة أكثر من ركعتين وبذلك نأخذ وهو أصح القولين في ذلك انتهى. وذكر في غاية البيان أن الحق ما قاله الطحاوي لان استدلالهم استدلال بالمحتمل فلا يكون حجة، وهذا لانه يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام كان يصلي أربع ركعات فرض العشاء وأربع ركعات سنة العشاء وثلاث ركعات الوتر فيكون المجموع إحدى عشرة ركعة، وليس في حديث عائشة قيد التطوع حتى يدل على إباحة الثماني على أن عائشة في رواية الزهري عن عروة فسرت الاجمال وأزالت الاحتمال فلم يدل على إباحة ثماني ركعات بتسليمة انتهى. لان ما ذكرناه عن

***

[٩٥]

صحيح مسلم صريح فرد كلام الطحاوي ومن تبعه لان الثماني كانت نفلا بتسليمة واحدة. قوله: (والافضل فيهما الرباع) أي الافضل في الليل والنهار أربع ركعات بتسليمة واحدة عند أبي حنيفة. وقالا: في الليل ركعتان لحديث الصحيحين عن أبي عمر أن رجلا قال: يا رسول الله كيف صلاة الليل؟ قال: مثنى مثنى، فإذا خفت الصبح فأوتر بواحدة. ولابي حنيفة ما في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها: ما كان يزيد رسول الله صلى الله عليه وسلم في رمضان ولا في غيره على إحدى عشرة ركعة يصلي أربعا فلا تسأل عن حسنهن وطولهن، ثم يصلي أربعا فلا تسأل عن حسنهن وطولهن، ثم يصلي ثلاثا. وما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: كان عليه الصلاة والسلام يصلي الضحى أربعا ولا يفصل بينهن بسلام. وما تقدم من حديث أبي أيوب وغيره في سنة الظهر والجمعة. ثم الجواب عن دليلهما كما أفاده المحقق في فتح القدير مختصرا أن مقتضى لفظ الحديث إما مثنى في حق الفضيلة بالنسبة إلى

***

[٩٦]

الاربع أو في حق الاباحة بالنسبة إلى الفرد وترجيح أحدهما بمرجح وفعله صلى الله عليه وسلم ورد على كلا النحوين لكن عقلنا زيادة فضيلة الاربع لانها أكثر مشقة على النفس بسبب طول تقييدها في مقام الخدمة، ورأيناه صلى الله عليه وسلم قال: إنما أجرك على قدر نصبك فحكمنا بأن المراد الثاني لا واحدة أو ثلاث ولهذا ذكر في زيادات الزيارات أن من نذر أن يصلي أربعا بتسليمة فصلاها بتسليمتين لم يجزه، ولو نذر أن يصلي أربعا بتسلمتين فصلاها بتسليمة واحدة جاز عن نذره، وفي المحيط: وإنما اخترنا في التراويح مثنى مثنى لانها تؤدى بالجماعة وأداؤها على الناس مثنى مثنى أخف وأيسر. قوله: (وطول القيام أحب من كثرة السجود) أي أفضل من عدد الركعات. وقد اختلف النقل عن محمد في هذه المسألة فنقل الطحاوي عنه في شرح الآثار كما في الكتاب وصححه في البدائع ونسب ما قابله إلى الشافعي، ووجهه ما رواه مسلم عن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أفضل الصلاة طول القنوت والمراد بالقنوت القيام بدليل ما رواه أحمد وأبو داود مرفوعا أي الصلاة أفضل قال عليه الصلاة والسلام: طول القيام. ولان ذكره القراءة وذكر الركوع والسجود التسبيح. ونقل عنه في المجتبي أن كثرة

***

[٩٧]

الركوع والسجود أفضل لقوله عليه الصلاة والسلام للسائل كما في صحيح مسلم عليك بكثرة السجود ولآخر أعني على نفسك بكثرة السجود، وقوله عليه الصلاة والسلام أقرب ما يكون العبد من ربه وهو ساجد ولان السجود غاية التواضع والعبودية، ولتعارض الادلة توقف الامام أحمد في هذه المسألة ولم يحكم فيها بشئ، وفصل الامام أبو يوسف كما في المجتبي والبدائع فقال: إذا كان له ورد في الليل بقراءة من القرآن فالافضل أن يكثر عدد الركعات وإلا فطول القيام أفضل لان القيام في الاول لا يختلف ويضم إليه زيادة الركوع والسجود انتهى. والذي ظهر للعبد الضعيف أن كثرة الركعات أفضل من طول القيام لان القيام إنما شرع وسيلة إلى الركوع والسجود

كما صرحوا به في صلاة المريض من أنه لو قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود سقط عنه القيام مع قدرته عليه لعجزه عما هو المقصود فلا تكون الوسيلة أفضل من المقصود. وأما لزومه لكثرة القراءة فلا يفيد الافضلية أيضا لان القراءة ركن زائد كما صرحوا به مع الاختلاف في أصل ركنيتها بخلاف الركوع والسجود أجمعوا على ركنيتهما وأصالتهما كما قدمناه مع تخلف القيام عن القراءة في الفرض فيما زاد على الركعتين، فترجح هذا القول بما ذكرنا بعد تعارض الدلائل المتقدمة. قوله: (والقراءة فرض في ركعتي الفرض) أي فرض عملي كما في السراج الوهاج للاختلاف فيه بين العلماء، ولم يقيد الركعتين بالاوليين لان تعيينهما للقراءة ليس بفرض وإنما هو واجب على المشهور في المذهب، وصرح به المصنف في عد الواجبا ت وصحح في البدائع أن محلها الركعتان الاوليان عينا في الصلاة الرباعية. وقال بعضها: ركعتان منها غير
***
[٩٨]
عين مع اتفاقهم على أنه لو قرأ في الاخريين فقط فإنها صحيحة وأنه يجب عليه سجود السهو إن كان ساهيا على كلا القولين المذكورين، ففائدة الاختلاف إنما هو في سبب سجود السهو، فعلى ما صححه سببه تغيير الفرض عن محله وتكون قراءته في الاخريين قضاء عن قراءته في الاوليين، وعلى قول البعض سببه ترك الواجب وقراءته في الاخريين أداء لا قضاء والامر سهل. وما في غاية البيان من أن تعيين القراءة في الاوليين أفضل إن شاء قرأ فيهما وإن شاء قرأ في الاخريين أو في إحدى الاوليين وإحدى الاخريين ضعيف لتصريح الجم الغفير بالوجوب في الاوليين لا بالافضلية. وإنما كانت فرضا في ركعتين لقوله تعالى * (فاقرؤوا ما تيسر من القرآن) * (المزمل: ٢٠) وهو لا يقتضي التكرار فكان مؤداه افتراضها في ركعة إلا أن
***
[٩٩]
الثانية اعتبرت شرعا كالاولى، فإيجاب القراءة فيها إيجاب فيهما دلالة. وأما قوله عليه السلام في حديث المسئ صلاته ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم قال في آخره ثم افعل ذلك في صلاتك كلها فلا يثبت به الفرض لان القطعي لا يثبت بالظني. وإنما لم تكن القراءة في الاخريين واجبة في الفرض كما هو الصحيح من المذهب مع وجود الامر المذكور المقضي للوجوب لوجود صارف له عنه وهو قول الصحابة على خلافه كما رواه ابن أبي شيبة عن علي وابن مسعود قال: اقرأ في الاوليين وسبح في الاخريين لكن ذكر المحقق في فتح القدير أنه لا يصلح صارفا إلا إذا لم يرد عن غيرهما من الصحابة خلاف وإلا فاختلافهم في الوجوب لا يصرف دليل الوجو ب عنه، فالاحوط رواية الحسن رحمه الله بالوجوب في الاخريين انتهى. وقد يقال: إن مقتضاه لزوم قراءة ما تيسر في الاخريين وجوبا لا تعيين الفاتحة كما هو رواية الحسفليس موافقا لكل من الروايتين. وفي القنية: لم يقرأ في الاوليين وقرأ في الاخريين الفاتحة في الصلاة على قصد الثناء والدعاء لا يجزئه انتهى. مع أن المنقول في التجنيس أنه إذا قرأ الفاتحة في الصلاة على قصد الثناء جازت صلاته لانه وجدت القراءة في محلها فلا يتغير حكمها بقصده، وهكذا في الظهيرية. ثم ذكر بعده ما في القنية عن شمس الائمة الحلواني ووجهه أن القراءة ليست في محلها فتغيرت بقصده كما يشير إليه تعليله في التجنيس قوله: (وكل النفل والوتر) أي القراءة فرض في جميع ركعات النفل والوتر، أما النفل فلان كل شفع منه صلاة على حدة والقيام إلى الثالثة كتحريمة مبتدأة ولهذا لا يجب بالتحريمة الاولى إلا ركعتان في المشهور عن أصحابنا، ولهذا قالوا: يستفتح في الثالثة. وأما الوتر فللاحتياط كذا في الهداية. وزاد في فتح القدير ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم في كل قعدة، وقياسه أن يتعوذ في كل شفع انتهى. إلا أنه لا يتم لانه لا يشمل السنة الرباعية المؤكدة كسنة الظهر القبلية فإن القراءة فرض في جميع ركعاتها مع أن القيام إلى الثالثة ليس كتحريمة مبتدأة بل هي صلاة واحدة ولهذا لا يستفتح في الشفع الثاني ولا يصلي في القعدة الاولى ولا يبطل خيارها بقيامها
***
[١٠٠]
فيها إلى الشفع الثاني، وإن أريد بالنفل في كلامهم ما ليس سنة مؤكدة لم يتم أيضا لخلوه عن إفادة حكم القراءة في السنة المؤكدة. وإنما لم تكن القعدة على رأس كل شفع فرضا كما هو قول محمد وهو القياس لانها فرض للخروج من الصلاة فإذا قام إلى الثالثة تبين أن ما قبلها لم يكن أوان الخروج من الصلاة فلم تبق القعدة فريضة بخلاف القراءة فإنها ركن مقصود بنفسه فإذا تركه تفسد صلاته. قوله

(ولزم النفل بالشروع ولو عند الغروب والطلوع) بيان لما وجب على العبد من الصلاة بالتزامه وهو نوعان: ما وجب بالقول وهي النذر، وما وجب بالفعل وهو الشروع في النفل فنبدأ به تبعا للكتاب فنقول: إن إبطال العمل حرام بالنص * (ولا تبطلوا أعمالكم) * (محمد: ٣٣) فيلزمه الاتمالان الاحتراز عن إبطال العمل فيما لا يحتمل الوصف بالتجزي لا يكون إلا بالاتمام لا المؤدى وقع قربة بدليل أنه لو مات بعد القدر المؤدى يصير مثابا، وقد اتفق أصحابنا على لزوم القضاء في إفساد الصلاة والصوم، سواء كان بعذر كالحيض في خلالهما أو بغير عذر، وأنه يحل الافساد لعذر فيهما وأنه لا يحل الافساد في الصلاة لغير عذر. واختلفوا في إباحته في الصوم لغير عذر ففي ظاهر الرواية لا يباح، وفي رواية المنتقي يباح كما سيأتي في الصوم. وقوله ولو عند الغروب بيان لكونه لازما له إذا شرع في وقت مكروه وهو ظاهر الرواية، فإذا أفسده لزمه قضاؤه بخلاف الصوم إذا شرع في وقت مكروه فإنه لا قضاء عليه بالافساد، وسيأتي الفرق إن شاء الله تعالى في الصوم. وفي البدائع: وعندنا الافضل أن يقطعها وإن أتم فقد أساء ولاقضاء عليه لانه أداها كما وجبت، فإذا قطعها لزمه القضاء انتهى. وينبغي أن يكوالقطع واجبا خروجا عن المكروه تحريما وليس بإبطال للعمل لانه إبطال ليؤديه على وجه أكمل فلا يعد إبطالا، ولو قضاه
***
[١٠١]
في وقت مكروه آخر أجزأه لانها وجبت ناقصة وأداها كما وجبت فيجوز كما لو أتمها في ذلك الوقت. أطلق الشروع فانصرف إلى الصحيح فلو لم يكن صحيحا لاقضاء عليه كما لو شرع في صلاة أمي متطوعا أو في صلاة امرأة أو جنب أو محدث كما في البدائع وانصرف إلى القصدي، فالشروع في الصلاة المظنونة غير موجب والمراد بالشروع هو الدخول فيها بتكبيرة الافتتاح أو بالقيام إلى الشفع الثاني بعد الفراغ من الاول صحيحا، فإذا أفسد الشفع الثاني لزمه قضاؤه فقط و لا يسري إلى الاول لما تقدم أن كل شفع منه صلاة على حدة إلا إذا صلى ثلاث ركعات بقعدة واحدة فإن الاصح أنه لا يجوز وفسد الشفع الاول لان ما اتصل به القعدة وهي الركعة الاخيرة فسدت لان التنفل بالركعة الواحدة غير مشروع فيفسد ما قبلها. كذا في البدائع. ثم هذا النفل إذا صار لازما بالشروع لا يخرج عن أصل النفلية ولهذا لو اقتدى متطوعا بإمام مفترض ثم قطعه ثم اقتدى به ولم ينو القضاء فإنه يخرج عن العهدة، ولو نوى تطوعا آخر ذكر في الاصل أنه ينوب عما لزمه بالافساد وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وذكر في زيادات الزيادات أنه لا ينوب كما في البدائع أيضا. وأما ما يجب بالقول وهو النذر ففي القنية: أداء النفل بعد النذر أفضل من أدائه بدون النذر. ثم نقل أنه لو أراد أن يصلي نوافل قيل ينذرها ثم يصليها، وقيل يصليها كما هي انتهى. ويشكل عليه ما رواه مسلم في صحيحه من النهي عن النذر وهو مرجح لقول من قال لا ينذرها لكن بعضهم حمل النهي على النذر المعلق على شرط لانه يصير حصول الشرط كالعوض للعبادة فلم يكن مخلصا. ووجه من قال بنذرها وإن كانت تصير واجبة بالشروع أن الشروع في النذر يكون واجبا فيحصل له ثواب الواجب به بخلاف النفل، والاحسن عند العبد الضعيف أنه لا ينذرها خروجا عن عهدة النهي بيقين. ثم المنذور قسمان: منجز ومعلق. فالمنجز يلزم الوفاء به إن كان عبادة مقصودة بنفسها
***
[١٠٢]
ومن جنسها واجب فيحرم عليه الوفاء بنذر معصية، ولا يلزمه بنذر مباح من أكل وشرب ولبس وجماع وطلاق ولا بنذر ما ليس بعبادة مقصودة كنذر الوضوء لكل صلاة، وكذا لو نذر سجدة التلاوة خلافا لما في القنية من أنها تلزمه بخلاف ما إذا قال سجدة لا تلزمه، ولا بنذر ما ليس من جنسه واجب كعيادة المريض وتشييع الجنازة. قال في البدائع: ومن شروطه أن يكون قربة مقصودة فلا يصح النذر بعيادة المرضى وتشييع الجنائز والوضوء والاغتسال ودخول المسجد ومس المصحف والاذان وبناء الرباطات والمساجد وغير ذلك وإن كانت قربا لانها غير مقصودة. فلو قال لله علي أن أصلي أو أصلي صلاة أو علي صلاة لزمه ركعتان، وكذا لو قال لله علي أن أصلي يوما لزمه ركعتان كما في القنية، فلو نذر صلوات شهر فعليه صلوات شهر كالمفروضات مع الوتر دون السنن لكنه يصلي الوتر والمغرب أربعا. ولو نذر أن يصلي ركعة لزمه ركعتان أو ثلاثا فأربع لان ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله كما عرف. ولو نذر نصف ركعة لزمه ركعتان عند أبي يوسف وهو المختار كما في الخلاصة والتجنيس، ولو نذر أن يصلي الظهر ثمانيا أو أن يزكي النصاب عشرا أو حجة الاسلام مرتين لا يلزمه الزائد لانه التزام غير المشروع فهو نذر بمعصية كما لو نذصلاة بغير وضوء لانها ليست بعبادة بخلاف ما

لو نذرها بغير قراءة أو عريانا فإنها تلزمه بقراءة مستورا على المختار لانها بغير قراءة عبادة كصلاة المأموم والامي وبغير ثوب لعادمه. والظاهر أن مرادهم بغير وضوء بغير طهارة أصلا تجوزا بالخاص عن العام ليكون المشروع الاصلي في مثله هو الخاص وإلا فالصلاة بغير وضوء مشروعة بالتيمم عند العجز عن استعمال الماء. وينبغي أن يلزم النذر بالصلاة بغير طهارة على قول أبي يوسف كما قال به بغير وضوء لانه يقول بمشروعيتها لفاقد الطهورين كما عرف، وكأنه لنذرته لم يفرغ عليه. وفي شرح المجمع لمصنفه: لو قال صلاة بطهارة بلا طهارة يلزمه بطهارة اتفاقا.

***

[١٠٣]

وأما المعلق فظاهر الرواية أنه يلزمه الوفاء به عند وجود الشرط كما في الظهيرية. واختار المحققون أنه إن كان معلقا على شرط يريد كونه لجلب منفعة أو دفع مضرة كإن شفى الله مريضي أو مات عدوي فلله علي صوم أو صدقة أو صلاة لا يجزئه إلا فعل عينه، وإن كان معلقا على شرط لا يريد كونه كإن دخلت الدار أو كلمت فلانا كان مخيرا بين الوفاء به وبين كفارة اليمين، وصححه في الهداية وقال: إن أبا حنيفة رجع عن غيره. وكذا في الظهيرية وبه كان يفتي إسماعيل الزاهد. ثم في المعلق لا يجوز تعجيله قبل وجود الشرط بخلاف المضاف كأن نذر أن يصلي في غد فصلى اليوم فإنه يجوز عندهما خلافا لمحمد، والفرق أن المعلق لا ينعقد سببا في الحال بل عند الشرط والمضاف ينعقد في الحال كما عرف في الاصول وأوضحناه في لب الاصول. ولو عين مكانا فصلى فيما هو أشرف منه أو دونه جاز خلافا لزفر في الثاني. وذكر في المصفى أن أقوى الاماكن المسجد الحرام ثم مسجد النبي صلى الله عليه وسلم ثم مسجد بيت المقدس ثم الجامع ثم مسجد الحي ثم البيت. وذكر في الغاية بعد مسجد بيت المقدس مسجد قباء ثم الاقدم فالاقدم ثم الاعظم. وذكر النووي أن هذه الفضيلة مختصة بمسجد النبي صلى الله عليه وسلم الذي كان في زمانه دون ما زيد فيه بعده، فعلى هذا تكون الصلاة في مسجد بيت المقدس أفضل من الصلاة في تلك الزيادة إلا أن يكون فناء هذا المسجد في حكمه في الفضيلة تشريفا له وهي كانت من فنائه قبل أن تجعل منه والله أعلم بالصواب. وفي عدة المفتي للصدر الشهيد: مريض قال إن شفاني الله تعالى على أن أقدر فأصلي ركعة فلله علي أن أتصدق بدرهم هكذا إلى أربعة دراهم، فقدر على أربع ركعات يجب عليه التصديق بعشرة دراهم انتهى. ووجهه أنه يلزمه بالركعة الاولى درهم وبالثانية درهمان وبالثالثة ثلاثة وبالرابعة أربعة فالجملة عشرة دراهم. وفي القنية: أوج ب على نفسه صلاة في وقت بعينه يتعين ولو فات يقضيها كالصوم، ولو نذر أن يصلي أربعا بتسليمة يصلي في التشهد ويستفتح إذا قام إلى الثالثة اه.

***

[١٠٤]

قوله (وقضى ركعتين لو نوى أربعا وأفسده بعد القعود الاول أو قبله) يعني فيلزمه الشفع الثاني إن أفسده بعد القعود الاول والشروع في الثاني، والشفع الاول فقط إن أفسده قبل القعود بناء على أنه لا يلزمه بتحريمة النفل أكثر من الركعتين وإن نوى أكثر بل منهما وهو ظاهر الرواية عن أصحابنا إلا بعارض الاقتداء. وصحح في الخلاصة رجوع أبي يوسف إلى قولهما فهو باتفاقهم لان الوجوب بسبب الشروع لم يثبت وضعا بل لصيانة المؤدى وهو حاصل بتمام الركعتين فلا تلزم الزيادة بلا ضرورة. قيد بقوله نوى أربعا لأنه لو شرع في النفل ولم ينو لا يلزمه إلا ركعتان اتفاقا. وقيد بالشروع لانه لنذر صلاة ونوى أربعا لزمه أربع بلا خلاف كما في الخلاصة لان سبب الوجوب فيه هو النذر بصيغته وضعا. وأطلق في النفل فشمل السنة المؤكدة كسنة الظهر فلا يجب بالشروع فيها إلا ركعتان حتى لو قطعها قضى ركعتين في ظاهر الرواية عن أصحابنا لانها نفل، وعلى قول أبي يوسف يقضي أربعا في التطوع ففي السنة أولى. ومن المشايخ من اختار قوله في السنة المؤكدة لانها صلاة واحدة بدليل الاحكام من أنه لا يستفتح في الشفع الثاني، ولو أخبر الشفيع بالبيع فانتقل إلى الشفع الثاني لا تبطل شفعته وكذا المخيرة وتمنع صحة الخلوة. وظاهر ما في فتح القدير والتبيين والبدائع الاتفاق على هذه الاحكام، وينبغي أن تختص بقول أبي يوسف وتنعكس على ما هو ظاهر الرواية لكن ذكر في شرح منية المصلي أن هذه الاحكام مسلمة عند أهل المذهب فلذا اختار ابن الفضل قول أبي يوسف ونص صاحب النصاب على أنه الاصح حيث قال: وإن قطع سنة الظهر على رأس الركعتين أو الثالثة وشرع في الفرض لزمه قضاء الاربع وهو الاصح لانه بالشروع صار بمنزلة الفرض انتهى. وقيدنا بقولنا إلا بعارض الاقتداء لان المتطوع لو اقتدى بمصلي الظهر ثم قطعها فإنه يقضي أربعا، سواء اقتدى به في أولها أو في القعدة الاخيرة لانه بالاقتداء

التزم صلاة الامام وهي أربع. كذا في البدائع. وقيد بقوله بعد القعود لانه لو صلى ثلاث ركعات ولم يقعد وأفسدها لزمه أربع ركعات على الصحيح كما قدمناه، وقد ذكره في شرح منية المصلي بحثا وهو منقول في البدائع كما سلف. فقولهم إن كل شفع في النفل صلاة على حدة مقيد بما إذا قعد على رأس الركعتين وإلا فالكل صلاة واحدة بمنزلة الفرض فإذا أفسده لزمه الكل قوله (أو لم يقرأ فيهن شيئا أو قرأ في الاولين
***
[١٠٥]
أو الاخريين) أي قضى ركعتين في هذه المسائل الثلاث وهي من المسائل المعروفة بالثمانية، والاصل فيها أن الشفع الاول متى فسد بترك القراءة تبقى التحريمة عند أبي يوسف لان القراءة ركن زائد، ألا ترى أن للصلاة وجودا بدونها غير أنه لا صحة للاداء إلا بها وفساد الاداء لا يزيد على تركه فلا تبطل التحريمة. وعند محمد متى فسد الشفع الاول لا تبقى التحريمة فلا يصح الشروع في الشفع الثاني لان القراءة فرض في كل من الركعتين، فكما يفسد الشفع بترك القراءة فيهما يفسد بتركها في إحداهما، وإذا فسدت الافعال لم تبق التحريمة لانها تعقد للافعال وقد فسدت. وعند الامام أبي حنيفة إن فسد الشفع الاول بترك القراءة فيهما بطلت التحريمة فلا يصح الشروع في الشفع الثاني، وإن فسد بترك القراءة في إحداهما بقيت التحريمة فصح الشروع في الشفع الثاني إلا أن القياس ما قاله محمد لكن فسادها بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه لان الحسن البصري كان يقول بجوازها بوجود القراءة في ركعة واحدة وقوله وإن كان فاسد الكن انما عرفنا فساده بدليل اجتهادي غير موجب على اليقين، بل يجوز أن يكون الصحيح قوله غير أنا عرفنا صحة ما ذهبنا إليه وفساد ما ذهب إليه بغالب الرأي فلم يحكم ببطلان التحريمة الثانية بيقين بالشك. وإذا عرف هذا فنقول: إذا ترك القراءة في الاربع قضى الركعتين الاوليين فقط عندهما لبطلان التحريمة خلافا لابي يوسف لبقائها عنده فيقضي الشفعين، وإن ترك القراءة في الاخريين فقد أفسدهما فقط فيلزمه قضاؤهما إجماعا. وإذا ترك القراءة في الاوليين فقط لزمه قضاؤهما فقط إجماعا لفسادهما ولم يصح الشروع في الشفع الثاني عندهما حتى لو قهقه فيه لا تنتقض طهارته، وعند أبي يوسف قد صح ولم يفسد لوجود القراءة فيه. وأشار المصنف بهذه الثلاث إلى ثلاث أخرى أيضا فتصير المسائل ستا من الثمانية إحداها لو قرأ في الاوليين وإحدى الاخريين فعليه قضاء الاخريين إجماعا. ثانيها لو قرأ في الاخريين وإحدى الاوليين فعليه قضاء الاوليين اجماعا. ثالثها لوقرأ في إحدى الاخريين لا غير لزمه قضاء الاوليين عندهما، وعند أبي يوسف يقضي أربعة، وقد قدمنا أن فساد الشفع الثاني يسري إلى الاول إذا لم يقعد بينهما، فقوله أو قرأ في الاوليين مقيد بما إذا قعد على رأس الركعتين وإلا فعليه قضاء الاربع كما في العناية. وفي البدائع: هذا كله إذا قعد بين الشفعين قدر التشهد، فأما إذا لم يقعد تفسد صلاته عند محمد
***
[١٠٦]
بترك القعدة فلا تتأتى هذه التفريعات عنده انتهى. ثم اعلم أن هذه المسائل الست تسع من حيث التصوير لان الرابعة صادقة بصورتين ما إذا ترك في الركعة الثالثة أو ترك في الركعة الرابعة، والخامسة صادقة بصورتين أيضا ما ترك في الركعة الاولى أو ترك في الثانية، والسادسة صادقة بصورتين أيضا ما إذا قرأ في الثالثة أو قرأ في الرابعة، فالمسائل التي يجب فيها ركعتان تسع في التحقيق، فإن هذه المسائل وإن اشتهرت بالثمانية لكن هي في التحقيق خمسة عشر، تسع منها يلزم فيها ركعتان، وست منها يلزم فيها أربع أشار إليها بقوله. (وأربعا لو قرأ في إحدى الاوليين وإحدى الاخريين) وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف على رواية محمد لبقاء التحريمة عندهما لما عرف في الاصل السابق، وعند محمد عليه قضاء الاوليين لا غير لان التحريمة قد ارتفعت عنده. قال في الهداية: وقد أنكر أبو يوسف هذه الرواية عنه وقال: رويت لك عن أبي حنيفة أنه يلزمه قضاء ركعتين ومحمد لم يرجع عن روايته عنه انتهى. وقال فخر الاسلام: واعتمد مشايخنا رواية محمد، ويحتمل أن يكون ما حكى أبو يوسف من قول أبي حنيفة قياسا، وما ذكره محمد استحسانا ذكر القياس والاستحسان في الاصل ولم يذكره في الجامع الصغير انتهى. وذكر قاضيخان في شرح الجامع الصغير أن ما رواه محمد هو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة. وفي فتح القدير: واعتمد المشايخ رواية محمد مع تصريحهم في الاصول بأن تكذيب الفرع الاصل يسقط الرواية إذا كان صريحا، والعبارة المذكورة في الكتاب وغيره عن أبي يوسف من مثل الصريح على ما يعرف في ذلك الموضع فليكن لا بناء على أنه رواية بل تفريع صحيح

على أصلابي
***
[١٠٧]
حنيفة وإلا فهو مشكل انتهى. وبما ذكرناه عن قاضيخان ارتفع الاشكال لتصريحه بأنها ظاهر الرواية كأنه لثبوتها بالسماع لمحمد من أبي حنيفة لا بواسطة أبي يوسف فلذا اعتمدها المشايخ. وفي غاية البيان معزيا إلفخر الاسلام: كان أبو يوسف يتوقع من محمد أن يروي كتابا عنه فصنف محمد هذا الكتاب أي الجامع الصغير وأسنده عن أبي يوسف إلى أبي حنيفة، فلما عرض على أبي يوسف استحسنه وقال: حفظ أبو عبد الله إلا مسائل خطأه في روايتها عنه فلما بلغ ذلك محمدا قال: حفظتها ونسي وهي ست مسائل مذكورة في شرح الجامع الصغير انتهى ولم يبينها. وذكر العلامة السراج الهندي في شرح المغني فقال: الاولى مسألة ترك القراءة وقد علمتها. الثانية مستحاضة توضأت بعد طلوع الشمس تصلي حتى يخرج وقت الظهر قال أبو يوسف: إنما رويت لك حتى يدخل وقت الظهر. الثالثة المشتري من الغاصب إذا أعتق ثم أجاز المالك البيع نفذ العتق قال: إنما رويت لك أنه لا ينفذ. الرابعة المهاجرة لا عدة عليها ويجوز نكاحها إلا أن تكون حبلى فحينئذ لا يجوز نكاحها قال: إنما رويت لك أنه يجوز نكاحها ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع الحمل. الخامسة عبد بين اثنين قتل مولى لهما فعفا أحدهما بطل الدم كله عند أبي حنيفة، وقالا يدفع ربعه إلى شريكه أو يفديه بربع الدية،
***
[١٠٨]
وقال أبو يوسف: إنما حكيت لك عن أبي حنيفة كقولنا إنما الاختلاف الذي رويته في عبد قتل مولاه عمدا وله ابنان فعفا أحدهما إلا أن محمدا ذكر الاختلاف فيهما، وذكر قول نفسه مع أبي يوسف في الاولى. السادسة رجل مات وترك ابنا له وعبدا لا غير فادعى العبد أن الميت كان أعتقه في صحته وادعى رجل على الميت ألف دينار وقيمة العبد ألف، فقال الابن صدقتما يسعى العبد في قيمته وهو حر ويأخذها الغريم بدينه. وقال أبو يوسف: إنما رويت لك ما دام يسعى في قيمته أنه عبد انتهى. وأشار المصنف بهذه المسألة إلى مسألة أخرى تمام الثمانية وهي ما إذا قرأ (في إحدى الاوليين) لا غير فإنه يلزمه قضاء أربع عندهما، وعند محمد ركعتان. وفي التحقيق هي إشارة إلى خمسة أخرى فمسائل لزوم الاربع ست تمام الخمسة عشر فإن مسألة الكتاب أعني ما إذا قرأ في إحدى الاوليين وإحدى الاخريين صادقة بأربع صور، لان إحدى الاوليين صادقة بصورتين ما إذا قرأ في الاولى فقط أو في الثانية فقط، وإحدى الاخريين لا غير صادقة بصورتين ما إذا قرأ في الثالثة فقط أو في الرابعة فقط. ومسألة ما إذا قرأ في إحدى الاوليين لا غير صادقة بصورتين ما إذا قرأ في الاولى فقط أو في الثانية فقط، فصار الحاصل أن مسائل ترك القراءة خمسة عشر كما قدمناه وقد ذكرها في العناية مجملة وقال: فعليك بتمييز المتداخلة بالتفتيش في الاقسام قد يسر الله تعالى ذلك للعبد الضعيف مفصلة مميزة فلله الحمد والمنة. وفي البدائع: ولو كان خلفه رجل اقتدى به فحكمه حكم إمامه يقضي ما يقضي إمامه لان صلاة المقتدي متعلقة بصلاة الامام صحة وفسادا، ولو تكلم المقتدي وقد أتم الامام الاربع فإن تكلم قبل قعود الامام فعليه قضاء الاوليين فقط لانه لم يلتزم الشفع الاخير، وإن تكلم بعد قعوده قبل قيامه إلى الثالثة لا شئ عليه، وأما إذا قام إلى الثالثة ثم تكلم المقتدي لم تذكر في الاصل، وذكر عصام أن عليه قضاء أربع، وخصه أبو المعين بقولهما أما عند محمد فيلزمه قضاء الاخير لا غير انتهى. وفي المحيط: ولو اقتدى به في الاخريين وصلاهما مع الامام قضى الاوليين لانه بالاقتداء التزم ما لزم الامام قوله (ولا يصلي بعد صلاة مثلها) هذا لفظ الحديث كما في كتب الفقه وجعله في فتح القدير وغاية البيان أثرا عن عمر رضي الله عنه. وقال عبد الله بن مسعود: لا يصلي على إثر صلاة مثلها. وهذا الحديث خص منه البعض لانه يصلي سنة الفجر ثم الفرض وهما مثلان، وكذا يصلي سنة الظهر أربعا ثم يصلي الفرض أربعا، ثم يصلي الفرض أربعا، وكذا يصلي الظهر ركعتين في السفر ثم يصلي السنة ركعتين، فلما لم يمكن
***
[١٠٩]
إجراؤه على العموم وجب حمله على أخص الخصوص كما هو الحكم، في العام إذا لم يمكن العمل بعمومه. فقال محمد في الجامع الصغير: المراد منه أن لا يصلي بعد أداء الظهر نافلة ركعتان بقراءة وركعتان بغير قراءة يعني لا تصلي النافلة كذلك حتى لا تكون مثلا للفرض

بل يقرأ في جميع ركعات النفل. قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير: ولو حمل على النهي عن تكرار الجماعة في المسجد أو على النهي عن قضاء الفرائض مخافة الخلل في المؤدي كان حسنا فإن ذلك مكروه انتهى. واستدل في فتح القدير للاول بما في أبي داود عن سليمان ابن يسار قال: أتيت ابن عمر على البلاط وهم يصلون قلت: ألا تصلي معهم؟ قال: قد صليت إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: لا تصلوا صلاة في يوم مرتين. وروى مالك في الموطأ حدثنا نافع أن رجلا سأل ابن عمر فقال: إني أصلي في بيتي ثم أدرك الصلاة مع الامام أفأصلي معه؟ فقال ابن عمر: نعم. فقال: أيتهما أجعل صلاتي؟ فقالا بن عمر: ليس ذلك إليك إنمذلك إلى الله يجعل أيتهما شاء. فهذا من ابن عمر دليل على أن الذي روي عن سليمان بن يسار عنه إنما أراد كلتاهما على وجه الفرض أو إذا صلى في جماعة فلا يعيد وفيه نفي لقول الشافعية انتهى. فالحاصل أن تكرار الصلاة إن كان مع الجماعة في المسجد على هيئته الاولى مكروه وإلا فإن كان في وقت يكره التنفل بعد الفرض فمكروه كما بعد الصبح والعصر، وإلا فإن كان لخلل في المؤدى، فإن كان ذلك الخلل محققا إما بترك واجب أو بارتكاب مكروه فغير مكروه بل واجب كما قدمناه مرارا. وصرح به في الذخيرة وقال: إنه لا يتناوله النهي، وإن كان ذلك الخلل غير محقق بل نشأ عن وسوسة فهو مكروه. وفي مآل الفتاوى: ولو لم يفته شئ من الصلوات وأحب أن يقضي جميع الصلوات التي صلاها متداركا لا يستحب له ذلك إلا إذا كان غالب ظنه فساد ما صلى لورود النهي عنه صلى الله عليه وسلم، وما حكي عن أبي حنيفة أنه قضى صلاة عمره فإن صح النقل فنقول: كان يصلي المغرب والوتر أربع ركعات بثلاث قعدات انتهى. وذكر في النهاية أن النبي صلى الله عليه وسلم لما صلى الفجر ضحى النهار بعد ليلة التعريس قال له أصحابه من الغد: ألا نعيد صلاة الامس؟ فقال: إن الله ينهاكم عن الربا أفيقبله منكم؟ كذا ذكره نخر الاسلام. وبما قررناه ظهر أن ذكر المصنف في المختصر لفظ الحديث مع أن عمومه ليس بمراد مما لا ينبغي.

***

[١١٠]

قوله (ويتنفل قاعدا مع قدرته على القيام ابتداء وبناء) بيان أيضا لما خلف فيه النفل الفرائض والواجبات وهو جوازه بالقعود مع القدرة على القيام، وقد حكي فيه إجماع العلماء. وفي صحيح مسلم عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يمت حتى كان يصلي كثيرا من صلاته وهو جالس. وروى البخاري عن عمران بن الحصين مرفوعا من صلى قائما فهو أفضل ومن صلى قاعدا فله نصف أجر القائم (١) وقد ذكر الجمهور كما نقلهالنووي أنه محمول على صلاة النفل قاعدا مع القدرة على القيام، وأما إذا صلاه مع عجزه فلا ينقص ثوابه عن ثوابه قائما، وأما الفرض فلا يصح قاعدا مع القدرة على القيام ويأثم ويكفر إن استحله، وإن صلى قاعدا لعجزه أو مضطجعا لعجزه فثوابه كثوابه اهـ. وتعقبه الاكمل في شرح المشارق بأنه ورد في بعض رواياته ومن صلى نائما - أي مضطجعا - فله نصف أجر القاعد (٢) ولا يمكن حمله على النفل مع القدرة إذ لا يصح مضطجعا اللهم إلا أن يحكم بشذوذ هذه الرواية. وفي النهاية: انعقد الاجماع على أن صلاة القاعد لعذر بعجزه عن القيام مساوية لصلاة القائم في الفضيلة والاجر انتهى. وفيه نظر لما نقله النووي عن بعضهم أنه على

***

[١١١]

النصف من صلاة القائم مع العذر، وعليه حمل الحديث فلا إجماع إلا أن يريد به إجماع أئمتنا. وذكر في المجتبي بعد ما نقل الحديث قالوا: وهذا في حق القادر، أما العاجز فصلاته بإيماء أفضل من صلاة القائم الراكع الساجد لانه جهد المقل انتهى. ولا يخفى ما فيه بل الظاهر المساواة كما في النهاية وقد عدمن خصائصه صلى الله عليه وسلم أن نافلته قاعدا مع القدرة على القيام كنافلته قائما تشريفا له صلى الله عليه وسلم، ويشهد له ما في صحيح مسلم عن عبد الله بن عمر وقال: حدثت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: إن صلاة الرجل قاعدا نصف الصلاة. قال: فأتيته فوجدته يصلي قاعدا فوضعت يدي على رأسه فقال: ما لك يا عبد الله بن عمرو؟ قلت: حدثت يا رسول الله أنك قلت صلاة الرجل قاعدا على نصف الصلاة وأنت تصلي قاعدا قال: أجل ولكني لست كأحد منكم انتهى. أطلق في التنفل فشمل السنة المؤكدة والتراويح لكن ذكرقاضيخان في فتاواه من باب التراويح الاصح أن سنة الفجر لا يجوز أداؤها قاعدا من

غير عذر، والتراويح يجوز أداؤها قاعدا من غير عذر، والفرق أن سنة الفجر مؤكدة لا خلاف فيها والتراويح في التأكيد دونها انتهى. وقد نقلناه في سنة الفجر في موضعها من رواية الحسن وهكذا صححه حسام الدين ثم قال: الصحيح أنه لا يستحب في التراويح لمخالفته للتوارث وعمل السلف وهذا كله في الابتداء. وأما قوله وبناء بأن شرع فيه قائما ثم قعد من غير عذر فهو قول أبي حنيفة. وهذا استحسان، وعندهما لا يجزئه وهو قياس لان الشروع معتبر بالنذر، وله أنه لم يباشر القيام فيما بقي ولما باشر صحة بدونه بخلاف النذر لانه التزمه نصا حتى لو لم ينص على القيام لا يلزمه القيام عند بعضهم كما لو نذر صلاة لانه في النفل وصف زائد فلا يلزمه إلا شرط. وعند البعض يلزمه القيام لان إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله وأينما أوجبها الله تعالى أوجبها قائما، والصحيح الاول كالتتابع في الصوم. كذا في المحيط وغاية البيان.

***

[١١٢]

ورجح الثاني في فتح القدير بحثا بأن الصلاة عبارة عن القيام والقراءة إلى آخرها فهو الركن الاصلي غير أنه يجوز تركه إلى القعود رخصة في النفل فلا ينصرف المطلق إلا إليه. قيدنا بكونه شرع قائما ثم قعد لانه لو كان على عكسه فإنه يجوز اتفاقا وهو فعله صلى الله عليه وسلم كما روت عائشة أنه كان يفتتح التطوع قاعدا فيقرأ ورده حتى إذا بقي عشر آيات ونحوها قام إلى آخره، وهكذا كان يفعل في الركعة الثانية. وذكر في التجنيس أن الافضل أن يقوم فيقرأ شيئا ثم يركع ليكون موافقا للسنة، ولو لم يقرأ ولكنه استوى قائما ثم ركع جاز، وإن لم يستو قائما وركع لا يجزئه لانه لا يكون ركوعا قائما ولا ركوعا قاعدا انتهى. وليس هو بناء القوي على الضعيف لان القعود والقيام في النفل سواء، والفرق لمحمد بين هذا وبين قوله ببطلان صلاة المريض إذا قدر على القيام في أثناء صلاته أن تحريمة المتطوع لم تنعقد للقعود ألبتة بل للقيام لانه أصل هو قادر عليه، ثم جاز له شرعا تركه بخلاف المريض لانه لم يقدر على القيام فما انعقد إلا للمقدور وهو القعود. ولم يذكر المصنف كيفية القعود في النفل للاختلاف فيه، ففي الذخيرة والنهاية أنه في التشهد يقعد كما يقعد في سائر الصلوات إجماعا، سواء كان بعذر أو بغيره. أما حالة القراءة فعن أبي حنيفة تخييره بين القعود والتربع والاحتباء، ونقله الكرخي عن محمد. وعن أبي يوسف: يحتبي. وعنهما: يتربع. ثم قال أبو يوسف: محل القعدة عند السجود. وقال محمد: عند الركوع. وعن زفر إنه يقعد في جميع الصلاة كما في التشهد. قال الفقيه أبو الليث: وعليه الفتوى واختاره الامام السرخسي لانه المعهود شرعا في الصلاة، واختار الامام خواهر زاده الاحتباء لان عامة صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم في آخر العمر كان محتبيا ولانه يكون أكثر توجيها لاعضائه إلى القبلة لان الساقين يكونان متوجهين كما يكون حالة القيام اه. وتفسير الاحتباء أن ينصب ركبتيه ويجمع يديه عند ساقيه. كذا في غاية البيان. وذكر في الخلاصة عن أبي حنيفة فيه ثلاث روايات فحينئذ فالافتاء على إحدى الروايات ولا حاجة إلى أن تضاف إلى زفر كما يخفى. وقيد بالتنفل قاعدا لان المتنفل مضطجعا لا يجوز عند عدم العذر كما سبق، والشروع وهو منحن قريبا من الركوع لا يصح أيضا في التنفل كما يشير إليه كلام التجنيس السابق وصرح به في موضع من شرح منية المصلي.

***

[١١٣]

قوله (وراكبا خارج المصر موميا إلى أي جهة توجهت دابته) أي يتنفل راكبا لحديث الصحيحين عن ابن عمر: رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي النوافل على راحلته في كل وجه يومئ إيماء ولكنه يخفض السجدة من الركعتين. أطلقه فشمل ما إذا كان مسافرا أو مقيما خرج إلى بعض النواحي لحاجة وصححه في النهاية، وما إذا قدر على النزول أو لا. وقيد بخارج المصر لانه لا يجوز التنفل عليها في المصر. وقال أبو يوسف: لا بأس به. وقال محمد: يجوز ويكره كذا في الخلاصة. واختلفوا في حد خارج المصر والاصح أنه تجوز في كل موضع يجوز للمسافر أن يقصر فيه كما ذكره في الظهيرية وغيرها. وأشا بقوله توجهت دابته دون أن يقول وجه دابته إليها إلى أن محل جوازها عليها ما إذا كانت واقفة أو سارت بنفسها، أما إذا كانت تسير بتسيير صاحبها فلا تجوز الصلاةعليها لا فرضا ولا نفلا كما في الخلاصة. وإلى أنه لا يشترط استقبال القبلة في الابتداء لانه لما جاز الصلاة إلى غير جهة الكعبة جاز الافتتاح إلى غير جهتها. كذا في غاية البيان. وإلى أنه إذا صلى إلى غير ما توجهت به دابته لا يجوز لعدم الضرورة إلى ذلك. كذا في السراج الوهاج. ولم يشترط المصنف طهارة الدابة لانها ليست بشرط على قول الاكثر، سواء كانت على السراج أو على الركابين أو الدابة لان فيها ضرورة فيسقط

اعتبارها. وصرح في المحيط والكافي بأنه الاصح، وفي الخلاصة بأنه ظاهر المذهب من غير تفصيل، وعلله في البدائع بأنه لما سقط اعتبار الاركان الاصيلة فلان يسقط شرط طهارة المكان أولى. وقيد بالنفل لان الفرض والواجب بأنواعه لا يجوز على الدابة من غير عذر من الوتر والمنذور وما لزمه بالمشروع والافساد وصلاة الجنازة والسجدة التي تليت على الارض لعدم لزوم الحرج في النزول ولا يلزمه الاعادة إذا استطاع النزول كما في الظهيرية
***
[١١٤]
وغيرها. ومن الاعذار أن يخاف اللص أو السبع على نفسه أو ماله ولم يقف له رفقاؤه، وكذا إذا كانت الدابة جموحا لا يقدر على ركوبها إلا بمعين أو هو شيخ كبير لا يجد من يركبه، ومن الاعذار الطين والمطر بشرط أن يكون بحال يغيب وجهه في الطين، أما إذا لم يكن كذلك والارض ندية فإنه يصلي هناك كما في الخلاصة. والظاهر أن اعتبار المعين هنا إنما هو على قولهما لما عرف أن أبا حنيفة لا يعتبر قدرة الغير. وفي فتاوى قاضيخان والظهيرية: الرجل إذا حمل امرأته من القرية إلى المصر كان لها أن تصلي على الدابة في الطريق إذا كانت لا تقدر على الركوب والنزول انتهى. والظاهر منه أنها لا تقدر بنفسها من غير معين حتى إذا قدرت على الركوب والنزول بمحرمها أو زوجها فإنه لا يجب عليها ذلك، ويجوز لها صلاة الفرض على الدابة لان أبا حنيفة يجعل قدرة الانسان بغيره كقدرته بنفسه، لكن ذكر في منية المصلي أنه إذا لم يكن معها محرم فإنه تجوز صلاتها على الدابة إذا لم تقدر على النزول، والظاهر أن اشتراط عدم المحرم معها مفرع على قولهما فقط، ولم أرحكم ما إذا كان راكبا مع امرأته أو أمه كما وقع للفقير مع أمه في سفر الحج ولم تقدر المرأة على النزول والركوب، أيجوز للرجل المعادل لها أن يصلي الفرض على الدابة كما يجوز للمرأة إذا كان لا يتمكن من النزول وحده لميل المحمل بنزوله وحده، وينبغي أن يكون له ذلك كما لا يخفى. وأطلق في الدابة فشمل جميع الدواب وقيد به لانه لا تجوز صلاة الماشي بالاجماع. كذا في المجتبى. وأطلق في النفل فشمل السنن المؤكدة. قال في الهداية: وللسنن الرواتب نوافل. وعن أبي حنيفة أنه ينزل لسنة الفجر لانها آكد من سائرها انتهى. بل روي عنه أنها واجبة. وعلى هذا أداؤها قاعدا كما أسلفناه، وقد قدمنا أنه ينزل للوتر اتفاقا بينه وبينهما. وأطلق في الركوب خارج المصر فشمل ما إذا كان خارجه ابتداء وانتهاء إلى سلامه أو ابتداء فقط لما في الخلاصة ولو افتتحها خارج المصر ثم دخل المصر أتم على الدابة. وقال كثير من أصحابنا: ينزويتمها على الارض انتهى. وفي الظهيرية:
***
[١١٥]
وإذا صلى على الدابة في محمل وهو يقد على النزول لا يجوز له أن يصلي على الدابة إذا كانت الدابة واقفة إلا أن يكون المحمل على عيدان على الارض، أما الصلاة على العجلة إن كان طرف العجلة على الدابة وهي تسير أو لا تسير فهي صلاة على الدابة تجوز في حالة العذر ولا تجوز في غير حالة العذر، وإن لم يكن طرف العجلة على الدابة جاز وهو بمنزلة الصلاة على السرير انتهى. وهذا كله في الفرض، أما في النفل فيجوز على المحمل والعجلة مطلقا كما لا يخفى. وفي الخلاصة: وكيفية الصلاة على الدابة أن يصلي بالايماء ويجعل السجود أخفض من الركوع من غير أن يضع رأسه على شئ سائرة أو واقفة دابته ويصلون فرادى، فإن صلوا بجماعة فصلاة الامام تامة وصلاة القوم فاسدة. وعن محمد يجوز إذا كان البعض بجنب البعض انتهى. وفي الظهيرية: رجلان في محمل واحد فاقتدى أحدهما بالآخر في التطوع أجزأهما، وهذا لا يشكل إذا كانا في شق واحد، وإذا كانا في شقين اختلف المشايخ، قال بعضهم: إذا كان أحد الشقين مربوطا بالآخر يجوز، وإذا لم يكن مربوطا لا يجوز. وقال بعضهم: يجوز كيفما كان إذا كانا على دابة واحدة كما لو كانا على الارض اه. وفي منية المصلي: ولو سجد على شئ وضع عنده أو على سرجه لا يجوز لان الصلاة على الدابة شرعت بالايماء اه. وينبغي حمله على ما إذ لم يكن بحيث يخفض رأسه وإلا فقد صرحوا في صلاة المريض أنه لا يرفع إلى وجهه شئ يسجد عليه، فإن فعل وهم يخفض رأسه أجزأه لوجود الايماء وإن وضع ذلك على جبهت لا يجزئه لانعدامه. كذا في الهداية وغيرها. قوله (وبني بنزوله لا بعكسه) أي إذا افتتح النفل راكبا ثم نزل بنى، ولا يبنى إذا افتتحه نازلا ثم ركب لان إحرام الراكب العقد مجوزا للركوع والسجود لقدرته على النزول فإذا أتى بهما صح، وإحرام النازل انعقد موجبا للركوع والسجود فلا يقدر على ترك ما لزمه من غير عذر. وعن أبي يوسف أنه يستقبل إذا نزل أيضا، وكذا عند محمد إذا نزل بعدما صلى ركعة،
***

[١١٦]
والاصح هو الظاهر. كذا في الهداية. وقوله من غير عذر بيان للواقع لا للاحتراز عن العذر فإن المنقول في الخانية أن المصلي إذا ركب الدابة فسدت صلاته. وورد في غاية البيان تعليل من فرق بينهما بأن النزول عمل قليل والركوب عمل كثير بأنه ممنوع لانه لو رفع المصلي ووضع على السرج لا يبني مع أن العمل لم يوجد فضلا عن العمل الكثير والفرق الصحيح ما في الهداية اهـ. وأورد في النهاية أن القول بالبناء فيما إذا نزل يؤدي إلى بناء القوي على الضعيف وذلك لا يجوز كالمريض إذا صلى بعض صلاته بالايماء ثم قدر على الاركان لا يجوز له البناء تحرزا عما قلنا. وأجاب بأن الايماء من المريض دون الايماء من الراكب لان الايماء من المريض بدل عن الاركان والايماء من الراكب ليس ببدل عنها لان البدل في العبادا ت اسم لما يصار إليه عند عجز غيره والمريض أعجزه مرضه عن الاركان فكان الايماء بدلا عنها والراكب لم يعجزه الركوب عن الاركان لانه يملك الانتصاب على الركابين فيكون ذلك منه قياما، وكذلك يمكنه أن يخر راكعا وساجدا، ومع هذا أطلق الشارع في الايماء فلا يكون الايماء بدلا فكان قويا في نفسه فلا يؤدي إلى بناء القوي على الضعيف. وفرق في المحيط بوجه آخر هو أن في المريض ليس له أن يفتتح الصلاة بالايماء مع القدرة على الركوع والسجود فلذلك إذا قدر على ذلك في خلال صلاته لا يبني، أما الراكب هنا له أن يفتتح الصلاة بالايماء على الدابة مع القدرة فالنزول لا يمنعه من البناء. قال في النهاية قلت: وعلى هذا الفرق يجب أن لا يبنى في المكتوبة فيما إذا افتتحها راكبا ثم نزل لانه ليس له أن يفتتحها بالايماء على الدابة عند القدرة فلذلك قيد المسألة في الهداية بالتطوع. وذكر الامام الاسبيجابي أن استقبال المريض فيما إذا صح في خلال صلاته إنما كان في المكتوبة ولا رواية عنهم في التطوع في حق المريض، فاحتمل أن المريض لا يستقبل أيضا في التطوع فحينئذ لا يحتاج إلى الفرق، ويحتمل أنه يستقبل بخلاف الراكب والفرق ما بيناه اهـ. قوله: (وسن في رمضان عشرون ركعة بعد العشاء قبل الوتر وبعده بجماعة والختم مرة بجلسة بعد كل أربع بقدرها) بيان لصلاة التراويح وإنما لم يذكرها مع السنن المؤكدة قبل النوافل المطلقة لكثرة شعبها ولاختصاصها بحكم من بين سائر السنن والنوافل وهو الاداء بجماعة. والتراويح جمع ترويحة وهي في الاصل مصد بمعنى الاستراحة سميت به الاربع ركعات المخصوصة لاستلزامها استراحة بعدها كما هي السنة فيها. وصرح المصنف بأنها سنة وصححه صاحب الهداية والظهيرية، وذكر في الخلاصة أن المشايخ اختلفوا في كونها سنة وانقطع الاختلاف برواية الحسن عن أبي حنيفة أنها سنة. وذكر في الاختيار أن أبا يوسف
***
[١١٧]
سأل أبا حنيفة عنها وما فعله عمر فقال: التراويح سنة مؤكدة. ولم يتخرجه عمر من تلقاء نفسه ولم يكن فيه مبتدعا ولم يأمر به إلا عن أصل لديه وعهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم. قال: ولا ينافيه قول القدوري أنها مستحبة كما فهمه في الهداية عنه لانه إنما قال يستحب أن يجتمع الناس وهو يدل على أن الاجتماع مستحب، وليس فيه دلالة على أن التراويح مستحبة. كذا في العناية. وفي شرح منية المصلي: وحكى غير واحد الاجماع على سنيتها. وقد سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وندبنا إليها وأقامها في بعض الليالي ثم تركها خشية أن تكتب على أمته كما ثبت ذلك في الصحيحين وغيرهما، ثم وقعت المواظبة عليها في أثناء خلافة عمر رضي الله عنه ووافقه على ذلك عامة الصحابة رضي الله عنهم كما ورد ذلك في السنن، ثم ما زال الناس من ذلك الصدر إلى يومنا هذا على إقامتها من غير نكير وكيف لا وقد ثبت عنه صلى الله عليه وسلم عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين عضوا عليها بالنواجذ (١) كما رواه أبو داود. وأطلقه فشمل الرجال والنساء كما صرح به في الخانية والظهيرية. وقوله عشرون ركعة بيان لكميتها وهو قول الجمهور لما في الموطأ عن يزيد بن رومان قال: كان الناس يقومون في زمن عمر بن الخطاب بثلاث وعشرين ركعة. وعليه عمل الناس شرقا وغربا لكن ذكر المحقق في فتح القدير ما حاصله أن الدليل يقتضي أن تكون السنة من العشرين ما فعله صلى الله عليه وسلم منها ثم تركه خشية أن تكتب علينا والباقي مستحب، وقد ثبت أن ذلك كان إحدى عشرة ركعة بالوتر كما ثبت في الصحيحين من حديث عائشة، فإذن يكون المسنون على أصول مشايخنا ثمانية منها والمستحب اثنا عشر انتهى. وذكر العلامة الحلبي أن الحكمة في كونها عشرين أن السنن شرعت مكملات للواجبات وهي عشرون بالوتر فكانت التراويح كذلك لتقع المساواة بين المكمل والمكمل انتهى. وأراد بالعشرين أن تكون بعشر

تسليمات كما هو المتوارث يسلم على رأس كل ركعتين، فلو صلى الامام أربعا بتسليمة ولم يقعد في الثانية
***
[١١٨]
فأظهر الروايتين عن أبي حنيفة وأبي يوسف عدم الفساد. ثم اختلفوا هل تنوب عن تسليمة أو تسليمتين، قال ابو الليث: تنوب عن تسليمتين. وقال أبوجعفوابن الفضل: تنوب عن واحدة وهو الصحيح. كذا في الظهيرية والخانية، وفي المجتبي وعليه الفتوى. ولو قعد على رأس الركعتين فالصحيح أنه يجوز عن تسليمتين وهو قول العامة. وفي منية المصلي: إذا شكوا أنهم صلوا تسع تسليمات أو عشر تسليمات ففيه اختلاف والصحيح أنهم يصلون بتسليمة أخرى فرادى. ولو سلم الامام على رأس ركعة ساهيا في الشفع الاول ثم صلى ما بقي على وجهها قال مشايخ بخاري: يقضي الشفع الاول لا غير. وقال مشايخ سمرقند: عليه قضاء الكل. وهذا إذا لم يفعل بعد السلام المذكور شيئا مما يفسد الصلاة من أكل أو شرب أو كلام، أما إذا فعل شيئا من ذلك فليس عليه إلا قضاء الشفع الاول لا غير كما في الذخيرة والخلاصة وغيرهما. وفي المحيط: لو صلى التراويح كلها بتسليمة واحدة وقد قعد على رأس كل ركعتين فالاصح أنه يجوز عن الكل لانه قد أكمل الصلاة ولم يخل بشئ من الاركان إلا أنه جمع المتفرق واستدام التحريمة فكان أولى بالجواز لانه أشق وأتعب للبدن انتهى. وظاهره أنه لا يكره، وقد صرح بعدم الكراهة في منية المصلي، ولا يخفى ما فيه لمخالفته المتوارث مع تصريحهم بكراهة الزيادة على ثمان في مطلق التطوع ليلا فلان يكره هنا أولى، فلهذا نقل العلامة الحلبي أن في النصاب وخزانة الفتاوي
***
[١١٩]
الصحيح أنه لو تعمد ذلك يكره، فلو لم يقعد إلا في آخرها فقد علمت أن الصحيح أنه يجزئه عن تسليمة واحدة فيما لو صلى أربعا بتسليمة فكذلك هنا. وقوله بعد العشاء قبل الوتر وبعده بيان لوقتها وفيه ثلاثة أقوال: الاول ما اختاره اسمعيل الزاهدي وجماعة من بخاري أن الليل كله وقت لها قبل العشاء وبعده وقبل الوتر وبعده لانها قيام الليل ولم أر من صححه. الثاني ما قاله عامة مشايخ بخاري: وقتها ما بين العشاء إلى الوتر. وصححه في الخلاصة ورجحه في غاية البيان بأن الحديث ورد كذلك، وكان أبي رضي الله عنه يصلي بهم التراويح كذلك. الثالث ما اختاره المصنف وعزاه في الكافي إلى الجمهور وصححه في الهداية والخانية والمحيط لانها نوافل سنت بعد العشاء. وثمرة الاختلاف تظهر فيما لو صلاها قبل العشاء، فعلى القول الاول هي صلاة التراويح، وعلى الاخيرين لا. وفيما إذا صلاها بعد الوتر فعلى الثاني لا، وعلى الثالث نعم هي صلاة التراويح، وتظهر فيما إذا فاتته ترويحة أو ترويحتان ولو اشتغل بها يفوته الوتر بالجماعة، فعلى الاولى يشتغل بالوتر ثم يصلي ما فاته من التراويح، وعلى الثاني يشتغل بالترويحة الفائتة لانه لا يمكنه الاتيان بعد الوتر. كذا في الخلاصة. وينبغي أن يكون الثالث كالثاني كما لا يخفى ولو فاتته ترويحة وخاف لو اشتغل بها تفوته متابعة الامام فمتابعة الامام أولى. وقد اختلفوا فيما لو تذكر تسليمة بعد الوتر، فقيل لا يصلون بجماعة، وقيل يصلون بها كما في منية المصلي. وينبغي أن يكون مفرعا على القول الثاني والثالث. وفى فتاوى قاضيخان: ويستحب تأخير التراويح إلى ثلث الليل والافضل استيعاب أكثر الليل بالتراويح، فإن أخروها إلى ما بعد نصف الليل فالصحيح أنه لا بأس به. وإذا فاتت التراويح لا تقضى بجماعة والاصح أنها لا تقضى أصلا، فإن قضاها وحده كان نفلا مستحبا لا تراويح كسنة المغرب والعشاء.
***
[١٢٠]
قوله بجماعة متعلق بسن بيان لكون الجماعة سنة فيها وفيها ثلاثة أقوال: الاول ما اختاره المصنف أنه سنة على الاعيان حتى إن من صلى التراويح منفردا فقد أساء لتركه السنة، وإن صليت في المساجد وبه كان يفتي ظهير الدين المرغيناني لصلاته عليه السلام إياها بالجماعة وبيان العذر في تركها. الثاني ما اختاره الطحاوي في مختصره حيث قال: يستحب أن يصلي التراويح في بيته إلا أن يكون فقيها عظيما يقتدي به فيكون في حضوره ترغيب لغيره وفي امتناعه تقليل الجماعة مستدلا بحديث أفضل صلاة المرء في بيته إلا المكتوبة (١) وهو رواية عن أبي يوسف كما في الكافي. الثالث ما صححه في المحيط والخانية واختاره في الهداية وهو قول أكثر المشايخ على ما في الذخيرة وقول الجمهور على ما في الكافي أن إقامتها بالجماعة سنة على الكفاية حتى لو ترك أهل المسجد كلهم الجماعة فقد أساؤوا وأثموا. وإن أقيمت التراويح بالجماعة في المسجد وتخلف عنها أفراد الناس وصلى في بيته لم يكن مسيئا لان أفراد الصحابة يروى عنهم التخلف كابن

عمر على ما رواه الطحاوي. والجواب عن دليل الطحاوي أن قيام رمضان مستثنى من الحديث لفعله صلى الله عليه وسلم إياه في المسجد ثم فعل الخلفاء الراشدين بعده إذ لا يختار المفضول ويجمعون عليه. وأما من تخلف من الصحابة فإما لعذر أو لانه أفضل في اجتهاده وهو معارض بما هو أولى منه وهو اتفاق الجم الغفير على خلافه. فالحاصل أن القول الاول والثالث اتفقا على أفضليتها وإنما الكلام في الاساءة بالترك من البعض. وأطلق المصنف في الجماعة ولم يقيدها بالمسجد لما في الكافي والصحيح أن للجماعة في بيته فضيلة وللجماعة في المسجد فضيلة أخرى فهو حاز إحدى الفضيلتين وترك الفضيلة الاخرى انتهى. وفي الخلاصة: إذا صلى الترويحة الواحدة إمامان كل إمام ركعتين اختلف المشايخ والصحيح أنه لا يستحب ولكن كل ترويحة يؤديها إمام واحد إمام يصلي التراويح في مسجدين كل مسجد على وجه الكمال لا يجوز لانه لا يتكرر، ولو اقتدى بالامام في التراويح وهو قد صلى مرة لا بأس به ويكون هذا اقتداء المتطوع بمن يصلي السنة، ولو صلوا التراويح ثم أرادوا أن يصلوا ثانيا يصلون فرادى انتهى. وقوله والختم مرة معطوف على عشرون بيان لسنة القراءة فيها وفيه اختلاف، والجمهور على أن السنة الختم مرة فلا يترك لكسل القوم، ويختم في الليلة السابع والعشرين لكثرة الاخبار أنها ليلة القدر، ومرتين فضيلة،

***

[١٢١]

وثلاث مرات في كل عشر مرة أفضل. كذا في الكافي. وذكر في المحيط والاختيار أن الافضل أن يقرأ فيها مقدار ما لا يؤدي إلى تنفير القوم في زماننا لان تكثير الجمع أفضل من تطويل القراءة. وفي المجتبي: والمتأخرون كانوا يفتون في زماننا بثلاث آيات قصار أو آية طويلة حتى لا يمل القوم ولا يلزم تعطيلها وهذا حسن، فإن الحسن روى عنأبي حنيفة أنه إن قرأ في المكتوبة بعد الفاتحة ثلاث آيات فقد أحسن ولم يسئ هذا في المكتوبة فما ظنك في غيرها ا ه. وفي التجنيس: ثم بعضهم اعتادوا قراءة قل هو الله أحد في كل ركعة وبعضهم اختاروا قراءة سورة الفيل إلى آخر القرآن وهذا حسن لانه لا يشتبه عليه عدد الركعات ولا يشتغل قلبه بحفظها فيتفرغ للتدبر والتفكر ا ه. وصرح في الهداية بأن أكثر المشايخ على أن السنة فيها الختم. وفي مختارا ت النوازل أنه يقرأ في كل ركعة عشر آيات وهو الصحيح لان السنة فيها الختم لان جميع عدد الركعات في جميع الشهر ستمائة ركعة وجيمع آيات القرآن ستة آلاف ا ه. ونص في الخانية على أنه الصحيح. وفي فتح القدير وغيره: وإذا كان إمام مسجد حيه لا يختم فله أن يترك إلى غيره. فالحاصل أن المصحح في المذهب أن الختم سنة لكن لا يلزم منه عدم تركه إذا لزم منه تنفير القوم وتعطيل كثير من المساجد خصوصا في زماننا، فالظاهر اختيار الاخف على القوم كما تفعله الائمة في زماننا من بداءتهم بقراءة سورة التكاثر في الركعة الاولى وبقراءتهم سورة الاخلاص في الثانية إلى أن تكون قراءتهم في الركعة التاسعة عشرة سورة تبت وفي العشرين سورة الاخلاص وليس فيه كراهة في الشفع الاولى من الترويحة الاخيرة بسبب الفصل بين الركعتين بسورة واحدة لانه خاص بالفرائض كما هو ظاهر الخلاصة وغيرها إلا أنه قد زاد بعض الائمة من فعلها على هذا الوجه منكرات من هذرمة القراءة وعدم الطمأنينة في الركوع والسجود وفيما بينهما وفيما بين السجدتين مع اشتمالها على ترك الثناء والتعوذ والبسملة في أول كل شفع وترك الاستراحة فيما بين كل ترويحتين. وفي الخلاصة: والافضل التعديل في القراءة بين التسليمات كذا روي عن أبي حنيفة، فإن فضل البعض على البعض في القراءة لا بأس به. أما التسليمة الواحدة إن فضل الثانية على الاولى لا شك أنه لا يستحب، وإن فضل الاولى على الثانية على الخلاف في الفرض. الامام إذا فرغ من التشهد في التراويح إن علم أن الزيادة على قدر التشهد لا تثقل يأتي بالدعوات، وإن علم أنها تثقل يقتصر على الصلاة لان الصلاة فرض عند الشافعي فيحتاط ا ه. وعلله في فتح القدير بأن الصلاة فرض أو سنة ولا تترك السنن للجماعات

***

[١٢٢]

كالتسبيحات ا ه. وقوله بجلسة متعلق بسن بيان لكونه سنة فيها، وتعقبه الشارح بأنه مستحب لا سنة. وصرح في الهداية باستحبابه بين الترويحتين وبين الخامسة وبين الوتر لعادة أهل الحرمين، واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات وليس بصحيح ا ه. وفي الكافي: والاستراحة على خمس تسليمات تكره عند الجمهور لانه خلاف عمل أهل الحرمين ا ه. وذكر العلامة الحلبي: ويعرف من هذا كراهة ترك الاستراحة مقدار ترويحة على رأس سائر الاشفاع كما هو شأن أكثر أئمة أهل زماننا في البلاد الشامية والمصرية بطريق أولى

ا هـ. ولا يخفى ما فيه لان الاستراحة لم توجد أصلا في مسألة الكافي إلا على خمس تسليمات مع أنها ليست محل الاستراحة، ولهذا قال الامام حسام الدين في تأليف له خاص بالتراويح: الاستراحة على خمس تسليمات لا تستحب على قول الاكثر وهذا هو الصحيح فإن الصحيح أنه لا يستحب إلا عند تمام كل ترويحة وهي خمس ترويحات ا هـ. بخلاف فعل الائمة فإن الاستراحة قد وجدت وإن لم تكن تامة فكيف تكون مكروهة بالاولى وقد قالوا: إنهم مخيرون في حالة الجلوس إن شاؤا سبحوا وإن شاؤا قرؤا القرآن وإن شاؤا صلوا أربع ركعات فرادى وإن شاؤا قعدوا ساكتين، وأهل مكة يطوفون أسبوعا ويصلون ركعتين، وأهل المدينة يصلون أربع ركعات فرادى. وبهذا علم أنه لو قال بانتظار بعد كل ترويحة بدل قوله بجلسة لكان أولى. وفي الخانية: يكره للمقتدي أن يقعد في التراويح فإذا أراد الامام أن يركع يقوم لان فيه إظهار التكاسل في الصلاة والتشبه بالمنافقين قال تعالى * (وإذا قاموا إلى الصلاة قاموا كسالى) * (النساء: ١٤٢) ا هـ. قوله: (ويوتر بجماعة في رمضان فقط) أي على وجه الاستحباب وعليه إجماع المسلمين كما في الهداية. واختلفوا في الافضل ففي الخانية الصحيح أن أداء الوتر بجماعة في رمضان أفضل لانعمر رضي الله عنه كان يؤمهم في الوتر. وفي

***

[١٢٣]

النهاية: اختار علماؤنا أن يوتر في منزله لا بجماعة لان الصحابة لم يجتمعوا على الوتر بجماعة في رمضان كما اجتمعوا على التراويح لان عمر كان يؤمهم فيه في رمضان وأبي بن كعب كان لا يؤمهم ا هـ. ورجح الاول في فتح القدير بأنه صلى الله عليه وسلم كان أوتر بهم ثم بين العذر في تأخره عن مثل ما صنع فيما مضى فالوتر كالتراويح، فكما أن الجماعة فيها سنة فكذلك في الوتر، ولو صلوا الوتر بجماعة في غير رمضان فهو صحيح مكروه كالتطوع في غير رمضان بجماعة، وقيده في الكافي بأن يكون على سبيل التداعي، أما لو اقتدى واحد بواحد أو اثنان بواحد لا يكره، وإذا اقتدى ثلاثة بواحد اختلفوا فيه، وإن اقتدى أربعة بواحد كره اتفاقا هـ. وفي القنية: صلى العشاء وحده فله أن يصلي التراويح مع الامام، ولو تركوا الجماعة في الفرض ليس لهم أن يصلوا التراويح جماعة لانها تبع للجماعة، ولو لم يصل التراويح جماعة مع الامام فله أن يصلي الوتر معه. ثم ذكر بعده أنه لو صلى التراويح مع غيره له أن يصلي الوتر معه هو الصحيح ا هـ. ومن رام الزيادة على ما ذكرناه من أحكام التراويح فعليه بمؤلف خاص بها للامام الاجل حسام الدين قد اطلعت عليه والله الموفق للصواب.

باب ادراك الفريضة حقيقة هذا الباب مسائل شتى تتعلق بالفرائض في الاداء الكامل وكله مسائل الجامع قوله: (صلي ركعة من الظهر فأقيم شفعا ويقتدي) لان الاصل أن نقض العبادة قصدا بلا عذر

***

[١٢٤]

حرام لقوله تعالى * (ولا تبطلوا أعمالكم) * (محمد: ٣٣) ولافضائه إلى السفه خصوصا إذا كانت فرضا، وأن النقض للاكمال إكمال معنى فيجوز كنقض المسجد للاصلاح، وكنقض الظهر للجمعة، وكمن أصاب جبهته شوك في سجوده فرفع ثم وضع لم يجعل سجدتين، وللجماعة مزية على الصلاة منفردا بالحديث فجاز نقض الصلاة منفردا لاحراز الجماعة، ولكن هذا إذا لتثبت شبهة الفراغ من صلاته منفردا فإن ثبتت شبهته لا ينقضها لان العبادة بعد ما فرغ منها لا تقبل البطلان إلا بالردة فنقول: إن صلى ركعة من الظهر يضم إليها أخرى ثم يسلم ويدخل مع القوم لانه يمكنه إحراز الجماعة مع إحراز النفل بإضافة ركعة أخرى إليها إذ التطوع شرع شفعا لا وترا، ومتى أمكن إدراك العبادتين لا يصار إلى إبطال أحدهما، وقد صرح الكل هنا بأنه إنما يضم ركعة أخرى صيانة للمؤدى عن البطلان وهو صريح فيمن صلى ركعة فقط فهي باطلة لا أنها صحيحة مكروهة كما توهمه بعض حنفية عصرنا. فإن قيل: لو ضم تفوته تكبيرة الافتتاح قلنا: ذلك أيسر من إبطال العمل إذ صيانته عن البطلان واجبة وادراكها فضيلة وجاز الابطال لما هو سنة لانه إكمال معنى كما قدمناه والمعاني أحق بالاعتبار من الصور كمن تذكر في الركوع السورة فإنه يرفضه لاجلها مع أنها واجبة وهو فرض لان في رفضه إقامته على أكمل الوجوه فصار حسنا مع أنه إبطال للوصف فقط، وقول محمد بطلان الوصف يستلزم بطلان الاصل هو فيما إذا لم يتمكن من إخراج نفسه عن العهدة بالمضي كما إذا قيد خامسة الظهر بسجدة ولم يكن قعد الاخيرة، أما إذا كان متمكنا من المضي لكن أذن له الشرع في عدمه فلا يبطل أصلها بل تبقى نفلا إذا ضم الثانية أراد بالظهر الفرض الرباعي وأراد بالاقامة شروع الامام في موضع هو

فيه لا إقامة المؤذن لانه لا يقطع صلاته إذا أقام المؤذن وإن لم يقيد بالسجدة بل يتمها ركعتين كما في غاية البيان وغيره. ولو أقيمت في المسجد وهو في البيت أو كان في مسجد فأقيمت في مسجد آخر لا يقطعها مطلقا كما ذكره الشارح وغيره. وقيد بالركعة التي تتم بالسجدة لانه لو لم يقيد الاولى بالسجدة فإنه يقطع ويشرع مع الامام وهو الصحيح لانه بمحل الرفض والقطع للاكمال. كذا في الهداية. وفي المحيط والكافي هو الاشبه. وقيد بالفرض لانه لو كان في النفل لا يقطع مطلقا وإنما يتمه

***

[١٢٥]

ركعتين. واختلفوا في السنة قبل الظهر أو الجمعة إذا أقيمت أو خطب الامام فالصحيح أنه يتمها أربعا كما صرح به الولوالجي وصاحب المبتغى والمحيط ثم الشمني لانها صلاة واحدة وليس القطع للاكمال بل للابطال صورة ومعنى. وقيل يقطع على رأس الركعتين، ورجحه في فتح القدير بحثا بأنه يتمكن من قضائها بعد الفرض ولا إبطال في التسليم على الركعتين فلا يفوت فرض الاستماع والاداء على الوجه الاكمل بلا سبب ا ه‍. والظاهر ما صححه المشايخ لانه لا شك أن في التسليم على رأس الركعتين إبطال وصف السنية لا لا كمالها، وتقدم أنه لا يجوز ويشهد لهم إثبات أحكام الصلاة الواحدة للاربع من عدم الاستفتاح والتعوذ في الشفع الثاني إلى غير ذلك كما قدمناه، وأراد من الظهر الظهر المؤدى لانه لو شرع في قضاء الفوائت ثم أقيمت لا يقطع كالنفل والمنذورة كالفائتة. كذا في الخلاصة، وقيدنا بكون الابطال حراما لغير عذر لانه لو كان لعذر فإنه جائز كالمرأة إذا فار قدرها والمسافر إذا ندت دابته أو خاف فوت درهم من ماله بل قد يكون واجبا كالقطع لانجاء غريق. وفي فتاوى الولوالجي: المصلي إذا دعاه أحد أبويه فلا يجيبه ما لم يفرغ من صلاته إلا أن يستغيث به لان قطع الصلاة لا يجوز إلا لضرورة، وكذلك الاجنبي إذا خاف أن يسقط من سطح أو تحرقه النار أو يغرقه الماء وجب عليه أن يقطع الصلاة. هذا إذا كان في الفرض، فأما في النوافل إذا ناداه أحد أبويه إن علم أنه في الصلاة وناداه لا بأس به أن لا يجيبه، وإن لم يعلم يجيبه ا ه‍. ومن العذر ما إذا شرع في نفل فحضرت جنازة خاف إن لم يقطعها تفوته فإنه

***

[١٢٦]

يقطعها ويصلي عليها لانه لا يتمكن من المصلحتين معا، وقطع النفل معقب للقضاء بخلاف الجنازة لو اختار تفويتها كان لا إلى خلف. كذا في فتح القدير. قوله: (ولو صلى ثلاثا يتم ويقتدي متطوعا) لان للاكثر حكم الكل فلا يحتمل النقض وإنما يقتدي متطوعا لان الفرض لا يتكرر في وقت واحد. وصرح في الحاوي القدسي أن ما يؤدي مع الامام نافلة يدرك بها فضيلة الجماعة ولا يرد عليه العصر فإنه لا يقتدي بعدها لما علم من باب الاوقات المكروهة، ولهذا قيد بالظهر قيد بالثلاث لانه لو كان في الثالثة ولم يقيدها بالسجدة فإنه يقطعها لانه بمحل الرفض ويتخير ان شاء عاد وقعد وسلم وإن شاء كبر قائما ينوي الدخول في صلاة الامام. كذا في الهداية. وفي المحيط: الاصح أنه يقطع قائما بتسليمة واحدة لان القعود مشروط للتحلل وهذا قطع وليس بتحلل فإن التحلل عن الظهر لا يكون على رأس الركعتين وتكفيه تسليمة واحدة للقطع ا ه‍. وهكذا صححه في غاية البيان معزيا إلى فخر الاسلام، واختلفوا فيما إذا عاد هل يعيد التشهد؟ قيل نعم لان الاول لم يكن قعود ختم، وقيل يكفيه ذلك التشهد لانه لما قعد ارتفض ذلك القيام فكأنه لم يقم وأورد على قوله ويقتدي متطوعا أن التطوع بجماعة مكروه خارج رمضان. وأجيب بنعم إذا كان الامام والقوم متطوعين، أما إذا أدى الامام الفرض والقوم النفل فلا لقوله عليه الصلاة والسلام للرجلين: إذا صليتما في رحالكما ثم أتيتما صلاة قوم فصليا معهم واجعلا

***

[١٢٧]

صلاتكما معهم سبحة. أي نافلة كذا في الكافي قوله: (فإن صلى ركعة من الفجر أو المغرب فأقيم يقطع ويقتدي) لانه لو أضاف إليها أخرى لفاتته الجماعة لوجود الفراغ حقيقة في الفجر أو شبهه في المغرب لان للاكثر حكم الكل. وشمل كلامه ما إذا قام إلى الثانية ولم يقيدها بالسجدة، وقيد بالركعة احترازا عما إذا قيد الثانية بسجدة فإنه لا يقطعها ويتمها ولا يشرع مع الامام لكراهة النفل بعد الفجر، وكذا بعد المغرب في ظاهر الرواية. علله في الكافي بأنه إن وافق إمامه خالف السنة بالتنفل بالثلاث، وإن وافق السنة فجعلها أربعا خالف إمامه وكل ذلك بدعة، فإن شرع أتمها أربعا لانه أحوط إذ فيه زيادة الركعة وموافقة السنة أحق لان مخالفة الامام مشروعة في الجملة

كالمسبوق فيما يقضي والمقتدي إذا اقتدى بالمسافر ومخالفة السنة لم تشرع أصلا. كذا في الكافي. وعلله في الهداية بأن التنفل بالثلاث مكروه، وفي غاية البيان أنه بدعة، وفي شرح الجامع الصغير لقاضيخان أنه حرام، والظاهر ما في الهداية. ويراد بالكراهة التحريمية لان المشايخ يستدلون بأنه عليه السلام نهى عن البتيراء كما في غاية البيان وهو من قبيل ظني الثبوت قطعي الدلالة فيفيد كراهة التحريم على أصولنا. ولو سلم مع الامام فعن بشر لا يلزمه شئ، وقيل فسدت ويقضي أربعا لانه التزم بالاقتداء ثلاثا فيلزمه أربع كما لو نذر ثلاثا، وإذا أتمها أربعا يصلي ركعويقعد لان الاولى من الصلاة ثانية صلاته ولو تركها جازت في الاستحسان لا القياس. ولو صلى الامام أربعا ساهيا بعد ما قعد على رأس الثلاث وقد اقتدى به الرجل متطوعا قال ابن الفضل: تفسد صلاة المقتدي لان الرابعة وجبت على المقتدي بالشروع، وعلى الامام بالقيام إليها فصار كرجل أوجب على نفسه أربع ركعات بالنذر فاقتدي فيهن بغيره لا تجوز صلاة المقتدي. كذا هذا كذا في فتح القدير. قال في الخلاصة: المختار فساد صلاة المقتدي قعد الامام على رأس الثالثة أو لم يقعد ا ه. قوله: (وكره خروجه من مسجد أذن فيه حتى يصلي وإن صلى لا إلا في الظهر والعشاء إن شرع في الاقامة) لحديث ابن ماجه من أدرك الاذان في المسجد ثم خرج لم يخرج لحاجة وهو لا يريد الرجوع فهو منافق (١) وأخرجه الجماعة إلا البخاري عن أبي الشعثاء قال: كنا مع أبي هريرة في المسجد فخرج رجل حين أذن المؤذن للعصر قال أبو هريرة: أما هذا فقد عصى أبا القاسم. والموقوف في مثله كالمرفوع، وهذا لا يدل على أن الكراهة تحريمية وهي المحمل

***

[١٢٨]

عند إطلاقها كما قدمناه. واستثنى المشايخ منها ما إذا كان ينتظم به أمر جماعة أخرى بأن كان مؤذنا أو إماما في مسجد تتفرق الجماعة بغيبته فإنه يخرج بعد النداء لانه ترك صورة تكميل معنى والعبرة للمعنى. زاد في النهاية أو يكون خرج ليصلي في مسجد حيه مع الجماعة فلا بأس به مطلقا من غير قيد بالامام والمؤذن ا ه. ولا يخفى ما فيه إذ خروجه مكروه تحريما والصلاة في مسجد حيه مندوبة فلا يرتكب المكروه لاجل المندوب ولا دليل يدل على تقييدها بما ذكره وأطلقه المصنف فشمل ما أذن فيه وهو داخله أو دخل بعد الاذان، والظاهر أن مرادهم من الاذان فيه هو دخول الوقت وهو داخله، سواء أذن فيه أو في غيره كما أن الظاهر من الخروج من غير صلاة عدم الصلاة مع الجماعة، وسواء خرج أو كان ماكثا في المسجد من غير صلاة كما نشاهده في زماننا من بعض الفسقة حتى لو كانت الجماعة يؤخرون لدخول الوقت المستحب كالصبح مثلا فخرج إنسان من المسجد بعد دخول الوقت ثم رجع وصلى مع الجماعة ينبغي أن لا يكون مكروها، ولم أره كله منقولا. وقوله وإن صلى لا أي وإن صلى الفرض وحده لا يكره خروجه قبل أن يصلي مع الجماعة لانه قد أجاب داعي الله مرة فلا يجب عليه ثانيا. والظاهر أن مرادهم عدم كراهة الخروج لا عدمها مطلقا لان من صلى وحده فقد ارتكب المكروه وهو ترك الجماعة لانها على الصحيح إما سنة مؤكدة أو واجبة، ولم أر من نبه عليه. واستثنى المصنف الظهر والعشاء عند الشروع في الاقامة فإنه يكره لمن صلى وحده أن يخرج قبل الصلاة مع الجماعة لانه يتهم بمخالفة الجماعة عيانا والنفل بعد هاتين الصلاتين ليس بمكروه، وأما في الفجر والعصر فلا يكره له الخروج لكراهة التنفل بعدهما، وأما في المغرب فلما فيه من التنفل بالثلاث أو مخالفة الامام إن أتمها أربعا وكل منهما مكروه كما سبق. ولم يذكر المصنف حكم المكث في المسجد بلا صلاة، أما في موضع لا يكره التنفل فالكراهة ظاهرة، وأما في موضع يكره التنفل فذكر في المحيط أنه

***

[١٢٩]

في العصر والمغرب والفجر يخرج لكراهة التطوع بعدها، وإن مكث وإن لم يدخل معهم يكره لان مخالفة الجماعة وزر عظيم ا ه. قوله: (ومن خاف فوت الفجر أن أدى سنته أيتم وتركها وإلا لا) لان الاصل أن سنة الفجر لها فضيلة عظيمة قال عليه الصلاة والسلام ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها (١) وكذا ما قدمناه، وكذا للجماعة بالاحاديث المتقدمة، فإذتعارضا عمل بها بقدر الامكان وإن لم يمكن بأن خشي فوت الركعتين أحرز أحقهما وهي الجماعة لورود الوعد والوعيد في الجماعات، والسنة وإن ورد الوعد فيها لم يرد الوعيد بتركها، ولان ثواب الجماعة أعظم لانها مكملة ذاتية والسنة مكملة خارجية والذاتية أقوى. وشمل كلامه ما إذا كان يرجوا إدراكه في التشهد فإنه يأتي بالسنة، وظاهر ما في الجامع الصغير حيث قال: إن خاف أن تفوته الركعتان دخل مع الامام أن لا يأتي بالسنة. وفي

الخلاصة ظاهر المذهب أنه يدخل مع الامام، ورجحه في البدائع بأن للاكثر حكم الكل فكأن الكل قد فاته فيقدم الجماعة. ونقل في الكافي والمحيط أنه يأتي بها عندهما خلافا لمحمد لان إدراك القعدة عندهما كإدراك ركعة في الجمعة خلافا له، وقد جعل المصنف لسنة الفجر حكمين، أما الفعل إن لم يخف فوت الجماعة وهو المراد بفوت الفجر بقرينة قوله أيتم، وأما الترك إن خاف فوت الجماعة فاندفع ما ذكره الفقيه
***
[١٣٠]
إسماعيل الزاهد من أنه ينبغي أن يفتتح ركعتي الفجر ثم يقطعهما ويدخل مع الامام حتى تلزمه بالشروع فيتمكن من القضاء بعد الفجر وهو مردود من وجهين: أحدهما ما ذكره الامام السرخسي أن ما وجب بالشروع لا يكون أقوى مما وجب بالنذر وقد نص محمد أن المنذورة لا تؤدى بعد الفجر قبل طلوع الشمس. ثانيهما ما ذكره قاضيخان في شرح الجامع الصغير أن المشايخ نكروا عليه ذلك لان هذا أمر بافتتاح الصلاة على قصد أن يقطع ولا يتم وأنه غير مستحسن. ثم إن هنا قيدا تركه المصنف في قوله وإلا لا وهو أن يجد مكانا عند باب المسجد يصلي السنة فيه، فإن لم يجد فينبغي أن لا يصلي السنة لان ترك المكروه مقدم على فعل السنة. كذا في فتح القدير وهو متفرع على أحد القولين لما في المحيط: ولو صلاهما في المسجد الخارج والامام يصلي في المسجد الداخل قيل لا يكره لانه لا يتصور بصورة المخالفة للقوم لاختلاف المكان حقيقة، وقيل يكره لان ذلك كله كمكان واحد فإذا اختلف المشايخ فيه كان الافضل أن لا يفعل ا ه. فالحاصل أن حكم المصلي نافلة أو سنة لا يخلوا ما أن يكون قبل شروع الامام في الفرض أو بعده، فإن كان الاول لا يخلوا ما أن يكون وقت إقامة المؤذن أو قبله، فإن كان قبل إقامة المؤذن فله أن يأتي بهما في أي موضع أراد من المسجد أو غيره إلا في الطريق كما قدمناه، وإن كان وقت إقامة المؤذن ففي البدائع إذا دخل المسجد للصلاة وقد كان المؤذن أخذ في الاقامة يكره له التطوع، سواء كان ركعتي الفجر أو غيرهما، لانه يتهم بأنه لا يرى صلاة الجماعة وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقفن مواقف التهم ا ه. وبحث العلامة الحلبي بأن هذا الظن يزول عنه في ثاني الحال إذا شوهد شروعه فيها بعد فراغه من السنة، وقد نص محمد في كتاب الصلاة من الاصل في المؤذن يأخذ في الاقامة أيكره أن يتطوع؟ قال: نعم إلا ركعتي الفجر. واختلف المشايخ في فهمه، فمنهم من قال موضوعها فيما إذا انتهى إلى الامام وقد سبقه بالتكبير فيأتي بركعتي الفجر وعامتهم على الاطلاق سواء وصل إلى الامام بعد شروعه أو قبله في الاقامة كما ذكره فخر
***
[١٣١]
الاسلام ا ه. يعني فما في البدائع من التعميم لركعتي الفجر ليس على قول العامة ويشهد له ما في الحاوي القدسي والمحيط: ولا يتطوع إذا أخذ المؤذن في الاقامة إلا ركعتي الفجر ا ه. إلا أنه قد يقال: إن ما يوقع في التهمة لا يرتكب وإن ارتفعت بعده كما ورد عن علي: إياك وما يسبق إلى القلوب إنكاره وإن كان عندك اعتذاره. وإن كان الثاني فيكره له أن يشتغل بنفل أو سنة مؤكدة إلا سنة الفجر على التفصيل السابق. ثم السنة في السنن أن يأتي بها في بيته أو عند باب المسجد وإن لم يمكن ففي المسجد الخارج وإن كان المسجد واحدا نخلف الاسطوانة ونحو ذلك، أو في آخر المسجد بعيدا عن الصفوف في ناحية منه. وتكره في موضعين: الاول أن يصليها مخالطا للصف مخالفا للجماعة. الثاني أن يكون خلف الصف من غير حائل بينه وبين الصف، والاول أشد كراهة من الثاني. وأما السنن التي بعد الفرائض فالافضل فعلها في المنزل إلا إذا خاف الاشتغال عنها لو ذهب إلى البيت فيأتي بها في المسجد في أي مكان منه ولو في مكان صلى فيه فرضه، والاولى أن يتنحى خطوة. ويكره للامام أن يصلي في مكان صلى فيه فرضه. كذا في الكافي وغيره. قوله: (ولم تقض إلا تبعا) أي لم تقض سنة الفجر إلا إذا فاتت مع الفرض فتقضي تبعا للفرض، سواء قضاها مع الجماعة أو وحده لان الاصل في السنة أن لا تقضى لاختصاص القضاء بالواجب. والحديث ورد في قضائها تبعا للفرض في غداة ليلة التعريس فبقي ما وراءه على الاصل، فأفاد المصنف أنها لا تقضى قبل طلوع الشمس أصلا ولا بعد الطلوع إذا كان قد أدى الفرض. وشمل كلامه ما إذا قضاهما بعد الزوال أو قبله ولا خلاف في الثاني. واختلف المشايخ في الاول على قولهم والصحيح كما في غاية البيان أنها لا تقضى تبعا لان
***

[١٣٢]
النص ورد بقضائها في الوقت المهمل بخلاف القياس، وما ورد على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس وهي واردة على المصنف، فلو قال ولم تقض إلا تبعا قبل الزوال لكان أولى. وقيد بسنة الفجر لان سائر السنن لا تقضى بعد الوقت لا تبعا ولا مقصودا. واختلف المشايخ في قضائها تبعا للفرض في الوقت والظاهر قضاؤها وأنها سنة لاختلاف الشيخين في قضاء الاربع قبل الظهر قبل الركعتين أو بعدهما كما سيأتي قوله: (وقضى التي قبل الظهر في وقته قبل شفعه) بيان لشيئين: أحدهما القضاء والثاني محله. أما الاول ففيه اختلاف والصحيح أنها تقتضي كما ذكره قاضيخان في شرحه مستدلا بما عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم تعالى كان إذا فاتته الاربع قبل الظهر قضاهن بعده. وظاهر كلام المصنف أنها سنة لا نفل مطلق، وذكر قاضيخان أنه إذا قضاها فهي لا تكون سنة عند أبي حنيفة، وعندهما سنة، وتبعه الشارح، وتعقبه في فتح القدير بأنه من تصرف المصنفين فإن المذكور من وضع المسألة الاتفاق على قضاء الاربع، وإنما الاختلاف في تقديمها أو تأخيرها والاتفاق على أنها تقضى اتفاق على وقوعها سنة إلى آخر ما ذكره. وأما الثاني فاختلف فيه النقل عن الشيخين فذكر في الجامع الصغير للحسامي أن أبا يوسف يقدم الركعتين ومحمد يؤخرهما. وفي المنظومة وشروحها على العكس. وفي غاية البيان: ويحتمل أن يكون عن كل واحد من الامامين روايتان. ورجح في فتح القدير تقديم الركعتين لان الاربع فاتت عن الموضع المسنون فلا يفوت الركعتين عن موضعهما قصدا بلا ضرورة ا ه. وحكم الاربع قبل الجمعة كالاربع قبل الظهر كما لا يخفى. قوله: (ولم يصل
***
[١٣٣]
الظهر جماعة بإدراك ركعة) لما في الجامع الكبير: إذا قال عبده حر إن صلى الظهر بجماعة فسبق ببعضها لم يحنث. وهو شامل لما إذا سبق بركعة أو بأكثر. وذكر قاضيخان في شرحه أن الظاهر الجواب أنه إذا فاتته ركعة مع الامام وصلى الثلاث معه لا يحنث لانه لم يصل الكل مع الامام، فلو قال المصنف بإدراك بعضها لكان أولى لكن ذكر الامام السرخسي أنه يحنث لان للاكثر حكم الكل، ولا يحنث إذا صلى ركعتين فقط اتفاقا كما لا يخفى. أما على الاولى فظاهر، وأما على قول السرخسي فلانه ليس بأكثر حتى يقام مقام الكل. ومما يضعف قول السرخسي ما اتفقوا عليه في باب الايمان أنه لو حلف لا يأكل هذا الرغيف لا يحنث إلا بأكل كله فإن الاكثر لا يقام مقام الكل لكن في الخلاصة من كتاب الايمان: لو حلف لا يقرأ سورة فقرأها إلا حرفا حنث ولو قرأها إلا آية طويلة لا يحنث. قوله: (بل أدرك فضلها) أي فضل الجماعة لان من أدرك آخر الشئ فقد أدركه، ولحديث الصحيح من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة (١) وهو مجمع عليه. وإنما
***
[١٣٤]
خص محمدا بالذكر في الهداية لان الشبهة وردت على قوله إن مدرك الامام في التشهد في صلاة الجمعة لا يكون مدركا للجمعة، فكان مقتضى قوله أن لا يدرك فضيلة الجماعة في هذه المسألة لانه مدرك للاقل فأزال الوهم بذكر محمد. وذكر في الكافي وغيره أنه لو قال عبده حر إن أدرك الظهر فإنه يحنث بإدراك ركعة لان إدراك الشئ بإدراك آخره يقال أدركت أيامه أي آخرها، وفي الخلاصة من كتاب الايمان من الفصل الحادي عشر: لو قال عبده حر إن أدرك الظهر مع الامام فأدرك الامام في التشهد ودخل في صلاته فإنه يحنث ا ه. فعلم أن إدراك الركعة ليس بشرط، فلو قال المصنف بل يكون مدركا لها لكان أولى ليشمل الثواب والحنث في اليمين المذكورة. وفي غاية البيان: إن المسبوق يكون مدركا لثواب الجماعة لكن لا يكون ثوابه مثل ثواب من أدرك أول الصلاة مع الامام لفوات التكبيرة الاولى ا ه. وقد صرح الاصوليون بأن فعل المسبوق أداء قاصر بخلاف المدرك فإنه أداء كامل، وأما اللاحق فصرحوا بأن ما يقضيه بعد فراغ الامام أداء شبيه بالقضاء، فظاهر كلام الشارح أن اللاحق كالمدرك لكونه خلف الامام حكما ولهذا لا يقرأ ا ه. فيقضتي أن يحنث في يمينه لو حلف لا يصلي بجماعة ولوفاته مع الامام الاكثر، فظاهر كلامهم أن من أدرك الامام في التشهد فقد أدرك فضلها قوله: (وتطوع قبل الفرض أن أمن فوت الوقت وإلا لا) أي وإن لم يأمن لا يتطوع لان صلاة التطوع عند ضيق الوقت حرام لتفويتها الفرض، وإن لم يضق الوقت فله أن يتطوع. فإن كانت سنة مؤكدة ولم تفته الجماعة فإنه يسن في حقه الاتيان بها باتفاق المشايخ، وإن

فائته الجماعة ففيه اختلاف والصحيح أنه يسن الاتيان بها كما ذكره قاضيخان في شرحه
***
[١٣٥]
لكونها مكملات للفرائض وإن لم تكن مؤكدة، فإن كان من المستحبات يستحب الاتيان بها وإلا فهو مخير قوله: (وإن أدرك إمامه راكعا فكبر ووقف حتى رفع رأسه لم يدرك الركعة) خلافا لزفر. هو يقول أدرك الامام فيما له حكم القيام، ولنا أن الشرط هو المشاركة في أفعال الصلاة ولم يوجد لا في القيام ولا في الركوع. وذكر قاضيخان أن ثمرة الخلاف تظهر في أن هذا عنده لاحق في هذه الركعة حتى يأتي بها قبل فراغ الامام، وعندنا هو مسبوق بها حتى يأتي بها بعد فراغ الامام، وأجمعوا أنه لو انتهى إلى الامام وهو قائم فكبر ولم يركع مع الامام حتى ركع الامام ثم ركع أنه يصير مدركا لتلك الركعة، وأجمعوا أنه لو اقتدى به في قومة الركوع لم يصر مدركا لتلك الركعة ا ه‍. وفي المصفي: وهذا إذا أمكنه الركوع، أما إذا لم يمكنه لا يعتد به عند زفر أيضا. وفي حيرة الفقهاء: إما افتتح الصلاة فلما ركع ورفع رأسه من الركوع ظن أنه لم يقرأ السورة فرجع وقرأ. ثم علم أنه كان قرأ السورة فجاء رجل ودخل معه في الصلاة ثم ركع ثانيا فإن هذا المسبوق يصير داخلا في الصلاة لكن عليه أن يقضي ركعة لان الركوع الاول كان فرضا تاما والآخر نفلا فصار كأن المسبوق لم يدرك الركوع من هذه الركعة ا ه‍. وفي فتح القدير: ومدرك الامام في الركوع لا يحتاج إلى تكبيرتين خلافا لبعضهم، ولو نوى بتلك التكبيرة الواحدة الركوع لا الافتتاح جاز ولغت نيته ا ه‍. ثم اعلم أنه إذا لم يكن مدركا للركعة فإنه يجب عليه أن يتابع الامام في السجدتين وإن لم يحتسبا له كما لو اقتدى بالامام بعد ما رفع الامام رأسه من الركوع. صرح قاضيخان في فتاواه بأن عليه المتابعة في السجدتين وإن لم يحتسبا له، وصرح به في العمدة. وصرح في الذخيرة بأن المتابعة فيهما واجبة ومقتضاه أنه لو تركهما لا تفسد صلاته، وقد توقفنا في ذلك مدة حتى رأيت في التجنيس معزيا إلى فتاوى أئمة سمرقند أنه لا تفسد لو ترك وعبارته: رجل انتهى إلى الامام وقد سجد سجدة فكبر ونوى الاقتداء به ومكث قائما حتى قام الامام ولم يتابعه في السجدة
***
[١٣٦]
ثم تابعه في بقية الصلاة، فلما فرغ الامام قام وقضى ما سبق به تجوز الصلاة إلا أنه يصلي تلك الركعة الفائتة بسجدتيها بعد فراغ الامام وإن كانت المتابعة حين يشرع واجبة في تلك السجدة ا ه‍. قوله: (ولو ركع مقتد فأدركه إمامه فيه صح) وقالزفر: لا يجزئه لان ما أتى به قبل الامام غير معتد به فكذا ما يبنيه عليه. ولنا أن الشرط هو المشاركة في جزء واحد كما في الطرف الاول. قيد يكون إمامه شاركه فيه لان المقتدي لو رفع رأسه قبل أن يركع الامام فإنه لا يصح اتفاقا لعدم المشاركة فيه والمتابعة، وأراد بالركوع كل ركن سبقه المأموم به. وقيده في الذخيره بأن يركع المقتدي بعد فراغ الامام من القراءة، أما لو ركع قبل أن يأخذ الامام في القراءة ثم قرأ الامام وركع والرجل راكع فأدركه في الركوع لا يجزئه عن الركوع لانه ركع قبل أوانه. ولو ركع بعد ما قرأ الامام ثلاث آيات ثم أتم القراءة وأدركه جاء، ولو ركع الامام بعد ما قرأ الفاتحة ونسي السورة فرفع المقتدي معه ثم عاد الامام إلى السورة ثم ركع والمقتدي على ركوعه الاول أجزأه الركوع. ولو تذكر الامام في ركوعه في الركعة الثالثة أنه ترك سجدة من الركعة الثانية فاستوى الامام فسجد للثانية وأعاد التشهد ثم قام وركع للثالثة والرجل على حاله راكع لم يجز المقتدي ذلك الركوع والوجه ظاهر ا ه‍. وذكر المصنف في الكافي في مسألة الكتاب أنه يصح، ويكره لقوله عليه الصلاة والسلام لا تبادروني بالركوع والسجود (١) وقوله عليه السلام أما يخشى الذي يركع قبل الامام ويرفع أن يحول الله رأسه رأس حمار (٢) ا ه‍. وهو يفيد أنها كراهة تحريم للنهي المذكور. وفي الخلاصة: المقتدي إذا
***
[١٣٧]
أتى بالركوع والسجود قبل الامام هذه على خمسة أوجه: إما أن يأتي بهما قبله أو بعده أو بالركوع قبله وسجد معه أو بالركوع معه وسجد قبله أو أتى بهما قبله ويدركه الامام في آخر الركعات، فإن أتىبالركوع والسجود قبل الامام في كلها يجب عليه قضاء ركعة بلا قراءة ويتم صلاته، وإذا ركع معه وسجد قبله يجب عليه قضاء ركعتين وإذا ركع قبله وسجد معه يقضي أربعا بلا قراءة، وإذا ركع بعد الامام وسجد بعده جازت صلاته ا ه‍. ووجهه في فتح القدير بأن مدرك أول صلاة الامام لاحق وهو يقضي قبل فراغ الامام، ففي

الصورة الاولى فاتته الركعة الاولى فركوعه وسجوده في الثانية قضاء عن الاولى، وفي الثالثة عن الثانية، وفي الرابعة عن الثالثة، ويقضي بعد الامام ركعة بغير قراءة لانه لاحق، وفي الثانية تلتحق سجدتاه في الثانية بركوعه في الاولى لانه كان معتبرا ويلغوا ركوعه في الثانية لوقوعه عقب ركوعه الاول بلا سجود. بقي عليه ركعة ثم ركوعه في الثالثة مع الامام معتبر ويلتحق به سجوده في رابعة الامام فيصير عليه الثانية والرابعة فيقضي ركعتين وقضاء الاربع في الثالثة ظاهر ا ه. وفي الخلاصة: المقتدي إذا رفع رأسه من السجدة قبل الامام وأطال الامام السجدة فظن المقتدي أن الامام في السجدة الثانية فسجد ثانيا والامام في السجدة الاولى إن نوى متابعة الامام أو نوى السجدة التي فيها الامام أو نوى السجدة الاولى جاز وإن نوى
***
[١٣٨]
السجدة الثانية وكان الامام في الاولى فرفع الامام رأسه من السجدة وانحط للثانية فقبل أن يضع الامام جبهته على الارض للسجدة رفع المقتدي من الثانية لا تجوز سجدة المقتدي وكان عليه إعادة تلك السجدة ولو لم يعد تفسد صلاته ا ه. والله أعلم. باب قضاء الفوائت لما كان القضاء فرع الاداء أخره. وقد قسم الاصوليون المأمور به إلى أداء وإعادة وقضاء، فالاداء ابتداء فعل الواجب في وقته المقيد به سواء كان ذلك الوقت العمر أو غيره. وإنما لم نقل إنه فعل الواجب كما قال غيرنا لانه لا يشترط فعله كله في وقته ليكون أداء لان وجود التحريمة في الوقت كاف لكون الفعل أداء. والاعادة فعل مثله في وقته لخلل غير
***
[١٣٩]
الفساد وعدم صحة الشروع وهو المراد بقولهم كل صلاة أديت مع كراهة التحريم فسبيلها الاعادة فكانت واجبة فلذا دخلت في أقسام المأمور به. والقضاء له تعريفان: أحدهما على المذهب الصحيح من أن القضاء يجـ ب بما يجب به الاداء هو فعل الواجب بعد وقته وإن عرف بما يشمل غير الواجب من السنن التي تقضى فيبدل الواجب بالعبادة، فيقال هو فعل العبادة بعد وقتها ولا يكون خارجا عن المقسم لان المندوب مأمور به أيضا بقوله تعالى * (وافعلوا
***
[١٤٠]
الخير) * (الحج: ٧٧) لكنه مجاز فلهذا لم يدخله أكثرهم في تعريفه. وإطلاق القضاء في عبارة الفقهاء على ما ليس بواجب مجاز كما وقع في عبارة المختصر حيث قال: وقضى التي قبل الظهر. وكذا إطلاق الفقهاء القضاء للحج بعد فساده مجاز إذ ليس له وقت يصير بخروجه قضاء. ثانيهما على القول المرجوح من أن القضاء يجب بسبب جديد فهو تسليم مثل الواجب ومن زاد عليه بالامر كصاحب المنار فقد تناقض كلامه لان المفعول بعد الوقت عين الواجب بالامر لا مثله إذ المستفاد من الامر طلب شيئين: الفعل وكونه في وقته، فإذا عجز عن الثاني لفواته بقي الامر مقتضيا للاول فتصريحه بالمثل مقتض لكونه بسبب جديد، وتصريحه بالامر مقتض لكونه عينه. وتمام تحقيقه في كتابنا المسمى بلب الاصول مختصر تحرير الاصول: ولم يظهر للاختلاف المذكور في سبب القضاء أثر كما يعلمه من طالع كتب الاصول. وفي كشف الاسرار أن المثلية في القضاء في حق إزالة المأثم لا في إحراز الفضيلة ا ه. والظاهر أن المراد بالمأثم ترك الصلاة فلا يعاقب عليها إذا قضاها، وأما إثم تأخيرها عن الوقت الذي هو كبيرة فباق لا يزول بالقضاء المجرد عن التوبة بل لا بد منها هذا. ويجوز تأخير الصلاة عن وقتها لعذر كما قال الولوالجي في فتاواه القائلة إذا اشتغلت بالصلاة تخاف أن يموت الولد لا بأس بأن تؤخر الصلاة وتقبل على الولد لان تأخير الصلاة عن الوقت يجوز بعذر ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخر الصلاة عن وقتها يوم الخندق، وكذا المسافر إذا خاف من اللصوص وقطاع الطريق جاز لهم أن يؤخروا الوقتية لانه بعذر ا ه. وفي المجتبى: الاصح أن تأخير الفوائت لعذر السعي على العيال. وفي الحوائج: يجوز. قيل: وإن وجب على الفور يباح له التأخير. وعن أبي جعفر: سجدة التلاوة والنذر المطلق وقضاء رمضان موسع. وضيق الحلواني والعامري ا ه. وذكر الولوالجي من الصوم أن قضاء الصوم على التراخي وقضاء الصلاة على الفور إلا لعذر. قوله: (والترتيب بين الفائتة والوقتية وبين الفوائت مستحق) مفيد لشيئين: أحدهما بالعبارة والآخر بالاقتضاء. أما الثانفهو لزوم قضاء الفائتة فالاصل فيه أن كل صلاة فاتت
***
[١٤١]

عن الوقت بعد ثبوت وجوبهفيه فإنه يلزم قضاؤها، سواء تركها عمدا أو سهوا أو بسبب نوم، وسواء كانت الفوائت كثيرة أو قليلة فلا قضاء على مجنون حالة جنونه ما فاته في حالة عقله كملا قضاء عليه في حالة عقله لما فاته حالة جنونه، ولا على مرتد ما فاته زمن ردته، ولا على مسلم أسلم في دار الحرب ولم يصل مدة لجهله بوجوبها، ولا على مغمى عليه أو مريض عجز عن الايماء ما فاته في تلك الحالة وزادت الفوائت على يوم وليلة. ومن حكمه أن الفائتة تقضى على الصفة التي فاتت عنه إلا لعذر وضرورة فيقضي المسافر في السفر ما فاته في الحضر من الفرض الرباعي أربعا والمقيم في الاقامة ما فاته في السفر منها ركعتين كما سيأتي في آخر صلاة المسافر. وقد قالوا: إنما تقضى الصلوات الخمس والوتر على قول أبي حنيفة وصلاة العيد إذا فاتت مع الناس على تفصيل يأتي في بابها. وسنة الفجر تبعا للفرض قبل الزوال والقضاء فرض في الفرض واجب في الواجب سنة في السنة. ثم ليس للقضاء وقت معين بل جميع أوقات العمر وقت له إلا ثلاثة: وقت طلوع الشمس ووقت الزوال ووقت الغروب فإنه لا تجوز الصلاة في هذه الاوقات لما مر في محله. وأما الاول وهو الترتيب بين الفائتة والوقتية وبين الفوائت فهو واجب عندنا يفوت الجواز بفوته فهو شرط كما صرح به في المحيط لكنه ليس بشرط حقيقة لان بتركه لا تفوت الصحة أصلا بل الامر موقوف كما سيأتي، ولو كان شرطا لم يسقط بالنسيان كغيره من الشروط، ولما لم يكن واجبا اصطلاحيا ولا فرضا لعدم قطعية الدليل ولا شرطا كذلك من كل وجه أبهم أمره فعبر بالاستحقاق. والدليل على وجوبه ما في الصحيحين من حديث جابر أنعمر بن الخطاب شغل بسبب كفار قريش يوم الخندق وقال: يا رسول الله ما كدت أصلي العصر حتى كادت الشمس أن تغرب فقال عليه الصلاة والسلام: والله ما صليتها قال: فنزلنا بطحان فتوضأ رسول الله صلى الله عليه وسلم وتوضأنا فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم العصر بعد ما غربت الشمس، وصلينا بعدها المغرب. ولو كان الترتيب مستحبا لما أخر عليه الصلاة والسلام لاجله المغرب التي تأخيرها مكروه بناء على أن الكراهة للتحريم فلا ترتكب لفعل مستحب. وبناء على أن التأخير قدر أربع ركعات مكروه لكن لا دليل على كونه واجبا يفوت الجواز بفوته، وقد أطال فيه المحقق في فتح القدير إطالة حسنة كما هو دأبه، وغرضنا في هذا الكتاب تحرير المذهب في الاحكام لا تحرير الدلائل. وأما الترتيب بين الفوائت فلما رواه أحمد وغيره من أنه عليه الصلاة
***
[١٤٢]
والسلام شغل عن أربع صلوات يوم الخندق فقضاهن مرتبة وقال في حديث آخر صلوا كما رأيتموني أصلي فدل على الوجوب. قيد بالفائتة لان غير الفائتة لا يقضى ولهذا قال في الظهيرية والخلاصة: رجل يقضي صلوات عمره مع أنه لم يفته شئ منها احتياطا قال بعضهم يكره، وقال بعضهم لا يكره لانه أخذ بالاحتياط لكنه لا يقضي بعد صلاة الفجر ولا بعد صلاة العصر ويقرأ في الركعات كلها الفاتحة مع السورة ا ه‍. وقد قدمنا عن مآل الفتاوي أنه يصلي المغرب أربعا بثلا ث قعدات وكذا الوتر، وذكر في القنية قولين فيها وأن الاعادة أحسن إذا كان فيها اختلاف المجتهدين، وقد قدمنا أن الاعادة فعل مثله في وقته لخلل غير الفساد وعدم صحة الشروع، وظاهره أن بخروج الوقت لا إعادة ويتمكن الخلل فيها مع أن قولهم كل صلاة أديت مع الكراهة فسبيلها الاعادة وجوبا مطلق. وفي القنية ما يفيد التقييد بالوقت فإنه قال: إذا لم يتم ركوعه ولا سجوده يؤمر بالاعادة في الوقت لا بعده ثم رقم رقما آخر أن الاعادة أولى في الحالتين ا ه‍. فعلى القولين لا وجوب بعد الوقت. فالحاصل أن من ترك واجبا من واجباتها أو ارتكب مكروها تحريميا لزمه وجوبا أن يعيد في الوقت فإن خرج الوقت بلا إعادة أثم ولا يجب جبر النقصان بعد الوقت، فلو فعل
***
[١٤٣]
فهو أفضل ولهذا حمل صاحب القنية قولهم بكراهة قضاء صلاة عمره مرة ثانية على ما إذا لم يكن فيها شبهة الخلاف ولم تكن مؤداة على وجه الكراهة. وفي التجنيس وغيره: رجل فائته صلاة من يوم واحد ولا يدري أي صلاة هي يعيد صلاة يوم وليلة لان صلاة يوم كانت واجبة بيقين فلا يخرج عن عهدة الواجب بالشك، وإذا شك في صلاة أنه صلاها أم لا، فإن كان في الوقت فعليه أن يعيد لان سبب الوجوب قائم وإنما لا يعمل هذا السبب بشرط الاداء قبله وفيه شك، وإن خرج الوقت ثم شك فلا شئ عليه لان سبب الوجوب قد فات. وإنما يجب القضاء بشرط عدم الاداء قبله وفيه شك، وإن شك في نقصان الصلاة أنه ترك ركعة فإن لم يفرغ من

الصلاة فعليه إتمامها ويقعد في كل ركعة، وإن شك بعد ما فرغ وسلم لا شئ عليه لما قلنا ا ه. وذكر في الخلاصة في مسألة الشك في الصلاة هل صلاها أو لا وكان في الوقت لو كان الشك في صلاة العصر يقرأ في الركعة الاولى والثالثة ولا يقرأ في الثانية والرابعة ا ه. وكان وجهه أن التنفل بعد صلاة العصر مكروه فإن قرأ في الكل أو
***
[١٤٤]
في الاولیین كان متنفلا بالاربع أو بالاولیین على تقدير أنه صلى الفرض أو لا. وإذا ترك القراءة في ركعة من كل شفع تمحض للفرض على تقدير أنه لم يصل أو للفساد على تقدير أنه صلى الفرض أو لا فلم يكن متنفلا على كل تقدير لكن مقتضاه أن يقول يقرأ في كل شفع من الشفعين في ركعة ويترك القراءة في ركعة من كل شفع من غير تعيين الاولى والثانية للقراءة لان القراءة في الفرض في ركعتين غير عين كما سبق تقريره. وقد يقال: إن التنفل المكروه هو القصدي وهذا ليس كذلك فلا يكون مكروها كما لا يخفى، فيقرأ في الاولیین أو في الكل. وفي الحاوي القدسي: لو شك في إتمام صلاته فأخبره عدلان أنك لا تتم أعاد وبقول الواحد لا تجب الاعادة ا ه. وفيه بحث لان خبر الواحد العدل مقبول في الديانات اللهم إلا أن يقال: إن فيه إلزاما من كل وجه فشابه حقوق العباد. وقيده في المحيط بالامام وعلله بأنها شهادة لان حكمه يلزم الغير دون المخبر وشهادة الفرد لا تقبل ا ه. فيفيد أنه لو لم يكن إماما فقول الواحد مقبوفإطلاق الحاوي ليس بالحاوي. وفي الحاوي أيضا: لو تذكر أنه ترك القراءة في ركعة من صلاة يوم وليلة قضى الفجر والوتر ا ه. ووجهه أن ترك القراءة في ركعة واحدة لا يبطلها في سائر الصلوات إلا الفجر والوتر، وينبغي تقييده بأن لا يكون مسافرا، أما لو كان مسافرا فينبغي أن يعيد صلاة يوم وليلة كما لا يخفى. وفي المحيط: رجل صلى شهرا ثم تذكر أنه ترك عشر سجدات من هذه الصلوات يقضي صلوا ت عشرة أيام لجواز أنه ترك كل سجدة في يوم ا ه. وتوضيحه أن العشر سجدات تجعل مفرقة على عشر صلوات احتياطا فصار كأنه ترك صلاة من صلوات كل يوم وإذا ترك صلاة ولم يدر تعينها يقضي صلاة يوم كامل فلزمه قضاء عشرة الايام. وفي القنية: صبي بلغ وقت الفجر ولم يصل الفجر وصلى الظهر مع تذكره يجوز ولا يجب الترتيب بهذا القدر ا ه. وهو إن صح يكون مخصصا للمتون وفي صحته نظر عندي لانه بالبلوغ صار مكلفا اللهم إلا أن يكون جاهلا به فيعذر لقرب عهده من زمن الصبا. قوله: (ويسقط بضيق الوقت) أي يسقط الترتيب المستحق بضيق وقت المكتوبة لانه وقت للوقتين بالكتاب ووقت للفائتة بخبر الواحد وهو قوله عليه الصلاة والسلام من نام عن
***
[١٤٥]
صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها (١) والكتاب مقدم على خبر الواحد فلو قدم الفائتة في هذه الحالة ولم يكن وقت كراهة فهي صحيحة لان النهي عن تقديمها لمعنى في غيرها وهو لزوم تفويت الوقتية وهو لا يعدم المشروعية. واختلف في المراد بالنهي هنا فقيل نهى الشارح لان الامر بالشئ نهي عن ضده، وقيل نهي الاجماع لاجماعهم على أنه لا يقدم الفائتة وهو الاصح. كذا في المعراج. وإنما قلنا صحيحة ولم نقل جائزة لان هذا الفعل حرام كما لو اشتغل بالنافلة عند ضيق الوقت يحكم بصحتها مع الاثم، وتفسير ضيق الوقت أن يكون الباقي منه لا يسعهما معا عند الشروع في نفس الامر لا بحسب ظنه حتى لو ظن ضيقه فصلى الوقتية فلما فرغ ظهر أن فيه سعة بطل ما أداه. وفي المجتبى: ومن عليه العشاء فظن ضيق وقت الفجر فصلاها وفي الوقت سعة يكررها إلى أن تطلع الشمس وفرضه ما يلي الطلوع وما قبله تطوع، ولو كان فيه سعة عند الشروع فشرع في الوقتية وأطال القراءة فلما فرغ ضاق الوقت بطل ما أداه. واختلفوا فيما إذا كان الباقي منه يسع بعض الفوائت فقط، فظاهر كلامهم ترجيح أنه لا تجوز الوقتية ما لم يقض ذلك البعض. وفي المجتبى خلافه فإنه قال: ولو فاتته أربع والوقت لا يسع إلا الفائتتين والوقتية فالاصح أنه تجوز الوقتية ا ه. وظاهر كلام المصنف اعتبار أصل الوقت في الضيق لا الوقت المستحب، ولم يذكر في ظاهر الرواية ولذا وقع الاختلاف فيه بين المشايخ، ونسب الطحاوي الاول إلى أبي حنيفة وأبي يوسف، والثاني إلى محمد كما في الذخيرة، وثمرته تظهر فيما لو تذكر في وقت العصر أنه لم يصل الظهر وعلم أنه لو اشتغل بالظهر يقع قبل التغير ويقل العصر أو بعضها فيه، فعلى الاول يصلي الظهر ثم العصر، وعلى الثاني يصلي العصر ثم الظهر بعد الغروب. واختار الاول قاضيخان في شرح الجامع الصغير وذكره بصيغة عندنا. وفي المبسوط: وأكثر مشايخنا على أنه يلزمه مراعاة الترتيب هاهنا عند

علمائنا الثلاثة، وصحح في المحيط الثاني فقال: والاصح أنه يسقط الترتيب لما فيه من تغيير حكم الكتاب وهو نقصان الوقتية بخبر الواحد وذلك لا يجوز ا ه‍. فعلى هذا المراد يسقط بضيق الوقت المستحب ورجحه في الظهيرية بما في المنتقى من أنه إذا افتتح العصر في أول وقتها وهو ناس للظهر ثم احمرت
***
[١٤٦]
الشمس ثم ذكر الظهر مضى في العصر قال: فهذا نص على أن العبرة للوقت المستحب ا ه‍. فحينئذ انقطع اختلاف المشايخ لان المسألة حيث لم تذكر في ظاهر الرواية وثبتت في رواية أخرى تعين المصير إليها. وفي المجتبى: إن لم يمكنه أداء الوقتية إلا مع التخفيف في قصر القراءة والافعال فيرتب ويقتصر على أقل ما تجوز به الصلاة. قوله: (والنسيان) أي ويسقط الترتيب بالنسيان وهو عدم تذكر الشئ وقت حاجته وهو عذر سماوي مسقط للتكليف لانه ليس في وسعه، ولان الوقت وقت للفائتة بالتذكر وما لم يتذكر لا يكون وقتا لها. ومما ألحق بالنسيان الظن فليس مسقطا رابعا كما قد يتوهم فهو قسمان: معتبر وغير معتبر. واختلفت عباراتهم فيه ففي كشف الاسرار شرح أصول فخر الاسلام أن الظن إنما يكون معتبرا إذا كان الرجل مجتهدا قد ظهر عنده أن مراعاة الترتيب
***
[١٤٧]
ليست بفرض فهو دليل شرعي كالنسيان، وأما إذا كان الرجل مجتهدا قد ظهر عنده أن مراعاة الترتيب ليست بفرض فهو دليل شرعي كالنسيان، فأما إذا كان ذاكرا وهو غير مجتهد فمجرد ظنه ليس بدليل شرعي فلا يعتبر ا ه‍. فجعل المعتبر ظن المجتهد لا غيره، وذكر شارحو الهداية كصاحب النهاية وفتح القدير أن فساد الصلاة إن كان قويا كعدم الطهارة استتبع الصلاة التي بعده، وإن كان ضعيفا كعدم الترتيب لا يستتبع وفرعوا على ذلك فرعين: أحدهما لو صلى الظهر بغير طهارة ثم صلى العصر ذاكرا لها وجب عليه إعادة العصر لان فساد الظهر قوي لعدم الطهارة فأوجب فساد العصر وإن ظن عدم وجوب الترتيب. ثانيهما لو صلى هذه الظهر بعد هذه العصر ولم يعد العصر حتصلى المغرب ذاكرا لها فالمغرب صحيحة إذا ظن عدم وجوب الترتيب لان فساد العصر ضعيف لقول بعض الائمة بعدمه فلا يستتبع فساد المغرب. وذكر الامام الاسبيجابي له أصلا فقال: إذا صلى وهو ذاكر للفائتة وهو يرى أنه يجزئه فإنه ينظر إن كانت الفائتة وجب إعادتها بالاجماع أعاد التي صلى وهو ذاكر لها، وإن كان عليه الاعادة عندنا. وفي قول بعض العلماء ليس عليه وهو يرى أن ذلك يجزئه فلا إعادة عليه وذكر الفرعين المذكورين. وعلل في شرح المجمع للمصنف للفرع الثاني بأن المانع من الجواز كون الفائتة متروكة بيقين فلم يتناولها النص المقتضى لمراعاة الترتيب لاختصاصه بالمتروك بيقين، والحق أن المجتهد لا كلام فيه أصلا وإن ظنه معتبر مطلقا، سواء كانت تلك الفائتة وجب إعادتها بالاجماع أو لا، إذ لا يلزمه اجتهاد أبي حنيفة ولا غيره وإن كان مقلدا فإن كان مقلدا لابي حنيفة فلا عبرة برأيه المخالف لمذهب إمامه
***
[١٤٨]
فيلزمه إعادة المغرب أيضا، وإن كان مقلدا للشافعي فلا يلزمه إعادة العصر أيضا، وإن كان عاميا ليس له مذهب معين فمذهبه فتوى مفتيه كما صرحوا به، فإن أفتاه حنفي أعاد العصر والمغرب، وإن أفتاه شافعي فلا يعيدهما ولا عبرة برأيه، وإن لم يستفت أحدا وصادف الصحة على مذهب مجتهد أجزأه ولا إعادة عليه، ويدل عليه ما ذكره في الخلاصة معزيا إلى الفتاوي الصغرى: رجل يرى التيمم إلى الرسغ والوتر ركعة ثم رأى التيمم إلى المرفق والوتر ثلاثا لا يعيدما صلى، وإن فعل عن جهل من غير أن يسأل أحدا ثم سأل فأمر بالثلاث يعيد ما صلشفعوي المذهب إذا صار حنفيا وقد فاتته صلوات في وقت كان شفعويا، ثم أراد أن يقضيها في الوقت الذي صار حنفيا
***
[١٤٩]
يقضي على مذهب أبي حنيفة ا ه‍. وفي المجتبى: من جهل فرضية الترتيب لا يجب عليه كالناسي وهو قول جماعة من أئمة بلخ. وفي القدوري الكبير: ترك الظهر وصلى العصر ذاكرا حتى فسد ثم قضى الظهر وصلى المغرب قبل إعادة العصر صح مغربه، ولو علم أن عليه إعادة العصر لم تجز مغربه، ولم يفصل في الاصل بين ما إذا كان عالما أو جاهلا. قال رحمه الله: وهذا معنى قولهم الفاسد لا يوجب

الترتيب. هذا ما ظهر للعبد الضعيف، هذا وقد ذكر في المحيط معزيا إلى النوادر: لو صلى الظهر على ظن أنه متوضئ ثم توضأ وصلى العصر ثم تبين يعيد الظهر خاصة لانه بمنزلة الناسي في حق الظهر فلم يلزمه مراعاة الترتيب ا ه. وليس بمخالف لما قدمناه عنهم لان فيما قدمناه كان وقت العصر ذاكرا أنه صلى الظهر بغير طهارة، وفي مسألة النوادر التذكر حصل بعد أداء العصر. قوله (وصيرورتها ستا) أي ويسقط الترتيب بصيرورة الفوائت ست صلوات لدخولها في حد الكثرة المفضية للحرج لو قلنا بوجوبه والكثرة بالدخول في حد التكرار وهو أن تكون الفوائت ستا وهو الصحيح، وبه اندفع ما روي عن محمد أن المعتبر دخول السادسة، واندفع ما في السراج الوهاج وغاية البيبان وكثير أن المعتبر دخول وقت السابعة لتصير الفوائت ستا إذ لا يتوقف صيرورتها ستا على دخول السابعة كما لو ترك صلاة يوم كامل وفجر اليوم الثاني فإن الفوائت صارت ستة بطلوع الشمس في اليوم الثاني ولم يدخل وقت السابعة، وقد يقال لما كان فائدة السقوط صحة الوقتية وهي لا تكون إلا بدخول وقت السابعة اعتبر وقت السابعة. وجوابه أن فائدة السقوط لم تنحصر فيما ذكر لانه بدخول وقت السابعة لا يجب عليه الترتيب فيما بين الفوائت أيضا كما سيأتي، وعبارة المصنف أولى من عبارة الهداية والقدورى حيث قالا: إلا أن تزيد الفوائت على ست صلوات استثناء من قوله رتبها في القضاء لما يلزم من ظاهرها من كون الفوائت سبعا على ما في فتح القدير، أو تسعا على ما في النهاية. وإن أجاب عنه في غاية البيان بأن المراد بالفوائت الاوقات مجازا للاشتباه مع ما قدمناه من عدم اشتراط دخول وقت السابعة. وصرح في المحيط بأن ظاهر الرواية أن الترتيب يسقط بصيرورة الفوائت ستا موفقا لما في المختصر
***
[١٥٠]
وصححه في الكافي، وبه اندفع ما صححه الشارح الزيلعي من أن المعتبر في سقوط الترتيب أن تبلغ الاقات المتخللة منذ فائته ستة أوقات وإن أدما بعدها في أوقاتها، ولهذا ذكر في الفتاوى الظهيرية: لو تذكر فائتة بعد شهر تجوز الوقتية مع تذكر الفائتة إلا إذا كانت الفوائت ستا. وقال الصدر الشهيد حسام الدين في واقعاته: إنه يجوز أه. وفي التجنيس: إن الجواز مختار الطحاوي والفقيه أبي الليث وبه نأخذ لان المتخلل بينهما أكثر من ست صلوات اه. وفي الولواجية: وهو المختار عند المشايخ وهو موافق لتصحيح الشارح. وحاصله أنهم اختلفوا هل المعتبر صيرورة الفوائت ستا في نفسها لو كانت متفرقة أو كون الاوقات المتخللة ستا، وثمرته تظهر فيما ذكرنا من الفروع. والظاهر اعتماد ما وافق المتون من اعتبار صيرورة الفوائت ستا حقيقة، وما ذكره الشارح الزيلعي ثمرة للخلاف المذكور من أنه لو ترك ثلاث صلوات مثلا الظهر من يوم والعصر من يوم والمغرب من يوم ولا يدري أيتها أولى، فعلى اعتبار الاوقات سقط الترتيب لان المتخلل بين الفوائت كثيرة فيصلي ثلاثا فقط، وعلى اعتبار الفوائت في نفسها لا يسقط فيصلي سبع صلوات والاول أصح اه. فغير صحيح لوجهين: الاول أنه لا يتصور على قول أبي حنيفة كون المتخللات ست فوائت لان مذهبه أن الوقتية المؤداة مع تذكر الفائتة تفسد فسادا موقوفا إلى أن يصلي
***
[١٥١]
كمال خمس وقتيات، فإن لم يعد شيئا منها حتى دخل وقت السادس صارت كلها صحيحة كما سيأتي. فقوله وقيل يعتبر أن تبلغ الفوائت ستا ولو كانت متفرقة غير متصور على قوله فلا يبنى عليه شئ. الثاني أن اختلاف المشايخ في لزوم السبع أو الثلاث ليس مبنيا على ما ذكر وإنما هو مبني على أن العبرة في سقوط الترتيب لتحقق فوت الست حقيقة أو معنى، فمن أوجب السبع نظر إلى الاول لانه لم يفته إلا ثلاث فلم يسقط الترتيب فيعيد ما صلى أولا، ومن اقتصر على الثلاث نظر إلى الثاني لان بإيجاب السبع بإيجاب الترتيب تصير الفوائت كسبع معنى، فإذا كان الترتيب يسقط بست فأولى أن يسقط بسبع. فالحاصل أنا لو قلنا بوجوب الترتيب للزمه قضاء سبع وهي كسبع فوائت فلذا أسقطنا الترتيب، وقول من أسقطه أوجه لان المعنى الذي لاجله سقط الترتيب بالست وهو الدخول في حد الكثرة المقتضية للحرج موجود في إيجاب سبع بعينه، واقتصر عليه في التجنيس من غير حكاية خلاف ثم ذكر بعده الخلاف وقال: إن السقوط هو مختارنا وغيره لا يعتمد عليه. وذكر الولوالجي أن من أوجب الترتيب فيه لا اعتماد عليه لانه قد زاد على يوم وليلة فلا يبقى الترتيب واجبا اه. وصححه في الحقائق معللا بأن إعادة ثلاث صلوات في وقت الوقتية لاجل الترتيب مستقيم، أما إيجاب سبع صلوات في وقت واحد لا يستقيم لتضمنه تفويت الوقتية اه. يعني أنه مظنة تفويت الوقتية. فالحاصل أنه لا يلزمه إلا قضاء ما تركه من

غير إعادة شئ على المذهب الصحيح إذا كانت الفوائت ثلاثا أو أكثر فيلزمه قضاء ثلاث في الفرع المذكور، ولو ترك مع ذلك عشاء من يوم آخر لزمه أربع، ولو ترك صبحا آخر لزمه خمس ولا يعيد شيئا مما صلاه وعلى القول الضعيف، ففي المسألة الاولى يصلي سبعا لانه إما أن يصلي ظهرا بين عصرين أو عصرا بين ظهرين لاحتمال أن يكون ما صلاه أولا هو الآخر فيعيده ثم يصلي المغرب ثم يعيد ما صلاه أولا لاحتمال كون المغرب أولا، وفي المسألة الثانية يقضي خمس عشرة صلاة السبعة الاولى كما ذكرنا ثم يصلي بعدها العشاء ثم يعيد السبعة الاولى لاحتمال أن تكون العشاء هي الاولى، وفي المسألة الثالثة يقضي إحدى وثلاثين صلاة الخمسة عشر الاولى ثم يصلي الفجر ثم يعيد

***

[١٥٢]

الخمسة عشر لاحتمال أن يكون الفجر هي الاولى. وإنما قيدنا بكون الفائت ثلاثة فأكثر لانه لو فاتته صلاتان الظهر من يوم والعصر من يوم ولا يدري الاول فعند أبي حنيفة يلزمه قضاء ثلاث صلوات وهو إما ظهر بين عصرين أو عصر بين ظهرين لان المتروك أولا إن كان هو المؤدى أولا فالاخير نفل وإلا فالاول نفل. وقالا: لا يلزمه إلا صلاتان إلحاقا له بالناسي فيسقط الترتيب. وأبو حنيفة ألحقه بناسي التعيين وهو من فاته صلاة لم يدر ما هي ولم يقع تحريه على شي يعيد صلاة يوم وليلة بجامع تحقق طريق يخرج بها عن العهدة بيقين فيجب سلوكها، وهذا الوجه يصرح بإيجاب الترتيب في القضاء عنده فيجب الطريق التي يعينها إلا كما قيل إنه مستحب عندهم فلا خلاف بينهم. وفي فتاوى قاضيخان أن الفتوى على قولهما كأنه تخفيفا على الناس لكسلهم وإلا فدليلهما لا يترجح على دليله، وقد ذكر في آخر الحاوي القدسي أنه إذا اختلف أبو حنيفة وصاحباه فالاصح أن الاعتبار لقوة الدليل. فالحاصل أن الاصح المفتى به أنه لا يلزمه القضاء إلا بقدر ما ترك، سواء كان المتروك صلاتين أو أكثر، وقد أفاد كلام المصنف أن الفوائت إذا كثرت سقط الترتيب فيما بين الفوائت نفسها كما سقط بينها وبين الوقتية، وقد صرح به في الهداية وجزم به في المحيط، وعلله في غاية البيان بأن الكثرة إذا كانت مسقطة للترتيب في غيرها كانت مسقطة له في نفسها بالطريق الاولى لان العلة إذا كان لها أثر في غير محلها فلان يكون لها أثر في محلها أولى اه‍. ونص الزاهدي على أنه الاصح وبهذا اندفع ما في الظهيرية والخانية من أن الفوائت لو كثرت وأراد أن يقضيها فإنه يراعي الترتيب في القضاء، وتفسير ذلك أنه إذا قضى فائتة ثم فائتة فإن كان بين الاولى والثانية فوائت ست يجوز له قضاء الثانية، وإن كانت أقل من ست لا يجوز قضاء الثانية ما لم يقض ما قبلها. وقيل في الفوائت إذا كثرت سقط الترتيب حتى لو قضى ثلاثين فجرا ثم قضى ثلاثين ظهرا ثم قضى ثلاثين عصرا جاز اه‍. وأفاد كلامه أيضا أنه لا فرق بين الفوائت القديمة والحديثة حتى لو ترك صلاة شهر فسقا ثم أقبل على الصلاة ثم ترك فائتة حادثة فإن الوقتية جائزة مع تذكر الفائتة الحادثة لانضمامها إلى الفوائت القديمة وهي كثيرة فلم يجب الترتيب، ولان بالحديثة ازدادت الكثرة فيتأكد السقوط، ولانه لو اشتغل بهذه الفائتة لكان ترجيحا بلا مرجح، ولو اشتغل بالكل تفوت الوقتية فتعين ما ذكرنا. وقال بعضهم: إن المسقط الفوائت الحديثة، وأما القديمة فلا تسقط ويجعل الماضي كأن لم يكن زجرا له عن التهاون بالصلوات فلا تجوز الوقتية مع تذكرها وصححه في معراج الدراية معزيا إلى المحيط للصدر الشهيد، وفي التجنيس وعليه الفتوى، وذكر في المجتبى أن الاول أصح، وفي الكافي والمعراج وعليه الفتوى فقد اختلف

***

[١٥٣]

التصحيح والفتوى كما رأيت والعمل بما وافق إطلاق المتون أولى خصوصا أن على القول الثاني يؤدي إلى التهاون لا إلى زجره عنه، فإن من اعتاد تفويت الصلوات لو أفتى بعدم الجواز يفوت أخرى ثم وثم حتى تبلغ الحديثة حد الكثرة كما في الكافي. قوله (ولم يعد بعودها إلى القلة) أي لم يعد وجوب الترتيب بعود الفوائت إلى القلة بسبب القضاء بعد سقوطه بكثرتها كما إذا ترك رجل صلاة شهر مثلا ثم قضاها إلا صلاة ثم صلى الوقتية ذاكرا لها فإنها صحيحة لان الساقط قد تلاشى فلا يحتمل العود كالماء القليل إذا تنجس فدخل عليه الماء الجاري حتى كثر وسال ثم عاد إلى القلة لا يعود نجسا. واختاره الامام السرخسي والامام البزدوي حيث قالا: ومتى سقط الترتيب لم يعد في أصح الروايتين. وصححه أيضا في الكافي والمحيط، وفي معراج الدراية وغيره وعليه الفتوى. وقيل يعود الترتيب وليس هو من قبيل عود الساقط بل من قبيل زوال المانع كحق الحضانة إذا ثبت للام ثم تزوجت ثم ارتفعت الزوجية فإنه يعود لها. واختاره في الهداية قال: إنه الاظهر مستدلا بما روي عن محمد فيمن ترك صلاة يوم وليلة وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت

جائزة على كل حال والوقتيات فاسدة إن قدمها لدخول الفوائت في حد القلة وإن أخرها فكذلك إلا العشاء الاخيرة لانه لا فائتة عليه في ظنه حال أدائها اهـ. ورده في الكافي والتبيين بأنه لا دلالة فيه لان الترتيب لو سقط لجازت الوقتية التي بدأ بها ولان الترتيب إنما يسقط بخروج وقت السادسة ولم يخرج هنا ولا يمكن حمله على ما روي عن محمد أن الترتيب يسقط بدخول وقت السادسة لان حكمه بفساد الوقتية التي بدأ بها يمنع من ذلك إذ لو كان مراده على تلك الرواية لما فسدت التي بدأ بها أول مرة لسقوط الترتيب عنده. وذكره في فتح القدير وارتضاه ورده الشيخ قاسم في حاشيته على الزيلعي بأنه مبني على ما روي عن محمد فقد نص جماعة من محققي المشايخ على أن من أصل محمد أنه إذا دخل وقت السادسة سقط الترتيب إلا أن سقوطه يتقرر بخروج وقت السادسة فإذا أدى وقتية توقف جوازها على قضاء الفائتة وعدمه، فإذا قضى دخلت الفوائت في حد القلة فبطلت الوقتية لانها أديت عند ذكر الفائتة ولذا صرح في رواية ابن سماعه عن محمد في تعليل ذلك بقوله لانه كلما فائتة عادت الفوائت أربعا وفسدت الوقتية إلا العشاء فإنه صلاها. وعنده أن جميع ما

***

[١٥٤]

عليه قد قضاه فأشبه الناسي اهـ. وما أجيب به في المعراج من أن المسألة مفروضة فيمن مد الوقتية التي شرع فيها إلى آخر الوقت ثم قضى الفائتة بعد خروج الوقت، ولا بد أن يكون الشروع في سعة الوقت إذلو كان عند الضيق لكانت الوقتية صحيحة رد بقوله في الكتاب صلى مع كل فائتة وقتية ومع للقرآن. وذكر في فتح القدير: ولا يخفى أن إبطال الدليل المعين لا يستلزم بطلان المدلول فكيف بالاستشهاد. وحاصله بطلان أن يكون ذلك نصا عن محمد في المسألة فليكن كذلك فهو غير منصوص عليه من المتقدمين لكن الوجه يساعده بجعله من قبيل انتهاء الحكم بانتهاء علته، وذلك أن سقوط الترتيب كان بعلة الكثرة المفضية إلى الحرج أو أنها مظنة تفويب الوقتية، فلما قلت زالت العلة فعاد الحكم الذي كان قبل كحق الحضانة اهـ. وفيه نظر لانا قد نقلنا عن الامامين السرخسي والبزدوي كما في غاية البيان أنه متى سقط الترتيب لم يعد في أصح الروايتين. وفي المحيط: لم يعد في أصح الروايات فكيف يقال إنه غير منصوص عليه من المتقدمين وهو أصح الروايات عن المتقدمين إذا الروايات إنما هي منسوبة إليهم لا إلى المشايخ، وليس هو من قبيل زوال المانع في التحقيق لان المقتضى

***

[١٥٥]

للترتيب مع كثرة الفوائت ليس بموجود أصلا ولذا اتفقت كلمتهم متونا وشروحا على أن الترتيب يسقط بثلاثة أشياء، فصرح الكل بالسقوط والساقط لا يعود اتفاقا بخلاف حق الحضانة فإن المقتضى لها موجود مع التزوج لانه القرابة المحرمية مع صغر الولد وقد منع التزوج من عمل المقتضى، فإذا زال التزوج زال المانع فعمل المقتضى عمله، فالفارق بين البابين وجود المقتضى وعدمه، ولذا كان الاصح في مسألة المني إذا فرك من الثوب ثم أصابه ماء وأخواتها عدم عود النجاسة كما ذكرنا. ولو قال المصنف ولم يعد بزوالها ليكون الضمير راجعا إلى الثلاثة أعني ضيق الوقت والنسيان وصيرورتها ستا لكان أولى لان الحكم كذلك فيها. قال في المجتبي: ولو سقط الترتيب لضيق الوقت ثم خرج الوقت لا يعود على الاصح حتى لو خرج في خلال الوقتية لا تفسد على الاصح وهو مؤد على الاصح لا قاض، واقتداء المسافر بعد غروب الشمس في العصر بمقيم شرع فيه في الوقت لا يصح، وك ذا لو سقط مع النسيان ثم تذكر لا يعود. ولو نسي الظهر وافتتح العصر ثم ذكره عند احمرار الشمس يمضي لضيق الوقت، وكذا لو غربت، وكذا لو افتتحها عند الاصفرار ذاكرا ثم غربت اهـ. وقوله واقتداء المسافر ينتجه كونه مؤديا كما لا يخفى. والذي ظهر للعبد الضعيف أن ما ذكره في المجتبي من عدم عوده بالتذكر خطأ لان كلمتهم اتفقت عند ذكر المسائل الاثني عشرية السابقة أنه لو تذكر فائتة وهو يصلي فإن كان قبل القعود قدر التشهد بطلت صلاته اتفاقا، وإن كان بعد القعود بطلت عنده، وعندهما لا تبطل. فقد حكموا بعوده بالتذكر ولهذا قال في معراج الدراية والنهاية: إنه لو سقط بالنسيان وضيق الوقت فإنه يعود بالتذكر وسعة الوقت بالاتفاق اهـ. ولذا والله أعلم اقتصر في المختصر على عدم العود بقلة الفوائت وإن حمل ما في المجتبي على تذكره بعد الفراغ من الصلاة فيكون محل الخلاف الترتيب بين الفائتة والوقتية في المستقبل لا فيما صلاه

***

[١٥٦]

حالة النسيان وتذكر قبل الفراغ فبعيد مخالف لسياق كلامه في ضيق الوقت لتصريحه فيه بعدم العود. ولو خرج في خلاله بقي ههنا

كلام وهو أنه بعد أن حكم باستحقاق الترتيب بين الفائتة والوقتية وبين الفوائت حكم بسقوطه بثلاثة أشياء فشمل النوعين، وقد قدمنا أن سقوطه بكثرة الفوائت يشمل النوعين، وأما بالنسيان فالظاهر شموله لهما، وأما بضيق الوقت فهو خاص بالترتيب بين الفائتة والوقتية، وأما الترتيب فيما بين الفوائت فلا يسقط به حتى لو قدم المتأخرة من الفوائت عند ضيق الوقت لا يجوز لانه ليس بمسقط حقيقة، وإنما قدمت الوقتية عند العجز عن الجمع بينهما لقوتها مع بقاء الترتيب كما ذكره الشارح. قوله (فلو صلى فرضا ذاكرا فائتة ولو وترا فسد فرضه موقوفا) أي فساد هذا الفرض موقوف على قضاء الفائتة قبل أن تصير الفوائت كثيرة مع الفائتة فإن قضاها قبله فسد هذا الفرض وما صلاه بعده متذكرا، وإن لم يقضها حتى صارت الفوائت مع الفائتة ست صلوات فما صلاه متذكرا لها صحيح. قال في المبسوط: هذه المسألة هي التي يقال واحدة تصحح خمسا وواحدة تفسد خمسا فالواحدة المصححة للخمس هي السادسة قبل قضاء المتروكة، والواحدة المفسدة للخمس هي المتروكة تقضى قبل السادسة اه. وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما الفساد متحتم لا يزول وهو القياس لان سقوط الترتيب حكم والكثرة علة له فإنما يثبت الحكم إذا ثبتت العلة في حق ما بعدها فأما فحق نفسها فلا. وهذا لان العلة ما تحل بالمحل فيتغير لحلوله المحل فلا يجوز أن يكون نفس العلة محلا للعلة للاستحالة. ولابي حنيفة أن الحكم مع العلة يقترنان لما عرف في الاصول والكثرة صفة هذا المجموع وحكمها سقوط الترتيب فإذا ثبت صفة الكثرة بوجود الاخيرة استندت الصفة إلى أولها بحكمها فيجوز

***

[١٥٧]

الكل كمرض الموت لما ثبت له هذا الوصف استند إليه بحكمه، ولهذا لو أعادها بلا ترتيب جازت عندهما أيضا، وهذا لان المانع من الجواز قلتها وقد زالت فيزول المنع. وفي العناية: لا يقال كل واحدة من آحادها جزؤها متقدمة عليها فكيف يكون معلولا لها لانها جزؤها من حيث الوجود ولا كلام فيه وإنما الكلام من حيث الجواز وذلك متأخر لانه لم يكن ثابتا لكل واحدة منها قبل الكثرة ولا يمتنع أن يتوقف حكم على أمر حتى يتبين حاله كتعجيل الزكاة إلى الفقير يتوقف كونها فرضا على تمام الحول والنصاب نام، فإن تم على نمائه كان فرضا وإلا نفل. وكون المغرب في طريق مزدلفة فرضا على عدم إعادتها قبل الفجر فإن أعادها كانت نفلا. والظهر يوم الجمعة على عدم شهودها فإن شهدها إ كانت نفلا. وصحة صلاة المعذور إذا انقطع العذر فيها على عوده في الوقت الثاني فإن لم يعد فسدت وإلا صحت. وكون الزائد على العادة حيضا على عدم مجاوزة العشرة فإن جاوزت فاستحاضة وإلا حيض. وصحة الصلاة التي صلتها صاحبة العادة فيما إذا انقطع دمها دون العادة فاغتسلت وصلت على عدم العود فإن عادت ففاسدة وإلا فصحيحة. ثم اعلم أن المذكور في الهداية وشروحها كالنهاية والعناية وغاية البيان، وكذا في الكافي والتبيين وأكثر الكتب أن انقلاب الكل جائزا موقوف على أداء ست صلوات. وعبارة الهداية: ثم العصر تفسد فسادا موقوفا حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا. والصواب أن يقال: حتى لو صلى خمس صلوات وخرج وقت الخامسة من غير قضاء الفائتة انقلب الكل جائزا لان الكثرة المسقطة بصيرورة الفوائت ستا فإذا صلى خمسا وخرج وقت الخامسة صارت الصلوات ستا بالفائتة المتروكة أولا، وعلى ما صوره يقتضي أن تصير

***

[١٥٨]

الصلوات سبعا وليس بصحيح. وقد ذكره في فتح القدير بحثا ثم أطلعني الله عليه بفضله منقولا في المجتبى وعبارته: ثم اعلم أن فساد الصلاة بترك الترتيب موقوف عند أبي حنيفة، فإن كثرت وصارت الفواسد مع الفائتة ستا ظهر صحتها وإلا فلا اه. ولقد أحسن رحمه الله وأجاد هنا كما هو دأبه في التحقيق ونقل الغرائب وعلى هذا، فقول صاحب المبسوط أن الواحدة المصححة للخمس هي السادسة قبل قضاء المتروكة غير صحيح لان المصحح للخمس خروج وقت الخامسة كما علمت. وأطلق المصنف التوقف فشمل ما إذا ظن وجوب الترتيب أو ظن عدمه وتعليلهم أيضا يرشد إليه فما في شرح المجمع المصنف معزيا إلى المحيط أن عدم وجوب الاعادة عنده إذا لم يعلم من فائته الصلاة وجوب الترتيب وفساد صلاته بدونه، أما إذا علم فعليه إعادة الكل اتفاقا لان العبد مكلف بما عنده ضعيف. وعلله في فتح القدير بأن التعليل المذكور يقطع بإطلاق الجواب ظن عدم الوجوب أولا وقيد بفساد الفرضية لانه لا يبطل أصل الصلاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد يبطل لان التحريمة عقدت للفرض فإذا بطلت الفرضية بطلت التحريمة أصلا، ولهما أنها عقدت لاصل الصلاة بوصف الفرضية فلم يكن من ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل. كذا في الهداية، وفائدته تظهر في انتقاض الطهارة

بالقهقهة. كذا في الغاية. وأطلق في التذكر ولم يقيده بالعلم لما في الولوالجية: رجل دخل في صلاة الظهر ثم شك
***
[١٥٩]
في صلاة الفجر أنه صلاها أم لا، فلما فرغ من صلاته تيقن أنه لم يصل الفجر يصلي الفجر ثم يعيد الظهر لانه لما تحقق ظنه صار كأنه في الابتداء متيقن كالمسافر إذا تيمم وصلى ثم رأى سرابا في صلاته ثم ظهر بعد فراغه من الصلاة أنه كان ماء يتوضأ ويعيد الصلاة كذا ههنا اه. وفي المحيط: رجل لم يصل الفجر وصلى بعدها أربع صلوات من يوم شهرا قيل لا تجزئه الصلوات الاربعة في اليوم الاول وتجزئه في اليوم الثاني لسقوط الترتيب عنه لكثرة الفوائت، ولا تجزئه في اليوم الثالث لكثرة الترتيب، وهكذا يجري فمن كل عشرة صلوات ستة صلوات فاسدة وأربعة منها جائزة. وكذا لو صلى الفجر شهرا ولم يصل سائر الصلوات يجزئه خمس عشرة صلاة من الفجر لا يجزئه غيرها. وقيل: إنه يجزئه الصلوات الاربعة في كل يوم إلا في اليوم الاول ويجزئه كل فجر إلا الفجر في اليوم الثاني لانه صلى الفجر الثاني وعليه أربع صلوا ت فلم يجزه لقلة الفوائت، وبعد ذلك كثرت الفوائت فسقط الترتيب والترتيب متسقط لا يعود اه. واقتصر على القول الاول في التجنيس وقال: إنه يؤيد قول من لا يعتبر الفوائت القديمة في إسقاط الترتيب، وقد أجاب الامام حسام الدين في نظيره في الفصل الذي قبله بخلاف هذا اه. فالمفتي به هو القول الثاني كما لا يخفى. وقوله ولو وترا بيان لقول أبي حنيفة لان عنده الوتر فرض عملي فوجب الترتيب بينه وبين الوقتية حتى لو صلى الفجر ذاكرا للوتر فسد فجره عنده موقوفا كما تقدم، وعندهما لا يفسد لان الوتر سنة ولا ترتيب بين الفرائض والسنن حتى لو تذكر فائتة في تطوعه لم يفسد تطوعه لانه عرف واجبا في الفرض بخلاف القياس فلا يلحق به غيره. تتمة: ترك الصلاة عمدا كسلا يضرب ويحبس حتى يصليها ولا يقتل وإذا جحد واستخف وجوبها يقتل. وفي الكافي: ومن قضى الفوائت ينوي أول ظهر لله عليه أو آخر ظهر لله عليه احتياطا ولو لم يقل الاول والآخر وقال نويت الظهر الفائتة جاز. وفي الخلاصة: غلام احتلم بعدما صلى العشاء ولم يستيقظ حتى طلع الفجر ليس عليه قضاء العشاء، والمختار أن عليه قضاء العشاء. وإذا استيقظ قبل الطلوع عليه قضاء العشاء بالاجماع
***
[١٦٠]
وهي واقعة محمد بن الحسن سألها أبا حنيفة فأجابه بما ذكرنا فأعاد العشاء. إذا فاتت صلاة عن وقتها ينبغي أن يقضيها في بيته ولا يقضيها في المسجد. إذا مات الرجل وعليه صلوات فائتة وأوصى بأن يعطى كفارة صلاته يعطى لكل صلاة نصف صاع من بر، وللوتر نصف صاع، ولصوم يوم نصف صاع وإنما يعطى من ثلث ماله، وإن لم يترك مالا تستقرض ورثته نصف صاع ويدفع إلى المسكين ثم يتصدق المسكين على بعض ورثته ثم يتصدق ثم وثم حتى يتم لكل صلاة ما ذكرنا، ولو قضاها ورثته بأمره لا يجوز وفي الحج يجوز اه. وفي الظهيرية اتفق المشايخ على تنفيذ هذه الوصية من ثلث ماله، واختلفوا هل يقوم الاطعام مقام الصلاة، قال محمد بن مقاتل ومحمد بن سملة: يقوم. وقال البلخي: لا يقوم. ولا رواية في سجدة التلاوة أنه يجب أولا. ولو أعطى فقيرا واحدا جملة جاز بخلاف كفارة اليمين، ولو أعطى عن
***
[١٦١]
خمس صلوات تسعة أمناء فقيرا ومنا فقيرا آخر قال أبو بكر الاسكاف: يجوز ذلك كله. وقال أبو القاسم: وهو اختيار الفقيه أبي الليث يجوز عن أربع صلوات دون الخامسة لانه متفرق، ولا يجوز أن يعطى كل مسكين أقل من نصف صاع في كفارة اليمين فكذلك هذا. فالحاصل أن كفارة الصلاة تفارق كفارة اليمين في حق أنه لا يشترط فيها العدد وتوافقها من حيث إنه لو أدى أقل من نصف صاع إلى فقير واحد لا يجوز اه والله أعلم. باب سجود السهو لما فرغ من ذكر الاداء والقضاء شرع في بيان ما يكون جابر النقصان يقع فيهما. كذا في العناية. والاولى أن يقال: لما فرغ من ذكر الصلاة نفلها وفرضها أداء وقضاء شرع فيما يكون جابرا لنقصان يقع فيها فإن سجود السهو في مطلق الصلاة ولا يختص بالفرائض. وهذه الاضافة من باب إضافة الحكم إلى السبب وهي الاصل في الاضافات لان الاضافة للاختصاص وأقوى وجوه الاختصاص اختصاص المسبب بالسبب. وذكر في التحرير أنه لا فرق في اللغة بين النسيان والسهو وهو عدم الاستحضار في وقت الحاجة. وفرق بينهما في السراج الوهاج بأن النسيان عزوب الشئ عن النفس بعد حضوره، والسهو

قد يكون عما كان الانسان عالما به وعما لا يكون عالما به. وظاهر كلام الجم الغفير أنه لا يجب السجود في العمد وإنما تجب الاعادة إذا ترك واجبا عمدا جبرا لنقصانه. وذكر الولوالجي في فتاواه أن الواجب إذ تركه عمدا لا يجبر بسجدتي السهو لانهما عرفتا جابرتين بالشرع والشرع ورد حالة السهو وجعلهما مثلا لهذا الفائت لا فوقه، لان الشئ لا يجبر بما فوقه والنقصان المتمكن بترك الواجب عامدا فوق النقصان المتمكن بتركه ساهيا، وهذا الجابر إذا كان مثلا للفائت سهوا كان أدون من الفائت عمدا والشئ لا يجبر بما هو دونه اه. وحاصله أن الملاءمة بين السبب والمسبب شرط والعمد جناية محضة والسجدة عبادة فلا تصلح سببا لها، وهذا بإطلاقه يفيد أنه لا فرق بين واجب وواجب. فما في المجتبى من أنه لا سجود في

***

[١٦٢]

تركه عمدا إلا في مسألتين ذكره فخر الاسلام البديعي إذا ترك القعدة الاولى عمدا أو شك في بعض أفعال صلاته فتفكر عمدا حتى شغله ذلك عن ركن قلت له: كيف يجب سجود السهو بالعمد؟ قال: ذلك سجود العذر لا سجود السهو اه. وما في الينابيع عن الناطفي: لا يجب سجود السهو في العمد إلا في موضعين: الا وتأخير إحدى سجدتي الركعة الاولى إلى آخر الصلاة، والثاني ترك القعدة الاولى اه فتحصل أنها ثلاثة مواضع مشكل. ولعلهم نظروا إلى أن هذه الواجبات الثلاثة أدنى الواجبات فصلح أن يجبرها سجود السهو حالة العمد، أما القعدة الاولى فللاختلاف في وجوبها بل قد أطلق أكثر مشايخنا عليها اسم السنة كما قدمناه، وكذا الثاني والثالث لم يكن لهما دليل صريح في الوجوب. قوله (يجب بعد السلام سجدتان بتشهد وتسليم بترك واجب وإن تكرر) بيان لاحكام: الاول وجوب سجدتي السهو وهو ظاهر الرواية لانه شرع لرفع نقص تمكن في الصلاة ورفع ذلك واجب. وذكر القدوري أنه سنة كذا في المحيط. وصحح في الهداية وغيرها الوجوب لانها تجب لجبر نقصان تمكن في العبادة فتكون واجبة كالدماء في الحج، ويشهد له من السنة ما ورد في الاحاديث الصحيحة من الامر بالسجود. والاصل في الامر أن يكون للوجوب ومواظبة النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه على ذلك. وفي معراج الدراية: إنما جبر النقصان في باب الحج بالدم وفي باب الصلاة بالسجود لان الاصل أن الجبر من جنس الكسر وللمال مدخل في باب الحج فيجبر نقصانه بالدم ولا مدخل للمال في باب الصلاة فيجبر النقصان بالسجدة اه.

***

[١٦٣]

وظاهر كلامهم أنه إذا لم يسجد فإنه يأثم بترك الواجب ولترك سجود السهو. ثم اعلم أن الوجوب مقيد بما إذا كان الوقت صالحا حتى إن من عليه السهو في صلاة الصبح إذا لم يسجد حتى طلعت الشمس بعد السلام الاول سقط عنه السجود، وكذا إذا سها في قضاء الفائتة فلم يسجد حتى احمرت، وكذا في الجمعة إذا خرج وقتها، وكل ما يمنع البناء إذا وجد بعد السلام يسقط السهو. الثاني محله المسنون بعد السلام سواء كان السهو بإدخال زيادة في الصلاة أو نقصان منها، وعند الشافعي قبله فيهما، وعند ما لك قبله في النقصان وبعده في الزيادة، وألزمه أبو يوسف فيما إذا كان عنهما فتحير وقد صح عنه صلى الله عليه وسلم أنه سجد قبل السلام وصح أنه سجد بعده فتعارضت روايتا فعله فرجعنا إلى قوله المروي في سنن أبي داود أنه عليه الصلاة والسلام قال لكل سهو سجدتان بعد السلام. وفي صحيح البخاري في باب التوجه نحو القبلة حيث كان في حديث قال فيه إذا شك أحدكم في صلاته فليتحر الصواب فليتم عليه ثم ليسلم ثم ليسجد سجدتين فهذا تشريع عام قولي بعد السلام عن سهو الشك والتحري ولا قائل بالفصل بينه وبين تحقق الزيادة والنقص، وهذا الخلاف في الاولوية حتى لو سجد قبل السلام لا يعيده لانه لو أعاد يتكرر وأنه خلاف الاجماع وذلك كان مجتهدا فيه. وروي عن أصحابنا أنه لا يجزئه ويعيده. كذا في المحيط. وفي غاية البيان: إن الجواز ظاهر الرواية. وفي التجنيس: لو كان الامام يرى سجدتي السهو وقبل السلام والمأموم بعد السلام، قال بعضهم: يتابع الامام لان حرمة الصلاة باقية فيترك رأيه برأي الامام تحقيقا للمتابعة. وقال بعضهم: لا يتابع ولو تابعه لا إعادة عليه اه. وكأن القول الاول مبني على ظاهر الرواية، والثاني على غيرها كما لا يخفى. وذكر الفقيه أبو الليث في الخزانة أنه قبل السلام مكروه والظاهر أنها كراهة تنزيه. وعلل في الهداية لكونه بعد السلام أن سجود السهو مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام حتى

***

[١٦٤]

لو سها عن السلام يجبر به. وصور في غاية البيان السهو عن السلام بأن قام إلى الخامسة مثلا ساهيا يلزمه سجود السهو لتأخير السلام.

وصوره الاسبيجابي وصاحب التجنيس بما إذا بقي قاعدا على ظن أنه سلم ثم تبين أنه لم يسلم فإنه يسلم ويسجد للسهو ولكون سجود السهو لا يتكرر لو شك في السهو فإنه يتحرى ولا يسجد لهذا السهو. وحكى أن محمد بن الحسن قال للكسائي ابن خالته: لم لا تشتغل بالفقه؟ فقال: من أحكم علما فذلك يهديه إلى سائر العلوم. فقال محمد رحمه الله: أنا ألقي عليك شيئا من مسائل الفقه فتخرج جوابه من النحو فقال: هات. قال: فما تقول فيمن سها في سجود السهو فتفكر ساعة فقال: لا سجود عليه. فقال: من أي باب من النحو خرجت هذا الجواب؟ فقال: من باب أن المصغر لا يصغر، فتحير من فطنته. وأطلق المصنف في السلام فانصرف إلى المعهود في الصلاة وهو تسليمتان كما هو في الحديث، وصححه في الظهيرية والهداية، وذكر في التجنيس أنه المختار، وعلل علي البزدوي فقال: لم يجن ملك الشمال حتى تترك السلام عليه. وعزاه في البدائع إلى عامتهم، واختار فخر الاسلام أنه يسجد بعد التسليمة الاولى ويكون تلقاء وجهه لا ينحرف. وذكر في المحيط أنه الاصوب لان الاول للتحليل والثاني للتحية وهذا السلام للتحليل لا للتحية فكان ضم الثاني إلى الاول عبثا. واختاره المصنف في الكافي وقال: إن عليه الجمهور وإليه أشار في الاصل وهو الصواب، فقد تعارض النقل عن الجمهور. وهناك قولان آخران: أحدهما أنه يسلم عن يمينه فقط وصححه في المجتبى. ثانيهما لو سلم التسليمتين سقط عنه سجود السهو لانه بمنزلة الكلام حكاه الشارح عن خواهر زاده فقد اختلف التصحيح فيها. والذي ينبغي الاعتماد عليه تصحيح المجتبي أنه يسلم عن يمينه فقط لان السلام عن اليمين معهود
***
[١٦٥]
وبه يحصل التحليل فلا حاجة إلى غيره. الثالث فيما يفعله بين السجدتين فذكر أنه التشهد والسلام والظاهر وجوبهما كما صرح به في المجتبي ولما في الحاوي القدسي أن كل قعدة في الصلاة غير الاخيرة فهي واجبة ولم يذكر تكبير السجود وتسبيحه ثلاثا للعلم به وكل منهما مسنون كما في المحيط وغيره. وأشار بالتشهد والسلام إلى أن التشهد والسلام في القعود الاخير قد ارتفعا بالسجود، وإنما لم يرفع السجود القعود لانه أقوى من السجود لفرضيته ولذا قال في التجنيس: ولو سجدهما ولم يقعد لم تفسد صلاته لان القعود ليس بركن. واتفقوا على أنه في السجدة الصلبية لو تذكرها بعد قعوده فسجدها فإن القعود قد ارتفض فيقعد للفرض لان السجدة الصلبية أقوى من القعدة، وفيما إذا تذكر سجدة تلاوة فسجدها روايتان أصحهما أنها كالصلبية لانها أثر القراءة وهي ركن فأخذت حكمها. وعليه تفريع ما في عمدة الفتاوى: إذا سلم الامام وتفرق القوم ثم تذكر في مكانه أن عليه سجدة التلاوة يسجد ويقعد قدر التشهد، فإن لم يقعد فسدت صلاة الامام وصلاة القوم تامة لان ارتفاض القعدة في حق الامام ثبت بعد انقطاع المتابعة اه. ولم يذكر حكم الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم في القعدتين والادعية للاختلاف، فصحح في البدائع والهداية أنه يأتي بالصلاة والدعاء في قعدة السهو لان الدعاء موضعه آخر الصلاة ونسبة الاول إلى عامة المشايخ بما وراء النهر. وقال فخر الاسلام: إنه اختيار عامة أهل النظر من مشايخنا وهو المختار عندنا. واختار الطحاوي أنه يأتي بهما فيهما، وذكر قاضيخان وظهير الدين أنه الاحوط وجزم بهه في منية المصلي في الصلاة ونقل الاختلاف في الدعاء. وقيل: إنه يأتي بهما في الاول فقط وصححه الشارح معزيا إلى المفيد لانها للختم. الرابع سببه ترك واجب من واجبات الصلاة الاصلية سهوا وهو المراد بقوله بترك واجب لا كل واجب بدليل ما سنذكره من أنه لو ترك ترتيب السور لا يلزمه شئ مع كونه واجبا وهو أجمع ما قيل فيه، وصححه في الهداية وأكثر
***
[١٦٦]
الكتب. وما في القدوري من قوله أو ترك فعلا مسنونا أراد به فعلا واجبا ثبت وجوبه بالسنة. وقد عدها المصنف في باب صفة الصلاة اثني عشر واجبا: الاول قراءة الفاتحة فإن تركها في إحدى الاولىين أو أكثرها وجب عليه السجود، وإن ترك أقلها لا يجب لان للاكثر حكم الكل. كذا في المحيط. وسواء كان إماما أو منفردا. كذا في التجنيس. وفي المجتبي: إذا ترك من الفاتحة آية وجب عليه السجود وإن تركها في الاخريين لا يجب إن كان في الفرض، وإن كان في النفل أو الوتر وجب عليه لوجوبها في الكل، وقد قدمنا أنه لو تركها في الاوليين لا يقضيها في الاخريين في ظاهر الرواية بخلاف السورة وبينا الفرق. الثاني ضم سورة إلى الفاتحة وقد قدمنا أن المراد بها ثلاث آيات قصار أو آية طويلة فلو لم يقرأ شيئا مع الفاتحة أو قرأ آية قصيرة لزمه السجود. كذا ذكره الشارح،

وظاهره أنه لو ضم إلى الفاتحة آيتين قصيرتين وترك آية فإنه لا سهو عليه لان للاكثر حكم الكل كما قالوا في الفاتحة، بل أولى لان وجوب الفاتحة آكد للاختلاف بين العلماء في ركنيتها لكن في الظهيرية: لقرأ الفاتحة وآيتين نخر راكعا ساهيا ثم تذكر فعاد وأتم ثلاث آيات فعليه سجود السهو، وفي المحيط: ولو ترك السورة فذكرها قبل السجود عاد وقرأها. وكذا لو ترك الفاتحة فذكرها قبل السجود قرأها ويعيد السورة لانها تقع فرضا بالقراءة بخلاف لو تذكر القنوت في الركوع فإنه لا يعيد، ومتى عاد في الكل فإنه يعيد ركوعه لارتفاضه. وفي الخلاصة: ويسجد للسهو فيما إذا عاد أو لم يعد إلى القراءة، وقد قدمنا في ذكر الواجبات أنه يجب تقديم الفاتحة على السورة وأنه يجب أن لا يؤخر السورة عن قراءة الفاتحة فكذا لو بدأ بالسورة ثم تذكر يبدأ بالفاتحة ثم يقرأ السورة ويسجد للسهو وإن قرأ من السورة حرفا. كذا في المجتبي. وقيده في فتح القدير بأن يكون مقدار ما يتأدى به ركن عن قراءة الفاتحة، ولو قرأ الفاتحة مرتين يجب عليه السجود لتأخير السورة. كذا في الذخيرة وغيرها. وذكر قاضيخان وجماعة أنها إن قرأها مرتين على الولاء وجب السجود وإن فصل بينهما بالسورة لا يجب وصححه الزاهدي للزوم تأخير السورة في الاول لا في الثاني إذ ليس الركوع واجبا بأثر السورة فإنه لو جمع بين سورتين بعد الفاتحة لم يمتنع ولا يجب عليه شئ بفعل مثل ذلك في
***
[١٦٧]
الاخريين لانهما محل القراءة وهي ليست بواجبة فيهما وقراءة أكثر الفاتحة ثم إعادتها كقراءتها مرتين كما في الظهيرية. ولو ضم السورة إلى الفاتحة في الاخريين لا سهو عليه في الاصح. وفي التجنيس: لو قرأ سورة ثم قرأ في الثانية سورة قبلها ساهيا لا يجب عليه السجود لان مراعاة ترتيب السور من واجبات نظم القرآن لا من واجبات الصلاة فتركها لا يوجب سجود السهو. الثالث تعيين القراءة في الاولين، فلو قرأ في الاخريين أو في إحدى الاولين وإحدى الاخريين ساهيا لزمه السجود وهو خاص بالفرض، أما في النفل والوتر فلا بد من القراءة في الكل، واختلفوا في قراءته في الاخريين هل هي قضاء عن الاولين أو أداء، فذكر القدوري أنها أداء لان الفرض هو القراءة في ركعتين غير عين. وقال غيره: إنه قضاء استدلالا بعدم صحة اقتداء المسافر بالمقيم بعد خروج الوقت وإن لم يكن الامام قرأ في الشفع الاول، ولو كانت في الاخريين أداء لجاز لانه يكون اقتداء المفترض بالمفترض في حق القراءة فلما لم يجز علم أنها قضاء وإن الاخريين خلت عن القراءة وبوجوب القراءة على مسبوق أدرك إمامه في الاخريين ولم يكن قرأ في الاولين. كذا في البدائع. الرابع رعاية الترتيب في فعل مكرر فلو ترك سجدة من ركعة فتذكرها في آخر صلاة سجدها وسجد للسهو لترك الترتيب فيه وليس عليه إعادة ما قبلها، وكذا لو قدم الركوع على القراءة لزمه السجود لكن لا يعتد بالركوع فيفترض إعادته بعد القراءة. وفي المجتبي: وفي تأخير سجدة التلاوة روايتان، وجزم في التجنيس بعدم الوجوب لان سجدة التلاوة ليس بواجب أصلي في الصلاة. الخامس تعديل الاركان وهو الطمأنينة في الركوع والسجود، وقد اختلف في
***
[١٦٨]
وجوب السجود بتركه بناء على أنه واجب أو سنة، والمذهب الوجوب ولزوم السجود بتركه ساهيا، وصححه في البدائع. قال في التجنيس: وهذا التفريع على قول أبي حنيفة ومحمد لان تعديل الاركان فرض عند أبي يوسف. السادس القعود الاول وكذا كل قعدة ليست أخيرة سواء كان في الفرض أو في النفل فإنه يلزمه سجود السهو بتركها ساهيا. السابع التشهد فإنه يجب سجود السهو بتركه ولو قليلا في ظاهر الرواية لانه ذكر واحد منظوم فترك بعضه كترك كله ولا فرق بين القعدة الاولى أو الثانية، ولهذا قال في الظهيرية: لو ترك قراءة التشهد ساهيا في القعدة الاولى أو الثانية وتذكر بعد السلام يلزمه سجود السهو، وعن أبي يوسف لا يلزمه قالوا: إن كان المصلي إماما يأخذ بقول أبي يوسف، وإن لم يكن إماما يأخذ بقول محمد. وفي فتح القدير: ثم قد لا يتحقق ترك التشهد على وجه يوجب السجود إلا في الاول، أما في التشهد الثاني فإنه لو تذكره بعد السلام يقرأ ثم يسلم ثم يسجد فإن تذكره بعد شئ يقطع البناء لم يتصور إيجاب السجود، ومن فروع هذا أنه لو اشتغل بعد السلام والتذكر به فلما قرأ بعضه سلم قبل تمامه فسدت صلاته عند أبي يوسف لان بعوده إلى قراءة التشهد ارتفض قعوده، فإذا سلم قبل إتمامه فقد سلم قبل قعوده قدر التشهد، وعند محمد تجوز صلاته لان قعوده ما ارتفض أصلا لان محل قراءة التشهد القعدة فلا ضرورة إلى رفضها وعليه الفتوى ا ه. وظاهره أنه لو تذكره بعد السلام ولم يقرأ لا يسجد للسهو وبتركه

لانه لما تذكره وأمكنه فعله ولم يفعله صار كأنه تركه عمدا فلا يلزمه السجود وإنما يكون مسيئا، ولو وجب عليه السجود لتحقق وجوبه بتركه. وعلى هذا تصير كلية أن من ترك واجبا سهوا وأمكنه فعله بعد تذكره فلم يفعله لا سجود عليه كمن تركه عمدا وفي الهداية: ثم ذكر التشهد يحتمل القعدة الاولى والثانية
***
[١٦٩]
والقراءة فيهما وكل ذلك واجب وفيها سجدة هو الصحيح، واعترض عليه بالقعدة الاخيرة فإنها فرض لا واجب. فأجاب في المعراج بأن المراد غيرها إذا لتخصيص شائع بقرينة ذكره لها سابقا أنها فرض، وما أجاب به في غاية البيان من حمل الترك فيها على تأخيرها فاسد لانه أراد حقيقة الترك في غيرها، فلو أراد التأخير فيها لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز، وكذا لو أراد بالواجب حينئذ الفرض فيها والواجب الاصطلاحي في غيرها وهو جمع كذلك. كذا في الغاية. ورده في الكافي بأن الممنوع اجتماعهما مرادين بلفظ واحد وهو لم يتعرض للارادة بل قال: يحتمل هذا وذاك ولا فساد كاحتمال القرء الحيض والطهر كما في المجتبي وغيره. وما في النهاية من أن الاوجه فيه أن يحمل على رواية الحسن عن أبي حنيفة بأنه تجوز الصلاة بدون القعدة الاخيرة ليس بأوجه لانها رواية ضعيفة جدا لانهم نقلوا الاجماع على فرضيتها كما قدمناه، والظاهر أنه سهو وقع من صاحب الهداية. الثامن لفظ السلام ولا يتصور إيجاب السجود بتركه لانه بعد القعود الاخير إذا لم يأت بمناف فإنه يسلم، وإن أتى بمناف فلا سجود ولهذا قال في التجنيس: والسهو عن السلام يوجب سجودا السهو والسهو عنه أن يطيل القعدة ويقع عنده أنه خرج من الصلاة ثم يعلم ذلك فيسلم ويسجد لانه أخر واجبا أو ركنا على اختلاف الاصلين ا ه. وإنما يتصور إيجابه بتأخيره كما قدمناه وذكرنا في باب صفة الصلاة أن الواجب منه التسليمة الاولى وهي السلام دون عليكم ورحمة الله. وفي البدائع: إنه لو سلم عن يساره أولا لا سهو عليه لانه ترك السنة. وفي الظهيرية: وإذا سلم الرجل عن يمينه وسها عن التسليمة الاخرى فما دام في المسجد يأتي بالاخرى وإن استدبر القبلة، وعامة المشايخ على أنه لا يأتي متى استدبر القبلة ا ه. التاسع قنوت الوتر وقدمنا أنه لا يختص بدعاء وأنه لا يعود إليه لو ركع على الصحيح كما في المجتبي وغيره، فحينئذ يتحقق تركه بالركوع وأنه سنة عندهما كالوتر فالوجوب بتركه إنما هو قوله فقط. وفي فتح القدير: ولو قرأ القنوت في الثالثة ونسي قراءة الفاتحة أو السورة أو كليهما فتذكر بعد ما ركع قام وقرأ وأعاد القنوت والركوع لانه رجع إلى محله قبله ويسجد للسهو بخلاف ما لو نسي سجدة التلاوة ومحلها فتذكرها في الركوع أو السجود أو القعود فإنه يخط لها ثم يعود إلى ما كان فيه فيعيده استحبابا ا ه. ومما ألحق به تكبيره وجزم الشارح بوجوب السجود بتركها. وذكر في الظهيرية أنه لو ترك تكبيرة القنوت فإنه لا رواية لهذا، وقيل يجب سجود السهو اعتبارا بتكبيرات العيد، وقيل لا يجب ا ه. وينبغي ترجيح عدم الوجوب لانه الاصل ولا دليل عليه بخلاف تكبيرات العيد فإن دليل الوجوب المواظبة مع قوله تعالى * (ويذكروا اسم الله في أيام
***
[١٧٠]
معلومات) * (الحج: ٢٨) العاشر تكبيرات العيدين. قال في البدائع: إذا تركها أو نقص منها أو زاد عليها أو أتى بها في غير موضعها فإنه يجب عليه السجود، وذكر في كشف الاسرار أن الامام إذا سها عن التكبيرات حتى ركع فإنه يعود إلى القيام لانه قادر على حقيقة الاداء فلا يعمل بشبهه بخلاف المسبوق إذا أدرك الامام في الركوع فإنه يأتي بالتكبيرات في الركوع لانه عجز عن حقيقته فيعمل بشبهه ا ه. ومما ألحق بها تكبيرة الركوع الثاني من صلاة العيد فإنه يجب سجود السهو بتركها لانها واجبة تبع التكبيرات العيد بخلاف تكبيرة الركوع الاول لانها ليست ملحقة بها. ذكره الشار وصاحب المجتبى. وفي البدائع: ولو نسي التكبير في أيام التشريق لا سهو عليه لانه لم يترك واجبا من واجبات الصلاة. الحادي عشر والثاني عشر الجهر الامام فيما يجهر فيه والمخافتة مطلقا فيما يخافت فيه، واختلفت الرواية في المقدار والاصح قدر ما تجوز به الصلاة في الفصلين لان اليسير من الجهر والاخفاء لا يمكن الاحتراز عنه، وعن الكثير يمكن وما تصح به الصلاة كثير غير أن ذلك عنده آية واحدة، وعندهم ثلاث آيات. وهذا في حق الامام دون المنفرد لان الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة. كذا في الهداية. وذكر قاضيخان في فتاواه أن ظاهر الرواية وجوب السجود على الامام إذا جهر فيما يخافت أو خافت فيما يجهر قل ذلك أو كثر، وكذا في الظهيرية والذخيرة، زاد في الخلاصة وعليه اعتماد شمس الائمة الحلواني لا على

رواية النوادر. وفي الظهيرية: وروى أبو سليمان أن المنفرد إذا ظن إنه إمام فجهركما يجهر الامام يلزمه سجود السهو ا هـ. وهو مبني على وجوب المخافتة عليه وهو رواية الاصل وهو الصحيح كما في البدائع. وفي العناية: إن
***
[١٧١]
ظاهر الرواية أن الاخفاء ليس بواجب عليه، وذكر الولوالجي أنه إذا جهر فيما يخافت فيه يجب سجدة السهو قل أو كثر، وإذا خافت فيما يجهر به لا يجب ما لم يكن قدر ما يتعلق به وجوب الصلاة على الاختلاف الذي مر وهذا أصح ا هـ. فقد اختلف الترجيح على ثلاثة أقوال، وينبغي عدم العدول عن ظاهر الرواية الذي نقله الثقات من أصحاب الفتاوي كما لا يخفى. وذكر في الخلاصة أنه لو سمع رجلا أو رجلين لا يكون جهرا والجهر أن يسمع الكل ا هـ. وصرحوا بأنه إذا جهر سهوا بشئ من الادعية والاثنية ولو تشهدا فإنه لا يجب عليه السجود. قال العلامة الحلبي: ولا يعرى القول بذلك في التشهد من تأمل ا هـ. وقد اقتصر
***
[١٧٢]
المصنف على هذه الواجبات في باب صفة الصلاة وبقي واجب آخر وهو عدم تأخير الفرض والواجب وعدم تغييرهما وعليه تفرع مسائل منها: لو ركع ركوعين أو سجد ثلاثا في ركعة لزمه السجود لتأخير الفرض وهو السجود في الاول والقيام في الثاني، وكذا لو قعد في محل القيام أو قام في محل القعود المفروض. وإنما قيدنا بالمفروض لانه لو قام في محل الواجب فقد لزمه السجود لترك الواجب لا لتأخيره، وكذا لو قرأ آية في الركوع أو السجود أو القومة فعليه السهو كما في الظهيرية وغيرها. وعلله في المحيط بتأخير ركن أو واجب عليه، وكذا لو قرأها في القعود إن بدأ بالقراءة وإن بدأ بالتشهد ثم قرأها فلا سهو عليه كما في المحيط. وفي البدائع: لو قرأ القرآن في ركوعه أو في سجوده لا سهو عليه لانه ثناء وهذه الاركان مواضع الثناء ا هـ. ولا يخفى ما فيه فالظاهر الاول. ومنها لو كرر الفاتحة في الاوليين فعليه السهو لتأخير السورة، ومنها لو تشهد في قيامه بعد الفاتحة لزمه السجود وقبلها لا على الاصح لتأخير الواجب في الاول وهو السورة، وفي الثاني محل الثناء وهو منه. وفي الظهيرية: لو تشهد في القيام إن كان في الركعة الاولى لا يلزمه شئ، وإن كان في الثانية اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه لا يجب ا هـ. فقد اختلف التصحيح والظاهر الاول المنقول في التبيين وغيره. ومنها لو كرر التشهد في القعدة الاولى فعليه السهو ولتأخير القيام وكذا لو صلى على النبي صلى الله عليه وسلم فيها لتأخيره. واختلفوا في قدره والاصح وجوبه باللهم صل على محمد وإن لم يقل وعلى آله. وذكر في البدائع أنه يجب عليه السجود عنده، وعندهما لا يجب لانه لو وجب لوجب لجبر النقصان ولا يعقل نقصان في الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: لا يجب عليه بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم بل بتأخير الفرض وهو القيام إلا أن التأخير حصل بالصلاة فيجب عليه من حيث أنها تأخير لا من حيث أنها صلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ا هـ. وقد حكي في المناقب أن أبا حنيفة رأى النبي صلى الله عليه وسلم في المنام فقال له: كيف أوجبت على من صلى علي سجود السهو فأجابه بكونه صلى عليك ساهيا فاستحسنه منه. ولو كرر التشهد
***
[١٧٣]
في القعدة الاخيرة فلا سهو عليه. وفي شرح الطحاوي لم يفصل وقال: لا سهو عليه فيهما. كذا في الخلاصة. ومنها إذا شك في صلاته فتفكر حتى استيقن ولا يخلو إما أن يشك في شئ من هذه الصلاة أو في صلاة قبلها وكل على وجهين: أما إن طال تفكره بأن كان مقدار ما يمكنه أن يؤدي فيه ركنا من أركان الصلاة أو لم يطل، وإن لم يطل فلا سهو عليه سواء كان تفكره بسبب شك في هذه الصلاة أو في غيرها لان الفكر القليل لا يمكن الاحتراز عنه فكان عفوا دفعا للحرج. وإن طال تفكره، فإن كان في غير هذه الصلاة فلا سهو عليه. وإن كان فيها فعليه السهو استحسانا لتأخير الاركان عن أوقاتها فتمكن النقصان فيها بخلاف ما إذا شك في صلاة أخرى وهو في هذه الصلاة لان الموجب للسهو في هذه الصلاة سهو هذه الصلاة لا سهو صلاة أخرى. كذا في البدائع. وفي الذخيرة: هذا إذا كان التفكر يمنعه عن التسبيح، إما إذا كان يسبح أو يقرأ ويتفكر فلا سهو عليه. وفي الظهيرية: ولو سبقه الحدث فذهب ليتوضأ فشك أنه صلى ثلاثا أو أربعا وشغله ذلك عن وضوئه ساعة ثم استيقن فأتم وضوءه فعليه السهو لانه في حرمة الصلاة، فكان الشك في هذه

الحالة بمنزلة الشك في حالة الاداء. وإذا قعد في صلاته قدر التشهد ثم شك في شئ من صلاته أنه صلى ثلاثا أو أربعا حتى شغله ذلك عن التسليم ثم استيقن وأتم صلاته فعليه السهو ا هـ. فالاحسن أن يفسر طول التفكر بأن يشغله عن مقدار أداء ركن أو واجب ليدخل السلام كما في المحيط قيد بترك

***

[١٧٤]

الواجب لانه لا يجب بترك سنة كالثناء والتعوذ والتسمية وتكبيرات الركوع والسجود وتسبيحاتها ورفع اليدين في تكبيرة الافتتاح وتكبيرات العيدين والتأمين والتسميع والتحميد. كذا في المحيط والخلاصة. وجزم الشارح بوجوب السجود بترك التسمية مصدرا به ثم قال: وقيل لا يجب. وكذا في المجتبي، وصرح في القنية بأن الصحيح وجوب التسمية في كل ركعة، وتبعه العلامة ابن وهبان في منظومته وكله مخالف لظاهر المذهب المذكور في المتون والشروح والفتاوي من أنها سنة لا واجب فلا يجب بتركها شئ. ولو ترك فرضا فإنه لاينجبر بالسجود بل تبطل الصلاة أصلا. وفي البدائع: وأما بيان أن المتروك ساهيا هل يقضي أو لا فنقول: إنه يقضي إن أمكنه التدارك بالقضاء، سواء كان من الافعال أو الاذكار. وإن لم يمكن فإن كان المتروك فرضا فسدت، وإن كان واجبا لا تفسد ولكنه ينقص ويدخل في حد الكراهة، فإذا ترك سجدة صلبية من ركعة قضاها في آخرها إذا تذكر ولا تلزمه إعادة ما بعدها، وإذا كانا سجدتين قضاهما ويبدأ بالاولى ث بالثانية لان القضاء على حسب الاداء، ولو كانت إحداهما سجدة تلاوة وتركها من الاولى والاخرى صلبية تركها من الثانية يراعى الترتيب أيضا فيبدأ بالتلاوية عند عامة العلماء. ولو كان المتروك ركوعا فلا يتصور فيه القضاء، وكذا إذا ترك سجدتين من ركعة لانه لا يعتد بالسجود قبل الركوع لعدم مصادفته محله، فلو قرأ وسجدولم يركع ثم قام فقرأ وركع وسجد فهذا قد صلى ركعة ولا يكون هذا الركوع قضاء عن الاول، وكذا لو قرأ وركع ولم يسجد ثم رفع رأسه فقرأ ولم يركع ثم سجد فهذا قد صلركعة ولا يكون هذا السجود قضاء عن الاول، وكذا إذا قرأ وركع ثم رفع رأسه وقرأ وركع وسجد وإنما صلى ركعة، والصحيح أن المعتبر الركوع الاول لكونه صادف محله فوقع الثاني مكررا. وكذا إذا قرأ ولم يركع وسجد ثم قام فقرأ وركع ولم يسجد ثم قام فقرأ ولم يركع وسجد فإنما صلى ركعة، وأما الاذكار فإذا ترك القراءة في الاوليين قضاها في الاخريين، وقد تقدم حكم ترك الفاتحة أو السورة في الاوليين. وإذا ترك التشهد في القعدة الاخيرة ثم قام فتذكر عاد وتشهد إذا لم يقيد بالسجدة بخلافه في الاولى كما سيأتي مفصلا. الخامس أنه لا يتكرر الوجوب بترك أكثر من واجب حتى لو ترك جميع واجبات الصلاة

***

[١٧٥]

ساهيا فإنه لا يلزمه أكثر من سجدتين لانه تأخر عن زمان العلة وهو وقت وقوع السهو مع أن الاحكام الشرعية لا تؤخر عن عللها، فعلم أنه لا يتكرر إذ الشرع لم يرد به، وسيأتي أن المسبوق يتابع إمامه في سجود السهو، ثم إذا قام إلى القضاء وسها فإنه يسجد ثانيا فقد تكرر سجود السهو. وأجاب عنه في البدائع بأن التكرار في صلاة واحدة غير مشروع وهما صلاتان حكما وإن كانت التحريمة واحدة لان المسبوق فيما يقضي كالمنفرد، ونظيره المقيم إذا اقتدى بالمسافر فسها الامام يتابعه المقيم في السهو وإن كان المقيم ربما يسهو في إتمام صلاته، وعلى تقدير السهو يسجد في أصح الروايتين لكن لما كان منفردا في ذلك كان صلاتين حكما ا هـ. وعلله في المحيط بأن السجدة المتقدمة لا ترفع النقصان المتأخر، فأما السجدة المتأخرة فإنها ترفع النقصان المتقدم، ولا يشكل عليه ما في عمدة الفتاوي للصدر الشهيد وخزانة الفقه لابي الليث من أن التشهد يقع في صلاة واحدة عشر مرات وصورته: رجل أدرك الامام في التشهد الاول من المغرب وتشهد معه ثم يتشهد معه في الثانية وكان على الامام سهو فتشهد معه في الثالثة، ثم ذكر الامام أن عليه سجدة التلاوة فإنه يسجد معه ويتشهد معه الرابعة ثم يسجد للسهو ويتشهد معه الخامسة، فإذا سلم الامام فإنه يقوم إلى قضاء ما سبق به فيصلي ركعة ويتشهد السادسة، فإذا صلى ركعة أخرى يتشهد السابعة وكان قد سها فيما يقضي فيسجد ويتشهد الثامنة، ثم تذكر أنه قرأ آية السجدة في قضائه فإنه يسجد ويتشهد التاسعة ثم يسجد للسهو ويتشهد للعاشرة ا هـ. مع أنه قد تكرر السجود للسهو في صلاة واحدة حقيقة وحكما وهي صلاة الامام والمسبوق بسبب السجدة الخامسة فيهما، وأما التشهد الرابع فلكونه بسبب سجود التلاوة ارتفع تشهد القعدة لا أن لسجود التلاوة تشهدا لان سجود التلاوة رفع ما كان قبله من التشهد والقعود وسجود السهو فكأنه لم يسجد للسهو، فلذا يسجد آخرا كما لو سجد للسهو ثم نوى الاقامة حتى

صار فرضه أربعا فإنه يعيد سجود السهو. وفي الظهيرية: إذا سها الامام ثم سها خليفته سجد الثاني سجدتين وكفاه. قوله: (وبسهو إمامه لا بسهوه) معطوف على قوله بترك واجب فأفاد أن السجود له سببان: إما ترك الواجب أو سهو إمامه فإنه يجب عليه متابعته إذا سجد لانه عليه الصلاة والسلام سجد له وتبعه القوم ولانه تبع لامامه فيلزمه حكم فعله كالمفسد ونية الاقامة. أطلقه فشمل ما إذا كان مقتديا به وقت السهو أو لم يكن وما إذا سجد سجدة واحدة ثم اقتدى به فإنه يتابعه في الاخرى ولا يقضي الاولى كما لا يقضيهما لو اقتدى به بعد ما سجدهما لانه حين دخل في تحريمة الامام كان النقص قد انجبر بالسجدتين أو بإحداهما، ولا يعقل وجوب
***
[١٧٦]
جابر من غير نقص. وقيد بأن يكون الامام سجد لانه لو سقط عن الامام بسبب من الاسباب بأن تكلم أو أحدث متعمدا أو خرج من المسجد فإنه يسقط عن المقتدي بخلاف تكبير التشريق حيث يأتي به المؤتم وإن تركه الامام لكونه لا يؤدي في حرمتها. وشمل كلامه المدرك والمسبوق واللاحق فإنه يلزمهم بسهو إمامهم لكن اللاحق لا يتابع الامام في سجود السهو إذا انتبه في حال اشتغال الامام بسجود السهو أو جاء إليه من الوضوء في هذه الحالة، وإنما يبدأ بقضاء ما فاته ثم يسجد في آخر صلاته، والمسبوق والمقيم خلف المسافر يتابعان الامام في سجود السهو ثم يشتغلان بالاتمام. والفرق أن اللاحق التزم متابعة الامام فيما اقتدى به على نحو ما يصلي الامام وأنه اقتدى به في جميع الصلاة فيتابعه في جميعها على نحو ما أدى الامام والامام أدى الاول فالاول وسجد لسهوه في آخر صلاته، فكذا اللاحق، فأما المسبوق فقد التزم بالاقتداء متابعته بقدر ما هو صلاة الامام وقد أدرك هذا القدر فيتابعه فيه ثم ينفرد، وكذا المقيم المقتدي بالمسافر فلو كان مسبوقا بثلاث ولاحقا بركعة فسجد إمامه للسهو فإنه يقضي ركعة بغير قراءة لانه لا ح، ويتشهد ويسجد للسهو لان ذلك موضع سجود الامام، ثم يصلي ركعة بقراءة ويقعد لانها ثانية صلاته، ولو كان على العكس سجد للسهو بعد الثالثة. كذا في المحيط. ولسجد اللاحق مع الامام للسهو ولم يجزه لانه في غير أوانه في حقه فعليه أن يعيد إذا فرغ من قضاء ما عليه ولكن لا تفسد صلاته لانه ما زاد إلا سجدتين بخلاف المسبوق إذا تابع الامام في سجود السهو ثم تبين أنه لم يكن على الامام سهو حيث تفسد صلاة المسبوق لكونه اقتدى في موضع الانفراد لا لزيادة السجدتين ولم يوجد في اللاحق لانه مقتد في جميع ما يؤدي. كذا في البدائع. وفصل في المحيط بين أن يعلم أنه ليس على إمامه سهو فيفسد، وبين أن لا يعلم أنه لم يكن عليه فلا يفسد لان كثيرا ما يقع لجهلة الائمة فسقط اعتبار المفسد هنا للضرورة ا ه‍. ولو لم يتابع المسبوق إمامه وقام إلى قضاء ما سبق به فإنه يسجد في آخر صلاته استحسانا لان التحريمة متحدة فجعل كأنها صلاة واحدة. ولو سها فيما يقضي ولم يسجد لسهو إمامه كفاه سجدتان، ولو سجد مع الامام ثم سها فيما يقضي فعليه السهو ثانيا لما مر أن ذلك أداء السهو في صلاتين حكما فلم يكن تكرارا. ثم المسبوق إنما يتابع الامام في السهو لا في السلام فيسجد معه ويتشهد، فإذا سلم الامام قام إلى القضاء، فإن سلم فإن كان عامدا فسدت وإلا فلا ولا سجود عليه إن سلم قبل الامام أو معه، وإن سلم بعده لزمه لكونه منفردا حينئذ. وعلى هذا لو أحدث الامام بعد السلام قبل السجود فاستخلف مسبوقا وارتكب خلاف الاولى وتقدم ينبغي أن يستخلف مدركا ليسجد بهم ويسجد هو معهم، وإن لم يسجد مع خليفته سجد في آخر صلاته، فإن لم يجد المسبوق مدركا وكانوا كلهم مسبوقين قاموا وقضوا ما سبقوا به فرادى، ثم إذا فرغوا يسجدون. ولو قام المسبوق إلى قضاء ما سبق
***
[١٧٧]
به بعد ما سلم الامام ثم تذكر الامام أن عليه سجود السهو قبل أن يقيد المسبوق ركعة بسجدة فعليه أن يرفض ذلك ويعود إلى متابعة الامام، ثم إذا سلم الامام قام إلى قضاء ما سبق به ولا يعتد بما فعل من القيام والقراءة والركوع، ولو لم يعد إلى الامام ومضى على صلاته يجوز ويسجد للسهو بعد ما فرغ من القضاء استحسانا. ولو تذكر الامام أن عليه سجدتي السهو بعد ما قيد المسبوق ركعته بسجدة فإنه لا يعود إلى الامام ولا يتابعه في سجود السهو، ولو تابعه فيها تفسد صلاته لزيادة ركعة، وقد ذكرنا بقية مسائل المسبوق في باب الحدث في الصلاة. ولو سها الامام في صلاة الخوف سجد للسهو وتابعه فيها الطائفة الثانية، وأما الطائفة الاولى وإنما يسجدون بعد الفراغ من الاتمام لان الثانية بمنزلة المسبوقين والاولى بمنزلة اللاحقين. وإنما لم يلزم المأموم سهو نفسه لانه لو سجد وحده كان مخالفا لامامه إن سجد قبل السلام وإن أخره إلى ما بعد سلام الامام يخرج من الصلاة بسلام الامام لانه سلام عمد ممن لا سهو عليه، ولو تابعه

الامام ينقلب التبع أصلا. وشمل كلامه المدرك واللاحق فإنه مقتد في جميع صلاته بدليل أنه لا قراءة عليه فلا سجود لو سهفيما يقضيه مطلقا، وأما المقيم إذا اقتدى بالمسافر ثم قام لاتمام صلاته وسها فذكر الكرخي أنه كاللاحق فلا سجود عليه بدليل أنه لا يقرأ، وذكر في الاصل أنه يلزمه السجود وصححه في البدائع لانه إنما اقتدى بالامام بقدر صلاة الامام، فإذا انقضت صلاة الامام صارت منفردا فيما وراء ذلك. وإنما لا يقرأ فيما يتم لان القراءة فرض في الاوليين وقد قرأ الامام فيهما، وشمل المسبوق فيما يؤديه مع الامام، وأما فيما يقضيه فهو كالمنفرد كما تقدم. وعليه يفرع ما إذا سلم

***

[١٧٨]

ساهيا، فإن كان قبل الامام أو معه فلا سهو، وإن كان بعده فعليه كما ذكرناه. وفي المحيط وغيره: وينبغي للمسبوق أن يمكث ساعة بعد فراغ الامام ثم يقوم لجواز أن يكون على الامام سهو. قوله: (وإن سها عن القعود الاول وهو إليه أقرب عاد وإلا لا) أي إلى القعود لان الاصل أن ما يقرب من الشئ يأخذ حكمه كفناء المصر وحريم البئر، فإن كان أقرب إلى القعود بأن رفع أليتيه من الارض وركبتاه عليها أو ما لم ينتصب النصف الاسفل. وصححه في الكافي فكأنه لم يقم أصلا، فإن كان إلى القيام أقرب فكأنه قد قاوهو فرض قد تلبس به فلا يجوز رفضه لاجل واجب وهو القعدة. وهذا التفصيل مروي عن ابي يوسف واختاره مشايخ بخارى وارتضاه أصحاب المتون. وفي الكافي: واستحسن مشايخنا روايته. وذكر في المبسوط أن ظاهر الرواية إذا لم يستتم قائما يعود وإذا استتم قائما لا يعود لانه جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قام من الثانية إلى الثالثة قبل أن يقعد فسبحوا به فعاد، روي أنه لم يعد وكان بعد ما استتم قائما، وهذا لانه لما استتم قائما اشتغل بفرض القيام فلا يترك ا ه‍. وصححه الشارح. وفي فتح القدير أنه ظاهر المذهب. والتوفيق بين الفعلين المرويين بالحمل على حالتي القرب من القيام وعدمه ليس بأولى منه بالحمل على الاستواء وعدمه. ثم لو عاد في موضع وجوب عدمه اختلفوا في فساد صلاته، فصحح الشارح الفساد لتكامل الجناية برفض الفرض بعد الشروع فيه لاجل ما ليس بفرض. وفي المبتغى بالغين المعجمة: إنه غلط لانه ليس بترك وإنما هو تأخير كما لو سها عن السورة فركع فإنه يرفض الركوع ويعود إلى القيام ويقرأ لاجل الواجب، وكما لوسها عن القنوت فركع فإنه لو عاد وقنت لا تفسد على الاصح. وقد يقال: إنه لو عاوقرأ السورة صارت السورة فرضا فقد عاد من فرض إلى فرض، والقنوت له شبهة القرآنية على ما قيل إنه كان قرآنا فنسخ فقد عاد إلى ما فيه شبهة

***

[١٧٩]

القرآنية، أو عاد إلى فرض وهو القيام فإن كل ركن طوله فإنه يقع فرضا كله. وفي فتح القدير: وفي النفس من التصحيح شئ وذلك أن غاية الامر في الرجوع إلى القعدة الاولى أن تكون زيادة قيام ما في الصلاة وهو وإن كان لا يحل فهو بالصحة لا يخل لما عرف أن زيادة ما دون ركعة لا يفسد إلا أن يفرق باقتران هذه الزيادة بالرفض لكن قد يقال: المستحق لزوم الاثم أيضا بالرفض، أما الفساد فلم يظهر وجه استلزامه إياه فترجح بهذا البحث القول المقابل للمصحح ا ه‍. فظاهره أنه لم يطلع على تصحيح آخر، وقد ذكر في المجتبي ومعراج الدراية أنه لو عاد بعد الانتصاب مخطئا قيل يتشهد لنقضه القيام والصحيح أنه لا يتشهد ويقوم ولا ينتقض قيامه بقعود لم يؤمر به كمن نقص الركوع بسورة أخرى لا ينتقض ركوعه ا ه‍. فقد اختلف التصحيح كما رأيت، والحق عدم الفساد ولا يلزم سجدة التلاوة فإنه يترك الفرض لاجلها وهي واجبة لان ذلك ثبت بالنص على خلاف القياس. وأراد بالقعود الاول القعود في صلاة الفرض رباعيا كان أو ثلاثيا، وكذا في صلاة الوتر كما في المحيط. أما في النفل إذا قام إلى الثالثة من غير قعدة فإنه يعود ولو استتم قائما ما لم يقيدها بسجدة. كذا في السرا الوهاج. وحكى فيه خلافا في المحيط قيل لا يعود لانه صار كالفرض، وقيل يعود ما لم يقيدها بالسجدة لان كل شفع صلاة على حدة في حق القراءة فأمرناه بالعود إلى القعدة احتياطا، ومتى عاد تبين أن القعدة وقعت فرضا فيكون رفض الفرض لمكان الفرض فيجوز ا ه‍. وهذا كله في حق الامام والمنفرد، وأما المأموم إذا قام ساهيا فإنه يعود ويقعد لان القعود فرض عليه بحكم المتابعة. إليه أشار في السراج الوهاج فإنه قال: إذا تشهد الامام وقام من القعدة الاولى إلى الثالثة فنسي بعض من خلفه التشهد حتى قاموا جميعا، فعلى من لم يتشهد أن يعود ويتشهد ثم يتبع إمامه وإن خاف أن تفوته الركعة الثالثة لانه تبع لامامه فيلزمه

***
[١٨٠]
أن يتشهد بطريق المتابعة. وهذا بخلاف المنفرد لان التشهد الاول في حقه سنة، وبعد ما اشتغل بفرض القيام لا يعود إلى السنة وههنا التشهد فرض عليه بحكم المتابعة ا ه. وكذا في القنية: ففي القعود أولى وظاهره أنه لو لم يعد تبطل صلاته لترك الفرض. وفي المجمع: ولو نام لاحق سها إمامه عن القعدة الاولى فاستيقظ بعد الفراغ أمرناه بترك القعدة ا ه. وفي آخر فتاوى الولوالجي من مسائل متفرقة: مريض يصلي بالايماء فلما بلغ حالة التشهد فظن أنه حالة القيام فاشتغل بالقراءة ثم تذكر أنه حالة التشهد، فلا يخلو إما إن كان التشهد الاول أو التشهد الثاني، فإن كان التشهد الاول فحالة القراءة تنوب عن القيام فلا يعود إلى التشهد ويتم الصلاة، وإن كان التشهد الثاني رجع إلى التشهد ويتم الصلاة، وكذلك الجواب في الصحيح إذا قام قبل أن يتشهد ا ه. قوله: (ويسجد للسهو) خاص بقوله وإلا لا كما صححه المصنف في الكافي تبعا لصاحب الهداية لترك الواجب. وأما إذا كان إلى القعود أقرب وعاد فلا سجود عليه كما إذا لم يقم لان الشرع لم يعتبره قياما وإلا لم يطلق له القعود فكان معتبرا قعودا أو انتقالا للضرورة، وهذا الاعتبار ينافيه اعتبار التأخير المستتبع لوجوب السجود. وفي الخلاصة: وفي رواية إذا قام على ركبتيه لينهض يقعد وعليه السهو ويستوي فيه القعدة الاولى والثانية وعليه الاعتماد، وإن رفع أليتيه عن الارض وركبتاه على الارض ولم يرفعهما لا سهو عليه. كذا روي عن أبي يوسف. وفي الاجناس: عليه السهو ويستوي في ذلك القعدة الاولى والاخيرة ا ه. فالحاصل على هذا المعتمد أنه إن كان إلى القعود أقرب فإنه يعود مطلقا، فإنه رفع ركبتيه من الارض لزمه السجود وإلا فلا وهو مخالف للتصحيح السابق في بعضه. وفي الولوالجية:
***
[١٨١]
المختار وجوب السجود لانه بقدر ما اشتغل بالقيام صار مؤخرا واجبا وجب وصله بما قبله من الركن فصار تاركا للواجب فيجب عليه سجدتا السهو ا ه. فاختلف الترجيح على أقوال ثلاثة والاكثر على الاول قوله: (وإن سها عن الاخير عاد ما لم يسجد) لان فيه إصلاح صلاته فأمكنه ذلك لان ما دون الركعة بمحل الرفض. أراد بالاخير القعود المفروض ليشمل الفرض الرباعي والثلاثي والثنائي فإن قعوده ليس متعددا إلا أن يقال إنه يسمى أخيرا باعتبار أنه آخر الصلاة لا باعتبار أنه مسبوق بمثله. أطلقه فشمل ما إذا لم يقعد أصلا أو جلس جلسة خفيفة أقل من قدر التشهد وإذا عاد احتسب له الجلسة الخفيفية حتى لو كان كلا الجلستين مقدار التشهد ثم تكلم بعده جازت صلاته كما قدمناه في باب صفة الصلاة عن الولوالجية قوله: (وسجد للسهو) لتأخيره فرضا وهو القعود الاخير. وعلله في الهداية بأنه أخر واجبا فقالوا: أراد به الواجب القطعي وهو الفرض وهو أولى مما في العناية من تفسير بإصابة لفظ السلام لانه لم يؤخره عن محله لان محله بعد القعود ولم يقعد وإنما أخر القعود والاولى أن يقال: أراد به الواجب الذي يفوت الجواز بفوته إذ ليس دليلها قطعيا. قوله (فإن سجد بطل فرضه برفعه) لان استحكم شروعه في النافلة قبل إكمال أركان المكتوبة ومن ضرورته خروجه عن الفرض، وهذا لان الركعة بسجدة واحدة صلاة حقيقة حتى يحنث في يمينه لا يصلي. وقوله برفعه أي برفع الوجه عن الارض إشارة إلى أن
***
[١٨٢]
المختار الفتوى أنه لا يبطل بوضع الجبهة كما هو مروي عن أبي يوسف لان تمام الشئ بآخره وآخر السجدة الرفع إذ الشئ إنما ينتهي بضده، ولهذا لو سجد قبل إمامه فأدركه إمامه فيه جاز ولو تمت بالوضع لما جاز لان كل ركن أداه قبل إمامه لا يجوز، ولانه لو تم قبل الرفع لم ينقضه الحدث لكن الاتفاق على لزوم إعادة كل ركن وجد فيه سبق الحد ث بقيد البناء. وثمرة الاختلاف فيما إذا أحدث في السجود فانصرف وتوضأ ثم تذكر أنه لم يقعد في الرابعة. قال أبو يوسف: لا يعود إلى القعود وبطل فرضه. وقال محمد: يعود ويتم فرضه. قالوا: أخبر أبو يوسف بجواب محمد فقال: زه صلاة فسد ت يصلحها الحدث وهذا معنى ما يسأله العامة أي صلاة يصلحها الحدث فهي هذه الصلاة على قول محمد. وزه كلمة استعجاب وإنما قالها أبو يوسف تهكما. وقيل: الصواب بالضم والزاي ليست بخالصة. كذا في المغرب. وفي فتح القدير: وهذا أعني صحة البناء بسبب سبق الحدث إذا لم يتذكر في ذلك السجود أنه ترك سجدة صلبية من صلاته فإن تذكر ذلك فسدت اتفاقا اه. ولا يخفى ما فيه بل لا يصح هذا التقييد لانه إذا سبقه الحدث وهو ساجد لم يخلط النفل بالفرض قبل إكماله عند محمد، سواء تذكر أن عليه سجدة صلبية أو لا، إذ لا فرق بين أن يكون عليه ركن واحد أو ركنان. وعبارة

الخلاصة أولى وهي: ولو قيد الخامسة بالسجدة فتذكر أنه ترك سجدة صلبية من صلاته لا تنصرف هذه السجدة إليها لما أنه تشترط النية في السجدة وصلاته فاسدة اهـ. وإذا بطل فرض الامام برفعة بطل فرض المأموم سواء كان قعد أو لا، ولذا ذكرقاضيخان في فتاواه: ولو أن الامام لم يقعد على رأس الرابعة وقام إلى الخامسة ساهيا وتشهد المقتدي وسلم
***
[١٨٣]
قبل أن يقيد الامام الخامسة بالسجدة ثم قيدها بالسجدة فسدت صلاتهم جميعا اهـ. وسواء كان المأموم مسبوقا أو مدركا كما في الظهيرية. وإذا لم يبطل فرض الامام بعوده قبل السجود لم يبطل فرض المأموم وإن سجد لما في المحيط: لو صلى إمام ولم يقعد في الرابعة من الظهر وقام إلى الخامسة فركع وتابعه القوم ثم عاد الامام إلى القعدة ولم يعلم القوم حتى سجد واسجدة لا تفسد صلاتهم لانهم لما عاد الامام إلى القعدة ارتفض ركوعه فيرتفض ركوع القوم أيضا تبعا له لانه بناء عليه فبقي لهم زيادة سجدة وذلك لا يفسد الصلاة اهـ. وهذا مما يلغزبه فيقال: مصل ترك القعدة الاخيرة وقيد الخامسة بسجدة ولم تبطل صلاته، ومصل قعد ولم يعتبر قعودة وبطلت بتركه. وقيد بقوله ولم يعلم القوم لما في المجتبي أنه لو عاد الامام إلى القعود قبل السجود وسجد المقتدي عمدا تفسد وفي السهو خلاف، والاحوط الاعادة اهـ. وفي فتح القدير: ولا يخفى عدم متابعتهم له فيما إذا قام قبل القعدة وإذا عاد لا يعيد والتشهد. قوله (فصارت نفلا فيضم إليها سادسة) لما سبق مرارا من أنه لا يلزم من بطلان الوصف بطلان الاصل عندهما خلافا لمحمد فيضم سادسة لا التنفل بالوتر غير مشروع ولو لم يضم فلا شئ عليه لانه ظان وشروعه ليس بملزم. وإذا اقتدى به إنسان في الخامسة ثم أفسدها فعلى قول محمد لا يتصور القضاء، وعندهما يقضي ستا لشروعة في تحريمة الست بخلاف ما إذا عاد الامام قبل السجدة فإنه يقضي أربعا. ثم صرح المصنف في الوافي بأن ضم السادسة مندوب وتركه في المختصر للاختلاف. وفي عبارة القدوري تبعا لرواية الاصل إشارة إلى الوجوب فإنه قال: وكان عليه أن يضم إليها ركعة سادسة. ووجهه في فتح القدير بعدم جواز التنفل بالوتر. وفي المبسوط: وأحب إلي أن يشفع الخامسة لان النفل شرع شفعا لا وترا. كذا في البدائع. والاظهر الندب لان عدم جواز التنفل بالوتر إنما هو عند القصد، أما عند عدمه فلا ولهذا لا يلزمه شئ لو قطعه. وفي السراج الوهاج: إن ضم السادسة في سائر الصلوات إلا في العصر فإنه لا يضم إليها لانه يكون تطوعا قبل المغرب وذلك مكروه، وفي قاضيخان إلا الفجر فإنه لا يضيف إليها لان التنفل قبلها وبعدها مكروه اهـ. وسيأتي أن
***
[١٨٤]
الصحيح أنه لو قعد على رأس الرابعة وقام إلى الخامسة وقيدها بسجدة فإنه يضم سادسة ولو كان في الاوقات المكروهة فينبغي أن لا يكره هنا أيضا على الصحيح إذ لا فرق بينهما، ولم يذكر المصنف سجود السهود لان الاصح عدمه لان النقصان بالفساد لا يجبر بالسجود. ثم اعلم أنه لا فرق في عدم البطلان عند العود قبل السجود والبطلان إن قيد بالسجود بين العمد والسهو ولذا قال في الخلاصة: فإن قام إلى الخامسة عمدا أيضا لا تفسد ما لم يقيد الخامسة بالسجدة عندنا. ثم اعلم أيضا أن البطلان بالتقييد بالسجدة أعم من أن يكون قد قرأ في الركعة الخامسة أو لا كما في الخلاصة، وقد يقال: إن المفسد خلط النفل بالفرض قبل إكماله والركعة بلا قراءة في النفل غير صحيحة فلم يوجد الخلط فكان زيادة ما دون الركعة وهو ليس بمفسد قوله: (وإن قعد في الرابعة ثم قام عاد وسلم) لان التسليم في حالة القيام غير مشروع وأمكنه الاقامة على وجهه بالقعود لان ما دون الركعة بمحل الرفض، ثم إذا عاد لا يعيد التشهد، وكذا لو نام قاعدا. وقالالناطفي: يعيد ثم قيل القوم يتبعونه فإن عاد عادوا معه وإن مضى في النافلة اتبعوه لان صلاتهم تمت بالقعدة، والصحيح أنهم لا يتبعونه لانه لا اتباع في البدعة فإن عاد قبل تقييد الخامسة بالسجدة اتبعوه بالسلام فإن قيد سلموا في الحال. قوله: (وإن سجد للخامسة تم فرضه وضم إليه سادسة) أي لم يفسد فرضه بسجوده كما فسفيما إذا لم يقعد. هذا ا هو المراد بالتمام وإلا فصلاته ناقصة كما سيأتي. وإنما لم يفسد لان الباقي إصابة لفظ السلام وهي واجبة وإنما يضم إليها أخرى لتصير الركعتان له نفلا للنهي عن الركعة الواحدة، وإذا ضم فإنه يتشهد ويسلم ثم يسجد للسهو كما سيأتي ثم لا ينوبان عن سنة الظهر وهو الصحيح لان المواظبة عليهما إنما كانت بتحريمة مبتدأه. أطلق في الضم فشمل ما إذا كان في وقت مكروه كما بعد الفجر والعصر لان التطوع إنما يكره
***

[١٨٥]
فيهما إذا كان عن اختيار أما إذا لم يكن عن اختيار فلا وعليه الاعتماد. وكذا في الخانية وهو الصحيح. كذا في التبيين وعليه الفتوى. كذا في المجتبى لكن اختلف في الضم في غير وقت الكراهة قيل بالوجوب وقيل بالاستحباب كما قدمناه. وأما في وقت الكراهة فقيل بالكراهة والمعتمد المصحح أنه لا بأس به كما عبروا به بمعنى أن الاولى تركه فظاهره أنه لم يقل أحد بوجوبه ولا باستحبابه. وفرق الشارح بين الفجر والعصر فصحح أنه لا يكره في العصر وجزم بالكراهة في الصبح وفيه نظر، إذ لا فرق بين الفجر والعصر فكما صحح عدمها في العصر لزمه تصحيح عدمها في الفجر ولذا سوى بينهما في فتح القدير وقال: والنهي عن التنفل القصدي بعدهما ولذا إذا تطوع من آخر الليل فلما صلى ركعة طلع الفجر الاول أن يتمها ثم يصلي ركعتي الفجر لانه لم يتنفل بأكثر من ركعتي الفجر قصدا اه. وصرح في التجنيس بأن الفتوى على رواية هشام من عدم الفرق بين الصبح والعصر في عدم كراهة الضم وإن لم يتم الركعتين نفلا فلا شئ عليه كما قدمناه. وفي المحيط: وإن شرع معه رجل في الخامسة يصلي ركعتين عند أبي يوسف وعند محمد ستا بناءا على أن إحرام الفرض انقطع بالانتقال إلى النفل عند أبي يوسف لان من ضرورة الانتقال إلى النفل انقطاع الفرض فلم يصح شارعا إلا في هذا الشفع، وعند محمد لم ينقطع إحرام الفرض وهو الاصح لانه صار شارعا في النفل من غير تكبيرة جديدة، ولو انقطعت التحريمة لاحتاج إلى تكبيرة جديدة لان الاحرام الجديد لا ينعقد إلا بتكبيرة جديدة، ولما بقيت التحريمة صار شارعا في الكل. ولو قطع المقتدي هذا النفل قال محمد: لا شئ عليه لانها غير مضمونة على الامام فلا تصير مضمونة على المقتدي. وقال ابو يوسف: يلزمه قضاء ركعتين وهو الاصح لان النفل مضمون في الاصل وإنما لم يصر مضمونا على الامام هنا لعارض وهو شروعه فيه ساهيا، وقد انعدم هذا العارض في حق المقتدي فبقيت صلاة الامام مضمونة في حق المقتدي بخلاف اقتداء البالغ بالصبي في النوافل فلا يصح عند عامة المشايخ لان التطوع إنما لم يصر مضمونا على الصبا بأمر أصلي وهو الصبى فلا يمكن أن يجعل معدوما في حق المقتدي فبقي بمنزلة اقتداء المفترض بالمتنفل اه. فالحاصل أن المصحح قول محمد في كونه يصلي ستا وقول أبي يوسف في لزوم
***

[١٨٦]
ركعتين لو أفسدها. وفي السراج الوهاج: وعليه الفتوى. وقد قدمنا أنه إذا اقتدى به في الخامسة ولم يكن قعد الامام قدر التشهد ولم يعد فإنه يلزمه الست، والفرق بين المسألتين أن في المسألة الاولى التزم صلاة الامام وهي ست ركعات نفلا والشروع في النفل لا يوجب أكثر من ركعتين إلا بالاقتداء، وههنا الامام لم يكن متنفلا إلا بركعتين فلزم المأموم ركعتان. وفي السراج الوهاج: إذا قعد في الرابعة قدر التشهد وقام إلى الخامسة ساهيا واقتدى به رجل لا يصح اقتداؤه ولو عاد إلى القعدة لانه لما قام إلى الخامسة فقد شرع في النفل فكان اقتداء المفترض بالمتنفل ولو لم يقعد مقدار التشهد صح الاقتداء لانه لم يخرج من الفرض قبل أن يقيدها بسجدة اه‍. قوله (وسجد للسهو) الظاهر رجوعه إلى كل من المسألتين، فإن كانت الاولى وهي ما إذا عاد وسلم فظاهر لانه آخر الواجب وهو السلام، وكذا إذا شك في صلاته فلم يدر أثلاثا صلى أم أربعا فاشتغل بفكره حتى آخر السلام لزمه السهو، وإن كانت الثانية وهي ما إذا لم يعد حتى سجد ففيه ثلاثة أقوال، فعند أبي يوسف سبب سجوده النقصان المتمكن في النفل بالدخول فيه لا على الوجه المسنون لانه لا وجه لان يجب لجبر نقصان في الفرض لانه قد انتقل منه إلى النفل، ومن سها في صلاة لا يجب عليه أن يسجد في أخرى، وعند محمد هو لجبر نقصان تمكن بالدخول فيه في الفرض بترك الواجب وهو السلام. وصحح الماتريدي أنه جابر للنقص المتمكن في الاحرام فينجبر النقص المتمكن في الفرض والنفل جميعا واختاره في الهداية قوله ولو سجد للسهو في شفع التطوع لم يبن شفعا آخر عليه) لان السجود يبطل لوقوعه في وسط الصلاة وهو غير مشروع إلا على سبيل المتابعة، وظاهر كلامهم أنه يكره البناء كراهة تحريم لتصريحهم بأنه غير مشروع. وفي فتح القدير: الحاصل أن نقض الواجب
***

[١٨٧]
وإبطاله لا يجوز لا إذا استلزم تصحيحه نقض ما هو فوقه اه. وإنما قال لم يبن ولم يقل لم يصح البناء لان البناء صحيح وإن كان مكروها لبقاء التحريمة. واختلفوا في إعادة سجود السهو والمختار إعادته لان ما أتى به من السجود وقع في وسط الصلاة فلا يعتد به كالمسافر إذا نوى الاقامة بعدما سجد للسهو ويلزم الاربع ويعيد السجود. قيد بشفع التطوع لانه لو كان مسافرا فسجد للسهو وثم نوى الاقامة فله

ذلك لانه لو لم يبن وقد لزم الاتمام بنية الاقامة بطلت صلاته، وفي البناء نقض الواجب ونقض الواجب أدنى فيتحمل دفعا للاعلى لكن يرد على التقييد بشفع التطوع أنه لو صلى فرضا تاما وسجد للسهو وثم أراد أن يبني نفلا عليه ليس له ذلك لما تقدم، فلو قال فلو سجد في صلاة لم يبن صلاة عليها إلا في المسافر لكان أولى ولذا لم يقيد في الخلاصة بالتطوع وإنما قال:: وإذا صلى ركعتين وسها فيها فسجد لسهوه بعد السلام ثم أراد أن يبني عليها ركعتين لم يكن له ذلك بخلاف المسافر إلا أن يقال: إن الحكم في الفرض يكون بالاولى لانه يكره البناء على تحريمته، سواء كان سجد للسهو أو لا بخلاف شفع التطوع قوله (ولو سلم الساهي فاقتدى به غيره فإن سجد صح وإلا لا) وقال محمد: هو صحيح، سجد الامام أو لم يسجد، لان عنده سلام من عليه السهو ولا يخرجه عن الصلاة أصلا لانها وجبت جبرا للنقصان فلا بد أن يكون في إحرام الصلاة. وعندهما يخرجه على سبيل التوقف لانه محلل في نفس وإنما لا يعمل لحاجته إلى أداء السجدة فلا تظهر دونها ولا حاجة على اعتبار عدم العود. ويظهر الاختلاف في صحة الاقتداء وفي انتقاض
***
[١٨٨]
الطهارة بالقهقهة وتغيير الفرض بنية الاقامة في هذه الحالة. كذا في الهداية وغيرها. وظاهره أن الطهارة تنتقض عنده بالقهقهة مطلقا، وعندهما إن عاد إلى السجود انتقضت وإلا فلا كما صرح به في غاية البيان وهو غلط، فإنه لا تفصيل فيه بين السجود وعدمه عندهما لان القهقهة أوجبت سقوط سجود السهو عند الكل لفوات حرمة الصلاة لانها كلام، وإنما الحكم هو النقض عنده وعدمه عندهما كما صرح به في المحيط وشرح الطحاوي، وظاهره أيضا أنه لو نوى الاقامة فالامر موقوف عندهما إن سجد لزمه الاتمام وإلا فلا، وعند محمد يتم مطلقا وقد صرح به في غاية البيان وهو غلط أيضا فإن الحكم فيه إذا نوى الاقامة قبل
***
[١٨٩]
السجود أنه لا يتغير فرضه عندهما ويسقط عند سجود السهو لانه لو سجد فقد عاد إلى حرمة الصلاة فيتغير فرضه أربعا فيقع سجوده في خلال الصلاة فلا يعتد به فلا فائدة في الاشتغال به، وعنده يتمها أربعا ويسجد في آخر صلاته. كذا في المحيط. وذكر في معراج الدراية أن عندهما لا يتغير فرضه، سواء سجد للسهو أو لا، لانه لو تغير قبل السجود لصحت النية قبل السجود ولو صحت لوقعت السجدة في وسط الصلاة فصار كأنه لم يسجد أصلا، فلو الصحت لصحت بلا سجود ولا وجه له عندهما لانه يحصل بعد الخروج فلا يتغير فرضه اه. وقيدنا بكونه نوى الاقامة قبل السجود لانه لو نواها بعدما سجد سجدة أو سجدتين تغير فرضه اتفاقا ويسجد في آخرها للسهو لان النية صادفت حرمة الصلاة فصار مقيما. كذا في المحيط. وما في غاية البيان من أن ثمرة الاختلاف تظهر في مسألة رابعة وهي ما إذا اقتدى به إنسان في هذه الحالة ثم وجد منه ما ينافي الصلاة قصدا هل يقضي أم لا، فعند محمد يقضي سجد الامام أو لم يسجد لصحة الاقتداء، وعندهما لا يقضي لعدم صحة الاقتداء، فليست مسألة رابعة بل متفرعة على مسألة المتن وهي صحة الاقتداء فإنه إن صح الاقتداء أو أفسدها لزمه القضاء وإلا فلا. وجعل في الخلاصة ثمرة الاختلاف تظهر أيضا في الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم والادعية، فعند محمد يأتي بهما في القعدة الاخيرة وهي قعدة سجود السهو لانها قعدة الختم عنده، وعندهما يأتي بهما في قعدة الصلاة لانه لما عاد إلى السجود تبين أنه لم يكن خارجا فكان الاولى قعدة الختم.
***
[١٩٠]
قوله (وسجد للسهو وإن سلم للقطع) رفع لايهام التخيير بين السجود وعدمه من قوله فإن سجد صح وإلا لا، فأفاد أن السجود واجب وإن قصد بسلامه قطع صلاته لان هذا السلام غير قاطع لحرمة الصلاة، أما عند محمد فظاهر لانه لا يخرجه عن حرمتها أصلا عنده، وأما عندهما فلا يخرجه خروجا باتا لا ينقطع الاحرام مطلقا، فلما نوى القطع تكون نيته مبدلة للمشروع فلغت كنية الابانة بصريح الطلاق، وكنية الظهر ستا بخلاف ما إذا نوى الكفر فإنه يحكم بكفره لزوال الاعتقاد. قيد بسجود السهو لانه لو سلم وهو ذاكر للسجدة الصلبية تفسد صلاته، والفرق أن سجود السهو يؤتى به في حرمة الصلاة وهي باقية، والصلبية يؤتى بها في حقيقتها وقد بطلت بالسلام العمد. وفتح القدير: واعلم أن ما قدمناه من قولنا أن سلام من عليه السهو لا يخرجه عن حرمة الصلاة لا يستلزم وقوعه قاطعا وإلا لم يعد إلى حرمتها، بل الحاصل من هذا أنه إذا وقع في محله كان محللا مخرجا وبعد ذلك فإن لم يكن عليه شئ مما يجب وقوعه في حرمة الصلاة

كان قاطعا مع ذلك، وإن كان فإن سلم ذاكرا له وهو من الواجبات فقد قطع وتقرر النقص وتعذر جبره إلا أن يكون ذلك الواجب نفس سجود السهو، وإن كان ركنا فسدت، وإن سلم غير ذاكر. أن عليه شيئا لم يصر خارجا وعلى هذا تجري الفروع اهـ. وأما إذا سلم وعليه سجدة التلاوة فقد ذكر في الخلاصة وغيرها: ولو سلم وعليه سجدة التلاوة وسجدتا السهو إن سلم وهو غير ذاكر لهما أو ذاكر للسهو خاصة فإن سلامه لا يكون قاطعا للصلاة ويسجد للتلاوة أولا ثم يتشهد ويسلم ثم يسجد للسهو وإن سلم وهو ذاكر لهما أو ذاكر للتلاوة خاصة فإن سلامه يكون قاطعا وسقطت عنه التلاوة والسهو، وإن سلم وعليه سجدة صلبية وسجدتا السهو إن سلم وهو غير ذاكر لهما أو ذاكر للسهو فإن سلامه لا يكون قاطعا وسجد للصلبية ويتشهد ويسلم ثم يسجد للسهو، وإن سلم وهو ذاكر لهما أو ذاكر للصلبية خاصة فإن سلامه يكون قاطعا وفسد ت صلاته، ولو سلم وعليه السجدة الصلبية والتلاوة والسهو إن سلم وهو غير ذاكر للكل أو ذاكر للسهو لا يكون سلامه قاطعا ويسجد للاول فالاول إن كانت سجدة التلاوة

***

[١٩١]

أولا فإنه يسجدها. وإن كانت الصلبية أولا فإنه يسجدها ثم يتشهد بعدها وسلم ثم يسجد سجدتي السهو. وإن كان ذاكرا للصلبية أو التلاوة أو لهما فسدت صلاته وصار سلامه قاطعا للصلاة لانه سلام سهو في حق أحدهما وسلام عمد في حق الآخر وسلام السهو لا يخروسلام العمد يخرج فترجح جانب الخروج احتياطا. ولو سلم وعليه السهو والتكبير والتلبية بأن كان محرما وهو في أيام التشريق فإنه لا يسقط عنه ذلك كله سواء كان ذاكرا للكل أو ساهيا للكل اهـ. وبهذا علم أن قوله وسجد للسهو وإن سلم للقطع مقيد بما إذا لم يكن عليه سجدة صلبية أو سجدة تلاوة متذكرا لها، فإن كانت صلبية فسدت الصلاة، وإن كانت تلاوة لم تفسد وسقط عنه سجود السهو كما سقط عنه سجود التلاوة، وفي نفسي من سقوط سجود السهو شئ لان التلاوة إنما سقطت لكون الصلاة خارجها وقد صار خارجا. وأما سجود السهو شئ لان التلاوة إنما سقطت لكون الصلاتية لا تقضى خارجها وقد صار خارجا. وأما سجود السهو فإنه لا يؤدى في نفس الصلاة وإنما يؤدي في حرمتها، وقد علل في فتح القدير لسقوطهما بامتناع البناء بسبب الانقطاع إلا إذا تذكر أنه لم يتشهد فإنه يتشهد ويسجد للتلاوة وصلاته تامة اهـ. وعلل لسقوطها في البدائع بأنه سلام عمد صار به خارجا من الصلاة اهـ. ولعله لما صار قاطعا بالنسبة إلى التلاوة صار قاطعا لسجود السهو بطريق التبعية بخلاف ما إذا لم يكن عليه تلاوية ولا صلبية فإنه لم يجعل قاطعا بالنسة إلى شئ. وفي الولوالجية: ولوسها فسلم ثم قام فكبر ودخل في صلاة أخرى فرضا كان أو نفلا لا يجب عليه سجود السهلان التحريمة الاولى قد انقطعت وهذه تحريمة قد استؤنفت، فالنقصان الذي حصل في التحريمة الاولى لا يمكن جبره بفعله في التحريمة الاخرى.

***

[١٩٢]

قوله (وإن شك أنه كصلى أول مرة استأنف وإن كثر تحري وإلا أخذ بالاقل) لقوله عليه الصلاة والسلام إذا شك أحدكم في صلاته فليستقبل بحمله على ما إذا كان أول شك عرض له توفيقا بينه وبين ما في الصحيح مرفوعا إذا شك أحدكم فليتحر الصواب فليتم عليه (١) بحمله على ما إذا كان الشك يعرض له كثيرا، وبين ما رواه الترمذي مرفوعا إذا سها أحدكم في صلاته فلم يدر واحدة صلى أو اثنتين فليبن على واحدة، وإن لم يدر ثنتين صلى أو ثلاثا فليبن على ثنتين، فإن لم يدر ثلاثا صلى أو أربعا فليبن على ثلاث وليسجد سجدتين قبل أن يسلم (٢) وصححه بحمله على ما إذا لم يكن له ظن فإنه يبني على الاقل، ويساعد هذا الجمع المعنى وهو أنه قادر على إسقاط ما عليه دون حرج لان الحرج بإلزام الاستقبال إنما يلزم عند كثرة عروض الشك له وصار كما إذا شك أنه صلى أولا والوقت باق يلزمه الصلاة لقدرته على حكم الظاهر، وحمل عدم الفساد الذي تظافر عليه الحديثان الآخران على ما إذا كان يكثر منه للزوم الحرج بتقدير الالزام وهو منتف شرعا بالنافي فوجب أن حكمه بالعمل بما يقع عليه التحري قيد بالشك في الصلاة لانه لو شك في أركان الحج ذكر الجصاص أنه يتحرى كما في الصلاة. وقال عامةمشايخنا: يؤدي ثانيا لان تكرار الركن والزيادة عليه لا تفسد الحج وزيادة الركعة تفسد الصلاة فكان التحري في باب الصلاة أحوط. كذا في المحيط. وفي البدائع: إنه يبني في الحج على الاقل في ظاهر الرواية، وأفاد كلامه أن الشك كان قبل الفراغ منها فلو شك بعد الفراغ منها أنه صلى ثلاثا أو أربعا لا شئ عليه، ويجعل كأنه صلى أربعا حملا لامره على الصلاح. كذا في المحيط. والمراد بالفراغ منها الفراغ من أركانها، سواء كان قبل السلام أو بعده. كذا في الخلاصة. واستثنى في فتح

القدير ما إذا وقع الشك في التعيين ليس غير بأن تذكر بعد الفراغ أنه ترك فرضا وشك في تعيينه قالوا: يسجد سجدة واحدة ثم يقعد ثم يقوم فيصلي ركعة بسجدتين ثم يقعد ثم يسجد للسهو وإلى آخره. ولا حاجة إلى هذا الاستثناء لان كلامنا في الشك بعد الفراغ، وهذا قد تذكر ترك ركن يقينا إنما وقع الشك في تعيينه. نعم يستثنى منه ما ذكره في الخلاصة من أنه
***
[١٩٣]
لو أخبره رجل عدل بعد السلام أنك صليت الظهر ثلاثا وشك في صدقه وكذبه فإنه يعيد احتياطا لان الشك في صدقة شك في الصلاة بخلاف من إذا كان عنده أنه صلى أربعا فإنه لا يلتفت إلى قول المخبر، وكذا لو وقع الاختلاف بين الامام والقوم إن كان الامام على يقين لا يعيد وإلا أعاد بقولهم. ولو اختلف القوم قال بعضهم صلى ثلاثا، وقال بعضهم صلى أربعا والامام مع أحد الفريقين يؤخذ بقول الامام وإن كان معه واحد، فإن أعاد الامام الصلاة وأعاد القوم معه مقتدين به صح اقتداؤهم لانه إن كان الامام صادقا يكون هذا اقتداء المتنفل بالمتنفل، وإن كان كاذبا يكون اقتداء المفترض بالمفترض إلى آخر ما في الخلاصة. وقيد بكون الشك في العدد بتعبيره بكلمة كم لان مصلي الظهر إذا صلى ركعة بنية الظهر ثم شك في الثانية أنه في العصر ثم شك في الثالثة أنه في التطوع ثم شك في الرابعة أنه في الظهر قالوا: يكون في الظهر والشك ليس بشئ. ولو تذكر مصلي العصر أنه ترك سجدة ولا يدري أنه تركها من صلاة الظهر أو من صلاة العصر الذي هو فيها فإنه يتحرى فإن لم يقع تحريه على شئ يتم العصر ويسجد سجدة واحدة لاحتمال أنه تركها من العصر ثم يعيد الظهر احتياطا ثم يعيد العصر، فإن لم يعد فلا شئ عليه. واختلفوا في معنى قولهم أول مرة فأكثر مشايخنا كما في الخلاصة والخانية والظهيرية على أن معناه أول ما وقع له في عمره يعني لم يكن سها في صلاة قط بعد بلوغه كما ذكره الشارح. وذهب الامام السرخسي إلى أن معناه أن السهو ليس بعادة له لا أنه لم يسه قط. وقال فخر الاسلام: أي في هذه الصلاة. واختارها بن الفضل كما في الظهيرية وكلاهما قريب. كذا في غاية البيان. وفائدة الخلاف بين العبارات أنه إذا سها في صلاته أول مرة واستقبله ثم وقف سنين ثم سها على قول شمس الائمة يستأنف لانه لم يكن من عادته وإنما حصل له مرة واحدة والعادة إنما هي من المعاودة، وعلى العبارتين الاخريين يجتهد في ذلك. كذا في السراج الوهاج وفيه نظر، بل يستأنف على عبارة السرخسي ونخر الاسلام، ويتحرى على قول الاكثر فقط لانه أول سهو وقع له في تلك الصلاة فيستأنف على قول نخر الاسلام كما لا يخفى. وهذا الاختلاف يفسر قولهم وإن كثر تحرى. فعلى قول الاكثر المراد بالكثرة مرتان بعد بلوغه، وعلى قول نخر الاسلام مرتان في صلاة واحدة. وفي المجتبى: وقيل مرتين في سنته، ولعله
***
[١٩٤]
على قول السرخسي. وأشار المصنف إلى أنه لو شك في بعض وضوئه وهو أول ما عرض له غسل ذلك الموضع وإن كان يعرض له كثيرا لا يلتفت إليه. كذا في معراج الدراية. وفي المجتبى والمبتغي: ومن شك أنه كبر للافتتاح أولا، أو هل أحدث أو لا، أو هل أصابت النجاسة ثوبه أو لا، أو مسح رأسه أم لا، استقبل إن كان أول مرة وإلا فلا اه. بخلاف ما لو شك أن هذه تكبيرة الافتتاح أو القنوت فإنه لا يصير شارعا لانه لا يثبت له شروع بعد الجعل للقنوت ولا يعلم أنه نوى ليكون للافتتاح. والمراد بالاستقبال الخروج من الصلاة بعمل مناف لها والدخول في صلاة أخرى والاستقبال بالسلام قاعدا أولى لانه عرف محللا دون الكلام ومجرد النية لغو لا يخرج بها من الصلاة. كذا قالوا وظاهره أنه لا بد من عمل فلو لم يأت بمناف وأكملها على غالب ظنه لم تبطل إلا أنها تكون نفلا ولزمه أداء الفرض لو كانت الصلاة التي شك فيها فرضا، فلو كانت نفلا ينبغي أن يلزمه قضاؤه وإن أكملها لوجوب الاستئناف، ولم أر هذا التفريع منقولا إلا أن قول الشارح وغيره أن الاستقبال لا يتصور إلا بالخروج عن الاولى وذلك بعمل مناف يدل على عدم بطلانها بمجرد الشك كما لا يخفى. والتحري طلب الاخرى وهو ما يكون أكبر رأيه عليه، وعبروا عنه تارة بالظن وتارة بغالب الظن، وذكروا أن الشك تساوي الامرين، والظن رجحان جهة الصواب، والوهم رجحان جهة الخطأ، فإن لم يترجح عنده شئ بعد الطلب فإنه يبني على الاقل فيجعلها واحدة لو شك أنها ثانية، وثانية لو شك أنها ثالثه، وثالثة لو شك أنها رابعة. وعند البناء على الاقل يقعد في كل موضع يتوهم أنه محل قعود فرضا كان القعود أو واجبا كيلا يصير تاركا فرض القعدة أو واجبها، فإن وقع في رباعي أنها الاولى أو الثانية يجعلها الاولى ثم يقعد ثم يقوم فيصلي ركعة أخرى ويقعد ثم يقوم فيصلي ركعة أخرى ويقعد ثم يقوم فيصلي ركعة أخرى فيأتي

بأربع قعدات، قعدتان مفروضتان وهي الثالثة والرابعة، وقعدتان واجبتان لكن اقتصر في الهداية على قوله: يقعد في كل
***
[١٩٥]
موضع يتوهم أنه أخر صلاته كيلا يصير تاركا فرض القعدة. فنسبه في فتح القدير إلى القصور والعذر له أن قعوده في موضع يتوهم أنه محل القعود الواجب ليس متفقا عليه بل فيه اختلاف المشايخ كما نقله في المجتبي، فلعل ما في الهداية مبني على أحد القولين وإن كان الظاهر خلافه وهو القعود مطلقا. وظاهر كلامهم يدل على أن القعود في كل موضع يتوهم أنه آخر صلاته فرض، ولو شك أنها الثانية أو الثالثة أتمها وقعد ثم قام فصلى أخرى وقعد ثم الرابعة وقعد، ولو شك في صلاة الفجر وهو في القيام أنها الثالثة أو الاولى لا يتم ركعته بل يقعد قدر التشهد ويرفض القيام ثم يقوم فيصلي ركعتين ويقرأ في كل ركعة بفاتحة الكتاب وسورة ثم يتشهد ثم يسجد للسهو. وإن شك وهو ساجد فإن شك أنها الاولى أو الثانية فإنه يمضي فيها سواء شك في السجدة الاولى أو الثانية لانها إن كانت الاولى لزمه المضي فيها، وإن كانت الثانية يلزمه تكميلها. وإذا رفع رأسه من السجدة الثانية يقعد قدر التشهد ثم يقوم فيصلي ركعة، ولو شك في صلاة الفجر في سجوده أنه صلى ركعتين أو ثلاثا إن كان في السجدة الاولى أمكنه إصلاح صلاته لانه إن كان صلى ركعتين كان عليه إتمام هذه الركعة لانها ثانية فيجوز، وإن كانت ثالثة من وجه لا تفسد صلاته عند محمد لانه كما تذكر في السجدة الاولى ارتفعت تلك السجدة وصارت كأنها لم تكن كما لو سبقه الحدث في السجدة الاولى في الركعة الخامسة وهي مسألة زه، وإن كان هذا الشك في السجدة الثانية فسدت صلاته. ولو شك في الفجر أنها ثانية أم ثالثة ولم يقع تحريه على شئ وكان قائما يقعد في الحال ثم يقوم ويصلي ركعة ويقعد، وإن كان قاعدا والمسألة بحالها يتحرى إن وقع تحريه أنها ثانية مضى على صلاته، وإن وقع تحريه أنها ثالثة يتحرى في القعدات، إن وقع تحريه أنه لم يقعد على رأس الركعتين فسدت صلاته، وإن لم يقع تحريه على شئ فسدت صلاته أيضا. وكذا في ذوا ت الاربع إذا شك أنها الرابعة أو الخامسة، ولو شك أنها ثالثة أو خامسة. فعلى مذكرنا في الفجر فيعود إلى القعدة ثم يصلي ركعة أخرى ويتشهد ثم يقوم فيصلي ركعة أخرى ويقعد ويسجد للسهو.
***
[١٩٦]
ولو شك الوتر وهو قائم أنها ثانيته أم ثالثته يتم تلك الركعة ويقنت فيها ويقعد ثم يقوم فيصلي ركعة أخرى ويقنت فيها أيضا هو المختار إلى هنا عبارة الخلاصة. ولم يذكر المصنف رحمه الله سجود السهو في مسائل الشك تبعا لما في الهداية وهو مما لا ينبغي إغفاله فإنه يجب السجود في جميع صور الشك، سواء عمل بالتحري أو بنى على الاقل. كذا في فتح القدير. وترك المحقق قيدا لا بد منه مما لا ينبغي إغفاله وهو أن يشغله الشك قدر أداء ركن ولم يشتغل حالة الشك بقراءة ولا تسبيح كما قدمناه أول الباب لكن ذكر في السراج الوهاج أن في فصل البناء على الاقل يسجد للسهو، وفي فصل البناء على غلبة الظن إن شغله تفكره مقدار أداء الركن وجب السهو وإلا فلا اه. وكأنه في فصل البناء على الاقل حصل النقص مطلقا باحتمال الزيادة فلا بد من جابر، وفي الفصل الثاني النقصان بطول التفكر لا بمطلقه قوله (وإن توهم مصلي الظهر أنه أتمها فسلم ثم علم أنه صلى ركعتين أتمها وسجد للسهو) لانه عليه السلام فعل كذلك في حديث ذي اليدين ولان السلام ساهيا لا يبطل الصلاة لكونه دعاء من وجه قيد به لانه لو سلم على ظن أنه مسافر أو على ظن أنها الجمعة أو كان قريب العهد بالاسلام فظن أن فرض الظهر ركعتان أو كان في صلاة العشاء فظن أنها التراويح فسلم أو سلم ذاكرا أن عليه ركنا فإن صلاته تبطل لانه سلم عامدا. وفي المجتبي: ولو سلم المصلي عمدا قبل التمام قيل تفسد وقيل لا تفسد حتى يقصد به خطاب آدمي اه. فينبغي أن لا تفسد في هذه المسائل على القول الثاني. ومراده من قوله ثم علم أنه صلى ركعتين العلم بعدم تمامها ليدخل فيه ما إذا علم أنه ترك سجدة صلبية أو تلاوية بعد السلام، وحكمه أنه إن كان في المسجد ولم يتكلم وجب أن يأتي به وإن انصرف عن القبلة لان سلامه لم يخرجه عن الصلاة حتى لو اقتدى به إنسان بعد هذا السلام صار داخلا فإن سجد سجد معه وإن لم يسجد فسدت صلاته إذا كان المتروك صلبية، وفسدت صلاة الداخل بفسادها بعد صحة الاقتداء ووجب القضاء على الداخل حتى لو دخل في فرض رباعي مثلا يلزمه قضاء الاربع إن كان الامام مقيما، وركعتين إن كان مسافرا وإن كان في الصحراء فانصرف إن جاوز الصفوف خلفه أو يمنة أو يسرة فسدت في الصلبية وتقرر النقص وعدم الجبر في التلاوة، وإن مشى إمامه لم يذكر في ظاهر الرواية، وحكمه إن كان

له سترة بني ما لم يجاوزها، وإن لم يكن له سترة فقيل إن مشى قدر الصفوف خلفه عاد أو أكثر امتنع وهو مروي عن أبي يوسف اعتبارا لاحد الجانبين بالآخر. وقيل: إن جاوز موضع سجوده لا يعود وهو الاصح لان ذلك القدر في حكم خروجه من المسجد فكان مانعا من الاقتداء. كذا في فتح
***
[١٩٧]
القدير. وذكر في التجنيس: إذا سلم الرجل في صلاة الفجر وعليه سجود السهو فسجد ثم تكلم ثم تذكر أنه ترك سجدة صلبية إن تركها من الركعة الاولى فسدت صلاته لانها صارت دينا في ذمته فصارت قضاء وانعدمت نية القضاء، وإن تركها من الركعة الثانية لا تفسد إلا رواية عن أبي يوسف لانها لم تصر دينا في ذمته فنابت سجدتا السهو عن الصلبية ولو كانت المسألة بحالها إلا أنه لما سلم للفجر تذكر أن عليه سجدة التلاوة فسجد لها ثم تذكر أن عليه سجدة صلبية فصلاته فاسدة في الوجهين لان سجدة التلاوة دين عليه فانصرف نيته إلى قضاء الدين فلا تنصرف السجدة إلى غير القضاء اه. وفي الظهيرية: وإذا سلم ساهيا وعليه سجدة فإن كان سجدة تلاوة يأتي بها وفي ارتفاض القعدة روايتان، والاصح رواية الارتفاض، وإن كانت صلبية يأتي بها وترتفض القعدة اه. وفي التجنيس: إذا صلى رجل من المغرب ركعتين وقعد قدر التشهد فزعم أنه أتمها فسلم ثم قام فكبر ينوي الدخول في سنة المغرب ثم تذكر أنه لم يصل المغرب وقد سجد للسنة أولا فصلاة المغرب فاسدة لانه كبر ونوى الشروع في صلاة أخرى فيكون ناقلا من الفرض إلى النفل قبل إتمامها، وأما إذا سلم ثم تذكر أنه لم يتم فحسب أن صلاته قد فسدت وقام وكبر للمغرب ثانيا وصلى ثلاثا إن صلى ركعة وقعد قدر التشهد أجزأه المغرب الاول لان نية المغرب ثانيا لا تصح، بقي مجرد التكبير وذا لا يخرجه عن الصلاة اه. ومسائل السجدات معلومة في كتب الفتاوى وغيرها فلا نطيل بذكرها والله سبحانة وتعالى أعلم بالصواب. باب صلاة المريض ذكرها عقب سجود السهو لانها من العوارض السماوية، والاول أعم موقعا لشموله المريض والصحيح فكانت الحاجة إلى بيانه أمس فقدمه. وتصور مفهوم المرض ضروري إذ لا
***
[١٩٨]
شك أن فهم المراد من لفظ المرض أجلى من فهمه من قولنا معنى يزول بحلوله في بدن الحي اعتدال الطبائع الاربع، بل ذلك يجري مجرى التعريف بالاخفى. وعرفه في كشف الاسرار بأنه حالة للبدن خارجة عن المجرى الطبيعي، والاضافة فيه من باب إضافة الفعل إلى فاعله كقيام زيد أو إلى محله كتحريك الخشب قوله: (تعذر عليه القيام أو خاف زيادة المرض صلى قاعدا يركع ويسجد) لقوله تعالى * (الذين يذكرون الله قياما وقعودا وعلى جنوبهم) * (آل عمران: ١٩١) قال ابن مسعود وجابر وابن عمر: الآية نزلت في الصلاة أي قياما إن قدروا، وقعودا إن عجزوا عنه، وعلى جنوبهم إن عجزوا عن القعود. ولحديث عمران بن حصين أخرجه الجماعة إلا مسلما قال: كانت بي بواسير فسألت النبي صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فقال صلى الله عليه وسلم: صل قائما فإن لم تستطع فقاعدا فإن لم تستطع فعلى جنبك. زاد النسائي: فإن لم تستطع فمستلقيا * (لا يكلف الله نفسا إلا وسعها) *. ثم المصنف رحمه الله أراد بالتعذر التعذر الحقيقي بحيث لو قام سقط بدليل أنه عطف عليه التعذر الحكمي وهو خوف زيادة المرض. واختلفوا في التعذر فقيل ما يبيح الافطار، وقيل التيمم، وقيل بحيث لو قام سقط، وقيل ما يعجزه عن القيام بحوائجه، والاصح أن يلحقه ضرر بالقيام. كذا في النهاية والمجتبي وغيرهما. وإذا كان التعذر أعم من الحقيقي والحكمي فلا حاجة إلى جعل التعذر بمعنى التعسر وأنهم لا يريدون به عدم الامكان كما في الذخيرة. وفي المجتبي: حد المرض المسقط للقيام والجمعة والمبيح للافطار والتيمم زيادة العلة أو امتداد المرض أو اشتداده أو يجد به وجعا ا ه. قيد بتعذر القيام أي جميعه لانه لو قدر عليه متكئا أو متعمدا على عصا أو حائط لا يجزئه إلا كذلك خصوصا على قولهما فإنهما يجعلان قدرة الغير قدرة له. قال الهندواني: إذا قدر على بعض القيا يقوم ذلك ولو قدر آية أو تكبيرة ثم يقعد وإن لم يفعل ذلك خفت أن تفسد صلاته. هذا هو المذهب ولا يروى عن أصحابنا خلافه. وكذا إذا عجز عن القعود وقدر على الاتكاء والاستناد إلى إنسان أو إلى حائط أو إلى وسادة لا يجزئه إلا كذلك، ولو
***
[١٩٩]

استلقى لا يجزئه. ودخل تحت العجز الحكمي ما لو صام رمضان صلى قاعدا وإن أفطر صلى قائما يصوم ويصلي قاعدا، وما لو عجز عن السجود وقدر على القيام فإنه لا يجب عليه القيام. وما لو صلى قائما سلس بوله ولو صلى قاعدا لا فإنه يصلي قاعدا بخلاف ما لو كان لو قام أو قعد سال بوله ولو استلقى لا فإنه يصلي قاعدا ولا يستلقي لانها مستلقيا لا تجوز عند الاختيار بحال كما لا تجوز مع الحدث فاستويا، وتمامه في المحيط: وما لو كان في بطنها ولد فأخرجت إحدى يديه وتخاف خروج الوقت تصلي بحيث لا يلحق الولد ضرر لان الجمع بين حق الله وحق الولد ممكن كما في التجنيس، وما لو خاف من العدوان صلى قائما أو كان في خباء لا يستطيع أن يقيم صلبه فيه وإن خرج لم يستطع أن يصلي من الطين والمطر أنه يصلي قاعدا ومن به أدنى علة وهو في طريق نخاف إن نزل عن المحمل للصلاة بقي في الطريق فإنه يجوز أن يصلي الفرائض على محمله، وكذا المريض الراكب إذا لم يقدر على النزول ولا على من ينزله بخلاف ما لو قدر على من ينزله. واختلف المشايخ فيما إذا كان يستطيع القيام لو صلى فبيته ولو خرج إلى الجماعة يعجز عن القيام، والاصح أنه يخرج إلى الجماعة ويصلن قاعدا. كذا في الولوالجية وقدمنا في باب صفة الصلاة أن الفتوى على خلافه. قوله: (وموميا إن تعذر) أي يصلي موميا وهو قاعد إن تعذر الركوع والسجود لما قدمناه، ولان الطاعة بحسب الطاقة. وفي المجتبى: وقد كان كيفية الايماء بالركوع والسجود مشتبها على أنه يكفيه بعض الانحناء أم أقصى ما يمكنه إلى أن ظفرت بحمد الله على الرواية وهو ما ذكره شمس الائمة الحلواني أن المومي إذا خفض رأسه للركوع شيئا ثم للسجود جاز، ولو وضع بين يديه وسائد وألصق جبهته عليها ووجد أدنى الانحناء جاز عن الايماء وإلا فلا. ومثله في تحفة الفقهاء وذكر أبو بكر إذا كان بجبهته وأنفه عذر يصلي بالايماء ولا يلزمه تقريب الجبهة إلى الارض بأقصى ما يمكنه وهذا نص في بابه ا ه‍. ثم إذا صلى المريض قاعدا بركوع وسجود أو بإيماء كيفيقعد، أما في حال التشهد فإنه يجلس كما يجلس للتشهد بالاجماع، وأما في حالة القراءة وحال الركوع روي عن أبي حنيفة أنه يجلس كيف شاء من غير كراهة إن شاءمحتبيا وإن شاء متربعا وإن شاء على ركبتيه كما في التشهد. وقالزفر: يفترش رجله اليسرى في جميع صلاته. والصحيح ما روي عن أبي حنيفة لان عذر المرض أسقط عنه الاركان فلان يسقط عن الهيئات أولى. كذا في البدائع. وفي الخلاصة والتجنيس والولوالجية: الفتوى على قول زفر لان ذلك أيسر على المريض ولا يخفى ما فيه، بل الايسر

***

[٢٠٠]

عدم التقييد بكيفية من الكيفيات والمذهب الاول. وفي الخلاصة: وإن لم يقدر على السجود من جرح أو خوف أو مرض فالكل سواء. ومن صلى وبجبهته جرح لا يستطيع السجود عليه لم يجزه الايماء وعليه أن يسجد على أنفه وإن لم يسجد على أنفه لم يجزه. ثم قال: وفي الزيادات: رجل بحلقه جراح لا يقدر على السجود ويقدر على غيره من الافعال فإنه يصلي قاعدا بالايماء ا ه‍. وبهذا ظهر أن تعذر أحدهما كا ف للايماء بهما. وفي البدائع: إن الركوع يسقط عمن يسقط عنه السجود وإن كان قادرا على الركوع ا ه‍. ولم أر حكم ما إذا تعذر الركوع دون السجود وكأنه غير واقع وفي القنية: أخذته شقيقة لا يمكنه السجود يومئ قوله: (وجعل سجوده أخفض) أي أخفض من ركوعه لانه قائم مقامهما فأخذ حكمهما، وعن علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في صلاة المريض: إن لم يستطع أن يسجد أومأ وجعل سجوده أخفض من ركوعه. وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من لم يقدر على السجود فليجعل سجوده ركوعا وركوعه إيماء والركوع أخفض من الايماء كذا في البدائع. وظاهره كغيره أنه يلزمه جعل السجود أخفض من الركوع حتى لو سواهما لا يصح ويدل عليه أيضا ما سيأتي قوله: (ولا يرفع إلى وجهه شيئا يسجد عليه فإن فعل وهو يخفض رأسه صح وإلا لا) أي وإن لم يخفض رأسه لم يجز لان الفرض في حقه الايماء ولم يوجد فإن لم يخفض فهو حرام لبطلان الصلاة المنهي عنه بقوله تعالى * (ولا تبطلوا أعمالكم) * (محمد: ٣٣) وأما نفس الرفع المذكور فمكروه، وصرح به في البدائع وغيره لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل على مريض يعوده فوجده يصل كذلك فقال: إن قدرت أن تسجد على الارض فاسجد وإلا فأوم برأسك. وروي أن عبد الله بن مسعود دخل على أخيه يعوده فوجده يصلي ويرفع إليه عود فيسجد عليه فنزع ذلك من يد من كان في يده وقال: هذا شئ عرض لكم الشيطان أوم بسجودك. وروي أن ابن عمر رأى ذلك من مريض فقال: أتتخذون مع الله آلهة؟ ا ه‍. واستدل للكراهة

في المحيط بنهيه عليه السلام عنه وهو يدل على كراهة التحريم. وأراد بخفض الرأس خفضها للركوع ثم للسجود أخفض من الركوع حتى لو سوى لم يصح كما ذكره الولوالجي في
***
[٢٠١]
فتاواه. ولو رفع المريض شيئا يسجد عليه ولم يقدر على الارض لم يجز إلا أن يخفض برأسه لسجوده أكثر من ركوعه ثم يلزقه بجبينه فيجوز لانه لما عجز عن السجود وجب عليه الايماء والسجود على الشئ المرفوع ليس بالايماء إلا إذا حرك رأسه فيجوز لوجود الايماء لا لوجود السجود على ذلك الشئ ا ه‍. وصححه في الخلاصة. قيد بكوفرضه الايماء لعجزه عن السجود إذ لو كان قادرا على الركوع والسجود فرفع إليه شئ فسجد عليه قالوا: إن كان إلى السجود أقرب منه إلى القعود جاز وإلا فلا. كذا في المحيط. وفي السراج الوهاج: ثم إذا وجد الايماء فهو مصل بالايماء على الاصح لا بالسجود حتى لا يجوز اقتداء من يركع ويسجد به. قوله: (وإن تعذر القعود أومأ مستلقيا أو على جنبه) لان الطاعة بحسب الاستطاعة. والتخيير بين الاستلقاء على القفا والاضطجاع على الجنب جواب الكتب المشهورة كالهداية وشروحها. وفي القنية: مريض اضطجع على جنبه وصلى وهو قادر على الاستلقاء، وقيل يجوز والاظهر أنه لا يجوز. وإن تعذر الاستلقاء يضطجع على شقه الايمن أو الايسر ووجهه إلى القبلة ا ه‍. وهذا الاظهر خفي والاظهر الجواز. وقدم المصنف الاستلقاء لبيان الافضل وهو جواب المشهور من الروايات. وعن أبي حنيفة أن الافضل أن يصلي على شقه الايمن. وبه أخذ الشافعي لحديث عمران بن حصين السابق، وللتصريح به في الآية، ولان استقبال القبلة يحصل به، ولهذا يوضع في اللحد هكذا ليكون مستقبلا للقبلة. فأما المستلقي يكون مستقبل السماء وإنما يستقبل القبلة رجلاه فقط ولنا ما روي عن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال
***
[٢٠٢]
في المريض: إن لم يستطع قاعدا فعلى القفا يومئ إيماء، ولان التوجه إلى القبلة بالقدر الممكن فرض وذلك في الاستلقاء لان الايماء هو تحريك الرأس فإذا صلى مستلقيا يقع إيماؤه إلى القبلة، وإذا صلى على الجنب يقع منحرفا عنها ولا يجوز الانحراف عنها من غير ضرورة. وقيل: إن المرض الذي كان بعمران باسور فكان لا يستطيع أن يستلقي على قفاه. والمراد في الآية الاضطجاع يقال فلان وضع جنبه إذا نام وإن كان مستلقيا بخلاف الوضع في اللحد لانه ليس على الميت فعل يجب توجيهه إلى القبلة ليوضع مستلقيا فكان الاستقبال في الوضع على الجنب. وأطلق في تعذر العقود فشمل التعذر الحكمي كما لو قدر على القعود ولكن بزغ الماء من عينيه فأمره الطبيب أن يستلقي أياما على ظهره ونهاه عن القعود والسجود أجزأه أن يستلقي ويصلي بالايماء لان حرمة الاعضاء كحرمة النفس. كذا في البدائع. وفي الخلاصة: وإذا لم يقدر على القعود صلى مضطجعا على قفاه متوجها نحو القبلة ورأسه إلى المشرق ورجلاه إلى المغرب. وفي المجتبى: وينبغي للمستلقي أينصب ركبتيه إن قدر حتى لا يمد رجليه إلى القبلة. وفي العناية: يجعل وسادة تحت رأسه حتى يكون شبه القاعد ليتمكن من الايماء بالركوع والسجود لان حقيقة الاستلقاء تمنع الاصحاء عن الايماء فكيف بالمرضى؟ واقتصار المصنف على بيان البدل للاركان الثلاثة أعني القيام والركوع والسجود إشارة إلى أن القراءة لا بدل لها عند العجز عنها فيصلي بغير القراءة وفي المجتبى: قيل في الامي والاخرس يجب تحريك الشفة واللسان كتلبية الحج، وقيل لا يجب وإذا لم يعرف إلا قوله الحمد لله يأتي به في كل ركعة ولا يكررها بخلاف التحيات في التشهد فإنه يكررها قدر التشهد لكون القعود مقدرا ا ه‍. وأشار بسقوط الاركان عند العجز إلى سقوط الشرائط عند العجز عنها بالاولى، فلو كان وجه المريض إلى غير القبلة ولم يقدر على التحويل إليها بنفسه ولا بغيره يصلي كذلك لانه ليس في وسعه إلا ذلك، ولا إعادة عليه بعد البرء في ظاهر الجواب لان العجز عن تحصيل الشرائط لا يكون فوق العجز عن تحصيل الاركان وثمة لا تجب الاعادة فههنا أولى. كذا في البدائع. وفي الخلاصة: فإن وجد أحدا يحوله فلم يأمره وصلى إلى غير القبلة جاز عند أبي حنيفة بناء على أن الاستطاعة بقوة الغير ليست بثابتة عنده، وعلى هذا لو صلى على فراش نجس ووجد أحدا يحوله إلى مكان طاهر ثم قال مريض مجروح تحته ثياب نجسة، إن كان بحال لا يبسط تحته شئ إلا تنجس من ساعته له أن يصلي على حاله، وكذا لو لم يتنجس الثاني إلا أنه يزدا مرضه له أن يصلي فيه ا ه‍. وفي الولواجيه: المريض إذا كان لا يمكنه
***
[٢٠٣]

الوضوء أو التيمم وله جارية فعليها أن توضئه لانها مملوكة وطاعة المالك واجبة إذا عرى عن المعصية، وإذا كان له امرأة لا يجب عليها أن توضئه لان هذا ليس من حقوق النكاح إلا إذا تبرعت فهو إعانة على البر. والعبد المريض إذا كان لا يستطيع أن يتوضأ يجب على مولاه أن يوضئه بخلاف المرأة المريضة حيث لا يجب على الزوج أن يتعاهدها لان المعاهدة إصلاح الملك وإصلاح الملك على المالك، وأما المرأة حرة فكا إصلاحها عليها ا ه‍. وفي التجنيس: قال أبو حنيفة في متوضئ لا يقدر على مكان طاهوقد حضرت الصلاة صلى بالايماء ثم يعيد ما صلى بالايماء قضاء لحق الوقت بالتشبه وإنما يعيد لان العذر جاء من قبل العبد. وقال محمد: لا يصلي الماشي وهو يمشي ولا السابح وهو يسبح في البحر ولا السائف وهو يضرب بالسيف لان هذه الافعال منافية للصلاة، ولهذا شغل النبي صلى الله عليه وسلم عن صلاته يوم الخندق لاجل القتال ثم قال: الغريق في البحر إذا حضرته الصلاة إن وجد ما يتعلق به أو كان ماهرا في السباحة بحيث يمكنه الصلاة بالايماء من غير أن يحتاج فيه إلى عمل كثير افترض عليه أداء الصلاة لانه قادر، ولو لم يجد ما يتعلق به ولم يكن ماهرا في السباحة يعذر بالتأخير إلى أن يخرج لانه غير قادر على أداء الصلاة ا ه‍. وفي القنية: مريض لا يمكنه الصلاة إلا بأصوات مثل أوه ونحوه يجب عليه أن يصلي ولو اعتقل لسانه يوما وليلة فصلى صلاة الاخرس ثم انطلق لسانه لا تلزمه الاعادة. قوله: (وإلا أخرت) أي وإن لم يقدر على الايماء برأسه أخرت الصلاة إلى القدرة. وفي الهداية: وقوله أخرت عنه إشارة إلى أنه لا تسقط الصلاة عنه، وإن كان العجز أكثر من يوم وليلة إذا كان مفيقا هو الصحيح لانه يفهم مضمون الخطاب بخلاف المغمى عليه ا ه‍. وذهب شيخ الاسلام وقاضيخان وقاضي غنى إلى أن الصحيح هو السقوط عند الكثرة لا القلة. وفي الظهيرية: وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى. وفي الخلاصة: وهو المختار لان مجرد العقل لا يكفي لتوجه الخطاب. وصححه في البدائع وجزم به الولوالجي وصاحب التجنيس مخالفا لما في الهداية، واختاره المصنف في الكافي وصححه في الينابيع ورجحه في فتح القدير بالقياس على المغمى عليه ا ه‍. وعلى هذا فمعنى قوله عليه السلام فالله أحق بقبول العذر أي عذر السقوط، وعلى ما اختاره صاحب الهداية معناه بقبول عذر التأخير. كذا في معراج الدراية. واستشهد قاضيخان بما ذكره محمد فيمن قطعت يداه من المرفقين ورجلاه من الساقين لا صلاة عليه، فثبت أن مجرد العقل لا يكفي لتوجه الخطاب. ورده في

***

[٢٠٤]

التبيين بأنه لا دليل فيه على السقوط لان هناك العجز متصل بالموت وكلامنا فيما إذا صح المريض حتى لو مات المريض أيضا من ذلك الوجه ولم يقدر على الصلاة لا يجب عليه القضاء حتى لا يلزمه الايصاء به فصار كالمسافر والمريض إذا أفطر في رمضان وماتا قبل الاقامة والصحة ا ه‍. ثم اعلم أن ظاهر ما في بعض الكتب يوهم أن في المسألة ثلاثة أقوال: عدم السقوط مطلقا والسقوط مطلقا والتفصيل وليس كذلك، فإن الفوائت إذا كانت صلاة يوم وليلة أو أقل فعليه القضاء بالاجماع كما في البدائع. وغاية البيان إنما محل الاختلاف فيما إذا كثرت وزادت على يوم وليلة فليس فيها إلا قولان، ولانقاضيخان صحح التفصيل في الفتاوى وصاحب الهداية صحح عدم السقوط مطلقا فيما إذا برأ من مرضه، أما إذا مات منه فإنه يلقى الله ولا شئ عليه اتفاقا ينبغي أن يقال: إن محله إذا لم يقدر في مرضه على الايماء بالرأس، إما إن قدر عليه بعد عجزه فإنه يلزمه القضاء، وإن كان القضاء يجب موسعا لتظهر فائدته في الايصاء بالاطعام عنه. وفي السراج الوهاج: إن هذه المسألة على أربعة أوجه: إن دام به المرض أكثر من يوم وليلة وهو لا يعقل لا يقضي إجماعا، وإن كان أقل من يوم وليلة أو يوما وليلة وهو يعقل قضى إجماعا، وإن كان أكثر وهو يعقل أو أقل وهو لا يعقل فهو محل الاختلاف، وفي القنية ولا فدية في الصلاة حالة الحياة بخلاف الصوم. ولو كان يشتبه

***

[٢٠٥]

على المريض أعداد الركعات أو السجدات لنعاس يلحقه لا يلزمه الاداء، ولو أداها بتلقين غيره ينبغي أن يجزئه ا ه‍. قوله: (ولم يوم بعينه وقلبه وحاجبه) وقال زفر: يومئ بحاجبه فإن عجز فبعينيه فإن عجز فبقلبه. وقال الشافعي: بعينيه وقلبه. وقالالحسن: بحاجبيه وقلبه ويعيد إذا صح. والصحيح مذهبنا لحديث عمران وابن عمر فإن لم يستطع الايماء برأسه فالله أحق بقبول العذر منه، ولان فرض السجود تعلق بالرأس دون العين والقلب والحاجب فلا ينقل إليها كاليد واعتبارا بالصوم والحج حيث لا ينتقلان إلى القلب بالعجز. وفي فتاوى

قاضيخان: المريض إذا عجز عن الايماء فحرك رأسه عن أبي حنيفة أنه قال: تجوز صلاته. وقال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل: لا يجوز لانه لم يوجد منه الفعل ا ه. فعلى هذا حقيقة الايماء إنما هي طأطأة الرأس قوله: (وإن تعذر الركوع والسجود لا القيام أومأ قاعدا) لان ركنية القيام للتوصل به إلى السجدة لما فيها من نهاية التعظيم وإذا كان لا يتعقبه السجود لا يكون ركنا فيتخير، والافضل هو الايماء قاعدا لانه أشبه بالسجود، ولا ترد صلاة الجنازة حيث لم يلزمه ثمة سقوط القيام بسبب سقوط السجود لان صلاة الجنازة ليست بصلاة حقيقة بل هي دعاء. وفي المجتبى: وإن أومأ بالسجود قائما لم يجزه وهذا أحسن وأقيس كما لو أومأ بالركوع جالسا لا يصح على الاصح ا ه. والظاهر من المذهب جواز الايماء بهما قائما وقاعدا كما لا يخفى. وذكر الولوالجي في فتاواه: رجل به جرح إن صلى بالايماء قائما لا يسيل جرحه وإن ركع وسجد يسيل جرحه يصلي قائما ويومئ للركوع ثم يجلس ويومئ للسجود ليكون أداء الصلاة مع الطهارة، فإن لم يفعل كذلك وصلى قائما هكذا يومئ إيماء

***

[٢٠٦]

لا تجوز صلاته لان الايماء للسجود جالسا أقرب إلى حقيقة السجود ا ه. وأومأ بالهمز كذا في السراج الوهاج قوله: (ولو مرض في صلاته يتم بما قدر) يعني قاعدا يركع ويسجد أو مومئا إن تعذر أو مستلقيا إن لم يقدر لانه بناء الادنى على الاعلى فصار كالاقتداء وهذا هو المشهور. وعن أبي يوسف أنه إذا صار إلى حالة الايماء يستقبل الصلاة لان تحريمته انعقدت موجبة للركوع والسجود فلا تجوز بدونهما، ووجه المشهور أنه إذا بنى كان بعض الصلاة كاملا وبعضها ناقصا وإذا استقبل كانت كلها ناقصة فلان يؤدي بعضها كاملا أولى وهو الصحيح قوله: (ولو صلى قاعدا يركع ويسجد فصح بني ولو كان موميا لا أي لو كان يصلي بالايماء فصح لا يبني لانه لا يجوز اقتداء الراكع بالمومئ فكذا البناء، ويجوز اقتداء القائم بالقاعد الذي يركع ويسجد خلافا لمحمد كما سبق. قيد بكونه صلى بالايماء لانه لو كان افتتحها بالايماء ثم قدر قبل أن يركع ويسجد بالايماء جاز له أن يتمها لانه لم يؤد ركنا بالايماء وإنما هو مجرد تحريمة فلا يكون بناء القوي على الضعيف. وأشار إلى أنه لو كان يومئ مضطجعا ثم قدر على القعود ولم يقدر على الركوع والسجود فإنه يستأنف وهو المختار لان حالة القعود أقوى فلا يجوز بناؤه على الضعيف. قوله: (وللمتطوع أن يتكئ على شئ إن أعيا) أي تعب لانه عذر أطلق في الشئ فشمل العصا والحائط. وأشار إلى أن له أن يقعد أيضا عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز له القعود إلا إذا عجز لما مر من قبل وقيد بقوله إن أعيا لان الاتكاء مكروه بغير عذر لانه إساءة في الادب وفيه اختلاف المشايخ والصحيح كراهته من غير عذر وعدم كراهة القعود من غير عذر عنده قوله: (ولو صلى في فلك قاعدا بلا عذر صح) يعني صلى فرضا قاعدا بلا عذر صحت عند أبي حنيفة وقد أساء كما في البدائع. وقالا: لا يجزئه إلا من علة لان القيام مقدور عليه فلا يترك، وله أن الغالب فيها دوران الرأس وهو كالمحقق الآن أن القيام أفضل لانه أبعد عن شبهة الخلاف والخروج أفضل إن أمكنه لانه أمكن لقلبه والخلاف في غير المربوطة والمربوطة كالشط هو الصحيح. كذا في الهداية وهو مقيد بالمربوطة بالشط، أما إذا كانت مربوطة في لجة البحر فالاصح إن كان الريح يحركها شديدا فهي كالسائرة وإلا فكالواقفة. ثم ظاهر الهداية والنهاية والاختيار جواز الصلاة في المربوطة في الشط مطلقا. وفي الايضاح: فإن كانت موقوفة في الشط وهي على قرار الارض

***

[٢٠٧]

فصلى قائما جاز لانها إذا استقرت على الارض فحكمها حكم الارض، فإن كانت مربوطة ويمكنه الخروج لم تجز الصلاة فيها لانها إذا لم تستقر فهي كالدابة بخلاف ما إذا استقرت فإنها حينئذ كالسرير. واختاره في المحيط والبدائع. وفي الخلاصة: وأجمعوا أنه لو كان بحالة يدور رأسه لو قام تجوز الصلاة فيها قاعدا وأراد بالصلاة قاعدا أن تكون بركوع وسجود لانها لو كانت بالايماء لا تجوز اتفاقا لانه لا عذر. وأطلقها فشمل ما إذا كان منفردا أو بجماعة فلو اقتدى به رجل في سفينة أخرى، فإن كانت السفينتان مقرونتين جاز لانهما بالاقتران صارتا كشئ واحد، وإن كانتا منفصلتين لم يجز لان تخلل ما بينهما بمنزلة النهر وذلك يمنع صحة الاقتداء. وإن كان الامام في سفينة والمقتدون على الجد والسفينة واقفة. فإن كان بينه وبينهم طريق أو مقدار نهر عظيم لم يصح اقتداؤهم به لان الطريق ومثل هذا النهر يمنعان صحة الاقتداء. ومن وقف على أطلال السفينة يقتدي بالامام في السفينة صح اقتداؤه إلا أن يكون أمام الامام لان السفينة كالبيت واقتداء الواقف على السطح بمن هو في البيت صحيح إذا لم يكن أمام الامام، ولا يخفى عليه حاله كذا ههنا. كذا في

البدائع. وقيد بترك القيام لانه لو ترك استقبال وجهه إلى القبلة وهو قادر عليه لا يجزئه في قولهم جميعا فعليهم أن يستقبلوا بوجههم القبلة كلما دارت السفينة يحول وجهه إليها. كذا في الاسبيجابي. قوله: (ومن جن أو أغمي عليه خمس صلوات قضى ولو أكثر لا) وهذا استحسان، والقياس أن لا قضاء عليه إذا استوعب الاغماء وقت صلاة كاملة لتحقق العجز. وجه الاستحسان أن المدة إذا طالت كثرت الفوائت فيحرج في الاداء وإذا قصرت قلت: فلا حرج والكثير أن يزيد على يوم وليلة لانه يدخل في حد التكرار والجنون كالاغماء على الصحيح. وفي تحرير الاصول: الجنون ينافي شرط العبادات وهي النية فلا تجب مع الممتد منه مطلقا للحرج وما لا يمتد طارئا جعل كالنوم من حيث إنه عارض يمنع فهم الخطاب زال قبل الامتداد ولانه لا ينفي أصل الوجوب إذ هو بالذمة وهي له حتى ورث وملك وكان أهلا للثواب كأن نوى صوم الغد فجن فيه ممسكا كله صح فلا يقضي لو أفاق بعده ا ه. قيد بالجنون والاغماء لان النوم لا يسقط مطلقا حتى لو نام أكثر من يوم وليلة يقضي لان النوم مما لا يمتد يوما وليلة غالبا فلا يحرج في القضاء بخلاف الاغماء لان مما يمتد عادة. وقيده

***

[٢٠٨]

بدوام الاغماء لانه إذا كان يفيق فيها فإنه ينظر، فإن كان لافاقته وقت معلوم مثل أن يخف عنه المرض عند الصبح مثلا فيفيق قليلا ثم يعاوده فيغمى عليه تعتبر هذه الافاقة فيبطل ما قبلها محكم الاغماء إذا كان أقل من يوم وليلة، وإن لم يكن لافاقته وقت معلوم لكنه يفيق بغتة فيتكلم بكلام الاصحاء ثم يغمى عليه فلا عبرة بهذه الافاقة. أطلق في الاغماء والجنون فشمل ما إذا كان بسبب فزع من سبع أو خوف من عدو فلا يجب القضاء إذا امتد إجماعا لان الخوف بسبب ضعف قلبه وهو مرض إلا أنه يرد عليه ما إذا زال عقله بالخمر أو أغمي عليه بسبب شرب البنج أو الدواء فإنه لا يسقط عنه القضاء في الاول وإن طال اتفاقا لانه حصل بما هو معصية فلا يوجب التخفيف، ولهذا يقع طلاقه ولا يسقط أيضا في الثاني عند أبي حنيفة لان النص ورد في إغماء حصل بآفة سماوية فلا يكون واردا في إغماء حصل بصنع العباد لان العذر إذا جاء من جهة غير من له الحق لا يسقط الحق. وقال محمد: يسقط القضاء إذا كثر لانه إنما حصل بما هو مباح. كذا في المحيط. وشمل ما إذا كان الجنون أصليا كما إذا بلغ مجنونا وزال وهو قول محمد، فالعارض والاصلي عنده سواء في سقوط القضاء إذا كثر وعدمه إذا قل. وقالابو يوسف: الاصلي كالصبا فلا قضاء مطلقا. كذا في السراج الوهاج. وقيد بالصلاة في تسوية الجنون بالاغماء لان بينهما فرقا في الصوم فإنه إذا أغمي عليه قبل شهر رمضان حتى مضى رمضان كله ثم أفاق فإنه يلزمه قضاء شهر رمضان، فلو جن قبل رمضان وأفاق بعد ما مضي شهر رمضان لا يلزمه قضاء الصوم كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى. وظاهر كلامه أن الاكثرية من حيث الصلوات فإن الاكثر من خمس صلوات ست فأكثر وهو قول محمد ورواية عن أبي حنيفة وهو الاصح، وعند أبي يوسف وهو رواية عنه أيضا العبرة للزيادة من حيث الساعات، وفائدته تظهر فيما إذا أغمي عليه قبل الزوال فأفاق من الغد بعد الزوال، فعند أبي يوسف لا يجب القضاء، وعند محمد يجب إذا أفاق قبل خروج وقت الظهر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

***

[٢٠٩]

باب سجود التلاوة كان من حق هذا الباب أن يقترن بسجود السهو لان كلا منهما سجدة لكن لما كان صلاة المريض بعارض سماوي كالسهو وألحقتها المناسبة به فتأخر سجوالتلاوة ضرورة، وهو من قبيل إضافة الحكم إلى سببه. وإنما لم يقل سجود التلاوة والسماع بيانا للسببين لان السماع سبب أيضا لما أن التلاوة لما كانت سببا للسماع أيضا كان ذكرها مشتملا على السماع من وجه فاكتفي به. وفي إضافة السجود إلى التلاوة إشارة إلى أنه إذا كتبها أو تهجاها لا يجب عليه سجود ولا تفسد الصلاة بالهجاء لانه موجود في القرآن، وشرائطها شرائط الصلاة إلا التحريمة لانها لتوحيد الافعال المختلفة ولم يوجد. وركنها وضع الجبهة على الارض أو ما يقوم مقامه من الركوع كما سيأتي، أو من الايماء للمريض أو كان راكبا على الدابة في السفر وتلاها أو سمعها، والقياس أن لا يجزئه الايماء على الراحلة لانها واجبة فلا يجوز أداؤها على الراحلة من غير عذر لكنهم استحسنوه لان التلاوة أمر دائم بمنزلة التطوع فكان في اشتراط النزول له حرج بخلاف الفرض والمنذور. وما وجب من السجدة على الارض لا يجوز على الدابة، وما وجب على الدابة يجوز على الارض

لان ما وجب على الارض وجبت تامة فلا تسقط بالايماء، ولو تلاها على الدابة فنزل ثم ركب فأداها بالايماء جاز. ويفسدها ما يفسد الصلاة من الحدث العمد والكلام والقهقهة وعليه إعادتها كما لو وجدت في سجدة الصلاة، وقيل هذا على قول محمد لان العبرة عنده لتمام الركن وهو الرفع ولم يحصل بعده، فأما عند أبي يوسف فقد حصل قبل هذه العوارض والعبرة عنده للوضع فينبغي أن لا يفسدها. وفي
***
[٢١٠]
الخانية: إنها تفسد على ظاهر الجواب اتفاقا إلا أنه لا وضوء عليه في القهقهة، وكذا محاذاة المرأة لا تفسدها كما في صلاة الجنازة، ولو نام فيها لا تنتقض طهارته كالصلبية على الصحيح وسيأتي بقية أحكامها. قوله: (تجب بأربع عشرة آية) أي تجب سجدة التلاوة بسبب تلاوة آية من أربع عشرة آية في أربع عشرة سورة وهي الاعراف في آخرها، والرعد، والنحل، وبني اسرائيل، ومريم، والاولى من الحج. والفرقان، والنمل، وألم تنزيل، وص، وحم السجدة، والنجم، والانشقاق، والعلق. هكذا كتب في مصحف عثمان وهو المعتمد فهي أربع في النصف الاول وعشر في النصف الآخر. وإنما كانت واجبة لقوله عليه الصلاة والسلام السجدة على من سمعها (١) وعلى للالزام. ولما رواه مسلم عن أبي هريرة في الايمان يرفعه إذا قرأ ابن آدم السجدة اعتزل الشيطان يبكي يقول يا ويله أمر ابن آدم بالسجود فسجد فله الجنة، وأمرت بالسجود فامتنعت فلي النار (١) والاصل أن الحكيم إذا حكى عن غير الحكيم كلاما ولم يعقبه بالانكار كان دليل صحته. فهذا ظاهر في الوجوب مع أن آي السجدة تفيده أيضا لانها ثلاثة أقسام: قسم فيه الامر الصريح به، وقسم تضمن حكاية استنكاف الكفرة حيث امرو به وقسم فيه حكاية فعل الانبياء السجود. وكل من الامتثال والاقتداء ومخالفة الكفرة واجب إلا أن يدل دليل في معين على عدم لزومه لكن دلالتها فيه ظنية فكان الثابت الوجوب لا الفرض، والاتفاق على أن ثبوتها على المكلفين مقيد بالتلاوة لا مطلقا فلزم كذلك. ثم هي واجبة على التراخي إن لم تكن صلاتية لان دلائل الوجوب مطلقة عن تعيين الوقت فيجب في
***
[٢١١]
جزء من الوقت غير عين ويتعين ذلك بتعيينه فعلا. وإنما يتضيق عليه الوجوب في آخر عمره كما في سائر الواجبات الموسعة، وأما المتلوة في الصلاة فإنها تجب على سبيل التضييق لقيام دليل التضييق وهو أنها وجبت بما هو من أفعال الصلاة وهو القراءة فالتحقت بأفوالها وصارت جزءا من أجزائها، ولهذا قلنا: إذا تلا آية السجدة ولم يسجد ولم يركع حتى طالت القراءة ثم ركع ونوى السجدة لم تجز، وكذا إذا نواها في السجدة الصلبية لانها صارت دينا والدين يقضي بماله لا بما عليه. وأما بيان من تجب عليه فكل من كان أهلا لوجوب الصلاة عليه إما أداء أو قضاء فهو من أهل وجوب السجدة عليه ومن لا فلا، لان السجدة جزء من أجزاء الصلاة فيشترط لوجوبها أهلية وجوب الصلاة من الاسلام والعقل والبلوغ والطهارة من الحيض والنفاس حتى لا تجب على كافر وصبي ومجنون وحائض ونفساء، قرؤا أو سمعوا. وتجب على المحدث والجنب، وكذا تجب على السامع بتلاوة هؤلاء إلا المجنون لعدم أهليته لانعدام التمييز كالسماع من الصدى. كذا في البدائع. والصدى ما يعارض الصوت في الاماكن الخالية، وفي القنية: ولا يجب على المحتضر الايصاء بسجدة التلاوة، وقيل يجب ولا تجب نية التعيين في السجدات اه‍. وفي التجنيس: وهل يكره تأخيرها عن وقت القراءة ذكر في بعض المواضع أنه إذا قرأها في الصلاة فتأخيرها مكروه، وإن قرأها خارج الصلاة لا يكره تأخيرها، وذكر الطحاوي أن تأخيرها مكروه مطلقا وهو الاصح ا ه‍. وهي كراهة تنزيهية في غير الصلاتية لانها لو كانت تحريمية لكان وجوبها على الفور وليس كذلك.
***
[٢١٢]
قوله: (منها أولى الحج وص) ذكرهما للاختلاف فيهما فقد نفى الشافعي السجود في ص ولم يخص الاولى من الحج بل قال: إن الثانية منها أيضا فهي عنده أيضا أربع عشرة آية. ونفى مالك السجود في المفصل، وبيان الحجج معلوم في المطولات ولسنا إلا بصدد تحرير المذهب غالبا. وفي التجنيس: التالي والسامع ينظر كل واحد منهما إلى اعتقاد نفسه كالسجدة الثانية في سورة الحج ليس بموضع السجود عندنا، وعند الشافعي هو موضع السجدة لان السامع ليس بتابع للتالي تحقيقا حتى يلزمه العمل برأيه لان لا شركة بينهما ا ه‍. ثم في سورة حم السجدة عندنا السجدة عند قوله * (وهم لا يسأمون) * (فصلت: ٣٨) وهو مذهب عبد الله بن عباس ووائل بن حجر،

وعند الشافعي عند قوله * (إن كنتم إياه تعبدون) * (فصلت: ٣٧) وهو مذهب علي ومروي عن ابن مسعود وابن عمر. ورجح أئمتنا الاول أخذا بالاحتياط عند اختلاف مذاهب الصحابة فإن السجدة لو وجبت عند قوله تعبدون فالتأخير إلى قوله لا يسأمون لا يضر ويخرج عن الواجب، ولو وجبت عند قوله * (لا يسأمون) * لكانت السجدة المؤداة قبله حاصلة قبل وجوبها ووجود سبب وجوبها فيوجب نقصانا في الصلاة لو كانت صلاتية ولا نقص فيما قلنا أصلا، وهذا هو أمارة التبحر في الفقه. كذا في البدائع. قوله: (على من تلا ولو إماما أو سمع ولو غير قاصد أو مؤتما لا بتلاوته) بيان لسببها وهو أحد ثلاثة: التلاوة ولو لم يوجد السماع كتلاوة الاصم والسماع بتلاوة وغيره، والاقتداء بإمام تلاها وإن لم يسمع المأموم تبعا لامامه بأن قرأ الامام سرا أو لم يكن حاضرا عند القراءة واقتدى به قبل أن يسجد لها، ولذا قالوا: إن الابكم إذا رأى قوما يسجدون لا يجب عليه السجود لانه لم يقرأ ولم يسمع. والمصنف جعل المؤتم معطوفا على غير قاصد فأفاد أن المؤتم يلزمه بسماعه وليس كذلك، وإنما يلزمه باقتدائه وإن لم يسمع، فلو قال المصنف أو اقتدى معطوفا على تلا لكان أولى كما لا يخفى. فقد قال في المجتبى: الموجب لها أحد ثلاثة: التلاوة والسماع والائتمام وإنما قال ولو إماما لما أن المنقول في البدائع أنه يكره للامام أن يتلو آية السجدة في صلاة يخافت فيها بالقراءة فإنه لا ينفك عن مكروه من ترك السجدة إن لم يسجد أو التلبيس على القوم إن سجد ا ه. وكذا لا ينبغي أن لا يقرأها في الجمعة والعيدين لما ذكرنا كما في السراج الوهاج فربما يتوهم من ذلك عدم وجوبها على الامام فصرح به نفيا له، وقد قدمنا شرائط الوجوب على التالي والسامع. وصحح المصنف في الكافي أن السبب

***

[٢١٣]

في حق السامع التلاوة والسماع شرط وسنحققه من بعد إن شاء الله تعالى. وأطلق في التلاوة والسماع فشمل ما إذا كانت التلاوة بالعربية أالفارسية وهو في التالي بالاتفاق فهم أو لم يفهم، وفي السامع عند أبي حنيفة بعد أن أخبر أنها آية السجدة، وعندهما إن كان السامع يعلم أنه يقرأ القرآن فعليه السجدة وإلا فلا. وفي البدائع: وهذا غير سديد لانهما إن جعلا الفارسية قرآنا لزم الوجوب مطلقا كالعربية، وإن لم يجعلاها قرآنا لم يجب وإن فهم. وأطلق في السماع فشمل السامع ممن تجب عليه الصلاة أو لا إلا المجنون كما قدمناه، وكذا الطير على المختار وإن سمعها من نائم اختلفوا فيه، والصحيح هو الوجوب. كذا في الخانية. وفي شرح المجمع: لو قرأها السكران تجب عليه وعلى من سمعها منه لان عقله اعتبر ثابتا زجرا له. وأفاد بقوله لا بتلاوته أنه لا يجب على المأموم بتلاوته ولا على السامع منه، وأطلقه فشمل عدم السجود في الصلاة وبعد الفراغ عندهما. وقال محمد: يسجدونها إذا فرغوا لان السبب قد تقرر ولا مانع بخلاف حالة الصلاة لانه يؤدي إلى خلاف موضوع الامامة لو تابعه الامام أو التلاوة لو تابعه المؤتم. ولهما: المقتدي محجور عن القراءة لنفاذ تصرف الامام عليه وتصرف المحجور لا حكم له بخلاف الجنب والحائض لانهما منهيان عن القراءة إلا أنه لا يجب على الحائض بتلاوتها كما لا يجب بسماعها لانعدام أهلية الصلاة بخلاف الجنب. وشمل أيضا من سمعها من المؤتم وليس في الصلاة وهو قول البعض، وصحح في الهداية الوجوب لان الحجر ثبت في حقهم فلا يعدوهم. وتعقبه في غاية البيان بأنه لما علم أن هذا الشخص محجور عليه وجب عليه أن يقول بعدم وجوب السجود على السامع خارج الصلاة لانه قد ثبت من أصولنا أن تصرف المحجور لا حكم له ا ه. وهو مردود لان تصرف المحجور لغيره صحيح كالصبي إذ حجر عليه يظهر في حقه لا في حق غيره حتى يصح تصرفه لغيره. وذكر الشارح: ولو تلا آية السجدة في الركوع أو السجود أو

***

[٢١٤]

التشهد لا يلزم السجود للحجر عن القراءة فيه قال المرغيناني، وعندي أنها تجب وتتأدي فيه ا ه. وذكر في المجتبى في الفرق بين الجنب والحائض وبين المقتدي أن القدر الذي يجب به السجدة مباح لهما على الاصح دون المقتدي. قوله (ولو سمعها المصلي من غيره سجد بعد الصلاة) لتحقق سببها وهو السماع. قيد بقوله بعد الصلاة لانه لا يسجدها فيها لانها ليست بصلاتية لان سماعه هذه السجدة ليس من أفعال الصلاة فيكون إدخالها فيها منهيا عنه لان المصلي عند اشتغاله بسجدة التلاوة كان مأمورا بإتمام ركن هو فيه أو بانتقال إلى ركن آخر فيكون منهيا عن هذه السجدة. فإن قيل: يجب أن يسجدها قبل الفراغ لان سبب الوجوب السماع وهو وجد في الصلاة. قلنا: نعم وجد فيها لكنه حصل بناء على التلاوة والتلاوة حصلت خارج الصلاة فتؤدى خارجها. قوله (ولو سجد فيها أعادها لا الصلاة)

أي أعاد السجدة ولا يلزمه إعادة الصلاة لانها ناقصة للنهي فلا يتأدى بها الكامل، وهذا لان حكم هذه التلاوة مؤخر إلى ما بعد الفراغ عن الصلاة فلا تصير سببا إلا بعده فلا يجوز تقديمه على سببه بخلاف ما لو تلاها في الاوقات المكروهة حيث يجوز أداؤها فيها وإن كانت ناقصة لتحقق السبب للحال. ومحل إعادتها ما إذا لم يقرأها المصلي السامع غير المؤتم، وأما إن قرأها وسجد لها فيها فإنه لا إعادة عليه، أما إن كانت تلاوتها سابقة على سماعها فهو ظاهر الرواية لان التلاوة الاولى من أفعال صلاته والثانية لا، فحصلت الثانية تكرارا للاولى من حيث الاصل والاولى باقية فجعل وصف الاولى للثانية فصارت من الصلاة فيكتفي بسجدة واحدة. وإن سمعها أولا من أجنبي ثم تلاها المصلي وسجد لها فيها ففيه روايتان، وجزم في السراج الوهاج بأنه لا يعيدها. ولو تلاها وسجد لها

***

[٢١٥]

ثم أحدث فذهب وتوضأ ثم عاد إلى مكانه وبنى على صلاته ثم قرأ ذلك الاجنبي تلك الآية، فعلى هذا المصلي أن يسجدها إذا فرغ من صلاته لانه تحول عن مكانه فسمع الثانية بعدما تبدل المجلس. فرق بين هذا وبين ما إذا قرأ آية سجدة ثم سبقه الحدث فذهب وتوضأ ثم جاء وقرأ مرة أخرى لا تلزمه سجدة وإن قرأ الثانية بعدما تبدل المكان، والفرق أن في المسألة الاولى المكان قد تبدل حقيقة وحكما، أما الحقيقة فظاهر، وأما الحكم فلان السماع ليس من أفعالها بخلاف الثانية. وتمامه في البدائع. وإنما لم يعد الصلاة لان زيادة ما دون الركعة لا يفسدها. وقيده في التجنيس والمجتبى والولوالجية بأن لا يتابع المصلي السامع القارئ فإن سجد القارئ فتابعه المصلي فيها فسدت صلاته للمتابعة ولا تجزئه السجدة عما سمع اه‍. وقد قدمنا أن زيادة سجدة واحدة بنية المتابعة لغير إمامه مبطلة لصلاته. وفي النوادر: ولو قرأ الامام السجدة فظن القوم أنه ركع فبعضهم ركع وبعضهم ركع وسجد سجدة وبعضهم ركع وسجد سجدتين، فمن ركع ولم يسجد يرفض ركوعه ويسجد للتلاوة، ومن ركع وسجد فصلاته تامة وسجدته تجزئه عن سجدة التلاوة، ومن ركع وسجد سجدتين فصلاته فاسدة لانه انفرد بركعة واحدة تامة اه‍. وذكر في الخلاصة في مسألة الكتاب لا تفسد صلاته هو الصحيح بناء على أن زيادة سجدة واحدة ساهيا أو سجدتين لا تفسد صلاته بالاجماع، وإن كان عمدا فكذلك. وإن ذكر في الجامع الصغير أنه يفسد عند محمد وذلك ليس بصحيح. ذكره الصدر الشهيد في المبسوط اه‍. قوله (ولو سمع من إمام فأتم به قبل أن يسجد سجد معه وبعده لا) أي لو ائتم به بعد أن سجدها الامام لا يسجدها لانه في الاول تابع له فيسجد معه وإن لم يسمع، وفي الثاني صار مدركا لها بإدراك تلك الركعة كمن أدرك الامام في ركوع ثالثة الوتر فإنه لا يقنت فيما يأتي به بعد فراغ الامام. قيد بقوله سجد معه لان الامام لو لم يسجد لا يسجد المأموم وإن سمعها لانه إن سجدها في الصلاة وحده صار مخالف إمامه، وإن سجد بعد الفراغ وهي صلاتية لا تقضى خارجها. وأطلق في قوله وبعده لا فشمل ما إذا دخل معه في الركعة الثانية وفيه اختلاف، وظاهر الهداية يقتضي أن يسجد لها بعد الفراغ لانه لما لم يدرك ركعه التلاوة لم يصر مدركا لها وليست صلاتية فيقضي خارجها، وقيل هي صلاتية فلا تقضى خارجها قوله (وإن لم يقتد سجدها) لتقرر السبب في حقه وعدم المانع. قوله (ولم تقض الصلاتية خارجها) أي خارج الصلاة لان السجد المتلوة في الصلاة أفضل من غيرها لان قراءة القرآن في الصلاة أفضل منها في غيرهما فلم يجز أداؤها خارج الصلاة لان الكامل لا يتأدى بالناقص. وهذا إذا لم تفسد الصلاة، أما إن تلاها في الصلاة ولم يسجد ثم فسدت الصلاة فعليه السجدة خارجها لانها لما فسدت بقي مجرد تلاوة فلم تكن صلاتية، ولو أداها فيها ثم فسدت لا يعيد السجدة لان بالمفسد لا يفسد جميع أجزاء الصلاة

***

[٢١٦]

وإنما يفسد الجزء المقارن فيمتنع البناء عليه. كذا في القنية. ويستثنى من فسادها ما إذا فسدت بالحيض. قال في الخلاصة: المرأة إذا قرأت آية السجدة في صلاتها فلم تسجد حتى حاضت تسقط عنها السجدة. وفي فتح القدير: ثم صواب النسبة فيه صلوية برد ألفه واوا وحذف التاء وإذ كانوا قد حذفوها في نسبة المذكر إلى المؤنث كنسبة الرجل إلى بصرة مثلا فقالوا بصري لا بصرتي كيلا يجتمع تاءان في نسبة المؤنث فيقولون بصرتية فكيف بنسبة المؤنث إلى المؤنث اه‍. وفي العناية: إنه خطأ مستعمل وهو عند الفقهاء خير من صواب نادر انتهى. ثم مقتضى قواعدهم أنه إذا لم يسجد في الصلاة حتى فرغ فإنه يأثم لانه لم يؤد الواجب ولم يمكن قضاؤها لما ذكرنا، وهذا متن الواجبات الذي إذا فات وقته تقرر الاثم على المكلف والمخرج له عنه التوبة كسائر الذنوب، وإياك أن تفهم من قولهم بسقوطها

عدم الاثم فإنه خطأ فاحش كما رأيت بعضهم يقع فيه. ثم رأيت بعد ذلك التصريح به في البدائع قال: وإذا لم يسجد لم يبق عليه إلا الاثم، ومحل سقوطها ما إذا لم يركع لصلاته ولم يسجد لها صلبية، أما إن ركع أو سجد صلبية فإنه ينوب عنها إذا كان على الفور ولم يذكره المصنف رحمه الله. وحاصله على ما ذهب إليه الاصوليون أن الركوع ينوب عن سجدة التلاوة قياسا لما فيه من معنى الخضوع ولا ينوب استحسانا لانه خلاف المأمور به. وقدم القياس هنا على الاستحسان لقوة أثره الباطن وعكسه في المجتبى فقال: تلاها وركع للتلاوة مكان السجود يجزئه قياسا لا استحسانا، والاصح أنه يجزئه استحسانا لا قياسا وبه قال علماؤنا اه. ووجه الاصح أن القياس لا يقتضي عدم جوازه لانه الامر الظاهر بالسجود والركوع خلاف السجود، ولكن الحق الاول لتصريح محمد به فإنه قال في الكتاب: فإن أراد أن يركع بالسجدة نفسها هل يجزئه ذلك قال: أما في القياس فالركوع في ذلك والسجدة سواء لان كل ذلك صلاة، وأما في الاستحسان فينبغي له أن يسجد وبالقياس نأخذ اه. وحاصله على ما ذكره الفقهاء كما في البدائع ملخصا أن المتلوة خارج الصلاة تؤدى على نعت سجدات الصلاة والمتلوة في الصلاة الافضل أن يسجد لها ثم إذا سجد وقام يكره له أن يركع كما رفع رأسه، سواء كان آية السجدة في وسط السورة أو عند ختمها. وبقي بعدها إلى الختم قدر آيتين أو ثلاث فينبغي أن يقرأ ثم يركع فينظر إن كانت الآية في الوسط فإنه ينبغي أن يختمها ثم يركع، وإن كانت

***

[٢١٧]

عند الختم فينبغي أن يقرأ آيات من سورة أخرى ثم يركع، وإن كان بقي إلى الختم قدر آيتين أو ثلاث كما في بني إسرائيل * (وإذا السماء انشقت) * ينبغي أن يقرأ بقية السورة ثم يركع، فإن وصل إليها سورة أخرى فهو أفضل، ولو لم يسجد وإنما ركع ذكر في الاصل أن القياس أنهما سواء، والاستحسان أنه لا يجزئه وبالقياس نأخذ. والتفاوت ما بينهما أن ما ظهر من المعاني فقياس وما خفي فاستحسان ولا ترجيح في الخفي لخفائه ولا للظاهر لظهوره فيرجع إلى طلب الرجحان إلى ما اقترن بهما من المعاني، فمتى قوي الخفي أخذوا به، ومتى قوي الظاهر أخذوا به، وههنا قوي دليل القياس فأخذوا به لما روي عن ابن مسعود وابن عمر أنهما أجازا أن يركع عن السجود في الصلاة ولم يرد عن غيرهما خلافه فكان كالاجماع. ثم اختلفوا في محل القياس والاستحسان، فذكر العامة أنه في إقامة الركوع مقام السجدة في الصلاة. وقال بعضهما: إنه خارج الصلاة بأن تلاها في غير الصلاة فركع وليس هذا بسديد بل لا يجزئه ذلك قياسا واستحسانا، لان الركوع خارج الصلاة لم يجعل قربة فلا ينوب مناب القربة. وعن محمد بن سلمة أن السجدة الصلبية هي التي تقوم مقام سجدة التلاوة لا الركوع. ويرده ما صرح به محمد في الكتاب كما أسلفناه. ولو لم يركع حتى طالت القراءة لم يجز وإن نواه عن السجدة، وكذا السجدة الصلبية لا تنوب عنها إذا طالت القراءة لانها صارت دينا لوجوبها مضيقا والدين يقضي بما له لا بما عليه، والركوع والسجود عليه فلا يتأدى به الدين. وإذا لم تطل القراءة لا يحتاج الركوع أو السجدة الصلبية في إقامتهما عن سجود التلاوة إلى النية فالفرض ينوب عن تحية المسجد وإن لم ينو، ومن المشايخ من قال: يحتاج إلى النية. وذكر الاسبيجابي أنه لو لم توجد النية منه عند الركوع لا يجزئه، ولو نوى في الركوع فيه قولان، ولو نوى بعد رفع الرأس منه لا يجوز بالاجماع، وأكثر المشايخ لم يقدروا لطول القراءة شيئا فكان الظاهر أنهم فوضوا ذلك إلى رأي المجتهد. وبعضهم قالوا: إن قرأ آية أو آيتيلم تطل، وإن قرأ ثلاثا طالت وصارت بمحل القضاء، والظاهر أن الثلاثة لا تعدم الفور اه. واختار قاضيخان أن الركوع خارج الصلاة ينوب عنها. وفي المجتبى: وإنما ينوب الركوع عنها بشرطين: أحدهما النية، والثاني أن لا يتخلل بين التلاوة والركوع ثلاث آيات إلا إذا كانت الآيات الثلاث من آخر السورة ك‍" بني إسرائيل * (وإذا السماء انشقت) * اه. واختلف فيما إذا ركع على الفور للصلاة وسجد هل المجزئ عن سجدة التلاوة الركوع أو

***

[٢١٨]

السجود؟ فقيل الركوع لانه أقرب، وقيل السجود لان الركوع بدون النية لا يجزئ وفي السجود اختلاف، وفائدته تظهر فيما إذا تلا الفاتحة وعشرين آية مثلا آخرها آية السجدة وركع عقبها ثم رفع رأسه وقرأ عشر آيات مثلا ثم سجد ولم يكن نواها في الركوع يجب عليه سجدة التلاوة على حدة، أما إذا سجد عقب الركوع فإنه خرج عن العهدة لا محالة في ظاهر الرواية نواها في الركوع أولم ينو اه. وفي

القنية: ولو نواها في الركوع عقب التلاوة ولم ينوها المقتدي لا ينوب عنه ويسجد إذا سلم الامام ويعيد القعدة ولو تركها تفسد صلاته اهـ. ثم قال: السجود أولى من الركوع لها في صلاة الجهر دون المخافته. وقيد المصنف بكونها لا تقضى خارجها لانه لو أخرها من ركعة إلى ركعة فإنها تقضى ما دام في الصلاة لان الصلاة واحدة لكن لا يلزم جواز التأخير، بل المراد الاجزاء لما في البدائع من أنها واجبة على الفور وأنه إذا أخرها حتى طالت القراءة تصير قضاء ويأثم لان هذه السجدة صارت من أفعال الصلاة ملحقة بنفس التلاوة، ولذا فعلت فيها مع أنها ليست من أصل الصلاة بل زائدة بخلاف غير الصلاتية فإنها واجبة على التراخي على ما هو المختار اهـ.

***

[٢١٩]

قوله (ولو تلاها خارج الصلاة فسجد وأعادها فيها) أي أعاد تلاوتها في الصلاة (سجد أخرى) لان الصلاتية أقوى فلا تكون تبعا للاضعف قوله (وإن لم يسجد أولا كفته واحدة) وهي صلاتية تنوب عنها وعن الخارجية لان المجلس متحد والصلاتية أقوى فصارت الاولى تبعا لها، فلو لم يسجد في الصلاة سقطتا لان الخارجية أخذت حكم الصلاتية فسقطت تبعا لها. أراد بالاكتفاء أن يكون بشرط اتحاد المجلس فإن تبدل مجلس التلاوة مع مجلس الصلاة فلكل سجدة. وإنما أفردها بالذكر مع دخولها تحت قوله كمن كررها في مجلس لا في مجلسين لمخالفتها لها في أنه إذا سجد للخارجية لا تكفي عن الصلاتية بخلاف ما إذا لم تكن صلاتية وسجد للاولى ثم أعادها فإن السجدة السابقة تكفي. والحاصل أنه يجب التداخل في هذه على وجه تكون الثانية مستتبعة للاولى إن لم يسجد للاولى لان اتحاد المجلس يوجب التداخل، وكون الثانية قوية منع من جعل الاولى مستتبعة إذ استتباع الضعيف للقوي عكس المعقول ونقض للاصول فوجب التداخل على الوجه المذكور. وأشار إلى أنه لو تلاها المصلي بعدما سمعها من غيره مرة أو مرارا تكفيه سجدة واحدة. وقيد بكون الاولى تلاها خارج الصلاة لانه لو قرأها في الصلاة أولا ثم سلم فأعادها في مكانه ذكر في كتاب الصلاة أنه يلزمه أخرى لان المتلوة في الصلاة لا وجود لها لا حقيقة ولا حكما، والموجود هو الذي يستتبع دون المعدوم بخلاف ما إذا كانت الاولى خارجة فإنها باقية بعد

***

[٢٢٠]

التلاوة حكما. وذكر في النوادر أنه لا يلزمه. ووفق الزاهد السرخسي بينهما بحمل الاولى على ما إذا أعادها بعد الكلام، وحمل الثاني على ما إذا كان قبله، فلو لم يسجدها في الصلاة حتى سجدها الآن قال في الاصل: أجزأه ههنا وهو محمول على ما إذا أعادها بعد السلام قبل الكلام لانه لم يخرج عن حرمة الصلاة فكأنه كررها في الصلاة وسجد إذ لا يستقيم هذا الجواب فيما إذا أعادها بعد الكلام لان الصلاتية قد سقطت عنه بالكلام. كذا في البدائع وصحح التوفيق في المحيط، وهذا يفيد أن الصلاتية تقضى بعد السلام قبل أن يتكلم وإن لم يأت بمناف لحرمتها فينبغي أن يقيد قولهم الصلاتية لا تقضى خارجها بهذا وأن يراد بالخارج الخارج عن حرمتها. قوله (كمن كررها في مجلس لا في مجلسين) فإنه يكفيه واحدة في الاول دون الثاني والاصل فيه ما روي أن جبريل عليه السلام كان ينزل بالوحي فيقرأ آية السجدة على رسول الله صلى الله عليه وسلم ورسول الله كان يسمع ويتلقن ثم يقرأ على أصحابه وكان لا يسجد إلا مرة واحدة، وهو مروي عن عدة من الصحابة ولان المجلس جامع المتفرقات ولان في إيجاب السجدة لكل تلاوة حرجا خصوصا للمعلمين والمتعلمين وهو منفي بالنص. قيد بسجدة التلاوة لان الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم بأن سمعه أو ذكره في مجلس واحد مرارا فيها اختلاف، فبعضهم قاسها عليها، وبعضهم منعه وأوجبها لكل مرة لانه من حقوق العباد ولا تداخل فيها وهو جفاء له كما ورد في الحديث وقدمنا ترجيحه. وأما تشميت من عطس في مجلس واحد مرارا فأوجبه بعضهم كل مرة والصحيح أنه إن زاد على الثلاث لا يشمت لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال للعاطس في مجلسه بعد الثلاث قم فانتثر فإنك مزكوم. وفي المجتبى: ولا خلاف في وجوب تعظيم اسمه تعالى عند ذكره في كل مرة، وأطلقه فشمل ما إذا تلا مرارا ثم سجد وما إذا تلا وسجد ثم تلا بعده مرارا في مجلس واحد وهو تداخل في السبب دون الحكم ومعناه أن يجعل التلاوة المتعددة كتلاوة واحدة تكون الواحدة منها سببا والباقي تبع لها وهو أليق بالعبادات إذ السبب متى تحقق لا يجوز ترك حكمه، ولهذا يحكم بوجوبها في موضع الاحتياط حتى تبرأ ذمته بيقين، والتداخل في الحكم أليق في العقوبات لانها شرعت للزجر فهو ينزجر بواحدة فيحصل المقصود فلا حاجة إلى الثانية. والفرق بينهما أن التداخل في

السبب ينوب فيه الواحدة عما قبلها وعما بعدها، وفي التداخل في الحكم لا تنوب إلا عما قبلها حتى لو زنا ثم زنا في المجلس يحد ثانيا بخلاف حد القذف إذا أقيم مرة ثم قذفه مرارا

***

[٢٢١]

لم يحد لان العار قد اندفع بالاول لظهور كذبه. وقيد بكون الآية واحدة لان من قرأ القرآن كله في مجلس واحد لزمه أربع عشرة سجدة لان المجلس لا يجعل الكلما ت المختلفة الجنس بمنزلة كلام واحد كمن أقر لانسان بألف درهم ولآخر بمائه دينار ولعبده بالعتق لا يجعل المجلس الواحد الكل إقرارا واحدا، وكذا الحرج منتف. وأطلق في المجلس فشمل ما إذا طال فإنه لا يتبدل به حتى لو تلاها في الجامع في زاوية ثم تلاها في زاوية أخرى لا يجب عليه إلا سجدة واحدة، وكذلك حكم السماع، وكذلك البيت والمحمل والسفينة في حكم التلاوة والسماع، سواء كانت السفينة واقفة أو جارية، وكذلك لا يختلف بمجرد القيام ولا بخطوة وخطوتين وكلمة أو كلمتين ولا بلقمة أو لقمتين بخلاف ما إذا كان كثيرا وبخلاف ما إذا نام مضطجعا أو باع ونحوه فإنه يتبدل المجلس، وكذا لو أرضعت صبيا. وكل عمل يعلم أنه قطع للمجلس بخلاف التسبيح ونحوه فإنه ليس بقاطع كالنوم قاعدا. وفي الدوس وتسدية الثوب ورحا الطحن والانتقال من غصن إلى غصن والسبح في نهر أو حوض يتكرر على الاصح، ولو كررها راكبا على الدابة وهي تسير يتكرر إلا إذا كان في الصلاة لان الصلاة جامعة للاماكن إذ الحكم بصحة الصلاة دليل اتحاد المكان. قالوا: إذا كان معه غلام يمشي وهو في الصلاة راكبا وكررها تكرر الوجوب على الغلام دون الراكب. وهذا إذا كان في ركعة واحدة، وأما إذا كان كررها في ركعتين فالقياس أن تكفيه واحدة وهو قول أبي يوسف الاخير، وفي الاستحسان أن يلزمه لكل تلاوة سجدة وهو قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد. وهذه المسائل الثلاث التي رجع فيها أبو يوسف عن الاستحسان إلى القياس: إحداها هذه، والثانية أن الرهن بمهر المثل لا يكون رهنا بالمتعة قياسا وهو قول أبي يوسف الاخير، وفي الاستحسان أن يكون رهنا بها وهو قوله الاول وقول

***

[٢٢٢]

محمد. والثالثة إذا جنى العبد جناية فيما دون النفس واختار المولى الفداء ثم مات المجني عليه، القياس أن يخير المولى ثانيا وهو قوله الاخير وفي الاستحسان لا يخير وهو قوله الاول وقول محمد. وعلى هذا الخلاف إذا صلى على الارض وقرأ آية السجدة في ركعتين لو سمعها المصلي الراكب من رجل ثم سارت الدابة ثم سمعها ثانيا عليه سجدتان هو الصحيح لانها ليست بصلاتية، ولو سارت الدابة ثم نزل فتلاها أخرى يلزمه أخرى. كذا في المحيط. وفي فتح القدير: واعلم أن تكرار الوجوب في التسدية بناء على المعتاد في بلادهم من أنها أن يغرس الحائك خشبات يسوي فيها السدى ذاهبا وآيبا، أما على ما هي ببلاد الاسكندرية وغيرها بأن يديرها على دائرة عظمي وهو جالس في مكان واحد فلا يتكرر الوجوب اه. فالحاصل أن اختلاف المجلس حقيقي باختلاف المكان وحكمي باختلاف الفعل، ولو تبدل مجلس السامع دون التالي تكرر الوجوب على السامع واختلفوا في عكسه والاصح أنه لا يتكرر على السامعلان السبب في حقه التلاوة والسماع شرط يتكرر الوجوب عليه لان الحكم يضاف إلى السبب لا الشرط. وإنما تكرر الوجوب عليه في المسألة الاولى مع اتحاد مجلس السبب لان الشرع أبطل تعدد التلاوة المتكررة في حق التالي حكما لاتحاد مجلسه لا حقيقة فلم يظهر ذلك في حق السامع فاعتبرت حقيقة التعدد فتكرر الوجوب، فعلى هذا يتكرر على السامع، إما بتبدل مجلسه أو بتبدل مجلس التالي. وفي القنية: تلا آية السجدة ويريد أن يكررها للتعليم في المجلس فالاولى أن يبادر فيسجد ثم يكرر اه. وقد يقال: إن الاولى أن يكررها ثم يسجد آخرا لما أن بعضهم قال: إن التداخل في الحكم لا في السبب حتى لو سجد للاولى ثم أعادها لزمته أخرى كحد الشر ب والزنا. نقله في المجتبي. فالاحتياط على هذا التأخير كما لا يخفى. وفي القنية أيضا: ولو صليا على الدابة فقرأ أحدهما آية السجدة في الصلاة مرة والآخر في صلاته مرتين وسمع كلاهما من صاحبه، فعلى من تلاها مرتين سجدة واحدة خارج الصلاة وعلى صاحبه سجدتان اه. وقد يقال: بل الواجب على من تلاها مرتين سجدتان أيضا صلاتية بتلاوته

***

[٢٢٣]

وخارجية بتلاوة صاحبه. ثم رأيته بحمد الله تعالى في فتاوى قاضيخان أن على كل منهما سجدتين صلاتية بتلاوته وخارجية بسماعه من

صاحبه، وأطال الكلام في بيانه فراجعه. قوله (وكيفيته أن يسجد بشرائط الصلاة بين تكبيرتين بلا رفع يد وتشهد وتسليم) أي وكيفية السجود وقدمنا أنه يستثنى من شرائط الصلاة التحريمة. والمراد بالتكبيرتين تكبيرة الوضع وتكبيرة الرفع وكل منهما سنة كما صححه في البدائع لحديث أبي داود في السنن من فعله عليه الصلاة والسلام كذلك. وإنما لا يرفع يديه عند التكبيرة لان هذا التكبير مفعول لاجل الانحطاط لا للتحريمة كما في سجود الصلاة، وكذا التكبير للرفع كما في سجود الصلاة وهو المروي من فعله عليه السلام وابن مسعود من بعده. وإنما لا يتشهد ولا يسلم لانه للتحليل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي معدومة. واختلفوا فيما يقوله في هذه السجدة، والاصح أنه يقول سبحان ربي الاعلى ثلاثا كسجدة الصلاة ولا ينقص منها. وينبغي أن لا يكون ما صحح على عمومه فإن كانت السجدة في الصلاة، فإن كانت فريضة قال سبحان ربي الاعلى أو نفلا قال ما شاء مما ورد كسجد وجهي للذي خلقه إلى آخره. وقوله اللهم اكتب لي بها عندك أجرا، وضع عني بها وزرا، واجعلها لي عندك ذخرا، وتقبلها مني كما تقبلتها من عبدك داود وإن كان خارج الصلاة قال: كلما أثر من ذلك. كذا في فتح القدير. ومما يستحب لادائها أن يقوم فيسجد لان الخرور سقوط من القيام والقرآن ورد به وهو مروي عن عائشة رضي الله عنها وإن لم يفعل لم يضره. وما وقع في السراج الوهاج من أنه إذا كان قاعدا لا يقوم لها، فخلاف المذهب. وفي المضمرات: يستحب أن يقوم ويسجد ويقوم بعد رفع الرأس من السجدة ولا يقعد اه. والثاني غريب. وأفاد في القنية أنه يقوم لها وإن كانت كثيره وأراد أن يسجدها مترادفة، ومن المستحب أن يتقدم التالي ويصف القوم

***

[٢٢٤]

خلفه فيسجدون، ويستحب أن لا يرفع القوم رؤوسهم قبله وليس هو اقتداء حقيقة لانه لو فسدت سجد: الامام بسبب لا يتعدى إليهم. وفي المجتبى معزيا إلى شيخ الاسلام: لا يؤمر التالي بالتقديم ولا بالصف ولكنه يسجد ويسجدون معه حيث كانوا وكيف كانوا. وذكر أبو بكر أن المرأة تصلح إماما للرجل فيها اه. وفي السراج الوهاج: ثم إذا أراد السجود ينويها بقلبه ويقول بلسانه أسجد لله سجدة التلاوة الله أكبر كما يقول أصلي لله تعالى صلاة كذا. قوله (وكره أن يقرأ سورة ويدع آية السجدة لا عكسه) لانه يشبه الاستنكا ف عنها عمدا في الاول وفي الثاني مبادرا لها. قال محمد: وأحب إلى أن يقرأ قبلها آية أو آيتين. وذكر قاضيخان إن قرأ معها آية أو آيتين فهو أحب وهذا أعم من الاول لصدقه بما إذا قرأ بعدها آية أو آيتين بخلاف الاول، وعلله بقوله دفعا لوهم التفضيل أي تفضيل آي السجدة على غيرها إذ الكل من حيث إنه كلام الله تعالى في رتبة وإن كان لبعضها بسبب اشتماله على ذكر صفات الحق جل جلاله زيادة فضيلة باعتبار المذكور لا باعتباره من حيث هو قرآن. وفي الكافي: قيل من قرأ آي السجدة كلها في مجلس واحد وسجد لكل منها كفاه الله ما أهمه. وما ذكر في البدائع في كراهة ترك آية السجدة من سورة يقرأها لان فيه قطعا لنظم القرآن وتغييرا لتأليفه واتباع النظم والتأليف مأمور به قال الله تعالى * (فإذا قرأناه فاتبع قرآنه) * (القيامة: ١٨) أي تأليفه فكان التغيير مكروها يقتضي كراهة ذلك. كذا في فتح القدير. وأقول: وإن كان ذلك مقتضاه لكن صرح بعده في البدائع بخلافه فقال: ولو قرأ آية السجدة من بين

***

[٢٢٥]

السور لم يضره ذلك لانها من القرآن، وقراءة ما هو من القرآن طاعة كقراءة سورة من بين السور. وقيده قاضيخان بأن يكون في غير الصلاة فظاهر أنه لو كان في الصلاة كره فهو مقيد لقوله لا عكسه. ثم قال في البدائع: ولو قرأ آية السجدة وعنده ناس فإن كانوا متوضئين متأهبين للسجدة قرأها جهرا، وإن كانوا غير متأهبين ينبغي أن يخفض قراءته لانه لو جهر بها لصار موجبا عليهم شيئا ربما يتكاسلون عن أدائه فيقعون في المعصية اه. وذكر الشارح: ولو قرأ آية السجدة إلا الحرف الذي في آخرها لا يسجد، ولو قرأ الحرف الذي يسجد فيه وحده لا يسجد إلا أن يقرأ أكثر آية السجدة بحرف السجدة. وفي مختصر البحر: لو قرأ وسجد وسكت ولم يقرأ واقترب تلزمه السجدة اه. وفي فتاوى قاضيخان: رجل سمع آية السجدة من قوم من كل واحد منهم حرفا ليس عليه أن يسجد لانه لم يسمعها من تال والله سبحانه أعلم وبعباده أرحم. باب المسافر أي باب صلاة المسافر لان الكلام في أبواب الصلاة، ولا شك أن السفر عارض مكتسب كالتلاوة إلا أن التلاوة عارض هو عبادة في نفسه إلا بعارض بخلاف السفر إلا بعارض فلذا أخر هذا الباب عن ذاك. والسفر لغة قطع المسافة من غير تقدير بمدة لانه عبارة

***
[٢٢٦]
عن الظهور، ولهذا حمل أصحابنا رحمهم الله قوله صلى الله عليه وسلم ليس على الفقير والمسافر أضحية على الخروج من بلد أو قرية حتى سقط الاضحية بذلك القدر. كذا في المجتبى. وذكر في غاية البيان والسراج الوهاج أن من الاحكام التي تغيرت بالسفر الشرعي سقوط الاضحية وجعله كالقصر، وظاهره أنها لا تسقط إلا بالسفر الشرعي وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى في محله. والاضافة في صلاة المسافر إضافة الشئ إلى شرطه والفعل إلى فاعله قوله (من جاوز بيوت مصره مريدا سيرا وسطا ثلاثة أيام في بر أو بحر أو جبل قصر الفرض الرباعي) بيان للموضع الذي يبتدأ فيه القصر ولشرط القصر ومدته وحكمه. أما الاول فهو مجاوزة بيوت المصر لما صح عنه عليه السلام أنه قصر العصر بذي الحليفة. وعن علي أنه خرج من البصرة فصلى الظهر أربعا ثم قال: إنا لو جاوزنا هذا الخص لصلينا ركعتين. والخص بالخاء المعجمة والصاد المهملة بيت من قصب. كذا ضبطه في السراج الوهاج. ويدخل في بيوت المصر ربضه وهو ما حول المدينة من بيوت ومساكن، ويقال لحرم المسجد ربض أيضا. وظاهر كلام المصنف أنه لا يشترط مجاوزة القرية المتصلة بربض المصر وفيه اختلاف، وظاهر المجتبى ترجيح عدم الاشتراط وهو الذي يفيده كلام أصحاب المتون كالهداية أيضا. وجزم في فتح القدير بالاشتراط واعترض به على الهداية وصحح قاضيخان في فتاواه أنه لا بد من مجاوزة القرية المتصلة بربض المصر بخلاف القرية المتصلة بفناء المصر فإنه يعتبر مجاوزة الفناء لا القرية. ولم يذكر المصنف مجاوزة الفناء للاختلاف، وفصل قاضيخان في فتاواه فقال: إن كان بينه وبين المصر أقل من قدر غلوة ولم يكن بينهما مزرعة يعتبر مجاوزة الفناء أيضا، وإن كانت بينهما مزرعة أو كانت المسافة بينه وبين المصر قدر غلوة يعتبر مجاوزة عمران المصر اه‍. وأطلق في المجاوزة فانصرفت من الجانب الذي خرج منه ولا يعتبر مجاوزة محلة بحذائه من الجانب الآخر، فإن كانت في الجانب الذي خرج منه محلة منفصلة عن المصر وفي القديم كانت متصلة بالمصر لا يقصر الصلاة حتى يجاوز تلك المحلة. كذا في الخلاصة. وذكر في المجتبى أن قدر الغلوة ثلثمائة ذراع إلى أربعمائة وهو الاصح. وفي المحيط: وكذا إذا عاد من سفره إلى مصر لم يتم حتى يدخل العمران. وأما الثاني فهو أن يقصد مسيرة ثلاثة أيام فلو طاف الدنيا من غير قصد إلى قطع مسيرة
***
[٢٢٧]
ثلاثة أيام لا يترخص، وعلى هذا قالوا: أمير خرج مع جيشه في طلب العدو ولم يعلم أين يدركهم فإنهم يصلون صلاة الاقامة في الذهاب وإن طالت المدة، وكذلك المكث في ذلك الموضع، أما في الرجوع فإن كانت مدة سفر قصروا وعلى اعتبار القصد تفرع في صبي ونصراني خرجا قاصدين مسيرة ثلاثة أيام ففي أثنائها بلغ الصبي وأسلم الكافر، يقصر الذي أسلم فيما بقي ويتم الذي بلغ لعدم صحة القصد والنية من الصبي حين أنشأ السفر بخلاف النصراني والباقي بعد صحة النية أقل من ثلاثة أيام وسيأتي أيضا. وإنما اكتفى بالنية في الاقامة واشترط العمل معها في السفر لما أن في السفر الحاجة إلى الفعل وهو لا يكفيه مجرد النية ما لم يقارنها عمل من ركوب أو مشي كالصائم إذا نوى الافطار لا يكون مفطرا ما لم يفطر، وفي الاقامة الحاجة إلى ترك الفعل وفي الترك يكفي مجرد النية كعبد التجارة إذا نواه للخدمة. وأشار المصنف إلى أن النية لا بد أن تكون قبل الصلاة ولذا قال في التجنيس: إذا افتتح الصلاة في السفينة حال إقامته في طرف البحر فنقلها الريح وهو في السفينة ونوى السفر يتم صلاة المقيم عند أبي يوسف خلافا لمحمد لانه اجتمع في هذه الصلاة ما يوجب الاربع وما يمنع فرجحنا ما يوجب الاربع احتياطا اه‍. وفيه أيضا: ومن حمل غيره ليذهب معه والمحمول لا يدري أين يذهب معه فإنه يتم الصلاة حتى يسير ثلاثا لانه لم يظهر المغير، وإذا سار ثلاثا فحينئذ قصر لانه وجب عليه القصر من حين حمله، ولو كان صلى ركعتين من يوم حمل وسار به مسيرة ثلاثة أيام فإن صلاته تجزئه، وإن سار به أقل من مسيرة ثلاثة أيام أعاد كل صلاة صلاها ركعتين لانه تبين أنه صلى صلاة المسافرين وهو مقيم وفي الوجه الاول تبين أنه مسافر اه‍. ففي هذه المسألة يكون مسافرا بغير قصد وهو غير مشكل لما سيأتي أن الاعتبار بنية المتبوع لا التابع. وأما التقدير بثلاثة أيام فهو ظاهر المذهب وهو الصحيح لاشارة قوله صلى الله عليه وسلم يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام (١) عم الرخصة الجنس ومن ضرورته عموم التقدير وتمام تحقيقه في فتح القدير. والمراد باليوم النهار دون الليل لان الليل

***
[٢٢٨]
للاستراحة فلا يعتبر، والمراد ثلاثة أيام من أقصر أيام السنة. وهل يشترط سفر كل يوم إلى الليل؟ اختلفوا فيه والصحيح أنه لا يشترط حتى لو بكر في اليوم الاول ومشى إلى الزوال ثم في اليوم الثاني كذلك، ثم في اليوم الثالث كذلك فإنه يصير مسافرا لان المسافر لا بد له من النزول لاستراحة نفسه ودابته فلا يشترط أن يسافر من الفجر إلى الفجر لان الآدمي لا يطيق ذلك، وكذلك الدواب فألحقت مدة الاستراحة بمدة السفر لاجل الضرورة. كذا في السراج الوهاج. وبه اندفع ما في فتح القدير لان أقل اليوم إذا كان ملحقا بأكثره للضرورة لم يكن فيه مخالفة للحديث المفيد للثلاثة كما أن الليل للاستراحة وهو مذكور في الحديث. وأشار المصنف إلى أنه لا اعتبار بالفراسخ وهو الصحيح لان الطريق لو كان وعرا بحيث يقطع في ثلاثة أيام أقل من خمسة عشر فرسخا قصر بالنص، وعلى التقدير بها لا يقصر فيعارض النص فلا يعتبر سوى سير الثلاثة. وفي النهاية: الفتوى على اعتبار ثمانية عشر فرسخا. وفي المجتبى: فتوى أكثر أئمة خوارزم على خمسة عشر فرسخا اه. وأنا أتعجب من فتواهم في هذا وأمثاله بما يخالف مذهب الامام خصوصا المخالف للنص الصريح. وفي فتاوى قاضيخان: الرجل إذا قصد بلدة وإلى مقصده طريقان أحدهما مسيرة ثلاثة أيام ولياليها والآخر دونها فسلك الطريق الابعد كان مسافرا عندنا ا ه وإن سلك الاقصر يتم وهذا جواب واقعة الملاحين بخوارزم فإن من الجرجانية إلى مدانق اثني عشر فرسخا في البر، وفي جيحون أكثر من عشرين فرسخا، فجاز لركاب السفينة والملاحين القصر والافطار فيه صاعدا ومنحدرا. كذا في المجتبى. وذكر الاسبيجابي المقيم إذا قصد مصرا من الامصار وهو ما دون مسيرة ثلاثة أيام لا يكون مسافرا، ولو أنه خرج من ذلك المصر الذي قصد إلى مصر آخر وهو أيضا أقل من ثلاثة أيام فإنه لا يكون مسافرا، وإن طاف آفاق الدنيا على هذا السبيل لا يكون مسافرا اه. وفي السراج الوهاج: إذا
***
[٢٢٩]
كانت المسافة ثلاثة أيام بالسير المعتاد فسار إليها على البريد سيرا مسرعا أو على الفرس جريا حثيثا فوصل في يومين قصر اه. والمراد بسير البر والجبل أن يكون بالابل ومشي الاقدام، والمراد بالابل إبل القافلة دون البريد. وأما السير في البحر فيعتبر ما يليق بحاله وهو أن يكون مسافة ثلاثة فيه إذا كانت تلك الرياح معتدلة، وإن كانت تلك المسافة بحيث تقطع في البر في يوم كما في الجبل يعتبر كونها من طريق الجبل بالسير الوسط ثلاثة أيام، وإن كانت تقطع من طريق السهل بيوم فالحاصل أن تعتبر المدة من أي طريق أخذ فيه، ولهذا عمم المصنف رحمه الله. وخرج سير البقر بجر العجلة ونحوه لانه أبطأ السير كما أن أسرعه سير الفرس والبريد والوسط ما ذكرنا وفي البدائع: ثم يعتبر في كل ذلك السير المعتاد فيه وذلك معلوم عند الناس فيرجع إليهم عند الاشتباه. وأما الثالث أعني حكم السفر فهو تغيير بعض الاحكام فذكر المصنف منها قصر الصلاة والمراد وجوب قصرها حتى لو أتم فإنه آثم عاص لان الفرض عندنا من ذوات الاربع ركعتان في حقه لا غير، ومن مشايخنا من لقب المسألة بأن القصر عندنا عزيمة والاكمال رخصة. قال في البدائع: وهذا التلقيب على أصلنا خطأ لان الركعتين في حقه ليستا قصرا حقيقة عندنا بل هما تمام فرض المسافر والاكمال ليس رخصة في حقه بل إساءة ومخالفة للسنة، ولان الرخصة اسم لما تغير عن الحكم الاصلي بعارض إلى تخفيف ويسر ولم يوجد معنى التغيير في حق المسافر رأسا إذ الصلاة في الاصل فرضت ركعتين في حق المقيم والمسافر ثم زيدت ركعتين في حق المقيم كما روته عائشة رضي الله عنها فانعدم معنى التغيير في حقه أصلا، وفي حق المقيم وجد التغيير لكن إلى الغلظ والشدة لا إلى السهولة واليسر، والرخصة تنبئ عن ذلك فلم يكن رخصة حقيقة في حق المقيم أيضا، ولو سمى فإنما هو مجاز لوجود بعض معاني الحقيقة وهو التغيير اه. فعلى هذا لو قال في جواب الشرط صلى الفرض الرباعي ركعتين لكان أولى. وقيد بالفرض لانه لا قصر في الوتر والسنن. واختلفوا في ترك السنن في السفر، فقيل الافضل هو الترك ترخيصا، وقيل الفعل تقربا. وقال الهندواني: الفعل حال النزول والترك حال السير،
***
[٢٣٠]
وقيل يصلي سنة الفجر خاصة، وقيل سنة المغرب أيضا. وفي التجنيس: والمختار أنه إن كان حال أمن وقرار يأتي بها لانها شرعت مكملات والمسافر إليه محتاج، وإن كان حال خوف لا يأتي بها لانه ترك بعذر اه. وقيد بالرباعي لانه لا قصر في الفرض الثنائي

والثلاثي فالركعات المفروضة حال الاقامة سبعة عشر، وحال السفر إحدى عشر. وفي عمدة الفتاوى للصدر الشهيد: إذا قال لنسائه من لم يدر منكن كم ركعة فرض يوم وليلة فهي طالق فقالت إحداهن عشرون ركعة والاخرى سبع عشرة ركعة والاخرى خمسة عشرة والاخرى إحدى عشر، لا تطلق واحدة منهن. أما السبع عشرة لا يشكل، ومن قالت عشرون ركعة فقد ضمت الوتر إليها، ومن قالت خمس عشرة فيوم الجمعة، ومن قالت إحدى عشرة ففرض المسافر اهـ. أطلق الارادة فشملت إرادة الكافر. قال في الخلاصة: صبي ونصراني خرجا إلى سفر مسيرة ثلاثة أيام ولياليها فلما سارا يومين أسلم النصراني وبلغ الصبي، فالنصراني يقصر الصلاة فيما بقي من سفره، والصبي يتم الصلاة بناء على أن نية الكافر معتبرة وهو المختار، والامام الجليل الفضلي سوى بينهما يعني كلاهما يتمان الصلاة اهـ. قوله: (فلو أتم وقعد في الثانية صح وإلا لا) أي وإن لم يقعد على رأس الركعتين لم يصح فرضه لانه إذا قعد فقد تم فرضه وصارت الاخريان له نفلا كالفجر وصار آثما لتأخير السلام، وإن ليقعد فقد خلط النفل بالفرض قبل إكماله. وأشار إلى أنه لا بد أن يقرأ في الاولين فلو ترك فيهما أو في إحداهما وقرأ في الاخريين لم يصح فرضه. وهذا كله إن لم ينو الاقامة، فإن نواها قال الاسبيجابي: لو صلى المسافر ركعتين وقرأ فيهما وتشهد ثم نوى الاقامة قبل التسليم أو بعد ما قام إلى الثالثة قبل أن يقيدها بسجدة فإنه يتحول فرضه إلى الاربع إلا أنه يعيد القيام والركوع لانه فعله بنية التطوع فلا ينوب عن الفرض وهو مخير في القراءة، فلو قيدها بسجدة ثم نواها لم يتحول فرضه ويضيف إليها أخرى، ولو أفسدها لا شئ عليه. ولو لم يتشهد وقام إلى الثالثة ثم نوى الاقامة تحول فرضه أربعا اتفاقا، فإن لم يقم صلبه عاد إلى التشهد، وإن أقامه يعود وهو مخير في القراءة. ولو قام إلى الثالثة ثم نوى قبل السجدة تحول الفرض ويعيد القيام والركوع، ولو قيد بالسجدة فقد تأكد الفساد فيضيف أخرى فتكون الاربع تطوعا على قولهما خلافا لمحمد، فعنده لا تنقلب بعد الفساد تطوعا. ولو ترك القراءة وأتى بالتشهد ثم نوى الاقامة قبل أن يسلم أو قام إلى الثالثة ثم نوى الاقامة قبل أن يقيدها بالسجدة فإنه يتحول إلى الاربع ويقرأ في الاخريين قضاء عن الاولين، ولو قيد الثالثة بسجدة ثم نوى فسدت اتفاقا ويضيف رابعة لتكون تطوعا عندهما ا هـ. قوله: (حتى يدخل مصره أو ينوي الاقامة نصف شهر في بلد أو قرية) متعلق بقوله قصر أي قصر إلى غاية دخول المصر أو نية الاقامة في موضع صالح للمدة المذكورة فلا يقصر. أطلق في

***

[٢٣١]

دخول مصره فشمل ما إذا نوى الاقامة به أولا، وشمل ما إذا كان في الصلاة كما إذا سبقه حدث وليس عنده ماء فدخله للماء إلا اللاحق إذا أحدث ودخل مصره ليتوضأ لا يلزمه الاتمام ولا يصير مقيما بدخوله المصر. كذا في الفتاوى الظهيرية. وشمل ما إذا كان سار ثلاثة أيام أو أقل لكن المذكور في الشرح أنه يتم إذا سار أقل بمجرد العزم على الرجوع وإن لم يدخل مصره لانه نقض للسفر قبل الاستحكام إذ هو يحتمل النقض. قال في فتح القدير: وقياسه أن لا يحل فطره في رمضان إذا كان بينه وبين بلده يومان. وفي المجتبى: لا يبطل السفر إلا بنية الاقامة أو دخول الوطن أو الرجوع قبل الثلاثة ا هـ. والمذكور في الخانية والظهيرية وغيرهما أنه إذا رجع لحاجة نسيها ثم تذكرها، فإن كان له وطن أصلي يصير مقيما بمجرد العزم على الرجوع، وإن لم يكن له وطن أصلي يقصر ا هـ. والذي يظهر أنه لا بد من دخول المصر مطلقا لان العلة مفارقة البيوت قاصدا مسيرة ثلاثة أيام لا استكمال سفر ثلاثة أيام بدليل ثبوت حكم السفر بمجرد ذلك فقد تمت العلة لحكم السفر فيثبت حكمه ما لم تثبت علة حكم الاقامة. وروى البخاري تعليقا أن عليا خرج فقصر وهو يرى البيوت فلما رجع قيل له: هذه الكوفة قال: لا حتى ندخلها، يريد أنه صلى ركعتين والكوفة بمرأى منهم فقيل له إلى آخره. وقيد بنية الاقامة لانه لو دخل بلدا ولم ينو أنه يقيم فيها خمسة عشر يوما وإنما يقول غدا أخرج أو بعد غد أخرج حتى بقي على ذلك سنين قصر. وفي المجتبى: والنية إنما تؤثر بخمس شرائط: أحدها ترك السير حتى لو نوى الاقامة وهو يسير لم يصح. وثانيها صلاحية الموضع حتى لو أقام في بحر أو جزيرة لم تصح. واتحاد الموضع والمدة والاستقلال بالرأي ا هـ. وأطلق النية فشمل الحكمية كما لو وصل الحاج إلى الشام وعلم أن القافلة إنما تخرج بعد خمسة عشر يوما وعزم أن لا يخرج إلا معهم لا يقصر لانه كناوي الاقامة. كذا في المحيط. وشمل ما إذا نواها في خلال الصلاة في الوقت فإنه يتم، سواء كان في أولها أو وسطها أو في آخرها، وسواء كان منفردا أو مقتديا أو مدركا أو مسبوقا. أما اللاحق إذا أدرك أول الصلاة والامام مسافر فأحدث أو نام فانتبه بعد فراغ الامام ونوى الاقامة لم يتم لان اللاحق في

الحكم كأنه خلف الامام، فإذا فرغ الامام فقد استحكم الفرض فلا يتغير في
***
[٢٣٢]
حق الامام فكذا في حق اللاحق. ولو نواها بعد ما صلى ركعة ثم خرج الوقت فإنه يتحول فرضه إلى الاربع، ولو خرج الوقت وهو في الصلاة فنوى الاقامة فإنه لا يتحول فرضه إلى الاربع في حق تلك الصلاة. كذا في الخلاصة. وقيد بنصف شهر لان نية إقامة ما دونها لا توجب الاتمام لما روي عن ابن عباس وابن عمر أنهما قدراها بذلك والاثر في المقدرات كالخبر، وأقام صلى الله عليه وسلم بمكة مع أصحابه سبعة أيام وهو يقصر، وقيد بالبلد والقرية لان نية الاقامة لا تصح في غيرهما فلا تصح في مفازة ولا جزيرة ولا بحر ولا سفينة. وفي الخانية والظهيرية والخلاصة: ثم نية الاقامة لا تصح إلا في موضع الاقامة ممن يتمكن من الاقامة، وموضع الاقامة العمران والبيوت المتخذة من الحجر والمدر والخشب لا الخيام والاخبية والوبر ا ه‍. وقيد الشارحون اشتراط صلاحية الموضع بأن يكون سار ثلاثة أيام فصاعدا، أما إذا لم يسر ثلاثة أيام فلا يشترط أن تكون الاقامة في بلد أو قرية بتصح ولو في المفازة وفيه من البحث ما قدمناه. وقول المصنف حتى يدخل مصره أولى من قول صاحب المجمع إلى أن يدخل وطنه لان الوطن مكان الانسان ومحله كما في المغرب، وليس الاتمام متوقفا على دخوله بل على دخول مصره، وإن لم يدخل وطنه ويصير المصر مصرا للانسان بكونه ولد فيه. واختلفوا فيما إذا دخل المسافر مصرا وتزوج بها والظاهر أنه يصير مقيما لحديث عمر رضي الله عنه ولقوله عليه الصلاة والسلام من تزوج في بلدة فهو منها والمسافرة تصير مقيمة بنفس التزوج عندهم. كذا في القنية. قوله: (لا بمكة ومنى) أي لو نوى الاقامة بمكة خمسة عشر يوما فإنه لايتم الصلاة لان الاقامة لا تكون في مكانين إذ لو جازت في مكانين لجازت في أماكن فيؤدي إلى أن السفر لا يتحقق لان إقامة المسافر في المراحل لو جمعت كانت خمسة عشر يوما أو أكثر إلا إذا نوى أن يقيم بالليل في أحدهما فيصير مقيما بدخوله فيه لان إقامة المرء تضاف إلى مبيته. يقال فلان يسكن في حارة، كذا وإن كان بالنهار في الاسواق ثم بالخروج إلى الموضع الآخر لا يصير مسافرا. وذكر في كتاب المناسك أن الحاج إذا دخل مكة في أيام العشر ونوى الاقامة نصف شهر لا يصح لانه لا بد له من الخروج إلى عرفات فلا يتحقق الشرط. وقيل: كان
***
[٢٣٣]
سبب تفقه عيسى بن أبان هذه المسألة وذلك أنه كان مشغولا بطلب الحديث قال: فدخلت مكة في أول العشر من ذي الحجة مع صاحب لي وعزمت على الاقامة شهرا وجعلت أتم الصلاة، فلقيني بعض أصحاب أبي حنيفة فقال: أخطأت فإنك تخرج إلى منى وعرفات، فلما رجعت من منى بدا لصاحبي أن يخرج وعزمت على أن أصاحبه وجعلت أقصر الصلاة فقال لي صاحب أبي حنيفة: أخطأت فإنك مقيم بمكة فما لم تخرج منها لا تصير مسافرا فقلت: أخطأت في مسألة في موضعين فرحلت إلى مجلس محمد واشتغلت بالفقه. قال في البدائع: وإنما أوردنا هذه الحكاية ليعلم مبلغ العلم فيصير مبعثة للطلبة على طلبه. قيد بالمصرين ومراده موضعان صالحان للاقامة لا فرق بين المصرين أو القريتين أو المصر والقرية للاحتراز عن نية الاقامة في موضعين من مصر واحد أو قرية واحدة فإنها صحيحة لانهما متحدان حكما، ألا ترى أنه لو خرج إليه مسافرا لم يقصر قوله: (وقصر إنوى أقل منها أو لم ينو وبقي سنين) أي أقل من نصف شهر وقد قدمنا تقريره قوله: (أو نوى عسكر ذلك بأرض
***
[٢٣٤]
الحرب وإن حاصروا مصر أو حاصروا أهل البغي في دارنا في غيره) معطوف على قوله نوى أقل منه أي وقصر إن نوى عسكر نصف شهر بأرض الحرب، ولا فرق بين أن يكون العسكر مشغولين بالقتال أو المحاصرة، ولا فرق في المحاصرة بين أن تكون للمدينة أو للحصن بعد أن دخلوا المدينة، ولا فرق بين أن يكون العسكر في أرض الحرب أو أرض الاسلام مع أهل البغي في غير المصر لان نية الاقامة في دار الحرب أو البغي لا تصح لان حالهم يخالف عزيمتهم للتردد بين القرار والفرار، ولهذا قال أصحابنا في تاجر دخل مدينة لحاجة ونوى أن يقيم خمسة عشيوما لقضاء تلك الحاجة لا يصير مقيما لانه متردد بين أن يقضي حاجته فيرجع، وبين أن لا يقضي فيقيم فلا تكون نيته مستقرة كنية العسكر في دار الحرب. وهذا الفصل حجة على من يقول من أراد الخروج إلى مكان ويريد أن يترخص ترخص

السفر ينوي مكانا أبعد منه وهذا غلط. كذا ذكر التمرتاشي ا ه. كذا في معراج الدراية. وعلى هذا واقعة الفتوى وهي أن إنسانا يحلف بالطلاق أنه يسافر في هذا الشهر فينوي مسيرة ثلاثة أيام ويقصد مكانا قريبا فهذا لم يكن مخلصا له لتعارض نيته إذ الاولى ليست بنية أصلا. وأطلق في العسكر فشمل ما إذا كانت الشوكة لهم وقيد به لان من دخل دار الحرب بأمان فنوى إقامة نصف شهر فيها فإنه يتم أربعا لان أهل الحرب لا يتعرضون له لاجل الامان. كذا في النهاية. وأشار إلى أن الاسير لو انفلت من أيدي الكفار وتوطن في
***
[٢٣٥]
غار ونوى الاقامة خمسة عشر يوما لم يصر مقيما كما لو علم أهل الحرب بإسلامه فهرب منهم يريد السفر ثلاثة أيام ولياليها لم تعتبر نيته. كذا في الخلاصة. وفي فتاوى قاضيخان: وحكم الاسير في دار الحرب حكم العبد لا تعتبر نيته والرجل الذي يبعث إليه الوالي أو الخليفة ليؤتى به إليه فهو بمنزلة الاسير. وفي التجنيس: عسكر المسلمين إذا دخلوا دار الحرب وغلبوا في مدينة إن اتخذوها دارا يتمون الصلاة، وإن لم يتخذوها دارا ولكن أرادوا والاقامة بها شهرا أو أكثر فإنهم يقصرون لانها في الوجه الثاني بقيت دار حرب وهم محاربون فيها وفي الوجه الاول لا ا ه. قوله: (بخلاف أهل الاخبية) حيث تصح منهم نية الاقامة في الاصح وإن كانوا في المفازة لان الاقامة أصل فلا تبطل بالانتقال من مرعى إلى آخر إلا إذا ارتحلوا عن موضع إقامتهم في الصيف وقصدوا موضع إقامتهم في الشتاء وبينهما مسيرة ثلاثة أيام فإنهم يصيرون مسافرين في الطريق. وظاهر كلام البدائع أن أهل الاخبية مقيمون لا يحتاجون إلى نية الاقامة فإنه جعل المفاوز لهم كالامصار والقرى لاهلها، ولان الاقامة للرجل أصل والسفر عارض وهم لا ينوون السفر وإنما ينتقلون من ماء إلى ماء ومن مرعى إلى آخر ا ه. والاخبية جمع خباء البيت من صوف أو وبر. فإن كان من الشعر فليس بخباء. كذا في ضياء الحلوم. وفي المغرب: الخباء الخيمة من الصوف ا ه. والمراد هنا الاعم لما في البدائع من التسوية بين من يسكن في بيت صوف أو بيت شعر. وقيد بأهل الاخبية لان غيرهم من المسافرين لو نوى الاقامة معهم فعن أبي يوسف روايتان، وعند أبي حنيفة لا يصيرون مقيمين وهو الصحيح، كذا في البدائع. وفي المجتبى: والملاح مسافر إلا عند الحسن وسفينته أيضا ليست بوطن قوله: (ولو اقتدى مسافر بمقيم في الوقت صح وأتم) لانه يتغير فرضه إلى الاربع للتبعية كما
***
[٢٣٦]
تتغير نية الاقامة لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت وفرض المسافر قابل للتغير حال قيام الوقت كنية الاقامة فيه، وإذا كان التغيير لضرورة الاقتداء فلو أفسده صلى ركعتين لزواله بخلاف ما لو اقتدى بالمقيم في فرضه ينوي النفل حيث يصلي أربعا إذا أفسده لانه التزم أداء صلاة الامام وهنا لم يقصد سوى إسقاط فرضه غير أنه تغير ضرورة متابعته. ويستثنى من مسألة الكتاب ما لو اقتدى المقيم بالمسافر فأحدث الامام فاستخلف المقيم فإنه لا يتغير فرضه إلى الاربع مع أنه صار مقتديا بالخليفة المقيم لانه لما كان المؤتم خليفة عن المسافر كان المسافر كأنه الامام فيأخذ الخليفة صفة الاول حتى لو لم يقعد على رأس الركعتين فسدت صلاة الكل. ثم في اقتداء المسافر بالمقيم إذا لم يجلس الامام قدر التشهد في الركعتين عامدا أو ساهيا وتابعه المسافر فقد قيل تفسد صلاة المسافر، وقيل لا تفسد. كذا في السراج الوهاج. والفتوى على عدم الفساد لان صلاته صارت أربعا بالتبعية. كذا في التجنيس وصححه في القنية. وأشار المصنف إلى أن الامام المسافر لو نوى الاقامة لزم المأموم المسافر الاتمام وإن لم ينو للتبعية، فلو أم المسافر مسافرين ومقيمين فلما صلى ركعتين وتشهد فقبل أن يسلم تكلم واحد من المسافرين أو قام فذهب ثم نوى الامام الاقامة فإنه يتحول فرضه وفرض المسافرين الذين لم يتكلموا إلى الاربع وصلاة من تكلم تامة، فلو تكلم بعد نية الامام الاقامة فسدت صلاته ولزمه صلاة المسافر ركعتين. ذكره الاسبيجابي. قوله: (وبعده لا) أي بعد خروج الوقت لا يصح اقتداء المسافر بالمقيم لان فرضه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب كما لا يتغير بنية الاقامة فيكون اقتداء المفترض بالتنفل في حق القعدة أو القراءة أو التحريمة. كذا ذكر الشارح. والمذكور في الهداية وغيرها في حق القعدة أو القراءة، ولم أر من ذكر التحريمة غير الشارح والحدادي، وتوضيحه أن المسافر إذا اقتدى بالمقيم أول الصلاة فإن القعدة تصير فرضا في حق المأموم وغير فرض في حق الامام وهو المراد بالنفل في عبارتهم لانه ما قابل الفرض فيدخل فيه الواجب فإن القعدة

الاولى واجبة. وإن اقتدى به في الشفع الثاني وكان الامام قد قرأ في الشفع الاول فالقراءة في الشفع الثاني نافلة في حق الامام فرض في حق المأموم، فإن كان الامام صلى الشفع الاول بغير قراءة واقتدى به في الشفع الثاني ففيه روايتان كما في البدائع. ومقتضى المتون عدم الصحة مطلقا،
***
[٢٣٧]
ومقتضى التعليل في هذه المسألة الصحلانه ليس اقتداء المفترض بالمتنفل لا في حق القعدة ولا القراءة، وأما التحريمة فهي لا تكون إلا فرضا ولم يظهر قول الحدادي لان تحريمة الامام اشتملت على الفرض لا غير. وأجاب في المحيط عما إذا لم يقرأ في الاوليين وقرأ في الاخريين بأن القراءة في الاخريين قضاء عن الاوليين والقضاء يلتحق بمحله فلا يبقى للاخريين قراءة ا ه‍. يعني فلا يصح مطلقا وقيد في السراج الوهاج عدم صحة الاقتداء بعد الوقت بقيدين: الاول أن تكون فائتة في حق الامام والمأموم. الثاني أن تكون الصلاة رباعية، أما إذا كانت ثنائية أو ثلاثية أو كانت فائتة في حق الامام مؤداة في حق المأموم كما إذا كان المأموم يرى قولابي حنيفة في الظهر والامام يرى قولهما وقول الشافعي فإنه يجوز دخوله معه في الظهر بعد المثل قبل المثلين فإنها صحيحة ا ه‍. وهو تقييد حسن لكن الاولى أن يكون الشرط كونها فائتة في حق المأموم فقط، سواء كانت فائتة في حق الامام أو لا بأن صلى ركعة من الظهر مثلا أو ركعتين ثم خرج الوقت فاقتدى به مسافر لان الظهر فائتة في حق المسافر لا في حق المقيم. والقيد الاول مفهوم من قوله صح وأتم فإنه يفيد أن الكلام في الرباعية الذي يظهر فيها القصر والاتمام بل لا حاجة إليه أصلا لان السفر مؤثر في الرباعي فقط. وقيد بكون الاقتداء بعد خروج الوقت لانه لو اقتدى به في الوقت ثم خرج الوقت قبل الفراغ من الصلاة تبطل صلاته ولا يبطل اقتداؤه به لانه لما صح اقتداؤه به وصار تبعا له صار حكمه حكم المقيمين، وإنما يتأكد وجوب الركعتين بخروج الوقت في حق المسافر. ولو نام خلف الامام حتى خرج الوقت ثم انتبه أتمها أربعا، ولو تكلم بعد خروج الوقت أو قبل خروجه يصلي ركعتين عندنا. كذا في البدائع. قوله: (وبعكسه صح فيهما) وهو اقتداء المقيم بالمسافر فهو صحيح في الوقت وبعده لان صلاة المسافر في الحالين واحدة والقعدة فرض في حقه غير فرض في حق المقتدي، وبناء الضعيف على القوي جائز وقد أم النبي صلى الله عليه وسلم وهو مسافر أهل مكة وقال: أتموا صلاتكم
***
[٢٣٨]
فإنا قوم سفر. وهو جمع سافر كركب جمع راكب. ويستحب أن يقول ذلك بعد السلام كل مسافر صلى بمقيم لاحتمال أن خلفه لا يعرف حاله ولا يتيسر له الاجتماع بالامام قبل ذهابه فيحكم حينئذ بفساد صلاة نفسه بناء على ظن إقامة الامام ثم إفساده بسلامه على رأس الركعتين، وهذا محمل ما في الفتاوى إذا اقتدى بالامام لا يدري أمسافر هو أم مقيم لا يصح لان العلم بحال الامام شرط الاداء بجماعة ا ه‍. لا أنه شرط في الابتداء لما في المبسوط: رجل صلى الظهر بالقوم بقرية أو مصر ركعتين وهم لا يدرون أمسافر هو أم مقيم فصلاتهم فاسدة، سواء كانوا مقيمين أم مسافرين، لان الظاهر من حال من في موضع الاقامة أنه مقيم والبناء على الظاهر واجب حتى يتبين خلافه، فإن سألوه فأخبرهم أنه مسافر جازت صلاتهم ا ه‍. وفي القنية: وإن كان خارج المصر لا تفسد ويجوز الاخذ بالظاهر في مثله. وإنما كان قول الامام ذلك مستحبا لانه لم يتعين معرفا صحة سلامه لهم فإنه ينبغي أن يتموا ثم يسألوه فتحصل المعرفة. واختلفوا هل يقوله بعد التسليمة الاولى أو بعد التسليمتين؟ الاصح الثاني كذا في السراج الوهاج. ولو قام المقتدي المقيم قبل سلام الامام فنوى الامام الاقامة قبل سجوده رفض ذلك وتابع الامام، فإن لم يفعل وسجد فسدت لانه ما لم يسجد لم يستحكم خروجه عن صلاة الامام قبل سلام الامام وقد بقي ركعتان على الامام بواسطة التغير فوجب عليه الاقتداء فيهما، فإذا انفرد فسدت بخلاف ما لو نوى الامام بعد ما سجد المقتدى فإنه يتم منفردا، فلو رفض وتابع فسدت لاقتدائه حيث وجب الانفراد. كذا في فتح القدير. وفي الخانية والخلاصة: مسافر أم قوما مقيمين فلما صلى ركعتين نوى الاقامة لا لتحقيق الاقامة بل ليتم صلاة المقيمين لا يصير مقيما ولا ينقلب فرضه أربعا ا ه‍. وفي العمدة: مسافر سبقه الحدث فقدم مقيما يتم صلاة الامام ويتأخر ويقدم مسافرا يسلم ثم يتم المقيم صلاته. وفي الخلاصة: مسافر أم مسافرين فأحدث فقدم مسافرا آخر فنوى الثاني الاقامة لا يجب على القوم أن يصلوا أربعا ا ه‍. وفي الهداية: وإذا صلى المسافر بالمقيم ركعتين سلم وأتم المقيمون صلاتهم لان المقتدي التزم الموافقة في الركعتين فينفرد في الباقي كالمسبوق

إلا أن أنه لا يقرأ في الاصح لانه مقتد تحريمة لا فعلا والفرض صار مؤدى فيتركها احتياطا بخلاف المسبوق لانه أدرك قراءة نافلة فلم يتأد الفرض فكان الاتيان أولى ا هـ. وفي الخانية: لا قراءة عليهم

***

[٢٣٩]

فيما يقضون ولا سهو عليهم إذا سهوا ولا يقتدي أحدهم بالآخر ا هـ. فلو اقتدى أحدهم بالآخر فسدت صلاة المقتدي لانه اقتدى في موضع يجب عليهم الانفراد وصلاة الامام تامة. كذا في البدائع. وفي القنية: اقتدى مقيم بمسافر فترك القعدة مع إمامه فسدت فالقعدتان فرض في حقه، وقيل لا تفسد وهي نفل في حق المقتدي ا هـ. قوله: (ويبطل الوطن الاصلي بمثله لا السفر ووطن الاقامة بمثله والسفر والاصلي) لان الشئ يبطل بما هو مثله لا بما هو دونه فلا يصلح مبطلا له: وروي أن عثمان رضي الله عنه كان حاجا يصلي بعرفات أربعا فاتبعوه فاعتذر وقال: إني تأهلت بمكة وقال النبي صلى الله عليه وسلم من تأهل ببلدة فهو منها والوطن الاصلي هو وطن الانسان في بلدته أو بلدة أخرى اتخذها دارا وتوطن بها مع أهله وولده وليس من قصده الارتحال عنها بل التعيش بها، وهذا الوطن يبطل بمثله لا غير وهو أن يتوطن في بلدة أخرى وينقل الاهل إليها فيخرج الاول من أن يكون وطنا أصليا حتى لو دخله مسافرا لا يتم. قيدنا بكونه انتقل عن الاول بأهله لانه لو لم ينتقل بهم ولكنه استحدث أهلا في بلدة أخرى فإن الاول لم يبطل ويتم فيهما. وقيد بقوله بمثله لانه لو باع داره ونقل عياله وخرج يريد أن يتوطن بلدة أخرى ثم بدا له أن لا يتوطن ما قصده أولا ويتوطن بلدة غيرها فمر ببلده الاول فإنه يصلي أربعا لانه لم يتوطن غيره. وفي المحيط: ولو كان له أهل بالكوفة وأهل بالبصرة فمات أهله بالبصرة وبقي له دور وعقار بالبصرة، قيل البصرة لا تبقى وطنا له لانها إنما كانت وطنا بالاهل لا بالعقار، ألا ترى أنه لو تأهل ببلدة لم يكن له فيها عقار صارت وطنا له. وقيل: تبقى وطنا للانها كانت وطنا له بالاهل والدار جميعا، فبزوال أحدهما لا يرتفع الوطن كوطن الاقامة تبقى ببقاء الثقل وإن أقام بموضع آخر ا هـ. وفي المجتبى: نقل القولين فيما إذا نقل أهله ومتاعه وبقي له دور وعقار ثم قال: وهذا جواب واقعة ابتلينا بها وكثير من المسلمين المتوطنين في البلاد ولهم دور وعقار في القرى البعيدة منها يصيفون بها بأهلهم ومتاعهم فلا بد من حفظها أنهما وطنان له لا يبطل أحدهما بالآخر. وقوله لا السفر أي لا يبطل الاصلي بالسفر حتى يصير مقيما بالعود إليه من غير نية الاقامة، وكذا لا يبطل بوطن الاقامة. وأما وطن الاقامة فهو الوطن الذي يقصد المسافر الاقامة فيه وهو صالح لها نصف شهر وهو ينتقض بواحد من ثلاثة: بالاصلي لانه فوقه، وبمثله وبالسفر لانه ضده.

***

[٢٤٠]

أطلقه فأفاد أن تقديم السفر ليس بشرط لثبوت الوطن الاصلي ووطن الاقامة فالاصلي بالاجماع ووطن الاقامة فيه روايتان، ظاهر الرواية أنه ليس بشرط، وفي أخرى عن محمد إنما يصير الوطن وطن إقامة بشرط أن يتقدمه سفر ويكون بينه وبين ما صار إليه منه مدة سفر حتى لو خرج من مصره لا لقصد السفر فوصل إلى قرية ونوى الاقامة بها خمسة عشر يوما لا تصير تلك القرية وطن الاقامة وإن كان بينهما مدة سفر لعدم تقدم السفر. وكذا إذا قصد مسيرة سفر وخرج فلما وصل إلى قرية مسيرتها من وطنه دون مدة السفر نوى الاقامة بها خمسة عشر يوما لا يصير مقيما ولا تصير تلك القرية وطن الاقامة مثاله: قاهري خرج إلي بلبيس فنوى الاقامة بها نصف شهر ثم خرج منها، فإن قصد مسيرة ثلاثة أيام وسافر بطل وطنه ببلبيس حتى لو مر به في العود لا يتم، وإن لم يقصد ذلك وخرج إلى الصالحية فإن نوى الاقامة بها نصف شهر أتم بها وبطل وطنه ببلبيس حتى لو عاد إليه مسافرا لا يتم، وإن لم ينو الاقامة بها

***

[٢٤١]

لم يبطل وطنه ببلبيس حتى يتم إذا دخله، وإن عاد إلى مصر بطل الوطنان حتى لو عاد إليهما في سفرة أخرى لا يتم إذا لم ينو الاقامة. ولم يذكر المصنف رحمه الله وطن السكنى وهو المكان الذي ينوى أن يقيم فيه أقل من خمسة عشر يوما تبعا للمحققين قالوا: لانه لا فائدة فيه لانه يبقى فيه مسافرا على حاله فصار وجوده كعدمه. وذكر الشارح أن عامتهم على أنه يفيد في رجل خرج من مصره إلى قرية لحاجة ولم يقصد السفر ونوى أن يقيم فيها أقل من خمسة عشر يوما فإنه يتم فيها لانه مقيم ثم خرج من القرية لا للسفر ثم بدا له أن

يسافر قبل أن يدخل مصره وقبل أن يقيم ليلة في موضع آخر فسافر فإنه يقصر، ولو مر بتلك القرية ودخلها أتم لانه لم يوجد ما يبطله مما هو فوقه أو مثله ا ه. وصحح في السراج الوهاج وشرح المجمع عدم اعتباره وقول الشارح لو مر بها أتم لا يصح لان السفر باق لم يوجد ما يبطله وهو مبطل لوطن السكنى على تقدير اعتباره لان السفر يبطل وطن الاقامة فكيف لا يبطل وطن السكنى، فقوله لانه لم يوجد ما يبطله ممنوع. قوله: (وفائتة السفر والحضر تقضي ركعتين وأربعا) لف ونشر مرتب أي فائتة السفر تقضى ركعتين وفائتة الحضر تقضى أربعا لان القضاء بحسب الاداء بخلاف ما لو فائته في

***

[٢٤٢]

المرض في حالة لا يقدر على الركوع والسجود حيث يقضيها في الصحة راكعا وساجدا أو فائته في الصحة حيث يقضيها في المرض بالايماء لان الواجب هناك الركوع والسجود إلا أنهما يسقطان عنه بالعجز، فإذا قدر أتى بهما بخلاف ما نحن فيه فإن الواجب على المسافر ركعتان كصلاة الفجر وعلى المقيم أربع فلا يتغير بعد الاستقرار. قوله: (والمعتبر فيه آخر الوقت) أي المعتبر في وجوب الاربع أو الركعتين عند عدم الاداء في أول الوقت الجزء الاخير من الوقت وهو قدر ما يسع التحريمة، فإن كان فيه مقيما وجب عليه أربع، وإن كان مسافرا فركعتان لانه المعتبر في السببية عند عدم الاداء في أول الوقت، إن أدى آخره وإلا فكل الوقت هو السبب ليثبت الواجب عليه بصفة الكمال. وفائدة إضافته إلى الجزء الاخير اعتبار حال المكلف فيه، فلو بلغ صبي أو أسلم كافرا وأفاق مجنون أو طهرت الحائض أو النفساء في آخر الوقت بعد مضي الاكثر تجب عليهم الصلاة، ولو كان الصبي قد صلاها في أوله، وبعكسه لو جن أو حاضت أو نفست فيه لم يجب لفقد الاهلية عند وجود السبب. وفائدة إضافته إلى الكل عند خلوه عن الاداء أنه لا يجوز قضاء عصر اليوم وقت التغير في اليوم الآتي، ولو كان السبب هو الجزء الاخير لجاز. وتمام تحقيقه في كتابنا المسمى بلب الاصول مختصر تحرير الاصول، وسيأتي في الجمعة أن المعتبر أول الوقت في وجوبها. واعتبر زفر رحمه الله تعالى في السببية الجزء الذي يلزمه الشروع فيه، واختاره القدوري كما في البدائع لان الوقت جعل سببا ليؤدي فيه فإذا تأخر عن أول الوقت وبقي مقدار ما يسع الركعتين يجعل سببا فيتغير فرضه، وإن لم يبق مقدار ذلك كان السبب أول الوقت وهو كان مقيما حينئذ إلا أنه يشكل عليه ما إذا أقام المسافر في آخر جزء من الوقت فإن عليه أربع ركعات اتفاقا. كذا في المصفى. فيحتاج زفر إلى الفرق. قيدنا بعدم الاداء أول الوقت لانه لو صلى صلاة السفر أول الوقت ثم أقام في الوقت لا يتغير فرضه. كذا في الخانية. وذكر في الخلاصة: رجل صلى الظهر في منزله وهو مقيم ثم خرج إلى السفر وصلى العصر في سفره في ذلك اليوم ثم تذكر أنه ترك شيئا في منزله فرجع إلى منزله لاجل ذلك، ثم

***

[٢٤٣]

تذكر أنه صلى الظهر والعصر بغير وضوء قالوا: يجب عليه أن يصلي الظهر ركعتين والعصر أربعا، ولو صلى الظهر والعصر وهو مقيم ثم سافر قبل غروب الشمس والمسألة بحالها يصلي الظهر أربعا والعصر ركعتين ا ه. قيد بالصلاة لان المعتبر في الصوم أول جزء من اليوم حتى لو أسلم بعد طلوع الفجر لا يلزمه صوم ذلك اليوم لكونه معيارا. قوله: (والعاصي كغيره) أي في الترخص برخص المسافر لاطلاق النصوص ولان السفر الموجب للرخص ليس بمعصية إنما هو فيما جاوره كخروجه عاقا لوالديه أو عاصيا على الامام أو آبقا من مولاه أو خرجت المرأة بلا محرم أو في العدة أو قاطعا للطريق وقد تكون بعده كما إذا خرج للحج أو للجهاد ثم قطع الطريق. والقبح المجاور لا يعدم المشروعية أصلا كالصلاة في الارض المغصوبة والبيع وقت النداء فصلح السفر مناطا للرخصة قوله: (وتعتبر نية الاقامة والسفر من الاصل دون التبع أي المرأة والعبد والجندي) تفسير للتبع لان الاصل هو المتمكن من الاقامة والسفر دون التبع لكن لا يلزم التبع الاتمام إلا بعد علمه بنية المتبوع كما في توجه الخطاب الشرعي وعزل الوكيل. وقيل: يلزمه كالعزل الحكمي وهو أحوط كما في فتح القدير وهو ظاهر الرواية كما في الخلاصة، والاول أصح لان في لزوم الحكم قبل العلم حرجا وضررا وهو مدفوع شرعا بخلاف الوكيل فإنه غير ملجأ إلى البيع فإن له أن لا يبيع فيمكنه دفع الضرر بالامتناع عن البيع، فإذا باع بناء على ظاهر أمره ولحقه ضرر كان الضرر ناشئا من جهته من وجه ومن جهة الموكل من وجه فيصح العزل حكما لا قصدا، وههنا التبع مأمور بقصر صلاته منهي عن إتمامها فكان مضطرا، فلو صار فرضه أربعا بإقامة الاصل وهو لا يشعر به لحقه ضرر عظيم من جهة غيره بكل وجه وأنه منفي. كذا في

المحيط وشرح الطحاوي. وعلى هذا فما في الخلاصة من أن العبد إذا أم مولاه في السفر فنوى المولى الاقامة صحت حتى لو سلم العبد على رأس الركعتين كان عليهما إعادة تلك الصلاة ا ه. وكذا العبد إذا كان مع مولاه في السفر فباعه من مقيم والعبد كان في الصلاة ينقلب فرضه أربعا حتى لو سلم على رأس الركعتين كان عليه إعادة تلك الصلاة ا ه. مبني على غير الصحيح أن فرض عدم علم العبد أو على الكل إن علم أطلق في تبعية المرأة والجندي، وقيدوه بأن تستوفي المرأة مهرها المعجل وإلا فلا تكون تبعا فالعبرة بنيتها لان لها أن تحبس نفسها عن الزوج للمعجل دون المؤجل ولا تسكن حيث يسكن هو، وبأن يكون الجندي يرزق من بيت المال، فإن كان رزقه في ماله فالعبرة لنيته لان له أن يذهب حيث شاء لطلب الرزق. وأطلق في العبد فشمل القن والمدبر وأم الولد، وأما المكاتب فينبغي أن لا يكون تبعا لان له السفر بغير إذن المولى فلا يلزمه طاعته. وليس مراد

***

[٢٤٤]

المصنف قصر التبع على هؤلاء الثلاثة بل هو كل من كان تبعا لانسان ويلزمه طاعته فيدخل الاجير مع مستأجره، والمحمول مع حامله، والغريم مع صاحب الدين إن كان معسرا مفلسا فإن كان مليا فالنية إليه لانه يمكنه قضاء الدين فيقيم في أي موضع شاء. وأما الاعمى مع قائده فإن كان القائد أجيرا فالعبرة لنية الاعمى. وإن كان متطوعا في قيادة تعتبر نيته. والعبد بين شريكين إذا سافر معهما ثم نوى أحدهما الاقامة قيل لا يصير العبد مقيما لوقوع الشك في صيرورته مقيما فيبقى مسافرا. وقيل يصير مقيما ترجيحا لنية الاقامة احتياطا لامر العبادة. كذا في المحيط. ومحله ما إذا لم يكن بينهما مهايأة، فإن كان بينهما مهايأة في الخدمة فإن العبد يصلي صلاة الاقامة، وإذا خدم المولى الذي لم ينو الاقامة يصلي صلاة السفر. وفي نسخة القاضي الامام: العبد إذا خرج مع مولاه ولا يعلم سير المولى فإنه يسأله إن أخبره أن مسيره مدة السفر صلى صلاة المسافرين، وإن كان دون ذلك صلى صلاة الاقامة، وإن لم يخبره بذلك إن كان مقيما قيل ذلك صلى صلاة الاقامة، وإن كان مسافرا قبل صلى صلاة المسافرين. كذا في الخلاصة. وفي القنية: مسافر ومقيم اشتريا عبدا الاصح أن العبد يصلي صلاة المقيم. ودخل تحت الجندي الامير مع الخليفة كما في الخلاصة وفيها: وعلى هذا الحجاج إذا وصلوا بغداد شهر رمضان ولم ينو والاقامة صلوا صلاة المقيمين ا ه. وظاهره أن الحجاج تبع لامير القافلة وليس كذلك، ولا ينبغي إدخاله في هذا المبحث بل علته أنهم لما علموا أن القافلة لا تخرج إلا بعد خمسة عشر يوما نزل ذلك منزلة نيتهم الاقامة نصف شهر كما علل به في التجنيس. وفي المحيط: مسلم أسره العدو إن كان مسيرة العدو ثلاثة أيام يقصر، وإن كان دون ذلك يتم، وإن لم يعلم يسأل كما مر في العبد، ولو دخل مسافر مصرا فأخذه غريمه فحبسه، فإن كان معسرا قصر لانه لم ينو الاقامة ولا يحل للطالب حبسه، وإن كان موسرا، إن عزم أن يقضي دينه أو لم يعزم شيئا قصر، وإن عزم واعتقد أن لا يقضيه أتم والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب. باب صلاة الجمعة مناسبته مع ما قبله تنصيف الصلاة لعارض إلا أن التنصيف هنا في خاص من الصلاة وهو الظهر، وفيما قبله في كل رباعية وتقديم العام هو الوجه، ولسنا نعني أن الجمعة

***

[٢٤٥]

تنصيف الظهر بعينه بل هي فرض ابتداء نسبته النصف منها. وهي فريضة محكمة بالكتاب والسنة والاجماع يكفر جاحدها. وقد أطال المحقق في فتح القدير في بيان دلائلها ثم قال: وإنما أكثرنا فيه نوعا من الاكثار لما نسمع عن بعض الجهلة أنهم ينسبون إلى مذهب الحنفية عدم افتراضها، ومنشأ غلطهم ما سيأتي من قول القدوري: ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة ولا عذر له كره وجازت صلاته. وإنما أراد حرم عليه وصحت الظهر فالحرمة لترك الفرض وصحه الظهر لما سنذكره، وقصرح أصحابنا بأنها فرض آكد من الظهر وبإكفار جاحدها ا ه. أقول: وقد كثر ذلك من جهلة زماننا أيضا ومنشأ جهلهم صلاة الاربع بعد الجمعة بنية الظهر، وإنما وضعه بعض المتأخرين عند الشك في صحة الجمعة بسبب رواية عدم تعددها في مصر واحد وليست هذه الرواية بالمختارة، وليس هذا القول - أعني اختيار صلاة الاربع بعدها - مرويا عن أبي حنيفة وصاحبيه حتى وقع لي أني أفتيت مرارا بعدم صلاتها خوفا على اعتقاد الجهلة بأنها الفرض وأن الجمعة ليست بفرض، وسنوضحه من بعد إن شاء الله تعالى. وأما شرائطها فنوعان: شرائط صحة وشرائط وجوب، فالاول ستة كما ذكره

المصنف: المصر والسلطان والوقت والخطبة والجماعة والاذان العام. والثاني ستة أيضا كما سيأتي وهي بضم الميم وإسكانها وفتحها حكى ذلك الفراء والواحدي من الاجتماع كالفرقة من الافتراق أضيف إليها اليوم والصلاة ثم كثر الاستعمال حتى حذف منها المضاف وجمعت فقيل جمعات وجمع. كذا في المغرب. وكان يوم الجمعة في الجاهلية يسمى عروبة بفتح العين المهملة وضم الراء وبالباء الموحدة، وأول من سماها يوم الجمعة كعب بن لؤي، ولما قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة أقام يوم الاثنين والثلاثاء والاربعاء والخميس في بني عمرو بن عوف وأسس مسجدهم ثم خرج من عندهم فأدركته الجمعة في بني سالم بن عوف فصلاها في المسجد الذي في بطن الوادي - وادي راتونا - فكانت أول جمعة صلاها عليه الصلاة والسلام بالمدينة. قوله (شرط أدائها المصر) أي شرط صحتها أن تؤدى في مصر حتى لا تصح في قرية ولا مفازة لقول علي رضي الله عنه: لا جمعة ولا تشريق ولا صلاة فطر ولا أضحى إلا في مصر جامع أو في مدينة عظيمة. رواه ابن أبي شيبة وصححه ابن حزم، وكفى بقوله قدوة وإماما. وإذا لم تصح في غير المصر فلا تجب على غير أهله. وفي الخلاصة: القروي إذا دخل المصر يوم الجمعة إن نوى أن يمكث فيه يوم الجمعة لزمته الجمعة، وإن نوى الخروج من ذلك المصر من يومه قبل دخول وقت الصلاة لا تلزمه وبعد دخول وقت الجمعة تلزمه. قال

***

[٢٤٦]

الفقيه: إن نوى الخروج من يومه ذلك وإن كان بعد دخول وقت الجمعة لا تلزمه المصري إذا أراد أن يسافر يوم الجمعة لا بأس به إذا خرج من العمران قبل خروج وقت الظهر لان الجمعة إنما تجب في آخر الوقت وهو مسافر في آخر الوقت، والمسافر إذا قدم المصر يوم الجمعة على عزم أن لا يخرج يوم الجمعة لا تلزمه الجمعة ما لم ينو الاقامة خمسة عشر يوما اه. قوله (وهو كل موضع له أمير وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود) أي حد المصر المذكور هو ظاهر المذهب كما ذكره الامام السرخسي. زاد في الخلاصة: ويشترط المفتي إذا لم يكن القاضي أو الوالي مفتيا. وأسقط في الظهيرية الامير فقال: المصر في ظاهر الرواية أن يكون فيه مفت وقاض يقيم الحدود وينفذ الاحكام وبلغت أبنيته أبنية منى اه. واحترز المصنف بقوله ويقيم الحدود عن المحكم والمرأة إذا كانت قاضية فإنهما لا يقيمان الحدود وإن نفذ الاحكام، واكتفى بذكر الحدود عن القصاص لان من ملك إقامتها ملكه. كذا في فتح القدير وظاهره أن البلدة إذا كان قاضيها أو أميرها امرأة لا يكون مصرا فلا تصح إقامة الجمعة فيها والظاهر خلافه. قال في البدائع: وأما المرأة والصبي العاقل فلا تصح منهما إقامة الجمعة لانهما لا يصلحان للامامة في سائر الصلوات ففي الجمعة أولى إلا أن المرأة إذا كانت سلطانا فأمرت رجلا صالحا للامامة حتى يصلي بهم الجمعة جاز لان المرأة تصلح سلطانا أو قاضية في الجملة فتصح إنابتها اه. وفي حد المصر أقوال كثيرة اختاروا منها قولين: أحدهما ما في المختصر. ثانيهما ماعزوه لابي حنيفة أنه بلدة كبيرة فيها سكك وأسواق ولها رساتيق وفيها وال يقدر على انصاف المظلوم من الظالم بحشمة وعلمه أو علم غيره والناس يرجعون إليه في الحوادث. قال في البدائع: وهو الاصح وتبعه الشارح وهو أخص ما في المختصر. وفي

***

[٢٤٧]

المجتبى وعن أبي يوسف أنه ما إذا اجتمعوا في أكبر مساجدهم للصلوات الخمس لم يسعهم وعليه فتوى أكثر الفقهاء. وقال أبو شجاع: هذا أحسن ما قيل فيه. وفي الولوالجية: وهو الصحيح. وفي الخلاصة: الخليفة إذا سافر وهو في القرى ليس له أن يجمع بالناس ولو مر بمصر من أمصار ولايته فجمع بها وهو مسافر جاز. قوله (أو مصلاه) أي مصلى المصر لانه من توابعه فكان في حكمه والحكم غير مقصور على المصلي بل يجوز في جميع أقنية المصر لانها بمنزلة المصر في حوائج أهله. والفناء في اللغة سعة أمام البيوت، وقيل ما امتد من جوانبه. كذا في المغرب. واختلفوا فيما يكون من توابع المصر في حق وجوب الجمعة على أهله، فاختار في الخلاصة والخانية أنه الموضع المعد لمصالح المصر متصل به ومن كان مقيما في عمران المصر وأطرافه وليس بين ذلك الموضع وبين عمران المصر فرجة فعليه الجمعة، ولو كان بين ذلك الموضع وبين عمران المصر فرجة من مزارع أو مراع كالقلع ببخارى لا جمعة على أهل ذلك الموضع وإن سمعوا النداء، والغلوة والميل والاميال ليس بشرط اه. واختار في البدائع ما قاله بعضهم أنه إن أمكنه أن يحضر الجمعة ويبيت بأهله من غير تكلف تجب عليه الجمعة وإلا فلا قال: وهذا أحسن اه. واختار في المحيط اعتبار الميلين فقال: وعن أبي يوسف في

***
[٢٤٨]
المنتقى: لو خرج الامام عن المصر مع أهله لحاجة مقدار ميل أو ميلين فحضرت الجمعة جاز أن يصلي بهم الجمعة وعليه الفتوى، لان فناء المصر بمنزلته فيما هو من حوائج أهله وأداء الجمعة منها اه. وذكر الولوالجي في فتاواه أن المختار للفتوى قدر الفرسخ لانه أسهل على العامة وهو ثلاثة أميال اه. وذكر في المضمرات وقال الشيخ الامام الاجل حسام الدين: يجب على أهل المواضع القريبة إلى البلد التي هي توابع العمران الذين يسمعون الاذان على المنارة بأعلى الصوت وهو الصحيح لزوما وإيجابا اه. فقد اختلف التصحيح والفتوى كما رأيت، ولعل الاحوط ما في البدائع فكان أولى. وذكر في غاية البيان أن فناء المصر ملحق به في وجوب الجمعة لا في إتمام الصلاة بدليل أنه يقصر الصلاة فيه ذهابا وإيابا. وفي المضمرات معزيا إلى فتاوى الحجة: وجوب الجمعة على ثلاثة أقسام: فرض على البعض، وواجب على البعض، وسنة على البعض. أما الفرض فعلى الامصار، وأما الواجب فعلى نواحيها، وأما السنة فعلى القرى الكبيرة والمستجمعة للشرائط اه. وفيه نظر لانها فرض على من هو من توابع الامصار لا يجوز التخلف عنها، وأما القرى فإن أراد الصلاة فيها فغير صحيحة على المذهب، وإن أراد تكلفهم وذهابهم إلى المصر فممكن لكنه بعيد، وأغرب من هذا ما في القنية من أنه يلزم حضور الجمعة في القرى ويعمل بقول علي رضي الله عنه: إياك وما يسبق إلى القلوب إنكاره وإن كان عندك اعتذاره، فليس كل سامع نكرا تطيق أن تسمعه عذرا اه. فالمذهب عدم صحتها في القرى فضلا عن لزومها. وفي التجنيس: ولا تجب الجمعة على أهل القرى وإن كانوا قريبا من المصر لان الجمعة إنما تجب على أهل الامصار اه. وفي فتح القدير: وقد وقع الشك في بعض قرى مصر مما ليس فيها وال وقاض نازلان بها بل لها قاض يسمى قاضي الناحية وهو قاضي يولى الكورة بأسرها فيأتي القرية أحيانا فيفصل ما اجتمع فيها من التعلقات وينصرف ووال كذلك هل هو مصر نظرا إلى أن لها واليا أو لا نظرا إلى عدمهما بها، والذي يظهر اعتبار كونهما مقيمين بها وإلا لم تكن
***
[٢٤٩]
قرية أصلا إذ كل قرية مشمولة بحكم. وقد يفرق بين قرية لا يأتيها حاكم يفصل بها الخصومات حتى يحتاجون إلى دخول المصرفي كل حادثة يفصلها، وبين ما يأتيها فيفصل فيها، وإذا اشتبه على الانسان ذلك فينبغي أن يصلي أربعا بعد الجمعة وينوي بها آخر فرض أدركت وقته ولم أؤد بعد، فإن لم تصح الجمعة وقعت ظهره وإن صحت كانت نفلا اه. وفي القنية: مصلي الجمعة في الرستاق لا ينوي الفرض بل ينوي صلاة الامام ويصلي الظهر وأيهما قدم جاز اه. قوله (ومنى مصر لا عرفات) فتجوز الجمعة بمنى ولا تجوز بعرفات: أما الاول فهو قولهما. وقال محمد: لا تجوز بمنى كعرفات. واختلفوا في بناء الخلاف فقيل منى على أنها من توابع مكة عندهما خلافا له وهذا غير سديد، لان بينهما أربع فراسخ وتقدير التوابع للمصرية غير صحيح، والصحيح أنه مبني على أنها تمصر في أيام الموسم عندهما لان لها بناء وتنقل إليها الاسواق ويحضرها وال وقاض بخلاف عرفات لانها مفازة فلا تمصر باجتماع الناس وحضرة السلطان. أطلق المصنف فشمل ما إذا كان المصلي بها الجمعة الخليفة أو أمير الحجاز أو أمير العراق أو أمير مكة أو أمير الموسم مقيما كان أو مسافرا، وقد أخرجوا منه أمير الموسم وهو الذي أمر بتسوية أمور الحجاج لا غير فإنه لا يجوز له إقامتها، سواء كان مقيما أو مسافرا إلا إذا كان مأذونا من جهة أمير العراق أو أمير مكة. وقيل: إن كان مقيما يجوز وإن كان مسافرا لا يجوز والصحيح هو الاول. كذا في البدائع. وشمل التجميع بها في غير أيام الموسم. وفي المحيط: قيل إنما تجوز الجمعة عندهما بمنى في أيام الموسم لا في غيرها، وقيل تجوز في جميع الايام لان منى من فناء مكة اه. وقد علمت فساد كونها من فناء مكة فترجح تخصيص جوازها بأيام الموسم وأنها تصير مصرا في تلك الايام وقرية في غيرها. قال في فتح القدير: وهذا يفيد أن الاولى في قرى مصر أن لا تصح فيها إلا حال حضور المتولي فإذا حضر صحت وإذا ظعن امتنعت اه. وفي التجنيس: ولو نزل الخليفة أو والي العراق في المنازل التي في طريق مكة كالتغلبية ونحوها جمع لانها قرى تمصر بمكان الحج
***
[٢٥٠]

فصار كمنى. وأطلق في عرفات فشمل ما إذا كان الخليفة حاضرا بالاجماع. كذا في البدائع. وإنما لا تقام صلاة العيد بمنى اتفاقا للتخفيف لا لكونها ليست مصرا قوله (وتؤدى في مصر في مواضع) أي يصح أداء الجمعة في مصر واحد بمواضع كثيرة وهو قول أبي حنيفة ومحمد وهو الاصح، لان في الاجتماع في موضع واحد في مدينة كبيرة حرجا بينا وهو مدفوع. كذا ذكر الشارح. وذكر الامام السرخسي أن الصحيح من مذهب أبي حنيفة جواز إقامتها في مصر واحد في مسجدين وأكثر، وبه نأخذ لاطلاق لا جمعة إلا في مصر شرط المصر فقط. وفي فتح القدير: الاصح الجواز مطلقا خصوصا إذا كان مصرا كبيرا كمصر فإن في إلزام اتحاد الموضع حرجا بينا لا ستدعائه تطويل المسافة على الاكثر. وذكر في باب الامامة أن الفتوى على جواز التعدد مطلقا. وبما ذكرناه اندفع ما في البدائع من أن ظاهر الرواية جوازها في موضعين ولا يجوز في أكثر من ذلك وعليه الاعتماد اه. فإن المذهب الجواز مطلقا. وإذا علمت ذلك فما في القنية: ولما ابتلي أهل مرو بإقامة الجمعتين بها مع اختلاف العلماء في جوازهما، ففي قول أبي يوسف والشافعي ومن تابعهما باطلتان إن وقعتا معا وإلا فجمعة المسبوقين باطلة أمر أئمتهم بأداء الاربع بعد الجمعة حتما احتياطا، ثم اختلفوا في نيتها والاحسن أن ينوي آخر ظهر عليه، والاحوط أن يقول، نويت آخر ظهرأدركت وقته ولم أصله بعد لان ظهر يومه إنما يجب عليه بآخر الوقت في ظاهر المذهب. ثم اختلفوا في القراءة فقيل يقرأ الفاتحة والسورة في الاربع، وقيل في الاوليين كالظهر وهو اختياري، والمختار عندي أن يحكم فيها رأيه. واختلفوا أنه هل يجب مراعاة الترتيب في الاربع بعد الجمعة بمرور العصر حسب اختلافهم في نيته، واختلفوا في سبق الجمعة بماذا يعتبر إذا اجتمعا في مصر واحد فقيل بالشروع، وقيل بالفراغ وقيل بهما والاول أصح اه. مبني كله على القول الضعيف المخالف للمذهب فليس الاحتياط في فعلها لانه العمل بأقوى الدليلين، وقد علمت أن مقتضى الدليل هو الاطلاق، وأما ما استدل به من يمنع التعدد من أنها

***

[٢٥١]

سميت جمعة لاستدعائها الجماعات فهي جامعة لها فلا يفيده لانه حاصل مع التعدد، ولهذا قال العلامة ابن جرباش في النجعة في تعداد الجمعة: لا يقال إن القول بالاجتماع المطلق قول بالاحتياط وهو متعين في مثله ليخرج به المكلف عن عهدة ما كلف به بيقين لان الاجتماع أخص من مطلق الاجتماع، ووجود الاخص يستلزم وجود الاعم من غير عكس، ولان الاحتياط هو العمل بأقوى الدليلين ولم يوجد دليل عدم جواز التعدد بل قضية الضرورة عدم اشتراطه، وقد قال الله تعالى * (لا يكلف الله نفسا إلا وسعها) * (البقرة: ٢٨٦) وقال تعالى * (وما جعل عليكم في الدين من حرج) * (الحج: ٧٨) اه. بلفظه مع ما لزم من فعلها

***

[٢٥٢]

في زماننا من المفسدة العظيمة، وهو اعتقاد الجهلة أن الجمعة ليست بفرض لما يشاهدون من صلاة الظهر فيظنون أنها الفرض، وأن الجمعة ليست بفرض فيتكاسلون عن أداء الجمعة فكان الاحتياط في تركها، وعلى تقدير فعلها ممن لا يخاف عليه مفسدة منها فالاولى أن تكون في بيته خفية خوفا من مفسدة فعلها والله سبحانه الموفق للصواب. قوله (والسلطان أو نائبه) معطوف على المصر. والسلطان هو الوالي الذي لا والي فوقه. وإنما كان شرطا للصحة لانها تقام بجمع عظيم وقد تقع المنازعة في التقديم والتقدم وقد تقع في غيره فلا بد منه تتميما لامره، ودخل تحت النائب العبد إذا قلد عمل ناحية فصلى بهم الجمعة جاز. ولا تجوز إلا نكحة بتزويجه ولا قضائه، ودخل القاضي والشرطي لكن قال في الخلاصة: وليس للقاضي أن يصلي الجمعة بالناس إذا لم يؤمر به، ويجوز لصاحب الشرط وإن لم يؤمر به وهذا في عرفهم اه. وفيها: والي مصر مات ولم يبلغ الخليفة موته حتى مضت بهم جمع فإن صلى بهم خليفة الميت أو صاحب الشرط أو القاضي أجزأهم، ولو اجتمعت العامة على تقديم رجل لم يأمره القاضي ولا خليفة الميت لم يجز ولم تكن جمعة، ولو لم يكن ثمة قاض ولا خليفة الميت فاجتمع العامة على تقديم رجل جاز للضرورة، ولو مات الخليفة وله ولاة وأمراء على أشياء من أمور المسلمين كانوا على ولايتهم يقيمون الجمع اه. وأطلق في السلطان فشمل العادل والجائز والمتغلب ولهذا قال في الخلاصة: والمتغلب الذي لا عهد له أي لا منشور له إن كان سيرته فيما بين الرعية سيرة الامراء ويحكم فيما بينهم بحكم الولاية تجوز الجمعة بحضرته اه. والعبرة لاهلية النائب وقت الصلاة لا وقت الاستنابة حتى لو أمر الصبي أو الذمي وفوض إليهما الجمعة قبل يوم الجمعة فبلغ الصبي وأسلم الذمي كان

لهما أن يصليا الجمعة، ولا ينافيه ما كره في الخلاصة قبله النصراني إذا مر على مصر ثم أسلم ليس له أن يصلي الجمعة بالناس حتى يؤمر بعد الاسلام، وكذا الصبي إذا أمر ثم أدرك، وكذا لو استقضي صبي أو نصراني ثم أدرك الصبي وأسلم النصراني لم يجز حكمهما اه. لانه في الاول فوض إليه أمر الجمعة صريحا، وفي الثاني لا، وظاهر ما في الخانية أن الفرق إنما هو قول بعض المشايخ وأن الراجح عدم الفرق لان التفويض وقع باطلا، فعلى هذا المعتبر أهليته وقت الاستنابة ولا خفاء في أن من فوض إليه أمر العامة في مصر فإن له أن يقيم الجمعة وإن لم يفوضها إليه السلطان صريحا كما في الخلاصة من أن من فوض إليه أمر العامة من
***
[٢٥٣]
أصحاب السلطان فإن له إقامتها، ولا يخفى أن له الاستنابة كتولية خطيب في جامع كما هو الواقع في الامصار وهذا متفق عليه، وإنما وقع الاشتباه في أن الخطيب المقرر من جهة الحاكم هل له أن يستنيب من غير ضرورة؟ فصرح منلا خسرو في شرح الدرر والغرر بأن الخطيب ليس له الاستنابة إلا أن يفوض إليه ذلك، وهذا مما يجب حفظه والناس عنه غافلون اه. وقد عمل بذلك بعض القضاة في زماننا حتى أخرج خطيبا من وظيفته بسبب استنابته من غير إذن. وفي النجعة في تعداد الجمعة للعلامة ابن جرباش أحد شيوخ مشايخي: إن أذن السلطان أو نائبه إنما هو شرط لاقامتها عند بناء المسجد، ثم بعد ذلك لا يشترط الاذن لكل خطيب، فإذا قرر الناظر خطيبا في مسجد فله إقامتها بنفسه وبنائبه وأن الاذن منسحب لكل من خطب وعبارته. والحاصل أن حق التقدم في إمامة الجمعة حق الخليفة إلا أنه لا يقدر على إقامة هذا الحق بنفسه في كل الامصار فيقيمها غيره بنيابته، فالسابق في هذه النيابة في كل بلدة الامير الذي ولي على تلك البلدة ثم الشرطي ثم القاضي ثم الذي ولاه قاضي القضاة. وفي العتابية عن ابن المبارك: الشرطي أولى من القاضي. وفي الخانية: الامام إذا أحدث بعدما صلى ركعة من الجمعة فتقدم واحد من القوم لا بتقديم أحد لا تجوز صلاتهم خلفه، وإن قدمه واحد من جماعة السلطان ممن فوض إليه أمر العامة يجوز. وإذ قد عرفت هذا فيتمشى عليه ما يقع في زماننا هذا من استئذان السلطان في إقامة الجمعة فيما يستجد من الجوامع فإن أذنه بإقامتها في ذلك الموضع لربه مصحح لاذن رب الجامع لمن يقيمه خطيبا ولاذن ذلك الخطيب لمن عساه أن يستنيبه، ولا يكون ذلك إذنا لمجهول ليقع فاسدا على ما توهمه البعض لانه لا بد أن يسأل السلطان في ذلك شخص معين
***
[٢٥٤]
بالضرورة لنفسه أو لغيره، فبروز الاذن يكون على وجه التعيين لا محالة لان الاذن إن كان للسائل فظاهر، وإن كان لغيره، فكذلك لان إذنه يقع إذنا للمسؤول له وهو معلوم عند السائل معين له، بل للامام أيضا لان السائل يجري ذكره عنده بما يصحح السؤال له وهو كاف في صحة الاذن فإن مثل ذلك كاف في تولية القضاة والولاة، ألا ترى أن شخصا نائبا عن الامام أو قريبا غائبا عن حضرته لو وصف له بأوصاف حميدة فولاه حال غيبته عنه صح ولا يشترط معرفة شخصه في صحة توليته له، فما بالك بما نحن فيه؟ وإذا صح الاذن أعطي لمن أذن له حكم الوالي والقاضي في صحة الاقامة منه وممن يأذن له لان المصحح لصحتها ممن سوى الامام من الامام والشرطيين والقضاة إنما هو إقامة الامام لهم وإذنه المحصل لدفع الفتنة الذي هو السبب الداعي لاشتراط الامام في صحة إقامة الجمعة، وهو حاصل فيما ذكرنا فلا التفات لمتعنت والله سبحانه وتعالى أعلم اه. كلامه. وهو كلام حسن لكنه لم يستند فيه إلى نقل عن المشايخ وظاهر كلامهم يدل عليه. قال الولوالجي ففتاواه: الامام إذا خطب فأمر من لم يشهد الخطبة أن يجمع بهم فأمر ذلك الرجل من شهد الخطبة فجمع بهم، جاز لان الذي لم يشهد الخطبة من أهل الصلاة فصح التفويض إليه لكنه عجز لفقد شرط الصلاة وهو سماع الخطبة فملك التفويض إلى الغير، ولو جمع هو ولم يأمر لغيره لا يجوز بخلاف ما لو شرع في الصلاة ثم استخلف من لم يشهد الخطبة فإنه يجوز، وكذلك إن تكلم هذا المقدم فاستقبل بهم جاز لانه إنما يؤدي الصلاة بالتحريمة الاولى اه. ووجه الدلالة أن الامام إن كان المراد به نائب الوالي وهو الخطيب فقد جوز له الاستنابة في إقامة الجمعة ولم يقيده بالحدث ولا بالعذر، وجوز لنائبه أن يستنيب مع أنه لم يفوض إليه ذلك صريحا. وإن كان المراد بالامام الوالي فقد جوز لنائبه أن يستنيب وكل منهما يدل على جواز الاستنابة للخطيب من غير إذن. وقال في الهداية من باب القضاء: وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث له

أن يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به إذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء. اهـ. فقد جوز للمأمور بإقامتها الاستنابة ولم يقيد بالعذر، فدل على جوازها مطلقا. وأما تقييد الشارح الزيلعي الاستخلاف بأن يكون أحدث فلا دليل عليه، والظاهر من عباراتهم الاطلاق. وذكر في البدائع أن كل من ملك إقامة صلاة الجمعة فإنه يملك إقامة غيره مقامه اهـ. وهو
***
[٢٥٥]
صريح في جواز الاستنابة للخطيب مطلقا أو كالصريح فيه. وأيضا ليس الحدث قبل الصلاة من الضروريات لامكان أن يذهب الخطيب للوضوء ثم يأتي فيصلي، وقد اتفقت كلمتهم على أن له الاستخلاف بشرط أن يكون النائب شهد الخطبة ليكون كأن النائب خطب بنفسه، ولم يقيدوا وبإذن الحاكم فدل على ما قلنا. وفي فتاوى الولوالجي: إذا أحدث الامام فقال لواحد فيهم اخطب ولا تصل بهم فذهب ولم يجئ أجزأه أن يخطب ويصلي بهم لانه نهاه عن الصلاة لكي يأتي فيصلي بهم، فإذا لم يأت كان هذا تفويض الصلاة إليه. وقد وقع لبعض قضاة العساكر في زماننا بالقاهرة أنه كان يرى بأنه لا يصح تقريره في وظيفة الخطابة وإنما يقرر فيها الحاكم وهو المسمى بالباشا، ولعله استند في ذلك إلى ما قدمناه عن الخلاصة من أن القاضي لا يقيمها إلا بإذن. لكن قال في الظهيرية بعد نقل ما في الخلاصة: وعن أبي يوسف أنه قال: أما اليوم فالقاضي يصلي بهم الجمعة لان الخلفاء يأمرون القضاء أن يجمعوا بالناس لكن قيل أراد بهذا قاضي القضاة الذي يقال له قاضي قضاة الشرق والغرب كأبي يوسف في وقته، أما في زماننا فالقاضي وصاحب الشرط لا يوليان ذلك اهـ. فالحاصل أن السلطان إذا ولى إنسانا قاضي القضاة بمصر فإن له أن يولي الخطباء ولا يتوقف على إذن كما أن له أن يستخلف للقضاء وإن لم يؤذن له مع أن القاضي ليس له الاستخلاف إلا بإذن السلطان لان توليته قاضي إذن بذلك دلالة كما صرح به في فتح القدير من باب القضاء، لكن ذكر في التجنيس أن في إقامة الجمعة للقاضي روايتين، وبرواية المنع يفتي في ديارنا إذا لم يؤمر به ولم يكتب في منشوره. وأشار المصنف رحمه الله تعالى إلى أن الامام إذا منع أهل المصر أن يجمعوا لم يجمعوا كما أن له أن يمصر موضعا كان له أن ينهاهم. قال الفقيه أبو جعفر: هذا إذا نهاهم مجتهدا بسبب من الاسباب وأراد أن يخرج ذلك المصر من أن يكون مصرا، أما إذا نهاهم متعنتا أو إضرارا بهم فلهم أن يجمعوا على رجل يصلي بهم الجمعة. ولو أن إماما مصر مصرا ثم نفر الناس عنه لخوف عدو أو ما أشبه ذلك ثم عادوا إليه فإنهم لا يجمعوا إلا بإذن مستأنف من الامام. كذا في الخلاصة. ودل كلامهم أن النائب إذا عزل قبل الشروع في الصلاة ليس له إقامتها لانه لم
***
[٢٥٦]
يبق نائبا لكن شرطوا أن يأتيه الكتاب بعزله أو يقدم عليه الامير الثاني، فإن وجد أحدهما فصلاته باطلة، فإن صلى صاحب شرط جاز لان عمالهم على حالهم حتى يعزلوا. كذا في الخلاصة. وبه علم أن الباشا بمصر إذا عزل فالخطباء على حالهم ولا يحتاجون إلى إذن جديد من الثاني إلا إذا عزلهم. وقيدنا بكونه علم العزل قبل الشروع لانه لو شرع ثم حضر وال آخر فإنه يمضي في صلاته كرجل أمره الامام أن يصلي بالناس الجمعة ثم حجر عليه وهو في الصلاة لا يعمل حجره لان شروعه صح إن حجر عليه قبل الشروع عمل حجره. قوله (ووقت الظهر) أي شرط صحتها أن تؤدى في وقت الظهر فلا تصح قبله ولا بعده لان شرعية الجمعة مقام الظهر على خلاف القياس لانه سقوط أربع بركعتين فتراعى الخصوصيات التي ورد الشرع بها مما لم يثبت دليل على نفي اشتراطها، ولم يصلها عليه السلام خارج الوقت في عمره ولا بدون الخطبة فيه فيثبت اشتراطهما وكون الخطبة في الوقت بخلاف ما قام الدليل على عدم اشتراطه ككونها خطبتين بينهما جلسة إلى غير ذلك مما هو مسنون أو واجب كما سيأتي بيانه قوله (فتبطل بخروجه) أي صلاة الجمعة بخروج وقت الظهر ولو بعد القعود قدر التشهد لفوات شرطها فلا يبني الظهر لاختلاف الصلاتين قدرا وحالا واسما. أطلقه فشمل كل مصل لها ولهذا قال في المحيط: لو نام خلف الامام في الجمعة ولم ينتبه حتى خرج الوقت فسدت صلاته لانه لو أتم لصار قاضيا وقضاء الجمعة في غير وقتها لا يجوز، ولو انتبه في الوقت لم تفسد لانه صار مؤديا للجمعة في وقتها اهـ. وفي تهذيب القلانسي من باب المواقيت: وفي الجمعة لو خرج وقت الظهر تنقلب تطوعا عند أبي حنيفة وعندهما يبطل أصلا اهـ. ولا يخفى مخالفة أبي يوسف أصله هنا فإنه موافق للامام في أنه إذا بطل الوصف لا تبطل الاصل. وفي السراج الوهاج معزيا إلى النوادر: إمام صلى بالناس الجمعة فدخل معه رجل في الصلاة

فزحمه الناس فلم يستطع الركوع والسجود حتى فرغ الامام ودخل وقت العصر، فإنه يتم الجمعة بغير قراءة بخلاف ما لو كان في الفجر والمسألة بحالها ثم طلعت الشمس حيث تفسد صلاته لعدم مصادفة الوقت، وينبغي أن يكون ما في النوادر ضعيفا لان ما في المحيط يخالفه لانه لا فرق في اللاحق بين أن يكون عذره النوم أو الزحمة قوله (والخطبة قبلها) أي وشرط صحتها الخطبة وكونها قبل الصلاة لما قدمناه من أن النبي صلى الله عليه وسلم ما صلاها دون الخطبة. ونقل في فتح القدير الاجماع على اشتراط نفس الخطبة ولانها شرط وشرط الشئ سابق عليه، ولو قال فيه أي في وقت الظهر لكان أولى لانه شرط حتى لو خطب قبله وصلى فيه لم تصح. وشرط الشارح أن يكون بحضرة جماعة تنعقد بهم

***

[٢٥٧]

الجمعة وإن كانوا صما أو نياما، وظاهره أنه لا يكفي لوقوعها الشرط حضور واحد. وفي الخلاصة ما يخالفه فإنه قال: لو خطب وحده ولم يحضره أحد لا يجوز. وفي الاصل قال: فيه روايتان. ولو حضر واحد أو اثنان وخطب وصلى بالثلاثة جاز، ولو خطب بحضرة النساء لم يجز إن كن وحدهن انتهى. وفي فتح القدير: المعتمد أنه لو خطب وحده فإنه يجوز أخذا من قولهم يشترط عنده في التسبيحة والتحميدة أن يقال على قصد الخطبة، فلو حمد لعطاس لا يجزئ عن الواجب انتهى. وفيه نظر ظاهر لانه لا يدل على ما ذكره بشئ من أنواع الدلالات كما لا يخفى. وصحح في الظهيرية أنه لو خطب وحده فإنه لا يجوز. وفي المضمرات معزيا إلى الزاد: وهل تقوم الخطبة مقام الركعتين؟ اختلف المشايخ منهم من قال تقوم ولهذا لا تجوز إلا بعد دخول الوقت، ومنهم من قال لا تقوم وهو الاصح لانه لا يشترط لها سائر شروط الصلاة من استقبال القبلة والطهارة وغير ذلك انتهى. وفي البدائع: ثم هي وإن كانت قائمة مقام الركعتين شرط وليست بركن لان صلاة الجمعة لا تقام بالخطبة فلم تكن من أركانها اه. وفي فتح القدير: واعلم أن الخطبة شرط الانعقاد في حق من ينشئ التحريمة للجمعة لا في حق كل من صلاها، واشتراط حضور الواحد أو الجمع ليتحقق معنى الخطبة لانها من النسبيا ت فعن هذا قالوا: لو أحدث الامام فقدم من لم يشهدها جاز أن يصلي بهم الجمعة لانه بان تحريمته على تلك التحريمة المنشأة، فالخطبة شرط انعقاد الجمعة في حق من ينشئ التحريمة فقط، ألا ترى إلى صحتها من المقتدين الذين لم يشهدوا الخطبة؟ فعلى هذا كان القياس فيما لو أفسد هذا الخليفة أن لا يجوز أن يستقبل بهم الجمعة لكنهم استحسنوا جواز استقباله لهم لانه لما قام مقام الاول التحق به حكما، فلو فسد الاول استقبل بهم فكذلك الثاني، فلو كان الاول أحدث قبل الشروع فقدم من لم يشهد الخطبة لا يجوز اه. ولم يشترط المصنف أنه يصلي عقب الخطبة بلا تراخ، ففيه أشار إلى أنه ليس بشرط فلذا قالوا: إن الخطبة تعاد على وجه الاولوية لو تذكر الامام فائتة في صلاة الجمعة ولو كانت الوتر حتى فسدت

***

[٢٥٨]

الجمعة لذلك فاشتغل بقضائها، وكذا لو كان أفسد الجمعة فاحتاج إلى إعادتها أو افتتح التطوع بعد الخطبة وإن لم يعد الخطبة أجزأه، وكذا إذا خطب جنبا. كذا في فتح القدير. ولم يفرق بين الفصل القليل والكثير، وفرق بينهما في الخلاصة فقال: ولو خطب محدثا أو جنبا ثم توضأ أو اغتسل وصلى جاز، ولو خطب ثم رجع إلى بيته فتغدى أو جامع واغتسل ثم جاء استقبل الخطبة، وكذا في المحيط معللا بأن الاول من أعمال الصلاة بخلاف الثاني فإن ظاهره أن الاستقبال في الثاني لازم وإلا فلا فرق بين الكل. وقد صرح في السراج الوهاج بلزوم الاستئناف وبطلان الخطبة وهذا هو الظاهر لانه إذا طال الفصل لم يبق خطبة للجمعة بخلاف ما إذا قل، وقد علم من تفاريعهم أنه لا يشترط في الامام أن يكون هو الخطيب، وقد صرح في الخلاصة بأنه لو خطب صبي بإذن السلطان وصلى الجمعة رجل بالغ يجوز. قوله (وسن خطبتان بجلسة بينهما وطهارة قائما) كما روي عن أبي حنيفة أنه قال: ينبغي أن يخطب خطبة خفيفة يفتتح بحمد الله تعالى ويثني عليه ويتشهد ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويعظ ويذكر ويقرأ سورة ثم يجلس جلسة خفيفة، ثم يقوم فيخطب خطبة أخرى يحمد الله تعالى ويثني عليه ويتشهد ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويدعو للمؤمنين والمؤمنات كما في البدائع. وقد علم من هذا أنه لا يعظ في الثانية ولهذا قال في التجنيس: إن الثانية كالاولى إلا أنه يدعو للمسلمين مكان الوعظ، وظاهره أنه يسن قراءة آية في الثانية كالاولى. والحاصل كما في المجتبي أن الكلام في الخطبة في أربعة مواضع: في الخطبة والخطيب والمستمع وشهود الخطبة.

أما الخطبة فتشتمل على فرض وسنة، فأما الفرض فشيئان: الوقت وذكر الله تعالى، وأما سننها فخمس عشرة: أحدها الطهارة حتى كرهت للمحدث والجنب. وقال أبو يوسف: لا يجوز. وثانيها القيام. وثالثها استقبال القوم بوجهه. ورابعها قال أبو يوسف في الجوامع: التعوذ في نفسه قبل الخطبة. وخامسها أن يسمع القوم الخطبة فإن لم يسمع أجزأه. وسادسها ماروى الحسن عن أبي عن أبي حنيفة أنه يخطب خطبة خفيفة وهي تشتمل على عشرة: أحدها البداءة بحمد الله. وثانيها الثناء عليه بما هو أهله. وثالثها الشهادتان. ورابعها الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم. وخامسها العظة والتذكير. وسادسها قراءة القرآن وتاركها مسئ وروي أنه صلى الله عليه وسلم قرأ فيها سورة العصر ومرة أخرى * (لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة
***
[٢٥٩]
أصحاب الجنة هم الفائزون) * (الحشر: ٢٠) وأخرى * (ونادوا يا مالك) * (الزخرف: ٧٧) وسابعها الجلوس بين الخطبتين. وثامنها أن يعيد في الخطبة الثانية الحمد لله والثناء والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم. تاسعها أن يزيد فيها الدعاء للمؤمنين والمؤمنات. وعاشر ها تخفيف الخطبتين بقدر سورة من طوال المفصل ويكره التطويل، وأما الخطيب فيشترط فيه أن يتأهل للامامة في الجمعة. والسنة في حقه الطهارة والقيام والاستقبال بوجهه للقوم وترك السلام من خروجه إلى دخوله في الصلاة وترك الكلام. وقال الشافعي: إذا استوى على المنبر سلم على القوم، وقوله صلى الله عليه وسلم إذا خرج الامام فلا صلاة ولا كلام يبطل ذلك. وأما المستمع فيستقبل الامام إذا بدأ بالخطبة وينصت ولا يتكلم ولا يرد السلام ولا يشمت ولا يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم. وقالا: يصلي السامع في نفسه، وفي جواز قراءة القرآن وذكر الفقه والنظر فيه لمن يستمع الخطبة اختلاف المشايخ. ويكره لمستمع الخطبة ما يكره في الصلاة كالاكل والشرب والعبث والالتفات، وأما التخطي فمكروه عند أبي حنيفة. وقالا: إنما يكره بعد خروج الامام. وقال الرازي: إنما يجوز قبله إذا لم يؤذ أحدا فأما تخطي السؤال فمكروه في جميع الاحوال بالاجماع وأما شهود الخطبة فشرط في حق الامام دون المأموم اه. ما في المجتبي. وأطلق المصنف في الجلسة ولم يبين قدرها للاختلاف، فعند الطحاوي مقدار ما يمس موضع جلوسه من المنبر، وفي ظاهر الرواية مقدار ثلاث آيات كما في التجنيس وغيره، ومن الغريب ما ذكره في السراج الوهاج أنه يستحب للامام إذا صعد المنبر وأقبل على الناس أن يسلم عليهم لانه استدبرهم في صعوده اه. ومن المستحب أن يرفع الخطيب صوته كما في السراج الوهاج، ومنه أن يكون الجهر في الثانية دون الاولى كما في شرح الطحاوي وفي التجنيس: وينبغي أن تكون الخطبة الثانية الحمد لله نحمده ونستعينه إلى آخره. لان هذا هو الثانية التي كان يخطب بها رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الخلفاء الراشدين مستحسن، بذلك جرى التوارث ويذكر العمين اه. ثم قولهم إن السنة في المستمع استقبال الامام مخالف لما عليه عمل الناس من استقبال المستمع للقبلة، ولهذا قال في التجنيس: والرسم في زماننا أن القوم يستقبلون القبلة قال: لانهم لو استقبلوا الامام لخرجوا في تسوية الصفوف بعد فراغه لكثرة الزحام. وجزم في الخلاصة بأنه يستحب استقباله إن كان أمام الامام، فإن كان عن يمين الامام أو عن يساره قريبا من الامام يتحرف إلى الامام مستعدا للسماع. ومن السنة أن يكون الخطيب على منبر اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم. وفي المضمرات معزيا إلى روضة العلماء: الحكمة في أن الخطيب يتقلد سيفا ما قد سمعت الفقيه أبا الحسن الرستغفني يقول: كل بلدة فتحت عنوة بالسيف يخطب الخطيب على منبرها متقلدا بالسيف يريهم أنها فتحت بالسيف فإذا رجعتم عن الاسلام فذلك السيف باق في أيدي المسلمين نقاتلك به حتى ترجعوا إلى الاسلام، وكل بلدة أسلم أهلها طوعا يخطبون فيها بلا سيف ومدينة النبي صلى الله عليه وسلم فتحت بالقرآن فيخطب
***
[٢٦٠]
الخطيب بلا سيف وتكون تلك البلدة عشرية. ومكة فتحت بالسيف فيخطب مع السيف اه. وهذا مفيد لكونه يتقلد بالسيف لا أنه يمسكه بيده كما هو المتعارف مع أن ظاهر ما في الخلاصة كراهة ذلك فإنه قال: ويكره أن يخطب متكئا على قوس أو عصا لكن قال في الحاوي القدسي: إذا فرغ المؤذنون قام الامام والسيف بيساره وهو متكئ عليه اه. وهو صريح فيه إلا أن يفرق بين السيف وغيره. وفي المجتبي: ويخطب بالسيف في البلدة التي فتحت بالسيف. وفي السراج الوهاج: وأما الدعاء للسلطان في الخطبة فلا يستحب لما روي

أن عطاء سئل عن ذلك فقال: إنه محدث وإنما كانت الخطبة تذكيرا. وفي الخلاصة وغيرها: الدنو من الامام أفضل من التباعد على الصحيح، ومنهم من اختار التباعد حتى لا يسمع مدح الظلمة في الخطبة، ولهذا اختار بعضهم أن الخطيب ما دام في الحمد والمواعظ فعليهم الاستماع فإذا أخذ في مدح الظلمة والثناء عليهم فلا بأس بالكلام حينئذ. وحكى في الظهيرية والخانية عن إبراهيم النخعي وإبراهيم بن مهاجر أنهما كانا يتكلمان وقت الخطبة، فقيل لابراهيم النخعي في ذلك فقال: إني صليت الظهر في داري ثم رحت إلى الجمعة ثقية ولذلك تأويلان: أحدهما أن الناس كانوا في ذلك الزمان فريقين: فريق منهم لا يصلي الجمعة لانه كان لا يرى الجائر سلطانا وسلطانهم يومئذ كان جائرا فإنهم كانوا لا يصلون الجمعة من أجل ذلك، وكان فريق منهم يترك الجمعة لان السلطان كان يؤخر الجمعة عن وقتها في ذلك الزمان فكانوا يأتون الظهر في دارهم ثم يصلون مع الامام ويجعلونها سبحة أي نافلة اه‍. وقد سمعت في زماننا أن بعضهم يترك الجمعة متأولا بالتأويل الاول وهو فاسد لان فاعله مجتهد رأى ذلك. وأما المقلد لابي حنيفة فحرام عليه ذلك لان مذهب إمامه أن الجائر سلطان كما قدمناه. وفي أول التجنيس معزيا إلى الفقيهأبي الليث: ينبغي أيكون في مجلس الواعظ الخوف والرجاء ولا يجعل كله خوفا ولا كله رجاء لانه ور النهي عن ذلك، ولان الاول يفضي إلى القنوط، والثاني إلى الامن فيجمع بينهما. وقال الامام أبو بكر الرستغفني: يجب أن يتكلم في الرحمة والرجاء لقوله عليه الصلاة والسلام يسروا ولا تعسروا، وبشروا ولا تنفروا (١) ولان من رجع إلى الباب بالكرامة يكون أثبت اه‍. وفي القنية قال أبو يوسف في الجامع: ينبغي للخطيب إذا صعد المنبر أن يتعوذ بالله في نفسه قبل الخطبة اه‍. وفي ضياء الحلوم مختصر شمس العلوم: خطب على المنبر خطبة - بضم الخاء - وخطب المرأة خطبة بكسر الخاء. قال الله تعالى * (من خطبة النساء)

***

[٢٦١]

* (البقرة: ٢٣٥) وفي الحديث لا يخطبن أحدكم على خطبة أخيه (٢) اه‍. وفي الحاوي القدسي: والسنة أن يكون جلوس الامام في مخدعه عن يمين المنبر فإن لم يكن ففي جهته أو ناحيته، وتكره صلاته في المحراب قبل الخطبة، وليلبسن السواد اقتداء بالخلفاء وللتوارث في الاعصار والامصار اه‍. ولم أر فيما عندي من كتب أئمتنا حكم المرقي الذي يخرج الخطيب من مخدعه ويقرأ الآية كما هو المعهود هل هو مسنون أم لا. وفي البدائع: ويكره للخطيب أن يتكلم في حال خطبته إلا إذا كان أمرا بمعروف فلا يكره لكونه منها. وفي خزانة الفقه لابي الليث: الخطب ثمان: خطبة الجمعة، وخطبة عيد الفطر، وخطبة عيد الاضحى، وخطبة النكاح، وخطبة الاستسقاء في قول أبي يوسف ومحمد، وثلاث خطب في الحج واحدة منها بلا جلسة بمكة قبل يوم التروية بعد الظهر، والثاني بعرفات قبل الظهر يجلس فيها جلسة خفيفة، والثالثة بعد يوم التحر بيوم في منى يخطب خطبة واحدة بعد الظهر فيبدأ في ثلاث خطب منها بالتحميد وهي خطبة الجمعة والاستسقاء وخطبة النكاح، وفي خمس يبدأ بالتكبير وهي خطبة عيد الفطر والاضحى وثلاث خطب الحج إلا أن الخطبة التي بمكة وعرفة يبدأ فيها بالتكبير ثم بالتلبية ثم بالخطبة اه‍.. قوله: (وكفت تحميدة أو تم ليلة أو تسبيحة) أي وكفى في الخطبة المفروضة مطلق ذكر الله تعالى على وجه القصد عند أبي حنيفة لاطلاقه في الآية الشريفة. وقالا: الشرط أن يأتي بكلام يسمى خطبة في العرف. وأقله قدر التشهد إلى عبده ورسوله تقييدا له بالمتعارف كما قالاه في القراءة. وأبو حنيفة عمل بالقاطع والظني فقال باقتراض مطلق الذكر للآية وباستنان الخطبة المتعارفة لفعله عليه الصلاة والسلام تنزيلا للمشروعات على حسب أدلتها، ويؤيده قصة عثمان المذكورة في كتب الفقه وهي أنه لما خطب في أول جمعة ولي الخلافة صعد المنبر فقال: الحمد لله فارتج عليه فقال: إن أبا بكر وعمر كانا يعدان لهذا المقام مقالا وأنتم

***

[٢٦٢]

إلى إمام فعال أحوج منكم إلى إمام قوال، وستأتيكم الخطب بعد وأستغفر الله لي ولكم ونزل وصلى بهم. ولم ينكر عليه أحد منهم فكان إجماعا. وارتج بالتخفيف على الاصح أي استغلق عليه الخطبة فلم يقدر على إتمامها كذا في المغرب. ومراد عثمان بقوله إنكم إلى إمام إلى آخره أن الخلفاء الذين يأتون بعد الخلفاء الراشدين تكون على كثرة المقال مع قبح الفعال فأنا وإن لم أكن قوالا مثلهم فأنا على الخير

دون الشر، فأما أن يريد بهذا القول تفضيل نفسه على الشيخين فلا. كذا في النهاية: قيدنا الخطبة بالمفروضة لان المسنونة لا يكفي فيها مطلقه بل لا بد أن يأتي بما قدمناه. وقيدنا بالقصد لانه لو عطس على المنبر فقال الحمد لله على عطاسه لا ينوب عن الخطبة عند أبي حنيفة أيضا كما في التسمية على الذبيحة، وعن أبي حنيفة في رواية أخرى أنه يجزئه، والفرق على هذه الرواية وهو أن المأمور به في الخطبة الذكر مطلقا لقوله تعالى * (فاسعوا إلى ذكر الله) * (الجمعة: ٩) وقد وجد، وفي باب الذبيحة المأمور الذكر عليه وذلك بأن يقصده والاول أصح. كذا في التجنيس قوله: (والجماعة وهم ثلاثة) أي شرط أن يصلي مع الامام ثلاثة فأكثر لاجماع العلماء على أنه لا بد فيها من الجماعة كما في البدائع. وإنما اختلفوا في مقدارها فما ذكره المصنف قولابي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: اثنان سوى الامام لانهما مع الامام ثلاثة وهي جمع مطلق ولهذا يتقدمهما الامام ويصطفان خلفه. ولهما: إن الجمع المطلق شرط انعقاد الجمعة في حق كل واحد منهم وشرط جواز صلاة كل واحد منهم ينبغي أن يكون سواه، فيحصل هذا الشرط ثم يصلي ولا يحصل هذا الشرط إلا إذا كان سوى الإمام ثلاثة إذ لو كان مع الإمام اثنان لم يوجد في حق كل واحد منهم بخلاف سائر الصلوات لان الجماعة فيها ليست بشرط. كذا في البدائع. أطلق الثلاثة فشمل العبيد والمسافرين والمرضى والاميين والخرسى لصلاحيتهم للامامة في الجمعة، أما لكل واحد أو لمن هو مثل حالهم في الامي والاخرس فصلحا أن يقتديا بمن فوقهما. كذا في المحيط. ولا يرد عليه النساء والصبيان فإن الجمعة لا تصح بهم وحدهم لعدم صلاحيتهم للامامة فيها بحال لان النساء خرجن بالتاء في ثلاثة أي ثلاثة رجال، وكذا الصبي لانه ليس برجل كامل والمطلق ينصرف إلى الكامل. وشمل ثلاثة غير الثلاثة الذين حضروا الخطبة لما في التجنيس وغيره: إذا خطب بحضره جماعة ثم نفروا وجاء آخرون لم يشهدوا الخطبة فصلى بهم الجمعة أجزأهم.

***

[٢٦٣]

قوله: (فإن نفروقبل سجوده بطلت) بيان لكون الجماعة شرط انعقاد الاداء لا شرط انعقاد التحريمة عند أبي حنيفة، وعندهما شرط انعقاد التحريمة. وفائدته أنهم لو نفروا بعد التحريمة قبل تقييد الركعة بالسجدة فسدت الجمعة ويستقبل الظهر عنده، وعندهما يتم الجمعة لانها شرط انعقاد التحريمة في حق المقتدي فكذا في حق الامام. والجامع أن تحريمة الجمعة. إذا صحت صح بناء الجمعة عليها، ولهذا لو أدركه إنسان في التشهد صلى الجمعة عنده وهو قول أبي يوسف إلا أن محمدا تركه هنا لما سيأتي، ولابي حنيفة أن الجماعة في حق الامام لو جعلت شرط انعقاد التحريمة لادى إلى الحرج لان تحريمته حينئذ لا تنعقد بدون مشاركة الجماعة إياه فيها، وذا لا يحصل إلا أن تقع تكبيراتهم مقارنة لتكبيرة الامام وأنه مما يتعذر مراعاته. وبالاجماع ليس بشرط فإنهم لو كانوا حضروا وكبر الامام ثم كبروا صح تكبيره وصار شارعا في الصلاة وصحت مشاركتهم إياه فلم يجعل شرط انعقاد التحريمة لعدم الامكان فجعلت شرط انعقاد الاداء وهو بتقييد الركعة بالسجدة لان الاداء فعل والحاجة إلى كون الفعل أداء للصلاة وفعل الصلاة هو القيام والقراءة والركوع والسجود، ولهذا لو حلف لا يصلي فما لم يقيد الركعة بسجدة لا يحنث، فإذا لم يقيدها لم يوجد الاداء فلم ينعقد فشرط دوام مشاركة الجماعة الامام إلى الفراغ عن الاداء، ولا معتبر ببقاء النسوان والصبيان ولا بما دون الثلاث من الرجال لان الجمعة لا تنعقد بهم. فلو قال فإن نفر واحد منهم لكان أولى. قيد بقوله قبل سجوده أي الامام لانهم لو نفروا بعد سجوده فإنها لا تبطل عندنا خلافا لزفر، بناء على أنها عنده شرط بقائها منعقدة إلى آخر الصلاة كالطهارة وستر العورة. وعندنا ليست بشرط للبقاء لما عرف في البدائع ومن فروع المسألة ما لو أحرم الامام ولم يحرموا حتى قرأ وركع فأحرموا بعد ما ركع، فإن أدركوه في الركوع صحت الجمعة لوجود المشاركة في الركعة الاولى وإلا فلا لعدمها، بخلاف المسبوق فإنه تبع للامام فيكتفي بالانعقاد في حق الاصل لكونه بانيا على صلاته. ولا يخفى أن مراد المصنف أنهم نفروا قبل سجوده ولم يعودوا قبل سجوده وإلا فلو نفروا قبله وعادوا إليه قبله فلا فساد كما في الخلاصة. وفيها: وإذا كبر الامام ومعه قوم متوضئون فلم يكبروا معه حتى أحدثوا ثم جاء آخرون وذهب الاولون جاز استحسانا، ولو كانوا محدثين فكبر ثم جاء آخرون استقبل التكبير ا ه. قوله: (والاذن العام)

***

[٢٦٤]

أي شرط صحتها الاداء على سبيل الاشتهار حتى لو أن أميرا أغلق أبواب الحصن وصلى فيه بأهله وعسكره صلاة الجمعة لا تجوز. كذا

في الخلاصة. وفي المحيط: فإن فتح باب قصره وأذن للناس بالدخول جاز ويكره لانه لم يقض حق المسجد الجامع، وعللوا الاول بأنها من شعائر الاسلام وخصائص الدين فيجب إقامتها على سبيل الاشتهار. وفي المجتبى: فانظر إلى السلطان يحتاج إلى العامة في دينه ودنياه احتياج العامة إليه فلو أمر إنسانا يجمع بهم في الجامع وهو في مسجد آخر جاز لاهل الجامع دون أهل المسجد إلا إذا علم الناس بذلك ا ه. ولم يذكر صاحب الهداية هذا الشرط لانه غير مذكور في ظاهر الرواية وإنما هو رواية النوادر كما في البدائع. قوله: (وشرط وجوبها الاقامة والذكورة والصحة والحرية وسلامة العينين والرجلين) فلا تجب على مسافر ولا على امرأة ولا مريض ولا عبد ولا أعمى ولا مقعد، لان المسافر يحرج في الحضور وكذا المريض والاعمى والعبد مشغول بخدمة المولى والمرأة بخدمة الزوج فعذروا دفعا للحرج والضرر. ولم أر حكم الاعمى إذا كان مقيما بالجامع الذي تصلى فيه الجمعة وأقيمت وهو حاضر هي تجب عليه لعدم الحرج أو لا، وإنما لم يذكر العقل والبلوغ والاسلام لانها شرط كل تكليف فلا حاجة إلى ذكرها هنا كما في الخلاصة. وأما الشيخ الكبير الذي ضعف فهو ملحق بالمريض فلا يجب عليه. وفي فتح القدير: والمطر الشديد والاختفاء من السلطان الظالم مسقط. فلو قال المصنف وشرط وجوبها الاقامة والذكورة والصحة والحرية ووجود البصر والقدرة على المشي وعدم الحبس والخوف والمطر الشديد لكان أشمل. وأشار المصنف باشتراط الحرية إلى عدم وجوبها على المكاتب والمأذون والعبد الذي حضر مع مولاه باب المسجد لحفظ الدابة ولم يخل بالحفظ، والعبد الذي يؤدي الضريبة لفقد الشرط لكن هل له صلاتها بغير إذن المولى. قال في التجنيس: وإذا أراد العبد أن يخرج إلى الجمعة أو إلى العيدين بغير إذن مولاه إن كان يعلم أن مولاه يرضى بذلك جاز وإلا فلا يحل له الخروج بغير إذنه لان الحق له في ذلك، ولو رآه فسكت حل له الخروج إليها لان السكوت بمنزلة الرضى. وعن محمد في العبد يسوق دابة مولاه إلى الجامع فإنه يشتغل بالحفظ ولا يصلي

***

[٢٦٥]

الجمعة لانه لم يوجد الرضا بأداء الجمعة، والاصح أن له ذلك إذا كان لا يخل بحق المولى في إمساك دابته ا ه. وفي السراج الوهاج: فإن أذن للعبد مولاه وجب عليه الحضور. وقال بعضهم: يتخير وصحح الوجوب على المكاتب ومعتق البعض ولا يخفى ما فيه. وجزم في الظهيرية في العبد الذي أذن له مولاه بالتخيير وهو أليق بالقواعد فأشار باشتراط سلامة العينين إلى عدم وجوبها على الاعمى مطلقا، أما إذا لم يجد قائدا فمجمع عليه وإن وجده إما بطريق التبرع أو الاجارة أو معه مال يستأجره به فكذلك عند أبي حنيفة، وعندهما تجب عليه. وأشار باقتصاره على هذه الشروط إلى أنها لا تسقط عن الاجير. وفي الخلاصة: وللمستأجر منع الاجير عن حضور الجمعة وهذا قول الامام أبي حفص. وقال الامام أبو علي الدقاق: ليس له أن يمنعه لكن تسقط عنه الاجرة بقدر اشتغاله بذلك إن كان بعيدا، وإن كان قريبا لا يحط عنه شئ، وإن كان بعيدا واشتغل قدر ربع النهار حط عنه ربع الاجرة، فإن قال الاجير حط عني الربع بمقدار اشتغالي بالصلاة لم يكن له ذلك ا ه. وظاهر المتون يشهد للدقاق، ولا حاجة إلى ذكر سلامة العينين والرجلين لدخولهما تحت الصحة كما وقع في كثير من الكتب مع أن ظاهر العبارة مشكل لانه يقتضي أن إحداهما لو لم تسلم فإنه لا تجب عليه صلاة الجمعة مع أن الامر بخلافه لانه ليس بأعمى ولا بمقعد، فلو قال ووجود البصر والقدرة على المشي لكان أولى إلا أن يقال: إن الالف واللام إذا دخلت على المثنى أبطلت معنى التثنية كالجمع فصار بمعنى المفرد. وألحق بالمريض الممرض. وفي السراج الوهاج: الاصح أنه إن بقي المريض ضائعا بخروجه لم يجب عليه. وفي التجنيس: الرجل إذا أراد السفر يوم الجمعة لا بأس به إذا خرج من العمران قبل خروج وقت الظهر لان الوجوب بآخر الوقت وآخر الوقت هو مسافر فلم يجب عليه صلاة الجمعة. قال رضي الله عنه: وحكي عن شمس الائمة الحلواني أنه كان يقول لي: في هذه المسألة إشكال وهو أن اعتبار آخر الوقت إنما يكون فيما ينفرد بأدائه وهو سائر الصلوات، فأما الجمعة لا ينفرد هو بأدائها وإنما يؤديها الامام

***

[٢٦٦]

والناس فينبغي أن يعتبر وقت أدائهم حتى إذا كان لا يخرج من المصر قبل أداء الناس ينبغي أن يلزمه شهود الجمعة ا ه. قوله: (ومن لا جمعة عليه أن أداها جاز عن فرض الوقت) لانهم تحملوه فصاروا كالمسافر إذا صام. وأشار بقوله جاز عن الفرض إلى أنهم أهل

التكليف فلا يرد عليه الصبي والمجنون وإن دخلا تحت قوله ومن لا جمعة عليه ولهذا فصل في البدائع فيمن لا جمعة عليه فقال: إن كان صبيا وصلاها فهي تطوع له، وإن كان مجنونا فلا صلاة له أصلا. وأما من كان أهلا للوجوب كالمريض والمسافر والمرأة والعبد يجزئهم ويسقط عنهم الظهر. قيد بالجمعة لان من لا حج عليه إذا أدى الحج فإن كان لفقد المال فإن الحج يسقط عنه حتى لو أيسر بعده فإنه لا حج عليه لما ذكرنا، وإن كان لعدم أهليته كالعبد إن أدى الحج مع مولاه فإنه لا يحكم بجوازه فرضا حتى يؤاخذ بحجة الاسلام بعد حريته. والفرق أن المنع من الجمعة كان نظرا للمولى والنظر ههنا في الحكم بالجواز لانا لو لم نجوز وقد تعطلت منافعه على المولى لوجب عليه الظهر فتتعطل عليه منافعه ثانيا فينقلب النظر ضررا، وذا ليس بحكمة فتبين في الآخرة أن النظر في الحكم بالجواز فصار مأذونا دلالة كالعبد المحجور عليه إذا أجر نفسه أنه لا يجوز، ولو سلم من العمل يجوز ويجب عليه كمال الاجرة لما ذكرنا. كذا هذا بخلاف الحج فإن هناك لا يتبين أن النظر للمولى في الحكم بالجواز لا يؤاخذ للحال بشئ آخر إذا لم يحكم بجوازه بل يخاطب بحجة الاسلام بعد الحركة فلا يتعطل على المولى منافعه. كذا في البدائع. ولم أر نقلا صريحا هل الافضل لمن لا جمعة عليه صلاة الجمعة أو صلاة الظهر، لكن ظاهر الهداية والعناية وغاية البيان أن الافضل لهم صلاة الجمعة لانهم ذكروا أن صلاة الظهر لهم يوم الجمعة رخصة فدل أن العزيمة صلاة الجمعة، وينبغي أن يستثنى منه المرأة، فإن صلاتها في بيتها أفضل والله سبحانه وتعالى أعلم. قوله: (وللمسافر والعبد والمريض أن يؤم فيها) أي في الجمعة. وقال زفر: لا يجزئه لانه لا فرض عليه فأشبه الصبي والمرأة. ولنا أن هذه رخصة فإذا حضروا تقع فرضا على ما بينا، أما أداء الصبي فمسلوب الاهلية والمرأة لا تصلح لامامه الرجال قوله: (وتنعقد بهم) أي الجمعة بالمسافر والعبد والمريض للاشارة إلى رد قول الشافعي أن هؤلاء تصح إمامتهم لكن لا يعتد بهم في العدد الذي تنعقد بهم الجمعة، وذلك لانهم لما صلحوا للامامة فلان يصلحوا للاقتداء أولى. كذا في العناية. قوله: (ومن لا عذر له لو صلى الظهر قبلها كره) أي حرم قطعا. وإنما ذكر الكراهة اتباعا للقدوري مع أنه مما لا ينبغي فإنه أوقع بعض الجهلة في ضلالة من اعتقاد جواز تركها،

***

[٢٦٧]

وقد قدمنا أن من أنكر فريضتها فهو كافر بالله تعالى. قال في فتح القدير: لا بد من كون المراد حرم عليه ذلك وصحت الظهر لان ترك الفرض القطعي باتفاقهم الذي هو آكد من الظهر، فكيف لا يكون مرتكبا محرما غير أن الظهر تقع صحيحة ا ه‍. فالحاصل أن فرض الوقت هو الظهر عندنا بدلالة الاجماع على أن بخروج الوقت يصلي الظهر بنية القضاء، فلو لم يكن أصل فرض الوقت الظهر لما نوى القضاء. ثم هو مأمور بإسقاطه والاتيان بالجمعة. وعند زفر: فرض الوقت هو الجمعة، وفائدة الاختلاف تظهر في ثلاثة: أحدها في هذه المسألة. ثانيها لو نوى فرض الوقت يصير شارعا في الظهر عندنا، وعنده في الجمعة. ثالثها لو تذكر فائتة عليه وكان لو اشتغل بالقضاء تفوته الجمعة دون الظهر فإنه يقضي ويصلي الظهر بعده عندنا، وعنده يصلي الجمعة، ولو كان بحال تفوته الظهر والجمعة لا يقضيها اتفاقا. كذا في أكثر الكتب. وفي المحيط ذكر ثلاثة أقوال عندهما فرض الوقت الظهر لكن العبد مأمور بإسقاطه عنه بأداء الجمعة، وعند محمد: الفرض هو الجمعة وله أن يسقط بالظهر رخصة، وروي عنه الفرض أحدهما لا بعينه ويتعين ذلك بأدائه، وعند زفر والشافعي: الفرض هو الجمعة والظهر بدل عنها في حق المعذور ا ه‍. وقد ظهر للعبد الضعيف صحة كلاما لقدوري ومن تبعه في التعبير بالكراهة لان صلاة الظهر قبل أداء الجمعة من الامام ليست مفوتة للجمعة حتى تكون حراما إنما المفوت لها عدم سعيه، فإن سعيه بعصلاة الظهر إليها فرض كما صرحوا به، فإن لم يسع فقد فوتها فحرم عليه ذلك. وأما الصلاة فإنها مكروهة فقط باعتبار أنها قد تكون سببا للتفويت باعتبار اعتماده عليها وهم إنما حكموا على صلاة الظهر بالكراهة ولم يقل أحد أن ترك الجمعة بغير عذر مكروه حتى يلزم ما ذكر من الايقاع في جهالة. فقوله في فتح القدير لانه ترك الفرض القطعي ممنوع لما علمت أنه لا يلزم من صلاة الظهر ترك الفرض والله سبحانه الموفق للصواب. قيد بقوله قبلها لانه لو صلى الظهر في منزله بعد ما صلى الامام الجمعة يجوز اتفاقا بلا كراهة. كذا في غاية البيان. مع أنه قد فوت الجمعة فنفس الصلاة غير مكروهة وتفويت الجمعة حرام وهو مؤيد لما قلنا. وقيد بقوله لا عذر له لان المعذور إذا صلى الظهر قبل الامام فلا كراهة اتفاقا. قوله: (فإن سعى إليها بطل) أي الظهر المؤدى عند أبي حنيفة بمجرد السعي إليها لانه

***

[٢٦٨]

مأمور بعد صلاة الظهر ينقضها بالذهاب إلى الجمعة، فالذهاب إليها شروع في طريق نقضها المأمور به فيحكم بنقضها به احتياطا لترك المعصية. وقالا: لا تبطل حتى يدخل مع الامام. واختلفوا في معنى السعي إليها والمختار أنه الانفصال عن داره حتى لا يبطل قبله على المختار لان السعي الرافض لها هو السعي إليها على الخصوص، ومثل ذلك السعي إنما يكون بعد خروجه من باب داره، والمراد من السعي المشي لا الاسراع فيه، وإنما عبروا به اتباعا للآية. وقيد بقوله سعى لانه لو كان جالسا في المسجد بعد ما صلى الظهر فإنه لا يبطل حتى يشرع مع الامام اتفاقا. كذا في الحقائق. وقيد بقوله إليها لانه لو خرج لحاجة أو خرج لحاجة أو خرج وقد فرغ الامام لم يبطل ظهره إجماعا، فالبطلان به مقيد بما إذا كان يرجو إدراكها بأن خرج والامام فيها أو لم يكن شرع. وأطلق فشمل ما إذا لم يدركها لبعد المسافة مع كون الامام فيها وقت الخروج أو لم يكن شرع وهو قول البلخيين. قال في السراج الوهاج: وهو الصحيح لانه توجه إليها وهي لم تفت بعد حتى لو كان بيته قريبا من المسجد وسمع الجماعة في الركعة الثانية وتوجه إليها وهي لم تفت بعد حتى لو كان بيته قريبا من المسجد وسمع الجماعة في الركعة الثانية وتوجه بعد ما صلى الظهر في منزله بطل الظهر على الاصح أيضا لما ذكرنا. وفي النهاية: إذا توجه إليها قبل أن يصليها الامام ثم إن الامام لم يصلها لعذر أو لغيره اختلفوا في بطلان ظهره، والصحيح أنها لا تبطل، وكذا لو توجه إليها والامام والناس فيها إلا أنهم خرجوا منها قبل إتمامها لنائبة فالصحيح أنه لا يبطل ظهره. ثم اعلم أن الضمير المستتر في قوله سعى يعود إلى مصلي الظهر لا إلى من عذر له ليكون أفود وأشمل فإنه لا فرق بين المعذور وغيره في بطلان ظهره بسعيه كما في غاية البيان والسراج الوهاج، لكن التعليل المذكور أولا لا يشمله لان المعذور ليس بمأمور بالسعي إليها مطلقا، فكيف يبطل به؟ فينبغي أن لا يبطل الظهر بالسعي ولا بشروعه في صلاة الجمعة لان الفرض قد سقط عنه ولم يكن مأمورا بنقضه فتكون الجمعة نفلا منه كما قاله به زفر والشافعي، وظاهر ما في المحيط أن ظهره إنما يبطل بحضوره الجمعة لا بمجرد سعيه كما في غير المعذور هو أخف إشكالا.
***
[٢٦٩]
وأسند المصنف البطلان إلى الظهر ليفيد أن أصل الصلاة لم يبطل فينقلب نفلا كما في السراج الوهاج. وذكر في الظهيرية والخلاصة الرستاقي إذا سعى يوم الجمعة إلى مصر يريد به إقامة الجمعة وإقامه حوائج نفسه في المصر ومعظم مقصوده إقامة الجمعة ينال ثواب السعي إلى الجمعة وإن كان قصده إقامة الحوائج لا غير أو كان معظم مقصوده إقامة الحوائج لا ينال ثواب السعي إلى الجمعة ا ه. وبهذا يعلم أن من شرك في عبادته فإن العبرة للاغلب. وقيد بسعي المصلي لان المأموم لو لم يسع إليها وسعى إمامه فإنه لا يبطل ظهر المأموم وإن بطل ظهر إمامه لان بطلانه في حق الامام بعد الفراغ فلا يضر المأموم كما صرح به في المحيط. قوله: (وكره للمعذور والمسجون أداء الظهر بجماعة في العصر) لان المعذور قد يقتدي به غيره فيؤدي إلى تركها، وما علل به في الهداية أولا بقوله لما فيه من الاخلال بالجمعة إذ هي جامعة للجماعات مبني على عدم جواز تعددها في مصر واحد وهو خلاف المنصوص عليه رواية ودراية. قيد بالمصر لان الجماعة غير مكروهة في حق أهل السواد لانه لا جمعة عليهم، وأفاد بالكراهة أن الصلاة صحيحة لاستجماع شرائطها، وفي فتاوي الولوالجي: قوم لا يجب عليهم أن يحضروا الجمعة لبعد الموضع صلوا الظهر جماعة لانه لا يؤدي إلى تقليل الجماعة في الجمعة ا ه. فإن كانوا في السواد فظاهر، وإن كانوا في المصر فهي مستثناة من كلام المصنف، ولو حذف المصنف المعذور والمسجون لكان أولى فإن أداء الظهر بجماعة مكروه يوم الجمعة مطلقا. قال في الظهيرية: جماعة فاتتهم الجمعة في المصر فإنهم يصلون الظهر بغير آذان ولا إقامة ولا جماعة ا ه. وذكر الولوالجي: ولا يصلي يوم الجمعة جماعة في مصر ولا يؤذن ولا يقيم في سجن وغيره لصلاة، ولو زاد أداؤه منفردا قبل صلاة الامام لكان أولى لما في الخلاصة: ويستحب للمريض أن يؤخر الصلاة إلى أن يفرغ الامام من صلاة الجمعة وإن لم يؤخره يكره هو الصحيح ا ه. ولعله إما لاحتمال أن يقتدي به غيره فيؤدي إلى تركها أو يعافى فيحضرها. وقد اقتصر في المجتبى على الثاني. وإنما صرح بالمسجون مدخوله في المعذور للاختلاف في أهل السجن فإن السراج الوهاج أن المسجونين إن كانوا ظلمة قدروا على إرضاء الخصوم، وإن كانوا مظلومين أمكنهم الاستغاثة وكان عليه حضور الجمعة. وقيد بالجماعة لما في التفاريق أن المعذور يصلي الظهر بأذان، وإقامة وإن كان لا تستحب الجماعة، وقيد بالظهر لان في غيرها لا بأس أن يصلوا جماعة. وأشار المصنف إلى أن المساجد تغلق يوم الجمعة إلا الجامع لئلا يجتمع
***
[٢٧٠]

فيها جماعة. كذا في السراج الوهاج. وظاهر كلامهم أن الكراهة في مسألة الكتاب تحريمية لان الجماعة مؤدية إلى الحرام وما أدى إليه فهو مكروه تحريما قوله: (ومن أدركها في التشهد أو في سجود السهو أتم جمعة) يعني عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: إن أدرك معه أكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة، وإن أدرك أقلها بنى عليها الظهر لانه جمعة من وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط في حقه فيصلي أربعا اعتبارا للظهر، ويقعد لا محالة على رأس الركعتين اعتبارا للجمعة، ويقرأ في الاخريين لاحتمال النفلية. ولهما: إنه مدرك للجمعة في هذه الحالة حتى تشترط نية الجمعة وهي ركعتان ولا وجه لما ذكر لانهما مختلفان لا ينبني أحدهما على تحريمة الآخر، ووجود الشرائط في حق الامام يجعل موجودا في حق المسبوق. وأشار المصنف رحمه الله إلى أنه لا بد أن ينوي الجمعة دون الظهر حتى لو نوى الظهر لم يصح اقتداؤه. كذا في المبسوط. وفي المضمرات: إنه مجمع عليه. وأشار أيضا إلى أن الامام يسجد للسهو في الجمعة والعيدين، والمختار عند المتأخرين أن لا يسجد في الجمعة والعيدين لتوهم الزيادة من الجهال. كذا في السراج الوهاج وغيره. ثم إذا قام هذا المسبوق إلى قضائه كان مخيرا في القراءة إن شاء جهر وإن شاخافت. كذا في السراج الوهاج أيضا. وفي المجتبى: ولو زحمه الناس فلم يستطع السجود فوقف حتى سلم الامام فهو لاحق يمضي في صلاته بغير قراءة ا ه. وقيد بالجمعة لان من أدرك الامام في صلاة العيد في التشهد فإنه يتم العيد اتفاقا. كذا في فتح القدير من صلاة العيد. وذكر في السراج أن عند محمد لم يصر مدركا للعيد. وفي الظهيرية معزيا إلى المنتقى: مسافر أدرك الامام يوم الجمعة في التشهد يصلي أربعا بالتكبير الذي دخل فيه ا ه. وهو مخصص لما في المتون مقتض لحملها على ما إذا كانت الجمعة واجبة على المسبوق أما إذا لم تكن واجبة فإنه يتم ظهرا. قوله: (وإذا خرج الامام فلا صلاة ولا كلام) لما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن علي وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم: كانوا يكرهون الصلاة والكلام بعد خروج الامام. وقول الصحابي حجة ولان الكلام يمتد طبعا فيخل بالاستماع والصلاة قد تستلزمه أيضا. وبه اندفع قولهما إنه لا بأس بالكلام إذا خرج قبل أن يخطب وإذا نزل قبل أن يكبر. وأجمعوا أن الخروج قاطع للصلاة. وفي العيون: المراد إجابة المؤذن، أما غيره من الكلام فيكره إجماعا. كذا في السراج الوهاج. وفسر الشارح الخروج بالصعود على المنبر وهكذا في المضمرات. وذكر في السراج الوهاج يعني خرج من المقصورة وظهر عليهم، وقيل صعد المنبر فإن لم يكن في المسجد مقصورة يخرج منها لم يتركوا القراءة والذكر إلا إذا قام الامام إلى

***

[٢٧١]

الخطبة ا ه. وفي شرح المجمع: عبارة الخروج واردة على عادة العرب من أنهم يتخذون للامام مكانا خاليا تعظيما لشأنه، فيخرج منه حين أراد الصعود هكذا شاهدناه في ديارهم، والقاطع في ديارنا يكون قيام الامام للصعود ا ه. فالحاصل أن الامام إن كان في خلوة فالقاطع انفصاله عنها وظهوره للناس وإلا فقيامه للصعود. وأطلق في الصلاة فشمل السنة وتحية المسجد ويدل عليه الحديث إذا قلت لصاحبك والامام يخطب يوم الجمعة أنصت فقد لغوت (١ فإنه يفيد بطريق الدلالة منعهما بالاولى لان المنع من الامر بالمعروف وهو أعلى من السنة وتحية المسجد. وما في صحيح مسلم من قوله صلى الله عليه وسلم إذا جاء أحدكم والامام يخطب فليركع ركعتين وليتجوز فيهما (٢) فمحمول على ما قبل تحريم الكلام فيها دفعا للمعارضة. وجوابهم بحمله على ما إذا أمسك عن الخطبة حتى يفرغ من صلاته كما أجابوا به في واقعة سليك الغطفاني، فغير مناسب لمذهب الامام لما علمت أنه يمنع الصلاة بمجرد خروجه قبل الخطبة إلى أن يفرغ من الصلاة. وفي فتح القدير: ولو خرج وهو في السنة يقطع على ركعتين ا ه. وهو قول ضعيف وعزاه قاضيخان إلى النوادر قال: فإذا قطع يلزمه أربع ركعات والصحيح خلافه كما في المحيط. قال الولوالجي في فتاواه: إذا شرع في الاربع قبل الجمعة ثم افتتح الخطبة أو الاربع قبل الظهر ثم أقيمت هل يقطع على رأس الركعتين؟ تكلموا فيه والصحيح أنه يتم ولا يقطع لانها بمنزلة صلاة واحدة واجبة ا ه. وكذا في المبتغى بالغين المعجمة. ولا يرد عليه قضاء فائتة لم يسقط الترتيب بينها وبين الوقتية فإنها لا تكره كما في السراج الوهاج لانه أطلق فيها ما قدمه أن الترتيب واجب بمعنى الشرط. وأطلق في منع الكلام فشمل الخطيب. قال في البدائع: ويكره للخطيب أن يتكلم في حال الخطبة إلا إذا كان أمرا بمعروف فلا يكره لما روي أن عمر كان يخطب يوم الجمعة فدخل عليه عثمان فقال له: أية ساعة هذه؟ فقال له: ما زدت حين سمعت النداء يا أمير المؤمنين على أن توضأت فقال:

***
[٢٧٢]
والوضوء أيضا، وقد علمت أن رسول الله أمر بالاغتسال ا هـ. فاستفيد منه أنه لا يسلم إذا صعد المنبر. وروي أنه يسلم كما في السراج الوهاج. وشمل التسبيح والذكر والقراءة وفي النهاية: اختلف المشايخ على قولابي حنيفة، قال بعضهم: إنما كان يكره ما كان من كلام الناس. أما التسبيح ونحوه فلا. وقال بعضهم: كل ذلك مكروه والاول أصح ا هـ. وكذا في العناية وذكر الشارح أن الاحوط الانصات ا هـ. ويجب أن يكون محل الاختلاف قبل شروعه في الخطبة ويدل عليه قوله على قول أبي حنيفة: وأما وقت الخطبة فالكلام مكروه تحريما ولو كان أمرا بمعروف أو تسبيحا أو غيره كما صرح به في الخلاصة وغيرها. وزاد فيها أن ما يحرم في الصلاة يحرم في الخطبة من أكل وشرب وكلام. وهذا إن كان قريبا، فإن كان بعيدا فقد تقدم من المصنف أن النائي كالقريب وهو الاحوط في المحيط وهو الاصح. وأما دراسة الفقه والنظر في كتب الفقه ففيه اختلاف. وعن أبي يوسف أنه كان ينظر في كتابه ويصححه وقت الخطبة ولو لم يتكلم لكن أشار بيده أو بعينه حين رأى منكرا، الصحيح أنه لا بأس به، وشمل تشميت العاطس ورد السلام. وعن أبي يوسف: لا يكره الرد وهو خلاف المذهب. واختلفوا في الحمد إذا عطس السامع، وصححوا أنه يرد في نفسه لكن ذكر الولوالجي أن الاصوب أنه لا يجب فيهما لانه يختل الانصات وأنه مأمور به، وعليه الفتوى. وكذا اختلفوا في الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم عند سماع اسمه، والصواب أنه يصلي في نفسه كما في فتح القدير. ولا يرد على المصنف لو رأى رجلا عند بئر نخاف وقوعه فيها أو رأى عقربا تدب إلى إنسان فإنه يجوز له أن يحذره وقت الخطبة لان ذلك يجب لحق آدمي وهو محتاج إليه والانصات لحق الله تعالى ومبناه على المسامحة كما في السراج الوهاج. وفي المجتبى: الاستماع إلى خطبة النكاح والختم وسائر الخطب واجب والاصح الاستماع إلى الخطبة من أولها إلى آخرها وإن كان فيها ذكر الولاة ا هـ. ثم اعلم أن ما تعورف من أن المرقى للخطيب يقرأ الحديث النبوي وأن المؤذنين يؤمنون عند الدعاء ويدعون للصحابة بالرضى وللسلطان بالنصر إلى غير ذلك، فكله حرام
***
[٢٧٣]
على مقتضى مذهب أبي حنيفة رحمه الله، وأغرب منه أن المرقي ينهى عن الامر بالمعروف بمقتضى الحديث الذي يقرأه ثم يقول أنصتوا رحمكم الله، ولم أر نقلا في وضع هذا المرقي في كتب أئمتنا. قوله: (ويجب السعي وترك البيع بالاذان الاول) لقوله تعالى * (يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع) * (الجمعة: ٩) وإنما اعتبر الاذان الاول لحصول الاعلام به، ومعلوم أنه بعد الزوال إذ الاذان قبله ليس بأذان، وهذا القول هو الصحيح في المذهب. وقيل: العبرة للاذان الثاني الذي يكون بين يدي المنبر لانه لم يكن في زمنه عليه الصلاة والسلام إلا هو وهو ضعيف لانه لو اعتبر في وجوب السعي لم يتمكن من السنة القبلية ومن الاستماع بل ربما يخشى عليه فوات الجمعة. وفي صحيح البخاري مسندا إلى السائب بن يزيد قال: كان النداء ليوم الجمعة أوله إذا جلس الامام على المنبر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر، فلما كان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث على الزوراء. قال البخاري: الزوراء موضع بالسوق بالمدينة. وفي فتح القدير: وقد تعلق بما ذكرنا بعض من نفى أن للجمعة سنة فإنه من المعلوم أنه كان عليه السلام إذا رقي المنبر أخذ بلال في الاذان فإذا أكمله أخذ عليه السلام في الخطبة فمتى كانوا يصلون السنة؟ ومن ظن أنهم إذا فرغ من الاذان قاموا فركعوا فهو من أجهل الناس، وهذا مدفوع بأن خروجه عليه السلام كان بعد الزوال بالضرورة فيجوز كونه بعد ما كان يصلي الاربع، ويجب الحكم بوقوع هذا المجوز لما قدمناه من عموم أنه كان عليه السلام يصلي إذا زالت الشمس أربعا، وكذا يجب في حقهم لانهم أيضا يعلمون الزوال كالمؤذن بل ربما يعلمونه بدخول الوقت ليؤذن ا هـ. والمراد من البيع ما يشغل عن السعي إليها حتى لو اشتغل بعمل آخر سوى البيع فهو مكروه أيضا. كذا في السراج الوهاج. وأشار بعطف ترك البيع على السعي إلى أنه لو باع أو اشترى حالة
***
[٢٧٤]
السعي فهو مكروه أيضا. وصرح في السراج الوهاج بعدمها إذا لم يشغله وصرح بالوجوب ليفيد أن الاشتغال بعمل آخر مكروه كراهة

تحريم لانه في رتبته ويصح إطلاق اسم الحرام عليه كما وقع في الهداية. وبه اندفع ما في غاية البيان من أن فيه نظرا لان البيع وقت الاذان جائز لكنه مكروه فإن المراد بالجواز الصحة لا الحل، وبه اندفع أيضا ما ذكره القاضي الاسبيجابي من أن البيع وقت النداء مكروه للآية ولو فعل كان جائزا، والامر بالسعي من الله تعالى على الندب والاستحباب لا على الحتم والايجا ب ا ه. فإنه يفيد أن الكراهة تنزيهية وليس كذلك بل تحريمية اتفاقا ولهذا وجب فسخه لو وقع. وأيضا قوله إن الامر بالسعي للندب غير صحيح لانهم استدلوا به على فرضية صلاة الجمعة فعلم أنه للوجوب. وقول الاكمل في شرح المنار أن الكراهة تنزيهية مردود لما علمت. وإنما لم يقل ويفترض السعي مع أنه فرض للاختلاف في وقته هل هو الاذان الاول أو الثاني أو العبرة لدخول الوقت. وفي المضمرات: والذي يبيع ويشتري في المسجد أو على باب المسجد أعظم إثما وأثقل وزرا. قوله: (فإذا جلس على المنبر أذن بين يديه وأقيم بعد تمام الخطبة) بذلك جرى التوارث، والضمير في قوله بين يديه عائد إلى الخطيب الجالس. وفي القدوري: بين يديه المنبر وهو مجاز إطلاقا لاسم المحل على الحال كما في السراج الوهاج، فأطلق اسم المنبر على الخطيب. وفي كثير من الكتب: لو سمع النداء وقت الاكل يتركه إذا خاف فوت الجمعة كخروج وقت المكتوبات بخلاف الجماعة في سائر الصلوات. وفي المحيط وغيره: ويستحب لمن حضر الجمعة أن يدهن ويمس طيبا إن جده، ويلبس أحسن ثيابه ويغتسل ويجلس في الصف الاول لان الصلاة فيه أفضل. ثم تكلموا في الصف الاول قيل هو خلف الامام في المقصورة،

***

[٢٧٥]

وقيل ما يلي المقصورة وبه أخذ الفقيه أبو الليث لانه يمنع العامة عن الدخول في المقصورة فلا تتوصل العامة إلى نيل فضيلة الصف الاول، ومن مات يوم الجمعة يرجى له فضل. وفي البدائع: وينبغي للامام أن يقرأ في كل ركعة بفاتحة الكتاب وسورة مقدار ما يقرأ في صلاة الظهر، ولو قرأ في الاولى بسورة الجمعة، وفي الثانية بسورة المنافقين أو في الاولى بسبح اسم ربك الاعلى، وفي الثانية بسورة هل أتاك حديث الغاشية فحسن تبركا بفعله عليه السلام ولكن يواظب على قراءتها بل يقرأ غيرها في بعض الاوقات كيلا يؤدي إلى هجر الباقي ولا يظنه العامة حتما. وفي الخلاصة: ولا يحل للرجل أن يعطى سؤال المساجد. هكذا ذكر في الفتاوى. قال الصدر الشهيد: المختار أن السائل إذا كان لا يمر بين يدي المصلي ولا يتخطى رقاب الناس ولا يسأل الحافا ويسأل لامر لا بد له منه لا بأس بالسؤال والاعطاء، وإذا حضر الرجل الجامع وهو ملآن إن تخطى يؤذي الناس لم يتخط وإن كان لا يؤذي أحدا بأن كان لا يطأ ثوبا ولا جسدا فلا بأس بأن يتخطى ويدنو من الامام. وعن أصحابنا بأنه لا بأس بالتخطي ما لم يأخذ الامام في الخطبة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب. باب العيدين أي صلاة العيدين. ولا خفاء في وجه المناسبة وسمي به لما أن لله سبحانه وتعالى فيه

***

[٢٧٦]

عوائد الاحسان إلى عباده، أو لانه يعود ويتكرر، أو لانه يعود بالفرح والسرور، أو تفاؤلا بعوده على من أدركه كما سميت القافلة قافلة تفاؤلا بقفولها أي برجوعها. وجمعه أعياد وكان حقه أعواد لانه من العود ولكن جمع بالياء للزومها في الواحد أو للفرق بينه وبين عود الخشب فإنه يجمع على عيدان وعود اللهو فإنه يجمع على أعواد كما في العيني. وكانت صلاة عيد الفطر في السنة الاولى من الهجرة كما رواه أبو داود مسندا إلى أنس رضي الله عنه قال: قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة ولهم يومان يلعبون فيهما فقال: ما هذان اليومان؟ قالوا: كنا نلعب فيهما في الجاهلية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن الله قد أبدلكم بهما خيرا منهما يوم الاضحى ويوم الفطر قوله: (تجب صلاة العيد على من تجب عليه الجمعة بشرائطها سوى الخطبة) تصريح بوجوبها وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة وهو الاصح كما في الهداية والمختار كما في الخلاصة وهو قول الاكثرين كما في المجتبى، ويدل عليه من جهة الرواية قول محمد في الاصل: ولا يصلي نافلة في جماعة إلا قيام رمضان وصلاة الكسوف فإنه لم يستثن العيد فعلم أنه ليس من النوافل. ومن جهة الدليل مواظبته صلى الله عليه وسلم عليها من غير ترك. وفي رواية أخرى أنها سنة لقول محمد في الجامع الصغير في العيدين يجتمعان في يوم واحد قال: يشهدهما جميعا ولا يترك واحدا منهما. والاولى منهما سنة والاخرى فريضة. قال في غاية البيان: وهذا أظهر ولم يعلله وهو كذلك

لوجهين: أحدهما أن الجامع الصغير صنفة بعد الاصل فما فيه هو المعول عليه. وثانيهما أنه صرح بالسنة بخلاف ما في الاصل، والظاهر أنه لا خلاف في الحقيقة لان المراد من السنة السنة المؤكدة بدليل قوله ولا يترك واحدا منهما، وكما صرح به في المبسوط، وقد ذكرنا مرارا أنها بمنزلة الواجب عندنا ولهذا كان
***
[٢٧٧]
الاصح أنه يأثم بترك المؤكدة كالواجب وفي المجتبى: الاصح أنها سنة مؤكدة وأفاد أن جميع شرائط الجمعة وجوبا وصحة شرائط للعيد إلا الخطبة فإنها ليست بشرط حتى لو لم يخطب أصلا صح وأساء لترك السنة، ولو قدمها على الصلاة صحت وأساء ولا تعاد الصلاة وبه اندفع ما في السراج الوهاج من أن المملوك تجب عليه العيد إذا أذن له مولاه ولا تجب عليه الجمعة لان الجمعة لهبدل وهو الظهر وليس كذلك العيد فإنه لا بدل له لان منافعه لا تصير مملوكة له بالاذن، فحاله بعد الاذن كحاله قبله. وفي القنية: صلاة العيد في الرساتيق تكره كراهة تحريم ا ه. لانه اشتغال بما لا يصح لان المصر شرط الصحة. قوله (وندب يوم الفطر أن يطعم ويغتسل ويستاك ويتطيب ويلبس أحسن ثيابه) اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم. ويستحب كون ذلك المطعوم حلوا لما روى البخاري: كان عليه الصلاة والسلام لا يغدو يوم الفطر حتى يأكل تمرات ويأكلهن وترا. وأما ما يفعله الناس في زماننا من جمع التمر مع اللبن والفطر عليه فليس له أصل في السنة، وظاهر كلامهم تقديم الاحسن من الثياب في الجمعة والعيدين وإن لم يكن أبيض والدليل دال عليه فقد روى البيهقي أنه عليه الصلاة والسلام كان يلبس يوم العيد بردة حمراء. وفي فتح القدير: واعلم أن الحلة الحمراء عبارة عن ثوبين من اليمن فيهما خطوط حمر وخضر لا أنها أحمر بحت فليكن محمل البردة أحدهما اهـ. بدليل نهيه عليه السلام عن لبس الاحمر كما رواه أبو داود. والقول مقدم على الفعل والحاظر مقدم على المبيح لو تعارضا، فكيف إذا لم يتعارضا بالحمل المذكور. وزاد في الحاوي القدسي أن من المستحبات التزين وأن يظهر فرحا وبشاشة ويكثر من الصدقة حسب طاقته وقدرته. وزاد في القنية استحباب التختم والتبكير وهو سرعة الانتباه والابتكار وهو المسارعة إلى المصلى وصلاة الغداة في مسجد حيه والخروج إلى المصلى ماشيا والرجوع في طريق آخر والتهنئة بقوله تقبل الله منا ومنكم لا تنكر. وفي المجتبى: فإن قلت عد الغسل ههنا مستحبا وفي الطهارة سنة قلت: للاختلاف فيه والصحيح أنه سنة، وسماه مستحبا لاشتمال السنة على المستحب وعد سائر المستحبات المذكورة هنا في بعض الكتب سنة اهـ. قوله (ويؤدي صدقة الفطر) معطوف على يطعم فيقتضي أن يكون الاداء مندوبا وهو كذلك لان الكلام كله قبل الخروج إلى المصلى
***
[٢٧٨]
فلصدقة الفطر أحوال: أحدها قبل دخول يوم العيد وهو جائز. ثانيها يومه قبل الخروج إلى المصلى فلصدقة الفطر أحوال: أحدها قبل دخول يوم العيد وهو جائز. ثانيها يومه قبل الخروج وهو مستحب. ثالثها يومه بعد الصلاة وهو جائز. رابعها بعد يوم الفطر وهو صحيح ويأثم بالتأخير إلا أنه يرتفع بالاداء كمن أخر الحج بعد القدرة فإنه يأثم، ثم يزول بالاداء كما سيأتي. وإنما استحب الاداء قبله للحديث من أداها قبل الصلاة فهي زكاة مقبولة، ومن أداها بعد الصلاة فهي صدقة من الصدقات (١) ولقوله عليه الصلاة والسلام أغنوهم في هذا اليوم عن المسألة ولان المستحب أن يأكل قبل الخروج إلى المصلى فيقدم للفقير ليأكل قبلها فيتفرغ قبله للصلاة قوله (ثم يتوجه إلى المصلى) ضبطه في غاية البيان بالرفع وقال لا بالنصب، ولم يبين وجهه. ووجهه أن التوجه واجب وليس بمستحب ولهذا أتى بأسلوب آخر وهو العطف بثم. وفي السراج الوهاج: المستحب أن يتوجه ماشيا ولا يركب في الرجوع لان النبي صلى الله عليه وسلم ما ركب في عيد ولا جنازة. ولا بأس أن يركب في الرجوع لانه غير قاصد إلى قربة. وفي التجنيس: والخروج إلى الجبانة سنة لصلاة العيد وإن كان يسعهم المسجد الجامع عند عامة المشايخ هو الصحيح اهـ. وفي المغرب: الجبانة المصلى العام في الصحراء. وعلى هذا فيجوز أن يكون منصوبا عطفا على يطعم لان التوجه إلى المصلي مندوب كما أفاده في التجنيس، فإن كانت صلاة العيد واجبة حتى لو صلى العيد في الجامع ولم يتوجه إلى المصلى فقد ترك السنة وإنما أتى بثم لافادة أن التوجه متراخ عن جميع الافعال السابقة. وفي الخلاصة: ولا يخرج المنبر إلى الجبانة يوم العيد، واختلف المشايخ في بناء المنبر في الجبانة، قال بعضهم يكره، وقال بعضهم لا يكره، وفي نسخة الامام خواهر زاده هذا حسن في زماننا، وعن أبي حنيفة أنه لا بأس به اهـ. قوله (غير مكبر ومتنفل قبلها) أي قبل صلاة

العيد. أما الاول فظاهر كلامه أنه لا يكبر يوم الفطر قبل صلاة العيد لا جهرا ولا سرا وأنه لافرق بين التكبير في البيت أو في الطريق أو في المصلي قبل الصلاة لكن أفاد بعد ذلك أن أحكام الاضحى كالفطر إلا أنه يكبر في الطريق جهرا، فصار معنى كلامه هنا أنه لا يكبر في الطريق جهرا. وفي غاية البيان: المراد من نفي التكبير بصفة الجهر لان التكبير خير موضوع لا خلاف في جوازه بصفة الاخفاء اه. وفي الخلاصة: ما يخالفه قال: ولا يكبر يوم الفطر. وعندهما يكبر ويخافت وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة، والاصح ما ذكرنا أنه لا يكبر في عيد الفطر اه. فأفاد أن الخلاف

***

[٢٧٩]

في أصله لا في صفته وأن الاتفاق على عدم الجهرية. ورده في فتح القدير بأنه ليس بشئ إذ لا يمنع من ذكر الله بسائر الالفاظ في شئ من الاوقات بل من إيقاعه على وجه البدعة فقال أبو حنيفة: رفع الصوت بالذكر بدعة ويخالف الامر من قوله تعالى * (واذكر ربك في نفسك تضرعا وخيفة ودون الجهر من القول) * (الاعراف: ٢٠٥) فيقتصر على مورد الشرع، وقد ورد به في الاضحى وهو قوله تعالى * (واذكروا الله في أيام معدودات) * (البقرة: ٢٠٣) جاء في التفسير أن المراد التكبير في هذه الايام اه. وهو مردود لان صاحب الخلاصة أعلم بالخلاف منه ولان ذكر الله تعالى إذ قصد به التخصيص بوقت دون وقت أو بشئ دون شئ لم يكن مشروعا حيث لم يرد الشرع به لانه خلاف المشروع، وكلامهم إنما هو فيما إذا خص يوم الفطر بالتكبير ولهذقال في غاية البيان من باب المهر عند ذكر المتعة: وقوله ولا يكبر في طريق المصلى عند أبي حنيفة أي حكما للعيد ولكن لو كبر لانه ذكر الله تعالى يجوز ويستحب اه. فالحاصل أن الجهر بالتكبير بدعة في كل وقت إلا في المواضع المستثناة. وصرح قاضيخان في فتاواه بكراهة الذكر جهرا وتبعه على ذلك صاحب المستصفى. وفي الفتاوى العلامية: وتمنع الصوفية من رفع الصوت والصفق. وصرح بحرمتها لعيني في شرح التحفة وشنع على من يفعله مدعيا أنه من الصوفية، واستثنى من ذلك في القنية ما يفعله الائمة في زماننا فقال: إمام يعتاد في كل غداة مع جماعته قراءة آية الكرسي وآخر البقرة وشهد الله ونحوه جهرا لا بأس به والافضل الاخفاء. ثم قال: التكبير جهرا في غير أيام التشريق لا يسن إلا بإزاء العدو أو اللصوص. وقاس عليه بعضهم الحريق والمخاوف كلها ثم رقم برقم آخر قاص وعنده جمع كثير يرفعون أصواتهم بالتهليل والتسبيح جملة لا بأس به والاخفاء أفضل، ولو اجتمعوا في ذكر الله والتسبيح والتهليل يخفون والاخفاء أفضل عند الفزع في السفينة أو ملاعبتهم بالسيوف، وكذا الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم اه. وأما التكبير خفيه فإن قصد أن يكون لاجل يوم الفطر فهو مكروه أيضا وإلا فهو مستحب ولو كان يوم الفطر. وأما الثاني وهو التنفل قبلها فهو مكروه، وأطلقه فشمل ما إذا كان في المصلى أو في البيت، ولا خلاف فيما إذا كان المصلى. واختلفوا فيما إذا تنفل في البيت فعامتهم على الكراهة وهو الاصح كما في غاية البيان. وقيد بقوله قبلها لان التنفل بعدها فيه تفصيل، فإن كان في

***

[٢٨٠]

المصلي فمكروه عند العامة، وإن كان في البيت فلا. ودليل الكراهة ما في الكتب الستة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج فصلى بهم العيد لم يصل قبلها ولا بعدها. وهذا النفي بعدها محمول على ما إإذ كان في المصلى لحديث ابن ماجه قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يصلي قبل العيد شيئا فإذا رجع إلى منزله صلى ركعتين اه. قال في فتاوى قاضيخان والخلاصة: والافضل أن يصلي أربع ركعات بعدها. وأطلقه فشمل صلاة الضحى وشمل من يصلي صلاة العيد إماما كان أو غيره ومن لم يصلها كما في السراج الوهاج ولهذا قال في الخلاصة: النساء إذا أردن أن يصلين صلاة الضحى يوم العيد صلين بعدما يصلي الامام في الجبانة اه. وهذا كله إنما هو بحسب حاالانسان، وأما العوام فلا يمنعون من تكبير قبلها. قال ابو جعفر: لا ينبغي أن يمنع العامة من ذلك لقلة رغبتهم في الخيرات اه. وكذا في التنفل قبلها. قال في التجنيس: سئل شمس الائمة الحلواني أن كسالى العوام يصلون الفجر عند طلوع الشمس أفنزجرهم عن ذلك؟ قال: لا لانهم إذا منعوا عن ذلك تركوها أصلا وأداؤها مع تجويز أهل الحديث لها أولى من تركها أصلا اه. قوله (ووقتها من ارتفاع الشمس إلى زوالها) أما الابتداء فلانه عليه الصلاة والسلام كان يصلي العيد والشمس على قيد رمح أو

رمحين، وهو بكسر القاف بمعنى قدر. وأما الانتهاء فلما في السنة أن ركبا جاؤوا إلى النبي صلى الله عليه وسلم يشهدون أنهم رأوا الهلال بالامس فأمرهم أن يفطروا إذا أصبحوا يغدون إلى مصلاهم، ولو جاز فعلها بعد الزوال لم يكن للتأخير إلى الغد معنى. واستفيد منه أنها لا تصح قبل ارتفاع الشمس بمعنى لا تكون صلاة عيد بل نفل محرم. ولو زالت الشمس وهو في أثنائها فسدت كما في الجمعة صرح به في السراج الوهاج. وعلى هذا فينبغي إدخاله في المسائل الاثني عشرية لما أنها كالجمعة وقد أغفلوها عن ذكرها. ويستحب تعجيل صلاة الاضحى لتعجيل الاضاحي. وفي المجتبى: ويستحب أن يكون خروجه بعد ارتفاع قدر رمح حتى لا يحتاج إلى انتظار القوم، وفي عيد الفطر يؤخر الخروج قليلا. كتب النبي صلى الله عليه وسلم إلى عمرو بن حزم: عجل الاضحى وأخر الفطر. قيل: ليؤدي الفطرة ويعجل الاضحية. قوله (ويصلي ركعتين مثنيا قبل الزوائد) أما كونها ركعتين فمتفق عليه، وأما كون الثناء قبل التكبيرات فلانه شرع أول الصلاة فيقدم عليها في ظاهر الرواية كما يقدم على سائر الافعال والاذكار قوله (وهي ثلاث في كل ركعة) أي الزوائد
***
[٢٨١]
ثلاث تكبيرا ت في كل ركعة وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه وبه أخذ أئمتنا أبو حنيفة وصاحباه. وأما ما في الخلاصة وعن أبي يوسف كما قال ابن عباس رضي الله عنهما خمس في الاولى وخمس في الثانية أو أربع على اختلاف الروايات والائمة في زماننا يكبرون عل مذهب ابن عباس لان الخلفاء شرطوا عليهم ذلك اه‍. فليس مذهبا لابي يوسف وإنما فعله امتثالا لامر هرون الرشيد. قال في السراج الوهاج: لما انتقلت الولاية إلى بني العباس أمروا الناس بالعمل في التكبيرات بقول جدهم وكتبوا ذلك في مناشيرهم. وهذا تأويل ما روي عن أبي يوسف أنه قدم بغداد فصلى بالناس صلاة العيد وخلفه هرون الرشيد فكبر تكبير ابن عباس، فيحتمل أن هرون أمره أن يكبر تكبير جده ففعله امتثالا لامره، وأما مذهبه فهو على تكبير ابن مسعود رضي الله عنه لان التكبير ورفع الايدي خلاف المعهود فكان الاخذ فيه بالاقل أولى اه‍. وكذا هو مروي عن محمد. قال في الظهيرية: إنهما فعلا ذلك امتثالا لامر الخليفة لا مذهبا ولا اعتقادا. وذكر في المجتبى: ثم يأخذ بأي هذه التكبيرات شاء، وفي رواية عن أبي يوسف ومحمد قال في الموطأ بعد ذكر الروايات: فما أخذت به فحسن، ولو كان فيها ناسخ، ومنسوخ لكان محمد بن الحسن أولى بمعرفته لقدمه في علم الحديث والفقه. وقيل: الآخر ناسخ للاول والصحيح ما قلناه والاخذ بتكبيرات ابن مسعود أولى اه‍. وبهذا ظهر أن الخلاف في الاولوية. وفي المحيط: ولو كبر الامام أكثر من تكبير ابن مسعود اتبعه ما لم يكبر أكثر مما جاء به الآثار لانه مولى عليه فيلزمه العمل برأي الامام وذلك إلى ستة عشر، فإن زاد لا يلزمه متابعته لانه مخطئ بيقين. ولو سمع التكبيرات من المكبرين يأتي بالكل احتياطا وإن كثر لاحتمال الغلط من المكبرين ولهذا قيل: ينوي بكل تكبيرة الافتتاح لاحتمال
***
[٢٨٢]
التقدم على الامام في كل تكبيرة اه‍. ثم قال: الاصل أن المنفرد يتبع رأي نفسه في التكبيرات والمقتدي يتبع رأي إمامه، ومن أدرك الامام راكعا في صلاة العيد فخشي أن يرفع رأسه يركع ويكبر في ركوعه عندهما خلافا لابي يوسف، ولو أدركه في القيام فلم يكبر حتى ركع لا يكبر في الركوع على الصحيح كما لو ركع الامام قبل أن يكبر فإن الامام لا يكبر في الركوع ولا يعود إلى القيام ليكبر في ظاهر الرواية، ومن فاتته أول الصلاة مع الامام يكبر في الحال ويكبر برأي نفسه. قوله (ويوالى بين القراءتين) اقتداء بابن مسعود رضي الله عنه ولتكون التكبيرات مجتمعة لانها من أعلام الشريعة، ولذلك وجب الجهر بها. والجمع يحقق معنى الشعائر والاعلام هذا إلا أن في الركعة الاولى تخللت الزوائد بين تكبيرة الافتتاح وتكبيرة الركوع فوجب الضم إلى تكبيرة الافتتاح أولى لانها سابقة، وفي الركعة الثانية الاصل فيه تكبيرة الركوع لا غيره فوجب الضم إليها ضرورة. كذا في المحيط والهداية. والظاهر أن المراد بالوجوب في عبارتهما الثبوت لا المصطلح عليه لان الموالاة بينهما مستحبة لما تقدم من أن الخلاف في الاولوية. ثم المسبوق بركعة إذا قام إلى القضاء فإنه يقرأ ثم يكبر لانه لو بدأ بالتكبير يصير مواليا بين التكبيرات ولم يقل به أحد من الصحابة. ولو بدأ بالقراءة يصير فعله موافقا لقول علي فكان أولى. كذا في المحيط وهو مخصص لقولهم إن المسبوق يقضي أول صلاته في حق الاذكار ويكبر المسبوق على رأي

نفسه بخلاف اللاحق فإنه يكبر على رأي إمامه لانه خلف الامام حكما. كذا في السراج الوهاج وفي المجتبى: الاصل أن من قدم المؤخر أو أخر المقدم ساهيا أو اجتهادا فإن كان لم يفرغ مما دخل فيه يعيد وإن فرغ لا يعود اهـ. وفي المحيط: إن بدأ الامام بالقراءة سهوا ثم تذكر، فإن فرغ من قراءة الفاتحة والسورة يمضي في صلاته، وإن لم يقرأ إلا الفاتحة كبر وأعاد القراءة لزوما لان القراءة إذا لم تتم كان امتناعا عن الاتمام رفضا للفرض. ولو تحول رأيه بعدما صلى ركعة وكبر بالقول الثاني، فإن تحول إلى قول ابن عباس بعدما كبر بقول ابن مسعود وقرأ إن لم يفرغ من القراءة يكبر ما بقي من تكبيرات ابن عباس ويعيد القراءة، وإن فرغ من القراءة كبر ما بقي ولا يعيد القراءة قوله (ويرفع يديه في الزوائد) توضيح لما أبهمه سابقا بقوله: ولا يرفع الايدي إلا في فقعس صمعج. فإن العين الاولى للاشارة إلى العيدين فبين هنا أنه خاص بالزوائد دون تكبيرة الركوع فإن تكبيرتي الركوع لما ألحقت بالزوائد في كونهما واجبتين حتى يجب السهو بتركهما ساهيا كما صرح به في
***
[٢٨٣]
السراج الوهاج، ربما توهم أنهما التحقنا بهما في الرفع أيضا فنص على أنه خاص بالزوائد. وعن أبي يوسف: لا يرفع يديه فيها وهو ضعيف، ويستثنى منه ما إذا كبر راكعا لكونه مسبوقا كما قدمناه فإنه لا يرفع يديه كما ذكره الاسبيجابي. وقيل: يرفع يديه. وأشار المصنف إلى أنه يسكت بين كل تكبيرتين لانه ليس بينهما ذكر مسنون عندنا، ولهذا يرسل يديه عندنا وقدره مقدار ثلاث تسبيحات لزوال الاشتباه. وذكر في المبسوط أن هذا التقدير ليس بلازم بل يختلف بكثرة الزحام وقلته لان المقصود إزالة الاشتباه، ولم يذكر هنا الجهر بالقراءة لما علم سابقا في فضل القراءة ويقرأ فيهما كما يقرأ في الجمعة. وفي الظهيرية: لو صلى خلف إمام لا يرى رفع اليدين عند تكبيرات الزوائد يرفع يديه ولا يوافق الامام في الترك اهـ. قوله (ويخطب بعدها خطبتين) اقتداء بفعله عليه الصلاة والسلام بخلاف الجمعة فإنه يخطب قبلها لان الخطبة فيها شرط والشرط متقدم أو مقارن وفي العيد ليست بشرط، ولهذا إذا خطب قبلها صح وكره لانه خالف السنة كما لو تركها أصلا. وفي المجتبى: ويبدأ بالتحميد في خطبة الجمعة وخطبة الاستسقاء وخطبة النكاح، ويبدأ بالتكبيرات في خطبة العيدين، ويستحب أن يستفتح الاولى بتسع تكبيرات تترى، والثانية بسبع. قال عبد الله بن عتبة بن مسعود: هو من السنة. ويكبر قبل أن ينزل من المنبر أربع عشرة اهـ. ويجب السكوت والاستماع في خطبة العيدين وخطبة الموسم كذا في المجتبى قوله (ويعلم الناس فيها أحكام صدقة الفطر) لانها شرعت لاجله. وقال في السراج الوهاج: وأحكامها خمسة: على من تجب ولمن تجب ومتى تجب وكم تجب وممم تجب. أما على من تجب فعلى الحر المسلم المالك للنصاب، وأما لمن تجب فللفقراء والمساكين، وأما متى تجب فبطلوع الفجر، وأما كم تجب فنصف صاع من برأ وصاع من تمر أو شعير أو زبيب، وأما مم تجب فمن أربعة أشياء المذكورة وأما ما سواها فبالقيمة قوله (ولم تقض إن فاتت مع الامام) لان الصلاة بهذه الصفة لم تعرف قربة إلا بشرائط لا تتم بالمنفرد فمراده نفي صلاتها وحده وإلا فإذا فاتت مع إمام وأمكنه أن يذهب إلى إمام آخر فإنه يذهب إليه لانه يجوز تعدادها في مصر واحد في موضعين وأكثر اتفاقا إنما الخلاف في الجمعة. وأطلقه فشمل ما إذا كان في الوقت أو خرج الوقت وما إذا لم يدخل مع الامام أصلا أو دخل معه وأفسدها فلا
***
[٢٨٤]
قضاء عليه أصلا. وقال أبو يوسف: إذا أفسدها بعد الشروع يقضي لان الشروع في الايجاب كالنذر. كذا في المحيط. ولا يخفى أنه إذا لم يلزمه القضاء فالاثم عليه لترك الواجب من غير عذر كالسجدة الصلاتية إذا لم يسجد لها حتى فرغ من صلاته. وفي البدائع: وأما حكمها إذا فسدت أو فاتت فكل ما يفسد سائر الصلوات والجمعة يفسدها من خروج الوقت ولو بعد القعود وفوت الجماعة على التفصيل والاختلاف المذكور في الجمعة غير أنها إن فسدت بنحو حدث عمد يستقبلها، وإن فسدت بخروج الوقت سقطت ولا يقضيها عندنا كالجمعة ولكنه يصلي أربعا مثل صلاة الضحى إن شاء لانها إذا فاتته لا يمكن تداركها بالقضاء لفقد الشرائط، فلو صلى مثل الضحى لنيل الثواب كان حسنا وهو مروي عن ابن مسعود. قوله (وتؤخر بعذر إلى الغد فقط) لان الاصل فيها أن لا تقضى لكن ورد الحديث بتأخيرها إلى الغد للعذر فبقي ما عداه على الاصل فلا تؤخر إلى الغد بغير عذر ولا إلى ما بعده بعذر. ولما قدم أن انتهاء

وقته زوال الشمس من اليوم الاول لم يحتج إلى التقييد هنا، فالعبارة الجيدة وتؤخر بعذر إلى الزوال من الغد فقط. ولم يذكر في الكتب المعتبرة اختلاف في هذا، وذكر في المجتبى عن الطحاوي في شرح الآثار أن هذا قول أبي يوسف. وقال أبو حنيفة: إن فاتت في اليوم الاول لم تقض. لابي يوسف حديث أنس قال: أخبرني عمومتي من الانصار أن الهلال خفي على الناس في آخر ليلة من شهر رمضان فأصبحوا صياما فشهدوا عند النبي صلى الله عليه وسلم بعد الزوال أنهم رأوا الهلال في الليلة الماضية فأمرهم النبي صلى الله عليه وسلم بالفطر فأفطروا، وخرج بهم من الغد فصلى بهم جواز النحر وحرمة الصوم، وفيما عداه جرينا على الاصل. قال الطحاوي في حديث أنس ليخرجوا لعيدهم من الغد وليس فيه أنه صلى صلاة العيد بهم فيحتمل أن يكون خروجهم لاظهار سواد المسلمين وإرهابا لعدوهم اه. قوله (وهي أحكام الاضحى) أي الاحكام المذكورة لعيد الفطر ثابتة لعيد الاضحى صفة وشرطا ووقتا ومندوبا لاستوائهما دليلا. واستثنى المصنف رحمه الله من ذلك فقال (لكن هنا يؤخر الاكل) للاتباع فيهما وهو مستحب، ولا يلزم من ترك المستحب ثبوت الكراهة إذ لا بد لها من دليل خاص فلذا كان المختار عدم كراهة الاكل قبل الصلاة. وأطلقه فشمل من لا يضحي، وقيل إنه لا يستحب التأخير في حقه، وشمل من كان في المصر ومن كان في

***

[٢٨٥]

السواد. وقيده في غاية البيان بأن هذا في حق المصري، أما القروي فإنه يذوق من حين أصبح ولا يمسك كما في عيد الفطر لان الاضاحي تذبح في القرى من الصباح قوله (ويكبر في الطريق جهرا) للاتباع أيضا وظاهره أنه ليس بمستحب في البيت وفي المصلى. وفي المحيط: ويكبر في حال خروجه إلى المصلى جهرا فإذا انتهى إلى المصلى يترك. وفي رواية لا يقطعها ما لم يفتتح الامام الصلاة لانه وقت التكبير فإنه يكبر عقب الصلاة جهرا ويسن الجهر التكبير إظهارا للشعائر اه. وجزم في البدائع بالاولى وعمل الناس في المساجد على الرواية الثانية قوله (ويعلم الاضحية وتكبير التشريق في الخطبة) لانها شرعت لتعليم أحكام الوقت، هكذا ذكروا مع أن تكبير التشريق يحتاج إلى تعليمه قبل يوم عرفة ليتعلموه يوم عرفة فإنه ابتداؤه فينبغي للخطيب أن يعلمهم أحكامه في الجمعة التي قبل عيد الاضحى كما أنه ينبغي له أن يعلمهم أحكام صدقة الفطر في الجمعة التي قبل عيد الفطر ليتعلموها ويخرجوها قبل الخروج إلى المصلى، ولم أره منقولا والعلم أمانة في عنق العلماء ويستفاد من كلامهم أن الخطيب إذا رأى بهم حاجة إلى معرفة بعض الاحكام فإنه يعلمهم إياها في خطبة الجمعة خصوصا في زماننا من كثرة الجهل وقلة العلم فينبغي أن يعلمهم أحكام الصلاة كما لا يخفى قوله (وتؤخر بعذر إلى ثلاثة أيام) لانها موقتة بوقت الاضحية فتجوز ما دام وقتها باقيا ولا تجوز بعد خروجه لانها لا تقضى. قيد بالعذر لان تأخيرها لغير عذر عن اليوم الاول مكروه بخلاف تأخير عيد الفطر لغير عذر فإنه لا يجوز ولا يصلي بعده، فالتقييد بالعذر هنا لنفي الكراهة وفي عيد الفطر للصحة. كذا في أكثر الكتب المعتمدة. وفي المجتبى: وإنما قيده بالعذر لانه لو تركها في اليوم الاول بغير عذر لم يصلها بعد. كذا في صلاة الجلابي وهو من جملة غرائبه رحمه الله قوله (والتعريف ليس بشئ) وهو في اللغة الوقوف بعرفات والمراد

***

[٢٨٦]

به هنا وقوف الناس يوم عرفة في غير عرفات تشبها بالواقفين بها. واختلف في معنى هذا اللفظ، ففي فتح القدير أن ظاهره أنه مطلوب الاجتناب فيكون مكروها، وفي النهاية ليس بشئ يتعلق به الثواب وهو يصدق على الاباحة، وفي غاية البيان أي ليس بشئ في حكم الوقوف لقول محمد في الاصل دم السمك ليس بشئ في حكم الدماء، وهذا لانه شئ حقيقة لكونه موجودا إلا أنه لما لم يكن معتبرا نفي عنه اسم الشئ. وإنما لم يعتبر تعريفهم لان الوقوف لما كان عبادة مخصوصة بمكان لم يجز فعله إلا في ذلك المكان كالطواف وغيره، ألا ترى أنه لا يجوز الطواف حول سائر البيوت تشبها بالطواف حول الكعبة اه. وظاهره أن الكراهة تحريمية. وفي الذخيرة من كتاب الحظر والاباحة: التضحية بالديك أو بالدجاج في أيام الاضحية ممن لا أضحية عليه لعسرته بطريق التشبيه بالمضحين مكروه لان هذا من رسوم المجوس اه. قوله (وسن بعد فجر عرفة إلى ثمان مرة الله أكبر إلى آخره بشرط إقامة ومصر ومكتوبة وجماعة مستحبة) بيان لتكبير التشريق والاضافة فيه بيانية أي التكبير الذي هو التشريق فإن التكبير لا يسمى تشريقا إلا إذا كان بتلك الالفاظ في شئ من الايام المخصوصة فهو حينئذ متفرع على قول الكل، وبهذا اندفع ما في غاية البيان من أن هذه الاضافة وقعت على قولهما لانه لا تكبير

في أيام التشريق عند أبي حنيفة اهـ. فإن التكبير في هذا الوقت الخاص يسمى تشرقا فإذا صار علما عليه خرج من إفادته معناه الاصلي من تشريق اللحم مع أنه إن روعي هذا المعنى لم يكن متفرعا على قول أحد لانهم اتفقوا على تكبير التشريق في يوم عرفة وليس المعنى موجودا فيه، وما في الحقائق من أنه إنما أضيف إلى التشريق مع أنه يؤتى به في غيرها لما أن أكثره في أيام التشريق وللاكثر حكم الكل يؤل إلى أنه على قولهما كمالا يخفي. وعلى هذا فما في الخلاصة والبدائع من أن أيام النحر ثلاثة وأيام التشريق ثلاثة ويمضي ذلك كله في أربعة أيام العاشر من ذي الحجة للنحر خاصة والثالث عشر للتشريق خاصة واليومان فيما بينهما للنحر والتشريق جميعا اهـ. فبيان للواقع من أفعال الناس من أنهم يشرقون اللحم في أيام مخصوصة لا بيان لتكبير التشريق لاتفاقهم على أن اليوم الاول من أيام النحر يكبر فيه. ثم صرح في البدائع بأن التشريق في اللغة كما يطلق على القاء لحوم الاضاحي بالمشرقة يطلق
***
[٢٨٧]
على رفع الصوت بالتكبير. قاله لنضر بن شميل. ولذا استدل أبو حنيفة على اشتراط المصر لوجوب التكبير بقول علي: لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى إلا في مصر جامع. فحينئذ ظهر أن الاضافة فيه على وقول الكل. ثم سماه في الكتاب سنة تبعا للكرخي مع أنه واجب على الاصح كما في غاية البيان للامر في قوله تعالى * (واذكروا الله في أيام معدودات) * (البقرة: ٢٠٣) ولقوله تعالى * (ويذكروا اسم الله في أيام معلومات) * (الحج: ٢٨) على القول بأن كلا منهما أيام التشريق. وقيل: المعدودات أيام التشريق والمعلومات أيام العشر. وقيل: المعلومات يوم النحر ويومان بعده والمعدودات أيام لتشريق لانه أمر في المعدودات أيان التشريق لانه أمر في المعدودات بالذكر مطلقا، وفي المعلومات الذكر على ما رزقهم من بهيمة الانعام وهي الذبائح ومطلق الامر للوجوب. وإطلاق اسم السنة على الواجب جائز لان السنة عبارة عن الطريق المرضية أو السيرة الحسنة وكل واجب هذا صفته. كذا في البدائع. ولا يخفى أنه مجاز عرفا فيحتاج إلى قرينة وإلا انصرف إلى المعنى الحقيقي وهي في كلام المصنف قوله بعده: وبالاقتداء يجب على المرأة والمسافر. فصرح بالوجوب بالاقتداء ولولا أنه واجب لما وجب بالاقتداء. وقد يقال: إن الامر في الآية يفيد الافتراض لانه قطعي فلا بد له من صارف منه إلى الوجوب، والحق كما قدمنا مرارا أن السنة المؤكدة والواجب متساويات في الرتبة فلذا تارة يصرحون في الشئ بأنه سنة ويصرحون فيه بعينه بأنه واجب لعدم التفاوت في استحقاق الاثم بتركه وبين وقته فأفاد أن أوله عقب فجر يوم عرفة، فالمراد ببعد عقب في
***
[٢٨٨]
عبارته ولا خلاف فيه، وأفاد آخره بقوله إلى ثمان أي مع ثمان صلوات فلذا لم يقل ثمانية وهي من الغايات التي تدخل في المغيا. كذا في المصفي. وهذا عند أبي حنيفة فالتكبير عنده عقب ثمان صلوات فينتهي بالتكبير عقب العصر يوم النحر، وعندهما ينتهي بالتكبير عقب العصر من آخر أيام التشريق وهي ثلاث وعشرون صلاة وهو قول عمر وعلي ورجحاه لانه الاكثر وهو الاحوط في العبادات. ورجح أبو حنيفة قول ابن مسعود لان الجهر بالتكبير بدعة فكان الاخذ بالاقل أولى احتياطا، وقد ذكروا في مسائل السجدات أن ما تردد بين بدعة وواجب فإنه يؤتى به احتياطا، وما تردد بين بدعة وسنة يترك احتياطا كما في المحيط وغيره، وهو يقتضي ترجيح قولهما ولهذا ذكر الاسبيجابي وغيره أن الفتوى على قولهما. وفي الخلاصة: وعليه عمل الناس اليوم. وفي المجتبي: والعمل والفتوى في عامة الامصار وكافة الاعصار على قولهما. وهذا بناء على أنه إذا اختلف أبو حنيفة وصاحباه فالاصح أن العبرة بقوة الدليل كما في آخر الحاوي القدسي وهو مبني على أن قولهما في كل مسألة مروي عنه أيضا كما ذكره في الحاوي أيضا، وإلا فكيف يفتى بغير قول صاحب المذهب! وبه اندفع ما ذكره في فتح القدير من ترجيح قوله هنا ورد فتوى المشايخ بقولهما إلا أن يريدوا إلا أن يريد بالواجب المذكور في باب السجدات الفرض. ويلتزم أن ما تردد بين بدعة وواجب اصطلاحي فإنه يترك كالسنة فيترجح قوله وفي قوله مرة إشارة إلى رد ما نقل عن الشافعي أنه يكرر التكبير ثلاثا. وقول الله أكبر إلى آخره بيان لالفاظه وهو: الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله، والله أكبر الله أكبر ولله الحمد. وقد ذكر الفقهاء أنه مأثور عن الخليل عليه السلام. وأصله أن جبريل عليه السلام لما جاء بالفداء خاف العجلة

على ابراهيم فقال: الله أكبر الله أكبر. فلما رآه إبراهيم عليه السلام قال لا إله إلا الله والله أكبر. فلما علم اسماعيل الفداء قال اسمعيل: الله أكبر ولله الحمد. كذا في غاية البيان. وكثير من الكتب ولم يثبت عند المحدثين كما في فتح القدير، وقد صرحوا بأن الذبيح اسمعيل وفيه اختلاف بين السلف والخلف، فطائفة قالوا به وطائفة قالوا بأنه اسحق والحنفية مائلون إلى الاول، ورجحه الامام أبو الليث السمر قندي في البستان بأنه أشبه بالكتاب والسنة، فأما الكتاب فقوله تعالى * (وفديناه بذبح عظيم) * (الصادفات: ١٠٧) ثم قال بعد قصة الذبح * (وبشرناه باسحق) * (الصافات: ١١٢) الآية. وأما الخبر فما روي عنه عليه السلام أنا ابن الذبيحين يعني أباه عبد الله واسمعيل. واتفقت الامة أنه كان من ولد إسمعيل. وقال أهل التوراة: مكتوب في التوراة أنه كان اسحق فإن صح ذلك فيها آمنا به اه. وأما محل أدائه فدبر الصلاة وفورها من غير أن يتخلل ما يقطع حرمة الصلاة حتى لو ضحك قهقهة أو أحدث متعمدا
***
[٢٨٩]
أو تكلم عامدا أو ساهيا أو خرج من المسجد أو جاوز الصفوف في الصحراء لا يكبر لان التكبير من خصائص الصلاة حيث لا يؤتى به إلا عقب الصلاة فيراعي لاتيانه حرمتها وهذه العوارض تقطع حرمتها، ولو صرف وجهه عن القبلة ولم يخرج من المسجد ولم يجاوز الصفوف أو سبقه الحدث يكبر لان حرمة الصلاة باقية والاصل أن كل ما يقطع البناء يقطع التكبير وما لا فلا. وإذا سبقه الحدث فإن شاء ذهب وتوضأ ورجع فكبر، وإن شاء كبر من غير تطهير لانه لا يؤدي في تحريمة الصلاة فلا يشترط له الطهارة قال الامام السرخسي والاصح عندي أنه كبر ولا يخرج من المسجد للطهارة لان التكبير لما لم يفتقر إلى الطهارة كان خروجه مع عدم الحاجة قاطعا لفور الصلاة فلا يمكنه التكبير بعد ذلك فيكبر للحال جزما. كذا في البدائع. وشرط الاقامة احترازا عن المسافر فلا تكبير عليه، ولو صلى المسافرون في المصر جماعة على الاصح كما في البدائع. وقيد بالمصر احترازا عن أهل القرى، وقيد بالمكتوبة احترازا عن الواجب كصلاة الوتر والعيدين وعن النافلة فلا تكبير عقبها. وفي المجتبي: والبلخيون يكبرون عقب صلاة العيد لانها تؤدي بجماعة فأشبه الجمعة اه. وفي مبسوط أبي الليث: ولو كبر على أثر صلاة العيد لا بأس به لان المسلمين توارثوا هكذا فوجب أن يتبع توارث المسلمين اه. وفي الظهيرية عن الفقيه أبي جعفر قال سمعت أن مشايخنا كانوا يرون الكبير في الاسؤاق في الايام العشر وفي المجتبي: لا تمنع العامة عنه وبه نأخذ وتدخل الجمعة في المكتوبة كما في المحيط. وأراد بالمكتوبة الصلاة المفروضة من الصلوات الخمس فلا تكبير عقب صلاة الجنازة وإن كانت مكتوبة. وقيد بالجماعة فلا تكبير على المنفرد، وقيد بكونها مستحبة احترازا عن جماعة النساء والعراة، ولم يشترط الحرية لانها ليست بشرط على الاصح حتى لو أم العبد قوما وجب عليه وعليهم التكبير. وذكر الشارح أن الحاصل أن شروطه شروط الجمعة غير الخطبة والسلطان والحرية في رواية وهو الاصح اه. وليس بصحيح إذ ليس الوقت والاذن العام من شروطه، وهذا كله عند أبي حنيفة أخذا من قول علي لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى إلا في مصر جامع فإن المراد بالتشريق التكبير كما قدمناه لان تشريق اللحم لا يختص بمكان دون مكان.
***
[٢٩٠]
وأما عندهما فهو واجب على كل من يصلي المكتوبة لانه تبع لها فيجب على المسافر والمرأة والقروي. قال في السراج الوهاج والجوهرة: والفتوى على قولهما في هذا أيضا. فالحاصل أن الفتوى على قولهما في آخر وقته وفيمن يجب عليه. وأطلق المصنف في التكبير عقب هذه الصلوات فشمل الاداء والقضاء وهي رباعية لا تكبير في ثلاثة منها: الاولى فائته في غير أيام التشريق فقضاها فيها. ثانيها فائته في هذه الايام فقضاها في غير هذه الايام. ثالثها فائته في هذه الايام فقضاها فيها من السنة القابلة لا تكبير في الاوليين اتفاقا. وفي الثالثة خلاف أبي يوسف والصحيح ظاهر الرواية. والتكبير إنما هو في الرابعة وهي ما إذا فائته في هذه الايام فقضاها فيها من هذه السنة فإنه يكبر لقيام وقته كالاضحية، ثم الذي يؤدي عقب الصلاة ثلاثة أشياء: سجود السهو وتكبير التشريق والتلبية إلا أن السهو يؤدي في تحريمة الصلاة حتى صح الاقتداء بالساهي بعد سلامه والتكبير يؤدي في حرمتها لا في تحريمتها حتى لم يصح الاقتداء بالامام بعد السلام قبل التكبير والتلبية لا تؤدى في شئ منها، ولذا قال في الخلاصة: ويبدأ الامام بسجود السهو ثم بالتكبير ثم بالتلبية إن كان محرما. وفي فتاوى الولوالجي: لو بدى بالتلبية سقط السجود والتكبير ولما لم يكن مؤدى في تحريمتها لو تركه الامام فعلى القوم أن يأتوا به كسامع السجدة

مع تاليها بخلاف ما إذا لم يسجد لامام للسهو فإنهم لا يسجدون. قال يعقوب: صليت بهم المغرب يوم عرفة فسهوت أن أكبر بهم فكبر بهم أبو حنيفة رحمه الله. وقد استنبط من هذه الواقعة أشياء منها هذه المسألة، ومنها أن تعظيم الاستاذ في إطاعته لا فيما يظنه طاعة لان أبا يوسف تقدم بأمر أبي حنيفة، ومنها أنه ينبغي للاستاذ إذا تفرس في بعض أصحابه الخير أن يقدمه ويعظمه عند الناس حتى يعظموه، ومنها أن التلميذ لا ينبغي أن ينسى حرمة أستاذه وإن قدمه أستاذه وعظمه، ألا ترى أن أبا يوسف شغله ذلك عن التكبير حتى سها قوله (وبالاقتداء يجب على المرأة والمسافر) أي باقتدائهما بمن يجب عليه يجب عليهما بطريق التبعية. والمرأة تخافت بالتكبير لان صوتها عورة، وكذا يجب على المسبوق لانه مقتد تحريمة لكن لا يكبر مع الامام ويكبر بعدما قضى ما فاته، وفي الاصل: ولو تابعه لا تفسد صلاته وفي التلبية تفسد. كذا في الخلاصة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

***

[٢٩١]

باب صلاة الكسوف مناسبته للعيد هو أن كلا منهما يؤدي بالجماعة نهارا بغير أذان ولا إقامة. وأخرها عن العيد لان صلاة العيد واجبة على الاصح. يقال كسفت الشمس تكسف كسوفا وكسفها الله كسفا يتعدى ولا يتعدى. قال جرير يرثي عمر بن عبد العزيز: الشمس طالعة ليست بكاسفة تبكي عليك نجوم الليل والقمرا أي ليست تكسف ضوء النجوم مع طلوعها لقلة ضوئها وبكائها عليك ولاجل ذلك لم يظهر لها نور، فعلى هذا انتصب قوله نجوم على المفعول به والقمر معطوف عليه، وتمامه في السراج الوهاج. ومنهم من جعل الكسوف للشمس والقمر، ومنهم من جعل الكسوف للشمس والخسوف للقمر. والاصل في صلاة الكسوف حديث البخاري إن الشمس والقمر لا ينكسفان لموت أحد من الناس ولكنهما آيتان من آيات الله فإذا رأيتموها فصلوا (١) وفي رواية فادعوا قوله: (يصلي ركعتين كالنفل إمام الجمعة) بيان لمقدارها ولصفة أدائها. أما مقدارها فذكر أنها ركعتان وهو بيان لاقلها، ولذا قال في المجتبي: إن شاؤا صلوها ركعتين أو أربعا أو أكثر كل ركعتين بتسليمه أو كل أربع. وأما صفة أدائها فهي صفة أداء النفل من أن كل ركعة بركوع واحد وسجدتين ومن أنه لا أذان له ولا إقامة ولا خطبة وينادي الصلاة جامعة ليجتمعوا إن لم يكونوا اجتمعوا، ومن أنها لا تصلى في الاوقات المكروهة، ومن أنه لا يكره تطويل القيام والركوع والسجود والادعية والاذكار الذي هو من خصائص النوافل. واحترز بقوله كالنفل عن قول أبي يوسف فإنه قال: كهيئة صلاة العيد. وتقييده بإمام الجمعة بيان للمستحب. قال القاضي الاسبيجابي: ويستحب في كسوف الشمس ثلاثة أشياء: الامام والوقت والموضع. إما الامام فالسلطان أو القاضي ومن له ولاية إقامة الجمعة والعيدين، وأما الوقت فهو الذي يباح فيه التطوع والموضع الذي يصلي فيه صلاة العيد أو المسجد الجامع ولو صلوا في موضع آخر أجزأهم ولكن الاول أفضل، ولو صلوا وحدانا في منازلهم جاز ويكره أن يجمع في كل ناحية اه. وبه اندفع ما في السراج الوهاج أن في ذكر الامام إشارة إلى

***

[٢٩٢]

أنه لا بدمن شرائط الجمعة وهو كذلك إلا الخطبة اه. لكن جعله الوقت من المستحبات لا يصح لانه لا تجوز الصلاة في الاوقات المكروهة ولم يبين المصنف رحمه الله صفتها من الوجوب والسنية. وقد ذكر في البدائع قولين وذكر محمد في الاصل ما يدل على عدم الوجوب فإنه قال: ولا تصلى نافلة في جماعة إلا قيام رمضان، وصلاة الكسوف استثناها من النافلة، والمستثنى من جنس المستثنى منه فدل على كونها نافلة، لكن مطلق الامر في قوله عليه الصلاة والسلام فصلوا يدل على الوجوب إلا لصارف. وماقد يتوهم من أنه ذكره مع قوله وادعوا فإن الدعاء ليس بواجب اجماعا فكذا الصلا غير صحيح لان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم. قوله: (بلا جهر) تصريح بما علم من قوله كالنفل لان النفل النهاري لا يكون جهرا لدفع قولهما من الجهر لحديث ابن عباس: صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الكسوف فقام بنا قياما طويلا نحوا من سورة البقرة، ولو جهر لما احتيج إلى الحزر، وقد تركنا الدلائل الكثيرة في هذا الباب والكلام مع الشافعي والصاحبين روما للاختصار. قال في المجتبي: وأما قدر القراءة فيها فروي أنه عليه السلام قام في الركعة الاولى بقدر سورة البقرة، وفي الثانية بقدر سورة آل عمران، فإن طول القراءة خفف الدعاء أو على العكس اه. قوله: (وخطبة) أي بلا خطبة لانه عليه الصلاة والسلام أمر بها ولم يبين الخطبة، وما ورد من خطبته يوم مات ابراهيم وكسفت الشمس فإنما كان للرد

على من قال إنها كسفت لموته لا لانها مشروعة له، ولذا خطب بعد الانجلاء ولو كانت سنة له لخطب قبله كالصلاة الدعاء قوله: (ثم يدعو حتى تنجلي الشمس) أي يدعو الامام والناس معه حتى تنجلي الشمس للحديث المتقدم. أطلقه فأفاد أن الداعي مخير إن شاء دعا جالسا مستقبل القبلة وإن شاء دعا قائما يستقبل الناس بوجهه. قال الحلواني: وهذا أحسن، ولو قام ودعا معتمدا على عصا أو قو س كان أيضا حسنا. وأفاد بكلمة ثم أن السنة تأخير الدعاء عن الصلاة لانه هو السنة في الادعية. وفي المحيط: ولا يصعد الامام على المنبر للدعاء ولا يخرج قوله: (وإلا صلوها فرادي) أي إن لم يحضر إمام الجمعة صلى الناس فرادى تحرزا عن الفتنة إذ هي تقام بجمع عظيم. وروي عن أبي حنيفة أن لكل إمام مسجد أن يصلي بجماعة والصحيح ظاهر الرواية لان أداء هذه
***
[٢٩٣]
الصلوات بالجماعة عرف بإقامة رسول الله صلى الله عليه وسلم فإنما يقيمها الآن من هو قائم مقامه، فإن لم يقمها الامام صلى الناس فرادى إن شاؤا ركعتين وإن شاؤا أربعا والاربع أفضل، ثم إن شاؤا طولوا القراءة وإن شاؤا قصروا واشتغلوا بالدعاء حتى تنجلي الشمس. كذا في البدائع قوله: (كالخسوف والظلمة والريح والفزع) أي حيث يصلي الناس فرادى لانه قد خسف القمر في عهده عليه السلام مرارا ولم ينقل أنه جمع الناس له، ولان الجمع فيه متعسر كالزلازل والصواعق وانتشار الكواكب والضوء الهائل بالليل والثلج والامطار الدائمة وعموم الامراض والخوف الغالب من العدو ونحو ذلك من الافزاع والاهوال، لان ذلك كله من الآيات المخوفة والله تعالى يخوف عباده ليتركوا المعاصي ويرجعوا إلى الطاعة التي فيها فوزهم وخلاصهم، وأقرب أحوال العبد في الرجوع إلى ربه الصلاة. وذكر في البدائع أنهم يصلون في منازلهم. وفي المجتبي: وقيل الجماعة جائزة عندنا لكنه ليست بسنة والله أعلم.. باب الاستسقاء هو طلب السقيا من الله تعالى بالثناء عليه والفزع إليه والاستغفار، وقد ثبت ذلك بالكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقوله تعالى حكاية عن نوح عليه السلام حين أجهد قومه القحط والجدب * (فقلت استغفروا ربكم كان غفارا يرسل السماء عليكم مدرارا) * (نوح: ١٠) وأما السنة فصح في الآثار الكثيرة أن النبي صلى الله عليه وسلم استسقى مرارا وكذا الخلفاء بعده والامة بعده والامة أجمعت عليه خلفا عن سلف من غير نكير قوله: (له صلاة لا بجماعة) عند أبي حنيفة بيان لكونها مشروعة في حق المنفرد وإن لجماعة ليست بمشروعة لها ولم يبين
***
[٢٩٤]
صفتها وقد اختلف فيها، والظاهر ما في الكتاب من أنها جائزة وليست بسنة. وقالا: يصلي الامام ركعتين لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى فيه ركعتين كصلاة العيد. قلنا: فعله مرة وتركه أخرى فلم يكن سنة كذا في الهداية قوله: (ودعاء واستغفار) أي للاستسقاء دعاء واستغفار لما تلونا قوله: (لا قلب رداء) أي ليس فيه قلب رداء لانه دعاء فيعتبر بسائر الادعية، ولا فرق بين الامام والقوم. وقالا: يقلب الامام رداءه واختاره القدوري وهو أن يجعل الايمن على الايسر والايسر على الايمن ليقلب الله تعالى الحال من الجدب إلى الخصب، ومن العسر إلى اليسر. وقيل: أن يجعل أعلاه أسفل. وفي المدور: يعتبر اليمين واليسار قوله: (وإنما يخرجون ثلاثة أيام) يعني متتابعات ويخرجون مشاة في ثياب خلف غسيلة أو مرقعة متذللين متواضعين خاشعين لله تعالى ناكسي رؤسهم، ويقدمون الصدقة في كل يوم قبل خروجهم ويجددون التوبة ويستغفرون للمسلمين ويتواضعون بينهم ويستسقون بالضعفة والشيوخ. وفي المجتبي: والاولى أن يخرج الامام بالناس وإن امتنع وقال اخرجوا جاز، وإن خرجوا بغير إذنه جاز. ولا يخرج في الاستسقاء منبر بل يقوم الامام والقوم قعود فإن أخرجو المنبر جاز لحديث عائشة رضي الله عنها أنه أخرج المنبر لاستسقائه صلى الله عليه وسلم، وقيد بالخروج ثلاثة أيام لانه لم ينقل أكثر منها قوله: (لا يحضر أهل الذمة الاستسقاء) لنهي عمر رضي الله عنه ولان المقصود هو الدعاء قال تعالى * (وما دعاء الكافرين إلا في ضلال) * (الرعد: ١٤) وفي فتاوي قاضيخان:
***
[٢٩٥]
اختلفوا في أنه هل يجوز أن يقال يستجاب دعاء الكافرين ولم يرجح، وذكر الولوالجي أن الفتوى على أنه يجوز أن يقال يستجاب دعاؤه

ا هـ. وأطلق المصنف الخروج للاستسقاء واستثنى في فتح القدير مكة وبيت المقدس فيجتمعون في المسجد ولم يستثن مسجد المدينة لعله لضيقه وإلا فهو أفضل من بيت المقدس والله تعالى أعلم. باب الخوف أي صلاته. ووجه المناسبة أن شرعية كل منهما لعارض خوف. وقدم الاستسقاء لان العارض هناك انقطاع المطر وهو سماوي وهنا اختياري وهو الجهاد الذي سببه كفر الكافر قوله: (إن اشتد من عدو أو سبع وقف الامام طائفة بإزاء العدو وصلى بطائفة ركعة وركعتين لو مقيما مضت هذه إلى العدو وجاءت تلك فصلى بهم ما بقي وسلم وذهبوا إليهم وجاءت الاولى وأتموا بلا قراءة وسلموا ثم الاخرى وأتموا بقراءة) هكذا صلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث ابن عمر، وهناك كيفيات أخرى معلومة في الخلافيات. وذكر في المجتبي أن الكل جائز وإنما الخلاف في الاولى. وفي العناية: ليس الاشتداد شرطا عند عامة مشايخنا. قال في التحفة: سبب جواز صلاة الخوف نفس قرب العدو من غير ذكر الخوف والاشتداد شرطا عند عامة مشايخنا. قال في التحفة: سبب جواز صلاة الخوف نفس قرب العدو من غير ذكر الخوف والاشتداد. قال فخر الاسلام في مبسوطة: المراد بالخوف عند البعض حضرة العدو لا حقيقة الخو ف لان
***
[٢٩٦]
حضرة العدو وأقيمت مقام الخوف على ما عرف في أصلنا في تعليق الرخصة بنفس السفر لا حقيقة المشقة، لان السفر سبب المشقة فأقيم مقامها، فكذا حضرة العذو هنا سبب الخوف فأقيم مقامه حقيقة الخوف ا هـ. وفي فتح القدير: واعلم أن صلاة الخوف على الصفة المذكورة إنما تلزم إذا تنازع القوم في الصلاة، أما إذا لم يتنازعوا فالافضل أن يصلي بإحدى الطائفتين تمام الصلاة ويصلي بالطائفة الاخرى إمام آخر تمامها ا هـ. وذكر الاسبيجابي أن من انصرف منهم إلى وجه العدو راكبا فإنه لا يجوز، سواء كان انصرافه من القبلة إلى العدو وعكسه وإنما تتم الطائفة الاولى بلا قراءة لانهم لاحقون ولذا لو حاذتهم امرأة فسدت صلاتهم، والثانية بقراءة لانهم مسبوقون ولذا لو حاذتهم امرأة لا تفسد صلاتهم، ويدخل تحته المقيم خلف المسافر حتى يقضي ثلاث ركعات بلا قراءة إن كان من الطائفة الاولى، وبقراءة إن كان من الثانية. والمسبوق إن أدرك ركعة من الشفع الاول فهو من الطائفة الاولى وإلا فهو من الثانية. وأطلق في الصلاة فشمل كل صلاة تؤدي بجماعة كالصلوات الخمس ومنها الجمعة وكذا العيد، وفي المجتبي: ويسجد للسهو في صلاة الخوف لعموم الحديث ويتابعه من خلفه ويسجد اللاحق في آخر صلاته. قوله: (وصلى في المغرب بالاولى ركعتين وبالثانية ركعة) لان الركعتين شطر في المغرب ولهذا شرع القعود عقبيهما ولان الواحد لا يتجزى فكانت الطائفة الاولى أولى بها للسبق، فإذا ترجحت عند التعارض لزم اعتباره، ومسائل خطأ الامام وتفاريعهم تركناها عمدا للاستغناء عنها قوله: (ومن قاتل بطلت صلاته) لانه عمل كثير مفسد للصلاة وهو مراده بالمقاتلة وإلا فلو قاتل بعمل قليل كالرمية لا تفسد كما علم في مفسدات الصلاة. واستدل في المجتبي بحديث المغيرة أن النبي صلى الله عليه وسلم شغل عن أربع صلوات يوم الخندق فصلاهن من بعد ما مضي من الليل، ولو جاز مع القتال لما أخرهن عن وقتهن ا هـ. وأشار المصنف إلى أن السابح في البحر إذا لم يمكنه أن يرسل أعضاءه ساعة فإنه لا يصلي فإن صلى لا تصح، وإن أمكنه ذلك فإنه يصلي بالايماء. كذا في المجتبي قوله: (فإذا اشتد الخوف صلوا ركبانا فرادي بالايماء إلى أي جهة قدروا) لقوله تعالى * (فإن خفتم فرجا لا أو ركبانا) * (البقرة: ٢٣٩) والتوجه إلى القبلة للضرورة. أراد بالاشتداد أن لا يتهيأ لهم النزول عن الدابة كما في غاية البيان. قيد بقوله فرادي لانه لا يجوز بجماعة لعدم الاتحاد في المكان إلا إذا كان راكبا مع الامام على دابة واحدة فإنه يجوز اقتداء المتأخر منهما بالمتقدم اتفاقا. ويرد على المصنف ما إذا صلى راكبا في المصر فإنه لا يجوز إلا أن يقال: إنه معلوم مما قدمه من أن التطوع لا يجوز في المصر راكبا فكذا الفرض للضرورة. وقيد بالركوب لانه لا يجوز ماشيا في غير المصر لان المشي
***
[٢٩٧]
عمل كثير مفسد للصلاة كالغريق السابح كما قدمناه. وفي المحيط: والراكب إن كان طالبا لا يجوز صلاته على الدابة لعدم ضرورة الخوف في حقه وإن كان مطلوبا فلا بأس أن يصلي وهو سائر لان السير فعل الدابة حقيقة وإنما أضيفت إليه معنى بتسييره، فإذا جاء العذر انقطعت الاضافة إليبخلاف ما لو صلى وهو يمشي حيث لا يجوز لان المشي فعله حقيقة وهو مناف للصلاة ا. قوله: (ولم تجر بلا حضور عدو) لعدم الضرورة حتى لو رأو سوادا فظنوا أنه عدو فصلوا صلاة الخوف ثم بأن أنه ليس بعد وأعادوها لما قلنا إلا إذا

بان لهم قبل أن يتجاوز الصفوف فإن لهم أن يبنوا استحسانا، وهذا كله في حق القوم، وأما الامام فصلاته جائزة بكل حال لعدم المفسد في حقه والله أعلم.
***
[٢٩٨]
كتاب الجنائز جمع جنازة وهي بالكسر السرير، وبالفتح الميت. وقيل: هما لغتان كذا في المغرب. ومناسبته لما قبله أن الخوف والقتال يفضي إلى الموت، أو لما فرغ من بيان الصلاة حال الحياة شرع في بيانها حال الموت، وأخر الصلاة في الكعبة ليكون ختم كتاب الصلاة بما يتبرك بها حالا ومكانا. وصفتها أنها فرض كفاية بالاجماع حتى لا يسع للكل تركها كالجهاد. وسبب وجوبها الميت المسلم لانها شرعت قضاء لحقه ولهذا تضاف إليه فيقال صلاة الجنازة - بالفتح - بمعنى الميت. وركنها التكبيرات والقيام لان كل تكبيرة منها قائمة مقام ركعة. وشرطها على الخصوص اثنان: كونه مسلما وكونه مغسولا. كذا في المحيط. ويزاد على الشرطين كونه أمام المصلي كما صرحوا به. وسننها التحميد والثناء والدعاء، وما ذكروه منها من كونه مكفنا بثلاثة أثواب أو بثيابه في الشهيد فهو تساهل كما في فتح القدير إذ ليس الكفن من سنن الصلاة قوله: (ولي المحتضر القبلة على يمينه) أي وجه وجه من حضره الموت فالمحتضر من قرب من الموت، علامته أن يسترخي قدماه فلا ينتصبان وينعو أنفه وينخسف صدغاه وتمتد جلده الخصية لان الخصية تتعلق بالموت وتتدلى جلدتها. ولا يمتنع حضور الجنب والحائض وقت الاحتضار وإنما يوجه إلى القبلة على يمينه لانه السنة المنقولة، واختار مشايخنا بما وراء النهر الاستلقاء على ظهره وقدماه إلى القبلة لانه أيسر لخروج الروح. وتعقبه في فتح القدير وغيره بأنه لم يذكر فيه وجه ولم يعرف إلا نقلا والله أعلم بالايسر منهما ولكنه أيسر لتغميضه وشد لحيته وأمنع من تقوس أعضائه، ثم إذا ألقي على القفا يرفع رأسه قليلا ليصير وجهه إلى القبلة دون السماء ا ه‍. وفي المبتغي بالمعجمة: والاصح أنه يوضع كما تيسر لاختلا ف المواضع والاماكن ا ه‍. وهذا كله إذا لم يشق عليه، فإذا شق عليه ترك على حاله
***
[٢٩٩]
كذا في المجتبي. وذكر في المحيط الاضطجاع للمريض أنواع أحدها في حالة الصلاة وهوأن يستلقي على قفاه، والثاني إذا قرب من الموت يضجع على الايمن واختير الاستلقاء، والثالث في حالة الصلاة على الميت يضجع على قفاه معترضا للقبلة. والرابع في اللحد يضجع على شقه الايمن ووجهه إلى القبلة هكذا توارثت السنة ا ه‍. وفي معراج الدراية: والمرجوم لا يوجه ا ه‍. قوله: (ولقن الشهادة) بأن يقال عنده لا إله إلا الله محمد رسول الله ولا يؤمر بها للحديث الصحيح من كان آخر كلامه لا إله إلا الله دخل الجنة (١) وهو تحريض على التلقين بها عند الموت فيفيد الاستحباب، وحينئذ فلا حاجة إلى الاستدلال بالحديث الآخر لقنوا موتاكم قول لا إله إلا الله (٢) فإن حقيقته التلقين بعد الموت وقد اختلفوا فيه. وقولهم إنه مجاز تسمية للشئ باسم ما يؤل إليه قول لا دليل عليه لان الاصل الحقيقة، وقد أطال المحقق في فتح القدير في رده. وفي المجتبي: وإذا قالها مرة كفاه ولا يكثر عليه ما لم يتكلم بعد ذلك، ولما أكثر على ابن المبارك عن الوفاة قال: إذا قلت ذلك مرة فأنا على ذلك ما لم أتكلم لان الغرض من التلقين أن يكون لا إله إلا الله آخر قوله ا ه‍. وفي القنية: اشتد مرضه ودنا موته فالواجب على إخوانه وأصدقائه أن يلقنوه الشهادة ا ه‍. وينبغي أن يكون مستحبا كما قدمناه لان الامر في الحديث لم يكن على حقيقته بل استعمل في مجازه فلم يكن قطعي الدلالة فلم يفد الوجوب. قالوا: إذا ظهر منه كلمات توجب الكفر لا يحكم بكفره. ويعامل معاملة موتى المسلمين حملا على أنه في حال زوال عقله، ولذا اختار بعض المشايخ أن يذهب عقله قبل موته لهذا الخوف، وبعضهم اختاروا قيامه حال الموت، وقد اعتاد الناس قراء يس عند المحتضر وسيأتي. قوله: (فإن مات شد لحياه وغمض عيناه) بذلك جري التوارث ثم فيه تحسينه فيستحسن وتقدم في الوضوء أن اللحي بفتح اللام منبت اللحية من الانسان أو العظم الذي عليه الاسنان. وعن أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل على أبي سلمة بعد الوفاة وقد شق بصره فأغمضه ثم قال: إن الروح إذا قبض تبعه البصر ثم قال: اللهم اغفر لابي سلمة وارفع
***
[٣٠٠]
درجته في المهديين واخلفه في عقبه في الغابرين واغفر لنا وله يا رب العالمين وافسح له في قبره ونور له فيه. قال في المجتبي: وينبغي أن

يحفظه كل مسلم فيدعو به عند الحاجة. وفي النتف: يصنع بالمحتضر عشرة أشياء: يوجه إلى القبلة على قفاه أو يمينه، ويمد أعضاؤه، ويغمض عيناه، ويقرأ عنده سورة يس، ويحضر عنده من الطيب، ويلقن لا إله إلا الله، ويخرج من عنده الحائض والنفساء والجنب، ويوضع على بطنه سيف لئلا ينتفخ، ويقرأ عنده القرآن إلى أن يرفع ا ه. أي إلى أن يرفع روحه. وفي التبيين: ويقول مغمضه بسم الله وعلى ملة رسول الله صلى الله عليه وسلم، اللهم يسر عليه أمره وسهل عليه ما بعده وأسعده بلقائك واجعل ما خرج إليه خيرا مما خرج عنه. وفي المحيط: وليسرع في جهازه لقوله عليه الصلاة والسلام عجلوا بموتاكم فإن بك خيرا الف قدمتموه إليه، وإن يك شرا فبعدا لاهل النار (١) قوله: (ووضع على سرير مجمر وترا) لئلا يعتريه الارضي ندواة ولينصب عنه الماء عند غسله، وفي التجمير تعظيمه وإزالة الرائحة الكريهة والوتر أحب إلى الله من غيره. وكيفيته أن يدار بالمجمرة حول السرير مرة أو ثلاثا أو خمسا ولا يزاد عليها. كذا في التبيين. وفي النهاية والكافي وفتح القدير: أو سبعا ولا يزاد عليه. وفي الظهيرية: وكيفيته الوضع عند بعض أصحابنا الوضع طولا كما في حالة المرض إذا أراد الصلاة بإيماء، ومنهم من اختار الوضع عرضا كما يوضع في القبر والاصح أنه يوضع كما تيسر ا ه. وظاهر كلامه أن السرير يجمر قبل وضعه عليه وأنه يوضع عليه كمامات ولا يؤخر إلى وقت الغسل. وفي الغاية: يفعل
***

[٣٠١]
هذا عند إرادة غسله إخفاء للرائحة الكريهة. وقال القدوري: إذا أرادوا غسله وضعوه على سريره والاول أشبه لما ذكرنا. وفي التبيين: وتكره قراءة القرآن عنده إلى أن يغسل. وفي المغرب: جمر ثوبه وأجمره بخره. قوله: (وستر عورته) إقامة لواجب الستر ولان النظر إليها حرام كما في عورة الحي. وأطلق العورة فشملت الخفيفة والغليظة وصححه في التبيين وغاية البيان، وصحح في الهداية والمجتبي أنها العورة الغليظة تيسيرا ولبطلان الشهوة، وجعله في الكافي والظهيرية ظاهر الرواية. وفي المحيط: ويغسل عورته تحت الخرقة بعد أن يلف على يده خرقة لتصير الخرقة حائلة بين يده وبين العورة لان اللمس حرام كالنظر قوله: (وجرد) أي من ثيابه ليمكنهم التنظيف وتغسيله عليه الصلاة والسلام في قميصه خصوصية له. قالوا: يجرد كما مات لان الثياب تحمى فيسرع إليه التغيير قوله: (ووضئ بلا مضمضة ولا استنشاق) لان الوضوء سنة الاغتسال غير أن إخراج الماء متعذر فيتركان. وفي الظهيرية: ومن العلماء من قال يجعل الغاسل خرقة في أصبعه يمسح بها أسنانه ولهاته ولثته ويدخل في منخريه أيضا ا ه. وفي المجتبي: وعليه العمل اليوم. وظاهر كلام المصنف أن الغاسل يمسح رأس الميت في الوضوء
***

[٣٠٢]
وهو ظاهر الرواية كالجنب، وفي رواية لا فيهما لكنه لا يؤخر غسل رجليه في هذا الوضوء ولا يبدأ بغسل يديه بل بوجهه نخالف الجنب فيهما كذا في المحيط. ولم يذكر الاستنجاء للاختلاف فيه فعندهما يستنجي، وعند أبي يوسف لا. وأطلقه فشمل البالغ والصبي إلا أن الصبي الذي لا يعقل الصلاة لا يوضأ لانه لم يكبحيث يصلي قوله: (وصب عليه ماء مغلي بسدر أو حرض) مبالغة في التنظيف لان تسخين الماء كذلك مما يزيد في تحقيق المطلوب فكان مطلوبا شرعا. وما يظن مانعوهو كون سخونته توجب انحلال ما في الباطن فيكثر الخارج هو عندنا داع لا مانع لا المقصود يتم إذ يحصل باستفراغ ما في الباطن تمام النظافة والامان من تلويث الكفن عند حركة الحاملين له، فعندنا الماء الحار أفضل على كل حال. والحرض اشنان غير مطحون والمغلي من الاغلاء لا من الغلي والغليان لانه لازم. كذا في المعراج قوله: وإلا فالقراح) أي إن لم يتيسر ما ذكره فيصب عليه الماء الخالص لان المقصود هو الطهارة ويحصل به قوله: (وغسل رأسه ولحيته بالخطمي) لانه أبلغ في استخلاص الوسخ وإن لم يكن فبالصابون ونحوه لانه يعمل عمله. هذا إذا كان في رأسه شعر اعتبارا بحالة الحياة. والخطمي بكسر الخاء نبت يغسل به الرأس كما في الصحاح. ونقل القاضي عياض في تنبيهاته الفتح لا غير والمراد به خطمي العراق قوله: (واضجع على يساره فيغسل حتى يصل الماء إلى ما يلي التخت منه ثم على يمينه كذلك) لان السنة هي البداءة من الميامن والمراد بما يلي التخت منه الجنب المتصل بالتخت، والتخت بالخاء المعجمة لا بالحاء المهملة لان بالحاء المهملة يوهم أن غسل ما يلي التخت من الجنب لا الجنب المتصل بالتخت، أما بالخاء المعجمة يفهم الجنب المتصل.، كذا في معراج الدراية، وبه اندفع ما ذكره العيني من جواز الوجهين. قوله: (ثم اجلس مسندا إليه ومسح بطنه رفيقا وما خرج منه غسله) تنظيفا له. ثم اعلم أن

المصنف ذكر غسله مرتين: الاولى بقوله وأضجع على يساره فيغسل الثانية بقوله ثم علي يمينه كذلك، ولم يذكر الغسلة الثالثة تمام السنة. قال في المحيط بعد إقعاده: ثم
***
[٣٠٣]
يضجعه على شقه الايسر ويغسله لان التثليث مسنون في غسل الحي فكذا في غسل الميت، وما قيل من أنه ذكرها بقوله وصب عليه ماء مغلي فغير صحيح لانها ليست غسلة من الثلاث بدليل قوله بعد وغسل رأسه ولحيته بالخطمي " فإن السنة أن يبدأ يغسلهما قبل الغسلة الاولى وإنما هو كلام إجمالي لبيان كيفية الماء، والحاصل أن السنة أنه إذا فرغ من وضوئه غسل رأسه ولحيته بالخطمي من غير تسريح ثم يضجعه على شقه الايسر ويغسله وهذه مرة، ثم على الايمن كذلك وهذه ثانية، ثم يقعده ويمسح بطنه كما ذكره ثم يضجعه على الايسر فيصب الماء عليه وهذه ثالثة، لكن ذكر خواهر زاده أن المرة الاولى بالماء القراح، والثانية بالماء المغلي فيه سدد أو حرض، والثالثة بالماء الذي فيه الكافور. ولم يفصل صاحب الهداية في مياه الغسلات بين القراح وغيره وهو ظاهر كلام الحاكم. وفي فتح القدير: والاولى أن يغسل الاوليان بالسدر ولم يذكر المصنف كمية الصبات. وفي المجتبي: يصب الماء عليه عند كل إضجاع ثلاث مرات وإن زاد على الثلاث جاز قوله: (ولم يعد غسله) لان الغسل عرفناه بالنص وقد حصل مرة، وكذا لا تجب إعادة وضوئه لان الخارج من قبل أو دبر أو غيرهما ليس بحدث لان الموت حدث كالخارج فلما لم يؤثر الموت في الوضوء وهو موجود لم يؤثر الخارج. وضبط في معراج الدراية الغسل هنبالضم، وفي العناية يجوز فيه الضم والفتح. وذكر في السراج الوهاج من بحث الطهارة أنه بفتح الغين كغسل الثوب قال: والضابط أنك إذا أضفت إلى المغسول فتحت، وإذا أضيفت إلى غير المغسول ضممت قوله: (ونشف في ثوب) كيلا يبتل أكفانه. وفي الولواجية: المنديل الذي يمسح به الميت بعد الغسل كالمنديل الذي يمسح به الحي ا ه‍. يعني أنه طاهر قوله: (وجعل الحنوط على رأسه ولحيته) لان التطيب سنة. وذكر الرازي أن هذا الجعل مستحب. والحنوط عطر مركب من أشياء طيبة ولا بأس بسائر الطيب غير الزعفران والورس اعتبارا بالحياة، وقد ورد النهي عن المزعفر للرجال وبهذا يعلم جهل من يجعل الزعفران في الكفن عند رأس الميت في زماننا قوله: (والكافور على مساجده) زيادة في تكرمتها وصيانة للميت عن سرعة الفساد وهي موضع سجوده جمع مسجد بالفتح لا غير كذا في المغرب. واختلف فيها فذكر السرخسي أنها الجبهة والانف
***
[٣٠٤]
واليدان والركبتان والقدمان. وذكره القدوري في شرح الكرخي أنها الجبهة واليدان والركبتان ولم يذكر الانف والقدمين. كذا في غاية البيان. ولم يذكر المصنف في الغسل استعمال القطن لانه لم يرد في الروايات الظاهرة. وعن أبي حنيفة أنه يجعل القطن المحلوج في منخريه وفمه. وقال بعضهم: في صماخيه. وقال بعضهم: في دبره أيضا. قال في الظهيرية: واستقبحه عامة المشايخ. قوله: (ولا يسرح شعره ولحيته ولا يقص ظفره وشعره) لانها للزينة وقد استغنى عنها، والظاهر أن هذا الصنيع لا يجوز. قال في القنية: أما التزين بعد موتها والامتشاط وقطع الشعر لا يجوز والطيب يجوز والاصح أنه يجوز للزوج أن يراها. وفي المجتبي: ولا بأس بتقبيل الميت. وذكر اللحية مع الشعر من باب عطف الجزء على الكل اهتماما بمنع تسريحها، وليس هو من قبيل التكرار كما توهمه الشارح. وفي الظهيرية: ولو تكسر ظفر الميت فلا بأس بأن يؤخذ، روي ذلك عن أبي حنيفة وأبي يوسف ا ه‍. ولم يذكر المصنف صفة الغسل ومن يغسل والغاسل وحكم الميت قبله وبعده. أما الاول فهو من فروض الكفاية كالصلاة عليه وتجهيزه ودفنه حتى لو اجتمع أهل بلدة على تركها قوتلوا، ولو صلوا عليه قبل الغسل أعادوا الصلاة. وكذا إذا ذكر قبل أن يهال عليه التراب ينزع اللبن ويخرج ويغسل ويصلي عليه، وإن أهالوه لم ينبش ولم تعد الصلاة عليه، ولو بقي منه عضو فذكروه بعد الصلاة والتكفين يغسل ذلك العضو ويعاد، فإن بقي أصبع ونحوه بعد التكفين لا يغسل. وقال محمد: يغسل على كل حال كذا في المجتبي. وفي القنية: وجد رأس آدمي لا يغسل ولا يصلى عليه ولو غسل صار الماء مستعملا، ولو مات في بيته فقالت الورثة لا نرضى بغسله فيه ليس لهم ذلك لان غسلة في بيته من حوائجه وهي مقدمة على الورثة ا ه‍. وفي الظهيرية: والافضل أن يغسل الميت مجانا فإن ابتغى الغاسل الاجر فهو على وجهين: إن كان هناك غيره يجوز أخذ الاجر وإلا فلا. واختلفوا في استئجار الخياط لخياطة الكفن وأجرة الحاملين والحفار والدفان من رأس المال اه‍. وفي الخانية: إذا

جرى الماء على الميت أو أصابه المطر عن أبي يوسف أنه لا ينوب عن الغسل لانا أمرنا بالغسل وجريان الماء وإصابة المطر ليس بغسل. والغريق يغسل ثلاثا عند أبي يوسف. وعن محمد: إذا نوى الغسل عند الاخراج من الماء يغسل مرتين وإن لم ينو يغسل ثلاثا، وفي رواية يغسل مرة واحدة ا ه. وفي فتح القدير: الظاهر اشتراط النية فيه لاسقاط وجوبه عن المكلف لا لتحصيل طهارته هو وشرط صحة الصلاة عليه ا ه. وفي فتاوي قاضيخان: ميت غسله أهله بغير نية أجزأهم ذلك ا ه. واختاره في الغاية
***
[٣٠٥]
والاسبيجابي لان غسل الحي لا يشترط له النية فكذا غسل الميت. وإما الثاني فالموتى ضربان: من يغسل ومن لا يغسل. والاول ضربان: من يغسل ليصلى عليه ومن يغسل لا للصلاة. فالاول من مات بعد الولادة وله حكم الاسلام، والثاني الجنين الميت على ما سيأتي، وكذا الكافر غير الحربي إذا مات وله ولي مسلم كما سيأتي. والثاني ضربان: من لا يغسل إهانة وعقوبة كقتلى أهل البغي والحرب وقطا الطريق، وضرب لا يغسل إكراما وفضيلة كالشهداء. ولو اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار يغسلون إن كان المسلمون أكثر وإلا فلا. ومن لا يدري أمسلم أم كافر إن كان عليه سيما المسلمين أو في بقاع ديار الاسلام يغسل وإلا فلا. ولو وجد الاكثر من الميت أو النصف مع الرأس غسل وصلى عليه وإلا فلا. وأما الغاسل فمن شرطه أن يحل له النظر إلى المغسول فلا يغسل الرجل المرأة ولا المرأة الرجل والمجبوب والخصي فأما الخنثى المشكل المراهق إذا مات ففيه اختلاف والظاهر أنه ييمم وإذا ماتت المرأة في السفر بين الرجال ييممها ذو رحم محرم منها، وإن لم يكن لف الاجنبي على يديه خرقة ثم ييممها، وإن كانت أمة ييممها الاجنبي بغير ثوب، وكذا إذا مات رجل بين النساء تيممه ذات رحم محرم منه أو زوجته أو أمته بغير ثوب وغيرهن بثوب،
***
[٣٠٦]
والصبي الذي لا يشتهي والصبية كذلك غلسهما الرجال والنساء، ولا يغسل الرجل زوجته والزوجة تغسل زوجها دخل بها أو لا بشرط بقاء الزوجية عند الغسل حتى لو كانت مبانة بالطلاق وهي في العدة أو محرمة بردة أو رضاع أو مصاهرة لم تغسله، ولم يغسل المولى أم ولده وكذا مدبرته ومكاتبته، وكذا على العكس في المشهور عن أبي حنيفة. الكل في المجتبي. وفي الواقعات: رجل له امرأتان قال إحداكما طالق ثلاثا بعد الدخول بهما ثم مات قبل أن يبين فليس لواحدة منهما أن تغسله لجواز أن كل واحدة منهما مطلقة، ولهما الميراث وعليهما عدة الطلاق والوفاة. ولو مات عن امرأته وهي مجوسية لم تغسله لانه كان لا يحل له المس حال حياته فكذا بعد وفاته بخلاف التي ظاهر منها لان الحل قائم، فإن أسلمت قبل أن يغسل غسلته اعتبارا بحالة الحياة. وكذا لو مات عن امرأته وأختها منه في عدته لم تغسله فإن انقضت عدتها قبل أن يغسل غسلته لما قلنا ا ه. وفي الولوالجية: إذا ارتدت المنكوحة بعد موته أو قبلت ابنه لا تغسله، وكذا إذا وطئت بالشبهة لان هذه الاشياء تنافي النكاح وتحرم المس. وفيها: إذا كان مع النساء رجل من أهل الذمة أو مع الرجال امرأة ذمية يعلمان الغسل لان السنة تتأدى بغسله ولكن لا يهتدي إلى السنة فيعلم. وفي المحيط: لو مات عنها وهي حامل فوضعت لا تغسله لانقضاء عدتها. وفي المجتبي: وأما ما يستحب للغاسل فالاولى أن يكون أقرب الناس إلى الميت، فإن لم يعلم الغسل فأهل الامانة والورع للحديث، فإن كان الغاسل جنبا أو حائضا أو كافرا جاز، واليهودية والنصرانية كالمسلمة في غسل زوجها لكنه أقبح، وليس على من غسل ميتا غسل ولا وضوء ا ه. وأما حكمه قبله ففيه اختلاف، فقيل: أنه محدث وهو سبب وجوبه لنجاسة حلت به، وإنما وجب غسل جميع الجسد لعدم الحرج. وقيل: ينجس بالموت واقتصر عليه في المحيط مستدلا بأنه لو وقع في الماء القليل قبل الغسل نجسه، ولو صلى وهو حامل للميت لا يجوز فيجب تطهيره بالغسل شرعا كرامة له وشرفا ا ه. وصححه في الكافي ونسبه في البدائع إلى عامة المشايخ. قال في فتح القدير:
***
[٣٠٧]
وقد روي في حديث أبي هريرة سبحان الله إن الميت لا ينجس حيا ولا ميتا (١) فإن صحت وجب ترجيح أنها للحدث ا ه. واتفقوا أن حكمه بعده إن كان مسلما الطهارة ولذا يصلي عليه، فما يتوهم من أن الحنفية إنما منعوا من الصلاة عليه في المسجد لاجل نجساته خطأ، واتفقوا على أن الكافر لا يطهر بالغسل وأنه لا تصح صلاة حامله بعده. قوله: (وكفنه سنة أزار وقميص ولفافة) لحديث البخاري:

كفن رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثلاثة أثواب بيض سحولية. وسحول بفتح السين قرية باليمن. والازرار واللفافة من القرن إلى القدم. والقرن هنا بمعنى الشعر، واللفافة هي الرداء طولا. وفي بعض نسخ المختار أن الازار من المنكب إلى القدم هذا ما ذكروه وبحث فيه في فتح القدير بأنه ينبغي أن يكون إزار الميت كإزار الحي من السرة إلى الركبة لانه عليه السلام أعطي اللاتي غسلن ابنته حقوة وهي في الاصل معقد الازار ثم سمي به الازار للمجاورة. والقميص من المنكب إلى القدم بلا دخاريص لانها تفعل في قميص الحي ليتسع أسفله للمشي، وبلا جيب ولا كمين ولا يكف أطرافه، ولو كففي قميص قطع جيبه ولبته كذا في التبيين. والمراد بالجيب الشق
***
[٣٠٨]
النازل على الصدر. وفي العناية: التكفين في ثلاثة أثواب هو السنة وذلك لا ينافي أن يكون أصل التكفين واجبا. ولم يذكر المصنف العمامة لما في المجتبي: وتكره العمامة في الاصح. وفي فتح القدير: واستحسنها بعضهم لما روي عن ابن عمر أنه كان يعممه ويجعل العذبة على وجهه ا ه. وفي الظهيرية: استحسنها بعضهم للعلماء والاشراف فقط. وأشار المصنف إلى أنه لا يزاد للرجل على ثلاثة وصرح في المجتبي بكراهتها. واستثني في روضة الزندوستي ما إذا أوصى بأن يكفن في أربعة أو خمسة فإنه يجوز بخلاف ما إذا أوصى أن يكفن في ثوبين فإنه يكفن في ثلاثة، ولو أوصى بأن يكفن بألف درهم كفن كفنا وسطا ا ه. ولم يبين لون الاكفان لجواز كل لون لكن أحبها البياض، ولم يبين جنسها لجواز الكل لا مالا يجوز لبسه حال الحياة كالحرير للرجال، وقد قالوا في باب الشهيد: إنه ينزع عنه الفرو والحشو معللين بأنه ليس من جنس الكفن فظاهره أنه لا يجوز التكفين به إلا أن يقال: ليس من جنسه المسنون وهو الظاهر لان المقصود من الكفن ستره وهو حاصل بهما. وفي المجتبي: والجديد والخلق فيه سواء بعد أن يكون نظيفا من الوسخ والحدث. قال ابن المبارك: أحب إلى أن يكفن في ثيابه التي كان يصلي فيها ا ه. وفي الظهيرية: ويكفن الميت كفن مثله وتفسيره أن ينظر إلى ثيابه في حال حياته لخروج الجمعة والعيدين فذلك كفن مثله. وتحسن الاكفان للحديث حسنوا أكفان الموتى لانهم يتزاورون فيما بينهم ويتفاخرون بحسن أكفانهم ا ه. قوله: (وكفاية إزار ولفافة) لقوله عليه الصلاة والسلام في المحرم الذي وقصته ناقته كفنوه في ثوبين. واختلف فيهما فقيل قميص ولفافة وصحح الشارح ما في الكتاب ولم يبين وجهه، وينبغي عدم التخصيص بالازار واللفافة لا كفن الكفاية معتبر بأدنى ما يلبسه الرجل في حياته من غير كراهة وهو ثوبان كما علل به في البدائع. قالوا: ويكره أن يكفن في ثوب واحد حالة الاختيار لان في حال حياته تجوز صلاته في ثوب واحد مع الكراهة. وقالوا: إذا كان بالمال قلة وبالورثة كثرة فكفن الكفاية أولى وعلى القلب كفن السنة أولى، ومقتضاه أنه لو كان عليه ثلاثة أثواب وليس له غيرها وعليه دين
***
[٣٠٩]
أن يباح واحد منهما للدين لان الثالث ليس بواجب حتى ترك للورثة عند كثرتهم، فالدين أولى مع أنهم صرحوا كما في الخلاصة بأنه لا يباع شئ منها للدين كما في حالة الحياة إذا أفلس وله ثلاثة أثواب وهو لابسها ولا ينزع عنه شئ ليباع. قوله: (وضرورة ما يوجد) ثابت في أكثر النسخ وقد شرح عليه مسكين وباكير وغيرهما ولم يثبت في نسخة الزيلعي فأنكرها، واستدل له بحديث مصعب بن عمير لم يوجد له شئ يكفي فيه إلا نمرة فكانت إذا وضعت على رأسه بدت رجلاه. وإذا وضعت على رجليه خرج رأسه فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن تغطي رأسه ويجعل على رجليه شئ من الاذخر، وهذا دليل على أن ستر العورة وحدها لا يكفي. كذا في التبيين قوله: (ولف من يساره ثم يمينه) أي لف الكفن من يسار الميت ثم يمينه. وكيفيته أن تبسط اللفافة أولا ثم الازار فوقها ويوضع الميت عليهما مقمصا، ثم يعطف عليه الازار وحده من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ليكون الايمن فوق الايسر ثم اللفافة كذلك. وفي البدائع: فإن كان الازار طويلا حتى يعطف على رأسه وسائر جسده فهو أولى قوله: (وعقدان أن خيف انتشاره) صيانة عن الكشف قوله: (وكفنها سنة درع وإزار ولفافة وخمار وخرقة تربط ثدياها) لحديث أم عطية أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطي اللواتي غسلن ابنته خمسة أثواب. واختلف في اسمها ففي مسلم أنها زينب، وفي أبي داود أنها أم كلثوم. وذكر بعضهم القميص لها ولم يذكر الدرع وهو الاولى للاختلاف في الدرع. قال في المغرب: درع المرأة ما تلبسه فوق القميص وهو مذكر. وعن الحلواني: ما جيبه إلى الصدر
***
[٣١٠]

والقميص ما شقه إلى المنكب، ولم أجده أنا في كتب اللغة ا هـ. واختلف في عرض الخرقة فقيل ما بين الثدي إلى السرة، وقيل مابين الثدي إلى الركبة كيلا ينتشر الكفن بالفخذين وقت المشي قوله: (وكفاية إزار ولفافة وخمار) اعتبارا بلبسها حال حياتها من غير كراهة، ويكره أقل من ذلك. وفي الخلاصة: كفن الكفاية لها ثلاثة أثواب قميص وإزار ولفافة فلم يذكر الخمار. وفي الفتح القدير: وما في الكتاب من عد الخمار أولى لكن لم يعين في الهداية ما عدا الخمار بل قال ثوبان وخمار ففسرهما في فتح القدير بالقميص واللفافة فهو مخالف لما في المتن، والظاهر كما قدمناه عدم التعيين بل إما قميص وإزار أو إزاران لان المقصود ستر جميع البدن وهو حاصل بالكل لكن جعلهما إزارين زيادة في ستر الرأس والعنق كما لا يخفى. قال في التبيين: وما دون الثلاثة كفن الضرورة في حقها قوله: (وتلبس الدرع أولا ثم يجعل شعرها ضفيرتين على صدرها ثم الخمار فوقتحت اللفافة ثم يعطف الازار ثم اللفافة) كما ذكرنا. ثم الخرقة فوق الاكفان. وفي الجوهرة: توضع الخرقة تحت اللفافة وفوق الازار والقميص وهو الظاهر. قوله: (وتجمر الاكفان أولا وترا) لانه عليه السلام أمر بإجمار أكفان امرأته والمراد به التطيب قبل أن يدرج فيها الميت. وجميع ما يجمر فيه الميت ثلاث مواضع: عند خروج روحه لازالة الرائحة الكريهة، وعند غسله، وعند تكفينه. ولا يجمر خلفه ولا في القبر. وفي المجتبي: يحتمل أن يريد بالتجمير جمعها وترا قبل الغسل. يقال أجمر كذا إذا جمعه، ويحتمل أن
***

[٣١١]
يريد التطيب بعود يحرق في مجمرة. وصرح في البدائع بأنه لا يزيد في تجميرها على خمس. وفي المجتبي: المكفنون اثنا عشر: الرجل والمرأة وقد تقدما، والثالث المراهق المشتهي وهو كالبالغ، والرابع المراهقة التي تشتهي وهي كالمرأة، والخامس الصبي الذي لم يراهق فيكفن في خرقتين إزار ورداء وإن كفن في واحد أجزأ، والسادس الصبية التي لم تراهق فعن محمد كفنها ثلاثة وهذا أكثر، والسابع السقط فيلف ولا يكفن كالعضو من الميت، والثامن الخنثى المشكل فيكفن كتكفين الجارية وينعش ويسجي قبره، والتاسع الشهيد وسيأتي، والعاشر المحرم وهو كالحلال عندنا، والحادي عشر المنبوش الطري فيكفن كالذي لم يدفن، والثاني عشر المنبوش المتفسخ فيكفن في ثوب واحد ا هـ. ولم يذكر المصنف من يجب عليه الكفن وهو من ماله إن كان له مال يقدم على الدين والوصية والارث إلى قدر السنة ما لم يتعلق بعين ماله حق الغير كالرهن والمبيع قبل القبض، والعبد الجاني، فلو نبش عليه وسرق كفنه وقد قسم الميراث أجبر القاضي الورثة على أن يكفنوه من الميراث وإن كان عليه دين، فإن لم يكن قبض الغرماء بدأ بالكفن لانه بقي على ملك الميت، والكفن مقدم على الدين، وإن كانوا قبضوا لا يسترد منهم لانه زال ملك الميت بخلاف الميراث لان ملك الوارث عين ملك المورث حكما ولهذا يرد عليه بالعيب فصار ملك المورث قائما ببقاء خلفه. واستثنى أبو يوسف الزوجة. فإن كفنها على زوجها لكن اختلفت العبارات في تحرير مذهبأبي يوسف، ففي فتاوي قاضيخان والخلاصة والظهيرية وعلى قول أبي يوسف يجب الكفن على الزوج وإن تركت مالا وعليه الفتوى ا هـ. وكذا في المجتبي وزاد: ولا رواية فيها عنأبي حنيفة. وفي المحيط والتجنيس والواقعات وشرح المجمع للمصنف: إذا لم يكن لها مال فكفنها على الزوج عند أبي يوسف وعليه الفتوى لانه لو لم يجب عليه لوجوب على الاجانب. وهو بيت المال كان أوبى بإيجاب الكسوة عليه مال خيانتها فرجح على سائر الاجانب وقال محمد: يجب تجهيزها في بيت المال. وقيد شارح المجمع بيسار الزوج عند أبي يوسف فظاهره أنه إذا كان لها مال فكفنها في مالها اتفاقا، والظاهر ترجيح ما في الفتاوي
***

[٣١٢]
الخانية لانه ككسوتها والكسوة واجبة عليه، غنية كانت أو فقيرة، غنيا كان أو فقيرا. وصححها لولوالجي في فتاواه من النفقات فإن لم يكن للميت مال فكفنه على من تجب عليه نفقته وكسوته في حياته. وكفن العبد على سيده، والمرهون على الراهن، والمبيع في يد البائع عليه، فإن لم يكن له من تجب النفقة عليه فكفنه في بيت المال، فإن لم يكن فعلى المسلمين تكفينه، فإن لم يقدر واسألوا الناس ليكفنوه بخلاف الحي إذا لم يجد ثوبا يصلي فيه ليس على الناس أن يسألوا له ثوبا، والفرق أن الحي يقدر على السؤال بنفسه والميت عاجز، وإن سألوا له وفضل من الكفن شئ يرد إلى المتصدق، وإن لم يعلم يتصدق به على الفقراء اعتبارا بكسوته. كذا في المجتبي. وفي التجنيس والواقعات: إذا لم يعلم المتصدق يكفن به مثله من أهل الحاجة وإن لم يتيسر يصرف إلى الفقراء. وفيهما: لو كفن ميتا من ماله ثم

وجد الكفن فله أن يأخذه وهو أحق به لان الميت لم يملكه. وفيهما: حي عريان وميت ومعهما ثوب واحد فإن كان للحي فله لبسه ولا يكفن به الميت لانه محتاج إليه، وإن كان ملك الميت والحي وارثه يكفن به الميت ولا يلبسه لان الكفن مقدم على الميراث، وإذا تعدد من وجبت النفقة عليه على ما يعرف في النفقات فالكفن عليهم على قدر ميراثهم كما كانت النفقة واجبة عليهم، ولو مات معتق شخص ولم يترك شيئا وله خالة موسرة يؤمر معتقه بتكفينه. وقال محمد: على خالته. وفي الخانية: من لا يجبر على النفقة في حياته كأولاد الاعمام والعمات والاخوال والخالات لا يجبر على الكفن. زاد في الظهيرية: وإن كان وارثا. وفي البدائع: ولا يجب على المرأة كفن زوجها بالاجماع كما لا يجب عليها كسوته في الحياة. وفي القنية: ولو مات ولا شئ له وجب كفنه على ورثته فكفنه الحاضر من مال نفسه ليرجع على الغائب منهم بحصتهم ليس له الرجوع إذا أنفق عليه بغير إذن القاضي قال محمد رحمه الله: كالعبد أو الزرع أو النخل بين شريكين أنفق أحدهما عليه ليرجع على الغائب لا يرجع إذا فعله بغير إذن القاضي ا ه.

***

[٣١٣]

فصل السلطان أحق بصلاته يعني إذا حضر لان في التقدم عليه استخفافا به، ولما مات الحسن قدم الحسين سعيد بن العاص وقال: لولا السنة ما قدمتك. أطلق في السلطان وأراد به من له سلطنه أي حكم ولاية على العامة، سواء كان الخليفة أو غيره، فيقدم الخليفة إن حضر ثم نائب المصر ثم القاضي ثم صاحب الشرط ثم خليفته ثم خليفة القاضي. وهذا ما نقله الفقيه أبو جعفر، والامام الفضلي إنما نقل تقديم السلطان وهو الخليفة فقط وأما من عداه فليس له التقدم على الاولياء إلا برضاهم. قال في الظهيرية والخانية: إنه قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر ا ه. فعلى هذا فالمراد من السلطان في المختصر هو الوالي الذي لا والي فوقه لكن المذكور في المحيط والبدائع والتبيين والمجمع وشرحه التفصيل المتقدم عن أبي جعفر واقتصر عليه في فتح القدير وصرح في الخلاصة بأنه المختار فكان هو المذهب. وقدم أبو يوسف الولي مطلقا وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة، وما في الاصل من أن إمام الحي أولى بها فمحمول على ما إذا لم يحضر السلطان ولا من يقوم مقامه توفيقا بينهما لان السلطان قل ما يحضر الجنائز. كذا في

***

[٣١٤]

البدائع وغيره ومعنى الاحقية وجوب تقديمه قوله: (وهي فرض كفاية) أي الصلاة عليه للاجماع على افتراضها وكونها على الكفاية، وما ورد في بعض العبارات من أنها واجبة فالمراد الافتراض، وقد صرح في القنية والفوائد التاجية بكفر من أنكر فرضيتها لانه أنكر الاجماع ا ه. وهل يصح النذر بها صرحوا بأنه لا يصح النذر بالتكفين ولا بتشييع الجنازة لعدم القربة المقصودة ولا شك أن صلاة الجنازة قربة مقصودة. قوله: (وشرطها إسلام الميت وطهارته) فلا تصح على الكافر للآية * (ولاتصل على أحد منهم مات أبدا) * ولا تصح على من لم يغسل لانه له حكم الامام من وجه لا من كل وجه. وهذا الشرط عند الامكان فلو دفن بلا غسل ولم يمكن إخراجه إلا بالنبش صلى على قبره بلا غسل للضرورة بخلاف ما إذا لم يهل عليه التراب بعد فإنه يخرج ويغسل. ولو صلى عليه بلا غسل جهلا مثلا ولا يخرج إلا بالنبش تعاد لفساد الاولى، وقيل تنقلب الاولى صحيحة عند تحقق العجز فلا تعاد. وفي المحيط: ولو لف في كفنه وقد بقي عضو منه لم يصبه الماء ينقض الكفن ويغسل ثم يصلى عليه، ولو بقي أصبواحدة ونحوها ينقض الكفن عند محمد ويغسل، وعندهما لا ينقض الكفن لانه لا يتيقن بعدم وصول الماء إليه فعليه أسرع إليه الجفاف لقلته فلا يحل نقض الكفن بالشك لانه لا يحل نقضه إلا بعذر بخلاف العضو لانه لا يسرع إليه الجفاف. ولو صلى الامام بلا طهارة أعادوا لانه لا صحة لها بدون الطهارة فإذا لم تصح صلاة الامام لم تصح صلاة القوم. ولو كان الامام على طهارة والقوم على غيرها لا تعاد لان صلاة الامام صحت فلو أعادوا تتكرر الصلاة وأنه لا يجوز، وبهذا تبين أنه لا تجب صلاة الجماعة فيها ا ه. وزاد في فتح القدير وغيره شرطا ثالثا في الميت وهو وضعه أمام المصلى فلا تجوز على غائب ولا على حاضر محمول على دابة أو غيرها ولا موضوع متقدم عليه المصلى لانه كالامام من وجه دون وجه لصحة الصلاة على الصبي،

***

[٣١٥]

وأما صلاته على النجاشي فإما لانه رفع له عليه الصلاة والسلام سريره حتى رآه بحضرته فتكون صلاة من خلفه على ميت يراه الامام

وبحضرته دون المأمومين وهذا غير مانع من الاقتداء، وإما أن يكون مخصوصا بالنجاشي وقد أثبت كلا منهما بالدليل في فتح القدير. وأجاب في البدائع بثالث وهو أنها الادعاء لا الصلاة المخصوصة وهذه الشرائط في الميت. وأما شرائطها بالنظر إلى المصلي فشرائط الصلاة الكاملة من الطهارة الحقيقة والحكمية واستقبال القبلة وستر العورة والنية، وقدمنا حكم ما لو ظهر المصلي محدثا. وقيد المصنف بطهارة الميت احترازا عن طهارة مكانه. قال في الفوائد الناجية: إن كان على جنازة لا شك أنه يجوز وإن كان بغير جنازة لا رواية لهذا، وينبغي أن يجوز لان طهارة مكان الميت ليس بشرط لانه ليس بمؤد، ومنهم من علل بأن كفنه يصير حائلا بينه وبين الارض لانه ليس بلابس بل هو ملبوس فيكون حائلا ا ه‍. وفي القنية: الطهارة من النجاسة في الثوب والبدن والمكان وستر العورة شرط في حق الامام والميت جميعا. وقد قدمنا في باب شروط الصلاة أنه لو قام على النجاسة وفي رجليه نعلان لم يجز، ولو افترش نعليه وقام عليهما جازت. وبهذا يعلم ما يفعل في زماننا من القيام على النعلين في صلاة الجنازة لكن لا بد من طهارة النعلين كما لا يخفى. وأما أركانها ففي فتح القدير أن الذي يفهم من كلامهم أنها الدعاء والقيام والتكبير لقولهم إن حقيقتها هو الدعاء والمقصود منها، ولو صلى عليها قاعدا من غير عذر لا يجوز. وقالوا: كل تكبيرة بمنزلة ركعة. وقالوا: يقدم الثناء والصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه سنة الدعاء، ولا يخفى أن التكبيرة الاولى شرط لانها تكبيرة الاحرام ا ه‍. وفيه نظر لان المصرح به بخلافه. قال في المحيط: وأما ركنها فالتكبيرات والقيام، وأما سننها فالتحميد والثناء والدعاء فيها ا ه‍. فقد صرح بأن الدعاء سنة وقولهم في المسبوق يقضي التكبير نسقا بغير دعاء يدل عليه ولا نسلم أن التكبيرة الاولى شرط بل الاربع أركان. قال في المحيط: كبر على جنازة فجئ بأخرى أتمها واستقبل الصلاة على الاخرى لانه لو نواها للاخرى أيضا يصير مكبرا ثلاثا وأنه لا يجوز، وإن زاد على الاربع لا يجوز لان الزيادة على الاربع لا تتأدى بتحريمة واحدة. وفي الغاية للسروجي: فإن قلت التكبيرة الاولى للاحرام وهي شرط وقد تقدم أنه يجوز بناء الصلاة

***

[٣١٦]

على التحريمة الاولى لكونها غير ركن. قيل له: التكبيرات الاربع في صلاة الجنازة قائمة مقام الاربع ركعات بخلاف المكتوبة وصلاة النافلة ا ه‍. وأما ما يفسدها فما أفسد الصلاة أفسدها إلا لمحاذاة. كذا في البدائع. وتكره في الاوقات المكروهة، وقد تقدم ولو أمت امرأة فيها تأدت الصلاة، ولو أحدث الاما فاستخلف غيره فيها جاز هو الصحيح. كذا في الظهيرية. قوله: (ثم أمام الحي) أي الجماعة لانه رضيه في حال حياته، وظاهره أن تقديمه واجب لانه عطفه على ما تقديمه واجب وهو السلطان مع تصريحهم بأن تقديمه مستحب بخلاف السلطان. قال في غاية البيان: وإنما قالوا تقديمه مستحب لان في التقدم عليه لا يلزم إفساد أمر العامة بخلاف التقدم على السلطان حيث يلزم ذلك فلذا وجب تقديمه ا ه‍. وفي شرح المجمع للمصنف: إنما يستحب تقديم إمام مسجد حيه على الولي إذا كان أفضل من الولي. ذكره في الفتاوي ا ه‍. وهو قيد حسن وكذا في المجتبي: وفي جوامع الفقه أمام المسجد الجامع أولى من إمام الحي ا ه‍. وهذا يدل على أن المراد بإمام الحي إمام المسجد الخاص للمحلة. وقد وقع الاشتباه في إمام المصلي المبنية لصلاة الاموات في الامصار فإن الباني يشرط لها إماما خاصا ويجعل له معلوما من وقفه فهل هو مقدم على الولي إلحاقا له بإمام الحي أو لا، مع القطع بأنه ليس بإمام الحي لتعليلهم إياه بأن الميت رضي بالصلاة خلفه حال حياته وهذا خاص بإمام مسجد محلته، والذي ظهر لي أنه إن كان مقررا من جهة القاضي فهو كنائبه، وإن كان المقرر له الناظر فهو كالاجنبي قوله: (ثم الولي) لانه أقرب الناس إليه والولاية له في الحقيقة كما في غسله وتكفينه، وإنما يقدم السلطان عليه إذا حضر كيلا يكون ازدراءبه. ثم الترتيب في الاولياء كترتيب العصبات في الانكاح لكن إذا اجتمع أبو الميت وابنه كان الاب أولى بالاتفاق على الاصح لان للاب فضيلة على الابن وزيادة سن، والفضيلة والزيادة تعتبر ترجيحا في استحقاق الامامة كما في سائر الصلوات. كذا في البدائع. فلو كان الاب جاهلا والابن عالما ينبغي تقديم الابن كما في سائر الصلوات إلا أن يقال: إن صفة العلم لا توجب التقديم في صلاة الجنازة لعدم احتياطها للعلم ويعتبر الاسن فيها

***

[٣١٧]

فالاخوان لاب وأم أسنهما أولى، فإن أراد الاسن أن يقدم أحدا كان للاصغر أن يمنع، فإن قدم كل واحد منهما رجلا آخر فالذي قدمه الاسن أولى، وكذلك الابنان على هذا وكذلك أبناء العم، فإن كان الاخ الاصغر لاب وأم والاكبر لاب فالاصغر أولى كما في

الميراث، فإن قدم الاصغر جدا فليس للاكبر أن يمنعه، فإن كان الاخ لاب وأم غائبا وكتب لانسان ليتقدم فللاخ لاب أن يمنعه، وحد الغيبة أن لا يقدر على أن يقدم ويدرك الصلاة ولا ينتظر الناس قدومه. والمريض في المصر بمنزلة الصحيح يقدم من شاء وليس للابعد منعه. ولو ماتت امرأة ولها أ ب وابن بالغ عاقل وزوج فالاب أحق بها ثم الابن، إن كان من غير الزوج، فإن كان منفالزوج أحق من الولد. ولو مات ابن وله أب وأبواب فالولاية لابيه ولكنه يقدم أباه جد الميت تعظيما له، وكذا المكاتب إذا مات عبده ومولاه حاضرا فالولاية للمكاتب لكنه يقدم مولاه احتراما. ومولى العبد أحق بالصلاة عليه من ابنه الحر على المفتي به لبقاء ملكه حكما، وكذا المكاتب إذا مات عن غير وفاء فإن ترك وفاء، فإن أديت كتابته أو كان المال حاضرا لا يخاف عليه التوى والتلف فالابن أحق وإلا فالمولى. وسائر القرابات أولى من الزوج، وكذا مولى العتاقة وابنه ومولى الموالات لان الزوجية انقطعت بينهما بالموت. وفي المجتبي: والجار أحق من غيره. قوله: (وله أن يأذن لغيره) أي للولي الاذن في صلاة الجنازة وهو يحتمل شيئين: أحدهما الاذن في التقدم لانه حقه فيملك إبطاله وقدمنا أن محله ما إذا لم يكن هناك ولي غيره أو كان وهو بعيد، أما إذا كانا وليين مستويين فأذن أحدهما أجنبيا فللآخر أن يمنعه. ثانيهما أن يأذن للناس في الانصراف بعد الصلاة قبل الدفن لانه لا ينبغي لهم أن ينصرفوا إلا بإذنه، وذكر الشارح معنى آخر وهو الاعلام بموته ليصلوا عليه لا سيما إذا كان الميت يتبرك به، وكره بعضهم أن ينادي عليه في الازقة والاسواق لانه نعي أهل الجاهلية وهو مكروه، والاصح أنه لا يكره لان فيه تكثير الجماعة من المصلين عليه المستغفرين له وتحريض الناس على الطهارة والاعتبار به والاستعداد، وليس ذلك نعي أهل الجاهلية، وإنما كانوا يبعثون إلى القبائل ينعون مع ضجيج وبكاء وعويل وتعديد وهو مكروه بالاجماع ا ه. وهي كراهة تحريم

***

[٣١٨]

للحديث المتفق عليه ليس منا من ضرب الخدرد وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية (١) وقال عليه السلام لعن الله الحالقة والصالقة والشاقة (٢) والصالقة التي ترفع صوتها بالمصيبة ولا بأس بإرسال الدمع والبكاء من غير نياحة قوله: (فإن صلى عليه غير الولي والسلطان أعاد الولي) لان الحق له. والمراد من السلطان من له حق التقدم على الولي فإن الكلام فيما إذا تقدم على الولي من ليس له حق التقدم فليس للولي الاعادة إذا صلى القاضي أو نائبه أو إمام الحي لما في الخلاصة والولوالجية والظهيرية والتجنيس والواقعات: ولو صلى رجل والولي خلفه ولم يرض به إن صلى معه لا يعيد لانه صلى مرة وإن لم يتابعه، فإن كان المصلي السلطان أو الامام الاعظم في البلدة أو القاضي أو الوالي على البلدة أو إمام حي ليس له أن يعيد لانهم أولى بالصلاة منه وإن كان غيره فله الاعادة ا ه. وأشار المصنف إلى أن الموصى له بالتقدم ليس بمقدم على الولي لان الوصية باطلة على المفتي به، وصرح بذلك أصحاب الفتاوي قالوا: ولو أعادها الولي ليس لمن صلى عليها أن يصلي مع الولي مرة أخرى. وظاهر كلامهم أن الولي إذا لم يعد فلا إثم على أحد لما أن الفرض وهو قضاء حق الميت قد تأدى بصلاة الاجنبي، والاعادة إنما هي لاجل حقه لا لاسقاط الفرض، هذا أولى مما في غاية البيان من أن حكم الصلاة التي صليت بلا إذن الولي موقوف إن أعاد الولي تبين أن الفرض ما صلى الولي، وإن لم يعد سقط الفرض بالاولى ا ه. فإنه يقتضي أن لمن صلى أولا أن يصلي مع الولي وليس كذلك، وبما ذكرناه عن الفتاوي المذكورة ظهر ضعف ما في غاية البيان من أن إمام الحي إذا صلى بلا إذن الولي فإن للولي الاعادة وإنما لم يعد إذا صلى السلطان لخوف الازدراء به، وقد صرح في المجمع وشرحه بأن إمام الحي كالسلطان في عدم إعادة الولي. قوله: (ولم يصل غيره بعده) أي بعد ما صلى الولي لان الفرض قد تأدى بالاولى والتنفل بها غير مشروع إلا لمن له الحق وهو الولي عند تقدم الاجنبي إن قلنا إن إعادة الولي نفل وإلا فلا استثناء، وقد اختلف المشايخ في إعادة من هو مقدم على الولي إذا صلى الولي كالسلطان والقاضي، فذهب صاحب النهاية والعناية إلا أن المراد بالغير من ليس به تقدم على الولي، أما من كان مقدما على الولي فله الاعادة بعد صلاة الولي لان إذا كان له الاعادة إذا صلى غيره مع أنه أدنى فالسلطان والقاضي لهما الاعادة بالطريق الاولى وهو مصرح به في رواية

***

[٣١٩]

النوادر. ويشهد له ما في الفتاوي وفي السراج الوهاج قوله: فإن صلى الولي عليه لم يجز أن يصلي أحد بعده يعني سلطانا كان أو غيره،

ففيه دلالة على تقديم حق الولي من حيث إنه جوز له الاعادة ولم يجوز للسلطان إذا صلى الولي فافهم ذلك ا هـ. وكذا ذكر المصنف في المستصفي. وقد ظهر للعبد الضعيف أن الاول محمول على ما إذا تقدم الولي مع وجود من هو مقدم عليه لانه حيث حضر فالحق له فكانت صلاة الولي تعديا، والثاني محمول على ما إذا لم يحضر غير الولي فصلى الولي. ثم جاء المقدم عليه فليس له الاعادة لان الفرض قد سقط بصلاة من له ولايتها والله سبحانه وتعالى أعلم. ثم رأيت بعد ذلك في المجتبي ما يفيده قال: فإن صلى عليه الولي لم يجز أن يصلي عليه أحد بعده، وهذا إذا كان حق الصلاة له بأن لم يحضر السلطان، وأما إذا حضر وصلى عليه الولي يعيد السلطان ا هـ قوله: (فإن دفن بلا صلاة صلى على قبره ما لم يتفسخ) لان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على قبر امرأة من الانصار. أطلقه فشمل ما
***
[٣٢٠]
إذا كان مدفونا بعد الغسل أو قبله كما قدمناه وهو رواية ابن سماعة عن محمد لكن صحح في غاية البيان معزيا إلى القدوري وصاحب التحفة أنه لا يصلي على قبره لان الصلاة بدون الغسل ليست بمشروعة ولا يؤمر بالغسل لتضمنه أمرا حراما وهو نبش القبر فسقطت الصلاة ا هـ. وقيد بالدفن لانه لو وضع في قبره ولم يهل عليه التراب فإنه يخرج ويصلي عليه كما قدمناه، وقيد بعدم التفسخ لانه لا يصلي عليه بعد التفسخ لان الصلاة شرعت على بدن الميت فإذا تفسخ لم يبق بدنه قائما. ولم يقيد المصنف بمدة لان الصحيح أن ذلك جائز إلى أن يغلب على الظن تفسخه، والمعتبر فيه أكبر الرأي على الصحيح من غير تقدير بمدة. كذا في شرح المجمع وغيره، وظاهره أنه لو شك في تفسيخه يصلي عليه، والمذكور في غاية البيان أنه لو شك لا يصلي عليه. رواه ابن رستم عن محمد ا هـ. وإنما كان هذا هو الاصح لانه يختلف باختلاف الاوقات في الحر والبرد، وباختلاف حال الميت في السمن والهزال، وباختلاف الامكنة فيحكم فيه غالب الرأي. فإن قيل: روي عنه عليه السلام أنه صلى على شهداء أحد بعد ثمانين سنة. فالجواب أن معناه - والله أعلم - أنه دعا لهم. قال الله تعالى * (وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم) * (التوبة: ١٠٣) والصلاة في الآية بمنزلة الدعاء. وقيل: إنهم لم تتفرق أعضاؤهم فإن معاوية لما أراد أن يحولهم وجد كما دفنوا فتركهم. كذا في البدائع. وحكم صلاة من لا ولاية له كعدم الصلاة أصلا فيصلي على قبره ما لم يتمزق. كذا في المجتبي. قوله: وهي أربع تكبيرات بثناء بعد الاولى وصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم بعد الثانية ودعاء بعد الثالثة وتسليمتين بعد الرابعة) لما روي عليه الصلاة والسلام صلى على النجاشي فكبر أربع تكبيرات وثبت عليها حتى توفي فنسخت ما قبلها. والبداءة بالثناء ثم الصلاة سنة الدعاء لانه
***
[٣٢١]
أرجى للقبول، ولم يعين المصنف الثناء وروي الحسن أنه دعاء الاستفتاح. والمراد بالصلاة الصلاة عليه في التشهد وهو الاولى كما في فتح القدير، ولم يذكر القراءة لانها لم تثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم. وفي المحيط والتجنيس: ولو قرأ الفاتحة فيها بنية الدعاء فلا بأس به وإن قرأها بنية القراءة لا يجوز لانها محل الدعاء دون القراءة ا هـ. ولم يعين المصنف الدعاء لانه لا توقيت فيه سوى أنه بأمور الآخرة، وإن دعا بالمأثور فما أحسنه وأبلغه. ومن المأثور حديث عوف بمالك أنه صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم على جنازة فحفظت من دعائه اللهم اغفر له وارحمه وعافه واعف عنه وأكرم نزله ووسع مدخله واغسله بالماء والثلج والبرد، ونقه من الخطايا كما ينقى الثوب الابيض من الدنس، وأبدله دارا خيرا من داره وأهلا خيرا من أهله وزوجا من زوجه، وأدخله الجنة وأعذه من عذاب القبر وعذاب النار. قال عوف: حتى تمنيت أن أكون أنا ذلك الميت. رواه مسلم. وقيد بقوله بعد الثالثة لانه لا يدعو بعد التسليم كما في الخلاصة. وعن الفضلي: لا بأس به. ومن لا يحسن الدعاء يقول: اللهم اغفر للمؤمنين والمؤمنات. كذا في المجتبي. ولم يبين المدعو له لانه يدعو لنفسه أولا لان دعاء المغفور له أقرب إلى الاجابة. ثم يدعو للميت وللمؤمنين والمؤمنات لانه المقصد منها وهو لا يقضي ركنية الدعاء كما توهمه في فتح القدير لان نفس التكبيرات رحمة للميت وإن لم يدع له. وأشار بقوله وتسليمتين بعد الرابعة إلى أنه لا شئ بعدها غيرهما وهو ظاهر المذهب. وقيل: يقول اللهم آتنا في الدنيا حسنة إلى آخره. وقيل: ربنا لا تزغ قلوبنا إلى آخره. وقيل: يخير بين السكوت والدعاء ولم يبين المنوي بالتسليمتين للاختلاف ففي التبيين وفتح القدير ينوي بهما الميت مع القوم، وفي الظهيرية ولا ينوي

الامام الميت في تسليمتي الجنازة بل ينوي عن يمينه في التسليمة الاولى، ومن عن يساره في التسليمة الثانية ا ه. وهو الظاهر لان
***
[٣٢٢]
الميت لا يخاطب بالسلام عليه حتى ينوي به إذا ليس أهلا له. وقد تقدم في كيفية الصلاة أنه لا ترفع الايدي في صلاة الجنازة سوى تكبيرة الافتتاح وهو ظاهر الرواية، وكثير من أئمة بلخ اختاروا رفع اليد في تكبيرة فيها، وكان نصير بن يحيى يرفع تارة ولا يرفع أخرى. ولا يجهر بما يقرأ عقب كل تكبيرة لانه ذكر والسنة فيه المخافتة كذا في البدائع. وفيه وهل يرفع صوته بالتسليم لم يتعرض له في ظاهر الرواية، وذكر الحسن بن زياد أنه لا يرفع لانه للاعلام ولا حاجة له لان التسليم مشروع عقب التكبير بلا فصل ولكن العمل في زماننا على خلافه ا ه. وفي الفوائد التاجية: إذا سلم على ظن أنه أتم التكبير ثم علم أنه لم يتم فإنه يبني لانه سلم في محله وهو القيام فيكون معذورا وفي الظهيرية وغيرها: رجل كبر على جنازة فجئ
***
[٣٢٣]
بجنازة أخرى فكبر ينويه ونوى أن لا يكبر على الاولى فقد خرج من الاولى إلى صلاة الثانية، وإن كبر الثانية ينوي بها عليهما لم يكن خارجا. وعن أبي يوسف: إذا كبر ينوي به التطوع وصلاة الجنازة جاز عن التطوع ا ه. قوله: (فلو كبر الامام خمسا لم يتبع) لانه منسوخ ولا متابعة فيه ولم يتبين ماذا يصنع، وعن أبي حنيفة روايتان: في رواية يسلم للحال ولا ينتظر تحقيقا للمخالفة، وفي رواية يمكث حتى يسلم معه إذا سلم ليكون متابعا فيما تجب فيه المتابعة وبه يفتي. كذا في الواقعات. ورجحه في فتح القدير بأن البقاء في حرمة الصلاة بعد فراغها ليس بخطأ مطلقا إنما الخطأ في المتابعة في الخامسة، وفبعض المواضع إنما لا يتابعه في الزوائد على الاربعة إذا سمع من الامام أما إذا لم يسمع إلا من المبلغ فيتابعه وهذا حسن وهو قياس ما ذكروه في تكبيرات العيدين اه. وذكر ابن الملك في شرح المجمع قالوا: وينوي الافتتاح عند كل تكبيرة لجواز أن تكبيرة الامام للافتتاح الآن وأخطأ المنادي. وقيد بتكبيرات الجنازة لان الامام في العيد لو زاد على ثلاث فأنه يتبع لانه مجتهد فيها حتى لو تجوز الامام في التكبير حد الاجتهاد لا يتابع أيضا. كذا في شرح المجمع قوله: (ولا يستغفر لصبي ولا لمجنون ويقول اللهم اجعله لنا فرطا واجعله لنا أجرا وذخرا واجعله لنا شافعا ومشفعا) كذا ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه لا ذنب لهما. والفرط بفتحتين الذي يتقدم الانسان من
***
[٣٢٤]
ولده، يقال اللهم اجعله لنا فرطا أي أجرا متقدما، والفرط الفارط وهو الذي يسبق الوراد إلى الماء، وفي الحديث أنا فرطكم على الحوض أي أتقدمكم إليه. كذا في ضياء الحلوم. والانسب هو المعني الثاني هنا كما اقتصر عليه في غاية البيان لئلا يلزم التكرار في قوله واجعله لنا أجرا. والذخر بضم الذال وسكون الخاء الذخيرة، والمشفع بفتح الفاء مقبول الشفاعة. وذكر اليميني في شرح الشهاب في بحث إنما الاعمال بالنيات أن الثواب هو الحاصل بأصول الشرع والحاصل بالمكملات يسمى أجرا لان الثواب لغة بدل العين والاجر بدل المنفعة فالمنفعة تابعة للعين، وقد يطلق الاجر ويراد به الثواب وبالعكس ا ه. ولم أر من صرح بأنه يدعو لسيد العبد الميت وينبغي أن يدعو له فيها كما يدعو للميت. قوله: (وينتظر المسبوق ليكبر معه لا من كان حاضرا في حالة التحريمة) أي وينتظر المسبوق في صلاة الجنازة تكبير الامام ليكبر مع الامام للافتتاح فلو كبر الامام تكبيرة أو تكبيرتين لا يكبر الآتي حتى يكبر الاخرى بعد حضوره عند أبي حنيفة ومحمد. قال أبو يوسف: يكبر حين يحضر لان الاولى للافتتاح والمسبوق يأتي به، ولهما: إن كل تكبيرة قائمة مقام ركعة والمسبوق لا يبتدئ بما فاته إذ هو منسوخ، كذا في الهداية. وهو مفيد لما ذكرناه أن التكبيرات الاربع أركان وليست الاولى شرطا كما توهمه في فتح القدير، إلا أن يكون على قول أبي يوسف كما لا يخفي. ولو كبر كماحضر ولم ينتظر لا تفسد عندهما لكن ما أداه غير معتبر كذا في الخلاصة، وأشار المصنف إلى أنه لو أدرك الامام بعد ما كبر الرابعة فاتته الصلاة
***
[٣٢٥]
على قولهما خلافا لابي يوسف، وأفاد أنه لو جاء بعد التكبيرة الاولى فإنه يكبر بعد سلام الامام عندهما خلافا لابي يوسف، ثم عندهما

يقضي ما فاته بغير دعاء لانه لو قضى الدعاء رفع الميت فيفوت له التكبير، وإذا رفع الميت قطع التكبير لان الصلاة على الميت ولا ميت يتصور. وفي الظهيرية: ولو رفعت بالايدي ولم توضع على الاكتاف ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يأتي وإنما لا ينتظر من كان حاضرا حالة التحريمة اتفاقا لانه بمنزلة المدرك، ألا ترى أنه لو كبر تكبيرة الافتتاح بعد الامام يقع أداء لا قضاء. أطلقه فشمل ما إذا كبر الامام للثانية أو لم يكبر فإن لم يكبر الامام الثانية كبر الحاضر للاولى للحال، وإن لم يكبر الحاضر حتى كبر الامام الثانية كبر معه الثانية وقضى الاولى للحال. كذا في المجتبي. وكذا أن لم يكبر في الثانية والثالثة والرابعة يكبر ويقضي ما فاته للحال. قال في المحيط: ولو كبر الامام أربعا والرجل حاضر فإنه يكبر ما لم يسلم الامام ويقضي الثلاث. وهذا قول أبي يوسف وعليه الفتوى وقد روى الحسن أنه لا يكبر وقد فاتته ا ه‍. فما في الحقائق من أن الفتوى على قول

***

[٣٢٦]

أبي يوسف إنما هو في مسألة الحاضر لا في مسألة المسبوق. وقد يقال: إن الرجل إذا كان حاضرا ولم يكبر حتى كبر الامام اثنين أو ثلاثا فلا شك أنه مسبوق كما لو كان حاضرا وقد صلى الامام ركعة أو ركعتين فإنه مسبوق، وحضوره من غير فعل لا يجعله مدركا فينبغي أن يكون كالمسألة الاولى. وأن يكون الفرق بين الحاضر وغيره إنما هو في التكبيرة الاولى فقط كما لا يخفى. وفي الواقعات: وإن لم يكبر الحاضر حتى كبر الامام ثنتين كبر الثانية منهما ولم يكبر الاولى حتى يسلم الامام لان الاولى ذهب محلها فكان قضاء والمسبوق لا يشتغل بالقضاء قبل فراغ الامام ا ه‍. وهو مخالف لما ذكرناه عن المجتبي من أنه يكبر الاولى للحال قضاء، وما في الواقعات أولى. قيد بالمسبوق لان اللاحق فيها كاللاحق في سائر الصلوات كذا في المجتبي. وذكر في الواقعات: لو كبر مع الامام التكبيرة الاولى ولم يكبر الثانية والثالثة يكبرهما أولا ثم يكبر مع الامام ما بقي ا ه‍. وهو معنى ما في المجتبي في اللاحق.

***

[٣٢٧]

قوله: (ويقوم من الرجل والمرأة بحذاء الصدر) لانه موضع القلب وفيه نور الايمان فيكون القيام عنده إشارة إلى الشفاعة لايمانه، وهذا ظاهر الرواية وهو بيان الاستحباب حتى لو وقف في غيره أجزأه. كذا في كافي الحاكم. وما في الصحيحين أنه عليه الصلاة والسلام صلى على امرأة ماتت في نفاسها فقام وسطها لا ينافي كونه الصدر بل الصدر وسط باعتبار توسط الاعضاء إذ فوقه يداه ورأسه وتحته بطنه وفخذاه، ويحتمل أنه وقف كما قلنا إلا أنه مال إلى العورة في حقها فظن الراوي ذلك لتقارب المحلين. كذا في فتح القدير قوله: (ولم يصلوا ركبانا) لانها صلاة من وجه لوجود التحريمة فلا يجوز تركه القيام من غير عذر احتياطا. وما في غاية البيان من أنها ليست بأكثر من القيام فإذا ترك القيام انعدمت أصلا فلم يجز تركه فيه نظر، لانه يقتضي أن ركنها القيام فقط وهو غير صحيح، قيدنا بكونه بغير عذر لانه لو تعذر النزول لطين ومطر جاز الركوب فيها، وأشار إلى أنها لا تجوز قاعدا مع القدرة على القيام. ولو كان ولي الميت مريضا فصلى قاعدا وصلى الناس خلفه قياما ما أجزأهم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يجزئ الامام ولا يجزئ المأموم بناء على اقتداء القائم بالقاعد. قوله (ولا في مسجد) لحديث أبي داود مرفوعا من صلى على ميت في المسجد فلا أجر له وفي رواية فلا شئ له أطلقه فشمل ما إذا كان الميت والقوم في المسجد، أو كان الميت خارج المسجد والقوم في المسجد أو كان الامام مع بعض القوم خارج المسجد والقوم الباقون في المسجد أو الميت في المسجد والامام والقوم خارج المسجد وهو المختار خلافا لما أورده النسفي. كذا في الخلاصة. وهذا الاطلاق في الكراهة بناء على أن المسجد إنما بني للصلاة المكتوبة وتوابعها من النوافل والذكر وتدريس العلم. وقيل: لا يكره إذا كان الميت خارج المسجد وهو مبني على أن الكراهة لاحتمال تلويث المسجد والاول هو الاوفق لاطلاق الحديث كذا في فتح القدير. فما في غاية البيان والعناية من أن الميت وبعض القوم إذا كانا خارج المسجد والباقون فيه لا كراهة اتفاقا ممنوع. وقد يقال: إن الحديث يحتمل ثلاثة أشياء: أن يكون الظرف وهو قوله في مسجد ظرفا للصلاة والميت وحينئذ فللكراهة شرطان: كون الصلاة في المسجد وكون الميت فيه، فإذا فقد أحدهما فلا كراهة. الثاني أن يكون ظرفا للصلاة فقط فلا يكره إذا كان الميت في المسجد والقوم كلهم خارجه. الثالث أن يكون ظرفا للميت فقط

***

[٣٢٨]
وحينئذ حيث كان خارجه فلا كراهة، وما اختاروه كما نقلناه لم يوافق واحدا من الاحتمالات الثلاثة لانهم قالوا بالكراهة إذا وجد أحدهما في المسجد المصلي أو الميت كما قال في المجتبي وتكره سواء كان الميت والقوم في المسجد أو أحدهما. ولعل وجهه أنه لما لم يكن دليل على واحد من الاحتمالات بعينه قالوا بالكراهة بوجود أحدهما أيا كان، وظاهر كلام المصنف أن الكراهة تحريمية لانه عطفه على ما لا يجوز من الصلاة راكبا وهي إحدى الروايتين مع أن فيه إيهاما لان في المعطوف عليه لم تصح الصلاة أصلا وفي المعطوف هنا صحيحة، والاخرى أنها تنزيهية ورجحه في فتح القدير بأن الحديث ليس نهيا غير مصروف ولا قرن الفعل بوعيد بظني بل سلب الاجر وسلب الاجر لا يستلزم ثبوت استحقاق العقاب لجواز الاباحة. ثم قرر تقريرا حاصله أنه لا خلاف بيننا وبين الشافعي على هذه الرواية لانه يقول بالجواز في المسجد لكن الافضل خارجه وهو معنى كراهة التنزيه وبه يحصل الجمع بين الاحاديث اه. لكن تترجح كراهة التحريم بالرواية الاخرى التي رواها الطيالسي كما في الفتاوى القاسمية: من صلى على ميت في المسجد فلا صلاة له. ولم يقيد المصنف كصاحب المجمع المسجد بالجماعة كما قيده في الهداية لعدم الحاجة إليه لانهم يحترزون به عن المسجد المبني لصلاة الجنازة فإنها لا تكره فيه مع أن الصحيح أنه ليس بمسجد لانه ما أعد للصلاة حقيقة لان صلاة الجنازة ليست بصلاة حقيقة وحاجة الناس ماسة إلى أنه لم يكن مسجدا توسعة للامر عليهم. واختلفوا أيضا في مصلى العيدين أنه هل هو مسجد، والصحيح أنه مسجد في حق جواز الاقتداء وإن لم تتصل الصفوف لانه أعد للصلاة حقيقة لافي حرمة دخول الجنب والحائض. كذا في المحيط وغيره. واعلم أن ظاهر الحديث وكلامهم أنه لا أجر أصلا لمن صلى عليها في المسجد ولا يلزم منه عدم سقوط الفرض لعدم الملازمة بينهما. ولم يذكر المصنف رحمه الله ما إذا اجتمعت الجنائز للصلاة قالوا: الامام بالخيار إن شاء صلى عليهم دفعة واحدة وإن شاء صلى على كل جنازة صلاة على حدة، فإن أراد الثاني فالأفضل أن يقدم
***
[٣٢٩]
الأفضل فالأفضل فإن لم يفعل فلا بأس به. وأمن كيفية وضعها فإن كان الجنس متحدا فإن شاؤا واجعلوها صفا واحدا كما يصطفون في حال حياتهم عند الصلاة، وإن شاؤا وضعوا واحدا بعد واحد مما يلي القبلة ليقوم الامام بحذاء الكل. هذا جواب ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن أن الثاني أولى من الاول. وإذا وضعوا واحدا بعد واحد ينبغي أن يكون الافضل مما يلي الامام، ثم إن وضع رأس كل واحد بحذاء رأس صاحبه فحسن وإن وضع رأس كل واحد عند منكب الاول فحسن، وإن اختلف الجنس وضع الرجل بين يدي الامام، ثم الصبي وراءه ثم الخنثى ثم المرأة ثم الصبية. والافضل أن يجعل الحر مما يلي الامام ويقدم على العبد ولو كان الحر صبيا كما في الظهيرية وإن كان عبدا أو امرأة حرة فالعبد يوضع مما يلي الامام والمرأة خلفه. وفي فتح القدير: ولو اجتمعوا في قبر واحد فوضعهم على عكس هذا الافضل فالافضل إلى القبلة، وفي الرجلين يعدم أكبرهما سنا وقرآنا وعلما كما فعله عليه السلام في قتلى أحد من المسلمين اه. وفي البدائع: ولو كان رجل وامرأة قدم الرجل مما يلي لاقبلة والمرأة خلفه اعتبارا بحال الحياة، ولو اجتمع رجل وامرأة وصبي وخنثى وصبية دفن الرجل مما يلي القبلة ثم الصبي خلفه ثم الخنثى ثم الصبية لانهم هكذا يصطفون خلف الامام حالة الحياة وهكذا توضع جنائزهم عند الصلاة فكذا في القبر اه. وهو سهو في قوله وهكذا توضع جنائزهم لما ذكرنا أنه على عكسه. قوله (ومن استهل صلى عليه وإلا لا) استهلال الصبي في اللغة أن يرفع صوته بالبكاء عند ولادته، وقول من قال هو أن يقع حيا تدريس كذا في المغرب. وضبطه في العناية بأنه بالبناء للفاعل. وفي الشرع أن يكون منه ما يدل علحياته من رفع صوت أن حركة عضو
***
[٣٣٠]
ولو أن يطرف بعينه. وذكر المصنف أن حكمه الصلا عليه ويلزم أن يغسل وأن يرث ويورث وأن يسمى وإن لم يبق بعده حيا لاكرامه لانه من بنى آدم، ويجوز أن يكون له مال يحتاج أبوه إلى أن يذكر اسمه عند الدعوى به. ولم يقيد المصنف بوجود الحياة فيه إلى أن يخرج أكثره ولا بد منه لما في المحيط قال أبو حنيفة: إذا خرج بعض الولد وتحرك ثم مات فإن كان خرج أكثره صلي عليه، وإن كان أقله لم يصل عليه اه. وفي آخر المبتغى بالمعجمة: الولد إذا خرج رأسه وهو ويصيح ثم مات قبل أن يخرج لم يرث ولم يصل عليه ما

لم يخرج أكثر بدنه حيا، فإن كان ذبحه رجل حال ما يخرج رأسه فعليه الغرة، وإن قطع أذنه وخرج حيا ثم ما ت فعليه الدية اه. وفي المجتبي والبدائع: اختلف في الاستهلال فعنأبي حنيفة لا يقبل فيه إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان الصياح والحركة يطلع عليها الرجال. وقالا: يقبل قول النساء فيه إلا الام فلا يقبل قولها في الميراث اجماعا لانها متهمة بجرها المغنم إلى نفسها. وإنما قبل قول النساء عندهما لان هذا المشهد لا يشهده الرجال، وقول القابلة مقبول في حق الصلاة في قولهم وأمه كالقابلة كما في البدائع، لكن قيد بالعدالة فقال: لان خبر الواحد في الديانات مقبول إذا كان عدلا اه. ولما كانت الحركة دليل الحياة قالوا: الحبلى إذا ماتت وفي بطنها ولد يضطرب يشق بطنها ويخرج الولد لا يسع إلا ذلك. كذا في الظهيرية. وأفاد بقوله وإلا لا أنه إذا لم يستهل لا يصلى عليه ويلزم منه أن لا يغسل ولا يرث ولا يورث ولا يسمى. واتفقوا على ما عدا الغسل والتسمية، واختلفوا فيهما فظاهر الرواية عدمهما، وروى الطحاوي فعلهما، وفي الهداية أنه المختار لانه نفس من وجه. وفي شرح المجمع للمصنف: إذا وضع المولود سقطا تام الخلقة قال أبو يوسف: يغسل اكراما لبني آدم. وقالا: يدرج في خرقة والصحيح قول أبو يوسف وإذا لم يكن تام الحلق لا يغسل اجماعا اه. وبهذا ظهر ضعف ما في فتح القدير والخلاصة من أن السقط الذي لم تتم خلقة أعضائه المختار أنه يغسل اه. لما سمعت من الاجماع على عدم غسله
***

[٣٣١]

ولعله سبق نظرهما إلى الذي تم خلقه أو سهو من الكاتب. ثم اعلم أن قولهم هنا بأن من ولد ميتا لا يرث ولا يورث ليس على إطلاقه لما في آخر الفتاوى الظهيرية من المقطعات: ومتى انفصل الحمل ميتا إنما لا يرث إذا انفصل بنفسه، فأما إذا فصل فهو من جملة الورثة بيانه: إذا ضرب إنسان بطنها فألقت جنينا ميتا فهذا الجنين من جملة الورثة لان الشارع أوجب على الضارب الغرة ووجوب الضمان بالجناية على الحي دون الميت، فإذا حكمنا بحياته كان له الميراث ويورث عنه نصيبه كما يورث عنه بدل نفس وهو الغرة اه. وهكذا في آخر المبسوط من ميراث الحمل. وفي المبتغى: السقط الذي لم تتم أعضاؤه هل يحشر؟ قيل: إذا نفخ فيه الروح يحشر وإلا فلا. وقيل: إذا استبان بعض خلقه يحشر اه. وفي الظهيرية: والذي يقتضيه مذهب علمائنا أنه إذا استبان بعض خلقه فإنه يحشر وهو قول الشعبي وابن سيرين اه. قوله (كصبي سبئ مع أحد أبويه) أي لا يصلى عليه لانه تبع لهما للحديث كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه إلى آخره. وتقدم في غسل الجنابة معنى الفطر وأفاد بقوله (إلا أن يسلم أحدهما) أنه يصلي عليه لاسلامه تبعا للمسلم منهما لانه يتبع خيرهما دينا وأفاد بقوله (أو هو) أنه يصلى عليه إذا أسلم وأبواه كافران لصحة إسلامه عندنا. وأطلقه وقيده في الهداية بأن يعقل الاسلام. واختلف في تفسيره، فقيل أن يعقل المنافع والمضار وأن الاسلام هدى واتبعه خير له. ذكره في العناية. وفسره في فتح القدير بأن يعقل صفة الاسلام وهو ما في الحديث أن تؤمن بالله أي بوجوده وبربوبيته لكل شئ وملائكته أي بوجود ملائكته وكتبه أي إنزالها ورسله أي إرسالهم إليهم عليهم السلام واليوم الآخر أي البعث بعد الموت والقدر خيره وشر من الله تعالى. وهذا دليل أن مجرد قوله لا إله إلا الله
***

[٣٣٢]

لا يوجب الحكم بالاسلام ما لم يؤمن بما ذكرنا. وعلى هذا قالوا: لو اشترى جارية أو تزوج امرأة فاستوصفها صفة الاسلام فلم تعرفه لا تكون مسلمة. والمراد من عدم المعرفة ليس ما يظهر من التوقف في جواب ما الايمان ما الاسلام كما يكون من بعض العوام لقصورهم في التعبير بل قيام الجهل بذلك بالباطن مثلا بأن البعث هل يوجد أو لا، وأن الرسل وإنزال الكتب عليهم كان أو لا، لا يكون في اعتقاده اعتقاد طرف الاثبات للجهل البسيط فعن ذلك قالت لا أعرفه، وقل ما يكون ذلك لمن نشأ في دار الاسلام فإنا نسمع ممن قد يقول في جواب ما قلنا لا أعرف وهو من التوحيد والاقرار والخوف من النار وطلب الجنة بمكان، بل وذكر ما يصلح استدلالا في أثناء أحوالهم وتكلمهم على التصريح ما يصرح باعتقاد هذه الامور وكانوا يظنون أن جواب هذه الاشياء إنما يكوبكلام خاص منظوم وعبارة عالية خاصة فيحجمون عن الجواب اه. فعلى هذا فينبغي ألا يسأل العامي والمرأة على هذا الوجه بأن يقال ما الايمان، وإنما يذكر حقيقة الايمان وما يجب الايمان به بحضرتهما، ثم يقال له هل أنت مصدق بهذا فإذا قال نعم كان ذلك كافيا. وأفاد بقوله. قوله (أو

لم يسب أحدهما معه) أنه يصلى عليه إذا دخل دار الاسلام ولم يكن معه أحد أبويه تبعا لدار الاسلام. وفي التبيين: أي إذا لم يسب مع الصبي أحد أبويه فحينئذ يصلى عليه تبعا للسابي أو الدار اه. فجعل كلام المصنف شاملا لتبعية السابي ولتبعية الدار، والظاهر أنه لم يتعرض لتبعية السابي فإن السبي في اللغة الاسر والسبي الاسرى المحمولون من بلد إلى بلد
***
[٣٣٣]
كما في ضياء الحلوم، وفائدة تبعية السابي إنما تظهر في دار الحرب بأن وقع صبي في سهم رجل ومات الصبي في دار الحرب فإنه يصلي عليه تبعا للسابي. وظاهر ما في ضياء الحلوم أنه لا بد من الحمل من دار الحرب إلى دار الاسلام حتى يسمى سبيا. وففتح القدير: واختلف بعد تبعية الولادة فالذي في الهداية تبعية الدار، وفي المحيط عند عدم أحد الابوين يكون تبعا لصاحب اليد وعند عدم صاحب اليد يكون تبعا للدار ولعله أولى، فإن من وقع في سهمه صبي من الغنيمة في دار الحرب فمات يصلى عليه ويجعل مسلما تبعا لصاحب اليد اه. وفيه نظر لان تبعية اليد عند عدم الكوفي دار الاسلام متفق عليه فلا يصلح مرجحا لما في المحيط من تقدم تبعية اليد على الدار. فالحاصل أن الاتفاق على التبعية بالجهات الثلاث، وإنما محل الاختلاف في تقديم الدار على اليد، فصاحب الهداية وقاضيخان وجمع على تقديم الدار على اليد، فصاحب الهداية وقاضيخان وجمع على تقديم الدار على اليد وهو الاوجه لما نقله في كشف الاسرار شرح أصول نخر الاسلام أنه لو سرق ذمي صبيا وأخرجه إلى دار الاسلام ومات الصبي فإنه يصلى عليه ويصير مسلما بتبعية الدار ولا يعتبر الاخذ حتى وجب تخليصه من يده اه. ولم يحك فيه خلافا وهي واردة على ما في المحيط فإن مقتضاه أن لا يصلى عليه تقديما لتبعية اليد على الدار إلا أن يكون على الخلاف. وأطلق المصنف في الصبي ولم يقيده بغير العاقل، وقيده المحقق ابن الهمام في تحريره بغير العاقل قال: وإن كان عاقلا استقل بإسلامه فلا يرتد بردة من أسلم منهما اه. وهو ظاهر كلام الزيلعي فإنه علل تبعية اليد بأن الصغير الذي لا يعبر عن نفسه بمنزلة المتاع، وعزاه إلى شرح الزيادات فظاهر هما أن لو سبي صبي عاقل مع أحد أبويه الكافر فإنه لا يكون كافرا تبعا لابيه الكافر ويكون مسلما تبعا للدار. ويحتاج إلى صريح النقل وكلامهم يدل على خلافه فإنهم جعلوا
***
[٣٣٤]
الولد تابعا لابويه إلى البلوغ ولا تزول التبعية إلى البلوغ. نعم تزول التبعية إذا اعتقد دينا غير دين أبويه إذا عقل الاديان فحينئذ صار مستقلا. وفي الظهيرية: وإذا ارتد الزوجان والمرأة حامل فوضعت المرأة الولد ثم مات الولد لا يصلى عليه وحكم الصلاة عليه يخالف حكم الميراث اه. ثم اعلم أن المراد بالتبعية التبعية في أحكام الدنيا لا في العقبى فلا يحكم بأن أطفالهم من أهل النار ألبتة بل فيه خلاف، قيل يكونون خدم الجنة، وقيل إن كانوا قالوا بلى يوم أخذ العهد عن اعتقاد ففي الجنة وإلا ففي النار. وعن محمد أنه قال فيهم: إني أعلم أن الله لا يعذب أحدا بغير ذنب وهذا ينفي التفصيل، وتوقف فيهم أبو حنيفة كذا في فتح القدير. وفي القنية: صبي سبي مع أبيه ثم مات أبوه في دار الاسلام ثم مات الصبي لا يصلى عليه لتقرر التبعية بالموت اه. وحكم المجنون البالغ في هذه الاحكام كحكم الصبي العاقل فيكون فيه الاوجه الثلاثة في التبعية كما صرح به الاصوليون. قوله (ويغسل ولي مسلم الكافر ويكفنه ويدفنه) بذلك أمر علي رضي الله عنه أن يفعل بأبيه حين مات، وهذه عبارة معيبة غير محررة. أما الاول فلان المسلم ليس بولي الكافر، وما في العناية من أنه أراد به القريب فغير مفيد لان المؤاخذة على نفس التعبير به بعد إرادة القريب به. وأطلقه فشمل ذوي الارحام كالاخت والخال والخالة. وأما الثاني فلانه أطلق في الغسل والتكفين والدفن فينصرف إلى ما قدمه من تجهيز المسلم وليس كذلك، وإنما يغسل غسل الثوب النجس من غير وضوء ولا بداءة بالميامن ولا يكون الغسل طهارة له حتى لو حمله إنسان وصلى لم تجز صلاته، ويلف في خرقة بلا اعتبار عدد ولا حنوط ولا كافور ويحفر له حفرة من غير مراعاة سنة اللحد. ولانه أطلق في الكافر وهو مقيد بغير المرتد، وأما المرتد فلا يغسل ولا يكفن وإنما يلقى في حفرة كالكلب ولا يدفع إلى من انتقل إلى دينهم كما في
***
[٣٣٥]
فتح القدير، ولانه أطلق جواب المسألة وهو مقيد بما إذا لم يكن له قريب كافر فإن كان خلي بينه وبينهم ويتبع الجنازة من بعيد. وقيد المصنف بالولي المسلم لان المسلم إذا مات وله قريب كافر فإن الكافر لا يتولى تجهيزه وإنما يفعله المسلمون، ويكره أن يدخل الكافر في

قبر قرابته المسلم ليدفنه، وما استدل به الزيلعي على أن الكافر يمكن من تجهير قريبه المسلم من قول القدوري إذا مات مسلم ولم يوجد رجل يغسله يعلم النساء الكافر، فاستدلال غير صحيح لان كلامنا فيما إذا وجد المسلمون ودليله فيما إذا لم يوجد من الرجال أحد، فلو قال ويغسل ويكفن ويدفن المسلم قريبه الكافر الاصلي عند الاحتياج من غير مراعاة السنة لكان أولى قوله (ويؤخذ سريره بقوائمة الاربع) بذلك وردت السنة وفيه تكثير الجماعة وزيادة الاكرام والصيانة ويرفعونه أخذا باليد لا وضعا على العنق كما تحمل الامتعة. وفي مختصر الكرخي: ويكره أن يحمل بين عمودي السرير من مقدمه أو مؤخره لان السنة فيه التربيع، ويكره حمله على الظهر والدابة. وذكر الاسبيجابي أالصبي الرضيع أو الفطيم أو فوق ذلك قليلا إذا مات فلا بأس بأن يحمله رجل واحد على يديه ويتداوله الناس بالحمل على أيديهم، ولا بأس بأن يحملها على يديه وهو راكب وإن كان كبيرا يحمل على الجنازة اه. قوله (ويعجل به بلا خبب) وهو بمعجمة مفتوحة وموحدتين ضرب من العدو، وقيل هو كالرمل وحد التعجيل المسنون أن يسرع به بحيث لا يضطرب الميت على الجنازة للحديث أسرعوا بالجنازة فإن كانت صالحة قربتموها إلى الخير، وإن كانت غير ذلك فشر تضعونه عن رقابكم والافضل أن يعجل بتجهيزه كله من حين يموت ولو مشوا به بالخبب كره لانه ازدراء بالموت وإضرار بالمتبعين. وفي القنية: ولو جهز الميت صبيحة يوم الجمعة يكره تأخير الصلاة ودفنه ليصلي عليه الجمع العظيم بعد صلاة الجمعة، ولو جهز خافوا فوت الجمعة بسبب دفنه يؤخر الدفن. وتقدم صلاة العيد على صلاة الجنازة، وتقدم صلاة الجنازة على الخطبة، والقياس أن تقدم على صلاة العيد لكنه قدم صلاة العيد مخافة التشويش وكيلا يظنها من في أخريات الصفوف أنها صلاة العيد اه. قوله (وجلوس قبل وضعها) أي بلا جلوس لمتبعها قبل وضعها لانه قد تقع الحاجة إلى التعاون والقيام أمكن منه فكان الجلوس قبله مكروها، ولان الجنازة متبوعة وهم أتباع والتبع لا يقعد قبل قعود الاصل. قيد بقوله قبل وضعها لانهم يجلسون إذا وضعت عن أعناق الرجال ويكره القيام بعد وضعها كما في الخانية والعناية، وفي المحيط خلافه. قال:
***
[٣٣٦]
والافضل أن لا يجلسوا ما لم يسووا عليه التراب لما روي أنه عليه الصلاة والسلام كان يقوم حتى يسوى عليه التراب، ولان في القيام إظهار العناية بأمر الميت وأنه مستحب اه. والاولى لما في البدائع: فأما بعد الوضع فلا بأس بالجلوس لما روي عن عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يجلس حتى يوضع الميت في اللحد فكان قائما مع أصحابه على رأس قبر فقال يهودي: هكذا نصنع بموتانا. فجلس صلى الله عليه وسلم وقال لاصحابه: خالفوهم اه. أي في القيام فلذا كره. وقيدنا بمتبعها لان من لم يرد اتباعها ومرت عليه فالمختار أنه لا يقوم لها لما روي عن علي رضي الله عنه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرنا بالقيام في الجنازة ثم جلس بعد ذلك وأمرنا بالجلوس بهذا اللفظ لاحمد رحمه الله، وصحح في الظهيرية أن من في المصلى لا يقوم لها إذا رآها قبل أن توضع. قوله (ومشى قدامها) أي بلا مشي لمتبعها أمامها لان المشي خلفها أفضل عندنا للاحاديث الواردة باتباع الجنائز، وقد نقل فعل السلف على الوجهين والترجيح بالمعنى، فالشافعي يقول هم شفعاء والشفيع يتقدم ليمهد المقصود، ونحن نقول هم مشيعون فيتأخرون والشفيع المتقدم هو الذي لا يستصحب المشفوع له في الشفاعة وما نحن فيه بخلافه، بل قد ثبت شرعا الزام تقديمه حالة الشفاعة له أعني حالة الصلاة فثبت شرعا عدم اعتبار ما اعتبره. قالوا: ويجوز المشي أمامها إلا أن يتباعد عنها أو يتقدم الكل فيكره ولا يمشي عن يمينها ولا عن شمالها. وذكر الاسبيجابي: ولا بأس بأن يذهب إلى صلاة الجنازة راكبا غير أنه يكره له التقدم أمام الجنازة بخلاف الماشي اه. وبهذا يضعف ما نقله ابن الملك في شرح المجمع معزيا إلى أبي يوسف فقال: رأيت أبا حنيفة يتقدم الجنازة وهو راكب ثم قعد حتى تأتيه. كذا في النوادر اه. وفي الظهيرية: والمشي فيها أفضل من الركوب كصلاة الجمعة. وفي الغاية: اتباع الجنائز أفضل من النوافل إذا كان لجوار أو قرابة أو صلاح مشهور وإلا فالنوافل أفضل. وينبغي لمن تبع جنازة أن يطيل الصمت ويكره رفع الصوت بالذكر وقراءة القرآن وغيرهما في الجنازة، والكراهة فيها كراهة تحريم في فتاوى العصر وعند مجد الائمة التركماني. وقال علاء الدين الناصري: ترك الاولى اه. وفي الظهيرية: فإن أراد أن يذكر الله يذكره في نفسه لقوله تعالى * (أنه لا يحب المعتدين) * (الاعراف: ٥٥) أي الجاهرين بالدعاء. وعن ابراهيم أنه كان يكره أن يقول الرجل وهو يمشي معها استغفروا له غفر الله لكم. وفي البدائع: ولا ينبغي أن يرجع من
***

[٣٣٧]
يتبع جنازة حتى يصلي لان الاتباع كان للصلاة عليها فلا يرجع قبل حصول المقصود. ولا ينبغي للنساء أن يخرجن في الجنازة لان النبي صلى الله عليه وسلم نهاهن عن ذلك وقال إنصرفن مأزورات غير مأجورات ويكره النوح والصياح في الجنازة ومنزل الميت للنهي عنه، فإما البكاء فلا بأس به. وإن كان مع الجنازة نائحة أو صائحة زجرت، فإن لم تنزجر فلا بأس بأن تتبع الجنازة ولا يمتنع لاجلها لان الاتباع سنة فلا تترك ببدعة من غيره اه. وفي المجتبي قال البقالي: إذا استمع إلى باكية ليلين فلا بأس إذا أما الوقوع في الفتنة لاستماعه من غيره اه. وفي المجتبي قال البقالي: إذا استمع إلباكية ليلين فلا بأس إذا أمن الوقوع في الفتنة لاستماعه عليه الصلاة والسلام لبواكلة حمزة. ولا تتبع بنار في مجمرة ولا سمع ولا بأس بمرثية الميت، شعرا كان أو غيره. والتعزية للمصاب سنة للحديث من عزى مصابا فله مثل أجره قال البالقي: لا بأس بالجلوس للعزاء ثلاثة أيام في بيت أو مسجد وقد جلس رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قتل جعفر وزيد بن حارثة والناس يأتون ويعزونه. والتعزية في اليوم الاول أفضل والجلوس في المسجد ثلاثة أيام للتعزية مكروه وفي غيره جاءت الرخصة ثلاثة أيام للرجال وتركه أحسن ويكره للمعزي أن يعزي ثانيا اه. وهي كما في التبين أن يقول: أعظم الله أجرك وأحسن عزاك وغفر لميتك. ولا بأس بالجلوس إليها ثلاثا من غير ارتكاب محظور من فرش البسط والاطعمة من أهل البيت لانها تتخذ عند السرور ولا بأس بأن يتخذ لاهل الميت طعام اه. وفي الخانية: وإن اتخذ ولي الميت طعاما للفقراء كان حسنا إذا كانوا بالغين، وإن كان في الورثة صغير لم يتخذ ذلك من التركة اه. وفي الظهيرية: ويكره الجلوس على باب الدار للتعزية لانه عمل أهل الجاهلية وقد نهي عنه، وما يصنع في بلاد العجم من فرش البسط والقيام على قوارع الطرق من أقبح القبائح اه. وفي التجنيس: ويكره الافراط في مدح الميت عند جنازته لان الجاهلية كانوا يذكرون في ذلك ما هو شبه المحال، وفيه قال عليه الصلاة والسلام من تعزى بعزاء الجاهلية فأعضوه بهن أبيه ولا تكنوا (٢) اه. وفي القنية عن شداد: أكره التعزية عند القبر ذكره في المجرد اه. وفي الظهيرية: وهل يعذب الميت ببكاء أهله عليه؟ فقال بعضهم: يعذب لقول عليه الصلاة والسلام إن الميت ليعذب ببكاء أهله (٣) وقال عامة
***
[٣٣٨]
العلماء: لا يعذب لقوله تعالى * (ولا تزر وازرة وزر أخرى) * (الانعام، ١٦٤) وتأويل الحديث أنهم في ذلك الزمان كانوا يوصون بالنوح عليهم فقال عليه الصلاة والسلام ذلك اه. قوله (وضع مقدمها على يمينه ثم مؤخرها ثم مقدمها على يسارك ثمؤخرها) بيان لاكمال السنة في حملها عند كثرة الحاملين إذا تناوبو في حملها. وقوله ثم مؤخرها أي على يمينك. وقوله ثانيا ثم مؤخرها أي على يسارك. وهذا لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يحب التيامن في كل شئ وإذا حمل هكذا حصلت البداءة بيمين الحامل ويمين الميت وإنما بدأ بلايمن المقدم دون المؤخر لان المقدم أول الجنازة والبداءة بالشئ إنما يكون من أوله، ثم يضع مؤخرها الايمن على يمينه لانه لو وضع مقدمها الايسر على يساره لاحتاج إلى المشي أمامها والمشي خلفها أفضل، ولانه لو فعل ذلك أو وضع مؤخرها الايسر على يساره تقدم الايسر على الايمن. وإنما يضع مقدمها الايسر على يساره لانه لو فعل هكذا يقع الفراغ خلف الجنازة فيمشي خلفها وهو أفضل لذلك كان كمال السنة كما وصفنا اه. وينبغي أن يحمل من كل جانب عشر خطوات للحديث من حمل جنازة أربعين خطوة كفرت أربعين كبيرة كذا في البدائع. وذكر الاسبيحابي: وفي حالة المشي بالجنازة يقدم الرأس، وإذا نزلوا به المصلي فإنه يوضع عرضا للقبلة. والمقدم بفتح الدال وكسرها والكسر أفصح كذا في الغاية. وكذا المؤخر. وفي ضياء الحلوم: المقدم بضم الميم وفتح الدال مشددة نقيض المؤخر، يقال ضرب مقدم وجهه وهو الناصية اه. قوله (ويحفر القبر ويلحد) لحديث صاحب السنن مرفوعا للحد لنا والشق لغيرنا يقال لحدت الميت وألحدت له لغتان وللحد بفتح اللام وضمها - كذا في الغاية - وهو أن يحفر القبر بتمامه ثم يحفر في جانب القبلة صغيرة يوضع فيها الميت. ويجعل ذلك كالبيت المسقف والشق أن يحفر صغيرة في وسط الفبر يوضع فيها الميت. واستحسنوا الشق فيما إذا كانت الارض رخوة لتعذر اللحد، وإن تعذر اللحد فلا بأس بتابوت يتخذ للميت لكن السنة أن يفرش فيه التراب. كذا في غاية البيان. ولا فرق بين أن يكون التابوت من حجر أو حديد كذا في التبيين. وذكر الظهيرية معزيا إلى السرخسي في الجامع الصغير أنه لا يجوز أن تطرح المضربة في القبر، وما روي عن عائشة فغير مشهور ولا يؤخذ به اه. واختلفوا في عمق القبر فقيل قدر نصف القامة، وقيل إلى الصدر وإن زادوا فحسن.

وفي المحيط وغيره: ومن مات في السفينة يغسل ويكفن ويصلى عليه ويرمى في البحر اه. وهو مقيد بما إذا لم يكن
***
[٣٣٩]
البر إليه قريبا كما في فتح القدير. وفي الواقعات: لا ينبغي أن يدفن الميت في الدار وإن كان صغيرا لان هذه السنة كانت للانبياء قوله (ويدخل من قبل القبلة) وهو أن توضع الجنازة في جانب القبلة من القبر ويحمل الميت منه فيوضع في اللحد فيكون الآخذ له مستقبل القبلة حال الاخذ، واختار الشافعي السل وهو أن توضع الجنازة على يمين ويجعل رجلا الميت إلى القبر طولا، ثم يؤخذ برجليه وتدخل رجلاه في القبر ويذهب به إلى أن تصير رجلاه إلى موضعهما ويدخل رأسه القبر، واضطربت الروايات في إدخاله عليه الصلاة والسلام ورجحنا الاول لان جانب القبلة معظم فيستحب الادخال منه. قوله (ويقول واضعه باسم الله وعلى ملة رسول الله) كذا ورد في الحديث. وقال السرخسي: أي بسم الله وضعناك وعلى ملرسول الله سملناك. وزاد في الظهيرية: بالله وفي الله. وزاد في البدائع: وفسبيل الله. ثم قال الماتريدي: وليس هذا بدعاء للميت لانه إذا مات على ملة رسول الله لم يجز أن تبدل عليه الحالة، وإن مات على غير ذلك لم يبدل إلى ملة رسول الله ولكن المؤمنين شهداء الله في الارض يشهدون بوفاته على الملة. وعلى هذا جرت السنة. ولا يضر وتر دخل القبر أم شفع واختار الشافعي الوتر اعتبارا بعدد الكفن والغسل والاجمار. ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم لما دفن أدخله العباس والفضل بن العباس وعلي وصهيب. كذا في البدائع. وذو الرحم المحرم أولى بإدخال المرأة القبر، وكذا الرحم غير الرحم غير المحرم أولى من الاجنبي، فإن لم يكن فلا بأس للاجانب وضعها ولا يحتاج إلى النساء للوضع قوله (ووجه إلى القبلة) بذلك أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ويكون على شقة الايمن كما قدمناه. وفي الظهيرية: وإذا دفن الميت مستدبر القبلة وأهالوا التراب عليه فإنه لا ينبش ليجعل مستقبل القبلة، ولو بقي فيه متاع لانسان فلا بأس بالنبش لاخراج المتاع، وروي أن المغيرة بن شعبة سقط خاتمه في قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم فما زال بالصحابة حتى رفع اللبن وأخذ خاتمه وقبل بين عيني رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم كان يفتخر بذلك ويقول: أنا أحدثكم برسول الله صلى الله عليه وسلم قوله وتحل العقدة لوقوع الامن عن الانتشار قوله (ويسوى اللبن عليه والقصب) لانه جعل على قبره عليه الصلاة والسلام اللبن وطن من قصب، واللبن واحده لبنة على وزن كلمة ما يتخذ من الطين، والطن بضم الطاء الحزمة. واختلف في المنسوج من القصب وما ينسج من البردي يكره في قولهم لانه للتزيين. كذا في المجتبي قوله (لا الآجر والخشب) لانهما لاحكام البناء والقبر موضع البلاء ولان بالآجر أثر النار فيكره تفاؤلا كذا في الهداية. فعلى الاول يسوى بين الحجر والآجر، وعلى الثاني يفرق بينهما كذا في الغاية. وأورد الامام حميد الدين الضرير على التعليل الثاني أن الماء يسخن بالنار ومع ذلك يجوز استعماله فعلم أن أثر النار لا يضر.
***
[٣٤٠]
وأجاب عنه في غاية البيان بالفرق لان أثر النار في الآجر محسوس بالمشاهدة وفي الماء ليس بمشاهد. أطلق المصنف في منعهما وقيده الامام السرخسي بأن لا يكون الغالب على الاراضي النز والرخاوة فإن كان فلا بأس بهما كاتخاذ تابوت من حديد لهذا. وقيده في شرح المجمع بأن يكون حوله، وأما لو كان فوقه لا يكره لانه يكون عصمة من السبع اه. وفي المغرب: الآجر الطين المطبوخ قوله (ويسجى قبرها لا قبره) لان مبني حالهن على الستر والرجال على الكشف إلا أن يكون المطر أو ثلج. في المغرب: سجى الميت بثوب ستره قوله (ويهال التراب) سترا له. ويكره أن يزاد على التراب الذي أخرج من القبر لان الزيادة عليه بمنزلة البناء، ويستحب أن يحثى عليه التراب. ولا بأس برش الماء على القبر لانه تسوية له، وعن أبي يوسف كراهته لانه يشبه التطيين قوله (ويسنم القبر ولا يربع) لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن تربيع القبور ومن شاهد قبر النبي عليه الصلاة والسلام أخبر أنه مسنم. في المغرب: قبر مسنم مرتفع غير مسطح ويسنم قدر شبر. وقيل: قدر أربع أصابع. وما ورد في الصحيح من حديث علي أن لا أدع قبرا مشرفا الاسويته فمحمول على ما زاد على التسنيم. وصرح في الظهيرية بوجوب التسنيم، وفي المجتبي باستحبابه. قوله (ولا يجصص) لحديث جابر: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجصص القبر، وأن يقعد عليه، وأن يبنى عليه، وأن يكتب عليه وأن يوطأ. والتجصيص طلي البناء بالجص

بالكسر والفتح كذا في المغرب. وفي الخلاصة: ولا يجصص القبر ولا يطين ولا يرفع عليه بناء. قالوا: أراد به السفط الذي يجعل في ديارنا على القبر. وقال في الفتاوى: اليوم اعتادوا السفط ولا بأس بالتطين اه. وفي الظهيرية: ولو وضع عليه شئ من الاشجار أو كتب عليه شئ فلا بأس به عند البعض اه. والحديث المتقدم يمنع الكتابة فليكن المعول عليه لكن فصل في المحيط فقال: وإن احتيج إلى الكتابة حتى لا يذهب الاثر ولا يمتهن فلا بأس به،

***

[٣٤١]

فأما الكتابة من غير عذر فلا اه. وفي المجتبي: ويكره أن يطأ القبر أو يجلس أو ينام عليه أو يقض عليه حاجة من بول أو غائط أو يصلى عليه أو إليه، ثم المشي عليه يكره وعلى التابوت يجوز عند بعضهم كالمشي على السقف اه. وفي الخلاصة: ولو وجد طريقا في المقبرة وهو يظن أنه طريق أحدثوه لا يمشي في ذلك وإن لم يقع ذلك في ضميره لا بأس بأن يمشي فيه اه. وفي فتح القدير: ويكره الجلوس على القبر ووطؤه حينئذ فما تصنعه الناس ممن دفنت أقاربه ثم دفنت حواليهم حلق من وطئ تلك القبور إلى أن يصل إلى قبر قريبه مكروه اه. وفي المحيط وغيره: ولا يدفن اثنان وثلاثة في قبر واحد إلا عند الحاجة يوضع الرجل مما يلي القبلة ثم خلفه الغلام ثم خلفه الخنثى ثم خلفه المرأة، ويجعل بين كل ميتين حاجزا من التراب ليصير في حكم قبرين. هكذا أمر النبي صلى الله عليه وسلم في شهداء أحد وقال: قدموا أكثرهم قرآنا اه. وفي فتح القدير: ويكره الدفن في الاماكن التي تسمى فساقي اه. وهي من وجوه: الاول عدم اللحد. الثاني دفن الجماعة في قبر واحد لغير ضرورة. الثالث اختلاط الرجال بالنساء من غير حاجز كما هو الواقع في كثير منها. الرابع تجصيصها والبناء عليها. وفي البدائع قال أبو حنيفة رحمه الله: ولا ينبغي أن يصلى على ميت بين القبور وكان علي وابن عباس يكرهان ذلك فإن صلوا أجزأهم اه. قوله (ولا يخرج من القبر إن أن تكون الارض مغصوبة) أي بعدما أهيل التراب عليه لا يجوز إخراجه لغير ضرورة للنهي الوارد عن نبشه وصرحوا بحرمته. وأشار بكون الارض مغصوبة إلى أنه يجوز نبشه لحق الآدمي كما إذا سقط فيها متاعه أو كفن بثوب مغصوب أو دفن في ملك الغير أو دفن معه مال إحياء لحق المحتاج قد أباح النبي صلى الله عليه وسلم نبش قبر أبي رعال لعصا من ذهب معه. كذا في المجتبي. قالوا، ولو كان المال درهما. ودخل فيه ما إذا أخذها الشفيع فإنه ينبش أيضا لحقه كما في فتح القدير. وذكر في التبيين أن صاحب الارض مخير إن شاء أخرجه منها وإن شاء ساواه مع الارض وانتفع بها زراعة أو غيرها. وأفاد كلام المصنف أنه لو وضع لغير القبلة أو على شقة الايسر أو جعل رأسه في موضع رجليه أو دفن بلا غسل وأهيل عليه التراب فإنه لا ينبش. قال في البدائع: لان النبش حرام حقا لله تعالى. وفي فتح القدير: واتفقت كلمة المشايخ في امرأة دفن ابنها وهي غائبة في غير بلدها فلم تصبر وأرادت نقله أنه لا يسعها ذلك، فتجويز شواذ بعض المتأخرين لا يلتفت إليه اه. وأطلق المصنف فشمل ما إذا بعدت المدة أو قصرت كما في الفتاوى. ولم يتكلم المصنف على نقل الميت من مكان إلى آخر قبل دفنه قال في الواقعات والتجنيس: القتيل

***

[٣٤٢]

أو الميت يستحب لهما أن يدفنا في المكان الذي قتل أو مات فيه في مقابر أولئك القوم ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها زارت قبر أخيها عبد الرحمن بن أبي بكر رضي الله عنهما وكان مات بالشام وحمل من هناك فقالت: لو كان الامر فيك بيدي ما نقلتك ولدفنتك حيث مت. لكن مع هذا إذا نقل ميلا أو ميلين ونحو ذلك فلا بأس، وإن نقل من بلد إلى بلد فلا إثم فيه لانه روي أن يعقوب صلوات الله عليه مات بمصر فحمل إلى أرض الشام، وموسى عليه السلام حمل تابوت يوسف عليه السلام بعدما أتى عليه زمان إلى أرض الشام من مصر ليكون عظامه مع عظام آبائه، وسعد بن أبي وقاص مات في ضيعة على أربعة فراسخ من المدينة فحمل على أعناق الرجال إلى المدينة اه. وفي التبيين: ولو بلي الميت وصار ترابا جاز دفن غيره في قبره وزرعه والبناء عليه اه. وفي الواقعات: عظام اليهود لها حرمة إذا وجدت في قبورهم كحرمة عظام المسلمين حتى لا تكسر لان الذملما حرم ايذاؤه في حياته لذمته فتجب صيانة نفسه عن الكسر بعد موته اه. ولم يتكلم المصنف رحمه الله على زيارة القبور ولا بأس ببيانه تكميلا للفائدة. قال في البدائع: ولا بأس بزيارة

القبور والدعاء للاموات إن كانوا مؤمنين من غير وطئ القبور لقوله صلى الله عليه وسلم إني كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها ولعمل الامة من لدن الرسول صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا اه. وصرح في المجتبي بأنها مندوبة. وقيل: تحرم على النساء، والاصح أن الرخصة ثابتة لهما. وكان صلى الله عليه وسلم يعلم السلام على الموتى السلام عليكم أيها الدار من المؤمنين والمسلمين وإنا إن شاء الله بكم لاحقون، أنتم لنا فرط ونحن

***

[٣٤٣]

لكم تبع فنسأل الله العافية. ولا بأس بقراءة القرآن عند القبور وربما تكون أفضل من غيره، ويجوز أن يخفف الله عن أهل القبور شيأ من عذاب القبر أو يقطعه عند دعاء القارئ وتلاوته، وفيه ورد آثار من دخل المقابر فقرأ سورة يس خفف الله عنهم يومئذ وكان له بعدد من فيها حسنات اه. وفي فتح القدير: ويكره عند القبر كلما لم يعهد من السنة والمعهود منها ليس إلا زيارتها والدعاء عندها قائما كما كان يفعل صلى الله عليه وسلم في الخروج إلى البقيع اه. وفي الخلاصة: ويكره قطع الحطب والحشيش من المقبرة إلا إذا كان يابسا ولا يستحب قطع الحشيش الرطب اه. وذكر في الظهيرية مسألة السؤال في القبور وليست فقهية وإنما هي كلامية فلذا تركناها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب. باب الشهيد إنما بوب له مع أن المقتول ميت بأجله عند أهل السنة لاختصاصه بالفضيلة فكان إفراده كإفراد جبريل مع الملائكة. وهو فعيل بمعنى مفعول لان الملائكة يشهدون موته إكراما له فكان مشهودا أو لانه مشهود له بالجنة أو بمعنى فاعل لانه حي عند الله حاضر قوله: (هو من قتله أهل الحرب أو البغي أو قطاع الطريق أو وجد في المعركة وبه أثر أو قتله مسلم ظلما ولم يجب بقتله دية) بيان لشرائطه. قيد بكونه مقتولا لانه لو مات حتف أنفه أو تردي من وضع أو احترق بالنار أو مات تحت هدم أو غرق لا يكون شهيدا أي في حكم الدنيا وإلا فقد شهد رسول لله صلى الله عليه وسلم للغريق وللحريق والمبطون والغريب بأنهم شهداء فينالون ثواب الشهداء كذا في البدائع. وفي التجنيس: رجل قصد العدو ليضربه فأخطأ فأصاب نفسه فمات، يغسل لانه ما صار مقتولا بفعل مضاف إلى العدو ولكنه شهيد فيما ينال من الثواب في الآخرة لانه قصد العدو لا نفسه ا ه. وأطلق في قتله فشمل القتل مباشرة أو تسببا لان

***

[٣٤٤]

موته مضاف إليهم حتى لو أوطؤا دابتهم مسلما أو انفردوا دابة مسلم فرمته أو رموه من السور أو ألقوا عليه حائطا أو رموا بنار فأحرقوا سفنهم أو ما أشبه ذلك من الاسباب كان شهيدا، ولو انفلتت دابة مشرك ليس عليها أحد فوطئت مسلما أو رمي مسلم إلى الكفار فأصاب مسلما، أو نفرت دابة مسلم من سواد الكفار أو نفر المسلمون منهم فالجؤهم إلى خندق أو نار أو نحوه، أو جعلوا حولهم الشوك فمشى عليها مسلم فما ت بذلك لم يكن شهيدا خلافا لابي يوسف لان فعله يقطع النسبة إليهم، وكذا فعل الدابة دون حامل وإنما لم يكن جعل الشوك حولهم تسبيبا لان ما قصد به القتل فهو تسبيبي وما لا فلا، وهم أنما قصدوا به الدفع لا القتل. وأراد بمن المسلم فإن الكافر ليس بشهيد، وأراد بالاثر هنا ما يكون علامة على القتل كالجرح وسيلان الدم من عينيه أو أذنه لا ماء يسيل من أنفه أو ذكره أو دبره فإن كان يسيل من فيه فإن ارتقى من الجوف وكان صافيا كان علامة على القتل، وإن نزل من الرأس أو كان جامدا فلا. وفي البدائع: إن أثر الضرب والخنق كأثر الجرح. وقيدنا بكونه في المعركة وهي موضع الحرب لانه لو وجد في عسكر المسلمين قتيل قبل لقاء العدو فليس بشهيد لانه ليس قتيل العدو ولهذا تجب فيه القسامة والدية بخلاف ما إذا كان بعد لقائهم فإنه قتيلهم ظاهرا كذا في البدائع، وإنما لم يكتف بقوله أو قتله مسلم ظلما عن ذكر أهل البغي وقطاع الطريق مع كونهم مسلمين قتلوا ظلما لان قتيل أهل البغي وقطاع الطريق لا يشترط أن يكون قتله بحديدة بل بكل آلة سلاحا كان أو غيره مباشرة أو تسبيبا كقتيل أهل الحرب. قال في معراج الدراية: لانه لما كان القتال مع أهل البغي وقطاع الطريق مأمورا به ألحق بقتال أهل الحرب فعمت الآلة كما عمت هناك ا ه. بخلاف قتل غيرهم فإنه يشترط أن يكون بحديدة كما سنذكره. وقيد بقوله ظلما لان من قتله مسلم حقا كالمقتول بحد أو قصاص أو عدا على قوم فقتلوه فليس بشهيد، وكذا لو مات في حد أو تعزير أو غيره. وقيد بقوله ولم يجب بقتله دية لان من قتله مسلم ظلما خطأ أو عمدا

بالمثقل أو غيره فليس بشهيد لوجوب الدية بقتله، وكذا لو وجد مذبوحا ولم يعلم قاتله كما سيأتي، وكذا لو وجد في محلة مقتولة ولم يعلم قاتله فإن لا يدري أقتل ظالما أو مظلوما عمدا أو خطأ. وفي المجتبي: وإذا
***
[٣٤٥]
التقت سريتان من المسلمين وكل واحدة ترى أنهم مشركون فأجلوا عن قتلي من الفريقين قال محمد: لا دية على أحد ولا كفارة لانهم يدافعون عن أنفسهم ولم يذكر حكم الغسل، ويجب أن يغسلوا لان قاتلهم لم يظلمهم ا ه‍. واحترز بقوله بقتله أي بسببه عما إذا وجبت الدية بالصلح أو بقتل الاب ابنه أو شخصا آخر ووارثه ابنه، فالمقتول شهيد لان نفس القتل لم يوجب الدية بل يوجب القصاص وإنما سقط للصلح أللشبهة. وإنما كان المال عوضا مانعا ولم يكن وجوب القصاص عوضا مانعا لان القصاص للميت من وجه وللوارث من وجه آخر وهي تشفي الصدور وللمصلحة العامة وهما في شرعيته من حياة الانفس فلم يكن عوضا مطلقا فلا تبطل الشهادة بالشك. كذا في شرح المجمع للمصنف. وذكر في المجتبي والبدائع أن الشرائط ست: العقل والبلوغ والقتل ظلما وأنه لا يجب به عوض مالي والطهارة عن الجنابة وعدم الارتثاث ا ه‍. وإنما لم يذكر المصنف بقيتها لما سيصرح به من مفهوماتها لكن بقي من قتل مدافعا عن نفسه أو عن ماله أو عن أهل الذمة من غير أن يكون القاتل واحد من الثلاث في الكتاب، فإن المقتول شهيد كما صرح به في المحيط وعطفه على الثلاثة وجعله سببا رابعا ولا يمكن دخوله تحت قوله أو قتله مسلم ظلما لان المدافع المذكور شهيد بأي الة بحديدة أو حجر أو خشب كما صرح به في المحيط ومقتول المسلم لا يكون شهيدا إلا إذا قتل بحديدة كما قدمناه. ومن هنا يظهر أن عبارة المجمع هنا لم تكن محررة فإنه لم يفصل في مقتول المسلم ظلما بل أدخل الباغي وقاطع الطريق تحت المسلم وجعل حكم مقتولهم واحدا وليس بصحيح. وإن أراد بالمسلم ما عداهما فليس في عبارته استيفاء للشهيد ويرد على الكل ما قتله ذمي ظلما فإنه في حكم المسلم هنا كما صرح به ابن الملك في شرح المجمع قال: والمكابرون في المصر ليلا بمنزلة قطاع الطريق ا ه‍. والبغي في عبارة المختصر مجرور وقطاع الطريق مرفوع. قوله: (فيكفن ويصلى عليه بلا غسل) بيان لحكمه. أما عدم الغسل فلحديث السنن أنه عليه الصلاة والسلام أمر بقتلى أحد أن ينزع عنهم الحديد والجلود وأن يدفنوا بدمائهم وثيابهم. وما علل به الحسن البصري لعدم الغسل بأنهم كانوا جرحى فقد قال السرخسي: أنه ليس بصحيح لانه لو كان عدم الغسل باعتبار الجراحة لكان التيمم مشروعا. وأما الصلاة فلصلاته عليه السلام على حمزة وغيره يوم أحد ولحديث البخاري أنه صلى على قتلى أحد بعد ثمان سنين. وما قيل من أنهم
***
[٣٤٦]
أحياء والحي لا يصلى عليه فمدفوع بأنه حكم أخروي لا دنيوي بدليل ثبوت أحكام الموتى لهم من قسمة تركاتهم وبينونة نسائهم إلى غير ذلك. وما قيل من أنها للاستغفار وهم مغفور لهم فمنتقض بالنبي والصبي كما في الهداية. وما في فتح القدير من أنه لو اقتصر على النبي لكان أولى فإن الدعاء في الصلاة على الصبي لابويه فمدفوع من أن كلامه في نفس الصلاة لا في المدعو له، ولان الصبي ليس بمستغن عن الرحمة فنفس الصلاة عليه رحمه له ونفس الدعاء الوارد لابويه دعاء له لانه إذا كان فرطا لابويه فقد تقدمهما في الخير لا سيما وقد قالوا: إن حسنات الصبي له لا لابويه ولهما ثواب التعليم قوله: (ويدفن بدمه وثيابه إلا ما ليس من الكفن ويزاد وينقص) بيان لحكم آخر له. وأشار إلى أنه يكره أن ينزع عنه جميع ثيابه ويجدد الكفن ذكره الاسبيجابي. وقالوا: ما ليس من جنس الكفن الفرو والحشو والقلنسوة والسلاح والخف وقدمنا فيه كلاما. واختلفوا في معنى قولهم يزاد وينقص ففي غاية البيان وغيرها: يزاد إن كان ما عليه ناقصا عن كفن السنة، وينقص إن كان ما عليه زائدا على كفن السنة. وفي معراج الدراية: وبه استدل المشايخ على جواز الزيادة في الكفن على الثلاث. وفيه: ويجعل الحنوط للشهيد كالميت قوله: (ويغسل إن قتل جنبا أو صبيا) بيان لشرطين آخرين للشهادة الاول الطهارة من الجنابة، الثاني التكليف. أما الاول فهو قوله: وقالا: الجنب شهيد لان ما وجب بالجنابة سقط بالموت. وله: إن الشهاد عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة وقد صح أن حنظلة لما استشهد جنبا غسلته الملائكة. وعلى هذا الخلاف الحائض والنفساء إذا طهرتا وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية كذا في الهداية. وفي معراج الدراية: وإنما لم يعد النبي صلى صلى الله عليه وسلم غسل حنظلة لان الواجب تأدى بدليل قصة آدم عليه السلام ولم تعد أولاده غسله وهو الجواب عن قولهما لو كان واجبا لوجب على بني

آدم ولما اكتفى به إذا لواجب نفس الغسل، فأما الغاسل يجوز من كان كما في قصة آدم ا هـ. وفيه أن هذا الغسل عنده للجنابة لا
***
[٣٤٧]
للموت. قيد بقوله جنبا لانه لو قتل محدثا حدثا أصغر فإنه لا يغسل، والفرق بين الحدثين عنده هو أن سقوط غسل أعضاء الوضوء لمعنى ضروري لان الموت لا يخلو عن حدث قبله لعدم خلوه من زوال العقل فكانت الشهادة رافعة له ضرورة ولا ضرورة في الجنابة لان الموت يخلو عنها فلا تكون رافعة في حقها. وفي الخبازيه: هذا الجواب في النفساء مجري على إطلاقه لان أقل النفاس لا حد له، أما في الحائض فمصورة فيما إذا استمر بها الدم ثلاثة أيام ثم قتلت قبل الانقطاع أو بعده، أما لو رأت يوما أو يومين دما وقتلت لا تغسل بالاجماع ذكره التمرتاشي لعدم كونها حائضا ا هـ. وأما الثاني فعلى الخلاف أيضا لهما. إن الصبي أحق بهذه الكرامات. وله: إن السيف كفي عن الغسل في حق شهداء أحد بوصف كونه مطهرة ولا ذنب للصبي فلم يكن في معناهم، فعلى هذا الخلاف المجنون. وقد يقال: ينبغي تخصيصه بمجنون بلغ مجنونا أما من بلغ عاقلا ثم جن فهو محتاج إلى ما يطهر إذ ذنوبه الماضية لم تسقط عنه بجنونه إلا أن يقال: إن المجنون إذا استمر على جنونه حتمات لم يؤاخذ بما مضي لانه لا قدرة له على التوبة ولم أر نقلا في هذا الحكم. قوله: (أو ارتث بأن أكل أو شرب أو نام أو تداوى أو مضي وقت الصلاة وهو يعقل أو نقل من المعركة أو أوصى) بيان للشرط السادس وهو عدم الارتثاث وهو في اللغة من الرث وهو الشئ البالي، وسمي به مرتثا لانه قد صار خلقا في حكم الشهادة. وقيل: مأخوذ من الترثيث وهو الجريح. وفي مجمل اللغة: رتث فلان أي حمل من المعركة رثيثا أي جريحا. وحاصله في الشرع أن ينال بعد مرافق الحياة فبطلت شهادته في حكم الدنيا فيغسل وهو شهيد في حكم الآخرة فينال الثواب الموعود للشهداء. وذكر في البدائع أن المرتث في الشرع من خرج عن صفة القتلى وصار إلى حال الدنيا بأن جري عليه شئ من أحكامها أو وصل إليه شئ من منافعها ا هـ. وهو أضبط مما تقدم. أطلق في الاكل والشرب والنوم والتداوي فشمل القليل والكثير، وأطلق في مضي الوقت فشمل ما إذا كان قادرا على الاداء أو لا لضعف بدنه لا لزوال عقله. وقيده في التبيين بأن يقدر على أدائها حتى يجب القضاء
***
[٣٤٨]
بتركها. ورده في فتح القدير بقوله: الله أعلم بصحته. وفيه إفادة أنه إذا لم يقدر على الاداء لا يجب القضاء، فإن أراد إذا لم يقدر للضعف مع حضور العقل فكونه يسقط به القضاء قول طائفة والمختار هو ظاهر كلامه في باب صلاة المريض أنه لا يسقط، وإن أراد لغيبة العقل فالمغمى عليه يقضي ما لم يزد على صلاة يوم وليلة فمتى يسقط القضاء مطلقا لعدم قدرة الاداء من الجريح ا هـ. وقد يقال: إن مراده الاول وكون عدم القدرة للضعف لا يسقط القضاء على لا لصحيح هو فيما إذا قدر بعده، أما إذا مات على حاله فلا إثم لعدم القدرة عليها بالايماء. وقيد بقوله وهو يعقل لانه لو مضي الوقت وهو لا يعقل لا يغسل، وإن زاد على يوم وليلة أو نقل من المعركة لعدم الانتفاع بحياته، فلو أخر وهو يعقل وجعله قيدا في الكل لكان أولى كما أنه لا بد من استثناء من نقل من المعركة خوفا من أن تطأه الخيل فإنه لا يغسل لانه ما نال شيئا من الراحة كما في الهداية، وتعقبه في غاية البيان بأنا لا نسلم أن الحمل من المصرع ليس بنيل راحة ا هـ. وصرح في البدائع بأن النقل من المعركة يزيده ضعفا ويوجب حدوث آلام لم تحدث لولا النقل والموت يحصل عقب ترادف الآلام فيكون النقل مشاركا للجراحة في إثارة الموت فلم يمت بسبب الجراحة يقينا فلذا لم يسقط الغسل بالشك ا هـ. فالارتثاث فيه ليس للراحة بل لما ذكره. وأطلق في النقل فشمل ما إذا وصل إلى بيته حيا أو مات على الايدي كما في البدائع. وأشار إلى أنه لو قام من مكانه إلى مكان آخر فإنه يكون مرتثا بالاولى كما في البدائع، وإلى أنه لو باع أو ابتاع فهو مرتث، وأطلق في الوصية فشملت ما كان بأمور الدنيا وبأمور الآخرة وفيه اختلاف معروف، والاظهر أنه لا خلاف فجواب أبي يوسف بأنه يكون مرتثا فيما إذا كان بأمور الدنيا، وجواب محمد بعدمه فيما إذا كان بأمور الآخرة لان الوصية بأمور الدنيا من أمر الاحياء فقد أصابه مرافق الحياة فنقص معنى الشهادة، فأما الوصية بأمور الآخرة من أمور الموتى وصنيع من أيس من نفسه فيوصي بما يكفن به ويخلص رقبته ويبرد جلدته من النار ويدخر لنفسه ذخيرة الآخرة كما في وصية سعد بن الربيع لما بلغه سلامة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: الحمد لله على سلامته الآن طابت نفسي للموت اقرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم مني السلام واقرأ الانصار مني السلام وقل لهم: لا عذر لكم عند الله أن

قتل محمد وفيكم عين تطرف. كذا في المحيط. وشمل الوصية بكلام قليل أو كثير كما في غاية البيان، واستثنى في الخانية الوصية بكلمتين وقالوا: إذا تكلم فإن كان طويلا كان مرتثا وإلا فلا. ويمكن حمله على كلام ليس بوصية توفيقا بينهما، لكن ذكر أبو بكر الرازي أنه لو أكثر من كلامه في الوصية فطال غسل لان الوصية بشئ من أمر الميت فإذا طالت أشبهت
***
[٣٤٩]
أمور الدنيا. كذا في غاية البيان. ومن الارتثاث ما إذا أواه فسطاط أو خيمة كذا في الهداية. يعنى وهو في مكانه وإلا فهي مسألة النقل من المعركة. وفي التبيين: وهذا كله إذا وجد بعد انقضاء الحرب، وأما قبل انقضائها فلا يكون مرتثا بشئ مما ذكرنا ا ه. قوله: (أو قتل في المصر ولم يعلم أنه قتل بحديدة ظلما) أي مظلوما لان الواجب فيه القسامة والدية نخف أثر الظلم. قيد بالمصر لانه لو وجد في مفازة ليس بقربها عمران لا تجب فيه قسامة ولادية فلا يغسل لو وجد به أثر القتل. كذا في معراج الدراية. فالمراد بالمصر العمران وما بقربه مصرا كان أو قرية. وقيد بكونه لم يعلم أنه قتل بحديدة لانه لو علم ذلك بأن وجد مذبوحا فإن علم قاتله فهو شهيد لوجوب القصاص، وإن لم يعلم قاتله فلا لعدم وجوبه. فقوله ظلما داخل تحت النفي يعني لم يعلم أنه قتل مظلوما بحديدة فكان فيه شيآن: أحدهما عدم العلم بكونه قتل بحديدة. ثانيهما عدم العلم بكونه مظلوما بأن لم يعلم قاتله لانه إذا لم يعلم قاتله لم يتحقق كونه مظلوما، وأما إذا علم فقد تحقق كونه مظلوما فلا يكون كلام المصنف مخلا بشئ كما قد يتوهم. وحاصل المسألة أن من قتل بغير المحدد وعلم قاتله أولا فإنه ليس بشهيد عند أبي حنيفة أصلا، سواء كان بالمثقل أو بغيره لوجوب الدية، ومن قتل بالمحدد ولم يعلم قاتله فليس بشهيد لوجوب الدية والاقتصار على وجوب الدية في التعليل أولى مما قدمناه من ضم القسامة كما في الهداية، لانه يرد عليه المقتول في الجامع أو الشارع الاعظم فإنه ليس بشهيد حيث لم يعلم قاتله وليس فيه قسامة وإنما تجب الدية في بيت المال فقط، فلو قيل أقتل في العمران بغير المحدد مطلقا أو بالحدد ولم يعلم قاتله لشمل الكل لكن قد علم حكم ما إذا قتل بغير المحدد مطلقا من أول الباب. وفي البدائع: لو قتل في المصر بغير المحدد لا يكون شهيدا وإن كان في المفازة كان شهيدا لانه يوجب القتل بحكم قطع الطريق لا المال. ولو نزل عليه اللصوص ليلا في المصر فقتل بسلاح أو غيره أو قتله قطاع الطريق خارج المصر بسلاح أو غيره فهو شهيد لان القتيل لم يخلف في هذه المواضع بدلا هو مال ا ه. وبهذا يعلم أن من قتله اللصوص في بيته ولم يعلم له قاتل معين منهم لعدم وجودهم فإنه لا قسامة ولا دية على أحد لانهما لا يجبان إلا إذا لم يعلم القاتل، وهنا قد علم أن قاتله اللصوص وإن لم يثبت عليهم لفرارهم فليحفظ هذا فإن الناس عنه غافلون قوله: (أو قتل بحد أو قود) أي يغسل لانه صح أنه عليه الصلاة والسلام غسل ماعزا ولانه بذل نفسه لحق واجب عليه فلم يكن في معنى شهداء أحد قوله: (لا لبغي وقطع طريق) أي
***
[٣٥٠]
لا يغسل من قتل للبغي أو قطع الطريق وإذا لم يغسلا لم يصل عليهما لان عليا رضي الله عنه لم يصل على البغاة ولم ينكر عليه فكان إجماعا، وقطاع الطريق بمنزلتهم. أطلقه فشمل ما إذا قتلوا في حال الحرب أو أخذوا وقتلوا بعده كذا روي عن محمد. وفرق الصدر الشهيد بينهما فوافق في الاول وقال بالصلاة في الثاني. قال في التبيين: وهذا تفصيل حسن أخذ به الكبار من المشايخ والمعنى فيه أن القتل في الثاني جدا وقصاص في قاطع الطريق، وفي البغاة لكسر شوكتهم فنزل منزلته لعود منفعته إلى العامة. وهذا التفصيل ربما يشير إليه قوله لبغي فإن من قتل بعد الحرب لم يقتل لبغي وإنما قتل قصاصا. وألحق بقاطع الطريق المكابرون في المصر بالسلاح ليلا كذا في غاية البيان. والخناق الذي خنق غير مرة كذا في الاسبيجابي. وحكم أهل العصبية كحكم البغاة. ومن قتل أحد أبويه لا يصلى عليه إهانة له كذا في التبيين. ولم يذكر المصنف حكم قاتل نفسه عمدا للاختلاف فعندهما يصلي عليه وهو الاصح لانه فاسق غير ساع في الارض بالفساد. كذا في النهاية. وقال أبو يوسف: لا يصلى عليه وهو الاصح لانه باغ على نفسه كذا في غاية البيان معزيا إلى القاضي علي السغدي فقد اختلف التصحيح كما ترى لكن تأيد قول أبي يوسف بما في صحيح مسلم عن جابر بن سمرة قال: أتي النبي صلى الله عليه وسلم برجل قتل نفسه بمشاقص فلم يصل عليه ا ه. وفي فتاوي قاضيخان قريبا من كتاب الوقف: رجلان أحدهما قتل

نفسه والآخر قتل غيره كان قاتل نفسه أعظم وزرا وإثما ا ه. قيدنا بكونه قتل نفسه عمدا لانه لو قتلها خطأ فإنه يغسل ويصلي عليه اتفاقا. باب الصلاة في الكعبة ختم كتاب الصلاة بما يتبرك به حالا ومكانا وأولاه للشهيد لانه معدول به عن سائر الصلوات لجواز جعل الظهر فيها إلى ظهر الامام قوله: (صح فرض ونفل فيها وفوقها) لانه صلى الله عليه وسلم صلى في جوف الكعبة يوم الفتح ولانها صلاة استجمعت شرائطها لوجود استقبال القبلة لان استيعابها ليس بشرط، وإنما جازت فوقها لان الكعبة هي العرصة والهواء إلى عنان السماء عندنا دون البناء لانه ينقل، ألا ترى أنه لو صلى على أبي قبيس جاز ولا بناء بين يديه
***
[٣٥١]
إلا أنه يكره لما فيه من ترك التعظيم وقد ورد النهي عنه. وفي الغاية: الكعبة هي البناء المرتفع مأخوذ من الارتفاع والنتو ومنه الكاعب. فكيف يقال الكعبة هي العرصة والصواب القبلة هي العرصة كما ذكره صاحب المحيط والوبري وفي المجتبي: وقد رفع البناء في عهد ابن الزبير ليبني على قواعد الخليل، وفي عهد الحجاج كذلك ليعيدها إلى الحالة الاولى والناس يصلون والاحرار والعبيد والرجال والنساء في ذلك سواء قوله: (ومن جعل ظهره إلى ظهر الامام فيها صح) لانه متوجه إلى القبلة ولا يعتقد إمامه على الخطأ بخلاف مسألة التحري قوله: (وإلى وجهه لا) أي لو جعل ظهره إلى وجه إمامه لا يصح لتقدمه على إمامه، وسكت عما إذا جعل وجهه إلى وجه الامام لانه صحيح لما قدمناه لكنه مكروه بلا حائل لانه يشبه عبادة الصورة، وعما إذا جعل وجهه إلى جوانب الامام وهو جائز بلا كراهة فهي أربعة، تصح بلا كراهة في صورتين ومعها في صورة ولا تصح في أخرى قوله: (وإن حلقواحولها صح لمن هو أقرب إليها إن لم يكن في جانبه) لانه متأخر حكما لان التقدم والتأخر لا يظهر إلا عند اتحاد الجهة، فمن كان وجهه إلى الجهة التي توجه الامام إليها وهو عن يمينه أو يساره وتقدم عليه بأن كان أقرب إلى الحائط من الامام فهو غير صحيح لتقدمه فهو في معنى من جعل ظهره إلى وجه الامام، ولو قام الامام في الكعبة وتحلق المقتدون حولها جاز إذا كان الباب مفتوحا لانه كقيامه في المحراب في غيرها من المساجد، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.
***
[٣٥٢]
كتاب الزكاة ذكر الزكاة بعد الصلاة لانهما مقترنان في كتاب الله تعالى في اثنين وثمانين آية، وهذا يدل على أن التعاقب بينهما في غاية الوكادة والنهاية كما في المناقب البزازية. وهي لغة الطهارة. قال في ضياء الحلوم: سميت زكاة المال زكاة لانها تزكي المال أي تطهره قال تعالى * (خيرا منه زكاة) * (الكهف: ٨١) وقيل: سميت زكاة لان المال يزكو بها أي ينمو ويكثر. ثم ذكر فعل بالفتح يقال زكاء الماء زيادته ونماؤه، وزكا أيضا إذا طهر، ثم ذكر في باب التفعيل زكى المال أدى زكاته وزكاه أخذ زكاته ا ه. وفي الغاية: أنها في اللغة بمعنى النماء وبمعنى الطهارة وبمعنى البركة. يقال زكت البقعة أي بورك فيها، وبمعنى المدح يقال زكى نفسه، وبمعنى الثناء الجميل يقال زكى الشاهد، وفي اصطلاح الفقهاء ما ذكره المصنف قوله: (هي تمليك المال من فقير مسلم غيرها هاشمي ولا مولاه بشرط قطع المنفعة عن المملك كل وجه الله تعالى) لقوله تعالى * (وآتوا الزكاة) * (البقرة: ٤٣) والايتاء هو التمليك ومراده تمليك جزء من ماله وهو ربع العشر أو ما يقوم مقامه، وإنما كانت اسما للفعل عند المحققين وهو الاصح لانها توصف بالوجوب وهو من صفات الافعال دون الاعيان، والمراد من إيتاء الزكاة إخراجها من العدم إلى الوجود كما في قوله * (أقيموا الصلاة) * (البقرة: ٤٣) كذا في المعراج، ويؤيده أن موضوع الفقه كما قدمناه فعل المكلف. وفي الشرع هي المال المؤدي لانه تعالى قال وآتوا الزكاة ولا يصح الايتاء إلا للعين. كذا في العناية. وأورد الشارح على هذا الحد الكفارة إذا ملكت لان التمليك بالوصف المذكور موجود فيها ولو قال تمليك المال على وجه لا بد له منه لانفصل عنها لان الزكاة يجب فيها تمليك المال ا ه. وجوابه أن قوله من فقير
***
[٣٥٣]
مسلم خرج مخرج الشروط والاسلام ليس بشرط في أخذ الكفارة كما سيأتي. وأيضا ليس الجواز في الكفارة باعتبار التمليك بل باعتبار أن الشرط فيها التمكين الشامل للتمليك والاباحة، والمال كما صرح به أهل الاصول ما يتمول ويدخر للحاجة وهو خاص بالاعيان فخرج تمليك المنافع. قال في الكشف الكبير في بحث القدرة الميسرة: الزكاة لا تتأدى إلا بتمليك عين متقومة حتى لو أسكن الفقير داره

سنة بنية الزكاة لا يجزئه لان المنفعة ليست بعين متقومة ا هـ. وهذا على إحدى الطريقتين، وأما على الاخرى من أن المنفعة مال فهو عند الاطلاق منصرف إلى العين. وقيد بالتمليك احترازا عن الاباحة ولهذا ذكر الولوالجي وغيره أنه لو عال يتيما فجعل يكسوه ويطعمه وجعله من زكاة ماله فالكسوة تجوز لوجود ركنه وهو التمليك، وأما الاطعام إن دفع الطعام إليه بيده يجوز أيضا لهذه العلة، وإن كان لم يدفع إليه ويأكل اليتيم لم يجز لانعدام الركن وهو التمليك، ولم يشترط قبض الفقير لان التمليك في التبرعات لا يحصل إلا به. واحترز بالفقير الموصوف بما ذكر عن الغني والكافر والهاشمي ومولاه والمراد عند العلم بحالهم كما سيأتي في المصرف. ولم يسترط البلوغ والعقل لانهما ليس بشرط لان تمليك الصبي صحيح لكن إن لم يكن عاقلا فإنه يقبض عنه وصيه أو أبوه أو من يعوله قريبا أو أجنبيا أو الملتقط كما في الولوالجية، وإن كان عاقلا فقبض من ذكر كذا قبضه بنفسه. والمراد أن يعقل القبض بأن لا يرمي به ولا يخدع عنه والدفع إلى المعتوه يجزئ كذا في فتح القدير. وحكم المجنون المطبق معلوم من حكم الصبي الذي لا يعقل. ولا يشترط الحرية لان الدفع إلى غير الحر جائز كما سيأتي في بيان المصرف. وأفاد بقوله بشرط أن الدفع إلى أصوله وإن علوا وإلى فروعه وإن سفلوا وإلى زوجته وزوجها وإلى مكاتبه ليس بزكاة كما سيأتي مبينا. وأشار إلى أن الدفع إلى كل قريب ليس بأصل ولا فرع جائز وهو مقيد بما في الولوالجية: رجل يعول أخته أو أخاه أو عمه فأراد أن يعطيه الزكاة فإن لم يفرض القاضي عليه النفقة جاز لان التمليك بصفة القربة يتحقق من كل وجه، وإن فرض عليه النفقة لزمانته إن لم يحتسب من نفقتهم جاز، وإن كان يحتسب لا يجوز لان هذا أداء الواجب عن واجب آخر ا هـ. وقوله لله تعالى بيان لشرط آخر وهو النية وهي شرط بالاجماع في العبادات كلها المقاصد. قوله: (شرط وجوبها العقل والبلوغ والاسلام والحرية) أي شرط افتراضها لانها فريضة محكمة قطعية أجمع العلماء على تكفير جاحدها ودليله القرآن. وما في البدائع من أنه الكتاب والسنة والاجماع والمعقول رده في الغاية بأن السنة لا يثبت بها الفرض إلا أن تكون متواترة أو
***
[٣٥٤]
مشهورة، والسنة الواردة أخبار أحاد صحاح وبها يثبت الوجوب دون الفرض والعقل لا يثبت به شئ من الاحكام الشرعية، وإن أراد بالمعقول المقاييس المستنبطة من الكتاب والسنة فلا يثبت بها الفرضية ا هـ. وجوابه أنهم في مثله يجعلونه مؤكدا للقرآن القطعي لا مثبتا وهو كثير في كلامهم كإطلاق الواجب على الفرض وهو إما مجاز في العرف بعلاقة المشترك من لزوم استحقاق العقاب بتركه عدل عن الحقيقة وهو الفر ض إليه بسبب أن بعض مقاديرها وكيفياتها تثبت بأخبار الآحاد، أو حقيقة على ما قال بعضهم أن الواجب نوعان: قطعي وظني. فعلى هذا يكون اسم الواجب من قبيل المشكك اسما أعم وهو حقيقة في كل نوع، وقد أسلفنا شيئا منه في أول الطهارة وخرج المجنون والصبي فلا زكاة في مالهما كما لا صلاة عليهما للحديث المعروف رفع القلم عن ثلاث. وأما إيجاب النفقات والغرامات في مالهما فلانهما من حقوق العباد لعدم التوقف على النية، وأما إيجاب العشر والخراج وصدقة الفطر فلانها ليست عبادة محضة لما عرف في الاصول وقد قدمنا في نقض الوضوء حكم المعتوه في العبادات والاختلاف فيه. وخرج الكافر لعدم خطابه بالفروع سواء كان أصليا أو مرتدا، فلو أسلم المرتد لا يخاطب بشئ من العبادات أيام ردته، ثم كما هو شرط للوجوب شرط لبقاء الزكاة عندنا حتى لو ارتد بعد وجوبها سقطت كما في الموت. كذا في معراج الدراية. وقيد بالحرية احترازا عن العبد والمدبر وأم الولد والمكاتب والمستسعي عند أبي حنيفة لعدم الملك أصلا فيما عدا المكاتب والمستسعي ولعدم تمامه فيهما، ولو حذف الحرية واستغني عنها بالملك إذ العبد لا ملك له وزاد في الملك قيد التمام وهو المملوك رقبة ويدا ليخرج المكاتب والمشتري قبل القبض كما سيأتي لكان أو جزوأتم. وعندهما: المستسعي حر مديون فإن ملك بعد قضاء سعايته ما يبلغ نصابا كاملا تجب الزكاة وإلا فلا. وفي البدائع: والجنون نوعان: أصلي وعارض. أما الاصلي وهو أن يبلغ مجنونا فلا خلاف بين أصحابنا أنه يمنع انعقاد الحول على النصاب حتى لا يجب عليه زكاة ما مضى من الاحوال بعد الافاقة، وإنما يعتبر ابتداء الحول من وقت الافاقة كالصبي إذا بلغ يعتبر ابتداء الحول من قوت البلوغ. وأما الطارئ فإن دام سنة
***
[٣٥٥]
كاملة فهو في حكم الاصلي، وإن كان في بعض السنة ثم أفاق فعن محمد وجوبها وإن أفاق ساعة، وعنه إن أفاق أكثر السنة وجبت

وإلا فلا ا هـ. وظاهر الرواية قول محمد كما في الهداية وغيرها والمغمى عليه كالصحيح كما في المجتبي. قوله: (وملك نصاب حولي فارغ عن الدين وحوائجه الاصلية نام ولو تقديرا) لانه عليه الصلاة والسلام قدر السبب به، وقد جعله المصنف شرطا للوجوب مع قولهم إن سببها ملك مال معد مرصد للنماء والزيادة فاضل عن الحاجة - كذا في المحيط وغيره - لما أن السبب والشرط قد اشتركا في أن كلامنهما يضاف إليه الوجود لا على وجه التأثير تخرج العلة. ويتميز السبب عن الشربإضافة الوجوب إليه أيضا دون الشرط كما عرف في الاصول. وأطلق الملك فانصرف إلى الكامل وهو المملوك رقبة ويدا فلا يجب على المشتري فيما اشتراه للتجارة قبل القبض، ولا على المولى في عبده المعد للتجارة إذا أبق لعدم اليد، ولا المغصوب ولا المجحود إذا عاد إلى صاحبه. كذا في غاية البيان. ولا يلزم عليه ابن السبيل لان يد نائبه كيده كذا في معراج الدراية. ومن موانع الوجوب الرهن إذا كان في يد المرتهن لعدم ملك اليد بخلاف العشر حيث يجب فيه كذا في العناية. وأما كسب العبد المأذون فإن كان عليه

***

[٣٥٦]

دين محيط فلا زكاة فيه على أحد بالاتفاق وإلا فكسبه لمولاه، وعلى المولى زكاته إذا تم الحول نص عليه في المبسوط والبدائع والمعراج، وهو بإطلاقه يتناول ما إذا تم الحول وهو في يد العبد لكن قال في المحيط: وإن لم يكن عليه دين ففيه الزكاة ويزكي المولى متى أخذه من العبد. ذكره محمد في نوادر الزكاة. وقيل: ينبغي أن يلزمه الاداء قبل الاخذ لانه مال مملوك للمولى كالوديعة، والاصح أنه لا يلزمه الاداء قبل الاخذ لانه مال تجرد عن يد المولى لان يد العبد يد أصالة عن نفسه لا يد نيابة عن المولى بدليل أنه يملك التصرف فيه إثباتا، وإزالة فلم تكن يد المولى ثابتة عليه حقيقة ولا حكما فلا يلزمه الاداء ما لم يصل إليه كالديون ولا كذلك الوديعة ا هـ. وفي المحيط معزيا إلى الجامع: رجل له ألف درهم لا مال له غيرها استأجر بها دارا عشر سنين لكل سنة مائة، فدفع الالف ولم يسكنها حتى مضت السنون والدار في يد الآجر زكي الآجر في السنة الاولى عن تسعمائة وفي الثانية عن ثمان مائة إلا زكاة السنة الاولى، ثم يسقط لكل سنة زكاة مائة أخرى وما وجب عليه بالسنين الماضية لانه ملك الالف بالتعجيل كلها، فإذا لم يسلم الدار إليه سنة انقضت الاجارة في العشر لانه استهلك المعقود عليه قبل التسليم فزال عن ملكه مائة وصار مصروفا إلى الدين. وكذلك في كل حول انتقض مائة ويصير مائة دينا عليه ويرفع ذلك من النصاب. ثم عند أبي حنيفة يزكي للسنة الثانية سبعمائة وستين، وعندهما سبعمائة وسبعة وسبعون ونصف لانه لا زكاة في الكسور عنده، وعندهما فيه زكاة، ولا زكاة على المستأجر في السنة الاولى والثانية لنقصان نصابه في الاولى ولعدم تمام الحول في الثانية، ويزكي في الثالثة ثلثمائة لانه استفاد مائة أخرى ثم يزكي لكل سنة مائة أخرى وما استفاد قبلها إلا أنه يرفع عنه زكاة السنين الماضية ا هـ. والمراد بكونه حوليا أن يتم الحول عليه وهو في ملكه لقوله عليه الصلاة والسلام لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول (١) قال في الغاية: سمي حولا لان الاحوال تحول فيه. وفي القنية: العبرة في الزكاة للحول القمري. وفي الخانية: رجل تزوج امرأة على ألف ودفع إليها ولم يعلم أنها أمة فحال الحول عندها، ثم علم أنها كانت أمة زوجت نفسها بغير إذن المولى ورد الالف على الزوج، روي عن أبي يوسف أنه لا زكاة على واحد منهما. وكذلك الرجل إذا حلق لحية إنسان فقضي عليه بالدية ودفع الدية إليه وحال الحول ثم نبتت لحيته وردت الدية، لا زكاة على واحد منهما.

***

[٣٥٧]

وكذلك رجل أقر لرجل بدين ألف درهم ودفع الالف إليه ثم تصادقا بعد الحول أنه لم يكن عليه دين، لا زكاة على واحد منهما. وكذلك رجل وهب لرجل ألفا ودفع الالف إليه ثم رجع في الهبة بعد الحول بقضاء أو بغير قضاء واسترد الالف لا زكاة على واحدة منهما ا هـ. وظاهره عدم وجوب الزكاة من الابتداء وهو مشكل في حق من كانت في يده وملكه وحال الحول عليه، فالظاهر أن هذا بمنزلة هلاك المال بعد الوجوب وهو مسقط كما في الولوالجية، وإلا فتحتاج المتون إلى إصلاح كما لا يخفى. وفي الخانية أيضا: رجل اشتري عبدا للتجارة يساوي مائتي درهم ونقد الثمن ولم يقبض العبد حتى حال الحول فمات العبد عند البائع، وكان على بائع العبد زكاة المائتين وكذلك على المشتري أما على البائع فلانه ملك الثمن وحال الحول عليه عنده، وأما على المشتري فلان العبد كان للتجارة وبموته عند البائع انفسخ البيع والمشتري أخذ عوض العبد مائتي درهم، فإن كانت قيمة العبد مائة كان على البائع زكاة المائتين لانه

ملك الثمن ومضى عليه الحول عنده وبانفساخ البيع لحقه دين بعد الحول فلا تسقط عنه زكاة المائتين، ولا زكاة على المشتري لان الثمن زال عن ملكه إلى البائع فلم يملك المائتي حولا كاملا، وبانفساخ البيع استفاد المائتين بعد الحول فلا تجب عليه الزكاة ا ه‍. وشرط فراغة عن الدين لانه معه مشغول بحاجته الاصلية فاعتبر معدوما كالماء المستحق بالعطش، ولان الزكاة تحل مع ثبوت يده على ماله فلم تجب عليه الزكاة كالمكاتب، ولان الدين يوجب نقصان الملك ولذا يأخذه الغريم إذا كان من جنس دينه من غير قضاء ولا رضا. أطلقه فشمل الحال والمؤجل ولو صداق زوجته المؤجل إلى الطلاق أو الموت. وقيل: المهر المؤجل لا يمنع لانه غير مطالب به عادة بخلاف المعجل. قيل: إن كان الزوج على عزم الاداء منع وإلا فلا، لانه لا يعد دينا كذا في غاية البيان ونفقة المرأة إذا صارت دينا على الزوج إما بالصلح أو بالقضاء ونفقة الاقارب إذا صارت دينا عليه إما بالصلح أو بالقضاء عليه يمنع. كذا في معراج الدراية. وقيد نفقة الاقارب في البدائع بقيد آخر وهو قليل المدة فإن المدة إذا كانت طويلة فإنها تسقط ولا تصير دينا. وشمل كلامه كل دين. وفي الهداية: والمراد دين له مطالب من جهة العبا حتى لا يمنع دين النذر والكفارة ودين الزكاة مانع حال بقاء النصاب لانه ينتقص به النصاب، وكذا بعد الاستهلاك خلافا لزفر فيهما، ولابي يوسف في الثاني لان له مطالبا وهو الامام في السوائم ونوابه في أموال التجارة كان الملاك نوابه ا ه‍. وكذا لا يمنع دين صدقة الفطر ووجوب الحج وهدي المتعة والاضحية. وفي معراج الدراية: ودين النذر لا يمنع ومتى استحق بجهة الزكاة بطل النذر
***
[٣٥٨]
فيه بيانه: له مائتا درهم نذر بأن يتصدق بمائة منها وحال الحول سقط النذر بقدر درهمين ونصف ويتصدق للنذر بسبعة وتسعين ونصف، ولو تصدق بمائة منها للنذر يقع درهمان ونصف عن الزكاة لانه متعين بتعيين الله تعالى فلا يبطل بتعيينه لغيره. ولو نذر بمائة مطلقة لزمته لان محل المنذور به الذمة، فلو تصدق بمائة منها للنذر يقع درهمان ونصف للزكاة ويتصدق بمثلها عن النذر ا ه‍. فلو كان له نصاب حال عليه حولان ولم يزكيه فيهما لا زكاة عليه في الحول الثاني، ولو كان له خمس وعشرون من الابل لم يزكها حولين كان عليه في الحول الاول بنت مخاض وللحول الثاني أربع شياه، ولو كان له نصاب حال عليه الحول فلم يزكه ثم استهلكه ثم استفاد غيره وحال على النصاب المستفاد الحول لا زكاة فيه لاشتغال خمسة منه بدين المستهلك بخلاف ما لو كان الاول لم يستهلك بل هلك فإنه يجب في المستفاد لسقوط زكاة الاول بالهلاك، وبخلاف ما لو استهلك قبل الحول حيث لا يجب شئ. ومن فروعه ما إذا باع نصاب السائمة قبل الحول بيوم بسائمة مثلها أو من جنس آخر أو بدراهم يريد به الفرار من الصدقة أو لا يريد لا يجب عليه الزكاة في البدل إلا بحول جديد أو يكون له ما يضمه إليه في صورة الدراهم. وهذا بناء على أن استبداله السائمة بغيرها مطلقا استهلاك بخلاف غير السائمة. كذا في فتح القدير. وفي البدائع: وقالوا دين الخراج يمنع وجوب الزكاة لانه يطالبه به، وكذا إذا صار العشر دينا في الذمة بأن أتلف الطعام العشري صاحبه، فأما وجوب العشر فلا يمنع لانه متعلق بالطعام وهو ليس من مال التجارة، وذكر الشارح وغيره إن كان للمديون نصب يصرف الدين إلى الايسر قضاء فيصرف إلى الدراهم والدنانير ثم إلى عروض التجارة ثم إلى السوائم، فإن كانت أجناسا صرف إلى أقلها حتى لو كان له أربعون من الغنم وثلاثون من البقر وخمس من الابل صرف إلى الغنم أو إلى الابل دون البقر لان التبيع فوق الشاة، فإن استويا خير كأربعين من الغنم وخمس من الابل. وقيل: يصرف إلى الغنم لتجب الزكاة في الإبل في العام القابل. هكذا أطلقوا. وقيده في المبسوط بأن يحضر المصدق أي الساعي فإن لم يحضره فالخيار الى صاحب المال إن شاء صرف الدين إلى السائمة لان في حق صاحب المال هما سواء ا ه‍. وفي المحيط وإما الدين المعترض في خلال الحول فانه يمنع وجوب الزكاة بمنزلة هلاكه عند محمد وعند أبي يوسف لا يمنع بمنزلة نقصانه ا ه‍. وتقديمهم قول محمد يشعر بترجيحه وهو كذلك كما لا يفي وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا أبرأه فعند محمد يستأنف حولا جديدا لا عند أبي يوسف كما في
***
[٣٥٩]
المحيط أيضا وأما الحادث بعد الحول فال يسقط الزكاة اتفاقا كذا في الخانية وغيرها. على هذا من ضمن دركا في بيع فاستحق المبيع بعد الحول لم تسقط الزكاة لان الدين إنما وجب عليه عند الاستحقاق كذا في غاية البيان. وشمل كلامه الدين بطريق الاصالة وبطريق الاصالة وبطريق الكفالة ولذا قال في المحيط: لو استقرض ألفا فكفل عنه عشرة ولكل ألف في بيته وحال الحول فلا زكاة على واحد

منهم لشغله بدين الكفالة لانه له أن يأخذ من أيهم شاء بخلاف ما إذا كان له ألف وغصب ألفا وغصبها منه آخر له ألف وحال الحول على مال الغاصبين ثم أبرأهما فانه يزكي الغاصب الاول الفه والغاصبب الثاني لا لان الغاصب الاول لو ضمكن يرجع على الثاني والثاني لو ضمن لا يرجع على الاول فكان قرار الضمان عليه فصار الدين عليه مانعا ا ه. وظاهره أنه لو لم يبرئهما لا يكون الحكم كذلك وفي فتح القدير وغيره: لا يخرج عن ملك النصاب المذكور ما ملك بسبب خبيث ولذا قالوا: لو أن سلطانا غصب مالا وخلطة صار ملكا له حتى وجبت عليه الزكاة وورث عنه على قول أبي حنيفة لان خلط دراهمه بدراهم غيره عنده استهلاك أما على قولهما فلا يضمن فلا يثبت الملك لانه فرع أرفق بالناس إذ قل ما يخلو مال مشترك فإنما يورث حصة الميت منه. وفي الولواجية: وقوله أرفق بالناس إذ قل ما يخلو مال عن غصب ا ه. هكذا ذكروا وهو مشكل لانه وإن كان ملكه عند أبي حنيفة بالخلط فهو مشغول بالدين والشرط الفراغ عنه فينبغي أن لا تجب الزكاة فيه على قوله أيضا ولذا شرط

***

[٣٦٠]

وبه صرح في شرح المنظومة ويجب عليه تفريغ ذمته برده إلى أربابه إن علموا والا إلى الفقراء قوله: (وهو قيد حسن الخ) قال في النهر: وينبغي أن يقيد بما إذا لم يكن له مال غيره يوفي منه الكل أو البغض فإن كان زكي ما قد رعلى وفائه. ثم رأيته في الحواشي السعدية قال: محمل ما ذكروه ما أذا كان له مال غير ما استهلكه بالخلط يفضل عنه فلا يحيط الدين بماله وهذا طب ما فهمته ولله تعالى. المنة ا ه. قلت: وقد رأيت ما يفيده في الفصل العاشر من التتارخانيه حيث ال عن فتاوى الحجة. ومن ملك أموالا غير طيبة أو غصب أموالا وخلطها ملكها بالخلط ملكها بالخلط ويصير ضامنا وان لم يكن له سواها نصاب فلا زكاة عليه في تلك الاموال وإن بلغت نصابا لانه مديون ومال المديون لا ينعقد سببا لوجوب الزكاة عندنا ا ه. وذكر في الشرنبلالية مثل ما في السعدية وبالجملة فوجوب الزكاة عليه مقيد بما إذا أبرأه الغرماء أو بما إذا كان له مال يوفي دينه وإلا فلا وبه يندفع الاشكال لكن لا بد أن يكون معه نصاب زائد على ما يوفي دينه لان ما مشغولا بالدين لا زكاة فيه وإنما يزكي ما زاد عليه إذا بلغ نصابا كما تفيده عبارة السعدية خلافا لما يوهمه كلام النهر. وعلى هذ فلم تجب عليه زكاة ما غصبه بل زكاة ماله الزائد عليه ففي هذا لاجواب نظر فتدبر. لا يقال قد يحمل على ما إذا كان له مال آخر من غير جنس مال الزكاة كدور السكنى وثياب البدن ونحوها فإذا كان له من ذلك ما يساوي ما عليه تلزمه الزكاة لان ما عليه مما غصبه وخلطه صار ملكه وله جهة وفاء مما ذكر لانا نقول: ما كان من الحوائج الاصلية لا يصير به غنيا فلو كان مديونا بما يساوي حوائجه الاصلية وقلنا بوجوب الزكاة في ذلك الدين لزم إيجاب الزكاة على الفقير الذي يحل له أخذ الزكاة ولان المرح به أن الدين يصرف إلى مال الزكاة حتى لو كان عليه دين وله مال الزكاة وغيره يصرف الدين إلى مال الزكاة ولو من غير جنسه خلافا لزفر حتى لو تزوج امرأة على خادم بغير عينه وله مائتا درهم وخادم يصرف الدين إلى المائتين دون الخادم خلافا لزفر صرح بذلك في البدائع فلا يمكن الحمل المذكور تأمل وقد يجاب عن أصل الاشكال كما أفاده شيخنا حفظه الله تعالى بأن ما غصبه السلطان وخلطه بماله إن كان أصحابه معلومين فلا كلام في وجوب ضمانه لهم وعدم وجوب الزكاة عليه بقدره قبل أداء ضمانه وإن كانوا غير معلومين أي لا هم ولا ورثتهم فعلى زكاته لانه صار ملكه بالخلط وهو وإن كانت ذمته مشغولة بقدره لكن هذا دين ليس له مطالب من جهة العباد في الدنيا فلا يمنع وجوب الزكاة قلت: لكن سيذكر المؤلف في أواخر فصل ذكاة الغنم عن المبسوط أن الظلمة بمنزلة الغارمين والفقراء حتى قال محمد بن سلمة: يجوز دفع الصدقد لوالي خراسان. ذكر قاضيخان في الجامع الصغير: لو أوصى بثلث ماله للفقراء فدفع إلى السلطان الجائر سقط ا ه. فكونه فقيرا يجوز دفع الصدقة إليه ينافي وجوب الزكاة عليه. نعم سيأتي في باب المصرف

***

[٣٦١]

ثم تصدق بها وله ألف درهم ثم تم الحول على ألفه زكاها استحسانا لان الالف المتصدق بها لم تصر دينا عليه في الحال لجواز أن يجيز صاحبها التصدق اهـ. وشرطفراغه عن الحاجة الاصلية لان المال المشغول بها كالمعدوم، وفسرها في شرح المجمة لابن الملك بما يدفع الهلاك عن الانسان تحقيقا أو تقديرا، فالثاني كالدين والاول كالنفقة ودور السكني وآلات الحرب والثياب المحتاج إليها لدفع الحر أو البرد وكآلات الحرفة وأثاث المنزل ودواب الركوب وكتب العلم لاهلها، فإذا كان له دراهم مستحقة ليصرفها إلى تلك الحوائج صارت كالمعدومة كما أن الماء المستحق لصرفه إلى العطش كان كالمعدوم وجاز عنده التيمم اهـ. فقد صرح بأن من معه دراهم وأمسكها بنية

صرفها إلى حاجته الاصلية لا تجب الزكاة إذا حال الحول وهي عنده، ويخالفه ما في معراج الدراية في فصل زكاة العروض أن الزكاة تجب في النقد كيفما أمسكه للنماء أو المنفقة اهـ. وكذا في البدائع في بحث النماء التقديري: وما آلات الحرفة الصابون والحرض للغسال لا للبقال بخلاف العصفر والزعفران للصباغ والدهن والعفص للدباغ فإنها واجبة فيه لان المأخوذ فيه بمقابلة العين وقوارير العطارين ولجم الخيل والحمير المشتراة للتجارة ومقاودها وجلالها إن كان من غرض المشتري بيعها بها ففيها الزكاة وإلا فلا. كذا في فتح القدير. وما في النهاية من أن التقييد بالاهل في الكتب ليس بمفيد مما أنه إن لم يكن من أهلها وليست هي للتجارة لا تجب فيها الزكاة وإن كثرت لعدم النماء، وإنما يفيد ذكر الاهل في حق مصرف الزكاة فإذا كانت له كتب تساوي مائتي درهم وهو محتاج إليها للتدريس وغيره يجوز صرف الزكاة إليه، وأما إذا كان لا يحتاج إليها وهي تساوي مائتي درهم لا يجوز صرف الزكاة إليه اهـ. فغير مفيد لان كلامهم في بيان ما هو من الحوائج الاصلية ولا شك أن الكتب لغير الاهل ليست منها وهو تقييد مفيد كما لا يخفى. وشرط أن يكون النصاب ناميا والنماء في اللغة بالمد الزيادة والقصر بالهمز خطأ.

***

[٣٦٢]

يقال نما المال ينمي نماء وينمو نموا وأنماه الله كذا في المغرب. وفي الشرع هو نوعان: حقيقي وتقديري. فالحقيقي الزيادة بالتوالد والتناسل والتجارات، والتقدير تمكنه من الزيادة بكون المال في يده أو يد نائبه، فلا زكاة على من لم يتمكن منها في ماله كمال الضمار، وهو في اللغة الغائب الذي لا يرجى فإذا رجي فليس بضمار. وأصله الاضمار وهو التغيب والاخفاء ومنه أضمر في قلبه شيأ. وفي الشرع كل مال غير مقدور الانتفاع به مع قيام أصل الملك. كذا في البدائع. فما في فتح القدير من أن مهر المرأة التي تبين أنها أمة، ودية اللحية التي تنبت بعد حقها، والمال المتصادق على عدم وجوبه، والهبة التي رجع فيها بعد الحول من جملة مال الضمار، فغير صحيح مطلقا لان الذي كان في يده المال في الحول كان متمكنا من الانتفاع به فلم يكن ضمارا في حقه، وكذا من لم يكن في يده إذ لا ملك له ظاهرا في الحول وإنما الحق في التعليل ما قدمناه عن الولوالجي من أنه بمنزلة الهالك بعد الوجوب، ومال الضمار هو الدين المجحود والمغصوب إذا لم يكن عليهما بينة فإن كان عليهما بينة وجبت الزكاة إلا في غصب السائمة فإنه ليس على صاحبها الزكاة، وإن كان الغاصب مقرا. كذا في الخانية. وفيها أيضا من باب المصرف: الدين المجحود إنما لا يكون نصابا إذا حلفه القاضي وحلف، أما قبل ذلك يكون نصابا حتى لو قبض منه أربعين درهما يلزمه أداء الزكاة اهـ. وعن محمد: لا تجب الزكاة وإن كان له بينة لان البينة قد لا تقبل والقاضي قد لا يعدل وقد لا يظهر بالخصومة بين يديه لمانع فيكون في حكم الهالك. وصححه في التحفة كذا في غاية البيان، وصححه في الخانية أيضا وعزاه إلى السرخسي. ومنه المفقود والآبق والمأخوذ مصادرة والمال الساقط في البحر والمدفون في الصحراء المنسي مكانه، فلو صار في يده بعد ذلك فلا بد له من حول

***

[٣٦٣]

جديد لعدم الشرط وهو النمو، وأما المدفوفي حرز ولو دار غيره إذا نسيه فليس منه فيكون نصابا. واختلف المشايخ في المدفون في أرض مملوكة أو كرم، فقيل بالوجوب لامكان الوصول، وقيل لا لانها غير حرز. وأما إذا أودعه ونسي المودع قالوا: إن كان المودع من الاجانب فهو ضمار وإن كان من معارفه وجبت الزكاة لتفريطه بالنسيان في غير محله. وقيدنا الدين بالمجحود لانه لو كان على مقر ملي أو معسر تجب الزكاة لامكان الوصول إليه ابتداء أو بواسطة التحصيل، ولو كان على مقر مفلس فهو نصاب عند أبي حنيفة لان تفليس القاضي لا يصح عنده، وعند محمد لا يجب لتحقق الافلاس عنده بالتفليس، وأبو يوسف مع محمد في تحقق الافلاس ومع أبي حنيفة في حكم الزكاة رعاية لجانب الفقراء. كذا في الهداية. فأفاد أنه إذا قبض الدين زكاه لما مضى. قال في فتح القدير: وهو غير جار على إطلاقه بل ذلك في بعض أنواع الدين ولتوضح ذلك فنقول: قسم أبو حنيفة الدين على ثلاثة أقسام: قوي وهو بدل القرض ومال التجارة، ومتوسط وهو بدل ما ليس للتجارة كثمن ثياب البذلة وعبد الخدمة ودار السكني، وضعيف وهو بدل ما ليس بمال كالمهر والوصية وبدل الخلع والصلح عن دم العمد والدية وبدل الكتابة والسعاية. ففي القوي تجب الزكاة إذا حال الحول ويتراخى القضاء إلى أن يقبض أربعين درهما ففيها درهم، وكذا فيما زاد بحسابه. وفي المتوسط لا تجب ما لم يقبض نصابا ويعتبر لما مضى من الحول في

صحيح الرواية. وفي الضعيف لا تجب ما لم يقبض نصابا ويحول الحول بعد القبض عليه وثمن السائمة كثمن عبد الخدمة. ولو ورث دينا على رجل فهو كالدين الوسط،
***
[٣٦٤]
وروي أنه كالضعيف. وعندهما الديون كلها سواء تجب الزكاة قبل القبض، وكلما قبض شيأ زكاة قل أو كثر إلا دين الكتابة والسعاية. وفي رواية أخرجا الدية أيضا قبل الحكم بها وأرش الجراحة لانها ليست بدين على الحقيقة فلذا لا تصح الكفالة ببدل الكتابة، ولا يؤخذ من تركة من مات من العاقلة الدية لان وجوبها بطريق الصلة إلا أن يقول الاصل إن المسببات تختلف بحسب اختلاف الاسباب. ولو آجر عبده أو داره بنصاب إن لم يكونا للتجارة لا تجب ما لم يحل الحول بعد القبض في قوله، وإن كان للتجارة كان حكمه كالقوي لان أجرة مال التجارة كثمن مال التجارة في صحيح الرواية اه‍. وفي الولواجية: وأما إذا أعتق أحد الشريكين عبدا مشتركا واختار المولى تضمين المعتق إن كان العبد للتجارة فحكمه حكم دين الوسط هو الصحيح، وإن كان العبد للخدمة فكذلك أيضا، وإن اختار استسعاء العبد فحكمه حكم الدين الضعيف اه‍. ومقتضى الاول أن العبد إذا كان للتجارة فحكم هذا الدين حكم الدين القوي وقد صرح
***
[٣٦٥]
به في المحيط إلا أن الصحيح خلافه كما علمت ولعله ليس بلالا من كل وجه بدليل أن المولى مخير. ثم قال الولوالجي: وهذا كله إذا لم يكن عنده مال آخر للتجارة، فأما إذا كان عنده مال آخر للتجارة يصير المقبوض من الدين الضعيف مضموما إلى ما عنده فتجب فيها الزكاة وإن لم يبلغ نصابا، وكذا في المحيط وفيه: ولو كان له مائتا درهم دين فاستفاد في خلال الحول مائة درهم فإنه يضم المستفاد إلى الدين في حوله بالاجماع وإذا تم الحول على الدين لا يلزمه الاداء من المستفاد ما لم يقبض أربعين درهما. وعندهما: يلزمه وإن لم يقبض منه شيأ. وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا مات من عليه مفلسا سقط عنه زكاة المستفاد عنده لانه جعل مضموما إلى الدين تبعا له فسقط بسقوطه، وعندهما تجب لانه بالضم صار كالموجود في ابتداء الحول فعليه زكاة العين دون الدين اه‍. وقدمنا أن المبيع قبل القبض لا تجب زكاته على المشتري. وذكر في المحيط في بيان أقسام الدين أن المبيع قبل القبض قيل لا يكون نصابا لان الملك فيه ناقص بافتقاد اليد، والصحيح أنه يكون نصابا لانه عوض عن مال كانت يده ثابتة عليه وقد أمكنه احتواء اليد على العوض فتعتبر يده باقية على النصاب باعتبار التمكن شرعا اه‍. فعلى هذا قولهم لا تجب الزكاة معناه قبل قبضة، وأما بعد قبضه فتجب زكاته فيما مضى كالدين القوي. وفي المحيط: رجل وهب دينا له على رجل ووكل بقبضه فلم يقبضه حتى وجبت فيه الزكاة، فالزكاة على الواهب لان قبض الموهوب له كقبض صاحب المال اه‍. ثم اعلم أن هذا كله فيما إذا لم يبرئ صاحب الدين منه، أما إذا أبرأ المديون منه بعد الحول فإنه لا
***
[٣٦٦]
زكاة عليه فيه، سواء كان ثمن مبيع أو قرضا أو غير ذلك. صرح به قاضيخان في فتاواه، لكن قيده في المحيط يكون المديون معسرا، أما لو كان موسرا فهو استهلاك وهو تقييد حسن يجب حفظه. وذكر في القنية أن فيه روايتين. ولم يبين المصنف رحمه الله ما يكون محلا للنماء التقديري من الاموال. وحاصله أنها قسمان: خلقي وفعلي. فالخلقي الذهب والفضة لانها تصلح للانتفاع بأعيانها في دفع الحوائج الاصلية فلا حاجة إلى الاعداد من العبد للتجارة بالنية إذا النية للتعيين وهي متعينة للتجارة بأصل الخلقة فتجب الزكاة فيها، نوى التجارة أو لم ينو أصلا أو نوى النفقة. والفعلي ما سواهما فإنما يكون الاعداد فيها للتجارة بالنية إذا كانت عروضا، وكذا في المواشي لا بد فيها من نية الاسامة لانها كما تصلح للدر والنسل تصلح للحمل وللركو ب. ثم نية التجارة والاسامة لا تعتبر ما لم تتصل بفعل التجارة والاسامة، ثم نية التجارة قد تكون صريحا وقد تكون دلالة، فالصريح أن ينوي عند عقد التجارة أن يكون المملوك به للتجارة، سواء كان ذلك العقد شراء أو إجارة، وسواء كان ذلك الثمن من النقود أو من العروض، فلو نوى أن يكون للبذلة لا يكون للتجارة، وإن كان الثمن من النقود فخرج ما ملكه بغير عقد كالميراث فلا تصح فيه نية التجارة إذا كان من غير النقود إلا إذا تصرف فيه، فحينئذ تجب الزكاة. كذا في شرح المجمع للمصنف. وفي الخانية: ولو ورث سائمة كان عليه الزكاة إذا حال الحول، نوى أو لم ينو. وخرج أيضا

ما إذا دخل من أرضه حنطة تبلغ قيمتها قيمة نصاب ونوى أن يمسكها ويبيعها فأمسكها حولا لا تجب فيها الزكاة كما في الميراث، وكذا لو اشترى بذرا للتجارة وزرعها في أرض عشر استأجرها كان فيها العشر لا غير كما لم اشترى أرض خراج أو عشر للتجارة لم يكن عليه زكاة التجارة وخرج وزرعها في أرض عشر استأجرها كان فيها العشر لا غير كما لو اشترى أرض خراج أو عشر للتجارة لم يكن عليه زكاة التجارة إنما عليه حق الارض من العشر أو الخراج. وخرج ما ملكه بعقد ليس فيه مبادلة أصلا كالهبة والوصية والصدقة أو ملكه بعقد هو مبادلة مال بغير مال كالمهر بدل الخلع والصلح عن دم العمد وبدل العتق فإنه لا تصح فيه نية التجارة وهو الاصح لان التجارة كسب المال ببدل هو مال والقبول هنا اكتساب المال بغير بدل أصلا فلم يكن من باب التجارة فلم تكن النية مقارنة لعمل التجارة. كذا صححه في
***
[٣٦٧]
البدائع. وقيدنا ببدل الصلح عن دم العمد لان العبد للتجارة إذا قتله عبد خطأ ودفع به فإن المدفوع يكون للتجارة. كذا في الخانية. ولو استقرض عروضا ونوى أن تكون للتجارة اختلف المشايخ، والظاهر أنها تكون للتجارة وإليه أشار في الجامع كما في البدائع. ولو اشترى عروضا للبذلة والمهنة ثم نوى أن تكون للتجارة بعد ذلك لا تصير للتجارة ما لم يبعها فيكون بدلها للتجارة لان التجارة عمل فلا تتم بمجرد النية بخلاف ما إذا كان للتجارة فنوى أن تكون للبذلة خرج عن التجارة بالنية وإن لم يستعمله لانها ترك العمل فتتم بها. قال الشارح الزيلعي: ونظيره المقيم والصائم والكافر والعلوفة والسائمة حيث لا يكون مسافرا ولا مفطرا ولا مسلما ولا سائمة ولا علوفة بمجرد النية ويكون مقيما وصائما وكافرا بالنية اه. فقد سوى بين العلوفة والسائمة. والمنقول في النهاية وفتح القدير أن العلوفة لا تصير سائمة بمجرد النية، والسائمة تصير علوفة بمجردها، وقد ظهر لي التوفيق بينهما أن كلام الشارح محمول على ما إذا نوى أن تكون السائمة علوفة وهي في المرعي. ولم يخرجها بعد فأنها بهذه النية لا تكون علوفة بل لا بد من العمل وهو إفراجها في المرعى ولم يرد بالعمل أن يعلفها، وكلام غيره محمول على ما إذا نوى أن تكون علوفة بعد إخراجها من المرعى، وهذا التوفيق يدل عليه ما في النهاية في
***
[٣٦٨]
تعريف السائمة فليراجع. وأما الدلالة فهي أن يشتري عينا من الاعيان بعرض التجارة أو يؤاجر داره التي للتجارة بعرض من العروض فيصير للتجارة وإن لم ينو التجارة صريحا لكن ذكر في البدائع الاختلاف في بدل منافع عين معدة للتجارة، ففي كتاب الزكاة من الاصل أنه للتجارة بلا نية، وفي الجامع ما يدل على التوقف على النية فكان في المسألة روايتان، ومشايخ بلخ كانوا يصححون رواية الجامع لان العين وإن كانت للتجارة لكن قد يقصد ببدل منافعها المنفعة فيؤاجر الدابة لينفق عليها والدار للعمارة فلا تصير للتجارة مع التردد إلا بالنية اه. ثم اعلم أنه يستثني من اشتراط نية التجارة للوجوب ما يشتريه المضارب فإنه يكون للتجارة وإن لم ينوها أو نوى الشراء للنفقة حتى لو اشترى عبيدا بمال المضاربة ثم اشترى لهم كسوة وطعاما للنفقة كان الكل للتجارة وتجب الزكاة في الكل لانه لا يملك إلا الشراء للتجارة بمالها وإن نص على النفقة بخلاف المالك إذا اشترى عبيدا للتجارة ثم اشترى لهم طعاما وثيابا للنفقة فإنه لا يكون للتجارة لانه يملك الشراء لغير التجارة. كذا في البدائع. ويدخل في نية التجارة ما يشتريه الصباغ بنية أن يصبغ به للناس بالاجرة فإنه يكون للتجارة بهذه النية. وضابطه أن ما يبقى أثره في العين فهو مال التجارة، وما لا يبقى أثره فيها فليس منه كصابون الغسال كما قدمنا. ولم يذكر المصنف من شرائط الوجوب العلم به حقيقة أو حكما بالكون في دار الاسلام كما في البدائع لانه شرط لكل عبادة، وقد يقال: إنه ذكر الشروط العامة هنا كالاسلام والتكليف فينبغي ذكره أيضا اه. قوله (وشرط أدائها نية مقارنة للاداء أو لعزل ما وجب أو تصدق بكله) بيان لشرط الصحة فإن شرائطها ثلاثة أنواع: شرائط وجوب وهي ما ذكره إلا الحول فإنه من شروط وجوب الاداء بدليل جواز التعجيل قبله بعد وجود السبب، وأما النية فهي شرط الصحة لكل عبادة كما قدمناه وقد علمت من قوله أولا لله تعالى لكن المراد هنا بيان تفاصيلها. والاصل اقترانها بالاداء كسائر العبادات إلا أن الدفع يتفرق فيحرج باستحضار النية عند كل دفع فاكتفى بوجودها حالة العزل دفعا للحرج. وإنما سقطت عنه بلا نية فيما إذا تصدق بجميع النصاب لان الواجب جزء منه وقد وصل إلى مستحقه، وإنما تشترط النية لدفع المزاحم فلما أدى الكل زالت المزاحمة. أطلق المقارنة فشمل المقارنة الحقيقية وهو ظاهر،

والحكمية كما إذا دفع بلا نية ثم حضرته النية والمال قائم في يد الفقير فإنه يجزئه وهو بخلاف ما إذا نوى بعد هلاكه، وكما إذا وكل رجلا بدفع زكاة ماله ونوى المالك عند الدفع إلى الوكيل فدفع الوكيل بلا نية فإنه يجزئه لان المعتبر نية الآمر لانه المؤدي حقيقة، ولو دفعها إلى ذمي ليدفعها إلى
***
[٣٦٩]
الفقراء جاز لوجود النية من الآمر. ولو أدى زكاة غيره بغير أمره فبلغه فأجاز لم يجز لانها وجدت نفاذا على المتصدق لانها ملكه ولم يصر نائبا عن غيره فنفذت عليه. ولو تصدق عنه بأمره جاز ويرجع بما دفع عند أبي يوسف وإن لم يشترط الرجوع كالامر بقضاء الدين، وعند محمد لا رجوع له إلا بالشرط. وتمامه في الخانية: ولو أعطاه دراهم ليتصدق بها تطوعا فلم يتصدق بها حتى نوى الآمر أن تكون زكاته ثم تصدق بها أجزأه، وكذا لو قال تصدق بها عن كفارة يميني ثم نوى عن زكاة ماله. وفي الفتاوى: رجلان دفع كل واحد منهما زكاة ماله إلى رجل ليؤدي عنه فخلط مالهما ثم تصدق ضمن الوكيل، وكذا لو كان في يد رجل أوقاف مختلفة فخلط إنزال الاوقاف، وكذلك البياع والسمسار والطحان إلا في موضع يكون الطحان مأذونا بالخلط عرفا انتهى. وبه يعلم حكم من يجمع للفقراء، ومحله ما إذا لم يوكلوه فإن كان وكيلا من جانب الفقراء أيضا فلا ضمان عليه، فإذا ضمن في صورة الخلط لا تسقط الزكاة عن أربابها، فإذا أدى صار مؤديا مال نفسه. كذا في التجنيس. ولو لم يخلط الجابي فإنه يجوز دفع من أعطى قبل أن تبلغ الدراهم مائتين ولا يجوز لمن أعطى بعدما بلغت نصابا إن كان الفقير وكل الجابي وعلم المعطى ببلوغه نصابا، فإن لم يكن الجابي وكيل الفقير جاز مطلقا، وإن لم يعلم المعطى ببلوغه نصابا جاز في قول أبي حنيفة ومحمد. كذا في الظهيرية. وللوكيل بدفع الزكاة أن يدفعها إلى ولد نفسه كبيرا كان أو صغيرا وإلى امرأته إذا كانوا محاويج ولا يجوز أن يمسك لنفسه شيأ اه. إلا إذا قال ضعها حيث شئت فله أن يمسكها لنفسه. كذا في الولوالجية. وأشار المصنف إلى أنه لا يخرج بعزل ما وجب عن العهدة بل لا بد من الاداء إلى الفقير لما في الخانية: لو أفرز من النصاب خمسة ثم ضاعت لا تسقط عنه الزكاة. ولو مات بعد إفرازها كانت الخمسة ميراثا عنه اه. بخلاف ما إذا ضاعت في يد الساعي لان يده كيد الفقراء. كذا في المحيط. وفي التجنيس: لو عزل الرجل زكاة ماله ووضعه في ناحية من بيته فسرقها منه سارق لم تقطع يده للشبهة، وقد ذكر في كتاب السرقة من هذا الكتاب أنه يقطع السارق غنيا كان أو فقيرا اه بلفظه. وإلى أنه لو أخر الزكاة ليس للفقير أن يطالبه ولا أن يأخذ ماله بغير علمه وإن أخذ كان لصاحب المال أن يسترده إن كان قائما ويضمنه إن كان هالكا، فإن لم يكن في قرابة من عليه الزكاة أو في قبيلته أحوج من هذا الرجل فكذلك ليس له أن يأخذها له، وإن أخذ كان ضامنا في الحكم، أما فيما بينه وبين الله تعالى يرجى أن يحل له الاخذ. كذا في الخانية أيضا. وإلى أنه لو مات من عليه الزكاة لا تؤخذ من تركته لفقد شرط صحتها وهو النية إلا إذا أوصى بها فتعتبر من الثلث كسائر التبرعات وإلى أنه لو امتنع من أدائها فالساعي لا يأخذ منه كرها، ولو أخذ لا يقع عن الزكاة لكونها بلا اختيار ولكن يجبره بالحبس ليؤدي بنفسه لان الاكراه لا يسلب الاختيار بل الطواعية فيتحقق الاداء عن اختيار. كذا في المحيط. وفي مختصر الطحاوي: ومن امتنع عن أداء زكاة ماله
***
[٣٧٠]
وأخذها الامام كرها منه فوضعها في أهلها أجزأه لان للامام ولاية أخذ الصدقات فقام أخذه مقام دفع المالك اه. وفي القنية: فيه إشكال لان النية فيها شرط ولم توجد منه اه. وفي المجمع: ولا نأخذها من سائمة امتنع ربها من أدائها بغير رضاه بل نأمره ليؤديها اختيارا اه. والمفتى به التفصيل إن كان في الاموال الظاهرة فإنه يسقط الفرض عن أربابها بأخذ السلطان أو نائبه لان ولاية الاخذ له فبعد ذلك إن لم يضع السلطان موضعها لا يبطل أخذه عنه، وإن كان في الاموال الباطنة فإنه لا يسقط الفرض لانه ليس للسلطان ولاية أخذ زكاة الاموال الباطنة فلم يصح أخذه. كذا في التجنيس والواقعات والولوالجية. وقيد بالتصدق بالكل لانه لو تصدق ببعض النصاب بلا نية اتفقوا أنه لا يسقط زكاة كله، واختلفوا زكاة في سقوط ما تصدق به فقال محمد بسقوطه، وقال أبو يوسف عليه زكاة كله إلا إذا كان الموهوب مائة وستة وتسعين فحينئذ. تسقط كذا في المبتغى بالغين المعجمة. وأطلق في التصدق بالكل فشمل العين والدين فلو كان له على فقير دين فأبرأه عنه سقط زكاته عنه، نوى الزكاة أولم ينو لما قدمناه، ولو أبرأه عن البعض سقط زكاة ذلك

البعض ولا تسقط عنه زكاالباقي ولو نوى به الاداء عن الباقي يصير عينا بالقبض فيصير مؤديا الدين عن العين، والاصل فيه أن أداء العين عن العين وعن الدين يجوز، وأداء الدين عن العين وعن دين سيقبض لا يجوز، وأداء الدين عن دين لا يقبض يجوز. كذا في شرح الطحاوي. وحيلة الجواز أن يعطى المديون الفقير خمسة زكاة ثم يأخذه منه قضاء عن دينه كذا في المحيط ولو أمر فقيرا يقبض دين له على اخر نواه عن زكاة عين عنده جاز لان الفقير يقبض عينا فكان عينا عن عين. كذا في الولواجية. وقيدنا بكون من عليه الدين فقيرا لانه لو كان غنيا فوهبه بعد الحول ففيه روايتان، أصحهما الضمان كما في المحيط وقد قدمناه. وشمل أيضا ما إذا لم ينو شيأ أصلا أو نوى غير الزكاة وهو الصحيح فيما إذا نوى التطوع، أما إذا تصدق بكله ناويا النذر أو واجبا آخر فإنه يقع عما نوى ويضمن قدر الواجب. كذا في التبيين. وفي شرح الطحاوي: لو وجبت الزكاة في مائتي درهم فأدى خمسة ونوى ذلك تطوعا سقطت عنه زكاة الخمسة وهي ثمن درهم ولا تسقط عنه زكاة الباقي اهـ. وينبغي أن يكون مفرعا على قول محمد كما لا يخفى. ولم يشترط المصنف رحمه الله علم الآخذ بما يأخذه أنه زكاة للاشارة إلى أنه ليس بشرط وفيه اختلاف، والاصح كما في المبتغى والقنية أن من أعطى مسكينا دراهم وسماها هبة أو قرضا ونوى الزكاة فإنها تجزئه، ولم يشترط أيضا الدفع من عين

***

[٣٧١]

مال الزكاة لما قدمناه من أنه لو أمر إنسانا بالدفع عنه أجزأه لكن اختلف فيما إذا دفع من مال آخر خبيث. وظاهر القنية ترجيح الاجزاء استدلالا بقولهم: مسلم له خمر فوكل ذميا فباعها من ذمي فللمسلم أن يصرف هذا الثمن إلى الفقراء من زكاة ماله اهـ. وفي الخانية: إذا هلكت الوديعة عند المودع فدفع القيمة إلى صاحبها وهو فقير لدفع الخصومة يريد به الزكاة لا يجزئه اهـ. وفي القنية: عليه زكاة ودين أيضا والمال يفي بأحدهما يقضي دين الغريم ثم يؤدي حق الكريم اهـ. وفي الظهيرية: له خمس من الابل وأربعون شاة فأدى شاة لا ينوي عن أحدهما صرفها إلى أيهما شاء كما لو كفر عن ظهار امرأتين بتحرير رقبة كان له أن يجعل عن أيتهما شاء اهـ. وفي فتح القدير: والافضل في الزكاة الاعلان بخلاف صدقة التطوع. وفي الولواجية: إذا أدى خمسة دراهم ونوى الزكاة والتطوع جميعا يقع عن الزكاة عند أبي يوسف، وعند محمد عن النفل لان نية النفل عارض نية الفرض فبقي مطلق النية، لابي يوسف أن نية الفرض أقوى فلا يعارضها نية النفل اهـ. وأطلق في عزل ما وجب فشمل ما إذا عزل كل ما وجب أو بعضه. وفي الخانية من باب الاضحية: للوكيل بدفع الزكاة أن يوكل بلا إذن ولا يتوقف. وفي القنية من باب الوكالة بأداء الزكاة: لو أمره أن يتصدق بدينار على فقير معين فدفعها إلى فقير آخر لا يضمن. ثم رقم برقم آخر أنه في الزكاة يضمن وله التعين اهـ. والقواعد تشهد للاول لانهم قالوا: لو قال لله علي أن أتصدق بهذا الدينار على فلان فله أن يتصدق على غيره. وفي الواقعات: ولو شك رجل في الزكاة فلم يدرا زكى أم لا فإنه يعيد. فرق بين هذا وبين ما إذا شك في الصلاة بعد ذهاب الوقت أصلاها أم لا، والفرق أن العمر كله وقت لاداء الزكاة فصار هذا بمنزلة شك وقع في أداء الصلاة أنه أدى أم لا وهو في وقتها ولو كان كذلك يعيد اهـ. ووقعت حادثة هي أن من شك هل أدى جميع ما عليه من الزكاة أم لا بأن كان يؤدي متفرقا ولا يضبطه هل يلزمه إعادتها، ومقتضى مذكرنا لزوم

***

[٣٧٢]

الاعادة حيث لم يغلب على ظنه دفع قدر معين لانه ثابت في ذمته بيقين فلا يخرج عن العهدة بالشك والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب. باب صدقة السوائم أي زكاتها قالوا: حيث أطلقت الصدقة في الكتاب العزيز فالمراد بها الزكاة. وبدأ أكثرهم ببيان السوائم اقتداء بكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم فإنها كانت مفتتحة بها ولكونها أعز أموال العرب. والسوائم جمع سائمة ولها معنيان: لغوي وفقهي. قال في المغرب، سامت الماشية رعت سوما وأسامها صاحبها أسامة، والسائمة عن الاصمعي كل إبل ترسل ترعي ولا تعلف في الاهل اهـ. وفي ضياء الحلوم: السائمة المال الراعي قوله (هي التي تكتفي بالرعي في أكثر السنة) بيان للسائمة بالمعنى الفقهي لان اسم السائمة لا يزول بالعلف اليسير ولانه لا يمكن الاحتراز عنه. قيد بالاكثر لافادة أنه لو علفها نصف الحول فإنها لا تكون سائمة فلا زكاة فيها لوقوع الشك في السبب لان المال إنما صار سببا بوصف الاسامة فلا يجب الحكم مع الشك. اعترض في

النهاية بأن مرادهم تفسير السائمة التي فيها الحكم المذكور فهي تعريف بالاعم إذ بقي قيد كون ذلك لغرض النسل والدر والتسمين وإلا فيشمل الاسامة لغرض الحمل والركوب وليس فيها زكاة وأقره عليه في فتح القدير. وقد يجاب بأنهم إنما تركوا القيد لتصريحهم بعد ذلك بأن ما كان للحمل والركوب فإنه لا شئ فيه، وصرحوا أيضا بأن العروض إذا كانت للتجارة يجب فيها زكاة التجارة وقالوا: إن العرض خلاف النقد فيدخل فيه الحيوانات. وحاصله أنه إن أسامها للحمل أو للركوب فلا زكاة أصلا، أو للتجارة ففيها زكاة التجارة، أو للدر والنسل ففيها الزكاة المذكورة في هذا الباب. وفي المحيط: ولو اشتراها للتجارة ثم جعلها سائمة يعتبر الحول من وقت الجعل لان حوزكاة التجارة يبطل بجعلها للسوم لان زكاة السوائم وزكاة التجارة مختلفان قدرا وسببا فلا يبني حول أحدهما على الآخر اه. فإن قلت: قد اقتصر الزيلعي وغيره على أن المراد بها التي تسام للدر والنسل فيفيد أنها لو كانت كلها ذكورا لا تجب الزكاة فيها، والمصرح به في البدائع والمحيط أنه لا فرق بين
***
[٣٧٣]
كونها كلها إناثا أو كونها كلها ذكورا أو بعضها ذكورا وبعضها إناثا. قلت: المقصود من هذا الشرط نفي كون الأسامة للحمل والركوب أو للتجارة لا اشتراط أن تكون للدر والنسل، ولذا زاد في المحيط ان تسام لقصد الدر والنسل والزيادة والسمن، فالذكور فقط تسام للزيادة والسمن لكن في البدائع: لو أسامها للحم لا زكاة فيها كالحمل والركوب. وفي القنية: له إبل عوامل يعمل بها في السنة أربعة أشهر ويسمنها في الباقي ينبغي أن لا يجب فيها الزكاة اه. والرعي مصدر رعت الماشية الكلا والرعي بالكسر الكلا نفسه. كذا في المغرب. والمناسب هنا ضبطه بالفتح لان السائمة في الفقه هي التي ترعى ولا تعلففي الاهل لقصد الدر والنسل كما في فتح القدير، فلو حمل الكلا إليها في البيت تكون سائمة فلو ضبط الرعي في كلامهم هنا بالكسر لكانت سائم، ولا بد أن يكون الكلا الذي ترعاه مباحا كما قيده الشمني به لان الكلا في اللغة كل ما رعت الدواب من الرطب واليابس فيدخل فيه غير المباح. قوله (ويجب في خمس وعشرين ابلا بنت مخاض وفيما دونه في كل خمس شاة وفي ست وثلاثين بنت لبون وفي ست وأربعين حقة وفي احدى وستين جذعة وفي ست وسبعين بنتا لبون وفي احدى وتسعين حقتان إلى مائة وعشرين) بهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله صلى الله عليه وسلم. والابليس لها واحد من لفظها والنسبة إليها إبلي بفتح الباء كقولهم في النسبة إلى سلمة سلمي بالفتح لتوالي الكسرات مع الياء. والمخاض النوق الحوامل، وابن المخاض هو الفصيل الذي حملت أمه قبل ابن اللبون بسنة، وكذلك بنت المخاض. والمخاض أيضا وجع الولادة قال تعالى
***
[٣٧٤]
* (فأجاها المخاض إلى جذع النخلة) * (مريم: ٢٣) وشاة لبون ذات لبن، وابن اللبون الذي استكمل سنتين ودخل في الثالثة، والحق من الابل ما استكمل ثلاث سنين ودخل في الرابعة، والحقة الانثى والجمع حقاق، والجذع من البهائم قيل الثني إلا أنه من الابل في السنة الخامسة والانثى جذعة. هذا في اللغة. وفي الشريعة والمراد ببنت المخاض ما تم لها سنة، وبنت اللبون ما تم لها سنتان، وبالحقة ما تم لها ثلاث، وبالجذعة ما تم لها أربع. ذكر الزيلعي في فصل المحرمات من النكاح أن قيد كونها بنت مخاض أو بنت لبون خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط فالمراد السن لا أن تكون أمها مخاضا أو لبونا اه. واقتصر الفقهاء على هذه الاسنان الاربعة لان ما عداها لا مدخل لها في الزكاة كالثني والسديس والباذل تيسيرا على أرباب الاموال بخلاف الاضحية فإنها لا تجوبهذه الاسنان لانه لا يجوز فيها إلا الثني ولا يجوز الجذع إلا من الضأن وقالوا: هذه الاسنان الاربعة نهاية الابل في الحسن والدر والنسل والقوة وما زاد عليه فهو رجوع كالكبر والهرم. والاصل في هذا الباب أنه توقيفي، وما في المبسوط مما يفيد أنه معقول المعنى فإنه قال: إن إيجاب الشاة في خمسة من الابل لان المأمور به ربع العشر بقوله عليه الصلاة والسلام هاتوا ربع عشر أموالكم والشاة تقرب من ربع عشر فإن الشاة كانت تقوم بخمسة دراهم هناك وابنة مخاض بأربعين درهما فإيجاب الشاة في الخمس كإيجابها في المائتين من الدراهم ففيه نظر، لانه قد ورد في الحديث أن من وجب عليه سن فلم يوجد عنده فإنه يضع العشرة موضع الشاة عند عدمها وهو مصرح بخلافه. وقيد المصنف السن الواجب في الابل بالاناث لانه لا يجوز فيها دفع الذكور كبن المخاض إلا بطريق القيمة للاناث إلا فيما دون خمس وعشرين من الابل فإنه يجوز الذكور كابن المخاض إلا بطريق القيمة للاناث إلا فيما دون خمس وعشرين من الابل فإنه يجوز الذكر

والانثى لان النص ورد باسم الشاة فإنها تقع على الذكر والانثى بخلاف البقر والغنم فإنه يجوز في السن الواجب فيهما الذكور والاناث كما سيصرح به من التبيع والمسن. وفي البدائع: ولا يجوز في الصدقة إلا ما يجوز الاضحية. وأطلق فيه الابل فشمل الذكور والاناث كما قدمناه لان الشرع ورد بنصابها باسم الابل والبقر والغنم، واسم الجنس يتناول جميع الانواع بأي صفة كانت كاسم

***

[٣٧٥]

الحيوان، وسواء كان متولدا من الاهليين أو من أهلي ووحشي بعد أن كان الام أهلية كالمتولد من الشاة والظبي إذا كان أمه شاة، والمتولد من البقر الاهلي والوحشي إذا كان أمه أهلية فتجب الزكاة فيه. كذا في البدائع. وشمل الصغار والكبار لكن بشرط أن لا يكون الكل صغارا لما سيصرح به بعد ذلك فالصغار تبع للكبار عند الاختلاط. وشمل الاعمى والمريض والاعرج في العدد ولا يؤخذ في الصدقة كما في الولوالجية، وشمل السمان والعجاف لكن قالوا: إذا كان له خمس من الابل مهازيل وجب فيها شاة بقدرهن، ومعرفة ذلك أن ينظر إلى الشاة الوسط كم هي من بنت المخاض الوسط، فإن كانت قيمة بنت مخاض وسط خمسين وقيمة الشاة الوسط عشرة تبين أن الشاة الوسط خمس بنت مخاض فوجب في المهازيل شاة قيمتها قيمة خمس واحدة منها، وإن كان سدسها فسدس، وعلى هذا قياسه. وإن كان لا يبلغ قيمة كلها قيمة بنت مخاض وسط ينظر إلى قيمة أعلاهن فيجب فيها من الزكاة قدر خمس أعلاهن، فإن كانت قيمة أعلاهن عشرين فخمسه أربعة فيجب فيها شاة تساوي أربعة دراهم، وإن كانت قيمة أعلاهن ثلاثين فخمسه ستة دراهم لانه لاوجه لا يجاب الشاة الوسط لانه لعل قيمتها تبلغ قيمة واحدة من العجاف أو تربو عليها فيؤدي إلى الاجحاف بأرباب الاموال فأوجبنا شاة بقدرهم ليعتدل النظر من الجانبين، وكذا في العشرة منها يجب شاتان بقدرهم إلى خمس وعشرين فيجب واحدة من أفضلهن، وتمام تفريعات زكاة العجاف في الزيادات والمحيط وغيرها. قوله: (ثم في كل خمس شاة إلى مائة وخمس وأربعين ففيها حقتان وبنت مخاض وفي مائة وخمسين ثلاث حقاق ثم في كل خمس شاة وفي مائة وخمس وسبعين ثلاث حقاق وبنت مخاض وفي مائة وست وثمانين ثلاث حقاق وبنت لبون وفي مائة وست وتسعين أربع حقاق إلى مائتين ثم تستأنف أبدا كما بعد مائة وخمسين) كما ورد ذلك في كتاب عمرو بن جزم. وفي المبسوط وفتاوي قاضيخان: إذا صارت مائتين فهو مخير إن شاء أدى فيها أربع حقاق في كل خمسين حقة، وإن شاء أدى خمس بنات لبون في كل أربعين بنت لبون. وفي معراج الدراية: إن له الخيار فيما إذا كانت مائة وستا وتسعين إن شاء أدى أربع حقاق وإن شاء صبر

***

[٣٧٦]

لتكمل مائتين فيخير بينها وبين خمس بنات لبون. وإنما قيد في الاستئناف بقوله كما بعد مائة وخمسين ليفيد أنه ليس كالاستئناف الذي بعد المائة والعشرين. والفرق بينهما أن في الاستئناف الثاني إيجاب ليفيد أنه ليس كالاستئناف الذي بعد المائة والعشرين، والفرق بينهما أن في الاستئناف الثاني إيجاب بنت لبون، وفي الاستئناف الاول لم يكن لانعدام نصابه، وأن الواجب في الاستئناف الاول تغير من الخمس إلى الخمس إلى أن تستأنف الفريضة، وفي الاستئناف الثاني لم يكن كذلك، فازداد على المائتين خمس ففيها شاة مع الاربع حقاق أو الخمس بنات لبون، وفي عشر شاتان معها، وفي خمسة عشر ثلاث شياه معها، وفي عشرين أربع معها، فإذا بلغت مائتين وخمسا وعشرين ففيها بنت مخاض معها إلى ست وثلاثين فبنت لبون معها إلى ست وأربعين ومائتين ففيها خمس حقاق إلى مائتين وخمسين، ثم تستأنف كذلك ففي مائتين وست وتسعين ست حقاق إلى ثلثمائة وهكذا قوله: (والبخت كالعراب) لان اسم الابل يتناولهما واختلافهما في النوع لا يخرجهما من الجنس. والبخت جمع بختي وهو الذي تولد من العربي والعجمي منسوب إلى بخت نصر. والعراب عربي للبهائم وللاناسي عرب ففرقوا بينهما في الجمع. والعرب هم الذين استوطنوا المدن والقرى العربية والاعراب أهل البدو واختلف في نسبتهم، فالاصح أنهم نسبوا إلى عربة بفتحتين وهي من تهامة لان أباهم اسمعيل عليه السلام نشأ بها. كذا في المغرب والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب. باب صدقة البقر قدمت على الغنم لقربها من الابل في الضخامة حتى يشملها اسم البدنة. وفي المغرب: بقر بطنه شقه من باب طلب. والباقور والابقور والبقر سواء، وفي التكملة عن قطرب الباقورة البقر ا ه‍. والبقر جنس واحده بقرة ذكرا كان أو أنثى كالتمر والتمرة فالتاء للوحدة لا للتأنيث، وفي ضياء الحلوم: الباقر جماعة البقر مع رعائها قوله: (في

ثلاثين بقرا تبيع ذو سنة أو تبيعة وفي أربعين مسن ذو سنتين أو مسنة وفيما زاد بحسابه إلى ستين ففيها تبيعان وفي سبعين مسنة وتبيع وفي ثمانين مسنتان فالفرض يتغير في كل عشر من تبيع إلى

***

[٣٧٧]

مسنة) بهذا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا حين بعثه إلى اليمن ولا خلاف فيما في المختصر إلا في قوله وفيما زاد على الاربعين فبحسابه ففيه روايات عن الامام، فما في المختصر رواية عن أبي يوسف عنه فيجب في الزائد إذا كان واحدة جزء من أربعين جزأ من مسنة، وروى الحسن عنه أنلا شئ فيما زاد إلى خمسين ففي الخمسين مسنة وربع مسنة أو ثلث تبيع وروى أسد بن عمرو عنه أن لا شئ في الزيادة إلى ستين وهو قولهما، وظاهر الرواية ما في المختصر كذا في غاية البيان لكن في المحيط رواية أسد أعدل الاقوال. وفي جامع الفقه: قولهما هو المختار وذكر الاسبيجابي أن الفتوى على قولهما كما ذكره العلامة قاسم في تصحيحه على القدوري. وسمي الحولي من أولاد البقر بالتبيع لانه يتبع أمه بعد. والمسن من البقر والشاه ما تم له سنتان، ومن الابل ما دخل في السنة الثامنة. ثم لا يتعين الانوثة في هذا الباب ولا في الغنم بخلاف الابل لانها لا تعد فضلا فيهما بخلاف الابل وفي المحيط معزيا إلى الزيادات: له أربعون من البقر عجافا فعليه مسنة بقدرهن. ومعرفة ذلك أن ينظر إلى قيمة التبيع الوسط وقيمة المسنة الوسط، فإن كانت قيمة التبيع أربعين وقيمة المسنة خمسين تبين أن المسنة مثل تبيع وربع تبيع فعليه واحدة من أفضلهن وربع التي تليها، وإنت كان قيمة أفضلهن ثلاثين وقيمة التي تليها عشرين فعليه مسنة قيمتها خمسة وثلاثون وعلى هذا تجري المسائل اه‍ قوله: (والجاموس كالبقر) لان اسم البقر يتناولهما إذ هو نوع منه فيكمل نصاب البقر به وتجب فيه زكاتها، وعند الاختلاط تؤخذ الزكاة من أغلبها إن كان بعضها أكثر من بعض، وإن لم يكن فيأخذ أعلى الادنى وأدنى الاعلى. ولا يرد عليه ما إذا حلف لا يأكل لحم البقر فأكله فإنه لا يحنث كما في الهداية، لان أوهام الناسلا تسبق إليه في ديارنا لقلته. وفي فتاوي قاضيخان من فصل الاكل من الايمان قال بعضهم: لو حلف لا يأكل البقر فأكل لحم الجاموس حنث. ولو حلف أن لا يأكل لحم الجاموس فأكل لحم البقر لا يحنث وهذا أصح، وينبغي أن لا يحنث في الفصلين للعرف اه‍. فعلى هذا التصحيح كان التشبيه في قوله كالجاموس عاما في الايمان أيضا ويوافقه ما في المحيط: والجواميس بمنزلة البقر، ولهذا لو حلف لا يشتري بقرا فاشترى جاموسا يحنث بخلاف البقر الوحشي لانه ملحق بخلاف الجنس كالحمار الوحشي وإن ألفت فيما بيننا لا يلتحق بالاهلي حكما حتى يبقى حلال الاكل فكذا البقر الوحشي اه‍. والحق ما في الهداية وفي التبيين. وقوله والجاموس كالبقر ليس بجيد لانه يوهم أنه ليس ببقر اه‍. وجوابه أنه لما كان في العرف ليس ببقر كان ذلك كافيا في التغاير المقتضي لصح التشبيه، وعبارة الولوالجي أحسن وهي: والجواميس من البقر لانها نوع منه والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

***

[٣٧٨]

فصل في الغنم سميت (به لانه ليس لها آلة الدفاع فكانت غنيمة لكل طالب قوله: (في أربعين شاة شاة وفي مائة وإحدى وعشرين شاتان وفي مائتين وواحدة ثلاث شياه وفي أربعمائة أربع شياه ثم في كل مائة شاة شاة) بالاجماع وقدمنا أن الشاة تشمل الذكر والانثى. وفي المحيط: والمتولد بين الغنم والظباء يعتبر فيه الام، فإن كانت غنما وجبت فيها الزكاة ويكمل به النصاب وإلا فلا. وفي الولوالجية: لو كان لرجل مائة وعشرون شاة حتى وجبت فيها شاة ليس للساعي أن يفرقها فيجعلها أربعين أربعين فيأخذ ثلاث شياه لان باتحاد الملك صار الكل نصابا، ولو كان بين رجلين أربعون شاة حتى لم يجب على كل واحد منها الزكاة ليس للساعي أن يجمعها ويجعلها نصابا ويأخذ الزكاة منها لان ملك كل واحد منهما قاصر على النصاب اه‍. وفي العجاف إن كانت شاة وسط تعينت وإلا واحدة من أفضلها، فإن كانت نصابين أو ثلاثة كمائة وإحدى وعشرين أو مائتين وواحدة وفيها عدد الواجب وسط تعينت هي أو قيمتها، وإن بعضه تعين هو وكمل من أفضلها بقية الواجب فتجب الواحدة الوسط واحدة أو اثنتان عجفا وأن يحسب ما يكون الواجب والموجود، وتمامه في الزيادات قوله: (والمعز كالضأن) لان النص ورد باسم الشاة والغنم وهو شامل لهما فكانا جنسا واحدا. وفي فتح القدير: والضأن والمعز سواء أي في تكميل النصاب لا في أداء الواجب اه‍. وفي المعراج الضأن جمع ضائن كركب جمع راكب من ذوات الصوف والضأن اسم للذكر، والنعجة للانثى، والمعزذات الشعر اسم للانثى واسمن الذكر التيس قوله: (ويؤخذ الثني في زكاته لا الجذع)

لقول علي رضي الله عنه: لا يجزئ في الزكاة إلا الثني فصاعدا. أو أطلقه فشمل الضأن والمعز ولا خلاف أنه لا يؤخذ في المعز إلا الثني كما ذكره قاضيخان. واختلف في الضأن، فما في المختصر ظاهر الرواية ويقابله جواز الجذع وهو قولهما قياسا على الاضحية وهو ممتنع لان جواز التضحية به عرف نصا فلا يلحق به غيره والثني ما تم له سنة. واختلف في الجذع ففي الهداية أنه ما أتى عليه أكثرها، وذكر الناطفي أنه ماتم له ثمانية أشهر، وذكر

***

[٣٧٩]

الزعفراني أنه ما تم له سبعة أشهر وذكر الاقطع. قال الفقهاء: الجذع من الغنم ماله ستة أشهر ا ه. وهو الظاهر وحاصله أن الجذع من الغنم عند الفقهاء ابن نصف سنة، ومن البقر ابن سنة، ومن الابل ابن أربع سنين، والثني عندهم ما تم له سنة من الغنم، ومن البقر ابن سنتين من الابل ابن خمسة، والمذكور في التبيين من كتاب الاضحية أن الثني من الضأن والمعز سواء وهو ماتم له سنة، ولم أرسن الجذع من المعز عند الفقهاء وإنما نقلوه عن الازهري أن الجذع من المعز ما تم له سنة. قوله: (ولا شئ في الخيل) اختيار لقولهما لحديث البخاري مرفوعا ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة (١) ولا يريد عليه أن فيها زكاة التجارة إذا كانت لها اتفاقا لان كلامه في زكاة السوائم لا مطلق الزكاة، وأما عند أبي حنيفة فلا يخلوا إما إن تكون سائمة أو علوفة، وكل منهما لا يخلو إما أن تكون للتجارة أولا، فإن كانت للتجارة وجبت فيها زكاة التجارة سائمة كانت أو علوفة لانها من العروض، وإن لم تكن للتجارة فلا يخلو إما أن تكون للحمل والركوب أو لا، فإن كانت للحمل والركوب فلا شئ فيها مطلقا، وإن كانت لغيرهما فإما أن تكون سائمة أو علوفة، فإن كانت علوفة فلا شئ فيها، وإن كانت سائمة للدر والنسل فلا يخلو فإن كانت ذكورا وإناثا فلا يخلوا، فإن كانت من أفراس العرب فصاحبها بالخير إن شاء أعطى عن كل فرس دينارا وإن شاء قومها وأعطى عن كل مائتين خمسة دراهم وهو مأثور عن عمر رضي الله عنه كما في الهداية. وإن لم تكن من أفراس العرب فإنها تقوم ويؤدي عن كل مائتين خمسة دراهم، والفرق أن أفراس العرب لا تتفاوت تفاوتا فاحشا بخلاف غيرها كما في الخانية. وإن كانت ذكورا فقط أو إناثا، فقط فعنه روايتان المشهور منهما عدم الوجوب، لانها غير معدة للاستنماء لان معنى النسل لا يحصل منها ومعنى السمن فيها غير معتبر لانه غير مأكول اللحم. كذا في المحيط وصححه في البدائع. وفي التبيين: الاشبه أن تجب في الاناث لانها تتناسل بالفحل المستعار ولا تجب في الذكور لعدم النماء. ورجح قوله شمس الائمة وصاحب التحفة وتبعهما في فتح القدير وذكر في الخانية أن الفتوى على قولهما، وأجمعوا أن الامام لا يأخذ منهم صدقة الخيل جبرا ا ه. واختلف المشايخ على قوله في اشتراط نصابلها والصحيح أنه لا يشترط لعدم النقل بالتقدير قوله: (ولا في الحمير والبغال لقوله عليه السلام لم ينزل على فيهما شئ والمقادير ثبتت سماعا إلا أن تكون للتجارة لان الزكاة حينئذ تتعلق بالمالية كسائر أموال التجارة.

***

[٣٨٠]

قوله: (ولا في الحملان والفصلان والعجاجيل) الحملان بضم الحاء، وفي الديوان بكسرها جمع حمل بفتحتين ولد الشاة، والفصلان جمع فصيل ولد الناقة قبل أن يصير ابن مخاض، والعجاجيل جمع عجول بمعنى عجل ولد البقرة، وعدم الوجوب في الصغار من السوائم قولهما. وقال أبو يوسف: تجب واحدة منها. وفي المحيط: تكلموا في صورة المسألة فإنها مشكلة لان الزكاة لا تجب بدون مضي الحول وبعد الحول لم تبق صغارا، قيل: إن صورتها أن الحول هل ينعقد على هذه الصغار بأن ملكها في أول الحول ثم تم الحول عليها هل تجب الزكاة فيها وإن لم تبق صغارا، وقيل: صورتها إذا كانت لها أمهات فمضت ستة أشهر فولدت أولادا ثم ماتت الامهات وبقيت الاولاد ثم تم الحول عليها وهي صغار هل تجب الزكاة فيها أم لا وهو الاصح، لابي يوسف أنا لو أوجبا فيها ما يجب في المسان كما قال زفر أجحفنا بأرباب الاموال، ولو أوجبنا فيها شاة أضررنا بالفقراء فأوجبنا واحدة منها استدلالا بالمهازيل فإن نقصان الوصف لما أثر في تخفيف الواجب لا في أسقاطه فكذلك في إسقاطه السن، والصحيح قول أبحنيفة لان النص أوجب للزكاة أسنانا مرتبة ولا مدخل للقياس في ذلك وهو مفقود في الصغار ا ه. وفي معراج الدراية: إنها مصورة فيما إذا كان له خمس وعشرون من النوق قال: وإنما لم تصور خمسة لان أبا يوسف أوجب واحدة منها وذلك لا يتصور في أقل من خمس وعشرين. وهذا الخلاف فيما إذا لم يكن مع الصغار

كبير، فأما إذا كان فتجب بالاجماع حتى لو كان مع تسع وثلاثين حملا مسن تجب ويؤخذ المسن وكذلك في الابل والبقر ا ه. وفي غاية البيان معزيا إلى الزيادات: رجل له تسعة وثلاثون حملا ومسنة واحدة، فإن كانت المسنة وسطا أخذت، وإن كانت جيدة لم تؤخذ ويؤدي صاحب المال شاة وسطا، وإن كانت دون الوسط لم يجب إلا هذه، فإن هلكت الكبيرة بعد الحول بطل الواجب كله عند أبي حنيفة ومحمد لان الصغار كانت تبعا للكبار عندهما، وعند أبي يوسف يجب في الباقي تسعة وثلاثون جزأ من أربعين جزأ من حمل لان الفضل على الحمل إنما وجب باعتبار الكبيرة فبطل بهلاكها، وإذا هلك الكل إلا الكبيرة فإن فيها جزأ من أربعين جزأ من شاة مسنة. وكذلك رجل له أربعة وعشرون فصيلا وبنت مخاض سمينة أو وسط وكذلك تسعة وعشرون عجولا وفيها مسنة أو تبيعه، ثم الاصل الذي يعتبر في حال اختلاط الصغار والكبار أن يكون العدد الواجب في الكبار موجودا كما إذا كان له مسنتان ومائة وتسعة عشر حملا فإنه يجب مسنتان في قولهما، أما إذا كان له مسنة ومائة وعشرون حملا يجب مسنة واحدة عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف تجب مسنة وحمل، وكذلك
***
[٣٨١]
تسعة وخمسون عجولا وتبيع حيث يؤخذا لتبيع فحسب عندهما لانه ليس فيها ما يجزئ في الوجوب غيره. وقال أبو يوسف: يؤخذ التبيع وعجل معه وتمامه في شرح الزيادات لقاضيخان. قوله: (ولا في العلوفة والعوامل) للحديث ليس في الحوامل والعوامل والعلوفة صدقة ولان السبب هو المال النامي ودليله الاسامة أو الاعداد للتجارة ولم يوجد، ولان في العلوفة تتراكم المؤنة فينعدم النماء معنى، والمراد بنفي الزكاة عن العلوفة زكاة السائمة لانها لو كانت للتجارة وجبت فيها زكاة التجارة، والمراد بنفيها عن العوامل التعميم. والعلوفة بفتح العين ما يعلق من الغنم وغيرها الواحد والجمع سواء، العلوفة بالضم جمع علف يقال علفت الدابة ولا يقال أعلفتها والدابة معلوفة وعليف. كذا في غاية البيان. وقدمنا عن القنية أنه لو كان له إبل عوامل يعمل بها في السنة أربعة أشهر ويسمنها في الباقي ينبغي أن لا تجب فيها الزكاة. قوله: (ولا في العفو) أي لا زكاة في العفو وهو لغة مشترك بين أفضل المال وأفضل المرعى، والمعروف والاعطاء من غير مسألة والفاضل عن النفقة والمكان الذي لم يوطأ، والصفح والاعراض عن عقوبة المذنب. وشرعا ما بين النصب كالاربعة الزائدة على الخمسة من الابل إلى العشر، وكالعشرة الزائدة على خمس وعشرين من الابل، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف الزكاة في النصاب لا في العفو، وعند محمد وزفر فيهما حتى لو هلك العفو وبقي النصاب يبقى كل الواجب عند الاولين ويسقط بقدره عند الآخرين، فلو كان له تسع من الابل أو مائة وعشرون من الغنم فهلك بعد الحول من الابل أربعة من الغنم ثمانون لم يسقط شئ من الزكاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد وزفر يسقط في الاول أربعة أتساع شاة وفي الثانية ثلثا شاة. وفي الهداية وغيرها: إن الهلاك يصرف بعد العفو إلى النصاب الاخير ثم إلى الذي يليه إلى أن ينتهي عند الامام لان الاصل هو النصاب الاول وما زاد عليه تابع، وعند أبي يوسف يصرف إلى العفو أولا ثم إلى النصب شائعا. وفي المحيط: إن هذه رواية ضعيفة عن أبي يوسف وظاهر الرواية عنه كقول إمامه. وتظهر فائدته فيما إذا كان له مائة وإحدى وعشرون شاة فهلك إحدى وثمانون بقي من الواجب شاة عند الامام، وعند الثلاثة يجب أربعون جزأ من مائة وإحدى وعشرين جزأ من شاتين. ولو هلك شاة فقط بقي من الواجب شاة عنده، وعند الثلاثة يسقط جزء واحد من مائة وإحدى وعشرين جزأ من شاتين ويبقى الباقي، وإذا كان له أربعون من الابل فهلك نصفها بعد الحول فعند الامام الواجب أربع شياه، وعند أبي يوسف عشرون جزأ من ستة وثلاثين جزأ من بنت اللبون، وعند محمد نصف بنت لبون. ولو هلك عشرة من خمس وعشرين فعنده الواجب ثلاث شياه، وعند الثلاثة ثلاثة أخماس بنت المخاض. وفي غاية البيان. ينبغي لك أن تعلم أن العفو
***
[٣٨٢]
عند أبي حنيفة في جميع الاموال وعندهما لا يتصور العفو إلا في السوائم لان ما زاد على مائتي درهم لا عفو فيه عندهما ا ه. قوله: (ولا الهالك بعد الوجوب) أي لا شئ في الهالك بعد الوجوب فإن هلك المال كله سقط الواجب كله وإن بعضه فبحسابه. وقال الشافعي: يضمن إذا هلك بعد التمكن من الاداء وهو مبني على أن الزكاة تجب في العين أو في الذمة، فعندنا تجب في العين وهو المشهور من قول الشافعي، وفي قول له تجب في الذمة والعين مرتهنة بها. كذا في غاية البيان. ثم الظواهر تؤيد ما قلنا مثل قوله عليه الصلاة

والسلام هاتوا ربع العشر من كل أربعين درهما درهم. أطلقه فشمل ما إذا تمكن من الاداء وفرط في التأخير حتى هلك وما إذا منع الامام أو الساعي بعد الطلب حتى هلك، وفي الثاني خلاف وعامتهم على السقوط وهو الصحيح لانه لم يفوت بهذا المنع ملكا على أحد ولا يدا فصار كما لو طلب واحد من الفقراء، ورجحه في فتح القدير بأنه الاشبه بالفقه لان الساعي وإن تعين لكن للمالك رأي في اختيار محل الاداء بين العين والقيمة، ثم القيمة شائعة في محال كثيرة والرأي يستدعي زمانا فالحبس لذلك ا ه‍. وقيد بالهلاك لانه لو استهلكه بعد الحول لا تسقط عنه لوجود التعدي، واختلف فيما لو حبس السائمة للعلف أو للماء حتى هلكت، قيل هو استهلاك فيضمن، وقيل لا يضمن كالوديعة إذا منعها لذلك حتى هلكت لم يضمن. كذا في المعراج. وقدمنا أن الابراء عن الدين بعد الحول مطلقا ليس باستهلاك فلا زكاة فيه. وفي الخانية: واستبدال مال التجارة بمال التجارة ليس باستهلاك وبغير مال التجارة استهلاك، واستبدال
***
[٣٨٣]
مال السائمة بالسائمة استهلاك وإقراض النصاب بعد الحول ليس باستهلا ك، وإن نوى المال على المستقرض، وكذا لو أعار ثوب التجارة بعد الحول ا ه‍. وإنما كان بيع السائمة استهلاكا مطلقا لان الوجوب فيها متعلق بالصورة والمعنى فبيعها يكون استهلاكا لا استبدالا، فإذا باعها، فإن كان المصدق حاضرا فهو بالخيار إن شاء أخذ قيمة الواجب من البائع وتم البيع في الكل وإن شاء أخذ الواجب من العين المشتراة وبطل البيع في القدر المأخوذ، وإن لم يكن حاضرا وقت البيع وحضر بعد التفرق عن المجلس فإنه لا يأخذه من المشتري وإنما يأخذ قيمة الواجب من البائع. ولو باع طعاما وجب فيه العشر فالمصدق بالخيار إن شاء أخذ من البائع وإن شاء من المشتري، سواء حضر قبل الافتراق أو بعده لانه تعلق العشر بالعين أكثر من تعلق الزكاة بها، ألا ترى أن العشر لا يعتبر فيه المالك بخلاف الزكاة، كذا في البدائع. وفي معراج الدراية: ولو استبدل السائمة بجنسها ينقطع حكم الحول لان وجوب الزكاة في السائمة باعتبار عينها، وفي غيرها باعتبار ماليتها، فالعين الثانية في السائمة غير الاولى لفوات متعلق الوجوب بخلاف العروض لان إخراج مال الزكاة عن ملكه بغير عوض كالهبة باقية مع الاستبدال ا ه‍. وقيدوا بالاستبدال لان إخراج مال الزكاة عن ملكه بغير عوض كالهبة من غير الفقير والوصية أو بعوض ليسبمال بأن تزوج امرأة أو صالح به عن دم العمد أو اختلعت به المرأة فهو استهلاك فيضمن به الزكاة، وقولهم أن استبدال مال التجارة بمثله ليس باستهلاك يستثنى منه ما إذا حابى بما لا يتغابن الناس في مثله فإنه يضمن قدر زكاة المحاباة ويكون دينا في ذمته، وزكاة ما بقي تتحول إلى العين تبقى ببقائها كما في البدائع. فإذا صار مستهلكا بالهبة
***
[٣٨٤]
بعد الحول فإذا رجع بقضاء أو غيره لا شئ عليه لو هلكت عنده بعده لان الرجوع فسخ من الاصل والنقود تتعين في مثله فعاد إليه قديم ملكه ثم هلك فلا ضمان، ولو رجع بعدما حال الحول عند الموهوب له فكذلك خلافا لزفر فيما لو كان بغير قضاء فإنه يقول: يجب على الموهوب له فإنه مختار فكان تمليكا. قلنا: بل غير مختار لانه لو امتنع عن الرد أجبر كذا في فتح القدير. وقولهم إن الرجوع فسخ من الاصل ليس على إطلاقه فقد صرحوا في الهبة أن الواهب لا يملك الزوائد المنفصلة برجوعه. وفي الظهيرية: ولو وهب النصاب ثم استفاد مالا في خلال الحول ثم رجع في الهبة يستأنف الحول في المستفاد من حين استفاده، فهذه المسألة تدل على أن الرجوع في الهبة ليس فسخا للهبة من الاصل إذ لو كان فسخا لما وجب استئناف في المستفاد من وقت الاستفادة ا ه‍. بلفظه. ثم اعلم أنه لو وهب النصاب في خلال الحول ثم تم الحول عند الموهوب له ثم رجع الواهب بقضاء أو غيره فلا زكاة على واحد منهما كما في الخانية، وهي من حيل إسقاط الزكاة قبل الوجوب كما لا يخفى. وفي المعراج: ولو حال الحول على مائتي درهم ثم ورث مثلها نخلطه بها وهلك النصف سقط نصف الزكاة لان أحدهما لبس بتابع للآخر بخلاف ما لو ربح بعد الحول مائتين ثم هلك نصف الكل مختلطا لم يسقط شئ لان الربح تبع فيصرف الهلاك إليه كالعفو، وعندهما لا يتصور العفو في غير السوائم ا ه‍. وسوى في المحيط بين الارث والربح عندهما في عدم السقوط، وعند محمد يسقط نصفها وتمام تفاريعها فيه. وفي المعراج: ولو باع السوائم قبل تمام الحول بيوم فرارا عن الوجوب قال محمد: يكره. وقال أبو يوسف: لا يكره وهو الاصح. ولو باعها للنفقة لا يكره بالاجماع، ولو احتال لاسقاط الواجب يكره بالاجماع، ولو فر من الوجوب بخلا لا تأثيما يكره بالاجماع ا ه‍. قوله: (ولو وجب سن ولم يوجد دفع أعلى منها وأخذ الفضل أو دونها ورد الفضل

أو دفع القيمة) بيان لمسألتين: الاولى لو وجب عليه سن كبنت مخاض مثلا ولم يكن عنده فصاحب المال مخير إن شاء دفع الاعلى واسترد الفضل أو الادنى ورد الفضل فقد جعل الخيار للمالك دون الساعي فيهما، وقد صرح به في المبسوط وقال: ليس للساعي إذا عين المالك
***
[٣٨٥]
سنا أن يأبى ذلك في الصورتين. واستثنى في الهداية من ذلك ما إذا أراد المالك دفع الاعلى وأخذ الفضل من الساعي فإنه لا إجبار على الساعي لانه شراء فحينئذ لم يكن للمالك خيرا في هذه الصورة. وتبعه في التبيين، وتعقبه في غاية البيان بأن الزكاة وجبت بطريق اليسر فإذا كان للساعي ولاية الامتناع من قبول الاعلى يلزم العسر وفي ذلك العود على الموضوع بالنقض فلا يجوز وأيضا فيه خلاف السنة لان من لزمه الحقة تقبل منه الجذعة إذا لم تكن عنده حقه، وكذلك من لزمه بنت لبون وعنده حقه يقبل منه الحقة ويعطي المصدق عشرين درهما أو شاتين كما في صحيح البخاري، وهو دليلنا على دفع القيمة في الزكاة وهي في المسألة الثانية، وتقدير الفضل بالعشرين أو الشاتين بناء على الغالب لا أنه تقدير لازم ا ه‍. وأما قولهم إنه شراء ولا إجبار فيه فممنوع لانه ليس شراء حقيقيا ولم يلزم من الاجبار ضرر بالساعي لانه عامل لغيره، فالظاهر المختصر من أن الخيار للمالك فيهما لكن ذكر محمد في الاصل أن الخيار للمصدق أي الساعي، ورده في النهاية والمعراج بأن الصواب خلافه، وذكر في البدائع أن الخيار لصاحب المال دون المصدق إلا في فصل واحد وهو ما إذا أراد صاحب المال أن يدفع بعض العين لاجل الواجب فالمصدق بالخيار بين أن لا يأخذ وبين أن يأخذ بأن كان الواجب بنت لبون فأراد أن يدفع بعض الحقة بطريق القيمة، فالمصدق إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل لما فيه من تشقيص العين والتشقيص في الاعيان عيب فكان له أن لا يقبل ا ه‍. وتعقبه الزيلعي بأنه غير مستقيم لوجهين: أحدهما أنه مع العيب يساوي قدر الواجب وهو المعتبر في الباب، والثاني أن فيه إجبار المصدق على شراء الزائد ا ه‍. وقد قدمنا
***
[٣٨٦]
أن جبره على شراء الزائد مستقيم، ولا يخفي أن في التشقيص إضرارا بالفقراء فلم يملك رب المال ذلك فاستقام ما في البدائع، ولكن قيد المصنف الخيار المذكور بين الامور الثلاثة بعدم وجود السن الواجب كما في أكثر الكتب وهو قيد اتفاقي لان الخيار ثابت مع وجود السن الواجب، ولذا قال في المعراج: وظن بعض أصحابنا أن أداء القيمة بدل عن الواجب حتى لقب المسألة بالابدال وليس كذلك فإن المصير إلى البدل لا يجوز إلا عند عدم الاصل وأداء القيمة مع وجود المنصوص عليه جائز عندنا ا ه‍. وفي البدائع: اختلف أصحابنا، فعند الامام الواجب فيما عدا السوائم جزء من النصاب معنى لا صورة، وعندهما صورة ومعنى لكن يجوز إقامة غيره مقامه معنى. واختلف في السوائم على قوله، فقيل هي كغيرها، وقيل الواجب المنصوص عليه من حيث المعنى، وعندهما الواجب المنصو ص عليه صورة ومعنى لكن يجوز إقامة غيره مقامه معنى ويبتني على هذا الاصل مسائل الجامع له مائتا قفيز حنطة للتجارة تساوي مائتي درهم ولا مال له غيرها، فإن أدى من عينها يؤدي خمسة أقفزة بلا خلاف، وإن أدى قيمتها فعنده تعتبر القيمة يوم الوجوب في الزيادة والنقصان، وعندهما في الفصلين يعتبر يوم الاداء. واختلف على قوله في السوائم فقيل يوم الوجوب، وقيل يوم الاداء حسب الاختلاف السابق وتمامه فيه. وفي المحيط: يعتبر في قيمة السوائم يوم الاداء بالاجماع وهو الاصح، وذكر في الجامع: لو فسدت الحنطة بما أصابها حتى صارت قيمتها مائة فإنه يؤدي درهمين ونصفا بلا خلاف إذا اختار القيمة لانه هلك جزء من العين فسقط ما تعلق به من الواجب، وإن زادت في نفسها قيمة فالعبرة ليوم الوجوب ا ه‍. وفي الهداية: ويجوز دفع القيمة في الزكاة والكفارة وصدقة الفطر والعشر والنذر ا ه‍. وفي فتح القدير: لو أدى ثلاث شياه سمان عن أربع وسط أو بعض بنت لبون عن بنت مخاض جاز لان المنصوص عليه الوسط فلم يكن الاعلى داخلا في النص والجودة معتبرة في غير الربويات فتقوم مقام الشاة الرابعة بخلاف ما لو كان مثليا بأن أدى أربعة أقفزة جيدة عن خمسة وسط وهي تساويها لا يجوز، أو كسوة بأن أدى ثوبا يعدل ثوبين لم يجز إلا عن ثوب واحد، أو نذر أن يهدي شاتين أو يعتق عبدين وسطين فأهدي شاة أو أعتق عبدا يساوي كل منهما وسطين لا يجوز. أما الاول فلان الجودة غير معتبرة عند المقابلة بجنسها فلا تقوم الجودة مقام القفيز الخامس، وأما الثاني فلان المنصوص عليه مطلق الثوب في الكفارة لا بقيد الوسط فكان الاعلى وغيره داخلا تحت النص، وأما الثالث فلان القربة في الاراقة والتحرير وقد التزم إراقتين وتحريرين فلا

يخرج عن
***
[٣٨٧]
العهدة بواجد: بخلاف النذر بالتصدق بأن نذر أن يتصدق بشاتين وسطين فتصدق بشاة بقدرهما جاز لان المقصود إغناء الفقير، وبه تحصل القربة وهو يحصل بالقيمة. وعلى ما قلنا لو نذر أن يتصدق بقفيز دقل فتصدق بنصفه جيدا يساوي تمامه لا يجزئه لان الجودة لا قيمة لها هنا للربوية وللمقابلة بالجنس بخلاف جنس آخر لو تصدق بنصف قفيز منه يساويه جاز ا ه‍. قيد المصنف بالزكاة لانه لا يجوز دفع القيمة في الضحايا والهدايا والعتق، لان معنى القربة إراقة الدم وذلك لا يتقوم، وكذلك الاعتاق لان معنى القربة فيه إتلاف الملك ونفي الرق وذلك لا يتقوم. كذا في غاية البيان. ولا يخفى أنه مقيد ببقاء أيام النحر، وأما بعدها فيجوز دفع القيمة كما عرف في الاضحية. والسن هي المعروفة والمراد بها هنا ذات سن إطلاقا للبعض على الكل أو سمي بها صاحبها كما سمي المسنة من النوق بالناب لان السن مما يستدل به على عمر الدواب. ووقع هنا إطلاق المصدق على الساعي وهو مشتبه برب المال، والفرق بينهما أنه إن كان بالصاد المخففة والدال المشددة المكسورة فهو بمعنى آخذ الصدقة، وإن كان بالصاد المشددة والدال المكسورة المشددة فهو المعطي لها. قوله: (ويؤخذ الوسط) أي في الزكاة لقوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذوا من حزرا ت أموال الناس - أي كرائمها - وخذوا من حواشي أموالهم أي من أوساطها ولان فيه نظرمن الجانبين. كذا في الهداية. والحررات جمع حزرة بتقديم الزاي المنقوطة على الراء المهملة. وفي الخانية ولا تؤخذو الربا والاكولة والماخض وفحل الغنم لانها من الكرائم وقد نهينا عن أخذ الكرائم، ولا تؤخذ الهرم ولا ذات عوار إلا أن يشاء المصدق ا ه‍. والاكولة الشاة السمينة التي أعدت للاكل، والربا بضم الراء المشددة وتشديد الباء مقصورة وهي التي تربي ولدها. كذا في المغرب. والماخض التي في بطنها ولد. وقد أطال فيه في البدائع وذكر أنه ليس للساعي أخذ الادون وهو مخالف لما في الخانية. وفي فتح القدير: إن الادلة تقتضي أن لا يجب في الاخذ من العجاف التي ليس فيها وسط اعتبار أعلاها وأفضلها وقد قدمنا عنهم خلافها في صدقة السوائم ا ه‍. وفي المعراج: وذكر الحاكم الجليل في المنتقى الوسط أعلى الادون وأدون الاعلى. وقيل: إذا كان عشرون من الضأن وعشرون من المعز يأخذ الوسط ومعرفته أن يقوم الوسط من المعز والضأن فتؤخذ شاة تساوي نصف قيمة كل واحد منهما مثلا الوسط من المعز تساوي عشرة دراهم والوسط من الضأن عشرين فتؤخذ شاة قيمتها خمسة عشر اه‍. وكذا في البدائع وفيه: ولو كان له خمس من الابل كلها بنات مخاض أوكلها بنات لبون أو حقاق أو جذاع ففيها شاة وسط. وفي الفتاوي الظهيرية: إذا كان لرجل
***
[٣٨٨]
نخيل تمر جيد برني ودقل قال أبو حنيفة: يؤخذ من كل نخلة حصتها من العشر. وقال محمد: يؤخذ من الوسط إذا كانت أصنافا ثلاثة جيد ووسط ورديئ ا ه‍. وهذا يقتضي أن أخذ الوسط إنما هو فيما إذا اشتمل المال على جيد ووسط ورديئ أو على صنفين منهما، أما لو كان المال كله جيدا كأربعين شاة أكولة فإنه يجب واحدة من الكرائم لا شاة وسط عند الامام خلافا لمحمد كما لا يخفى. قوله: (ويضم مستفاد من جنس نصاب إليه) لان النبي صلى الله عليه وسلم أوجب في خمس وعشرين من الابل بنت مخاض إلى خمس وثلاثين، فإذا زادت واحدة ففيها بنت لبون من غير فصل بين الزيادة في أول الحول أو في أثنائه، ولانه عند المجانسة يتعسر التمييز فيعسر اعتبار الحول لكل مستفاد وما شرط الحول إلا للتيسير، والمراد بالضم أن تجب الزكاة في الفائدة عند تمام الحول على الاصل. قيد بالجنس لان المستفاد من خلاف جنسه كالابل مع الشياه لا تضم لانه لا يؤدي إلى التعسير لانه لا ينعقد الحول عليه ما لم يبلغ نصابا، ثم كل ما يستفيده من هذا الجنس يضمه إليه. وقيد بالنصاب لانه لو كان النصاب ناقصا وكمل مع المستفاد فإن الحول ينعقد عليه عند الكمال. كذا في الاسبيجابي، بخلاف ما لو كان له نصاب في أول الحول فهلك بعضه في أثناء الحول فاستفاد تمام النصاب أو أكثر يضم أيضا عندنا لان نقصان النصاب في أثناء الحول لا يقطع حكم الحول فصار المستفاد مع النقصان كالمستفاد مع كماله. كذا في غاية البيان. وأطلق في المستفاد فشمل المستفاد بميراث أو هبة أو شراء أو وصية وسيأتي أن أحد النقدين يضم إلى الآخر، وأن العروض للتجارة تضم إلى النقدين للجنسية باعتبار قيمتها. وفي المحيط: لو كان له مائتا درهم دين فاستفاد في خلال الحول مائة درهم

فإنه يضم المستفاد إلى الدين في حوله بالاجماع، وإذا تم الحول على الدين فعند أبي حنيفة لا يلزمه الاداء من المستفاد ما لم يقبض أربعين درهما، وعندهما يلزمه وإن لم يقبض من الدين شيئا. وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا مات من عليه مفلسا سقط عنه زكاة المستفاد عنده وعندهما يجب ا ه. وأشار بقوله إليه أي إلى النصاب إلى أنه لا بد من بقاء النصاب المضموم إليه ولذا قال في المحيط: ولو وهب له ألف ثم استفاد ألفا قبل الحول ثم رجع الواهب في الهبة بقضاء قاض فلا زكاة عليه في الالف الفائدة حتى يمضي حول من حين ملكها لانه بطل حول الاصل وهو الموهوب فيبطل في حق التبع ا ه. وفي المبسوط: ولو ضاع المال الاول فإنه يستقبل الحول على المستفاد منه منذ ملكه فإن وجد درهما من دراهم الاول قبل الحول بيوم ضمه إلى ما عنده فيزكي الكل لان بالضياع لا ينعدم أصل الملك وإنما تنعدم يده وتصرفه، فإذا ارتفع ذلك قبل كمال الحول كان كأن الضياع لم يكن ا ه. ولا يخفى أن الضم المذكور عند عدم مانع، أما إذا وجد مانع منه فلا ضم ولذا قال في المحيط: ولا يضم أثمان الابل والبقر والغنم المزكاة إلى ما عنده من النصاب من جنسه عند أبي حنيفة لان في الضم

***

[٣٨٩]

تحقيق الثني في الصدقة لان الثني إيجاب الزكاة مرتين على مالك واحد في مال واحد في حول واحد، وأنه منفي لقوله عليه الصلاة والسلام لا ثني في الصدقة. وعندهما يضم، ولو جعل السائمة علوفة بعدما زكاها ثم باعها يضم ثمنها إلى ما عنده لخروجها عن مال الزكاة فصار كمال آخر فلم يؤد إلى الثني، وكذا لو جعل العبد المؤدي زكاته للخدمة ثم باعه يضم ثمنه إلى ما عنده، ولو أدى صدقة الفطر عن عبد الخدمة أو أدى عشر طعامه ثم باعه ضم ثمنه إلى ما عنده لان ليس ببدل مال أديت الفطرة عنه لان الفطرة إنما تجب بسبب رأس يمونه ويلي عليه دون المالية، ألا ترى أنها تجب عن أولاده الاحرار والثمن بدل المالية، والعشر إنما يجب بسبب أرض نامية لا بالخارج فلم يثبت الاتحاد حتى لو باع الارض النامية يضم ثمنها إلى ما عنده عند أبي حنيفة. ومن عنده نصابان من جنس واحد أحدهما ثمن إبل مزكاة فاستفاد نصابا من جنسها فإنه يضم إلى أقربهما حولا لانهما استويا في علة الضم، وترجح أحدهما باعتبار القرب لكونه أنفع للفقراء، ولو كان المستفاد ربحا أو ولدا ضمه إلى أصله، وإن كان أبعد حولا لانه يرجح باعتبار التفرع والتولد لانتبع وحكم التبع لا يقطع عن الاصل، ولو أدى زكاة الدراهم ثم اشترى بها سائمة وعند من جنسها سائمة لم يضمها إليه لانها بدل مال أديت الزكاة عنه ا ه. قوله: (ولو أخذ العشر والخراج والزكاة بغاة لم يؤخذ أخرى) أي لم يؤخذ مرة أخرى لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية. قال في الهداية: وأفتوا بأن يعيدوها دون الخراج لانهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة والزكاة مصرفها الفقراء ولا يصرفونها إليهم، وقيل: إذا نوي بالدفع التصدق عليهم سقط عنه، وكذا الدفع إلى كل جائز لانهم بما عليهم من التبعات فقراء والاول أحوط ا ه. أطلق في الزكاة فشمل الاموال الظاهرة والباطنة ولذا قال في المبسوط: الاصح أن أرباب الاموال إذا نووا عند الدفع إلى الظلمة التصدق عليهم سقط عنهم جميع ذلك، وكذا جميع ما يؤخذ من الرجل من الجنايات والمصادرات لان ما بأيديهم أموال المسلمين وما عليهم من التبعات فوق مالهم فهم بمنزلة الغارمين والفقراء حتى قال محمد بن سلمة: يجوز دفع الصدقة لعلي بن عيسى بن ماهان وإلى خراسان وكان أميرا ببلخ وجبت عليه كفارة يمين فسأل فأفتوه بالصيام فجعل يبكي ويقول لحشمه إنهم يقولون لي ما عليك من التبعات فوق مالك من المال فكفارتك كفارة يمين من لا يملك شيئا. قال في فتح القدير: وعلى هذا لو أوصى بثلث ماله الفقراء فدفع إلى السلطان الجائز سقط، ذكره قاضيخان في الجامع الصغير. وعلى هذا فإنكارهم على يحيى بن يحيى تلميذ مالك حيث أفتى بعض ملوك المغاربة

***

[٣٩٠]

في كفارة عليه بالصوم غير لازم وتعليلهم بأنه اعتبار للمناسب المعلوم الالغاء غير لازم لجواز أن يكون للاعتبار الذي ذكرناه من فقرهم لا لكونه أشق عليه من الاعتاق ليكون هو المناسب المعلوم الالغاء وكونهم لهم مال وما أخذوه وخلطوه به وذلك استهلاك إذا كان لا يمكن تمييزه عنه عند أبي حنيفة فيملكه ويجب عليه الضمان حتى قالوا: تجب عليهم فيه الزكاة ويورث عنهم غير ضائر لاشتغال ذمتهم بمثله والمديون بقدر ما في يده فقير ا ه. وظاهر ما صححه السرخسي أنه لا فرق بين الاموال الظاهرة والباطنة، وصحح الولوالجي

عدم الجواز في الاموال الباطنة قال: وبه يفتي لانه ليس للسلطان ولاية الزكاة في الاموال الباطنة فلم يصح الاخذ اه. وفي الظهيرية: الافضل لصاحب المال الظاهر أن يؤدي الزكاة إلى الفقراء بنفسه لان هؤلاء لا يضعون الزكاة مواضعها، فأما الخراج فإنهم يضعونه مواضعه لان موضع الخراج المقاتلة وهو لا مقاتلة ا ه. وفي التبيين: واشتراط أخذهم الخراج ونحوه وقع اتفاقا حتى لو لم يأخذوا منه سنين وهو عندهم لم يؤخذ منهم شئ أيضا لما ذكرناا هـ. والضمير في قوله وهو عندهم عائد إلى وجب عليه الخراج ونحوه، وضمير الجماعة في عندهم عائد إلى البغاة أي ومن وجب عليه عند البغاة، وأطلق فمن وجب عليه الخراج فشمل الذمي كالمسلم، وأشار المصنف إلى أن الحربي لو أسلم في دار الحرب وأقام فيها سنين ثم خرج إلينا لم يأخذ منه الامام الزكاة لعدم الحماية ونفتيه بأدائها إن كان عالما بوجوبها وإلا فلا زكاة عليه لان الخطاب لم يبلغه وهو شرط الوجوب. قوله (ولو عجل ذو نصاب لسنين أو لنصب صح) أما الاول فلانه أدى بعد سبب الوجوب فيجوز لسنة ولسنين كما إذا كفر بعد الجرح وأما الثاني فلان النصاب الاول هو الاصل في السببية والزائد عليه تابع له. قيد بقوله ذو نصاب لانه لو عجل قبل أن يملك تمامه ثم تم الحول على النصاب لا يجوز وفيه شرطان آخران: أن لا ينقطع النصاب في أثناء الحول، وأن يكون كاملا في آخره. فتفرع على الاول أنه لو عجل ومعه نصاب ثم هلك كله

***

[٣٩١]

ثم استفاد فتم الحول على النصاب لم يجز المعجل بخلاف ما إذا بقي في يده منه شئ، وعلى الثاني ما لو عجل شاة عن أربعين وحال الحول وعنده تسعة وثلاثون، فإن كان صرفها إلى الفقراء فالمعجل نفل بخلاف ما إذا أدى بعد الحول إلى الفقير وانتقص النصاب بأدائه فإن الزكاة واجبة، وإن كانت قائمة في يد الساعي فالصحيح وقوعها زكاة فلا يستردها لان الدفع إلى المصدق لا يزيل ملكه عن المدفوع، ولا فرق بين السوائم والنقود في هذا، ولا فرق بين أن تكون الزكاة في يد الساعي حقيقة أو استهلكها أو أنفقها على نفسه قرضا أو أخذها الساعي من عمالته لانه كقيام العين حكما بخلاف ما إذا صرفها الساعي إلى الفقراء أو إلى نفسه وهو فقير فإنه كصرفها بنفسه فلا يجوز المعجل كما لو ضاعت من يد الساعي قبل الحول ووجدها بعده فلا زكاة وللمالك أن يستردها فلو لم يستردها حتى دفعها الساعي إلى الفقراء لم يضمن إلا أن كان المالك نهاه. ثم اعلم أن وقوعها زكاة فيما إذا أخذها الساعي من عمالته إنما هو في غير السوائم، أما في السوائم فلا تقع زكاة لنقصان النصاب ويستردها المالك ويضمن الساعي قيمتها لو باعها ويكون الثمن له. وإنما كان كذلك في السائمة لانها لما خرجت عن ملك المعجل بذلك السبب فحين تم الحول يصير ضامنا بالقيمة والسائمة لا يكمل نصابها بالدين بخلاف نصاب الدراهم لانه يكمل بالدين. وهذا كله إذا لم يستفد قدر ما عجل ولم ينتقص ما عنده، فإن استفاده صار المؤدي زكاة في الوجوه كلها من وقت التعجيل وإلا يلزم هنا كون الدين زكاة عن العين في بعض الوجوه ولا يجب عليه زكاة المستفاد، وإن انتقص ما فيده فلا تجب في الوجوه كلها فيسترد إن كان في يد الساعي وإن استهلكها إو أكله قرضا أو بجهة العمالة ضمن. ولو تصدق بها على الفقراء أو نفسه وهو فقير لا يضمن الا أن تصدق بها بعد الحول فيضمن عنده، علم بالنقصان أو لم يعلم. وعندهما: إعلم وإن كان نهاه ضمن عند الكل، وأما الفقير فلا رجوع عليه في شئ من الصور لانه وقع صدقة تطوعا لو لم يجز المعجل عنها. والحاصل أن وجوه هذه المسألة ثلاثة وكل وجه على سبعة لان المعجل إما أن يكون في يد الساعي أو استهلكه أو أنفقه على نفسقرضا أو عمالة أو صدقة أو صرفه إلى الفقراء أو ضاع من يد الساعي قبل الحول فهي إحدى وعشرون، وقد علم أحكامها وبسطه في شرح الزيادات لقاضيخان. والمسألة الثانية - أعني ما إذا عجل لنصب بعد ملك نصاب واحد - مقيدة بما إذا ملك ما عجل عنه في سنة التعجيل، فلو كان عنده مائتا درهم فعجل زكاة ألف، فإن إستفاد مالا أو ربح حتى صارت ألفا ثم تم الحول وعنده ألف فإنه يجوز التعجيل

***

[٣٩٢]

وسقط عنه زكاة الالف، وإن تم الحول ولم يستفد شيئا ثم استفاد فالمعجل لا يجزئ عن زكاتها، فإذا تم الحول من حين الاستفادة كان عليه أن يزكي. صرح به في المبسوط وأفاده الاسبيجابي والكاكي والسغناقي وغيرهم. وبهذا ظهر ما في فتاوى قاضيخان من أنه لو كان له خمس من الابل الحوامل يعني الحبالى فعجل شاتين عنها وعما في بطنها ثم تجت خمسا قبل الحول أجزأه ما عجل، وإن عجل عما تحمل في السنة الثانية لا يجوز اه. لانه لما عجل عما تحمله في الثانية لم يوجد المعجل عنه في سنة التعجيل ففقد الشرط فلم يجز عنا

تحمله في الثانية وهو المراد من نفي الجواز. وليس المراد نفي الجواز مطلقا لظهور أنه يقع عما في ملكة وقت التعجيل في الحول الثاني فهو تعجيل زكاة ما في ملكه لسنتين لان التعيين في الجنس الواحد لغو، وكذا لو كان له ألف درهم بيض وألف سود فعجل خمسة وعشرين عن البيض فهلكت البيض قبل تمام الحول ثم تم لا زكاة عليه في السود ويكون المخرج عنها، وكذا عكسه. وكذا لو عجل عن الدنانير وله دراهم ثم هلكت الدنانير كان ما عجل عن الدراهم باعتبار القيمة وكذا عكسه. قيدنا بالهلاك لانه لو عجل عن أحد المالين ثم استحق المال الذي عجل عنه قبل الحول لم يكن المعجل عن الباقي، وكذا لو استحق بعد الحول لان في الاستحقاق عجل عما لم يملكه فبطل تعجيله. كذا في فتاوى قاضيخان. وبما ذكرناه اندفع ما في فتح القدير من الاعتراض على الفرع الاول المنقول من الفتاوى كما لا يخفى. وقيدنا بكون الجنس متحدا لانه لو كان خمس من الابل وأربعون من الغنم فعجل شاة عن أحد الصنفين ثم هلك لا يكون عن الآخر ولو كان له عين ودين فعجل عن العين فهلكت قبل الحول جاز عن الدين، وإن هلكت بعده لا يقع عنه والدراهم والدنانير وعروض التجارة جنس واحد بدليل الضم كما قدمناه وصرح به في المحيط هنا، وفي الولوالجية وغيرها: رجل عنده أربعمائة درهم فظن أن عنده خمسمائة درهم فأدى زكاة خمسمائة فله أن يحتسب الزيادة للسنة الثانية لانه أمكن أن تجعل الزيادة تعجيلا اه. فقولنا فيما مضى يشترط أن يملك ما عجل عنه في حوله يستثنى منه ما إذا عجل غلطا عن شئ يظن أنه في ملكه. ثم اعلم أنه لو عجل زكاة ماله فأيسر الفقير قبل تمام الحول أو مات أو ارتد جاز عن الزكاة لانه كان مصرفا وقت الصرف فصح الاداء إليه فلا ينتقض بهذه العوارض. كذا في الولوالجية. وأشار المصنف بجواز التعجيل بعد ملك النصاب إلى جواز تعجيل عشر زرعه بعد النبات قبل الادراك أو عشر الثمر بعد الخروج قبل البلوغ لانه تعجيل بعد وجود السبب، وبعدم جوازه قبل ملك النصاب إلى عدم جواز تعجيل العشر قبل الزرع أو قبل الغرس. واختلف في تعجيله قبل النبات بعد الزرع أو بعدما غرس الشجر قبل خروج الثمرة، فعند محمد لا يجوز لان التعجيل للحادث لا للبذر ولم يحدث شئ،

***

[٣٩٣]

وجوزه أبو يوسف لان السبب الارض النامية وبعد الزراعة صارت نامية، ورده محمد بأن السبب الارض النامية بحقيقة النماء فيكون التعجيل قبلها واقعا قبل السبب فلا يجوز. كذا في الولوالجية. ولا يخفى أن الافضل لصاحب المال عدم التعجيل للاختلاف في التعجيل عند العلماء ولم أره منقولا والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب. باب زكاة المال ما تقدم أيضا زكاة مال لان المال كما روي عن محمد: كل ما يتملكه الناس من نقد وعروض وحيوان وغير ذلك إلا أن في عرفنا يتبادر من اسم المال النقد والعروض. وقدم الفضة على الذهب في بعض المصنفات اقتداء بكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله (يجب في مائتي درهم وعشرين مثقالا ربع العشر) وهو خمسة دراهم في المأتين، ونصف مثقال في العشرين. والعشر بالضم أحد الاجزاء العشرة. وإنما وجب ربع العشر لحديث مسلم ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة والاوقية أربعون رهما كما رواه الدار قطني. ولحديث علي وغيره في الذهب. وعبر المصنف بالوجوب تبعا للقدوري في قوله الزكاة واجبة قالوا: لان بعض مقاديرها وكيفياتها ثبتت بأخبار الآحاد، وقد صرح السيد نكر كان في شرح المنار أن مقادير الزكوات ثبتت بالتواتر كنقل القرآن واعداد الركعات وهذا يقتضي كفر جاحد المقدار في الزكوات. قيد بالنصاب لان ما دونه لا زكاة فيه ولو كان نقصانا يسيرا يدخل بين الوزنين

***

[٣٩٤]

لانه وقع الشك في كمال النصاب فلا يحكم بكماله مع الشك. كذا في البدائع قوله (ولو تبرا أو حليا) بيان لعدم الفرق بين المصكوك وغيره كالمهر الشرعي. وفي غير الذهب والفضة لا تجب الزكاة ما لم تبلغ قيمته نصابا مصكوكا من أحدهما لان لزومها مبني على المتقوم، والعرف أن تقوم بالمصكوك، وكذا نصاب السرقة احتيالا للدك. قال في ضياء الحلوم: التبر الذهب والفضة قبل أن يصاغا ويعملا. وحلى المرأة معروفة وجمعه حلى وحلى بضم الحاء وكسرها قال تعالى * (من حليهم) * (الاعراف: ١٤٨) يقرأ بالواحد والجمع بضم الحاء وكسرها اه. والمراد بالحلي هنا ما تحلى به المرأة من ذهب أو فضة، ولا يدخل الجوهر واللؤلؤ بخلافه في الايمان فإنه ما تحلى به المرأة مطلقا فتحنث بلبس اللؤلؤ أو الجوهر في حلفها لا تحلى ولو لم يكن مرصعا على المفتى به. ودليل وجوب الزكاة في الحلي

أحاديث في السنن منها قوله عليه الصلاة والسلام لعائشة لما تزينت له بالفتخات: أتؤديين زكاتهن؟ قالت: لا. قال: هو حسبك من النار. والفتخات جمع فتخة وهي الخاتم الذي لا فص له. وفي المعراج: وأما حكم الزكاة في الحلي والاواني يختلفبين أداء الزكاة لا من عينها وبين أدائها من قيمتها مثلا. له إناء فضة وزنه مائتان وقيمته ثلثمائة فلو زكى من عينه زكى ربع عشره ولو أدى من قيمته، فعند محمد يعدل إلى خلاف جنسه وهو الذهب لان الجودة معتبرة، أما عند أبي حنيفة لو أدى خمسة من غير الاناء سقطت عنه الزكاة لان الحكم مقصور على الوزن، فلو أدى من الذهب ما يبلغ قيمته خمسة دراهم من غير الاناء لم يجز في قولهم جميعا لان الجودة متقومة عند المقابلة بخلاف الجنس فإن أدى القيمة وقعت عن القدر المستحق. كذا في الايضاح. وفي البدائع: تجب الزكاة في الذهب والفضة مضروبا أو تبرا أو حليا مصوغا أو حلية سيف أو منطقة أو لجام أو سرج أو الكواكب في المصاحف، والاواني وغيرها إذا كانت تخلص عن الاذابة سواء كان يمسكها للتجارة أو للنفقة أو للتجمل أولم ينو شيأ اه. قوله (ثم في كل خمس بحسابه) بضم الخاء المعجمة أحد الاجزاء الخمسة وهو أربعون من المائتين وأربعة مثاقيل من العشرين دينارا، فيجب في الاول درهم، وفي الثاني قيراطان. أفاد المصنف أنه لا شئ فيما نقص عن الخمس فالعفو من الفضة بعد النصاب تسعة

***

[٣٩٥]

وثلاثون، فإذا ملك نصابا وتسعة وسبعين درهما فعليه ستة والباقي عفو، وهكذا ما بين الخمس إلى الخمس عفو في الذهب. وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: يجب فيما زاد بحسابه من غير عفو لقوله عليه الصلاة والسلام وفيمزاد على المائتين فبحسابه وله قوله عليه السلام في حديث معاذ لا تأخذ من الكسور شيأ وقوله في حديث عمرو بن حزم ليس فميا دون الاربعين صدقة ولان الحرج مدفوع، وفي ايجاب الكسور ذلك لتعذر الوقوف. وفي المعراج: معنى الحديث الاول لا تأخذ من الشئ الذي يكون المأخوذ منه كسورا فسماه كسورا باعتبار ما يجب فيه، وقيل من زائدة وفيه نوع تأمل اه. ومما ينبني على هذا الخلاف لو كان له مائتان وخمسة دراهم مضى عليها عامان عنده عليه عشرة، وعندهما خمسة لان وجب عليه في العام الاول خمسة وثم فبقي السالم من الدين في العام الثاني مائتان إلا ثمن درهم فلا تجب فيه الزكاة، وعنده لا زكاة في الكسور فيبقى السالم مائتين ففيها خمسة أخرى. كذفي فتح القدير. ويبتنى على الخلاف أيضا الهلاك بعد الحول إن هلك عشرون من مائتي درهم يقي فيها ربعة دراهم عنده، وعندهما أربعة ونصف. كذا في المعراج. وذكر في المحيط: ولا يضم إحدى الزيادتين إلى الاخرى ليتم أربعين درهما أو أربعة مثاقيل عند أبي حنيفة لانه لا تجب الزكاة في الكسور عنده، وعندهما يضم لانها تجب في الكسور قوله (والمعتبر وزنهما أداء ووجوبا) أما الاول وهو اعتبار الوزن في الاداء فهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال زفر: تعتبر القيمة. وقال محمد: يعتبر الانفع للفقراء حتى لو أدى عن خسمة دراهم جياد خمسة زيوفا قيمتها أربعة جياد جاز عند الامامين خلافا لمحمد وزفر، ولو أدى أربعة جيدة قيمتها خمسة ردية عن خمسة ردية لا يجوز إلا عند زفر، ولو كان إبريق فضة وزنه مائتان وقيمته بصياغته ثلاثمائة إن أدى من العين يؤدي ربع عشره وهو خمسة قيمتها سبعة

***

[٣٩٦]

ونصف، وإن أدى خمسة قيمتها خمسة جاز عندهما. وقال محمد وزفر: لا يجوز إلا أن يؤدي الفضل فلو أدى من خلاف جنسه تعتبر القيمة بالاجماع. وأما الثاني وهو اعتبار الوزن في حق الوجوب دون العدد والقيمة فمجمع عليه حتى لو كان له إبريق فضة وزنها مائة وخمسون وقيمتها مائتان فلا زكاة فيها وكذا الذهب. وفي البدائع: ولو كانت الفضة مشتركة بين اثنين، فإن كان يبلغ نصيب كل واحد مقدار النصاب تجب الزكاة وإلا فلا، ويعتبر في حال الشركة ما يعتبر في حال الانفراد. قوله (وفي الدراهم وزن سبعة وهو أن تكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل) والمثقال وهو الدينار عشرون قيراطا والدرهم أربعة عشر قيراطا والقيراط خمس شعيرات أي المعتبر في الدراهم إلى آخره، والاصل فيه أن الدراهم كانت مختلفة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وفي زمن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما على ثلاث مراتب: فبعضها كان عشرين قيراطا مثل الدينار، وبعضها كان اثني عشر قيراطا ثلاثة أخماس الدينار، وبعضها عشرة قراريط نصف الدينار. فالاول وزن عشرة من الدنانير، والثاني وزن ستة أي كل عشرة منه وزن ستة من الدنانير، والثالث وزن خمسة أي كل عشرة منه وزن خمسة من الدنانير، فوقع التنازع بين الناس في الايفاء والاستيفاء فأخذ عمر من كل نوع درهما

نخلطه فجعله ثلاثة دراهم متساويه، نخرج كل درهم أربعة عشر قيراطا فبقي العمل عليه إلى يومنا هذا في كل شئ في الزكاة ونصاب السرقة والمهر وتقدير الديات. وذكر في المغرب أن هذا الجمع والضرب كان في عهد بني أمية. وذكر المرغيناني أن الدرهم كان شبيه النواة وصار مدورا على عهد عمر فكتبوا عليه وعلى الدينار لا إله إلا الله محمد رسول الله وزاد ناصر الدولة ابن حمدان صلى الله عليه وسلم. وفي الغاية: إن درهم مصر أربعة وستون حبة وهو أكبر من درهم الزكاة فالنصاب منه مائة وثمانون درهما وحبتان. وتعقبه في فتح القدير بأن فيه نظرا على ما اعتبروه في درهم الزكاة لانه إن أراد بالحبة الشعيرة فدرهم الزكاة سبعون شعيرة إذا كان العشرة وزن سبعة مثاقيل والمثقال مائة شعيرة فهو إذن أصغر لا أكبر، وإن أراد بالحبة أنه شعيرتان كما وقع تفسيرها في
***
[٣٩٧]
تعريف السجا وندي فهو خلاف الواقع إذا الواقع أن درهم مصر لا يزيد على أربعة وستين شعيرة لان كل ربع منه مقدر بأربع خرانيب والخرنوبة مقدرة بأربع قمحات وسط اه. وذكر الولوالجي أن الزكاة تجب في الغطارفة إذا كانت مائتين لانها اليوم من دراهم الناس وإن لم تكن من دراهم الناس في الزمن الاول. وإنما يعتبر في كل زمان عادة أهل ذلك الزمان، ألا ترى أن مقدار المائتين لوجوب الزكاة من الفضة إنما تعتبر بوزن سبعة وإن كان مقدار المائتين في الزكاة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم كان بوزن خمسة وفي زمن عمر رضي الله عنه بوزن ستة، فيعتبر دراهم أهل كل بلد بوزنهم ودنانير كل بلد بوزنهم وإن كان الوزن يتفاوت اه. وكذا في الخلاصة وعن ابن الفضل أنه كان يوجبفي كل مائتي درهم بخارية خمسة متهاوبة أخذ السرخسي واختاره في المجتبى وجمع النوازل والعيون والمعراج والخانية. وذكره في فتح القدير غير أنه قال بعده: إلا أني أقول: ينبغي أن يقيد بما إذا كانت لهم دراهم لا تنقص عن أقل ما كان وزنا في زمنه عليه السلام وهي ما تكون العشرة وزن خمسة لانها أقل ما قدر النصاب بمائتين منها حتى لا تجب في المائتين من الدراهم المسعودية الكائنة بمكة مثلا وإن كانت دراهم قوم وكأنه أعمل إطلاق الدراهم والاواقي في الموجود ما يمكن أن يوجد ويستحدث. قوله (وغالب الورق ورق لا عكسه) يعني أن الدراهم إذا كانت مغشوشة، فإن كان الغالب هو الفضة فهي كالدراهم الخالصة لان الغش فيها مستهلك لا فرق في ذلك بين الزيوف والنبهرجة، وما غلب فضته على غشه تناوله اسم الدراهم مطلقا والشرع أوجب باسم الدراهم، فإن غلب الغش فليس كالفضة كالستوقة فينظر إن كانت رائجة أو نوى التجارة اعتبرت قيمتها، فإن بلغت نصابا من أدنى الدراهم التي تجب فيها الزكاة وهي التي غلبت فضتها وجبت فيها الزكاة وإلا فلا. وإن لم تكن أثمانا رائجة ولا منوية للتجارة فلا زكاة فيها إلا أن يكون ما فيها من الفضة يبلغ مائتي درهم بأن كانت كثيرة ويتخلص من الغش لان الصفر لا تجب الزكاة فيها إلا بنية التجارة والفضة لا يشترط فيها نية التجارة، فإن كان ما فيها لا يتخلص فلا شئ عليه لان الفضة فيه قد هلكت. كذا في كثير من الكتب. وفي غاية البيان: الظاهر أن خلوص الفضة من الدراهم ليس بشرط، بل المعتبر أن تكون في الدراهم فضة بقدر النصاب. فأما الغطارفة فقيل: يجب في كل مائتين منها خمسة منها عددا لانها من أعز الاثمان والنقود عندهم. وقال السلف: ينظر إن كانت أثمانا رائجة أو سلعا للتجارة تجب الزكاة في قيمتها كالفلوس، وإن لم تكن للتجارة فلا زكاة فيها لان ما فيها من
***
[٣٩٨]
الفضة مستهلك لغلبة النحاس عليها فكانت كالستوقة. وفي البدائع: وقول السلف أصح وحكم الذهب المغشوش كالفضة المغشوشة. وقيد المصنف بالغالب لان الغش والفضة لو استويا ففيه اختلاف. واختار في الخانية والخلاصة الوجوب احتياطا. وفي معراج الدراية: وكذا لا تباع إلا وزنا. وفي المجتبى: المفهوم من كتاب للصرف أن للمساوي حكم الذهب والفضة، ومما ذكر في الزكاة أنه لا يكون له حكم الذهب والفضة. وقيدنا المخالط للورق بأن يكون غشالانه لو كان ذهبا فإن كانت الفضة مغلوبة فكله ذهب لانه أعز وأغلى قيمة، وإن كانت الفضة غالبة فإن بلغ الذهب نصابه ففيه زكاة الذهب، وإن بلغت الفضة نصابها فزكاة الفضة. وفي المغرب: الغطرفية كانت من أعز النقود بخارى منسوبة إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد. قوله (وفي عروض تجارة بلغت نصاب ورق أو ذهب) معطوف على قوله أول الباب في مائتي درهم أي يجب ربع العشر في عروض التجارة إذا بلغت نصابا من أحدهما وهي جمع عرض لكنه بفتح الراء حطام الدنيا كما في المغرب لكنه ليس بمناسب هنا لانه يدخل فيه النقدان، فالصواب أن

يكون جمع عرض بسكونها وهو كما في ضياء الحلوم ما ليس بنقد. وفي الصحاح: العرض بسكون الراء المتاع وكل شئ فهو عرض سوى الدراهم والدنانير اه. فيدخل الحيوان ولا يرد عليه ما أسيم من الحيوانات للدر والنسل لظهور أن المراد غيره لتقدم ذكر زكاة السوائم. والعرض بالضم الجانب منه ومنه أوصى بعرض ما له أي جانب منه بلا تعيين، والعرض بكسر العين ما يحمد الرجل ويذم عند وجوده وعدمه. كذا في معراج الدراية. قيد بكونها للتجارة لانها لو كانت للغلة فلا زكاة فيها لانها ليست للمبايعة. ولو اشترى عبدا لخدمة ناويا بيعه إن وجد ربحا لا زكاة فيه، ولا يرد عليه ما إذا كان في العررض مانع من نية التجارة كأن اشترى أرض خراج ناويا للتجارة أو اشترى أرض عشر وزرعها فإنها لا تكون للتجارة لما يلزم عليه من الثني كما قدمناه، وجواب منلا خسرو بأن الارض ليست من العروض بناء على تفسير أبي عبيد إياها بما لا يدخله كيل ولا وزن ولا

***

[٣٩٩]

يكون عقارا ولا حيوانا مردود، لما علمت أن الصواب تفسيرها هنا بما ليس بنقد ولذا لا يرد على المصنف ما لو اشترى بذرا للتجارة وزرعه فإنه لا زكاة فيه وإنما يجب العشر فيه لان بذره في الارض أبطل كونه للتجارة لان مجرد كونه نوى الخدمة في عبد التجارة أسقط وجوب الزكاة فلان يسقط التصرف الاقوى أولى. وكذا لو لم يزرعه ففيه الزكاة وبهذا سقط اعتبار الزيلعي كما لا يخفى. واعلم أن نية التجارة في الاصل تعتبر ثابتة في بدله وأن لم يتحقق شخصها فيه وهو ما قوبض به مال التجارة فإنيكون للتجارة بلا نية لان حكم البدل حكم الاصل، وكذا لو كان العبد للتجارة فقتله عبد خطأ ودفع به فإن المدفوع يكون للتجارة بخلاف القتل عمدا، وأجرة دار التجارة وعبد التجارة بمنزلة ثمن مال التجارة في الصحيح من الرواية. كذا في الخانية. وذكر في الكافي: ولو ابتاع مضارب عبدا وثوبا له وطعاما وحمولة وجبت الزكاة في الكل وإن قصد غير التجارة لانه لا يملك الشراء إلا للتجارة بخلاف رب المال حيث لا يزكى الثوب والحمولة لانه يملك الشراء لغير التجارة اه. وفي فتح القدير: ويحمل عدم تزكية الثوب لرب المال ما دام لم يقصد بيعه معه فإنه ذكر في فتاوى قاضيخان: النخاس إذا باع دواب للبيع واشترى لها جلالا ومقاود، فإن كان لا يدفع ذلك مع الدابة إلى المشتري لا زكاة فيها، وإن كان يدفعها معها وجب فيها، وكذا العطار إذا اشترى قوارير اه. وقد يفرق بأن ثوب العبد يدخل في بيعه بلا ذكر تبعا حتى لا يكون له قسط من الثمن فلم يكن مقصودا أصلا فوجوده كعدمه بخلاف جل الدواب والقوارير فإنه مبيع قصدا، ولذا لم يدخل في البيع بلا ذكر. وإنما قال نصاب ورق ولم يقل نصاب فضة لان الورق - بكسر الراء - اسم للمضروب من الفضة كما في المغرب. ولا بد أن تبلغ العروض قيمة نصاب من الفضة المضروبة كما في الذخيرة والخانية، لان لزومها مبني على التقوم، والعرف أن تقوم بالمصكوك كما قدمناه. وأشار بقوله ورق أو ذهب إلى أنه مخير أن شاء قومها بالفضة وإن شاء بالذهب لان الثمنين في تقدير قيم الاشياء بهما سواء. وفي النهاية: لو كان تقويمه بأحد النقدين يتم النصاب وبالآخر فإنه يقومه بما يتم به النصاب بالاتفاق اه. وفي الخلاصة أيضا ما يفيد الاتفاق على هذا وكل منهما ممنوع فقد قال في الظهيرية: رجل له عبد للتجارة أن قوم بالدراهم لا تجب فيه الزكاة، وإن قوم بالدنانير تجب، فعند أبي حنيفة يقوم بما تجب فيه الزكاة دفعا لحاجة الفقير وسدا لخلته. وقال أبو يوسف: يقوم بما اشترى فإن اشتراه بغير النقدين

***

[٤٠٠]

يقوم بالنقد الغالب اه. فالحاصل أن المذهب تخييره إلا إذا كان لا يبلغ بأحدهما نصابا تعين التقويم بما يبلغ نصابا وهو مراد من قال يقوم بالانفع ولذا قال في الهداية: وتفسير الانفع أن يقومها بما يبلغ نصابا ويقوم العرض بالمصر الذي هو فيه حتى لو بعث عبدا للتجارة في بلد آخر يقوم في ذلك الذي فيه العبد، إن كان في مفازة تعتبر قيمته في أقرب الامصار إلى ذلك الموضع. كذا في فتح القدير وهو أولى مما في التبيين من أنه إذا كان في المفازة يقوم في المصر الذي يصير إليه ثم عند أبي حنيفة تعتبر القيمة يوم الوجوب، وعندهما يوم الاداء وتمامه في فتح القدير. قوله (ونقصان النصاب في الحول لا يضران كمل في طرفيه) لانه يشق اعتبار الكمال في أثنائه أما لابد منه في ابتدائه للانعقاد وتحقيق الغناء وفي انتهائه للوجوب ولا كذلك فيما بين ذلك لانه حالة البقاء. قيد بنقصان النصاب أي قدره لان زوال وصفه كهلاك الكل كما إذا جعل السائمة علوفة لان العلوفة ليست من مال الزكاة، أما بعد فوات بعض النصاب بقي

بعض المحل صالحا لبقاء الحول وشرط الكمال في الطرفين لنقصانه في الحول لان نقصانه بعد الحول من حيث القيمة لا يسقط شيأ من الزكاة عند أبي حنيفة، وعندهما عليه زكاة ما بقي. كذا في الخلاصة. وذكر في المجتبى الدين في خلال الحول لا يقطع حكم الحول وإن كان مستغرقا. وقال زفر: يقطع اه. ومن فروع المسألة إذا كان له غنما للتجارة تساوي نصابا فماتت قبل الحول فسلخها ودبغ جلدها فتم الحول كان عليه فيها الزكاة إن بلغت نصابا، ولو كان له عصير للتجارة فتخمر قبل الحول ثم صار خلا فتم الحول لا زكاة فيها قالوا: لان في الاول الصوف الذي على الجلد متقوم فيبقى الحول لبقائه، وفي الثاني بطل تقوم الكل بالخمرية فهلك كل المال إلا أنه يخالف ما روى ابن سماعة عن محمد: اشترى عصيرا قميته مائتا درهم فتخمر بعد أربعة أشهر، فلما مضى سبعة أشهر أو ثمانية أشهر إلا يوما صار خلا يساوي مائتي درهم فتمت السنة، كان عليه الزكاة لانه عاد للتجارة كما كان. كذا في الخانية. قوله (وتضم قيمة العروض إلى الثمنين والذهب إلى الفضة قيمة) أما الاول فلان
***
[٤٠١]
الوجوب في الكل باعتبار التجارة وإن افترقت جهة الاعداد، وأما الثاني فللمجانسة من حيث الثمنية ومن هذا الوجه صار سببا. وضم إحدى النقدين إلى الآخر قيمة مذهب الامام، وعندهما الضم بالاجزاء وهو رواية عنه حتى إن من كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب تبلغ قيمتها مائة درهم فعليه الزكاة عنده خلافا لهما. هما يقولان: المعتبر فيهما القدر دون القيمة حتى لا تجب الزكاة في مصوغ وزنه أقل من مائتين وقيمته فوقهما. وهو يقول: الضم للمجانسة وهي تحقق باعتبار القيمة دون الصورة فيضم بها. وفي المحيط: لو كان له مائة درهم وعشرة دنانير قيمتها أقل من مائة تجب الزكاة عندهما. واختلفوا على قوله والصحيح الوجوب لانه إن لم يمكن تكميل نصاب الدراهم باعتبار قيمة الدنانير أمكن تكميل نصاب الدنانير باعتبار قيمة الدراهم لان قيمتها تبلغ عشرة دنانير فتكمل احتياطا لايجاب الزكاة اه. وبهذا ظهر بحث الزيلعي منقولا وعشرة دنانير ظنا منه أن إيجاب الزكاة في هذه المسألة على الصحيح لتكامل الاجزاء لا باعتبار القيمة وليس كما ظن، بل الايجاب باعتبار القيمة كما أفاده تعليل المحيط، فإن حاصله اعتبار القيمة من جهة كل من النقدين لا من جهة أحدهما عينا فإنه إن لم يتم النصاب باعتبار قيمة الذهب بالفضة يتم باعتبار القيمة كما أفاده تعليل المحيط، فإن حاصله اعتبار القيمة من جهة كل من النقدين لا من جهة أحدهما عينا فإنه إن لم يتم النصاب باعتبار قيمة الذهب بالفضة يتم باعتبار قيمة الفضة بالذهب، فكيف يكون تعليلا لعدم اعتبار القيمة مطلقا عند تكامل الاجزاء مع أنه يرد عليه لو زادت قيمة أحدهما ولم ينتقص قيمة الآخر كمائة درهم وعشرة دنانير تساوي مائة وثمانين، فإن مقتضى كلامه من عدم اعتبار القيمة عند تكامل الاجزاء أن لا يلزمه إلا خمسة. والظاهر لزوم سبعة اعتبارا للقيمة أخذا من دليله من أن الضم ليس إلا للمجانسة، وإنما هي باعتبار المعنى وهو القيمة لا باعتبار الصورة. وقد صرح به في
***
[٤٠٢]
المحيط فقال: لو كان له مائة درهم وعشرة دنانير قيمتها مائة وأربعون، فعند أبي حنيفة تجب ستة دراهم، وعندهما هو نصاب تام نصفه ذهب ونصفه فضة فيجب في كل نصف ربع عشره وفيه أيضا: لو كان له مائة وخمسون درهما وخسمة دنانير قيمتها خمسون تجب الزكاة بالاجماع، ولو كان له ابريق فضة وزنه مائة وقيمته لصناعته مائتان لا تجب الزكاة باعتبار القيمة لان الجودة والصنعة في أموال الربا لا قيمة لها عند انفرادها ولا عند المقابلة بجنسها اه. وفي المعراج: لو كان له مائة وخمسون درهما وخمسة دنانير وقيمة الدنانير لا تساوي خمسين درهما تجب الزكاة على قولهما. واختلف المشايخ على قوله قال بعضهم: لا تجب لان الضم باعتبار القيمة عنده ويضم الأقل إلى الأكثر لأن الأقل تابع للأكثر فلا يكمل النصاب به. وقال الفقيه أبو جعفر: تجب على قوله وهو الصحيح ويضم الأكثر إلى الاقل اه. وهو دليل على أنه لا اعتبار بتكامل الاجزاء عنده وإنما يضم أحد النقدين إلى الآخر قيمة، ولا فرق بين ضم الاقل إلى الاكثر أو عكسه. باب العاشر أخره عما قبله لتمحض ما قبله زكاة بخلاف ما يأخذه العاشر كما سيأتي. وهو فاعل من عشرته أعشره عشرا بالضم، والمراد هنا ما يدور اسم العشر في متعلق أخذه فإنه إنما يأخذ العشر من الحربي لا المسلم والذمي، أو تسمية للشئ باعتبار بعض أحواله وهو أخذه العشر من الحربي من المسلم والذمي والادوار مركب فيتعسر التلفظ والعشر منفرد فلا يتعسر قوله (هو من

نصبه الامام ليأخذ الصدقات من التجار) أي من نصبه الامام على الطريق ليأخذ الصدقات من التجار المارين بأموالهم عليه. قالوا: وإنما ينصب ليأمن التجار من اللصوص ويحميهم منهم فيستفاد منه أنه لا بد أن يكون قادرا على الحماية لان الجباية بالحماية ولذا قال في الغاية: ويشترط في العامل أن يكون حرامسلما غير هاشمي، فلا يصح أن يكون عبدا لعدم الولاية، ولا يصح أن يكون كافرا لانه لا يلي على المسلم بالآية، ولا يصح
***
[٤٠٣]
أن يكون مسلما هاشميا لان فيها شبهة الزكاة اه. بلفظه. وبه يعلم حكم تولية اليهود في زمان على بعض الاعمال ولا شك في حرمة ذلك أيضا. قيدنا بكونه نصب على الطريق للاحتراز عن الساعي وهو الذي يسعى في القبائل ليأخذ صدقة المواشي في أماكنها. والمصدق بتخفيف الصاد وتشديد الدال اسم جنس لهما كذا في البدائع. وحاصله أن مال الزكاة نوعان: ظاهر وهو المواشي والمال الذي يمر به التاجر على العاشر، وباطن وهو الذهب والفضة وأموال التجارة في مواضعها. أما الظاهر فللامام ونوابه وهم المصدقون من السعاة والعشار ولاية الاخذ للآية * (خذ من أموالهم صدقة) * (التوبة: ١٠٣ خ وجعله للعاملين عليها حقا فلو لم يكن للامام مطالبتهم لم يكن له وجه، ولما اشتهر من بعثه عليه الصلاة والسلام للقبائل لاخذ الزكاة وكذا الخلفاء بعده حتى قاتل الصديق ما نعي الزكاة، ولا شك أن السوائم تحتاج إلى الحماية لانها تكون في البراري بحماية السلطان وغيرها من الاموال إذا أخرجه في السفر احتاج إلى الحماية بخلاف الاموال الباطنة إذا لم يخرجها مالكها من المصر لفقد هذا المعنى. وفي البدائع: وشرط ولاية الاخذ وجود الحماية من الامام فلا شئ لو غلب الخوارج على مصر أو قرية وأخذوا منهم الصدقات ومنها وجوب الزكاة لان المأخوذ زكاة فيراعي شرائطها كلها، ومنها ظهور المال وحضور المالك فلو حضر وأخبر بما في بيته أو حضر ماله مع مستبضع نحوه فلا أخذ. وفي التبيين: إن هذا العمل مشروع وما ورد من ذم العشار محمول على من يأخذ أموال الناس ظلما كما تفعله الظلمة اليوم. روى أن عمر أراد أن يستعمل أنس بن مالك على هذا العمل فقال له: أتستعملني على المكس من عملك؟ فقال: ألا ترضى أن أقلدك ما قلدنيه رسول الله صلى الله عليه وسلم اه. وفي الخانية قسم الجبايات: والمؤن بين الناس على السوية يكون مأجورا اه. قوله (فمن قال لم يتم الحول أو علي دين أو أديت أنا أو إلى عاشر آخر وحلف صدق إلا في السوائم في دفعه بنفسه) أما الاول والثاني فلانكاره الوجوب وقدمنا أن شرط ولاية الاخذ وجود الزكاة، فكل ما وجوده مسقط فالحكم كذلك إذا ادعاه. والمراد بنفي تمام الحول نفيه عما في يده وما في بيته لانه لو كان في بيته مال آخر قد حال عليه الحول وما مر به لم يحل عليه الحول واتحد الجنس فإن العاشر لا يلتفت إليه لوجوب الضم في متحد الجنس إلا لمانع كما قدمناه. وقيد في المعراج الدين بدين العباد وقدمنا أن منه دين الزكاة. وأطلق المصنف
***
[٤٠٤]
في الدين فشمل المستغرق للماء والمنقص للنصا ب وهو الحق، وبه اندفع ما في غاية البيان من التقييد بالمحيط لما له، واندفع ما في الخبازية من أن العاشر يسأله عن قدر الدين على الاصح فإن أخبره بما يستغرق النصاب يصدقه وإلا لا يصدقه اه. لان المنقص له مانع من الوجوب فلا فرق كما في المعراج. وأشار المصنف إلى أن المار إذا قال ليس في هذا المال صدقة فإنه يصدق مع يمينه - كما في المبسوط - وإن لم يبين سبب النفي. وفيه أيضا: إذا أخبر التاجر العاشر أن متاعه مروي أو هروي واتهمه العاشر فيه وفيه ضرر عليه حلفه وأخذ منه الصدقة على قوله لانه ليس له ولاية إلا ضرار به، وقد نقل عن عمر أنه قال لعماله: ولا تفتشوا على الناس متاعهم. وأما الثالث فلانه ادعى وضع الامانة موضعها ومراده إذا كان في تلك السنة عاشر آخر وإلا فلا يصدق لظهور كذبة بيقين. ومراده أيضا ما إذا أدى بنفسه في المصر إلى الفقراء لان الاداء كان مفوضا إليه فيه وولاية الاخذ بالمرور لدخوله تحت الحماية لانه لو ادعى الاداء بنفسه إليهم بعد الخروج من المصر لا يقبل. وإنما لا يصدق في قوله أديت بنفسي صدقة السوائم إلى الفقراء في المصر لان حق الاخذ للسلطان فلا يملك إبطاله بخلاف الاموال الباطنة. ثم قيل: الزكاة هو الاول والثاني سياسة. وقيل: هو الثاني والاول ينقلب نفلا هو الصحيح كذا في الهداية. وظاهر قوله ينقلب نفلا أنه لو لم يأخذ منه الامام لعلمه بأدائه إلى الفقراء فإن ذمته تبرأ ديانة وفيه اختلاف المشايخ كما في المعراج. وفي جامع أبي اليسر: لو أجاز الامام إعطاءه لم يكن به بأس لانه إذا أذن له الامام في الابتداء أن

يعطي إلى الفقراء بنفسه جاز فكذا إذا أجاز بعد الاعطاء اه. وإنما حلف وإن كانت العبادات يصدق فيها بلا تحليف لتعلق حق العبد وهو العاشر في الاخذ وهو يدعي عليه معنى لو أقر به لزمه فيحلف لرجاء النكول بخلاف حد القذف لان القضاء بالنكول متعذر في الحدود على ما عرف، وبخلاف الصلاة والصوم لانه لا مكذب له فيها، فاندفع قول أبي يوسف أنه لا يحلف لانها عبادة. وأشار المصنف بالاكتفاء بالحلف إلى أنه لا يشترط إخراج البراءة فيما إذا ادعى الدفع إلى عاشر آخر تبعا للجامع الصغير لان الخط يشبه الخط فلم يعتبر علامة وهو ظاهر الرواية كما في البدائع. وشرطه في الاصل لانه ادعى ولصدق دعواه علامة فيجب إبرازها. وفي المعراج: ثم على قول من يشترط إخراج البراءة هل يشترط اليمين معها فقد اختلف فيه.

***

[٤٠٥]

وفي البدائع: إذا أتى بالبراءة على خلاف اسم ذلك المصدق فإنه يقبل قوله مع يمينه على جواب ظاهر الرواية لان البراءة ليست بشرط فكان الاتيان بها والعدم بمنزلة واحدة اه. وقد يقال: إنه دليل كذبه فهو نظير ما لو ذكر الحد الرابع وغلط فيه فإنه لا تسمع الدعوى وإن جاز تركه إلا أن يقال: إنها عبادة بخلاف حقوق العباد المحضة. وفي المحيط: حلف أنه أدى الصدقة إلى مصدق آخر وظهر كذبه أخذه بها إن ظهر بعد سنين لان حق الاخذ ثابت فلا يسقط باليمين الكاذبة اه. قوله (وكل شئ صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي) لان ما يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلم فيراعى فيه شرائط الزكاة تحقيقا للتضعيف. وفي التبيين: لا يمكن إجراؤه على عمومه فإن ما يؤخذ من الذمي جزية وفي الجزية لا يصدق إذا قال أديتها أنا لان فقراء أهل الذمة ليسوا بمصارف لهذا الحق وليس له ولاية الصرف إلى مستحقه وهو مصالح المسلمين اه. وقولهم ما يؤخذ من الذمي جزية أي حكمه حكمها من كونه يصرف مصارفها لا أنه جزية حتى لا تسقط جزية رأسه في تلك السنة. نص عليه الاسبيجابي. واستثنى في البدائع نصارى بني تغلب لان عمر صالحهم من الجزية على الصدقة المضاعفة فإذا أخذ العاشر منهم ذلك سقطت الجزية اه. قوله (لا الحربي إلا في أم ولده) أي لا يصدق الحربي في شئ إلا في جارية في يده قال هي أم ولدي فإنه يصدق، وكذا في الجواري لان الاخذ منه بطريق الحماية لا زكاة ولا ضعفها فلا يراعي فيه الشروط المتقدمة، ولذا كان الاولى أن يقال: لا يلتفت إلى كلامه أو لا يترك الاخذ منه إذا ادعى شيأ مما ذكرناه دون أن يقال ولا يصدق لانه لو كان صادقا بأن ثبت صدقه ببينة عادلة من المسلمين المسافرين معه من دار الحرب أخذ منه. كذا في فتح القدير ويستثنى من العموم ما إذا قال الحربي أديت إلى عاشر آخر وثمة عاشر آخر فإنه لا يؤخذ منه ثانيا لانه يؤدي إلى الاستئصال. جزم به منلا شيخ في شرح الدرر. وذكره في الغاية بلفظ: ينبغي أن لا يؤخذ منه ثانيا. وتبعه في التبيين. وأشار باستثناء

***

[٤٠٦]

أم الولد إلى أنه لو قال في حق غلام معه هذا ولدي فإنه يصح ولا يعشر لان النسب يثبت في دار الحرب كما يثبت في دار الاسلام، وأمومية الولد تبع للنسب. وقيده في المحيط بأن كان يولد مثله لانه لو كان لا يولد مثله لمثله فإنه يعتق عليه عند أبي حنيفة ويعشر لانه إقرار بالعتق فلا يصدق في حق غيره اه. وقيد بأم الولد لانه لو أقر بتدبير عبده لا يصدق لان التدبير لا يصح في دار الحرب. كذا في المعراج. وفي النهاية: لو مر بجلود الميتة فإن كانوا يدينون أنها مال أخذ منها وإلا فلا اه. والحاصل أنه لا يؤخذ إلا من مال قوله (وأخذ منا ربع العشر ومن الذمي ضعفه ومن الحربي العشر بشرط نصاب وأخذهم منا) بذلك أمر عمر رضي الله عنه سعاته وقدمنا أن المأخوذ من المسلم زكاة ومن الذمي صدقة مضاعفة تصرف مصارف الجزية وليست بجزية حقيقة، ومن الحربي بطريق الحماية وتصرف مصارف الجزية كما في غاية البيان. ويصح أن يتعلق قوله بشرط نصاب بالثلاثة وهو متفق عليه في المسلم والذمي، وأما في الحربي فظاهر المختصر أنه إذا مر بأقل منه لا يؤخذ منه. وفي الجامع الصغير: وإن مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ منه شئ إلا أن يكونوا يأخذون منا من مثلهم لان الاخذ بطريق المجازاة. وفي كتاب الزكاة: لا نأخذ من القليل وإن كانوا يأخذون منا لان القليل لم يزل عفوا وهو للنفقة عادة فأخذهم منا من مثله ظلم وخيانة ولا متابعة عليه، والاصل فيه أنه متى عرفنا ما يأخذون منا أخذ منهم مثلة لان عمر أمر بذلك، وإن لم نعرف أخذ منهم العشر لقول عمر رضي الله عنه: فإن أعياكم فالعشر. وإن كانوا يأخذون الكل نأخذ منهم الجميع إلا قدر ما يوصله إلى مأمنه في الصحيح، وإن لم يأخذوا منا لا نأخذ منهم ليستمروا عليه ولانا أحق بالمكارم وهو المراد بقوله: وأخذهم منا

لانه بطريق المجازاة. كذا في التبيين. وفي كافي الحاكم: إن العاشر لا يأخذ العشر من مال الصبي الحربي إلا أن يكونوا يأخذون من أموال صبياننا شيأ اه.

***

[٤٠٧]

قوله: (ولم يثن في حول بلا عود) أي بلا عود إلى دار الحرب لان الاخذ في كل مرة يؤدي إلى الاستئصال بخلاف ما إذا عاد ثم خرج إلينا لان ما يؤخذ منه بطريق الامان وقد استفاده في كل مرة. وفي المحيط: ولو عاد الحربي إلى دار الحرب ولم يعلم به العاشر ثم خرج ثانيا لم يأخذه بما مضى لان ممضى سقط لانقطاع الولاية ولو مر المسلم والطمي على العاشر ولم يعلم بها ثم علم في الحول الثاني يؤخذ منهما لان الوجوب قد ثبت والمسقط لم يوجد ا ه. قوله: (وعشر الخمر لا الخنزير) أي أخذ نصف عشر قيمة الخمر من الذمي وعشر قيمته من الحربي لا أنه يؤخذ العشر بتمامه منهما، ولا أن المأخوذ من عين الخمر لان المسلم منهي عن اقترابها. ووجه الفرق بين الخمر والخنزير على الظاهر أن القيمة في ذوات القيم لها حكم العين والخنزير منها، وفي ذوات الامثال ليس لها هذا الحكم والخمر منها، ولان حق الاخذ منها للحماية والمسلم يحمي خمر نفسه للتخليل فكذا يحمها على غيره ولا يحمي خنزير نفسه بل يجب تسيبه بالاسلام فكذا لا يحميه على غيره، وسيأتي في آخر باب المهر ما أورد على التعليل الاول وجوابه. وفي الغاية: تعريف قيمة الخمر بقول فاسقين تابا أو ذميين أسلما. وفي الكافي: يعرف ذلك بالرجوع إلى أهل الذمة ا ه. قيدنا بخمر الذمي والحربي لان العاشر لا يأخذ من المسلم إذا مر بالخمر اتفاقا. كذا في الفوائد. وقيد المسألة في المبسوط: والاقطع بأن يمر الذمي بالخمر والخنزير للتجارة ويشهد له قول عمر: ولو هم بيعها وخذوا العشر من أثمانها. وفي المعراج: قوله مر ذمي بخمر وخنزير أي مر بهما بنية التجارة وهما يساويان مائتي درهم لما ذكرنا من رعاية الشروط في حقه ا ه. وجلود الميتة كالخمر فإنه كان مالا في الابتداء ويصير مالا في الانتهاء بالدبغ قوله: (وما في بيته) معطوف على الخنزير أي لا يعشر المال الذي في بيته لما قدمنا أن من شروطه مروره بالمال عليه فيلزمه الزكاة فيما بينه وبين الله تعالى. قوله: (والبضاعة) أي لا يأخذ من مال البضاعة شيئا لان الوكيل ليس بنائب عنه في أداء الزكاة. وفي المغرب: البضاعة قطعة من المال. وفي الاصطلاح ما يدفعه المالك لانسان يبيع فيه ويتجر ليكون الربح كله للمالك ولا شئ للعامل قوله: (ومال المضاربة وكسب المأذون) أي لا يأخذ العشر من المضارب والمأذون لانه لا ملك لهما ولا نيابة من المالك وهذا هو الصحيح في الثلاثة، ولو كان في المضاربة ربح عشر حصة المضارب إن بلغت نصابا بالملك نصيبه من الربح، ولو كان مولى المأذون معه يؤخذ منه لان المال له إلا إذا كان على العبد دين محيط بماله ورقبته لانعدام الملك عنده وللشغل عندهما

***

[٤٠٨]

قوله: (وثنى أن عشر الخوارج) أي أخذ منه ثانيا إن مر على عاشر الخوارج فعشروه لان التقصير من جهته حيث مر عليهم بخلاف ما إذا ظهروا على مصر أو قرية كما قدمناه. باب الركاز هو المعدن أو الكنز لان كلا منهما مركوز في الارض وإن اختلف الراكز، وشئ راكز ثابت. كذا في المغرب. فظاهره أنه حقيقة فيهما مشتركا معنويا وليس خالصا بالدفين ولو دار الامر فيه بين كونه مجازا فيه أو متواطئا إذ لا شك في صحة إطلاقه على المعدن كان التواطؤ متعينا. وبه اندفع ما في غاية البيان والبدائع من أن الركاز حقيقة في المعدن لانه خلق فيها مركبا وفي الكنز مجاز بالمجاورة، وفي المغرب: عدن بالمكان أقام به ومنه المعدن لما خلقه الله تعالى في الارض من الذهب والفضة لان الناس يقيمون فيه الصيف والشتاء. وقيل: لاثبات الله فيه جوهرهما وإثباته، إياه في الارض حتى عدن فيها أي ثبت ا ه. قوله: (خمس معدن نقد ونحو حديد في أرض خراج أو عشر) لقوله عليه الصلاة والسلام وفي الركاز الخمس (١) وهو من الركز فانطلق على المعدن ولانه كان في أيدي الكفرة وحوته أيدينا غلبة فكان غنيمة وفي الغنيمة الخمس إلا أن للغانمين يدا حكمية لثبوتها على الظاهر، وأما الحقيقة فللواجد فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس، والحقيقة في حق الاربعة الاخماس حتى كانت للواجد والنقد الذهب والفضة ونحو الحديد كل جامد ينطبع بالنار كالرصاص والنحاس والصفر، وقيد به احترازا عن المائعات كالقار والنفط والملح، وعن الجامد الذي لا ينطبع كالجص والنورة والجواهر كالياقوت والفيروزج والزمرد فلا شئ فيها. وأطلق في الواجد فشمل الحر والعبد والمسلم والذمي والبالغ والصبي والذكر والانثى كما في المحيط. وأما الحربي المستأمن إذا عمل بغير إذن الامام لم يكن له شئ لانه لا حق

له في الغنيمة، وإن عمل بإذن فله ما شرط لانه
***
[٤٠٩]
استعمله فيه، وإذا عمل رجلان في طلب الركاز وأصابه أحدهما يكون للواجد لانه عليه الصلاة والسلام جعل أربعة أخماسه للواجد. وإذا استأجر للعمل في المعدن فالمصاب للمستأجر لانهم يعملون له. وعن أبي يوسف: لو وجد ركازا فباعه بعوض فالخمس على الذي في يده الركاز ويرجع على البائع بخمس الثمن. كذا في المحيط: وفي المبسوط: ومن أصاب ركازا وسعه أن يتصدق بخمسه على المساكين فإذا اطلع الامام على ذلك أمضى له ما صنع لان الخمس حق الفقراء وقد أوصله إلى مستحقه وهو في إصابة الركاز غير محتاج إلى الحماية فهو كزكاة الاموال الباطنة ا ه. وفي البدائع: ويجوز دفع الخمس إلى الوالدين والمولودين الفقراء كما في الغنائم، ويجوز للواجد أن يصرفه إلى نفسه إذا كان محتاجا ولا تغنيه الاربعة الاخماس بأن كان دون المائتين، أما إذا بلغ مائتين فإنه لا يجوز له تناول الخمس ا ه. وهو دليل على وجوب الخمس مع فقر الواجد وجواز صرفه لنفسه، ويقال ينبغي أن لا يجب الخمس مع الفقر كاللقطة لانا نقول: إن النص عام فيتناوله. كذا في المعراج. وقيد بكونه في أرض خراج أو عشر ليخرج الدار فإنه لا شئ فيها لكن ورد عليه الارض التي لا وظيفة فيها كالمفازة إذ يقتضي أنه لا شئ في المأخوذ منها وليس كذلك، فالصواب أن لا يجعل ذلك القصد الاحتراز بل للتنصيص على أن وظيفتهما المستمرة لا تمنع الاخذ مما يوجد فيها. كذا في فتح القدير. وفي المغرب: خمس القوم إذا أخذ خمس أموالهم من باب طلب اه. واستشهد له في ضياء الحلوم بقول عدي بن حاتم الطائي: ربعت في الجاهلية وخمست في الاسلام. والخمس بضمتين وقد تسكن الميم وبه قرئ في قوله تعالى * (فأن لله خمسه) * (الانفال: ٤١) ا ه فعلم أن قوله في المختصر خمس بتخفيف الميم لانه متعد فجاز بناء المفعول منه، وبه اندفع قول من قرأه خمس - بتشديد الميم - ظنا منه أن المخفف لازم لما علمت أن المخفف متعد وأنه من باب طلب.
***
[٤١٠]
قوله: (لا داره وأرضه) أي لا خمس في معدن وجده في داره أو أرضه فاتفقوا على أن الاربعة الاخماس للمالك، سواء وجده هو أو غيره، لانه من توابع الارض بدليل دخوله في البيع بغير تسمية فيكون من أجزائها. واختلفوا في وجوب الخمس، قال أبو حنيفة: لا خمس في الدار والبيت والمنزل والحانوت مسلما كان المالك أو ذميا كما في المحيط، وفي الارض عنه روايتان اختار المصنف أنها كالدار. وقالا: يجب الخمس لاطلاق الدليل، وله أنه من أجزاء الارض مركب فيها ولا مؤنة في سائر الاجزاء فكذا في هذا الجزء لان الجزء لا يخالف الجملة بخلاف الكنز فإنه غير مركب فيها. والفرق بين الارض والدار على إحدى الروايتين. وهي رواية الجامع الصغير. أن الدار ملكت خالية عن المؤن دون الارض ولذا وجب العشر أو الخراج في الارض دون الدار فكذا هذه المؤنة حتى قالوا: لو كان في الدار نخلة تطرح كل سنة أكرارا من الثمار لا يجب فيه شئ لما قلنا بخلاف الارض. وفي البدائع: هذا كله إذا وجد في دار الاسلام، فأما إذا وجده في دار الحرب فإن وجده في أرض غير مملوكه فهو له ولاخمس فيه كما في الكنز وأورد على كون المعدن من أجزاء الارض جواز التيمم به وليس بجائز، وأجاب في المعراج بأنه من أجزائها وليس من جنسها كالخشب قوله: (وكنز) بالرفع عطف على معدن أي وخمس كنز وهو دفين الجاهلية فيكون الخمس لبيت المال، وله أن يصرفه إلى نفسه إن كان فقيرا كما قدمناه في المعدن، ووجوب الخمس اتفاقا لعموم الحديث وفي الركاز الخمس كما قدمناه قوله: (وباقيه للمختط له) أي الاخماس الاربعة للذي ملكه الامام البقعة أول الفتح، وإن كان ميتا فلورثته إن عرفوا وإلا فهو لاقصى مالك للارض أو لورثته. كذا في البدائع. وقيل: يوضع في بيت المال ورجحه في فتح القدير.
***
[٤١١]
وفي التحفة: جعله لبيت المال إن لم يعرف الاقصى وورثته وهذا كله عندهما. وقال أبو يوسف: إن الباقي للواجد كالمعدن لان الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه. ولهما: إن يد المختط له سبقت إليه وهي يد الخصوص فيملك به ما في الباطن وإن كانت على الظاهر كما إذا اصطاد سمكة في بطنها درة ثم بالبيع لم تخرج عن ملكه لانه مودع فيها بخلاف المعد لانه من أجزائها فينتقل إلى المشتري. ومحل الخلاف فيما إذا لم يدعه مالك الارض، فإن ادعى أنه ملكه فالقول قوله اتفاقا. كذا في المعراج. أطلق في الكنز فشمل النقد

وغيره من السلاح والآلات وأثاث المنازل والفصوص والقماش لانها كانت ملكا للكفارة فحوته أيدينا قهرا فصارت غنيمة. وقيدناه بدفين الجاهلية بأن كان نقشه صنما أو اسم ملوكهم المعروفين للاحتراز عن دفين أهل الاسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة أو نقش آخر معروف للمسلمين فهو لقطة لان مال المسلمين لا يغنم وحكمها معروف، وإن اشتبه الضرب عليهم فهو جاهلي في ظاهر المذهب لانه الاصل، وقيل يجعل إسلاميا في زماننا لتقادم العهد. وأشار بقوله للمختط له إلى أنه وجده في أرض مملوكه لانه لو وجده في أرض غير مملوكة كالجبال والمفازة فهو كالمعدن يجب خمسه وباقيه للواجد، مطلقا حرا كان أو عبدا كما ذكرناه. وفي المغرب: الخطة المكان المختط لبناء دار أو غير ذلك في العمارات. وفي المعراج: إنما قالوا للمختط له لان الامام إذا أراد قسمه الاراضي يخط لكل واحد من الغانمين ويجعل تلك الناحية له. قوله: (وزئبق) أي خمس الزئبق عند أبي حنيفة ومحمد، وعن أبي يوسف لا شئ فيه لانه مائع ينبع من الارض كالقير، ولهما أنه ينطبع مع غيره فإنه حجر يطبخ فيسيل منه الزئبق فأشبه الرصاص وهو بكسر الباء بعد الهمزة الساكنة. كذا في المغرب. وقيل: هو حيوان لانه ذو حس يتحرك بالارادة ولهذا يقتل. كذا في المعراج. وفي فتح القدير: إنه بالياء وقد تهمز، ومنهم حينئذ من يكسر الموحدة بعد الهمزة مثل زيبر الثوب وهو ما يعلو جديدة من الوبرة لاخذه لا على وجه القهر والغلبة قوله: (لا ركاز دار حرب) أي لا يخمس ركاز في دار الحرب لانه ليس بغنيمة لاخذه لا على وجه القهر والغلبة لانعدام غلبة المسلمين عليه. أطلق في الركاز فشمل الكنز والمعدن. والقدوري وضع المسألة في الكنز ليبين حكم المعدن بالاولى لعدم الاختلاف فيه بخلاف الكنز فإن شيخ الاسلام أوجب الخمس فيه كما في المعراج. وأطلق في دار الحرب فشمل ما إذا وجده في أرض غير مملوكة أو في مملوكة لهم لكن إذا كانت غير مملوكة فالكل له، سواء دخل بأمان أو لا، لان حكم الامان يظهر في المملوك لا

***

[٤١٢]

في المباح، وإن كانت مملوكة لبعضهم فإن دخل بأمان رده إلى صاحبها لحرمة أموالهم عليه بغير الرضا، فإن لم يرده إليه ملكه ملكا خبيثا فسبيله التصدق به، فلو باعه صح لقيامه ملكه لكن لا يطيب للمشتري بخلاف بيع المشتري شراء فاسدا لان الفساد يرتفع ببيعه لامتناع فسخه حينئذ، وإن دخل بغير أمان حل له. ويستثنى من إطلاق المصنف ما إذا دخل جماعة ذو ومنعة دار الحر ب وظفروا بشئ من كنوزهم فإنه يجب فيه الخمس لكونه غنيمة لحصول الاخذ على طريق القهر والغلبة قوله: (وفيروزج ولؤلؤ وعنبر) أي لا تخمس هذه الاشياء، أما الاول فلانه حجر مضئ يوجد في الجبال وقد ورد في الحديث لا خمس في الحجر ونحوه الياقوت والجواهر كما قدمناه من كل جامع لا ينطبع. أطلقه وهو مقيد بما إذا أخذها من معدنها، أما إذا وجدت كنزا وهي دفين الجاهلية ففيه الخمس لانه لا يشترط في الكنز إلا المالية لكونه غنيمة. وأما الثاني فالمراد به كل حلية تستخرج من البحر حتى الذهب والفضة فيه بأن كانت كنزا في قعر البحر وهذا عندهما. وقال أبو يوسف: يجب في جميع ما يخرج من البحر لانه مما تحويه يد الملوك. ولهما: إن قعر البحر لا يرد عليه قهر أحد فانعدمت اليد وهي شرط الوجوب. فالحاصل أن الكنز لا تفصيل فيه بل يجب فيه الخمس كيفما كان، سواء كان من جنس الارض أو لم يكن بعدأن كان مالا متقوما، وأما المعدن فثلاثة أنواع كما قدمناه أول الباب، واللؤلؤ مطر الربيع يقع في الصدف فيصير لؤلؤا، والصدف حيوان يخلق فيه اللؤلؤ. والعنبر حشيش ينبت في البحر أو خثي دابة في البحر والله سبحانه أعلم. باب العشر هو واحد الاجزاء العشرة والكلام فيه في مواضع: في بيان فريضته وكيفيتها وسببها وشرائطها وقدر المفروض ووقته وصفته وركنه وشرائطه وما يسقطه. أما الاول فثابت بالكتاب قوله تعالى * (وآتوا حقه يوم حصاده) * (الانعام: ١٤١) على قول عامة أهل التأويل هو العشر أو نصفه. وبالسنة ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب أو دالية ففيه نصف العشر (١) وبالاجماع. وأما الكيفية فما تقدم في الزكاة أنه على الفور أو التراخي. وأما سببها

***

[٤١٣]

فالارض النامية بالخارج حقيقبخلاف الخراج فإن سببه الارض النامية حقيقة أو تقديرا بالتمكين، فلو تمكن وليزرع وجب الخراج دون العشر، ولو أصاب الزرع آفة لم يجبا، وقدمنا حكم تعجيل العشر وأنه على ثلاثة أوجه في مسألة تعجيل الزكاة. وأما شرائطها فنوعان: شرالاهلية وشرط المحلية. فالاول نوعان: أحدهما الاسلام وأنه شرط ابتداء هذا الحق فلا يبتدأ إلا على مسلم بلا خلاف، وأما كونه

يتحول إلى الكافر فسيأتي مفصلا. والثاني العلم بالفرضية وهو عام في كل عبادة أيضا، وأما العقل والبلوغ فليسا من شرائط الوجوب حتى يجب العشر في أرض الصبي والمجنون لان فيه معنى المؤنة، ولهذا جاز للامام أن يأخذه جبرا ويسقط عن صاحب الارض إلا أنه لا ثواب له إلا إذا أدى اختيارا، ولذا لو مات من عليه العشر والطعام قائم يؤخذ منه بخلاف الزكاة، وكذا ملك الارض ليس بشرط للوجوب لوجوبه في الارض الموقوفة. ويجب في أرض المأذون والمكاتب ويجب على المؤجر عنده، وعندهما على المستأجر كالمستعير ويسقط عن المؤجر بهلاكه قبل الحصاد لا بعده، وفي المزارعة على قولهما فالعشر عليهما بالحصة، وعلى قوله على رب الارض لكن يجب في حصته في عينه وفي حصة المزارع يكون دينا في ذمته، وفي الارض المغصوبة على الغاصب إن لم تنقصها الزراعة، وإن نقصتها فعلى رب الارض عنده، وعندهما في الخارج. ولو كانت الارض خراجية فخراجها على رب الارض في الوجوه كلها بالاجماع إلا في الغصب إذا لم تنقصها الزراعة فخراجها على الغاصب، وإن نقصتها فعلى رب الارض. كذا في البدائع وغيره. وفي الخلاصة والظهيرية: إن الخراج إنما يكون على الغاصب إذا كان جاحدا ولا بينة للمالك وزرعها الغاصب، أما إذا كان مقرا أو للمالك بينة عادلة ولم تنقصها الزراعة فالخراج على رب الارض ا ه. وأما شرائط المحلية فإن تكون عشرية فلا عشر في الخارج من أرض الخراج لانهما لا يجتمعان، وسيأتي بيان العشرية ووجود الخارج وأن يكون الخارج منها مما يقصد بزراعته نماء الارض فلا عشر في الحطب ونحوه، وسيأتي بيان قدره. وأما وقته فوقت خروج الزرع وظهور الثمر عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف وقت الادراك، وعند محمد عند التنقية والجذاذ، وأما ركنه فالتمليك كالزكاة، وشرائط الاداء ما قدمناه في الزكاة. وأما ما يسقطه فهلاك الخارج من غير صنعه وبهلاك البعض يسقط بقدره وإن استهلكه غير المالك أخذ الضمان منه وأدى عشره، وإن استهلكه المالك ضمن عشره وصار دينا في ذمته. ومنها الردة، ومنها موت المالك من غير وصية إذا كان قد استهلكه. كذا في البدائع مختصرا.

***

[٤١٤]

قوله: (يجب في عسل أرض العشر ومسقي سماء وسبح بلا شرط نصاب وبقاء إلا الحطب والقصب والحشيش) أي يجب العشر فيما ذكر أما في العسل فللحديث في العسل والعشر ولان النحل يتناول من الانوار والثمار وفيهما العشرة فكذا فيما يتولد منهما بخلاف دوالقز لانه يتناول الاوراق ولا عشر فيها. أطلقه فتناول القليل والكثير وهو مذهب الامام، وقدر أبو يوسف نصابه بخمسة أوسق، وعن محمد بخمسة أفراق كل فرق ستة وثلاثون رطلا. قيد بأرض العشر لان العسل إذا كان في أرض الخراج فلا شئ فيه لما ذكر أن وجوب العشر فيه لكونه بمنزلة الثمر ولا شئ في ثمار أرض الخراج لامتناع وجوب العشر والخراج في أرض واحدة. وفي المعراج: وقول محمد لا شئ فيه أي في العسل ولكن الخراج يجب باعتبار التمكن من الاستنزال ا ه. وفي المبسوط: إن صاحب الارض يملك العسل الذي في أرضه وإن لم يتخذها لذلك حتى له أن يأخذه ممن أخذه من أرضه بخلاف الطير إذا فرخ في أرض رجل فجاء رجل وأخذه فهو للآخذ لان الطير لا يفرخ في موضع ليترك فيه بل ليطير فلم يصر صاحب الارض محرزا للفرخ بملكه ا ه. ولو وجد العسل في المفازة أو الجبل ففيه اختلاف، فعندهما يجب العشر. وقال أبو يوسف: لا شئ فيه لان الارض ليست بمملوكة. ولهما: إن المقصود من ملكها النماء وقد حصل، وعلى هذا كل ما يوجد في الجبال من الثمار والجوز، وبهذا علم أن التقييد بأرض العشر للاحتراز عن أرض الخراج فقط، فلو قال يجب في عسل أرض غير الخراج لكان أولى. وأما وجوبه فيما

***

[٤١٥]

سقي بالمطر أو بالسيح كماء النيل فمتفق عليه للادلة السابقة، وأما قوله بلا شرط نصاب وبقاء فمذهب الامام وشرطاهما فصار الخلاف في موضعين: لهما في الاول قوله عليه الصلاة والسلام ليس في حب ولا تمر صدقة حتى يبلغ خمسة أو سق (١) رواه مسلم. وله إطلاق الآية * (مما أخرجنا لكم من الارض) * (البقرة: ٢٦٧) والحديث فيما سقت السماء العشر (٢) وتأويل مرويهما أن المنفى زكاة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق أربعون درهما، أو تعارض الخاص والعام فقدم العام لانه أحوط. ولهما في الثاني الحديث ليس في الخضراوات صدقة (٣). وله التمسك بالعمومات. وإنما استثنى الثلاثة لانه لا يقصد بها استغلال الارض غالبا حتى لو استغل بها أرضه وجب العشر، وعلى هذا كل ما لا يقصد به استغلال الارض لا يجب فيه العشر مثل السعف والتبن، وكذا

كل حب لا يصلح للزراعة كبزر البطيخ والقثاء لكونها غير مقصودة في نفسها، وكذا لا عشر فيما هو تابع للارض كالنحل والاشجار لانه بمنزلة جزء الارض لانه يتبعها في البيع، وكذا كل ما يخرج من الشجر كالصمغ والقطران لانه لا يقصد به الاستغلال، ويجب في العصفر والكتان وبزره لان كل واحد منها مقصود فيه. ثم اختلفا فيما لا يوسق كالزعفران والقطن فاعتبر أبو يوسف قيمة أدنى ما يوسق كالذرة. واعتبر محمد خمسة أعداد من أعلى ما يقدر به نوعه فاعتبر في القطن خمسة أحمال كل حملات مائة من، وفي الزعفران خمسة أمناء، ولو كان الخارج نوعين يضم أحدهما إلى الآخر لتكميل النصاب إذا اتحد الجنس، وإن كانا جنسين كل واحد أقل من خمسة أوسق فإنه لا يضم. ونصاب القصب السكر على قول أبي يوسف أن تبلغ قيمته قيمة خمسة أوسق من أدنى ما يوسق وعند محمد نصاب السكر خمسة أمناء، فإذا بلغ القصب قدرا يخرج منه خمسة أمناء

***

[٤١٦]

سكر وجب فيه العشر على قوله، وينبغي أن يكون نصاب القصب عنده خمسة أطنان كما في عرف ديارنا. قوله: (ونصفه في مسقي غرب ودالية) أي ويجب نصف العشر فيما سقي بآلة للحديث. والغرب دلو عظيم، والدالية دولاب عظيم تديره البقر. وإن سقي بعض السنة بآلة والبعض بغيرها فالمعتبر أكثرها كما مر في السائمة والعلوفة، وإن استويا يجب نصف العشر نظرا للفقراء كما في السائمة، وظاهر الغاية وجوب ثلاثة أرباع العشر قوله: (ولا ترفع المؤن) أي لا تحسب أجرة العمال ونفقة البقر وكري الانهار وأجرة الحافظ وغير ذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم حكم بتفاوت الواجب لتفاوت المؤنة فلا معنى لرفعها. أطلقه فشمل ما فيه العشر وما فيه نصفه فيجب إخراج الواجب من جميع ما أخرجته الارض عشرا أو نصفا إلا أن ما تكلفه يأخذه بلا عشر أو نصفه ثم يخرج الواجب من الباقي كما توهمه بعض الناس قوله: (وضعفه في أرض عشرية لتغلبي وإن أسلم أو ابتاعها منه مسلم أو ذمي) أي يجب عشران في أرض إلى آخره وفيه ثلاث مسائل: الاولى الارض العشرية إذا اشتراها تغلبي فالمذهب تضعيفه عليه لاجماع الصحابة. الثانية إذا أسلم التغلبي فالتضعيف باق عليه لان التضعيف صار وظيفة الارض فيبقى بعد إسلامه كالخراج. الثالثة إذا اشتراها منه مسلم أو ذمي فكذلك لانها انتقلت إليه بوظيفتها كالخراج، فإن المسلم أهل للبقاء عليه وإن لم يكن أهلا لابتدائه، ورد الواجب أبو يوسف في المسألتين إلى عشر واحد لزوال الداعي إلى التضعيف قوله: (وخراج أن اشتري ذمي أرضا عشرية من مسلم) أي يجب الخراج لان في العشر معنى العبادة والكفر ينافيها ولا وجه إلى التضعيف لان الكلام في غير التغلبي بخلاف الخراج لانه عقوبة والاسلام لا ينافيها كالرق، وبه اندفع قول أبي يوسف من تضعيف العشر عليه وقول محمد ببقاء العشر. وحاصل هذه المسائل أن الارض إما عشرية أو خراجية أو تضعيفية، والمشترون مسلم وذمي وتغلبي، فالمسلم إذا اشتري العشرية أو الخراجية بقيت على حالها، أو التضعيفية فكذلك عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: ترجع إلى عشر واحد، فإذا اشترى التغلبي الخراجية بقيت خراجية أو التضعيفية فهي تضعيفية أو العشرية من مسلم ضوعف عليه العشر عندهما خلافا لمحمد، وإذا اشترى ذمي غير تغلبي خراجية أو تضعيفية بقيت على حالها أو عشرية صارت خراجية إن استقرت في ملكه عنده، ولم يشترط في المختصر لوجوب الخراج، وشرطه في الهداية لان

***

[٤١٧]

الخراج لا يجب إلا بالتمكن من الزراعة وذلك بالقبض قوله: (وعشران أخذها بالشفعة أورد على البائع للفساد) أما الاول فلتحول الصفقة إلى الشفيع كأنه اشتراها من المسلم، وأما الثاني فلانه بالرد والفسخ جعل البيع كأنه لم يكن لان حق المسلم وهو البائع لم ينقطع بهذا البيع لكونه مستحق الرد. وأشار بقوله للفساد إلى كل موضع كان الرد فيه فسخا كالرد بخيار الشرط والرؤية مطلقا والرد بخيار العيب إن كان بقضاء، وأما بغير قضاء فهي خراجية على حالها كالاقالة لانها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث فصار شراء من الذمي فتنتقل إلى المسلم بوظيفتها فاستفيد من وضع المسألة أن للذمي أن يردها بعيب قديم ولا يكون وجوب الخراج عليها عيبا حادثا لانه يرتفع بالفسخ بالقضاء فلا يمنع الرد. قوله: (وإن جعل مسلم داره بستانا فمؤنته تدور مع مائه) يعني فإن سقاه بماء العشر فهو عشري، وإن سقاه بماء الخراج فهو خراجي، وإن سقاه مرة من ماء العشر ومرة من ماء الخراج فعليه العشر لانه أحق بالعشر من

الخراج. كذا في غاية البيان. واستشكل العتابي وجوب الخراج على المسلم ابتداء حتى نقل في غاية البيان أن الامام السرخسي ذكر في كتاب الجامع أن عليه العشر بكل حال لانه أحق بالعشر من الخراج وهو الاظهر ا ه. وجوابه أن الممنوع وضع الخراج عليه ابتداء جبرا، أما باختياره فيجوز وقد اختاره هنا حيث سقاه بماء الخراج فهو كما إذا أحيا أرضا ميتة بإذن الامام وسقاها بماء الخراج فإنه يجب عليه الخراج والبستان يحوط عليها حائط وفيها أشجار متفرقة. كذا في المعراج. قيد بجعلها بستانا لانه لو لم يجعلها بستانا وفيها نخل تغل أكرارا لا شئ فيها، وأما الذمي فإن الخراج واجب عليه مطلقا ولا يعتبر الماء وهو المراد بقوله قوله: (بخلاف الذمي) لانه أهل له لا للعشر قوله: (وداره حر) لان عمر رضي الله عنه جعل المساكن عفوا وعليه إجماع الصحابة وكذا المقابر، وتقييده في الهداية بالمجوسي ليفيد النفي في غيره من أهل الكتاب بالدلالة لان المجوسي أبعد

***

[٤١٨]

عن الاسلام لحرمة مناكحته وذبائحه قوله: (كعين قير ونفط في أرض عشر ولو في أرض خراج يجب الخراج) لانه ليس من أنزال الارض وإنما هو عين فوارة كعين المافلا عشر ولا خراج إن لم يكن وراء موضع القير والنفط أرض فارغة صالحة للزراعة، وأما إذا كان وراءه موضع صالح للزراعة فلا يجب شئ إن كان في أرض العشر لان العشر لا يكفي فيه التمكن من الزراعة بل لا بد من حقيقة الخارج، وأما إن كان في أرض خراج وجب الخراج لانه يكفي لوجوبه التمكن من الزراعة وقد حصل وهو المراد بما في المختصر. والقير هو الزفت ويقال القار. والنفط بالفتح والكسر وهو أفصح دهيعلو الماء وفي معراج الدراية: ولا يمسح موضع القير في رواية ابن سماعة عن محمدلان موضعه لا يصلح للزراعة. وقال بعض مشايخنا: يمسح لان موضع القير تبع للارض فيمسح معه تبعا وإن كان لا يصلح للزراعة كأرض في بعض جوانبها سبخة فإنها تمسح مع الارض ويوضع الخراج فيها لكونها تابعة لما يصلح للزراعة ا ه. وظاهر المختصر يدل على قول البعض فإنه أوجب الخراج مطلقا، ولم يذكر المصنف الفرق بين الارض الخراجية والعشرية فالارض العشرية أرض العرب كلها. قال محمد: هي من العذيب إلى مكة وعدن أبين إلى أقصى حجر باليمن بمهرة. وذكر الكرخي أنها أرض الحجاز وتهامة واليمن ومكة والطائف والبرية، ومنها الارض التي أسلم أهلها طوعا أو فتحت قهرا وقسمت بين الغانمين. وأما الارض الخراجية فما فتحت قهرا وتركت في أيدي أربابها وأرض نصارى بني تغلب. والموات التي أحياها ذمي مطلقا أو مسلم وسقاها بماء الخراج، وماء الخراج هو ماء الانهار الصغار التي حفرها الاعاجم مميدخل تحت الايدي وماء العيون والقنوات المستنبطة من مال بيت المال. وماء العشر هو ماء السماء والآبار والعيون والانهار العظام التي لا تدخل تحت الايدي كسيحون وجيحون ودجلة والفرات والنيل لعدم إثبات يد عليها وعن أبي يوسف أنها خراجية لامكان إثبات اليد عليها بشد السفن بعضها على بعض حتى تصير شبه القنطرة. كذا في البدائع وغيرها والله أعلم.

***

[٤١٩]

باب المصرف هو في اللغة المعدل قال تعالى * (ولم يجدوا عنها مصرفا) * (الكهف: ٥٣) كذا في ضياء الحلوم. ولم يقيده في الكتاب بمصرف الزكاة ليتناول الزكاة والعشر وخمس المعادن مما قدمه كما أشير إليه في النهاية. وينبغي إخراج خمس المعادن لان مصرفه الغنائم كما صرح به الاسبيجابي وغيره. وقد ذكر الاصناف السبعة وسكت عن المؤلفة قلوبهم للاشارة إلى السقوط للاجماع الصحابي وهو من قبيل انتهاء الحكم لانتهاء علته الغائية التي كان لاجلها الدفع فإن الدفع كان للاعزاز وقد أعز الله الاسلام وأغنى عنهم، واختار في العناية أنه ليس من باب النسخ لان الاعزاز الآن في عدم الدفع فهو تقرير لما كان لا نسخ. وتعقبه في فتح القدير بأن هذا لا ينفي النسخ لان الاباحة الدفع إليهم حكم شرعي كان ثابتا وقد ارتفع وهم كانوا ثلاثة أقسام: قسم كان الاعطاء ليتألفهم على الاسلام، وقسم كان يعطيهم لدفع شرهم، وقسم أسلموا وفيهم ضعف فكان يتألفهم ليثبتوا ولا يقال إن نسخ الكتاب بالاجماع لا يجوز لان الناسخ دليل الاجماع لا هو بناء على أنه لا إجماع إلا عن مستند، فإن ظهر وإلا وجب الحكم بأنه ثابت على أن الآية التي ذكرها عمر رضي الله عنه تصلح لذلك وهو قوله تعالى * (وقل الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر) * (الكهف: ٢٩) قوله: (هو الفقير

والمسكين وهو أسوأ حالا من الفقير) أي المصرف الفقير والمسكين، والمسكين أدنى حالا. وفرق بينهما في الهداية وغيرها بأن الفقير من له أدنى شئ، والمسكين من لا شئ له، وقيل على العكس ولكل وجه والاول هو الاصح وهو المذهب. كذا في الكافي. والاولى أن يفسر الفقير بمن له ما دون النصاب كما في النقاية أخذا من قولهم يجوز دفع الزكاة إلى من يملك ما دون النصاب أو قدر نصاب غير نام وهو مستغرق في الحاجة. ولا خلاف في أنهما صنفان هو الصحيح لان العطف في الآية يقتضي المغايرة، وإنما الخلاف في أنهما صنفان أو صنف واحد في غير الزكاة كالوصية والوقف والنذر فقال أبو حنيفة بالاول وهو الصحيح كما في غاية البيان، وأبو يوسف بالثاني، فلو أوصي بثلث ماله لفلان وللفقراء والمساكين
***
[٤٢٠]
فعلى الصحيح لفلان ثلث الثلث، وعلى غيره نصف الثلث، وإنما جاز صرف الزكاة إلى صنف واحد لمعنى لا يوجد في الوصية وهو دفع الحاجة وذا يحصل بالصرف إلى صنف واحد والوصية ما شرعت لدفع حاجة الموصى له فإنها تجوز للغني أيضا، وقد يكون للموصي أغراض كثيرة لا يوقف عليها فلا يمكن تعليل نص كلامه فيجري على ظاهر لفظه من غير اعتبار المعنى. كذا في البدائع. ولهذا لو أوصى بثلث ماله للاصناف السبعة فصرف إلى صنف واحد لا يجوز، وقيل يجوز. كذا في المحيط. وفي الخانية: والذي له دين مؤجل على إنسان إذا احتيج إلى النفقة يجوز له أن يأخذ من الزكاة قدر كفايته إلى حلول الاجل، وإن كان الدين غير مؤجل، فإن كان من عليه الدين معسرا يجوز له أخذ الزكاة في أصح الاقاويل لانه بمنزلة ابن السبيل، وإن كان المديون موسرا معترفا لا يحل له أخذ الزكاة، وكذا إذا كان جاحدا وله عليه بينة عادلة، وإن لم تكن بينة عادلة لا يحل له أخذ الزكاة ما لم يرفع الامر إلى القاضي فيحلفه، فإذا حلف بعد ذلك يحل له أخذ الزكاة ا ه‍. والمراد من الدين ما يبلغ نصابا كما لا يخفى. وفي فتح القدير: ولو دفع إلى فقيرة لها مهر دين على زوجها يبلغ نصابا وهو موسر بحيث لو طلبت أعطاها لا يجوز، وإن كان بحيث لا يعطي لو طلبت جاز ا ه‍. وهو مقيد لعموم ما في الخانية: والمراد من المهر ما تعورف تعجيله لان ما تعورف تأجيله فهو دين مؤجل لا يمنع أخذ الزكاة ويكون في الاول عدم إعطائه بمنزلة إعساره، ويفرق بينه وبين سائر الديون بأن رفع الزوج للقاضي مما لا ينبغي للمرأة بخلاف غيره. لكن في البزازية: وإن كان موسرا والمعجل قدر النصاب لا يجوز عندهما وبه يفتى للاحتياط، وعند الامام يجوز مطلقا وسيأتي بيان النصب الثلاثة آخر الباب إن شاء الله تعالى. قوله: (والعامل) تقدم تفسيره في باب العاشر. وعبر بالعامل دون العاشر ليشمل الساعي أيضا، وقدمنا الفرق بينهما فيعطى ما يكفيه وأعوانه بالوسط مدة ذهابهم وإيابهم ما دام المال باقيا إلا إذا استغرقت كفايته الزكاة فلا يزاد على النصف لان التنصيف عين الانصاف قيدنا بالوسط لانه لا يجوز له أن يتبع شهوته في المأكل والمشرب والملبس لانها حرام لكونها إسرافا محضا، وعلى الامام أن يبعث من يرضى بالوسط من غير إسراف ولا تقتير. كذا في غاية البيان، وفي البزازية: المصدق إذا أخذ عمالته قبل الوجوب أو القاضي استوفى رزقه قبل المدة جاز، والافضل عدم التعجيل لاحتمال أن لا يعيش إلى المدة ا ه‍. وقيدنا ببقاء المال
***
[٤٢١]
لانه لو أخذ الصدقة وضاعت في يده بطلت عمالته ولا يعطى من بيت المال شيئا. كذا في الاجناس عن الزيادات. وما يأخذه العامل صدقة فلا تحل العمالة لهاشمي لشرفه كما سيأتي، وإنما حلت للغني مع حرمة الصدقة عليه لانه فرغ نفسه لهذا العمل فيحتاج إلى الكفاية والغني لا يمنع من تناولها عند الحاجة كابن السبيل. كذا في البدائع. والتحقيق أن فيه شبها بالاجرة وشبها بالصدقة فللاول يحل للغني ولا يعطى لو هلك المال أو أرداها صاحب المال إلى الامام، وللثاني لا يحل للهاشمي. ويسقط الواجب عن أرباب الاموال لو هلك المال في يده لان يده كيد الامام وهو نائب عن الفقراء ولا تكون مقدرة. وفي النهاية: رجل من بني هاشم استعمل على الصدقة فأجري له منها رزق فإنه لا ينبغي له أن يأخذ من ذلك، وإن عمل فيها ورزق من غيرها فلا بأس بذلك ا ه‍. وهو يفيد صحة توليته وأن أخذه منها مكروه لا حرام. ومن أحكام العامل ما ذكره في البزازية أن العامل إذا ترك الخراج على المزارع بدون علم السلطان يحل له لو مصرفا كالسلطان إذا ترك الخراج له قوله: (والمكاتب) أي يعان المكاتب في فك رقبته وهو المراد بقوله تعالى * (وفي الرقاب) * (البقرة: ١٧٧) هو منقول عن الحسن البصري وغيره في تفسيره الطبري. وأطلقه فشمل ما إذا كان مولاه فقيرا أو غنيا. وهل

ما يدفع للمكاتب منها يكون ملكا له أو لا؟ فالذي في بعض التفاسير أنه لا يملك. قال القاضي البيضاوي: والعدول عن اللام إلى في للدلالة على أن الاستحقاق للجهة لا للرقاب. وقيل: للايذان بأنهم أحق بها ا هـ. وقال الطيبي في حاشية الكشاف: إنما عدل عن اللام إلى في في الاربعة الاخيرة لان الاربعة الاولى ملاك لما عسى أن يدفع إليهم. والاربعة الاخيرة لا يملكون ما يدفع إليهم إنما يصرف المال في مصالح تتعلق بهم لان التعدية بفي مقدر بالصرف، فمال الرقاب يملكه السادة والمكاتبون لا يحصل في أيديهم شئ، والغارمون بصرف نصيبهم لارباب الديون، وكذلك في سبيل الله تعالى وابن السبيل مندرج في سبيل الله، وأفرد بالذكر تنبيها على خصوصية وهو مجرد عن الحرفين جميعا أي اللام وفي وعطفه على اللام ممكن وفي أقرب ا هـ. فقد صرح بأن الاربعة الاخيرة لا يملكون شيئا، ويستفاد منه أنهم ليس لهم صرف المال في غير الجهة التي أخذوا لاجلها. وفي البدائع: وإنما جاز دفع الزكاة إلى المكاتب لان الدفع إليه تمليك وهو ظاهر في أن الملك يقع للمكاتب فبقية الاربعة بالطريقة الاولى لكن بقي هل لهم على هذا الصرف إلى غير الجهة.
***
[٤٢٢]
وفي المحيط: وقد قالوا إنه لا يجوز لمكاتب هاشمي لان الملك يقع للمولى من وجه والشبهة ملحقة بالحقيقة في حقهم ا هـ. وفي شرح المجمع: وإن عجز المكاتب يحل لمولاه وإن كان غنيا، وعلى هذا الفقير إذا استغنى وابن السبيل إذا وصل إلى ماله. قوله: (والمديون) أطلقه كالقدوري وقيده في الكافي بأن لا يملك نصابا فاضلا عن دينه لانه المراد بالغارم في الآية وهو في اللغة من عليه دين ولا يجد قضاء كما ذكره القتبي. وإنما لم يقيده المصنف لان الفقر شرط في الاصناف كلها إلا العامل وابن السبيل إذا كان له في وطنه مال بمنزلة الفقير. وفي الفتاوي الظهيرية: والدفع إلى من عليه الدين أولى من الدفع إلى الفقير قوله: ومنقطع الغزاة) هو المراد بقوله تعالى * (وفي سبيل الله) * (التوبة: ٦٠) وهو اختيار منه لقول أبي يوسف، وعند محمد منقطع الحاج، وقيل: طلبة العلم، واقتصر عليه في الفتاوي الظهيرية، وفسره في البدائع بجميع القرب فيدخل فيه كل من سعى في طاعة الله تعالى وسبيل الخيرات إذا كان محتاجا ا هـ. ولا يخفى أن قيد الفقير لا بد منه على الوجوه كلها فحينئذ لا تظهر ثمرته في الزكاة وإنما تظهر في الوصايا والاوقاف كما تقدم نظيره في الفقراء والمساكن قوله: (وابن السبيل) هو المنقطع عن ماله لبعده عنه، والسبيل الطريق فكل من يكون مسافرا يسمى ابن السبيل وهو غني بمكانه حتى تجب الزكاة في ماله، ويؤمر بالاداء إذا وصلت إليه يده وهو فقير يدا حتى تصرف إليه الصدقة في الحال لحاجته، كذا في الكافي. فإن قلت: منقطع الغزاة أو الحج إن لم يكن في وطنه مال فهو فقير وإلا فهو ابن السبيل، فكيف تكون الاقسام سبعة؟ قلت: هو فقير إلا أنه زاد عليه بالانقطاع في عبادة الله تعالى فكان مغايرا للفقير المطلق الخالي عن هذا القيد. كذا في النهاية. وفي الظهيرية: الاستقراض لابن السبيل خير من قبول الصدقة. وفي فتح القدير: ولا يحل له أن يأخذ أكثر من حاجته وألحق به كل من هو غائب عن ماله وإن كان في بلده ولا يقدر عليه إلا به. وفي المحيط: وإن كان تاجرا له دين على الناس لا يقدر على أخذه ولا يجد شيئا يحل له أخذ الزكاة لانه فقير
***
[٤٢٣]
يدا كابن السبيل ا هـ. وهو أولى من جعله غارما كما في فتح القدير، وقد قدمنا في بحث الفقير تفصيلا له فراجعه قوله: (فيدفع إلى كلهم أو إلى صنف) لان المراد بالآية بيان الاصناف التي يجوز الدفع إليهم لا تعيين الدفع لهم، ويدل له من الكتاب قوله تعالى * (وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم) * (البقرة: ٢٧١) ومن السنة أنه عليه الصلاة والسلام أتاه مال من الصدقة فجعله في صنف واحد وهم المؤلفة قلوبهم، ثم أتاه مال آخر فجعله في الغارمين، ولم يصرح في الكتاب بجواز الاقتصار على شخص واحد من صنف واحد، ولا شك فيه عندنا لان الجمع المعرف باللام مجاز عن الجنس، ولهذا لحلف لا يتزوج النساء ولا يشتري العبيد يحنث بالواحد، فالمعنى في الآية أن جنس الزكاة لجنس الفقير فيجوز الصرف إلى واحد لان الاستغراق ليس بمستقيم إذ يصير المعنى أن كل صدقة لكل فقير ولا يرد خالعني على ما في يدي من الدراهم ولا شئ في يدها فإنه يلزمها ثلاثة. ولو حلف لا يكلمه الايام أو الشهور يقع على العشرة عنده، وعلى الاسبوع والسنة عندهما لانه أمكن العهد فلا يحمل على الجنس، فالحاصل أن حمل الجمع على الجنس مجاز، وعلى العهد أو الاستغراق حقيقة، ولا مسوغ للخلف إلا عند تعذر الاصل، وعلى هذا تنصف الموصى به لزيد والفقراء كالوصية لزيد وفقير. قوله (لا

إلى ذمي) أي لا تدفع إلى ذمي لحديث معاذ خذها من أغنيائهم وردها في فقرائهم لا لان التنصيص على الشئ ينفي الحكم عماعداه بل للامر بردها إلى فقراء المسلمين، فالصرف إلى غيرهم ترك للامر وحديث معاذ مشهور تجوز الزيادة به على الكتاب، ولئن كان خبر واحد فالعام خص منه البعض بالدليل القطعي وهو الفقير الحربي بالآية وأصوله وفروعه بالاجماع فيخص الباقي بخبر الواحد كما عرف في الاصول قوله (وصح غيرها) أي وصح دفع غير الزكاة إلى الذمي واجبا كان أو تطوعا كصدقة الفطر والكفارات والمنذور لقوله تعالى * (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين) * (الممتحنة: ٨) الآية. وخصت الزكاة بحديث معاذ وفيه خلافأبي يوسف، ولا يرد عليه العشر لان مصرفه

***

[٤٢٤]

مصرف الزكاة كما قدمناه فلا يدفع إلى ذمي، والصرف في الكل إلى فقراء المسلمين. فرضا كانت أو واجبة أو تطوعا لا أحب. وقيد بالذمي لان جميع الصدقات تجوز للحربي اتفاقا كما في غاية البيان لقوله تعالى * (إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين) * (الممتحنة: ٩) وأطلقه فشمل المستأمن وقد صرح به في النهاية قوله (وبناء مسجد وتكفين ميت وقضاء دينه وشراءقن يعتق) بالجر بالعطف على ذمي والضمير في دينه للميت، وعدم الجواز لانعدام التمليك الذي هو الركن في الاربعة لان الكفن على ملك المتبرع حتى لو افترس الميت السبع كان الكفن للمتبرع لا لورثة الميت، وقضاء دين الغير لا يقتضي التمليك من ذلك الغير الحي فالميت أولى بدليل أنه لو قضى دين غيره ثم تصادق الدائن والمديون على عدمه رجع المتبرع على الدائن لا على المديون والاعتاق إسقاط لا تمليك. قيد بقضاء دين الميت لانه لو قضى دين الحي إن قضاه بغير أمره يكون متبرعا ولا يجزئه عن الزكاة، وإن قضاه بأمره جاز ويكون القابض كالوكيل له في قبض الصدقة. كذا في غاية البيان. وقيده في النهاية بأن يكون المديون فقير اولا بد منه، ويستفاد منه أن رجوع المتبرع بقضاء الدين عند التصادق على الدائن محمول على ما إذا كان بغير أمر المديون أما إذا كان بأمره فهو تمليك منه فلا رجوع عند التصادق بأنه لادين على الدائن وإنما يرجع على المديون، وهو بعمومه يتناول ما لو دفعه ناويا الزكاة، وينبغي أن لا رجوع فيها كما بحثه المحقق في فتح القدير فليراجع. والحيلة في الجواز في هذه الاربعة أن يتصدق بمقدار زكاته على فقير ثم يأمره بعد ذلك بالصرف إلى هذه الوجوه فيكون لصاحب المال ثواب الزكاة وللفقير ثواب هذه القرب. كذا في المحيط. وأشار المصنف إلى أنه لو أطعم يتيما بنيتها لا يجزئه لعدم التمليك إلا إذا دفع له الطعام كالكسوة إذا كان يعقل القبض وإلا فلا ولو دفع الصغير إلى وليه كذا في الخانية. والمراد بالعقل هنا أن لا يرمي به ولا يخدع عنه.

***

[٤٢٥]

قوله (وأصله وإن علا وفرعه وإن سفل) بالجر أي لا يجوز الدفع إلى أبيه وجده وإن علا ولا إلى ولده وولد ولده وإن سفل لان المنفعة لم تنقطع عن المملك من كل وجه كما قدمه في تعريف الزكاة لان الواجب عليه الاخراج عن ملكه رقبة ومنفعة ولم يوجد في الاصول والفروع الاخراج عن ملكه منفعة وإن وجد رقبة وفي عبده وجد الاخراج منفعة لا رقبة. كذا في المستصفى. وفيه إشارة إلى أن هذا الحكم لا يخص الزكاة بل كل صدقة واجبة لا يجوز دفعها لهم كأحد الزوجين كالكفارات وصدقة الفطر والنذور. وقيد بأصله وفرعه لان من سواهم من القرابة يجوز الدفع لهم وهو أولى لما فيه من الصلة مع الصدقة كالاخوة والاخوات والاعمام والعمات والاخوال والخالات الفقراء، ولهذا قال في الفتاوى الظهيرية: ويبدأ في الصدقات بالاقار ب ثم الموالي ثم الجيران. وذكر في موضع آخر معزيا إلى أبي حفص الكبير: لا تقبل صدقة الرجل وقرابته محاويج فيسد حاجتهم. وفي المحيط: لو دفع إلى أخته ولها مهر على زوجها الموسر يبلغ نصابا يجوز عند أبي حنيفة، ولا يحل عندهما وبه يفتى احتياطا. ولو دفع زكاته إلى من نفقته واجبة عليه من القرايب جاز إذا لم يحتسبها من النفقة. وفي القنية: دفع زكاته في مرض موته إلى أخيه ثم مات وهو وارثه وقعت موقعها ثم رقم بأنه لا يصح كمن أوصى بالحج ليس للوصي أن يدفعه إلى قريب الميت لانه وصية كذا هذا، ثم رقم بأنه يصح لكن للورثة الرد باعتبار أنه وصية اه‍. والذي يظهر ترجيح الاول. وأطلق في فرعه فشمل ثابت النسب منه وغيره إذا كان مخلوقا من مائه فلا يدفع إلى المخلوق من مائه بالزنا ولا إلى ولد أم ولده الذي نفاه، وخرج ولد المنعي إليها زوجها إذا تزوجت ثم جاء الاول حيا، فإن على قول أبي حنيفة

المرجوع عنه الاولاد للاول ومع هذا يجوز دفع زكاة الاول إليهم وتجوز شهادتهم له. كذا في معراج الدراية لعدم الفرعية ظاهرا، أو على هذا فينبغي على هذا القول أن لا يجوز للثاني دفع الزكاة إليهم لوجود الفرعية حقيقة وإن لم يثبت النسب منه لكن المنقول الفتاوى الولواجية أنه يجوز للثاني الدفع إليهم وتجوز شهادتهم له على قول الامام، وروي رجوعه وعليه الفتوى. وعليه فللاول الدفع إليهم دون الثاني، وعلم من تعليل المسألة بعدم انقطاع المنفعة عن المملك أن خمس المعادن يجوز صرفه إلى الاصول والفروع وأحد الزوجين لان له أن يحبس الخمس لنفسه إذا كانت الاربعة الاخماس لا تغنيه فأولى أن يجوز لغيره لانه أبعد من نفس. كذا ذكر الاسبيجابي. وقيد بالصدقة بالواجبة لان صدقة التطوع الاولى دفعها إلى الاصول والفروع. كذا في البدائع قوله (وزوجته وزوجها) أي لا يجوز الدفع لزوجته ولا دفع المرأة لزوجها لما قدمناه من عدم قطع المنفعة عنه من كل وجه وفي دفعها له خلافهما لقوله عليه الصلاة والسلام لك أجران أجر الصدقة وأجر الصلة قاله لامرأة ابن مسعود وقد سألته عن التصدق عليه. قلنا: هو محمول على
***
[٤٢٦]
النافلة. كذا في الهداية أطلق الزوجة من وجه فلا يجوز الوضع إلى مقتده من بائن ولو بثلاث كذا في المعراج. واعلم أن في شهادة أحد الزوجين لصاحب تعتبر الزوجية وقت الاداء، وفي الرجوع في الهبة وقت الهبة، وفي الوصية وقت الموت، وفي الاقرار لها في مرض موته الاعتبار لوقت الاقرار، وفي الحدود يعتبر كلا الطرفين حتى لو سرق من مرأته ثم أبانها أو من أجنبية ثم تزوجها ثم اختصما لم يقطع. كذا في النهاية. وفي فتاوى قاضيخان من الشهادات ما يدل على أن العبرة فيها لوقت الحكم وسيأتي إن شاء الله تعالى. وفي الظهيرية: رجل دفع زكاة ماله إلى رجل وأمره بالاداء فأعطى الوكيل ولد نفسه الكبير أو الصغير أو امرأته وهم محاويج جاز ولا يمسك لنفسه شيأ، ولو أن صاحب المال قال له ضعه حيث شئت له أن يمسك لنفسه اه‍. قوله (وعبده ومكاتبه ومدبره وأم ولده ومعتق البعض) أي لا يجوز الدفع إلى هؤلاء لعدم التمليك أصلا في غير المكاتب ولعدم تمامه فيه لان له حقا في كسب مكاتبه، ولذا لو تزوج بأمة مكاتبه لم يجز بمنزلة تزوجه بأمة نفسه ومعتق البعض كالمكاتب، وإذا كان معتق البعض لغيره فقد قدم أن الدفع لمكاتب الغير هو المراد بالرقاب فلا يرد عليه هنا. وهذا إذا كان العبد كله لمعتق بعضه، فلو كان بين اثنين فأعتق أحدهما حصته وهو معسر واختار الساكت الاستسعاء، فللمعتق الدفع لانه مكاتب لشريكه وليس للساكت الدفع لانه مكاتبه. وهذا إذا كان الشريك أجنبيا، فإن كان ولده فلا، لان الدفع لمكاتب الولد غير جائز كالدفع لابنه وإن كان المعتق موسرا واختار الساكت تضمينه فللساكت الدفع للعبد لانه أجنبي عنه، وليس للمعتق الدفع إذا اختار استسعاءه لانه مكاتبه لما أنه بالضمان مخير بين إعتاق الباقي أو الاستسعاء. قوله (وغني يملك نصابا) أي لا يجوز الدفع له لحديث معاذا المشهور خذها من أغنيائهم وردها في فقرائهم. أطلقه فشمل النصاب النامي السالم من الدين الفاضل عن الحوائج الاصلية الموجب لكل واجب مالي والنصاب الذي ليس بنام الفارع عما ذكر الموجب لثلاثة: صدقه الفطر والاضحية ونفقة القريب، فإن كلا منهما محرم لاخذ الزكاة، ولا يرد عليه الغني بقوت يومه فإنه لا يملك نصابا وتسمية الشارحين له نصابا وجعلهم النصب ثلاثة مجاز لما في الصحاح: النصاب من المال القدر الذي يجب فيه الزكاة إذا بلغه نحو مائتي درهم وخمس من الابل إذ ليس قوت اليوم مقدرا لكن في ضياء الحلوم: نصاب كل شئ أصله، ومنه النصاب المعتبر في وجوب الزكاة وهو يقتضي إطلاق النصاب عليه حقيقة إذ قوت اليوم
***
[٤٢٧]
أصل تحريم السؤال. وقيدنا بكونه فارغا عن الحوائج الاصلية لانه لو كان مستغرقا بها حلت له فتحل لمن ملك كتبا تساوي نصابا وهو من أهلها للحاجة لا إن زادت على قدرها أو كان جاهلا، والفقيه غني بكتبه ولو كان محتاجا إليها لقضاء دينه فيجب بيعها كما في القنية من باب الحبس من القضاء، ويحل لمن له دور وحوانيت تساوي نصبا وهو محتاج لغلتها لنفقته ونفقة عياله على خلاف فيه، ولمن عنده طعام سنة تساوي نصابا لعياله على ما هو الظاهر بخلاف قضاء الدين فإنه يجب عليه بيع قوته إلا قوت يومه كما في القنية من الحبس.
وحلت لمن له نصاب وعليه دين مستغرق أو منقص للنصاب وحلت لمن له كسوة الشتاء لا يحتاج إليها في الصيف، وللمزارع إذا كان له ثوران لا إن زاد وبلغ نصابا، ولا تحل لمن له دار تساوي نصبا والفاضل عن سكناه يبلغ نصابا. وقيد بملك النصاب لان من ملك ما دونه يحل له أخذها إذا كان قيمته لا تبلغ نصابا ولو كان صحيحا مكتسبا، قيدنا به لانه لو كان تسعة عشر دينارا تساوي ثلاث

مائة درهم لا تحل له الزكاة. كذا في المحيط عن محمد. وفي الفتاوى الظهيرية خلافه قال: وقال هشام سألت محمدا عن رجل له تسعة عشر دينارا تساوي ثلاث مائة درهم، هل يسعه أن يأخذ؟ قال: نعم ولا يجب عليه صدقة فطره. وقيد بالزكاة لان النفل يجوز للغني كما للهاشمي، وأما بقية الصدقات المفروضة والواجبة كالعشر والكفارات والنذور وصدقة الفطر فلا يجوز صرفها للغني لعموم قوله عليه الصلاة والسلام لا تحل صدقة لغني خرج النفل منها لان الصدقة على الغني هبة. كذا في البدائع. وأما صدقة الوقف فيجوز صرفها إلى الاغنياء إن سماهم الواقف وإلا فلا لانها من الصدقة الواجبة. كذا في البدائع أيضا. وفرعوا على منع دفع الزكاة للغني ما لو دفع قوم زكاتهم إلى من يجمعها لفقير فاجتمع عند الآخذ أكثر من مائتين، فإن كان جمعه له بأمره قالوا كل من دفع قبل أن يبلغ ما في يد الجابي مائتين جازت زكاته، ومن دفع بعده لا يجوز إلا أن يكون الفقير مديونا فيعتبر هذا التفصيل في مائتين تفضل بعد دينه، فإن كان بغير أمره جاز الكل مطلقا لانه في الاول هو وكيل عن الفقير فما اجتمع عنده يملكه، وفي الثاني وكيل الدافعين فما اجتمع عنده ملكهم. كذا في فتح القدير. وللغني أن يشتري الصدقة الواجبة من الفقير ويأكلها، وكذا لو وهبها له لما علم أن تبدل الملك كتبدل العين، فلو أباحها له ولم يملكها منه ذكر أبو المعين النسفي أنه لا يحل تناوله للغني. وقال خواهر زاده: يحل. كذا في الفوائد بالتاجية. والذي يظهر ترجيح الاول لان الاباحة لو كانت كافية لما قال عليه الصلاة والسلام في واقعة بريرة هو لها صدقة ولنا هدية كما لا يخفى إلا أن يقال بالفرق بين الهاشمي والغني، وإن قيل به فصحيح لما تقدأن الشبهة في حق الهاشمي كالحقيقة بدليل منع

***

[٤٢٨]

الهاشمي من العمالة بخلاف الغني. ودخل تحت النصاب النامي المذكور أولا الخمس من الابل السائمة، فإن ملكها أو نصابا من السوائم من أي مال كان لا يجوز دفع الزكاة له، سواء كان يساوي مائتي درهم أو لا، وقد صرح به شراح الهداية عند قوله من أي مال كان. وفي معراج الدراية: قوله ويجوز دفعها إلى من يملك أقل من ذلك ولكنه لا يطيب للآخذ لانه لا يلزم من جواز الدفع جواز الاخذ كظن الغني فقيرا اه. وهو غير صحيح لان المصرح به في غاية البيان وغيرها أنه يجوز أخذها لمن ملك أقل من النصاب كما يجوز دفعها، نعم الاولى عدم الاخذ لمن له سداد من عيش كما صرح به في البدائع. قوله (وعبده وطفله) أي لا يجوز دفع الزكاة وما ألحق بها لعبد الغني وولده الصغير لان الملك في العبد يقع لمولاه وهو ليس بمصرف. كذا في الكافي. فأفاد أن المراد بالعبد غير

***

[٤٢٩]

المديون المستغرق لما في يده ورقبته، أما هو فيجوز دفعها له لعدم ملك المولى إكسابه في هذه الحالة عند الامام لما عرف خلافا لهما. وأطلق العبد فشمل القن والمدبر وأم الولد والزمن الذي ليس في عيال مولاه ولم يجد شيأ أو كان مولاه غائبا خلافا لما روي عنأبي يوسف في الاخير واختاره في الذخيرة لانه لا ينفي وقوع الملك لمولاه بهذا العارض. وقد يجاب بأنه عند غيبة مولاه الغني وعدم قدرته على الكسب لا ينزل عن حال ابن السبيل. كذا في فتح القدير. وقد يقال: إن الملك هنا يقع للمولى وهو ليس بمصرف، وأما ابن السبيل فمصرف فالاولى الاطلاق كما هو المذهب، وقد تقدم أن الدفع إلى مكاتب الغني جائز، وإنما منع من الدفع لطفل الغني لانه يعد غنيا بغناء أبيه. كذا قالوا، وهو يفيد أن الدفع لولد الغنية جائز إذ لا يعد غنيا بغناء أمه ولو لم يكن له أب، وقد صرح به في القنية. وأطلق الطفل فشمل الذكر والانثى ومن هو في عيال الاب أو لا على الصحيح لوجود العلة، وقيد بالطفل لان الدفع لولد الغني إذا كان كبيرا جائز مطلقا، وقيد بعبده وطفله لان الدفع إلى أب الغني وزوجته جائز سواء فرض لها نفقة أو لا. قوله (وبنى هاشم ومواليهم) أي لا يجوز الدفع لهم لحديث البخاري نحن أهل بيت لا تحل لنا الصدقة (١) ولحديث أبي داود مولى القوم من أنفسهم وإنا لا تحل لنا الصدقة. (٢) أطلق في بني هاشم فشمل من كان ناصرا للنبي صلى الله عليه وسلم ومن لم يكن ناصرا له منهم كولد أبي لهب، فيدخل من أسلم منهم في حرمة الصدقة لكونه هاشميا فإن تحريم الصدقة حكم يختص بالقرابة من بني هاشم لا بالنصرة. كذا في غاية البيان. وقيده المصنف في الكافي تبعا

***

[٤٣٠]

لما في الهداية وشروحها بآل علي وعباس وجعفر وعقيل وحرث بن عبد المطلب، ومشى عليه الشارح الزيلعي والمحقق في فتح القدير وصرحا بإخراج أبي لهب وأولاده من هذا الحكم لان حرمة الصدقة لبني هاشم كرامة من الله تعالى لهم ولذريتهم حيث نصروه عليه الصلاة والسلام في جاهليتهم وإسلامهم، وأبو لهب كان حريصا على أذى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يستحقها بنوه، واختاره المصنف في المستصفى وروي حديثا لا قرابة بيني وبين أبي لهب. ونص في البدائع على أنالكرخي قيد بني هاشم بالخمسة من بني هاشم فكان المذهب التقييد لان الامام الكرخي ممن هو أعلم بمذهب أصحابنا. وقيد ببني هاشم لان بني المطلب تحل لهم الصدقة وليسوا كبني هاشم وإن استووا في القرابة لان عبد مناف جد النبي صلى الله عليه وسلم محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف، ولعبد مناف أربعة بنين: هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس. والخمسة المذكورون من ببني هاشم لان العباس والحرث عمان للنبي صلى الله عليه وسلم، وجعفر وعقيل أخوان لعلي بن أبي طالب وهو عم النبي صلى الله عليه وسلم، وكان لابي طالب أربعة من الاولاد: ولد له طالب فمات ولم يعقب وكان بينه وبين عقيل عشر سنين، وبين عقيل وجعفر عشر سنين، وبين جعفر وعلي عشر سنين، وأمهم فاطمة بنت أسد بن هاشم بن عبد مناف. كذا في غاية البيان وجمهرة النسب. وقال المصنف في الكافي: وهذا في الواجبات كالزكاة والنذر والعشر والكفارة، أما التطوع والوقف فيجوز الصرف إليهم لان المؤدي في الواجب يطهر نفسه بإسقاط الفرض فيتدنس المؤدي كالماء المستعمل، وفي النفل تبرع بما ليس عليه فلا يتدنس به المؤدى كمن تبرد بالماء اه. وإنما لم تلحق صدقة التطوع لهم بالوضوء على الوضوء فيتدنس به المؤدى لان الاصل يقتضي عدمه. وإنما قلنا به في الماء للنص الوارد الوضوء على الوضوء نور على نور إذ ازدياد النور يقتضي زوال الظلمة بقدره لا محالة. كذا في النهاية مختصرا. وفيها عن العتابي: إن النفل جائز لهم بالاجماع كالنفل للغني. وتبعه صاحب المعراج واختاره في المحيط مقتصرا عليه وعزاه إلى النوادر، ومشى عليه الاقطع في شرح القدوري، واختاره في غاية البيان ولم ينقل غيره شارح المجمع فكان هو المذهب. وأثبت الشارح الزيلعي الخلاف في التطوع على وجه يشعر بترجيح الحرمة، وقواه المحقق في فتح القدير من جهة الدليل لاطلاقه. وقد سوى المصنف في الكافي بين التطوع والوقف كما سمعت، وهكذا في المحيط. وفي شرح الطحاوي وغيره: إن الحل مقيد بما إذا سماهم، أما إذا لم يسمهم فلا، لانها صدقة واجبة. ورده المحقق في فتح القدير بأن صدقة الوقف كالنفل لانه متبرع بتصدقه بالوقف إذ لا إيقاف واجب، وكان منشأ الغلط وجوب دفعها على الناظر وبذلك لم تصر صدقة واجبة على المالك، بل غاية الامر أنه وجوب اتباع شرط الواقف على الناظر اه. وفيه نظر إذا لايقاف قد يكون واجبا كما إذا كان منذورا كان
***
[٤٣١]
قال إن قدم أبي فعلي أن أقف هذه الدار. صرح المحقق نفسه في كتاب الوقف بذلك وأورد سؤالا: كيف يلزم النذر به وليس من جنسه واجب؟ وأجاب بأنه يجب على الامام أن يقف مسجدا من بيت المال للمسلمين وإن لم يكن في بيت المال شئ فعلى المسلمين. وفي الفتاوى الظهيرية من كتاب الزكاة من فصل النذر: رجل سقط منه شئ فقال إن وجدته فلله علي أن أقف أرضي هذه على أبناء السبيل فوجده كان عليه الوفاء به، فإن وقف أرضه على من يجوز له صرف الزكاة إليه من الاقارب والاجناب جاز اه. وأطلق الحكم في بني هاشم ولك يقيده بزمان ولا يستحض للاشارة إلى رد رواية أبي عصمة عن الامام أنه يجوز الدفع إلى بني هاشم في زمانه لان عوضها وهو خمس الخمس لم يصل إليهم لاهمال الناس أمر الغنائم وإيصالها إلى مستحقها، وإذا لم يصل إليهم العوض عادوا إلى المعوض، وللاشارة إلى رد الرواية بأن الهاشمي يجوز له أن يدفع زكاته إلى هاشمي مثله لان ظاهر الرواية المنع مطلقا. وقيد بمولى الهاشمي لان مولى الغني يجوز الدفع إليه لان الغني أهل لها لكن الغني مانع ولا مانع في حق المولى. والحديث ليس على عمومه أعني مولى القوم من أنفسهم ولهذا قال الاسبيجابي في تفسيره، يعني في حل الصدقة وحرمتها وإلا فمولى القوم ليس منهم من جميع الوجوه، ألا ترى أنه ليس بكفؤ لهم وأن مولى المسلم إذا كان كافرا تؤخذ منه الجزية، وإن كان مولى التغلبي تؤخذ منه الجزية لا المضاعفة اه. وفي آخر مبسوط الامام السرخسي من كتاب الكسب: وتكلم الناس في حق سائر الانبياء عليهم الصلاة والسلام، أتحل لهم الصدقة أم لا؟ فنهم من يقول ما كان يحل أخذ الصدقة لسئر الانبياء أيضا ولكن كانت تحل لقرابتهم ثم أن الله تعالى أكرم نبينا ثان حرم على قرابته

إظهارا ولكن كانت تحل لقراباتهم، ثم إن الله تعالى أكرم نبينا بأن حرم الصدقة على قرابت إظهارا لفضيلته، وقيل بل كانت الصدقة تحل لسائر الانبياء وهذه خصوصية لنبينا عليه أفضل الصلاة والسلام. قوله (ولو دفع بتحر فبان أنه غني أو هاشمي أو كافر أو أبوه أو ابنه صح ولو عبده أو مكاتبه لا) لحديث البخاري لك ما نويت يا زيد ولك ما أخذت يا معن حين دفعها زيد إلى ولده معن. وليس المراد بالتحري الاجتهاد بل غلبة الظن بأنه مصرف بعد الشك في كونه

***

[٤٣٢]

مصرفا. وإنما قلنا هذا لانه لو دفع باجتهاد بدون ظن أو بغير اجتهاد أصلا أو بظن أنه بعد الشك ليس بمصرف ثم تبين المانع فإنه لا يجزئه، وكذا لو لم يتبين شئ فهو على الفساد حتى يتبين أنه مصرف. ولو دفع إلى من يظن أنه ليس بمصرف ثم تبين أنه مصرف يجزئه، والفرق بين هذا وبين من صلى باجتهاد إلى جهة يظن أنها ليست القبلة حيث لا تجزئه الصلاة وإن ظهر أنها القبلة بل قال الامام يخشى عليه الكفر، أن الصلاة الفرض لغير القبلة معصية والمعصية لا تنقلب طاعة، ودفع المال إلى غير الفقير قربة يثاب عليها. وقيدنا بكونه بعد الشك لانه لو دفعهما ولم يخطر بباله أنه مصرف أم لا فهو على الجواز إلا إذا تبين أنه غير مصرف لان الظاهر أنه صرف الصدقة إلى محلها حيث نوى الزكاة عند الدفع، والظاهر لا يبطل إلا باليقين حتى لو شك فيه بعد ذلك ولم يظهر له شئ لا تلزمه الاعادة لان الظاهر الاول لا يبطل بالشك، وليس له أن يسترد ما دفعه إذا تبين أنه ليس بمصرف ووقع تطوعا. كذا في البدائع. واختلف المشايخ في كونه يطيب للفقير وعلى القول بأنه لا يطيب، قيل يتصدق به لخبثه، وقيل يرده على الدافع. كذا في معراج الدراية. وأطلق الكافر فشمل الذمي والحربي وقد صرح بهما في المبتغى بالمعجمة. وفي المحيط: إذا ظهر أنه حربي فيه روايتان والفرق على إحداهما أنه لم توجد صفة القربة أصلا، والحق المنع فقد قال في غاية البيان معزيا إلى التحفة: وأجمعوا أنه إذا ظهر أنه حربي ولو مستأمنا لا يجوز، وكذا في معراج الدراية

***

[٤٣٣]

معللا بأن صلته لا تكون برا شرعا ولذا لم يجز التطوع إليه فلم يقع قربة. ولا يخفى أن أحد الزوجين كالاصول والفروع وأن المدبر وأم الولد داخلان تحت العبد، والمستسعى كالمكاتب عنده، وعندهما حر مديون. كذا في البدائع. وقيد بالزكاة لانه لو أوصى بثلث ماله للفقراء فأعطاهم الوصي ثم تبين أنهم أغنياء لم يجز وهو ضامن بالاتفاق لان الزكاة حق الله تعالى فاعتبر فيها الوسع، والوصية حق العباد فاعتبر فيها الحقيقة، ألا ترى أن النائم إذا أتلف شيأ يضمن ولا يأثم. كذا في معراج الدراية. وقياسه أن الوصي بشراء دار ليوقفها إذا اشترى ونقد الثمن ثم ظهر أنها وقف الغير وضاع الثمن أن يضمن الوصي وهي واقعة في زماننا، ولانه لو اختلط أواني طاهرة بنجسة أو ثياب كذلك وكانت الغلبة للطاهر فتحرى فيها ثم تبين خطؤه يعيد الصلاة، أو قضى القاضي باجتهاده ثم ظهر نص بخلافه بطل قضاؤه وهو الذي قاس عليه أبو يوسف مسألة الكتاب، والفرق لهما إن العلم بالثوب الطاهر والماء الطاهر والنص ممكن فلم يأت بالمأمور به. قيدنا بكون الغلبة للطاهر لان الغلبة لو كانت للنجس أو استويا لا يتحرى بل يتيمم. كذا في المعراج. وفي النهاية جعل هذا الحكم مختصا بالاواني، أما الثياب النجسة إذا اختلطت بالطاهرة فإنه يتحرى مطلقا ولو كانت النجسة أكثر أو مساوية، وتبعه في فتح القدير، وقد أخذاه من مبسوط السرخسي من كتاب التحري. وفرق بينهما بأن الضرورة لا تتحقق في الاواني لان

***

[٤٣٤]

التراب طهور له بدل عند العجز عن الماء الطاهر فلا يضطر إلى التحري للوضوء عند غلبة النجاسة لما أمكنه إقامة الفرض بالبدل حتى لو تحققت الضرورة للشرب عند العطش وعدم الماء الطاهر يجوز التحري للشرب في مسألة الثياب الضرورة مست للتحري لانه ليس للستر بدل يتوصل به إلى إقامة الفرض، يوضحه أن في مسألة الاواني لو كانت كلها نجسة لا يؤمر بالتوضؤ بها، ولو فعل لا تجوز صلاته، فكذا إذا كانت الغلبة له. وفي مسألة الثياب وإن كانت الكل نجسة يؤمر بالصلاة في بعضها، فكذا إذا كانت الغلبة لها. ثم اعلم أن التحري يجري في مسائل منها الزكاة كما قدمناه، ومنها القبلة وقد تقدم في الصلاة، ومنها مسائل المساليخ المختلطة بالميتة ففي حالة الاضطرار للاكل يجوز التحري في الفصول كلها، وفي حالة الاختيار لا يجوز التحري إلا إذا كان الحلال غالبا. ومنها مسألة الزيت

إذا اختلط بودك الميتة فإن كان المحرم غالبا أو مساو فإنه لا يجوز الانتفاع به أصلا للاكل ولا غيره، وإن كان الحلال غالبا ففي حالة الاضطرار يجوز الاكل والانتفاع به، وفي حالة الاختيار يحرم الاكل وتناوله ويجوز الانتفاع به من حيث الاستصباح ودبغ الجلود. ومنها مسألة الموتى إذا اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار، فإن كانت الغلبة لموتي المسلمين فإنه يصلي عليهم ويدفنون في مقابر المسلمين، وإن غلب موتى الكفار أو تساويا لا يصلى على أحد منهم إلا من يعلم أنه مسلم بالعلامة، وفي ظاهر الرواية يدفنون في مقابر المشركين. ومنها مسألتا الاواني المختلطة والثياب المختلطة وقد تقدمتا، وأما التحري في الفروج فلا يجوز بحال حتى لو أعتق واحدة من جواريه بعينها ثم نسيها لم يسعه التحري للوطئ ولا للبيع، ومن أراد معرفة الدلائل والفرق بين المسائل وزيادة التعريفات في مسائل التحري فعليه بكتاب التحري من المبسوط أول الجزء الرابع. واعلم أن التحري في اللغة الطلب والابتغاء وهو والتوخي سواء إلا أن لفظ التوخي يستعمل في المعاملات والتحري في العبادات. وفي الشريعة: طلب الشئ بغالب الرأي عند تعذر الوقوف على حقيقته، وهو غير الشك والظن، فالشك أن يستوي طرفا العلم والجهل والظن ترجح أحدهما من غير دليل، والتحري ترجح أحدهما بغالب الرأي وهو دليل يتوصل به إلى طرف العلم وإن كان لا يتوصل به ما يوجب حقيقة العلم. ويلحق بالتحري في مسألة الزكاة ما لو كان المدفوع إليه جالسا في صف الفقراء يصنع صنيعهم أو كان عليه زي الفقراء أو سأله فأعطاه، فهذه الاسباب بمنزلة التحري. كذا في المبسوط أيضا يعني أنه لو ظهر أنه غني لا إعادة عليه.

***

[٤٣٥]

قوله (وكره الاغناء وندب عن السؤال) أي كره أن يدفع إلى فقير ما يصير به غنيا وندب الاغناء عن سؤال الناس. وإنما صح الاغناء لان الغني حكم الاداء فيتعقبه لكن يكره لقرب الغني منه كمن صلى وبقربه نجاسة. كذا في الهداية. وفي فتح القدير: وقوله فيتعقبه صريح في تعقبحكم العلة إياها في الخارج ولم يتعقبه. وتعقبه في النهاية والمعراج بأنه ليسبمستقيم على الاصح من مذهبنا من أن حكم العلة الحقيقة لا يجوز تأخره عنها بل هما كالاستطاعة مع الفعل يقترنان. وأجابا بأن معنى قوله أن الغنى حكم الاداء أي حكمه حكم الاداء أي حكمه حكم الاداء لان الاداء علة الملك والملك علة الغني فكان الغنى مضافا إلى الاداء بواسطة الملك كالاعتاق في شراء القريب فكان للاداء شبهة السبب الحقيقي، والسبب الحقيقي مقدم على الحكم حقيقة، وما يشبه السبب من العلل له شبهة التقدم اه. وإنما عممنا في المدفوع ولم نقيده بمائتي درهم لانه لو كان له مائة وتسعة وتسعون درهما فتصدق عليه بدرهمين قال أبو يوسف: يأخذوا واحدا ويرد واحدا. كذا في الفتاوى الظهيرية. وإنما قيدنا بقولنا يصير غنيا لانه لو دفع مائتي درهم فأكثر لمديون لا يفضل له بعد دينه نصاب لا يكره، وكذا لو كان معيلا إذا وزع المأخوذ على عياله لم يصب كلا منهم نصاب. وأطلق في استحباب الاغناء عن السؤال ولم يقيده بأداء قوت يومه كما وقع في غاية البيان لان الاوجه النظر إلى ما يقتضيه الاحوال في كل فقير من عيال وحاجة أخرى كدين وثوب وغير ذلك، والحديث وارد في صدقة الفطر. كذا في فتح القدير. وقال فخر الاسلام: من أراد أن يتصدق بدرهم فاشترى به فلوسا ففرقها فقد قصر أمر الصدقة لان الجمع كان أولى من التفريق قوله (وكره نقلها إلى بلد آخر لغير قريب وأحوج) أما الصحة فلاطلاق قوله تعالى * (إنما الصدقات للفقراء)

***

[٤٣٦]

* (التوبة: ٦٠) من غير قيد بالمكان، وأما حديث معاذ المشهور خذها من أغنيائهم وردها في فقرائهم (١) فلا ينفي الصحة لان الضمير راجع إلى فقراء المسلمين لا إلى أهل اليمن، أو لانه ورد لبيان أنه عليه الصلاة والسلام لا طمع له في الصدقات، ولانه صح عنه أنه كان يقول لاهل اليمن ائتوني بخميس أو لبيس - وهما الصغار من الثياب - آخذه منكم في الصدقة مكان الشعير والذرة أهون عليكم وخير لاصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم. فإن كان في زمنه فهو تقرير، وإن كان في زمن أبي بكر فذاك إجماع لسكوتهم عنه، وعدم الكراهة في نقلها للقريب للجمع بين أجري الصدقة والصلة وللاحوج لان المقصود منها سد خلة المحتاج، فمن كان أحوج كان أولى. وليس عدم الكراهة منحصرا في هاتين لانه لو نقلها إلى فقير في بلد آخر أورع وأصلح كما فعل معاذ رضي الله عنه لا يكره،

ولهذا قيل: التصدق على العالم الفقير أفضل. كذا في المعراج. ولا يكره نقلها من دار الحرب إلى فقراء دار الاسلام ولهذا ذكر في نوادر المبسوط: رجل مكث في دار الحرب سنين فعليه زكاة ماله الذي خلف ههنا وما استفاده في دار الحرب لكن تصرف زكاة الكل إلى فقراء المسلمين الذين في دار الاسلام لان فقراءهم أفضل من فقراء دار الحرب اه. وكذا ألا يكره نقل الزكاة المعجلة مطلقا ولهذا قال في الخلاصة: لا يكره أن ينقل زكاة ماله المعجلة قبل الحول لفقير غير أحوج ومديون اه. فاستثنى على هذا ستة. هذا والمعتبر في الزكاة مكان المال في الروايات كلها، وفي صدقة الفطر مكان الرأس المخرج عنه في الصحيح مراعاة لايجاب الحكم في محل وجود سببه. كذا في فتح القدير. وصحح في المحيط أنه في صدقة الفطر يؤدي حيث هوولا يعتبر مكان الرأس من العبد والولد لان الواجب في ذمة المولى حتى لو هلك العبد لم يسقط عنه فاختلف التصحيح كما ترى فوجب الفحص عن ظاهر الرواية والرجوع إليها. والمنقول في النهاية معزيا إلى المبسوط أن العبرة لمكان من تجب عليه لا بمكان المخرج عنه موافقا لتصحيح المحيط فكان هو المذهب ولهذا اختاره قاضيخان في فتاواه مقتصرا عليه، وحكى الخلاف في البدائع فعن محمد يؤدي عن عبيده حيث هو وهو الاصح. وعند أبي يوسف حيث هم، وحكى القاضي في شرح مختصر الطحاوي أن أبا حنيفة مع أبي يوسف. قوله (ولا يسأل من له قوت يومه) أي لا يحل سؤال قوت يومه لمن له قوت يومه لحديث
***
[٤٣٧]
الطحاوي من سأل الناس عن ظهر غنى فإنه يستكثر من جمر جهنم. قلت: يا رسول الله وما ظهر غنى؟ قال: أن يعلم أن عند أهله ما يغديهم وما يعشيهم (٢) قيدنا بسؤال القوت لان سؤال الكسوة المحتاج إليها لا يكره وقيدنا بالسؤال لان الاخذ لمن ملك أقل من نصاب جائز بلا سؤال كما قدمناه وقيد بمن له القوت لان السؤال لمن لاقوت يومه له جائز ولا يرد عليه القوى المكتسب فإنه لا يحا سؤال القوت له إذا لم يكن له قوت يومه لانه قادر بصحته واكتسابه على قوت اليوم فكأنه مالك له. واستثنى من ذلك في غاية البيان الغازي فإن طلب الصدقة جائز له وإن كان قويا مكتسبا لاشتغاله بالجهاد عن الكسب اه. وينبغي أن يلحق به طالب العلم لاشتغله عن الكسب بالعلم ولهذا قالوا: إن نفقته على أبيه وإن كان صحيحا مكتسبا كما لو كان زمنا. وإذا حرم السؤال عليه إذا ملك قوت يومه فهل يحرم الاعطاء له إذا علم حاله؟ قال الشيخ أكمل الدين في شرح المشارق: وأما الدفع إلى مثل ذلك السائل عالما بحاله فحكمه في القياس أن يأثم بذلك لانه إعانة على الحرام لكنه يجعل هبة وبالهبة للغني أو لمن لا يكون محتاجا إليه لا يكون آثما اه. ويلزم عليه أن الصدقة على من ملك قوت يومه فقط تكون هبة حتى يثبت فيها أحكام الهبة من صحة الرجوع فإنهم قالوا: الصدقة على الغني هبة فله الرجوع بخلافها على الفقير وهو بعيد. فإن الظاهر أن مرادهم بالغني من ملك نصابا لكن يمكن دفع القياس المذكور بأن الدفع ليس إعانة على الحرام لان الحرمة في الابتداء إنما هي بالسؤال وهو متقدم على الدفع ولا يكون الدفع إعانة إلا لو كان الاخذ هو المحرم فقط فليتأمل والله تعالى أعلم. باب صدقة الفطر لما كان لها مناسبة بالزكاة لكونها عبادة مالية، وبالصوم لان شرط وجوبها الفطر بعد الصوم، ذكرها بينهما. والصدقة العطية التي يراد بها المثوبة عنده تعالى، وسميت بها لانها تظهر صدق رغبة الرجل في تلك المثوبة كالصداق يظهر به صدق رغبة الزوج في المرأة. والفطر
***
[٤٣٨]
لفظ اسلامي اصطلح عليه الفقهاء كأنه من الفطرة بمعنى الخلقة، وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بها في السنة التي فرض فيها رمضان قبل أن تفرض زكاة المال، وكان يخطب قبل الفطر بيومين يأمر بإخراجها. كذا في شرح النقاية. والكلام هاهنا في كيفيتها وكميتها وشرطها وحكمها وسببها وركنها ووقت وجوبها ووقت الاستحباب. فالاول أنها واجبة كما في الكتاب وأراد به الوجوب المصطلح عليه عندنا وإن كان ورد في السنة لفظ: فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر لان معناه أمر أمر إيجاب والامر الثابت بظني إنما يفيد الوجوب. والاجماع المنعقد على وجوبها ليس قطعيا ليكون الثابت الفرض لانه لم ينقل تواترا ولهذا قالوا: أمن أنكر وجوبها لا يكفر. واختلفوا هل هي على الفور أو التراخي؟ فقيل تجب وجوبا مضيقا في يوم الفطر عينا، وقيل تجب موسعا في العمر كالزكاة، وصححه في البدائع معللا بأن الامر بأدائها مطلق عن الوقت فلا تضييق إلا في

***
[٤٣٩]
آخر العمر. ورده المحقق في تحرير الاصول بأنه من قبيل المقيد بالوقت لا المطلق لقوله عليه الصلاة والسلام أغنوهم في هذا اليوم عن المسألة فبعده قضاء، فالراجح القول الاول. وأما بيان كميتها وشرطها وسببها ووقتها فسيأتي مفصلا. وأما ركنها فهو نفس الاداء إلى المصرف فهي التمليك كالزكاة فلا تتأدى بطعام الاباحة، وأما حكمها فهو الخروج عن عهدة الواجب في الدنيا ووصول الثواب في الآخرة، والاضافة فيها من إضافة الشئ إلى شرطه وهو مجاز لان الحقيقة إضافة الحكم إلى سببه وهو الرأس بدليل التعدد بتعدد الرأس. وجعلوها في الاصول عبادة فيها معنى المؤنة لانها وجبت بسبب الغير كما تجب مؤنته، ولذا لم يشترط لها كمال الاهلية فوجبت في مال الصبي والمجنون خلافا لمحمد، بخلاف العشر فإنه مؤنة فيها معنى العبادة لان المؤنة ما به بقاء الشئ وبقاء الارض في أيدينا به والعبادة لتعلقه بالنماء، وإذا كانت الارض الاصل كانت المؤنة غالبة وللعبادة لا يبتدأ الكافر به ولا يبقى عليه خلافا لمحمد كما تقدم. قوله: (تجب على حر مسلم ذي نصاب فضل عن مسكنه وثيابه وأثاثه وفرسه وسلاحه وعبيده) لان العبد لا يملك وإن ملك فكيف يملك؟ ورواية علي في بعض الروايات بمعنى عن والكافر ليس من أهل العبادة فلا تجب. ولو كان له عبد مسلم أو ولد مسلم وهي وجبت لاغناء الفقير للحديث أغنوهم في هذا اليوم عن المسألة والاغناء من غير الغني لا يكون. والغنى الشرعي مقدر بالنصاب، وشرط أن يكون فاضلا عن حوائجه الاصلية لان المستحق بالحاجة كالمعدوم كالماء المستحق للعطش فخرج النصاب المشغول بالدين. ولما كان حوائج عياله الاصلية كحوائجه لم يذكرها فإنه لا بد أن يكون النصاب فاضلا عن حوائجه وحوائج عياله كما صرح به في الفتاوي الظهيرية، ولم يقيد النصاب بالنمو كما في الزكاة لما قدمناه، ولانها وجبت بقدرة ممكنة لا ميسرة، ولهذا لو هلك المال بعد الوجوب لا يسقط بخلاف الزكاة كما عرف في الاصول. ولم يقيد بالبلوغ والعقل لما قدمناه فيجب على الولي أو
***
[٤٤٠]
الوصي، إخراجها من مال الصبي والجنون حتى لو لم يخرجها وجب الاداء بعد البلوغ. كذا في البدائع. وكما يخرج الولي من ماله عنه يخرج عن عبيده للخدمة كذا في الفتاوي الظهيرية. وأشار بعد النصاب من الشروط إلى أنه ليس سببا فأفاد أنه لو عجل صدقة الفطر قبل ملك النصاب ثم ملك صح لان السبب هو الرأس - كذا في البزازية - إلا إذا كان الاب مجنونا فقيرا فإن صدقة فطره واجبة على ابنه. كذا في الاختيار. وكذا الولد الكبير إذا كان مجنونا فإن صدقة فطره على أبيه، سواء بلغ مجنونا أو جن بعد بلوغه خلافا لما عن محمد في الثاني. وخرج الاقارب ولو في عياله، وإذا أدى عن الزوجة والولد الكبير بغير اذنهما جاز، وظاهر الظهيرية أنه لو أدى عمن في عياله بغير أمره جاز مطلقا بغير تقييد بالزوجة والولد. قوله: (عن نفسه وطفله الفقير وعبده لخدمته ومدبره وأم ولده لا عن زوجته وولده الكبير ومكاتبه أو عبده أو عبيد لهما) شروع في بيان السبب وهو رأسه وما كان في معناه ممن يمونه ويلي عليه ولاية كاملة مطلقة للحديث أدوا عمن تمونون وما بعد عن يكون سببا لما قبلها. وزيدت الولاية للاجماع على أنلو مات صغيرا أجنبيا لله تعالى لم يجب أن يخرج عنه لعدم الولاية، ولان الائمة الثلاثة قالوا بوجوبها عن الابوين المعسرين، وعن الولد الكبير في أحد قولي الشافعي، ولا ولاية عليهم، فزيادة الولاية لم يدل عليها نص ولم يقع عليها إجماع. كذا قاله بعض المتأخرين. ويمكن أن يقال: إن نفقة الفقير واجبة على الامام في بيت المال ولا تجب صدقة فطره إجماعا، وليس ذلك إلا لعدم الولاية وفيه بحث، ولان المراد أدوا على من يلزمكم مؤنته كما صرح به المحقق نفسه في تقرير عدم لزومها عن العبد المكاتب والمستسعي والمشترك وفيه بحث، لان المراد أدوا عمن تلزمكم مؤنته كولده الصغير أو العبيد فخرج الصغير الاجنبي إذ أمانه لعدم الوجوب لا لعدم الولاية. كذا في فتح القدير. وخرجت الزوجة والولد الكبير لعدم الولاية، وكذا الاصول والاقارب، وخرج العبد المشترك أو العبيد لعدم كمال الولاية والمؤنة، وخرج ولد الولد فإن صدقة فطره لا تجب على جده عند
***
[٤٤١]
عدم أبيه أو فقره على ظاهر الرواية لعدم الولاية المطلقة فإن ولايته ناقصة لانتقالها إليه من الاب فصارت كولاية الوصي، وتعقبه في فتح القدير بالفرق بين الجد والوصي لوجوب النفقة على الجد دون الوصي فلم يبق إلا مجرد انتقال الولاية، ولا أثر له بالفرق بين

الجد والوصي كمشتري العبد، ولا مخلص إلا بترجيح رواية الحسن أن على الجد صدقة فطرهم، وهذه مسائل يخالف فيها الجد الاب في ظاهر الرواية. ولا يخالف في رواية الحسن هذه والتبعية في الاسلام وجر الولاء والوصية لقرابة فلان ا ه. وقد يجاب عنه بأن انتقال الولاية له أثر في عدم الوجوب للقصور لانها لا تثبت إلا بشرط عدم الاب، ولانسلم أن ولاية المشتري انتقلت له من البائع بل انقطعت ولاية البائع بالبيع وثبت للمشتري ولاية مطلقة غير منتقلة بحكم الشرع له بذلك كأنه ملكه من الابتداء. واختار رواية الحسن في الاختيار. وأطلق الطفل فشمل الذكر والانثى للعلة المذكورة وهو وجوب نفقته عليه وثبوت الولاية الكاملة عليه له، فاستفيد منه أن البنت الصغيرة إذا زوجت وسلمت إلى الزوج ثم جاء يوم الفطر لا يجب على الاب صدقة فطرها لعدم المؤنة عليه لها كما صرح به في الخلاصة. وشمل الولد بين الابوين فإن على كل واحد منهما صدقة تامة. كذا في الفتاوي الظهيرية. وقيد الطفل بالفقر لان الطفل الغني بملك نصاب تجب صدقة فطره في ماله كما قدمناه كنفقته، وقيد العبد بكونه للخدمة لانه لو كان للتجارة لا تجب صدقة فطره لانه يؤدي إلى الثني وهو تعدد الوجوب المالي في مال واحد، فلذا لم تجب عن عبيد عبده، ولو كان غير مديون لكونهم للتجارة. كذا في النهاية. وفي القنية: له عبد للتجارة لا يساوي نصابا وليس له مال الزكاة سواه لا تجب صدقة فطرة العبد وإن لم يؤد إلى الثني، لان سبب وجوب الزكاة فيه موجود
***
[٤٤٢]
والمعتبر سبب الحكم لا الحكم ا ه. وأطلقه فشمل المديون والمستأجر والمرهون إذا كان عنده وفاء بالدين، والعبد الجاني عمدا كان أو خطأ، والعبد المنذور بالتصدق به، والعبد المعلق عتقه بمجئ يوم الفطر، والعبد الموصي برقبته لانسان وبخدمته لآخر فإنها على الموصى له بالرقبة بخلاف النفقة فإنها على الموصى له بالخدمة. كذا في الفتاوي الظهيرية. وأشار بقوله عبده لخدمته إلى أنه لا يخرج عن عبده الآبق ولا عن المغصوب المجحود إلا بعد عوده فيلزمه لما مضي ولا عن عبده المأسور لانه خارج عن يده وتصرفه فأشبه المكاتب، ولا عن خادمه بإجارة أو إعارة، ولا عن الحيوانات سوى الرقيق، ولا عن الحمل، وإلى أنه ليس في رقيق الاخماس ورقيق القوام مثل زمزم، ورقيق الفئ والسبي ورقيق الغنيمة والاسرى قبل القسمة صدقة إذ ليس لهم مالك معين. كذا في البدائع. قوله: (ويتوقف لو مبيعا بخيار) أي يتوقف وجوب صدقة الفطر لو مر يوم الفطر والمبيع فيه خيار فمن استقر الملك له فهو عليه لان الملك والولاية موقوفان فكذا ما يبتني عليهما. أطلق الخيار فشمل ما إذا كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما، وقيد بوجوب الصدقة لان النفقة تجب على من كان الملك له وقت الوجوب لانها لا تحتمل التوقف لانها تجب لحاجة المملوك للحال، فلو جعلناها موقوفة لمات المملوك جوعا فاعتبرنا الملك فيها للحال ضرورة. كذا في الكافي. ولا يخفي أن الخيار إذا كان للمشتري فعند الامام خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري، ومع ذلك فالنفقة واجبة على المشتري إجماعا كما صرح به في الجوهرة شرح القدوري من خيار الشرط لم يعلله، ولعل وجهه أن المشتري لما ملك التصرف فيه إجماعا كانت نفقته عليه بخلاف البائع لا يملك التصرف. وأشار إلى أن وجوب زكاة مال التجارة متوقف أيضا بأن اشتراه للتجارة بشرط الخيار فتم الحول في مدة الخيار، فعندنا يضم إلى من يصير له أن كان عنده نصاب فيزكيه مع نصابه وإلى أنه لو لم يكن في البيع خيرا ولم يقبضه المشتري حتى مر يوم الفطر فالامر موقوف، فإن قبضه المشتري فالفطرة عليه وإلا، فإن رده على البائع بخيار عيب أو رؤية بقضاء أو بغير قضاء فعلى البائع لانه عاد إليه قديم ملكه منتفعا به، وإلا بأن مات قبل قبضه فلا صدقة على واحد منهما لقصور ملك المشتري وعوده إلى البائع غير منتفع به فكان كالآبق بل أشد. وفي الفتاوي
***
[٤٤٣]
الظهيرية: وفي الموقوف إن أجاز المالك البيع بعد يوم الفطر فعلى المجيز والعبد المشتري شراء فاسدا إذا مر عليه يوم الفطر في يد المشتري، فالصدقة على البائع إذا رده، وإن لم يرده ولكن باعه المشتري أو أعتقه فالصدقة على المشتري والعبد المجهول مهرا إن كان بعينه تجب الصدقة على المرأة قبضته أو لم تقبضه لانها ملكته بنفس العقد، ولهذا جاز تصرفها قبل القبض، فإن طلقها قبل الدخول بها ثم يوم الفطر إن لم يكن المهر مقبوضا فلا صدقة على أحد، وإن كان مقبوضا فكذلك عند أبي حنيفة، وعندهما تجب عليها، وفي الاصل لا صدقة في عبد المهر في يد الزوج ا ه. ما في الظهيرية بلفظه. قوله: (نصف صاع من برا ودقيقه أو سويقه أو زبيب أو صاع تمر أو شعير وهو ثمانية أرطال) بدل من الضمير في تجب أي تجب صدقة الفطر وهي نصف صاع إلى آخره لحديث الصحيحين: فرض رسول

الله صلى الله عليه وسلم صدقة الفطر على الذكر والانثى والحر والمملوك صاعا من تمر أو صاعا من شعير. فعدل الناس به مدين من حنطة والكلام مع المخالفين في المسألة طويل قد استوفاه المحقق في فتح القدير. وفي جعله دقيق البروسويقه كالبر إشارة إلى أن دقيق الشعير وسويقه كهو كما صرح به في الكافي وأفاد أنه لا اعتبار للقيمة في الدقيق والسويق كأصلهما لان المنصوص عليه لا تعتبر فيه القيمة بخلاف غيره حتى لو أدى نصف صاع من تمر قيمته صاع من برأ وأكثر لا يجوز لكن صرح المصنف في الكافي بأن الاولى اعتبار القدر والقيمة في الدقيق والسويق وإن نص على الدقيق في بعض الاخبار إلا أنه ليس بمشهور، فالاحتياط فيما قلنا وهو أن يعطى نصف صاع دقيق حنطة أو صاع دقيق شعير يساويان نصف صاع بر وصاع شعير لا أقل من نصف يساوي نصف صاع من بر أو أقل من صاع يساوي صاع شعير، ولا نصف لا يساوي نصف صاع برأ وصاع لا يساوي صاع شعير. كذا في فتح القدير. وقيد بالدقيق والسويق لان الصحيح في الخبزانه لا يجوز إلا باعتبار القيمة لعدم ورود النص به فكان كالزكاة وكالذرة وغيرها من الحبوب التي لم يرد بها النص، وكالاقط وجعله الزبيب كالبر رواية الجامع الصغير، وجعلاه كالتمر وهو رواية عن أبي حنيفة وصححها أبو اليسر، ورجحها المحقق في فتح القدير من جهة الدليل وفي شرح النقاية، والاولى أن يراعى في الزبيب القدر والقيمة. والضمير في قوله وهو عائد إلى الصاع وتقديره بما ذكر مذهب أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: خمسة أرطال وثلث وبه قال الائمة الثلاثة، ومنهم من رفع الخلاف بينهم فإن أبا يوسف لما حرره وجده خمسة وثلثا برطل أهل المدينة وهو أكبر من رطل أهل بغداد لانه ثلاثون إستارا والبغدادي عشرون، وإذا قابلت ثمانية بالبغدادي بخمسة وثلث بالمدني وجدتها سواء وهو الاشبه لان محمدا لم يذكر في المسألة خلاف أبي يوسف ولو كان لذكره على المعتاد وهو أعرف بمذهبه. ورده في الينابيع
***
[٤٤٤]
بأن الصحيح أن الاختلاف بينهم ثابت بالحقيقة والاستار - بكسر الهمزة - أربعة مثاقيل ونصف. كذا في شرح الوقاية. وفي تقديره الصاع بالارطال دليل أنه يعتبر نصف صاع أو صاع من حيث الوزن لا من حيث الكيل وهو مذهب أبي حنيفة وعن محمد يعتبر كيلا لان النص جاء بالصاع وهو اسم للمكيال حتى لو وزن أربعة أرطال فدفعها إلى الفقير لا يجزئه لجواز كون الحنطة ثقيلة لا تبلغ نصف صاع وإن وزنت أربعة أرطال. كذا قالوا، لكن قولهم في تقدير الصاع أنه يعتبر بما لا يختلف كيله ووزنه وهو بالعدس والماش فما وسع ثمانية أرطال أو خمسة وثلثا من ذلك فهو الصاع كما صرح به في الخانية يقتضي رفع الخلاف المذكور في تقدير الصاع كيلا ووزنا. كذا في فتح القدير. وفي الفتاوي الظهيرية: ولو أدى منوين من الحنطة بالوزن لا يجوز عند أبي حنيفة إلا كيلا وهو قول محمد إلا أن يتيقن أنه يبلغ نصف صاع. وقال أبو يوسف: يجوز ا ه‍. وهو مخالف لما نقل من الخلاف أولا. وفيها أيضا: ويجوز نصف صاع من تمر ومثله من شعير ولا يجوز نصف صاع من التمر ومدمن الحنطة، جوزه في الكفارة وذكر الامام الزندوستي في نظمه: فإن أدى نصف صاع من شعير ونصف صاع من تمر أو نصف صاع تمر ومنا واحدا من الحنطة أو نصف صاع شعير وربع صاع حنطة جاز عندنا خلافا للشافعي فإن عنده لا يجوز إلا إذا كان الكل من جنس واحد ا ه‍. وأطلق المصنف نصف الصاع والصاع ولم يقيده بالجيد لانه لو أدى نصف صاع ردئ جاز، وإن أدى عفينا أو به عيب أدى النقصان، وإن أدى قيمة الردئ أدى الفضل. كذا في الفتاوي الظهيرية. ولم يتعرض المصنف لافضلية العين أو القيمة فقيل بالاول، وقيل بالثاني والفتوى عليه لانه أدفع لحاجة الفقير. كذا في الظهيرية. واختار الاول في الخانية إذا كانوا في موضع يشترون الاشياء بالحنطة كالدراهم. (صبح يوم الفطر فمن مات قبله أو أسلم أو ولد بعده لا تجب) بيان لوقت وجوب أدائها وهو منصوب على أنه ظرف ليجب أول الباب، وعند الشافعي بغروب الشمس من اليوم الاخير من رمضان. ومبني الخلاف على أن قول ابن عمر في الحديث السابق - فرض رسول الله صلى الله عليوسلم صدقة الفطر - المراد به الفطر المعتاد في سائر الشهر فيكون الوجوب بالغروب أو الفطر الذي ليس بمعتاد فيكون الوجوب بطلوع الفجر. ورجحنا الثاني
***
[٤٤٥]
لانه لو كان الفطر المعتاد لسائر الشهر لوجب ثلاثون فطرة فكان المراد صدقة يوم الفطر ويدل عليه الحديث صومكم يوم تصومون وفطركم

يوم تفطرون (١) أي وقت فطركم يوم تفطرون كذا في البدائع. ولم يتعرض في الكتاب لوقت الاستحباب وصرح به في كافيه فقال: ويستحب أن يخرج الناس الفطرة قبل الخروج إلى المصلي يعني بعد طلوع الفجر من يوم العيد لحديث الحاكم كان يأمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نخرج صدقة الفطر قبل الصلاة وكان يقسمها قبل أن ينصرف إلى المصلي ويقول: أغنوهم عن الطوف في هذا اليوم قوله: (وصح لو قدم أو أخر) أي صح أداؤها إذا قدمه على يوم الفطر أو أخره، أما التقديم فلكونه بعد السبب إذ هو الرأس، وأما الفطر فشرط الوجوب كما قدمناه ولهذا قالوا: لو قال لعبده إذ جاء يوم الفطر فأنت حر فجاء يوم الفطر عتق العبد. ويجب على المولى صدقة فطرة قبل العتق بلا فصل لان المشروط متعقب عن الشرط في الوجود لا مقارن بخلاف العلة فإن المعلول يقارنها، وكذا لو كان للتجارة يجب على المولى زكاة التجارة إذ تم الحول بانفجار الصبح من يوم الفطر ونظيرهما ما لو قال لعبده إن بعتك فأنت حر حيث يصح البيع - كذا في النهاية - فصار كتقديم الزكاة على الحول بعد ملك النصاب بمعنى أنه لا فارق لا أنه قياس فاندفع به فما في فتح القدير من أن حكم الاصل على خلاف القياس فلا يقاس لكنه وجد فيه دليل وهو حديث البخاري وكانوا يعطون قبل الفطر بيوم أو بيومين. وأطلق في التقديم فشمل ما إذا دخل رمضان وقبله. وصححه المصنف في الكافي وفي الهداية والتبيين وشروح الهداية. وفي فتاوي قاضيخان: وقال خلف بن أيوب يجوز التعجيل إذا دخل رمضان. وهكذا ذكره الاما محمد بن الفضل وهو الصحيح. في فتاوي الظهيرية: والصحيح أنه يجوز تعجيلها إذ دخل شهر رمضان وهو اختيار الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى اه فقد اختلف التصحيح كما ترى لكن تأيد التقييد بدخول رمضان بأن الفتوى عليه فليكن العمل عليه، وسبب هذا الاختلاف أن مسألة التعجيل على يوم الفطر لم تذكر في ظاهر الرواية كما صرح به في البدائع لكن صحح هو أنه يجوز التعجيل مطلقا كما في الهداية، وأما التأخير فلانها قربة مالية فلا تسقط بعد الوجوب إلا بالاداء كالزكاة حتى لو مات ولده الصغير أو مملوكه يوم الفطر لا يسقط عنه أو افتقر بعد ذلكفكذلك. وفي أي وقت أدى كان مؤديا لا قاضيا كما في سائر الواجبات الموسعة. كذا في البدائع. وقد تقدم أن التحقيق أنه بعد اليوم

***

[٤٤٦]

الاول لا مؤد لانه من قبيل المقيد بالوقت بقوله صلى الله عليه وسلم أغنوهم في هذا اليوم عن المسألة ومقتضاه أنه يأثم بتأخيره عن اليوم الاول على القول بأنه مقيد، وعلى أنه مطلق فلا اثم ولهذا قال في الفتاوي الظهيرية: ولا يكره التأخير. ولم يتعرض في الكتاب لجواز تفريق صدقة شخص على مساكين، وظاهر ما في التبيين وفتح القدير أن المذهب المنع وأن القائل بالجواز إنما هو الكرخي. وصرح الولوالجي وقاضيخان وصاحب المحيط والبدائع بالجواز من غير ذكر خلاف فكان هو المذهب كجواز تفريق الزكاة. وأما الحديث المأمور فيه بالاغناء فيفيد الاولوية. وقد نقل في التبيين الجواز من غير ذكر خلاف في باب الظهار، وأما دفع صدقة جماعة إلى مسكين واحد فلا خلاف في جوازه. فروع: المرأة إذا أمرها زوجها بأداء صدقة الفطر فخلطت حنطته بحنطتها بغير إذن الزوج ودفعت إلى الفقير جاز عنها لا عن الزوج عند أبي حنيفة خلافا لهما، وهي محمولة على قولهما إذا أجاز الزوج. كذا في الفتاوي الظهيرية. وعلله في حيرة الفقهاء بأنها لما خلطت بغير إذنه صارت مستهلكة لحصته لان الخلط استهلاك عنده يقطع حق صاحبه عن العين، وفي قولهما لا يقطع وتجوز عنه لهذه العلة. وفي البدائع: ولا يبعث الامام على صدقة الفطر ساعيا لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يبعث. وذكر الزندوستى أن الافضل صرف الزكاتين يعني زكاة المال وصدقة الفطر إلى أحد هؤلاء السبعة الاول أخوته الفقراء وأخواته ثم إلى أولاد إخوته وأخواته المسلمين ثم إلى أعمامه الفقراء ثم إلى أخواله وخالاته وسائر ذوي أرحامه الفقراء ثم إلى جيرانه ثم إلى أهل مسكنه ثم إلى أهل مصره. وقال الشيخ الامام أبو حفص الكبير البخاري: لا تقبل صدقة الرجل وقرابته محاويج حتى يبدأ بهم فيسد حاجتهم ثم أعطى في غير قرابته إن أحب. كذا في الفتاوي الظهيرية. وفي الولوالجية: وصدقة الفطر كالزكاة في المصارف ا ه. وينبغي أن يستثنى الذمي كما سبق في المصرف. وفي عمدة الفتاوي، للصدر الشهيد: ولو دفع صدقة فطره إلى زوجة عبده جاز وإن كانت نفقتها عليه ا ه. والله أعلم.

***

[٤٤٧]
كتاب الصوم أخره عن الزكاة وإن كان عبادة بدنية مقدمة على المالية لقرانها بالصلاة في آيات كثيرة، وذكر محمد رحمه الله الصوم عقب الصلاة في الجامع الكبير والصغير نظرا لما قلنا. وهو في اللغة ترك الانسان الاكل وإمساكه عنه ثم جعل عبارة عن هذه العبادة المخصوصة. ومن مجازه صام الفرس على آريه إذا لم يعتلف. ومنه قول النابغة خيل صيام كذا في المغرب. وفي الشرع ما سيذكره المصنف ولو قال كتاب الصيام لكان أولى لما في الفتاوي الظهيرية: لو قال لله علي صوم فعليه صوم يوم واحد، ولو قال فعلي صيام عليه صيام ثلاثة أيام كما في قوله تعالى * (ففدية من صيام) * (البقرة: ١٩٦) ا ه. وركنه حقيقته الشرعية التي هي الامساك المخصوص، وسببه مختلف ففي المنذور النذر ولذا قلنا: لو نذر صوم شهر بعينه كرجب أو يوما بعينه فصام غيره أجزأ عن المنذور لانه تعجيل بعد وجود السبب وفيه خلاف محمد كما في المجمع. وصوم الكفارا ت سببه ما يضاف إليه من الحنث والقتل والظهار والفطر، وسبب رمضان شهود جزء من الشهر اتفاقا لكن اختلفوا فذهب السرخسي إلى أن السبب مطلق شهود الشهر حتى استوى في السببية الايام والليالي. وذهب الدبوسي وفخر الاسلام وأبو اليسر إلى أن السبب الايام دون الليالي أي الجزء الذي لا يتجزأ من كل يوم سبب لصوم ذلك
***
[٤٤٨]
اليوم فيجب صوم جميع الايام مقارنا إياه، وثمرة الخلاف تظهر فيمن أفاق في أول ليلة من الشهر ثم جن قبل أن يصبح ومضى الشهر وهو مجنون ثم أفاق، فعلى قول السرخسي يلزمه القضاء ولو لم يتقرر السبب في حقه بما شهد من الشهر حال إفاقته لم يلزمه، وعلى قول غيره لا يلزمه القضاء، وصححه السراج الهندي في شرح المغني لان الليل ليس بمحل للصوم فكان الجنون والافاقة فيه سواء، وعلى هذا الخلاف لو أفاق ليلة في وسط الشهر ثم أصبح مجنونا، وكذا لو أفاق في آخر يوم من رمضان بعد الزوال، وجمع في الهداية بين القولين بأنه لا منافاة فشهود جزء منه سبب لكله ثم كل يوم سبب وجوب أدائه. غاية الامر أنه تكرر سبب وجوب صوم اليوم باعتبار خصوصه ودخوله فضمن غيره كذا في فتح القدير والذي يظهر أن صاحب الهداية يختار غير قول السرخسي لان السرخسي يقول كل يوم مع ليلته سبب للوجوب لا اليوم وحده وتمام تقريره في الاصول. وشرائطه ثلاثة: شرط وجوب وهو الاسلام والبلوغ والعقل كذا في النهاية وفتح القدير. وفي غاية البيان ذكر الاولين ثم قال: ولا يشترط العقل لا للوجوب ولا للاداء ولهذا إذا جن في بعض الشهر ثم أفاق يلزمه القضاء بخلاف استيعاب الشهر حيث لا يلزمه القضاء للحرج، واختاره صاحب الكشف فقال: إن المجنون أهل للوجوب إلا أن الشرع أسقط عنه عند تضاعف الواجبات دفعا للحرج واعتبر الحرج في حق الصوم باستغراق الجنون جميع الشهر ا ه. وفي البدائع، وأما العقل فهل هو من شرائط الوجوب، وكذا الافاقة واليقظة. قال عامة مشايخنا: ليست من شرائط الوجوب بل من شرائط وجوب الاداء مستدلين بوجوب القضاء على المغمي عليه والنائم بعد الافاقة والانتباه بعد مضي بعض الشهر
***
[٤٤٩]
أو كله، وكذا المجنون إذا أفاق في بعض الشهر. وقال بعض أهل التحقق من مشايخ ما وراء النهر: إنه شرط الوجوب. وعندهم لا فرق بينه وبين وجوب الاداء وأجابوا عما استدل به العامة بأن وجوب القضاء لا يستدعي سابقة الوجوب لا محالة وإنما يستدعي فوت العبادة عن وقتها والقدرة على القضاء من غير حرج، وهكذا وقع الاختلاف في الطهارة عن الحيض والنفاس، فذهب أهل التحقيق إلى أنها شرط الوجوب فلا وجوب على الحائض والنفساء وقضاء الصوم لا يستدعي سابقة الوجوب كما تقدم، وعند العامة ليست بشرط وإنما الطهارة عنهما شرط الاداء وتمامه في البدائع ولعله لا ثمرة له. والنوع الثاني من الشرائط شرط وجوب الاداء وهو الصحة والاقامة، والثالث شرط صحته وهو الاسلام والطهارة عن الحيض والنفاس والنية. كذا في البدائع. واقتصر في فتح القدير على ما عدا الاول لان الكافر لا نية له نخرج باشتراطها، ولم يجعلوا العقل، والاقامة شرطين للصحة لان من نوي الصوم من الليل ثم جن في النهار أو أغمي عليه يصح صومه في ذلك اليوم، وإنما لم يصح في اليوم الثاني لعدم النية لانها من المجنون والمغمى عليه لا تتصور لا لعدم أهلية الاداء، وأما البلوغ فليس من شرط الصحة لصحته من الصبي العاقل ولهذا يثاب عليه. كذا في البدائع. وزاد في فتح القدير العلم بالوجوب أو الكون في دار الاسلام لان الحربي إذا أسلم في دار الحرب ولم يعلم بفرضية رمضان ثم علم ليس عليه قضاء ما مضى.

وزاد في النهاية على شرائط الصحة الوقت القابل ليخرج الليل. وفيه بحث لان التعليق بالنهار داخل في مفهوم الصوم لا قيد له ولهذا كان التحقيق في الاصول أن القضاء والنذر المطلق وصوم الكفارة من قبيل المطلق عن الوقت لا من المقيد به كما ذهب إليه فخر الاسلام، وحكمه سقوط الواجب ونيل ثوابه إن كان صوما لازما وإلا فالثاني. كذا في فتح القدير وفيه بحث، لان صوم الايام المنهية لا ثواب فيه فالاولى أن يقال: وإلا فالثاني إن لم يكن منهيا عنه وإلا فالصحة فقط. وأقسامه فرض وواجب ومسنون ومندوب ونفل ومكروه تنزيها وتحريما، فالاول رمضان وقضاؤه والكفارات، والواجب المنذور، والمسنون عاشوراء مع التاسع، والمندوب صوم ثلاثة من كل شهر ويندب فيها كونها الايام البيض، وكل صوم ثبت بالسنة طلبه
***
[٤٥٠]
والوعد عليه كصوم داود عليه الصلاة والسلام وعلى سائر الانبياء، والنفل ما سوى ذلك مما لم يثبت كراهته، والمكروه تنزيها عاشوراء مفردا عن التاسع ونحو يوم المهرجان، وتحريما أيام التشريق العيدين. كذا في فتح القدير. واستثنى في عمدة الفتاوي من كراهة صوم يوم النيروز والمهرجان أن يصوم يوما قبله فلا يكره كما في يوم الشك، والاظهر أن يضم المنذور بقسميه إلى المفروض كما اختاره في البدائع والمجمع ورجحه في فتح القدير للاجماع على لزومه، وأن يجعل قسم الواجب صوم التطوع بعد الشروع فيه وصوم قضائه عند الافساد وصوم الاعتكاف. كذا في البدائع أيضا. وبما ذكره المحقق اندفع ما في البدائع من قوله وعندنا يكره الصوم في يومي العيد وأيام التشريق والمستحب هو الافطار فإنه يفيد أن الصوم فيها مكروه تنزيها وليس بصحيح لان الافطار واجب متحتم ولهذا صرح في المجمع بحرمة الصوم فيها، وينبغي أن يكون كل صوم رغب فيه الشارع صلى الله عليه وسلم بخصوصه يكون مستحبا وما سواه يكون مندوبا مما لم تثبت كراهيته لا نفلا لان الشارع قد رغب في مطلق الصوم فترتب على فعله الثواب بخلاف النفلة المقابلة للندبية فإن ظاهره يقتضي عدم الثواب
***
[٤٥١]
فيه وإلا فهو مندوب كما لا يخفى. ومن المكروه صوم يوم الشك على ما سنذكره إن شاء الله تعالى، ومنه صوم الوصال، وقد فسره أبو يوسف ومحمد بصوم يومين لا فطر بينهما، ومنه صوم يوعرفة للحاج إن أضعفه، ومنه صوم يوم السبت بانفراده للتشبه باليهود بخلاف صوم يوم الجمعة فإن صومه بانفراده مستحب عند العامة كالاثنين والخميس وكره الكل بعضهم، ومنه صوم الصمت بأن يمسك عن الطعام والكلام جميعا. كذا في البدائع. ومنه أيضا صوم ستة من شوال عند أبي حنيفة متفرقا كان أو متتابعا، وعن أبي يوسف كراهته متتابعا لا متفرقا لكن عامة المتأخرين لم يروا به بأسا. ثم اعلم أن الصيامات اللازمة فرضا ثلاثة عشر، سبعة منها يجب فيها التتابع وهي: رمضان وكفارة القتل وكفارة الظهار وكفارة اليمين وكفارة الافطار في رمضان والنذر المعين وصوم اليمين المعين. وستة لا يجب فيها التتابع وهي: قضاء رمضان وصوم المتعة وصوم كفارة الحلق وصوم جزاء الصيد وصوم النذر المطلق وصوم اليمين بأن قال والله لاصومن شهرا. ثم أذا أفطر يوما يجب فيه التتابع هل يلزمه الاستقبال أو لا فنقول: كل صوم يؤمر فيه بالتتابع لاجل الفعل وهو الصوم يكون التتابع شرطا فيه، وكل صوم يؤمر فيه بالتتابع لاجل أن الوقت مفوت ذلك يسقط التتابع، وإن بقي الفعل واجب القضاء فالاول كصوم كفارة القتل والظهار واليمين والافطار ويلحق به النذر المطلق إذا ذكر التتابع فيه أو نواه، والثاني كرمضان والنذر المعين واليمين بصوم يوم معين. كذا ذكره صاحب البدائع والاسبيجابي منتصرا، ومحاسنه كثيرة منها شكر النعمة التي هي المفطرات الثلاثة لان بضدها تتبين الاشياء، ومنها أنه وسيلة إلى التقوى لانها إذا انقادت إلى الامتناع عن الحلال طمعا في مرضاته تعالى فالاولى أن تنقاد للامتناع عن الحرام وإليه الاشارة بقوله تعالى * (لعلكم تتقون) * (البقرة: ١٨٣) ومنها كسر الشهوة الداعية إلى المعاصي، ومنها الاتصاف بصفة الملائكة الروحانية، ومنها علمه بحال الفقراء ليرحمهم فيطعمهم، ومنها موافقته لهم
***
[٤٥٢]
قوله: (هو ترك الاكل والشرب والجماع من الصبح إلى الغروب بنية من أهله) أي الصوم في الشرع الامساك عن المفطرات الثلاث حقيقة أو حكما في وقت مخصوص من شخص مخصوص مع النية، وإنما فسرنا الترك بالامساك المذكور في كلام القدوري ليكون فعل

المكلف لانه لا تكليف إلا بفعل حتى قالوا: إن المكلف به في النهي كف النفس لا ترك الفعل لانه لا تكليف إلا بمقدور والمعدوم غير مقدور لان تفسير القادبمن إن شاء فعل وإن لم يشأ لم يفعل لا وإن شاء ترك، وتمامه في تحرير الاصول وقلنا حقيقة وحكما ليدخل من أفطر ناسيا فإنه ممسك حكما، واختص الصوم باليوم لتعذر الوصال المنهي عنه وكونه على خلاف العادة وعليه مبنى العبادة إذ ترك الاكل بالليل معتاد، واشترطت النية لتمييز العبادة عن العادة كما سيأتي. وأراد بالاهل من اجتمعت فيه شروط الصحة وتقدم أنها ثلاثة تخرج الكافر والحائض والنفساء، والمراد باشتراط الطهارة عن الحيض والنفاس اشتراط عدمهما لا أن يكون المراد منها الاغتسال. كذا في النهاية. والمراد بترك الاكل ترك إدخال شئ بطنه أعم من كونه مأكولا أولا لما سيأتي من إبطاله بإدخال نحو الحديد، ولا يرد ما وصل إلى الدماغ فإنه مفطر كما سيأتي لما أن بين الدماغ والجوف منفذا فما وصل إلى الدماغ وصل إلى الجوف كما صرح به في البدائع على ما سيأتي. وفي البزازية: استنشف وصل الماء إلى فمه ولم يصل إلى دماغه لا يفسد صومه. قوله: (وصح صوم رمضان والنذر المعين والنفل بنية من الليل إلى ما قبل نصف النهار) شروع في بيان النية التي هي شرط الصحة لكل صوم، وعرفها في المحيط بأن يعرف بقلبه أنه صوم. ووقتها بعد الغروب ولا يجوز قبله والتسحر نية كذا في الظهيرية. ولم يتكلم على فرضية رمضان لما أنها من الاعتقادات لا لفقه لثبوتها بالقطعي المتأيد بالاجماع ولهذا يحكم بكفر جاحده. وكانت فرضيته بعد ما صرفت القبلة إلى الكعبة بشهر في شعبان على رأس ثمانية عشر شهرا من الهجرة وهو في الاصل من رمض إذا احترق سمي به لان الذنوب تحترق فيه، وهو غير منصرف للعلمية والالف والنون. قال الجوهري: يجمع على ارمضا ورمضانات. وقال الفراء: يجمع على رماضين كسلاطين وشياطين. وقالابن الانباري: رماض جمع رمضان. وتقدم حكم النذر أنه فرض على الاظهر، والمراد بالنفل ما عدا
***
[٤٥٣]
الفرض، والواجب أعم من أن يكون سنة أو مندوبا أو مكروها. وأشار إلى أنه لو نوى عند الغروب لا تصح نيته لانه قبل الوقت كما قدمناه. وفي فتاوي الظهيرية: ولو نوى أن يتسحر في آخر الليل ثم يصبح صائما لم تصح هذه النية كما لو نوى بعد العصر صوم الغد ا ه. واستدل الطحاوي لعدم اشتراط التبييت في رمضان بحديث الصحيحين في يوم عاشوراء من أكل فليمسك بقية يومه، ومن لم يكن أكل فليصم (١) وكان صومه فرضا حتى فرض رمضان فصار سنة ففيه دليل على أن من تعين عليه صوم يوم ولم ينوه ليلا تجزئه النية نهارا فوجب حمل حديث السنن الاربعة لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل (٢) على نفي الكمال لان الافضل في كل صوم أن ينوي وقت طلوع الفجر إن أمكنه أو من الليل كما في البدائع، أو على أن المراد لم ينو كون الصوم من الليل فيكون الجار وهو من الليل متعلقا بصيام الثاني لا ينوي، فحاصله لا صيام لمن لم يقصد أنه صائم من الليل أي من آخر أجزائه فيكون نفيا لصحة الصوم من حين نوى من النهار، وعلى تقدير كونه لنفي الصحة وجب أن يخص عمومه بما روينا عندهم، وعندنا لو كان قطعيا خص بعضه خصص به بعض فكيف وقد اجتمع فيه عدم الظنية والتخصيص إذ قد خصص منه النفل بحديث مسلم عن عائشة: دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم فقال: هل عندكم شئ؟ فقلنا: لا. فقال: إني إذا صائم. فالحاصل أن صوم عاشوراء أصل وألحق به صوم رمضان والمنذور المعين في حكمه وهو عدم النية من الليلة ومقتضاه إلحاق كل صوم واجب به لكن القياس إنما يصلح مخصصا للخبر لا ناسخا، ولو جرينا على تمام لازم هذه القياس لكان ناسخا لحديث السنن إذ لم يبق تحته شئ حينئذ فوجب أن يحاذي به مورد النص وهو الواجب المعين من رمضان، ونظيره من النذر المعين. ولا يمكن أن يلغي قيد التعيين في مورد النص الذي رويناه فإنه حينئذ يكون إبطالا لحكم لفظ بلالفظ بنص فيه. وإنما اختص اعتبارها بوجودها في أكثر النهار لان ما رويناه من حديث الصحيحين واقعة حال لا عموم لها في جميع أجزاء النهار، واحتمل كون إجازة الصوم في تلك الواقعة لوجود النية فيها في أكثره، واحتمل كونها للتجويز في النهار مطلقا،
***
[٤٥٤]
في الواجب فقلنا بالأول لأنه أحوط خصوصا ومعنا نص السنن بمنعها من النهار مطلقا وعضده المعين وهو أن للاكثر من الشئ الواحد حكم الكل وإنما اختص بالصوم دون الحج والصلاة فإن قران النية فيهما شرط حقيقة أو حكما كالمتقدمة بفاصل لان الصوم ركن

واحد ممتد فبالوجود في آخره يعتبر قيامها في كله بخلافهما فإنهما أركان فيشترط قرانها بالعقد على أدائها وإلا خلت بعض الاركان عنها فلم يقع ذلك الركن عبادة. واعتبر المصنف النية إلى ما قبل نصف النهار ليكون أكثر اليوم منويا، ولهذا عبر في الوافي بنية أكثره وهي أولى لما أن النهار يطلق في اللغة على زمن أوله طلوع الشمس كما في النهاية وغيرها لكن هو في الشرع واليوم سواء من طلوع الفجر. وفي غاية البيان: جعل أوله من طلوع الفجر لغة وفقها، وعلى كل حال فهي أولى من عبارة القدوري ومختصر الكرخي والطحاوي ما بينه وبين الزوال لان ساعة الزوال نصف النهار من طلوع الشمس ووقت الصوم من طلوع الفجر. كذا في المبسوط. والظاهر أن الاختلاف في العبارة لا في الحكم. وفي الفتاوي الظهيرية: الصائم المتطوع إذا ارتد عن الاسلام ثم رجع إلى الاسلام قبل الزوال ونوى الصوم - قال زفر - لا يكون صائما ولا قضاء عليه إن أفطر. وقال أبو يوسف: يكون صائما وعليه القضاء إذا أفطر. وذكر بعده: وعلى هذا الخلاف إذا أسلم النصراني في غير رمضان قبل الزوال ونوى التطوع كان صائما عند أبي يوسف خلافا لزفر. وأطلق المصنف فأفاد أنه لا فرق بين الصحيح والمريض والمقيم والمسافر لانه لا تفصيل فيما ذكرنا من الدليل. وقال زفر: لا يجوز الصوم للمسافر والمريض إلا بنية من الليل لان الاداء غير مستحق عليهما فصار كالقضاء. ورد بأنه من باب التغليظ والمناسب لهما التخفيف. وفي فتاوي قاضيخان، مريض أو مسافر لم ينو الصوم من الليل في شهر رمضان ثم نوى بعد طلوع الفجر قال أبو يوسف: يجزئهما وبه أخذ الحسن. قال صاحب الكشف الكبير: فهذا يشير إلى أن عند أبي حنيفة ومحمد لا يجزئهما ا ه‍. وهذه الاشارة مدفوعة بصريح المنقول من أن عندنا لا فرق كما ذكره في المبسوط والنهاية والولوالجية وغيرها. قوله: (وبمطلق النية ونية النفل) أي صح صوم رمضان وما معه بمطلق النية وبنية النفل، أما في رمضان فلان الشارع عينه لفرض الصوم فانتفى شرعية غيره من الصيام فيه

***

[٤٥٥]

فلم يشترط له نية التعيين فصك بنية صوم مباين له كالنفل والكفارات بناء على لغو الجهة التي عينها فيبقى الصوم المطلق، وبمطلق النية يصح صومه كالاخص نحو زيد يصاب بالاعم كيا إنسان، وجمهور العلماء على خلافه. قال في التحرير: وهو الحق لان نفي شرعية غيره إنما توجب صحته لو نواه، ونفي صحة ما نواه من الغير لا يوجب وجود نية ما يصح وهو يصرح بقوله لم أرده بل لو ثبت لكان جبرا ولا جبر في العبادات. وقولهم الاخص يصاب بالاعم إنما يصح إذا أراد الاخص بالاعم ولو أراده لارتفع الخلاف، وأعجب من هذا ما روي عن زفرأن التعيين شرعا يوجب الاصابة بلا نية ا ه‍. وقد يقال بأنه نوي أصل الصوم ووصفة والوقت لا يقبل الوصف فلغت نية الوصف وبقيت نية الاصل إذ ليس من ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل، والاعراض إن ثبت فإنما هو في ضمن نية النفل أو القضاء وقد لغت بالاتفاق فيلغو ما في ضمنها، ولا يلزم الجبر لان معنى القربة في أصل الصوم يتحقق لبقاء الاختيار للعبد فيه ولا يتحقق في الصفة إذ لا اختيار له فيها فلا يتصور منه إبدال هذا الوصف بوصف آخر في هذا الزمان فيسقط اعتبار نية الصفة فعلم أنه لا يلزم الجبر إلا لو قلنا بوقوع الصوم من غير نية أصلا. وما ألزمنا به الشافعي هنا من لزوم الجبر لزمه في الحج فإنه صححه فرضا بنية النفل فما هو جوابه فهو جوابنا. وأما في النذر المعين فلانه معتبر بإيجاب الله تعالى، وإنما قال وبنية النفل ولم يقل وبنية مباينة لما أن النفل لا يصح بنية واجب آخر بل يقع عما نوى، ولما أن المنذور المعين لا يصح بنية واجب آخر بل يقع عما نوي بخلاف رمضان. والفرق بينهما أن التعيين إنما جعل بولاية الناذر وله إبطال صلاحية ماله وهو النفل لا ما عليه وهو القضاء ونحوه رمضان متعين بتعيين الشارع وليس له ولاية

***

[٤٥٦]

إبطال صلاحيته لغير من الصيام لكن بقي عليه إفادة صحة رمضان بنية واجب آخر، ويمكن أن يكون ذكر نية النفل إشارة إليه بجامع إلغاء الجهة لتعيينة. وإذا وقع عما نوي فهل يلزمه قضاء المنذور المعين لا ذكر لها في ظاهر الرواية، والاصح وجوب القضاء. كذا في الفتاوي الظهيرية. ولا يرد عليه المسافر فإنه لو نوى واجبا آخر في رمضان يصح عند أبي حنيفة ويقع عما نوى لاثبات الشارع الترخص له وهو في الميل إلى الاخف وهو في صوم الواجب المغاير لانه في ذمته وفرض الوقت لا يكون في ذمته إلا إذا أدرك عدة من أيام أخر. وفي النفل عنه روايتان، أصحهما عدم صحة ما نوي ووقوعه عن فرض الوقت لان فائدة النفل الثواب وهو في فرض الوقت

أكثر كما لو أطلق النية. كذا في التقرير. فعلم بهذا أن المسافر يصح صومه عن رمضان بمطلق النية وبنية النفل على الاصح فيهما مع وجود الروايتين فيهما فلهذا لم يستثنه في المختصر، وأما المريض إذا نوى واجبا آخر أو نفلا ففيه ثلاثة أقوال، فقيل يقع عن رمضان لانه لما صام التحق بالصحيح واختاره فخر الاسلام وشمس الائمة وجمع وصححه صاحب المجمع، وقيل يقع عما نوى كالمسافر واختاره صاحب الهداية وأكثر المشايخ، وقيل بأنه ظاهر الرواية، وينبغي أن يقع عن رمضان في النفل على الصحيح كالمسافر على ما قدمناه، وقيل بالتفصيل بين أن يضره الصوم فتتعلق الرخصة بخوف الزيادة فيصير كالمسافر يقع عما نوي، وبين أن لا يضره الصوم كفساد الهضم فتتعلق الرخصة بحقيقته فيقع عن فرض الوقت واختاره صاحب الكشف وتبعه المحقق في فتح القدير والتحرير. وتعقبه الاكمل في التقرير بأن المعلوم أن المريض الذي لا يضره الصوم غير مرخص له
***
[٤٥٧]
الفطر عند أئمة الفقه كما شهدت كتبهم بذلك فمن لا يضره الصوم صحيح وليس الكلام فيه. ثم اعلم أنه وقع في عبارة القوم أصولا وفروعا أن رمضان يصح مع الخطأ في الوصف، فذهب جماعة من المشايخ إلى أن مسألة نية الصوم النفل في رمضان من الصحيح المقيم إنما هي مصورة في يوم الشك بأن شرع بهذه النية ثم ظهر أنه من رمضان حتى يكون هذا الظن معفوا، فأما لو وجدت في غيره يخشى عليه الكفر لانه ظن أن الامر بالامساك المعين يتأدى بغيره وبمثل هذ الظن يخشى عليه الكفر. كذا في التقرير. وفي النهاية ما يرده فإنه قال في دليل الشافعي: إنه لو اعتقد المشروع في هذا الوقت أنه نفل يكفر. وقال في رده إنه لما لغا نية النفل لم تتحقق نية الاعراض وبه يبطل قوله أنه لو اعتقد فيه أنه نفل يكفر ا ه‍. والحاصل أنه لا ملازمة بين نية النفل واعتقاد عدم الفرضية أو ظنه فقد يكون معتقدا للفرضية ومع ذلك نوى النفل فلا يكون بنية النفل كافرا إلا إذا انضم إليها اعتقاد النفلية، وكذا لا يخشى عليه الكفر إلا إذا انضم إليها الظن المذكور والله سبحانه وتعالى أعلم. ثم اعلم أن أبا حنيفة جرى على أصله في المواضع كلها من أن الاصل ينفك عن الوصف فلهذا قال: إذا بطلت صفة الفرضية في الصلاة لا يبطل أصلها، وإذا بطلت الصفة في الصوم بقي أصله، وإذا قال لها أنت طالق كيف شئت وقع أصل الطلاق وكان الوصف مفوضا إليها. وهما قالا في هذه المسألة بأن ما لا يقبل الاشار من الامور الشرعية فحاله ووصفه بمنزلة أصله فيتعلق الاصل بتعلقه فخالفا هذا الاصل في الصوم. وخالفه أبو يوسف في الصلاة لانه موافق لابي حنيفة فيها وجرى عليه محمد في الصلاة فإنه قال ببطلان الاصل إذا بطل الوصف فيها، وقد فرق بعضهم لمحمد بين الصوم والصلاة، ورده الاكمل في تقريره وقال في بحث: كيف أن أصلهما المذكور ليس بصحيح لان صحته تستلزم انتفاء الفاسد على مذهبنا واللازم باطل لان الاحكام عندنا تنقسم إلى جائز وفاسد وباطل بيان الملازمة أن الربا مثلا وسائر العقودات مشروعة بأصلها غير مشروعة بوصفها بالاتفاق وهي مما لا يقبل الاشارة. فلو كان ما ذكرناه صحيحا لكان الاصل فيه مثل الوصف والوصف غير مشروع، وما كان غير مشروع بحسب الاصل والوصف فهو باطل اتفاقا لا فاسد، أو كان الوصف مثل الاصل والاصل مشروع فكان الربا جائزا لا فاسدا وهو باطل إجماعا ا ه‍. قوله: (وما بقي لم يجز إلا بنية معينة مبيتة) أي ما بقي من الصيام وهو قضاء رمضان والكفارات وجزاء الصيد والحلق والمتعة والنذر المطلق لا يصح بمطلق النية ولا بنية مباينة، ولا بد فيه من التعيين لعدم تعين الوقت له، ولا بد فيه أيضا من النية من الليل أو ما هو في
***
[٤٥٨]
حكمه وهو المقارنة لطلوع الفجر بل هو الاصل لان الواجب قران النية بالصوم لا تقديمها، وإنما جاز التقديم للضرورة. ومن فروع لزوم التبييت في غير المعين لو نوي القضاء نهارا فلم يصح هل يقع عن النفل، في فتاوي النسفي نعم ولو أفطر يلزما القضاء. قيل هذا إذا علم أن صومه عن القضاء لم يصح بنية من النهار، أما إذا لم يعلم فلا يلزم بالشروع كما في المظنون. كذا في فتح القدير. والذي يظهر ترجيح الاطلاق فإن الجهل بالاحكام في دار الاسلام ليس بمعتبر خصوصا أن هذه المسألة - أعني عدم جواز القضاء بنية نهارا - متفق عليها فيما يظهر فليس كالمظنون، ولا يخفى أن قضاء النفل بعد إفساده وقضاء المنذور المعين داخل تحت قوله وما بقي. ثم اعلم أن النية من الليل كافية في كل صوم بشرط عدم الرجوع عنها حتى لو نوي ليلا أن يصوم غدا ثم عزم في الليل على الفطر لم يصبح صائما، فلو أفطر

لا شئ عليه إن لم يكن رمضان ولو مضي عليه لا يجزئه لان تلك النية انتقضت بالرجوع ولو نوى الصائم الفطر لم يفطر حتى يأكل، وكذا لو نوى التكلم في الصلاة. كذا في الظهيرية. ولو قانويت صوم غد إن شاء الله تعالى، فعن الحلواني يجوز استحسانا لان المشيئة إنما تبطل اللفظ والنية فعل القلب وصححه في فتاوي الظهيرية. واعلم أنه يتفرع على كيفية النية ووقتها مسألة الاسير في دار الحرب إذا اشتبه عليه رمضان فتحرى وصا شهرا عن رمضان فلا يخلو، إما أن يوافق أو لا بالتقديم أو بالتأخير، فإن وافق جاز، وإن تقدم لم يجز، وإن تأخر فإن وافق شوالا لا يجوز بشرط موافقة الشهرين في العدد وتعيين النية وتبييتها ولا يشترط نية القضاء في الصحيح فإن كان كل منهما كاملا قضى يوما واحدا لاجل يوم الفطر، وإن كان رمضان كاملا وشوال ناقصا قضي يومين يوما لاجل يوم العيد ويوما لاجل النقصان وعلى العكس لا شئ عليه. وإن وافق صومه هلال ذي الحجة، فإن كان رمضان كاملا وذو الحجة كاملا قضي أربعة أيام يوم النحر وأيام التشريق، وإن كان رمضان كاملا وذو الحجة ناقصا قضي خمسة أيام على عكسه قضي ثلاثة أيام، وإن وافق صومه شهرا آخر سوى هذين الشهرين، فإن كان الشهران كاملين أو ناقصين أو كان رمضان ناقصا والآخر كاملا فلا شئ عليه، وعلى عكسه قضي يوما ولو صام بالتحري سنين كثيرة ثم تبين أنه صام في كل سنة قبل شهر
***

[٤٥٩]

رمضان فهل يجوز صومه في الثانية عن الاولى وفي الثالثة عن الثانية وفي الرابعة عن الثالثة؟ قيل يجوز، وقيل لا يجوز. كذا في البدائع مختصرا. وصحح في المحيط أنه إن نوى صوم رمضان مبهما يجوز عن القضاء، وإن نوى عن السنة الثانية مفسرا لا يجوز، وقد علم من هذا أن من فاته رمضان وكان ناقصا يلزمه قضاؤه بعدد الايام لاشهر كامل، ولهذا قال في البدائع: قالوا فيمن أفطر شهرا بعذر ثلاثين يوما ثم قضى شهرا بالهلال فكان تسعة وعشرين أن عليه قضاء يوم آخر لان المعتبر عدد الايام التي أفطر فيها دون الهلال لان القضاء على قدر الفائت، ولو صام أهل مصر تسعة وعشرين وأفطروا للرؤية وفيهم مريض لم يصم، فإن علم ما صام أهل مصره فعليه قضاء تسعة وعشرين يوما، وإن لم يعلم صام ثلاثين يوما لانه الاصل والنقصان عارض ا ه. وفي عدة الفتاوي: لو قال لله علي صوم شوال وذي القعدة وذي الحجة فصامهن بالرؤية وكان هلال ذي القعدة وذي الحجة ثلاثين وشوال تسعة وعشرين فعليه صوم خمسة أيام الفطر والاضحية وأيا التشريق، ولو قال لله علي صوم ثلاثة أشهر فصامهن فعليه قضاء تسعة أيام لانه أشار إلى غائب فيلزم لكل شهر ثلاثون ا ه. وبما ذكرنا علم من يراجع فتح القدير أنه لم يستوف الاقسام كلها. قوله: (ويثبت رمضان برؤية هلاله أو بعد شعبان ثلاثين يوما) لحديث الصحيحين صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته، وفإن غم عليك فأكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما (١). والوجه في إثبات الرمضانية والعيد أن يدعي عند القاضي بوكالة رجل معلقة بدخول رمضان بقبض دين فيقر الخصم بالوكالة وينكر دخول رمضان فيشهد الشهود بذلك فيقضي
***

[٤٦٠]

القاضي عليه بالمال فيثبت مجئ رمضان لان إثبات مجئ رمضان لا يدخل تحت الحكم حتى لو أخبر رجل عدل القاضي بمجئ رمضان يقبل ويأمر الناس بالصوم يعني في يوم الغيم، ولا يشترط لفظ الشهادة وشرائط القضاء، أما في العيد فيشترط لفظ الشهادة وهو يدخل تحت الحكم لانه من حقوق العباد. كذا في الخلاصة من كتاب الشهادات. وبهذا علم أن عبارة المصنف في الوافي أولى وأوجز وهي: ويصام برؤية الهلال أو اكمال شعبان لان الصوم لا يتوقف على الثبوت، وليس يلزم من رؤيته ثبوته لما تقدم أن مجرد مجيئه لا يدخل تحت الحكم ولم يتعرض لوجوب التماسه ولا شك في وجوبه على الناس وجوب كفاية. وينبغي في كلام بعضهم بمعناه ووقته ليلة الثلاثين ولهذا قال في الاختيار: يجب التماسه في اليوم التاسع والعشرين وقت الغروب، وقول بعضهم في التاسع والعشرين تساهل. نعم لو رؤي في التاسع والعشرين بعد الزوال كان كرؤيته ليلة الثلاثين اتفاقا، وإنما الخلاف في رؤيته قبل الزوال يوم الثلاثين، فعند أبي حنيفة ومحمد هو للمستقبلة، وعند أبي يوسف هو للماضية والمختار قولهما لكن لو أفطر والكفارة عليهم لانهم أفطروا بتأويل. ذكره قاضيخان. وفي الفتاوي الظهيرية: وتكره الاشارة عند رؤية الهلال تحرزا عن التشبه بأهل الجاهلية. وأشار المصنف إلى أنه لا عبرة

بقول المنجمين. قال في غاية البيان: ومن قال يرجع فيه إلى قولهم فقد خالف الشرع لانه روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من أتي كاهنا أو
***
[٤٦١]
منجما فصدقه بما قال فهو كافر بما أنزل على محمد (١). قوله: (ولا يصام يوم الشك إلا تطوعا) وهو استواء طرفي الادراك من النفي والاثبات، وموجبه هنا أحد أمرين، إما أن يغم عليهم هلال رمضان أو هلال شعبان فأكملت عدته ولم ير هلال رمضان لان الشهر ليس الظاهر فيه أن يكون ثلاثين بل يكون تسعة وعشرين كما يكون ثلاثين فيستوي هاتان الحالتان بالنسبة إليه كما يعطيه الحديث المعروف في الشهر فاستوى الحال حينئذ في الثلاثين أنه من المنسلخ أو المستهل إذا كان غيم فيكون مشكوكا بخلاف ما إذا لم يكن لانه لو كان من المستهل لرؤي عند الترائي فلما لم ير كان غيم فيكون مشكوكا بخلاف ما إذا لم يكن لانه لو كان من المستهل لرأي عند الترائي، فلما لم ير كان الظاهر أن المنسلخ ثلاثون فيكون هذا اليوم منه غير مشكوك في ذلك. كذا ذكروا وقد قدمنا عن البدائع أن كونه ثلاثين هو الاصل والنقصان عارض، ولهذا وجب على المريض
***
[٤٦٢]
الذي أفطر رمضان قضاء ثلاثين يوما إذا لم يعلم صوم أهل بلده فلو كان على السواء لم يلزم الزائد بالشك لان ظهور كونه كاملا إنما هو عند الصحو، أما عند الغيم فلا إلا أن يقال الاصل الصحو والغيم عارض ولا عبرة به قبل تحققه، وهم إنما ذكروا التساوي عند تحقق الغيم ولم يتعرض لصفة صوم غير التطوع ولا لصفته من الاباحة والاستحباب، أما صوم غير التطوع فإن جزم بكونه عن رمضان كان مكروها كراهة تحريم للتشبه بأهل الكتاب لانهم زادوا في صومهم، وعليه حمل حديث النهي عن التقدم بصوم يوم أو يومين وفي استحبابه، إن وافق صوما كان يعتاده على الاصح ويجزئه إن بان أنه من رمضان لما تقدم وإلا فهو تطوع غير مضمون بالافساد لانه في معنى المظنون، وإن جزم بكونه عن واجب آخر فهو مكروه كراهة تنزيه التي مرجعها خلاف الاولى لان النهي عن التقدم خاص بصوم رمضان لكن كره لصورة النهي المحمول على رمضان، فإن ظهر أنه من رمضان أجزأه عنه لما عرف أن كان مقيما وإلا أجزأه عن الذي نواه كما لو ظهر أنه من شعبان على الاصح. وإن جزم التطوع فلا كلام في عدم كراهته وانما الخلاف في استحبابه إن لم يوافق صومه، والافضل أن يتلوم ولا يأكل ولا ينوي الصوم ما لم يتقارب انتصاف النهار، فإن تقارب ولم يتبين الحال اختلفوا فيه، فقيل الافضل صومه، وقيل فطره، وعامة المشايخ على أنه ينبغي للقضاة والمفتين أن يصوموا تطوعا ويفتوا بذلك خاصتهم ويفتوا العامة بالافطار، وكان محمد بن سلمة وأبو نصر يقولان: الفطر أحوط لانهم أجمعوا أنه لا إثم عليه لو أفطر. واختلفوا في الصوم قال بعضهم: يكره ويأثم كذا في الفتاوي الظهيرية: وقولهم يصوم القاضي والمفتي، المراد أنه يصوم من تمكن من ضبط نفسه عن الاضجاع عن النية وملاحظة كونه عن الفرض إن كان غدمن رمضان ولهذا قالوا: ويفتوا بالصوم خاصتهم. وأما إذا ردد فإن كان في أصلها كان نوى أن يصوم غدا عن رمضان إن كان رمضان وإلا فليس بصائم وهذه غير صحيحة فليس بصائم. وفي الفتاوي الظهيرية: وعن محمد ينبغي أن يعزم ليلة يوم الشك على أنه إن كان غد من رمضان فهو صائم عن رمضان، وإن لم يكن من رمضان فليس بصائم وهذا مذهب أصحابنا ا ه. وإن ردد في وصفها فله صورتان: أحدهما ما إذا نوي أن يصوم عن رمضان إن كان غد منه وإلا فعن واجب آخر وهو مكروه لتردده بين مكروهين، فإن ظهر أنه من
***
[٤٦٣]
رمضان أجزأه عنه وإلا كان تطوعا غير مضمون بالافساد ولا يكون عن الواجب لعدم الجزم به. والثانية إذا نوي أن يصوم عن رمضان إن كان منه وإلا فتطوع فهو مكروه لنية الفرض من وجه، فإن ظهر أنه منه أجزأه وإلا فتطوع غير مضمون لدخول الاسقاط في عزيمته من وجه، ولم يتعرض المصنف لصوم ما قبله. وصرح في الكافي بأنه إن وافق يوم الشك صوما كان يصومه فالصوم أفضل، وكذا إن صام كله أو نصفه أو ثلاثة من أخره، ولم يقيد بكون صوم الثلاثة عادة. وصرح في التحفة بكراهة الصوم قبل رمضان بيوم

أو يومين لمن ليس له عادة لقوله عليه السلام لا تتقدموا رمضان بصوم يوم أو يومين إلا أن يوافق صوما كان يصومه أحدكم (١) وإنما كره خوفا من أن يظن أنه زيادة على رمضان إذا اعتادوا ذلك. فالحاصل أن من له عادة فلا كراهة في حقه مطلقا، ومن ليس له عادة فلا كراهة في التقدم بثلاثة فأكثر ويكره في اليوم واليومين. وأما صوم الشك فلا يكره بنية التطوع مطلقا. قوله: (ومن رأى هلال رمضان أو الفطر ورد قوله صام فإن أفطر قضى فقط) لقوله تعالى في هلال رمضان * (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) * (البقرة: ١٨٥) وهذا قد شهده. والحديث في هلال الفطر صومكم يوم تصومون وفطركم يوم تفطرون والناس لم يفطروا في

***

[٤٦٤]

هذا اليوم فوجب عليه موافقتهم، ولان تفرده مع شدة حرص الناس على طلبه دليل غلطه. وإنما لم تجب الكفارة فيما إذا رأى هلال رمضان ولم يصم لان القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فأورث شبهة وهذه الكفارة تندرئ بالشبهات لانها ألحقت بالعقوبات باعتبار أن معنى العقوبة فيها أغلب بدليل عدم وجوبها على المعذور والمخطئ بخلاف بقية الكفارات فإنه اجتمع فيها معنى العبادة والعقوبة والعبادة أغلب كما عرف في تحرير الاصول. قيد بقوله ورد قوله أي ورد القاضي إخباره احترازا عما إذا أفطر قبل أن يرد القاضي شهادته فإنه لا رواية فيه عن المتقدمين. واختلف المشايخ في وجوب الكفارة، وصحح في المحيط عدم وجوبها ورجحه في غاية البيان باعتبار أنه يوم مختلف في وجوب صومه فإن الحسن وابن سيرين وعطاء قالوا بأنه لا يصومه إلا مع الامام. واحترازا عما إذا قبل الامام شهادته وهو فاسق وأمر الناس بالصوم فأفطر هو أو واحد من أهل بلده لزمته الكفارة وبه قال عامة المشايخ خلافا للفقيه أبي جعفر لانه صوم يوم الناس، فلو كان عدلا ينبغي أن لا يكون في وجوب الكفارة خلاف لان وجه النفي كونه ممن لا يجوز القضاء بشهادته وهو منتف. كذا في فتح القدير. وأفاد أن التفرد بالرؤية من غير ثبوت عند الحاكم موجب لاسقاط الكفارة فدخل ما إذا رآه الحاكم وحده ولم يصم فإنه لا كفارة عليه، ولهذا قالوا: لا ينبغي للامام إذا رآه وحده أن يأمر الناس بالصوم، وكذا في الفطر بل حكمه حكم غيره فليس له أن يخرج إلى العيد برؤيته وحده وله أن يصوم وحده إذا رآه والوالي إذا أخبر صديقه صام إن صدقه ولا يفطر وإن أفطر لا كفار عليه، كذا في البزازية. وفي فتاوي قاضيخان. ومن رأى هلال رمضان في الرستاق وليس هناك وآل وقاض، فإن كان ثقة يصوم الناس بقوله، وفي الفطر إن أخبر عدلان برؤية الهلال لا بأس بأن يفطروا ا ه‍. وأشار بوجوب صومه إذا رأى هلال الفطر وحده إلى أن المنفرد برؤية هلال رمضان إذا صام وأكمل ثلاثين يوما لم يفطر إلا مع الامام لان الوجوب علته الاحتياط والاحتياط بعد ذلك في تأخير الافطار، ولو أفطر لا كفارة عليه اعتبارا للحقيقة التي عنده، وأطلق في الرائي فشمل من لا تقبل شهادته ومن تقبل. كذا في الفتاوي الظهيرية. وأشار إلى رد قول الفقيه أبي جعفر من أن معنى قول الامام أبي حنيفة فيما إذا رأى هلال الفطر لا يفطر لا يأكل ولا يشرب ولكن ينبغي أن يفسد صوم ذلك اليوم ولا يتقرب به إلى الله تعالى لانه يوم عيد عنده، وإلى رد ما

***

[٤٦٥]

قاله بعض مشايخنا من أنه إذا أيقن برؤية هلال الفطر أفطر لكن يأكل سرا. كذا في الفتاوي الظهيرية. وفيها أيضا: وإذا صام أهل مصر بغير رؤية ورجل برؤية فنقص له يوم جاز. قوله: (وقبل بعلة خبر عدل ولو قنا أو أنثى لرمضان وحرين أو حرو حرتين للفطر) لان صوم رمضان أمر ديني فأشبه رواية الاخبار ولهذا لا يختص بلفظ الشهادة خلافا لشيخ الاسلام. ولا يشترط الدعوى لكن قال في الفتاوي الظهيرية أنه قولهما، أما على قول الامام أبي حنيفة فينبغي أن يشترط الدعوى، أما في شهادة الفطر والاضحى فيشترط لفظ الشهادة وتشترط العدالة في الكل لان قول الفاسق في الديانات التي يمكن تلقيها من العدول غيره مقبول كالهلال ورواية الاخبار ولو تعدد كفاسقين فأكثر. كذا في الولواجية بخلاف ما يتيسر تلقيه منهم حيث يتحرى في خبر الفاسق كالاخبار بطهارة الماء ونجاسته وحل الطعام وحرمته، وبخلاف الهدية والوكالة وما لا إلزام فيه من المعاملات حيث يقبل خبره بدون التحري للزوم الضرورة ولا دليل سواه فوجب قبوله مطلقا. وحقيقة العدالة ملكة تحمل على ملازمة التقوى والمروأة والشرط أدناها وهو ترك الكبائر والاصرار على الصغائر وما يخل بالمروأة كما عرف تحقيقه في تعريف الاصول، فلزم أن يكون مسلما عاقلا بالغا، وأما الحرية والبصر وعدم الحد في

قذف وعدم الولاء والعداوة فمختص بالشهادة. وعن أبي حنيفة نفى رواية المحدود والظاهر خلافه لقبول رواية أبي بكرة بعد ما تاب وكان قد حد في قذف، وأما مجهول الحال وهو المستور فعن أبي حنيفة قبوله، وظاهر الرواية عدمه لان المراد بالعدل في ظاهر الرواية من ثبتت عدالته وأن الحكم بقوله فرع ثبوتها ولا ثبوت في المستور، وما ذكره الطحاوي من عدم اشتراط العدالة فمحمول على قبول المستور الذي هو إحدى الروايتين، وصحح البزازي في فتاواه قبول المستور وهو خلاف ظاهر الرواية كما علمت، أما مع تبين الفسق فلا قائل به عندنا، وفرعوا عليه ما لو شهدوا في تاسع عشرين رمضان أنهم رأوا هلال رمضان قبل صومهم بيوم إن كانوا في هذا المصر لا تقبل شهادتهم لانهم تركوا الحسبة، وإن جاؤوا من خارج قبلت. وفي البزازية: الفاسق إذا رآه وحده يشهد لان القاضي ربما يقبل شهادته لكن القاضي يرده ا ه. وأما هلال الفطر فلانه تعلق به نفع العباد وهو الفطر فأشبه سائر حقوقهم فيشترط فيه ما يشترط في سائر حقوقهم من العد الوالحرية والعدد وعدم الحد في قذف ولفظ الشهادة والدعوى على خلاف فيه إن أمكن ذلك وإلا فقد تقدم
***
[٤٦٦]
أنهم لو كانوا في بلدة لا قاضي فيها ولا وال فإن الناس يصومون بقول الثقة ويفطرون بإخبار عدلين للضرورة. وأطلقه فشمل ما لو كان المخبر من مصر أو جاء من خارجه وهو ظاهر الرواية خلافا للامام الفضلي حيث قال: إنما يقبل الواحد العدل إذا فسر وقال رأيته خارج البلد في الصحراء أو يقول رأيته في البلدة من بين خلل السحاب، أما بدون هذا التفسير فلا يقبل، كذا في الظهيرية. وأشار إلى أنه يقبل في هلال رمضان شهادة واحد عدل على شهادة واحد عدل بخلاف الشهادة على الشهادة في سائر الاحكام حيث لا تقبل ما لم يشهد على شهادة رجل واحد رجلان أو رجوامرأتان لما ذكرنا أنه من باب الاخبار لا من باب الشهادة. كذا في البدائع، وكذا تقبل فيه شهادة العبد على العبد كذا في البزازية، وكذا شهادة المرأة على المرأة كذا في الظهيرية. وإلى أنهم لو صاموا بشهادة واحدة وغم هلال شوال فإنهم لا يفطرون فتثبت الرمضانية بشهادته لا الفطر خلافا لما روي عند محمد أنهم يفطرون وصححه في غاية البيان. وأما إذا صاموا بشهادة اثنين فإنهم يفطرون اتفاقا كذا في البدائع. وحكى البزازي فيه خلافا والعلة غيم أو غبار أو نحوهما هنا. وفي الاصول الخارج المتعلق بالحكم المؤثر فيه،
***
[٤٦٧]
وأشار إلى أن الجارية المخدرة إذا رأت هلال رمضان وبالسماء علة وجب عليها أن تخرج في ليلتها وتشهد بغير إذن مواليها كما صرح به البزازي. واعلم أن ما كان من باب الديانات فإنه يكتفي فيه بخبر الواحد العدل كهلال رمضان، وما كان من حقوق العباد وفيه إلزام محض كالبيوع والاملاك فشرطه العدد والعدالة ولفظ الشهادة مع باقي شروطها، ومنه الفطر إلا أن يكون الملزم به غير مسلم فلا يشترط في الشاهد الاسلام وإلا ما لا يطلع عليه الرجال كالبكارة والولادة والعيوب في العورة فلا عدد ولا ذكورة، وما لا إلزام فيه كالاخبار بالوكالات والمضاربات والاذن في التجارة والرسالات في الهدايا والشركات فلا شرط سوى التمييز مع تصديق القلب، وما كان فيه إلزام من وجه كعزل الوكيل وحجز المأذون وفسخ الشركة والمضاربة فالرسول والوكيل فيها كما قبله عندهما. وشرط الامام عدالته أو العدد كما عرف في تحرير الاصول. وفي البزازية: وقعت في بخارى سنة إحدى وسبعين وسبعمائة أن الناس صاموا يوم الاربعاء فجاء اثنان أو ثلاثة يوم الاربعاء التاسع والعشرين وأخبروا أنهم رأوا ليلة الثلاثاء وهذا الاربعاء يوفي الثلاثين. اتفقت الاجوبة أن بالسماء علة عيدوا يوم الخميس وإلا لا صاموا ثمانية وعشرين بلا رؤية ثم رأوا هلال الفطر إن أكملوا عدة شعبان ثلاثين وقد كانوا رأوا هلال شعبان قضوا يوما، وإن صاموا تسعا وعشرين لا قضاء عليهم أصلا فإن كانوا أتموا شعبان من غير رؤية هلاله أيضا قضوا يومين ا ه.
***
[٤٦٨]
قوله: (وإلا فجمع عظيم) أي وإن لم يكن بالسماء علة فيهما يشترط أن يكون فيهما الشهود جمعا كثيرا يقع العلم بخبرهم أي علم غالب الظن لا اليقين لان التفرد من بين الجم الغفير بالرؤية مع توجههم طالبين لما توجه هو إليه مع فرض عدم المانع وسلامة الابصار وإن تفاوتت الابصار في الحدة ظاهر في غلطه قياسا على تفرد ناقل زيادة من بين سائر أهل مجلس مشاركين له في السماع فإنها ترد

وإن كان ثقة مع أن التفاوت في حدة السمع واقع أيضا كما هو في الابصار مع أنه لا نسبة لمشاركته في السماع بمشاركته في الترائي كثرة، والزيادة المقبولة ما علم فيه تعدد المجالس أو جهل فيه الحال من الاتحاد والتعدد. كذا في فتح القدير وغيره. وبهذا اندفع تشنيع المتعصبين في زماننا على مذهبنا حيث زعموا أن عدم قبول الاثنين لا دليل له وهو مردود لان القياس حيث لاسمع أحد الادلة الشرعية والقياس المذكور صحيح لوجود ركنه وشرائطه، ولم يردوا بالتفرد تفرد الواحد وإلا لافاد قبول الاثنين وهو منتف، بل المراد تفرد من لم يقع العلم بخبرهم من بين أضعافهم من الخلائق وهذا هو ظاهر الرواية. وروي الحسن عن أبي حنيفة أنه يقبل فيه شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، سواء كان بالسماء علة أو لم يكن كما روي عنه في هلال رمضان. كذا في البدائع. ولم أر من رجحها من المشايخ. وينبغي العمل عليها في زماننا لان الناس تكاسلت عن ترائي الاهلة فانتفي قولهم مع توجههم طالبين لما توجه هو إليه فكان التفرد غير ظاهر في الغلط، ولهذا وقع في زمانا في سنة خمس وخمسين وتسعمائة أن أهل مصر افترقوا فرقتين، فمنهم من صام ومنهم من لم يصم. وهكذا وقع لهم في الفطر بسبب أن جمعا قليلا شهدوا عند قاضي القضاة

***

[٤٦٩]

الحنفي ولم يكن بالسماء علة فلم يقبلهم فصاموا وتبعهم جمع كثير على الصوم وأمروا الناس بالفطر، وهكذا في هلال الفطر حتى إن بعض المشايخ الشافعية صلى العيد بجماعة دون غالب أهل البلدة وأنكر عليه ذلك لمخالفة الامام ولم يقدر الجمع الكثير في ظاهر الرواية بشئ فروي عن أبي يوسف أنه قدره بعدد القسامة خمسين رجلا، وعن خلف بن أيوب خمسمائة ببلخ قليل، وقيل ينبغي أن يكون من كل مسجد جماعة واحد واثنان، وعن محمد أنه يفوض مقدار القلة والكثرة إلى رأي الامام. كذا في البدائع. وفي فتح القدير: والحق ما روي عن محمد وأبي يوسف أيضا أن العبرة لتواتر الخبر ومجيئه من كل جانب. وفي الفتاوي الظهيرية: وإن كانت السماء مصحبة لا تقبل شهادة الواحد في ظاهر الرواية بل يشترط العدد، واختلفوا في تقديره ا ه‍. فظاهره أن ظاهر الرواية لا يشترط الجمع العظيم وإنما يشترط العدد وهو يصدق على اثنين فكان مرجحا لرواية الحسن اتي اخترناها آنفا، ويدل على ذلك أيضا ما في الفتاوي الولواجية: وإن كانت السماء مصحية لا تقبل شهادة الواحد، وعن أبي حنيفة أنه يقبل لانه اجتمع في هذه الشهادة ما يوجب القبول وهو العدالة والاسلام وما يوجب الرد وهو مخالفة الظاهر فرجح ما يوجب القبول احتياطا لانه إذا صام يوما من شعبان كان خيرا من أن يفطر يوما من رمضان. وجه ظاهر الرواية أنه اجتمع ما يوجب القبول وما يوجب الرد فرجح جانب الرد لان الفطر في رمضان من كل وجه جائز

***

[٤٧٠]

بعذر كما في المريض والمسافر، وصوم رمضان قبل رمضان لا يجوز بعذر من الاعذار فكان المصير إلى ما يجوز بعذر أولى. ثم إذا لم تقبل شهادة الواحد واحتيج إلى زيادة العدد عن أبي حنيفة أنه تقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وعن أبي يوسف أنه لا يقبل ما لم يشهد على ذلك جمع عظيم وذلك مقدر بعدد القسامة، وعن خلف بن أيوب خمسمائة ببلخ قليل، وعن أبي حفص الكبير أنه شرط الوفا، وعن محمد ما استكثره الحاكم فهو كثير وما استقله فهو قليل. هذا إذا كان الذي شهد بذلك في المصر، أما إذا جاء من مكان آخر خارج المصر فإنه تقبل شهادته إذا كان عدلا ثقة لانه يتيقن في الرؤية في الصحاري ما لم يتيقن في الامصار لما فيها من كثرة الغبار، وكذا إذا كان في المصر في موضع مرتفع وهلال الفطر إذا كانت السماء مصحية كهلال رمضان ا ه‍. فهذا يدل على ترجيح رواية الحسن وأن ظاهر الرواية اعتبار العدد لا الجمع الكثير لكن فرقه بين من كان بالمصر وخارجه وبين المكان المرتفع وغيره قول الطحاوي: أما ظاهر الرواية فلا يقبل فيه خبر الواحد مطلقا كما في غاية البيان وفتح القدير قوله: (والاضحى كالفطر) أي هلال ذي الحجة كهلال شوال فلا يثبت بالغيم إلا برجلين أو رجل وامرأتين، وأما حالة الصحو فالكل سواء لا بد من زيادة العدد على ما قدمناه، وإنما كان كهلاله دون رمضان لانه تعلق به حق العباد وهو التوسع بلحوم الاضاحي. وذكر في النوادر عن أبي حنيفة أنه كرمضان لانه تعلق به أمر ديني وهو وجوب الاضحية، والاول ظاهر المذهب كذا في الخلاصة. وهو ظاهر الرواية وهو الاصح كذا في الهداية وشروحها والتبيين. وصحح الثاني صاحب التحفة فاختلف التصحيح لكن تأيد الاول بأنه المذهب ولم يتعرض لحكم بقية

الاهلية التسعة. وذكر الامام الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي الكبير: وأما في هلال الفطر والاضحى وغيرهما من الاهلة فإنه لا يقبل فه إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين عدول أحرار غير محدودين كما في سائر الاحكام ا ه.
***
[٤٧١]
قوله: (ولا عبرة باختلاف المطالع) فإذا رآأهل بلدة ولم يره أهل بلدة أخرى وجب عليهم أن يصوموا برؤية أولئك إذا ثبت عندهم بطريق موجب ويلزم أهل المشرق برؤية أهل المغرب. وقيل يعتبر فلا يلزمهم برؤية غيرهم إذا اختلف المطلع وهو الاشبه. كذا في التبيين، والاول ظاهر الرواية وهو الاحوط. كذا في فتح القدير وظاهر المذهب وعليه الفتوى كذا في الخلاصة أطلقه فشمل ما إذا كان بينهما تفاوت بحيث يختلف المطلع أولا، وقيدنا بالثبوت المذكور لانه لو شهد جماعة أن أهل بلد كذا رأوا هلال رمضان قبلكم بيوم فصاموا وهذا اليوم
***
[٤٧٢]
ثلاثون بحسابهم ولم يروا هؤلاء الهلال. لا يباح فطر غد ولا تترك التراويح هذه الليلة لان هذه الجماعة لم يشهدوا بالرؤية ولا على شهادة غيرهم وإنما حكوا رؤية غيرهم، ولو شهدوا أن قاضي بلد كذا شهد عنده اثنان برؤية الهلال في ليلة كذا وقضي بشهادتهما جاز لهذا القاضي أن يحكم بشهادتهما لان قضاء القاضي حجة وقد شهدوا به، وأما ما استدل به الشارح على اعتبار اختلاف المطالع من واقعة الفضل مع عبد الله بن عباس حين أخبره أنه رأى الهلال بالشام ليلة الجمعة ورآه الناس وصاموا وصام معاوية فلم يعتبره وإنما اعتبر ما رآه أهل المدينة ليلة السبت، فلا دليل فيه لانه لم يشهد على شهادة غيره ولا على حكم الحاكم، ولئن سلم فلانه لم يأت بلفظ الشهادة، ولئن سلم فهو واحد لا يثبت بشهادته وجوب القضاء على القاضي. والمطالع جمع مطلع - بكسر اللام - موضع الطلوع. كذا في ضياء الحلوم. باب ما يفسد الصوم وما لا يفسده الفساد والبطلان في العبادات بمعنى واحد وهو عدم الصحة، وهي عند الفقهاء اندفاع وجوب القضاء بالاتيان بالشرائط والاركان، وقد يظن أن الصحة والفساد في العبادات من أحكام الشرع الوضعية وقد أنكر ذلك. وإنما حكمنا به عقلي على ما عرف في تحرير الاصول بخلافهما في المعاملات فإن ترتب أثر المعاملة مطلوب التفاسخ شرعا هو الفساد، وغير
***
[٤٧٣]
مطلوب التفاسخ هو الصحة، وعدم ترتب الاثر أصلا هو البطلان قوله (فإن أكل الصائم أو شرب أو جامع ناسيا إلى آخره) لحديث الجماعة إلا النسائي من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه (١) والمراد بالصوم الشرعي لا اللغوي الذي هو مطلق الامساك للاتفاق على أن الحمل على المفهوم الشرعي حيث أمكن في لفظ الشارع واجب خصوصا قدورد في صحيح ابن حبان ولا قضاء عليك وعند البزار فلا يفطر. وألحق الجماع به دلالاستواء في الركنية لا قياسا فاندفع به القياس المقتضي للفطر لفوات الركن. وحقيقة النسيان عدم استحضار الشئ وقت حاجته قالوا: وليس عذرا في حقوق العباد وفي حقوقه تعالى عذر في سقوط الاثم، أما الحكم فإن كان مع مذكر ولا داعي إليه كأكل المصلي لم يسقط لتقصيره بخلاف سلامه في القعدة فإنه ساقط لوجود الداعي، وإن لم يكن مع مذكر وله داع كأكل الصائم سقط، وإن لم يكن معه مذكر ولا داع فأولى بالسقوط كترك الذابح التسمية. وخرج ما إذا أكل ناسيا فذكره إنسان بالصوم ولم يتذكر فأكل فسد صومه في الصحيح خلافا لبعضهم - كذا في الظهيرية - لانه أخبر بأن هذا الاكل حرام عليه، وخبر الواحد في الديانات مقبول فكان يجب أن يلتفت إلى تأمل الحال لوجود المذكر. والاولى أن لا يذكره إن كان شيخا لان ما يفعله الصائم ليس بمعصية فالسكوت عنه ليس
***
[٤٧٤]
بمعصية، ولان الشيخوخة مظنة المرحمة. وإن كان شابا يقوى على الصوم يكره أن لا يخبره، والظاهر أنها تحريمية لان الولوالجي قال: يلزمه أن يخبره ويكره تركه. أطلقه فشمل الفرض والنفل ولو بدأ بالجماع ناسيا فتذكر إن نزع من ساعته لم يفطر، وإن دام على ذلك حتى أنزل فعليه القضاء ثم قيل لا كفارة عليه، وقيل هذا إذا لم يحرك نفسه بعد التذكر حتى أنزل فإن حرك نفسه بعده فعليه الكفارة كما لو نزع ثم أدخل. ولو جامع عامدا قبل الفجر وطلع وجب النزع في الحال فإن حرك نفسه فهو على هذا نظير ما قالوا لو أولج ثم قال

لها إن جامعتك فأنت طالق أو حرة إن نزع أو لم ينزع ولم يتحرك حتى أنزل لم تطلق ولا تعتق، وإن حرك نفسه طلقت وعتقت ويصير مراجعا بالحركة الثانية ويجب للامة العقر ولا حد عليهما. كذا في فتح القدير. وفي الفتاوى الظهيرية: رجل أصبح يوم الشك متلوما ثم أكل ناسيا ثم ظهر أنه من رمضان ونوى صوما ذكر في الفتاوى أنه لا يجوز. وفي البقالي: النسيان قبل النية كما بعدها وصححه في القنية. قيد بالناسي لانه لو كان مخطئا أو مكرها فعليه القضاء خلافا للشافعي فإنه يعتبر بالناسي. ولنا أنه لا يغلب وجوده وعذر النسيان غالب، ولان النسيان من قبل من له الحق، وإلا كراه من قبل غيره فيفترقان كالمقيد والمريض العاجز عن الاداء بالرأس في قضاء الصلاة حيث يقضي المقيد لا المريض. وأما حديث رفع عن أمتي الخطأ فهو من باب الاقتضاء وقد أريد الحكم الاخروي فلا حاجة إلى إرادة الدنيوي إذ هو لا عموم
***
[٤٧٥]
له كما عرف في الاصول. وحقيقة الخطأ أن يقصد بالفعل غير المحل الذي يقصد به الجناية كالمضمضة تسري إلى الحلق، والفرق بين صورة الخطأ والنسيان هنا أن المخطئ ذاكر للصوم وغير قاصد للشرب والناسي عكسه. كذا في غاية البيان. وقد يكون المخطئ غير ذاكر للصوم وغير قاصد للشرب لكنه في حكم الناسي هنا كما في النهاية. والمؤاخذة بالخطأ جائزة عندنا خلافا للمعتزلة وتمامه في تحرير الاصول. ومما ألحق بالمكره النائم إذا صب في حلقه ما يفطر، وكذا النائمة إذا جامعها زوجها ولم تنتبه. وفي الفتاوى الظهيرية: لو أن رجلا رمى إلى رجل حبة عنب فدخلت حلقه وهو ذاكر لصومه يفسد صومه، وما عن نصير بن يحيى فيمن اغتسل ودخل الماء في حلقه لم يفسد اه‍. خلاف المذهب. وفي فتاوى قاضيخان: النائم إذا شر ب فسد صومه وليس هو كالناسي لان النائم ذاهب العقل وإذا ذبح لم تؤكل ذبيحته وتؤكد ذبيحة من نسي التسمية. قوله (أو احتلم أو أنزل بنظر) أي لا يفطر لحديث السنن لا يفطر من قاء ولا من احتلم ولا من احتجم ولانه لم يوجد الجماع صورة لعدم الايلاج حقيقة ولا معنى لعدم الانزال عن شهوة المباشرة، ولهذا ذكر الولوالجي في فتاواه بأن من جامع في رمضان قبل الصبح فلما خشي أخرج فانزل بعد الصبح لا يفسد صومه وهو بمنزله الاحتلام لوجود صورة الجماع معنى. قالوا: الصائم إذا عالج ذكره حتى أمني يجب عليه القضاء وهو المختار. كذا في التجنيس والولوالجية، وبه قال عامة المشايخ. كذا في النهاية. واختار أبو بكر الاسكاف أنه لا يفسد وصححه في غاية البيان بصيغة: الاصح عندي قول أبي بكر لعدم الصورة والمعنى وهو مردود، لان المباشر المأخوذة في معنى الجماع أعم من كونها مباشرة الغير أولا بأن يراد مباشرة هي سبب الانزال، سواء كان ما بوشر مما يشتهي عادة أو لا، ولهذا أفطر بالانزال في فرج البهيمة والميتة وليسا مما يشتهي عادة. وأما ما نقل عن أبي بكر من عدم الافطار بالانزال في البهيمة فقال الفقيه أبو الليث: إن هذا القول زلة منه. وهل يحل الاستمناء بالكف خارج رمضان؟ إن أراد الشهوة لا يحل لقوله عليه السلام ناكح اليد ملعون وإن أراد تسكين الشهوة يرجى أن لا يكون عليه
***
[٤٧٦]
وبال. كذا في الولوالجية. وظاهره أنه في رمضان لا يحل مطلقا. أطلق في النظر فشمل ما إذا نظر إلى وجهها أو فرجها، كرر النظر أو لا. وقيد به لانه لو قبلها بشهوة فأنزل فسد صومه لوجود معنى الجماع بخلاف ما إذا لم ينزل حيث لا يفسد لعدم المنافي صورة ومعنى وهو محمل قوله أو قبل بخلاف الرجعة والمصاهرة لان الحكم هناك أدير على السبب على ما يأتي إن شاء الله تعالى واللمس والمباشرة والمصافحة والمعانقة كالقبلة ولا كفارة عليه لانها تفتقر إلى كمال الجناية لما بينا أن الغالب فيها العقوبة لان الكفارة لجبر الفائت وهو قد حصل فكانت زاجرة فقط ولهذا تندرئ بالشبهات. ولا بأس بالقبلة إذا أمن على نفسه الجماع والانزال، ويكره إذا لم يأمن لان عينه ليس بمفطر ربما يصير فطرا بعاقبته، فإن أمن اعتبر عينه وأبيح له، وإن لم يأمن اعتبر عاقبته ويكره له والمباشرة كالقبلة في ظاهر الرواية. وعن محمد أنه كره المباشرة الفاحشة، واختار في فتح القدير رواية محمد لانها سبب غالب للانزال، وجزم بالكراهة من غير ذكر خلاف الولوالجي في فتاواه، ويشهد للتفصيل المذكور في القبلة الحديث من ترخيصه للشيخ ونهيه الشاب والتقبيل الفاحش كالمباشرة الفاحشة وهو أن يمضغ شفتيها. كذا في معراج الدراية. وقيدنا بكونه قبلها لانها لو قبلته ووجدت لذة الانزال ولم تر بللا فسد صومها عند أبي يوسف خلافا لمحمد، وكذا في وجوب الغسل كذا في المعراج. والمراد باللمس اللمس بلا حائل فإن مسها وراء الثياب فأمنى فإن وجد

حرارة جلدها فسد وإلا فلا. ولو مست زوجها فأنزل لم يفسد صومه، وقيل إن تكلف له فسد كذا في المعراج أيضا. وفي الذخيرة: ولو مس فرج بهيمة فأنزل لا يفسد صومه بالاتفاق. وفي الفتاوى الظهيرية: فإن عملت المرأتان عمل الرجال من الجماع في رمضان إن أنزلتا فعليهما القضاء، وإن لم ينزلا فلا غسل ولا قضاء. وأشار إلى أنه لو أصبح جنبا لا يضره كذا في المحيط. قوله (أو ادهن أو احتجم أو اكتحل أو قبل) أي لا يفطر لان الادهان غير مناف للصوم لعدم وجود المفطر صورة ومعنى، والداخل من المسام لا من المسالك فلا ينافيه كما لو اغتسل بالماء البارد ووجد برده في كبده. وإنما كره أبو حنيفة الدخول في الماء والتلفف بالثوب المبلول لما فيه من إظهار الضجر في إقامة العبادة لا لانه قريب من الافطار. كذا في فتح القدير. وقال أبو يوسف: لا يكره ذلك. كذا في المعراج. وكذا لاحتجام غير مناف

***

[٤٧٧]

أيضا ولما روينا من الحديث وهو مكروه للصائم إذا كان يضعفه عن الصوم، أما إذا كان لا يخافه فلا بأس. كذا في غاية البيان وكذا الاكتحال وأطلقه فأفاد أنه لا فرق بين أن يجد طعمه في حلقه أو لا، وكذا لو بزق فوجد لونه في الاصح لان الموجود في حلقه أثره لا عينه كما لو ذاق شيأ، وكذا لو صب في عينه لبن أو دواء مع الدهن فوجد طعمه أو مرارته في حلقه لا يفسد صومه. كذا في الظهيرية. وفي الولوالجية والظهيرية: ولو مص الهليلج وجعل يمضغها فدخل البزاق حلقه ولا يدخل عينها في جوفه لا يفسد صومه، فإن فعل هذا بالفانيد أو السكر يلزمه القضاء والكفارة. وفي مآل الفتاوى: لو أفطر على الحلاوة فوجد طعمها في فمه في الصلاة لا تفسد صلاته، وأما القبلة فقد تقدم الكلام عليه قوله (أو دخل حلقه غبار أو ذباب وهو ذاكر لصومه) يعني لا يفطر لان الذباب لا يستطاع الامتناع عنه فشابه الدخان والغبار لدخولهما من الانف إذا طبق الفم. قيد بما ذكر لانه لو وصل لحلقه دموعه أو عرقه أو دم رعافه أو مطر أو ثلج فسد صومه لتيسر طبق الفم وفتحه أحيانا مع الاحتراز عن الدخول، وإن ابتلعه متعمدا لزمته الكفارة. واعتبار الوصول إلى الحلق في الدمع ونحوه مذكور في فتاوى قاضيخان وهو أولى مما في الخزانة من تقييد الفساد بوجدان الملوحة في الاكثر من قطرتين ونفى الفساد في القطرة والقطرتين لان القطرة يجد ملوحتها فلا معول عليه، والتعليل في المطر بما ذكرنا أولى مما في الهداية والتبيين من التعليل بإمكان أن تأويه خيمة أو سقف فإنه يقتضي أن المسافر الذي لا يجد ما يأويه ليس حكمه كغيره وليس كذلك. وفي الفتاوى الظهيرية: وإذا نزل الدموع من عينيه إلى فمه فابتلعها يجب القضاء بلا كفارة. وفي متفرقات الفقيه أبي جعفر: إن تلذذ بابتلاع الدموع يجب القضاء مع الكفارة وغبار الطاحونة كالدخان. وفي الولواجية: الدم إذا خرج من الاسنان ودخل الحلق إن كانت الغلبة للبزاق لا يفسد صومه، وإن كانت للدم فسد، وكذا إن استويا احتياطا ثم قال: الصائم إذا دخل المخاط أنفه من رأسه ثم استشمه ودخل حلقه على تعمد منه لا شئ عليه لانه بمنزلة ريقه إلا أن يجعله على كفه ثم يبتلعه فيكون عليه القضاء. وفي الظهيرية: وكذا المخاط والبزاق يخرج من فيه أو أنفه فاستشمه واستنشقه لا يفسد صومه. وفي فتح القدير: لو ابتلع ريق غيره أفطرو لا كفارة عليه، وليس على

***

[٤٧٨]

إطلاقه فسيأتي في آخر الكتاب في مسائل شتى أنه لو ابتلع بزاق غيره كفر لو صديقه وإلا لا وأقره عليه الشارح الزيلعي. قوله (أو أكل ما بين أسنانه) أي لا يفطر لانه قليل لا يمكن الاحتراز عنه فجعل بمنزلة الريق، ولم يقيده المصنف بالقلة مع أن الكثير مفسد موجب للقضاء دون الكفارة عند أبي يوسف خلافا لزفر لما أن الكثير لا يبقى بين الاسنان، وهو مقدار الحمصة على رأي الصدر الشهيد، أو ما يمكن أن يبتلعه من غير ريق على ما اختاره الدبوسي واستحسنه ابن الهمام وما دونه قليل. وأطلقه فشمل ما إذا ابتلعه أو مضغه وسواء قصد ابتلاعه أو لا كما في غاية البيان. وقيد بأكله لانه لو أخرجه ثم ابتلعه فسد صومه كما لو ابتلع سمسمة أو حبة حنطة من خارج لكن تكلموا في وجوب الكفارة والمختار الوجوب كذا في فتاوى قاضيخان. وهو الصحيح كذا في المحيط بخلاف ما لو مضغها حيث لا يفسد لانها تتلاشى إلا إذا كان قدر الحمصة فإن صومه يفسد وفي الكافي في السمسمة قال إن مضغها لا يفسد إلا أن وجد طعمها في حلقه. قال في فتح القدير: وهذا حسن جدا فليكن الاصل في كقليل مضغه. وصرح في المحيط بما في الكافي. وفي الفتاوى الظهيرية: روي عن محمد أنه خرج على أصحابه يوما وسألهم عن هذه المسألة فقال: ماذا تقولون في صائم رمضان إذا ابتلع سمسمة واحدة كما هي

أيفطر؟ قالوا: لا. قال: أرأيتم لو أكل كفا من سمسم واحدة بعد واحدة وابتلع كما هي؟ قالوا: نعم وعليه الكفارة. قال: بالاولى أم بالاخيرة؟ قالوا: لا بل بالاولى. قال الحاكم الامام محمد بن يوسف: فعلى قياس هذه الرواية يجب القضاء مع الكفارة إذا ابتلعها كما هي اه. وتقدم أن وجوب الكفارة هو المختار. وذكر قبلها: وإذا ابتلع حبة العنب إن مضغها قضى وكفر، وإن ابتلعها كما هي إن لم يكن معها تفروقها فعليه القضاء والكفارة بالاتفاق، وإن كان معها تفروقها قال عامة العلماء: عليه القضاء مع الكفارة. وقال أبو سهيل: لا كفارة عليه وهو الصحيح لانها لا تؤكل مع ذلك عادة. وأراد بالتفروق هاهنا ما يلتزق بالعنقود من حب العنب وثقبته مسدودة به. وإن ابتلع تفاحة روى هشام عن محمد أن عليه الكفارة ثم ما يفسد الصوم فإنه يفسد الصلاة وهو قدر الحمصة. وفي البزازية: أكل
***
[٤٧٩]
بعض لقمة وبقي البعض بين أسنانه فشرع فيها وابتلع الباقي لا تبطل الصلاة ما لم تبلع مل ء الفم وقدر الحمصة لا يفسد الصلاة بخلا ف الصوم قوله (أو قاء وعاد لم يفطر) لحديث السنن من ذرعه القئ وهو صائم فليس عليه القضاء وإن استقاء فليقض (١). وإنما ذكر العود ليفيد أن مجرد القئ بلا عود لا يفطر بالاولى. وأطلقه فشمل ما إذا ملاء الفم أو لا، وفيما إذا عاد ملا الفم خلاف أبي يوسف والصحيح قول محمد لعدم وجود الصنع ولعدم وجود صورة الفطر وهو الابتلاع وكذا معناه لانه لا يتغذى به بل النفس تعافه. قوله (وإن أعاده أو استقاء أو ابتلع حصاة أو حديد اقضي فقط) أي أعاد القئ أو قاء عامدا وابتلع ما لا يتغذى به ولا يتداوى به عادة فسد صومه ولزمه القضاء ولا كفارة عليه. وأطلق في الاعادة فشمل ما إذا لم يملا الفم وهو قول محمد لوجود الصنع. وقال أبو يوسف: لا يفسد لعدم الخروج شرعا وهو المختار فلا بد من التقييد بمل ء الفم. وأطلق في الاستقاء فشمل ما إذا لم يملا الفم وهو قول محمد، ولا يفطر عند أبي يوسف وهو المختار لكن ذكر المصنف في كافيه أن ظاهر الرواية كقول محمد. وإنما لم يقيد الاستقاء بالعمد كما في الهداية لم قدمه أن النسيان لا يفطر، وما في غاية البيان أن ذكر العمد مع الاستقاء تأكيد لانه لا يكون إلا مع العمد مردود، لان العمد يخرج النسيان أي متعمد الفطرة لا متعمدا للقئ. فالحاصل أن صور المسائل اثنا عشر لانه لا يخلو إما إن ذرعه القئ أو استقاء، وكل منهما لا
***
[٤٨٠]
يخلو إما أن يملا الفم أو لا، وكل من الاربعة إما أن عاد بنفسه أو أعاده أو خرج ولم يعده ولا عاد بنفسه وأن صومه لا يفسد على الاصح في الجميع إلا في مسألتين: في الاعادة بشرط مل ء الفم، وفي الاستقاء بشرط مل ء الفم، وأن وضوأه ينتقض إلا فيما إذا لم يملا الفم، وأما الصلاة ففي الظهيرية منها: لوقاء أقل من مل ء الفم لم تفسد صلاته، وإن أعاده إلى جوفه يجب أن يكون على قيا س الصوم عند أبو يوسف لا تفسد، وعن محمد تفسد، وإن تقيأ في صلاته إن كان أقل من مل ء الفم لا تفسد صلاته، وإن كان مل ء الفم تفسد صلاته اه. وفي الخلاصة من فصل الحدث في الصلاة: فلو قاء أن كان من غير قصده يبني إذا لم يتكلم، وإن تقيأ لا يبني. وهذا إذا كان مل ء الفم، فإن كان أقل من ذلك لا تفسد صلاته فلا حاجة إلى البناء اه. وأطلق في أنواع القئ والاستقاء فشمل ما إذا استقاء بلغما مل ء الفم وهو قول أبي يوسف، وعند أبي حنيفة ومحمد لا يفسد صومه بناء على الاختلاف في انتقاض الطهارة، وقول أبي يوسف هنا أحسن، وقولهما في عدم النقض به أحسن لان الفطر إنما أنيط بما يدخل أو بالقئ عمدا من غير نظر إلى طهارة ونجاسة فلا فرق بين البلغم وغيره بخلاف نقض الطهارة. كذا في فتح القدير. وتعبيري بالاستقاء في البلغم أولى مما في الشرح وغيره من التعبير بالقئ كما لا يخفى. ولو استقاء مرارا من مجلس مل ء فيه لزمه القضاء، إن
***
[٤٨١]
كان في مجالس أو غدوة ثم نصف النهار ثم عشية لا يلزمه. كذا في خزانة الاكمل. وتعبيري بالاستقاء أولى من التعبير بالقئ كما في الشرح. وينبغي أن يعتبر عند محمد اتحاد السبب لا المجلس كما في نقض الوضوء وأن يكون هو الصحيح كما في النقيض، وينبغي أن يكون ما في الخزانة مفرعا على قول أبي يوسف، أما على قول محمد فإنه يبطل صومه بالمرة الاولى. وأما إذا ابتلع ما لا يتغذى به ولا يتداوى به كالحصاة والحديد فلوجود صورة الفطر ولا كفارة لعدم معناه وهو إيصال ما فيه نفع البدن إلى الجوف فقصرت الجناية

وهي لا تجب إلا بكمالها فانتفت. وفي القنية: أفطر في رمضان مرة بعد أخرى بتراب أو مدر لاجل المعصية فعليه الكفارة زجرا له، وكتب غيره نعم الفتوى على ذلك وبه أفتى أئمة الامصار. وإنما عبر بالابتلاع دون الاكل لانه عبارة عن إيصال ما يتأتى فيه المضغ وهولا يتأتى في الحصاة، وكذا كل ما لا يتغذى به ولا يتداوى به كالحجر والتراب والدقيق على الاصح والارز والعجين والملح إلا إذا اعتاد أكله وحده، ولا في النواة والقطن والكاغد والسفرپ جل إذا لم يدرك ولا وهو مطبوخ، ولا في ابتلاع الجوزة الرطبة، ويجب لو مضغها أو مضغ اليابسة لا إن ابتلعها، وكذا يابس اللوز والبندق والفستق إن ابتلعه لا يجب، وإن مضغه وجبت كما يجب في ابتلاع اللوزة الرطبة لانها تؤكل كما هي بخلاف الجوزة، وابتلاع التفاحة كاللوزة والرمانة والبيضة كالجوزة، وفي ابتلاع البطيخة الصغيرة والخوخة الصغيرة والهليلجة روي عن محمد وجوب الكفارة، وتجب بأكل اللحم النئ وإن

***

[٤٨٢]

كان ميتة منتنا لا أن دود فلا تجب. واختلف في الشحم واختار أبو الليث الوجوب وصححه في الظهيرية، فلو كان قديدا وجب بلا خلاف. وتجب بأكل الحنطة وقضمها لا إن مضغ قمحة للتلاشي، ولا تجب بأكل الشعير إلا إذا كان مقليا. كذا في الظهيرية. وتجب بالطين الارمني وكذا بغيره على من يعتاد أكله كالمسمى بالطفل لا على من لا يعتاده، ولا بأكل الدم في ظاهر الرواية. وإن أكل ورق الشجر، فإن كان مما يؤكل كورق الكرم فعليه القضاء والكفارة، وإن كان مما لا يؤكل كورق الكرم إذا عظم فعليه القضاء دون الكفارة. ولو أكل قشور الرمان بشحمتها أو ابتلع رمانة فلا كفارة، وهو محمول على ما إذا أكل مع القشرة. ولو أكل قشر البطيخ إن كان يابسا وكان بحال يتقذر منه فلا كفارة، وإن كان طريا لا يتقذر منه فعليه الكفارة، وإن أكل كافورا أو مسكا أو زعفرانا فعليه الكفارة، وإذا أكل لقمة كانت في فيه وقت السحر وهو ذاكر لصومه لا رواية لها في الاصول. قال أبو حفص الكبير: إن كانت لقمة غيره لا كفارة عليه، وإن كانت لقمته فابتلعها من غير أن يخرجها من فمه فعليه الكفارة هو الصحيح، وإن أخرجها إن بردت فلا كفارة لانها صارت مستقذرة، وإن لم تبرد وجبت لانها قد تخرج لاجل الحرارة ثم تدخل ثانيا. كذا في الظهيرية. قوله (ومن جامع أو جومع أو أكل أو شرب عمدا غذاء أو دواء قضى وكفر ككفارة الظهار) أما القضاء فلاستدراك المصلحة الفائتة، وأما الكفارة فلتكامل الجناية. أطلقه فشمل ما إذا لم ينزل لان الانزال شبع لان قضاء الشهوة يتحقق دونه وقد وجب الحد بدونه وهو عقوبة محضة فما فيه معنى العبادة أولى. وشمل الجماع في الدبر كالقبل وهو الصحيح والمختار أنه بالاتفاق. كذا ذكره الولوالجي لتكامل الجناية لقضاء الشهوة، وإنما ادعى أبو حنيفة النقصان في معنى الزنا من حيث عدم فساد الفراش به ولا عبرة به في إيجاب الكفارة. وأشار بقوله أو جومع ليفيد بعد التنصيص على الوجوب على المفعول به الطائع، امرأة أو رجلا، إلى أن

***

[٤٨٣]

المحل لا بد أن يكون مشتهى على الكمال فلا تجب الكفارة لو جامع بهيمة أو ميتة ولو أنزل كما في الظهيرية، وأما الصغيرة التي لا تشتهى فظاهر ما في شرح المجمع لابن الملك وجوب الكفارة بوطئها، وروي عن أبي حنيفة عدم الوجوب مع أنهم صرحوا في الغسل بأنه لا يجب بوطئها إلا بالانزال كالبهيمة، وجعلوا المحل ليس مشتهى على الكمال ومقتضاه عدم وجوب الكفارة مطلقا. وفي القنية: فأما إتيان الصغيرة التي لا تشتهى فلا رواية فيه، واختلفوا في وجوب الكفارة. وقيد بالعمد لاخراج المخطئ والمكره فإنه وإن فسد صومهما لا تلزمهما الكفارة ولو حصلت الطواعية في وسط الجماع بعدما كان ابتداؤه بالاكراه لانها إنما حصلت بعد الافطار كما في الظهيرية. قال في الاختيار: إلا إذا كان الاكراه منها فإنها تجب عليهما. وفي الفتاوى الظهيرية: المرأة إذا أكرهت زوجها في رمضان على الجماع فجامعها مكرها فالاصح أنه لا تجب الكفارة عليه لانه مكره في ذلك وعليه الفتوى. وأشار بقوله أكل أو شرب إلى أنه لا بد من وصوله إلى المسلك المعتاد إذ لو وصل من غيره فلا كفارة كما سنذكره. وأشار ربما سيأتي من قوله كأكله عمدا بعد أكله ناسيا من عدم وجوب الكفارة إلى أن الكفارة لا تجب إلا بإفساد صوم تام قطعا حتى لو صام يوما من رمضان ونوى قبل الزوال ثم أفطر لا يلزمه الكفارة عند أبي حنيفة خلافا لهما، لان في هذا الصوم شبهة. وعلى قياس هذا لصام يوما من رمضان بمطلق النية ثم أفطر ينبغي أن لا تلزمه الكفارة لمكان الشبهة. كذا في الظهيرية. ولو أخبر بأن الفجر لم يطلع فأكل ثم ظهر خلافه لا كفارة مطلقا

***

[٤٨٤]
وبه أخذ أكثر المشايخ. ولو أخبر بطلوعه فقال إذا لم أكن صائما آكل حتى أشبع ثم ظهر أن أكله الاول قبل طلوع الفجر وأكله الآخر بعد الطلوع، فإن كان المخبر جماعة وصدقهم لا كفارة، وإن كان المخبر واحدا فعليه الكفارة، عدلا كان أو غير عدل، لان شهادة الفرد في مثل هذا لا تقبل. كذا في الظهيرية. وإذا أفطرت على ظن أنه يوم حيضها فلم تحض، إلا ظهر وجوب الكفارة كما لو أفطر على ظن أنه يوم مرضه أو أفطر بعد إكراهه على السفر قبل أن يخرج ثم عفي عنه، أو شرب بعدما قدم ليقتل ثم عفي عنه ولم يقتل. ومما يسقطها حيضها أو نفاسها بعد إفطارها في ذلك اليوم، وكذا مرضها وكذا مرضه بعد إفطاره عمدا بخلاف ما إذا جرح نفسه بعد إفطاره عمدا فإنها لا تسقط على الصحيح كما لو سافر بعد إفطاره عمدا - كذا في الظهيرية - بخلاف ما لو أصبح مقيما صائما ثم سافر فأفطر فإنها تسقط لان الاصل أنه إذا صار في آخر النهار على صفة لو كان عليها في أول اليوم يباح له الفطر تسقط عنه الكفارة كذا في فتاوى قاضيخان ولو جامع مرارا في أيام من رمضان واحد ولم يكفر كان عليه كفارة واحد لانها شرعت للزجر وهو يحصل بواحدة، فلو جامع وكفر ثم جامع مرة أخرى فعليه كفارة أخرى في ظاهر الرواية للعلم بأن الزجر لم يحصل بالاول. ولو جامع في رمضانين فعليه كفارتان وإن لم يكفر للاولى في ظاهر الرواية وهو الصحيح. كذا في الجوهرة، وقال محمد: عليه واحدة. قال في الاسرار: وعليه الاعتماد. وكذا في البزازية. ولو أفطر في يوم فأعتق ثم في آخر فأعتق ثم كذلك ثم استحقت الرقبة الاولى أو الثانية لا شئ عليه لان المتأخر يجزئه، ولو استحقت الثالثة فعليه إعتاق واحدة لان ما تقدم لا يجزئ عما تأخر، ولو استحقت الثانية أيضا فعليه واحدة للثاني والثالث، وكذا لو استحقت الاولى تنزيلا للمستحق منزلة المعدوم. ولو استحقت الاولى والثالثة دون الثانية أعتق واحدة للثالث لان الثانية كفت عن الاولى، والاصل أن الثاني يجزئ عما قبله لا عما بعده. كذا في فتح القدير والبدائع. وأفاد بالتشبيه أن هذه الكفارة مرتبة فالواجب العتق فإن لم يجد فعليه صيام شهرين متتابعين فإن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا لحديث الاعرابي المروي في الكتب الستة. فلو
***
[٤٨٥]
أفطر يوما في خلال المدة بطل ما قبله ولزمه الاستقبال، سواء أفطر لعذر أو لا. وكذا في كفارة القتل والظهار للنص على التتابع إلا لعذر الحيض لانهالا تجد شهرين عادة لا تحيض فيهما لكنها إذا تطهرت تصل بما مضى، فإن لم تصل استقبلت. كذا في الولوالجية. وكذا صوم كفارة اليمين متتابع فهي أربعة بخلاف قضاء رمضان وصوم المتعة وكفارة الحلق وكفارة جزاء الصيد فإنه غير متتابع، والاصل. أن كل كفارة شرع فيها عتق فإن صومه متتابع، وما لم يشرع فيها عتق فهو مخير. كذا في النهاية وإذا وجب عليه قضاء يومين من رمضان واحد ينوي أول يوم وجب عليه وإن لم ينو جاز، وإن كانا من رمضانين ينوي قضاء رمضان الاول، فإن لم ينو ذلك اختلف المشايخ فيه والصحيح الاجزاء. ولو صام الفقير إحدى وستين يوما للكفارة ولم يعين اليوم للقضاء جاز ذلك - كذا ذكره الفقيه أبو الليث - وصار كأنه نوى القضاء في اليوم الاول وستين يوما عن الكفارة. كذا في الفتاوى الظهيرية. وعلله في التجنيس بأن الغالب أن الذي يصوم القضاء والكفارة يبدأ بالقضاء وفيه إشكال للمحقق مذكور في فتح القدير. ولو نوى قضاء رمضان والتطوع كان عن القضاء في قول أبي يوسف خلافا لمحمد فإن عنده يصير شارعا في التطوع بخلاف الصلاة فإنه إذا نوى التطوع والفرض لا يصير شارعا في الصلاة أصلا عنده. ولو نوى قضاء رمضان وكفارة الظهار كان عن القضاء استحسانا، وفي القياس يكون تطوعا وهو قول محمد. كذا في الفتاوى الظهيريرة. وفي الفتاوى البزازية: من أكل نهارا في رمضان عيانا عمدا شهرة يقتل لانه دليل الاستحلال اه. واعلم أن هذا الذنب - أعني ذنب الافطار عمدا - لا يرتفع بالتوبة بل لا بد من التكفير ولهذا قال في الهداية: وبإيجاب الاعتاق عرف أن التوبة غير مكفرة لهذه الجناية. وتبعه الشارحون، وشبهه في غاية البيان بجناية السرقة والزنا حيث لا يرتفعان بمجرد التوبة بل يرتفعان بالحد، وهذا يقتضي أن المراد بعدم الارتفاع عدمه ظاهرا، أما فيما بينه وبين ربه فيرتفع بالتوبة بدون تكفير لان حد الزنا يرتفع فيما بينه وبين الله بالتوبة كما صرحوا به. وأما القاضي بعد ما رفع الزاني إليه لا يقبل منه التوبة بل يقيم الحد عليه، وقد صرح الشيخ زكريا
***
[٤٨٦]

من الشافعية في شرح المنهج بارتفاعه بدون تكفير فيما بينه وبين الله تعالى. وعبر بمن المفيدة للعموم في قوله من جامع أو جومع ليفيد أنه لافرق في الحكم وهو وجوب الكفارة بين الذكر والانثى والحر والعبد ولهذا البزازية بالوجوب على الجارية فيم لو أخبرت سيدها بعد طلوع الفجر عالمة بطلوعه فجامعها مع عدم الوجوب عليه، وكذا لا فرق بين السلطان وغيره ولهذا قال في البزازية: إذا لزم الكفارة على السلطان وهو موسر بما له الحلال وليس عليه تبعة لاحد يفتي بإعتاق الرقبة. وقال أبو نصر محمد ابن سلام: يفتى بصيام شهرين لان المقصود من الكفارة الانزجار ويسهل عليه إفطار شهر واعتاق رقبة فلا يحصل الزجر. قوله (ولا كفارة بالانزال فيما دون الفرج) أي في غير القبل والدبر كالفخذ والابط والبطن لانعدام الجماع صورة وفسد صومه لوجوده معنى كما قدمناه في المباشرة والتقبيل وعمل المرأتين كذلك كما قدمناه. وفي المغرب: الفرج قبل الرجل والمرأة باتفاق أهل اللغة، وقوله القبل والدبر كلهما فرج يعني في الحكم اه بلفظه. يعني لا في اللغة قوله (وبافساد صوم غير رمضان) أي لا كفارة في إفساد صوم غير أداء رمضان لان الافطار في رمضان أبلغ في الجناية لهتك حرمة الشهر فلا يلحق به غيره لا قياسا إذا هو ممتنع لكونه على خلاف القياس، ولا دلالة لان إفساد غيره ليس في معناه، ولزوم إفساد الحج النفل والقضاء بالجماع ليس إلحاقا بإفساد الحج الفرض بل هو ثابت ابتداء لعموم نص القضاء والاجماع. قوله: (وإذا احتقن أو استعط أو أقطر في اذنه أو داوى جائفة أو آمة بدواء ووصل إلى جوفة أو دماغه أفطر) لقوله عليه السلام الفطر مما دخل وليس مما خرج رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده وهو مخصوص بحديث الاستقاء، أو الفطر فيه باعتبار أنه يعود شئ وإن قل حتى لا يحس به. كذا في فتح القدير. فإن قلت: ظاهره أن الخارج لا يبطل الصوم أصلا إلا في الاستقاء، والحصر ممنوع لان الحيض والنفاس كل منهما يفسد الصوم كما صرح به في البدائع. قلت: لا يرد لان إفسادهما الصوم باعتبار منافاتهما الاهلية له شرعا على خلاف القياس بإجماع الصحابة بخلاف الجنون والاغماء بعد النية لا يفسدان الصوم لانهما لا ينافيان أهلية الاداء وإنما ينافيان النية. كذا في البدائع. والرواية بالفتح في احتقن واستعط أي وضع الحقنة في الدبر وصب السعوط وهو الدواء في الانف، وبالضم في أفطر. والجائفة اسم لجراحة وصلت إلى الجوف، والآمة الجراحة وصلت إلى أم الدماغ. وأطلق في الاقطار في

***

[٤٨٧]

الاذن فشمل الماء والدهن وهو في الدهن بلا خلاف، أما الماء فاختار الهداية عدم الافطار به، سواء دخل بنفسه أو أدخله. وصرح الولوالجي بأنه لا يفسد صومه مطلقا على المختار معللا بأنه لم يوجد الفطر صورة ولا معنى، لانه مما لا يتعلق به صلاح البدن بوصوله إلى الدماغ. وجعل السعوط كالاقطار في الاذن وصححه في المحيط. وفي فتاوى قاضيخان أنه إن خاض الماء فدخل أذنه لا يفسد، وإن صب الماء في أذنه فالصحيح أنه يفسد لانه وصل إلى الجوف بفعله، ورجحه المحقق في فتح القدير. وبهذا يعلم حكم الغسل وهو صائم إذا دخل الماء في أذنه وفي عمدة الفتاوى للصدر الشهيد فلو دخل الماء في الغسل أنفه أو أذنه ووصل إلى الدماغ لا شئ عليه اه. ولو شد الطعام بخيط وأرسله في حلقه وطرف الخيط في يده لا يفسد الصوم إلا إذا انفصل. وذكر الولوالجي أن الصائم إذا استقصى في الاستنجاء حتى بلغ مبلغ المحقنة فهذا أقل ما يكون ولو كان يفسد صومه والاستقصاء لا يفعل لانه يورث داء عظيما. وفي الظهيرية: ولو أدخل خشبة أو نحوها وطرفا منها بيده لم يفسد صومه. قال في البدائع: وهذا يدل على أن استقرار الداخل في الجوف شرط لفساد الصوم، وكذا لو أدخل أصبعه في أسته أو أدخلت المرأة في فرجها هو المختار إلا إذا كانت الاصبع مبتلة بالماء أو الدهن فحينئذ يفسد لوصول الماء أو الدهن. وقيل: إن المرأة إذا حشت الفرج الداخل فسد صومها، والصائم إذا أصابه سهم وخرج من الجانب الآخر لم يفسد صومه ولو بقي النصل في جوفه يفسد صومه اه. وفي شرح الجامع الصغير لقاضيخان: وإن بقي الرمح في جوفه اختلفوا فيه والصحيح أنه لا يفسد لانه لم يوجد منه الفعل ولم يصل إليه ما فيه صلاحه. وذكر الولوالجي: وأما الوجور في الفم فإنه يفسد صومه لانه وصل إلى جوف البدن ما هو مصلح للبدن فكان أكلا معنى لكن لا تلزمه الكفارة لانعدام الاكل صورة. وعن أبي يوسف في السعوط والوجور الكفارة، ولو استعط ليلا فخرج نهارا لا يفطر. وأطلق الدواء فشمل الرطب واليابس لان العبرة للوصول لا لكونه رطبا أو يابسا، وإنما شرطه القدوري لان الرطب هو الذيصل إلى الجوف عادة حتى لو علم أن الرطب لم يصل لم يفسد، ولو علم أن اليابس وصل فسد صومه. كذا في العناية لكن بقي ما إذا لم يعلم يقينا أحدهما وكان رطبا فعند أبي حنيفة يفطر للوصول عادة. وقالا:

لا
***
[٤٨٨]
لعدم العلم به فلا يفطر بالشك بخلا ف ما إذا كان يابسا ولم يعلم فلا فطر اتفاقا. كذا في فتح القدير: وقوله إلى جوفه عائد إلى الجائفة، وقوله إلى دماغه عائد إلى الآمة. وفي التحقيق أن بين الجوفين منفذا أصليا، فما وصل إلى جوف الرأس يصل إلى جوف البطن. كذا في النهاية والبدائع. ولهذا لو استعط ليلا ووصل إلى الرأس ثم خرج نهارا لا يفسد كما قدمناه، وعلله في البدائع بأنه لما خرج علم أنه لم يصل إلى الجوف أو لم يستقر فيه. قوله (وإن أقطر في احليله لا) أي لا يفطر. أطلقه فشمل الماء والدهن، وهذا عندهما خلافا لابي يوسف وهو مبني على أنه هل بين المثانة والجوف منفذ أم لا وهو ليس باختلاف فيه على التحقيق فقالا: لا. ووصول البول من المعدة إلى المثانة بالترشح وما يخرج رشحا لا يعود رشحا كالجرة إذا سد رأسها والقي في الحوض يخرج منها الماء ولا يدخل فيها ذكره الولوالجي وقال: نعم. قال في الهداية: وهذا ليس من باب الفقه لانه متعلق بالطب. والخلاف فيما إذا وصل إلى المثانة، أما ما دام في قصبة الذكر فلا يفسد صومه اتفاقا كذا في الخلاصة. وعارض به في فتح القدير ما في خزانة الاكمل لو حشا ذكره بقطنة فغيبها أنه يفسد كاحتشائها وأطال فيه. وصحح في التحفة قول أبي يوسف ومحمد وهو رواية عن أبي حنيفة لكن رجح الشيخ قاسم في تصحيحه ظاهر الرواية. وقيد بالاحليل الذي هو مخرج البول من الذكر لان الاقطار في قبل المرأة يفسد الصوم بلا خلاف على الصحيح. كذا في غاية البيان. وفي الولوالجية أنه يفسد بالاجماع. وعلله في فتح القدير بأنه شبيه بالحقنة. وفي شرالمجمع لابن فرشته: الاحليل مخرج البول ومخرج اللبن من الثدي قوله (وكره ذوق شئ
***
[٤٨٩]
ومضغه بلا عذر) لما فيه من تعريض الصوم للفساد ولا يفسد صومه لعدم الفطر صورة ومعنى. قيد بوله بلا عذر لان الذوق بعذر لا يكره كما قال في الخانية فيمن كان زوجها سئ الخلق أو سيدها لا بأس بأن تذوق بلسانها. وليس من الاعذار الذوق عند الشراء ليعرف الجيد من الردئ بل يكره كما ذكره في الولوالجي وتبعه في فتح القدير. وفي المحيط: يجوز أن يقال لا بأس به كي لا يغبن. والمضغ بعذر بأن لم تجد المرأة من يمضغ لصبيها الطعام من حائض أو نفساء أو غيرهما ممن لا يصوم ولم تجد طبيخا ولبنا حليبا لا بأس به للضرورة، ألا ترى أنه يجوز لها الافطار إذا خافت على الولد فالمضغ أولى. وأطلق في الصوم فشمل الفرض والنفل وقد قالوا: إن الكراهة في الفرض، أما في الصوم التطوع فلا يكره الذوق والمضغ فيه لان الافطار فيه مباح للعذر وغيره على رواية الحسن. كذا في التجنيس. وتبعه في النهاية وفتح القدير وغيرهما وفيه بحث لان المذهب أن الافطار في التطوع لا يحل من غير عذر فما كان تعريضا له عليه يكره لان كلا منا عند عدم العذر، وأما على رواية الحسن فمسلم وسيأتي أنها شاذة. قوله: (ومضغ العلك) أي ويكره مضغه في ظاهر الرواية لما فيه من تعريض الصوم على الفساد ولانه يتهم بالافطار. أطلقه فأفاد أنه لا فرق بين علك وعلك في أنه لا يفطر، وإنما يكره وهو ظاهر الرواية. كذا في غاية البيان. والمتأخرون قيدوه بأن يكون أبيض وقد مضغه غيره، أما إذا لم يمضغه غيره أو كان الاسود مطلقا يفطره لانه إذا لم يمضغه غيره يتفتت فيتجاوز شئ منه حلقه، وإذا مضغه غيره لا يتفتت إلا أن الاسود يذوب بالمضغ، فأما الابيض لا يذو ب، وإطلاق محمد يدل على أن الكل سواء. كذا ذكره الولوالجي في فتاواه، واختار المحقق كلام المتأخرين لان إطلاق محمد محمول عليه للقطع بأنه معلل بعدم الوصول فإذا فرض في بعض العلك معرفة الوصول منه عادة وجب الحكم فيه بالفساد لانه كالمتيقن ا ه‍. وقال فخر الاسلام: وعموم ما قال محمد في الجامع الصغير إشارة إلى أنه لا يكره العلك لغير الصائم ولكن يستحب للرجال تركه إلا لعذر مثل أن يكون في فمه بخر ا ه‍. وأما في حق النساء فالمستحب لهن فعله لانه سواكهن. وفي فتح القدير: والاولى الكراهة للرجال إلا لحاجة لان الدليل أعني التشبه يقتضيها في حقهم خاليا عن المعارض. وفي
***
[٤٩٠]
الفتاوي الظهيرية: صائم عمل عمل الابريسم فأخد الابريسم في فيه نخرجت خضرة الصبغ أو صفرته أو حمرته واختلطت بالريق فاخضر الريق أو اصفر أو احمر فابتلعه وهو ذا كر صومه فسد صومه. وفي المحيط: عن أبي حنيفة أنه يكره للصائم المضمضة والاستنشاق لغير

الوضوء، ولا بأس به للوضوء، وكره الاغتسال وصب الماء على الرأس والاستنقاع في الماء والتلفف بالثوب المبلول لانه إظهار الضجر عن العبادة. وقال أبو يوسف: لا يكره وهو الاظهر لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم صب على رأسه ماء من شدة الحر وهو صائم ولان فيه إظهار ضعف بنيته وعجز بشريته فإن الانسان خلق ضعيفا لا إظهار الضجر. قوله: (لا كحل ودهن شارب) أي لا يكره. يجوز أن تكون الفاء منهما مفتوحة فيكونان مصدرين من كحل عينيه كحلا ودهن رأسه دهنا إذا طلاة بالدهن، ويجوز أن يكون مضموما ويكون معناه ولا بأس باستعمال الكحل والدهن. كذا في العناية. وفي غاية البيان: الرواية بفتح الكاف والدال. وإنما لم يكرها لما أنه نوع ارتفاق وليس من محظور الصوم وقد ندب صلى الله عليه وسلم إلى الاكتحال يوم عاشوراء وإلى الصوم فيه، ولا بأس بالاكتحال للرجال إذا قصدوا به التداوي دون الزينة. ويستحسن دهن الشارب إذا لم يكن من قصده الزينة لانه يعمل عمل الخضاب، ولا يفعل لتطويل اللحية إذا كانت بقدر المسنون وهو القبضة. كذا في الهداية. وكان ابن عمر يقبض على لحيته فيقطع ما زاد على الكف. رواه أبو داود في سننه. وما في الصحيحين عن ابن عمر عنه عليه الصلاة والسلام أحفوا الشوارب واعفوا اللحى (١) فمحمول على إعفائها من أن يأخذ غالبها أو كلها كما هو فعل مجوس الاعاجم من حلق لحاهم فيقع بذلك الجميع بين الروايات، وأما الاخذ منها وهي دون ذلك لم يفعل بعض المغازية والمخنثة من الرجال فلم يبحه أحد. كذا في فتح القدير: وقد صرح في النهاية بوجوب قطع ما زاد على القبضة بالضم ومقتضاه الاثم بتركه. واعلم أنه لا تلازم بين قصد الجمال وقصد الزينة فالقصد الاول لدفع الشيف وإقامة ما به الوقار وإظهار النعمة لا فخرا وهو أثر أد ب النفس وشهامتها، والثاني أثر ضعفها وقالوا بالخضاب وردت السنة ولم يكن لقصد الزينة ثم بعد ذلك إن حصلت زينة فقد حصلت في ضمن قصد مطلوب فلا يضره إذا ليكن ملتفتا إليه. كذا في فتح القدير. ولهذا قال الولوالجي في فتاواه: لبس الثياب الجميلة مباح إذا كان لا يتكبر لان التكبر حرام وتفسيره
***
[٤٩١]
أن يكون معها كما كان قبلها ا ه قوله: (وسواك وقبلة أن أمن) أي لا يكرهان، وقد تقدم حكم القبلة، وأما السواك فلا بأس به للصائم. أطلقه فشمل الرطب واليابس والمبلول وغيره وقبل الزوال وبعده لعموم قوله صلى الله عليه وسلم لولا أن أشق على أمتي لامرتهم بالسواك عند كل وضوء وعند كل صلاة لتناوله الظهر والعصر والمغرب، وقد تقدم أحكامه في سنن الطهارة فارجع إليها. ولم يتعرض لسنة السواك للصائم ولا شك فيه كغير الصائم صرح به النهاية والله أعلم. فصل في العوارض اعلم أن لفساد الصوم أحكاما بعضها يعم الصيامات كلها، وبعضها يخص البعض دون البعض، فالذي يعم الكل الاثم إذا أفسده بغير عذر لانه أبطل عمله من غير عذر وإبطال العمل من غير عذر حرام لقوله تعالى * (ولا تبطلوا أعمالكم) * (محمد: ٣٣) على ما سيأتي في صوم التطوع، وإن كان بعذر لا يأثم. وإذا اختلف الحكم بالعذر فلا بد من معرفة الاعذار المسقطة للاثم والمؤاخذة فلهذا ذكرها في فصل على حدة. كذا في مختصر البدائع. وأخرها حرية بالتأخير. والعوارض جمع عارض وهو في اللغة كل ما استقبلك قال الله تعالى * (عارض ممطرنا) * (الاحقاف: ٢٤) وهو السحاب الذي يستقبلك. والعارض الناب أيضا، والعارضان شقا الفم، والعارض الخد يقال أخذ من عارضيه من الشعر، وعرض له عارض أي آفة من كبر أو من مرض. كذا في ضياء الحلوم مختصر شمس العلوم. وهي هنا ثمانية: المرض والسفر والاكراه والحبل والرضاع والجوع والعطش وكبر السن. كذا في البدائع.
***
[٤٩٢]
قوله: (لمن خاف زيادة المرض الفطر) لقوله تعالى * (فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر) * (البقرة: ١٨٤) فإنه أباح الفطر مريض لكن القطع بأن شرعية الفطر فيه إنما هو لدفع الحرج وتحقق الربح منوط بزيادة المرض، أو إبطاء البرء أو إفساد عضو، ثم معرفة ذلك باجتهاد المريض والاجتهاد غير مجرد الوهم بل هو غلبة الظن عن أمارة أو تجربة أو بإخبار طبيب مسلم غير ظاهر الفسق. وقيل عدالته شرط فلو برأ من المرض لكن الضعف باق وخاف أن يمرض سأل عنه القاضي الامام فقال: الخوف ليس بشئ. كذا في فتح القدير: وفي التبيين: والصحيح الذي يخشى أن يمرض بالصوم فهو كالمريض، ومراده بالخشية غلبة الظن كما

أراد المصنف بالخوف إياها. وأطلق الخوف ابن الملك في شرح الجمع وأراد الوهم حيث قال: لو خاف من المرض لا يفطر. وفي فتح القدير: الامة إذا ضعفت عن العمل وخشيت الهلاك بالصوم جاز لها الفطر، وكذا الذي ذهب به متوكل السلطان إلى العمارة في الايام الحارة والعمل الحثيث إذا خشى الهلاك أو نقصان العقل. وقالوا: الغازي إذا كان يعلم يقينا أنه يقاتل العدو في شهر رمضان ويخاف الضعف إن لم يفطر يفطر قبل الحرب، ومسافرا كان أو مقيما. وفي الفتاوي الظهيرية والولوالجية: للامة أن تمتنع من امتثال أمر المولى. إذا كان ذلك يعجزها عن إقامة الفرائض لانها مبقاة على أصل الحرية في حق الفرائض. أطلق في المرض فشمل ما إذا مرض قبل طلوع الفجر أو بعده بعد ما شرع بخلاف السفر فإنه ليس بعذر في اليوم الذي أنشأ السفر فيه ولا يحل له الافطار وهو عذر في سائر الايام. كذا في الظهيرية. وأشار باللام إلى أنه مخير بين الصوم والفطر لكن الفطر

***

[٤٩٣]

رخصة والصوم عزيمة فكان أفضل إلا إذا خاف الهلاك فالافطار واجب. كذا في البدائع. وفي الظهيرية: رجل لو صام في شهر رمضان لا يمكنه أن يصلي قائما وإذا أفطر يمكنه أن يصلي قائما فإنه يصوم ويصلي قاعدا جمعا بين العبادتين. في الخلاصة: لو كان له نوبة حمى فأكل قبل أن تظهر يعني في يوم النوبة لا بأس، فإن لم يحم فيه كان عليه الكفارة كما لو أفطرت على ظن أنه يوم حيضها فلم تحض كان عليها الكفارة لوجود الافطار في يوم ليس فيه شبهة الاباحة. وهذا إذا أفطر بعد ما نوي الصوم وشرع فيه، أما لو لم ينو كان عليه القضاء دون الكفارة. كذا في فتاوي قاضيخان. وفي الظهيرية: رضيع مبطون يخاف موته من هذا الدواء وزعم الاطباء أن الظئر إذا شربت دواء كذا برئ الصغير وتماثل وتحتاج الظئر إلى أن تشرب ذلك نهارا في رمضان قيل: لها ذلك إذا قال ذلك الاطباء الحذاق. كذلك الرجل إذا لدغته حية فأفطر بشرب الدواء قالوا: إن كان ذلك ينفعه فلا بأس به. أطلق في الكتاب الاطباء الحذاق قال رضي الله عنه: وعندي هذا محمول على الطبيب المسلم دون الكافر كمسلم شرع في الصلاة بالتيمم فوعدله كافر إعطاء الماء فإنه لا يقطع الصلاة لعل غرضه إفساد الصلاة عليه فكذلك في الصوم ا ه‍. وفيه إشارة إلى أن المريض يجوز له أن يستطب بالكافر فيما عدا إبطال العبادة لما أنه علل قبول قوله باحتمال أن يكون غرضه إفساد العبادة لا بأن استعماله في الطب لا يجوز. وفي القنية: لا يجوز للخباز أن يخبز خبزا يوصله إلى ضعف مبيح للفطر بل يخبز نصف النهار ويستريح في النصف، قيل له: لا يكفيه أجرته أو ربحه فقال: هو كاذب وهو باطل بأقصر أيام الشتاء.

***

[٤٩٤]

قوله: (وللمسافر وصومه أحب إن لم يضره) أي جاز للمسافر الفطر لان السفر لا يعرا عن المشقة فجعل نفسه عذرا بخلاف المرض لانه قد يخفف بالصوم فشرط كونه مفضيا إلى الحرج، وإنما كان الصوم أفضل إن لم يضره لقوله تعالى * (وإن تصوموا خير لكم) * (البقرة: ١٨٤) ولان رمضان أفضل الوقتين فكأن فيه الاداء أولى. ولا يرد علينا القصر في الصلوات فإنه واجب حتى يأثم بالاتمام لان القصر هو العزيمة وتسميتهم له رخصة إسقاط مجاز، وقول صاحب غاية البيان أن القصر أفضل تسامح. ولو قال المصنف وصومهما أحب إن لم يضرهما لكان أولى لشموله. قيد بقوله إن لم يضره لان الصوم إن ضره بأن شق عليه فالفطر أفضل لقوله عليه الصلاة والسلام ليس من البر والصيام في السفر (١) قاله لرجل صائم يصب عليه الماء. وفي المحيط: ولو أراد المسافر أيقيم في مصر أو يدخل مصره كره

***

[٤٩٥]

له أن يفطر لانه اجتمع في اليوم المبيح وهو السفر والمحرم وهو الاقامة فرجحنا المحرم احتياطا. وصرح في الخلاصة بكراهة الصوم إن أجهده. وأطلق الضرر ولم يقيده بضرر بدنه لانه لو لم يضره الصوم لكن كان رفقاؤه أو عامتهم مفطرين والنفقة مشتركة بينهم فالافطار أفضل - كذا في الخلاصة والظهيرية - لان ضرر المال كضرر البدن. وأشار إلى أن إنشاء السفر في شهر رمضان جائز لاطلاق النص خلافا لعلي وابن عباس كذا في المحيط. وفي الولوالجية: والسفر الذي يبيح الفطر هو الذي يبيح القصر لان كلاهما قد ثبتت رخصته. وأطلق السفر فشمل سفر الطاعة والمعصية لما عرف، وأراد بالضرر الضرر الذي ليس فيه خوف الهلاك لان ما فيه خوف الهلاك بسبب الصوم فالافطار في مثله واجب لا أنه أفضل. كذا في البدائة. ومنه ما إذا أكره المريض والمسافر فإن الافطار واجب ولا يسعه

الصوم حتى لا امتنع من الافطار فقتل يأثم كالاكراه على أكل الميتة بخلاف ما إذا كان صحيحا مقيمفأكره بقتل نفسه فإنه يرخص له الفطر والصوم أفضل حتى لو امتنع من الافطار حتى قتل يثاب عليه لان الوجوب ثابت حالة الاكراه وأثر الرخصة بالاكراه في سقوط الاثبالترك لا في سقوط الواجب كالاكراه على الكفر. كذا في البدائع. وقيدنا بكونه أكره بقتل نفسه لانه لو قيل له لتفطرن أو لاقتلن ولدك فإنه لا يباح له الفطر كقوله لتشربن الخمر أو لاقتلن ولدك فصار كتهديده بالحبس. كذا في النهاية. وفي فتاوي قاضيخان: المسافر إذا تذكر شيئا قد نسيه في منزله فدخل فأفطر ثم خرج - قال عليه الكفارة قياسا لانه مقيم عند الاكل حيث رفض سفره بالعود إلى منزله وبالقياس نأخذ ا ه. قوله: (ولا قضاء إن ماتا عليهما) أي ولا قضاء على المريض والمسافر إذا ماتا قبل الصحة والاقامة لانهما لم يدركا عدة من أيام أخر فلم يوجد شرط وجوب الاداء فلم يلزم القضاء. قيد به لانه لو صح المريض أو أقام المسافر ولم يقض حتى مات لزمه الايصاء بقدره

***

[٤٩٦]

وهو مصرح به في بعض نسخ المتن لوجود الادراك بهذا المقدار. وذكر الطحاوي أن هذا قول محمد، وعندهما يلزمه قضاء الكل، وغلطه القدوري وتبعه في الهداية قال: والصحيح أنه لا يلزمه إلا بقدره عند الكل. وإنما الخلاف في النذر بأن يقول المريض لله علي صوم هذا الشهر فصح يوما ثم مات يلزمه قضاء جميع الشهر عندهما، وعند محمد قضاء ما صح فيه. والفرق لهما أن النذر سبب فظهر الوجوب في حق الخلف، وفي هذه المسألة السبب إدراك العدة فيتقدر بقدر ما أدرك فيه. وإنما لم يلزمه القضاء قبل الصحة ليظهر في الايصاء لانه معلق بالصحة وإن لم يذكر أداة التعليق تصحيحا لتصرف المكلف ما أمكن فينزل عن الصحة. وأجاب عنه في غاية البيان بأن الجماعة الذين أنكروا والخلاف نشؤوا بعد الطحاوي بكثير من الزمان باعتبار أن الخلاف لم يبلغهم وهو ليس بحجة عليه لان جهل الانسان لا يعتبر حجة على غيره، وقد ذكره بعد ما ثبت عنده وهو ممن لا يتهم لاوصافه الجميلة. والحاصل أن الصحيح لو نذر صوم شهر معين ثم مات قبل مجئ الشهر لا يلزمه شئ بلا خلاف، وإن مات بعد ما صح يوما يلزمه الايصاء بالجميع عندهما، وعند محمد بقدر ما صح. وفصل

***

[٤٩٧]

الطحاوي فقال: إن لم يصم اليوم الذي صح فيه لزمه الكل، وإن صامه لا يلزمه شئ كالمريض في رمضان إذا صح يوما فصامه ثم مات لا يلزمه شئ اتفاقا لانه بالصوم تعين أنه لا يصح فيه قضاء يوم آخر بخلاف ما إذا لم يصمه حيث لا يلزمه الكل كما قدمناه على قول الطحاوي، لان ما قدر فيه صالح لقضاء اليوم الاول والوسط والاخير فلما قدر على قضاء البعض فكأنه قدر على قضاء الكل إليه إشار في البدائع وغاية البيان. وفي الولوالجية: ولو أوجب على نفسه اعتكاف شهر وهو مريض ثم مات قبل أن يصح لم يجب عليه لانه لم يجب عليه أداء الاصل فلا يجب أداء البدل، ولو أوجب على نفسه اعتكاف شهر وهو صحيح فعاش عشرة أيام ثم مات أطعم عنه الشهر كله لان الاعتكاف مما لا يتجزى. قوله: (ويطعم وليهما لكل يوم كالفطرة بوصية) أي يطعم ولي المريض والمسافر عنهما عن كل يوم أدركاه كصدقة الفطر إذا أوصيا به لانهما لما عجزا عن الصوم الذي هو في ذمتهما التحقا بالشيخ الفاني دلالة لاقياسا فوجب عليهما إلايصاء بقدر ما أدركا فيه عدة من أيام أخركما في الهداية. ولو قال ويطعم ولي من مات وعليه قضاء رمضان لكان أشمل لان

***

[٤٩٨]

هذا الحكم لا يخص المريض والمسافر ولا من أفطر لعذر بل يدخل فيه من أفطر متعمدا ووجب القضاء عليه، بل أراد بالولي من له ولاية التصرف في ماله بعد موته فيدخل وصيهما، وأراد بتشبيه بالفطرة كالكفارة التشبيه من جهة المقدار بأن يطعم عن صوم كل يوم نصف صاع من بر أو زبيب أو صاعا من تمر أو شعير لا التشبيه مطلقا لان الاباحة كافية هنا، ولهذا عبر بالاطعام دون الايتاء دون صدقة الفطر فإن الركن فيها التمليك ولا تكفي الاباحة. وقيد بالوصية لانه لو لم يأمر لا يلزم الورثة شئ كالزكاة لانها من حقوق الله تعالى، ولا بد فيها من الايصاء ليتحقق الاختيار إلا إذا مات قبل أن يؤدي العشر فإنه يؤخذ من تركته من غير إيصاء لشدة تعلق العشر بالعين. كذا في البدائع من كتاب الزكاة في مسألة إذا باع صاحب المال ماله قبل أداء الزكاة، ومع ذلك لو تبرع الورثة أجزأه إن شاء الله تعالى. وكذا كفارة اليمين والقتل إذا تبرع الوارث بالاطعام والكسوة يجوز، ولا يجوز التبرع بالاعتاق لما فيه من إلزام الولاء

للميت بغير رضاه. وأشار بالوصية إلى أنه معتبر من ثلث ماله صرح به قاضيخان في فتاواه، وإلى أن الصلاة كالصوم بجامع أنهما من حقوقه تعالى بل أولى لكونها
***
[٤٩٩]
أهم ويؤدي عن كل وتر نصف صاع لانه فرض عند الامام. كذا في غاية البيان. ويعتبر كل صلاة بصوم يوم على الصحيح وإلى أن سائر حقوقه تعالى كذلك، ماليا كان أو بدنيا. وعبادة محضة أو فيه معنى المؤنة كصدقة الفطر، أو عكسه كالعشر، أو مؤنة محضة كالنفقات، أو فيه معنى العقوبة كالكفارات. وإلى أن الولي لا يصوم عنه ولا يصلي لحديث النسائي لا يصوم أحد عن أحد ولا يصلي أحد عن أحد وقيدنا بكونهما أدركا عدة من أيام أخر إذ لو ماتا قبله لا يجب عليهما الايصاء لما قدمناه لكن لو أوصيناه صحت وصيتهما لان صحتها لا تتوقف على الوجوب. كذا في البدائع. وأشار أيضا إلى أنه لو أوجب على نفسه الاعتكاف ثم مات أطعم عنه لكل يوم نصف صاع من حنطة لانه وقع الياس عن أدائه فوقع القضاء بالاطعام كالصوم في الصلاة. كذا ذكره الولوالجي في فتاويه. فالحاصل أنما كان عبادة بدنية فإن الوصي يطعم عنه بعد موته عن كل واجب كصدقة الفطر، وما كان عبادة مالية كالزكاة فإنه يخرج عنه القدر الواجب عليه، وما كان مركبا منهما كالحج فإنه يحج عنه رجلا من مال الميت. قوله: (وقضيا ما قدرا بلا شرط ولاء) أي لا يشترط التتابع في القضاء لاطلاق قوله تعالى * (فعدة من أيام أخر) * (البقرة: ١٨٤) والذي في قراءة أبي * (فعدة من أيام أخر متتابعه) * غير مشهور لا يزاد بمثله بخلاف قراءة ابن مسعود في كفارة اليمين فإنها مشهورة فيزاد. كذا في النهاية والكافي. لكن المستحب التتابع. وأشار بإطلاقه إلى أن القضاء على التراخي لان الامر فيه مطلق وهو على التراخي كما عرف في الاصول. ومعنى التراخي عدم تعين الزمن الاول للفعل ففي أي وقت شرع فيه كان ممتثولا إثم عليه بالتأخير، ويتضيق عليه الوجوب في آخر عمره في زمان يتمكن فيه من الاداء قبل موته ولهذا قال أصحابنا: إنه لا يكره لمن عليه قضاء رمضان أن يصوم متطوعا ولو كان الوجوب على الفور يكره له التطوع قبل القضاء لانه يكره له تأخير الواجب عن وقته المضيق، ولهذا إذا أخر قضاء رمضان حتى دخل آخر فلا فدية عليه لكونها تجب خلفا عن الصوم عند العجز ولم يوجد لقدرته على القضاء ولهذا قال قوله: (فإذا جاء رمضان آخر قدم الاداء على القضاء) لانه في وقته وهو لا يقبل غيره ويصوم القضاء بعده، وهذا بخلاف قضاء الصلوات فإنها على الفور ولا يباح التأخير إلا بعذر. ذكره الولوالجي قوله: (وللحامل والمرضع إذا خافتا على الولد أو النفس) أي لهما الفطر دفعا للحرج ولقوله صلى الله عليه وسلم إن الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة وعن الحامل والمرضع
***
[٥٠٠]
الصوم (١) قيد بالخوف بمعنى غلبة الظن بتجربة أو إخبار طبيب حاذق مسلم كما في الفتاوي الظهيرية على ما قدمناه، لانها لو لم تخف لا يرخص لها الفطر. وإنما لا يجوز إفطاره بسبب خوف هلاك ابنه في الاكراه لان العذر في الاكراه جاء من قبل من ليس له الحق فلا يعذر لصيانة نفس غيره بخلاف الحامل والمرضع، وهناك فرق آخر مذكور في النهاية. وأطلق المرضع ولم يقيدها ليفيد أنه لا فرق بين الام والظئر، أما الظئر فلان الارضاع واجب عليها بالعقد، وأما الام فلوجوبه ديانة مطلقا وقضاء إذا كان الاب معسرا أو كان الولد لا يرضع من غيرها، وبهذا اندفع ما في الذخيرة من أن المراد بالمرضع الظئر لا الام فإن الاب يستأجر غيرها. وإنما قال إذا خافتا على الولد، ولم يقل كالقدوري إذا خافتا على أنفسهما أو ولدهما لانه لا يشمل المستأجر إذ لا ولد لها. كذا قيل، وقد قيل إنه ولدها من الرضاع لان المفرد المضاف يعم، سواء كان مضافا لمفرد أو غيره كما صرحوا به، فيشمل الولد الذي ولدته والذي أرضعته لانه ولدها شرعا وإن كان ولدها مجازا لغة. والواو في قوله والمرضع بمعنى أو لان هذا الحكم ثابت لكل واحد منهما على الانفراد. كذا في النهاية. والحامل هي التي في بطنها ولد، والمرضع هي التي لها اللبن. ولا يجوز إدخال التاء في أحدهما كما في حائض وطالق لان ذلك من الصفات الثابتة لا الحادثة إلا إذا أريد الحدوث فإنه يجوز إدخال التاء بأن يقال حائضة الآن وغدا. كذا في غاية البيان. ولم أر من صرح بأن الحامل والمرضع إذا ماتا قبل أن يزول خوفهما على الولد أو على أنفسهما أنه لا يلزمهما القضاء كالمريض والمسافر لكن صرح في البدائع بأن للقضاء شرائط منها: القدرة على القضاء وهو بعمومه يتناول الحامل والمرضع فعلى هذا إذا زال الخوف أياما لزمهما

بقدره، بل ولا
***
[٥٠١]
خصوصية فإن كل من أفطر لعذر ومات قبل زواله لا يلزمه شئ فيدخل المكره والاقسام الثمانية المتقدمة. قوله: (للشيخ الفاني وهو يفد فقط) أي له الفطر وعليه الفدية وليست على غيره من المريض والمسافر والحامل والمرضع لعدم ورود نص فيهم، ووروده في الشيخ الفاني وهو الذي كل يوم في نقص إلى أن يموت وسمي به إما لانه قرب من الفناء أو لانه فنيت قوته، وإنما لزمته باعتبار شهوده للشهر حتى لو تحمل المشقة وصام كان مؤديا، وإنما أبيح له الفطر لاجل الحرج وعذره ليس بعرض الزوال حتى يصار إلى القضاء فوجب الفدية لكل يوم نصف صاع من بر أو زبيب أو صاعا من تمر أو شعير كصدقة الفطر لكن يجوز هنا طعام الاباحة أكلتان مشبعتان بخلاف صدقة الفطر كما قدمناه. كذا في فتح القدير وفتاوي قاضيخان. وفي معراج الدراية: ولا يجوز في الفدية الاباحة لانها تنبي عن تمليك اه. وهو مخالف لما قدمناه، ويحمل ما في المعراج على الفدية في الحج. ولو قد على الصوم يبطل حكم الفداء لان شرط الخلفية استمرار العجز في الصوم، وإنما قيدنا به ليخرج المتيمم إذا قدر على الماء لا تبطل الصلوات المؤداة بالتيمم لان خلفية التيمم مشروط بمجرد العجز عن الماء لا بقيد دوامه، وكذا خلفية الاشهر عن الاقراء في الاعتداد مشروط بانقطاع الدم من سن اليأس لا بشرط دوامه حتى لا تبطل الانكحة الماضية بعود الدم على ما قدمناه في الحيض. وفي الكافي: وشرط الخلفية استمرار العجز كما في اليمين وفي صوم دم المتعة وغيرها قد تخلف لقيام الدليل اه وأشار المصنف فيما سبق من أن المسافر إذا لم يدرك عدة فلا شئ عليه إذا مات إلا أن الشيخ الفاني لو كان مسافرا فمات قبل الاقامة لا يجب عليه الايصاء بالفدية لان يخالف غيره في التخفيف لا في التغليظ، لكن ذكره الشارحون بصيغة قيل ينبغي ألا يجب مع أن الاولى الجزم به لاستفادته مما ذكرناه ولعلها ليست صريحة في كلام أه المذهب فلم يجزموا بها، ولان الفدية لا تجوز إلا عن صوم هو أصل بنفسه لا بدل عن غيره فجازت عن رمضان وقضائه والنذر حتى لو نذر صوم الابد فضعف عن الصوم لاشتغاله بالمعيشة له أن يطعم ويفطر لانه استيقن أن لا يقدر على قضائه، وإن لم يقدر على الاطعام لعسرته يستغفر الله تعالى، وإن لم يقدر لشدة الحر كان له أن يفطر ويقضيه في الشتاء إذا لم يكن نذر الابد. ولو نذر صوما معينا فلم يصم حتى صار فانيا جازت له الفدية، ولو وجبت عليه كفارة يمين أو قتل فلم يجد ما يكفر به وهو شيخ كبير عاجز عن الصوم أو لم يصم حتى صار شيخا كبيرا لا
***
[٥٠٢]
تجوز له الفدية لان الصوم هنا بدل عن غيره ولذا لا يجوز المصير إلى الصوم إلا عند العجز عما يكفر به من المال كذا في فتح القدير. وفي فتاوي قاضيخان وغاية البيان: وكذا لو حلق رأسه وهمحرم عن أذى ولم يجد نسكا يذبحه ولا ثلاثة آصع حنطة يفرقها على ستة مساكين وهو فالا يستطيع الصيام فأطعم عن الصيام لم يجز لانه بدل. وفي القنية: ولو تصدق الشيخ الفاني بالليل عن صوم الفدية يجزئه. وفي فتاوي أبي حفص الكبير: إن شاء أعطى الفدية في أول رمضان بمرة وإن شاء أعطاها في آخره بمرة. وعن أبي يوسف: لو أعطي نصف صاع من برعن عن يوم واحد لمساكين يجوز. قالالحسن: وبه نأخذ وإن أعطى مسكينا عن يومين فعن أبي يوسف روايتان. وعند أبي حنيفة لا يجزئه كالاطعام في كفارة اليمين. وفي الفتاوي الظهيرية: استشهادا لكون البدل لا بدل له. وذكر الصدر الشهيد إذا كان جميع رأسه مجروحا فربط الجبيرة لم يجب عليه أن يمسح هنا أصل منصوص عليه لا بدل عن غيره ا ه. قوله: (وللمتطوع بغير عذر في رواية ويقضي) أي له الفطر بعذر وبغيره، وإذا أفطر قضى إن كان نفلا قصديا وهذه الرواية عن ابي يوسف، وظاهر الرواية أنه ليس له الفطر إلا من عذر. وصححه في المحيط. وإنما اقتصر على هذه الرواية لانها أرجح من جهة الدليل ولهذا اختارها المحقق في فتح القدير وقال: إن الادلة تظافرت عليها وهي أوجه. ثم اختلف المشايخ على ظاهر الرواية هل الضيافة عذر أو لا؟ قيل نعم، وقيل لا، وقيل عذر قبل الزوال لا بعده إلا إذا كان في عدم الفطر بعده عقوق لاحد الوالدين لا غيرهما حتى لو حلف عليه رجل بالطلاق الثلاث ليفطرن لا يفطر. وقيل: إن كان صاحب الطعام يرضى بمجرد حضوره وإن لم يأكل لا يباح الفطر، وإن كان يتأذى بذلك يفطر. كذا في فتح القدير. ولم يصحح شيئا كما ترى. وفي الكافي: والاظهر أنها عذر. وصحح قاضيخان في شرح الجامع الصغير من أحكام الخلوة أن الضيافة عذر. وفي الفتاوي الظهيرية قالوا: والصحيح من المذهب أنه ينظر في ذلك إن كان صاحب الدعوة ممن

يرضى بمجرد حضوره ولا يتأذى بترك الافطار لا يفطر. وقال شمس الائمة الحلواني: أحسن ما قيل في هذا الباب أنه إن كان يثق من نفسه القضاء يفطر دفعا للاذى عن أخيه المسلم، وإن كان لا يثق لا يفطر وإن كان في ترك الافطار أذى أخيه المسلم. وفي مسألة اليمين يجب أن يكون الجواب على هذا التفصيل ا ه. وفي موضع آخر منها: وإن كان صائما عن قضاء رمضان يكره له أن يفطر لان له حكم رمضان ا ه. ولهذا لا يفطر لو حلف رجل بالطلاق ليفطرن كذا في المحيط. وفي النهاية: الاظهر أن الضيافة عذر. وفي البزازية: لو حلف بطلاق امرأته إن لم يفطر أن نفلا أفطر وإن قضاء لا والاعتماد على أنه يفطر فيهما ولا يحنثه، وإذا قلنا بأن الضيافة عذر في التطوع تكون عذرا في حق الضيف والمضيف. كذا في شرح الوقاية. وأطلق في قضاء التطوع فشمل ما إذا كان فطره
***
[٥٠٣]
عن قصد أو لا بأن عرض الحيض للصائمة المتطوعة في أصح الروايتين. كذا في النهاية. وقيدنا النفل بكونه قصديا لانه لو شرع على ظن أنه عليه ثم علم أنه لا شئ عليه كان متطوعا والاحسن أن يتمه، فإن أفطر لا قضاء عليه. كذا في المحيط وغيره. وقيده صاحب الهداية في التجنيس بأن لا يمضي عليه ساعة من حين ظهر بأن لا شئ عليه فإن مضى ساعة ثم أفطر فعليه القضاء لانه لما مضى عليه ساعة صار كأنه نوى في هذه الساعة، فإن كان قبل الزوال صار شارعا في صوم التطوع فيجب عليه ثم قال: إذا نوى الصوم للقضاء بعد طلوع الفجر حتى لا تصبح نيته عن القضاء يصير صائما، وإن أفطر يلزمه القضاء كما إذا نوى التطوع ابتداء وهذه ترد إشكالا على مسألة المظنون ا ه. وقد تقدم الكلام عليه عند قوله وما بقي لم يجز إلا بنية معينة. وفي البدائع: إذا شرع في صوم الكفارة ثم أيسر في خلاله لا قضاء عليه. وفي الفتاوي الظهيرية: ويكره للعبد أو للاجير أو للمرأة أن يتطوع بالصوم إلا أن يأذن من له حق فيه ومن له الحق له أن يفطره. وفي الولوالجية: وابنة الرجل وقرابته تتطوع بدون إذنه لانه لا يفوت حقه ا ه. وقيد في المحيط والولوالجية كراهة صوم المرأة بأن يضر بالزوج، أما إذا كان لا يضره بأن كان صائما أو مريضا فلها أن تصوم وليس له منعها لانه ليس فيه إبطال حقه بخلاف العبد والمدبر وأم الولد والامة فإنه ليس لهم الصوم بغير إذن المولى وإن لم يضر به لان منافعهم مملوكة للمولى بخلاف المرأة فإن منافعها غير مملوكة للزوج وإنما له حق الاستمتاع بها. وتقضي المرأة إذا أذن لها الزوج أو بانت منه، ويقضي العبد إذا أذن له المولى أو أعتق. وقيد كراهة صوم الاجير أيضا بكون الصوم يضر بالمستأجر في الخدمة فإن كان لا يضر فله أن يصوم بغير إذنه ا ه. وفي البزازية قالوا: يباح الفطر لاجل المرأة أي لا يمنع صوم النفل صحة الخلوة. وفي النظم: الافضل أن يفطر للضيافة ولا يقول أنا صائم لئلا يقف على سرأحد. وفي فتاوي قاضيخان: لا يصوم المملوك تطوعا إلا بإذن المولى إلا إذا كان غائبا ولا ضرر له في ذلك ا ه. وهو خلاف ما في المحيط. وإن أحرمت المرأة تطوعا بغير إذن الزوج قالوا: له أن يحللها. والاجير إذا كان يضره الخدمة وكذا في الصلوات. كذا في فتاوي قاضيخان. فالحاصل أن الصوم والحج والصلاة سواء، والاظهر من هذا كله إطلاق ما في الظهيرية في المرأة والعبد لان الصوم يضر ببدن المرأة ويهز لها وإن لم يكن الزوج الآن يطؤها والعبد منافعه مملوكة للمولى فليس له الصوم مطلقا
***
[٥٠٤]
بغير إذنه. ولو كان المولى غائبا فإنه لم يكن مبقي على أصل الحرية في العبادات إلا في الفرائض، وأما في النوافل فلا. وفي القنية: وللزوج أن يمنع زوجته عن كل ما كان الايجاب من جهتها كالتطوع والنذر واليمين دون ما كان من جهته تعالى كقضاء رمضان، وكذا العبد إلا إذا ظاهر من امرأته لا يمنعه من كفارة الظهار بالصوم لتعلق حق المرأة به. ثم اعلم أن افساد الصوم أو الصلاة بعد الشروع فيها مكروه - نص عليه في غاية البيان - وليس بحرام لان الدليل ليس قطعي الدلالة كما أوضحه في فتح القدير. قوله: (ولو بلغ أو أسلم كافر أمسك يومه ولم يقض شيئا) فالامساك قضاء لحق الوقت بالتشبه وعدم القضاء لعدم وجوب الصوم عليهما فيه. وأطلق الامساك ولم يبين صفته للاختلاف فيه، والاصح الوجوب لموافقته للدليل وهو ما ثبت من أمره عليه الصلاة والسلام بالامساك لمن أكل في يوم عاشوراء حين كان واجبا. وأطلق في عدم القضاء فشمل ما إذا أفطرا في ذلك اليوم أو صاماه، وسواء كان قبل الزوال أو بعده، لان الصوم لا يتجزى وجوبا كما لا يتجزى آداء، وأهلية الوجوب منعدمة في أوله فلا يجب. وقيد بالصوم لانه لو بلغ أو أسلم في

أثناء وقت الصلاة أو في آخره وجبت عليه اتفاقا وهو قياس زفر، وفرق أئمتنا بين الصوم والصلاة بأن السبب في الصلاة الجزء المتصل بالاداء فوجدت الاهلية عنده، وفي الصوم الجزء الاول هو السبب والاهلية معدومة عند. قال في فتح القدير: وعلى هذا فقولهم في الاصول الواجب المؤقت قد يكون الوقت فيه سببا للمؤدي وظرفا له كوقت الصلاة أو سببا ومعيارا وهو ما يقع فيه مقدرا به كوقت الصوم تساهل، إذ يقتضي أن السبب تمام الوقت فيهما وقد بان خلافه، ثم على ما بان من تحقيق المراد قد يقال: يلزم أن لا يجب الامساك في نفس الجزء الاول من اليوم لانه هو السبب للوجوب والالزام سبق الوجوب على السبب للزوم تقدم السبب فالايجاب فيه يستدعي سببا سابقا والفرض خلافه، ولو لم يستلزم ذلك لزم كون ما ذكروه في وقت الصلوات من أن السببية تضاف إلى الجزء الاول فإن لم يؤد عقيبه انتقلت إلى ما يلي ابتداء الشروع، فإن لم يشرع إلى الجزء الاخير تقررت السببية فيه واعتبر حال المكلف عنده تكلف مستغني عنه إذ لا داعي لجعله ما يليه دون ما يقع فيه ا ه. وقد يقال: إن قولهم يقتضي أن السبب تمام الوقت مسلم لو سكتوا وهم قد صرحوا بأنه لا يمكن جعل كل الوقت سببا في الصلاة، وذكروا أن السببية تنتقل من جزء إلى جزء. وقوله ثم على ما بان إلى آخره فيه بحث، أما على اختيار شمس الائمة السرخسي من أن السببية لليالي والايام فقد وجد السبب بالليلة فالامساك إنما وجب في الجزء الاول باعتبار سبق
***
[٥٠٥]
السبب عليه وهو الليل، وأما على اختيار غيره من أن السببية خاصبالايام وأن الليالي لا دخل لها في السببية، فلان لزوم تقدم السبب إنما هو عند الامكان، أما عند عدم الامكان فلا والصوم منه لان وقته معيار له مقدر به يزيد بزيادته وينقص بنقصانه فلا يمكن أن يكون الجزء الاول خاليا عن الصوم ليكون سببا متقدما، ولا يمكن أن يكون ما قبله سببا لعدم الصلاحية فلزم فيه مقارنة السبب للمسبب، وقد صرح بأن السبب في الصوم مقارن للمسبب صاحب كشف الاسرار شرح أصول فخر الاسلام البزدوي بخلاف وقت الصلاة فإنه ظرف فأمكن تقدم السبب على الحكم حتى لو لم يمكن بأن شرع في الجزء الاول سقط اشتراط تقدم السبب وجوزت المقارنة إذ لا يمكن جعل ما قبل بالوقت سببا. وذكر بعض المتأخرين من الاصوليين أن السبب في الصوم اليوم الكامل لا الجزء منه، ولا شك في المقارنة على هذا. وأشار المصنف بالمسألتين إلى أصل وهو أن كل من صار في آخر النهار بصفة لو كان في أول النهار عليها للزمه الصوم فعليه الامساك كالحائض والنفساء تطهر بعد طلوع الفجر أو معه، والمجنون يفيق، والمريض يبرأ، والمسافر يقدم بعد الزوال أو الاكل. والذي أفطر عمدا أو خطأ أو مكرها أو أكل يوم الشك ثم استبان أنه من رمضان أو أفطر وهو يرى أن الشمس قد غربت أو تسحر بعد الفجر ولم يعلم ومن لم يكن على تلك الصفة لم يجب الامساك كما في حالة الحيض والنفاس. ثم قيل: الحائض تأكل سرا لا جهرا، وقيل تأكل سرا وجهرا، وللمريض والمسافر الاكل جهرا. كذا في النهاية. وغير في فتح القدير عبارة هذا الاصل فقال: كل من تحقق بصفة في أثناء النهار أو قارن ابتداء وجودها طلوع الفجر وتلك الصفة بحيث لو كانت قبله واستمرت معه وجب عليه الصوم فإنه يجب عليه الامساك تشبها. قال: وقلنا كل من تحقق ولم نقل من صار بصفة إلى آخره يعني كما في النهاية يشمل من أكل عمدا في نهار رمضان لان الصيرورة للتحول ولو لامتناع ما يليه ولا يتحقق المفاد بهما فيه اه. والحاصل أن من أكل عمدا في نهار رمضان لم يدخل تحت عبارة النهاية باعتبار أنه لم يتجدد له حالة بعد فطره لم يكن عليها قبله وكلمة صار تفيد التحول من حالة إلى أخرى بخلاف تحقق، ولا يخفى أن ما هرب منه وقع فيه لانه وإن غير صار إلى تحقق أتى بكلمة لو المفيدة لامتناع ما يليه المفيدة أن الصفة لم تكن موجودة أول اليوم فلا يشمل كلامه من أكل عمدا فليتأمل. فظهر من هذا أن من كان أهلا للصوم في أوله كمن أكل عمدا لا يدخل تحت الضابط أصلا على كل منهما، وإنما أدرجوه في هذا الاصل وإن لم يدخل تحته باعتبار أن حكمه وجوب الامساك تشبها فهو مثله لان غرضهم بيان الاحكام. وعبارة البدائع أولى وهي: أما وجوب الامساك تشبها بالصائمين فكل من كان له عذر في
***
[٥٠٦]
صوم رمضان في أول النهار مانع من الوجوب أو مبيح للفطر ثم زال عذره وصار بحال لو كان عليه في أول النهار لوجب عليه الصوم لا يباح له الفطر كالصبي إذا بلغ، والكافر إذا أسلم، والمجنون إذا أفاق، والحائض إذا طهرت، والمسافر إذا قدم، وكذا كل من وجب

عليه الصوم لوجود سبب الوجوب والاهلية ثم تعذر عليه المضي بأن أفطر متعمدا أو أصبح يوم الشك مفطرا ثم تبين أنه من رمضان أو تسحر على ظن أن الفجر لم يطلع ثم تبين أنه طالع، فإنه يجب عليه الامساك تشبها. فقد جعل لوجوب الامساك أصلين، وجعل بعض الفروع مخرجة على أصل وبعضها على آخر فلا إيراد أصلا والله الموفق. وفي الفتاوى الظهيرية: صبي بلغ قبل الزوال ونصراني أسلم ونويا الصوم قبل الزوال لا يجوز صومهما عن الفرض غير أن الصبي يكون صائما عن التطوع بخلاف الكافر لفقد الاهلية في حقه. وعن أبي يوسف: إن الصبي يجوز صومه عن الفرض. وقيل: جوابه في الكافر كذلك. إليه أشار في المنتقي. ثم في ظاهر الرواية فرق بين هذا وبين المجنون إذا أفاق في نهار رمضان قبل الزوال ولم يكن أكل شيأ ونوى الصوم جاز عن الفرض لان الجنون إذا لم يستوعب كان بمنزلة المرض والمرض لا ينافي وجوب الصوم بخلاف الصبي والكفر والحيض لانها منافية للصوم اه. قوله (ولو نوى المسافر الافطار ثم قدم ونوى الصوم في وقته صح) إن نوى قبل انتصاف النهار لان السفر لا ينافي أهلية الوجوب ولا صحة الشروع. أطلق الصوم فشمل الفرض الذي لا يشترط فيه التبييت والنفل وحيث أفاد صحة صوم الفرض لزم عليه صومه إن كان في رمضان لزوال المرخص في وقت النية، ألا ترى أنه لو كان مقيما في أول اليوم ثم سافر لا يباح له الفطر ترجيحا لجانب الاقامة فهذا أولى إأنه إذا أفطر في المسألتين لا كفارة عليه لقيام شبهة المبيح، وكذا لو نوى المسافر الصوم ليلا وأصبح من غير أن ينقض عزيمته قبل الفجر ثم أصبح صائما لا يحل فطره في ذلك اليوم ولو أفطر لا كفارة عليه. وأشار إلى أنه لو لم ينو الافطار وإنما قدم قبل الزوال والاكل فالحكم كذلك بالاولى لان الحكم إذا كان الصحة مع نية المنافي فمع عدمها أولى، ولان نية الافطار لا عبرة بها حتى لو نوى الصائم الفطر ولم يفطر لا يكون مفطرا، وكذا لو نوى التكلم في الصلاة ولم يتكلم لا تفسد صلاته كما في الظهيرية قوله (ويقضي باغماء سوى يوم حدث في ليلته) لانه نوع مرض يضعف لقوى ولا يزيل الحجى فيصير عذرا في التأخير لا في الاسقاط. وإنما لا

***

[٥٠٧]

يقضي اليوم الاول لوجود الصوم فيه وهو الامساك المقرون بالنية إذ الظاهر وجودها منه، ويقضي ما بعده لانعدام النية. ولا فرق بين أن يحدث الاغماء في الليل أو في النهار في أنه لا يقضي اليوم الاول، وإنما ذكر المصنف حدوثه في ليلته ليعلم حكم ما إذا حدث في اليوم بالاولى لوجود الامساك وهو ليس بمغمى عليه. وأشار إلى أن الاغماء لو كان في شعبان قضاه كله لعدم النية، وإلى أنه لو كان متهتكا يعتاد الاكل في رمضان أو مسافرا قضاه كله لعدم ما يدل على وجود النية قوله (وبجنون غير ممتد) أي يقضيه إذا فاته بجنون غير ممتد وهو أن لا يستوعب الشهر، والممتد هو أن يستوعب الشهر، وهو مسقط للحرج بخلاف ما دونه لان السبب قد وجد وهو الشهر والاهلية بالذمة. وفي الوجوب فائدة وهو صيرورته مطلوبا على وجه لا يحرج في أدائه بخلاف المستوعب فإنه يحرج في أدائه فلا فائدة فيه، الاغماء لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج وإلا كان ربما يموت فإنه لا يأكل ولا يشرب، أطلقه فشمل الجنون الاصلي والعارض وهو ظاهر الرواية، وعن محمد أنه فرق بينهما لانه إذا بلغ مجنونا التحق بالصبي فانعدم الخطاب بخلاف ما إذا بلغ عاقلا ثم جن وهذا مختار بعض المتأخرين. ودخل تحت غير الممتد ما إذا أفاق آخر يوم من رمضان، سواء كان قبل الزوال أو بعده، فإنه يلزمه قضاء جميع الشهر خلافا لما في غاية البيان عن حميد الدين الضرير أنه قال: إذا أفاق بعد الزوال في آخر يوم من رمضان لا يلزمه شئ. وصححه في النهاية والظهيرية لان الصوم لا يصح فيه كالليل. اعلم أن الجنون ينافي النية التي هي شرط العبادات فلا يجب مع الممتد منه مطلقا للحرج وما لا يمتد جعل كالنوم لان الجنون لا ينفي أصل الوجوب إذ هو بالذمة وهي ثابتة له باعتبار آدميته حتورث وملك وكان أهلا للثواب كأن نوى صوم الغد بعد غروب الشمس فجن فيه ممسكا كله صح فلا يقضي لو أفاق بعده وصح إسلامه تبعا، وإذا كان المسقط الحرج لزم اختلاف الامتداد المسقط فقدر في الصلاة بالزيادة على يوم وليلة عندهما، وعند محمد وصيرورة الصلاة ستا وهو أقيس لكنهما أقاما الوقت مقام الواجب كما في

***

[٥٠٨]

المستحاضة، وفي الصوم باستغراق الشهر ليله ونهاره، وفي الزكاة باستغراق الحول، وأبو يوسف جعل أكثره ككله. وأما الصغير فقبل أن يعقل كالجنون الممتد فإذا عقل تأهل للاداء دون الوجوب إلا الايمان، وأما النائم فلكون النوم موجبا للعجز لزم تأخير خطاب

الاداء لا أصل الواجوب ولذا وجب القضاء إذا زال بعد الوقت. ولما كان لا يمتد غالبا لم يسقط به شئ من العبادات لعدم الحرج والاغماء فوقه، فإن امتد في الصلوات بأن زاد على يوم وليلة جعل عذرا مسقطا لها دفعا للحرج لكونه غالبا ولم يجعل عذرا في الصوم لان امتداده شهرا نادر فلم يكن في إيجابه حرج وبهذا ظهر أن الاعذار أربعة: صبا وجنون وإغماء ونوم. وقد علم أحكامها والله الموفق للصواب. قوله (وبامساك بلا نية صوم وفطر) أي يجب القضاء لان المستحق هو الامساك بجهة العبادة ولا عبادة إلا بالنية، وأما هبة النصاب من الفقير فإنها تسقط الزكاة بدون نيتها باعتبار وجود نية القربة. وفي غاية البيان: وقد مر أن المغمى عليه لا يقضي اليوم الذي حدث الاغماء في ليلته لوجود النية منه ظاهرا فلا بد من التأويل لهذه المسألة. وتأويلها أن يكون مريضا أو مسافرا لا ينوي شيأ أو متهتكا اعتاد الاكل في رمضان فلم يكن حاله دليلا على عزيمة الصوم اه. وكذا في النهاية. ورده في فتح القدير بأنه تكلف مستغنى عنه لان الكلام عند عدم النية ابتداء لا بأمر يوجب النسيان ولا شك أنه أدرى بحاله بخلاف من أغمي عليه فأن الاغماء قد يوجب نسيانه حال نفسه بعد الافاقة فبنى الامر فيه على الظاهر من حاله وهي وجود النية. وأشار بوجب القضاء فقط إلى عدم وجوب الكفارة لو أكل لانه غير صائم، وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما كذلك إن أكل بعد الزوال، وإن أكل قبل الزوال تجب الكفارة لانه فوت إمكان التحصيل فصار كغاصب الغاصب قوله (ولو قدم مسافر أو طهرت حائض أو تسحر يظنه ليلا والفجر طالع أو أفطر كذلك والشمس حية أمسك يومه وقضى ولم يكفر كأكله عمدا بعد أكله ناسيا ونائمة ومجنونة وطئتا) لما قدمنا أن كل من صار أهلا للزوم ولم يكن كذلك في أول اليوم فإنه يجب عليه الامساك لانه وجب قضاء لحق الوقت لانه وقت معظم. وإنما وجب القضاء على المسافر والحائض لما تقدم أن أصل الوجوب ثابت عليهما، وإنما المتأخر وجوب الاداء بخلاف الصبي إذا بلغ والكافر إذا أسلم فإنه وإن وجب عليهما الامساك أيضا لم يجب القضاء لعدم الوجوب في حقهما أول الجزء من اليوم كما بيناه، وكذا لو تسحر وهو يظن بقاء الليل فبان خلافه أو أفطر ظانا زوال اليوم فبان خلافه وجب الامساك قضاء لحق الوقت بالقدر الممكن أو
***
[٥٠٩]
نفيا للتهمة ووجب القضاء أيضا لانه حق مضمون بالمثل كما في المريض والمسافر، ولا كفارة في هاتين أيضا لان الجناية قاصرة وهي جناية عدم التثبت إلى أن يستيقن لا جناية الافطار لانه لم يقصد، ولهذا صرحوا بعدم الاثم عليه كما قالوا في القتل الخطأ لا إثم فيه، والمراد إثم القتل وصرح بأن فيه إثم ترك العزيمة والمبالغة في التثبت حالة الرمي. كذا في فتح القدير. أراد بالظن في قوله ظنه ليلا التردد في بقاء الليل وعدمه، سواء ترجح عنده شئ أو لا، فيدخل الشك فإن الحكم فيه لو ظهر طلوع الفجر عدم وجوب الكفارة كما لو ظن، والافضل له أن لا يتسحر مع الشك. وأراد بقوله والفجر طالع تيقن الطلوع لما في الفتاوى الظهيرية: ولو شك في ليلة مقمرة أو متغيمة في طلوع الفجر يدع الاكل والشرب لقوله عليه الصلاة والسلام دع ما يريبك إلى ما لا يريبك (١) ولو غلب على ظنه أنه أكل بعد طلوع الفجر لا قضاء عليه ما لم يخبره رجل عدل في أشهر الرواية. وذكر البقالي في كتاب الصلاة إذا غلب على ظنه أنه أحدث فلا وضوء عليه اه. وقيد بقوله والفجر طالع لانه لو ظن أو شك فتسحر ثم لم يتبين له شئ لم يفسد صومه لان الاصل بقاء الليل فلا يخرج بالشك. وقوله ليلا ليس بقيد لانه لو ظن الطلوع وأكل مع ذلك ثم تبين صحة ظنه فعليه القضاء ولا كفارة لانه بنى الامر على الاصل فلم تكمل الجناية، فلو قال ظنه ليلا أو نهارا لكان أولى وليس له أن يأكل لان غلبة الظن تعمل عمل اليقين، وإن أكل ولم يتبين له شئ قيل يقضيه احتياطا وصححه في غاية البيان ناقلا عن التحفة، وعلى ظاهر الرواية قيل لا قضاء عليه وصححه في الايضاح لان اليقين لا يزال إلا بمثله والليل أصل ثابت بيقين، وللمحقق في فتح القدير بحث فيه حسن حاصله أن المتيقن به
***
[٥١٠]
دخول الليل في الوجود، وأما الحكم ببقائه فهو ظني لان القول بالاستصحاب والامارة التي بحيث توجب عدم ظن بقاء الليل دليل ظني فتعارض دليلان ظنيان في قيام الليل وعدمه فيتها تران فيعمل الاصل وهي الليل وتمامه فيه. وأراد بالظن في قوله أو أفطر كذلك غلبة الظن لانه لو كان شاكا تجب الكفارة. كذا في المستصفى. ونقل في شرح الطحاوي فيه اختلافا بين المشايخ. وإن لم يتبين له شئ فعليه القضاء. وفي التبيين في وجوب الكفارة روايتان وإن تبين أنه أكل قبل الغروب وجبت الكفارة. وقيد بكونه ظن وجود

المبيح لانه لو ظن قيام المحرم كأن ظن أن الشمس لم تغرب فأكل فعليه القضاء والكفارة إذا لم يتبين له شئ أو تبين أنه أكل قبل الغروب، وإن تبين أنه أكل بالليل فلا شئ عليه في جيمع ما ذكرنا. كذا في التبين. وفي البدائع ما يخالفه ولفظه: وإن كان غالب رأيه أنها لم تغرب فلا شك في وجوب القضاء عليه. واختلف المشايخ في وجوب الكفارة، فقال بعضهم تجب، وقال بعضهم لا تجب وهو الصحيح لان احتمال الغروب قائم فكانت الشبهة ثابتة وهذه الكفارة لا تجب مع الشبهة. فحاصله أنه إما أن يظن أو يشك، فإن ظن فلا يخلو إما أن يظن وجود المبيح أو قيام المحرم، فإن كان الاول فلا يخلو إما أن لا يتبين له شئ أو يتبين صحة ما ظنه أو بطلانه، وكل من الثلاثة إما أن يكون في ابتداء الصوم أو انتهائه فهي ستة. وإن شك أيضا فهي اثنا عشر في وجود المبيح، ومثلها في قيام المحرم فهي أربعة وعشرون، وقد علم أحكامها من المتن منطوقا ومفهوما فليتأمل. وأشار إلى أن التسحر ثابت واختلف فيه، فقيل مستحب، وقيل سنة واختار الاول في الظهيرية، والثاني في البدائع مقتصرا كل منهما عليه، ودليله حديث
***
[٥١١]
الجماعة إلا أبا داود تسحروا فإن في السحور بركة (١) والسحور ما يؤكل في السحر وهو السدس الاخير من الليل. وقوله في السحور هو على حذف مضاف تقديره في أكل السحور بركة بناء على ضبطه بضم السين جمع سحر، فأما على فتحها وهو الاعرف في الرواية فهو اسم للمأكول في السحر كالوضوء بالفتح ما يتوضأ به. وقيل: يتعين الضم لان البركة ونيل الثوب إنما يحصل بالفعل لا بنفس المأكول. كذا في فتح القدير. ومحل الاستحباب ما إذا يتيقن بقاء الليل أو غلب على ظنه، أما إذا شك فالافضل أن لا يتسحر تحرزا عن المحرم ولم يجب عليه ذلك، ولو أكل فصومه تام لان الاصل هو الليل. كذا في الهداية. وفي الفتاوى الظهيرية: وإذا تسحر ثم ظهر أن الفجر طالع أثم وقضى اه‍. وهو بإطلاقه يتناول ما إذا غلب على ظنه بقاؤه فتسحر ثم تبين خلافه فإنه يأثم. وفي البدائع: وهل يكره الاكل مع الشك؟ روى هشام عن أبي يوسف أنه يكره، وروى ابن سماعة عن محمد أنه لا يكره، والصحيح قول أبي يوسف. وعن الهندواني أنه إذا ظهر علامات الطلوع من ضرب الدبادب والاذان يكره وإلا فلا، ولا تعويل على ذلك لانه مما يتقدم ويتأخر اه‍. والسنة في السحور التأخير لان معنى الاستعانة فيه أبلغ، وكذا تعجيل الفطر كذا في البدائع. والتعجيل المستحب التعجيل قبل اشتباك النجوم ذكره قاضيخان في شرح الجامع الصغير. ولم أر صريحا في كلامهم أن الماء وحده يكون محصلا لسنة السحور، وظاهر الحديث يفيده وهو ما رواه أحمد
***
[٥١٢]
عن أبي سعيد مسندا السحور كله بركة فلا تدعوه ولو أن يجرع أحدكم جرعة من ماء فإن الله وملائكته يصلون على المتسحرين (١) والبركة في الحديث لغة الزيادة والنماء، والزيادة فيه على وجوه: زيادة في القوة على أداء الصوم، وزيادة في إباحة الاكل واشرب وزيادة على الاوقات التي يستجاب فيها الدعاء كذا اذكره الكلاباذي وبينها في غاية البيان. وفي البزازية: ويستحب تعجيل الافطار إلا في يوم غيم، ولا يفطر ما لم يغلب على ظنه غروب الشمس وإن أذن المؤذن اه‍. وذكر قبله: شهداأنها غربت وآخران بأنها لم تغرب وأفطر ثم بان عدم الغروب قضى ولا كفارة عليبالاتفاق. شهدا على طلوع الفجر وآخر أن على عدم الطلوع فأكل ثم بان الطلوع قضى وكفر وفاقا لان البينات للاثبات لا للنفي حتى قبل شهادة المثبت لا النافي. ولوواحد على طلوعه وآخر أن على عدمه لا كفارة عليه. دخلوا عليه وهو يتسحر فقالوا إنه طالع فصدقهم فقال إذن أنا مفطر لا صائم، ثم دام على الاكل ثم بان أنه ما كان طالعا في أول الاكل وطالعا وقت الاكل الثاني قالالنسفي الحاكم: لا كفارة عليه لعدم نية الصوم، وإن كان المخبر واحدا عليه الكفارة لان خبر الواحد عدلا أولا في مثل هذا لا يقبل اه‍. وإنما لم تجب الكفارة بإفطاره عمدا بعد أكله أو شربه أو جماعه ناسيا لانه ظن في موضع الاشتباه بالنظير وهو الاكل عمدا لان الاكل مضاد للصوم ساهيا أو عامدا فأورث شبهة. وكذا فيه شبهة اختلاف العلماء فإن مالكا يقول بفساد قوم من أكل ناسيا زأطلقه فنشمل ما إذا علم بأنه لا يفطر بأن بلغه الحديث أم الفتوى أولا وهو قولابي حنيفة وهو الصحيح لان العلماء اختلفوا في قبول الحديث فإن فقهاء المدينة كما لك وغيره لم يقبلوه فصار شبهة لان قول الشافعي إذا كان موافقا للقياس يكون شبهة كقول الصحابي، وكذا لو ذرعه القئ فظن أنه يفطره فأفطر لا كفارة عليه لوجود شبهة الاشتباه بالنظير، فإن القئ

والاستقاء متشابهان لان مخرجهما من الفم. وكذا لو احتلم للتشابه في قضاء الشهوة، وإن علم أن ذلك لا يفطره فعليه الكفارة لانه لم توجد شبهة الاشتباه ولا شبهة الاختلاف. وقيد بالنسيان لانه لو احتجم أو اغتاب فظن أنه يفطره ثم أكل إن لم يستفت فقيها ولا بلغه الخبر فعليه الكفارة لانه مجرد جهل وأنه ليس بعذر في دار الاسلام، وإن استفتى فقيها لا كفارة عليه لان العامي يجب عليه تقليد العالم إذا كان يعتمد على فتواه فكان معذورا فيما صنع، وإن كان المفتي مخطئا فيما أفتى وإن لم يستفت ولكن بلغه الخبر وهو قوله عليه الصلاة والسلام أفطر الحاجم والمحجوم (١) وقوله صلى الله عليه وسلم الغيبة تفطر الصائم ولم يعرف النسخ ولا تأويله فلا كفارة عليه عندهما لان ظاهر الحديث

***

[٥١٣]

واجب العمل به خلافا لابي يوسف لانه ليس للعامي العمل بالحديث لعدم علمه بالناسخ والمنسوخ. ولو لمس امرأة وقبلها بشهوة أو اكتحل فظن أن ذلك يفطره ثم أفطر فعليه الكفارة إلا إذا استفتى فقيها فأفتاه بالفطر أو بلغه خبر فيه. ولو نوى الصوم قبل الزوال ثم أفطر لم تلزمه الكفارة عند أبي حنيفة خلافا لهما. كذا في المحيط. وقد علم من هذا أن مذهب العامي فتوى مفتيه من غير تقييد بمذهب، ولهذا قال في فتح القدير: الحكم في حق العامي فتوى مفتيه. وفي البدائع: ولدهن شاربه فظن أنه أفطر فأكل عمدا فعليه الكفارة وإن استفتى فقيها أو تأول حديثلان هذا مما لا يشتبه وكذا لو اغتاب اه‍. وفي التبيين أن عليه عامة المشايخ وهي في الغيبة مخالف لما في المحيط، والظاهر ترجيح ما في المحيط للشبهة. وفي النهاية: ويشترط أن يكون المفتي ممن يؤخذ منه الفقه ويعتمد على فتواه في البلدة وحينئذ تصير فتواه شبهة ولا معتبر بغيره. وأما النائمة أو المجنونة إذا أكلتا بعدما جومعتا فلا كفارة عليهما لان الفساد حصل بالجماع قبل الاكل كالمخطئ ولا كفارة لعدم الجناية فالاكل بعده ليس بافساد وصورتها في النائمة ظاهر. وفي المجنونة بأن نوت الصوم ثم جنت بالنهار وهي صائمة فجامعها إنسان فإن الجنون لا ينافي الصوم إنما ينافي شرطه أعني النية وقد وجد في حال الافاقة فلا يجب قضاء ذلك اليوم إذا

***

[٥١٤]

أفاقت، فإذا جومعت قضته لطرو المفسد على صوم صحيح، وبهذا اندفع ما قيل إنها كانت في الاصل المجبورة أي المكرهة فصحفها الكاتب إلى المجنونة لامكان توجيهها كما ذكرناه والله سبحانه وتعالى أعلم. فصل. عقد لبيان ما يوجبه العبد على نفسه بعدما ذكر ما أوجبه الله تعالى عليه قوله (ومن نذر صوم يوم النحر أفطر وقضى) لانه نذر بصوم مشروع والنهي لغيره وهو ترك إجابة دعوة الله تعالى فيصح نذره لكن يفطر احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي إسقاطا للواجب وإن صام فيه يخرج عن العهدة لانه أداه كما التزم. وأشار بصوم يوم النحر إلى كل صوم كره تحريما، وبالصوم إلى الاعتكاف، فلو نذر اعتكاف يوم النحر صح ولزمه الفطر والقضاء، فإن اعتكف فيه بالصوم صح كما في الولوالجية. وأراد بقوله أفطر على وجه الوجوب خروجا عن المعصية. وقوله في النهاية الافضل الفطر تساهل. وأطلق فشمل ما إذا قال لله علي صوم غد فوافق يوم النحر أو صرح فقال لله علي صوم يوم النحر وهو ظاهر الرواية لا فرق بين أن يصرح بذكر المنهي عنه أو لا. كذا في الكشف وغيره. واعلم بأنهم صرحوا بأن شرط لزوم النذر ثلاث يكون المنذور لبس بمعصية وكونه من جنسه واجب وكون الواجب مقصود النفسية قالوا نخرج بالاول النطر بالمعصية والثاني بمعصية المريض والثالث ما كان مقصودا لغيره حتى لو نذر الوضوء لكل صلاة لم يلزم، وكذا لو نذر سجدة التلاوة. وفي الواقعات: ولو نذر تكفين ميت لم يلزم لانه ليس بقربة مقصودة كالوضوء مع تصريحهم بصحة النذر بيوم النحر ولزومه، فعلم أنهم أرادوا باشتراط كونه ليس بمعصية كون المعصية باعتبار نفسه حتى لا ينفك شئ من أفراد الجنس عنها، وحينئذ لا يلزم لكنه ينعقد للكفارة حيث تعذر عليه الفعل ولهذا قالوا: لو أضاف النذر إلى سائر المعاصي كقوله لله علا أن أقتل فلانا كان يمينا ولزمته الكفارة بالحنث فلو فعل نفس المنذور عصى وانحل النذر كالحلف بالمعصية ينعقد للكفارة، فلو فعل المعصية المحلوف عليها سقطت وأثم بخلاف ما إذا كان نذرا بطاعة كالحج والصلاة والصدقة فإن اليمين لا تلزم بنفس النذر إلا بالنية وهو الظاهر عن أبي حنيفة وبه يفتى. وصرح في النهاية بأن النذر لا يصح إلا بشروط ثلاثة في الاصل إلا إذا قام الدليل على خلافه: إحداها أن يكون الواجب من جنسه شرعا. والثاني أن يكون مقصودا لا

***
[٥١٥]
وسيلة. والثالث أن لا يكون واجبا عليه في الحال أو في ثاني الحال، فلذا لا يصح النذر بصلاة الظهر وغيرها من المفروضات لانعدام الشرط الثالث اهـ. فعلى هذا فالشرائط أربعة إلا أن يقال: إن النذر بصلاة الظهر ونحوها خرج بالشرط الاول إذ قولهم من جنسه واجب يفيد أن المنذور غير الواجب من جنسه وههنا عينه ولكن لا بد من رابع وهو أن لا يكون مستحيل الكون، فلو نذر صوم أمس أو اعتكاف شهر مضى لم يصح نذره كما في الولوالجية. وقيد بقوله إلا إذا قام الدليل على خلافه لانه لو قام الدليل على الوجوب من غير الشروط المذكورة يجب كالنذر بالحج ماشيا والاعتكاف وإعتاق الرقبة مع أن الحج بصفة المشي غير واجب، وكذا الاعتكاف، وكذا نفس الاعتاق من غير مباشرة سبب موجب للاعتاق. كذا في النهاية وفيه نظر، لان النذر بالحج ماشيا من جنسه واجب لان أهل مكة ومن حولها لا يشترط في حقهم الراحلة بل يجب المشي على كل من قدر منهم على المشي كما صرح به في التبيين في آخر الحج. وأما الاعتكاف وهو اللبث في مكان من جنسه واجب وهو القعدة الاخيرة في الصلاة، وأما الاعتاق فلا شك أن من جنسه واجبا وهو الاعتاق في الكفارة، وأما كونه من غير سبب فليس بمراد. قوله (وإن نوى يمينا كفر أيضا) أي مع القضاء تجب كفارة اليمين إذا أفطر وهذه المسألة على وجوه ستة: إن لم ينو شيأ، أو نوى النذر لا غير، أو نوى النذر ونوى أن لا يكون نذرا لانه نذر بصيغته كيف وقد قرره بعزيمته، وإن نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذرا يكون يمينا محتمل كلامه وقد عينه ونفي غيره، وإن نواهما يكون نذرا ويمينا عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يكون نذرا، ولو نوى اليمين فكذلك عندهما، وعند أبي يوسف يكون يمينا. لابي يوسف إن النذر فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف الاول على النية ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما لفظ واحد، ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما تترجح الحقيقة. ولهما أنها لا تنافي بين الجهتين لانهما يقضيان الوجوب إلا أن النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض. كذا في الهداية، وتعقبه في فتح القدير بلزوم التنافي من جهة أخرى وهو أن الوجوب الذي يقتضيه اليمين وجوب يلزم
***
[٥١٦]
بترك متعلقه الكفارة والوجوب الذي هو موجب النذر ليس يلزم بترك متعلقه ذلك وتنافي اللوازم أقل ما يقتضي التغاير فلا بد أن لا يراد بلفظ واحد. واختار شمس الائمة السرخسي في الجواب أنه أريد بلفظ اليمين لله وأريد النذر به علي أن أصوم كذا وجواب القسم حينئذ محذوف مدلول عليه بذكر المنذور أي كأنه قال لله لاصومن وعلي أن أصوم. وعلى هذا لا يراد أن بنحو علي أن أصوم وتمامه في تحرير الاصول. وذكر المصنف في كافية بأنهما لما اشتركا في نفس الايجاب فإذا نوى اليمين يراد بهما الايجاب فيكون عملا بعموم المجاز لا جمعا بين الحقيقة والمجاز. وذكر الولوالجي في فتاواه: لو قال لله علي أن أصوم كل خميس فأفطر خميسا كفر عن يمينه إن أراد يمينا، ثم إذا أفطر خميسا آخر لم يكفر لان اليمين واحدة فإذا حنث فيها مرة لم يحنث مرة أخرى اهـ. قوله (ولو نذر صوم هذه السنة أفطر أياما منهية وهي يوما العيد وأيام التشريق وقضاها) لان النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الايام لانها لا تخلو عنها والنذر بالايام المنهية صحيح مع الحرمة عندنا فكان قوله أفطر للايجاب كما قدمناه وبه صرح المصنف في كافيه، وقد وقع صاحب النهاية بالاولوية في التساهل أيضا كما قدمناه. ورتب قضاءها على إفطاره فيها ليفيد أنه لو صامها لا قضاء عليه لانه أداه كما التزمه كما قدمناه. م وأشار إلى أن المرأة لو نذرت صوم هذه السنة فإنها تقضي مع هذه الايام أيام حيضها لان السنة قد تخلو عن الحيض فصح الايجاب، وإلى أنها لو نذرت صوم الغد فوافق حيضها فإنها تقضيه بخلاف ما لو قالت لله علي صوم يوم حيضي لا قضاء لعدم صحته لاضافتة إلى غير محله بخلاف ما إذا قال لله علي صوم يوم النحر فإنه يقضيه إذا أفطر كما تقدم أنه ظاهر الرواية. والفرق أن الحيض وصف للمرأة لا وصف لليوم، وقد ثبت بالاجماع أن طهارتها شرط لادائه، فلما علقت النذر بصفة لا تبقي معها أهلا للاداء لم يصح لانه لا يصح إلا من الاهل كقوله لله علي أن أصوم يوم آكل. كذا في الكشف الكبير. وأشار إلى أنه لا يلزمه قضاء رمضان الذي صامه لانه لا يصح التزامه بالنذر لان صومه مستحق عليه بجهة أخرى، وإلى أنه لو لم يعين هذه السنة وإنما شرط التتابع فهو كما لو عينها فيقضي الايام الخمسة دون شهر

رمضان لان المتابعة لا تعرى عنها لكن يقضيها في هذا الفصل موصولة تحقيقا للتتابع بقدر الامكان. وأطلق قضاء لزوم الايام المنهية فشمل ما إذا نذر بعد هذه الايام المنهية بأن نذر بعد أيام التشريق صو هذه السنة. وحمله في الغاية على ما إذا نذر قبل عيد الفطر، أما إذا قال في شوال لله علي صوم هذه السنة لا يلزمه قضاء يوم الفطر، وكذا لو قال بعد أيام التشريق لا يلزمه قضاء يومي العيدين وأيام التشريق بل يلزمه صيام ما بقي من السنة اه. ويدل على هذا الحمل قوله أفطر

***

[٥١٧]

أياما منهية إذ لا يتصور الفطر بعد المضي لكن قال الشارح الزيلعي: هذا سهو وقع من صاحب الغاية لان قوله هذه السنة عبارة عن اثني عشر شهرا من وقت النذر إلى وقت النذر، وهذه المدة لا تخلو عن هذه الايام فلا يحتاج إلى الحمل فيكون نذرا بها. ورده المحقق في فتح القدير وقال: إن هذا سهو وقع من الزيلعي لان المسألة كما هي في الغاية منقولة في الخلاصة وفتاوى قاضيخان في هذه السنة وهذا الشهر، ولان كل سنة عربية معينة عبارة عن مدة معينة لها مبتدأ ومختتم خاصان عند العرب مبدؤها المحرم وآخرها ذو الحجة. فإذا قال هذه فإنهما يفيد الاشارة إلى التي هو فيها، فحقيقة كلامه أنه نذر بالمدة المستقبلة إلى آخر ذي الحجة، والمدة الماضية التي مبدؤها المحرم إلى وقت التكلم فيلغو في حق الماضي كما يلغو في قوله لله علي صوم أمس. وهذا فرع يناسب هذا لو قال لله علي صوم أمس اليوم أو اليوم أمس لزمه صوم اليوم، ولو قال غداهذا اليوم أو هذا اليوم غدا لزمه صوم أول الوقتين تفوه به، ولو قال شهرا لزمه شهر كامل، ولو قال الشهر وجب بقية الشهر الذي هو فيه لان ذكر الشهر معرفا فينصرف إلى المعهود بالحضور، فإن نوى شهرا فهو على ما نوى لانه محتمل كلامه. ذكره في التجنيس وفيه تأييد لما في الغاية أيضا ا ه‍. ويؤيده ما في الفتاوى الظهيرية أيضا. ولو قال لله علي أن أصوم الشهر فعليه صوم بقية الشهر الذي هو فيه. وما في الفتاوى الولوالجي لو قال لله علي أن أصوم الشهر وجب عليه بقية الشهر الذي هو فيه لانه ذكر الشهر معرفا فينصرف إليه وإن نوى شهرا كاملا فهو كما نوى لانه نوى ما يحتمله اه. ويمكن حمل ما في الغاية على ما إذا لم ينو، وحمل ما ذكره الزيلعي على ما إذا نوى توفيقا وإن كان بعيدا. وبهذا ظهر أن ما ذكره في فتح القدير من كونه يلغو فيما مضى كما يلغو في قوله لله علي صوم أمس ليس بقوي لانه لو كان لغوا لما لزمه بنيته، ولا يصح تشبيهه بصوم الامس لانه لو نوى به صوم اليوم لا يصح ولا يلزمه لانه ليس محتمل كلامه كما لا يخفي. ويدل له ما في الفتاوى الظهيرية: ولو نذر صوم غد ونوى كل ما دار غد لا تصح نيته لان النية إنما تعمل في الملفوظ، ولو قال صوم يوم ونوى كلما

***

[٥١٨]

دار يوم صحت نيته وكذا يوم الخميس اه‍. وفي موضع آخر منها: ولو نذر بصوم شهر قد مضى لا يجب عليه وإن لم يعلم بمضيه لان المنذور به مستحيل الكون. وصرح الزيلعي في الاقالة بأن اللفظ لا يحتمل ضده. وقيد بكون السنة معينة لانها لو كانت منكرة فإن شرط التتابع فكالمعينة كما قدمناه وإلا فلا، فلا تدخل هذه الايام الخمسة ولا شهر رمضان وإنما يلزمه قدر السنة، فإذا صام سنة لزمه قضاء خمسة وثلاثين يوما لان صومه في هذه الخمسة ناقص فلا يجزئه عن الكامل، وشهر رمضان لا يكون إلا عنه فيجب القضاء بقدره. وينبغي أن يصل ذلك بما مضى، وإن لم يصل ذكر في بعض المواضع أنه لم يخرج عن العهدة وهذا غلط والصحيح أنه يخرج. كذا في فتاوى الولوالجي. وأطلقه فشمل ما إذا قصد ما تلفظ به أو لا، ولهذا ذكر الولوالجي في فتاواه: رجل أراد أن يقول لله علي صوم يوم فجرى على لسانه صوم شهر كان عليه صوم شهر، وكذا إذا أراد شيأ فجرى على لسانه الطلاق أو العتاق أو النذر لزمه ذلك لقوله عليه السلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: الطلاق والعتاق والنكاح (١) والنذر في معنى الطلاق والعتاق لانه لا يحتمل الفسخ بعد وقوعه اه‍. وفي الفتاوي الظهيرية: ولو نذر صوم يوم الاثنين أو الخميس فصام ذلك مرة كفاه إلا أن ينوي الابد، ولو أوجب صوم هذا اليوم شهرا أصام ما تكرر منه في ثلاثين يوما يعني إن كان ذلك اليوم يوم الخميس يصوم كل خميس حتى يمضي شهر فيكون الواجب صوم أربعة أيام أو خمسة أيام، وكذلك لو قال لله علي أن أصوم يوم الاثنين سنة. ولو قال لله علي يوما ويوما لزمه صوم يوم إلا أن ينوي الابد كما إذ قال لامرأته أنت طالق يوما ويوما لا. ولو قال لله علي أن أصوم كذا كذا يوما يلزمه صوم أحد عشر يوما وهذا مشكل، وكذا ينبغي أن يلزمه اثنا عشر لان كذا اسم عدد بدليل أنه لو قال لفلان علي كذا درهما يلزمه درهمان وقد جمع بين

عددين ليس بينهما حرف العطف وأقله اثنا
***
[٥١٩]
عشر، ولو قال كذا وكذا يلزمه أحد وعشرون، ولو قال بضعة عشر يلزمه ثلاثة عشر، وسيأتي أجناس هذا في كتاب الاقرار. ولو قال لله علي أن أصوم جمعة، إن أراد بها أيام الجمعة أو لم تكن له نية يلزمه صوم سبعة أيام وإن أراد بها يوم الجمعة يلزمه يوم الجمعة لانه نوى حقيقة كلامه كما لو حلف أن لا يكلم فلانا يوما وأراد به بياض النهار صدق قضاء، ولو قال جمع هذا الشهر فعليه أن يصوم كل يوم جمعة تمر في هذا الشهر. قال شمس الائمة السرخسي: هذا هو الاصح، ولو قال صوم أيام الجمعة فعليه صوم سبعة أيام، ولو قال لله علي أن أصوم السبت ثمانية أيام لزمه صوم سبتين، ولو قال لله علي أن أصوم السبت سبعة أيام لزمه صوم سبعة أسبات لان السبت في سبعة أيام لا يتكرر فحمل كلامه على عدد الاسبات بخلاف الثمانية لان السبت فيها يتكرر، ولو أوجب على نفسه صوما متتابعا فصامه متفرقا لم يجز، وعلى عكسه جاز. ولو قال لله علي أن أصوم يوم الذي يقدم فيه فلان فقدم فيه فلان بعدما أكل أو كانت الناذرة امرأة فحاضت لا يجب شئ في قول محمد وعلى قياس قول أبي حنيفة يجب القضاء. ولو قدم بعد الزوال لا يلزمه شئ في قول محمد ولا رواية فيه عن غيره. ولو قال لله علي أن أصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان شكرا لله تعالى وأراد به اليمين فقدم فلان في يوم من رمضان كان عليه كفارة اليمين ولا قضاء عليه لانه لم يوجد شرط البر وهو الصوم بنية الشكر، ولو قدم فلان قبل أن ينوي صوم رمضان فنوى به عن الشكر ولا ينوي به عن رمضان بر في يمينه لوجود شرط البر وهو الصوم بنية الشكر وأجزأه عن رمضان كما لو صام رمضان بنية التطوع وليس عليه قضاؤه. ولو قال لله علي مثل شهر رمضان، فإن أراد مثله في الوجوب فله أن يفرق، وإن أراد به في التتابع فعليه أن يتابع وإن لم يكن له نية فله أن يصوم متفرقا لانه محتمل لهما فكان له الخيار. ولو قال لله علي أن أصوم عشرة أيام متتابعات فصام خمسة عشر يوما وأفطر يوما لا يدري أن يوم الافطار من الخمسة أو من العشرة فإنه يصوم خمسة أيام أخر متتابعات فيوجد عشرة متتابعة. ولو قال لله علي صوم نصف يوم لا يصح بخلاف نصف ركعة حيث يصح عند محمد، ونصف حج لا يصح. ولو نذر صوم شهرين متتابعين من يوم قدوم فلان فقدم في شعبان بنى بعد رمضان كما في الحيض. ولو قال إن عوفيت صمت كذا لم يجب عليه حتى يقول لله علي وهذا قياس، وفي الاستحسان يجب، فإن لم يكن تعليق لا يجب عليه قياسا ولا استحسانا نظيره ما إذا قال أنا أحج لا شئ عليه. ولو قال إن فعلت كذا فأنا أحج ففعل يلزمه ذلك.
***
[٥٢٠]
ولو قال لله علي صوم آخر يوم من أول الشهر وأول يوم من آخر الشهر لزمه الخامس عشر والسادس عشر. الكل من الظهيرية والولوالجية والخانية وزاد الولوالجي فروعا وبعضها في الخانية وهي: ولو قال لله علي أن أصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان أبدا فقدم فلان ليلا لم يجب عليه شئ لان اليوم إذا قرن به ما يختص بالنهار كالصوم يراد به بياض النهار، وإذا كان كذلك لم يوجد الوقت الذي أوجب فيه الصوم وهو النهار ولو قدم يوما قبل الزوال ولم يأكل صامه وإن قدم قبل الزوال وأكل فيه أو بعد الزوال ولم يأكل فيه صام ذلك اليوم في المستقبل ولا يصوم يومه ذلك لان المضاف إلى الوقت عند وجود الوقت كالمرسل، ولو أرسل كان الجواب هكذا. ولو نذر صوما في رجب أو صلاة فيه جاز عنه قبله في قول أبي يوسف لانه إضافة خلافا لمحمد. وإن كان معلقا بالشرط بأن قال إذا جاء شهر رجب فعلي أن أصوم لا يجوز قبله لان المعلق بالشرط لا يكون سببا قبل الشرط، ويجوز تعجيل الصدقة المضافة إلى وقت كالزكاة. ولو قال لله علي صوم هذا الشهر يوما لزمه صوم ذلك الشهر بعينه متى شاء موسعا عليه إلى أن يموت لان الشهر لا يتصور أن يكون يوما حقيقة وهو بياض النهار فحمل على الوقت فصار كما لو قال لله علي أن أصوم هذا الشهر وقتا من الاوقات. ولو قال لله علي صيام أيام ولا نية له كان عليه صيام عشرة أيام عند أبي حنيفة، وعندهما سبعة أيام. ولو قال لله علي صيام أيام لزمه صوم ثلاثة لانه جمع قليل، ولو قال صيام الشهور فعشرة، وقالا صيام اثنى عشر شهرا. ولو قال لله علصيام السين لزمه صيام الدهر إلا أن ينوي ثلاثا فيكون ما نوى ولو قال لله علي صيام الزمن والحين ولا نية له كان على ستة أشهر. والزمن مثل الحين في العرف ولا علالبي حنيفة بصيام دهر إذا نذره.

وقالا: على ستة أشهر. الكل من الولوالجي. وفي الكافي: لا يختص نذر غير معلق بزمان ومكان ودرهم وفقير اه. وقد قدمنا أن النذر لا يصح بالمعصية للحديث لا نذر في معصية الله تعالى فقال الشيخ قاسم في شرح الدرر: وأما النذر الذي ينذره أكثر العوام على ما هو مشاهد كأن يكون لانسان غائب أو مريض أو له حاجة ضرورية فيأتي بعض الصلحاء فيجعل ستره على رأسه فيقول يا سيدي فلان إن رد غائبي أو عوفي مريضي أو قضيت حاجتي فلك من الذهب كذا أو من الفضة كذا أو من الطعام كذا أو من الماء كذا أو من الشمع كذا أو من الزيت كذا، فهذا النذر باطل بالاجماع لوجوه منها: أنه نذر مخلوق والنذر للمخلوق لا يجوز لانه عبادة والعبادة لا تكون للمخلوق. ومنها أن المنذور له ميت والميت لا يملك. ومنها إن ظن أن الميت يتصرف في الامور دون الله تعالى واعتقاده ذلك كفر اللهم إلا أن قايا الله إني نذرت

***

[٥٢١]

لك إن شفيت مريضي أو رددت غائبي أو قضيت حاجتي أن أطعم الفقراء الذين بباب السيدة نفيسة أو الفقراء الذين بباب الامام الشافعي أو الامام الليث أو أشتري حصرا لمساجدهم أو زيتا لوقودها أو دراهم لمن يقوم بشعائرها إلى غير ذلك مما يكون فيه نفع للفقراء والنذر لله عزوجل. وذكر الشيخ إنما هو محل لصرف النذر لمستحقيه القاطنين برباطه أو مسجده أو جامعه فيجوز بهذا الاعتبار إذ مصرف النذر الفقراء وقد وجد المصرف، ولا يجوز أن يصرف ذلك لغني غير محتاج ولا لشريف منصب لانه لا يحل له الاخذ ما لم يكن محتاجا فقيرا، ولا لذي النسب لاجل نسبه ما لم يكن فقيرا، ولا لذي علم لاجل علمه ما لم يكن فقيرا. ولم يثبت في الشرع جواز الصرف للاغنياء للاجماع على حرمة النذر للمخلوق ولا ينعقد ولا تشتغل الذمة به ولانه حرام بل سحت. ولا يجوز لخادم الشيخ أخذه ولا أكله ولا التصرف فيه بوجه من الوجوه إلا أن يكون فقيرا أو له عيال فقراء عاجزون عن الكسب وهم مضطرون فيأخذونه على سبيل الصدقة المبتدأة، فأخذه أيضا مكروه ما لم يقصد به الناذر التقرب إلى الله تعالى وصرفه إلى الفقراء ويقطع النظر عن نذر الشيخ، فإذا علمت هذا فما يؤخذ من الدراهم والشمع والزيت وغيرها وينقل إلى ضرائح الاولياء تقربا إليهم فحرام بإجماع المسلمين ما لم يقصدوا بصرفها للفقراء الاحياء قولا واحدا اه. قوله: (ولا قضاء إن شرع فيها فأفطر) أي إن شرع في صوم الايام المنهية ثم أفسده فلا قضاء عليه، وعن أبي يوسف ومحمد في النوادر أن عليه القضاء لان الشروع ملزم كالنذر وصار كالشروع في الصلاة في الوقت المكروه، والفرق لابي حنيفة وهو ظاهر الرواية أن بنفس الشروع في الصوم يسمى صائما حتى يحنث به الحالف على الصوم فيصير مرتكبا للنهي فيجب إبطاله ولا تجب صيانته، ووجوب القضاء يبتني عليه ولا يصير مرتكبا للنهي بنفس النذر وهو الموجب، ولا بنفس الشروع في الصلاة حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث له الحالف على الصلاة فيجب صيانة المؤدي فيكون مضمونا بالقضاء. وعن أبي حنيفة أنه لا يجب القضاء في فصل الصلاة أيضا والاظهر هو الاول. كذا في الهداية. وتعقب في فتح القدير والتحرير بأنه يقتضي أنه لو قطع بعد السجدة لا يجب قضاؤها والجواب مطلق في الوجوب. وحينئذ فالوجه أن لا يصح الشروع لانتفاء فائدته من الاداء والقضاء ولا مخلص إلا بجعل الكراهة

***

[٥٢٢]

تنزيهية ا ه‍. ولنا مخلص مع جعلها تحريمية كما هو المذهب بأن يقال: لما شرع في الصلاة لم يكن مرتكبا للمنهي عنه فوجب عليه المضي وحرم القطع بقوله تعالى * (ولا تبطلوا أعمالكم) * (محمد: ٣٣) فلما قيدها بسجدة حرم عليه المضي فتعارض محرمان ومع أحدهما وجوب فتقدم حرمة القطع والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب. باب الاعتكاف ذكره بعد الصوم لما أنه من شرطه كما سيأتي، والشرط يقدم على المشروط. وهو لغة افتعال من عكف إذا دام من باب طلب، وعكفه حبسه ومنه * (والهدي معكوفا) * (الفتح: ٢٥) وسمي به هذا النوع من العبادة لانه إقامة في المسجد مع شرائط. كذا في المغرب وفي الصحاح: الاعتكاف الاحتباس. وفي النهاية إنه متعد فمصدره العكف، ولازم فمصدره العكوف. فالمعتدي بمعنى الحبس والمنع ومنه قوله تعالى * (والهدى معكوفا) * (الفتح: ٢٥) ومنه الاعتكاف في المسجد. وأما اللازم فهو الاقبال على الشئ بطريق المواظبة ومنه قوله تعالى * (يعكفون على أصنام لهم) * () وشرعا اللبث في المسجد مع نيته، فالركن هو اللبث. والكون في المسجد والنية شرطان للصحة، وأما الصوم فيأتي. ومنها

الاسلام والعقل والطهارة عن الجنابة والحيض والنفاس، وأما البلوغ فليس بشرط حتى يصح اعتكاف الصبي العاقل كالصوم، وكذا الذكورة والحرية فيصح من المرأة والعبد بإذن الزوج والمولى ولو نذرا فلمن له الاذن المنع ويقضيانه بعد زوال الولاية بالطلاق البائن والعتق، وأما المكاتب فليس للمولى منعه ولو تطوعا، ولو أذن لها به لم يكن له رجوع لكونه ملكها منافع الاستمتاع بها وهي من أهل الملك بخلاف المملوك لانه ليس من أهله وقد أعاره منافعه وللمعير الرجوع لكنه يكره لخلف الوعد. كذا في البدائع وفيه بحث، لانه لا حاجة إلى التصريح بالاسلام والعقل لما أنهما علما من اشتراط النية لان الكافر والمجنون ليسا بأهل لها. وأما الطهارة من الجنابة فينبغي أن تكون شرطا للجواز بمعنى الحل كالصوم لا للصحة كما صرح به. وأما
***
[٥٢٣]
صفته فالسنية كما ذكره على كلام فيه يأتي، وأما سببه فالنذر إن كان واجبا والنشاط الداعي إلى طلب الثواب إن كان تطوعا، وأما حكمه فسقوط الواجب ونيل الثواب إن كان واجبا، والثاني فقط إن كان نفلا وسيأتي ما يفسده ويكره فيه ويحرم ويندب ومحاسنه كثيرة لان فيه تفريغ القلب عن أمور الدنيا وتسليم النفس إلى المولى والتحصن بحصن حصين وملازمة بيت رب كريم فهو كمن احتاج إلى عظيم فلازمه حتى قضي مآربه فهو يلازم بيت ربه ليغفر له. كذا في الكافي. وفي الاختيار: وهو من أشرف الاعمال إذا كان عن إخلاص. قوله: (سن لبث في مسجد بصوم ونية) أي ونية اللبث الذي هو الاعتكاف. وقد أشار المصنف إلى صفته وركنه وشرائطه. أما الاول فهو السنية وهكذا في كثير من الكتب، وفي القدوري الاعتكاف مستحب، وصحح في الهداية أنه سنة مؤكدة، وذكر الشارح أن الحق انقسامه إلى ثلاثة أقسام: واجب وهو المنذور، وسنة وهو في العشر الاخير من رمضان، ومستحب وهو في غيره من الازمنة. وتبعه المحقق في فتح القدير، والاظهر أنه سنة في الاصل كما اقتصر عليه في المتن تبعا لما صرح به في البدائع وهي مؤكدة وغير مؤكدة. وأطلق عليها الاستحباب لانها بمعناه، وأما الواجب فهو بعارض النذر. وفي البدائع إنه يجب بالشروع أيضا، ولا يخفي أنه مفرع على ضعيف وهو اشتراط زمن للتطوع، وأما على المذهب من أن أقل النفل ساعة فلا، والدليل على تأكده في العشر الاخير مواظبته عليه السلام عليه فيه كما في الصحيحين ولهذا قال الزهري: عجبا للناس كيف تركوا الاعتكاف وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل الشئ ويتركه ولم يترك الاعتكاف منذ دخل المدينة إلى أن مات. فهذه المواظبة المقرونة بعدم الترك مرة لما اقترنت بعدم الانكار على من لم يفعله من الصحابة كانت دليل السنية وإلا كانت دليل الوجوب. كذا في فتح القدير. ولا يخفى أن المواظبة قد اقترنت
***
[٥٢٤]
بالترك وهو ما يفيده الحديث من أنه اعتكف العشر الاخير من رمضان فرأى خياما وقبابا مضروبة فقال: لمن هذا؟ قال: لعائشة وهذا لحفصة وهذا لسودة، فغضب وقال: أترون البر بهذا فأمر بأن تنزع قبته فنزعت ولم يعتكف فيه ثم قضي في شوال. وقد يقال: إن الترك هنا لعذر كما صرح به الفتاوي الظهيرية وقد قدمنا في المواظبة كلاما حسنا في سنن الوضوء فارجع إليه. ولا فرق في المنذور بين المنجز والمعلق. وأشار باللبث إلى ركنه، وبالمسجد والصوم والنية إلى شرائطه لكن ذكره الصوم معها لا ينبغي لانه لا يمكن حمله على المنذور لتصريحه بالسنية، ولا على غيره لتصريحه بعد أن أقله نفلا ساعة فلزم أن الصوم ليس من شرطه. فإن قلت: يمكن حمله على الاعتكاف المسنون سنة مؤكدة وهو العشر الاخير من رمضان فإن الصوم من شرطه حتى لو اعتكفه من غير صوم لمرض أو سفر ينبغي أن لا يصح. قلت: لا يمكن لتصريحهم بأن الصوم إنما هو شرط في المنذور فقط دون غيره، وفرعوا عليه بأنه لو نذر اعتكاف ليلة لم يصح لان الصوم من شرطه والليل ليس بمحل له، ولو نوى اليوم معها لم يصح. كذا في الظهيرية. عن أبي يوسف: إن نوى ليلة بيومها لزمه ولم يذكر محمد هذا التفصيل. ولو قال لله علي أن أعتكف ليلا ونهارا لزمه أن يعتكف ليلا ونهارا وإن لم يكن الليل محلا للصوم لان الليل يدخل فيه تبعا، ولا يشترط للتبع ما يشترط للاصل ولو نذر اعتكاف يوم قد أكل فيه لم يصح ولم يلزمه شئ لانه لا يصح بدون الصوم، وسيأتي بقية تفاريع النذر. ومن تفريعاته هنا أنه لو أصبح صائما متطوعا أو غيرنا وللصوم ثم قال لله علي أن أعتكف هذا اليوم لا يصح وإن كان في وقت تصح فيه نية الصوم لعدم استيفاء النهار، وتمامه في فتح القدير: وفي الفتاوي الظهيرية: ولو قال

علي أن أعتكف
***
[٥٢٥]
شهرا بغير صوم فعليه أن يعتكف ويصوم وقد علم من كون الصوم شرطا أنه يراعي وجوده لا إيجاده للمشروط له قصدا فلو نذر اعتكاف شهر رمضان لزمه وأجزأه صوم رمضان عن صوم الاعتكاف، وإن لم يعتكف قضى شهرا بصوم مقصود لعود شرطه إلى الكمال، ولا يجوز اعتكافه في رمضان آخر ويجوز في قضاء رمضان الاول والمسألة معروفة في الاصول في بحث الامر. قوله: (وأقله نفلا ساعة) لقول محمد في الاصل: إذا دخل المسجد بنية الاعتكاف فهو معتكف ما أقام تارك له إذا خرج فكان ظاهر الرواية، واستنبط المشايخ منه أن الصوم ليس من شرطه على ظاهر الرواية لان مبني النفل على المسامحة حتى جازت صلاته قاعدا أو راكبا مع قدرته على الركوب والنزول. ونظر فيه المحقق في فتح القدير بأنه لا يمتنع عند العقل القول بصحة اعتكاف ساعة مع اشتراط الصوم له وإن كان الصوم لا يكون أقل من يوم. وحاصله أن من أراد أن يعتكف فليصم، سواء كان يريد اعتكاف يوم أو دونه، ولا مانع من اعتبار شرط يكون أطول من مشروطه ومن ادعاه فهو بلا دليل، فهذا الاستنباط غير صحيح بلا موجب فالاعتكاف لا يقدر شرعا بكمية لا تصح دونها كالصوم بل كل جزء منه لا يفتقر في كونه عبادة إلى الجزء الآخر ولم يستلزم تقدير شرطه تقديره ا ه‍. ولا يخفى أن ما ادعاه أمر عقلي مسلم، وبهذا لا يندفع ما صرح به المشايخ الثقات من أن ظاهر الرواية أن الصوم ليس من شرطه، وممن صرح به صاحب المبسوط وشرح الطحاوي وفتاوي قاضيخان والذخيرة والفتاوي الظهيرية والكافي للمصنف والبدائع والنهاية وغاية البيان والتبيين
***
[٥٢٦]
وغيرهم، والكل مصرحون بأن ظاهر الرواية أن الصوم ليس من شرطه لكن وقع لصاحب المبسوط أنه قال: وفي ظاهر الرواية يجوز النفل من الاعتكاف من غير صوم فإنه قال في الكتاب: إذا دخل المسجد بنية الاعتكاف فهو معتكف ما أقام تارك له إذا خرج، وظاهره أن مستند ظاهر الرواية ما ذكره في الكتاب. ولا يمتنع أن يكون مستنده صريحا آخر بل هو الظاهر لنقل الثقات، وعبارة البدائع: وأما اعتكاف التطوع فالصوم ليس بشرط لجوازه في ظاهر الرواية، وروي الحسن أنه شرط، واختلاف الرواية فيه مبني على اختلاف الرواية في اعتكاف التطوع أنه مقدر بيوم أو غير مقدر. ذكر محمد في الاصل أنه غير مقدر فلم يكن الصوم شرطا لان الصوم مقدر بيوم إذ صوم بعض اليوم ليس بمشروع فلا يصلح شرطا لما ليس بمقدر ا ه‍. وهي تفيد أن ظاهر الرواية مروي لا مستنبط، وأشار إلى أنه لو شرع في النفل ثم قطعه لا يلزمه القضاء في ظاهر الرواية لانه غير مقدر فلم يكن قطعه إبطالا، وقد ذكروا في الحيض أن الساعة اسم لقطعة من الزمن عند الفقهاء ولا يختص بخمسة عشر درجة كما يقوله أهل الميقات فكذا هنا. وأطلق في المسجد فأفاد أن الاعتكاف يصح في كل مسجد وصححه في غاية البيان لاطلاق قوله تعالى * (وأنتم عاكفون في المساجد) * (البقرة: ١٨٧) وصحح قاضيخان في فتاواه أنه يصح في كل مسجد له أذان وإقامة. واختار في الهداية أنه لا يصح إلا في مسجد الجماعة، وعن أبي يوسف تخصيصه بالواجب أما في النفل فيجوز في غير مسجد الجماعة. ذكره في النهاية. وصحح في فتح القدير عن بعض المشايخ ما روي عن أبي حنيفة أن كل مسجد له إمام ومؤذن معلوم ويصلي فيه الخمس بالجماعة يصح الاعتكاف فيه. وفي الكافي: أراد به أبو حنيفة غير الجامع فإن الجامع يجوز الاعتكاف فيه وإن لم يصلوا فيه الصلوات كلها. ويوافقه ما في غاية البيان عن الفتاوي: يجوز الاعتكاف في الجامع وإن لم يصلوا فيه بالجماعة. وهذا كله لبيان الصحة، وأما الافضل فإن يكون في المسجد الحرام ثم في مسجد المدينة وهو مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم مسجد بيت المقدس، ثم مسجد الجامع ثم المساجد العظام التي كثر أهلها. كذا في البدائع وشرح الطحاوي. وظاهره أن المجاورة بمكة ليس بمكروه، والمروي عن أبي حنيفة الكراهة، وعلى قولهما لا بأس به
***
[٥٢٧]
وهو الافضل. قال في النهاية: وعليه عمل الناس اليوم إلا أن يقال: إن مرادهم الاعتكاف فيه في أيام الموسم فلا يدل على المسألة. قوله: (والمرأة تعتكف في مسجد بيتها) يريد به الموضع المعد للصلاة لانه أستر لها. قيد به لانها لو اعتكفت في غير موضع صلاتها من

بيتها، سواء كان لها موضع معد أو لا، لا يصح اعتكافها. وأشار بقوله تعتكف دون أن يقول يجب عليها إلى أن اعتكافها في مسجد بيتها أفضل فأفاد أن اعتكافها في مسجد الجماعة جائز وهو مكروه، ذكره قاضيخان وصححه في النهاية: وظاهر ما في غاية البيان أن ظاهر الرواية عدم الصحة. وفي البدائع أن اعتكافها في مسجد الجماعة صحيح بلا خلاف بين أصحابنا، والمذكور في الاصل محمول على نفي الفضيلة لا نفي الجواز. وأشار بجعله كالمسجد إلا أنها لو خرجت منه ولو إلى بيتها بطل اعتكافها إن كان واجبا وانتهى إن كان نفلا. والفرق بينهما أنها تثاب في الثاني دون الاول وهكذا في الرجل. وفي الفتاوي الظهيرية: ولو نذرت المرأة اعتكاف شهر فحاضت تقضي أيام حيضها متصلا بالشهر وإلا استقبلت، وقد تقدم أنها لا تعتكف إلا بإذن زوجها إن كان لها زوج ولو واجبا. وفي المحيط: ولو أذن لها في الاعتكاف فأرادت أن تعتكف متتابعا فللزوج أن يأمرها بالتفريق لانه لم يأذن. لها في الاعتكاف متتابعا لا نصا ولا دلالة، ولو أذن لها في اعتكاف شهر أو صوم شهر بعينه فاعتكفت أو صامت فيه متتابعا ليس له منعها لانه أذن لها في التتابع ضرورة أنه متتابع وقوعا. قوله: (ولا يخرج منه إلا لحاجة شرعية كالجمعة أو طبيعية كالبول والغائط) أي لا يخرج المعتكف اعتكافا واجبا من مسجده إلا لضرورة مطلقة لحديث عائشة: كان عليه السلام لا يخرج من معتكفه إلا لحاجة الانسان ولانه معلوم وقوعها، ولا بد من الخروج في بعضها فيصير الخروج لها مستثنى، ولا يمكث بعد فراغه من الطهور لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها، وأما الجمعة فإنها من أهم حوائجه وهي معلومة وقوعها ويخرج حين تزول الشمس لان الخطاب يتوجه بعده، وإن كان منزله بعيدا عنه يخرج في وقت يمكنه إدراكها وصلاة أربع قبلها، وركعتان تحية المسجد يحكم في ذلك رأيه أن يجتهد في خروجه على إدراك سماع الجمعة لان السنة إنما تصلي قبل خروج الخطيب. كذا قالوا مع تصريحهم بأنه إذا شرع في الفريضة حين دخل المسجد أجزأه عن تحية المسجد لان التحية تحصل بذلك فلا حاجة إلى تحية

***

[٥٢٨]

غيرها في تحقيقها وكذا السنة. فما قالوه هنا من صلاة التحية ضعيف ويصلي بعدها السنة أربعا على قوله، وستا على قولهما. ولو أقام في الجامع أكثر من ذلك لم يفسد اعتكافه لانه موضع الاعتكاف إلا أنه يكره لانه التزم أداءه في مسجد واحد فلا يتمه في مسجدين من غير ضرورة، وقد ظهر بما ذكروه أن الاربع التي تصلى بعد الجمعة وينوي بها آخر ظهر عليه لا أصل لها في المذهب لانهم نصوا هنا على أن المعتكف لا يصلي إلا السنة البعدية فقط، ولان من اختارها من المتأخرين فإنما اختارها للشك في أن جمعته سابقة أولا بناء على عدم جواز تعددها في مصر واحد، وقد نص الامام شمس الائمة السرخسي على أن الصحيح من مذهب أبي حنيفة جواز إقامتها في مصر واحد في مسجدين فأكثر - قال - وبه نأخذ. وفي فتح القدير وهو الاصح فلا ينبغي الافتاء بها في زماننا لما أنهم تطرقوا منها إلى التكاسل عن الجمعة بل ربما وقع عندهم أن الجمعة ليست فرضا وإن الظهر كاف، ولا خفاء في كفر من اعتقد ذلك فلذلك نبهت عليها مرارا. قيدنا يكون الاعتكاف واجبا لانه لو كان نفلا فله الخروج لانه منه له لا مبطل كما قدمناه، ومراده يمنع الخروج الحرمة يعني يحرم على المعتكف الخروج ليلا أو نهارا. وصرح بالحرمة صاحب المحيط وأفاد أنه لا يخرج لعيادة المريض وصلاة الجنازة لعدم الضرورة المطلقة للخروج. كذا في غاية البيان. وفي المحيط: ولو أحرم المعتكف بحجة أو عمرة أقام في اعتكافه إلى أن يفرغ منه ثم يمضي في إحرامه لانه أمكنه إقامة الامرين، فإن خاف فوت

***

[٥٢٩]

الحج يدع الاعتكاف ويحج ثم يستقبل الاعتكاف لان الحج أهم من الاعتكاف لانه يفوت بمضي يوم عرفة وإدراكه في سنة أخرى موهوم، وإنما يستقبله لان هذا الخروج وإن وجب شرعا فإنما وجب بعقده وإيجابه. وعقده لم يكن معلوم الوقوع فلا يصير مستثنى عن الاعتكاف. وأشار إلى أنه لو خرج لحاجة الانسان ثم ذهب لعيادة المريض أو لصلاة الجنازة من غير أن يكون لذلك قصد فإنه جائز بخلاف ما إذا خرج لحاجة الانسان ومكث بعد فراغه أنه ينتقض اعتكافه عند أبي حنيفة، قل أو كثر، وعندهما لا ينتقض ما لم يكن أكثر من نصف يوم. كذا في البدائع. قوله: (فإن خرج ساعة بلا عذر فسد) لوجود المنافي. أطلقه فشمل القليل والكثير وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا يفسد إلا بأكثر من نصف يوم وهو الاستحسان لان في القليل ضرورة - كذا في الهداية - وهو يقتضي ترجيح

قولهما. ورجح المحقق في فتح القدير قوله لان الضرورة التي يناط بها التخفيف اللازمة أو الغالبة وليس هنا كذلك، وأراد بالعذر ما يغلب وقوعه كالمواضع التي قدمها وإلا لو أريد مطلقه لكان الخروج ناسيا أو مكرها غير مفسد لكونه عذرا شرعيا وليس كذلك بل هو مفسد كما صرحوا به. وبما قررناه ظهر القول بفساده فيما إذا خرج لانهدام المسجد أو لتفرق أهله أو أخرجه ظالم أو خاف على متاعه كما في فتاوي قاضيخان والظهيرية خلافا للشارح الزيلعي أو خرج لجنازة وإن تعينت عليه أو لنفير عام أو لاداء شهادة أو لعذر المرض أو لانقاذ غريق أو حريق، ففرق الشارح هنا بين هذه المسائل حيث جعل بعضها مفسدا والبعض لا، تبعا لصاحب البدائع مما لا ينبغي. نعم الكل عذر مسقط للاثم بل قد يجب عليه الافساد إذا تعينت عليه صلاة الجنازة أو أداء الشهادة بأن كان ينوي حقه إن لم يشهد أولا نجاء غريق ونحوه، والدليل على ما ذكره القاضي ما ذكره الحاكم في كافيه بقوله: فأما في قولابي حنيفة فاعتكافه فاسد إذا خرج ساعة لغير غائط أو بول أو جمعة ا ه. فكان مفسرا للعذر المسقط للفساد. وفي فتاوي قاضيخان والولوالجي: وصعود المئذنة إن كان بابها في المسجد لا يفسد الاعتكاف، وإن كان الباب خارج المسجد فكذلك في ظاهر الرواية. قال بعضهم: هذا في المؤذن لان خروجه للاذان يكون مستثنى عن الايجاب، أما في غير المؤذن فيفسد الاعتكاف، والصحيح أن هذا قول الكل في حق الكل لانه خرج لاقامة سنة الصلاة وسنتها تقام في موضعها فلا تعتبر خارجا ا ه. وفي
***

[٥٣٠]

التبيين: ولو كانت المرأة معتكفة في المسجد فطلقت لها أن ترجع إلى بيتها وتبني على اعتكافها ا ه. وينبغي أن يكون مفسدا على ما اختاره القاضي لانه لا يغلب وقوعه، وأراد بالخروج انفصال قدميه احترازا عما إذا خرج رأسه إلى داره فإنه لا يفسد اعتكافه لانه ليس بخروج، إلا ترى أنه لو حلف أنه لا يخرج من الدار ففعل ذلك لا يحنث. كذا في البدائع. وقد علمت أن الفساد لا يتصور إلا في الواجب وإذا فسد وجب عليه القضاء بالصوم عند القدرة جبرا لما فاته إلا في الردة خاصة غير أن المنذور به إن كان اعتكاف شهر بعينه يقضي قدر ما فسد لا غير، ولا يلزمه الاستقبال كالصوم المنذور بشهر بعينه إذا أفطر يوما وجب قضاؤه ولا يلزمه الاستقبال كما في صوم رمضان، وإن كان اعتكاف شهر بغير عينه يلزمه الاستقبال لانه لزمه متتابعا فيراعي فيه صفة التتابع، وسواء فسبصنعه بغير عذر كالخروج والجماع والاكل والشرب في النهار إلا الردة. أو فسد بصنعه لعذر كما إذا مرض فاحتاج إلى الخروج فخرج أو بغير صنعه رأسا كالحيض والجنون والاغماء الطويل. والقياس في الجنون الطويل أن يسقط القضاء كما في صوم رمضان إلا أن في الاستحسان يقضي لانه لا حرج في قضاء الاعتكاف. كذا في البدائع. وبهذ علم أن مفسداته عى ثلاثة أقسام، ولا يفسد الاعتكاف سباب ولا جدال ولا سكر في الليل. قوله: (وأكله وشربه ونومه ومبايعته فيه) يعني يفعل المعتكف هذه الاشياء في المسجد، فإن خرج لاجلها بطل اعتكافه لانه لا ضرورة إلى الخروج حيث جازت فيه. وفي الفتاوي الظهيرية: وقيل يخرج بعد الغروب للاكل والشرب ا ه. وينبغي حمله على ما إذا لم يجد من يأتي له به فحينئذ يكون من الحوائج الضرورة كالبول والغائط. وأراد بالمبايعة البيع والشراء وهو الايجاب والقبول، وأشار بالمبايعة إلى كل عقد احتاج إليه فله أن يتزوج ويراجع كما في البدائع. وأطلق المبايعة فشملت ما إذا كانت للتجارة، وقيده في الذخيرة بما لا بد له منه كالطعام، أما إذا أراد أن يتخذ ذلك متجرا فإنه مكروه وإن لم يحضر السلعة واختاره قاضيخان في فتاواه ورجحه الشارح لانه منقطع إلى الله تعالى فلا ينبغي له أن يشتغل بأمور الدنيا. وقيد بالمعتكف لان غيره يكره له البيع مطلقا لنهيه عليه السلام عن البيع والشراء في المسجد، وكذا كره فيه التعليم والكتابة والخياطة بأجر. وكل شئ يكره فيه كره في سطحه. واستثنى البزازي من كراهة التعليم بأجر فيه أن يكون لضرورة الحراسة ويكره لغيره النوم فيه. وقيل: إذا كان غريبا فلا بأس أن ينام فيه. كذا في فتح القدير. والاكل والشرب كالنوم. وفي البدائع: وإن غسل المعتكف رأسه في المسجد فلا بأس به إذا لم يلوث بالماء المستعمل، فإن كان بحيث يتلوث المسجد يمنع منه لان تنظيف المسجد واجب، ولو توضأ في المسجد في
***

[٥٣١]

إناء فهو على هذا التفصيل ا ه. بخلاف غير المعتكف فإنه يكره له التوضؤ في المسجد ولو في إناء إلا أن يكون موضعا اتخذ لذلك لا يصلي فيه. وفي فتح القدير خصال لا تنبغي في المسجد لا يتخذ طلايقا، ولا يشهر فيه سلاح، ولا ينبض فيه بقوس، ولا ينثر فيه نبل،

ولا يمر فيه بلحم ني، ولا يضرب فيه حد، ولا يتخذ سوقا (١) رواه ابن ماجه في سننه عنه عليه السلام قوله: (وكره إحضار المبيع والصمت والتكلم إلا بخير) أما الاول فلان المسجد محرز عن حقوق العباد وفيه شغله بها ولهذا قالوا: لا يجوز غرس الاشجار فيه. والظاهر أن الكراهة تحريمية لانها محل إطلاقهم كما صرح به المحقق في فتح القدير أول الزكاة، ودل تعليلهم أن المبيع لو كان لا يشغل البقعة لا يكره إحضاره كدراهم ودنانير يسيرة أو كتاب ونحوه. وأفاد الاطلاق أن إحضار الطعام المبيع الذي يشتريه ليأكله مكروه، وينبغي عدم كراهته كما لا يخفي. وأما الثاني وهو الصمت فالمراد به ترك التحدث مع الناس من غير عذر وقد ورد النهي عنه. وقالوا: إن صوم الصمت من فعل المجوس لعنهم الله تعالى. وخصه الامام حميد الدين الضرير بما إذا اعتقده قربة، أما إذا لم يعتقده قربة فلا يكره للحديث من صمت نجا. وأما الثالث وهو أنه لا يتكلم إلا بخير فلقوله تعالى * (وقل لعبادي يقولوا التي هي أحسن) * (الاسراء: ٥٣) وهو بعمومه يقتضي أن لا يتكلم خارج المسجد إلا بخير فالمسجد أولى. كذا في غاية البيان. وفي التبيين: وأما التكلم بغير خير فإنه يكره لغير المعتكف فما ظنك للمعتكف ا ه. وظاهره أن المراد بالخير هنا ما لا إثم فيه فيشمل المباح وبغير الخير ما فيه إثم، والاولى تفسيره بما فيه ثواب يعني أنه يكره للمعتكف أن يتكلم بالمباح بخلاف غيره ولهذا قالوا: الكلام المباح في المسجد مكروه يأكل الحسنات كما تأكل

***

[٥٣٢]

النار الحطب. صرح به فتح القدير قبيل باب الوتر لكن قال الاسبيجابي: ولا بأس أن يتحدث بما لا إثم فيه. وقال في الهداية: لكنه يتجانب ما يكون مأثما. والظاهر ما ذكرناه كما لا يخفي قالوا: ويلازم قراءة القرآن والحديث والعلم والتدريس وسير النبي صلى الله عليه وسلم وقصص الانبياء وحكايات الصالحين وكتابة أمور الدين. قوله: (ويحرم الوطئ ودواعيه) لقوله تعالى * (ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد) * (البقرة: ١٨٧) لان المباشرة تصدق على الوطئ ودواعيه فيفيد تحريم كل فرد من أفراد المباشرة جماع أو غيره لانه في سياق النهي فيفيد العموم. والمراد بدواعيه المسن والقبلة وهو كالحج والاستبراء والظهار لما حرم الوطئ لها حرم دواعيه لان حرمة الوطئ ثبتت بصريح النية ففويت فتعدت إلى الدواعي. أما في الحج فلقوله تعالى * (فلا رفث) * (البقرة: ١٩٧) وأما في الاستبراء فللحديث لا تنكح الحيالى حتى يضعن ولا الحالى حتى يستبرئن بحيضه. وأما في الظهار فلقوله تعالى * (من قبل أن يتماسا) * (المجادلة: ٣) بخلاف الحيض والصوم حيث لا تحرم الدواعي فيهما لان حرمة الوطئ لم تثبت بصريح النهي. ولكثرة الوقوع فلو حرم الدواعي لزم الحرج وهو مدفوع، ولان النص في الحيض معلول بعلة الاذى وهو لا يوجد في الدواع. قوله: (ويبطل بوطئه) لانه محذور بالنص فكان مفسدا له. أطلقه فشمل ما إذا كان عامدا أو ناسيا نهارا أو ليلا أنزل أو لا بخلاف الصوم إذا كان ناسيا. والفرق أن حالة المعتكف مذكرة كحالة الاحرام والصلاة وحالة الصائم غير مذكرة، وقيد بالوطئ لان الجماع فيما دون الفرج أو التقبيل، أو اللمس لا يفسد إلا إذا أنزل وأن أمنى بالتفكر أو النظر لا يفسد اعتكافه، وإن أكل أو شرب ليلا لم يفسد اعتكافه، وإن أكل نهارا فإن عامدا فسد لفساد الصوم، وإن ناسيا لا لبقاء الصوم، والاصل أن ما كان من مخظورات الاعتكاف وهو ما منع عنه لاجل الاعتكاف لا لاجل الصوم لا يختلف فيه العمد والسهو والنهار والليل كالجماع والخروج، وما كان من محضورات الصوم وهو مانع عنه لاجل الصوم يختلف فيه العمد والسهو والنهار والليل كالاكل والشرب. كذا في البدائع قوله: (ولزمه الليالي بنذر اعتكاف أيام) كقوله بلسانه لله علي أن أعتكف ثلاثة أيام أو ثلاثين يوما لان ذكر الايام على سبيل الجمع يتناول ما بإزائها من الليالي. يقال ما رأيتك منذ أيام والمراد بلياليها. وأشار إلى أنه يلزمه الايام بنذر اعتكاف الليالي لان ذكر أحد العددين على طريق الجمع ينتظم ما بإزائه من العدد الآخر لقصة زكريا عليه السلام فإنه قال الله تعالى * (قال آيتك لا تكلم

***

[٥٣٣]

الناس ثلاثة أيام إلا رمزا) * (آل عمران: ٤١) وقال في آية أخرى * (قال آيتك أن لا تكلم الناس ثلاث ليال سويا) * (مريم: ١٠) والقصة واحدة. والرمز الاشارة باليد أو بالرأس أو بغيرهما وهذا عند نيتهما أو عدم النية، أما لو نوى في الايام النهار خاصة صحت نيته لانه نوحقيقة كلامه بخلاف ما إذا نوى بالايام الليالي خاصة حيث لم تعمل نيته، ولزمه الليالي والنهار لانه نوى ما لا يحتمله كلامه.

كذا في البدائع كما إذا أنذر أن يعتكف شهرا ونوى النهار خاصة أو الليل خاصة لا تصح نيته لان الشهر اسم لعدد مقدر مشتمل على الايام والليالي فلا يحتمل ما دونه إلا أن يصرح ويقول شهرا بالنهار لزمه كما قال، أو يستثني ويقول إلا الليالي لان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكأنه قال ثلاثين نهارا. ولو نذر ثلاثين ليلة ونوي الليالي خاصة صح لانه نوى الحقيقة. ولا يلزمه شئ لان الليالي ليست محلا للصوم. كذا الكافي. وكذا في لو نذر أن يعتكف شهرا واستثنى الايام لا يجب عليه شئ لان الباقي الليالي المجردة، ولا يصح فيها لمنافاتها شرطه وهو الصوم. كذا في فتح القدير. قيدنا كونه نذر بلسانه لان مجرد نية القلب لا يلزمه بها شئ. قوله: (وليلتان بنذر يومين) يعني لزمه اعتكاف ليلتين مع يوميهما إذا نذر اعتكاف يومين لان المثنى كالجمع. فحاصله أنه إما أن يأتي بلفظ المفرد أو المثنى أو المجموع، وكل منهما إما أن يكون اليوم أو الليل فهي ستة، وكل منها إما أن ينوي الحقيقة أو المجاز أو ينويهما أو لم تكن له نية فهي أربعة وعشرون، وقد تقدم حكم المجموع والمثنى بأقسامهما، بقي حكم المفرد فإن قال لله علي أن أعتكف يوما لزمه فقط، سواء نواه فقط أو لم تكن له نية، ولا يدخل ليلته ويدخل المسجد قبل الفجر ويخرج بعد الغروب، فإن نوى الليلة معه لزماه، ولو نذر اعتكاف ليلة لم يصح، سواء كان نواها فقط أو لم تكن له نية، فإن نوى اليوم معها لم يصح كما قدمناه عن الظهيرية. وفي فتاوي قاضيخان: لو نذر اعتكاف ليلة ونوى

***

[٥٣٤]

اليوم لزمه الاعتكاف، وإن لم ينوي يلزمه شئ، ولا معارضة لما في الكتابين لان ما في الظهيرية إنما هو أنه نوي اليوم معها وهنا نوى بالليلة اليوم فليتأمل. وفي الكافي: ومتى دخل في اعتكافه الليل أو النهار فابتداؤه من الليل لان الاصل أن كل ليلة تتبع اليوم الذي بعدها ألا ترى أنه يصلي التراويح في أول ليلة من رمضان ولا يفعل ذلك في أول ليلة من شوال. وفي فتاوي الولوالجي من كتاب الاضحية: الليلة في كل وقت تبع لنهار يأتي إلا في أيام الاضحى تبع لنهار ما مضي رفقا بالناس ا ه. وفي المحيط من كتاب الحج: والليالي كلها تابعة للايام المستقبلة لا للايام الماضية إلا في الحج فإنها في حكم الايام الماضية، فليلة عرفة تابعة ليوم التروية، وليلة النحر تابعة ليوم عرفة اه. فتحصل أنها تبع لما يأتي إلا في ثلاثة مواضع، وإما قوله تعالى * (ولا الليل سابق النهار) * (يس: ٤٠) فقال الامام فخر الدين الرازي في تفسيره: إن سلطان الليل وهو القمر ليس يسبق الشمس وهي سلطان النهار. وقيل: تفسيره الليل لايدخل وقت النهار. وأطال الكلام في بيان الوجه الاول فراجعه. فعلى هذا إذا ذكر المثني أو المجموع يدخل المسجد قبل الغروب ويخرج بعد الغروب من آخر يوم نذره كما صرح بهقاضيخان في فتاواه، وصرح بأنه إذا قال أياما يبدأ بالنهار فيدخل المسجد قبل طلوع الفجر ا ه. فعلى هذا لا يدخل الليل في نذر الايام إلا إذا ذكر له عددا معينا كما لا يخفى. ثم الاصل أنه متى دخل في اعتكافه الليل والنهار فإنه يلزمه متتابعا ولا يجزيه لو فرق، ومتى لم يدخل الليل جاز له التفرق كالتتابع، فإذا انذر اعتكاف شهر لزمه شهر بالايام والليالي متتابعا في ظاهر الرواية بخلاف ما إذا نذر أن يصوم شهرا لا يلزمه التتابع. كذا في البدائع وفتاوي قاضيخان.

***

[٥٣٥]

وفي الخلاصة من الايمان من الجنس الثالث في النذر: ولو قال لله علي صوم شهر، إن قال صوم شهر بعينه كرجب يجب عليه التتابع، ولو أفطر يوما لا يلزمه الاستقبال كما في رمضان. وإنما يلزمه القضاء. وإن قال لله علي صوم شهر ولم يعين، إن قال متتابعا لزمه متتابعا، وإن أطلق لا يلزمه التتابع، وفي الاعتكاف يلزمه بصفة التتبع في المعين وغير المعين. ثم في الصوم والاعتكاف إن أفسد يوما إن كان شهرا معينا لا يلزمه الاستقبال وإن كان غير معين لزمه ا ه. يعني لزمه الاستقبال في الصوم إن ذكر التتابع وفي الاعتكاف مطلقا، وعلل له في المبسوط بأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى، وما أوجب الله متتابعا إذا أفطر فيه يوما لزمه الاستقبال كصوم الظهار والقتل، والاطلاق في الاعتكاف كالتصريح بالتتابع بخلاف الاطلاق في نذر الصوم. والفرق بينهما أن الاعتكاف يدوم بالليل والنهار فكان متصل الاجزاء، وما كان متصل الاجزاء لا يجوز تفريقه إلا بالتنصيص عليه بخلاف الصوم فإنه لا يوجد ليلا فكان متفرقا وما كان متفرقا في نفسه لا يجب الوصل فيه إلا بالتنصيص اه. وأطلق في النذر فشمل ما إذا نذر اعتكاف يوم العيد فإنه منعقد، ويجب عليه قضاؤه في وقت آخر لان الاعتكاف لا يصح إلا بالصوم والصوم فيه حرام، وكفر عن يمينه أن أراد يمينا لفوات البر، وإن

اعتكف فيه أجزأه وقد أساء كما في الصوم. كذا في فتاوي الولوالجي وغيرها. وقد علم مما قدمناه في الصوم أنه لو نذر اعتكاف يوم أو شهر معين فاعتكف قبله يجوز لما أن التعجيل بعد وجود السبب جائز وقد صرحوا به هنا وذكروا فيه خلافا. وينبغي أن لا يكون فيه خلاف كما ذكرناه، وكذا يلغو تعيين المكان كما إذا نذر الاعتكاف بالمسجد الحرام فاعتكف في غيره فإنه يجوز. وفي الفتاوي الظهيرية: ولو نذر اعتكاف شهر ثم عاش عشرة أيام ثم مات أطعم عنه عن جميع الشهر. وفي الكافي: وليلة القدر في رمضان دائرة لكنها تتقدم وتتأخر، وعندهما تكون في رمضان ولا تتقدم ولا تتأخر حتى لو قال لعبده أنت حر ليلة القدر، فإن قال قبل دخول رمضان عتق إذا انسلخ الشهر، وإن قال بعد مضي ليلة منه لم يعتق حتى ينسلخ رمضان من العام القابل عنده لجواز أنها كانت في الشهر الماضي في الليلة الاولى، وفي الشهر الآتي في الليلة الاخيرة، وعندهما إذا مضى ليلة منه في العام القابل عتق لانها لا تتقدم ولا تتأخر. وفي المحيط: الفتوى على قول
***
[٥٣٦]
أبي حنيفة لكن قيده بما إذا كان الحالف فقيها يعرف الاختلاف، وإن كان عاميا فليلة القدر ليلة السابع والعشرين وجعل مذهبهما أنها في النصف الاخير من رمضان، نخالف ما في الكافي. وذكر في فتاوي قاضيخان أن المشهور عن أبي حنيفة أنها تدور في السنة وقد تكون في رمضان وقد تكون في غيره. وفي فتح القدير: وأجاب أبو حنيفة عن الادلة المفيدة لكونها في العشر الاواخر بأن المراد بذلك الرمضان الذي كان عليه الصلاة والسلام التمسها فيه، والسياقات تدل عليه لمن تأمل طرق الاحاديث وألفاظها كقوله إن الذي تطلب أمامك وإنما كان يطلب ليلة القدمن تلك السنة. ومن علاماتها أنها بلجة ساكنة لا حارة ولا قارة، تطلع الشمس صبحيتها بلا شعاع كأنها طست. كذا قالوا، وإنما أخفيت ليجتهد في طلبها فينال بذلك أجر المجتهدين في العبادة كما أخفى سبحانه الساعة ليكونوا على وجل من قيامها بغتة والله سبحانه وتعالى أعلم.
***
[٥٣٧]
كتاب الحج لما كان مركبا من المال والبدن وكان واجبا في العمر مرة أخره ولمراعاة ترتيب حديث الصحيحين بني الاسلام على خمس وختم بالحج، وفي رواية ختم بالصوم وعليها اعتمد البخاري في تقديم الحج على الصوم. وهو في اللغة - بفتح الحاء وكسرها وبهما قرئ في التنزيل - القصد إلى معظم لا مطلق القصد كما ظنه الشارح وجعله كالتيمم وفي الفقه ما ذكره بقوله قوله: (هو زيارة مكان مخصوص في زمان مخصوص بفعل مخصوص) والمراد بالزيارة الطواف والوقوف، والمراد بالمكا المخصوص البيت الشريف والجبل المسمى بعرفات، والمراد بالزمان المخصوص في الطواف من طلوع الفجر يوم النحر إلى آخر العمر، وفي الوقوف زوال الشمس يوم عرفة إلى طلوع الفجر يوم النحر. وبهذا التقرير ظهر أن الحج اسم لافعال مخصوصة من الطواف الفرض والوقوف في وقتهما محرما بنية الحج سابقا كما سيأتي أن الاحرام شرط. واندفع به ما قرره الشارح من فهم كلام المصنف على أنه في الشريعة جعل لقصد خاص من زيادة وصف فإن المصنف لم يتعرض للقصد. وإنما عرفه بالزيارة وهي فعل
***
[٥٣٨]
لا قصد بدليل ما في عمدة الفتاوي: إذا حلف ليزورن فلانا غدا فذهب ولم يؤذن له يحنث ولو لم يستأذن ورجع يحنث ا ه‍. فلا بد من الذهاب مع الاستئذان، وسلم من بحث المحقق ابن الهمام على المشايخ من أن التعريف بالقصد الخاص تعريف له بشرطه وليوافق تعريف بقية العبادات فإن الصلاة اسم لافعال مخصوصة هي القيام والقراءة والركوع والسجود، والصوم اسم للامساك الخاص، والزكاة اسم للايتاء المخصوص فليكن الحج اسما لافعال مخصوصة. ولا يراد بالزيارة زيارة البيت فقط فإنه حينئذ يصير الحج اسما للطواف فقط وليس كذلك فإن ركنه شيآن: الطواف بالبيت والوقوف بعرفة بالشرط السابق، ويشكل عليه ما قالوا: إن المأمور بالحج إذا مات بعد الوقوف بعرفة قبل طواف الزيارة فإنه يكون مجزئا بخلاف ما إذا رجع قبله فإنه لا وجود للحج إلا بوجود ركنيه ولم يوجدا فينبغي أن لا يجزئ الآمر، سواء مات المأمور أو رجع، وسببه البيت لانه يضاف إليه ولهذا لم يتكرر الحج عن المكلف، وشرائطه ثلاثة: شرائط وجوب، وشرائط وجوب أداء، وشرائط صحة، فالاولى ثمانية على
***

[٥٣٩]
الاصح: الاسلام والعقل والبلوغ والحرية والوقت والقدرة على الزاد والقدرة على الراحلة والعلم بكون الحج فرضا، وقد ذكر المصنف منها ستة وترك الاول والاخير والعذر له كغيره أنهما شرطان لكل عبادة، وقد يقال كذلك العقل والبلوغ والعلم المذكور يثبت لمن في دار الاسلام بمجرد الوجود فيها، سواء علم بالفرضية أو لم يعلم. ولا فرق في ذلك بين أن يكون نشأ على الاسلام فيها أو لا فيكون ذلك علما حكميا، ولمن في دار الحرب بإخبار رجلين أو رجل وامرأتين ولو مستورين أو واحد عدل، وعندهما لا تشترط العدالة والبلوغ والحرية فيه وفي نظائره الخمسة كما عرف أصولا وفروعا، والثانية خمسة على الاصح: صحة البدن وزوال الموانع الحسية عن الذهاب إلى الحج وأمن الطريق وعدم قيام العدة في حق المرأة وخروج الزوج أو المحرم معها. والثالثة أعني شرائط الصحة أربعة: الاحرام بالحج والوقت المخصوص والمكان المخصوص والاسلام. ومنهم من ذكر بدل الاحرام النية، وهذا أولى لاستلزامه النية وغيرها. وواجباته أعني التي يلزم بترك واحد منها دم إنشاء الاحرام من الميقات. ومد الوقوف بعرفة
***
[٥٤٠]
إلى الغروب، والوقوف بالمزدلفة فيما بين طلوع فجر يوم النحر إلى طلوع الشمس، والحلق أو التقصير، والسعي بين الصفا والمروة سبعة أشواط، وكونه بعد طواف معتد به، ورمي الجمار، وبداية الطواف من الحجر الاسود والتيامن فيه، والمشي فيه لمن ليس له عذر يمنعه منه، والطهارة فيه من الحدث الاصغر والاكبر، وستر العورة. وأقل الاشواط السبعة وهي ثلاثة، وبداية السعي بين الصفا والمروة من الصفا والمشي فيه لمن ليس له عذر، وذبح الشاة للقارن أو المتمتع، وصلاة ركعتين لكل أسبوع، وطواف الصدر، والترتيب بين الرمي والحلق والذبح يوم النحر، وتوقيت الحلق بالمكان وتوقيته بالزمان، وفعل طواف الافاضة في أيام النحر، وما عدا هذه المذكورات مما سيأتي بيانه مفصلا سنن وآداب. وأما محظوراته فنوعان: ما يفعله في نفسه وهو الجماع وإزالة الشعر وقلم الاظفار والتطيب وتغطية الرأس والوجه ولبس المخيط. وما يفعله في غيره وهو حلق رأس الغير والتعرض للصيد في الحل والحرم، وأما قطع شجر الحرم فلا ينبغي عده مما نحن فيه كما في النهاية، فإن حرمته لا تتعلق بالحج ولا بالاحرام. كذا في فتح القدير. وقد يقال: إنه كصيد الحرم وقد عده من محظوراته فلا بدع في أن يكون حراما بجهتين كما لا يخفى. ولمن أراد الحج مهمات ينبغي الاعتناء بها وهي: البداية بالتوبة بشروطها من رد المظالم إلى أهلها عند الامكان، وقضاء ما قصر في فعله من العبادات، والندم على تفريطه في ذلك، والعزم على عدم العود إلى مثل ذلك، والاستحلال من ذوي الخصومات والمعاملات، وتحصيل رضا من يكره السفر بغير رضاه. وفي الخلاصة معزيا إلى العيون: إذا أراد الابن أن يخرج إلى الحج وأبوه كاره لذلك إن كان الاب مستغنيا عن خدمته فلا بأس به، وإن كان محتاجا يكره، وكذا الام. وفي السير الكبير: إذا لم يخف عليه الضعف فلا بأس به، وكذا إن كرهت خروجه زوجته ومن عليه نفقته، وإن لم يكن عليه نفقته فلا بأس به مطلقا. وفي النوازل: إن كان الابن أمرد صبيح الوجه للاب أن يمنعه عن الخروج حتى يلتحي، وإن كان الطريق مخوفا لا يخرج وإن لم يكن أمرد ا ه‍. وفي فتح القدير: والاجداد والجدات كالابوين عند فقدهما، ويكره الخروج للغزو والحج لمديون وإن لم يكن له مال يقضي به إلا أن يأذن الغريم، فإن كان بالدين كفيل بإذنه لا يخرج إلا بإذنهما وإن بغير أذنه فبإذن الطالب وحده ا ه‍. وهذا كله في حج الفرض، أما حج النفل فطاعة الوالدين أولى مطلقا كما صرح به في الملتقط ويشاور ذا رأي في
***
[٥٤١]
سفره في ذلك الوقت لا في نفس الحج فإنه خير، وكذا يستخير الله في ذلك. ويجتهد في تحصيل نفقة حلال فإنه لا يقبل بالنفقة الحرام كما ورد في الحديث مع أنه يسقط الفرض عنه معها وإن كانت مغصوبة، ولا تنافي بين سقوطه وعدم قبوله فلا يثاب لعدم القبول، ولا يعاقب في الآخرة عقاب تارك الحج. ولا بد له من رفيق صالح يذكره إذا نسي ويصبره إذا جزع ويعينه إذا عجز، وكونه من الاجانب أولى من الاقارب عند بعض الصالحين تبعدا من ساحة القطعية. ويرى المكاري ما يحمله ولا يحمل أكثر منه إلا بإذنه، وقد ذكر عن بعض السلف، ويقال إنه الشافعي وقيل ابن المبارك، وقيل ابن القاسم صاحب الامام مالك أنه دفع إليه مطالعة ليحملها إلى إنسان فامتنع من حملها بدون إذن المكاري لكونه لم يشارطه على ذلك ورعا من فاعله. وكذا يحترز من تحميلها فوق ما تطيق ومن تقليل علفها

المعتاد بلا ضرورة ولو مملوكة له. وفي إجارة الخلاصة: حمل البعير مائتان وأربعون منا، وحمل الحمار مائة وخمسون منا. قالوا: ولا يشارك في الزاد واجتماع الرفقة كل يوم على طعام أحدهم أحل. وينبغي أن يستثنى ما إذا علمت المسامحة بينهما فله المشاركة وإلا وشارك فالاستحلال من الشركاه مخلص. وتجريد السفر عن التجارة أحسن، ولو اتجر لا ينقص ثوابه كالغازي إذا اتجر كما ذكره الشارح في السير. وأما عن الرياء والسمعة والفخر ظاهرا أو باطنا ففرض وخلط التجارة بهذا القسم كما في فتح القدير مما لا ينبغي. وأما الركوب في المحمل فكرهه بعضهم خوفا مما ذكرنا، ولم يكره بعضهم إذا تجرد عن ذلك ففي التحقيق لا اختلاف وركوب الجمل أفضل، ويكره الحج على الحمار والظاهر أنها تنزيهية بدليل أفضلية ما قابله، والمشي أفضل من الركوب لمن يطيقه ولا يسئ
***
[٥٤٢]
خلقه، وأما حج النبي صلى الله عليه وسلم راكبا فلانه كان القدوة فكانت الحاجة ماسة إلى ظهوره ليراه الناس وسيأتي إيضاحه إن شاء الله تعالى في محله. ولا يماكس في شراء الادوات والزاد، ويستحب أن يجعل خروجه يوم الخميس أو يوم الاثنين ويفعل ما ذكره العلماء في آداب السفر. قوله: (فرض مرة على الفور) أي فرض الحج في العمرة مرة واحدة في أول سني الامكان. والفور في اللغة من فور القدر غليانها، وفعل ذلك من فوره أي من وجهه ذلك وهو من فور القدر قبل أن تسكن قال الله تعالى * (من فورهم هذا) * (آل عمران: ١٢٥) ولم يذكر المصنف فرضيته قصدا لانها من المسائل الاعتقادية فليست من مسائل الفقه لان مسائلة ظنية، وإنما ذكره توطئة لما بعده ودليله القرآني * (ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا) * (آل عمران: ٩٧) والسنة كثيرة. أما كونه لا يتعدد فلان سببه وهو البيت كذلك، وأما تكرر وجوب الزكاة مع اتحاد المال فلان سببه هو النامي تقديرا وتقدير النماء دائر مع حولان الحول إذا كان المال معدا للاستنماء في الزمان المستقبل، وتقدير النماء الثابت في هذا الحول غير تقدير النماء في حول آخر، فالمال مع هذا النماء غير المجموع منه ومن النماء الآخر فيتعدد حكما كتعدد الوجوب بتعدد النصاب، ولرواية أحمد مرفوعا الحج مرة فمن زاد فهو تطوع (١). وأما كونه على الفور فهو قولابي يوسف وأصح الروايتين عن أبي حنيفة، وعند محمد يجب على التراخي والتعجيل أفضل. كذا في الخلاصة. وتحقيقه أن الامر إنما هو طلب المأمور به ولا دلالة له على الفور ولا على التراخي فأخذ به محمد وقواه بأنه عليه السلام حج سنة عشر وفرضية الحج كانت سنة تسع فبعث أبا بكر حج بالناس فيها ولم يحج هو إلى القابلة. وأما أبو حنيفة وأبو يوسف فقا: الاحتياط في تعيين أول سني الامكان لان الحج له وقت معين في السنة والموت في سنة غير نادر فتأخيره بعد التمكن في وقته تعريض له على الفوات فلا يجوز، وبهذ حصل الجواب عن تأخيره عليه الصلاة والسلام إذ لا يتحقق في حقه تعريض الفوات وهو الموجب للفور لانه كان يعلم أنه يعيش حتى يحج ويعلم الناس مناسكهم تكميلا للتبليغ. وبهذا التقرير علم أن الفورية ظنية لان دليل الاحتياط ظني ومقتضاه الوجوب فإذا أخره وأداه بعد ذلك وقع أداء ويأثم بالتأخير لترك الواجب، وثمرة الاختلاف تظهر فيما إذا أخره فعلى الصحيح يأثم ويصير فاسقا مردود الشهادة، وعلى قول
***
[٥٤٣]
محمد لا، وينبغي أن لا يصير فاسقا من أول سنة على المذهب الصحيح بل لا بد أن يتوالى عليه سنون لان التأخير في هذه الحالة صغير لانه مكروه تحريما ولا يصير فاسقا بارتكابها مرة بل لا بد من الاصرار عليها، وإذا حج في آخر عمره ارتفع الاثم اتفاقا قال الشارح: ولو مات ولم يحج أثم بالاجماع ولا يخفى ما فيه فإن المشايخ اختلفوا على قول محمد، فقيل يأثم مطلقا، وقيل لا يأثم مطلقا، وقيل: إن خاف الفوات بأن ظهرت له مخائل الموت في قلبه فأخره حتى مات أثم، وإن فجأة الموت لا يأثم، وينبغي اعتماد القول الاول وتضعيف القول الثاني لانه حينئذ يفوت القول بفرضية الحج لان فائدتها الاثم عند عدم الفعل، سواء كان مضيقا أو موسعا اللهم إلا إن يقال: فائدتها على هذا القول وجوب الايصاء عليه قبيل موته فإذا لم يوص يأثم لترك هذ الواجب لا لترك الحج. وعلم من قوله فرض مرة أن ما زاد عليها فهو تطوع ويشهد له الحديث السابق. وعند الشافعية أن الحج لا يوصف بالنفلية بل المرة الاولى فرض عين وما زاد ففرض كفاية لان من فروض الكفاية أن يحج البيت كل عام ولم أره لائمتنا بل صرحوا بالنفلية فقالوا: حج النفل أفضل من الصدقة، ولا يخفى أنه إذا

***

[٥٤٤]

نذر الحج فإنه يصير فرضا أيضا. ومن فروعه ما في الخلاصة: رجل قال لله علي مائة حجة لزمته كلها، ولو قال أنا أحج لا حج عليه، ولو قال إذا دخلت الدار فأنا أحج يلزمه عند الشرط، ولو قال المريض إن عافاني الله تعالى من مرضي هذا فعلي حجة فبرئ لزمته حجة وإن لم يقل علي حجة لله لان الحجة لا تكون إلا لله، ولو برأ وحج جاز عن حجة الاسلام، ولو نوى غير حجة الاسلام صحت نيته ا ه. وظاهره أنه ينصرف إلى حجة الاسلام من غير نيته، وينبغي أن ينصرف إلى غير حجة الاسلام بغير نية، إلا أن ينويها، وقد صرح به الشارح الزيلعي في كتاب الاضحية لكن علل المحقق ابن الهمام لما في الخلاصة بأن الغالب أن يريد به المريض الذي فرط في الفرض حتى مرض، وقد قدمنا أن الحج يتصف بالحرمة إذا كان المال حراما ويمكن أن يقال: إنه يكون واجبا وهو ما إذا جاوز الميقات بغير إحرام فإنهم قالوا: يجب عليه أحد النسكين إما الحج أو العمرة، فإذا اختار الحج فإنه يتصف بالوجوب وقد قدمنا أنه يتصف بالكراهة وهو حجة بغير إذن أبويه بشرطه أو بغير إذن صاحب الدين، فتحرر من هذا أنه يكون فرضا وواجبا ونفلا وحراما ومكروها، والظاهر أنه لا يتصف بالاباحة لانه عبادة وضعا. قوله: (بشرط حريوبلوغ وعقل وصحة وقدرة زاد وراحلة فضل عن مسكنه وعما لا بد منه ونفقة ذهابه وإيابه وعياله) فلا حج على عبد ولو مدبرا أو أم ولد أو مكاتبا أو مبعضا أو مأذونا له في الحج ولو كان بمكة لعدم ملكه بخلاف الصوم والصلاة لان الحج لا يتأتى إلا بالمال غالبا بخلافهما، ولفوات حق المولى في مدة طويلة وحق العبد مقدم بإذن الشرع والمولى، وإن أذنه فقد أعاره منافعه. والحج لا يجب بقدرة عارية ولا على صبي ولا مجنون

***

[٥٤٥]

وفي المعتوه خلاف في الاصول فذهب المصنف تبعا لفخر الاسلام إلى أنه يوضع عنه الخطاب كالصبي فلا يجب عليه شئ من العبادات، وذهب الدبوسي في التقويم إلى أنه مخاطب بالعبادات احتياطا. والمراد بالصحة صحة الجوارح فلا يجب أداء الحج على مقعد ولا على زمن ولا مفلوج ولا مقطوع الرجلين ولا على المريض، والشيخ الذي لا يثبت بنفسه على الراحلة والاعمى والمحبوس والخائف من السلطان الذي يمنع الناس من الخروج إلى الحج ولا يجب عليهم الحج بأنفسهم ولا الاحجاج عنهم إن قدروا على ذلك. هذا ظاهر المذهب عن أبي حنيفة وهو رواية عنهما، وظاهر الرواية عنهما أنه يجب عليهم الاحجاج فإن أحجوا أجزأهم

***

[٥٤٦]

ما دام العجز مستمرا بهم، فإن زال فعليهم الاعادة بأنفسهم. وظاهر ما في التحفة اختياره فإنه اقتصر عليه، وكذا الاسبيجابي وقواه المحق في فتح القدير ومشي على أن الصحة من شرائط وجوب الاداء. فالحاصل أنها من شرائط الوجوب عنده، ومن شرائط وجوب الاداء عندهما، وفائدة الخلاف تظهر في وجوب الاحجاج كما ذكرنا وفي وجوب الايصاء، ومحل الخلاف فيما إذا لم يقدر على الحج وهو صحيح أما إن قدر عليه وهو صحيح ثم زالت الصحة قبل أن يخرج إلى الحج فإنه يتقرر دينا في ذمته فيجب عليه الاحجاج اتفاقا، أما إن خرج فمات في الطريق فإنه لا يجب عليه الايصاء بالحج لانه لم يؤخر بعد الايجاب. كذا في التجنيس. ولا فرق في الاعمى بين أن يجد قائدا أو لا هو المشهور عن أبي حنيفة، لان القادر بقدرة غيره ليس بقادر. ولو تكلف هؤلاء الحج بأنفسهم سقط عنهم حتى لو صحوا بعد ذلك لا يجب عليهم الاداء لان سقوط الوجوب عنهم لدفع الحرج فإذا تحملوه وقع عن حجة الاسلام كالفقير إذا حج، وأما القدرة على الزاد والراحة فالفقهاء على أنه من شرط الوجوب فلا وجوب أصلا يتعلق بالفقير لاشتراط الاستطاعة في آية الحج وفسرت بهما، والذي عليه أهل الاصول ومنهم صاحب التوضيح تبعا لفخر الاسلام أن القدرة الممكنة كالزاد والراحلة للحج شرط وجوب الاداء لا شرط الوجوب لان الوجوب جبري لا صنع للعبد فيه، وليس فيه تكليف لانه طلب إيقاع الفعل من العبونفس الوجوب ليس كذلك، إلا ترى أن صوم المريض والمسافر واجب ولا تكليف عليهما، وكذا الزكاة قبل الحول، وقد ظهر للعبد الضعيف أن الفقهاء إنما لم يوافقوا الاصوليين على ذلك لما أنه لا فائدة في جعله شرط وجوب الاداء لان فائدة الفرق بينهما هو لزوم الايصاء عند الموت وعدمه والفقير لا يتأتى فيه ذلك

***

[٥٤٧]

فلهذا جعلوا القدرة من شرائط أصل الوجوب، ولم أر من نبه على هذا. وقول المحقق في فتح القدير واعلم أن القدرة على الزاد والراحة شرط الوجوب لا نعلم عن أحد خلافه مراده عن أحد من الفقهاء وإلا فقد علمت أن الاصوليين على خلافه وعلى ما ذكره الاصوليون فلا يتأتى بحثه المذكور في الفقير كما لا يخفى. وأطلق في الزاد فأفاد أنه يعتبر في حق كل إنسان ما يصح به بدنه والناس متفاوتون من ذلك، والراحلة في اللغة المركب من الابل ذكرا كان أو أنثى وهي فاعلة بمعنى مفعولة، وفيه إشارة إلى أنه لو قدر على غير الراحة من بغل أو حمار فإنه لا يجب عليه ولم أره صريحا، وإنما صرحوا بالكراهة. ويعتبر
***
[٥٤٨]
في حق كل إنسان ما يبلغه فمن قدر على رأس زاملة - وهو المسمى في عرفنا راكب مقتب - وأمكنه السفر عليه وجب وإلا بأن كان مترفها فلا بد أن يقدر على شق محمل وهو المسمى في عرفنا محارة أو موهية، وإن أمكنه أن يكتري عقبة لا يجب عليه لانه غير قادر على الراحلة في جميع الطريق وهو الشرط، سواء كان قادرا على المشي أو لا، والعقبة أن يكتري اثنان راحلة يتعقبان عليها يركب أحدهما مرحلة والآخر مرحلة وشق المحمل جانبه لان للمحمل جانبين ويكفي للراكب أحد جانبيه، وقد رأيت في كتب الشافعية أن من الشرائط أن يجد له من يركب في الجانب الآخر وهو المسمى بالمعادل، فإن لم يجد لا يجب الحج عليه ولم أره لائمتنا، ولعلهم إنما لم يذكروه لما أنه ليس بشرط لامكان أن يضع زاده وقربته وأمتعته في الجانب الآخر، وقد وقع لي ذلك في الحجة الثانية في الرجعة لم أجد معادلا يصلح لي ففعلت ذلك لكن حصل لي نوع مشقة حين يقل الماء والزاد والله أعلم بحقيقة الحال. ثم القدرة على الزاد لا تثبت إلا بالملك لا بالاباحة، والقدرة على الراحلة لا تثبت إلا بالملك أو الاجارة لا بالعارية والاباحة، فلو بذل الابن لابيه الطاعة وأباح له الزاد والراحلة لا يجب عليه الحج، وكذا لو وهب له مال ليحج به لا يجب عليه القبول لان شرائط أصل الوجوب لا يجب عليه تحصيلها عند عدمها. ثم اشتراط القدرة على الزاد عام في حق كل أحد حتى أهل مكة، وأما القدرة على الراحلة فشرط في حق غير المكي وأما هو فلا. ومن حولها كأهلها لانه لا يلحقهم مشقة فأشبه السعي إلى الجمعة، أما إذا كان لا يستطيع المشي أصلا فلا بد منه في حق الكل. وفي قوله وما لا بد منه إشارة إلى أن المسكن لا بد أن
***
[٥٤٩]
يكون محتاجا إليه للسكنى فلا تثبت الاستطاعة بدار يسكنها وعبد يستخدمه وثياب يلبسها ومتاع يحتاج إليه، وتثبت الاستطاعة بدار لا يسكنها وعبد لا يستخدمه فعليه أن يبيعه ويحج بخلاف ما إذا كان سكنه وهو كبير يفضل عنه حتى يمكنه بيعه والاكتفاء بما دونه ببعض ثمنه ويحج بالفضل فإنه لا يجب بيعه لذلك كما لا يجب بيع مسكنه والاقتصار على السكني بالاجارة اتفاقا بل إن باع واشترى قدر حاجته وحج بالفضل كان أفضل، ولو لم يكن له مسكن ولا خادم وعنده مال يبلغ ثمن ذلك ولا يبقى بعده قدر ما يحج به فإنه لا يجب عليه الحج لان هذا المال مشغول بالحاجة الاصلية إليه أشار في الخلاصة، وأشار بقوله وما لا بد منه إلى أنه لا بد أن يفضل له مال بقدر رأس مال التجارة بعد الحج إكان تاجرا، وكذا الدهقان والمزارع، أما المحترف فلا كذا في الخلاصة، ورأس المال يختلف باختلاف الناس، والمراد بالعيال من تلزمه نفقته قال الشارح: ويعتبر في نفقته ونفقة عياله الوسط من غير تبذير
***
[٥٥٠]
ولا تقتير، وقد يقال: اعتبار الوسط في نفقة الزوجة مخالف للمفتي فيها فإن الفتوى اعتبار حالهما والوسط إنما يعتبر فيما إذا كان أحدهما غنيا والآخر فقيرا كما سيأتي في باب النفقات إن شاء الله تعالى. وأشار بقوله نفقة ذهابه وإيابه إلى أنه ليس من الشرط قدرته على نفقته ونفقة عياله بعد عوده وهو ظاهر الرواية، وقيل لا بد من زيادة نفقته يوم، وقيل شهر، والاول عن أبي حنيفة، والثاني عن أبي يوسف. ودخل تحت نفقة عياله سكناهم ونفقتهم وكسوتهم فإن النفقة تشمل الطعام والكسوة والسكنى وقد قدمنا أن من الشرائط الوقت أعني أن يكون مالكا لما ذكر في أشهر الحج حتى لو ملك ما به الاستطاعة قبلها كان في سعة من صرفها إلى غيره، وأفاد هذا قيدا في صيرورته دينا إذا افتقر هو أن يكون مالكا في أشهر الحج فلم يحج والاولى أن يقال: إذا كان قادرا وقت خروج أهل بلده إن

كانوا يخرجون قبل أشهر الحج لبعد المسافة أو كان قادرا في أشهر الحج إن كانوا يخرجون فيها ولم يحج حتى افتقر تقرر دينا، وإن ملك في غيرها وصرفها إلى غيره لا شئ عليه. كذا في فتح القدير. قوله: (وأمن طريق) أي وبشرط أمن طريق يعني وقت خروج أهل بلده وإن كان مخيفا في غيره. وحقيقة أمن الطريق أن يكون الغالب فيه السلامة كما اختاره الفقيه أبو الليث وعليه الاعتماد، وما أفتى به أبو بكر الرازي من سقوط الحج عن أهل بغداد، وقول أبي بكر الاسكاف لا أقول الحج فريضية في زماننا قاله سنة ست وعشرين وثلثمائة، وقول الثلجي ليس على أهل خراسان حج مذ كذا وكذا سنة كان وقت غلبة النهب والخوف في الطريق، فلا يعارض ما ذكرنا. وما قاله الصفار من أني لا أرى الحج فرضا من حين خرجت القرامطة وما علل به في الفتاوي الظهيرية بأن الحاج لا يتوصل إلى الحج إلا بالرشوة للقرامطة وغيرهم فتكون الطاعة سببا للمعصية مردود بأن هذا لم يكن من شأنهم لانهم طائفة من الخوارج كانوا يستحلون قتل المسلمين وأخذ أموالهم وكانوا يغلبون على أماكن ويترصدون للحاج، وعلى تقدير أخذهم الرشوة فالاثم في مثله على الآخذ لا المعطي على ما عرف من تقسيم الرشوة في كتاب القضاء، ولا يترك الفرض لمعصية عاص. قال في فتح القدير: والذي يظهر أن يعتبر
***
[٥٥١]
مع غلبة السلامة عدم غلبة الخوف حتى إذا غلب الخوف على القلوب من المحاربين لوقوع النهب والغلبة منهم مرارا وسمعوا أن طائفة تعرضت للطريق ولها شوكة والناس يستضعفون أنفسهم عنهم لا يجب. واختلف في سقوطه إذا لم يكن بد من ركوب البحر، فقيل البحر يمنع الوجوب. وقال الكرماني: إن كان الغالب في البحر السلامة من موضع جرت العادة بركوبه يجب وإلا فلا وهو الاصح. وسيحون وجيحون والفرات والنيل أنهار لا بحار كما في الحديث سيحان وجيحان والفرات والنيل كل من أنهار الجنة. قوله: (ومحرم أو زوج لامرأة في سفر) أي وبشرط محرم إلى أخره لما في الصحيحين لا تسافر امرأة ثلاثا إلا ومعها محرم (١) وزاد مسلم في رواية أو زوج. وروي البزازلا تحج امرأة إلا ومعها محرم فقال رجل: يا رسول الله أني كتبت في غزوة وامرأتي حاجة قال: ارجع فحج معها فأفاد هذا كله أن النسوة الثقات لا تكفي قياسا على المهاجرة والمأسورة لانه قياس مع النص مع وجود الفارق فإن الوجود في المهاجرة والمأسورة ليس سفرا لانها لا تقصد مكانا معينا بل النجاة خوفا من الفتنة حتى لو وجدت مأمنا كعسكر المسلمين وجب أن تقر، ولانه يخاف عليها الفتنة وتزاد بانضمام غيرها إليها ولهذا تحرم الخلوة بالاجنبية وإن كان معها غيرها من النساء، والمحرم من لا يجوز له مناكحتها على التأبيد بقرابة أو رضاع أو مصاهرة، أطلقه
***
[٥٥٢]
فشمل المسلم والذمي والحر والعبد ولا يرد عليه المجوسي الذي يعتقد إباحة نكاحها والمسلم القريب إذا لم يكن مأمونا والصبي الذي لم يحتلم والمجنون لان المقصود من المحرم الحفظ والصيانة لها وهو مفقود في هؤلاء الاربعة، ولم أر من شرط في الزوج شروط المحرم، وينبغي أنه لا فرق لان الزوج إذا لم يكن مأمونا أو كان صبيا أو مجنونا لم يوجد منه ما هو المقصود كما ذكرنا، وعبارة المجمع أولى وهي: ويشترط في حج المرأة من سفر زوج أو محرم بالغ عاقل غير مجوسي ولا فاسق مع النفقة عليه. وأطلق المرأة فشمل الشابة والعجوز لاطلاق النصوص. والمرأة هي البالغة لان الكلام فيمن يجب عليه الحج فلذا قالوا في الصبية التي لم تبلغ حد الشهوة تسافر بلا محرم فإن بلغتها لا تسافر إلا به. والمراد خطاب وليها بأن يمنعها من السفر فإن لم يكن لها ولي فلا تستصحب في السفر لا أن المراد أنها يحرم عليها لانها غير مكلفة حتى تبلغ وبلوغها حد الشهوة لا يستلزمه. وقيد بالسفر وهو ثلاثة أيام بلياليها لانه يباح لها الخروج إلى ما دون ذلك لحاجة بغير محرم، وأشار بعدم اشتراط رضا الزوج إلى أنه ليس له منعها عن حجة الاسلام إذا وجدت محرما لان حقه لا يظهر في الفرائض بخلاف حج التطوع والمنذور. وأشار المصنف إلى أن أمن الطريق والمحرم من شرائط الوجوب لانه عطفه على ما قبله وهو أحد القولين، وقيل شرط
***
[٥٥٣]
وجوب الاداء، وثمرة الاختلاف تظهر في وجوب الوصية وفي وجوب نفقة المحرم وراحلته إذا أبى أن يحج معها إلا بهما وفي وجوب التزوج عليها ليحج معها إن لم تجد محرما، فمن قال هو شرط الوجوب قال لا يجب عليها شئ من ذلك لان شرط الوجوب لا يجب

تحصيله، ولهذا لو ملك المال كان له الامتناع من القبول حتى لا يجب عليه الحج، وكذا لو أبيح له. ومن قال إنه شرط وجوب الاداء وجب جميع ذلك، ورجح المحقق في فتح القدير أنهما مع الصحة شروط وجوب أداء بأن هذه العبادة تجري فيها النيابة عند العجز لا مطلقا توسطا بين المالية المحضة والبدنية المحضة لتوسطها بينهما، والوجوب أمر دائر مع فائدته فيثبت مع قدرة المال ليظهر أثره في الاحجاج والايصاء، واعلم أن الاختلاف في وجوب الايصاء إذا مات قبل أمن الطريق، فإن مات بعد حصول الامن فالاتفاق على الوجوب. وأشار باشتراط المحرم أو الزوج إلى أن عدم العدة في حقها شرط أيضا بجامع حرمة السفر عليها أي عدة كانت والعبرة لوجوبها وقت خروج أهل بلدها، وعن ابن مسعود أنه رد المعتدات من النجف بفتحتين مكان لا يعلوه الماء مستطيل فإن لزمتها العدة في السفر فسيأتي في محله إن شاء الله تعالى. قوله: (فلو أحرم صبي أو عبد فبلغ أو عتق فمضي لم يجز عن فرضه) لان الاحرام انعقد للنفل فلا ينقلب للفرض وهو وإن كان شرطا عندنا لكنه شبيه بالركن من حيث إمكان اتصال الاداء به فاعتبرنا الشبه فيما نحن فيه احتياطا. وفي إسناد الاحرام إلى الصبي دليل على صحته منه وهو محمول على ما إذا كان يعقله، فإن كان لا يعقله فأحرم عنه أبوه صار محرما
***
[٥٥٤]
فينبغي أن يجرده قبله ويلبسه إزارا ورداء، ولما كان الصبي غير مخاطب كان إحرامه غير لازم ولذا لو أحصر وتحلل لا دم عليه ولا جزاء ولا قضاء، ولو جدده بعد بلوغه قبل الوقوف ونوى الفرض أجزأه لانه يمكنه الخروج عنه لعدم اللزوم بخلاف العبد لا يمكنه الخروج عنه للزوم، فلو جدده بعد عتقه لا يصح والكافر والجنون كالصبي فلو حج كافر أو مجنون فأفاق زأسلم فجدد الاحرام أجزأهما قيل: وهذا دليل أن الكافر إذا حج لا يحكم بإسلامه بخلاف الصلاة بجماعة. كذا في فتح القدير وفيه بحث من وجهين: الاول كيف يتصور إحرام المجنون فإنه لا يتصور منه إحرام بنفسه وكون وليه أحرم عنه يحتاج إلى نقل صريح يفيد أن المجنون البالغ كالصبي في هذا. الثاني أن هذا لا يدل على أن الكافر إذا حج لا يحكم بإسلامه لان في هذه
***
[٥٥٥]
المسألة لم يوجد الحج منه إنما وجد الاحرام فقط لانه لو وقف بعرفة لم يكن موضوع المسألة ولم يكن للتجديد فائدة، فالحاصل أنه لا يكون مسلما إلا بالاحرام والوقوف وشهود المناسك فلا منافاة بين الفرعين كما لا يخفي. وفي الذخيرة عن النوادر: البالغ إذا جن بعد الاحرام ثم ارتكب شيئا من محظورات الاحرام فإن فيه الكفارة فرقا بينه وبين الصبي. قوله (ومواقيت الاحرام ذو الحليفة وذات عرق والجحفة وقرن ويلملم لاهلها ولمن مر بها) أي الامكنة التي لا يتجاوزها الآفاقي إلا محرما خمسة، فالميقات مشترك بين الوقت المعين والمكان المعين والمراد هنا الثاني وسيأتي الاول. وذو الحليفة - بضم الحاء المهملة وبالفاء - بينه وبين مكة نحو عشر مراحل أو تسع، وبينه وبين المدينة ستة أميال كما ذكره النووي، وقيل سبعة كما ذكره القاضي عياض، ميقات أهل المدينة وهو أبعد المواقيت وبهذا المكان آبار تسميه العوام آبار علي قيل لان علي بن أبي طالب رضي الله عنه قاتل الجن في بعض تلك الآبار وهو كذب من قائله كما ذكره الحلبي في مناسكه. وذات عرق بكسر العين وسكون الراء لجميع أهل المشرق وهي بين المشرق والمغرب من مكة، قيل وبينها وبين مكة مرحلتان. والجحفة بضم الجيم وسكون الحاء المهملة واسمها في الاصل مهيعة نزل بها سيل جحف أهلها أي استأصلهم فسميت جحفة. قال النووي: بينها وبين مكة ثلاث مراحل وهي قرية بين المغرب والشمال من مكة من طريق تبوك وهي طريق أهل الشام ونواحيها اليوم، وهي ميقات أهل مصر والمغرب والشام. وقرن بفتح القاف وسكون الراء وهو جبل مطل على عرفات بينه وبين مكة نحو مرحلتين. وفي الصحاح إنه بفتح الراء وإويسا القرني منسوب إليه ورد بأنه بسكون الراء وأن أويسا منسوب إلى قبيلة يقال لها بنو قرن بطن من مراد وهو ميقات أهل نجد. وأما يلملم
***
[٥٥٦]
فهو ميقات أهل اليمن وهو مكان جنوبي مكة وهو جبل من جبال تهامة على مرحلتين من مكة. فهذا هو المراد بقوله لاهلها وهذه

المواقيت ما عدا ذات عرق ثابتة في الصحيحين وذات عرق في صحيح مسلم وسنن أبي داود. وقوله ولمن مر بها يعني من غير أهلها وقد أفاد أنه لا يجوز مجاوزة الجميع إلا محرما فلا يجب على المدني أن يحرم من ميقاته وإن كان هو الافضل وإنما يجب عليه أن يحرم من آخرها عندنا، ويعلم منه أن الشامي إذا مر على ذي الحليفة في ذهابه لا يلزمه الاحرام منه بالطريق الاولى وإنما يجب عليه أن يحرم من الجحفة كالمصري لكن قيل أن الجحفة قذهبت أعلامها ولم يبق بها إلا رسوم خفية لا يكاد يعرفها إلا سكان بعض البوادي. ولهذا والله أعلم اختار الناس الاحرام من المكان المسمى برابض، وبعضهم يجعله بالغين احتياطا لانه قبل الجحفة بنصف مرحلة أو قريب من ذلك وقد قالوا: ومن كان في برا وبحرا لا يمر بواحد من هذه المواقيت المذكورة فعليه أن يحرم إذا حاذى آخرها ويعرف بالاجتهاد وعليه أن يجتهد،

***

[٥٥٧]

فإذا لم يكن بحيث يحاذي فعلى مرحلتين الى مكة. ولعل مرادهم بالمحاذاة المحاذاة القريبة من الميقات وإلا فآخر المواقيت باعتبار المحاذاة قرن المنازل. ذكر لي بعض أهل العلم من الشافعية المقيمين بمكة في الحجة الرابعة للعبد الضعيف أن المحاذاة حاصلة في هذا الميقات فينبغي على مذهب الحنيفة أن لا يلزم الاحرام من رابغ بل من خليص القرية المعروفة فإنه حينئذ يكون محاذيا لآخر المواقيت وهو قرن فأجبته بجوابين: الاول أن احرام المصري والشامي لم يكن بالمحاذاة وإنما هو بالمرور على الجحفة وإن لم تكن معروفة وإحرامهم قبلها احتياطا، والمحاذاة إنما تعتبر عند عدم المرور على المواقيت. الثاني أن مرادهم المحاذاة القريبة ومحاذاة القريبة ومحاذاة المارين لقرن بعيدة لان بينهم وبينه بعض جبال والله أعلم بحقيقة الحال. أطلق في الاحرام فشمل إحرام الحج واحرام العمرة لانه لا فرق بينهما في حق الآفاقي، وشمل ما إذا كان قاصدا عند المجاوزة الحج أو العمرة أو التجارة أو القتال أو غير ذلك بعد أن يكون قد قصد دخول مكة لان الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فاستوى فيه الكل، وأما دخوله صلى الله عليه وسلم مكة بغير إحرام يوم الفتح فكان مختصا بتلك الساعة بدليل قوله صلى الله عليه وسلم في ذلك اليوم مكة حرام لم تحل لاحد بعدي وإنما أحلت لي ساعة من نهار ثم عادت حراما (١) يعني الدخول بغير إحرام لاجماع المسلمين على حل الدخول بعده عليه الصلاة والسلام للقتال. وقيدنا بقصد مكة لان الآفاقي إذا قصد موضعا من الحل كخليص يجوز له أن يتجاوز الميقات غير محرم وإذا وصل إليه التحق بأهله، ومن كان داخل الميقات فله أن يدخل مكة بغير إحرام إذا لم يقصد الحج أو العمرة وهي الحيلة لمن أراد أن يدخل مكة بغير احرام. وينبغي أن لا تجوز هذه الحيلة للمأمور

***

[٥٥٨]

بالحج لانه حينئذ لم يكن سفره للحج ولانه مأمور بحجة آفاقية، وإذا دخل مكة بغير إحرام صارت حجته مكية فكان مخالفا، وهذه المسألة يكثر وقوعها فيمن يسافر في البحر الملح وهو مأمور بالحج ويكون ذلك في وسط السنة فهل له أن يقصد البندر المعروف بجدة ليدخل مكة بغير إحرام حتى لا يطول الاحرام عليه لو أحرم بالحج فإن المأمور بالحج ليس له أن يحرم بالعمرة. قوله (وصح تقديمه عليها عكسه) أي جاز تقديم الاحرام على المواقيت ولا يجوز تأخيره عنها. أما الاول فلقوله تعالى * (وأتموا الحج والعمرة لله) * وفسرت الصحابة الاتمام بأن يحرم بها من دويرة أهله ومن الاماكن القاصية. وقال عليه السلام من أهل من المسجد الاقصى بحجة أو بعمرة غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر رواه الامام أحمد. ولم يتكلم المصنف على أفضلية التقديم وعدمها لما أن فيه تفصيلا ذكره في الكافي وهو أن التقديم أفضل إذا كان يملك نفسه أن لا يقع في محظور لان المشقة فيه أكثر فكان أكثر ثوابا لان الاجر بقدر

***

[٥٥٩]

التعب بخلاف التقديم على الاشهر. أجمعوا على أنه مكروه من غير تفصيل بين خوف الوقوع في محظور أو لا كما أطلقه في المجمع. ومن فصل كصاحب الظهيرية قياسا على الميقات المكاني فقد أخطأ، وإنما كره مطلقا قبل الميقات الزماني شبهه بالركن وإن كان شرطا فيراعى مقتضى ذلك الشبه احتياطا ولو كان ركنا حقيقة لم يصح قبل أشهر الحج فإن كان شبيها به كره قبلها لشبهة وقربه من عدم

الصحة ولشبه الركن لم يجز لفائت الحج استدامة الاحرام ليقضي به من قابل. وأما الثاني فلقوله عليه السلام لا يجاوز أحد الميقات إلا محرما وفائدة التاقيت بالمواقيت الخمسة المنع من التأخير قوله (ولداخلها الحل) أي الحل ميقات من كان دلل المواقيت، وهو بكسر الحاء المواضع التي بين المواقيت والحرم، ولا فرق بين أن يكون في نفس الميقات أو بعده كما نص عليه محمد في كتبه. وقول المحقق في فتح القدير المتبادر من هذه العبارة أن يكون بعد المواقيت غير مسلم بل المتبادر منها من كان فيها نفسها وهو غير مقصود للمصنفين، وإنما المقصود الاطلاق كما ذكرنا. وإنما كان الحل ميقاته لان خارج الحرم كله كمكان واحد في حقه والحرم حد في حقه كالميقات للآفاقي فلا يدخل الحرم عند قصد النسك إلا محرما، وأما عند عدم هذا القصد فله الدخول بغير إحرام للحاجة والضرورة
***
[٥٦٠]
كالمكي إذا خرج من الحرم لحاجة أن يدخل مكة بغير إحرام بشرط أن لا يكون جاوز الميقات كالآفاقي، فإن جاوزه فليس له أن يدخل مكة من غير إحرام لانه صار آفاقيا قوله (وللمكي الحرم للحج والح للعمرة) أي ميقات المكي إذا أراد الحج الحرم فإن أحرم له من الحل لزمه دم وإذا أراد العمرة الحل، فإذا أحرم بها من الحرم لزمه دم لانه ترك ميقاته فيهما وهو مجمع عليه. والمراد بالمكي من كان داخل الحرم سواء كأنه بمكة أو لا، وسواء كان من أهلها أو لا، وبه يعلم أن المراد بداخل المواقيت من كان ساكنا في الحل والله سبحانه أعلم. باب الاحرام أحرم الرجل إذا دخل في حرمة لا تنتهك من ذمة وغيرها، وأحرم للحج لانه يحرم عليه ما يحل لغيره من الصيد والنساء ونحو ذلك، وأحرم الرجل إذا دخل في الحرم أو دخل في الشهر الحرام، وأحرمه لغة في حرمه العطية أي منعه. كذا في ضياء الحلوم مختصر شمس العلوم. وهو في الشريعة نية النسك من حج أو عمرة مع الذكر أو الخصوصية على ما سيأتي. وهو شرط صحة النسك كتكبيرة الافتتاح في الصلاة فالصلاة والحج لهما تحريم وتحليل بخلاف الصوم والزكاة لكن الحج أقوى من غيره من وجهين: الاول أنه إذا تم الاحرام للحج أو للعمرة لا يخرج عنه إلا بعمل النسك الذي أحرم به وإن أفسده إلا في الفوات فيعمل العمرة وإلا الاحصار فبذبح الهدي. الثاني أنه لا بد من قضائه مطلقا ولو كان مظنونا، فلو أحرم بالحج على ظن أنه عليه ثم ظهر خلافه وجب عليه المضي فيه والقضاء إن أبطله بخلاف المظنون في الصلاة فإنه لا قضاء لو أفسده قوله (وإذا أردت أن تحرم فتوضأ والغسل أفضل) قد تقدم دليله في الغسل وهو للنظافة لا للطهارة
***
[٥٦١]
فيستحب في حق الحائض أو النفساء والصبي لما روي أن أبا بكر رضي الله عنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم: إن أسماء قد نفست فقال: مرها فلتغتسل وتحرم بالحج. ولهذا لا يشرع التيمم له عند العجز عن الماء. قال الشارح: بخلاف الجمعة والعيدين يعني أن الغسل فيهما للطهارة لا للتنظيف ولهذا يشرع التيمم لهما عند العجز وفيه نظر، لان التيمم لم يشرع لهما عند العجز إذا كان طاهرا عن الجنابة ونحوها والكلام فيه لانه ملوث ومغير لكن جعل طهارة ضرورة أداء الصلاة ولا ضرورة فيهما ولهذا سوى المصنف في الكافي بين الاحرام وبين الجمعة والعيدين. وأشار المصنف إلى أنه يستحب لمن أراده كمال التنظيف من قص الاظفار والشارب وحلق الابطين والعانة والرأس لمن اعتاده من الرجال أو أراده وإلا فتسريحه وإزالة الشعث والوسخ عنه وعن بدنه بغسله بالخطمي والاشنان ونحوهما، ومن المستحب عند إرادته جماع زوجته أو جاريته إن كانت معه ولا مانع من الجماع فإنه من السنة قوله (والبس إزارا ورداء جديدين أو غسيلين) لانه عليه السلام لبسهما هو وأصحابه
***
[٥٦٢]
كما رواه مسلم، ولانه ممنوع عن لبس المخيط. ولا بد من ستر العورة ودفع الحر والبرد وذلك فيما عيناه مالازار من السرة إلى ما تحت الركبة يذكر ويؤنث كما في ضياء الحلوم والرداء على الظهر والكتفين والصدر ويشده فوق السرة وإن غرز طرفيه في إزاره فلا بأس به، ولو خلله بخلال أو مسلة أو شده على نفسه بحبل أساء ولا شئ عليه. وماا في الكتاب بيان للسنة وإلا فساتر العورة كاف كما في المجمع. وأشار بتقديم الجديد إلى أفضليته، وكونه أبيض أفضل من غيره كالتكفين، وفي عدم غسل الثوب العتيق ترك للمستحب ولا يخفى أن هذا في حق الرجل قوله (وتطيب) أي يسن له استعمال الطيب في بدنه قبيل الاحرام. أطلقه فشمل ما تبقى عينه بعده

كالمسك والغالية وما لا تبقى لحديث عائشة في الصحيحين: كنت أطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل أن يحرم. وفي لفظ لهما: كأني أنظر إلى وبيض الطيب في مفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل أن يحرم. في لفظ لمسلم: كأني أنظر إلى وبيض المسك وهو البريق واللمعان. وكرهه محمد بما تبقى عينه والحديث حجة عليه. وقيدنا بالبدن إذ لا يجوز التطيب في الثوب بما تبقى عينه على قول الكل على أحد الروايتين عنهما قالوا: وبه نأخذ. والفرق لهما بينهما أنه اعتبر في البدن تابعا على لاصح والمتصل بالثوب منفصل عنه فلم يعتبر تابعا، والمقصود من استنانة حصول الارتفاق به حالة المنع منه كالسحور للصوم وهو يحصل بما في البدن فأغنى عن تجويزه في الثوب إذ لم يقصد كمال الارتفاق حالة الاحرام لان الحاج الشعث التفل، وظاهر ما في الفتاوى الظهيرية أن ما عن محمد رواية ضعيفة وأن مشهور مذهبه كمذهبهما.

***

[٥٦٣]

قوله (وصل ركعتين) أي على وجه السنية بعد اللبس والتطيب لانه عليه السلام صلاهما كما في الصحيحين ولا يصليهما في الوقت المكروه وتجزئه المكتوبة كتحية المسجد ثم ينوي بقلبه الدخول في الحج ويقول بلسانه مطالقا لجنانه: اللهم إني أريد الحج فيسره لي وتقبله مني لاني محتاج في أداء أركانه إلى تحمل المشقة فيطلب التيسير والقبول اقتداء بالخليل وولده عليهما السلام حيث قالا: ربنا تقبل منا إنك أنت السميع العليم. ولم يؤمر بمثل هذا الدعاء عند إرادة الصلاة لان سؤال التيسير يكون في العسير لا في اليسير وأداؤها يسير عادة. كذا في الكافي، وقدمنا ما فيه من الخلاف في بحث نية الصلاة قوله (ولب دبر الصلاة تنوي بها الحج) أي لب عقبها ناويا بالتلبية الحج. والدبر بضم الباء وسكونها آخر الشئ. كذا في الصحاح. وإنما يلبي لما صح عنه عليه السلام من تلبيته بعد الصلاة. وفي قوله تنوي بها أشارة إلى أن ما ذكره المشايخ من أنه يقول اللهم إني أريد الحج إلى آخره ليس محصلا للنية ولهذا قال في فتح القدير: ولم نعلم أن أحدا من الرواة لنسكه روى أنه سمعه عليه السلام يقول نويت العمرة ولا الحج ولهذا قال مشايخنا: إن الذكر باللسان حسن ليطابق القلب. وعلى قياس ما قدمناه في نية الصلاة إنما يحسن إذا لم تجتمع عزيمته وإلا فلا، فالحاصل أن التلفظ باللسان بالنية بدعة مطلقا في جميع العبادات وفي بعض النسخ وقل اللهم إني أريد الحج فيسره لي وتقبله مني ولب. وقوله تنوي الحج بيان للاكمل وإلا فيصح الحج بمطلق النية. وإذا أبهم الاحرام بأن لم يعين ما أحرم به جاز

***

[٥٦٤]

وعليه التعيين قبل أن يشرع في الافعال والاصل حديث علي رضي الله عنه حين قدم من اليمن فقال: أهللت بما أهل به رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجازه، فإن لم يعين وطاف شوطا كان للعمرة، وكذا إذا أحصر قبل الافعال فتحلل بدم تعين للعمرة حتى يجب عليه قضاؤها لاقضاء حجة، وكذا إذا جامع فأفسد وجب عليه المضي في عمرة. قال في الظهيرية ولم يذكر في الكتاب أن حجة الاسلام تتأدى بنية التطوع اه‍. والمنقول في الاصول أنها لا تتأدى بنية النفل وتتأدى بمطلق النية نظرا إلى أن الوقت له فيه شبهة المعيارية وشبهة الظرفية فالاول للثاني والثاني للاول. قوله (وهي لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك لبيك إن الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك) هكذا روى أصحاب الكتب الستة تلبيته صلى الله عليه وسلم، ولفظها مصدر مثنى تثنية يراد بها التكثير وهو ملزوم النصب والاضافة والناصب له من غير لفظه تقديره أجبت إجابتك إجابة بعد إجابة إلى ما لا نهاية له، وكأنه من ألب بالمكان إذا أقام فهو مصدر محذوف الزوائد والقياس الباب، ومفرد لبيك لب. واختلف في الداعي فقيل هو الله تعالى، وقيل إبراهيم الخليل عليه السلام، ورجحه المصنف في الكافي وقال: إنه الاظهر. وقيل رسولنا صلى الله عليه وسلم. واختلف في همز إن الحمد بعد الاتفاق على جواز الكسر والفتح واختار في الهداية أن الاوجه الكسر على استئناف الثناء وتكون التلبية للذات. وقال الكسائي: الفتح أحسن على أنه تعليل للتلبيه أي لبيك لان الحمد. ورجح الاول في فتح القدير بأن تعليق الاجابة التي لا نهاية لها بالذات أولى منه باعتبار صفة هذا وإن كان استئناف الثناء لا يتعين مع الكسر لجواز كونه تعليلا مستأنفا كما في قولك علم ابنك العلم أن العلم نافعه قال تعالى * (وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم) * (التوبة: ١٠٣) وهذا مقرر في مسالك العلة من علم الاصول لكن لما جاز فيه كل منهما يحمل على الاول

لاولويته ولاكثريته بخلاف الفتح ليس فيه سوى أنه تعليل قوله
***
[٥٦٥]
(وزد فيها ولا تنقص) أي في التلبية ولا تنقص منها والزيادة مثل لبيك وسعديك والخير بيديك والرغباء إليك والعمل لبيك إله الخلق غفار الذنوب لبيك ذا النعمة والفضل الحسن، لبيك عدد التراب لبيك إن العيش عيش الآخرة كما ورد ذلك عن عدة من الصحابة. وصرح المصنف في الكافي بأن الزيادة حسنة التكرار، وصرح الحلبي في مناسكه باستحبابها عندنا. وأما النقص فقال المصنف إنه لا يجوز. وقال ابن الملك في شرح المجمع: إنه مكروه اتفاقا. والظاهر أنها كراهة تنزيهية لما أن التلبيية إنما هي سنة فإن الشرط إنما هو ذكر الله تعالى فارسيا كان أو عربيا هو المشهور عن أصحابنا. وخصوص التلبية سنة فإذا تركها أصلا ارتكب كراهة تنزيهية فإذا نقص عنها فكذلك بالاولى، فقول المصنف لا يجوز فيه نظر ظاهر، وقول من قال إن التلبية شرط مراده ذكر يقصد به التعظيم لا خصوصها. قيدنا بالزيادة في التلبية لان الزيادة في الاذان غير مشروعة لانه للاعلام ولا يحصل بغير المتعارف، وفي التشهد في الصلاة إن كان الاول فليست بمشروعة كتكراره لانه في وسط الصلاة فيقتصر فيه على الوارد، وإن كان الاخير فهي مشروعة لانه محل الذكر والثناء قوله (فإذا لبيت ناويا فقد أحرمت) أفاأنه لا يكون محرما إلا بهما فإذا أتى بهما فقد دخل في حرمات مخصوصة فهما عين الاحرام شرعا. وذكر حسام الدين الشهيد أنه يصير شارعا بالنية لكن عند التلبية لا بالتلبية كما يصير شارعا في الصلاة بالنية لكن عند التكبير لا بالتكبير ولا يصير شارعا بالنية وحدها قياسا على الصلاة، وروي عن أبي يوسف أن النية تكفي قياسا على الصوم بجامع أنهما عبادة كف عن المحظورات، وقياسنا أولى لانه التزام أفعال كالصلاة لا مجرد كف بل التزام الكف شرط فكان بالصلاة أشبه. والمراد بالتلبية شرطمن خصوصيات النسك، سواء كان تلبية أو ذكر يقصد به التعظيم أو سوق الهدي أو تقليد البدن كما ذكره المصنف في المستصفى. وذكر الاسبيجابي أنه لو ساق هديا قاصدا إلى مكة صار محرما بالسوق، نوى
***
[٥٦٦]
الاحرام أولم ينو شيأ، وسيأتي تفاصيله إن شاء الله تعالى. ثم إذا أحرم صلى على النبي صلى الله عليه وسلم عقب إحرامه سرا وهكذا يفعل عقب التلبية ودعا بما شاء من الادعية وإن تبرك بالمأثور فهو حسن قوله (فاتق الرفث والفسوق والجدال) للآية الكريمة * (فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج) * (البقرة: ١٩٧) وهذا نهي بصيغة النفي وهو آكد ما يكون من النهي كأنه قيل فلا يكونن رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج وهذا لانه لو بقي أخبار التطرق الخلف في كلام الله تعالى لصدور هذه الاشياء من البعض فيكون المراد بالنفي وجوب انتفائها وإنها حقيقة بأن لا تكون. كذا في الكافي. والرفث الجماع لقوله تعالى * (أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم) * (البقرة: ١٨٧) وقيل الكلام الفاحش لانه من دواعيه فيحرم كالجماع إلا أن ابن عباس يقول: إنما يكون الكلام الفاحش رفثا بحضرة النساء حتى روي أنه كان ينشد في إحرامه: وهن يمشين بنا هميساإن يصدق الطيرننك لميسا فقيل له: أترفث وأنت محرم؟ فقال: إنما الرفث بحضرة النساء. والضمير في هن للابل والهميس صوت نقل أخفافها، وقيل المشي الخفي. ولميس اسم جارية والمعنى نفعل بها ما نريد إن صدق الفال. والفسوق المعاصي وهو منهي عنه في الاحرام وغيره إلا أنه في الاحرام أشد كلبس الحرير في الصلاة. والتطريب في قراءة القرآن، والجدال الخصومة مع الرفقاء والخدم والمكارين، ومن ذكر من الشارحين أن المراد به مجادلة المشركين بتقديم وقت الحج وتأخيره أو التفاخر بذكر آبائهم حتى أفضى ذلك إلى القتال فإنه يناسب تفسير الجدال في الآية لا الجدال في كلام الفقهاء فلهذا اقتصرنا على الاول وفي المحيط: إذا رفث يفسد حجه وإذا فسق أو جادل لا لان الجماع من محظورات الاحرام اه. ولا يخفى أنه مقيد بما قبل الوقوف بعرفة وإلا فلا فساد في الكل.
***
[٥٦٧]
قوله: (وقتل الصيد والاشارة إليه والدلالة عليه) أي فاتق إذا أحرمت التعرض لصيد البر. قال المصنف في المستصفى: أريد بالصيد هاهنا المصيدإذ لو أريد به المصدر وهو الاصطياد لما صح إسناد القتل إليه وحرمة قتله ثابتة بالقرآن وحرمة الاشارة والدلالة بحديث أبي قتادة كما سيأتي، والفرق بين الاشارة والدلالة أن الاشارة تقتضي الحضرة والدلالة تقتضي الغيبة قوله: (ولبس القميص والسراويل

والعمامة والقلنسوة والقباء والخفين إلا أن لا تجد النعلين فاقطعهما أسفل من الكعبين والثوب المصبوغ بورس أو زعفران أو عصفر إلا أن يكون غسيلا لا ينفض) كما دل عليه حديث الصحيحين. والسراويل أعجمية والجمع سراويلات منصرف في أحد استعماليه ويؤنث، والقباء المد على وزن فعال بالفتحة والورس صبغ أصفر يؤتى به من اليمن. واختلف في قولهم لا ينفض فقيل لا يفوح، وقيل لا يتناثر والثاني غير صحيح لان العبرة للطيب لا للتناثر ألا ترى أنه لو كان ثوبا مصبوغا له رائحة طيبة ولا يتناثر منه شئ فإن المحرم يمنع منه. كذا في المستصفى. والمراد بلبس القباء أن يدخل منكبيه ويديه في كميه لانه لو لم يدخل يديه في كميه فإنه يجوز عندنا خلافا لزفر. كذا في غاية البيان. والكعب هنا المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك فيما روى هشام عن محمد بخلافه في الوضوء فإنه العظم الناتئ أي المرتفع، ولم يعين في الحديث أحدهما لكن لما كان الكعب يطلق عليه، وعلى الثاني حمله عليه احتياطا. كذا في فتح القدير. أي حمل الكعب في الاحرام على المفصل المذكور لاجل الاحتياط لان الاحوط فيما كان أكثر كشفا وهو فيما قلنا. فالحاصل أنه يجوز لبس كل شئ في رجله لا يغط الكعب الذي في وسط القدم، سرموزه كان أو مداسا أو غير ذلك. ويدخل في لبس القميص ليس الزردة والبرنس، وخرج باللبس الارتداء بالقيمص ونحوه لانه ليس بلبس. وذكر الحلبي في مناسكه

***

[٥٦٨]

أن ضابطه لبس كل شئ معمول على قدر البدن أو بعضه بحيث يحيط به بخياطة أو تلزيق بعضه ببعض أو غيرهما ويستمسك عليه بنفس لبسمثله إلا المكعب. ويدخل في الخفين الجوز بأن ولم أر من صرح بما إذا كان قادرا على النعلين فهل له أن يقطع الخفين أسفل من الكعبين، والظاهر من الحديث وكلامهم أنه لا يجوز لا يحل لما فيه من إتلاف ما له لغير ضرورة قوله: (وستر الوجه والرأس) أي واجتنب تغطيتهما لحديث الاعرابي الذي وقصته ناقته لا تخمروا رأسه ولا وجهه فإنه يبعث يوم القيامة ملبيا. واعلم أن أئمتنا استدلوا بهذا الحديث على حرمة تغطية الوجه على المحرم الحي المفهوم من التعليل ولم يعملوا بمنطوقه في حق الميت المحرم فإن حكمه عندنا كسائر الاموات في تغطية الوجه والرأس، والشافعية عملوا به فيما إذا مات المحرم ولم يعملوا به في حالة الحياة. وأجا ب في غاية البيان عن أئمتنا بأنهم إنما لم يعملوا به في الموت لانه معارض بحديث إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث والاحرام عمل فهو منقطع فيغطى العضوان ولهذا لا يبنى المأمور بالحج على إحرام الميت اتفاقا، وهو يدل على انقطاعه بالموت والاعرابي مخصوص من ذلك بأخبار النبي صلى الله عليه وسلم

***

[٥٦٩]

ببقاء إحرامه وهو في غيره مفقود فقلنا بانقطاعه بالموت، ولان المرأة لا تغطي وجهها إجماعا مع أنها عورة مستورة وفي كشفه فتنة لالزجل وجهه للاحرام أولى والمراد بستر الرأس تغطيتها بما يغطى به عادة كالثوب احترازا عن شئ لا يغطي به عادة كالعد والطبق والاجانة، ولا فرق بين ستر الكل والبعض والعصابة ولهذا ذكر قاضيخان في فتاواه أنه لا يغطي فاه ولا ذقنه ولا عارضه ولا بأس بأن يضع يديه على أنفه قوله: (وغسلهما بالخطمي) أي وليجتنب غسل رأسه ولحيته بالخطمي واللحية لما كانت في الوجه. أعاد الضمير عليها وإن لم يتقدم لها ذكر ووجوب اجتنابه متفق عليه لكن يجب عليه دم إذا لم يجتنبه عنده لانه نوع طيب وعندهما صدقة لانه يقتل الهوام ويلين الشعر وليس بطيب، وهذا الاختلاف راجع إلى تفسيره وليس باختلاف حقيقة كالاختلاف في الصابئة والافطار بالاقطار في الاحليل. والخطمي بكسر الخاء نبت يغسل به الرأس، وقيد بالخطمي لانه لو غسل رأسه بالحرض والصابون لا شئ عليه باتفاقهم قوله: (ومس الطيب) أي واجتنبه مطلقا في الثوب والبدن لقوله عليه السلام الحاج الشعث التفل وهو بكسر العين مغبر الرأس، والتفل بكسر الفاء تارك الطيب، وهو في اللغة نقيض الخبث، وفي الشريعة وهو جسم له رائحة طيبة كالزعفران والبنفسج والياسمين والغالية والورد والورس والعصفر والحناء، ولم يذكر المصنف هنا الدهن كما في الوافي، إما أنه أصل الطيب فدخل تحته، وإما للاختلاف كما سيأتي في باب الجنايات قوله: (وحلق رأسه وقص شعره وظفره) أي واجتنب هذه الاشياء لقوله تعالى * (ولا تحلقوا رؤسكم) * (البقرة: ١٩٦) والقص في معناه فثبت دلالة. والمراد إزالة الشعر كيفما كان حلقا وقصا ونتفا وتنورا وإحراقا من أي مكان كان من الرأس والبدن مباشرة أو تمكينا لكن قال الحلبي في مناسكه: ويستثنى منه قلع الشعر النابت في العين فقد ذكر بعض مشايخنا أنه

لا شئ فيه عندنا. قوله: (لا الاغتسال ودخول الحمام) أي لا يتقيهما لما روى مسلم أنه صلى الله عليه وسلم اغتسل وهو محرم قوله: (والاستظلال بالبيت والمحمل) أي لا يجتنبه. والمحمل بفتح الميم الاولى وكسر الثانية أو عكسه، وهو مقيد بما إذا لم يصب رأسه ولا وجهه فلو أصاب أحدهما يكره كما لو حمل ثيابا على رأسه فإنه يلزمه الجزاء بخلاف ما إذا حمل نحو الطبق أو الاجانة والعدل المشغول قوله: (وشد الهميان في وسطه) أي لا يجتنبه وهو بالكسر ما يجعل فيه الدراهم ويشد على الحقو. أطلقه فشمل ما إذا كان فيه نفقته أو نفقة غيره لانه ليس بلبس مخيط ولا في معناه. وأشار إلى أنه لا يكره شد المنطقة والسيف والسلاح والتختم بالخاتم. ومما لا يكره
***
[٥٧٠]
له أيضا الاكتحال بغير المطيب وأن يختتن ويفتصد ويقلع ضرسه ويجبر الكسر ويحتجم وأن يحك رأسه وبدنه غير أنه إن خاف سقوط شئ من شعره بسبب ذلك حكه برفق وإن لم يخف من ذلك فلا بأس بالحك الشديد قوله: (وأكثر من التلبية متى صليت أو علوت شرفا أو هبطت واديا أو لقيت ركبا وبالاسحار رافعا صوتك) أي أكثر منها على وجه الاستحباب عند اختلاف الاحوال كتكبير الصلاة عند الانتقال. أطلق الصلاة فشمل فرضها وواجبها ونفلها وهو ظاهر الرواية، وخصها الطحاوي بالمكتوبات قياسا على تكبيرات التشريق كما ذكره الاسبيجابي. وعلوت شرفا أي صعدت مكانا مرتفعا، وقيل بضم الشين جمع شرفة. والركب جمع راكب كتجر جمع تاجر، والسحر السدس الاخير من الليل. وصرح في المحيط بأن الزيادة منها على المرة الواحدة سنة حتى تلزمه الاساءة بتركها. قال في فتح القدير: فظهر أن التلبية فرض وسنة ومندوب. ويستحب أن يكررها كلما أخذ فيها ثلاث مرات ويأتي بها على الولاء ولا يقطعها بكلام، ولو رد السلام في خلالها جاز لكن يكره لغير السلام عليه في حالة التلبية. وإذا رأى شيأ يعجبه قال لبيك إن العيش عيش الآخرة، وتقدم أنه يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم عقب تلبيته سرا ويسأل الله الجنة ويتعوذ من النار ورفع الصوت بها سنة إلا أنه لا يجهد نفسه كما يفعله العوام.
***
[٥٧١]
قوله: (وابدأ بالمسجد بدخول مكة) الباء الاولى باء التعدية وهو إيصال معنى متعلقها بمدخولها، والثانية للسببية، وعبادة أصله أولى وهي: إذا دخل مكة بدأ بالمسجد الحرام لانه أولى شئ فعله عليه السلام وكذا الخلفاء بعده، وقد قدمنا في كتاب الطهارة أن من الاغتسالات المسنونة الاغتسال لدخولها وهو للنظافة فيستحب للحائض والنفساء. ولم يقيد دخول مكة بزمن خاص فأفاد أنه لا يضره ليلا دخلها أو نهارا لانه عليه السلام دخلها نهارا في حجته وليلا في عمرته فهما سواء في عدم الكراهة، وما روي عن ابن عمر أنه كان ينهى عن الدخول ليلا فليس تقريرا للسنة بل شفقة على الحاج من السراق، وأما المستحب فالدخول نهارا كما في الخانية. ويستحب أن يدخل مكة من باب المعلا ليكون مستقبلا في دخوله باب البيت تعظيما، وإذا خرج فمن السفلى. ولا يخفى أن تقديم الرجل اليمنى سنة دخول المساجد كلها، ويستحب أن يكون ملبيا في دخوله حتى يأتي باب بني شيبة فيدخل المسجد الحرام منه لانه عليه السلام دخل منه وهو المسمى بباب السلام متواضعا خاشعا ملبيا ملاحظا جلالة البقعة مع التلطف بالمزاحم قوله: (وكبر وهلل تلقاء البيت) أي مواجها له لحديث جابر أنه عليه السلام كبر ثلاثا وقال لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شئ قدير، فالمراد من التكبير الله أكبر أي من هذه الكعبة المعظمة. كذا في غاية البيان. والاولى أي من كل ما سواه ومن التهليل لا إله إلا الله، ولم يذكر المصنف الدعاء عند مشاهدة البيت وهكذا في المتون وهي غفلة عما لا يغفل عنه فإن الدعاء عندها مستجاب، ومحمد رحمه الله لم يعين في الاصل لمشاهد الحج شيأ من الدعوات لان التوقيت يذهب بالرقة وإن تبرك بالمنقول منها فحسن. كذا في الهداية. وفي الولوالجية من فصل القراءة: للمصلي ينبغي
***
[٥٧٢]
أن يدعو في الصلاة بدعاء محفوظ لا بما يحضره لانه يخاف أن يجري على لسانه ما يشبه كلام الناس فتفسد صلاته، فأما في غير الصلاة فينبغي أن يدعو بما يحضره ولا يستظهر الدعاء لان حفظ الدعاء يمنعه عن الرقة اه‍. وقد ذكر في المناقب أن أبا حنيفة أوصى رجلا يريد السفر إلى مكة بأن يدعو الله عند مشاهدة البيت باستجابة دعائه فإن استجيبت هذه الدعوة صار مستجاب الدعوة وفي فتح القدير ومن

أهم الادعية طلب ب الجنة بلا حساب والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم هنا من أهم الاذكار كما ذكر الحلبي في مناسكه. قوله: (ثم استقبل الحجر مكبرا مهللا مستلما بلا إيذاء) لفعله عليه السلام كذلك ولنهي عمر عن المزاحمة ولان الاستلام سنة والكف عن الايذاء واجب فالاتيان بالواجب متعين. والاستلام أن يضع يديه على الحجر الاسود ويقبله لفعله عليه السلام الثابت في الصحيحين، وإن لم يقدر وضع يديه وقبلهما أو إحداهما، فإن لم يقدر أمس الحجر شيئا كالعرجون ونحوه وقبله لرواية مسلم، وإن عجز عن ذلك للزحمة استقبله ورفع يديه حذاء أذنيه وجعل باطنهما نحو الحجر مشيرا بهما إليه وظاهرهما نحو وجهه. وهكذا المأثور وإن أمكنه أن يسجد على الحجر
***
[٥٧٣]
فعل لفعله عليه السلام والفاروق بعده، وقول القوام الكاكي الاولى أن لا يسجد عندنا ضعيف. وهذا التقبيل المسنون إنما يكون بوضع الشفتين من غير تصويت كما ذكره الحلبي في مناسكه، وقد أشار إلى أنه لا يبدأ بالصلاة لان تحية البيت الطواف فإن كان حلالا فيطوف طواف التحية، وإن كان محرما بالحج فطواف القدوم وهو أيضا تحية إلا أنه خص بهذه الاضافة. وإن دخل في يوم النحر بعد الوقوف فطواف الفرض يغني كصلاة الفرض تغني عن تحية المسجد أو بالعمرة فطواف العمرة. ولا يسن في حقه طواف القدوم واستثنى علماؤنا من ذلك ما إذا دخل في وقت منع الناس من الطواف أو كان عليه فائتة مكتوبة أو خاف خروج الوقت للمكتوبة أو الوتر أو سنة راتبة أو فوت الجماعة في المكتوبة فإنه يقدم الصلاة على الطواف في هذه المسائل ثم يطوف. وفي قوله الحجر دون أن يصفه بالسواد إشارة إلى أنه حين أخرج من الجنة كان أبيض من اللبن وإنما أسود بمس المشركين والعصاة. كذا في المحيط. قوله: (وطف مضطبعا وراء الحطيم عن يمينك مما يلي الباب سبعة أشواط) لفعله عليه السلام كذلك لما رواه أبو داود وهو أن يدخل ثوبه تحت يده اليمنى ويلقه على عاتقه الايسر. يقال اضطبع بثوبه وتأبط به، وقولهم اضطبع رداءه سهو وإنما الصواب بردائه. كذا في المغرب. وهو سنة مأخوذ من الضبع وهو العضد لانه يبقى مكشوفا، وينبغي أن يفعله قبل الشروع في الطواف بقليل. وأما إدخال الحطيم في طوافه فهو واجب لان الحطيم ثبت
***
[٥٧٤]
كونه من البيت بخبر الواحد حتى لو تركه يؤمر بإعادة الطواف من الاصل أو إعادته على الحطيم ما دام بمكة ولو لم يعد لزمه دم، ولو استقبل الحطيم وحده لا تجوز صلاته لان فرضية التوجه ثبتت بنص الكتاب فلا تتأدى بما ثبت بخبر الواحد احتياطا. وله ثلاث أسام: حطيم وحظيرة وحجر. وهو اسم لموضع متصل بالبيت من الجانب الغربي بينه وبين البيت فرجة، وسمي به لانه حطم من البيت أي كسر فعيل بمعنى مفعول كالقتيل بمعنى المقتول، أو لان من دعا على من ظلمه فيه حطمه الله كما جاء في الحديث فهو بمعنى فاعل. كذا في كشف الاسرار. وليس كله من البيت بل مقدار ستة أذرع من البيت برواية مسلم عن عائشة. وفي غاية البيان أن فيه قبر هاجر واسماعيل عليهما السلام. وأما أخذه عن يمينه مما يلي الباب فهو واجب أيضا حتى لو طاف منكوسا صح وأثم لتركه الواجب، ويجب إعادته ما دام بمكة فإن رجع قبل إعادته فعليه دم والحكمة في كونه يجعل البيت عن يساره أن الطائف بالبيت مؤتم به والواحد مع الامام يكون الامام على يساره، وقيلان القلب في الجانب الايسر، وقيل ليكون الباب في أول طوافه لقوله تعالى * (واتوا البيوت من أبوابها) * (البقرة: ١٨٩) وأشار بقوله مما يلي الباب أن الافتتاح من الحجر الاسود واجب لانه عليه السلام لم يتركه قط، وقيل شرط حتى لو افتتح من غيره لا يجزئه لان الامر بالطواف في الآية مجمل في حق الابتداء فالتحق فعله عليه السلام بيانا له. كذا في فتح القدير هنا. وفي باب الجنايات ذكر أن ظاهر الروايات أنه سنة، وذكر في المحيط أنه سنة عند عامة المشايخ حتى لو افتتح من غير
***
[٥٧٥]
الحجر جاز ويكره. وذكر محمد في الرقيات أنه لم يجز ذلك القدر وعليه الاعادة وإليه أشار في الاصل فقد جعل البداية منه فرضا ا ه. والاوجه الوجوب للمواظبة والافتراض بعيد عن الاصول للزوم الزيادة على القطعي بخبر الواحد، ولعل صاحب المحيط أراد بالسنة

السنة المؤكدة التي بمعنى الواجب وتكون الكراهة تحريمية. ولما كان الابتداء من الحجر واجبا كان الابتداء من الطواف من الجهة التي فيها الركن اليماني قريبا من الحجر الاسود متعينا ليكن مارا بجميع بدنه على جميع الحجر الاسود وكثير من العوام شاهدناهم يبتدؤن الطواف وبعض الحجر خارج عن طوافهم فاحذره. وقوله سبعة أشواط بيان للواجب لا للفرض في الطواف فإنا قدمنا أن أقل الاشواط السبعة واجبة تجبر بالدم فالركن أكثر الاشواط. واختلف
***
[٥٧٦]
فيه فقيل أربعة أشواط وهو الصحيح نص عليه محمد في المبسوط، وذكر الجرجاني أنه ثلاثة أشواط وثلثا شوط، وخالف المحقق ابن الهمام أهل المذهب وجزم بأن السبعة ركن فإنه لا يجزئ أقل منها وأن هذا ليس من قبيل ما يقام فيه الاكثر مقام الكل، وأطال الكلام فيه في الجنايات، وهذا التقدير أعني السبعة مانع للنقصان اتفاقا. واختلفوا في منعه للزيادة حتى لو طاف ثامنا وعلم أنه ثامن اختلفوا فيه والصحيح أنه يلزمه إتمام الاسبوع لانه شرع فيه ملتزما بخلاف ما إذا ظن أنه سابع ثم تبين له أنه ثامن فإنه لا يلزمه الاتمام لانه شرع فيه مسقطا لا ملتزما كالعبادة المظنونة. كذا في المحيط. وبهذا علم أن الطواف خالف الحج فإنه إذا شرع فيه مسقطا يلزمه إتمامه بخلاف بقية العبادات. والاشواط جمع شوط وهو جري مرة إلى الغاية. كذا في المغرب. وفي الخانية من الحجر إلى الحجر شوط. واعلم أن مكان الطواف داخل المسجد الحرام حتى لو طاف بالبيت من وراء زمزم أو من وراء السواري جاز، ومن خارج المسجد لا يجوز وعليه أن يعيد لانه لا يمكنه الطواف ملاصقا لحائط البيت فلا بدمن حد فاصل بين القريب والبعيد فجعلنا الفاصل حائط المسجد لانه في حكم بقعة واحدة، فإذا طاف خارج المسجد فقد طاف بالمسجد لا بالبيت لان حيطان المسجد تحول بينه وبين البيت. كذا في المحيط. وقد علمت مما قدمناه من واجبات الحج أن الطهارة فيه من الحدثين واجب، وكذا ستر العورة، فلو طاف مكشوف العورة قدر ما لا تجوز الصلاة معه لزمه دم. كذا في الظهيرية. وأما الطهارة من الخبث فمن
***
[٥٧٧]
السنة لا يلزمه بتركها شئ كما صرح به في المحيط وغيره لكن صرح في الفتاوي الظهيرية بأنه لو طاف طواف الزيادة في ثوب كله نجس فهذا وما لو طاف عريانا سواء، فإن كان من الثوب قدر ما يواري عورته طاهرا والباقي نجسا جاز طوافه ولا شئ عليه. وأطلق الطواف فأفاد أنه لا يكره في الاوقات التي تكره الصلاة فيها لان الطواف ليس بصلاة حقيقة ولهذا أبيح الكلام فيه كما ورد في الحديث ولا تبطله المحاذاة وقالوا: لا بأس بأن يفتي في الطواف ويشرب ويفعل ما يحتاج إليه لكن يكره إنشاد الشعر فيه والحديث لغير حاجة والبيع، وأما قراءة القرآن فيه فمباحة في نفسه ولا يرفع بها صوته كما في المحيط. والمعروف في الطواف إنما هو مجرد ذكر الله روي ابن ماجه عن أبي هريرة أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول من طاف بالبيت سبعا ولم يتكلم إلا بسبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر ولا حول ولا قولة إلا بالله محيت عنه عشر سيأت، وكتبت له عشر حسنات، ورفع له بها عشر درجات (١) وفي المحيط: لو خرج من طوافه إلى جنازة أو مكتوبة أو تجديد وضوء ثم عاد بني. قوله: (ترمل في الثلاثة الاول فقط) بيان للسنة أي في الاشواط الثلاثة الاول دون غيرها فأفاد أنه من الحجر لحديث ابن عمر وابن عباس في حجة الوداع المروي في الصحيحين ردا على من قال إنه ينتهي إلى الركن اليماني. واعلم أن الاصل زوال الحكم عند زوال العلة لان الحكم ملزوم لوجود العلة ووجود الملزوم بدون اللازم محال: وقول من قال إن علة الرمل في الطواف زالت وبقي الحكم ممنوع فإن النبي صلى الله عليه وسلم رمل في حجة الوداع تذكيرا لنعمة الامن بعد الخوف ليشكر عليها فقد أمر الله بذكر نعمه في مواضع من كتابه. وما أمرنا بذكرها إلا لنشكرها. ويجوز أن يثبت الحكم بعلل متبادلة فحين غلبة المشركين كانت علة الرمل إيهام المشركين قوة المؤمنين، وعند زوال ذلك تكون علته تذكير نعمة الامن كما أن علة الرق في الاصل استنكاف الكافر عن عبادة ربه ثم صار علته حكم الشرع بربه وإن أسلم وكالخراج فإنه يثبت في الابتداء بطريق العقوبة ولهذا لا يبدأ به على المسلم ثم صار علته حكم الشرع بذلك حتى لو اشترى المسلم أرض خراج لزمه عليه الخراج. كذا ذكره المحقق
***
[٥٧٨]

أكمل الدين في شرح البزدوي من بحث القدرة الميسرة. وقد رد المحقق ابن الهمام في باب العشر والخراج كون الحكم ملزوما لوجود العلة في العلل الشرعية لان العلل الشرعية أمارات على الحكم لا مؤثرات فيجوز بقاء الحكم بعد زوال علته وإنما ذلك في العلل العقلية. وأشار بقوله بعد ذلك ثم أخرج إلى الصفا إلى أنه لا يرمل إلا في طواف بعده سعي، فلو أراد تأخير السعي إلى طواف الزيارة لا يرمل في طواف القدوم، وذكر الشارح معزيا إلى الغاية إذا كان قارنا لم يرمل في طواف القدوم إن كان رمل في طواف العمرة. وأشار بقوله فقط إلى أنه لو ترك الرمل في الشوط الاول لا يرمل إلا في الشوطين بعده، وبنسيانه في الثلاثة الاول لا يرمل في الباقي لان ترك الرمل في الاربعة سنة، فلو رمل فيها لكان تاركا للسنتين وكان ترك أحدهما أسهل، فإن زاحمه الناس في الرمل وقف، فإذا وجد مسلكا رمل لانه لا بدل له فيقف حتى يقيمه على الوجه المسنون بخلاف استلام الحجر لان الاستقبال بدل له. وفي الولوالجية: ولو رمل في الكل لم يلزمه شئ ا هـ. وينبغي أن يكره تنزيها لمخالفة السنة. والرمل كما في الهداية أن يهز في مشيته الكتفين كالمبارز يتبختر بين الصفين، وقيل هو إسراع مع تقارب الخطا دون الوثوب والعدو. وهو في اللغة كما في ضياء الحلوم بفتح الفاء والعين الهرولة. وفي فتح القدير: وهو بقرب البيت أفضل فإن لم يقدر فهو في البعد من البيت أفضل من الطواف بلا رمل مع القرب منه. قوله: (واستلم الحجر كلما مررت به إن استطعت) أي من غير إيذاء لحديث البخاري أنه عليه السلام طاف على بعير كلما أتى إلى الركن أشار بشئ في يده وكبر. وفي المغرب: استلم الحجر تناوله بيده أو بالقبلة أو مسحه بالكف من السلمة بفتح السين وكسر اللام وهي
***
[٥٧٩]
الحجر، أفاد أن استلام الحجر بين كل شوطين سنة كما صرح به في غاية البيان. وذكر في المحيط والولوالجي في فتاواه أن الاستلام في الابتداء والانتهاء سنة وفيما بين ذلك أدب. ولم يذكر المصنف استلام غير الحجر لانه لا يستلم الركن العراقي والشامي، وأما اليماني فيستحب أن يستلمه ولا يقبله، وعند محمد هو سنة وتقبيله مثل الحجر الاسود والدلائل تشهد له فإن ابن عمر قال: لم أر النبي صلى الله عليه وسلم يمس من الاركان إلا اليمانيين كما في الصحيحين. وعن ابن عباس أنه عليه السلام كان يقبل الركن اليماني ويضع يده عليه. رواه الدارقطني. وعنه عليه السلام إذا استلم الركن اليماني قبله رواه البخاري في تاريخه. وعن ابن عمر أنه قال: ما تركت استلام هذين الركنين الركن اليماني والحجر الاسود منذ رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يستلمهما. رواه مسلم وأبو داود. وقد علمت أن استلام الحجر والركن اليماني يعم التقبيل فقد دل على سنية استلامه، وأظهر منه ما رواه أحمد وأبو داود عن ابن عمر أنه عليه السلام لا يدع أن يستلم الحجر والركن اليماني في كل طوافه، فإنه صريح في المواظبة الدالة على السنية. واعلم أنه قد صرح في غاية البيان أنه لا يجوز استلام غير الركنين وهو تساهل فإنه ليس فيه ما يدل على التحريم، وإنما هو مكروه كراهة التنزيه. والحكمة في عدم استلامهما أنهما ليسا من أركان البيت حقيقة لان بعض الحطيم من البيت فيكون الركنان إذن وسط البيت، وأن الاصل في النسبة إلى اليمن والشام يمني وشامي ثم حذفوا إحدى
***
[٥٨٠]
يائي النسبة وعوضوا منها ألفا فقالوا اليماني والشآمي بالتخفيف وبعضهم يشدده كما في الصحاح قوله: (واختم الطواف به وبركعتين في المقام أو حيث تيسر من المسجد) أما ختم الطواف بالاستلام فهو سنة لفعله عليه السلام كذلك في حجة الوداع، وأما صلاة ركعتي الطواف بعد كل أسبوع فواجبة على الصحيح لما ثبت في حديث جابر الطويل أنه عليه السلام لما انتهى إلى مقام ابراهيم عليه السلام قرأ * (واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى) * (البقرة: ١٢٥) فنبه بالتلاوة قبل الصلاة على أن صلاته هذه امتثالا لهذا الامر والامر للوجوب إلا أن استفادة ذلك
***
[٥٨١]
من التنبيه وهو ظني فكان الثابت الوجوب، ويلزمه حكمنا بمواظبته عليه السلام من غير ترك إذ لا يجوز عليه ترك الواجب. ويكره وصل الاسابيع عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وهي كراهة تحريم لاستلزامها ترك الواجب، ويتفرع على الكراهة أنه لو نسيهما

فلم يتذكر إلا بعد أن شرع في طواف آخر إن كان قبل إتمام شوط رفضه وبعد إتمامه لا، ولو طاف بصبي لا يصلي ركعتي الطواف عنه. كذا في فتح القدير. وقيد بعضهم قول أبي يوسف بأن ينصرف عن وتر. والمراد بالمقام مقام ابراهيم وهي حجارة يقوم عليها عند نزوله وركوبه من الابل حين يأتي إلى زيارة هاجر وولدها اسمعيل. كذا ذكر المصنف في المستصفي. وذكر القاضي في تفسيره أنه الحجر الذي فيه أثر قدميه والموضع الذي كان فيه حين قام عليه ودعا الناس إلى الحج، وقيل مقام ابراهيم الحرم كله. وقول المصنف من المسجد بيان للفضيلة وإلا فحيث أراد بعد الرجوع إلى أهله لانها على التراخي ما لم يرد أن يطوف أسبوعا آخر فتكون على الفور لما قدمنا من كراهة وصل الاسابيع، وقد تقدم في الاوقات المكروهة أنه لا يصليهما فيها فحمل قولهما يكره وصل الاسابيع إنما هو في وقت لا يكره التطوع فيه ولم أر نقلا فيما إذا وصل الاسابيع في وقت الكراهة ثم زال وقتها أنه يكره الطواف قبل الصلاة لكل أسبوع ركعتين. وينبغي أن يكون مكروها لما أن الاسابيع في هذه الحالة صارت كأسبوع واحد. وفي الفتاوي الظهيرية: يقرأ في الركعة الاولى * (قل يا أيها الكافرون) * وفي الثانية * (قل هو الله أحد) * تبركا بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم، وإن قرأ غير ذلك جاز، وإذا فرغ من صلاته يدعو للمؤمنين والمؤمنات قوله: (للقدوم وهو سنة لغير المكي) أي طف هذا الطواف لاجل

***

[٥٨٢]

القدوم، وهذا الطواف سنة للآفاقي دون المكي لانه كتحية المسجد لا يسن للجالس فيه، هكذا ذكروا وليس هذا كتحية المسجد من كل وجه فإن الفرض أو السنة تغني عن تحية المسجد بخلاف طواف القدوم لما سيأتي من أن القارن يطوف للعمرة أولا ثم يطوف للقدوم ثانيا ولا يكفيه الاول، ولم يذكر المصنف الشرب من ماء زمزم بعد ختم الطواف وإنما ذكره بعد الفراغ من أفعال الحج، وكذا إتيان الملتزم والتشبث به، وكذا العود إلى الحجر الاسود قبل السعي، والكل مستحب لكن الاخير مشروط بإرادة السعي حتى لو لم يرده لم يعد إلى الحجر بعد ركعتي الطواف كما في الولوالجية. قوله: (ثم أخرج إلى الصفا وقم عليه مستقبل البيت مكبرا مهللا مصليا على النبي صلى الله عليه وسلم داعيا ربك بحاجتك) لما ثبت في حديث جابر الطويل، وقد قدمنا أن هذا السعي واجب وليس بركن للحديث اسعوا فإن الله كتب عليكم السعي قاله عليه السلام حين كان يطوف بين الصفا والمروة، فإنه ظني وبمثله لا يثبت الركن لانه إنما يثبت عندنا بدليل مقطوع، فما في الهداية من تأويله بمعنى كتب استحبابا فمناف لمطلوبه لانه الوجوب وجميع السبعة الاشواط واجب لا الاكثر فقط فإنهم قالوا في باب الجنايات: لو ترك أكثر الاشواط لزمه دم وإن ترك الاقل لزمه صدقة فدل على وجوب الكل إذ لو كان الواجب الاكثر لم يلزمه في الاقل شئ. أشار بثم إلى تراخي السعي عن الطواف، فلو سعي ثم طاف أعاده لان السعي تبع ولا يجوز تقدم التبع على الاصل. كذا ذكر الولوالجي. وصرح في المحيط بأن تقديم الطواف شرط لصحة السعي. وبهذا علم أن تأخير السعي عن الطواف واجب وإلى أن

***

[٥٨٣]

السعي لا يجب بعد الطواف فورا بل لو أتى به بعد زمان ولو طويلا لا شئ عليه، والسنة الاتصال به كالطهارة فصح سعي الحائض والجنب، وكذا الصعود عليه مع ما بعده سنة حتى يكره لا يصعد عليهما، كما في المحيط، وقد قدمنا أن المشي فيه واجب حتى لو سعى راكبا من غير عذر لزمه دم. ولم يذكر أي باب يخرج منه إلى الصفا لانه مخير لان المقصود يحصل به، وإنما خرج عليه السلام من باب بني مخزوم المسمى الآن بباب الصفا لانه أقرب الابواب إليه فكان اتفاقا لا قصدا فلم يكن سنة. ولم يذكر رفع اليدين في هذا الدعاء وهو مندوب حذو منكبيه جاعلا باطنهما إلى السماء. ثم اعلم أن أصل الصفا في اللغة الحجر الاملس وهو والمروة جبلان معروفان بمكة، وكان الصفا مذكرا لان آدم عليه السلام وقف عليه فسمي به، ووقفت حواء على المروة فسميت باسم المرأة فأنث لذلك. كذا ذكر القرطبي في تفسيره. وفي التحفة: الافضل للحاج أن لا يسعى بعد طواف القدوم لان السعي واجب لا يليق أن يكون تبعا للسنة بل يؤخره إلى طواف الزيارة لانه ركن واللائق للواجب أن يكون

***

[٥٨٤]

تبعا للفرض قوله: (ثم اهبط نحو المروة ساعيا بين الميلين الاخضرين وافعل عليها فعلك على الصفا) أي على المروة من الصعود والتكبير والتهليل والصلاة والدعاء، والكل سنة حتى لو ترك الهرولة بين الميلين لا شئ عليه، وهما شيآن على شكل الميلين منحوتان من نفس جدار المسجد الحرام إلا أنهما منفصلان عنه، وهما علامتان لموضع الهرولة في ممر بطن الوادي بين الصفا والمروة. كذا في المغرب قوله: (وطف بينهما سبعة أشواط تبدأ بالصفا وتختم بالمروة) كما صح في حديث جابر الطويل. وقوله تبدأ بالصفا بيان للواجب حتى لو بدأ بالمروة لا يعتد بالاول هو الصحيح لمخالفة الامر وهو قوله عليه السلام ابدؤا بما بدأ الله به (١). وإشارة إلى أن الذهاب إلى المروة شوط والعود منها إلى الصفا شوط آخر وهو الصحيح لما صح في حديث جابر أنه قال: فلما كان آخر طوافه على المروة. ولو كان من الصفا إلى الصفا شوطا لكان آخر طوافه الصفا. ونقل الشارح عن الطحاوي أن الذهاب من الصفا إلى المروة
***
[٥٨٥]
والرجوع منها إلى الصفا شوط قياسا على الطواف فإنه من الحجر إلى الحجر شوط. وفي الفتاوي الظهيرية ما يخالفه فإنه قال: لا خلاف بين أصحابنا أن الذهاب من الصفا إلى المروة شوط محسوب من الاشواط السبعة، فأما الرجوع من المروة إلى الصفا هل هو شوط آخر؟ قال الطحاوي: لا يعتبر الرجوع من المروة إلى الصفا شوطا آخر والصحيح أنه شوط آخر ا ه‍. وفرق المحقق ابن الهمام بين الطوافين بالفرق لغة بين طاف كذا وكذا سبعا الصادق بالتردد من كل من الغايتين إلى الاخرى سبعا وبين طاف بكذا فإن حقيقته متوقفة على أن يشمل بالطواف ذلك الشئ، فإذا قال طاف به سبعا كان بتكرير تعميمه بالطواف سبعا فمن هنا افترق الحال بين الطواف بالبيت حيث لزم في شوطه كونه من المبدأ إلى المبدأ والطواف
***
[٥٨٦]
بين الصفا والمروة حيث لم يستلزم ذلك ا ه‍. ولم يذكر صلاة ركعتين بعد السعي ختما له وهي مستحبة لفعله عليه السلام لذلك لما رواه أحمد. قوله: (ثم أقم بمكة حراما لانك محرم بالحج) فلا يجوز له التحلل حتى يأتي بأفعاله فأفاد أن فسخ الحج إلى العمرة لا يجوز، وما في الصحيحين من أنه عليه السلام أمر بذلك أصحابه إلا من ساق منهم الهدي فهو مخصوص بهم لما في صحيح مسلم عن أبي ذر أن المتعة كانت لاصحاب محمد خاصة، وفي بعض الشروح أنها كانت مشروعة على العموم ثم نسخت كمتعة النكاح، أو معارض بما في الصحيحين أيضا أن من أهل بالحج أو بالحج والعمرة لم يحلوا إلى يوم النحر قوله: (فطف بالبيت كلما بدا لك) أي ظهر لك لحديث الطحاوي وغيره الطواف بالبيت صلاة إلا أن الله قد أحل لكم المنطق (١) والصلاة خير موضوع فكذا الطواف إلا أنه لا يسعى لكونه يتكرر لا وجوبا ولا نفلا، وكذا الرمل. ويجب أن يصلي لكل أسبوع ركعتين كما قدمناه فالطواف التطوع أفضل للغرباء من صلاة التطوع، ولاهل مكة الصلاة أفضل منه. هكذا أطلقه كثير وينبغي تقييده بزمن الموسم وإلا فالطواف أفضل من الصلاة مكيا كان أو غريبا، وينبغي أن يكون قريبا من البيت في طوافه إذا لم يؤذ به
***
[٥٨٧]
أحدا. والافضل للمرأة أن تكون في حاشية المطاف ويكون طوافه وراء الشاذر وإن كي لا يكون بعض طوافه بالبيت بناء على أنه منه. وقال الكرماني: الشاذر وإن ليس عندنا من البيت، وعند الشافعي منه حتى لا يجوز الطواف عليه وهو تلك الزيادة الملصقة بالبيت من الحجر الاسود إلى فرجة الحجر، قيل بقي منه حين عمرته قريش وضيقته. وفي التجنيس: الذكر أفضل من القراءة في الطواف. وفي فتح القدير معزيا لكافي الحاكم: يكره أن يرفع صوته بالقراءة فيه ولا بأس بقراءته في نفسه. ولم يذكر المصنف دخول البيت وهو مستحب إذا لم يؤذ أحدا كذا قالوا يعني لا نفسه ولا غيره. وقليل أن يوجد هذا الشرط في زمن الموسم كما شاهدناه. ويستحب أن يصلي فيه اقتداء به عليه السلام، وينبغي أن يقصد مصلاه عليه السلام وكان ابن عمر رضي الله عنهما إذا دخل مشى قبل وجهه ويجعل الباب قبل ظهره حتى يكون بينه وبين الجدار الذي قبل وجهه قريب من ثلاثة أذرع. ثم يصلي ويلزم الادب ما استطاع بظاهره وباطنه ولا يرفع بصره إلى السقف، فإذا صلى إلى الجدار يضع خده عليه ويستغفر ويحمد ثم يأتي الاركان فيحمد ويهلل ويسبح ويكبر ويسأل الله تعالى ما شاء. قوله: (ثم اخطب قبل يوم التروية بيوم وعلم فيها المناسك) يعني في اليوم السابع من الحجة بعد صلاة الظهر خطبة واحدة

لا جلوس فيها، ويوم التروية هو يوم الثامن سمي به لان الناس يرون إبلهم فيه لاجل يوم عرفة، وقيل لان ابراهيم عليه السلام رأى في تلك الليلة في منامه أن يذبح ولده بأمر ربه فلما أصبح روى في النهار كله أي تفكر أن ما رآه
***
[٥٨٨]
من الله تعالى فيأتمره أو لا فلا. وظاهر كلام المغرب تعينه فإنه قال: والاصل الهمزة وأخذها من الرؤية خطأ ومن الري منظور فيه. وأراد بالمناسك الخروج إلى منى وإلى عرفة والصلاة فيها والوقوف والافاضة وهذه أول الخطب الثلاث التي في الحج، ويبدأ في الكل بالتكبير ثم بالتلبية ثم بالتحميد كابتدائه في خطبة العيدين، ويبدأ بالتحميد في ثلاث خطب وهي خطبة الجمع والاستسقاء والنكاح. كذا في المبتغى قوله: (ثم رح يوم التروية إلى منى) وهي قرية فيها ثلاث سكك بينها وبين مكة فرسخ وهي من الحرم، والغالب عليه التذكير والصرف وقد يكتب بالالف. كذا في المغرب. أطلقه فأفاد أنه يجوز التوجه إليها في أي وقت شاء من اليوم. واختلف في المستحب على ثلاثة أقوال أصحها أنه يخرج إليها بعد ما طلعت الشمس لما ثبت من فعله عليه السلام كذلك في حديث جابر الطويل وابن عمر مع اتفاق الرواة أنه صلى الظهر بمنى، والبيتوتة بها سنة والاقامة بها مندوبة. كذا في المحيط. ولو لم يخرج من مكة إلا يوم عرفة أجزأه أيضا ولكنه أساء لترك السنة، وأفاد أنه لا فرق بين أن يكون يوم التروية يوم الجمعة أو لا فله الخروج إليها يوم الجمعة قبل الزوال وأما بعده فلا يخرج ما لم يصلها كما إذا أراد أن يسافر يوم الجمعة من مصره. وينبغي أن لا يترك التلبية في الاحوال كلها حال الاقامة بمكة داخل المسجد الحرام وخارجه إلى حال كونه في الطواف ويلبي عند الخروج إلى منى ويدعو بما شاء، ويستحب أن ينزل بالقرب من مسجد الخيف قوله: (ثم إلى عرفات بعد صلاة الفجر يوم عرفة) وهي علم للموقف وهي منونة لا غير ويقال لها عرفة أيضا، ويوم عرفة التاسع من ذي الحجة وسمي به لان ابراهيم عليه السلام عرف أن الحكم من الله فيه أو لان جبريل عرفه المناسك فيه أو لان آدم وحواء تعارفا فيه بعد الهبوط إلى الارض وهذا بيان الافضل حتى لو ذهب قبل طلوع الفجر إليها جاز كما يفعله الحجاج في زماننا فإن أكثرهم لا
***
[٥٨٩]
يبيت بمنى لتوهم الضرر من السراق. ويستحب أن يسير على طريق ضب ويعود على طريق المأزمين اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم كما في العيدين، وينزل مع الناس حيث شاء وبقرب الجبل أفضل والبعد عن الناس في هذا المكان تجبر والحال حال تضرع ومسكنة أو اضرار بنفسه أو متاعة أو تضيق على المارة إن كان بالطريق، والسنة أن ينزل الامام بنمرة وتزول النبي صلى الله على وسلم بها لا نزاع فيه. كذا في فتح القدير قوله: (ثم اخطب) يعني خطبتين بعد الزوال والآذان قبل الصلاة يجلس بينهما كما في الجمعة للاتباع. وإنما أطلقه لافادة أنها جائزة قبل الزوال واكتفى بما ذكره في الاولى من تعليم المناسك عن أن يقول ويعلم الناس فيها المناسك التي هي إلى الخطبة الثالثة وهي الوقوف بعرفة والمزدلفة والافاضة منهما ورمي جمرة العقبة يوم النحر والذبح والحلق وطواف الزيارة. ولما كان الاطلاق مصروفا إلى المعهود دل أنه إذا صعد الامام المنبر وجلس أذن المؤذن وهو ظاهر المذهب وهو الصحيح للاتباع الثابت عنه عليه السلام. قوله: (ثم صل بعد الزوال الظهر والعصر بأذان وإقامتين بشرط الامام والاحرام) لما ثبت من حديث جابر من الجمع بينهما كذلك فيؤذن للظهر ثم يقيم له ثم يقيم للعصر لانها تؤدى قبل وقتها المعتاد فتفرد بالاقامة للاعلام. وأشار بذكر العصر بعد الظهر إلى أنه لا يصلي سنة الظهر البعديه وهو الصحيح كما في التصحيح فبالاولى أن لا ينتقل بينهما، فلو فعل كره وأعاد الاذان للعصر لانقطاع فوره فصار كالاشتغال بينهما بفعل آخر. وفي اقتصاره في بيان
***
[٥٩٠]
شرط الجمع على ما ذكر دليل على أن الخطبة ليست من شرطه بخلاف الجمعة وعلى أن الجماعة ليست من شرطه حتى لو لحق الناس الفزع بعرفات فصلى الامام وحده الصلاتين فإنه يجوز بالاجماع على الصحيح. كذا في الوجيز. وفي البدائع: ولا يلزم عليه ما إذا سبق الامام الحدث في صلاة الظهر فاستخلف رجلا وذهب الامام ليتوضأ فصلى الخليفة الظهر والعصر ثم جاء الامام أنه لا يجوز له أن

يصلي العصر إلا في وقتها لان عدم الجواز هناك ليس لعدم الجماعة بل لعدم الامام لانه خرج عن أن يكون إماما وصار كواحد من المؤتمين أو يقال: الجماعة شرط الجمع عند أبي حنيفة لكن في حق غير الامام لا في حق الامام ا ه. فما في النقاية والجوهرة والمجمع من اشتراط الجماعة ضعيف. ولو أحدث بعد الخطبة قبل أن يشرع في الصلاة فاستخلف من لم يشهد الخطبة جاز ويجمع بين الصلاتين بخلاف الجمعة، وذكر
***

[٥٩١]
الامام والاحرام بالتعريف للاشارة إلى تعيينهما فالمراد بالامام الامام الاعظم أو نائبه مقيما كان أو مسافرا، فلا يجوز الجمع مع إمام غيرهما. ولو مات الامام وهو الخليفة جمع نائبه أو صاحب شرطه لان النواب لا ينعزلون بموت الخليفة والاصلي كل واحد منهما في وقتها، والمراد بالاحرام إحرام الحج حتى لو كان محرما بالعمرة يصلي في وقته عنده، وهذان الشرطان لا بد منهما في كل من الصلاتين لا في العصر وحدها حتى لو كان محرما بالعمرة في الظهر محرما بالحج في العصر لا يجوز له الجمع عنده كما لو لم يكن محرما في الظهر. وأطلق في وقت الاحرام فأفاد أنه لا فرق بين أن يكون محرما قبل الزوال أو بعده وهو الصحيح لان المقصود حصوله عند أداء الصلاتين، ولا يشترط الامام لجميع أداء الظهر حتى لو أدرك جزأ منه معه جاز له الجمع. كذا في المحيط. وهذا كله مذهب الامام، وعندهما لا يشترط إلا الاحرام عند العصر وهو رواية لجور للمنفرد الجمع. وفي قوله صلى الظهر إشارة إلى الصحيحة فلو صلاها ثم تبين فساد الظهر أعادهما جميعا لان الفاسد عدم شرعا، وذكر في معراج الدراية أنه يؤخر هذا الجمع إلى آخر وقت الظهر، وفي المحيط لا يجهر بالقراءة فيهما قوله: (ثم إلى الموقف وقف بقرب الجبل) أي ثم رح والمراد بالجبل جبل الرحمة.
***

[٥٩٢]
قوله (وعرفات كلها موقف إلا بطن عرنة) لحديث البخاري عرفات كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة، والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن محسر. وشعاب مكة كلها منحر (١) وفي المغرب: عرنة واد بحذاء عرفات وبتصغيرها سميت عرينة ينسب إليها العرنيون. وذكر القرطبي في تفسيره أنها بفتح الراء وضمها بغربي مسجد عرفة حتى لو قال بعض العلماء: إن الجدار الغربي من مسجد عرفة لو سقط سقط في بطن عرنة. وحكي الباجي عن ابن حبيب أن عرفة في الحل وعرنة في الحرم قوله: (حامدا مكبرا مهللا ملبيا مصليا داعيا) أي قف حامدا إلى آخره لحديث مالك وغيره أفضل الدعاء دعاء يوم عرفة وأفضل ما قلته أنا والنبيون من قبلي لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو حي لا يموت بيده الخير وهو على كل شئ قدير وكان عليه السلام يجتهد في الدعاء في هذا الموقف حتى روى عنه أنه عليه السلام دعا عشية عرفة لامته بالمغفرة فاستجيب له إلا في الدماء والمظالم ثم أعاالدعاء بالمزدلفة فأجيب حتى الدماء والمظالم. خرجه ابن ماجه
***

[٥٩٣]
وهو ضعيف بالعباس بن مرادس فإنه منكر الحديث ساقط الاحتجاج كما ذكره الحفاظ لكن له شواهد كثيرة، فمنها ما رواه أحمد بإسناد صحيح عن ابن عباس قال: كان فلان ردف رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عرفة فجعل الفتى يلاحظ النساء وينظر إليهن فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: ابن أخي إن هذا يوم من ملك فيه سمعه وبصره غفله. ومنها ما رواه البخاري مرفوعا من حج فلم يرفث ولم يفسق خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه ومنها ما رواه مسلم في صحيحه مرفوعا إن الاسلام يهدم ما كان قبله، وإن الهجرة تهدم ما كان قبلها، وإن الحج يهدم ما كان قبله (١) ومنها ما رواه مالك في الموطأ مرفوعا ما رؤي الشيطان يوما هو أصغر ولا أدحر ولا أغيظ منه في يوم عرفة وما ذاك إلا لما يرى من تنزل الرحمة وتجاوز الله تعالى عن الذنوب العظام إلا ما رؤي يوم بدر فإنه رأي جبريل يزع الملائكة (٢) فإنها تقتضي تكفير الصغائر والكبائر ولو كانت من حقوق العباد لكن ذكر الاكمل في شرح المشارق أن الاسلام يهدم ما كان قبله أن المقصود أن الذنوب السالفة تحبط بالاسلام والهجرة والحج صغيره كانت أو كبيرة، وتتناول حقوق الله وحقوق العباد بالنسبة إلى الحربي حتى لو أسلم لا يطالب بشئ منها حتى لو كان قتل وأخذ المال وأحرزه بدار الحرب ثم أسلم لا يؤاخذ بشئ من ذلك، وعلى هذا كان الاسلام كافيا في تحصيل مراده ولكن ذكر صلى الله عليه وسلم الهجرة والحج تأكيدا في بشارته وترغيبا في مبايعته

فإن الهجرة والحج لا يكفران المظالم ولا يقطع فيهما بمحو الكبائر وإنما يكفران الصغائر. ويجوز أن يقال: والكبائر التي ليست من حقوق العباد أيضا كالاسلام من أهل الذمة وحينئذ لا يشك أن ذكرهما كان للتأكيد ا ه. وهكذا ذكر الامام الطيبي في شرح هذا الحديث وقال: إن الشارحين اتفقوا عليه. وهكذا ذكر الامام النووي والقرطبي في شرح مسلم. وذكر القاضي عياض أن أهل السنة أجمعوا على أن الكبائر لا يكفرها إلا التوبة. فالحاصل أن المسألة ظنية وأن الحج لا يقطع فيه بتكفير الكبائر من حقوق الله تعالى فضلا عن حقوق العباد. وأن قلنا بالتكفير للكل فليس معناه كما يتوهمه كثير من الناس أن الدين يسقط عنه وكذا قضاء الصلوات والصيامات والزكاة إذ لم يقل أحد بذلك، وإنما المراد
***
[٥٩٤]
أن إثم مطل الدين وتأخيره يسقط ثم بعد الوقوف بعرفة إذا مطل صار آثما الآن، وكذا إثم تأخير الصلاة عن أوقاتها يرتفع بالحج لا القضاء ثم بعد الوقوف بعرفة يطالب بالقضاء فإن لم يفعل كان آثما على القول بغوريته، وكذا البقية على هذا القياس. وبالجملة فلم يقل أحد بمقتضى عموم الاحاديث الواردة في الحج كما لا يخفي. وأشار بقوله ملبيا إلى الرد على من قال يقطعها إذا وقف. ثم اعلم أن الوقوف ركن من أركان الحج كما قدمناه وهو أعظم أركانه للحديث الصحيح الحج عرفة وشرطه شيآن: أحدهما كونه في أرض عرفات. الثاني أن يكون في وقته كما سيأتي بيانه. وليس القيام من شرطه ولا من واجباته حتى لو كان جالسا جاز لان الوقوف المفروض هو الكينونة فيه، وكذا النية ليس من شرطه، وواجبه الامتداد إلى الغروب. وأما سننه فالاغتسال للوقوف والخطبتان والجمع بين الصلاتين وتعجيل الوقوف عقيبهما وأن يكون مفطرا لكونه أعون على الدعاء، وأن يكون متوضئا لكونه أكمل،
***
[٥٩٥]
وأن يقف على راحلته، وأن يكون مستقبل القبلة، وأن يكون وراء الامام بالقرب منه، وأن يكون حاضر القلب فارغا من الامور الشاغلة عن الدعاء فينبغي أن يجتنب في موقفه طريق القوافل وغيرهم لئلا ينزعج بهم، وأن يقف عند الصخرات السود موقف رسول الله صلى الله عليه وسلم وإن تعذر عليه يقف بقرب منه بحسب الامكان، وأما ما اشتهر عن العوام من الاعتناء بالوقوف على جبل الرحمة الذي هو بوسط عرفات وترجيحهم له على غيره فخطأ ظاهر ومخالف للسنة ولم يذكر أحد ممن يعتد به في صعود هذا الجبل فضيلة تختص به بل له حكم سائر أراضي عرفات غير موقف رسول الله صلى الله عليه وسلم فإنه أفضل إلا الطبري والماوردي في الحاوي فإنهما قالا باستحباب قصد هذا الجبل الذي يقال له جبل الدعاء. قال: وهو موقف الانبياء. وما قالاه لا أصل له ولم يرد فيه حديث صحيح ولا ضعيف. كذا ذكر النووي في شرح المهذب. ومن السنة أن يكثر من الدعاء والتكبير والتهليل والتلبية والاستغفار وقراءة القرآن والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم، وليحذر كل الحذر من التقصير في شئ من هذا فإن هذا اليوم لا يمكن تداركه. ويكثر من التلفظ بالتوبة من جميع المخالفات مع الندم بالقلب، وأن يكثر البكاء مع الذكر
***
[٥٩٦]
فهناك تسكب العبرات وتستقال العثرات وترتجى الطلبات وإنه لمجمع عظيم وموقف جسيم يجتمع فيه خيار عباد الله الصالحين وأوليائه المخلصين وهو أعظم مجامع الدنيا، وقد قيل إذا وافق يوم عرفة يوم جمعة غفر لكل أهل الموقف وأنه أفضل من سبعين حجة في غير يوم جمعة كما ورد في الحديث. وليحذر كل الحذر من المخاصمة والمشاتمة والمنافرة والكلام القبيح بل ومن المباح أيضا في مثل هذا اليوم. قوله: (ثم إلى مزدلفة بعد الغروب) أي ثم رح كما ثبت في صحيح مسلم من فعله عليه السلام، وهذا بيان للواجب حتى لو دفع قبل الغروب وجاوز حدود عرفة لزمه دم. وأشار إلى أن الامام لو أبطأ لدفع بعد الغروب. فإن الناس يدفعون لانه لا موافقة في مخالفة السنة، ولو مكث بعد الغروب وبعد دفع الامام وإن كان قليلا لخوف الزحام فلا بأس به، وإن كان كثيرا كان مسيئا لمخالفة السنة، والافضل أن يمشي على هينته وإذا وجد فرجة أسرع، ويستحب أن يدخل مزدلفة ماشيا وأن يكبر ويهلل ويحمد ويلبي ساعة فساعة قوله: (وانزل بقرب جبل قزح) يعني المشعر الحرام وهو غير منصرف للعدل والعلمية كعمر من قزح الشئ ارتفع يقال إنه كانون آدم

عليه السلام وهو موقف الامام كما رواه أبو داود. ولا ينبغي النزول على الطريق ولا الانفراد عن الناس فينزل عن يمينه أو يساره، ويستحب أن يقف وراء الامام كالوقوف بعرفة قوله: (وصل بالناس العشائين بإذان وإقامة) أي المغرب والعشاء جمع تأخير لرواية مسلم عن ابن عمر أنه عليه السلام أذن للمغرب بجمع فأقام ثم صلى العشاء بالاقامة الاولى. وأشار إلى أنه لا تطوع بين الصلاتين ولو سنة مؤكدة على

***

[٥٩٧]

الصحيح ولو تطوع بينهما أعاد الاقامة كما لو اشتغل بينهما بعمل آخر: وفي الهداية: وكان ينبغي أن يعاد الاذان كما في الجمع الاول إلا أنا اكتفينا بإعادة الاقامة لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى المغرب بمزدلفة ثم تعشى ثم أفرد الاقامة بالعشاء، وإلى أن هذا الجمع لا يختص بالمسافر لانه جمع بسبب النسك فيجوز لاهل مكة ومزدلفة ومنى وغيرهم، وإلى أن هذا الجمع لا يشترط فيه الامام كما شرط في الجمع المتقدم لان العشاء تقع أداء في وقتها والمغرب قضاء، والافضل أن يصليهما مع الامام بجماعة. وينبغي أن يصلي الفرض قبل حط رحله بل ينيخ جماله ويعقلها، وهذه ليلة جمعت شرف المكان والزمان فينبغي أن يجتهد في إحيائها بالصلاة والتلاوة والذكر والتضرع قوله: (ولم تجز المغرب في الطريق) أي لم تحل صلاة المغرب قبل الوصول إلى مزدلفة للحديث الصلاة أمامك قاله حين قيل لا الصلاة يا رسول الله وهو في طريق مزدلفة أي وقتها. فدل كلامه أنها لا تحل بعرفات بالطريق الاولى. وأشار إلى أن العشاء لا تحل بالطريق الاولى وإن كان بعد دخول وقتها لان صاحبة الوقت وهي المغرب إذا كانت لا تحل به فغيرها أولى. ولما كان وقت هاتين الصلاتين وقت العشاء علم أنه لو خاف طلوع الفجر جاز أن يصليهما في الطريق لانه لو لم يصليهما لصارتا قضاء وإذا لم يحل له أداؤهما بالطريق فإذا صلاهما أو إحداهما فقد ارتكب كراهة التحريم فكل صلاة أديت معها وجب إعادتها فيجب إعادتهما ما لم يطلع الفجر، فإن طلع سقطت الاعادة لان الاعادة للجمع بينهما

***

[٥٩٨]

في وقت العشاء وقد خرج. وفي الفتاوي الظهيرية: ثم ههنا مسألة لا بد من معرفتها وهو أنه لو قدم العشاء على المغرب بمزدلفة يصلي المغرب ثم العشاء، فإن لم يعد العشاء حتى انفجر الصبح عاد العشاء إلى الجواز، وهذا كما قال أبو حنيفة فيمن ترك صلاة الظهر ثم صلى بعدها خمسا وهو ذاكر للمتروكة لم يجز، فإن صلى السادسة عاد إلى الجواز. واعلم أن المشايخ صرحوا في كتبهم بعدم الجواز وهو يوهم عدم الصحة وليس بمراد بل المراد عدم الحل ولهذا صرحوا بالاعادة. ولو كانت باطلة لكان أداء إن كان في الوقت وقضاء إن كان خارجه، ولو صرحوا بعدم الحل لزال الاشتباه. وحاصل دليلهم المقتضي لعدم الحل أنه ظني مفيد تأخير وقت المغرب في خصوص هذه الليلة ليتوصل إلى الجمع بمزدلفة، فعلمنا بمقتضاه ما لم يلزم

***

[٥٩٩]

تقديم على الدليل القاطع وهو الدليل الموجب للمحافظة على الوقت، فقبل طلوع الفجر لم يلزم تقديمه على القطعي، وبعده انتفي إمكان تدارك هذا الواجب وتقرر المأثم إذ لو وجبت الاعادة بعده كان حقيقته عدم الصحة فيما هو مؤقت قطعا وفيه التقديم الممتنع. وفي فتح القدير: وقد يقال بوجوب الاعادة مطلقا لانه أداها قبل وقتها الثابت بالحديث، فتعليله بأنه للجمع فإذا مات سقطت الاعادة تخصيص للنص بالمعنى المستنبط منه، ومرجعه إلى تقديم المعنى على النص وكلمتهم على أن العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لمعنى النص لا يقال لو أجريناه على إطلاقه أدى إلى تقديم الظني على القطعي لانا نقول ذلك لو قلنا بافتراض ذلك لكنا نحكم بالاجزاء ونوجب إعادة ما وقع مجزئا شرعا مطلقا ولا بدع في ذلك فهو نظير وجوب إعادة صلاة أديت مع كراهة التحريم حيث نحكم بإجزائها ويجب إعادتها مطلقا ا ه. وفي المحيط: لو صلاهما بعد ما جاوز المزدلفة جاز ا ه قوله: (ثم صل الفجر بغلس) لرواية ابن مسعود أنه صلى الله عليه وسلم صلاها يومئذ بغلس. وهو في اللغة آخر الليل والمراد هنا بعد طلوع الفجر بقليل للحاجة إلى الوقوف بالمزدلفة.

***

[٦٠٠]

قوله (ثم قف مكبرا مهللا ملبيا مصليا على النبي صلى الله عليه وسلم داعيا ربك بحاجتك وقف على جبل قزح إن أمكنك وإلا فبقرب منه) بيان للسنة، فلو وقف قبل الصلاة أجزأه، ووقته من طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، وقدمنا أنه واجب. وصرح في الهداية بسقوطه للعذر بأن يكون به ضعف أو علة أو كانت امرأة تخاف الزحام لا شئ عليه، وسيأتي في الجنايات أن هذا لا يخص هذا الواجب بل كل واجب إذا تركه للعذر لا شئ عليه. ولم يقيد في المحيط خوف الزحام بالمرأة بل أطلقه فشمل الرجل لو مر قبل الوقت لخوفه لا شئ عليه، ولو مر بها من غير أن يقف جاز كالوقوف بعرفة، ولو مر في جزء من أجزاء المزدلفة جاز. كذا في المعراج. واختلف في جبل قزح فقيل هو المشعر الحرام، وقيل المشعر جميع المزدلفة. ولم يذكر البيتوتة بمزدلفة وهي سنة لا شئ عليه لو تركها كما لو وقف بعد ما أفاض الامام قبل الشمس لان البيتوتة شرعت للتأهب للوقوف ولم تشرع نسكا قوله: (وهي موقف إلا بطن محسر) أي المزدلفة كلها موقف إلا وادي محسر، وهو بضم الميم المهملة وكسر السين المهملة المشددة وبالراء، وسمي بذلك لان فيل أصحاب الفيل حسر فيه أي عي وكل. ووادي محسر موضع فاصل بين منى ومزدلفة ليس من واحدة منهما. قال الازرقي: إن وادي محسر خمسمائة ذراع وخمس وأربعون ذراعا، وأما مزدلفة فإنها كلها من الحرم سميت بذلك من التزلف والازدلاف وهو التقرب لان الحجاج يتقربون منها، وحدها مابين وادي محسر ومأزمي عرفة ويدخل فيها جميع تلك الشعاب والجبال الداخلة في الحد المذكور. وظاهر كلام المصنف كغيره أن بطن محسر ليس مكان الوقوف كبطن عرنة في عرفات فلو وقف

***

[٦٠١]

فيهما فقط لا يجوز كما لوقف في منى، سواء قلنا إن عرنة ومحسرا من عرفة ومزدلفة أو لا. ووقع في البدائع: وأما مكانه يعني الوقوف بمزدلفة فجزء من أجزاء مزدلفة إلا أنه لا ينبغي له أن ينزل في وادي محسر، ولو وقف به أجزأه مع الكراهة وذكر مثله في بطن عرنة. قال في فتح القدير: وما ذكره في البدائع غير مشهور من كلام الاصحاب بل الذي يقتضيه كلامهم عدم الاجزاء وهو الذي يقتضيه النظر لانهما ليسا من مسمى المكانين والاستثناء منقطع قوله: (ثم إلى منى بعد ما أسفر جدا) أي ثم رح وفسر الاسفار بأن تدفع بحيث لم يبق إلى طلوع الشمس إلا مقدار ما يصلي ركعتين كما في المحيط. وفي الظهيرية: وينبغي أن يكثر من الذكر والصلاة عليه السلام والدعاء وهو ذاهب فإذا بلغ بطن محسر أسرع إن كان ماشيا وحرك دابته إن كان راكبا قدر رمية حجر لانه عليه السلام فعل ذلك. قوله: (فارم جمرة العقبة من بطن الوادي بسبع حصيات كحصى الخذف) أي المكان المسمى بذلك. والجمار هي الصغار من الحجارة جمع جمرة وبها سموا المواضع التي ترمي جمارا وجمرات لما بينهما من الملابسة، وقيل لتجمع ما هنالك من الحصى من تجمر القوم إذا تجمعوا، وجمر شعره إذا جمعه على قفاه. والخذف بالخاء والذال المعجمتين أن ترمي بحصاة أو نواة أو نحوها تأخذه بين سبابتيك، وقيل أن تضع طرف الابهام على طرف السبابة وفعله من باب ضرب. كذا في المغرب. وصحح الولوالجي القول الثاني لانه أكثر إهانة للشيطان وهذا بيان للسنة، فلو رمى كيف أراد جاز، ولو رمي من فوق العقبة أجزأه وكان مخالفا للسنة. قيد بالرمي لانه لو وضعها وضعا لم يجز لترك الواجب والطرح رمي إلى قدميه فيكون مجزئا إلا أنه مخالف للسنة. ومقدار الرمي أن يكون بين الرامي وموضع السقوط خمسة أذرع. كذا في

***

[٦٠٢]

الهداية. وفي الظهيرية: يجب أن يكون بينهما هذا القدر فلو رماها فوقعت قريبا من الجمرة يكفيه، ولو وقعت بعيدا لم يجزه لانه لم يعرف قربة إلا في مكان مخصوص والقريب عفو. ولو وقعت الحصاة على ظهر رجل أو على محمل وثبتت عليه كان عليه إعادتها، وإذا سقطت عن المحمل أو عن ظهر الرجل في سننها ذلك أجزأه. وأشار بقوله كحصى الخذف إلى أنه لو رمى بسبع حصيات جملة واحدة فإنه يكون عن واحدة لان المنصوص عليه تفرق الافعال والتقييد بالسبع لمنع النقص لا لمنع الزيادة فإنه لو رماها بأكثر من السبع لم يضره. والتقييد

***

[٦٠٣]

بالحصى لبيان الاكمل وإلا فيجوز الرمي بكل ما كان من جنس الارض كالحجر والمدر وما يجوز التيمم به ولو كفا من تراب.، ولا

يجوز بالخشب والعنبر واللؤلؤ والجواهر والذهب والفضة، إما لانها ليست من جنس الارض أو لانها نثار وليست برمي أو لانه إعزاز لا إهانة، وكذا التقييد بحصى الخذف لبيان الاكمل فإنه لو رماها بأكبر منه جاز لحصول المقصود غير أنه لا يرمي بالكبار من الحجارة كيلا يتأذى به غيره، ولو رمى صح وكره. ولم يبين الموضع المأخوذ منه الحصا لانه يجوز أخذه من أي موضع شاء فليأخذها من مزدلفة أو من قارعة الطريق، ويكره من عند الجمرة تنزيها لانه حصى من لم يقبل حجة فإنه من قبل حجه رفع حصاه كما ورد في الحديث. ولم يشترط طهارة الحجارة لانه يجوز الرمي بالحجر النجس
***
[٦٠٤]
والافضل غسلها. وفي مناسك الحصيري: جرى التوارث بحمل الحصى من جبل على الطريق فيحمل منه سبعين حصاة قال: وفي مناسك الكرماني يدفع من المزدلفة بسبع حصيات، وقال قوم بسبعين حصاة وليس مذهبنا ا ه‍. كذا في معراج الدراية. وفتح القدير: ويكره أن يلتقط حجرا واحدا فيكسره سبعين حجرا صغيرا كما يفعله كثمن الناس اليوم. ولم يبين وقته وله أوقات أربعة: وقت الجواز ووقت الاستحباب ووقت الاباحة ووقت الكراهة، فالاول ابتداؤه من طلوع الفجر يوم النحر وانتهاؤه إذا طلع الفجر من اليوم الثاني حتى لو أخره حتى طلع الفجر في اليوم الثاني لزمه دم عند أبي حنيفة خلافا لهما، ولو رمى
***
[٦٠٥]
قبل طلوع فجر يوم النحر لم يصح اتفاقا. والثاني من طلوع الشمس إلى الزوال. والثالث من الزوال إلى الغروب، والرابع قبل طلوع الشمس وبعد الغروب. كذا في المحيط وغيره. وجعل في الفتاوي الظهيرية الوقت المباح من المكروه فهي ثلاثة عنده، والاكثرون على الاول. قوله: (وكبر بكل حصاة) أي مع كل حصة من السبعة بيان للافضل فلو لم يذكر الله أصلا أو هلل أو سبح أجزأه، ولم يذكر الدعاء آخره لان السنة أن لا يقف عندها كما سيشير إليه في رمي الجمار الثلاث، وضابطه أن كل جمرة بعدها جمرة فإنه يقف بعدها للدعاء لانه في أثناء العبادة، وكل جمرة ليس بعدها جمرة ترمى في يومه لا يقف عندها لانه خرج من العبادة. كذا في الظهيرية وهو مشكل فإن الدعاء بعد الخروج من العبادة مستحب كما في الصلاة والصوم إذا خرج منهما فالاولى الاستدلال بفعله عليه السلام كذلك وإن لم تظهر له حكمة، وقد يقال هي كون الوقوف يقع في جمرة العقبة في الطريق فيوجب قطع سلوكها على الناس وشدة ازدحام الواقفين والمارين ويفضي ذلك إلى ضرر عظيم بخلافه في باقي الجمرات فإنه لا يقع في نفس الطريق بل بمعزل عنه قوله: (واقطع التلبية بأولها) أي مع أول حصاة ترميها لحديث الصحيحين: لم يزل عليه السلام يلبي حتى رمي جمرة العقبة. ولا فرق بين المفرد والمتمتع والقارن. وقيد بالمحرم بالحج لان المعتمر يقطع التلبية إذا استلم الحجر لان الطواف ركن في العمرة فيقطع التلبية قبل الشروع فيها، وقيد بكونه مدركا للحج بإدراك الوقوف بعرفة لان فائت الحج إذا تحلل بالعمرة يقطع التلبية حين يأخذ في الطواف لان العمرة واجبة عليه فصار كالمعتمر، والمحصر يقطعها إذا ذبح هديه لان الذبح للتحلل، والقارن إذا كان فائت الحج يقطع حين يأخذ في الطواف الثاني لانه يتحلل بعده. وأشار
***
[٦٠٦]
بالرمي إلى أنه يقطعها إذا فعل واحدا من الامور الاربعة التي تفعل في الحج يوم النحر فيقطعها إن حلق قبل الرمي أو طاف الزيارة قبل الرمي والذبح والحلق أو ذبح قبل الرمي دم التمتع أو القران ومضي وقت الرمي المستحب كفعله فيقطعها إذا لم يرم جمرة العقبة حتى زالت الشمس. كذا في المحيط قوله: (ثم اذبح) أي على وجه الافضلية لان الكلام في المفرد وهو ليس بواجب عليه وإنما يجب على القارن والمتمتع، وأما الاضحية فإن كان مسافرا فلا أضحية عليه وإلا فعليه كالمكي، وقد ثبت في حديث جابر الطويل أنه عليه السلام ذبح بيده ثلاثا وستين بدنه وأمر عليا فذبح ما بقي وأشركه في هديه ثم أمر من كل بدنة ببضعة فجعلت في قدر فطبخت فأكلا من لحمها وشربا من مرقها ثم ركب إلى البيت فصلى بمكة الظهر. قال ابن حبان: والحكمة في أنه صلى الله عليه وسلم نحر ثلاثا وستين بدنة أنه كان له يومئذ ثلاث وستون سنة فينحر لكل سنة بدنة. قوله: (ثم احلق أو اقصر والحلق أحب) بيان للواجب والمراد بالحلق إزالة شعرربع الرأس إن أمكن وإلا بان كان أقرع فيجري الموسى على رأسه إن أمكن وأحب على المختار وإلا بأن كان على رأسه قروح لا يمكن إمرار الموسى عليه ولا يصل إلى تقصير فقط سقط هذا الواجب وحل كمن حلقها. والاحسن أن يؤخر الاحلال إلى آخر الوقت

من ايام النحر، ولو أمكنه الحلق لكن لم يجد آلة ولا من يحلقها فليس بعذر وليس له الاحلال لان إصابة الآلة مرجو في كل ساعة ولا كذلك برء القورح واندمالها. والازالة لا تختص بالموسى بل بأي آلة كانت أو بالنورة، والمستحب الحلق بالموسى لا السنة وردت به. والمراد بالتقصير أن يأخذ الرجل أو المرأة من رؤوس شعر ربع الرأس مقدار الانملة كذا ذكر الشارح. ومراده أن يأخذ من كل شعرة مقدار الانملة كما صرح به في المحيط. وفي البدائع قالوا: يجب أن يزيد في التقصير على قدر الانملة حتى يستوفي قدر الانملة من كل شعرة برأسه لان أطراف الشعر غير متساو عادة. قال الحلبي في مناسكه: وهو حسن. والانملة بفتح الهمزة والميم وضم الميم لغة مشهورة ومن خطأ راويها فقد أخطأ واحدة الانامل. ثم التخيير بين الحلق والتقصير إنما هو عند عدم العذر فلو تعذر الحلق لعارض تعين التقصير أو التقصير تعين الحلق كأن لبده بصمغ فلا يعمل فيه المقراض، وإنما كان الحلق أفضل لدعائه عليه السلام للمحلقين بالرحمة ثنتين أو ثلاثا وفي الثالثة أو الرابعة للمقصرين بها. ويستحب حلق الكل للاتباع. ولم يذكر سنن الحلق لانه لا يخص الحلق في الحج لان أصل الحلق في كل جمعة مستحب كما صرح به في القنية، ويعتبر في سنته البداءة باليمين للحالق لا المحلوق فيبدأ بشقه الايسر،
***
[٦٠٧]
ومقتضي النص البداءة بيمين الرأس لما في الصحيحين أنه عليه السلام قال للحلاق خذ وأشار إلى الجانب الايمن ثم الايسر ثم جعل يعطي الناس. وفي فتح القدير: إنه هو الصواب وهو خلاف ما ذكر في المذهب. ويستحب دفن شعره والدعاء عند الحلق وبعد الفراغ مع التكبير وإن رمى الشعر فلا بأس به وكره إلقاؤه في الكنيف والمغتسل. كذا في فتاوي العلامي. ويستحب له أن يقص أظفاره وشواربه بعد الحلق للاتباع ولا يأخذ من لحيته شيئا لانه مثلة ولو فعل يلزمه شئ قوله: (وحل لك غير النساء) أي بالحلق أي لحل التطيب لحديث الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت: طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم لحرمه حين أحرم ولحله حين أحل قبل أن يطوف بالبيت. وحرم الدواعي كالوطئ أفاد أنه ليس قبل الحلق تحليل لشئ مما كان حلالا بالاحرام ويدل عليه ما في المبسوط. فالحاصل أن في الحج إحلالين: أحدهما بالحلق، والثاني بالطواف. وما في الهداية وغيرها من أن الرمي ليس من أسباب التحلل عندنا يخالفه ما في فتاوي قاضيخان ولفظه: وبعد الرمي قبل الحلق يحل له كل شئ إلا الطيب والنساء. وعن أبي يوسف يحل له الطيب أيضا وإن كان لا يحل له النساء، والصحيح ما قلنا لان الطيب داع إلى الجماع وإنما عرفنا حل الطيب بعد الحلق قبل طواف الزيارة بالاثر اه‍. وينبغي أن يحكم بضعف ما في الفتاوي لما قدمنا ولما في المحيط ولفظه: ولو أبيح له التحلل فغسل رأسه بالخطمي وقلم ظفره قبل الحلق فعليه دم لان الاحرام باق لانه لا يحل إلا بالحلق فقد جنى عليه، وقد ذكر الطحاوي لا دم عليه عند أبي يوسف ومحمد
***
[٦٠٨]
لانه أبيح له التحلل فيقع به التحلل اه‍. فلو كان التحلل بالرمي حاصلا في غير الطيب والنساء لم يلزمه دم بتقليم الاظفار وتخريجه على قول الطحاوي عندهما بعيد كما لا يخفى. قوله: (ثم إلى مكة يوم النحر أو غدا أو بعده فطف للركن سبعة أشواط بلا رمل وسعي أن قدمتهما وإلا فعلا) أي ثم رح في واحد من هذه الايام الثلاثة لاداء الركن الثاني من ركني الحج، وقد قدمنا أن الركن أكثرها وهو أربعة أشواط على الصحيح وما زاد عليها واجب يجبر بالدم. وأول وقت صحته إذا طلع الفجر يوم النحر ولو قبل الرمي والحلق وليس له وقت آخر تفوت الصحة بفوته بل وقته العمر، وأما الواجب فهو فعله في يوم من الايام الثلاثة عند أبي حنيفة حتى لو أخره عنها مع الامكان لزمه دم، وأفضلها أولها كالاضحية وقد ورد في الحديث أنه عليه السلاطاف بعد صلاة الظهر يوم النحر للركن وأفاد أنه مخير في تقديم الرمل والسعي إذ طاف
***
[٦٠٩]
للقدوم وفي تأخيرهما لطواف الركن وأنهما لا يتكرران في الحج، ولم يتكلم على الافضلية وقالوا: الافضل تأخيرهما لطواف الركن ليصيرا تبعا للفرض دون السنة قوله: (وحل لك النساء) يعني بالحلق السابق لا بالطواف لان الحلق هو المحلل دون الطواف غير أنه آخر عمله في حق النساء إلى ما بعد الطواف، فإذا طاف عمل الحلق عمله كالطلاق الرجعي آخر عمله إلى انقضاء العدة لحاجته إلى الاسترداد فإذا انقضت عمل الطلاق عمله فبانت به، والدليل على ذلك أنه لو لم يحلق حتى طاف بالبيت لم يحل له شئ حتى يحلق. كذا ذكر

الشارح وغيره، وهكذا صرح في فتح القدير أنه لا يخرج من الاحرام إلا بالحلق فأفاد أنه لو ترك الحلق أصلا وقلم ظفره أو غطى رأسه قاصدا التحلل من الاحرام كان ذلك جناية موجبة للجزاء وحل النساء موقوف على الركن منها وهي أربعة فقط قوله: (وكره تأخيره عن أيام النحر) أي تأخير الطواف كراهة تحريم لترك الواجب وهو أداؤه فيها، وأشار به إلى ما رد ذكره القدوري في شرحه من أن آخره آخر أيام التشريق، ولو قال وكره تأخيرهما عن أيام انحر لكان أولى ليفيد حكم الحلق كالطواف ومحل الكراهة ولزوم الدم بالتأخير إنما هو عند الامكان كما في المحيط أن الحائض إذا طهرت في آخر أيام النحر فإن أمكنها الطواف قبل الغروب ولم تفعل فعليها دم للتأخير، وإن لم يمكنها طواف أربعة أشواط فلا شئ عليها، ولو حاضت بعدما قدرت على الطواف فلم تطف حتى مضى الوقت لزمها الدم لانها مقصرة بتفريطها، وفي الظهيرية وليالي أيام النحر منها. قوله: (ثم إلى منى فارم الجمار الثلاث في ثاني النحر بعد الزوال بادئا بما يلي المسجد بما يليها ثم بجمرة العقبة وقف عند كل رمي بعده رمي ثم غدا كذلك ثم بعده كذلك إن
***

[٦١٠]

مكثت) أي ثم رح إلى منى فارم الجمار اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم، ولم يذكر البيتوتة بمنى لانها ليست بواجبة لان المقصود الرمي لكن هي سنة حتى قال الاسبيجابي: ولا يبيت بمكة ولا بالطريق ويكره أن يبيت في غير أيام منى. وأشار بقوله بعد الزوال إلى أول وقته في ثاني النحر وثالثة حتى لو رمى قبل الزوال لا يجوز، ولم يذكر آخره وهو ممتد إلى طلوع الشمس من الغد فلو رمى ليلا صح وكره. كذا في المحيط. فظهر أن له وقتين وقتا لصحة ووقتا لكراهة بخلاف الرمي في اليوم الاول فإن له أربعة أوقات كما بيناه، وما في الفتاوي الظهيرية من أاليوم الثاني من أيام التشريق كاليوم الاول ولو أراد أن ينفر في هذا اليوم له أن يرمي قبل الزوال وإنما لا يجوز قبل الزوال لمن لا يريد النفر، فمحمول على غير ظاهر الرواية فإن ظاهر الرواية أنه لا يدخل وقته في اليومين إلا بعد الزوال مطلقا، وفي المحيط: ولو أخر رمي الجمار كلها إلى اليوم الرابع رماها على التأليف لان أيام التشريق كلها وقت رمي فيقضي مرتبا كالمسنون وعليه دم واحد عند أبي حنيفة لان الجنايات اجتمعت من جنس واحد فيتعلق بها كفارة واحدة، ولو تركها حتى غابت الشمس في آخر أيام التشريق يسقط
***

[٦١١]

الرمي لانقضاء وقته وعليه دم واحد اتفاقا اه‍. فظهر بهذا أن للرمي وقت أداء ووقت قضاء، وأفاد بقوله بادئا إلى آخر إلى الترتيب بين الجمار الثلاث وهو ثابت من فعله عليه السلام ولم يبين أنه واجب أو سنة وفيه اختلاف، ففي الظهيرية فإن غير هذا الترتيب فبدأ في اليوم الثاني بجمرة العقبة فرماها ثم بالوسطى ثم بالتي تلي مسجد الخيف بمنى وهو بعد في يومه أعاد الجمرة الوسطى وجمرة العقبة ليأتي بها مرتبا مسنونا. وعلل في المحيط بأن الترتيب مسنون قال: وإن لم يعد أجزأه لان رمي كل جمرة قربة تامة بنفسها وليست بتابعة للبعض فلا يتعلق جوازها بتقديم البعض دون البعض كالطوا ف قبل الرمي يقع معتدا به، وإذا كان مسنونا فإن رمى كل جمرة بثلاث أتم الاولى بأربع ثم أعاد الوسطى بسبع ثم العقبة بسبع لانه رمى من الاولى أقلها والاقل لا يقوم مقام الكل فلا عبرة به فكأنه أتى بهما قبل الاولى أصلا فيعيدهما، فإن رمى كل واحدة بأربع أتم كل واحدة بثلاث لانه أتى بالاكثر من الاولى وللاكثر حكم الكل فكأنه رمى الثانية والثالثة بعد الاولى، وإن استقبل رميها كان أفضل ليكون إتيانه له على الوجه المسنون. وعن محمد لو رمى الجمار الثلاث فإذا في يده أربع حصيات لا يدري من أيتهن هي يرمهن عن الاولى ويستقبل الجمرتين الباقيتين لاحتمال أنها من الاولى فلم يجز رمي الاخريين، ولو كن ثلاثا أعاد على كل جمرة واحدة، ولو كانت حصاة أو حصاتين أعاد كل واحدة ويجزئه لانه رمي كل واحدة بأكثرها فوقع معتدا به ولكن لم يقع مسنونا اه‍. ما في المحيط وهو صريح في الخلاف وفي اختيار السنية واعتمده المحقق ابن
***

[٦١٢]

الهمام. وقال في المجمع: ويسقط الترتيب في الرمي. وأفاد بقوله إن مكثت أنه مخير في اليوم الثالث بين النفر والاقامة للرمي في اليوم الرابع، والاقامة أفضل اتباعا لفعله عليه السلام كذلك وأن الاقامة لطلوع الفجر يوم الرابع موجبة للرمي فيه وبإطلاقه أنه لا فرق بين المكي والافاقي في هذه الاحكام لعموم قوله تعالى * (فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه لمن اتقى) * البقرة:

٢٠٣) وهو كالمسافر مخير بين الصوم والفطر والصوم أفضل وقد قدمناه معني قوله وقف عند كل رمي بعده رمي في بحث رمي جمرة العقبة فراجعه. وينبغي أن يحمد الله تعالى ويثني عليه ويصلي على نبيه صلى الله عليه وسلم ويدعو الله بحاجته ويجعل باطن كفيه إلى السماء في رفع يديه وأن يستغفر لابويه وأقاربه ومعارفه للحديث اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج. وفي فتح القدير: ومن كان مريضا لا يستطيع الرمي يوضع في يده ويرمي بها أو يرمي عنه غيره، وكذا المغمي عليه، ولو رمى بحصاتين إحداهما لنفسه والاخرى للآخر جاز ويكره. ولا ينبغي أن يترك الجماعة مع الامام بمسجد الخيف، ويكثر من الصلاة فيه أمام المنارة عند الاحجار ا ه. وقد قدمنا أن المرأة لو تركت الوقوف بالمزدلفة لاجل الزحام لا يلزمها شئ فينبغي أنها لو تركت الرمي له لا يلزمها شئ والله سبحانه أعلم. قوله: (ولو رميت في اليوم الرابع قبل الزوال صح) يعني عند أبي حنيفة اقتداء بابن عباس وقياسا على الترك. وقالا: لا يجوز اعتبارا بسائر الايام. قيد بالرابع احترازا عن الثاني والثالث فإنه لا يجوز قبل الزوال اتفاقا لوجوب اتباع المنقول عنه عليه السلام لعدم المعقول فلم يظهر أثر تخفيف فيها بتجويز الترك بالتقديم. وفي المحيط: وأما وقت الرمي في اليوم الرابع فعند أبي حنيفة من طلوع الفجر إلى غروب الشمس إلا أن ما قبل الزوال وقت مكروه وما بعده مسنون ا ه. فعلم أنه قبل الزوال صحيح مكروه عنده قوله: (وكل رمي بعده رمي فارمه ماشيا وإلا فراكبا) بيان للافضل واختيار لقول أبي يوسف على ما حكاه في الظهيرية عن ابراهيم بن الجراح قال: دخلت على أبي يوسف فوجدته مغمى عليه ففتح عينه فرآني فقال: يا
***
[٦١٣]
ابراهيم أيما أفضل للحاج أن يرمي راجلا أو راكبا؟ فقلت: راجلا. فخطأني ثم قلت: راكبا فخطأني ثم قال: ما كان يوقف عندها فالافضل أن يرميها راجلا. وما لا يوقف عندها فالافضل أن يرميها راكبا. قال: فخرجت من عنده فما بلغت الباب حتى سمعت صراخ النساء أنه قد توفي إلى رحمة الله تعالى، فلو كان شئ أفضل من مذاكرة العلم لاشتغل به في هذه الحالة لان هذه الحالة حالة الندامة والحسرة ا ه. وأما قول أبي حنيفة ومحمد فعلى ما في فتاوي قاضيخان أن الرمي كله راكبا أفضل في قول أبي حنيفة ومحمد، وعلى ما في فتاوي الظهيرية أن الرمي كله ماشيا أفضل فإن ركب إليها فلا بأس به يعني عندهما لانه حكي قول أبي يوسف بعده، فتحصل أن في هذه المسألة ثلاثة أقوال. ورجح في فتح القدير ما في الظهيرية لان أداءها ماشيا أقرب إلى التواضع والخشوع وخصوصا في هذا الزمان فإن عامة المسلمين في جميع الرمي فلا يؤمن من الاذى بالركوب بينهم بالزحمة. ورميه عليه السلام راكبا إنما هو ليظهر فعله ليقتدي به كطوافه راكبا ا ه. ولو قيل بأنه ماشيا أفضل إلا في رمي جمرة العقبة في اليوم الاخير فهو راكبا أفضل لكان له وجه باعتبار أنه ذاهب إلى مكة في هذه الساعة كما هو العادة وغالب الناس راكب فلا إيذاء في ركوبه مع تحصيل فضيلة الاتباع له صلى الله عليه وسلم قوله: (ويكره أن تقدم ثقلك إلى مكة وتقيم بمنى للرمي) لاثر ابن أبي شيبة عن ابن عمر رضي الله عنه من قدم ثقله قبل النفر فلا حج له وأراد نفي الكمال ولانه يوجب شغل قلبه وهو في العبادة فيكره، والظاهر أنها تنزيهية. والثقل متاع المسافر وحشمه وهو بفتحتين وجمعه أثقال. وأشار إلى أنه يكره ترك أمتعته بمكة والذهاب إلى عرفات بالطريق الاولى لانها العبادة المقصودة بخلاف الرمي، وينبغي أن يكون محل الكراهة في المسألتين عند عدم الامن عليها بمكة أما أن أمن فلا لعدم شغل القلب قوله: (ثم إلى المحصب) أي ثم رح إليه وهو بضم الميم وفتح المهملتين وهو الابطح موضع ذات حصى بين منى ومكة وليست المقبرة منه وكانت الكفار اجتمعوا فيه وتحالفوا على إضرار رسول الله صلى الله عليه وسلم فنزل عليه السلام فيه إراءة لهم لطيف صنع الله به وتكريمه بنصرته فصار ذلك سنة كالرمل في الطواف. وعبارة المجمع
***
[٦١٤]
أولى من عبارة المصنف حيث قال: ثم ينزل بالمحصب فإن الرواح إليه لا يستلزم النزول فيه. وفي فتاوي قاضيخان: وينزل بالمحصب ساعة. وفي فتح القدير: ويصلي فيه الظهر والعصر والمغرب والعشاء ويهجع هجعة ثم يدخل مكة ا ه. فحاصله أن النزول به ساعة محصل لاصل السنة وأما الكمال فما ذكره الكمال. قوله: (فطف للصدر سبعة أشواط وهو واجب إلا على أهل مكة) وله خمسة أسام ما في

الكتاب لانه يصدر عنه أي يرجع والصدر الرجوع، وطواف الوداع لانه يودع البيت به، وطواف الافاضة لانه لاجله يفيض إلى البيت من مني، وطواف آخر عهد بالبيت لانه لا طواف بعده طواف الواجب. واختلف في المراد بالصدر الذي هو الرجوع فعندنا هو الرجوع عن أفعال الحج، وعند الشافعي هو الرجوع إلى أهله ويبتني عليه أنه لو طاف للصدر ثم أقام بمكة لشغل لم تلزمه الاعادة عندنا خلافا له، والصحيح قولنا لان الاضافة للاختصاص وهو إما باعتبار أن الصدر سبب أو شرط وكل منهما سابق على الحكم وهو بما قلنا، وعلى قوله يكون متأخرا عن الحكم والفراغ عن الافعال يسمى صدورا ورجوعا عنها إلى الحالة التي كانت من قبل. ولم يبين وقته وله وقتان: وقت الجواز ووقت الاستحباب، فالاول أوله بعد طواف الزيارة إذا كان على عزم السفر حتى لو طاف كذلك ثم أطال الاقامة بمكة وله سنة ولم ينو الاقامة بها ولم يتخذها دارا جاز طوافه وأما آخره فليس بموقت ما دام مقيما حتى لو أقام عاما لا ينوي الاقامة فله أن يطوف ويقع أداء، والثاني أن يوقعة عند إرادة السفر حتى روي عن أبي حنيفة أنه لو طافه ثم أقام إلى العشاء فأحب إلى أن يطوف طوافا آخر ليكون توديع البيت آخر مورده. كذا في المحيط. ولم يشترط المصنف له نية معينة فأفاد أنه لو طاف بعد ما حل النفر ونوي التطوع أجزأه عن الصدر كما لو طاف بنية التطوع في أيام النحر وقع عن الفرض. وأفاد ببيان صفته أنه لو نفر ولم يطف يجب عليه أن يرجع فيطوفه لكن قالوا: ما لم يجاوز المواقيت فإن جاوزها لم يجب الرجوع عينا بل إما أن يمضي وعليه دم، وإما أن يرجع فيرجع بإحرام جديد لان الميقات لا يجاوز بلا إحرام فيحرم بعمرة، فإذا رجع ابتدأ بطواف العمرة ثم يطوف للصدر ولا شئ عليه لتأخيره وقالوا: الاولى أن لا يرجع ويريق دما لانه أنفع للفقراء وأيسر عليه لما فيه من دفع ضرر التزام الاحرام ومشقة الطريق. والدليل على وجوبه من السنة أحاديث أصرحها ما في صحيح مسلم: كانوا ينصرفون في كل وجه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا ينصرفن أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت. وأراد بأهل مكة من اتخذ مكة أو داخل المواقيت دارا فلا طواف صدر على من كان داخل

***

[٦١٥]

المواقيت، وكذا الآفاقي الذي اتخذ مكة دارا ثم بداله الخروج. وقيد في البدائع بأن ينوي الاقامة بها قبل أن يحل النفر الاول، وأما إن نواه بعده لا يسقط عنه في قول أبي حنيفة خلافا لابي يوسف ا ه‍. والظاهر الاطلاق، وحكي الخلاف في المجمع بين أبي يوسف ومحمد. والمراد بالنفر الاول والرجوع إلى مكة في اليوم الثالث من أيام النحر، وكذا لا طواف صدر على مكي إذا أراد الخروج منها. وقيد بالمحرم بالحج باعتبار أن الكلام فيه لان المعتمر ليس عليه طواف الصدر، وقيد بكونه أدرك الحج فإن فائت الحج ليس عليه طواف الصدر لان العود مستحق عليه ولانه كالمعتمر. وأشار إلى أنه لا سعي عليه ولا رمل في هذا الطواف لعدم ذكرهما، ولم يستثني الحائض والنفساء مع أهل مكة في سقوطه عنهم لما سيصرح به في باب التمتع. ولما علم أن واجبات الحج تسقط بالعذر وقد صرح قاضيخان في فتاواه بسقوط طواف الصدر بالعذر والحيض والنفاس عذر ولهذا قال في المحيط: لو طهرت الحائض قبل أن تخرج من مكة يلزمها طواف الصدر وإن جاوزت بيوت مكة مسيرة سفر وطهرت فليس عليها العود، وكذا لو انقطع دمها فلم تغتسل ولم يذهب وقت الصلاة حتى خرجت من مكة لم يلزمها العود لانه لم يثبت لها أحكام الطاهرات وقت الطواف، وإن خرجت وهي حائض ثم اغتسلت ثم رجعت إلى مكة قبل أن تجاوز المواقيت فعليها الطواف، وإن جاوزت فلا تعود إلا بإحرام جديد. وأشار بطواف الصدر إلى الرجوع إلى أهله وعدم المجاورة بمكة ولهذا قال في المجمع بعده: ثم يعود إلى أهله والمجاورة بها مكروهة يعني عند أبي حنيفة، وعندهما لا

***

[٦١٦]

تكره لقوله تعالى * (إن طهرا بيتي للطائفين والعاكفين والركع السجود) * (البقرة: ١٢٥) والمجاورة هي العكوف وله أن المجاورة في العادة تفضي إلى الاخلال بإجلال بيت الله لكثرة المشاهدة. والعكوف في الآية بمعنى اللبث دون المجاورة وقد قرر في فتح القدير فيها كلاما حسنا فراجعه قوله: (ثم اشرب من زمزم والتزم الملتزم وتشبث بالاستار والتصق بالجدار) بيان للمستحب، وقدم الشرب من ماء زمزم على غيره لان المختار تقديمه كما ذكره الشارح. واختار في فتح القدير تأخيره عن التزام الملتزم وتقبيل العتبة، وكيفيته أن

يأتي زمزم فيستقي بنفسه الماء ويشربه مستقبل القبلة ويتضلع منه ويتنفس مرات ويرفع بصره في كل مرة وينظر إلى البيت ويمسح به وجهه ورأسه وجسده ويصب عليه إن تيسر، والملتزم ما بين الركن والباب كما رواه البيهقي حديثا مرفوعا. والتشبث التعلق والمراد بالاستار أستار الكعبة إن كانت قريبة بحيثينالها وإلا وضع يديه فوق رأسه مبسوطتين على الجدار قائمتين ويجتهد في إخراج الدمع من عينه. ولم يذكر المصنف أنه يمشي القهقري وذكره في المجمع لكن يفعله

***

[٦١٧]

على وجه لا يحصل منه صدم أو وطئ لاحد وهو باك متحسر على فراق البيت الشريف وبصره ملاحظ له حتى يخرج من المسجد. وفي رسالة الحسن البصري التي أرسلها إلى أهل مكة أن الدعاء هناك يستجاب في خمسة عشر موضعا: في الطواف وعند الملتزم وتحت الميزاب وفي البيت وعند زمزم وخلف المقام وعلى الصفا وعلى المروة وفي السعي وفي عرفات وفي مزدلفة وفي مني وعند الجمرات الثلاث. وزاد غيره وعند رؤية البيت وفي الحطيم لكن الثاني هو تحت الميزاب فهو ستة عشر موضعا.

***

[٦١٨]

فصل قوله: (ومن لم يدخل مكة ووقف بعرفة سقط عنه طواف القدوم) مجاز عن عدم سنيته في حقه فإن حقيقة السقوط لا تكون إلا في اللازم إما لانه ما شرع إلا في ابتداء الافعال فلا يكون سنة عند التأخر ولا شئ عليه بتركه لانه سنة، وإما لان طواف الزيارة أغنى عنه كالفرض يغني عن تحية المسجد ولذا لم يكن للعمرة طواف قدوم لان طوافها أغنى عنه. قيد بطواف القدوم لان القارن إذا لم يدخل مكة ووقف بعرفة فإنه صار رافضا لعمرته فيلزمه دم لرفضها وقضاؤها كما سيأتي في آخر القران قوله: (ومن وقف بعرفة ساعة من الزوال إلى فجر النحر فقد تم حجه ولو جاهلا أو نائما أو مغمى عليه) لانه عليه السلام وقف بعد الزوال وقال من أدرك عرفة بليل فقد أدرك الحج فكان فعله بيانا لاول وقته، وقوله بيانا لآخره. والمراد بالساعة الساعة العرفية وهو اليسير من الزمان وهو المحمل عند إطلاق الفقهاء لا الساعة عند المنجمين كما بيناه في الحيض، والمراد بتمام الحج بالوقوف في الحديث وعبارتهم الامن من البطلان لا حقيقته إذ بقي الركن الثاني وهو الطواف. وأفاد أن النية ليست بشرط لصحة الوقوف وقيد به لان الطواف لا بد له من النية حتى لو طاف هاربا من عدو لا يصح، والفرق بينهما أن الطواف عبادة مقصودة ولهذا يتنفل به فلا بد من اشتراط

***

[٦١٩]

أصل النية وإن كان غير محتاج إلى تعيينه حتى إن المحرم لو طاف يوم النحر ونوى به النذر يجزيه عن طواف الزيارة عما وجب عليه. وأما الوقوف فليس بعبادة مقصودة ولهذا لا يتنقل به فوجود النية في أصل العبادة وهو الاحرام يغني عن اشتراطه في الوقوف مع أن الوقوف أعظم الركنين لكن باعتبار الامن على البطلان عند فعله لا من كل وجه. قوله: (ولو أهل عنه رفيقه باغمائه جاز) أي أحرم. أطلقه فشمل ما إذ كان أمره بأن يحرم عنه عجزه أو لا، والاول متفق عليه، وفي الثاني خلاف أبي يوسف ومحمد بناء على أن المرافقة أمر به دلالة عند العجز عند أبي حنيفة، وعندهما إنما تراد المرافقة لامر السفر لا غير ويتفرع على ثبوت الاذن دلالة مسائل ذكرها في جامع الفصولين منها مسألة الحج، ومنها ذبح شاة قصاب شدها للذبح لا ضمان عليه لا لو لم يشدها، ومنها ذبح أضحية غيره في أيامها بلا إذنه. وذكرها في أكثر الكتب مطلقة وقيدت في بعضها بما إذا أضجعها للذبح، ومنها وضع القدر على كانون وفيه اللحم ووضع الحطب تحتها فوقد النار رجل وطبخ لا ضمان عليه، ومنها جعل بره في دورق وربط الحمار فساقه رجل حتى طحنه، ومنها سقط حمل في الطريق فحمل بلا إذن ربه فتلفت الدابة، ومنها رفع جرة نفسه فأعانه آخر على الرفع فانكسرت، ومنها مزارع زرع الارض ببذر ربها ولم ينبت حتى سقاها ربها بلا أمره فالخارج بينهما لانه لما هيئت للسقي والتربية صار مستعينا بكل ما قام به دلالة، وكذا لو سقاها أجنبي والمسألة بحالها. ومنها من أحضر فعلة لهدم دار فهدم آخر بلا إذن لا يضمن استحسانا والاصل في جنسها أن كل عمل لا يتفاوت فيه الناس تثبت الاستعانة فيه بكل أحد دلالة، وكل عمل يتفاوت فيه الناس لا تثبت الاستعانة فيه بكل أحد كما لو ذبح شاة وعلقها للسلخ فسلخها رجل بلا إذنه ضمن ا ه‍. وقد قدمنا أن الاحرام هو النية مع التلبية فإذا نوى الرفيق ولبى صار المغمى عليه محرما لا الرفيق ولذا يجوز للرفيق بعده أن يحرم عن نفسه ويصح منه عن المغمى عليه ولو كان محرما لنفسه. ولا يلزم النائب التجرد عن

المخيط لاجل إحرامه عن المغمى عليه، ولو أحرم عن نفسه وعن رفيقه وارتكب محظور إحرامه لزمه جزاء واحد بخلاف القارن يلزمه جزاآن لانه محرم بإحرامين، وشمل ما إذا أحرم عنه بحجة أو عمرة أو بهما من الميقات أو بمكة ولم أره صريحا. والمراد بالرفيق واحد من أهل القافلة سواء كان مخالطا له أو لا كما قالوا فيما إذا خاف عطش رفيقه في التيمم أنه الواحد من القافلة كما
***
[٦٢٠]
صرح به الحدادي في السراج الوهاج، فحينئذ ذكر الرفيق في عبارتهم هنا لبيان الواقع لكن ذكر في المحيط أنه لو أحرم عنه غير رفيقه على قول أبي حنيفة قيل يجوز، وقيل لا يجوز ولم يرجح، ورجح في فتح القدير الجواز لان هذا من باب الاعانة لا الولاية ودلالة الاعانة قائمة عند كل من علم قصده رفيقا كان أو لا، وأصله أن الاحرام شرط عندنا اتفاقا كالوضوء وستر العورة وإن كان له شبه بالركن فجازت النيابة فيه بعد وجود نية العبادة منه عند خروجه من بلده، وإنما اختلفوا في هذه المسألة بناء على أن المرافقة تكون أمرا به دلالة عند العجز أو لا ا ه‍. ويرجحه أيضا أن المسائل التي ذكرنا أن الاذن ثابت فيها دلالة لم تختص بواحد معين بل الناس كلهم فيها على السواء، وأشار إلى أنه لو استمر مغمى عليه إلى وقت أداء الافعال فأدى عنه رفيقه فإنه يجوز وإن لم يشهد به المشاهد ولم يطف به، وصححه صاحب المبسوط لان هذه العبادة مما تجزئ فيها النيابة عند العجز كما في استنابة الزمن غير أنه إن أفاق قبل الافعال تبين أن عجزه كان في الاحرام فقط فصحت النيابة فيه ثم يجري هو على موجبه، وإن لم يفق تحقق عجزه عن الكل غير أنه لا يلزم الرفيق بفعل المحظور شئ بخلاف النائب في الحج عن الميت لانه يتوقع إفاقته في كل ساعة فنقلنا الاحرام إليه بخلاف الميت. وقيد بكونه أغمي عليه قبل الاحرام إذ لو أغمي عليه بعد الاحرام فلا بد من أن يشهد به الرفيق المناسك عند أصحابنا جميعا على ما ذكره فخر الاسلام لانه هو الفاعل وقد سبقت النية منه، ويشترط نيتهم
***
[٦٢١]
الطواف إذا حملوه كما يشترط نيته. وقيدنا بالاغماء لان المريض الذي لا يستطيع الطواف إذا طاف به رفيقه وهو نائم إن كان بأمره جاز لان فعل المأمور كفعل الآمر وإلا فلا. كذا في المحيط. فظهر أن النائم يشترط صريح الاذن منه بخلاف المغمى عليه وأنه يشترط نية الحامل للطواف إن كان المحمول مغمى عليه حتى لو حمله وطاف به طالبا الغريم لم يجزه بخلاف النائم لا تشترط نية الحامل له للطواف لان نية الاحرام منه كافية كما صرح به في المحيط وفيه بحث، فإن الطواف لا بد له من أصل النية ولا يكفي نية الاحرام له كما قدمناه فينبغي أنه لا بد من نية الحامل في المسألتين اللهم إلا أن يقال: إن نية الاحرام لا تكفي للطواف عند القدرة عليها وأما النائم فلا قدرة له عليها. وذكر في المحيط أن استئجار المريض من يحمله ويطوف به صحيح وله الاجرة إذا طاف به، وأن المريض الذي لا يستطيع الرمي توضع الحصاة في كفه ليرمي به أو يرمي عنه غيره بأمره، ودل كلامه أن للاب أن يحرم عن ولده الصغير والمجنون ويقضي المناسك كلها بالاولى، ولو ترك رمي الجمار أو الوقوف بالمزدلفة لا يلزمه شئ. كذا في المحيط. وذكر الاسبيجابي: ومن طيف به محمولا أجزأه ذلك الطواف عن الحامل والمحمول جميعا، وسواء نوى الحامل الطواف عن نفسه وعن المحمول أو لم ينو، أو كان للحامل طواف العمرة وللمحمول طواف الحج أو للحامل طواف الحج وللمحمول طواف العمرة أو يكون الحامل ليس بمحرم والمحمول عما أوجبه إحرامه، وإن طيف به لغير علة طواف العمرة أو الزيارة وجب عليه الاعادة أو الد ا ه‍. قوله: (والمرأة كالرجل غير أنها تكشف وجهها لا رأسها ولا تلبي جهرا ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين ولا تحلق رأسها ولكن تقصر وتلبس المخيط) لان أوامر الشرع عامة جميع المكلفين ما لم يقم دليل على الخصوص وإنما لا تكشف رأسها لانه عورة بخلاف وجهها فاشتركا في كشف الوجه وانفردت بتغطية الرأس، ولما كان كشف وجهها خفيا لان المتبادر
***
[٦٢٢]
إلى الفهم أنها لا تكشفه لما أنه محل الفتنة نص عليه وإن كانا سواء فيه. ولما قدم في باب الاحرام أن الرجل يكشف وجهه ورأسه لم يتوهم هنا من عبارته اختصاصها بكشف الوجه، والمراد بكشف الوجه عدم مماسة شئ له فلذا يكره لها أن تلبس البرقع لان ذلك يماس وجهها. كذا في المبسوط. ولو أرخت شيئا على وجهها وجافته لا بأس به كذا ذكر الاسبيجابي لكن في فتح القدير أنه يستحب.

وقد جعلوا لذلك أعوادا كالقبة توضع على الوجه وتستدل من فوقها الثوب. وفي فتاوي قاضيخان: ودلت المسألة على أنها لا تكشف وجهها للاجانب من غير ضرورة ا هـ. وهو يدل على أن هذا الارخاء عند الامكان ووجود الاجانب واجب عليها إن كان المراد لا يحل أن تكشف، فمحمل الاستحباب عند عدمهم وعلى أنه عند عدم الامكان فالواجب على الاجانب غض البصر لكن قالالنووي في شرح مسلم قبيل كتاب السلام في قوله سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نظر الفجأة فأمرني أن أصرف بصري قال العلماء وفي هذا حجة أنه لا يجب على المرأة أن تستر وجهها في طريقها وإنما ذلك سنة مستحبة لها ويجب على الرجال غض البصر عنها إلا لغرض شرعي ا هـ. وظاهره نقل الاجماع فيكون معنى ما في الفتاوى لا ينبغي كشفها وإنما لا تجهر بالتلبية لما أن صوتها يؤدي إلى الفتنة على الصحيح أو عورة على ما قيل كما حققناه في شروط الصلاة، وإنما لا رمل ولا سعي لها لما أنه يخل بالستر أو لان أصل المشروعية لاظهار الجلد وهو للرجال.

***

[٦٢٣]

وأشار إلى أنها لا تضطبع لانه سنة الرمل، وإنما لا تحلق لكونه مثلة كحلق اللحية. وأطلق في التقصير فأفاد أنها كالرجل فيه خلافا لما قيل إنه لا يتقدر في حقها بالربع بخلاف الرجل، وإنما تلبس المخيط لما أنها عورة. وأشار بعد الرمل إلى أنها لا تستلم الحجر إذا كان هناك جمع لانها ممنوعة عن مماسة الرجال بخلاف ما إذا لم يكن لعدم المانع. وأشار بلبس المخيط إلى لبس الخفين والقفازين، ما ذكره الشارح من أنها لا تحج إلا بمحرم بخلاف الرجل ليس مما نحن فيه لان هذا لا يختص بالحج بل هو حكم كل سفر ومن أنها تترك طواف الصدر بعذر الحيض فليس منه أيضا لان الحيض غير ممكن من الرجل حتى تخالفه في أحكامه، وكذا ما ذكره الاسبيجابي من أنه لا يجب عليها بتأخير طواف الزيارة عن أيام النحر لاجل الحيض والنفاس شئ. قالوا: والخنثى المشكل في جميع ما ذكرنا كالمرأة احتياطا ولا يخلوا بامرأة ولا برجل لانه يحتمل أن يكون ذكرا ويحتمل أن يكون أنثى (قوله: ومن قلد بدنة تطوع أو نذر أو جزاء صيد أو نحوه فتوجه معها يريد الحج فقد أحرم) بيان لما يقوم مقام التلبية لان المقصود من التلبية إظهار الاجابة للدعوة وهو حاصل بتقليد الهدي. قيد بكونه محرما بثلاثة: التقليد والتوجه وإرادة النسك. فأفاد أن التقليد وحده لا يكفي، وكذا أخواه، وكذا لو تقلد وساق ولم ينو لا يكون محرما، فما ذكره الاسبيجابي من أنه لو قلدها وساقها قاصدا إلى مكة صار محرما بالسوق نوى الاحرام أو لم ينو، مخالف لما عليه العامة فلا يعول عليه كذا في فتح القدير. وقد يقال: إن قصد مكة منه نية فلا يحتاج معه إلى نية أخرى فلا مخالفة منه لما عليه العامة. وأراد بجزاء الصيد جزاء صيد عليه في حجة سابقة فقلده في السنة الثانية أو جزاء صيد الحرم، وأفاد بقوله أو نحوه إلى أن هذا الحكم لا يختص بشئ بل المراد أنه قلد بدنه مطلقة. والتقليد أن يعلق على عنق بدنته قطعة نعل أو شراك نعلي أو عورة مزادة أو لحاء شجر أو نحو ذلك مما يكون علامة على أنه هدي، والمعنى بالتقليد إفادة أنه عن قريب يصير جلده كذا اللحاء والنعل في اليبوسة لاراقة دمه، وكان في الاصل يفعل ذلك كيلا تهاج عن الورود والكلا ولترد إذا ضلت للعلم بأنه هدي. وذكر الشارح أنه لو أشترك جماعة في بدنة فقلدها أحدهم صاروا محرمين إن كان ذلك بأمر البقية وساروا معها.

***

[٦٢٤]

قوله: (فإن بعث بها ثم توجه إليها لا يصير محرما حتى يلحقها إلا في بدنة المتعة) لفقد أحد الشروط الثلاثة وهو السوق في الابتداء فإذا أدركها اقترنت نيته بفعل ما هو من خصائصها إلا في هدي هو من خصائص الحج وضعا وهو هدي المتعة والقران فإنه لا يحتاج فيه إلى الادراك والمتعة تشمل التمتع العرفي والقران لان المذكور في الآية إنما هو التمتع بقوله تعالى * (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج) * (البقرة: ١٩٦) إلى آخره فهو دليلهما فلذا اقتصر المصنف على المتعة. ولما كان التمتع لا يكون قبل أشهر الحج لم يقيد البعث بأشهر الحج فاستغنى عن تقييد النهاية، ثم المصنف تبعا للجامع الصغير شرط اللحوق فقط ولم يشترط السوق معه وشرطهما في المبسوط، والظاهر الاول لان فعل الوكيل بحضرة الموكل كفعل الموكل. كذا علل به في فتح القدير. وقد يقال: لا يحتاج إليه لانه يصير محرما باللحوق وإن لم يسقها أحد، وهذا التعليل إنما هو على قول من يشترط السوق مع اللحوق. وأفاد المصنف أنه لا بد من التوجه إلى بدنة المتعة ولا يكفي البعث
قوله: (وإن جللها أو أشعرها أو قلد شاة لم يكن محرما) يعني وإن ساقها لانه ليس من خصائص الحج فلم يقم مقام التلبية شئ لان

التجليل لدفع الاذى عنها. والاشعار مكروه عند أبي حنيفة أن يطعن من الجانب الايسر في السنام فيسيل الدم فلا يكون من النسك، وعندهما وإن كان حسنا فقد يفعل للمعالجة بخلاف التقليد فإنه يختص بالهدي ولذا كان التقليد أحب من التجليل لانه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والتجليل حسن للاتباع ويستحب التصديق به، وأما تقليد الشاة فغير متعارف وليس بسنة أيضا فلا يقوم مقامها. وقد علم مما قرره المصنف أنه لا يكون محرما بمجرد النية من غير تلبية أو ما يقوم مقامها وهو المذهب، وعن أبي يوسف أنه يكتفي بالنية ولا خلاف أن التلبية وحدها لا تكفي بلا نية قوله: (والبدن من الابل والبقر) يعني لغة وشرعا. قال الجوهري: البدنة ناقة أو بقرة وقال النووي: إنه قول أكثر أهل اللغة فإذا طلب من المكلف بدنة خرج عن العهدة بالبقرة كالناقة، وأما حديث الرواح يوم الجمعة وعطفه البقرة على البدنة فمحمول على أنه أراد بالاعم بعض الافراد وهو الجزور لا كل ما يصدق عليه لانه لو كانت البدنة اسما للجزور فقط للزم النقل عن المعنى اللغوي

***

[٦٢٥]

وهو خلاف الاصل. فالحاصل أالعطف في الحديث يقتضي المغايرة بينهما ظاهرا ولزوم النقل عن المعنى اللغوي على تقديره خلاف الاصل، فالظاهر عدمه فتعارضا فرجحنا ما ذهبنا إليه لما ثبت في حديث جابر: كنا نحر البدنة عن سبعة فقيل: والبقرة؟ فقال: وهل هي إلا من البدن. ذكره مسلم في صحيحه. وثمرة الاختلاف تظهر فيما إذا التزم بدنة فإن نوي شيئا فهو على ما نوى لان المنوي إذا كان من محتملات كلامه فهو كالمصرح به وإن لم يكن له نية فعليه بقرة أو جزور فينحرها حيث شاء في قولهما خلافا لابي يوسف فإنه يقيسه على الهدي وهو يختص بمكة اتفاقا، وهما قاساه على ما إذا التزم جزورا فإنه لا يختص بمكة اتفاقا. كذا في المبسوط والله أعلم. باب القرآن هو مصدر قرن من باب نصر وفعال يجئ مصدرا من الثلاثي كلباس وهو الجمع بين شيئين: يقاقرنت البعيرين إذا جمعت بينهما بحبل وسيأتي معناه شرعا. ثم اعلم أن المحرمين أربعة: مفرد بالحج إن أحرم به مفردا أو مفرد بالعمرة إن أحرم بها في غير أشهر الحج وطاف لها كذلك حج من عامه أو لا أو طاف فيها ولم يحج من عامه أو أحرم بها في أشهر الحج وطاف كذلك ولم يحج من عامه أو حج وألم بينهما بأهله إلماما صحيحا، ومتمتع إن أتى بأكثر أشواط العمرة في أشهر الحج بعد ما أحرم بها فقط مطلقا ثم حج من عامه من غير أن يلم بأهله إلماما صحيحا، وقارن إن أحرم بهما معا أو أدخل إحرام الحج على إحرام العمرة قبل أن يطوف لها أكثر الاشواط أو أدخل إحرام العمرة إلى إحرام الحج قبل أن يطوف للقدوم ولو شوطا. ولا إساءة في القسمين الاولين وهو قارن مسئ في الثالث، وأما الاحرام المبهم كان يحرم بنسك مبهم ثم يصرفه إلى ما شاء من حج أو عمرة أولهما، والاحرام المعلق كأن يحرم بإحرام كإحرام زيد فليس خارجا عن الاربعة كما لا يخفى قوله: (هو أفضل ثم التمتع ثم الافراد) بيان لامرين: الاول جواز الثلاثة وهو مجمع عليه إلا ما ثبت في الصحيحين عن عمر وعن عثمان رضي الله عنهما أنهما كان ينهيان عن التمتع. وحمله العلماء على نهي التنزيه حملا

***

[٦٢٦]

للناس على ما هو الافضل لا أنهما يعتقدان بطلانه مع عملهما بالآية الشريفة، وحمله على أن المراد به فسخ الحج إلى العمرة ضعيف لان سياق الحديث في الصحيح يقتضي خلافه وهو ثابت بالكتاب والسنة أيضا، أما الاول فقوله تعالى * (ولله على الناس حج البيت) * (آل عمران: ٩٧) دليل الافراد، وقوله * (وأتموا الحج والعمرة لله) * (البقرة: ١٩٦) دليل القران، وقوله * (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج) * (البقرة: ١٩٦) دليل التمتع، وأما الثاني فما في الصحيحين من حديث عائشة قالت: خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فمنا من أهل بعمرة ومنا من أهل بحج وعمرة ومنا من أهل بالحج وأهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحج. وفي رواية لمسلم: منا من أهل بالحج مفردا ومنا من قرن ومنا من تمتع. الثاني تفضيل القران ثم الافراد وفضل مالك والشافعي الافراد، وفضل أحمد التمتع، وأصله الاختلاف في حجته صلى الله عليه وسلم وقد أكثر الناس الكلام فيها وأوسعهم نفسا في ذلك الامام الطحاوي فإنه تكلم في ذلك زيادة على ألف ورقة. وقد قال الامام الشافعي رحمه الله تعالى: ليس على شئ من الاختلاف أيسر من هذا وإن كان الغلط فيه قبيحا من جهة أنه مباح يعني لما كانت الثلاثة مباحة لم يكن في الاختلاف تغيير حكم لما كانت حجة واحدة ولم يتفقوا على

نقلها كان اختلافهم قبيحا منهم، فما يرجح أنه عليه السلام كان قارنا ما رواه علي في الصحيحين، وأنس في الصحيحين بروايات كثيرة، وعمران بن الحصين في صحيح مسلم، وعمر بن الخطاب في صحيح البخاري وأبي داود والنسائي، وحفصة في الصحيحين، وأبو موسى الاشعري في الصحيحين، مما يرجح أنه عليه السلام كان مفردا ما ثبت في الصحيح من رواية جابر وابن عمر وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم، ومما يرجح أنه كان متمتعا ما

***

[٦٢٧]

ثبت عن ابن عمر وعاشة في الصحيحين، وعن ابن عباس فيما رواه الترمذي وحسنه، وعن عمران بن الحصين في الصحيحين، وجمع أئمتنا بين الروايات بأن سبب رواية الافراد سماع من رأى تلبيته بالحج وحده، ورواية التمتع سماع من سمعه، يلبي بالعمرة، ورواية القران سماع من سمعه يلبي بهما. وهذا لانه لا مانع من إفراد ذكر نسك في التلبية وعدم ذكر شئ أصلا وجهة أخرى مع نية القران فهو نظير سبب الاختلاف في تلبيته عليه السلام أكانت دبر الصلاة أو عند استواء ناقته أو حين علا على البيداء فروى كل بحسب ما سمع، ومما يرجح القران أن من روى الافراد روي التمتع فتناقض بخلاف من روي التمتع وهو بلغة القرآن الكريم وعرف الصحابة أعم من القران. وترجح الفرد المسمى بالقران في الاصطلاح بما في الصحيح عن عمر قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بوادي العقيق يقول: أتاني الليلة آت من ربي عزوجل فقال: صل في هذا الوادي المبارك ركعتين وقل عمرة في حجة. ولا بد له من امتثال ما أمر به في مقامه الذي هو وحي ولائمتنا ترجيحات كثيرة. وقال النووي في شرح المهذب: والصواب الذي نعتقده أنه صلى الله عليه وسلم أحرم بالحج أولا مفردا ثم أدخل عليه العمرة فصار قارنا، وإدخال العمرة على الحج جائز على أحد القولين عندنا، وعلى الاصح لا يجوز لنا وجاز للنبي صلى الله عليه وسلم تلك السنة للحاجة وأمر به في قوله لبيك عمرة وحجة، فمن روى أنه كان مفردا اعتمد أول الاحرام، ومن روي أنه كان قارنا اعتمد آخره، ومن روى أنه كان متمتعا أراد التمتع اللغوي وهو الانتفاع بأن كفاه عن النسكين فعل واحد، ويؤيده أنه عليه السلام لم يعتمر تلك السنة عمرة مفردة لا قبل الحج ولا بعده، وقد قدمنا أن القران أفضل من إفراد الحج من غير عمرة بلا خلاف ولو جعلت حجته عليه السلام مفردة لزم أن لا يكون اعتمر تلك السنة ولم يقل أحد أن الحج وحده أفضل من القران ا ه. وبهذا تبين صحة ما في النهاية من أن محل الاختلاف بيننا وبين الشافعي إنما هو أن إفراد كل نسك بإحرام في سنة واحدة أفضل، أو الجمع بينهما بإحرام واحد أفضل، وأنه لم يقل أحد بتفضيل الحج وحده على القران، وتبين به بطلان ما ذكره الشارح هنا ردا على صاحب النهاية. وما روي عن محمد إنه قال حجة كوفية وعمرة كوفية أفضل عندي من القران فليس بموافق لمذهب الشافعي في تفضيل الافراد فإنه يفضل الافراد سواء أتى بنسكين في سفرة

***

[٦٢٨]

واحدة أو في سفرتين، ومحمد إنما فضل الافراد إذا اشتمل على سفرين، وبهذا اندفع ما ذكره الشارح من لزوم موافقة محمد للشافعي. قوله: (وهو أن يهل بالعمرة والحج من الميقات ويقول اللهم أني أريد العمرة والحج فيسرهما لي وتقبلهما مني) أي القران أن يلبي بالنسكين مع النية حقيقة أو حكما من غير مكة وما كان من حكمها، وأنما عبر بالاهلال للاشارة إلى أن رفع الصوت بها مستحب. وأراد بالميقات ما ذكرنا وإنما ذكره للاشارة إلى أن القارن لا يكون إلا آفاقيا وهو أحسن مما ذكره الشارح من أنه قيد اتفاقي فإنه لو أحرم بهما من دويرة أهلة أو بعد الخروج قبل الميقات أو داخله فإنه يكون قارنا. وقلنا حقيقة أو حكما ليدخل ما إذا أحرم بالعمرة ثم أحرم بالحج قبل أن يطوف لها الاكثر أو أحرم بالحج ثم أحرم بالعمرة قبل أن يطوف له وإن كان مسيئا في الثاني كما قدمناه لوجود الجمع بينهما في الاحرام حكما. والمراد من قوله ويقول النية لا التلفظ أن عطفه على يهل فيكون منصوبا من تمام الحد، وإن رفع كان ابتداء كلام بيانا للسنة فإن السنة للقارن التلفظ بها وتقديم العمرة في الذكر مستحب لان الواو للترتيب، ولم يشترط المصنف وقوع الاحرام في أشهر الحج أو طواف العمرة فيها كما هو شرط في التمتع لما روي عن محمد أنه لو طاف لعمرته في رمضان فهو قارن ولا دم عليه إن لم يطف لعمرته في أشهر الحج فتوهم بعضهم في هذه الرواية الفرق بين القران والتمتع فيه وليس كما توهموا فإن القران في هذه الرواية

بمعنى الجمع لا القران الشرعي المصطلح عليه بدليل أنه نفى لازم القرن بالمعنى الشرعي
***
[٦٢٩]
وهو لزوم الدم شكرا ونفي اللازم الشرعي نفي للملزوم الشرعي. والحاصل أن النسك المستعقب للدم شكرا هو ما تحقق فيه فعل المشروع المرتفق به الناسخ لما كان في الجاهلية وذلك بفعل العمرة في أشهر الحج، فإن كان مع الجمع في الاحرام قبل أكثر طواف العمرة فهو المسمى بالقران وإلا فهو التمتع بالمعنى العرفي وكلاهما التمتع بالاطلاق القرأني وعرف الصحابة وهوفي الحقيقة اطلاقه اللغة لحصول الرفق به هذا كله على أصول المذهب. كذا في فتح القدير قوله: (ويطوف ويسعى لها ثم يحج كما مر) يعني يأتي بأفعال العمرة أولا من الطواف والسعي بين الصفا والمروة والرمل في الاشواط الثلاثة والسعي بين الميلين الاخضرين وصلاة ركعتي الطواف ثم يأتي بأفعال الحج كلها ثانيا فيبدأ بطواف القدوم ويسعى بعده إن شاء، وهذا الترتيب أعني تقديم العمرة في أفعال الحج واجب لقوله تعالى * (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج) * جعل الحج غاية وهو شامل للقران والتمتع كما قدمناه فأفاد أنه لو طاف أولا لحجته وسعى لها ثم طاف لعمرته وسعى لها فطوافه الاول وسعيه يكون للعمرة ونيته لغو، ولم يذكر الحلق للعمرة لانه لا يتخلل بينهما بالحلق فلو حلق كان جناية على الاحرامين، أما على إحرام الحج فظاهر لان أوان التحلل فيه يوم النحر، وأما على إحرام العمرة فكذلك لان أوان تحلل القارن يوم النحر كما صرح به الامام محمد. قال الشارح: ويؤيده أن المتمتع إذا ساق الهدي وفرغ من أفعال العمرة وحلق يجب عليه الدم ولا
***
[٦٣٠]
يتحلل بذلك من عمرته بل يكون جناية على إحرامها مع أنه ليس محرما بالحج فهذا أولى. قوله (فإن طاف لهما طوافين وسعى سعيين جاز وأساء) بأن طاف للعمرة والحج أربعة عشر شوطا وسعي كذلك. وأراد بالواو معنى ثم أو الفاء لان المسألة مفروضة فيما إذا أتى بالسعي بعد الطوافين ولا يفهم هذا من الواو لانها لمطلق الجمع ولهذا أتى في الجامع الصغير بثم واختلفوا في ثاني الطوافين في قولهم طاف طوافين فذهب صاحب الهداية والشارحون تبعا للمبسوط إلى أنه طواف القدوم ولهذا قال في الهداية: وقد أساء بتأخير سعي العمرة وتقديم طواف التحية عليه ولا يلزمه شئ، أما عندهما فظاهر لان التقديم والتأخير في المناسك لا يوجب الدم عندهما، وعنده طواف التحية سنة وتركه لا يوجب الدم فتقديمه أولى والسعي بتأخيره بالاشتغال بعمل آخر لا يوجب الدم فكذا بالاشتغال بالطواف ا ه. وذهب صاحب غاية البيان إلى أن المراد بأحدهما طواف العمرة وبالآخر طواف الزيارة بأن أتى بطواف العمرة ثم اشتغل بالوقوف ثم طاف للزيادة يوم النحر ثم سعي أربعة عشر شوطا بدليل قولهم في جواب المسألة يجزئه والمجزئ عبارة عما يكون كافيا في الخروج عن عهدة الفرض، ولا يحصل الاجزاء بترك الفرض والاتيان بالسنة وبدليل قولهم إن القارن يطوف طوافين ويسعد سعيين عندنا ليس المراد بهما إلا طواف العمرة وطواف الزيارة قوله: (وإذا رمي يوم النحر ذبح شاة أو بدنة أو سبعها) لقوله تعالى * (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي) * والتمتع يشمل القران العرفي والتمتع العرفي كما قدمناه. قيد بالذبح بعد الرمي لان الذبح قبله لا يجوز لوجوب الترتيب ولم يقيد الذبح بالمحبة كما قيده بها في ذبح المفرد لما أنه واجب على القارن والمتمتع. وأطلق البدنة فشملت البعير والبقرة والسبع جزء من سبعة أجزاء، وإنما كان مجزئا لحديث الصحيحين عن جابر: حججنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنحرنا البعير عن سبعة والبقرة عن سبعة. وأشار بالتخيير بين البدنة وسبعها
***
[٦٣١]
إلى أنه دم عبادة لادم جناية فيأكل منه كما سيأتي، وسيأتي في الاضحية أنه لا بد أن يكون الكل مريدا للقربة وإن اختلفت جهة القربة فلو أراد أحد السبعة لحما لاهله لا يجزئهم، واستدل له بعض شارحي المصابيح بقوله صلى الله عليه وسلم أنا أغنى الشركاء عن الشرك من عمل عملا أشرك فيه معي غيري تركته وشركه (١) وما في المبتغى: ولو بعث القارن بثمن هديين فلم يوجد بذلك بمكة إلا هدي واحد فبذبحه لا يتحلل عن الاحرامين ولا عن أحدهما ا ه. محمول على هدي الاحصار لان التحلل موقوف عليه لا على ذبح دم الشكر. وفي الظهيرية والخانية: والاشتراك في البقرة أفضل من الشاة، والجزور أفضل من البقرة كما في الاضحية فإن كان القارن ساق الهدي مع نفسه كان أفضل. قوله: (وصام العاجز عنه ثلاثة أيام آخرها يوم عرفة وسبعة إذا فرغ ولو بمكة) أي صام العاجز عن الهدي

لقوله تعالى * (فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم تلك
***
[٦٣٢]
عشرة كاملة) * (البقرة: ١٩٦) والعبرة لايام النحر في العجز والقدرة، وكذا لو قدر على الهدي قبل أن يكمل صوم الثلاثة أيام أو بعد ما أكمل قبل أن يحلق ويحل وهو في أيام الذبح بطل صومه ولا يحل إلا بالهدي، ولو وجد الهدي بعد ما حلق وحل قبل أن يصوم السبعة صح صومه ولا يجب عليه ذبح الهدي، ولو صام ثلاثة أيام ولم يحلق ولم يحل حتى مضت أيام الذبح ثم وجد الهدي فصومه ماض ولا شئ عليه. كذا ذكر الاسبيجابي. ويدل على أنه لو صام في وقته مع وجود الهدي ينظر، فإن بقي إلى يوم النحر لم يجزه للقدرة على الاصل، وإن
***
[٦٣٣]
هلك قبل الذبح جاز للعجز عن الاصل فكان المعتبر وقت التحلل. كذا في فتح القدير. وقوله آخرها يوم عرفة بيان للافضل وإلا فوقته وقت الحج بعد الاحرام بالعمرة لان المراد بالحج في الآية وقته لان نفسه لا يصلح ظرفا. وإنما كان الافضل التأخير لان الصوم بدل عن الهدي فيستحب تأخيره إلى آخر وقته رجاء أن يقدر على الاصل. كذا في الهداية. وأشار بقوله إذا فرغ إلى أن المراد بالرجوع في الآية الفراغ من أعمال الحج مجازا إذا الفراغ سبب للرجوع إلى أهله، وقد عمل الشافعي بالحقيقة فلم يجوز صومها بمكة ويشهد له حديث البخاري مرفوعا وسبعة إذا رجعتم إلى أهليكم وإنما عدل أئمتنا عن الحقيقة إلى المجاز لفرع مجمع عليه وهو أنه لو لم يكن له وطن أصلا ليرجع إليه بل مستمر على السياحة وجب عليه صومها بهذا النص ولا يتحقق في حقه سوى الرجوع عن الاعمال، وكذا لو رجع إلى مكة غير قاصد للاقامة بها حتى تحقق رجوعه إلى غير أهله ووطنه ثم بدا له أن يتخذها وطنا كان له أن يصوم بها مع أنه لم يتحقق منه الرجوع إلى وطنه. كذا في فتح القدير. وأراد بالفراغ من أعمال الحج فرضا وواجبا وهو بمضي أيام التشريق لان اليوم الثالث منها يوم للرمي الواجب على من أقام به حتى طلع الفجر فيفيد أنه لو صام السبعة وبعضها من أيام التشريق فإنه لا يجوز ولما قدمه في بحث الصوم من النهي عن الصوم فيها مطلقا فلذا لم يقيد ههنا.
***
[٦٣٤]
قوله: (فإن لم يصم إلى يوم النحر تعين الدم) أي إن لم يصم الثلاثة حتى دخل يوم النحر ليجزه الصوم أصلا وصار الدم متعينا لان الصوم بدل والابدال لا تنصب إلا شرعا والنص خصه بوقت الحج وجواز الدم على الاصل، وعن ابن عمر أنه أمر في مثله بذبح الشاة فلو لم يقدر على الهدي تحلل وعليه دمان: دم التمتع ودم التحلل قبل الهدي. كذا في الهداية هنا. وقال فيما يأتي في آخر الجنايات: فإن حلق القارن قبل أن يذبح فعليه دمان عند أبي حنيفة دم بالحلق في غير أوانه لان أوانه بعد الذبح، ودم بتأخير الذبح عن الحلق. وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول فنسبه صاحب غاية البيان إلى التخليط لكونه جعل أحد الدمين هنا دم الشكر والآخر دم الجناية وهو صواب، وفيما يأتي أثبت عند أبي حنيفة دمين آخرين سوى دم الشكر، ونسبه في فتح القدير أيضا في باب الجنايات إلى السهو وليس كما قالا بل كلامه صواب في الموضعين فهنا لما لم يكن جانيا بالتأخير لانه لعجزه لم يلزمه لاجله دم ولزمه دم للحلق في غير أوانه، وفي باب الجنايات لما كان جانيا بحلقه قبل الذبح لزمه دمان كما قرره، ولم يذكر دم الشكر لانه قدمه في باب القران وليس الكلام إلا في الجناية وسيأتي تمامه هناك بأزيد من هذا إن شاء الله تعالى قوله: (وإن لم يدخل مكة ووقف بعرفة فعليه دم لرفض العمرة وقضاؤها) يعني إن لم يأت القارن بالعمرة حتى أتى بالوقوف فعليه دم لترك العمرة لانه تعذر عليه أداؤها لانه يصير بانيا أفعال العمرة على أفعال الحج، وذلك خلاف المشروع فعدم دخول مكة كناية عن عدم طواف العمرة لان الدخول وعدمه سواء إذا لم يطف لها. والمراد أكثر أشواطه حتى لو طاف لها أربعة أشواط ثم وقف بعرفة
***
[٦٣٥]
فإنه لا يصير رافضا لها إذ قد أتبركنها ولم يبق إلا واجباتها من الاقل والسعي ويأتي بها يوم النحر وهو قارن على حاله بخلاف ما إذا

طاف الاقل ثم وقف فإنه كالعدم فيصير رافضا. والمراد بعدم الطواف للعمرة عدم الطواف أصلا فإنه لو طاف طوافا ما ولو قصد به طواف القدوم للحج فإنه ينصرف إلى طواف العمرة ولم يكن رافضا لها بالوقوف لان الاصل أن المأتي به من جنس ما هو متلبس به في وقت يصلح له ينصرف إلى ما هو متلبس به، وعن هذا قلنا لو طاف وسعى للحج ثم طاف وسعى للعمرة كان الاول لها والثاني له ولا شئ عليه كمن سجد في الصلاة بعد الركوع ينوي سجدة تلاوة انصرف إلى سجدة الصلاة. ولم يقيد الوقوف بعرفة بكونه بعد الزوال كما وقع في كافي الحاكم لانه لا حاجة إليه لان الوقوف قبل وقته لا اعتبار به، وقيد بالوقوف لانه يكون رافضا لها بمجرد التوجه إلى عرفات هو الصحيح. والفرق بينه وبين مصلي الظهر يوم الجمعة إذا توجه إليها أن الامر هناك بالتوجه متوجه بعد أداء الظهر، والتوجه في القران والتمتع منهي عنه قبل أداء العمرة فافترقا. وأطلق في رفضها فشمل ما إذا قصده أو لا، وأشار به إلى سقوط دم القران عنه لعدمه وإنما وجب دم لرفضها لان كل من تحلل بغير طواف يجب عليه دم كالمحصر ووجب قضاؤها لان الشروع ملزم كالنذر والله أعلم. باب التمتع أخره عن القران لتأخره عنه رتبة كما قدمه. وهو في اللغة من المتاع أو المتعة وهو
***
[٦٣٦]
الانتفاع أو النفع وفي الشريعة ما ذكره بقوله: (وهو أن يحرم بعمرة من الميقات فيطوف لها ويسعى ويحلق أو يقصر وقد حل منها ويقطع التلبية بأول الطواف ثم يحرم بالحج يوم التروية من الحرم ويحج) فقوله من الميقات للاحتراز عن مكة فإنه ليس لاهلها تمتع ولا قران لا للاحتراز عن دويرة أهله أو غيرها كما بيناه في القرآن، ولم يقيد إحرامها بأشهر الحج لانه ليس بشرط لكن أداء أكثر طوافها فيها شرط، فلو طاف الاقل في رمضان مثلا ثم طاف الباقي في شوال ثم حج من عامه كان متمتعا. وإنما لم يقيد الطواف به لما يصرح به في هذا الباب. وإنما ذكر الحلق لبيان تمام أفعال العمرة لا لانه شرط في التمتع لانه مخير بينه وبين بقائه محرما بها إلى أن يدخل إحرام الحج ولا يرد عليه المتمتع الذي ساق الهدي فإنه لا يجوز له الحلق للعمرة حتى لو حلق لها لزمه دم لان سوق الهدي عارض منعه من التحلل على خلاف الاصل. وفي قوله ثم يحرم بالحج دلالة على تراخي إحرامه عن أفعالها فخرج القران، ولم يقيد الحج بأن يكون من عامه للعلم به لان معنى التمتع الترفق بأداء النسكين في سفرة واحدة ولا يشترط أن يكون من عام الاحرام العمرة بل من عام فعلها حتى لو أحرم بعمرة في رمضان وأقام على إحرامه إلى شوال من العام القابل ثم طاف لعمرته من القابل ثم حج من عامه ذلك كان متمتعا بخلاف من وجب عليه أن يتحلل من الحج بعمرة كفائت الحج فأخر إلى قابل فتحلل بها في شوال وحج من عامه ذلك لا يكون متمتعا لانه ما أتى بأفعالها عن إحرام عمرة بل للتحلل عن إحرام الحج فلم تقع هذه الافعال معتدا بها عن العمرة فلم يكن متمتعا. وقوله يوم التروية بيان للجواز وإلا فالافضل أن يكون قبله للمسارعة إلى الخير، وقوله من الحرم بيان للميقات المكاني لاهل مكة ولم يقيد بعدم الالمام بأهله فيما بينهما إلماما صحيحا لما يصرح به قريبا. وحاصله أنه إن ألم بينهما بأهله إلماما صحيحا بطل تمتعه وإلا فلا، والصحيح منه أن لا يكون العود مستحقا عليه يقال ألم بأهله
***
[٦٣٧]
نزل وهو يزور إلماما أي غبا. كذا في المغرب. وإنما يقطع التلبية فيها بأوله لما صححه أبو داود عن ابن عباس أنه عليه السلام كان يمسك عن التلبية في العمرة إذا استلم الحجر. ولم يذكر طواف القدوم لانه ليس على المتمتع طواف قدوم كذا في المبتغي. أي لا يكون مسنونا في حقه بخلاف القارن لان المتمتع حين قدومه محرم بالعمرة فقط وليس لها طواف قدوم ولا صدر، والحكمة فيه أن المعتمر متمكن من أدائها حين وصل إلى البيت، وأما الحاج فغير متمكن من طواف الزيارة لعدم وقته فسن له طواف القدوم إلى أن يجئ وقته، والطواف ركن معظم في العمرة فلا يتكرر في الصدر كالوقوف للحج لا يتكرر كذا في النهاية. وفي قوله ويحج دلالة على أنه يسعى للحج ويرمل في طوافه والذي أتى به أولا إنما هو عن العمرة فإن سعي المتمتع ورمفي طوافه بعد إحرامه بالحج لا يعيدها في طواف الزيارة لانهما لا يتكرران قوله: ويذبح فإن عجز فقد مر) أي في باب القران فإن حكمهما واحد قوله: (فإن صام ثلاثة أيام من شوال فاعتمر لم يجزه عن الثلاثة) لان سبب وجوبه التمتع وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز اداؤه قبل سببه قوله: (وصح لو بعد ما أحرم بها قبل أن يطوف) أي صح صوم الثلاثة بعد ما أحرم بالعمرة قبل الطواف لانه أداء بعد السبب لان سببه التمتع بالمعنى اللغوي وهو الترفق

لترتيبه على التمتع بالنص ومأخذ الاشتقاق علة للمترتب، والعمرة في أشهر الحج هي السبب فيه لانها التي بها يتحقق الترفق الذي كان ممنوعا في الجاهلية وهو معنى التمتع، ولما لم يمكنه الخروج عن إحرامها بلا فعل نزل الاحرام منزلتها فلذا جاز بعد إحرامها قبل الفراغ منها. قيد بصوم الثلاثة لان صوم السبعة لا يجوز إلا بعد الفراغ وإن كان السبب فيهما واحدا لان الله تعالى فصل بينهما فجعل الثلاثة في الحج أي في وقته والسبعة بعد الفراغ. وقيد
***
[٦٣٨]
بكون الصوم في شوال أي في أشهر الحج لان الصوم قبل أشهر الحج لا يجوز، سواء كان بعد ما أحرم للعمرة في أشهر الحج أو لا، وقد تقدم أن الافضل تأخير صومها إلى السابع من ذي الحجة لرجاء القدرة على الاصل وهو الهدي قوله: (فإن أراد سوق الهدي أحرم وساق وقلد بدنته بمزادة أو نعل ولا يشعر) بيان لافضل التمتع اقتداء برسول اللهصلى الله عليه وسلم. والواو في قوله وساق بمعنى ثم لان الافضل أن لا يحرم بالسوق والتوجه بل يحرم بالتلبية والنية ثم يسوق، وأفاد بالتقليد أنه أفضل من التجليل وبالسوق أنه أفضل من القود إلا إذا كانت لاتنساق فيقودها. والضمير في قوله أراد عائد إلى المتمتع بمعنى مريده، والمراد بالاحرام إحرام العمرة، وقيد بالبدنة لان الشاة لا يسن تقليدها. والاشعار في اللغة الاعلام بأن البدنة هدي والمراد هنا أن يشق سنامها من الجانب الايمن. كذا في شرح الاقطع. وفي الهداية قالوا: والاشبه هو الايسر وهو مكروه عند أبي حنيفة، حسن عندهما للاتباع الثابت في صحيح مسلم وغيره، وأجيب لابي حنيفة بأنه مثلة وقد نهي عنه فتعارضا فرجحنا المنع لانه قول وهو مقدم على الفعل أو نهي وهو مقدم على المبيح، ورد بأنه ليس منها لانها ما يكون تشويها كقطع الانف والاذنين فليس كل جرح مثلة ولانه نهي عنها في أول الاسلام وفعل الاشعار في حجة الوداع. فلو كان منها لم يفعله وبأن إشعاره عليه السلام لصيانة الهدي لان المشركين لا يمتنعون عن تعرضه إلا به. وقال الطحاوي: إنما كره أبو حنيفة الاشعار المحدث الذي يفعل على وجه المبالغة ويخاف منه السراية إلى الموت لا مطلق الاشعار، واختاره في غاية البيان وصححه وفي فتح القدير أنه الاولى قوله: (ولا يتحلل بعد عمرته) لان سوق الهدي يمنعه من التحلل لحديث البخاري: أني لبدت رأسي وقلدت هديي فلا أحل حتى أنحر. وقد قدمنا أنه لو حلق رأسه بعد الفراغ من عمرته وقد كان ساق الهدي لزمه دم، ومقتضاه أنه
***
[٦٣٩]
يلزمه موجب كل جناية على الاحرام كأنه محرم. والحاصل أن لسوق الهدي تأخيرا في إثبات الاحرام ابتداء فكان له أثر في استدامة الاحرام أيضا بل الاولى لان البقاء أسهل. كذا في النهاية قوله: (ويحرم بالحج يوم التروية وقبله أحب) لما ذكرناه في متمتع لا يسوق الهدي، وإنما ذكر يوم التروية لان الافعال بعد ذلك تتعقب الاحرام قوله: (فإذا حلق يوم النحر حل من إحراميه) أي من إحرامي الحج والعمرة وهو تصريح ببقاء إحرام العمرة بعد الوقوف بعرفة إلى الحلق، وأورد عليه في النهاية القارن إذا قتل صيدا بعد الوقوف بعرفة لا يلزم قيمتان، وأجاب بأإحرام العمرة قد انتهى بالوقوف في حق سائر الاحكام وإنما يبقى في حق التحلل لا غير كأحكام الحج تنتهي بالحلق في يوم النحر ولا يبقى إلا في حق النساء خاصة، واستبعده الشارح الزيلعي وهو المراد عند إطلاق الشارح في هذا الكتاب بأن القارن إذا جامع بعد الوقوف يجب عليه بدنة للحج والعمرة شاة وبعد الحلق قبل الطواف شاتان ا ه‍. لكن صاحب النهاية لم يجزم به إنما عزاه إلى شيخ الاسلام في مبسوطه وهو اختياره، وأكثر عبارات الاصحاب كما قال الشارح. وفي فتح القدير: وهو الظاهر إذ قضاء الاعمال يمنع بقاء الاحرام والوجوب إنما هو باعتبار أنه جناية على الاحرام لا على الاعمال، والفرع المنقول في الجماع يدل على ما قلنا. وقد تناقض كلام شيخ الاسلام فإنه أوجب في
***
[٦٤٠]
جماع القارن بعد الوقوف شاتين فلا يخلو من أن يكون إحرام العمرة بعد الوقوف الجناية عليه شيئا أو لا، فإن أوجبت لزم شمل الوجوب وإلا فشمول العدم. فالحاصل أن المذهب بقاء إحرام العمرة إلى الحلق ويحل منه في كل شئ حتى في حق النساء إذا كان متمتعا ساق الهدي لان المانع له من التحلل سوقه وقد زال بذبحه، وفي القارن يحل منه في كل شئ إلا في النساء كإحرام الحج، وهذا هو

الفرق بين المتمتع الذي ساق الهدي وبين القارن وإلا فلا فرق بينهما بعد الاحرام بالحج على الصحيح كما ذكرنا. وفي المحيط: قارن طاف لعمرته ثم حل فعليه دمان ولا يحل من عمرته بالحلق، ولو أحرم بعمرة فطاف لها ثم أضاف حجة ثم حلق يحل من عمرته ولا شئ عليه لانه بمنزلة من أحرم بالحجة بعد ما حلق من العمرة قوله: (ولا تمتع ولا قران لمكي ومن حولها) لقوله تعالى * (ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام) * (البقرة: ١٩٦) بناء على عود اسم الاشارة إلى التمتع لا إلى الهدي بقرينة وصلها باللام وهي تستعمل فيما لنا أن نفعله بخلاف الهدي فإنه علينا، فلو كان مرادا لقيل ذلك على من لم يكن ولكونها اسم إشارة للبعيد والتمتع أبعد من الهدي. ثم ظاهر الكتب متونا وشروحا وفتاوي أنه لا يصح منهم تمتع ولا قران لقولهم: وإذا عاد المتمتع إلى
***
[٦٤١]
أهله ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه. قال في غاية البيان: ولهذا قلنا لم يصح تمتع المكي لوجود الالمام الصحيح، ومقتضاه أنه لو أحرم بعمرة في أشهر الحج وحل منها ثم أحرم بحج فإنه لا يلزمه دم، لكن صرح في التحفة بأنه يصح تمتعهم وقرانهم فإنه نقل في غاية البيان عنها أنهم لو تمتعوا جاز وأساؤا ويجب عليهم دم الجبر، وهكذا ذكر الاسبيجابي ثم قال: ولا يباح لهم الاكل من ذلك الدم ولا يجزئهم الصوم إن كانوا معسرين فتعين أن يكون المراد بالنفي في قولهم لا تمتع ولا قران لمكي نفي الحل لا نفي الصحة ولذا وجب دم جبر لو فعلوا هو فرع الصحة، واشتراطهم عدم الالمام فيما بينهما إنما هو للتمتع المنتهض سببا للثواب المترتب عليه وجوب دم الشكر. فالحاصل أن المكي إذا أحرم بعمرة في أشهر الحج فإن كان من نيته الحج من عامه فإنه يكون آثما لانه عين التمتع المنهي عنه لهم، فإن حج من عامه لزمه دم جناية لا دم شكر، وإن لم يكن من نيته الحج من عامه ولم يحج فإنه لا يكون آثما بالاعتمار في أشهر الحج لانهم وغيرهم سواء في رخصة الاعتمار في أشهر الحج. وما
***
[٦٤٢]
في البدائع من أن الاعتمار في أشهر الحج للمكي معصية محمول على ما إذا حج من عامه وإذا قرن فإنه يكون آثما أيضا ويلزمه دم جناية. وفي الهداية: بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة وقرن حيث تصح لان عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الآفاقي. قال الشارحون: قيد بالقران لانه لو تمتع فإنه لا يصح ويلزمه دم جناية لوجود الالمام الصحيح بينهما فقد فرقوا بين التمتع والقران فشرطوا في التمتع عدم الالمام دون القران، ومقتضى الدليل أنه لا فرق بينهما في هذا الشرط وأن المكي يأثم إذا أحرم من الميقات بهما أو بالعمرة في أشهر الحج ثم حج من عامة لان التمتع المذكور في الآية يعمهما كما قدمناه وإيجابهما عدم الجناية على المكي إذ خرج إلى الميقات وتمتع مقتضى لوجوب الدم على الآفاقي إذا تمتع وقد ألم بينهما إلماما صحيحا ولم يصرحوا به. وإنما قالوا بطل تمتعه والمراد بمن حولها من كان داخل المواقيت فإنهم بمنزلة أهل مكة وإن كان بينهم وبين مكة مسيرة سفر لانهم في حكم حاضري المسجد الحرام. وفي النهاية: وأما القران من المكي فيكره ويلزمه الرفض والعمرة له في أشهر الحج لا تكره ولكن
***
[٦٤٣]
لا يدرك فضيلة التمتع لان الالمام قطع تمتعه ا ه‍. ولم يبين المرفوض وبينه في المحيط فقال: مكي أحرم بعمرة وحجة رفض العمرة ومضي في الحجة وعليه عمرة ودم، فإن مضي العمرة لزمه دم لجمعه بينهما فإنه لا يجوز له الجمع، فإذا جمع فقد احتمل وزرا فارتكب محظورا فلزم دم كفارة. ثم لا بد من رفض أحدهما خروجا عن المعصية فرفض العمرة أولى، فإن طاف لعمرته ثلاثة أشواط ثم أحرم بالحج رفض الحج عند أبي حنيفة لانه امتناع وهو أسهل من الابطال، وعندهما يرفض العمرة، ولو طاف لها أربعة أشواط ثم أحرم بالحج أتمهما وعليه دم لارتكابه المنهي عنه ا ه‍. وفيها أيضا: وذكر الامام المحبوبي أن هذا المكي الذي خرج إلى الكوفة وقرن إنما يبيح قرانة إذا خرج من الميقات قبل دخول أشهر الحج، فأما إذا دخل أشهر الحج وهو بمكة ثم قدم الكوفة ثم عاد وأحرم بها من الميقات لم يكن قارنا لانه لما دخل أشهر الحج وهو بمكة صار ممنوعا من القران شرعا فلا يتغير ذلك بخروجه من الميقات. وتعقبه في فتح القدير بأن الظاهر الاطلاق لان كل من حل بمكان صار من أهله مطلقا قوله: (فإن عاد المتمتع إلى بلده بعد العمرة ولم يسق الهدي بطل تمتعه وإن ساق لا) أي لا يبطل يعني إذا حج من عامه لا يلزمه دم الشكر في الاول ويلزمه في الثاني، ومحمد رحمه الله تعالى أبطل التمتع

***
[٦٤٤]
فيهما لانه أداهما بسفرتين والمتمتع من يؤديهما بسفرة واحدة، وهما جعلا استحقاق العود كعدمه فإنه بالهدى استدام إحرام العمرة إلى أن يحرم بالحج ويحل منهما. وظاهر كلامهم أن سوق الهدي يمنعه من التحلل وأنه التزام لاحرام الحج من عامة لكن في فتح القدير أنه لو بدا له بعد العمرة أن لا يحج من عامه لا يؤاخذ بذلك فإنه لم يحرم بالحج بعد، وإذا ذبح الهدي أو أمر بذبحه يقع تطوعا ا ه. وذكر الشارح أيضا في دليل محمد لكون العود غير مستحق عليه أنه لو بعث هديه لينحر عنه ولم يحج كان له ذلك، فقولهما إن العود مستحق عليه بسوق الهدي معناه إذا أراد المتعة لا مطلقا. وفي المحيط: فإن ذبح الهدي ورجع إلى أهله فله أن لا يحج لانه لم يوجد منه في حق الحج إلا مجرد النية وبمجردها لا يلزمه الحج، فإذا نوي أن لا يحج ارتفعت نية الحج فصار كأنه لم ينو في الابتداء، وإن أراد أن ينحر هديه ويحل ولا يرجع إلى أهله ويحج من عامه ذلك لم يكن له ذلك لانه مقيم على عزم التمتع فيمنعه الهدي من الاحلال، فإن فعله ثم رجع إلى أهله ثم حج لا شئ عليه لانه غير متمتع. ولو حل بمكة ونحر هدية ثم حج قبل أن يرجع إلى أهله لزمه دم لتمتعه لانه لم يلم بأهله فيما بين النسكين وعليه دم آخر لانه حل قبل يوم النحر ا ه. فالحاصل أنه إذا ساق الهدي لا يخلوا ما أن يتركه إلى يوم النحر أو لا، فإن تركه إليه فتمتعه صحيح ولا شئ عليه غيره، سواء عاد إلى أهله أو لا، وإن تعجل ذبحه، فأما إن رجع إلى أهله أو لا، فإن رجع إلى أهله فلا شئ عليه مطلقا سواء حج من عامه أو لا، وإن لم يرجع إليهم فإن لم يحج من عامه فلا شئ عليه، وإن حج منه لزمه دمان دم المتعة ودم الحل قبل أوانه. ورجح في فتح القدير مذهب الشافعي في أن عدم الالمام بينهما ليس بشرط في التمتع فلا يبطل تمتعه بعوده إلى أهله، سواء ساالهدي أو لا، لان الآية إنما منعت التمتع لمن كان حاضر المسجد الحرام لا لاجل إلمامهم بأهلهم بينهما بل لتيسر العمرة لهم في كل وقت بخلاف الغير. قيد بقوله بعد العمرة لانه لو عاد بعد ما طاف لها الاقل لا يبطل تمتعه لان العود مستحق عليه لانه ألم بأهله محرما بخلاف ما إذا طاف الاكثر. ودخل في قوله بعد العمرة الحلق فلا بد للبطلان منه لانه من واجباتها وبه التحلل، فلو عاد بعد طوافها قبل الحلق ثم حج من عامه قبل أن يحلق في أهله فهو متمتع لان العود مستحق عليه عند من جعل الحرشرط جواز الحلق وهو أبو حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف إن لم يكن مستحقا فهو مستحب. كذا في البدائع وغيره قوله: (ومن طاف أقل أشواط العمرة قبل أشهر الحج وأتمها فيها كان متمتعا وبعكسه لا) أي لو طاف أكثر أشواطها قبلها وأتمها فيها لا يكون متمتعا لان للاكثر حكم الكل. قال الامام

***
[٦٤٥]
ألا قطع: فصار ذلك أصلا في أن كل ما يتعلق بالاحرام من الافعال فحكم أكثره حكم جميعه في باب الجواز ومنع ورود الفساد عليه. وأشار إلى أنه لا يشترط وجود إحرامها في أشهر الحج لان المعتبر إنما هو الطواف. وفي المحيط: ولو طاف كله في رمضان جنب أو محدث ثم أعاده في شوال لم يكن متمتعا لان طواف المحدث لا يرتفض بالاعادة فلم تقع العمرة والحج في أشهر الحج، وكذلك طواف الجنب على رواية الكرخي فكان الفرض هو الاول ولم يوجفي أشهر الحج، وعلى قول غيره يرتفع الاول بالاعادة لكن تعلق بهذا الطواف في رمضان المنع عن العمرة لهذا السفر بدليل أنه لو أتم هذه العمرة ثم ابتدأ إحرام العمرة في أشهر الحج ثم اعتمر عمرة جديدة وحج من عامة لم يكن متمتعا فلا يرتفض هذا الطواف الاول بالاعادة بخلاف طواف الزيارة لانه لا يتعلق به منع عن شئ حتى ينتقض بالاعادة ا ه. وعلم من هذا أن الاعتمار في سنة قبل أشهر الحج مانع من التمتع في سننه، سواء أتى بعمرة أخرى في أشهر الحج أو لا. وإنما اختصت المتعة بأفعال العمرة في أشهر الحج لان أشهر الحج كان متعينا للحج قبل الاسلام فأدخل الله العمرة فيها إسقاطا للسفر الجديد عن الغرباء فكان اجتماعهما في وقت واحد في سفرواحد رخصة وتمتعا. وفي فتح القدير: وهل يشترط في القران أيضا أن يفعل أكثر أشواط العمرة في أشهر الحج؟ ذكر في المحيط أنه

***
[٦٤٦]
لا يشترط وكأنه مستند في ذلك إلى ما قدمناه عن محمد وقدمنا جوابه في باب القران قوله: (وهي شوال وذو القعدة وعشر ذي الحجة)

أي أشهر الحج المرادة في قوله تعالى * (الحج أشهر معلومات) * (البقرة: ١٩٧) وهو مروي عن العباد له الثلاثة، ورواه البخاري في صحيحه عن ابن عمر، فالمراد حينئذ من الجمع شهران وبعض الثالث، وذكر في الكشاف: فإن قلت فكيف كان الشهران وبعض الثالث أشهرا؟ قلت: اسم الجمع يشترك فيه ما وراء الواحد بدليل قوله تعالى * (فقد صغت قلوبكما) * (التحريم: ٤) فلا سؤال فيه إذن، وإنما يكون موضعا للسؤال لو قيل ثلاثة أشهر معلومات ا ه. وما في غاية البيان من أنه عام مخصوص ففيه نظر لان أخص الخصوص في العام إذا كان جمعا ثلاثة لا يجوز التخصيص بعده فالاولى ما ذكره في الكشاف. وفائدة التوقيت بهذه الاشهر أن شيئا من أفعال الحج لا يجوز إلا فيها حتى إذا صام المتمتع أو القارن ثلاثة أيام قبل أشهر الحج لا يجوز، وكذا السعي بين الصفا والمروة عقب طواف القدوم لا يجوز إلا في أشهر الحج، وأنه لا يكره الاحرام بالحج فيه مع أنه يكره الاحرام بالحج في غير أشهر الحج، وأنه لو أحرم بعمرة يوم النحر فأتي بأفعالها ثم أحرم من يومه ذلك بالحج وبقي محرما إلى قابل فحج كان متمتعا. قال في فتح القدير: وهذ يعكر على ما تقدم، ويوجب أن يضع مكان قولهم وحج من عامة ذلك في تصوير التمتع وأحرم بالحج من عامة ذلك ا ه. وسيأتي في باب إضافة الاحرام إلى الاحرام أنه لو أحرم بعمرة يوم النحر وجب عليه الرفض والتحلل لارتكابه النهي فينبغي أن لا يكون متمتعا لانه مكي وعمرته وحجته مكية والتمتع من عمرته ميقاتية وحجته مكية. والقعدة بالكسر والفتح
***
[٦٤٧]
ولم يسمع في الحجة إلا الكسر قوله: (وصح الاحرام به قبلها وكره) أي صح الاحرام بالحج قبل أشهر الحج مع الكراهة بناء على أنه شرط وليس بركن لعدم اتصال الافعال به فجاز تقديمه على الزمان كالتقديم على المكان وكالطهارة للصلاة بخلاف تحريمتها فإنه لا يجوز تقديمها على الوقت وإن كانت شرطا عندنا لما أن الافعال متصلة بها لقوله تعالى * (وذكر اسم ربه فصلى) * (الاعلى: ١٥) لان الفاء للوصل والتعقيب بلا تراخ. وإنما كره للطول المفضي إلى الوقوع في محظوره أو على أنه شرط شبيه بالركن، ولذا أذا أعتق العبد بعد ما أحرم لا يتمكن عن أن يخرج عن ذلك الاحرام للفرض فالصحة للشرط والكراهة للشبه، وأطلقوا الكراهة فهي تحريمية لانها المرادة عند إطلاقهم لها قوله: (ولو اعتمر كوفي فيها وأقام بمكة أو بصرة وحج صح تمتعه) أراد بالكوفي الآفاقي الذي يشرع له التمتع والقران كما أن المراد بالبصرة مكان لاهل التمتع والقران، سواء كان البصرة أو غيرها. أما إذا أقام بمكة أو خارجها داخل المواقيت فلان عمرته آفاقية وحجته مكية فلذا كان متمتعا اتفاقا، وأما إذا خرج إلى مكان لاهله التمتع وليس وطنه فلان السفرة الاولى قائمة ما لم يعد إلى وطنه وقد اجتمع له نسكان فيها فوجب دم التمتع. ثم اختلف الطحاوي والجصاص فنقل الطحاوي أن هذا قول الامام وأن قول صاحبيه بطلان التمتع لما أن نسكه هذان ميقاتيان ولا بد فيه أن تكون حجته مكية، ونقل الجصاص أنه متمتع اتفاقا. قال فخر الاسلام: إنه الصواب. وقوى الاول الشارح. وأطلق في إقامة مكة أو بصرة فشمل ما إذا اتخذهما دارا أولا كما صرح به الاسبيجابي والكيساني، فما في الهداية من التقييد باتخادهما دارا اتفاقي. وقيد بكونه اعتمر في
***
[٦٤٨]
أشهر الحج إذ لو اعتمر قبلها لا يكون متمتعا اتفاقا، وقيد بالكوفي لان المكي لا تمتع له اتفاقا، وقيد بكونه رجع إلى غير وطنه لانه لو رجع إلى وطنه بطل تمتعه اتفاقا إذا لم يكن ساق الهدي، وعبارة المجمع وخرج إلى البصرة أولى من التعبير بالاقامة بها لان الحكم عند الامام لا يختلف بين أن يقيم بها خمسة عشر يوما أو لا، والاول محل الخلاف وفي الثاني يكون متمتعا اتفاقا. كذا في المصفي قوله: (ولو أفسدها فأقام بمكة وقضي وحج لا إلا أن يعود إلى أهله) أ لو أفسد الكوفي عمرته فأقام بمكة وقضي العمرة من عامه لا يكون متمتعا إلا أن يرجع إلى وطنه بعد الخروج عن إحرام الفاسدة ثم يعود محرما من الميقات بعمرة ثم يحج من عامه فإنه يكون متمتعا، أما الاول فلان سفره انتهى بالفساد فلما قضاها صار ت عمرته مكية ولا تمتع لاهل مكة، وأما الثاني فلان عمرته ميقاتية وحجته مكية فصار متمتعا ولا يضره كون العمرة قضاء عما أفسده إن كان قضاء. وفي قوله إلا أن يعود إلى أهله دلالة على أن المراد بالاقامة بمكة الاقامة بمكان غير وطنه سواء كان مكة أو غيرها ولا خلاف فيما إذا أفام بمكة وأما إذا أقام بغيرها فهو مذهب الامام يكون متمتعا لانه إنشاء سفر فهو كالعود إلى وطنه، وله أن سفره الاول باق ما لم يعد إلى وطنه وقد انتهى بالفاسد، وهذه المسألة أيدت نقل

الطحاوي، وقيده في المبسوط بأن يجاوز المواقيت في أشهر الحج، أما إذا جاوزها قبلها ثم أهل بعمرة فيها كان متمتعا عند الامام أيضا لانه بمجاوزة الميقات صار في حكم من لم يدخل مكة إن كان في أشهر الحج فلانه لما دخلت وهو داخل المواقيت حرم عليه التمتع كما هو حرام على أهل مكة فلا تنقطع هذه الحرمة بخروجه من المواقيت بعد ذلك كالمكي قوله: (وأيهما أفسد مضي فيه ولا دم عليه) يعني الكوفي إذا قدم بعمرة ثم حج من عامه ذلك فأي النسكين أفسده مضي فيه لانه لا يمكنه الخروج عن عهدة الاحرام إلا بالافعال، ولا يجب عليه دم التمتع لانه لم ينتفع بأداء نسكين صحيحين في سفر واحد وهو السبب فوجوبه، وهذا هو المراد بنفي الدم في عبارته وإلا فمن أفسد حجه لزمه دم قوله: (ولو تمتع وضحى لم يجزه عن المتعة) لانه أتى بغير الواجب لان الواجب دم التمتع، وأما الاضحية فليست بواجبة عليه لانه مسافر. أطلقه فشمل الرجل والمرأة، وإنما وضع محمد المسألة في المرأة إما لانها واقعة امرأة، وإما لان هذا إنما يشتبه على المرأة لان الجهل فيها أغلب فإذا لم يجز عن المتعة، فإن كان تحلل بناء على جهله لزمه دمان دم

***

[٦٤٩]

التمتع ودم التحلل قبل أوانه وإلا فدم التمتع. وقد استفيد من هذا أن دم التمتع يحتاج إلى النية، وقد يقال إنه ليس فوق طواف الركن ولا مثله وقد قدمنا أنه لو نوي به التطوع أجزأه عن الركن فينبغي أن يكون الدم كذلك بل أولى قوله: (ولو حاضت عند الاحرام أتت بغير الطواف) لقوله عليه السلام لعائشة حين حاضت بسرف افعلي ما يفعل الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت حتى تطهري (١) فأفا أن طوافها حرام وهو من وجهين: دخولها المسجد وترك واجب الطهارة، فإن الطهارة واجبة في الطواف فلا يحل لها أن تطوف حتى تطهر، فإن طافت كانت عاصية مستحقة لعقاب الله ولزمها الاعادة، فإن لم تعد كان عليها بدنة وتم حجها قوله: (ولو عند الصدر تركته كمن أقام بمكة) يعني ولا شئ عليها لانه واجب يسقط بالعذر والحيض والنفاس عذر، وكذا إذا أخرت طواف الزيارة إلى وقت طهرها فإنه لا يجب عليها شئ للعذر وقد قدمنا ذلك كله في طواف الصدر. وأطلق في سقوطه عمن أقام بمكة فشمل ما إذا أقام بعد ما حل النفر الاول أو كان في أشهر الحج فلانه لما دخلت وهو داخل المواقيت حرم عليه التمتع كما هو حرام على أهل مكة فلا تنقطع هذه الحرمة بخروجه من المواقيت بعد ذلك كالمكي قوله: (وأيهما أفسد مضي فيه ولا دم عليه) يعني الكوفي إذا قدم بعمرة ثم حج من عامه ذلك فأي النسكين أفسده مضي فيه لانه لا يمكنه الخروج عن عهدة الاحرام إلا بالافعال، ولا يجب عليه دم التمتع لانه لم ينتفع بأداء نسكين صحيحين في سفر واحد وهو السبب فوجوبه، وهذا هو المراد بنفي الدم في عبارته وإلا فمن أفسد حجه لزمه دم قوله: (ولو تمتع وضحى لم يجزه عن المتعة) لانه أتى بغير الواجب لان الواجب دم التمتع، وأما الاضحية فليست بواجبة عليه لانه مسافر. أطلقه فشمل الرجل والمرأة، وإنما وضع محمد المسألة في المرأة إما لانها واقعة امرأة، وإما لان هذا إنما يشتبه على المرأة لان الجهل فيها أغلب فإذا لم يجز عن المتعة، فإن كان تحلل بناء على جهله لزمه دمان دم

***

[٦٤٩]

التمتع ودم التحلل قبل أوانه وإلا فدم التمتع. وقد استفيد من هذا أن دم التمتع يحتاج إلى النية، وقد يقال إنه ليس فوق طواف الركن ولا مثله وقد قدمنا أنه لو نوي به التطوع أجزأه عن الركن فينبغي أن يكون الدم كذلك بل أولى قوله: (ولو حاضت عند الاحرام أتت بغير الطواف) لقوله عليه السلام لعائشة حين حاضت بسرف افعلي ما يفعل الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت حتى تطهري (١) فأفا أن طوافها حرام وهو من وجهين: دخولها المسجد وترك واجب الطهارة، فإن الطهارة واجبة في الطواف فلا يحل لها أن تطوف حتى تطهر، فإن طافت كانت عاصية مستحقة لعقاب الله ولزمها الاعادة، فإن لم تعد كان عليها بدنة وتم حجها قوله: (ولو عند الصدر تركته كمن أقام بمكة) يعني ولا شئ عليها لانه واجب يسقط بالعذر والحيض والنفاس عذر، وكذا إذا أخرت طواف الزيارة إلى وقت طهرها فإنه لا يجب عليها شئ للعذر وقد قدمنا ذلك كله في طواف الصدر. وأطلق في سقوطه عمن أقام بمكة فشمل ما إذا أقام بعد ما حل النفر الاول أو لا وفيه اختلاف، وقد قدمناه هناك والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب. تم الجزء الثاني ويليه الجزء الثالث وأوله باب الجنايات

٣ البحر الرائق 3-م

البحر الرائق
ابن نجيم المصري ج ٣
***
[١]
البحر الرائق كنز الدقائق (في فروع الحنفية) للشيخ الامام أبى البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسقى المتوفى سنة ٧١٠ ه والشرح البحر الرائق للامام العلامة الشيخ زين بن إبراهيم بم محمد المعروف بابن نجيم المصرى المحنفى المتوفى سنة ٩١٠ ه ومعه الحواشى المسماة منحة الخالق على البحر الرائق للعلامة الشيخ محمد امى عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي المتوفى سنة ١٢٥٢ ه ضبطه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ زكريا عميرات تنبيه وضعنا متن كنز الدقائق في أعلى الصفهانى أسفل منه مباشرة زمن البحر الرائق ووضعنا في أسفل الصفهات حواشى الشيخ ابن عبابدين الجزء الثالث منشورات محمد علي بيضون دار كتب العلمية بيروت - لبنان
***
[٢]
 الطبعة الاولى ١٤١٨ ه - ١٩٩٧ م دار الكتب العلمية بيروت - لبنان العنوان: رمل الظريف شارع البحترى بناية ملكارت تلفون وفاكس: ٢٦٤٣٩٨ - ٢٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٢٣ (١ ٩٦١): صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت لبنان
***
[٣]
بسم الله الرحمن الرحيم باب الجنايات لما كانت الجناية من العوارض أخرها. [تع] وهي في اللغة ما تجنيه من شر أي تحدثه تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا، وهو عام إلا أنه خص بما يحرم من الفعل، وأصله من جني الثمر وهو أخذه من الشجر [/ تع]. [تع] وفي الشرع اسم لفعل محرم شرعا، سواء حل بمال أو نفس [/ تع] إلا أن الفقهاء خصوه بالجناية على الفعل في النفس والاطراف، وخصوا الفعل في المال باسم الغصب، والمراد هنا خاص وهو ما يكون حرمته بسبب الاحرام أو الحرم، وحاصل الاول أنه الطيب ولبس المخيط وتغطية الرأس أو الوجه وإزالة الشعر من البدن وقص الاظفار والجماع صورة ومعنى أو معنى فقط وترك واجب من واجبات الحج والتعرض للصيد، وحاصل الثاني التعرض لصيد الحرم وشجره فبدأ بالاول من الاول فقال: (تجب شاة إن طيب محرم عضوا وإلا تصدق أو خضب رأسه بحناء أو ادهن بزيت) لان الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك في العضو الكامل فيترتب عليه كمال الموجب وتتقاصر الجناية فيما دونه فوجبت الصدقة. وقال محمد: يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل، فإن كان ذلك يبلغ نصف العضو تجب عليه الصدقة قدر نصف قيمة الشاة، وإن كان يبلغ ربعا يجب عليه الصدقة قدر ربع قيمة الشاة، وعلى هذا القياس، واختاره الامام الاسبيجابي مقتصرا عليه من غير نقل خلاف، ثم ما اختاره أصحاب المتون من أن الكثير هو العضو والقليل ما دونه هو ما صرح به الامام محمد عن الامام في بعض المواضع، وقد أشار في بعض المواضع إلى أن الدم يجب بالتطيب الكثير والصدقة بالقليل ولم يذكر العضو وما دونه، ففهم من ذلك الفقيه أبو جعفر الهندواني أن الكثرة تعتبر في نفس الطيب لا في العضو، فلو كان كثيرا مثل كفين من ماء
***
[٤]
الورد وكف من الغالية والمسك بقدر ما يستكثره الناس فإنه يكون كثيرا وإن كان قليلا في نفسه والقليل ما يستقله الناس وإن كان في نفسه كثيرا وكف من ماء الورد يكون قليلا. ووفق بعضهم بين القولين وصححه في المحيط وغيره. وقال في فتح القدير: إن التوفيق هو التوفيق بأن الطيب إن كان قليلا فالعبرة للعضو لا للطيب، فإن طيب عضوا كاملا لزمه دم، وإن كان أقل فصدقة، وإن كان الطيب كثيرا فالعبرة للطيب لا للعضو حتى لو طيب به ربع عضو يلزمه دم وفيما دونه صدقة، ونظيره ما قاله محمد في تقدير النجاسة

الكثيرة: اعتبر المساحة في النجاسة الرقيقة واعتبر الوزن في النجاسة الكثيفة اه. ما في المحيط. وحاصله أن ما في المتون محمول على ما إذا كان الطيب قليلا، أما إذا كان كثيرا فلا اعتبار بالعضو، ولا يخفى أن ما ذكره محمد من اعتبار العضو صريح، وما ذكره من الكثرة إشارة يمكن حملها على المصرح به فيتحد القولان ويترجح ما في المتون من اعتبار العضو وهو كالرأس والساق والفخذ واليد. وفي المبسوط والمحيط: إذا خضبت المرأة كفها بحناء يجب عليها دم قال: وجعل الكف عضوا كاملا. وحقيقة التطيب أن يلزق ببدنه أو ثوبه طيبا، وما زاده في فتح القدير من فراشه فراجع إليهما. والطيب جسم له رائحة طيبة مستلذة كالزعفران والبنفسج والياسمين والغالية والريحان والورد والورس والعصفر، ولا فرق بين أن يلتزق بثوبه عينه أو رائحته فلذا صرحوا أنه لو بخر ثوبه بالبخور فتعلق به كثير فعليه دم، وإن كان قليلا فصدقة لانه انتفاع بالطيب بخلاف ما إذا دخل بيتا قد أجمر فيه فعلق بثيابه رائحة فلا شئ عليه لانه غير منتفع بعينه. ولا بأس أن يجلس في حانوت عطار، ولا فرق أيضا بين أن يقصده أولا ولذا قال في
***
[٥]
المبسوط: وإن استلم الركن فأصاب فمه أو يده خلوف كثير فعليه دم وإن كان قليلا فصدقة. وفي المجمع: ونوجبه في الناسي لا الصبي ونعكس في شمه وأكل كثيره موجب له، وفي قليله صدقة بقدره اه. فعلم أن مفهوم شرطه أنه لو شم الطيب فإنه لا يلزمه شئ وإن كان مكروها كما لو توسد ثوبا مصبوغا بالزعفران، وما ذكره المصنف قاصر على الطيب الملتزق بالبدن، وأما الملتزق بالثياب فلم يمكن اعتبار العضو فيه فيعتبر فيه كثرة الطيب وقلته وهو مرجح بقول الهندواني المتقدم فإنه يعم البدن والثوب ولا يجوز له أن يمسك مسكا في طرف إزاره. وفي فتح القدير: وكان المرجع في الفرق بين القليل والكثير العرف إن كان وإلا فما يقع عند المبتلى. وما في المجرد إن كان في ثوبه شبر في شبر فمكث عليه يوما يطعم نصف صاع من بر، وإن كان أقل من يوم فصدقة يفيد التنصيص على أن الشبر في الشبر داخل في حد القليل وعلى تقدير الطيب في الثوب بالزمان بخلاف تطييب العضو فإنه لا يعتبر فيه الزمان حتى لو غسله من ساعته فالدم واجب كما في فتح القدير، ولذا أطلقه في المتن. قيد بكونه تطيب وهو محرم لانه لو تطيب قبل الاحرام ثم انتقل بعده من مكان إلى آخر من بدنه فإنه لا شئ عليه اتفاقا. وإذا وجب الجزاء بالتطيب فلا بد من إزالته من بدنه أو ثوبه لانه معصية فلا بد من الاقلاع عنها. وذبح الهدى لا يبيح بقاءه فلو لم يزله بعدما كفر له اختلفوا
***
[٦]
في وجوب دم آخر لبقائه، وأظهر القولين الوجوب لان ابتداءه كان محظورا فيكون لبقائه حكم ابتدائه والرواية توافقه وهي ما في المبتغى عن محمد: إذا مس طيبا كثيرا فأراق له دما ثم ترك الطيب على حاله يجب عليه لتركه دم آخر، ولا يشبه هذا الذي تطيب قبل أن يحرم ثم أحرم وترك الطيب لانه لم يكن محظورا واختاره في المحيط. وفي فتح القدير: وقد علم من بيانه حكم العضو وما دونه أن ما زاد عليه فهو كالعضو كما صرحوا به. ثم إنما تجب كفارة واحدة بتطييب كل البدن إذا كان في مجلس واحد فإن كان في مجالس فلكل طيب كفارة كفر للاول أولا عندهما. وقال محمد: عليه كفارة واحدة ما لم يكفر للاول. وإن داوى قرحة بدواء فيه طيب ثم خرجت قرحة أخرى فداواها مع الاولى فليس عليه إلا كفارة ما لم تبرأ الاولى. ولو كان الطيب في أعضاء متفرقة يجمع ذلك، فإن بلغ عضوا كاملا فعليه دم وإلا فصدقة. وفي المحيط: اكتحل بكحل ليس فيه طيب فلا بأس به، وإن كان فيه طيب فعليه صدقة إلا أن يكون مرارا كثيرة فدم. والمراد بالمرار المرتان فأكثر كما صرح به قاضيخان في فتاواه وقال: لو جعل الملح الذي فيه طيب في طعام قد طبخ وتغير وأكله لا شئ عليه وإن لم يطبخ وريحه يوجد منه يكره ذلك ولا شئ عليه، ولو جعل الزعفران في الملح فإن كان الزعفران غالبا فعليه كفارة، وإن كان الملح غالبا لا كفارة عليه اه. وأشار بقوله شاة إلى أن سبع البدنة لا يكفي في هذا الباب بخلاف دم الشكر، ولو
***
[٧]
قال المصنف عضوه بالاضافة كان أولى لما في الفتاوى الظهيرية: وإذا ألبس المحرم محرما أو حلالا مخيطا أو طيبه بطيب فلا شئ عليه بالاجماع، وكذلك إذا قتل قملة على غيره اه. وقوله: أو خضب رأسه معطوف على طيب. وإنما صرح بالحناء مع دخولها تحت الطيب لقوله عليه السلام الحناء طيب للاختلاف. وإنما اقتصر على الرأس ولم يذكر اللحية كما وقع في الاصل ليفيد أن الرأس بانفرادها مضمونة

وأن الواو بمعنى أو في عبارة الاصل بدليل الاقتصار على الرأس في الجامع الصغير. ولما كان مصرحا فيما يأتي بأن تغطية الرأس موجبة للدم لم يقيد الحناء بأن تكون مائعة، فإن كانت ملبدة ففيه دمان دم للتطييب مطلقا ودم للتغطية إن دام يوما وليلة وغطى الكل أو الربع، فلو كان التلبيد بغير الحناء لزمه دم أيضا. والتلبيد أن يأخذ شيئا من الخطمي والآس والصمغ فيجعله في أصول الشعر ليتلبد، وما ذكره رشيد الدين في مناسكه وحسن أن يلبد رأسه قبل الاحرام مشكل لانه لا يجوز استصحابه التغطية الكائنة قبل الاحرام بخلاف الطيب. كذا في فتح القدير. ويشكل عليه ما في الصحيحين عن ابن عمر أن حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم قالت: يا رسول الله ما شأن الناس حلوا ولم تحل أنت من عمرتك؟ قال: إني لبدت رأسي وقلدت هديي فلا أحل حتى أنحر. فلا فرق بين التلبيد والطيب فإن كلا منهما محظور بعد الاحرام. وجاز استصحاب الطيب الكائن قبل الاحرام بالسنة فكذلك التلبيد قبله بالسنة. وقيد الخضاب بالرأس لان المحرمة لو خضبت

***

[٨]

يدها أو كفها فعليها دم إن كان كثيرا فاحشا، وإن كان قليلا فعليها صدقة كما ذكره الاسبيجابي وغيره بخلاف خضاب الرأس بالحناء فإنه موجب للدم مطلقا. وأما خضاب اللحية فوقع في الهداية أن كلا من الرأس واللحية مضمون ولم يقل بالدم، وزاد الشارح أن كلا منهما مضمون بالدم وهو سهو منه لان اللحية مضمونة بالصدقة كما في معراج الدراية معزيا للمبسوط، وقيد بالحناء لانه لو خضب بالوسمة فليس عليه دم ولكن إن خاف أن يقتل الهوام أطعم شيئا لان فيه معنى الجناية من هذا الوجه ولكنه غير متكامل فيلزمه الصدقة كما في المبسوط. والوسمة - بسكون السين وكسرها وهو الافصح - شجر يخضب بورقه. وفي الهداية: وعن أبي يوسف إذا خضب رأسه بالوسمة لاجل المعالجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار أنه يغلف رأسه وهذا صحيح اه. يعني ينبغي أن لا يكون فيه خلاف لان التغطية موجبة بالاتفاق غير أنها للعلاج فلهذا ذكر الجزاء ولم يذكر الدم. والحناء منون في عبارة المصنف لانه فعال لا فعلاء ليمنع صرفه ألف التأنيث. وقوله: أو ادهن بزيت معطوف على قوله طيب أطلقه فشمل ما إذا كان مطبوخا أو غير مطبوخ، مطيبا أو غير مطيب، ولم يقيده بالكثير لما علم من تقييده في الطيب لانه إذا فرق في الطيب بين العضو وما دونه فالزيت أولى لانه لا خلاف في الطيب، وفي الزيت الذي ليس بمطيب ولا مطبوخ خلافهما فقالا: يجب فيه صدقة لان الجناية فيه قاصرة لانه من الاطعمة إلا أن فيه ارتفاقا لمعنى قتل الهوام وإزالة الشعث. وقال الامام: يجب دم لانه أصل

***

[٩]

الطيب باعتبار أنه يلقى فيه الانوار كالورد والبنفسج فيصير نفسه طيبا ولا يخلو عن نوع طيب ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل التفث والشعث. وأراد بالزيت دهن الزيتون والسمسم وهو المسمى بالشيرج فخرج بقية الادهان كالشحم والسمن، وقيد بالادهان لانه لو أكله أو داوى به شقوق رجليه أو أقطر في أذنه لا يجب دم ولا صدقة بخلاف المسك والعنبر والغالية والكافور ونحوها حيث يلزم الجزاء بالاستعمال على وجه التداوي لكنه يتخير إذا كان لعذر كما سيأتي، وكذا إذا أكل الكثير من الطيب وهو ما يلتزق بأكثر فمه فعليه الدم. قال في فتح القدير: وهذه تشهد لعدم اعتبار العضو مطلقا في لزوم الدم بل ذاك إذا لم يبلغ مبلغ الكثرة في نفسه على ما قدمناه، وقد قدمنا عن قاضيخان أنه لو خلط الطيب بطعام من غير طبخ فالعبرة للغالب، فإن كان الطيب مغلوبا فلا شئ أصلا، زاد بعضهم إلا أنه يكره إذا كان رائحته توجد فيه، وإن كان غالبا فهو كالخالص، وهكذا في المحيط وغيره. وقالوا: ولو خلطه بمشروب وهو غالب ففيه الدم، وإن كان مغلوبا فصدقة إلا أن يشرب مرارا فدم، فإن كان للتداوي خير. وينبغي أن يسوي بين المأكول والمشروب المخلوط كل منهما بطيب مغلوب، إما بعدم شئ أصلا كما هو الحكم في المأكول أو بوجوب الصدقة فيهما كما هو الحكم في المشروب. وما فرق به في المحيط من أن الطيب مما يقصد شربه فإذا خلطه بمشروب لم يصر تبعا لمشروب. وما فرق به في المحيط من أن الطيب مما يقصد شربه فإذا خلط بمشروب لم يصر تبعا لمشروب مثله إلا أن يكون المشروب غالبا كما لو خلط اللبن بالماء فشربه الصبي ثبت حرمة الرضاع إلا أن يكون الماء غالبا بخلاف أكله فإنه ليس مما يقصد عادة، فإذا خلط بالطعام صار تبعا للطعام وسقط حكمه، ففيه نظر من وجهين: الاول أن من الطيب ما يقصد أكلا إذا كان من المأكولات للمعنى القائم به وهو الطيبية إما مداواة أو تنعما منفردا

أو مخلوطا كما يقصد شربا. الثاني أن القصد من هذا الباب ليس بشرط لان
***
[١٠]
الناسي والعامد والجاهل سواء. وذكر الحلبي في مناسكه أني لم أرهم تعرضوا بماذا تعتبر الغلبة وظهر لي أنه إن وجد في المخالط رائحة الطيب كما قبل الخلط وحس الذوق السليم بطعمه فيه حسا ظاهرا فهو غالب وإلا فهو مغلوب لان المناط كثرة الاجزاء. ثم قال: لم أرهم تعرضوا في هذه المسألة في التفصيل أيضا بين القليل والكثير كما في مسألة أكل الطيب وحده وأنه بإثباته فيها أيضا لجدير. ويقال: إن كان الطيب غالبا وأكل منه أو شرب كثيرا فعليه الكفارة وإلا فصدقة، وإن كان مغلوبا وأكل منه أو شرب كثيرا فصدقة وإلا فلا شئ عليه. ولعل الكثير ما يعده العارف العدل الذي لا يشوبه شره ونحوه كثيرا والقليل ما عداه ثم قال: ولا شئ في أكل ما يتخذ من الحلواء المبخرة بالعود ونحوه، وإنما يكره إذا كانت رائحته توجد منه بخلاف الحلواء المسمى بالقاووت المضاف إلى أجزائها الماورد والمسك، فإن في أكل الكثير دما والقليل صدقة والله سبحانه وتعالى أعلم بحقائق الاحوال. قوله: (أو لبس مخيطا أو غطى رأسه يوما وإلا تصدق) معطوف على طيب بيان للثاني والثالث من النوع الاول، وجمع بينهما لان الحكم فيهما واحد من حيث التقدير بالزمان، فإن قوله يوما راجع إلى اللبس والتغطية، وكذا قوله وإلا تصدق أي وإن كان لبس المخيط وتغطية الرأس أقل من يوم لزمه صدقة لما علم أن كمال العقوبة بكمال الجناية وهو بكمال الارتفاق وهو بالدوام لان المقصود من كل منهما دفع الحر والبرد واليوم يشتمل عليهما
***
[١١]
فوجب الدم والجناية قاصرة فيما دونه فوجبت الصدقة. والتحقيق أن تغطية الرأس من جملة لبس المخيط فهي جناية واحدة لما سيأتي أنه لو لبس القميص والعمامة يلزمه دم واحد، عللوا بأن الجناية واحدة. وحقيقة لبس المخيط أن يحصل بواسطة الخياطة اشتمال على البدن واستمساك فلذا لو ارتدى بالقميص أو اتشح أو اتزر بالسراويل فلا بأس به لانه لم يلبسه لبس المخيط لعدم الاشتمال، وكذا لو أدخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في الكمين ولم يزره لعدم الاشتمال، أما إذا أدخل يديه أو زره فهو لبس المخيط لوجودهما بخلاف الرداء فإنه إذا اتزر به لا ينبغي أن يعقده بحبل أو غيره، ومع هذا لو فعل لا شئ عليه لانه لم يلبسه لبس المخيط لعدم الاشتمال. أطلق في اللبس فشمل ما إذا أحدث اللبس بعد الاحرام أو أحرم وهو لابسه فدام على ذلك بخلاف انتفاعه بعد الاحرام بالطيب السابق عليه قبله للنص ولولاه لاوجبنا فيه أيضا. وشمل ما إذا كان ناسيا أو عامدا عالما أو جاهلا مختارا أو مكرها فيجب الجزاء على النائم لو غطى إنسان رأسه لان الارتفاق حصل له وعدم الاختيار أسقط الاثم عنه كالنائم المنقلب على شئ أتلفه. وشمل ما إذا لبس ثوبا واحدا أو جمع اللباس كله القميص والعمامة والخفين ولذا لم يقل لبس ثوبا كغيره، وبين المصنف حكم اليوم وما دونه ولم يذكر حكم الزائد عليه ليفيد أنه كاليوم، فلو لبس المخيط ودام عليه أياما أو كان ينزعه ليلا ويعاوده نهارا أو عكسه يلزمه دم واحد ما لم يعزم على الترك عند النزع، فإن عزم عليه ثم لبس تعدد الجزاء كفر للاول أولا وفي الثاني خلاف محمد ولو لبس يوما فأراق دما ثم داوم على لبسه يوما آخر كان عليه دم آخر بلا خلاف لان للدوام فيه حكم الابتداء. وفي
***
[١٢]
الفتاوى الظهيرية: وعندي المودع إذا لبس قميص الوديعة بغير إذن المودع فنزعه بالليل للنوم فسرق القميص في الليل، فإن كان من قصده أن يلبس القميص من الغد لا يعد هذا ترك الخلاف والعود إلى الوفاق حتى يضمن، وإن كان من قصده أن لا يلبس القميص من الغد كان هذا ترك الخلاف حتى لا يضمن. فالحاصل أن اللبس شئ واحد ما لم يتركه ويعزم على الترك اه‍. واعلم أن ما ذكرناه من إيجاب الجزاء إذا لبس جميع المخيط محله ما إذا لم يتعدد سبب اللبس فإن تعدد كما إذا اضطر إلى لبس ثوب فلبس ثوبين فإن لبسهما على موضع الضرورة فعليه كفارة واحدة يتخير فيها، وإن لبسهما على موضع الضرورة وغيره لزمه كفارتان يتخير فيما للضرورة فقط. ومن صور تعدد اللبس واتحاده ما إذا كان به مثلا حمى يحتاج إلى اللبس
***
[١٣]
لها ويستغنى عنه في وقت زوالها فإن عليه كفارة واحدة وإن تعدد اللبس ما لم تزل عنه، فإن زالت وأصابه مرض آخر أو حمى غيرها

فعليه كفارتان كفر للاولى أولا خلافا لمحمد في الثاني. وكذا إذا حصره عدو فاحتاج إلى اللبس للقتال أياما يلبسها إذا خرج إليه وينزعها إذا رجع فعليه كفارة واحدة ما لم يذهب هذا العدو، فإن ذهب وجاء عدو غيره لزمه كفارة أخرى. والاصل في جنس هذه المسائل أنه ينظر إلى اتحاد الجهة واختلافها لا إلى صورة اللبس كيف كانت، ولو لبس لضرورة فزالت فدام بعدها يوما ويومين فما دام في شك من زوال الضرورة فليس عليه إلا كفارة واحدة، وإن تيقن زوالها كان عليه كفارة أخرى لا يتخير فيها. هكذا ذكروا. وذكر الحلبي في مناسكه أن مقتضاه أنه إذا لبس شيئا من المخيط لدفع برد ثم صار ينزع ويلبس كذلك ثم زال ذلك البرد ثم أصابه برد آخر غير الاول عرف ذلك بوجه من الوجوه المفيدة لمعرفته فلبس لذلك أنه يجب عليه كفارتان اه. وشمل كلامه أيضا ما إذا لم يجد غير المخيط فلذا قال في المجمع: ولو لم يجد إلا السراويل فلبسه ولم يفتقه نوجبه أي الدم. وأطلق في التغطية فانصرفت إلى الكامل وهو ما يغطى به عادة كالقلنسوة والعمامة نخرج ما لا يغطى به عادة كالطست والاجانة والعدل فلا شئ عليه. وعلى هذا يفرع ما في الظهيرية: ما لو دخل المحرم تحت ستر الكعبة وإن كان يصيب وجهه ورأسه فهو مكروه لا شئ عليه وإلا فلا بأس به، وظاهر ما في المتون يقتضي أنه لا بد من تغطية جميع الرأس في لزوم الدم، وما رأيته رواية ولهذا لم يصرحوا بحكم ما دونها وإنما المنقول عن الاصل اعتبار الربع ومشى عليه كثير واختاره في الظهيرية مقتصرا عليه، وعزاه في الهداية إلى أنه عن أبي حنيفة، وعن محمد اعتبار الاكثر وهو مروي عن أبي يوسف أيضا كما اعتبر أكثر اليوم في لزوم الدم، واختاره في فتح القدير من جهة الدراية. فالحاصل أن الربع راجح رواية والاكثر

***

[١٤]

راجح دراية باعتبار أن تكامل الجناية لا يحصل بما دون الاكثر بخلاف حلق ربع الرأس فإنه معتاد. ويتفرع على هذا ما لو عصب رأسه بعصابة فعلى اعتبار الربع إن أخذت قدره من الرأس لزمه دم، وإن كان أقل فصدقة. فما في المبسوط والظهيرية من أنه لو عصب رأسه يوما فعليه صدقة، محمول على ما إذا لم تأخذ قدر الربع أو مفرع على اعتبار الاكثر. وأراد بالرأس عضوا يحرم تغطيته على المحرم فدخل الوجه، فلو غطى ربعه لزمه دم رجلا كان أو امرأة، وخرج ما لا يحرم تغطيته فلا شئ عليه لو عصب موضعا آخر من جسده ولو كثر لكنه يكره من غير عذر كعقد الازار وتخليل الرداء، ولا بأس بأن يغطي أذنيه وقفاه ومن لحيته ما هو أسفل من الذقن بخلاف فيه وعارضه وذقنه، ولا بأس بأن يضع يده على أنفه دون ثوب. وبين المصنف حكم اليوم وما دونه فأفاد أن الليلة كاليوم كما صرح به في غاية البيان والمحيط لان الارتفاق الكامل الحاصل في اليوم حاصل في الليلة وأن ما دونها كما دونه. وأطلق في وجوب الصدقة فيما دون اليوم فشمل الساعة الواحدة وما دونها خلافا لما في خزانة الاكمل أنه في ساعة واحدة نصف صاع وفي أقل من ساعة قبضة من بر ولما روي عن محمد أن في لبس بعض اليوم قسطه من الدم كثلث اليوم فيه ثلث الدم وفي نصفه نصفه. ومن الغريب ما في فتاوى الظهيرية هنا فإن لبس ما لا يحل له لبسه من غير ضرورة أراق لذلك دما فإن لم يجد صام ثلاثة أيام اه. فإن الصوم لا مدخل له في وجوب الجناية بل يكون الدم في ذمته إلى الميسرة وإنما يدخل الصوم فيما إذا فعل شيئا للعذر كما سيأتي. قوله: (أو حلق ربع رأسه أو لحيته وإلا تصدق كالحالق أو رقبته أو إبطيه أو أحدهما أو محجمة) معطوف على طيب، وقوله أو لحيته بالجر معطوف على رأسه أي حلق ربع لحيته، وقوله وإلا أي وإن كان حلق أقل من ربع الرأس أو أقل من ربع اللحية يلزمه صدقة كما يلزم المحرم إذا حلق رأس غيره وقوله أو رقبته وما عطف عليه معطوف على الربع أي يجب الدم بحلق المحرم رقبته كلها أو بحلق إبطيه أو أحدهما أو بحلق محاجمه. والمحجمة هنا بالفتح موضع المحجة من العنق، والمحجة بالكسر قارورة الحجام، وكذا المحجم بطرح الهاء. وقولهم يجب غسل المحاجم يعني مواضع الحجامة من البدن. كذا في المغرب. وإنما

***

[١٥]

كان حلق ربع الرأس أو ربع اللحية موجبا للدم لتكامل الجناية بتكامل الارتفاق لان بعض الناس يعتاده بخلاف تطييب ربع العضو فإن الجناية فيه قاصرة، وكذا تغطية ربع الرأس على قول من اعتبر الاكثر. وإذا حلق أقل من الربع فيهما تقاصرت الجناية فوجبت الصدقة، واعتبار الربع في الحلق رواية الجامع الصغير اعتمدها المشايخ، وأما رواية الاصل فاعتبار الثلث. وفي المحيط: وعند أبي حنيفة

يجب الدم بحلق الاكثر اه. وأراد المصنف بالحلق الازالة سواء كان بالموسى أو بغيره، وسواء كان مختارا أولا، فلو أزاله بالنورة أو نتف لحيته واحترق شعره بخبزة أو مسه بيده فسقط فهو كالحلق كما في المحيط وغيره بخلاف ما إذا تناثر شعره بالمرض أو النار فلا شئ عليه لانه ليس للزينة وإنما هو شين. كذا في المحيط أيضا. وأطلق في وجوب الصدقة فيما إذا حلق أقل من ربع الرأس أو اللحية فشمل ما إذا بقي شئ بعد الحلق أولا، فكذا لو كان أصلع على ناصيته أقل من ربع الرأس فإنما فيه صدقة، وكذا لو حلق كل رأسه وما عليه أقل من ربع شعره كما أطلق وجوب الدم بحلق الربع، فلذا لو كان على رأسه قدر ربع شعره لو كان شعر رأسه كاملا ففيه دم. قال في فتح القدير: وعلى هذا يجئ مثله فيمن بلغت لحيته الغاية في الخفة وعلم من إيجابه الدم بحلق أحد الابطين أو الابطين أن جناية الحلق واحدة وإن تعددت في البدن، فلذا لو حلق رأسه ولحيته وإبطيه بل كل بدنه في مجلس واحد فدم واحد بشرطين: الاول أن لا يكون كفر للاول، فلو أراق دما لحلق رأسه ثم حلق لحيته لزمه آخر. الثاني أن يتحد المجلس فإذا اختلف المجلس فلكل مجلس موجب جنايته إن تعدد المحل كما ذكرنا، وإن اتحد فدم واحد.

***

[١٦]

وإن اختلف المجلس كما إذا حلق الرأس في مجالس وخالف محمد فيما إذا تعدد المحل فألحقه بما إذا اتحد، وظاهر قول المصنف وإلا تصدق أن في إزالته لشعر الرأس أو اللحية إذا كان أقل من الربع نصف صاع ولو كان شعرة واحدة فإنهم قالوا: كل صدقة في الاحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من بر إلا ما يجب بقتل القملة والجرادة كما أن واجب الدم يتأدى بالشاة في جميع المواضع إلا في موضعين: من طاف للزيارة جنبا أو حائضا أو نفساء، ومن جامع بعد الوقوف بعرفة قبل الطواف فإنه بدنة. كذا في الهداية وغيرها لكن ذكر قاضيخان في فتاواه أنه إن نتف من رأسه أو من أنفه أو لحيته شعرات فلكل شعرة كف من طعام. وفي خزانة الاكمل: في خصلة نصف صاع. فظهر بهذا أن في كلام المصنف اشتباها لانه لم يبين الصدقة ولم يفصلها. وأطلق في لزوم الصدقة على الحالق فشمل ما إذا كان محرما، سواء كان المحلوق محرما أولا أو حلالا والمحلوق رأسه محرم، ولا يرد عليه ما إذا كانا حلالين لانه ليس بجناية منهما وكلامه فيما يكون جناية. وإنما لزمه الصدقة فقط لقصور جنايته لانه ينتفع بإزالة شعر غيره انتفاعا قليلا بخلاف المحلوق، وإنما صار جناية من الحالق الحلال باعتبار أن شعر المحرم

***

[١٧]

استحق الامن وقد أزاله عنه فكان جانيا. وإذا كان المحلوق رأسه مكرها وجب الدم عليه ولا رجوع له على الحالق عندنا كذا في المحيط. وظاهر كلامه أنه لا بد من حلق جميع الرقبة والابط والمحجمة في لزوم الدم بكل منهم، فلو بقي من الرقبة أو الابط شئ لا يلزمه دم وإن كان قليلا ولهذا قال الاسبيجابي: ولو حلق من أحد الابطين أكثره وجبت الصدقة. فعلى هذا فما صرح به من المحيط من أن الاكثر من الرقبة كالكل في لزوم الدم وأن الاصل أن كل عضو له نظير في البدن لا يقوم أكثره مقام كله، وكل عضو لا نظير له في البدن كالرقبة يقوم أكثره مقام كله. وما في فتاوى قاضيخان من أن في الابط إذا كان كثير الشعر يعتبر فيه الربع لوجوب الدم وإلا فالاكثر، ضعيف لانه لم يقيد أحد حلق ربع غير اللحية والرأس فليس فيه ارتفاق كامل، ولهذا قال الشارح: ثم الربع من هذه الأعضاء لا يعتبر بالكل لان العادة لم تجر في هذه الاعضاء بالاقتصار على البعض فلا يكون حلق البعض ارتفاقا كاملا حتى لو حلق أكثر الابط لا يجب عليه إلا صدقة بخلاف الرأس واللحية ا ه. فالمذهب ما في الكتاب من اعتبار الربع في الرأس واللحية والكل في غيرها في لزوم الدم. وأراد بالرقبة وما عطف عليها ما عدا الرأس واللحية كالصدر والساق والعانة كالرقبة لكن في فتاوى قاضيخان: وفي حلق العانة دم إن كان الشعر كثيرا ه. فشرط كثرة الشعرة فصار الحاصل أن فيما عدا الرأس واللحية إن حلق عضوا كاملا فعليه دم، وإن كان أقل فعليه صدقة. وفي المبسوط: ومتى حلق عضوا مقصودا بالحلق فعليه دم، وإن حلق ما ليس بمقصود فصدقة ثم قال: ومما ليس بمقصود حلق الصدر والساق ورجحه في فتح القدير، ودفع ما في الهداية من أنه مقصود بطريق التنور بأن القصد إلى حلقهما إنما هو في ضمن غيرهما إذ ليست العادة تنوير الساق وحده بل تنوير المجموع من الصلب إلى القدم فكان بعض المقصود بالحلق، فالحق أن يجب كل منهما الصدقة ا ه. فعلى هذا فالتقييد بالرقبة وما عطف عليه للاحتراز عن الصدر والساق بما ليس بمقصود. وأطلق في

المحجمة وهو مقيد بما إذا كان الحلق لهذا الموضع وسيلة إلى الحجامة، فلو حلقها ولم يحتجم لزمه صدقة لانه غير مقصود كما في فتح
***
[١٨]
القدير. وفي فتح القدير: واعلم أنه يجمع المتفرق في الحلق كما في الطيب وفي الهداية ذكر في الابطين الحلق هنا وفي الاصل النتف وهو السنة. وفي النهاية: وأما العانة فالسنة فيها الحلق لما جاء في الحديث عشر من السنة منها الاستحداد (١) وتفسيره حلق العانة بالحديد. قوله: (وفي أخذ شاربه حكومة عدل) مخالف لما أفاده أولا بقوله وإلا تصدق فإن الشارب بعض اللحية وهو إذا كان أقل من الربع ففيه الصدقة ومبني على ضعيف وهو قول محمد في تطييب بعض العضو حيث قال: يجب بقدره من الدم، وأما المذهب فوجوب الصدقة. فالحاصل كما في المحيط أن في حلق الشارب ثلاثة أقوال: المذهب وجوب الصدقة كما ذكره في الكافي للحاكم الشهيد الذي هو جمع كلام محمد وصححه في غاية البيان والمبسوط لانه تبع للحية وهو قليل لانه عضو صغير، وسواء حلقه كله أو بعضه. والقول الثاني ما ذكره في الكتاب تبعا لما في الهداية أنه ينظر إلى الشارب كم يكون من ربع اللحية فيلزمه من الصدقة بقدره حتى لو كان مثل ربع ربعها لزمه ربع قيمة الشاة أو ثمنها فثمنها. وفي فتح القدير: والواجب أن ينظر إلى نسبة المأخوذ من ربع اللحية معتبرا معها الشارب كما يفيده ما في المبسوط من كون الشارب طرفا من اللحية هو معها عضوا واحد لا أنه ينسب إلى ربع اللحية غير معتبر الشارب معها، فعلى هذا إنما يجب ربع قيمة الشاة إذا بلغ المأخوذ من الشارب ربع المجموع من اللحية مع الشارب لا دونه ا ه. القول الثالث لزوم الدم بحلقه لانه مقصود بالحلق يفعله الصوفية وغيرهم، وقد ظن صاحب الهداية من تعبير محمد في الجامع الصغير هنا بالاخذ أن السنة قص الشارب لا حلقه ردا على الطحاوي القائل بسنية الحلق
***
[١٩]
وليس كما ظن لان محمدا لم يقصد هنا بيان السنة وإنما قصد بيان حكم هذه الجناية بإزالة الشعر بأي طريق كان، ولهذا ذكر الحلق في الابط. واختار في الهداية سنية النتف لا الحلق ولان الاخذ أعم من الحلق لان الحلق أخذ وليس القص متبادرا من الاخذ والوارد في الصحيحين أحفوا الشوارب واعفوا اللحى وهو المبالغة في القطع، فبأي شئ حصل حصل المقصود غير أنه بالحلق بالموسى أيسر منه بالقصة فلذا قال الطحاوي: الحلق أحسن من القص وقد يكون مثله بسبب بعض الآلات الخاصة بقص الشارب، وأما ذكر القص في بعض الاحاديث فالمراد منه المبالغة في الاستئصال. وبما قررناه اندفع ما في البدائع من أن الصحيح أن السنة فيه القص وإعفاء اللحية تركها حتى تكث وتكثر والسنة قدر القبضة فما زاد قطعه. قوله: (وفي شارب حلال أو قلم أظفاره طعام) أي يجب طعام على محرم أخذ شارب حلال أو قلم أظفاره لان إزالته عن غيره ارتفاق لكنه قاصر فوجبت الصدقة أو لانه أزال الامن عن الشعر المستحق له، ثم المصنف تبع صاحب الهداية في جمعه بين الشارب وتقليم الاظفار في وجوب الطعام ولم يذكر الصدقة، وقد تعقبه في غاية البيان بأنه إن أراد بالطعام
***
[٢٠]
ما يعم القليل والكثير فهو غير صحيح بالنسبة إلى تقليم الاظفار لان المنصوص عليه في الرواية أن المحرم إذا قص أظافير حلال فإنه يجب عليه صدقة وهي نصف صاع، وإن أراد به الصدقة التي هي نصف صاع التي هي المراد عند إطلاقهم الصدقة في هذا الباب فلا يصح أيضا لان المحرم إذا حلق شاربه وجبت عليه الصدقة، فإذا حلق شارب غيره أطعم ما شاء كسرة خبز أو كفامن طعام لقصور الجناية، وقد وقع التعبير بإطعام شئ وجوبا للمسألتين في الجامع الصغير لكنه أتى بمن التبعيضية في تقليم الاظفار فقال في المحرم يأخذ من شارب الحلال أو يقص من أظفاره يطعم ما شاء، فسلم من الاعتراض فيكون المراد بما شاء العموم ا ه. وأشار في فتح القدير إلى جوابه بأن المنقول في الاصل وكافي الحاكم أن المحرم إذا حلق رأس حلال تصدق بشئ، وإذا حلق رأس محرم فعليه صدقة، وأن الجواب في قص الاظفار كالجواب في الحلق ا ه. فقوله في غاية البيان أن المحرم إذا قص أظافير حلال وجبت عليه الصدقة المعينة نصا معارض بالمنصوص عليه في ظاهر الرواية من التصدق بشئ وهو يعم القليل والكثير بدليل مقابلته بما إذا حلق رأس محرم، فحينئذ

المراد بالطعام في عبارة الهداية ما يعم القليل والكثير وهو صحيح بالنسبة إلى الشارب والاظفار كلها. وبهذا علم أن التقييد بالحلال ليخرج ما إذا قص المحرم أظافير محرم آخر فإنه يجب عليه الصدقة المعينة، وظاهر ما في غاية البيان يقتضي أنه إذا حلق شارب غيره محرما كان أو حلالا فإنه يطعم ما شاء، فليس الحلال قيدا بالنسبة إلى الشارب كما لا يخفى. وعلم أيضا أن قوله فيما مضى كالحالق فيه اشتباه بالنسبة إلى المحلوق رأسه فإنه إن كان محرما فالتشبيه تام، وإن كان حلالا فلا يتم لان الواجب إطعام شئ لا الصدقة المعينة. قوله: (أو قص أظفار يديه ورجليه بمجلس أو يدا أو رجلا وإلا تصدق كخمسة متفرقة) معطوف على طيب أول الباب فيلزمه دم بالقص لانه من المحظورات لما فيه من قضاء التفث وإزالة ما ينمو من البدن، فإذا قلمها كلها فهو ارتفاق كامل، وكذا إذا قص يدا أو رجلا إقامة للربع مقام الكل كما في الحلق، وإن لم يقص يدا كاملة ولا رجلا كاملة فعليه
***
[٢١]
صدقة لتقاصر الجناية. قيد بالمجلس لانه لو قص الكل في مجالس في كل مجلس عضو لزمه أربعة دماء لان الغالب في هذه الكفارة معنى العبادة فيتقيد التداخل باتحاد المجلس كما في آية السجدة، سواء كفر للاولى أولا، وفي الاول خلاف محمد. وقيد التداخل بكونه من جنس واحد لانه لو قلم أظافير يده وحلق ربع رأسه وطيب عضوا فإنه يلزمه لكل جناية دم، سواء اتحد المجلس أو اختلف اتفاقا. وقيد بكون المحل مختلفا لانه لو كان متحدا كما إذا حلق الرأس في أربع مرات فإنه لا تتعدد الكفارة اتفاقا، اتحد المجلس أو اختلف. وقيد بكونها كفارة في الاحرام لان كفارة الفطر في رمضان كما إذا أفسد أياما من رمضان تتعدد إن كفر للاول وإن لم يكفر فكفارة واحدة اتفاقا لانها شرعت للزجر، فالغالب فيها معنى العقوبة وهذه شرعت لجبر النقصان. وفي قوله وإلا تصدق اشتباه لانه يقتضي أن يلزمه صدقة واحدة فيما إذا لم يقص يدا كاملة أو رجلا كاملة وليس كذلك، بل يلزمه لكل ظفر قصه نصف صاع من بر حتى لو قص ستة عشر ظفرا من كل عضو أربعة فعليه لكل ظفر طعام مسكين إلا أن يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص ما شاء. كذا في المبسوط. وإنما صرح بالخمسة المتفرقة مع أنها فهمت مما ذكره لدفع قول محمد المنقول في المجمع أن الخمسة المتفرقة كطرف كامل فيجب دم فأفاد أن في كل ظفر من الخمسة صدقة كما قررناه قوله: (ولا شئ بأخذ ظفر منكسر) لانه لا ينمو بعد الانكسار فأشبه اليابس من أشجار الحرم. قيد بالانكسار لانه لو أصابه أذى في كفه فقص أظافيره فعليه أي الكفارات شاء. كذا في غاية البيان. وأطلقه فشمل ما إذا كان قد انكسر بعد الاحرام فأخذه أو كان منكسرا قبله فأخذه بعده وهو أولى مما في الهداية كما لا يخفي، وأولى مما في الخانية من قوله ولو انكسر ظفر المحرم وصار بحال لا ينبت فأخذه فلا شئ عليه لان العلة المذكورة تشمل الكل. وفي فتح القدير: وكلما يفعله العبد المحرم مما فيه الدم عينا أو الصدقة عينا فعليه ذلك إذا عتق لا في الحال ولا يبدل
***
[٢٢]
بالصوم قوله: (وإن تطيب أو لبس أو حلق بعذر ذبح شاة أو تصدق بثلاثة أصوع على ستة أو صام ثلاثة أيام) لقوله تعالى * (فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك) * (البقرة: ١٦٩) وكلمة أو للتخيير وقد فسرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ذكرنا. والآية نزلت في المعذور وهو كعب بن عجرة الذي أذاه هو أم رأسه فأبيح له الحلق كما في صحيح البخاري. وهي وإن نزلت في حلق الرأس لكن قيس الطيب واللبس والقص عليه لوجود الجامع وهو المرض أو الاذى. كذا في غاية البيان. وظاهر النهاية أنه إلحاق له بطريق الدلالة لانه في معنى المنصوص عليه وهو الاولى لما عرف في الاصول أن ما ثبت بخلاف القياس فغيره عليه لا يقاس فهو كإلحاق الاكل والشرب بالجماع في كفارة الفطر في رمضان. وفسر العذر المبيح كما ذكره قاضيخان في فتاواه بخوف الهلاك من البرد والمرض أو لبس السلاح للقتال. وهكذا في الظهيرية وفتح القدير، ولعل المراد بالخوف الظن لا مجرد الوهم فإذا غلب على ظنه هلاكه أو مرضه من البرد جاز له تغطية رأسه مثلا أو ستر بدنه بالمخيط لكن بشرط أن لا يتعدى موضع الضرورة فيغطى رأسه بالقلنسوة فقط إن اندفعت الضرورة بها، وحينئذ فلف العمامة عليها حرام موجب للدم أو الصدقة كما قدمناه. وكذا إذا اندفعت الضرورة بلبس جبة فلبس جبتين فإنه يكون آثما إلا أنه لا دم عليه حيث كان اللبس على موضع الضرورة إنما يلزمه كفارة مخيرة كما قدمنا. ذكره الامام ابن أمير حاج الحلبي في مناسكه فليحفظ هذا فإن كثيرا من المحرمين يغفل عنه كما شاهدناه. فالحاصل

أنه لا إثم عليه
***
[٢٣]
إذا كان لعذر ويأثم إذا كان لغيره وصرحوا بالحرمة، ولم أر لهم صريحا هل ذبح الدم أو التصدق مكفر لهذا الاثم مزيل له من غير توبة أو لا بد منها معه. وينبغي أن يكون مبنيا على الاختلاف في الحدود هل هي كفارات لاهلها أو لا، وهل يخرج الحج عن أن يكون مبرورا بارتكاب هذه الجناية وإن كفر عنها أولا، الظاهر بحثا لا نقلا أنه لا يخرج والله أعلم بحقيقة الحال. وقيد بالعذر لانه لو فعل شيئا منها لغيره لزمه دم أو صدقة معينة ولا يجزئه غيره كما صرح به الامام الاسبيجابي. وبهذا ظهر ضعف ما قدمناه عن الظهيرية من أنه إن لم يقدر على
***
[٢٤]
الدم يصوم ثلاثة أيام ولم أره لغيرها. وإنما لم يقيد المصنف ذبح الشاة بالحرم مع أنه مقيد به اتفاقا لما سنبينه في باب الهدى أن الكل مختص بالحرم، فإن ذبح في غيره لا يجزئه عن الذبح إلا إذا تصدق بلحمه على ستة مساكين على كل واحد منهم قدر قيمة نصف صاع من حنطة فإنه يجوز بدلا عن الاطعام. كذا ذكره الاسبيجابي ولا يختص بزمان اتفاقا. وأشار بقوله ذبح إلى أنه يخرج عن العهدة بالذبح حتى لو هلك المذبوح بعده أو سرق فإنه لا شئ عليه بخلاف ما إذا سرق وهو حي فإنه يلزمه غيره، ومقتضاه جواز الاكل منه كهدي المتعة والقران والاضحية لكن الواقع لزوم التصدق بجميع لحمه كما سيأتي في بابه لانه كفارة. فالحاصل أن له جهتين: جهة الاراقة وجهة التصدق، فللاولى لا يجب غيره إذا سرق مذبوحا، وللثانية يتصدق بلحمه ولا يأكل منه. كذا في فتح القدير. وأطلق في التصدق والصوم فأفاد أن له التصدق في غير الحرم وفيه على غير أهله. قال في المحيط: والتصدق على فقراء مكة أفضل. وإنما لم يتقيد بالحرم لاطلاق النص بخلاف الذبح لان النسك في اللغة الدم المهراق بمكة، ويقال للمذبوح لوجه الله تعالى، ويقال لكل عبادة ومنه قوله تعالى * (إن صلاتي ونسكي) * (الانعام: ١٢٦) كما في المغرب. وأشار المصنف بلفظ التصدق الموافق للفظ الصدقة المذكورة في الآية إلى أن طعام الاباحة لا يكفي لان التصدق ينبئ عن التمليك لقوله تعالى * (خذ من أموالهم صدقة) * (التوبة: ١٠٣) وحكى خلافا في المجمع بين أبي يوسف ومحمد، فعند أبي يوسف تكفي الاباحة، وعند محمد لا بد من التمليك. ورجح في غاية البيان قول أبي يوسف بأن النبي صلى الله عليه وسلم فسر الصدقة بالاطعام هنا فكان ككفارة اليمين. وتعقبه في فتح القدير بأن الحديث ليس مفسرا لمجمل بل مبين للمراد بالاطعام وهو حديث مشهور علمت به الامة فجازت الزيادة به. ثم المذكور في الآية الصدقة وتحقق حقيقتها بالتمليك فيجب أن يحمل في الحديث الاطعام على الاطعام الذي هو الصدقة وإلا كان معارضا، وغاية الامر أنه يعتبر بالاسم الاعم انتهى. فالحاصل ترجيح قول محمد رحمه الله ولهذا قيل إن قول أبي حنيفة رحمه الله كقوله كما في الظهيرية لكن ذكر الاسبيجابي أن أبا
***
[٢٥]
حنيفة مع أبي يوسف رحمهما الله. وأفاد المصنف بإطلاقه أن الصوم يجوز متفرقا ومتتابعا كما صرح به الاسبيجابي. والاصوع على وزن أرجل جمع صاع، وظاهر كلامهم أنه لا بد من التصدق على ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع حتى لو تصدق بالثلاثة على أقل من ستة أو على أكثر منها بها فإنه لا يجوز لان العدد منصوص عليه في الحديث، وينبغي على القول بجواز الاباحة أنه لو غدى مسكينا واحدا وعشاه ستة أيام يجوز أخذا من مسألة الكفارات والله سبحانه وتعالى أعلم. فصل قدم النوع السابق على هذا لانه كالمقدمة له إذ الطيب وإزالة الشعر والظفر مهيجات للشهوة لما يعطيه من الرائحة والزينة قوله: (ولا شئ عليه إن نظر إلى فرج امرأة بشهوة فأمنى) لان المحرم هو الجماع ولم يوجد فصار كما لو تفكر فأمنى، وعلم منه أنه لو احتلم فأمنى لا شئ عليه بالاولى، وبإطلاقه أنه لا فرق بين زوجته والاجنبية وإن كان محرما قوله: (وتجب شاة إن قبل أو لمس بشهوة) أطلقه فشمل ما إذا لم ينزل وهو موافق لما في المبسوط حيث صرح بوجوب الدم وإن لم ينزل، واختاره في الهداية مخالفا لما في الجامع الصغير من اشتراط الانزال، وصححه قاضي خان في شرحه ليكون جماعا من وجه فإن المحرم هو الجماع صورة ومعنى أو معنى فقط وهو بالانزال. وعلل في النهاية وغيرها لوجوب

الدم بأن الجماع فيما دون الفرج من جملة الرفث فكان منهيا عنه بسبب الاحرام وبالاقدام عليه يصير مرتكبا محظور إحرامه، وتعقبهم في فتح القدير بأن الالزام إن كان للنهي فليس كل نهي يوجب كالرفث، وإن كان للرفث فكذلك إذ أصله الكلام بحضرتهن وليس موجبا شيئا
***
[٢٦]
انتهى. وقد يقال: إن إيجاب الدم إنما هو لكونه ارتكب ما هو حرام بسبب الاحرام فقط وليس ذكر الجماع بحضرة النساء منهيا عنه لاجل الاحرام فقط بل منهي عنه مطلقا وإن كان في الاحرام أشد، وبهذا يظهر ترجيح إطلاق الكتاب لان الدواعي محرمة لاجل الاحرام مطلقا فيجب الدم مطلقا. وإنما لم يفسد الحج بالدواعي مع الانزال كما فسد بها الصوم لان فساده تعلق بالجماع حقيقة بالنص والجماع معنى دونه فلم يلحق به، وأما فساد الصوم فمعلق بقضاء الشهوة وقد وجد. وفي المحيط: محرم عبث بذكره فلا شئ عليه وإن أنزل فعليه دم لانه وجد قضاء الشهوة بالمس كما لو مس امرأة فأنزل، ولو أتى بهيمة فأنزل لم يفسد حجه وعليه دم كما لو جامع فيما دون الفرج، وإن لم ينزل فلا شئ عليه. قوله: (أو أفسد حجه بجماع في أحد السبيلين قبل الوقوف بعرفة) معطوف على قبل قبل أي تجب شاة لما ورد عن الصحابة من الفساد به ووجوب الهدي وأدناه شاة، ويقوم الشرك في البدنة مقامها كما صرح به في غاية البيان. وما اختاره المصنف من الفساد بالجماع في الدبر هو أصح الروايتين عن أبي حنيفة كقولهما لكمال الجناية كما في فتح القدير. ومراده من آدمية، وأما وطئ البهيمة فلا يفسد مطلقا لقصوره. وأطلق في الجماع فشمل ما إذا أنزل أو لم ينزل، أولج ذكره كله أو بقدر الحشفة. وفي معراج الدراية: ولو استدخلت ذكر الحمار أو ذكرا مقطوعا يفسد حجها بالاجماع، ولو لف ذكره بخرقة وأدخله إن وجد حرارة الفرج واللذة يفسد وإلا فلا انتهى. وشمل ما إذا كان عامدا أو ناسيا، عالما أو جاهلا، مختارا أو مكرها، رجلا أو امرأة، ولا رجوع له على المكره كما ذكره الاسبيجابي. وحكى في فتح القدير خلافا بين ابن شجاع والقاضي أبي حازم في رجوع المرأة بالدم إذا أكرهها الزوج على الجماع فقال الاول لا، وقال الثاني نعم، ولم أر قولا في رجوعها بمؤنة حجها. وشمل الحر والعبد لكن في العبد يلزمه الهدي وقضاء الحج بعد العتق سوى حجة الاسلام، وكل ما
***
[٢٧]
يجب فيه المال يؤاخذ به بعد عتقه بخلاف ما فيه الصوم فإنه يؤاخذ به للحال. ولا يجوز إطعام المولى عنه إلا في الاحصار فإن المولى يبعث عنه ليحل هو فإذا اعتق فعليه حجة وعمرة. وشمل الوطئ الحلال والحرام ووطئ المكلف وغيره كما صرح به في المحيط، وصرح الولوالجي بأن الصبي والمعتوه يفسد حجهما بالجماع لكن لا دم عليهما، وفي مناسك ابن الضياء: وإذا جامع الصبي حتى فسد حجه لا يلزمه شئ انتهى. وبهذا ظهر ضعف ما في فتح القدير من قوله: ولو كان الزوج صبيا يجامع مثله فسد حجها دونه، ولو كانت هي صبية أو مجنونة انعكس الحكم انتهى. فإن هذا حكم تعلق بعين الجماع وبالعذر لا ينعدم الجماع فلا ينعدم الحكم المتعلق به، وإنما لم يلزمهما حكم الفساد لما فيه من الضرر، ويؤيده أن المفسد للصلاة والصوم لا فرق فيه بين المكلف وغيره فكذلك الحج. وشمل ما إذا تعدد الجماع فإنه يلزمه دم واحد إن كان المجلس متحدا، سواء كان لامرأة أو نسوة، أما إذا تعدد المجلس ولم يقصد به رفض الحجة الفاسدة لزمه دم آخر عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ولو نوى بالجماع الثاني رفض الفاسدة لا يلزمه بالثاني شئ. كذا في فتاوى قاضيخان مع أن نية الرفض باطلة لانه لا يخرج عنه إلا بالاعمال لكن لما كانت المحظورات مستندة إلى قصد واحد وهو تعجيل الاحلال كانت متحدة فكفاه دم واحد، ولهذا نص في ظاهر الرواية أن المحرم إذا جامع النساء ورفض إحرامه وأقام يصنع ما يصنعه الحلال من الجماع والطيب وقتل الصيد عليه أن يعود كما كان حراما ويلزمه دم واحد كما ذكره في المبسوط.
***
[٢٨]
قوله: (ويمضي ويقضي ولم يفترقا فيه) أي ويجب المضي في أفعال الحج بعد إفساده كما يمضي فيه وهو صحيح ويلزمه قضاؤه من قابل، سواء كانت حجة الاسلام أولا، لانه قد أدى الافعال مع وصف الفساد، والمستحق عليه أداؤها بوصف الصحة. وفي فتاوى قاضي خان: ويجتنب في الفاسدة ما يجتنب في الجائزة، وقد ظن بعض أهل عصرنا أن الحج إذا فسد لا يفسد الاحرام ولهذا قالوا: إن الاحرام باق فيقضي فيه وليس كما ظن بل فسد

***
[٢٩]
الاحرام كالحج وقد صرحوا بفساده في مواضع عديدة في هذا الفصل. ومعنى بقائه عدم الخروج عنه بغير الافعال، ومعنى الافتراق الذي ليس بواجب أن يأخذ كل واحد منهما في طريق غير طريق صاحبه، وإنما لم يجب لان الجامع بينهما وهو النكاح قائم فلا معنى للافتراق قبل الاحرام لاباحة الوقوع، ولا بعده لانهما يتذاكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة صغيرة فيزدادان ندما وتحرزا لكنة مستحب إذا خاف الوقاع كما في المحيط وغيره قوله: (وبدنة لو بعده ولا فساد) أي يجب بدنة لو جامع بعد الوقوف بعرفة قبل الحلق ولا يفسد حجه للحديث من وقف بعرفة فقد تم حجه أي أمن من فساده لبقاء الركن الثاني وهو الطواف. ووجوب البدنة مروي عن ابن عباس، والاثر فيه كالخبر. أطلقه فشمل ما إذا جامع مرة أو مرارا إن اتحد المجلس، وأما إذا اختلف فبدنة للاول وشاة للثاني في قولهما. وقال محمد: إن ذبح للاول فيجب للثاني شاة وإلا فلا. ذكره الاسبيجابي، وعلل له في المبسوط بأنه دخل إحرامه نقصان بالجماع الاول وبالجماع الثاني صادف إحراما ناقصا فيكفيه شاة. قوله: (أو جامع بعد الحلق) معطوف على قوله أول الفصل قبل أي يجب شاة إن جامع بعد الحلق قبل الطواف لقصور الجناية لوجود الحل الاول بالحلق. ثم اعلم أن أصحاب المتون على ما ذكره المصنف من التفصيل فيما إذا جامع بعد الوقوف، فإن كان قبل الحلق فالواجب بدنة، وإن كان بعده فالواجب شاة. ومشى جماعة من المشايخ كصاحب المبسوط والبدائع والاسبيجابي على وجوب البدنة مطلقا. وقال في فتح القدير: إنه الاوجه لان إيجابها ليس إلا بقول ابن عباس والمروي عنه ظاهره فيما بعد الحلق. ثم المعنى يساعده وذلك لان وجوبها قبل الحلق ليس إلا للجناية على الاحرام، ومعلوم أن الوطئ ليس جناية عليه إلا باعتبار تحريمه لاعتبار تحريمه لغيره، فليس الطيب جناية على الاحرام باعتبار تحريمه الجماع أو الحلق بل باعتبار تحريمه للطيب، وكذا كل جناية على الاحرام ليست جناية عليه إلا باعتبار تحريمه لها لا لغيرها فيجب أن يستوي ما قبل الحلق وما بعده في حق الوطئ لان الذي به كان جناية قبله بعينه ثابت بعده، والزائل لم يكن الوطئ جناية باعتباره لا جرم أن المذكور في ظاهر الرواية إطلاق لزوم البدنة بعد الوقوف من غير تفصيل بين كونه قبل الحلق أو بعده
***
[٣٠]
انتهى. ويرد عليه أنهم اتفقوا أنه لو جامع مرة ثانية بعد الوقوف قبل الحلق فإنه لا يجب بدنة وإنما تجب شاة مع أن وجوبها للجماع الاول ليس إلا باعتبار حرمته عليه وهو بعينه موجود في كل جماع أتى به قبل الطواف، فتعين أن ينظر إلى أن البدنة لا تجب إلا إذا كملت الجناية وكمالها بمصادفتها إحراما كاملا. فالجماع في المرة الثانية صادف إحراما ناقصا فلم تجب البدنة، وكذا الجماع بعد الحلق صادف إحراما ناقصا لخروجه عنه في حق غير النساء. وهذا الباب - أعني باب الجنايات على الاحرام - ينظر فيه إلى كمال الجناية وقصورها ليجب الجزاء بقدره كما تقدم من تطييب العضو وما دونه ومن لبس المخيط يوما أو أقل إلى غير ذلك لا إلى تحريم الفعل فقط. فالحاصل أن مسائلهم شاهدة بأن الجناية إن كملت تغلظ الجزاء كما في لبس المخيط يوما أو أقل إلى غير ذلك لا إلى تحريم الفعل فقط وإن قصرت خف الجزاء، فالاوجه ما في المتون والله سبحانه وتعالى أعلم. ولم يذكر المصنف حكم القارن إذا جامع وحكمه أنه إن كان قبل الوقوف بعرفة وطواف العمرة فسد حجه وعمرته ولزمه دمان وقضاؤهما وسقط عنه دم القران، وإن كان بعد طواف العمرة أو أكثره قبل الوقوف فسد الحج فقط ولزمه دمان أيضا وقضاء الحج فقط وسقط عنه دم القران، وإن كان بعد الطواف والوقوف قبل طواف الزيارة لم يفسدا وعليه بدنة للحج وشاة للعمرة إن كان قبل الحلق اتفاقا. واختلفوا فيما إذا كان بعد الحلق في موضعين: الاول في وجوب البدنة للحج أو الشاة وقدمناه. والثاني في وجوب شاة للعمرة، فالذي اختاره صاحب المبسوط والبدائع والاسبيجابي أنه يجب شاة للعمرة، والذي اختاره الوبري أنه لا يجب شئ لاجل العمرة لانه خرج من إحرامها بالحلق. وبقي إحرام الحج في حق النساء واستشكله الشارح بأنه إذا بقي محرما بالحج فكذا في العمرة ورده في فتح القدير بأن إحرام العمرة لم يعهد بحيث يتحلل منه بالحلق من غير النساء ويبقى في حقهن، بل إذا حلق بعد أفعالها حل بالنسبة إلى كل ما حرم عليه وإنما عهد ذلك في إحرام الحج. فإذا ضم إحرام الحج إلى إحرام العمرة استمر كل على ما عهد له في الشرع فينطوي بالحلق إحرام العمرة بالكلية فالصواب ما عن الوبري ا ه. قوله: (أو في العمرة قبل أن يطوف لها الاكثر وتفسد ويمضي ويقضي) أي لو جامع في إحرام العمرة قبل أن يطوف أربعة أشواط لزمه شاة وفسدت عمرته كما لو جامع في

***
[٣١]
الحج قبل الوقوف بجامع حصوله قبل إدراك الركن فيهما ويمضي في فاسدها كما يمضي في صحيحها ويلزمه قضاؤها قوله: (أو بعد طواف الاكثر ولا فساد) أي لو جامع بعد ما طاف أربعة أشواط لزمه شاة ولا تفسد عمرته لانه أتى بالركن فصار كالجماع بعد الوقوف. وإنما لم تجب بدنة كما في الحج إظهارا للتفاوت بين الفرض والسنة. كذا في الهداية وغيرها. وقد يقال: إنه يتم في حجة الاسلام، أما في غيرها فلا فرق بين الحج والعمرة لان كلا منهما نفل قبل الشروع واجب بعده اللهم إلا أن يقال: نفل الحج أقوى من نفل العمرة. والفرق بينهما بأن الجماع في الحج بعد الوقوف يكون قبل أداء بقية أركان الحج لانه بقي الطواف وهو ركن فتغلظت الجناية فتغلظ الجزاء بخلافه بعد طواف الاكثر في العمرة فإنه لم يبق عليه إلا الواجبات لا يصح لانه يقتضي وجوب البدنة لو جامع قبل طواف الاكثر وليس كذلك. وشمل قوله بعد طواف الاكثر ما إذا طاف الباقي وسعى بين الصفا والمروة أولا لكن بشرط أن يكون قبل الحلق وتركه للعلم به لان بالحلق يخرج عن إحرامها بالكلية بخلاف إحرام الحج، ولما بين المصنف حكم المفرد بالحج والمفرد بالعمرة علم منه حكم القارن والمتمتع قوله: (وجماع الناسي كالعامد) يعني في جميع ما ذكرنا من أحكام الجنايات فيفسد حجه لو جامع ناسيا قبل الوقوف. وحاصل ما ذكره الاصوليون أن النسيان لا ينافي الوجوب لكمال العقل وليس عذرا في حقوق العباد. وفي حقوق الله تعالى عذر في سقوط الاثم، أما الحكم فإن كان مع مذكر ولا داعي إليه كأكل المصلي وجناية المحرم لم يسقط بتقصيره بخلاف سلامه في القعدة، وإن كان ليس مع مذكر مع داع إليه سقط كأكل الصائم، وإن لم يكن معهما فكذلك بالاولى كترك الذابح التسمية انتهى. وقد قدمنا أن الجاهل والعالم والمختار والمكره والنائم والمستيقظ سواء لحصول الارتفاق قوله: (أو طاف للركن محدثا) أي يلزمه شاة لترك الطهارة لانه أدخل نقصا في الركن فصار كترك شوط منه. وظاهر كلام غاية البيان أن الدم واجب اتفاقا، أما على القول بوجوبها وهو الاصح فظاهر، وأما على القول بسنيتها فلانه لا يمتنع أن تكون سنة ويجب بتركها الكفارة ولهذا قال محمد فيمن أفاض من عرفة قبل الامام يجب عليه دم لانه ترك سنة الدفع ا ه. وبهذا علم أن الخلف لفظي لا ثمرة له. وإنما كانت الطهارة واجبة لما ثبت في الصحيحين عن عائشة أنها حاضت فقال لها عليه السلام: اقضي ما يقضي الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت. رتب منع الطواف على انتفاء الطهارة وهذا حكم وسبب، وظاهره أن الحكم يتعلق بالسبب فيكون المنع لعدم الطهارة لا لعدم دخول المسجد.
***
[٣٢]
وإنما لم يكن شرطا كما قال الشافعي لانه يلزمه تقييد مطلق القطعي وهو * (وليطوفوا) * (الحج: ٢٩) بخبر الواحد وهو نسخ عندنا فلا يجوز كما عرف في الاصول. وأما قوله عليه السلام الطواف بالبيت صلاة فالمراد به التشبيه في الثواب. قيد بالحدث لانه لو طاف وعلى ثوبه نجاسة أكثر من قدر الدرهم فإنه لا يلزمه شئ لكنه يكره لادخال النجاسة المسجد، ولم ينص في ظاهر الرواية إلا على الثوب والتعليل يفيد عدم الفرق بين الثوب والبدن. وما في الظهيرية من أن نجاسة الثوب كله فيه الدم لا أصل له في الرواية فلا يعول عليه. وأشار إلى أنه لو طاف منكشف العورة قدر ما لا تجوز الصلاة معه فإنه يلزمه دم لترك الواجب وهو ستر العورة كما صرح به في الظهيرية، ودليل الوجوب قوله عليه السلام إلا لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان بناء على أن خبر الواحد يفيد الوجوب عندنا. وقيد بالركن وهو الاكثر لانه لو طاف أقله محدثا ولم يعد وجب عليه لكل شوط نصف صاع من حنطة إلا إذا بلغت قيمته دما فإنه ينقص منه ما شاء. كذا في غاية البيان. قوله: (وبدنة لو جنبا ويعيد) أي يجب بدنة لو طاف للركن جنبا. كذا روي عن ابن عباس. ولان الجناية أغلظ فيجب جبر نقصانها في البدنة إظهارا للتفاوت بينهما والحيض والنفاس كالجنابة. قيد بالركن وهو الاكثر لانه لو طاف الاقل جنبا ولم يعد وجب عليه شاة، فإن أعاده وجبت عليه صدقة لتأخير الاقل من طواف الزيارة لكل شوط نصف صاع. وقوله ويعيد راجع إلى الطواف محدثا أو جنبا، ولم يذكر صفة الاعادة للاختلاف، وصحح في الهداية أنها واجبة في الطواف جنبا مستحبة في الطواف محدثا للفحش في الاول والقصور في الثاني، فإن أعاده فلا دم عليه فيهما مطلقا لجبر النقصان الحاصل بالاعادة إلا أنه إن أعاده وقد
***
[٣٣]

طاف جنبا بعد أيام النحر لزمه دم للتأخير عند أبي حنيفة. وبهذا علم أن الواو في قوله ويعيد بمعنى أو لان الواجب بمعنى شيئين إما لزوم الشاة أو الاعادة والاعادة هي الاصل ما دام بمكة ليكون الجابر من جنس المجبور فهي أفضل من الدم، وأما إذا رجع إلى أهله ففي الحدث الاصغر اتفقوا أن بعث الشاة أفضل من الرجوع، واختلفوا في الحدث الاكبر فاختار في الهداية أن العود إلى الاعادة أفضل لما ذكرنا، واختار في المحيط أن بعث الدم أفضل لان الطواف الاول وقع معتدا به وفيه منفعة للفقراء، وإذا عاد للاول يرجع بإحرام جديد بناء على أنه حل في حق النساء بطواف الزيارة جنبا وهو آفاقي يريد مكة فلا بد له من إحرام بحج أو عمرة، فإذا أحرم بعمرة يبدأ بها، فإذا فرغ منها يطوف للزيارة ويلزمه دم لتأخير طواف الزيارة عن وقته. وفهم الرازي من ذلك أن الطواف الثاني معتد به وأن الاول قد انفسخ، وذهب الكرخي إلى أن الاول معتبر في فصل الجناية كما في فصل الحدث اتفاقا، وصححه صاحب الايضاح إذ لا شك في وقع الاول معتدا به حتى حل به النساء، واستدل له بما في
***
[٣٤]
الاصل: لو طاف لعمرته محدثا أو جنبا في رمضان وحج من عامه لم يكن متمتعا إن أعاده في شوال أو لم يعده، وقوله في فتح القدير. وإنما وجب الدم لترك الواجب لان الواجب الاعادة في أيام النحر فإذا مضت ترك واجبا، والظاهر أن الخلف لفظي لا ثمرة له لان الدم واجب اتفاقا وإن اختلف التخريج قوله: (وصدقة لو محدثا للقدوم) أي يجب عليه صدقة لو طاف للقدوم محدثا لانه دخله نقص بترك الطهارة فينجبر بالصدقة إظهارا لدنو رتبته عن الواجب بإيجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة، وأشار إلى أن كل طواف هو تطوع فهو كذلك. وقيد بالحدث لانه لو طاف للقدوم جنبا لزمه الاعادة ودم إن لم يعد لان النقص فيه متغلظ فتلزمه الاعادة احتياطا. وقال محمد: ليس عليه أن يعيد طواف التحية لانه سنة وإن أعاد فهو أفضل. كذا في المحيط وبهذا ظهر بطلان ما في غاية البيان معزيا إلى الاسبيجابي من أنه لا شئ عليه لو طاف للقاء محدثا أو جنبا لانه يقتضي عدم وجوب الطهارة للطواف ولان طواف التطوع إذا شرع فيه صار واجبا بالشروع ثم يدخله النقص بترك الطهارة فيه، غاية الامر أن وجوبه ليس بإيجابه تعالى ابتداء فأظهرنا التفاوت في الحط من الدم إلى الصدقة فيما إذا طافه محدثا، ومن البدنة إلى الشاة فيما إذا طافه جنبا. وظاهر كلامهم يقتضي وجوب الشاة فيما إذا طاف للتطوع جنبا، وذكر في غاية البيان أنه إن طاف للقدوم محدثا وسعى ورمل عقبه فهو جائز والافضل أن يعيدهما عقب طواف الزيارة، وإن طاف له جنبا وسعى ورمل عقبه فإنه لا يعتد به ويجب عليه السعي عقب طواف الزيارة ويرمل فيه. قوله: (والصدر) بالجر عطف على القدوم فتجب صدقة لو طاف محدثا، ودم لو جنبا، فقد سووا بين طواف القدوم وبين طواف الصدر مع أن الاول سنة والثانية واجب. وأجاب
***
[٣٥]
عنه في الهداية بأن طواف القدوم يصير واجبا أيضا بالشروع وأقره الشارحون وقد يقال: إن ما وجب ابتداء قبل الشروع أقوى مما وجب بالشروع فينبغي عدم المساواة. قيد بترك الطهارة للطواف لان السعي محدثا أو جنبا لا يوجب شيئا، سواء كان سعي عمرة أو حج، لانه عبادة تؤدى لا في المسجد الحرام. والاصل أن كل عبادة تؤدى لا في المسجد في أحكام المناسك فالطهارة ليست بواجبة لها كالسعي والوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار بخلاف الطواف فإنه عبادة تؤدى في المسجد فكانت الطهارة واجبة فيه. كذا في الفتاوى الظهيرية قوله: (أو ترك أقل طواف الركن ولو ترك أكثره بقي محرما) أي يجب دم بترك شوط أو شوطين أو ثلاثة من طواف الزيارة، ولو ترك أربعة منه فإنه محرم في حق النساء بناء على أن الركن عندنا أكثر السبعة وهو أربعة أشواط على الصحيح كما قدمناه. وإنما أقيم الاكثر مقام الكل لان الشرع أقام الاكثر في الحج مقام الكل في وقوع الامن عن الفوات احتياطا بقوله من وقف بعرفة فقد تم حجه. وقد قلنا من جامع بعد الوقوف لا يفسد وبعد الرمي لا يفسد بالاجماع، ولو حلق أكثر الرأس صار متحللا فلما كان الامر على هذا الوجه للتيسير جرينا على هذا الاصل فأقمنا الاكثر مقام الكل فباب التحلل وما يجري مجراه صيانة لهذه العبادة عن الفوات وتحقيقا للامر يعني أن الطواف أحد سببي التحلل فلما أقيم الاكثر مقام الكل في أحد السببين وهو الحلق بالاجماع أقيم في السبب الآخر وهو الطواف أيضا. كذا في النهاية. وتعقبه في فتح القدير بأن إقامة الاكثر في تمام العبادة إنما هو في حق حكم خاص

وهو أمن الفساد والفوات ليس غير ولذا لم يحكم بأن ترك ما بقي أعني الطواف يتم معه الحج وهو مورد ذلك النص فلا يلزم جواز إقامة أكثر كل جزء منه مقام تمام ذلك الجزء وترك باقيه كما لم يجز ذلك في نفس مورد النص أعني الحج فلا ينبغي التعويل على هذا الحكم والله أعلم، بل الذي ندين به أن لا يجزئ أقل من السبعة ولا يجبر بعضه بشئ غير أنا نستمر معهم في التقرير على

***

[٣٦]

أصلهم ا ه. وهذا من أبحاثه المخالفة لاهل المذهب قاطبة لكن لم يجب عن تمسكهم بحلق أكثر الرأس في أنه يفيد التحلل بالاجماع فإقامتنا الاكثر في الطواف لاجل التحلل مستفاد من دلالة الاجماع المذكور، إنما لزمه الدم بترك الاقل لانه أدخل نقصا في طوافه فصار كما لو طافه محدثا، وأشار بالترك إلى أن الدم إنما يجب إذا لم يأت بما تركه، أما إذا أتم الباقي فليس عليه شئ إن كان الاتمام في أيام النحر، أما بعدها فيلزمه صدقة عند أبي حنيفة لكل شوط نصف صاع من بر خلافا لهما، فإن رجع إلى أهله بعث شاة لما بقي من طواف الزيارة وشاة أخرى لترك طواف الصدر. وهذا لان بعث الشاة لترك الاقل من طواف الزيارة لا يتصور إلا إذا لم يكن طاف للصدر لانه إذا طاف للصدر انتقل منه إلى طواف الزيارة ما يكمله ثم ينظر إلى الباقي من طواف الصدر إن كان أقله لزمه صدقة وإلا فدم. ولو كان طاف للصدر في آخر أيام التشريق وقد ترك من طواف الزيارة أكثره كمله من الصدر ولزمه دمان في قول أبي حنيفة: دم لتأخيره ذلك ودم آخر لترك أكثر الصدر، وإن ترك أقله لزمه للتأخير دم وصدقة للمتروك من الصدر مع ذلك الدم. وجملته كما ذكره الحاكم الشهيد في الكافي أن عليه في ترك الاقل من طواف الزيادة دما، وفي تأخير الاقل صدقة، وفي ترك الاكثر من طواف الصدر دم، وفي ترك أقله صدقة. وفي فتح القدير: ومبني هذا النقل ما تقدم من أن طواف الزيارة ركن عبادة والنية ليست شرطا لكل ركن إلا ما يستقل عبادة بنفسه فشرط له نية أصل الطواف دون التعيين، فلو طاف في وقته ينوي النذر أو النفل وقع عنه كما لو نوى بالسجدة من الظهر النفل لغت ووقعت عن الركن وإن توالي الاشواط ليس بشرط لصحة الطواف كمن خرج من الطواف لتجديد وضوء ثم رجع بنى.

***

[٣٧]

قوله: (أو ترك أكثر الصدر أو طافه جنبا وصدقة بترك أقله) أي يجب الدم ولما كان طواف الصدر واجبا وجب بترك كله أو أكثره دم، وبترك أقله صدقة لكل شوط نصف صاع من بر تفرقة بين الاكثر والاقل بخلاف الاقل من طواف الزيارة والعمرة حيث يجب دم بتركه لانه طواف ركن فكان أقوى من الواجب، وقد قدمنا حكم ما إذا طاف للصدر جنبا لكن في عبارته قصور حيث لم يبين حكم طواف القدوم جنبا، وعبارة المجمع أولى وهي: وإن طاف للقدوم أو للصدر محدثا وجبت صدقة، وجنبا دم، فأفاد أنه لا فرق بينهما في الحدثين. وأشار بالترك إلى أنه لو أتى بما تركه فإنه لا يلزمه شئ مطلقا لانه ليس بمؤقت، وفي الهداية ويؤمر بالاعادة ما دام بمكة إقامة للواجب في وقته قوله: (أو طاف للركن محدثا وللصدر طاهرا في آخر أيام التشريق ودمان لو طاف للركن جنبا) أي تجب شاة في الاولى وشاتان في الثانية. أما في الاولى فهي بسبب الحدث ولم ينقل طواف الصدر إلى الزيارة لانه لا فائدة في النقل لانه لو نقل يجب عليه الدم لترك طواف الصدر إجماعا إن كان رجع إلى أهله، سواء طاف للصدر في أيام النحر أو لا. قيد بقوله في آخر أيام التشريق لانه لو طاف للصدر في أيام النحر ولم يرجع إلى أهله فإنه ينقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة لان في النقل فائدة وهو سقوط الدم لاجل الحدث ثم يطوف للصدر ولا شئ عليه بخلاف ما إذا طاف للصدر في آخر أيام التشريق ولم يرجع إلى أهله حيث لا ينقل عند أبي حنيفة لانه لا

***

[٣٨]

فائدة في النقل لوجوب دم بالتأخير على تقديره خلافا لهما. وأما في الثانية فلان في النقل فائدة وهي سقوط البدنة فيجب دم لتأخيره عن أيام النحر عنده، ودم لترك طواف الصدر إن رجع إلى أهله وإن كان بمكة فإنه يطوف للصدر ولا يلزمه إلا دم واحد للتأخير، فإن كان طاف للصدر في أيام النحر فإنه ينقل إلى طواف الزيارة ثم يطوف للصدر ولا شئ عليه أصلا. قيد بكون الطواف الثاني للصدر لانه لو أعاده بعد أيام النحر، فإن كان في الحدث الاصغر لا يلزمه شئ لان بعد الاعادة لا يبقى إلا شبهة النقصان، وفي الحدث

الاكبر يلزمه دم عند أبي حنيفة للتأخير. كذا في الهداية. وتعقبه في غاية البيان بأنه سهو لان الرواية مسطورة في شرح الطحاوي أنه يلزمه الدم إذا أعاده بعد أيام النحر للتأخير، سواء كان بسبب الحدث أو الجنابة ا ه. وهكذا في المحيط سوى بين الحدثين وهذا قصور نظر من صاحب الغاية لان في المسألة ثلاث روايات، فما في الهداية رواية عن أبي حنيفة ذكرها الامام الولوالجي في فتاواه وصدر بها واعتمدها، وما في شرح الطحاوي والمحيط رواية ثانية، وذكر الولوالجي أيضا رواية ثالثة عن أبي حنيفة أن عليه الصدقة في الحدث الاصغر، ووجهها بأنه أخر الجبر عن وقت الطواف فيبقى نوع نقص لكن نقصان التأخير دون نقصان ترك القضاء والواجب بترك القضاء هو الدم فكان الواجب بتأخير القضاء هو الصدقة ا ه. قوله: (أو طاف لعمرته وسعى محدثا ولم يعد) أي تجب شاة لتركه الواجب وهو الطهارة. قيد بقوله ولم يعد لانه لو أعاد الطواف ظاهرا فإنه لا يلزمه شئ لارتفاع النقصان

***

[٣٩]

بالاعادة، ولا يؤمر بالعود إذا رجع إلى أهله لوقوع التحلل بأداء الركن مع الحلق والنقصان يسير، وما دام بمكة يعيد الطواف لانه الاصل والافضل أن يعيد السعي لانه تبع للطواف، وإن لم يعده فلا شئ عليه وهو الصحيح لان الطهارة ليست بشرط في السعي وقد وقع عقب طواف معتد به وإعادته لجبر النقصان كوجوب الدم لا لانفساخ الاول. ولو قال المصنف محدثا أو جنبا لكان أولى لانه لا فرق بين الحدثين في طواف العمرة كما في المحيط وغيره، والقياس أنه لا يكتفي بالشاة فيما إذا طاف لعمرته جنبا لان حكم الجناية أغلظ من الحدث كما في طواف الزيارة لكن اكتفى بها استحسانا لان طواف الزيارة فوق طواف العمرة. وإيجاب أغلظ الدماء وهو البدنة في طواف الزيارة كان لمعنيين: وكادة الطواف وغلظ أمر الجنابة، فإذا وجد أحد المعنيين دون الثاني تعذر إيجاب أغلظ الدماء فاقتصرنا على الشاة. كذا في غاية البيان. وفي المحيط: ولو طاف القارن طوافين وسعى سعيين محدثا أعاد طواف العمرة قبل يوم النحر ولا شئ عليه للجبر بجنسه في وقته، فإن لم يعد حتى طلع فجر يوم النحر لزمه دم لطواف العمرة محدثا وقد فات وقت القضاء ويرمل في طواف الزيارة يوم النحر ويسعى بعده استحبابا ليحصل الرمل والسعي عقب طواف كامل، وإن لم يعد فلا شئ عليه لانه سعى عقب طواف معتد به إذ الحدث الاصغر لا يمنع الاعتداد، وفي الجنابة إن لم يعد فعليه للسعي وكذا الحائض ا ه. فالحاصل أن قولهم إن المعتمر يعيد الطواف محله ما إذا لم يكن قارنا، أما في القارن إذا دخل يوم النحر فلا إعادة، وعلل له محمد كما نقله ابن بدار في شرح الجامع الصغير بأنه لو أعاده لانتقضت عمرته لانه يصير رافضا لها بالوقوف وقد تأكدت فلا يمكن استدراك النقص بجنسه فيجبر بالدم. قال ابن سماعة فقلت لمحمد: إنك قلت في الاصل إن القارن لو طاف لها أربعة أشواط وسعى ولم يطف لحجته حتى وقف إنه يتم طواف العمرة يوم النحر ولا شئ عليه فقد أوجبت الاتمام وما أوجبت الدم. قال محمد: لان هناك قدم شيئا على شئ، وهنا الفساد وجد في جميع الطواف فإن لم نجوز وأبطلنا طوافه لرفضنا عمرته بمنزلة من لم يطف ا ه. وقيد بكون طواف العمرة كله محدثا والاكثر كالكل لانه لو طاف أقله محدثا وجب عليه لكل شوط نصف صاع من حنطة إلا إذا بلغت قيمته دما فينقص منه ما شاء، ولو طاف أقله جنبا وجب عليه دم وتجب الاعادة في

***

[٤٠]

الحدثين كما في الظهيرية. وينبغي أن يكون هذا على الضعيف، أما على الصحيح من أن الاعادة فيما إذا طاف للركن محدثا، إنما هي مستحبة، ففي طواف العمرة أولى. ولم يذكر المصنف حكم ما إذا ترك الاقل من طواف العمرة وصرح في الظهيرية بلزوم الدم، ولهذا لو طاف للعمرة في جوف الحجر ولم يعد حتى رجع إلى أهله لزمه دم لانه ترك من الطواف ربعه لان الحجر ربع البيت، وإذا كان ذلك في طواف العمرة ففي طواف الفرض أولى. وأما في الطواف الواجب إذا دخل في جوف الحجر فإنه ينبغي أن تجب فيه الصدقة. كذا ذكر الشارح. ولا ينبغي التعبير بينبغي لان المصنف في المختصر قد صرح بلزوم الصدقة بترك الاقل من طواف الصدر، وينبغي أن لا فرق بين الطواف الواجب والتطوع في لزوم الصدقة لما أن الطواف وراء الحطيم واجب في كل طواف. قوله: (أو ترك السعي أو أفاض من عرفات قبل الامام أو ترك الوقوف بمزدلفة أو رمى الجمار كلها أو رمى يوم) أي تجب شاة بترك واجب من واجبات الحج وقد ذكرناها كلها في أول الكتاب. أراد بالترك الترك لغير عذر، أما إذا ترك واجبا لعذر فإنه لا شئ عليه كما صرح به في البدائع

في ترك السعي أنه إن تركه لعذر فلا شئ عليه، وإن بغير عذر لزمه دم لان هذا حكم ترك الوجوب في هذا الباب، أصله طواف الصدر حيث سقط عن الحائض بالحديث، وصرح في الهداية بأن في ترك الوقوف بمزدلفة بغير عذر رد ما لا لعذر، وصرح الولوالجي في فتاواه بأنه لو سعى راكبا من غير عذر لزمه دم إن لم يعده لان المشي واجب وترك الواجب من غير عذر يوجب الدم، ولو أعاده بعد ما حل وجامع لم يلزمه دم لان السعي غير مؤقت في نفسه إنما الشرط أن يأتي به بعد الطواف وقد وجد ا ه. وكذا لو أتى به بعد ما رجع إلى أهله وعاد إلى مكة لكنه يعود بإحرام جديد. كذا ذكره الاسبيجابي. وقيد بتركه لانه لو ترك ثلاثة أشواط أطعم لكل شوط نصف صاع إلا أن يبلغ دما فينقص منه ما شاء وترك أكثره كتركه كله، وقد قدمنا أن من الواجبات في السعي الابتداء بالصفا فلو بدأ بالمروة لزمه دم. وأراد بالافاضة قبل الامام الدفع من عرفات قبل غروب الشمس، سواء كان مع الامام أو وحده، وسواء كان الامام أو غيره، لما أن استدامة الوقوف إلى غروب الشمس

***

[٤١]

واجبة حتى لو أبطأ الامام بالدفع يجوز للناس الدفع قبله. وهذا الواجب إنما هو في حق من وقف نهارا، أما إن وقف ليلا فلا شئ عليه اتفاقا لان الجزء الاول من وقوفه اعتبر ركنا والجزء الثاني اعتبر واجبا. كذا في غاية البيان: فإن دفع قبل الغروب ثم عاد إن عاد بعد الغروب ففيه روايتان، ظاهر الرواية عدم السقوط والصحيح السقوط لانه استدرك المتروك. كذا في غاية البيان. وإن عاد قبل الغروب ففيه اختلاف والقول بالسقوط أظهر خصوصا على التصحيح السابق بل أولى، وقد قدمنا أن وقت الوقوف بمزدلفة من طلوع الفجر وآخر طلوع الشمس فالوقوف في غير وقته كتركه. وإنما وجب دم واحد بترك الجمار في الايام كلها لان الجنس متحد كما في الحلق، والترك إنما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرمي وهو الرابع لانه لم يعرف قربة إلا فيها وما دامت الايام باقية فالاعادة ممكنه فيرميها على التأليف. ثم بتأخيرها يجب الدم عند أبي حنيفة خلافا لهما، وإن ترك رمي يوم فعليه دم ولو يوم النحر لانه نسك تام. قيد برمي يوم لانه لو ترك إحدى الجمار الثلاث فعليه صدقة لان الكل نسك واحد في يوم فكان المتروك أقل فيلزمه لكل حصاة نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو صاع من شعير إلا أن يبلغ دما فينقص ما شاء إلا أن يكون المتروك أكثر من النصف بأن يترك أحد عشر من واحد وعشرين فحينئذ يلزمه الدم لان للاكثر حكم الكل. وذكر الاسبيجابي أنه إن أخر رمي جمرة العقبة إلى اليوم الثاني لزمه دم، وإن أخر رميها في اليوم الثاني إلى الثالث أو في اليوم الثالث إلى الرابع ورمى الجمرتين لزمه صدقة لانها في اليوم الاول كل الرمي في ذلك اليوم وفي غيره ثلث الرمي فيكون مؤخرا للاقل، ولو لم يرم الجمرتين لزمه دم لتأخير الاكثر، وعندهما لا شئ عليه للتأخير أصلا. قوله: (أو أخر الحلق أو طواف الركن) أي تجب شاة بتأخير النسك عن زمانه فإن الحلق وطواف الزيارة مؤقتان بأيام النحر، فإذا أخرهما عن أيام النحر ترك واجبا فيلزمه دم، وكذا بتأخير الرمي عن وقته كما قدمناه. وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما لا شئ عليه لحديث الصحيحين لم أشعر حلقت قبل أن أذبح قال: افعل ولا حرج. وقال آخر: نحرت قبل أن أرمي قال: افعل ولا حرج. فما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شئ قدم أو أخر إلا قال افعل ولا حرج. وله أن التأخير عن المكان يوجب الدم فيما إذا جاوز الميقات غير محرم فكذا

***

[٤٢]

التأخير عن الزمان قياسا، والجامع كون التأخير نقصانا. والمراد بالحرج المنفي الاثم بدليل أنه قال لم أشعر فعذرهم لعدم العلم بالمناسك قبل ذلك، وقوله عليه السلام خذوا عني مناسككم يفيد الوجوب. وعلى هذا الاختلاف إذا قدم نسكا على نسك قال في معراج الدراية: اعلم أن ما يفعل في أيام النحر أربعة أشياء: الرمي والنحر والحلق والطواف. وهذا الترتيب واجب عند أبي حنيفة ومالك وأحمد ا ه. لاثر ابن مسعود أو ابن عباس: من قدم نسكا على نسك لزمه دم. وظاهره أنه إذا قدم الطواف على الحلق يلزمه دم عنده. وقد نص في المعراج في مسألة حلق القارن قبل الذبح أنه إذا قدم الطواف على الحلق لا يلزمه شئ. فالحاصل أنه إن حلق قبل الرمي لزمه دم مطلقا. وإن ذبح قبل الرمي لزمه دم إن كان قارنا أو متمتعا لا إن كان مفردا لان أفعاله ثلاثة. الرمي والحلق والطواف. وأما ذبحه فليس بواجب فلا يضره تقديمه وتأخيره، وعندهما لا يلزمه شئ بتقديم نسك على نسك للحديث السابق إلا أنه مسئ. نص عليه

في المبسوط قيد بحلق الحج وطوافه لان حلق العمرة وطوافها ليسا بمؤقتين بالزمان فلا يلزمه بتأخيرهما شئ وكذا طواف الصدر. وقيد بالطواف لانه لا يلزمه بتأخير السعي شئ لعدم توقيته بزمان. قوله: (أو حلق في الحل) أي تجب شاة بتأخير النسك عن مكانه كما إذا خرج من الحرم وحلق رأسه، سواء كان الحلق للحج أو اللعمرة عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا شئ عليه لان النبي عليه السلام وأصحابه أحصروا بالحديبية وحلقوا في غير
***
[٤٣]
الحرم، ولهما القياس على الذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا فيه مع أن المحصر لا حلق عليه وإن فعل فحسن كما في المحيط وغيره. وقوله عليه السلام خذوا عني مناسككم فالحاصل أن الحلق يتوقت بالمكان والزمان عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف لا يتوقت بهما، وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان، وعند زفر على عكسه، وهذا الخلاف في التوقيت في حق التضمين بالدم أما لا يتوقت في حق التحلل بالاتفاق قوله: (ودمان لو حلق القارن قبل الذبح) أي يجب دمان عند أبي حنيفة بتقديم القارن أو المتمتع الحلق على الذبح، وعندهما يلزمه دم واحد، وقد نص ضابط المذهب محمد بن الحسن في الجامع الصغير على أن أحد الدمين دم القران والآخر لتأخير النسك عن وقته، وأن عندهما يلزم دم القران فقط لكن وقع لكثير من المشايخ اشتباه بسبب ذكر الدمين في باب الجناية فإن الظاهر من العبارات أن الدمين لاجل الجناية وإلا كان ذكر الدم الواحد كافيا للعلم بدم القران من بابه، ومنهم صاحب الهداية فإنه قال: فعليه دمان عند أبي حنيفة: دم بالحلق في غير أوانه لان أوانه بعد الذبح، ودم لتأخير الذبح عن الحلق. وعندهما يجب دم واحد وهو الاول ولا يجب بسبب التأخير شئ ا ه‍. فجعل الدمين للجناية فنسبه في غاية البيان إلى التخبيط وإلى التناقض فإنه جعل في باب القران أحدهما للشكر والآخر للجناية، ونسبه في فتح القدير إلى أنه سهو من القلم لانه لو وجب ذلك لزم في كل تقديم نسك على نسك دمان لانه لا ينفك عن الامرين ولا قائل به، ولوجب في حلق القارن قبل الذبح ثلاثة دماء في تفريع من يقول إن إحرام عمرته انتهى بالوقوف، وفي تفريع من لا يراه كما قدمناه خمسة دماء لانه جناية على إحرامين والتقديم والتأخير جنايتان ففيهما أربعة دماء ودم القران ا ه‍. وهكذا في النهاية والعناية ولم أر جوابا عنه، وظهر لي أنه لا تخبيط ولا سهو من صاحب الهداية لما أن في
***
[٤٤]
المسألة اختلافا، فما في الهداية مبني على قول بعضهم إنه يلزمه دم بالحلق في غير أوانه، إجماعا كما صرح به في معراج الدراية وغيرها ويجب دم القران إجماعا. ووقع الاختلاف بينهم في الدم الثالث فهھنا مشى على هذا القول. وأما قوله قريبا وقالا لا شئ عليه في الوجهين وذكر منه ما إذا حلق قبل الذبح فهو بناء على أصل الرواية المنقولة في الجامع الصغير عنهما أو معناه لا شئ عليه عندهما بسبب التأخير، وأما بسبب الجناية فيقولان بوجوب الدم، وبهذا اندفع ما في العناية. وأما التناقض الذي ذكره صاحب الغاية فممنوع لان ما ذكره في باب القران من لزوم دم واحد لو حلق قبل الذبح فإنما هو لمن عجز عن الهدي كما هو صورة المسألة فلم يكن جانيا بالحلق في غير أوانه لان الشارع أباح له التحلل بالحلق، وإنما قدم نسكا على نسك فقط فلزمه دم. وأما ما ذكره هنا من لزوم دمين لو حلق قبل الذبح فإنما هو لكونه جناية لان الحلق لا يحل له قبل
***
[٤٥]
الذبح لقدرته عليه فكان جانيا مؤخرا فلزمه دمان، وأما إلزام أن ذلك يوجب دمين فيما إذا قدم نسكا على نسك لانه لا ينفك عن الامرين ولم يقل به أبو حنيفة فممنوع أيضا لان الحلق قبل الذبح لا يحل فكان جناية على الاحرام بخلاف الذبح قبل الرمي فإنه ليس بجناية لانه مباح مشروع في نفسه، وإنما لم يكن نسكا كاملا إذا قدمه فكيف يوجب دما وليس بجناية وإنما يجب دم واحد باعتبار التقديم، وبهذا يعلم أنه لو حلق قبل الرمي فهو كما لو حلق قبل الذبح بالاولى. وأما قوله لوجب ثلاثة دماء فنلتزمه لانه على هذا القول يلزمه ثلاثة دماء، دمان للجناية ودم القران. وأما لزوم خمسة دماء فممنوع على كل قول لان جناية القارن إنما تكون مضمونة بدمين فيما على المفرد فيه دم. والمفرد لو حلق قبل الذبح لا يلزمه شئ فلا يتضاعف الغرم على القارن. هكذا أجاب في العناية. وأجاب في غاية البيان بأن التضاعف على القارن إنما يكون فيما إذا أدخل نقصا في إحرام عمرته، أما فيما لا يوجب نقصا فيه فلا يجب إلا دم

واحد كما قدمناه فإنه قد أتى بركنها وواجبها، ولهذا إذا أفاض القارن قبل الامام أو طاف للزيارة جنبا أو محدثا لا يلزمه إلا دم واحد لانه لا تعلق للعمرة بالوقوف وطواف الزيارة، وعلى تقدير أن يكون جناية القارن مضمونة بدمين مطلقا فإنه يلزمه أربعة دماء لا خمسة لان حلقه قبل أوانه جناية توجب دمين وتقديم النسك على النسك يوجب دما واحدا ودم القران، ويمكن أن يتعدد دم القران ولا يمكن أن يتعدد دم التقديم باعتبار أنه جناية لان الجناية على الحلق قبل أوانه وقد وجب فيها دمان فلا يجب شئ آخر. هذا ما ظهر لي في توجيه كلام الهداية لكن المذهب خلافه كما قدمناه والله أعلم.

***

[٤٦]

فصل إن قتل محرم صيد أو دل عليه من قتله فعليه الجزاء لقوله تعالى * (لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم) * (المائدة: ٥) الآية. ولحديث أبي قتاده السابق الدال على تحريم الاشارة والامر فألحقت بالقتل استحسانا باعتبار تفويت الامن وارتكاب محظور إحرامه وليس زيادة على الكتاب بخبر الواحد لان الكتاب إنما نص على القتل وتخصيص الشئ بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه. وحقيقة الصيد حيوان ممتنع متوحش بأصل الخلقة، سواء كان بقوائمه أو بجناحه، فدخل الظبي المستأنس وإن كانت ذكاته بالذبح. وخرج البعير والشاة إذا استوحشا وإن كانت ذكاتهما بالعقر لان المنظور إليه في الصيدية أصل الخلقة وفي الذكاة الامكان وعدمه، وخرج الكلب والنسور مطلقا، أهليا كان أو وحشيا، وإنما لم يذكر المصنف تعريفه لانه علم من

***

[٤٧]

إباحته بعد ذلك الشاة والبقر وما عطف عليه فعلم أن الصيد هو ما ذكر. ثم هو على نوعين: بري وبحري. فالبري ما يكون توالده في البر ولا عبرة بالمثوى أي المكان، والمائي ما يكون توالده في الماء ولو كان مثواه في البر لان التوالد أصل والكينونة بعد عارض، فكلب الماء والضفدع مائي. وأطلق قاضيخان في الضفدع وقيده في فتح القدير بالمائي لاخراج الضفدع البري قال: ومثله السرطان والتمساح والسلحفاة. والمائي حلال للمحرم والبري حرام للآية * (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) * (المائدة: ٩٦) وهو بعمومه متناول لما يؤكل منه وما لا يؤكل، فيجوز للمحرم اصطياد الكل وهو الصحيح كما في المحيط والبدائع وغيرهما. وبه يظهر ضعف ما في مناسك الكرماني من أنه لا يحل إلا ما يؤكل وهو السمك خاصة، فالمراد بالصيد في المختصر صيد البر إلا ما يستثنيه بعد ذلك من الذئب والغراب والحدأة وبقبة السباع. أما الذئب والغراب والحدأة فلا شئ في قتلها أصلا، وأما بقية السباع ففيها تفصيل نذكره، وليس هذا الحكم المذكور هنا يشملها. وأما بقية الفواسق فليست بصيود فلا حاجة إلى استثنائها. وأطلق في الصيد فشمل ما يؤكل وما لا يؤكل حتى الخنزير كما في المحيط وفيه: طير البحر لا يحل قتله لان مبيضه ومفرخه في الماء ويعيش في البر والبحر فكان صيد البر من وجه فلا يجوز للمحرم. وشمل الصيد المملوك وغيره فإذا قتل المحرم صيدا مملوكا لزمه قيمتان: قيمة لمالكه وجزاؤه حقا لله تعالى، كذا ذكره في المحيط في مسألة الهبة. وأطلق في القتل فشمل ما إذا كان عن اضطرار

***

[٤٨]

أو اختيار كما سيأتي، وشمل ما إذا كان مباشرة أو بتسبب لكن في المباشرة لا يشترط التعدي، فلو انقلب نائم على صيد فقتله يجب عليه الجزاء كما في المحيط وغيره، وأما التسبب فلا بد من التعدي فلو نصب شبكة للصيد أو حفر بئرا للصيد فعطب ضمن لانه متعد، ولو نصب فسطاطا لنفسه فتعقل به فمات أو حفر حفيرة للماء أو لحيوان مباح قتله كالذئب فعطب فيها لا شئ عليه، وكذا لو أرسل كلبه إلى حيوان مباح فأخذ ما يحرم أو أرسل إلى صيد في الحل وهو حلال فجاوز إلى الحرم فقتل صيدا لا شئ عليه لانه غير متعد في السبب بخلاف ما لو رمى إلى فهد في الحل فأصابه في الحرم عليه الجزاء لانه مباشرة ولا يشترط فيها التعدي حتى لو رمى إلى صيد فتعدى إلى آخر فقتلهما ضمن قيمتهما، وكذا لو ضرب بالسهم فوقع على بيض أو فرخ فأتلفهما ضمنهما. وعلى هذا فما في المحيط من أن أربعة نزلوا بيتا بمكة ثم خرجوا إلى منى فأمروا أحدهم أن يغلق الباب وفيه حمام وغيرها فلما رجعوا وجدوها ماتت عطشا فعلى كل واحد منهم جزاؤها لان الآمرين جمع آمر تسببوا بالامر والمغلق بالاغلاق انتهى. محمول على ما إذا علموا بالطيور في البيت لانه لا يكون تعديا إلا به وإلا فلا شئ عليهم لفقد شرط التسبب وأراد بالدلالة الاعانة على قتله، سواء كانت دلالة حقيقية بالاعدام بمكانه وهو غائب أولا.

***
[٤٩]
وشرطوا في وجوب الجزاء على الدال المحرم خمسة شروط، وإن كان آثما مطلقا: أن يتصل القتل بدلالته فلا شئ على الدال لو لم يقتل المدلول، وإن لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد، وأن يصدقه في الدلالة، وأن يبقى الدال محرما إلى أن يقتله المدلول، وأن لا ينفلت الصيد لانه إذا انفلت صار كأنه جرحه ثم اندمل. فتفرع على الشرط الثالث ما في المحيط لو أخبر المحرم بالصيد فلم يره حتى أخبره محرم آخر فإن كذب الاول لم يكن عليه جزاء، وإن لم يكذبه ولم يصدقه فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لانه بخبر الاول وقع العلم بمكان الصيد غالبا، وبالثاني استفاد علم اليقين فكان لكل واحد منهما دلالة على الصيد. وإن أرسل محرم إلى محرم فقال إن فلانا يقول لك إن في هذا الموضع صيدا فذهب فقتله فعلى الرسول والمرسل والقاتل الجزاء لان الدلالة وجدت منهما. وظهر بالشرط الثاني ضعف ما في المحيط معزيا إلى المنتقى من أنه لو قال خذ أحد هذين وهو يراهما فقتلهما كان على الدال جزاء واحد، وإن كان لا يراهما فعليه جزاءان ا ه‍. لانه إذا كان يراهما كان عالما بمكانهما وقد شرطوا عدم العلم بمكانه ولهذا لم يذكروا هنا الاشارة كما ذكروها في باب الاحرام لانها خاصة بالحاضر، وشرط وجوب الجزاء عدم العلم بالمكان. فالحاصل أن الاشارة والدلالة سواء في منع المحرم
***
[٥٠]
منهما لكن الدلالة موجبة للجزاء بشروطها. والاشارة لا توجب الجزاء اللهم إلا أن يقال إن الامر بالاخذ ليس من قبيل الدلالة فيوجب الجزاء مطلقا، ويدل عليه ما في فتح القدير وغيره: لو أمر المحرم غيره بأخذ صيد فأمر المأمور آخر فالجزاء على الآمر الثاني لانه لم يمتثل أمر الاول لانه لم يأتمر بالامر بخلاف ما لو دل الاول على الصيد وأمره فأمر الثاني ثالثا بالقتل حيث يجب الجزاء على الثلاثة، وكذا الارسال كما ذكرناه آنفا فقد فرقوا بين الامر المجرد والامر مع الدلالة. ودخل تحت الاعانة ما ذكره في المحيط: محرم رأى صيدا في موضع لا يقدر عليه فدله محرم آخر على الطريق إليه أو رأى صيدا دخل غارا فلم يعرف باب الغار فدله محرم آخر على بابه فذهب إليه فقتله، فعلى الدال الجزاء أيضا لانه حين دله على الطريق والباب كأنه دله على الصيد. وكذلك محرم رأى صيدا في موضع لا يقدر عليه إلا أن يرميه بشئ فدله محرم على قوس ونشاب أو دفع ذلك إليه فرماه فقتله. فعلى كل واحد جزاء كامل ا ه‍. مع أنه في هذه المسائل مشاهد للصيد فعلم أن الدلالة إذا فقد شرط منها لا يمتنع وجوب الجزاء بسبب الاعانة. واختلفوا في إعارة السكين أو القوس أو النشاب هل هي إعادة موجبة للجزاء على المعير، فصريح عبارة الاصل أنه لا جزاء على صاحب السكين وإن كان مكروها فحمله أكثر المشايخ على ما إذا كان مع القاتل سلاح. أما إذا لم يكن معه ما يقتل به فالجزاء واجب لان التمكن بإعارته، وجزم به في المحيط وإليه أشار في السير. وصحح السرخسي في مبسوطه أنه لا جزاء على المعير على كل حال لان الاعارة ليست إتلافا حقيقة ولا حكما بخلاف الدلالة فإنها إتلاف معنى، والظاهر ما عليه الاكثر من التفصيل لما ثبت في صحيح
***
[٥١]
مسلم من حديث أبي قتادة هل أعنتم، ولا شك أن إعارة السكين إعانة عليه. ثم اعلم أن هذا الجزاء كفارة وبدل عندنا، أما كونه كفارة فلوجود سببها وهو الجناية على الاحرام بارتكاب محظور إحرامه ولهذا قال * (أو كفارة طعام مساكين) * (المائدة: ٩٥) وأما كونه بدلا فلوجود سببه وهو إتلاف صيد متقوم ولهذا اعتبرت المماثلة بين المقتول والجزاء، ولهذا ذكر المصنف آخر الباب أنه لو اجتمع محرمان في قتل صيد تعدد الجزاء لان الواجب كفارة في حق الجاني وجب جزاء على فعله وفعل كل واحد جناية على حدة بخلاف الحلالين كما سيأتي. ثم اعلم أيضا أن الجزاء يتعدد بتعدد المقتول إلا إذا قصد به التحلل ورفض إحرامه كما صرح به في الاصل فقال: اصطاد المحرم صيدا كثيرا على قصد الاحلال والرفض لاحرامه فعليه لذلك كله دم لانه قاصد إلى تعجيل الاحلال إلى الجناى على الاحرام وتعجيل الاحلال يوجب دما واحدا كما في المحصر. كذا في المبسوط. وقد يقال: لا يصح القياس لما أن تعجيل الاحلال في المحصر مشروع بخلافه هنا ولهذا كان قصده باطلا ولا يرتفض به الاحرام فوجوده وعدمه سواء. قوله: (وهو قيمة الصيد بتقويم عدلين في مقتله أو أقرب موضع منه فيشتري بها هديا وذبحه إن بلغت هديا أو طعاما وتصدق به كالفطرة أو صام عن طعام كل مسكين يوما) أي الجزاء ما ذكر لقوله تعالى * (ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذو اعدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة

طعام مساكين أو عدل ذلك صياما ليذوق وبال أمره) * (المائدة: ٩٥) اطلق المصنف ولم يقيد بالعمد كما في الآية لانه لا فرق بين الناسي والعامد كإتلاف الاموال لان هذا الجزاء ليس كفارة محضة كما قدمنا. والتقييد به في الآية لاجل الوعيد المذكور في آخرها لا لوجوب الجزاء، لان الآية نزلت في حق من تعدى كما ذكره القاضي البيضاوي. وأشار بذكر القيمة فقط إلى أنها المراد بالمثل في الآية وهو المثل معنى لا المثل صورة ومعنى، وإنما لم يعمل بالكامل كما قال محمد والشافعي فإنهما أوجبا النظير فيما
***
[٥٢]
له نظير لان المعهود في الشرع في القيميات المثل معنى فإنه لو أتلف بقرة لانسان مثلا لا يلزمه بقرة مثلها اتفاقا لان المثل معنى مراد بالاجماع فيما لا نظير له وهو مجاز فلا يراد المعنى الحقيقي وهو المثل صورة ومعنى لعدم جواز الجمع بين الحقيقة والمجاز، وكذلك في قوله تعالى * (فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) * (البقرة: ١٩٤) أريد المثل معنى وهو القيمة، وأما رد العين فثابت بالسنة أو لما في حملنا على المثل معنى من التعميم لشموله ماله نظير له وما لا نظير له، وإذا حمل على المثل الكامل كانت الآية قاصرة على ماله نظير. وعلى هذا فكلمة من النعم بيان لما وهو المقتول لا للمثل. والنعم كما يطلق على الاهلي يطلق على الوحشي كما قاله أبو عبيدة والاصمعي، وأراد بقيمة الصيد قيمة لحمه. قال الكرماني في مناسكه: يقوم الصيد لحما عندنا. وقال زفر: يجب قيمته بالغة ما بلغت. وفائدة الخلاف لو قتل بازيا معلما فعندنا تجب قيمته لحما، وعنده تجب قيمته معلما. وفي الاختيار: وإذا كان المراد من الجزاء القيمة يقوم العد لان اللحم لا الحيوان، والمراد أنه يقوم من حيث الذات لا من حيث الصفة لانها أمر عارض ولو كانت الصفة بأمر خلقي كما إذا كان طيرا يصوت فازدادت قيمته لذلك ففي اعتبار ذلك في الجزاء روايتان، ورجح في البدائع اعتبارها بخلاف ما إذا أتلف شيئا مملوكا فإن القيمة تعتبر من حيث الذات والصفات إلا إذا كان الوصف لمحرم من اللهو كقيمة الديك لنقاره والكبش لنطاحه فإنها لا تعتبر كالجارية المغنية. وليس مرادهم أنه يقوم لحمه بعد قتله وإنما يقوم وهو حي باعتبار ذاته بدليل أن مالا يؤكل لحمه لا يصح أن يقوم لحمه بعد قتله إذ ليس له قيمة وإنما يقوم باعتبار جلده وكونه صيدا حيا ينتفع به، وليس مرادهم إهدار صفة الصيد بالكلية لما أنهم اتفقوا على أنه لو قتل صيدا حسنا مليحا له زيادة قيمة تجب قيمته على تلك الصفة كما لو قتل حمامة مطوقة أو فاختة مطوقة كما صرح به في البدائع. وإنما المراد إهدار ما كان بصنع العباد. وأراد بالعدل من له معرفة وبصارة بقيمة الصيد لا العدل في باب الشهادة، وقيد بالعدلين لأن العدل الواحد لا يكفي لظاهر
***
[٥٣]
النص وصححه في شرح الدرر. وفي الهداية قالوا: والواحد يكفي والمثنى أولى لانه أحوط وأبعد من الغلط كما في حقوق العباد، وقيل يعتبر المثنى ههنا بالنص ا ه‍. وفي فتح القدير: والذين لم يوجبوه حملوا العدد في الآية على الاولوية لان المقصود زيادة الاحكام والاتقان، والظاهر الوجوب وقصد الاحكام والاتقان لا ينافيه بل قد يكون داعيته ا ه‍. وينبغي أن يكتفي بالقاتل إذا كان له معرفة بالقيمة وأن يحمل ذكر الحكمين على الاولوية على قول من يكتفي بالواحد لكنه يتوقف على نقل ولم أره. وكلمه أو في قوله أو أقرب المواضع للتوزيع لا للتخيير يعني أن الحكمين يقومانه في مكان قتله إن كان يباع فيه، وفي أقرب المواضع إلى مكان قتله كالبرية. ولا بد من اعتبار المكان ومن اعتبار زمان قتله لاختلاف القيم باختلاف الامكنة والازمنة. والضمير في قوله فيشتري راجع إلى القاتل فأفاد أنه بعد تقويم الحكمين الخيار للقاتل بين الاشياء الثلاثة، ولا خيار للحكمين لان التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار إليه كما في كفارة اليمين، وليس في الآية دلالة على اختيارهما لان قوله أو كفارة أو عدل بالرفع عطفا على جزاء وليس منصوبا عطفا على هديا فاقتضى أن لا خيار لهما في الاطعام والصيام فلزم أن لا خيار لهما في الهدي لعدم القائل بالفصل كما في العناية، أو لان هديا
***
[٥٤]
حال من ضمير به وهي حال مقدرة أي صائرا هديا به. وذلك في نفس الامر بواسطة الشراء بها أو بغير ذلك، وكون الحال مقدرة كثير. وهو وإن لم يلزم على تقدير المخالف فيها يلزم على تقديره في وصفها وهو بالغ الكعبة فإنه لا يصح حكمهما بالهدي موصوفا ببلوغه إلى الكعبة حال حكمهما به على التحقيق، بل المراد يحكمان به مقدرا بلوغه، فلزوم التقدير ثابت غير أنه يختلف محله على الوجهين. ثم

على كل تقدير لا دلالة للآية على أن الاختيار للحكمين بل الظاهر منها أنه إلى من عليه فإن مرجع ضمير المحذوف من الخبر أو متعلق المبتدأ إليه أعني ما قررناه من قولنا فالواجب عليه أو فعليه. كذا في فتح القدير. وأشار بقوله هديا إلى أنه لو اختار الهدي يذبحه إلا بالحرم لصريح قوله بالغ الكعبة مع أن الهدي ما يهدى من النعم إلى الحرم، وقول الفقهاء لو قال إن فعلت كذا فثوبي هذا هدي أو إن لبست من غزلك فهو هدي مجاز عن الصدقة بقرينة التقييد بالثوب والغزل والكلام في مطلق الهدي، فلو ذبحه في الحل لا يجزئه عن الهدي بل عن الاطعام فيشترط أن يعطي لك فقير قدر قيمة نصف صاع حنطة أو صاع من غيرها إن كانت قيمة اللحم مثل قيمة المقتول وإلا فيكمل. وأشار بقوله إن بلغت هديا إلى أنه إذا وقع الاختيار على الهدي يهدي ما يجزئ في الاضحية حتى لو لم تبلغ قيمة المقتول إلا عناقا أو حملا يقوم بالاطعام أو الصوم لا بالهدي ولا يتصور التكفير بالهدي إلا أن تبلغ قيمته جذعا عظيما من الضأن أو ثنيا من غيره لان مطلق الهدي في الشرع ينصرف إلى ما يبلغ ذلك السن لانه المعهود في إطلاق هدي

***

[٥٥]

المتعة والقران والاضحية، وإنما يراد به غير ما ذكرنا مجازا بقرينة التقييد كما قدمناه. وأفاد بقوله ذبحه إلى أن المراد التقرب إلى الله تعالى بالاراقة، فلهذا لو سرق بعد الذبح أجزأه، ولو تصدق بالهدي حيا لا يجزئه. وأما التصدق بلحم القربان فواجب عند الامكان، فلو أتلفه بعد الذبح ضمنه فيتصدق بقيمته ولا ينعدم الاجزاء به. وكذا لو أكل بعضه فإنه يغرم قيمة ما أكل. ويجوز أن يتصدق بجميع اللحم على مسكين واحد، وكذا ما يغرمه من قيمة أكله. وأطلق في الطعام والصوم فدل على أنهما يجوزان في الحل والحرم ومتفرقا ومتتابعا لاطلاق النص فيهما. وأشار بقوله كالفطرة إلى أنه يطعم كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير، وليس له أن يطعم واحدا أقل منه، وله أن يطعم أكثر تبرعا حتى لا يحتسب الزيادة من القيمة كيلا ينتقص عدد المساكين. هكذا ذكره ههنا وقد حققنا في باب صدقة الفطر أنه يجوز أن يفرق نصف الصاع على مساكين على المذهب وأن القائل بالمنع الكرخي فينبغي أن يكون كذلك هنا خصوصا، والنص هنا مطلق فيجري على إطلاقه لكن لا يجوز أن يعطي لمسكين واحد كالفطرة لان العدد منصوص عليه، وإلى أنه يجوز التصدق على الذمي كالمسلم كما هو الحكم في المشبه به والمسلم أحب، وإلى أنه لا يجوز أن يتصدق بجزاء الصيد على أصله وإن علا، وفرعه وإن سفل، وزوجته وزوجها كما هو الحكم في كل صدقة واجبة كما أسلفناه في باب المصرف. وصرحوا هنا بأنه لا يجوز التصدق بشئ من جزاء الصيد على من لا تقبل شهادته له، وما ذكرناه أولى لكن يرد على المصنف أن الاباحة تكفي في جزاء الصيد في الاطعام كالتمليك كما صرح به الامام الاسبيجابي، ولا يكفي في الفطرة. وأشار أيضا بقوله كالفطرة إلى أن دفع القيمة جائز فيدفع لكل مسكين قيمة نصف صاع من بر، ولا

***

[٥٦]

يجوز النقص عنها كما في العين كما صرحوا به في مسألة ذبح الهدي في الحل فإنه يجزئه باعتبار القيمة كما قدمناه. قوله: (ولو فضل أقل من نصف صاع تصدق به أو صام يوما) لان الواجب عليه مراعاة المقدار وعدد المساكين وقد عجز عن مراعاة المقدار فسقط، وقدر على مراعاة العدد فلزمه ما قدر عليه بخلاف كفارة اليمين لانها مقدرة بإطعام عشرة مساكين، كل مسكين نصف صاع لا يزيد ولا ينقص. أما القيمة هنا تزيد وتنقص فيخير إن شاء تصدق به على مسكين وإن شاء صام يوما كاملا لان الصوم أقل من يوم غير مشروع. وأشار إلى أن الواجب لو كان دون طعام مسكين بأن قتل يربوعا أو عصفورا فهو مخير أيضا، وإلى أنه يجوز الجمع بين الصوم والاطعام بخلاف كفارة اليمين. والفرق أن في كفارة الصيد الصوم أصل كالاطعام حتى يجوز الصوم مع القدرة على الاطعام فجاز الجمع بينهما وإكمال أحدهما بالآخر، وأما في كفارة اليمين فالصوم بدل عن التكفير بالمال حتى لا يجوز المصير إليه مع القدرة على المال فلا يجوز الجمع بين الاصل والبدل للتنافي. وشمل كلامه ما إذا كان هذا الفاضل من جنس ما فعله أولا حتى لو اختار الهدي وفضل من القيمة ما لا يبلغ هديا فهو مخير في الفضل أيضا. وعلى هذا لو بلغت قيمته هديين إن شاء ذبحهما، وإن شاء تصدق بالطعام، وإن شاء صام عن كل نصف صاع يوما، وإن شاء ذبح أحدهما وأطعم وصام عما بقي فيجمع بين الانواع الثلاثة أو يتصدق بالقيمة من الدراهم أو الدنانير. وذكر الولوالجي في فتاواه أن المعتبر في الطعام قيمة الصيد، وفي الصوم قيمة الطعام، وهكذا في البدائع قوله: (وإن

جرحه أو قطع عضوه أو نتف شعره ضمن ما نقص) اعتبارا للبعض بالكل كما في حقوق العباد. أفاد بمقابلة الجرح للقتل المتقدم أنه لم يمت من هذا الجرح لانه لو مات منه
***
[٥٧]
وجب كمال القيمة، فإن غاب ولم يعلم موته ولا حياته فالقياس أن يضمن النقصان للشك في سبب الكمال كالصيد المملوك إذا جرحه وغاب، والاستحسان أن يلزمه جميع القيمة احتياطا كمن أخذ صيدا من الحرم ثم أرسله ولا يدري أدخل الحرم أم لا فإنه تجب قيمته لان جزاء الصيد يسلك به مسلك العبادة من وجه. كذا في المحيط. وأطلق في ضمانه النقصان بسبب الجرح فشمل ما إذا برئ منه فإنه لا يسقط الجزاء ببرئه لان الجزاء يجب بإتلاف جزء من الصيد، وبالاندمال لا يتبين أن الاتلاف لم يكن بخلاف ما إذا جرح آدميا فاندملت جراحته فلم يبق لها أثر أنه لا ضمان عليه لان الضمان هناك إنما يجب لاجل الشين وقد ارتفع. كذا في البدائع، وفي المحيط خلافه فإنه قال: وإن برئ منه ولم يبق له أثر لا يضمن لان سبب الضمان قد زال فيزول الضمان كما في الصيد المملوك ا ه‍. والظاهر الاول لما تقدم من الفرق بين جزاء الصيد والصيد المملوك في مسألة ما إذا غاب بعد الجرح، وعلى هذا لو قلع سن ظبي أو نتف ريش صيد فنبت أو ضرب عين صيد فابيضت ثم ذهب البياض فلا شئ عليه عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف عليه صدقة الالم. وأشار بكون الجراحة جناية مستقلة إلى أنه لو جرح صيدا فكفر ثم قتله كفر أخرى لانهما جنايتان، وإلى أنه لو لم يكفر حتى قتله لزمه كفارة بالقتل ونقصان بالجراحة كما في المحيط. وفي الولوالجية: لو جرح صيدا ثم كفر عنه ثم مات أجزأته الكفارة التي أداها لانه أدى بعد وجود سبب الوجوب. وفي المحيط معزيا إلى الجامع: محرم بعمرة جرح صيدا جرحا لا يستهلكه ثم أضاف إليها حجة ثم جرحه أيضا فمات من الكل فعليه للعمرة قيمته صحيحا وقيمته للحج وبه الجرح الاول، ولو حل من العمرة ثم أحرم بالحجة ثم جرحه الثانية فعليه للعمرة قيمته وبه الجرح
***
[٥٨]
الثاني وللحج قيمته وبه الجرح الاول، ولو كان حين أحل من العمرة قرن بحجة وعمرة ثم جرح الصيد فمات ضمن للعمرة القيمة وبه الجرح الثاني، وضمن للقران قيمتيوبه الجرح الاول، ولو كان الجرح الاول استهلاكا غرم للاحرام الاول قيمته صحيحا وللقران قيمتين وبه الجرح الاول ا ه‍. وفي مناسك الكرماني: ولو ضرب صيدا فرض وانتقصت قيمته أو ازدادت ثم مات كان عليه أكثر القيمتين من قيمته وقت الجرح أو وقت الموت. قوله: (وتجب القيمة بنتف ريشه وقطع قوائمه وحلبه وكسر بيضه وخروج فرخ ميت به) أما نتف ريشه وقطع قوائمه فلانه فوت عليه الامن بتفويت آلة الامتناع فصار كأنه قتله فلزمه قيمة كاملة، وأما حلبه فلان اللبن من أجزائه فيكون معتبرا بكله فيجب عليه ضمان ما أتلف وهو قيمة اللبن، وأما كسر بيضه فلانه أصل الصيد وله عرضية أن يصير صيدا فنزل منزلة الصيد احتياطا وهو مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما فوجب عليه قيمة البيض، وأما إذا خرج فرخ ميت بسبب الكسر فالقياس أن لا يغرم سوى قيمة البيضة لان حياة الفرخ غير معلوم. وجه الاستحسان أن البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي والكسر قبل أوانه سبب لموته فيحال به عليه احتياطا فتجب قيمته حيا كما صرح به. والريش جمع الريشة وهو الجناح، والقوائم الارجل، وأطلق في كسر بيضه. وقيده في الهداية بأن لا يكون فاسدا لانه لو كسر بيضة مذرة لا شئ عليه لان ضمانها ليس لذاتها بل لعرضية الصيد وهو مفقود في الفاسدة، وبهذا انتفى قول الكرماني: إذا كسر بيضة نعامة مذرة وجب الجزاء لان لقشرها قيمة، وإن كانت غيرها نعامة لا يجب شئ، وذلك لان المحرم بالاحرام ليس منهيا عن التعرض للقشر بل للصيد فقط وليس للمذرة عرضية الصيدية. كذا في فتح القدير. وفي البدائع: ولو شوى بيضا أو جرادا فضمنه لا يحرم أكله، ولو أكله أو غيره حلالا كان أو
***
[٥٩]
حراما لا يلزمه شئ. وعلل له في المحيط بأنه لا يفتقر إلى الذكاة فلا يصير ميتة، ولهذا يباح أكل البيض قبل الشئ. وأفاد بمسألة خروج الفرخ أنه لو ضرب بطن ظبية فألقيت جنينا ميتا فإنه يضمن قيمته حيا، فإن ماتت الام ضمن قيمتها أيضا بخلاف جنين المرأة إذا خرج ميتا لا يلزم الضارب شيئا لانه في حكم النفس في جزاء الصيد احتياطا وفي حقوق العباد في حكم الجزء لان غرامات الاموال

لا تبتنى على الاحتياط. كذا في النهاية. وقيد بقوله به لانه لو علم موته بغير الكسر فلا ضمان عليه للفرخ لانعدام الامانة، ولا للبيض لعدم العرضية، وإذا ضمن الفرخ لا يجب في البيض شئ لان ما ضمانه لاجله قد ضمنه. وأشار بخروج الفرخ إلى أنه لو نفر صيدا عن بيضة ففسد أنه يضمن إحالة للفساد عليه لانه السبب الظاهر كما لو أخذ بيضة الصيد فدفنها تحت دجاجة ففسدت، ولو لم تفسد وخرج منها فرخ وطار فلا شئ عليه. قوله: (ولا شئ بقتل غراب وحدأة وذئب وحية وعقرب وفأرة وكلب عقور وبعوض ونمل وبرغوث وقراد وسلحفاة) أما الفواسق وهي السبعة المذكورة هنا فلما في صحيح ا لبخاري خمس من الدواب لا حرج على من قتلهن: الغراب والحدأة والفأرة والعقرب والكلب العقور (١) وزاد في سنن أبي داود الحية والسبع العادي وفي رواية الطحاوي الذئب فلذا ذكر المصنف سبعة، ومعنى الفسق فيهن خبثهن وكثرة الضرر فيهن، وهو حديث مشهور فلذا خص به الكتاب القطعي. كذا في النهاية. وأطلق المصنف في نفي شئ بقتلها فأفاد أنه لا فرق بين أن يكون محرما أو حلالا في الحرم. وأطلق في الغراب فشمل

***

[٦٠]

الغراب بأنواعه الثلاثة، وما في الهداية من قوله والمراد بالغراب الذي يأكل الجيف أو يخلط لانه يبتدئ بالاذى، أما العقعق غير مستثنى لانه لا يسمى غرابا ولا يبتدئ بالاذى ففيه نظر لانه دائما يقع على دبر الدابة كما في غاية البيان. وسوى المصنف بين الذئب والكلب العقور وهو رواية الكرخي واختارها في الهداية لان الذئب يبتدئ بالاذى غالبا والغالب كالمتحقق، ولانه ذكر في بعض الروايات، وفرق بينهما الامام الطحاوي فلم يجعل الذئب من الفواسق. وأطلق في الفأرة فشملت الاهلية والوحشية. وقيد الكلب بالعقور اتباعا للحديث مع أن العقور وغيره سواء، أهليا كان أو وحشيا، لان غير العقور ليس بصيد فلا يجب الجزاء به كما صرح به قاضيخان في فتاواه، واختاره في الهداية. وفي السنور البري روايتان. ثم اعلم أن الكلام إنما هو في وجوب الجزاء بقتله. وأما حل القتل فما لا يؤذي لا يحل قتله فالكلب الاهلي إذا لم يكن مؤذيا لا يحل قتله لان الامر بقتل الكلاب نسخ فقيد القتل بوجوب الايذاء، وأما البعوض وما كان مثله من هوام الارض فلانها ليست بصيود أصلا وإن كان بعضها يبتدئ بالاذى كالبرغوث، ودخل الزنبور والسرطان والذباب والبق والقنافذ والخنافس والوزغ والحلمة وصياح الليل وابن عرس، وينبغي أن يكون العقرب والفأرة من هذا القسم لان حد الصيد لا يوجد فيهما. والبعوض من صغار البق الواحدة بعوضة بالهاء واشتقاقها من البعض لانها كبعض البقة قال الله تعالى * (مثلا ما بعوضة) * (البقرة: ٢٦) كذا في ضياء الحلوم. وفيه: الحدأة بكسر الحاء طائره معروف والجمع الحدأ، وأما الحدأة بفتح الحاء فأس ينقر بها الحجارة لها رأسان. والذئب بالهمزة معروف وجمعه أذوب وأذواب ذاب وذؤبان، قيل اشتقاقه من تذاءبت الريح إذا جاءت من كل وجه وهو من أسماء الرجال أيضا، ويصغر ذويب. والسلحفاة بضم الحاء وفتح الفاء واحدة السلاحف من خلق الماء، ويقال أيضا

***

[٦١]

سلحفية بالياء، والفأرة بالهمزة واحدة الفأر وجمعه فيران. قوله: (وبقتل قملة وجرادة تصدق بما شاء) أما وجوب الصدقة بقتل القملة فلانها متولدة من النفث الذي على البدن والمحرم ممنوع من إزالته بمنزلة إزالة الشعر حتى لو قتل ما على الارض من القمل فإنه لا شئ عليه، أو قتلها من بدن غيره فكذلك كما في الظهيرية وغيرها. وفي المحيط: ويكره قتل القملة وما تصدق به فهو خير منها. أطلق في قتل القملة فشمل ما إذا كان مباشرة أو تسببا لكن يشترط في الثاني القصد كما قدمناه فعليه الجزاء لو وضع ثيابه في الشمس ليقتل حر الشمس القمل كالصيد ولا شئ عليه لو لم يقصد ذلك كما لو غسل ثوبه فمات القمل. كذا في غاية البيان. وقد علم من كلامه أن القمل كالصيد فأفاد أن الدلالة موجبة فيها، فلو أشار المحرم إلى قملة على بدنه فقتلها الحلال وجب الجزاء. وعلم من التعليل أن إلقاء القملة كالقتل لان الموجب إزالتها عن البدن لا خصوص القتل كما صرح به الاسبيجابي وغيره. وأراد بالقملة القليل منه لان الكثير منه جزاء قتله صدقة معينة وهي نصف صاع لا التصدق بما شاء، وظاهر كلام الاسبيجابي أن ما زاد على الثلاث كثير، وكلام قاضيخان أن العشر فما فوقها كثير، واقتصر شراح الهداية على الاول فكان هو المذهب. وأما وجوبها بقتل الجرادة فلان الجراد من صيد البر فإن الصيد ما لا يمكن أخذه إلا بحيلة ويقصده الآخذ. وقال عمر رضي الله عنه: تمرة خير من جرادة فأوجبها على من قتل جرادة

***
[٦٢]
كما رواه مالك في الموطأ وتبعه أصحاب المذاهب. أما ما في سنن أبي داود والترمذي عن أبي هريرة قال: خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة أو غزوة فاستقبلنا رجل من جراد فجعلنا نضربه بأسيافنا وقسينا فقال صلى الله عليه وسلم: كلوه فإنه من صيد البحر. فقد أجاب النووي رحمه الله في شرح المهذب بأن الحفاظ اتفقوا على تضعيفه لضعف أبي المهزم وهو بضم الميم وكسر الزاى وفتح الهاء بينهما، واسمه يزيد بن سفيان. وفي رواية لابي داود عن أبي رافع عن أبي هريرة قال البيهقي وغيره: ميمون غير معروف ا ه. فليس هنا حديث ثابت فثبت أنه من صيد البر بإيجاب عمر الجزاء فيه بحضرة الصحابة، وقد روى البيهقي بسند صحيح عن ابن عباس أنه قال في الجراد قبضة من طعام. ولم أر من تكلم على الفرق بين الجراد القليل والكثير كالقمل، وينبغي أن يكون كالقمل ففي الثلاث وما دونها يتصدق بما شاء، وفي الاربع فأكثر يتصدق بنصف صاع، وفي المحيط: مملوك أصاب جرادة في إحرامه إن صام يوما فقد زاد وإن شاء جمعها حتى تصير عدة جرادات فيصوم يوما ا ه. وينبغي أن يكون القمل كذلك في حق العبد لما علم أن العبد لا يكفر إلا بالصوم. ثم أطلق المصنف رحمه الله في الصدقة لانه لم يذكر في ظاهر الرواية مقدارها، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه يطعم في الواحدة كسرة وفي الاثنين أو الثلاثة قبضة من الطعام، وفي الاكثر نصف صاع. كذا ذكره الاسبيجابي. قوله: (ولا يجاوز عن شاة بقتل السبع وإن صال لا شئ بقتله بخلاف المضطر) لان السبع صيد وليس هو من الفواسق لانه لا يبتدئ بالاذى حتى لو ابتدأ بالاذى كان منها فلا يجب بقتله شئ وهو معنى قوله صال أي وثب بخلاف الذئب فإنه من الفواسق لانه ينتهب
***
[٦٣]
الغنم، وأراد بالسبع كل حيوان لا يؤكل لحمه مما ليس من الفواسق السبعة والحشرات، سواء كان سبعا أولا ولو خنزيرا أو قردا أو فيلا كما في المجمع. والسبع اسم لكل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة فإذا وجب الجزاء بقتله لا يجاوز به شاة لان كثرة قيمته إما لما فيه من معنى المحاربة وهو خارج عن معنى الصيدية، أو لما فيه من الايذاء وهو لا تقوم له شرعا فبقى اعتبار الجلد واللحم على تقدير كونه مأكولا وذلك لا يزيد على قيمة الشاة غالبا لان الحم الشاة خير من لحم السبع. وقيد بالسبع لان الجمل إذا صال على إنسان فقتله وجب عليه قيمته بالغة ما بلغت، والفرق بينهما أن الاذن في مسألة السبع بقتله حاصل من صاحب الحق وهو الشارع. أما في مسألة الجمل فلم يحصل الاذن من صاحبه، وأورد عليه العبد إذا صال بالسيف على إنسان فقتله المصول عليه فإنه لا يضمنه مع أنه لا إذن له أيضا من مالكه. وأجيب بأن العبد مضمون في الاصل حقا لنفسه بالآدمية لا للمولى لانه مكلف كسائر المكلفين، ألا ترى أنه لو ارتد أو قتل يقتل وإذا كان مضمونا لنفسه سقط هذا الضمان بمبيح جاء من قبله وهو المصال به ومالية المولى فيه، إن كانت متقومة مضمونة له نهى تبع لضمان النفس فيسقط التبع في ضمن سقوط الاصل. أطلق في عدم وجوب شئ إذا صال فشمل ما إذا أمكنه دفعه بغير سلاح أو لا، وذكر في المحيط أنه إذا أمكنه دفعه بغير السلاح فقتله فعليه الجزاء، وقيد قاضيخان السبع بكونه غير مملوك لانه لو كان مملوكا وجبت قيمته بالغة بلغت يعني عليه قيمتان إذا كان محرما قيمة لمالكه مطلقا وقيمة لله تعالى لا تجاوز قيمة شاة كما أسلفناه. ومعنى قوله بخلاف المضطر أن المحرم إذا اضطر إلى أكل الصيد للمخمصة فذبحه وأكله فإنه يجب الجزاء عليه لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص في قوله تعالى * (فمن كان منكم
***
[٦٤]
مريضا أو به أذى من رأسه ففدية) * (البقرة: ١٩٦) الآية. فدل على أن الضرورة لا تسقط الكفارة، وأراد بالشاة هنا أدنى ما يجزئ في الهدية والاضحية وهو الجذع من الضأن قوله: (وللمحرم ذبح شاة وبقرة وبعير ودجاجة وبط أهلي) لانها ليست بصيود وعليه إجماع الامة. وقيد البط بالاهلي وهو الذي يكون في المساكن والحياض لانه ألوف بأصل الخلقة احترازا عن الذي يطير فإنه صيد فيجب الجزاء بقتله. قال الشارح: فينبغي أن تكون الجواميس على هذا التفصيل فإنه في بلاد السودان وحشي ولا يعرف منه مستأنس عندهم ا ه. وفي المجمع: ولو نزى ظبي على شاة يلحق ولدها بها يعني فلا يجب بقتل الولد جزاء لان الام هي الاصل قوله: (وعليه

الجزاء بذبح حمام مسرول وظبي مستأنس) لما قدمناه أن العبرة للتوحش بأصل الخلقة ولا عبرة للعارض والحمام متوحش بأصل الخلقة ممتنع بطيرانه وإن كان بطئ النهوض والاستئناس عارض، واشتراط ذكاة الاختيار لا يدل على أنه ليس بصيد لان ذلك كان للعجز وقد زال بالقدرة عليه، وفي المغرب: حمام مسرول في رجليه ريش كأنه سراويل. وإنما قيد به مع أن الحكم في الحمام مطلقا كذلك لما أن فيه خلاف مالك وليفهم غيره بالاولى. قوله: (ولو ذبح محرم صيدا حرم) أي فهو ميتة لان الذكاة فعل مشروع وهذا فعل حرام فلا يكون ذكاة كذبيحة المجوسي فأفاد أنه يحرم على المحرم والحلال. وأشار إلى أن الحلال لو ذبح صيد الحرم فإنه يكون ميتة أيضا كما في غاية البيان. وأطلقه فشمل ما إذا كان المحرم الذابح مضطرا أو لا، واختلفت العبارات فيما إذا اضطر المحرم هل يذبح الصيد فيأكله أو يأكل الميتة ففي المبسوط: إنه يتناول من الصيد ويؤدي الجزاء ولا يأكل الميتة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان حرمة الميتة أغلظ لان حرمة الصيد ترتفع بالخروج من الاحرام أو الحرم فهي مؤقتة به بخلاف حرمة الميتة فعليه أن يقصد أخف الحرمتين دون أغلظهما،

***

[٦٥]

والصيد وإن كان محظور الاحرام لكن عند الضرورة يرتفع الحظر فيقتله ويأكل منه ويؤدي ا لجزاء ا ه‍. والمراد بالقتل الذبح. وفي فتاوى قاضيخان: المحرم إذا اضطر إلى مينة وصيد فالميتة أولى من قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف والحسن: يذبح الصيد، ولو كان الصيد مذبوحا فالصيد أولى عند الكل. ولو وجد لحم صيد آدمي كان ذبح الصيد أولى، ولو وجد صيدا وكلبا فالكلب أولى لان في الصيد ارتكاب المحظورين، وعن محمد الصيد أولى من لحم الخنزير ا ه‍. والذي يظهر ترجيح ما في الفتاوى لما أن في أكل الصيد ارتكاب حرمتين الاكل والقتل وفي أكل الميتة ارتكاب حرمة واحدة وهي الاكل، وكون الحرمة ترتفع لا يوجب التخفيف ولهذا قال في المجمع: والميتة أولى من الصيد للمضطر ويجيزه له مكفرا. وذكر في المحيط أن رواية تقديم الميتك رواية المنتفي، وذكر الشارح أنه لو وجد صيدا حيا ومال مسلم يأكل الصيد لا مال المسلم لان الصيد حرام حقا لله تعالى والمال حرام حقا للعبد فكان الترجيح لحق العبد لافتقاره. وفي فتاوى قاضيخان: وعن بعض أصحابنا من وجد طعام الغير لا يباح له الميتة، وهكذا عن ابن سماعه وبشر أن الغصب أولى من الميتة وبه أخذ الطحاوي. وقال الكرخي: هو بالخيار ا ه قوله: (وغرم بأكله لا محرم آخر) للفرق بينهما وهي أن حرمته على الذابح من جهتين: كونه ميتة وتناوله محظورا إحرامه لان إحرامه هو الذي أخرج الصيد عن الحلية والذابح عن الاهلية في حق الذكاة فأضيفت حرمة التناول إلى إحرامه فوجبت عليه قيمة ما أكله، وأما المحرم الآخر فإنما هي حرام عليه من جهة واحدة وهو كونه ميتة فلم يتناول محظور إحرامه، ولا شئ عليه بأكل الميتة سوى التوبة والاستغفار، وبهذا اندفع قولهما بعدم الفرق قياسا على أكل الميتة. أطلقه فشمل ما إذا أكل منه قبل أداء الجزاء أو بعده لكن إن كان قبله دخل ضمان ما أكل في ضمان الصيد فلا يجب له شئ بانفراده. وقيد بأكل المحرم لان الحلال لو ذبح صيدا في الحرم فأدى جزاءه ثم أكل منه لا

***

[٦٦]

شئ عليه اتفاقا لان وجوب الجزاء لفوات إلا من الثابت بالحرم للصيد لا للحمه. وقيد بأكله أي أكل لحمه لان مأكول المحرم لو كان بيض، صيد بعد ما كسره وأدى جزاءه لا شئ عليه اتفاقا كما قدمناه عن المحيط لان وجوب الجزاء فيه باعتبار أنه أصل الصيد وبعد الكسر انعدم هذا المعنى. وفي فتح القدير: ويكره بيعه فإن باعه جاز ويجعل ثمنه في الفداء إن شاء، وكذا شجر الحرم واللبن ا ه‍. وأشار إلى أن مأكوله لو كان لحم جزاء الصيد فإنه يضمن قيمة ما أكل بالاولى وهو متفق عليه. وقد قدمناه. وأراد بالاكل الانتفاع بلحمه فشمل ما إذا أطعمه لكلابه فإنه يضمن قيمته. وفي المحيط: محرم وهب لمحرم صيدا فأكله قال أبو حنيفة: على الآكل ثلاثة أجزية: قيمة للذبح وقيمة للاكل المحظور وقيمة للواهب لان الهبة كانت فاسدة وعلى الواهب قيمته. وقال محمد: على الآكل قيمتان قيمة للواهب وقيمة للذبح ولا شئ للاكل عنده ا ه‍. وهو صريح في لزوم قيمتين على المحرم بقتل الصيد المملوك كما ذكرناه أول الفصل. قوله: (وحل له لحم ما صاده حلال وذبحه إن لم يدل عليه وإن لم يأمره بصيده) لحديث أبي قتادة الثابت في الصحيحين حين اصطاد وهو حلال حمارا وحشيا وأتى به لمن كان محرما من الصحابة فإنهم لما سألوه عليه السلام لم يجب بحله لهم حتى سألهم عن موانع الحل أكانت

موجودة أم لا فقال عليه السلام: هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها؟ قالوا: لا. فقال: كلوا إذا، فدل على حله للمحرم ولو صاده الحلال لاجله لانه لو كان من الموانع أن يصاد لهم لنظمه في سلك ما يسأل عنه منها. قيد بعدم الدلالة والامر لانه لو وجد أحدهما من المحرم للحلال فإنه يحرم على المحرم أكله على ما هو المختار وفيه روايتان، وذكر الطحاوي تحريمه. وقال الجرجاني: لا يحرم. وغلطه القدوري واعتمد رواية الطحاوي، وظاهر ما في غاية البيان أن الروايتين في حرمة الصيد على الحلال بدلالة المحرم مع أن ظاهر الكتب أن الدلالة من المحرم محرمة عليه للصيد لا على الصائد الحلال. ثم اعلم أن عطفهم
***
[٦٧]
الامر على الدلالة هنا يفيد أنه غيرها وهو مؤيد لما قدمناه أول الفصل فراجعه قوله: (وبذبح الحلال صيد الحرم قيمة يتصدق بها لا صوم) أي وتجب قيمة بذبح صيد الحرم ويلزمه التصدق بها ولا يجزئه الصوم لان الصيد استحق الامن بسبب الحرم للحديث الصحيح ولا ينفر صيدها فأفاد حرمة التنفير فالقتل أولى. وانعقد الاجماع على وجوب الجزاء بقتله فيتصدق بقيمته على الفقراء ولا يجزئه الصوم لان الضمان فيه باعتبار المحل وهو الصيد فصار كغرامة الاموال بخلاف المحرم فإن الضمان ثمة جزاء الفعل لاجزاء المحل والصوم يصلح له لانه كفارة له ولصريح النص أو عدل ذلك صياما وإنما اقتصر المصنف على نفي الصوم ليفيد أن الهدي جائز وهو ظاهر الرواية لانه فعل مثل ما جنى لان جنايته كانت بالاراقة وقد أتى بمثل ما فعل، وفي رواية الحسن لا تجزئه الاراقة، وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا كانت قيمة المذبوح قبل الذبح أقل من قيمة الصيد، فعلى ظاهر الرواية تكفيه الاراقة، وعلى رواية الحسن يتصدق بتمام القيمة، وفيما إذا سرق المذبوح فعلى الظاهر لا يجب أن يقيم غيره مقامه. وعلى رواية الحسن تجب الاقامة. وإنما قيد بالحلال ليفيد أن حكم المحرم في صيد الحرم كحكم الحلال بالاولى، والقياس أن يلزمه جزاءان لوجود الجناية في الاحرام والحرم، وفي الاستحسان يلزمه جزاء واحد لان حرمة الاحرام أقوى لتحريمه القتل في الحل والحرم فاعتبر الاقوى وأضيفت الحرمة إليه عند تعذر الجمع بينهما ولهذا وجب الجزاء به لا لنفسه. وأما شجر الحرم وحشيشه فهما فيه سواء لانه ليس من محظورات الاحرام، والظاهر أنه قيد احترازي
***
[٦٨]
لان المحرم تلزمه قيمة يخير فيها بين الهدي والاطعام والصوم كما صرح به في النهاية في صيد المحرم في الحرم. وقيد بذبح الحلال لانه لو دل إنسانا على صيد الحرم فإنه لا يلزمه شئ ولو كان المدلول محرما، والفرق بين دلالة المحرم ودلالة الحلال أن المحرم التزم ترك التعرض بالاحرام فلما دل ترك ما التزمه فضمن كالمودع إذا دل السارق على الوديعة ولا التزام من الحلال فلا ضمان بها كالاجنبي إذا دل السارق على مال إنسان. والتحقيق أن الضمان على المحرم جزاء الفعل والدلالة فعل وعلى الحلال في صيد الحرم جزاء المحل، وفي الدلالة لم يتصل بالمحل شئ وليس مقصوده تقييد الضمان بالذبح فقط لانه سيصرح آخر الفصل أن من أخرج ظبية الحرم فإنه يضمنها. وقال في المحيط: ومن أخرج صيدا من الحرم يرده إلى مأمنه فإن أرسله في الحل ضمنه لانه أزال أمنه بالاخراج فما لم يعده إلى مأمنه بإرساله في الحرم لا يبرأ عن الضمان ا ه‍. فعلم أن المراد بالذبح إتلافه حقيقة أو حكما، ولا فرق في الاتلاف بين المباشرة والتسبب بشرط أن يكون التسبب عدوانا كما قدمناه في صيد المحرم ولهذا قال في المحيط هنا: ولو أدخل المحرم بازيا فأرسله فقتل حمام الحرم لم يضمن لانه أقام واجبا وما قصد الاصطياد فلم يكن متعديا في السبب بل كان مأمورا به فلا يضمن انتهى. فعلم بهذا أن صيد الحرم يضمن بالمباشرة وبالتسبب ووضع اليد حتى لو وضع يده على صيد الحرم فتلف بآفة سماوية فإنه يكون ضامنا كما سيأتي صريحا في الكتاب. والصيد يضمن على المحرم بهذه الثلاثة أيضا ويزاد عليها رابع وهو الاعانة على قتله حتى لو أحرم وفي يده حقيقة صيد فلم يرسله حتى هلك بآفة سماوية لزمه جزاؤه كما صرح به في فتح القدير، ولم أر من صرح بحكم جزء صيد الحرم كبيضه ولبنه ولعله لفهمه من صيد الحرم فإنه لا شك أن الجزء معتبر بالكل. فإذا كسر بيض صيد الحرم أو جرحه ضمن. ثم رأيت التصريح في المحيط بأن جراحته مضمونة فقال: حلال جرح صيدا في الحرم فزادت قيمته من شعر أو بدن ثم مات من الجراحة فعليه ما نقصته الجراحة وقيمته يوم مات وتمام تفاريعه فيه. وأطلق المصنف في صيد الحرم فشمل ما إذا كان الصيد في الحرم والصائد في الحل أو عكسه وقد صرحوا به. قال في المحيط: ثم الصيد إنما يصير آمنا بثلاثة أشياء: بإحرام الصائد وبدخول الصيد الحرم وبدخول الصائد في الحرم، وفي الاخير

خلاف زفر ونحن نقول: إن الداخل للحرم يحرم عليه الاصطياد مطلقا كما يحرم بالاحرام. والعبرة لقوائم الصيد لا لرأسه حتى لو كان بعض قوائمه في الحل
***
[٦٩]
ورأسه في الحرم فلا شئ عليه في قتله ولا يشترط أن تكون جميع قوائمه في الحرم حتى لو كان بعض قوائمه في الحرم وبعضها في الحل وجب الجزاء بقتله لتغليب الحظر على الاباحة، ولهذا لو كان الصيد ملقى على الارض في الحل ورأسه في الحرم وجب الجزاء بقتله لانه ليس بقائم في الحل وبعضه في الحرم. وبما ذكرنا علم أنه لو رمى إلى صيد من الحل في الحل غير أن ممر السهم في الحرم فإنه لا شئ عليه، وكذلك حكم الكلب والبازي إذا أرسلهما كما صرح به الاسبيجابي. وهل المعتبر حالة الرامي أو الاصابة؟ ففي فتاوى قاضيخان: لو رمى صيدا في الحل فنفر الصيد ووقع السهم في الحرم قال محمد عليه الجزاء في قول أبي حنيفة فيما أعلم ا ه. وذكر في المبسوط مثله في آخر المناسك، وذكر في موضع آخر أنه لا يلزمه الجزاء لانه في الرمي غير مرتكب للنهي ولكن لا يحل تناول ذلك الصيد، وهذه المسألة المستثناة من أصل أبي حنيفة فإن عنده المعتبر حالة الرمي إلا في هذه المسألة خاصة فإنه يعتبر في حل التناول حالة الاصابة احتياطا لان الحل يحصل بالذكاة، وإنما يكون ذلك عند الاصابة وعلى هذا إرسال الكلب ا ه. وقد اختلف كلامه لكن ذكر في البدائع أنه لا جزاء
***
[٧٠]
عليه قياسا، وفي الاستحسان عليه الجزاء فيحمل الاختلاف على القياس والاستحسان. وفي فتاوي الولوالجي: لا يجب الجزاء ويكره أكله ا ه. وبما ذكرنا علم أن الصيد لو كان على أغصان شجرة متدلية في الحرم وأصل الشجرة في الحل فإن قتله عليه الجزاء لان المعتبر في الصيد مكانه لا أصله، وفي حرمة قطع الشجرة العبرة للاصل لا للاغصان لان الاغصان تبع للشجرة وليس الصيد تبعا لها وهكذا في المحيط وغيره. وليس المراد من كون الصيد في الحرم أن يكون في أرضه لانه لا يشترط الكون في الارض لانه لو كان طائرا في الحرم وليس في الارض فإنه من صيد الحرم لانه دخله وقد قال تعالى * (ومن دخله كان آمنا) * (آل عمران: ٩٧) وهواء الحرم كالحرم. وأما مسألة ما إذا رمى حلال إلى صيد فأحرم ثم أصابه أو عكسه فصرحوا في آخر الجنايات بأن المعتبر وقت الرمي. وهنا فروع لم أرها صريحا في كلام أئمتنا وإن أمكن استخراجها منه منها: لو نفر صيدا فهلك في حال هربه ونفاره، وينبغي أن يكون ضامنا ولا يخرج عن العهدة حتى يسكن. ومنها لو صاح على صيد فمات من صياحه يضمن وينبغي أن يقاس على ما إذا صاح على صبي فمات. ومنها ما لو رمى إلى صيد فنفذ فيه السهم فأصاب صيدا آخر فقتلهما فينبغي أن يلزمه جزاءان لان العمد والخطأ في هذا الباب سواء وهم قد صرحوا به في صيد الحرم ومنها إذا حفر بئرا فهلك فيها صيد الحرم وينبغي أنه إذا كان في ملكه أو موات لا ضمان وإلا ضمن بناء على أن التسبب يشترط فيه التعدي للماء لا يضمن، وإن كان للاصطياد يضمن. ومنها لو جرح الحلال صيدا في الحل ثم دخل الصيد الحرم فجرحه فمات منها وينبغي أن يلزمه قيمته مجروحا كما تقدم في صيد الحرم. ومنها لو أمسك صيدا في الحل وله فرخ في
***
[٧١]
الحرم فمات الفرخ وينبغي أن يكون ضامنا للفرخ لانه من صيد الحرم وقد تسبب في موته إن قلنا إن إمساكه عن فرخه معصية. ومنها لو وقف على غصن في الحل وأصل الشجرة في الحرم ورمى إلى صيد في الحل أو كان الغصن في الحرم والشجرة والصيد في الحل، وينبغي أن يكون الواقف على الغصن حكمه كحكم الطائر إذا كان على الغصن فلا ضمان في الاولى وضمن في الثانية، ومنها إذا أدخل شيئا من الجوارح فأتلفت شيئا لا بصنعه وينبغي أنه إن لم يرسله فأتلف ضمن، وأما إذا أرسله فقد قدمنا عن المحيط عدم الضمان. ومنها لو رأى حلال جالس في الحرم صيدا في الحل هل يحل له أن يعد وإليه ليقتله في الحل، وقد قدمنا أن الصيد يصير آمنا بواحد من ثلاثة، وقد يقال لما خرج من الحر لم يبق واحد من الثلاثة فحل له، ويجاب بأن الكلام في حل سعيه في الحرم مع أن المقصود بالسعي أمن. وفي الفتاوى الظهيرية وغيرها: ومقدار الحرم من قبل المشرق ستة أميال، ومن الجانب الثاني اثنا عشر ميلا، ومن الجانب الثالث ثمانية عشر ميلا، ومن الجانب الرابع أربعة وعشرون ميلا، هكذا قال الفقيه أبو جعفر، وهذا شئ لا يعرف قياسا وإنما يعرف نقلا. قال

الصدر الشهيد: فيما قاله نظر فإن من الجانب الثاني ميقات العمرة وهو التنعيم وهذا قريب من ثلاثة أميال ا هـ. وذكر الامام النووي في شرح المهذب أن حده من جهة المدينة دون التنعيم على ثلاثة أميال من مكة، ومن طريق اليمن على سبعة أميال من مكة، ومن طريق الطائف على عرفات من بطن نمرة على سبعة أميال، ومن طريق العراق على ثنية جبل بالمقطع على سبعة أميال، ومن طريق الجعرانة في شعب أبي عبد الله بن خالد على تسعة أميال، ومن طريق جدة على عشرة أميال من مكة، وأن عليه علامات منصوبة في جميع جوانبه نصبها إبراهيم الخليل عليه السلام وكان جبريل يريه مواضعها، ثم أمر النبي صلى الله عليه وسلم بتجديدها ثم عمر ثم عثمان ثم معاوية رضي الله عنهم وهي إلى الآن بينة وقد جمعها القاضي أبو الفضل النويري فقال: وللحرم التحديد من أرض طيبة ثلاثة أميال إذا رمت إتقانه

***

[٧٢]

وسبعة أميال عراق وطائف وجدة عشر ثم تسع جعرانه ومن يمن سبع بتقديم سينهاوقد كملت فاشكر لربك إحسانه واختلف العلماء في أن مكة مع حرمها هل صارت حرما آمنا بسؤال إبراهيم عليه السلام أم كانت قبله كذلك؟ والاصح أنها ما زالت محرمة من حين خلق الله السموات والارض ا هـ. ثم اعلم أنه ليس للمدينة حرم عندنا فيجوز الاصطياد فيها وقطع أشجارها وقد وردت أحاديث كثيرة في الصحيحين وغيرها صريحة في تحريم المدينة كمكة وأولها أصحابنا بأن المراد بالتحريم التعظيم، ويرده ما ثبت في صحيح مسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إني حرمت المدينة ما بين لابتيها لا تقطع أغصانها ولا يصاد صيدها (١) فهو صريح في أن لها حرما كمكة فلا يجوز قطع شجرها ولا الاصطياد فيها والاحسن الاستدلال بحديث أنس الثابت في الصحيحين أنه كان له أخ صغير يقال له أبو عمير وكان له نغير يلعب به فمات النغير فكان النبي صلى الله عليه وسلم يقول: يا أبا عمير ما فعل النغير؟ ولو كان للمدينة حرم لكان إرساله واجبا عليه ولانكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في إمساكه ولا يمازحه. وأجاب في المحيط عن الاحاديث الصحيحة في أن لها حرما أنها من أخبار الآحاد فيما تعم به البلوى لان الشجر للمدينة أمر تعم به البلوى وخبر الواحد إذا ورد فيما تعم به البلوى لا يقبل إذ لو كان صحيحا لاشتهر نقله فيما عم به البلوى ا هـ. قوله: (ومن دخل الحرم بصيد أرسله) أي فعليه أن يطلقه لانه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم إذ هو صار من صيد الحرم فاستحق الامن. أراد به ما إذا دخل به وهو ممسك له بيده الجارحة لانه سيصرح بأنه إذا أحرم وفي بيته أو في قفصه صيد لا يرسله فكذلك إذا دخل الحرم ومعه صيد في قفصه لا في يده لا يرسله لانه لا فرق بينهما. فالحاصل أن من أحرم وفي يده صيد حقيقة أو دخل الحرم كذلك وجب إرساله وإن كان في بيته أو قفصه لا يجب إرساله فيهما فنبه بمسألة دخول الحرم هنا على مسألة المحرم، ونبه بمسألة المحرم الآتية على مسألة الحرم، وعمم الداخل ليشمل الحلال والمحرم. وليس المراد من إرساله تسييبه لان تسييب الدابة حرام بل يطلقه على

***

[٧٣]

وجه لا يضيع ولا يخرج عن ملكه بهذا الارسال حتى لو خرج إلى الحل فله أن يمسكه، ولو أخذه إنسان يسترده. وأطلق في الصيد فشمل ما إذا كان من الجوارح أولا، فلو دخل الحرم ومعه بازي فأرسله فقتل حمام الحرم فإنه لا شئ عليه لانه فعل ما هو الواجب عليه وقد قدمناه. قوله: (فإن باعه رد البيع إن بقي وإن فات فعليه الجزاء) لان البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وذلك حرام ولزمه الجزاء بفوته لتفويت الامن المستحق. وأشار بقوله رد البيع إلى أنه فاسد لا باطل. وأطلق في بيعه فشمل ما إذا باعه في الحرم أو بعد ما أخرجه إلى الحل لانه صار بالادخال من صيد الحرم فلا يحل إخراجه إلى الحل بعد ذلك. وقيد بكون الصيد داخل الحرم لانه لو كان في الحل والمتبايعان في الحرم فإن البيع صحيح عند أبي حنيفة، ومنعه محمد قياسا على منع رميه من الحرم إلى صيد في الحل كما قدمناه. وفرق الامام بأن البيع ليس بتعرض له حسا بل حكما وليس هو بأبلغ من أمره بذبح هذا الصيد بخلاف ما لو رماه من الحرم للاتصال الحسي. هذا ما ذكر الشارحون وفي المحيط خلافه فإن قال:

***

[٧٤]

لو أخرج ظبية من الحرم فباعها أو ذبحها أو أكلها جاز البيع والاكل، ويكره لانه مال مملوك لانه قيام يده على الصيد وهما في الحل يفيد الملك له في الصيد كما لو أثبت اليد عليه ابتداء إلا أن لله تعالى فيه حقوقا ورده إلى الحرم لكن حق الله تعالى في العين لا يمنع جواز البيع كبيع مال الذكاة والاضحية ا ه. فقوله في المختصر فإن باعه أي الصيد وهو في الحرم لا مطلقا قوله (ومن أحرم وفي بيته أو قفصه صيد لا يرسله) أي لا يجب إطلاقه لان الصحابة كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل عنهم إرسالها وبذلك جرت العادة الفاشية وهي من إحدى الحجج، ولان الواجب عدم التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته لانه محفوظ بالبيت والقفص لا به غير أنه في ملكه، ولو أرسله في مفازة فهو على ملكة فلا يعتبر ببقاء الملك. أطلقه فشمل ما إذا كان القفص في يده لانه في القفص لا في يده بدليل جواز أخذ المصحف بغلافه للمحدث، وقيل يلزمه إرساله على وجه لا يضيع بأن يرسله في بيت أو يودعه عند إنسان بناء على كونه في يده بدليل أنه يصير غاصبا له بغصب القفص. وقيد بكونه في بيته أو قفصه لانه لو كان بيده الجارحة لزمه إرساله اتفاقا، فلو هلك وهو في يده لزمه الجزاء وإن كان مالكا له للجناية على الاحرام بإمساكه. وفي المغرب: شاة داجن ألفت البيوت. وعن الكرخي: الدواجن خلاف السائمة ا ه. فالمراد بالصيد نحو الصقر والشاهين وبالدواجن نحو الغزالة قوله: (ولو أخذ حلال صيد فأحرم ضمن مرسله) يعني عند الامام. وقالا: لا يضمن لان المرسل آمر بالمعروف ناه عن المنكر وما على المحسنين من سبيل. وله أنه ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما فلا يبطل احترامه بإحرامه وقد أتلفه المرسل فيضمنه والواجب عليه ترك التعرض، ويمكنه ذلك بأن يخليه في بيته فإذا قطع يده عنه كان متعديا. قال في
***

[٧٥]
الهداية: ونظيره الاختلاف في كسر المعازف ا ه. وهو يقتضي أن يفتى بقولهما هنا لان الفتوى على قولهما في عدم الضمان بكسر المعازف ا ه. وهي آلات اللهو كالطنبور. أطلق في الارسال فشمل ما إذا أرسله من يده الحقيقية أو الحكمية أي من بيته لكن يضمنه في الثاني اتفاقا. كذا في شرح ابن الملك للمجمع قوله: (ولو أخذه محرم لا يضمن) أي لا يضمن مرسله من يده اتفاقا لانه لم يملكه بالاخذ لان المحرم لا يملك الصيد بسبب من الاسباب لانه محرم عليه فصار كالخمر والخنزير. كذا قالوا: ومقتضاه أنه لو باعه المحرم فبيعه غير منعقد أصلا، وقد صرح في المحيط بفساد البيع. والمراد من قولهم المحرم لا يملك الصيد بسبب من الاسباب الاختيارية كالشراء والهبة والصدقة والوصية، وأما السبب الجبري فيملكه به كما إذا ورث من قريبه صيدا كما صرح به في المحيط. وأشار إلى أنه لو أرسله المحرم فأخذه حلال ثم حل مرسله فإنه يأخذه مرسله في الصورة الاولى ممن هو في يده لانه لم يخرج عن ملكه ولا يأخذه في الثانية لانه لم يكن مالكا أصلا قوله: (فإن قتله محرم آخر ضمنا ورجع آخذه على قاتله) لوجود الجناية منهما الآخذ بالاخذ والقاتل بالقتل فلزم كل واحد منهما جزاء كامل، ورجع الآخذ على القاتل بما غرم لان أداء الضمان يوجب ثبوت الملك في المضمون بالاخذ السابق وقد تعذر إظهاره في عين الصيد فأظهرناه في بدله لانه قائم مقام الملك في حق الرجوع ببدله كمن غصب مدبرا وقتله إنسان في يده يرجع بما ضمن على القاتل وإن لم يملك المدبر فكذا هذا، بل أولى لان المدبر لا يملك بسبب ما والمحرم يملك الصيد بسبب الارث كما قدمناه. وإنما قيد بكون القاتل محرما آخر لقوله ضمنا فإن القاتل لو كان حلالا فإن كان الصيد في الحرم لزمه الجزاء، وإن كان من صيد الحل ضمان عليه بالقتل لكن يرجع عليه الآخذ بما ضمن، فالرجوع لا فرق فيه بين المحرم والحلال. وفي المحيط: ولو كان القاتل نصرانيا أو صبيا فلا جزاء عليه لله تعالى ويرجع عليه الآخذ بقيمته لانه يلزمه حقوق العباد دون حقوق الله تعالى. وقيد بكون القاتل آدميا فإنه لو قتله بهيمة إنسان فإن الجزاء على الآخذ وحده ولا رجوع للآخذ على أحد كما ذكره الاسبيجابي. وأطلق في الرجوع فشمل ما إذا كان الآخذ كفر بالصوم فيرجع الآخذ بالقيمة مطلقا وهو ظاهر ما
***

[٧٦]
في النهاية لكن صرح في المحيط عن المنتقى أنه إن كفر بالصوم فلا رجوع له لانه لم يغرم شيئا ا ه. وجزم به الشارح واختاره في فتح القدير. قوله: (فإن قطع حشيش الحرم أو شجر غير مملوك ولا مما ينبته الناس ضمن قيمته إلا فيما جف) لحديث الصحيحين لا يختلي خلاها ولا يعضد شوكها والخلا بالقصر الحشيش واختلاؤه قطعه، والعضد قطع الشجر من باب ضرب. كذا في المغرب. وفي

فتح القدير: الخلا هم الرطب من الكلا والشجر اسم للقائم الذي بحيث ينمو فإذا جف فهو حطب. وقد ذكر النووي عن أهل اللغة أن العشب والخلا اسم للرطب، والحشيش اسم لليابس، وأن الفقهاء يطلقون الحشيش على الرطب واليابس مجازا، وسمي الرطب حشيشا باعتبار ما يؤول إليه ا ه. فقد أفاد الحديث أن المحرم هو المنسوب إلى الحرم والنسبة إليه على الكمال عند عدم النسبة إلى غيره. قيد بكونه غير مملوك لانه لو قطع ما أنبته الناس فإنه لا يضمن للحرم بل يضمن قيمته لمالكه، وقيد بقوله مما لا ينبته الناس لانه لو قطع ما نبت بنفسه وهو من جنس ما ينبته الناس فإنه لا ضمان عليه لانه إنما نبت ببذر وقع فيفصار كما إذا علم أنه أنبته الناس ولهذا يحل قطع الشجر المثمر لانه أقيم كو نه مثمرا مقام إنبات الناس لان إنبات الناس في الغالب للثمر. وقال في المحيط وغيره: ولو نبت شجر أم غيلان بأرض رجل فقطعه آخر لزمه قيمتان قيمة للشرع وقيمة للمالك كالصيد المملوك في الحرم أو الاحرام ا ه. وهي واردة على المصنف فالمراد من قوله أو شجرا غير مملوك الشجر الذي لم ينبته أحد، سواء كان مملوكا أولا، ولذا لم يذكر الملك في أكثر الكتب إنما ذكروا ما لم ينبته الناس. فالحاصل أن النابت في الحرم إما أذخرا وغيره، فالاول سيستثنيه، والثاني على ثلاثة إما أن يجف أو
***

[٧٧]
ينكسر أو ليس واحدا منهما، وقد استثنى ما جف أي يبس ويلحق به المنكسر، وأما ما ليس واحدا منهما فهو على قسمين: إما أن يكون أنبته الناس أو لا، والاول لا شئ فيه سواء كان من جنس ما ينبته الناس أو لا، والثاني إن كان من جنس ما ينبته الناس فلا شئ عليه وإلا ففيه الجزاء فما فيه الجزاء هو ما نبت بنفسه وليس من جنس ما أنبته الناس ولا منكسرا ولا جافا ولا أذخرا. وفي المحيط: ولو قطع شجرة في الحرم فغرم قيمتها ثم غرسها مكانها ثم نبتت ثم قلعها ثانيا فلا شئ عليه لانه ملكها بالضمان. وأشار بقوله ضمن قيمته إلى أنه لا مدخل للصوم هنا كصيد الحرم. وأطلق في القاطع فشمل الحلال والمحرم، وقيد بالقطع لانه ليس في المقلوع ضمان. ذكره ابن بندار في شرح الجامع. وأشار بالضمان أيضا إلى أنه يملكه بأداء الضمان كما في حقوق العباد، ويكره الانتفاع به بعد القطع بيعا وغيره لانه لو أبيح ذلك لتطرق الناس إليه ولم يبق فيه شجر. كذا قالوا وهو يدل على أن الكراهة تحريمية. وفي المحيط: ولو باعه جاز للمشتري الانتفاع به لان إباحة الانتفاع للقاطع تؤدي إلى استئصال شجر الحرم وفي حق المشتري لا، لان تناوله بعد انقطاع النماء ا ه. وفي شرح المجمع: وبخلاف الصيد فإن بيعه لا يجوز وإن أدى قيمته ا ه. فالحاصل أن شجر الحرم يملك بأداء القيمة وصيد الحرم لا يملك أصلا، وأشار بعدم الضمان فيما جف إلى أنه يحل الانتفاع به لانه حطب. ثم اعلم أن قولهم لو نبت الشجر بأرض رجل ملكه إنما يتصور على قولهما، أما على قول أبي حنيفة لا يتصور لانه لا يتحقق عنده تملك أرض الحرم بل هي سوائب عنده. كذا في فتح القدير. وأراد بالسوائب الاوقاف وإلا فلا سائبة في الاسلام. وصرح في الهداية بأن قولهما رواية عن الامام. وفي غاية البيان قال محمد في أم غيلان نبتت في الحرم في أرض رجل: ليس لصاحبه قطعه ولو قطعه فعليه لعنة الله تعالى ا ه. وقد قدمنا أن العبرة لاصل الشجرة لا لاغصانها لكن قال في الاجناس: الاغصان تابعة لاصلها وذلك على ثلاثة أقسام: أحدها أن يكون أصلها في الحرم والاغصان في الحل فعلى قاطع أغصانها القيمة، والثاني أن يكون أصلها في الحل وأغصانها في الحرم لا ضمان على القاطع في أصلها وأغصانها، والثالث بعض أصلها في الحل وبعضه في الحرم فعلى القاطع الضمان سواء كان الغصن من جانب الحل أو من جانب الحرم ا ه.
***

[٧٨]
قوله: (وحرم رعى حشيش الحرم وقطعه إلا الاذخر) لاطلاق الحديث ولا يختلي خلاها لانه لا فرق بين القطع بالمناجل والمشافر. والمنجل ما يحصد به الزرع، والمشفر للبعير كالجحلة من الفرس والشفة من الانسان. وجوز أبو يوسف رعيه لمكان الحرج في حق الزائرين والمقيمين، وأجابا بمنع الحرج لان الحمل من الحل متيسر ولئن كان فيه حرج فلا يعتبر لان الحرج إنما يعتبر في موضع لا نص عليه وأما مع النص بخلافه فلا. وأما الاذخر فهو نبت معروف بمكة وقد استثناه عليه الصلاة والسلام بالتماس العباس كما عرف في الصحيح، وذكر في البدائع ثلاثة أوجه: الاول أنه عليه الصلاة والسلام كان في قلبه هذا الاستثناء إلا أن العباس سبقه فأظهر النبي صلى الله عليه وسلم بلسانه ما كان في قلبه. الثاني يحتمل أن الله تعالى أمره أن يخبر بتحريم كل خلا مكة إلا ما يستثنيه العباس وذلك غير

ممتنع. الثالث يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام عمم المنع فلما سأله العباس جاءه جبريل برخصة الاذخر فاستثناه، وهو استثناء صورة تخصيص معنى والتخصيص المتراخي عن العام نسخ عندنا، والنسخ قبل التمكن من الفعل بعد التمكن من الاعتقاد جائز عندنا ا ه. وقيد بالحشيش لان الكماة من الحرم يجوز أخذها لانها ليست من نبات الارض وإنما هي مودعة فيها ولانها لا تنمو ولا تبقى فأشبهت اليابس من النبات. وأشار المصنف بذكر صيد الحرم وشجره وحشيشه إلى أنه لا بأس بإخراج حجارة الحرم وترابه إلى الحل لانه يجوز استعماله في الحرم ففي الحل أولى. كذا في المحيط وغيره. وكذلك يجوز نقل ماء زمزم إلى سائر البلاد للعلة المذكورة، وأما ثياب الكعبة فنقل أئمتنا أنه لا يجوز بيعها ولا شراؤها لكن الواقع الآن أن الامام أذن في إعطائها لبني شيبه عند التجديد وللامام ذلك، فأئمتنا إنما منعوا من بيعها لانها مال بيت المال ولا
***
[٧٩]
شك أن التصرف فيه للامام فحيث جعله عطاء لقوم مخصوصين فإن البيع جائز. وهكذا اختاره الامام النووي في شرح المهذب فقال: إن الامر فيها إلى الامام يصرفها في بعض مصارف بيت المال بيعا وعطاء لما رواه الازرقي أن عمر رضي الله عنه كان ينزع كسوة البيت كل سنة فيقسمها على الحاج، ولانه لو لم يجز التصرف في كسوتها لتلفت بطول الزمان قال ابن عباس وعائشة: تباع كسوتها ويجعل ثمنها في سبيل الله والمساكين وابن السبيل. ولا بأس أن يلبس كسوتها من صارت إليه من حائض وجنب وغيرهما. ثم قال النووي: لا يجوز أخذ شئ من طيب الكعبة لا للتبرك ولا لغيره، ومن أخذ شيئا منه لزمه رده إليها فإن أراد التبرك أتى بطيب من عنده فمسحها به ثم أخذه ا ه. قوله: (وكل شئ على المفرد به دم فعلى القارن دمان) أي دم لحجته ودم لعمرته لانه محرم بإحرامين عندنا على ما قدمناه وقد جنى عليهما وليس إحرام الحج أقوى من إحرام العمرة حتى يستتبعه كما قلنا في المحرم إذا قتل صيد الحرم أنه يلزمه جزاء واحد للاحرام لانه أقوى لان الاحرامين سواء لانه يحرم بكل واحد منهما ما يحرم بالآخر، والتفاوت إنما هو في أداء الافعال. والتحقيق أن التعدد إنما هو بسبب إدخال النقص على العبادتين بسب الجناية، وأراد بوجوب الدم على المفرد ما كان بسبب الجناية على الاحرام بفعل شئ من محظوراته لا مطلقا فإن المفرد إذا ترك واجبا من واجبات الحج لزمه دم، وإذا تركه القارن لا يتعدد الدم عليه لانه ليس جناية على الاحرام. وأراد بالدم الكفارة سواء كانت دما أو صدقة، فإذا فعل القارن ما يلزم المفرد به صدقة لزمه صدقتان كما صرح به الولوالجي في فتاواه. وسواء كانت كفارة جناية أو كفارة ضرورة، فإذا لبس أو غطى رأسه للضرورة تعددت الكفارة. وأراد بالقارن من كان محرما بإحرامين قارنا كان أو متمتعا ساق الهدي فإنا قدمنا أن المتمتع إذا ساق الهدي لا يخرج عن إحرام العمرة إلا بالحلق يوم النحر، وسيأتي في باب إضافة الاحرام إلى
***
[٨٠]
الاحرام أن من جمع بين حجتين وجنى جناية قبل الشروع في الاعمال فإنه يلزمه دمان عند أبي حنيفة لانه محرم بإحرامين كالقارن. وأطلق في لزوم الدمين فشمل ما إذا كان قبل الوقوف بعرفة أو بعده، ولا خلاف فيما قبله، وأما فيما بعده فقد قدمنا اختلاف المشايخ في أن إحرام العمرة في حق القارن ينتهي بالوقوف أولا، فمن قال بانتهائه لا يقول بالتعدد، ومن قال ببقائه قال به. وذكر شيخ الاسلام أن وجوب الدمين على القارن إذا كانت الجناية قبل الوقوف في الجماع وغيره، أما بعد الوقوف ففي الجماع يجب دمان، وفي سائر المحظورات دم واحد ا ه. وقد قدمنا أن المذهب بقاء إحرام عمرة القارن بعد الطواف إلى الحلق فيلزمه بالجناية بعد الوقوف دمان، سواء كان جماعا أو قتل صيد أو غيرهما، وقدمنا أن الصواب أنه ينتهي بالحلق حتى في حق النساء حتى لو جامع القارن بعد الحلق لا يلزمه لاجل العمرة شئ، فما في الاجناس كما نقله في غاية البيان من أن القارن إذا قتل صيدا بعد الوقوف يلزمه دم واحد ففرع على قول من قال بانتهاء إحرام العمرة بالوقوف وقد علمت ضعفه قوله: (إلا أن يجاوز الميقات غير محرم) استثناء منقطع لانه ليس داخلا فيما قبله لان صدر الكلام إنما هو فيما لزم المفرد بسبب الجناية على إحرامه والمجاوز بغير إحرام لم يكن محرما ليخرج لانه يلزمه دم، سواء أحرم بعد ذلك بحج أو عمرة أو بهما أو لم يحرم أصلا فلا حاجة إلى استثنائه في كلامهم لكن على تقدير أن يحرم بعد المجاوزة فقد أدخل نقصا في إحرامه وهو ترك جزء منه بين الميقات والموضع الذي أحرم فيه، فتوهم زفر أنه إذا أحرم قارنا أنه أدخل

هذا النقص على الاحرامين فأوجب دمين. وقلنا: إن الواحب عليه عند دخول الميقات أحد النسكين فإذا جاوزه بغير إحرام ثم أحرم بهما فقد أدخل النقص على ما لزمه وهو أحدهما فلزمه جزاء واحد. وأورد في غاية البيان على اقتصارهم في الاستثناء على هذه المسألة مسائل منها: أن القارن إذا أفاض قبل الامام يجب عليه دم واحد كالمفرد. ومنها إذا طاف طواف الزيارة جنبا أو محدثا وقد رجع إلى أهله يجب عليه دم واحد. ومنها أن القارن إذا وقف بعرفة ثم قتل صيدا فعليه قيمة واحدة كما في الاجناس. ومنها إذا حلق قبل أن يذبح فإنه يلزمه دم واحد. ومنها أن القارن إذا قطع شجر الحرم فإنه يلزمه قيمة واحدة كالمفرد ا ه‍. فالحاصل أن
***
[٨١]
المستثنى عدة مسائل لا مسألة واحدة، والتحقيق أنه لا استثناء أصلا. أما مسألة الكتاب فقد قدمنا أنه استثناء منقطع، وأما مسألة الافاضة فإنما وجب دم بسبب ترك واجب من واجبات الحج وليس هو جناية على الاحرام كما قدمناه، ولا خصوصية لهذا الواجب بل كل واجب من واجبات الخ فإنه لا تعلق للعمرة به. وأما مسألة الطواف جنبا فإنما وجب دم واحد لترك واجب من واجبات الطواف لا للجناية على الاحرام، ولهذا لو طاف جنبا وهو غير محرم فإنه يلزمه دم وإن كان الدم متنوعا إلى بدنة وشاة نظرا إلى كمال الجناية وخفتها. وأما مسألة قتل الصيد بعد الوقوف فالمذهب لزوم دمين، وما في الاجناس ضعيف كما قدمناه. وأما مسألة الحلق قبل الذبح فإنه لا يلزم المفرد به شئ لان الذبح ليس بواجب عليه، وهم إنما أوجبوا التعدد على القارن فيما يلزم المفرد به كفارة وليس على المفرد به شئ فلا يتعدد الدم على القارن. وأما مسألة قطع شجر الحرم فهو من باب الغرامات لا تعلق للاحرام به بخلاف صيد الحرم إذا قتله القارن فإنه يلزمه قيمتان كما صرح به الاسبيجابي وغيره لانها جناية على الاحرام وهو متعدد كما قدمنا أن أقوى الحرمتين تستتبع أدناهما والاحرام أقوى فكان وجوب القيمة بسبب الاحرام فقط لا بسبب الحرم، وإنما ينظر إلى الحرم إذا كان القاتل حلالا والله سبحانه الموفق. وذكر في النهاية صورة يجب فيها القارن دمان لاجل المجاوزة وهي ما إذا جاوز فأحرم بحج ثم دخل مكة فأحرم بعمرة ولم يعد إلى الحل محرما وهي غير واردة عليهم لان أحد الدمين للمجاوزة وهو الاول والثاني لتركه ميقات العمرة لانه لما دخل مكة التحق بأهلها وميقاتهم في العمرة الحل. قوله: (ولو قتل المحرمان صيدا تعدد الجزاء ولو حلالان لا) أي لا يتعدد الجزاء بقتل صيد الحرم لما قدمنا أن الضمان في حق المحرم جزاء الفعل وهو متعدد وفي صيد الحرم جزاء المحل وهو ليس بمتعدد كرجلين قتلا رجلا خطأ يجب عليهما دية واحدة لانها بدل المحل، وعلى كل واحد منهما كفارة لانها جزاء الفعل. أشار المصنف إلى أنه لو اشترك محرم وحلال في قتل صيد الحرم فعلى المحرم جميع القيمة وعلى الحلال نصفها لما أن الضمان يتبعض في حق الحلال، وإلى أنه لو كانوا أكثر من اثنين في صيد الحرم قسم الضمان على عددهم، وإلى أنه لو اشترك مع الحلال من لا يجب عليه الجزاء من كافر أو صبي وجب على الحلال بقدر ما يخصه من القيمة إذا قسمت على العدد. وفي الجامع الكبير: لو أخذ حلال صيد الحرم فقتله نصراني أو صبي أو بهيمة في يده فعلى الحلال قيمته ولا شئ على النصراني والصبي، ويرجع الحلال بما ضمن عليهما لانه لولا قتلهما لتمكن الحلال من إرساله. وذكر الاسبيجابي أنه لو
***
[٨٢]
اشترك حلال ومفرد وقارن في قتل صيد الحرم فعلى الحلال ثلث الجزاء، وعلى المفرد جزاء كامل، وعلى القارن جزاءان ا ه‍. ولم يبين المصنف الجزاء الذي يجب على الحلالين بقتل صيد الحرم مع أن فيه تفصيلا وهو أنهما إن ضرباه ضربة واحدة فمات كان على كل واحد منهما نصف قيمته صحيحا، وإن ضربه كل واحد منهما ضربة فإن وقعا معا فإنه يجب على كل واحد منهما ما نقصته جراحته، ثم يجب على كل واحد منهما نصف قيمته مجروحا بجراحتين لان عند اتحاد فعلهما جميع الصيد صار متلفا بفعلهما فضمن كل نصف الجزاء، وعند الاختلاف الجزء الذي تلف بضربة كل هو المختص بإتلافه فعليه جزاؤه والباقي متلف بفعلهما فعليهما ضمانه. وإن كان الضارب له حلالا ومحرما كذلك ضمن كل واحد ما نقصته جراحته ثم يضمن الحلال نصف قيمته مضروبا بالضربتين، وعلى المحرم قيمته مضروبا بالضربتين ولو لم يقعا معا بأن جرحه الحلال أولا ثم ثنى المحرم ضمن الحلال ما انتقص بجرحه صحيحا ونصف قيمته وبه الجراحتان لان النقصان حصل بالجرح وهو صحيح والهلاك حصل بأثر الفعل وهو منقوص بالجراحتين وعلى المحرم قيمته وبه الجرح الاول لانه حين جرح كان منقوصا بالجرح الاول. ولو قطع حلال يد صيد ثم فقأ محرم عينه ثم جرحه قارن فمات فعلى الحلال قيمته

كاملة لانه استهلكه معنى وهو صحيح لانه فوت عليه جنس المنفعة، وعلى الثاني قيمته وبه الجرح الاول لانه استهلكه معنى، وعلى القارن قيمتان وبه الجنايات لانه أتلفه حقيقة بأثر الفعل وهو منقوص بهما، وتمام تفاريعه في المحيط قوله: (ويبطل بيع المحرم صيد أو شراؤه) لان بيعه حيا تعرض للصيد بفوات الامن وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة. كذا علله في الهداية. والظاهر من الصيد هو الحي، وأما الميتة فمعلوم بطلان بيعها. وأشار إلى أنه لو هلك في يد المشتري فإنه لا ضمان عليه للبائع إذا كان اصطاده البائع وهو محرم لانه لم يملكه. وإن كان قد اصطاده وهو حلال ثم أحرم فباعه فإن المشتري يضمن له قيمته، وأما الجزاء فعلى كل واحد جزاء كامل لان البائع جنى بالبيع والمشتري بالشراء

***

[٨٣]

والاخذ. وإنما كان البيع باطلا ولم يكن فاسدا لان الصيد في حق المحرم محرم العين بقوله تعالى * (وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) * (المائدة: ٩٦) أضاف التحريم إلى العين فأفاد سقوط التقوم في حقه كالخمر في حق المسلم. وحاصله إخراج العين عن المحلية لسائر التصرفات فيكون التصرف فيها عبثا فيكون قبيحا لعينه فيبطل، سواء كانا محرمين أو أحدهما، ولهذا أطلقه المصنف فإنه أفاد أن بيع المحرم باطل ولو كان المشتري حلالا، وأن شراء باطل وإن كان البائع حلالا. وأما الجزاء فإنما يكون على المحرم حتى لو كان البائع حلالا والمشتري محرم لزم المشتري فقط، وعلى هذا كل تصرف فإن وهب صيدا فإن كانا محرمين لزم كل واحد جزاء، وإن كان أحدهما محرما لزمه فقط ولو تبايعا صيدا في الحل ثم أحرما أو أحدهما ثم وجد المشتري به عيبا رجع بالنقصان وليس له الرد. وعلى هذا لو غصب حلال صيد حلال ثم أحرم الغاصب والصيد في يده لزمه إرساله وضمان قيمته للمغصوب منه، فلو لم يفعل ودفعه إلى المغصوب منه حتى برئ من الضمان له كان عليه الجزاء وقد أساء وهذا لغز، يقال غاصب يجب عليه عدم الرد بل إذا فعل يجب به الضمان. فلو أحرم المغصوب منه ثم دفعه إليه فعلى كل واحد منهما الجزاء. قوله: (ومن أخرج ظبية الحرم فولدت فاتا ضمنهما فإن أدى جزاءها فولدت لا يضمن الولد) لان الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحق إلا من شرعا ولهذا وجب رده إلى مأمنه، وهذه صفة شرعية فتسري إلى الولد، فإن أدى جزاءها ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد لان بعد أداء الجزاء لم تبق آمنة لان وصول الخلف كوصول الاصل، ولهذا يملكها الذي أخرجها بعد أداء الجزاء، ولهذا لو ذبحها لم تكن ميتة لكنه مكروه - كذا قالوا - وقد بحث فيه المحقق في فتح القدير فقال: والذي يقتضيه النظر أن أداء الجزاء إن كان حال القدرة على إعادة مأمنها بالرد إلى المأمن لا يقع كفارة ولا يحل بعده التعرض له بل حرمة التعرض إليها قائمة، وإن كان حال العجز عنه بأن هربت في الحل بعد ما أخرجها إليه خرج به عن عهدتها فلا يضمن ما يحدث بعد التكفير من أولادها وله أن يصطادها، وهذا لان

***

[٨٤]

المتوجه قبل العجز عن تأمينها إنما هو خطاب الرد إلى المأمن ولا يزال متوجها ما كان قادرا لان سقوط الامر إنما هو بفعل المأمور به ما لم يعجز ولم يوجه، فإذا عجز توجد خطاب الجزاء، وقد صرح بأن الاخذ ليس سببا للضمان بل القتل بالنص فالتكفير قبله واقع قبل السبب فلا يقع إلا نفلا، فإذا ماتت بعد أداء هذا الجزاء لزم الجزاء لانه الآن تعلق خطاب الجزاء. هذا الذي أدين الله به وأقول: يكره اصطيادها إذا أدى الجزاء بعد الهرب ثم ظفر بها بشبهة كون دوام العجز شرط إجزاء الكفارة إلا إذا اصطادها ليردها إلى الحرم ا ه. وقد يقال: إنه لا يخلو إما أن يكون المخرج محرما أو حلالا، فإن كان محرما فلا شك أن سبب الضمان قد وجد وهو التعرض للصيد فإن الآية وإن أفادت حرمة القتل أفادت السنة حرمة التعرض قتلا أو غيره، ولهذا وجب الضمان بالدلالة وليست قتلا وقد صرحوا كما قدمناه بأن المحرم إذا جرح صيدا فكفر ثم مات فإنه لا يلزمه كفارة أخرى لانه أدى بعد السبب وليس قتلا، وإن كان المخرج حلالا فالنص الحديثي أفاد حرمة التنفير كما قدمناه بقوله ولا ينفر صيدها ولم يخص القتل. والمراد من التنفير التعرض له فإنه حرام كالقتل وإن كان لا يجب عليه بالدلالة شئ فإذا أخرجها فقد اتصل فعله بها فوجد سبب الضمان فجاز التكفير، فإذا أدى الجزاء ملكها ملكا خبيثا ولهذا قالوا: يكره أكلها. وهي عند إطلاقهم منصرفة إلى الكراهة التحريمية فدل أنه يجب ردها إلى الحرم بعد أداء الجزاء، ولو كان القتل عينا سببا للجزاء لم يجب الجزاء بإخراجها وعدم قدرته على ردها إلى الحرم بهربها، فالظاهر ما ذهب إليه أئمتنا.

وأشار المصنف رحمه الله تعالى بحكم الزيادة المنفصلة إلى الزيادة المتصلة كالسمن والشعر فإن أخرج حلال ظبية الحرم فازدادت قيمتها من بدن أو شعر ثم ماتت، فإن لم يؤد جزاءها قبل موتها فالزيادة مضمونة، وإن أدى جزاءها قبل موتها فهي غير مضمونة لانه انعدم أثر الفعل بالتكفير حتى لو أنشأ الفعل فيها لم يضمن. ولو أخرجها من الحرم فباعها أو ذبحها أو أكلها جاز البيع والاكل ويكره، وحكم الزيادة عند المشتري قبل التكفير وبعده على ما ذكرناه قبل الشراء. كذا في المحيط. وهو كما قدمناه يفيد أن الاخراج من الحرم لما كان سببا للضمان كان سببا للملك ولو لم يؤد الجزاء. والظبية الانثى من الظباء والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب.

***

[٨٥]

باب مجاوزة الميقات بغير إحرام وصله بما قبله لانه جناية أيضا لكن ما سبق جناية بعد الاحرام وهذه قبله. والميقات مشترك بين الزمان والمكان بخلاف الوقت فإنه خاص بالزمان، والمراد به هنا الميقات المكاني بدليل المجاوزة، وقد قدمنا أنه لا يجوز مجاوزة آخر المواقيت إلا محرما، فإذا جاوزه بلا إحرام لزمه دم أحد النسكين إما حج أو عمرة لان مجاوزة الميقات بنية دخول الحرم بمنزلة إيجاب الاحرام على نفسه. ولو قال لله علي أن أحرم لزمه إما حج أو عمرة، فكذلك إذا وجب بالفعل كما إذا افتتح صلاة التطوع ثم أفسدها وجب عليه قضاء ركعتين كما لو أوجبها بالقول قوله: (من جاوز الميقات غير محرم ثم عاد محرما ملبيا أو جاوز ثم أحرم بعمرة ثم أفسد وقضى بطل الدم) أي من جاوز آخر المواقيت بغير إحرام ثم عاد إليه وهو محرم ولبى فيه فقد سقط عنه الدم الذي لزمه بالمجاوزة بغير إحرام لان قد تدارك ما فاته. أطلق الاحرام فشمل إحرام الحج فرضا كان أو نفلا وإحرام العمرة. وأشار إلى أنه لو عاد بغير إحرام ثم أحرم منه فإنه يسقط الدم بالاولى لانه أنشأ التلبية الواجبة عند ابتداء الاحرام، ولهذا كان السقوط متفقا عليه. وقيد بكونه ملبيا في الميقات لانه لو عاد محرما ولم يلب في الميقات فإنه لا يسقط الدم عنه وهو قول الامام لانه لا يكون متداركا لما فاته إلا بها، وعندهما يسقط الدم مطلقا كما لو أحرم من دويرة أهله ومر بالمواقيت ساكتا فإنه لا شئ عليه اتفاقا. وجوابه أن الاحرام من دويرة أهله هو العزيمة وقد أتى به فإذا ترخص بالتأخير إلى الميقات وجب عليه قضاء حقه بإنشاء التلبية. وأشار إلى أنه لو عاد محرما ولم يلب فيه لكن لبى بعدما جاوزه ثم رجع ومر به ساكتا فإنه يسقط عنه بالاولى لانه فوق الواجب عليه في تعظيم البيت. وأطلق في العود فشمل ما إذا عاد إلى الميقات الذي جاوزه غير محرم أو إلى غيره أقرب أو أبعد لان المواقيت كلها سواء في حق الاحرام، والاولى أن يحرم من وقته. كذا في المحيط. وقيدنا بكونه جاوز آخر المواقيت لما قدمناه في باب الاحرام أنه لا يجب إلا عند آخرها، ويجوز مجاوزة ميقاته بغير إحرام إذا كان بعده ميقات آخر. وترك المصنف قيدا لابد منه وهو أن يكون العود إلى الميقات قبل الشروع في الاعمال، فلو عاد إليه بعد ما طاف شوطا لا يسقط

***

[٨٦]

عنه الدم اتفاقا، وكذا بعد الوقوف بعرفة من غير طواف لان ما شرع فيه وقع معتدا به فلا يعود إلى حكم الابتداء بالعود إلى الميقات، وما في الهداية من التقييد باستلام الحجر مع الطواف فليس احترازيا بل الطواف يؤكد الدم من غير استلام كما نبه عليه في العناية، ولم يذكر المصنف أن العود أفضل أو تركه. وفي المحيط: إن خاف فوت الحج إذا عاد فإنه لا يعود ويمضي في إحرامه، وإن لم يخف فوته عاد لان الحج فرض والاحرام من الميقات واجب وترك الواجب أهون من ترك الفرض اه‍. فاستفيد منه أنه لا تفصيل في العمرة وأنه يعود لانها لا تفوت أصلا. وبما قررناه علم أنه لا حاجة إلى قوله أو جاوز ثم أحرم إلى آخره لدخوله تحت قوله ثم عاد محرما ملبيا لانه لا فرق كما علمت بين إحرام الحج والعمرة أداء أو قضاء وإن كان أفردها لاجل أن زفر يخالف فيها فهو مخالف أيضا فيما قبلها خصوصا أنه موهم غير المراد فإنه لم يشترط العود إلى الميقات في القضاء ولا بد منه للسقوط. وقيد بالعمرة وليس احترازيا بل إذا فسد الحج ثم قضاه بأن عاد إلى الميقات فالحكم كذلك من سقوط الدم.

***

[٨٧]

قوله: (فلو دخل كوفى البستان لحاجة له دخول مكة بغير إحرام ووقته البستان) لانه لم يقصد أولا دخول مكة وإنما قصد البستان فصار بمنزلة أهله حين دخله وللبستاني أن يدخل مكة بغير إحرام للحاجة فكذلك له. والمراد بقوله ووقته البستان جميع الحل الذي بينه

وبين الحرم قالوا: وهذه حيلة الآفاقي إذا أراد أن يدخل مكة بغير إحرام فينوي أن يدخل خليصا مثلا فله مجاوزة رابغ الذي هو ميقات الشامي والمصري المحاذي للجحفة ولم أر أن هذا القصد لا بد منه حين خروجه من بيته أولا، والذي يظهر هو الاول فإنه لا شك أن الآفاقي يريد دخول الحل الذي بين الميقات والحرم وليس ذلك كافيا فلا بد من وجود قصد مكان مخصوص من الحل الداخل الميقات حين يخرج من بيته وإلا فالظاهر قول أبي يوسف أنه إذا نوى إقامة خمسة عشر يوما في البستان فله دخول مكة بلا إحرام وإلا فلا، لكن ظاهر المذهب الاطلاق.

***

[٨٨]

قوله: (ومن دخل مكة بلا إحرام ثم حج عما عليه في عامة ذلك صح عن دخول مكة بلا إحرام وإن تحولت السنة لا) لانه تلافي المتروك في وقته لان الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالاحرام كما إذا أتاها بحجة الاسلام في الابتداء بخلاف ما إذا تحولت السنة لانه صار دينا في ذمته فلا يتأدى إلا بإحرام مقصود كما في الاعتكاف المنذور فإنه يتأدى بصوم رمضان من هذه السنة دون العام الثاني. فإن قلت: سلمنا أن الحجة بتحول السنة تصير دينا ولكن لا نسلم أن العمرة تصير دينا لانها غير مؤقتة قلت: لا شك أن العمرة يكره تركها إلى آخر أيام النحر والتشريق فإذا أخرها إلى وقت يكره صار كالمفوت لها فصارت دينا. كذا في غاية البيان. وفي فتح القدير: ولقائل أن يقول لافرق بين سنة المجاوزة وسنة أخرى فإن مقتضى الدليل إذا دخلها بلا إحرام ليس إلا وجوب الاحرام بأحد النسكين فقط ففي أي وقت فعل ذلك يقع أداء إذ الدليل لم يوجب ذلك في سنة معينة ليصير بفواتها دينا يقضى، فهما أحرم من الميقات بنسك عليه تأدى هذا الواجب في ضمنه، وعلى هذا إذا تكرر الدخول بلا إحرام منه ينبغي أن لا يحتاج إلى التعيين وإن كانت أسبابا متعددة الاشخاص دون النوع كما قلنا فيمن عليه يومان من رمضان ينوي مجرد قضاء ما عليه ولم يعين الاول ولا غيره جاز، وكذا لو كانا من رمضانين على الاصح، وكذا نقول إذا رجع مرارا فأحرم كل مرة بنسك حتى أتى على عدد دخلاته خرج عن عهدة ما عليه اهـ. يشير إلى رد ما ذكره الاسبيجابي من أنه لو جاوز الميقات قاصدا مكة بلا إحرام مرارا فإنه يجب عليه لكل مرة إما حجة أو عمرة، ولو خرج من عامة ذلك لى الميقات فأحرم بحجة الاسلام أو غيرها فإنه يسقط عنه ما وجب عنه لاجل المجاوزة الاخيرة ولا يسقط عنه ما وجب لاجل مجاوزته قبلها لان الواجب قبل الاخيرة صار دينا فلا يسقط إلا بتعيين النية اهـ. وأطلق المصنف الحج فشمل حجة الاسلام والحجة المنذورة ويلحق به العمرة المنذورة، فلو قال ثم أحرم عما عليه في عامة ذلك لكان أولى ليشمل كل إحرام واجب حجا أو عمرة، أداء أو قضاء أو في المحيط: وإذا جاوز العبد

***

[٨٩]

الميقات بغير إحرام ثم أذن له مولاه أن يحرم فأحرم لزمه دم الوقت إذا أعتق لانه من أهل الاحرام فلزمه الاحرام من الميقات، وأما الكافر إذا دخل مكة بغير إحرام ثم أسلم فإنه لا يلزمه شئ كالصبي إذا جاوزه بغير إحرام ثم بلغ لعدم أهلية الوجوب. ثم اعلم أنه لا خصوصية للآفاقي في وجوب الدم بترك الاحرام من الميقات، بل المكي كذلك حتى لو أحرم المكي بالعمرة من الحرم فإنه يلزمه دم كما صرح به في المحيط، وكذا لو أحرم المكي من الحل بالحج فإنه يلزمه دم، ونتأتى التفاريع المتقدمة في الآفاقي من عوده محرما ملبيا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب. باب إضافة الاحرام إلى الاحرام لما كان ذلك جناية في بعض الصور أو رده عقيب الجنايات قوله: (مكي طاف شوطا لعمرة فأحرم بحج رفضه وعليه حج وعمرة ودم لرفضه فلو مضى عليهما صح وعليه دم) بيان لحكم الجمع بين الحج والعمرة من المكي فإنه كما قدمناه منهي عن الجمع بينهما، فإذا أدخل إحرام الحج على إحرام العمرة بعد الشروع فيها فقد ارتكب المنهي فوجب عليه الخروج عنه

***

[٩٠]

فقالا: رفض العمرة أولى لانها أدنى حالا وأقل أعمالا وأيسر قضاء لكونها غير مؤقتة. وقال الامام الاعظم: رفض الحج أولى. ولهذا قال في المختصر رفضه أي الحج لان إحرام العمرة قد تأكد بأداء شئ من أعمالها وإحرام الحج لم يتأكد ورفض غير المتأكد أيسر، ولان في رفض العمرة والحالة هذه إبطال العمل وفي رفض الحج امتناعا عنه. قيد بالمكي لان الآفاقي إذا أحرم بالحج بعد فعل أقل أشواط

العمرة كان قارنا بلا إساءة كما لو لم يطف أصلا وإن كان بعد فعل الاكثر كان متمتعا إن كان في أشهر الحج. وقيد بالشوط وأراد به أقل الاشواط ولو ثلاثة لانه لو أتى بالاكثر ففي الهداية وشروحها أنه يرفض الحج بلا خلاف لان للاكثر حكم الكل فيتعذر رفضها. وفي المبسوط: إنه لا يرفض واحدا منهما كما لو فرغ منها وعليه دم لمكان النقص بالجمع بينهما فلذا لا يأكل منه، وجعله الاسبيجابي ظاهر الرواية، ونقل عن أبي يوسف أن رفض الحج أفضل واختاره الفقيه أبو الليث وقاضيخان في فتاواه ثم قال: ويمضي في عمرته ثم يقضي الحجة من عامة ذلك إن بقي وقته اه. ولم يذكر في ظاهر الرواية أنه إذا رفض الحج يلزمه دم وقضاء عمرة مع الحج كما أوجبه أبو حنيفة فيما لو طاف الاقل. كذا ذكره الاسبيجابي. ولو لم يطف للعمرة أصلا فإنه يرفضها اتفاقا ويقضيها وعليه دم لرفضها كما لو قرن المكي فإنه يرفض العمرة ويمضي في الحج. وأطلق في الطواف فشمل ما إذا كان في أشهر الحج أو لا كما في المبسوط، وأشار إلى أنه لو أحرم أولا بالحج وطاف له شوطا ثم أحرم بالعمرة فإنه يرفضها اتفاقا ويقضيها وعليه دم لرفضها كما لو لم يطف، وسيأتي أنه إن مضى عليهما وجب عليه دم. وقد ظهر بما قررناه أولا أن رفض الحج في مسألة الكتاب إنما هو مستحب وليس بواجب حتى إذا رفض العمرة صح، ولهذا قال في الهداية: وعليه دم بالرفض أيهما رفضه لانه تحلل قبل أوانه لتعذر المضي فيه فكان في معنى المحصر إلا أن في رفض العمرة قضاءها لا غير، وفي رفض الحج قضاؤه وعمرة لانه في معنى فائت الحج اه. ولم يذكر بماذا يكون رافضا وينبغي أن يكون الرفض بالفعل بأن يحلق مثلا بعد الفراغ من أعمال العمرة، ولا يكتفى بالقول أو بالنية لانه جعله في الهداية تحللا وهو لا يكون إلا بفعل شئ من محظورات الاحرام. وقال الولوالجي في فتاواه: وتحليل الرجل لامرأته أن ينهاها ويصنع بها أدنى ما يحرم عليه بالاحرام ولا يكون التحليل بالنهي ولا بقوله قد حللتك لان التحليل شرع بالفعل دون القول اه. بخلاف ما إذا أحرم بحجتين فإن رفض أحدهما بشروعه في الاعمال على ظاهر الرواية كما سيأتي من غير تحليل لانه لا يمكن المضي فيهما وهنا يمكن المضي فيهما فإنه إن مضى عليهما أجزأه لانه أدى أفعالهما كما التزمهما غير أنه منهي عنه والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من أصلنا، وعليه دم لجمعه بينهما لانه تمكن النقص في عمله لارتكابه المنهي عنه، وهو في حق المكي دم جبر، وفي حق الآفاقي دم شكر. وأطلق في قوله وعليه حجة وعمرة ودم وهو كذلك

***

[٩١]

في وجوب الدم، وأما في وجوب العمرة فمقيد بما إذا لم يحج من سنته، أما إذا حج من سنته فلا عمرة عليه لان وجوب العمرة مع الحج إنما هو لكونه في معنى فائت الحج، وإذا حج من سنته فليس في معناه كالمحصر إذا تحلل ثم حج في تلك السنة لا تجب العمرة عليه بخلاف ما إذا تحولت السنة. ووقع في نسخة الزيلعي الشارح أنه أبدل العمرة بالدم فقال: إذا حج من سنته ينبغي أن لا يجب عليه الدم. وهو سبق قلم كما لا يخفى. والرفض الترك وهو من بابي طلب وضرب. كذا في المغرب. قوله: (ومن أحرم بحج ثم بآخر يوم النحر فإن حلق في الاول لزمه الآخر ولا دم وإلا لزم وعليه دم قصر أو لا ومن فرغ من عمرته إلا التقصير فأحرم بأخرى لزمه دم) بيان للجمع بين إحرامين لشيئين متحدين، وصرح في الهداية بأنه بدعة، وإفراط في غاية البيان فقال: إن الجمع بين الاحرامين لحجتين أو لعمرتين حرام لانه بدعة اه. وهو سهو لما في المحيط: والجمع بين إحرامي الحج لا يكره في ظاهر الرواية لان في العمرة إنما كره الجمع بين الاحرامين لانه يصير جامعا بينهما في الفعل لانه يؤديهما في سنة واحدة، وفي الحج لا يصير جامعا بينهما في الاداء في سنة واحدة فلا يكره اه. فإذا أحرم بحجة ووقف بعرفات ثم أحرم بأخرى يوم النحر فإن الثانية تلزمه مطلقا لامكان الاداء لان الاحرام الثاني إنما يرتفض لتعذر الاداء ولا تعذر هنا في الاداء لان إحرامه انصرف إلى حجة في السنة القابلة، فإن كان الاحرام الثاني بعد الحلق للاول فلا دم عليه لانه أحرم بالثانية بعد التحلل من الاولى فلم يكن جامعا، وإن كان قبل الحلق لزمه دم عند أبي حنيفة مطلقا لانه إن حلق للاولى فقد جنى على إحرام الثانية، وإن كان نسكا في إحرام الاولى وإن لم يحلق فقد أخر النسك عن وقته وهما يخصان الوجوب بما إذا حلق لانهما لا يوجبان بالتأخير شيئا. وبهذا علم أن المراد بالتقصير في قوله قصر أولا الحلق وإنما اختاره اتباعا للجامع الصغير كما في غاية البيان، أو ليصير الحكم جاريا في المرأة لان التقصير عام في الرجل والمرأة كما في

***

[٩٢]

العناية. وإنما لزم الدم فيما إذا أحرم بعمرة بعد أفعال الاولى قبل الحلق لانه جمع بينهما، وقد تقدم أنه مكروه في العمرتين دون الحجتين فلذا فرق في المختصر بين الحج والعمرة فأوجب في العمرة دما للجمع بين العمرتين ولم يوجبه في الحج لانه لو أوجبه لاوجب دمين فيما إذا أحرم بالثاني قبل الحلق للاول دم لما ذكرناه سابقا ودم للجمع، وبه قال بعض المشايخ اتباعا لرواية الاصل، وما في المختصر اتباع للجامع الصغير فإنه أوجب دما واحدا للحج، وقد علمت فيما سبق عن المحيط أن الفرق بينهما ظاهر الرواية، وتعقبه في فتح القدير بأنه لا يتم لان كونه يتمكن من أداء العمرة الثانية لا يوجب الجمع فعلا فاستويا، فالاوجه أنه ليس فيه إلا رواية الوجوب اه. وقيد بكونه أحرم للثاني يوم النحر لانه لو أحرم بالثاني بعرفات ليلا أو نهارا أرفض الثاني وعليه دم للرفض، وعمرة وحجة من قابل عندهما لانه كفائت الحج، وعند محمد لا يصح التزامه الثانية. ثم عند أبي يوسف ارتفض كما انعقد، وعند أبي حنيفة ارتفض بوقوفه بعرفة. كذا في المحيط وهو ظاهر فيما إذا أحرم بالثاني يوم عرفة أو ليلة النحر ولم يكن وقف نهارا، وأما إذا أحرم ليلة النحر بعدما وقف نهارا فينبغي أن يرتفض عند أبي حنيفة بالوقوف بالمزدلفة لا بعرفة لانه سابق وسبب الترك إنما يكون متأخرا. وقيد بتراخي إحرام الثانية عن الاول لانه إن أحرم بهما معا أو على التعاقب لزماه عندهما، وعند محمد في المعية يلزمه إحداهما وفي التعاقب الاولى فقط، وإذا لزماه عندهما ارتفضت إحداهما ويثبت حكم الرفض. واختلفا في وقت الرفض، فعند أبي يوسف عقب صيرورته محرما بلا مهلة، وعند أبي حنيفة إذا شرع في الاعمال، وقيل إذا توجه سائرا، ونص في

***

[٩٣]

المبسوط على أنه ظاهر الرواية لانه لا تنافي بين الاحرامين وإنما التنافي بين الاداءين. وثمرة الاختلاف فيما إذا جنى قبل الشروع فعليه دمان للجناية على إحرامين، ولو قتل صيدا لزمه قيمتان ودم عند أبي يوسف لارتفاض إحداهما قبلها، وإذا رفض إحداهما الزمه دم للرفض ويمضي في الاخرى ويقضي حجة وعمرة لاجل التي رفضها. وإذا أحصر قبل أن يصير إلى مكة بعث بهديين عند الامام، وبواحد عندهما، أما عند أبي يوسف فلانه صار رافضا لاحداهما، وأما عند محمد فلانه لم يلزمه إلا أحدهما، فإذا لم يحج في تلك السنة لزمه عمرتان وحجتان لانه فاته حجتان في هذه السنة. وقيد بكون إحرام العمرة الثانية بعد الفراغ من العمرة الاولى إلا التقصير لانه لو كان بعد التقصير فلا شئ عليه، وإن كانا معا أو على التعاقب فالحكم كما تقدم في الحجتين من لزومهما عندهما خلافا لمحمد، ومن ارتفاع أحدهما بالشروع في عمل الاخرى عند الامام خلافا لابي يوسف ووجوب القضاء ودم للرفض وإن كان قبل الفراغ بعد ما طاف للاولى شوطا رفض الثانية وعليه دم الرفض والقضاء، وكذا لو طاف الكل قبل أن يسعى، فإن كان فرغ إلا الحلق لم يرفض شيئا وعليه دم الجمع وهي مسألة المختصر، فإن حلق للاولى لزمدم آخر للجناية على الثانية، ولو كان جامع في الاول قبل أن يطوف فأفسدها ثم أدخل الثانية يرفضها ويمضي في الاولى حتى يتمها لان الفاسد معتبر بالصحيح في وجوب الاتمام. وإن نوى رفض الاولى والعمل في الثانية لم يكن عليه إلا الاولى، ومن أحرم لا ينوي شيئا فطاف ثلاثة فأقل ثم أهل بعمرة رفضها لان الاولى تعينت عمرة حين أخذ في الطواف فحين أهل بعمرة أخرى صار جامعا بين عمرتين فلهذا يرفض الثانية. قوله: (ومن أحرم يحج ثم بعمرة ثم وقف بعرفات فقد رفض عمرته وإن توجه إليها لا) أي لا يصير رافضا لانه يصير قارنا بالجمع بين الحج والعمرة لانه مشروع في حق الآفاقي والكلام فيه لكنه مسئ بتقديم إحرام الحج على إحرام العمرة كما قدمناه في بابه، وقد تعذر عليه أداء العمرة بالوقوف إذ هي مبنية على الحج غير مشروعة، وقد تقدم الفرق بين الوقوف والتوجه. وإنما قلنا إن العمرة تحتمل الرفض لما روي عن عائشة قالت: خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أن قال لها النبي صلى الله عليه وسلم: وامشطي رأسك وارفضي عمرتك. والمراد بقوله ثم

***

[٩٤]

بعمرة أنه أحرم بالعمرة ولم يأت بأكثر أشواطها حتى وقف بعرفات فالاتيان بالاقل كالعدم قوله: (فلو طاف للحج ثم أحرم بعمرة ومضى عليهما يجب دم) يعني لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع فصح الاحرام بهما، وأراد بهذا الطواف طواف القدوم وهو سنة فإن لم يأت بما هو ركن يمكنه أن يأتي بأفعال العمرة ثم بأفعال الحج، فلهذا لو مضى عليهما جاز ولزمه دم للجمع وهو دم كفارة وجبر حتى لا يأكل منه لانه خالف السنة في هذا الجمع، وصححه في الهداية. وقول المصنف: (وندب رفضها) أي العمرة يدل على أنه دم

شكر وهو دم القران كما اختاره شمس الائمة السرخسي، فإن محمدا قال في الجامع الصغير: وأحب إلي أن يرفض العمرة. فدل على أنه دم شكر فإنه لم يبين أفعال العمرة على أفعال الحج لان ما أتى به إنما هو سنة فيمكنه بناء أفعال الحج على أفعال العمرة فلا موجب للجبر. واختاره في فتح القدير وقواه بأن طواف القدوم ليس من سنن نفس الحج بل هو سنة قدوم المسجد الحرام كركعتي التحية لغيره من المساجد، ولذا سقط بطواف آخر من مشروعات الوقت وأطال الكلام فيه. قيد بالطواف بأنه لو لم يطف لم يستحب رفضها فإذا رفضها يقضيها لصحة الشروع فيها وعليه دم لرفضها قوله: (وإن أهل بعمرة يوم النحر لزمته ولزمه الرفض والدم والقضاء) لصحة الشروع مع الكراهة التحريمية فلزمت للاول ولزم الترك تخلصا من الاثم، وإن رفضها لزمه دم للتحلل منها بغير أفعالها، ووجب القضاء لانه ثمرة اللزوم. وأراد بيوم النحر اليوم الذي تكره العمرة فيه وهو يوم النحر وأيام التشريق، وأطلقه فشمل ما إذا كان قبل الحلق أو بعده قبل طواف الزيارة أو بعده، واختاره في الهداية وصححه الشارح لانه بعد الحلق والطواف بقي عليه من واجبات الحج كالرمي وطواف الصدر وسنة المبيت، وقد كرهت العمرة في هذه الايام أيضا فيصير بانيا أفعال العمرة على أفعال الحج بلا ريب وهو مكروه قوله: (فإن مضى عليها صح ويجب دم) لان الكراهة لمعنى في غيرها وهو كونه مشغولا بأداء بقية أفعال الحج في هذه الايام فيجب تخليص الوقت له تعظيما وهو لا يعدم المشروعية لكن يلزمه الدم كفارة للجمع بين الاحرامين أو للجمع بين الافعال الباقية فهو دم جبر لا يؤكل منه كالاول قوله: (ومن فاته الحج فأحرم بعمرة أو حجة رفضها) لان فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة من غير أن ينقلب إحرامه

***

[٩٥]

إحرام العمرة فيصير جامعا بين العمرتين من حيث الافعال فلزمه الرفض كما لو أحرم بهما أو جامعا بين حجتين إحراما فعليه أن يرفض الثانية كما لو أحرم بحجتين ولزمه القضاء لصحة الشروع ودم للرفض بالتحلل قبل أوانه، وقد شبهوا فائت الحج بالمسبوق فإنه مقتد تحريمة حتى لا يجوز اقتداء الغير به، ومنفرد أداء حتى تلزمه القراءة والله تعالى أعلم. باب الاحصار هو والفوات من العوارض النادرة فأخرهما وقدم الاحصار لانه وقع له عليه السلام دون الفوات. واختلف في معناه اللغوي، فقيل الاحصار للمرض والحصر للعدو وعليه فقوله تعالى * (فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى) * (البقرة: ١٩٦) لبيان حكم المرض وألحق به الحصر بالعدو دلالة بالاولى لان منع العدو حسي لا يتمكن معه من المضي بخلافه مع المرض إذ يمكن بالمحمل والمركب. والاكثر على أن الاحصار هو المنع، سواء كان من خوف أو مرض أو عجز أو عدو، واختاره في الكشاف. وفي المغرب: الحصر المنع من باب طلب يقال أحصر الحاج إذا منعه خوف أو مرض من الوصول لاتمام حجته أو عمرته، وإذا منعه سلطان أو مانع قاهر في حبس أو مدينة قيل حصر. هذا هو المشهور. وفي الشريعة هو منع الوقوف والطواف. قوله: (لمن أحصر بعدو أو مرض أن يبعث شاة تذبح عنه فيتحلل) لما تلونا من الآية. وأفاد بذكر اللام دون على أنه لو صبر ورجع إلى أهله بغير تحلل إلى أن يزول الخوف فإنه جائز، فإن أدرك الحج وإلا تحلل بالعمرة، فالتحلل بذبح الهدي إنما هو للضرورة حتى لا يمتد إحرامه فيشق عليه كما ذكره الشارح، فما وقع في المبسوط من التعبير به على في غير محله. وأشار بذكر العدو والمرض إلى كل منع فيكون محصرا بهلاك النفقة وموت محرم المرأة أو زوجها في الطريق. وشرط في التجنيس عدم القدرة على المشي فيما إذا سرقت النفقة فإن قدر عليه فليس بمحصر. وعلله في المبسوط بأنه لا يبعد أن لا يلزمه المشي في الابتداء ويلزمه بعد الشروع كما لا تلزمه حجة التطوع ابتداء ويلزمه الاتمام إذا شرع فيها.

***

[٩٦]

وجعل في المحيط ما في التجنيس قول محمد. وقال أبو يوسف: إن قدر على المشي في الحال وخاف أن يعجز جاز له التحلل، ومن الاحصار ما إذا أحرمت المرأة بغير زوج أو محرم فلا تحل إلا بالدم لان المنع الشرعي آكد من المنع الحسي، ومنه ما إذا أحرمت للتطوع بغير إذن الزوج لكن للزوج أن يحللها بغير الهدي بأن يصنع بها أدنى ما يحرم على المحرم كقص ظفر. واختلفوا في كراهة تحليلها بالجماع وذكر القولين في المحيط من غير ترجيح، وينبغي ترجيح الكراهة لتصريحهم بالكراهة في إجازة نكاح الفضولي بالجماع ودواعيه وعليه هدي الاحصار وقضاء حجة وعمرة إن لم تحج في هذه السنة وإلا فالحج كاف، ولا تحتاج إلى نية القضاء لانه لزمها حجة هذه السنة

وأنها متعينة فلا تفتقر إلى النية المتعينة. ومنه ما إذا أحرم العبد بغير إذن مولاه وللمولى أن يحلله بغير هدي وعلى العبد هدي وقضاء حجة وعمرة بعد العتق، وإن أحرم بإذنه كره له أن يحلله وصح لان اللزوم لم يظهر في حق السيد لان منافعه مملوكة للسيد وبالاذن صار معيرا منافعه وللمعير أن يسترد ما أعار بخلاف المنكوحة إذا أحرمت بإذن الزوج فإنه ليس له أن يحللها لان منافعها مملوكة لها حقيقة، وإنما للزوج فيها حق وقد أسقط حقه بالاذن، وأما إذا أحرم العبد بأذن المولى ثم أحصر بعدو أو مرض اختلفوا، فاختار في المحيط وفتاوى قاضيخان أنه لا يجب دم الاحصار على المولى وإنما يجب على العبد بعد الاعتاق. واختار الاسبيجابي وجوبه على المولى بمنزلة النفقة، وذكر القولين في معراج الدراية، وينبغي ترجيح الاول لما أنه عارض لم يلتزمه المولى بخلاف النفقة. وإنما كان الواجب الشاة لان المنصوص عليه هو ما استيسر من الهدي وأدناه شاة، وليس المراد به بعث الشاة بعينها لان
***
[٩٧]
ذلك قد يتعذر بل له أن يبعث بقيمتها حتى يشتري بها شاة فتذبح في الحرم. وأفاد باقتصاره على بعث الشاة أنه لو لم يجد ما يذبح لا يقوم الصوم أو الاطعام مقامه بل يبقى محرما إلى أن يجد أو يطوف ويسعى بين الصفا والمروة ويحلق كما في الخانية وغيرها. وأفاد بالفاء التي للتعقيب في قوله فيتحلل إلى أنه لا يتحلل إلا بالذبح ولهذا قالوا: إنه يواعد من يبعثه بأن يذبحها في يوم معين، فلو ظن أنه ذبح هديه ففعل ما يفعله الحلال ثم ظهر أنه لم يذبح كان عليه ما على الذي ارتكب محظورات إحرامه لبقاء إحرامه. كذا في النهاية. وأفاد بذكر التحلل بعد الذبح إلى أنه لا حلق عليه ولا تقصير وهو قول أبي حنيفة ومحمد وإن حلق فحسن. وقال أبو يوسف: عليه أن يحلق وإن لم يحلق فلا شئ عليه. وأطلقه في الهداية فشمل ما إذا أحصر في الحل أو الحرم، وقيده المصنف في الكافي بما إذا أحصر في الحل، أما إذا أحصر في الحرم فيحلق اتفاقا. وينبغي أن لا خلاف فإنهما قالا بأنه حسن، وهو قال باستحبابه ولم يقل بوجوبه بدليل أنه قال: وإن لم يفعل فلا شئ عليه كما في الخبازية ومعراج الدراية قوله: (ولو قارنا بعث دمين) أي لو كان المحصر قارنا فإنه يبعث دما لعمرته ودما لحجته لانه محرم بهما. أطلقه فأفاد أنه لا يحتاج إلى تعيين الذي للعمرة والذي للحج كما في المبسوط، وأفاد أنه لو بعث بهدي واحد ليتحلل عن أحدهما ويبقى في الآخر لم يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما لم يشرع إلا في حالة واحدة، فلو تحلل عن أحدهما دون الآخر يكون فيه تغيير للمشروع، ولو بعث بثمن هديين فلم يوجد بذلك بمكة إلا هدي واحد فذبح عنه فإنه لا يتحلل لا عنهما ولا عن أحدهما. وأشار إلى أنه لو أحرم بعمرتين أو بحجتين ثم أحصر قبل السير فإنه يتحلل بذبح هديين في الحرم بخلاف ما إذا أحصر بع السير فإنه يصير رافضا لاحدهما به كما قدمناه في الباب السابق. وأشار بالاكتفاء بالبعث في المفرد والقارن إلى أنه إذا بعث الهدي إن شار رجع وإن شاء أقام إذ لا فائدة في الاقامة قوله: (ويتوقت بالحرم لا بيوم النحر) يعني فيجوز ذبحه في أي وقت شاء لاطلاق قوله تعالى * (فما استيسر من الهدي) * (البقرة: ١٩٦) من غير تقييد بالزمان. وأما تقييده بالمكان فبقوله تعالى * (ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدى محله) * (البقرة: ١٩٦) أي مكانه وهو الحرم فكان حجة عليهما في قياس الزمان على المكان، فلو ذبح في الحل فحل على ظن الذبح في الحرم فهو محرم كما كان، ولا يحل
***
[٩٨]
حتى يذبح في الحرم وعليه الدم لتناول محظورات إحرامه. كذا ذكره الاسبيجابي. أطلقه فشمل إحرام الحج وإحرام العمرة لكن لا خلاف أن المحصر بالعمرة لا يتوقت ذبحه باليوم، وفي المحيط جعل المواعدة المتقدمة إنما يحتاج إليها على قول أبي حنيفة لان دم الاحصار عنده لا يتوقت باليوم فلا يصير وقت الاحلال معلوما للمحصر من غير مواعدة ولا يحتاج إليها عندهما لان دم الاحصار موقت عندهما بيوم النحر فكان وقت الاحلال معلوما اه‍. وفيه نظر، لانه موقت عندهما بأيام النحر لا باليوم الاول فيحتاج إلى المواعدة لتعيين اليوم الاول أو الثاني أو الثالث، وقد يقال يمكنه الصبر إلى مضي الايام الثلاثة فلا يحتاج إليها قوله: (وعلى المحصر بالحج إن تحلل حجة وعمرة وعلى المعتمر عمرة وعلى القارن حجة وعمرتان) بيان لحكم المحصر المآلي فإن له حكمين حاليا ومآليا، فما تقدم من بعث الشاة حكم الحالي والقضاء إذا تحلل وزال الاحصار حكمه المآلي، فإن كان مفردا بالحج فإن حج من سنته فإن لا يلزمه شئ وإلا لزمه قضاؤها وعمرة أخرى لانه فائت الحج. أطلقه فشمل ما إذا كان الحج فرضا أو نفلا شرع فيه، وشمل ما إذا قرن في القضاء أو أفردهما فإنه

مخير لانه التزم الاصل لا الوصف. وأما نية القضاء فإن كان بحج نفل وتحولت السنة فهي شرط، وإن كان بحجة الاسلام فلا ينوي القضاء بل حجة الاسلام. وإنما لزم القارن عمرة ثانية لانه فائت الحج فلذا لو حج من سنته وأتى بهما فإنه لا يلزمه عمرة أخرى. وأطلقه أيضا فأفاد أن له في القضاء القران وإفراد كل واحد من الثلاثة لما قدمناه. هكذا صرحوا به هنا، وممن صرح به صاحب المبسوط والمحيط والولوالجي والمحقق ابن الهمام، ويرد عليه ما قالوه في هذا الباب من أنه إذا زال الاحصار إنما لم يجب عليه أن يأتي بالعمرة التي وجبت عليه بالشروع في القران لانه غير قادر على أدائها على الوجه الذي التزمه، وهو أن تكون أفعال الحج مرتبة عليها وبفوات الحج يفوت ذلك فإن هذا يقتضي أن ليس له الافراد وأن القران واجب في القضاء ويناقضه ما قالوه في باب الفوات من أن القارن إذا فاته الحج أدى عمرته من سنته وأدى الحج من سنة أخرى لانها لا تفوت، ولا شك أن المحصر فائت الحج إذا لم يدركه في سنته، والحق هو الاول لان بالشروع التزم أصل القربة لا

***

[٩٩]

صفتها وهو القران كما لو شرع في التطوع قائما لا يلزمه القيام عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى قوله: (فإن بعث ثم زال الاحصار وقدر على الهدى والحج توجه وإلا لا) أي إن لم يقدر عليهما لا يلزمه التوجه وهي رباعية، فإن قدر عليهما لزمه التوجه إلى الحج وليس له التحلل بالهدي لانه بدل عن إدراك الحج وقد قدر على الاصل قبل حصول المقصود من البدل، وإن لم يقدر عليهما لا يلزمه التوجه وهو ظاهر، وإن توجه ليتحلل بأفعال العمرة جاز لانه هو الاصل في التحلل وفيه فائدة وهو سقوط العمرة في القضاء وإن كان قارنا فله أن يأتي بالعمرة لما قدمناه من أنه مخير بين القران والافراد في القضاء. والثالث أن يدرك الهدي دون الحج فيتحلل، والرابع عكسه فيتحلل أيضا صيانة لما له عن الضياع والافضل التوجه. وذكر في الهداية أن هذا التقسيم لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج لان دم الاحصار عندهما يتوقت بيوم النحر فمن يدرك الحج يدرك الهدي، وإنما يستقيم على قول أبي حنيفة، وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر. وذكر في الجوهرة أنه يستقيم على الاجماع كما إذا أحصر بعرفة وأمرهم بالذبح قبل طلوع الفجر يوم النحر فزال الاحصار قبل الفجر بحيث يدرك الحج دون الهدي لان الذبح بمنى اه. وجوابه أن الاحصار بعرفة ليس بإحصار لما سيأتي، فلو أحصر بمكان قريب من عرفة لاستقام. وفي المحيط: لو بعث المحصر هديا ثم زال الاحصار وحدث آخر ونوى أن يكون عن الثاني جاز وحل به، وإن لم ينو حتى نحر لم يجز كمن وكل في كفارة يمين فكفر الموكل ثم حنث في يمين آخر فنوى أن يكون ما في يد الوكيل كفارة الثانية فإنه يجوز، وإن لم ينو حتى تصدق المأمور لا. وكذا لو بعث هديا جزاء صيد ثم أحصر فنوى أن يكون للاحصار، ولو قلد بدنة وأوجبها تطوعا ثم أحصر فنوى أن يكون لاحصاره جاز وعليه بدنة مكان ما أوجب. وقال أبو يوسف: لا يجزئه إلا عن التطوع لانها صارت كالوقف وخرجت عن ملكه عنده فلا يملك صرفها إلى غير تلك الجهة اه. قوله: (ولا إحصار بعدما وقف بعرفة) لانه لا يتصور الفوات بعده فأمن منه،

***

[١٠٠]

وإنما تحقق الاحصار في العمرة وإن كانت لا تفوت للزوم الضرر بامتداد الاحرام فوق ما التزمه، وأما المحصر في الحج بعد الوقوف فيمكنه التحلل بالحلق يوم النحر في غير النساء فلا ضرورة إلى التحلل بالدم. ثم إن دام الاحصار حتى مضت أيام التشريق فعليه لترك الوقوف بالمزدلفة دم، ولترك الجمار دم، ولتأخير الحلق دم، ولتأخير الطواف دم في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: ليس عليه لتأخير الحلق والطواف شئ. كذا في الكافي للحاكم الشهيد، وقد قدمنا عن البدائع وغيره أن واجب الحج إذا تركه بعذر لا شئ عليه حتى لو ترك الوقوف بالمزدلفة خوف الزحام لا شئ عليه كما لا شئ على الحائض بترك طواف الصدر فلا شك أن الاحصار عذر فلا شئ عليه بترك الواجبات للعذر مع أنه منقول في الحاكم كما رأيت وهو جمع كلام محمد في كتبه الستة التي هي ظاهر الرواية. وقد ظهر لي أن كلامهم هنا محمول على الاحصار بسبب العدو لا مطلقا فإنه إذا كان بالمرض فهو سماوي يكون عذرا في ترك الواجبات، وإن كان من قبل العباد فإنه لا يكون عذرا في إسقاط حق الله تعالى كما قالوه في باب التيمم أن العدو إذا أسروا حتى صلى بالتيمم فإنه يعيدها بالوضوء إذا أطلق لانه من قبل العباد. ثم اختلفوا في تحلل المحصر بعد الوقوف، قيل لا يتحلل في مكانه ويدل عليه عبارة

الاصل حيث قال: وهو حرام كما هو حتى يطوف الزيارة. وهو يدل على تأخير الحلق على أن يفعله في الحرم. وقيل يتحلل في مكانه ويدل عليه عبارة الجامع الصغير حيث قال: وهو محرم على النساء حتى يطوف طواف الزيارة. قال العتابي: وهو الاظهر. كذا في غاية البيان قوله: (ومن منع بمكة عن الركنين فهو محصر وإلا لا) أي وإن قدر على أحدهما فليس بمحصر لانه إذا منع عنهما في الحرم فقد تعذر عليه الاتمام فصار كما إذا أحصر في الحل، وإذا قدر على الطواف فلان فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل، وأما إن قدر على الوقوف فلما بينا. وقد قيل في المسألة خلاف بين أبي حنيفة وأبي
***
[١٠١]
يوسف، والصحيح ما تقدم من التفصيل. كذا في النهاية. وهو إشارة إلى رد ما في المحيط حيث جعل ما في المختصر من التفصيل رواية النوادر وأن ظاهر الرواية أن الاحصار بمكة عنهما ليس بإحصار لانه نادر ولا عبرة به. باب الفوات قوله (من فاته الحج بفوت الوقوف بعرفة فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل بلا دم) بيان لاحكام أربعة: الاول أن فوات الحج لا يكون إلا بفوت الوقوف بعرفة بمضي وقته. الثاني أنه إذا فاته يجب عليه أن يخرج منه بأفعال العمرة. الثالث لزوم القضاء سواء كان ما شرع فيه حجة الاسلام أو نذرا أو تطوعا، ولا خلاف بين الامة في هذه الثلاثة فدليلها الاجماع. والرابع عدم لزوم الدم لحديث الدارقطني المفيد لذلك لكنه ضعيف لكن تعددت طرقه فصار حسنا. وأشار بقوله فليحل بعمرة إلى وجوبها كما صرح به في البدائع، وإلى أنه يطوف ويسعى ثم يحلق أو يقصر، وإلى أن إحرامه لا ينقلب إحرام عمرة بل يخرج عن إحرام الحج بأفعال العمرة وهو قولهما خلافا لابي يوسف، ويشهد لهما أن القارن إذا فاته
***
[١٠٢]
الحج أدى عمرته لانها لا تفوت ثم أتى بعمرة أخرى لفوات الحج ثم يحلق ولا دم عليه لانه للجمع بين النسكين ولم يوجد، فلو انقلب إحرامه عمرة لصار جامعا بين إحرام عمرتين وأدائهما في وقت واحد وهو لا يجوز، ويشهد لهما أنه لو مكث حراما حتى دخل أشهر الحج من قابل فتحلل بعمل العمرة ثم حج من عامة ذلك لم يكن متمتعا، فلو انقلب إحرامه عمرة كان متمتعا كمن أحرم للعمرة في رمضان فطاف لها في شوال. كذا في المبسوط. ويشهد لابي يوسف أن فائت الحج لو أقام حراما حتى يحج مع الناس من قابل بذلك الاحرام لا يجزئه من حجته، فلو بقي أصل إحرامه لاجزأه. وأجاب عنه في المبسوط بأنه وإن بقي الاصل لكن تعين عليه الخروج بأعمال العمرة فلا يبطل هذا التعيين بتحول السنة مع أن إحرامه انعقد لاداء الحج في السنة الاولى، فلو صح آداء الحج به في السنة الثانية تغير موجب ذلك العقد بفعله وليس إليه تغيير موجب عقد الاحرام. وذكر في المحيط أن فائدة الخلاف تظهر فيما إذا فاته الحج فأهل بحجة أخرى غير الاولى صحت وبرفض الاخرى عند أبي حنيفة وعند محمد لا تصح، وعند أبي يوسف يمضي في الاخرى لان عنده إحرام الاولى انقلب للعمرة وهذا محرم بالعمرة وقد أضاف إليها حجة، وعنده لما بقي إحرامه فإذا أحرم بحجة أخرى يرفضها لئلا يكون جامعا بين إحرامي حج وعليه دم وعمرة وحجتان من قابل. فإن كان نوى بالثانية قضاء الفائتة فهي هي وعليه القضاء لانه باق في إحرام الحج، فإذا نوى به القضاء يصير ناويا للاحرام القائم فلا تصح نيته ولا يصير محرما بإحرام آخر. وأطلق في فوت الحج فشمل الحج الفاسد والصحيح، فلو أهل بحج ثم أفسده بالجماع قبل الوقوف ثم فاته الحج فعليه دم للجماع ويحل بالعمرة لان الفاسد معتبر بالصحيح، وكذا لو انعقد فاسدا كما إذا أحرم مجامعا فإنه ملحق بالصحيح. وقول صاحب الهداية لان الاحرام بعد ما انعقد صحيحا لا يخرج عنه إلا بأداء أحد النسكين، محمول على اللازم للاحتراز عن غير اللازم ليخرج به العبد والزوجة إذا أحرما بغير إذن لا ما قابل الصحيح وهو الفاسد وليخرج به ما إذا أدخل حجة على عمرة أو على عمرة فإنه ليس بلازم، ولذا وجب الرفض ولا يرد عليه المحصر فإن إحرامه لازم مع أنه يخرج عنه بغير الافعال لانه عارض لا بطريق الوضع قوله: (ولا فوت لعمرة) لعدم توقيتها بالاجماع قوله: (وهي طواف وسعي) أي أفعال العمرة طواف بالبيت سبعة أشواط وسعي بين الصفا والمروة. وليس مراده بيان ماهيتها لان ركنها الطواف
***
[١٠٣]
فقط. وأما السعي فواجب. وإنما لم يصرح بوجوبه فيها للعلم به من الحج لان السعي فيه واجب ففي العمرة أولى. ولم يذكر الاحرام

لانه شرط في النسكين حجا كان أو عمرة، ولم يذكر الحلق لانه محل مخرج منها وهو من واجباتها كما في فتاوى قاضيخان. وهي في اللغة بمعنى الزيارة، يقال اعتمر فلان فلانا إذا زاره. وفي المغرب: إن أصلها القصد إلى مكان عامر ثم غلب على القصد إلى مكان مخصوص. قوله: (وتصح في السنة وتكره يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق) لما قدمنا أنها لا تتوقت. وقد اعتمر صلى الله عليه وسلم أربع عمر: في ذي القعدة إلا الذي اعتمر مع حجته كما في صحيح البخاري، ثم المراد بالاربعة إحرامه بهن، فأما ما تم له منها فثلاث: الاولى عمرة الحديبية سنة ست فأحصر بها فنحر الهدي بها وحلق هو وأصحابه ورجع إلى المدينة. الثانية عمرة القضاء في العام المقبل وهي قضاء عن الحديبية. هذا مذهب أبي حنيفة، وذهب مالك إلى أنها مستأنفة لا قضاء عنها، وتسمية الصحابة وجميع السلف إياها بعمرة القضاء ظاهر في خلافه، وعدم نقل أنه عليه السلام أمر الذين كانوا معه بالقضاء لا يفيد بل المفيد له نقل العدم لا عدم النقل. نعم هو مما يؤنس به في عدم الوقوع لان الظاهر أنه لو كان لنقل لكن ذلك إنما يعتبر لو لم يكن من الثابت ما يوجب القضاء في مثله على العموم فيجب الحكم بعلمهم به وقضائها من غير تعيين طريق علمي. الثالثة عمرته التي قرن مع حجته على قولنا أو التي تمتع بها إلى الحج على قول القائلين أنه حج متمتعا، أو التي اعتمرها في سفره ذلك على قول القائلين بأنه أفرد واعتمر. ولا عبرة بالقول الرابع الرابعة عمرته من الجعرانة. كذا في فتح القدير. وأطلق في المختصر الكراهة فانصرفت الكراهة إلى كراهة التحريم لانها المحمل عند إطلاقها، ويدل عليه ما عن عائشة رضي الله عنها قالت: حلت العمرة في السنة كلها إلا أربعة أيام: يوم عرفة ويوم النحر ويومان بعد ذلك. وعن ابن عباس أنها خمسة، وذكر ثلاثة أيام التشريق. وأطلق في كراهتها يوم عرفة فشمل ما قبل الزوال وما بعده وهو المذهب خلافا لما عن أبي يوسف أنها لا تكره قبل الزوال، وأفاد بالاقتصار على الخمسة لانها لا تكره في أشهر الحج وهو الصحيح عند أهل العلم كما في غاية البيان، ولا فرق بين المكي والافاقي، واختلفوا في فضل أوقاتها فبالنظر إلى فعله عليه السلام فأشهر الحج أفضل، وبالنظر إلى قوله فرمضان
***
[١٠٤]
أفضل للحديث الصحيح عمرة في رمضان تعدل حجة (١). وقد وقع في الينابيع هنا غلط فاجتنبه وهو أنه قال: تكره العمرة في خمسة أيام وذكر منها يوم الفطر بدل يوم عرفة كما نبه عليه في غاية السروجي. وفي فتاوى قاضيخان تكره العمرة في خمسة أيام لغير القارن ا ه‍. وهو تقييد حسن وينبغي أن يكون راجعا إلى يوم عرفة لا إلى الخمسة كما لا يخفى وأن يلحق المتمتع بالقارن. قوله: (وهي سنة) أي العمرة سنة مؤكدة وهو الصحيح في المذهب، وقيل بوجوبها وصححه في الجوهرة واختاره في البدائع وقال: إنه مذهب أصحابنا. ومنهم من أطلق اسم السنة وهذا لا ينافي الوجوب ا ه‍. والظاهر من الرواية ما في المختصر فإن محمدا نص في كتاب الحجر أن العمرة تطوع وليس بينهما كبير فرق كما قدمناه مرارا. واستدل لها في غاية البيان بما رواه الترمذي وصححه عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن العمرة أواجبة هي؟ قال: لا، وأن تعتمروا هو أفضل. وأما قوله تعالى * (وأتموا الحج والعمرة لله) * (البقرة: ١٩٦) فالاتمام بعد الشروع ولا كلام لنافيه لان الشروع ملزم وكلامنا فيما قبل الشروع. والمراد أنها سنة في العمرة مرة واحدة فمن أتى بها مرة فقد أقام السنة غير مقيد بوقت غير ما ثبت النهي عنها فيه إلا أنها في رمضان أفضل. هذا إذا أفردها فلا ينافيه أن القران أفضل لان ذلك أمر يرجع إلى الحج لا العمرة. فالحاصل أن من أراد الاتيان بالعمرة على وجه أفضل فيها ففي رمضان أو الحج على وجه أفضل فبأن يقرن معه عمرة، ثم اعلم أن للعمرة معنى لغويا
***
[١٠٥]
ومعنى شرعيا وسببا وركنا وشرائط وجوب وشرائط صحة وواجبات وسننا وآدابا ومفسدا كالحج، وقد بينا معناها وركنها وواجباتها. وأما سببها فالبيت، وشرائط وجوبها وصحتها ما هو شرائط الحج إلا الوقت، وأما سننها وآدابها فما هو سنن الحج وآدابه إلى الفراغ من السعي، وأما مفسدها فالجماع قبل طواف الاكثر من السبعة. كذا في البدائع وغيره. وقد قدمنا أنه ليس لها طواف الصدر. وقال الحسن بن زياد: يجب عليه. باب الحج عن الغير لما كان الحج عن الغير كالتبع أخره، والاصل فيه أن الانسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة أو صوما أو صدقة أو قراءة قرآن أو ذكرا أو طوافا أو حجا أو عمرة أو غير ذلك عند أصحابنا للكتاب والسنة. أما الكتاب

فلقوله تعالى * (وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا) * (الاسراء: ٢٤) وإخباره تعالى عن ملائكته بقوله * (ويستغفرون للذين آمنوا) * (غافر: ٧) وساق عبارتهم بقوله تعالى * (ربنا وسعت كل شئ رحمة وعلما فاغفر للذين تابوا واتبعوا سبيلك) * إلى قوله * (وقهم السيئات) * (غافر: ٩) وأما السنة فأحاديث كثيرة منها ما في الصحيحين حين ضحى بالكبشين فجعل أحدهما عن أمته وهو مشهور تجوز الزيادة به على الكتاب. ومنها ما رواه أبو داود اقرؤوا على موتاكم سورة يس (١). وحينئذ فتعين. أن لا يكون قوله تعالى * (وأن ليس للانسان إلا ما سعى) * (النجم: ٣٩) عى ظاهره وفيه تأويلات أقربها ما اختاره المحقق ابن الهمام أنها مقيدة بما يهبه العامل يعني ليس للانسان من سعي غيره نصيب إلا إذا وهبه له فحينئذ يكون له، وأما قوله عليه السلام لا يصوم أحد عن أحد ولا يصلي أحد عن أحد (٢) فهو في حق الخروج عن العهدة لا في حق الثواب فإن من صام أو صلى أو تصدق وجعل ثوابه لغيره من الاموات والاحياء جاز ويصل ثوابها إليهم عند أهل
***
[١٠٦]
السنة والجماعة. كذا في البدائع. وبهذا علم أنه لا فرق بين أن يكون المجعول له ميتا أو حيا، والظاهر أنه لا فرق بين أن ينوي به عند الفعل للغير أو يفعله لنفسه، ثم بعد ذلك يجعل ثوابه لغيره لاطلاق كلامه، ولم أر حكم من أخذ شيئا من الدنيا ليجعل شيئا من عبادته
***
[١٠٧]
للمعطى، وينبغي أن لا يصح ذلك. وظاهر إطلاقهم يقتضي أنه لا فرق بين الفر ض والنفل، فإذا صلى فريضة وجعل ثوابها لغيره فإنه يصح لكن لا يعود الفرض في ذمته لان عدم الثواب لا يستلزم عدم السقوط عن ذمته ولم أره منقولا قوله: (النيابة تجري في العبادات المالية عند العجز والقدرة ولم تجز في البدنية بحال وفي المركب منهما تجري عند العجز فقط) بيان لانقسام العبادة إلى ثلاثة أقسام: مالية محضة كالزكاة وصدقة الفطر والاعتاق والاطعام والكسوة في الكفارات والعشر والنفقات، سواء كانت عبادة محضة أو عبادة فيها معنى المؤنة أو مؤنة فيها معنى العبادة كما عرف في الاصول. وبدنية محضة كالصلاة والصوم والاعتكاف وقراءة القرآن والاذكار والجهاد. ومركبة من البدن والمال كالحج. والاصل فيه أن المقصود من التكاليف الابتلاء والمشقة وهي في البدنية بإتعاب النفس والجوارح بالافعال المخصوصة، وبفعل نائبه لا تتحقق المشقة على نفسه فلم تجز النيابة مطلقا لا عند العجز ولا عند القدرة، وفي المالية بتنقيص المال المحبوب للنفس بإيصاله إلى الفقير وهو موجود بفعل النائب. وكان مقتضى القياس أن لا تجري النيابة في الحج لتضمنه للمشقتين البدنية والمالية والاولى لا يكتفى فيها بالنائب لكنه تعالى رخص في إسقاطه بتحمل المشقة الاخرى أعني إخراج المال عند العجز المستمر إلى الموت رحمة وفضلا بأن تدفع نفقة الحج إلى من يحج عنه بخلاف حالة القدرة لم يعذر لان تركه فيها ليس إلا بمجرد إيثار رحمة نفسه على أمر ربه، وهو بهذا يستحق
***
[١٠٨]
العقاب لا التخفيف في طريق الاسقاط. وإذا جازت النيابة في المالية مطلقا فالعبرة لنية الموكل لا لنية الوكيل، وسواء نوى الموكل وقت الدفع إلى الوكيل أو وقت دفع الوكيل إلى الفقراء أو فيما بينهما، ولهذا قال في الفتاوى الظهيرية من فصل مصارف الزكاة: رجل دفع إلى رجل دراهم ليتصدق بها على الفقراء تطوعا فلم يتصدق المأمور حتى نوى الآمر عن الزكاة من غير أن يتلفظ به، ثم تصدق المأمور جاز عن الزكاة، وكذا لو أمره أن يعتق عبدا تطوعا نوى الآمر عن الكفارة قبل إعتاق المأمور عن التطوع ا ه. ولهذا لا تعتبر أهليه النائب حتى لو وكل المسلم ذميا في دفع الزكاة جاز كما في كشف الاسرار شرح أصول فخر الاسلام. قوله: (والشرط العجز الدائم إلى وقت الموت) أي الشرط في جواز النيابة في المركب عجز المستنيب عجزا مستمرا إلى موته لان الحج فرض العمر فحيث تعلق به خطابه لقيام مشروط وجب عليه أن يقوم بنفسه في أول سني الامكان، فإذا أخر أثم وتقرر القيام بنفسه في ذمته في مدة عمره، وإن كان غير متصف بالشروط، فإذا عجز عن ذلك في مدة عمره رخص له الاستنابة رحمة وفضلا فحيث قدر عليه وقتا من عمره بعد ما استنابه فيه لعجز لحقه ظهر انتفاء شرط الرخصة. ثم ظاهر ما في المختصر أنه لا فرق بين أن يكون المرض يرجى زواله أو لا يرجى زواله كالزمانة والعمى، فلو أحج الزمن أو الاعمى ثم صح وأبصر لزمه أن يحج بنفسه، وبسبب هذا صرح المحقق في فتح القدير به وليس

بصحيح، بل الحق التفصيل، فإن كان مرضا يرجى زواله فأحج فالامر مراعى، فإن استمر العجز إلى الموت سقط الفرض عنه وإلا فلا. وإن كان مرضا لا يرجى زواله كالعمى فأحج غيره سقط الفرض عنه، سواء استمر ذلك العذر أو زال. صرح به في المحيط وفتاوى قاضيخان والمبسوط، وصرح في معراج الدراية بأنه إذا حج الاعمى غيره ثم زال العمى لا يبطل الاحجاج ا ه. وقيد بالعجز الدائم لانه لو أحج وهو صحيح ثم عجز واستمر لا يجزئه لفقد الشرط، ويشكل عليه ما في التجنيس وفتاوى قاضيخان وغيرهما أنه لو قال لله علي ثلاثون حجة فأحج ثلاثين نفسا في سنة واحدة إن مات قبل أن يجئ وقت الحج جاز عن الكل لانه لم تعرف قدرته بنفسه عند مجئ وقت الحج، وإن جاء وقت الحج وهو يقدر بطلبت حجته لانه
***
[١٠٩]
يقدر بنفسه عليها فانعدم الشرط فيها وعلى هذا كل سنة تجئ ا ه. وينبغي أن يراد بوقت الحج وقت الوقوف بعرفة يعني إن جاء يوم عرفة وهو ميت أجزأه الكل، وإن كان حيا بطلت واحدة وتوقف الامر في الباقي. وليس المراد بوقت الحج أشهر الحج لان الاحجاج يكون في أشهر الحج فلا يتأتى التفصيل، وإن كان المكان بعيدا فأحج قبل الاشهر فهو قاصر الافادة عما إذا كان قريبا فأحج في الاشهر الحرم فالاولى ما قلناه. ووجه إشكاله على ما سبق أن وقت الاحجاج كان صحيحا فإذا مات قبل وقته أجزأه، وقد تقدم أنه إذا أحج وهو صحيح ثم عجز لا يجزئه، ودفعه بأن المراد بعجزه بعد الاحجاج العجز بعد فراغ النائب عن الحج بأن كان وقت الوقوف صحيحا فلا مخالفة كما لا يخفى. وعلى هذا المرأة إذا لم تجد محرما لا تخرج إلى الحج إلى أن تبلغ الوقت الذي تعجز عن الحج فحينئذ تبعث من يحج عنها، أما قبل ذلك فلا يجوز لتوهم وجود المحرم، فإن بعثت رجلا، إن دام عدم المحرم إلا أن ماتت فذلك جائز كالمريض إذا أحج عنه رجلا ودام المرض إلى أن مات. وأطلق في العجز فشمل ما إذا كان سماويا أو بصنع العباد فلو أحج وهو في السجن فإذا مات فيه أجزأه وإن خلص منه لا. وإن أحج لعدو بينه وبين مكة إن أقام العدو على الطريق حتى مات أجزأه وإن لم يقم لا يجزئه. كذا في التجنيس. وذكر في البدائع: وأما شرائط جواز النيابة فمنها أن يكون المحجوج عنه عاجزا عن الاداء بنفسه وله مال فلا يجوز إحجاج الصحيح غنيا كان أو فقيرا، لان المال من شرائط الوجوب. ومنها العجز المستدام إلى الموت. ومنها الامر بالحج فلا يجوز حج الغير عنه بغير أمره إلا الوارث يحج عن مورثه فإنه يجزئه إن شاء الله تعالى لوجود الامر دلالة. ومنها نية المحجوج عنه عند الاحرام. ومنها أن يكون حد المأمور بمال المحجوج عنه فإن تطوع الحاج عنه بمال نفسه لم يجز عنه حتى يحج بماله، وكذا إذا أوصى أن يحج بماله فمات فتطوع عنه وارثه بمال نفسه لان الفرض تعلق بماله، فإذا لم يحج بماله لم يسقط عنه الفرض. ومنها الحج راكبا حتى لو أمره بالحج فحج ماشيا يضمن النفقة ويحج عنه راكبا لان
***
[١١٠]
المفروض عليه هو الحج راكبا فينصرف مطلق الامر بالحج إليه، فإذا حج ماشيا فقد خالف فيضمن ا ه. وفي فتح القدير: واعلم أن شرط الاجزاء كون أكثر النفقة من مال الآمر، فإن أنفق الاكثر أو الكل من مال نفسه وفي المال المدفوع إليه وفاء بحجه رجع به فيه إذ قد يبتلى بالانفاق من مال نفسه لبعث الحاجة ولا يكون المال حاضرا فيجوز ذلك كالوصي والوكيل يشتري لليتيم ويعطي الثمن من مال نفسه فإنه يرجع به في مال اليتيم ا ه. وبهذا علم أن اشتراطهم أن تكون النفقة من مال الآمر للاحتراز عن التبرع لا مطلقا. قوله: (وإنما شرط عجز المنوب للحج الفرض لا النفل) لجواز الانابة مع القدرة في حج النفل لان المقصود منه الثواب فإذا كان له تركه أصلا فله تحمل مشقة المال بالاولى. أطلقه فشمل حجة الاسلام والحجة المنذورة، وأشار به إلى أنه لو أحج عنه وهو صحيح حجة الاسلام أو كان مريضا ثم صح بطل وصف الفرضية لفقد شرطه وهو العجز وبقي أصل الحج تطوعا للآمر لا أنه فاسد أصلا. صرح به الاسبيجابي والسرخسي وعلاء الدين البخاري في الكشف ولم يحكوا فيه خلافا، فعلى هذا بين الصلاة والحج فرق على قول محمد فإنه يقول فيها إذا بطل وصفها بطل أصلها ولم ينقل عنه في الحج في ذلك لما أن باب الحج أوسع فلهذا يمضي في فساده كما يمضي في صحيحه. وأشار المصنف بجريان النيابة في الحج عند العجز في الفرض ومطلقا في النفل أن أصل الحج يقع للآمر لحديث الخثعمية وهي أسماء بنت عميس من المهاجرات وهو أنها قالت: يا رسول الله إن فريضة الله في الحج على عباده أدركت أبي شيخا كبيرا لا يثبت على الراحلة

أفأحج عنه؟ قال: نعم. متفق عليه. فقد أطلق كونه عنه وقولهما أفأحج عنه فيه روايتان فتح الهمزة وضم الحاء أي أنا أحرم عنه بنفسي وأؤدي الافعال. وهذا هو المشهور من الرواية. وروي بضم الهمزة وكسر الحاء أي آمر أحد أن يحج عنه. ذكره الهندي في شرح المغني وهو ظاهر الرواية عن أصحابنا كما في الهداية، وظاهر المذهب كما في المبسوط وهو الصحيح كما في كثير من الكتب. وذهب عامة المتأخرين كما في الكشف إلى أن الحج يقع عن المأمور وللآمر ثواب النفقة قالوا: وهو رواية عن محمد. وهو اختلاف لا ثمرة له لانهم اتفقوا أن الفرض يسقط عن الآمر ولا يسقط عن المأمور وأنه لا بد من أن ينويه عن الآمر وهو دليل المذهب، وأنه يشترط أهلية النائب لصحة الافعال حتى لو أمر ذميا لا يجوز وهو دليل الضعيف، ولم أر من صرح بالثمرة. وقد يقال
***
[١١١]
إنها تظهر فيمن حلف أن لا يحج فعلى المذهب إذا حج عن غيره لا يحنث، وعلى الضعيف يحنث إلا أن يقال إن العرف أنه قد حج وإن وقع عن غيره فيحنث اتفاقا. قوله: (ومن حج عن آمريه ضمن النفقة) لان كل واحد منهما أمره بأن يخلص النفقة له من غير اشتراك ولا يمكنه إيقاعه عن أحدهما لعدم الاولوية فيقع عن المأمور نفلا، ولا يجزئه
***
[١١٢]
عن حجة الاسلام ويضمن النفقة إن أنفق من مالهما لانه صرف نفقة الآمر إلى حج نفسه. أطلق في الآمرين فشمل الابوين وسيأتي إخراجهما، وقيد بالامر بهما لانه لو أحرم عنهما بغير أمرهما فله أن يجعله عن أحدهما لانه متبرع بجعل ثواب عمله لاحدهما أولهما فبقي على خياره بعد وقوعه سببا لثوابه، وأشار بالضمان إلى أنه لا يمكنه بأن يجعله عن أحدهما بعد ذلك، وقيد بكونه أحرم عنهما معا لانه لو أحرم عن أحدهما غير عين فالامر موقوف، فإن عين أحدهما قبل الطواف والوقوف انصرف إليه وإلا انصرف إلى نفسه، ولا يكون مخالفا بمجرد الاحرام المذكور لان كلا أمره بحجة وأحدهما صالح لكل منهما صادق عليه ولا منافاة بين العام والخاص، ولا يمكن أن يصير للمأمور لانه نص على إخراجها عن نفسه بجعلها لاحد الآمرين فلا ينصرف إليه إلا إذا وجد أحد الامرين اللذين ذكرناهما ولم يتحقق بعد، فإذا شرع في الاعمال قبل التعيين تعينت له لان الاعمال لا تقع لغير معين ثم ليس في وسعه أن يحولها إلى غيره وإنما جعل له الشرع ذلك إلى الثواب، ولولا الشرع لم يحكم به في الثواب أيضا. ولو أحرم بحجة من غير تعيين فإنه يصح التعيين بعده لاحدهما بالاولى، وذكر في الكافي أنه ينبغي أن يكون مجمعا عليه لعدم المخالفة. ولو أحرم مبهما من غير تعيين ما أحرم
***
[١١٣]
به لآمر معين فإنه يجوز بلا خلاف وهو أظهر من الكل فصور الابهام أربعة: في واحدة يكون مخالفا وهي مسألة الكتاب منطوقا. وفي الثلاثة لا يكون مخالفا وهي أن يكون الابهام إما في الآمر أو في النسك أو فيهما، ولو أهل المأمور بالحج بحجتين أحداهما عن نفسه والاخرى عن الآمر ثم رفض التي أهل بها عن نفسه تكون الباقية عن الآمر كأنه أهل بها وحدها. وأشار المصنف إلى أن المأمور في كل موضع يصير مخالفا فإنه يضمن النفقة، فمنها ما إذا أمره بالافراد بحجة أو عمرة فقرن فهو ضامن للنفقة عنده خلافا لهما، ومنها ما إذا أمره بالحج فاعتمر ثم حج من مكة لانه مأمور بحج ميقاتي وما أتى به مكي بخلاف ما إذا أمره بالعمرة فاعتمر ثم حج عن نفسه لم يكن مخالفا والنفقة في مدة إقامته للحج في ماله لانه أقام في منفعة نفسه بخلاف ما إذا حج أولا ثم اعتمر للآمر فإنه يكون مخالفا لانه جعل المسافة للحج وأنه لم يؤمر به وإن كانت الحجة أفضل من العمرة لانه خلاف من حيث الجنس كالوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف دينار. كذا في المحيط. وفي فتح القدير: والحاج عن غيره إن شاء قال لبيك عن فلان وإن شاء اكتفى بالنية عنه، وليس للمأمور أن يأمر غيره بما أمر به عن الآمر وإن مرض في الطريق إلا أن يكون وقت الدفع قيل له اصنع ما شئت، فحينئذ له أن يأمر غيره به وإن كان صحيحا، فلو أحج رجلا فحج ثم أقام بمكة جاز لان الفرض صار مؤدى والافضل أن يحج ثم يعود إلى أهله ا ه. ثم اعلم أن النفقة ما يكفيه لذهابه وإيابه وأنه لا يخلو إما أن يكون المحجوج عنه حيا أو
***
[١١٤]

ميتا، فإن كان حيا فإنه يعطيه بقدر ما يكفيه كما ذكرنا، فإن أعطاه زائدا على كفايته فلا يحل للمأمور ما زاد بل يجب عليه رده إلى صاحبه إلا إذا قال وكلتك أن تهب الفضل من نفسك وتقبضه لنفسك، فإن كان على موت قال والباقي مني لك وصية، وإن كان قد أوصى بأن يحج عنه ثم مات، فإما أن يعين قدرا أو لا، فإن عين قدرا اتبع ما عينه حتى لا يجوز النقص عنه إذا كان يخرج من الثلث كما سيأتي تفصيله قريبا في مسألة الوصية، ولهذا قال في المحيط: رجل مات وترك ابنين وأوصى بأن يحج عنه بثلاثمائة وترك تسعمائة فأنكر أحدهما وأقر الآخر. وأخذ كل واحد منهما نصف المال، ثم إن المقر دفع مائة وخمسين يحج بها عن الميت، ثم أقر الآخر إن أحج يأمر القاضي يأخذ المقر من الجاحد خمسة وسبعين درهما لانه جاز الحج عن الميت بمائة وخمسين وبقي مائة وخمسون ميراثا لهما فيكون لكل واحد نصفه، وإن أحج بغير أمر القاضي فإنه يحج مرة أخرى بثلاثمائة لانه لم يجز الحج عن الميت لانه أمره بثلاثمائة ا ه. ومع التعيين المذكور لا يحل للمأمور المذكور ما فضل بل يرده على ورثته، ولهذا قالوا: لو أوصى بأن يعطى بعيره هذا رجلا ليحج عنه فدفع إلى رجل فأكراه الرجل فأنفق الكراء على نفسه في الطريق وحج ماشيا جاز عن الميت استحسانا وإن خالف أمره. وصححه في المحيط. وقال أصحاب الفتاوى: هو المختار لانه لما ملك أن يملك رقبتها بالبيع ويحج بالثمن استحسانا هو المختار فلان يملك أن يملك منفعتها بالاجارة ويحج ببدل المنفعة كان أولى لانه لو لم يظهر في الآخرة أنه يملك ذلك يكون الكراء له لانه غاصب والحج له فيتضرر الميت ثم يرد البعير إلى ورثة الميت لانه ملك المورث اه. وهذه المسألة خرجت عن الاصل للضرورة فإن الاصل أن المأمور بالحج راكبا إذا حج ماشيا فإنه يكون مخالفا وإن لم يعين الموصي قدرا فإن الورثة يحجون عنه من الثلث بقدر الكفاية. ولهذا قال الولوالجي في فتاواه: رجل مات وأوصى أن يحج عنه ولم يقدر فيه مالا، فالوصي إن أعطى إلى رجل ليحج عنه في محمل احتاج إلى ألف ومائتين، وإن حج راكبا لا في محمل يكفيه الالف وكل ذلك يخرج من الثلث يجب أقلهما لانه هو المتيقن ا ه. فالحاصل أن المأمور لا يكون مالكا لما أخذه من النفقة بل يتصرف فيه على ملك المحجوج عنه حيا كان أو ميتا، معينا كان القدر أو غير معين، ولا يحل له الفضل إلا بالشرط المتقدم. سواء كان الفضل كثيرا أو يسيرا كيسير من الزاد كما صرح به في الفتاوى الظهيرية، وينبغي أن تكون كذلك الحجة المشروطة من جهة الواقف كما شرط سليمان باشا بوقفه بمصر قدرا معينا لمن يحج عنه كل سنة فإنه يتبع شرطه، ولا يحل للمأمور ما فضل منه بل يجب رده إلى الوقف. وهذا كله إذا أوصى بأن يحج عنه، أما إذا قال أحجوا فلانا حجة ولم يقل عني ولم يسم

***

[١١٥]

كم يعطي فإنه يعطي قدر ما يحج به ويكون ملكا له وإن شاء حج به وإن شاء لم يحج وهو وصية كما في المبسوط وغيره. فإذا عرف ذلك فللمأمور بالحج أن ينفق على نفسه بالمعروف ذاهبا وآيبا ومقيما من غير تبذير ولا تقتير في طعامه وشرابه وثيابه وركوبه وما لا بد له منه من محمل وقربة وأدوات السفر، فلو توطن بمكة بعد الفراغ فإن كان لانتظار القافلة فنفقته في مال الميت وإلا فمن مال نفسه. وما ذكره أكثر المشايخ من أنه إذا توطن خمسة عشر يوما فنفقته عليه، فمحمول على ما إذا كان لغير عذر وهو عدم خروج القافلة، وكذا ما ذكره بعضهم من اعتبار الثلاث. وإذا صارت النفقة عليه بعد خروجها ثم بدا له أن يرجع رجعت نفقته في مال الميت لانه كان استحق نفقة الرجوع. في مال الميت وهو كالناشزة، إذا عادت إلى المنزل والمضارب إذا أقام في بلد أو بلدة أخرى خمسة عشر يوما لحاجة نفسه. وفي البدائع: هذا إذا لم يتخذ مكة دارا، فإما إذا اتخذها دارا ثم عاد لا تعود النفقة بلا خلاف. وإن أقام بها من غير نية الاقامة قالوا: إن كانت الاقامة معتادة لم تسقط، وإن زاد على المعتاد سقطت، ولو تعجل إلى مكة فهي في مال نفسه إلى أن يدخل عشر ذي الحجة فتصير في مال الآمر. ولو سلك طريقا أبعد من المعتاد إن كان مما سلكه الناس ففي مال الآمر وإلا ففي ماله، وله أن ينفق على نفسه نفقة مثله من طعام ومنه اللحم والكسوة ومنه ثوابا إحرامه وأجرة من يخدمه إن كان ممن يخدم، وليس له أن ينفق ما فيه ترفيه كدهن السراج والادهان والتدواي والاحتجام وأجرة الحمام والحلاق إلا أن يوسع عليه. واختار في المحيط والخانية أن يعطي أجرة الحمام والحارس، وصرح الولوالجي بأنه المختار وقالوا: له أن يشتري حمارا يركبه. وذكر الولوالجي بأنه مكروه والجمل أفضل لان النفقة فيه أكثر. وليس له أن يدعو أحدا إلى طعامه ولا يتصدق به ولا يقرض أحدا ولا يصرف الدراهم بالدنانير ولا يشتري بها ماء لوضوئه، ولو اتجر في المال ثم حج بمثله فالاصح أنها عن الميت. ويتصدق بالربح كما لو خلطها بدراهمه حتى صار ضامنا ثم حج بمثلها.

وله أن يخلط الدراهم للنفقة مع الرفقة للعرف. كذا في المحيط. قوله: (ودم الاحصار على الآمر ودم القران ودم الجناية على المأمور) لان الآمر هو الذي أدخله في هذه العهدة فعليه خلاصه. وأراد من الآمر المحجوج عنه فشمل الميت فإن دم الاحصار من ماله ثم قيل هو من ثلث ماله لانه صلة كالزكاة وغيرها، وقيل من جميع المال لانه وجب حقا للمأمور فصار دينا. كذا في الهداية. وإذا تحلل المأمور المحصر بذبح الهدي فعليه الحج من قابل بمال نفسه ولا يكون ضامنا للنفقة كفائت الحج لعدم المخالفة، وعليه

***

[١١٦]

الحج من قابل بمال نفسه. كذا قالوا: ولم يصرحوا بأنه في الاحصار والفوات إذا قضى الحج هل يكون عن الآمر أو يقع للمأمور: وإذا كان للآمر فهل يجبر على الحج من قابل بمال نفسه. وإنما وجب دم القران على المأمور باعتبار أنه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين والمأمور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل منه وإن كان الحج يقع عن الآمر لانه وقوع شرعي، ووجوب دم الشكر مسبب عن الفعل الحقيقي الصادر من المأمور. وأطلق في القران فشمل ما إذا أمره واحد بالقران فقرن، أو أمره واحد بالحج وآخر بالعمرة وأذنا له في القران، وبقي صورتان يكون بالقران فيهما مخالفا: إحداهما ما إذا لم يأذنا له بالقران فقرن عنهما ضمن نفقتهما. الثانية ما إذا أمره الحج مفردا فقرن فإنه يكون ضامنا للنفقة لا لان الافراد أفضل من القران بل لانه أمره بإفراد سفر له وقد خالف، وفي الثانية خلافهما، هما يقولان هو خلاف إلى خير، وهو يقول إنه لم يأمره بالعمرة ولا ولاية لاحد في إيقاع نسك عن غيره بغير أمره فصار كما لو أمره بالافراد فتمتع فإنه يكون مخالفا اتفاقا.

***

[١١٧]

وأراد بالقران دم الجمع بين النسكين قرانا كان أو تمتعا كما صرح به غاية البيان لكن بالاذن المتقدم. وأطلق في دم الجناية فشمل دم الجماع ودم جزاء الصيد ودم الحلق ودم لبس المخيط والطيب ودم المجاوزة بغير إحرام، وإنما وجب على المأمور وحده باعتبار أنه تعلق بجنايته لكن في الجناية بالجماع تفصيل إن كان قبل الوقوف ضمن جميع النفقة لانه صار مخالفا بالافساد، وإن بعده فلا ضمان والدم على المأمور على كل حال. وإذا فسد حجه لزمه الحج من قابل بمال نفسه وفيه ما تقدم من التردد في وقوعه عن الآمر. ولو أتم الحج إلا طواف الزيارة فرجع ولم يطفه فهو حرام على النساء ويعود بنفقة نفسه ويقضي ما بقي عليه لانه جان في هذه الصورة، أما لو مات بعد الوقوف قبل الطواف جاز عن الآمر لانه أدى الركن الاعظم. كذا قالوا، وقد قدمنا في أول كتاب الحج فيه بحثا وأعظمية أمرها إنما هو للامن من الافساد بعده لا لانه يكفي فيجب على الآمر الاحجاج. وفي فتح القدير: وأما دم رفض النسك ولا يتحقق ذلك إذا تحقق إلا في مال الحاج ولا يبعد لو فرض أنه أمره بحجتين معا ففعل حتى ارتفضت إحداهما كونه على الآمر ولم أره والله سبحانه أعلم ا ه. ولو اختلف المأمور والورثة أو الوصي فقال وقد أنفق من مال الميت منعت من الحج وكذبه الآخر لا يصدق ويضمن إلا أن يكون أمرا ظاهرا يشهد على صدقه لان سبب الضمان قد ظهر فلا يصدق في دفعه إلا بظاهر يدل على صدقه. ولو اختلفا فقال حججت وكذبه الآمر كان القول للمأمور مع يمينه لانه يدعي الخروج عن عهدة ما هو أمانة في يده ولا تقبل بينة الوارث أو الوصي أنه كان يوم النحر بالبلد لانها شهادة على النفي إلا أن يقيما على إقراره أنه لم يحج، أما لو كان الحاج مديونا للميت أمره أن يحج بماله عليه، وباقي المسألة بحالها فإنه لا يصدق إلا ببينة لانه يدعي قضاء الدين. هكذا في كثير من الكتب. وفي خزانة الاكمل: القول له مع يمينه إلا أن يكون للورثة مطالب بدين الميت فإنه لا يصدق في حق غريم الميت إلا بالحجة والقواعد تشهد للاول فكان عليه المعول.

***

[١١٨]

قوله: (فإن مات في طريقه يحج عنه من منزله بثلث ما بقي) هذه العبارة تحتمل شيئين: الاول أن يكون فاعل مات المأمور بالحج فمعنى المسألة أن الوصي إذا أحج رجلا عن الميت فمات الرجل في الطريق فإنه يحج عن الميت الموصي من منزله بثلث ما بقي من المال كله، وعلى هذا الوجه اقتصر الشارحون مع ما فيه من التعقيد في الضمائر فإن ضمير مات يرجع إلى المأمور، وضمير عنه ومنزله يرجع إلى الموصي. الثاني أن يكون فاعل مات هو الموصي فيتحد مرجع الضمائر وهو صحيح فإنه إذا مات بعدما خرج حاجا وأوصى بالحج

فإنه يحج عنه من منزله بثلث تركته، ويصدق عليه أنه بثلث ما بقي أي بعد الانفاق في الطريق. فالحاصل أن الآمر إما أن يكون حيا وقت الاحجاج أو ميتا، فإن كان حيا ومات المأمور في الطريق فإنه يحج إنسانا آخر من منزله على كل حال لانه حي يرجع إليه، ولهذا لو أمر إنسانا بأن يحج عنه ودفع له مالا فلم تبلغ النفقة من بلده لم يحج عنه من حيث تبلغ كالميت لانه يمكن الرجوع إليه فيحصل الاستدراك بخلاف الميت. كذا في الولوالجية. وإن كان ميتا وأوصى بأن بحج عنه فلا يخلو إما أن يكون قدم خرج حاجا بنفسه ومات في الطريق أو لا، وفي كل منهما لا يخلو إما أأطلق الوصية أو عين المال والمكان، فإن أوصى بأن يحج عنه وأطلق يحج عنه من ثلث ماله لانه بمنزلة التبرعات، فإن بلغ ثلثه أن يحج عنه من بلده وجب الاحجاج من بلده لان الواجب عليه الحج من بلده الذي يسكنه، وكذا إن خرج لغير الحج ومات في الطريق وأوصى. وأما إذا خرج للحج ومات في الطريق وأوصى فإنه يحج عنه من بلده عند أبي حنيفة. وقالا: يحج من حيث مات. وعلى هذا الخلاف المأمور في الحج إذا مات في الطريق فإنه يحج عن الموصي من منزله بثلث ما بقي من التركة، وكذا لو مات الثاني أو الثالث إلى أن لا يبقى شئ يمكن أن يحج بثلثه عند أبي حنيفة. وإن كان

***

[١١٩]

للموصي أوطان حج عنه من أقرب أوطانه إلى مكة لانه متيقن به، وإن لم يكن له وطن فمن حيث مات. فلو مات مكي بالكوفة وأوصى بحجة حج عنه من مكة وإن أوصى بالقران قرن من الكوفة لانه لا يصح من مكة، فإن أحج عنه الوصي من غير وطنه مع ما يمكن الاحجاج من وطنه من ثلث ماله فإن الوصي يكون ضامنا ويكون الحج له ويحج عن الميت ثانيا إلا إذا كان المكان الذي أحج منه قريبا إلى وطنه من حيث يبلغ إليه ويرجع إلى الوطن قبل الليل، فحينئذ لا يكون ضامنا مخالفا. هذا كله إن بلغ ثلث ماله، فإن لم يبلغ الاحجاج من بلده حج عنه من بلده حج عنه من حيث يبلغ استحسانا، وإن بلغ الثلث أن يحج عنه راكبا فأحج عنه ماشيا لم يجز، وإن لم يبلغ إلا ماشيا من بلده قال محمد: يحج عنه من حيث بلغ راكبا. وعن أبي حنيفة أنه مخير بين أن يحج عنه من بلده ماشيا أو راكبا من حيث تبلغ. هذا إذا أطلق، وأما إذا عين مكانا اتبع لان الاحجاج لا يجب بدون الوصية فيجب بمقدارها. وهذا كله إذا كان الثلث يكفي لحجة واحدة، فإن كان يكفي لحجج فهو على ثلاثة أقسام: إما أن يعين حجة واحدة أو يطلق أو يعين في كل سنة حجة، ففي الاول يحج عنه واحدة وما فضل فهو لورثته، وفي الثاني خير الوصي إن شاء أحج عنه في كل سنة حجة وإن شاء أحج عنه في سنة واحدة حججا وهو الافضل لانه تعجيل تنفيذ الوصية لانه ربما هلك المال، وفي الثالث كالثاني ولم يذكر في الاصل لان شرط التفريق لا يفيد فصار كالاطلاق كما لو أمر الموصي رجلا بالحج في هذه السنة فأخره المأمور إلى القابل فإه يجوز عن الميت، ولا يضمن النفقة لان ذكر السنة للاستعجال لا للتقييد. ولو أوصى بأن يحج عنه بثلث ماله أو أطلق فهلكت النفقة في يد المأمور، قال أبو حنيفة: يحج عنه بثلث ماله. وقال أبو يوسف: بما بقي من ثلث ماله. وأبطله محمد. وهذا كله إذا لم يعين الموصي قدرا فإن عين قدرا من المال فإن بلغ ذلك أن يحج عنه من بلده وجب وإلا فمن حيث يبلغ ولو عين أكثر من الثلث يحج عنه بالثلث من حيث يبلغ بخلاف الوصية بشراء عبد بأكثر من الثلث وإعتاقه عنه فإنها باطلة لان في العتق لا يجوز النقصان عن المسمى. كذا في المحيط وغيره. وذكر الولوالجي في فتاواه: لو أوصى بأن يحج عنه من ثلث ماله ولم يقل حجة حج عنه من جميع الثلث لانه أوصى بصرف جميع الثلث إلى الحج لان كلمة من للتمييز عن أصل المال. ولو دفع الوصي الدراهم إلى رجل ليحج عن الميت فأراد أن يسترد كان له ذلك ما لم يحرم لان المال أمانة في يده، فإن استرده فنفقته إلى

***

[١٢٠]

بلده على من تكون إن استرد بخيانة ظهرت منه فالنفقة في ماله خاصة، وإن استرد لا بخيانة ولا تهمة فالنفقة على الوصي في ماله خاصة، وإن استرد لضعف رأي فيه أو لجهله بأمور المناسك فأراد الدفع إلى أصلح منه فنفقته في مال الميت لانه استرد لمنفعة الميت اه‍. وفي فتح القدير: لو أوصى أن يحج عنه ولم يزد على ذلك كان للوصي أن يحج بنفسه إلا أن يكون وارثا، وإن دفعه إلى وارث ليحج فإنه لا يجوز إلا أن تجيز الورثة وهم كبار لان هذا كالتبرع بالمال فلا يصح للوارث إلا بإجازة الباقين، ولو قال الميت للوصي ادفع المال لمن يحج عني لم يجز له أن يحج بنفسه مطلقا. وفي الظهيرية: ولو كان ثلث ماله قدر ما لا يمكن الاحجاج عنه بطلت الوصية.

وفي التجنيس: رجل أوصى بأن يحج عنه فحج عنه ابنه ليرجع في التركة فإنه يجوز كالدين إذا قضاه من مال نفسه، ولو حج على أن لا يرجع فإنه لا يجوز عن الميت لانه لم يصحل مقصود الميت وهو ثواب الانفاق، وعلى هذا الزكاة والكفارة، ومثله لو قضى عنه دينه متطوعا جاز لان الحج عن الكبير العاجز بغير أمره لا يجوز وقضاء الدين بغير أمره في حالة الحياة يجوز، فكذا بعد الموت رجل مات وعليه حجة الاسلام فحج عنه رجل بإذنه ولم ينو فرضا ولا نفلا فإنه يجوز عن حجة الاسلام، ولو نوى تطوعا لا يجوز عن حجة الاسلام اهـ. وفي عمدة الفتاوى للصدر الشهيد: لو قال حجوا من ثلثي حجتين يكتفي بواحدة والباقي للورثة إن فضل اهـ. وهو مشكل على ما تقدم من المحيط والولوالجية وهو مبني على الفرق بين أن يوصي من الثلث وبين أن يوصي بجميع الثلث. وذكر في آخر العمدة من الوصايا: لو أوصى بأن يحج عنه بالالف من ماله فأحج الوصي من مال نفسه ليرجع ليس له ذلك لان الوصية باللفظ فيعتبر لفظ الموصي وهو أضاف المال إلى نفسه فلا يبدل اهـ. وفي العدة: امرأة تركت مهرها على الزوج ليحج بها وحج بها فعليه المهر لانه بمنزلة الرشوة وهي حرام اهـ. وذكر الاسبيجابي أنه لا يجوز الاستئجار على الحج ولا على شئ من الطاعات، فلو استؤجر على الحج ودفع إليه الاجر فحج عن الميت فإنه يجوز عن
***
[١٢١]
الميت وله من الاجر مقدار نفقة الطريق في الذهاب والمجئ ويرد الفضل على الورثة لانه لا يجوز الاستئجار عليه، ولا يحل له أن يأخذ الفضل لنفسه إلا إذا تبرع الورثة به وهم من أهل التبرع، أو أوصى الميت بأن الفضل للحاج. وقال بعض مشايخنا: لا تجوز هذه الوصية لان الموصى له مجهول إلا أن الاول أصح لان الموصى له يصير معروفا بالحج كما لو أوصى بشراء عبد بغير عينه ويعتق ويعطى له مائة درهم فإنها جائزة. وقال بعضهم: لا تجوز اهـ. وأراد المصنف بموته في الطريق موته قبل الوقوف بعرفة ولو كان بمكة. وفي المحيط: ولو دفع إلى رجل مالا ليحج به عنه فأهل بحجة ثم مات الآمر فللورثة أن يأخذوا ما بقي من المال معه ويضمنونه ما أنفق منه بعد موته ولا يشبه الورثة الآمر في هذا لان نفقة الحج كنفقة ذوي الارحام فتبطل بالموت ويرجع المال إلى الورثة اهـ. قوله: (ومن أهل بحج عن أبويه فعين صح) لانه جعل الثوا ب للغير وهو لا يحصل إلا
***
[١٢٢]
بعد الاداء فالنية قبله لهما لغو، فإذا فرغ وجعله لاحدهما أولهما فإنه يجوز بخلاف ما إذا أهل عن آمريه ثم عين لما تقدم أنه صار مخالفا. وبهذا علم أن التعيين بعد الابهام ليس بشرط وإنما ذكره ليعلم منه حكم عدم التعيين بالاولى لانه بعد أن جعله لهما يملك صرفه عن أحدهما فلان يبقيه لهما أولى. وبهذا علم أن الاجنبي كالوارث في هذا فإن من تبرع عن أجنبيين بالحج فهو كالولد عن الابوين لان المجعول إنما هو الثواب فله أن يجعله لمن شاء. وعلم أيضا أنه في الوارث المتبرع من غير وصية، أما إذا أوصى بحجة الفرض فتبرع الوارث بالحج فقد قدمنا أنه لا يجوز. وإن لم يوص فتبرع الوارث إما بالحج بنفسه أو بالاحجاج عنه رجلا فقد قال أبو حنيفة: يجزئه إن شاء الله تعالى لحديث الخثعمية فإنه شبهه بدين العباد وفيه لو قضى الوارث من غير وصية يجزئه فكذا هذا. وفي المبسوط: فإن قيل فقد أطلق أبو حنيفة الجواب في كثير من الاحكام الثابتة بخبر الواحد ولم يقيده بالمشيئة قلنا: إن خبر الواحد يوجب العمل فيما طريقه العمل فأطلق الجواب فيه، فأما سقوط حجة الاسلام عن الميت بأداء الورثة طريقه العلم فإنه أمر بينه وبين ربه تعالى فلهذا قيد الجواب بالاستثناء اهـ. وذكر الولوالجي أن قوله إن شاء الله تعالى على القبول لا على الجواز لانه شبهه بقضاء الدين، ومن تبرع بقضاء دين رجل كان صاحب الدين بالخيار إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل فكذا في باب الحج اهـ. ثم اعلم أن حج الولد عن والده ووالدته مندوب للاحاديث كما في فتح القدير، ثم المصنف رحمه الله تعالى لم يقيد الحاج عن الغير بشئ ليفيد أنه يجوز إحجاج الضرورة وهو
***
[١٢٣]
الذي لم يحج أولا عن نفسه لكنه مكروه كما صرحوا به. واختار في فتح القدير أنها كراهة تحريم للنهي الوارد في ذلك. وفي البدائع: يكره إحجاج المرأة والعبد والصرورة والافضل إحجاج الحر العالم بالمناسك الذي حج عن نفسه، وهو يدل على أنها كراهة تنزيه وإلا قال: ويجب إحجاج الحر إلى آخره والحق أنها تنزيهية على الآمر تحريمية على الصرورة المأمور الذي اجتمعت فيه شروط الحج ولم يحج عن

نفسه لانه آثم بالتأخير والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب
***
[١٢٤]
باب الهدي هو في اللغة ما يهدى إلى الحرم من شاة أو بقرة أو بعير، الواحد هدية كما يقال جدي في جدية السرج. ويقال هدي بالتشديد على فعيل الواحدة هدية كمطية ومطي ومطايا. كذا في المغرب قوله: (أدناه شاة وهو إبل وبقر وغنم) يفيد أن له أعلى وهو كذلك فإنه الافضل الابل والادنى الشاة والبقر وسط. وقد فسر ابن عباس رضي الله عنهما ما استيسر من الهدي بالشاة، وأراد بالابل والبقر والغنم بيان أنواع ما يهدى إلى الحرم، فالهدي لغة وشرعا واحد لا أن تلك الانواع تسمى هديا من غير إهداء إلى الحرم، وحنيئذ فإطلاق الهدي على غير الانواع الثلاثة في كلام الفقهاء في باب الايمان والنذور مجاز. ثم الواحد من النعم يكون هديا بجعله صريحا هديا أو دلالة، وهي إما بالنية أو بسوق بدنة إلى مكة وإن لم ينو استحسانا لان نية الهدي ثابتة عرفا لان سوق البدنة إلى مكة في العرف يكون للهدي لا للركوب والتجارة. كذا في المحيط. وأراد به السوق بعد التقليد لا مجرد السوق، وأفاد ببيان الادنى أنه لو قال لله علي أن أهدي ولا نية له فإنه يلزمه شاة لانها الاقل، وإن عين شيئا لزمه، فإن كان مما يراق دمه ففيه ثلاث روايات: في رواية أبي سليمان يجوز أن يهدي بقيمته لان إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى وما أوجبه الله تعالى في جزاء الصيد يتأدى بالقيمة فكذا ما أوجبه العبد، وفي رواية أبي حفص أجزأه أن يهدي مثله لانه في معناه، وفي رواية ابن سماعة لا يجوز أن يهدي قيمته لانه أوجب شيئين: الاراقة والتصدق، فلا يجوز الاقتصار على التصدق كما في هدي المتعة والقران بخلاف جزاء الصيد لانه كما أوجب الهدي أوجب غيره وهو الاطعام، وهنا الناذر ما أوجب إلا الهدي فتعين. ولو بعث بقيمته فاشترى بمكة مثله وذبحه جاز. قال الحاكم في المختصر: ويحتمل أن يكون هذا تأويل رواية أبي سليمان. ومن نذر شاة فأهدى جزورا فقد أحسن وليس هذا من القيمة لثبوت الاراقة في البدل الاعلى كالاصل وقالوا: إذا قال لله علي أن أهدي شاتين فأهدي شاة تساوي شاتين قيمة لم يجزه وهي مرجحة لرواية ابن سماعة فكان هو المذهب. وإن كان المنذور شيئا لا يراق دمه فإن كان
***
[١٢٥]
منقولا تصدق بعينه أو بقيمته، وإن كان عقارا تصدق بقيمته، ولا يتعين التصدق به في الحرم ولا على فقراء مكة لان الهدي فيه مجاز عن التصدق. ثم اعلم أنه إذا ألحق بلفظ الهدي ما يبطله لا يلزمه شئ كما لو قال هذه الشاة هدي إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام عند أبي حنيفة لان اسم الهدي إنما يوجب باعتبار اضمار مكة بدلالة العرف، فإذا صرح بالحرم أو المسجد تعذر هذا الاضمار إذ قد صرح بمراده. قوله: (وما جاز في الضحايا جاز في الهدايا) يعني فيجوز الثني من الابل والبقر والغنم ولا يجوز الجذع إلا من الضأن لانه قربة تعلقت بإراقة الدم كالاضحية فيتخصصان بمحل واحد. والثني من الغنم ما تم له سنة، ومن البقر ما تم له سنتان، ومن الابل ما تم له خمس. واختلف في الجذع من الضأن فجزم في المبسوط أنه ابن سبعة أشهر عند الفقهاء وستة في اللغة. وفي غاية البيان: إنه ما تم له ثمانية أشهر وشرط أن يكون عظيم الجثة، أما إن كان صغيرا فلا بد من تمام السنة. وأفاد أنه يجوز الاشتراك في بدنه كما في الاضحية بشرط إرادة الكل القربة وإن اختلفت أجناسهم من دم متعة وإحصار وجزاء صيد وغير ذلك، ولو كان الكل من جنس واحد كان أحب بأن اشتري بدنة لمتعة مثلا ناويا إن يشترك فيها ستة أو يشتريها بغير نية الهدي ثم يشترك فيه ستة وينوا الهدي أو يشتروها معا في الابتداء وهو الافضل. وأما إذا اشتراها للهدي من غير نية الشركة ليس له الاشتراك فيها لانه يصير بيعا لانها كلها صارت واجبة بعضها بإيجاب الشرع وما زاد بإيجابه، وإذا كان أحد الشركاء كافرا أو مريدا اللحم دون الهدي لم يجزهم، وإذا مات أحد الشركاء فرضى وارثه أن ينحرها عن الميت معهم أجزأهم استحسانا لان المقصود هو التصدق، وأي الشركاء نحرها يوم النحر أجزأ الكل، وأشار إلى أنه لا بد من السلامة عن العيوب كما في الاضحية فهو مطرد منعكس أي فما لا يجوز في الضحايا لا يجوز في الهدايا، فعبارة الهداية أولى وهي:
***
[١٢٦]

ولا يجوز في الهدايا إلا ما جاز في الضحايا فإنه لا يلزم من الاطراد الانعكاس، ألا ترى إلى قولهم وما جاز أن يكون ثمنا في البيع جاز أن يكون أجرة في الاجارة لم يلزم انعكاسه لفساده لجواز جعل المنافع المختلفة أجرة لا ثمنا قوله: (والشاة تجوز في كل شئ إلا في طواف الركن جنبا ووطئ بعد الوقوف) يعني أن كل موضع ذكر فيه الدم من كتاب الحج تجزئ فيه الشاة إلا فيما ذكره، وليس مراده التعميم فإن من نذر بدنة أو جزورا لا تجزئه الشاة وإنما لزمت البدنة فيما إذا طاف جنبا لان الجنابة أغلظ فيجب جبر نقصانها بالبدنة إظهارا للتفاوت بين الاصغر والاكبر. ويلحق به ما إذا طافت حائضا أو نفساء وليس موضعا ثالثا كما في فتح القدير، لان المعنى الموجب للتغليظ واحد ووجبت في الجماع بعد الوقوف لانه أعلى أنواع الارتفاقات فيتغلظ موجبه. وأطلق فشمل ما بعد الحلق وقد أسلفنا فيه اختلافا، والراجح وجوب الشاة بعده، فالمراد هنا الوطئ بعد الوقوف قبل الحلق والطواف. قوله: (ويأكل من هدى التطوع والمتعة والقران فقط) أي يجوز له الاكل ويستحب للاتباع الفعلي الثابت في حجة الوداع على ما رواه مسلم من أنه عليه السلام نحر ثلاثا وستين بدنة بيده ونحر علي ما بقي من المائة، ثم أمر من كل بدنة ببضعة فجعلت في قدر فطبخت فأكلا من لحمها وشربا من مرقها، ولانه دم النسك فيجوز منه الاكل كالاضحية. وأشار بكلمة من إلى أنه يأكل البعض منه، والمستحب أن يفعل كما في الاضحية وهو أن يتصدق بالثلث ويطعم الاغنياء الثلث ويأكل ويدخر الثلث. وأفاد بقوله هدي التطوع أنه بلغ الحرم، أما إذا ذبحه قبل بلوغه فليس بهدي فلم يدخل تحت عبارته ليحتاج إلى الاستثناء فلهذا لا يأكل منه. والفرق بينهما إنه إذا بلغ الحرم فالقربة فيه بالاراقة وقد حصلت والاكل بعد
***
[١٢٧]
حصولها، وإذا لم يبلغ فهي بالتصدق والاكل ينافيه. وأفاد بقوله فقط أنه لا يجوز الاكل من بقية الهدايا كدماء الكفارات كلها والنذور وهدي الاحصار، وكذا ما ليس بهدي كالتطوع إذا لم يبلغ الحرم، وكذا لا يجوز للاغنياء لان دم النذر دم صدقة، وكذا دم الكفارات لانه وجب تكفيرا للذنب، وكذا دم الاحصار لوجود التحلل والخروج من الاحرام قبل أوانه. قال في البدائع: وكل دم يجوز له أن يأكل منه لا يجب عليه التصدق بلحمه بعد الذبح لانه لو وجب عليه التصدق به لما جاز له أكله لما فيه من إبطال حق الفقراء، وكل دم لا يجوز له الاكل منه يجب عليه التصدق بعد الذبح لانه إذا لم يجزأ كله ولا يتصدق به يؤدي إلى إضاعة المال. ولو هلك المذبوح بعد الذبح لا ضمان عليه في النوعين لانه لا صنع له في الهلاك، وإن استهلكه بعد الذبح فإن كان مما يجب عليه التصدق به يضمن قيمته فيتصدق بها لانه تعلق به حق الفقراء فبالاستهلاك تعدي على حقهم، وإن كان مما لا يجب التصدق به لا يضمن شيئا. ولو باع اللحم جاز بيعه في النوعين لان ملكه قائم إلا أن فيما لا يجوز له أكله ويجب عليه التصدق به يتصدق بثمنه لانه ثمن مبيع واجب التصدق اه. وهكذا نقله عنه في فتح القدير باختصار مع أنه قدم أنه ليس له بيع شئ من لحوم الهدايا وإن كان مما يجوز له الاكل منه، فإن باع شيئا أو أعطى الجزار أجره منه فعليه أن يتصدق بقيمته اه. وقد يقال في التوفيق
***
[١٢٨]
بينهما إنه إن باع مما لا يجوز أكله وجب التصدق بالثمن ولا ينظر إلى القيمة، وإن باع مما لا يجوز له أكله وجب التصدق بالقيمة ولا ينظر إلى الثمن، وأن المراد بالجواز في كلام البدائع الصحة لا الحل. وفي فتح القدير: ولو أكل مما لا يحل له الاكل منه ضمن ما أكل، وبه قال الشافعي وأحمد. وقال مالك: لو أكل لقمة ضمن كله. قوله: (وخص ذبح هدى المتعة والقران بيوم النحر فقط والكل بالحرم لا بفقيره) بيان لكون الهدي موقتا بالمكان، سواء كان دم شكر أو جناية لما تقدم أنه اسم لما يهدى من النعم إلى الحرم. وأما توقيته بالزمان فمخصوص بهدي المتعة والقران، وأما بقية الهدايا فلا تتقيد بزمان. وأفاد أن هدي التطوع إذا بلغ الحرم لا يتقيد بزمان وهو الصحيح، وإن كان ذبحه يوم النحر أفضل كما ذكره الشارح خلافا للقدوري. وأراد المصنف بيوم النحر وقته وهو الايام الثلاثة، وأراد بالاختصاص الاختصاص من حيث الوجوب على قول أبي حنيفة وإلا لو ذبح بعد أيام النحر أجزأ إلا أنه تارك للواجب وقبلها لا يجزئ بالاجماع، وعلى قولهما كذلك في القبلية وكونه فيها هو السنة عندهما حتى لو ذبح بعد التحلل بالحلق لا شئ عليه، وعنده عليه دم. ودخل تحت قوله والكل بالحرم الهدي المنذور بخلاف البدنة المنذورة فإنها لا تتقيد بالحرم عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا

يجوز ذبحها في غير الحرم قياسا على الهدي المنذور والفرق ظاهر. واتفقوا على أنه لو نذر نحر جزور أو بقرة فإنه لا يتقيد بالحرم، ولو نذر بدنة من شعائر الله أو نوى أن تنحر بمكة تقيد بالحرم اتفاقا. كذا في المحيط. وقوله لا بفقيره بيان لجواز التصدق على فقراء غير الحرم بلحم الهدي لاطلاق الدلائل لكن التصدق على فقراء مكة أفضل كما في البدائع معزيا إلى الاصل قوله: (ولا يجب التعريف بالهدى) لان الهدي ينبئ عن النقل إلى مكان التقرب بإراقة الدم فيه لا عن التعريف فلا يجب وهو الذهاب به إلى عرفات أو التشهير بالتقليد والاشعار ولم يذكر استحبابه لان فيه تفصيلا، فما كان دم شكر استحب تعريفه، وما كان دم كفارة استحب إخفاؤه وستره لان سببها الجناية كقضاء الصلاة يستحب إخفاؤه، ولم يذكر المصنف سنن الذبح والنحر هنا لما سيصرح
***
[١٢٩]
به في باب الذبائح والاضحية قوله: (ويتصدق بجلاله وخطامه ولم يعط أجرة الجزار منه) أي الهدي. والجلال جمع الجل وهو ما يلبس على الدابة، والخطام هو الزمام وهو ما يجعل في أنف البعير لحديث البخاري مرفوعا أن عليا رضي الله عنه أمره عليه السلام أن يقوم على بدنه وأن يقسم بدنه كلها لحومها وجلودها وجلالها ولا يعطي في جزارتها شيئا. وهي بضم الجيم كراء عمل الجزار. وأفاد أنه إن أعطاه منها أجرته ضمنه لاتلاف اللحم أو معاوضته. وقيد بالاجر لانه لو تصدق بشئ من لحمها عليه سوى أجرته جاز لانه أهل للصدقة عليه قوله: (ولا بركبه بلا ضرورة) لانه جعله خالصا لوجه الله تعالى فلا ينتفع بشئ منه. وصرح في المحيط بأن ركوبه لغير حاجة حرام، وينبغي أن يكون مكروها كراهة تحريم لان الدليل ليس قطعيا. وأشار إلى أنه لا يحمل عليها أيضا وإلى أنه لو ركبها أو حمل عليها فنقصت فعليه ضمان ما نقص ويتصدق به على الفقراء دون الاغنياء لان جواز الانتفاع بها للاغنياء معلق ببلوغ المحل. وأطلقه فشمل ما يجوز الاكل منه وما لا يجوز، وإنما جاز له حالة الضرورة لما رواه صاحب السنن مرفوعا اركبها بالمعروف إذا ألجئت إليها حتى تجد ظهرا وفي الصحيح اركبها ويلك في الثانية أو الثالثة حين رآه مضطرا إلى ركوبها. وفي جامع الترمذي ويحك أو ويلك. وفي البدائع: ويحك كلمة ترحم وويلك كلمة تهدد. وعلل الامام الناصحي في الجمع بين وقفي هلال والخصاف بأن البدنة باقية على ملك صاحبها فيجوز الانتفاع بها عند الضرورة، ولهذا لو مات قبل أن تبلغ كانت ميراثا اه‍. وظاهر كلامهم أنها إن نقصت بركوبه لضرورة فإنه لا ضمان عليه. قوله: (ولا يحلبه) أي الهدي لانه جزؤه فلا يجوز له ولا لغيره من الاغنياء فإن حلبه
***
[١٣٠]
وانتفع به أو دفع إلى الغني ضمنه لوجود التعدي منه كما لو فعل ذلك بوبره أو صوفه. وفي المحيط: ضمن قيمته لجعل اللبن قيميا. وفي غاية البيان: ضمن مثله أو قيمته وإن لم ينتفع به بعد الحلب تصدق به على الفقراء. وأشار إلى أنها لو ولدت فإنه يتصدق به أو يذبحه معها فإن استهلكه ضمن قيمته، وإن باعه تصدق بثمنه، وإن اشترى بها هديا فحسن قوله: (وينضح ضرعها بالنقاخ) أي يرش بالماء البارد حتى يتقلص. والنقاح بالنون المضمومة والقاف والخاء المعجمة الماء العذب الذي ينقخ الفؤاد ببرده. كذا في الصحاح والمغرب. وفي المصباح المنير: ينضح من بابي ضرب ونفع، فعلى هذا تكسر ضاده وتفتح. قالوا: هذا إذا كان قريبا من وقت الذبح، وإن كان بعيدا يحلبها ويتصدق بلبنها كيلا يضربها ذلك: (وإن عطب واجب أو تعيب أقام غيره مقامه والمعيب له) لان الواجب في الذمة فلا يسقط عنه حتى يذبح في محله. والمراد بالعطب هنا الهلاك وهو من باب علم فهو كما لو عزل دراهم الزكاة فهلكت قبل الصرف إلى الفقراء فإنه يلزمه إخراجها ثانيا. والمراد من العيب هنا ما يكون مانعا من الاضحية فهو كهلاكه. وإنما كان المعيب له لانه عينه إلى جهة وقد بطلت فبقي على ملكه. وهل يدخل تحت الواجب هنا ما لو نذر شاة معينة فهلكت فإنه يلزمه غيرها أو لا لكون الواجب في العين لا في الذمة قوله: (ولو تطوعا نحره وصبغ نعله بدمه وضرب به صفحته ولم يأكله غني) أي ولو كان المعطوب أو المتعيب تطوعا نحره وصبغ قلادته بدمه، فالمراد من العطب هنا القرب من الهلاك لا الهلاك. وفائدة هذا الفعل أن يعلم الناس أنه هدي فيأكل منه الفقراء دون الاغنياء، وهذا لان الاذن في تناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي أي لا يحل قبل ذلك أصلا إلا أن التصدق على الفقراء أفضل من أن يتركه لحما للسباع وفيه نوع تقرب والتقرب هو المقصود قوله: (وتقلد بدنة التطوع والمتعة والقران فقط) لانه دم نسك وفي التقليد إظهاره وتشهيره فيليق به. وأفاد بقوله فقط أنه لا يقلد دم الاحصار ولا دم الجنايات لان سببها الجناية والستر أليق

بها ودم الاحصار جابر فيلحق بجنسها، ولو قلده لا يضره. كذا في المبسوط. وقيد بالبدنة لانه لا يسن تقليد الشاة ولا تقلد عادة. ودخل تحت التطوع المنذور لانه لما كان بإيجاب العبد كان تطوعا أي ليس بإيجاب الشارع ابتداء فلذا ذكر في المحيط أنه يقلد دم النذر لانه دم نسك وعبادة. فإن قلت: روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قلد هدايا الاحصار قلت: جوابه أنه كان قلدها للمتعة فلما أحصر بقيت كما كانت فبعثت إلى مكة على

***

[١٣١]

حالها. كذا في غاية البيان. ولم يذكر وقت التقليد لان فيه تفصيلا فإن بعثه يقلده من بلده وإن كان معه فمن حيث يحرم هو السنة. مسائل منثورة ثابتة في بعض النسخ دون بعض وقد جرت عادة المصنفين أنهم يذكرون في آخر الكتاب ما شذ وندر من المسائل في الابواب السالفة في فصل على حدة تكثيرا للفوائد ويقولون في أوله مسائل منثورة أو مسائل متفرقة أو مسائل شتى أو مسائل لم تدخل في الابواب أو فروع قوله: (ولو شهدوا بوقوفهم قبل يومه تقبل وبعده لا) أي لو شهدوا بعدما وقف الناس بعرفة أنهم وقفوا يوم التروية قبلت شهادتهم، ولو شهدوا أنهم وقفوا يوم النحر لا تقبل. والقياس أن لا يجزئهم اعتبارا بما إذا وقفوا يوم التروية، وهذا لانه عبادة تختص بزمان ومكان فلا تقع عبادة دونهما. وقد ذكر في الهداية للاستحسان وجهين: الاول أنها لا تقبل لكونها على النفي. الثاني أنها تقبل لكن لا يستلزم عدم صحة الوقوف لان هذا النوع من الاشتباه مما يغلب ولا يمكن التحرز عنه فلو لم يحكم بالجواز بعد الاجتهاد لزم الحرج الشديد المنفي شرعا وهو حكمة قوله عليه السلام وعرفتكم يوم تعرفون أي وقت الوقوف بعرفة عند الله تعالى اليوم الذي يقف فيه الناس عن اجتهاد ورأى أنه يوم عرفة. وذكر في معراج الدراية أن الوجه الثاني هو الاصح ورجحه في فتح القدير بدفع الاول لانها قامت على الاثبات حقيقة وهو رؤية الهلال في ليلة قبل رؤية أهل الموقف فليست شهادة على النفي، وإذا كانت هذه الشهادة لا يثبت بها عدم صحة الوقوف فلا فائدة في سماعها للامام فلا يسمعها لان سماعها يشهرها بين عامة الناس من أهل الموقف فيكثر القيل والقال وتثور الفتنة وتتكدر قلوب المسلمين بالشك في صحة حجهم بعد طول عنائهم، فإذا جاؤوا ليشهدوا يقول لهم انصرفوا فلا تسمع هذه الشهادة قد تم حج الناس. وكذا حج الشهود، ولو وقفوا وحدهم لم يجزهم وعليهم إعادة الوقوف مع الامام للحديث السابق، وكذا إذا أخر الامام الوقوف بمعنى يسوغ فيه الاجتهاد لم يجز وقوف من وقف قبله. واستشكل المحقق في فتح القدير تصوير قبول الشهادة في المسألة الاولى لانه لا شك أن وقوفهم يوم التروية على أنه التاسع لا يعارضه

***

[١٣٢]

شهادة من شهد أنه الثامن لان اعتقاد الثامن إنما يكون بناء على أن أول ذي الحجة ثبت بإكمال عدة ذي القعدة واعتقاده التاسع بناء على أنه رؤي قبل الثلاثين من ذي القعدة، فهذه شهادة على الاثبات والقائلون أنه الثامن حاصل ما عندهم نفي محض وهو أنهم لم يروه ليلة الثلاثين من ذي القعدة ورآه الذين شهدوا فهي شهادة لا معارض لها اه‍. فحاصله أن الشهادة على خلاف ما وقف الناس لا يثبت بها شئ مطلقا، سواء كان قبله أو بعده. وهو إنما يتم أن لو انحصر التصوير فيما ذكره بل صورته لو وقف الامام بالناس ظنا منه أنه يوم التاسع من غير أن يثبت عنده رؤية الهلال فشهد قوم أنه اليوم الثامن فقد تبين خطأ ظنه والتدارك ممكن فهي شهادة لا معارض لها. ولهذا قال في المحيط: لو وقفوا يوم التروية على ظن أنه يوم عرفة لم يجزهم. وبهذا التقرير علم أن المسألة تحتاج إلى تفصيل ولا بدع فيه بل هو متعين. وقد بقي هنا مسألة ثالثة وهي ما إذا شهدوا يوم التروية والناس بمنى أن هذا اليوم يوم عرفة ينظر، فإن أمكن الامام أن يقف مع الناس أو أكثرهم نهارا قبلت شهادتهم قياسا واستحسانا للتمكن من الوقوف، فإن لم يقفوا عشية فاتهم الحج، وإن أمكنه أن يقف معهم ليلا لا نهارا فكذلك استحسانا، وإن لم يمكنه أن يقف ليلا مع أكثرهم لا تقبل شهادتهم ويأمرهم أن يقفوا من الغد استحسانا، والشهود في هذا كغيرهم كما قدمناه. وفي الفتاوى الظهيرية: ولا ينبغي للامام أن يقبل في هذا شهادة الواحد والاثنين ونحو ذلك قوله: (ولو ترك الجمرة الاولى في اليوم الثاني رمى الثلاث أو الاولى فقط) بيان لكون الترتيب في الجمار الثلاث في اليوم الثاني ليس بشرط ولا واجب وإنما هو سنة ولهذا قدم قوله رمى الثلاث لمراعاة الترتيب المسنون لان كل جمرة قربة قائمة بنفسها لا تعلق لها بغيرها وليس بعضها تابعا لبعض بخلاف السعي قبل الطواف أو الطواف قبل الوقوف فإنه شرع مرتبا على وجه

اللزوم فلم يدخل وقته، ولولا ورود النص في قضاء الفوائت بالترتيب قلنا لا يلزم فيها أيضا لان كل صلاة عبادة مستقله، وبخلاف البداءة بالمروة لان البداءة من الصفا ثبت بالنص وهو قوله عليه السلام ابدؤوا بما بدأ الله به بصيغة الامر بخلاف الترتيب في الجمار الثلاث فإنه ثبت بالفعل وهو لا يفيد أكثر من السنة. قوله: (ومن أوجب حجا ماشيا لا يركب حتى يطوف للركن) أي بأن نذر الحج ماشيا وفيه إشارة إلى وجوب المشي لان عبارة المختصر عبارة الجامع الصغير وهي كلام المجتهد أعني أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه على ما نقله محمد عنه فيه وهو إخبار المجتهد وإخباره
***
[١٣٣]
معتبر بإخبار الشرع لانه نائبه في بيان الاحكام كما في المعراج. وفي الاصل أي المبسوط: لمحمد أيضا خيره بين الركوب والمشي، وعن أبي حنيفة أنه كره المشي فيكون الركوب أفضل. وصحح ما في الجامع الصغير قاضيخان في شرحه واختاره فخر الاسلام معللا بأنه التزم القربة بصفة الكمال. وإنما قلنا إن المشي أكمل لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من حج ماشيا كتب له بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم. قيل: وما حسنات الحرم؟ قال: واحدة بسبعمائة. وإنما رخص الشرع في الركوب دفعا للحرج. قال في غاية البيان: ولا يرد عليه ما أورد في النوازل عن أبي حنيفة أن الحج راكبا أفضل لان ذلك لمعنى آخر وهو أن المشي يسئ خلقه وربما يقع في المنازعة والجدال المنهي عنه وإلا فالاجر على قدر التعب والتعب في المشي أكثر اه‍. لا يقال لا نظير للمشئ في الواجبات ومن شرط صحة النذر أن يكون من جنس المنذور واجبا لانا نقول: بل له نظير وهو مشي المكي الذي لا يجد الراحلة وهو قادر على المشئ فإنه يجب عليه أن يحج ماشيا ونفس الطواف أيضا، ولم يذكر المصنف محل وجوب ابتداء المشي لان محمدا رحمه الله لم يذكره فلذا اختلف المشايخ فيه على ثلاثة أقوال: قيل من بيته وهو الاصح كذا في فتح القدير وغيره لانه المراد عرفا، وقيل من الميقات، وقيل من أي موضع يحرم منه واختاره فخر الاسلام والامام العتابي وصححه في غاية البيان لانه نذر بالحج والحج ابتداؤه الاحرام وانتهاؤه طواف الزيارة فيلزمه بقدر ما التزم. ولا عبرة بالعرف مع وجود اللفظ بخلاف الوصية بالحج فإنه يحج عنه من بيته لان الوصية تنصرف إلى الفرض في الاصل، ولهذا يحج عنه راكبا لا ماشيا والمعول عليه هو التصحيح الاول، ويدل عليه من الرواية ما عن أبي حنيفة لو أن بغداديا قال إن كلمت فلانا فعلي أن أحج ماشيا فلقيه بالكوفة فكلمه فعليه أن يمشي من بغداد. وقوله لا عبرة بالعرف مع وجود اللفظ ممنوع بل المعتبر في النذور والايمان العرف لا اللفظ كما عرف في محله. وفي فتح القدير: ولو أحرم من بيته فالاتفاق على أن يمشي من بيته وإنما ينتهي وجوب المشي بطواف الزيارة لان به ينتهي الاحرام، وأما طواف الصدر فللتوديع وليس بأصل في الحج حتى لا يجب على من لا يودع. وأفاد بقوله لا يركب أنه لو ركب لزمه الجزاء لترك الواجب فإذا ترك في الكل أو في الاكثر يلزمه الدم، وفي الاقل يلزمه التصدق بقدره من قيمة الشاة الوسط، ومقتضى الاصل أن لا يخرج عن عهدة النذر إذا ركب كما لو نذر الصوم متتابعا فقطع التتابع ولكن ثبت ذلك نصا في الحج فوجب العمل به وهو ما عن ابن عباس أن أخت عقبة نذرت أن تحج ماشية فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تركب وتهدي دما. رواه أبو داود. وهو محمول على
***
[١٣٤]
عجزها عن المشي بدليل الرواية الاخرى وأنها لا تطيق. وأطلق في الايجاب فشمل ما إذا كان منجزا أو معلقا وما إذا قال لله علي أو علي حجة ماشيا، ولو قال علي المشي إلى بيت الله الحرام ولم يذكر حجا ولا عمرة لزمه أحد النسكين استحسانا، فإن جعله عمرة مشى حتى يحلق إلا إذا نوى به المشي إلى مسجد المدينة أو مسجد بيت المقدس أو مسجد من المساجد فإنه لا يلزمه شئ. وقوله على المشي إلى مكة أو الكعبة كقوله إلى بيت الله ولو قال علي المشي إلى الحرم أو المسجد الحرام فإنه لا شئ عليه عند أبي حنيفة لعدم العرف بالتزام النسك به. وقالا: يلزمه النسك احتياطا. واتفقوا على أنه لا لزوم لو قال إلى الصفا أو المروة أو مقام إبراهيم أو إلى أستار الكعبة أو باب ها أو ميزابها أو عرفات أو المزدلفة أو مسجد النبي صلى الله عليه وسلم، أو ذكر مك ان المشي غيره كقوله علي الذهاب إلى بيت الله أو الخروج. ثم الحج المنذور يسقط بحجة الاسلام عند أبي حنيفة خلافا لمحمد، فإذا نذر الحج ولم يكن حج ثم حج وأطلق كان عن

حجة الاسلام وسقط عنه ما التزمه بالنذر لان نذره منصرف إليه، وإن كان قد حج ثم نذر ثم حج فلا بد من تعيين الحج عن النذر وإلا وقع تطوعا كما حرره في فتح القدير. ومن نذر أن يحج في سنة كذا فحج قبلها جاز عند أبي يوسف خلافا لمحمد، وقول أبي يوسف أقيس بما قدمناه في نذر الصوم. قوله: (ولو اشترى محرمة حللها وجامعها) لان منافعها مستحقة للمولى فيجوز له تحليلها بغير هدي غير أن البائع يكره تحليله لا خلاف الوعد حيث وجد منه الاذن والمشتري لم يوجد منه الاذن فلا يكره تحليله. قيد بكونها محرمة لانها لو كانت منكوحة فليس للمشتري فسخ النكاح لانه قائم مقام البائع وهو ليس له الفسخ بعد الاذن. وأطلق في إحرامها فشمل ما إذا كان بإذن البائع أولا. وأشار بعطف الجماع على التحليل إلى أنه يحللها بغير الجماع كقص ظفر وشعر وهو أولى من التحليل بالجماع لانه أعظم محظورات الاحرام حتى تعلق به الفساد فلا يفعله تعظيما لامر الحج، ولا يقع التحليل بقوله حللتك بل بفعله أو بفعلها بأمره كالامتشاط بأمره. وأشار إلى أن للمشتري أن يحلل العبد المحرم لما قد مناه، وإذا كان له منعهما وتحليلهما ليس له الرد بالعيب. وإلى أن الحرة لو أحرمت بحج نفل ثم تزوجت فللزوج أن يحللها عندنا بخلاف ما إذا أحرمت بالفرض فليس له أن يحللها إن كان لها محرم، فإن لم يكن لها فله منعها، فإن أحرمت فهي محصرة لحق الشرع فلذا إذا أراد الزوج تحليلها لا تتحلل إلا بالهدي بخلاف ما إذا أحرمت بنفل بلا إذن له أن يحللها، ولا يتأخر تحليله إياها إلى ذبح الهدي كما قدمناه في باب الاحصار. ولو أذن لامرأته في حج النفل فليس له أن يرجع فيه لملكها منافعها، وكذا المكاتبة بخلاف الامة. وفي فتح القدير: ولو جامع زوجته أو

***

[١٣٥]

أمته المحرمة ولا يعلم بإحرامها لم يكن تحليلا وفسد حجها، وإن علمه كان تحليلا. ولو حللها ثم بدا له أن يأذن لها فأذن لها فأحرمت بالحج ولو بعد ما جامعها من عامها ذلك لم يكن عليها عمرة ولا نية القضاء ولو أذن لها بعد مضي السنة كان عليها عمرة مع الحج، ولو حللها فأحرمت فحللها فأحرمت هكذا مرارا ثم حجت من عامها أجزأها عن كل التحللات بتلك الحجة الواحدة ولم لم تحج إلا من قابل كان عليها لكل تحليل عمرة والله سبحانه وتعالى أعلم.

***

[١٣٦]

كتاب النكاح ذكره بعد العبادات لانه أقرب إليها حتى كان الاشتغال به أفضل من التخلي لنوافل العبادات. وقدم على الجهاد لاشتماله على المصالح الدينية والدنيوية وأمر المناسبة سهل. واختلف في معناه لغة على أربعة أقوال: فقيل مشترك بين الوطئ والعقد وهو ظاهر ما في الصحاح فإنه قال: النكاح الوطئ، وقد يكون العقد تقول نكحتها ونكحت هي أي تزوجت وهي ناكح في بني فلان أي ذات زوج، والمراد بالمشترك اللفظي. وقيل حقيقة في العقد مجاز في الوطئ، ونسبه الاصوليون إلى الشافعي في بحث متى أمكن العمل بالحقيقة سقط المجاز. وقيل بالعكس وعليه مشايخنا صرحوا به كما في فتح القدير، وجزم به في المغرب، وذكر الاصوليون أن ثمرة الاختلاف بيننا وبين الشافعي تظهر في حرمة موطوءة الاب من الزنا أخذا من قوله تعالى * (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) * فلما كان حقيقة في العقد عنده لم تحرم موطوءته من الزنا، ولما كان حقيقة في الوطئ عندنا الشامل للوطئ الحلال والحرام حرمت عندنا وحرمت معقودة الاب بغير وطئ بالاجماع. وتفرع على أصلنا ما لو قال لامرأته إن نكحتك فأنت طالق فإنه للوطئ، فلو أبانها ثم تزوجها لم يحنث. ولا يرد علينا ما لو قال لاجنبية ذلك فإنه للعقد لتعذر الوطئ شرعا فكانت حقيقة مهجورة كما في الكشف. ولذا لو قال ذلك لمن لا تحل له أبدا بأن قال إن نكحتك فعبدي حر انصرف إلى النكاح الفساد كما في المحيط.، وقيل حقيقة في الضم صرح به مشايخنا أيضا لكن قال في فتح القدير: إنه لا منافاة بين كلامهم لان الوطئ من أفراد الضم والموضوع للاعم حقيقة في كل من أفراده

***

[١٣٧]

كإنسان في زيد فهو من قبيل المشترك المعنوي إلى آخر ما ذكره وهو مردود، فإن الوطئ مغاير للضم ولذا قال في المغرب: وقولهم النكاح الضم مجاز كإطلاقه على العقد إلا أن إطلاقه على الضم من باب تسمية المسبب باسم السبب، وإطلاقه على العقد بالعكس. ومما يدل على مغايرة القولين أن صاحب المحيط ذكر أنه حقيقة في الضم الشامل للوطئ والعقد باعتبار ضم الايجاب إلى القبول فهو حقيقة في

العقد أيضا، وعلى القول الثالث مجاز فيه. وصحح في المجتبى ما في المغرب كما في التبيين، ورجح في غاية البيان الاول بأن الاصل في الكلام الحقيقة والمشترك مستعمل في الموضوع الاصلي دون المجاز ا ه. وهو غفلة عما في الاصول فإن الاصح أنه إذا دار لفظ بين الاشتراك والمجاز فالمجاز أولى لانه أبلغ وأغلب، والاشتراك يخل بالتفاهم ويحتاج إلى قرينتين كما ذكره النسفي في شرح المنار. وقال في البدائع: إنه الحق والمتحقق الاستعمال في كل من هذه المعاني الثلاثة لكن الشأن في تعيين المعنى الحقيقي له. وأما معناه شرعا ففي فتح القدير: حيث أطلق في الكتاب والسنة مجردا عن القرائن فهو للوطئ فقد تساوى المعنى اللغوي والشرعي ولذا قال قاضيخان: إنه في اللغة والشرع حقيقة في الوطئ مجاز في العقد. وأما ما ذكره المصنف وغيره من أنه اسم للعقد الخاص فهو معناه في اصطلاح الفقهاء ولذا قال في المجتبى: إنه في عرف الفقهاء العقد. فقول من قال إنه في الشرع اسم للعقد الخاص كما في التبيين محمول على أن المراد أنه في عرف الفقهاء وهم أهل الشرع فلا مخالفة. وسبب مشروعيته مع أن الاصل في النكاح الحظر وإباحته للضرورة كما في الكشف تعلق بقاء العالم به المقدر في العلم الازلي على الوجه الاكمل وإلا فيمكن بقاء

***

[١٣٨]

النوع بالوطئ على غير الوجه المشروع لكنه مستلزم للتظالم والسفك وضياع الانساب بخلافه على الوجه المشروع. وشرطه نوعان: عام في تنفيذ كل تصرف دائر بين النفع والضرر، وخاص. فالاول الاهلية بالعقل والبلوغ. قال في فتح القدير: وينبغي أن يزاد في الولي لا في الزوج والزوجة ولا في متولي العقد فإن تزويج الصغير والصغيرة جائز، وتوكيل الصبي الذي يعقل العقد ويقصده جائز في البيع عندنا فصحته هنا أولى لانه محض سفير، وأما الحرية فشرط النفاذ بلا إذن أحد ا ه. وضم الزيلعي الحرية إلى العقل والبلوغ في الشرط العالم، والتحقيق أن التمييز شرط في متولي العقد للانعقاد أصيلا كان أو لم يكن، فلم ينعقد النكاح بمباشرة المجنون والصبي الذي لا يعقل. وأما البلوغ والحرية فشرط النفاذ في متولي العقد لنفسه لا لغيره فتوقف عقد الصبي العاقل والعبد على إجازة الولي والمولى. وأما المحلية فقال في فتح القدير: إنها من الشروط العامة وتختلف بحسب الاشياء والاحكام كمحلية المبيع للبيع والانثى للنكاح ا ه. والاولى أن يقال: إن محلية الانثى المحققة من بنات آدم ليست من المحرمات. وفي العناية: محله امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي فخرج الذكر للذكر والخنثى مطلقا والجنية للانسى وما كان من النساء محرما على التأبيد كالمحارم ولذا قال في التبيين من كتاب الخنثى: لو زوجه أبوه أو مولاه امرأة أو رجلا لا يحكم بصحته حتى يتبين حاله أنه رجل أو امرأة، فإذا ظهر أنه خلاف ما زوج به تبين أن العقد كان صحيحا وإلا فباطل لعدم مصادفة المحل، وكذا إذا زوج الخنثى من خنثى آخر لا يحكم بصحة النكاح حتى يظهر أن أحدهما ذكر والآخر أنثى ا ه. وفي القنية: لا يجوز التزويج بجنية، وأجازه الحسن البصري بشهود، وذكر أهل الاصول أن النهي عن نكاح المحارم مجاز عن النفي فكان نسخا لعدم محله. وصرح كثير من الفقهاء بعدم محلية المحارم للنكاح. وجزم به في غاية البيان لكن يشكل عليه إسقاط أبي حنيفة الحد عمن وطئ محرمه بعد العقد عليها فإنها إذا لم تكن محلا لمن تبق شبهة بالعقد. والجواب أنها لم تخرج عن المحلية للنكاح أصلا بدليل حل تزوجها لمن لم يكن محرما لها، فأبو حنيفة نظر إلى هذا، وهما نظرا إلى خروجها عن المحلية بالنسبة إلى الواطئ وهو الظاهر فلذا قال في الخلاصة: الفتوى على قولهما وسيأتي تمامه في محله إن شاء الله تعالى. والثاني -

***

[١٣٩]

أعني الشرط الخاص للانعقاد - سماع اثنين بوصف خاص للايجاب والقبول. زاد في المحيط وكون المرأة من المحللات وقد علمت ما فيه. وركنه الايجاب والقبول حقيقة أو حكما كاللفظ القائم مقامهما من متولي الطرفين شرعا. وحكمه حل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعا، وحرمة المصاهرة وملك كل واحد منهما بعض الاشياء على الآخر مما سيرد عليك. كذا في فتح القدير. وقد ذكر أحكامه في البدائع في فصل على حدة فقال: منها حل الوطئ لا في الحيض والنفاس والاحرام وفي الظهار قبل التكفير. ووجوبه قضاء مرة واحدة وديانة فيما زاد عليها، وقيل يجب قضاء أيضا. ومنها حل النظر والمس من رأسها إلى قدمها إلا لمانع، ومنها ملك المنفعة وهو اختصاص الزوج بمنافع بضعها وسائر أعضائها استمتاعا، ومنها ملك الحبس والقيد وهو صيرورتها ممنوعة عن الخروج والبروز، ومنها وجوب المهر عليه، ومنها وجوب النفقة والكسوة، ومنها حرمة المصاهرة، ومنها الارث من الجانبين، ومنها

وجوب العدل بين النساء في حقوقهن، ومنها وجوب طاعته عليها إذا دعاها إلى الفراش، ومنها ولاية تأديبها إذا لم تطعه بأن نشزت، ومنها استحباب معاشرتها بالمعروف وعليه حمل الامر في قوله تعالى * (وعاشروهن بالمعروف) * (النساء: ١٩) وهو مستحب لها أيضا والمعاشرة بالمعروف الاحسان قولا وفعلا وخلقا إلى آخر ما في البدائع. ومن أحكامه أن لا يصح تعليقه بالشرط لكن قال في التتمة: تزوج امرأة إن شاءت أو قال إن شاء زيد فأبطل صاحب المشيئة مشيئته في المجلس فالنكاح جائز لان المشيئة، إذا بطلت في المجلس صار نكاحا بغير مشيئة كما قالوا في السلم إذا أبطل الخيار في المجلس جاز السلم، ولو بدأ الزوج فقال تزوجتك إن شئت ثم قبلت المرأة من غير شرط تم النكاح ولا يحتاج إلى إبطال المشيئة بعد ذلك، ولو قال تزوجتك بألف درهم إن رضي فلان اليوم، فإن كان فلان حاضرا فقال قد رضيت جاز النكاح استحسانا، وإن كان غير حاضر لم يجز، وليس هذا كقوله قد تزوجتك ولفلان الرضا لان هذا قول قد وجب وشرط خيار، والاول لم يوجب وجعل الايجاب مخاطرة. ولو قال تزوجتك اليوم على أن لك المشيئة اليوم إلى الليل فالنكاح جائز والشرط باطل كشرط الخيار ا ه. هكذا في البزازية لكن قال قبله: لو قالت زوجت نفسي منك إن رضي أبي لا يصح لانه علقه بالخطر ا ه. وقياس ما تقدم أن الاب إن كان حاضرا في المجلس ورضي الجواز.
***
[١٤٠]
ثم رأيته في الظهيرية وفي البزازية: خطب بنت رجل لابنه فقال أبوها زوجتها قبلك من فلان فكذبه أبو الابن فقال إن لم أكن زوجتها من فلان فقد زوجتها من ابنك وقبل أبو الابن ثم علم كذبه. انعقد لان التعليق بالوجود تحقيق ا ه. وفي المجتبى: زوجت نفسي منك بعد انقضاء عدتي فقبل لا يصح كالتعليق، وإضافته إلى وقت لا يصح وصفته فرض وواجب وسنة وحرام ومكروه ومباح. أما الاول فبأن يخاف الوقوع في الزنا لو لم يتزوج بحيث لا يمكنه الاحتراز عنه إلا به لان ما لا يتوصل إلى ترك الحرام إلا به يكون فرضا.، وأما الثاني فبأن يخافه لا بالحيثية المذكورة إذ ليس الخوف مطلقا مستلزما بلوغه إلى عدم التمكن. وبه يحصل التوفيق بين قول من عبر بالافتراض وبين من عبر بالوجوب، وكل من هذين القسمين مشروط بشرطين: الاول ملك المهر والنفقة فليس من خافه إذا كان عاجزا عنهما آثما بتركه كما في البدائع. الثاني عدم خوف الجور فإن تعارض خوف الوقوع في الزنا لو لم يتزوج وخوف الجور لو تزوج قدم الثاني فلا افتراض بل مكروه كما أفاده في فتح القدير. ولعله لان الجور معصية متعلقة بالعباد والمنع من الزنا من حقوق الله تعالى، وحق العبد مقدم عند التعارض لاحتياجه وغنى المولى تعالى. وأما الثالث فعند الاعتدال وسيأتي بيانه. وأما الرابع فبأن يخاف الجور بحيث لا يمكنه الاحتراز عنه لانه إنما شرع لمصلحة من تحصين النفس وتحصيل الثواب وبالجور يأثم ويرتكب المحرمات فتنعدم المصالح لرجحان هذه المفاسد. وأما الخامس فبأن يخافه لا بالحيثية المذكورة وهي كراهة تحريم، ومن أطلق الكراهة عند خوف الجور فراده القسم الثاني من القسمين. وأما السادس فبأن يخاف العجز عن الايفاء بمواجبه. كذا في المجتبى يعني في المستقبل. وأما محاسنه فكثيرة ودلائله شهيرة. قوله: (هو عقد يرد على ملك المتعة قصدا) أي النكاح عند الفقهاء. والمراد بالعقد
***
[١٤١]
مطلقا نكاحا كان أو غيره مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، سواء كان باللفظين المشهورين من زوجت وتزوجت أو غيرهما مما سيذكر، أو كلام الواحد القائم مقامهما أعني متولي الطرفين. وقول الورشكي إنه معنى يحل المحل فيتغير به حال المحل وزوجت وتزوجت آلة انعقاده، إطلاق له على حكمه فإن المعنى الذي يتغير به حال المحل من الحل والحرمة هو حكم العقد، وقد صرح بإخراج اللفظين عن مسماه، وهو اصطلاح آخر غير مشهور. كذا في فتح القدير. وملك المتعة عبارة عن ملك الانتفاع والوطئ كما في الكشف. ومعنى وروده عليه إفادته له شرعا، فلو قال يفيد ملك المتعة أو يثبت به ملك المتعة قصدا لكان أظهر، والمراد أنه عقد يفيد حكمه بحسب وضع الشرع. والمراد بالملك الحل لا الملك
***
[١٤٢]
الشرعي لان المنكوحة لو وطئت بشبهة فمهرها لها، ولو ملك الانتفاع ببضعها حقيقة لكان بدله له. وذكر في البدائع أن من أحكامه ملك المتعة وهو اختصاص الزوج بمنافع بضعها وسائر أعضائها استمتاعا أو ملك الذات والنفس في حق التمتع على اختلاف مشايخنا

في ذلك. واحترز بقوله قصدا عما يفيد الحل ضمنا كما إذا ثبت في ضمن ملك الرقبة كشراء الجارية للتسري فإنه موضوع شرعا لملك الرقبة وملك المتعة ثابت ضمنا وإن قصده المشتري، وإنما لم يكن ملك المتعة مقصودا لملك الرقبة في الشراء أو نحوه لتخلفه عنه في شراء محرمه نسبا ورضاعا والامة المجوسية قوله: (وهو سنة وعند التوقان واجب) بيان لصفته، أما الاول فالمراد به السنة المؤكدة على الاصح وهو محمل من أطلق الاستحباب وكثيرا ما يتساهل في إطلاق المستحب على السنة. كذا في فتح القدير. وصرح في المحيط أيضا بأنها مؤكدة ومقتضاه الاثم لو لم يتزوج لان الصحيح أن ترك المؤكدة مؤثم كما علم في الصلاة. وأفاد بذكر وجوبه حالة التوقان أن محل الاول حالة الاعتدال كما في المجمع والمراد بها حالة القدرة على الوطئ والمهر والنفقة مع عدم الخوف من الزنا والجور وترك الفرائض والسنن، فلو لم يقدر على واحد من الثلاثة أو خاف واحدا من الثلاثة فليس معتدلا فلا يكون سنة في حقه كما أفاده في البدائع. ودليل السنية حالة الاعتدال الاقتداء بحاله صلى الله عليه وسلم في نفسه ورده على من أراد من أمته التخلي للعبادة كما في الصحيحين ردا بليغا بقوله فمن رغب عن سنتي فليس مني كما أوضحه في فتح القدير. والتوقان مصدر تاقت نفسه إلى كذا إذا اشتاقت من باب طلب. كذا في المغرب. والمراد به أن يخاف منه الوقوع في الزنا لو لم يتزوج إذ لا يلزم من الاشتياق إلى الجماع الخوف المذكور. وأراد بالواجب اللازم فيشمل الفرض والواجب الاصطلاحي فإنا قدمنا أنه فرض وواجب. ولم يذكر أنه حرام أو مكروه كما في المجمع لان الجور حرام بالنسبة إلى كل شخص وليس هو مختصا بالنكاح حتى يجعل من أحكامه وصفته.

***

[١٤٣]

والجور الظلم يقال جار أي ظلم. وأفاد بالسنية أن الاشتغال به أفضل من التخلي لنوافل العبادات ولذا قال في المجمع: وتفضله على التخلي للنوافل. واستدل له في البدائع بوجوه: الاول أن السنن مقدمة على النوافل بالاجماع. الثاني أنه أوعد على ترك السنة ولا وعيد على ترك النوافل. الثالث أنه فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وواظب عليه وثبت عليه بحيث لم يخل عنه بل كان يزيد عليه، ولو كان التخلي للنوافل أفضل لفعله. وإذا ثبت أفضليته في حقه ثبتت في حق أمته لان الاصل في الشرائع هو العموم والخصوص بدليل. والرابع أنه سبب موصل إلى ما هو مفضل على النوافل لانه سبب لصيانة النفس عن الفاحشة ولصيانة نفسها عن الهلاك بالنفقة والسكنى واللباس ولحصول الولد الموحد. وأما مدحه تعالى يحيى عليه السلام بكونه سيدا وحصورا وهو من لا يأتي النساء مع القدرة فهو في شريعتهم لا في شريعتنا ا ه‍. وأشار المصنف بكونه سنة أو واجبا إلى استحباب مباشرة عقد النكاح في المسجد لكونه عبادة، وصرحوا باستحبابه يوم الجمعة، واختلفوا في كراهية الزفاف والمختار أنه لا يكره إلا إذا اشتمل على مفسدة دينية. وروى الترمذي عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف (١) كذا في فتح القدير. وفي الذخيرة: ضرب الدف في العرس مختلف فيه ومحله ما لا جلاجل له أما ماله جلاجل فمكروه، وكذا اختلفوا في الغناء في العرس والوليمة فمنهم من قال بعدم كراهته كضرب الدف ا ه‍. وفي فتاوى العلامي: من أراد أن يتزوج ندب له أن يستدين له فإن الله تعالى ضامن له الاداء فلا يخاف الفقر إذا كان من نيته التحصين والتعفف، ويتزوج امرأة صالحة معروفة النسب والحسب والديانة فإن العرق نزاع، ويجتنب المرأة الحسناء في منبت السوء، ولا يتزوج امرأة لحسبها وعزها ومالها وجمالها فإن تزوجها لذلك لا يزداد به إلا ذلا وفقرا ودناءة. ويتزوج من هي فوقه في الخلق والادب والورع والجمال ودونه في العز والحرفة والحسب والمال والسن والقامة فإن ذلك أيسر من الحقارة والفتنة. ويختار أيسر النساء خطبة ومؤنة. ونكاح البكر أحسن للحديث عليكم بالابكار فإنهم أعذب أفواها وأنقى أرحاما وأرض باليسير (٢) ولا يتزوج طويلة مهزولة ولا قصيرة ذميمة، ولا مكثرة ولا سيئة الخلق ولا ذات الولد ولا مسنة للحديث سوداء ولود خير من حسناء عقيم ولا يتزوج الامة مع طول الحرة ولا حرة بغير إذن وليها لعدم الجواز عند البعض. ولا زانية. والمرأة تختار الزوج الدين الحسن الجواد الموسر ولا تتزوج فاسقا، ولا يزوج ابنته الشابة شيخا كبيرا ولا رجلا ذميما ويزوجها كفؤا، فإذا خطبها الكفؤ لا يؤخرها، وهو كل مسلم تقي. وتحلية البنات

***

[١٤٤]

بالحلي والحلل ليرغب فيهن الرجال سنة، ونظره إلى مخطوبته قبل النكاح سنة فإنه داعية للالفة. ولا يخطب مخطوبة غيره لانه جفاء

وخيانة، وتمامه في الفصل الخامس والثلاثين منها. وفي المجتبى: يستحب أن يكون النكاح ظاهرا وأن يكون قبله خطبة وأن يكون عقده في يوم الجمعة وأن يتولى عقده ولي رشيد وأن يكون بشهود عدول منها. قوله: (وينعقد بإيجاب وقبول وضعا للمضي أو أحدهما) أي ينعقد النكاح أي ذلك العقد الخاص ينعقد بالايجاب والقبول حتى يتم حقيقة في الوجود. والانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقدا شرعا ويستعقب الاحكام بالشرائط الآتية. كذا قرره الكمال هنا. وقرر في كتاب البيع ما يفيد أن المراد هنا من الانعقاد الثبوت وأن الضمير يعود إلى النكاح باعتبار حكمه، فالمعنى يثبت حكم النكاح بالايجاب والقبول. ومقصوده في البابين تحقيق أن الايجاب مع القبول عين العقد لا غيره كما يفهم من ظاهر العبارة. والحق أن العقد مجموع ثلاثة: الايجاب والقبول والارتباط الشرعي، فلم يكن الايجاب والقبول عين العقد لان جزء الشئ ليس عينه وسيأتي تمامه في البيع إن شاء الله تعالى. والايجاب لغة الاثبات، واصطلاحا هنا اللفظ الصادر أولا من أحد المتخاطبين مع صلاحية اللفظ لذلك، رجلا كان وامرأة. والقبول اللفظ الصادر ثانيا من أحدهما الصالح لذلك مطلقا، فما وقع في المعراج وغيره من أنه لو قدم القبول على الايجاب بأن قال تزوجت ابنتك فقال زوجتكها فإنه ينعقد غير صحيح إذ لا يتصور تقديمه، بل قوله تزوجت ابنتك إيجاب والثاني قبول. وهل يكون القبول بالفعل كالقبول باللفظ كما في البيع؟ قال في البزازية: أجاب صاحب البداية في امرأة زوجت نفسها بألف من رجل عند الشهود فلم يقل الزوج شيئا لكن أعطاها المهر في المجلس أنه يكون قبولا. وأنكره صاحب المحيط وقال: لا ما لم يقل بلسانه قبلت بخلاف البيع لانه ينعقد بالتعاطي، والنكاح لخطره لا ينعقد حتى يتوقف على الشهود بخلاف إجازة نكاح الفضولي بالفعل لوجود القول ثمة ا ه. وهل يكون القبول بالطلاق؟ قال في الخانية من تعليق الطلاق: امرأة قالت لاجنبي زوجت نفسي منك فقال الرجل فأنت طالق طلقت، ولو قال أنت طالق لا تطلق، ولا يكون هذا الكلام قبولا للنكاح لان هذا الكلام إخبار أما في المسألة الاولى جعل طلاقها جزاء لنكاحها وطلاقها لا يكون جزاء لنكاحها إلا بالقبول فيكون كلامه قبولا للنكاح ثم يقع الطلاق بعده ا ه. فقد ساوى النكاح البيع فإنه لو قال بعتك هذا العبد بكذا فقال فهو حر عتق، ولو قال بدون الفاء لا وهذا بخلاف الاقرار. قال في البزازية: قالت أنا امرأتك فقال لها أنت طالق يكون إقرارا

***

[١٤٥]

بالنكاح وتطلق هي لاقتضائه النكاح وضعا، ولو قال ما أنت لي بزوجة وأنت طالق لا يكون إقرارا لقيام القرينة المتقدمة على أنه ما أراد بالطلاق حقيقته ا ه. أطلق في اللفظين فشمل اللفظين حكما وهو اللفظ الصادر من متولي الطرفين شرعا، وشمل ما ليس بعربي من الالفاظ وما لم يذكر معهما المفعولان أو أحدهما بعد دلالة المقام والمقدمات لان الحذف لدليل كائن في كل لسان. وإنما اختير لفظ الماضي لان واضع اللغة لم يضع للانشاء لفظا خاصا وإنما عرف الانشاء بالشرع، واختيار لفظ الماضي لدلالته على التحقيق والثبوت دون المستبقل. وقوله أو أحدهما بيان لانعقاده بلفظين: أحدهما ماض والآخر مستقبل كقوله زوجني ابنتك فقال زوجتك وهو صريح في أن المستقبل إيجاب، وقد صرح به قاضيخان في فتاواه حيث قال: ولفظه الامر في النكاح إيجاب، وكذا الطلاق والخلع والكفالة والهبة إلى آخر ما ذكره، وكذا في الخلاصة. وذهب صاحب الهداية والمجمع إلى أن الامر ليس بإيجاب وإنما هو توكيل، وقوله زوجتك قائم مقام اللفظين بخلافه في البيع لما عرف أن الواحد في النكاح يتولى الطرفين بخلاف البيع وهو توكيل ضمني فلا ينافيه اقتصاره على المجلس، فقد علمت اختلاف المشايخ في أن الامر إيجاب أو توكيل فما في المختصر على أحد القولين فاندفع ما اعترض به منلا خسر ومن أن صاحب الكنز خالف الكتب فلم يتنبه لما في الهداية، فالمعترض غفل عن القول الآخر حفظ شيئا وغابت عنه أشياء مع أن الراجح كونه إيجابا لان الايجاب ليس إلا اللفظ المفيد، قصد تحقيق المعنى أولا، وهو صادق على لفظة الامر فليكن إيجابا، ويستغنى عما أورد أنه توكيل من أنه لو كان توكيلا لما اقتصر على المجلس. كذا رجحه الكمال، لكن يرد عليه ما لو قال الوكيل بالنكاح هب ابنتك لفلان فقال الاب وهبت فإنه لا ينعقد النكاح ما لم يقل الوكيل بعده قبلت. كذا في الخلاصة معللا بأن الوكيل لا يملك التوكيل ولم يذكر خلافا. وفي الظهيرية: لو قال هب ابنتك لابني فقال وهبت لم يصح ما لم يقل أبو الصغير قبلت.

***

[١٤٦]

وفي التتمة: لو قال هب ابنتك لفلان فقال الاب وهبت ما لم يقل الوكيل قبلت لا يصح، وإذا قال قبلت فإن قال لفلان صح النكاح للموكل، وإن قال مطلقا قبلت يجب أن يصح أيضا للموكل، وهذا يدل على أن من قال بعد ما جرى بينهما كلام بعت هذا العبد بألف درهم وقال الآخر اشتريت يصح وإن لم يقل البائع بعت منك ا ه. وما في الظهيرية مشكل لان للاب أن يوكل في نكاح ابنه فلو كان الامر إيجابا لم يتوقف على القبول إلا أن يقال إنه مفرع على القول بأنه توكيل لا إيجاب، وحينئذ تظهر ثمرة الاختلاف بين القولين لكنه متوقف على النقل. وصرح في فتح القدير بأنه على أن الامر توكيل يكون تمام العقد بالمجيب وعلى القول بأن الامر إيجاب يكون تمام العقد قائما بهما ا ه. فعلى هذا لا يشترط سماع الشاهدين للامر على القول الاول لانه لا يشترط الاشهاد على التوكيل ويشترط على القول الثاني كما لا يخفى، وظاهر ما في المعراج أن زوجني وإن كان توكيلا لكن لما لم يعمل زوجت بدونه نزل منزلة شطر العقد، فعلى هذا يشترط سماع الشاهدين للفظة الامر أيضا على القول بأنها توكيل

***

[١٤٧]

أيضا. ثم رأيت في الفتاوى الظهيرية ما يدل على أنه لا يشترط سماع الشهود للفظ الامر قال في النكاح بالكتابة سواء قال زوجي نفسك مني فبلغها الكتاب فقالت زوجت أو كتب تزوجتك وبلغها الكتاب فقالت زوجت نفسي منك لكن في الوجه الاول لا يشترط إعلامها الشهود، وفي الوجه الثاني يشترط ا ه. وإنما جعل الامر إيجابا في النكاح على أحد القولين ولم يجعل في البيع إيجابا اتفاقا لانه لا مساومة في النكاح لانه لا يكون إلا بعد مقدمات ومراجعات غالبا فكان للتحقيق بخلاف البيع لا يتقدمه ما ذكر فكان الامر فيه للمساومة كما ذكره الكمال في البيوع، وبه اندفع ما ذكره في النكاح كما لا يخفى. هذا مع أن المصنف لم يصرح بالمستقبل وإنما ذكر أنه ينعقد بلفظين أحدهما ماض وسكت عن الآخر لشموله الحال والمستقبل ومنه الامر وقد علمته، وأما المضارع فإن كان مبدوءا بالهمزة نحو أتزوجك فتقول زوجته نفسي فإنه ينعقد. علله في المحيط بأنه وإن كان حقيقة في الاستقبال إلا أنه يحتمل الحال كما في كلمة الشهادة وقد أراد به التحقيق والحال لا المساومة بدلالة الخطبة والمقدمات بخلاف البيع ا ه. ولا حاجة إليه لان الاصح أن المضارع موضوع للحال وعليه تتفرع الاحكام كما في قوله كل مملوك أملكه فهو حر فإنه يعتق ما في ملكه في الحال لا ما يملكه بعد إلا بالنية لما ذكرنا. وإن كان مبدوءا بالتاء نحو تزوجني بنتك فقال فعلت ينعقد به إن لم يقصد به الاستيعاد لانه يتحقق فيه هذا الاحتمال بخلاف الاول لانه لا يستخبر نفسه عن الوعد، وإذا كان المقصود هو المعنى لا اللفظ لو صرح بالاستفهام اعتبر فهم الحال كما ذكره الاسبيجابي لو قال هل أعطيتنها فقال أعطيتك إن كان المجلس للوعد فوعد وإن كان للعقد فنكاح. وفي فتح القدير: والانعقاد بقوله أنا متزوجك ينبغي أن يكون كالمضارع المبدوء بالهمزة سواء. وشمل كلام المصنف ما في النوازل لو قال زوجيني نفسك فقالت بالسمع

***

[١٤٨]

والطاعة، وما إذا قال كوني امرأتي فقبلت كما في فتح القدير. وفي الظهيرية: لو قال أبو الصغيرة لابي الصغير زوجت ابنتي ولم يزد عليه شيئا فقال أبو الصغير قبلت يقع النكاح للاب هو الصحيح. ويجب أن يحتاط فيه فيقول قبلت لابني. وهذه المسألة تدل على أن من قال لآخر بعد ما جرى بينهما مقدمات البيع بعت هذا العبد وقال الآخر اشتريت يصح وإن لم يقل بعت منك والخلع على هذا ا ه. ولم يذكر المصنف شرائط الايجاب والقبول فمنها اتحاد المجلس إذا كان الشخصان حاضرين فلو اختلف المجلس لم ينعقد، فلو أوجب أحدهما فقام الآخر أو اشتغل بعمل آخر بطل الايجاب لان شرط الارتباط اتحاد الزمان فجعل المجلس جامعا تيسيرا. وأما الفور فليس من شرطه فلو عقدا وهما يمشيان ويسيران على الدابة لا يجوز، وإن كانا على سفينة سائرة جاز وسيأتي تمامه في البيع إن شاء الله تعالى. ومنها أن لا يخالف القبول الايجاب فلو أوجب بكذا فقال قبلت النكاح ولا أقبل آالمهر لا يصح وإن كان المال فيه تبعا كما في الظهيرية بخلاف ما لو قالت زوجت نفسي منك بألف فقال قبلت بألفين فإن يصح والمهر ألف إلا إن قبلت الزيادة في المجلس فهو ألفان على المفتي به كما في التجنيس، وبخلاف ما لو قال تزوجتك بألف فقالت قبلت بخمسمائة فإنه صحيح ويجعل كأنها قبلت الالف وحطت عنه خمسمائة كما في الذخيرة. وفي الظهيرية: لو قالت لرجل زوجت نفسي منك بألف فقال الرجل قبلت قبل أن تنطق المرأة بالتسمية لا ينعقد النكاح ما لم يقل الزوج قبلت بعد التسمية. ومنها سماع كل منهما كلام صاحبه لان عدم سماع أحدهما كلام صاحبه بمنزلة

غيبته كما في الوقاية. وقيد المصنف انعقاده باللفظ لانه لا ينعقد بالكتابة من الحاضرين فلو كتب تزوجتك فكتبت قبلت لم ينعقد، وأما من الغائب فكالخطاب، وكذا الرسول فيشترك سماع الشهود قراءة الكتاب وكلام الرسول. وفي المحيط: الفرق بين الكتاب والخطاب أن في الخطاب لو قال قبلت في مجلس آخر لم يجز، وفي الكتاب يجوز لان الكلام كما وجد تلاشى فلم يتصل الايجاب بالقبول في مجلس آخر، فأما الكتاب فقائم في مجلس آخر وقراءته بمنزلة خطاب الحاضر فاتصل الايجاب بالقبول فصح ا ه. ثم اعلم أن الشرط سماع الشهود قراءة الكتاب مع قبولها أو حكايتها ما في الكتاب لهم، فلو قالت إن فلانا كتب إلي يخطبني فاشهدوا أني قد زوجت نفسي منه صح النكاح، وتمامه في الفصل السابع عشر في النكاح بالكتابة من الخلاصة، وقيد بالايجاب
***
[١٤٩]
والقبول لانه لا ينعقد بالاقرار فلو قال بحضرة الشهود هي امرأتي وأنا زوجها وقالت هو زوجي وأنا امرأته لم ينعقد النكاح لان الاقرار إظهار لما هو ثابت وليس بإنشاء. ونقل قاضيخان عن ابن الفضل انعقاده به مقتصرا عليه والمختار الاول كما في الواقعات والخلاصة. وصحح في الذخيرة أن الاقرار إن كان بمحضر الشهود صح النكاح وجعل إنشاء وإلا فلا. ومن شروط الركن أن يضيف النكاح إلى كلها أو ما يعبر به عن الكل كالرأس والرقبة بخلاف اليد والرجل كما عرف في الطلاق وقالوا: الاصح أنه لو أضاف الطلاق إلى ظهرها وبطنها لا يقع. كذا العتق، فلو أضاف النكاح إلى ظهرها أو بطنها ذكر الحلواني قال مشايخنا: الاشبه من مذهب أصحابنا أنه ينعقد النكاح. وذكر ركن الاسلام والسرخسي ما يدل على أنه لا ينعقد النكاح. كذا في الذخيرة. ولو قال تزوجت نصفك فالاصح عدم الصحة كما في الخانية، وقولهم إن ذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله كطلاق نصفها يقتضي الصحة. وقد ذكر في المبسوط في موضع جوازه إلا أن يقال: إن الفروج يحتاط فيها فلا يكفي ذكر البعض لاجتماع ما يوجب الحل والحرمة في ذات واحدة فترجح الحرمة. كذا في الخانية. ومنها أن لا تكون المنكوحة مجهولة فلو زوجه
***
[١٥٠]
بنته ولم يسمها وله بنتان لم يصح للجهالة بخلاف ما إذا كان له بنت واحدة إلا إذا سماها بغير اسمها ولم يشر إليها فإنه لا يصح كما في التجنيس. فلو كان له بنتان كبرى واسمها عائشة وصغرى واسمها فاطمة فأراد تزويج الكبرى فغلط فسماها فاطمة انعقد على الصغرى، فلو قال فاطمة الكبرى لم ينعقد لعدم وجودها. وفي الذخيرة: إذا كان للمزوج ابنة واحدة وللقابل ابن واحد فقال زوجت ابنتي من ابنك يجوز النكاح، وإذا كان للمزوج ابنة واحدة وللقابل ابنان إن سمى القابل الابن باسمه صح النكاح للابن المسمى، وكذلك إذا لم يسمه، واقتصر على قوله قبلت يجوز النكاح ويجعل قوله قبلت جوابا فيتقيد بالايجاب. ولو ذكر القابل الابن إلا أنه لم يسمه باسمه بأن قال قبلت لابني لا يصح لانه لا يمكن أن يجعل جوابا لانه زاد عليه، ولو كان للمرأة اسمان تزوج بما عرفت به. وفي الظهيرية: والاصح عندي أن يجمع بين الاسمين، وسيأتي حكم ما إذا كانت حاضرة منتقبة. وفي الخانية: لو وكلت امرأة رجلا بأن يزوجها فزوجها وغلط في اسم أبيها لا ينعقد النكاح إذا كانت غائبة ا ه. ولم يشترط المصنف الفهم قال في التجنيس: ولو عقدا عقد النكاح بلفظ لا يفهمان كونه نكاحا هل ينعقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم: ينعقد لان النكاح لا يشترط فيه القصد ا ه. يعني بدليل صحته مع الهزل وظاهره ترجيحه ولم يشترط أيضا تمييز الرجل من المرأة وقت العقد للاختلاف لما في النوازل في صغيرين قال أبو أحدهما زوجت بنتي هذه من ابنك
***
[١٥١]
هذا وقبل ثم ظهر الجارية غلاما والغلام جارية جاز ذلك. وقال العتابي: لا يجوز. وفي القنية: زوجت وتزوجت يصلح من الجانبين. قوله: (وإنما يصح بلفظ النكاح والتزويج وما وضع لتمليك العين في الحال) بيان لانحصار اللفظين فيما ذكر، أما انعقاده بلفظ النكاح والتزويج فلا خلاف فيه، وما انعقاده بما وضع لتمليك الاعيان فمذهبنا لان التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح، فأطلق اسم السبب كالهبة وأريد المسبب وهو ملك المتعة وإن كان ملك المتعة قصديا في النكاح ضمنيا في التمليك، وإنما لم يصح التمليك بلفظ النكاح لما تقرر في الاصول أن استعارة السبب للمسبب جائزة مطلقا وعكسه لا يجوز إلا بشرط الاختصاص من الجانبين، ولذا صح التجوز بلفظ العتق عن الطلاق دون عكسه. والخلو ص في قوله تعالى * (خالصة لك) * (الاحزاب: ٥٠) إنما هو

في عدم المهر لا في الانعقاد بلفظ الهبة كما عرف في الخلافيات فينعقد النكاح بلفظ الهبة والعطية والصدقة والملك والتمليك والجعل والبيع والشراء على الاصح. وأما بلفظ السلم فإن جعلت المرأة رأس مال السلم فإنه ينعقد إجماعا، وإن جعلت مسلما فيها ففيه اختلاف، قيل لا ينعقد لان السلم في الحيوان لا يصح، وقيل ينعقد لانه يثبت به ملك الرقبة والسلم في الحيوان ينعقد حتى لو اتصل به القبض فإنه يفيد ملك الرقبه ملكا فاسدا وليس كل ما يفسد الحقيقي يفسد مجازيه. ورجحه في فتح القدير وهو مقتضى ما في المتون. وفي الصرف روايتان وقولان. قيل لا ينعقد به لانه وضع لاثبات ملك ما لا يتعين من النقد والمعقود عليه هنا متعين، وقيل ينعقد به لانه يثبت به ملك العين في الجملة وينبغي ترجيحه لدخوله تحت الكلية التي في المختصر، وكذا في انعقاده بلفظ القرض قولان أصحهما عدم الانعقاد كما في الكشف والولوالجية، وفي الفتاوى الصيرفيه الاصح الانعقاد اه. وينبغي اعتماده لما أنه يفيد ملك العين للحال، وكذا في انعقاده بلفظ الصلح قولان وجزم في غاية البيان بعدمه لانه موضوع للحطيطة وإسقاط الحق، وكذا في
***
[١٥٢]
انعقادة بلفظ الرهن قولان أصحهما عدم الانعقاد كما في الولوالجية وهو ظاهر لانه لا يفيد الملك أصلا. قيد بما وضع للتمليك احترازا عما لا يفيده فلا ينعقد بلفظ الفداء كما لو قالت فديت نفسي منك فقبل كما في الخانية. والابراء والفسخ والاقالة والخلع والكتابة والتمتع والاباحة والاحلال والرضى والاجازة - بالزاي - والوديعة لانها لا تفيد الملك أصلا. وقيد بتمليك العين احترازا عما يفيد ملك المنفعة فقط كالعارية فلا ينعقد بها على الصحيح وأما بلفظ الاجارة فإن جعلت المرأة أجرة فينعقد اتفاقا لانه يفيد ملك العين للحال في الجملة بأن شرط الحلول أو عجلت، وأما إذا لم تجعل أجرة كقوله أجرتك ابنتي بكذا فالصحيح أنه لا ينعقد لانها لا تفيد ملك العين ولان بينهما مضادة لان التأبيد من شرائطه والتأقيت من شرائطها، واحترازا عما يفيد تمليك بعض العين كلفظ الشركة فإنه لا ينعقد به كما في الظهيرية. وقيد بقوله في الحال احترازا عن لفظ الوصية فإنه لا ينعقد النكاح به لانها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت. كذا أطلق الشارحون، وقيده في الولوالجية والظهيرية بما إذا أطلق أو أضاف إلى ما بعد الموت، أما إذا قال أوصيت ببضع ابنتي للحال بألف درهم فقبل الآخر انعقد النكاح لانه صار مجازا عن التمليك والمعتمد الاطلاق لان الوصية مجاز عن التمليك فلو انعقد بها لكان مجازا عن النكاح والمجاز لا مجاز له كما في العناية من البيع. وفي المبسوط: في كل موضع لم ينعقد بهذه الالفاظ فإنه يثبت الشبهة فيسقط الحد لو وطئ ويجب الاقل من المسمى ومن مهر المثل عند الدخول اه. ثم اعلم إنما وقع الاختلاف في العارية والاجارة وإن كانا لا يفيدان ملك العين قطعا لان ذلك الاصل مختلف فيه فقد روى الحسن عن الامام أن كل شئ يملك به شئ ينعقد به النكاح وهذه تدل على الانعقاد بهما، وروى ابن رستم عن الامام كل لفظ يملك به الرقاب ينعقد به النكاح. وهذه تدل على عدمه فيهما كما في الذخيرة، وانما اعتمد المشايخ رواية ابن رستم لانها محكمة، ورواية الحسن محتملة، فحمل المحتمل على الحكم. ولم يقيد المصنف اللفظ المفيد لملك العين بالنية ولا بالقرينة وفيه اختلاف ففي التبيين لا تشترط النية مع ذكر المهر، وفي المبسوط لا تشترط مطلقا، وفي فتح القدير المختار أنه لا بد من فهم الشاهدين مقصودهما، وفي البدائع ولو أضاف الهبة إلى الامة بأن قال لرجل وهبت أمتي هذه منك فإن
***
[١٥٣]
كان الحال يدل على النكاح من إحضار الشهود وتسمية المهر مؤجلا ومعجلا ونحو ذلك ينصرف إلى النكاح، وإن لم يكن الحال دليلا على النكاح، فإن نوى النكاح وصدقه الموهوب له فكذلك وينصرف إلى النكاح بقرينة النية، وإن لم ينو ينصرف إلى ملك الرقبة اه. فلم يشترط مع النية فهم الشهود ولا بد منه كما قدمناه بخلاف ما إذا أضيفت الهبة إلى الحرة فإنه ينعقد من غير هذه القرينة لان عدم قبول المحل للمعنى الحقيقي وهو الملك للحرة يوجب الحمل على المجازي فهو القرينة فيكتفي بها الشهود حتى لو قامت قرينة على عدمه لا ينعقد به كما في الخانية وغيرها: لو طلب من امرأة الزنا فقالت وهبت نفسي منك فقال الرجل قبلت لا يكون نكاحا وهو بمنزلة قول أبي البنت وهبتها منك لتخدمك فقال قبلت لا يكون نكاحا اه. قال في الفتاوى: إلا إذا أراد به النكاح. فالحاصل أن النكاح ينعقد بالهبة إذا كان على وجه النكاح. وفي الظهيرية: لو قالت المرأة وهبت نفسي لك فقال الرجل أخذت قالوا لا يكون نكاحا صحيحا، وإنما استعيرت الهبة للنكاح وإن كانت لا تفيد الملك إلا بالقبض لانها سبب موضوع للملك وإنما تأخر القبض لضعف السبب لتعريه عن العوض، وينعدم ذلك الضعف إذا استعملت في النكاح لان العوض يجب بنفسه. كذا في النهاية. ويرد على المصنف ألفاظ ينعقد بها

النكاح غير الثلاثة منها: الكون لما في الذخيرة وغيرها: لو قال لامرأة كوني امرأتي بكذا فقبلت انعقد بخلاف ما لو قالت المرأة أكون زوجة لك فقال نعم لا يصح كما في الظهيرية. ومنها ما في الخانية لو قالت المرأة عرستك نفسي فقال قبلت انعقد، وذكره في الظهيرية بلفظ أعرستك. ومنها لفظ الرجعة فقد صرح في الواقعات والخانية وكثير أنه ينعقد النكاح إذا قال للاجنبية راجعتك فقبلت كما لو قال للمبانة راجعتك، لكن شرط في الخانية أن يذكر المال وإن لم يذكر مالا قالوا: لا يكون نكاحا. وشرط في التجنيس ذكر المال ونية الزوج، وفرق بعضهم بين الاجنبية والمبانة فينعقد به في المبانة دون الاجنبية، واستحسنه في فتح القدير. وفي الخانية: وكذا لو قالت المبانة لزوجها رددت نفسي عليك فهو بمنزلة الرجعة ينعقد به النكاح كما في الذخيرة. ومنها ارفعها واذهب بها حيث شئت لما في الخانية: لو قال زوج
***
[١٥٤]
ابنتك مني على كذا فقال أبوها بمحضر من الشهود ارفعها واذهب بها حيث شئت قال ابن الفضل: يكون نكاحا. وجزم في الولواجية بعدمه لاحتماله الوعد. ومنها ما في الخانية: لو قال أبو الصغير اشهدوا أني قد زوجت ابنة أحمد يريد به أبا الصغيرة من ابني فلان بمهر كذا وقال لابيها أليس هكذا؟ فقال أبوها هكذا ولم يزيدا على ذلك قالوا: الاولى أن يجدد النكاح وإن لم يجدد أجاز اه. ومنها ما في الخانية أيضا: لقال رجل جئتك خاطبا ابنتك فقال الاب ملكتك كان نكاحا. وفي الولواجية: لو قال لها خطبتك إلى نفسي على ألف درهم فقالت قد زوجتك نفسي فهو نكاح جائز لانه يراد به الايجاب، وأما ما روي عن محمد لو قال أخطبك على ألف فقالت قد فعلت لم ينعقد حتى يقول الزوج قبلت فقد قال في المحيط والظهيرية: إنه محمول على ما إذا لم يرد به الحال. وفي الظهيرية: رجل أرسل رجلا أن يخطب امرأة بعينها فزوجها الرسول إياه جاز لان الخطبة جعلت نكاحا إذا صدرت من الآمر فيكون الامر بها أمرا بالنكاح. ويشكل عليه ما في الفتاوى الصيرفية معزيا إلى السرخسي أن من قال إن خطبت فلانة أو قال كل امرأة خطبتها فهي طالق أن يمينه لا ينعقد لان الخطبة عند العقد وهي تسبق العقد فلا يكون هذا اللفظ مضيفا الطلاق إلى الملك. ووقع في بعض النسخ إن خطبت فلانة وتزوجتها فهي طالق ثلاثا فأجاب على نحو ما ذكرنا فقال: إذا خطبها ثم تزوجها لا تطلق وهذا غلط، لان مع حرف الواو تصير الخطبة مع الزوج شرطا واحدا كما في قوله إن أكلت وشربت وأشباه ذلك فلا تنحل اليمين بالخطبة وحدها، فإذا تزوجها بعد ذلك تنحل اليمين وهي في نكاحه فتطلق اه. وذكر الولواجي: إن تزوجت فلانة أو خطبتها فهي طالق فخطبها
***
[١٥٥]
وتزوجها لم تطلق لانه حين خطبها حنث لوجود الشرط فحين تزوجها تزوجها واليمين غير باقية اه. ومنها ما في الخلاصة: لو قال صرت لي أو صرت لك فإنه نكاح عند القبول وقد قيل بخلافه اه. ومنها ما في التتارخانية: لو قال لها يا عروسي فقالت لبيك انعقد لكن في الصيرفية أنه خلاف ظاهر الرواية. ومنها بالسمع والطاعة لو قال زوجي نفسك مني فقال بالسمع والطاعة فهو نكاح كما في الخلاصة. ومنها ما في الذخيرة: لو قال ثبت حقي في منافع بضعك بألف فقالت نعم صح النكاح اه. والجواب أن العبرة في العقود للمعاني حتى في النكاح كما صرحوا به وهذه الالفاظ تؤدي معنى النكاح وهذا مما ظهر لي من فضله تعالى. قوله: (عند حرين أو حر وحرتين عاقلين بالغين مسلمين ولو فاسقين أو محدودين أو أعميين أو ابني العاقدين) متعلق بينعقد بيان للشرط الخاص به وهو الاشهاد فلم يصح بغير شهود لحديث الترمذي البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن من غير بينة (١) ولما رواه محمد بن الحسن مرفوعا لا نكاح إلا بشهود فكان شرطا ولذا قال في مآل الفتاوى: لو تزوج بغير شهود ثم أخبر الشهود على وجه الخبر لا يجوز إلا أن يجدد عقدا بحضرتهم اه. وفي الخانية والخلاصة: لو تزوج بشهادة الله ورسوله لا ينعقد ويكفر لاعتقاده أن النبي يعلم الغيب. وصرح في المبسوط بأن النبي صلى الله عليه وسلم كان مخصوصا بالنكاح بغير شهود ولا يشترط الاعلان مع
***
[١٥٦]
الشهود لما في التبيين أن النكاح بحضور الشاهدين يخرج عن أن يكون سرا ويحصل بحضورهما الاعلان اه. ويستثنى منه مسألة اليمين لما في عدة الفتاوى: إذا حلف ليتزوجن سرا فتزوج بثلاثة شهود يحنث وبالشاهدين لا يحنث اه. وأفاد المصنف أن الشهادة تشترط

في الموقوف عند العقد لا عند الاجازة كما في المحيط، وأن الحضور كاف لتعبيره بكلمة عند فلا يشترط السماع وفيه خلاف، ففي الخانية وعامة المشايخ شرطوا السماع، والقائل بعدمه القاضي الامام علي السغدي اه. وثمرة الاختلاف تظهر في النائمين والاصمين فعلى قول العامة لا ينعقد النكاح بحضورهما، وعلى قول السغدي ينعقد، وصحح قاضيخان في شرحه أنه لا ينعقد بحضرة الاصمين وجزم بأنه لا ينعقد بحضرة النائمين، وجزم في فتاواه بأنه لا ينعقد بحضرة النائمين إذ لم يسمعا كلامهما، فثبت بهذا أن الاصح ما عليه العامة كما صرح به في التجنيس إذا المقصود من الحضور السماع، فقول الزيلعي ينعقد بحضرة النائمين على الاصح ولا ينعقد بحضرة الاصمين على المختار ضعيف بل لا فرق بينهما في عدم الانعقاد على الاصح لعدم السماع، ولقد أنصف المحقق الكمال حيث قال: ولقد أبعد عن الفقه وعن الحكمة الشرعية من جوزه بحضرة النائمين اه. واختلف في اشتراط سماع الشاهدين معا فنقل في الذخيرة روايتين عن أبي يوسف وجزم في الخانية بأنه شرط فكان هو المذهب، فلو سمعا كلامهما متفرقين لم يجز ولو اتحد المجلس، فلو كان أحدهما أصم فسمع صاحب السمع ولم يسمع الاصم حتى صاح صاحبه في أذنه أو غيره لا يجوز النكاح حتى يكون السماع معا. كذا في الذخيرة. واختلف أيضا في فهم الشاهدين كلامهما فجزم في التبيين بأنه لو عقد بحضرة هنديين لم يفهما كلامهما لم يجز وصححه في الجوهرة. وقال في الظهيرية: والظاهر أنه يشترط فهم أنه نكاح. واختاره في الخانية فكان هو المذهب. فالحاصل أنه يشترط سماعهما معا مع الفهم على الاصح لكن في الخلاصة: إذا تزوج امرأة بالعربية والزوج والمرأة يحسنان العربية والشهود لا يعرفون العربية اختلف المشايخ فيه،

***

[١٥٧]

والاصح أنه ينعقد اه. فقد اختلف التصحيح في اشتراط الفهم، وفي الخلاصة وغيرها ينعقد بحضرة السكارى إذا فهمو النكاح وإن لم يذكروا بعد الصحو، وينبغي أن لا يشترط فهمهم على القول بعدم اشتراطه إلا أن يقال: إنه عند عدم الفهم ملحق بالمجنون في حق هذا الحكم لعدم التمييز. ولا بد من تمييز المنكوحة عند الشاهدين لتنتفي الجهالة، فإن كانت حاضرة متنقبة كفى الاشارة إليها والاحتياط كشف وجهها، فإن لم يروا شخصها وسمعوا كلامها من البيت إن كانت المرأة في البيت وحدها جاز النكاح لزوال الجهالة، وإن كان معها امرأة أخرى لا يجوز لعدم زوالها. وكذا إذا وكلت بالتزويج فهو على هذا التفصيل، وإن كانت غائبة ولم يسمعوا كلامها بأن عقد لها وكيلها فإن كان الشهود يعرفونها كفى ذكر اسمها إذا علموا أنه أرادها، وإن لم يعرفوها لا بد من ذكر اسمها واسم أبيها وجدها. وجوز الخصاف النكاح مطلقا حتى لو وكلته فقال بحضرتهما زوجت نفسي من موكلتي أو من امرأة جعلت أمرها بيدي فإنه يصح عنده. قال قاضيخان: والخصاف كان كبيرا في العلم يجوز الاقتداء به وذكر الحاكم الشهيد في المنتقى كما قال الخصاف اه. وفي الخلاصة: إذا زوجها أخوها فقال زوجت أختي ولم يسمها جاز إن كانت له أخت واحدة، فإن كان له أختان فسماها جاز. وأفاد المصنف أن انعقاد النكاح بكتاب أحدهما يشترط فيه سماع الشاهدين قراءة الكتاب مع قبول الآخر كما قدمناه لكن في الظهيرية: وفي النكاح سواء كتب زوجي نفسك مني فبلغها الكتاب فقالت زوجت أو كتب تزوجتك وبلغها الكتاب فقالت زوجت نفسي جاز، لكن في الوجه الاول لا يشترط إعلامها الشهود، وفي الوجه الثاني يشترط اه. فقولهم يشترط حضورهما وقت قراءة الكتاب ليس على إطلاقه وهو مبني على أن صيغة الامر توكيل،

***

[١٥٨]

فقولها زوجت نفسي منه قائم مقام الايجاب والقبول. فاكتفي بسماعه ولا يشترط الاشهاد على التوكيل، وأما على قول من جعل الامر إيجابا فلا بد من سماع قراءة الكتاب كما لا يخفى. وشرط في الشهود أربعة: الحرية والعقل والبلوغ والاسلام. فلا ينعقد بحضرة العبيد والمجانين والصبيان والكفار في نكاح المسلمين لانه لا ولاية لهؤلاء، ولا فرق في العبد بين القن والمدبر والمكاتب، فلو أعتق العبيد أو بلغ الصبيان بعد التحمل ثم شهدوا إن كان معهم غيرهم وقت العقد ممن ينعقد بحضورهم جازت شهادتهم لانهم أهل للتحمل وقد انعقد العقد بغيرهم وإلا فلا كما في الخلاصة وغيرها. ولم يشترط المصنف نطق الشاهدين لانه ينعقد بحضرة الاخرس إذا كان يسمع كما في الخلاصة. والاصل في هذا الباب أن كل من صلح أن يكون وليا في النكاح بولاية نفسه صلح أن يكون شاهدا فيه فخرج المكاتب فإنه وإن ملك تزويج أمته لكنه بولاية مستفادة من جهة المولى لا بولاية نفسه. ثم النكاح له حكمان: حكم الاظهار وحكم

الانعقاد. فحكم الانعقاد على ما ذكرنا، وأما حكم الاظهار فإنما يكون عند التجاحد فلا يقبل في الاظهار إلا شهادة من تقبل شهادته في سائر الاحكام. كذا في شرح الطحاوي. فلذا انعقد بحضور الفاسقين والاعميين والمحدودين في قذف وإن لم يتوبا وابني العاقدين وإن لم يقبل أداؤهم عند القاضي كانعقاده بحضرة العدوين. وفي البدائع: إن الاشهاد في النكاح لدفع تهمة الزنا لا لصيانة العقد عند الجحود والانكار، والتهمة تندفع بالحضور من غير قبول على أن معنى الصيانة تحصل بسبب حضورهما وإن كان لا تقبل شهادتهما لان النكاح يظهر ويشتهر بحضورهما، فإذا ظهر واشتهر تقبل الشهادة فيه بالتسامع فتحصل الصيانة اه. وظاهره أن من لا تقبل شهادته إذا انعقد بحضوره ثم أخبر به من تقبل شهادته جاز له الشهادة به بالتسامع فليحفظ هذا. وفي فتاوى النسفي: للقاضي أن يبعث إلى شفعوي ليبطل العقد إذا كان بشهادة الفاسق، وللحنفي أن يفعل ذلك، وكذا لو كان بغير ولي فطلقها ثلاثا فبعث إلى شافعي يزوجها منه بغير محلل ثم يقضي

***

[١٥٩]

بالصحة، وبطلان النكاح الاول يجوز إذا لم يأخذ القاضي الكاتب والمكتوب إليه شيئا، ولا يظهر بهذا حرمة الوطئ السابق ولا شبهة ولا خبث في الولد، كذا في الخلاصة. ثم قال الامام ظهير الدين المرغيناني: لا يجوز الرجوع إلى شافعي المذهب إلا في اليمين المضافة أما لو فعلوا فقضى ينفذ اه. وصورة التزويج بحضرة ابنيهما أن تقع الفرقة بين الزوجين ثم يعقدا بحضور ابنيهما، ولو تجاحدا لا تقبل شهادة ابنيهما مطلقا لانه لا يخلو عن شهادتهما لاصلهما، فلو كانا ابنيه وحده تقبل شهادتهما عليه لا له، ولو كانا ابنيها وحدها قبلت عليها لا لها، ولو كان أحدهما ابنها والآخر ابنه لم تقبل أصلا. ومن زوج بنته بشهادة ابنيه ثم تجاحد الزوجان، فإن كان الاب مع الجاحد منهما أيهما كان تقبل شهادتهما لانها شهادة عليه، وإن كان الاب مع المدعي منهما أيهما كان لم تقبل شهادتهما عند أبي يوسف. وقال محمد: تقبل. فأبو يوسف نظر إلى الدعوى والانكار، ومحمد نظر إلى المنفعة وعدمها. وهنا لا منفعة للاب. قال في البدائع: والصحيح نظر محمد لان المانع من القبول التهمة وأنها تنشأ عن النفع، وكذلك على هذا الاختلاف فيما إذا قال رجل لعبده إذا كلمك زيد فأنت حر، ثم قال العبد كلمني زيد وأنكر المولى فشهد للعبد ابنا زيد أن أباهما قد كلمه والمولى ينكر، تقبل عند محمد، ادعى زيد الكلام أو لا، لعدم منفعته، وعند أبي يوسف: إن كان زيد يدعي الكلام لا تقبل، وإن كان لا يدعي تقبل. وكذا على هذا الاختلاف فيمن توكل عن غيره في عقد ثم شهد ابنا الوكيل على العقد فإن كان حقوق العقد لا ترجع إلى العاقد تقبل عند محمد مطلقا لعدم المنفعة، وعند أبي يوسف إن كان يدعي لا تقبل وإن كان ينكر تقبل اه. ولو زوج بنته وأنكرت الرضا فشهد أخواها وهما ابناه لم تقبل في قولهم لان الرضا شرط الجواز فكان فيه تنفيذ قول الاب مقصودا فتكون شهادة له. كذا في المحيط. وجعل في الظهيرية قول الامام في المسألة الاولى كأبي يوسف. ولو كانت البنت صغيرة لا تقبل اتفاقا إلا إذا كان الاب جاحدا والآخر مدعيا فمقبولة كما في فتح القدير. وفي الظهيرية: ولو زوج المولیان أمتهما ثم شهدا بطلاقها فإن ادعت الامة لا تقبل إجماعا، وإن أنكرت فعند أبي يوسف تقبل، وعند محمد لا تقبل اه. وفي الولوالجية: شهد عليه بنوه أنه طلق أمهم ثلاثا وهو يجحد، فإن كانت الام تدعي فهي باطلة، وإن كانت تجحد فهي جائزة، ذكره في الفصل الرابع من القضاء. وذكر في الطلاق أن الشهادة لضرة أمه كالشهادة لامه وقيدنا الاشهاد بأنه خاص بالنكاح لما ذكره الاسبيجابي بقوله: وأما سائر العقود فتنفذ بغير شهود ولكن الاشهاد عليه مستحب للآية اه. وذكر في الواقعات أن الاشهاد واجب في المداينات، وأما لكتابة فقال في المحيط من

***

[١٦٠]

باب العتق: ويستحب للعبد أن يكتب للعتق كتابا ويشهد عليه شهودا توثيقا وصيانة عن التجاحد كما في المداينة بخلاف سائر التجارات لانه مما يكثر وقوعها فالكتابة فيها تؤدي إلى الحرج ولا كذلك العتق اه. وينبغي أن يكون النكاح كالعتق لانه لا حرج فيها. قوله: (وصح تزوج مسلم ذمية عند ذميين) بيان لكون اشتراط إسلام الشاهد إنما هو إذا كانا مسلمين، أما إذا كانت ذمية فلا عندهما. وقال محمد: لا يجوز لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم. ولهما أن الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر إذ لا شهادة تشترط في لزوم المال وهما شاهدان

عليها بخلاف ما إذا لم يسمعا كلامه لان العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة شرط على العقد، أطلق في الذميين فشمل ما إذا كانا موافقين لها في الملة أو مخالفين. كذا في البدائع. وقيد بصحة العقد لان أداءهما عند القاضي عند إنكار المسلم غير صحيح إجماعا وعند إنكارها مقبول عندهما مطلقا، وعند محمد إن قالا كان معنا مسلمان وقت العقد قبل وإلا فلا. وكذا إذا أسلما وأديا فعلى هذا الخلاف. كذا في شرح الطحاوي. وعن محمد لا تقبل شهادتهما مطلقا. قال في البدائع: وهو الصحيح من مذهبه لانها قامت على إثبات فعل المسلم على نكاح فاسد. فروع: شهد نصرانيان بإسلام نصراني فجحد لا تقبل، وعلى نصرانية تقبل. شهد نصرانيان على كافر بأجرة لمسلم تقبل لا في عكسه. شهد نصرانيان باستحقاق ما اشت رى نصراني من مسلم لنصراني لا تقبل خلافا لابي يوسف. قوله: (ومن أمر رجلا أن يزوج صغيرته فزوجها عند رجل والاب حاضر صح وإلا
***
[١٦١]
فلا) لان الاب يجعل مباشرا للعقد باتحاد المجلس ليكون الوكيل سفيرا ومعبرا فبقي المزوج شاهدا، وإن كان الاب غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الاب مباشرا وهذا هو المعتمد خلافا لما في النهاية من إمكان جعل الاب شاهدا من غير نقل عبارة الوكيل إليه، ولم أر من نبه على ثمرة هذا الاختلاف، وقد ظهر لي أن ثمرته في موضعين: الاول أن وكيل الاب لو كان امرأة فعلى المعتمد لا ينعقد بحضور رجل بل لا بد من امرأة أخرى، وعلى ما في النهاية ينعقد. ولو كان الآمر بتزويج الصغيرة أمها انعكس الحكم الثاني لو شهد الاب بالنكاح بعد بلوغها وهي تنكر، فعلى طريقة ما في النهاية ينبغي أن تقبل لانه شاهد لا مزوج، وعلى المعتمد لا تقبل لانه مزوج. ولو كان الآمر الاخ أو العم فشهد لها أو عليها فعلى ما في النهاية تقبل، وعلى المعتمد لا تقبل فليتأمل. وعبارة النقاية هنا أخصر وأفود حيث قال: والوكيل شاهد إن حضر موكله كالولي إن حضرت موليته بالغة اه. ولانه لا فرق بين أن يكون المأمور رجلا أو امرأة، فإن كان رجلا اشترط أن يكون معه رجل آخر أو امرأتان، وإن كان امرأة اشترط أن يكون معها رجلان أو رجل وامرأة. وبه علم أن قوله عند رجل ليس بقيد لان المرأتين كذلك. وقيد بكون المولية بالغة لانها لو كانت صغيرة لا يكون الولي شاهدا لان العقد لا يمكن نقله إليها. وعلى هذا فلا حاجة إلى قوله كالولي لانه في هذه الحالة وكيل فدخل تحت الاول. وقيد بحضرة موكله لانه لو وكل المولى رجلا في تزويج عبده فزوجه الوكيل بشهادة واحد والعبد حاضر لم يجز لان العقد لم ينتقل إليه لعدم التوكيل من جهته، وإن أذن لعبده أن يتزوج فتزوج بشهادة المولى ورجل آخر فالصواب أنه يجوز ويكون المولى شاهدا لان العبد يتصرف بأهلية نفسه والأذن فك الحجر وليس بتوكيل.
***
[١٦٢]
وصححه في فتح القدير. ولو زوج المولى عبده البالغ امرأة بحضرة رجل واحد والعبد حاضر صح لان المولى يخرج من أن يكون مباشرا فينتقل إلى العبد والمولى يصلح أن يكون شاهدا، وإن كان العبد غائبا لم يجز. وقال المرغيناني: لا يجوز فكان في المسألة روايتان.، ورجح في فتح القدير عدم الجواز لان مباشرة السيد ليس فكا للحجر عنهما في التزوج مطلقا، والاصح في مسألة وكيله. ثم إذا وقع التجاحد بين الزوجين في هذه المسائل فللمباشر أن يشهد وتقبل شهادته إذا لم يذكر أنه عقده بل قال هذه امرأته بعقد صحيح ونحوه، وإن بين لا تقبل شهادته على فعل نفسه. واختلفوا فيما إذا قال هذه امرأته ولم يشهد بالعقد، والصواب أنها تقبل ولا حاجة إلى إثبات العقد، فقد حكي عن أبي القاسم الصفار أن من تولى نكاح امرأة من رجل وقد مات الزوج والورثة ينكرون هل يجوز للذي تولى العقد أن يشهد؟ قال: نعم. وينبغي أن يذكر العقد لا غير فيقول هذه منكوحته وكذلك قالوا في الاخوين إذا زوجا أختهما ثم أرادا أن يشهدا على النكاح ينبغي أن يقولا هذه منكوحته. كذا في الذخيرة. وفي الفتاوى: بعث أقواما للخطبة فزوجها الاب بحضرتهم فالصحيح الصحة وعليه الفتوى لانه لا ضرورة في جعل الكل خاطبين فيجعل المتكلم فقط والباقي شهود. كذا في فتح القدير. وفي الخلاصة: المختار عدم الجواز. وفي المحيط: واختار الصدر الشهيد الجواز اه. والله تعالى أعلم. فصل في المحرمات شروع في بيان شرط النكاح أيضا فإن منه كون المرأة محلله لتصير محلا له. وأفرد بفصل على حدة لكثرة شعبه. واختلف الاصوليون في إضافة التحريم إلى الاعيان فقيل مجاز
***
[١٦٣]

والمحرم حقيقة الفعل، ورجحوا أنه حقيقة. وانتفاء محلية المرأة للنكاح شرعا بأسباب تسعة: الاول المحرمات بالنسب وهن فروعه وأصوله وفروع أبويه وإن نزلوا وفروع أجداده وجداته إذا انفصلوا ببطن واحد. الثاني المحرمات بالمصاهرة وهن فروع نسائه المدخول بهن وأصولهن وحلائل فروعه وحلائل أصوله. والثالث المحرمات بالرضاع وأنواعهن كالنسب. والرابع حرمة الجمع بين المحارم وحرمة الجمع بين الاجنبيات كالجمع بين الخمس. والخامس حرمة التقديم وهو تقديم الحرة على الامة جعله في النهاية والمحيط قسما على حدة، وأدخله الزيلعي في حرمة الجمع فقال: وحرمة الجمع بين الحرة والامة والحرة متقدمة وهو الانسب. والسادس المحرمة لحق الغير كمنكوحة الغير ومعتدته والحامل بثابت النسب. والسابع المحرمة لعدم دين سماوي كالمجوسية والمشركة. والثامن المحرمة للتنافي كنكاح السيدة مملوكها. والتاسع لم يذكره الزيلعي وكثير وهو المحرمة بالطلقات الثلاث. ذكره في المحيط والنهاية. وقد ذكر المصنف في هذا الفصل سبعة منها، وذكر المحرمة بالطلقات الثلاث في فصل من تحل به المطلقة ثلاثا من الرجعة ولم يصرح بالحرمة لحق الغير لظهوره قوله: (حرم تزوج أمه وبنته وإن بعدتا) لقوله تعالى * (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم) * (النساء: ٢٣) واختلف في توجيه حرمة الجدات وبنات البنات، فقيل بوضع اللفظ وحقيقته لان الام في اللغة الاصل، والبنت الفرع، فيكون الاسم حينئذ من قبيل المشكك. وقيل بمجازه لا أنه جمع بين الحقيقة والمجاز بل بعموم المجاز فيراد بالام الاصل أيضا وبالبنت الفرع فيدخلان في عمومه، والمعرف لارادة ذلك في النص الاجماع على حرمتهن. وقيل بدلالة النص المحرم للعمات والخالات وبنات الاخ والاخت، ففي الاول لان الاشقاء منهن أولاد الجدات فتحريم الجدات وهن أقرب أولى، وفي الثاني لان بنات الاولاد أقرب من بنات الاخوة وكل من التوجيهات صحيح. ودخل في البنت بنته من الزنا فتحرم عليه بصريح النص المذكور لانها بنته لغة، والخطاب إنما هو باللغة العربية ما لم يثبت نقل كلفظ الصلاة ونحوه فيصير منقولا شرعا. وكذا أخته من الزنا وبنت أخيه وبنت أخته أو ابنه منه بأن زنى أبوه أو أخوه أو أخته أو ابنه
***
[١٦٤]
فأولدوا بنتا فإنها تحرم على الاخ والعم والخال والجد. وصورته في هذه المسائل أن يزني ببكر. ويمسكها حتى تلد بنتا كما في فتح القدير من بحث أن الزنا يوجب المصاهرة ودخل بنت الملاعنة أيضا فلها حكم البنت هنا، فلولا عن فنفى القاضي نسبها من الرجل وألحقها بالام لا يجوز للرجل أن يتزوجها لانه بسبيل من أن يكذب نفسه ويدعيها فيثبت نسبها منه. كذا في فتح القدير. وقد قدمنا في باب المصرف عن المعراج أن ولد أم الولد الذي نفاه لا يجوز دفع الزكاة إليه، ومقتضاه ثبوت البنتية فيما يبنى على الاحتياط فلا يجوز لولده أن يتزوجها لانها أخته احتياطا ويتوقف على نقل. ويمكن أن يقال في بنت الملاعنة إنها تحرم باعتبار أنها ربيبة وقد دخل بأمها لا لما تكلفه في الفتح كما لا يخفى. قوله: (وأخته وبنتها وبنت أخيه وعمته وخالته) للنص الصريح ودخل فيه الاخوات المتفرقات وبناتهن وبنات الاخوة المتفرقين والعمات والخالات المتفرقات لان الاسم يشمل الكل، وكذا يدخل في العمات والخالات أولاد الاجداد والجدات وإن علوا، وكذا عمة جده وخالته وعمة جدته وخالاتها لاب وأم أو لاب أو لام، وذلك كله بالاجماع. وفي الخانية: وعمة العمة لاب وأم كذلك، وأما عمة العمة لاب لا تحرم اه. وفي المحيط: وأما عمة العمة فإن كانت العمة القربى عمة لاب وأم أو لاب فعمة العمة حرام لان القربى إذا كانت أخت أبيه لاب وأم أو لاب فإن عمتها تكون أخت جده أب الاب وأخت أب الاب حرام لانها عمته، وإن كان القربى عمة لام فعمة العمة لا تحرم عليه لان أبا العمة يكون زوج أم أبيه فعمتها تكون أخت زوج الجدة أم الاب وأخت زوج الام لا تحرم فأخت زوج الجدة أولى
***
[١٦٥]
أن لا تحرم، وأما خالة الخالة فإن كانت الخالة القربى خالة لاب وأم أو لام فخالتها تحرم عليه، فإن كانت القربى خالة لاب فخالتها لا تحرم عليه لان أم الخالة القربى تكون امرأة الجد أبي الام لا أم أمه وأختها تكون أخت امرأة أبي الام وأخت امرأة الجد لا تحرم عليه اه. وكما يحرم على الرجل أن يتزوج بمن ذكر يحرم على المرأة التزوج بنظير من ذكر. وعبارة النقاية أولى وهي: وحرم أصله أي التزوج ذكرا كان أو أنثى، وفرعه وفرع أصله القريب وصلبية أصله البعيد قوله: (وأم امرأته) بيان لما ثبت بالمصاهرة لقوله تعالى * (وأمهات نسائكم) * (النساء: ٢٣) أطلقه فلا فرق بين كون امرأته مدخولا بها أو لا، وهو مجمع عليه عند الائمة الاربعة، وتوضيحه

في الكشاف. ويدخل في لفظ الامهات جداتها من قبل أبيها وأمها وإن علون. وقيد بالمرأة فانصرف إلى النكاح الصحيح فإن تزوجها فاسدا فلا تحرم أمها بمجرد العقد بل بالوطئ أو ما يقوم مقامه من المس بشهوة والنظر بشهوة لان الاضافة لا تثبت إلا بالعقد الصحيح، وإن كانت أمته فلا تحرم أمها إلا بالوطئ أو دواعيه لان لفظ النساء إذا أضيف إلى الازواج كان المراد منه الحرائر كما في الظهار والايلاء قوله: (وبنتها أن دخل بها) لقوله تعالى * (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) * (النساء: ٢٣) قال في الكشاف: فإن قلت ما معنى دخلتم بهن؟ قلت: هو كناية عن الجماع كقولهم بنى عليها وضرب عليها الحجاب. وذكر الحجر في الآية خرج مخرج العادة أو ذكر للتشنيع عليهم لا لتعلق الحكم به نحو أضعاف مضاعفة في قوله تعالى * (لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة) * (آل عمران: ١٣٠) اه وتفسير الحجر أن تزف البنت مع الام إلى بيت زوج الام، وأما إذا كانت البنت مع الاب لم تكن في حجر زوج الام. وفي المغرب: حجر الانسان بالفتح والكسر حضنه وهو ما دون إبطه إلى الكشح. ثم قالوا: فلان في حجر فلان أي في كنفه ومنعته كما في الآية اه. وأما بنات الربيبة وبنات أبنائها وإن سفلن فتثبت حرمتهن بالاجماع وبما ذكرنا أولا. وفي الكشاف: واللمس ونحوه يقوم مقام الدخول عند أبي حنيفة. وفي

***

[١٦٦]

التبيين: ويدخل في قوله وربائبكم بنات الربيبة والربيب لان الاسم يشملهن بخلاف حلائل الابناء والآباء لان الاسم خاص بهن فلا يتناول غيرهن اه. يعني فلا تحرم بنت زوجة الابن ولا بنت ابن زوجة الابن ولا بنت زوجة الاب ولا بنت ابن زوجة الاب. قوله: (وامرأة أبيه وابنه وإن بعدا) أما حليلة الاب فبقوله تعالى * (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) * (النساء: ٢٢) فتحرم بمجرد العقد عليها والآية المذكورة استدل بها المشايخ كصاحب النهاية وغيره على ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا بناء على إرادة الوطئ بالنكاح، فإن أريد به حرمة امرأة الاب والجد ما يطابقها من إرادة الوطئ قصر عن إفادة تمام الحكم المطلوب حيث قال: ولا بامرأة أبيه. وتصدق امرأة الاب بعقده عليها وإلا لم يفد الحكم في ذلك المحل. وإنما يصح على اعتبار لفظ النكاح في نكاح الآباء في معنى مجازي يعم العقد والوطئ ولك النظر في تعيينه ويحتاج إلى دليل يوجب اعتبارها في المجازي، وليس لك أن تقول ثبتت حرمة الموطوءة بالآية والمعقود عليها بلا وطئ بالاجماع لانه إذا كان الحكم الحرمة بمجرد العقد ولفظ الدليل صالح له كان مرادا منه بلا شبهة فإن الاجماع تابع للنص أو القياس عن أحدهما يكون ولو كان عن علم ضروري يخلق لهم يثبت بذلك أن ذلك الحكم مراد من كلام الشارع إذا احتمله. كذا في فتح القدير. وقول الزيلعي إن الآية تتناول منكوحة الاب وطأ وعقدا صحيحا وإن كان فيه جمع بين الحقيقة والمجاز لانه نفي، وفي النفي يجوز الجمع بينهما كما يجوز في المشترك أن يعم جميع معانيه في النفي اه. ضعيف في الاصول والصحيح أنه لا يجوز الجمع بينهما لا في النفي ولا في الاثبات ولا عموم للمشترك مطلقا. قال الاكمل في التقرير: والحق أن النفي لما اقتضاه الاثبات فإن اقتضى الاثبات الجمع بين المعنيين فالنفي كذلك وإلا فلا. وأما مسألة اليمين المذكورة في المبسوط: حلف لا يكلم مولاك وله أعلون وأسفلون أيهم كلم حنث. فليس باعتبار عموم المشترك في النفي كما توهمه

***

[١٦٧]

البعض وإنما هو لان حقيقة الكلام متروكة بدلالة اليمين إلى مجاز يعمهما وهو أن يكون الموالي من تعلق به عتق وهو بعمومه يتناول الاعلى والاسفل اه. لكن اختار المحقق في التحرير أنه يعم في النفي لانه نكرة في النفي والمنفي ما سمي باللفظ وتمام تحقيقة في الاصول. فالحاصل أن الاولى أن النكاح في الآية للعقد كما هو المجمع عليه، ويستدل لثبوت حرمة المصاهرة بالوطئ الحرام بدليل آخر. وفي المحيط: رجل له جارية فقال قد وطئتها لا تحل لابنه، وإن كانت في غير ملكه فقال قد وطئتها يحل لابنه أن يكذبه ويطأها لان الظاهر يشهد له. ولو اشترى جارية من ميراث أبيه يسعه أن يطأها حتى يعلم أن الاب وطئها تزوج امرأة على أنها بكر فلما أراد مجامعتها وجدها مفتضة قال لها من افتضك؟ فقالت: أبوك. إن صدقها الزوج بانت منه ولا مهر لها، وإن كذبها فهي امرأته اه. وأما حليلة الابن فبقوله تعالى * (وحلائل أبنائكم الذي من أصلابكم) * (النساء: ٢٣) فإن اعتبرت الحليلة من حلول الفراش أو حل الازار تناولت الموطوءة بملك اليمين أو شبهة أو زنى فيحرم الكل على الآباء وهو الحكم الثابت عندنا، ولا يتناول المعقود عليها للابن أو بنيه وإن سفلوا

قبل الوطئ، والفرض أنها بمجرد العقد تحرم على الآباء وذلك باعتباره من الحل - بكسر الحاء - وقد قام الدليل على حرمة المزني بها للابن على الاب فيجب اعتباره في أعم من الحل والحل. ثم يراد بالابناء الفروع فتحرم حليلة الابن السافل على الجد الاعلى، وكذا حليلة ابن البنت وإن سفل، وكما تحرم حليلة الابن من النسب تحرم حليلة الابن من الرضاع. وذكر الاصلاب في الآية لاسقاط حليلة الابن المتبني. كذا في فتح القدير. والظاهر أن الحليلة الزوجة كما في المغرب فتحرم زوجة الابن على الاب مطلقا بالآية، وأما حرمة من وطئها ممن ليس بزوجة فبدليل آخر، وكونها من حلول الفراش لا يقتضي تناولها للموطوءة بملك اليمين وغيره بل لا بد من قيد الزوجية، فإن صاحب المغرب فسرها بالزوجة ثم قال: لانها تحل زوجها في فراش. قوله: (والكل رضاعا) بيان للنوع الثالث وهو أن ما يحرم بالنسب والصهرية يحرم بالرضاع للآية والحديث حتى لو أرضعت امرأة صبيا حرم عليه زوجة زوج الظئر الذي نزل لبنها منه لانها امرأة أبيه من الرضاعة، ويحرم على زوج الظئر امرأة هذا الصبي لانها امرأة ابنه من الرضاعة. وفي شرح الوقاية: وهذا يشمل عدة أقسام كبنت الاخت مثلا تشمل البنت الرضاعية للاخت النسبية

***

[١٦٨]

والبنت النسبية للاخت الرضاعية والبنت الرضاعية للاخت الرضاعية ا ه‍. ولم يستثن المصنف هنا شيئا واستثنى في كتاب الرضاع أم أخيه وأخت ابنه، وسيأتي إن شاء الله تعالى أنه لا حاجة إليه عند المحققين لان المعنى الذي لاجله حرم في النسب لم يكن موجودا فيهما واستثنى بعضهم إحدى وعشرين صورة وجمعها في قوله: يفارق النسب الارضاع في صور كأم نافلة أو جدة الولد وأم عم وأخت ابن وأم أخ وأم خال وعمة ابن اعتمد لان كل واحد من هذه السبع إما أن يكون المضاف رضاعيا والمضاف إليه نسبيا أو عكسه، أو كل منهما رضاعيا فيجوز له نكاح أم أخيه رضاعا، سواء كانت الام رضاعية وحدها أو نسبية وحدها أو كل منهما رضاعيا وكذا في بقية الصور قوله: (والجمع بين الاختين نكاحا ووطئا بملك يمين) بيان للنوع الرابع وهو الجمع بين المحارم، أما الاول فلقوله تعالى * (وإن تجمعوا بين الاختين) * (النساء: ٢٣) وأما الثاني فللحديث من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم أختين وليس حرمة الجمع بينهما لقطع الرحم لما في المبسوط. ولا يجمع الرجل بين أختين من الرضاعة ولا بين امرأة وابنة أختها أو ابنة أخيها، وكذلك كل امرأة ذات محرم منها من الرضاعة للاصل الذي بينا أن كل امرأتين لو كانت إحداهما ذكرا والاخرى أنثى لم يجز للذكر أن يتزوج الانثى فإنه يحرم الجمع بينهما بالقياس على حرمة الجمع بين الاختين فكذلك من الرضاعة. وتبين بهذا أن حرمة هذا الجمع ليس لقطيعة الرحم فإنه ليس بين الرضيعين رحم وحرمة الجمع بينهما ثابتة ا ه‍. وسيأتي حديث يرده فلو قدموا حرمة الجمع على قولهم والكل رضاعا لكان أولى كما لا يخفى، وتفرع على عدم الفرق بين الاختين نسبا ورضاعا أنه لو كان له زوجتان رضيعتان أرضعتهما أجنبية فسد نكاحهما، والمراد بالنكاح في المختصر العقد. وقوله بملك يمين متعلق بالوطئ فأفاد أنه يجوز الجمع بينهما ملكا بدون الوطئ قوله: (فلو تزوج أخت أمته الموطوءة لم يطأ واحدة منهما حتى يبيعها) بيان لشيئين: أحدهما صحة نكاح الاخت مع كون أختها موطوءة له بملك اليمين لصدوره من أهله مضافا إلى محله وأورد عليه أن المنكوحة موطوءة حكما باعترافكم فيصير بالنكاح جامعا وطئا حكما وهو باطل، وجوابه أن لزوم الجمع بينهما وطئا حكما ليس بلازم لان بيده إزالته فلا يضر بالصحة ويمنع من الوطئ بعدها لقيامه إذا ذاك. أطلق في الاخت

***

[١٦٩]

المتزوجة فشمل ما إذا كانت أمة أو حرة. ثانيهما حرمة وطئ واحدة منهما حتى يبيعها لانه لو جامع المنكوحة يصير جامعا بينهما وطئا حقيقة، ولو جامع المملوكة يصير جامعا بينهما حقيقة وحكما. والمراد بالبيع أنه يحرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع كالبيع كلا أو بعضا والتزويج الصحيح والهبة مع التسليم والاعتاق كلا أو بعضا والكتابة، وأما التزويج الفاسد فلا عبرة به إلا إذا دخل بها فتحرم يحنئذ الموطوءة لوجوب العدة عليها فتحل حينئذ المنكوحة. وكذا المراد بالتزويج في المختصر النكاح الصحيح فلو تزوج الاخت نكاحا فاسدا لم تحرم عليه أمته الموطوءة إلا إذا دخل بالمنكوحة فحينئذ تحرم الموطوءة لوجود الجمع بينهما حقيقة ولا يؤثر الاحرام والحيض والنفاس والصوم، وكذا الرهن والاجارة والتدبير لان فرجها لا يحرم بهذه الاسباب. كذا في التبيين

من فصل الاستبراء، وإذا عادت الموطوءة إلى ملكه بعد الاخراج، سواء كان بفسخ أو بشراء جديد لم يحل وطئ واحدة منهما حتى يحرم الامة على نفسه بسبب كما كان أولا. وأطلق في الامة فشمل أم الولد كما في غاية البيان، وقيد بكونها موطوءة لانه لو لم يكن وطئها جاز له وطئ المنكوحة لان المرقوقة ليست بموطوءة حكما فلم يصر جامعا بينهما وطأ لا حقيقة ولا حكما. وأشار المصنف إلى أنه لو تزوج جارية ولم يطأها حتى ملك أختها فليس له أن يطأ المشتراة لان المنكوحة موطوءة حكما، وإلى أنه لو ملك أختين له أن يطأ إحداهما فإذا وطئ إحداهما ليس له وطئ الاخرى بعد ذلك، وإلى أنه لو ملك جارية فوطئها ثم ملك أختها كان له أن يطأ الاولى وليس له وطئ الاخرى ما لم يحرم فرج الاولى على نفسه، ولو وطئها أثم ثم لا يحل له وطئ واحدة منهما حتى يحرم الاخرى بسبب. قوله: (ولو تزوج أختين في عقدين ولم يدر الاول فرق بينه وبينهما) لان نكاح إحداهما باطل بيقين ولا وجه إلى التعيين لعدم الاولوية ولا إلى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة أو للضرر فتعين التفريق وطولب بالفرق بين هذا وبين ما إذا طلق إحدى نسائه بعينها ونسيها حيث يؤمر بالتعيين ولا يفارق الكل. وأجيب بإمكانه هناك لا هنا لان نكاحهن كان متيقن
***
[١٧٠]
الثبوت فله أن يدعي نكح من شاء بعينه منهن تمسكا بما كان متيقنا ولم يثبت هنا نكاح واحدة منهما بعينها، فدعواه حينئذ تمسك بما لم يتحقق ثبوت. ومعنى فرق بينه وبينهما أنه يفترض عليها مفارقتهما، ولو علم القاضي بذلك وجب عليه أن يفرق بينهما دفعا للمعصية بقدر الامكان كما في المحيط، ولم يذكر في المختصر أن هذا التفريق طلاق أو فسخ. وفي فتح القدير: والظاهر أنه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلقة لو تزوجها بعد ذلك فإن وقع قبل الدخول فله أن يتزوج أيتهما شاء للحال أو بعده فليس له التزوج بواحدة منهما حتى تنقضي عدتهما، وإن انقضت عدة إحداهما دون الاخرى فله تزو التي لم تنقض عدتها دون الاخرى كيلا يصير جامعا، وإن وقع بعده بإحداهما فله أن يتزوجها في الحال دون الاخرى فإن عدتها تمنع من تزوج أختها ا ه‍. وقيد بكونه تزوجهما في عقدين إذ لو كانا في عقد واحد بطلا يقينا، وقيده في المحيط بأن لا تكون إحداهما مشغولة بنكاح الغير أو عدته، فإن كانت كذلك صح نكاح الفارغة لعدم تحقق الجمع بينهما كما لو تزوجت امرأة زوجين في عقد واحد وأحدهما متزوج بأربع نسوة فإنها تكون زوجة للآخر لانه لم يتحقق الجمع بين رجلين إذا كانت هي لا تحل لاحدهما ا ه‍. فإذا كانا في عقد واحد فرق بينها وبينهما أيضا فإن كان قبل الدخول فلا مهر لهما ولا عدة عليهما، وإن دخل بهما وجب لكل الاقل من المسمى ومن مهر المثل كما هو حكم النكاح الفاسد وعليهما العدة. وقيده بعدم علم العقد الاول إذ لو علم فهو الصحيح والثاني باطل وله وطئ الاولى إلا أن يطأ الثانية فتحرم الاولى إلى انقضاء عدة الثانية كما لو وطئ أخت امرأته بشبهة حيث تحرم امرأته ما لم تنقض عدة ذات الشبهة. وفي الدراية عن الكامل: لو زنى بإحدى الاختين لا يقرب الاخرى حتى تحيض الاخرى حيضة. واستشكله في فتح القدير ولم يبينه، ووجهه أنه لا اعتبار لماء الزاني ولذا لو زنت امرأة رجل لم تحرم عليه وجاز له وطؤها عقب الزنا. ولو قال المصنف ولو تزوج أختين في عقدين معا أو لم يدر الاول فرق بينه وبينهما لكان أفود لما في الذخيرة معزيا
***
[١٧١]
إلى الجامع: لو وكل رجل رجلا أن يزوجه امرأة ووكل رجلا آخر بمثل ذلك فزوجه كل واحد منهما امرأة وهما أختان من الرضاع ووقع العقدان منهما معا فهما باطلان لان عبارة الوكيل في باب النكاح منقولة إلى الموكل، فإذا خرج الكلامان معا صار كأن الموكل خاطبهما بالنكاح، فلو لم يوكلهما وإنما كانا فضوليين ووقعا معا فللزوج أن يجيز نكاح إحداهما، ولو خرج إيجاب الاختين معا بأن قالت كل واحدة منهما لرجل واحد زوجت نفسي منك بكذا وخرج الكلام منهما معا فقبل الزوج نكاح إحداهما فهو جائز لعدم الجمع من الزوج، وأما من الاختين فلان كل واحدة زوجت نفسها على حدة ولا ولاية لاحداهما على صاحبتها حتى ينقل كلام كل إلى الاخرى. ولو بدأ الزوج فقال تزوجتكما كل واحدة منكما بألف فقالت إحداهما رضيت وأبت الاخرى فنكاحها باطل لوجود الجمع في الخطاب بينهما في إحدى شطري العقد وأنه كاف للفساد، ألا ترى أن رجلا لو قال لخمس نسوة قد تزوجتكن على ألف فقالت إحداهما رضيت لا يجوز نكاحهن لوجود الجمع من جانب الزوج فعلم به أن الجمع في إحدى شطري العقد يوجب الفساد كالجمع في

شطري العقد ا هـ. مع بعض اختصار منه. قوله: (ولهما نصف المهر) لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل بالاولية فيصرف إليهما. أطلقه وهو مقيد بأربعة قيود كما قالوا: الاول أن يكون المهر مسمى في العقد فلو لم يكن مسمى وجبت متعة واحدة لهما بدل نصف المهر وتركه اعتمادا على ما يصرح به في باب المهر. الثاني أن يكون مهراهما متساويين إذ لو كانا مختلفين يقضى لكل واحدة منهما بربع مهرها ولا حاجة إلى التقييد به لانه لم يقل ولهما نصف المهر على السواء

***

[١٧٢]

حتى يرد عليه ذلك. الثالث أن يكون قبل الدخول إذ لو كانت الفرقة بعد الدخول يجب لكل واحدة المهر كاملا لانه استقر بالدخول فلا يسقط منه شئ، ولا حاجة إلى التقييد به لان نصف المهر حكم الفرقة قبل الدخول مع أنه مشكل بل إذا كان بعد الدخول فإنه يقضى بمهر كامل وعقر كامل، ويجب حمله على ما إذا اتحد المسمى لهما قدرا وجنسا، أما إذا اختلفا فيتعذر إيجاب عقر إذ ليست إحداهما أولى بجعلها ذات العقد من الاخرى لانه فرع الحكم بأنها الموطوءة في النكاح الفاسد. الرابع أن تدعي كل واحدة منهما أنها الاولى ولا بينة لهما، أما إذا قالتا لا ندري أي النكاحين أول لا يقضى لهما بشئ لان المقضى له مجهول وهو يمنع صحة القضاء كمن قال لرجلين لاحدهما على ألف لا يقضى لاحدهما بشئ إلا أن يصطلحا بأن يتفقا على أخذ نصف المهر منه فيقضى لهما به، وهذا القيد الرابع زاده أبو جعفر الهندواني، فظاهر الهداية تضعيفه لكنه حسن يندفع به قول أبي يوسف أنه لا شئ لهما لجهالة المقضى له، والمروي عن محمد من وجوب مهل كامل لهما لاقرار الزوج بجواز نكاح إحداهما أبعد لاستلزامه إيجاب الشئ مع تحقق عدم لزومه فإن إيجاب كماله حكم الموت أو الدخول حقيقة أو حكما وهو مفقود. وفي التبيين: وكل ما ذكرنا من الاحكام بين الاختين فهو الحكم بين كل من لا يجوز جمعه من المحارم. قوله: (وبين امرأتين أية فرضت ذكر أحرم النكاح) أي حرم الجمع بين امرأتين إذا كانتا بحيث لو قدرت إحداهما ذكرا حرم النكاح بينهما أيتهما كانت المقدرة ذكرا كالجمع بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها، والجمع بين الام والبنت نسبا أو رضاعا لحديث مسلم لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها (١) وهذا مشهور يجوز تخصيص عموم الكتاب * (وأحل لكم ما وراء ذلكم) * (النساء: ٢٤) به ويدل على اعتبار الاصل المذكور ما ثبت في الحديث برواية الطبراني وهو قوله فإنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم ولرواية أبي داود: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة. فأوجب تعدي الحكم المذكور إلى كل قرابة يفرض وصلها وهو ما تضمنه الاصل

***

[١٧٣]

المذكور فيتخرج عليه حرمة الجمع بين عمتين وخالتين، وذلك أن يتزوج كل من الرجلين أم الآخر فيولد لكل منهما بنت فتكون كل من البنتين عمة للاخرى، أو يتزوج كل من رجلين بنت الآخر ويولدلهما بنتان فكل من البنتين خالة للاخرى. وبما قرر علم أن العلة خوف القطيعة، وظهر به ضعف ما قدمناه عن المبسوط من أن العلة ليس ذلك إذ لا قرابة بين الاختين رضاعا. وجوابه أن حرمة الجمع بينهما للحديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب. والمراد بالحرمة في قوله حرم النكاح الحرمة المؤبدة، أما المؤقتة فلا تمنع ولذا لو تزوج أمة ثم سيدتها فإنه يجوز كما في الجامع والزيادات لانها حرمة مؤقتة بزوال ملك اليمين. وقيل: لا يجوز تزوج السيدة عليها نظرا إلى مطلق الحرمة كما في القنية. وقيد بقوله أية فرضت لانه لو جاز نكاح إحداهما على تقدير مثل المرأة وبنت زوجها أو امرأة ابنها فإنه يجوز الجمع بينهما عند الائمة الاربعة، وقد جمع عبد الله بن جعفر بين زوجة علي وبنته ولم ينكر عليه أحد. وبيانه أنه لو فرضت بنت الزوج ذكرا بأن كان ابن الزوج لم يجز له أن يتزوج بها لانها موطوءة أبيه، ولو فرضت المرأة ذكرا لجاز له أن يتزوج ببنت الزوج لانها بنت رجل أجنبي، وكذلك بين المرأة وامرأة ابنها فإن المرأة لو فرضت ذكرا لحرم عليه التزوج بامرأة ابنه، ولو فرضت امرأة الابن ذكرا لجاز له التزوج بالمرأة لانه أجنبي عنها. قالوا: ولا بأس أن يتزوج الرجل امرأة ويتزوج ابنه أمها أو بنتها لانه لا مانع وقد تزوج محمد بن الحنفية امرأة وزوج ابنه بنتها. قوله: (والزنا واللمس والنظر بشهوة يوجب حرمة المصاهرة) وقال الشافعي: الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور. ولنا أن الوطئ سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف إلى كل واحد منهما كملا فيصير أصولها وفروعها كأصوله وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام إلا في موضع الضرورة وهي الموطوءة والوطئ محرم من حيث

إنه سبب الولد لا من حيث إنه زنا، واللمس والنظر سب داع إلى الوطئ فيقام مقامه
***
[١٧٤]
في موضع الاحتياط. كذا في الهداية. ولم يستدل بقوله تعالى * (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم) * (النساء: ٢٢) كما فعل الشارحون لما قدمنا أنه لا يصلح الاستدلال به. أراد بالزنا الوطئ الحرام وإنما قيد به لانه محل الخلاف، أما لو وطئ المنكوحة نكاحا فاسدا أو المشتراة فاسدا أو الجارية المشتركة أو المكاتبة أو المظاهر منها أو الامة المجوسية أو زوجته الحائض أو النفساء أو كان محرما أو صائما فإنه يثبت حرمة المصاهرة اتفاقا. وبه علم أن الاعتبار لعين الوطئ لا لكونه حلالا أو حراما، وليفيد أنه لا بد أن تكون المرأة حية لانه لو وطئ الميتة فإنه لا تثبت حرمة المصاهرة كما في الخانية، وليفيد أنه لا بد أن يكون في القبل لانه لو وطئ المرأة في
***
[١٧٥]
الدبر فإنه لا يثبت حرمة المصاهرة وهو الاصح، لانه ليس بمحل الحرث فلا يفضي إلى الولد كما في الذخيرة، وسواء كان بصبي أو امرأة كما في غاية البيان، وعليه الفتوى كما في الواقعات. ولانه لو وطئها فأفضاها لا تحرم عليه أمها لعدم تيقن كونه في الفرج إلا إذا حبلت وعلم كونه منه، وأورد عليهما أن الوطئ في المسألتين حقه أن يكون سببا للحرمة كالمس بشهوة سبب لها بل الموجود فيهما أقوى منه. وأجيب بأن العلة هي الوطئ السبب للولد وثبوت الحرمة بالمس ليس إلا لكونه سببا لهذا الوطئ ولم يتحقق في الصورتين، وليفيد أنه لا بد أن يكون بغير حائل يمنع وصول الحرارة فلو جامعها بخرقة على ذكره لا تثبت الحرمة كما في الخلاصة، وليفيد أن الموطوءة لا بد أن تكون مشتهاة حالا أو ماضيا لان الزنا وطئ مكلف في قبل مشتهاة خال عن الملك وشبهته، فلو جامع صغيرة لا تشتهى لا تثبت الحرمة. وعن أبي يوسف ثبوتها قياسا على العجوز الشوهاء، ولهما أن العلة وطئ سبب للولد وهو منتف في الصغيرة التي لا تشتهى بخلاف الكبيرة لجواز وقوعه كما وقع لابراهيم وزكريا عليهما السلام. قال في فتح القدير: وله أن يقول الامكان العقلي ثابت فيهما والعادي منتف عنهما فتساويا، والقصتان على خلاف العادة لا توجب الثبوت العادي ولا يخرجان العادة عن النفي ا ه‍. وقد يقال إنها دخلت تحت حكم الاشتهاء فلا تخرج عنه بالكبر ولا كذلك الصغيرة
***
[١٧٦]
وليس حكم البقاء كالابتداء وفي الخانية: وقال الفقيه أبو الليث ما دون تسع سنين لا تكون مشتهاة وعليه الفتوى ا ه‍. فأفاد أنه لا فرق بين أن تكون سمينة أو لا ولذا قال في المعراج: بنت خمس لا تكون مشتهاة اتفاقا، وبنت تسع فصاعدا مشتهاة اتفاقا، وفيما بين الخمس والتسع اختلاف الرواية والمشايخ والاصح أنها لا تبثت الحرمة. وفي فتح القدير: وكذا تشترط الشهوة في الذكر حتى لو جامع ابن أربع سنين زوجة أبيه لا تثبت الحرمة. وفي الذخيرة خلافه وظاهر الاول أنه يعتبر فيه السن المذكور لها وهو تسع سنين، وكما يشترط كونها مشتهاة لثبوت الحرمة في الزنا فكذلك لثبوتها في الوطئ الحلال لما في الاجناس: لو تزوج صغيرة لا تشتهى فدخل بها وطلقها وانقضت عدتها وتزوجت بآخر جاز له تزوج بنتها. وأطلق في اللمس والنظر بشهوة فأفاد أنه لا فرق بين العمد والخطأ والنسيان والاكراه حتى لو أيقظ زوجته ليجامعها فوصلت يده إلى بنته منها فقرصها بشهوة وهي ممن تشتهى يظن أنها أمها حرمت عليه الام حرمة مؤبدة. ولك أن تصورها من جانبها بأن أيقظته هي لذلك فقرصت ابنه من غيرها. كذا في فتح القدير. وأطلق في اللمس فشمل كل موضع من بدنها. وفي الخانية: لو مس شعر امرأة عن شهوة قالوا: لا تثبت حرمة المصاهرة. وذكر في الكيسانيات أنها تثبت ا ه‍. وينبغي ترجيح الثاني لان الشعر من بدنها من وجه دون وجه كما قدمناه في الغسل فتثبت الحرمة احتياطا كحرمة النظر إليه من الاجنبية، ولذا جزم في المحيط بثبوتها. وفصل في الخلاصة فما على الرأس كالبدن بخلاف المسترسل. وانصرف اللمس إلى
***
[١٧٧]
أي موضع من البدن بغير حائل، وأما إذا كان بحائل فإن وصلت حرارة البدن إلى يده تثبت الحرمة وإلا فلا. كذا في أكثر الكتب. فما في الذخيرة من أن الشيخ الامام ظهير الدين يفتي بالحرمة في القبلة على الفم والذقن والخد والرأس وإن كان على المقنعة محمول على ما إذا كانت المقنعة رقيقة تصل الحرارة معها كما قدمناه. وقيد يكون اللمس عن شهوة لانه لو كان عن غير شهوة لم يوجب الحرمة.

والمراهق كالبالغ ووجود الشهوة من أحدهما كاف فإن ادعتها وأنكرها فهو مصدق إلا أن يقوم إليها منتشرا فيعانقها لانه دليل الشهوة كما في الخانية. وزاد في الخلاصة في عدم تصديقه أن يأخذ ثديها أو يركب معها وتقبل الشهادة على الاقرار بالمس بشهوة وعلى الاقرار بالتقبيل بشهوة. وهل تقبل الشهادة على نفس اللمس والتقبيل عن شهوة؟ اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا تقبل واختاره ابن الفضل لانها أمر باطن لا يوقف عليها عادة، وقيل تقبل وإليه مال الامام علي البزدوي، وكذا ذكر محمد في نكاح الجامع لان الشهوة مما يوقف عليها في الجملة، إما بتحرك العضو أو بآثار أخر ممن لا يتحرك عضوه. كذا في الذخيرة. والمختار القبول كما في التجنيس. وفي فتح القدير: وثبوت الحرمة بلمسها مشروط بأن يصدقها ويقع في أكبر رأيه صدقها، وعلى هذا ينبغي أن يقال في مسه إياها لا تحرم على أبيه وابنه إلا أن يصدقها أو يغلب على ظنه صدقها، ثم رأيت عن أبي يوسف ما يفيد ذلك ا ه‍. وأطلق في اشتراط الشهوة في اللمس فأفاد أنه لا فرق بين التقبيل على الفم وبين غيره. وفي الجوهرة: لو مس أو قبل وقال لم أشته صدق إلا إذا كان اللمس على الفرج والتقبيل في الفم ا ه‍. ورجحه في فتح القدير قال: إلا أنه يتراءى على هذا أن الخد ملحق بالفم. وفي الول والجية:

***

[١٧٨]

إذا قبل أم امرأته أو امرأة أجنبية يفتى بالحرمة ما لم يتبين أنه قبل بغير شهوة لان الاصل في التقبيل هو الشهوة بخلاف المس ا ه‍. وكذا في الذخيرة إلا أنه قال: وظاهر ما أطلق في بيوع العيون يدل على أنه يصدق في القبلة سواء كانت على الفم أو على موضع آخر ا ه‍. وأطلق في النظر بشهوة للاختلاف في محله، فعند أبي يوسف النظر إلى منابت الشعر يكفي. وقال محمد: لا تثبت حتى ينظر إلى الشق. وعن أبي يوسف لا بد أن ينظر إلى الفرج الداخل ولن يتحقق ذلك إلا إذا كانت متكئة. واختاره في الهداية وصححه في المحيط والذخيرة، وفي الخانية وعليه الفتوى، وفي فتح القدير وهو ظاهر الرواية لان هذا حكم تعلق بالفرج والداخل فرج من كل وجه والخارج فرج من وجه، وأن الاحتراز عن الفرج الخارج متعذر فسقط اعتباره. ولا يقال إنه إذا تردد فالاحتياط القول بثبوتها لان هذا الحكم وهو التحريم بالمس والنظر ثبوته بالاحتياط فلا يجب الاحتياط في الاحتياط لكن صحح في الخلاصة النظر إلى موضع الشق عن شهوة فهو تصحيح لقول محمد السابق. وظاهر ما في الذخيرة وغيرها أنهم اتفقوا على أن النظر بشهوة إلى سائر أعضائها لا عبرة به ما عدا الفرج، وحينئذ فإطلاق المصنف في محل التقييد كما لا يخفى. والعبرة لوجود الشهوة عند المس والنظر حتى لو وجدا بغير شهوة ثم اشتهى بعد الترك لا تتعلق به حرمة. والنظر من وراء الزجاج يوجب حرمة المصاهرة بخلاف المرأة لانه لم ير فرجها وإنما رأى عكس فرجها، وكذا لو وقف على الشط فنظر إلى الماء فرأى فرجها لا يوجب الحرمة، ولو كانت هي في الماء فرأى فرجها تثبت الحرمة. ولم يذكر المصنف حد الشهوة للاختلاف فقيل لا بد أن تنتشر آلته إذا لم تكن منتشرة أو تزداد انتشارا إن كانت منتشرة. وقيل حدها أن يشتهي بقلبه إن لم يكن مشتهيا أو يزداد إن كان مشتهيا، ولا يشترط تحرك الآلة وصححه في المحيط والتحفة، وفي غاية البيان وعليه الاعتماد وصحح الاول في الهداية. وفائدة الاختلاف كما في الذخيرة تظهر في الشيخ الكبير والعنين والذي ماتت شهوته فعلى القول الاول لا تثبت الحرمة وعلى الثاني تثبت فقد اختلف التصحيح لكن في الخلاصة وبه يفتى أي بما في الهداية فكان هو المذهب، لكن ظاهر ما في التجنيس وفتح القدير أن ميل القلب كاف في الشيخ والعنين اتفاقا وأن محل الاختلاف فيمن يتأتى منه الانتشار إذ مال بقلبه ولم تنتشر آلته وهو أحسن مما في الذخيرة كما لا يخفى.

***

[١٧٩]

وأطلق المصنف ولم يقيد المس والنظر بشهوة بغير الانزال للاختلاف فيما إذا أنزل فقيل يوجب الحرمة. وفي الهداية: والصحيح أنه لا يوجبها لانه بالانزال تبين أنه غير مفض إلى الوطئ. وفي غاية البيان: وعليه الفتوى. فقد أطلق المصنف أيضا في محل التقييد، وأطلق في اللامس والملموس ليفيد أنه لا فرق بين الرجل والمرأة، فلو مست المرأة عضوا من أعضاء الرجل بشهوة أو نظرت إلى ذكره بشهوة ثبتت الحرمة. وأطلق فيهما أيضا فشمل المس والنظر المباحين والمحرمين، وأراد بحرمة المصاهرة الحرمات الاربع: حرمة المرأة على أصول الزاني وفروعه نسبا ورضاعا، وحرمة أصولها وفروعها على الزاني نسبا ورضاعا كما في الوطئ الحلال ويحل لاصول الزاني وفروعه أصول المزني بها وفروعها. ولو قال المصنف توجب المحرمية لكان أولى لما في الخانية: وإذا فجر الرجل بامرأة ثم تاب يكون محرما لابنتها

لانه حرم عليه نكاح ابنتها على التأبيد، وهذا دليل على أن المحرمية تثبت بالوطئ الحرام وبما تثبت به حرمة المصاهرة ا هـ. وفي كشف الاسرار من بحث النهي: وبعض أصحابنا قالوا حرمة المصاهرة تثبت بطريق العقوبة كما يثبت حرمان الارث في حق القاتل عقوبة، والاصل فيه قوله تعالى * (فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم) * (النساء: ١٦٠) وعلى هذا الطريق يقولون المحرمية لا تثبت حتى لا تباح الخلوة والمسافرة، ولكن هذا فاسد فإن التعليل لتعدية حكم النص لا لاثبات حكم أخر سوى المنصوص عليه فإن ابتداء الحكم لا يجوز إثباته بالتعليل والمنصوص به حرمة ثابتة بطريق الكرامة فإنما يجوز التعليل لتعدية تلك الحرمة لا لاثبات حرمة أخرى. كذا في المبسوط. قلت: وإنما اختار بعض مشايخنا هذا الطريق لان هذه الحرمة لما كانت بطريق الاحتياط كان الاحتياط في إثبات حرمة المناكحة والمسافرة والخلوة جميعا كما قالوا فيما إذا كان الرضاع ثابتا غير مشهور لا تحل المناكحة ولا الخلوة والمسافرة للاحتياط ا هـ كلامه. وفي الخلاصة: قيل لرجل ما فعلت بأم امرأتك؟ قال: جامعتها ثبتت الحرمة ولا يصدق أنه كذب وإن كانوا هازلين، والاصرار ليس بشرط في الاقرار لحرمة المصاهرة ا هـ. وهذا عند القاضي، وأما فيما بينه وبين الله تعالى إن كان كاذبا فيما أقر لم تثبت الحرمة كما في التجنيس، وإذا أقره بجماع أمها قبل التزوج لا يصدق في حقها فيجب كمال المهر المسمى إن كان بعد الدخول، ونصفه إن كان قبله كما في التجنيس

***

[١٨٠]

أيضا. فإن قلت: لو قال هذه أمي رضاعا ثم رجع وتزوجها صح فما الفرق بينهما؟ أجاب عنه في التجنيس بأنه في مسألتنا أخبر عن فعله وهو الجماع والخطأ فيه نادر فلم يصدق، وهنا أخبر عن فعل غيره وهو الارضاع فله الرجوع، والتناقض فيه معفو كالمكاتب إذا ادعى العتق قبل الكتابة والمختلعة إذا دعت الطلاق قبل الخلع يصدقان بإقامة البينة. قوله: (وحرم تزوج أخت معتدته) لان أثر النكاح قائم فلو جاز تزوج أختها لزم الجمع بين الاختين فلا يجوز. أطلقه فشمل المعتدة عن طلاق رجعي أو بائن أو عن إعتاق أم ولد خلافا لهما، أو عن تفريق بعد نكاح فاسدة، وشمل الاخت نسبا ورضاعا. وأشار إلى حرمة تزوج محارمها في عدتها مطلقا كعمتها وخالتها وإلى أن من طلق الاربع لا يجوز له أن يتزوج امرأة قبل انقضاء عدتهن، فإن انقضت عدة الكل معا جاز له تزوج أربع وإن واحدة فواحدة، وله تزوج أربع سوى أم ولده المعتدة منه بعد عتقها. وإذا أخبر عن مطلقته أنها أخبرته بانقضاء عدتها فإن كانت المدة لا تحتمل لا يصح نكاح أختها إلا أن يفسره بإسقاط مستبين الخلق وإن احتملت حل نكاح أختها، ولو كذبته المخبر عنها فإن أخبر وهو صحيح وكذبته ثم مات فالميراث للثانية ولو كان طلاق الاولى رجعيا وإن كان مريضا فللاولى فقط. ولزوج المرتدة اللاحقة بدار الحرب تزوج أختها وأربع سواها قبل عدتها كموتها وعودها مسلمة لا يبطل نكاح أختها لو بعده ولا يمنع منه لو قبله. وفي المعراج: لو كانت إحدى الاربع في دار الحرب فطلقها لا تحل له الخامسة إلا بعد خمس سنين لاحتمال أن تكون حاملا فيبقى حملها خمس سنين، فلو طلقها بعد خروجها بسنة انتظر أربعا فإذا كان احتمال الحمل يمنع فهو موجود في دار الاسلام أيضا ا هـ. وهو مشكل قوله: (وأمته وسيدته) أي وحرم تزوج أمته وسيدته لان النكاح ما شرع إلا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة. وظاهر كلامهم أنه يستحق العقوبة بالعقد على أمته لانه عقد فاسد باشره لغير فائدة لكن في المضمرات: المراد به في أحكام النكاح من ثبوت المهر في ذمة

***

[١٨١]

المولى وبقاء النكاح بعد الاعتاق ووقوع الطلاق عليها وغير ذلك، أما إذا تزوجها متنزها عن وطئها حراما على سبيل الاحتمال فهو حسن لاحتمال أن تكون حرة أو معتقة الغير أو محلوفا عليها بعتقها وقد حنث الحالف وكثيرا ما يقع لا سيما إن تداولتها الايدي ا هـ. أطلق في أمته فشمل ما لو كان له فيها جزء وكذا في سيدته لو كانت تملك سهما منه. قوله: (والمجوسية والوثنية) أي وحرم تزوجهما على المسلم، أما المجوسية فلقوله عليه السلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم (١) أي اسلكوا بهم طريقتهم يعني عاملوهم معاملتهم في إعطاء الامان بأخذ الجزية منهم. كذا في المغرب. وأما الوثنية فلقوله تعالى * (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) * (البقرة: ٢٢١) والمراد بالمجوس عبدة النار، وذكر الكتابية بعدها دليل على أن المجوس لا كتاب لهم. وقد نقل في المبسوط

عن علي رضي الله عنه إباحة نكاح المجوسية بناء على أن لهم كتابا إلا أن ملكهم واقع أخته ولم ينكر عليه فرفع كتابهم فنسوه وليس هذا الكلام بشئ لان المنع من نكاحهم لكونهم عبدة النار فهم داخلون في المشركين، فكونهم كان لهم كتاب أولا لا أثر له وعليه إجماع الائمة الاربعة كالاجماع على حرمة الوثنية وهي المشركة. وفي غاية البيان: هي التي تعبد الوثن أي الصنم والنص عام يدخل تحته سائر المشركات. وفي فتح القدير: ويدخل في عبدة الاوثان عبدة الشمس والنجوم والصور التي استحسنوها والمعطلة والزنادقة والباطنية والاباحية. وفي شرح الوجيز: وكل مذهب يكفر به معتقده فهو يحرم نكاحها لان اسم المشرك يتناولهم جميعا ا ه‍. وينبغي أن من اعتقد مذهبا يكفر به إن كان قبل تقدم الاعتقاد الصحيح فهو مشرك، وإن طرأ عليه فهو مرتد كما لا يخفى. وقال الرستغفني: لا تجوز المناكحة بين أهل السنة والاعتزال. وقال الفضل: لا يجوز بين من قال أنا مؤمن إن شاء الله تعالى لانه كافر، ومقتضاه منع مناكحة الشافعية واختلف فيها هكذا، قيل يجوز، وقيل يتزوج بنتهم ولا يزوجهم بنته. وعلله في البزازية بقوله تنزيلا لهم منزلة أهل الكتاب. وقد قدمنا في باب الوتر والنوافل إيضاح هذه المسألة وأن القول بتكفير من قال أنا مؤمن إن شاء الله غلط

***

[١٨٢]

ويجب حمل كلامهم على من يقول ذلك شاكا في إيمانه والشافعية لا يقولون به فتجوز المناكحة بين الحنفية والشافعية بلا شبهة. وأما المعتزلة فمقتضى الوجه حل مناكحتهم لان الحق عدم تكفير أهل القبلة كما قدمنا نقله عن الائمة في باب الامامة. وأفاد بحرمة نكاحهما حرمة وطئهما أيضا بملك اليمين خلافا لسعيد بن المسيب وجماعة لورود الاطلاق في سبايا العرب كأوطاس وغيرها وهن مشركات، وعامة العلماء منعوا من ذلك للآية، فإما إن يراد بالنكاح الوطئ أو كل منه ومن العقد بناء على أنه مشترك في سياق النفي أو خاص في الضم وهو ظاهر في الامرين ويمكن كون سبايا أوطاس أسلمن. وقيدنا بالمسلم لما في الخانية: وتحل المجوسية والوثنية لكل كافر إلا المرتد ا ه‍. يعني يجوز تزوج اليهودي نصرانية أو مجوسية وعكسه جائز لانهم أهل ملة واحدة من حيث الكفر وإن اختلفت نحلهم. قوله: (وحل تزوج الكتابية) لقوله تعالى * (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب) * (المائدة: ٥) أي العفائف عن الزنا بيانا للندب لا أن العفة فيهن شرط. وعن ابن عمر أنها لا تحل لانها مشركة لانهم يعبدون المسيح وعزيرا، وحمل المحصنات في الآية على من أسلم منهن. وللجمهور أن المشرك ليس من أهل الكتاب للعطف في قوله تعالى * (لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين) * (البينة: ١) والعطف يقتضي المغايرة. وفي قوله تعالى * (لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا) * (المائدة: ٨٢) وفي التبيين: ثم كل من يعتقد دينا سماويا وله كتاب منزل كصحف إبراهيم وشيث وزبور داود فهو من أهل الكتاب فتجوز مناكحتهم وأكل ذبائحهم خلافا للشافعي فيما عدا اليهود والنصارى والحجة عليه ما تلونا. وفي فتح القدير: الكتابي من يؤمن بنبي ويقر بكتاب والسامرية من اليهود. أطلق المصنف الكتابية هنا وقيدها في المستصفى بقوله: قالوا هذا يعني الحل إذا لم يعتقد المسيح إلها، أما إذا اعتقده فلا. ويوافقه ما في مبسوط شيخ الاسلام: ويجب أن لا يأكلوا ذبائح أهل الكتاب إذا اعتقدوا أن المسيح إله وأن عزيرا إله، ولا يتزوجوا نساءهم. قيل: وعليه الفتوى ولكن بالنظر إلى الدلائل ينبغي أنه يجوز الاكل والتزوج ا ه‍. وحاصله أن المذهب الاطلاق لما ذكره شمس الائمة في المبسوط من أن ذبيحة النصراني حلال مطلقا، سواء قال بثالث ثلاثة أولا لاطلاق الكتاب هنا والدليل. ورجحه في فتح القدير بأن القائل بذلك طائفتان من اليهود والنصارى انقرضوا لا كلهم مع أن مطلق لفظ المشرك إذا ذكر في لسان أهل الشرع لا ينصرف إلى أهل الكتاب وإن صح لغة في طائفة أو طوائف لما عهد من إرادته به من عبد مع الله غيره ممن لا يدعي اتباع نبي وكتاب إلى آخر ما ذكره. وفي معراج الدراية: اختلف العلماء في أن لفظ المشرك يتناول أهل الكتاب، والاصح أن اسم المشرك مطلقا لا يتناوله للعطف في الآية. ثم المشرك ثلاثة: مشرك ظاهرا وباطنا كعبدة الاوثان، ومشرك باطنا لا ظاهرا كالمنافقين، ومشرك معنى كأهل الكتاب. ففي قوله * (سبحانه وتعالى

***

[١٨٣]

عما يشركون) * (يونس: ١٨) المراد مطلق الشرك، وكذا في قوله تعالى * (إن الله لا يغفر أن يشرك به) * (النساء: ١١٦) فيتناول

جميع الكفار. وفي قوله * (ولا تنكحوا المشركات) * (البقرة: ٢٢١) المراد به المشرك ظاهرا وباطنا وهو الوثني فلا يتناول أهل الكتاب والمنافقين ا ه. وأطلقه أيضا فشمل الكتابية الحرة والامة، واتفق الائمة الاربعة على حل الحرة واختلفوا في حل الامة كما سيأتي. هذا والاولى أن لا يتزوج كتابية ولا يأكل ذبائحهم إلا لضرورة. وفي المحيط: يكره تزوج الكتابية الحربية لان الانسان لا يأمن أن يكون بينهما ولد فينشأ على طبائع أهل الحرب ويتخلق بأخلاقهم فلا يستطيع المسلم قلعه عن تلك العادة ا ه. والظاهر أنها كراهة تنزية لان التحريمية لا بد لها من نهي أو ما في معناه لانها في رتبة الواجب. وفي الخانية: تزوج الحربية مكروه فإن خرج بها إلى دار الاسلام بقي النكاح ا ه. وأشار المصنف إلى أنه يحل وطئ الكتابية بملك اليمين وسيأتي أن الكتابية إذا تمجست فإنه ينفسخ نكاحها من المسلم بخلاف اليهودية إذا تنصرت أو عكسه. وذكر الاسبيجابي أن للمسلم منع الذمية إذا تزوجها من الخروج إلى الكنائس والبيع وليس له إجبارها على الغسل من الحيض والجنابة. وفي الخانية من فصل الجزية من السير: مسلم له امرأة ذمية ليس له أن يمنعها من شرب الخمر لان شرب الخمر حلال عندها وله أن يمنعها عن اتخاذ الخمر في المنزل ا ه. وهو مشكل لانه وإن كان حلالا عندها لكن رائحتها تضره فله منعها كمنع المسلمة من أكل الثوم والبصل ولذا قال الكركي في الفيض قبيل باب التيمم: إن المسلم له أن يمنع زوجته الذمية من شرب الخمر كالمسلمة لو أكلت الثوم والبصل وكان زوجها يكره ذلك له أن يمنعها ا ه. وهذا هو الحق كما لا يخفى. قوله: (والصابئة) أي وحل تزوجها. أطلقه وقيده في الهداية بقوله: إن كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرون بكتاب الله لانهم من أهل الكتاب وإن كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم لانهم مشركون، والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل أجاب على ما وقع عنده وعلى هذا حل ذبيحتهم ا ه. وصححه أيضا في غاية البيان وغيره من أنه لا خلاف بينهم في الحقيقة لكن ظاهر الهداية أن منع مناكحتهم مقيد بقيدين: عبادة الكواكب وعدم الكتاب. فلو كانوا يعبدون الكواكب ولهم كتاب تجوز مناكحتهم وهو قول بعض المشايخ زعموا أن عبادة الكواكب لا تخرجهم عن كونهم أهل الكتاب، والصحيح أنهم إن كانوا يعبدونها حقيقة فليسوا أهل كتاب، وإن كانوا يعظمونها كتعظيم المسلمين للكعبة فهم

***

[١٨٤]

أهل كتاب كذا في المجتبى. وفي الكشاف: إنهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الملائكة من صبأ إذا خرج من الدين. قوله: (والمحرمة ولو محرما) أي حل تزوجها ولو كان الزوج محرما لحديث الجماعة عن ابن عباس أنه عليه السلام تزوج ميمونة وهو محرم. زاد البخاري وبنى بها وهو حلال وماتت بسرف وأما ما رواه يزيد بن الاصم من أنه تزوجها وهو حلال فلم يقو قوة هذا فإنه مما اتفق عليه الستة، وحديث يزيد لم يخرجه البخاري ولا النسائي، وأيضا لا يقاوم بابن عباس حفظا وإتقانا، وقد أطال في فتح القدير في وجوه ترجحه، وذكر واترجيحه في الاصول من باب البيان في تعارض النفي والاثبات. وأما ما رواه الجماعة إلا البخاري أنه عليه السلام قال المحرم لا ينكح ولا ينكح (١) فحمله المشايخ على الوطئ في الجملة الاولى فالمنهي الرجل، وعلى التمكين منه في الجملة الثانية فالمنهي المرأة والتذكير باعتبار الشخص وكلمة لا فيه جاز أن تكون ناهية ودخولها على المسند للغائب جائز عند المحققين وإن كان غيره أكثر، وجاز أن تكون نافية. وفي النهاية والمعراج: إن المعنى الثانية لا يمكن المرأة من نفسه لتطأه كما هو فعل البعض فجعل التذكير على حقيقته وأن المنهي الرجل فيهما، والياء مفتوحة في الجملة الاولى مضمومة في الثانية مع كسر الكاف نفيا للانكاح، ومن فتح الكاف من الثانية فقد صحف. وجوز في فتح القدير حمل النكاح فيه على العقد ويكون النهي فيه للكراهية جمعا بين الدلائل، وذلك لان المحرم في شغل عن مباشرة عقود الانكحة لانه يوجب شغل قلبه وهو محمل قوله ولا يخطب ولا يلزم كونه عليه السلام باشره لعدم شغل قلبه بخلافنا ا ه. وحمل في غاية البيان قوله ولا يخطب على النهي عن التماس الوطئ توفيقا بين الاحاديث. قوله: (والامة ولو كتابية) أي حل تزوجها خلافا للشافعي، وأصله التقييد بالوصف والشرط في قوله تعالى * (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات) * (النساء: ٢٥) والخلاف مبني على مسألة أصولية هي أن مفهوم الشرط والوصف هل يكون معتبرا ينتفي الحكم بانتفائه؟ فقال الشافعي: نعم. وقلنا: لا فصار الحل ثابتا فيها بالعمومات مثل قوله * (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) * (النساء:

***

[١٨٥]

٣) * (وأحل لكم ما وراء ذلكم) * (النساء: ٢٤) فلذلك جوزنا نكاح الامة مع طول الحرة ونكاح الامة الكتابية وتمامه في الاصول. وعلى تقدير اعتبار مفهومهما فمقتضاهما عدم الاباحة الثابتة عند وجود القيد المبيح وعدم الاباحة أعم من ثبوت الحرمة أو الكراهة ولا دلالة للاعم على الاخص بخصوصه فيجوز ثبوت الكراهة عند عدم الضرورة وعند وجود طول الحرة كما يجوز ثبوت الحرمة على السواء والكراهة أقل فتعينت فقلنا بها. وبالكراهة صرح في البدائع، كذا في فتح القدير. وقد يقال مقتضاهما عدم الحل لا عدم الاباحة وعدم الحل مدعاه، والظاهر أن الكراهة في كلام البدائع تنزيهية فلم يخرج عن المباح بالكلية وإن كان الترك راجحا على الفعل. نعم عدم الاباحة أعم من الحرام والمكروه تحريما، والظاهر من كلام الفقهاء أن المباح عندهم ما أذن الشارع في فعله لا ما استوى فعله وتركه كما هو في الاصول، والخلف لفظي كما عرف في بحث الامر من البدائع وغيره قوله: (والحرة على الامة لا عكسه) أي حل إدخال الحرة على الامة ولا يحل إدخال الامة على الحرة المتزوجة بنكاح صحيح للحديث لا تنكح الامة على الحرة وتنكح الحرة على الامة وهو بإطلاقه حجة على الشافعي في تجويز ذلك للعبد، وعلى مالك في تجويزه برضا الحرة، ولان للرق أثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق إن شاء الله تعالى: فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام، وتمامه في فتح القدير. وفي المحيط: ولا يجوز نكاح الامة على الحرة ولا معها ويجوز نكاح الحرة على الامة ومعها، ولو تزوج أمة بغير إذن مولاها ولم يدخل بها ثم تزوج حرة ثم أجاز المولى لم يجز لان نكاح الامة ارتفع بنكاح الحرة لان الملك والحل إنما يثبت عند الاجازة فكان للاجازة حكم إنشاء العقد في حق الحكم فيصير متزوجا أمة على حرة، ولو تزوج ابنتها وهي حرة قبل الاجازة جاز لان النكاح الموقوف عدم في حق المحل فلا يمنع نكاح غيرها ا ه‍. قيد بالنكاح لانه يجوز له مراجعة الامة على الحرة لان الملك فيها باق. ذكره الزيلعي في الرجعة. وفي المحيط: ولو تزوج أربعا من الاماء وخمسا من الحرائر في عقد صح نكاح الاماء لان التزوج بالخمس باطل فلم يتحقق الجمع فصح نكاح الاماء ا ه‍. قوله: (ولو في عدة الحرة) أي لا يحل إدخال الامة في عدة الحرة. أطلقه فأفاد أنه لا فرق أن تكون العدة عن طلاق رجعي أو بائن، ولا خلاف في المنع في الاول لان المطلقة رجعيا زوجة، وفي الثاني خلاف قالا: لا يحرم لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف أن لا يتزوج عليها لم يحنث بهذا بخلاف تزوج الاخت في عدة الاخت من طلاق

***

[١٨٦]

بائن فإنه لا يجوز إجماعا. والفرق لهما أن الممنوع في تلك الجمع وقد وجد وهنا الممنوع الادخال عليها لتنقيصها إلا الجمع والادخال للتنقيص ليس بموجود في المبانة. وقال الامام: إنه حرام لان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الاحكام فبقي المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود أن لا يدخل غيرها في قسمها. كذا في الهداية. وظاهره أنه لو حلف لا يتزوج عليها فطلقها رجيعا ثم تزوج وهي في العدة لا يحنث أيضا لانه لا قسم لها كالمبانة. ذكره في البدائع لكن علله في فتح القدير بأن العرف لا يسمى متزوجا عليها بعد الابانة وهو يفيد الحنث في الرجعي وهو الظاهر، لان النكاح قائم فيه من كل وجه. أطلق في الامة فشمل المدبرة وأم الولد والمكاتبة لانها كما في الصحاح خلاف الحرة، وقيدنا نكاح الحرة بالصحيح لان نكاحها الفاسد ولو في العدة والمعتدة عن وطئ بشبهة لا يمنع نكاح الامة لعدم اعتباره. قوله: (وأربع من الحرائر والاماء) أي وحل تزوج أربع لا أكثر لقوله تعالى * (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) * (النساء: ٣) اتفق عليه الائمة الاربعة وجمهور المسلمين، ولا اعتبار بخلاف الروافض، ولا حاجة إلى الاطالة في الرد عليهم. قال القاضي البيضاوي: مثنى وثلاث ورباع معدولة عن أعداد مكررة هي ثنتين ثنتين، وثلاث ثلاث، وأربع أربع، وهي غير منصرفة للعدل والصفة فإنها بنيت صفات وإن كانت أصولها لم تبن لها. وقيل: لتكرار العدل فإنها معدولة باعتبار الصيغة والتكرير منصوبة على الحال من فاعل طاب، ومعناها الاذن لكل ناكح يريد الجمع أن ينكح ما شاء من العدد المذكورين متفقين ومختلفين كقوله: اقتسموا هذه البدرة درهمين درهمين، وثلاثة ثلاثة، ولو أفرد كان المعنى تجويز الجمع بين هذه الاعداد دون التوزيع، ولو ذكرت ب‍ " أو " لذهب تجويز الاختلاف في العدد ا ه‍. وفي فتح القدير: وحاصل الحال أن حل الواحدة كان معلوما وهذه الآية لبيان حل الزائد عليها إلى حد معين مع بيان التخيير بين الجمع والتفريق في ذلك. وإنما كان العدد في الآية مانعا من الزيادة وإن كان من حيث هو عدد لا

يمنعها لوقوعه حالا قيدا في الاحلال. قيد بالتزوج لان له التسري بما شاء من الاماء لاطلاق قوله تعالى * (أو ما ملكت أيمانكم) * (النساء: ٣) وفي الفتاوى: رجل له أربع نسوة وألف جارية وأراد أن يشتري جارية أخرى فلامه رجل يخاف عليه الكفر ا ه. ولم أر حكم ما إذا أراد أن يتزوج على امرأته الاخرى فلامه رجل وينبغي أن لا يخاف عليه الكفر لما أن في تزوج الجمع من النساء مشقة شديدة بسبب وجوب العدل بينهن، ولذا قال تعالى * (فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة) *

***

[١٨٧]

(النساء: ٣) بخلاف الجمع من السراري فإنه لا قسم بينهن مع أنهم قالوا: إذا ترك التزوج على امرأته كيلا يدخل الغم على زوجته التي عنده كان مأجورا مع أنه لا ينبغي اللوم على شئ من ذلك لقوله تعالى * (والذين هم لفروجه حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين) * (المؤمنون: ٥) قوله: (واثنتين للعبد) أي رجل تزوج اثنتين له حرتين كانتا أو أمتين، ولا يجوز أكثر منه في النكاح لاجماع الصحابة، ولان الرق منصف نعمة وعقوبة. أطلق في العبد فشمل المدبر والمكاتب، وقيد بالتزوج لانه لا يحل له التسري ولا أن يسريه مولاه. ولا يملك المكاتب والعبد شيئا إلا الطلاق. ذكره الاسبيجابي. وحاصله أن الحل منحصر في عقد النكاح وملك اليمين ولم يكن الثاني للعبد لانه لا يملك وإن ملك فانحصر حله في عقد النكاح. قوله (وحبلى من زنا لا من غيره) أي وحل تزويج الحبلى من الزنا ولا يجوز تزوج الحبلى من غير الزنا. أما الاول فهو قولهما. وقال أبو يوسف: هو فاسد قياسا على الثاني وهي الحبلى من غيره، فإن تزوجها لا يصح إجماعا لحرمة الحمل، وهذا الحمل محترم لانه لا حناية منه ولهذا لم يجز إسقاطه. ولهما أنهما من المحللات بالنص وحرمة الوطئ كيلا لا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني. ومحل الخلاف تزوج غير الزاني، أما تزوج الزاني لها فجائز اتفاقا وتستحق النفقة عند الكل ويحل وطؤها عند الكل كما في النهاية. وقيد بالتزوج لان وطأها حرام اتفاقا للحديث من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستقين ماءه زرع غيره (١) فإن قيل: فم الرحم ينسد بالحبل فكيف يكون سقى زرع غيره؟ قلنا: شعره ينبت من ماء الغير. كذا في المعراج. وحكم الدواعي على قولهما كالوطئ كما في النهاية. وذكر التمرتاشي أنها لا نفقة لها، وقيل لها ذلك والاول أوجه لان المانع من الوطئ من جهتها بخلاف الحيض فإنه سماوي. كذا في فتح القدير. وأطلق في قوله لا من غيره فشمل الحامل من حربي كالمهاجرة والمسبية، وروي عن أبي حنيفة صحة العقد كالحامل من الزنا، وصحح الشارح المنع وهو المعتمد. وفي فتح القدير: إنه ظاهر المذهب. وشمل أم الولد فلو زوج أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حيث يثبت نسب ولدها منه من غير دعوى، فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين إلا أنه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل. كذا في

***

[١٨٨]

الهداية. وظاهره أن المولى اعترف بأن الحمل منه لانه قال وهي حامل منه فلذا لم يكن تزويجه إياها نفيا للولد دلالة لان الصريح بخلافه. فلو لم يعترف به وزوجها وهي حامل ينبغي أن يجوز النكاح ويكون نفيا دلالة فإن النسب كما ينتفى بالصريح ينتفي بالدلالة بدليل مسألة الامة جاءت بأولاد ثلاثة فادعى المولى أكبرهم حيث يثبت نسبه وينتفي نسب غيره بدلالة اقتصاره على البعض كما في فتح القدير. قوله: (والموطوءة بملك) أي حل تزوج من وطئها المولى بملك يمين لانها ليست بفراش لمولاها لانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوى فلا يلزم الجمع بين الفراشين، وأفاد أنه يحل له وطؤها من غير استبراء وهو قولهما. وقال محمد: لا أحب أن ى طأها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء. ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل. كذا في الهداية. وذكر في النهاية أنه لا خلاف بينهم في الحاصل فإن أبا حنيفة قال: للزوج أن يطأها بغير استبراء واجب ولم يقل لا يستحب. ومحمد لم يقل أيضا هو واجب ولكنه قال: لا أحب له أن يطأها ا ه. وفيه نظر لان ما في الهداية من قوله لا يؤمر به لا استحبابا ولا وجوبا يأبى هذا الحمل ولم يذكر المصنف استبراء المولى. وفي الهداية: عليه أن يستبرئها صيانة لمائه. وظاهره الوجوب، وحمله في النهاية والمعراج على الاستحباب دون الحتم. وفي الذخيرة: وإذا أراد الرجل أن يزوج أمته من إنسان وقد كان يطؤها بعض مشايخنا قالوا: يستحب له أن يستبرئها بحيضة ثم يزوجها كما لو أراد بيعا.

والصحيح أنه ههنا يجب الاستبراء وإليه مال شمس الائمة السرخسي ا ه. وقد جعل الوجوب في الحاوي الحصيري قول محمد. أطلق في الموطوءة بالملك فشمل أم الولد ما لم تكن حبلى منه كما قدمناه قوله: (أو زنا) أي وحل تزوج الموطوءة بالزنا أي الزانية لو رأى امرأة تزني فتزوجها جاز وللزوج أن يطأها بغير استبراء. وقال محمد: لا أحب له أن يطأها من غير استبراء. وهذا صريح في جواز تزوج الزانية. وأما قوله تعالى * (والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين) * (النور: ٣) فمنسوخ بقوله تعالى * (فانكحوا ما طاب لكم) * (النساء: ٣) على ما قيل بدليل الحديث أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله إن امرأتي لا تدفع يد لامس فقال عليه السلام: طلقها. فقال: إني أحبها وهي جميلة. فقال عليه السلام: استمتع بها. وفي المجتبى من آخر الحظر والاباحة لا يجب على الزوج تطليق الفاجرة ولا عليها تسريح الفاجر إلا إذا خافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس أن

***

[١٨٩]

يتفرقا ا ه قوله: (والمضمومة إلى محرمة) أي وحل نكاح امرأة محللة ضمت إلى امرأة محرمة كأن عقد على امرأتين إحداهما محرمة أو ذات زوج أو وثنية بخلاف ما إذا جمع بين حر وعبد في البيع حيث لا يصح في العبد لان قبول العقد في الحر شرط فاسد في بيع العبد وهنا المبطل يخص المحرمة والنكاح لا يبطل بالشرط الفاسد. قوله: (والمسمى لها) أي جميع المسمى للمحللة المضمومة إلى محرمة عند أبي حنيفة نظرا إلى أن ضم المحرمة في عقد النكاح لغو كضم الجدار لعدم المحلية والانقسام من حكم المساواة في الدخول في العقد، ولم يجبت الحد بوطئ المحرمة لان سقوطه من حكم صورة العقد لا من حكم انعقاده، فليس قوله بعدم الانقسام بناء على أن عدم الدخول في العقد مناف لقوله بسقوط الحد لوجود صورة العقد كما قد توهم كما لا يخفى. وعندهما يقسم على مهر مثليهما كان يكون المسمى ألفا ومهر مثل المحرمة ألفان والمحللة ألف فيلزم ثلاث مائة وثلاث وثلاثون وثلث درهم للمحللة ويسقط الباقي نظرا إلى أن المسمى قوبل بالبضعين فينقسم عليهما كما لو جمع بين عبدين فإذا أحدهما مدبر، وكما إذا خاطب امرأتين بالنكاح بألف فأجابت إحداهما دون الاخرى. وأجيب عن الاول بأن المدبر محل في الجملة لكونه مالا فدخل تحت الانعقاد فانقسم بخلاف المحرمة لعدم المحلية أصلا. وعن الثاني بأنهما استويا في الدخول تحت الايجاب للمحلية فانقسم المهر عليهما فترجح قوله على قولهما. وأراد على قوله ما لو دخل بالمحرمة فإن فيه روايتين: في رواية الزيادات يلزمه مهر مثلها لا يجاوز به حصتها من المسمى ومقتضاه الدخول في العقد وإلا لوجب مهر المثل بالغا ما بلغ، وجوابه أن المنع من المجاوزة على ما خصها من المسمى يحصل بمجرد التسمية ورضاها بالقدر المسمى لا بانعقاد العقد عليها ودخولها تحته وذلك موجود في المحرمة. وفي رواية أخرى يجب مهر المثل بالغا ما بلغ وهو الاصح كما في المبسوط، ومقتضاه الدخول في العقد وقد قال بعدمه وهو يقتضي أجنبيتها عنه فلا يجب مهر المثل لانه فرع الدخول في عقد فاسد، وجوابه أن وجوبه بالعذر الذي وجب به درء الحد وهو صورة العقد وأورد على قولهما أيضا كيف وجب لها حصتها من الالف بالدخول وهو حكم دخولها في العقد، ثم يجب الحد ولا يجتمع الحد والمهر ولا مخلص إلا بتخصيصهما الدعوى فيجب الحد لانتفاء شبهة الحل والمهر للانقسام بالدخول في العقد قوله: (وبطل نكاح المتعة والموقت) وفرق بينهما في النهاية والمعراج بأن يذكر في الموقت لفظ النكاح أو التزويج مع التوقيت، وفي المتعة لفظ أتمتع بك أو أستمتع. وفي العناية بفرق آخر أن الموقت يكون بحضرة الشهود ويذكر فيه مدة معينة

***

[١٩٠]

بخلاف المتعة فإنه لو قال أتمتع بك ولم يذكر مدة كان متعة. والتحقيق ما في فتح القدير أن معنى المتعة عقد على امرأة لا يراد به مقاصد عقد النكاح من القرار للولد وتربيته بل إما إلى مدة معينة ينتهي العقد بانتهائها أو غير معينة بمعنى بقاء العقد ما دام معها إلى أن ينصرف عنها فيدخل فيه بمادة المتعة والنكاح الموقت أيضا فيكون من أفراد المتعة وإن عقد بلفظ التزويج وأحضر الشهود إلى آخر ما ذكره. وقد نقل في الهداية إجماع الصحابة على حرمته وأنها كانت مباحة ثم نسخت. وفي صحيح مسلم عنه صلى الله عليه وسلم كنت أذنت لكم في الاستمتاع بالنساء وقد حرم الله ذلك إلى يوم القيامة (١) والاحاديث في ذلك كثيرة شهيرة، وما نقل عن ابن عباس من إباحتها فقد صح رجوعه. وما في الهداية من نسبته إلى مالك فغلط كما ذكره الشارحون، فحينئذ كان زفر القائل بإباحة الموقت محجوجا

بالاجماع لما علمت أن الموقت من أفراد المتعة. قالوا: ثلاثة أشياء نسخت مرتين: المتعة ولحوم الحمر الاهلية والتوجه إلى بيت المقدس. أطلق في الموقت فشمل المدة الطويلة أيضا كأن يتزوجها إلى مائتي سنة وهو ظاهر المذهب وهو الصحيح كما في المعراج، لان التأقيت هو المعين لجهة المتعة. وشمل المدة المجهولة أيضا. وقيد بالموقت لانه لو تزوجها على أن يطلقها بعد شهر، فإنه جائز لان اشتراط القاطع يدل على انعقاده مؤبدا وبطل الشرط كما في القنية. ولو تزوجها وفي نيته أن يقعد معها مدة نواها فالنكاح صحيح لان التوقيت إنما يكون باللفظ. قالوا: ولا بأس بتزوج النهاريات وهو أن يتزوجها ليقعد معها نهارا دون الليل. وينبغي أن لا يكون هذا الشرط لازما عليها ولها أن تطلب المبيت عندها ليلا لما عرف في باب القسم. قوله: (وله وطئ امرأة ادعت أنه تزوجها وقضى بنكاحها مبينة ولم يكن تزوجها) وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: ليس له وطؤها لان القاضي أخطأ الحجة إذ الشهود كذبة فصار كما إذا ظهر أنهم عبيد أو كفار. ولابي حنيفة أن الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر، فإذا ابتنى القضاء على الحجة وأمكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعا للمنازعة بخلاف الاملاك المرسلة لان في
***
[١٩١]
الاسباب تزاحما فلا إمكان، وهذه المسألة فرد من أفراد المسألة الآتية في كتاب القضاء وهي أن القضاء ينفذ بشهادة الزور ظاهرا وباطنا في العقود والفسوخ، وكما يجوز له وطؤها يجوز لها تمكينه منه. وكذا لو ادعى عليها النكاح فحكمه كذلك، وكذا لو قضى بالطلاق بشهادة الزور مع علمها حل لها التزوج بآخر بعد العدة وحل للشاهد تزوجها وحرمت على الاول. وعند أبي يوسف: لا تحل للاول ولا للثاني، وعند محمد تحل للاول ما لم يدخل بها الثاني، فإذا دخل بها حرمت عليه لوجوب العدة كالمنكوحة. إذا وطئت بشبهة. وأشار بقوله وقضى بنكاحها إلى اشتراط أن تكون محللا للانشاء حتى لو كانت ذات زوج أو في عدة غيره أو مطلقه منه ثلاثا لا ينفذ قضاؤه لانه لا يقدر على الانشاء في هذه الحالة. واختلفوا في اشتراط حضور الشهود عند قوله قضيت فشرطه جماعة للنفاد باطنا عنده، وذكر المصنف في الكافي أنه أخذ به عامة المشايخ، وقيل لا يشترط لان العقد ثبت مقتضى صحة قضائه في الباطن وما ثبت مقتضى صحة الغير لا يثبت بشرائطه كالبيع في قوله أعتق عبدك عني بألف. وذكر في فتح القدير أن الاوجه عدم الاشتراط ويدل عليه إطلاق المتون. وذكر الفقيه أبو الليث أن الفتوى على قولهما في أصل المسألة أعني عدم النفاذ باطنا فيما ذكر. وفي فتح القدير والنهاية: وقول أبي حنيفة أوجه، وقد استدل له بدلالة الاجماع على أن من اشترى جارية ثم ادعى فسخ بيعها كذبا وبرهن فقضى به حل للبائع وطؤها واستخدامها مع علمه بكذب دعوى المشتري مع أنه يمكنه التخلص بالعتق وإن كان فيه إتلاف ماله فإنه ابتلي بأمرين فعليه أن يختار أهونهما وذلك ما يسلم له فيه دينه ا ه‍. ولا يخفى أنه لا يلزم من القول بحل الوطئ عدم إثمه فإنه أثم بسبب إقدامه على الدعوى الباطلة وإن كان لا إثم عليه بسبب الوطئ، والحق في الهداية بالعقود والفسوخ العتق والنسب، وقد وقعت لطيفة هي أن بعض المغاربة بحث مع الاكمل بأنه يمكن قطع المنازعة بالطلاق. فأجابه الاكمل ما تريد بالطلاق الطلاق المشروع أو غيره لا عبرة بغيره والمشروع يستلزم المطلوب إذ لا يتحقق إلا في نكاح صحيح وتعقبه تلميذه عمر قارئ الهداية بأنه جواب غير صحيح لان له أن يريد غير المشروع ليكون طريقا إلى قطع المنازعة وإن لم يكن في نفسه صحيحا. وتعقبهما تلميذه ابن الهمام بأن الحق
***
[١٩٢]
التفصيل وهو أن الطلاق المذكور يصلح سببا لقطع المنازعة إن كانت هي المدعية إذا يمكنه ذلك، وأما إذا كان هو المدعي فلا يمكنها التخلص منه فلم يكن لقطع المنازعة سبب إلا النفاذ باطنا أن الحكم أعم من دعواها أو دعواه، ولذا صرح المصنف إذا كانت هي المدعية ليفيد أنه يحل له وطؤها وإن أمكنه طلاقها ليفيد أنه لا عبرة بالطلاق كما هو المذهب والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب. باب الاولياء والاكفاء شروع في بيان ما ليس بشرط لصحة النكاح عندنا وهو الولي. وله معنى لغوي وفقهي وأصولي. فالولي في اللغة خلاف العدو، والولاية بالكسر السلطان والولاية النصرة. وقال سيبوية: الولاية بالفتح المصدر، والولاية بالكسر الاسم مثل الامارة والنقابة لانه اسم لما توليته وقمت به، فإذا أرادوا المصدر فتحوا. كذا في الصحاح. وفي الفقه: البالغ العاقل الوارث، فخرج الصبي والمعتوه والكافر على المسلمة. وفي أصول الدين هو العارف بالله تعالى وبأسمائه وصفاته حسبما يمكن، المواظب على الطاعات،

المجتنب عن المعاصي، الغى المنهمك في الشهوات واللذات كما في شرح العقائد، والولاية في الفقه تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى وهي في النكاح نوعان: ولاية ندب واستحباب وهي الولاية على العاقلة البالغة بكرا كانت أو ثيبا، وولاية إجبار وهي الولاية على الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا، وكذا الكبيرة المعتوهة والمرقوقة. وتثبت الولاية بأسباب أربعة: بالقرابة والملك والولاء والامامة. والاكفاء جمع كفء وهو النظير كما في المغرب وسيأتي بيانه. قوله: (نفذ نكاح حرة مكلفة بلا ولي) لانها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله
***
[١٩٣]
لكونها عاقلة بالغة، ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج. وإنما يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب إلى الوقاحة، ولذا كان المستحب في حقها تفويض الامر إليه. والاصل هنا أن كل من يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه يجوز نكاحه على نفسه، وكل من لا يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه لا يجوز نكاحه على نفسه. ويدل عليه قوله تعالى * (حتى تنكح) * (البقرة: ٢٣٠) أضاف النكاح إليها. ومن السنة حديث مسلم الايم أحق بنفسها من وليها (١) وهي من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا. فأفاد أن فيه حقين: حقه وهمباشرته عقد النكاح برضاها وقد جعلها أحق منه ولن تكون أحق إلا إذا زوجت نفسها بغير رضاه، وأما ما رواه الترمذي وحسنه أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل (٢) وما رواه أبو داود لا نكاح إلا بولي (٣) فضعيفان أو مختلف في صحتهما فلن يعارضا المتفق على صحته، أو الاول محمول على الامة والصغيرة والمعتوهة أو على غير الكفء، والثاني محمول على نفي الكمال، أو هي ولية نفسها. وفائدته نفي نكاح من لا ولاية له كالكافر للمسلمة والمعتوهة والامة، كل ذلك لدفع التعار ض مع أن الحديث الاول حجة على من لم يعتبر عبارة النساء في النكاح فإن مفهومه أنها إذا نكحت بإذن وليها فنكاحها صحيح وهم لا يقولون به. وأما قوله تعالى * (ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن) * (البقرة: ٢٣٢) فالمراد بالعضل المنع حسا بأن يحبسها في بيت ويمنعها من أن تتزوج كما في المبسوط إن كان نهيا للاولياء لا المنع عن العقد بدليل أن ينكحن حيث أضاف العقد إليهن وإن كان نهيا للازواج المطلقين عن المنع عن التزوج بعد العدة كما في المعراج بدليل أنه قال في أول الآية * (وإذا طلقتم النساء) * (البقرة: ٢٣٢) فلم يكن حجة أصلا. قيده بالحرة احترازا عن الامة والمدبرة والمكاتبة وأم الولد فإنه لا يجوز نكاحهن إلا بإذن المولى. وقيده بالمكلفة احترازا عن الصغيرة والمجنونة فإنه لا ينعقد نكاحهما إلا بالولي. وأطلقها فشمل البكر والثيب، وأطلق فشمل الكفء وغيره. وهذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وصاحبيه لكن للولي الاعتراض في غير الكفء، وما روي
***
[١٩٤]
عنهما بخلافه فقد صح رجوعهما إليه. وروى الحسن عن الامام أنه إن كان الزوج كفئا نفذ نكاحها وإلا فلم ينعقد أصلا. وفي المعراج معزيا إلى قاضيخان وغيره: والمختار للفتوى في زماننا رواية الحسن. وفي الكافي والذخيرة: وبقوله أخذ كثير من المشايخ لانه ليس كل قاض يعدل ولا كل ولي يحسن المرافعة، والجثوبين يدي القاضي مذلة. فسد الباب بالقول بعدم الانعقاد أصلا. قال صدر الاسلام: لو زوجت المطلقة ثلاثا نفسها من غير كفء ودخل بها الزوج ثم طلقها لا تحل للزوج الاول على ما هو المختار. وفي الحقائق: هذا مما يجب حفظه لكثرة وقوعه. وفي فتح القدير: فإن المحلل في الغالب يكون غير كفء، وأما لو باشر الولي عقد المحلل فإنها تحل للاول اه‍. وسيأتي في الكفاءة أن كثيرا من المشايخ أفتوا بظاهر الرواية. وهذا كله إذا كان لها أولياء، أما إذا لم يكن لها ولي فهو صحيح مطلقا اتفاقا. ولا يخفى أنه لا يشترط مباشرة الولي للعقد لان رضاه بالزوج كاف لكن لو قال الولي رضيت بتزوجها من غير كفء ولم يعلم بالزوج عينا هل يكفي صارت حادثة للفتوى، وينبغي أن لا يكفي لان الرضا بالمجهول لا يصح كما ذكره قاضيخان في فتاواه في مسألة ما إذا استأذنها الولي ولم يسم الزوج فقال: لان الرضا بالمجهول لا يتحقق. ولم أره منقولا صريحا وسيأتي تمامه في الكفاءة إن شاء الله تعالى. قوله: (ولا تجبر بكر بالغة على النكاح) أي لا ينفذ عقد الولي عليها بغير رضاها عندنا خلافا للشافعي. له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بأمر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها بغير أمرها. ولنا أنها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال، وإنما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة فيبرأ الزوج بالدفع إليه ولهذا لا يملك مع نهيها. والجد كالاب كما في الخانية، وزاد في جوامع الفقه

القاضي وجعله كالاب. وفي المبسوط بخلاف سائر الاولياء ليس لهم حق قبض مهرها بدون أمرها لانه معبر، وكما لا تتوجه المطالبة عليه بتسليم المعقود عليه لا يكون إليه قبض البدل وبخلاف سائر الديون فإن لاب لا يملك قبضها كما في المحتبى. وهذا كله إذا قبض الاب المسمى. قال
***
[١٩٥]
في الظهيرية: رجل تزوج امرأة بكرا بالغة على مهر مسمى ودفع إلى أبيها مهرها ضيعة فلما بلغها الخبر قالت لا أرضى بما فعل الاب ينظر، إن كان في بلدة لم يجر التعارف بدفع الضيعة في المهر لم يجز لان هذا شراء والبلوغ قاطع للولاية، وإن كان في بلدة جرى التعارف بذلك جاز لان هذا قبض للمهر، وإن كانت البنت صغيرة فأخذ الاب مكان المهر ضيعة لا تساوي المهر، فإن كان في بلد جرى التعارف بذلك جاز وإلا فلا ا ه‍. زاد في الذخيرة: وعليه الفتوى. وفيها أيضا: وليس للاب قبض ما وهبه أو أهداه الزوج للبكر البالغة قبل الدخول حتى لو قبضها بغير إذنها كان للزوج الاسترداد ا ه‍. وأما قبض مهر الصغيرة فللاب والجد والوصي دون سائر الاولياء ولو أما، فلو دفعه إلى أمها فإن وصية برئ وإلا خيرت بعد بلوغها بين أخذها منه أو منها، وله أن يرجع على الام إن أخذت منه البنت كما في المحيط وغيره. وللاب والجد المطالبة به وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها بخلاف النفقة، والقاضي كالاب إلا إذا زفت، وليس لاحد قبض مهر الثيب البالغة فلو اختلف الاب والزوج في الدخول فالقول للاب ويحلف على نفي العلم إن لم تعترف المرأة به، وله تحليفها أيضا على أنه لم يدخل بها كما في الذخيرة. وإقرار الاب بقبض الصداق عند إنكارها وعدم البينة غير مقبول إن كانت وقته ثيبا بالغة وإلا فقبول وإقراره أنه قبضه وهي صغيرة مع إنكارها وعدم البينة غير البيان غير مقبل وإن كانت وقته بالغة وإلا فمقبول ترجع على الزوج، وليس للزوج أن يرجع على الاب إلا إذا شرط براءته من الصداق وقت القبض. كما في فتح القدير وغيره. وفي الذخيرة: والحكم بين الوكيل والمدين ورب الدين في مثل هذا نظير الحكم فيما بين الاب والمرأة والزوج ا ه‍. وفي المحيط: رجل قبض مهر ابنته من الزوج ثم ادعى عليه الرد ثانيا إن كانت المرأة بكرا لم يصدق إلا ببينة لان له حق القبض وليس له حق الرد، وإن كانت ثيبا
***
[١٩٦]
صدق لانه ليس له حق القبض فإذا قبض بأمر الزوج كان أمانة للزوج عنده فيصدق في رد الامانة عليه كالمودع إذا قال رددت الوديعة ا ه‍. وفي الذخيرة: للاب المخاصمة مع الزوج في مهر البكر البالغة كما له أن يقبضه، ولا يشترط إحضار المرأة للاستيفاء عندنا خلافا لزفر. فإن قال الزوج للقاضي مر الاب فليقبض المهر مني وليسلم الجارية إلي فإن القاضي يقول له اقبض المهر وادفعها إليه، فإن امتنع الاب من ذلك ليس على الزوج دفعه إليه، ولو قال الاب ليست في منزلي ولا أعرف مكانها فليس على الزوج دفعه أيضا، وإن قال الاب هي في منزلي وإنما أقبض المهر وأجهزها به وأسلمها إليه فالقاضي يأمر الزوج بالدفع إليه فإنه طلب الزوج كفيلا بالمهر فالقاضي يأمر الاب بكفيل بالمهر، فإذا أتى بكفيل أمر الزوج بدفع المهر، فإن سلم البنت إليه برئ الكفيل، وإن عجز عن ذلك توصل الزوج إلى حقه بالكفيل فيعتدل النظر من الجانبين، وهكذا كان يقول أبو يوسف أولا ثم رجع وقال: القاضي يأمر الاب أن يجعل المرأة مهيأة للتسليم ويحضرها ويأمر الزوج بدفع المهر والاب بتسليم البنت فيكون دفع الزوج المهر عند تسليمها نفسها إلى الزوج لان النظر لا يحصل للزوج بالكفالة لانه لا يصل إلى المرأة لا محالة بالكفالة، وإنما النظر في تسليم المهر بحضرتها. قال الخصاف: وهذا أحسن القولين ا ه‍. وفي الخلاصة: الاب إذا جعل بعض مهر البنت آجلا والبعض عاجلا ووهب البعض كما هو المعهود ثم قال إن لم تجز البنت الهبة فقد ضمنت من مالي أن أؤدي قدر الهبة لا يصح هذا الضمان ا ه‍. قوله: (وإن استأذنها الولي فسكتت أو ضحكت أو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو إذن) لقوله عليه الصلاة والسلام البكر تستأمر في نفسها فإن سكتت فقد رضيت ولان حيثية الرضا فيه راجحة لانها تستحي عن إظهار الرغبة لا عن الرد، والضحك أدل على الرضا من السكوت. والاصل أن سكوت البكر للاستئمار وكالة وللعقد إجازة كما ذكره الاسبيجابي، فالاذن في عبارة المختصر مشترك بين الوكالة والاجازة، ففي المسألة الاولى توكيل، وفي الثانية إجازة. ويتفرع على كونه توكيلا أن الولي لو استأذنها في رجل معين فقالت يصلح أو سكتت ثم لما خرج قالت لا أرضى ولم يعلم الولي بعدم رضاها فزوجها فهو صحيح كما في الظهيرية، لان الوكيل لا ينعزل حتى يعلم. وليس السكوت إذنا حقيقيا لما في الخانية من الايمان:

إذا حلفت أن لا تأذن في تزويجها فسكتت عند الاستئمار لا تحنث ا هـ. والمراد بالولي من له ولاية استحباب لان الكلام في البالغة العاقلة فيفيد أنه ليس لها ولي
***
[١٩٧]
أقرب منه لانه حينئذ له الولاية المذكورة، فلو استأذنها من غيره أقرب منه فلا يكون سكوتها إذنا، ولا بد من النطق لان الابعد مع الاقرب كالاجنبي كما ذكره الاسبيجابي، ولهذه النكتة عبر بالولي دون القريب. ودخل تحت الولي القاضي لان له ولاية الاستحباب في نكاحها ولذا قال في الخانية: والقاضي عند عدم الاولياء بمنزلة الولي في ذلك ا هـ. فيكفي سكوتها. ودخل أيضا المولى في نكاح المعتقة إذا كانت بكرا بالغة كما في القنية: ولو زوجها وليان متساويان كل واحد منهما من رجل فأجازتهما معا بطلا لعدم الاولوية، وإن سكتت بقيا موقوفين حتى تجيز أحدهما بالقول أو بالفعل وهو ظاهر الجواب كما في البدائع. وحكم رسول الولي كالولي لانه قائم مقامه فيكفي سكوتها. واختاره أكثر المتأخرين كما في الذخيرة. والمراد بالسكوت ما كان عن اختيار لما في الخانية: لو أخذها العطاس أو السعال حين أخبرت فلما ذهب الغطاس أو السعال قالت لا أرضى صح ردها، وكذا لو أخذ فمها ثم ترك فقالت لا أرضى لان ذلك السكوت كان عن اضطرار. وأطلقه فشمل ما إذا كانت عالمة بحكمه أو جاهلة، وشمل ما إذا استأذنها لنفسه لما في الجوامع: لو استأذن بنت عمه لنفسه وهي بكر بالغة فسكتت فزوجها من نفسه جاز لانه صار وكيلا بسكوتها ا هـ. وقيد بالسكوت لانها لو ردته ارتد، وقولها لا أريد الزوج أو لا أريد فلانا سواء في أنه رد، سواء كان قبل التزويج أو بعده، وهو المختار كما في الذخيرة: ولو قالت بعد الاستئمار غيره أولى منه فليس بإذن وهو إجازة بعد العقد. كما فيها أيضا. وفرقوا بينهما بأنه يحتمل الاذن وعدمه فقبل النكاح لم يكن النكاح فلا يجوز بالشك، وبعد النكاح كان فلا يبطل بالشك. كذا في الظهيرية وهو مشكل، لانه لا يكون نكاحا إلا بعد الصحة وهو بعد الاذن فالظاهر أنه ليس بإذن فيهما، وقولها ذلك إليك إذن مطلقا بخلاف قولها أنت أعلم أو أنت بالمصلحة أخبر وبالاحسن أعلم
***
[١٩٨]
كما في فتح القدير. وأراد بالسكوت السكوت عن الرد لا مطلق السكوت لانه لو بلغها الخبر فتكلمت بكلام أجنبي فهو سكوت هنا فيكون إجازة، فلو قالت الحمد لله اخترت نفسي أو قالت هو دباغ لا أريده فهذا كلام واحد فكان ردا. كذا في الظهيرية. وأطلق في الضحك فشمل التبسم وهو الصحيح كما في القدير. ولا يرد عليه ما إذا ضحكت مستهزئة فإنه لا يكون إذنا وعليه الفتوى. وضحك الاستهزاء لا يخفى على من يحضره لان الضحك إنما جعل إذنا لدلالته على الرضا فإذا لم يدل على الرضا لم يكن إذنا. وأطلق في الاستئذان فانصرف إلى الكامل وهو بأن يسمى لها الزوج على وجه يقع لها به المعرفة ويسمى لها المهر، أما الاول فلا بد منه لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه، فلو قال أزوجك من رجل فسكتت لا يكون إذنا، فلو سمى فلانا أو فلانا فسكتت فله أن يزوجها من أيهما شاء، وكذا لو سمى جماعة مجملا فإن كانوا يحصون فهو رضا نحو من جيراني أو بني عمي وهم كذلك، وإن كانوا لا يحصون نحو من بني تميم فليس برضا كما في المحيط. وهذا كله إذا لم تفوض الامر إليه، أما أذا قالت أنا راضية بما تفعله أنت بعد قوله إن أقواما يخطبونك أو زوجني ممن تختاره ونحوه فهو استئذان صحيح كما في الظهيرية، وليس له بهذه المقالة أن يزوجها من رجل ردت نكاحه أولا لان المراد بهذا العموم غيره كالتوكيل بتزويج امرأة ليس للوكيل أن يزوجه مطلقته إذا كان الزوج قد شكا منها للوكيل وأعلمه بطلاقها كما في الظهيرية. وأما الثاني ففيه ثلاثة أقوال مصححة: قيل لا يشترط ذكر المهر في الاستئذان لان للنكاح صحة بدونه وصححه في الهداية، وقيل يشترط ذكره لان رغبتها تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة وهو قول المتأخرين من مشايخنا كما في الذخيرة. وفي فتح القدير: إنه الاوجه. وتفرع عليه أنه لو لم يذكر المهر لها قالوا: إن وهبها من رجل نفذ نكاحه لانها رضت بنكاح لا تسمية فيه، والنكاح بلفظ الهبة يوجب مهر المثل. وإن زوجها بمهر مسمى لا ينعقد نكاح الولي لانها ما رضيت بتسمية الولي فلا ينعقد نكاح الولي إلا بإجازة مستقلة. كذا في الخانية وغيرها وهو مشكل، لان مقتضى الاشتراط أن لا يصح الاستئذان إذا لم يذكره فلم يصح قولهما أنها رضيت بنكاح لا تسمية فيه فسكوتها إنما هو لعلمها بعدم صحة الاستئذان. وقيل إن كان المزوج أبا أو جدا لا يشترط ذكر المهر عند
***
[١٩٩]

الاستئذان، وإن كان غيرهما يشترط. وصححه في الكافي والمعراج وكأنه سهو وقع من قائله لان التفرقة بين الاب والجد وبين غيرهما إنما هو في تزويج الصغيرة بحكم الجبر، والكلام إنما هو في الكبيرة التي وجب مشاورتها. والاب في ذلك كالاجنبي لا يفعل شيئا إلا برضاها فقد اختلف الترجيح فيها، والمذهب الاول لما في الذخيرة أن إشارة كتب محمد تدل عليه. ولم يذكر المصنف البكاء للاختلاف فيه والصحيح المختار للفتوى أنها إن بكت بلا صوت فهو إذن لانه حزن على مفارقة أهلها، وإن كان بصوت فليس بإذن لانه دليل السخط والكراهة غالبا لكن في المعراج: البكاء وإن كان دليل السخط لكنه ليس برد حتى لو رضيت بعده ينفذ العقد، ولو قالت لا أرضى ثم رضيت بعده لا يصح النكاح ا ه. وبهذا تبين أن قول الوقاية والبكاء بلا صوت إذن ومعه رد ليس بصحيح إلا أن يؤول أن معناه ومعه ليس بإذن لانه دليل السخط. وفي فتح القدير: والمعول عليه اعتبار قرائن الاحوال في البكاء والضحك فإن تعارضت أو أشكل احتيط اه. وقدم المصنف مسألة الاستئذان قبل العقد لانه السنة. قال في المحيط: والسنة أن يستأمر البكر وليها قبل النكاح بأن يقول إن فلانا يخطبك أو يذكرك فسكتت وإن زوجها بغير استئمار فقد أخطأ السنة وتوقف على رضاها اه. وهو محمل النهي في حديث مسلم لا تنكح الايم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن. قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت. فهو لبيان السنة للاتفاق على أنها لو صرحت بالرضا بعد العقد نطقا فإنه يجوز. وأراد ببلوغها الخبر علمها بالنكاح فدخل فيه ما لو زوجها الولي وهي حاضرة فسكتت فإنه إجازة على الصحيح، وعلمها به يكون بإخبار وليها أو رسوله مطلقا أو فضولي عدل أو اثنين مستورين عند أبي حنيفة ولا يكفي إخبار واحد غير عدل ولها نظائر ستأتي في كتاب القضاء من مسائل شتى، ولا بد في التبليغ من تسمية الزوج

***

[٢٠٠]

لها على وجه تقع به المعرفة لها كما قدمناه في الاستئذان. وأما تسمية المهر فعلى الخلاف المتقدم، وفرع في التبيين على عدم الاشتراط أنه إن سماه يشترط أن يكون وافرا وهو مهر المثل حتى لا يكون السكوت رضا بدونه. واختلف فيما إذا زوجها غير كف ء فبلغها فسكتت فقالا: لا يكون رضا. وقيل في قول أبي حنيفة يكون رضا إن كان المزوج أبا أو جدا وإن كان غيرهما فلا، كما في الخانية أخذا من مسألة الصغيرة المزوجة من غير كف ء. ولم يذكر المصنف ما إذا ضحكت بعد بلوغها الخبر مع أنه كضحكها عند الاستئذان لها كما في غاية البيان اكتفاء بذكره أولا. ولو قال المصنف ولو استأذنها الولي أو زوجها فعلمت به فسكتت أو ضحكت فهو إذن لكان أولى، والبكاء عند التزويج كهو عند الاستئذان. وأطلق سكوتها بعد بلوغها الخبر فشمل ما إذا استأذنها في معين فردت ثم زوجها منه فسكتت فإنه إجازة على الصحيح بخلاف ما لو بلغها العقد فردت ثم قالت رضيت حيث لا يجوز لان العقد بطل بالرد، ولذا استحسنوا التجديد عند الزفاف فيما إذا زوج قبل الاستئذان إذ غالب حالهن إظهار النفرة عند فجأة السماع. وفي فتح القدير: والاوجه عدم الصحة لان ذلك الرد الصريح لا ينزل عن تضعيف كون ذلك السكوت دلالة الرضا، ولو كانت قالت قد كنت قلت لا أريده ولم تزد على هذا لا يجوز النكاح للاخبار بأنها على امتناعها اه. وأشار المصنف بالسكوت عند بلوغ الخبر إلى أنه لو مكنته من نفسها أو طالبته بالمهر والنفقة يكون رضا لان الدلالة تعمل عمل الصريح. كذا في غاية البيان. وقيد بقوله أو زوجها لان الولي لو تزوجها كابن العم إذا تزوج بنت عمه البكر البالغة بغير إذنها فبلغها الخبر فسكتت لا يكون رضا لان ابن العم كان أصيلا في نفسه فضوليا في جانب المرأة فلم يتم العقد في قول أبي حنيفة ومحمد فلا يعمل الرضا، ولو استأمرها في التزويج من نفسه فسكتت ثم زوجها من نفسه جاز إجماعا. كذا في الخانية. وأطلق في البكر فشمل ما إذا كانت تزوجت قبل ذلك وطلقت قبل زوال البكارة ولذا قال في الظهيرية: وإذا فرق القاضي بين امرأة العنين وبين العنين وجبت عليها العدة وتزوج كما تزوج الابكار. نص عليه في الاصل. وشمل ما إذا خاصمت الازواج في المهر وفيه خلاف. قال في الظهيرية: والبكر إذا خاصمت الازواج في المهر قبل لا تستنطق، وقيل تستنطق لان علة وضع النطق الحياء والحياء زائل عنها اه. وينبغي ترجيح الاول لان العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه وهي بكر فيكتفى بسكوتها، وإن لم يكن عندها حياء كأبكار زماننا فإن الغالب فيهن عدم الحياء. وقد يجاب عنه بأنها علة منصوص عليها لا مستنبطة والمنصوص عليها يتعلق الحكم بها وجودا

***

[٢٠١]

وعدما كالطواف في الهرة ولذا كان سؤر الهرة الوحشية نجسا لفقد الطواف كما عرف في الاصول. ولا بد أن يكون سكوتها بعد بلوغها الخبر في حياة الزوج وإلا فليس بإجازة لان شرطها قيام العقد وقد بطل بموته كما في الفتاوى. وذكر في الخانية: رجل زوج ابنته البالغة ولم يعلم الرضا والرد حتى مات زوجها فقالت ورثته إنها زوجت بغير أمرها ولم تعلم بالنكاح ولم ترض فلا ميراث لها وإن قالت هي زوجني أبي بأمري كان القول قولها ولها الميراث وعليها العدة، وإن قالت زوجني أبي بغير أمري فبلغني الخبر فرضيت فلا مهر لها ولا ميراث لانها أقرت أن العقد وقع غير تام فإذا ادعت النفاذ بعد ذلك لا يقبل قولها لمكان التهمة اهـ. وأشار المصنف إلى أن السكوت إذا دل على الرضا فإنه يقوم مقام القول وقد ذكروا مسائل أقيم فيها السكوت مقام التصريح: الاولى سكوت البكر عند الاستئمار. الثانية سكوتها عند بلوغها الخبر. الثالثة سكوتها عند قبض الاب أو الجد المهر. كذا قالوا، ولا ينبغي إدخاله فيما نحن فيه لان له أن يقبض المهر في غيبتها حتى لو ردت عند بلوغها الخبر بقبضه لا تملك ذلك، نعم لها نهيه عنه قبل القبض كما قدمناه. الرابعة سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق عليه العين بحضرته. الخامسة في البيع ولو فاسدا إذا قبضه المشتري بمرأى من البائع فسكت صح وسقط حق الحبس بالثمن. السادسة إذا اشترى العبد بحضرة مولاه فسكت كان إذنا في غير الاول. السابعة الصبي إذا اشترى أو باع بمرأى من وليه فسكت فهو إذن له. الثامنة المشتري بالخيار إذا رأى العبد يبيع ويشتري فسكت سقط خياره. التاسعة سيد العبد المأسور إذا رآه يباع فسكت بطل حقه في أخذه بالقيمة. العاشرة إذا سكت الاب ولم ينف الولد مدة التهنئة لزمه فلا ينتفي بعد. الحادية عشرة السكوت عقيب شق رجل زقه حتى سال ما فيه لا يضمن الشاق ما سال. الثانية عشرة سكوته عقب حلفه على أن لا أسكن فلانا وفلان ساكن فيحنث. الثالثة عشرة السكوت عقيب قول رجل واضع غيره على أن يظهرا بيع تلجئة ثم قال بدا لي جعله بيعا نافذا بمسمع من الآخر ثم عقدا كان نافذا. الرابعة عشرة يصير مودعا بسكوته عقيب وضع رجل متاعه عنده وهو ينظر. الخامسة عشر الشفيع إذا بلغه البيع فسكت كان تسليما. السادسة عشر مجهول النسب إذا بيع فسكت كان إقرارا بالرق. السابعة عشر يكون وكيلا بسكوته عقب الامر ببيع المتاع. الثامنة عشر إذا رأى ملكا له يباع ولو عقارا فسكت حتى قبضه المشتري سقط دعواه فيه لكن شرط في فتح القدير لسقوط دعواه أن يقبض المشتري ويتصرف فيه أزمانا وهو ساكت بخلاف السكوت عند مجرد البيع. التاسعة عشر في الوقف على فلان إذا سكت جاز وإن رده بطل. كذا في الخلاصة من الاقرار وفيه خلاف ذكره في التبيين من آخر الكتاب أيضا. وفي فتح القدير: والاستقراء يفيد عدم الحصر وهذه

***

[٢٠٢]

المشهورة لا المحصورة اهـ. ولذا زدت عليه مسألة الوقف، ويزاد أيضا الصغيرة إذا زوجها غير الاب والجد فبلغت بكرا فسكتت ساعة بطل خيارها وهي العشرون، وهي في المجتبى. ويزاد أيضا ما في المحيط: رجل زوج رجلا بغير أمره فهناه القوم وقبل التهنئة فهو رضا لان قبول التهنئة دليل الاجازة وهي الحادية والعشرون. قوله: (وإن استأذنها غير الولي فلا بد من القول كالثيب) أي فلا يكفي السكوت لانه لقلة الالتفات إلى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا، ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في غير الاولياء بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه، وكذلك الثيب لا يكتفي بسكوتها لان النطق لا يعد عيبا وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها. واستدل له في الهداية بقوله عليه الصلاة والسلام والثيب تشاور (١)

***

[٢٠٣]

ووجهه أن المشاورة لا تكون إلا بالقول وخرج عن حقيقته في البكر بقرينة آخر الحديث وإذنها صماتها ولم يوجد مثلها في الثيب. وبه اندفع ما ذكره في التبيين. والمراد بالثيب هنا البالغة إذ الصغيرة لا تستأذن ولا يشترط رضاها كما في المعراج. وأورد في التبيين أيضا على اشتراط القول أن الرضا بالقول لا يشترط في حق الثيب أيضا بل رضاها هنا يتحقق تارة بالقول كقولها رضيت وقبلت وأحسنت وأصبحت أو بارك الله لنا ولك ونحوها، وتارة

***

[٢٠٤]

بالدلالة كطلب مهرها ونفقتها أو تمكينها من الوطئ وقبول التهنئة والضحك بالسرور من غير استهزاء، فثبت بهذا أنه لا فرق بينهما في اشتراط الاستئذان والرضا وأن رضاهما قد يكون صريحا وقد يكون دلالة غير أن سكوت البكر رضا دلالة لحيائها دون الثيب لان

حياءها قد قل بالممارسة فلا يدل على الرضا اه. ورده في فتح القدير بأن الحق أن الكل من قبيل القول إلا التمكين فيثبت بدلالة نص إلزام القول لانه فوق القول اه. وفيه نظر لان قبول التهنئة ليس بقول وإنما هو سكوت ولذا جعلوه من مسائل السكوت وليس هو فوق القول، وأما الضحك فذكر في فتح القدير أولا أنه كالسكوت لا يكفي وسلم هنا أنه يكفي وجعله من قبيل القول لانه حروف. ودخل تحت غير الولي الولي الابعد مع الاقرب لما قدمنا من أن المراد بالولي من له ولاية الاستحباب وليس للابعد مع وجود الاقرب ذلك فهو غيولي، وكذا لو كان الاب كافرا أو عبدا أو مكاتبا فهو غير ولي، فحينئذ لا حاجة إلى جعلها مسألتين كما في الهداية: إحداهما إذا استأذنها غير الولي. والثانية أن يستأذنها ولي غيره أولى منه لدخول الثانية تحت الاولى. وفي المحيط والظهيرية: والثيب إذا قبلت الهدية فليس برضا، ولو أكلت من طعامه أو خدمته كما كانت فليس برضا دلالة زاد في الظهيرية: ولو خلابها برضاها هل يكون إجازة؟ لا رواية لهذه المسألة. قال رحمه الله: وعندي أن هذه إجازة وقد قدمنا أن رسول الولي كهو. وأما وكيله فقال في القنية: لو وكل رجلا في تزويجها قبل الاستئمار ثم استأمرها الوكيل بذكر الزوج وقدر المهر فسكتت فزوجها جاز، وسكوت البكر عند العلم بنكاح وكيل الاب كسكوتها عند نكاح الاب اه. وفيها قبله: استأمر البكر فسكتت فوكل من يزوجها ممن سماه جاز إن عرفت الزوج والمهر اه. وهو مشكل لانها لما سكتت عند استئمار فقد صار الولي وكيلا عنها كما قدمناه، وليس للوكيل أن يوكل إلا بإذن أو به اعمل برأيك كما سيأتي في المختصر، فمقتضاه عدم الجواز أو تخصيص مسألة الوكالة بغير الولي ولاية استحباب وإن كان وكيلا في الحقيقة. وفد فرع في القنية على كونه وكيلا بالسكوت ما لو استأمرها في نكاح رجل بعينه فسكتت أو أذنت ثم جرى على لسان الزوج قبل الزفاف ما وقع به الفرقة فليس له أن يزوجها منه بحكم ذلك الاذن لانه انتهى بالعقد اه. فلو زوجها

***

[٢٠٥]

ولم يبلغها الطلاق ولا التزويج الثاني فمكنته من نفسها هل يكون إجازة لعقد الولي الذي هو كالفضولي فيه؟ الظاهر أنه لا يكون إجازة لانه إنما جعل إجازة لدلالته على الرضا وهو فرع علمها بعقد الثاني ولم أره منقولا. قوله: (ومن زالت بكارتها بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس أو زنا فهي بكر) أي من زالت عذرتها وهي الجلدة التي على المحل بما ذكر فهي بكر حكما، أما في غير الزنا فهي بكر حقيقة أيضا بالاتفاق ولذا تدخل في الوصية لابكار بني فلان، ولان مصيبها أول مصيب لها، ومنه الباكورة والبكرة ولانها تستحي لعدم الممارسة. وفي الظهيرية: البكر اسم لامرأة لم تجامع بنكاح ولا غيره، قيل هذا قولهما، وأما عند أبي حنيفة بالفجور لا يزول اسم البكارة ولهذا تزوج عنده مثل ما تزوج الابكار إلا أن الصحيح أن هذا قول الكل لان في باب النكاح الحكم ينبني على الحياء وأنه لا يزول بهذا الطريق اه. وحاصل كلامهم أن الزائل في هذه المسائل العذرة لا البكارة فكانت بكرا حقيقة وحكما فاكتفي بسكوتها عند الاستئذان وبلوغ الخبر، ولا يرد عليه ما لو اشترى جارية على أنها بكر فوجدها زائلة العذرة فإنه يردها على بائعها وإن لم يجامعها أحد لان المتعارف من اشتراط بكارتها اشتراط صفة العذرة، وأما إذا زالت عذرتها بالزنا فاتفقوا على أنها ليست بكرا على الصحيح كما نقلناه عن الظهيرية، ولذا لو أوصى لابكار بني فلان لا تدخل، ولثيبات بني فلان تدخل في الوصية. ويردها المشتري الشارط بكارتها فهي ثيب حقيقة لان مصيبها عائد إليها، ومنه المثوبة للثواب العائد جزاء عمله، والمثابة للبيت الذي يعود الناس إليه في كل عام، والتثويب العود إلى الاعلام بعد الاعلام فجريا على هذا الاصل في تزويجها فقالا: لا بد من القول ولا يكتفى بسكوتها لانها ثيب. وخرج الامام عن هذا الاصل فقال: إن اشتهر حالها بأن خرجت وأقيم عليها الحد أو صار الزنا عادة لها فلا بد من القول على الصحيح كما. في المعراج، أو كان وطأ بشبهة أو بنكاح فاسد فكما قالا، لان الشارع أظهره في غير الزنا حيث علق به أحكاما، وإن لم يشتهر زناها فإنه يكتفي بسكوتها لان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفي بسكوتها كيلا يتعطل عليها مصالحها، وقد ندب الشارع إلى ستر الزنا فكانت بكرا شرعا. والوثبة النطة وفي النهاية: الوثبة الوثوب. والتعنيس طول المكث من غير تزويج. وأشار المصنف رحمه الله إلى أن البكر لو خلا بها زوجها ثم طلقها قبل الدخول فإنها تزوج

***

[٢٠٦]

ثانيا كبكر لم تتزوج أصلا فيكتفى بسكوتها وإن وجبت عليها العدة لانها بكر حقيقة. قوله: (والقول لها أن اختلفا في السكوت) أي لو

قال الزوج بلغك النكاح فسكت وقالت رددت ولا بينة لهما ولم يكن دخل بها، فالقول قولها. وقال زفر: القول قوله لان السكوت أصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار إذا ادعى الرد بعد مضي المدة. ونحن نقول: إنه يدعي لزوم العقد وملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودع إذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسألة الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة، ولم يذكر المصنف أن عليها اليمين للاختلاف فعند الامام لا يمين عليها، وعندهما عليها اليمين وعليه الفتوى كما سيأتي في الدعوى في الاشياء الستة. وذكر في الغاية معزيا إلى فتاوى الناصحى أن رجلا لو ادعى على الاب أنه زوجه ابنته الصغيرة فأنكر الاب يحلف عند أبي حنيفة وفي الكبيرة لا يحلف عنده اعتبارا بالاقرار فيهما اه. واستشكله في التبيين بأنه مشكل جدا على قوله لان امتناع اليمين عنده لامتناع البدل لا لامتناع الاقرار، ألا ترى أن المرأة لو أقرت لرجل بالنكاح نفذ إقرارها ومع هذا لا تحلف ولا شبهة أن يكون هذا قولهما اه. وقد صرح العمادي في الفصل السادس عشر بأنه قولهما فقط فقد ظهر بحثه منقولا. قيدنا بعدم البينة لان أيهما أقام البينة قبلت بينته وليست بينة السكوت ببينة نفي لانه وجودي لانه عبارة عن ضم الشفتين، ويلزم منه عدم الكلام كما في المعراج أو هو نفي يحيط به علم الشاهد فيقبل كما لو ادعت أن زوجها تكلم بمهو ردة في مجلس فأقامها على عدم التكلم فيه تقبل، وكذا إذا قالت الشهود كناعندها ولم نسمعها تتكلم ثبت سكوتها كما في الجامع، وإن أقاماها فبينتها أولى لاثبات الزيادة أعني الرد فإنه زائد على السكوت. وقيد بكونه ادعى سكوتها لانه لو ادعى

***

[٢٠٧]

إجازتها النكاح حين أخبرت أو رضاها وأقاما البينة فبينته أولى على ما في الخانية لاستوائهما في الاثبات وزيادة بينته بإثبات اللزوم. وفي الخلاصة نقلا من أدب القاضي للخصاف في هذه المسألة أن بينتها أولى فتحصل في هذه الصورة اختلاف المشايخ، ولعل وجه ما في الخلاصة أن الشهادة بالاجازة أو الرضا لا يلزم منها كونها بأمر زائد على السكوت. وقيدنا الصورة بأن تقول بلغني النكاح فرددت لانها لو قالت بلغني النكاح يوم كذا فرددت وقال الزوج لا بل سكت فإن القول قوله، نظيره إذا قال الشفيع طلبت الشفعة حين علمت وقال المشتري ما طلبت حين علمت فالقول قول الشفيع، ولو قال الشفيع علمت منذ كذا وطلبت وقال المشتري ما طلبت فالقول قول المشتري. والفرق أنه إذا قال الشفيع طلبت حين علمت فعلمه عند القاضي ظهر للحال وقد وجد منه الطلب للحال فكان القول قوله، أما إذا قال علمت منذ كذا ثبت عند القاضي بإقراره وطلبه منذ كذا لم يظهر فيحتاج إلى الاثبات. كذا في الولوالجية، وذكرها في الذخيرة. لكن فرق بين بداية المرأة وبين بداية الزوج فقال: لو قال الزوج بلغك الخبر وسكت وقالت المرأة بلغني يوم كذا فرددت فالقول قول المرأة، وبمثله لو قالت المرأة بلغني الخبر يوم كذا فرددت وقال الزوج لا بل سكت فالقول قول الزوج اه. وقيد بالبكر البالغة فإن الضمير عائد إليها احترازا عن الصغيرة التي زوجها غير الاب والجد إذا قالت بعد البلوغ كنت رددت حين بلغني الخبر وكذبها الزوج فإن القول قوله، لان الملك ثابت عليها فهي بما قالت تريد إبطال الملك الثابت عليها فكانت مدعية صورة فلا يقبل منها إسناد الفسخ حتى لو قالت عند القاضي أدركت الآن وفسخت صح. وقيل لمحمد: كيف يصح وهو كذب وإنما أدركت قبل هذا الوقت؟ فقال: لا تصدق بالاسناد فجاز لها أن تكذب كيلا يبطل حقها. وأشار المصنف رحمه الله إلى أن الاختلاف لو كان في البلوغ فإن القول لها كما في الولوالجية: رجل زوج وليته فردت النكاح فادعى الزوج أنها صغيرة وادعت هي أنها بالغة فالقول لها إن كانت مراهقة لانها إذا كانت مراهقة كان المخبر به يحتمل الثبوت فيقبل خبرها لانها منكرة وقوع الملك عليها اه. وفي الذخيرة: إذا زوج الرجل ابنته فقالت أنا بالغة والنكاح لم يصح وقال الاب لا بل هي صغيرة فالقول لها إن كانت مراهقة، وقيل له والاول أصح. وعلى هذا إذا باع الرجل ضياع ابنه فقال الابن أنا بالغ وقال المشتري

***

[٢٠٨]

والاب إنه صغير فالقول للابن لانه ينكر زوال ملكه، وقد قيل بخلافه والاول أصح اه. وقيدنا بعدم الدخول بها لانه لو كان دخل بها طوعا فإنها لا تصدق في دعوى الرد بخلاف ما إذا كان كرها فإنها تصدق. كذا في الخانية وصححه الولوالجي. وأشار المصنف رحمه الله إلى أن الرجل لو زوج ابنه البالغ امرأة ومات الابن فقال أبو الزوج كان النكاح بغير إذن الابن ومات قبل الاجازة فقالت المرأة

لا بل أجاز ثم مات، فإن قياس مسألة الكتاب أن القول قول الاب لانهما اتفقا أن العقد وقع غير لازم فالمرأة تدعي اللزوم والاب ينكر حتى لو كانت المرأة قالت كان النكاح بإذن الابن كان القول قولها. ذكرها في الذخيرة. وذكر أولا أن الصدر الشهيد قال: القول قولها والبينة بينة الاب ثم قال: وقياس مسألة الكتاب أن القول قول الاب ثم قال: وهكذا كتبت في المحيط في أصل المتفرقات أن القول قول الاب اهـ. وإلى أن سيد العبد لو قال إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر ومضى اليوم وقال العبد لم أدخل وكذبه المولى فإن القول قول المولى عندنا، وعند زفر للعبد. قال في فتح القدير: إنها نظير مسألة العبد إذ ليس كون أحدهما بعينه مبني الخلاف بأولى من القلب بل الخلاف فيهما معا ابتدائي اهـ. وإلى أنه لا يقبل قول وليها عليها بالرضا لانه يقر عليها بثبوت الملك وإقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح. كذا في الفتح وينبغي أن لا تقبل شهادته لو شهد مع آخر بالرضا لكونه ساعيا في إتمام ما صدر منه فهو متهم ولم أره منقولا. قوله: (وللولي انكاح الصغير والصغيرة والولي العصبة بترتيب الارث) ومالك يخالفنا في غير الاب الشافعي يخالفنا في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة أيضا. وجه قول مالك أن الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة إلا أن ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس، والجد ليس في معناه فلا يلحق به. قلنا: لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر إلا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفء في كل زمان فأثبتنا الولاية في حالة الصغر بكرا كانت أو ثيبا إحرازا للكفء. والقرابة داعية إلى النظر كما في الاب والجد وما فيه من القصور أظهرناه في سلب ولاية الالزام بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل، وتمامه في الهداية وشروحها.

***

[٢٠٩]

والحاصل أن علة ثبوت الولاية على الصغيرة عند الشافعي البكارة، وعندنا عدم العقل أو نقصانه وهذا أولى لانه المؤثر في ثبوت الولاية في ما لها إجماعا، وكذا في حق الغلام في ماله ونفسه، وكذا في حق المجنونة إجماعا، ولا تأثير لكونها ثيبا أو بكرا فكذا الصغيرة. وأشار المصنف إلى أن للولي إنكاح المجنون والمجنونة إذا كان الجنون مطبقا فالمراد أن للولي إنكاح غير المكلفة جبرا. قال في الولوالجية: الرجل إذا كان يجن ويفيق هل يثبت للغير ولاية عليه في حال جنونه؟ إن كان يجن يوما أو يومين أو أقل من ذلك لا تثبت لانه لا يمكن الاحتراز عنه. وفي الخانية: رجل زوج ابنه البالغ بغير إذنه فجن الابن قبل الاجازة قالوا: ينبغي للاب أن يقول أجزت النكاح على ابني لان الاب يملك إنشاء النكاح عليه بعد الجنون فيملك إجازته اهـ. وقيد المصنف بالانكاح لان الولي إذا أقر بالنكاح على الصغيرة لم يجز إلا بشهود أو بتصديقها بعد البلوغ عند أبي حنيفة رضي الله عنه. وقالا: يصدق. وكذلك لو أقر المولى على عبده والوكيل على موكله ثم الولي على من يقيم بينة الاقرار عند أبي حنيفة. قالوا: القاضي ينصب خصما عن الصغير حتى ينكر فتقام البينة على المنكر كما إذا أقر الاب باستيفاء بدل الكتابة من عبد ابنه الصغير لا يصدق إلا ببينة، فالقاضي ينصب خصما عن الصغير فتقام عليه البينة. كذا في المحيط. وهذه المسألة على قول الامام مخرجة من قولهم إن من ملك الانشاء ملك الاقرار به كالوصي والمراجع والمولى والوكيل بالبيع. كذا في الجامع الصغير للصدر الشهيد مع أن صاحب المبسوط قال: وأصل كلامهم يشكل بإقرار الوصي بالاستدانة على اليتيم فإنه لا يكون صحيحا وإن كان هو يملك إنشاء الاستدانة اهـ.

***

[٢١٠]

وفسر المصنف رحمه الله الولي بالعصبة وسيأتي في الفرائض أنه من أخذ الكل إذا انفرد والباقي مع ذي سهم وهو عند الاطلاق منصرف إلى العصبة بنفسه وهو ذكر يتصل بلا توسط أنثى أي يتصل إلى غير المكلف، ولا يقال هنا إلى الميت فلا يرد العصبة بالغير كالبنت تصير عصبة بالابن فلا ولاية لها على أمها المجنونة، وكذا لا يرد العصبة مع الغير كالاخوات مع البنات. وأفاد بقوله بترتيب الارث أن الاحق الابن وابنه وإن سفل ولا يتأتى إلا في المعتوهة على قولهما خلافا لمحمد كما سيأتي. ثم الاب ثم الجد أبوه ثم الاخ الشقيق ثم لاب. وذكر الكرخي أن الاخ والجد يشتركان في الولاية عندهما، وعند أبي حنيفة يقدم الجد كما هو الخلاف في الميراث، والاصح أن الجد أولى بالتزويج اتفاقا، وأما الاخ لام فليس منهم. ثم ابن الاخ الشقيق ثم ابن الاخ لاب ثم العم الشقيق ثم لاب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لاب ثم أعمام الاب كذلك الشقيق ثم لاب ثم أبناء عم الاب الشقيق ثم أبناؤه لاب ثم عم الجد الشقيق

ثم عم الجد لاب ثم أبناء عم الجد الشقيق ثم أبناؤه لاب وإن سفلوا. كل هؤلاء تثبت لهم ولاية الاجبار على البنت والذكر في حال صغرهما وحال كبرهما إذا جنا. ثم المعتق وإن كان امرأة ثم بنوه وإن سفلوا ثم عصبته من النسب على ترتيب عصبات النسب. كذا في فتح القدير وغيره. وفي الظهيرية: والجارية بين اثنين إذا جاءت بولد فادعياه حيث يثبت النسب من كل واحد منهما ينفرد كل واحد منهما بالتزويج. ثم إذا اجتمع في الصغير والصغيرة وليان في الدرجة على السواء فزوج أحدهما جاز أجاز الاول أو فسخ بخلاف الجارية إذا كانت بين اثنين فزوجها أحدهما لا يجوز إلا بإجازة الآخر، فإن زوج كل واحد من الوليين رجلا على حدة فالاول يجوز والآخر لا يجوز، وإن وقعا معا ساعة واحدة لا يجوز كلاهما ولا واحد منهما، وإن كان أحدهما قبل الآخر ولا يدري السابق من اللاحق فكذلك لا يجوز لانه لو جاز جاز بالتحري والتحري في الفروج حرام. هذا إذا كان في الدرجة سواء، وأما إذا كان أحدهما أقرب من الآخر فلا ولاية للابعد مع الاقرب إلا إذا غاب غيبة منقطعة فنكاح الابعد يجوز إذا وقع قبل عقد الاقرب. كذا ذكره الاسبيجابي. وفي المحيط وغيره: وإذا زوج غير الاب والجد الصغيرة فالاحتياط أن يعقد مرتين، مرة بمهر مسمى ومرة بغير تسمية لامرين: أحدهما لو كان في التسمية نقصان لا يصح النكاح الاول فيصح النكاح الثاني بمهر المثل. والثاني لو كان الزوج حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها ينعقد الثاني وتحل، وإن كان أبا أو جدا فكذلك عندهما للوجه الثاني. واختلفوا في وقت الدخول
***

[٢١١]
بالصغيرة، فقيل لا يدخل بها ما لم تبلغ، وقيل يدخل بها إذا بلغت تسع سنين، وقيل إن كانت سمينة جسيمة تطيق الجماع يدخل بها وإلا فلا، وكذا اختلفوا في وقت ختان الصبي على الاقوال الثلاثة، وقيل يختن إذا بلغ عشرا اه. وفي الخلاصة: وأكثر المشايخ على أنه لا اعتبار للسن فيهما وإنما المعتبر الطاقة. وفي الظهيرية: صغيرة زوجها وليها من كف ء ثم قال لست أنا بولي لا يصدق ولكن ينظر إن كانت ولايته ظاهرة جاز النكاح وإلا فلا اه. وفي الخلاصة: صغيرة زوجت فذهبت إلى بيت زوجها بدون أخذ المهر فلمن هو أحق بإمساكها قبل التزويج أن يمنعها حتى يأخذ من له حق أخذ جميع المهر، وغير الاب إذا زوج الصغيرة وسلمها إلى الزوج قبل قبض جميع الصداق فالتسليم فاسد وترد إلى بيتها. قال رحمه الله: هذا في عرفهم، أما في مما زماننا فتسليم جميع الصداق ليس بلازم والاب إذا سلم البنت إليه قبل القبض له أن يمنعها بخلاف ما لو باع مال الصغير وسلم قبل قبض الثمن فإنه لا يسترد اه. والفرق أن حقوق النقد في الاموال راجعة إليه بخلاف النكاح ولذا ملك الابراء عن الثمن ويضمن ولا يصح الابراء عن المهر من الولي. قوله: (ولهما خيار الفسخ بالبلوغ في غير الاب والجد بشرط القضاء) أي للصغير والصغيرة إذا بلغا وقد زوجا أن يفسخا عقد النكاح الصادر من ولي غير أب ولا جد بشرط قضاء القاضي بالفرقة. وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: لا خيار لهما اعتبارا بالاب والجد. ولهما أن قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل إلى المقاصد والتدارك يعلم بخيار الادراك بخلاف ما إذا زوجهما الاب والجد فإنه لا خيار لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا الرأي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما إذا باشراه برضاهما بعد البلوغ. وإنما شرط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل إلزاما في حق الآخر فيفتقر إلى القضاء، وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر إلى القضاء. أطلق الخيار لهما فشمل الذميين والمسلمين كما في المحيط، وشمل ما إذا زوجت الصغيرة نفسها فأجاز الولي فإن لها الخيار إذا بلغت لان الجواز ثبت بإجازة الولي فالتحق بنكاح باشره الولي. كذا في المحيط. وأشار المصنف إلى أن المجنون والمجنونة كالصغير والصغيرة لهما الخيار إذا عقلا في تزويج غير الاب والجد ولا خيار لهما فيهما. وأشار إلى أنه لا خيار لهما في تزويج الابن بالاولى لانه مقدم على الاب في التزويج،
***

[٢١٢]
وأفاد أن الكلام في الحر لان ولاية الاب إنما هي عليه، وأما الصغير والصغيرة المرقوقان إذا زوجهما المولى ثم أعتقهما ثم بلغا فإنه لا يثبت لهما خيار البلوغ لكمال ولاية المولى فهو أقوى من الاب والجد، ولان خيار العتق يغني عنه حتى لو أعتق أمته الصغيرة أولا ثم زوجها ثم بلغت فإن لها خيار البلوغ كما ذكره الاسبيجابي، وهو داخل في غير الاب والجد. فلو قال المصنف وللمولى عليه خيار الفسخ

بالبلوغ في غير الاب والجد والابن والمولى لكان أولى وأشمل. ويدخل تحت غير الاب والجد الام والقاضي على الاصح لان ولايتهما متأخرة عن ولاية الاخ والعم فإذا ثبت الخيار في الحاجب ففي المحجوب أولى. وإنما عبر بالفسخ ليفيد أن هذه الفرقة فسخ لاطلاق فلا ينقص عدده لانه يصح من الانثى ولا طلاق إليها، وكذا بخيار العتق لما بيناه، وكذا الفرقة بعدم الكفاءة أو نقصان المهر فسخ بخلاف خيار المخيرة لان الزوج هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق. وفي التبيين: ولا يقال النكاح لا يحتمل الفسخ فلا يستقيم جعله فسخا لانا نقول: المعنى بقولنا لا يحتمل الفسخ بعد التمام وهو النكاح الصحيح النافذ اللازم، وأما قبل التمام فيحتمل الفسخ وتزويج الاخ والعم صحيح نافذ لكنه غير لازم فيقبل الفسخ اه. ويرد عليه ارتداد أحدهما فإنه فسخ اتفاقا وهو بعد التمام وكذا إباؤها عن الاسلام بعد إسلامه فإنه فسخ اتفاقا وهو بعد التمام، وكذا ملك أحد الزوجين صاحبه فالحق أن يقبل الفسخ مطلقا إذا وجد ما يقتضيه شرعا. وفي فتح القدير: وهل يقع الطلاق في العدة إذا كانت هذه الفرقة بعد الدخول أي الصريح أو لا؟ لكل وجه والاوجه الوقوع اه. والظاهر عدم الوقوع لما في النهاية من باب نكاح أهل الشرك معزيا إلى المحيط الاصل أن المعتدة بعدة الطلاق يلحقها طلاق آخر في

***

[٢١٣]

العدة، والمعتدة بعدة الفسخ لا يلحقها طلاق آخر في العدة. وذكر في خصوص مسألتنا أنه لا يقع، وأما حكم المهر فإن كانت الفرقة بعد الدخول ولو حكما وجب تمامه، وإن كانت قبله فلا مهر لها، فإن كانت منها فظاهر لانها جاءت من قبلها، وإن كانت منه فسقوطه هو فائدة الخيار له وإلا فلا فائدة في إثباته له إذ هو مالك للطلاق. قال في الاختيار: وليس لنا فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول ولا مهر عليه إلا في هذه اه. وهذا الحصر غير صحيح لما في الذخيرة من الفصل السادس والعشرين في المتفرقات قبيل كتاب النفقات: حر تزوج مكاتبة بإذن سيدها على جارية بعينها فلم تقبض المكاتبة الجارية حتى زوجتها من زوجها على مائة درهم جاز النكاحان، فإن طلق الزوج المكاتبة إولا ثم طلق الامة وقع الطلاق على المكاتبة ولا يقع على الامة لان بطلاق المكاتبة تتنصف الامة وعاد نصفها إلى الزوج بنفس الطلاق فيفسد نكاح الامة قبل ورود الطلاق عليها فلم يعمل طلاقها، ويبطل جميع مهر الامة عن الزوج مع أنها فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول بها لان الفرقة إذا كانت من قبل الزوج إنما لا تسقط كل المهر إذا كان طلاقا، وأما إذا كانت الفرقة من قبله قبل الدخول وكانت فسخا من كل وجه توجب سقوكل الصداق كالصغير إذا بلغ. وأيضا لو اشترى منكوحته قبل الدخول بها فإنه يسقط كل الصداق مع أن الفرقة جاءت من قبله لان فساد النكاح حكم تعلق بالملك، وكل حكم تعلق بالملك فإنه يحال على قبول المشتري لا على إيجاب البائع، وإنما سقط كل الصداق لانه فسخ من كل وجه اه. بلفظه. ويرد على صاحب الذخيرة إذا ارتد الزوج قبل الدخول فإنها فرقة هي فسخ من كل وجه مع أنه لم يسقط كل

***

[٢١٤]

المهر بل يجب نصفه، فالحق أن لا يجعل لهذه المسألة ضابط بل يحكم في كل فرد بما أفاده الدليل. ثم اعلم أن الفرقة ثلاث عشرة فرقة: سبع منها تحتاج إلى القضاء، وست لا تحتاج. أما الاولى فالفرقة بالجب، والفرقة بالعنة، والفرقة بخيار البلوغ، والفرقة بعدم الكفاءة، والفرقة بنقصان المهر، والفرقة بإباء الزوج عن الاسلام، والفرقة باللعان. وإنما توقفت على القضاء لانها تنبني على سبب خفي لان الكفاءة شئ لا يعرف بالحس وأسبابها مختلفة وكذا بنقصان مهر المثل، وخيار البلوغ مبني على قصور الشفقة وهو أمر باطن والاباء ربما يوجد وربما لا يوجد وكذا البقية. وأما الثانية فالفرقة بخيار العتق، والفرقة بالايلاء، والفرقة بالرد، والفرقة بتباين الدارين، والفرقة بملك أحد الزوجين صاحبه، والفرقة في النكاح الفاسد. وإنما لم نتوقف هذه الست على القضاء لانها تبتني على سبب جلي. ثم قال الامام المحبوبي في التنقيح: كل فرقة جاءت من قبل المرأة لا بسبب من قبل الزوج فهي فرقة بغير طلاق كالردة من جهة المرأة وخيار البلوغ وخيار العتاقة وعدم الكفاءة، وكل فرقة جاءت من قبل الزوج فهي طلاق كالايلاء والجب والعنة، ولا يلزم على هذا ردة الزوج على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان بالردة ينتفي الملك فينتفي الحل الذي هو من لوازم الملك فإنما حصلت الفرقة بالتنافي والتضاد لا بوجود المباشرة من الزوج بخلاف الاباء من جهة الزوج حيث يكون طلاقا عند أبي حنيفة ومحمد لانه لا تنافي بدليل أن الملك يبقى بعدم الاباء فلهذا افترقا اه. قوله: (ويبطل بسكوتها إن علمت بكرا لا بسكوته ما لم يقل رضيت ولو دلالة) أي ويبطل خيار البلوغ

بسكوت من بلغت إلى آخره اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح، وسكوت البكر في الابتداء إذن بخلاف سكوت الثيب والغلام. وأراد بالعلم العلم بأصل النكاح لانه لا تمكن من التصرف إلا به والولي ينفرد به فعذرت، ولا يشترط العلم بأن لها خيار البلوغ لانها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار. واستفيد من بطلانه بسكوتها أنه لا يمتد إلى آخر المجلس، وعلى هذا قالوا: ينبغي أن يبطل مع رؤية الدم فإن رأته ليلا تطلب بلسانها فتقول فسخت نكاحي وتشهد إذا أصبحت وتقول رأيت الدم الآن. وقيل لمحمد: كيف يصح وهو كذب وإنما أدركت قبل هذا؟ فقال: لا تصدق في الاسناد فجاز لها أن تكذب كيلا يبطل حقها. ثم إذا اختارت وأشهدت ولم تتقدم إلى القاضي الشهر والشهرين

***

[٢١٥]

فهي على خيارها كخيار العيب. وما في التبيين من أنها لو بعثت خادمها حين حاضت للشهود فلم تقدر عليهم وهي في مكان منقطع لزمها ولم تعذر، محمول على ما إذا لم تفسخ بلسانها حتى فعلت وما فيه أيضا. وفي الذخيرة من أنها لو سألت عن اسم الزوج أو عن المهر أو سلمت على الشهود بطل خيارها، تعسف لا دليل عليه، وغاية الامر كون هذه الحالة كحالة ابتداء النكاح. ولو سألت البكر عن اسم الزوج لا ينفذ عليها وكذا عن المهر وإن كان عدم ذكره لها لا يبطل كون سكوتها رضا على الخلاف فإن ذلك إذا لم تسأ عنه لظهور أنها راضية بكل مهر والسؤال يفيد نفي ظهوره في ذلك وإنما يتوقف رضاها على معرفة كميته، وكذا السلام على القادم لا يدل على الرضا، كيف وإنما أرسلت لغرض الاشهاد على الفسخ. كذا في فتح القدير وفيه بحث، لان بطلان هذا الخيار ليس متوقفا على ما يدل على الرضا لان ذلك إنما هو في حق الثيب والغلام، وأما في حق البكر فيبطل بمجرد السكوت، ولا شك أن الاشتغال بالسلام فوق السكوت، وإذا اجتمع خيارا البلوغ والشفعة تقول أطلب الحقين ثم تبتدئ في التفسير بخيار البلوغ. وقيد بالبكر لانها لو كانت ثيبا كما لو دخل بها الزوج قبل البلوغ أو كانت ثيبا وقت العقد فإنه لا يبطل بسكوتها فهي كالغلام لا بد من الرضا بالقول أو بفعل دال عليه.

***

[٢١٦]

وحاصله أن وقت خيارهما العمر لان سببه عدم الرضا فيبقى إلى أن يوجد ما يدل على الرضا. على هذا تظافرت كلمتهم كما في غاية البيان، فما نقل عن الطحاوي حيث قال: خيار المدركة يبطل بالسكوت إذا كانت بكرا، وإن كانت ثيبا لم يبطل به، وكذا إذا كان الخيار للزوج لا يبطل إلا بصريح الابطال أو يجئ منه دليل على إبطال الخيار كما إذا اشتغلت بشئ آخر وأعرضت عن الاختيار بوجه من الوجوه، مشكل إذ يقتضي أن الاشتغال بعمل آخر يبطله، وهذا تقييد بالمجلس ضرورة إذ تبدله حقيقة أو حكما يستلزمه ظاهرا. وفي الجوامع: وإن كانت ثيبا حين بلغها أو كان غلاما لم يبطل بالسكوت وإن أقامت معه أياما إلا أن ترضى بلسانها أو يوجد ما يدل على الرضا من الوطئ أو التمكين منه طوعا أو المطالبة بالمهر أو النفقة. وفيه: لو قالت كنت مكرهة في التمكين صدقت ولا يبطل خيارها. وفي الخلاصة: لو أكلت من طعامه أو خدمته فهي على خيارها، لا يقال كون القول لها في دعوى الاكراه في التمكين مشكل لان الظاهر يصدقها. كذا في فتح القدير. ولا إشكال في عبارة شرح الطحاوي لان مراده من الاشتغال بشئ آخر عمل يدل على الرضا بالنكاح كالتمكين ونحوه لا مطلق العمل كما يدل عليه سياق كلامه، بل قد صرح بأن خيار البلوغ في حق الثيب والغلام لا يبطل بالقيام عن المجلس وإلا فينبغي أن يحمل على ما ذكرناه ليوافق غيره. وفي الجوامع: إذا بلغ الغلام فقال فسخت ينوي الطلاق فهي طالق بائن وإن نوى الثلاث فثلاث وهذا حسن لان لفظ الفسخ يصلح كناية عن الطلاق. ثم قال في فتح القدير: وتقبل شهادة المولين على اختيار أمتهما التي زوجاها نفسها إذا أعتقاها وتقبل شهادة العاصبين المزوجين بعد البلوغ أنها اختارت نفسها لان سبب الرد قد انقطع في الاولى بالعتق ولم ينقطع في الثانية إذ هو النسب وهو باق ا ه‍. وقد علم أن خيار البلوغ يخالف خيار العتق في مسائل منها: اشتراط القضاء والثاني أن خيار المعتقة لا يبطل بالسكوت بل يمتد إلى آخر المجلس كما في

***

[٢١٧]

المخيرة بخلاف خيار البلوغ في حق البكر. والثالث أن خيار العتق يثبت للانثى فقط بخلاف خيار البلوغ يثبت لهما. والرابع أن الجهل

بخيار البلوغ ليس بعذر بخلافه في خيار العتق. والخامس أن خيار العتق يبطل بالقيام عن المجلس كالمخيرة وخيار البلوغ في حق الثيب والغلام لا يبطل به. كذا في غاية البيان. وأفاد المصنف بقوله ولو دلالة أن دفع المهر رضا كما في الهداية، وحمله في فتح القدير على ما إذا كان قبل الدخول، أما إذا كان دخل بها قبل بلوغه ينبغي أن لا يكون دفع المهر بعد بلوغه رضا لانه لا بد منه أقام أو فسخ ا ه. قوله: (ونوارثا قبل الفسخ) صادق بصورتين: إحداهما ما إذا مات أحدهما قبل البلوغ. ثانيهما ما إذا مات بعد البلوغ قبل التفريق فإن الآخر يرثه لان أصل العقد صحيح والملك الثابت به قد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي إذا مات أحد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت، وههنا نافذ فيتقرر به. أشار المصنف رحمه الله إلى أنه يحل للزوج وطؤها قبل الفسخ لما ذكرنا، وإلى أنها لو بلغت واختارت نفسها والزوج غائب لا يفرق بينهما ما لم يحضر الغائب ولو كان زوجها صبيا لا ينتظر كبره ويفرق بينهما بحضرة والده أو وصيه إن لم يأتيا بما يدفعها. كذا في أحكام الصغار قوله: (ولا ولاية لصغير وعبد ومجنون) لانه لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لا يثبت على غيرهم، ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء. أطلق في العبد فشمل المكاتب فلا ولاية له على ولده كذا في المحيط. لكن للمكاتب ولاية في تزويج أمته كما عرف. وأراد بالمجنون المطبق وهو شهر وعليه الفتوى. وفي فتح القدير: لا يحتاج إلى تقييده به لانه لا يزوج حال جنونه مطبقا أو غير مطبق، ويزوج حالة إفاقته عن جنون مطبق أو غير مطبق، لكن المعنى أنه إذا كان مطبقا تسلب ولايته فتزوج ولا ينتظر إفاقته، وغير المطبق الولاية ثابتة له فلا تزوج وتنتظر إفاقته كالنائم. ومقتضى النظر أن الكف ء الخاطب إن فات بانتظار إفاقته تزوج وإن لم يكن مطبقا وإلا انتظر على ما اختاره المتأخرون في غيبة الولي الاقرب ا ه قوله: (ولا لكافر على مسلم) لقوله تعالى * (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) * (النساء: ١٤١) ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان. قيد بالمسلم لان للكافر ولاية على ولده الكافر لقوله تعالى * (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) * (الانفال: ٧٣) ولهذا تقبل شهادتهم على بعضهم

***

[٢١٨]

ويجري بينهما التوارث، وكما لا تثبت الولاية لكافر على مسلم كذلك لا تثبت لمسلم على كافرة أعني ولاية التزويج بالقرابة وولاية التصرف في المال قالوا: وينبغي أن يقال إلا أن يكون المسلم سيد أمة كافرة أو سلطانا. قال السروجي: لم أر هذا الاستثناء في كتب أصحابنا وإنما هو منسوب إلى الشافعي ومالك. قال في المعراج: وينبغي أن يكون مرادا ورأيت في موضع معزوا إلى المبسوط: الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية السلطنة والشهادة فقد ذكر معنى ذلك الاستثناء ا ه. وقيد بالكفر لان الفسق لا يسلب الاهلية عندنا على المشهور وهو المذكور في المنظومة، وعن الشافعي اختلاف فيه، أما المستور فله الولاية بلا خلاف، فما في الجوامع أن الاب إذا كان فاسقا للقاضي أن يزوج الصغيرة من كف ء غير معروف. نعم إذا كان متهتكا لا ينفذ تزويجه إياها بنقص عن مهر المثل ومن غير كف ء وسيأتي هذا. كذا في فتح القدير. قوله: (وإن لم يكن عصبة فالولاية للام ثم للاخت لاب وأم ثم لاب ثم لولد الام ثم لذوي الارحام ثم للحاكم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما ليس لغير العصبات من الاقارب ولاية وإنما الولاية للحاكم بعد العصبات لحديث الانكاح إلى العصبات، ولابي حنيفة رضي الله عنه أن الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة. وقد اختلفوا في قول أبي يوسف، ففي الهداية الاشهر أنه مع محمد، وفي الكافي الجمهور أنه مع أبي حنيفة، وفي التبيين والجوهرة والمجتبى والذخيرة الاصح أنه مع أبي حنيفة، وفي تهذيب القلانسي وروى ابن زياد عن أبي حنيفة وهو قولهما لا يليه إلا العصبات وعليه الفتوى ا ه. وهو غريب لمخالفته المتون الموضوعة لبيان الفتوى، ولم يذكر

***

[٢١٩]

المصنف بعد الام البنت لانه خاص بالمجنون والمجنونة فبعد الام البنت ثم بنت الابن ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت. وأطلق في ولد الام فشمل الذكر والانثى، وذكر الشارح أن بعد ولد الام ولده. وأفاده المصنف رحمه الله بتقديم الام على الاخت تضعيف ما نقله في المستصفي عن شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله، ونقله في التجنيس عن عمد النسفي رحمه الله من أن الاخت الشقيقة

أولى من الام لانها من قبل الاب، ووجه ضعف أن الام أقرب منها. وصرح في الخلاصة بأنه يفتي بتقديم الام على الاخت، وسيأتي في آخر المختصر أن ذا الرحم قريب ليس بذي سهم ولا عصبة وأن ترتيبهم كترتيب العصبات، فتقدم العمات ثم الاخوال ثم الخالات ثم بنات الاعمام ثم بنات العمات كترتيب الارث وهو قول الاكثر. وظاهر كلام المصنف أن الجد الفاسد مؤخر عن الاخت لانه من ذوي الارحام، وذكر المصنف في المستصفى أن الجد الفاسد أولى من الاخت عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف الولاية لهما كما في الميراث. وفي فتح القدير: وقياس ما صح في الجد والاخ من تقدم الجد تقدم الجد الفاسد على الاخت ا ه. فثبت بهذا أن المذهب أن الجد الفاسد بعد الام قبل الاخت. وفي القنية: أم الاب أولى في التزويج من الام. وأطلق في نفي العصبة فشمل العصبة النسبية والسببية فمولى العتاقة ثم عصبته على الترتيب السابق يقدمان على الام، ولم يذكر المصنف مولى الموالاة وهو الذي أسلم أبو الصغير على يديه ووالاه قالوا: إن آخر الاولياء مقدم على القاضي لان هذا العقد يفيد الخلافة في الارث فيفيد في الانكاح كالعصبات. وأطلق في الحاكم فشمل الامام والقاضي لكن قالوا: إن القاضي إنما يملك ذلك إذا كان ذلك في عهده ومنشوره، فإن لم يكن ذلك في عهده لم يكن وليا. كذا في الظهيرية وغيرها. وفي المجتبى ما يفيد أن لنائب القاضي ولاية التزويج حيث كان القاضي كتب له في
***

[٢٢٠]
منشوره ذلك فإنه قال: ثم السلطان ثم القاضي ونوابه إذا اشترط في عهده تزويج الصغار والصغائر وإلا فلا ا ه. بناء على هذا الشرط إنما هو في حق القاضي دون نوابه، ويحتمل أن يكون شرطا فيهما، فإذا كتب في منشور قاضي القضاة فإن كان ذلك في عهد نائبه منه ملكه النائب وإلا فلا، ولم أر فيه منقولا صريحا. وفي الظهيرية: فإن زوجها القاضي ولم يأذن له السلطان ثم أذن له بذلك فأجاز القاضي ذلك جاز استحسانا، وفي غاية البيان: ولو زوج القاضي الصغيرة من ابنه كان باطلا. وكذا إذا باع مال اليتيم من نفسه لا يجوز لانه حكم وحكمه لنفسه لا يجوز، ولو اشترى من وصي اليتيم يجوز وإن كان القاضي أقامه وصيا لانه نائب عن الميت لا عن القاضي ا ه. وعلله في فتح القدير بأنه كالوكيل لا يجوز عقده لابنه
***

[٢٢١]
قال: والالحاق بالوكيل يكفي للحكم مستغن عن جعل فعله حكما مع انتفاء شرطه ا ه. وفي الفوائد الناجية معزيا إلى فتاوى سمرقند: سئل القاضي بديع الدين عن صغيرة زوجت نفسها ولا ولي لها ولا قاضي في ذلك الموضع قال: يتوقف وينفذ بإجازتها بعد بلوغها ا ه. مع أنهم قالوا: كل عقد لا مجيز له حال صدوره فهو باطل لا يتوقف، ولعل التوقف فيه باعتبار أن مجيزه السلطان كما لا يخفى. وفي النوازل والذخيرة: امرأة جاءت إلى قاض فقالت له أريد أن أتزوج ولا ولي لي فللقاضي أن يأذن لها في النكاح كما لو علم أن لها وليا. وما نقل فيه من إقامتها البينة خلاف المشهور، وما نقل من قول إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة يقول لها القاضي إن لم تكوني قرشية ولا عربية ولا ذات بعل ولا معتدة فقد أذنت لك، فالظاهر أن الشرطين الاولين محمولان على رواية عدم الجواز من غير الكفء، وأما الشرط الثالث فمعلوم الاشتراط. كذا في فتح القدير. والظاهر أن الشرطين الاولين إنما هو عند كذبها بأن كان لها ولي، أما إن كانت صادقة في عدم الولي فليسا بشرطين على جميع الروايات. وأشار المصنف إلى أن وصي الصغير والصغيرة إذا لم يكن قريبا ولا حاكما فإنه ليس له ولاية التزويج، سواء كان أوصى إليه الاب في ذلك أو لم يوص. وروى هشام عن أبي حنيفة إن أوصى إليه الاب جاز له. كذا في الخانية والظهيرية. وبه علم أن ما في التبيين من أنه ليس له ذلك إلا أن يفوض إليه الموصي ذلك رواية هشام وهي ضعيفة، واستثنى في فتح القدير ما إذا كان الموصي عين رجلا في حياته للتزويج فيزوجها الوصي كما لو وكل في حياته بتزويجها ا ه. وفيه نظر لانه إن زوجها من المعين قبل موت الموصي فليس الكلام فيه
***

[٢٢٢]
لانه ليس بوصي وإنما هو وكيل، وإن كان بعد موته فقد بطلت الوكالة بموته وانقطعت ولايته فانتقلت الولاية للحاكم عند عدم قريب. وفي الظهيرية: ومن يعول صغيرا أو صغيرة لا يملك تزويجهما. قوله: (وللابعد التزويج بغيبة الاقرب مسافة القصر) أي ثلاثة أيام فصاعدا لان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه ففوضناه إلى الابعد وهو مقدم على الحاكم كما إذا

مات الاقرب. واختلف في حد الغيبة فذهب أكثر المتأخرين إلى أنها مقدرة بمسافة القصر لانه ليس لاقصاها غاية فاعتبر بأدنى مدة السفر، واختاره المصنف وعليه الفتوى كما في التبيين. واختار أكثر المشايخ كما في النهاية أنها مقدرة بفوت الكف ء الخاطب باستطلاع رأيه، وصححه ابن الفضل، وفي الهداية: وهذا أقرب إلى الفقه لانه لا نظر في إبقاء ولايته حينئذ. وفي المجتبى والمبسوط والذخيرة: وهو الاصح. وفي الخلاصة: وبه كان يفتي الشيخ الامام الاستاذ. وفي فتح القدير: ولا تعارض بين أكثر المتأخرين وأكثر المشايخ ا ه. وهنا أقوال أخر لكنها ضعيفة. والحاصل أن التصحيح قد اختلف والاحسن الافتاء بما عليه أكثر المشايخ، وعليه فرع قاضيخان في شرحه أنه لو كان مختفيا بالمدينة بحيث لا يوقف عليه تكون غيبة منقطعة، وهذا حسن لانه النظر. ويتفرع على ما في المختصر أنه لا يزوج
***
[٢٢٣]
الابعد إذا كان الاقرب بالمدينة مختفيا. وأشار المصنف بعدم ذكر سلب ولاية الاقرب إلى أنها باقية مع الغيبة حتى لو زوجها الاقرب حيث هو اختلفوا فيه، والظاهر هو الجواز. كذا في الخانية والظهيرية. ولو زوجا معا أو لا يدري السابق من اللاحق فهو باطل. كذا ذكره الاسبيجابي. وقيد بالغيبة لان الاقرب إذا عضلها يثبت للابعد ولاية التزويج بالاجماع. كذا في الخلاصة. وبه اندفع ما ذكره السروجي من أنه تثبت للقاضي: وقيد بالتزويج لانه ليس للابعد التصرف في المال وهو للاقرب لان رأيه منتفع به في مالها بأن ينقل إليه ليتصرف في مالها. كذا في المحيط. قالوا: وإذا خطبها كف ء وعضلها الولي تثبت الولاية للقاضي نيابة عن العاضل فله التزويج وإن لم يكن في منشوره لكن ما المراد بالعضل؟ فيحتمل أن يمتنع من تزويجها مطلقا، ويحتمل أن يكون أعم من الاول ومن أن يمتنع من تزويجها من هذا الخاطب الكف ء ليزوجها من كف ء غيره وهو الظاهر ولم أره صريحا قوله: (ولا يبطل بعوده) أي لا
***
[٢٢٤]
يبطل تزويج الابعد بعود الاقرب لانه عقد صدر عن ولاية تامة، فالضمير في لا يبطل عائد إلى التزويج. وما في التبيين من عوده إلى ولاية الابعد فبعيد عن النظم والمعنى لان ولايته تبطل بعود الاقرب في المستقبل فالاحسن ما قلنا. قوله: (وولى المجنونة الابن لا الاب) أي في النكاح. وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: أبوها لانه أوفر شفقة من الابن. ولهما: أن الابن هم المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزياد الشفقة كأبي الام مع بعض العصبات. وأخذ الطحاوي بقول محمد كما في غاية البيان. والتقييد بالمجنونة اتفاقي لان الحكم في المجنون إذا كان له أب وابن كذلك، والافضل أن يأمر الابن الاب بالنكاح حتى يجوز بلا خلاف. ذكره الاسبيجابي. وحكم ابن الابن وإن سفل كالابن في تقديمه على الاب كما في الخانية. وأطلق في المجنون فشمل الاصلي والعارض خلافا لزفر في الثاني، وقيدنا بالنكاح لان التصرف في المال للاب بالاتفاق كما في تهذيب القلانسي، وقد قدمنا حكم الصلاة في
***
[٢٢٥]
الجنائز، وقد قدمنا قريبا أن المجنون والمجنونة البالغين إذا زوجهما الابن ثم أفاقا فإنه لا خيار لهما لانه مقدم على الاب والجد ولا خيار لهما في تزويجهما فالابن أولى. فصل في الاكفاء جمع كف ء بمعنى النظير لغة، والمراد هنا المماثلة بين الزوجين في خصوص أمور، أو كون المرأة أدنى وهي معتبرة في النكاح لان المصالح إنما تنتظم بين المتكافئين عادة لان الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش ومن الغريب ما في الظهيرية والكفاءة في النساء للرجال غير معتبرة عند أبي حنيفة خلافا لهما ا ه. وذكره في المحيط وعزاه إلى الجامع الصغير لكن في الخبازية الصحيح أنها غير معتبرة من جانبها عند الكل ا ه. وهو حق الولي لا حقها فلذا ذكر الولوالجي في فتاواه: امرأة زوجت نفسها من رجل ولم تعلم أنه حر أو عبد فإذا هو عبد مأذون في النكاح فليس لها الخيار وللاولياء الخيار، وإن زوجها الاولياء برضاها ولم يعلموا أنه عبد أو حر ثم علموا لا خيار لاحدهم. هذا إذا لم يخبر الزوج أنه حر وقت العقد. أما إذا أخبر الزوج أنه حرو باقي المسألة على حالها كان لهم الخيار، ودلت المسألة على أن المرأة إذا زوجت نفسها من
***
[٢٢٦]

رجل ولم تشترط الكفاءة ولم تعلم أنه كف ء أم لا ثم علمت أنه غير كف ء لا خيار لها، وكذلك الاولياء لو زوجوها برضاها ولم يعلموا بعدم الكفاءة ثم علموا لا خيار لهم وهذه مسألة عجيبة. أما إذا شرطوا فأخبرهم بالكفاءة فزوجوها على ذلك ثم ظهر أنه غير كف ء كان لهم الخيار لانه إذا لم يشترط الكفاءة كان عدم الرضا بعدم الكفاءة من الولي. ومنها ثابتا من وجه دون وجه لما ذكرنا أن حال الزوج محتمل بين أن يكون كفؤا وبين أن لا يكون كفؤا، والنص إنما أثبت حق الفسخ بسبب عدم الكفاءة حال عدم الرضا بعدم الكفاءة من كل وجه فلا يثبت حال وجود الرضا بعدم الكفاءة من وجه ا ه. وفي الظهيرية: ولو انتسب الزوج لها نسبا غير نسبه فإن ظهر دونه وهو ليس بكف ء فحق الفسخ ثابت للكل، وإن كان كفؤا فحق الفسخ لها دون الاولياء، وإن كان ما ظهر فوق ما أخبر فلا فسخ لاحد، وعن أبي يوسف أن لها الفسخ لانها عسى تعجز عن المقام معه ا ه. وفي الذخيرة: إذا تزوج امرأة على أنه فلان بن فلان فإذا هو أخوه أو عمه فلها الخيار ا ه. قوله: (من نكحت غير كف ء فرق الولي) لما ذكرناه وهذا ظاهر في انعقاده صحيحا وهو ظاهر الرواية عن الثلاثة فتبقى أحكامه من إرث وطلاق، وقدمنا أنه يشترط في هذه الفرقة قضاء القاضي، فلو قال المصنف فرق القاضي بينهما بطلب الولي لكان أظهر. وقدمنا أنها لا تكون طلاقا وأن المفتي به رواية الحسن عن الامام من عدم الانعقاد أصلا، إذا كان لها ولي لم يرض به قبل العقد فلا يفيد الرضا بعده، فلو قال المصنف من نكحت غير كف ء بغير رضا الولي لكان أولى. وأما تمكينها من الوطئ فعلى المفتى به هو حرام كما يحرم عليه الوطئ لعدم انعقاده، وأما على ظاهر الرواية ففي الولوالجية أن لها أن تمنع نفسها ا ه. ولا تمكنه من الوطئ حتى يرضى الولي. هكذا اختار الفقيه أبو الليث وإن كان هذا خلاف ظاهر الجواب لان من حجة المرأة أن تقول إنما تزوجت بك رجاء أن يجيز الولي والولي عسى يخاصم فيفرق بيننا فيصير هذا وطئا بشبهة ا ه. وفي الخلاصة: وكثير من مشايخنا أفتوا بظاهر الرواية أنها ليس لها أن تمنع نفسها ا ه. وهذا يدل على أكثيرا من المشايخ أفتوا بانعقاده فقد اختلف الافتاء. وأطلق في الولي فانصرف الى الكامل وهو ا لعصبة كما قيده به في الخانية لا من له ولاية النكاح عليها لكانت صغيرة فلا يدخل ذوو الارحام في هذا الحكم ولا الام ولا الاخت. كذا في فتح القدير. وفي الخلاصة والخانية: والذي يلي المرافعة هو المحارم وعند بعضهم المحارم وغيرهم سواء وهو الاصح ا ه. يعني لا فرق في العصبة بين أن يكون

***

[٢٢٧]

محرما أو لا كما ذكره الولوالجي أنه المختار. وشمل كلامه ما إذا تزوجت غير كف ء بغير رضا الولي بعد ما زوجها الولي أولا منه برضاها وفارقته. فللولي التفريق لان الرضا بالاول لا يكون رضا بالثاني. وشمل ما إذا كانت مجهولة النسب فتزوجت رجلا ثم ادعاها رجل من قريش وأثبت القاضي نسبها منه وجعلها بنتا له وزوجها حجام فلهذا الاب أن يفرق بينها وبين زوجها ولو لم يكن ذلك لكن أقرت بالرق لرجل لم يكن لمولاها أن يبطل النكاح بينهما. كذا في الذخيرة. وفيها أيضا: لو زوج أمة له صغيرة رجلا ثم ادعى أنها بنته ثبت لنسب والنكاح على حاله إن كان الزوج كفؤا وإن لم يكن كفؤا فهو في القياس لازم، ولو باعها ثم ادعى المشتري أنها بنته فكذلك اه. وإذا فرق القاضي بينهما فإن كان بعد الدخول فلها المسمى وعليها العدة ولها النفقة فيها، والخلوة الصحيحة كالدخول. وإن كان قبلهما فلا مهر لها لان الفرقة ليست من قبله. هكذا في الخانية وهو تفريع على انعقاده، وأما على المفتى به فينبغي أن يجب الاقل من المسمى ومن مهر المثل وأن لا نفقة لها في هذه العدة كما لا يخفى. وفي الخانية: وإن زوجها الولي غير كف ء ودخل بها ثم بانت منه بالطلاق ثم زوجت نفسها هذا الزوج بغير ولي ثم فرق القاضي بينهما قبل الدخول كان على الزوج كل المهر الثاني وعليها عدة في المستقبل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا مهر على الزوج وعليها بقية العدة الاولى، وذكر لها نظائر تأتي في كتاب العدة، وينبغي أن يكون تفريعا على ظاهر الرواية، أما على المفتي به فإنه لا يجب المهر الثاني بالاتفاق لانه نكاح فاسد كما صرح به في الخانية فيما إذا كان النكاح الثاني فاسدا. وقيد بالنكاح لان له المراجعة إذا طلقها رجعيا بعد ما زوجها الولي غير كف ء برضاها. كذا في الذخيرة. قوله: (ورضا البعض كالكل) أي ورضا بعض الاولياء المستويين في الدرجة كرضا كلهم حتى لا يتعرض أحد منهم بعد ذلك. وقال أبو يوسف: لا يكون كالكل كما إذا أسقط أحد الدائنين حقه من المشترك،، ولهما: إنه حق واحد لا يتجزأ لانه ثبت بسبب لا يتجزأ فيثبت لكل على الكمال كولاية الامان. قيدنا بالاستواء احترازا عما إذا رضي الابعد فإن للاقرب الاعتراض. كذا في فتح القدير وغيره. وقيد بالرضا لان التصديق بأنه كف ء من البعض لا يسقط حق من أنكرها. قال في المبسوط: لو ادعى أحد الاولياء أن الزوج كف

ء وأثبت الآخر أنه ليس بكف ء يكون له أن يطالبه بالتفريق لان المصدق ينكر سبب الوجوب
***
[٢٢٨]
وإنكار سبب وجوب الشئ لا يكون إسقاطا له ا ه‍. وفي الفوائد التاجية: أقام وليها شاهدين بعدم الكفاءة أو أقام زوجها بالكفاءة قال: لا يشترط لفظ الشهادة لانه إخبار ذكره عن القاضي بديع الدين في الشهادة. وأطلق في الرضا فشمل ما إذا رضي بعضهم به قبل العقد أو رضي به بعده كما في القنية، وقد قدمنا بحثا في أنه لو قال لها قبل العقد رضيت بتزوجك من غير كف ء ولم يعين أحدا أو قال رضيت به بعد العقد ولم يعرفه أنه ينبغي أن لا يكون رضا معتبرا لما صرح به في الخانية وغيرها من أن الرضا بالمجهول لا يتحقق قوله: (وقبض المهر ونحوه رضا) لانه تقرير لحكم العقد وأراد بنحوه كل فعل دل على الرضا. وأطلق في قبض المهر فشمل ما إذا جهزها به أولا، أما إن جهزها به فهو رضا اتفاقا، وإن لم يجهزا ففيه اختلاف المشايخ. والصحيح أنه رضا كما في الذخيرة، ودخل في نحوه ما إذا خاصم الزوج في نفقتها وتقرير مهرها عليه بوكالة منها كان ذلك منه رضا وتسليما للعقد استحسانا. وهذا إذا كان عدم الكفاءة ثابتا عند القاضي قبل مخاصمة الولي إياه، فأما إذا لم يكن عدم الكفاءة ثابتا عند القاضي قبل مخاصمة الولي إياه لا يكون رضا بالنكاح قياسا واستحسانا. كذا في الذخيرة قوله: (لا السكوت) أي لا يكون سكوت الولي رضا لانه محتمل فلا يجعل رضا إلا في مواضع مخصوصة ليس هذا منها. أطلقه فشمل ما إذا ولدت فله حق الفسخ بعد الولادة كما في مبسوط شيخ الاسلام، وكما في المعراج، لكن قيده الشارحون بعدم الولادة، فلو ولدت فليس له حق الفسخ، وظاهر كلامهم أنه المذهب الصحيح ولذا اختاره في الخلاصة وكأنه للضرر الحاصل بالفسخ، وينبغي أن يكون الحبل الظاهر كالولادة. وشمل ما إذا طالت المدة كما في الخلاصة. وذكر في الذخيرة: امرأة تحت رجل هو ليس بكف ء لها نخاصمه أخوها في ذلك وأبوها غائب غيبة منقطعة أو خاصمه ولي آخر غيره أولى منه وهو غائب عنه غيبة منقطعة فادعى الزوج أن الولي الاولى زوجه، يؤمر بإقامة البينة وإلا فرق بينهما، فإن أقام بينة على ذلك قبلت بينته وأجزتها على الاولى يعني الاول الذي هو أولى لان هذا خصم ا ه‍. قوله: (الكفاءة تعتبر نسبا فقريش أكفاء والعرب أكفاء وحرية وإسلاما وأبوان فيهما كالآباء وديانة ومالا وحرفة) لان هذه الاشياء يقع بها التفاخر فيما بينهم فلا بد من اعتبارها. وتعتبر الكفاءة عند ابتداء العقد وزوالها بعد ذلك لا يضر، ولذا قال في الظهرية: ولو تزوجها وهو كف ء لها ثم صار فاجرا داعرا لا يفسخ النكاح ا ه‍. وقد ذكر المصنف اعتبارها في ستة أشياء: الاولى النسب وهو معروف، وأما العرب فهم خلاف العجم وأحدهما عربي،
***
[٢٢٩]
والاعراب أهل البادية وأحدهم أعرابي، وجمع الاعراب أعاريب، وقيل العرب جمع عربة بالهاء وهي النفس. والعربي أيضا المنسوب إلى العرب قال تعالى * (قرآنا عربيا) * (يوسف: ٢) كذا في ضياء الحلوم. وفيه: التقرش الاكتساب، والتقرش التجمع وبذلك سميت قريش لاجتماعهم بمكة، وتقرش الرجل إذا انتسب إلى قريش ا ه‍. ثم القرشيان من جمعهما أب هو النضر بن كنانة فمن دونه، ومن لم ينسب إلا لاب فوقه فهو عربي غير قرشي. والنضر هو الجد الثاني عشر للنبي صلى الله عليه وسلم فإنه محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة بن خزيمة ابن مدركة بن إلياس بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان. اقتصر البخاري في نسب رسول الله صلى الله عليه وسلم على عدنان. والائمة الاربعة الخلفاء رضي الله عنهم أجمعين كلهم من قريش لانتسابهم إلى النضر فن دونه، وليس فيهم هاشمي إلى علي رضي الله عنه فإن الجد الاول للنبي صلى الله عليه وسلم جده فإنه علي بن أبي طالب بن عبد المطلب فهو من أولاد هاشم. وأما أبو بكر الصديق رضي الله عنه فإنه يجتمع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجد السادس وهو مرة فإنه عبد الله بن عثمان بن عامر بن عمر بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة. وأما عمر بن الخطاب رضي الله عنه فإنه يجتمع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجد السابع وهو كعب فإنه عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى بن رياح بن عبد الله بن قرط بن وراح بن عدى بن كعب ورياح بكسر الراء وبالياء تحتها نقطتان. وأما عثمان رضي الله عنه فيجتمع مع النبي صلى الله عليه وسلم في الجد الثالث وهو عبد مناف فإنه عثمان بن عفان بن أبي

العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف. وبهذا استدل المشايخ على أنه لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش وهو المراد بقوله فقريش أكفاء حتى لو تزوجت هاشمية قرشيا غير هاشمي لم يرد عقدها، وإن تزوجت عربيا غير قرشي لهم رده كتزويج العربية عجميا. ووجه الاستدلال أن النبي صلى الله عليه وسلم زوج بنته من عثمان وهو أموي لا هاشمي، وزوج علي رضي الله عنه بنته أم كلثوم من عمر وكان عدويا لا هاشميا، فاندفع بذلك قول محمد من أنه تعتبر الزيادة بالخلافة حتى لا يكافئ أهل بيت الخلافة غيرهم من القرشيين، هذا إن قصد به عدم المكافأة لا إن قصد به تسكين الفتنة.

***

[٢٣٠]

وأفاد المصنف أن غير العربي لا يكافئ العربي وإن كان حسيبا أو عالما لكن ذكر قاضيخان في جامعه قالوا: الحسيب يكون كفئا للنسيب فالعالم العجمي يكون كفئا للجاهل العربي والعلوية لان شرف العلم فوق شرف النسب والحسب مكارم الاخلاق في المحيط عن صدر الاسلام: الحسيب الذي له جاه وحشمة ومنصب. وفي الينابيع: الاصح أنه ليس كفئا للعلوية. وأصل ما ذكره المشايخ من ذلك ما روي عن أبي يوسف أن الذي أسلم بنفسه أو أعتق إذا أحرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفئا له. كذا في فتح القدير. وكله تفقهات المشايخ، وظاهر الرواية أن العجمي لا يكون كفئا للعربية مطلقا. قال في المبسوط: أفضل الناس نسبا بنو هاشم ثم قريش ثم العرب لما روي عن محمد بن علي عليه السلام أن الله اختار من الناس العرب ومن العرب قريشا واختار منهم بني هاشم واختارني من بني

***

[٢٣١]

هاشم ا هـ. ولم يذكر المصنف الموالي لان المراد بالمولى هنا ما ليس بعربي وإن لم يمسه رق لان العجم لما ضلوا أنسابهم كان التفاخر بينهم في الدين كما في الفتح، أو لان بلادهم فتحت عنوة بأيدي العرب فكان للعرب استرقاقهم فإذا تركوهم أحرارا فكأنهم أعتقوهم. والمولي هم المعتقون كما في التبيين، أو لانهم نصروا العرب على قتل الكفار من أهل الحرب. والناصر يسمى مولى قال تعالى * (وإن الكافرين لا مولى لهم) * (محمد: ١١) كما في غاية البيان. والحاصل أن النسب المعتبر هنا خاص بالعرب. وأما العجم فلا يعتبر في حقهم ولذا كان بعضهم كفئا لبعض. وأما معتق العربي فهو ليس بكف ء لمعتق العجمي كما سيأتي في الحرية. وأطلق المصنف في العرب فأفاد أن بني باهلة كف ء لبقية العرب غير قريش. وفي الهداية: وبنو باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة ا هـ. قالوا: لانهم كانوا يستخرجون النفي من عظام الموتى ويطبخون العظام ويأخذون الدسومات منها ويأكلون بقية الطعام مرة ثانية. ورده في فتح القدير بأنه لا يخلو من نظر فإن النص لم يفصل مع أن النبي صلى الله عليه وسلم كان أعلم بقبائل العرب وأخلاقهم. وقد أطلق في قوله العرب بعضهم كفاء لبعض وليس كل باهلي كذلك بل فيهم الاجواد. وكون فصيلة منهم أو بطن صعاليك فعلوا ذلك لا يسري في حق الكل ا هـ. فالحق الاطلاق. وباهلة في الاصل اسم امرأة من همدان والتأنيث للقبيلة، سواء كان في الاصل اسم رجل أو اسم امرأة. كذا في الصحاح. وقال في الديوان: الباهلة قبيلة من قبيلة القيس. وفي القاموس: باهلة قوم. وأما الثاني والثالث - أعني الحرية والاسلام - فهما معتبران في حق العجم لانهم يفتخرون بهما دون النسب، وهذا لان الكفر عيب، وكذا الرق لانه أثره، والحرية والاسلام زوال العيب فيفتخر بهما دون النسب فلا يكون من أسلم بنفسه كفئا لمن لها أب في الاسلام، ولا يكون من له أب واحد كفئا لمن لها أبوان في الاسلام، ومن له أبوان في الاسلام كف ء لمن لها آباء كثيرة فيه وهو المراد بقوله وأبوان فيهما كالآباء أي في الاسلام والحرية وهي نظير الاسلام فيما ذكرنا فلا يكون العبد كفئا لحرة الاصل. وكذا المعتق، لا يكون كفئا لحرة أصلية، والمعتق أبوه لا يكون كفئا لمن له أبوان في الحرية. كذا في المعراج. وظاهره أن العبد كف ء للمعتقة وفيه تأمل. وفي المجتبى: معتقة الشريف لا يكافئها معتق الوضيع. وفي التجنيس: لو كان أبوها معتقا وأمها حرة الاصل لا يكافئها المعتق لان فيه أثر

***

[٢٣٢]

الرق وهو الولاء، والمرأة لما كانت أمها حرة الاصل كانت هي حرة الاصل. وفي فتح القدير: واعلم أنه لا يبعد كون من أسلم بنفسه

كفئا لمن عتق بنفسه اهـ. قيدنا اعتبارهما في حق العجم لما في التبيين وغيره أن أبا حنيفة وصاحبيه اتفقوا أن الاسلام لا يكون معتبرا في حق العرب لانهم لا يتفاخرون به وإنما يتفاخرون بالنسب اهـ. فعلى هذا لو تزوج عربي له أب كافر بعربية لها آباء في الاسلام فهو كف ء، وأما الحرية فهي لازمة للعرب لانه لا يجوز استرقاقهم، فعلى هذا فالنسب معتبر في حق العرب فقط، وأما الحرية والاسلام فمعتبران في العرب والعجم بالنسبة إلى الزوج، وأما بالنسبة إلى أبيه وجده فالحرية معتبرة في حق الكل أيضا، وأما الاسلام فمعتبر في العجم فقط. وفي القنية: رجل ارتد والعياذ بالله ثم أسلم فهو كف ء لمن لم يجر عليها ردة اهـ. وأما الرابع وهو الديانة ففسرها في غاية البيان بالتقوى والزهد والصلاح، وإنما لم يقل والدين لانه بمعنى الاسلام فيلزم التكرار. وإن أريد بالاول إسلام الآباء وهنا إسلام الزوج لم يصح لان إسلام الزوج ليس من الكفاءة وإنما هو شرط جواز النكاح. واعتبار التقوى فيها قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو الصحيح لانه من أعلى المفاخر، والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه. وقال محمد: لا تعتبر لانه من أمور الآخرة فلا تبتنى أحكام الدنيا عليه إلا إذا كان يصفع ويسخر منه أو يخرج إلى الاسواق سكران ويلعب به الصبيان لانه مستخف به. كذا في الهداية. وفي فتح القدير معزيا إلى المحيط إن الفتوى على قول محمد ولعله المحيط لبرهاني فإنه لم أجده في المحيط الرضوي وهو موافق لما صححه في المبسوط من أنها لا تعتبر عند أبي حنيفة وتصحيح الهداية معارض له، فالافتاء بما في المتون أولى فلا يكون الفاسق كفئا للصالحة بنت الصالحين، سواء كان معلنا

***

[٢٣٣]

بالفسق أو لا كما في الذخيرة. ووقع لي تردد فيما إذا كانت صالحة دون أبيها أو كان أبوها صالحا دونها هل يكون الفاسق كفئا لها أو لا؟ فظاهر كلام الشارحين أن العبرة لصلاح أبيها وجدها فإنهم قالوا: لا يكون الفاسق كفئا للصالحة بنت الصالحين واعتبر في المجمع صلاحها فقال: فلا يكون الفاسق كفئا للصالحة. وفي الخانية: لا يكون الفاسق كفئا للصالحة بنت الصالحين فاعتبر صلاح الكل. والظاهر أن الصلاح منها أو من آبائها كاف لعدم كون الفاسق كفئا لها ولم أره صريحا. وظاهر كلامهم أن التقوى معتبرة في حق العرب والعجم فلا يكون العربي الفاسق كفئا للصالحة، عربية كانت أو عجمية وأما الخامس فالمال أطلقه فأفاد أنه لا بد من التساوي فيه وهو قول أبي بكر الاسكاف. قال في النوازل عنه: إذا ان للرجل عشرة آلاف درهم يريد أن يتزوج امرأة لها مائة ألف وأخوها لا يرضى بذلك قال: لاخيها أن يمنعها من ذلك ولا يكون كفئا. وجعله في المجتبى قول أبي حنيفة. وقيده في الهداية بأن يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى إن من لا يمكلهما أولا يملك أحدهما لا يكون كفئا لان المهر بدل البضع فلا بد إيفائه، وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه. والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا اهـ. وصححه في التبيين. ودخل في النفقة الكسوة كما في المعراج والعناية. وذكر الولوالجي: رجل ملك ألف درهم فتزوج امرأة بألف درهم وعليه دين ألف درهم ومهر مثلها ألف جاز النكاح وهذا الرجل كف ء لها وإن كانت الكفاءة بالقدرة على المهر

***

[٢٣٤]

لان هذا الرجل قادر على المهر فإنه يقضي أي الدينين شاء بذلك اهـ. واختلفوا في قدر النفقة، فقيل يعتبر نفقة ستة أشهر، وقيل نفقة شهر وصححه في التجنيس. وفي المجتبى: والصحيح أنه إذا كان قادرا على النفقة على طريق الكسب كان كفئا اهـ. فقد اختلف التصحيح وتصحيح المجتبى أظهر كما لا يخفى. وفي الذخيرة: إذا كان يجد نفقتها ولا يجد نفقة نفسه يكون كفئا، وإن لم يجد نفقتها لا يكون كفأ وإن كانت فقيرة. ولو كانت الزوجة صغيرة لا تطيق الجماع فهو كف ء وإن لم يقدر على النفقة لانه لا نفقة لها. وفي المجتبى: والصبي كف ء بغنى أبيه وهو الاصح اهـ. يعني بالنسبة إلى المهر، وأما في النفقة فلا يعد غنيا بغنى أبيه لان العادة أن الآباء يتحملون المهر عن الابناء ولا يتحملون النفقة. كذا في الذخيرة والواقعات. وفي التبيين: وقيل إن كان ذا جاه كالسلطان والعالم يكون كفئا وإن لم يملك إلا النفقة لان الخلل ينجبر به ومن ثم قالوا: الفقيه العجمي يكون كفئا للعربي الجاهل اهـ. وظاهر كلامهم أن القدرة على المهر والنفقة لا بد منه في كل زوج عربيا كان أو عجميا لكل امرأة ولو كانت فقيرة بنت فقراء كما صرح به في الواقعات معللا بأن المهر والنفقة عليه فيعتبر هذا الوصف في حقه اهـ. ففي إدخال القدرة عليهما في الكفاءة إشكال لان الكفاءة المماثلة، وهذا شرط

في حق الزوج فقط لكن قدمنا أنها شرعا المماثلة أو كون المرأة أدنى. وأما السادس فالكفاءة في الحرفة - بالكسر - وهي كما في ضياء الحلوم بكسر الحاء وسكون الراء اسم من الاحتراف وهو الاكتساب بالصناعة والتجارة. وقال في موضع آخر: الصناعة الحرفة اهـ. والظاهر أن الحرفة أعم من الصناعة لانها العلم الحاصل من التمرن على العمل ولذا عبر المصنف بالحرفة دون الصناعة، لكن قال في القاموس: الحرفة بالكسر الطعمة والصناعة يرتزق منها وكل ما اشتغل الانسان به وهي تسمى صنعة وحرفة لانه يحرف إليها اهـ. فأفاد أنهما سواء. وقد حقق في غاية البيان أن اعتبار الكفاءة في الصنائع هو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وصاحبيه

***

[٢٣٥]

لان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وهي وإن أمكن تركها يبقى عارها كما في المجتبى. وفي الذخيرة معزيا إلى أبي هريرة رضي الله عنه: الناس بعضهم أكفاء لبعض إلا حائكا أو حجاما - وفي رواية - أو دباغا. قال مشايخنا: ورابعهم الكناس فواحد من هؤلاء الاربعة لا يكون كفئا للصيرفي والجوهري وعليه الفتوى. وبعد هذا المروي عن أبي يوسف أن الحرف متى تقاربت لا يعتبر التفاوت وتثبت الكفاءة، فالحائك يكون كفئا للحجام، والدباغ يكون كفئا للكناس، والصفار يكون كفئا للحداد، والعطار يكون كفئا للبزاز. قال شمس الائمة الحلواني: وعليه الفتوى اهـ. فالمفتي به مخالفا لما في المختصر لان حقيقة الكفاءة في الصنائع لا تتحقق إلى بكونهما من صنعة واحدة إلا أن التقارب بمنزلة المماثلة فلا مخالفة. وفي فتح القدير: والحائك يكون كفئا للعطار بالاسكندرية لما هناك من حسن اعتبارها وعدم عدها نقصا ألبتة اللهم إلا أن يقترن بها خساسة غيرها اهـ. وينبغي أن يكون صاحب الوظائف في الاوقاف كفئا لبنت التاجر في مصر إلا أن تكون وظيفة دنيئة عرفا كسواق وفراش ووقاد وبواب، وتكون الوظائف من الحرف لانها صارت طريقا للاكتساب في مصر كالصنائع اهـ. وينبغي أن من له وظيفة تدريس أو نظر يكون كفئا لبنت الامير بمصر. وفي القنية: الحائك لا يكون كفئا لبنت الدهقان وإن كان معسرا، أو قيل هو كف ء اهـ. وفي المغرب: غلب اسم الدهقان على من له عقار كثيرة. وفي المجتبى: وهنا جنس أخس من الكل وهو الذي يخدم الظلمة يدعى شاكريا وتابعا وإن كان صاحب مروءة ومال فظلمه خساسة اهـ. وفي الظهيرية: والشاكرية لا يكون كفئا لاحد إلا لامثالهم وهم الذين يتبعون هؤلاء المترفين. هكذا قاله شمس الائمة الحلواني اهـ. ولا يخفى أن الظاهر اعتبار هذه الكفاءة بين الزوج وأبيها وأن الظاهر اعتبارها وقت التزوج، فلو كان دباغا أولا ثم صار تاجرا ثم تزوج بنت تاجر أصلي ينبغي أن يكون كفئا لكن ما تقدم من أن الصنعة وإن أمكن تركها يبقى عارها يخالفه كما لا يخفى. وقد أشار المصنف باقتصاره على الامور الستة إلى أنه لا يعتبر غيرها فلا عبرة بالجمال كما في الخانية، ولا يعتبر فيها العقل فالمجنون كف ء للعاقلة وفيه

***

[٢٣٦]

اختلاف بين المشايخ كما في الذخيرة، ولا عبرة بالبلد فالقروي كف ء للمدني كما في فتح القدير. فعلى هذا التاجر في القرى يكون كفئا لبنت التاجر في المصر للتقارب. ولا تعتبر الكفاءة عندنا في السلامة من العيوب التي يفسخ بها البيع كالجذام والجنون والبرص والبخر والدفر كما سيأتي، ولا تعتبر الكفاءة بين أهل الذمة، فلو زوجت نفسها فقال وليها ليس هذا كفئا لم يفرق بل هم أكفاء بعضهم لبعض. قال في الاصل: إلا أن يكون نسبا مشهورا كبنت ملك من ملوكهم خدعها حائك أو سائس فإنه يفرق بينهم لا لعدم الكفاءة بل لتسكين الفتنة والقاضي مأمور بتسكينها بينهم كما بين المسلمين. قوله: (ولو نقصت عن مهر مثلها للولي أن يفرق بينهم أو يتم المهر) يعني عند أبي حنيفة. وقالا: ليس له ذلك لان ما زاد عن العشرة حقها ومن أسقط حقه لا يعترض عليه كما في الابراء بعد التسمية. ولابي حنيفة أن الاولياء يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون بنقصانها فأشبه الكفاءة بخلاف الابراء بعد التسمية لانه لا يعير به، فحاصله أن في المهر حقوقا ثلاثة: أحدها حق الشرع وهو أن لا يكون أقل من عشرة دراهم أو ما يساويها والثاني حق الاولياء وهو أن لا يكون أقل من مهر المثل. والثالث حق المرأة وهو كونه ملكا لها. ثم حق الشرع والاولياء مراعى وقت الثبوت فقط فلا حق لهما حالة البقاء. وأفاد بقوله للولي أن يفرق أن الولي لو فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها وإن كان بعده فلها المسمى، وكذا إذا مات أحدهما قبل التفريق فليس لهم المطالبة بالتكميل لان الثابت لهم ليس إلا أن يفسخ أو يكمل، فإذا امتنع هنا عن تكميل المهر لا يمكن الفسخ، وإن طلقها الزوج قبل تفريق الولي قبل الدخول فلها نصف المسمى كما في الميحط. والمراد من الولي هنا العصبة وإن لم يكن محرما

على المختار كما قدمناه في الكفاءة فخرج القريب الذي ليس بعصبة، وخرج القاضي فلذا قال في الذخيرة من كتاب الحجر المحجور عليها: إذا تزوجت بأقل من مهر مثلها ليس للقاضي الاعتراض عليها لان الحجر في المال لا في النفس اه. قوله: (ولو زوج طفله غير كف ء أو بغبن فاحش صح ولم يجز ذلك لغير الاب والجد) يعني لو زوج الاب الصاحي ولده الصغير أمة أو بنته الصغيرة عبدا أو زوجه وزاد على مهر المثل زيادة فاحشة أو زوجها ونقص عن مهر مثلها نقصانا فاحشا فهو صحيح من الاب والجد دون غيرهما عند أبي حنيفة، ولم يصح العقد عندهما على الاصح لان الولاية مقيدة بشرط
***
[٢٣٧]
النظر فعند فواته يبطل العقد، وله أن الحكم يدار على دليل النظر وهو قر ب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على المهر والكفاءة. قيد بالغبن الفاحش لان الغبن اليسير في المهر معفو اتفاقا. كذا في غاية البيان. وقيد بالنكاح لان في التصرفات المالية كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار والصلح في دعوى المال لا يملك الاب والجد بغبن فاحش بالاجماع لان المقصود المال وقد حصل النقصان فيه بلا جابر فلم يجز، وفي النكاح وجد الجابر وهو ما قلنا من المقاصد. وأطلق في الاب والجد وقيده الشارحون وغيرهم بأن لا يكون معروفا بسوء الاختيار حتى لو كان معروفا بذلك مجانة وفسقا فالعقد باطل على الصحيح. قال في فتح القدير: ومن زوج ابنته الصغيرة القابلة للتخلق بالخير والشر ممن يعلم أنه شرير فاسق فهو ظاهر سوء اختياره ولان ترك النظر هنا مقطوع به فلا يعارضه ظهور إرادة مصلحة تفوت ذلك نظرا إلى شفقة الابوة اه. فظاهر كلامهم أن الاب إذا كان معروفا بسوء الاختيار لم يصح عقده بأقل من مهر المثل، ولا بأكثر في الصغير بغبن فاحش، ولا من غير الكف ء فيهما، سواء كان عدم الكفاءة بسبب الفسق أو لا، حتى لو زوج بنته من فقير أو محترف حرفة دنيئة ولم يكن كفئا فالعقد باطل، فقصر المحقق ابن الهمام كلامهم على الفاسد مما لا
***
[٢٣٨]
ينبغي. وذكر أصحاب الفتاوى أن الاب إذا زوج بنته الصغيرة ممن ينكر أنه يشرب المسكر فإذا هو مدمن له وقالت بعدما كبرت لا أرضى بالنكاح، إن لم يكن يعرفه الاب بشربه وكان غلبة أهل بيته صالحين فالنكاح باطل اتفاقا لانه إنما زوج على ظن أنه كف ء اه. وهو يفيد أن الاب لو عرفه بشربه فالنكاح نافذ، ولا شك أن هذا منه سوء اختيار بيقين لكن لم يلزم من تحققه كون الاب معروفا للناس به فقد يتصف به في نفس الامر ولا يشتهر به، فلا منافاة بين ما ذكروه كما لا يخفى. وفرق بين علمه وعدمه في الذخيرة بأنه إذا كان عالما بأنه ليس بكف ء علم أنه تأمل غاية التأمل وعرف هذا العقد مصلحة في حقها أما ههنا ظنه كفئا فالظاهر أنه لا يتأمل اه. وقد وقع في أكثر الفتاوى في هذه المسألة أن النكاح باطل فظاهره أنه لم ينعقد. وفي الظهيرية: يفرق بينهما ولم يقل إنه باطل وهو الحق، ولذا قال في الذخيرة في قولهم فالنكاح باطل أي يبطل. ثم اعلم أنه لا خصوصية لما إذا علمه فاسقا وإنما المراد أنه إذا زوجه بناء على أنه كف ء فإذا هو ليس بكف ء فإنه باطل، ولذا قال في القنية: زوج بنته الصغيرة من رجل ظنه حر الاصل وكان معتقا فهو باطل بالاتفاق. وقيد بتزويجه طفله لانه لو
***
[٢٣٩]
زوج أمة طفله بغبن فاحش فإنه لا يجوز اتفاقا لانه إضاعة ما لهما لان المهر ملكهما ولا مقصود آخر باطن يصرف النظر إليه كما في فتح القدير. والمراد بعدم الجواز في قوله لم يجز ذلك لغيرهما عدم الصحة وعليه ابتنى الفرع المعروف. ولو زوج العم الصغيرة حرة الجد من معتق الجد فكبرت وأجازت لا يصح لانه لم يكن العقد موقوفا إذ لا مجيز له فإن العم ونحوه لا يصح منهم التزويج لغير الكف ء، ولذا ذكر في الخانية وغيرها أن غير الاب والجد إذا زوج الصغيرة فالاحوط أن يزوجها مرتين، مرة بمهر مسمى ومرة بغير التسمية لانه لو كان في التسمية نقصان فاحش ولم يصح النكاح الاول يصح الثاني اه. ولا فرق بين الصغير والصغيرة في هذا المعنى فالتخصيص بالصغيرة مما لا ينبغي وليس للتزويج من غير كف ء حيلة كما لا يخفى. وقيد بتزويج الاب أي بنفسه لانه لا يجوز لوكيل الاب أن يزوج بنته الصغيرة بأقل من مهر مثلها. كذا في القنية. وينبغي استثناء القليل الذي يتساهل فيه كما لا يخفى. وقيدنا الاب بكونه صاحيا لان السكران إذا قصر في مهر ابنته بما لا يتغابن الناس فيه فإنه لا يجوز إجماعا، والصاحي يجوز لان الظاهر من حال السكران أنه لا

يتأمل إذ ليس له رأي كامل فيبقي النقصان ضررا محضا، والظاهر من حال الصاحي أنه يتأمل. كذا في الذخيرة. وكذا السكران إذا زوج من غير الكف ء كما في الخانية. وبه علم أن المراد بالاب من ليس بسكران ولا عرف بسوء الاختيار. وأطلق في غير الكف ء فشمل ما إذا زوجها من مملوك نفسه فعندهما لم يصح كما في الذخيرة. وقيد بالطفل لان الاب لو زوج الكبيرة من مملوكه برضاها فهو جائز اتفاقا، ولا خصوصية للاب بل كل ولي كذلك إن لم يكن لها غيره أقرب منه لم يرض به قبل العقد. والطفل الصبي ويقع على الذكر والانثى والجماعة يقال طفلة وأطفال اه.
***
[٢٤٠]
فصل حاصله بعض مسائل الوكيل والفضولي وتأخيرهما عن الولي ظاهر لان ولايته أصلية قوله: (لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه وللوكيل أن يزوج موكلته من نفسه) لان الوكيل في النكاح معبر وسفير والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق إليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه، وروى البخاري أن عبد الرحمن بن عوف قال لام حكيم بنة فارض: أتجعلين أمرك إلي؟ قالت: نعم. قال: تزوجتك. فعقده بلفظ واحد. وعن عقبة بن عامر أنه عليه السلام قال لرجل: أترضى أن أزوجك فلانة؟ قال: نعم. وقال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلانا؟ قالت: نعم. فزوج أحدهما صاحبه وكان ممن شهد الحديبية. رواه أبو داود. فما في الغاية من أن قولهم إنه سفير ومعبر لم يسلم من النقض فإن الوكيل لو زوج موكلته على عبد نفسه يطالب بتسلميه سهو فإنه لم يلزمه بمجرد العقد وإنما لزمه بالتزامه حيث جعله مهرا وأضاف العقد إليه. والمرا ببنت العم الصغيرة فيكون ابن العم أصيلا من جانب ووليا من جانب، ولا يراد بها الكبيرة هنا لانها لو وكلته فهو وكيل داخل في المسألة الثانية وإلا فهو فضولي سيأتي بطلانه إن لم يقبل عنها أحد ولو أجازته بعده. والمراد بالوكيل الوكيل في أن يزوجها من نفسه لما في المحيط: لو وكلته بتزويجها من رجل فزوجها من نفسه لم يجز لانها أمرته بالتزويج من رجل نكرة وهو معرفة بالخطاب والمعرفة لا تدخل تحت النكرة. وفي الولوالجية: لو قالت المرأة زوج نفسي ممن شئت لا يملك أن يزوجها من نفسه فرق بين هذا وبين ما إذا أوصى بثلث ماله فقال للموصى له ضع ثلث مالي حيث شئت كان للموصى له أن يضع عند نفسه، والفرق أن الزوج مجهول وجهالة الزوج تمنع صحة الشرط وصار كالمسكوت عنه بخلاف الوصية لان الجهالة لا تمنع صحة الوصية فيعتبر التفويض مطلقا اه. فلو وكلته أن يتصرف في أمورها لا
***
[٢٤١]
يملك تزويجها من نفسه بالاولى كما في الخانية، والوكالة كما تثبت بالصريح تثبت بالسكوت ولذا قال في الظهيرية: لو قال ابن العم الكبير إني أريد أن أزوجك من نفسي فسكتت فزوجها من نفسه جاز اه. ولم يقيدها بالبكر وقيدها بالبكر في غاية البيان وغيره، والظاهر أنه خاص بالولي كما سبق بيانه. وأطلق في الوكالة به فأفاد أنه لا يشترط الاشهاد عندها للصحة وإنما لخوف الانكار، ولم يبين كيف يزوجها الوكيل من نفسه وأنه هل يشترط أن يعرفها الشهود للاختلاف، فذكر الخصاف أنه لا يشترط معرفتها ولا ذكر اسمها ونسبها للشهود حتى لو قال تزوجت المرأة التي جعلت أمرها إلي على صداق كذا عندهم صح، والمختار في المذهب خلافه وإن كان الخصاف كبيرا في العلم يقتدى به. قال الولوالجي في فتاواه: امرأة وكلت رجلا أن يزوجها من نفسه فذهب الوكيل وقال اشهدوا أني قد تزوجت فلانة ولم تعرف الشهود فلانة لا يجوز النكاح ما لم يذكر اسمها واسم أبيها وجدها لانها غائبة والغائبة لا تعرف إلا بالنسبة، ألا ترى أنه لو قال تزوجت امرأة وكلتني بالنكاح لا يجوز. وإن كانت حاضرة متنقبة ولا يعرفها الشهود فقال اشهدوا أني تزوجت هذه المرأة فقالت المرأة زوجت نفسي منه جاز وهو المختار لانها حاضرة والحاضرة تعرف بالاشارة، فإذا أرادوا الاحتياط يكشف وجهها حتى يعرفها الشهود أو يذكر اسمها واسم أبيها واسم جدها حتى يكون متفقا عليه فيقع الامن من أن يرفع إلى قاض يرى قول من لا يجوز وهو نصير بن يحيى فيبطل النكاح. هذا كله إذا كان الشهود لا يعرفون المرأة، أما إذا كانوا يعرفونها وهي غائبة فذكر اسمها لا غير جاز النكاح إذا عرف الشهود أنه أراد به المرأة التي عرفوها لان المقصود من النسبة التعريف وقد حصل باسمها اه. وقد وقع في كثير من الفتاوى: والاحتياط كشف وجهها أو ذكر اسمها بكلمة أو والصواب بالواو كما في عمدة الفتاوى للصدر الشهيد لان الاحتياط الجمع بينهما لا أحدهما. وفي الخانية: رجل أرسل رجلا ليخطب له امرأة يعينها فذهب الرسول وزوجها إياه جاز لانه أمره بالخطبة وتمام الخطبة

بالعقد اهـ. ويشترط للزوم عقد الوكيل موافقته في المهر المسمى فلذا قال في الخانية: لو وكله في أن يزوجه فلانة بألف درهم فزوجها إياه بألفين، إن أجاز الزوج جاز، وإن رد بطل النكاح، وإن لم يعلم الزوج بذلك حتى دخل بها فالخيار باق
***
[٢٤٢]
إن أجاز كان عليه المسمى لا غير، وإن رد بطل النكاح فيجب مهر المثل إن كان أقل من المسمى وإلا يجب المسمى، وإن لم يرض الزوج بالزيادة فقال الوكيل أنا أغرم الزيادة وألزمكما النكاح لم يكن له ذلك. ثم قال: امرأة وكلت رجلا ليزوجها بأربعمائة درهم فزوجها الوكيل وأقامت مع الزوج سنة ثم زعم الزوج أن الوكيل زوجها منه بدينار وصدقة الوكيل في ذلك، فلو كان الزوج مقرا أن المرأة لم توكله بدينار كانت المرأة بالخيار إن شاءت أجازت النكاح بدينار وليس لها غير ذلك، وإن شاءت ردت النكاح ولها عليه مهر مثلها بالغا ما بلغ بخلاف ما تقدم لان ثمة المرأة رضيت بالمسمى، فإذا بطل النكاح ووجب العقر بالدخول لا يزاد على ما رضيت، أما هنا المرأة ما رضيت بالمسمى في العقد فكان لها مهر المثل بالغا ما بلغ، وليس لها نفقة العدة، وإن كان الزوج يدعي التوكيل بدينار وهي تنكر كان القول قولها مع اليمين وهذا أمر يحتاط فيه، وينبغي أن يشهد على أمرها وتجيزه بعد العقد إذا خالف أمرها، وكذا الولي إذا كانت بالغة يفعل ما يفعله الوكيل اهـ. قوله: (ونكاح العبد والامة بغير إذن السيد موقوف كنكاح الفضولي) شروع في بيان الفضولي وبعض أحكامه، وهو من يتصرف لغيره بغير ولاية ولا وكالة أو لنفسه وليس أهلا له. وإنما زدناه ليدخل نكاح العبد بغير إذن إن قلنا إنه فضولي وإلا فهو ملحق به في أحكامه. والفضولي جمع فضل غلب في الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية له فيه، فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف أنت فضولي يخشى عليه الكفر، وصفته أنه عقد صحيح غير نافذ، والاصل أن كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة. وقال الشافعي: تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على إثبات الحكم فيلغو. ولنا أن ركن التصرف صدر من أهله مضافا إلى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا حتى إذا رأى المصلحة فيه ينفذه، وقد يتراخى حكم العقد عن العقد. وفسر المجيز في النهاية بقابل يقبل الايجاب، سواء كان فضوليا أو وكيلا أو أصيلا، فإن كان له مجيز حالة العقد توقف وإلا بطل بيانه: الصبي إذا باع ما له أو اشترى أو تزوج أو زوج أمته أو كاتب عبده أو نحوه يتوقف على إجازة الولي في حالة الصغر، فلو بلغ قبل أن يجيزه الولي فأجازه بنفسه نفذ لانها كانت متوقفة ولا ينفذ بمجرد بلوغه، ولو طلق الصبي امرأته أو خلعها أو أعتق عبده على مال أو دونه أو وهب أو تصدق أو زوج عبده أو باع ما له بمحاباة فاحشة أو اشترى بأكثر من القيمة بما لا يتغابن فيه أو غير ذلك مما لو فعله وليه لا ينفذ كانت هذه
***
[٢٤٣]
الصور باطلة غير متوقفة ولو أجازها بعد البلوغ لعدم المجيز وقت العقد إلا إذا كانت لفظ الاجازة يصلح لابتداء العقد فيصح على وجه الانشاء كأن يقول بعد البلوغ أوقعت ذلك الطلاق والعتاق اهـ. قال في فتح القدير: وهذا يوجب أن يفسر المجيز هنا بمن يقدر على إمضاء العقد لا بالقابل مطلقا ولا بالولي إذ لا توقف في هذه الصور وإن قبل فضولي آخر أو ولي لعدم قدرة الولي على إمضائها اهـ. ومن الباطل لكونه لا مجيز له تزويجه أمة وتحته حرة أو أخت امرأته أو خامسة أو صغيرة في دار الحرب إذا لم يكن سلطان ولا قاض، وأما كفالة المكاتب وتوكيله بعتق عبده ووصيته بعين من ماله فصحيح إذا أجاز بعد عتقه إلا في الاول فبغير إجازة لما عرف في التبيين. ودخل تحت تعريف الفضولي ما لو علق طلاق زوجة غيره بشرط فهو موقوف، فإن أجاز الزوج تعلق فتطلق بوجود الشرط، ولو وجد قبلها لم تطلق عندها إلا إذا وجد ثانيا بعدها. كما في فتح القدير. ولذا قلنا من يتصرف ولم نقل من يعقد عقدا ولذا فسر في فتح القدير المجيز بمن يقدر على الامضاء لا بالقابل إذ ليس في اليمين قابل. وفي التجنيس: حر تزوج عشر نسوة بغير إذنهن فبلغهن الخبر فأجزن جميعا جاز نكاح التاسعة والعاشرة لانه لما تزوج الخامسة كان رد النكاح الاربع، فلما تزوج التاسعة كان رد النكاح الاربع الاخر فبقي نكاح التاسعة والعاشرة موقوفا على إجازتهما اهـ. وفي الخانية: عبد تزوج امرأة بغير إذن المولى ثم امرأة فبلغ المولى فأجاز الكل، فإن لم يكن دخل بهن جاز نكاح الثالثة لان الاقدام على نكاح الثالثة فسخ لنكاح الاولى والثانية فيتوقف نكاح الثالثة فينفذ بإجازة المولى، وإن كان دخل بهن لا يصح نكاحهن لان الاقدام على نكاح الثالثة في عدة الاولى والثانية لم يصح فلم يكن فسخا

لما قبلها فلا تصح إجازة المولى كما لو تزوجهن في عدة واحدة اهـ. وهذا يوجب تقييد ما في التجنيس أيضا. وقوله موقوف أي على الاجازة فلو تزوج بغير إذن السيد ثم أذن السيد لا ينفذ لان الاذن ليس بإجازة فلا بد من إجازة العبد

***

[٢٤٤]

العاقد وإن صدر العقد منه كما في التجنيس. وتثبت الاجازة لنكاح الفضولي بالقول والفعل، فمن الاول أجزت ونحوه، وكذا نعم ما صنعت وبارك الله لنا وأحسنت وأصبت وطلقها إلا إذا قال المولى لعبده كما سيأتي في بابه. ومن الثاني قبول المهر بخلاف قبول الهدية. وقولها لا يعجبني هذا المهر ليس ردا فلها الاجازة. ومن أحكام الفضولي أنه يملك فسخ ما عقده في بعض الصور دون بعض كما ذكره أصحاب الفتاوى. قال في الظهيرية: والفضولي في باب النكاح لا يملك الرجوع قبل الاجازة والوكيل في النكاح الموقوف يملك الرجوع قولا أو فعلا بيانه: رجل وكل رجلا بأن يزوجه امرأة فزوجه امرأة بالغة بغير إذنها أو زوجها أبوها فلم يبلغها حتى نقض الوكيل النكاح قولا أو فعلا بأن يزوجه أختها صح ولو كان فضوليا، والمسألة بحالها لا يملك. وروي عن أبي يوسف في قوله الاول أن الفضولي يملك الرجوع أيضا، والفضولي في باب البيع يملك الرجوع بالاجماع لان الرجوع فرار عن العهدة في باب البيع بخلاف النكاح، وفي وجه الوكيل يملك الفسخ قولا لا فعلا بأن وكله بأن يزوجه امرأة بعينها فزوجها بغير رضاها ملك الوكيل نقضه قولا لانه وكيل فيه، ولا يملك نقضه فعلا حتى لو زوجه أختها لا ينقض نكاح الاولى لانه فضولي في نكاح الثانية، وفي وجه يملك الفسخ فعلا لا قولا نحو أن يوكل رجلا بأن يزوجه فأجاز الوكيل نكاحا باشره قبل ذلك صح استحسانا، ولا يملك نقض هذا النكاح قولا لانه كان فضوليا حين عقده، ويملك نقضه فعلا بأن يزوجه أختها من غير رضاها لانه وكيل في العقد الثاني اهـ. فحاصله أن كل عقد صدر من الفضولي في النكاح فإنه لا يملك نقضه قولا ولا فعلا لانه لا عهدة عليه ليتخلص منها إلا إذا صار وكيلا بعده فله نقضه فعلا لضرورة امتثال ما وكل فيه، وإنما ملك الوكيل في الموقوف الفسخ مع أنه لا عهدة عليه أيضا لتنجيز مراد الموكل فإنه لم يحصل مقصوده بالموقوف، فللوكيل الانتقال عنه إلى غيره. وإنما لم يجز له الفسخ فعلا في المسألة الثانية لان الموكل بتزوجها معينة فحيث زوجها له انتهت وكالته فلم يملك تزويجا آخر، ولذا كان فضوليا في الثاني. وتفرع على الاصل المذكور ما لو زوج فضولي رجل خمس نسوة في عقد متفرقة فللزوج أن يختار أربعا منهن ويفارق الاخرى بخلاف ما لو تزوج الرجل خمس نسوة في عقد متفرقة بغير رضاهن لان إقدامه على نكاح الخامسة يتضمن نقض نكاح الاربع دلالة بخلاف الفضولي لا يملك النقض لا صريحا ولا دلالة. كذا في الظهيرية. ومن أحكامه أيضا أن العقد النافذ من جانب إذا طرأ على غير نافذ الجانبين يرفعه، ولو طرأ موقوف على نافذ من أحد الجانبين لا يرفعه، ولو طرأ نافذ من أحد الجانبين على نافذ من جانبه يرفعه بيانه: رجل وكل رجلا بأن يزوجه امرأة بألف فزوجها إياه على خمسين دينارا بإذنها أو بغير إذنها ثم زوجها بألف ينفسخ الاول، ولو زوجها الوكيل إياه بألف درهم بغير إذنها ثم زوجها إياه بخمسين بغير إذنها يبقي الاول، فإن إجازته جاز ويبطل الثاني لان الاول

***

[٢٤٥]

كان نافذا من وجه. كذا في الظهيرية أيضا. ثم اعلم أن إجازة نكاح الفضولي صحيحة بعد موت العاقد الفضولي بخلاف إجازة بيعه بعد موته. ذكره الزيلعي في بيع الفضولي. فعلى هذا يشترط قيام المعقود له وأحد العاقدين لنفسه فقط بخلاف البيع فإنه يشترط قيام أربعة مع الثمن إن كان عرضا. قوله: (ولا يتوقف شطر العقد على قبول ناكح غائب) أي لا يتوقف الايجاب على قبول من كان غائبا عن المجلس بل يبطل ولا يلحقه إجازة، وهذا بالاتفاق كما لو أوجب أحد المتعاقدين فلم يقبل الآخر في المجلس فإنه يبطل الايجاب لا نعلم فيه خلافا. ولا فرق في هذا بين البيع والنكاح وغيرهما من العقود فقوله ناكح ليس بقيد احترازي. ثم اختلفوا في أن ما يقوم بالفضولي عقد تام فيصح أن يتولى الطرفين أو شطره فلا يتوقف، فعند أبي حنيفة ومحمد شطر فيبطل، وعند أبي يوسف عقد تام فيتوقف لانه لو كان مأمورا من الجانبين ينفذ فإذا كان فضوليا يتوقف فصار كالخلع والطلاق والاعتاق على مال. ولهما أن الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه ينتقل كلامه إلى العاقدين، وما يجري بين الفضوليين عقد تام فكذا الخلع واختاره لانه يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به فتفرع على هذا الاصل

ست صور: ثلاث اتفاقية وهي قول الرجل تزوجت فلانة، أو المرأة تزوجت فلانا، أو الفضولي زوجت فلانا من فلانة، وقيل آخر في الثلاث فالعقد متوقف لحصول الشطرين. وثلاثة خلافية هي هذه إذا لم يقبل أحد فلا تقوم عبارة الفضولي مقام عبارتين، سواء تكلم بكلام واحد أو بكلامين حتى لو قال زوجت فلانا وقبلت عنه لم يتوقف على قولهما وهو الحق خلافا لما ذكر في الحواشي لاتفاق أهل المذهب في نقل قولهما على أن الفضولي الواحد لا يتولى الطرفين وهو مطلق، ولو عبر به المصنف لكان أولى. وحاصل متولي الطرفين بالقسمة العقلية عشرة: واحد منها مستحيل وهو الاصيل من الجانبين، وأربعة هي من منطوق المتن على الخلاف: الفضولي من الجانبين، والفضولي من جانب الوكيل من جانب، والفضولي من جانب الاصيل من جانب، والفضولي من جانب الولي من جانب، فعندهما لا يتوقف كما قدمناه. والخمسة الباقية مستفادة من مفهوم المتن وهي نافذة بالاتفاق: الوكيل من الجانبين، والولي من الجانبين، والاصيل من جانب الولي من جانب، والوكيل من جانب الاصيل من
***
[٢٤٦]
جانب، والولي من جانب الوكيل من جانب. ثم إذا تولى الطرفين في هذه المسائل الخمس فقوله زوجت فلانة من نفسي يتضمن الشطرين فلا يحتاج إلى القبول بعده، وكذا ولي الصغيرين القاضي وغيره، والوكيل من الجانبين يقول زوجت فلانة من فلان. وقال شيخ الاسلام خواهر زاده: وهذا إذا ذكر لفظا هو أصيل فيه، أما إذا ذكر لفظا هو نائب فيه فلا يكفي، فإن قال تزوجت فلانة كفى، وإن قال زوجتها من نفسي لا يكفي لانه نائب فيه. وعبارة الهداية صريحة في نفي هذا الاشتراط وصرح بنفيه في التجنيس أيضا في علامة غريب الرواية والفتاوى الصغرى قال: رجل زوج بنت أخيه من ابن أخيه فقال زوجت فلانة من فلان يكفي ولا يحتاج أن يقول قبلت، وكذا كل من يتولى طرفي العقد إذا أتى بأحد شطري الايجاب يكفيه ولا يحتاج إلى الشطر الآخر لان اللفظ الواحد يقع دليلا من الجانبين. كذا في فتح القيدر. قوله: (والمأمور بنكاح امرأة مخالف بامرأتين) لانه لا وجه إلى تنفيذهما للمخالفة ولا إلى التنفيذ في أحدهما غير عين للجهالة ولا إلى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق عند عدم الاجازة وهو مراد صاحب الهداية بدليل أنه قال في صدر المسألة: لم تلزمه واحدة منهما. فكان كلامه مستقيما فاندفع به ما ذكره الشارح من عدم استقامته، ولذا عبر المصنف بالمخالفة ليفيد عدم النفاذ وأنه عقد فضولي فإن أجاز نكاحهما أو إحداهما نفذ فيه بالامر بواحدة لانه لو أمره يزوجه امرأتين في عقدة فزوجه واحدة جاز إلا أذا قال لا تزوجني إلا امرأتين في عقدة واحدة فحينئذ لا يجوز. كذا في غاية البيان. ومثله ما في المحيط: لو أمره أن يزوجه امرأتين في عقدة فزوجهما في عقدتين جاز، ولو قال لا تزوجني امرأتين إلا في عقدتين فزوجهما في عقدة لا يجوز، والفرق أن في الاول أثبت الوكالة حالة الجمع ولم ينف الوكالة حال التفرد نصا بل سكت عنه والتنصيص على الجمع لا يدل على نفي ما عداه، وفي العقد الثاني نفي الوكالة حالة التفرد والنفي مفيد لان فائدته في الجمع أكثر لما فيه من تعجيل مقصوده فلا بد من مراعاة النفي فلم يصر وكيلا حالة الانفراد اه. وهذا بخلاف البيع لو أمره أن يشتري ثوبين في صفقة لا يملك التفريق لان الثياب إذا اشتريت جملة تؤخذ بأرخص مما تشترى على التفاريق فاعتبر قوله فيه فأما ههنا بخلافه. كذا في النهاية. وفي الخانية: لو
***
[٢٤٧]
وكله أن يزوجه فلانة أو فلانة فأيتهما زوجه جاز ولا يبطل التوكيل بهذه الجهالة، وإنه زوجهما جميعا في عقدة واحدة لم يجز واحدة منهما كما لوكل رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه امرأتين في عقدة واحدة لم يجز اه. وقيد بكون المرأة منكرة أخذا من التنكير لانه لو عينها فزوجها وأخرى معها تلزمه المعينة. وقيد في الهداية نكاح المرأتين بأن يكون في عقد واحد لانه لو زوجهما في عقدتين تلزمه الاولى ونكاح الثانية موقوف على الاجازة لانه فضولي فيه، ولذا قال في المختصر بامرأتين ولم يقل بعقدين، وفرعوا على أن التنصيص على الشئ لا ينفي الحكم عما عداه لو قال زوج ابنتي هذه رجلا يرجع إلى علم ودين بمشورة فلان فزوجها رجلا على هذه الصفة من غير مشورة فإنه يجوز كما في الخانية، وأما إذا قال له بع عبدي هذا بشهود أو بمحضر فلان فباعه بغير شهود أو بغير محضر فلان فإنه يجوز بخلاف ما إذا قال لا تبعه إلا بشهود فباعه بغير شهود فإنه لا يجوز كما في الظهيرية قوله: (لا بأمة) أي لا يكون المأمور بنكاح امرأة مخالفا بنكاح أمة لغيره فينفذ على الموكل عند أبي حنيفة رجوعا إلى إطلاق اللفظ وعدم التهمة. وقالا: لا يجوز أن يزوجه كفئا لان المطلق ينصرف

إلى المتعارف وهو التزوج بالاكفاء. قلنا: العرف مشترك أو هو عرف عملي فلا يصح مقيدا، وذكر في الوكالة أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل واحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة فكانت الاستعانة في التزوج بالكف ء. كذا في الهداية. وظاهره ترجيح قولهما لان الاستحسان مقدم على القياس إلا في مسائل معدودة ليس هذا منها، ولذا قال الاسبيجابي: قولهما أحسن للفتوى واختاره أبو الليث. وفي فتح القدير: والحق أن قول أبي حنيفة ليس قياسا لانه أخذ بنفس اللفظ المنصوص فكان النظر في أي الاستحسانين أولى اه. قيد بكونه أمره بنكاح امرأة ولم يصفها لانه لو وكله بتزويج حرة فزوجه أمة أو عكسه لم يجز، ولو زوجه في عسكه مدبرة أو أم ولد أو مكاتبة جاز. وأطلق في الآمر فشمل الامير وغيره، ووضعها في الهداية في الامير ليفيد أن غيره بالاولى. وقيد بكون الآمر رجلا لانها لو وكلته في تزويجها ولم تعين فزوجها غير كف ء كان مخالفا على قول أبي حنيفة أيضا على الاصح كما في الخانية لاعتبارها من جهة الرجال، وإن كان كفئا إلا أنه أعمى أو مقعد أو صبي أو معتوه فهو جائز، وكذا لو كان خصيا أو عنينا وإن كان لها التفريق بعد ذلك. وأفاد المصنف أن الامر المطلق يجري على إطلاقه ولا يجوز تقييده إلا بدليل، وإن العرف المشترك لا يصح مخصصا فالوكيل بتزويج امرأة ليس مخالفا لو زوجه عمياء أو شوهاء لها لعاب سائل

***

[٢٤٨]

وعقل زائل وشق مائل أو شلاء أو رتقاء أو صغيرة لا يجامع مثلها أو كتابية أو امرأة حلف بطلاقها أو زوجه امرأة على أكثر من مهر مثلها ولو بغبن فاحش عند الامام، أو زوجها رجلا بأقل من مهر مثلها كذلك، أو امرأة كان الموكل آلي منها أو في عدة الموكل والاصل أن الوكيل إذا خالف إلى خير أو كان خلافه كلا خلاف نفذ عقده كما لو أمره بعمياء فزوجه بصيرة، وليس منه ما إذا أمره بالفاسد فزوجه صحيحا بل لا يجوز لعدم الوكالة بالنكاح أصلا. وأما العدة بعد الدخول فيه وثبوت النسب فليس حكما له بل للوطئ إذ لم يتمحض زنا بخلاف أمره بالبيع الفاسد له البيع صحيحا. وليس منه أيضا ما إذا وكله بألف فلم ترض المرأة حتى زادها الوكيل ثوبا من مال نفسه فإنه موقوف على إجازة الزوج لكونه ضررا على تقدير استحقاق الثوب أو هلاكه قبل التسليم فإنها ترجع بقيمته على الزوج لا الوكيل - كما في الذخيرة - وللزوج الخيار. وإذا دخل بها قبل العلم فإن اختار التفريق فكالنكاح الفساد. وليس منه أيضا ما إذا أمره ببيضاء فزوجه سوداء أو على القلب، أو من قبيلة كذا فزوجه من أخرى فإنه غير نافذ، وقيدنا بكون الامة لغيره لانه لو زوجه أمة نفسه ولو مكاتبته - كما في المحيط - فإنه لا ينفذ للتهمة كما لو زوجه بنته فإن كانت صغيرة لا يجوز اتفاقا، وكذا موليته كبنت أخيه الصغيرة، وإن كانت كبيرة فكذلك عنده خلافا لهما. ولو زوجه أخته الكبيرة برضاها جاز اتفاقا، والوكيل من قبل المرأة إذا زوجها من أبيه أو ابنه لا يجوز في قول أبي حنيفة، وفي كل موضع لا ينفذ فعل الوكيل فالعقد موقوف على إجازة الموكل، وحكم الرسول كحكم الوكيل في جميع ما ذكرنا، وضمانهما المهر صحيح. وإنكار المرسل والموكل الرسالة والوكالة بعد الضمان ولا بينة لا يسقط الضمان عنهما فيجب نصف المهر، وتوكيل المرأة المتزوجة بالتزويج إذا طلقت وانقضت عدتها صحيح كتوكيلة أن يزوجه فلانة وهي

***

[٢٤٩]

متزوجة فطلقت وحلت فزوجها فإنه صحيح. وإذا زوج الوكيل موكله زوجة الغير أو معتدته أو أم امرأته ودخل بها الموكل غير عالم ولزمه المهر فلا ضمان على الوكيل كما في الخانية. وفي الذخيرة: الوكيل بتزويج امرأة إذا زوجه امرأة على عبد للوكيل أو عرض له فهو نافذ ولزم الوكيل تسليمه، وإذا سلم لا يرجع على الزوج بشئ، ولو كان مكان النكاح خلعا يرجع على المرأة بما أدى، ولو زوجه الوكيل امرأة بألف من ماله بأن قال زوجتك هذه المرأة بألف من مالي أو بألفي هذه جاز والمال على الزوج ولا يطالب الوكيل بالالف المشار إليه لعدم تعينها في المعاوضات وتمامه فيها. وفي المحيط: ولو زوجه على عبد الزوج جاز استحسانا وعلى الزوج قيمة عبده لا تسليم عينه والله تعالى أعلم. باب المهر هو حكم العقد فيتعقبه في الوجود فعقبه في البيان ليحاذي بتحقيقه الوجودي تحقيقه التعليمي. وفي الغاية: له أسام: المهر والنحلة والصداق والعقر والعطية والاجرة والصدقة والعلائق والحباء. قوله: (صح النكاح بلا ذكره) لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين، ثم المهر واجب شرعا إبانة لشرف المحل فلا يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح، وكذا إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها لما بيناه. واستدل له في غاية البيان بقوله تعالى * (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن

فريضة ومتعوهن) * (البقرة: ٢٢٦) فقد حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية ولا يكون الطلاق إلا في النكاح الصحيح، فعلم أن ترك التسمية لا يمنع صحة النكاح. وذكر الاكمل والكمال أنه لا خلاف لاحد في صحته بلا ذكر المهر قوله: (وأقله عشرة دراهم) أي أقل المهر شرعا للحديث لا مهر أقل من عشرة دراهم وهو وإن كان ضعيفا فقد تعددت طرقه، والمنقول في الاصول أن الضعيف إذا تعددت طرقه فإنه يصير حسنا إذا كان ضعفه بغير الفسق، ولانه حق الشرع وجوبا إظهارا لشرف المحل فيقدر بماله خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة. أطلق الدراهم فشمل

***

[٢٥٠]

المصكوك وغيره، فلو سمى عشرة تبرا أو عرضا قيمته عشرة تبرا لا مضروبة صح، وإنما تشترط المصكوكة في نصاب السرقة للقطع تقليلا لوجود الحد. وشمل الدين والعين فلو تزوجها على عشرة دين له على فلان صحت التسمية لان الدين مال، فإن شاءت أخذته من الزوج وإن شاءت ممن عليه الدين. كذا في المحيط. زاد في الخانية: ويؤاخذ الزوج حتى يوكلها بقبض الدين من المديون ا ه‍. فقد جعلوا الدين مالا هنا وأدخلوه تحت قوله تعالى * (إن تبتغوا بأموالكم) * (النساء: ٢٤) ولم يجعلوه مالا في الزكاة فلم يجز الدين عن العين ولا في الايمان، فلو حلف لا مال له وله دين على موسر لا يحنث. وشمل الدية أيضا ولذا قال في الظهيرية: ولو تزوجها على ما وجب له من الدية على عاقلتها فلا شئ لها على عاقلتها لانها مؤدية عنهم. وفي المحيط: لو تزوجها على عيب عبد اشتراه منها جاز لانها لما تزوجت على عيبه صارت مقرة بحصة العيب لان النكاح لا بد له من مهر فيكون نكاحا بمال، فإن كانت قيمة العيب عشرة فهو مهرها وإلا يكمل عشرة ا ه‍. ومراد المصنف أن أقله عشرة أو ما يقوم مقامها بالقيمة، واختلف في وقت القيمة فظاهر الرواية أن الاعتبار وقت العقد ولا اعتبار ليوم القبض، فلو كانت قيمته يوم العقد عشرة وصارت يوم التسليم ثمانية فليس لها إلا هو، ولو كان على عكسه لها العرض المسمى ودرهمان. ولا فرق في ذلك بين الثوب والمكيل والموزون لان ما جعل مهرا لم يتغير في نفسه وإنما التغيير في رغبات الناس. كذا في البدائع. وفي المحيط: ولو تزوجها على ثوب وقيمته عشرة فقبضته وقيمته عشرون وطلقها قبل الدخول والخلوة والثوب مستهلك ردت عشرة لانه إنما دخل في ضمانها بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض ا ه‍. فالحاصل أن الاعتبار ليوم العقد في حق التسمية وليوم القبض في حق دخوله في ضمانها. وفي الذخيرة: النكاح إذا أضيف إلى دراهم عين لا يتعلق بعينها وإنما يتعلق بمثلها دينا في الذمة، وإذا أضيف إلى دراهم دين في ذمة المرأة تتعلق بعينها ولا يتعلق بمثلها دينا في الذمة لان المهر عوض من وجه من حيث إنه ملك بمقابلة شئ صلة من وجه من حيث إنه لا مالية لما يقابله من كل وجه حتى يجب الحيوان دينا في الذمة في النكاح والدراهم تتعين في الصلات لا في المعاوضات فعلمنا بحقيقة المعاوضة إذا أضيف إلى الدراهم العين فتعلق بمثلها، وعلمنا بمعنى الصلة إذا أضيف إلى الدين فتعلق بعينها عملا بالشبهين. وفائدة الاول لو تزوجها أحد الدائنين على حصته من دين لهما عليها فليس للساكت مشاركته

***

[٢٥١]

لتعلقه بعين الحصة، وفائدة الثاني لو تزوجها أحدهما على دراهم مطلقة بقدر حصته من الدين وصار قصاصا فلشريكه أن يأخذ منه نصفها لتعلقه بمثلها، والدين إذا كان على غير المرأة فهو كالعين يتعلق النكاح بمثله لانه لو تعلق بالعين لكان تمليك الدين من غير من عليه الدين بخلاف ما إذا كان عليها، وفائدته أنها مخيرة إن شاءت أخذت من الزوج وإن شاءت من العاقلة ا ه‍. والاخير مخالف لما قدمناه عن الظهيرية، ويمكن التوفيق بأن ما في الذخيرة مصور بأنه تزوجها على أرش له على عاقلتها وأمرها بقبض ذلك، وما في الظهيرية خال عن الآمر بالقبض، وقد علم أنه لو تزوجها على دراهم وأشار إليها فله إمساكها ودفع مثلها، ولو دفع الدراهم إليها ثم طلقها قبل الدخول لا يتعين عليها رد عين نصفها وإنما يتعين رد مثلها كما في جامع الفصولين، وفرع عليه ما إذا كان المهر ألفا دفعه إليها وحال الحول ووجبت الزكاة عليها ثم طلقها قبل الدخول فإنه لا يسقط عنها زكاة النصف لانه لما لم يتعين رد العين كان بمنزلة دين حادث ا ه‍. ومن أحكام المهر أنه يصبح تأجيله إلى وقت مجهول كالحصاد والدياس وهو الصحيح، ولو تزوجها بألف درهم على أن ينقد ما تيسر له والبقية إلى سنة كان الالف كله إى سنة إلا أن تقيم المرأة البينة أنه تيسر له منها شئ أو كله فتأخذه. كذا في الظهيرية. قوله: (فإن سماها أو دونها فلها عشرة بالوطئ أو بالموت) لان بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البدل وبالموت ينتهي النكاح

نهايته والشئ بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه، وسيأتي أن الخلوة كالوطئ فحاصله أن المهر يجب بالعقد ويتأكد بإحدى معان ثلاث،
***
[٢٥٢]
وينبغي أن يزاد رابع وهو وجوب العدة عليها منه كما سيأتي في العدة لو طلقها بائنا بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا في العدة وجب كمال المهر الثاني بدون الخلوة والدخول لان وجوب العدة عليها فوق الخلوة، وينبغي أن يزاد خامس وهو ما لو أزال بكارتها بحجر ونحوه فإن لها كمال المهر كما صرحوا به بخلاف ما إذا أزالها بدفعة فإنه يجب النصف لو طلقها قبل الدخول. ولو دفعها أجنبي فزالت بكارتها وطلقت قبل الدخول وجب نصف المسمى على الزوج وعلى الاجنبي نصف صداق مثلها، وإنما لم يجب مهر المثل إذا سمى دون العشرة كما
***
[٢٥٣]
قال زفر لان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة، فأما ما يرجع إلى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها، ولا معتبر بانعدام التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير، وقد علم حكم الاكثر بالاولى لان التقدير في المهر يمنع النقصان فقط. وفي المحيط. والظهيرية: لو تزوجها على ألفين ألف منها لله تعالى أو للخاطب أو لولدي أو لفلان فالمهر ألف لان هذا استثناء، في كلام واحد. وفي الظهيرية: لو تزوجها على غنم بعينها أن أصوافها لي كان له الصوف استحسانا ولو تزوجها على جارية حبلى على أن ما في بطنها تكون له الجارية وما في بطنها لها ا ه‍. وكأنه لان الحمل كجزئها فلم يصح استثناؤه. وفي الولوالجية والخانية: لو تزوجها على ألف درهم من نقد البلد فكسدت وصار النقد غيرها كان على الزوج قيمة تلك الدراهم يوم كسدت هو المختار، ولو كان مكان النكاح بيعا فسد البيع لان الكساد بمنزلة الهلاك وهلاك البدل يوجب فساد البيع بخلاف النكاح ا ه‍. قوله: (وبالطلاق قبل الدخول يتنصف) أي المسمى لقوله تعالى * (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) * () الآية. والاقيسة متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختيار، وفيه عود المعقود عليه إليها سالما فكان المرجع فيه النص. كذا في الهداية وهو بيان للواقع لانه جواب سؤال مقدر كما فهمه الشارحون، وتمامه في فتح القدير. وشمل الدخول الخلوة لما في المجتبى: ولو يذكر الخلوة مع أنها شرط لما أن اسم الدخول يشملها لانها دخول حكما ا ه‍. وظاهر قوله يتنصف أن النصف يعود إلى ملك الزوج. وأطلقه وفيه تفصيل، فإن كان المهر لم يسلمه إليها عاد إلى ملك الزوج نصفه بمجرد الطلاق، وإن كان مقبوضا لها فإنه لا يبطل ملك المرأة في النصف إلا بقضاء أو رضا لان الطلاق قبل الدخول أوجب فساد سبب ملكها في النصف، وفساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت ملكها بالقبض، فأولى أن لا يمنع بقاءه، فلو أعتق الزوج العبد المهر المقبوض بعد الطلاق قبله لم ينفذ في شئ منه،
***
[٢٥٤]
ولو قضى القاضي بعد ذلك يعود نصفه إلى ملكه لانه عتق سبق ملكه فلم ينفذ ونفذ عتق المرأة في الكل، وكذا بيعها وهبتها لبقاء ملكها في الكل قبل القضاء والرضا. وإذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها رد النصف بعد وجوبه فتضمن نصف قيمته للزوج يوم قبضت، ولو وطئت الجارية بشبهة فحكم العقر حكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل كالارش لانه بدل من جزء من عينها فإن المستوفى بالوطئ في حكم العين. وفي الظهيرية: ولو زاد المهر زيادة منفصلة كالولد والثمر والارش والعقر قبل القبض فكلها تتنصف بالطلاق قبل الدخول، وبعد القبض لا تتنصف وعليها نصف قيمة الاصل يوم قبضت، وكذلك لو ارتدت - والعياذ بالله تعالى - أو قبلت ابن الزوج وإن كانت بدل المنافع كالكسب والغلة والموهوب للمهر فهي للمرأة وليست بمهر عند أبي حنيفة، وعندهما يتنصف مع الاصل. وكذلك على هذا كسب المبيع قبل القبض ولو آجره الزوج فالاجرة له ولزمه التصدق بها والزيادة المتصلة قبل القبض تتنصف بالاجماع، وبعد القبض تتنصف عند محمد خلافا لهما، والزيادة المنفصلة بعد القبض إذا هلكت يتنصف الاصل دون الزيادة. ولو استولد الزوج الجارية الممهورة قبل القبض وادعى نسب الولد ثم طلقها قبل الدخول تتنصف الجارية والولد لان العلوق وجد في ملك الغير فلم تصح الدعوة، وذكر في كتاب الدعوى أنه يثبت النسب وتصير الجارية أم ولد له لانه عاد إليه قديم ملكه وعتق نصف الولد بإقراره لانه جزء منه ويسعى الولد في نصف قيمته للمرأة على الروايتين جميعا. ثم اعلم أن حاصل الزيادة في المهر أنها إذا حدثت بعد قبض

المرأة ثم طلقها قبل الدخول فإنها لا تتنصف، سواء كانت متصلة متولدة أو منفصلة متولدة أولا إلا متصلة متولدة عند محمد، وأما إذا حدثت قبل القبض فإن المتولدة تتنصف متصلة أو منفصلة، وغير المتولدة لا تتنصف، وفي خيار العيب الزيادة المتولدة متصلة أو منفصلة غير متولدة فإنها لا تمنع الرد به، والمتصلة غير المتولدة والمنفصلة المتولدة يمنعان الرد به، وفي البيع الفاسد كل زيادة فإنها لا تمنع الاسترداد والفسخ إلا زيادة متصلة غير متولدة، وفي باب الرجوع في الهبة فإن الزيادة المتصلة متولدة أو غير متولدة مانعة من الرجوع والمنفصلة متولدة أو لا غير مانعة، وفي باب الغصب لا يمنع من رد العين إلا الزيادة المتصلة الغير المتولدة التي لا يمكن فصل المغصوب عنها، فلتحفظ هذه المواضع فإنها نفيسة. وأما المتصلة الغير المتولدة كالصبغ في مسألة الزيادة في المهر فخارجة عن البحث. واعلم بأن الاوصاف لا تفرد بالعقد ولا تفرد بضمان العقد، والاتلاف يرد على الاوصاف فأمكن إظهار حكم الاتلاف فيها فنقول: إذا حدث في المهر عيب سماوي إن شاءت أخذته ناقصا بلا غرمه النقصان، وإن شاءت أخذت

***

[٢٥٥]

قيمته يوم العقد، وإن حدث بفعل الزوج فإن شاءت أخذت وقيمة النقصان، وإن شاءت أخذت قيمته يوم العقد، وإن حدث بفعل الزوج صارت قابضة، وإن حدث بفعل أجنبي فإن شاءت أخذته وقيمة النقصان من الاجنبي، وإن شاءت أخذته قيمته من الزوج ولا حق لها في النقصان. وإن حدث بفعل المهر فكالآفة السماوية في رواية، وفي ظاهر الرواية هو كحكم جناية الزوج، والحدوث بفعل المهر أن يكون المهر عبدا فقطع يده أو فقأ عينه، وإذا قبضت المهر فتعيب بفعلها أو بآفة سماوية أو بفعل المهر قبل الطلاق أو بعده قبل الحكم بالرد فإن شاء الزوج أخذ نصفه ولا يضمنها النقصان، وإن شاء ضمنها نصف قيمته صحيحا يوم القبض، وإن كان ذلك بعد الطلاق والحكم بالرد فللزوج أن يأخذه ونصف الارش، وإن تعيب بفعل الاجنبي يضمنها نصف القيمة لا غير، وإن تعيب بفعل الزوج فهو بالخيار كما في الاجنبي. كذا في الظهيرية. فصار حاصل وجوه النقصان عشرين، لانه إما أن يكون بآفة سماوية أو بفعله أو بفعلها أو بفعل المهر أو بفعل الاجنبي، وكل من الخمسة على أربعة لانه إما أن يكون في يد الزوج أو في يدها قبل الطلاق أو في يدها بعده قبل الحكم بالرد أو بعده بعد الحكم وأحكامها مذكورة، كما أن حاصل وجوه الزيادة ثمانية لانها إما أن تكون متصلة متولدة أو لا، أو منفصلة متولدة أو لا، وكل منها إما أن تكون في يده أو في يدها والاحكام مذكورة إلا حكم المتصلة الغير المتولدة كالصبغ لظهور أنها لا تتنصف، وينبغي أن تكون وجوه النقصان خمسة وعشرين، فإن النقصان في يد الزوج أعم من أن يكون قبل الطلاق أو بعده فهي خمسة في خمسة. وإذا ولدت الجارية الممهورة في يد الزوج فهلكا ثم طلقها قبل الدخول بها أخذت نصف قيمة الام لا غير، وإن قتلهما الزوج فإن شاءت ضمنته نصف قيمة الام يوم العقد، وإن شاءت ضمنت عاقلته نصف قيمتها، وتضمن العاقلة نصف قيمة الولد يوم القتل ولا يضمن الزوج نقصان الولادة إلا أن يكون فاحشا. ولو تزوجها على زرع بقل فاستحصد الزرع في يدها ثم طلقها قبل الدخول بها فلا سبيل للزوج على الزرع، ولو تزوجها على عشرين شاة عجفاء فحملت في يدها ودر اللبن في ضروعها ثم طلقها قبل الدخول بها يأخذ الزوج نصفها، ولو تزوجها على أرض قراح على أنها ثلاثون جريبا فإذا هي عشرون إن شاءت أخذت القراح ناقصا لا غير، وإن شاءت أخذت قيمته ثلاثين جريبا مثل هذه الارض، ولو تزوجها على نخل صغار فطالت وكبرت في يدها ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصفها. نص عليها في المنتقى. قال رحمه الله: وعندي هذا محمول على قول محمد لان المذهب عنده أن الزيادة المتصلة لا تمنع التنصيف ا ه‍. ما في الظهيرية بحروفه. وينبغي

***

[٢٥٦]

أن تكون مسألة الشاة كمسألة النخل محمولة على قول محمد، وظاهر ما في المختصر أن بالطلاق قبل الدخول يسقط نصف المهر ويبقى النصف وهو قول المحققين. وقيل يسقط كله ويجب نصف المهر بطريق المتعة، واختاره في الهداية في باب الرجوع عن الشهادات. قال في الجوهرة: وفائدته أنه لو تزوجها على مائة درهم ورهنها بها رهنا ثم طلقها، فعلى القول الاول لها إمساك الرهن، وعلى الثاني لا ا ه‍. وفي البدائع: ضعف القول بسقوط الكل. ثم إيجاب النصف بأنه لا فائدة فيه وأن طريق أصحابنا هو الاول. وذكر الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد في الرهن، فعند محمد هو رهن بها، وعند أبي يوسف لا. وفي القنية: افترقا فقالت افترقنا بعد الدخول. وقال الزوج

قبل الدخول فالقول قولها لانها تنكر سقوط نصف المهر ا ه. وفيها أيضا: لو تبرع بالمهر عن الزوج ثم طلقها قبل الدخول أو جاءت الفرقة من قبلها يعود نصف المهر في الاول والكل في الثاني إلى ملك الزوج بخلاف المتبرع بقضاء الدين إذا ارتفع السبب يعود إلى ملك القاضي إن كان بغير أمره، وتمامه فيها من كتاب المداينات. قوله: (وإن لم يسمه أو نفاه فلها مهر مثلها إن وطئ أو مات عنها) لما روي في السنن والجامع الترمذي عن عبد الله بن مسعود في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الصداق فقال لها الصداق كاملا وعليها العدة ولها الميراث فقال معقل بن سنان: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم لله قضى به في تزويج بنت واشق. قال الترمذي: هو حسن صحيح. ولانه حق الشرع وجوبا وإنما يصير حقها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي ومن صوره ما إذا تزوجها على ألف على أن ترد إليه ألفا لان الالف بمقابلة مثلها فبقي النكاح بلا تسمية كما في المحيط. ومنها ما إذا تزوجها على عبدها، وليس منها ما إذا تزوجها على عبد الغير فإنه إذا لم يجز مالكه وجبت قيمته. ومنها ما في القنية: قالت زوجت نفسي منك بخمسين دينارا وأبرأتك من الخمسين فقال قبلت ينعقد بمهر المثل لعدم التسمية. ومنها ما فيها: تزوجتك بمهر جائز في الشرع وجب مهر المثل ولا ينصرف إلى العشرة لان مهر المثل جائز شرعا أيضا، وفي المعراج لها العشرة. ومنها ما إذا تزوجها على حكمها أو حكمه أو حكم رجل آخر أو على ما في بطن جاريتي أو أغنامي كما في فتح القدير. ومنها ما في الظهيرية: لو تزوجها على أن يهب الزوج لابيها ألف درهم كان لها مهر المثل. وهب لابيها ألفا أو لم يهب، فإن وهب كان له أن يرجع في الهبة. ومنها ما فيها أيضا: لو تزوجها على دراهم كان لها مهر المثل ولا يشبه الخلع. ومنها تسمية المحرم. ومنها تسمية المجهولة جهالة

***

[٢٥٧]

فاحشة كما سيأتي كما إذا تزوجها على ما يكسبه العام أو يرثه كما في البدائع. ومنها تسمية ما لا يصلح مهرا كتأخير الدين عنها سنة والتأخير باطل كما في الظهيرية، أو أبرئ فلان من الدين فيجب مهر المثل كما في الخانية، وليس منها ما إذا تزوجها على حجة فإن لها قيمة حجة وسط لا مهر المثل كما في الظهيرية. وفسر في المعراج الوسط بركوب الراحلة. وليس منها ما إذا تزوجها على عتق أخيها عنها فإنه لا شئ لها لثبوت الملك لها اقتضاء في الاخ بخلاف ما إذا تزوجها على عتق أخيها أو طلاق ضرتها فإنه يجب مهر المثل لانهما ليسا بمال، وتمامه في المحيط. ثم اعلم أن وجوب مهر المثل بتمامه عند عدم التسمية مشروط بأن لا يشترط الزوج عليها شيئا لما في الولوالجية والمحيط: لو تزوجها على أن تدفع إليه هذا العبد يقسم مهرها على قيمة العبد وعلى مهر مثلها لان المرأة بذلت البضع والعبد بإزاء مهر مثلها، والبدل ينقسم على قدر قيمة المبدل، فما أصاب قيمة العبد فالبيع فيه فاسد لانها باعته بشئ مجهول والباقي يصير مهرا ا ه. ويخالفه ما نقلاه أيضا: لو قال لامرأة أتزوجك على أن تعطيني عبدك هذا فقبلت جاز النكاح بمهر المثل ولا شئ له من العبد فيحتاج إلى الفرق. وقد يقال: إن في الثانية لم يجعل العبد مبيعا بل هبة فلا ينقسم مهر المثل على العبد وعلى مهر المثل بدليل أنه ذكر الاعطاء والعطية الهبة، وفي الاولى جعل العبد مبيعا فانقسم مهر المثل بدليل أنه ذكر الدفع لا الاعطاء. وأما إذا تزوجها على ألف على أن تدفع إليه هذا العبد فقال في المحيط: صح النكاح والبيع لان البيع مشروط في النكاح، فأما النكاح غير مشروط في البيع فثبت البيع ضمنا للنكاح. ولو قال في المختصر أو مات أحدهما لكان أولى لان موتها كموته كما في التبيين. وليس من صور عدم التسمية ما لو تزوجت بمثل مهر أمها والزوج لا يعلم مقدار مهر أمها فإنه جائز بمقدار مهر أمها، ولو طلقها الزوج قبل الدخول بها فلها نصف ذلك وللزوج الخيار إذا علم مقدار مهر أمها كما لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا ثم علم بوزنه ولا خيار للمرأة. كذا في الذخيرة. وليس منها ما إذا افترقا وبقي عليه عشرة دنانير من المهر ثم تزوجها بتلك العشر فإن المصرح به في القنية أنه تزوج بمثل العشرة فيكون المهر عشرة أخرى غير عشرة الدين. قوله: (والمتعة إن طلقها الوطئ) أي لها المتعة إن لم يسم شيئا وطلقها قبل الوطئ والخلوة لقوله تعالى * (ومتعوهن على الموسع قدره) * () الآية. ثم هذه المتعة واجبة رجوعا إلى الامر، ولا يكون لفظ المحسنين قرينة صارفة إلى الندب لان المحسن أعم من

***

[٢٥٨]

المتطوع والقائم بالواجب أيضا فلا ينافي الوجوب مع ما انضم إليه من لفظ حقا وعلى وفي الاسرارى للدبوسي قال علماؤنا: والمتعة بعد الطلاق قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه تجب خلفا عن مهر المثل الذي كان واجبا به قبل الطلاق بدلا عن الملك الواقع بالعقد

للرجل على المرأة في الحالين جميعا ا هـ. ثم اعلم أن المتعة إنما تجب في موضع لم تصبح التسمية من كل وجه، أما إذا صحت من وجه دون وجه فإنه لا تجب المتعة وإن وجب مهر المثل بالدخول كما إذا تزوجها على ألف درهم وكرامتها أو على ألف وعلى أن يهدي لها هدية، فإنه إذا طلقها قبل الدخو كان لها نصف الالف لا المتعة مع أنه لو دخل بها وجب مهر المثل لا ينقص من الالف - كما في غاية البيان - لان المسمى لم يفسد من كل وجه لانه على تقدير كرامتها والاهداء يوجب الالف لا مهر المثل. قيد بالطلاق والمراد منه فرقة جاءت من قبله ولم يشاركه صاحب المهر في سببها، طلاقا كانت أو فسخا كالطلاق والفرقة بالايلاء واللعان والجب والعنة وردته وإبائه الاسلام وتقبيله ابنتها أو أمها بشهوة للاحتراز عن فرقة جاءت من قبلها قبل الدخول فإنه لا متعة لها، لا وجوبا ولا استحبابا كما في فتح القدير. كما لا يجب نصف المسمى لو كان موجودا كردتها وإبائها الاسلام وتقبيلها ابنه بشهوة والرضاع وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة، وقيدنا بأنه لم يشاركه في سببها للاحتراز عما إذا اشترى منكوحته من المولى أو اشتراها وكيله منه فإن مالك المهر يشارك الزوج في السبب وهو الملك فلذا لا تجب المتعة ولا نصف المسمى بخلاف ما لو باعها المولى من رجل ثم اشتراها الزوج منه فإنها واجبة كما في التبيين. قوله: (وهي درع وخمار وملحفة) وهو مروي عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهما. ودرع المرأة بالدال المهملة ما تلبسه فوق القميص وهو مذكر، والخمار ما تغطي به المرأة رأسها، والملحفة هي الملاءة وهي ما تلتحف به المرأة. كذا في المغرب. ولم يذكر في الذخيرة
***
[٢٥٩]
الدرع وإنما ذكر القيمص وهو الظاهر. وفي المعراج قال فخر الاسلام: هذا في ديارهم أما في ديارنا تلبس أكثر من ذلك فيزاد على هذا إزار ومكعب ا هـ. وفي البدائع: ولو أعطاها قيمة الاثواب دراهم أو دنانير تجبر على القبول لان الاثواب ما وجبت لعينها بل من حيث إنها مال كالشاة في خمس من الابل في باب الزكاة ا هـ. ولم يذكر المصنف اعتبارها بحاله أو بحالها للاختلاف فالكرخي اعتبر حالها. واختاره القدوري، فإن كانت سفلة فمن الكرباس، وإن كانت وسطة فمن القز، وإن كانت مرتفعة الحال فمن الابريسم فإنها بدل بضعها فتعتبر بحالها، والامام السرخسي اعتبار حاله وصححه في الهداية عملا بقوله تعالى * (على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) * (البقرة: ٢٣٦) لكن ليس على إطلاقه قالوا: فلا تزاد على نصف مهر مثلها لان الحق عند التسمية آكد وأثبت منه عند عدم التسمية. ثم عندها لا يزاد على نصف المسمى فلان لا يزاد عند عدمها على نصف مهر المثل أولى. ولا تنقص المتعة عن خمسة دراهم لانها تجب على طريق العوض وأقل عوض ثبت في النكاح نصف عشرة فلا بد في المتعة من ملاحظة هذين الامرين، فليس ملاحظة الامرين مناقضا للقول باعتبار حاله كما في فتح القدير، ودعواه بأن الملاحظة المذكورة صريحة في اعتبار حالها ممنوعة لانها لو كانت غنية قيمة متعتها مائة درهم والزوج فقير يناسبه أن تكون المتعة في حقه عشرين درهما فعلى من اعتبر حاله الواجب عشرون، وعلى من اعتبر حالها الواجب المائة. نعم لو كان غنيا وحاله يقتضي مائة وهي فقيرة متعتها عشرون فحينئذ لا يزاد على العشرين لا باعتبار حالها بل لما ذكرناه، والامام الخصاف اعتبر حالهما قالوا: وهو أشبه بالفقه. وصححه الولوالجي لان في اعتبار حالة تسوية بين الشريفة والخسيسة وهو منكر بين الناس فقد اختلف الترجيح، والارجح قول الخصاف لان الولوالجي في فتاواه صححه وقال: وعليه الفتوى. كما أفتوا به في النفقة، وظاهر كلامهم أن ملاحظة الامرين على جميع الاقوال معتبرة فلا يزاد على نصف مهر المثل ولا ينقص عن خمسة دراهم كما هو صريح الاصل والمبسوط. وفي فتح القدير وإطلاق الذخيرة: كونها وسطا لا بغاية الجودة ولا بغاية الرداءة لا يوافق رأيا من الثلاثة الاعتبار بحاله أو حالها أو حالهما ا هـ. ولعله سهو لان اعتبار الوسط موافق للاقوال كلها لانه على قول من اعتبر حالها وكانت فقيرة مثلا فإنه يجب لها الكرباس الوسط لا الجيد ولا الردئ، وفي
***
[٢٦٠]
المتوسطة قز وسط، وفي المرتفعة إبريسم وسط. وعلى قول من اعتبر حاله وكان فقيرا يجب لها الكرباس الوسط، وإن كان متوسطا فقز وسط، وإن كان غنيا فإبريسم وسط. على قول من اعتبر حالهما فإن كانا فقيرين فالواجب كرباس وسط، وإن كانا غنيين فالواجب إبريسم وسط، وإن كان أحدهما غنيا والآخر فقيرا فالواجب قز وسط، فقد علمت أن الوسط معتبر على كل تقدير، وفي الظهيرية: الكفيل بمهر المثل لا يكون كفيلا بالمتعة الواجبة والرهن بمهر المثل القياس أن لا يصير رهنا بالمتعة حتى لا يحبس بها وهو قول أبي

يوسف، وفي الاستحسان يصير رهنا بالمتعة حتى يحبس بها وهو قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد وهي من المسائل الثلاث التي رجع أبو يوسف من الاستحسان إلى القياس لقوة وجه القياس. والثانية إذا تلا آية السجدة في ركعة ثم أعادها في الركعة الثانية القياس أن تكفيه سجدة واحدة وهو قول أبي يوسف الآخر، وفي الاستحسان تلزمه أخرى وهو قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد. والثالثة العبد إذا جنى جناية فيما دون النفس يخير المولى بين الدفع والفداء فإن اختار الفداء ثم مات المجني عليه فالقياس أن يخير المولى ثانيا وهو قول أبي يوسف الآخر، وفي الاستحسان أن لا يخير وهو قوله الاول وهو قول محمد اهـ. قوله: (وما فرض بعد العقد أو زيد لا يتنصف) أي بالطلاق قبل الدخول أما ما فرض بعد العقد فلان هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل بدليل أنه لا شفعة للشفيع لو فرض لها دارا بعد العقد بخلاف ما لو دفع لها الدار بدلا عن المسمى في العقد فإن له الشفعة لانه بيع بدليل أنها لو طلقت قبل الدخول ترد نصف المسمى لا نصف الدار وذلك لا يتنصف، فكذا ما نزل منزلته. والمراد بقوله تعال * (فنصف ما فرضتم) * (البقرة: ٢٣٧) المفروض في العقد إذ هو الفرض المتعارف. أطلقه فشمل ما إذا كان الفرض بعد العقد بتراضيهما أو بفرض القاضي فإن لها أن ترفعه إلى القاضي ليفرض لها إذا لم يكن فرض لها في العقد. كذا في فتح القدير. وقد يقال: إن فرض القاضي المذكور إذا لم يكن برضاه فهو

***

[٢٦١]

متوقف على النظر فيمن يماثلها في الاوصاف الآتية من نساء أبيها، ويثبت عند ذلك بالبينة كما سيأتي فهو قضاء بمهر المثل لا طريق لفرضه جبرا إلا به كما لا يخفى. وأما ما زيد على المسمى فإنما لا يتنصف لما ذكرنا أن التنصيف يختص بالمفروض في العقد، ودل وضع المسألة على جواز الزيادة في المهر بعد العقد وهي لازمة له بشرط قبولها في المجلس على الاصح كما في الظهيرية، أو قبول وليها إن كانت صغيرة ولو لم تقبل كما في أنفع الوسائل، واستدلوا لجوازها بقوله تعالى * (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة) * (النساء: ٢٤) فإنه يتناول ما تراضوا على إلحاقه وإسقاطه، ولا يلزم كون الشئ بدل ملكه إلا لو قلنا بعدم الالتحاق ونحن نقول بالتحاقه بأصل العقد. ومن فروع الزيادة على المهر لو راجع المطلقة رجعيا على ألف فإن قبلت لزمت وإلا فلا، ومن فروعها لو وهبت مهرها من زوجها ثم إن الزوج أشهد أن لها عليه كذا في مهرها تكلموا فيه، والمختار عند الفقيه أبي الليث أن إقراره جائز إذا قبلت، ووجهه في التجنيس بوجوب تصحيح التصرف ما أمكن وقد أمكن بأن يجعل كأنه زاد على المهر. وفي القنية: جدد للحلال نكاحا بمهر يلزم إن جدده لاجل الزيادة لا احتياطا ا هـ. وفي الظهيرية تزوجها بألف ثم جدد النكاح بألفين، المختار عندنا أن لا تلزمه الالف الثانية لانها ليست بزيادة لفظا ولو ثبتت الزيادة إنما تثبت في حق ضمن النكاح فإذا لم يصح النكاح لم يصح ما في ضمنه ا هـ. وفي القنية: قال بعد المهر جعلت ألف درهم مهرك لا يلزم ا هـ. فالحاصل أنهم اتفقوا على أن النكاح بعد النكاح لا يصح وإنما الاختلاف في لزوم المهر. وفي البزازية من الصلح: الصلح بعد الصلح باطل وكذا الصلح بعد الشراء والشراء بعد الشراء فالثاني أحق ا هـ. وقيد في جامع الفصولين والقنية الاخيرة بأن يكون الثمن الثاني أكثر من الاول أو أقل لينفسخ العقد الاول، فإن كان بمثل الاول فالاول أحق لعدم الفائدة. وفي الولوالجية: امرأة قالت لرجل زوجتك نفسي على ألف درهم فقال الزوج قبلت النكاح على ألفين جاز النكاح لانه أجاب بما خاطبته وزيادة، فإن قالت المرأة قبل أن يتفرقا قبلت الالفين فعلى الزوج ألفا درهم لانها قبلت الزيادة، وإن لم تقبل المرأة حتى تفرقا جاز النكاح على ألف. وهذا يجب أن يكون قول أبي يوسف ومحمد بناء على أن في الالفين ألفا وزيادة وعليه الفتوى ا هـ. بلفظه.

***

[٢٦٢]

وبما نقلناه علم أنه لا يشترط في صحتها لفظ الزيادة. وأشار بقوله زيد إلى أنه معلوم فلو قال زدتك في مهرك ولم يعين لم تصح الزيادة للجهالة كما في الواقعات. وأطلق في صحة الزيادة فأفاد أنها صحيحة بلا شهود كما في القنية، وشمل الزيادة بعد هبة المهر والابراء منه، وشمل ما إذا كانت الزيادة من جنس المهر أو من غير جنسه كما في أنفع الوسائل، وشمل ما إذا زاد بعد موتها فإنها صحيحة إذا قبلت الورثة عند أبي حنيفة خلافا لهما كما في التبيين من البيوع، وشمل ما إذا كان بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة وأما بعد انقضاء العدة في الرجعي وبعد الطلاق البائن فلم أر فيه نقلا. قال في أنفع الوسائل: وقياس الزيادة بعد موتها أن تصح فيهما عند أبي حنيفة

بل بالطريق الاولى لان في الموت انقطع النكاح وفات محل التمليك وبعد الطلاق قابل، وما ذكر في إكراه شيخ الاسلام من أن الزيادة في المهر بعد الفرقة باطلة هكذا روى بشر عن أبي يوسف قال: إذا طلق امرأته ثلاثا قبل الدخول بها أو بعده ثم زاده في المهر لم تصح الزيادة، محمول على أنه قول أبي يوسف وحده لا على قول أبي حنيفة لان أبا يوسف خالفه في الزيادة بعد موت المرأة فيكون قد مشى على أصله ا ه‍. وأما الزيادة بعد عتقها فذكر في التبيين في زيادة المبيع والثمن أنه لو زوج أمته ثم أعتقها ثم زاد الزوج على مهرها بعد العتق تكون الزيادة للمولى لانها تلتحق بأصل العقد ا ه‍. ويوافقه ما
***
[٢٦٣]
في المحيط من آخر باب نكاح الاماء: قال الزوج للمعتقة لك خمسون درهما على أن تختاريني لزم العقد ولا شئ لها لانه لا يصح أخذ العوض عنه، ولو قال اختاريني ولك خمسون درهما زيادة على صداقك صحت وتجب الزيادة للمولى لانه وجب بدلا عن البضع لانه زيد على الصداق والمال يصلح عوضا عن البضع فيلتحق بأصل العقد ا ه‍. ويخالفه ما في المحيط أيضا من باب خيار العتق والبلوغ: رجل زوج أمته من رجل ثم أعتقها ثم زاد الزوج في المهر فالزيادة لها ولا أجبر الزوج على دفع الزيادة للمرأة، وكذلك إن باعها فالزيادة للمشتري ولا أجبره على دفع الزيادة إليه لانها بمنزلة الهبة ا ه‍. وهو ضعيف لانه رواية المنتقى ولمخالفته الاصل الممهد وهو الالتحاق بأصل العقد. وفي التلخيص وشرحه: لو قال زدتك في صداقك كذا على أن تختاريني ففعلت بطل خيارها وتكون الزيادة للمولى للالتحاق كالزيادة بعد موت البائع، إذا قبل الوارث تكون للميت حتى تقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه بخلاف تعليق الزيادة بدخول الدار حيث لا يصح ولا يجب شئ لانها معتبرة بأصل العقد ا ه‍. وقيد بزيادة المهر لان زيادة المنكوحة لا تجوز كما إذا زوجه أمة ثم زاده أخرى لان الشرع ما ورد بتمليك الزيادة المتولدة في المملوكة بالنكاح تبعا للمنكوحة بخلاف البيع كما سيأتي في بابه. قوله: (وصح حطها) أي حط المرأة من مهرها لان المهر في حالة البقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء. والحط في اللغة الاسقاط كما في المغرب، أطلقه فشمل حط الكل أو البعض، وشمل ما إذا قبل الزوج أو لم يقبل بخلاف الزيادة فإنه لا بد في صحتها من قبولها في المجلس كما قدمناه. وقيد في البدائع الابراء عن المهر بأن يكون دينا أي دراهم أو دنانير، وظاهره أن حط المهر العين لا يصح لان الحط لا يصح في الاعيان. وفي أنفع الوسائل: الظاهر أن الحط يرتد بالرد وإن لم يتوقف على القبول كهبة الدين ممن عليه الدين إذا رد ولم أر فيه نقلا صريحا ا ه‍. وقد ظفرت بالنقل صريحا من فضل الله ولله الحمد والمنة. ذكر في
***
[٢٦٤]
القنية من كتاب المداينات من باب الابراء من المهر: قالت لزوجها أبرأتك ولم يقل الزوج قبلت أو كان غائبا فقالت أبرأت زوجي يبرأ إلا إذا رده ا ه‍. بلفظه. وقيد بحطها لان حط أبيها غير صحيح فإن كانت صغيرة فهو باطل وإن كانت كبيرة توقف على إجازتها، فإن ضمنه الاب إن لم تجزه البنت فالضمان باطل كما قدمنا نقله عن الخلاصة في باب الاولياء. ولا بد في صحة حطها من الرضا حتى لو كانت مكرهة لم يصح ولذا قال في الخلاصة من كتاب الهبة: إذا خوف امرأته بضرب حتى وهبت مهرها لا يصح إن كان قادرا على الضرب ا ه‍. وفي القنية من الاكراه: تزوج امرأة سرا وأراد أن تبرأه من المهر فدخل عليها أصدقاؤه وقالوا لها إما أن تبرئيه من لمهر وإلا قلنا للشحنة كذا وكذا فيسود وجهك فأبرأته خوفا من ذلك فهو إكراه ولا يبرأ، ولو لم يقولوا فيسود وجهك والمسألة بحالها فليس بإكراه ا ه‍. ولو اختلفا في الكراهية والطوع ولا بينة فالقول لمدعي الاكراه، ولو أقاما البينة فبينة الطواعية أولى كما في القنية في نظيره من الدعوى. وفي الخلاصة: قال لمطلقته لا أتزوجك ما لم تهبيني مالك على من المهر فوهبت مهرها على أن يتزوجها ثم إن الزوج أبى أن يتزوجها فالمهر باق على الزوج تزوج أو لم يتزوج، ولو قال لامرأته أبرئيني من مهرك حتى أهب لك كذا فوهبت مهرها وأبى الزوج أن يهب لها ما وعد يعود المهر. ذكره في النكاح. وفيها من الهبة: لو قالت لزوجها وهبت مهري منك على أن كل امرأة تتزوجها تجعل أمرها بيدي إن لم يقبل الزوج الهبة لا تصح الهبة، وقد ذكرنا الجواب المختار أنها تصح من غير قبول وإن قبل إن يجعل أمرها بيدها فالهبة ماضية، وإن لم يجعل فكذلك عند البعض، والمختار أن المهر يعود. وعلى هذا لو قالت وهبت مهري منك على أن لا تظلمني أو على أن تحج بي أو على أن تهب لي كذا وإن لم يكن هذا شرطا في الهبة لا يعود المهر ا ه‍. وهو مشكل لان تعليق الابراء بالشرط باطل.

وفيها من النكاح: لو أحالت إنسانا على الزوج على أن يؤدي من المهر ثم وهبت المهر من الزوج لا يصح وهي الحيلة لمن أرادت أن تهب المهر ولا يصح، ولو وهبت مهرها من أبيها ووكلته بالقبض يصح ا ه. وفي القنية: وله ثلاث حيل غير هذه: إحداها شراء شئ ملفوف من زوجها بالمهر قبل الهبة. والثانية صلح إنسان معها عن المهر بشئ ملفوف قبل الهبة. والثالثة هبة المرأة المهر لابن صغير لها قبل الهبة. كذا في كتاب المداينات.

***

[٢٦٥]

وفي التجنيس: وهبت المهر لابنها الصغير وقبل الاب فالمختار أنها لا تصح لانها هبة غير مقبوضة ا ه. وفيها: قالت لزوجها إن كان يهمك المهر فقد أبرأتك يبرأ في الحال وليس بتعليق، ولو طلق امرأته ثلاثا ولم تعلم به ثم قال لها إن لم تبرئيني من المهر فأنت طالق ثلاثا فأبرأته وقبل يبرأ. وقال أبو حامد: يبرأ قبل أو لم يقبل. ولو قالت الصداق الذي لي على زوجي ملك فلان بن فلان لا حق لي فيه وصدقها المقر له ثم أبرأت زوجها عنه يبرأ، ولو قالت المهر الذي لي على زوجي لوالدي لا يصح إقرارها به ا ه. وفي كتاب النكاح منها: اختلفا في هبة المهر فقالت وهبته لك بشرط أن لا تطلقني وقال بغير شرط فالقول قولها ا ه. وذكر في الدعوى: لو أقاما البينة فبينة المرأة أولى، وقيل بينة الزوج أولى، ولا بد في صحة حطها من أن لا تكون مريضة مرض الموت لما عرف في إبراء الوارث. وفي الخلاصة من المهر: وهبت مهرها من الزوج وماتت ثم اختلفت ورثتها مع ازوج قالت الورثة كانت الهبة في مرض الموت وقال الزوج كانت في الصحة فالقول قول الزوج لانه ينكر المهر ا ه. وفي القنية من كتاب الهبة: وهبت مهرها من زوجها في مرض موتها ومات زوجها قبلها فلا دعوى لها لصحة الابراء ما لم تمت، فإذا ماتت منه فلورثتها دعوى مهرها ا ه. وفيها أيضا من باب البينتين المتضادتين: أقام الزوج بينة أنها أبرأته من الصداق حال صحتها وأقام الورثة بينة أنها أبرأته في مرض موتها فبينة الصحة أولى، وقيل بينة الوارث أولى ا ه. والراجح الاول. وفيها أيضا من الهبة: أبرأه عن الدين ليصلح مهمه عند السلطان لا يبرأ وهو رشوة، ولو أبى الاضطجاع عند امرأته فقال لها أبرئيني من المهر فأضطجع معك فأبرأته، قيل يبرأ لان الابراء للتودد الداعي في الجماع وقال عليه السلام تهادوا تحابوا بخلاف الابراء في الاول لانه مقصور على إصلاح المهم وإصلاح المهم مستحق عليه ديانة وبذل المال فيما هو مستحق عليه حد الرشوة ا ه. وفيها من كتاب الدعوى: امرأة ماتت فطلب زوجها من ورثتها براءته من المهر فأبوا فأعطى المهر ثم ظهر له بينة أن امرأته أبرأته في حال الصحة ولم يعلم الزوج بذلك فله أن يرجع بما أعطى من المهر ديانة فهذا يشير إلى أنه لا يرجع عليهم قضاء ا ه. وفيها من باب البينتين المتضادتين: أقامت المرأة بينة على المهر على أن زوجها كان مقرا بذلك إلى يومنا هذا وأقام الزوج البينة أنها أبرأته من هذا المهر الذي تدعي فبينة البراءة أولى، وكذا في الدين ا ه. ويشترط في صحة إبرائها عن المهر علمها بمعناها لما في التجنيس: لو قال لها قولي وهبت مهري منك فقالت المرأة ذلك وهي لا تحسن العربية لا يصح، فرق بين هذا وبين العتق والطلاق حيث يقعان، والفرق أن الرضا شرط جواز الهبة وليس بشرط لجواز العتق والطلاق ا ه. وأشار

***

[٢٦٦]

المصنف إلى أنه لو تزوجها بمائة دينار على أن تحط عنه خمسين منها فقبلت فهو صحيح بالاولى كما في الخانية. قوله: (والخلوة بلا مرض أحدهما وحيض ونفاس وإحرام وصوم فرض كالوطئ) بيان للسبب الثالث المكمل للمهر وهي الخلوة الصحيحة لانها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع، وقد حكى الطحاوي إجماع الصحابة عليه، ويدل عليه حديث الدارقطني من كشف خمار امرأة أو نظر إليها وجب الصداق، دخل أو لم يدخل وحينئذ فالمراد بالمس في قوله تعالى * (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) * (البقرة: ٢٣٧) الخلوة إطلاقا لاسم المسبب على السبب إذا لمس مسبب عن الخلوة عادة ويكون كما له بالجماع بحضرة الناس بالاجماع لا بالآية. ومن فروع لزوم المهر بالخلوة لو زنى بامرأة فتزوجها وهو على بطنها فعليه مهران: مهر بالزنا لانه سقط الحد بالتزوج قبل تمام الزنا، والمهر المسمى بالنكاح لان هذا يزيد على الخلوة. وقد شرط المصنف في إقامتها مقام الوطئ شروطا ترجع إلى أربعة أشياء: الخلوة الحقيقية، وعدم مانع حسي، وعدم مانع طبعي، وعدم مانع شرعي من الوطئ. فالاول للاحتراز عما إذا كان هناك ثالث فليست بخلوة، سواء كان ذلك الثالث بصيرا أو أعمى أو يقظانا أو نائما بالغا أو صبيا يعقل. وفصل في المبتغى

في الاعمى فإن لم يقف على حاله تصح وإن كان أصم إن كان نهارا لا تصح وإن كان ليلا تصح ا ه. وشمل الثالث زوجته الاخرى وهو المذهب بناء على كراهة وطئها بحضرة ضرتها. واختلف في الجارية على أقوال، قيل لا تمنع مطلقا ولو كانت جارية لغيرهما، وقيل جاريتها تمنع بخلاف جاريته والمختار أن جاريتها لا تمنع كجاريته كما في الخلاصة وعليه الفتوى كما في المبتغى، وجزم الامام السرخسي في المبسوط بأن كلا منهما يمنع وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه لانه يمتنع من غشيانها بين يدي أمته طبعا ا ه. وشمل الثالث الكلب إن كان عقورا مطلقا وإن لم يكن عقورا فكذلك إن كان لها، وإن كان له صحت الخلوة. وخرج من الثالث الصبي الذي لا يعقل والمجنون والمغمى عليه. والمراد بالذي يعقل هنا ما يمكنه أن يعبر ما يكون بينهما كما في الخانية وللاحتراز عن مكان لا يصلح للخلوة، والصالح لها أن يأمنا فيه اطلاع غيرهما عليهما كالدار والبيت ولو لم يكن له سقف، وكذا الخيمة في المفازة والمحل الذي عليه قبة مضروبة، وكذا البستان الذي له باب وأغلق فلا تصح في المسجد والطريق الاعظم والحمام وسطح الدار من غير ساتر والبستان الذي ليس له باب وإن لم يكن هناك أحد، واختلف في البيت إذا كان بابه مفتوحا أو طوابقه بحيث لو نظر إنسان رآهما ففي
***
[٢٦٧]
مجموع النوازل: إن كان لا يدخل عليهما أحد إلا بإذن فهي خلوة. واختار في الذخيرة أنه مانع وهو الظاهر. ويصح أن تكون هذه الفروع داخلة في المانع الحسي لان وجود ثالث وعدم صلاحية المكان مانع حسي كما في الاسرار. وأشار بالمرض إلى المانع الحسي وعممه بعدم الفرق بين مرضه ومرضها. وأطلقه فأفاد أن مطلق المرض مانع وهو كذلك في مرضه، وأما في مرضها فلا بد أن يكون مرضا يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر وهو الصحيح لان مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور عادة. ومن المانع الحسي الرتق والقرن والعفل والشعر داخل الفرج المانع من جماعها، فالقرن في الفرج مانع يمنع من سلوك الذكر فيه، إما غدة غليظة أو لحم أو عظم وامرأة رتقاء بها ذلك. كذا في المغرب. وامرأة رتقاء بينة الرتق إذا لم يكن لها خرق إلا المبال. وضبط القرن في شرح المجمع بسكون الراء، والرتق بفتح التاء، والعفل شئ مدور يخرج بالفرج ومنه صغرها بحيث لا تطيق الجماع، وليس له أن يدخل بها قبل أن تطيقه، وقدر بالبلوغ، وقيل بالتسع والاولى عدم التقدير كما قدمناه. فلو قال الزوج تطيقه وأراد الدخول وأنكر الاب فالقاضي يريها النساء ولم يعتبر السن. كذا في الخلاصة. وفي خلوة الصغير الذي لا يقدر على الجماع قولان، وجزم قاضيخان بعدم الصحة فكان هو المعتمد ولذا قيد في الذخيرة بالمراهق وسيأتي الكلام على الخصي ونحوه. وأشار بالحيض والنفاس إلى المانع الطبعي وهو شرعي أيضا ولا يخفى أنه عند عدم درور الدم ليس مانعا طبعا مع أنه مانع شرعا لان الطهر المتخلل بين الدمين في المدة حيض ونفاس، والظاهر أنه لا يوجد لنا مانع طبعي إلا وهو شرعي فلو اكتفوا بالمانع الشرعي عنه لكان أولى. وأشار بالاحرام والصوم إلى المانع الشرعي، أما الاحرام فأطلقه فشمل الاحرام بحج فرض أو نفل أو بعمرة. وعلله في الهداية وغيرها بأنه يلزم من الوطئ معه الدم وفساد النسك والقضاء، فظاهره أنه لو خلا بها بعد الوقوف بعرفة فإنها صحيحة للامن من الفساد مع أن الجواب مطلق وهو الظاهر للحرمة شرعا. وأما الصوم فقيده المصنف بصوم الفرض للاحتراز عن صوم التطوع لانه لا يمنع صحة الخلوة وإن كان واجبا بالشروع لان وجوبه لضرورة صيانة المؤدى فلا يظهر في حق غيره مع أن الافطار فيه بغير عذر جائز في رواية.
***
[٢٦٨]
وشمل صوم الفرض قضاء رمضان والكفارات والمنذور فإنها تمنع صحة الخلوة وهو قول البعض، والصحيح أنه لا يمنع صحتها لانها لا كفارة في إفسادها، فلو قال المصنف وصوم رمضان أي أداء كما في المجمع لكان أولى لانه الصحيح، أو قال والصوم اختيار القول البعض لامكن لانه لا فرق عند البعض بين صوم التطوع والفرض في أنه يمنع صحتها كالاحرام، فتقييده بصوم الفرض ليس على قول من الاقوال. وينبغي أن يكون صوم الفرض ولو منذورا يمنع صحة الخلوة اتفاقا لانه يحرم إفساده وإن كان لا كفارة فيه فهو مانع شرعي. وأما الصلاة فقالوا: فرضها كفرض الصوم ونفلها كنفله. كذا في الهداية. وعلله في غاية البيان بأنه لا يأثم بترك النافلة وهو الصحيح فلا يكون مانعا بخلاف صلاة الفرض فإنه
***
[٢٦٩]

يأثم بتركها ا هـ. وفيه نظر لانه ليس الكلام في الترك وإنما هو في الافساد، ولا شك أن إفساد الصلاة لغير عذر حرام فرضا كانت أونفلا، فينبغي أن يكون مطلق الصلاة مانعا مع أنهم قالوا: إن الصلاة الواجبة كالنفلا تمنع صحة الخلوة كما في شرح النقاية مع أنه يأثم بتركها، وأغرب منه ما في المحيط أن صلاة التطوع لا تمنع صحتها إلا الاربع قبل الظهر فإنها تمنع صحة الخلوة لانها سنة مؤكدة فلا يجوز تركها بمثل هذا العذر ا هـ. فإنه يقتضي عدم الفرق بين السنن المؤكدة ويقتضي أن الواجبة تمنع صحتها بالاولى. ومن المانع الشرعي أن يكون طلاقها معلقا بخلوتها، فلو قال لها إن خلوت بك فأنت طالق نخلا بها طلقت فيجب نصف المهر لحرمة وطئها. كذا في الواقعات. زاد في البزازية والخلاصة بأنه لا تجب العدة في هذا الطلاق لانه لا يتمكن من الوطئ وسيأتي وجوبها في الخلوة الفاسدة على الصحيح فتجب العدة في هذه الصورة احتياطا. وصورها في المبتغى بالمعجمة بأن قال إن تزوجت فلانة نخلوت بها فهي طالق فتزوجها وخلا بها كان لها نصف المسمى. ومن المانع الشرعي أن لا يعرفها حين دخلت عليه أو حين دخل عليها على الاصح لانها إنما تقام مقام الوطئ إذا تحقق بالخلوة التسليم والتمكين وذا لا يحصل إلا بالمعرفة. كذا في المحيط. ويصدق في أنه لم يعرفها. كذا في الخانية. ولو عرفها هو ولم تعرفه هي تصح الخلوة كذا في التبيين ولعل الفرق أنه متمكن من وطئها إذا عرفها ولم تعرفه بخلاف عكسه فإنه يحرم عليه وطؤها. وفي الخانية: الكافر إذا خلي بامرأته بعدما أسلمت

***

[٢٧٠]

صحت الخلوة، ولو أسلم الكافر وامرأته مشركة نخلا بها لا تصح الخلوة اهـ. ولعل الفرق مبني على أن الكافر غير مخاطب بالفروع فكان متمكنا من وطئ المسلمة بخلاف وطئ المسلم المشركة. وفي الخلاصة: ولو دخلت عليه وهو نائم صحت علم أو لم يعلم ا هـ. وهو مشكل لانه لم يتمكن مع النوم من وطئها كما إذا لم يعرفها لكن أقاموه مقام اليقظان هنا، وينبغي أن يكون من المانع الشرعي كونه مظاهرا منها فلو ظاهر منها ثم خلا بها قبل التكفير لم تصح لحرمة وطئها عليه، ويدل عليه أن الامام الدبوسي في الاسرار فسر المانع الشرعي بما يحرم عليه معه جماعها. وأطلق في إقامتها مقام الوطئ في الاحكام فأفاد أنه يكمل لها المسمى وإن قالت لم يطأني كما في الخانية، ولو لم تمكنه من الوطئ في الخلوة ففيه اختلاف المتأخرين. كذا في الذخيرة. وقياس وجوب النفقة أن تصح الخلوة كما لا يخفى. واختار الطرطوسي تفقها من عنده أنها إن كانت بكرا صحت الخلوة لانها لا توطأ إلا كرها، وإن كانت ثيبا لم تصح لعدم تسليم البضع اختيارا وكانت راضية بإسقاط حقها بخلاف البكر فإنها تستحي، وأفاد أنها كالوطئ في الاحكام لكن هي كالوطئ في أحكام دون أحكام فأقاموها مقامه في حق كمال المهر وثبوت النسب ووجوب العدة والنفقة والسكنى في هذه العدة وحرمة نكاح أختها وأربع سواها وحرمة نكاح الامة في قياس قول أبي حنيفة ومراعاة وقت الطلاق في حقها. كذا ذكروا، وينبغي أن لا يذكر ثبوت النسب من أحكام الخلوة القائمة مقام الوطئ لانها من أحكام العقد وإن لم توجد خلوة أصلا كما صرح به في المبسوط، وكذا النفقة والسكنى وحرمة نكاح الاخت ونحوها فإنها من أحكام العدة، فذكرها يغني عنها. هذا ما فهمته ثم بعد مدة رأيت في جامع الفصولين نقلا عن أدب القاضي للخصاف أنها قائمة مقام الوطئ في حق تكميل المهر ووجوب العدة ولم تقم مقامه في بقية الاحكام ا هـ. وهذا هو التحقيق ولم

***

[٢٧١]

يقيموها مقامه في حق الاحصاء إن تصادقا على عدم الدخول وإن أقرا به لزمهما حكم الاحصاء، وإن أقر به أحدهما صدق في حق نفسه دون صاحبه كما في المبسوط، وفي حرمة البنات وحلها للاول والميراث حتى لو أبانها ثم مات في عدتها لم ترثه كما في المجتبى، وفي الرجعة فلا يصير مراجعا بالخلوة ولا رجعة له بعد الطلاق الصريح بعد الخلوة، وأما في حق وقوع طلاق آخر ففيه روايتان، والاقرب إلى الصواب الوقوع لان الاحكام لما اختلفت يجب القول بالوقوع. كذا في الذخيرة وجعلها في المجتبى كالوطئ في حق التزويج فإنها تزوج كما تزوج الثيب وهو ضعيف لما قدمنا من أنها تزوج بعدها كالابكار إذا قالت لم يدخل بي. وفي غاية البيان: إذا خلا بها في النكاح الموقوف تكون إجازة لان الخلوة بالاجنبية حرام. وقال بعظهم: نفس الخلوة لا تكون إجازة ا هـ. وزاد في المجتبى في عدم كونها كالوطئ في منعها نفسها للمهر، ولا ينبغي إدخاله هنا لانه لو وطئها حقيقة فلها منعه بعده عند أبي حنيفة، نعم يتأتى على قولهما

كما لا يخفى. وفي المجتبى: الموت أقيم مقام الدخول في حكم العدة والمهر وفيما سواهما كالعدم. وفي شرح الناصحي: فإن ماتت الام قبل أن يدخل بها فابنتها له حلال ا ه. قوله: (ولو مجبوبا أو عنينا أو خصيا) أي الخلوة بلا الموانع المذكورة كالوطئ، ولو كان الزوج مجبوبا أو نحوه فلها كمال المهر بعد الطلاق والخلوة عند أبي حنيفة. وقالا: كذلك في الخصي والعنين وفي المجبوب عليه النصف لانه أعجز من المريض بخلاف العنين لان الحكم أدير على سلامة الآلة. ولابي حنيفة أن المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد أتت به. والحاصل أن الخلوة الصحيحة عنده هي التمكين من الوطئ بأقصى ما في وسعها. فإن قلت: يلزم على هذا أن توجب الخلوة بالرتقاء كمال المهر إذ ليس هنا تسليم غيره قلنا: إن الرتق قد يزول فكان هذا التسليم منتظرا غيره فلم يجب كمال المهر لعدم التسليم كاملا. كذا في غاية البيان. والجب القطع ومنه المجبوب الخصي الذي استؤصل ذكره وخصيتاه، وقد جب جبا وخصاه نزع خصيتيه بخصيه خصاء على فعال والاخصاء في معناه خطأ. وأما الخصي على
***
[٢٧٢]
فعل فقياس وإن لم نسمعه، والمفعول خصي على فعيل، والجمع خصيان. كذا في المغرب. وفي الغاية: الظاهر أن قطع الخصيتين ليس بشرط في المجبوب ولذا اقتصر الاسبيجابي على قطع الذكر. وأشار المصنف إلى صحة خلوة الخنثى بالاولى وإلى أن نسب الولد يثبت من المجبوب وهو بالاجماع. كذا في البدائع. وذكر التمرتاشي: إن علم أنه ينزل يثبت وإن علم خلافه فلا وعليها العدة والاولى أحسن، وعلم القاضي أنه ينزل أولا ربما يتعذر أن يتعسر. كذا في فتح القدير قوله: (وتجب العدة فيها) أي تجب العدة على المطلقة بعد الخلوة احتياطا، وإنما أفرد هذا الحكم مع أنه معلوم من جعلها كالوطئ لان هذا الحكم لا يخص الصحيحة بل حكم الخلوة ولو فاسدة احتياطا استحسانا لتوهم الشغل. والعدة حق الشرع والولد لاجل النسب فلا تصدق في إبطال حق الغير بخلاف المهر لانه مال لا يحتاط في إيجابه. وذكر القدوري في شرحه أن المانع إن كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة، وإن كان حقيقيا كالمرض والصغر لا يجب لانعدام التمكن حقيقة. واختاره قاضيخان في فتاواه لكن في فتح القدير: إلا أن الاوجه على هذا أن يختص الصغير بغير القادر والمرض بالمدنف لثبوت التمكن حقيقة في غيرهما ا ه. والمذهب وجوب العدة مطلقا لانه نص محمد في الجامع الصغير، وظاهره أنها واجبة قضاء وديانة. وفي المجتبى: وذكر العتابي تكلم مشايخنا في العدة الواجبة بالخلوة الصحيحة أنها واجبة ظاهرا: أما على الحقيقة فقيل لو تزوجت وهي متيقنة بعدم الدخول حل لها ديانة لا قضاء اه. وفي المجتبى: والخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد لا توجب العدة قوله: (وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا للمفوضة قبل الوطئ) وهي بكسر الواو من فوضت أمرها إلى وليها وزوجها بلا مهر، وبفتحها من فوضها وليها إلى الزوج بلا مهر فإن المتعة لها واجبة على زوجها كسائر ديونها كما ذكره الاسبيجابي، فالمراد بالواجب هنا اللازم. وأخرج الواجب عن أن يكون مستحبا بناء على الاصطلاح، وشمل كلامه. من طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا فإنها مستحبة على ما في المبسوط والمحيط والمختصر، وعلى رواية التأويلات وصاحب التيسير وصاحب الكشاف
***
[٢٧٣]
وصاحب المختلف، وعلى ما في بعض نسخ القدوري لا تكون مستحبة لها حكما للطلاق، ولو كانت مستحبة كان لمعنى آخر كما في قوله في عيد الفطر ولا يكبر في طريق المصلي عند أبي حنيفة أي حكما للعيد ولكن لو كبر لانه ذكر الله تعالى يجوز ويستحب. كذا في غاية البيان. وحاصله أنه ليس المراد من نفي المستحب هنا أن لا ثواب في فعله بل فيه ثواب اتفاقا لانه إحسان وبر لها، وإنما محل الاختلاف أن هذا المستحب حكم من أحكام الطلاق أولا، وقد قدمنا أن الفرقة إذا كانت من قبلها قبل الدخول فإنه لا يستحب لها المتعة أيضا لانها جانية.. قوله: (ويجب مهر المثل في الشغار) لانه سمى ما لا يصح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما إذا سمى خمرا أو خنزيرا. والشغار في اللغة الخلوة يقال شغر الكلب إذا رفع إحدى رجليه ليبول، وبلدة شاغرة إذا كانت خالية من السلطان. وأما في الاصطلاح فتزويجه موليته على أن يزوجه الآخر موليته ليكون أحد العقدين عوضا عن الآخر، سواء كانت المولية بنتا أو أختا أو أمة، سمي به لخلوه عن المهر. وإنما قيدنا بأن يكون أحدهما صداقا عن الآخر لانه لو لم يكن كذلك بأن قال زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ولم يزد عليه فقبل الآخر فإنه لا يكون شغارا اصطلاحا وإن كان الحكم وجوب مهر المثل. وكذا لو قال أحدهما على

أن يكون بضع بنتي صداقا لبنتك ولم يقبل الآخر بل زوجه بنته ولم يجعلها صداقا فليس بشغار وإن وجب مهر المثل حتى كان العقد صحيحا اتفاقا. وأما حديث الكتب الستة مرفوعا من النهي عن نكاح الشغار فقد قلنا به لانه إنما نهى عنه لخلوه عن المه وقد أوجبنا فيه مهر المثل فلم يبق شغارا. قيد بالشغار لانه لو زوج ابنته من رجل على مهر مسمى على أن يزوجه الآخر ابنته على مهر مسمى، فإن زوجه فلكل واحد منهما ما سمى لها من المهر، وإن لم يزوجه الآخر كان للمزوجة تمام مهر مثلها لان رضاها بدون مهر المثل باعتبار منفعة مشروطة لابيها. كذا في المبسوط قوله: (وخدمة زوج حر للامهات) أي يجب مهر المثل إذا تزوج حر امرأة وجعل خدمته لها سنة مثلا صداقها. وقال محمد: لها قيمة خدمته سنة لان المسمى مال إلا أنه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالمتزوج على عبد الغير. ولهما أن الخدمة

***

[٢٧٤]

ليست بمال لما فيه من قلب الموضوع إذا لا تستحق فيه بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير. وهذا لان تقومه بالعقد للضرورة فإذا لم يجب تسليمه بالعقد لم يظهر تقومه فيبقى الحكم على الاصل وهو مهر المثل. أطلق في الخدمة فشمل رعي غنمها وزراعة أرضها وهي رواية الاصل كما في الخانية، وذكر في المبسوط فيه روايتين، وذكر في المعراج أن الاصح رواية الاصل وهو وجوب مهر المثل لكن يشكل عليه أنهم لم يجعلوا رعي الغنم والزراعة خدمة في مسألة استئجار الابن أباه فقالوا: لو استأجر أباه للخدمة لا يجوز، ولو استأجره للرعي والزراعة يصح فمقتضاه ترجيح الصحة في جلعه صداقا وكون الاوجه الصحة لقص الله تعالى قصة شعيب وموسى من غير بيان نفيه في شرعنا إنما يلزم لو كانت الغنم ملك البنت دون شعيب وهو منتف. وقيد بخدمة الزوج لانه لو تزوجها على خدمة حر آخر فالصحيح صحته وترجع على الزوج بقيمة خدمته كما في المحيط. وهذا يشير إلى أنه لا يخدمها، فإما لانه أجنبي فلا يؤمن الانكشاف عليها مع مخالطته للخدمة، وإما أن يكون مراده إذا كان بغير أمر ذلك الحر ولم يجزه، وظاهر ما في الهداية أنه إذا وقع برضاه يجب عليه تسليم خدمته كما لو تزوج على عبد الغير برضا مولاه حيث يجب على المولى تسليمه. وقيد بالحر لما سيأتي صريحا، وقيد بالخدمة لانه لو تزوجها على منافع سائر الاعيان من سكنى داره وخدمة عبده وركوب دابته والحمل عليها وزراعة أرضه ونحو ذلك من منافع الاعيان مدة معلومة صحت التسمية لان هذه المنافع أموال، أو ألحقت بالاموال شرعا في سائر العقود لمكان الحاجة والحاجة في النكاح متحققة، وإمكان الدفع بالتسليم ثابت بتسليم محالها إذ ليس فيه استخدام المرأة زوجها فجعلت أموالا، وألحقت بالاعيان فصحت تسميتها. كذا في البدائع. والمراد بزراعة أرضه أن تزرع أرضه ببذرها وليس له شئ من الخارج، وأما إذا شرط له شئ من الخارج فإن التسمية تفسد، قال في المجمع من كتاب المزارعة: لو تزوج على أن تزرع هي أرضه بالنصف ببذرها صح وفسدت فيجعل مهرها نصف أجر مثل الارض، وربعه إن طلقها

***

[٢٧٥]

قبل الدخول وأوجب مهر المثل لا يزاد على أجر مثل الارض والمتعة في الطلاق قبله، وإن كان هو العامل في أرضها ببذرها يجعل مهرها نصف أجر مثل عمله لا مهر المثل، أو على أن تزرع هي ببذره، أو هو أرضها ببذره وجب مهر المثل اه وقد وقع في شرحه هنا لابن الملك خلل في التوجيه فاجتنبه. وفي الخانية: ولو تزوج امرأة على جارية على أن له خدمتها ما عاش أو ما في بطنها له كانت الجارية وخدمتها وما في بطنها للمرأة إن كان مهر مثلها مثل قيمة الخادم أو أكثر، وإن كان مهر مثلها أقل من قيمة الخادم كان لها مهر المثل إلا أن يسلم الزوج الخادم إليها باختياره. قوله: (وتعليم القرآن) أي يجب مهر المثل إذا جعل الصداق تعليم القرآن لان المشروع إنما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال، وكذا المنافع على أصلنا، ولان التعليم عبادة فلا يصلح أن يكون صداقا، ولان قوله تعالى * (فنصف ما فرضتم) * (البقرة: ٢٣٧) يدل على أنه لا بد أن يكون المفروض مما له نصف حتى يمكنه أن يرجع عليها بنصفه إذا طلقها قبل الدخول بعد القبض ولا يمكن ذلك في التعليم، وأما قوله صلى الله عليه وسلم زوجتكها بما معك من القرآن فليست الباء متعينة للعوض لجواز أن تكون للسببية أو للتعليل أي لاجل أنك من أهل القرآن، أو المراد ببركة ما معك منه فلا يصلح دليلا، وسيأتي إن شاء الله تعالى في كتاب الاجارات أن الفتوى اليوم على جواز الاستئجار لتعليم القرآن والفقه فينبغي أن يصح تسميته مهرا لان ما جاز

أخذ الاجر في مقابلته من المنافع جاز تسميته صداقا كما قدمناه نقله عن البدائع، ولهذا ذكر في فتح القدير هنا أنه لما جوز الشافعي أخذ الاجر على تعليم القرآن صحح تسميته صداقا، فكذا نقول: يلزم على المفتى به صحة تسميته صداقا ولم أر أحدا تعرض له والله الموفق للصواب. وأشار المصنف إلى أنه لو أعتق أمة وجعل عتقها صداقها فإن التسمية لا تصح لان العتق ليس بمال، فإن تزوجته فلها مهر المثل، وإن أبت لا تجبر وعليها قيمتها للمولى، وكذا أم الولد لكن لا قيمة عليها له عند آبائها، ولو قالت لعبدها أعتقتك على أن تتزوجني بألف فقبل عتق وعليه قيمته لها إن أبى أن يتزوجها وإلا قسم الالف على قيمة نفسه وعلى مهر مثلها، فما أصاب الرقبة فهو قيمته، وما أصاب المهر فهو مهرها يتنصف بالطلاق قبل الدخول. وأشار المصنف إلى أنه لو تزوجها على أن يحج بها وجب مهر المثل لكن فرق في الخانية بين أن يتزوجها على أن يحج بها وبين أن يتزوجها على حجة فأوجب في

***

[٢٧٦]

الاول مهر المثل وفي الثاني قيمة حجة وسط قوله: (ولها خدمته لو عبدا) يعني لو تزوج عبد حرة على خدمته لها سنة بإذن مولاه صحت التسمية ويخدمها سنة لانه لما خدمها بإذن المولى صار كأنه يخدم مولاه حقيقة، ولان خدمة العبد لزوجته ليست بحرام إذ ليس له شرف الحرية ولهذا سلبت عنه عامة الكرامات الثابتة للاحرار، فكذا هذا. كذا في غاية البيان. وصرح الولوالجي في فتاواه بأن استخدام الزوج لا يجوز لما فيه من الاستهانة. وصرح قاضيخان في شرح الجامع الصغير بأن خدمة الزوج لها حرام لانها توجب الاهانة ا ه‍. وفي البدائع: إن استخدام الحرة زوجها الحر حرام لكونه استهانة وإذلالا ا ه‍. وحاصله أنه يحرم عليها الاستخدام ويحرم عليه الخدمة لها، وظاهر المختصر أن المرأة حرة لانه جعل الخدمة لها. وأما لو تزوج عبد أمة على خدمته سنة لمولاها فإنه صحيح بالاولى ويخدم المولى. وينبغي أنه لو تزوجها على أن يخدمها أن لا تصح التسمية أصلا ولم أرهما صريحا قوله: (ولو قبضت ألف المهر ووهبته له فطلقها قبل الوطئ رجع عليها بالنصف) لانه لم يصل إليه بالهبة عين ما يستوجبه لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ، ولذا لو سمى لها دراهم وأشار إليها له أن يحبسها ويدفع مثلها جنسا ونوعا وقدرا وصفة. كذا في البدائع. ولا يلزمها رد عين ما أخذت بالطلاق قبل الدخول، ولذا قال الولوالجي في فتاواه من باب الزكاة: ولو تزوج رجل امرأة على ألف درهم وقبضت وحال الحول ثم طلقها قبل الدخول بها زكت الالف كلها لانه وجب في ذمتها مثل نفس المقبوض لا عين المقبوض، والدين بعد الحول لا يسقط الواجب، ولو كانت سائمة غير الاثمان زكت نصفها لانه استحق نصفها من غير اختيارها فصار كالهلاك، ولا يزكي الزوج شيئا لان ملك الزوج الآن عاد في النصف ا ه‍. وأشار المصنف إلى أن حكم المكيل والموزون إذا لم يكن معينا حكم النقد لعدم التعيين، وأما المعين منه فكالعرض. وفي البدائع: وإن كان تبرا أو نقرة ذهبا أو فضة فهو كالعرض في رواية فيجبر على تسليم العين، وفي رواية كالمضروب فلا يجبر. قوله: (فإن لم تقبض الالف أو قبضت النصف ووهبت الالف أو وهبت العرض المهر قبل القبض أو بعده فطلقت قبل الوطئ لم يرجع عليها بشئ) بيان لمفهوم المسألة المتقدمة وهي ثلاثة مسائل: الاولى إذا لم تقبض شيئا من المهر ثم وهبته كله له ثم طلقها قبل الدخول فإنه لا رجوع له عليها بشئ، وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لانه سلم له بالابراء فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق. ووجه الاستحسان أنه وصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر، ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود وله نظائر، منها ما في معراج الدراية: الغاصب إذا وهب المغصوب

***

[٢٧٧]

للمغصوب منه، ومثله ما إذا قال إنك غصبت مني ألف درهم فقال المدعى عليه بل استقرضتها ا ه‍. وتمامه في التلخيص. ومنها ما إذا باع بيعا فاسدا وقبض المشتري المبيع ثم وهبه للبائع لا يضمن قيمته لحصول المقصود بخلاف ما لو وصل المبيع إليه من جهة غير المشتري حيث لا يبرأ من الضمان لانه لم يصل إليه من الجهة المستحقة. ومنها ما إذا اشترى جارية بعبد ثم وهب الجارية من مشتري العبد ثم استحق العبد من يده فإنه لا يرجع على المشتري للجارية بقيمتها استحسانا. ومنها مريض وهب جارية من إنسان لا مال له غيرها وسلم الجارية إليه ثم وهب الموهوب له الجارية من المريض ثم مات من مرضه فإنه لا يضمن الموهوب له قيمة ثلثي الجارية للورثة استحسانا بخلاف ما لو وهب المريض لاحد بنيه عبدا ثم وهبه الاخ لاخيه ثم مات الاب فإنه يرجع على أخيه الواهب بنصف قيمة

العبد لانه ما وصل إليه من جهة أبيه. ومنها المرتهن إذا أبرأ الراهن عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن لا يضمن. ومنها المسلم إليه إذا وهب رأس المال وهو عرض من رب السلم ثم تقايلا السلم لا يعزم المسلم إليه شيئا استحسانا، ويلزمه قيمته قياسا وهو قول زفر. كذا في المحيط. ويرد على هذا الاصل أعني أنه لا اعتبار لاختلاف السبب إذا حصل المقصود ما ذكره في التبيين من باب التحالف: لو قال بعتني هذه الجارية فأنكر فقال ما بعتكها وإنما زوجتكها فإنه لا يجوز له أن يطأها لاختلاف الحكم فإن حكم ملك اليمين خلاف حكم الزوجية ا ه. إلا أن يقال: إنه ليس من قبيل حصول المقصود لان المقصود منهما مختلف، وينبغي أن يكون داخلا تحت الاصل المذكور ما إذا أقر له هي بألف من ثمن متاع فقال المقر له هي غصب قال الزيلعي من باب التحالف: إنه يؤمر بالدفع إليه لاتحاد الحكم. وفي تلخيص الجامع من باب الاقرار بما يكون قصاصا: قال: أودعتني هذه الالف فقال بل لي ألف قرض فقد رد لان العين غير الدين إلا أن يتصادقا لان المقر كالمبتدئ، ولو قال أقرضتكها أخذ الالف لان التكاذب في الزوال. ولو قال غصبتك أخذ ألفا لان موجبه الضمان فاتفقا على الدين واختلفا في الجهة فلغت، وكذا لو أقر بالقرض وهو ادعى الثمن ا ه. وفي المعراج: فإن قيل يلزم على هذا ما إذا اشترى عبدا بألف ثم حط البائع عشر الثمن ثم وجد به عيبا ينقص عشر الثمن حيث يرجع بنقصان العيب، وإن حصل له هذا بالحط قلنا موجب العيب سقوط بعض الثمن وهذا لا يحصل له بالحط لان المحطوط خرج عن كونه ثمنا ا ه. المسألة الثانية ما إذا قبضت النصف ثم وهبت الكل المقبوض وغيره ثم طلقها قبل الدخول بها فإنه لا يرجع واحد منهما على صاحبه بشئ عند أبي حنيفة. وقالا: يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل لان الحط يلتحق بأصل العقد. وله أن مقصوده سلامة النصف بالطلاق وقد حصل والحط لا يلتحق بأصل العقد في النكاح كالزيادة، ولذا لا تتنصف الزيادة مع الاصل اتفاقا. هكذا في الهداية وغاية البيان والتبيين وكثير من الكتب. واستشكله في فتح القدير بأن التحاق
***
[٢٧٨]
الزيادة بأصل العقد هو الدافع لقول المانعين لها لو صحت كان ملكه عوضا عن ملكه فإذا لم تلتحق بقي إبطالهم بلا جواب، فالحق أنها تلتحق كما يعطيه كلام غير واحد من المشايخ، وإنما لا تتنصف لان الانتصاف خاص بالمفوض في نفس العقد حقيقة كما قدمناه ا ه. وحاصله أنه تناقض كلامهم فصرحوا هنا بعدم الالتحاق وفي مسألة زيادة المهر بالالتحاق فرجح المحقق ما صرحوا به في المسألة السابقة وأبطل كلامهم هنا. والحق أن كلامهم في الموضعين صحيح لان قولهم هناك بالالتحاق إنما هو من وجه دون وجه لتصريحهم بأنها لو حطت من المهر حتى صار الباقي أقل من عشرة فإنه لا يضر، ولو التحق الحط بأصل العقد من كل وجه للزم تكميلها ولوجب مهر المثل لو حطت الكل كأنه لم يسم شيئا، وقولهم هنا بعدمه إنما هو من وجه دون وجه عملا في كل موضع بما يناسبه فروعي جانب الالتحاق لتصحيح الزيادة حتى لا يكون ملكه عوضا عن ملكه للنص المفيد لصحتها كما أسلفناه، وروعي جانب عدمه هنا لانه لا داعي إليه لان المقصود سلامة النصف للزوج وقد حصل فلا ضرورة إلى القول بالالتحاق الذي هو خلاف الاصل لانه مغير للعقد والله الموفق للصواب. وقوله ووهبت الالف عائد إلى المسألتين مع أن هبة الالف ليس بقيد في الثانية لانها لو وهبت النصف الذي في ذمته فالحكم كذلك من أنه لا رجوع له عليها عنده خلافا لهما. وقيد بقبض النصف للاحتراز عما إذا قبضت أكثر من النصف ووهبت الباقي فإنها ترد عليه ما زاد على النصف عنده كما لو قبضت ستمائة ووهبت أربعمائة فإنه يرجع بمائة. وعندهما يرجع بنصف المقبوض فترد ثلثمائة كما في غاية البيان. ولو وهبته مائتين رجع بثلاث مائة تتميما للنصف كما في النهاية، وأما إذا قبضت أقل من النصف ووهبت الباقي فهو معلوم بالاولى فعلم أن التقييد بالنصف للاحتراز عن الاكثر لا عن الاقل، وحكم المثلى الغير المعين حكم النقد هنا أيضا. المسألة الثالثة لو كان المهر عرضا فوهبته له ثم طلقها قبله فإنه لا رجوع له بشئ عليها، سواء كانت الهبة قبل القبض أو بعده، لانه وصل إليه عين حقه لتعينه في الفسخ كتعينه في العقد، ولهذا لم يكن لكل واحد منهما دفع شئ آخر. وأشار بقوله العرض المهر إلى أنه لم يتعيب لانها لو وهبته له بعدما تعيب بعيب فاحش ثم طلقها قبله فإنه يرجع عليها بنصف قيمة العرض يوم قبضت لانه لما تعيب فاحشا صار كأنها
***
[٢٧٩]

وهبته عينا أخرى غير المهر كما في التبيين. وظاهره أن العيب اليسير كالعدم لما سيأتي أن العيب اليسير في المهر متحمل. وأطلق في العرض فشمل المعين وما في الذمة بخلاف المثليات فإن ما في الذمة منها ليس حكمه كالعرض، والمعين منها كالعرض وهو من خصوص النكاح فإن العرض فيه يثبت في الذمة لان المال فيه ليس بمقصود فيجري فيه التسامح بخلاف البيع، وتمثيلهم هنا له بالحيوان المراد به هنا الفرس والحمار ونحوهما لا مطلق الحيوان فإن التسمية تفسد كما سيأتي. وقيد بالهبة لانها لو باعت عرض الصداق من الزوج ثم طلقها قبله فإنه يرجع عليها بالنصف. كذا في غاية البيان ولم يبين أنه يرجع عليها بنصف قيمته أو بنصف الثمن المدفوع، والظاهر الاول. وقيد بهبة المرأة للزوج لانها لو وهبت العرض لاجنبي بعد قبضه ثم وهبه الاجنبي من الزوج. ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بنصف الصداق، العين والدين في ذلك سواء، لانه لم يسلم له النصف من جهتها. كذا في المبسوط. وقيد بهبة جميع العرض لانها لو وهبت له أقل من النصف وقبضت الباقي فإنها ترد ما زاد على النصف، ولو وهبت له أكثره أو النصف فلا رجوع له. ومما يناسب مسألة هبة المرأة العرض المهر ما في الظهيرية: لو وهبت المرأة العين الممهورة للزوج ثم استحقت فإنها ترجع عليها بقيمتها ا ه. لانه بالاستحقاق بطلت الهبة وقد تزوجها على عين مملوكة لغيره، وقد ظهر لي هنا أن هذه المسألة أعني ما إذا طلقها قبل الدخول بعدما وهبته على ستين وجها لان المهر إما ذهب أو فضة أو مثلي غيرهما أو قيمي، فالاول على عشرين وجها لان الموهوب إما الكل أو النصف، وكل منهما إما أن يكون قبل القبض أو بعد القبض أو بعد قبض النصف أو أقل منه أو أكثر منه فهي عشرة، وكل منها إما أن يكون معينا أو تبرا فهي عشرون، والعشرة الاولى في المثلي، وكل منها إما أن يكون معينا أو لا، وكذا في القيمي، والاحكام مذكورة فليتأمل. قوله: (ولو نكحها بألف على أن لا يخرجها أو على أن لا يتزوج عليها أو على ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن أخرجها فإن وفي وأقام فلها الالف وإلا فمهر المثل) بيان لمسألتين: الاولى ضابطها أن يسمي لها قدرا ومهرا مثلها أكثر منه ويشترط منفعة لها أو لابيها أو لذي رحم محرم منها، فإن وفى بما شرط فلها المسمى لانه صلح مهرا وقد تم رضاها به وإلا فمهر المثل لانه سمى مالها فيه نفع، فعند فواته ينعدم رضاها بالمسمى فيكمل مهر مثلها كما إذا شرط أنه لا يخرجها من البلد أو لا يتزوج عليها أو أن يكرمها ولا يكلفها الاعمال الشاقة أو
***
[٢٨٠]
أن يهدي لها هدية أو أن يطلق ضرتها أو على أن يعتق أخاها أو على أن يزوج أباها ابنته. وعلله في المحيط بأنها تنتفع بما لاخيها وابنها فصارت كالمنفعة المشروطة لها ا ه. ولا بد أن يكون بصيغة المضارع في العتق والطلاق ليكون وعدا إن وفى به فبها وإلا لا يلزمه الاعتاق والتطليق ويكمل لها مهر المثل، أما إذا شرطه بالمصدر كما إذا تزوجها على ألف وعتق أخيها أو طلاق ضرتها عتق الاخ وطلقت المرأة بنفس النكاح ولا يتوقف على أن يوقعهما وللمرأة المسمى فقط. وأما ولاء الاخ فإن قال الزوج وعتق أخيها عنها فهو لها لانها المعتقة لتقدم الملك لها ويصير العبد من جملة المهر المسمى وإن لم يقل الزوج عنها فهو المعتق والولاء له والطلاق الواقع رجعي لانه قوبل بالبضع وهو ليس بمتقوم، وتقومه بالعقد لضرورة التملك فلا يعدوها فلم يظهر في حق الطلاق الواقع على الضرة فبقي طلاقا بغير بدل فكان رجعيا كما لو قال مولى المنكوحة للزوج طلقها على أن أزوجك أمتي الاخرى ففعل طلقت رجعية ولا شئ له إن لم يزوجه لان البضع عند خروجه لا قيمة له كما في المحيط. قيد بكون المنفعة المشروطة لها لانه لو شرط مع المسمى منفعة لاجنبي ولم يوف فليس لها إلا المسمى، لانها ليست بمنفعة مقصودة لاحد المتعاقدين. كذا في المحيط. ولا يخفى أن حكم ما إذا شرط مع المسمى ما يضرها كالتزوج عليها أنه ليس لها إلا المسمى مطلقا بالاولى. وقيدنا بأن يكون مهر مثلها أكثر من المسمى لان المسمى لو كان مثل مهر المثل أو أكثر منه ولم يوف بما وعد فليس لها إلا المسمى. كذا في غاية البيان. وأشار بما ذكره إلى أن المنفعة المشروطة لها مما يباح لها الانتفاع به لانه لو شرط لها ومع المسمى ما لا يباح الانتفاع به شرعا كالخمر والخنزير، فإن كان المسمى عشرة فصاعدا وجب لها وبطل الحرام ولا يكمل مهر المثل لان المسلم لا ينتفع بالحرام فلا يجب عوض بفواته. كذا في غاية البيان. ثم اعلم أن صاحب الهداية ذكر أن من هذه المسألة أعني مسألة شرط المنفعة مع المسمى ما إذا شرط الكرامة والهدية مع الالف، فظاهره أنه إن وفى فلها المسمى وإلا فلها مهر المثل كما صرح به في غاية البيان في مسألة ما إذا ظهر أحد العبدين حرا مع أن الهدية والكرامة مجهولتان ولا يمكن الوفاء بالمجهول، والظاهر أنها ليست داخلة في هذه المسألة،

***
[٢٨١]
وإنما التسمية فاسدة فيجب مهر المثل ولذا قال الولوالجي في فتاواه وصاحب المحيط: لو تزوجها على ألف وكرامتها أو على أن يهدي لها هدية فلها مهر مثلها لا ينقص من الالف لان الكرامة والهدية مجهولة القدر، وهذه الجهالة أكثر من جهالة مهر المثل فيصار إلى مهر المثل، فإذا طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الالف لان ما زاد على الالف يثبت عل اعتبار مهر المثل ومهر المثل لا يتنصف ا ه. وقيد بكونه شرط لها منفعة ولم يشترط عليها رد شئ فلو تزوجها على ألف وعلى أن يطلق امرأته فلانة وعلى أن ترد عليه عبدا فقد بذلت البضع والعبد
***
[٢٨٢]
والزوج بذل الالف وشرط الطلاق فينقسم الالف على مهر مثلها وعلى قيمة العبد، فإذا كانا سواء صار نصف الالف ثمنا للعبد ونصفها صداقا لها، فإذا طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف ذلك، وإن دخل بها نظر إن كان مهر مثلها خمسمائة أو أقل فليس لها إلا ذلك، وإن كان أكثر، فإن وفى بالشرط فليس لها إلا الخمسمائة، وإن أبى أن يطلق فلها كمال مهر المثل، وتمامه في المحيط والمبسوط. وقد علم أن وجوب مهر المثل إنما هو عند الدخول، أما إن طلقها قبله فلها نصف المسمى وبطل شرط المنفعة لها ولذا قال في المبسوط: يجوز أن يصار إلى مهر المثل قبل الطلاق ولا يصار إلى المنفعة بعد الطلاق كما إذا تزوجها على ألف وكرامتها ا ه. وقد يقال: إن هذه المسألة على وجوه ثلاثة: لان الشرط إما أن يكون نافعا لها أو لاجنبي أو ضارا، وكل منها إما أن يكون الوفاء حاصلا بمجرد النكاح أو متوقفا على فعل الزوج فهي ستة، وكل من الستة إما أن يكون مهر المثل أكثر من المسمى أو أقل أو مساويا، وكل من الثمانية عشر إما أن يكون قبل الدخول أو بعده، وكل من الستة والثلاثين إما أن يباح الانتفاع بالشرط أو لا، وكل من الاثنين والسبعين إما أن يشترط عليها رد شئ إليه أو لا، وكل من المائة والاربعة والاربعين إما أن يحصل الوفاء بالشرط أو لا فهي مائتان وثمانية وثمانون فليتأمل. الثانية حاصلها أن يسمي لها مهرا على تقدير وآخر على تقدير آخر كأن يتزوجها على ألف إن أقام بها أو إن لا يتسرى أو أن يطلق ضرتها أو إن كانت مولاة أو إن كانت أعجمية أو ثيبا وعلى ألفين إن كان أضدادها، فإن وفى بالشرط أو كانت أعجمية ونحوه فلها الالف وإلا فمهر المثل لا يزاد على ألفين ولا ينقص عن الالف عند أبي حنيفة، وكذا إن قدم شرط الالفين يصح المذكور عنده، فحاصله أن الشرط الاول صحيح عنده، والثاني فاسد. وقالا: الشرطان جائزان حتى كان لها الالف إن أقام بها والالفان إن أخرجها. وقال زفر: الشرطان جميعا فاسدان. وأصل المسألة في الاجارات في قوله إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غدا فلك نصف درهم فعند الامام اليوم للتعجيل والغد للاضافة، وعندهما اليوم للتوقيت والغد للاضافة، وعند زفر اليوم للتعجيل والغد للترفيه
***
[٢٨٣]
والتيسير، وتمامه في المحيط من الاجارات، واعلم أن قولهم هنا بصحة التسمية الاولى فقط بناء على أنها منجزة لا يتم إلا في قوله على ألف إن أقام، وأما على نحو ألف إن طلق ضرتها وعلى ألفين إن لم يطلق فعلى العكس لان المنجز الآن عدم الطلاق فينبغي فساد الاولى وصحة الثانية. وأما في نحو إن كانت مولاة فلم يعلم أيهما المنجز من المعلق وحاصل دليله هنا أن إحدى التسميتين منجزة والاخرى معلقة فلا يجتمع في الحال تسميتان، فإذا أخرجها فقد اجتمعا فيفسدان. وهذا لان المعلق لا يوجد قبل شرطه والمنجز لا ينعدم بوجود المعلق فيتحقق الاجتماع عند وجود الشرط لا قبله، وأورد عليه طلب الفرق بين هذا وبين ما إذا تزوجها على ألف إن كانت قبيحة وعلى ألفين إن كانت جميلة حيث يصح الشرطان اتفاقا، ففرق بينهما في الغاية بأن الخطر في مسألة الكتاب دخل على التسمية الثانية لان الزوج لا يعرف هل يخرجها أو لا، ولا مخاطرة في تلك المسألة لان المرأة على صفة واحدة لكن الزوج لا يعرف ذلك وجهالته لا توجب خطرا. ورده في التبيين بأنه يرد عليه أنه إذا تزوجها على ألفين إن كانت حرة الاصل، وعلى ألف إن كانت مولاة، أو على ألفين إن كانت له امرأة، وعلى ألف إن لم يكن له امرأة لانه لا مخاطرة هنا ولكن جهل الحال. وارتضاه في فتح القدير ثم قال: والاولى أن تجعل مسألة القبيحة والجميلة على الخلاف فقد نص في نوادر ابن سماعة عن محمد على الخلاف فيها ا ه. وقد أخذ هذه الرواية من المجتبى. وقد يقال في الفرق: إن المرأة وإن كانت في الكل على صفة واحدة لكن الجهالة قوية في الحرية أصالة

وعدمها ونحوها لانها ليست أمرا مشاهدا بل إذا وقع فيه التنازع احتاج إلى الاثبات فكان فيه مخاطرة معنى بخلاف الجمال والقبح فإنه أمر مشاهد فيها فجهالته يسيرة لزوالها بلا مشقة فنزلت منزلة العدم، فلذا صحح أبو حنيفة التسميتين كما نقله الامام الدبوسي رحمه الله وصاحب
***
[٢٨٤]
المحيط، وكذا ذكر الاتفاق الامام الولوالجي في فتاواه وغيره وارتضاه في غاية البيان، فما في نوادر ابن سماعة من الخلاف ضعيف. ثم اعلم أن دليل الامام المذكور هنا لا يشمل ما ذكره من أن طلق ضرتها ونحوه كما لا يخفى. وقوله وإلا فمهر المثل عائد إلى المسألتين أي إن لم يوف بما شرط لها في المسألة الاولى ولم يقم بها في الثانية فالواجب مهر المثل. لكن قد علمت أنه في الثانية لا يزاد على التسمية الثانية لرضاها بها، ولا ينقص عن التسمية الاولى لرضاه بها. وأشار بوجوب مهر المثل إلى أنه لو طلقها قبل الدخول فلها نصف المسمى أولا، سواء وفى بشرطه أو لا، لان مهر المثل لا يتنصف. قوله: (ولو نكحها على هذا العبد أو على هذا الالف حكم مهر المثل) أي جعل مهر المثل حكما فيما إذا تزوجها على أحد شيئين مختلفين قيمة لان التسمية فاسدة عند أبي حنيفة. وقالا: لها الاقل لان المصير إلى مهر المثل لتعذر إيجاب المسمى وقد أمكن إيجاب الاقل لتيقنه. وله أن الموجب الاصلي مهر المثل إذ هو الاعدل والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة. ورجح قولهما في التحرير بأن لزوم الموجب الاصلي عند عدم تسميته ممكنة فالخلاف مبني على أن مهر المثل أصل عنده والمسمى خلف عنه، وعندهما على العكس. كذا في غاية البيان معزيا إلى الجامع الكبير، فما في فتح القدير من التردد في نقل ذلك عنهم لا محل له، ومعنى التحكيم أن مهر المثل إن وافق أحدهما وجب، وإن كان بينهما فمهر المثل، وإن نقص عن الاقل فلها الاقل لرضاه به، وإن زاد على الاكثر فلها الاكثر فقط لرضاها به. وفي الخانية: لو أعتقت المرأة أوكسهما قبل الطلاق إن كان مهر مثلها مثل الاوكس أو أقل جاز عتقها في الاوكس، وإن أعتقت الا رفع وكان مهر مثلها أكثر من قيمته جاز عتقها، وإن كان أقل منها لم يجز، ولا يجوز عتقها في الا رفع بعد الطلاق قبل الدخول على كل حال
***
[٢٨٥]
ويجوز في الاوكس. وأشار بالتحكيم إلى اختلاف الشيئين، فلو كانا سواء فلا تحكيم ولها الخيار في أخذ أيهما شاءت، ولا فرق في الاختلاف بين أن يكون في القدر أو في الوصف. فشمل ما إذا تزوجها على ألف حالة أو مؤجلة إلى سنة، فإن كان مهر مثلها ألفا أو أكثر فلها الحالة وإلا فالمؤجلة، وعندهما المؤجلة لانها الاقل. وإن تزوجها على ألف حالة أو ألفين إلى سنة ومهر مثلها كالاكثر فالخيار لها، وإن كان كالاقل فالخيار له، وإن كان بينهما يجب مهر المثل، وعندهما الخيار له لوجوب الاقل عندهما. وقيدنا الشيئين بالاختلاف لانهما لو كانا سواء من حيث القيمة صحت التسمية اتفاقا. كذا في فتح القدير. وقيدنا الاختلاف بين الشيئين من حيث القيمة لافادة أنه لا يشترط الاختلاف جنسا فيدخل تحته ما إذا نكحها على هذا العبد أو هذا العبد أو على هذا الالف أو الالفين. وأشار المصنف باقتصاره على كلمة أو بدون تخيير إلى أنه لو كان فيه خيار لاحدهما كأن يقول على أنها بالخيار تأخذ أيهما شاءت أو على أني بالخيار أعطيك أيهما شئت فإنه يصح كذلك اتفاقا لانتفاء المنازعة، وإلى أنه لو طلقها قبل الدخول فإنه يحكم متعة مثلها لانها الاصل فيه كمهر المثل قبل الطلاق ونصف الاقل يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة كما صرح به في الهداية. وظاهره أن نصف الاقل لو كان أقل من المتعة فالواجب المتعة، وقد صرح به قاضيخان في فتاواه، فما في غاية البيان من أن لها نصف الاقل اتفاقا ليس على إطلاقه. وأشرنا إلى أنه لا فرق بين كلمة أو ولفظ أحدهما فلو قال تزوجتك على أحد هذين فالحكم كذلك كما صرح به في المحيط، ولذا ذكر في الجامع الكبير أن من تزوج امرأة على أحد مهرين مختلفين يقضي بمهر المثل عنده إلى آخره. وقيد بالنكاح لان في الخلع على أحد شيئين مختلفين أو الاعتاق عليه يجب الاقل اتفاقا وهو حجتهما في مسألتنا، وفرق الامام أنه ليس له موجب أصلي يصار إليه عند فساد التسمية فوجب الاقل. كذا في الهداية وشروحها. وفي فتاوى قاضيخان: ولو كان هذا في الخلع تعطيه أيهما شاءت المرأة وهو قول أبي حنيفة ا ه‍. وهو مخالف للاول لانه قد يكون لها غرض في إمساك الاقل قيمة فتدفع الاعلى وهي تريد خلافه، وإن كان الغالب أنها تدفع الاقل، وكذا في الاقرار بأحد شيئين كألف أو ألفين فالواجب الاقل اتفاقا لما ذكرناه. قوله: (وعلى فرس أو

حمار يجب الوسط أو قيمته) أي لو نكحها على فرس أو نكحها على حمار وحاصله أنه سمى جنس الحيوان دون نوعه. كذا في التبيين. وفي الهداية: معنى المسألة أن يسمي جنس الحيوان دون الوصف. وفي الولوالجية: الحاصل أن جهالة الجنس
***
[٢٨٦]
والقدر مانعة وجهالة النوع والوصف لا ا ه. وإنما صحت التسمية مع هذه الجهالة لان النكاح معاوضة مال بغير مال فجعلنا التزام المال ابتداء حتى لا يفسد بأصل الجهالة كالدية والاقارير، وشرطنا أن يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند إعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردئ والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا واسطة لاختلاف معاني الاجناس، وبخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة أما النكاح فمبناه على المسامحة. وإنما يتخير الزوج لان الوسط لا يعرف إلا بالقيمة فصارت أصلا في حق الايفاء والعبد أصل تسمية فيتخير بينهما. والاوسط من العبيد في زماننا الادنى التركي، والارفع الهندي. كذا في الذخيرة. وفي البدائع: الجيد عندهم هو الرومي، والوسط السندي، والردئ الهندي. وأما عندنا فالجيد هو التركي، والوسط الرومي، والردئ الهندي ا ه. والاوسط في القاهرة في زماننا العبد الحبشي، والاعلى الابيض، والردئ الاسود. وتعتبر قيمة الوسط على قدر غلاء السعر والرخص عندهما وهو الصحيح. كذا في الذخيرة: أي عند أبي يوسف ومحمد، وأما أبو حنيفة فقد قدره بحسب زمنه قيد بكونه لم يضفه إلى نفسه لانه لو أضافه إلى نفسه كما إذا قال تزوجتك على عبدي أو على ثوبي أو قالت المرأة اختلعت نفسي منك على عبدي ثم أتى بالقيمة لا تجبر على القبول لان الاضافة إلى نفسه من أسباب التعريف كالاشارة، وهذا بخلافها في الوصية فإن من أوصى لانسان بعشرة من رقيقه وله رقيق فهلكوا واستفاد رقيقا آخر لا تبطل الوصية، ولو التحقت الاضافة بالاشارة لبطلت الوصية كما لو أشار إلى الرقيق فهلكوا فإنها تبطل لان الاضافة بمنزلة الاشارة من وجه من حيث إن كل واحدة وضعت للتعريف إلا أنها بمنزلة الاطلاق من وجه من حيث إنها لا تقطع الشركة من كل وجه والعمل بالشبهين متعذر في جميع العقود فعملنا بشبه الاشارة في الامان والنكاح والخلع، وبشبه الاطلاق في الوصية عملا بهما بقدر الامكان. كذا في الذخيرة. وبهذا علم أنه لا يسوى بين المشار إليه وبين المضاف هنا من كل وجه لان المشار إليه ليس فيه شركة أصلا فلذا تملكه المرأة بمجرد القبول إن كان ملكا للزوج، وأما في المضاف فلا تملكه المرأة بمجرد القبول حتى يعينه الزوج، فما في فتح القدير من التسوية بينهما في هذا الحكم غير صحيح، ويشكل على ما في الذخيرة ما في الخانية: لو قال أتزوجك على ناقة من
***
[٢٨٧]
إبلي هذه قال أبو حنيفة: لها مهر مثلها. وقال أبو يوسف: يعطيها ناقة من إبله ما شاء ا ه. فإن الناقة كالعبد فينبغي أن تصح التسمية كما لا يخفى. وذكر في البدائع الجمل مع العبد وأنه تصح تسميته، ولا فرق بين الجمل والناقة إلا أن يقال إنها مجهولة. ولا يمكن إيجاب الوسط مع التقييد بقوله من إبلي هذه فالمفسد للتسمية قوله من إبلي لا مطلق ذكر الناقة، ويدل عليه ما في المعراج أنه لو تزوجها على ناقة من هذه الابل بل وجب مهر المثل فالاشارة والاضافة فيه سواء، وإن لم يكن المشار إليه في ملكه فلها المطالبة بشرائه، فإن عجز عن شرائه لزمه قيمته. وحاصله أن العرض المعين والمثلي كذلك تملكه المرأة قبل القبض لتعينه إلا النقدين فلا تملكه إلا بالقبض، وكذا غير المعين من الاولين. ومن أحكام العرض المهر أنه يثبت فيه خيار رؤية لان فائدته فسخ العقد بالرد وهو لا يقبله، وأما خيار العيب فإن كان العيب يسيرا فلا ترده به، وإن كان فاحشا فلها رده. هكذا أطلقه كثير واستثنى في فتاوى قاضيخان المكيل والموزون فإنها ترده باليسير والفاحش. وفي المبسوط: كل عيب ينقص من المالية مقدار مالا يدخل تحت تقويم المقومين في الاسواق فهو فاحش، وإن كان ينقص بقدر ما يدخل بين تقويم المتقومين فهو يسير ا ه. وقيد المصنف بالفرس ونحوه لانه لو تزوجها على قيمة هذا الفرس أو على قيمة هذا العبد وجب مهر المثل لانه سمى مجهول الجنس. كذا في الخانية. ففرق بين القيمة ابتداء وبقاء لانه يتسامح في البقاء ما لا يتسامح في الابتداء. وأشار المصنف إلى أنه لو تزوجها على أربعمائة دينار على أن يعطيها بكل مائة خادما فإنه يجوز الشرط ولها أربع من الخدم الاوساط. كما في الخانية. بالاولى. وإن عين الخدم في هذه المسألة فهو صحيح كما في الخانية بالاولى. قوله: (وعلى ثوب أو خمر أو خنزير أو على هذا الخل فإذا هو خمر أو على هذا العبد فإذا هو حر يجب مهر المثل) بيان لثلاثة مسائل الحكم فيها واحد وهو وجوب مهر المثل لفساد التسمية الاولى إذا كان المسمى مجهول الجنس كالثوب لان الاثواب أجناس شتى كالحيوان والدابة فليس

البعض أولى من البعض بالارادة فصارت الجهالة فاحشة. وقد فسر في غاية البيان الجنس بالنوع ولا حاجة إليه لان الجنس عند الفقهاء وهو المقول على كثيرين مختلفين
***
[٢٨٨]
بالاحكام كإنسان، والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالاحكام كرجل، ولا شك أن الثوب تحته الكتان والقطن والحرير والاحكام مختلفة، فإن الثوب الحرير لا يحل لبسه وغيره يحل فهو جنس عندهم، وكذا الحيوان تحته الفرس والحمار وغيرهما، وأما الدار فتحتها ما يختلف اختلافا فاحشا بالبلدان والمحال والسعة والضيق وكثرة المرافق وقلتها فتكون هذه الجهالة أفحش من جهالة مهر المثل، فمهر المثل أولى وهو الضابط هنا سوا كان مجهول الجنس أو مجهول النوع. وأما البيت فذكروا أن تسميته صحيحة كفرس وحمار، وقد بحث فيه المحقق ابن الهمام بأنه في عرفنا ليس خاصا بما يبات فيه بل يقال لمجموع المنزل والدار فينبغي أن يجب بتسميته مهر المثل كالدار. وذكر في البدائع أنه لو تزوجها على بيت فلها بيت وسط مما يجهز به النساء وهو بيت الثوب لا البيت المبني فينصرف إلى فراش البيت في أهل الامصار، وفي أهل البادية إلى بيت الشعر ا ه. وبه اندفع ما بحثه ابن الهمام لانهم ما أرادوا به المبنى. وفي معراج الدراية: وفي عرفنا يراد بالبيت المبنى الذي من المدر يبات فيه فلا يصلح مهرا إذا لم يكن معينا ا ه. قيد بالثوب من غير بيان نوعه لانه لو زاد عليه فقال هروي أو مروي صحت التسمية ويجب الوسط أو قيمته ويخير الزوج كما قدمناه، وكذا إذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال بدليل أنه لو استهلكها لا يضمن المثل. قال محمد: وأصل هذا أن كل ما جاز السلم فيه فلها أن لا تأخذ إلا المسمى، وما لم يجز فيه السلم كان للزوج أن يعطيها القيمة. والسلم في الثياب جائز إذا كانت مؤجلة ولا يجوز بدون الاجل فله أن يعطيها القيمة إلا في المكيل والموزون لها أن لا تأخذ القيمة وإن لم تكن مؤجلة لان المكيل والموزون يصلح مهرا وثمنا من غير ذكر الاجل، أما الثوب الموصوف وإن صلح مهرا إلا أن الثوب يتعين بالتعيين فكان بمنزلة العبد. ومن تزوج امرأة على عبد بغير عينه كان
***
[٢٨٩]
له أن يعطي القيمة. كذا في الخانية. فالحاصل أن المكيل والموزون غير النقد إذا سمى جنسه وصفته صار كالمشار إليه العرض، وإن لم يسم صفته فهو كالفرس والحمار، وفي الخانية: لو تزوجها على عشرة دراهم وثوب ولم يصفه كان لها عشرة دراهم، ولو طلقها قبل الدخول بها كان لها خمسة دراهم إلا أن تكون متعتها أكثر من ذلك ا ه. وبهذا علم أن وجوب مهر المثل فيما إذا سمى مجهول الجنس إنما هو فيما إذا لم يكن معه مسمى معلوم لكن ينبغي على هذا أن لا ينظر إلى المتعة أصلا لان المسمى هنا عشرة فقط وذكر الثوب لغو بدليل أنه لم يكمل لها مهر المثل قبل الطلاق. وفي الظهيرية: لو تزوجها على دراهم كان لها مهر المثل ولا يشبه هذا الخلع ا ه. وبهذا علم أن جهالة القدر كجهالة الجنس. وفي الخانية: لو تزوجها على أقل من ألف درهم ومهر مثلها ألفان كان لها ألف درهم لان النقصان عن الالف لم يصح لمكان الجهالة فصار كأنه تزوجها على ألف. وإن كان مهر مثلها أقل من عشرة قال محمد: لها عشرة دراهم اه. وفي البدائع لو تزوجها على بيت وخادم ووصف الوسط من كل واحد منهما ثم صالحت من ذلك زوجها على أقل من قيمة الوسط ستين دينارا أو سبعين دينارا جاز الصلح لانه إسقاط للبعض ويجوز ذلك بالنقد والنسيئة، فإن صالحته على أكثر من قيمة الوسط فالفضل باطل لكون القيمة واجبة بالعقد. المسألة الثانية تسمية المحرم كما إذا تزوج مسلم مسلمة على خمر أو خنزير فإنه يبطل التسمية لانه ليس بمال في حق المسلم كما في الهداية، أو مال غير متقوم كما في البدائع فوجب مهر المثل. وأشار إلى عدم صحتها على الميتة والدم بالاولى لانه ليس بمال عند أحد أصلا. وقيد في الهداية بأن يكون الزوج مسلما، وقيد في البدائع بإسلامهما، والظاهر الاول أنه لو تزوج مسلم ذمية على خمر لم تصح التسمية لانه لا يمكن إيجابها على المسلم. وقيد بكون المسمى هو المحرم فقط لانه لو سمى لها عشرة دراهم ورطلا من خمر فلها المسمى ولا يكمل مهر المثل. كذا في المحيط. وأشار المصنف إلى صحة النكاح لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة. المسألة الثالثة أن يسمي ما يصلح مهرا ويشير إلى ما لا يصلح مهرا كما إذا تزوجها على هذا العبد فإذا هو حر، أو على هذه الشاة الذكية فإذا هي ميتة، أو على هذا الدن الخل فإذا هو خمر، فالتسمية فاسدة في جميع

***
[٢٩٠]
ذلك ولها مهر المثل في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف تصح التسمية في الكل وعليه في الحر قيمة الحر لو كان عبدا، وفي الشاة قيمة الشاة لو كانت ذكية، وفي الخمر مثل ذلك الدن من خل وسط، ومحمد فرق فوافق الامام في الحر والميتة، وأبا يوسف في الخمر. والتحقيق أنه لا خلاف بينهم وأن المعتبر المشار إليه إن كان المسمى من جنسه وإن كان من خلاف جنسه فالمسمى. قال المصنف في الكافي: إن هذه المسائل مبنية على أصل وهو أن الاشارة والتسمية إذا اجتمعتا والمشار إليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية لانها تعرف الماهية والاشارة تعرف الصورة فكان اعتبار التسمية أولى لان المعاني أحق بالاعتبار، وإن كان المشار إليه من جنس المسمى إلا أنهما اختلفا وصفا فالعبرة للاشارة، والشأن في التخريج على هذا الاصل فأبو يوسف يقول الحر مع العبدوالخل مع الخمر جنسان مختلفان في حق الصداق لان أحدهما مال متقوم يصلح صداقا والآخر فالحكم حينئذ للمسمى وكأن الاشارة تبين وصفه، ومحمد يقول: العبد مع الحر جنس واحد إذ معنى الذات لا يفرق، وأما الخل مع الخمر فجنسان أبو حنيفة يقول: لا تأخذ الذاتان حكم الجنسين إلا بتبدل الصورة والمعنى لان كل موجود من الحوادث موجود بهما، وصورة الخل والخمر والحر والعبد واحدة فاتحد الجنس فالعبرة للاشارة والمشار إليه غير صالح فوجب مه المثل ا ه. وارتضاه في فتح القدير وقال: وغاية الامر أن يكون مسمى الخمر خلا والحر عبدا تجوزا، وذلك لا يمنع تعلق الحكم بالمراد كما لو قال لامرأته هذه الكلبة طالق، ولعبده هذا الحمار حر، تطلق ويعتق. فظهر أن لا اختلاف بينهم في الاصل بل في اختلاف الجنس واتحاده، فلزم إنما ذكره في بعض شروح الفقه من أن الجنس عند الفقهاء المقول على كثيرين مختلفين بالاحكام إنما هو على قول أبي يوسف، وعند محمد المختلفين بالمقاصد، وعلى قول أبي حنيفة هو المقول على متحدي الصورة والمعنى. ثم لا يخفى أن اللائق كون لجواب على قول أبي يوسف وجوب القيمة أو عبد وسط لان إلغاء الاشارة واعتبار المسمى يوجب كون الحاصل أنه تزوجها على عبد وحكمه ما قلنا ا ه. وفي الاسرار أن أبا يوسف ومحمدا اعتبرا المعنى وأبو حنيفة اعتبر الصورة وآل الامر إلى أن الذات الواحدة تلحق بجنسين إذا اختلفت صورة ومعنى، والذاتان قد يلحقان بجنس واحد إذا اتفقا صورة ومعنى فلا ينسب غير أن إلى واحد إلا باتحاد الصورة والمعنى ولا الواحد إلى الغيرين إلا باختلاف الصورة والمعنى، وكلامنا في ذات واحدة لان الوصفين اللذين اختلفا فيهما يتعاقبان على ذات واحدة على ما بيناه
***
[٢٩١]
ولا ينسب الواحد إلى غيرين مختلفين إلا باختلاف الصورة والمعنى ولم يوجد اختلاف الصورة ا ه. وقوله في فتح القدير إن اللائق إلى آخره ممنوع لان أبا يوسف ما ألغى الاشارة بالكلية وإنما ألغاها من وجه دون وجه كما ذكره الزيلعي، والدليل عليه ما في الاسرار أنه في العبد المطلق إذا أتى به بها تجبر على القبول كما لو أتاها بالقيمة، وفي هذه المسألة لو أتاها بعبد وسط لا تجبر عند أبي يوسف ا ه. وفي البدائع ما يقتضي أن هذه التسمية لا تكون من قبيل المجاز فإنه قال: وحقيقة الفقة لابي حنيفة أن هذا حر سمي عبدا وتسمية الحر عبدا باطل لانه كذب فالتحقت التسمية بالعدم وبقيت الاشارة والمشار إليه لا يصلح مهرا ا ه. وذكر في فتح القدير أيضا من البيوع أن الجنس عند الفقهاء ليس إلا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشا فالجنسان ما يتفاوت منها فاحشا من غير اعتبار للذات ا ه. وقال في باب الربا: إن اختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم والمقصود فالحنطة جنس والشعير جنس آخر. وأما اعتراضه على ما في بعض الشروح ففيه نظر أيضا في بحث الخاص فإنهم جعلوا إنسانا من قبيل خصوص الجنس لانه مقول على كثيرين مختلفين بالاحكام كالذكر والانثى وجعلوا رجلا من قبيل خصوص النوع وأنه المقول على كثيرين متفقين في الاحكام فأورد عليه الحر والعبد والعاقل والمجنون فإنهم داخلون تحت رجل وأحكامهم مختلفة، فأجابوا بأن اختلاف الاحكام بالعرض لا بالاصالة بخلاف الذكر والانثى فإن اختلاف أحكامهما بالاصالة، فقوله إن الحر والعبد جنس واحد معناه أنهما داخلان تحت شئ واحد وهو رجل، وكذا الخل والخمر داخلان تحت ماء العصير فرجل بالنسبة إلى الحر والعبد جنس لهما وإن كان نوعا لانسان، والحر مثلا نوع بالنسبة إلى زيد وعمرو مثلا، وقول أبي يوسف إن الحر والعبد جنسان ليس معناه الجنس المصطلح عليه وإنما أبو يوسف نظر إلى أن لفظ حر تحته أشخاص هي زيد وعمرو وبكر وغيرها، ولفظ عبد كذلك فجعلهما جنسين بهذا الاعتبار. والحاصل أن أبا حنيفة حكم باتحاد الجنس فيهما نظرا إلى دخولهما تحت شئ وهو رجل، وأبو يوسف حكم بالاختلاف نظرا إلى أن كلا منهما مقول على أشخاص

كثيرة فلم يريد والجنس المصطلح عليه لانهم لو أرادوه لم يصح كلامهم لان كلا من الحر والعبد ليسا جنسا وإنما هو نوع النوع وهو رجل. وأما قوله إن اللائق على قول أبي يوسف إلى آخره فهو ما نقله القدوري عن أبي يوسف كما ذكره في الذخيرة فتجده موافقا لاحدى الروايتين عنه، أما على رواية الاصل فأجاب عنه الزيلعي بقوله: وإنما لم تجب قيمة عبد وسط لاعتباره الاشارة من وجه ا ه.

***

[٢٩٢]

وقيد المصنف بكون المشار إليه حرا لانه لو كان تزوجها على هذا العبد فإذا هو مدبر أو مكاتب أو أم ولد والمرأة تعلم بحال العبد أو لم تعلم كان لها قيم العبد. كذا في الخانية. مع أن المشار إليه لا يصلح مهرا لكن لما لم يخرج عن المالية بالكلية صحت التسمية واعتبر المسمى. وفيها أيضا: لو سمى خلا وأشار إلى طلافلها مثل الدن من الخل وكأنه لما ذكرناه. والطلا والمثلث كما في المغرب. وقيد بكون المسمى حلالا والمشار إليه حراما إذ لو كان على عكسه كما إذا تزوجها على هذا الحر فإذا هو عبد فإن لها العبد المشار إليه في الاصح كما في المجمع والخانية والبدائع، لانه عند اتحاد الجنس العبرة للمشار إليه وهو مال متقوم، ومحمد أوجب مهر المثل لانه صار كالهازل بالتسمية. وقيد بكون المشار إليه حراما لانهما لو كانا حلالين وهما مختلفان كما إذا تزوجها على هذا الدن من الخل فإذا هو زيت قال في الذخيرة: إن لها مثل ذلك الدن خلا لانها أموال بخلاف ما تقدم، ولو تزوجها على هذا العبد فإذا هي جارية، أو على هذا الثوب المروي فإذا هو قوهي، فإن عليه عبدا بقيمة الجارية وثوبا مرويا بقيمة القوهي لما ذكرناه ا ه. وفي الخانية: إذا كانا حلالين فلها مثل ذلك المسمى وهو يقتضي وجوب عبد وسط أو قيمته ولا ينظر إلى قيمة الجارية، فصار الحاصل أن القسمة رباعية لانهما إما أن يكونا حرامين أو حلالين أو أحدهما حراما والآخر حلالا فيجب مهر المثل فيما إذا كانا حرامين، أو المشار إليه حراما وتصح التسمية في الاخرين. ومسألة ما إذا كانا حرامين مذكورة في الخانية أيضا. وفيها أيضا لو تزوجها على هذا الزق السمن فإذا لا شئ فيه كان لها مثل ذلك الزق سمنا إن كان يساوي عشرة، وإن تزوجها على ما في الزق من السمن فإذا لا شئ فيه كان لها مهر المثل، وكذا لو كان في الزق شئ آخر خلاف الجنس. ولو قال تزوجتك على الشاة التي في هذا البيت فإذا في البيت خنزير أو ليس فيه شئ كان لها شاة وسط وتبطل الاشارة ا ه. وكأن الفرق بين مسألتي الزق أن في المسألة الاولى لم يجعل المسمى ما فيه وإنما جعله قدر ما يملا الظرف المشار إليه، وفي الثانية جعل

***

[٢٩٣]

المسمى السمن الذي هو فيه وليس فيه شئ فصار كأنه لم يسم شيئا فوجب مهر المثل. وأما مسألة الشاة التي في هذا البيت فليست من قبيل ما اجتمع فيه الاشارة والتسمية وإنما حاصلها أنه سمى شاة وصفها بوصف وهو كونها في بيت خاص فإذا لم توجد في البيت بطل الوصف وبقي الموصوف وهو مطلق الشاة فوجب شاة وسط. أو نقول: اجتمع الاشارة والتسمية والجنس مختلف لتبدل الصورة والمعنى فيتعلق العقد بالمسمى وهو مال. وفي البدائع: لو تزوجها على هذا الدن الخمر وقيمة الطرف عشرة دراهم فصاعدا ففيه روايتان عن محمد في رواية لها الدن لا غير لان المسمى شيئان: الخمر والظرف، فليغو تسمية الخمر وبقي الظرف كما لو تزوجها على خل وخمر فلها الخل لا غير. وفي رواية لها مهر المثل لان الظرف لا يقصد بالعقد عادة فإذا بطلت في المقصود بطلت في التبع ا ه. وأشار المصنف بوجوب مهر المثل عينا إلى أن المشار إليه لو كان حرا حربيا فاسترق وملكه هذا الزوج فإنه لا يلزمه تسليمه. ونقل في الاسرار أنه متفق عليه وكذلك الخمر بعينها لو تخللت لم يجب تسليمها وإنما عليه تسليم مثلها خلا في قولهما لان المشار إليه لم يكن مالا حين سمى ففسدت التسمية في حق ما ليس بمال فلا يستحق تسليمه بالتسمية تبعا لوصفه ا ه. قوله: (وإذا أمهر عبدين وأحدهما حر فمهرها العبد) يعني عند أبي حنيفة إذا ساوى عشرة دراهم وإلا كمل لها العشرة لانه مسمى ووجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل. وقال أبو يوسف: لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لانه أطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم أحدهما فتجب قيمته. وقال محمد وهو رواية عن أبي حنيفة: لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها إن كان مهر مثلها أكثر من العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده، فإذا كان أحدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل. والاختلاف هنا فرع على قولهم السابق، والفرق لابي حنيفة بين هذا وبين ما إذا سمى لها وشرط معه منفعة ولم يوف حيث يجب مهر المثل لانها إنما رضيت بالمسمى على تقدير حصول المنفعة فعند عدم الوفاء بها لم تكن راضية بالمسمى أصلا، وأما هنا فقد رضيت بكل واحد من العبدين ثم لما ظهر أحدهمحرا لم يجب مهر المثل لان وجوب المسمى في أحدهما

لوجود رضاها فيه منع ذلك كذا في غاية البيان. وقد يقال: إنها إنما رضيت بكل واحد على أنه بعض المهر لا كله، فإذا ظهر أنه كل المهر لم تكن راضية به فينبغي وجوب مهر المثل. وقد يجاب عنه كما في فتح القدير بأنها هنا مقصرة
***
[٢٩٤]
في الفحص عن حال المسميين فإنه مما يعلم بالفحص بخلاف تلك المسائل لان عدم الاخراج وطلاق الضرة إنما يعلم بعد ذلك فكانت هنا ملتزمة للضرر معنى لسوء ظنها. وأراد المصنف بالعبدين الشيئين الحلالين، وأراد بالحران يكون أحدهما حراما فدخل فيه ما إذا تزوجها على هذا العبد وهذا البيت فإذا العبد حر، أو على مذبوحتين فإذا أحدهما ميتة كما في شرح الطحاوي. وقيد بأن يكون أحدهما حرا إذ لو استحق أحدهما فلها الباقي وقيمة المستحق، ولو استحقا جميعا فلها قيمتهما وهذا بالاجماع. كذا في شرح الطحاوي بخلاف ما إذا استحق نصف الدار الممهورة فإن لها الخيار إن شاءت أخذت الباقي ونصف القيمة وإن شاءت أخذت كل القيمة، فإذا طلقها قبل الدخول بها فليس لها إلا النصف الباقي، ولو تزوج امرأة على أبيها عتق فإن استحق الاب ثم ملكه الزوج قبل القضاء بالقيمة لها لم يكن لها إلا الاب، ولو ملكه الزوج بعد القضاء بالقيمة لها فليس لها أن تأخذ الاب لبطلان حقها من العين إلى القيمة بالقضاء. وإذا ملكه الزوج في الفصل الاول لا تملكه المرأة إلا بالقضاء أو بتسليم الزوج إليها، ويجوز تصرف الزوج فيه قبل القضاء للمرأة أو التسليم إليها. كذا في الظهيرية. وللاحتراز عما إذا وجدت المسمى أزيد أو أنقص قال في الظهيرية والمحيط: لو تزوجها على هذه الاثواب العشرة فإذا هي أحد عشر قال محمد: يعطيها عشرة منها أيتها شاء. وقال أبو حنيفة: إن كان مهر مثلها مثل أجود العشرة أو زيادة فلها أجود العشرة وهو الاصح وعليه الفتوى. ولو وجدت الثياب تسعة قال محمد: لها تسعة وتمام مهر مثلها إن كان أكثر من قيمة التسعة. وقال أبو حنيفة: لها التسعة لا غير وهو بمنزلة ما لو تزوج امرأة على هذين العبدين فإذا أحدهما حر. ولو تزوجها على هذه الاثواب العشرة الهروية فإذا هي تسعة فلها تسعة وثوب آخر هروي وسط بالاجماع. والفرق أن في الاولى ذكر الثياب مطلقة والثوب المطلق مما لا يجب مهرا إذا لم يكن مشارا إليه والثوب العاشر لم يكن مشارا إليه فلا يجب، وفي الثانية ذكر الثياب موصوفة بكونها هروية والثوب الهروي يصلح مهرا وإن لم يكن معينا ا ه‍. وقد بسطه في فتح القدير. قوله: (وفي النكاح الفاسد إنما يجب مهر المثل بالوطئ) لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وإنما يجب باستيفاء منافع البضع، وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فهي غير صحيحة كالخلوة بالحائض فلا تقام مقام الوطئ، وهذا معنى قول المشايخ الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد كالخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح كذا في الجوهرة وفيه مسامحة لفاسد الخلوة. والمراد بالنكاح الفاسد النكاح الذي لم تجتمع شرائطه كتزوج
***
[٢٩٥]
الاختين معا والنكاح بغير شهود، ونكاح الاخت في عدة الاخت، ونكاح المعتدة، والخامسة في عدة الرابعة والامة على الحرة، ويجب على القاضي التفريق بينهما كيلا يلزم ارتكاب المحظور اعترارا بصوره العقد كما في غاية البيان. وذكر في المحيط من باب نكاح الكافر: ولو تزوج ذمي مسلمة فرق بينهما لانه وقع فاسدا ا ه‍. فظاهره أنهما لا يحدان وأن النسب يثبت فيه والعدة وإن دخل بها، وإنما وجب المهر في الفاسد بالوطئ عملا بحديث السنن أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات. فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فصار أصلا للمهر في كل نكاح فاسد بعد حملنا له على الصغيرة والامة كما قدمناه. وفي الظهيرية: باع جارية بيعا فاسدا وقبضها المشتري ثم تزوجها البائع لم يجز ا ه‍. ولو وطئها الظاهر أن لا مهر عليه فإن المشتري لو وطئ الجارية المبيعة فاسدا يجب المهر عليه في أصح الروايتين كما في الظهيرية. وأشار بمهر المثل إلى أن المسمى فيه ليس بمعتبر من كل وجه ولذا قال في الظهيرية: ولو تزوج امرأة على خادم بعينها نكاحا فاسدا ودفع الخادم إليها فأعتقها قبل الدخول فالعتق باطل وإن أعتقها بعد الدخول فالعتق جائز ا ه‍. وهكذا في الخانية، وظاهره أنه لو لم يدفعها إليها فالعتق باطل مطلقا وهو الظاهر لانه بالدفع تعين لمهر المثل في المدفوع وحكم الدخول في النكاح الموقوف كالدخول في الفاسد فيسقط الحد ويثبت النسب ويجب الاقل من المسمى ومن مهر المثل. وما في الاختيار من كتاب العدة أنه لا تجب العدة في النكاح الموقوف قبل الاجازة لان النسب لا يثبت فيه غير صحيح لما ذكرناه. وذكره الشارح الزيلعي في شرح قوله ويثبت النسب والعدة. وأفاد المصنف بإطلاقه أنه لا يجب بالجماع فيه ولو تكرر إلا مهر واحد ولا يتكرر المهر بتكرر الوطئ، والاصل فيه أن الوطئ متى حصل عقيب شبهة الملك مرارا لم يجب إلا مهر واحد لان الوطئ الثاني صادف ملكه كالوطئ في النكاح

الفاسد، وكما لو وطئ جارية ابنه أو جارية مكاتبه أو وطئ منكوحته ثم بان أنه حلف بطلاقها أو وطئ جارية ثم استحقت، ومتى حصل الوطئ عقيب شبهة الاشتباه مرارا فإنه يجب بكل وطئ مه على حدة لان كل وطئ صادف ملك الغير كوطئ الابن جارية أبيه أو أمه أو جارية امرأته مرارا وقد ادعى الشبهة فعليه لكل وطئ

***

[٢٩٦]

مهر، ومنه وطئ الجارية المشتركة مررا فعليه لكل وطئ نصف مهر. ولو وطئ مكاتبة بينه وبين غيره فعليه في نصفه نصف مهر واحد وعليه في نصف شريكه بكل وطئ نصف مهر، وذلك كله للمكاتبة. الكل في الظهيرية. وفي الخلاصة: لو وطئ المعتدة عن طلاق ثلاث وادعى الشبهة يلزمه مهر واحد أم بكل وطئ مهر، قيل إن كانت الطلقات الثلاث جملة فظن أنها لم تقع فهو ظن في موضعه فيلزمه مهر واحد وإن ظن أنها تقع لكن ظن أن وطئها حلال فهو ظن في غير موضعه فيلزمه بكل وطئ مهر ا ه. وأطلقه فشمل البالغ والصبي لكن في الظهيرية والمحيط عن محمد: صبي جامع امرأة بشبهة نكاح فلا مهر عليه. قال في المحيط: لان الولي لا يملك النكاح الفاسد في حقه وإلا الاذن له فيه فسقط اعتبار قوله فصار كأنه وطئ في حق نفسه من غير شبهة عقد وتجب العدة عليها لان فعلها جائز في حق نفسها. وذكر قبله: لو جامع مجنون أو صبي امرأة نائمة إن كانت ثيبا فلا مهر عليه، وإن كانت بكرا وافتضها فعليه المهر ا ه. وينبغي أن يلزمه المهر في الحالين حيث كانت نائمة لانه مؤاخذ بأفعاله ولا يسقط حقها إلا بالتمكين ولم يوجد ا ه. وأراد بالموطئ الجماع في القبل لانه لو وطئها في الدبر في النكاح الفاسد لا يلزمه شئ من المهر لانه ليس بمحل النسل كما في الخلاصة والقنية، فلا يجب بالمس والتقبيل بشهوة شئ بالاولى كما صرحوا به أيضا. وأفاد بالتقييد بالوطئ أن النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول حتى لو تزوج امرأة نكاحا فاسدا بأن مس أمها بشهوة فتزوجها ثم تركها له أن يتزوج الام. كذا في الخلاصة. وفي البزازية: والخلع في النكاح الفاسد لا يسقط المهر لانه ليس بخلع ا ه. ومفهومه أنه لا يجب البدل عليها لو شرط بالاولى، وإذا ادعت فساده وهو صحته فالقول له وعلى عكسه فرق بينهما وعليها العدة ولها نصف المهر إن لم يدخل، والكل إن دخل. كذا في الخانية. وينبغي أن يستثنى منه ما ذكره الحاكم الشهيد في الكافي من أنه لو ادعى أحدهما أن النكاح كان في

***

[٢٩٧]

صغره فالقول قوله ولا نكاح بينهما ولا مهر لها إن لم يكن دخل بها قبل الادراك. وفي فتح القدير: لا يصير محصنا بهذا الدخول، وأجمعت الامة أنه لا يكون محصنا في العقد الصحيح إلا بالدخول. وفي الخلاصة: التصرفات الفاسدة عشرة: النكاح الفاسد وقد علمت حكمه. الثاني البيع الفاسد مضمون فيه المبيع. الثالث الاجارة الفسادة والواجب أجر المثل والعين أمانة في يد المستأجر. الرابع الرهن الفاسد وهو رهن المشاع وللراهن نقضه ولو هلك في يد المرتهن هلك أمانة عند الكرخي، وفي الجامع الكبير ما يدل على أنه كالرهن الجائز. الخامس الصلح الفاسد لكل نقضه. السادس القرض الفاسد وهو بالحيوان أو ما كان متفاوتا ومع هذا لو استقرض وباع صح البيع. السابع الهبة الفاسدة وأنها مضمونة بالقيمة يوم القبض ولا تفيد الملك الثامن المضاربة الفسادة والمال أمانة في يد المضارب. التاسع الكتابة الفاسدة والواجب فيها الاكثر من المسمى ومن القيمة. والعاشر المزارعة الفاسدة والخارج منها لصاحب البذر وعليه مثل أجرة العامل إن كانت الارض لرب البذر ويطيب له، وإن كان البذر من العامل فعليه أجرة مثل الارض والخارج له. ا ه.

***

[٢٩٨]

قوله: (ولم يزد على المسمى) أي لم يزد مهر المثل على المسمى لانها لم تسم الزيادة فكانت راضية للحط مسقطة حقها في الزيارة إلى تمامه حيث لم تسم تمامه لا لاجل أن التسمية صحيحة من وجه لان الحق أنها فاسدة من كل وجه لوقوعها في عقد فاسد، ولهذا لو كان مهر المثل أقل من المسمى وجب مهر المثل فقط. وفي الظهيرية: ولو زوج أحد المولبين أمته ودخل بها الزوج فللآخر النقض، فإن نقض فله نصف مهر المثل وللمزوج الاقل من نصف مهر المثل ومن نصف المسمى ا ه. فعلى هذا يعطى هذا العقد حكم الفاسد بالنسبة إلى المزوج وحكم العدم بالنسبة إلى غيره. وأشار إلى أن المسمى معلوم ولذا لا يزاد عليه فلو كان المسمى مجهولا وجب مهر المثل بالغا ما بلغ اتفاقا كما إذا لم يكن فيه تسمية أصلا، وظاهر كلامهم أن مهر المثل لو كان أقل من العشرة فليس لها إلا مهر المثل بخلاف النكاح

الصحيح إذا وجب فيه مهر المثل فإنه لا ينقص عن عشرة. وفي الخانية: لو تزوج محرمه لاحد عليه في قول أبي حنيفة وعليه مهر مثلها بالغا ما بلغ ا ه‍. فإن كان النكاح باطلا فظاهر، وإن كان فاسدا فهي مستثناة، وقد نقل الاختلاف في جامع الفصولين فقيل باطل عنده وسقوط الحد لشبهة الاشتباه، وقيل فاسد وسقطوه لشبهة
***
[٢٩٩]
العقد ا ه‍. ولم يذكر للاختلاف ثمرة قوله: (ويثبت النسب) أي نسب المولود في النكاح الفاسد لان النسب مما يحتاط في إثباته إحياء للولد فيترتب على الثابت من وجه. أطلقه فأفاد أنه يثبت بغير دعوة كما في القنية، وتعتبر مدة النسب وهي ستة أشهر من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع إليه والاقامة باعتباره. كذا في الهداية. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف ابتداء المدة من وقت العقد قياسا على الصحيح. والمشايخ أفتوا بقول محمد لبعد قولهما لعدم صحة القياس المذكور. وفائدة الاختلاف تظهر فيما إذا أتت بولد لستة أشهر من وقت العقد ولاقل منها من وقت الدخول فإنه لا يثبت نسبه على المفتى به، فتقدير مدة النسب بالمدة المذكورة إنما هو للاحتراز عن الاقل لا عن ما زاد عن أكثر مدة الحمل لانها لو جاءت بالولد لاكثر من سنتين من وقت العقد فقط لما ذكرنا من أن اعتبار وقت العقد أو الدخول إنما هو لنفي الاقل فقط، واندفع ما في الغاية من قياس النسب على العدة وأن الاحوط أن يكون ابتداء مدة النسب من وقت التفريق كالعدة لما علمت من المسألة التي يثبت فيها النسب قبل التفريق فكيف يعتبر به، واندفع به ما في فتح القدير من أنه يعتبر
***
[٣٠٠]
ابتداؤها من وقت التفريق إذا وقعت فرقة وما لم تقع فمن وقت النكاح أو الدخول على الخلاف لانه يرد عليه ما إذا أتت به بعد التفريق لاكثر من ستة أشهر من وقت العقد أو الدخول ولاقل منها من وقت التفريق فإنه يثبت نسبه. ومقتضى ما في الفتح خلافه، والدليل على ما حققناه أنهم جعلوا مدة النسب ستة أشهر في النكاح الصحيح من وقت العقد أيضا وليس هو قطعا إلا للاحتراز عن الاقل لا عن الاكثر فكذلك لك هنا والله سبحانه وتعالى أعلم. قوله: (والعدة) أي وتثبت العدة فيه وجوبا بعد الوطئ في النكاح الفاسد لا الخلوة. كما في القنية إلحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط، ولو اختلفا في الدخول فالقول له فلا يثبت شئ من هذه الاحكام كما في الذخيرة، ولم يبين المصنف ابتداءها للاختلاف فيه والصحيح أنه من وقت التفريق لا من آخر الوطآت لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق كالطلاق في النكاح الصحيح، ولا إحداد عليها في هذه العدة ولا نفقة لها فيها لان وجوبها باعتبار الملك الثابت بالنكاح وهو منتف هنا. والمراد بالعدة هنا عدة الطلاق، وأما عدة الوفاة فلا تجب عليها من النكاح الفاسد، ولو كانت هذه المرأة الموطوءة أخت امرأته حرمت عليه امرأته إلى انقضاء عدتها. كذا في فتح القدير. وظاهر كلامهم أن ابتداءها من وقت التفريق قضاء وديانة. وفي فتح القدير: ويجب أن يكون هذا في القضاء، أما فيما بينها وبين الله تعالى إذا علمت أنها حاضت بعد آخر وطئ ثلاثا ينبغي أن يحل لها التزوج فيما بينها وبين الله تعالى على قياس ما قدمنا من نقل العتابي ا ه‍. ومحله فيما إذا فرق بينهما، أما إذا حاضت ثلاثة حيض من آخر الوطآت ولم يفارقها فليس لها التزوج اتفاقا كما أشار إليه في غاية البيان، وظاهر كلام الزيلعي يوهم خلافه. والتفريق في النكاح الفاسد إما بتفريق القاضي أو بمتاركة الزوج، ولا يتحقق الطلاق في النكاح الفاسد بل هو متاركة فيه ولا تحقق للمتاركة إلا بالقول إن كانت مدخولا بها كقوله تاركتك أو تاركتها أو خليت سبيلك أو خليت سبيلها أو خليتها. وأما غير المدخول بها فتحقق المتاركة بالقول وبالترك عند بعضهم وهو تركها على قصد أن لا يعود إليها، وعند البعض لا تكون المتاركة إلا بالقول
***
[٣٠١]
فيهما حتى لو تركها ومضى على عدتها سنون لم يكن لها أن تتزوج بآخر. وإنكار الزوج النكاح إن كان بحضرتها فهو متاركة وإلا فلا كإنكار الوكيل الوكالة، وأما علم غير المتارك بالمتاركة فنقل في القنية قولين مصححين: الاول أنه شرط لصحة المتاركة هو الصحيح حتى لو لم يعلمها لا تنقضي عدتها. ثانيهما أن علم المرأة في المتاركة ليس بشرط في الاصح كما في الصحيح ا ه‍. وينبغي ترجيح الثاني، ولهذا اقتصر عليه الزيلعي. وظاهر كلامهم أن المتاركة لا تكون من المرأة أصلا كما قيده الزيلعي بالزوج لكن في القنية أن لكل واحد منهما

أن يستبد بفسخه قبل الدخول بالاجماع وبعد الدخول مختلف فيه. وفي الذخيرة: ولكل واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشايخ. وعند بعضهم إن لم يدخل بها فكذلك، وإن دخل بها فليس لواحد منهما حق الفسخ إلا بمحضر من صاحبه ا ه. وهكذا في الخلاصة. وهذا يدل على أن للمرأة فسخه بمحضر الزوج اتفاقا، ولا شك أن الفسخ متاركة إلا أن يفرق بينهما وهو بعيد والله سبحانه وتعالى أعلم. ومن أحكام العقد الفاسد أنه لا يحد بوطئها قبل التفريق للشبهة ويحد إذا

***

[٣٠٢]

وطئها بعد التفريق. كذا في البدائع وغيره، وظاهره أنه لا فرق فيه بين أن يكون في العدة أو لا ولم أره صريحا. قوله: (ومهر مثلها يعتبر بقوم أبيها إذا استويا سنا وجمالا ومالا وبلدا وعصرا وعقلا ودينا وبكارة) بيان لشيئين: أحدهما أن الاعتبار لقوم الاب في مهر المثل لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها وهن أقارب الاب، ولان الانسان من جنس قوم أبيه وقيمة الشئ إنما تعرف بالنظر في قيمة جنسه، ولا يعتبر بأمها وخالتها، إذا لم يكونا من قبيلتها لما بينا. ثانيهما أنه لا بد من الاستواء في الاوصاف المذكورة لان المهر يختلف باختلاف هذه الاوصاف. وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر أي الزمان، وقد ذكر المصنف ثمانية أشياء. وأراد بالسن الصغر أو الكبر، وأطلق في اعتبار الجمال والمال، وقيل لا يعتبر الجمال في بيت الحسب والشرف وإنما يعتبر ذلك في أوساط الناس إذ الرغبة فيهن للجمال بخلاف بيت الشرف. وفي فتح القدير: وهذا جيد ا ه. والظاهر اعتباره مطلقا. وأراد بالدين التقوى كما ذكره العيني، وزاد في التبيين على هذه الثمانية أربعة وهي: العلم والادب وكمال الخلق وأن لا يكون لها ولد. وزاد المشايخ بأنه يعتبر حال الزوج أيضا. وفسره في فتح القدير بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها من نسائها في المال والحسب وعدمهما ا ه. وينبغي أن لا يختص بهذين الشيئين لان للجمال والبلد والعصر والعقل والتقوى والسن مدخلا من جهة الزوج أيضا فينبغي اعتبارها في حقه أيضا لان الشاب يتزوج بأرخص من الشيخ، وكذا المتقي بأرخص من الفاسق. وأشار بقوله ما لا إلى أن الكلام إنما هو في الحرة ولذا قال في شرح الطحاوي والمجتبى: مهر مثل الامة على قدر الرغبة فيها. وعن الاوزاعي: ثلث قيمتها. ثم اعلم أن اعتبار مهر المثل بما ذكر حكم كل نكاح صحيح لا تسمية فيه أصلا أو سمى فيه ما هو مجهول أو ما لا يحل شرعا كما قدمنا تفاصيله، وحكم كل نكاح فاسد بعد الوطئ سمى فيه مهر أو لا، وأما المواضع التي يجب فيها المهر بسبب الوطئ بشبهة فليس المراد بالمهر فيها مهر المثل المذكور هنا لما في الخلاصة بعد ذكر المواضع

***

[٣٠٣]

التي يجب فيها المهر بالوطئ عن شبهة قال: والمراد من المهر العقر وتفسير العقر الواجب بالوطئ في بعض المواضع ما قال الشيخ نجم الدين: سألت القاضي الامام الاسبيجابي عن ذلك بالفتوى فكتب هو العقر أنه ينظر بكم تستأجر للزنا لو كان حلالا يجب ذلك القدر. وكذا نقل عن مشايخنا شرب الاصل للامام السرخسي ا ه. وظاهره أنه لا فرق فيه بين الحرة والامة، ويخالفه ما في المحيط: لو زفت إليه غير امرأته فوطئها لزمه مهر مثلها ا ه. إلا أن يحمل على العقر المذكور في الخلاصة توفيقا، ولم أر حكم ما إذا ساوت المرأة امرأتين من أقارب أبيها في جميع الاوصاف المعتبرة مع اختلاف مهرهما قلة وكثرة، هل يعتبر بالمهر الاقل أو الاكثر؟ وينبغي أن كل مهر اعتبره القاضي وحكم به فإنه يصح لقلة التفاوت. وفي الخلاصة: يعتبر بأخواتها وعماتها وبناتهن فإن لم يكن لها أخت ولا عمة فبنت الاخت لاب وأم وبنت العم ا ه. وظاهره أن بنت الاخت وبنت العم مؤخران عما ذكره فيتفرع عليه أنه لو كان لها أخت وبنت عم قد ساوتهما في الاوصاف المذكورة أنه لا يعتبر بنت العم مع وجود الاخت، وظاهر كلامهم خلافه. وفي الخلاصة: يشترط أن يكون المخبر بمهر المثل رجلين. أو رجلا وامرأتين، ويشترط لفظ الشهادة فإن لم يوجد على ذلك شهود عدول فالقول قول الزوج مع يمينه ا ه. وظاهره أنه لا يصح القضاء بمهر المثل بدون الشهادة أو الاقرار من الزوج، ويخالفه ما في المحيط قال: فإن فرض القاضي أو الزوج بعد العقد جاز

***

[٣٠٤]

لانه يجري ذلك مجرى التقدير لما وجب بالعقد من مهر المثل، زاد أو نقص، لان الزيادة على الواجب صحيحة والحط عنه جائز ا ه.

وفي الذخيرة أن الاعتبار لهذه الاوصاف وقت التزوج، وفي الصيرفية: مات في غربة وخلف زوجتين غريبتين تدعيان المهر ولا بينة لهما قال: كم مهر مثلهما وليس لهما أخوات في الغربة؟ قال: يحكم بجمالهما بكم ينكح مثلهن. فقيل له يختلف بالبلدان قال: إن وجد في بلدهما يسأل وإلا فلا يعطى لهما شئ. قوله: (فإن لم يوجد فمن الاجانب) شامل لمسألتين: إحداهما إذا لم يكن لها أحد من قوم أبيها. الثانية إذا كان لها أقارب منهم لكن لم يوجد فيهم من يماثلها في الاوصاف المذكورة كلها أو بعضها، وفي كل منهما يعتبر مهرها بأجنبية موصوفة بذلك. وفي الخلاصة: فإن لم تكن مثلها في قرابتها ينظر في قبيلة أخرى مثلها أي مثل قبيلة أبيها. كذا فسر الضمير في مثلها في فتح القدير، والاولى أن يرجع إلى المرأة ليكون موافقا لما في المختصر من الاعتبار بالاجنبيات مطلقا سواء كانت من قبيلة مماثلة لقبيلة أبيها أو لا. وعن أبي حنيفة لا يعتبر بالاجنبيات. قال في فتح القدير: ويجب حمله على ما إذا كان لها أقارب وإلا امتنع القضاء بمهر المثل ا ه‍. وقد قدمنا أن القضاء بمهر المثل لم ينحصر في النظر إلى
***
[٣٠٥]
من يماثلها من النساء بل لو فرض لها القاضي شيئا من غير ذلك صح كما في المحيط. فالمروي من أنه لا يعتبر بالاجنبيات صحيح مطلقا، ويفرض القاضي لها المهر فلم يلزم منه امتناع القضاء به لو أجرى على عمومه. قوله: (وصح ضمان الولي المهر) لانه من أهل الالتزام وقد أضافه إلى ما يقبله فيصح، والمراد به أنه في الصحة، أما في مرض الموت فلا لانه تبرع لوارثه في مرض موته، وكذلك كل دين ضمنه عن وارثه أو لوارثه كما في الذخيرة. وأما إذا لم يكن وارثا له فالضمان في مرض الموت من الثلث كما صرحوا به في ضمان الاجنبي. وأطلق في الولي فشمل ولي المرأة وولي الزوج الصغيرين والكبيرين، أما ولي الزوج الكبير فهو وكيل عنه كالاجنبي وولايته عليه ولاية استحباب، وحكم ضمان مهره كحكم ضمان الاجنبي، فإن ضمن عنه بإذنه رجع وإلا فلا كما في فتح القدير. وأما إن كان صغيرا بأن زوج ابنه وضمن للمرأة مهرها فلان الولي سفير ومعبر فيه وليس بمباشر بخلاف ما إذا اشترى له شيئا ثم ضمن عنه الثمن للبائع حيث لا يصح ضمانه لانه أصيل فيه فيلزمه الثمن، ضمن أو لم يضمن. ولا بد في صحته من قبول المرأة - كما في الذخيرة - كغيره من الكفالات، والمجانين كالصبيان في ذلك. كذا في الخانية. واستفيد من صحة الضمان أن لها مطالبة الولي ومطالبة الزوج إذا بلغ لا قبله لانه ليس من أهله، وأنه لو أدى الاب من مال نفسه فإنه لا رجوع له على الصغير لان الكفيل لا رجوع له إلا بالامر ولم يوجد، لكن ذكر في الذخيرة أنه إن شرط الرجوع في أصل الضمان فله الرجوع كأنه كالاذن من البالغ في الكفالة. وفي فتاوى الولوالجي: لا رجوع له إلا إذا أشهد عند الاداء أنه يؤدي ليرجع عليه. وفي فتح القدير: ولا يخفى أن هذا - أعني عدم الرجوع إذا لم يشهد - مقيد بما إذا لم يكن للصغير مال ا ه‍. وفي البزازية أنه إذا أشهد عند الاداء أنه أدى ليرجع رجع وإن لم يشهد عند الضمان ا ه‍. والحاصل أن الاشهاد عند الاداء أو الضمان شرط الرجوع. وفي غاية البيان: لو أدى الاب من مال نفسه فالقياس أن يرجع
***
[٣٠٦]
لان غير الاب لو ضمن بإذن الاب وأدى يرجع في مال الصغير، فكذا الاب لان الاب لان قيام ولاوية الاب عليه في الصغر بمنزلة أمره بعد البلوغ، وفي الاستحسان لا رجوع له لا الآباء يتحملون المهور عن أبنائهم عادة ولا يطمعون في الرجوع، والثابت بالعرف كالثابت بالنص إلا إذا شرط الرجوع في أصل الضمان فحينئذ يرجع لان الصريح يفوق الدلالة أعني دلالة العرف بخلاف الوصي إذا أدى المهر عن الصغير بحكم الضمان يرجع لان التبرع من الوصي لا يوجد عادة فصار كبقية الاولياء غير الاب. والحاصل أن عدم الرجوع مخصوص بالاب، واستفيد من صحة الضمان أيضا أن الاب لو مات قبل الاداء فللمرأة الاستيفاء من تركة الاب لان الكفالة بالمال لا تبطل بموت الكفيل. وإذا استوفت قال في المبسوط: رجع سائر الورثة بذلك في نصيب الابن أو عليه إن كان قبض نصيبه ولم يذكر فيه خلافا. وذكر الولوالجي أن أبا يوسف قال: إن الاب متبرع ولا يرجع هو ولا وارثه بعد موته على الابن بشئ، وحكم الاستيفاء في مرض الموت كالاستيفاء بعد الموت من أن الورثة يرجعون عليه كما في غاية البيان. واستفيد من القول بصحة الضمان أيضا أنه لو لم يضمن الاب مهر ابنه الصغير لا يطالب به ولو كان عاقدا لانه لو لزمه بلا ضمان لم يكن للضمان فائدة، ولما في المعراج: لو زوج ابنه الصغير لا يثبت المهر في ذمة الاب بل يثبت في ذمة الابن عندنا، سواء كان الابن موسرا أو معسرا. ذكره في المنظومة وشرحها معللا

بأن النكاح لا ينفك عن لزوم المال إنما ينفك عن إيفاء المهر في الحال فلم يكن من ضرورة الاقدام على تزويجه ضمان المهر عنه، وهذا هو المعول عليه كما في فتح القدير. وبه اندفع ما في شرح الطحاوي من أن للمرأة مطالبة أب الصغير بمهرها ضمن أو لم يضمن ا ه. وجوابه أن كلام شارح الطحاوي محمول على ما إذا كان للصغير مال فإن لها مطالبة الاب بغير ضمان ليؤدي من مال الصغير، والدليل على هذا الحمل أن صاحب المعراج نقل أولا ما في شرح الطحاوي ثم بعد أسطر ذكر ما ذكرناه عنه من عدم لزوم المهر على الاب بلا ضمان، لكن قيده بالابن الفقير فتعين أن يكون الاول في الابن الغني. وبه اندفع ما في فتح القدير وفي الذخيرة إذا اشترى لابنه الصغير شيئا آخر سوى الطعام والكسوة ونقد الثمن من مال نفسه فإنه يرجع على الصغير بذلك وإن لم يشترط الرجوع لانه لا عرف أن الآباء
***
[٣٠٧]
يتحملون الثمن عن الابناء ا ه. وفي الخلاصة: لو كبر الابن ثم أدى الاب، إن أشهد يرجع، وإن لم يشهد لا، ولو كان على الاب دين للصغير فأدى مهر امرأته ولم يشهد ثم قال بعد ذلك إنما أديت مهره عن دينه الذي علي صدق ا ه. وفي البزازية: إذا أعطى الاب أرضا في مهر امرأته ثم مات الاب قبل قبض المرأة لا تكون الارض لها لانها هبة من الاب لم تتم بالتسليم، فإن ضمن المهر وأدى الارض عنه ثم مات قبل التسليم كانت الارض للمرأة لانه بيع فلا يبطل بالموت. وأما ضمان ولي المرأة المهر عن زوجها فلا يخلو إما أن تكون كبيرة أو صغيرة، فإن كانت كبيرة فظاهر لانه كالاجنبي إذا ضمن لها المهر ويثبت لها الخيار إن شاءت طالبته وإن شاءت طالبت زوجها إن كان كبيرا وهي أهل للمطالبة ويرجع الولي بعد الاداء على الزوج إن ضمن بأمره، سواء كانت الكبيرة عاقلة أو مجنونة. وأما إذا كانت صغيرة زوجها الاب وضمن مهرها فإنما صح لانه سفير ومعبر لا ترجع الحقوق إليه وإنما ملك قبض مهر الصغيرة بحكم الابوة لا باعتبار أنه عاقد، ولهذا لا يملكه بعد بلوغها إلا برضاها صريحا أو دلالة بأن تسكت وهي بكر بخلاف ما إذا باع مال الصغير وضمن الثمن عن المشتري فإنه لا يصح لانه أصيل فيه حتى ترجع الحقوق عليه، ويصح إبراؤه من الثمن عندهما خلافا لابي يوسف لكنه يضمنه للولد لتعديه بالابراء ويملك قبض الثمن بعد بلوغه، فلو صح الضمان لصار ضامنا لنفسه وبهذا علم أن قوله: (وتطالب زوجها أو وليها) مخصوص بما إذا كان الضامن وليها مع أن الحكم أعم فلو قال وتطالب زوجها أو الولي الضامن لكان أولى ليشمل ما إذا كان الضامن وليه. وقول الشارح الزيلعي في الصورة الثانية فالمطالبة إلى ولي الزوج مكان وليها غير صحيح لان المطالبة عليه لا إليه، وجعل إلى بمعنى على هنا مجازا بعيد كما لا يخفى، ولا بد من تقييد الزوج بالبلوغ لانه ليس لها مطالبة الصغير بل وليها فقط، ولا بد من تقييد صحة ضمانه لها من قبولها أو قبول قابل في المجلس لان الموجود شطر فلا يتوقف على ما وراء المجلس في المذهب كما في البزازية، وظاهره أنه لا فرق بين الصغيرة والكبيرة. وإطلاقهم صحة ضمانة مهر الصغيرة يقتضي أن لا يشترط قبول أحد في المجلس وأن إيجابه يكون مقام القبول عنها. ولا بد من التقييد بصحة وليها إذ ضمانه في مرضه باطل لما قدمنا من أن الضمان في مرض
***
[٣٠٨]
الموت للوارث أو عنه باطل، وينبغي تقييده بما إذا كانت موليته وارثته، وأما إذا لم تكن وارثته كما إذا كانت بنت عمه مثلا وله وارث يحجبها فالضمان صحيح مطلقا كما لا يخفى، ويكون من الثلث كما قدمناه. وأشار بصحة ضمان الولي إلى صحة ضمان الرسول في النكاح والوكيل بالاولى، فلو ضمن الرسول المهر ثم جحد الزوج الرسالة اختلف المشايخ فيما يلزم الرسول، وصح في المحيط أن المرأة، إذا طلبت التفريق من القاضي وفرق بينها وبين الزوج كان لها على الرسول نصف المهر، وإن لم تطلب التفريق كان لها جميع المهر. ولو زوجه الوكيل على ألف من ماله أو على هذه الالف لم يلزمه شئ، ولو ضمن المهر لزمه، فإن كان بغير إذن الزوج فلا رجوع له بخلاف الوكيل بالخلع فإنه إذا ضمن البدل عنها رجع به عليها، وإن لم تأمره بالضمان لانصراف التوكيل إلى الامر بالضمان لصحة الخلع بلا توكيل منها بخلاف النكاح فإنه لا يصح بلا توكيل منها فانصرف الامر إليه. ولو زوجه الوكيل امرأة على عرضه جاز، فإن هلك في يد الوكيل رجعت بقيمته على الزوج وفي الخلع ترجع على الوكيل، والكل من المحيط. قوله: (ولها منعه من الوطئ والاخراج للمهر وإن وطئها) أي للمرأة منع نفسها من وطئ الزوج وإخراجها من بلدها حتى يوفيها مهرها، إن كانت قد سلمت نفسها للوطئ فوطئها لتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل فصار كالبيع. كذا في الهداية. وأورد عليه في فتح القدير بأن هذا التحليل لا يصح إلا في الصداق

الدين، أما العين كما لو تزوجها على عبد بعينه فلا لانها بالعقد ملكته وتعين حقها فيه حتى ملكت عتقه ا ه. وقد قالوا في بيع المقايضة: يقال لهما سلما معا، ويمكن أن يكون هنا كذلك فلها المنع قبله، وما في فتح القدير من أن مثله لا يتأتي في النكاح إذا كان المهر عبدا معينا مثلا ولا في معية الخلوة لاطلاق الجواب بأن لها الامتناع إلى أن تقبض ا ه. ففيه نظر، لان المراد بالتسليم هنا التخلية برفع الموانع وهو ممكن في العبد أيضا بأن يخلى بينها وبين بشروط التخلية، وتخلي بينها

***

[٣٠٩]

وبين نفسها برفع الموانع منها ويكونا سواء، وهذا قبل الاطلاع على النقل. ثم رأيت في المحيط: وإن كان المهر عينا فإنهما يتقابضان كما في بيع المقايضة ا ه. وبهذا سقط ما في فتح القدير. أشار المصنف بمنعها له مما ذكر إلى أنه لا يمنعها من أن تخرج في حوائجها والزيارة بغير إذنه قبل قبض، المهر لانها غير محبوسة لحقه بخلاف ما بعد إيفائه لانها محبوسة له، وإلى أن للاب أن يسافر بابنته البكر ولو كانت بالغة قبل إيفاء المهر وبعده لا كما في فتح القدير، وإلى أن لا يحل له وطؤها على كره منها قبل إيفائه. قال في المحيط من النفقة: وهل يحل للزوج أن يطأها على كره منها؟ إن كان الامتناع لا لطلب المهر يحل لانها ظالمة، وإن كان لطلب المهر لا يحل عند أبي حنيفة، وعندهما يحل ا ه. وأطلق في الاخراج فشمل الاخراج من بيتها ومن بلدها فليس له ذلك. وتفسير الاخراج بالمسافرة بها كما في الهداية مما لا ينبغي لانه يوهم أن له إخراجها من بيتها إلى بيت آخر في مصرها. وأطلق في المهر وفيه تفصيل، وحاصله أنه إما أن يصرحا بحلوله أو بتعجيله أو بتأجيله كله أو بحلول بعضه وتأجيل بعضه أو يسكتا، فإن شرطا حلوله أو تعجيله كله فلها الامتناع حتى تستوفيه كله والحلول والتعجيل مترادفان، ولا اعتبار بالعرف إذا جاء الصريح بخلافه. وكذا إذا شرطا حلول البعض فلها الامتناع حتى تقبض المشروط فقط. وأما إذا شرط تأجيل الكل فليس لها الامتناع أصلا لانها أسقطت حقها بالتأجيل كما في البيع. وعن أبي يوسف أن لها الامتناع استحسانا لانه لما طلب تأجيله كله فقد رضي بإسقاط حقه في الاستمتاع.

***

[٣١٠]

قال الولوالجي: وبقول أبي يوسف يفتى استحسانا بخلاف البيع ا ه. ولان العادة جارية بتأخير الدخول عند تأخير جميع المهر. وفي الخلاصة أن الاستاذ ظهير الدين كان يفتي بأنه ليس له الامتناع، والصدر الشهيد كان يفتي بأن لها ذلك ا ه. فقد اختلفت الفتوى. وفي معراج الدراية: إذا كان المهر مؤجلا ثم حل الاجل فليس لها الامتناع عند أبي حنيفة، ولم أر حكم ما إذا كان الاجل سنة مثلا فلم تسلم نفسها حتى مضى الاجل هل يصير حالا أو لا بد من سنة بعد التسليم كما قال أبو حنيفة في البيع، فإن قيس النكاح على البيع صح لانهم اعتبروه به هنا. وفي المحيط وغيره: لو أحالت المرأة رجلا على زوجها بالمهر فلها الامتناع إلى أن يقبض المحتال لان غريمها بمنزلة وكليلها، وإن أحالها الزوج بمهرها ليس لها الامتناع، وهذا إذا كان الاجل معلوما، فإن كان مجهولا، فإن كانت جهالة متقاربة كالحصاد والدياس ونحو ذلك فهو كالمعلوم، وهذه على وجوه: إما أن يصرح بحلول كله أو تعجيله أو حلول بعضه وتأجيل بعضه أو تأجيل كله أجلا معلوما أو مجهولا أو متقاربا أو متفاحشا فهي سبعة، وكل منها إما بشرط الدخول قبل القبض أو لا. فهي أربعة عشر، وكل منها إما أن يكون المنع قبل التسليم أو بعده فهي ثمانية وعشرون على الصحيح كما في الظهيرية بخلاف البيع فإنه لا يجوز بهذا الشرط. وإن كانت متفاحشة كإلى الميسرة أو إلى هبوب الريح أو إلى أن تمطر السماء فالاجل لا يثبت ويجب المهر حالا. كذا في غاية البيان. وظاهره أن التأجيل إلى الطلاق أو الموت متفاحش فيجب المال حالا بمقتضى إطلاق العقد، والظاهر خلافه لجريان العرف بالتأجيل به، وذكر في الخلاصة والبزازية اختلافا فيه وصحح أنه صحيح. وحكم التأجيل بعد العقد كحكمه فيه كما في فتح القدير أيضا. وهذا كله إذا لم يشترط الدخول قبل حلول الاجل، فلو شرطه ورضيت ليس لها الامتناع اتفاقا كما في الفتح أيضا. وفي الخلاصة: وبالطلاق يتعجل المؤجل ولو راجعها لا يتأجل ا ه. يعني إذا كان التأجيل إلى الطلاق، أما إذا كان التأجيل إلى مدة معينة لا يتعجل بالطلاق كما يقع في ديار مصر في بعض الانكحة أنهم يجعلون بعضها حالا وبعضه مؤجلا إلى الطلاق أو إلى الموت، وبعضه منجما في كل سنة قدر معين، فإذا طلقها تعجل البعض المؤجل لا المنجم لانها تأخذه بعد الطلاق على نجومه كما تأخذه قبل الطلاق على نجومه، وذكر قولين في الفتاوى الصيرفية في

***
[٣١١]
كونه بتعجل المؤجل بالطلاق الرجعي مطلقا أو إلى انقضاء العدة. وجزم في القنية بأنه لا يحل إلى انقضاء العدة قال: وهو قول عامة مشايخنا. وفي الصيرفية: لو ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم أسلمت وتزوجها، المختار أنه لا يطالب بالمهر المؤجل إلى الطلاق ا ه. ووجهه أن الردة فسخ وليست بطلاق، وأما إذا سكتا عن وصفه فهو حال بمقتضى إطلاق العقد فالقياس على البيع يقتضي أن لها الامتناع قبل قبضه لكن العرف صرفه عن ذلك، فإن كان عرف في تعجيل بعضه وتأجير باقيه إلى الموت أو الميسرة أو الطلاق فليس لها الامتناع إلا إلى تسليم ذلك بتمامه ولو بقي درهم. قال في فتاوى قاضيخان: فإن لم يبينوا قدر المعجل ينظر إلى المرأة وإلى المهر أنه كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر فيعجل ذلك، ولا يتقدر بالربع والخمس بل يعتبر المتعارف فإن الثابت عرفا كالثابت شرطا ا ه. وفي الصيرفية: الفتوى على اعتبار عرف بلدهما من غير اعتبار الثلث أو النصف كما روي، فما في غاية البيان من إطلاق قوله فإن كان يعني المهر بشرط التعجيل أو مسكوتا عنه يجب حالا ولها أن تمنع نفسها حتى يعطيها المهر، إنما هو على ظاهر الرواية، وأما على المفتى به فالمعتبر في المسكوت عنه العرف، وبه سقط ما في فتح القدير وفي القاسمية إذا تزوجها على مائة مثلا على حكم الحلول على أن يعطيها قبل الدخول أربعين والباقي على حكمه فلها المطالبة بالباقي قبل الطلاق أو الموت، ولها الامتناع حتى تقبضه. وقول الزيلعي ليس لها أن تحبس نفسها فيما تعورف تأجيله ولو كان حالا أنه ولو كان حالا بمقتضى العقد فإن العرف يقضي به، وبقية كلامه يدل عليه وهو قوله: فإذا نصا على تعجيل جميع المهر إلى آخره لان شرط التعجيل مرادف لشرط الحلول حكما لان في كل منهما لها المطالبة متى شاءت ولو كان معناه، ولو كان حالا بالشرط لناقض قوله وإن نصا على التعجيل فهو على ما شرطا وليس في اشتراط تعجيل البعض مع النص على حلول الجميع دليل على تأخير الباقي إلى الطلاق أو الموت بوجه من وجوه الدلالات، والذي عليه العادة في مثل هذا التأخير إلى اختيار المطالبة. وقال الزاهدي: وصار تأخير الصداق إلى الموت أو الطلاق بخوارزم عادة مأثورة وشريعة معروفة عندهم اه. وعرف خوارزم فيما لا نص فيه على تعجيل ولا تأجيل وهو خلاف
***
[٣١٢]
الواقع في مملكة مصر والشام وما وإلا هما من البلاد اه ما في القاسمية. وفي الصيرفية: تزوجها وسمى لها المعجل مائة وسكت عن المؤجل ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف المسمى وينبغي أن تجب لها المتعة اه. وأطلق في قوله فإن وطئها فشمل ما إذا وطئها مكرهة كانت أو صغيرة أو برضاها وهي كبيرة، ولا خلاف فيما إذا كانت مكرهة أو صبية أو مجنونة فإنه لا يسقط حقها في الحبس، وأما إذا وطئها أو خلا بها برضاها ففيه خلاف. قال أبو حنيفة: لها أن تمنع نفسها. وخالفاه لان المعقود عليه كله صار مسلما إليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة، ولهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع إذا سلم المبيع. وله أنها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطأة تصرف في البضع المحترم فلا يعرى عن العوض إبانة لخطره، والتأكد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم. ثم إذا وجد آخر وصار معلوما تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد إذا جنى جناية يدفع كله بها، ثم إذا جنى جناية أخرى وأخرى يدفع بجميعها ويبتنى على هذا الاختلاف استحقاق النفقة بعد الامتناع، فعنده تستحقها وليست بناشزة، وعندهما لا تستحقها وهي ناشزة. كذا قالوا. وينبغي أن لا تكون ناشزة على قولهما إذا منعته من الوطئ وهي في بيته لانه ليس بنشوز منها بعد أخذ المهر كما صرحوا به في النفقات. وفي شرح الجامع الصغير للبزدوي: كان أبو القاسم الصفار يفتي في المنع بقول أبي يوسف ومحمد، وفي السفر بقول أبي حنيفة. ثم قال: وهذا حسن في الفتيا يعني بعد الدخول لا تمنع نفسها ولو منعت لا نفقة لها كما هو مذهبهما، ولا يسافر بها ولها الامتناع منه لطلب المهر ولها النفقة كما هو مذهبه. كذا في غاية البيان. وقيد بقوله للمهر لانه ليس لها الامتناع منهما بعد قبضه، ولا فرق بين أن يطلب انتقالها إلى منزله في المصر أو إلى بلد أخرى، أما الاول فليس لها الامتناع منه اتفاقا وسيأتي في النفقات بيان البيت الشرعي وأنه يسكنها بين جيران صالحين وأنه يلزمه مؤنسة لها كما في الفتاوى السراجية. وفي المحيط: لو وجدت المرأة المهر المقبوض زيوفا أو ستوقة أو اشترت منه بالمهر شيئا فاستحق المبيع بعد القبض فليس لها أن تمنع نفسها عند أبي يوسف لان عنده لو سلمت نفسها من غير قبض لم يكن لها حق المنع فكذا هذا وليس هذا كالبيع اه. ولم يذكر قول الامام. وأما الثاني فإن نقلها من مصر

إلى قرية أو من قرية إلى مصر أو من قرية إلى قرية، فظاهر ما ذكره المصنف في الكافي أن له ذلك اتفاقا لانه لا تحقق الغربة فيه. وعلله أبو القاسم الصفار بأنه تبوئة وليس بسفر. وذكر في القنية اختلافا في نقلها من المصر إلى الرستاق فعزا إلى

***

[٣١٣]

كتب أنه ليس له ذلك ثم عزا إلى غيرها أن له ذلك قال: وهو الصواب اه. وأما إذا طلب انتقالها من مصرها إلى مصر أخرى فظاهر الرواية كما في الخانية والولوالجية أن ليس لها الامتناع لقوله تعالى * (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) * (الطلاق: ٦) وليس في ظاهر الرواية تفصيل بين أن يكون مأمونا عليها أو لا. واختلفوا في المفتى به فذكر في جامع الفصولين أن الفتوى على أنه له أن يسافر بها إذا أوفاها المعجل اه. فهذا إفتاء بظاهر الرواية، وأفتى أبو القاسم الصفار وتبعه الفقيه أبو الليث بأنه ليس له أن يسافر بها مطلقا بغير رضاها لفساد الزمان لانها لا تأمن على نفسها في منزلها فكيف إذا خرجت؟ وصرح في المختار بأنه لا يسافر بها وعليه الفتوى، وفي المحيط وهو المختار. وما في فصول الاستروشني معزيا إلى ظهير الدين المرغيناني من أن الاخذ بقول الله تعالى أولى من الاخذ بقول الفقيه فقد رده في غاية البيان بأن قول الفقيه ليس منافيا لقول الله تعالى لان النص معلول بعدم الاضرار ألا ترى إلى سياق الآية وهو قوله تعالى * (ولا تضاروهن) * (الطلاق: ٦) وفي إخراجها إلى غير بلدها إضرار بها فلا يجوز اه. وذكر الولوالجي أن جواب ظاهر الرواية كان في زمانهم، أما في زماننا لا يملك الزوج ذلك فجعله من باب اختلاف الحكم باختلاف العصر والزمان كما قالوا في مسألة الاستئجار على الطاعات. وأفتى بعضهم بأنه إذا أوفاها المعجل والمؤجل وكان مأمونا يسافر بها وإلا فلا، لان التأجيل إنما يثبت بحكم العرف فلعلها إنما رضيت بالتأجيل لاجل إمساكها في بلدها، أما إذا أخرجها إلى دار الغربة فلا. قال صاحب المجمع في شرحه: وبه يفتى اه. فقد اختلف الافتاء والاحسن الافتاء بقول الفقيهين من غير تفصيل، واختاره كثير من المشايخ كما في الكافي وعليه الفتوى وعليه عمل القضاة في زماننا كما في أنفع الوسائل. وأشار المصنف بقوله ولها منعه إلى أنها بالغة، فلو كانت

***

[٣١٤]

صغيرة فللولي المنع المذكور حتى يقبض مهرها، وتسليمها نفسها غير صحيح فللولي استردادها، وليس لغير الاب والجد أن يسلمها إلى الزوج قبل أن يقبض الصداق من له ولاية قبضه، فإن سلمها فهو فاسد وترد إلى بيتها كما في التجنيس وغيره. قوله: (وإن اختلفا في قدر المهر حكم مهر المثل) أي اختلف الزوجان في قدره بأن ادعى ألفا وهي ألفين وليس لاحدهما بينة فإنه يجعل مهر المثل حكما، فإن كان مهر المثل ألفا أو أقل فالقول قوله مع يمينه بالله ما تزوجتها على ألفين، فإن حلف لزمه ما أقر به تسمية، وإن نكل لزمه ما ادعت المرأة على أنه مسمى لاقراره أو بذله بالنكول، وإن كان ألفين أو أكثر فالقول قولها مع اليمين بالله ما تزوجته بألف كما في الولواجية، أو بالله ما رضيت بألف كما في شرح الطحاوي، فإن نكلت فلها ما أقر به الزوج تسمية لاقرارها به، وإن حلفت فلها جميع ما ادعت بقدر ما أقر به الزوج على أنه مسمى لاتفاقهما عليه، والزائد بحكم أنه مهر المثل لا باليمين حتى يتخير فيه الزوج بين الدراهم والدنانير. وإن كان مهر مثلها أقل مما قالت وأكثر مما قال تحالفا، وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه. وما وقع في النهاية من أن الزوج إذا نكل لزمه ألف وخمسمائة كأنه غلط من الناسخ، وإن حلفا وجب مهر المثل بقدر ما أقر به الزوج يجب على أنه مسمى والزائد بحكم مهر المثل حتى يتخير فيه بين دفع الدراهم والدنانير بخلاف الاول. وهذا قول أبي حنيفة ومحمد أعني تحكيم مهر المثل وبناء الامر عليه، وأبو يوسف لا يحكمه ويجعل القول قول الزوج مع يمينه إلا أن يأتي بشئ مستنكر لان المرأة مدعية للزيادة وهو ينكرها. ولهما أن القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه هو الموجب الاصلي في باب النكاح: وصار كالصباغ مع رب الثوب إذا اختلفا في مقدار الاجر تحكم قيمة الصبغ. واختلفا في تفسير المستنكر عنده، فقيل هو المستنكر عرفا ما لا يتعارف مهرا لها وصححه في الهداية والبدائع وشرح الجامع الصغير لقاضيخان، وذكر أنه مروي عنه، وقيل هو المستنكر شرعا وهو أن يدعي تزوجها على أقل من عشرة دراهم وهو مروي عنه كما في البدائع وصححه القاضي الاسبيجابي، وذكر الوبري أنه أشبه بالصواب لانه ذكر في

***

[٣١٥]

كتاب الرجوع عن الشهادة لو ادعى أنه تزوجها على مائة وهي تدعي أنه تزوجها على ألف ومهر مثلها ألف وأقام البينة ثم رجع الشهود لا يضمنون عند أبي يوسف لانه لولا الشهادة كان القول قوله، ولم يجعل المائة مستنكرا في حقها، واختاره في فتح القدير. وعبارة الجامع الصغير: إلا أن يأتي بشئ قليل. وفي غاية البيان: ولفظ الجامع الصغير أبين اه. مع أن الاحتمال موجود فيها أيضا لانه يحتمل أن يكون المراد بالقليل ما قل شرعا أو عرفا فساوت التعبير بالمستنكر المذكور في غيره. وظاهر كلام المصنف هنا أن تحكيم مهر المثل معتبر قبل التحالف وهو مبني على تخريج أبي بكر الرازي، وحاصله أن التحالف على تخريجه في فصل واحد وهو ما إذا خالف مهر المثل قولهما، وأما إذا وافق قول أحدهما فالقول قوله وهو المذكور في الجامع الصغير لانه لا حاجة إليه مع شهادة الظاهر. وذكر المصنف في باب التحالف من كتاب الدعوى أنهما يتحالفان ثم يحكم مهر المثل وهو على تخريج الكرخي وصححه في المبسوط والمحيط. وحاصله وجوب التحالف في الفصول الثلاثة أعني ما إذا وافق مهر المثل قوله أو قولها أو خالفهما، فإذا تحالفا قضى بقوله لو كان مهر المثل كما قال، وبقولها لو كان كما قالت، وبمهر المثل لو كان بينهما لان مهر المثل لا يصار إليه إلا عند سقوط التسمية وهي لا تسقط إلا بالتحالف، والظاهر لا يكون حجة على الغير، ولم أر من صحح تخريج الرازي فكان المذهب تخريج الكرخي، فيحمل كلام المصنف هنا عليه ليطابق ما صرح به في بابه. ولم يذكر المصنف في الموضعين بمن يبدأ في التحالف للاختلاف فذكر في غاية البيان أنه يقرع بينهما يعني استحبابا لانه لا رجحان لاحدهما على الآخر. واختار في الظهيرية والولوالجية وشرح الطحاوي وكثير أنه يبدأ بيمين الزوج لان أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه كتقديم المشتري على البائع في التحالف. والخلاف في الاولوية حتى لو بدأ بأيهما كان جائزا كما في فتح القدير. وقيدنا بعدم إقامة البينة لانه لو قامت لاحدهما بينة قضى ببينته، وإنما سكت عنه المصنف هنا لانه صرح به في بابه وعبارته: وإن اختلفا في المهر قضى لمن برهن، وإن برهنا فللمرأة، وإن عجزا تحالفا إلى آخره إلا أن قوله وإن برهنا فللمرأة شامل لما إذا كان مهر المثل شاهدا له أو لها أو بينهما، وفي الاول البينة بينتها لانها تثبت أمرا زائدا، وأما في الثاني ففيه اختلاف ذكره في البدائع. قال

***

[٣١٦]

بعضهم: يقضى ببينتها أيضا لانها أظهرت شيئا لم يكن ظاهرا بتصادقهما، وأما الظهور بشهادة مهر المثل فلا اعتبار به لما قدمنا أنه لا يكون حجة على الغير. وقال بعضهم: يقضى ببينة الزوج لان بينته تظهر حط الالف عن مهر المثل وبينتها لا تظهر شيئا لان الالفين كانت ظاهرة بشهادة مهر المثل، وهذا القول جزم به الزيلعي في باب التحالف وفي هذا الموضع. وأما في الثالث وهو ما إذا كان بينهما فالصحيح أنهما يتهاتران لاستوائهما في الدعوى والاثبات ثم يجب مهر المثل كله فيتخير فيه الزوج بين دفع الدراهم والدنانير بخلاف التحالف لان بينة كل واحد منهما تنفي تسمية صاحبه نخلا العقد عن التسمية فيجب مهر المثل ولا كذلك التحالف لان وجوب قدر ما يقربه الزوج بحكم الاتفاق والزائد بحكم مهر المثل. هكذا ذكره الكرماني. وذكر قاضيخان أنه يجب قدر ما اتفقا عليه على أنه مسمى والزائد على أنه مهر المثل كما في التحالف، والظاهر الاول كما لا يخفى. وفي المحيط وقال محمد: رجل أقام بينة على أنه تزوج هذه المرأة بألف وأقامت بينة أنه تزوجها على ألفين فالمهر ألف، ولو أقام رجل بينة أنه اشترى هذه الدار بألف وأقام البائع بينة أنه باعها منه بألفين فهي بألفين. والفرق أن في البيع أمكن العمل بالبينتين لاحتمال أنه اشترى منه أولا ثم اشتراها منه بألفين ثانيا كما سيأتي فيصح، لان البيع يحتمل الفسخ والنكاح لا يحتمل الفسخ وكل منهما ادعى عقدا غير ما ادعاه الآخر فتهاترث البينتان ووجب لها الالف باعتراف الزوج اه. فإن كان هذا من محمد نقلا للمذهب لا قوله وحده فمعنى قولهم وإن برهنا فللمرأة ما إذا شهدت بينته بأن المهر ألف وبينتها بأن المهر ألفان ولم تقع الشهادة بالعقد، أما إذا وقعت بالعقد ومعه مسمى فقد علمت حكمه. وأطلق في القدر فشمل النقد والمكيل والموزون لما في المحيط ولو كان المهر مكيلا أو موزونا بعينه فاختلفا في قدر المكيل والموزون والمذروع فهو مثل الاختلاف في الالف والالفين لانه اختلاف في الذات ألا ترى أن إزالة البعض منه لا تنقص الباقي اه. وحاصل الاختلاف في القدر لا يخلو إما أن يكون المهر دينا أو عينا، فإن كان دينا موصوفا في الذمة بأن تزوجها على مكيل موصوف أو موزون أو مذروع كذلك فاختلفا في قدر المكيل والوزن والذرع فهو كالاختلاف في قدر الدراهم والدنانير، وإن كان عينا، فإن كان مما يتعلق العقد بقدره، فإن تزوجها على طعام بعينه فاختلفا في قدره فقال الزوج تزوجتك على هذا الطعام على أنه كر فقالت إنه كران فهو كالالف والالفين،

وإن كان مما لا يتعلق العقد بقدره بأن تزوجها على ثوب بعينه كل ذراع منه يساوي عشرة دراهم فاختلفا فقال الزوج تزوجتك على هذا الثوب بشرط أنه ثمانية أذرع فقالت بشرط أنه عشرة أذرع لا يتحالفان، ولا يحكم مهر المثل والقول قول الزوج بالاجماع. كذا في البدائع. وهذه
***
[٣١٧]
واردة على إطلاق المصنف، وجوابه أن القدر في الثوب وإن كان من أجزائه حقيقة لكنه جار مجرى الوصف وهو صفة الجودة شرعا لانه يوجب صفة الجودة لغيره من الاجزاء، ولذا كان الزائد للمشتري فيما إذا باعه وعين قدرا فوجده أزيد والاصل أن ما يوجب فوات بعضه نقصانا في البقية فهو كالوصف، كما علم في البيوع، وصرح به في البدائع هنا. وقيد بالقدر لانه لو اختلفا في جنس المهر أو نوعه أو صفته فإنه لا يخلو إما أن يكون المسمى دينا أو عينا، فإن كان دينا فإن كان في الجنس كما إذا قال تزوجتك على عبد فقالت على جارية، أو قال على كر شعير فقالت على كر حنطة، أو على ثياب هروية، أو قال على ألف درهم وقالت على مائة دينار، أو كان في النوع كالتركي مع الرومي والدنانير المصرية مع الصورية، أو كان في الصفة من الجودة والرداء فإن الاختلاف فيه كالاختلاف في العينين إلا الدراهم والدنانير فإن الاختلاف فيها كالاختلاف في الالف والالفين لان كل واحد من الجنسين والنوعين والموصوفين لا يملك إلا التراضي بخلاف الدراهم والدنانير فإنهما وإن كانا جنسين مختلفين لكنهما في باب مهر المثل جعلا كجنس واحد. وإن كان المسمى عينا بأن قال تزوجتك على هذا العبد وقالت المرأة على هذه الجارية فهو كالاختلاف في الالف والالفين إلا في فصل واحد وهو ما إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر فلها قيمة الجارية لا عينها لان تمليك الجارية لا يكون إلا بالتراضي ولم يتفقا على تمليكها فلم يوجد الرضا من صاحب الجارية بتمليكها فتعذر التسليم فيقضي بقيمتها بخلاف ما إذا اختلفا في الدراهم والدنانير فإنه نظير الاختلاف في الالف والالفين على معنى أن مهر مثلها إن كان مثل مائة دينار أو أكثر فلها المائة دينار. كذا في البدائع أيضا. وذكر في المحيط الاختلاف في الجنس أو النوع أو الصفة إن كان المسمى عينا فالقول قول الزوج، وإن كان دينا فهو كالاختلاف في الاصل اه. يعني يجب مهر المثل ولا يخفى ما فيه من المخالفة لما في البدائع وفي الظهيرية: ولو اختلفا في الوصف والقدر جميعا فالقول للزوج في الوصف، والقول للمرأة في القدر إلى تمام مهر مثلها. وفي المحيط وغيره، لو تصادقا على مهر عين كالعبد ثم هلك عند الزوج فاختلفا في القيمة فالقول قول من عليه الدين وهو الزوج. وفي الخانية: لو قالت المرأة تزوجتني على عبدك هذا وقال الرجل تزوجتك على أمتي هذه وهي أم المرأة وأقاما البينة فالبينة بينة المرأة لان بينتها قامت على حق نفسها وبينة الزوج قامت على حق الغير وتعتق الامة على الزوج بإقراره اه. وفي الظهيرية: رجل وامرأة في أيديهما دار فأقامت المرأة البينة أن الدار لها والرجل عبدها وأقام الرجل البينة أن الدار له والمرأة زوجته ولم تقم بينة أنه حر فالبينة بينة المرأة والدار والعبد لها ولا
***
[٣١٨]
نكاح بينهما، ولو أقامها أنه حر الاصل والمسألة بحالها يقضي بأنه حر والمرأة زوجته والدار للمرأة لانها خارجة، وهذه المسألة تناسب الدعوى إلى أن قال: لو أقام رجل بينة على امرأة أنه تزوجها على ألف درهم وأقامت بينة أنه تزوجها على مائة دينار وأقام أبوها وهو عبد الزوج أنه تزوجها على رقبته وأقامت أمها وهي أمة الزوج أنه تزوجها على رقبتها فالبينة بينة الاب والام والنكاح جائز على نصف رقبتهما لان بينتهما توجب المهر والحرية فكانت بينتهما أكثر إثباتا فكانت أولى، فإن كان القاضي قضى للمرأة بمائة دينار ثم ادعى الاب والمسألة بحالها فالقاضي يقضي بأن الاب صداقها ويعتق من مالها ويبطل القضاء الاول، ولو قضى بعتق الاب من مال ابنته ثم أقامت أمها بينة أنه تزوجها على رقبتها لا تقبل لان في قول بينتها إبطال عتق الاب اه. وهو ملحق بالاصل إلا المسألة الاولى. قوله: (والمتعة لو طلقها قبل الوطئ) أي حكمت المتعة فإن شهدت لاحدهما فالقول قوله مع يمينه، وإن كانت بين نصف ما يدعيه ونصف ما تدعيه المرأة حلف كل واحد منهما كما في حال قيام النكاح. وعند أبي يوسف القول قول الزوج مع يمينه إلا أن يأتي بشئ مستنكر كما قدمناه، وهذا على رواية الجامع الكبير وهو قياس قولهما. وفي رواية الجامع الصغير: والاصل القول قول الزوج في نصف المهر من غير تحكيم للمتعة. وفي الهداية: ووجه التوفيق أنه وضع المسألة في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا

يفيد تحكيمها. ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون فيفيد التحكيم، والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل اهـ. وصحح في البدائع وشرح الطحاوي أنه يتنصف ما قال الزوج، ورجحه في فتح القدير بأن المتعة موجبة فيما إذا لم يكن فيه تسمية وهنا اتفقا على التسمية فقلنا ببقاء ما اتفقا عليه وهو نصف ما أقربه الزوج ويحلف على نفي دعواها الزائد، وأراد بتحكيم المتعة فيما إذا كان المسمى دينا، أما إذا كان عينا كما في مسألة العبد والجارية فلها المتعة من غير تحكيم إلا أن يرضى الزوج أن تأخذ نصف الجارية بخلاف ما إذا اختلفا في الالف والالفين لان نصف الالف ثابت بيقين لاتفاقهما على تسمية الالف، والملك في نصف الجارية ليس بثابت بيقين لانهما لم يتفقا على تسمية أحدهما فلا يمكن القضاء بنصف الجارية إلا باختيارهما، فإذا لم يوجد سقط البدلان فوجب الرجوع إلى المتعة. كذا في البدائع.

***

[٣١٩]

قوله: (ولو في أصل المسمى يجب مهر المثل) أي ولو اختلفا في أصل المسمى بأن ادعاه أحدهما ونفاه الآخر فإنه يجب مهر المثل اتفاقا والمتعة إن طلقها قبل الدخول اتفاقا، أما عندهما فظاهر لان أحدهما يدعي التسمية والآخر ينكره فالقول قول المنكر، وكذا عند أبي يوسف لتعذر القضاء بالمسمى بخلاف ما تقدم لانه أمكن القضاء بالمتفق وهو الاقل ما لم يكن مستنكرا. وقوله في الهداية لان مهر المثل هو الاصل عند أبي حنيفة ومحمد مشكل لانه قدم قبله أن المسمى هو الاصل عند محمد وإنما مهر المثل هو الاصل عند الامام فقط. كذا ذكره الشارحون. وجوابه أنه الاصل في التحكيم عندهما كما مر في الاختلاف في حياتهما وبعد موت أحدهما سواء كان في الاصل أو في القدر، فحكم الاختلاف بعد موت أحدهما في القدر كهو في حياتهما كما في المحيط، وأما في الاصل فقال في التبيين: ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما بالاتفاق لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما وكذا لو طلقها قبل الدخول اهـ. يعني تحكم المتعة. وفي البزازية: ادعت المسمى بعد موته فأقر الوارث به لكن قال لا أعرف قدره حبس، وظاهر كلام المصنف أنه يجب مهر المثل بالغا ما بلغ وليس كذلك، بل لا يزاد على ما ادعته المرأة لو كانت هي المدعية للتسمية ولا ينقص عما ادعاه الزوج لو كان هو المدعى لها كما أشار إليه في البدائع، ولم يتعرض الشارحون للتحليف. وذكر صدر الشريعة أنه يحلف عندهما، فإن نكل ثبت المسمى، وإن حلف المنكر وجب مهر المثل، وأما عند أبي حنيفة ينبغي أن لا يحلف المنكر لانه لا تحليف عنده في النكاح فيجب مهر المثل اهـ. وفيه نظر لان التحليف هنا على المال لا على أصل النكاح فيتعين أن يحلف منكر التسمى إجماعا ولهذا سكتوا

***

[٣٢٠]

عنه لظهوره. وفي جامع الفصولين: ادعت مهرها بعد موته فادعى الوارث الخلع قبل الموت بعد إنكار أصل النكاح لا تسمع، وإن ادعى الابراء ففيها أقوال، ثالثها إن ادعى الابراء عن المهر لا تسمع وإن ادعى الابراء عن دعوى المهر تسمع اهـ. قوله: (ولو ماتا ولو في القدر فالقول لورثته) أي لو مات الزوجان واختلف ورثتهما فالقول لورثة الزوج، سواء كان في القدر أو في الاصل، فإن كان في القدر لزم ما اعترفوا به، وإن كان في الاصل بأن أدعى ورثتها المسمى وأنكره ورثته فلا شئ عليهم. وهذا عند الامام، عندهما الاختلاف بعد موتهما كالاختلاف في حياتهما، فإن اختلفا في القدر قال محمد: يقضى بمهر المثل. وقال أبو يوسف: القول لورثة الزوج، وإن اختلفا في الاصل يقضى بمهر المثل إذا كان النكاح ظاهرا إلا إذا أقامت ورثته البينة على إيفاء المهر أو على إقرارها به أو إقرار ورثتها به لانه كان دينا في ذمته فلا يسقط بالموت كالمسمى، فإن علم أنها ماتت أولا سقط نصيبه منه وما بقي فلورثتها. وله أن موتهما يدل على انقراض أقرانها فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل. كذا في الهداية. وهذا يدل على أن المسألة مصورة في التقادم، فلو كان العهد قريبا قضى به وعلى أنه لو أقيمت البينة على المهر قضى بها على ورثة الزوج وقد صرح بالثاني في المحيط وشرح الطحاوي. وعبارة المحيط قال أبو حنيفة: لا أقضي بشئ حتى يثبت بالبينة أصل التسمية. وبهذا اندفع ما علل به بعض المشايخ له من أن مهر المثل من حيث هو قيمة البضع يشبه المسمى، ومن حيث إنه يجب بغير شرط يشبه النفقة والصلة، فباعتبار الشبه الاول لم يسقط بموت أحدهما، وباعتبار الشبه الثاني يسقط فسقط بموتهما فإنه يقتضي أنه لا تسمع البينة عليه بعد موتهما لسقوطه أصلا، والمنصوص عن

***
[٣٢١]
الامام خلافه كما علمت ولذا قال في فتح القدير: إن تعليل الهداية أو جه، وفي فتاوى قاضيخان الفتوى على قولهما، وفي المحيط قال مشايخنا: هذا كله إذا لم تسلم المرأة نفسها، فإن سلمت نفسها ثم وقع الاختلاف في حيال الحياة أو بعد الممات فإنه لا يحكم بمهر المثل لانا نعلم أن المرأة لا تسلم نفسها من غير أن تتعجل من مهرها شيئا عادة فيقال لها لا بد أن تقري بما تعجلت وإلا قضينا عليك بالمتعارف، ثم يعمل في الباقي كما ذكرنا اه. وأقره عليه الشارحون، ولا يخفى أن محله فيما إذا ادعى الزوج إيصال شئ إليها، أما لو لم يدع فلا ينبغي ذلك. وفي المحيط معزيا إلى النوادر: وامرأة ادعت على زوجها بعد موته أن لها عليه ألف درهم من مهرها فالقول قولها إلى تمام مهر مثلها عند أبي حنيفة لان مهر المثل يشهد لها اه. وهذا يخالف ما ذكره المشايخ سابقا. وفي الخلاصة من الفصل الثاني عشر من كتاب الدعوى: امرأة ادعت على وارث زوجها مهرها فأنكر الوارث يوقف قدر مهر مثلها ويقول له القاضي أكان مهر مثلها كذا أعلى من ذلك؟ إن قالوا لا قال: أكان كذا دون ما قال في المرة الاولى إلى أن ينتهي إلى مقدار مهر مثلها اه. قوله: (ومن بعث إلى امرأته شيئا فقالت هو هدية وقال هو من المهر فالقول قوله في غير المهيأ للاكل) لانه المملك فكان أعرف بجهة التمليك كيف وإن الظاهر أنه يسعى في إسقاط الواجب إلا فيما يتعارف هدية وهو المهيأ للاكل لانه متناقض عرفا. وفسر الامام الولوالجي المهيأ للاكل بما لا يبقى ويفسد نخرج نحو التمر والدقيق والعسل فإن القول فيه قوله اه. ودخل تحت غير المهيأ للاكل الثياب مطلقا فالقول فيها قوله. وقال الفقية أبو الليث: المختار أن ما كان من متاع سوى ما يجب عليه فالقول له وإلا فلها كالدرع والخمار ومتاع البيت لان الظاهر يكذبه، والخف والملاءة لا تجب عليه لانه ليس عليه أن يهئ لها أمر خروجها. كذا في غاية البيان. وفي فتح القدير: ثم كون الظاهر يكذبه في نحو الدرع
***
[٣٢٢]
والخمار إنما ينفي احتسابه من المهر لا من شئ آخر كالكسوة اه. وهذا البحث موافق لما في الجامع الصغير فإنه قال: إلا في الطعام الذي يؤكل فإنه أعم من المهيأ للاكل وغيره. وفيه أيضا: والذي يجب اعتباره في ديارنا أن جميع ما ذكر من الحنطة واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية وباقيها يكون القول فيها قول المرأة لان المتعارف في ذلك كله أن يرسله هدية، والظاهر مع المرأة لا معه، ولا يكون القول له إلا في نحو الثياب والجارية. وهذا كله إذا لم يذكر وقت الدفع جهة أخرى غير المهر فإن ذكر وقال اصرفوا بعض الدنانير إلى الشمع وبعضها إلى الحناء لا يقبل قوله بعد ذلك أنه من المهر كما في القنية. وأشار المصنف إلى أنه لو بعث إليها ثوبا وقال هو من الكسوة وقالت هدية فإن القول قوله والبينة بينتها. كذا في الخلاصة من كتاب الدعوى. وهذا يدل على أن البينة بينتها في مسألة الكتاب أيضا لعدم الفرق بينهما. وأراد بكون القول قوله في المختصر أن يحلف فإن حلف إن كان المتاع قائما كان للمرأة أن ترد المتاع لانها لم ترض بكونه مهراوترجع على الزوج بما بقي من المهر، وإن كان المتاع هالكا إن كان شيئا مثليا ردت على الزوج مثل ذلك، وإن لم يكن مثليا لا ترجع على الزوج بما بقي من المهر. كذا في الخانية. وهذا إذا لم يكن من جنس المهر، فإن كان من جنسه وقع قصاصا كما لا يخفى. وصرح في معراج الدراية أن فيما كان القول فيه قولها وهو المهيأ للاكل فإنه مع يمينها، وإن كان العرف شاهدا لها. وأشار المصنف إلى أن الزوج لو بعث إليها هدايا وعوضته المرأة ثم زفت إليه ثم فارقها وقال بعثتها إليك عارية وأراد أن يسترده وأرادت هي أن تسترد العوض فالقول قوله في الحكم لانه أنكر التمليك، وإذا استرده تسترد هي ما عوضته. كذا في الفتاوى السمرقندية. وفي فتح القدير: ولو بعث هو وبعث أبوها له أيضا ثم قال هو من المهر فللاب أن يرجع في
***
[٣٢٣]
هبته إن كان من مال نفسه وكان قائما، وإن كان هالكا لا يرجع، وإن كان من مال البنت بإذنها فليس لها الرجوع لانه هبة منها وهي لا ترجع فيما وهبت لزوجها اه. ويفرق بين هذا وبين ما سبق أن في الاول التعويض منها كان بناء على ظنها التمليك منه وقد أنكره فلم يصح التعويض فلم يكن هبة منها فلها الاسترداد، وفي الثانية حصل التمليك فصح التعويض فلا رجوع لها، وقد يقال التعويض على ظن الهبة لا مطلقا وقد أنكرها فينبغي أن ترجع. وقيد المصنف بكونه ادعاه مهرا لانها لو ادعت أنه من المهر وقال هو وديعة فإن كان

من جنس المهر فالقول قولها، وإن كان من خلافه فالقول قوله. وأطلق في البعث فشمل ما إذا اشترى لها شيئا بعد ما بنى بها بأمرها أو دفع إليها دراهم حتى اشترت هي، صرح به في التجنيس وفيه: لو قالت له أنفق على مماليكي من مهري ففعل ثم قالت لا أحسبه منه لانك استخدمتهم، فما أنفق عليهم بالمعروف فهو من المهر. ولو بعث إليها بقرة عند موت أبيها فذبحتها وأطعمتها فطلب قيمتها فإن اتفقا أنه لم يذكر قيمة ليس له الرجوع، وإن اتفقا على ذكر الرجوع بالقيمة فله الرجوع، وإن اختلفا فالقول لها. واختار قاضيخان أن القول قول الزوج لانها تدعي الاذن بالاستهلاك بغير عوض وهو ينكر فالقول له كمن دفع إلى غيره دراهم فأنفقها ثم ادعى أنها قرض وقال القابض إنها هبة
***
[٣٢٤]
فالقول قول صاحب الدراهم اه. وفي فتاوى قاضيخان: لو جاء إلى بيته بقطن فغزلته المرأة فإن قال: اغزليه لي فهو له ولا أجر لها، وإن قال اغزليه لنا فهو له ولها أجر مثلها، وإن قال اغزليه فهو له، وإن قال اغزليه لنفسك فهو لها، وإن اختلفا فقالت قلت اغزليه لنفسك وكذبها فالقول قوله مع يمينه، وإن نهاها عن غزله فغزلته كان لها لانها غاصبة وله عليها مثل قطنه، وإن اختلفا في النهي فالقول له وإن لم ينه ولم يأذن فغزلته إن كان بياع القطن فهو لها وعليها مثل قطنه وإلا فهو له إلى أخر ما في الفتاوى. وههنا فروع ذكروها في الفتاوى لا بأس بإيرادها فإنها مهمة: الاول لو خطب امرأة في بيت أخيها فأبى الاخ إلا أن يدفع إليه دراهم فدفع ثم تزوجها كان للزوج أن يسترد ما دفع له. الثاني لو خطب ابنة رجل فقال أبوها إن نقدت إلى المهر كذا أزوجها منك ثم بعد ذلك بعث بهدايا إلى بيت الاب ولم يقدر على أن ينقد المهر ولم يزوجه فأراد أن يرجع قالوا: ما بعث للمهر وهو قائم أو هالك يسترده، وكذا كل ما بعث هدية وهو قائم، فأما الهالك والمستهلك فلا شئ فيه. الثالث لو أنفق على معتدة الغير على طمع أن يتزوجها إذ انقضت عدتها فلما انقضت أبت ذلك إن شرط في الانفاق التزوج كأن يقول أنفق بشرط أن تتزوجيني يرجع زوجت نفسها أو لا، وكذا إذا لم يشترط على الصحيح، وقيل لا يرجع إذا زوجت نفسها وقد كان شرطه وصحح أيضا، وإن أبت ولم يكن شرطه لا يرجع على الصحيح.
***
[٣٢٥]
والحاصل أن المعتمد ما ذكره العمادي في فصوله أنها إن تزوجته لا رجوع مطلقا، وإن أبت فله الرجوع إن كان دفع لها وإن أكلت معه فلا مطلقا. الرابع مسألة الجهاز وفيه مسألتان: الاولى قال في المبتغى بالغين المعجمة: من زفت إليه امرأته بلا جهاز فله مطالبة الاب بما بعث إليه من الدنانير والدراهم، وإن كان الجهاز قليلا فله المطالبة بما يليق بالمبعوث يعني إذا لم تجهز بما يليق بالمبعوث فله استرداد ما بعث، والمعتبر ما يتخذ للزوج لا ما يتخذ لها، ولو سكت بعد الزفاف طويلا ليس له أن يخاصمه بعده وإن لم يتخذ له شئ. ولو جهز ابنته وسلمه إليها ليس له في الاستحسان استرداده منها وعليه الفتوى، ولو أخذ أهل المرأة شيئا عند التسليم فللزوج أن يسترده لانه رشوة. الثانية لو جهز بنته ثم ادعى أن ما دفعه لها عارية وقالت تمليكا أو قال الزوج ذلك بعد موتها ليرث منه وقال الاب عارية، ففي فتح القدير والتجنيس والذخيرة المختار للفتوى أن القول للزوج ولها إذا كان العرف مستمرا أن الاب يدفع مثله جهازا لا عارية كما في ديارنا، وإن كان مشتركا فالقول قول الاب. وقال قاضيخان: وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل إن كان الاب من الاشراف والكرام لا يقبل قوله أنه عارية، وإن كان الاب ممن لا يجهز البنات بمثل ذلك قبل قوله اه. والواقع في ديارنا القاهرة أن العرف مشترك فيفتى بأن القول للاب، وإذا كان القول للزوج في المسألة الاولى فأقام الاب بينة قبلت. قال في التجنيس والولواجية والذخيرة: والبينة الصحيحة أن يشهد عند التسليم إلى المرأة أني إنما سلمت هذه الاشياء بطريق العارية أو يكتب نسخة معلومة ويشهد الاب على إقرارها أن جميع ما في هذه النسخة ملك والدي عارية في يدي منه لكن هذا يصلح للقضاء لا للاحتياط لجواز أنه اشترى لها بعض هذه الاشياء في حالة الصغر فبهذا الاقرار لا يصير الاب صادقا فيما بينه وبين الله تعالى، والاحتياط أن يشتري منها ما في هذه النسخة بثمن معلوم ثم إن البنت تبرئه عن الثمن اه. ومن فروع الجهاز لو زوج ابنته البالغة وجهزها بأمتعة معينة ولم يسلمها إليها ثم فسخ العقد وزوجها من آخر فليس لها مطالبة الاب بذلك الجهاز لان التجهيز تمليك فيشترط فيه التسليم، ولو كان لها على أبيها دين فجهزها أبوها ثم قال جهزتها بدينها علي وقالت بل بمالك فالقول للاب، وقيل للبنت. ولو دفع إلى أم ولده شيئا لتتخذه جهازا للبنت

ففعلت وسلمته إليها لا يصح تسليمها. صغيرة
***
[٣٢٦]
نسجت جهازا بمال أمها وأبيها وسعيها حال صغرها وكبرها فماتت أمها فسلم أبوها جميع الجهاز إليها فليس لاخوتها دعوى نصيبهم من جهة الام. امرأة نسجت في بيت أبيها شيئا كثيرا من إبريسم كان يشتريه أبوها ثم مات الاب فهذه الاشياء لها باعتبار العادة، ولو دفعت في تجهيزها لبنتها أشياء من أمتعة الاب بحضرته وعلمه وكان ساكتا وزفت إليه أي إلى الزوج فليس للاب أن يسترد ذلك من بنته، وكذا لو انفقت الام في جهازها ما هو معتاد والاب ساكت لا تضمن. الكل في القنية في باب تجهيز البنات. وبهذا يعلم أن الاب أو الام إذا جهز بنته ثم مات فليس لبقية الورثة على الجهاز سبيل لكن هل هذا الحكم المذكور في الاب يتأتى في الام والجد، فلو جهزها جدها ثم ماتت وقال ملكي وقال زوجها ملكها صارت واقعة الفتوى ولم أر فيها نقلا صريحا. قوله: (ولو نكح ذمي ذمية بميتة أو بغير مهر وذا جائز عندهم فوطئت أو طلقت قبله أو مات عنها فلا مهر لها وكذا الحربيان ثم) بيان لمهور الكفارة بعد بيان مهور المسلمين وسيأتي بيان أنكحتهم. فقوله في غاية البيان إن هذا بيان لانكحتهم سهو، وحاصله أن نكاحهم مشروع بغير مهر وبمسمى غير مال حيث كانوا يعتقدونه عند أبي حنيفة لا فرق عنده بين أهل الذمة وأهل الحرب في دار الحرب، وهما وافقاه في أهل الحرب وقالا في الذمية لها مهر مثلها إن مات عنها أو دخل بها، والمتعة إن طلقها قبل الدخول. وزفر أوجب مهر المثل في الكل لان الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم، ولهما أن أهل الحرب غير ملتزمين أحكام الاسلام وولاية الالزام منقطعة بتباين الدارين بخلاف أهل الذمة لانهم التزموا أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالزنا والربا وولاية الالزام متحققة لاتحاد الدارين، ولابي حنيفة أن أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف والمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فإنا أمرنا بتركهم وما يدينون فصاروا كأهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها، والربا مستثنى من عقودهم لقوله عليه السلام إلا من أربى فليس بيننا وبينه عهدا. أطلق في الذمي فشمل الكتابي والمجوسي، وأراد بالميتة كل ما ليس بمال كالدم، واختلف في قوله أو بغير مهر فقيل المراد به ما إذا نفياه، أما إذا سكتا عنه فإنه يجب مهر المثل، والاصح أنه لا فرق عنده
***
[٣٢٧]
بين نفيه والسكوت عنه كما في الهداية. وفي فتح القدير: إن ظاهر الرواية وجوب مهر المثل عنده إذا سكتا عنه مخالفا لما في الهداية لان النكاح معاوضة فما لم ينص على نفيه يكون مستحقا لها. والواو في قوله وذا جائز للحال وقوله فلا مهر جواب المسألة، وضبط في غاية البيان إلا من أربى أنه حرف التنبيه لا استثناء. وقيد المصنف بالمهر لان بقية أحكام النكاح ثابتة في حقهم كالمسلمين من وجوب النفقة في النكاح ووقوع الطلاق والعدة والتوارث بالنكاح الصحيح كالنسب وثبوت خيار البلوغ وحرمة نكاح المحارم والمطلقة ثلاثا كما في التبيين، وظاهره أنه متفق عليه. وأما الكفاءة ففي الخانية أن الذمية إذا زوجت نفسها رجلا لم يكن لوليها حق الفسخ إلا أن يكون أمرا ظاهرا بأن زوجت بنت ملكهم أو حبرهم نفسها كناسا أو دباغا منهم أو نقصت من مهرها نقصانا فاحشا كان لاوليائها أن يطالبوه بالتبليغ إلى تمام مهر المثل أو يفسخ اه‍. وفائدة عدم المهر في هذه المسائل أنهما لو أسلما أو أحدهما أو ترافعا أو أحدهما إلينا لا نحكم به، ومسألة خطاب الكفار وتفاصيلها أصولية لم تذكر عن أبي حنيفة وأصحابه وإنما هي مستنبطة، وتمامه في كتابنا المسمى بلب الاصول. قوله: (ولو تزوج ذمي ذمية بخمر أو خنزير عين فأسلما أو أسلم أحدهما لها الخمر والخنزير وفي غير العين لها قيمة الخمر ومهر المثل في الخنزير) بيان لما إذا سميا ما هو مال عندهما وليس بمال عندنا. وحاصله أن التسمية صحيحة ولها المسمى فإن قبضته صح، وإن لم تقبضه حتى أو أسلما أحدهما فهو عى وجهين: إما أن يكون ذلك المسمى معينا أو غير معين. فإن كان معينا فليس لها إلا هو قيميا كان أو متليا، وإن كان غير معين فلها القيمة في المثلي ومهر المثل في القيمي. وهذه كله عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: لها مهر المثل في الوجهين. وقال محمد: لها القيمة في الوجهين. وجه قولهما أن القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما إذا كانا بغير أعيانهما، وأما إذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فأبو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا هنا، ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا

***
[٣٢٨]
عندهم إلا أنه امتنع التسليم للاسلام فيجب القيمة كما إذا هلك العبد المسمى قبل القبض، ولابي حنيفة أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد لهذا يملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج إلى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب، وفي غير المعين القبض موجب ملك العين فيمتنع بالاسلام بخلاف المشتري لان ملك التصرف إنما يستفاد فيه بالقبض، وإذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه ولا كذلك الخمر لانه من ذوات الامثال، ألا ترى أنه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر. ولو طلقها قبل الدخول بها فمن أوجب مهر المثل أوجب المتعة، ومن أوجب القيمة أوجب نصفها. وفي الغاية: ويرد على هذا ما لو اشترى ذمي دارا من ذمي بخمر أو خنزير وشفيعها مسلم يأخذ بالشفعة بقيمة الخمر والخنزير فلم تجعل قيمة الخنزير كعينه ولم يجب عنه بشئ. وأجاب عنه في التبيين أن قيمة الخنزير إنما تكون كعينه أن لو كان بدلا عن الخنزير كما في مسألة النكاح، أما لو كان بدلا عن غيره فلا. وفي مسألة الشفعة قيمة الخنزير بدل عن الدار المشفوعة، وإنما صير إليها للتقدير بها لا غير فلا يكون لها حكم عينه. وأفاد بقوله لها في المعين المسمى أنه لو كان طلقها قبل الدخول فإن لها نصفه والله تعالى أعلم.
***
[٣٢٩]
باب نكاح الرقيق ذكره بعد نكاح الاحرار المسلمين مقدما على نكاح الكفار لان الاسلام فيهم غالب. والرقيق في اللغة العبد ويقال للعبيد. كذا في المغرب. والمراد به هنا المملوك من الآدمي لانهم قالوا: إن الكافر إذا أسر في دار الحرب فهو رقيق لا مملوك، وإذا أخرج فهو مملوك أيضا، فعلى هذا فكل مملوك من الآدمي رقيق لا عكسه قوله: (لم يجز نكاح العبد والامة والمكاتب والمدبر وأم الولد إلا بإذن السيد) أي لا ينفذ فالمراد بعدم الجواز عدم النفاذ لا عدم الصحة بقرينة سابقه في فصل الوكالة بالنكاح حيث صرح بأنه موقوف كعقد الفضولي لقوله عليه السلام أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر حسنه الترمذي. والعهر الزنا وهو محمول على ما إذا وطئ بمجرد العقد وهو زنا شرعي لا فقهي فلم يلزم منه وجوب الحد لانه مترتب على الزنا الفقهي كما سيأتي، ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما إذا النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون إذن مولاهما، وكذلك المكاتب لان الكتابة أوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج أمته لانه من باب الاكتساب، وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون أذن المولى وتملك تزويج أمتها لما قلنا، وكذا المدبر وأم الولد لان الملك فيهما قائم. ودخل في المكاتب معتق البعض لا يجوز نكاحه عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز لانه حر مديون. ودخل في أم الولد ابنها أي ابنها من غير مولاها كما إذا زوج أم ولده من غيره فجاءت بولد من زوجها فحكمه حكم أمه، وأما ولدها من مولاها فحر. ويستثنى من قولهم ابن أم الولد من غير المولى كأمه مسألة ذكرها في المبسوط من باب الاستيلاد: لو اشترى ابن أم ولد له من غيره بأن استولد جارية بالنكاح ثم فارقها فزوجها المولى من غيره فولدت ثم اشترى الجارية مع الولدين فالجارية تكون أم ولد له وولده حر وولدها من غيره له بيعه ا ه‍. إلا أن يقال: إنها حين ولدته لم تكن أم ولد له فلا استثناء، وأطلق في نكاحه فشمل ما إذا تزوج بنفسه وما إذا زوجه غيره، وقيد بالنكاح لان التسري للعبد والمكاتب والمدبر حرام مطلقا. كذا في شرح
***
[٣٣٠]
الطحاوي. وقال في فتح القدير: فرع مهم للتجار ربما يدفع لعبده جارية ليتسرى بها ولا يجوز للعبد أن يتسرى أصلا أذن له مولاه أو لم يأذن، لان حل الوطئ لا يثبت شرعا إلا بملك اليمين أو عقد النكاح وليس للعبد ملك يمين فانحصر حل وطئه في عقد النكاح ا ه‍. وشمل السيد الشريكين فلا يجوز نكاح المشترك إلا بإذن الكل لما في الظهيرية: لو زوج أحد المولبين أمته ودخل بها الزوج فللآخر النقض، فإن نقض فله نصف مهر المثل وللزوج الاقل من نصف مهر المثل ومن نصف المسمى ا ه‍. وشمل ورثة سيد المكاتب لما في التجنيس: إذا أذن الورثة للمكاتب بالنكاح جاز لانهم لم يملكوا رقبته لانه صار كالحر ولكن الولاء لهم ا ه‍. وبهذا علم أن السيد هنا

من له ولاية تزويج الرقيق ولو غير مالك له ولهذا كان للاب والجد والقاضي والوصي تزويج أمة اليتيم، وليس لهم تزويج العبد لما فيه من عدم المصلحة وملك المكاتب والمفاوض تزويج الامة ولا يملكان تزويج العبد لما ذكرنا نخرج العبد المأذون والمضارب وشريك العنان فإنهم لا يملكون تزويج الامة أيضا خلافا لابي يوسف. وفي جامع الفصولين: القاضي لا يملك تزويج أمة الغائب وقنه وإن لم يكن له مال ويملك أن يكاتبهما وأن يبيعهما ا ه. وفي الظهيرية: الوصي لو زوج أمة اليتيم من عبده لا يجوز والاب إذا زوج جارية ابنه من عبد ابنه جاز عند أبي يوسف خلافا لزفر ا ه. وهذا يستثنى من قولهم لا يجوز للاب تزويج عبد الابن بأن يقال: إلا من جارية الابن. لكن في المبسوط: لا يجوز في ظاهر الرواية فلا استثناء. ثم اعلم أن نكاح العبد حالة التوقف سبب للحال متأخر حكمه إلى وقت الاجازة فالاجازة ظهر الحل من وقت العقد كالبيع الموقوف سبب للحال، فإذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الاجازة ظهر أثره من وقت وجوده وقد ملك الزوائد بخلاف تفويض الطلاق الموقوف لا يثبت حكمه إلا من وقت الاجازة، ولا يستند لانه مما يقبل التعليق فجعل الموجود من الفضولي متعلقا بالاجازة فعندها يثبت للحال

***

[٣٣١]

بخلاف الاولين لعدم صحة تعليقهما، وهذا هو الضابط فيما يستند وما يقتصر من الموقوف. قوله: (فلو نكح عبد بإذنه بيع في مهرها) أي بإذن السيد لانه دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من أهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن أصحاب الديون كما في دين التجارة فيباع فيه إلا إذا فداه المولى لحصول المقصود وهو دفع المضرة عن صاحب الدين: وأفاد المصنف باقتصاره على البيع المنصرف إلى مرة واحدة أنه لو بيع فلم يف ثمنه بالمهر لا يباع ثانيا ويطالب بالباقي بعد العتق، وفي دين النفقة يباع مرة بعد أخرى لانها تجب شيئا فشيئا. وفي المبسوط: فإذا اجتمع عليه من النفقة ما يعجز عن أدائه يباع فيه ثم إذا اجتمع عليه النفقة مرة أخرى يباع فيه أيضا، وليس في شئ من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد أخرى إلا النفقة لانه يتجدد وجوبها بمضي الزمان وذلك في حكم دين حادث ا ه. وهو يفيد أنه لو اجتمع عليه مثلا مائتان فبيع بمائة لا يباع ثانيا للنفقة المتجمدة وإنما يباع لما سيأتي وستزداد وضوحا في النفقات إن شاء الله تعالى. وعلل في معراج الدراية لعدم تكرار بيعه في المهر بأنه بيع في جميع المهر فيفيد أنه لو بيع في مهرها المعجل ثم حل الاجل يباع مرة أخرى لانه إنما بيع في بعضه، وظاهر كلامهم في المأذون المديون أنه يباع لاجل الدين القليل فكذلك يباع لاجل المهر القليل حيث لم يفده، وأشار بالبيع إلى أنه لو مات العبد سقط المهر والنفقة. ذكره التمرتاشي. وأطلقه فشمل ما إذا دخل العبد بها أو لا، وقيدنا بالاذن لانه لو نكح بغير إذن فإن لم يدخل فلا حكم له، وإن دخل فلا يخلو إما أن يفرق بينهما المولى بعده أو يجيز النكاح، فإن فرق بينهما فلا مهر لها عليه حتى يعتق لانه دين لم يظهر في حق المولى فصار كدين أقربه العبد، وإن أجازه المولى بعده فالقياس أن يجب مهران مهر بالدخول ومهر بالاجازة كما في النكاح الفاسد إذا جدده صحيحا، وفي الاستحسان لا يلزمه إلا المسمى لان مهر المثل لو وجب لوجب باعتبار العقد

***

[٣٣٢]

وحينئذ يجب بعقد واحد مهران وإنه ممتنع. كذا في المحيط وغيره. ودل كلامه أن السيد لو زوجه بنفسه فإنه يباع بالاولى. وفي القنية: باع عبده بعد ما زوجه امرأة فالمهر في رقبة الغلام يدور معه أينما دار هو الصحيح كدين الاستهلاك، وقيل المهر في الثمن ا ه. وكل من القولين مشكل لانهم جعلوا المهر كدين التجارة وقد نقلوا في باب المأذون أن السيد إذا باع المديون بغير رضا أصحاب الديون ردوا البيع وأخذوه، وإن كان المشتري غيب العبد فهم بالخيار، إن شاؤوا ضمنوا السيد قيمته أو ضمنوا المشتري قيمته أو أجازوا البيع وأخذوا الثمن فكذلك هنا، وليس دين الاستهلاك مخالفا لدين التجارة فإنه يباع في الكل. وفي القنية أيضا: زوج عبده حرة ثم أعتقه تخير في تضمين المولى أو العبد ثم رقم آخر أن المولى يضمن الاقل من قيمته ومن مهرها ا ه. وفي فتاوى قاضيخان: زوج عبده امرأة بألف درهم ثم باعه منها بتسعمائة درهم بعد ما دخل العبد بها فإنها تأخذ التسعمائة بمهرها ويبطل النكاح ولا ترجع المرأة بالمائة الباقية على العبد وإن عتق، ولو كان على العبد لرجل آخر دين ألف درهم فأجاز الغريم بيع العبد من المرأة كان التسعمائة بين الغريم والمرأة يضرب الغريم فيها بألف درهم والمرأة بألف درهم ولا تتبعه المرأة بعد ذلك ويتبعه الغريم بما بقي من دينه إذا عتق ا ه. واعلم أنهم

قالوا في كتاب المأذون لو أعتق المولى المديون خير الغريم بين تضمين المولى القيمة أو اتباع العبد بجميع الدين، ولا فرق بين الاعتاق بإذن الغريم أو بغير إذنه. ولو دبره فإن شاء ضمن المولى قيمته وإن شاء استسعى العبد في جميع دينه، ولو باعه فقد كتبناه، ولو وهبه بغير إذن الغريم فله نقضها وبإذنه ففيه روايتان، وعلى رواية الجواز فللغريم بيعه وأخذه من الموهوب له لانه انتقل إليه بدينه. ولو كان دين العبد مؤجلا فباعه أو وهبه مولاه جاز، فإذا حل ضمن المولى قيمته، فإذا رهنه أو أجره قبل حلوله جاز، فإذا حل ضمن المولى قيمته في الرهن دون الاجارة وللغريم فسخها. وللقاضي بيع المديون للوفاء إذا امتنع سيده لكن بحضرته، فإن أراد المولى أن يؤدي قدر ثمنه فله ذلك ولا يباع. الكل من المحيط. وحيث علمت أن المهر كدين التجارة فهذه الاحكام أيضا للمهر. وذكر الحاكم في الكافي أن العبد المأذون المديون للغريم منع المولى من استخدامه ورهنه وإجارته والسفر به إذا كان الدين حالا، وإن كان مؤجلا فله

***

[٣٣٣]

ذلك قبل حلوله ا ه‍. ومقتضاه ثبوت هذه الاحكام أيضا في العبد المديون بمهر امرأته فإن كان المهر حالا لا يجوز للمولى والاجازة. وفي الكافي: إذا بيع في الدين فاشتراه المولى ودفع الثمن للغرماء ولم يوفهم ثم أذن له مولاه في التجارة فلحقه دين يباع ويشترك فيه الاولون فيما بقي لهم والآخرون، ومقتضاه لو بيع في مهرها فاشتراه المولى فلم يوف ثم وجب بيعه للنفقة أن تأخذ المرأة ما بقي لها من المهر مع النفقة، وكل هذه من باب التخريج. وفي الخانية: لو قال المولى لا أرضى ولا أجيز كان ردا، فلو قال لا أرضى ولكن رضيت متصلا جاز استحسانا ا ه‍. وأشار بالبيع إلى أن مستحق المهر غير سيده فلو زوج أمته من عبده اختلفوا، فقيل يجب المهر ثم يسقط لان وجوبه حق الشرع، ومنهم من قال لا يجب وهذا أصح لان الوجوب وإن كان حقا لله تعالى فإنما يجب للمولى، ولو جاز وجوبه للمولى ساعة لجاز وجوبه أكثر من ساعة. كذا في الولوالجية. ولم أر من ذكر ثمرة لهذا الاختلاف ويمكن أن يقال: إنها تظهر فيما لو زوج الاب أمة الصغير من عبده، فعلى قول من قال يجب ثم يسقط قال بالصحة وهو قول أبي يوسف، ومن قال بعدم الوجوب أصلا قال بعدمها وهو قولهما، وقد جزم بعدمها في الولوالجية من المأذون معللا بأنه نكاح للامة بغير مهر لعدم وجوبه على العبد في كسبه للحال، فلو اختلفت المرأة والعبد في الاذن وعدمه قال في الظهيرية: عبد تزوج حرة ثم قال العبد لم يأذن لي المولى وقد نقض النكاح هو وقالت المرأة قد أذن يفرق بينهما لاقراره أن النكاح فاسد فيلزمه كمال المهر إن كان قد دخل بها، وينصف المهر إن لم يدخل بها ولها نفقة العدة ا ه‍. وينبغي أن المولى إن صدقها فالمهر في رقبته كلا ونصفا وإلا ففي ذمته. ولو تزوج عبد حرتين ثم دخل بإحداهما ثم تزوج أمة ثم أمة فإجاز المولى نكاحهن قال أبو حنيفة: يجوز نكاح الحرتين لانه ليس له أن يتزوج أمة في عدة حرة. وقالا: يجوز نكاح الامة الاخيرة لان عندهما له أن يتزوج الامة في عدة الحرة. ولو تزوج أمتين في عقدة ودخل بإحداهما ثم تزوج حرتين في عقدة ودخل بإحداهما ثم أجاز المولى

***

[٣٣٤]

نكاح أحد الفريقين لم يجز نكاح شئ منهن، ولو تزوج حرة وأمه ثم حرة وأمة فأجاز المولى الكل جاز نكاح الحرتين، وإن دخل بهن فنكاحهن فاسد. الكل من الظهيرية. ولم يبين المصنف مهر الامة وفي البدائع: ثم كل ما وجب من مهر الامة فهو للمولى، سواء وجب بالعقد أو بالدخول، سواء كان المهر مسمى أو مهر المثل، سواء كانت الامة قنة أو مدبرة أو أم ولد إلا المكاتبة والمعتق بعضها فإن المهر لها ا ه‍. وفي فتح القدير: إن مهر الامة يثبت لها ثم ينتقل إلى المولى حتى لو كان عليها دين قضى من المهر ا ه‍. وفي القنية: اشترى جارية تحت زوج قبل الدخول ثم دخل بها في ملك المشتري فالمهر للبائع. وفي المحيط: مسلم أذن لعبده النصراني في التزوج فأقامت المرأة شهودا نصارى أنه تزوجها تقبل لان المشهود عليه نصراني، ولو كان العبد مسلما والمولى نصرانيا لا تقبل لما عرف ا ه‍. وفي الظهيرية: رجلان شهدا على رجل آخر أنه أعتق جاريته هذه وهو يجحد فقضى القاضي بالعتق ثم رجعا عن شهادتهما ثم تزوجها أحدهما قال أبو يوسف: إن تزوجت قبل القضاء بالقيمة عليهما يفرق بينهما وبعد القضاء جاز نكاحه ا ه‍. كأنه لما في زعم الشاهد أنها أمة فلم يجز نكاحه وبعد القضاء خرجت عن ملك صاحبها لاخذه العوض فجاز نكاحه. وفي المحيط: لو قال لعبده تزوج على رقبتك فتزوج على رقبته أمة أو مدبرة أو أم ولد أذن مولاها جاز لان الملك في رقبته يثبت لمولاها فلا يمنع الجواز، ولو تزوج حرة أو مكاتبة

فالنكاح فاسد لانه لو صح يثبت الملك للمنكوحة في رقبته مقارنا للعقد وأنه مفسد له إذا طرأ فإذا قارن أولى أن يمنع جوازه، فلو كان العبد مكاتبا أو مدبرا صح النكاح لانهما لا يحتملان النقل من ملك مولاهما ويكون المهر القيمة ا ه. وفي تلخيص الجامع: ولو خالع على رقبتها فإن كان حرا لا يصح لقران المنافي وتبين لان المال زائد فكان أولى بالرد من الطلاق، وكذا القنة لو طلقها على رقبتها وتقع رجعية لانه صريح. ولو كان
***
[٣٣٥]
رقيقا صح بالمسمى لما مر، ولم أر حكم إذن المولى السفيه عبده بالتزوج على قولهما من الحجر عليه، وقد علل في الهداية لصحة نكاح السفيه بأنه من الحوائج الاصلية، فظاهره أنه لا يملك نكاح عبده، وإن قلنا بصحته لانه تحصين للعبد فيجب أن لا يلزم في مهره ما زاد على مهر مثلها لانه حكم نكاح المولى السفيه فعبده الاولى قوله: (وسعى المدبر والمكاتب) أي في المهر ولم يباعا فيه لانهما لا يقبلانه مع بقائهما فيؤدى من كسبهما لا من أنفسهما، وكذا معتق البعض وابن أم الولد قيدنا بكونه مع بقائهما لان المكاتب إذا عجز ورد في الرق صار المهر في رقبته يباع فيه إلا إذا أدى المهر مولاه واستخلصه كما في القن، وقياسه أن المدبر إذا عاد إلى الرق بحكم الشافعي ببيعه أنه يصير المهر في رقبته أيضا. قيد بإذن المولى لان المدبر والمكاتب إذا تزوجا بغير إذن فحكمهما كالقن، إن كان قبل الدخول فلا حكم له، وإن كان بعده ولم يجز المولى تأخر إلى ما بعد العتق وإن كانت جناية المكاتب في كسبه للحال لان المهر حكم العقد وهو قول لا فعل، وإن أجاز المولى فكما إذا أجاز قبله فيسعيان فيه. وفي القنية: زوج مدبره امرأة ثم مات المولى فالمهر في رقبة العبد يؤخذ به إذا عتق ا ه. وفيه نظر لان حكمه السعاية قبل العتق لا التأخر إلى ما بعد العتق. وحاصل مسألة مهر الرقيق أنه لا يخلو إما أن يكون ذكرا أو أنثى منهما إما بإذن المولى أو لا، وكل من الاربعة إما قبل الدخول أو بعده، وكل من الثمانية إما أن يقبل البيع أو لا فهي ستة عشر. قوله: (وطلقها رجعية إجازة للنكاح الموقوف لا طلقها أو فارقها) لان الطلاق الرجعي لا يكون إلا بعد النكاح الصحيح فكان الامر به إجازة اقتضاء بخلاف قول المولى تزوج أربعا أو كفر عن يمينك بالمال حيث لا تثبت الحرية اقتضاء لان شرائط الاهلية لا يمكن إثباتها
***
[٣٣٦]
اقتضاء بخلاف النكاح لان العبد أهل له لانه من خصائص الآدمية. وإنما لا يكون قول المولى له طلقها أو فارقها إجازة لاحتماله الاجازة والرد فحمل على الرد لانه أدنى لان الدفع أسهل من الرفع، أو لانه أليق بحال العبد المتمرد على مولاه فكانت الحقيقة متروكة بقرينة الحال. كذا في العناية. قيد بقوله رجعية لانه لو قال له طلقها بائنا لا يكون إجازة لان الطلاق البائن يحتمل المتاركة كما في الطلاق في النكاح الفاسد والموقوف ويحتمل الاجازة فحمل على الادنى كما في المحيط. وقيد بقوله لا طلقها لانه لو قال أوقع عليها الطلاق كان إجازة لانه لا يقال للمتاركة كما في فتح القدير، وكذا إذا قال طلقها تطليق يقع عليها كما في التبيين. والالف واللام في قوله للنكاح الموقوف للعهد الذكري أي نكاح العبد بغير إذن سيده احترازا عن نكاح الفضولي فإن قول الزوج للفضولي طلقها يكون إجازة لانه يملك التطليق بالاجازة فيملك الامر به بخلاف المولى، ولان فعل الفضولي إعانة كالوكيل والاعانة تنتهض سببا لامضاء تصرفه بالاجازة وعدم الغاية بخلاف المتمرد على مولاه، وهو مختار صاحب المحيط ومختار الصدر الشهيد ونجم الدين النسفي أنه ليس بإجازة فلا فرق بينهما فلذا عمم في المختصر في النكاح الموقوف لكن الاول أوجه كما في فتح القدير. والحاصل أن الطلاق يستدعي سبق النكاح. هذا هو الاصل، وخرج عن الاصل مسألة العبد لما ذكرناه فلذا كان تطليق المدع عليه نكاح بعد إنكاره إقرارا بالنكاح إلا إذا قال ما أنت إلي بزوجة وأنت طالق كما في البزازية. وقول المرأة لرجل طلقني إقرار بالنكاح الصحيح النافذ، وتطليق واحدة من إحدى الفريقين إجازة لذلك الفريق فيما إذا زوجه فضولي أربعا في عقدة ثم زوجه ثلاثا في عقدة فبلغه فطلق إحدى الاربع أو إحدى الثلاث بغير عينها. كذا في التبيين. وعلى هذا الاختلاف إذا طلقها الزوج في نكاح الفضولي، قيل يكون إجازة وقيل لا. وفي جامع الفصولين: إن هذا الاختلاف في الطلقة الواحدة، أما لو طلقها ثلاثا فهي إجازة وفاقا. وقيل: الاختلاف فيما لو طلقها قبل أن يبلغه الخبر، أما لو بلغه الخبر فقال طلقها يكون إجازة وفاقا. أقول: على تقدير أنه إجازة ينبغي أن تحرم عليه لو طلقها ثلاثا لانه يصير

كأنه أجاز أولا ثم طلق ا هـ. وقد صرح به الزيلعي فقال: لان كلام الزوج لا يصح إلا إذا حمل على وقوع الطلاق فيكون إجازة تصحيحا لكلامه ا هـ.
***
[٣٣٧]
وقد علم مما قررناه أن قوله طلقها أو فارقها وإن لم يكن إجازة فهو رد فينفسخ به نكاح العبد حتى لا تلحقه الاجازة بعده. وفي الخانية: لو قال المولى لا أرضى ولا أجيز كان ردا، ولو قال لا أرضى ولكن رضيت متصلا جاز استحسانا ا هـ. وفي الولوالجية: مكاتب أو عبد تزوج بغير إذن المولى ثم طلق كان ذلك ردا منه لان الطلاق يقطع النكاح النافذ فلان يقطع النكاح الموقوف أولى، فإن أجازه المولى بعد الطلقات الثلاث لم يجز النكاح لانه أجاز بعد الفسخ ولو أذن له له أن يتزوجها بعد ما طلقها ثلاثا أو أجاز المولى النكاح بعد الطلقات كره له أن يتزوجها وقد طلقها ثلاثا، ولو تزوجها لم يفرق بينهما في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يكره أبو يوسف يقول بأن إجازة المولى لما كانت باطلة كان عدما، ولو لم يجز المولى كان له أن يتزوجها ثانيا بإذنه من غير كراهة بالاجماع فكذا هنا. وهما يقولان: الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء، والاذن في الابتداء لو كان ههنا موجودا صارت محرمة حقيقة، فإذا وجدت صورة الاجازة في الانتهاء يجب أن يثبت به نوع كراهة ا هـ. وفي الذخيرة: ولو تزوجت أمة بغير إذن المولى فوطئها لم يكن نقضا للنكاح عند محمد، وعن أبي يوسف أنه ينفسخ النكاح ا هـ. وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فهل للمرأة فسخه قبل إجازة المولى؟ صرح في الذخيرة بأن لها الفسخ في نظيره وهي ما إذا زوجت نفسها من صبي بغير إذن وليه، وبه علم أنه كما للمولى فسخه لكل من العاقدين فسخه. وأشار المصنف إلى أن الاجازة تثبت بالدلالة كما تثبت بالصريح فإن قول المولى طلقها رجعية إجازة دلالة. وحاصله كما في البدائع أنها تثبت بالصريح وبالدلالة وبالضرورة، فمن الصريح أجزت أو رضيت أو أذنت ونحوه، وأما الدلالة فهي قول أو فعل يدل على الاجازة كقول المولى بعد بلوغه الخبر حسن أو صواب أو لا بأس به أو يسوق إلى المرأة المهر أو شيئا منه في نكاح العبد، وأما الضرورة فنحو أن يعتق العبد أو الامة فيكون الاعتاق إجازة. وفي تلخيص الجامع: قال المولى أجزت إن زدت لي المهر فأبى فهو موقوف على حاله لانه جواب على الزيادة فيقتصر الرد عليها، وكذا لو قال لا أجيز حتى تزيد إذ المغيا التوقف لانه هو الذي يمتد وينتهي لا الرد، وكذا لو قال إلا بزيادة لانه تكلم بالباقي، فإن قبل نفذ والزيادة كمهر المثل حتى تسقط
***
[٣٣٨]
بالطلاق قبل الدخول، ولو قال لا أجيز لكن زدني أو أجيز إن زدتني بطل العقد لانه مقرر للنفي وكأنه قال لا أجيز وسكت. ولو أذن له بالنكاح لم يكن إجازة، فإن أجازه العبد جاز. ولو مات المولى قبل الاجازة، فإن كانت أمة فإنه ورثها من يحل له وطؤها بطل النكاح الموقوف، وإن ورثها من لا يحل له وطؤها بأن كان الوارث ابن الميت وقد وطئها أو كانت الامة أخته من الرضاع أو ورثها جماعة فللوارث الاجازة، ولو أجاز البعض دون البعض لم يجز النكاح كما في المحيط. وفيه: لو تزوج المولى امرأة على رقبتها بطل النكاح الموقوف لانه ملكها للمرأة اهـ. وفيه نظر، بل ينبغي أن يتوقف على إجازة المرأة كما لو باعها المولى من امرأة فإنهم قالوا: إذا باعها المولى قبل الاجازة فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الوارث، ولو باعها ممن لا تحل له فلم يجز حتى باعها ممن تحل له فأجاز لم يجز. كذا في المحيط. وفي الذخيرة: ولو باعها على أنه بالخيار يفسخ النكاح لانه ينفذ بالسكوت إذا مضت المدة ا هـ. ومراده باعها ممن تحل له، وعلى هذا قالوا فيمن تزوج جارية غيره بغير إذنه ووطئها ثم باعها المولى من رجل إن للمشري الاجازة لان الزوج يمنع حل الوطئ للمشتري. ورده شمس الائمة السرخسي بأن ما في الكتاب من أنه ليس له الاجازة صحيح لان وجوب العدة إنما يكون بعد التفريق، وأما قبل التفريق فهي ليست بمعتدة فاعتراض الملك الثاني يبطل النكاح الموقوف وإن كان هو ممنوعا عن غشيانها، وجعل هذا قياس المنع بسب الاسترداد لا يمنع بطلان النكاح الموقوف فهذا مثله، وجعل عدم صحة الاجازة في المحيط ظاهر الرواية وأن القول بالاجازة رواية ابن سماعة بناء على أن العدة غير واجبة في النكاح الموقوف في ظاهر الرواية. وإن كان عبدا فمات المولى أو باعه قبل ا الاجازة فللوارث والمشتري الاجازة. وفي جامع الفصولين: زوجها الغاصب ثم اشتراها فإن كان الزوج دخل بها صحت الاجازة وإلا
***
[٣٣٩]

بطل النكاح، ولو ضمنها لا رواية فيه. وينبغي أن يبطل النكاح لان الملك بالضمان ضروري فلا يكفي لجواز النكاح كما لو حرر غاصب ثم ضمنه. فإن قلت: قد ذكروا في الاجازة الصريحة لفظ أذنت وقالوا لو أذن له بالنكاح بعد ما تزوج لا يكون إجازة، فهل بينهما تناقض؟ قلت: يحمل الاول على ما إذا علم بالنكاح فقال بعده أذنت، والثاني على ما إذا لم يعلم به، ولم أر من صرح به. ثم رأيت في المعراج أن أذنت من ألفاظ الاذن ا ه يعني لا من ألفاظ الاجازة فلا إشكال. وفي القنية: سكوت المولى عند العقد ليس برضا. وفي الخلاصة: أذن لعبده أن يتزوج بدينار فتزوج بدينارين لا يجوز النكاح. وفي مجموع النوازل: عبد طلب من مولاه أن يزوجه معتقة فأبى فتشفع أن يأذن له بالتزوج فأذن له فتزوج هذه المعتقة يجوز ا ه. قوله: (والاذن في النكاح يتناول الفاسد أيضا) أي كما يتناول الصحيح وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا يتناول إلا الصحيح لان المقصود من النكاح في المستقبل إلا عفاف والتحصين وذلك بالجائز. وله أن اللفظ مطلق فيجري على إطلاقه وبعض المقاصد في النكاح الفساد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطئ، وفائدة الخلاف تظهر في حق لزوم المهر فيما إذا تزوج امرأة نكاحا فاسدا ودخل بها لانه يباع في المهر عنده، وعندهما لا يطالب إلا بعد العتق وفي حق انتهاء الاذن بالعقد فينتهي به عنده فليس له التزوج بعده صحيحا لا منها ولا من غيرها، وعندهما لا ينتهي به فله ذلك بعده. قيد بالاذن لان التوكيل بالنكاح لا يتناول الفاسد فلا ينتهي به اتفاقا، وعليه الفتوى كما في المصفى لان مطلوب الآمر فيه ثبوت الحل. والوكيل بنكاح فاسد لا يملك النكاح الصحيح بخلاف الوكيل بالبيع الفاسد يملك الصحيح. كذا في الظهيرية. واليمين في النكاح لا يتناول الفاسد كما إذا حلف لا يتزوج فإنه لا يحنث إلا بالصحيح. وأما إذا حلف أنه ما تزوج في الماضي فإنه يتناول الصحيح والفساد أيضا لان المراد في المستقبل الاعفاف، وفي الماضي وقع العقد، ذكره في المبسوط. ولو نوى الصحيح صدق ديانة وقضاء وإن كان فيه تخفيف رعاية لجانب الحقيقة. كذا في التلخيص. وأشار المصنف إلى أن الاذن بالبيع وهو التوكيل به يتناول الفاسد

***

[٣٤٠]

بالاولى اتفاقا لان الفاسد فيه يفيد الملك بالقبض. وأطلقه فشمل ما إذا أذن له في نكاح حرة أو أمة وما إذا كانت معينة أو غير معينة، فما في الهداية من التقييد بالامة والمعينة اتفاقي. وقيد بكونه أذنه في النكاح ولم يقيده لانه لو قيده بأن أذنه له في النكاح الفاسد فإنه يتقيد به اتفاقا. وقال في البدائع: ولو أذن له في النكاح الفاسد نصا ودخل بها يلزمه المهر في قولهم جميعا، أما على أصل أبي حنيفة فظاهر، وأما على أصلهما فلان الصرف إلى الصحيح لضرب دلالة أوجبت المصير إليه فإذا جاء النص بخلافه بطلت الدلالة ا ه. ومقتضاه أنه لو قيد بالصحيح فإنه يتقيد به اتفاقا وأنه لو تزوج صحيحا صورة التقييد بالفاسد لا يصح اتفاقا. وحاصل المسألة أنه إما أن يطلق المولى الوصف أو يقيده، فإن أطلق فهو محل الاختلاف، وإن قيد فإما أن يوافق أو يخالف وقد علمت الاحكام. اعلم أن الاذن في النكاح والبيع، والتوكيل في البيع يتناول الفاسد، والتوكيل بالنكاح لا يتناول، واليمين في النكاح إن كانت على المضي تناولته، وإن كانت على المستقبل لا تتناوله، واليمين على الصلاة كاليمين على النكاح كما في الظهيرية، وكذا اليمين على الحج والصوم كما في الظهيرية، واليمين على البيع كذلك كما في المحيط. ولو حلف لا يصلي اليوم لا يتقيد بالصحيحة قياسا وتقيدا استحسانا لانه عقد يمينه على المستقبل. كذا في المحيط. ومثله لا يتزوج اليوم. وفي المحيط: صلى ركعتين بغير وضوء اليوم ثم قال إن كنت صليت اليوم ركعيتن فعبدي حر يعتق، ولو قال إن لم أكن صليت اليوم ركعتين فعبدي حر لا يعتق، واليمين على الشراء لا تتقيد بالصحيح. وقد علم مما قررناه أنه لو أذنه بالتزوج فإنه لا يملكه إلا مرة واحدة، وكذا لو قال له تزوج فإنه لا يتزوج إلا مرة واحدة لان الامر لا يقتضي التكرار، وكذا إذا قال تزوج امرأة لان قوله امرأة اسم لواحدة من هذا الجنس. كذا في البدائع. وي شرح المغني

***

[٣٤١]

للهندي: لو قال لعبده تزوج ونوى مرة بعد أخرى لم يصح لانه عدد محض، ولو نوى ثنتين يصح لان ذلك كل نكاح العبد إذا العبد لا يملك التزوج بأكثر من ثنتين، وكذا التوكيل بالنكاح بأن قال تزوج لي امرأة لا يملك أن يزوجه إلا امرأة واحدة، ولو نوى الموكل الاربع ينبغي أن يجوز على قياس ما ذكرنا لانه كل جنس النكاح في حقه ولكني ما ظفرت بالنقل ا ه. ذكره في بحث الامر من

الاصول. وفي المحيط: أذن لعبده في النكاح فتزوج ثنتين في عقدة واحدة لم يجز واحدة منهما إلا إذا قال المولى عنيت امرأتين. وفي البدائع: هذا إذا خص، وأما إذا عم بأن قال تزوج ما شئت من النساء جاز له أن يتزوج ثنتين فقط. وقيد بالفاسد لانه لا ينتهي بالموقوف اتفاقا كالتوكيل حتى جاز لهما أن يجدد العقد ثانيا عليها أو على غيرها. كذا في التبيين. وقيد بالانتهاء للاحتراز عن لزوم المهر فإن العبد المأذون له في النكاح إذا تزوج امرأة بفضولي ثم أجازت فإن المهر في رقبته يباع فيه فتناول الاذن الموقوف في حق هذا الحكم وإن كان لا يتناوله في حق انتهاء الاذن به ولم أره صريحا. قوله: (ولو زوج عبدا مأذونا له امرأة صح هي أسوة الغرماء في مهرها) أما الصحة فإنها تنبني على ملك الرقبة وهو باق بعد الدين كما هو قبله، فلما صح لزم المهر لان وجوبه حكم من أحكام النكاح فقد وجب بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون إذا تزوج امرأة فلمهر مثلها أسوة الغرماء، أراد بالاسوة المساواة في طلب الحق بأن تضرب هي في ثمن العبد بمهرها ويضرب الغرماء فيه على قدر ديونهم. وأشار بقوله في مهرها دون أن يقول في المهر إلى أن مساواتها لهم إنا هو فيما إذا كان المسمى قدر مهر المثل أو أقل، أما إذا كان أكثر من مهر المثل فإنها تساويهم في قدره، والزائد عليه يطالب به بعد استيفاء الغرماء كدين الصحة مع دين المرض، وقد علم من كتاب المأذون أن الديون تتعلق بما في يده ورقبته فتوفى الديون منهما، ومنه يعلم حكم حادثة وهي أن المأذون إذا مات وفي
***
[٣٤٢]
يده كسبه وعليه مهر زوجته فظاهر كلامهم أن المهر يوفى من كسبه بعد موته كما يقضى الديون منه بعد موته، وليس للمولى الاختصاص به كما صرح به في المحيط في مسألة الديون ولم يصرح بالمهر، وقد علم هنا أنه منها فلا فرق وقد أجبت بذلك، فما قدمناه عن التمرتاشي من أن المهر والنفقة يسقطان بموت العبد محمول في المهر على العبد المحجور عليه أو المأذون الذي لم يترك كسبا كما لا يخفى. وفي تلخيص الجامع: لو تزوج المأذون على رقبته بإذن المولى صح والمرأة أسوة الغرماء. قال الشارح: يضرب مولاها معهم بقدر قيمة العبد بخلاف الخلع على رقبة المأذونة المديونة فإنه إن لم يفضل من ثمنها شئ تتبع به بعد العتق كما لو قتل عمدا فصالح المولى على رقبته ففي الخلع والصلح عن دم العمد لا مشاركة للغرماء، وأما الجناية خطأ فإن فداه المولى أو الغريم فهو متطوع، وإن اتفقا على دفعه ملكه ولي الجناية مشغولا بدينه وللغرماء بيعه وأخذ ثمنه، فلو فقأ مأذون مديون عين مثله فاختاروا دفعه انتقل نصف دين المفقوء إلى الفاقئ لكن إذا بيع الفاقئ للغرماء بدئ بدينه، فإن فضل من ثمنه شئ قضى به نصف الدين المنتقل إليه من المفقوء، وتمامه في التلخيص. قوله: (ومن زوج أمته لا يجب عليه تبوأتها فتخدمه ويطؤها الزوج إن ظفر) لان حق المولى في الاستخدام باق والتبوأة. إبطال له فلما لم تلزمه يقال للزوج استوف منافع البضع إذا قدرت لان حقه ثابت فيها. وفي المحيط: متى وجد فرصة وفراغها عن خدمة المولى ليلا أو نهارا يستمتع بها ا ه‍. وظاهره أنه لو وجدها مشغولة بخدمة المولى في مكان خال ليس له وطؤها وإنما يجوز له إذا لم تكن مشغولة بخدمة المولى ولم أره صريحا. أطلق الامة فشمل القنة والمدبرة وأم الولد فالكل في هذا الحكم سواء، ولا تدخل المكاتبة بقرينة قوله فتخدمه أي المولى لان المكاتبة لا يملك المولى استخدامها فلذا تجب النفقة لها بدون التبوأة بخلاف غيرها فإنه إن بوأها منزلا مع الزوج وجبت النفقة وإلا فلا لانها جزاء الاحتباس. وأشار بإطلاق عدم وجوبها إلى أنه لو بوأها معه منزلا ثم بداله أن يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوأة كما لا يسقط بالنكاح، وإلى أنه لو شرط تبوأتها للزوج وقت العقد
***
[٣٤٣]
كان الشرط باطلا لا يمنعه من أن يستخدمها لان المستحق للزوج ملك الحل لا غير لان الشرط لو صح لا يخلو من أحد الامرين: إما أن يكون بطريق الاجارة أو الاعارة، فلا يصح الاول لجهالة المدة، وكذا الثاني لان الاعارة لا يتعلق بها اللزوم. فإن قلت: ما الفرق بين هذا وبين أن يشترط الحر المتزوج بأمة رجل حرية أولاده حيث يلزم الشرط في هذه وتثبت حرية ما يأتي من الاولاد، وهذا أيضا شرط لا يقتضيه نكاح الامة؟ فالجواب أن قبول المولى الشرط والتزويج على اعتباره هو معنى تعليق الحرية بالولادة وتعليق ذلك صحيح، وعند وجود التعليق فيما يصح يمتنع الرجوع عن مقتضاه فتثبت الحرية عند الولادة جبرا من غير اختيار بخلاف اشتراط التبوأة فإن بتعليقها لا تقع هي عند ثبوت الشرط بل يتوقف وجودها على فعل حسي اختياري من فاعل مختار، فإذا امتنع لم يوجد. فالحاصل أن

المعلق هنا وعد يجب الايفاء به غير أنه إن لم يف به لا يثبت متعلقه أعني نفس الموعود به. كذا في فتح القدير. ومقتضاه أن السيد لو مات قبل وضع الجارية المشترط حرية أولادها لا يكون الولد حرا، وأن السيد لو باع هذه الجارية قبل الوضع يصح لان المعلق قبل وجود شرطه عدم. وقد ذكر هذين الحكمين في المبسوط في مسألة التعليق صريحا بقوله: كل ولد تلدينه فهو حر فقال: لو مات المولى وهي حبلى لم يعتق ما تلده لفقد الملك لانتقالها للورثة، ولو باعها المولى وهي حبلى جاز بيعه، فإن ولدت بعده لم يعتق ذكره في باب عتق ما في البطن إلا أن يفرق بين التعليق صريحا والتعليق معنى، ولم يظهر لي الآن. وذكره في المحيط في باب عتق ما تلده الامة وقال
***
[٣٤٤]
بعده: ولو قال لعبد يملكه أو لا يملكه كل ولد يولد لك فهو حر، فإن ولد له من أمة يملكها الحالف يوم حلف عتق إن ولدت في ملكه وإلا بطلت اليمين ا ه‍. وهذا أشبه بمسألتنا. وقيد بالتبوأة لان المولى إذا استوفى صداقها أمر أن يدخلها على زوجها وإن لم يلزمه أن يبوأها. كذا في المبسوط. ولذا قال في المحيط: لو باعها بحيث لا يقدر الزوج عليها سقط مهرها كما سيأتي في مسألة ما إذا قتلها. والتبوأة مصدر بوأته منزلا وبوأته له إذا أسكنته إياه. وفي الاصطلاح على ما ذكره الخصاف أن يخلي المولى بين الامة وزوجها ويدفعها إليه ولا يستخدمها، أما إذا كانت هي تذهب وتجئ وتخدم مولاها لا تكون تبوأة، وسيأتي تمامه في النفقات إن شاء الله تعالى، وإن التحقيق أن العبرة لكونها في بيت الزوج ليلا ولا يضر الاستخدام نهارا. وأشار المصنف إلى أن للمولى أن يسافر بها وليس للزوج منعه كما في الظهيرية. قوله: (وله إجبارهما على النكاح) أي للسيد إجبار العبد والامة عليه بمعنى تنفيذ النكاح عليهما وإن لم يرضيا لا أن يحملهما على النكاح بضرب أو نحوه. وعن أبي حنيفة أنه لا إجبار في العبد لان النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث إنه مال فلا يملك إنكاحه بخلاف الامة لانه مالك لمنافع بضعها فيملك تمليكها. ولنا أن الانكاح إصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان فيملكه اعتبارا بالامة. أطلقهما فشمل الصغير والكبير، والصغيرة والكبيرة، والقن والمدبر وأم الولد لان الملك في الكل كامل. وخرج المكاتب والمكاتبة والصغيرة فليس له إجبارهما عليه، صغيرين كانا أو كبيرين، لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما. فالحاصل أن ولاية الاجبار في المملوك تعتمد كمال الملك لا كمال الرق، والملك كامل في المدبر وأم الولد وإن
***
[٣٤٥]
ان الرق ناقصا، والمكاتب على عكسهما ولذا دخلا تحت قوله كل مملوك أملكه فهو حردونه. وحل وط أم الولد دون المكاتبة لانه يعتمد كمال الملك فقط ولم يجز عتقهما عن الكفارة لانها تبتني على كمال الرق، وأما البيع فإنه يعتمد كمالهما فلم يجز بيع الكل. وفي المحيط وغيره: المولى إذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على إجازتها لانها ملحقة بالبالغة فيما يبتنى على الكتابة، ثم إنها لو لم ترد حتى أدت فعتقت بقي النكاح موقوفا على إجازة المولى لا إجازتها لانها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من أهل الاجازة فاعتبر التوقف على إجازتها حال رقها ولم يعتبر بعد العتق. قالوا: وهذه المسألة من أعجب المسائل فإنها مهما زادت من المولى بعدا ازدادت إليه قربا في النكاح فإنه يملك إلزام النكاح عليها بعد العتق لا قبله. وأعجب منه أنها لو ردت إلى الرق يبطل النكاح الذي باشره المولى وإن أجازه المولى لانه طرأ حل بات على موقوف فأبطله إلا أن هذا كله ثبت بالدليل وهو يعمل العجائب. وقد بحث المحقق في فتح القدير بأن الذي يقتضيه النظر عدم التوقف على إجازة المولى بعد العتق بل بمجرد عتقها ينفذ النكاح لما صرحوا به من أنه إذا تزوج العبد بغير إذن سيده فأعتقه نفذ لانه لو توقف فإما على إجازة المولى وهو ممتنع لانتفاء ولايته، وإما على العبد فلا وجه له لانه صدر من جهته فكيف يتوقف عليه؟ ولانه كان نافذا من جهته. وإنما توقف على السيد. فكذا السيد هنا فإنه ولي مجبر، وإنما التوقف على إذنها لعقد الكتابة وقد زال فبقي النفاذ من جهة السيد. وهذا هو الوجه وكثيرا ما يقلد الساهون الساهين، وهذا بخلاف الصبي إذا زوج نفسه بغير إذن وليه فإنه موقوف على إجازة وليه، فلو بلغ قبل أن يرده لا ينفذ حتى يجيزه الصبي لان العقد حين صدر منه لم يكن نافذا من جهته إذ لا نفاذ حالة الصبا، أو عدم أهلية الرأي بخلاف العبد ومولى المكاتبة الصغيرة. والحاصل أن الصغير والصغيرة ليسا من أهل العبارة بخلاف البالغ اه‍. وجوابه أنه سواء أدب وغلط، أما لاول فلان المسألة صرح بها الامام محمد في الجامع

الكبير فكيف ينسب السهو إليه وإلى مقلديه؟ وأما الثاني فلان محمدا علل لتوقفه على إجازة المولى بأنه
***
[٣٤٦]
تجدد له ولاية لم تكن وقت العقد وهي الولاء بالعتق، ولذا إنما يكون له الاجازة إذا لم يكن لها ولي أقرب منه كالاخ والعم قال: فصار كالشريك زوج العبد ثم ملك الباقي، وكمن أذن لعبد ابنه أو زوج نافلته ثم مات الابن بخلاف الراهن ومولى المأذون باعا ثم سقط الدين حيث لا يفتقر إلى الاجازة لان النفاذ بالولاية الاصلية. وحاصله أن الولاية التي قارنها رضاه بتزويجها ولاية بحكم الملك وبعد العقد تجدد له ولاية بحكم الولاء فيشترط تجدد رضاه لتجدد الولاية. كذا في شرح تلخيص الجامع الكبير. وكثيرا ما يعترض المخطئ على المصيبين. ثم اعلم أن السيد لو زوج المكاتبة بغير رضاها ثم عجزت بطل النكاح لما ذكرناه، وإن كان مكاتبا لم يبطل لكن لا بد من إجازة المولى وإن كان قد رضي أولا لانه إنما رضي بتعلق مؤن النكاح كالمهر والنفقة بكسب المكاتب لا بملك نفسه وكسب المكاتب بعد عجزه ملك المولى. كذا في التلخيص. فهو نظير ما إذا زوجها الابعد مع وجود الاقرب ثم زالت ولاية الاقرب فإنه لا بد من أن يجيزه الابعد، وسيأتي إيضاحه بعد ذلك أيضا. واعلم أن الفضولي إذا باشر ثم صار وكيلا فإنه ينفذ بإجازته بيعا كان أو نكاحا، وكذا لو صار وليا. ولو صار مالكا فإن طرأ عليه حل بات أبطله وإلا فلا. وينفذ بإجازته. والعبد المحجور إذا باشر عقدا ثم أذن له به فإن كان نكاحا نفذ بإجازته، ولو كان بيع مال مولاه فإنه لا ينفذ بإجازته. والصبي المحجور إذا باشر عقدا ثم أذن له وليه فيه فأجازه جاز نكاحا أو بيعا، ولو بلغ فأجازه بعد بلوغه جاز. والعبد المحجور إذا تصرف بلا إذن ثم أعتق فإن كان نكاحا أو إقرارا بدين نفذ بلا إجازة، وإن كان بيعا لا يجوز بإجازته بعد إعتاقه. والمكاتب لو زوج قنه ثم عتق فإجاز لم يجز، والقاضي لو زوج اليتيم ولم يكن في منشوره ثم أذن له فأجاز جاز، وكذا الولي الابعد مع الاقرب. وتمامه في جامع الفصولين من الفصل الرابع والعشرين. قوله: (ويسقط المهر بقتل السيد أمته قبل الوطئ) وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: عليه المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف أنفها، وهذا لان المقتول ميت بأجله. وله أنه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما إذا ارتدت الحرة، وكما إذا قتل البائع المبيع قبل التسليم والقتل في حق أحكام الدنيا جعل إتلافا حتى وجب القصاص والدية، فكذا في حق المهر. أفاد بسقوطه أنه إذا لم يكن مقبوضا سقط عن ذمة الزوج، وإن كان مقبوضا لزمه رد جميعه على الزوج. كذا في المبسوط. وقيد بالسيد لانه لو قتلها أجنبي لا يسقط اتفاقا، وأطلق السيد
***
[٣٤٧]
فشمل الصغير والكبير. وذكر في المصفى فيه قولان. وفي فتح القدير: ولو لم يكن من أهل المجازاة بأن كان صبيا زوج أمته وصيه مثلا قالوا: يجب أن لا يسقط في قول أبي حنيفة بخلاف الحرة الصغيرة إذا ارتدت يسقط مهرها لان الصغيرة العاقلة من أهل المجازاة على الردة بخلاف غيرها من الافعال لانها لم تحظر عليها والردة محظورة عليها اه‍. فترجح به عدم السقوط. وقيد بالامة لان السيد لو قتل زوج أمته لم يسقط المهر اتفاقا لانه تصرف في العاقد لا في المعقود عليه. وقيد بكونه قبل الوطئ لانه لو قتلها بعده لا يسقط اتفاقا، وأشار بالقتل إلى كل تفويت حصل بفعل المولى فلهذا سقط المهر لو باعها وذهب بها المشتري من المصر أو أعتقها قبل الدخول فاختارت الفرقة، أو غيبها بموضع لا يصل إليها الزوج. كذا في التبيين وغيره. والمراد بسقوطه في الاولى والثالثة سقوط المطالبة به كما صرح به في المحيط والظهيرية، لا سقوطه أصلا لانه لو أحضرها بعده فله المهر كما لا يخفى. وأراد المصنف بالامة القنة والمدبرة وأم الولد لما عرف من أن مهر المكاتبة لها لا للمولى فلا يسقط بقتل المولى إياها. والحاصل أن المرأة إذا ماتت فلا تخلو إما أن تكون حرة أو مكاتبة أو أمة، وكل من الثلاثة إما أتكون حتف أنفها أو بقتلها نفسها أو بقتل غيرها، وكل من التسعة إما قبل الدخول أو بعده فهي ثمانية عشر، ولا يسقط مهرها على الصحيح في الكل إلا إذا كانت أمة وقتلها سيدها قبل الدخول قوله: (لا بقتل الحرة نفسها قبله) أي لا يسقط المهر بقتل الحرة نفسها قبل الوطئ لان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق أحكام الدنيا فشابه موتها حتف أنفها، ولانها لا تملك إسقاط حقهم فصار كما إذا قال اقتلني فقتله فإنه تجب الدية بخلاف اقطع يدي فقطعها لا يجب شئ بخلاف قتل المولى لانه معتبر في حق أحكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه، ولذا لو قال المولى لغيره اقتل عبدي فقتله لا يلزمه شئ. وإنما قيد بالحرة للاختلاف في قتل الامة نفسها والصحيح عدم السقوط كما في الخانية، لان المهر لمولاها ولم يوجد منه منع المبدل، فلو قال

المصنف لا بقتل المرأة نفسها لكان أولى. وقيد بالقتل لان الامة لو أبقت فلا صداق لها ما لم تحضر في قياس قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف. كذا في الخانية. ولو ارتدت المرأة عن الاسلام قبل الدخول، فإن كانت حرة سقط المهر اتفاقا، وإن كانت أمة ففي التبيين أن في السقوط روايتين، وفي غاية البيان: وإذا ارتدت الامة أو الحرة قبل الدخول يسقط المهر اتفاقا فكأنه لضعف رواية عدمه لم يعتبرها، وحكم تقبيل ابن الزوج منهما كالردة. وفي المحيط: لو قبلت الامة ابن زوجها قبل الدخول بها

***

[٣٤٨]

فادعى الزوج أنها قبلته بشهوة وكذبه سيدها تبين الامة منه بإقراره ويلزمه نصف المهر لتكذيب المولى أنه كان بشهوة اه‍. وينبغي ترجيح عدم سقوطه في ردة الامة وتقبيلها ابن الزوج قياسا على ما إذا قتلت نفسها فإن الزيلعي جعل الروايتين في الكل. وقد صحح قاضيخان عدمه في القتل فليكن تصحيحا في الاخريين أيضا وهو الظاهر، لان مستحقه لم يفعل شيئا وهو المولى. وما في فتح القدير من بناء الخلاف على الخلاف في أن المهر هل يجب للمولى ابتداء أو يجب لها ثم ينتقل للمولى عند الفراغ من حاجتها ضعيف، لانه ولو وجب لها ابتداء يستقر للمولى بعده فلا يسقط بفعلها على القولين كما لا يخفى. وأما القائل بالسقوط بقتلها نفسها علل بأن فعلها يضاف إلى المولى بدليل أنها لو قتلت إنسانا خوطب مولاها بالدفع أو الفداء. والتقييد بقتل المرأة نفسها ليس احترازيا لان وارثها لو قتلها قبل الدخول فإنه لا يسقط المهر أيضا لانه بالقتل لم يبق وارثا مستحقا للمهر لحرمانه به فصار كالاجنبي إذا قتلها. قوله: (والاذن في العزل لسيد الامة) لانه يخل بمقصود المولى وهو الولد فيعتبر رضاه، وهذا هو قول أبي حنيفة وصاحبيه في ظاهر الرواية. وعنهما في غيرها أن الاذن لها وهو ضعيف. قيد بالامة أي أمة الغير لان العزل جائز عن أمة نفسه بغير إذنها والاذن في العزل عن الحرة لها ولا يباح بغيره لانه حقها. وفي الخانية ذكر في الكتاب أنه لا يباح بغير إذنها، وقالوا في زماننا يباح لسوء الزمان. قال في فتح القدير بعده: فليعتبر مثله من الاعذار مسقطا لاذنها. وأفاد وضع المسألة أن العزل جائز بالاذن وهذا هو الصحيح عند عامة العلماء لما في البخاري عن جابر: كنا نعزل والقرآن ينزل. ولحديث السنن أن رجلا قال: يا رسول الله إن لي جارية وأنا أعزل عنها وأنا أكره أن تحمل وأنا أريد ما يريد الرجال وأن اليهود تحدث أن العزل الموءدة الصغرى. قال صلى الله عليه وسلم: كذبت اليهود، لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه. وفي فتح القدير: ثم في بعض أجوبة المشايخ الكراهة وفي بعضها عدمها. وفي المعراج: العزل أن يجامع فإذا جاء وقت الانزال نزع فأنزل خارج الفرج اه‍. ثم إذا عزل بإذن أو بغير إذن ثم ظهر بها حبل هل يحل نفيه؟ قالوا: إن لم يعد إليها أو عاد ولكن بال قبل العود حل نفيه، وإن لم يبل لا يحل. كذا روي عن علي رضي الله عنه، لان بقية المني في ذكره يسقط فيها ولذا قال أبو حنيفة فيما إذا اغتسل من الجنابة قبل البول ثم بال

***

[٣٤٩]

نخرج المني وجب إعادة الغسل. كذا في المعراج وفي فتاوى قاضيخان: رجل له جارية غير محصنة تخرج وتدخل ويعزل عنها المولى فجاءت بولد وأكبر ظنه أنه ليس منه كان في سعة من نفيه، وإن كانت محصنة لا يسعه نفيه لانه ربما يعزل في الماء في الفرج الخارج ثم يدخل فلا يعتمد على العزل اه‍. وهذا يفيد ضعف التفصي المتقدم وأنه لا يحل النفي مطلقا حيث كانت محصنة وأن جوازه مشروط بثلاثة: عدم تحصينها ووجود العزل منه وغلبة الظن بأنه ليس منه. وقد يقال: إن ما في المعراج بيان لمحل غلبة الظن بأنه ليس منه فإذا كان قد عزل ولم يعد غلب على ظنه أنه ليس منه بشرط أن لا تكون محصنة وبه يحصل التوفيق. وينبغي أن يكون سد المرأة فم رحمها كما تفعله النساء لمنع الولد حراما بغير إذن الزوج قياسا على عزله بغير إذنها. وفي فتح القدير: وهل يباح الاسقاط بعد الحبل؟ يباح ما لم يتخلق شئ منه. ثم في غير موضع: ولا يكون ذلك إلا بعد مائة وعشرين يوما. وهذا يقتضي أنهم أرادوا بالتخليق نفخ الروح وإلا فهو غلط لان التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة اه‍. وفي الخانية من كتاب الكراهية: ولا أقول بأنه يباح الاسقاط مطلقا فإن المحرم إذا كسر بيض الصيد يكون ضامنا لانه أصل الصيد فلما كان يؤاخذ بالجزاء ثم فلا أقل من أن يلحقها إثم ههنا إذا أسقطت بغير عذر ا ه‍. وينبغي الاعتماد عليه لان له أصلا صحيحا يقاس عليه، والظاهر أن هذه المسألة لم تنقل عن أبي حنيفة صريحة ولذا يعبرون عنها بصيغة قالوا. والظاهر أن المراد من الامة في المختصر القنة والمدبرة وأم الولد، وأما المكاتبة فينبغي أن يكون الاذن إليها لان الولد لم

يكن للمولى ولم أره صريحا. قوله: (ولو عتقت أمة أو مكاتبة خيرت ولو زوجها حرا) لقوله عليه السلام لبريرة حين أعتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل يملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين. والشافعي يخالفنا فيما إذا كان زوجها حرا وهو محجوج به، ولانه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلاث تطليقات فتملك رفع أصل العقد دفعا للزيادة. والعلة المذكورة
***
[٣٥٠]
أعني ازدياد الملك عليها قد وجدت في المكاتبة لان عدتها قرآن وطلاقها ثنتان، وقد اختلفت الرواية في صحيح البخاري ومسلم في زوج بريرة، فروي أنه كان حرا وروي أنه كان عبدا، ورجح أئمتنا الاولى لما في الاصول من أنها مثبتة، ورواية أنه كان عبدا نافية للعلم بأنه كان حالته الاصلية الرق والنافي هو الذي أبقاها، ونفي الامر العارض والمثبت هو المخرج عنها، وقد رجح المحقق في فتح القدير قول زفر من أن المكاتبة إذا أعتقت فإنه لا خيار لها بأن قوله عليه السلام قد ملكت بضعك ليس معناه إلا منافع بضعك إذ لا يمكن ملكها لعينه وملكها لاكسابها تبع لملكها لمنافع نفسها فلزم كونها مالكة لبضعها بالمعنى المراد قبل العتق فلم يتناولها النص اه‍. وهو مبني على أن العلة ملكها لبضعها بالعتق، وأكثرهم على أن العلة ازدياد الملك عليها وهو موجود في المكاتبة، وعلى أن العلة ملك البضع فلا شك أنها لم تكن مالكة لمنافع بضعها قبل العتق من كل وجه بدليل أنها لا تملك أن تزوج نفسها بغير إذن المولى وقد ملكت ذلك بعد العتق فصح أن يقال إنها ملكت بضعها بالعتق فدخلت تحت النص. وإنما لم يجز وطؤها للمولى وجبرها على النكاح لا لاجل أنها ملكت بضعها بل لعقد الكتابة لانه أوجب عدم التعرض لها في إكسابها وهو منها فترجح به قول أئمتنا خصوصا قد حدث مالك في الموطأ أن بريرة كانت مكاتبة عائشة رضي الله عنها، وأنها خيرت حين أعتقت فكان نصا في المسألة، فكان زفر محجوجا به. وشمل إطلاق الامة القنة والمدبرة وأم الولد، وشمل الكبيرة والصغيرة، فإذا أعتقت الصغيرة توقف خيارها إلى بلوغها لان فسخ النكاح من التصرفات المترددة بين النفع والضرر فلا تملكه الصغيرة ولا يملكه وليها عليها لقيامه مقامها. كذا في جامع الفصولين فإذا بلغت كان لها خيار العتق لاخيار البلوغ على الاصح. كذا في الذخيرة وقدمناه. وشمل ما إذا كان النكاح أو لا، صدر برضاها أو جبرا. وشمل ما إذا كانت حرة
***
[٣٥١]
في الاصل ثم صارت أمة ثم أعتقت لما في المبسوط: لو كانت حرة في أصل العقد ثم صارت أمة ثم أعتقت بأن ارتدت امرأة مع زوجها ولحقا بدار الحرب معا - والعياذ بالله تعالى - ثم سبيا معا فأعتقت الامة كان لها الخيار عند أبي يوسف لانها بالعتق ملكت أمر نفسها وازداد ملك الزوج عليها، ولا خيار لها عند محمد لان بأصل العقد يثبت عليها ملك كامل برضاها ثم انتقص الملك فإذا أعتقت عاد إلى أصله كما كان اه‍. ولا يخفى ترجيح قول أبي يوسف لدخولها تحت النص. وفي فتاوى قاضيخان أن خيار البلوغ يفارق خيار العتق من وجوه: أحدها أن خيار العتق يبطل بالقيام من المجلس. والثاني أن الجهل بخيار العتق عذر. والثالث أنه يثبت للامة دون الغلام. والرابع أنه لا يبطل بالسكوت وإن كانت بكرا. والخامس أن الفرقة لا تتوقف فيه على القضاء بخلاف خيار البلوغ في الكل. وفيها أيضا أن خيار العتق بمنزلة خيار المخيرة وإنما يفارقه من وجه واحد وهو أن الفرقة في خيار العتق عذر. والثالث أنه يثبت للامة دون الغلام. والرابع أنه لا يبطل بالسكوت وإن كانت بكرا. والخامس أن الفرقة لا تتوقف فيه على القضاء بخلاف خيار البلوغ في الكل. وفيها أيضا أن خيار العتق بمنزلة خيار المخيرة وإنما يفارقه من وجه واحد وهو أن الفرقة في خيار العتق لا تكون طلاقا، وفي خيار المخيرة يكون طلاقا اه‍. ويزاد على هذا ما في جامع الفصولين أن الجهل بأن لها الخيار في خيار المخيرة ليس بعذر بخلافه في الاعتاق، وفرقوا بينهما بأن الامة لا تتفرغ للعلم بخلاف المخيرة، ومقتضاه أن المخيرة لو كانت أمة فإنها تعذر بالجهل اه‍. وفيه أيضا أن الامة إذا أعتقت في عدة الرجعي لها الخيار. ثم اعلم أن الظاهر الاطلاق من أن الجهل في المخيرة ليس بعذر لانهم عللوا كونه عذرا في خيار العتق بعلتين: إحداهما أن الامة مشغولة بخدمة المولى فلا تتفرغ لمعرفة أن لها الخيار بخلاف الجهل بخيار البلوغ فإن الحرة الصغيرة لم تكن مشغولة بخدمة أحد. ثانيهما أن سبب الخيار في العتق لا يعلمه إلا الخواص من الناس لخفائه بخلاف خيار البلوغ لانه ظاهر
***
[٣٥٢]

يعرفه كل أحد، ولظهوره ظن بعض الناس أنه يثبت في نكاح الاب أيضا. هكذا في شرح التلخيص. فالعلة الاولى وإن كانت لا تفيد أن الجهل في خيار المخيرة الامة ليس بعذر، فالعلة الثانية تفيده لان ثبوت الخيار مع التخيير ظاهر يعرفه كل أحد. وفي جامع الفصولين: اختارت نفسها بلا علم الزوج يصح، وقيل لا يصح بغيبة الزوج اهـ. وفي غاية البيان: إن اختارت نفسها فلا مهر لها إن لم يكن دخل بها الزوج لان اختيارها نفسها فسخ من الاصل، وإن كان دخل بها فالمهر واجب لسيدها لان الدخول بحكم نكاح صحيح فتقرر به المسمى، وإن اختارت زوجها فالمهر لسيدها دخل الزوج بها أولم يدخل، لان المهر واجب بمقابلة ما ملك الزوج من البضع وقد ملكه عن المولى فيكون بدله للمولى اهـ. فالحاصل أن المهر للمولى في سائر الوجوه إلا إذا اختارت نفسها قبل الدخول. وفي المحيط: زوج عبده جاريته ثم أعتقها فلم تعلم أن لها الخيار حتى ارتدا لحقا بدار الحرب ورجعا مسلمين ثم علمت بثبوت الخيار أو علمت بالخيار في دار الحرب فلها الخيار في مجلس العلم، وبمثله لو سبيا ليس لها الخيار لان بالسبي يبطل العتق فانعدم سبب الخيار فلم يثبت الخيار اهـ. وفي التلخيص ولا يبطل بارتدادها إلا إذا قضى باللحاق للموت اهـ. وأطلق المصنف في تخييرها فشمل ما إذا كانت حائضا وكذا قال في المحيط: لا بأس بأن تختار نفسها، حائضا كانت أو طاهرة، وكذا الصبية إذا أدركت بالحيض لانه ليس بطلاق ولان فيه ضرورة لان التأخير لا يمكن اهـ. قوله: (ولو نكحت بلا إذن فعتقت نفذ بلا خيار) أي نكحت الامة بغير إذن المولى ثم أعتقت فإنه ينفذ ذلك النكاح من جهتها لانها من أهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال، ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك كما إذا زوجت نفسها بعد العتق. ولذا قال الاسبيجابي: الاصل أن عقد النكاح متى تم على المرأة وهي مملوكة يثبت لها خيار العتق، ومتى تم عليها وهي حرة لا يثبت لها خيار العتق اهـ. ولو اقترنا لا خيار لها كما لو زوجها فضولي وأعتقها فضولي فأجاز المولى الكل فإنه لا خيار لها. كذا في تلخيص الجامع. أطلق في الامة فشمل القنة والمدبرة وأم الولد والمكاتبة لكن في المدبرة وأم الولد تفصيل، ففي المدبرة إن أعتقها المولى في حياته فالحكم كالقنة إذا أعتقت. وإن عتقت بموت المولى فقال في الظهيرية: لو تزوجت مدبرة بغير إذن مولاها ثم مات المولى وقد خرجت من الثلث جاز النكاح وإن لم تخرج لم يجز حتى تؤدي السعاية عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز اهـ. وأما أم الولد إذا أعتقها أو مات عنها المولى فإن النكاح لا ينفذ لان العدة وجبت عليها من المولى كما عتقت، والعدة تمنع نفاذ النكاح. كذا في المحيط والخانية. وينبغي أن يقال في

***

[٣٥٣]

جواب المسألة فإن النكاح يبطل لانه لا يمكن توقفه مع وجود العدة إذ النكاح في عدة الغير فاسد، ويدل عليه ما زاد في المحيط في هذه المسألة: فإن دخل بها الزوج قبل العتق نفذ النكاح. وهذا إنما يصح على رواية ابن سماعة عن محمد لانه وجبت العدة من الزوج فلا تجب العدة من المولى، ولا يصح على ظاهر الرواية لانه لا تجب العدة من الزوج فوجبت العدة من المولى، ووجوب العدة من المولى قبل الاجازة يوجب انفساخ النكاح اهـ. فقوله يوجب الانفساخ ظاهر فيه، وإنما قيد المصنف بالامة مع أن الحكم في العبد أنه إذا تزوج بلا إذن ثم أعتق فإن النكاح ينفذ لزوال المانع فيهما لاجل أن يبين نفي الخيار، ولذا قال في فتح القدير: ولا فرق بين الامة والعبد في هذا الحكم وإنما فرضها في الامة ليرتب عليها المسألة التي تليها تفريعا اهـ. وفي تلخيص الجامع: ولو زوج فضولي عبدا امرأتين ثم امرأتين ثم عتق يخير في اثنتين كيف شاء بخلاف ما لو باشر العبد حيث يخير في الآخرين لانه رد في الاوليين كما أن الحر لو تزوج أربعا ثم أربعا ثم ثنتين بغير أمرهن توقف في الاخريين وارتد الباقي، ولو أجاز العبد النكاح في ثلاث بطل عقدهن لان الجمع إجازة كالجمع حالة العقد ويخير في الرابعة، وكذا لو زوج فضولي حرا له امرأة أربعا في عقود فماتت امرأته لا يخير إلا في الثلاث، وإن كان في عقد يلغو كما لو زوجه أختها أو تزوج مكاتبته ثم عتقت وإنما يوقف ماله مجيز حالة العقد ا هـ. وقيد بالنكاح لانها لو اشترت شيئا فأعتقها المولى لا ينفذ الشراء بل يبطل لانه لو نفذ عليها لتغير المالك. وقيد بالرقيق لان الصبي إذا تزوج بغير إذن وليه ثم بلغ فإنه لا ينفذ بل يتوقف على إجازته لانه لم يكن أهلا له أصلا فلم يكن نافذا من جهته، ولان الولي الابعد إذا زوج مع وجود الاقرب ثم غاب الاقرب أو مات فتحولت الولاية إلى المزوج فإنه يتوقف على إجازة مستأنفة منه وإن زال المانع لان الابعد حين باشر لم يكن وليا، ومن لم يكن وليا في شئ لا يبالي بعواقبه اتكالا على رأي الاقرب فيتوقف على إجازته ليتمكن من الاصلح، فليس هو من باب

زوال المانع لان له ولاية جديدة، ولان المولى إذا زوج مكاتبته الصغيرة حتى توقف على إجازتها ثم أدت المال قبل الاجازة فعتقت فإنه لا ينفذ ذلك العقد، بل لا بد من إجازة المولى وإن كان هو العاقد لانه لم يكن وليا حين العقد فلا يبالي بعواقبه وفيه ما قدمناه من البحث. وقيد بالعتق لانه لو تزوج العبد بلا إذن ثم أذن له فإنه لا ينفذ إلا بإجازة المولى

***

[٣٥٤]

أو العبد وقدمناه من البحث. وقيد بالعتق لانه لو تزوج العبد بلا إذن ثم أذن له فإنه لا ينفذ إلا بإجازة المولى أو العبد وقدمناه، ولانه لو انتقل الملك إلى غير المولى كالمشتري والموهوب له والوارث فإن الاجازة تنتقل إلى المالك الثاني. ولا يبطل العقد إن كان المتزوج بلا إذن عبدا، وإن كان أمة فإن كان المالك الثاني لا يحل له وطؤها فإنه ينفذ بإجازته، وإن كان يحل له وطؤها، فإن كان لم يدخل بها الزوج لم تصح الاجازة وبطل العقد الموقوف لانه طرأ حل بات على موقوف فأبطله، وإن كان قد دخل بها الزوج ففي رواية ابن سماعة عن محمد تصح الاجازة لوجوب العدة عليها بهذا الدخول فلا يحل فرجها للمشتري فتصح إجازة المشتري. وجزم به قاضيخان في فتاواه، وظاهر الرواية أنه لا تصح الاجازة كما في المحيط وهو المذكور في كافي الحاكم الشهيد، وقواه شمس الائمة السرخسي بأن وجوب العدة إنما يكون بعد التفريق بينهما، فأما قبل التفريق فهي ليست بمعتدة، فاعتراض الملك الثاني يبطل الملك الموقوف وإن كان هو ممنوعا من غشيانها وقد أسلفناه وظاهر ما في المحيط أنه لا عدة في النكاح الموقوف بعد الوطئ أصلا وقد أسلفناه. وأراد المصنف من الامة الامة الكبيرة لانها لو كانت صغيرة تزوجت بغير إذن المولى ثم أعتقها فإنه لا ينفذ ذلك العقد ويبطل على قول زفر، وعندنا يتوقف على إجازة المولى إن لم يكن لها عصبة سواه، وإن كان لها عصبة غير المولى فإذا أجاز جاز، وإذا أدركت فلها خيار الادراك في غير الاب والجد. كذا في شرح الطحاوي. وقيد بكون التوقف لاجل المولى لان المولى لو زوج أمته الكبيرة رجلا برضاها وقبل عن الزوج فضولي ثم أعتقت قبل إجازة الزوج فإن لها النقض، ولو نقض المولى قالوا لا يصح، فإن أجاز الرجل قبل النقض فلا خيار لها والمهر لها، ولو كان زوجها بغير رضاها فلها الرد وإن أجاز الزوج، وتمامه في المحيط. قوله: (فلو وطئ قبله فالمهر له وإلا فلها) أي لو وطئ زوج الامة التي نكحت بغير إذن قبل العتق ثم نفذ بالعتق فالمهر للمولى، وإن وطئها بعد العتق فالمهر لها لانه في الاول استوفى منافع مملوكة للمولى، وفي الثاني لها، وفي القياس يجب عليه مهران: مهر للمولى بالدخول لشبهة النكاح قبل العتق، ومهر لها لنفوذ العقد عليها بعد العتق، ولكنا استحسنا وقلنا لا يجب إلا مهر واحد للمولى لان وجوبه إنما يكون باعتبار العقد، والعقد الواحد لا يوجب إلا مهرا واحدا، وإذا وجب به المهر للمولى لا يجب لها به مهر آخر، يوضحه أن الاجازة وإن كانت بعد العتق فحكمها يستند إلى أصل العقد. كذا في المبسوط. وإنما لم يقسم المهر ههنا بين المولى وبينها كما قال الامام في مسألة حبس المرأة نفسها بعد الدخول برضاها حتى يوفيها مهرها معللا بأن المهر مقابل بالكل أي بجميع وطات توجد في النكاح حتى لا يخلو الوطئ عن المهر لان قسمته على جميع الوطآت إذا لم يختلف المستحق لان الجهالة لا تضر فيه، وأما إذا اختلف المستحق كما في هذه المسألة فلا يمكن قسمته

***

[٣٥٥]

فاستحقه بتمامه من حصل الوطئ الاول على ملكه، وبهذا اندفع ما ذكره في التبيين. وأراد المصنف بالمهر المهر المسمى لا مهر المثل. قال في الهداية: والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند إلى وقت وجود العتق فصحت التسمية ووجب المسمى. وفي فتح القدير: وقد يورد فيقال لو استند إلى أصل العقد يجب كون المهر للمولى كما لو تزوجت بإذن المولى ولم يدخل بها حتى أعتقها وهو بمعزل عن صورة المسألة فإنما النفاذ بالعتق وبه تملك منافعها بخلاف النفاذ بالاذن والرق قائم. ثم اعلم أن حاصل الخيارات في النكاح خمسة: خيار المخيرة والعتق والبلوغ والنقصان عن مهر المثل والتزوج بغير كف ء والخيار في الاخيرين للاولياء. ويزاد خيار العنة والخصي والجب. قوله: (ومن وطئ أمة ابنه فولدت فادعاه ثبت نسبه وصارت أم ولده وعليه قيمتها لا عقرها وقيمة ولدها) لان له ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء فله تملك جارية ابنه للحاجة إلى صيانة الماء. وحاصل وجوه مسألة جارية الابن إذا ولدت من الاب فادعاه ست وتسعون، لانه إما أن يصدقه الابن أو يكذبه أو يدعيه معه أو يسكت، وكل من الاربعة إما أن تكون قنة أو مدبرة أو أم ولد أو مكاتبة، وكل من الستة عشر إما أن تكون كلها له أو بينه وبين أجنبي أو بينه وبين أبيه وكل من الثمانية والاربعين إما أن يكون الاب أهلا للولاية أو لا غير أن الحاجة إلى إبقاء نسله دونها إلى إبقاء نفسه فلهذا يمتلك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة،

ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له إذا المصحح حقيقة الملك أو حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه، فتبين أن الوطئ يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقيمة الولد. وقال زفر والشافعي: يلزمه المهر لانهما يثبتان الملك حكما
***
[٣٥٦]
للاستيلاد كما في الجارية المشتركة. وأفاد بإضافة الامة إلى ابنه أنها مملوكة للابن من وقت العلوق إلى وقت الدعوى، فلو حبلت في غير ملكه أو فيه وأخرجها الابن عن ملكه ثم استردها لم تصح الدعوة لان الملك إنما يثبت بطريق الاستناد إلى وقت العلوق فيستدعي قيام ولاية التملك من حين العلوق إلى التملك. هذا إن كذبه الابن، فإن صدقه صحت الدعوة ولا يملك الجارية كما إذا ادعاه أجنبي ويعتق على المولى كما في المحيط. وأفاد أيضا أنها كلها للابن، فإن كانت مشتركة بينه وبين أجنبي كان الحكم كذلك إلا أنه يضمن لشريكه نصف عقرها ولم أره، ولو كانت مشتركة بين الاب والابن أو غيره تجب حصة الشريك الابن وغيره من العقر وقيمة باقيها إذا حبلت لعدم تقديم الملك في كلها لانتفاء موجبه وهو صيانة النسل إذ ما فيها من الملك يكفي لصحة الاستيلاد، وإذا صح ثبت الملك في باقيها حكما له لا شرطا. كذا في فتح القدير، وهي مسألة عجيبة فإنه إذا لم يكن للواطئ فيها شئ لا مهر عليه، وإذا كانت مشتركة لزمه. وأطلق الامة وهي مقيدة بالقنة بقرينة قوله وعليه قيمتها لان القابل للانتقال من ملك المولى القنة فقط، فخرج عن هذا الحكم المدبرة وأم الولد والمكاتبة، فلو ادعى ولد مدبرة ابنه أو ولد أم ولده المنفي من جهة الابن أو ولد مكاتبته الذي ولدته في الكتابة أو قبلها لا تصح دعواه إلا بتصديق الابن. كذا في المحيط. وقيد بابنه لانه لو وطئ جارية امرأته أو والده أو جده فولدت وادعاه لا يثبت النسب ويدرأ عنه الحد للشبهة، فإن قال أحلها المولى لي لا يثبت النسب إلا أن يصدقه المولى في الاحلال وفي أن الولد منه، فإن صدقه في الامرين جميعا ثبت النسب وإلا فلا، وإن كذبه المولى ثم ملك الجارية يوما من الدهر ثبت النسب. كذا في الخانية. وفي القنية: وطئ جارية أبيه فولدت منه لا يجوز بيع هذا الولد، ادعى الواطئ الشبهة أو لا، لانه ولد ولده فيعتق عليه حين دخل في ملكه، وإن لم يثبت النسب كمن زنى بجارية غيره فولدت منه ثم ملك الولد يعتق عليه وإن لم يثبت نسبه منه اه. وأطلق في الابن فشمل الكبير والصغير. كذا في المحيط. وقيد بالولادة لانه لو وطئ أمة ابنه ولم تحبل فإنه يحرم عليه وإن كان لا يحد ولا يملكها ويلزمه عقرها بخلاف ما إذا
***
[٣٥٧]
حبلت منه فإنه يتبين أن الوطئ حلال لتقدم ملكه عليه، ولا يحد قاذفه في المسألتين، أما إذا لم تلد منه فظاهر لانه وطئ وطأ حراما في غير ملكه، وأما إذا حبلت منه فلان شبهة الخلاف في أن الملك يثبت قبل الايلاج أو بعده مسقط لاحصانه كما في فتح القدير وغيره، وقد قدمنا أن الاب إذا تكرر منه الوطئ لم تحبل فإنه يلزمه مهر واحد بخلاف ما إذا وطئ الابن جارية الاب مرارا وقد ادعى الشبهة فعليه لكل وطئ مهر والفرق قد ذكرناه. وأشار بقوله فادعاه إلى أنه من أهل ولاية الدعوة، فلو كان الاب عبدا أو مكاتبا أو كافرا أو مجنونا لم تصح دعوته لعدم الولاية، ولو أفاق المجنون ثم ولدت لاقل من ستة أشهر يصح استحسانا لا قياسا، ولو كانا من أهل الذمة إلا أن ملتيهما مختلفة جازت الدعوة من الاب كما في فتح القدير. وإلى أنه لو ادعاه وهي حبلى قبل الولادة لم تصح دعوته حتى تلد ولم أره الآن صريحا، وإلى أنه ادعاه وحده فلو ادعاه الابن مع دعواه لاب قدمت دعوة الابن لانها سابقة معنى، ولو كانت مشتركة بينه وبين الاب فادعياه قدمت دعوة الاب لان له جهتين حقيقة الملك في نصيبه وحق الملك في نصيب ولده كما في البدائع. وينبغي أن يقال وحق المتملك بدل قوله وحق الملك لما قدمناه. وفي المحيط: ولو ولدت ولدين في بطن واحد فباع المولى أحدهما فادعى أبو البائع الولدين وكذبه البائع والمشتري صحت الدعوة وثبت نسب الولدين وعتق ما في يد الابن بغير قيمة وما في يد المشتري عبد بحاله وصارت أم ولد له اه. وإلى أنه لا تشترط دعوى الشبهة من الاب، وإلى أنه لا يشترط تصديق الابن لانه لم يشترط غير دعوى الولد من الاب. وأطلق في وجوب القيمة فشمل ما إذا كان الاب موسرا أو معسرا كما في شرح النقاية. وفي فتح القدير: والعقر مهر مثلها في الجمال أي ما يرغب فيه في مثلها جمالا فقط، وأما ما قيل ما يستأجر به مثلها للزنا لو جاز فليس معناه بل العادة أن ما يعطى لذلك أقل مما يعطى مهرا لان الثاني للبقاء بخلاف الاول والعادة زيادة عليه اه. وفي المحيط: لو استحقها رجل يأخذها وعقرها وقيمة ولدها لان الاب صار مغرور أو يرجع الاب على الابن بقيمة الجارية دون العقر وقيمة الولد لان الابن ما ضمن لسلامة الاولاد اه. هذا

وقد ذكر القدوري هذه المسألة في باب الاستيلاد، والمصنف ذكرها ههنا لمناسبتها لنكاح الرقيق فإن الموطوءة هنا مرقوقة.
***
[٣٥٨]
قوله: (ودعوة الجد كدعوة الاب حال عدمه) أي عدم الاب لقيامه مقامه، والمراد بعدمه عدم ولايته بالموت أو الكفر أو الرق أو الجنون لا عدم وجوده فقط، وليس مراده بحال العدم أن يكون الاب معدوما وقت الدعوة فقط لانه يشترط أن يكون معدوما وقت العلوق أيضا، فيحنئذ يشترط أن يثبت ولايته من وقت العلوق إلى وقت الدعوة حتى لو أتت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت انتقال الولاية إليه لم تصح دعوته لما ذكرنا في الاب، ولما شرط المصنف عدم الاب لولاية دعوة الجد علم أن ولاية الحد منتقلة من الاب إليه فأفاد أنه أبو الأب، وأما الجد أبو الأم وغيره من ذوي الرحم المحرم فلا يصدق في جميع الاحوال لفقد ولايتهم. كذا في المحيط قوله: (ولو زوجها أباه فولدت لم تصر أم ولد له ويجب المهر لا القيمة وولدها حر) لانه يصح التزوج عندنا خلافا للشافعي لخلوها عن ملك الاب، ألا ترى أن الابن ملكها من كل وجه فمن المحال أن يملكها الاب من وجه، وكذلك يملك الابن من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الاب لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه إلا أنه يسقط الحد للشبهة، فإذا أجاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير أم ولد له ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح، والولد حر لانه ملك أخاه فعتق عليه بالقرابة. كذا في الهداية. وظاهره أن الولد علق رقيقا واختلف فيه، فقيل يعتق قبل الانفصال، وقيل يعتق بعد الانفصال وثمرته تظهر في الارث حتى لو مات المولى وهو الابن يرثه الولد على الاول دون الثاني، والوجه هو الاول لان الولد حدث على ملك الاخ من حين العلوق فلما ملكه عتق عليه بالقرابة بالحديث. كذا في غاية البيان. والظاهر عندي هو الثاني لانه لا ملك له من كل وجه قبل الوضع لقولهم الملك هو القدرة على التصرفات في الشئ ابتداء، ولا شك أنه لا قدرة للسيد على التصرف في الجنين قبل وضعه ببيع أو هبة وإن صح الايصاء به واعتاقه فلم يتناوله الحديث لانه في المملوك من كل وجه، ولذا قالوا: لو قال كل مملوك أملكه فهو حر لا يتناول الحمل لانه ليس بمملوك من كل وجه. فلو قال المصنف ولو تزوجها أبوه بدل قوله ولو زوجها أباه لكان أولى لشموله ما إذا كانت الجارية لولده الصغير فتزوجها الاب فإنه صحيح ولا تصير أم ولد له. قال قاضيخان في فتاواه: إذا تزوج الرجل جارية ولده الصغير فولدت منه لا تصير أم ولد له ويعتق الولد بالقرابة، وإذا أراد الرجل أن يطأ جاريته لا تصير أم ولد منه لو ولدت فإنه يبيعها من ولده الصغير ثم يتزوجها اه‍. أطلق في التزوج فشمل الصحيح والفاسد كما صرح به في التبيين لان الفاسد منه يثبت فيه النسب فاستغنى عن تقدم الملك له. وفي النهاية:
***
[٣٥٩]
الوطئ بشبهة كالنكاح وعبارتها: وكذلك لو استولدها بنكاح فاسد ووطئ بشبهة لا تصير أم ولد له، وعلله آخرا بأنه غير محتاج إلى تملكها لاثبات النسب بل النكاح أو شبهة النكاح يكفي لذلك اه‍. فعلى هذا فقولهم ومن وطئ جارية ابنه فولدت فادعاه يثبت نسبه محله ما إذا وطئها عالما بالحرمة، وأما إذا وطئ بالشبهة فلا تصير أم ولد له مع أنهم قالوا كما ذكرناه لا فرق بين أن يدعي الشبهة أو لا، فظاهر كلامهم أن الوطئ بشبهة ليس كالنكاح. قوله: (حرة قالت لسيد زوجها أعتقه عني بألف ففعل فسد النكاح) وقال زفر: لا يفسد وأصله أنه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن العهدة. وعنده يقع عن المأمور لانه طلب أن يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور. ولنا أنه أمكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء إذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله أعتق طلب التمليك منه بالالف ثم أمره بإعتاق عبد الآمر عنه. وقوله أعتقت تمليك منه ثم إعتاق عنه، وإذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين. فالحاصل أن هذا من باب الاقتضاء وهو دلالة اللفظ على مسكوت يتوقف صدقه عليه أو صحته فالمقتضي - بالفتح - ما استدعاه صدق الكلام كرفع الخطأ والنسيان أو حكم لزمه شرعا كمسألة الكتاب فالملك فيه شرط وهو تبع للمقتضى وهو العتق إذ الشروط اتباع فلذا ثبت البيع المقتضى - بالفتح - بشروط المقتضي وهو العتق لا بشروط نفسه إظهارا للتبعية فسقط القبول الذي هو ركن البيع، ولا يثبت فيه خيار الرؤية والعيب، ولا يشترط كونه مقدور التسليم حتى صح الامر بإعتاق الآبق. ولو قال أعتقه عني بألف ورطل من خمر فأعتقه وقع عن

الآمر وسقط اعتبار القبض في الفاسد لانه ملحق بالصحيح في احتمال سقوط القبض هنا، ويعتبر في الآمر أهلية الاعتاق حتى لو كان صبيا مأذونا لم يثبت البيع بهذا الكلام لكونه ليس بأهل للاعتاق. وأشار بفساد النكاح إلى سقوط المهر لاستحالة وجوبه على عبدها، وإلى أنه لو قال رجل تحته أمة لمولاها أعتقها عني بألف ففعل عتقت الامة وفسد النكاح للتنافي أيضا لكن لا يسقط المهر. وقيد بكون المأمور فعل ما أمر به لانه لو زاد عليه بأن قال بعتك بألف ثم أعتقت لم يصر مجيبا لكلامه بل كان مبتدأ ووقع العتق عن نفسه كما في غاية البيان، يعني فلا يفسد النكاح في مسألة الكتاب قوله: (ولو لم تقل بألف لا يفسد النكاح والولاء له) أي للمأمور وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: هذا والاول سواء لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه، ويسقط اعتبار القبض كما إذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه. ولهما أن الهبة من شروطها القبض بالنص ولا يمكن إسقاطه ولا إثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي وفي تلك المسألة الفقير ينوب عن الآمر في القبض، أما العبد فلا يقع في
***
[٣٦٠]
يده شئ لينوب عنه، فالحاصل أن فعل اليد الذي هو الاخذ لا يتصور أن يتضمنه فعل اللسان ويكون موجودا بوجوده بخلاف القول فإنه يتضمن ضمن قول آخر ويعتبر مراده معه وهذا ظاهر. وقول أبي اليسر وقول أبي يوسف أظهر لا يظهر. كذا في فتح القدير. وإنما يسقط القبض فيما قدمناه وهو أعتقه عني بألف ورطل من خمر لان الفاسد ملحق بالصحيح في احتمال سقوط القبض. كذا في البدائع والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب. باب نكاح الكافر لما فرغ من نكاح المسلمين بمرتبتيه الاحرار والارقاء، شرع في بيان نكاح الكفار. والتعبير بنكاح الكافر أولى من التعبير بنكاح أهل الشرك كما في الهداية لانه لا يشمل الكتابي إلا على قول من يدخله في المشرك باعتبار قول طائفة منهم عزير ابن الله والمسيح ابن الله رب العزة والكبرياء المنزه عن الولد. وههنا ثلاثة أصول: الاول أن كل نكاح صحيح بين المسلمين فهو صحيح إذا تحقق بين أهل الكفر لتظافر الاعتقادين على صحته ولعموم الرسالة، فحيث وقع من الكفار على وفق الشرع العام وجب الحكم بصحته خلافا لمالك، ويرده قوله تعالى * (وامرأته حمالة الحطب) * (المسد: ٤) وقوله عليه الصلاة والسلام ولدت من نكاح لا من سفاح كما في المعراج. الثاني أن كل نكاح حرم بين المسلمين لفقد شرطه كالنكاح بغير شهود أو في العدة من الكافر يجوز في حقهم إذا اعتقدوه وعند أبي حنيفة ويقران عليه بعد الاسلام. الثالث أن كل نكاح حرم لحرمة المحل كنكاح المحارم واختلف فيه على قوله، قال مشايخنا: يقع جائزا. وقال مشايخ العراق: يقع فاسدا وسيأتي قوله: (تزوج كافر بلا شهود أو في عدة كافر وذا في دينهم جائز ثم أسلما اقرا عليه) يعني عند أبي حنيفة، ووافقاه في الاول وخالفاه في الثاني لان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها، وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات، وبه اندفع قول زفر من التسوية بينهما. ولابي حنيفة أن الحرمة لا يمكن إثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون
***
[٣٦١]
بحقوقه، ولا وجه إلى إيجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده، وإذا صح النكاح فحالة الاسلام والمرافعة حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها، وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة. أطلق الكافر فشمل الذمي والحربي، وبحث المحقق في فتح القدير في قولهم إن الحرمة لا يمكن إثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه بأن أهل الاصول اتفقوا على أنهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها، وكونه من حقوق الشرع لا ينافي كونه معاملة فيلزم اتفاق الثلاث على أنهم مخاطبون بأحكام النكاح غير أن حكم الخطاب إنما يثبت في حق المكلف ببلوغه إليه والشهرة تنزل منزلته وهي متحققة في حق أهل الذمة دون أهل الحرب، فمقتضى النظر التفصيل بين أن يكون ذميا فلا يقر عليه، وبين أن يكون حربيا فيقر عليه ا ه‍. وجوابه أن النكاح لم يتمحض معاملة بل فيه معنى العبادة ولهذا كان الاشتغال به أولى من التخلي للنوافل، فما ذكره الاصوليون إنما هو في المعاملة المحضة فلا منافاة بين الموضعين، فلا فرق بين الذمي والحربي في هذا الحكم، وقيد بكونه في عدة كافر لانها لو كانت في عدة مسلم فإنه لا يجوز لا يقران عليه اتفاقا، وظاهر كلام الهداية أنه لا عدة من الكافر عند الامام أصلا وفيه اختلاف المشايخ، فذهب طائفة إليه، وأخرى إلى وجوبها عنده لكنها ضعيفة لا تمنع من صحة النكاح لضعفها كالاستبراء. وفائدة الاختلاف تظهر في ثبوت الرجعة للزوج بمجرد طلاقها وفي ثبوت نسب الولد إذا أتت به

لاقل من ستة أشهر، فعلى الاول لا يثبتان، وعلى الثاني يثبتان، واختار في فتح القدير الاول ومنع عدم ثبوت النسب
***
[٣٦٢]
لجواز أن يقال لا تجب العدة. وإذا علم من له الولد بطريق آخر وجب إلحاقه به بعد كونه عن فراش صحيح ومجيئها به لاقل من ستة أشهر من الطلاق مما يفيد ذلك فيلحق به، وهم لم ينقلوا ذلك عن أبي حنيفة بثبوته ولا عدمه بل اختلفوا أن قوله بالصحة بناء على عدم وجوبها فيتفرع عليه ذلك أولا فلا. قلنا: أن نقول بعدمها ويثبت النسب في الصورة المذكورة ا ه. وقيد بكونه جائزا في دينهم لانه لو لم يكن جائزا عندهم يفرق بينهما اتفاقا لانه وقع باطلا فيجب التجديد. وفي فتح القدير: فيلزم في المهاجرة لزوم العدة إذا كانوا يعتقدون ذلك لان المضاف إلى تباين الدار الفرقة لا نفي العدة. وأطلق في عدم التفريق بالاسلام فشمل ما إذا أسلما والعدة منقضية أو غير منقضية لكن إذا أسلما وهي منقضية لا يفرق بالاجماع كما في المبسوط، ولم يذكر عدم التفريق فيما إذا ترافعا إلينا لانه معلوم من الاسلام بالاولى. قوله: (ولو كانت محرمه فرق بينهما) أي لو كانت المرأة محرما للكافر فإن القاضي يفرق بينهما إذا أسلما أو أحدهما اتفاقا لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق، وعنده له حكم الصحة في الصحيح إلا أن المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لا تنافيه، ثم بإسلام أحدهما يفرق بينهما وبمرافعة أحدهما لا يفرق عنده خلافا لهما. والفرق أن استحقاق أحدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه إذ لا يتغير به اعتقاده، أما اعتقاد المصر لا يعارض إسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه، ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما. كذا في الهداية. فأفاد أن الصحيح أن عقده على محرمه صحيح، وقيل فاسد، وفائدة الخلاف تظهر في وجوب النفقة إذا طلبت وفي سقوط إحصانه بالدخول فيه، فعلى الصحيح يجب ولا يسقط حتى لو أسلم وقذفه إنسان يحد، ومقضى القول بالصحة أن يتوارثا، والمنقول في البدائع أنهما لا
***
[٣٦٣]
يتوارثان اتفاقا، وعلله في التبيين بأن الارث يثبت بالنص على خلاف القياس فيما إذا كانت الزوجية مطلقة بنكاح صحيح فيقتصر عليه، وعلله في المحيط بأن نكاح المحارم في شريعة آدم لم يثبت كونه سببا لاستحقاق الميراث في دينه فلا يصير سببا للميراث في ديانتهم لانه لا عبرة لديانتهم إذ لم يعتمد شرعا ما ا ه. وقد يقال: هل كان نكاح المحارم في تلك الشريعة سببا لوجوب النفقة؟ فالحاصل أن في نكاح المحارم يفرق بينهما القاضي بإسلام أحدهما أو بمرافعتهما لا بمرافعة أحدهما عند الامام، وإما إذا لم تحصل المرافعة أصلا فلا تفريق اتفاقا للامر بتركهم وما يدينون. وفي التبيين: وعلى هذا الخلاف المطلقة ثلاثا والجمع بين المحارم أو الخمس ا ه. وذكر في المحيط: لو كانت امرأة الذمي مطلقة ثلاثا فطلبت التفريق يفرق بينهما بالاجماع لان هذا التفريق لا يتضمن إبطال حق على الزوج لان الطلقات الثلاث قاطعة لملك النكاح في الاديان كلها. ثم ذكر بعدها أنه يفرق بينهما من غير مرافعة في مواضع بأن يخلعها ثم يقيم معها من غير عقد أو يطلقها ثلاثا ثم يتزوجها قبل التزوج بآخر لانه زنا، أو يتزوج كتابية في عدة مسلم صيانة لماء المسلم ا ه. فحاصله أنه إذا طلقها ثلاثا إن أمسكها من غير أن يجدد النكاح عليها فرق بينهما، وإن لم يترافعا إلى القاضي، وإن جدد عقد النكاح
***
[٣٦٤]
عليها من غير أن تتزوج بآخر فلا تفريق. كذا ذكره الاسبيجابي وهو مخالف لما ذكره في المحيط لانه سوى في التفريق بينهما بين ما إذا تزوجها أو لا حيث لم تتزوج بغيره. وفي النهاية: لو تزوج أختين في عقدة واحدة ثم فارق إحداهما ثم أسلم أقرا عليه. وفي فتح القدير: وينبغي على قول مشايخ العراق وما ذكرنا من التحقيق أن يفرق لوقوع العقد فاسدا فوجب التعرض بالاسلام ا ه. قوله: (ولا ينكح مرتد أو مرتدة أحدا) أما المرتد فلانه مستحق القتل، والامهال ضرورة التأمل، والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه، ولا يرد مستحق القتل للقصاص حيث يجوز له التزوج مع أنه يقتل لان العفو مندوب إليه فيه فيسلم منه بخلاف المرتد لانه لا يرجع غالبا، وأما المرتدة فلانها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج تشغلها عنه، ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه. وعبر بأحد في سياق النفي ليفيد العموم فلا يتزوج المرتد مسلمة ولا كتابية ولا مرتدة ولا يتزوج المرتدة مسلم ولا كافر ولا مرتد قوله: (والولد يتبع خير

الابوين دينا) لانه أنظر له، فإن كان الزوج مسلما فالولد على دينه، وكذا إن أسلم أحدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما بإسلامه، سواء كان الاب أو الام.
***
[٣٦٥]
وتتصور تبعيته لامه المسلمة وأبوه كافر بأن كانا كافرين فأسلمت فقبل عرض الاسلام عليه ولدت كما في المعراج. وفي التبيين: وهذا إذا لم تختلف الدار بأن كانا في دار الاسلام أو في دار الحرب أو كان الصغير في دار الاسلام وأسلم الوالد في دار الحرب لانه من أهل دار الاسلام حكما، فأما إذا كان الولد في دار الحرب والوالد في دار الاسلام فأسلم لا يتبعه ولده ولا يكون مسلما بإسلامه لانه لا يمكن أن يجعل الوالد من أهل دار الحرب بخلاف العكس ا ه‍. وفي فتح القدير: أما لو تباينت دارهما بأن كان الوالد في دار الاسلام والولد في دار الحرب أو على العكس فإنه لا يصير مسلما بإسلام الاب ا ه‍. وهو سهو فاجتنبه. ثم اعلم أنه إذا صار مسلما بالتبعية ثم بلغ فإنه لا يلزمه تجديد الايمان لوقوعه فرضا، أما على قول الماتريدي فظاهر لانه قائل بوجوب أداء الايمان على الصبي العاقل كما في الت حرير، وأما على قول نخر الاسلام فظاهر أيضا لانه قائل بأصل الوجوب عليه وإن لم يجب أداؤه، فإذا أداه وقع فرضا كتعجيل الزكاة قبل الحول، وأما على قول شمس الائمة فكذلك وإن قال بعدم أصل الوجوب عليه لانه إنما قال به للترفية عليه فإذا وجد منه وجد الوجوب كالمسافر إذا صلى الجمعة، ولا خلاف لاحد في عدم وجوب نية الفرض عليه بعد بلوغه، وتمامه في فتح القدير من باب المرتدين. قوله: (والمجوسي شر من الكتابي) لان للكتابي دينا سماويا بحسب الدعوى ولهذا تؤكل ذبيحته وتجوز مناكحة الكتابية بخلاف المجوسي فكان شرا منه حتى إذا ولد ولد بين كتابي ومجوسي فهو كتابي لان فيه نوع نظر له حتى في الآخرة بنقصان العقاب كما في فتح
***
[٣٦٦]
القدير. ثم اعلم أنه بعد ما حكم بكونه تبعا لخير الابوين لا يزول بزوال الخيرية، فلو ارتد المسلم منهما لا يتبعه الولد في الردة إلا إن لحق به المرتد إلى دار الحرب فإن الصبية المنكوحة تبين من زوجها للتباين إلا إذا كان أحد الابوين مات على إسلامه وتمامه في المحيط. وبعد ما حكم بكونه تبعا لاقلهما شرا إذا تمجس المتبوع بطلت التبعية، ولم يقل المصنف والكتابي خير من المجوسي كما في المحيط، وبعض الكتب، لانه لا خير في دين هؤلاء الطائفة ولكن في كل منهما خلاف الخير، وفي المجوسية أكثر فيكون شرا منهما. وفي الخلاصة من كتاب ألفاظ التكفير: لو قال النصرانية خير من اليهودية يكفر، وينبغي أن يقول اليهودية شر من النصرانية ا ه‍. فهذا يقتضي أنه لو قال الكتابي خير من المجوسي يكفر مع أن هذه العبارة وقعت لبعض مشايخنا كما سمعت إلا أن يقال بالفرق وهو الظاهر لانه لا خيرية لاحدى الملتين على الاخرى في أحكام الدنيا والآخرة بخلاف الكتابي بالنسبة إلى المجوسي للفرق بين أحكامها في الدنيا والآخرة. وفي الخبازية ما يقتضي أن المنع إنما هو لتفضيل النصرانية على اليهودية والامر بالعكس لان اليهود نزاعهم في النبوات والنصارى في الالهيات فالنصارى أشد كفرا ا ه‍. وفيه نظر لانه لو كان كذلك لم يصح قوله في الخلاصة وينبغي أن يقول اليهودية شر من النصرانية فعلم أن التكفير إنما هو لاجل إثبات الخيرية للكافر ولذا قال في جامع الفصولين: لو قال النصرانية خير من المجوسية كفر وينبغي أن يقول المجوسية شر من النصرانية ا ه‍. ويلزم على ما في البزازية من أن النصارى شر من اليهود أن الولد المتولد من يهودية ونصراني أو عكسه أن يكون تبعا لليهودي دون النصراني. فإن قلت: ما فائدته؟ قلت: خفة العقوبة في الآخرة، وأما في الدنيا فلما ذكره الولوالجي من كتاب الاضحية أن
***
[٣٦٧]
الكافر إذا دعا رجلا إلى طعامه، فإن كان مجوسيا أو نصرانيا يكره وإن قال اشتريت اللحم من السوق لان المجوسي يطبخ المنخنقة والموقوذة والمتردي والنصراني لا ذبيحة له وإنما يأكل ذبيحة المسلم أو يخنق، وإن كان الداعي إلى الطعام يهوديا فلا بأس بأكله لان اليهودي لا يأكل إلا من ذبيحة اليهودي أو المسلم اه‍. فعلم أن النصراني شر من اليهودي في أحكام الدنيا أيضا. قوله: (وإذا أسلم أحد

الزوجين عرض الاسلام على الآخر فإن أسلم وإلا فرق بينهما) لان المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب تبتنى عليه الفرقة، والاسلام طاعة فلا يصلح سببا فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد بالاسلام أو تثبت الفرقة بالاباء وإضافة الشافعي الفرقة إلى الاسلام من باب فساد الوضع وهو أن يترتب على العلة نقيض ما تقتضيه، وسيأتي أن زوج الكتابية إذا أسلم فإنه يبقى النكاح لجواز التزوج بها ابتداء، فحينئذ صار المراد من عبارته هنا أنهما إما مجوسيان فأسلم الزوج أو المرأة، أو كتابيان فأسلمت المرأة، أو أحدهما كتابي والآخر مجوسي فأسلم الكتابي أو المجوسي وهو المرأة، فالحاصل أنهما إما أن يكونا كتابيين أو مجوسيين أو أحدهما كتابي والآخر مجوسي وهو صادق بصورتين فهي أربعة، وكل من الاربعة إما أن يكون المسلم الزوج أو الزوجة فهي ثمانية، ومنها مسألتان لا يعرض الاسلام فيهما على الآخر وهما إذا كانت المرأة كتابية والزوج كتابي أو مجوسي والمسلم هو الزوج والباقية
***
[٣٦٨]
مراده هنا. أطلق في الآخر فشمل البالغ والصبي لكن بشرط التمييز حتى يفرق بينهما بإباء الصبي المميز باتفاق على الاصح، والفرق لابي يوسف بين ردته وإبائه أن الاباء تمسك بما هو عليه فيكون صحيحا، فأما الردة فإنشاء لما لم يكن موجودا وهو يضره فلا يصح منه. كذا في المبسوط. وفيه: الاصل أن كل من صح منه الاسلام إذا أتى به يصح منه الاباء إذا عرض عليه ا ه‍. وأما الصبي الذي لا يميز فإنه ينتظر عقله أي تمييزه، والصبية كالصبي بخلاف ما إذ كان مجنونا فإنه لا ينتظر بل يعرض على أبوية لانه ليس له نهاية معلومة كالمرأة إذا وجدت الزوج عنينا فإنه يؤجل، ولو مجبوبا فإنه لا يؤجل بل يفرق للحال لعدم الفائدة في الانتظار بخلاف العنين يؤجل لافادته. ومعنى العرض على أبوي المجنون أن أي الابوين أسلم بقي النكاح لانه يتبع المسلم منهما. كذا في فتح القدير. ويرد على المصنف ما إذا أسلم الزوج وهي مجوسية فتهودت أو تنصرت داما على النكاح كما لو كانت يهودية أو نصرانية من الابتداء. كذا في المبسوط. وقوله فإن أسلم وإلا فرق بينهما ينافيه. وقيد بالاسلام لان النصرانية إذا تهودت أو عكسه لا يلتفت إليهم لان الكفر كله ملة واحدة، وكذا لو تمجست زوجة النصراني فهما على نكاحهما كما لو كانت مجوسية في الابتداء. ومعنى قوله وإلا فرق بينهما أنه إن لم يسلم الآخر بأن أبى عنه فرق بينهما، وأما إذا لم يسلم ولم يمتنع. بأن سكت فإنه يكرر العرض عليه لما في الذخيرة: إذا صرح بالاباء فالقاضي لا يعرض الاسلام عليه مرة أخرى ويفرق بينهما، فإن سكت ولم يقل شيئا فالقاضي يعرض عليه الاسلام مرة بعد أخرى حتى تتم الثلاث احتياطا ا ه‍. قوله: (وإباؤه طلاق لا إباؤها) وقال أبو يوسف: لا يكون طلاقا في الوجهين لان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك. ولهما أنه بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح بالاحسان كما في الجب والعنة، أما المرأة فليست بأهل للطلاق فلا ينوب منابها عند إبائها. كذا في الهداية. ومراده أنه لا ينوب منابها في الطلاق لانه ليس إليها وإنما ينوب منابها فيما إليها وهو التفريق على أنه فسخ. والحاصل أنه نائب عن كل منهما فيما إليه لا كما يتوهم من عبارة الهداية أنه نائب عن الزوج لا عنها لانه لو كان كذلك لم تتوقف الفرقة على القضاء فيما إذا كانت الآبية، وليس مراده أن الطلاق يقع بمجرد إبائه كما هو ظاهر العبارة لما قدمه من
***
[٣٦٩]
بقوله فرق بينهما أي فرق القاضي بينهما، ولو وقع بمجرد إبائه لم يحتج إلى تفريق القاضي ولذا قالوا: وما لم يفرق القاضي بينهما فهي امرأته حتى يجب كمال المهر لها بموته قبل الدخول. وإنما لا يتوارثان لو مات أحدهما قبل التفريق للمانع منه وهو كفر أحدهما لا للبينونة، وسيأتي حكم المهر في الارتداد حيث قال: والاباء نظيره. وأطلق في الزوج فشمل الصغير والكبير والمجنون فيكون إباء الصبي المميز طلاقا على الاصح كما في المبسوط، وإباء أحد أبوي المجنون طلاقا أيضا مع أن الطلاق لا يصح منهما لما ذكرنا من المعنى قالوا: وهي من أغرب المسائل حيث يقع الطلاق منهما نظيره إذا كانا مجبوبين أو كان المجنون عنينا فإن القاضي يفرق بينهما ويكون طلاقا اتفاقا، وتحقيقه أن الصبي والمجنون أهلان للوقوع لا للايقاع بدليل أن الصبي إذا ورث قريبه فإنه يعتق عليه. وما نحن فيه وقوع لا إيقاع، ونظيره

***
[٣٧٠]
لو علق الزوج الطلاق بشرط وهو عاقل فجن ثم وجد الشرط وقع عليه وهو مجنون لما ذكرنا. وأشار بالطلاق إلى وجوب العدة عليها إن كان دخل بها لان المرأة إذا كانت مسلمة فقد التزمت أحكام الاسلام ومن حكمه وجوب العدة، وإن كانت كافرة لا تعتقد وجوبها لان الزوج مسلم والعدة حقه وحقوقنا لا تبطل بديانتهم. وأشار أيضا إلى وجوب النفقة لها ما دامت في العدة وإن كانت المرأة مسلمة لان المنع من الاستمتاع جاء من جهة الزوج وهو غير مسقط بخلاف ما إذا كانت كافرة وأسلم الزوج فلا نفقة لها لان المنع من جهتها ولذا لا مهر لها إن كان قبل الدخول. وأشار أيضا إلى وقوع طلاقه عليها ما دامت في العدة كما لو وقعت الفرقة بالخلع أو بالجب والعنة. كذا في المحيط. وظاهره أنه لا فرق في وقوع الطلاق عليها بين أن يكون هو الآبي أو هي، وظاهر ما في فتح القدير أنه خاص بما إذا أسلمت وأبى هو والظاهر الاول، وقد وقع في شرح المجمع لابن الملك هنا سهو ونقله عن المحيط وهو برئ عنه فاجتنبه فإنه قال: لو كانت نصرانية وقت إسلامه ثم تمجست تكون فرقتها طلاقا، وإنما الصواب وقعت الفرقة بلا عرض عليها كما في المحيط. قوله: (ولو أسلم أحدهما ثمة لم تبن حتى تحيض ثلاثا فإذا حاضت ثلاثا بانت) لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فأقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر. أطلقه فشمل المدخول بها وغيرها، وهذا دليل على أن هذه الحيض ليس بعدة لانها لو كانت عدة لاختصت بالمدخول بها، ولم يذكر المصنف عليها بعد ذلك عدة لعدم وجوبها لان المرأة إن كانت حربية فلا عدة عليها، وإن كانت هي المسلمة فكذلك عند أبي حنيفة خلافا لهما كما سيأتي في
***
[٣٧١]
المهاجرة. كذا في الهداية تبعا لما في المبسوط. وذكر الامام الطحاوي وجو ب العدة عليها، وأطلقه وينبغي حمله على اختيار قولهما. وأفاد بتوقف البينونة على الحيض أن الآخر لو أسلم قبل انقضائها فلا بينونة. وأطلق في الاسلام أحدهما في دار الحرب فشمل ما إذا كان الآخر في دار الاسلام أو في دار الحرب، أقام الآخر فيها أو خرج إلى دار الاسلام فحاصله أنه ما لم يجتمعا في دار الاسلام فإنه لا يعرض الاسلام على المصر، سواء خرج المسلم أو الآخر، لانه لا يقضى لغائب ولا على غائب. كذا في المحيط. وأشار بالحيض إلى أنها من ذواته فلو كانت لا تحيض لصغر أو كبر فلا تبين إلا بمضي ثلاثة أشهر. وبهذا علم أن مسألة ما إذا أسلم أحد الزوجين على اثنين وثلاثين وجها لان الثمانية المتقدمة على أربعة لانهما إما أن يكونا في دار الاسلام أو في دار الحرب أو أحدهما في دار الاسلام فقط وهو صادق بصورتين. ولم يبين صفة البينونة هل هي طلاق أو فسخ للاختلاف ففي السير أنها طلاق عند أبي حنيفة ومحمد لان انصرام هذه المدة جعل بدلا عن قضاء القاضي والبدل قائم مقام الاصل، وعند أبي يوسف فسخ وهو رواية عنهما لان هذه فرقة وقعت حكما لا بتفريق القاضي فكانت فسخا بمنزلة ردة الزوج وملكه امرأته. كذا في المحيط. وينبغي أن يقال: إن كان المسلم هو المرأة فهي فرقة بطلاق لان الآبي هو الزوج حكما وقد أقيم مضي المدة مقام إبائه وتفريق القاضي وإباؤه طلاق عندهما فكذا ما قام مقامه، وإن كان المسلم هو الزوج فهي فسخ لما تقدم في إبائها فكذا حكم ما قام مقامه. وأما وقوع الطلاق عليها فإن كان قبل البينونة فلا إشكال في الوقوع لانها زوجة، وإن كان بعد البينونة بمضي المدة فإن كان في العدة عند من أوجبها وقع وإلا فلا. وأما عند من لم يوجبها فهي أجنبية من كل وجه فلا يقع شئ، ولا شك أن هذه المسألة من أفراد المسألة السابقة ففيها الاقسام الستة، وأما القسمان الآخران فخارجان بقوله قوله: (ولو أسلم زوج الكتابية بقي نكاحهما) فهو مخصص لكل من المسألتين صادق بصورتين ما إذا كان الزوج كتابيا أو مجوسيا لانه يصح النكاح بينهما ابتداء فلان يبقى أولى، ولو تمجست يفرق بينهما لفساد النكاح. قوله: (وتباين الدارين سبب الفرقة لا السبي) والشافعي يعكسه لان التباين أثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن، أما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق إلا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي: ولنا أن مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح فشابه المحرمية، والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا
***
[٣٧٢]

ينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء وصار كالشراء، ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح، وفي المستأمن لم تتباين الدار حكما لقصد الرجوع فيتفرع أربع صور: وفاقيتان وهما لو خرج الزوجان إلينا معا ذميين أو مسلمين أو مستأمنين ثم أسلما أو صارا ذميين لا تقع الفرقة اتفاقا، وما لو سبي أحدهما تقع الفرقة اتفاقا عنده للسبي، وعندنا للتباين. وخلافيتان إحداهما ما إذا خرج أحدهما إلينا مسلما أو ذميا أو مستأمنا ثم صار بأحد الوصفين عندنا تقع فإن كان الرجل حل له التزوج بأربع في الحال وبأخت امرأته التي في دار الحرب إذا كانت في دار الاسلام، وعنده لا تقع الفرقة بينه وبين زوجته التي في دار الحرب. والثانية ما إذا سبي الزوجان معا فعنده تقع فللسابي أن يطأها بعد الاستبراء، وعندنا لا لعدم تباين داريهما. أطلق في التباين فانصرف إليه حقيقة وحكما، فلو تزوج مسلم كتابية حربية في دار الحرب فخرج عنها الزوج بانت لوجوده، ولو خرجت المرأة قبل الزوج لم تبن لان التباين وإن وجد حقيقة لم يوجد حكما لانها صارت من أهل دار الاسلام لانها التزمت أحكام المسلمين، فالظاهر أنها لا تعود إلى دار الحرب والزوج من أهل دار الاسلام حكما بخلاف ما إذا أخرجها كرها فإنها تبين لانه ملكها لتحقق التباين حقيقة وحكما لانها في دار الحرب حكما وزوجها في دار الاسلام حكما، وإذا دخل الحربي دارنا بأمان لم تبن زوجته لانه في دار الحرب حكما فإن قبل الذمة بانت لانه صار من أهل دارنا حقيقة وحكما قوله: (وتنكح المهاجرة الحائل بلا عدة) أي التي ليست بحامل، وهذا بيان لحكم آخر جزئي من جزئيات موضوع المسألة السابقة، فإن منها ما إذا خرجت المرأة مسلمة أو ذمية وتركت زوجها في دار الحرب فأفاد أنها إذا بانت فلا عدة عليها إن لم تكن حاملا فتتزوج للحال عند الامام.

***

[٣٧٣]

وقالا: عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام. ولابي حنيفة أنها أثر النكاح المتقدم ووجبت إظهارا لحظره ولا حظر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية، وقد تأيد ذلك بقوله تعالى * (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) * (الممتحنة: ١٠) والعصم جمع عصمة بمعنى المنع، والكوافر جمع كافرة، ثم اختلفا لو خرج زوجها بعدها وهي بعد في هذه العدة فطلقها بأهل يلحقها طلاق؟ قال أبو يوسف: لا يقع عليها. وقال محمد: يقع والاصل أن الفرقة إذا وقعت بالتنافي لا تصير المرأة محلا للطلاق عند أبي يوسف، وعند محمد تصير وهو أوجه إلا أن تكون محرمة لعدم فائدة الطلاق على ما بيناه، وثمرته تظهر فيما لو طلقها ثلاثا لا يحتاج زوجها في تزوجها إذا أسلم إلى زوج آخر عند أبي يوسف، وعند محمد يحتاج إليه. كذا في فتح القدير. وأراد بالمهاجرة التاركة لدار الحرب إلى دار الاسلام على عزم عدم العود وذلك بأن تخرج مسلمة أو ذمية أو صارت كذلك. وقيد بالحائل لان الحامل لا يصح العقد عليها حتى تضع حملها، وظاهر مفهوم الكتاب أن ذلك لاجل العدة وليس كذلك كما في غاية البيان والتبيين. وروى الحسن عن أبي حنيفة أن العقد صحيح والوطئ حرام حتى تضعه لانه لا حرمة لماء الحربي كماء الزاني، وصحح الشارحون الاول لان النسب ثابت فكان الرحم مشغولا بحق الغير فكان الاحتياط في منع العقد كالوطئ بخلاف الحمل من الزنا. وصحح الاقطع رواية الصحة والاكثر على الاول وهو الاظهر لانه إذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا. قوله: (وارتداد أحدهما فسخ في الحال) يعني فلا يتوقف على مضي ثلاثة قروء في المدخول بها، ولا على قضاء القاضي لان وجود المنافي يوجبه كالمحرمية بخلاف الاسلام لانه غير مناف للعصمة. أطلقه فشمل ارتداد المرأة وهو ظاهر الرواية، وبعض مشايخ بلخ ومشايخ سمرقند أفتوا بعدم الفرقة بردتها حسما لباب المعصية والحيلة للخلاص منه، وعامة مشايخ بخاري أفتوا بالفرقة لكنها تجبر على الاسلام والنكاح مع زوجها الاول لان الحسم يحصل بهذا الجبر فلا ضرورة إلى إسقاط اعتبار المنافي. وتعقبهم في جامع الفصولين بأن جبر الحرة لبالغة مناف للشرع أيضا فلزمهم ما هربوا منه من إسقاط اعتبار المنافي ا ه‍. وهو مردود لان الجبر على النكاح عهد في الشرع في الجملة للضرورة كما في العبد والامة والحر الصغير والحرة الصغيرة فجاز ارتكابه في غيرهم للضرورة ولم يعهد بقاء النكاح مع المنافي له

***

[٣٧٤]

فافترقا. قالوا: ولكل قاض أن يجدد النكاح بمهر يسير ولو بدينار رضيت أو لا وتعزر خمسة وسبعين ا ه‍. وهو اختيار لقول أبي يوسف في التعزير هنا فإن نهايته في تعزير الحرب عنده خمسة وسبعون، وعندهما تسعة وثلاثون مع أن القدسي في الحاوي قال بعد قول أبي

يوسف المذكور: وبه نأخذ. فعلى هذا المعتمد في نهاية التعزير قول أبي يوسف، سواء كان في تعزير المرتدة أو لا، وصحح في المحيط والخزانة ظاهر الرواية من وقوع الفرقة والجبر على تجديد النكاح من الاول وعدم تزوجها بغيره بعد إسلامها. وقال الولوالجي: وعليه الفتوى. ولا يخفى أن محله ما إذا طلب الاول ذلك، أما إذا رضي بتزوجها من غيره فهو صحيح لان الحق له، وكذلك لو لم يطلب تجديد النكاح واستمر ساكتا لا يجدده القاضي حيث أخرجها من بيته. وفي القنية: المرتدة ما دامت في دار الاسلام فإنها لا تسترق في ظاهر الرواية. وفي النوادر: عن أبي حنيفة أنها تسترق، ولو كان الزوج عالما استولى عليها بعد الردة تكون فيئا للمسلمين عند أبي حنيفة، ثم يشتريها من الامام أو يصرفها إليه إن كان مصرفا، فلو أفتى مفت بهذه الرواية حسما لهذا الامر لا بأس به. قلت: وفي زماننا بعد فتنة التتر العامة صارت هذه الولايات التي غلبوا عليها وأجروا أحكامهم فيها كخوارزم وما وراء النهر وخراسان ونحوها صارت دار الحرب في الظاهر، فلو استولى عليها الزوج بعد الردة يملكها
***
[٣٧٥]
ولا يحتاج إلى شرائها من الامام فيفتى بحكم الرق حسما لكيد الجهلة ومكر المكرة على ما أشار إليه في السير الكبير ا ه. ما في القنية، وهكذا في خزانة الفتاوي ونقل قوله فلو أفتى مفت بهذه الرواية عن شمس الائمة السرخسي. ثم اعلم أن على هذه الرواية للزوج أن يبيعها بعد الاستيلاء لانه صار مالكا لها، وينبغي أن يمتنع بيعها إذا كانت ولدت منه قبل الردة تنزيلا لها منزلة أم ولده، وقد ذكر في الخانية أن أم الولد إذا ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت ثم ملكها السيد يعود كونها أم ولده وأمية الولد تتكرر بتكرار الملك. وفي الخانية من باب الردة: رجل تزوج امرأة فغاب عنها قبل الدخول بها فأخبره مخبر أنها ارتدت والمخبر حر أو مملوك أو محدود في قذف وهو ثقة عنده وسعه أن يصدقه ويتزوج أربعا سواها، وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق، وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لا يتزوج أكثر من ثلاث، وإن أخبرت المرأة أن زوجها قد ارتد لها أن تتزوج بآخر بعد انقضاء العدة في رواية الاستحسان، وفي رواية السير ليس لها أن تتزوج. قال شمس الائمة السرخسي: الاصح رواية الاستحسان ا ه. وإنما كانت ردته فسخا وإباؤه طلاقا عند أبي حنيفة لان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة، والطلاق رافع فتعذر أن يجعل طلاقا بخلاف الاباء فإنه يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان ولذا يتوقف على القضاء في الاباء دونها. وقال محمد: إن ردته طلاق كإبائه، وأبو يوسف مر على أصله من أن إباءه فسخ فردته كذلك. وأفاد بقوله فسخ أنه لا ينقص العدد ولذا قال في الخانية: رجل ارتد مرارا وجدد الاسلام في كل مرة وجدد النكاح على قول أبي حنيفة تحل امرأته من غير إصابة زوج ثان، ولم يذكر المؤلف وجوب العدة عليها ولا شك في وجوبها. قال في جامع الفصولين: وتعتد بثلاث حيض لو حرة ممن تحيض، وبثلاثة أشهر لو آيسة أو صغيرة، وبوضع الحمل لو حاملا لو دخل، سواء ارتد أو ارتدت، ولا نفقة لها في العدة، ولو ارتد هو لا تجبر المرأة على التزوج اه. وفي الخلاصة: إذا ارتدت لا نفقة لها في العدة ولها السكنى. وبه يفتى ذكره في ألفاظ التكفير. وفي الخانية: ولزوج المرتدة أن يتزوج بأختها وأربع سواها إذا لحقت بالدار كأنها ماتت، فإن خرجت إلى دار الاسلام مسلمة بعد ذلك لا يفسد نكاح أختها إذا ارتدت المعتدة ولحقت بدار
***
[٣٧٦]
الحرب ثم قضى القاضي بلحاقها بطلت عدتها لتباين الدارين وانقطاع العصمة كأنها ماتت، فإن رجعت إلينا بعد ذلك مسلمة قبل انقضاء مدة العدة والحيض قال أبو يوسف: لا تعود معتدة. وقال محمد: تعود معتدة اه. ثم اعلم أن الرجل المسلم يرث من امرأته المرتدة إذا ماتت قبل انقضاء العدة استحسانا ولا يرث قياسا وهو قول زفر. كذا في الخانية. ثم قال فيها: مسلم أسر في دار الحرب وخرج إلى دار الاسلام ومعه امرأته فقالت المرأة ارتددت في دار الحرب، فإن أنكر الزوج ذلك كان القول قوله، وإن قال تكلمت بالكفر مكرها وقالت المرأة لم تكن مكرها كان القول قول المرأة، فإن صدقته المرأة فيما قال فالقاضي لا يصدقه اه. وهكذا في الظهيرية إلا أنه لم يقيده بكونها معه، وظاهر التقييد أنه لا يقبل قولها إذا لم تكن معه، وله وجه ظاهر لانه لا علم لها بذلك. وصرح في التتارخانية أنه لا يقبل قوله في دعوى الاكراه إلا ببينة ولو شهدوا على الاكراه إلا أنهم قالوا لا ندري أكفر أم لا وقال الاسير إنما أجريت كلمة الكفر عند الاكراه لا قبله ولا بعده فالقول قول الاسير، ولو قالت للقاضي سمعته يقول المسيح ابن الله تعالى فقال الزوج إنما حكيت قول

النصارى فإن قرأنه لم يتكلم إلا بهذه الكلمة بانت امرأته، وإن قال وصلت بكلامي فقلت النصارى يقولون وكذبته المرأة فالقول قوله مع اليمين ولا يحكم بكفره، وإن نكل عن اليمين حكم به اه. وهو مشكل إن صحت النسخة لان النكول شبهة والتكفير لا يثبت مع الشبهة، ويمكن أن يقال: إنها تبين بالنكول ولا يثبت كفره، وإن قيل لا تبين أيضا فمشكل، لانه حينئذ لا فائدة في التحليف مع أنه لرجاء النكول قوله: (فللموطوءة المهر) لتأكده به. أطلقه فشمل ارتداده وارتدادها والخلوة بها لانها وطئ حكما قوله: (ولغيرها النصف إن ارتد) لان الفرقة من قبله قبل الدخول موجبة لنصف المهر عند التسمية وللمتعة عند عدمها قوله: (وإن ارتدت لا) أي ليس لها شئ لان الفرقة جاءت من قبلها قبله. أطلقه فشمل الحرة والامة الكبيرة والصغيرة، وقد

***

[٣٧٧]

قدمنا التصريح بذلك في باب نكاح الرقيق في شرح قوله ويسقط المهر بقتل السيد أمته لا بقتل الحرة نفسها ولم أر من صرح به هنا للاكتفاء بما ذكروه هناك. وحكم نفقة العدة كحكم المهر قبل الدخول، فإن كان هو المرتد فلها نفقة العدة وإن ارتدت فلانفقة لها قوله: (والاباء نظيره) أي أن إباء أحد الزوجين عن الاسلام بعد إسلام الآخر نظير الارتداد، فإن كان بعد الدخول فلها كل المهر، وإن كان قبله فلها النصف إن كان هو الآبي عن الاسلام، وإن كانت هي الآبية فلا شئ لها كما لا نفقة لها في العدة. قوله: (وإن ارتدا معا وأسلما معا لم تبن) استحسانا لعدم المنافاة لان جهة المنافاة بردة أحدهما عدم انتظام المصالح بينهما والموافقة على الارتداد ظاهرة في انتظامها بينهما إلا أن يموتا بقتل أو غيره، وقد استدل المشايخ بأن بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم تأمرهم الصحابة رضي الله عنهم بتجديد الانكحة، ولما لم تأمرهم بذلك علمنا أنهم اعتبروا أن ردتهم وقعت معا إذ لو حملت على التعاقب فسدت أنكحتهم ولزمهم التجديد. والمراد من المعية عدم تعاقب كل زوجين من بني حنيفة، أما جميعهم فلا لان الرجال جاز أن يتعاقبوا ولا تفسد أنكحتهم إذا كان كل رجل ارتد مع امرأته معا وحكم الصحابة رضي الله عنهم بذلك حكم بالظاهر لا بالحمل لان الظاهر أن قيم البيت إذا أراد أمرا تكون قرينته فيه قرينته. وتعقبهم في فتح القدير بأن ارتدادهم بمنعهم الزكاة كما في المبسوط وهو يتوقف على نقل أن منعهم كان لجحد افتراضها ولم ينقل ولا هو لازم وقتال أبي بكر رضي الله عنه لا يستلزمه لجواز قتالهم إذا أجمعوا على منعهم حقا شرعيا وعطلوه، والاوجه الاستدلال بوقوع ردة العرب وقتالهم على ذلك من غير تعيين بني حنيفة وما نعي الزكاة وهو قطعي ولم يؤمروا بتجديد الانكحة اه. وفي الصحاح: حنيفة أبوحي من العرب. ولما قدم المصنف أن التباين سبب للفرقة علم أنهما إذا ارتدا ثم لحق أحدهما بدار الحرب فإنها تبين بالتباين كما في فتح القدير. والمراد بقوله ارتدا معا أعم من أن يعلم أنهما ارتدا في كلمة واحدة أو لم يعرف سبق أحدهما على الآخر. قال في الميحط: وإذا لم يعرف سبق أحدهما على الآخر في الردة جعل في الحكم كأنهما وجدا معا كما في الغرقي والحرقي. وقيد بالردة لانه المسلم إذا كان تحته نصرانية فتمجسا معا قال

***

[٣٧٨]

أبو يوسف تقع الفرقة، وقال محمد لا تقع لانهما ارتدا معا لان تمجس المرأة بمنزلة الردة لانها أحدثت زيادة صفة في الكفر فكان بمنزلة إحداث أصل الكفر، لابي يوسف أنه لم توجد الردة منها لان الردة ليست إلا بتبديل أصل الدين ولم يوجد منها تبديل أصل الدين فقد وجد ارتداد أحد الزوجين فبانت. كذا في المحيط. ولو تهودا وقعت الفرقة بينهما اتفاقا لانها ما أحدثت زيادة صفة في الكفر. قوله: (وبانت لو أسلما متعاقبا) لان ردة الآخر منافية للنكاح ابتداء فكذا بقاء، ويعلم به حكم البينونة بإسلام أحدهما فقط بالاولى ولا مهر لها قبل الدخول إن كان المسلم هو الزوج، وإن كان هي فلها النصف وبعد الدخول لا يسقط شئ مطلقا ولا ترث منه إن أسلم ومات، فإن أسلمت ثم مات مرتدا ورثته. كذا في المبتغى بالمعجمة. قال في المحيط: تزوج صبية لها أبوان مسلمان فارتدا معا لم تبن لانها مسلمة تبعا للابوين وتبعا للدار باعتبار الاتصال والمجاورة، ولهذا اللقيط في دار الاسلام يحكم بإسلامه تبعا للدار، ولو أدخلت صغيرة من دار الحرب إلى دار الاسلام وليس معها أبواها فماتت فإنه يصلى عليها، وتبعية الدار هنا قائمة فبقيت مسلمة لان البقاء أسهل من الابتداء، فإن لحقا بها بدار الحرب بانت لانقطاع حكم الدار. ولو مات أحد الابوين في دارنا مسلما أو مرتدا ثم ارتد الآخر ولحق بها بدار الحرب لم تبن ويصلى عليها إذا ماتت لان التبعية حكم تناهى بالموت مسلما، وكذا بالموت مرتدا لان أحكام الاسلام قائمة. ولو أن

صبية نصرانية تحت مسلم تمجس أبوها وقد ماتت الام نصرانية لم تبن لان الولد يتبع خير الوالدين دينا فبقيت على دين الام، ولو تمجس أبواها بانت ولا مهر لها، ولا يمكن الحكم بالاسلام هنا تبعا للدار لان الدار لا تثبت التبعية ابتداء ما دامت تبعية الابوين قائمة، فإن بلغت عاقلة مسلمة ثم جنت ثم ارتد أبوها لم تبن وإن لحق بها بدار الحرب لانها مسلمة أصلا لا تبعا، وكذلك الصبية العاقلة لو أسلمت ثم جنت لانها صارت أصلا في الاسلام اه‍. وهنا مسألتان: الاولى مسألة ما إذا أسلم وتحته أكثر من أربع أو أختان، وحكمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف إن كان التزوج في عقد واحد فرق بينه وبينهن، أو في عقدين فنكاح من يحل سبقه جائز ونكاح من تأخر فوقع الجمع به والزيادة على الاربع باطل. الثانية مسألة ما إذا بلغت المسلمة المنكوحة ولم تصف الاسلام فإنها تبين وهي مذكورة في المحيط وغيره والله تعالى أعلم.

***

[٣٧٩]

باب القسم بيان لحكم من أحكام النكاح، وأخره لانه لا يلزم إلا عند تعدد المنكوحات والنكاح لا يستلزمه ولا هو غالب فيه، والقسم بفتح القاف مصدر قسم. وفي القاموس: والقسم العطاء ولا يجمع والرأي والشك والغيث والماء والقدر. وهذا ينقسم قسمين بالفتح إذا أريد المصدر، وبالكسر إذا أريد النصيب اه‍. والمراد به هنا التسوية بين المنكوحات والاصل فيه أن الزوج مأمور بالعدل في القسمة بين النساء بالكتاب قال الله تعالى * (ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل) * (النساء: ١٢٩) معناه لن تستطيعوا العدل والتسوية في المحبة فلا تمليوا في القسم. قاله ابن عباس رضي الله تعالى عنهما. وقال تعالى * (وعاشروهن بالمعروف) * (النساء: ١٩) وغايته القسم. وقال تعالى * (فإن خفتم أن لا تعدوا

***

[٣٨٠]

فواحدة أو ما ملكت أيمانكم) * (النساء: ٣) وفي فتح القدير: فأستفدنا أن حل الاربع مقيد بعدم خوف عدم العدل وثبوت المنع عن أكثر من واحدة عند خوفه فعلم إيجابه عند تعددهن اه‍. وظاهره أنه إذا خاف عدم العدل حرم عليه الزيادة على الواحدة. وفي البدائع: أي إن خفتم أن لا تعدلوا في القسم والنفقة في المثنى والثلاث والاربع فواحدة، ندب إلى نكاح الواحدة عند خوف ترك العدل في الزيادة وإنما يخاف على ترك الواجب فدل على أن العدل بينهن في القسم والنفقة واجب اه‍. وظاهره أنه إذا خاف عدم العدل يستحب له أن لا يزيد لا أنه يحرم. فإن قلت: قد تقدم أنه إذا خاف الجور حرم التزوج فكيف يكون مستحبا؟ قلت: العدل بمعنى ترك الجور ليس بمراد هنا لانه واجب للمرأة الواحدة، وإنما المراد به التسوية بين المنكوحات. وهذا إنما يحرم تركه بعد وجوبه لا التزوج إذا خاف عدمه. وقد اختلف في تفسير قوله تعالى * (ذلك أدنى أن لا تعدلوا) * (النساء: ٣) أي الاقتصار على الواحدة والمملوكات أقرب إلى أن لا تعولوا، ففسر الاكثر العول بالجور. يقال عال الميزان إذا مال، وعال الحاكم إذا جار. وفسره الشافعي بكثرة العيال، ورد بأنه لو كان كذلك لقال أن لا تعيلوا لانه من أعال يعيل. وأجيب عنه بأنه لغوي لا يعترض عليه بكلام غيره وبأنه ثبت في اللغة عال الرجل إذا كثرت مؤنته فتفسيره بكثرة العيال تفسير باللازم لانه يلزم من كثرة العيال كثرة المؤن، وبالحديث المروي في البخاري ابدأ بنفسك ثم بمن تعول (١).

***

[٣٨١]

والحاصل أن العدل في الكتاب مبهم يحتاج إلى البيان لانه أوجبه، وصرح به بأنه مطلقا لا يستطاع فعلم أن الواجب منه شئ معين، وكذا السنة جاءت مجملة فيه، فإن قوله المروي في السنن الاربعة كان عليه السلام يقسم فيعدل ويقول: اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك. يعني القلب. أي زيادة المحبة، فظاهره أن ما عداه داخل تحت ملكه وقدرته في التسوية ومنه عدد الوطآت والقبلات والتسوية فيها غير لازمة بالاجماع، وكذا ما رواه الامام أحمد من كان له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل (١) أي مفلوج ولم يبين فيه المراد. قال في فتح القدير: لكن لا نعلم خلافا في أن العدل الواجب في البيتوته والتأنيس في اليوم والليلة وليس المراد أن يضبط زمان النهار فبقدر ما عاشر فيه إحداهما يعاشر الاخرى بقدره بل ذلك في البيتوتة، وأما النهار

ففي الجملة اهـ. والحاصل أن التسوية في المحبة لما بين الشارع سقوطها بقي ما أجمعوا عليه مرادا وهو البيتوتة، وظاهر كلامهم أن لا تجب التسوية فيما عداها ولذا قال في الهداية: والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لانه يبتني على النشاط اهـ. وفي البدائع: يجب عليه التسوية بين الحرتين أو الامتين في المأكول والمشروب والملبوس والسكني والبيتوتة اهـ. وهكذا ذكر الولوالجي، والحق أنه على قول من اعتبر حال الرجل وحده في النفقة فالتسوية فيها واجبة أيضا، وأما على قول المفتى به من اعتبار حالهما فلا لان إحداهما قد تكون غنية والاخرى فقيرة فلا يلزمه التسوية بينهما مطلقا في النفقة. وفي الغاية: اتفقوا على التسوية في النفقة قال الشارح: وفيه نظر فإنه في النفقة يعتبر حالهما على المختار فكيف يدعي الاتفاق فيها على التسوية ولا يتأتى ذلك إلا على قول من يعتبر حال الرجل وحده اهـ. قوله: (والبكر كالثيب والجديدة كالقديمة والمسلمة كالكتابية فيه) أي في القسم لاطلاق ما تلونا. وما روينا ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهما في ذلك وما روي في الحديث للبكر سبع وللثيب ثلاث وقوله عليه السلام لام سلمة إن شئت سبعت لك وسبعت لنسائي، وإن شئت ثلثت لك ودرت فالمراد التفضيل في البداءة بالجديدة دون الزيادة، ولا شك أن الاحاديث محتملة فلم تكن قطعية الدلالة فوجب تقديم الدليل القطعي والاحاديث المطلقة، وحينئذ فلا معنى لتردده في فتح القدير في القطعية، وكما لا فرق بين ما ذكر ومقابليهن لا فرق بين المجنونة التي لا يخاف منها والمريضة والصحيحة والرتقاء

***

[٣٨٢]

والحائض والنفساء والصغيرة التي يمكن وطؤها والمحرمة والمظاهر منها ومقابلاتهن، وأما المطلقة رجعيا فإن قصد رجعتها قسم لها وإلا لا كما في البدائع من باب الرجعة. وأما الناشزة فلا حق لها في القسم. وحيث علم أن وجوب القسم إنما هو للصحة والمؤانسة دون المجامعة فلا فرق بين زوج وزوج، فالمجبوب والعنين والخصي كالفحل، وكذا الصبي إذا دخل بامرأتيه لان وجوبه لحق النساء وحقوق العباد تتوجه على الصبيان عند تقرر السبب. وفي فتح القدير: وقال مالك ويدور ولي الصبي به على نسائه. فظاهره أنه لم يطلع فيه على شئ عندنا، وإذا قلنا بوجوبه على الصبي وتركه فهل يأثم الولي إذا لم يأمره بذلك ولم يدر به وينبغي أن يأثم. وفي المحيط: وإن لم يدخل الصغير بها فلا فائدة في كونه معها اهـ. وظاهره أن القسم على البالغ لغير المدخول بها لان في كونه معها فائدة ولذا إنما قيدوا بالدخول في امرأة الصبي. وفي الجوهرة: ولا يجامع المرأة في غير يومها ولا يدخل بالليل على التي لا قسم لها، ولا بأس بأن يدخل عليها بالنهار لحاجة ويعودها في مرضها في ليلة غيرها، فإن ثقل مرضها فلا بأس بأن يقيم عندها حتى تشفى أو تموت اهـ. وفي الهداية: والاختيار في مقدار الدور إلى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقه اهـ. وفي فتح القدير: واعلم أن هذا الاطلاق لا يمكن اعتباره على صرافته فإنه لو أراد أن يدور سنة سنة ما يظن إطلاق ذلك له بل لا ينبغي له أن يطلق له مقدار مدة الايلاء وهو أربعة أشهر، وإذا كان وجوبه للتأنيس ودفع الوحشة وجب أن تعتبر المدة القريبة وأظن أكثر من جمعة مضارة إلا أن يرضيا به اهـ. والظاهر الاطلاق لانه لا مضارة حيث كان على وجه القسم لانها مطمئنة بمجئ نوبتها والحق له في البداءة بمن شاء. وحيث علم أن الوطئ لا يدخل تحت القسم فهل هو واجب للزوجة؟ وفي البدائع: وللزوجة أن تطالب زوجها بالوطئ لان حله لها حقها كما أن حلها له حقه. وإذا طلبته يجب على الزوج ويجبر عليه في الحكم مرة واحدة، والزيادة على ذلك تجب فيما بينه وبين الله تعالى، ولا تجب عليه في الحكم عند بعض أصحابنا، وعند بعضهم تجب عليه في الحكم اهـ. ولم يبين حد الزيادة على المرة ولا يمكن أن يقال كلما طلبت لانه موقوف على شهوته لها. وفي فتح القدير: ويجب عليه وطؤها أحيانا. وفي المعراج: ولو أقام عند إحداهما شهرا فخاصمته الاخرى في ذلك قضى عليه أن يستقبل العدل بينهما وما مضى هدر غير أنه أثم فيه لان القسمة تكون فيه بعد الطلب، ولو عاد بعد ما نهاه القاضي أوجعه عقوبة

***

[٣٨٣]

وأمره بالعدل لانه أساء الادب وارتكب ما هو حرام عليه وهو الجور فيعزر في ذلك اهـ. وحاصله أنه لا يعزر في المرة الاولى وإذا عزر فتعزيره بالضرب. وفي الجوهرة: لا يعزر بالحبس لانه لا يستدرك الحق فيه بالحبس لانه يفوت بمضي الزمان اهـ. وهذا مستثنى من قولهم إن للقاضي الخيار في التعزير بين الضرب والحبس. قوله: (وللحرة ضعف الامة) يعني إذا كان له زوجتان حرة وأمة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث، بذلك ورد الاثر عن علي رضي الله عنه، ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من إظهار

النقصان في الحقوق. وأطلقها فشمل المكاتبة والمدبرة وأم الولد والمبعضة لان الرق فيهن قائم. وفي البدائع: وهذا التفاوت في السكنى والبيتوتة، فأما في المأكول والمشروب والملبوس فإنه يسوي بينهما لان ذلك من الحاجات اللازمة، وقدمنا أنه مبني على اعتبار حاله، أما على اعتبار حالهما فلا. وفي المعراج: لو أقام عند امرأته الامة يوما ثم أعتقت لم يقم عند الحرة إلا يوما واحدا لاستوائهما في سبب الاستحقاق، وتجعل حريتها عند انتهاء النوبة بمنزلة حريتها عند ابتداء النوبة، وكذا لو أقام عند حرة يوما ثم أعتقت الامة تحول عنها إلى المعتقة لما ذكرنا اه قوله: (ويسافر بما شاء منهن والقرعة أحب) لانه قد يثق بإحداهما في السفر وبالاخرى في الحضر والقرار في المنزل لحفظ الامتعة أو لخوف الفتنة، أو يمنع من سفر إحداهما كثرة سمنها فتعيين من يخاف صحبتها في السفر لخروج قرعتها إلزام للضرر الشديد وهو مندفع بالمنافي للحرج، وأما ما رواه الجماعة من قرعته صلى الله عليه وسلم بينهن إذا أراد سفرا فكان للاستحباب تطييبا لقلوبهن لان مطلق الفعل لا يقتضي الوجوب فكيف وهو محفوف بما يدل على الاستحباب من عدم وجوب القسم عليه صلى الله عليه وسلم لقوله تعالى * (ترجي من تشاء منهن وتؤوى إليك من تشاء) * () وكان ممن أرجاهن سودة وجويرية وأم حبيبة وصفية وميمونة، وممن آوى عائشة والباقيات رضي الله عنهن أجمعين. قال القاضي في تفسيره: ترجي من تشاء منهن تؤخرها وتترك مضاجعتها، وتؤوي إليك من تشاء تضم إليك وتضاجعها، أو تطلق من تشاء وتمسك من تشاء، ومن ابتغيت أي طلبت ممن عزلت طلقت بالرجعة فلا جناح عليك في شئ من ذلك اه. قيد بالسفر لان مرضه لا يسقط القسم عنه وقد صح أنه عليه السلام لما مرض استأذن نساءه أن يمرض في بيت عائشة رضي الله عنها فأذن له، ولم أر كيفية قسمه في مرضه إذا كان لا يستطيع التحول إلى بيت

***

[٣٨٤]

الاخرى، والظاهر أن المراد بقسمه في مرضه أنه إذا صح ذهب إلى الاخرى بقدر ما أقام عند الاولى بخلاف ما إذا سافر بواحدة فإنه إذا أقام لا يقضي للمقيمة قوله: (ولها أن ترجع إذا وهبت قسمها لاخرى) فأفاد جواز الهبة والرجوع، أما الاول فلان سودة بنت زمعة وهبت يومها لعائشة رضي الله عنها، وأما صحة الرجوع في المستقبل فلانها أسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط. وقد فرع الشافعية هنا تفاريع لم أر أحدا من مشايخنا ذكرها منها: أنها إذا وهبت حقها لمعينة ورضي بات عند الموهوب ليلتين، وإن كرهت ما دامت الواهبة في نكاحه ولو كانا متفرقين لم يوال بينهما. وإن وهبته للجميع جعلها كالمعدومة، ولو وهبته له فخص به واحدة جاز. كذا في الروض ولعل مشايخنا إنما لم يعتبروا هذا التفصيل لان هذه الهبة إنما هي إسقاط عنه فكان الحق له، سواء وهبت له أو لصاحبتها فله أن يجعل حصة الواهبة لمن شاء. تتمة: في حقوق الزوجين: ذكر في البدائع أن من أحكام النكاح المعاشرة بالمعروف للآية. واختلف فيها فقيل التفضل والاحسان إليها قولا وفعلا وخلقا، وقيل أن يعمل معها كما يحب أن يعمل مع نفسه وهي مستحبة من الجانبين. ومنها إذا حصل نشوز أن يبدأها بالوعظ ثم بالهجر ثم بالضرب للآية، لانها للترتيب على التوزيع. واختلف في الهجر فقيل يترك مضاجعتها، وقيل يترك جماعها والاظهر ترك كلامها مع المضاجعة والجماع إن احتاج إليه. وفي المعراج إذا كان له امرأة واحدة يؤمر أن يبيت معها ولا يعطلها، وفي رواية الحسن لها ليلة من كل أربع إن كان حرة. ومن كل سبع إن كانت أمة، وفي ظاهر الرواية لا يتعين حقها في يوم من أربعة أيام لان القسم عند المزاحمة فالصحيح أنه يؤمر استحبابا أن يصحبها أحيانا من غير أن يكون في ذلك شئ موقت. ولو كان له مستولدات وإماء فلا يقسم لهن لانه من خصائص النكاح ولكن يستحب له أن لا يعطلهن وأن يسوي بينهن في المضاجعة. ولو حطت لزوجها جعلا على أن يزيدها في القسم فهو حرام وهو رشوة وترجع

***

[٣٨٥]

بمالها، وكذا لو جعلت من مهرها شيئا ليزيدها في القسم أو زادها في مهرها أو جعل لها شيئا لتجعل يومها لصاحبتها فالكل باطل. ولا يجوز أن يجمع بين الضرتين أو الضرائر في مسكن واحد إلا برضاهن للزوم الوحشة. ولو اجتمعت الضرائر في مسكن واحد بالرضا يكره أن يطأ إحداهما بحضرة الاخرى حتى لو طلب وطأها لم تلزمها الاجابة ولا تصير بالامتناع ناشزة، ولا خلاف في هذه المسائل. وله أن يجبرها على الغسل من الجنابة والحيض والنفاس إلا أن تكون ذمية، وله جبرها على التنظيف والاستحداد، وله أن يمنعها من كل ما

يتأذى من رائحته، وله أن يمنعها من الغزل اه. وفي فتح القدير: وعلى هذا له أن يمنعها من التزين بما يتأذى بريحه كأن يتأذى برائحة الحناء المخضب اه. وسيأتي في فصل التعزير المواضع التي يضربها فيها، وفي باب النفقات ما يجوز لها من الخروج وما لا يجوز. قالوا: ولو كان أبوها زمنا وليس له من يقوم عليه مؤمنا كان أو كافرا فإن عليها أن تعصي الزوج في المنع. وفي البزازية من الحظر والاباحة: وحق الزوج يأمرها به اه وفيها من أخر الجنايات: ادعت على زوجها ضربا فاحشا وثبت ذلك عليه يعزر الزوج اه. وظاهره أنه لو لم يكن فاحشا وهو غير المبرح فإنه لا يعزر فيه. وذكر البقاعي في المناسبات حديثا لا يسأل الرجل فيم ضرب زوجته وحديثا آخر أنه نهى المرأة أن تشكو زوجها والله تعالى أعلم.

***

[٣٨٦]

كتاب الرضاع لما كان المقصود من النكاح الولد أي غالبا وهو لا يعيش غالبا في ابتداء إنشائه إلا بالرضاع وكان له أحكام تتعلق به وهي من آثار النكاح المتأخرة بمدة وجب تأخيره إلى آخر أحكامه. وذكر في المحرمات ما تتعلق المحرمية به إجمالا، وذكر هنا التفاصيل الكثيرة. ثم قيل: كتاب الرضاع ليس من تصنيف محمد إنما عمله بعض أصحابه ونسبه إليه ليروجه ولذا لم يذكره الحاكم أبو الفضل في مختصره المسمى بالكافي مع التزامه إيراد كلام محمد في جميع كتبه محذوفة التعاليل. وعامتهم على أنه من أوائل مصنفاته، وإنما لم يذكره الحاكم اكتفاء بما أورده من ذلك في كتاب النكاح. وهو في اللغة - بكسر الراء وفتحها - مص الثدي مطلقا. وفي المصباح: رضع الصبي رضعا من باب تعب في لغة نجد، ورضع رضعا من باب ضرب لغة لاهل تهامة، وأهل مكة يتكلمون بها. وبعضهم يقول: أصل المصدر من هذه اللغة بكسر الضاد إنما السكون تخفيف مثل الحلف والحلف. ورضع يرضع بفتحتين لغة ثالثة رضاعا ورضاعه بفتح الراء، وأرضعته أمه فارتضع فهي مرضع ومرضعة أيضا. وقال الفراء وجماعة: إن قصد حقيقة الوصف بالارضاع فمرضع بغير هاء، وإن قصد مجاز الوصف بمعنى أنها محل الارضاع فيما كان أو سيكون فبالهاء، وعليه قوله تعالى * (يوم ترونها تذهل كل مرضعة عما ارتضعت) * (الحج: ٢) ونساء مراضع ومراضيع وراضعته مراضعة ورضاعا ورضاعة بالكسر هو رضعي بالكسر ورضيعي ا ه. وذكر في القاموس أن رضع من باب سمع و ضرب وكرم فأفاد أنه يجوز في الضاد الحركات الثلاث كما يجوز في الضاد من مصدره الفتح والكسر والسكون، وكما يجوز في الرضاع الفتح والسكر والضم لكن الضم بمعنى أن يرضع معه آخر كالمراضعة وتمامه فيه، وأما في الشريعة فما أفاده. قوله: (هو مص الرضيع من ثدي الآدمية في وقت مخصوص) أي وصول اللبن من

***

[٣٨٧]

ثدي المرأة إلى جوف الصغير من فمه أو أنفه في مدة الرضاع الآتية، فشمل ما إذا حلبت لبنها في قارورة فإن الحرمة تثبت بإيجار هذا اللبن صبيا وإن لم يوجد المص، وإنما ذكره لانه سبب للوصول، فأطلق السبب وأرد المسبب فلا فرق بين المص والصب والسعوط والوجور كما في الخانية. وخرج بالآدمية الرجل والبهيمة، وأطلقها فشمل البكر والثيب والحية والميتة. وقيدنا بالفم والانف ليخرج ما إذا وصل بالاقطار في الاذن والاحليل والجائفة والآمة بالحقنة في ظاهر الرواية كما في الخانية، وسيأتي. وخرج بالوصول لو أدخلت امرأة حلمة ثديها في فم رضيع ولا يدري أدخل اللبن في حلقه أم لا لا يحرم النكاح لان في المانع شكا. كذا في الولواجية وفي القنية: امرأة كانت تعطي ثديها صبية واشتهر ذلك بينهم ثم تقول لم يكن في ثدي لبن حين ألقمتها ثدين ولا يعلم ذلك الامر إلا من جهتها جاز لابنها أن يتزوج بهذه الصبية ا ه. وفي الخانية: صبية أرضعها قوم كثير من أهل قرية أقلهم أو أكثرهم ولا يدري من أرضعها وأراد واحد من أهل تلك القرية أن يتزوجها قال أبو القاسم: الصفار إذا لم يظهر له علامة ولا يشهد له بذلك يجوز نكاحها ا ه. وفي الولواجية: والواجب على النساء أن لا يرضعن كل صبي من غير ضرورة فإذا فعلن فليحفظن أو ليكتبن ا ه. وفي الخانية من الحظر والاباحة: امرأة ترضع صبيا من غير إذن زوجها يكره لها ذلك إلا إذا خافت هلاك الرضيع فحينئذ لا بأس به ا ه. وينبغي أن يكون واجبا عليها عند خوف الهلاك إحياء للنفس. وفي المحيط: ولا ينبغي للرجل أن يدخل ولده إلى الحمقاء لترضعه لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لبن الحمقاء وقال اللبن يعدي وإنما نهى لان الدفع إلى الحمقاء يعرض ولده للهلاك بسبب قلة حفظها له وتعهدها أو لسوء

الادب فإنها لا تحسن تأديبه فينشأ الولد سئ الادب. وقوله اللبن يعدي يحتمل أن الحمقاء لا تحتمي من الاشياء الضارة للولد فيؤثر في لبنها فيضر بالصبي، وهذا موافق لما تقوله الاطباء فإنهم يأمرون المرضعة بالاحتماء عن أشياء تورث بالصبي علة، ويحتمل أنه إنما نهى عن ذلك حتى إذا اتفق اتفاق لا يضاف إلى العدوى كما روي عن علي رضي الله عنه لا تسافروا والقمر في العقرب فهذا إن صح عنه فإنما نهى عنه لئلا يتفق اتفاق فينسب إلى كون القمر في العقرب فيكون إيمانا بالنجوم وتكذيبا للاخبار المروية في النهي في هذا الباب ا ه. وبما قررناه ظهر أن تعريف المصنف منتقض طردا

***

[٣٨٨]

وعكسا لو بقي على ظاهره فإنه يوجد المص ولا رضاع إن لم يصل إلى الجوف وينتفي المصى في الوجور والسعوط ولم ينتف الرضاع. والثدي مذكر كما في المغرب. وفي المصباح: الثدي للمرأة وقد يقال في الرجل أيضا. قاله ابن السكيت. ويذكر ويؤنث فيقال هو الثدي وهي الثدي والجمع أثد وثدي وأصلها أفعل وفعول مثل أفلس وفلوس وربما جمع على ثداء مثل سهم وسهام ا ه. قوله: (وحرم به وإن قل في ثلاثين شهر إما حرم منه بالنسب) أي حرم بسبب الرضاع ما حرم به النسب قرابة وصهرية في هذه المد ولو كان الرضاع قليلا لحديث الصحيحين المشهور يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (١) ومعناه أن الحرمة بسبب الرضاع تعتبر بحرمة النسب فشمل حليلة الابن والاب من الرضاع لانها حرام بسبب النسب فكذا بسبب الرضاع وهو قول أكثر أهل العلم. كذا في المبسوط وفي القنية: زنى بامرأة يحرم عليه بنتها من الرضاع ا ه. ولاطلاق قوله تعالى * (وأخواتكم من الرضاعة) * (النساء: ٢٣) قلنا: لا فرق بين القليل والكثير، وأما حديث لا تحرم المصة ولا المصتان (٢) وما دل على التقدير فمنسوخ صرح بنسخه ابن عباس رضي الله عنهما حين قيل له إن الناس يقولون إن الرضعة لا تحرم فقال: كان ذلك ثم نسخ. والرضاع وإن قل يحصل به نشو بقدره فكان الرضاع مطلقا مظنة بالنسبة إلى الصغير. وفسر القليل في الينابيع بما يعلم أنه وصل إلى الجوف، وقيد بالثلاثين لان الرضاع بعدها لا يوجب التحريم، وأفاد بإطلاقه أنها ثابتة بعد الفطام والاستغناء بالطعام وهو ظاهر الرواية كما في الخانية، وعليه الفتوى كما في الولوالجية. وفي فتح القدير معزيا إلى واقعات الناطفي: الفتوى على ظاهر الرواية، فما ذكره الشارح من أن الفتوى على رواية الحسن من عدم ثبوتها بعده بخلاف المعتمد لما علم من أن الفتوى إذا اختلف كان الترجيح لظاهر الرواية. وأشار بجعل المدة ظرفا للمحرمة أنها ليست مدة استحقاق الاجر على الاب بل اتفقوا أنه لا تجب أجرة الارضاع بعد الحولين، وكذا لا يجب عليها الارضاع ديانة بعدهما كما في المجتبى وهما محمل ذكر الحولين في التنزيل. وفي فتح القدير: الاصح قولهما من الاقتصار على الحولين في حق التحريم أيضا وبه أخذ الطحاوي. ومراده بالنظر إلى الدليل

***

[٣٨٩]

بحسب ظنه وإلا فالمذهب للامام الاعظم وإن لم يظهر دليله لوجوب العمل على المقلد بقول المجتهد من غير نظر في الدليل كما أشار إليه في أول الخانية، ولكن قال في آخر الحاوي القدسي: فإن خالفاه قال بعضهم يؤخذ بقوله، وقال بعضهم يؤخذ بقولهما، وقيل يخير المفتي، والاصح أن العبرة لقوة الدليل ا ه. ولا يخفى قوة دليلهما فإن قوله تعالى * (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) * (البقرة: ٢٣٣) يدل على أنه لا رضاع بعد التمام، وأما قوله تعالى * (فإن أراد فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما) * (البقرة: ٢٣٣) فإنما هو قبل الحولين بدليل تقييده بالتراضي والتشاور وبعدهما لا يحتاج إليهما، وبه يضعف ما في معراج الدراية معزيا إلى المبسوط والمحيط من أنه بعد الحولين فيكون دليلا له لما علمت من ضياع القيدين حينئذ، وأما استدلال صاحب الهداية للامام بقوله تعالى * (وحمله وفصاله ثلاثون شهرا) * (الاحقاف: ١٥) بناء على أن المدة لكل منهما وقد قام المنقص في الحمل فبقى الفصال على حاله فقد رجع إلى الحق في باب ثبوت النسب من الثلاثين لهما للحمل ستة أشهر والعامان للفصال. واختلفوا في إباحته بعد المدة واقتصر الشارح على المنع وهو الصحيح كما في شرح المنظومة، وعلى هذا لا يجوز الانتفاع به للتداوي. قال في فتح القدير: وأهل الطب يثبتون للبن البنت أي الذي نزل بسبب بنت مرضعة نفعا لوجع العين. واختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز، وقيل يجوز إذا علم أنه يزول به الرمد، ولا يخفى أن حقيقة العلم متعذر فالمراد إذا غلب على الظن وإلا فهو معنى المنع ا ه. ولا يخفى أن

التداوي بالمحرم لا يجوز في ظاهر المذهب، أصله بول ما يؤكل لحمه فإنه لا يشرب أصلا. وفي الجوهرة: وللاب إجبار أمته على فطام ولدها منه قبل الحولين إذا لم يضره الفطام كما له أن يجبرها على الارضاع، وليس له أن يأمر زوجته الحرة على الفطام قبلهما لان لها حق التربية إلى تمام مدة الارضاع إلا أن تختار هي ذلك كما أنه ليس له إجبارها على الارضاع ا ه. وفي البزازية: والرضاع في دار الاسلام ودار الحرب سواء حتى إذا رضع في دار الحرب أسلموا وخرجوا إلى دارنا ثبتت أحكام الرضاع فيما بينهم ا ه. قوله: (إلا أم أخته وأخت ابنه) يعني فإنهما يحلان من الرضاع دون النسب. أطلق المضاف والمضاف إليه ففي أم أخته ثلاث صور: الاولى الام رضاعا والاخت نسبا بأن أرضعت أجنبية أخته نسبا ولم ترضعه. الثانية عكسه أن يكون لاخته رضاعا أم من النسب. الثالثة أن يكونا رضاعا بأن أرضعت امرأة صبيا وصبية ولهذه الصبية أم أخرى من الرضاع لم ترضع الصبي. وفي أخت ابنه ثلاث أيضا: فالاولى أن تكون الاخت رضاعا فقط بأن كان له ابن من النسب ولهذا الابن أخت من الرضاعة ارتضعا على غير امرأة أبيه. والثانية أن يكون الابن رضاعا فقط وله أخت من النسب. والثالثة أن يكونا رضاعا. ومراده من الابن الولد فيشمل البنت. وفي شرح الوقاية فإن قيل: قوله إلا أم أخته إن أريد بالام الام رضاعا

***

[٣٩٠]

وبالاخت الاخت رضاعا لا يشمل ما إذا كانت إحداهما فقط بطريق الرضاع، وإن أريد بالام الام نسبا وبالاخت الاخت رضاعا أو بالعكس لا يشمل الصورتين الاخريين. قلنا: المراد ما إذا كانت إحداهما بطريق الرضاع أعم من أن تكون إحداهما فقط أو كل منهما ا ه. ولا شك أن السبب في استثناء هذين عدم وجود العلة فإنها في التحريم من الرضاع وجود المعنى المحرم في النسب ولم توجد في هذين، أما في الاولى فلان أم أخته من النسب إنما حرمت لكونها أمه أو موطوءة أبيه وهو مفقود في الرضاع. وأما في الثانية فلان أخت ابنه نسبا إنما حرمت لكونها بنته أو بنت امرأته ولم يوجد في الرضاع، فعلم أنه لا حصر في كلامه وقد ثبت ذلك الانتفاء في صور أخرى فزاد على الصورتين في الوقاية أربعة: أم عمه وعمته وأم خاله وخالته لان أم هؤلاء موطوءة الجد الصحيح أو الفاسد ولا كذلك من الرضاع، وفي شرحها ولا تنس الصور الثلاث في جميع ما ذكرنا ا ه. يعني من اعتبار الرضاع في المضاف فقط أو المضاف إليه فقط أو فيهما، وزاد الشارحون صورا أخرى: الاولى أم حفدته رضاعا بأن أرضعت أجنبية ولد ولده فله أن يتزوج بهذه المرأة بخلافه من النسب لانها حليلة ابنه أو بنته ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع، وفي المصباح: حفد حفدا خدم فهو حافد والجمع حفدة مثل كافر وكفرة ومنه قيل للاعوان حفدة، وقيل لاولاد الاولاد حفدة لانهم كالخدام في الصغر ا ه. والمراد هنا أولاد الاولاد. والثانية جدة ولده من الرضاع بأن أرضعت أجنبية ولده ولها أم فإنه يجوز له التزوج بهذه الام بخلافه من النسب لانها أمه أو أم امرأته. الثالثة عمة الولد من الرضاع بأن كان لزوج المرضعة أخت فلاب الرضيع أن يتزوجها بخلافه من النسب لانها أخته، ولم يذكروا خالة ولده لانها حلال من النسب أيضا لانها أخت زوجته. الرابعة يحل للمرأة التزوج بأبي أخيها من الرضاع أو بأخي ولدها من الرضاع وبأبي حفدتها من الرضاع وبجد ولدها من الرضاع وبخال ولدها من الرضاع، ولا يجوز ذلك كله من النسب لما قلنا في حق الرجل. ثم اعلم أن ما ذكرناه من صحة اعتبار الرضاع في المضاف فقط أو في المضاف إليه فقط أو فيهما يطرد في جميع الصور كما ذكره ابن وهبان في شرح المنظومة، وأفاد أنها تبلغ ستين مسألة ونيفا ليس هذا المختصر موضع ذكرها، وأحال إلى الذهن في حل بعضها وتبعه في الاضراب عن حلها العلامة عبد البر بن الشحنة. وأقول في بيان حلها: إن مسألتي الكتاب أربع وعشرون صورة لان لام أخيه بتذكير الاخ وبتأنيث الاخت صورتين لجواز إضافة الام إلى الاخ والاخت، وكل منهما بالاعتبارات الثلاثة فهي ستة ولاخت ابنه بتذكير الابن وتأنيث البنت صورتين لجواز إضافة الاخت إلى الابن والبنت وبالاعتبارات ستة، ولكل من الاثني عشر صورتان: إما باعتبار ما يحل للرجل أو ما يحل للمرأة فإنه كما يجوز له التزوج بأم أخيه يجوز لها التزوج بأبي أخيها فهي أربع وعشرون. وأما الاربعة الثاني أعني أم عمه وعمته وأم خاله وخالته فهي أربع وعشرون

***

[٣٩١]

صورة أيضا لان الاربعة بالاعتبارات الثلاث اثنا عشر، ولكل منها صورتان: إما باعتبار ما يحل له أو لها فإنه كما يجوز للرجل التزوج

بأم عم ولده رضاعا يجوز لها التزوج بأبي عم ولدها رضاعا إلى آخر الاقسام. وأما الثلاثة الاخيرة أعني أم حفدته وجدة ولده وعمة ولده فهي بالاعتبارات الثلاث تسعة، ولكل منهما صورتان باعتبار ما يحل له: أو لها فإنه كما يجوز للرجل التزوج بأم حفدته يجوز للمرأة التزوج بأبي حفدتها من الرضاع كما قدمناه لكن لا يتصور في حقها عم ولدها لانه حلال من النسب أيضا لها لانه أخو زوجها، ولكن العدد المذكور لا ينتقص به لان بدله خال ولدها فإنه كما قدمنا جائز لها من الرضاع دون النسب لانه أخوها فصارت الثلاثة ثمانية عشر فصار الكل ستا وستين صورة، فالمراد بالنيف في كلام ابن وهبان ست، وهذا البيان من خواص هذا الكتاب بحول الله وقوته. ثم تأملت بعد قول ابن الهمام إذا عرفت مناط الاخراج أمكنك تسمية صورة أخرى ففتح الله تعالى بتسمية صورتين: الاولى بنت أخت ولده حلال من الرضاع حرام من النسب لانها إما بنت بنته أو بنت ربيبته ويصح فيه الاوجه الثلاثة، وكل منها إما أن تكون الاخت مضافة إلى الابن أو البنت فهي ستة، وكل منها إما باعتبار ما يحل للرجل أولها فإنه كما يجوز له التزوج ببنت أخت ولده رضاعا يجوز لها التزوج بابن أخت ولدها رضاعا فصارت اثني عشر. الثانية بنت عمة ولده جائزة من الرضاع حرام من النسب لانها بنت أخته وفيها الوجوه الثلاثة فقط باعتبار ما يحل له، ولا يتأتى هنا باعتبار المرأة فإنه يحل لها التزوج بابن عمة ولدها من النسب والرضاع جميعا بخلاف المسألة الاولى فإنه لا يجوز لها التزوج بابن أخت ولدها من النسب لانه إما أن يكون ابن بنتها أو ابن بنت زوجها وهو يحرم عليه التزوج بحليلة جده، فالحاصل أن هاتين الصورتين على خمسة عشر وجها فصارت المسائل المستثناة إحدى وثمانين مسألة ولله الحمد، لكن صحة اتصال من الرضاع في قولهم إلا أم أخته من الرضاع ونحوه بكل من المضاف وحده والمضاف إليه وحده وبهما إنما هو من جهة المعنى، أما من جهة الاعراب فإنما يتعلق بالام حالا منه لان الام معرفة فيجئ المجرور حالا منه لا متعلقا بمحذوف، وليس صفة لانه معرفة أعني أم أخته بخلاف أخته لانه مضاف إليه وليس فيه شئ من مسوغات مجئ الحال منه، ومثل هذا يجئ في أخت ابنه. كذا في فتح القدير. وقد حكى المرادي في شرح الالفية عن بعض البصريين جواز مجئ الحال من المضاف إليه بلا مسوغ من المسوغات الثلاثة نحو ضربت غلام هند جالسة ونوزع ابن مالك في شرح التسهيل في دعوى أن عدم جوازه بلا خلاف. وذكر في المغنى أن الجار والمجرور والظرف إذا وقعا بعد نكرة محضة كانا

***

[٣٩٢]

صفتين نحو رأيت طائرا فوق غصن أو على غصن وإذا وقعا بعد معرفة محضة كانا حالين نحو رأيت الهلال بين السحاب أو في الافق ومحتملان في نحو يعجبني الزهر في أكمامه والثمر على أغصانه لان المعرف الجنسي كالنكرة، وفي نحو هذا ثمر يانع على أغصانه لان النكرة الموصوفة كالمعرفة ا ه‍. ولا يخفى أن التعريف بالاضافة هنا كالتعريف الجنسي فيجوز إعرابه صفة وحالا. وقوله يتعلق بالام لا متعلق بمحذوف ليس بصحيح لان الظرف والمجرور يجب تعلقهما بمحذوف في ثمانية مواض منها: وقوعهما حالا أو صفة كما ذكره في المغنى من الباب الثالث، والتقدير هنا إلا أم أخيه كائنة من الرضاع، ثم اعلم أنا قدمنا أن أم العم وأم الخال لا تحرم من الرضاع فقال الشارح: ومن العجب ما ذكره في الغاية أن أم العم من الرضاع لا تحرم، وكذا أم الخال وهذا لا يصح لما ذكرنا أنه معتبر بالنسب، والمعنى الذي أوجب الحرمة في النسب موجود في الرضاع فكيف يصح هذا؟ بيانه أنها لا تخلو إما أن تكون جدته من الرضاع أو موطوءة جده وكلاهما يوجب الحرمة فلا يستقيم إلا إذا أريد بالعم من الرضاع من رضع مع أبيه، وبالخال من رضع مع أمه فحينئذ يستقيم ا ه‍. ورده في فتح القدير بقوله: ولقائل أن يقول بمنع الحصر لجواز كونها لم ترضع أباه ولا أمه فلا تكون جدته من الرضاع ولا موطوءة جده بل أجنبية أرضعت عمه من النسب وخاله ا ه‍. والحاصل أن الشارح فهم أن الجار والمجرور أعني قوله من الرضاع متصل بالمضاف إليه فقط، وحينئذ يحرم التزوج، وصورته أن يكون له عم وخال رضاعا ولكل منهما أم نسب فحينئذ لا يجوز له التزوج بها لانها كما قال إما جدته رضاعا أو موطوءة جده، وغفل الشارح عن الوجهين الاخيرين اللذين هما مراد صاحب الغاية: أحدهما أنه متصل بالمضاف فقط أعني الام بأن كان له عم وخال نسبا فأرضعتهما أجنبيه فله أن يتزوج بها لانها ليست جدته ولا موطوءة جده، وعليه اقتصر في فتح القدير. وغفل عن الوجه الآخر وهو أن يتصل بكل منهما بأن كان له عم وخال رضاعا ولكل منهما أم رضاعا فحينئذ يجوز له التزوج بها لما قلنا، وههنا وجه رابع وهو أن يراد بالعم من الرضاع من رضع مع أبيه رضاعا وبالخال من رضع مع أمه رضاعا،

***
[٣٩٣]
ولا شك في حل أمهما لما قلنا. ولا بد من تقييد الاب بالرضاع، وكذا الام وإلا لا تحل أمهما. ومن العجب أن الشارح حمل كلام الغاية على هذه الصورة وأخل بهذا القيد، ويرد عليه أنه لو أريد بالعم من الرضاع من رضع مع أبيه نسبا وبالخال من رضع مع أمه نسبا لم يستقم. فإن قلت: قد قررت أنه لا يصح اتصاله بالمضاف إليه فقط فيلزم بطلان قول شارح الوقاية ولا تنس الصور الثلاث في جميع ما ذكرنا وعدم صحة تقسيم ابن وهبان إلى نيف وستين لاسقاط هذه الصورة من هذا القسم. قلت: لم يلزما لانه لا يصح اتصاله بالمضاف إليه فقط على الوجه الرابع لا على الوجه الاول فلاتصاله بالمضاف إليه فقط صورتان: في صورة لا تحل الام، وفي صورة تحل. فيحمل كلامهم على الصورة التي تحل تصحيحا وتوفيقا. وهذا البيان من خواص هذا الكتاب لم أسبق إليه بحول الله وقوته. وفي فتح القدير: ثم قالت طائفة هذا الاخراج تخصيص للحديث أعني يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب بدليل العقل، والمحققون على أنه ليس تخصيصا لانه أحال ما يحرم بالرضاع على ما يحرم بالنسب هو ما يحرم بالنسب وما تعلق به خطاب تحريمه وقد تعلق بما عبر عنه بلفظ الامهات والبنات وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت، فما كان من مسمى هذه الالفاظ متحققا من الرضاع حرم فيه والمذكورات ليس شئ منها من مسمى تلك، فكيف تكون مخصصة وهي غير متناولة؟ ولذا إذا خلا تناول الاسم في النسب جاز النكاح كما إذا ثبت النسب من اثنين ولكل منهما بنت جاز لكل منهما أن يتزوج بنت الآخر وإن كانت أخت ولده من النسب، وأنت إذا حققت مناط الاخراج أمكنك تسمية صور أخرى. والاستثناء في عبارة الكتاب على هذا يجب أن يكون منقطعا أعني قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إلا أم أخته إلى آخره ا ه‍. وبهذا اندفع ما ذكره البيضاوي بقوله: واستثناء أخت ابن الرجل وأم أخيه من الرضاع من هذا الاصل ليس بصحيح فإن حرمتهما في النسب بالمصاهرة دون النسب ا ه‍. لان استثناء المنقطع صحيح إلا أن يريد الاستثناء المتصل. قوله: (زوج مرضعة لبنها منه أب للرضيع وابنه أخ وبنته أخت وأخوه عم وأخته عمة) بيان لان لبن الفحل يتعلق به التحريم لعموم الحديث المشهور، وإذا ثبت كونه أبا له لا يحل لكل منهما موطوءة الآخر. والمراد به اللبن الذي نزل من المرأة بسبب ولادتها من رجل زوج أو سيد فليس الزوج قيدا في كلامه. قال في الجوهرة: وإنما خرج مخرج الغالب، وإذا ثبتت هذه الحرمة من زوج المرضعة فمنها أولى فلا تتزوج الصغيرة أبا المرضعة لانه جدها لامها،
***
[٣٩٤]
ولا أخاها لانه خالها، ولا عمها لانها بنت بنت أخيه، ولا خالها لانها بنت بنت أخته، ولا أبناءها وإن كانوا من غير صاحب اللبن لانهم إخوتها لامها. ولو كان لرجل زوجتان أرضعت كل منهما بنتا لا يحل لرجل أن يجمع بينهما لانهما أختان رضاعا من الاب. قيد بقوله لبنها منه لان لبنها لو كان من غيره بأن تزوجت برجل وهي ذات لبن لآخر قبله فأرضعت صبية فإنها ربيبة للثاني بنت للاول فيحل تزوجها بأبناء الثاني، ولو كان الرضيع صبيا حل له التزوج ببناته من غير المرضعة، هذا ما لم تلد من الثاني، فإذا ولدت من الثاني انقطع لبن الاول وصار للثاني، فإذا أرضعت به صبيا كان ولدا للثاني اتفاقا، وإذا حبلت من الثاني ولم تلد فهو ولد للاول عند أبي حنيفة. وقيدنا بكونه نزل بسبب ولادتها منه لانه لو تزوج امرأة ولم تلد منه قط ونزل لها لبن وأرضعت به ولدا لا يكون الزوج أبا للولد لانه ليس ابنه لان نسبته إليه بسبب الولادة منه، فإذا انتفت انتفت النسبة فكان كلبن البكر، ولهذا لو ولدت للزوج فنزل لها لبن فأرضعت به ثم جف لبنها ثم در فأرضعت صبية فإن لابن زوج المرضعة التزوج بهذه الصبية، ولو كان صبيا كان له التزوج بأولاد هذا الرجل من غير المرضعة. كذا في الخانية. وأشار بذكر الزوج إلى أن لبن الزنا ليس كالحلال حتى لو ولدت من الزنا وأرضعت به صبية يجوز لاصول الزاني وفروعه التزوج بها، ولا تثبت الحرمة إلا من جانب الام. ذكره القاضي الاسبيجابي واختاره الوبري وصاحب الينابيع، وفي المحيط خلافه. وفي الخانية والذخيرة وغيرهما: وهو الاحوط الذي ينبغي أن يعتمد، والاول أوجه لان الحرمة من الزنا للبعضية وذلك في الولد نفسه لانه مخلوق من مائة دون اللبن إذ ليس اللبن كائنا من منيه لانه فرع التغذي وهو لا يقع إلا بما يدخل من أعلى المعدة لا من أسفل البدن كالحقنة فلا إنبات فلا حرمة بخلاف ثابت النسب للنص. كذا في فتح القدير. وإنما قيدنا محل الخلاف بأصول الزاني وفروعه لانها لا تحل للزاني اتفاقا لانها بنت المزني بها، وقدمنا أن فروع المزني بها من

***

[٣٩٥]

الرضاع حرام على الزاني ولذا قال في الخلاصة بعد ما ذكر حرمتها على الزاني، وكذا لو لم تحبل من الزنا وأرضعت لا بلبن الزنا. فإنها تحرم على الزاني كما تحرم بنتها من النسب عليه ا ه. وظاهر كلامهم أن هذه الصبية لا تحرم على عم الزاني وخاله اتفاقا لانه لم يثبت نسبها من الزاني حتى يظهر فيها حكم القرابة والتحريم على آباء الزاني وأولاده عند القائلين به

***

[٣٩٦]

لاعتبار الجزئية والبعضية، ولا جزئية بينها وبين العم والخال فإذا ثبت هذا في حق المتولدة من الزنا فكذلك في حق المرضعة بلبن الزنا، فالحاصل أن المعتمد في المذهب أن لبن الفحل الزاني لا يتعلق به التحريم، وظاهر ما في المعراج أن المعتمد ثبوته. قال: وتثبت الحرمة من اللبن النازل بالزنا وولد الملاعنة في حق الفحل عندنا، وبه قال مالك في المشهور. وعند الشافعي لا يثبت في الزنا والمنفية باللعان، وهكذا ذكر الوبري والاسبيجابي وصاحب الينابيع وتثبت في حق الام بالاجماع ا ه. وظاهر ما في الخانية أنه المذهب فإنه قال: رجل زنى بأمرأة فولدت منه فأرضعت بهذا اللبن صغيرة لا يجوز لهذا الزاني ولا لاحد من آبائه وألاوده نكاح هذه الصبية. وذكر في الدعوى رجل قال لمملوك هذا ابني من الزنا ثم اشتراه مع أمه عتق المملوك ولا تصير الجارية أم ولد له ا ه. وإنما تمسك بمسألة الدعوى لانها دليل على أن الزنا كالحلال في ثبوت البنوة وإلا كان لغوا، وإن وطئ امرأة بشبهة فحبلت منه فأرضعت صبيا فهو ابن الواطئ من الرضاع. وعلى هذا كل من يثبت نسبه من الواطئ يثبت من الرضاع. ومن لا يثبت نسبه منه لا يثبت منه الرضاع. كذا في الجوهرة. فالمراد بلبن الفحل على قول من جعل الزنا كالحلال لبن حدث من حمل رجل، وعلى قول من فرق يقال لا من زنا. قوله: (وتحل أخت أخيه رضاعا) يصح اتصاله بكل من المضاف والمضاف إليه وبهما كما قدمناه في نظائره، فالاول أن يكون له أخ من النسب ولهذا الاخ أخت رضاعية، والثاني أن يكون له أخ من الرضاع له أخت نسبية، والثالث ظاهر قوله: (ونسبا) أي تحل أخت أخيه نسبا بأن يكون له أخ من أب له أخت من أمه فإنه يجوز له التزوج بها، فقوله نسبا متصل بالمضاف والمضاف إليه ولا يتصل بأحدهما فقط لانه حينئذ داخل في الاحتمالات الثلاث فيما قبلها قوله: (ولاحل بين رضيعي ثدي) أي بين من اجتمعا على الارتضاع من ثدي واحد في وقت واحد لانهما أخوان من الرضاع، فإن كان اللبن من زوجين فهما أخوان لام أو أختان لام، وإن كان لرجل فأخوان لاب وأم أو أختان لهما، ولو كان تحت رجل امرأتان فأرضعت

***

[٣٩٧]

كل منهما صبية فهما أختان لاب رضاعا. كذا في الفتاوى البزازية قوله: (وبين مرضعة وولد مرضعتها وولد ولدها) والمرضعة الاولى بفتح الضاد اسم مفعول والثانية بكسرها أي لاحل بين الصغيرة المرضعة وولد المرأة التي أرضعتهما لانهما أخوان من الرضاع، ولا فرق بين كون ولد التي أرضعت رضيعا مع المرضعة أو كان سابقا بالسن بسنين كثيرة أو مسبوقا بارتضاعها بأن ولد بعده بسنين، وكذا لا يتزوج أخت المرضعة لانها خالته، ولا ولد ولدها لانه ولد الاخ. وفي آخر المبسوط: ولو كانت أم البنات أرضعت إحدى البنين وأم البنين أرضعت إحدى البنات لم يكن للابن المرتضع من أم البنات أن يتزوج واحدة منهن، وكان لاخوته أن يتزوجوا بنات الاخرى إلا الابنة التي أرضعتها أمهم وحدها لانها أختهم من الرضاعة. وإنما لم يكتف المصنف بقوله ولا حل بين رضيعي ثدي عما بعده لانه ربما يوهم أن الاجتماع من حيث الزمان لا بد منه فذكر الاجتماع من حيث الزمان ثم أردفه بإثبات الحرمة بالاجتماع من حيث المكان وهو الثدي ليفيد أنه لا فرق، لكن لو اقتصر على الثاني لاستغنى عن الاول قوله: (واللبن المخلوط بالطعام لا يحرم) أطلقه فأفاد أنه لا فرق بين كون اللبن غالبا بحيث يتقاطر عند رفع اللقمة أو لا عند أبي حنيفة وهو الصحيح مطبوخا أو لا، لان الطعام أصل واللبن تابع فيما هو المقصود وهو التغذي وهو مناط التحريم، ولان الغلبة إنما تعتبر حالة الوصول إلى المعدة، وفي تلك الحالة الطعام هو الغالب، وقالا: إن كان اللبن غالبا تعلق به التحريم نظرا للغالب، والخلاف فيما إذا لم تمسه النار، أما المطبوخ فلا ح اتفاقا. ويدخل في الطعام الخبز. وقال المصنف في المستصفى: إنما لم يثبت التحريم عنده إذا لم يشربه، أما إذا حساه ينبغي أن يثبت، ويؤيده ما في فتاوى قاضيخان. هذا إذا أكل الطعام لقمة لقمة، فإذا حساه حسوا ثبتت الحرمة في قولهم جميعا. والحق أن لقول أبي حنيفة رضي

الله عنه علتين كما ذكرنا، فعلى الاولى لا فرق بين الحسو وغيره، وعلى الثانية يفرق بين الحسو وغيره كما أفاده في المحيط قال: ووضع محمد في الاكل يدل على هذا ا ه. وفي القاموس: حسا زيد المرق شربه شيئا بعد شئ. وقيد بكونه مخلوطا لان لبن المرأة إذا جبن وأطعم الصبي تعلق به التحريم. كذا في الجوهرة. وفي البدائع خلافه ولفظه: ولو جعل
***
[٣٩٨]
اللبن مخيضا أو رائبا أو شيرازا أو جبنا أو أقطا أو مصلا فتناوله الصبي لا يثبت التحريم به لان اسم الرضاع لا يقع عليه، ولذا لا ينبت اللحم ولا ينشر العظم ولا يكتفي به الصبي في الاغتذاء فلا يحرم به ا ه. قوله: (ويعتبر الغالب لو بماء ودواء ولبن شاة وامرأة أخرى) أي لو اختلط اللبن بما ذكر يعتبر الغالب، فإن كان الغالب الماء لا يثبت التحريم كما إذا حلف لا يشرب لبنا لا يحنث بشرب الماء الذي فيه أجزاء اللبن وتعتبر الغلبة من حيث الاجزاء. كذا في أيمان الخانية، وكذا إذا كان الغالب هو الدواء، وفسر الغلبة في الخانية بأن يغيره ثم قال: وقال أبو يوسف: إن غير طعم اللبن ولونه لا يكون رضاعا، وإن غير أحدهما دون الآخر كان رضاعا ا ه. ومثل الدواء الدهن أو النبيذ سواء أوجر بذلك أو أسعط. كذا في فتح القدير. وكذا إذا كان الغالب لبن الشاة لان لبنها لما لم يكن له أثر في إثبات الحرمة كان كالماء، ولو استويا وجب ثبوت الحرمة لانه غير مغلوب فلم يكن مستهلكا، وإذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عندهما. وقال محمد: تعلق بهما كيفما كان لان الجنس لا يغلب الجنس وهو رواية عن أبي حنيفة. قال في الغاية: وهو أظهر وأحوط. وفي شرح المجمع: قيل إنه الاصح. وفي الجوهرة: وإما إذا تساويا تعلق بهما جميعا إجماعا لعدم الاولوية، وأما لو حلف لا يشرب لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى فشربه ولبن البقرة المحلوف عليها مغلوب لا يحنث عندهما خلافا لمحمد، ولو كان غالبا حنث اتفاقا، ولو استويا ذكر في أيمان الخانية أنه يحنث استحسانا قوله: (ولبن البكر والميتة محرم) أي موجب للحرمة بشرط أن تكون البكر بلغت تسع سنين فأكثر، أما لو لم تبلغ تسع سنين فنزل لها لبن فأرضعت به صبيا لم يتعلق به تحريم. كذا في الجوهرة. وفي الخانية: لو أرضعت البكر صبيا صارت أما للصبي وثبت جميع أحكام الرضاع بينهما حتى لو تزوجت البكر رجلا ثم طلقها قبل الدخول بها كان لهذا الزوج أن يتزوج الصبية، وإن طلقها بعد الدخول بها لا يكون له أن يتزوجها لانها صارت من الربائب التي دخل بأمها. وأطلق في لبن الميتة فأفاد أنه لا فرق بين أن يحلب قبل موتها فيشربه الصبي بعد موتها أو حلب بعد موتها. كذا في الولوالجية والخانية. وإذا ثبتت الحرمة بلبن الميتة حل لزوج هذه الصبية التي تزوجها الآن دفن الميتة وتيممها لانه صار محرما
***
[٣٩٩]
لها لانها أم امرأته، ولا يجوز الجمع بين هذه الرضيعة وبنت الميتة لانهما أختان. وفي فتح القدير: لبن الميتة طاهر عند أبي حنيفة لان التنجس بالموت لما حلته الحياة قبله وهو منتف في اللبن، وهما وإن قالا بنجاسته للمجاورة للوعاء النجس لا يمنع من الحرمة كما لو حلب في إناء نجس وأوجر به صبي ثبت، وهذا بخلاف وطئ الميتة فإنه لا يتعلق به حرمة المصاهرة بالاجماع. والفرق أن المقصود من اللبن التغدي والموت لا يمنع منه، والمقصود من الوطئ اللذة المعتادة وذلك لا يوجد في وطئ الميتة. كذا في الجوهرة قوله: (لا الاحتقان) أي الاحتقان باللبن لا يوجب الحرمة لانه ليس مما يتغذى به ولذا لا يثبت بالاقطار في الاحليل والاذن والجائفة والآمة. قال في المغرب: الصواب حقن إذا عولج بالحقنة واحتقن بالضم غير جائز. وفي تاج المصادر: الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله على بناء المفعول وهو الاكثر في استعمال الفقهاء. كذا في المعراج والنهاية. وفي فتح القدير: وهذا غلط لان ما في تاج المصادر من التفسير لا يفيد تعدية الافتعال منه للمفعول الصريح كالصبي في عبارة الهداية حيث قال: إذا احتقن الصبي بل إلى الحقنة وهي آلة الاحتقان، والكلام في بنائه للمفعول الذي هو الصبي ومعلوم أن كل قاصر يجوز بناؤه للمفعول بالنسبة إلى المجرور والظرف كجلس في الدار ومر بزيد وليس يلزم من جواز البناء باعتبار الآلة والظرف جوازه بالنسبة إلى المفعول بل إذا كان متعديا إليه بنفسه ا ه. وفي المصباح: حقنت المريض إذا وصلت الدواء إلى باطنه من مخرجه بالمحقنة واحتقن هو، والاسم الحقنة مثل الغرفة من الاغتراف ثم أطلقت على ما يتداوى به، والجمع حقن مثل غرفة وغرف ا ه قوله: (ولبن الرجل) أي لا يوجب الحرمة لانه ليس بلبن على الحقيقة لان اللبن إنما يتصور ممن نتصور منه الولادة فصار كالصغيرة التي لم تبلغ تسع سنين كما قدمناه. وإذا نزل للخنثى لبن إن علم أن

امرأة تعلق به التحريم، وإن علم أنه رجل لم يتعلق به تحريم، وإن أشكل إن قال النساء إنه لا يكون على غزارته إلا للمرأة تعلق به التحريم احتياطا، وإن لم يقلن ذلك لم يتعلق به تحريم. كذا في الجوهرة.
***
[٤٠٠]
قوله: (والشاة) أي لبن الشاة لا يوجب الحرمة حتى لو ارتضع صبي وصبية على لبن شاة فلا أخوة بينهما لان الامومة لا تثبت به لانه لا حرمة له، ولان لبن البهائم له حكم الطعام فلا فرق بين الشاة وغيرها من غير الآدمي. قيد بالثلاثة لان الوجور والسعوط تثبت به الحرمة اتفاقا. وإنما يفسد الصوم بما ذكر ما عدا الاقطار في الاحليل لان الفطر يتعلق بالوصول إلى الجوف. والوجور بفتح الواو والدواء يصب في الحلق ويقال أوجرته ووجرته، والسعوط صبه في الانف. وفي المصباح: والسعوط مثال رسول دواء يصب في الانف، والسعوط مثل قعود مصدر، وأسعطه الدواء يتعدى إلى مفعولين، واستعط زيد والمسعط بضم الميم الوعاء يجعل فيه السعوط وهو من النوادر التي جاءت بالضم وقياسها الكسر لانه اسم آلة. وإنما ضمت الميم ليوافق الابنية الغالبة مثل فعلل ولو كسرت أدى إلى بناء مفقود إذ ليس في الكلام مفعل ولا فعلل بكسر الاول وضم الثالث ا ه. وقد حكي في المبسوط والكشف الكبير أن البخاري صاحب الاخبار دخل بخارى وجعل يفتي فقال له أبو حفص الكبير: لا تفعل فأبى أن يقبل نصيحته حتى استفتى في هذه المسألة فأفتى بثبوت الحرمة بين صبيين ارتضعا من ثدي لبن شاة تمسكا بقوله عليه السلام كل صبيين اجتمعا على ثدي واحد حرم أحدهما على الآخر وقد أخطأ لفوات الرأي وهو أنه لم يتأمل أن الحكم متعلق بالجزئية والبعضية فأخرجوه من بخارى. وفي فتح القدير. بعد هذه الحكاية: ومن لم يدق نظره في مناط الاحكام وحكمها كثر خطؤه وكان ذلك في زمن الشيخ أبي حفص الكبير ومولده مولد الشافعي فإنهما ولدا معا في العام الذي توفي فيه أبو حنيفة وهو سنة خمسين ومائة اه قوله: (ولو أرضعت ضرتها حرمتا) أي لو أرضعت الكبيرة الصغيرة التي هي زوجة زوجها حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا ففسد نكاحهما، ولم ينفسخ لان المذهب عند علمائنا أن النكاح لا يرتفع بحرمة الرضاع والمصاهرة بل يفسد حتى لو وطئها قبل التفريق لا يجب عليه الحد، اشتبه الامر أو لم يشتبه. نص عليه محمد في الاصل، وذكره الشارح في باب اللعان. وعلى هذا فقوله في المعراج فينفسخ النكاح لا يخالفه لان الانفساخ غيره. وفي البزازية: وبثبوت حرمة المصاهرة وحرمة الرضاع لا يرتفع بهما النكاح حتى لا تملك المرأة التزوج بزوج آخر إلا بعد المتاركة وإن مضى عليه سنون ا ه. وقدمنا أنه لا بد في الفاسد من تفريق القاضي أو المتاركة بالقول في المدخولة وفي غيرها يكتفى بالمفارقة بالابدان. وينبغي أن يكون الفساد في الرضاع الطارئ على النكاح، أما
***
[٤٠١]
لو تزوج امرأة فشهد عدلان أنها أخته ارتفع النكاح بالكلية حتى لو وطئها يحد ويجوز لها التزوج بعد العدة من غير متاركة، والتقييد بأنها أرضعت ضرتها ليس احترازيا لان أخت الكبيرة وأمها وبنتها نسبا ورضاعا إن دخل بالكبيرة كهي للزوم الجمع بين المرأة وبنت أختها في الاول. وبين الاختين في الثاني، وبين المرأة وبنت بنتها في الثالث، وليس له أن يتزوج بواحدة منهما قط ولا المرضعة أيضا، وإن لم يكن دخل بالكبيرة في الثالثة فإن المرضعة لا تحل له قط لكونها أم امرأته، ولا الكبيرة لكونها أم أم امرأته، وتحل الصغيرة لكونها ابنة ابنة امرأته ولم يدخل بها. قال في البدائع: ولو أرضعتها عمة الكبيرة أو خالتها لم تبن لانها صارت بنت عمتها أو بنت خالتها قال: ويجوز الجمع بين امرأة وبنت عمتها أو بنت خالتها في النسب والرضاع. ولو كان تحته صغيرتان وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرتين واحدة بعد واحدة ولم يكن دخل بالكبيرة فإنها تبين الكبيرة والصغيرة التي أرضعتها أولا لكونهما صارا أما وبنتا، ولا تبين التي أرضعتها أخرا لانها حين أرضعتها لم يكن في نحاكه غيرها، ولو أرضعتهما معا بن جميعا لانهن صرن أما وبنتين، وليس له أن يتزوج الكبيرة، وله أن يتزوج أي الصغيرتين شاء، ولو كان دخل بالكبيرة بن جميعا سواء أرضعتهما معا أو على التعاقب. كذا في المبسوط. وقد علم به أن في مسألة الكتاب لو كان دخل بالكبيرة أو كان لبنها الذي أرضعت به الصغيرة من زوجها لا يتزوج واحدة منهما قط وإلا له أن يتزوج الصغيرة فقط لان العقد على الام لا يحرم البنت والعقد على البنت يحرم الام، ولو كان تحته صغيرتان فأرضعتهما امرأة حرمتا عليه للاختية، سواء كان الارضاع معا أو متفرقا، فإن كن ثلاثا فأرضعتهن واحدة بعد واحدة بانت الاوليان لا الثالثة لان

الثالثة أرضعت وقد وقعت الفرقة بينه وبينهما فلم يحصل الجمع، وإن أرضعت الاولى ثم الثنتين معا بن جميعا، وإن أرضعتهن معا بأن حلبت لبنها في قارورة وألقمت إحدى ثدييها إحداهن والاخرى الاخرى وأوجرت الثلاثة معا بن جمعا لانهن صرن أخوات معا، وإن كن أربعا فأرضعتهن واحدة بعد الاخرى بن جميعا لان الثانية صارت أختا للاولى فبانتا فلما أرضعت الرابعة صارت أختا للثالثة فبانتا أيضا. كذا في الجوهرة. ولو كن كبيرتين وصغيرتين فأرضعت كل من الكبيرتين صغيرة حرمت عليه الاربع للزوم الجمع بين الامين وابنيتهما، ولو أرضعت إحدى الكبيرتين الصغيرتين ثم أرضعتهما الكبيرة الاخرى وذلك قبل الدخول بالكبيرتين فالكبرى الاولى مع الصغرى الاولى بانتامنه، والصغرى الثانية لم تبن بإرضاع الكبرى الاولى، والكبيرة الثانية إن ابتدأت بإرضاع الصغرى الثانية بانتا منه، أو

***

[٤٠٢]

بالصغرى الاولى فالصغرى الثانية امرأته لانها حين أرضعت الاولى صارت أما لها وفسد نكاحها لصحة العقد على الصغرى الاولى فيما تقدم والعقد على البنت يحرم الام، ثم أرضعت الثانية وليس في نكاحه غيرها. كذا في فتح القدير. وفي المحيط: رجل له امرأتان كبيرة وصغيرة ولابنه امرأتان صغيرة وكبيرة فأرضعت امرأة الاب امرأة الابن وامرأة الابن امرأة الاب واللبن منهما فقد بانت الصغيرتان ونكاح الكبيرتين ثابت لان الصغيرتين صارتا بنتين لهما وقد دخل بأمهما فحرمتا عليه دون أمهما، وكذا لو كان مكانهما أخوين ولو كانا أجنبيين لم تبن واحدة منهما، ولو كان رجل وعمه فنكاح امرأة الابن ثابت وتبين امرأة العم الصغيرة منه ا ه‍. وأطلق في الضرتين فشمل ما إذا كانت الكبيرة معتدته لما في البدائع: ولو طلق رجل امرأته ثلاثا ثم أرضعت المطلقة قبل انقضاء عدتها امرأة له صغيرة بانت الصغيرة لانها صارت بنتا لها فحصل الجمع في حال العدة والجمع في حال قيام العدة كالجمع في حال قيام النكاح ا ه‍. وفي المحيط: لو طلق امرأته ثلاثا ثم إن أخت المعتدة أرضعت امرأة له صغيرة قبل انقضاء عدة المطلقة بانت الصغيرة لان حرمة الجمع حالة العدة كالحرمة في حال قيام النكاح ا ه‍. ولا يشترط قيام نكاح الصغيرة وقت إرضاعها بل وجوده فيما مضى كاف لما في البدائع: ولو تزوج صغيرة فطلقها ثم تزوج كبيرة لها لبن فأرضعتها حرمت عليها لانها

***

[٤٠٣]

صارت أم منكوحة كانت له فتحرم بنكاح البنت ا ه‍. ثم اعلم أن بينونتهما لا تتوقف على الارتضاع وإنما المراد وصول لبن الكبيرة إلى جوف الصغيرة حتى لو أخذ رجل لبن الكبيرة فأوجر الصغيرة بانتا منه، ولكل واحدة منهما نصف الصداق على الزوج، ويغرم الرجل للزوج نصف مهر كل واحدة منهما إن تعمد الفساد. كذا في المحيط. وفي الظهيرية: والتعمد أن يرضعها من غير حاجة إلى الارتضاع بأن كانت شبعاء، ويقبل قوله إنه لم يتعمد الفساد. وعن محمد إنه يرجع عليه بكل حال ا ه‍. وههنا فروع ثلاثة: الاولى في المحيط وفتاوى الولوالجية: رجل له أم ولد فزوجها من صبي ثم أعتقها فخيرت فاختارت نفسها ثم تزوجت بآخر وولدت ثم جاءت إلى الصبي فأرضعته بانت من زوجها لانها صارت امرأة ابنه من الرضاع لان الصغير صار ابنا لهذا الزوج، فلو بقي النكاح لصار الزوج متزوجا بامرأة ابنه من الرضاع وهو لا يجوز. الثاني في المحيط والخانية: لو زوج المولى أم ولده عبده الصغير فأرضعته بلبن السيد حرمت على زوجها وعلى مولاها لان العبد صار ابنا للمولى فحرمت عليه لانها كانت موطوءة أبيه، وحرمت على المولى لانها امرأة ابنه. الثالث في البدائع: زوج ابنه الصغير امرأة كبيرة فارتدت وبانت ثم أسلمت وتزوجت برجل وحبلت منه فأرضعت الصغير الذي كان تزوجها حرمت على زوجها لانها صارت منكوحة ابنه من الرضاع ا ه‍. والحاصل كما في الظهيرية أن الرضاع الطارئ على النكاح بمنزلة السابق. وضرة المرأة امرأة زوجها والجمع ضرات على القياس وسمع ضرائر وكأنها جمع ضريرة مثل كريمة وكرائم ولا يكاد يوجد لها نظير. كذا في المصباح. وفي الظهيرية: رجل وطئ امرأة بنكاح فاسد ثم تزوج صغيرة فأرضعتها أم الموطوءة بانت الصبية لانها صارت أخت الموطوءة ا ه‍ قوله: (ولا مهر للكبيرة إن لم يطأها) لان الفرقة جاءت من قبلها فصار كردتها، وبه يعلم أن الكبيرة لو كانت مكرهة أو نائمة فارتضعتها الصغيرة أو أخذ شخص لبنها فأوجر به الصغيرة أو كانت الكبيرة مجنونة كان لها نصف المهر لانتفاء إضافة الفرقة إليها. قيد بقوله إن لم يطأها لانه لو وطئها كان لها كمال المهر مطلقا لكن لا نفقة لها في هذه العدة إن جاءت الفرقة من قبلها وإلا فلها النفقة. قوله: (وللصغيرة نصفه) أي نصف المهر مطلقا لان الفرقة لا من قبلها، وأورد عليه ما لو ارتد أبوا صغيرة منكوحة ولحقها بها

بدار الحرب بانت من زوجها وليس لها شئ من المهر ولم يوجد الفعل منها أصلا فضلا عن كونه وجد ولم يعتبر. وأجيب بأن الردة محظورة في حق
***
[٤٠٤]
الصغيرة أيضا، وإضافة الحرمة إلى ردتها التابعة لردة أبويها بخلاف الارتضاع لاحاظر له فتستحق النظر فلا يسقط المهر، وقدمنا أنها لا تبين بردة أبويها وإنما بانت في هذه المسألة للحاق بدار الحرب قوله: (ويرجع به على الكبيرة إن تعمدت الفساد وإلا لا) أي ويرجع الزوج على الكبيرة بما لزمه من نصف مهر الصغيرة بشرط تعمدها فساد النكاح، وإن لم تتعمده لا يرجع عليها لان المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي كحافر البئر إن كان في ملكه لا يضمن وإلا ضمن. وإنما لم يضمن قاتل الزوجة قبل الدخول ما لزم الزوج لان الزوج حصل له شئ مما هو الواجب بالقتل فلا يضاعف على القاتل، وإنما لم يلزمهما شئ فيما لو أرضعت أجنبيتان لهما لبن من رجل واحد صغيرتين تحت رجل وإن تعمدتا الفساد لان فعل كل من الكبيرتين غير مستقل فلا يضاف إلى واحدة منهما لان الفساد باعتبار الجمع بين الاختين منهما بخلاف الحرمة هنا لانه للجمع بين الام والبنت وهو يقوم بالكبيرة كالمرأتين اللتين لهما لبن من زوج الصغيرة إذا أرضعتاها لان كلا أفسدت لصيرورة كل بنتا للزوج، وقد اشتبه على بعضهم الثانية بالاولى وحرفت في بعض الكتب فلتحفظ. وتعمد الفساد له شروط: الاول أن تكون عاقلة فلا رجوع على المجنونة. الثاني أن تعلم بالنكاح. الثالث أن تعلم أن الرضاع مفسد. الرابع أن يكون من غير حاجة بأن كانت شبعانة فإن أرضعتها على ظن أنها جائعة ثم ظهر أنها شبعانة لا تكون متعمدة. الخامس أن تكون متيقظة فلو ارتضعت منها وهي نائمة لا تكون متعمدة والقول قولها مع يمينها أنها لم تتعمد. وفي المعراج: والقول فيه قولها إن لم يظهر منها تعمد الفساد لانه شئ في باطنها لا يقف عليها غيرها ا ه‍. وهو قيد حسن لانه إذا ظهر منها تعمد الفساد لا يقبل قولها لظهور كذبها، وإنما اعتبرنا الجهل هنا لدفع قصد الفساد الذي يصير الفعل به تعديا لا لدفع الحكم مع وجود العلة، وكما يرجع الزوج على الكبيرة عند تعمدها يرجع على أجنبي أخذ ثديها وجعله في فم الصغيرة بما لزم الزوج وهو نصف صداق كل منهما كما قدمناه.
***
[٤٠٥]
قوله: (ويثبت بما يثبت به المال) وهو شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول لان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح، وإبطال الملك لا يثبت إلا بشهادة رجلين بخلاف ما إذا اشترى لحما فأخبره واحد أنه ذبيحة المجوسي حيث يحرم أكله لانه أمر ديني حيث انفكت حرمة التناول عن زوال الملك كالخمر المملوكة وجلد الميتة قبل الدباغ. أفاد أنه لا يثبت بخبر الواحد رجلا أو امرأة وهو بإطلاقه يتناول الاخبار قبل العقد وبعده، وبه صرح في الكافي والنهاية. وذكر في فتح القدير معزيا إلى المحيط: لو شهدت امرأة واحدة قبل العقد قبل يعتبر في رواية ولا يعتبر في رواية ا ه‍. وفي الخانية من الرضاع: وكما لا يفرق بينهما بعد النكاح ولا تثبت الحرمة بشهادتهن فكذلك قبل النكاح إذا أراد الرجل أن يخطب امرأة فشهدت امرأة قبل النكاح أنها أرضعتهما كان في سعة من تكذيبها كما لو شهدت بعد النكاح ا ه‍. وذكر في باب المحرمات: صغير وصغيرة بينهما شبهة الرضاع لا يعلم ذلك حقيقة قالوا: لا بأس بالنكاح بينهما. هذا إذا لم يخبر بذلك إنسان، فإن أخبر عدل ثقة يؤخذ بقوله ولا يجوز النكاح بينهما، وإن كان الخبر بعد النكاح وهما كبيران فالاحوط أن يفارقها، روي ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أمر بالمفارقة ا ه‍. فإما أن يوفق بينهما بأن كلا رواية، وإما يحمل الاول على ما إذا لم تعلم عدالة المخبر، وجزم البزازي بما ذكره في المحرمات معللا بأن الشك في الاول وقع في الجواز، وفي الثاني في البطلان، والدفع أسهل من الرفع. وفي التبيين معزيا إلى المغني: إن خبر الواحد مقبول في الرضاع الطارئ، ومعناه أن يكون تحته صغيرة وتشهد واحدة بأنها رضعت أمه أو أخته أو امرأته بعد العقد، ووجهه أن إقدامهما على النكاح دليل على صحته فمن شهد بالرضاع المتقدم على النكاح صار منازعا لهما لانه يدعي فساد العقد ابتداء، وأما من شهد بالرضاع المتأخر عن العقد فقد سلم صحة العقد ولا ينازع فيه، وإنما يدعي حدوث المفسد بعد ذلك وإقدامهما على النكاح يدل على صحته ولا يدل على انتفاء ما يطرأ عليه من المفسد فصار كمن أخبر بارتداد مقارن من أحد الزوجين حيث لا يقبل قوله، ولو أخبر بارتداد طارئ يقبل قوله لما
***
[٤٠٦]

قلنا. وذكره صاحب الهداية أيضا في كتاب الكراهية: وعلى هذا ينبغي أن يقبل قول الواحدة قبل العقد لعدم ما يدل على صحة العقد من الاقدام عليه ا ه. والحاصل أن الرواية قد اختلفت في إخبار الواحدة قبل النكاح، وظاهر المتون أنه لا يعمل به، وكذا الاخبار برضاع طارئ فليكن هو المعتمد في المذهب، ولذا اعترض على الهداية في مسألة الرضاع الطارئ بأن هنا ما يوجب عدم القبول في مسألة الصغيرة وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت لا يبطل بخبر الواحد. وقد أجاب عنه في العناية بأن ذلك إذا كان ثابتا بدليل يوجب ملكه فيها، وهنا ليس كذلك بل باستصحاب الحال وخبر الواحد أقوى منه ا ه. وفيه نظر ذكرناه في تعليق الانوار على أصول المنار. وذكر الاسبيجابي أن الافضل له أن يطلقها إذا أخبرته امرأة، إن كان قبل الدخول بها يعطيها نصف المه، والافضل لها أن لا تأخذ منه شيأ، وإن كان بعد الدخول بها فالافضل للزوج أن يعطيها كمال المهر والنفقة والسكنى والافضل لها أن تأخذ الاقل من مهر مثلها أو من المسمى ولا تأخذ النفقة ولا السكنى ا ه. فإن قلت: إذا أخبرته بالرضاع وغلب على ظنه صدقها صرح الشارح بأنه يتنزه يعني ولا تحرم وكان ينبغي أن تحرم قلت: هذا مبني على الثبوت لا على غلبة الظن. وفي خزانة الفقة: رجل تزوج بامرأة فقالت امرأة أنا أرضعتهما فهي على أربعة أوجه: إن صدقها الزوجان أو كذباها أو كذبها الزوج وصدقتها المرأة أو صدقها الزوج وكذبتها المرأة. أما أذا صدقاها ارتفع النكاح بينهما ولا مهر إن لم يكن دخل بها، فإن كان قد دخل بها فلها مهر المثل. وإن كذباها لا يرتفع النكاح ولكن ينظر إن كان أكبر رأيه أنها صادقة يفارقها احتياطا، وإن كان أكبر رأيه أنها كاذبة يمسكها. وإن كذبها الزوج وصدقتها المرأة بقي النكاح ولكن للمرأة أن تستحلف الزوج بالله ما تعلم أني أختك من الرضاع، فإن نكل فرق بينهما. وإن حلف فهي امرأته وإن صدقها الزوج وكذبتها المرأة يرتفع النكاح ولكن لا يصدق الزوج في حق المهر إن كانت مدخولا بها يلزمه مهر كامل وإلا فنصف مهر ا ه. وفي الخانية: إذا أقر رجل أن امرأته أخته من الرضاع ولم يصر على إقرارها كان له أن يتزوجها، وإن أصر فرق بينهما وكذا لو أقرت المرأة قبل النكاح ولم تصر على أقرارها كان لها أن تتزوج به، وإن أقرت بذلك ولم تصر ولم تكذب نفسها ولكن زوجت نفسها منه جاز نكاحها لان النكاح قبل الاصرار وقبل الرجوع عن الاقرار بمنزلة الرجوع عن إقرارها. وإن قالت المرأة بعد النكاح

***

[٤٠٧]

كنت أقررت أقبل النكاح أنه أخي من الرضاع وقد قلت إنما أقررت به حق حين أقررت بذلك فلم يصح النكاح لا يفرق بينهما، وبمثله لو أقر الزوج بعد النكاح وقال كنت أقررت قبل النكاح أنها أختي من الرضاع وما قلته حق فإن القاضي يفرق بينهما ا ه. وكذا هذا الباب في النسب عندنا لان الغلط والاشتباه فيه أظهر فإن سبب النسب أخفى من الرضاع. وهذا فيمن ليس لهما نسب معروف كذا في معراج الدراية. وظاهر ما في الخانية أن معنى الاصرار هنا أن يقول إن ما قلته حق. وفي شرح المنظومة: إن هذا هو تفسير الاصرار والثبات ولا يشترط تكرار الاقرار ولا يكتفى فيه في تفسير الاصرار. وفي البزازية: إذا قالت

***

[٤٠٨]

هذا ابني رضاعا وأصرت عليه جاز له أن يتزوجها لان الحرمة ليست إليها. قالوا: وبه يفتى في جميع الوجوه ا ه. وأطلقنا المرأتين فشمل ما إذا كانت إحداهما هي المرضعة ولا يضر في شهادتها كونها على فعل نفسها لانه لا تهمة في ذلك كشهادة القاسم وشهادة الوزان والكيال على رب الدين حيث كان حاضرا كما عرف في الفتاوى. ثم اعلم أن الرضاع إذا شهد به رجلان عدلان لا تقع الفرقة إلا بتفريق القاضي لما في المحيط: ولو شهد رجل وامرأتان فالتفريق للقاضي لان هذه فرقة وحرمة تتضمن إبطال حق العبد فلا يتعلق هذا الحكم بالشهادة إلا بانضمام القضاء إليها ا ه. وهل يتوقف على دعوى المرأة؟ الظاهر عدمه كما في الشهادة بطلاقها فإنه يتضمن حرمة الفرج وهي من حقوقه تعالى، ولو شهد عندها عدلان على ارضاع بينهما وهو يجحد ثم ماتا أو غابا قبل الشهادة عند القاضي لا يسعها المقام معه كما لو شهدا بطلاقها الثلاث كذلك وتمامه في شرح المنظومة والله سبحانه وتعالى أعلم.

***

[٤٠٩]

كتاب الطلاق لما ذكر النكاح وأحكامه اللازمة والمتأخرة عنه شرع فيما به يرتفع، وقدم الرضاع لانه يوجب حرمة مؤبدة بخلاف

الطلاق تقديما للاشد على الاخف. وهو في اللغة يدل على الحل والانحلال. يقال أطلقت الاسير إذا حللت إساره وخليت عنه فانطلق أي ذهب في سبيله، وطلق الرجل امرأته تطليقا فهو مطلق فإن كثر تطليقه للنساء قيل مطليق ومطلاق والاسم الطلاق، فطلقت هي تطلق من باب قتل، وفي لغة من باب قرب فهي طالق بغير هاء. قال الازهري: وكلهم يقول طالق بغير هاء قال: وأما قول الاعشى: أيا جارتا بيني فإنك طالقه كذاك أمور الناس غاد وطارقه فقال الليث: أراد طالقة غدا وإنما اجترأ عليه لانه يقال طلقت فحمل النعت على الفعل. وقال ابن فارس أيضا: امرأة طالق طلقها زوجها، وطالقة غدا فصرح بالفرق لان الصفة غير واقعة. وقال ابن الانباري: إذا كان النعت منفردا به الانثى دون الذكر لم تدخله الهاء نحو طالق وطامث وحائض لانه لا يحتاج إلى فارق لاختصاص الانثى به وتمامه في المصباح. وبه اندفع ما ذكره في الصحاح من أنه يقال طالق وطالقة قالوا: إنه استعمل في النكاح بالتطليق وفي غيره بالاطلاق حتى كان الاول صريحا والثاني كناية فلم يتوقف على النية في طلقتك وأنت مطلقة بالتشديد وتوقف عليها في أطلقتك ومطلقة بالتخفيف. والتفعيل هنا للتكثير إن قاله في الثالثة ك * (غلقت الابواب) * (يوسف: ٢٣) وإلا فللاخبار عن أول طلقه أوقعها فليس فيه إلا التوكيد. وفي المعراج: إنه اسم مصدر بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم ومنه قوله تعالى * (الطلاق مرتان) * (البقرة: ٢٢٩) أو مصدر من طلقت المرأة

***

[٤١٠]

بالضم طلاقا أو بالفتح كالفساد من فسد. وعن الاخفش: لا يقال طلقت بالضم. وفي ديوان الادب: إنه لغة ا ه. وفي الشريعة ما أفاده بقوله (وهو رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح) نخرج بالشرعي القيد الحسي، وبالنكاح العتق، ولو اقتصر على رفع قيد النكاح لخرجا به، ويرد عليه أنه منقوض طردا وعكسا. أما الاول فبالفسخ كتفريق القاضي بإبائها عن الاسلام وردة أحد الزوجين وخيار البلوغ والعتق فإن تفريق القاضي ونحوه فيه فسخ وليس بطلاق فقد وجد الحد ولم يوجد المحدود. وأما الثاني فبالطلاق الرجعي فإنه ليس فيه رفع القيد فقد انتفى الحد ولم ينتف المحدود، فالحد الصحيح قولنا رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص، نخرج بقيد النكاح الحسي والعتق، وباللفظ المخصوص الفسخ لان المراد به ما اشتمل على مادة الطلاق صريحا وكناية وسائر الكنايات الرجعية والبائنة. ولفظ الخلع وقول القاضي فرقت بينكما عند إباء الزوج عن الاسلام وفي العنة واللعان، ودخل الرجعي بقولنا أو مآلا وههنا أبحاث: الاول أنهم قالوا ركنه اللفظ المخصوص الدال على رفع القيد فكان ينبغي أن يعرفوه به فإن حقيقة الشئ ركنه، فعلى هذا هو لفظ دال على رفع قيد النكاح. الثاني أن القيد صيرورتها ممنوعة عن الخروج والبروز كما صرح به في البدائع في بيان أحكام النكاح ورفعه يحصل بالاذن لها في الخروج والبروز فكان هذا التعريف مناسبا للمعنى اللغوي لا الشرعي، ولذا قال في البدائع: ركن الطلاق اللفظ الذي جعل دلالة على معنى الطلاق لغة وهو التخلية والارسال ورفع القيد في الصريح وقطع الوصلة ونحوه في الكنايات، أو شرعا وهو إزالة حل المحلية في النوعين أو ما يقوم مقام اللفظ ا ه. فقد أفاد أن ركنه شرعا اللفظ الدال على إزالة حل المحلية وإن رفع القيد إنما هو مناسب للمعنى اللغوي. الثالث كان ينبغي تعريفه بأنه رفع عقد النكاح بلفظ مخصوص ولو مآلا، لا يقال لو كان الطلاق رافعا للعقد لارتفع الطلاق لان رفع العقد

***

[٤١١]

بدون العقد لا يتصور فإذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل. فإذا انعدم ا لفسخ عاد العقد لفقد ما ينافيه لانا نقول: جوابه ما أجابوا به في القول بفسخ عقد البيع. وحاصله أنه يجعل العقد كأن لم يكن في المستقبل دون الماضي ويؤيده ما في الجوهرة: وهو في الشرع عبارة عن المعنى الموضوع لحل عقدة النكاح ويقال إنه عبارة عن إسقاط الحق عن البضع، ولهذا يجوز تعليقه بالشرط، والطلاق عندهم لا يزيل الملك وإنما يحصل زوال الملك عقيبه إذا كان طلاقا قبل الدخول أو بائنا، وإن كان رجعيا وقف على انقضاء العدة أي لم يزل الملك إلا بعد انقضائها ا ه. وفي البدائع: وأما بيان ما يرفع حكم النكاح فالطلاق إلى آخره فجعل المرفوع الحكم وفيه ما علمت. وقد يقال إنما لم يقولوا برفع العقد لبقاء آثاره من العدة إلا أنه يخص المدخول بها، وأما غير المدخول بها فلا أثر بعد الطلاق، والتحقيق ما أفاده في التلويح من بحث العلل بقوله: وأما بقاء العلل الشرعية حقيقة كالعقود مثلا فلا خفاء في بطلانه فإنها كلمات

لا يتصور حدوث حرف منها حال قيم حرف آخر، والفسخ إنما يرد على الحكم دون العقد، ولو سلم فالحكم ببقائها ضروري ثبت دفعا للحاجة إلى الفسخ فلا يثبت في حق غير الفسخ ا ه. الرابع أنه لو طلقها ثم راجعها قبل انقضاء عدتها ينبغي أن لا يكون طلاقا لانه لم يوجد الرفع في المآل. وجوابه أن الرفع في المآل لم يخصر في انقضاء العدة قبل المراجعة بل فيه وفيما إذا طلقها بعد ثنتين فإنه حينئذ يظهر عمل الطلقة الاولى بانضمام الثنتين إليها فتحرم حرمة غليظة كما أشار إليه في المحيط بقوله: وإذا طلقها ثم راجعها يبقى الطلاق وإن كان لا يزيل القيد والحل للحال لانه يزيلهما في المآل إذا انضم إليه ثنتان ا ه. وعلى هذا لو طلقها ثم ماتت قبل انقضاء العدة أو طلقها ثم راجعها ثم ماتت بعد سنين ينبغي أن يتبين عدم وقوع

***

[٤١٢]

الطلقة الاولى حتى لو حلف أنه لم يوقع عليها طلاقا قط لا يحنث وقد علمت ركنه. وأما سببه فالحاجة إلى الخلاص عند تباين الاخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى وشرعه رحمة منه سبحانه. وأما صفته فهو أبغض المباحات إلى الله تعالى. وفي المعراج: إيقاع الطلاق مباح وإن كان مبغضا في الاصل عند عامة العلماء، ومن الناس من يقول لا يباح إيقاعة إلا لضرورة كبر سن أو ريبة لقوله عليه السلام لعن الله كل مذواق مطلاق ولنا إطلاق الآيات فإنه يقتضي الاباحة مطلقا، وطلق النبي صلى الله عليه وسلم حفصة رضي الله عنها فأمره الله تعالى أن يراجعها فإنها صوامة قوامة ولم يكن هناك ريبة ولا كبر سن، وكذا الصحابة رضي الله عنهم فإن عمر رضي الله عنه طلق أم عاصم، وابن عوف تماضر، والمغيرة بن شعبة أربع نسوة، والحسن بن علي رضي الله عنهما استكثر النكاح والطلاق بالكوفة فقال علي رضي الله عنه على المنبر: إن ابني هذا مطلاق فلا تزوجوه فقالوا: نزوجه ثم نزوجه ا ه. وقد روى أبو داود عن ابن عمر مرفوعا أبغض الحلال إلى الله تعالى عزوجل الطلاق (١). قال الشمني رحمه الله: فإن قيل هذا الحديث مشكل لان كون الطلاق مبغضا إلى الله عزوجل مناف لكونه حلالا لان كونه مبغضا يقتضي رجحان تركه على فعله، وكونه حلالا يقتضي مساواة تركه بفعله. أجيب: ليس المراد بالحلال ههنا ما استوى فعله وتركه بل ما ليس تركه بلازم الشامل للمباح والواجب والمندوب والمكروه ا ه. وبما ذكرناه عن المعراج تبين أن قوله في فتح القدير والاصح حظره إلا لحاجة اختيار للقول الضعيف وليس المذهب

***

[٤١٣]

عن علمائنا، وأما قوله ولا يخفى أن كلامهم فيما سيأتي من التعليل يصرح بأنه محظور لما فيه من كفران نعمة النكاح وإنما أبيح للحاجة والحاجة ما ذكرنا في بيان سببه فبين الحكمين منهم تدافع ا ه. فجوابه أنه لا تدافع بين كلامهم لان كلامهم هنا صريح في إباحته لغير حاجة ودعوى أن تعليلهم فيما سيأتي بأنه محظور خلاف الواقع منهم، وإنما قالوا في الاستدلال على بدعية الثلاث أن الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنياوية والاباحة للحاجة إلى الخلاص ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث. كذا في الهداية والمحيط وغيرهما. فهذا لا يدل على أنه محظور شرعا وإنما يفيد أن

***

[٤١٤]

الاصل فيه الحظر وترك ذلك بالشرع فصار الحل هو المشروع فهو نظير قو صاحب كشف الاسرار: إن الاصل في النكاح الحظر وإنما أبيح للحاجة إلى التوالد والتناسل، فهل يفهم منه أنه محظور فالحق إباحته لغير حاجة طلبا للخلاص منها لقوله تعالى * (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن) * (البقرة: ٢٣٦) وحمله على الحاجة ليس بصحيح. وفي غاية البيان: يستحب طلاقها إذا كانت سليطة مؤذية أو تاركة للصلاة لا تقيم حدود الله تعالى ا ه. وهو يفيد جواز معاشرة من لا تصلي ولا إثم عليه بل عليها ولذا قالوا في الفتاوى: له أن يضربها على ترك الصلاة ولم يقولوا عليه مع أن في ضربها على تركها روايتين ذكرهما قاضيخان، فقد علمت أنه مباح ومستحب وسيأتي أنه حرام بدعي. ويكون واجبا إذا فات الامساك بالمعروف كما في امرأة المجبوب والعنين بعد الطلب ولذا قالوا: إذا فاته الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه فوجب التسريح بالاحسان. وأما شرطه في الزوج فالعقل والبلوغ، وفي الزوجة أن تكون منكوحته أو في

عدته التي تصلح معها محلا للطلاق وهي المعتدة بعدة الطلاق لا المعتدة بعدة الوطئ والخلوة. وحاصل ما في فتح القدير أن المعتدة التي هي محل للطلاق هي كل معتدة عن طلاق أو بعد تفريق القاضي بإباء أحدهما عن الاسلام وبعد ارتداد أحدهما مطلقا فقط، فلا يقع الطلاق في عدة عن فسخ إلا في هاتين، ولا يقع

***

[٤١٥]

في العدة عن فسخ بحرمة مؤبدة كما إذا اعترضت الحرمة بتقبيل ابن الزوج، وكذا عن فسخ بحرمة غير مؤبدة كالفسخ بخيار العتق والبلوغ وعدم الكفاءة ونقصان المهر وسبي أحدهما ومهاجرته إلينا. وقد صرح في بحث خيار البلوغ بأن الاوجه وقوع الطلاق في العدة ونبهنا في ذلك المحل أن المنقول خلافه فالحق ما ذكره هنا من عدمه. وزاد في البدائع أن من شرائطه شرط الركن وهو اللفظ المخصوص أن لا يلحقه استثناء وأن لا يكون للطلاق انتهاء غاية فإنه لو قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث لم تقع الثلاث عند الامام. وأما حكمه فوقوع الفرقة مؤجلا إلى انقضاء العدة في الرجعي وبدونه في البائن. وأما محاسنه فالتخلص به من المكاره الدينية والدنيوية. وبه يعلم أن طلاق الدور واقع كما في القنية من آخر الايمان. وأما أقسامه فثلاثة: حسن وأحسن وبدعي وأما ألفاظه فثلاثة: صريح وما ألحق به وكناية وسيأتيان. قوله: (تطليقها واحدة في طهر لا وطئ فيه وتركها حتى تمضي عدتها أحسن) أي بالنسبة إلى البعض الآخر لا أنه في نفسه حسن فاندفع به ما قيل كيف يكون حسنا مع أنه أبغض الحلال، وهذا أحد قسمي المسنون فإنه حسن وأحسن. ومعنى المسنون هنا ما ثبت على وجه لا يستوجب عتابا لا أنه المستعقب للثواب لان الطلاق ليس عبادة في نفسه ليثبت له ثواب فالمراد هنا المباح. نعم لو وقعت له داعية أن يطلقها بدعيا فمنع نفسه إلى وقت السني يثاب على كف نفسه عن المعصية لا على نفس الطلاق ككف نفسه عن الزنا مثلا بعد تهئ أسبابه ووجود الداعية فإنه يثاب لا على عدم الزنا لان الصحيح أن المكلف به الكف لا العدم كما عرف في الاصول. وفي المعراج: إنما كان هذا القسم أحسن من الثاني لانه متفق عليه

***

[٤١٦]

بخلاف الثاني فإنه مختلف فيه فإن مالكا قال بكراهته لاندفاع الحاجة بالواحدة. قيد بالواحدة لان الزائد عليها بكلمة واحدة بدعي ومتفرقا ليس بأحسن، وسيأتي أن الواحدة البائنة بدعي فالمراد بالواحدة هنا الرجعية. وقيد بالطهر لانه في الحيض بدعي وقيد بعدم الوطئ لانه في طهر وطئها فيه بدعي لوقوع الندم باحتمال حملها. واستفيد منه أنه لو طلقها في طهر جامعها فيه بعد ظهور حملها لا يكون بدعيا من هذ القسم لفقد العلة وبه صرح في البدائع، وصرح أنه لو طلقها في طهر لا وطئ فيه لكن وطئ في الحيض قبله يكون بدعيا لوجود العلة. وعلم من مقابله أنه لا بد أن يكون الحيض الذي قبل هذا الطهر لا طلاق فيه ولا في بعضه جماع ولا طلاق، فلو قال كما في البدائع الاحسن تطليقها إذا كانت من ذوات الاقراء واحدة رجعية في طهر لا جماع فيه ولا طلاق فيه ولا في حيضه جماع ولا طلاق وتركها حتى تنقضي عدتها لكان أحسن. فإن قلت: عبارة المصنف في طهر لا وطئ فيه ولم يقيده بوطئه وعبارة المجمع في طهر لم يجامعها فيه فأي العبارتين أولى؟ قلت: يرد على كل منهما شئ أما على الكنز فالزنا فإنه إذا طلقها في طهر وطئها فيه غيره بزنافإنه سني مع أنه ما خلا عن الوطئ فيه، وأما على المجمع فوطئ غيره بشبهة فإن الطلاق في طهر لم يجامعها هو وإنما جامعها غيره بشبهة بدعي كما ذكره الاسبيجابي فكان ينبغي أن يستثني المصنف الزنا ويزيد في المجمع ولا غيره بشبهة، وخرج الحسن بقوله وتركها حتى تمضي عدتها ومعناه الترك من غير طلاق آخر لا الترك مطلقا لانه إذا راجعها لا يخرج الطلاق عن كونه أحسن كما ذكره الاسبيجابي. وفي المحيط: لو قال لها أنت طالق للسنة وهي طاهرة من غير جماع ولكن وطئها غيره فإن كان زنا وقع في هذا الطهر، وإن كان بشبهة لم يقع. قوله: (وثلاثا في إطهار حسن وسني) أي تطليقها ثلاثا في ثلاثة أطهار حسن وسني، وقد قدمنا أن كلا من الحسن والاحسن سني فتخصيص هذا باسم إطلاق السنة لا وجه له والمناسب تمييزه بالمفضول من طلاقي السنة. كذا في فتح القدير. لكن مشايخنا إنما خصوه باسم السنة لما أنه ورد في واقعه ابن عمر رضي الله عنهما ما هكذا أمرك الله قد أخطأت السنة. السنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء تطليقة. وخصوا الاول باسم الاحسن لما روي عن إبراهيم النخعي أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في

***

[٤١٧]

الطلاق على واحدة حين تمضي عدتها وأن هذا أفضل عندهم، ولا بد أن تكون الاطهار خالية عن الجماع فيها وفي حيض قبلها وعن طلاق فيه لان كلا منها يخرجه عن السنة. صرح به في الفوائد التاجية. ولا يخفى أن الكلام كله في المدخول بها، وأما غيرها فسيذكر حكمها. والتطليق في الطهر الاول صادق بكونه في أوله وفي آخره، واختلف فيه قيل الاولى التأخير إلى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة عليها. وقال صاحب الهداية: والاظهر أن يطلقها عقيب الطهر لانه لو أخر الايقاع ربما يجامعها ومن قصده أن يطلقها فيبتلي بالايقاع عقيب الوقاع وهو بدعي أي الاظهر من عبارة محمد. كذا في غاية البيان. ورجح الاول في فتح القدير بأنه أقل ضررا فكان أولى. وهو رواية عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ا ه. والمعتمد ما في الهداية لما ذكره ولانه إذا أخر إلى آخر ربما فجأها الحيض قبل التطليق فيفوت مقصوده. وفي المبسوط: وإذا كان الزوج غائبا وأراد أن يطلقها للسنة كتب إليها إذا جاءك كتابي هذا ثم حضت فطهرت فانت طالق لجواز أن يكون قد امتد طهرها الذي جامعها فيه، وإذا أراد أن يطلقها ثلاثا للسنة كتب ثم إذا حضت وطهرت فإنت طالق ثم إذا حضت وطهرت فأنت طالق، وإن شاء أوجز فكتب إذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق ثلاثا للسنة فيقع بهذا الصفة، وإن كانت لا تحيض كتب إذا جاءك كتابي هذا ثم أهل شهر فأنت طالق أو فأنت طالق ثلاثا للسنة ا ه. وهذه الكتابة على هذا الوجه واجبة كما في فتح القدير وفي البدائع، وذكر محمد رحمه الله تعالى في الرقيات أنه يكتب إليها إذا جاءك كتابي هذا فعلمت ما فيه ثم حضت وطهرت فأنت طالق وتلك الرواية أحوط ا ه. وظاهر قوله لجواز أن يكون قد امتد طهرها يدل على أنه لو سافر وهي حائض ولم يجامعها في ذلك الحيض فإنه يكتب لها إذا جاءك كتابي هذا فإنت طالق من غير حاجة إلى قوله ثم حضت فطهرت فإنه لم يجامعها في طهر الطلاق إلا أن يقال: جاز أن تكون وطئت بشبهة في غيبته وهو بعيد الوقوع، وأما الزنا فلا اعتبار به كما قدمناه. وفي المحيط: لو قال لها إذا طهرت من حيضة فأنت طالق للسنة فطهرت من حيضة ثم جاءت بولد لستة أشهر ويوم أو يومين منذ طلق لم تطلق لانه تبين أن ذلك لم يكن حيضا، وإن جاءت بولد لستة أشهر وثلاثة أيام طلقت لان الحيض تم في ثلاثة أيام وهذا الولد رجعة ا ه. قوله: (وثلاثا في طهر أو بكلمة بدعي) أي تطليقها ثلاثا متفرقة في طهر واحد أو ثلاثا بكلمة واحدة بدعي أي منسوب إلى البدعة. والمراد بها هنا المحرمة لانهم صرحوا بعصيانه، ومراده بهذا القسم ما ليس حسنا ولا أحسن ولذا قال في فتح القدير: طلاق البدعة ما خالف

***

[٤١٨]

قسمي السنة فدخل في كلامه ما لو طلق ثنتين بكلمة واحدة أو متفرقا أو واحدة في طهر قد جامعها فيه أو في حيض قبله، وأما الطلاق في الحيض فسيصرح به. وقد علم من تعليلهم الطلاق بالحاجة إلى الخلاص ولا حاجة فيما زاد على الواحدة أن البائنة بدعية وهو ظاهر الرواية لان الحاكم الشهيد في الكافي نص على أنه أخطأ السنة، وفي رواية الزيادات أنه لا يكره للحاجة إلى الخلاص ناجزا ويشهد لها أن أبا ركانة طلق امرأته ألبتة والواقع بها بائن ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم والقياس على الخلع. والجواب تجويز أن يكون أبو ركانة طلق قبل الدخول أو أنه أخر الانكار عليه لحال اقتضت تأخيره إذ ذاك، والخلع لا يكون إلا عند تحقق الحاجة وبلوغها النهاية، ولذا روي عن الامام أن الخلع لا يكره حالة الحيض. كذا في فتح القدير. وذكر الاسبيجابي أن الخلع لا يكره كما لا يكره حالة الحيض بالاجماع. وعلله في المحيط بأنه لا يمكن تحصيل العوض إلا به ا ه. ولم أر حكم ما إذا طلبت منه أن يطلقها ثلاثا بألف وقد يقال إنه يباح لانه لا يمكن تحصيل كمال الالف إلا بالثلاث حيث لم ترض إلا بها. وقد يجاب بأن ثلث العوض حاصل له بطلاقها واحدة جبرا عليها فيفوته كمال الالف لا كلها بخلاف الخلع فإنه إن لم يخلعها لا يستحق شيئا فافترقا. ولا حاجة إلى الاشتغال بالادلة على رد قول من أنكر وقوع الثلاث حملة لانه مخالف للاجماع كما حكاه في المعراج ولذا قالوا: لو حكم حاكم بأن الثلاث يفم واحد واحدة لم ينفذ حكمه لانه لا يسوغ فيه الاجتهاد لانه خلاف لا اختلاف. وفي جامع الفصولين: طلقها وهي حبلى أو حائض أو طلقها قبل الدخول أو أكثر من واحدة فحكم ببطلانه قاض كما هو مذهب البعض لم ينفذ، وكذا لو حكم ببطلان طلاق من طلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو في طهر جامعها فيه لا ينفذ ا ه. وقد صرح ابن عباس رضي الله عنهما للسائل الذي جاء يسأله عن الذي طلق ثلاثا بقوله عصيت ربك. وروى عبد الرزاق مرفوعا عنه عليه السلام بانت بثلاث في معصية الله تعالى. فقد أفاد الوقوع والعصيان

ولان الاصل في الطلاق الحظر وإنما أبيح للحاجة إلى الخلاص وهو يحصل بالواحدة فلا حاجة إلى ما زاد عليها، وقول الشافعي إنه مشروع فلا يكون محظورا دفع بأنه مشروع من حيث إنه واقع لحاجة لزوم فساد الدين والدنيا غير مشروع من حيث إنه إضرار أو كفران بلا حاجة. ثم اعلم أن البدعة في الجمع مقيدة بما
***
[٤١٩]
إذا لم يتخلل بين التطليقتين رجعة، فإن تخللت فلا يكره إن كانت بالقول أو بنحو القبلة واللمس عن شهوة، وأما إذا راجعها بالجماع فليس له ذلك بالاجماع لان هذا طهر فيه جماع، وإن راجعها بالجماع وأعلقها له أن يطلقها أخرى في قول أبي حنيفة وزفر. وقال أبو يوسف: ليس له أن يطلقها في هذا الطهر للسنة حتى يمضي شهر من التطليقة الاولى. ذكره الاسبيجابي. وفي المحيط: لو قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة وهو ممسك يدها بشهوة وقعت ثلاثا للسنة متعاقبا لان عنده يصير مراجعا بالمس عن شهوة والرجعة فاصلة عنده، وعندهما تقع واحدة للحال وتقع ثنتان في طهرين آخرين لان الرجعة غير فاصلة ا ه. وهذا كله على رواية الطحاوي ومشى عليها في المنظومة، وأما على ظاهر الرواية فكقولهما من أن الرجعة لا تكون فاصلة. كذا في المعراج. وهذا كله في تخلل الرجعة، أما لو تخلل النكاح فأقوال، والاوجه أنه على اختلاف الرواية عنه. وفي المصباح: البدعة اسم من الابتداع كالرفعة من الارتفاع غلب استعمالها على ما هو نقص في الدين أو زيادة لكن قد يكون بعضها غير مكروه فيمسى بدعة مباحة وهو ما شهد لجنسه أصل في الشرع، أو اقتضته مصلحة تندفب ها مفسدة كاحتجاب الخليفة عن اختلاف الناس ا ه. قوله: (وغير الموطوءة تطلق للسنة ولو حائضا) أي التي لم يدخل بها يجوز تطليقها للسنة واحدة ولو كانت حائضا بخلاف المدخول بها، والفرق أن الرغبة فيها متوفرة ما لم يذقها فطلاقها في حالة الحيض يقوم دليلا على تحقق الحاجة بخلاف المدخول بها وليس هو تعليلا في مقابلة النص أعني واقعة ابن عمر رضي الله عنهما لان فيه فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء والعدة ليس إلا للمدخول بها كما في فتح القدير، أو بدليل قوله عليه السلام فليراجعها والمراجعة بعد الدخول لا قبله كما في المعراج. والحاصل أن السنة في الطلاق من وجهين: سنة في الوقت، وسنة في العدد. فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها حتى لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا للسنة تقع للحال واحدة، سواء كانت حائضا أو طاهرة، ولا تقع عليها الثانية إلا بالتزويج، وكذا الثالثة بالتزويج ثالثا لان الطلاق السني المرتب في حق غير المدخول بها لا يتصور إلا على هذا الوجه. كذا في المعراج. والسنة في الوقت أعني الطهر الخالي عن الجماع يثبت في المدخول بها خاصة والخلوة كالدخول عندنا في حكم العدة ومراعاة وقت السنة في الطلاق لاجل العدة كما في المعراج، وهي واردة على المصنف إلا أن يقال إنها موطوءة حكما قوله: (وفرق على الاشهر فيمن لا تحيض) أي فرق الزوج الطلاق على أشهر العدة إذا كانت المرأة ممن لا تحيض لصغر أو كبر أو
***
[٤٢٠]
حمل لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى * (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم) * إلى أن قال * (واللائي لم يحضن) * (الطلاق: ٤) والاقامة في حق الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر. كذا في الهداية. والخلاف في أن الاشهر قائمة مقام الحيض والطهر أو مقام الحيض لا غير، وتصحيح الثاني قليل الجدوى لا ثمرة له في الفروع كذا في فتح القدير. وفي المعراج: وثمرة اختلاف أصحابنا تظهر في حق إلزام الحجة على البعض لاجماعهم أن الاستبراء يكتفي بالحيض على أن الشهر قائم مقام الحيض إذ التبع خلف الاصل بحاله لا بذاته ا ه. وفي البدائع: إذا وقع عليها ثلاث تطليقات في ثلاثة أطهار فقد مضى من عدتها حيضتان إن كانت حرة لان العدة بالحيض عندنا وبقيت حيضة واحدة، فإذا حاضت حيضة أخرى فقد انقضت عدتها، وإن كانت من ذوات الاشهر طلقها واحدة رجعية، وإذا مضى شهر طلقها أخرى، ثم إذا مضى شهر طلقها أخرى، ثم إذا كانت حرة وقع عليها ثلاث تطليقات ومضى من عدتها شهران وبقي شهر واحد من عدتها فإذا مضى شهر واحد فقد انقضت عدتها. وإن كانت أمة ووقع عليها تطليقتان في شهر بقي من عدتها نصف شهر، فإذا مضى نصف شهر فقد انقضت عدتها ا ه. والمراد بالصغيرة التي لم تبلغ تسع سنين على المختار، وبالكبيرة الآيسة وهي بنت خمس وخمسين على الاظهر. ودخل تحت من لا تحيض من بلغت بالسن ولم ترد ما أصلا فإن الطلاق يفرق على الاشهر أيضا. وإن لم تدخل تحت قوله وصح طلاقهن بعد الوطئ. وفي المحيط والبدائع: ولو طلقها وهي

صغيرة ثم حاضت فطهرت قبل مضي شهر فله أن يطلقها أخرى بالاجماع لان حكم الشهر قد بطل، وكذا لو طلق من تحيض ثم أيست فله أن يطلقها أخرى لتبدل الحال ولا تدخل الممتدة طهرها تحت من لا تحيض لما في البدائع: وأما الممتدة طهرها فإنها لا تطلق للسنة إلا واحدة لانها من ذوات الاقراء لانها قد رأت الدم وهي شابة ولم تدخل في حق الاياس إلا أنه امتد طهرها، ويحتمل الزوال ساعة فساعة فبقي أحكام ذوات الاقراء فيها، ولا تطلق ذات القرء في طهر لا جماع فيه للسنة إلا واحدة ا ه‍. فعلى هذا لو كان قد جامعها في الطهر وامتد لا يمكن تطليقها للسنة حتى تحيض ثم تطهر، وقد أشار إليه الشارح معللا بأن الحيض مرجو في حقها، وهي كثيرة الوقوع في الشابة التي لا تحيض زمان الرضاع، ولم يذكر المصنف رحمه الله تعالى اعتبار الاشهر بالايام أو بالاهلة قالوا: إن كان الطلاق في أول الشهر فتعتبر الشهور بالاهلة، وإن كان في وسطه ففي حق تفريق الطلاق يعتبر كل شهر بالايام وذلك ثلاثون يوما بالاتفاق، وكذلك في حق انقضاء العدة عند أبي
***
[٤٢١]
حنيفة، وعندهما يعتبر شهر واحد بالايام وشهران بالاهلة. كذا في المبسوط. وفي الكافي: الفتوى على قولهما لانه أسهل. والمراد بأول الشهر الليلة التي رؤي فيها الهلال كما في فتح القدير. قوله: (وصح طلاقهن بعد الوطئ) أي حل لان الكلام فيه لا في الصحة لانه لا يتوهم الحبل فيمن لا تحيض، والكراهة فيمن تحيض باعتباره لحصول الندم عند ظهوره. وهذا الوجه يقتضي في التي لا تحيض لا لصغر ولا لكبر بل اتفق امتداد طهرها متصلا بالصغر، وفي التي لم تبلغ بعد وقد وصلت إلى سن البلوغ أن لا يجوز تعقيب وطئها بطلاقها لتوهم الحمل في كل منهما. كذا في فتح القدير وقد قدمناه. وفي المحيط قال الحلواني رحمه الله: هذا في صغيرة لا يرجى حبلها، أما فيمن يرجى فالافضل له أن يفصل بين طلاقها ووطئها بشهر كما قال زفر، ولا يخفى أن قول زفر ليس هو في أفضلية الفصل بل للزوم الفصل كما في فتح القدير. وجوابه أنه ليس المراد التشبيه في الافضلية وإنما هو بأصل الفاصل وهو الشهر. وشمل كلامه الحامل وهو قولهما فيفصل بين تطليقتين بشهر. وقال محمد وزفر والائمة الثلاثة: لا يطلقها للسنة إلا واحدة كالممتد طهرها. ولهما أن الاباحة بعلة الحاجة وهي لا تندفع بالواحدة فشرع لدفعها عى وجه لا يعقب الندم للتفريق على أوقات الرغبة وهي الاطهار التي تلي الحيض ليكون كل طلاق دليلا على قيامها بخلاف الممتد طهرها لانها محل النص على نفي جواز الايقاع بالطهر الحاصل عقيب الحيض وهو مرجو في حقها كل لحظة ولا يرجى في الحامل ذلك قوله: (وطلاق الموطوءة حائضا بدعي) أي حرام للنهي عنه الثابت ضمن الامر في قوله تعالى * (فطلقوهن لعدتهن) * (الطلاق: ١) وقوله عليه السلام لابن عمر رضي الله عنهما حين طلقها فيه ما هكذا أمرك الله ولاجماع الفقهاء على أنه عاص قيد بالطلاق لان التخيير والاختيار والخلع في الحيض لا يكره كما قدمناه. وإذا أدركت الصبية فاختارت نفسها فلا بأس للقاضي أن يفرق بينهما في الحيض. كذا في المجتبى. ولما كان المنع منه فيه لتطويل العدة عليها كان النفاس كالحيض كما في الجوهرة، وما في المحيط من تعليل
***
[٤٢٢]
عدم كراهة الخلع فيه من أنه ليس بطلاق صريح والنص ورد بتحريم الطلاق الصريح فيه نظر لانه يقتضي أن الكنايات لا تكره في الحيض وليس كذلك للعلة المذكورة ويرد عليه الطلاق على مال فإنه لا يكره في الحيض كما صرح به في المعراج مع أنه صريح، وقد ذكر المصنف ثلاثة أنواع للبدعي وهي ثمانية: الرابع تطليقها ثنتين بكلمة. الخامس تطليقها ثنتين في طهر لم يتخلل بينهما رجعة. السادس تطليقها في طهر جامها فيه. السابع تطليقها في طهر لم يجامعها فيه لكن جامعها في حيض كان قبله. الثامن تطليقها في النفاس. قوله: (فيراجعها) أي وجوبا في الحيض للتخلص من المعصية بالقدر الممكن لان رفعه بعد وقوعه غير ممكن ورفع أثره وهو العدة بالمراجعة ممكن. ولم يذكر صفتها للاختلاف فاختار القدوري استحبابها لقول محمد في الاصل وينبغي له أن يراجعها فإنه لا يستعمل في الوجوب والاصح وجوبها لما قلنا وعملا بحقيقة الامر في قوله عليه السلام مر ابنك فليراجعها والاصل فيه أن لفظ الامر مشترك بين الصيغة النادبة والموجبة عند الشافعية حتى يصدق الندب مأمورا به فلا يلزم الوجوب من قوله مرابنك، وأما عندنا فمسمى الامر الصيغة الموجبة كما أن الصيغة حقيقة في الوجوب فيلزم الوجوب منها وإن كانت صادرة عن عمر رضي الله عنه لا النبي صلى الله عليه وسلم

لانه نائب عنه فيها فهو كالمبلغ للصيغة فاشتمل قوله مرابنك على وجوبين: صريح وهو الوجوب على عمر رضي الله عنه أن يأمر، وضمني وهو ما يتعلق بابنه عند توجه الصيغة إليه. قيدنا بقولنا في الحيض لانه لو لم يراجعها حتى طهرت تقررت المعصية. كذا في فتح القدير مستندا إلى أنه المفهوم من كلام الاصحاب عند التأمل، ويدل عليه حديث ابن عمر رضي الله عنهما في الصحيحين مرابنك فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر إلى آخره. وقد يقال: إن هذا ظاهر على رواية الطحاوي الآتية من أنها إذا طهرت طلقها، وأما على المذهب فينبغي أن لا تقرر المعصية حتى يأتي الطهر الثاني الذي هو أوان طلاقها قوله: (ويطلقها في طهر ثان) يعني إذا راجعها في الحيض أمسك عن طلاقها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فيطلقها ثانية ولا يطلقها في الطهر الذي طلقها في
***
[٤٢٣]
حيضته لانه كما قدمناه بدعي، وذكر الطحاوي أنه يطلقها في طهره وهو رواية عن أبي حنيفة لان أثر الطلاق انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في هذه الحيضة فيسن تطليقها في طهرها، والاول هو المذكور في الاصل وهو ظاهر الرواية كما في الكافي وظاهر المذهب وقول الكل كما في فتح القدير. ويدل له حديث الصحيحين مرابنك فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمسكها فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء (١) ولان السنة أن يفصل بين كل تطليقتين بحيضة والفاصل هنا بعض الحيضة قوله: (ولو قالموطوءته أنت طالق ثلاثا للسنة وقع عند كل طهر طلقة) لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لاجماع فيه. كذا في الهداية. وتعقب بأنه لا يستلزم الجواب لان المعنى حينئذ ثلاثا لوقت السنة وهذا يوجب تقييد الطلاق بإحدى جهتي سنة الطلاق وهو السني وقتا، وحينئذ فمراده ثلاثا في وقت السنة فيصدق بوقوعها جملة في طهر بالاجماع فيمتنع بهذا التقرير تعميم السنة في جهتيها. والتحقيق أن اللام للاختصاص فالمعنى الطلاق المختص بالسنة وهو مطلق فينصرف إلى الكامل وهو السني عددا ووقتا، فوجب جعل الثلاث مفرقا على الاطهار. كذا في فتح القدير. وجوابه أنه يلزم من السن وقتا السني عددا إذ لا يمكن إيقاع ثلاث على وجه السنة أصلا، وأما السني عددا فغير مستلزم للسني وقتا فإن الواحدة تكون سنة في طهر فيه جماع في الآيسة والصغيرة كما قدمناه. أطلقه فشمل ما إذا نواه أو لم ينوه، وقيد بالموطوءة لانه لو قال لغيرها ذلك وقعت للحال واحدة ولو كانت حائضا ثم لا يقع عليها قبل التزوج شئ ولا يحل اليمين لان زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها، فإن تزوجها وقعت الثانية، فإن تزوجها أيضا وقعت الثالثة فيفرق الثلاث على التزوجات كما في فتح القدير، فما في المعراج من أنه يقع الثلاث للحال بالاجماع سهو ظاهر. وأشار بقوله عند كل طهر إلى أنها من ذوات الحيض لانها لو كانت من ذوات الاشهر يقع للحال واحدة وبعد شهر أخرى، وكذا لو كانت حاملا عندهما خلافا لمحمد كما تقدم في طلاق الحامل. وأشار بذكر الثلاث وتفريقها على الاطهار إلى أنه لو قال أنت طالق للشهور يقع عند كل شهر تطليقة، ولو قال للحيض يقع عند كل حيض واحدة وتكره الثانية في رواية ولا تكره في أخرى. كذا في المبتغى بالمعجمة. والحيض بالجمع لا المصدر. وقيده
***
[٤٢٤]
في المعراج بأن ينوي الثلاث ولفظه: ولو قال أنت طالق للشهور أو الحيض ونوى ثلاثا كانت ثلاثا لانه أضاف الطلاق إلى ماله عدد ا ه. وفي المحيط: لو قال لها أنت طالق للحيض وليست من ذوات الحيض لا يقع الطلاق. وفي البدائع: ولو قال لامرأته وهي من ذوات الحيض أنت طالق للحيض وقع عند كل طهر من كل حيضة تطليقة لان الحيض الذي يضاف إليه الطلاق هي أطهار العدة ا ه. وهو مخالف للاول والظاهر خلافه لان الاضافة إنما هي للحيض لا للاطهار، وذكره في المحيض عن المنتقى. وأفاد بقوله عند كل طهر أنها لو كانت طاهرة وقته ولم يكن جامعها فيه وقعت للحال واحدة، وإن كانت حائضا أو جامعها في ذلك الطهر لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر. وفي البدائع: لو قال أنت طالق ثنتين للسنة وقعت الطلقتان عند كل طهر واحدة. قوله: (وإن نوى أن تقع الثلاث الساعة أو عند كل شهر واحدة صحت) أي نيته. أما الاولى فلان الثلاث سني وقوعا أي وقوعه بالسنة فتصح إرادته وتكون اللام للتعليل أي لاجل السنة التي أوجبت وقوع الثلاث فإن وقوعها مذهب أهل السنة خلافا للروافض، ولان وقوع الطلاق المجتمع سنة عند بعض الفقهاء فيحمل عليه عند النية، وعند عدمها يحمل على الكامل وهو السني وقوعا وإيقاعا. فإن قيل: الوقوع بدون الايقاع محال

فلما كان الوقوع سنيا كان الايقاع سنيا لامتناع أن يكون الشئ سنيا ولازمه بدعيا. قلت: الوقوع لا يوصف بالحرمة لانه حكم شرعي لا اختيار للعبد فيه وحكم الشرع لا يوصف بالبدعة، والايقاع فعل العبد فيوصف بالحرمة والبدعة فكان الوقوع أشبه بالسنة المرضية. كذا في الفوائد الظهيرية. وأما الثانية فلان رأس الشهر إما أن يكون زمان حيضها أو طهرها، فعلى الثاني هو سني وقوعا وإيقاعا، وعلى الاول هو سني وقوعا، فنية الثلاث عند رأس كل شهر واحدة مع العلم بأن رأس الشهر قد تكون حائضا فيه بنية الاعم من السني وقوعا وإيقاعا معا أو أحدهما. قيد بقوله ثلاثا لانه لو قال أنت طالق للسنة ولم يذكر ثلاثا وقعت واحدة للحال إن كانت في طهر لم يجامعها فيه، وإن كان قد جامعها أو كانت حائضا لا يقع شئ حتى تطهر فيقع واحدة، فلو نوى ثلاثا مفرقا على الاطهار صح لان المعنى في أوقات طلاق السنة، ولو نوى الثلاث جملة اختلف فيه فذهب صاحب الهداية وفخر الاسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات إلى عدم صحتها وإنما يقع به واحدة فقط، وذهب القاضي أبو زيد وشمس الائمة وشيخ الاسلام إلى أنه يصح فتقع الثلاث جملة كما تقع مفرقا على الاطهار. والاول أوجه كما في فتح القدير. ولو نوى واحدة بائنة لم تكن بائنة لان لفظ الطلاق لا يدل على البينونة، وكذا لفظ السنة بل يمنع ثبوت البينونة لان الابانة ليست بمسنونة على ظاهر الرواية، ولو نوى ثنتين لم تكن ثنتين لانه عدد محض بخلاف الثلاث لانه فرد من حيث إنه جنس كل

***

[٤٢٥]

الطلاق. ولو أراد بقوله طالق واحدة وبقوله للسنة أخرى لم يقع لان قوله للسنة ليست من ألفاظ الطلاق بدليل أنه لو قال لامرأته أنت للسنة لا يقع وإن نوى الطلاق. كذا في البدائع. وقيد باللام لانه لو صرح بالاوقات فقال أنت طالق ثلاثا أوقات السنة لا تصح نية الثلاث جملة، والفرق أن اللام تحتمل أن لا تكون للوقت فقد نوى محتمل كلامه، وأما التصريح بالوقت فغير محتمل غيره فانصرف إلى السنة الكاملة وهي السنة وقوعا وإيقاعا. كذا في المعراج. وهذا يقتضي أن لا فرق بين جمع الوقت وأفراده لانه مع التصريح به مفرد لا يحتمل غيره كما في المجمع ومراده اللام وما كان بمعناه. فلو قال أنت طالق في السنة أو على السنة أو مع السنة أو طلاق السنة فهو كاللام، وكذا السنة ليس بقيد بل مثلها ما كان بمعناها كطلاق العدل أو طلاقا عدلا وطلاق العدة أو للعدة أو طلاق الدين أو الاسلام أو أحسن الطلاق أو أجمله أو طلاق القرآن أو الكتاب. وذكر في المعراج أنه على ثلاثة أقسام: الاول جميع ما ذكرناه ومنه طلاق التحري، والثاني أن يقول أنت طالق في كتاب الله أو بكتاب الله أو مع كتاب الله، فإن نوى به طلاق السنة وقع في أوقاتها، وإن لم ينوها وقع في الحال لان كتاب الله يدل على وقوع الطلاق للسنة والبدعة فيحتاج إلى النية. والثالث أن يقول أنت طالق على الكتاب أو بالكتاب أو على قول القضاة أو على قول الفقهاء أو طلاق القضاة أو طلاق الفقهاء، فإن نوى السنة يدين ويقع في الحال في القضاء لان قول القضاء أو الفقهاء يقتضي الامرين، فإذا خصص يدين ولا يسمع في القضاء ا ه. وفي مختصر الجامع الكبير للصدر الشهيد: لو قال أنت طالق تطليقة للسنة يقف على محله بخلاف سنية أو عدلة أو عدلية أو حسنة أو جميلة لانه وصف للواقع وهناك الايقاع، ولو قال أحسن الطلاق أو أعد له أو أجمله توقف لحرف المبالغة، ولو قال تطليقة حسنة في دخولك الدار وشديدة في ضربك أو قوية في بطشك أو ظريفة في نقابك أو معتدلة في قيامك تتعلق، ولو لم يذكر التطليقة يتنجز لانه وصفها وتم وصفه ا ه. وفي المحيط: لو قال أنت طالق تطليقة حقا طلقت الساعة، ولو قال طلاق الحق كان للسنة، وقيد بالسنة لانه لو قال أنت طالق للبدعة أو طلاق البدعة ونوى الثلاث وقعت للحال، وكذا الواحدة في الحيض والطهر الذي فيه جماع، وإن لم تكن له نية، فإن كان في طهر فيه جماع أو في حال الحيض أو النفاس وقعت واحدة من ساعته، وإن كانت في طهر لا جماع فيه لا يقع للحال حتى تحيض أو يجامعها في ذلك الطهر. كذا في المعراج. وقد بحث

***

[٤٢٦]

بعض الطلبة بدرس الصرغتمشية أنه ينبغي أن تقع الثلاث بلا نية إذا كانت في طهر لم يجامعها فيه من غير توقف على الحيض أو الجماع لانه بدعي. فأجبته بأن البدعي على قسمين فاحش وأفحش كالاحسن والحسن في السني، فالثلاث أفحش وما دونها فاحش فلا ينصرف إلى الافحش إلا بالنية. وفي المحيط: لو أمر رجلا أن يطلق امرأته للسنة وهي مدخولة بها فقال لها الوكيل أنت طالق للسنة

أو قال إذا حضت وطهرت فأنت طالق فحاضت وطهرت لم يقع شئ لانه فوض إليه الطلاق في وقت السنة فلا يملك إيقاعه قبل وقت السنة كما لو قال له طلق امرأتي غدا فقال لها الوكيل أنت طالق غدا لا يقع إذا جاء غد حتى لو حاضت وطهرت ثم قال الوكيل أنت طالق طلقت. ولو قال له طلق امرأتي ثلاثا للسنة فطلقها ثلاثا للسنة للحال وقعت واحدة، وينبغي أن يطلقها أخرى في طهر آخر ثم يطلقها أخرى في طهر آخر ا ه. قوله: (ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ) لصدوره من أهله في محله وهو بيان للمحل وشرائطه، فأشار إلى محله بذكر الزوج فإنه الزوجة ولو حكما وهي المعتدة كما سبق، وأشار إلى شرطه بالبلوغ والعقل وهو تكليف الزوج، وقد صرح بمفهومه فيما يأتي، ولم يشترط أن يكون جادا فيقع طلاق الهازل به واللاعب للحديث المعروف ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والعتاق (١) ولا أن يكون خاليا عن شرط الخيار فيقع طلاق شارط الخيار في باب الطلاق بعوض وبغيره لنفسه ولها إلا في مسألة وهي ما إذا شرط لها في الطلاق بعوض لكونه من جانبها معاوضة مال كما سيأتي في الخلع، ولا أن يكون صحيحا ولا مسلما فيقع من المريض والكافر، ولا أن يكون عامدا فيقع طلاق المخطئ وهو الذي يريد أن يتكلم بغير الطلاق فيسبق على لسانه الطلاق، وكذا العتاق. وروى الكرخي أن في العتاق روايتين بخلاف الطلاق، وروى بشر أنهما سواء وهو الصحيح. الكل من البدائع. ولا أن يكون ناويا له لانه شرط في الكنايات فقط. واعلم أن طلاق الفضولين موقوف على

***

[٤٢٧]

إجازة الزوج، فإن أجازه وقع وإلا فلا، سواء كان الفضولي امرأة أو غيرها كما في المحيط. وفي الخانية: رجل قيل له إن فلانا طلق امرأتك أو أعتق عبدك فقال نعم ما صنع أو بئس ما صنع اختلفوا فيه، قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل: لا يقع الطلاق فيهما. رجل قال لغيره طلقت امرأتك فقال أحسنت أو قال أسأت على وجه الانكار لا يكون أجازة، ولو قال أحسنت يرحمك الله حيث خلصتني منها أو قال في إعتاق العبد أحسنت تقبل الله منك كان إجازة ا ه. وإنما لم يكن إجازة في نعم ما صنعت لحمله على الاستهزاء به. ولا فرق بين التنجيز والتعليق، فلو علقه الفضولي بشرط فأجاز الزوج جاز، فلو وجد الشرط قبل الاجازة ثم أجاز لم يقع حتى يوجد الشرط بعد الاجازة. كذا في المحيط. وفي القنية: لو طلق امرأة غيره فقال زوجها بئس ما صنعت قال الفقية أبو بكر: هو إجازة. ولو قول قال نعم ما صنعت لا يكون إجازة، وعندي على عكسه وبه أخذ الفقيه أبو الليث لانه الظاهر ا ه. وفي البزازية من فصل التعليق بالملك: وتطليق الفضولي والاجازة قولا وفعلا كالنكاح ا ه. فلو حلف لا يطلق فطلق فضولي إن أجاز بالقول حنث وبالفعل لا. ثم اعلم أنه إذا جميع بين منكوحته وغيرها في الطلاق بكلمة فقال إحداكما طالق فهل يقع الطلاق على منكوحته؟ فذكر في الخانية لو جمع بين منكوحته ورجل فقال إحداكما طالق لا يقع الطلاق على امرأته في قول أبي حنيفة، وعن أبي يوسف أنه يقع. ولو جمع بين امرأته وأجنبية وقال طلقت إحداكما طلقت امرأته، ولو قال إحداكما طالق ولم ينو شيئا لا تطلق امرأته. وعن أبي يوسف أنها تطلق. ولو جمع بين امرأته وما ليس بمحل للطلاق كالبهيمة والحجر وقال إحداكما طالق طلقت امرأته في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا تطلق. ولو جمع بين امرأته الحية والميتة وقال إحداكما طالق لا تطلق الحية ا ه. ولا يخفي أن الرجل ليس بمحل للطلاق وكذا الميتة فنيبغي الوقوع كما في البهيمة والحجر ولذا قالوا: لو قال أنا منك طالق لا يقع وإن نوى معللين بأنه ليس بمحل له لكن قال في المحيط: إن إضافة الطلاق إلى الرجل وإن لم تصح فحكمه يثبت في حقه وهو الحرمة، ولذا لو أضاف الزوج الحرمة والبينونة إلى نفسه صح فصار كالاجنبية ا ه. وفيها أيضا: إذا جمع بين امرأتين إحداهما صحيحة النكاح والاخرى فاسدة النكاح فقال إحداكما طالق لا تطلق صحيحة النكاح كما لو جمع بين منكوحة وأجنبية وقال إحداكما طالق. ولو كان له زوجتان اسم كل واحدة منهما زينب إحداهما صحيحة النكاح، والاخرى فاسدة النكاح فقال زينب طالق طلقت صحيحة

***

[٤٢٨]

النكاح وإن قال عنيت به الاخرى لا يصدق قضاء ا ه. وفيها أيضا: لو حلف ليطلقن فلانة اليوم ثلاثا وهي أجنبية فيمينه على التطليق باللسان كما لو حلف ليتزوجن فلانة اليوم وهي منكوحة الغير ومدخولته كانت اليمين على النكاح الفاسد ا ه. فالاجنبية محل له في الايمان. قوله: (ولو مكرها) أي ولو كان الزوج مكرها على إنشاء الطلاق لفظا خلافا للائمة الثلاثة لحديث رفع عن أمتي الخطأ والنسيان

وما استكرهوا عليه (١) ولنا ما أخرجه الحاكم وصححه ثلاث جدهن جد كما قدمناه. وما رووه من باب المقتضى ولا عموم له فلا يجوز تقدير الحكم الشامل لحكم الدنيا والآخرة بل إما حكم الدنيا وإما حكم الآخرة والاجماع على أن حكم الآخرة وهو المؤاخذة مراد فلا يراد الآخر معه وإلا يلزم عمومه. أطلقه فشمل ما إذا أكره على التوكيل بالطلاق فوكل فطلق الوكيل فإنه يقع. وفي الخانية: رجل أكرهه السلطان ليوكله بطلاق امرأته فقال الزوج مخافة الحبس والضرب أنت وكيل ولم يزد على ذلك وطلق الوكيل امرأته ثم قال الموكل لم أوكله بطلاق امرأتي قالوا: لا يسمع منه ويقع الطلاق لانه أخرج الكلام جوابا لخطاب الامر والجواب يتضمن إعادة ما في السؤال ا ه. وقيدنا بالانشاء لانه لو أكره على أن يقر بالطلاق فأقر لا يقع كما لو أقر بالطلاق هازلا أو كاذبا. كذا في الخانية من الاكراه. ومراده بعدم الوقوع في المشبه به عدمه ديانة لما في فتح القدير: ولو أقر بالطلاق وهو كاذب وقع في القضاء ا ه. وصرح في البزازية بأن له في الديانة إمساكها إذا قال أردت به الخبر عن الماضي كذبا وإن لم يرد به الخبر عن الماضي، أو أراد به الكذب أو الهزل وقع قضاء وديانة. واستثنى في القنية من الوقوع قضاء ما إذا أشهد قبل ذلك لان

***

[٤٢٩]

القاضي يتهمه في إرادته الكذب، فإذا أشهد قبله زالت التهمة، والاقرار بالعتق كالاقرار بالطلاق. وقيده البزازي بالمظلوم إذا أشهد عند استحلاف الظالم بالطلاق الثلاث أنه يحلف كاذبا قال: يصدق في الحرية والطلاق جميعا وهذا صحيح ا ه. وقيدنا بكونه على النطق لانه لو أكره على أن يكتب طلاق امرأته فكتب لا تطلق لان الكتابة أقيمت مقام العبارة باعتبار الحاجة ولا حاجة هنا. كذا في الخانية. وفي البزازية: أكره على طلاقها فكتب فلانة بنت فلان طالق لم يقع ا ه. وفي الخزانة لابي الليث: وجملة ما يصح معه ثمانية عشر شيئا: الطلاق والنكاح والرجعة والحف بطلاق أو عتاق وظهار وإيلاء والعتق وإيجاب الصدقة والعفو عن دم عمد وقبول المرأة الطلاق على مال والاسلام وقبول القاتل الصلح عن دم العمد على مال والتدبير والاستيلاد والرضاع واليمين والنذر ا ه. والمذكور في أكثر الكتب أنها عشرة: النكاح والطلاق والرجعة والايلاء والفئ والظهار والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر. ولم يذكر في الخزانة الفئ فصارت تسعة عشر، ويزاد قبول الوديعة. قال في القنية: أكره على قبول الوديعة فتلفت في يده فلمستحقها تضمين المودع ا ه. إن كان بفتح الدال وهو الظاهر فهي عشرون والتحقيق أنها ستة عشر لان الطلاق يشمل المعلق

***

[٤٣٠]

والمنجز والطلاق على مال والعتق كذلك، والنذر يشمل إيجاب الصدقة فالزائد على العشرة: الاسلام وقبول الصلح والتدبير والاستيلاد والرضاع وقبول الوديعة. وقد أطلق كثير صحة

***

[٤٣١]

إسلام المكره. وفي الخانية من السير: قيده بأن يكون حربيا وإن كان ذميا لا يكون إسلاما. وفي القنية: أكره على طلاق امرأته ثلاثا فطلق لم يصر فارا فلا ترث منه. قوله: (وسكران) أي ولو كان الزوج سكران لان الشارع لما خاطبه في حال سكره بالامر والنهي بحكم فرعي عرفنا أنه اعتبره كقائم العقل تشديدا عليه في الاحكام الفرعية، وقد فسروه هنا بمذهب أبي حنيفة وهو من لا يعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الارض، فإن كان معه من العقل ما يقوم به التكليف فهو كالصاحي. والحاصل أن المعتمد في المذهب أن السكران الذي تصح منه التصرفات من لا عقل له يميز به الرجل من المرأة إلى آخره. وبه يبطل قول من ادعى أن الخلاف فيه إنما هو فيه بمعنى عكس الاستحسان والاستقباح مع تمييزه الرجل من المرأة، والعجب ما صرح به في بعض العبارات من أنه معه من العقل ما يقوم به التكليف، ولا شك أن على هذا التقدير لا يتجه لاحد أن يقول لا تصح تصرفاته. وما في بعض نسخ القدوري من تقييد وقوع طلاق المكره والسكران بالنية فليس مذهبا لاصحابنا، ولانه إذا قال نويت به يجب أن يقع بالاجماع وفي البزازية. قال أمير المؤمنين عثمان رضي الله عنه: لا يقع طلاق السكران وبه أخذ الشافعي والطحاوي والكرخي ومحمد بن سلام ا ه. وقد اختاروا قولهما في تفسيره في وجوب الحد وهو الذي أكثر كلامه هذيان، واختاروا في نقض طهارته أنه الذي في مشيته خلل، وكذا في يمينه أن لا يسكر. أطلقه فشمل من سكر مكرها أو مضطرا فطلق. وقد جزم في الخلاصة بالوقوع معللا بأن زوال العقل حصل بفعل هو محظور

في الاصل وإن كان مباحا بعارض الاكراه ولكن السبب الداعي للحظر قائم فأثر قيام السبب في حق الطلاق ا ه. وصححه الشمني: وصحح قاضيخان في شرح الجامع الصغير وفتاواه عدم الوقوع، وكذ في غاية البيان معزيا إلى التحفة. وقال في فتح القدير: إنه الاحسن، وفي المحيط: إنه حسن لكنه خلاف إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن بعضهم قالوا لا يقع معذورا أو غير معذور، ومنهم من قال

***

[٤٣٢]

يقع في الحالين، فمن فرق بينهما كان قوله بخلاف قول الصحابة فيكون باطلا ا ه. وشمل أيضا من سكر من الاشربة المتخذة من الحبوب والعسل وهو قول محمد. وقال الامام الثاني: لا يقع. قال في فتح القدير: ويفتي بقول محمد لان السكر من كل شراب محرم ا ه. وصحح قاضيخان في فتاوه عدم الوقوع. وفي البزازية: المختار في زماننا لزوم الحد لان الفساق يجتمعون عليه، وكذا المختار وقوع الطلاق لان الحد يحتال لدرئه والطلاق يحتاط فيه، فلما وجب ما يحتال لان يقع ما يحتاط أولى. وقد طالب صدر الاسلام البزدوي نافي الحد بالفرق بينه وبين السكر من المباح كالمثلث فعجزوا ثم قال: وجدت نصا عن محمد على لزوم الحد. وشمل أيضا من غاب عقله بأكل الحشيش فطلق وهو المسمى بورق القنب، وقد اتفق على وقوع طلاقه فتوى مشايخ المذهبين الشافعية والحنفية لفتواهم بحرمته وتأديب باعته حتى قالوا: من قال بحله فهو زنديق. كذا في المبتغى بالمعجمة. وتبعه المحقق ابن الهمام في فتح القدير. وممن صرح بحرمة الحشيش والبنج والافيون الحدادي في الجوهرة في آخر الاشربة وصرح بتعزير آكله. وشمل أيضا من غاب عقله بالبنج والافيون فإنه يقع طلاقه إذا استعمله للهو وإدخال الآفات قصدا لكونه معصية، وإن كان للتداوي فلا لعدمها. وعن هذا قلنا إذا شرب الخمر فتصدع فزال عقله بالصداع فطلق لا يقع لان زوال العقل مضاف إلى الصداع لا إلى الشراب. كذا في فتح القدير وهو صريح في حرمة البنج والافيون لا للدواء. وفي البزازية: والتعليل ينادي بحرمته لا للتداوي ا ه. وفي الخانية من كتاب الخلع: سائر تصرفات السكران جائزة إلا الردة والاقرار بالحدود والاشهاد على شهادة نفسه. ومن كتاب السير: هذا إذا كان لا يعرف الارض من السماء، أما إذا كان يعرف فكفره صحيح. وفي باب حد الشرب: إن تصرفات السكران من المتخذة من الحبوب والفواكه الصحيح أنها لا تنفذ كما لا تنفذ من الذي زال عقله بالبنج: وفي الينابيع من الايمان: سكران وهب لزوجته درهما فقالت له إنك تسترده مني إذا صحوت فقال إن استرديته فأنت طالق ثم أخذه للحال وهو سكران لا يقع لان كلامه خرج جوابا لها. وفي المجتبى: سكر الوكيل فطلق لا يقع لان ضرره يرجع إلى الموكل ولم يجز ا ه. وهو ضعيف والصحيح كما في الظهيرية من الاشربة والخانية من الطلاق: الوقوع بخلاف ما إذا جن الوكيل فطلق. وفي القنية: سكران قرع الباب فلم يفتح له فقال إن لم تفتحي الباب الليلة فأنت طالق فلم يكن في الدار أحد فمضت الليلة ولم تفتح لا تطلق ا ه. وفي المحيط: سكران قال لآخر وهبت داري هذه منك ثم قال إن لم أقل من قلبي فامرأته طالق ثم أفاق ولم يذكر من هذا شيئا لا تطلق امرأته لانه

***

[٤٣٣]

في تلك الساعة في غاية النشاط فالظاهر أنه كان يقول من قلبه ا ه. وفي البزازية: وكله بالطلاق فطلقها في حال السكران كان التوكيل على طلاق بمال لا يقع، ولو كان التوكيل في حال الصحو والايقاع في حال السكر لا يقع، وإن كانا في حال السكر يقع إذا كان بلا مال، ولو كان بمال لا يقع مطلقا لان الرأي لا بد منه لتقدير البدل ا ه. وهو تفصيل حسن. قوله: (وأخرس بإشارته) أي ولو كان الزوج أخرس فإن الطلاق يقع بإشارته لانها صارت مفهومة فكانت كالعبارة في الدلالة استحسانا فيصح بها نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه. سواء قدر على الكتابة أولا. وقال بعض المشايخ: إن كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالاشارة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الاشارة. قال في فتح القدير: وهو قول حسن. ولا يخفى أن المراد بالاشارة التي يقع بها طلاقه الاشارة المقرونة بتصويت منه لان العادة منه ذلك فكانت الاشارة بيانا لما أجمله الاخرس ا ه. وإنما ذكر إشارته دون كتابته لما أنها لا تختص به لان غير الاخرس يقع طلاقه بكتابته إذا كان مستبينا، لا ما لا يستبين، فإن كان على وجه الرسم لا يحتاج إلى النية ولا يصدق في القضاء أنه عنى تجربة الخط ورسمها أن يكتب بسم الله الرحمن الرحيم، أما بعد إذا وصل إليك كتابي فأنت طالق، فإن كان معلقا بالاتيان إليها لا يقع إلا به، وإن لم يكن معلقا وقع عقيب الكتابة، وإن علقه بالمجئ إليها فوصل إلى أبيها مزقه ولم يدفعه إليها، فإن كان متصرفا في أمورها وقع وإلا لا وإن أخبرها ما لم يدفع إليها الكتاب الممزق. ولو كتب إليها إذا أتاك كتابي هذا فأنت طالق ثم نسخه في كتاب آخر

أو غيره فبلغا إليها تطلق تطليقتين ولا يدين في القضاء، ولو كتب إلى
***
[٤٣٤]
امرأته كل امرأة لي غيرك وغير فلانة فهي طالق ثم محى اسم الاخيرة ثم بعث بالكتاب لا تطلق وهذه حيلة عجيبة. كذا في المحيط. وذكر فيه مسألة ما إذا كتب مع الطلاق غيره من الحوائج ثم محى منه شيأ. وحاصله أنا لحوائج إن كتبها في أوله والطلاق في آخره فإن محى الحوائج فقط فوصل إليها لا تطلق، وإن محى الطلاق فقط طلقت. وإن كتب الطلاق أولا والحوائج آخرا انعكس الحكم، ولو كتب الطلاق في وسطه وكتب الحوائج قبله وبعده فإن محى الطلاق وترك ما قبله طلقت، وإن محى ما قبله أو أكثر لا تطلق، ولو جحده فبرهنت أنه كتبه بيده وقع قضاء كما في البزازية. وإن كان لا على وجه الرسم نحو أن يكتب إن جاء كتابي هذا فأنت طالق فهذا ينوي ويبين الاخرس نيته بكتابته. وقيد صاحب الينابيع الاخرس بكونه ولد أخرس أو طرأ عليه ودام وإن لم يدم لا يقع طلاقه. وقدر التمرتاشي الامتداد هنا بسنة، وذكر الحاكم أبو محمد رواية عن أبي حنيفة فقال: إن دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس. قال الشارح في آخر الكتاب قالوا: وعليه الفتوى ا ه. فعلى هذا إذا طلق من اعتقل لسانه توقف فإن دام به إلى الموت نفذ وإن زال بطل قوله: (أو حرا أو عبدا) للعمومات ولحديث ابن ماجه والدارقطني الطلاق لمن أخذ بالساق (١). قوله: (لا طلاق الصبي والمجنون) تصريح بما فهم سابقا للحديث كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون. والمراد بالجواز النفاذ كذا في فتح القدير. والاولى أن يراد به الصحة ليدخل تحته طلاق الفضولي فإنه صحيح غير نافذ. أطلق الصبي فشمل العاقل ولو مراهقا لفقد أهلية التصرف خصوصا ما هو دائر بين النفع والضرر. ونقل عن ابن المسيب وابن عمر رضي الله عنهم صحته منه ومثله عن ابن حنبل. قال في فتح القدير: والله أعلم بصحة هذه النقول. وإنما صح إسلامه لانه حسن لذاته لا يقبل السقوط ونفع له. ولو طلق الصبي ثم بلغ فقال أجزت ذلك الطلاق لا يقع، ولو قال أوقعته وقع لانه ابتداء إيقاع. كذا في الخانية. وفي البزازية: لو طلق رجل امرأة الصبي فلما بلغ الصبي قال أوقعت الطلاق الذي أوقعه فلان يقع، ولو قال أجزت ذلك لا يقع. وقال قبله: طلق النائم فلما انتبه قال لها طلقتك
***
[٤٣٥]
في النوم لا يقع، وكذا لو قال أجزت ذلك الطلاق، ولو قال أوقعت ذلك الطلاق يقع، ولو قال أوقعت الذي تلفظت به لا يقع، وكذا الصبي. والفرق أن قوله أوقعت ذلك يجوز أن يكون إشارة إلى الجنس، وقوله الذي تلفظت إشارة إلى الشخص الذي حكم ببطلانه فأشبه ما إذا قال لها أنت طالق ألفا ثم قال ثلاثا عليك والباقي على ضراتها لان الزائد على الثلاث غير عامل ا ه. وأراد بالمجنون من في عقله اختلال فيدخل المعتوه، وأحسن الاقوال في الفرق بينهما أن المعتوه هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكن لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون، ويدخل المبرسم والمغمى عليه والمدهوش. وفي الصحاح: البرسام داء معروف. وفي بعض كتب الطب إنه ورم حار يعرض للحجاب الذي بين الكبد والمعاثم يتصل بالدماغ، وهو معرب، وبرسم الرجل بالبناء للمفعول يقال برسام وبلسام وهو مبرسم ومبلسم ا ه. وفي الخانية: رجل عرف أنه كان مجنونا فقالت له امرأته طلقني البارحة فقال أصابني الجنون ولا يعرف ذلك إلا بقوله كان القول قوله. ثم قال: رجل طلق امرأته وهو صاحب برسم فلما صح قال قد طلقت امرأتي ثم قال إني كنت أظن أن الطلاق في تلك الحالة لا يقع كان واقعا. قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: حين ما أقر بالطلاق إن رده إلى حالة البرسام بأن قال قد طلقت امرأتي حالة البراسم فالطلاق غير واقع، وإن لم يرده إلى حالة البرسام فهو مأخوذ بذلك قضاء. وقال الفقيه أبو الليث: هذا إذا لم يكن إقراره بذلك في حالة مذاكرة الطلاق ا ه. وفيه أيضا: لو قال لامرأته طلقي نفسك إذا شئت ثم جن الرجل جنونا مطبقا ثم طلقت المرأة نفسها قال محمد: كل شئ يملك الزوج أن يرجع عن كلامه يبطل بالجنون، وكل شئ لم يملك أن يرجع عن كلامه لا يبطل بالجنون. وفيها أيضا: لو جن الموكل بطلت وكالته إن جن زمانا طويلا، وإن كان ساعة لا تبطل ولم يوقت أبو حنيفة فيه شيأ ا ه قوله: (والنائم) أي لا يقع طلاق النائم، فلو قال لها بعدما استيقظ طلقتك في النوم أو أجزت ذلك الطلاق أو أوقعت ما تلفظت

به حالة النوم لا يقع، ولو قال أوقعت ذلك الطلاق أو جعلته طلاقا وقع وفيه من البحث ما قدمناه في طلاق الصبي.
***
[٤٣٦]
قوله: (والسيد على امرأة عبده) أي لا يقع لما روينا. وفي الخانية من فصل النكاح على الشرط المولى: إذا زوج أمته من عبده إن بدأ العبد فقال زوجني أمتك هذه على أن أمرها بيدك تطلقها كما شئت فزوجها منه يجوز النكاح ولا يكون الامر بيد المولى، ولو ابتدأ المولى فقال زوجتك أمتي على أن أمرها بيدي أطلقها كما أريد فقل العبد قبلت جاز النكاح ويكون الامر بيد المولى ا ه. فإن قلت: ما الحيلة في صيرورة الامر بيده من غير توقف على قبول العبد فإن في هذه الصورة قد تم النكاح بقول المولى زوجتك أمتي فيمكن العبد أن لا يقبل فلا يصير الامر بيد المولى؟ قلت: يمتنع المولى من تزويجه حتى يقول العبد قبل التزويج إذا تزوجتها فأمرها بيدك أبدا ثم يزوجها المولى له فيكون الامر بيد المولى ولا يمكنه إخراجه أبدا، والفرع مذكور في الخانية أيضا في ذلك الفصل قوله: (واعتباره بالنساء) أي اعتبار عدده بالمرأة فطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها أو عبدا، وطلاق الحرة ثلاثة حرا كان زوجها أو عبدا لحديث أبي داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني عن عائشة رضي الله عنها ترفعه طلاق الامة اثنتان وعدتها حيضتان (١) جعل طلاق جنس الاماء ثنتين لانه أدخل لام الجنس على الاماء كأنه قال: طلاق كل أمة ثنتان من غير فصل بينما إذا كان زوجها حرا أو عبدا. والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فعن علي وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما مثل قولنا، وعن عثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهما مثل قول الائمة الثلاثة من أن اعتبار عدده بالزوج، ولا خلاف أن العدة تعتبر بحال المرأة، وتمامه في البدائع وفي فتح القدير. ونقل عن الشافعي أنه لما قال عيسى ابن أبان له: أيها الفقيه، إذا ملك الحر على امرأته الامة ثلاثا كيف يطلقها للسنة؟ قال: يوقع عليها واحدة، فإذا حاضت وطهرت أوقع عليها أخرى، فلما أراد أن يقول فإذا حاضت وطهرت قال له: حسبك قد انقضت عدتها، فلما
***
[٤٣٧]
تحير رجع فقال: ليس في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة ا ه. والله سبحانه وتعالى أعلم. باب الطلاق أي ألفاظه. وفي فتح القدير: ما تقدم كان ذكر الطلاق نفسه وأقسامه الاولية السني والبدعي وإعطاء لبعض الاحكام تلك الكليات وهذا الباب لبيان أحكام جزئيات تلك الكليات فإن المورد فيه خصوص ألفاظ كانت طالق ومطلقة وطلاق لاعطاء أحكامها هكذا أو مضافة إلى بعض المرأة وإعطاء حكم الكلي وتصويره قبل الجزئي فنزل منزلة تفصيل يعقب إجمالا، فظهر أن المراد به بيان أحكام ما به الايقاع والوقوع لا أنه أراد المعنى المصدري الذي لا تحقق له خارجا ا ه قوله: (الصريح كانت طالق ومطلقة وطلقتك) بتشديد اللام من مطلقة أما بتخفيفها فملحق بالكناية كما قدمناه. وإنما كانت هذه الثلاثة صرائح لانها استعملت فيه دون غيره، فإن الصريح في أصول الفقه ما غلب استعماله في معنى بحيث يتبادر حقيقة أو مجازا، فإن لم يستعمل في غيره فأولى بالصراحة. وهو في اللغة إما من صرح خلص من تعلقات الغير وزنا ومعنى فهو صريح، وكل خالص صريح ومنه قول صريح وهو الذي لا يحتاج إلى إضمار أو تأويل. كذا في المصباح. أو من صرحه أظهره. وفي الفقه هنا ما استعمل في الطلاق دون غيره كما في الوقاية، وقد وقع في الهداية تدافع فإنه علل كونها صرائح بالاستعمال في معنى الطلاق دون غيره وكونها لا تفتقر إلى النية بأنه صريح فيه لغلبة الاستعمال فإن الموصوف بالغلبة هنا هو ما وصفه بعدم الاستعمال في الطلاق لا في غيره، والغلبة في مفهومها الاستعمال في الغير قليلا للتقابل بين الغلبة والاختصاص. كذا في فتح القدير. ولو حمل العبارة الاولى على الغالب لاندفع. وفي التتمة: إذا قال طلقتك آخر الثلاث تطليقات فثلاث، ولو قال أنت طالق آخر ثلاث تطليقات فواحدة، والفرق دقيق حسن. ولو
***
[٤٣٨]
قال أنت طالق تمام ثلاث أو ثالث ثلاثة فهي ثلاثة ا ه. وفيها أيضا: لو قال أنت طالق واحدة تكون ثلاثا أو تصير ثلاثا أو تعود ثلاثا أو تتم ثلاثا فهي ثلاث ا ه. وأفاد بالكاف عدم حصر الصريح في الثلاثة فإنه سيذكر أن منه المصدر كانت الطلاق، ومنه ما في الخانية شئت طلاقك ورضيت طلاقك وأوقعت عليك طلاقك وخذي طلاقك ووهبت لك طلاقك، ولو قال أردت طلاقك لا يقع ا ه.

ومنه أودعتك طلاقك رهنتك طلاقك على الاصح لان الايداع والرهن لا يكونان إلا للموجود، وأعرتك طلاقك صار الامر بيدها. كذا في الصيرفية. ومنه أنت أطلق من فلانة كما في الخانية لو قالت لزوجها قد طلق فلان زوجته فطلقني فقال الزوج فأنت أطلق منها فهي طالق، وكذا لو قال أنت أطلق من فلانة ا ه. وذكر الولوالجي أنه من الكنايات، وجعله في الخلاصة من الكنايات إلا أن يكون جوابا لسؤالها الطلاق كما إذا قالت فلان طلق امرأته فطلقني فقال أنت أطلق منها أو أبين منها طلقت ولا يدين ا ه. وهو الظاهر. ومنه يا طالق أو يا مطلقة بالتشديد، ولو قال أردت
***
[٤٣٩]
الشتم لا يصدق قضاء ويدين. كذا في الخلاصة. لو كان لها زوج طلقها قبل فقال أردت ذلك الطلاق صدق ديانة باتفاق الروايات، وقضاء في رواية أبي سليمان وهو حسن كما في فتح القدير، وهو الصحيح كما في الخانية، لو لم يكن لها زوج لا يصدق. وكذا لو كان لها زوج قد مات، ولو قال قولي أنا طالق لا تطلق حتى تقولها. وفي فتح القدير: لو قال لها خذي طلاقك فقالت أخذت اختلف في اشتراط النية وصحح الوقوع بلا اشتراطها ا ه. وظاهره أنه لا يقع حتى تقول المرأة أخذت ويكون تفويضا، وظاهر ما قدمناه عن الخانية خلافه. وفي البزازية معزيا إلى فتاوى صدر الاسلام: والقاضي لا يحتاج إلى قولها أخذت ويقع بالتهجي كانت ط ل ق، وكذا لو قيل له طلقتها فقال ن ع م أو بلى بالهجاء، وإن لم يتكلم به. أطلقه في الخانية ولم يشترط النية وشرطها في البدائع. ومنه طلقك الله كأعتقك الله فلا يتوقفان على نية كما في الواقعات، وأوقفها عليها في العيون وهو الحق كما في فتح القدير. وليس منه أطلقك بصيغة المضارع إلا إذا غلب استعماله في الحال كما في فتح القدير، وفي الصيرفية: سئل الفقيه أبو الليث عمن قال لجماعة كل من كان له امرأة مطلقة فليصفق بيديه فصفقوا طلقن، وقيل لا. وفيها: قالت له طلقني فقال أطلقك وقع عند مشايخ سمرقند. ومنه الالفاظ المصحفة وهي خمسة تلاق وتلاغ وطلاغ وطلاك وتلاك فيقع قضاء ولا يصدق إلا إذا أشهد على ذلك قبل التكلم بأن قال امرأتي تطلب مني الطلاق وأنا لا أطلق فأقول هذا، ولا فرق بين العالم والجاهل وعليه الفتوى. ومنه ثلاث تطليقات عليك طلقت ثلاثا، وكذا لو قال لعبده العتاق عليك يعتق، ولو قال لرجل عليك هذا العبد بألف فقال قبلت يكون بيعا كما في الخانية. وفي فتح القدير: لو قال عليك الطلاق أو لك اعتبرت النية، وليس منه لله علي طلاق امرأتي فلا يلزمه شئ كما في الاصل. واختلفوا فيما لو قال طلاقك علي واجب أو لازم أو ثابت أو فرض، قيل يقع في الكل بلا نية، وقيل لا وإن نوى وقيل نعم بالنية. وصحح الصدر الشهيد في شرح المختصر عدمه في الكل عند
***
[٤٤٠]
الامام، وصحح في الواقعات الوقوع في الكل، وفرق الفقيه أبو جعفر فأوقع في واجب ونفى في غيره. كذا في الخانية. وفي فتاوى الخاصي: المختار الوقوع في الطلاق في الكل لان الطلاق لا يكون واجبا أو ثابتا بل حكمه وحكمه لا يجب ولا يثبت إلا بعد الوقوع وفرق بينه وبين العتاق. وفي فتح القدير: وهذا يفيد أن ثبوته اقتضاء ويتوقف على نيته إلا أن يظهر فيه عرف فاش فيصير صريحا فلا يصدق قضاء في صرفه عنه وفيما بينه وبين الله تعالى إن قصده وقع وإلا لا فإنه يقال هذا الامر علي واجب بمعنى ينبغي أن أفعله لا أني فعلته فكأنه قال ينبغي أن أطلقك ا ه. والمعتمد عدم الوقوع في الكل لانه المذكور في الاصل. وفي البزازية: والمختار عدم الوقوع. وفي فتح القدير: وقد تعورف في عرفنا في الحلف الطلاق يلزمني لا أفعل كذا يريد أن فعلته لزم الطلاق ووقع فوجب أن يجري عليهم لانه صار بمنزلة قوله إن فعلت كذا فأنت طالق، وكذا تعارف أهل الارياف الحلف بقوله علي الطلاق لا أفعل. فإن قلت: الكتابة
***
[٤٤١]
من الصريح أو من الكناية قلت: إن كانت على وجه الرسم معنونة فهي صريح وإلا فكناية. وإن كتب على الهواء والماء فليس صريحا ولا كناية. وكذا لا يقع بالنية وقدمناه. وفي البزازية من فصل الاختيار: قال للكاتب اكتب أني إذا خرجت من المصر بلا إذنها فهي طالق واحدة فلم تتفق الكتابة وتحقق الشرط وقع. وأصله أن الامر بكتابة الاقرار إقرار، كتب أم لا ا ه. ومنه كوني طالقا أو اطلقي كما

في الخانية، ومثله قوله لامته كوني حرة تعتق كما في فتح القدير، ومنه أخبرها بطلاقها، بشرها بطلاقها، احمل إليها طلاقها، أخبرها أنها طالق، قل لها إنها طالق، فتطلق للحال ولا يتوقف على وصول الخبر إليها ولا على قول المأمور ذلك. ولو قال قل لها أنت طالق لا يقع ما لم يقل لها المأمور ذلك، ولو قال اكتب لها طلاقها فينبغي أن يقع الطلاق للحال كما لو قال احمل إليها طلاقها أو اكتب إلى امرأتي أنها طالق. كذا في الخانية. وليس منه نساء العالم أو الدنيا طوالق فلا تطلق امرأته بخلاف نساء هذه البلدة أو هذه القرية طوالق وفيها امرأته طلقت. وعن أبي يوسف: لو قال نساء بغداد طوالق وفيها امرأته لا تطلق. وقال محمد: تطلق. كذا في الخانية. وجزم بالوقوع في البزازية في نساء المحلة والدار والبيت، وجعل الخلاف إنما هو نساء القرية. ومنه أنت طالق في قول الفقهاء أو القضاة أو المسلمين أو القرآن أو قول فلان القاضي أو المفتي فتطلق قضاء ولا تطلق ديانة إلا بالنية كما في الخانية. ومنه أنت مني ثلاثا وإن لم ينو كما في الخانية، وليس منه
***
[٤٤٢]
أحسبها مطلقة كما في الخانية. وقيد بخطابها لانه لو قال حلفت بالطلاق ولم يضف إليها لا يقع كما في البزازية من الايمان. وعبارتها: قال لها لا تخرجي من الدار إلا بإذني فإني حلفت بالطلاق فخرجت لا يقع لعدم ذكر حلفه بطلاقها، ويحتمل الحلف بطلاق غيرها فالقول له ا ه‍. وذكر اسمها أو إضافتها إليه كخطابه كما بينا، فلو قال طالق فقيل له من عنيت؟ فقال: امرأتي. طلقت امرأته. ولو قال امرأة طالق أو قال طلقت امرأة ثلاثا وقال لم أعن به امرأتي يصدق، ولو قال عمرة طالق وامرأته عمرة وقال لم أعن به امرأتي طلقت امرأته ولا يصدق قضاء، وكذا لو قال بنت فلان طالق ذكر اسم الاب ولم يذكر اسم المرأة وامرأته بنت فلان وقال لم أعن امرأتي لا يصدق قضاء وتطلق امرأته، وكذا لو لم ينسبها إلى أبيها وإنما نسبها إلى أمها أو ولدها تطلق. كذا في الخانية. زاد في فتح القدير: أو نسبها إلى أختها. وفي موضع آخر منها: رجل قال امرأته عمرة بنت صبيح طالق وامرأته عمرة بنت حفص ولا نية له لا تطلق امرأته، وإن كان صبيح زوج أم امرأته وكانت تنسب إليه وهي في حجره فقال ذلك وهو يعلم نسب امرأته أو لا يعلم طلقت امرأته ولا يصدق قضاء، وفيما بينه وبين الله تعالى لا يقع إن كان يعرف نسبها وإن كان لا يعرف يقع ديانة. وإن نوى امرأته في هذه الوجوه
***
[٤٤٣]
طلقت قضاء وديانة، ولو قال امرأته الحبشية طالق وامرأته ليست بحبشية لا يقع، ولو كان له امرأة بصيرة فقال امرأته هذه العمياء طالق، وأشار إلى البصيرة تطلق البصيرة ولا تعتبر التسمية ولا الصفة مع الاشارة ا ه‍. وفي المحيط: الاصل أنه متى وجدت النسبة وغير اسمها بغيره لا يقع لان التعريف لا يحصل بالتسمية متى بدل اسمها لان بذلك الاسم تكون امرأة أجنبية، ولو بدل اسمها وأشار إليها يقع ثم قال: ولو قال امرأتي بنت صبيح أو بنت فلان التي في وجهها خال طالق ولم يكن لها خال، وكذا التي هي عمياء أو زمنى وهي بصيرة صحيحة طالق طلقت، وذكر العمى والزمن باطل لانه عرف امرأته بالنسبة ووصفها بصفة فصح التعريف ولغت الصفة. ولو قال امرأتي عمرة أم ولدي هذه الجالسة طالق ولا نية له والجالسة غيرها وليست بامرأته لم تطلق لانه سماها وأشار والعبرة للاشارة لا للتسمية ا ه‍. ومنه في موضع آخر: رجل له أربع نسوة فقال أنت ثم أنت ثم أنت ثم أنت طالق طلقت الرابعة لا غير لانه ما أوصل الايقاع إلا بالرابعة لان كلمة ثم تقطع الوصل ا ه‍. وهو يفيد أنه لو كان بالواو وقع على الكل لانها للوصل الجمع. وصرح في الظهيرية بأن الواو كذلك وعبارتها: ولو قال أنت طالق واحدة وواحدة تقع واحدة، ولو قال أنت طالق وأنت يقع ثنتان. وفي الفتاوى: واحدة. ولو قال وأنت لامرأة أخرى يقع عليها، ولو قال أنت طالق وأنتما للاولى والثانية يقع على الاولى ثنتان وعلى الثانية واحدة. ولو قال أنت طالق أولا بل أنت يقع واحدة، ولو قال ثانيا أنت للاخرى لا يقع بدون النية، فأما وأنت تقع واحدة كقوله هذه طالق وهذه يقع عليها، ولو قال هذه وهذه طالق طلقتا، ولو قال هذه هذه طالق لم تطلق الاولى إلا أن يقول طالقان، ولو قال هذه طالق هذه لم يقع على الاخرى بدون النية، ولو قال لهن أنت ثم أنت ثم أنت طالق طلقت الاخيرة، وكذا بحرف الواو. ولو قال طوالق طلقن، ولو قدم الطلاق طلقن، ولو قال هذه طالق معك لم يقع على المخاطبة إلا بالنية ا ه‍. وسيأتي ما إذا نادى امرأته فأجابه غيرها. وفي موضع آخر منها: لو قال امرأته طالق ولم يسم وله امرأة معروفة طلقت استحسانا، ولو قال لي امرأة أخرى وإياها عنيت لا يقبل قوله إلا أن يقيم

البينة. ولو قال امرأته طالق وله امرأتان كلتاهما معروفة كان له أن يصرف الطلاق إلى أيتهما شاء. وفي البزازية من الايمان: إن فعلت كذا فامرأته طالق وله امرأتان أو أكثر طلقت واحدة والبيان إليه، وإن طلق إحداهما بائنا أو رجعيا ومضت عدتها ثم وجد الشرط تعينت الاخرى للطلاق، وإن كان لم تنقض العدة فالبيان إليه ا ه. وفي الخانية: ولو قال لامرأتي علي ألف

***

[٤٤٤]

درهم وله امرأة معروفة فقال لي امرأة أخرى والدين لها كان القول قوله، ولو قال امرأتي طالق ولها علي ألف درهم فالطلاق والدين للمعروفة ولا يصدق في الصرف إلى غيرها، وكذا لو بدأ بالمال فقال لامرأتي علي ألف درهم وهي طالق، ولو قال امرأتي طالق ثم قال لامرأتي علي ألف درهم ثم قال لي امرأة أخرى وإياها عنيت صدق في المال ولا يصدق في الطلاق. ولو كان له امرأتان لم يدخل بهما فقال امرأتي طالق امرأتي طالق ثانيا، فإن قال أردت واحدة منهما لا يقبل، وكذا لو قال امرأتي طالق وامرأتي طالق ثانيا وكذلك العتق، ولو كان دخل بهما فقال امرأتي طالق امرأتي طالق كان له أن يوقع الطلاقين على إحداهما ا ه. وفي المحيط: لو قال فلانة طالق ولم يسم باسمها إن نوى امرأته يقع وإلا فلا، لان فلانة اسم مشترك يتناول امرأته والاجنبية. وأطلق اللام في طالق فشمل ما إذا فتحها فإنه يقع لانه مما يجري على لسان الناس خصوصا في الغضب والخصومة، فلو كان تركيا وقال أردت به الطحال وفي التركية يقال للطحال طالق لا يصدق قضاء. كذا في الخانية. ولو حذف القاف من طالق فقال أنت طال فإن كسر اللام وقع بلا نية، وإلا فإن كان في مذاكرة الطلاق والغضب فكذلك وإلا توقف على النية. كذا في الخانية. وفي الجوهرة: لو قال أنت طال لم يقع إلا بالنية إلا في حال مذاكرة الطلاق أو الغضب، ولو قال يا طال بكسر اللام وقع الطلاق وإن لم ينو ا ه. وهذا هو الظاهر. وإن حذف اللام فقط فقال أنت طاق لا يقع وإن نوى، ولو حذف اللام والقاف بأن قال أنت طا وسكت أو أخذ انسان فمه لا يقع وإن نوى لان العادة ما جرت بحذف حرفين من آخر الكلام. وأطلق في طالق ومطلقة فشمل ما إذا سماها به فإنه يقع بخلاف ما إذا سماه حرا وناداه، والفرق أن الحر اسم صالح فصحت التسمية به وهو اسم لبعض الناس، وأما المطلقة والطالق فليس اسما صالحا فلا تصح التسمية. كذا ذكر المحبوبي في التلقيح وهو ضعيف، والمعتمد ما في الخانية من عدم الفرق،

***

[٤٤٥]

واعتمده في فتح القدير وروى فيه أثرا عن عمر رضي الله تعالى عنه. وفي المحيط: لو قالت المرأة أنا طالق فقال الزوج نعم كانت طالقا إن نوى به طلاقا مستقبلا، وإن نوى به الخبر عما مضى وقع. وفي البزازية: قالت له أنا طالق فقال نعم طلقت ولو قالت طلقني فقال نعم لا وإن نوى ا ه. ولو قال لآخر هل امرأتك إلا طالق فقال الزوج لا تطلق ولو قال نعم لا تطلق لان في الاول صار قائلا ليس امرأتي إلا طالق، وفي الثاني صار قائلا نعم امرأتي غير طالق ا ه. وكذا في الخانية. ولو قيل له ألست طلقتها فقال بلى طلقت، ولو قال نعم لا تطلق، والذي ينبغي عدم الفرق فإن أهل العرف لا يفرقون بل يفهمون منهما إيجاب المنفي. كذا في فتح القدير. قوله: (وتقع واحدة رجعية وإن نوى الاكثر أو الابانة أو لم ينو شيئا) بيان لاحكام الصريح وهي ثلاثة: الاول وقوع الرجعي به ولا تصح نية الابانة لقوله تعالى * (وبعولتهن أحق بردهن) * (البقرة: ٢٢٨) بعد صريح طلاقه المفاد بقوله تعالى * (والمطلقات يتربصن) * (البقرة: ٢٢٨) فعلم أن الصريح يستعقبها للاجماع على أن المراد بالبعولة في الآية المطلقون صريحا، حقيقة كان أو مجازا، غير متوقف على إثبات كون المطلق طلاقا رجعيا بعلا حقيقة، ويدل عليه أيضا قوله تعالى * (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) * (البقرة:

***

[٤٤٦]

٢٢٩) فإنه أعقبه الرجعة التي هي المراد بالامساك. وفي الصيرفية: لو قال لها أنت طالق ولا رجعة لي عليك فرجعية، ولو قال على أن لا رجعة لي عليك فبائن ا. أطلق وقوع الرجعي به لان الطلاق عند تسمية مال أو في مقابلة إبراء أو عند وصفه بما ينبئ عن الشدة أو عند تقدم طلاق بائن ليس منه فلا حاجة إلى الاحتراز عنه بشئ، وإن كان من الصريح فالمراد عند عدم العارض وفي هذه المواضع البينونة للعارض، واختار الاول في فتح القدير، واختار الثاني في البدائع مقتصرا عليه فقال: الصريح نوعان: صريح رجعي وصريح بائن.

فالصريح الرجعي أن يكون الطلاق بعد الدخول حقيقة ليس مقرونا بعوض ولا بعدد الثلاث لا نصا ولا إشارة ولا موصوفا بصفة تنبئ عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف ولا مشبه بعدد أو صفة تدل عليها. وأما الصريح البائن فبخلافه وهو أن يكون بحروف الابانة أو بحروف الطلاق لكن قبل الدخول حقيقة أو بعده لكن مقرونا بعدد الثلاث نصا أو إشارة أو موصوفا بصفة تنبئ عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف أو مشبها بعدد أو صفة تدل عليها ا ه وهو الظاهر لان حد الصريح يشمل الكل، وأما عدم صحة نية الابانة فلانه نوى تغيير الشرع لان الشرع أثبت البينونة بهذا اللفظ مؤجلا إلى ما بعد انقضاء العدة، فإذا نوى إثباتها للحال معجلا فقد نوى تغيير الشرع وليس له هذه الولاية فبطلت نيته. الثاني وقوع الواحدة به ولا تصح نية الاكثر ثنتين أو ثلاثا. وقال الائمة الثلاثة: يقع ما نوى وهو قول الامام الاول لانه نوى محتمل لفظه لان ذكر الطلاق ذكر للطلاق المصدر لان الوصف كالفعل جزء مفهومه المصدر وهو يحتمله اتفاقا، ولذا صح قران العدد به تفسيرا حتى ينصب على التمييز، وحاصل التمييز ليس إلا تعيين أحد محتملات اللفظ ولذا صحت نية الثلاث في قوله أنت بائن وهو كناية ففي الصريح الاقوى أولى. ولنا أن الشارع نقله من الاخبار إلى إنشاء الواحدة إذ لا يفهم من أنت طالق قط لازم الاخبار وهو احتمال الصدق والكذب فجعله موقعا به ما شاء استعمال في غير المنقول إليه وملاحظة ما يصح أن يراد بالمصدر إنما يتفرع عن إرادة الاستعمال اللغوي ونقله إلى الانشاء يباينه لانه جعل اللفظ علة لدخول المعنى الخاص في الوجود المخالف لمقتضاه لغة على أن المصدر الذي يدل عليه اللفظ هو الانطلاق الذي هو وصفها وذلك لا يتعدد أصلا. وبهذا يظهر عدم صحة إرادة الثلاث في مطلقة وطلقتك لانه صار إنشاء في الواحدة غير ملاحظ فيه معنى اللغة، وعلى هذا فالعدد نحو ثلاثا لا يكون صفة لمصدر الوصف بل لمصدر غيره أي طلاقا أي تطليقا ثلاثا كما ينصب

***

[٤٤٧]

في الفعل مصدر غيره مثل * (أنبتكم من الارض نباتا) * (نوح: ١٧) أو يضمر له فعل على الخلاف فيه بخلاف طلقتها وطلقي نفسك لان المصدر المحتمل للكل مذكور لغة فصح إرادته منه لانه لا نقل فيه إلى إيقاع واحدة وفيه أبحاث مذكورة في فتح القدير. وإنما صحت نية الثلاث في الكنايات لانها عاملة بحقائقها وهي متنوعة إلى غليظة وخفيفة، فعند عدم النية يثبت الاخف للتيقن به، قيد بالنية لانه لو طلقها بعد الدخول واحدة ثم قال جعلت تلك التطليقة بائنة أو جعلتها ثلاثا اختلفت الروايات، والصحيح أن على قول أبي حنيفة تصير بائنا وثلاثا، وعلى قول محمد لا تصير بائنا ولا ثلاثا، وعلى قول أبي يوسف يصح جعلها بائنا ولا يصح جعلها ثلاثا. ولو طلق امرأته بعد الدخول واحدة ثم قال بعد العدة ألزمت امرأتي ثلاث تطليقات بتلك التطليقة أو قال ألزمتها تطليقتين بتلك التطليقة فهو على ما قال، إن ألزمها ثلاثا فهي ثلاث، وإن قال ألزمها تطليقتين فهي ثنتان، ولو طلقها واحدة ثم راجعها ثم قال جعلت تلك التطليقة بائنة لا تصير بائنة لانه لا يملك إبطال الرجعة، ولو قال لها بعد الدخول إذا طلقتك واحدة فهي بائن أو هي ثلاث فطلقها واحدة فإنه يملك الرجعة ولا يكون بائنا ولا ثلاثا لانه قدم القول قبل نزول الطلاق، ولو قال لها إذا دخلت الدار فأنت طالق ثم قال جعلت هذه التطليقة بائنا أو قال جعلتها ثلاثا قال هذه المقالة قبل دخول الدار لا تلزمه هذه المقالة لان التطليقة لم تقع عليها. كذا في الخانية. وفي التتمة: لو طلقها واحدة ثم قال جعلتها بائنة رأس الشهر قال: إن لم يراجعها فهي بائن، وإن راجعها فيما بين ذلك لا يكون بائنا. ولو طلقها رجعية ثم قال جعلتها ثلاثا رأس الشهر ثم راجعها قال: تكون رأس الشهر ثلاثا قال: وليس يشبه قوله جعلتها بائنا قوله جعلتها ثلاثا ا ه. أما قول محمد فظاهر، وأما قول أبي يوسف فإن الرجعية تصير بائنة بانقضاء العدة، وأما الواحدة فلا تصير ثلاثا. وأما قول الامام فلانه يملك إيقاعها بائنة من الابتداء فيملك إلحاقها بالبائنة لانه يملك إنشاء الابانة في هذه الحالة كما كان يملكها في الابتداء، ومعنى جعل الواحدة ثلاثا أنه ألحق بها تطليقتين أخريين لا أنه جعل الواحدة ثلاثا. كذا في البدائع. وفي الولوالجية: لو قال أنت طالق ألبتة وقعت بائنة إلا إذا نوى تطليقة أخرى سوى قوله أنت طالق فهما بائنتان ا ه. الثالث عدم توقفه على النية ونقل فيه إجماع الفقهاء، ولان احتمال إرادة الطلاق عن غير قيد النكاح احتمال بعيد عند خطاب المرأة فلا عبرة به، فصار اللفظ بمنزلة المعنى، وحديث ابن عمر رضي الله عنهما حيث أمره بالمراجعة ولم يسأله أنوى

***

[٤٤٨]

أم لا، يدل على ذلك فإن ترك الاستفصال في وقائع الاحوال كالعموم في المقال. وعدل المصنف عن قوله وإن نوى غيره ليفيد أنه لو نوى غيره صدق ولذا قال في فتح القدير: ثم قولنا لا يتوقف على النية معناه إذا لم ينو شيئا أصلا يقع لا أنه يقع وإن نوى شيئا آخر لما ذكر أنه إذا نوى الطلاق عن وثاق صدق إلى آخره ا ه. وحاصل ما ذكروه هنا ثلاثة ألفاظ: الوثاق والقيد والعمل. وكل منهما إما أن يذكر أو ينوى، فإن ذكر فإما أن يقرن بالعدد أو لا، فإن قرن بالعدد لا يلتفت إليه ويقع الطلاق بلا نية كما لو قال أنت طالق ثلاثا من هذا القيد تطلق ثلاثا ولا يصدق في القضاء كما في المحيط، وإن لم يقرن بالعدد وقع في ذكر العمل قضاء لا ديانة نحو أنت طالق من هذا العمل كما في البزازية وغيرها، وهو يدل على أنه لو قال علي الطلاق من ذراعي لا أفعل كذا كما يحلف به بعض العوام أنه يقع قضاء بالاولى، وفي لفظي الوثاق والقيد لا يقع أصلا، وإن لم يذكر شيئا من هذه الثلاثة وإنما نواها لا يدين في لفظ العمل أصلا ويدين في الوثاق والقيد، ويقع قضاء إلا أن يكون مكرها. والمرأة كالقاضي إذا سمعته أو أخبرها عدل لا يحل لها

***

[٤٤٩]

تميكنه. وهكذا اقتصر الشارحون. وذكر في البزازية وذكر الاوزجندي أنها ترفع الامر إلى القاضي، فإن لم يكن لها بينة تحلفه، فإن حلف فالاثم عليه ا ه. ولا فرق في البائن بين الواحدة والثلاث ا ه. وهل لها أن تقتله إذا أراد جماعا بعد علمها بالبينونة؟ فيه قولان، والفتوى أنه ليس لها أن تقتله، وعلى القول بقتله تقتله بالدواء، فإن قتلته بالسلاح وجب القصاص عليها. وليس لها أن تقتل نفسها وعليها أن تفدي نفسها بمال أو تهرب، وليس له أن يقتلها إذا حرمت عليه ولا يقدر أن يتخلص منها بسبب أنه كلما هرب ردته بالسحر. الكل في شرح المنظومة لابن الشحنة، وسيأتي في فصل ما تحل به المطلقة أنه هل لها أن تتزوج بغيره في غيبته إذا علمت بالبينونة وهو ينكر. قال في المصباح: والوثاق بفتح الواو وكسرها القيد وجمعه وثق كرباط وربط. وأفاد بعدم توقفه على النية أنه لا يشترط العلم بمعناه فلو لقنته لفظ الطلاق فتلفظ به غير عالم بمعناه وقع قضاء لا ديانة. وقال مشايخ أوزجند: لا يقع أصلا صيانة لاملاك الناس عن الضياع بالتلبيس كما في البدائع. كذا في البزازية. والعتاق والتدبير والابراء عن المهر كالطلاق كما في البزازية. والطلاق وما معه يقاس على

***

[٤٥٠]

النكاح بخلاف البيع والابراء لا يصحان إذا لم يعلم المعنى كما في الخانية. وأفاد أن طلاق الهازل واللاعب والمخطئ واقع كما قدمناه لكنه في القضاء، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقع على المخطئ. وما في الخلاصة من أن طلاق المخطئ واقع أي في القضاء بدليل أنه قال بعده: ولو كان بالعتاق يدين لانه لا فرق بين العتاق والطلاق وهو الظاهر من قول الامام كما في الخانية خلافا لابي يوسف، ولا خلاف أن المنذور يلزمه، ولا خلاف أنه لو جرى على لسانه الكفر مخطئا لا يكفر كما في الخانية أيضا، وكذا إذا تلفظ به غير عالم بمعناه وإنما يقع قضاء فقط بدليل ما في الخلاصة: قالت لزوجها اقرأ علي اعتدي أنت طالق ثلاثا ففعل طلقت ثلاثا في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعلم الزوج ولم ينو بخلاف الهازل فإنه يقع عليه قضاء وديانة لانه مكابر باللفظ فيستحق التغليظ، وما في الخلاصة معزيا إلى الاصل: له امرأتان زينب وعمرة فقال يا زينب فأجابته عمرة فقال أنت طالق ثلاثا طلقت المجيبة، فلو قال نويت زينب طلقت هذه بالاشارة وتلك بالاعتراف ا ه. محمول على القضاء، أما في الديانة فلا يقع على واحدة منهما لما في الحاوي معزيا إلى الجامع الصغير أن أسدا سئل عمن أراد أن يقول زينب طالق فجرى على لسانه عمرة على أيهما يقع الطلاق فقال: في القضاء تطلق التي سمى، وفيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق واحدة منهما، أما التي سمى فلانة لم يردها، وأما غيرها فلانها لو طلقت طلقت بمجرد النية. قال في فتح القدير: وأما ما روى عنهما نصير من أن من أراد أن يتكلم فجرى على لسانه الطلاق يقع ديانة وقضاء فلا يعول عليها ا ه. والحاصل أن قولهم الصريح لا يحتاج إلى النية إنما هو في القضاء، أما في الديانة

***

[٤٥١]

فمحتاج إليها لكن وقوعه في القضاء بلا نية إنما هو بشرط أن يقصدها بالخطاب بدليل ما قالوا: لو كرر مسائل الطلاق بحضرة زوجته

ويقول أنت طالق ولا ينوي لا تطلق. وفي متعلم يكتب ناقلا من كتاب رجل قال ثم يقف ويكتب امرأتي طالق وكما كتب قرن الكتابة باللفظ بقصد الحكاية لا يقع عليه. وما في القنية: امرأة كتبت أنت طالق ثم قالت لزوجها اقرأ علي فقرأ لا تطلق ا هـ. وأماما في فتح القدير ولا بد من القصد بالخطاب بلفظ الطلاق عالما بمعناه أو النسبة إلى الغائبة كما يفيده فروع وذكر ما ذكرناه فليس بصحيح لانه إن كان شرطا للوقوع قضاء وديانة فليس بصحيح لانه صرح بالوقوع قضاء فيمن سبق لسانه، وإن كان شرطا للوقوع ديانة لا قضاء فكذلك لانه يقتضي الوقوع قضاء فيما لو كرر مسائل الطلاق بحضرتها وفي المتعلم وليس كذلك، فالحق ما اقتصرنا عليه. وفي القنية: ظن أنه وقع الطلاق الثلاث على امرأته بإفتاء من لم يكن أهلا للفتوى وكلف الحاكم كتبها في الصك فكتبت ثم استفتى من هو أهل للفتوى فأفتى بأنها لا تقع والتطليقات مكتوبة في الصك بالظن، فله أن يعود إليها فيما بينه وبين الله تعالى ولكن لا يصدق في الحكم ا هـ. وهذا من باب الاقرار بالطلاق كاذبا، وقدمنا أنه يقع قضاء لا ديانة. وفي البزازية: قال لها ما بقي لك سوى طلاق واحد فطلقها واحدا لا يمكن له التزوج بها وإقراره حجة عليه، ولو قال لها بقي لك طلاق واحد والمسألة بحالها كان له أن يتزوج بها لان التخصيص بالواحد لا يدل له على نفي بقاء الآخر لان النص على العدد لا ينفي الزائد كما في أسماء الاجناس ا هـ. وينبغي أن تكون المسألة الاولى إنما هو في القضاء، أما في الديانة فلا يقع إلا ما كان أوقعه

***

[٤٥٢]

قوله: (ولو قال أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقا يقع واحدة رجعية بلا نية أو نوى واحدة أو ثنتين فإن نوى ثلاثا فثلاث) بيان لما إذا كان الخبر عنها المصدر معرفا كان أو منكرا أو اسم الفاعل وذكر بعده المصدر معرفا أو منكرا. أما الوقوع باللفظ الاول أعني المصدر فلانه يذكر ويراد به اسم الفاعل. يقال رجل عدل أي عادل فصار كقوله أنت طالق، ويرد عليه أنه إذا أريد به اسم الفاعل يلزمه عدم صحة نية الثلاث، وجوابه أنه حيث استعمل كان إرادة طالق به هو الغالب فيكون صريحا في طالق الصريح فيثبت له حكم طالق، ولذا كان عندنا من الصريح لا يحتاج إلى النية لكونه يحتمل أن يراد على حذف مضاف أي ذات طلاق. وعلى هذا التقدير تصح إرادة الثلاث، فلما كان محتملا توقف على النية بخلاف نية الثنتين بالمصدر لان نية الثلاث لم تصح باعتبار أنه كثره بل باعتبار أنها فرد من حيث إنه جنس واحد، وأما الثنتان في الحرة فعدد محض وألفاظ الوحدان لا يحتمل العدد المحض بل يراعى فيها التوحيد، وهو بالفردية الحقيقية والجنسية التي هي فرد اعتباري والمثنى بمعزل عنهما. فلو كان طلق الحرة واحدة ثم قال لها أنت الطلاق ناويا اثنتين، فهل تقع الثنتان لانه كل ما بقي؟ قلت: لا تقع إلا واحدة لما في الخانية: لو قال لحرة طلقها واحدة أنت بائن ونوى ثنتين تقع واحدة ا هـ. وعلله في البدائع بأن الباقي ليس كل جنس طلاقها. وصرح في الذخيرة بأنه إذا نوى ثنتين بالمصدر فإنه لا يصح وإن كان طلقها واحدة. وأما ما في الجوهرة من أنه إذا تقدم على الحرة واحدة فإنه يقع ثنتان إذا نواهما يعني مع الاولى فسهو ظاهر. وفرق الطحاوي بين المصدر المنكر حيث لا تصح فيه نية الثلاث، وبين المعرف حيث يصح لا أصل له على الرواية المشهورة كما في البدائع. وأما وقوعه بانت طالق الطلاق أو طلاقا فظاهر، وأما صحة نية الثلاث فبالمصدر مع أن المنتصب هو مصدر طالق لكون الطلاق بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم فهو مصدر لمحذوف كذا قالوا. ولا يتم إلا بإلغاء

***

[٤٥٣]

طالق مع المصدر كإلغائه مع العدد وإلا لوقع بطالق واحدة وبالطلاق اثنتان حين إرادته الثلاث فيلزم الثنتان بالمصدر وهم لا يقولون به. قيد بكونه نوى ثنتين بالمجموع لانه لو نوى ثنتين بالتوزيع كأن يريد بقوله أنت طالق واحدة وبالطلاق أخرى تقع ثنتان خلافا لفخر الاسلام لان طالقا نعت وطلاقا مصدره فلا يقع إلا واحدة رجعية. ووجه الاول أن كلا منهما صالح للايقاع فصار كقوله أنت طالق طالق وهو أولى من قول بعضهم طالق وطالق إذ ليس في الكلام ما يدل على الواو، ورجح الاول في فتح القدير بأن طلاقا منصوب ولا يرفع بعد صلاحية اللفظ لتعدده وصحة الارادة به إلا بإهدار لزوم صحة الاعراب في الايقاع من العالم والجاهل. وفي المغنى لابن هشام من الباب الاول من بحث اللام (تنبيه) كتب الرشيد ليلة إلى القاضي أبي يوسف يسأله عن قول القائل: فإن ترفقي يا هند فالرفق

أيمن وإن تخرقي يا هند فالخرق أشأم فأنت طلاق والطلاق عزيمة ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم فقال: ماذا يلزمه إذا رفع الثلاث وإذا نصبها؟ قال أبو يوسف: فقلت هذه مسألة نحوية فقهية ولا آمن الخطأ إن قلت فيها برأيي فأتيت الكسائي وهو في فراشه فسألته فقال: إن رفع ثلاثا طلقت واحدة لانه قال أنت طلاق ثم أخبر أن الطلاق التام ثلاث، وإن نصبها طلقت ثلاثا لان معناه أنت طالق ثلاثا وما بينهما جملة معترضة، فكتبت بذلك إلى الرشيد فأرسل إلي بجوائز فوجهت بها إلى الكسائي. ا ه ملخصا. وأقول: إن الصواب أن كلا من الرفع والنصب محتمل لوقوع الثلاث ولوقوع الواحد، أما الرفع فلان أل في الطلاق إما لمجاز الجنس كما تقول زيد الرجل أي هو الرجل المعتد به، وإما للعهد الذكري مثلها في * (فعصى فرعون الرسول) * (المزمل: ١٦) أي وهذا الطلاق المذكور عزيمة ثلاث ولا يكون للجنس الحقيقي لئلا يلزم الاخبار عن العام بالخاص كما يقال الحيوان إنسان وذلك باطل إذ ليس كل حيوان إنسانا ولا كل طلاق عزيمة، وثلاثا فعلى العهدية تقع الثلاث، وعلى الجنسية تقع واحدة كما قال الكسائي. وأما النصب فلانه محتمل لان يكون على المفعول المطلق وحينئذ يقتضي وقوع الثلاث إذ المعنى فأنت طالق ثلاثا، ثم اعترض بينهما بقوله والطلاق عزيمة ولان يكون حالا من الضمير المستتر في عزيمة، وحينئذ لا يلزم وقوع الثلاث لان المعنى والطلاق عزيمة إذا كان ثلاثا فإنما يقع ما نواه. هذا ما يقتضيه معنى هذا اللفظ، وأما الذي أراده هذا الشاعر المعين فهو الثلاث لقوله بعد: فبيني بها إن كنت غير رفيقة وما لا مرء بعد الثلاث مقدم ا ه

***

[٤٥٤]

وتعقبه في فتح القدير بأنه بعد كونه غلطا بعيد عن معرفة مقام الاجتهاد فإن من شرطه معرفة العربية وأساليبها لان الاجتهاد يقع في الادلة السمعية العربية والذي نقله أهل الثبت في هذه المسألة عمن قرأ الفتوى حين وصلت خلافه وأن المرسل بها الكسائي إلى محمد بن الحسن ولا دخل لابي يوسف أصلا ولا للرشيد، ولمقام أبي يوسف أجل من أن يحتاج في مثل هذا التركيب مع إمامته واجتهاده وبراعته في التصرفات من مقتضيات الالفاظ. ثم قال: وإن تخرقي بضم الراء مضارع خرق بكسرها. والخرق بالضم الاسم وهو ضد الرفق، ولا يخفى أن الظاهر في النصب كونه على المفعول المطلق نيابة عن المصدر لقلة الفائدة على إرادة أن الطلاق عزيمة إذا كان ثلاثا، وأما الرفع فلامتناع الجنس الحقيقي. بقي أن يراد مجاز الجنس فتقع واحدة أو العهد الذكري وهو أظهر الاحتمالين فيقع الثلاث، ولذا ظهر من الشاعر أنه أراده كما أفاده البيت الاخير، فجواب محمد بناء على ما هو الظاهر كما يجب في مثله من حمل اللفظ على الظاهر وعدم الالتفات إلى الاحتمال ا ه. ولا يخفى أن العهد الذكري حيث كان أظهر الاحتمالين فكان ينبغي أن يجيب محمد بما يقتضيه وهو الثلاث، فكلام ابن الهمام آخره مخالف لاوله كما لا يخفى. ثم اعلم أن ابن الصائغ تعقب ابن هشام في منع كونها للجنس الحقيقي بأنه يجوز كونها بمعنى كل المجموعي لا كل الافرادي، ويصير المعنى أن مجموع أفراد الطلاق ثلاث لا أن الواقع منه ثلاث. ورده الشمني بأن اللام ليس من معانيها الكل المجموعي وإن كان معنى من معاني كل، وتعقب ابن هشام أيضا الدماميني في كون الثلاث حالا من الضمير في عزيمته بأن الكلام محتمل لوقوع الثلاث على تقدير العهد أيضا بأن تجعل للعهد الذكري، ورده الشمني بأنه إنما نفى لزوم الثلاث وهو صادق باحتمال الثلاث، وتعقب الشمني ابن هشام أيضا في كون النصب يحتمل أن يكون على المفعول المطلق فيقتضي الثلاث بأنه إنما يقتضيه لو كان مفعولا مطلقا للطلاق الاول أو للطلاق الثاني واللام للعهد، أما إذا كان مفعولا مطلقا للطلاق الثاني واللام للجنس فلا يقتضي ذلك ا ه. وقيد بقوله أنت طالق لانه لو قال أنت الثلاث ونوى لا يقع لانه جعل الثلاث صفة للمرأة لا صفة للطلاق المضمر فقد نوى ما لا يحتمله لفظه فلم يصح. ولو قال لامرأته أنت مني بثلاث ونوى الطلاق طلقت لانه نوى ما يحتمله، وإن قال لم أنو الطلاق لم يصدق إن كان في حالة مذاكرة الطلاق لانه لا يحتمل الرد، ولو قال أنت بثلاث وأضمر

***

[٤٥٥]

الطلاق يقع كأنه قال أنت طالق بثلاث. كذا في المحيط. وظاهره أن أنت مني بثلاث وأنت بثلاث بحذف مني سواء في كونه كناية، وأما أنت الثلاث فليس بكناية. قوله: (وإن أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى ما يعبر به عنها كالرقبة والعنق والروح والبدن والجسد والفرج والوجه أو إلى جزء شائع منها كنصفها وثلثها تطلق) أراد بالاضافة إلى الجملة أن يكون بطريق الوضع كانت طالق، وبما يعبر

به عن الجملة بطريق التجوز كرقبتك، وإلا فالكل يعبر به عن الجملة. كذا في فتح القدير. وذكر الشارح أن ما يضاف إلى الجملة أنت والروح والبدن والجسد، وأما ما يعبر به عنها ما عداها والظاهر الاول كما لا يخفى. وأشار بالتعبير به عنها إلى أنه لا بد أن يقول مثلا رقبتك طالق أما لو قال الرقبة منك طالق أو الوجه أو وضع يده على الرأس أو العنق وقال هذا العضو طالق لم يقع في الاصح لانه لم يجعله عبارة عن الكل بل عن البعض بخلاف ما إذا لم يضع يده بل قال هذا الرأس طالق وأشار إلى رأس امرأته الصحيح أنه يقع كما لو قال رأسك هذا طالق، ولهذا لو قال لغيره بعت منك هذا الرأس بألف درهم وأشار إلى رأس عبده فقال المشتري قبلت جاز البيع. كذا في الخانية. وقيد بالرقبة وما بعدها لانه لا يقع بالبطن والظهر والبضع والدم على الصحيح، ولهذا لو قال دمك حر لا يعتق، وقد صححوا صحة التكفل بالدم لما يقال دمه هدر أي نفسه فكان العرف جرى به في الكفالة دون العتق والطلاق. وصحح في الجوهرة وقوع الطلاق. يقال ذهب دمه هدرا فحينئذ لا فرق بين الطلاق والكفالة، وتقييدهم الجزء بالشائع ليس للاحتراز عن المعين لما في الخلاصة: لو قال نصفك الاعلى طالق واحدة ونصفك الاسفل ثنتين فقد وقعت هذه المسألة ببخارى فأفتى بعضهم بوقوع الواحدة لان الرأس في النصف الاعلى، وبعضهم اعتبر الاضافتين لان الفرج في الاسفل ا ه. وقد علم به أنه لو اقتصر على أحدهما وقعت واحدة اتفاقا. وقد أطلق المصنف وقوع الطلاق بما ذكر فأفاد أنه صريح لا يتوقف على النية، فلو قال أردت به العضو حقيقة لم يصدق قضاء ويصدق ديانة لكنه كيف

***

[٤٥٦]

يكون صريحا مع أنه إنما يكون بغلبة الاستعمال كما قدمناه؟ ولقد أبعد الشارح الزيلعي حيث قال في بحث قوله أنا منك طالق لغو وكونه غير متعارف إيقاعه لا يخرجه من أن يكون صريحا كقوله عشرك طالق أو فرجك أو طلقتك نصف تطليقة ا ه. لان الصراحة إنما هي بغلبة الاستعمال، والتحقيق أن الوقوع قضاء إنما هو إذا كان التعبير به عن الكل عرفا مشتهرا ولو اقتصر على التعبير عن الجملة لكان أولى لان الاضافة إلى الجملة علمت من أول الباب من قوله كأنت طالق. قوله: (وإلى اليد والرجل والدبر لا) أي لا تطلق بالاضافة إلى ما ذكر أي إلى ما لا يعبر به عن الجملة فدخل فيه الشعر والانف والساق والفخذ والظهر والبطن واللسان والاذن والفم والصدر الذقن والسن والريق والعرق والكبد والقلب. أطلقه فشمل ما إذا نوى به كل البدن لكن في البزازية: وذكر الامام الحلواني إن ذكر عضوا يعبر به عن جميع البدن ونوى اقتصار الطلاق عليه لم يبعد أن يصدق، ولو ذكر اليد والرجل وأراد به كل البدن فلناأن نقول يقع الطلاق، وإن كان جزءا لا يستمتع به كالسن والريق لا يقع ا ه. وفي الظهيرية: لو أضافه إلى قبلها لا رواية لهذا في الكتاب. وفي فتح القدير من كتاب الكفالة: ولم يذكر محمد ما إذا كفل بعينه. قال البلخي: لا يصح كما في الطلاق إلا أن ينوي به البدن، والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق إذ العين مما يعبر به عن الكل. يقال عين القوم وهو عين في الناس، ولعله لم يكن معروفا في زمانهم أما في زماننا فلا شك في ذلك ا ه. ومثل الطلاق الظهار والايلاء والعفو عن القصاص والعتاق حتى لو أعتق أصبعه لا يقع. قيدنا بكونه لا يعبر به عن الجملة لان اليد وما معها لو كان عند قوم يعبرون به عن الجملة وقع الطلاق، وهو محمل ما ورد منها مرادا به الجملة كالحديث على اليد ما أخذت حتى ترد وكقوله تعالى * (تبت يدا أبي لهب) * (المسد: ١) وحاصله أنه ثلاثة: صريح يقع قضاء بلا نية كالرقبة، كناية لا يقع بها إلا بالنية كاليد، وما ليس صريحا، ولا كناية لا يقع به، وإن نوى كالريق والسن

***

[٤٥٧]

والشعر والظفر والعرق والكبد والقلب. وقيد بالدبر لانه لو قال أستك طالق وقع كفرجك كما في الخلاصة، فالاست وإن كان مرادفا للدبر لا يلزم مساواتهما في الحكم لان الاعتبار هنا لكون اللفظ يعبر به عن الكل، ألا ترى أن البضع مرادف للفرج وليس حكمه هنا كحكمه في التعبير. وقيد بالطلاق في الجزء الشائع للاحتراز عن العتاق وتوابعه فإنه من قبيل ما يتجزى، فلو أعتق نصف عبده لم يعتق كله عند الامام وللاحتراز عن النكاح فإنه لو تزوج نصفها لم يصح النكاح احتياطا كما في الخانية. وبه ضعف قول الشارح أن الجزء الشائع محل للنكاح والعفو عن دم العمد وتسليم الشفعة كالطلاق والاصل أن ذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله قوله: (ونصف التطليقة أو ثلثها طلقة) ومراده أن جزء الطلقة تطليقة ولو جزء من ألف جزء لان الشرع ناظر إلى صون كلام العاقل عن الالغاء

وتصرفه ما أمكن، ولذا اعتبر العفو عن بعض القصاص عفوا عنه فلما لم يكن للطلاق جزء كان كذكر كله تصحيحا كالعفو. وفي الظهيرية: أنت طالق ثلاثا إلا نصف تطليقة، قيل على قول أبي يوسف يقع ثنتان لان التطليقة كما لا تتجزى في الايقاع لا تتجزى في الاستثناء فيصير كأنه قال إلا واحدة، وعند محمد يقع الثلاث لان النصف في الطلاق لا يتجزى في الايقاع ولا في الاستثناء، ولو قال أنت طالق تطليقة إلا نصفها تقع واحدة وهذا إشارة إلى ما قال محمد ا ه. وقد يقال إنه لا يشير إلى قول محمد لان أبا يوسف إنما لم يقل بالتكميل في الاستثناء هنا لعدم فائدته لانه حينئذ لا يصح لكونه استثناء الكل من الكل، ولو قال وجزء الطلقة تطليقه لكان أوجز وأشمل وأحسن. قوله: (وثلاثة أنصاف تطليقتين ثلاث) لان نصف التطليقتين تطليقة فإذا جمع بين ثلاثة أنصاف تكون ثلاثا ضرورة إلا إذا نوى تنصيف كل من التطليقتين فتكون أنصافها أربعا فثلاثة منها طلقة ونصف فتقع طليقتان ديانة، ولا يصدق في القضاء لانه احتمال خلاف الظاهر لان الظاهر أن نصف التطليقتين تطليقة لا نصفا تطليقتين. قيد بقوله تطليقتين لانه لو قال ثلاثة أنصاف تطليقة وقعت تطليقتان لانها طلقة ونصف فتتكامل وهو المنقول في الجامع الصغير واختاره الناطفي وصححه العتابي. وعلم منه أنه لو قال أربعة أنصاف تطليقة وقعت ثنتان أيضا، وعرف منه أيضا أنه لو قال نصفي تطليقة وقعت واحدة. وفي الذخيرة: لو قال أنت طالق نصف تطليقتين فواحدة، ولو قال نصفي تطليقتين فثنتان وكذا نصف ثلاث تطليقات، ولو قال نصفي ثلاث تطليقات فثلاث. وحاصلها أنها اثنتا عشرة مسألة لان المضاف أعني النصف إما أن يكون واحدا أو ثنتين أو ثلاثا أو أربعا، وكل منها إما أن يكون المضاف إليه
***
[٤٥٨]
واحدة أو ثنتين أو ثلاثا، فإن كان النصف مضافا إلى الطلقة فقط فواحدة، فإن كان النصف مضافا إلى الطلقتين فواحدة، وإن كان النصف مضافا إلى الثلاث فثنتان، وإن كان النصفان مضافا إلى الواحدة فواحدة، وإلى الثنتين فثنتان، وإلى الثلاث فثلاث. وإن كان الثلاثة أنصاف مضافا إلى الواحدة فثنتان، وإلى الثنتين فثلاث، وإلى الثلاث فكذلك استنباطا مما قبلها لا نقلا. وإن كان المضاف أربعة الانصاف فثنتان فإن إلى الواحدة وإن إلى الثنتين أو إلى الثلاث فثلاث استنباطا. وأشار المصنف إلى أنه لو قال للمدخول بها أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وسدس تطليقة وقع ثلاث لان المنكر إذا أعيد منكرا كان الثاني غير الاول فيتكامل كل جزء بخلاف ما إذا قال أنت طالق نصف تطليقة وثلثها وسدسها حيث تقع واحدة لان الثاني والثالث عين الاول فالكل أجزاء طلقة واحدة حتى لو زاد على الواحدة وقعت ثانية، وكذا في الثالثة وهو مختار جماعة من المشايخ. وفي المحيط والولوالجية: وهو المختار. وهكذا ذكر الحسن في المجرد لانه زاد على أجزاء تطليقة واحدة فلا بد وأن تكون الزيادة من تطليقة أخرى فتتكامل الزيادة. والاصح في اتحاد المرجع. وإن زادت أجزاء واحدة أن تقع واحدة لانه أضاف الاجزاء إلى واحدة. نص عليه في المبسوط وعلى هذا لو قال أنت طالق واحدة ونصفها تقع واحدة كما في الذخيرة بخلاف واحدة ونصفا، وأما غير المدخول بها فلا يقع عليها إلا واحدة في الصور كلها كما البدائع. ودل كلامه أنه لو قال لاربع نسوة بينكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة لان الربع يتكامل، وكذا بينكن تطليقتان أو ثلاث أو أربع إلا إذا نوى أن كل تطليقة بينهن جميعا فيقع في التطليقتين على كل منهما تطليقتان، وفي الثلاث ثلاث. ولو قال بينكن خمس تطليقات وقع على كل واحدة ثنتان إلى ثمان، ولو قال بينكن تسع وقع على كل واحدة ثلاث. ولفظ اشركتكن كلفظ بين بخلاف ما لو طلق امرأتين كل واحدة ثم قال لثالثة شركتك فيما أوقعت عليهما يقع عليها تطليقتان لانه شركها في كل تطليقة. ولو طلقها ثلاثا ثم قال لاخرى أشركتك معها في الطلاق وقع على الثانية ثلاث بخلاف ما تقدم لان هناك لم يسبق وقوع شئ فلم يقسم بينهن، وهنا قد أوقع الثلاث على الاولى فلا يمكنه رفع شئ منه. ولو قال أنت طالق ثلاثا ثم قال لاخرى أشركتك فيما أوقعت عليها، ثم
***
[٤٥٩]
قال لثالثة أشركتك فيما أوقعت عليهما قال في فتح القدير: وقد ورد استفتاء فيها فبعد أن كتبنا تطلق الثلاث ثلاثا ثلاثا قلنا: إن وقوعهن على الثالثة باعتبار أنه أشركها في ستة ا ه. يعني أنه علل وقوع الثلاث على الثالثة بعد الافتاء بأنه أشركها في ست أوقعها فيقع عليها الثلاث ويلغو ثلاث، وليس معناه أنه ظهر له شئ بخلاف ما أفتى به كما قد توهم. وفي المبسوط: لو قال لامرأتين أنتما طالقتان

ثلاثا ينوي أن الثلاث بينهما فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل منهما ثنتين لانه من محتملات لفظه لكنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء فتطلق كل ثلاثا، وكذا لو قال لاربع أنتن طوالق ثلاثا ينوي أن الثلاث بينهن فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل واحدة واحدة وفي القضاء تطلق كل ثلاثا ا ه. وفي المحيط: فلانة طالق ثلاثا وفلانة معها أو قال أشركت فلانة معها طلقتا ثلاثا ثلاثا، ولو طلق امرأته ثم قال لاخرى قد أشركتك في طلاقها طلقت واحدة، ولو قال لثالثة قد أشركتك في طلاقهما طلقت ثنتين، ولو قال للرابعة قد أشركتك في طلاقهن طلقت ثلاثا، ولو كان الطلاق على الاولى بمال مسمى ثم قال للثانية قد أشركتك في طلاقها طلقت ولم يلزمها المال لان الاشتراك وجد في الطلاق لا في المال، ولو قال أشركتك في طلاقها على كذا من المال فإن قبلت لزمها الطلاق والمال وإلا فلا ا ه. ولم يتكلم على كونه بائنا أو رجعيا حيث لم يقل على كذا، وينبغي أن يكون في المسألة الاولى رجعيا لان البينونة لاجل المال ولم يوجد، وينبغي أنه لو قال لها أنت طالق بائن أو بائن ناويا ثم قال لاخرى أشركتك في طلاقها أن يقع على الثانية بائنا أيضا. ثم قال في المحيط أيضا: ولو أعتقت الامة المنكوحة فاختارت نفسها فقال زوجها لامرأة أخرى له قد أشركتك في فرقة هذه طلقت بائنا وإن نوى ثلاثا فثلاث، وحكى أبو سليمان عند محمد أنها لا تطلق. ولو قال في فرقة العنين واللعان والايلاء والخلع قد أشركتك في فرقة هذه طلقت لان هذه الفرقة فرقة طلاق بخلاف الاولى، ولو قال لامرأته أنت طالق خمس

***

[٤٦٠]

تطليقات فقالت ثلاث تكفيني فقال ثلاث لك والباقي على صواحبك وقع الثلاث عليها ولم يقع شئ على غيرها لان الباقي بعد الثلاث صار لغوا فقد صرف اللغو إلى صواحبها فلا يقع شئ ا ه. وقدمنا خلافا في الاخيرة. قوله: (ومن واحدة أو ما بين واحدة إلى اثنتين واحدة وإلى ثلاث اثنتان) يعني عند أبي حنيفة فتدخل الغاية الاولى دون الثانية، وقالا بدخولهما فيقع في الاولى ثنتان وفي الثانية ثلاث استحسانا بالتعارف إلا أنهما أطلقا فيه، وأبو حنيفة يقول: إنما تدخل الغايتان عرفا فيما مرجعه الاباحة كخذ من مالي من عشرة إلى مائة، وبع عبدي بمال من مائة إلى ألف، وكل من الملح إلى الحلو، فله أخذ المائة والبيع بألف وأكل الحلواء، وأما ما أصله الحظر حتى لا يباح إلا لدفع الحاجة فلا، والطلاق منه فكان قرينة على عدم إرادة الكل غير أن الغاية الاولى لا بد من وجودها ليرتب عليها الطلقة الثانية في صورة إيقاعها وهي صورة من واحدة إلى ثلاث إذ لا ثانية بلا أولى، ووجود الطلاق عين وقوعه بخلاف الغاية الثانية وهي ثلاث في هذه الصورة فإنه يصح وقوع الثانية بلا ثالثة، أما صورة من واحدة إلى ثنتين فلا حاجة إلى إدخالها لانها إنما دخلت ضرورة إيقاع الثانية وهو منتف، وإيقاع الواحدة ليس باعتبار إدخالها غاية بل بما ذكرنا من انتفاء العرف فيه فلا تدخل فيلغو قوله من واحدة إلى ثنتين ويقع بطالق واحدة، ولا يرد أنت طالق ثانية حيث لا يقع إلا واحدة لان ثانية لغو فيقع بأنت طالق. وقد ظهر بهذا التقرير أن الاختلاف إنما نشأ من اعتبار إثبات العرف وعدمه مع الاتفاق على اعتبار العرف فلا يرد دخول المرافق لان العرف لما أدخل ما بعد إلى تارة وأخرجه أخرى وكان الاحتياط الدخول. فإن قيل: ما بين هذا وهذا يستدعي وجود الامرين ووجودهما وقوعهما فيقع الثلاث. الجواب أن ذلك في المحسوسات، وأما ما نحن فيه من الامور المعنوية فإنما يقتضي الاول احتمال وجود الثاني عرفا، ففيما بين الستين إلى السبعين يصدق إذا لم يبلغ السبعين. كذا في فتح القدير. وفي جامع الفصولين: لو باع بالخيار إلى غد دخل الغد في الخيار، ولو حلف ليقضين دينه إلى خمسة أيام لا يحنث ما لم تغرب الشمس من اليوم الخامس، وكذا لا يكلمه إلى عشرة أيام دخل العاشر، وكذا في إن تزوجت إلى عشر سنين دخلت العاشرة، وأما في الاجازة ففي بعض الكتب: لو أجر إلى خمس سنين دخلت الخامسة، وفي عامة الكتب لا تدخل ا ه. وتمام تقريره في شرحنا المسمى بتعليق الانوار على أصول المنار. ولو نوى في الثانية واحدة دين ديانة لا قضاء لانه يحتمله وهو خلاف الظاهر. وأشار بقوله إلى ثنتين إلى أنه لو قال من واحدة إلى واحدة تقع واحدة بالاولى اتفاقا، وقيل

***

[٤٦١]

لا يقع شئ عند زفر لانه لا يقول بدخول الغايتين، والاصح الوقوع عنده بطالق ويلغو ما بعده، كذا في المعراج. وقيد بقوله إلى ثلاث لانه لو قال ما بين واحدة وثلاث بحرف العطف دون الغاية وقعت واحدة عند الكل إلا إن كان فيه العرف الكائن في الغاية. ولو قال من واحدة إلى عشرة وقعت ثنتان عند أبي حنيفة، وقيل ثلاث بالاجماع لان اللفظ معتبر في الطلاق حتى لو قالت طلقني ستا

بألف فطلقها ثلاثا وقعن بخمسمائة. ورجحه في القنية بأنه أحسن من حيث المعنى وفيها: لو قال أنت طالق من ثلاث إلى واحدة تقع ثلاث. قال بديع رحمه الله تعالى: وينبغي أن يكون هذا بالاتفاق. ثم ظهر لي أنه على قولهما وهو منصوص عليه في بعض الكتب أنه يقع عنده ثنتان وعندها ثلاث ا ه. قوله: (وواحدة في ثنتين واحدة إن لم ينو شيئا أو نوى الضرب) أي تقع واحدة فيما لو قال أنت طالق واحدة في ثنتين إن لم ينو شيئا أو نوى الضرب والحساب عالما بعرف الحساب خلافا لزفر في الثاني لان عرفهم فيه تضعيف أحد العددين بعدد الآخر كقوله واحد مرتين. ولنا أن قوله في ثنتين ظرف حقيقة وهو لا يصلح له فيقع المظروف دون الظرف ولهذا لزمه عشرة في له علي عشرة في عشرة إلا إن قصد المعية أو العطف فعشرون لمناسبة الظرف كليهما. وأما الضرب فإن كان في الممسوحات أعني فيما له طول وعرض وعمق فأثره في تكثير المضروب، وإذا كان فيما ليس له طول وعرض فأثره في تكثير الاجزاء فإنه لو زاد بالضرب في نفسه لم يبق أحد في الدنيا فقيرا لانه يضرب ما ملكه من الدراهم في مائة فيصير مائة، ثم يضرب المائة في الالف فيصير مائة ألف، فصار معنى قولنا واحدة في ثنتين واحدة ذو جزأين، وكذا قولنا واحدة في ثلاث واحدة ذو أجزاء ثلاثة، والتطليقة الواحدة وإن كثرت أجزاؤها لا تصير أكثر من واحدة. كذا في المعراج. ورجح في فتح القدير والتحرير قول زفر بأن الكلام في عرف الحساب في التركيب اللفظي كون أحد العددين مضعفا بعدد الآخر، والعرف لا يمنع، والفرض أنه تكلم بعرفهم وأراده فصار كما لو أوقع بلغة أخرى فارسية أو غيرها وهو يدريها ا ه. وهكذا رجحه في غاية البيان وجوابه أن اللفظ لما لم يكن صالحا له لم يعتبر فيه العرف ولا النية كما لو نوى بقوله اسقني الماء الطلاق فإنه لا يقع به قوله: (وإن نوى واحدة وثنتين فثلاث) يعني في المدخول بها وإلا فواحدة لانه يحتمله فإن
***
[٤٦٢]
حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف فصح أن يراد به معنى الواو. وقيد بكونه نوى بفي الواو لانه لو نوى بها معنى مع وقع الثلاث مدخولا بها أو غير مدخول بها كما لو قال لغير المدخول بها أنت طالق واحدة مع ثنتين وإرادة معنى لفظة مع بها ثابت كقوله تعالى * (ويتجاوز عن سيئاتهم في أصحاب الجنة) * (الاحقاف: ١٦) وأما الاستشهاد بقوله تعالى * (فادخلي في عبادي) * (الفجر: ٢٩) أي مع عبادي فبعيد ينبو عنه * (وادخلي جنتي) * (الفجر: ٢٩) فإن دخولها معهم ليس إلا إلى الجنة فهي على حقيقتها، ولهذا قال في الكشاف: إن المراد في جملة عبادي، وقيل في أجساد عبادي، ويؤيده قراءة في عبدي والاوجه الاستشهاد بما ذكرنا، وحكم ما إذا نوى الظرفية حكم ما إذا لم ينو شيئا لانه ظرف له فلذا لم يذكره المصنف فالوجوه خمسة قوله: (وثنتين في ثنتين ثنتان) يعني إن لم تكن له نية أو نوى الظرف أو الضرب لما ذكرنا وإن نوى معنى الواو أو معنى مع وقعت ثلاث في المدخول بها وفي غيرها اثنتان في الاول وثلاث في الثاني كما قدمناه قوله: (ومن هنا إلى الشام واحدة رجعية) لانه وصفه بالقصر لان الطلاق متى وقع وقع في جميع الدنيا وفي السماوات فلم يثبت بهذا اللفظ زيادة شدة. وقال التمرتاشي: مع أنه إنما مد المرأة لا الطلاق. ووجهه أنه حال ولا يصلح صاحب الحال في التركيب إلا الضمير في طالق. قوله: (وبمكة وفي مكة وفي الدار تنجيز) فتطلق في الحال وإن لم يكن في الدار ولا بمكة، وكذا في الظل، وفي الشمس والثوب كالمكان، فلو قال في ثوب كذا وعليها غيره طلقت للحال، وكذا لو قال أنت طالق مريضة أو مصلية أو وأنت مريضة، وإن قال عنيت إذا لبست أو إذا مرضت صدق ديانة لا قضاء لما فيه من التخفيف على نفسه كما إذا قصد بمسألة الكتاب الدخول فيتعلق به ديانة لا قضاء وإنما تعلق الطلاق بالزمان دون المكان لان فيه معنى الفعل وبين الفعل والزمان مناسبة من حيث إنه لا بقاء لهما، فكما يوجدان يذهبان وللمكان بقاء لا يتجدد كل ساعة أما الزمان يتجدد ويحدث كل ساعة كالفعل فكان اختصاص الطلاق بالزمان أكثر. كذا في المعراج. وفي الخانية: لو قال أنت طالق في الليل والنهار طلقت واحدة، ولو قال أنت طالق في الليل وفي النهار تقع ثنتان، ولو قال أنت طالق في ليلك ونهارك طلقت للحال، ولو قال أنت طالق إلى رأس الشهر أو إلى الشتاء تعلق قوله: (وإذا دخلت مكة تعليق لوجود حقيقة التعليق) وكذا إذا قال أنت طالق في دخولك الدار أو في لبسك ثوب كذا يتعلق بالفعل فلا تطلق حتى تفعل لان حرف في للظرف والفعل لا يصلح شاغلا له فيحمل على
***
[٤٦٣]

معنى الشرط للمناسبة بينهما، ولو قال أنت طالق فيها دخولك الدار طلقت في الحال. كذا في المحيط والمعراج. وأوضحه في الذخيرة بأنه إذا ذكر في بدون حرف الهاء يصير صفة للمذكور أولا وهو الطلاق والدخول لا يصلح ظرفا لانه فعل فجعل شرطا فصار الطلاق معلقا بدخول الدار. وإذا ذكر في مع حرف الهاء صار صفة للمذكور آخرا وهو الدخول والطلاق لا يصلح ظرفا للدخول ولا يمكن جعل الطلاق شرطا أيضا للدخول فتعذر العمل بالظرفية والشرطية فيلغى كلمة في فوقع بقوله أنت طالق اهـ. فإن كانت الرواية بهاء التأنيث فهي راجعة إلى الطلقة، وإن كان الضمير مذكرا فهو عائد إلى الطلاق كما لا يخفى. وإنما لا يصح التعليق بها في قوله لاجنبية أنت طالق في نكاحك حتى لو تزوجها لا تقع لانها كالتعليق توقفا لا ترتبا وتمامه في الاصول. ولا فرق بين كون ما يقوم بها فعلا اختياريا أو غيره حتى لو قال أنت طالق في مرضك أو وجعك أو صلاتك لم تطلق حتى تمرض أو تصلي، إما الان في حرف بمعنى مع أو لان المرض ونحوه لما لم يصلح ظرفا حمل على معنى الشرط مجازا لتصحيح كلام العاقل. وأشار في تلخيص الجامع إلى قاعدة هي أن الاضافة إن كانت إلى الموجود فإنه يتنجز كقوله أنت طالق في الدار، وإن كانت إلى معدوم فإنه يتعلق كقوله في دخولك. وقيد بفي لانه لو قال أنت طالق لدخولك الدار أو قال لحيضك تطلق للحال، ولو قال أنت طالق بدخولك الدار أو بحيضك لا تطلق حتى تدخل الدار وتحيض. كذا في الخانية. وفي المحيط: لو قال أنت طالق في حيضك وهي حائض لم تطلق حتى تحيض أخرى لانه عبارة عن درور الدم ونزوله لوقته فكان فعلا فصار شرطا كما في الدخول، والشرط يعتبر في المستقبل لا في الماضي. ولو قال أنت طالق في حيضة أو في حيضتك لم تطلق حتى تحيض وتطهر لان الحيضة اسم للحيضة الكاملة لقوله صلى الله عليه وسلم في سبايا أو طاس إلا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن، ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة فأراد بها كما لها اهـ. والحاصل أنه إن ذكر الحيضة بالتاء المثناة من فوق كان تعليقا لطلاقها على الطهر من حيضة مستقبلة، وإن ذكره بغير تاء كان تعليقا على رؤية الدم بشرط أن يمتد ثلاثا. كذا في شرح التلخيص. ثم قال في المحيط: ولو قال أنت طالق في ثلاثة أيام طلقت للحال لان

***

[٤٦٤]

الوقت يصلح ظرفا لكونها طالقا، ومتى طلقت في وقت طلقت في سائر الاوقات. ولو قال أنت طالق في مجئ ثلاثة أيام لم تطلق حتى يجئ اليوم الثالث لان المجئ فعل فلم يصلح ظرفا فصار شرطا، ولا يحتسب باليوم الذي حلف فيه لان الشروط تعتبر في المستقبل لا في الماضي، ومجئ اليوم يكون من أوله وقد مضى جزء أوله. ولو قال في مضي يوم تطلق في الغد في مثل تلك الساعة، ولو قال في مجئ يوم تطلق حين يطلع الفجر من الغد لان المجئ عبارة عن مجئ أول جزئه. يقال جاء يوم الجمعة كما طلع الفجر، وجاء شهر رمضان كما هل الهلال وإن لم يجئ كله فصار كأنه قال أنت طالق إذا جاء أول جزء منه، فأما المضي فعبارة عن جميع أجزاء اليوم وقد وجد من حين حلف مضى بعض يوم لا مضى كله فوجب ضرورة تتميمه من اليوم الثاني ليتحقق مضى جميع يوم ا هـ. وفي الجامع الكبير للصدر الشهيد: في للظرفية وتجعل شرطا للتعذر إلى أن قال: ولو قال أنت طالق في ثلاثة أيام يتنجز والوكيل به يملك ثلاثا متفرقة. قال بعد طلوع الشمس أنت طالق في مضي اليوم يقع عند غروبها، وفي مضي اليوم عند مجئ تلك الساعة، وكذا في مضي ثلاثة أيام، ولو قال ليلا يقع عند غروب الشمس في الثالث ا هـ. وصورة التوكيل به أن يقول لآخر طلق امرأتي في ثلاثة أيام، والفرق بينهما أن الايقاع لا يمتد فاقتضى التفريق بخلاف وصفها بالطلاق في الثلاثة. فصل يعني في إضافة الطلاق إلى الزمان، ذكر في باب إيقاع الطلاق فصلين باعتبار تنويع الايقاع أي ما به على ما قدمنا إلى مضاف وموصوف ومشبه وغيره متعلق بمدخول بها وغير مدخول بها، وكل منها صنف تحت ذلك الصنف المسمى بابا كما أن الباب يكون تحت الصنف المسمى كتابا، والكل تحت الصنف الذي هو نفس العلم المدون فإنه صنف عال. والعلم مطلقا بمعنى الادراك جنس وما تحته من اليقين والظن نوع، والعلوم المدونة تكون ظنية كالفقه، وقطعية كالكلام والحساب والهندسة، فواضع العلم لما لاحظ الغاية المطلوبة له

***

[٤٦٥]

فوجودها تترتب على العلم بأحوال شتى أو أشياء من جهة خاصة وضعه ليبحث عن أحواله من تلك الجهة، فقد قيد ذلك النوع من العلم بعارض كلي فصار صنفا. وقيل: الواضع صنف العلم أي جعله صنفا فالواضع أولى باسم المصنف من المؤلفين وإن صح أيضا فيهم.

وعلم مما ذكرناه أنها تتباين مندرجة تحت صنف أعلى لتباين العوارض المقيد بكل منها النوع، وأن ما ذكر من نحو كتاب الحوالة اللائق به خلاف تسميته بكتاب كذا في فتح القدير. والصنف في اللغة الطائفة من كل شئ، وقيل النوع. كذا في المصباح. قوله: (أنت طالق غدا أو في غد تطلق عند الصبح) لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد في الاول لان جميعه هو مسمى الغد فتعين الجزء الاول لعدم المزاحم، وفي الثاني وصفها في جزء منه وأفاد أنه إذا أضافه إلى وقت فإنه لا يقع للحال وهو قول الشافعي وأحمد. وقال مالك: يقع في الحال إذا كان الوقت يأتي لا محالة مثل أن يقول إذا طلعت الشمس أو دخل رمضان ونحو ذلك وهو باطل بالتدبير فإن الموت يأتي زمانه لا محالة ولا يتنجز. كذا في المعراج. ثم اعلم أن الطلاق يتأقت فإذا قال أنت طالق إلى عشرة أيام فإنه يقع بعد العشرة وتكون إلى بمعنى بعد والعتق والكفالة إلى شهر كالطلاق إليه، عن الثاني أنه كفيل في الحال والفتوى أنه كفيل بعد شهر والامر باليد إلى عشرة صار الامر بيدها للحال ويزول بمضيها. ولو نوى أن يكون بيدها بعد العشرة لا يصدق قضاء والبيع إلى شهر تأجيل للثمن والوكالة تقبل التأقيت حتى لو تصرف بعد الوقت لا يصح، وفي الاجارة إلى شهر تعين ما يلي العقد وتمت بمضيه، وكذا في المزارعة، والشركة إلى شهر كالاجارة، والصلح إلى شهر والقسمة إليه لا تصح، والابراء إل شهر كالطلاق إلا إذا قال أردت التأخير فيكون تأجيلا إليه، والاقرار إلى شهران صدقه المقر له ثبت الاجل، وإن كذبه لزم المال حالا والقول له. وإذن العبد لا يتأقت والتحكيم والقضاء يقبلان التأقيت نهى الوكيل عن البيع يوما يتأقت هذه الجملة لبيان ما يتوقت وما لا يتوقت. ذكرتها هنا لكثرة فوائدها وهي مذكورة في البزازية من فصل الامر باليد. وفيها من الايمان: أنت كذا إذا جاء غد يمين، أنت كذا غدا ليس بيمين لانه إضافة والطلاق المضاف إلى وقتيينزل عند أولهما، والمعلق بالفعلين عند آخرهما،

***

[٤٦٦]

والمضاف إلى أحد الوقتين كقوله غدا أو بعد غد طلقت بعد غد، ولو علق بأحد الفعلين ينزل عند أولهما، والمعلق بفعل أو وقت يقع بأيهما سبق. وفي الزيادات إن وجد الفعل أولا يقع ولا ينظر وجود الوقت، وإن وجد الوقت أولا لا يقع ما لم يوجد الفعل ا ه. وفيها من فصل الاستثناء: أنت طالق ثلاثا إلا واحدة غدا أو إن كلمت فلانا تعلق اثنتان لمجئ الغد وكلام فلان ا ه. وفي المحيط: ولو قال أنت طالق تطليقة تقع عليك غدا تطلق حين يطلع الفجر فإنه وصف التطليقة بما تتصف به فإنها تتصف بالوقوع غدا بأن كانت مضافة إلى الغد فلا تقع بدون ذلك الوصف، ولو قال تطليقة لا تقع إلا غدا طلقت للحال لانه وصفها بما لا تتصف به إذ ليس من الطلاق ما لا يقع إلا في الغد بل يتصور وقوعه حالا واستقبالا فلغى ذكر الوصف فبقي مرسلا كما لو قال أنت طالق تطليقة تصير أو تصبح غدا، ولو قال أنت طالق بعد يوم الاضحى تطلق حين يمضي اليوم لان البعدية صفة للطلاق لما بينا فصار الطلاق مضافا إلى ما بعد يوم الاضحى فلم يقع قبله، ولو قال بعدها يوم الاضحى طلقت للحال لان البعدية صفة لليوم فيتأخر اليوم عن الطلاق فبقي الطلاق مرسلا غير مضاف. ولو قال مع يوم الاضحى طلقت حين يطلع فجره لان مع للقرأن فقد جعل الوقوع مقارنا ليوم الاضحى، ولو قال معها يوم الاضحى طلقت للحال لان حرف مع هنا دخلت على الوقت فصار مضيفا الوقت إلى الطلاق، وإضافة الوقت إلى الطلاق باطل لانه مما لا يتجزى فيبقى الطلاق مرسلا كما لو قال أنت طالق قبلها يوم الاضحى طلقت للحال ا ه. وفي الذخيرة: الحاصل أن الطلاق إذا أضيف إلى وقت لا يقع ما لم يجئ ذلك الوقت، وإن أضيف الوقت إلى الطلاق وقع للحال وتوضيحه فيها، وقيد بقوله غدا لانه لو قال أنت طالق لا بل غدا طلقت الساعة واحدة وفي الغد أخرى. كذا في المحيط معزيا إلى أبي يوسف. وفي البزازية: إن شئت فأنت طالق غدا فالمشيئة إليها للحال بخلاف أنت طالق غدا إن شئت فإن المشيئة إليها في الغد. وفي الظهيرية: لو قال رجل لامرأته أنت طالق غدا إذا دخلت الدار يلغو ذكر الغد فيتعلق الطلاق بدخول الدار حتى لو دخلت في أي وقت كان طلقت وهذا مشكل، فإنه

***

[٤٦٧]

إذا ألغى ذكر الغد يصير فاصلا بين الشرط والجزاء فوجب أن يتجزى الجزاء، ولو قدم الشرط وقال إن دخلت الدار فأنت طالق غدا يتعلق طلاق الغد بالدخول ا ه. وبه علم أن التقييد بالوقت إنما يصح إذا لم يأت بعده تعليق لتعارض الاضافة والتعليق فيترجح المتأخر. قوله: (ونية العصر تصح في الثاني) أي نية آخر النهار تصح مع ذكر كلمة في ولا تصح عند حذفها قضاء عند أبي حنيفة. وقالا: لا

تصح في الثاني كالاول والفرق له عموم متعلقها بدخولها مقدرة لا ملفوظة لغة للفرق بين صمت سنة وفي سنة لغة، وكذا شرعا فيما لو حلف ليصومن عمره فإنه يتناول جميع عمره حتى لا يبر في يمينه إلا بصوم جميع العمر. ولو قال لاصومن في عمري فإنه يتناول ساعة من عمره حتى لو صام ساعة بر في يمينه كما في المعراج، فنية جزء من الزمان مع ذكرها نية الحقيقة لان ذلك الجزء من أفراد المتواطئ ومع حذفها نية تخصيص العام فلا يصدق قضاء، وإنما يتعين أول أجزائه مع عدمها لعدم المزاحم. وجعلهم لفظة غد عاما مع كونه نكرة في الاثبات لتنزيل الاجزاء منزلة الافراد وكان يكفيهم أن يقال إنه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه. وهذا بخلاف ما لا يتجزى الزمان في حقه فإنه لا فرق فيه بين الحذف والاثبات كصمت يوم الجمعة وفي يوم الجمعة. قيدنا بكونه قضاء لانه يصدق ديانة فيهما اتفاقا واليوم والشهر ووقت العصر كالغد فيهما. ومثل قوله في غد قوله في شعبان مثلا فإذا قال أنت طالق في شعبان فإن لم تكن له نية طلقت حين تغيب الشمس من آخر يوم من رجب، وإن نوى آخر يوم من شعبان فهو على الخلاف، ومما تفرع على حذف في وإثباتها لو قال أنت طالق كل يوم يقع واحدة عند الثلاثة. وقال زفر: تقع ثلاث في ثلاثة أيام. ولو قال في كل يوم طلقت ثلاثا في كل يوم واحدة إجماعا كما لو قال عند كل يوم أو كلما مضى يوم. والفرق لنا أن في للظرف والزمان إنما هو ظرف من حيث الوقوع فيلزم من كل يوم فيه وقوع تعدد الواقع بخلاف كون كل يوم فيه الاتصاف بالواقع، فلو نوى أن تطلق كل يوم تطليقة أخرى صحت نيته. وفي الخلاصة: أنت طالق مع كل يوم تطليقة فإنها تطلق ثلاثا ساعة حلف. وفي التتمة: أنت طالق رأس كل شهر تطلق ثلاثا في رأس كل شهر واحدة، ولو قال أنت طالق رأس كل شهر طلقت واحدة لان في الاول بينهما فصل في الوقوع ولا كذلك في الثاني، ولو قال أنت طالق كل جمعة فإن كانت نيته على كل يوم جمعة فهي طالق في كل يوم جمعة حتى تبين بثلاث، وإن كانت نيته على كل جمعة تمر بأيامها على الدهر فهي طالق واحدة، وإن لم يكن له نية

***

[٤٦٨]

فهي واحدة ا ه. وفي المحيط: لو قال أنت علي كظهر أمي كل يوم كان ظهارا واحدا فلا يقربها ليلا ولا نهارا حتى يكفر كما لو قال أنت طالق كل يوم، ولو قال في كل يوم كان مظاهرا في كل يوم لانه أفرد كل يوم بالظهار، فإذا جاء الليل بطل الظهار وعاد من الغد لان الظهار يتوقت فإذا مضى الوقت بطل الظهار. وإن كفر في كل يوم فله أن يقربها في ذلك اليوم لان الظهار قد ارتفع بالتكفير وعاد من الغد، ولو قال أنت علي كظهر أمي اليوم وكلما جاء يوم كان مظاهرا اليوم فإذا جاء الليل بطل، وله أن يقربها ليلا لانه وقته باليوم فإذا جاء الغد صار مظاهرا ولا يقربها ليلا ولا نهارا حتى يكفر، وكذلك في كل يوم هو مظاهر ظهارا مستقبلا عند طلوع الفجر لا يبطله إلا كفارة على حدة لانه ذكره بكلمة كلما فينعقد كل يوم ظهار على حدة وهو مرسل فيقع مؤبدا ا ه. وفي البزازية: ويدخل في قوله لا أكلمه كل يوم الليلة حتى لو كلمه في الليل فهو كالكلام بالنهار كما في قوله أيام هذه الجمعة، وفي قوله في كل يوم لا تدخل الليلة حتى لو كلمه في الليل لا يحنث لا يكلمه اليوم وغدا وبعد غد فهذا على كلام واحد ليلا كان أو نهارا. ولو قال في اليوم وفي غد وفي بعد غد لا يحنث حتى يكلم في كل يوم سماه ولو كلمه ليلا لا يحنث في يمينه ا ه. ومما يدخل تحت هذا الاصل ما عن أبي حنيفة: لو استأجره ليخبز له كذا من الدقيق اليوم فسدت لجهالة المعقود عليه من كونه العمل أو المنفعة، ولو قال في اليوم لا تفسد لانه للظرف لا لتقدير المدة فكان المعقود عليه العمل فقط. ذكره الشارح في الاجارات. وفي التلويح: ومما خرج عن هذا الاصل مروى ابراهيم عن محمد أنه إذا قال أمرك بيدك رمضان أو في رمضان فهما سواء وكذا غدا أو في غد ويكون الامر بيدها في رمضان أو في الغد كله ا ه. يعني فلم يتعين الجزء الاول هنا وهذه رواية ضعيفة عن محمد لما في المحيط من باب الامر باليد: وعن محمد لو قال أمرك بيدك اليوم فهو على اليوم

***

[٤٦٩]

كله، ولو قال في هذا اليوم فهو على مجلسها وهو صحيح موافق لقوله أنت طالق غدا أو أنت طالق في الغد ا ه ما في المحيط. وجزم به في البزازية فلم يخرج عن هذا الاصل. وعلى تلك الرواية فالفرق أن الطلاق مما لا يمتد بخلاف الامر باليد. وفي الصيرفية: قال لها إن طلقتك غدا فأنت طالق ثلاثا في هذا اليوم ينبغي أن تطلق ثلاثا للحال لان الثلاث في اليوم لا تصلح جزءا للطلاق في الغد ا ه.

وفي الجامع الكبير للصدر الشهيد امرأته طالق وعبده حر غدا أو وسط غد أوقعا فيه لاضافتهما إليه. قال امرأته طالق اليوم وعبده حر غدا كان كما قال، ولو ذكر غدا متقدما يتأخر العتق على الاصح، ولو استثنى في آخره انصرف إلى الكل ا هـ. ذكره في باب الحنث يقع بأمرين أو بأمر واحد. وفي الخانية: طلق امرأتي غدا فقال لها الوكيل أنت طالق غدا كان باطلا. قوله: (وفي اليوم غدا أو غدا اليوم يعتبر الاول) أي يقع الطلاق في أول الوقتين تفوه به عند عدم النية، أما الاول فلانه نجزه فلا يقع متأخرا إلى وقت في المستقبل ولا يعتبر لاضافة أخرى لانه لا حاجة إليه لانها إذا طلقت اليوم كانت غدا كذلك، وأما الثاني فلانه وقع مضافا بعده فلا يكون منجزا بعده بل لو اعتبر كان تطليقا آخر، وإنما وصفها بواحدة فلزم إلغاء الثاني ضرورة، ولا يمكن جعله نسخا للاول لان النسخ إنما يكون بكلام مستبد متراخ وهو منتف. قيد بقوله اليوم غدا لانه إذا قال أنت طالق اليوم إذا جاء غد لا تطلق. إلا بطلوع الفجر فتوقف المنجز لاتصاله بغير الاول بالآخر، وقد جعلوا الشرط مغيرا للاول دون الاضافة وقد طولبوا بالفرق بينهما، وما ذكروا من أن اليوم في الشرط لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع وفي الاضافة لبيان وقت الوقوع لا يفيد فرقا. ولو قال أنت طالق اليوم وإذا جاء غد طلقت واحدة للحال وأخرى في الغد لان المجئ شرط معطوف على الايقاع والمعطوف غير المعطوف عليه والموقع للحال لا يكون متعلقا بشرط فلا بد وأن يكون المتعلق تطليقة أخرى. كذا في المحيط. وفي البزازية: أنت طالق الساعة وغدا أخرى

***

[٤٧٠]

بألف فقبلت وقعت واحدة للحال بنصف الالف والاخرى غدا بغير شئ، وإن تزوجها قبل مجئ الغد ثم جاء الغد تقع أخرى بخمسمائة أخرى ا هـ. وذكر الواو في المسألة الاولى وعدم ذكرها سواء حتى لو قال أنت طالق اليوم وغدا أو أول النهار وآخره لا يقع عليه إلا واحدة إلا إذا نوى أخرى فيتعدد، وفي المسألة الثانية بينهما فرق فإنه لو قال أنت طالق اليوم وغدا وقعت واحدة، ولو قال أنت طالق غدا واليوم وقعت ثنتان للمغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه عند الاحتياج، وهو في الثانية دون الاولى. وكذا لو قال أمس واليوم فهي ثنتان لان الواقع في اليوم لا يكون واقعا في الامس فاقتضى أخرى، ولو قال اليوم وأمس فهي واحدة مثل قوله اليوم وغدا. كذا في المحيط. فيه: لو قال أنت طالق غدا واليوم وبعد غد والمرأة مدخول بها يقع ثلاثا خلافا لزفر. وفي الخانية: أنت طالق اليوم وبعد غد طلقت اثنتان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقيدنا بعدم النية لانه لو نوى في الاولى أن يقع عليها اليوم واحدة وغدا واحدة صح ووقعت ثنتان. ولو قال أنت طالق اليوم وغدا وبعد غد تقع واحدة بلا نية، فإن نوى ثلاثا متفرقة على ثلاثة أيام وقعن كذلك. واستفيد من المسألتين أنه لو قال بالنهار أنت طالق بالليل والنهار يقع عليه تطليقتان، ولو قال بالنهار والليل تقع واحدة، ولو كان بالليل انعكس الحكم. كذا في التنقيح للمحبوبي. وعلى هذا فما ذكره الشارح من أنه لو قال أنت طالق آخر النهار وأوله تطلق ثنتين، ولو قال أنت طالق أول النهار وآخره تطلق واحدة مقيد بما إذا كانت هذه المقالة في أول النهار، فلو كانت في آخر النهار انعكس الحكم. وفي المحيط: الاصل أن الطلاق متى أضيف إلى وقتين مستقبلين نزل في أولهما ليصير واقعا فيهما، وإن كان أحد الوقتين كائنا والآخر مستقبلا وبينهما حرف العطف، فإن بدأ بالكائن وقع طلاق واحد في أولهما، وإن بدأ بالمستقبل وقع طلاقان ا هـ. وفي الظهيرية: قال لها أنت طالق ما خلا اليوم طلقت للحال ا هـ. وفي تلخيص الجامع: لو قال لها أنت طالق طلاقا لا يقع إلا غدا أو طلاقا لا يقع إلا في دخولك الدار وقع للحال، ولا يتقيد بالدخول ولا بالغد لانه وصفه بما لا يصلح وصفا له إذ لا يصلح أن يكون الطلاق واقعا في غد فقط أو في دخولها فقط. وهذا بخلاف قوله أنت طالق تطليقة لا تقع عليك إلا بائنا حيث تقع عليها واحدة بائنة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لان عند محمد لا

***

[٤٧١]

يلحق الوصف. وفي المحيط: الاصل أن الطلاق متى أضيف إلى أحد الوقتين وقع عند آخرهما كقوله أنت طالق غدا أو رأس الشهر يقع عند رأس الشهر، وكذا اليوم أو غدا يقع عند الغد. وإن علقه بفعلين يقع عند آخرهما نحو إذا جاء فلان وفلان فلا يقع عند إلا مجيئهما، وإن علق بأحد الفعلين يقع عند أولهما نحو إذا جاء فلان أو جاء فلان فأيهما جاء طلقت، وإن علقه بالفعل والوقت يقع بكل واحدة تطليقة، وإن علقه بفعل أو وقت فإن سبق الفعل وقع ولم ينتظر الوقت، وإن سبق الوقت لم يقع حتى يوجد الفعل وتمامه فيه.

وفي التلخيص: لو قال طالق اليوم ورأس الشهر اتحد الواقع في الاصح بخلاف التخيير لان الاول انتهى بالغروب كالظهار إذ الوقت كالمجلس فقدر الصدر معادا حذار اللغو كذا يوما ويوما لا لان لا لغو إلا أن يزيد أبدا ترجيحا للتعديد على النفي بالعرف عكس الاول فيقع ثلاثا آخرهن في الخامس. وفي نسخة السادس بدأ من الثاني إذا أضاف إلى أحد الوقتين، والاظهر البداءة من الاول في الصورة الثانية كما لو لم يزد وله النية إلا أن يتهم فترد قضاء ا ه. وتوضيحه في شرحه. وفي الجامع للصدر الشهيد: المعلق بشرطين ينزل عند آخرهما
***
[٤٧٢]
وبأحدهما عند الاول والمضاف بالعكس. قال أنت طالق غدا وبعده يقع غدا وبعده في أو قال أنت طالق إذا جاء زيد وعمرو يقع عند آخرهما وبأ وعند الاول. قال إن دخل هذه فعبده حر أو إن كلمهن فامرأته طالق أيهما وجد شرطها نزل جزاؤها وتبطل الاخرى، وإن وجدا معا يتخير ولا يتخير قبله. قال أنت طالق غدا أو عبده حر بعده ينزل أحدهما بعده ويتخير. قال أنت طالق إن دخلت هذه الدار وإن دخلت هذه أو أوسط الجزاء يتعلق بأحدهما ولا يتعدد وإن أخره فيهما، وكذا إن لم يعد حرف الشرط قدم أو وسط أو أخر. ذكره في الايمان. وفي الخانية: أنت طالق غدا إن شئت كانت المشيئة إليها في الغد، ولو قال لها إن شئت فأنت طالق غدا كانت المشيئة للحال عند محمد. وقال أبو يوسف: المشيئة إليها في الغد في الفصلين. وقال زفر: المشيئة إليها للحال في الفصلين وهو قول أبي حنيفة ا ه. قوله: (أنت طالق قبل أن أتزوجك أو أمس ونكحها اليوم لغو) بيان للمضاف إلى زمن ماض بعد بيان المستقبل لانه أسنده إلى حالة منافية فصار كقوله طلقتك وأنا صبي أو نائم أو مجنون وكان جنونه معهودا وإلا طلقت للحال. قيد بالطلاق لانه لو قال لعبده أنت حر قبل أن أشتريك أو أنت حر أمس وقد اشتراه اليوم عتق عليه لاقراره له بالحرية قبل ملكه كما لو أقر بعتق عبد ثم اشتراه. ولا فرق في المسألة الاولى بين أن يزيد على قوله قبل أن أتزوجك بشهر أو لا كما في المحيط. وقيد بكونه لم يعلقه بالتزوج لانه لو علقه بالتزوج فلا يخلو إما أن يقدم الجزاء أو يؤخره. فإن قدمه فله صورتان: إحداهما أن يجعل القبلية متوسطة كقوله أنت طالق قبل أن أتزوجك إذا تزوجت بك، والثانية أن يؤخرها كقوله أنت طالق إذا تزوجتك قبل أن أتزوجك وفيهما يقع الطلاق عند وجود التزوج اتفاقا وتلغو القبلية لانه في الصورة الثانية تم الشرط والجزاء فصح التعليق، وبقوله قبل أن أتزوجك قصد إبطاله لانه أثبت وصفا للجزاء لا يليق به وأنه لا يمكن فيلغى. وأما في الصورة الاولى فالتعليق المتأخر ناسخ للاضافة قبله فصار كما لو قال أنت طالق قبل أن تدخلي الدار إن دخلتيها تعلق بدخولها ولغا قوله قبل أن تدخلي. وإن أخر الجزاء بأن قال إن تزوجتك فأنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع عندهما خلافا لابي يوسف، لان ذكر الفاء رجح جهة الشرطية والمعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فصار كأنه قال بعد التزوج أنت طالق قبل أن أتزوجك. والحاصل أن أبا يوسف لم يفرق بين تقديم الشرط وتأخيره وهما فرقا. وفي شرح تلخيص
***
[٤٧٣]
الجامع لا يقال بأن قوله قبل أن أتزوجك كلام لغو وقد فصل بين الشرط والمشروط فوجب أن لا يتعلق الطلاق بالتزوج لانا نقول: لا نسلم أنه لغو بل تصريح بما انتظمه صدر الكلام لانه يقتضي كونه إيقاعا في الحال إدخال وجود القول منه بوصف بكونه قبل التزوج فصار كما لو قال لمنكوحته أنت طالق الساعة إذا دخلت الدار، أو أنت طالق قبل أن تدخلي الدار إن دخلت الدار لان قوله الساعة وقبل أن تدخلي تصريح بما اقتضاه صدر الكلام على أنه لو جعل هناك فاصلا يتنجز، وهنا لو جعل قبل أن تزوجك فاصلا يلغو فكان أولى باعتبار كونه غير فاصل تصحيحا لكلام العاقل اهـ. وفي المحيط: إن تزوجت فلانة بعد فلانة فهما طالقتان فتزوجهما كما قال طلقتا لانه أضاف الطلاق إلى تزوجهما لان قوله بعد فلانة أي بعد تزوج فلانة فصار تزوج فلانة مذكورا ضرورة وقد تزوجهما كما شرط فوجد الشرط فنزل الطلاق. وإن قال إن تزوجت فلانة قبل فلانة فهما طالقتان فتزوج الاولى طلقت لان الشرط في حقها قد وجد وهو القبلية لان وصف الشئ بالقبلية لا يقتضي وجود ما بعده، وإن تزوج الثانية طلقت أيضا. وقيل: ينبغي أن لا تطلق. ولو قال إن تزوجت زينب قبل عمرة بشهر فهما طالقتان فتزوج زينب ثم عمرة بعدها بشهر طلقت زينب للحال لوجود الشرط ولا يستند كما لو قال أنت طالق قبل قدوم فلانة بشهر ولا تطلق عمرة لانه أضاف طلاق عمرة إلى شهر قبل تزوجها. ولو قال إن تزوجت زينب

قبيل عمرة فتزوج زينب وحدها لا تطلق لان قبيل عبارة عن ساعة لطيفة يتصل به ما ذكر عقيبه وذلك لا يعرف إلا بالتزويج بعمرة كما لو قال أنت طالق قبيل الليل لا تطلق إلا عند غروب الشمس، فلو قال قبل الليل تطلق للحال، فإن تزوج عمرة بعد ذلك طلقت زينب لا عمرة، وإن طال ما بين التزوجين لم تطلق إحداهما ا ه. قوله: (وإن نكحها قبل أمس وقع الآن) لانه أسنده إلى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه إخبارا أيضا فكان إنشاء، والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة. وعلى هذه النكتة حكم بعض المتأخرين من مشايخنا في مسألة الدور المنقولة عن متأخري الشافعي بالوقوع وهي إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا. وحكم أكثرهم بأنها لا تطلق بتنجيز طلاقها لانه لو تنجز وقع المعلق قبله ثلاثا ووقوع الثلاث سابقا على التنجيز يمنع المنجز بوقوع المنجز والمعلق لان الايقاع في الماضي إيقاع في الحال. ونقول أيضا: إن هذا تغيير لحكم اللغة لان الا جزئة تنزل بعد الشرط أو معه لا قبله ولحكم العقل أيضا لان مدخول أداة الشرط سبب والجزاء مسبب عنه، ولا يعقل تقدم المسبب على السبب فكان قوله قبله لغوا البتة فيبقى الطلاق جزاء

***

[٤٧٤]

للشرط غير مقيد بالقبلية ولحكم الشرع لان النصوص ناطقة بشرعية الطلاق، وهذا يؤدي إلى رفعها فيتفرع في المسألة المذكورة وقوع ثلاث الواحدة المنجزة وثنتان من المعلقة. ولو طلقها ثنتين وقعتا وواحدة من المعلقة أو طلقها ثلاثا يقعن فينزل الطلاق المعلق لا يصادف أهلية فيلغو، ولو كان قال إن طلقتك فأنت طالق قبله ثم طلقها واحدة وقعت ثنتان المنجزة والمعلقة، وقس على ذلك. كذا في فتح القدير وفيه نظر، لانه ينتقض بقوله تعالى * (وما بكم من نعمة فمن الله) * (النحل: ٥٣) فإن الاول استقرار النعمة بالمخاطبين، والثاني كونها من الله عزوجل وليس الاول سببا للثاني بل الاول فرع للثاني. وقال الرضى: لا يلزم مع الفاء أن يكون الاول سببا للثاني بل اللازم أن يكون ما بعد الفاء لازما لمضمون ما قبلها كما في جميع صور الشرط والجزاء، ففي قوله تعالى وما بكم من نعمة فمن الله كون النعمة منه لازم حصولها معنى، ولا يغرنك قول بعضهم إن الشرط سبب في الجزاء اه‍. وتمامه في شرح المغني للدماميني من بحث ما من المبحث الاول. وحينئذ فلا يلغو قوله قبله لعدم المنافاة ولا يضر رفع شرعية الطلاق على واحد اختار لنفسه ذلك فألزم نفسه به كما لو قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق فإنه صحيح عندنا وإن كان فيه سد باب النكاح المشروع. وفي القنية من آخر كتاب الايمان: قال لها كلما وقع عليك طلاقي فأنت قبله طالق ثلاثا ثم طلقها بعد

***

[٤٧٥]

ذلك ثلاثا يقعن، وهذا طلاق الدور وأنه لا يقع عند الشافعي. قال الغزالي في وجيزه: إذا قال إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا يحسم باب الطلاق على أظهر الوجهين. وقيل: إذا نجز واحدة تقع تلك الواحدة وقيل تقع الثلاث إن كان بعد الدخول، ثم قال الغزالي: إن وطئت وطأ مباحا فأنت طالق قبله فوطئ فلا خلاف أنها لا تطلق ا ه‍. والاصح عند الشافعية ما صححه الشيخان من وقوع المنجزة دون المعلقة كما في شرح التنبيه وفيه: لو قال لزوجته متى دخلت الدار وأتت زوجتي فعبدي حر قبله ومتى دخلها وهو عبدي فأنت طالق قبله ثلاثا فدخلا معا لم يعتق العبد ولم تطلق الزوجة للزوم الدور لانهما لو حصلا لحصلا معا قبل دخولهما، ولو كان كذلك لم يكن العبد عبده وقت الدخول ولا المرأة زوجته وقتئذ فلا تكون الصفة المعلق عليها حاصلة، ولا يتأتى في هذا القول بطلان الدور إذ ليس فيها سد باب التصرف. ولو دخلا مرتبا وقع المعلق على المسبوق دون السابق، فلو دخلت المرأة أولا ثم العبد عتق ولم تطلق هي لانه حين دخل لم يكن عبدا له فلم تحصل صفة طلاقها، وإن دخل

***

[٤٧٦]

العبد أولا ثم المرأة طلقت ولم يعتق العبد وإن لم يذكر في تعليقه المذكور لفظة قبل في الظرفين ودخلا معا عتق وطلقت، وإن دخلا مرتبا فكما سبق ا ه‍. وفيه: لو قال إن ظاهرت منك أو آليت أو لاعنت أو فسخت النكاح بعيب فأنت طالق قبله ثلاثا ثم وجد المعلق به صح ولغا تعليق الطلاق لاستحالة وقوعه ا ه‍. قوله: (أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى ما لم أطلقك وسكت طلقت) بيان لما إذا أضاف إلى مطلق الوقت. وذكرهم أن وإذا هنا بالتبعية وإلا فالمناسب لهما التعليق لا الاضافة. وإنما طلقت بالسكوت لان متى ظرف زمان وكذا ما تكون مصدرية نائبة عن ظرف الزمان كما في قوله تعالى * (ما دمت حيا) * (مريم: ٣١) أي مدة دوام

حياتي أو مدة دوامي حيا. وهي وإن استعملت للشرط لكن اتفق العلماء على أنها هنا للوقت، ولذا نقل في فتح القدير اتفاق العلماء على وقوع الطلاق بالسكوت فصار حاصل المعنى إضافة طلاقها إلى زمان خال من طلاقها وهو حاصل بسكوته. قيد بقوله وسكت لانه لو قال
***
[٤٧٧]
موصلا أنت طالق بركما سيأتي. ومثل متى حين وزمان وحيث ويوم، فلو قال حين لم أطلقك ولا نية له فهي طالق حين سكت، وكذا زمان لم أطلقك وحيث لم أطلقك ويوم لم أطلقك إذا كان بلم الجازمة فلو كان بلا النافية نحو زمان لا أطلقك أو حين لا أطلقك بحرف لا النافية لم تطلق حتى تمضي ستة أشهر. والفرق بين الحرفين أن لم تقلب المضارع ماضيا مع النفي وقد وجد زمان لم يطلقها فيه فوقع، وكلمة لا للاستقبال غالبا فإن لم يكن له نية لا يقع في الحال. وإنما يراد بحين ستة أشهر لانه أوسط استعمالاته من الساعة والاربعين سنة وستة أشهر في قوله تعالى * (فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون) * (الروم: ١٧) * (هل أتى على الانسان حين من الدهر) * (الدهر: ١) * (تؤتى أكلها كل حين بإذن ربها) * (ابراهيم: ٢٥) والزمان كالحين لانهما سواء في الاستعمال. ولو قال يوم لا أطلقك لم تطلق حتى يمضي يوم الكل من المحيط. وأما حيث فهي للمكان وكم مكان لم يطلقها فيه. كذا في فتح القدير. فكأنه قال أنت طالق في مكان لم أطلقك فيه. وذكر في المغني أن الاخفش جعلها للزمان أيضا فلا إشكال. وقيد بما ذكر لانه لو قال كلما لم أطلقك فأنت طالق وسكت يقع الثلاث متتابعا لا جملة لانها تقتضي عموم الانفراد لا عموم الاجتماع، فإن لم تكن مدخولا بها بانت بواحدة فقط. وقيد بمطلق الوقت لانه لو قيده مع العدم كأن قال إن لم تدخلي الدار سنة فأنت طالق فمضت السنة قبل الدخول طلقت كما في الايلاء. كذا في البدائع. قوله: (وفي إن لم أطلقك أو إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك لا حتى يموت أحدهما) أي لا يقع الطلاق إلا بموت أحدهما قبل التطليق عند عدم النية ودلالة الفور لان الشرط أن لا يطلقها وذلك لا يتحقق إلا باليأس عن الحياة وهو في آخر جزء من أجزاء الحياة. أما في موته فظاهر ولم يقدره المتقدمون بل قالوا: تطلق قبيل موته، فإن كانت مدخولا بها ورثته بحكم الفرار وإن كان الطلاق ثلاثا وإلا لا ترثه. وأشار بقوله بموت أحدهما أن موتها كموته. وصححه في الهداية، ولا يرد عليه ما لو قال إن لم أدخل الدار فأنت طالق حيث يقع بموته لا بموتها لانه يمكنه الدخول بعد موتها فلا يتحقق اليأس بموتها فلا يقع الطلاق، أما الطلاق فإنه يتحقق اليأس عنه بموتها لعدم المحلية، وإذا حكمنا بوقوعه قبيل موتها لا يرث منها الزوج لانها بانت قبيل الموت فلم يبق بينهما زوجية حال الموت. إنما حكمنا بالبينونة وإن كان المعلق صريحا لانتفاء العدة كغير المدخول بها لان الفرض أن الوقوع في آخر جزء لا يتجزى فلم يله إلا الموت وبه تبين، ولذا جعل المصنف الوقوع بالموت وإن كان قبيله وقد ظهر أن عدم إرثه منها مطلق، سواء كانت مدخولا بها أو لا، ثلاثا أو واحدة، وبه تبين أن تقييد الشارح عدمه بعدم الدخول أو الثلاث غير صحيح، وتسوية المصنف بين إن و
***
[٤٧٨]
إذا مذهب أبي حنيفة فهي عنده إذا جوزي بها حرف لمجرد الشرط لان مجرده ربط خاص وهو من معاني الحروف، وقد تكون الكلمة حرفا أو اسما، فلما كانت للشرط والوقت لم يقع الطلاق للحال بالشك، وعندهما كمتى للوقت. وحاصله أن الامام بنى مذهبه على إن إذا تخرج عن الظرفية وتكون لمحض الشرط وهو قول بعض النحاة كما ذكره في المغني لكن ذكر أن الجمهور على أنها للظرفية متضمنة معنى الشرطية وأنها لا تخرج عن الظرفية وهو مرجح لقولهما هنا، وقدر حجه في فتح القدير. ولا يرد على أبي حنيفة أنت طالق إذا شئت حيث وافقهما أنها كمتى فلا يخرج الامر من يدها ولو كانت ك " إن لخرج الامر من يدها الشك الخروج بعد تحقق الدخول. واعترض عليه بأن وقوع الشك في الشرطية والظرفية يوجب وقوعه في الحل والحرمة في الحال فكان ينبغي أن تحرم تقديما للمحرم كما قالا. وأجيب بأن الشك لا يوجب شيئا إنما ذلك مع تعارض دليل الحرمة مع دليل الحل فالاحتياط العمل بدليل الحرمة، أما هنا لو اعتبرنا الحرمة لم نعمل بدليل بل بالشك. وقيدنا بعدم النية لانه لو نوى به إذا معنى متى صدق اتفاقا قضاء وديانة لتشديده على نفسه، وكذا إذا نوى به إذا معنى إن على قولهما. وينبغي أن يصدق عندهما ديانة فقط لانها عندهما ظاهرة في الظرفية والشرطية احتمال فلا يصدقه القاضي.

وقيدنا بعدم دلالة الفور لانه لو قامت دلالة عليه عمل بها، ولذا قال في القنية: لو قالت له طلقني فقال إن لم أطلقك يقع على الفور. وقد زاد هذا القيد في المبتغى بالمعجمة فقال: لو قال لها إن لم تخبريني بكذا فأنت طالق فهو على الابد إن لم يكن ثمة ما يدل على الفور ا ه. وتبعه عليه في فتح القدير وقال: إنه قيد حسن. ومن ثم قالوا: لو أراد أن يجامع امرأته فلم تطاوعه فقال إن لم تدخلي البيت معي فأنت طالق فدخلت بعد ما سكتت شهوته طلقت لان مقصوده في الدخول كان قضاء الشهوة وقد فات. وفي الولوالجية: البول لا يقطع الفور والصلاة إذا خاف خروج وقتها كذلك. وهو قول الحسن بن زياد وبه يفتى. وقال نصير: الصلاة تقطع الفور. وستأتي مسائل الفور في آخر باب اليمين على الخروج والدخول إن شاء الله تعالى. ومما يناسب مسألة أن الصلاة لا تقطع الفور ما في الفتاوى الصيرفية: حلف بالطلاق ليصلين الظهر في مسجده فذهب إلى موضع لو يجئ تفوته الصلاة وإلا لا قال: يصليها في وقته وتطلق. ثم رقم بعلامة ب د أن هذا في الواحدة، أما في الثلاث فيصلي في مسجده ا ه. وقيد باقتصاره في التعليق على عدم التطليق لانه لو قال إذا طلقتك فأنت طالق وإذا لم أطلقك فأنت طالق فمات قبل أن يطلق وقع عليها طلاقان، لانه لما مات قبل التطليق حنث في اليمين الثانية فيقع عليها طلاق، وهذا الطلاق

***

[٤٧٩]

يصلح شرطا في اليمين الاولى فحنث في اليمينين. ولو قلب فقال إذا لم أطلقك فأنت طالق وإذا طلقتك فأنت طالق فمات قبل أن يطلق وقعت واحدة بسبب اليمين الاولى ولا يصلح شرطا للثانية لانه وقع بكلام وجد قبل اليمين الثانية، والشروط تراعى في المستقبل لا الماضي، كذا ذكره في المنتقى ولم يحك فيه خلافا. وقال قاضيخان في شرحه: وعلى قياس قولهما ينبغي أن لا ينتظر الموت بل كما سكت حنث ا ه. وقيد بكون الشرط عدم التطليق لان الشرط لو كان التطليق بأن قال إن طلقتك فأنت طالق فآلى منها فمضت المدة وقع عليها طلاقان، لان الايلاء تطليق بعد المدة ولو عنينا ففرق بينهما لم يقع على الاصح، والفرق أن في الايلاء وقع الطلاق بقوله حقيقة، وفي العنين لا وإنما جعل مطلقا شرعا. كذا في المحيط. وفي اللعان لا يحنث عند أبي يوسف، وعندهما يحنث، وفي الخلع يحنث. وفي خلع الفضولي، إن أجاز بالقول يحنث وبالفعل لا يحنث. وقال الفقيه أبو الليث: لا يحنث في الايلاء. كذا في المبتغى. ولو علق ووجد الشرط، فإن كان التعليق قبل اليمين لا يحنث وإلا حنث. لو طلق الوكيل أو أعتق حنث، سواء كان التوكيل قبل اليمين أو بعده، وكذا لو قال أعتق نفسك وطلقي نفسك. كذا في المحيط وفيه: لو قال لها كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق فطلقها واحدة وقع الثلاث لانه جعل شرط الحنث وقوع الطلاق عليها وقد وقع الطلاق عليها مرتين بعد اليمين مرة بالتطليق ومرة بالحنث فوقعت الثالثة بوقوع الثانية لان كلما توجب تكرار الجزاء بتكرار الشرط. ولو قال كلما طلقتك فأنت طالق ثم طلقها يقع ثنتان لانه جعل شرط الحنث تطليقها ولم يوجد إلا مرة واحدة فوقعت واحدة بالايقاع وأخرى بالحنث وبقيت اليمين منعقدة لانها عقدت بحرف التكرار ا ه. وفي شرح التلخيص من باب الطلاق بحنث أم بغير حنث: لو قال إن طلقت زينب فعمرة طالق، وإن طلقت عمرة فحمادة طالق، وإن طلقت حمادة فزينب طالق فطلقت الاولى لم تطلق الاخرى إذ الوسطى طلقت بلفظ سبق يمين الاخرى والشرط آت لا ماض، وكذا لو طلق الوسطى لم تطلق الاولى إذ الاخرى طلقت بلفظ سبق يمين الاولى كما في المحيط بخلاف إن وقع طلاقي إذ الشرط الوقوع وقد تأخر وزانه أن أوقفت أو لفظت وإن طلق الاخرى تطلق الوسطى لتأخر طلاق الاولى عن يمين الوسطى. ولو كان قال إن طلقت حمادة فبشيرة، وإن طلقت بشيرة فزينب، وطلق حمادة تطلق بشيرة، وإن طلق بشيرة طلقن إلا حمادة والحرف ما مر، ولهذا لو جعل زينب جزاء لعمرة ثم عكس تطلق زينب مثنى إن طلقها وفردا إن طلق عمرة. وإن طلق إحداهن ومات قبل الدخول والبيان ففي الثلاث لعمرة

***

[٤٨٠]

نصف مهر بلا إرث في الطلاق قطعا ولهما مهر وربع إذ تطلق فرد في حال وفرد جزما وفي الاربع لعمرة خمسة أثمان مهرها لانها تطلق في حال دون حال، وللباقيات مهران وربع اعتبارا للحال في فرد بعد إفراد فرد للطلاق وأخرى للنكاح لا في كل فرد كزعم عيسى، وأن يراد به ربعا إذ لا حاجة مع الجزم، ولعمرة ثمن إرث إن طلقت في أحوال وزاحمت في حال، ولحمادة ثلاثة أثمان اعتبارا للحال في نصف لم تنازعها الاولى وفي نصف نازعت، ولان لها الكل في حال دون أحوال والنصف في حال دون أحوال فأخذت ربعها

والباقي للاخيرتين ا هـ. وتوضيحه في شرح الفارسي. وحاصله في النساء الثلاث أنه إن طلق زينب طلقت عمرة فقط وإن طلق عمرة طلقت حمادة فقط، وإن طلق حمادة طلقت زينب وعمرة. وفي التلخيص أيضا من الايمان باب الحنث بالحلف: لو حلف لا يحلف حنث بالتعليق لوجود الركن دون الاضافة لعدمه إلا أن يعلق بأعمال القلب أو بمجئ الشهر في ذوات
***
[٤٨١]
الاشهر لانه يستعمل في التمليك أو بيان وقت السنة فلا يتمحض للتعليق، ولهذا لم يحنث بتعليق الطلاق بالتطليق لاحتمال حكاية الواقع، ولا بإن أديت فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق لانه تفسير الكتابة، ولا بإن حضت حيضة أو عشرين حيضة لاحتمال تفسير السنة، ولا يلزم إن حضت لانه لا يصلح تفسيرا للبدعي لتنوعه وتعذر التعيين فتمحض تعليقا، ولا إن طلعت الشمس لان الحمل والمنع ثمرة فتم الركن دونها ا هـ. فالمستثنى من قولهم حنث بالتعليق ست مسائل فلتحفظ. قوله: (أنت طالق ما لم أطلقك أنت طالق طلقت هذه الطلقة) تصريح بما فهم من قوله وسكت ومراده أنها تطلق المنجزة لا المعلقة استحسانا، ولا يعتبر زمان الاشتغال بالمنجزة سكوتا لان زمن البر مستثنى بدلالة حال الحلف لانها إنما تنعقد للبر فهو المقصود بها ولا يمكن إلا بجعل هذا القدر مستثنى فهو نظير من حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاشتغل بالنقلة من ساعته بر. وفائدة وقوع المنجزة دون المعلقة أن المعلق لو كان ثلاثا وقعت واحدة بالمنجز فقط إذا كان موصولا، فلو كان مفصولا وقع المنجز والمعلق. وفي المحيط: لو قال لامرأته إن لم أطلقك اليوم ثلاثا فأنت طالق ثلاثا فحيلته أن يقول لها أنت طالق ثلاثا على ألف درهم فلم تقبل المرأة، فإن مضى اليوم تقع الثلاث في قياس ظاهر الرواية لانه تحقق شرط الحنث وهو عدم التطليق لانه أتى بالتعليق والتعليق غير التطليق، وروي عن أبي حنيفة أنها لا تطلق وعليه الفتوى لانه أتى بالتطليق لان هذا تطليق مقيد لانه تطليق بعوض، والمعاوضة ليست بتعليق حقيقة، والمقيد يدخل تحت المطلق فينعدم شرط الحنث ا هـ. قوله: (أنت كذا يوم أتزوجك فنكحها ليلا حنث بخلاف الامر باليد) يعني بخلاف ما إذا قال لها أمرك بيدك يوم يقدم زيد، فإن قدم زيد ليلا لا خيار لها أو نهارا دخل الامر في يدها إلى الغروب. والفرق مبني على قاعدة هي أن مظروف اليوم إذا كان غير ممتد يصرف اليوم عن حقيقته وهو بياض النهار إلى مجازه وهو مطلق الوقت لان ضرب المدة له لغو إذ لا يحتمله، إن كان ممتدا يكون باقيا على حقيقته. والمراد بما يمتد ما يصح ضرب المدة له كالسير والركوب والصوم وتخيير المرأة وتفويض الطلاق، وبما لا يمتد عكسه كالطلاق والتزوج والكلام والعتاق والدخول والخروج. والمراد بالامتداد امتداد يمكن أن يستوعب النهار لا مطلق الامتداد لانهم جعلوا التكلم من قبيل غير الممتد، ولا شك أن التكلم يمتد زمانا طويلا
***
[٤٨٢]
لكن لا يمتد بحيث يستوعب النهار. كذا في شرح الوقاية. وقد اختلف المشايخ في التكلم هل هو مما يمتد أو لا فجزم في الهداية بالثاني، وجزم السراج الهندي في شرح المغني بالاول وجعل الثاني ظنا ظنه بعض المشايخ. ورجحه في فتح القدير. والحق ما في الهداية لما في التلويح من أن امتداد الاعراض إنما هو بتجدد الامثال كالضرب والجلوس والركوب. فما يكون في المرة الثانية مثلها في الاولى من كل وجه جعل كالعين الممتد بخلاف الكلام فإن المتحقق في المرة الثانية لا يكون مثله في الاولى فلا يتحقق تجدد الامثال ا هـ. ثم الجمهور ومنهم المحققون أنه يعتبر في الامتداد وعدمه المظروف وهو الجواب، ومن المشايخ من تسامح فاعتبر المضاف إليه اليوم. وحاصله أنه قد يكون المضاف إليه ومظروف اليوم مما يمتد كقوله أمرك بيدك يوم يركب فلان، أو يكونا من غير الممتد كقوله أنت طالق يوم يقدم زيد، وفي هذين لا يختلف الجواب إن اعتبر المضاف إليه أو المظروف. وإن كان المظروف ممتدا والمضاف إليه غير ممتد كقوله أمرك بيدك يوم يقدم فلان أو يكون المضاف إليه ممتدا والمظروف غير ممتد نحو أنت حر يوم يركب فلان، فحينئذ يختلف الجواب مع اتفاقهم على اعتبار المظروف فيما يختلف الجواب فيه على الاعتبارين، ففي أمرك بيدك يوم يقدم زيد فقدم ليلا لا يكون الامر بيدها اتفاقا، وفي أنت حر يوم يركب زيد فركب ليلا عتق اتفاقا. ومن اعتبر المضاف إليه دون المظروف إنما اعتبره فيما لا يختلف الجواب، فعلى هذا فلا خلاف في الحقيقة كما في الكشف والتلويح وغيرهما، ولذا اعتبر في الهداية في هذا الفصل المظروف حيث قال: والطلاق من هذا القبيل واعتبر في الايمان المضاف إليه حيث قال في قوله يوم أكلم فلانا والكلام فيما لا يمتد به، وبه علم أن ما حكاه بعض الشارحين من الخلاف وهم وأن ماقاله الزيلعي من أن الاوجه أن يعتبر الممتد منها وعليه مسائلهم ليس بالاوجه، وأم قاله

صدر الشريعة من أنه ينبغي أن يعتبر الممتد منهما ليس مما ينبغي، وإنما الصحيح اعتبار الجواب فقط. وإنما اعتبر الجواب لان المقصود بذكر الظرف إفادة وقوع الجواب فيه بخلاف المضاف إليه فإنه وإن كان مظروفا أيضا لكن لم يقصد بذكر الظرف ذلك، بل إنما ذكر المضاف إليه ليتعين الظرف فيتم المقصود من تعيين زمن وقوع مضمون الجواب، ولا شك أن اعتبار ما قصد الظرف له لاستعلام المراد من الظرف أهو الحقيقي أو المجازي أولى من اعتبار ما لم
***
[٤٨٣]
يقصد له في استعلام حاله. وفي التلويح: إنما اعتبر الجواب لانه المظروف المقصود ومظروف لفظا ومعنى والمضاف إليه ضمني معنى لا لفظا ثم قال: فإن قلت كثيرا ما يمتد الفعل مع كون اليوم لمطلق الوقت مثل اركبوا يوم يأتيكم العدو وأحسنوا الظن بالله يوم يأتيكم الموت وبالعكس في مثل أنت طالق يوم يصوم زيد وأنت حر يوم نكسف الشمس. قلت: الحكم المذكور إنما هو عند الاطلاق والخلو عن الموانع ولا يمتنع مخالفته بمعونة القرائن كما في الامثلة المذكورة، على أنه لا امتناع في حمل اليوم في الاول على بياض النهار ويعلم الحكم في غيره بدليل العقل وفي الثاني على مطلق الوقت ويجعل التقييد باليوم من الاضافة كما إذا قال أنت طالق حين يصوم أو حين تنكسف الشمس ا ه‍. ثم لفظ اليوم يطلق على بياض النهار بطريق الحقيقة اتفاقا، وعلى مطلق الوقت بطريق الحقيقة عند البعض فيصير مشتركا، وبطريق المجاز عند الاكثر وهو الصحيح لان حمل الكلام على المجاز أولى من حمله على الاشتراك لما عرف في الاصول. والمشهور أن اليوم من طلوع الفجر إلى غروب الشمس، والنهار من طلوعها إلى غروبها، والليل للسواد خاصة وهو ضد النهار، فلو قال إن دخلت ليلا لم تطلق إن دخلت نهارا لان الليل لا يستعمل للوقت عرفا فبقي اسما لسواد الليل وضعا وعرفا. كذا في المحيط. ولو قال في المسألة الاولى عنيت به بياض النهار صدق قضاء لانه نوى حقيقة كلامه فيصدق وإن كان فيه تخفيف على نفسه. كذا ذكر الشارح. وإنما لم يقل وديانة لان ما صدق فيه قضاء صدق فيه ديانة ولا ينعكس كما لا يخفى. ثم اعلم أن اليوم إنما يكون لمطلق الوقت فيما لا يمتد إذا كان اليوم منكرا، أما إذا كان معرفا باللام التي
***
[٤٨٤]
للعهد الحضوري فإنه يكون لبياض النهار ولذا قال في الظهيرية من الايمان: لو قال والله لا أكلمك اليوم ولا غدا ولا بعد غد كان له أن يكلمه في الليالي، وإذا قال والله لا أكلمك اليوم وغدا وبعد غد فهو كقوله والله لا أكلمك ثلاثة أيام تدخل فيها الليالي ا ه‍. والفرق أنه في الاول أيمان ثلاثة لتكرار حرف لا، وفي الثاني يمين واحدة. وفي التلويح: ذكر في الجامع الصغير بأنه لو قال أمرك بيدك اليوم وغدا دخلت الليلة. قلت: ولست مبنيا على أن اليوم لمطلق الوقت بل على أنه بمنزلة أمرك بيدك يومين وفي مثله يستتبع اسم اليوم الليلة بخلاف ما إذا قال أمرك بيدك اليوم وبعد غد فإن اليوم المنفرد لا يستتبع ما بإزائه من الليل ا ه‍. ومن فروع الاضافة أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر ونحوه قال في التلخيص باب ما يقع بالوقت وما لا يقع: أنت طالق ثلاثا قبل أن أتزوجك بشهر لغو لسبقه العقد كطالق أمس
***
[٤٨٥]
أو قرانه فإنه توقف للتعرف ولا شرط لفظا ليتأخر، وقبل قدوم زيد أو موته واقع إن كانا بعد شهر للاضافة والوصف في الملك مقتصرا عندهما للتوقف مسندا عند زفر للاضافة. كذا في العتق والامام معهما في القدوم إذ المعرف الحظر شرط معنى بدليل إن كان علم الله قدومه معه في الموت لانه كائن، فلو عرف الشهر وقع بأوله كقبل الفطر فينزل قبيل الموت من أول الشهر توسيطا بين الظهور والانشاء حتى لغا الخلع، والكتابة عنده سبق الزوال فيرد البدل إلا أن يموت بعد العدة لفوت محل الانشاء. ولغا طالق قبل موتي بشهر عندهما لقران الموت
***
[٤٨٦]
بخلاف العتق لبقاء الملك لكن من الثلث عندهما، والكل عنده، وله البيع بشرط صفة في الموت أو غيره معه كإن مت ودفنت أو

من مرضي. ولو جنى عليه في الشهر فالارش له لكن أرش القن إذ لا استناد في الفائت والخلف، كالاصل فيما يقبله وهو الملك لا العتق، نظيره الجناية على الساعي في كتابة أبيه وضمان التسبيب يلحق الميت بعد إعتاق الوارث فإنه
***
[٤٨٧]
يستند في حق الدين دون رد العتق بسببه، ولو بيع النصف عتق الباقي ولم يفسد البيع إذ الاستناد عدم في حق الزائل ولم يضمن لعدم الصنع كالميراث. ولو قال قبل موت زيد وعمرو بشهر فمات زيد قبل شهر لم يقع أبدا لفوات الوصف، وإن مات بعده وقع لتعين الشهر وهو المتصل بأول الكائنين كقبل الفطر والاضحى بخلاف القدوم والقران مبني طعن الرازي وهو محال فلا يراد كذا قبل أن تحيضي حيضة بشهر ورأت الدم ثلاثا، وقبل قدوم زيد وموت عمرو وقدم لان الباقي كائن بخلاف ما لو مات عمرو ا ه. وتوضيحه في شرح الفارسي. وفي فتح القدير: ولو قال أطولكما حياة طالق الساعة لم يقع حتى تموت إحداهما فإذا ماتت طلقت الاخرى مستندا ا ه. وفي المحيط: أنت طالق إلى قريب فهو إلى ما نوى لان مدة الدنيا كلها قريبة، وإن لم ينو فإلى أن يمضي شهر إلا يوما. وفي الذخيرة: أنت طالق الساعة واحدة وغدا أخرى بألف فقبلت وقعت واحدة للحال بنصف الالف والاخرى غدا بغير شئ، وإن تزوجها قبل مجئ الغد ثم جاء وقعت أخرى بخمسمائة. ولو قال أنت طالق الساعة واحدة أملك الرجعة وغدا أخرى بألف فقبلت وقعت واحدة للحال بغير شئ، فإذا جاء الغد وقعت أخرى بألف. ولو قال أنت طالق اليوم تطليقة بائنة وغدا أخرى بألف يقع للحال تطليقة بائنة بغير شئ، فإذا جاء الغد وقعت أخرى بغير شئ. ولو قال أنت طالق اليوم واحدة بغير شئ وغدا أخرى بألف فقبلت وقع اليوم واحدة بغير شئ وغدا أخرى بالالف. ولو قال أنت طالق الساعة واحدة أملك الرجعة وغدا أخرى أملك الرجعة بألف درهم انصرف البدل إليهما فتقع اليوم واحدة بخمسمائة وغدا أخرى بغير شئ إلا أن يتزوجها كما إذا لم يضف أصلا، وكذا إذا قال أنت طالق الساعة ثلاثا وغدا أخرى بائنة. أو قال أنت طالق الساعة واحدة بغير شئ وغدا أخرى بغير شئ بألف درهم، فالبدل ينصرف إليهما فيقع اليوم واحدة بخمسمائة
***
[٤٨٨]
وغدا أخرى بغير شئ. ولو وصف الثانية فقط بأن قال أنت طالق اليوم واحدة وغدا أخرى أملك الرجعة بألف أو بغير شئ بألف أو بائنة بألف لغا ذلك الوصف فتقع واحدة اليوم بخمسمائة وأخرى بغير شئ إلا أن يتزوجها، فصار الحاصل أن الوجوه عشرة لانه إما أن لا يصف واحدة منهما أو يصف الاولى فقط إما بالرجعة أو بالبينونة أو بكونها بغير شئ أو يصف الثانية فقط كذلك أو يصفهما جميعا كذلك فليتأمل. وفي تتمة الفتاوى: أنت طالق قبيل غد وقبيل قدوم فلان فهو قبل ذلك بطرفة عين لان قبيل وقت. قال أبو الفضل: هذا هو الجواب في قوله قبيل قدوم فلان غير صحيح، والصحيح أنه يقع الطلاق إذا قدم فلان، فلو قال إذا كان ذو العقدة فأنت طالق وقد مضى بعضه فهي طالق ساعة ما تكلم ا ه. وقد ذكرنا هذه المسائل تتميما للطلاق المضاف تكثيرا للفوائد والله سبحانه وتعالى أعلم وهو الميسر لكل عسير. قوله: (أنا منك طالق لغو وإن نوى وتبين في البائن والحرام) يعني إذا قال أنا منك بائن أو عليك حرام فإنها تبين بالنية، والفرق أن الطلاق لازالة الملك الثابت بالنكاح أو القيد فمحل الطلاق محلهما وهي محلهما دونه، فالاضافة إليه إضافة الطلاق إلى غير محله فيلغو. وأما حجره عن أختها أو خامسة فليس موجب نكاحها بل حجر شرعي ثابت ابتداء عن الجمع بين الاختين وخمس لا حكما للنكاح، ولهذا لو تزوجها مع أختها معا أو ضم خمسا معا لا يجوز بخلاف الابانة لان لفظها موضوع لازالة الوصلة ووصلة النكاح مشتركة بينهما فصحت إضافتها إلى كل منهما عالما بحقيقتها، وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك. قيدنا بقولنا منك وعليك لانه ولو قال أنا بائن أو أبنت نفسي ولم يقل منك أو حرام ولم يقل عليك لم تطلق وإن نوى لان البينونة متعددة كما في المعراج، بخلاف ما إذا قال أنت بائن أو حرام ولم يزد عليه حيث تطلق إذا نوى لتعيين إزالة ما بينهما من الوصلة بخلاف الاول. وأشار إلى أنه لو ملكها الطلاق فطلقته لا يقع لما قدمناه. وفي القنية: أنت حرام أو أنت علي حرام يقع الطلاق بدون النية ولا يحتاج إلى كلمة علي مت وكذا في سن. فقال: لو قال لها أنا بائن ولم يقل منك أو أنا حرام ولم يقل عليك فهذا ليس بشئ بخلاف ما إذا قال أنت بائن أو أنت حرام قال رضي الله عنه: وفي خزانة الاكمل ع لو قال لها أنت حرام أو بائن ولم يقل مني فهو باطل، وهذا سهو منه حيث نقله من العيون، وفي العيون ذكر ذلك من جانب المرأة فقال: لو جعل أمر امرأته بيدها فقالت للزوج أنت علي حرام أو

***
[٤٨٩]
أنت مني بائن أو حرام أو أنا عليك حرام أو بائن وقع، ولو قالت أنت بائن أو حرام ولم تقل مني فهو باطل. ووقع في بعض نسخ العيون: ولو قال بغير تاء التأنيث وظن صاحب الاكمل أنها مسألة مبتدأة وظن أنه لو قال ذلك الرجل لامرأته فهو باطل. وقال رضي الله تعالى عنه: وعند هذا ازداد سهوا شيخنا نجم الائمة البخاري فزاد فيها لفظة لها فقال: لو قال لها أنت حرام أو بائن فهو باطل والمسألة مع تاء التأنيث مذكورة في الواقعات الكبرى المدنية وغير المدنية في مسائل العيون فعرف به سهوهما ا ه. والحاصل من جهة الاحكام أنه إذا أضاف الحرمة أو البينونة إليها وقع من غير إضافة إليه، وإن أضاف إلى نفسه لا يقع من غير إضافة إليها، وإن خيرها فأجابت بالحرمة أو البينونة فلا بد من الجمع بين الاضافتين أنت حرام علي، أنا حرام عليك، أنت بائن مني، أنا بائن منك، والله سبحانه وتعالى الموفق. وقد حكى في المعراج في مسألة أنا منك طالق أن امرأة قالت لزوجها لو كان إلي ما إليك لرأيت ماذا أصنع، فقال جعلت ما إلي إليك فقالت طلقتك فرفع ذلك إلى ابن عباس رضي الله عنهما فقال: خطأ الله نوءها هلا قالت طلقت نفسي منك، وروي خط الله وصوبه النسفي وقال: لا يجوز خطأ، وصاحب الفائق عكسه. والنوء كوكب تستمطر به العرب ا ه. قوله: (أنت طالق واحدة أو لا أو مع موتى أو مع موتك لغو) أما الاول فهو قولهما. وقال محمد: يقع رجعية لصرف الشك إلى الواحدة. ولهما أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بالعدد بدليل ما أجمع عليه من أنه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا طلقت ثلاثا، ولو كان الوقوع بطالق لبانت لا إلى عدة فيلغو العدد. ومن أنه لو قال أنت طالق واحدة إن شاء الله لم يقع شئ، ولو كان الوقوع بطالق لكان العدد فاصلا فوقع. ومن أنها لو ماتت قبل العدد لم يقع شئ كما سيأتي. ثم اعلم أن الوقوع أيضا بالمصدر عند ذكره وكذا الوقوع بالصفة عند ذكرها كما إذا قال أنت طالق البتة كان الوقوع بالبتة حتى لو قال بعدها إن شاء الله متصلا لا يقع، ولو كان الوقوع باسم الفاعل لوقع ويدل عليه ما في المحيط: لو قال أنت طالق للسنة أو أنت طالق بائن فماتت قبل أن يقول للسنة أو بائن لا يقع شئ لانه صفة للايقاع لا للتطليقة فيتوقف الايقاع على ذكر الصفة، وأنه لا يتصور بعد الموت ا ه. ويدل عليه بالاولى ما في الخانية من العتق: رجل قال لعبده أنت حر البتة فمات العبد قبل أن يقول البتة فإنه يموت عبدا ا ه. ومراده من الواحدة مطلق العدد، فلو قال أنت طالق ثلاثا أولا على الخلاف، وقيدنا بالعدد لانه لو قال أنت طالق أولا لا يقع في قولهم. وفي المحيط: لو قال أنت طالق أو غير طالق أو أنت طالق أو لا شئ أو أنت طالق أو لا، لا
***
[٤٩٠]
يقع شئ لانه أدخل الشك في الايقاع، وكذا لو قال أنت طالق إلا لان هذا استثناء والايقاع إذا لحقه استثناء لا يبقى إيقاعا، وكذا لو قال أنت طالق إن كان أو أنت طالق إن لم يكن أو لولا، لان هذا شرط، والايقاع إذا لحقه شرط لم يبق إيقاعا ا ه. ثم قال: لو قال أنت طالق واحدة أو ثنتين فالبيان إليه، ولو قال ذلك لغير المدخولة تقع واحدة بلا خيار لانها صارت أجنبية، ولو قال أنت طالق وفلانة أو فلانة يقع عليها وعلى إحدى الاخريين لان كلمة التشكيك دخلت بين الثانية والثالثة والاولى سلمت عن التشكيك. ولو قال أنت طالق أو فلانة وفلانة يقع على الاخيرة وعلى إحدى الاوليين والبيان إليه لان كلمة التشكيك دخلت على الاولى والثانية لا على الاخيرة. له أربع نسوة فقال أنت طالق أو هذه وهذه أو هذه فله الخيار في إحدى الاوليين وإحدى الاخريين، ولو قال أنت وهذه أو هذه وهذه طلقت الاولى والاخيرة وله الخيار بين الثانية والثالثة، ولو قال أنت طالق أو هذه وهذه وهذه طلقت الثالثة والرابعة ويتخير في الاولى والثانية، ولو قال أنت طالق لا بل هذه أو هذه لا بل هذه طلقت الاولى والاخيرة وله الخيار في الثانية والثالثة، ولو قال عمرة طالق أو زينب إن دخلت الدار فدخلها خير في إيقاعه على أيتهما شاء لانه علق بالدخول طلاقا مترددا بينهما، ولو قال أنت طالق ثلاثا أو فلانة علي حرام وعنى به اليمين لم يجبر على البيان حتى تمضي أربعة أشهر، فإذا مضت ولم يقربها يجبر على أن يوقع طلاق الايلاء أو طلاق الصريح لانه قبل مضي هذه المدة وهو مخير بين الطلاق والتزام الكفارة وأحدهما لا يدخل في الحكم فلم يلزمه القاضي، وبعد مضي المدة الواقع أحد الطلاقين وذلك يدخل في الحكم فيلزمه. ولو قال امرأته طالق أو عبده حر فمات قبل البيان فعند أبي حنيفة عتق العبد ويسعى في نصف قيمته، وعند محمد يقع من كل واحد منهما نصفه وتمامه فيه. وفي التلخيص من باب الحنث يقع بالواحدة

والاثنين: حلف لا يكلم ذا أو ذا وذا فحنثه بالاول أو الاخيرين، وفي عكسه بالآخر أو الاولين إذ الواو للجمع وأو بمعنى ولا لتناولها نكرة في النفي بخلاف ذا حر أو ذا وذا لانها تخص في الاثبات فأشبه أحدا كما حر وذا أو الخبر معاد ثمة لا هنا فأفرد المعطوف بعتق كما أفرد بالنصف في نظيرته في الاقرار ا ه. وذكر الشارح الفارسي أن الطلاق كالعتق، والحاصل أن الطلاق والعتق والاقرار من باب واحد وهو أنه إذا عطف على الاول به أو ثم عطف بالواو أن الثالث المعطوف بالواو يثبت له الحكم من غير خيار فيعتق الثالث وتطلق
***
[٤٩١]
الثالثة، ويكون نصف المال المقر به للثالث في قوله لفلان علي ألف أو لفلان وفلان، والتخيير إنما هو بين الاولين. وأما في الايمان فإنما هو جمع بين الثالث والثاني بالواو والاول ثبت له الحكم وحده، فإن كلم الاول وحده حنث ولا يحنث إلا بكلام الاخيرين ولا يحنث بكلام أحدهما، والفرق ما ذكره في التلخيص. وحاصل أو في الطلاق إما في أصله كأنت طالق أولا لا وقوع اتفاقا أو بعد العدد فكذا عندهما خلافا لمحمد كأنت طالق واحدة أو لا، أو بين عددين كأنت طالق واحدة أو ثنتين فالبيان إليه في المدخولة وواحدة في غيرها: أو بين امرأتين فطلاق منهم كأنت طالق أو هذه أو بين ثلاث نسوة وأو في الاخيرة فقط طلقت الاولى، والبيان له في الاخريين أو بين ثلاث وأو في الثانية فقط وقع على الاخيرة والبيان له في الاوليين ولو بين أربع مكررة بأن ذكر أو في الثانية والواو في الثالثة وأو في الرابعة طلقت إحدى الاوليين وإحدى الاخريين، ولو ذكر الثانية بالواو والثالثة به أو وكذا الرابعة بالواو طلقت الاولى والاخيرة والبيان إليه في الثانية والثالثة. ولو أدخل أو على الثانية فقط فالبيان إليه في الاولى والثانية ووقع على الثالثة والرابعة. وأما المسألة الثانية أعني مع موتي أو مع موتك فلاضافة الطلاق إلى حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد من الاهلية في الموقع والمحلية في الموقع عليها إذ المعنى على تعليقه بالموت وإن كانت مع للقران بدليل أنت طالق مع دخولك الدار فإنه يتعلق به فاستدعى وقوعه تقدم الشرط وهو الموت فيقع بعد الموت وهو باطل. قوله: (ولو ملكها أو شقصها أو ملكته أو شقصه بطل العقد) أي انفسخ لمنافاة بين الملكين أعني ملك الرقبة وملك النكاح في الاول، ولاجتماع المالكية والمملوكية في الثاني. فإن قلت: هل ارتفع أثر النكاح بالكلية كما ارتفع أصله؟ قلت: لا لما صرحوا به من أنه لو طلقها ثنتين ثم ملكها لا تحل له إلا بعد زوج آخر. وفي المحيط: لو ظاهر من امرأته أو لاعنها وفرق بينهما ثم ارتدت - والعياذ بالله تعالى - فسبيت لا يحل للزوج وطؤها بملك اليمين لان حكم اللعان والظهار باق فحرم الاستمتاع والاجتماع معها ا ه. أطلقه فانصرف إلى الكامل وهو الملك المستقر لانه لو ملك أحدهما صاحبه ملكا غير مستقر لا ينفسخ النكاح كملك الوكيل على أحد القولين المضعف، وكما قالوا فيمن تزوج أمة ثم تزوج حرة على رقبة الامة ثم أجاز ذلك مولاها فإنه يجوز وتصير الامة ملكا للحرة ولا ينفسخ النكاح بينها وبين
***
[٤٩٢]
زوجها، وإن كان الملك ينتقل إلى الزوج أولا في الامة ثم ينتقل منه إلى الحرة لما أن ملكه فيها غير مستقر. وأطلقه فشمل الملك بأي سبب كان بشراء أو هبة أو إرثا من الجانبين، وأراد من الملك حقيقته فخرج حق الملك لان المكاتب لو اشترى زوجته لا ينفسخ لعدم حقيقة الملك له لقيام الرق، وإنما الثابت له حق الملك وهو لا يمنع بقاء النكاح، وإن منع ابتداءه فإن المولى لو تزوج جارية مكاتبه لم يصح وإن لم يكن له فيها حقيقة ملك لوجود حق الملك بخلاف جارية الابن فإن للاب نكاحها لانه ليس له حقيقة ملك ولا حق له فيها وإنما له أن يتملكها عند الحاجة، فالثابت له حق أن يتملك وهو ليس بمانع. وفي تلخيص الجامع من باب الامر بالنكاح: ولو قال لعبده تزوج على رقبتك جاز إلا في الحرة لقران المنافي والمكاتبة لان حق الملك يمنع إن لم يرفع كالعدة، فإن دخل بها يباع في الاقل من قيمته ومهر المثل، ولو كان الزوج مدبرا صح بقيمته في رقبته لانه لا يملك، وكذا المكاتب ولا يتضمن الفسخ لانه إبطال، وإن لم يقل على رقبتك صح في الجميع. وتسمية الرقبة للتقدير كما في عبد الغير.
***
[٤٩٣]
وعندهما إذا كان فيه غبن فاحش لا يصح النكاح وهي فريعة التوكيل بالتزويج. ولو خالع على رقبتها فإن كان حرا لا يصح لقران المنافي وتبين لان المال زائد فكان أولى بالرد من الطلاق كما في خلع المبانة، أما النكاح لم يشرع بغير مال والتسمية تنفي مهر المثل والمنافاة

القيمة. وكذا لو طلقها على رقبتها فإن كان حرا لا يصح وتقع رجعية لانه صريح، ولو كان رقيقا صح للمسمى لما مر. ولو خلعهما على رقبة إحداهما بعينها صح في غير البدل بحصتها من رقبة البدل إذا قسمت على مهريهما المسمى، ولا يقع على الاخرى طلاق للملك، ولو خلع كل واحدة على رقبة الاخرى طلقت بغير شئ لقران المنافي ا ه. قوله: (فلو اشتراها ثم طلقها لم يقع) لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه كما في ملك البعض، ولا من كل وجه كما في ملك الكل. والعدة غير واجبة فإنه يحل له ويستحيل وجود الوطئ حلالا مع قيام العدة. كذا في المحيط. وأورد في الكافي على قولهم بعدم وجوب العدة عليها لو اشتراها أنه لا يجوز له التزويج بها من آخر،

***

[٤٩٤]

وهذا دليل على وجوب العدة. قلنا: قد قالوا إنه لا عدة عليها بدليل أنه لو زوجها من آخر جاز، والصحيح أنه لا يجوز تزويجها من آخر. والحاصل أنه لا تجب العدة عليها في حق من اشتراها، وهل تجب في حق غيره فهو على الروايتين ا ه. وهكذا في المعراج قيد بشرائه لانها لو ملكته أو شقصا منه ثم طلقها وقع فيما روي عن محمد، ولا فرق بينهما في ظاهر الرواية عن الكل لان العدة وإن وجبت لكن ملك اليمين مانع من مالكية الطلاق. وأطلق الشراء وأراد الملك مجازا، وقيد بكون الطلاق وهي مملوكة له لانه لو أعتقها بعد الملك ثم طلقها وهي في العدة وقع الطلاق عليه لزوال المانع من ظهور العدة وهو الملك، وكذا لو أعتقته بعد ما ملكته ثم طلقها وقع طلاقه عند محمد لزوال المنافي لمالكية الطلاق. ولهذا يجب عليه النفقة والسكنى، ولم يقع عند أبي يوسف فيهما لان الساقط لا يعود. ولو علق طلاقها بشرط أو قال أنت طالق للسنة أو آلى منها قبل الشراء فوجد الشرط أو جاء وقت السنة أو مضت مدة الايلاء بعد الشراء والعتق وقع عليها الطلاق، وإن وجد ذلك بعد الشراء قبل العتق لم يقع في الوجهين، والبيع بعد الشراء كالعتق فيما ذكرنا لزوال المانع. كذا ذكر الشارح. وفي الولوالجية: عبد قال لامرأته الحرة أنت طالق للسنة فاشترته وقع عليها الطلاق إذا طهرت في قياس قول محمد وعلى قياس قول أبي يوسف لا يقع عليها وعليه الفتوى. والحر لو قال لامرأته ذلك ثم اشتراها لم يقع الطلاق اتفاقا لانه لم يبق الملك ا ه. ولم يذكر المصنف حكم المهر لو كان قبل الدخول فيما إذا اشترى زوجته. وفي المحيط: رجل وكل رجلا بأن يشتري امرأته من سيدها فاشتراها والزوج لم يدخل بها فقد انتقض النكاح ولا مهر على الزوج لان انفساخ النكاح حصل بفعل المولى بسوء جهل حيث علم أنه اشتراها للزوج، ولو باعها من رجل ثم اشتراها الزوج من الرجل فعليه نصف المهر للمولى الاول لان انتقاض النكاح مضاف إلى البيع الثاني لا إلى بيع المولى فحصلت الفرقة بفعل الزوج لا بفعل المولى فاستحق نصف لمهر، ولو اشتراها الوكيل من المولى الاول للتزوج ولم يعرف من الزوج الوكالة به إلا بقول الوكيل بعد الشراء فإنه لا يصدق إلا ببينة وعلى الآخر اليمين على علمه لان الظاهر، أن كل عامل وعاقد يعمل لنفسه وإنما يعمل ويعقد لغيره بعارض توكيل فلا يصدق إلا بحجة ا ه. وفي الظهيرية من كتاب العتق: رجل قال لامته إذا مات والدي فأنت حرة ثم باعها

***

[٤٩٥]

من والده ثم تزوجها ثم قال لها إذا مات والدي فأنت طالق اثنتين فمات الوالد كان محمد يقول أولا تعتق ولا تطلق، ثم رجع وقال: لا يقع طلاق ولا عتاق، والمسألة على استقصاء في المبسوط ا ه. وفي المحيط من باب ما تحل به المطلقة: ولو تزوج أمة مورثه ثم قال لها إذا مات مولاك فأنت طالق ثنتين ثم مات المولى والزوج وارثه يقع الطلاق عند أبي يوسف، وعند محمد لا تطلق لان الطلاق مضاف إلى حال زوال النكاح لان الوارث يملك الامة مقارنا لزوالها عن ملك الميت، وزوال النكاح يثبت مقارنا بدخولها في ملك الزوج لان هذه أشياء متضادة متنافية، وملك اليمين يضاد ملك النكاح في حق أحكامه وثمراتها وثبوت أحد الضدين يكون مقارنا لذهاب الضد الآخر لا مرتبا عليه كثبوت السواد يكون مقارنا لذهاب البياض، وكقدح مملوء من الماء إذا ألقي فيه حجر وخرج الماء يكون خروج الماء مقارنا لدخول الحجر لا مرتبا عليه لاستحالة أن يكون القدح واسعا للحجر ثم يخرج الماء بعده. وإضافة الطلاق إلى حال زوال النكاح لا يصح لابي يوسف أن الطلاق مضاف إلى حال قيام النكاح لان زوال النكاح يترتب على ملك الوارث، وملك الوارث يترتب على انقطاع ملك الميت، وهذه أحوال متعاقبة مترادفة لان القول بالمقارنة يؤدي إلى استحالة وهو سبق ثبوت الحكم على العلة، والحكم لا يثبت إلا بعد تمام العلة فالشراء ما لم يتم لا يزول ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري، وهكذا نقول في قدح الماء يترتب

خروج الماء على دخول الحجر ولا يقترنان لاستحالة إثبات الخروج قبل دخول الحجر الذي هو علة الخروج. وعلى هذا لو قال لامة مورثه إذا مات مولاك فأنت حرة فمات المولى لا تعتق، وقال زفر وهو رواية عن محمد تعتق لان موت المورث سبب لملك الوارث فقد أضافه إلى سبب الملك فصح كما لو قال إن ورثتك. ولنا أن شرط العتق وهو الموت وجد حالة انقطاع ملك الميت لا حال قيام ملك الوارث فيكون ملك الحالف بعد العتق بساعتين فلا يكون العتق مضافا إلى الملك ولا إلى سبب الملك لان الموت لم يوضع سببا لافادة ملك الوارث بل سبب ملكه هو القرابة بعد الموت، وأما إذا جمع بين اليمين بالطلاق والعتاق بأن قال إن مات مولاك فأنت طالق ثنتين قال محمد: لا يقعان، وقال أبو يوسف بالطلاق فقط. وفي المحيط في الطلاق المبهم: رجل تحته أمتان فقال إحداكما طالق ثم اشترى إحداهما وقع الطلاق لان بالشراء خرج عن محلية الطلاق لانقطاع النكاح فتعينت الثانية كما

***

[٤٩٦]

لو ماتت إحداهما فإن اشتراهما بطل خيار التعيين لبطلان النكاح، فإن جامع إحداهما تعين الطلاق في الاخرى. قوله: (أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتق له الرجعة) لانه علق التطليق إذ هو السبب حقيقة بالاعتاق أو العتق، فإن كان المتكلم ذكر الاعتاق فلا كلام، وإن كان المذكور العتق فالمراد به الاعتاق لان العتق حكمه فاستعير الحكم للعلة فكان مجازا فيه. وعلى هذا فإعماله في لفظ إياك إما على اعتبار إرادة الفعل به إعمال المستعار للمصدر، أو على اعتبار إعمال اسم المصدر كأعجبني كلامك زيدا، وإلا فالعتق قاصر وإنما يعمل في المفعول المتعدي. وإنما قلنا إنه معلق به مع كون حقيقة مع للقران لانها قد تذكر للمتأخر تنزيلا له منزلة المقارن بتحقق وقوعه بعده ونفي الريب عنه كما في الآية * (إن مع العسر يسرا) * (الشرح: ٥) فصار هذا المعنى محتملا لها وصير إليه بموجب وهو وجود معنى الشرط لها وهو توقف حكم على ثبوت معنى ما بعدها المعدوم حال التكلم وهو على خطر الوجود، فإن كان الاعتاق شرطا للتطليق فيوجد تطليق الثنتين بعده مقارنا للعتق المتأخر عن الاعتاق فيقع الطلاق المتأخر عن التطليق بعده فيصادفها حرة فيملك الزوج الرجعة، وإن كان العتق فأظهر لكونه مقارنا للتطليق والطلاق يعقبهما فيقع وهي حرة. وفي الكافي لانه جعل التطليق متصلا بالعتق وذلك لا يتصور إلا بأن يتعلق أحدهما بالآخر تعلق الشرط بالمشروط، أو يتعلق أحدهما بالآخر تعلق العلة بالمعلول، أو يتعلقا بشرط واحد أو بعلة واحدة وينزلا عنده، والثالث منتف لانهما لا يتعلقا بشرط واحد أو بعلة واحدة، وكذا الثاني لان إعتاق المولى ليس بعلة لتطليق الزوج، وكذا تطليقه ليس بعلة لاعتاقه فتعين الوجه الاول، واستحال أن يتعلق العتق بالتطليق لانه حينئذ يزول ملك المالك بلا رضاه فيتعين تعلق الطلاق بالاعتاق والمعلق به التطليق لا الطلاق عندنا لما قررت في شرح مختصر الاصول أن أثر التعلق في منع السبب لا في منع الحكم عندنا. وإنما امتنع الحكم ضرورة امتناع السبب خلافا للشافعي فيصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا، وعنده صار تطليقا زمن التكلم إلى آخره. وأورد عليه ما إذا قال لاجنبية أنت طالق مع نكاحك حيث يتأتى فيه التقرير المذكور مع أنه لا يقع إذا تزوجها. وحاصل ما أجابوا به أنه يملك التعليق بصريح الشرط وبمعناه بعد النكاح،

***

[٤٩٧]

وأما قبله فلا يملكه إلا بالصريح ك " ان ونحوه الموضوعة للتعليق، ولذا صح التعليق بقوله أنت طالق في دخولك الدار ولم يصح قوله لاجنبية أنت طالق في نكاحك. وتعقبه في فتح القدير تبعا لما في معراج الدراية بأن الدليل إنما قام على ملك اليمين المضافة إلى الملك فتعلق بما يوجب معناه كيفما كان اللفظ، والتقييد بلفظ خاص بعد تحقق المعنى تحكم. ويمكن أن يجاب عنه بأن الطلاق مع النكاح يتنافيان فلم تصح الحقيقة فيه بخلاف ما نحن فيه لان الطلاق والعتق لا يتنافيان. وفي المحيط: رجل تحته حرة وأمة دخل بهما فقال إحداكما طالق ثنتين فأعتقت الامة فعين الطلاق في الامة في مرضه طلقت ثنتين ولا تحل إلا بزوج لان الطلاق المبهم في حق الموقع نازل. رجل تحته أمتان فقال المولى إحداكما حرة فقال الزوج المعتقة طالق ثنتين فالخيار للمولى لان الزوج جعل إيقاعه بناء على إيقاع المولى العتق، وخيار البيان لمن هو الاصل في الابهام وهو المولى، وملك الزوج الرجعة لانه طلق في حال الحرية والحرية لا تحرم بالثنتين. ولو قال الزوج إحداكما طالق ثنتين فقال المولى المطلقة معتقة فالبيان إلى الزوج لانه هو المجمل ولا يملك الزوج الرجعة لان الطلاق صادفها وهي أمة فتحرم بالثنتين، فإن مات المولى في الصورة الاولى قبل البيان عتق نصف كل واحدة وخير الزوج في بيان المطلقة لوقوع اليأس بموت المولى فجعل البيان إلى الزوج بخلاف ما لو غاب المولى لا يجبر الزوج على البيان لعدم اليأس ا ه‍. قوله:

(ولو تعلق عتقها وطلقتاها بمجئ الغد فجاء لا) يعني لو قال المولى لامته إذا جاء غد فأنت حرة وقال زوجها إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين فجاء الغد لا يملك الزوج الرجعة عندهما خلافا لمحمد، والاصل فيه أن العلة والمعلول يقترنان عند الجمهور في الخارج، ومنهم من قال إن المعلول يعقبها بلا فصل، ومنهم خصوا العلل الشرعية فجعلوها تستعقب المعلول بخلاف العقلية كالاستطاعة مع الفعل، واختار القول الثاني في فتح القدير سواء كانت عقلية أو شرعية حتى إن الانكسار يعقب الكسر في الخارج غير أنه لسرعة إعقابه مع قلة الزمن إلى الغاية إذا كان آنيا لم يقع تمييز التقدم والتأخر فيهما، وهذا لان المؤثر لا يقوم به التأثير قبل وجوده وحالة خروجه من العدم لم يكن ثابتا فلا بد من أن تكمل هويته ليقوم به عارض وإلا لم يكن مؤثرا. وفي التلويح: لا نزاع في تقدم العلة على المعلول بمعنى

***

[٤٩٨]

احتياجه إليها ويسمى التقديم بالعلية وبالذات، ولا في مقارنة العلة العقلية لمعلولها بالزمان كيلا يلزم التخلف والخلاف في العلل الشرعية ا ه‍. وإذا عرف هذا فمن الاوجه لمحمد أنهما لما تعلقا بشرط واحد وجب أن تطلق زمن نزول الحرية فيصادفها وهي حرة لاقترانهما وجودا فلا تحرم بها حرمة غليظة. قلنا: المتعلقان بشرط واحد يقتضي أن يصادفها على الحالة التي صادفها عليها العتق وهي الرق فتغلظ الحرمة بلا شك بخلاف المسألة الاولى لان الاعتاق هناك شرط فيقع الطلاق بعده قوله: (وعدتها ثلاث حيض) يعني في المسألتين اتفاقا كما في المحيط لانها حكم الطلاق فتعقبه أو لانه يحتاط فيها، وكذا يحتاط في الحرمة الغليظة. ولو كان الزوج مريضا لا ترث منه لانه حين تكلم بالطلاق لم يقصد الفرار إذ لم يكن لها حق في ماله، ولان العتق والطلاق يقعان معا ثم الطلاق يصادفها وهي رقيقة فلا ميراث لها. كذا في المبسوط. قوله: (أنت طالق هكذا وأشار بثلاثة أصابع فهي ثلاث) لان هذا تشبيه بعدد المشار إليه وهو العدد المفاد كميته بالاصابع المشار إليه بذا لان الهاء للتنبيه والكاف للتشبيه وذا للاشارة. قيد بقوله بثلاث لانه لو أشار بواحدة فواحدة أو ثنتين فثنتان. وأشار بقوله وأشار إلى أن الاشارة تقع بالمنشورة منها دون المضمومة للعرف. وللسنة، ولو نوى الاشارة بالمضمومتين صدق ديانة لاقضاء، وكذا لو نوى الاشارة بالكف والاشارة بالكف أن تقع الاصابع كلها

***

[٤٩٩]

منشورة، وهذا هو المعتمد، وهناك أقوال ذكرها في المعراج: الاول عن بعض المتأخرين لو جعل ظهر الكف إليها والاصابع المنشورة إلى نفسه دين قضاء، ولوجع ظهر الكف إلى نفسه وبطون الاصابع إليها لا يصدق في القضاء. الثاني لو كان باطن الكف إلى السماء فالعبرة إلى النشر، وإن كان إلى الارض فالعبرة إلى الضم. والثالث إن كان نشرا عن ضم فالعبرة للنشر، وإن كان ضما عن نشر فالعبرة للضم اعتبارا للعادة ا ه‍. وقيد بقوله هكذا لانه لو قال أنت طالق وأشار بأصابعه ولم يقل هكذا فهي واحدة لفقد التشبيه المتقدم، وفي المحيط: وكذا لو قالت لزوجها طلقني فأشار إليها بثلاثة أصابع وأراد به ثلاث تطليقات لا يقع ما لم يقل هكذا لانه لو وقع وقع بالضمير والطلاق لا يقع بالضمير ا ه‍. لو قال أنت طالق مثل هذا وأشار بأصابعه الثلاث يقع ثلاث إن نوى ثلاثا وإلا فواحدة، هكذا في المبتغى بالمعجمة، فقد فرقوا هنا بين الكاف ومثل بناء على أن الكاف للتشبيه في الذات ومثلا للتشبيه في الصفات، ولذا نقل عن الامام الاعظم رضي الله عنه أنه قال: أيماني كأيمان جبريل عليه السلام ولا أقول أيماني مثل أيمان جبريل صلوات الله عليه وسلامه. وفي

***

[٥٠٠]

البدائع: أنه يحتمل التشبيه من حيث العدد، ويحتمل التشبيه في الصفة وهو الشبه فأيهما نوى صحت نيته، وإن لم تكن له نية يحمل على التشبيه من حيث الصفة لانه أدنى ا ه‍. وفي المحيط: إذا لم ينو الثلاث تقع واحدة بائنة كما في قوله أنت طالق كألف، وعلى قياس هذا لو قال أنت طالق مثل سنجة دانق تقع واحدة لان له سنجة واحدة فقد شبه الواقع بالواحدة، ولو قال مثل سنجة دانق ونصف أو دانقين تقع ثنتان لان له سنجتين فقد شبه الواقع بالعددين، ولو قال مثل سنجة دانقين ونصف تقع الثلاث لانه يوزن بثلاث سنجات، ولو قال مثل سنجة نصف درهم تقع واحدة، ولو قال مثل سنجة ثلثي درهم فتقع ثنتان لان له سنجتين، ولو قال سنجة ثلاثة أرباع درهم تقع ثلاث لانه له ثلاث سنجات، ولو قال مثل سنجة ألف درهم تقع واحدة ا ه‍. وفي المصباح: الاصبع مؤنثة وكذلك سائر أسمائها مثل الخنصر والبنصر. وفي كلام ابن فارس ما يدل على تذكير الاصبع. وقال الصغاني: يذكر ويؤنث والغالب التأنيث. قال

بعضهم: وفي الاصبع عشر لغات. تثليث الهمزة مع تثليث الباء، والعاشر أصبوع وزان عصفور، والمشهور من لغاتها كسر الهمزة وفتح الباء وهي التي ارتضاها الفصحاء. قوله: (أنت طالق بائن أو البتة أو أفحش الطلاق أو طلاق الشيطان أو البدعة أو كالجبل أو أشد الطلاق أو كالف أو مل ء البيت أو تطليقة شديدة أو طويلة أو عريضة فهي واحدة بائنة إن لم ينو ثلاثا) بيان للطلاق البائن بعد بيان الرجعي. وإنما كان بائنا في هذه لانه وصف الطلاق بما يحتمله وهو البينونة فإنه يثبت به البينونة قبل الدخول للحال، وكذا عند ذكر المال وبعده إذا انقضت العدة، وأورد عليه أنه لو احتمل البينونة لصحت إرادتها بطالق وقد قدمنا عدم صحتها. وأجيب بأن عمل النية في الملفوظ لا في غيره، ولفظ بائن لم يصر ملفوظا به بالنية بخلاف طالق بائن وفيه نظر مذكور في فتح القدير. قيد بكون بائن صفة بلا عطف لانه لو قال أنت طالق وبائن أو قال أنت طالق ثم بائن وقال لم أنو بقولي بائن شيئا

***

[٥٠١]

فهي رجعية، ولو ذكر بحرف الفاء والباقي بحاله فهي بائنة. كذا في الذخيرة. وأفاد بقوله فهي واحدة إن لم ينو ثلاثا أنه لو نوى ثنتين لا يصح لكونه عددا محضا إلا إذا عنى بأنت طالق واحدة وبقوله بائن أو البتة أو نحوهما أخرى يقع تطليقتان بناء على أن التركيب خبر بعد خبر وهما بائنتان لان بينونة الاولى ضرورة بينونة الثانية إذ معنى الرجعي كونه بحيث يملك رجعتها وذلك منتف باتصال البائنة الثانية فلا فائدة في وصفها بالرجعية، وكل كناية قرنت بطالق يجري فيها ذلك فيقع ثنتان بائنتان. وأشار بأفحش الطلاق إلى كل وصف على أفعل لانه للتفاوت وهو يحصل بالبينونة وهو أفحش من الطلاق الرجعي فدخل أخبث الطلاق وأشره وأخشنه وأكبره وأغلظه وأطوله وأعرضه وأعظمه إلا قوله أكثره بالثاء المثلثة فإنه يقع به الثلاث، ولا يدين إذا قال نويت واحدة. وإنما وقع البائن بطلاق الشيطان والبدعة لان الرجعي هو السني غالبا فلا يرد أن الرجعي قد لا يكون سنيا كالطلاق الصريح في الحيض. فإن قلت: قد تقدم في الطلاق البدعي أنه لو قال أنت طالق للبدعة أو طلاق البدعة ولا نية له، فإن كان في طهر فيه جماع أو في حالة الحيض أو النفاس وقعت واحدة من ساعته، وإن كانت في طهر لا جماع فيه لا يقع في الحال حتى تحيض أو يجامعها في ذلك الطهر كما في البدائع وفتح القدير. قلت: لا منافاة بينهما لان ما ذكروه هنا هو وقوع الواحدة البائنة بلا نية أعم من كونها تقع الساعة أو بعد وجود شئ. وأشار بقوله كالجبل إلى التشبيه بما يوجب زيادة في العظم وهو بزيادة وصف البينونة فيدخل فيه مثل الجبل، وأما البينونة بأشد الطلاق فلانه وصفه بالشدة لان أفعل يراد به الوصف فلذا لم يكن للثلاث بلا نية لان أفعل التفضيل بعض ما أضيف إليه فكان أشد معبرا به عن المصدر الذي هو الطلاق. وأما البينونة بقوله كألف فلان التشبيه يحتمل أن يكون في القوة، ويحتمل أن يكون في العدد، فإن نوى الثاني وقع الثلاث، وإن لم ينو ثبت الاقل وهو البينونة، ودخل فيه مثل ألف ومثل ثلاث وواحدة كالالف إلا أنه في هذه إذا نوى الثلاث لا تقع إلا واحدة، اتفاقا لان الواحدة لا تحتمل الثلاث. كذا في الجوهرة. وخرج عنه كعدد الالف وكعدد الثلاث فإنه يقع الثلاث بلا نية، ودخل فيه أيضا ما لو شبه بالعدد فيما لا عدد فيه كعدد الشمس أو التراب أو قال مثله لان التشبيه يقتضي ضربا من الزيادة وهو بالبينونة موجود.

***

[٥٠٢]

وفي الظهيرية: لو قال أنت طالق كالنجوم فهي واحدة يعني كالنجوم ضياء لا عددا إلا أن يقول كعدد النجوم، ولو أضافه إلى عدد معلوم النفي كعدد شعر بطن كفي، أو مجهول النفي والاثبات كعدد شعر إبليس أو نحوه وقعت واحدة، أو من شأنه الثبوت لكنه كان زائلا وقت الحلف بعارض كعدد شعر ساقي أو ساقك وقد تنور لا يقع لعدم الشرط. كذا في كافي الحاكم. وفي البزازية: أنت علي حرام ألف مرة تقع واحدة ا ه. وفي الظهيرية: أنت طالق عدد ما في هذا الحوض من السمك وليس في الحوض سمك تقع واحدة. وحكى ابن سماعة عن محمد قال: كنا عند محمد بن الحسن فسئل عمن قال لامرأته أنت طالق عدد الشعر الذي على فرجك وقد كانت أطلت، فبقي محمد بن الحسن يتفكر فيه وشبهه بظهر الكف ثم أجمع رأيه على أنه إن قال أنت طالق بعدد الشعر الذي على ظهر كفي وقد أطلي أنه لا يقع، وإن قال بعدد الشعر الذي في بطن كفي أنه يقع واحدة لانه في الاول يقع على عدد الشعور النابتة، فإذا لم يكن عليه شعر لم يوجد الشرط، وفي الثانية لا يقع على عدد الشعر. وذكر الكرخي أنها تطلق ثلاثا في عدد شعر رأسي أو عدد شعر

ظهر كفي وقد أطلي لانه ذو عدد وإن لم يكن موجودا، ولو قال أنت طالق عدد ما في هذه القصعة من الثريد إن قال ذلك قبل صب المرقة عليه فهي ثلاث، وإن قال بعد صب المرقة فهي واحدة ا هـ. وفرق في الجوهرة

***

[٥٠٣]

بين التراب والرمل فقال: لو قال أنت طالق عدد التراب فهي واحدة عند أبي يوسف، وثلاث عند محمد. وإن قال عدد الرمل فهي ثلاث إجماعا، وأما البينونة بملء البيت فلان الشئ قد يملا البيت لعظمه في نفسه وقد يملؤه لكثرته فأيهما نوى صحت نيته، وعند عدمها يثبت الاقل. وأما البينونة بتطليقة شديدة وما بعده فلان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن، وما يصعب تداركه يقال فيه لهذا الامر طول وعرض فهو البائن أيضا. قيد بكون الشدة وأخواتها صفة للتطليقة لانه لو قال أنت طالق قوية أو شديدة أو طويلة أو عريضة ولم يذكر التطليقة كان رجعيا لانه لا يصلح أن يكون صفة للطلاق، ويصلح أن يكون صفة للمرأة كما ذكره الاسبيجابي. وقيد بقوله طويلة أو عريضة لانه لو قال أنت طالق طول كذا وعرض كذا فهي واحدة بائنة ولا تكون ثلاثا وإن نواها لان الطول والعرض يدلان على القوة لكنهما يكونان للشئ الواحد، وكأنه قال طالق واحدة طولها كذا وعرضها كذا فلم تصح نية الثلاث. كذا في كافي الحاكم. ولذا صرح بعضهم في شرحه بأن الصحيح أنها لا تقع الثلاث في طويلة أو عريضة، وإن نواها ونسبه إلى شمس الائمة، ورجح بأن النية إنما تعمل في المحتمل وتطليقة بتاء الواحدة لا يحتمل الثلاث. وقيد بما ذكر في الاوصاف لانه لو وصفه بما لا يوصف به يلغو الوصف ويقع رجعيا نحو طلاقا لا يقع عليك أو على أني بالخيار وإن كان يوصف به ولا ينبئ على زيادة في أثره كقوله أحسن الطلاق أسنه أجمله أعد له أخيره أكمله أفضله أتمه فيقع رجعيا وتكون طالقا للسنة في وقتها، وإن نوى ثلاثا فهي ثلاث للسنة. كذا في كافي الحاكم. وذكر الاسبيجابي أنها تكون رجعية في ظاهر الرواية، سواء كانت الحالة حالة حيض أو طهر. وذكر ما جزم به الحاكم رواية عن أبي يوسف فصار الحاصل أن الوصف بما ينبئ عن الزيادة يوجب البينونة، وأما التشبيه فكذلك أي شئ كان المشبه به كرأس إبرة وكحبة خردل وكسمسمة لاقتضاء التشبيه الزيادة. واشترط أبو يوسف ذكر العظم مطلقا، وزفر أن يكون عظيما عند الناس، فرأس الابرة بائن عند الامام فقط، وكالجبل عنده، وعند زفر فقط، وكعظيمة بائن عند الكل، وكعظم الابرة إلا عند زفر، ومحمد: قيل مع الاول، وقيل مع الثاني. وفي البزازية. أنت طالق كالثلج، إن أراد في البرودة فبائن، وإن أراد في البياض

***

[٥٠٤]

فرجعي. وفي المحيط: لو قال أنت طالق عددا تقع ثنتان، ولو قال أنت طالق حتى تستكمل ثلاث تطليقات فهي طالق ثنتين، ولو قال أنت طالق كذا يقع الثلاث لان في باب الاقرار تقع على أحد عشر فصار كأنه قال أنت طالق أحد عشر. وروي عن أبي يوسف أنه لو قال أنت طالق وبائن أو فبائن فواحدة بائنة، ولو قال أنت طالق وشئ ولا نية له طلقت ثنتين وإن نوى بشئ ثلاثا فثلاث، ولو قال أنت طالق كثيرا ذكر في الاصل أنه يقع الثلاث لان الكثير هو الثلاث، وذكر أبو الليث في الفتاوى يقع ثنتان. ولو قال أنت طالق أكثر الطلاق فهي ثلاث، ولو قال أنت طالق كبير الطلاق فهي ثنتان، ولو قال أنت طالق لا قليل ولا كثير وقع ثلاث، ولو قال لا كثير ولا قليل يقع واحدة، وعلى قياس ما قاله أبو الليث إذا قال أنت طالق كثيرا يقع ثنتان ينبغي إذا قال لا قليل ولا كثير يقع ثنتان ا هـ. وفي البزازية من فصل الاستثناء: الاصل أن المستثنى إذا وصف بما يليق بالمستثنى يجعل صفة للمستثنى

***

[٥٠٥]

ويبطل ببطلان المستثنى وإن كانت تليق بالمستثنى منه لا غير، قيل يجعل وصفا له حتى يثبت بثبوته تصحيحا له بقدر الامكان، وقيل يجعل وصفا للكل تحقيقا للمجانسة بين المستثنى والمستثنى منه لانه الاصل ظاهرا، وإن ذكر وصفا يليق بهما قيل يجعل وصفا للكل تحقيقا للمجانسة، وقيل يجعل وصفا للمستثنى منه لا غير لانه لو جعله وصفا للمستثنى بطل. هذا إذا ذكر وصفا زائدا، وإن ذكر وصفا أصليا لا يعتبر أصلا ويجعل ذكره وعدم ذكره سواء. بيانه: أنت طالق ثنتين إلا واحدة بائنة أو إلا واحدة بائنا تطلق واحدة رجعية لانها لا تصلح صفة للمستثنى منه، لا يقال طلقتان بائن وصلح صفة للمستثنى فبطل ببطلانه. ولو قال أنت طالق ثنتين البتة إلا واحدة تقع واحدة بائنة لصلاحية الوصف للمستثنى منه، يقال تطليقتين البتة فجعل صفة له واستثنى واحدة منهما فتقع واحدة بائنة. وكذا أنت

طالق ثنتين إلا واحدة البتة تقع واحدة بائنة لان البتة لا تصلح صفة للمستثنى لعدم وقوعه وتصلح صفة للمستثنى منه فتجعل صفة للكل أو المستثنى منه كأنه قال ثنتين البتة إلا واحدة. ولو قال أنت طالق ثلاثا البتة إلا واحدة أو أنت طالق ثلاثا بائنة إلا واحدة تقع رجعيتان لان كلا منهما وصف أصلي للثلاث لا يوجد بدونهما فلا يفيد إلا ما أفاد الثلاث فلا يعتبر فصار كأنه قال أنت طالق ثلاثا إلا واحدة ا ه. وفيها أيضا: أنت طالق تمام الثلاث أو ثالث ثلاثة فثلاث، ولو قال أنت طالق غير ثنتين فثلاث، ولو قال غير واحدة فثنتين. وفيها أيضا: أنت طالق وسكت ثم قال ثلاثا، إن لانقطاع النفس فثلاث وإلا فواحدة. أنت طالق فقيل له بعد ما سكت كم؟ قال: ثلاث. وقع. قال الصدر: يحتمل أن يكون هذا على قول الامام فإن موقع الواحدة لو ثلثه بعد زمان صح. أنت طالق عشرا إن دخلت الدار تقع ثلاث إذا وجد الشرط. ولو قال أنت طالق إذا دخلت الدار عشرا لا تطلق واحدة حتى تدخل الدار عشرا. أنت طالق مع كل تطليقة فثلاث في ساعة الحلف ا ه. وفي الذخيرة: أنت طالق لونين من الطلاق فهما تطليقتان رجعيتان، ولو قال ثلاثة ألوان فهي ثلاثة، وكذا إذا قال ألوانا من الطلاق فهي طلاق ثلاثا، فإن قال نويت ألوان الحمرة والصفرة فله نيته فيما بينه وبين الله تعالى. أنت طالق عامة الطلاق أو جله فهما ثنتان، ولو قال أكثره فهي ثلاث، ولو قال كل الطلاق فواحدة، ولو قال أكثر الثلاث فثنتان، ولو قال أنت طالق الطلاق كله فهي ثلاث، وكذا إذا قال كل طلقة، ولو قال أنت

***

[٥٠٦]

طالق وأخرى فهي واحدة، ولو قال أنت طالق واحدة وأخرى فهي ثنتان. وفي الجوهرة: لو قال أنت طالق مرارا تطلق ثلاثا إن كانت مدخولا بها. كذا في النهاية. ثم قال: وإن قال أنت طالق على أنه لا رجعة لي عليك يلغو ويملك الرجعة، وقيل تقع واحدة بائنة، وإن نوى الثلاث فثلاث ا ه. وظاهر ما في الهداية أن المذهب الثاني فإنه قال: وإذا وصف الطلاق بضرب من الشدة والزيادة كان بائنا. وقال الشافعي: يقع رجعيا إذا كان بعد الدخول لان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما إذا قال أنت طالق على أن لا رجعة لي عليك. ولنا أنه وصفه بما يحتمله إلى أن قال: ومسألة الرجعة ممنوعة ا ه. فقال في العناية: قوله ومسألة الرجعة ممنوعة أي لا نسلم أنه لا يقع بائنا بل تقع واحدة بائنة، ولئن سلم فالفرق أن في قوله أن لا رجعة تصريح بنفي المشروع، وفي مسألتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا لكن يلزم منها نفي الرجعة ضمنا، وكم من شئ يثبت ضمنا، وإن لم يثبت قصدا. كذا أفاد شيخ شيخي العلامة ا ه. وهكذا شرحه في فتح القدير: وغاية البيان والتبيين. فقد علمت أن المذهب وقوع البائن، وقد تمسك به بعض من لا خبرة له ولا دراية بالمذهب على أن قول الموثقين في التعاليق تكون طالقا طلقة تملك بها نفسها لا يوجب البينونة. وأجاب بذلك على الفتوى مستدلا بأنه لو قال أنت طالق على أن لا رجعة كان رجعيا وهو خطأ من وجهين: الاول أن مسألة الرجعة ممنوعة كما علمته. الثاني أنه لم ينف الرجعة صريحا وإنما نفاها ضمنا فهو كقوله أنت طالق بائن. قال في البدائع: إذا وصف الطلاق بصفة تدل على البينونة كان بائنا. وقال في موضع آخر: ولا تملك نفسها إلا بالبائن. وقال في فتح القدير: وليس في الرجعي ملكها نفسها وقد أوسعت الكلام فيها في رسالة ألفتها حين وقعت الحادثة والله سبحانه وتعالى أعلم.

***

[٥٠٧]

فصل في الطلاق قبل الدخول أخره لان الطلاق بعد الدخول أصل له لكونه بعد حصول المقصود وقبله بالعوارض، ولذا قيل بأنه لا يقع. وقدمنا عن جامع الفصولين أنه لو قضى به قاض لا ينفد قضاؤه قوله: (طلق غير المدخول بها ثلاثا وقعن) سواء قال أوقعت عليك ثلاث تطليقات أو أنت طالق ثلاثا، ولا خلاف في الاول كما في فتح القدير، وفي الثاني خلاف. قيل يقع واحدة والجمهور على خلافه، وقد صرح به محمد بن الحسن وقال: بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، وعن علي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم، ولما قدمناه من أن الواقع عند ذكر العدد مصدر موصوف بالعدد أي تطليقا ثلاثا فتصير الصيغة الموضوعة لانشاء الطلاق متوقعا حكمها عند ذكر العدد عليه. وفي المحيط: لو قال لنسائه أنت طالق وهذه وهذه ثلاثا طلقت كل واحدة ثلاثا لان العدد المذكور آخرا يصير ملحقا بالايقاع أو لا كيلا يلغو. ولو قال أنت طالق واحدة وهذه وهذه ثلاثا طلقت الاولى واحدة والثانية واحدة والثالثة

ثلاثا لان الثانية تابعة للسابقة والثالثة مفردة بعدد على حدة، ولو قال أنت طالق وأنت طالق وهذه ثلاثا طلقت الاولى واحدة والثانية والثالثة ثلاثا ثلاثا لان العدد صار ملحقا بالايقاع الثاني دون الاولى ا هـ. وفي البزازية من فصل الاستثناء: لو قال لغير المدخول بها أنت طالق يا زانية ثلاثا قال الامام: لا حد عليه ولا لعان لان الثلاث وقعن عليها وهي زوجته ثم بانت بعده وأنه كلام واحد يتبع أوله آخره والمرأة طالق ثلاثا. وقال الثاني: يقع واحدة وعليه الحد لان القذف فصل بين الطلاق والثلاث وتمامه فيها. وحاصله أن يا زانية لا يفصل بين الطلاق والعدد ولا بين الجزاء والشرط، فإذا قال أنت طالق يا زانية إن دخلت الدار تعلق بالدخول ولا حد ولا لعان، ولو قال أنت يا زانية طالق إن دخلت الدار عليه اللعان وتعلق الطلاق.
***
[٥٠٨]
قوله: (وإن فرق بانت بواحدة) أي وإن فرق الطلاق بغير حرف العطف، ويمكن جمعه بعبارة واحدة فإنها تبين بالاولى لا إلى عدة فلا يقع ما بعده إذ ليس في آخر كلامه ما يغير أوله ليتوقف عليه نحو أنت طالق طالق طالق أو أنت طالق أنت طالق أنت طالق. قيدنا بكونه بغير حرف العطف لانه لو فرقه بحرف العطف فسيذكره المصنف قريبا فإدخاله هنا في كلامه كما فعل الشارح مما لا ينبغي. وقيدنا بكونه يمكن جمعه لانه لو قال أنت طالق أحد عشر وقع الثلاث إذ لا يمكن جمع الجزأين بعبارة واحدة أخصر منها عند قصده هذا العدد المخصوص من حيث اللغة وإن كان الشارع لا يعتبر ما زاد على الثلاث. وقيد بغير المدخولة لان المدخولة يقع عليها الكل ولا يصدق قضاء أنه عنى الاول، فإن له غيره ماذا فعلت فقال طلقتها أو قد قلت هي طالق يصدق أنه عنى الاول منه لانه صار جوابا لسؤال، والسؤال وقع عن الاول فانصرف الجواب إليه. كذا في المحيط. ودخل تحت قوله وإن فرق ما في الظهيرية: لو قال أنت طالق ثلاثا متفرقات فواحدة، وما لو قال أنت طالق ثنتين مع طلاقي في إياك فطلقها واحدة فإنه يقع واحدة، ولو قالت طلقني طلقني طلقني فقال طلقت فواحدة إن لم ينو الثلاث، ولو قالت بحرف العطف طلقت ثلاثا ا هـ. ولا يدخل تحته ما لو قال أنت طالق واحدة تقدمها ثنتان فإنه يقع الثلاث كما في الظهيرية أيضا. وفيها. لو قال أنت طالق واحدة أو ثنتين فالبيان إليه لان الابهام جاء من جهته، ولو قال ذلك لغير المدخول بها وقعت واحدة ولا يخير الزوج ا هـ. وفي الذخيرة: رجل له امرأتان لم يدخل بواحدة منهما فقال
***
[٥٠٩]
امرأتي طالق امرأتي طالق ثم قال أردت واحدة منهما لا أصدقه وأبينهما منه، ولو كان دخل بهما فله أن يوقع الطلاق على إحداهما ا هـ. ووجهه أن تفريق الطلاق على غير المدخولة غير صحيح وعلى المدخولة صحيح. قوله: (ولو ماتت بعد الايقاع قبل العدد لغا) أي لو ماتت المرأة مدخولة أو غير مدخولة بعد الصيغة قبل تمام العدد لم يقع شئ لما قدمناه أن الواقع عند ذكره به وعند عدمه الوقوع بالصيغة فلا حاجة أن يجعل العدد ثابتا بطريق الاقتضاء عند عدم ذكره، وقدمنا الدليل على أن الوقوع بالعدد عند قوله أنت طالق واحدة أولا، وقدمنا أن الوقوع بالمصدر والوصف عند ذكرهما أيضا. ويدخل في العدد أصله وهو الواحد ولا بد من كون العدد متصلا بالايقاع ولا يضر الانقطاع لانقطاع النفس. فإن قال أنت طالق وسكت من غير انقطاع النفس ثم قال ثلاثا فواحدة، ولو انقطع النفس أو أخذ إنسان فمه ثم قال ثلاثا فثلاث. أطلق في الكتاب وهو محمول على ما إذا قال على الفور عند رفع اليد من فمه، ولو قال لغير المدخولة أنت طالق يا فاطمة أو يا زينب ثلاثا تقع الثلاث، ولو قال أنت طالق اشهدوا ثلاثا فواحدة، ولو قال فاشهدوا فثلاث. كذا في الظهيرية. وأشار المصنف إلى أنه لو قال لها أنت طالق إن دخلت الدار فماتت قبل قوله إن دخلت لم تطلق لان صدر الكلام يتوقف على آخره لوجود ما يغيره وهو ذكر الشرط في آخره، فخرج عن أن يكون ايقاعا. وإلى أنه لو قال أنت طالق إن شاء الله فماتت المرأة قبل الاستثناء لم يقع شئ، والمسألتان في المحيط والذخيرة. وفيها: إذا قال لها أنت طالق وأنت طالق فماتت المرأة قبل أن يتكلم بالثاني كانت طالقا واحدة لان كل كلام عامل في الوقوع إنما يعمل إذا صادفها وهي حية. ولو قال أنت طالق وأنت طالق إن دخلت الدار فماتت المرأة عند الاول أو الثاني لا يقع لان الكلام المعطوف بعضه على بعض إذا اتصل الشرط بآخره يخرج عن أن يكون إيقاعا. وفيه: لو قال لها أنت طالق ثلاثا يا عمرة فماتت قبل قوله يا عمرة طلقت لانه ليس بمغير ا هـ. وقيد بموتها احترازا عن موته لما في الخانية: ولو أراد أن يقول أنت طالق ثلاثا فلما قال أنت طالق مات أو أخذ إنسان فمه يقع واحدة ا هـ. وفي المعراج: قيد بموتها لان بموت الزوج قبل ذكر العدد تقع واحدة لان الزوج وصل لفظ الطلاق بذكر العدد في موتها وذكر العدد حصل بموتها، وفي موت الزوج

***
[٥١٠]
ذكر لفظ الطلاق ولم يتصل به ذكر العدد فبقي قوله أنت طالق وهو عامل لنفسه في وقوع الطلاق، ألا ترى أنه لو قال لامرأته أنت طالق يريد أن يقول ثلاثا فأخذ رجل فمه فلم يقل شيئا بعد ذلك الطلاق يقع واحدة لان الوقوع بلفظه لا بقصده ا ه. وذكره في الذخيرة معزيا إلى الاصل. وسيأتي صريحا الفرق بين موته وموتها في التعليق بمشيئة الله تعالى حيث يقع في الاول دون الثاني. قوله: (ولو قال أنت طالق واحدة وواحدة أو قبل واحدة أو بعدها واحدة يقع واحدة وفي بعد واحدة أو قبلها واحدة أو مع واحدة أو معها اثنتان) بيان لاربع مسائل: الاولى لو فرق بالعطف فإنه يقع واحدة، فإن كان بالواو فلانها لمطلق الجمع أي لجمع المتعاطفات في معنى العامل أعم من أن يكون على المعية، أو على تقدم بعض المتعاطفات أو تأخره فلا يتوقف الاول على الآخر لان الحكم بتوقفه متوقف على كونها للمعية بخصوصه وهو منتف فيعمل كل لفظ عمله فتبين بالاولى فلا يقع ما بعدها، فاندفع بهذا ما ذكر من أنها هنا للترتيب وقد حكى السرخسي خلافا بين أبي يوسف ومحمد فقال: عند أبي يوسف تبين قبل أن يفرغ من الكلام الثاني، وعند محمد بعد فراغه منه لجواز أن يلحق بكلامه شرطا أو استثناء. ورجح في أصوله قول أبي يوسف أنه ما لم يقع لا يفوت المحل فلو توقف وقوع الاول على التكلم بالثانية لوقعا جميعا لوجود المحل للثلاث حال التكلم بها. وفي التحرير: إن قول محمد محمول على أن بعد الفراغ يعلم الوقوع بالاول لتجويز إلحاق المغير، ولو كان المراد أن نفس. الوقوع متأخر إلى الفراغ من الثاني لوقع الكل. وفي فتح القدير: لا خلاف بينهما في المعنى لان الوقوع بالاول وظهوره بالفراغ من الثاني ا ه. وفيه نظر لما في السراج الوهاج أن فائدة الخلاف تظهر في الموت ا ه. يعني لو ماتت قبل فراغه من الثاني وقع عند أبي يوسف لا عند محمد فالخلاف معنوي. وفي المعراج: وفائدة الخلاف تظهر فيمن ماتت قبل الفراغ فعنده يقع خلافا لمحمد لجواز أن يلحق بآخره شرطا أو استثناء، وهذا الخلاف إنما يتحقق عند العطف بالواو، فأما بدون الواو لا يتحقق الخلاف لانه لا يلحق به الشرط والاستثناء ا ه. وبهذا ظهر قصور نظر ابن الهمام من أنه لا خلاف في المعنى. قيد بقوله واحدة وواحدة لانه لو قال واحدة ونصفا أو قال واحدة وأخرى فإنه يقع اثنتان، ولو قال أنت طالق إحدى وعشرين وقع الثلاث لا بسبب أن الواو للمعية بل لانه أخصر ما يلفظ به إذا أراد الايقاع بهذه الطريقة
***
[٥١١]
وهو مختار في التعبير لغة كما قدمناه. وقيدنا بتأخير النصف عن الواحدة لانه لو قدمه عليها بأن قال أنت طالق نصفا وواحدة وقعت واحدة لانه غير مستعمل على هذا الوجه فلم يجعل كله كلاما واحدا. وعزاه في المحيط إلى محمد وفيه: لو قال أنت طالق واحدة وعشرا وقعت واحدة بخلاف أحد عشر فإنه يقع الثلاث لعدم العطف، وكذا لو قال واحدة ومائة أو واحدة وألف أو واحدة وعشرين فإنه يقع واحدة لان هذا غير مستعمل في المعتاد فإنه يقال في العادة مائة وواحدة وألف وواحدة فلم يجعل هذه الجملة كلاما واحدا بل اعتبر عطفا. وقال أبو يوسف: تقع الثلاث لان قوله مائة وواحدة وواحدة ومائة سواء ا ه. وقيد بكونه مخاطبا لها بالعدد لانه لو قال لها أنت طالق ثلاثا إن شئت فقالت شئت واحدة وواحدة وواحدة طلقت ثلاثا كما في المعراج وغيره، لان تمام الشرط بآخر كلامها وما لم يتم الشرط لا يقع الجزاء ا ه. وإذا علم الحكم في العطف بالواو علم بالفاء وثم بالاولى لاقتضاء الفاء التعقيب وثم الترتيب. وأما بل فإذا قال للمدخولة أنت طالق واحدة لا بل ثنتين تقع الثلاث لانه أخبر أنه غلط في إيقاع الواحدة ورجع عنها وقصد إيقاع الثنتين قائما مقام الواحدة فصح إيقاع الثنتين ولم يصح الرجوع عن الواحدة. ولو قال ذلك لغير المدخولة تقع واحدة لان بالاولى صارت مبانة، ولو قال للمدخولة طلقتك أمس واحدة لا بل ثنتين يقع ثنتان لانه خبر يقبل التدارك في الغلط بخلاف الانشاء، وتمامه في المحيط من باب عطف الطلاق على الطلاق بكلمة لا بل والمسائل الثلاث هي قبل وبعد ومع إما قبل فاسم لزمان متقدم على ما أضيفت إليه، وأما بعد فاسم لزمان متأخر على ما أضيفت إليه والاصل أن الظرف متى كان بين اسمين فإن لم يقرن بها الكناية كان صفة للاول تقول جاءني زيد قبل عمرو القبلية فيها صفة لزيد. وإن قرن بها الكناية كا صفة للثاني تقول جاءني زيد قبله عمرو فإذا قال أنت طالق واحدة قبل واحدة فقد أوقع الاولى قبل الثانية فبانت بها فلا تقع الثانية، ولو قال بعدها واحدة فكذلك لانه وصف الثانية بالبعدية، ولو لم

يصفها به لم تقع فهذا أولى. وأما إذا قال واحدة قبلها واحدة يقع اثنتان لان إيقاع الطلاق في الماضي إيقاع في الحال لامتناع الاستناد إلى الماضي فيقترنان فتقع اثنتان، وكذا في واحدة بعد واحدة لانه جعل البعدية صفة للاولى فاقتضى أيقاع الثانية قبلها فكان إيقاعا في الحال فيقترنان. وهذا كله في
***
[٥١٢]
غير المدخول بها، وفي المدخول بها تقع ثنتان في الكل واستشكل في واحدة قبل واحدة لان كون الشئ قبل غيره لا يقتضي وجود ذلك الغير على ما ذكر محمد في الزيادات نحو * (فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا) * (المجادلة: ٣) * (لنفد البحر قبل أن تنفد كلمات ربي) * (الكهف: ١٠٩) وأجيب بأن هذا اللفظ أشعر بالوقوع وكون الشئ قبل غيره يقتضي وجود ذلك الغير ظاهرا وإن لم يستدعه لا محالة، والعمل بالظاهر واجب ما أمكن. كذا في فتح القدير. وأما مع فللقران فلافرق فيها بين الاتيان بالضمير أو لا فاقتضى وقوعهما معا. وعن أبي يوسف أنه لو قال معها واحدة تقع واحدة. وفي المحيط: لو قال لغير المدخولة أنت طالق اليوم وأمس تطلق ثنتين كأنه قال واحدة قبلها واحدة ا ه‍. وفي شرح النقاية للشمني ثم من مسائل قبل وبعد ما قيل منظوما: ما يقول الفقيه أيده الله ولا زال عنده الاحسان في فتى علق الطلاق بشهر قبل ما بعد قبله رمضان وهذا البيت يمكن إنشاده ثمانية أوجه: أحدها قبل ما قبل قبله. ثانيها قبل ما بعد قبله. ثالثها قبل ما قبل بعده. رابعها بعد ما قبل قبله. خامسها بعد ما بعد بعده. سادسها بعد ما قبل بعده. سابعها بعد ما بعد قبله. ثامنها قبل ما بعد بعده. والضابط فيما اجتمع فيه
***
[٥١٣]
القبل والبعد أن يلغى قبل وبعد لان كل شهر بعد قبله وقبل بعده فيبقى قبله رمضان وهو شوال أو بعده رمضان وهو شعبان ا ه‍. وحاصله أن المذكور إن كان محض قبل وهو الاول وقع في ذي الحجة، وإن كان محض بعد وقع في جمادى الآخرة وهو الخامس ويقع في الوجه
***
[٥١٤]
الثاني، والرابع والسابع في شوال لان قبله رمضان بإلغاء الطرفين الاولين، ويقع في الثالث والسادس، والثامن في شعبان لان بعده رمضان بإلغاء الطرفين الاولين. ووجه الحصر في الثمانية أن الظروف الثلاثة إما أن تكون قبل أو بعد أو الاولين قبل أو الاولين بعد، أو الاول فقط قبل أو الاول فقط بعد، أو قبل بين بعدين أو بعد بين قبلين. وهذا البيان من خواص هذا الكتاب. ومن مسائة الظروف الثلاثة ما في تلخيص الجامع من كتاب الطلاق باب الطلاق في الوقت طالكل تطليقة ثلاث خلاف المعرف إذ عم أجزاءه وأفرد المنكر شبه كل دار وكل الدار كذا طالق تطليقة مع كل تطليقة، وعكسها لقران المفرد الكل إلا أن ينوي المفرد فيدين للتخصيص كذا بعد كل تطليقة وقبلها كل تطليقة لسبق الكل الفرد إذ هما بالهاء وصف اللاحق ودونه وصف السابق لهذا كان فردا قبل الدخول في عكس الهاء للعكس، وتعلق في طالق بعد يوم الاضحى وتنجز في قبل وقبلها ومعها إذ إضافة الوقت قلب المشروع المقدور فلغت وبقي الذات بلا قيد كطالق طلاقا لا يقع إلا غدا أو بالدخول بخلاف بائنا إذ غير محمد يلحق الوصف، ولو أقر بمال هكذا لزم فرد في الاولى مثنى في الباقي لجهل الزائد، واعتبر بآخر كل شهر إلا في قبل للصدق بالفرد وعشرون في علي درهم مع كل درهم من الدراهم عنده، وستة عندهما. وأصله تعريف الجمع واحد عشر في ضم المشار عنده، وأربعة عندهما لامتناع التعدد في المشار حتى لم يتعدد عليها في أنت طالق مع كل زوجة ا ه‍. وحاصله أنه في الاقرار يلزمه درهمان في جميع الصور أعني مع وقبل وبعد إلا في قوله لك علي درهم قبل كل درهم بلا ضمير فإنه يلزمه درهم واحد. فما في التحرير لابن الهمام أنه في الاقرار يلزمه إلمالان مطلقا ليس بصحيح في الكل. وصرح في الخانية من الاقرار بأنه يلزمه واحد في قوله له علي درهم قبل درهم. وأطلق المصنف رحمه الله في مسائل الظروف الثلاث فشمل ما إذا كان الطلاق منجزا أو معلقا، ولذا قال في التتمة: إذا قال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق واحدة بعدها واحدة إن دخلت الدار بانت بالاولى ولم يلزمها اليمين لان هذا منقطع، ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة إن دخلت الدار لم تطلق حتى تدخل الدار. فإذا دخلت طلقت واحدة ولو قال لها أنت طالق واحدة قبلها واحدة أو معها واحدة أو مع واحدة إن دخلت الدار لم تطلق حتى تدخل الدار فإذا دخلت الدار يقع عليها ثنتان، وكذلك الجواب فيما إذا قال أنت طالق واحدة وبعدها أخرى إن دخلت

الدار اهـ.
***
[٥١٥]
قوله: (إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت يقع واحدة وإن أخر الشرط فثنتان) بأن قال أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: يقع اثنتان فيهما ونسب لابي حنيفة القول بأن الواو للترتيب أخذا من قوله بوقوع الواحدة فيما إذا قدم الشرط لانها لو كانت للجمع لتعلق الكل وليس بصحيح، بل إنما قال بالواحدة لان موجب هذا الكلام عنده تعلق المتأخر بواسطة المتقدم فينزلن. كذلك فيسبق الاول فتبطل محليتها. وتوضيحه أن الاول تعلق قبل الثاني لعدم ما يوجب توقفه. وتعلق الثاني بواسطته، والثالث بواسطتهما فينزل على الوجه الذي وقع عليه التعليق بخلاف ما إذا كرر الشرط لان تعلق الثاني بغير شرط الاول ليس بواسطة الاول لان كلا جملة مستقلة فتعلق بالشرط الواحد طلقات ليس شئ منها بواسطة شئ فينزلن جميعا عند الشرط بخلاف ما إذا أخر الشرط لان تأخره موجب لتوقف الاول لانه مغير فتعلق الكل به دفعة فينزل دفعة. ونسب إليهما القول بأنها للمعية أخذا من قولهما بوقوع الثنتين وليس بصحيح، بل قالا بعدما اشتركت في التعلق بواسطة أن تنزل دفعة لان نزول كل حكم الشرط فتقترن أحكامه كما في تعدد الشرط. قال في فتح القدير، قولهما أرجح وقول الامام تعلق الثاني بواسطة تعلق الاول، إن أريد أنه علة تعلقه فممنوع بل علته جمع الواو إياه أي الشرط، وإن أريد كونه سابق التعلق سلمناه ولا يفيد كالايمان المتعاقبة، ولو سلم أن تعلق الاول علة لتعلق الثاني لم يلزم كون نزوله علة لنزوله إذ لا تلازم لجاز كونه علة لتعلقه فيتقدم في التعلق وليس نزوله علة لنزوله بل إذا تعلق الثاني بأي سبب كأن صار مع الاول متعلقين بشرط وعند نزول الشرط ينزل المشروط ا هـ. وهذا كله تقرير الاصول. وأما تقرير الفروع فوجه قول الامام أن المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده ولو نجزه حقيقة لم يقع الثانية بخلاف ما إذا أخر الشرط لوجود المغير. كذا ذكر الشارح. وحاصل ما في الهداية أن الواو لمطلق الجمع لا تصدق إلا في ضمن معية أو ترتيب، فعلى اعتبار المعية يقع الكل، وعلى اعتبار الترتيب لا يقع إلا واحدة فلا يقع الزائد بالشك وهو أقرب ما وجه به قول الامام. قيد بالواو لانه لو عطف بالفاء وقدم الشرط وقعت واحدة اتفاقا على الاصح للتعقيب، ولو عطف بثم وأخر الشرط وقعت واحدة منجزة ولغا ما بعدها، وإن كانت مدخولا بها تعلق الاخير وتنجز ما قبله، وإن تقدم الشرط تعلق الاول وتنجز الثاني فيقع المعلق عند الشرط بعد التزوج الثاني ولغا الثالث، وفي المدخول بها تعلق الاول ونجز ما بعده، وعندهما تعلق الكل بالشرط قدمه أو أخره إلا عند وجود الشرط تطلق
***
[٥١٦]
المدخول بها ثلاثا وغيرها واحدة بناء على أن أثر التراخي يظهر في التعليق عنده فكأنه سكت بين كل كلمتين، وعندهما يظهر في الوقوع عند نزول الشرط لا في التعليق. والحاصل أن الحروف ثلاثة، وكل على وجهين: تقديم الشرط وتأخيره. ففي الفاء والواو يقع واحدة إن قدمه واثنتان إن أخره. وفي ثم إن قدم الشرط تعلق الاول وتنجز الثاني ولغا الثالث، وإن أخره تنجز الاول ولغا ما بعده. وقيد بحرف العطف لانه ما ذكر بغير عطف أصلا نحو إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة واحدة واحدة ففي فتح القدير يقع واحدة اتفاقا عند وجود الشرط ويلغو ما بعده لعدم ما يوجب التشريك. وأشار المصنف إلى أنه لو قال لغير المدخولة إن دخلت الدار فأنت طالق وأنت علي كظهر أمي والله لا أقربك فدخلت طلقت وسقط الظهار والايلاء عنده لسبق الطلاق فتبين فلا تبقى محلا لما بعده. وعندهما هو مطلق مظاهر مول وإلى أنه لو قال لاجنبية إن تزوجتك فأنت طالق وأنت علي كظهر أمي ووالله لا أقربك وتزوجها، فعلى الخلاف بخلاف ما لو قدم الظهار والايلاء وقع الكل عند الكل. أما عندهما فظاهر، وأما عنده فلسبق الايلاء. ثم هي بعده محل للظهار، ثم هي بعدهما محل للطلاق فتطلق. كذا في فتح القدير. وإلى أنه لو قال لامرأة يوم أتزوجك فأنت طالق وطالق وطالق فتزوجها وقعت واحدة وبطلت الثنتان، ولو قال أنت طالق وطالق وطالق يوم أتزوجك وقعت الثلاث. كذا في الحاوي القدسي. وكذا لو قال إن تزوجتك كما في المحيط وفي تلخيص الجامع من أول كتاب الايمان: لو قال ثلاثا لغير المدخولة إن كلمتك فأنت طالق انحلت الاولى بالثانية لاستئناف الكلام بخلاف فاذهبي يا عدوة الله، لكن عند زفر بالشرط كما لو اقتصر فلغت الثانية، وعندنا بالجزاء فانعقدت إذ
***
[٥١٧]

الجملة واحدة وإلا نزل اثنان على المدخولة بتكرير كلما كلمتك فأنت طالق وانحلت بالثانية لا إلى جراء ولغت هي بعدم الملك، وفي إن حلفت بطلاقك لا تحل اليمين الثانية إلا بتعليق طلاقها بالملك أو بعده إذ الشرط إدخالها في الجزاء. كذا في تعليق طلاقها ومدخولة بالحلف بطلاقهما إنما تحل الثانية بتعليق طلاقها بالملك أو بعده إذ الثالثة انعقدت على المدخولة حسب فكانت الثالثة شطر الشرط، وذا في حق الثالثة شطر أيضا فلا تحل ما لم يحلف بطلاق المدخولة وهي البردعية ا ه. يعني أن هذه المسألة تلقب بالبردعية لان أبا سعيد البردعي بعدما تفقه ودرس سئل عنها فلم يهتد إلى جوابها فارتحل إلى بغداد وتعلم سبع سنين حتى صار من كبار أصحابنا. وقيد بغير المدخولة لان فيها يتعلق الكل بالشرط قدمه أو
***
[٥١٨]
أخره. وفي المحيط: لو قال لغير المدخول بها أنت طالق واحدة لا بل ثلاثا إن دخلت الدار طلقت واحدة للحال، وثلاثا إن دخلت الدار، لان قوله أنت طالق واحدة للتنجيز وأراد بقوله لا بل ثلاثا إن دخلت الدار تعليق الثلاث والرجوع عن إيقاع الواحدة فلا يصل الشرط المذكور آخرا بإيقاع الواحدة فصح تعليقه، ولم يصح رجوعه عن الواحدة. ولم قدم الشرط فقال إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة لا بل ثلاثا لم تطلق حتى تدخل لان قوله لا بل ثلاثا غير مستقل تام بنفسه فتعذر أن يجعل تنجيزا فصار تعليقا ا ه. والله أعلم بالصواب وإليه المرجع المآب. باب الكنايات في الطلاق قدم الصريح عليها لانه الاصل في الكلام إذ هو موضوع للافهام. وهي في اللغة مأخوذة من كنى يكنو إذا ستر. وذكر الرضي أنها في اللغة والاصطلاح أن يعبر عن شئ معين، لفظا كان أو معنى، بلفظ غير صريح في الدلالة عليه، إما للابهام على بعض السامعين كقولك جاءني فلان وأنت تريد زيدا. وقال فلان كيت وكيت إبهاما على بعض من يسمع أو لشناعة المعبر عنه كهن في الفرج أو للاختصار كالضمائر، أو لنوع من الفصاحة كقولك فلان كثير الرماد وكثير القرى أو لغير ذلك ا ه. وفي علم البيان على القول الاصح كما في المطول أن لا يصرح بذكر المستعار بل بذكر رديفه ولازمه الدال عليه، فالمقصود بقولنا أظفار المنية استعارة السبع للمنية كاستعارة الاسد للرجل الشجاع في قولنا رأيت أسدا لكنا لم
***
[٥١٩]
نصرح بذكر المستعار أعني السبع بل اقتصرنا على ذكر لازمه لينتقل منه إلى المقصود كما هو شأن الكناية، فالمستعار هو لفظ السبع الغير المصرح به، والمستعار منه هو الحيوان المفترس، والمستعار له هو المنية إلى آخره. وفي أصول الفقه قال في التنقيح: ثم كل واحد من الحقيقة والمجاز إذا كان في نفسه بحيث لا يستتر المراد فصريح وإلا فكناية، فالحقيقة التي لم تهجر صريح، والتي هجرت وغلب معناها المجازي كناية، والمجاز الغالب الاستعمال صريح، وغير الغالب كناية. وعند علماء البيان الكناية لفظ يقصد بمعناه معنى ثان ملزوم له وهي لا تنافي إرادة الموضوع له فإنها استعملت فيه لكن قصد بمعناه معنى ثان كما في طويل النجاد بخلاف المجاز فإنه استعمل في غير ما وضع له فينافي إرادة الموضوع له ا ه. واحترز بقوله في نفسه عن انكشاف المراد فيها بواسطة التفسير والبيان ودخل فيها المشكل والمجمل. وفي الفقه هنا ما احتمل الطلاق وغيره قوله: (لا تطلق بها إلا بنية أو دلالة الحال) أي لا تطلق بالكنايات قضاء إلا بإحدى هذين لانها غير موضوعة للطلاق بل موضوعة لما هو أعم منه. ومن حكمه لما سيأتي أن ما عدا الثلاث منها لم يرد بها الطلاق أصلا بل ما هو حكمه من البينونة من النكاح. والمراد بدلالة الحال الحالة الظاهرة المفيدة لمقصوده، ومنها تقدم ذكر الطلاق كما في المحيط: لو قال لها أنت طالق إن شئت واختاري فقالت شئت واخترت يقع طلاقان: أحدهما بالمشيئة والآخر بالاختيار من غير نية لتقدم الصريح عليها. والحال في اللغة صفة الشئ يذكر ويؤنث. يقل حال حسن وحسنة. كذا في المصباح قيدنا بالقضاء لانه لا يقع ديانة إلا بالنية ولا عبرة بدلالة الحال كما إذا قال أنت طالق ونواه عن الوثاق لا يقع ديانة. وفي المجتبى عن صدر القضاء في شرح الجامع الصغير: إذا قال لم أنو الطلاق فعليه اليمين إن ادعت الطلاق، وإن لم تدع يحلف أيضا حقا لله تعالى ن. قال أبو نصر قلت لمحمد بن سلمة: يحلفه الحاكم أم هي تحلفه؟ قال: يكتفى بتحليفها إياه من منزله فإذا حلفته فحلف فهي امرأته وإلا رافعته إلى القاضي، فإن نكل عن اليمين عنده فرق بينهما ا ه. وفي البزازية: وفي كل موضع تشترط النية ينظر المفتي إلى سؤال السائل، إن قال قلت كذا هل يقع يقول نعم إن نويت، وإن قال كم يقع يقول واحدة ولا يتعرض لاشتراط النية. قوله: (فتطلق واحدة رجعية في اعتدى واستبرى رحمك وأنت واحدة)

لان الاولى تحتمل الاعتداد من النكاح ومن نعم الله تعالى فتعين الاول بالنية، ويقتضي طلاقا سابقا وهو يعقب الرجعة إن كان بعد الدخول، وأما قبله فهو مجاز عن كوني طالقا من إطلاق الحكم وإرادة العلة. ولا يجعل مجازا عن طلقي لانه لا يقع به طلاق، ولا عن أنت طالق أو طلقتك
***
[٥٢٠]
لانهم يشترطون التوافق في الصيغة. كذا في التلويح. وما في الشرح من أنه من إطلاق المسبب وإرادة السبب فممنوع لانه يرد عليه أن شرطه اختصاص المسبب بالسبب والعدة لا تختص بالطلاق لثبوتها في أم الولد إذا أعتقت، وما أجيب به، من أن ثبوتها فيما ذكر لوجود سبب ثبوتها في الطلاق وهو الاستبراء إلا بالاصالة فغير دافع سؤال عدم الاختصاص. كذا في فتح القدير. وفي التلويح: والاعتداد شرعا بطريق الاصالة مختص بالطلاق لا يوجد في غيره إلا بطريق التبع والشبه كالموت وحدوث حرمة المصاهرة وارتداد الزوج وغيرها. وقد يقال إن اعتدي من باب الاضمار أي طلقتك فاعتدي أو اعتدي لاني طلقتك، ففي المدخولة يثبت الطلاق وتجب العدة، وفي غيرها يثبت الطلاق عملا بنيته ولا تجب العدة ا ه‍. وهو يفيد أنه من باب الاقتضاء في غير المدخولة أيضا وإن كان أمرها فيها بالعدة ليس بموجب شيئا فلا حاجة إلى تكلف المجاز. والمراد بالمسبب هنا وجوب عد الاقراء المستفاد من الامر، وما في النوادر من أن وقوع الرجعي بها استحسان لحديث سودة يعني أنه عليه السلام قال لها اعتدي ثم راجعها، والقياس أن يقع البائن كسائر الكنايات بعيد، بل ثبوت الرجعي قياس واستحسان. لان علة البينونة في غير الثلاثة منتفية فيها فلا يتجه القياس أصلا. كذا في فتح القدير. وقد سلك المحقق في فتح القدير طريقا غير طريقهم في تقرير أن اعتدي من باب الاقتضاء فقال: إن اعتدي يقتضي فرقة بعد الدخول وهي أعم من رجعي وبائن لكن لا يوجب ذلك تعين البائن بل تعين الاخف لعدم الدلالة على الزائد ا ه‍. وهو مسلك حسن لكن يلزم عليه أنه لو نوى البائن في قوله اعتدي صحت نيته، وعلى ما قرره المشايخ من الطلاق لم تصح نيته. وأما استبرى رحمك فلانه تصريح بما هو المقصود من العدة وهو تعرف براءة الرحم فيحتمل استبريه لاني طلقتك أو لاطلقك إذا علمت خلوه عن الولد. وعلى الاول يقع، وعلى الثاني لا فلا بد من النية ويجب كونه مجازا عن كوني طالقا في المدخولة إذا كانت آيسة أو صغيرة وفي غير المدخولة مطلقا وأما أنت واحدة فيحتمل أن يكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة، فإذا نواه مع هذا الوصف فكأنه قاله والطلاق يعقبه الرجعة، ويحتمل غيره نحو أنت واحدة عندي أو في قومك مدحا وذما فقد ظهر أن الطلاق في هذه الالفاظ الثلاثة مقتضى ولو كان مظهرا لا يقع به إلا واحدة، فإذا كان مضمرا أو أنه أضعف منه أولى. وأشار المصنف بقوله واحدة رجعية إلى أنه لو نوى البينونة الكبرى أو الصغرى لا تعتبر نيته وهو ظاهر في الاوليين، وأما في أنت واحدة فالمصدر وإن
***
[٥٢١]
كان مذكورا بذكر صفته لكن التنصيص على الواحدة يمنع إرادة الثلاث لانها صفة للمصدر المحدود بالهاء فلا يتجاوز الواحدة. وأطلق في واحدة فأفاد أنه لا معتبر بإعرابها وهو قول العامة وهو الصحيح لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب، والخواص لا تلتزمه في كلامهم عرفا بل تلك صناعتهم والعرف لغتهم، وقد ذكرنا في شرحنا على المنار أنهم لم يعتبروه هنا واعتبروه في الاقرار فيما لو قال له درهم غير دانق رفعا ونصبا فيحتاجون إلى الفرق. ولما كانت العلة في وقوع الرجعي بهذه الالفاظ الثلاثة وجود الطلاق مقتضى أو مضمرا علم أن لا حصر في كلامه، بل كل كناية كان فيها ذكر الطلاق كانت داخلة في كلامه ويقع بها الرجعي بالاولى كقوله أنا برئ من طلاقك، الطلاق عليك، عليك الطلاق، لك الطلاق، وهبتك طلاقك، إذا قالت اشتريت من غير بدل قد شاء الله طلاقك، قضى الله طلاقك، شئت طلاقك، تركت طلاقك، خليت سبيل طلاقك، أنت مطلقة بتسكين الطاء، أنت أطلق من امرأة فلان وهي مطلقة، أنت طال بحذف الآخر، خذي طلاقك، أقرضتك طلاقك، أعرتك طلاقك. ويصير الامر بيدها على ما في المحيط: لست لي بامرأة وما أنا لك بزوج، لست لك بزوج وما أنت لي بامرأة بخلاف ما لو قال أنا برئ من نكاحك فإنه لا يقع. قاله ابن سلام. وفي الخلاصة: اختلف في برئت من طلاقك إذا نوى والاصح أنه يقع، والاوجه عندي أن يقع بائنا كما في فتح القدير. وفي المعراج: والاصل الذي عليه الفتوى في الطلاق بالفارسية أنه إن كان فيه لفظ لا يستعمل إلا في الطلاق فذلك اللفظ صريح يقع بلا

نية إذا أضيف إلى المرأة مثل ز ن ر ها كردم في عرف أهل خراسان والعراق بهيم لان الصريح لا يختلف باختلاف اللغات، وما كان بالفارسية يستعمل في الطلاق وغيره فهو من كنايات الفارسية فحكمه حكم كنايات العربية في جميع الاحكام ا هـ. قوله: (وفي غيرها بائنة وإن نوى ثنتين وتصح نيته الثلاث) أي في غير الالفاظ الثلاثة وما في معناها تقع واحدة بائنة أو ثلاث بالنية، ولا تصح نية الثنتين في الحرة لما قدمناه أنه
***
[٥٢٢]
عدد محض بخلاف الثلاث لانه كل الجنس، ولان البينونة متنوعة إلى غليظة وخفيفة فأيهما نوى صحت نيته بخلاف أنت طالق لانه موضوع شرعا لانشاء الواحدة الرجعية فلا يملك العبد تغييره. وفي المحيط: لو طلق منكوحته الحرة واحدة ثم قال لها أنت بائن ونوى ثنتين كانت واحدة لان البينونة الغليظة لا تحصل بما نوى فلا تصح النية حتى لو نوى الثلاث تقع لان البينونة في حقها تحصل بالثنتين وبالواحدة السابقة ا هـ. والثنتان في الامة كالثلاث في الحرة فلا ترد عليه كما لا يرد عليه اختاري وأمرك بيدك فإنه لا يقع بهما، بل إذا نوى التفويض كان لها التطليق فلا يقع إلا بقولها بعده اخترت نفسي ونحوه، وكما لا يرد عليه اختاري فإنه كناية ولا يصح فيه نية الثلاث لما سنذكره في باب التفويض، وبه اندفع اعتراض الشارح عليه. والحاصل أن الكنايات كلها تصح فيها نية الثلاث إلا أربعة: الثلاث الرواجع واختاري كما في الخانية. قوله: (وهي بائن) من باب بان الشئ إذا انفصل فهو بائن، وأبنته بالالف فصلته، وبانت المرأة بالطلاق فهي بائن بغير هاء، وأبانها زوجها بالالف فهي مبانة. قال ابن السكيت في كتاب التوسعة: تطليقبائنة والمعنى مبانة. قال الصغاني رحمه الله: فاعلة بمعنى مفعولة كذا في المصباح وفي منظومة ابن وهبان ما حاصله أنه لو علق بالشرط إبانة بلا نية طلاق لم يقع إذا وجد شرطه ا هـ. فأنت بائن كناية معلقا كان أو منجزا قوله: (بتة) من بته بتا من باب ضرب وقتل قطعه، وفي المطاوع فانبت كما يقال فانقطع وانكسر، وبت الرجل طلاق امرأته فهي مبتوتة والاصل مبتوت طلاقها وطلقها طلقة بتة وثلاثا بتة إذا قطعها من الرجعة، وأبت طلاقها بالالف لغة. قال الازهري: ويستعمل الثلاثي والرباعي لازمين ومتعديين، فيقال بت طلاقها وأبته وطلاق بات وبت. كذا في المصباح. قوله: (بتلة) من بتله بتلا من باب قتل قطعه وأبانه وطلقها طلقة بتة بتلة. كذا في المصباح قوله: (حرام) من حرم الشئ بالضم حرما وحرما وحراما، امتنع فعله والممنوع
***
[٥٢٣]
يسمى حراما تسمية بالمصدر، وسيأتي في آخر باب الايلاء عن الفتاوى أنه لو قال لها أنت علي حرام والحرام عنده طلاق وقع. وإن لم ينو وذكر الامام ظهير الدين لا نقول لا تشترط النية ولكن نجعله ناويا عرفا. ولا فرق بين قوله أنت علي حرام أو محرمة علي أو حرمتك علي أو لم يقل علي أو أنت حرام بدون علي أو أنا عليك حرام أو محرم أو حرمت نفسي عليك. ويشترط قوله عليك في تحريم نفسه لا نفسها، وكذا قوله حلال المسلمين علي حرام، وكل حل علي حرام وأنت معي في الحرام، فإن قلت: إذا وقع الطلاق بلا نية ينبغي أن يكون كالصريح فيكون الواقع رجعيا قلت: المتعارف به إيقاع البائن لا الرجعي وإن قال لم أنو لم يصدق في موضع صار متعارفا. كذا في البزازية. وسيأتي تمامه في الايلاء. وفي القنية: لو قال أنت امرأة حرام ولم يرد الطلاق يقع قضاء وديانة، ولو قال هي حرام كالماء تحرم لانه تشبيه بالسرعة قوله: (خلية) من خلت المرأة من مانع النكاح خلوا فهي خلية، ونساء خليات، وناقة خلية مطلقة من عقالها فهي ترعى حيث شاءت، ومنه يقال في كنايات الطلاق هي خلية. كذا في المصباح قوله: (برئة) يحتمل النسبة إلى الشر أي برئة من حسن الخلق وأفعال المسلمين وإلى الخير أي عن الدنيا أو عن البهتان، ويحتمل أن أنت برئة عن النكاح. وفي الكافي: برئة من البراءة ولهذا وجب همزها قوله: (حبلك على غاربك) تمثيل لانه تشبيه بالصورة المنتزعة من أشياء وهي هيئة الناقة إذا أريد إطلاقها ترعى وهي ذات رسن وألقى الحبل على غاربها وهو ما بين السنام والعنق كيلا تتعقل به إذا كان مطروحا فشبه بهذه الهيئة إلا طلاقية انطلاق المرأة من قيد النكاح أو العمل والتصرف. كذا في فتح القدير. وفي المصباح: إنه استعير للمرأة وجعل كناية عن طلاقها أي اذهبي حيث شئت كما يذهب البعير. وفي النوادر: الغارب اعلا كل شئ والجمع الغوارب قوله: (الحقي بأهلك) بهمز وصل كما في فتح القدير. يعني فتكسر الهمزة وتفتح الحاء من لحقته ولحقت به من باب تعب لحاقا بالفتح أدركته. وفي المصباح: وألحقته بالالف مثله

فعلى هذا لا تتعين الهمزة للوصل فيجوز أن تكون للقطع مع كسر الحاء من باب الافعال. وفي غاية البيان: والحقي من اللحوق لا من الالحاق وانتقلي وانطلقي كالحقي. وفي القنية: قالت لزوجها تغير لوني فقال الزوج رددتك بهذا العيب ونوى الطلاق يقع. قال الكمال في فتح القدير: ثم في الهبة
***
[٥٢٤]
إذا لم تكن له نية تطلق في القضاء، ولو قال نويت أن يكون في يدها لا يصدق، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فهو كما نوى، فإن طلقت نفسها في ذلك المجلس طلقت وإلا فهي زوجته. هذا إذا ابتدأ الزوج، فلو ابتدأت فقالت هب طلاقي تريد اعرض عنه فقال وهبت لا يقع وإن نوى لانه جوابها فيما طلبت. كذا قيل وفيه نظر، بل يجب أن يقع إذا نوى لانه لو ابتدأ به ونوى يقع فإذا نوى الطلاق فقد قصد عدم الجواب وأخرج الكلام ابتداء وله ذلك وهو أدرى بنفسه ونيته. وفي البزازية: الحقي برفقتك يقع إذا نوى قوله: (وهبتك لاهلك) يحتمل البينونة لان الهبة تقتضي زوال الملك. أطلقه فشمل ما إذا لم يقبلوها لان القبول لا يحتاج إليه لازالة الملك، كذا في المحيط. والتحقيق أنه مجاز عن رددتك إليهم فتصير إلى الحالة الاولى وهي البينونة كالحقي بأهلك، ومثله وهبتك لابيك أو لابنك أو للازواج لانها ترد إلى هؤلاء بالطلاق عادة، وخرج عنه ما لو قال وهبتك للاجانب فإنه ليس بكناية، والاخ والاخت والعمة والخالة من الاجانب هنا فلا يقع وإن نوى كما في المعراج لانها لا ترد إليهم بالطلاق عادة، وخرج عنه ما لو قال وهبتك بعض طلاقك فإنه ليس بكناية، وقدمنا أنه لو قال وهبت لك طلاقك فإنه يقع في القضاء بلا نية ولا يصدق أنه أراد كونه في يدها إلا إذا وقع جوابا لقولها هب لي طلاقي فإنه لا يقع وإن نوى. وفي المعراج: لو قال أبحتك طلاقك لا يقع وإن نوى. وفي الذخيرة: وهبت نفسك منك يقع إذا نوى. قوله: (سرحتك فارقتك) وجعلهما الشافعي من الصريح لورودهما في القرآن للطلاق كثيرا. قلنا: المعتبر تعارفهما في العرف العام في الطلاق لاستعمالها شرعا مراداهو بهما. كذا في فتح القدير. وفي الكافي: ولنا الصريح ما لا يستعمل في غير النساء وهم يقولون سرحت إبلي وفارقت غريمي، ومشايخ خوارزم من المتقدمين ومن المتأخرين كانوا يفتون بأن لفظ التسريح بمنزلة الصريح يقع به طلاق رجعي بدون النية. كذا في المجتبى. وفي الخانية: لو قال أنت السراج فهو كقوله أنت خلية اعزبي. وفي القنية: والاقرار بالفرقة ليس بإقرار بالطلاق لاختلاف أسبابها قوله: (أمرك بيدك اختاري) كنايتان للتفويض فإذا نوى تفويض الطلاق إليها كان لها أن تطلق نفسها كما سيأتي قوله: (أنت حرة) عن حقيقة الرق أو عن رق النكاح. وفي فتح القدير: واعتقتك مثل أنت حرة. وفي البدائع: كوني حرة واعتقي مثل أنت حرة ككوني طالقا مثل أنت طالق قوله: (تقنعي تخمري استتري) لانك بنت وحرمت علي بالطلاق أو لئلا ينظر إليك أجنبي. وفي المصباح: قناع المرأة جمعه قنع مثل كتاب وكتب، وتقنعت لبست القناع. والخمار ثوب تغطي به المرأة رأسها والجمع خمر ككتاب
***
[٥٢٥]
وكتب، واختمرت المرأة وتخمرت لبست الخمار ا ه. وفي المعراج: تقنعي من القناعة، وقيل من القناع وهو الخمار، واقتصر على قوله استتري فأفاد أنه لو قال استتري مني خرج عن كونه كناية كما ذكره قاضيخان في شرحه قوله: (اعزبي) من العزبة بالعين المهملة أو من الغروب بالمعجمة وهو البعد أي ابعدي لاني طلقتك أو لزيارة أهلك قوله: (اخرجي اذهبي قومي) لحاجة أو لاني طلقتك. قيد باقتصاره على اذهبي لانه لو قال اذهبي فبيعي ثوبك لا يقع وإن نوى، ولو قال اذهبي إلى جهنم يقع إن نوى. كذا في الخلاصة. ولو قال اذهبي فتزوجي وقال لم أنو الطلاق لم يقع شئ لان معناه تزوجي إن أمكنك وحل لك. كذا في شرح الجامع الصغير لقاضيخان. وفي القنية: اذهبي وتحللي إقرار بالثلاث. وفي المعراج: تنحي عني يقع إذا نوى. وفي البزازية: اذهبي وتزوجي تقع واحدة ولا حاجة إلى النية لان تزوجي قرينة فإن نوى الثلاث فثلاث ا ه. وهو مخالف لما في شرح الجامع إلا أن يفرق بين الواو والفاء وهو بعيد هنا. وفي المنتقى عن محمد: اذهبي ألف مرة ينوي به طلاقا فثلاث. وفي البدائع عن محمد: قال لها افلحي يريد الطلاق يقع لانه بمعنى اذهبي. تقول العرب أفلح بخير أي ذهب بخير، ويحتمل اظفري بمرادك يقال أفلح الرجل إذا ظفر بمراده. قوله: (ابتغي الازواج) إن أمكنك وحل لك أو اطلبي النساء إذ الزوج مشترك بين الرجل والمرأة، أو ابتغي الازواج لاني طلقتك وتزوجي مثلي. وفي القنية: زوج

امرأته من غيره لا يكون طلاقا. ثم رقم لآخر: إذا نوى الطلاق طلقت. وفيها قبله: أنت أجنبية ونوى الطلاق لا يقع لانه رد، وفي حال مذاكرة الطلاق إقرار. وأشار المصنف بإطلاقه إلى أن ا لكنايات كلها يقع بها الطلاق بدلالة الحال، وقد تبع في ذلك القدوري والسرخسي في المبسوط وخالفهما فخر الاسلام وغيره من المشايخ فقالوا: بعضها لا يقع بها إلا بالنية. والضابط على وجه التحرير أن في حالة الرضا المجرد عن سؤال الطلاق يصدق في الكل أنه لم يرد الطلاق، وفي حالة الرضا المسؤول فيها الطلاق يصدق فيما يصلح ردا أنه لم يرده مثل: اخرجي، اذهبي، اعزبي، قومي، تقنعي، استتري، تخمري. وفي حالة الغضب المجرد عن سؤال الطلاق يصدق فيما يصلح سبا أو ردا أنه لم يرد به إلا السب أو الرد نحلية برية بتة بتلة بائن حرام وما يجري مجراه، ولا يصدق فيما يصلح جوابا فقط كاعتدي واستبري رحمك وأنت واحدة واختاري وأمرك بيدك، فما يصلح للجواب فقط خمسة كما في غاية البيان.

***

[٥٢٦]

وفي حالة الغضب المسؤول فيها الطلاق يجتمع في عدم تصديقه في المتمحض جوابا سببان: المذاكرة والغضب. وكذا في قبول قوله فيما يصلح ردا لان كلا من المذاكرة والغضب يستقل بإثبات قبول قوله في دعوى عدم إرادة الطلاق، وفيما يصلح للسبب ينفرد الغضب بإثباته فلا نتغير الاحكام. وبهذا علم أن الاحوال ثلاثة: حالة مطلقة وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب، وأن المراد بالمطلقة المطلقة عن قيدي الغضب والمذاكرة، فقول الشارح وهي حالة الرضا مما لا ينبغي. وأن الكنايات ثلاثة أقسام: قسم يصلح جوابا ولا يصلح ردا ولا شتما، وقسم يصلح جوابا وردا ولا يصلح شتما، وقسم يصلح جوابا وشتما ولا يصلح ردا. وعن أبي يوسف في قوله لا ملك لي عليك، ولا سبيل لي عليك، وخليت سبيلك، وفارقتك، أنه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السبب. كذا في الهداية. وجعل فخر الاسلام وصاحب الفوائد الظهيرية هذه الالفاظ ملحقة عند أبي يوسف بما يصلح للجواب فقط وهي اعتدي واختاري وأمرك بيدك. وإنما لم يذكر المصنف هذه التفاصيل لان الحاكم الشهيد في الكافي الذي هو جمع كلام محمد في كتبه لم يذكره ولم يتعرض له شارحه الامام السرخسي. وحاصل ما في الخانية أن من الكنايات ثلاث عشرة لا يعتبر فيها دلالة الحال ولا تقع إلا بالنية: حبلك على غاربك، تقنعي، تخمري، استتري، قومي، اخرجي، اذهبي، انتقلي، انطلقي، تزوجي، اعزبي، لا نكاح لي عليك، وهبتك لاهلك. وفيما عداها تعتبر الدلالة لكن ثمانية تقع بها حال المذاكرة: أنت خلية، برية، بتة، بائن، حرام، اعتدي، أمرك بيدك، اختاري. وثلاثة من هذه الثمانية يقع بها حال الغضب: اعتدي، أمرك بيدك، اختاري. ثم قال بعد هذه: لو قال في مذاكرة الطلاق فارقتك وباينتك أو بنت منك أو لا سلطان لي عليك أو سرحتك أو وهبتك لنفسك أو تركت طلاقك أو خليت سبيل طلاقك أو سبيلك أو أنت بائنة أو أنت حرة أو أنت أعلم بشأنك فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق، وإن قال لم أنو الطلاق لا يصدق ا ه. فصارت الالفاظ الواقع بها حال المذاكرة عشرين لفظا. وإنما وقع البائن بما عدا الثلاث وما كان بمعناها مع أن المكنى عنه الطلاق وهو يعقب الرجعة لانا نمنع أن المكنى عنه الطلاق بل إنما هو البينونة لانها هي معنى اللفظ الدائر في

***

[٥٢٧]

الافراد، فكونها كناية لا تستلزم كونها مجازا عن الطلاق لانه مشترك معنوي من قبيل المشكك، فالقطع المتعلق بالنكاح فرد من نوع ما يتعلق به والمتعلق بالخير والشر كذلك إذا لم يذكر متعقله كما يحتمل رجل كلا من زيد وعمرو وغيرهما والبينونة متنوعة إلى غليظة وهي المترتبة على الثلاث، وخفيفة كالمترتبة على الخلع، وأيهما أراد صح وثبت ما يثبت بلفظ طالق على مال وطالق ثلاثا. وحاصله أن ما يثبت عند طالق شرعا لازم أعم يثبت عنده وعند هذه الالفاظ والخلع. فقولنا يقع بها الطلاق معناه يقع لازم لفظ الطلاق شرعا، وانتقاص عدده هو بتعدد وقوع ذلك اللازم واستكماله بذلك وبإرسال لفظ الثلاث بل معنى وقوع الطلاق وقوع اللازم الشرعي لانه هو معنى لفظ الطلاق، فالواقع بالكناية هو الطلاق بلا تأويل. وبهذا ظهر أن إطلاق اسم الكناية حقيقة، فقول صاحب الهداية ليست كنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها قال في التحرير: إنه غلط لانه يدل على أنه الحقيقة تنافي الكناية وليس كذلك لان الكناية قد تكون حقيقة لانها بتعدد المعنى، وقد لا تكون حقيقة فيها. وقولهم إن الكناية الحقيقية هي التي تكون مستتر المراد وهذه معلومة والتردد فيما يراد بها هي أبائن من الخير أو النكاح. قال في التحرير: إنه منتف بأن الكناية بسبب التردد في المراد لا بسبب التردد في

المعنى الموضوع كالمشترك والخاص في فرد معين، فإذا كانت كناية على الحقيقة تعين أن يكون المجاز في إضافتها إلى الطلاق فإن المفهوم من الاضافة أنها كناية عنه وليس كذلك وإلا وقع رجيعا. وفي الهداية: والشرط تعيين أحد نوعي البينونة دون الطلاق ا ه. وظاهره أنه لا اعتبار بنية الطلاق في الكنايات البوائن، وأنه لا بد من نية بينونة النكاح وفي التنقيح قالوا: وكنايات الطلاق تطلق مجازا لان معانيها غير مستترة لكن الابهام فيما يتصل بها كالبائن مثلا فإنه مبهم في أنها بائنة عن أي شئ عن النكاح أو غيره، فإذا نوى نوعا منها تعين وتبين بموجب الكلام، ولو جعلت كناية حقيقة تطلق رجعية لانهم فسروها بما يستتر المراد منه والمراد المستتر هنا الطلاق فيصير كقوله أنت طالق. وبتفسير علماء البيان لا يحتاجون إلى هذا التكلف لانها عندهم أن يذكر لفظ ويقصد بمعناه معنى ثان ملزوم له، فيراد بالبائن معناه ثم ينتقل منه بنية إلى الطلاق فتطلق على صفة البينونة لا أنه أريد به الطلاق، وتمامه في التلويح. ولا يخفى عليك أن قوله أنت واحدة ليس من باب الكناية بتفسير علماء البيان ولكنه من قبيل المحذوف لكنه كناية باعتبار استتار المراد. كذا في التلويح. وقيد المصنف بهذه
***
[٥٢٨]
الالفاظ للاحتراز عما إذا قال لا حاجة لي فيك أو لا أريدك أو لا أحبك أو لا أشتهيك أو لا رغبة لي فيك فإنه لا يقع وإن نوى في قول أبي حنيفة. وقال ابن أبي ليلى: يقع في قوله لا حاجة لي فيك إذا نوى. وفي التفاريق عن ابن سلام: يكون ثلاثا إذا نوى، ولو قال فسخت النكاح ونوى الطلاق يقع، وعن أبي حنيفة إن نوى ثلاثا فثلاث، والرواية هكذا عن محمد أنه بائن إن نوى الطلاق. وفي جمع برهان: قال لم يبق بيني وبينك عمل ونوى الطلاق لا يقع. وفي فتاوى الفضلي خلافه. وفي التفاريق قيل في قوله لم يبق بيني وبينك شئ أنه لا يصح، ولو قال أربعة طرق عليك مفتوحة لا يقع وإن نوى ما لم يقل خذي إلى أي طريق شئت. وفي اللآلي: وهكذا عن محمد، وفي النظم قال أسد قال محمد يقع ثلاثا. وقال ابن سلام: أخاف أن يقع ثلاثا لمعاني كلام الناس. وفي المبسوط: قال لها أنت علي كالميتة أو كلحم الخنزير أو الخمر ونوى الطلاق يقع. كذا في المعراج. وفي البزازية: طلبت منه الطلاق فقال لم يبق بيني وبينك عمل لم تطلق إلا أن ينوي به النكاح وينوي به إيقاع الطلاق فحينئذ يقع. وذكر في البدائع من النكايات: خالعتك لا على سبيل العوض وسيأتي. وفي البزازية: أنا برئ منك لا يقع وإن نوى، ولو قال أبرأتك عن الزوجية يقع بلا نية ا ه. وفي تلخيص الجامع وشرحه: لو قالت أبنت نفسي أو حرمت نفسي عليك فقال أجزت وقع بائنا بشرط أن ينوي كل منهما الطلاق وتصح نية الثلاث، ولو قالت اخترت نفسي فقال أجزب ناويا الطلاق لا يقع وسنذكره بتمامه في فصل الاختيار. وفي الخانية: أنا برئ من طلاقك لا يكون طلاقا، ولو قال برئت إليك من طلاقك يقع، نوى أو لم ينو. ولو قال أنا برئ من ثلاث تطليقات قال بعضهم يقع الطلاق، وقال بعضهم لا يقع وإن نوى وهو الظاهر ا ه. قوله: (وإن قال لها اعتدي ثلاثا ونوى بالاولى طلاقا وبما بقي حيضا صدق وإن لم ينو بما بقي شيئا فهي ثلاث) لانه بنية الحيض بالباقي نوى حقيقة كلامه، وبنية الاولطلاقا صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيتان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية قضاء، وبهذا علم أن مذاكرة الطلاق لا تنحصر في سؤال الطلاق بل أعم منه ومن تقدم الايقاع. ودخل تحت المسألة الاولى ما إذا نوى بكل منهما حيضا فتطلق واحدة وهي الاولى، وما إذا نوى بالثالثة طلاقا لا غير، وما إذا نوى بالثالثة حيضا لا غير، وما إذا نوى بالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير، وما إذا نوى بالثانية والثالثة حيضا، ففي هذه الست لا تقع إلا واحدة. ودخل تحت المسألة الثانية ما إذا نوى بالاولى حيضا لا غير، أو الاوليين طلاقا لا غير، أو الاولى والثالثة طلاقا لا غير، أو الثانية والثالثة طلاقا وبالاولى حيضا، أو كل من
***
[٥٢٩]
الالفاظ طلاقا فهذه ست تقع بها الثلاث. وخرج عن هاتين المسألتين مع ما ألحق بهما اثنتا عشرة مسألة: الاولى أن لا ينوي بكل منها شيئا فلا يقع شئ، وما بقي وهو إحدى عشرة مسألة يقع بها ثنتان وهو أن ينوي بالثانية طلاقا لا غير، أو بالاولى طلاقا وبالثانية حيضا لا غير، أو بالاولى طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير، أو بالاخريين طلاقا لا غير، أو بالاوليين حيضا لا غير، أو بالاولى والثالثة حيضا لا غير، أو بالاولى والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا، أو بالاولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا، أو بالاولى والثانية حيضا وبالثالثة طلاقا، أو بالاولى والثالثة حيضا والثانية طلاقا، أو بالثانية حيضا لا غير، فصارت هذه المسألة محتملة لاربعة وعشرين وجها. ووجه ضبطها أنه

لا يخلو إما أن ينوي بالكل حيضا، أو بالكل طلاقا. أو لم ينو بالكل شيئا، أو بالاولى حيضا وبالباقيتين طلاقا، أو بالاولى حيضا لا غير، أو بالاولى حيضا وبالثاني طلاقا لا غير، أو بالاولى حيضا وبالثالث طلاقا لا غير. فإذا نوى الحيض بالاولى فقط فله أربع صور. وإذا نوى بالثاني الحيض فقط فله أربع أخرى، وإذا نوى بالثالث فقط فله أربع أخرى فصارت اثنتى عشرة، أو ينوي بالاول والثاني حيضا وبالثالث طلاقا، أو لم ينو بالثالث شيئا، أو ينوي بالثاني والثالث حيضا وبالاول طلاقا، أو لم ينو بالاول شيئا صارت ست عشرة، أو ينوي بالاول والثالث حيضا وبالثاني طلاقا، أو لم ينو بالثاني شيئا صارت ثماني عشرة، أو ينوي بالاول طلاقا لا غير، أو بالثاني طلاقا لا غير، أو بالثالث طلاقا لا غير، صارت إحدى وعشرين مع الثلاث الاول. والاصل أنه إذا نوى الطلاق بواحدة ثبت حال مذاكرة الطلاق فلا يصدق في عدم شئ بما بعدها، ويصدق في نية الحيض لظهور الام باعتداد الحيض عقب الطلاق. وإذا لم ينو الطلاق بشئ صح، وكذا كل ما قبل المنوي بها ونية الحيض بواحدة غير مسبوقة بواحدة منوي بها الطلاق يقع بها الطلاق ويثبت بها حال المذاكرة فيجري فيها الحكم المذكور بخلاف ما إذا كانت مسبوقة بواحدة أريد بها الطلاق حيث لا يقع بها الثانية لصحة الاعتداد بعد الطلاق، ولا يخفى تخريج المسائل بعد هذا. وأشار بقوله بما بقي حيضا إلى أن الخطاب مع من هي من ذوات الحيض، فلو كانت آيسة أو صغيرة فقال أردت بالاولى طلاقا وبالباقي تربصا بالاشهر كان الحكم كذلك. وأطلق في كونه يصدق فأفاد أنه يصدق قضاء وديانة وفيما لا يصدق فيه إنما لا يصدق قضاء، وأما ديانة فلا يقع إلا بالنية، وقدمنا أن المرأة كالقاضي. وفي الهداية: وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية إنما يصدق مع اليمين لانه أمين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين ا ه. وسيأتي إن شاء الله تعالى في الاستحلاف أن القول له مع اليمين إلا في عشر مسائل لا يمين على الامين وهي في القنية. وأشار إلى أنه لو قال نويت بالكل واحدة كان ناويا بكل لفظ ثلث تطليقة وهو مما لا يتجزئ فيتكامل فتقع الثلاث كما في المحيط. وفيه: لو قال لها اعتدي ثلاثا وقال عنيت

***

[٥٣٠]

تطليقة تعتد بها ثلاث حيض يصدق لانه محتمل والظاهر لا يكذبه، وقد منع المحقق في فتح القدير كون ابتداء الايقاع يثبت دلالة الحال بأن الايقاع مرة لا يوجب ظهور الايقاع مرة ثانية وثالثة فلا يكون اللفظ الصالح له ظاهرا في الايقاع بخلاف سؤال الطلاق لان ذكر الكناية الصالحة للايقاع دو الرد عقب سؤال الطلاق ظاهر في قصد الايقاع به وهو ترجيح لقول زفر المنقول في المحيط. وقيد بكونه كرر اعتدي من غير لفظ طلاق معه لانه لو قال أنت طالق واعتدي أو أنت طالق اعتدي أو أنت طالق فاعتدي، فإن نوى واحدة فواحدة لانه نوى حقيقة كلامه، وإن نوى ثنتين فثنتان لانه يحتمله، وإن لم يكن له نية إن قال أنت طالق فاعتدي تقع واحدة لان الفاء للوصل، وإن قال اعتدي أو واعتدي تقع ثنتان لانه لم يذكره موصولا بالاول فيكون أمرا مستأنفا وكلاما مبتدأ وهو في حال مذاكرة الطلاق فيحمل على الطلاق، وعند زفر تقع واحدة لما عرف ا ه. كذا في المحيط. وفي الخانية: جعل هذا التفصيل رواية عن أبي يوسف وذكر قبله أنه إذا لم ينو شيئا وقعت ثنتان في الوجوه الثلاثة. وفيه من باب ما يحرم امرأته على نفسه: وعن أبي يوسف ومحمد فيمن قال لامرأتين أنتما علي حرام ينوي الطلاق في إحداهما والايلاء في الاخرى فهما طالقان لان اللفظ الواحد لا ينتظم المعنيين المختلفين فيحمل على الاغلظ منهما وهو الطلاق. وعن أبي يوسف أنه إذا نوى في إحداهما ثلاثا وفي الاخرى واحدة فهما طالقان ثلاثا لان الحرمة نوعان: غليظة وخفيفة. واللفظ الواحد لا ينتظم النوعين فحمل على الاغلظ. وفي قول أبي حنيفة هو كما نوى. ويجب أن يكون هذا قول محمد أيضا بناء على أن هذا اللفظ للثلاث حقيقة وللواحدة كالمجاز لان الثلاث يثبت الحرمة مطلقا فصار مثل لفظة النذر إذا نوى النذر. واليمين يصح عندهما خلافا لابي يوسف كذا هذا والفتوى عل قولهما. ولو قال نويت الطلاق لاحداهما واليمين للاخرى عند أبي يوسف يقع عليهما الطلاق، وعلى قلس قولهما هو كما نوى. ولو قال لثلاث نسوة أنتن علي حرام ونوى لاحداهن طلاقا وللاخرى يمينا وللثالثة الكذب طلقن جميعا عند أبي يوسف، وعندهما هو كما نوى. ولو قال لامرأته أنت علي حرام قاله مرتين ونوى بالاولى الطلاق وبالثانية اليمين فهو كما نوى في قولهم جميعا لان اللفظ متعدد ا ه. قوله: (وتطلق بلست لي بامرأة أو لست لك بزوج أن نوى طلاقا) يعني وكان النكاح ظاهرا. وهذا عند أبي حنيفة لانها تصلح لانشاء الطلاق كما تصلح لانكاره فيتعين الاول بالنية. وقالا: لا تطلق وإن نوى لكذبه. ودخل في كلامه ما أنت لي بامرأة وما أنا لك بزوج ولا نكاح بيني وبينك، وقوله صدقت

في جواب قولها لست لي بزوج كما في المحيط. وخرج عنه لم أتزوجك، أو لم يكن بيننا نكاح، ووالله ما أنت لي بامرأة، وقوله لا عند سؤاله بقوله ألك امرأة، وقوله لا حاجة لي فيك كما في البدائع، ففي هذه الالفاظ لا يقع، وإن نوى عند الكل. ولكن في المحيط ذكر في الوقوع قوله لا عند سؤاله قال: ولو قال لا
***
[٥٣١]
نكاح بيننا يقع الطلاق. والاصل أن نفي النكاح أصلا لا يكون طلاقا بل يكون جحودا، ونفي النكاح في الحال يكون طلاقا إذا نوى، وما عداه فالصحيح أنه على هذا الخلاف. قيد بالنية لانه لا يقع بدون النية اتفاقا لكونه من الكنايات، ولا يخفى أن دلالة الحال تقوم مقامها حيث لم يصلح للرد والشتم ويصلح للجواب فقط. وقدمنا أن الصالح للجواب فقط ثلاثة ألفاظ ليس هذا منها فلذا شرط النية للاشارة إلى أن دلالة الحال هنا لا تكفي. وأشار بقوله تطلق إلى أن الواقع بهذه الكناية رجعي. وقيدنا بظهور النكاح لانه لو قال ما أنت لي بزوجة وأنت طالق لا يكون إقرارا بالنكاح لقيام القرينة المتقدمة على أنه ما أراد بالطلاق حقيقته كما في البزازية أول كتاب النكاح فالنفي لا يقع به بالاولى قوله: (والصريح يلحق الصريح والبائن) فلو قال لها أنت طالق ثم قال أنت طالق أو طلقها على مال وقع الثاني، وكذا لو قال لها أنت بائن أو خالعها على مال ثم قال لها أنت طالق أو هذه طالق كما في البزازية: يقع عندنا لحديث الخدري مسندا المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة، ولما ذكر في الاصول من بحث الخاص. أطلقه فشمل المنجز والمعلق إذا وجد شرطه، فكما يقع في العدة منجزا يقع إذا وجد شرطه فيها. وأما إذا علقه في العدة فإنه يصح في جميع الصور إلا إذا كان الطلاق بائنا،، ثم علق البائن في العدة فإنه غير صحيح اعتبارا بتنجيزه كما في البدائع. قيدنا الصريح اللاحق للبائن بكونه خاطبها به، أو أشار إليها للاحتراز عما إذا قال كل امرأة له طالق فإنه لا يقع على المختلعة. وكذا إذا قال إن فعلت كذا فامرأته كذا لا يقع على المعتدة من بائن كما في البزازية. والمراد على المختلعة. وكذا إذا قال إن فعلت كذا فامرأته كذا لا يقع على المعتدة من بائن كما في البزازية. والمراد بالصريح هنا ما وقع به الرجعي فتدخل الكنايات الرواجع من اعتدي واستبري رحمك وأنت واحدة وما ألحق بالثلاثة، فلو أبانها أو خالعها ثم قال لها في العدة اعتدي ناويا وقع الثاني في ظاهر الرواية خلافا لما روي عن أبي يوسف نظرا إلى أنها كناية. وجه ظاهر الرواية أن الواقع بها رجعي فكان في معنى الصريح
***
[٥٣٢]
كما في البدائع، وما في الظهيرية لو قال لها أنت بائن ناويا الطلاق ثم قال لها في العدة اعتدي أو استبري رحمك أو أنت واحدة ناويا الطلاق لا يقع، وإن كان الرجعي يلحق البائن ا ه‍. محمول على رواية أبي يوسف لكن يرد عليه الطلاق الثالث فإنه من قبيل الصريح اللاحق لصريح وبائن كما في فتح القدير، وهي حادثة حلب، وكذا يرد الطلاق على مال بعد البائن فإنه واقع ولا يلزم المال كما في الخلاصة فالاولى إبقاء الصريح في كلامه على حقيقته فيدخل الطلاق الثلاث والطلاق على مال بناء على أن الصريح شامل للبائن والرجعي كما في فتح القدير. وتلحق الكنايات الرواجع به في حق هذا الحكم، وحينئذ فكلامه شامل لما إذا كان الصريح موصوفا بما يدل على البينونة كأنت طالق بائن بعد أنت بائن فإنه يلحق لانه صريح لحق بائنا، وإن كان بائنا بإلغاء الوصف كما في المحيط والبزازية. لكن يشكل عليه ما في القنية معزيا إلى نظم الزندوستي فيمن قال لمختلعته أو مبانته أنت طالق بائن أو أنت طالق البتة ونوى الثلاث قال أبو يوسف: هي ثلاث خلافا لزفر فإنه واحدة عنده ا ه‍.
***
[٥٣٣]
ووجه إشكاله أنه إذا لغا الوصف بقي قوله أنت طالق وهو لا تصح فيه نية الثلاث، وقد حكم بضعف ما في القنية شارح منظومة ابن وهبان وأنه مبني على الرواية الضعيفة المصححة لنية الثلاث في أنت طالق. وقد يقال: إنهم ألغوا الوصف من وجه دون وجه فألغوه ليقع الثاني، ولم يلغوه في نية الثلاث احتياطا في الموضعين، وحينئذ لا يحتاج إلى حمله على الرواية الضعيفة كما لا يخفى. وإذا لحق الصريح البائن كان بائنا لان البينونة السابقة عليه تمنع الرجعة كما في الخلاصة. قوله: (والبائن يلحق الصريح) كما إذا قال لها أنت طالق ثم قال لها في العدة أنت بائن أطلقه فشمل ما إذا خالعها أو طلقها على مال بعد الطلاق الرجعي فيصح ويجب المال كما في الخلاصة.

ويشكل عليه ما في القنية رقم لشمس الائمة الاوزجندي وقال: طلقها على ألف فقبلت ثم قال في عدتها أنت بائن لا يقع عليها ا ه. فإنه من قبيل البائن اللاحق للصريح وإن كان بائنا، فإنهم جعلوا الطلاق على مال من قبيل الصريح على ما قدمناه فينبغي الوقوع. وقد نقل ابن الشحنة ما في القنية ولم يتعقبه، ويدل على الاشكال عكسه المتقدم وهو ما إذا كان الطلاق على مال بعد البائن فإنه يقع.

***

[٥٣٤]

قوله: (لا البائن) أي البائن لا يلحق البائن إذا أمكن جعله خبرا عن الاول لصدقه فلا حاجة إلى جعله إنشاء، ولا يرد أنت طالق أنت طالق لانه لا احتمال فيه لتعينه للانشاء شرعا حتى لو قال أردت به الاخبار لا يصدق قضاء، والمراد بالبائن الذي لا يلحق البائن الكناية المفيدة للبينونة بكل لفظ كان، لانه هو الذي ليس ظاهرا في الانشاء في الطلاق كما أوضحه في فتح القدير. ولذا قال في الخلاصة: لو قال لها بعد البينونة خلعتك ونوى به الطلاق لا يقع به شئ. وفي الحاوي القدسي: إذا طلق المبانة في العدة، فإن كان بصريح الطلاق وقع ولا يقع بكنايات الطلاق شئ وإن نوى ا ه. ومراده ما عدا الرواجع، ولكن يشكل عليه ما في الخلاصة من الجنس السادس من بدل الخلع: لو طلقها بمال ثم خلعها في العدة لم يصح فإن هذا بائن لحق صريحا وإن كان بائنا كما قدمناه. فمقتضى ما قدمناه صحة الخلع ولا مخلص إلا بكون المراد بعدم صحته عدم لزوم المال، والدليل عليه أن صاحب الخلاصة صرح في عكسه وهو ما إذا طلقها بمال بعد الخلع أنه يقع ولا يجب المال ولا فرق بينهما كما لا يخفى. ثم اعلم أن المال وإن لم يلزم فلا بد في الوقوع من قبولها لما في البزازية: قال لها بعد الخلع أنت طالق على ألف لا يقع إلا بقبولها وإن كان المال لا يلزمها، وهذه مسألة الجامع وهي رواية في واقعة الفتاوى: خالعها مرتين ثم قال في عدة الثاني بقي لي طلاق واحد اشتريته منك بعشرة دنانير حتى تكمل الثلاث، فقال الزوج بعت الطلاق الثالث منك بعشرة

***

[٥٣٥]

يقع الثالث ولا يجب المال لانه إعطاء المال لتحصيل الخلاص المنجز وأنه حاصل، وأما اشتراط قبولها في أول المسألة فلان قوله أنت طالق على ألف تعليق طلاقها بالقبول فلا يقع بلا وجود الشرط ا ه. وشمل كلامه ما لو قال للمبانة أبنتك بتطليقة فإنه لا يقع بخلاف أنت طالق بائن كما في البزازية. وفرق في الذخيرة بينهما بأن إذا ألغينا بائنا يبقى قوله طالق وبه يقع، ولو ألغينا أبنتك يبقى قوله بتطليقة وهو غير مفيد. وقيدنا بإمكان كونه خبرا عن الاول لانه لو لم يمكن بأن نوى بالبائن الثاني البينونة الغليظة قيل يصدق فيما نوى ويقع الثلاث لانها محل البينونة والحرمة الغليظة، وقيل لا يصدق لان التغليظ صفة للبينونة فإذا ألغت النية في أصل البينونة لكونها حاصلة لغت في إثبات وصف التغليظ. كذا في المحيط. واقتصر الشارحون على الوقوع لكن بصيغة ينبغي فكان الوقوع هو المعتمد. وفي البزازية: لو قال للمبانة أبنتك أخرى يقع لانه لا يصلح جوابا ا ه. أي لا يصلح كونه خبرا عن الاول. وفي القنية: لو قال لها أنت بائن ثم قال في عدتها أنت بائن بتطليقة أخرى يقع ا ه. وينبغي أنه إذا أبانها ثم قال لها أنت بائن ناويا طلقة ثانية أن تقع الثانية بنيته لانه بنيته لا يصلح خبرا فهو كما لو قال أبنتك بأخرى إلا أن يقال إن الوقوع إنما هو بلفظ صالح له وهو أخرى بخلاف مجرد النية. وأشار المؤلف بعدم كون المبانة محلا للبائن إلى أنها ليست محلا للظهار واللعان، أما الظهار فموجبه الحرمة والحرمة حاصلة بالبينونة، وأما اللعان فهو حكم مشروع في قذف الزوجات والزوجية منقطعة. كذا في المحيط. ولو آلى منها لم يصح إيلاؤه في حكم البر لانه في حق البر تعليق الابانة شرعا، وقيام الملك شرط صحة الابانة، تنجيزا كان أو تعليقا كما في التعليق الحقيقي. ولو خيرها في العدة لا يصح بأن قال لها اختاري فاختارت نفسها في العدة لم يقع شئ لانه تمليك والتمليك بلا ملك لا يتصور. كذا في البدائع. ولا يقال إنه معلق باختيارها فينبغي أن يلحق لان البائن إذا كان معلقا يلحق لانا نقول ليس بمعلق بل هي قائمة مقامه فإيقاعها إيقاع مبتدأ لا أثر لتعليق سابق. قوله: (إلا إذا كان معلقا) يعني أن البائن يلحق البائن إذا كان معلقا قبل المنجز البائن

***

[٥٣٦]

(بأن قال لها إن دخلت الدار فأنت بائن) ناويا الطلاق ثم أبانها منجزا ثم وجد الشرط وهي في العدة فإنه يقع عليها طلاق آخر عندنا خلافا لزفر لانه لم يذكر أنت بائن ثانيا ليجعل خبرا بل الذي وقع أثر التعليق السابق وهو زوال القيد عند وجود الشرط وهي محل

فيقع. وعلى هذا قال في الحقائق: لو قال إن فعلت كذا فحلال الله علي حرام ثم قال هكذا الامر آخر ففعل أحدهما وقع طلاق بائن، ولو فعل الآخر ينبغي أن يقع آخر وهكذا ينبغي أن يحفظ ا ه. وفرق في الذخيرة بين أنت بائن للمبانة وبين وقوع أنت بائن المعلق بعد الابانة أنه لما صح التعليق أولا لكونها محلا له جعلنا المعلق الطلاق البائن وصار بائنا صفة للطلاق، والمعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فكأنه قال في العدة أنت طالق بائن. ولو قاله وقع بخلاف أنت بائن منجزا في عدة المبانة لانه صفة للمرأة وهي لم تكن محلا لان محله من قام به الاتصال وقد انقطعت الوصلة بالابانة والمضاف كالمعلق، حتى لو قال لها أنت بائن غدا ناويا الطلاق ثم أبانها ثم جاء الغد وقعت أخرى، ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت بائن ناويا ثم قال إن كلمت زيدا فأنت بائن ناويا ثم دخلت الدار ووقعت الطلقة ثم كلمت زيدا فإنه يقع أخرى. كذا في الذخيرة، وهو بيان لما إذا كانا معلقين. قيدنا بكونه معلقا قبل المنجز لانه لو علق البائن بعد البائن المنجز لم يصح التعليق كالتنجيز كما قدمناه عن البدائع، وهي واردة على الكتاب. وشمل كلامه ما إذا آلى من زوجته ثم أبانها قبل مضي أربعة أشهر ثم مضت أربعة أشهر قبل أن يقربها وهي في العدة فإنه يقع عندنا خلافا لزفر، وأورد علينا مسألتان: إحداهما لو قال إذا جاء غد فاختاري ثم أبانها فاختارت نفسها في العدة فإنه لا يقع شئ إجماعا. الثانية لو علق الظهار بشرط في الملك بأن قال إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي ثم أبانها فدخلت في العدة لا يصير مظاهرا إجماعا وهما حجة زفر علينا. وأجيب بأنه في الاولى ملكها الطلاق غدا ولما أبانها أزال ملكه للحال من وجه وبقي من وجه، والملك من وجه لا يكفي للتمليك ويكفي للازالة كما في الاستيلاد والتدبير المطلق حتى لا يجوز بيعهما ويجوز إعتاقهما، كذا هذا. ولان المعتبر في التخيير اختيارها لاجانب الزوج وفي التعليق اليمين لا وجود الشرط بدليل أنهما لو شهدا بالتخيير وآخران بالاختيار ثم رجعوا فالضمان على شاهدي الاختيار لا التخيير، ولو شهدا بالتعليق وآخران بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شاهدي التعليق لا الشرط. وعن الثانية بأن الظهار يوجب حرمة موقتة بالكفارة وقد ثبتت الحرمة بالابانة من كل وجه فلا تحتمل التحريم بالظهار بخلاف الكناية المنجزة لانها توجب زوال الملك من وجه دون وجه قبل انقضاء العدة فلا تمنع ثبوت حكم التعليق وتمامه

***

[٥٣٧]

في البدائع. وكذا لو قال لها اختاري ناويا ثم أبانها بطل التخيير حتى لو قالت بعدها اخترت نفسي لم يقع. كذا في الذخيرة والظهيرية. ثم قال في الظهيرية: وفي الامالي قال لها أمرك بيدك إذا شئت ثم طلقها واحدة بائنة ثم تزوجها فاختارت نفسها طلقت عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: لا تطلق لان الزوج فعل بنفسه ما فوض إليها فيكون إخراجا للامر من يدها. وجه قول أبي حنيفة أن التفويض قد صح وتعلق حقها به فلا يبطل بزوال الملك، وما قاله أبو يوسف ضعيف لان الطلاق متعدد فلا يتعين ما أوقعه الزوج لما فوض إليها كما لو قال لغيره بع قفيزا من هذه الصبرة ثم باع بنفسه قفيزا لا ينعزل الوكيل ا ه. وهذا لا يخالف ما نقلناه آنفا عن البدائع لان ما في البدائع محمول على ما إذا لم يتزوجها فلا يقع في العدة، وما في الظهيرية صريح في أنه تزوجها، وفي البزازية من الامر باليد جعل أمرها بيدها في طلاق إن فعل كذا متى شاءت ثم خلعها على مال ثم وجد الشرط وهي في العدة، تملك الايقاع. وإن مضت ثم تزوجها ووجد الشرط ذكر في الزيادات ما يؤخذ منه جوابه وهو عدم الوقوع وفي القنية: لا يبقى الامر في يدها في ظاهر الرواية. وحاصل ما ذكره المصنف أن الطلاق في العدة اللاحق والسابق أربع صدرة وقد نظمها الشيخ سعد الدين الديري رحمه الله فقال: وكل طلاق بعد آخر واقع سوى بائن مع مثله لم يعلق وتعقبه والد شارح المنظومة بأن قوله لم يعلق مطلق يشمل البائن الاول والثاني والمراد الاول لا الثاني فهو إطلاق في محل التقييد فقلت بيتا مفردا من الرجز: كلا أجز لا بائنا مع مثله إلا إذا علقه من قبله

***

[٥٣٨]

ا ه. قال شارح المنظومة عبد البر رحمه الله قلت: وقد فات الشيخين التنبيه على أن ذلك خاص بالعدة وإن كان ذلك من المعلوم من خارج لان تمام معنى الضابط متوقف عليه فقلت منبها على ذلك بيتا مفردا من الرجز: بعدة كل طلاق لحقا لا بائن لمثله ما علقا ثم قولي لحقا مشعر بكون اللاحق هو المعلق ووصفنا البائن بأنه مثل البائن مشعر بإخراج البينونة الكبرى لما فيها من الخلاف الذي قدمته ا ه. وقيد المؤلف بكون السابق طلاقا لانه لو كان فرقة بغير طلاق كالفرقة بخيار البلوغ أو العتاقة بعد الدخول فإنه لا يقع الطلاق في

عدته، وكل فرقة توجب الحرمة المؤبدة لا يلحقها الطلاق، وإذا أسلم أحد الزوجين لا يقع على الآخر طلاقه. كذا في البزازية. وإذا ارتد ولحق بدار الحرب فطلقها في العدة لم يقع لانقطاع العصمة، فإن عاد إلى دار الاسلام وهي في العدة وقع، وإذا ارتدت ولحقت لم يقع عليها طلاقه، فإن عادت قبل الحيض لم يقع كذلك عند أبي حنيفة لبطلان العدة باللحاق ثم لا تعود بخلاف المرتد. كذا في البدائع. وفي الذخيرة: والحاصل أن كل فرقة هي فسخ من
***
[٥٣٩]
كل وجه لا يقع الطلاق في عدتها، وكل فرقة هي طلاق يقع الطلاق فيها في العدة ا ه‍. وقدمنا شيئا منه في أول كتاب الطلاق والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب. باب تفويض الطلاق لما فرغ من بيان ما يوقعه الزوج بنفسه صريحا وكناية شرع فيما يوقعه غيره بإذنه وهو ثلاثة أنواع: تفويض وتوكيل ورسالة. والتفويض إليها يكون بلفظ التخيير والامر باليد والمشيئة، وقدم الاول لثبوته بصريح الدليل قوله: (ولو قال لها اختاري ينوي الطلاق فاختارت في مجلسها بانت بواحدة) لان المخيرة لها خيار المجلس بإجماع الصحابة رضي الله عنهم إجماعا سكوتيا عند تصريح بعضهم، وما نقل من خلاف علي رضي الله عنه لم يثبت، وتمسك ابن المنذر لمن لم يشترطه بقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها لا تعجلي حتى تستأمري أبويك ضعيف لان هذا التخيير لم يكن المتنازع فيه وهو أن توقع بنفسها بل على أنها إن اختارت نفسها طلقها بدليل قوله تعالى * (فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا) * (الاحزاب: ٢٨) وأجاب في المعراج بأنه عليه السلام جعل لها الخيار، إلى غاية استشارة أبويها لا مطلقا وكلامنا في المطلق ا ه‍. ولانه تمليك الفعل منها لكونها عاملة لنفسها وهو يقتصر عليه وأورد على أنه تمليك منها أنه كيف يعتبر تمليكا مع بقاء ملكه والشئ الواحد يستحيل أن يكون كله مملوكا لشخصين؟ وأجاب في الكافي بأنه تمليك الايقاع لا تمليك العين فقبل الايقاع بقي ملكه ا ه‍. وأورد على كونها عاملة لنفسها لو وكله بإبراء نفسه كان وكيلا بدليل صحة رجوعه قبل الابراء مع أن المديون عامل لنفسه، وسيأتي جوابه وما فيه في فصل المشيئة، وقول الزيلعي في الوكالة عند قوله وبطل توكيل الكفيل بمال إنه مالك وليس بوكيل يقتضي أن لا يصح الرجوع عنه ليس بصحيح فقد صرح في العناية وغيرها أنه لا يتقيد بالمجلس ويصح الرجوع عنه. وفي العناية أن التمليك هو الاقدار الشرعي على محل
***
[٥٤٠]
التصرف والتوكيل الاقدار على التصرف فاندفعت هذه الشبهة ا ه‍. وفيه نظر لان التمليك الاقدار الشرعي على نفس التصرف ابتداء، والتوكيل الاقدار الشرعي على نفس التصرف لا ابتداء كما أشار إليه في فتح القدير في أول كتاب البيع وهو الحق، لانه لا معنى للاقرار على المحل إلا باعتبار التصرف فيه. وفي المعراج: لا يلزم من التمليك عدم صحة الرجوع لانتقاضه بالهبة فإنها تمليك ويصح الرجوع لكنه تمليك يخالف سائر التمليكات من حيث إنه يبقى إلى ما وراء المجلس إذا كانت غائبة، ولا يتوقف على القبول لكونها تطلق نفسها بعد التفويض وهو بعدم تمام التمليك. قيد بالنية لانه من الكنايات ودلالة الحال قائمة مقامها قضاء لا ديانة، والدلالة مذاكرة الطلاق أو الغضب، وقدمنا أنه مما تمحض للجواب والقول قوله مع اليمين في عدم النية أو الدلالة وتقبل بينتها على إثبات الغضب أو المذاكرة لا على النية إلا إذا قامت على إقراره بها كما ذكره الولوالجي. وإذا لم يصدق قضاء لا يسعها الاقامة معه إلا بنكاح مستقبل لانها كالقاضي. وإنما ترك ذكر الدلالة هنا للعلم مما قدمه أول الكنايات. وأراد بنية الطلاق نية تفويضه، وقيد بالمجلس لانها لو قامت عنه أو أخذت في عمل آخر بطل خيارها كما سنذكره. وأفاد بذكر مجلسها أنه لا اعتبار بمجلسه، فلو خيرها ثم قام هو لم يبطل بخلاف قيامها. كذا في البدائع. وأشار باقتصاره على التخيير إلى أنه لو زاد متى شئت فإنه لا يتقيد بالمجلس فهو لها فيه وبعده، وبخطابها إلى أنه لو خيرها وهي غائبة اعتبر مجلس علمها. ولو قال جعلت لها أن تطلق نفسها اليوم اعتبر مجلس علمها في هذا اليوم، فلو مضى اليوم ثم علمت خرج الامر من يدها، وكذا كل وقت قيد التفويض به وهي غائبة ولم تعلم حتى انقضى بطل خيارها. ولو قال الزوج علمت في مجلس القول وأنكرت المرأة فالقول لها لانها منكرة. كذا في المحيط: ولو قال لها اختاري رأس الشهر فلها الخيار في الليلة الاولى واليوم الاول من الشهر، ولو قال اختاري إذا قدم فلان وإذا أهل الهلال فلها الخيار ساعة يقدم أو أهل الهلال في المجلس، ولو قال اختاري اليوم واختاري غدا فهما خياران، ولو قال في اليوم وغد فهو خيار واحد. كذا في المحيط أيضا. وأشار بعدم ذكر قبولها إلى أنه تمليك يتم بالمملك وحده، فلو

رجع قبل انقضاء المجلس لم يصح، وما علل به في الذخيرة من كونه بمعنى اليمين إذ هو تعليق الطلاق بتطليقها نفسها نخلاف التحقيق لانه اعتبار ممكن في سائر الوكالات لتضمنه معنى إذا بعته فقد أجزته فكان يقتضي أن لا يصح الرجوع عنها مع أنه صحيح. كذا في فتح القدير وفيه نظر، لان هذا الاعتبار لا يمكن في الوكالة لانه لا يصح تعليق الاجازة بالشرط كما في الكنز وغيره بخلاف الطلاق فكان سهوا. والحق ما في الذخيرة وفي جامع الفصولين أنه تمليك فيه معنى التعليق فلكونه تمليكا

***

[٥٤١]

تقيد بالمجلس، ولكونه تعليقا بقي إلى ما وراء المجلس ولم يصح الرجوع عنه عملا بشبهيه. وفي جامع الفصولين: تفويض الطلاق إليها قيل هو وكالة يملك عزلها والاصح أنه لا يملكه ا ه. وإنما وقع البائن به لانه ينبئ عن الاستخلاص والصفا من ذلك الملك وهو بالبينونة وإلا لم تحصل فائدة التخيير إذ كان له أن يراجعها شاءت أو أبت. وقيد باقتصاره على التخيير المطلق لانه لو قال لها اختاري الطلاق فقالت اخترت الطلاق فهي واحدة رجعية لانه لما صرح بالطلاق فقد خيرها بين نفسها بتطليقة واحدة رجعية وبين ترك التطليقة، وكذا في قوله أمرك بيدك. كذا في البدائع وهو مستفاد من قول المصنف آخر الباب اختاري تطليقة أو أمرك بيدك في تطليقة. والمراد بقوله فاختارت اختيارها نفسها فلو اختارت زوجها لم يقع وخرج الامر من يدها، أو لو قالت اخترت نفسي لا بل زوجي يقع، ولو قالت زوجي لا بل نفسي لا يقع وخرج الامر من يدها، ولو عطفت ب‍ " أو فقالت اخترت نفسي أو زوجي لا يقع، ولو كان بالواو فالاعتبار للمقدم ويلغو ما بعده، ولو خيرها ثم جعل لها شيئا لتختاره فاختارته لم يقع ولا يجب المال لانه رشوة. كذا في فتح القدير. وفي تلخيص الجامع من باب إجازة الطلاق: لو قالت طلقت نفسي فأجاز طلقت اعتبارا بالانشاء، كذا أبنت إذا نويا ولو ثلاثا بخلاف الاول، كذا

***

[٥٤٢]

حرمت وبدون النية إيلاء لانه يمين، وفي اخترت لا يقع إذ لا وضع أصلا ولا عرف إلا جوابا، كذا جعلت الخيار إلي أو أمري بيدي فطلقت لان الفاء للتفسير فاعتبر المفسر ولغا لفقد التمليك سابقا بخلاف الواو لانه للابتداء فتقع رجعية وتخير إذ يوقف ماله إنشاؤه وهو التخيير دون الاختيار ولم يستند لانه سبب عند الاجازة للتعليق بها فاعتبر المجلس بعدها. ولم يقيد بوجود الشرط قبلها في تعليق الفضولي بخلاف البيع لانه لا يقبل التعليق فاعتبر سببا حال العقد. كذا جعلت أمس أمري بيدي وفي قلت أمس أمري بيدي اليوم لا خيار لها لان الوقت ثم للجعل والمجلس بعد الاجازة وهناك للامر فانتهى بمضيه ا ه. قوله: (ولم تصح فيه نية الثلاث) لانه إنما يفيد الخلوص والصفا فهو غير متنوع، والبينونة ثبتت فيه مقتضى فلا يعم بخلاف أنت بائن ونحوه لتنوع البينونة إلى غليظة وخفيفة. قيد بالاختيار لان نية الثلاث صحيحة في الامر باليد كما سنذكره، وقول الشارحين إن الاجماع منعقد على الواحدة فبقي ما وراءه على الاصل منتف لان زيد بن ثابت قال بوقوع الثلاث قولا بكمال الاستخلاص وبه أخذ مالك في المدخول بها، وفي غيرها يقبل منه دعوى الواحدة، وسيأتي ما إذا جمع بين الامر باليد والاختيار، وقيد بكون التخيير غير مقرون بعدد لانه لو قال لها اختاري ثلاثا فقالت اخترت يقع الثلاث لان التنصيص على الثلاث دليل إرادة اختيار الطلاق لانه هو الذي يتعدد، وقولها اخترت ينصرف إليه فيقع الثلاث، فإن كرر التخيير بأن قال لها اختاري اختاري ونوى بكل واحدة منهما الطلاق فقالت اخترت يقع ثنتان لان كل واحدة

***

[٥٤٣]

منهما تخيير تام بنفسه، وقولها اخترت جوابا لهما والواقع بكل منهما طلاق بائن، وكذا إذا ذكر الثاني بحرف الواو أو الفاء. كذا في البدائع وسيأتي تمامه عند قوله اخترت الاولى إلى آخره قوله: (فإن قامت أو أخذت في عمل آخر بطل خيارها) لكونه تمليكا فيبطل بتبدل المجلس حقيقة أو حكما. أطلق القيام فشمل ما إذا أقامها الزوج قهرا فإنه يخرج الامر من يدها لانه يمكنها ممانعته من القيام أو المبادرة حينئذ إلى اختيارها نفسها فعدم ذلك دليل على الاعراض كما إذا جامعها مكرهة في مجلسها كما في الخلاصة. وأراد بالعمل الآخر ما يدل على الاعراض لا مطلق العمل لانه لو خيرها فلبست ثوبا أو شربت لا يبطل خيارها لان اللبس قد يكون لتدعو الشهود، والعطش قد يكون شديدا يمنع من التأمل، وسيأتي بيانه في فصل الامر باليد فإن حكمه فيه كحكمه. ودخل في العمل الكلام

الاجنبي فإنه دليل الاعراض، وقيد بالاختيار لان الصرف والسلم لا يبطلان بالاعراض بل بالافتراق لا عن قبض، والايجاب في البيع يبطل بما يدل على الاعراض من القائل. وأفاد بعطفه الاخذ في العمل على القيام أنه يبطل بالقيام وإن لم يكن معه عمل آخر لانه دليل الاعراض وهكذا بإطلاقه قول البعض، والاصح أنه يبطل به إلا إذا لم يشتمل على الاعراض. وفائدة الاختلاف أنها لو قامت لتدعو شهودا وتحولت من مكانها ولم يكن عندها أحد بطل خيارها عند البعض. قال في الخلاصة: والاصح أنه لا يبطل لعدم الاعراض، وأما إذا لم تحول لا يبطل اتفاقا. وقيد بكون التخيير مطلقا لانه لو كان موقتا كما إذا قال اختاري نفسك اليوم أو هذا الشهر أو شهرا أو سنة فلها أن تختار ما دام الوقت باقيا، سواء أعرضت عن ذلك المجلس أو لا. كذا في الجوهرة، وسيأتي تمامه في فصل الامر باليد قوله: (وذكر النفس أو الاختيارة في أحد كلاميهما شرط) فلو قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي أو قال لها اختاري نفسك فقالت اخترت وقع، فإذا كانت النفس في كلاميهما فبالاولى، وإذا خلت عن كلاميهما لم يقع والاختيارة كالنفس. وليس مراده خصوص النفس أو الاختيارة بل كل لفظ قام مقامهما يصلح تفسيرا للمبهم لان الاختيار مبهم وإن كان ما وقع عليه إجماع الصحابة رضي الله عنهم إ

***

[٥٤٤]

نما هو بالنفس لانه عرف من إجماعهم اعتبار مفسر لفظا من جانب فيقتصر عليه فينتفي غير المفسر. وأما خصوص لفظ المفسر فمعلوم الالغاء فدخل فيه ذكر التطليقة. وتكرار قوله اختاري وقولها اختار أبي أو أمي أو أهلي أو الازواج بخلاف اخترت قومي أو ذا رحم محرم فإنه لا يقع، وينبغي أن يحمل على ما إذا كان لها أب أو أم، أما إذا لم يكن لها ولها أخ فقالت اخترت أخي ينبغي أن يقع لانها تكون عنده عادة عند البينونة إذا عدمت الوالدين كما في فتح القدير. وفي المحيط: لو قال اختاري أهلك أو الازواج فاختارتهم وقع استحسانا، وكذا أباك وأمك أو زوجك وهو محمول على ما إذا كان لها زوج قبله نخيرها فيه. ولو قال اختاري قومك أو ذا رحم محرم منك لا يقع، وإن اختارت نفسها فقد جعل محمد الاهل اسما للابوين والقوم اسما لسائر الاقارب، وقوله حجة في اللغة لانه من أرباب اللغة ا ه‍. وحاصله أن المفسر من أحد الجانبين ثمانية ألفاظ كما قررناه، وقدمنا أن العدد في كلامه مفسر فهي تسع. وأشار بقوله في أحد كلاميهما إلى أنه لا بد في نية المفسر من الاتصال، فلو كان منفصلا فإن كان في المجلس صح وإلا فلا. ولذا قال في المحيط والخانية: لو قالت في المجلس عنيت نفسي يقع لانها ما دامت في المجلس تملك الانشاء. وفي الفوائد التاجية: هذا إذا لم يصدقها الزوج أنها اختارت نفسها، فإن صدقها وقع الطلاق بتصادقهما وإن خلا كلامهما عن ذكر النفس ا ه‍. وظاهر أن التصادق بعد المجلس معتبر. وفي فتح القدير: الايقاع بالاختيار على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص فيه، ولولا هذا لامكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية بعد أن نوى الزوج وقوع الطلاق به وتصادقا عليه لكنه باطل وإلا لوقع بمجرد النية مع لفظ لا يصلح له أصلا كاسقني، وبهذا بطل اكتفاء الشافعي وأحمد بالنية مع القرينة عند ذكر النفس ونحوه ا ه‍. وهذا مخالف لما ذكرناه عن تاج الشريعة من الاكتفاء بالتصادق فليتأمل قوله: (ولو قال لها اختاري فقالت أنا أختار نفسي أو اخترت نفسي تطلق) لوجود الشرط أي تبين. وإنما ذكر الثانية وهي قولها اخترت نفسي وإن كان

***

[٥٤٥]

قد أفادها بقوله في أحد كلاميهما ليفيد أنه لا فرق بين الفعل الماضي والمضارع في جوابها المقيد بالنفس ليشير إلى أن لفظ أنا مع المضارع ليس بشرط وإنما وقع بالمضارع وإن كان للوعد لقصة عائشة رضي الله عنها حيث أجابت بقولها اختار الله ورسوله واكتفى النبي صلى الله عليه وسلم به، ولكون المضارع عندنا موضوعا للحال والاستقبال فيه احتمال كما في كلمة الشهادة وأداء الشهادة فكان للتحقيق دون الوعد. وعلى اعتبار كونه مشتركا بينهما فقد وجد هنا قرينة ترجح أحد مفهوميه وهو إمكان كونه إخبارا عن أمر قائم في الحال لكون محله القلب فيصح الاخبار باللسان عما هو قائم بمحل آخر حال الاخبار. قيد بالاختيار لانه لو قال طلقي نفسك فقالت أنا أطلق لا يقع، وكذا لو قال لعبده أعتق رقبتك فقال أنا أعتق لا يعتق لانه لا يمكن جعله إخبارا عن طلاق قائم أو عتق قائم لانه إنما يقوم باللسان، فلو حاز قام به الامران في زمن واحد وهو محال. وفي فتح القدير: وهذا بناء على أن الايقاع لا يكون بنفس أطلق

لانه لا تعارف فيه، وقدمنا أنه لو تعورف جاز ومقتضاه أنه يقع به هنا لو تعورف لانه إنشاء لا إخبار ا هـ. وقد أخذه من الكافي والظهيرية حيث قالا: ولان العادة لم تجر في أنا طالق بإرادة الحال ا هـ. وفي المعراج: إلا إذا نوى إنشاء الطلاق فحينئذ يقع. وفي البزازية: لو قال أنا أحج لا يلزمه شئ بخلاف ما إذا قال إن شفى الله مريضي فأنا أحج كان نذرا لان المواعيد باكتساب التعاليق تصير لازمة. وذكر في كتاب الكفالة: لو قال الذهب الذي لك على فلان أنا أدفعه أو أسلمه أو أقبضه مني لا يكون كفالة ما لم يقل لفظا يدل على الوجوب كضمنت أو كفلت أو علي أو إلي. وهذا إذا ذكره منجزا، أما إذا ذكره معلقا بأن قال إن لم يؤده فلان فأنا أدفعه إليك أو نحوه يكون كفالة لما علم أن المواعيد باكتساب صور التعاليق تكون لازمة، فإن قوله أنا أحج لا يلزمه شئ، ولو علق وقال إن دخلت الدار فأنا أحج يلزمه الحج ا هـ. وفي البزازية: لو قالت له أنا أطلق نفسي لا يكون جوابا، ولو قالت اخترت أن أطلق نفسي كان جائزا ا هـ. قوله: (ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة وقع الثلاث بلا نية) لان في لفظه ما يدل على إرادة الطلاق وهو التعدد وهو إنما يتعلق بالطلاق لا باختيار الزوج، وقد اختلف المشايخ في الوقوع به قضاء بدون النية مع الاتفاق على أنه لا يقع في نفس الامر بالنية، فذهب المصنف تبعا لصاحب الهداية والصدر الشهيد والعتابي إلى عدم اشتراطها لما ذكرنا، وذهب قاضيخان وأبو المعين النسفي إلى اشتراطها، ورجحه في فتح القدير بأن تكرار أمره بالاختيار لا يصير ظاهرا في الطلاق لجواز أن يريد اختاري في المال واختاري في المسكن ونحوه. وهو كاعتدي إذا كرره. وقد يجاب عنه بأن المحصور بالثلاث هو الطلاق لا أمر آخر. كذا ذكره الفارسي. ويرد عليه لو قال لها اختاري مرتين فقط فإنه يقع بلا نية ولا

***

[٥٤٦]

حصر. وفي تلخيص الجامع الكبير: والعدد خاص بالطلاق فأغنى عن ذكر النفس والنية ا هـ. وهو مخالف لما في أصله فقد نقل في غاية البيان أن المصرح به في الجامع الكبير اشتراط النية قال: وهو الظاهر ا هـ. والحاصل أن المعتمد رواية ودراية اشتراطها دون اشتراط ذكر النفس. وأفاد بإطلاقه عدم اشتراط ذكر النفس في أحد كلاميهما كالنية لان التكرار قام مقامه لما قدمناه. وقيل: لا بد من ذكر النفس وإنما حذف لشهرته لان غرض محمد مجرد التفريع دون بيان صحة الجواب. كذا في الكافي. ثم وقوع الثلاث هنا قول الامام. وقالا: يقع واحدة نظرا إلى أن هذه الكلمة تفيد الترتيب والافراد فإذا بطل الاول لاستحالة الترتيب في المجتمع في الملك لم يجز إبطال الآخر فوجب اعتباره. وله أنها تفيد الترتيب والافراد من ضرورته، فإذا بطل في حق الاصل بطل في حق التبع، وقد منع أن الافراد من ضرورته بل كل منهما مدلوله وليس أحدهما تبعا للآخر ولذا اختار الطحاوي قولهما. وأجيب عنه سلمنا أن الفردية مدلولة لكن لا يلزم أن تكون مقصودة لانه قد يكون أحد جزئي المدلول المطابق هو المقصود والآخر تبعا كما هو المراد هنا لان الوصف وضع للذات باعتبار معنى هو المقصود فلم تلاحظ الفردية فيه حقيقيا أو اعتباريا كالطائفة الاولى والجماعة الاولى إلا من حيث هو متصف بتلك النسبة، فإذا بطلت بطل الكلام. قيد بقوله اخترت الاولى وما عطف عليه لانها لو قالت اخترت لتطليقة الاولى وقعت واحدة اتفاقا. كذا في المعراج. ولو قالت اخترت أو اخترت اختياره أو الاختيارة أو مرة بمرة أو دفعة أو بدفعة أو بواحدة أو اختيارة واحدة يقع الثلاث في قولهم، ولو قال الزوج نويت بالاولى طلاقا وبالاخريين التأكيد

***

[٥٤٧]

لا يصدق قضاء. كذا في المحيط. والاصل أنها إذا ذكرت الاولى أو ما يجري مجراها فهو على ثلاثة أوجه: فإن قالت اخترت التطليقة الاولى وقعت واحدة اتفاقا، وإن قالت اخترت الاختيارة الاولى فثلاث اتفاقا والخلاف فيما إذا لم تذكر المنعوت. وأورد المصنف تكرار التخيير ثلاثا، سواء كان بلا عطف كما ذكره أو به من واو أو فاء أو ثم لانه جواب الكل حتى لو كان بمال لزم كله. وفي شرح تلخيص الجامع للفارسي: إلا أن في العطف بثم لو اختارت نفسها بالاولى قبل أن يتكل الزوج بالثانية والثالثة وهي غير مدخول بها بانت بالاولى ولم يقع بغيرها شئ ا هـ. وفي الولواجية: لو قال لها أمرك بيدك ينوي ثلاثا ثم قال لها أمرك بيدك على ألف درهم ينوي ثلاثا فقبلت ذلك ثم قالت قد اخترت نفسي بالخيار الاول. قال أبو حنيفة: هي طالق ثلاثا والمال لازم عليها وذكرها الاول لغو. وقالا: هي طالق ثلاثا ولا يلزمها المال وذكرها الاول ليس بلغو ا هـ. وفي تلخيص الجامع: لو قال لها اختاري اختاري بألف أو عطف

فقالت اخترت طلقت ثلاثا بألف وفاء بإطلاق الجواب فقبلت فور أنواع تمليك والعدد خاص بالطلاق فأغنى عن ذكر النفس والنية، كذا اخترت لواحدة أو واحدة حذار التخيير بالشك إذ ينعت بها الدفعة والاختيارة، وفي اخترت تطليقة لا يقع للعطف لانها للفرد وهو ببعض الالف ضرر بخلاف جانبها وبالكلمة إيجاب لا جواب بخلاف الوكيل إذ عليه الوفاق لا الجواب، وفي غيره يقع فرد ولا مال ما لم تعن الثالثة لخصوصه بها، كذا اخترت الاول عندهما إذا أضمر الطلقة حفظا للنعت، وعنده يقع الثلاث إذا أضمر الاختيارة حفظا للاصل بتطليق الجواب والصدر ا ه. وأفاد المصنف بوقوع الثلاث أنه لو كان بمال لزمها المال كله كما قدمناه وهو قول الامام، وعندهما إن اختارت نفسها بالاخيرة لزمها المال كله، وإن اختارت نفسها بالاولى أو الوسطى لم يلزمها شئ لان كل واحد من التخييرات تخيير على حدة فإنه كلام تام بنفسه، ولم يذكر معه حرف الجمع والبدل لم يذكر إلا في الاخيرة فلا يجب إلا باختيار الاخيرة، ولو ذكر بالواو أو الفاء فعند أبي حنيفة لا يختلف الجواب فيقع الثلاث ويلزمها الالف، وعندهما لا يقع الطلاق في هذه الصورة لان الكل صار كلاما واحدا بحرف الجمع فصار كما لو قال لها طلقي نفسك ثلاثا بألف فطلقت واحدة. كذا في البدائع. وفي الكافي: إذا كرر بلا عطف فقالت اخترت نفسي بالجميع وقعت الاوليان بلا شئ، وفي الثالثة بالالف لانه قرن المال بالاخيرة ولم يذكر حرف العطف بينهما ليصير المقرون بالاخيرة مقرونا بالاولى والثانية وهذا كالاستثناء والشرط فإنه ينصرف إلى الاخيرة ا ه قوله: (ولو قالت طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطليقة بانت بواحدة) يعني في جواب قوله اختاري وإنما صلح جوابا له لان التطليق داخل في ضمن التخيير فقد أتت ببعض ما فوض إليها كما لو قال طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة بخلاف
***
[٥٤٨]
ما لو قالت اخترت نفسي في جواب طلقي نفسك لان الاختيار لم يفوض إليها لا قصدا ولا ضمنا. وإنما وقع به البائن دون الرجعي وإن كان صريحا لانه لا عبرة. لايقاعها بل لتفويض الزوج، ألا ترى أنه لو أمرها بالبائن أو الرجعي فعكست وقع ما أمر به الزوج، وقد ذكر صدر الاسلام في جامعه أنه يقع به الرجعي نظرا لما أوقعته المرأة وهو مخالف لعامة الكتب لكن في شرح الوقاية أن في المسألة روايتين: في رواية تقع رجعية وفي أخرى بائنة وهذا أصح ا ه. وبهذا ظهر أن ما في الهداية إحدى الروايتين فقول الشارح إنه غلط وابن الهمام إنه سهو ومما لا ينبغي أن يقال في مثله، ولذا قال في الكافي: إن ما في الهداية موجود في بعض نسخ الجامع الصغير والصواب أنه لا يملك الرجعة كما في الجامع الكبير ا ه. قيدنا بكونه جوابا لقوله اختاري لانه لو كرر اختاري ثلاثا بألف فقالت اخترت نفسي بتطليقة أو اخترت تطليقة لم يقع شئ في صورة العطف لان التطليقة تصلح للفرد دون الثلاث، ووقوع الواحدة ممتنع دفعا للضرر عنه ووقعت واحدة بائنة في غير صورة العطف اتفاقا، ولا يجب عليها شئ من المال إن قالت عنيت التطليقة الاولى أو الثانية، وإن قالت عنيت الثالثة لزمها كل الالف بخصوص المال بالثالثة. كذا في شرح التلخيص وهو شرح لما قدمناه. وعنه في المحيط: ولو قال اختاري فقالت فعلت لا يقع لان هذا كناية عن قولها اخترت وبه لا يقع فكذا هذا، ولو قال اختاري نفسك فقالت فعلت يقع لما بينا ا ه. وفي جامع الفصولين: لو قال بعت أمرك منك بألف فاختارت نفسها في المجلس بانت ولزمها المال ا ه. قوله: (أمرك بيدك في تطليقة أو اختاري تطليقة فاختارت نفسها طلقت رجعية) لانه جعل لها الاختيار بتطليقة وهي معقبة للرجعة والمقيد للبينونة إذا قرن بالصريح صار رجعيا
***
[٥٤٩]
كعكسه نحو أنت طالق بائن يصير بائنا. قيد بقوله في تطليقة لانه لو جعل أمرها بيدها لو لم تصل نفقتي إليك تطلقي نفسك متى شئت فلم تصل فطلقت قال: يكون بائنا. وهكذا أجاب القاضي بديع الدين لان لفظة الطلاق لم تكن في نفس الامر بخلاف ما لو قال أمرك بيدك بتطليقة واحدة تطلقي نفسك متى شئت حيث تكون رجعية كما في أمرك بيدك في تطليقة. كذا في الصيرفية. وفي جامع الفصولين: أمرك بيدك تطلقي نفسك غدا فلها أن تطلق نفسها للحال وقوله تطلقي إلى آخره مشورة اه. وفي أمرك بيدك لكي تطلقي نفسك أو لتطلقي نفسك أو حتى تطلقي نفسك فطلقت فهي واحدة بائنة اه. وفي المحيط: لو قال اختاري تطليقتين فاختارت واحدة يقع لانه بمنزلة قوله طلقي نفسك اثنتين فطلقت واحدة، ولو قال اختاري إن شئت فقالت اخترت نفسي يقع لانه بمنزلة قوله طلقي نفسك إن شئت وقد شاءته لان الاختيار مشيئة لا محالة، ولو قال أنت طالق إن شئت واختاري فقالت شئت واخترت يقع طلاقان:

أحدهما بالمشيئة والآخر بالاختيار لانه فوض إليها طلاقين أحدهما صريح والآخر كناية، والكناية حال ذكر الصريح لا تفتقر إلى النية، ولو قال لرجل خير امرأتي ولم يخيرها لم يكن الخيار لها لانه آمر بأمر فما لم يفعل لم يحصل المأمور، ولو قال أخبرها بالخيار فقبل أن يخبرها سمعت الخبر فاختارت نفسها وقع لان الامر بالخيار يقتضي تقدم الخبر به فكان هذا إقرارا من الزوج بثبوت الخيار لها اه. وفي البزازية: قال لغيره زوجني امرأة فإذا فعلت ذلك فأمرها بيدها فزوجه الوكيل ولم يشترط لها الامر كان الامر بيدها بحكم التعليق من الزوج، ولو قال زوجني امرأة واشترط لها على أني إن تزوجتها فأمرها بيدها لم يكن الامر بيدها بلا شرط الوكيل لان في الاول علق بالتزوج لا بشرط اه. ثم اعلم أن ما قدمناه أول الباب أنها إذا قالت اخترت نفسي لا بل زوجي يقع وهو منقول في الكتب المعتمدة، وفي الاختيار ما يخالفه فإنه قال: لو قالت اخترت نفسي لا بل زوجي لا يقع لانه للاضراب عن الاول فلا يقع اه. ولعله سهو والصواب ما قدمناه والله أعلم.

***

[٥٥٠]

فصل في الامر باليد أخره عن الاختيار لتأيد التخيير بإجماع الصحابة رضي الله عنهم بخلاف الامر باليد فإنه وإن لم يعلم فيه خلاف ليس فيه إجماع. وقدم كثير الامر باليد نظرا إلى أن الايقاع بلفظ الاختيار ثابت استحسانا في جواب اختاري لا قياسا بخلافه جوابا للامر باليد فإنه قياس واستحسان. وأما الايقاع بلفظ أمري بيدي فلا يصح قياسا ولا استحسانا، والحق ما في فتح القدير من استواء البابين في القياس والاستحسان فإن جواب الامر باليد بقولها اخترت نفسي على خلاف القياس أيضا، والتفويض بكل منهما على وفق القياس. والامر هنا بمعنى الحال واليد بمعنى التصرف كما في المصباح. قوله: (أمرك بيدك ينوى ثلاثا فقالت اخترت نفسي بواحدة وقعن) أي وقع الثلاث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد على الاصح المختار لانه أبلغ في التفويض إليها من الامر باليد، وقيل لا. ذكره في المحيط والولوالجية. وفيها: أعرتك طلاقك كأمرك بيدك والواحدة في كلامهما صفة الاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسي باختياره واحدة وأراد بنية الثلاث نية تفويضها وأشار بذكر الفاء في قوله فقالت إلى اشتراط المجلس وبخطابها إلى أن علمها شرط حتى لو جعل أمرها بيدها ولم تعلم فطلقت نفسها لم تطلق كما في الولوالجية والخانية. وبذكر النفس في جوابها إلى اشتراطه أو ما يقوم مقامه كالتفويض بلفظ التخيير، واستفيد منه أن الامر باليد كالتخيير في جميع مسائله سوى نية الثلاث فإنها تصح هنا لا في التخيير لانه جنس يحتمل العموم والخصوص فأيهما نوى صحت نيته. كذا ذكره الشارحون وصاحب المحيط. وفي البدائع: الامر باليد كالتخيير إلا في شيئين: أحدهما نيته الثلاث، والثاني أن في

***

[٥٥١]

اختاري لا بد من ذكر النفس أو ما يقوم مقامها للدليل الدال على اشتراطه في الاختيار. وفي المحيط: لو جعل أمرها بيدها فقالت طلقت ولم تقل نفسي لا يقع كما في الخيار لو قالت اخترت لا يقع، ولو قالت عنيت نفسي إن كانت في المجلس تصدق لانها تملك الانشاء وإلا فلا اه. وهو صريح في مخالفة ما في البدائع الامر باليد كالتخيير إلى شيئين فدل على ضعفه. وقيد: بنية الثلاث لانه لو لم ينو عددا أو نوى واحدة أو اثنتين في الحرة وقعت واحدة بائنة، وقدمنا أنه لا بد من نية التفويض إليها ديانة أو يدل الحال عليه قضاء. وفي الخانية: امرأة قالت لزوجها في الخصومة إن كان ما في يدك في يدي استنقذت نفسي فقال الزوج الذي في يدي في يدك فقالت المرأة طلقت نفسي ثلاثا فقال لها الزوج قولي مرة أخرى فقالت المرأة طلقت نفسي ثلاثا فقال الزوج لم أنو الطلاق بقولي الذي في يدي في يدك فإنها تطلق ثلاثا بقولها ثانيا طلقت نفسي ثلاثا حتى لو لم يقل لها قولي مرة أخرى كان القول قوله قضاء وديانة. وفي فتح القدير: وإذا علم أن الامر باليد مما يراد به الثلاث فإذا قال الزوج نويت التفويض في واحدة بعدما طلقت نفسها ثلاثا في الجواب يحلف أنه ما أراد الثلاث اه. وقيد بقولها اخترت نفسي لانها لو قالت في جوابه أمري بيدي لا يصح قياسا واستحسانا كما قدمنا. وفي الخلاصة: لو قالت في جوابه ملكت نفسي أمري كان باطلا ولو قالت اخترت أمري كان جائزا اه. فالاصل إن كل لفظ يصلح للايقاع من الزوج يصلح جوابا من المرأة وما لا فلا إلا لفظ الاختيار خاصة فإنه ليس من ألفاظ الطلاق ويصلح جوابا منها. كذا في البدائع. ولذا قال في الاختيار وغيره: لو قال لها أمرك بيدك فقالت أنت علي حرام أو أنت مني بائن أو أنا منك بائن فهو جواب لان

هذه الالفاظ تفيد الطلاق كما إذا قالت طلقت نفسي، ولو قالت أنت مني طالق لم يقع شئ، ولو قالت أنا منك طالق أو أنا طالق وقع لان المرأة توصف بالطلاق دون الرجل اه. لكن يرد على الاصل المذكور ما في الخلاصة: لو جعل أمرها بيد أبيها فقال أبوها قبلتها طلقت، وكذا لو جعل أمرها بيدها فقالت قبلت نفسي

***

[٥٥٢]

طلقت، ولو قال لها اختاري فقالت ألحقت نفسي بأهلي لم يقع كما في جامع الفصولين وهو مشكل لانه من الكنايات فهو كقولها أنا بائن. والباء في قوله أمرك بيدك ليس بقيد بل حرف في كذلك. وفي المحيط عن محمد: لو قال ثلاثا أمرك بيدك كان ثلاثا، ولو قال في يدك فهي واحدة اه. واليد أيضا ليس بقيد فإنه لو قال أمرك في كفيك أو يمينك أو شمالك أو فمك أو لسانك كان كذلك. كذا في الخلاصة والبزازية. وفيهما من فصل نكاح العبد والامة: تزوج امرأة على أنها طالق أو على أن أمرها بيدها تطلق نفسها كلما تريد لا يقع الطلاق ولا يصير الامر بيدها، ولو بدأت المرأة فقالت زوجت نفسي منك على أني طالق أو على أن أمري بيدي أطلق نفسي كلما أريد فقال الزوج قبلت وقع الطلاق وصار الامر بيدها، ولو بدأ العبد فهو كما لو بدأ الزوج لو بدأ المولى فهو كبداءة المرأة اه. وفي البزازية: ولو قال أمرك في عينيك وأمثاله يسأل عن النية وأمري بيدك كقوله أمرك بيدك ودعواها على زوجها أنه جعل

***

[٥٥٣]

أمرها بيدها لا يقبل، أما لو أوقعت الطلاق بحكم التفويض ثم ادعت المهر والطلاق يسمع وليس لها أن ترفع الامر إلى القاضي حتى يجبر الزوج على أن يجعل أمرها بيدها. وفي تلخيص الجامع: لو قال في البيع والطلاق أمرها بيد الله وبيدك أو بع بما شاء الله وشئت ينفرد المخاطب لان ذكر الله تعالى للتبرك وللتيسير عرفا، والباء للعوض فألغيا فيه دون الاصل مثل كيف شئت عنده بخلاف إن شاء الله أو ما شاء الله وشئت إذا بطل الاصل أو علق بمجهول حسب التأثير في إن شاء الله أنت طالق فلغا العطف وهو أخبر عن واقع، ولو قال بيدي وبيدك أو شئت وشئت لم ينفرد حملا على التعليق إذ تعذر التمليك اه. وفي المحيط: لو قال لامرأته أنت طالق أو أمرك بيدك لم تطلق حتى تختار نفسها في مجلسها فحينئذ يخير الزوج إن شاء أوقع تطليقة وإن شاء أوقع باختيارها اه. وأطلق في المرأة المخاطبة فشمل الصغيرة، فلو قال للصغيرة أمرك بيدك ينوي الطلاق فطلقت نفسها يقع كأنه علق طلاقها بإيقاعها. كذا في البزازية. وأطلق الامر باليد فشمل المنجز والمعلق إذا وجد شرطه. ومنه ما في المحيط: لو قال إن دخلت الدار فأمرك بيدك فإن طلقت نفسها كما وضعت القدم فيها طلقت لان الامر في يدها، وإن طلقت بعد ما مشت خطوتين لم تطلق لانها طلقت بعدما خرج الامر من يدها. ولو قال أمرك بيدك في ثلاث تطليقات إن أبرأتين عن مهرك فقالت وكلني حتى أطلق نفسي فقال أنت وكيلتي لتطلقي نفسك فإذا أبرأته عن المهر أولا ثم طلقت في المجلس طلقت، وإذا لم تبرئه لا يقع لان التوكيل كان بشرط أن تبرئه عن المهر اه. ومنه ما في البزازية: قال لها إن غبت عنك ومكثت في غيبتي يوما أو يومين فأمرك بيدك، فهذا على أول الامرين فيقع الطلاق لو مكث يوما إن غاب عنها كذا فأمرها بيدها فجاء في آخر المدة فتوارت حتى مضت المدة أفتى البعض ببقاء الامر في يدها والامام قاضيخان على أنه إن علم بمكانها ولم يذهب إليها وقع، وإن لم يعلم بمكانها لا، والصحيح أنه لا يقع. قال في الخزانة: وإذا كانت الغيبة منها لا يصير أمرها بيدها واختلاف الاجوبة في المدخولة وغيرها لا يصير أمرها بيدها، وفي المدخولة لو كان في المصر ولم يجئ إلى منزلها حتى تمت المدة فيصير بيدها جعل أمرها بيدها إن غاب عنها ثلاثة أشهر ولم تصل إليها النفقة فبعث إليها بخمسين إن لم يكن قدر نفقتها صار بيدها، ولو كانت النفقة مؤجلة فوهبت له النفقة ومضت المدة لا يصير الامر بيدها لارتفاع اليمين عندهما خلافا للامام الثاني. وإن ادعى

***

[٥٥٤]

وصول النفقة إليها وادعت حصول الشرط قيل القول قوله لانه ينكر الوقوع لكن لا يثبت وصول النفقة إليها، والاصح أن القول قولها في هذا وفي كل موضع يدعي إيفاء حق وهي تنكر جعل أمرها بيدها إن لم يعطها كذا في يوم كذا. ثم اختلفا في الاعطاء وعدمه بعد الوقت فالقول له في حق عدم الطلاق، ولها في حق عدم أخذ ذلك الشئ. كذا في الذخيرة. وفي المنتقى: إن لم آتك إلى عشرين يوما فأمرها بيدها يعتبر من وقت التكلم، فإذا اختلفا في الاتيان وعدمه فالقول له لانه منكر كون الامر بيدها. وذكر محمد ما يدل على

أن القول لها فيمن قال إن مات فلا قبل أن أعطيك المائة التي لك عليه فأنا كفيل به فمات فلان فادعى عدم الايفاء وكونه كفيلا وادعى المطلوب الايفاء أن القول للطالب لانه ينكر الاستيفاء وهذا استحسان. قال لها قبل البناء لعدم الحضور لان الغيبة قبل الحضور لا تمكن. قال لها إن لم أرسل نفقتك في هذا الشهر أو إن لم أبعث فأنت كذا، فأرسل إليها بيد رجل فضاعت من يد الرسول لا يقع لان البعث والارسال قد تحقق. وإذا خافت المرأة إذا تزوجها أن لا يجعل الامر بيدها بعد التزوج تقول زوجت نفسي منك بكذا على أن أمري بيدي أطلق نفسي منك متى شئت كلما ضربتني بغير جناية أو تزوجت علي أخرى أو تسريت أو غبت عني سنة جعل أمرها بيدها وهي صغيرة على أنه متى غاب عنها سنة تطلق نفسها بلا خسران يلحق الزوج فوجد الشرط فأبرأته عن المهر ونفقة العدة وأوقعت طلاقها يقع الرجعي ولا يسقط المهر والنفقة كما لو كان الايجاب من الزوج موجودا قبل وجود الشرط. قال لها أمر ثلاث تطليقات بيدك إن أبرأتيني عن مهرك إن قامت عن المجلس خرج الامر من يدها، وإن أوقعت الطلاق في المجلس إن قدمت الابراء وقع، وإن لم تبرئه عن المهر لا يقع لان التوكيل كان بشرط الابراء. قال لها إن لم أعطك دينارين إلى شهر فأمرك بيدك فاستدانت وأحالت على زوجها إن أدى الزوج المال إلى المحتال قبل مضي المدة ليس لها إيقاع الطلاق، وإن لم يؤد ملكت الايقاع. إن لم تصل إليك نفقة عشرة أيام فأمرك بيدك فنشزت بأن ذهبت إلى أبيها بلا إذنه في تلك الايام ولم تصل إليها النفقة لا يقع لعدم وجوب النفقة فصار كما إذا طلقها حين تمت المدة. إن لم أوصل إليك خمسة دنانير بعد عشرة أيام فأمرك بيدك في طلاق متى شئت فمضى الايام ولم يرسل إليها النفقة، إن كان الزوج أراد به الفور لها الايقاع وإن لم يرد به الفور لا تملك الايقاع حتى يموت أحدهما. جعل أمرها بيدها إن ضربها بلا جناية فطلبت النفقة أو الكسوة وألحت لا يكون جناية لان لصاحب الحق يد الملازمة ولسان التقاضي، ولو شتمته أو مزقت ثيابه أو أخذت لحيته فجناية، وكذا لو قالت له يا حمار يا أبله أو لعنته، ولو

***

[٥٥٥]

لعنها فلعنته قيل ليس بجناية لانها ليست ببادئة قال الله تعالى * (لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم) * (النساء: ١٤٨) والعامة على أنه جناية لانه لا قصاص فيه حتى لا يكون الثاني جانيا. قال لها بليدة فقالت له بليد مثل ذلك فهو جناية منها إذا صرحت به. ولو شتمت أجنبيا كان جناية، وكذا لو كشفت وجهها لغير محرم لانه لا يجوز النظر والكشف بلا ضرورة. وقال القاضي: لا يكون جناية لانه ليس بعورة. ولو كلمت أجنبيا أو تكلمت عامدا مع الزوج أو شاغبت معه فسمع صوتها أجنبي فجناية، وخروجها من البيت بعد إيفاء المعجل جناية في الاصح، وقيل جناية مطلقا. وإعطاؤها شيئا من بيته بلا إذنه حيث لم تجر العادة بالمسامحة به جناية، وكذا دعاؤها عليه، وكذا قولها الكلبة أمك وأختك بعد قوله جاءت أمك الكلبة، وكذا قولها أزواج النساء رجال وزوجي لا، ولو دعاها إلى أكل الخبز المجرد فغضبت لا يكون جناية اه. وصحح في الظهيرية ما عليه العامة من أن لعنها بعد لعنه جناية وفيها: والصحيح أنها إن كشفت وجهها عند من يتهم بها فهو جناية، ولو قال لها لا تفعلي كذا فقالت أفعل، إن كانت قالت ذلك في فعل هو معصية فهو جناية وإلا فلا اه. وفي جامع الفصولين: فوض إليها أمرها إن تزوج عليها ثم ادعت على الزوج أنك تزوجت على فلانة وفلانة حاضرة تقول زوجت نفسي منه وشهد الشهود بالنكاح يصير الامر بيدها، ولو كانت فلانة غائبة عن المجلس وبرهنت هذه أنك تزوجت فلانة علي وصار الامر بيدي هل يسمع؟ فيه روايتان والاصح أنها لا تسمع لانها ليست بخصم في إثبات النكاح عليها ا ه. وفي الفصول واقعة: جعل أمرها بيدها إن تزوج عليها ثم وهبت امرأة نفسها منه بحضرة شهود وقبل هو فصارت امرأته وقال عنيت في التفويض التلفظ بلفظ التزوج هل يصدق حتى لا يصير الامر بيدها؟ قال أجاب بعض من تصدى للافتاء بلا تحصيل الدراية والرواية إنه يصدق وهذا غلط محض وخطأ صرف. وأجبت أنه لا يصدق ويصير الامر بيدها لان نية الخصوص في الفعل لا تصح إذ الفعل لا عموم له اه. وقد بحث فيه في جامع الفصولين فليراجع. وفي الصيرفية: قال لها إن لم تصل نفقتي إليك عشرة أيام فأمرك بيدك فغاب عشرة أيام وأنفقت من ماله فحضر قال: لا يبقى الامر بيدها بخلاف ما لو قال إن لم أوصل إليك نفقتك عشرة أيام والمسألة بحالها حيث يبقى الامر بيدها لان شرط جعل الامر بيدها عدم الايصال دون الوصول ولم يوجد الايصال فيحنث. ولو جعل الامر بيدها إن ضربها بغير جناية شرعية فقالت له وقت الخصومة يا ابن الاجير يا ابن العواني فضربها وأنه كما قالت لها أن تطلق نفسها. ولو قالت له يا ابن

النساج إن كان كما قالت أو لا يعير بهذا لا يكون
***
[٥٥٦]
جناية، ولو صعدت السطح من غير ملاة هل يكون جناية؟ قال: نعم. قيل: هذا إن صعدت للنظارة وإلا فلا. قال قلت: إن لم يكن للسطح تعجيز فجناية وإلا فلا. ورمي البطيخ إليه جناية إن كان على وجه الاستخفاف وإلا فلا اه. وفي القنية: إن شربت مسكرا بغير إذنك فأمرك بيدك ثم شرب واختلفا في الاذن فالقول قول الزوج والبينة بينة المرأة اه. فحاصله القول له والبينة بينتها. وفي القنية: إن تزوجت عليك امرأة فأمرها بيدك فدخلت امرأة في نكاحه بنكاح الفضولي وأجاز بالفعل ليس لها أن تطلقها، ولو قال إن دخلت امرأة في نكاحي فلها ذلك وكذا في التوكيل بذلك اه. قوله: (وفي طلقت نفسي واحدة أو اخترت نفسي بتطليقة بانت بواحدة) يعني في جواب قول الزوج أمرك بيدك ينوي ثلاثا لان الواحدة صفة للطلقة باعتبار خصوص العامل كما أنها صفة للاختيارة في التي قبلها، فإن خصوص العامل اللفظي قرينة خصوص المقدر فتقع الواحدة لانها لما ملكت الثلاث بالتفويض ملكت الواحدة فكانت بائنة لان التفويض إنما يكون في البائن لانها به تملك أمرها وهو بالبائن لا بالرجعي. وأشار بذكر النفس إلى اشتراطه مع طلقت أيضا. وفي جامع الفصولين: قال أمرك بيدك كلما شئت فلها أن تختار نفسها كلما شاءت في المجلس أو في مجلس آخر إلا أنها لا تطلق نفسها في المجلس أكثر من واحدة يعني دفعة واحدة، وأما تفريقها الثلاث في المجلس فلها ذلك بخلاف إذا ومتى فإنه ليس لها التكرار ولا يتقيد بالمجلس ككلما اه قوله: (ولا يدخل الليل في أمرك بيدك اليوم وبعد غد) يعني لا يكون لها الخيار ليلا بناء على أنهما أمران لان عطف زمن على زمن مماثل مفصول بينهما بزمن مماثل لهما ظاهر في قصد تقييد الامر المذكور بالاول وتقييد أمر آخر بالثاني، فيصير لفظ يوم مفردا غير مجموع إلى ما بعده في الحكم المذكور لانه صار عطف جملة على جملة أي أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك بعد غد، ولو أفرد اليوم لا يدخل الليل فكذا إذا عطف جملة أخرى. قيد بالامر باليد لانه لو قال طلقي اليوم وبعد غد كان أمرا واحدا فلا يقع إلاطلاق واحد لان الطلاق لا يحتمل التأقيت، وإذا وقع تصير به طالقا في جميع العمر فذكر بعد غد وعدمه سواء لا يقتضي أمرا آخر قوله: (وإن ردت الامر في يومها بطل الامر في ذلك اليوم وكان أمرها بيدها بعد غد) يعني إذا قالت لزوجها اخترتك أو اخترت زوجي فقد انتهى ملكها في اليوم الاول. فالمراد بالرد اختيار الزوج، والمراد بالبطلان الانتهاء. قيدنا به لانها لو قالت رددته فإنه لا يبطل، ولذا قال في الذخيرة: لو جعل أمرها بيدها أو بيد أجنبي يقع لازما فلا يرتد بردهما فلا مناقضة بين قولهم لا يرتد بالرد، وقولهم هنا وإذا ردت بطل وقد سلك الشارحون طريقا آخر في دفع المناقضة بأنه يرتد بالرد عند التفويض، وأما
***
[٥٥٧]
بعده فلا يرتد كما إذا أقر بمال لرجل فصدقه ثم رد إقراره لا يصح، وكالابراء عن الدين بعد ثبوته لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد لما فيه من معنى الاسقاط والتمليك. أما الاسقاط فظاهر، وأما التمليك فلقوله تعالى * (وإن تصدقوا خير لكم) * (البقرة: ٢٨٠) سمى الابراء تصدقا. كذا في فتح القدير. والصواب أن يقال: إنهم وفقوا بينهما بأنه يرتد برده عند التفويض لا بعد ما قبله كما في الفصول، وأما ما ذكره من أنه بعد التفويض فمحمول على ما إذا قبله. ووفق بينهما في جامع الفصولين بأنه يحتمل أن يكون فيه روايتان لانه تمليك من وجه، تعليق من وجه، فيصح رده قبل قبوله نظرا إلى التمليك، ولا يصح نظرا إلى التعليق لا قبله ولا بعده فتصح رواية صحة الرد نظرا إلى التمليك، وتصح رواية فساد الرد نظرا إلى التعليق اه. وحاصله أن ابن الهمام حمل قولهم بصحة الرد على اختيارها زوجها، وقولهم بعدم صحته على ما لو قالت رددت وهو حمل قاصر، لانه خاص بما إذا جعل أمرها بيدها. وقولهم إنه يرتد بالرد شامل لما إذا جعل الامر بيدها أو بيد أجنبي كما صرح به في جامع الفصولين، ولا يمكن هذا الحمل في أمر الاجنبي فتعين ما وفق به المشايخ من أنه يرتد قبل القبول لا بعده كالابراء. وجوابه أنه يأتي من الاجنبي أيضا بأن يقول للزوج اخترتك كما لا يخفى. في كلام الشارحين نظر لان قولها بعد القبول رددت إعراض مبطل لخيارها. وقد وقع
***
[٥٥٨]
في هذا الفصل ثلاث مناقضات: إحداها ما قدمناه وجوابها. الثانية ما وقع في الفصول أنه لو قال لامرأته أنه أمرك بيدك ثم طلقها بائنا

خرج الامر من يدها. وقال في موضع آخر: لا يخرج وإن كان الطلاق بائنا، ووفق بأن الخروج فيما إذا كان الامر منجزا، وعدمه إذا كان الامر معلقا بأن قال إن كان كذا فأمرك بيدك. والحق أن في المسألة اختلاف الرواية والاقوال وظاهر الرواية أن الامر باليد يبطل بتنجيز الابانة بمعنى أنها لو طلقت نفسها في العدة لا يقع لا بمعنى بطلانه بالكلية لما قدمناه من أنها لو طلقت نفسها بعد التزوج وقع عند الامام، ويدل عليه قولهم في باب التعليق وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها بناء على أن التخيير بمنزلة تعليق طلاقها باختيارها نفسها وإن كان تمليكا. وفي القنية: معلما بعلامة (قيه): إن فعلت كذا فأمرك بيدك ثم طلقها قبل وجود الشرط طلاقا بائنا ثم تزوجها يبقى الأمر في يدها ثم رقم (بم) لا يبقى في ظاهر الرواية ثم رقم (بح) إن تزوجها قبل انقضاء العدة فالامر باق، وإن تزوجها بعد إنقضائها لا يبقى اه. فقد صرح بعدم بقائه مع الامر المعلق في ظاهر الرواية فلا يصح التوفيق بأنه يبقى إذا كان معلقا، فالحق أن في المسألة اختلاف الرواية كما أن الظاهر في مسألة رد التفويض أن فيها روايتين، ويدل على ذلك ما في الهداية فإنه نقل رواية عن أبي حنيفة بأنها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع، ثم ذكر بعدها وجه ظاهر

***

[٥٥٩]

الرواية فلا يحتاج إلى ما تكلفه ابن الهمام والشارحون في المسألتين وفي البزازية: له امرأتان جعل أمر إحداهما بيد الاخرى ثم طلق المفوض إليها بائنا أو خالعها ثم تزوجها يصير أمرها بيدها بخلاف ما لو جعل أمرها بيد نفسها ثم طلقها بائنا على ما مر لانه تمليك اه. الثالثة ما وقع في هذا الكتاب والهداية وعامة الكتب أن الامر باليد تصح إضافته وتعليقه نحو أمرك بيدك يوم يقدم فلان أو إذا جاء غد، وبه خالف أيضا سائر التمليكات. وذكر قاضيخان في شرح الزيادات ما يخالفه فإنه قال: لو قال أمرك بيدك فطلقي نفسك ثلاثا للسنة أو ثلاثا إذا جاء غد فقالت في المجلس اخترت نفسي طلقت للحال ثلاثا، وإن قامت عن مجلسها قبل أن تقول شيئا بطل اه. ودفعها أن ما ذكره القاضي ليس فيه تعليق الامر ولا إضافته لانه منجز، وقوله فطلقي نفسك تفسير له فكان التعليق مرادا بلا لفظ وليس المنجز محتملا للتعليق فلا يكون معلقا وإن نواه. قوله: (وفي أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل) أي الليل لانه تمليك واحد فإنه لم يفصل بينهما بيوم آخر فكان جمعا بحرف الجمع في التمليك الواحد فهو كقوله أمرك بيدك في يومين وفي مثله تدخل الليلة المتوسطة استعمالا لغويا وعرفيا، فقول الشارح تبعا للهداية وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع مردود لانه ينقطع لانه يقتضي دخول الليل في اليوم المفرد لذلك المعنى قوله: (وإن ردت في يومها لم يبق في الغد) يعني إذا اختارت زوجها في يومها انتهى ملكها فلا تملك اختيارها نفسها بعد ذلك وعليه الفتوى. كذا في الولواجية. قيد بقوله اليوم وغد لانه لو قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا فهما أمران. ذكره قاضيخان من غير ذكر خلاف، فعزوه في الهداية هذا الفرع إلى أبي يوسف ليس لاثبات خلاف فيه وإنما هو لكونه خرجه فيتفرع عليه عدم اختيارها نفسها ليلا. ولو قال أمرك بيدك اليوم غدا بعد غد فهو أمر واحد في ظاهر الرواية لانها أوقات مترادفة كقوله أمرك بيدك أبدا فيرتد بردها مرة. وعن أبي حنيفة أن لها ثلاثة أمور لانها أوقات حقيقة. كذا في جامع التمرتاشي. وقد علم من باب إضافة الطلاق إلى الزمان أنه لو قال أمرك بيدك اليوم أنه يمتد إلى الغروب فقط بخلاف قوله أمرك بيدك في اليوم أنه يتقيد بالمجلس، وقد صرح به في فتح القدير. وفي الذخيرة: لو قال أمرك بيدك يوما أو شهرا أو سنة فلها الامر من تلك الساعة إلى استكمال المدة المذكورة ولا يبطل بالقيام عن المجلس ولا بشئ آخر، ويكون الشهر هنا بالايام إجماعا.

***

[٥٦٠]

ولو عرف فقال هذا اليوم أو هذا الشهر أو هذه السنة كان لها الخيار في بقية اليوم أو الشهر أو السنة ويكون الشهر هنا على الهلال. وذكر الولواجي: إذا قال أمرك بيدك إلى رأس الشهر فلها أن تطلق نفسها مرة واحدة في الشهر لان الامر متحد، ولو قالت اخترت زوجي بطل خيارها في اليوم ولها أن تختار نفسها في الغد عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: خرج الامر من يدها في الشهر كله، ولو قال أمرك بيدك هذه السنة فاختارت نفسها ثم تزوجها لم يكن لها خيار في باقي السنة، ولو طلقها زوجها واحدة ولم يدخل بها ثم تزوجها في تلك السنة فلها الخيار عند أبي حنيفة لان طلقات هذا الملك ما استوفيت بعد. وقال أبو يوسف: لا خيار لها لانه إنما يكون في الملك وقد بطل، وقدمنا في باب إضافة الطلاق إلى الزمان أنه لو قال أمرك بيدك إلى عشرة أيام فالامر بيدها من هذا الوقت إلى

عشرة أيام تحفظ بالساعات. ولو قال أنت طالق إلى سنة يقع بعد السنة إلا أن ينوي الوقوع للحال والعتق كالطلاق، وقدمنا أنواعا من هذا الجنس وهي مذكورة هنا في الخلاصة والبزازية، والكل ظاهر إلا ما فيهما من أن الابراء إلى شهر كالطلاق إلا إذا قال عنيت بالابراء إلى شهر التأخير إليه فحينئذ يكون تأخيرا إليه اه. فإنه يقتضي صحة إضافة الابراء وقد صرح في الكنز من آخر الاجارة أنه من قبيل ما لا تصح إضافته. وقيد باتحاد الامر باليد لانه لو كرره بأن قال أمرك بيدك وأمرك بيدك أو جعلت أمرك بيدك وأمرك بيدك كانا تفويضين، لان الواو
***
[٥٦١]
للعطف لا للجزاء، وكذلك لو قال أمرك بيدك فأمرك بيدك لان الفاء هنا بمعنى الواو ولانه لا يصلح تفسيرا. ولو قال جعلت أمرك بيدك فأمرك بيدك فهو أمر واحد لان معناه صار الامر بيدك بجعل الامر بيدك كقوله جعلتك طالقا فأنت طالق، أو قال قد طلقتك فأنت طالق طلقت واحدة، ولو جمع بين تفويضين بالواو والفاء أو بغيرهما، فإن كان بغيرهما بأن قال أمرك بيدك طلقي نفسك فاختارت نفسها فقال لم أرد بالامر الطلاق يصدق قضاء مع يمينه لانه ما وصل قوله طلقي بالكلام المبهم لانه لم يذكر حرف الوصل فكان كلاما مبتدأ فلم يصر تفسيرا للمبهم. ولو كان بالعطف كقوله أمرك بيدك واختاري فطلقي فاختارت لا يقع شئ لانه عطف قوله فطلقي على التفويضين المبهمين فلا يكون تفسيرا لهما فبقي كلاما مبتدأ، وقولها اخترت لا يصلح جوابا له فلا يقع، وإن طلقت يقع واحدة رجعية لانه يصلح جوابا له. وكذا لو قال أمرك بيدك واختاري فاختاري فطلقي نفسك فاختارت نفسها طلقت ثنتين مع يمينه أنه لم يرد بالامر باليد الثلاث لانه أتى بالتفويضين المبهمين بالعطف وهو للاشتراك فصار طلقي تفسيرا لهما. وكذا لو قال اختاري وتختاري أو قال أمرك بيدك وأمرك بيدك فطلقي نفسك فاختارت طلقت ثنتين، ولو قال أمرك بيدك اختاري فطلقي نفسك فاختارت نفسها وقال لم أرد به الطلاق يقع تطليقة بائنة بالخيار الاخير لان قوله فطلقي تفسير للاخير فقط. ولو قال أمرك بيدك فاختاري أو اختاري فأمرك بيدك فالحكم للامر حتى إذا نوى بالثلاث يصح، ن وإذا أنكر الثلاث وأقر بالواحدة يحلف لان الامر يصلح علة والاختيار يصلح حكما لا علة فصار الحكم للامر تقدم أو تأخر. وكذلك لو قال أمرك بيدك فطلقي نفسك أو طلقي نفسك فأمرك بيدك، ولو قال أمرك بيدك فاختاري فطلقي فاختارت بانت بواحدة بالامر لان قوله فاختاري تفسير للامر، وقوله فطلقي تفسير لقوله فاختاري. ولو قال أمرك بيدك فاختاري طلقي نفسك فاختارت لم يقع شئ إذا لم يرد بالامر والتخيير طلاقا، فإن طلقت نفسها وقعت رجعية وتمامه في المحيط، وسيأتي إن شاء الله الجمع بين التفويضن لاجنبي. وفي الجامع: لو قال أنت طالق اليوم ورأس الشهر يقع واحدة، قيل تأويله أن يكون رأس الشهر غدا، أما إذا كان بينهما حائل وقع طلاقان في وقتين. وقيل ما وقع في الجامع قول محمد وهو يعتبر الفاصل، وعند أبي يوسف تطليقتان. ولو قال أمرك بيدك اليوم فعن محمد إلى الغروب،
***
[٥٦٢]
ولو قال في اليوم تقيد بالمجلس. ذكره القدوري. ولو قال في هذا الشهر فردته بطل عندهما لانه تمليك واحد، وعند أبي يوسف بطل في ذكر المجلس لا في غيره كما لو قامت من مجلسها، وقيل الخلاف بالقلب. ولو قال اليوم أو شهرا فردته لم يبطل خيارها فيما بقي من المدة عند أبي حنيفة خلافا لهما لان هذا تفويض واحد فيرتد بالرد وقال هو تمليك نصا تعليق معنى، فمتى لم يذكر الوقت فالعبرة للتمليك، ومتى ذكر فالعبرة للتعليق. كذا في المعراج. قوله: (ولو مكثت بعد التفويض يوما ولم تقم أو حبست عنه أو اتكأت عن قعود أو عكست أو دعت أباها للمشورة أو شهودا للاشهاد أو كانت على دابة فوقفت بقي خيارها وإن سارت لا) أي لا يبقى خيارها لما قدمنا أن المخيرة لها الخيار في مجلسها، وأنه يتبدل حقيقة بالقيام أو حكما بما يدل على الاعراض. وما ذكره لم يتبدل فيه حقيقة ولا حكما فلهذا بقي خيارها. وقدمنا أنه لا يبطل بتبدل المجلس حقيقة على الصحيح إلا إذا كان معه دليل الاعراض، ولذا قال في الخلاصة: رجل خير امرأته فقبل أن تختار نفسها أخذ الزوج بيدها فأقامها أو جامعها طوعا أو كرها خرج الامر من يدها. وفي مجموع النوازل: وفي الاصل من نسخة الامام خواهر زاده: المخيرة إذا قامت لتدعو الشهود بأن لم يكن عندها أحد يدعو الشهود لا يخلو إما أن تتحول عن

موضعها أو لم تحول، فإن لم تتحول لم يبطل الخيار بالاتفاق، وإن تحولت عن موضعها اختلف المشايخ فيه بناء على أن المعتبر في بطلان الخيار إعراضها أو تبدل المجلس عند البعض أيهما وجد وعند البعض الاعراض وهذا أصح اه. وأراد بسير الدابة المبطل أن يكون بعد التفويض بمهلة، فلو اختارت مع سكوته والدابة تسير طلقت لانه لا يمكنها الجواب بأسرع من ذلك. والمراد بالاسراع أن يسبق جوابها خطوتها، فلو سبق خطوتها جوابها لم تبن. كذا في الخلاصة. وأطلق المصنف في السير فشمل ما إذا كان الزوج معها على الدابة أو المحمل ولم يكن معهما قائد، أما إذا كانا في المحمل يقودهما الجمال لا يبطل لانه كالسفينة في هذه الحالة. وأشار بالسير إلى كل عمل يدل على الاعراض فدخل فيه ما لو دعت بطعام فأكلت أو اغتسلت أو امتشطت أو اختضبت أو اشتغلت بالنوم أو جومعت أو ابتدأت الصلاة أو انتقلت إلى شفع آخر في النفل المطلق أو كانت راكبة فنزلت أو تحولت إلى دابة أخرى أو كانت نازلة فركبت، وما لو بدأت بعتق عبد فوض سيده إليها عتقه قبل أن تطلق نفسها، وما لو قالت أعطني كذا إن طلقتني كما في الخلاصة واختلف في قليل الاكل ففي الخلاصة الاكل يبطل وإن قل. وقال القدوري: إن قل لا يبطل والشرب لا

***

[٥٦٣]

يبطل أصلا اه. وقيد بسير الدابة لانها لو كانت في السفينة فسارت لا يبطل خيارها. كذا في الخلاصة وأشار بهذه المسائل إلى كل عمل لا يدل على الاعراض فدخل الاكل اليسير على أحد القولين، والشرب مطلقا من غير أن تدعو بطعام، ولبس ثوبها من غير قيام، ونومها مضطجعة وقراءتها وتسبيحها قليلا. وفي الخلاصة: لو قال لها أمرك بيدك وأمر هذه أيضا لامرأة أخرى بيدك فقالت طلقت فلانة ثم قالت طلقت نفسي جاز، وبهذا لا يتبدل المجلس، وكذا لو قالت لله علي نسمة أو هدي بدنة وحجة والحمد لله رب العالمين شكرا لما فعلت إلي وقد طلقت نفسي جاز، وبما قالت لا يتبدل المجلس، ولو لم تقل هكذا ولكنها قالت ما تصنع بالولد ثم طلقت نفسها يقع اه. وفي جامع الفصولين: لو تكلمت بكلام هو ترك للجواب كما لو أمرت وكيلها ببيع أو شراء أو أجنبيا به بطل خيارها، فلو قالت لم لا تطلقني بلسانك لا يبطل وفيه نظر، لانه يتبدل به المجلس لانه كلام زائد اه. أجاب عنه في فتح القدير بأن الكلام المبدل للمجلس ما يكون قطعا للكلام الاول وإفاضة في غيره وليس هذا كذلك بل الكل متعلق بمعنى واحد وهو الطلاق اه. ودخل ما لو كانت تصلي المكتوبة فأتمتها أو في نفل مطلق فأتمت شفعا فقط. وفي الخلاصة: والاربع قبل الظهر والوتر بمنزلة الفريضة، وصححه في الميحط اه. وفي الخانية: إذا كان الطلاق والعتق من الزوج فهما أمر واحد لا يخرج الامر من يدها بأيهما بدأت، وما لو جعل أمرها وأمر عبده بيدها فبدأت بعتق العبد ثم طلقت نفسها ففرقوا بين عبد الزوج وعبد غيره في بداءتها بعتقه، فالاول يدل على الاعراض دون الثاني. وقيد بالاتكاء لانها لو اضطجعت قال بعضهم لا يبطل الامر، وقال بعضهم إن هيأت الوسادة كما تفعل للنوم يبطل. كذا في الخلاصة. وأشار إلى أنها لو كانت محتبية فتربعت أو على العكس لا يبطل بالاولى كما في جامع الفصولين. وقيد بدعوتها الشهود لانها لو ذهبت إليهم وليس عندها أحد يدعوهم ففيه اختلاف قدمناه قريبا. ولو قال فأوقفتها مكان وقفت لكان أولى ليعلم الحكم في وقوفها بدون إيقافها بالاولى ومسألة الايقاف في جامع الفصولين. ولا يخفى أن هذا كله إذا كان التفويض منجزا، أما إذا كان معلقا بالشرط فلا يصير الامر بيدها إلا إذا جاء الشرط فحينئذ يعتبر مجلس العلم إن كان

***

[٥٦٤]

مطلقا، والقبول في ذلك المجلس ليس بشرط لكن يرتد بالرد. وأما إذا كان موقتا بوقت منجزا أو معلقا فالامر بيدها ما دام الوقت باقيا، علمت أو لا. فإذا مضى الوقت انتهى، علمت أو لا. كذا في الولوالجية. يعني فلا يبطل بالقيام ولا بما يدل على الاعراض. وبما تقرر علم أن التقدير بمكث اليوم ليس بلازم، بل المراد المكث الدائم إذا لم يوجد دليل الاعراض يوما كان أو أكثر كما في غاية البيان. وفي جامع الفصولين: ولو مشت في البيت من جانب إلى جانب لم يبطل، وكذا في فصول العمادي ومعناه أن يخيرها وهي قائمة في البيت فمشت من جانب إلى جانب أما لو خيرها وهي قاعدة في البيت فقامت بطل خيارها بمجرد قيامها لانه دليل الاعراض.

***

[٥٦٥]

قوله: (والفلك كالبيت) أي والسفينة كبيت لا كدابة ولا فرق بينهما حقيقة لتبدل المجلس حقيقة. وافترقا بأن سير الدابة يضاف

إلى راكبها والسفينة إلي الماء والريح. وفي جامع الفصولين: لو قال لها أمرك بيدك كلما شئت فلها أن تطلق نفسها كلما شاءت في ذلك المجلس أو في مجلس آخر، إلا أنها لا تطلق دفعة واحدة أكثر من واحدة وإنما لها في المجلس تفريق الثلاث، فلو شاءت في العدة وقع لا بعد زوج آخر خلافا لزفر. وإذا ومتى ككلما في عدم التقييد بالمجلس لكن لا يفيد أن التكرار. وكيف وإن وحيث وكم وأين وأينما تتقيد بالمجلس والعتق كالطلاق في هذه المسائل حتى لو قال فيما لا يفيد التكرار لا أشاء ثم شاء العتق عتق. وكذا الطلاق واستشكله مؤلفه بأنه مخالف لقولهم لو اختارت زوجها بطل. وأجيب عنه فيما كتبته على جامع الفصولين بأنه يفرق بين اختيارها الزوج وبين قولها لا أشاء في مشيئة مكررة بأن الاختيار للزوج مبطل أصل التفويض وقولها لا أشاء إنما يبطل مشيئة من جملة المشيئات ولها المشيئة بعد ذلك فلا يبطل أصل التفويض. وفي جامع الفصولين أيضا: قال أمرها بيدها إن قامر ثم قامر وطلقت نفسها فقال إنك علمت منذ ثلاثة أيام ولم تطلقي في مجلس علمك قالت لا بل علمت الآن فالقول قولها. قال أمرك بيدك فطلقت نفسها فقال إنما طلقت نفسك بعد الاشتغال بكلام أو عمل، وقالت لا بل طلقت نفسي في ذلك المجلس بلا تبدله فالقول قولها لانه وجد سببه بإقراره وهو التخيير، فالظاهر عدم الاشتغال بشئ آخر. وقال خيرتك أمس فلم تختاري وقالت قد اخترت فالقول قوله. قال لقنه جعلت أمرك بيدك في العتق أمس فلم تعتق نفسك وقال القن فعلته لا يصدق إذ المولى لم يقر بعتقه لان جعل الامر بيده لا يوجب العتق ما لم يعتق القن نفسه والقن يدعي ذلك والمولى ينكره، ولا قول للقن في الحال لانه يخبر بما لا يملك إنشاءه لخروج الامر من يده بتبدل مجلسه. أقول: على هذا في مسألة الاشتغال بكلام إلى آخره ينبغي أن لا يقبل قولها اه. وقد أجبت عنه في حاشيته بالفرق بينهما لان في المسألة الاولى اتفقا على صدور الايقاع منها بعد التفويض والزوج يدعي إبطال إيقاعها فلا يقبل منه، وفي الثانية لم يقر المولى بالايقاع من العبد بعد التفويض. فإن قلت: هل التفويض يصح في النكاح الفاسد كالصحيح؟ قلت: قال في البزازية من فصل النكاح الفاسد: جعل أمرها بيدها في

***

[٥٦٦]

النكاح الفاسد إن ضربها بلا جرم فطلقت نفسه بحكم التفويض، إن قيل يكون متاركة كالطلاق وهو الظاهر فله وجه، وإن قيل لا فله وجه أيضا لان المتاركة فسخ وتعليق الفسخ بالشرط لا يصح. ولو قال لها طلقي نفسك فطلقت نفسها يكون متاركة لانه لا تعليق فيه، وفي الاول تعليق الفسخ بالضرب اه. قال في المصباح: شاورته واستشورته راجعته لارى رأيه فأشار علي بكذا أراني ما عنده من المصلحة فكانت إشارته حسنة، والاسم المشورة وفيها لغتان سكون الشين وفتح الواو وضم الشين وسكون الواو اه والله أعلم. فصل في المشيئة (ولو قال لها طلقي نفسك ولم ينو أو نوى واحدة فطلقت وقعت رجعية وإن طلقت ثلاثا ونواه وقعن). أي وقع الثلاث لان قوله طلقي نفسك معناه افعلي فعل التطليق فهو مذكور لغة لانه جزء معنى اللفظ فتصح نية العموم. وهو في حق الامة اثنتان، وفي حق الحرة ثلاث، وقد تقدم الفرق بينه وبين قوله طلقتك وأنت طالق. وأشار إلى أن نية الثنتين لا تصح هنا أيضا لكونه عددا. وأطلق تطليقها الثلاث فشمل ما إذا قالت طلقت نفسي ثلاثا وقولها قد فعلت مع نية الثلاث كما في الخانية. وشمل ما إذا أوقعت الثلاث بلفظ واحد ومتفرقا كما في فتح القدير. وقيد بنية الثلاث لانها لو طلقت ثلاثا وقد نوى واحدة لا يقع شئ عند الامام كما سيأتي. وقيد بخطابها لانه لو قال طلقي أي نسائي شئت فطلقت نفسها أو قال أمر نسائي بيدك لم يقع شئ. كذا في الخانية، ثم اعلم أن المخاطب هنا لم يدخل تحت عموم خطابه، ودخل في قوله نسائي كلهن طوالق إذ دخلت الدار فإذا دخلت هي طلقت هي وغيرها. كما في الخانية أيضا قوله: (وبأبنت نفسي طلقت لا باخترت) يعني إن أبنت نفسي يصلح جوابا لطلقي نفسك ولا يصلح اخترت نفسي جوابا

***

[٥٦٧]

له. والفرق بينهما أن الابانة من ألفاظ الطلاق لانه كناية والمفوض إليها الطلاق والاختيار ليس من ألفاظه لا صريحا ولا كناية بدليل الوقوع بأبنتك دون اختاري وإن نوى الطلاق وتوقفه على إجازته إذا قالت أبنت نفسي بشرط نيتها كما في تلخيص الجامع، وعدم التوقف إذا قالت اخترت نفسي منه. وإنما صار كناية بإجماع الصحابة رضي الله عنهم فيما إذا حصل جوابا للتخيير على خلاف القياس، وصلح جوابا للامر باليد أيضا لانه هو التخيير معنى فثبت جوابا له بدلالة نص إجماعهم على التخيير، لان قوله أمرك بيدك ليس معناه

إلا أنك مخيرة في أمرك الذي هو الطلاق بين إيقاعه وعدمه فهو مرادف للتخيير بلفظ التخيير للعلم بأن خصوص اللفظ ملغى بخلاف طلقي فإنه وضع لطلب الطلاق لا للتخيير بينه وبين عدمه. وفي المحيط من العتق: لو قال لامته اعتقي نفسك فقالت اخترت كان باطلا اه بخلاف ما إذا قالت جعلت الخيار إلي أو جعلت أمري بيدي فإنه يتوقف، فإذا أجاز صار أمرها بيدها كما قدمناه. وأشار بقوله طلقت إلى أنه رجعي لان مخالفتها في الوصف فقط فوقع أصل الطلاق دون ما وصفته به بخلاف ما لو قال طلقي نصف تطليقة فطلقت واحدة أو ثلاثا فطلقت ألفا حيث لا يقع شئ لان المخالفة في الاصل. وفي فتح القدير: واعلم أن المسألتين ذكرهما التمرتاشي والخلاف فيهما في الاصل إنما هو باعتبار صورة اللفظ لا غير إذ لو أوقعت على الموافقة أعني الثلاث والنصف كان الواقع هو الواقع بالتطليقة والالف، والخلاف في مسألة الكتاب باعتبار المعنى فإن الواقع بمجرد الصريح ليس هو الواقع بالبائن، وقد اعتبر الخلاف بمجرد اللفظ بلا مخالفة في المعنى نظرا إلى أنه الاصل في الايقاع والخلاف في المعنى غير خلاف وفيه ما لا يخفى اه. ولا فرق بين قوله طلقي نفسك وقوله طلقي نفسك تطليقة رجعية، ولا فرق بين قولها أبنت نفسي وبين قولها طلقت نفسي بائنة في وقوع الاصل وإلغاء الوصف كما في البدائع، وفيها من العتق: لو قال لامته أمر عتقك في يدك أو جعلت عتقك في يدك أو خيرتك في عتقك فأعتقت نفسها في المجلس عتقت ولا يحتاج إلى نية السيد اه. فينبغي أن يكون في الطلاق كذلك فتصير هذه الالفاظ بمنزلة طلقي نفسك

***

[٥٦٨]

لا تحتاج إلى نية. وأفاد بعدم صلاحيته للجواب أن الامر يخرج من يدها لاشتغالها بما لا يعنيها كما في فتح القدير. ودل اقتصاره على نفي الاختيار أن كل لفظ يصلح للايقاع من الزوج يصلح جوابا لطلقي نفسك كجواب الامر باليد كما صرح به في الخلاصة. وذكر في القنية: قال لها طلقي نفسك فقالت حلال الله علي حرام يقع بخوارزم وبخاري اه. وفي البزازية اخترت يصلح جوابا لامرك بيدك، ولاختاري لا لطلقي وطلقت جوابا للكل، والامر لا يصلح تفسيرا للامر لان إقامة التعزير في الاول غير مفوض إليه، وكذا الاختيار للاختيار وطلقي نفسك يصلح تفسيرا لقوله أمرك بيدك ولقوله اختاري اه. قوله: (ولا يملك الرجوع) أي ولا يملك الزوج الرجوع عن التفويض، سواء كان بلفظ التخيير أو بالامر باليد أو طلقي نفسك لما قدمنا أنه يتم بالمملك وحده من غير توقف على قبول وأنه تمليك فيه معنى التعليق، فباعتبار التمليك تقييد بالمجلس، وباعتبار التعليق لم يصح الرجوع عنه، ولا عزلها ولا نهيها. وفي جامع الفصولين والخانية: لو صرح بوكالتها فقال وكلتك في طلاقك كان تمليكا كقوله طلقي نفسك اه. بناء على أن الوكيل من يعمل لغيره وهذه عاملة لنفسها حتى لو فوض إليها طلاق ضرتها أو فوض أجنبي لها طلاق زوجته كان توكيلا فملك الرجوع منه لكونها عاملة لغيرها ولا يتقصر على المجلس. وفي فتح القدير: وكذا المديون في إبراء ذمته بقول الدائن له أبرئ ذمتك عامل لغيره بالذات ولنفسه ضمنا على ما قدمنا. والتوكيل استعانة فلو لزم ولم يملك الرجوع عاد على موضوعه بالنقض وقدمنا عدم ظهور الفرق بين طلقي وأبرئ ذمتك إذ كل ما يمكن اعتباره في أحدهما يمكن في الآخر، وأن عدم الرجوع أيضا يتفرع على معنى الملك الثابت بالتمليك بناء على أنه يثبت بلا توقف على القبول شرعا على ما صرح به في الذخيرة، وأنه لا حاجة إلى ترتبه على معنى التعليق المستخرج لانه يمكن مثله في الوكالات والولايات، فلو صح لزم أن لا يصح الرجوع عن توكيل وولاية، وأما الاقتصار على المجلس فبالاجماع على خلاف القياس ا ه. وقد قدمنا في فصل الاختيار أنه سهو لانه لا يمكن مثله في الوكالات والولايات شرعا لانه لا يصح تعليق الاجازة، بالزاي المعجمة

***

[٥٦٩]

بالشرط والطلاق يصح تعليقه وقد استمر على سهوه هذا. ولو قال إنه يمكن مثله في التوكيل بالطلاق لكان صحيحا لان التعليق المستخرج يمكن فيه على معنى إن طلقتها فهي طالق مع أنه يصح الرجوع عنه. وأما التوكيل بالبيع والولايات فلا دخل لها والله سبحانه وتعالى هو الموفق للصواب. وقد ظهر لي الفرق بين طلقي وأبرئ ذمتك وهو أنهما وإن اشتركا في العمل للنفس بتملكها نفسها وبراءة ذمته وللغير بامتثال أمر الزوج والدائن ولكن لما كان الطلاق محظورا في الجملة وهو أبغض المباحات عند الله تعالى كما في الحديث، لم يكن مقصود الزوج إلا أن تكون عاملة لنفسها قصدا، ولهذا قالوا: لا يكره التفويض وهي حائض. ولما كان الابراء عن الدين مستحبا سببا

للثواب لم يكن مقصوده إلا أن يكون المديون عاملا له لا لنفسه ليحصل الثواب له على فعل المستحب قصدا لا ضمنا. ومن العجب ما ذكره الشارح الزيلعي في الوكالة عند قوله وبطل توكيله الكفيل بمال أن قول الدائن أبرئ ذمتك تمليك لا توكيل كما لو قال لها طلقي نفسك فإنه يلزم عليه تقييده بالمجلس وعدم صحة الرجوع عنه والمنقول خلافه. ومن العجب ما في معراج الدراية في فصل الاختيار أنه لا يلزم من كونه تمليكا أن لا يصح الرجوع عنه لانتقاضه بالهبة فإنه تمليك ويصح الرجوع عنها فإنه على تقدير التسليم يلزم عليه التقييد بالمجلس، وقدمنا أنه لو أمره بإبراء نفسه لا يتقيد بالمجلس. وذكر الفارسي في شرح التلخيص أن الفرق أن الطلاق والعتاق مما يقبل التعليق بالشرط فكان التفويض فيهما تمليكا لا توكيلا محضا فاقتصر على المجلس والطلاق والعتاق مما يحلف به فكان يمينا فلم يمكن الرجوع عنه بخلاف التفويض في الابراء وأخواته فإنها لا تقبل التعليق بالشرط فكان توكيلا محضا فلم تقتصر على المجلس وأمكن الرجوع عنه اه. وفي الخانية من كتاب الوكالة: امرأة قالت لزوجها إذا جاء غد فاخلعني على ألف درهم كان ذلك توكيلا حتى لو نهته عن ذلك صح نهيها، وكذلك إذا قال العبد لمولاه إذا جاء غد فأعتقني على ألف درهم اه. وفي كافي الحاكم: إذا وكل الرجل امرأته بخلع نفسها فخلعت نفسها منه بمال أو عرض فإن ذلك لا يجوز إلا أن يرضى، وهذا بمنزلة البيع في هذا الوجه. ولو قال لامرأته اشتر طلاقك مني بما شئت وقد وكلتك بذلك فقالت قد اشتريته بكذا كذا كان باطلا، ولو قال لها اخلعي نفسك مني بكذا كذا ففعلت ذلك كان جائزا ولا يشبه الطلاق بمال الذي يخلع بغير مال اه. وفي البزازية. من الخلع: اشتر نفسك مني فقالت اشتريت لا يقع ما لم يقل بعت، ولو قال اخلعي نفسك مني فقالت خلعت وقع بلا قبوله. قوله: (وتقيد بمجلسها إلا إذا زاد متى شئت) لما قدمنا أنه تمليك
***
[٥٧٠]
وهو يقتصر على المجلس وإذا زاد متى شئت كان لها التطليق في المجلس وبعده لان كلمة متى عامة في الاوقات فصار كما إذا قال في أي وقت شئت. ومراده من متى ما دل على عموم الوقت فدخل إذا وأورد عليه أنه ينبغي أن يكون إذا عند الامام ك " إن كما تقدم في إذا لم أطلقك فيتقيد بالمجلس، وقدمنا جوابه بإمكان أن تعمل شرطا فيتقيد، وأن تعمل ظرفا فلا نتقيد والامر صار في يدها بيقين فلا يخرج بالشك ودخل حين قال في المحيط: ولو قال حين شئت فهو بمنزلة قوله إذا شئت لان الحين عبارة عن الوقت اه. وقيد بما يدل على عموم الوقت احترازا عن إن وكيف وحيث وكم وأين وأينما فإنه يتقيد بالمجلس. وكلما ك، - متى في عدم التقييد بالمجلس مع اختصاصها بإفادة التكرار إلى الثلاث على ما أسلفناه في فصل الامر باليد. والارادة والرضا والمحبة كالمشيئة بخلاف ما إذا علقه بشئ آخر من أفعالها كالاكل فإنه لا يتقصر على المجلس في الجميع ثم اعلم أن التفويض إليها بلفظ التطليق يتقيد بالمجلس، سواء أطلقه أو علقه بمشيئتها إلا في متى وإذا وحين وكلما كما قدمناه، ولكن بين إطلاقه وتعليقه بغير الاربع فرق فإنه مع الاطلاق تنجيز للتمليك، ومع التعليق إضافة له لا تنجيز. ومن فروع ذلك أنها لو طلقت نفسها بلا قصد غلطا لا يقع إذا ذكر المشيئة ويقع إذا لم يذكرها. قال في فتح القدير: وقد قدمنا في أول باب إيقاع الطلاق ما يوجب حمل ما أطلق من كلامهم من الوقوع بلفظ الطلاق غلطا على الوقوع في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى اه. ولو جمع بين إن وإذا فلها مشيئتان: مشيئة للحال نظرا إلى إن ومشيئة في عموم الاوقات نظرا إلى إذا قال في المحيط: ولو قال إن شئت فأنت طالق إذا شئت فلها مشيئتان: مشيئة في الحال ومشيئة في عموم الاحوال، لانه علق بمشيئتها في الحال طلاقا معلقا بمشيئتها في أي وقت كان، والمعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط، فإذا شاءت في المجلس صار كأنه قال أنت طالق إذا شئت اه. والظاهر أنه لا فرق بين تعليق التطليق أو الطلاق في حق هذا الحكم لما في المحيط أيضا أنه إذا قال لها طلقي نفسك ولم يذكر مشيئة فهو بمنزلة المشيئة إلا في خصلة وهي أن نية الثلاث صحيحة في طلقي دون أنت طالق إن شئت اه. وظاهره أنها إذا لم تشأ في المجلس خرج الامر من يدها لان المشيئة في المجلس هي الشرط في المشيئة في عموم الاوقات. وفي الظهيرى: إنه لو قال لامرأتين له طلقا أنفسكما ثلاثا وقد دخل بهما فطلقت كل واحدة منهما نفسها وصاحبتها على التعاقب ثلاثا طلقت كل واحدة منهما ثلاثا بتطليق
***
[٥٧١]
الاولى لا بتطليق الاخرى، لان تطليق الاخرى بعد ذلك نفسها وصاحبتها باطل، ولو بدأت الاولى فطلقت صاحبتها ثلاثا ثم طلقت

نفسها طلقت صاحبتها دون نفسها لانه في حق نفسها مالكة والتمليك يقتصر على المجلس، فإذا بدأت بطلاق صاحبتها خرج الامر من يدها، وبتطليقها نفسها لا يبطل تطليقها الاخرى بعد ذلك لانها في حق الاخرى وكيلة والوكالة لا تقتصر على المجلس. ولو قال لهما طلقا أنفسكما إن شئتما فطلقت إحداهما نفسها وصاحبتها لا تطلق واحدة منهما حتى تطلق الاخرى نفسها وصاحبتها بخلا ف ما تقدم. والحاصل أن كل واحدة منهما تنفرد بالايقاع على نفسها وعلى ضرتها في المسألة الاولى، وفي المسألة الثانية الاجتماع على الايقاع شرط الوقوع. ولو قال لهما أمركما بأيديكما يريد به الطلاق فالجواب فيه كالجواب فيما إذا قال طلقا أنفسكما إن شئتما في أنه لا تنفرد إحداهما بالطلاق غير أنهما يفترقان في حكم واحد وهو أنهما لو اجتمعا على طلاق واحدة منهما يقع. وفي قوله إن شئتما لا يقع لانه ثمة علق طلاق كل واحدة منهما بمشيئتهما طلاقهما جميعا، وههنا لم يعلق بل فوض تطليق كل واحدة منها إلى رأيهما، فإذا اجتمعا على طلاق واحدة يقع اه. وفي قوله فإذا بدأت بطلاق صاحبتها خرج الامر من يدها نظر لما قدمناه عن الخلاصة والخانية من أن اشتغالها بطلاق ضرتها لا يخرج الامر من يدها، وجوابه أن ما قدمناه عنهما في الامر باليد وما هنا إنما هو في الامر بالتطليق، والفرق بينهما أنها في الامر باليد مالكة لطلاق ضرتها لا وكيلة، وفي الامر بالتطليق وكيلة فافهم. والامر بالتطليق المعلق بمشيئتها كالامر باليد في حق هذا الحكم كما في الخانية. وفي المحيط: طلقا أنفسكما ثم قال بعده لا تطلقا أنفسكما، فلكل واحدة منهما أن تطلق نفسها ما دامت في ذلك المجلس، ولم يكن لها أن تطلق صاحبتها بعد النهي لانه توكيل في حق صاحبتها تمليك في حقها اه. وبما ذكرناه عن الظهيرية علم الفرق بين الامر بالتطليق المطلق والمعلق بمشيئتها في فرع ثان غير ما نقلناه عن ابن الهمام. وفي الخانية: لو قال لها طلقي نفسك ثلاثا إن شئت فقالت أنا طالق لا يقع شئ، ولو قال لها طلقي نفسك إن شئت فقالت قد شئت أن أطلق نفسي كان باطلا، ولو قال لها طلقي نفسك إذا شئت ثم جن جنونا مطبقا ثم طلقت المرأة نفسها قال محمد: كل شئ يملك الزوج أن يرجع عن كلامه يبطل بالجنون، وكل شئ لم يملك الزوج أن يرجع عن كلامه لا يبطل بالجنون اه. وفيها أيضا: لو قال أي نسائي شاءت طلاقها فهي طالق فشاءت طلاق الكل طلقن إلا واحدة، ولو قال أي نسائي شاءت الطلاق فهي طلاق فشئن طلقن اه. والفرق أن أيا في الاول وصفت بصفة خاصة، وفي الثاني بصفة عامة فليتأمل.

***

[٥٧٢]

وفي تلخيص الجامع للصدر من باب الطلاق في المرض أحد المأمورين ينفرد به وببدل لا وهو يمين منه بيع منها: قال لهما في مرضه وقد دخل بهما طلقا أنفسكما ثلاثا ملكت كل واحدة طلاقها وتوكلت في طلاق الاخرى ولا ينقسم، ومن طلقت بتطليقها لا ترث لرضاها، وكذا بتطليقهما معا لاضافته إليهما كالوكيل بالبيع مع الموكل، وبتطليق الاخرى ترث، وإن طلقت بعدها كالتمكين بعده. ولو قال طلقا أنفسكما ثلاثا إن شئتما يقتصر على المجلس للتمليك، ويشترط اجتماعهما للتعليق، فإن طلقت إحداهما كليهما ثلاثا والاخرى مثلها بانتا وورثت الاولى لعدم رضاها نظيره: طلقت نفسها في مرضه فأجازه بخلاف سؤالها، والثانية لا ترث لرضاها، ولو خرج كلامهما معا ورثتا لعدمه، ولو قال أمركما بيدكما فكما مر غير أن هنا لو اجتمعتا على إحداهما يقع وثمة لا للتعليق نظيره: وكل رجلين ببيع عبدين أو طلاق امرأتين بمال معلوم قال طلقا أنفسكما بألف يتقيد المجلس ويشترط اجتماعهما ولا يرثان بحال، ولو اجتمعا على إحداهما صح بحصته من مهرها اه قوله: (ولو قال لرجل طلق امرأتي لم يتقيد بالمجلس إلا إذا زاد إن شئت) لانه توكيل وأنه استعانة فلا يقتصر على المجلس. وأشار إلى أنه له الرجوع عنه بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا. وإذا زاد إن شئت بأن قال لرجل طلقها إن شئت فإنه يتقيد بالمجلس، ولو صرح بأنه وكيل كما في الخانية من الوكالة. وأشار إلى أنه لا رجوع له. وقال زفر: هذا والاول سواء لان التصريح بالمشيئة كعدمه لانه يتصرف عن مشيئته فصار كالوكيل بالبيع إذا قيل له بع إن شئت. ولنا أنه تمليك لانه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته، والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع فإنه لا يحتمله. كذا في الهداية. وتعقبه بعضهم بأن البيع فيه ليس بمعلق بالمشيئة بل المعلق فيه الوكالة بالبيع وهي تقبل التعليق وكأنه اعتبر التوكيل بالبيع بنفس البيع اه. ورده في فتح القدير بأنه غلط يظهر بأدنى تأمل، لان التوكيل هو قوله بع فكيف يتصور كون نفس قوله معلقا بمشيئة غيره، بل وقد تحقق وفرغ منه قبل مشيئة ذلك الغير ولم يبق لذلك الغير سوى فعل متعلق التوكيل أو عدم القبول والرد اه. وهو سهو يظهر بأدنى تأمل لانه لم يقل إن التوكيل معلق حتى يرد عليه ما ذكره، وإنما ذكر أن الوكالة معلقة بالمشيئة والوكالة أثر التوكيل فجاز إطلاق التوكيل

عليها في قوله وكأنه اعتبر التوكيل أي الوكالة. والحق أن البيع والتوكيل به لم يعلقا بالمشيئة وإنما المعلق الوكالة وتعليقها صحيح فيحتاج إلى الفرق بين قوله طلقها إن شئت وبع إن شئت. ثم اعلم أن قول صاحب
***
[٥٧٣]
الهداية والبيع لا يحتمل ظاهر في أنه لا يحتمل التعليق بالمشيئة، وإذا لم يحتمله فهل يبطل أو يصح ويبطل التعليق؟ قال في المحيط من كتاب الايمان من قسم التعليق: لو قال لرجل بعت عبدي منك بكذا إن شئت فقبل يكون بيعا صحيحا إذ البيع لا يحتمل التعليق اه. قيد بقوله طلقها لانه لو قال أمر امرأتي بيدك يقتصر على المجلس ولا يملك الرجوع على الاصح وإن قال بعض هذا توكيل لانه صرح بالامر. كذا في الخلاصة. وكذا لو قال جعلت إليك طلاقها فطلقها يقتصر على المجلس ويكون رجعيا. كذا في الخانية. وفي الظهيرية: لو قال قل لامرأتي أمرك بيدك لا يصير الامر بيدها ما لم يقل المأمور بخلاف قل لها إن أمرها بيدها. ولو قال أمرها بيد الله وبيدك انفرد المخاطب وذكر الله هنا للتبرك عرفا، وكذا في العتاق والبيع والاجارة والخلع والطلاق على مال. ولو قال أمرها بيدي ويدك لا ينفرد المخاطب، ولو قال طلقها ما شاء الله وشئت فطلقها المخاطب لا يقع لاستعماله للاستثناء، ولو قال طلقها بما شاء الله وشئت من المال فطلقها المخاطب جاز لان المشيئة هنا تنصرف إلى البدل لا إلى التفويض اه. فإن قلت: إذا جمع لاجنبي بين الامر باليد والامر بالتطليق فما المعتبر منهما؟ قلت قال في الخانية: لو قال لغيره أمر امرأتي بيدك فطلقها فقال لها المأمور أنت طالق أو قال طلقتك يقع تطليقة بائنة إلا إذا نوى الزوج ثلاثا فثلاث، وكذا لو قال طلقها فأمرها بيدك بخلاف ما لو قال أمرها بيدك في تطليقة أو بتطليقة فطلقها فطلقها المأمور في المجلس وقعت واحدة رجعية، ولو قال طلقها وقد جعلت أمر ذلك إليك فهو تفويض يقتصر على المجلس ويقع واحدة رجعية، ولو قال طلقها وقد جعلت إليك طلاقها فطلقها يقتصر على المجلس ويكون رجعيا. ولو قال طلقها فأبنها أو أبنها فطلقها فهو توكيل لا يقتصر على المجلس وللزوج الرجوع ويقع بائنة، وليس له أن يوقع أكثر من واحدة. ولو قال طلقها وقد جعلت أمرها بيدك أو جعلت أمرها بيدك وطلقها كان الثاني غير الاول لان الواو للعطف، فأما حرف الفاء في هذه المواضع يكون لبيان السبب فلا يملك إلا واحدة. وإذا ذكر بحرف الواو فطلقها الوكيل في المجلس تبين بتطليقتين لان الواقع بحكم الامر يكون بائنا، فإذا كان أحدهما بائنا كان الآخر بائنا، فإن طلقها الوكيل بعد القيام عن المجلس تقع رجعية لان التفويض يبطل بالقيام عن المجلس وبقي التوكيل بصريح الطلاق، وكذا لو قال أمرها بيدك وطلقها. ولو قال طلقها وأبنها أو قال أبنها وطلقها وطلقها في المجلس أو غيره يقع تطليقتان لانه وكله بالابانة والطلاق والتوكيل لا يبطل بالقيام عن المجلس فيقع طلاقان اه.
***
[٥٧٤]
وحاصله أنه إذا جمع للاجنبي بين الامر باليد والامر بالتطليق بالفاء فهو واحد ولا اعتبار للامر باليد، تقدم أو تأخر، فيتقيد بالمجلس ولا يملك عزله وتقع بائنة. وإن كان بالواو فهما تفويضان فالامر باليد تمليك يعطى أحكامه، والامر بالتطليق توكيل فيأخذ أحكامه وإن أمره بالابانة والتطليق بالفاء فهو توكيل بواحد، وإن كان بالواو فهو توكيل بالابانة والتطليق فيقع طلاقان. وإن جمع بين الجعل إليه وبين الامر بالتطليق فإن قدم الجعل فهو تمليك، وإن أخره فهو توكيل، وظاهره أنه لا فرق بين الفاء والواو، وإلى هنا ظهر الفرق بين التمليك والتوكيل في أربعة أحكام، فالتمليك يتقيد بالمجلس ولا يصح الرجوع عنه ولا العزل ولا يبطل بجنون الزوج، وانعكست هذه الاحكام في التوكيل. ولو قال المصنف ولقال لغيرها طلقها لكان أولى ليشمل ما إذا أمر زوجته بطلاق ضرتها كما قدمناه. وسيأتي عن الخانية في باب التعليق أنه لو قال كل امرأة أتزوجها فقد بعت طلاقها منك بدرهم ثم تزوج امرأة فقالت التي كانت عنده حين علمت بنكاح غيرها قبلت أو قالت طلقتها أو قالت اشتريت طلاقها طلقت التي تزوجها، وإن قالت التي عنده قبل أن يتزوج أخرى قبلت لا يصح قبولها لان ذلك قبول قبل الايجاب اه. وأطلق الرجل فشمل ما إذا فوضه لصبي لا يعقل أو مجنون فلذا قال في المحيط: لو جعل أمرها بيد صبي لا يعقل أو مجنون فذلك إليه ما دام في المجلس لان هذا تمليك في ضمنه تعليق، فإن لم يصح باعتبار التمليك يصح باعتبار معنى التعليق فصححناه باعتبار التعليق فكأنه قال إن قال لك المجنون أنت طالق فأنت طالق، وباعتبار معنى التمليك يقتصر على المجلس عملا بالشبهين اه. لكن في الخانية قال: رجل فوض طلاق امرأته إلى صبي قال في الاصل: إن كان ممن يعبر يجوز اه. ومفهومه أنه

إذا كان لا يعبر لا يجوز، ولا مخالفة بين ما في المحيط وما فيها لان الصبي الذي لا يعقل يشترط أن يكون ممن يتكلم ليصح أن يوقع الطلاق عليها ولا يلزم من التعبير العقل كما لا يخفى. وفي الخانية: لو جن المجعول إليه بعد التفويض فطلق قال محمد: إن كان لا يعقل ما يقول لا يقع طلاقه اه. فعلى هذا يفرق بين التفويض إلى المجنون ابتداء وبين طربان الجنون، ونظيره ما ذكره في الخانية بعده: لو وكل رجلا ببيع عبده فجن الوكيل جنونا يعقل فيه البيع والشراء ثم باع الوكيل لا ينعقد بيعه، ولو وكل رجلا مجنونا بهذه الصفة ببيع عبده ثم باع الوكيل نفذ بيعه لانه إذا لم يكن مجنونا وقت التوكيل كان التوكيل ببيع تكون العهدة فيه على الوكيل. وبعدما جن الوكيل لو نفذ بيعه كانت العهدة فيه على الموكل فلا ينفذ، أما إذا كان الوكيل مجنونا وقت التوكيل فإنما وكل ببيع تكون العهدة فيه على الموكل، فإذا أتى بذلك نفذ بيعه على الموكل اه. وفي تفويض الطلاق وإن كان لا عهدة أصلا ولكن الزوج حين التفويض لم يعلق إلا على كلام عاقل، فإذا طلق وهو مجنون لم يوجد الشرط بخلاف ما إذا فوض إلى مجنون ابتداء وبين التفويض إلى مجنون وتوكيله بالبيع فرق فإنه في التفويض يصح وإن لم يعقل أصلا باعتبار معنى التعليق،

***

[٥٧٥]

وفي التوكيل بالبيع لا يصح إلا إذا كان يعقل البيع والشراء كما قيده به في الخانية وكأنه بمعنى المعتوه. ومن فرعي التفويض والتوكيل بالبيع ظهر أنه تسومح في الابتداء ما لم يتسامح في البقاء وهو خلاف القاعدة الفقهية من أنه يتسامح في البقاء ما لا يتسامح في الابتداء. ثم اعلم أن ما نقلناه عن المحيط والخانية إنما هو فيما إذا جعل أمرها بيد صبي أو مجنون لا فيما إذا وكلهما، ولا بد في صحة التوكيل مطلقا من عقل الوكيل كما صرحوا به في كتاب الوكالة. فعلى هذا لا بد من التقييد بالعقل في كلام المصنف، وحينئذ فهذه مما خالف فيها التمليك التوكيل. ولم يذكر المصنف جواب الامر بالتطليق المعلق بالمشيئة. وفي المحيط: لو قال لرجل طلق امرأتي إن شئت فقال شئت لا يقع لان الزوج أمره بتطليقها إن شاء ولم يوجد التطليق بقوله شئت، فلو قال هي طالق إن شئت فقال شئت وقع لوجود الشرط وهو مشيئته، ولو قال طلقها فقال فعلت وقع لانه قوله فعلت كناية عن قوله طلقت، ولو قال أنت طالق إن شاء فلان فمات فلان لا يقع لتعذر وجود الشرط اه. وفي الخلاصة: لو جعل أمرها بيد رجلين لا ينفرد أحدهما، ولو قال لهما طلقا امرأتي ثلاثا فطلقها أحدهما واحدة والآخر ثنتين طلقت ثلاثا اه. وأشار المصنف إلى أنه لو أرسل التفويض إليها مع رجل فإنه يجوز بالاولى، وقدمنا قريبا عن الظهيرية الفرق بين قوله قل لها أمرك بيدك حيث لا يكون الامر بيدها إلا إذا قال لها، وقوله قل لها إن أمرك بيدك حيث يكون الامر بيدها من غير قول الرسول. وفي جامع الفصولين: شهدا أن فلانا أمرنا أن نبلغ امرأته أنه فوض إليها فبلغناها وقد طلقت نفسها بعده جازت شهادتهما، ولو شهدا أن فلانا قال لنا فوضا إليها ففعلنا لم يجز نظير المسألة الاولى أنهما لو شهدا أن فلانا أمرنا أن نبلغ فلانا أنه وكله ببيع قنه فأعلمناه ثم باعه جازت شهادتهما اه. ولو قال المؤلف إلا إذا زاد إن شئت أو شاءت لكان أولى لانه يتقيد بالمجلس إذا وجد أحدهما لما في الخانية: لو قال لغيره أنت وكيلي في طلاق امرأتي إن شاءت أو هويت أو أرادت لم يكن وكيلا حتى تشاء المرأة في مجلسها لانه علق التوكيل بمشيئتها فيقتصر على مجلس العلم كما لو علق الطلاق بمشيئتها، فإذا شاءت في المجلس يكون وكيلا، فإن قام الوكيل عن المجلس قبل أن يطلق بطلت الوكالة. وقال بعض العلماء: لا تبطل لان المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمرسل فيصير كأنه قال بعد مشيئتها أنت وكيلي في طلاقها فلا يقتصر على المجلس. قالوا: والصحيح جواب الكتاب لان ثبوت الوكالة بالطلاق بناء على ما فوض إليها من المسيئة ومشيئتها تقتصر على المجلس فكذلك

***

[٥٧٦]

الوكالة اه. وحاصله أنه لا بد من مشيئتها في مجلسها وتطليقه في مجلسه وهذا مما يلغز به فيقال: وكالة تقيدت بمجلس الوكيل. وإياك أن تفهم من التقييد بالمجلس أنه تمليك لان ذلك فيما إذا علقه بمشيئته وهنا علقه بمشيئتها فكان توكيلا فيملك عزله. وفي القنية: كتب إلى أخيه: أما بعد فإن وصل إليك كتابي فطلق امرأتي إن سألت ذلك، فوصل وعرض عليها فلم تسأل الطلاق إلا بعد أربعة أيام أو خمسة ثم سألته فطلقها لا يقع. قال له طلق امرأتي إن شاءت لا يصير وكيلا ما لم تشأ ولها المشيئة في مجلس علمها، فإذا شاءت صار وكيلا، فلو طلقها في المجلس يقع، ولو قام عن مجلسه بطل التوكيل. وينبغي أن يحفظ هذا فإن البلوى فيه تعم فإن عامة كتب الطلاق على هذه المثابة والوكلاء يؤخرون الايقاع عن مشيئتها ولا يدرون أن الطلاق لا يقع اه. وقيد بقوله طلقها لانه لو قال له رجل أريد أن أطلق

امرأتك ثلاثا فقال الزوج نعم فقال الرجل طلقت امرأتك ثلاثا، فالصحيح أن هذا كقول الرجل لامرأته نعم بعد قولها له أريد أن أطلق نفسي ثم طلقت نفسها من أنه لا يقع إلا إذا نوى الزوج التفويض إليها، وإن عنى بذلك طلقي نفسك إن استطعت أو طلقها إن استطعت لا تطلق كما في الخانية. ولو قال لا أنهاك عن طلاق امرأتي لا يكون توكيلا، ولو قال لعبده لا أنهاك عن التجارة يكون إذنا في التجارة لان قوله للعبد ذلك لا يكون دون ما لو رآه يبيع ويشتري ولم ينهه وثمة يصير مأذونا في التجارة فههنا أولى. ولو رأى انسانا يطلق امرأته ولم ينهه لا يصير المطلق وكيلا ولا يقع كذلك هنا، ولو قال لغيره وكلتك في جميع أموري فطلق الوكيل امرأته اختلفوا فيه، والصحيح أنه لا يقع. وفي فتاوى الفقيه أبي جعفر: لو قال وكلتك في جميع أموري وأقمتك مقام نفسي لم تكن الوكالة عامة، وإن كان أمر الرجل مختلفا ليس له صناعة معروفة فالوكالة باطلة، وإن كان الموكل تاجرا ينصرف التوكيل إلى التجارة قال رحمه الله: ولو قال وكلتك في جميع أموري التي يجوز بها التوكيل كانت الوكالة عامة في جميع البياعات والانكحة وكل شئ. وعن محمد: لو قال هو وكيلي في كل شئ جائز صنعه كان وكيلا في البياعات والهبات والاجارات. وعن أبي حنيفة أنه يكون وكيلا في المعاوضات دون الهبات والعتاق. وقال مولانا: وهذا كله إذا لم يكن في حال مذاكرة الطلاق، فإن كان في حال مذاكرة الطلاق يكون وكيلا بالطلاق. كذا في الخانية: وأطلق في فعل الوكيل فشمل ما إذا سكر فطلق فإنه يقع على الصحيح كما في الخانية. وفيها من فصل التوكيل بالطلاق منه مسائل مهمة لا بأس بذكرها تكثيرا للفوائد منها: الوكيل بالطلاق والعتاق أو غيرهما إذا قبل التوكيل وغاب الموكل فإن الوكيل لا يجبر على فعل ما وكل فيه إلا فيما إذا قال له ادفع هذه العين إلى فلان فإنه يجبر على دفعه لان الشئ المعين جاز أن يكون أمانة عند الآمر فيجب عليه تسليم الامانة، وأما في غيره من الطلاق وغيره إنما أمره بالتصرف في ملك الآمر وليس على الآمر إيقاع الطلاق والعتاق فلا يجب على الوكيل. ومنها لو وكله بطلاق امرأته بطلبها عند
***
[٥٧٧]
السفر وسافر ثم عزله بغير محضر المرأة، الصحيح أنه يملك عزله لانه لا يجب عليه بطلبها. ومنها لو وكله بالطلاق ثم قال كلما عزلتك فأنت وكيلي، قيل لا يصح التوكيل لان فيه تغيير حكم الشرع والصحيح صحته، ثم قيل لا يملك عزله والصحيح أنه يملكه. وفي طريق عزله أقوال، قال السرخسي: يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف إلى المعلق والمنجز، وقيل يقول عزلتك كلما وكلتك، وقيل يقول رجعت عن الوكالات المعلقة وعزلتك عن الوكالات المطلقة. ومنها لو وكله بطلاق امرأتيه فطلق إحداهما طلقت. ومنها لو وكله ليطلقها للسنة فطلقها في غير وقت السنة لا يقع لا للحال ولا إذا جاء وقت السنة لا يخرج عن الوكالة حتى لو طلقها بعد ذلك في وقت السنة يقع. ومنها لو طلقها الموكل ولو بائنا فطلاق الوكيل واقع ما دامت العدة ولا ينعزل بإبانة الموكل إذا لم يكن طلاق الوكيل بمال، فلو لم يطلقها الوكيل حتى تزوجها الموكل في العدة وقع طلاق الوكيل، وإن تزوجها بعد العدة لم يقع، وكذا لو طلقها الوكيل بعد ردة أحدهما ما دامت في العدة إلا إذا قضى بلحاقه فحينئذ تبطل الوكالة، وارتداد الوكيل لا يبطلها إلا بالقضاء بلحاقه. ومنها لو قال له إذا تزوجت فلانة فطلقها صح لصحة تعليق الوكالة. ومنها لو وكله بالطلاق فطلق قبل العلم لم يقع. ومنها لو وكله فرد ثم طلق لم يقع ولو سكت بلا قبول ثم طلق وقع ومنها لو شرط الخيار للموكل أو غيره في الوكالة صحت وبطل الشرط، ولا فرق بين وكالة ووكالة. ومنها لو وكله بطلاق امرأته وله أربع فطلق الوكيل واحدة بغير عينها، أو قال طلقت امرأتك فالبيان إلى الزوج، ولو طلق الوكيل معينة جاز ولا يقبل من الزوج أنه ما أرادها كما لو وكله ببيع عبد من عبيده فباع عبدا بعينه. ومنها لو قال له طلقها غدا فقال الوكيل أنت طالق غدا كان باطلا، ولو قال طلقها فقال الوكيل أنت طالق إن دخلت الدار فدخلت لم يقع، وإن قال طلقها ثلاثا للسنة فقال الوكيل في طهر لم يجامعها فيه أنت طالق ثلاثا للسنة يقع للحال واحدة ويبطل الباقي، وقيل على قياس قول أبي حنيفة ينبغي أن لا يقع شئ لانه مأمور بإيقاع الواحدة في كل طهر. وعنده المأمور بالواحدة إذا أوقع الثلاث لا يقع شئ والاصح أنه يقع هنا واحدة بلا خلاف لان عند أبي حنيفة تعتبر الموافقة من حيث اللفظ فإن الرجل إذا قال لغيره طلق امرأتي ثلاثا فطلقها ألفا لا يصح، وكذا لو قال لغيره طلق امرأتي نصف تطليقة فطلقها الوكيل تطليقة لا يقع شئ، وهنا وجدت الموافقة من حيث اللفظ فيقع واحدة. ولو قال طلقها ثلاثا للسنة بألف فقال لها الوكيل في وقت السنة أنت طالق ثلاثا بألف فقبلت يقع واحدة بثلث الالف، فإن طلقها الوكيل في الطهر الثاني تطليقة بثلث الالف فقبلت يقع أخرى بغير شئ، وكذا لو طلقها الثالثة في الطهر الثالث. ولو طلقها الوكيل أولا تطليقة بثلث الالف ثم تزوجها

الزوج ثم طلقها الوكيل تطليقة ثانية بثلث الالف تقع الثانية بثلث الالف، وكذا الثالثة على هذا الوجه. ومنها لو وكله بطلاق المبانة بألف فطلقها الوكيل بألف

***

[٥٧٨]

في العدة، فإن كان بعد ما تزوجها الموكل طلقت بالالف وإلا طلقت بغير شئ بخلاف ما لو وكله في طلاقها بالالف ثم طلقها الزوج بألف ثم طلقها الوكيل بألف فإنه لا يقع شئ. ومنها الوكيل بالاعتاق إذا أقر أنه أعتقه أمس وكذبه الموكل لا يقبل قول الوكيل لانه أقر بالاعتاق بعد خروجه عن الوكالة، وكذا الوكيل بالطلاق. ومنها لو وكل الوكيل بالطلاق أو العتاق غيره فطلق الثاني بحضرة الاول أو غيبته لا يجوز، وكذا لو طلقها أجنبي فأجاز الوكيل، ففي الخلع والنكاح إذا فعل الثاني بحضرة الاول أو أجاز الوكيل فعل الاجنبي جاز اه. وقد ظهر من كلامهم أن التوكيل بالطلاق فيه معنى التعليق من وجه حتى اعتبروا فيه الموافقة من حيث اللفظ وإن لم يوافق من حيث المعنى كما نقلناه آنفا، ولم يجوزوا إجازة الوكيل ولا فعل وكيله بحضرته نظرا إلى أن الطلاق معلق بقوله فلا يقع بقول غيره، ولم يعتبروا معنى التعليق فيه من جهة أنهم جوز والرجوع عنه ولذا قال في عمدة الفتاوى: لو قال الموكل كلما أخرجتك عن الوكالة فأنت وكيلي فله أن يخرجه من الوكالة بمحضر منه ما خلا الطلاق والعتاق لانهما مما يتعلقان بالشرط، والاخطار بمنزلة اليمين ولا رجوع عن اليمين اه. وفي الخلاصة: المختار أنه يملك عزله بحضرته إلا في الطلاق والعتاق والتوكيل بسؤال الخصم اه. فقد علمت أنهم اعتبروا فيه معنى التعليق من هذا الوجه أيضا. وحاصل القول المختار أن للموكل أن يعزل وكيل الطلاق والعتاق إلا أن يقول كلما أخرجتك عن الوكالة فأنت وكيلي فإنه يصير لازما لا يقبل الرجوع. وفي البزازية من كتاب الوكالة: التوكيل بالطلاق تعليق الطلاق بلفظ الوكيل ولذا يقع منه حال سكره. ومنها التوكيل باليمين بالطلاق جائز بدليل أن من قال لامرأة الغير إن دخلت الدار فأنت طالق فأجاز الزوج جاز الوكيل بالطلاق إذا خالع على مال إن كانت مدخولة فخلاف إلى شر، وإن غير مدخولة فإلى خير وعليه أكثر المشايخ، واختاره الصفار. وقال ظهير الدين: لا يصح في غير المدخولة أيضا لانه خلاف فيهما إلى شر اه. ولعل الشر في غير المدخولة ارتكاب الحرمة بأخذ المال إن كان النشوز منه وإلا فالطلاق قبل الدخول بائن ولو بلا عوض، فأخذ المال خير للموكل كما لا يخفى إلا أن يقال الشر فيه أنه وكله بالتنجيز وقد أتى بالتعليق لانه معلق بقبولها. وفي الخانية من الوكالة: وكله أن يخلع امرأته فخلعها على درهم جاز في قوله أبي حنيفة: ولا يجوز في قولهما إلا فيما يتغابن الناس فيه، ولو وكل الرجل امرأته أن تخلع نفسها منه بمال أو عوض لا يجوز إلا أن يرضى الزوج به اه. قوله: (ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة وقعت واحدة) لانها لما ملكت إيقاع الثلاث كان لها أن توقع منها ما شاءت كالزوج نفسه، ولا فرق بين الواحدة والثنتين.

***

[٥٧٩]

ولو قال فطلقت أقل وقع ما أوقعته لكان أولى. وأشار إلى أنها لو طلقت ثلاثا فإنه يقع بالاولى، سواء كانت متفرقة أو بلفظ واحد. وإلى أنه لو قال لها اختاري تطليقتين فاختارت واحدة تقع واحدة كما في المحيط. ولا فرق في حق هذا الحكم بين التمليك والتوكيل فلو وكله أن يطلقها ثلاثا فطلقها واحدة وقعت واحدة، ولو وكله أن يطلقها ثلاثا بألف درهم فطلقها واحدة لا يقع شئ إلا أن يطلقها واحدة بكل الالف. كذا في كافي الحاكم. وقيد بقوله طلقي لانه لو قال لها أنت طالق ثلاثا على ألف فطلقت واحدة بألف لم يقع شئ بخلاف ما لو قال لرجل طلقها ثلاثا بألف فطلقها واحدة بألف حيث يقع واحدة لانه لا بد من المطابقة بين إيجابه وقبولها لفظا ومعنى، وفي الوكالة المخالفة إلى خير لا تضر. كذا في البزازية قوله: (لا في عكسه) أي لا يقع فيما إذا أمرها بالواحدة فطلقت ثلاثا بكلمة واحدة عند الامام. وقالا: يقع واحدة لانها أتت بما ملكته وزيادة. وحقيقة الفرق للامام بين المسألتين أنها ملكت الواحدة وهي شئ بقيد الوحدة بخلاف الواحدة التي في ضمن الثلاث فإنها بقيد ضد. وقيد الامر بتطليق الواحدة لانه لو قال أمرك بيدك ينوي واحدة فطلقت نفسها ثلاثا. قال في المبسوط: وقعت واحدة اتفاقا لانه لم يتعرض للعدد لفظا واللفظ صالح للعموم والخصوص. وفي الخانية: جرى بينه وبين امرأته كلام فقالت اللهم نجني منك فقال الزوج تريدين النجاة مني فأمرك بيدك ونوى به الطلاق ولم ينو العدد، فقالت طلقت نفسي ثلاثا، فقال الزوج نجوت لا يقع عليها شئ في قول أبي حنيفة لانه إذا لم ينو الثلاث كان كأنه قال لها

طلقي نفسك ولم ينو العدد فقالت طلقت نفسي ثلاثا لا يقع شئ في قول أبي حنيفة، ويقع واحدة في قول صاحبيه. ولا يقال قول الزوج بعد قولها طلقت نفسي ثلاثا نجوت لم لا يكون إجازة لانا نقول: قول الزوج نجوت يحتمل الاستهزاء فلا يجعل إجازة بالشك ا ه. وعلى هذا لا يحتاج في تصوير المسألة الخلافية أن يقول لها طلقي نفسك واحدة بل طلقي نفسك من غير تعرض للعدد على الخلاف أيضا. وفي كافي الحاكم من كتاب الوكالة: لو وكله أن يطلق امرأته فطلقها الوكيل ثلاثا إن نوى الزوج الثلاث وقع الثلاث، وإن لم ينو الثلاث لم يقع شئ في قول أبي حنيفة. وقالا: يقع واحدة ا ه. ثم اعلم أن ما نقلناه عن الخانية مشكل على ما في المبسوط في مسألة الامر باليد فإنه نقل أنه لو قال لها أمرك بيدك ينوي واحدة فطلقت ثلاثا وقعت واحدة عند أبي حنيفة، وذكره في المعراج

***

[٥٨٠]

والعناية. فإذا قال أمرك بيدك ولم ينو شيئا من العدد فطلقت ثلاثا كيف لا تقع الواحدة عنده بل الوقوع بالاولى فما في الخانية مشكل والله سبحانه أعلم. وقيدنا بكونه بكلمة واحدة لانها لو قالت واحدة وواحدة وواحدة وقعت واحدة اتفاقا لامتثالها بالاول ويلغو ما بعده، وأورد على مسألة الكتاب أن الرجل إذا كانت له أربع نسوة فقال لواحدة منهن طلقي واحدة من نسائي فطلقتهن جميعا يقع الطلاق على واحدة منهن، وكان ينبغي أن لا يقع على قول الامام اعتبارا بمسألة الكتاب. وأجاب عنه في الظهيرية أيضا بالفرق بينهما وهو أن الثلاث اسم لعدد خاص لا يقع على ما دونه ولا على ما عداه وليس فيه معنى العموم والواحد خاص. وإرادة الخصوص من الخصوص ممتنعة، واسم النساء عام لانه لا يقع على مقدار بعينه والعام ما ينتظم جميعا من المسميات من غير تقدير ولا تحديد، وإرادة الخصوص من العموم سائغة ألا ترى أنه لو حلف أن لا يتزوج النساء فتزوج امرأة واحدة يحنث، والمسألة في وكالة المبسوط ا ه. وفي المحيط: لو وكل أجنبيا أن يطلق زوجته واحدة فطلقها ثلاثا إن نوى الزوج وقع، وإن لم ينو لا يقع عنده خلافا لهما ا ه. ولعله إن أجاز الزوج وقع وإلا فلا، لانه فضولي بتطليق الثلاث فتوقف على الاجازة. وقياسه أن يتوقف في المرأة أيضا وقد صرح به في فتح القدير. وأما النية فلا محل لها لان نية الثلاث بلفظ الواحدة غير صحيحة لانها لا تحتمله. وفي الخانية: وقال طلقها ثلاثا للسنة فقال الوكيل في طهر لم يجامعها فيه أنت طالق ثلاثا للسنة يقع واحدة للحال ويبطل الباقي بلا خلاف على الصحيح لوجود الموافقة في اللفظ، وقدمناه في أمر الاجنبي بطلاقها قريبا فارجع إليه. وقياسه في أمر المرأة أن يكون كذلك وقد صرح به في تلخيص الجامع للصدر فقال أنت طالق ثلاثا للسنة بألف وهي محل يقع واحدة بثلثها، وكذا في الطهر الثاني إن تزوجها قبله وإن تجدد ملكه لرضاه وإلا وقعت بغير شئ بشرط العدة، وكذا الثالث قال طلقي نفسك ثلاثا للسنة بألف فطلقت ثلاثا للسنة بها فعلى ما مر لا يقع في الباقي إلا بإيقاع جديد لانها لا تملك إضافته بخلاف جانبه، وقيل عنده لا يقع أصله طلقي واحد فطلقت ثلاثا والفرق واضح ا ه قوله: (وطلقي نفسك ثلاثا إن شئت فطلقت واحدة وعكسه لا) أي لا يقع فيهما. والمراد بالعكس أن يقول لها طلقي نفسك واحدة إن شئت فطلقت ثلاثا. ولا خلاف في الاولى أنه لا يقع لان تفويض الثلاث معلق بشرط هو مشيئتها إياها لان معناه إن شئت الثلاث فلم يوجد الشرط لانها لم تشإلا واحدة بخلاف ما إذا لم يقيد بالمشيئة كما قدمناه. ودخل في كلامه ما لو قالت شئت واحدة وواحدة وواحدة منفصلا بعضها عن بعض بالسكوت لان السكوت فاصل فلم يوجد مشيئة

***

[٥٨١]

الثلاث. وخرج عن هذه الصور إذا كان بعضها متصلا بالبعض من غير سكوت لان مشيئة الثلاث قد وجدت بعد الفراغ من الكل وهي في نكاحه، ولا فرق بين المدخولة وغيرها. كذا في المحيط. وعدم الوقوع في الثانية أيضا قول الامام، وعندهما يقع واحدة لما قدمناه فيما إذا لم يذكر المشيئة. وفي الخانية من باب التعليق: طلقي نفسك عشرا إن شئت فقالت طلقت نفسي ثلاثا لا يقع ا ه. وهو مبني على أنه لا تكفي الموافقة في المعنى بل لا بد من الموافقة في اللفظ وإن خالف في المعنى كما قدمناه، ولذا قال في الخانية بعده: لو قال لها أنت طالق واحدة إن شئت فقالت نصف واحدة لا تطلق ا ه. ثم اعلم أنه لا فرق في المعلق بالمشيئة بين أن يكون الامر بالتطليق أو نفس الطلاق حتى لو قال لها أنت طالق ثلاثا إن شئت أو واحدة إن شئت فخالفت لم يقع شئ. وفي الخانية من باب التعليق: أنت طالق واحدة إن شئت أنت طالق ثنتين إن شئت فقالت قد شئت واحدة وقد شئت ثنتين إذا وصلت فهي طالق ثلاثا ا ه. ومفهومه

أنها إذا فصلت لا يقع. وفي الخانية: لو قال لها أنت طالق إن شئت وشئت وشئت فقالت شئت لا يقع حتى تقول ثلاث مرات شئت ا هـ. وفي الخانية أيضا: أنت طالق أنت طالق أنت طالق إن شاء زيد فقال زيد شئت تطليقة واحدة قال أبو بكر البلخي: لا يقع شئ ولو قال شئت أربعا، فكذلك في قول أبي حنيفة، وعلى قولهما يقع الثلاث. وأشار بقوله طلقت إلى أن جواب الامر بالتطليق تطليقها نفسها فلو أجابت بقولها شئت أن أطلق نفسي كان باطلا كما في الخانية قوله: (ولو أمرها بالبائن أو الرجعي فعكست وقع ما أمر به) أي قال لها طلقي نفسك طلقة بائنة فقالت طلقت نفسي طلقة رجعية أو قال لها طلقي نفسك طلقة رجعية فقالت طلقت نفسي طلقة بائنة وقع في الاولى البائن، وفي الثانية الرجعي لانها أتت بالاصل وزيادة وصف فيلغو الوصف ويبقى الاصل. والضابط أن المخالفة إن كانت في الوصف لا يبطل الجواب بل يبطل الوصف الذي به المخالفة ويقع على الوجه الذي فوض به بخلاف ما إذا كانت في الاصل حيث يبطل أصلا كما إذا فوض واحدة فطلقت ثلاثا على قول الامام، أو فوض ثلاثا فطلقت ألفا. أطلق في قول فعكست فشمل في مسألة ما إذا أمرها بالرجعي ما إذا قالت أبنت نفسي وما إذا قالت طلقت نفسي بائنة، والثاني ظاهر بالغاء الوصف. وأما الاول فلانه راجع إلى الثاني وقدمناه في أول فصل المشيئة. وقد فرق بينهما قاضيخان في حق الوكيل فقال رجل قال لغيره طلق امرأتي رجعية فقال لها الوكيل طلقتك بائنة يقع واحدة رجعية، ولو قال الوكيل أبنتها لا يقع شئ. ولو قال للوكيل طلقها بائنة فقال لها الوكيل أنت طالق تطليقة رجعية تقع واحدة بائنة ا هـ.

***

[٥٨٢]

فيحتاج إلى الفرق بين قول الوكيل بالطلاق الرجعي أبنتها وبين المأمورة بالرجعي إذا قالت أبنت نفسي، ولعل الفرق مبني على أن الوكيل بالطلاق لا يملك الايقاع بلفظ الكناية لانها متوقفة على نية وقد أمره بطلاق لا يتوقف على النية فكان مخالفا في الاصل بخلاف المرأة فإنه ملكها الطلاق بكل لفظ يملك الايقاع به صريحا كان أو كناية، وهذا الفرق صحته موقوفة على وجود النقل على أن الوكيل لا يملك الايقاع بالكناية والله سبحانه وتعالى أعلم. وفي الخانية من الوكالة: قال لغيره طلق امرأتي بائنا للسنة وقال لآخر طلقها رجعيا للسنة فطلقاها في طهر واحد طلقت واحدة وللزوج الخيار في تعيين الواقع ا هـ. مع أن الوكيل بالطلاق له أن يطلق بعد طلاق الموكل ما دامت في العدة ولكن المانع من وقوع طلاقيهما التقييد بالسنة فإن السنة واحدة. وقيدنا في التصوير الامر من غير تعليق بمشيئتها لما في الخانية من باب التعاليق، قال لها طلقي نفسك واحدة بائنة إن شئت فطلقت نفسها واحدة رجعية لا يقع شئ في قول أبي يوسف وهو قياس قول أبي حنيفة. ولو قال لها طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة إن شئت فطلقت نفسها واحدة بائنة تقع واحدة رجعية في قول أبي يوسف، ولا يقع شئ في قياس قول أبي حنيفة لانها ما أتت بمشيئة ما فوض إليها ا هـ. إلا أن يقال: إنه مستفاد مما قبله وقدمنا في مسائل التوكيل قبله بالطلاق أنه لو وكله بالمنجز فعلق أو أضاف لا يقع، وكذا لو قال طلقها غدا فقال أنت طالق غدا لانه وكله بالتنجيز في غد وقد أضافه. ولو قال له طلقها بين يدي الشهود أو بين يدي أبيها فطلقها واحدة وقع كما في الواقعات وغيرها كقوله بعه بشهود فباعه بغيرهم. وحاصله أن التخصيص بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه إلا في ثلاث مسائل مذكورة في وكالة الصغرى: بعه من فلان بعه بكفيل بعه برهن. وقع النهي لا يملك المخالفة كقوله لا تبعه إلا بشهود إلا في قوله لا تسلمه حتى تقبض الثمن فله المخالفة

***

[٥٨٣]

وتوضيحه فيها. وحاصله إن أمر بالتطليق بوصف مقيد بمشيئتها إذا خالفت في ذلك الوصف لم يقع شئ وهي واردة على الكتاب وكان عليه أن يقول إلا أن يكون معلقا بمشيئتها ويحتاج إلى الفرق على قول أبي يوسف قوله: (أنت طالق إن شئت فقالت شئت إن شئت فقال شئت ينوي الطلاق أو قالت شئت إن كان كذا لمعدوم بطل) لانه علق الطلاق بمشيئتها المنجزة وهي أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط. قيد بقوله فقالت شئت مقتصرة عليه لانها لو قالت شئت طلاقي إن شئت فقال شئت ناويا الطلاق وقع لكونه شائيا طلاقها لفظا بخلاف ما إذا لم تذكر الطلاق لان المشيئة ليس فيها ذكر للطلاق ولا عبرة بالنية بلا لفظ صالح للايقاع كاسقني ناويا الطلاق، ويستفاد منه أنه لو قال شئت طلاقك يقع بالنية لان المشيئة تنبئ عن الوجود لانها من الشئ وهو الموجود بخلاف أردت طلاقك لانه لا ينبئ عن الموجود بل هو طلب النفس الوجود عن ميل فقد أثبت الفقهاء بين المشيئة والارادة فرقا في صفات العبد وإن كانا

مترادفين في صفات الله تعالى كما هو اللغة فيهما مطلقا فلا يدخلهما وجود أي لا يكون الوجود جزء مفهوم أحدهما غير أن ما شاء الله كان، وكذا ما أراده لان تخلف المراد إنما يكون لعجز المريد لا لذات الارادة لانها ليست المؤثرة للوجود لان ذلك خاصة القدرة بل بمعنى أنها المخصص للمقدور المعلوم وجوده بالوقت والكيفية. ثم القدرة تؤثر على وفق الارادة غير أنه لا يتخلف شئ عن مراده تعالى لما قلنا في المشيئة بخلاف العباد. وعن هذا لو قال أراد الله طلاقك ينويه يقع كما لو قال شاء الله بخلاف أحب الله طلاقك أو رضيه لا يقع لانهما لا يستلزمان منه تعالى الوجود، وأحببت طلاقك ورضيته مثل أردته. والحاصل أن الفرق بين المشيئة والارادة في صفات العباد مبني على العرف العام فإن فيه الوجود والمشيئة منه، ولما كان محتمل اللفظ توقف على النية فلزم الوجود فيها. فإذا قال شئت كذا في التخاطب العرفي فمعناه أوجدته عن اختيار بخلاف أردت كذا مجردا يفيد عرفا عدم الوجود. كذا في فتح القدير. وفي المعراج: وإنما يشترط النية مع ذكر الطلاق صريحا لانه قد يقصد وجوده وقوعا وقد يقصد وجوده ملكا فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعا. وفي المحيط: لو قال شئت طلاقك ذكر في شرح شيخ الاسلام أنه يقع الطلاق بلا نية الايقاع ا ه. ولو قال شيئي طلاقك ناويا الطلاق فقالت شئت وقع، ولو قال أريديه أو أحبيه أو اهويه أو ارضيه ناويا فأجابته لا يقع لانها عبارة عن الطلب فلا يستلزم الوجود بخلاف المعلق

***

[٥٨٤]

على إرادتها. ونحوه إذا وجد الشرط يقع وإن لم ينو وتمامه في فتح القدير وهو سهو، لان التوقف على النية في قوله شيئي الطلاق لانه لم يضف الطلاق إليها فيحتمل تفويض طلاق غيرها، وأما شيئي طلاقك فإنه يقع بلا نية لانه بمعنى أوجدي طلاقك. كذا في المحيط: وذكر في المواقف أن الارادة عند أصحابنا صفة ثالثة مغايرة للعلم والقدرة توجب تخصيص أحد المقدورين بالوقوع ا ه. وفي المحيط: لو قال لها أنت طالق إن أحببت فقالت شئت وقع لان فيها معنى المحبة وزيادة، ولو قال إن شئتفقالت أحببت لا يقع لانه ليس فيها معنى الايجاد فلم توجد المشيئة، ولو قال إن شئت فأنت طالق فقالت نعم أو قبلت أو رضيت لا يقع لانه علق الطلاق بمشيئتها لفظا وذلك ليس بمشيئة فلم يوجد الشرط، ولم يذكر في الكتاب ما لو قال أنت طالق إن قبلت فقالت شئت حكى عن الفقيه أبي بكر البلخي أنه يقع الطلاق لانها أتت بالقبول وزيادة فكان بمنزلة ما لو كان معلقا بالمحبة فقالت شئت. وذكر هشام في نوادره: لو قال أنت طالق على ألف إن شئت لم تقع حتى تقبل بخلاف قوله قبلت لان هذه معاوضة والمعاوضة لا تتم إلا بالقبول ا ه. وحاصله أن القبول لا يكفي عن المشيئة إلا في الطلاق على مال، ولم أر حكم ما إذا علقه بالارادة فأجابت بالمحبة أو عكسه أو بالرضا. وفي شرح المسايرة: الرضا ترك الاعتراض على الشئ لارادة وقوعه، والمحبة إرادة خاصة وهي مالا يتبعها تبعة ومؤاخدة، والارادة أعم فهي منفكة عنها فيما إذا تعلقت بما يتبعه تبعة ا ه. ولم يصرح المصنف بالتقييد بالمجلس للعلم به من حكم متى وأخواتها فإنه لما لم يتقيد فيها تقيد في إن. ولا بد من مشيئتها في مجلسها في التعليق بالمشيئة والمحبة والرضا والارادة وكل ما هو من المعاني التي لا يطلع عليها غيرها كما في المحيط، ولم يذكر المصنف المشيئة المضافة. وحاصل ما في المحيط أن المشيئة إن تأخرت عن الوقت كأنت طالق غدا إن شت فإن المشيئة لها في الغد فقط، وإن قدم المشيئة كإن شئت فأنت طالق غدا ذكر في الزيادات أن لها المشيئة في الحال. وعن أبي يوسف أن لها المشيئة في الغد، فلو قال إن تزوجت فلانة فهي طالق إن شاءت فتزوجها فلها المشيئة في مجلس العلم. ولو قال أنت طالق أمس إن شئت فلها المشيئة في الحال ا ه. وفي المعراج: لو قال لها إن شئت فأنت طالق ثم قال لاخرى طلاقك مع طلاق هذه فشاءت طلقت وينوي في الاخرى لاحتمال أنه أراد امرأته معها في أن كلا منهما مملوك له لا المعية في الوقوع. كذا في المعراج وفيه: لو قال لها

***

[٥٨٥]

أخرجي إن شئت ينوي الطلاق فشاءت طلقت وإن لم تخرج. وأشار بقوله شئت إن شئت إلى كل مشيئة معلقة بمشيئة غيرها ولو كان الطلاق معلقا على مشيئة ذلك الغير أيضا لما في المحيط: لو قال أنت طالق إن شئت وشاء فلان فقالت قد شئت إن شاء فلان وقال فلان شئت لا يقع لانه علق الطلاق بمشيئة مرسلة منجزة منها وهي أتت بمشيئة معلقة فبطلت مشيئتها، وبمشيئة فلان وجد بعض الشرط فلا يقع به الطلاق ا ه. ولم يذكر المصنف رحمه الله ما إذا علقه بمشيئتها وعدم مشيئتها أو بمشيئتها وإبائها أو باحدهما. وحاصل

ما في المحيط أنه إن جعل المشيئة والإ باء شرطا واحدا وكذا المشيئة وعدمها فإنها لا تطلق أبدا للتعذر كأنت طالق إن شئت وأبيت أو إن شئت ولم تشائي، وإن كرر إن وقد الجزاء كأنت طالق إن شئت وإن لم تشائي فشاءت في مجلسها طلقت، إن قامت من غير مشيئة تطلق أيضا لانه جعل كلا منهما شرطا على حدة كقوله أنت طالق إن دخلت الدار وإن لم تدخلي فأيهما وجد طلقت، وإن أخر الجزاء كإن شئت وأن لم تشائي فأنت طالق لا تطلق بهذا أبدا لانه مع التأخير صارا كشرط واحد وتعذر اجتماعهما بخلاف ما إذا أمكن اجتماعهما فإنها لا تطلق حتى يوجدا نحو إن أكلت وإن شربت فأنت طالق، وإن كرر إن وأحدهما المشيئة والآخر الاباء كانت طالق إن شئت وإن أبيت، فإن شاءت وقع وإن أبت وقع وإن سكتت حتى قامت عن المجلس لا يقع لان كلا منهما شرط على حدة والاباء فعل كالمشيئة فأيهما وجد يقع، وإن انعدما لا يقع. وكذا لو لم يكرر إن وعطف ب" أو كأنت طالق إن شئت أو أبيت لانه علق الطلاق بأحدهما. ولو قال إن شئت فأنت طالق وإن لم تشائي فأنت طالق طلقت للحال، ولو قال إن كنت تحبين الطلاق فأنت طالق وإن كنت تبغضين فأنت طالق لا تطلق. والفرق أنه يجوز أن لا تحب ولا تبغض فلم يتيقن بشرط وقوع الطلاق، فأما لا يجوز أن تشاء أو لا تشاء فيكون أحد الشرطين ثابتا لا محالة فوقع. ولو قال أنت طالق إن أبيت أو كرهت طلاقك فقالت أبيت تطلق، ولو قال إن لم تشائي طلاقك فأنت طالق ثم قالت لا أشاء لا تطلق لان قوله أبيت صيغة لايجاد الفعل وهو الاباء فقد علق بالاباء منها وقد وجد فوقع. فأما قوله إن لم تشائي صيغة للعدم لا للايجاد فصار بمنزلة قوله إن لم تدخلي الدار فأنت طالق وعدم المشيئة لا يتحقق بقولها إلا شاء لان لها أن تشاء من بعد إنما يتحقق بالموت ا هـ. واعلم أن العبارات اختلفت في قوله إن شئت وأبيت بدون تكرار إن فنقل في الواقعات عن علامة النوازل كما نقلناه عن المحيط أنها لا تطلق أبدا، ونقل قبله أن الصواب

***

[٥٨٦]

أنه لا يقع حتى يوجد المشيئة والاباء إلا أن يعني الوقوع في الحال. وذكر قبله أنها إن شاءت يقع وإن أبت يقع كما لو كرر إن فحاصله أن فيها ثلاثة أقوال والصواب أنه لا يقع حتى يوجد أو يفرق بين إن شئت وإن لم تشائي حيث لا يقع، وبين إن شئت وأبيت حيث يقع إذا وجدا. وأشار بتعليق الطلاق بمشيئتها إلى صحة تعليق عدد الطلاق بمشيئتها أيضا فلذا قال في الذخيرة: لو قال لها أنت طالق ثلاثا إلا أن تشائي واحدة، فإن شاءت واحدة قبل أن تقوم من مجلسها لزمتها واحدة، وكذا لو قال إلا أن يشاء فلان واحدة وإن لم يكن فلان حاضرا فله ذلك في مجلس علمه، وكذا لو قال أنت طالق ثلاثا إلا أن يرى فلان غير ذلك تقيد بالمجلس، وكذا لو قال إن لم ير فلان غير ذلك، وكذا لو قال إن رأى فلان ذلك فإنه يتقيد بالمجلس ا هـ. ولم يذكر المصنف كأكثر المؤلفين ما لو علقه بمشيئة نفسه وذكره في الذخيرة فقال: لو قال أنت طالق ثلاثا إلا أن أرى غير ذلك فهذا لا يقتصر على المجلس حتى لو قال بعد ما قام عن المجلس رأيت غير ذلك لا يقع الثلاث، وكذلك لو قال إلا أن أشاء أنا غير ذلك فهذا لا يقتصر على المجلس، ولو قال لامرأته أنت طالق إن شاء فلان أو إن أحب أو إن رضي أو إن هوى أو إن أراد فبلغ فلانا فله مجلس علمه بخلاف ما لو قال إن شئت أنا أو إن أحببت أنا لا يقتصر على المجلس. والفرق أن قضية القياس في الاجنبي أن لا يقتصر على المجلس كسائر الشروط لكن تركنا القياس في الاجنبي لانه تمليك معنى وجواب التمليك يقتصر على المجلس، وهذا المعنى لا يتأتى في حق الزوج لان الزوج كان مالكا للطلاق قبل هذا فلا يتأتى منه التمليك فبقي هذا الشرط في حق الزوج ملحقا بسائر الشروط فلم يقتصر على المجلس في حق الزوج. وإذا قال إن شئت أنا فالزوج كيف يقول حتى يقع الطلاق؟ لم يذكر محمد هذه المسألة في شئ من الكتب. وقال مشايخنا: ينبغي أن يقول شئت الذي جعلته إلي ولا يشترط نية الطلاق عند قوله شئت ولا يشترط أن يقول شئت طلاقك لان الطلاق لا يقع بقوله شئت وإنما يقع بالكلام السابق لان الطلاق بالكلام السابق معلق بمشيئة اعتبرت شرطا محضا، فعند قوله شئت يقع الطلاق بالكلام السابق. والحاصل أن تعليق الزوج طلاق المرأة بصفة من صفات قلب نفسه ليس بتفويض وتمليك بوجه من الوجوه، ولو قال لها أنت طالق إن لم يشأ فلان فقال فلان لا أشاء في المجلس طلقت، ولو قال ذلك لنفسه ثم قال لا أشاء لا تطلق. والفرق أن بقول الاجنبي لا أشاء يقع اليأس عن شرط البر وهو مشيئة طلاقها في المجلس، وقد تبدل من حيث الحكم والاعتبار بقوله لا أشاء لاشتغاله بما لا يحتاج إليه في الايقاع فإنه يكفيه في الايقاع السكوت عن المشيئة حتى يقوم عن المجلس أما بقول الزوج لا أشاء لا يقع اليأس عما هو شرط البر لان المجلس وإن تبدل

من حيث الحكم إلا أن شرط البرفي حق الزوج عدم المشيئة في العمر والعمر باق فلهذا لا يقع الطلاق ا هـ. وفي الجامع للصدر الشهيد: قال
***
[٥٨٧]
أنت طالق إن شاء فلان أو أراد أو رضي أو هوى فيقتصر على مجلس علمه لانه تمليك بخلاف إضافته إلى نفسه، ولو قال إن لم يشأ أو إن لم يرد فقام من مجلسه أو قال فيه لا أشاء طلقت بخلاف إن لم يشأ اليوم، ولو قال إن لم أشأ إن لم أرد فقام أو قال لا أشاء لا تطلق قبل موته بخلاف إن أبيت طلاقك أو كرهت ا هـ. وفي الخانية: أنت طالق ثلاثا وفلانة واحدة إن شئت فشاءت واحدة لفلانة طلقت فلانة واحدة ويبطل عنها الثلاث ا هـ. وأطلق البطلان فأفاد عدم وقوع الطلاق وأن الامر خرج من يدها لاشتغالها بما لا يعنيها قوله: (وإن كان لشئ مضى طلقت) يعني لو قالت المرأة شئت إن كان فلان قد جاء وقد جاء طلقت لان التعليق بالكائن تنجيز ولذا صح تعليق الابراء بكائن، والمراد من الماضي المحقق وجوده، سواء كان ماضيا أو حاضرا كقولها شئت إن كان أبي في الدار وهو فيها أو إن كان هذا ليلا وهي في الليل أو نهارا وهي في النهار أو كان هذا أبي أو أمي أو زوجي وكان هو، ولا يرد أنه لو قال هو كافر إن كنت فعلت كذا وهو يعلم أن قد فعله فإنه يقتضي على هذا الكفر مع أن المختار أنه لا يكفر لان الكفر يبتنى على تبدل الاعتقاد وتبدله غير واقع مع ذلك الفعل كما في فتح القدير، وذكر أنه الاوجه. فإن قيل: لو قال هو كافر بالله ولم يتبدل اعتقاده يجب أن يكفر فليكفر هنا بلفظ هو كافر وإن لم يتبدل اعتقاده قلنا: النازل عند وجود الشرط حكم اللفظ لا عينه فليس هو متكلما بعد وجود الشرط بقوله هو كافر حقيقة ا هـ. والحاصل أن اللفظ الموجب للتكفير لا يحتاج إلى تبدل الاعتقاد بخلاف ما إذا كان معلقا بالشرط ولو كان كائنا قوله: (أنت طالق متى شئت أو متى ما أو إذا أو إذا ما فردت الامر لا يرتد ولا يتقيد بالمجلس ولا تطلق إلا واحدة) أما في كلمة متى ومتى ما فلانها للوقت وهي عامة في الاوقات كلها كأنه قال في أي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس، ولو ردت الامر لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشيئة حتى يرتد بالرد، ولا تطلق نفسها إلا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان، ولا تملك تطليقا بعد تطليق. كذا في الهداية. وتعقبه في فتح القدير بأن هذا ليس تمليكا في حال أصلا لانه صرح بطلاقها معلقا بشرط مشيئتها، فإذا وجدت مشيئتها وقع طلاقه. وإنما يصح ما ذكره في طلقي نفسك متى شئت لانها تتصرف بحكم الملك بخلاف ما لو قالت طلقت نفسي في هذه المسألة فإنه وإن وقع الطلاق لكن الواقع طلاقه المعلق، وقولها طلقت إيجاد للشرط الذي هو مشيئة الطلاق على تقدير أن المشيئة تقارن الايجاد ا هـ. وجوابه أن هذا وإن
***
[٥٨٨]
كان تعليقا لكن أجروه مجرى التمليك في جميع الوجوه فيتقيد بالمجلس ويبطل بما يدل على الاعراض، فإطلاق التمليك عليه صحيح ولذا قال في المحيط: إنه يتضمن معنيين: معنى التعليق وهو تعليق الطلاق بتطليقها والتعليق لازم لا يقبل الابطال، ويتضمن معنى التمليك لان تعليق الطلاق بمشيئتها تمليك منها لان المالك هو الذي يتصرف عن مشيئته وإرادته وهي عاملة في التطليق لنفسها، والمالك هو الذي يعمل لنفسه، وجواب التمليك يقتصر على المجلس ا هـ. وقال في المحيط من كتاب الايمان من قسم التعاليق معزيا إلى الجامع: لو قال لها أنت طالق إن شئت أو أحببت أو هويت فليس بيمين لان هذا تمليك معنى تعليق صورة ولهذا يقتصر على المجلس والعبرة للمعنى دون الصورة ا هـ. وفائدته أنه لا يحنث في يمينه لا يحلف، وأما كلمة إذا وإذا ما فهي ومتى سواء عندهما، وعند أبي حنيفة وإن كان تستعمل للشرط كما تستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل. كذا في الهداية. وتعقبه في فتح القدير بأن الوجه أن يقال إن قوله إذا شئت يحتمل أنه تعليق طلاقها بشرط هو مشيئتها وأنه إضافة إلى زمانه، وعلى كل من التقديرين لا يرتد بالرد حتى إذا تحققت مشيئتها بعد ذلك بأن قالت شئت ذلك الطلاق أو قالت طلقت نفسي وقع معلقا كان أو مضافا لا ما قال المصنف من أن الامر دخل في يدها فلا يخرج بالشك لان معناه أنه ثبت ملكها بالتمليك فلا يخرج بالشك، فالمراد بـ " إذا أنه محض الشرط فيخرج من يدها بعد المجلس أو الزمان فلا يخرج كمتى، وقد صرح آنفا في متى بعدم ثبوت التمليك قبل المشيئة لانه إنما ملكها في الوقت الذي شاءت فيه فلم يكن تمليكا قبله حتى يرتد بالرد، وعلى ما ذكرناه فالذي دخل ملكها تحقيق الشرط أو المضاف إليه الزمان وهو مشيئتها الطلاق ليقع طلاقه، وعلى هذا فقولهم في قوله أنت طالق كلما شئت لها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة معناه

تطلق بمباشرة الشرط تجوزا بالتطليق عنه بأن تقول شئت طلاقي أو طلقت نفسي فيقع طلاقه عند تحقق الشرط وإنما يصح كلامهم في قوله طلقي نفسك ا هـ. ولم يذكر المصنف الحين. وفي المحيط: ولو قال حين شئت فهو بمنزلة قوله إذا شئت لان الحين عبارة عن الوقت ا هـ. ولم يذكر المصنف ما إذا جمع بين أن وإذا وذكره في المحيط فقال: ولو قال إن شئت فأنت طالق إذا شئت فلها مشيئتان مشيئة في الحال ومشيئة في عموم الاحوال لانه علق مشيئتها في الحال طلاقا معلقا بمشيئتها في أي وقت كان، والمعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط، فإذا شاءت في المجلس صار كأنه قال أنت طالق إذا شئت ا هـ.

***

[٥٨٩]

وفي فتح القدير آخر الفصل،. ولو قال لها أنت طالق إذا شئت إن شئت أو أنت طالق إن شئت إذا شئت فهما سواء تطلق نفسها متى شاءت. وعند أبي يوسف إن أخر قوله إن شئت فكذلك، وإن قدمه تعتبر المشيئة في الحال، فإن شاءت في المجلس تطلق نفسها بعد ذلك إذا شاءت، ولو قامت عن المجلس قبل أن تقول شيئا بطل. ثم ذكر ما نقلناه عن المحيط معزيا إلى السرخسي. وإنما ذكره ما مع متى ليفيد أنها لا تفيد التكرار معها أيضا. رد القول بعض النحاة أنه إذا زيد عليها ما كانت للتكرار. قال في المصباح: وهو ضعيف لان الزائد لا يفيد غير التأكيد وهو عند بعض النحاة لا يغير المعنى. ويقول: قولهم إنما زيد قائم بمنزلة إن زيدا قائم فهو يحتمل العموم كما يحتمله إن زيدا قائم وعند الاكثر ينقل المعنى من احتمال العموم إلى معنى الحصر. فإذا قيل إنما زيد قائم فالمعنى لا قائم إلا زيد ويقرب منه ما تقدم من أن ما يمكن استيعابه من الزمان يستعمل فيه متى وما لا يمكن استيعابه يستعمل فيه متى ما وهو القياس، وإن وقعت شرطا كانت للحال في النفي وللحال والاستقبال في الاثبات ا هـ. وفيه إذا لها معان: أحدها أن تكون ظرفا لما يستقبل من الزمان وفيها معنى الشرط نحو إذا جئت أكرمتك. والثاني أن تكون للوقت المجرد نحو قم إذا احمر البشر أي وقت احمراره. والثالث أن تكون مرادفة للفاء فيجازى بها كقوله تعالى * (وإن تصبهم سيئة بما قدمت أيديهم إذا هم يقنطون) * (الروم: ٣٦) ا هـ قوله: (وفي كلما شئت لها أن تفرق الثلاث ولا تجمع) أي لو قال لها أنت طالق كلمشئت فلها أن تباشر شرط الوقوع مرة بعد أخرى بأن تقول شئت طلاقي أو طلقت نفسي فيقع طلاقه المعلق عند تحقق الشرط، وليس لها أن تقول طلقت نفسي ثلاثا جملة لان كلما تعم الافعال والازمان عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فأفاد أنها لا تشاء اثنتين أيضا، ولو شاءت اثنتين أو ثلاثا جملة لم يقع شئ عند الامام، وعندهما تقع واحدة بناء على ما تقدم من الخلاف. وفي المبسوط: ولو قالت قد شئت أمس تطليقة وكذبها الزوج فالقول للزوج لانها أخبرت عما لا تملك إنشاءه فإنها أخبرت بمشيئة كانت منها أمس فلا يبقى ذلك بعده مضى أمس. فإن قيل: أليس أنها لو شاءت في الحال يصح منها فقد أخبرت بما تملك إنشاءه؟ قلنا: لا كذلك فالمشيئة في الحاغير المشيئة في الامس وكل مشيئة شرط تطليقة فهي لا تملك إنشاء ما أخبرت به إنما تملك إنشاء شئ آخر ا هـ. واعلم أن كلمة كل إنما أفادت التكرار بدخول ما عليها ولذا قال في المصباح: وكل كلمة تستعمل بمعنى الاستغراق بحسب المقام وقد تستعمل بمعنى الكثير كقوله تعالى * (تدمر كل شئ بأمر ربها) * (الاحقاف: ٢٥) أي كثيرا. وتفيد التكرار بدخول ما عليه نحو كلما أتاك زيد فأكرمه دون غيره من أدوات الشرط ا هـ قوله: (لو قالت بعد زوج آخر لا يقع) أي لو قالت طلقت نفسي أو شئت طلاقي بعد ما

***

[٥٩٠]

طلقت نفسها ثلاثا متفرقة ثم عادت إليه بعد زوج آخر لا يقع لان التعليق إنما ينصرف إلى الملك القائم وهو الثلاث فباستغراقه ينتهي التفويض. قيدنا بكونه بعد الطلاق الثلاث لانها لو طلقت نفسها واحدة أو اثنتين ثم عادت إليه بعد زوج آخر فلها أن تفرق الثلاث خلافا لمحمد، وهي مسألة الهدم الآتية. وفي المبسوط: لو قال لها كلما شئت فأنت طالق ثلاثا فقالت شئت واحدة فهذا باطل لان معنى كلامه كلما شئت الثلاث اهـ. والحاصل أنها لا تملك تكرار الايقاع إلا في كلما ويشكل عليه ما في الخانية: لو قال لها أمرك بيدك في هذه السنة فطلقت نفسها ثم تزوجها لا يكون لها الخيار في قول أبي يوسف، وفي قياس قول أبي حنيفة لها الخيار اهـ. ونظير مسألة المبسوط ما في المعراج: لو قال لرجلين إن شئتما فهي طالق ثلاثا فشاء أحدهما واحدة والآخر اثنتين لا يقع شئ لانه علق الوقوع بمشيئتهما الثلاث ولم توجد اهـ قوله: (وفي حيث شئت وأين شئت لم تطلق حتى تشاء في مجلسها) يعني إذا قال أنت طالق حيث شئت

إلى آخره فلو قامت منه قبل مشيئتها فلا مشيئة لها لان حيث وأين اسمان للمكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيجعل مجازا عن الشرط لان كلا منهما يفيد ضربا من التأخير، وحمل على إن دون متى وما في معناها لانها أم الباب وحرف الشرط وفيه يبطل بالقيام. وبما قررناه اندفع سؤالان: أحدهما أنه إذا لغا ذكر المكان ينبغي أن يتنجز. ثانيهما أنه إذا كان مجازا عن الشرط فلم حمل على إن دون متى. وفي المصباح: حيث ظرف مكان وتضاف إلى جملة وهي مبنية على الضم وتجمع بمعنى ظرفين لانك تقول
***
[٥٩١]
أقوم حيث يقوم زيد فيكون المعنى أقوم في الموضع الذي يقوم فيه زيد اه. وفيه: وأين ظرف مكان يكون استفهاما فإذا قيل أين زيد لزم الجواب بتعيين مكانه، وتكون شرطا أيضا وتزاد ما فيقال أينما تقم أقم قوله: (وفي كيف شئت يقع رجعية فإن شاءت بائنة أو ثلاثا ونواه وقع) يعني تطلق في أنت طالق كيف شئت وتبقى الكيفية يعني كونه رجعيا أو بائنا خفيفة أو غليظة مفوضة إليها إن لم ينو شيئا من الكيفية، وإن نوى فإن اتفق ما نواه وما شاءته فذاك وإلا فرجعية، وعندهما يتعلق بالاصل فعندهما ما لا يقبل الاشارة فحاله وأصله سواء كذا في التوضيح. ويتفرع عليه أنها لو قامت عن المجلس قبل المشيئة أو ردت لا يقع شئ عندهما، ويقع رجعية عنده. ولا يخفى أن الكلام في المدخولة فأما غيرها فبائنة ولغت مشيئتها كقوله لعبده أنت حر كيف شئت فإنه يقع العتق ويلغو ذكر المشيئة، وعندهما يتعلق بالمشيئة فيهما في المجلس، فلو شاء عندهما عتقا على مال أو إلى أجل أو بشرط أو التدبير يثبت ما شاءه كما في كشف الاسرار. والحاصل أن كيف أصلها للسؤال عن الحال ثم استعملت للحال في انظر إلى كيف يصنع وعلى الحالية فرع الكل غير أنهما قالا: لا انفكاك بين الاصل والحال فتعلق الاصل لتعلق الحال. ومنعه الامام والحق قوله لانتقاض قاعدتهما كما بيناه في شرح المنار. وبما قررناه اندفع ما قيل إنها للشرط عندهما لان شرط شرطيتها اتفاق فعلى الشرط والجزاء لفظا ومعنى نحو كيف تصنع أصنع بالرفع وتمامه في المغني. وقيد بإضافة المشيئة إلى العبد لانه لو أضافها إلى الله تعالى فإن مشيئة الكيفية تلغو وتقع واحدة رجعية لعدم الاطلاع على مشيئة الله تعالى. وعلله في المحيط بأنه تحقيق وليس بتعليق اه. وينبغي أن لا يقع شئ على قولهما لان الحال والاصل سواء عندهما. وفي المصباح: كلمة كيف يستفهم بها عن حال الشئ وعن صفته. يقال كيف زيد ويراد السؤال عن صحته وسقمه وعسره ويسره وغير ذلك، وتأتي للتعجب والتوبيخ والانكار وللحال ليس معه سؤال، وقد تتضمن معنى النفي وكيفية الشئ حاله وصفته اه قوله: (وفي كم شئت أو ما شئت تطلق ما شاءت وإن ردت ارتد) يعني فيتعلق أصل الطلاق بمشيئتها اتفاقا لان كم اسم للعدد فكان التفويض في نفس العدد والواحد عدد في اصطلاح الفقهاء لما تكرر من إطلاق العدد وإرادة الواحد. وقوله ما شئت تعميم للعدد فأفاد بقوله ما شاءت أن لها أن تطلق أكثر من واحدة من غير كراهة، ولا يكون بدعيا إلا ما أوقعه الزوج لانها مضطرة إلى كيف يستفهم بها عن حال الشئ وعن صفته. يقال كيف زيد ويراد السؤال عن صحته وسقمه وعسره ويسره وغير ذلك، وتأتي للتعجب والتوبيخ والانكار وللحال ليس معه سؤال، وقد تتضمن معنى النفي وكيفية الشئ حاله وصفته اه قوله: (وفي كم شئت أو ما شئت تطلق ما شاءت وإن ردت ارتد) يعني فيتعلق أصل الطلاق بمشيئتها اتفاقا لان كم اسم للعدد فكان التفويض في نفس العدد والواحد عدد في اصطلاح الفقهاء لما تكرر من إطلاق العدد وإرادة الواحد. وقوله ما شئت تعميم للعدد فأفاد بقوله ما شاءت أن لها أن تطلق أكثر من واحدة من غير كراهة، ولا يكون بدعيا إلا ما أوقعه الزوج لانها مضطرة إلى
***
[٥٩٢]
ذلك لانها لو فرقت خرج الامر من يدها. وفي القاموس: كم اسم ناقص مبني على السكون، أو مؤلفة من كاف التشبيه وما ثم قصرت وأسكنت، وهي للاستفهام ويخفض ما بعدها حينئذ كرب وقد ترفع تقول كم رجل كريم قد أتاني وقد تجعل اسما تاما فيصرف ويشدد تقول أكثر من الكم والكمية اه. وفي المغني: كم خبرية بمعنى كثير واستفهامية بمعنى أي عدد ويشتركان في خمسة أمور: الاسمية والابهام والافتقار إلى التمييز والبناء ولزوم التصدير. ويفترقان في خمسة: أحدها أن الكلام مع الخبرية يحتمل التصديق والتكذيب بخلافه مع الاستفهامية. الثاني أن المتكلم بالخبرية لا يستدعي من مخاطبه جوابا لانه مخبر والمتكلم بالاستفهامية يستدعيه لانه مستخبر. الثالث أن الاسم المبدل من الخبرية لا يقترن بالهمزة بخلاف المبدل من الاستفهامية. الرابع أن تمييز الخبرية مفرد أو مجموع ولا يكون تمييز

الاستفهامية إلا مفرادا. والخامس أن تمييز الخبرية واجب الخفض وتمييز الاستفهامية منصوب ولا يجوز جره مطلقا وتمامه فيه. قوله: (وفي طلقي من ثلاث ما شئت تطلق ما دون الثلاث) يعني ليس لها أن تطلق الثلاث عند الامام خلافا لهما نظرا إلى أن ما للعموم ومن للبيان وله أن من للتبعيض ورجحه في التحرير بأن تقديره على البيان ما شئت مما هو الثلاث وطلقي ما شئت واف به فالتبعيض مع زيادة من الثلاث أظهر اه. وفي المحيط: وعلى وهذا

٤ البحر الرائق 4-م

البحر الرائق
ابن نجيم المصري ج ٤
***
[١]
البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية) للشيخ الامام أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي المتوفى سنة ٧١٠ ه والشرح " البحر الرائق " للامام العلامة الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي المتوفى سنة ٩٧٠ ه ومعه الحراشي المسماة منحة الخالق على البحر الرائق للعلامة الشيخ محمد أمين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي المتوفى سنة ١٢٥٢ ه ضبطه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ زكريا عميرات تنبيه وضعنا متن كنز الدقائق في اعلى الصفحات، ووضعنا اسفل منه مباشرة نص البحر الرائق ووضعنا في أسفل الصفحات حواشي الشيخ ابن عابدين الجزء الرابع منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت - لبنان
***
[٢]

***
[٣]
بسم الله الرحمن الرحيم باب التعليق باب التعليق لما فرغ من بيان المنجز شرع في المعلق. والتعليق من علقه تعليقا جعله معلقا كذا في القاموس. وفي المصباح: علقت الشئ بغيره وأعلقته بالتشديد والالف فتعلق اه. وفي الاصطلاح: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى. وتعبيره بالتعليق أولى من تعبير الهداية باليمين لشمول التعليق الصوري وإن لم يكن يمينا كالتعليق بحيضها وطهرها أو بحيضها حيضة أو بما لا يمكنه الامتناع عنه كطلوع الشمس ومجئ الغد أو بفعل من أفعال قلبها كالمحبة والمشيئة أو بفعل من أفعال قلبه فإنه في هذه المواضع ليس بيمين كما في المحيط، فلا يحنث لو كان حلف أن لا يحلف بها مع أن بعضها مذكور في هذا الباب كالمحبة والحيض حيضة بخلاف إن دخلت أو إن حضت. وفي تلخيص الجامع: لو حلف لا
***
[٤]
يحلف يحنث بالتعليق لوجود الركن دون الاضافة لعدمه إلا أن يعلق بأعمال القلب أو بمجئ الشهر في ذوات الاشهر لانه يستعمل في التمليك أو بيان وقت السنة فلا يتمحض للتعليق ولهذا لم يحنث بتعليق الطلاق بالتطليق لاحتمال حكاية الواقع ولا ب‍ " إن أديت فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق لانه تفسير الكتابة، ولا ب‍ " إن حضت حيضة أو عشرين حيضة لاحتمال تفسير السنة اه. وشرط صحة التعليق كون الشرط معدوما على خطر الوجود فخرج ما كان محققا كقوله أنت طالق إن كان السماء فوقنا فهو تنجيز، وخرج ما كان مستحيلا كقوله إن دخل الجمل في سم الخياط فأنت طالق فلا يقع أصلا لان غرضه منه تحقيق النفي حيث علقه بأمر محال وهذا يرجع إلى قولهما إمكان البر شرط انعقاد اليمين خلافا لابي يوسف. وعلى هذا ظهر ما في الخانية: لو قال لها إن لم تردي علي الدينار الذي أخذتيه من كيسي فأنت طالق فإذا الدينار في كيسه لا تطلق امرأة. ولو قال إن حضت وهي حائض أو مرضت وهي مريضة فعلى حيضة مستقبلة. ولو قال للصحيحة إن صححت فأنت طالق طلقت الساعة، وكذا لو قال إن أبصرت أو سمعت وهي بصيرة أو

سميعة لان الصحة والسمع أمر يمتد فكان لبقائه حكم الابتداء بخلاف الحيض والمرض فإنهما مما لا يمتد. ولو قال لعبده إن ملكتك فأنت حر عتق حين سكت، وتمامه في المحيط من باب الشرط الذي يحتمل الحال والاستقبال. وبهذا علم أن قولهم إن ما كان محققا تنجيز ليس على إطلاقه بل فيما لبقائه حكم ابتدائه. ومن شرائطه وجود رابط حيث كان الجزاء مؤخرا وسيأتي بيانه. ومن شرائطه أن لا يفصل بين الشرط والجزاء فاصل أجنبي فإن كان ملائما وذكر لاعلام المخاطبة أو لتأكيد ما خاطبها بمعنى قائم في المنادى فإنه لا يضر كقوله لامرأته أنت طالق يا زانية إن دخلت الدار تعلق الطلاق بالدخول ولا حد ولا لعان لانه لتأكيد ما خاطبها به كقوله يا زينب بخلاف ما إذا قال يا زانية أنت طالق إن دخلت فإنه قاذف، وتمامه في المحيط من باب ما يتخلل بين الشرط والجزاء. وفي الخانية: لو قال إن دخلت الدار يا عمرة فأنت طالق ويا زينب فدخلت عمرة الدار طلقت ويسأل عن نيته في زينب، فإن قال نويت طلاقها أيضا طلقت أيضا، ولو قال ذلك بغير واو فقال نويت طلاقها مع عمرة طلقتا جميعا، ولو قدم الطلاق فقال يا عمرة أنت طالق إن دخلت الدار ويا زينب فدخلت عمرة الدار طلقتا جميعا، ولو قال لم أنو طلاق زينب لا يقبل قوله وتمامه فيها. وفي تلخيص الجامع من باب الاستثناء
***
[٥]
يكون على الجميع والبعض يا زانية إن تخلل الشرط والجزاء أو الايجاب والاستثناء لم يكن قذفا في الاصح، وإن تقدم أو تأخر كان قذفا لانه للاستحضار عنه عرفا ولاثبات الصفة وضعا فلاءم من وجه دون آخر فعلق خللا ونجز طرفا عملا بهما كيا طالق، وقد يعلق الخبر للنفي كالاقرار اه. ومن شرطه أن لا يكون الظاهر قصد المجازاه فلو سبته بنحو قرطبان وسفلة فقال إن كنت كما قلت فأنت طالق تنجز، سواء كان الزوج كما قالت أو لم يكن، لان الزوج في الغالب لا يريد إلا إيذاءها بالطلاق، فإن أراد التعليق يدين، وفتوى أهل بخارى عليه كما في فتح القدير. ومن شرطه الاتصال فلو ألحق شرطا بعد سكوته لم يصح. وفي الظهيرية: رجل له فأفأة أو ثقل في لسانه لا يمكنه إتمام الكلام إلا بعد مدة فحلف بالطلاق وذكر الشرط والاستثناء بعد تردد وتكلف، إن كان معروفا بذلك جاز استثناؤه وتعليقه اه. وركنه أداة شرط وفعله وجزاء صالح فلو اقتصر على أداة الشرط لم يكن تعليقا اتفاقا واختلفوا في تنجيزه فلذا قال في الظهيرية: لو قال أنت طالق إن ولم يزد تطلق للحال في قول محمد ولا تطلق في قول أبي يوسف والفتوى على قول أبي يوسف لانه ما أرسل الكلام إرسالا ذكره في الجامع العتابي. وكذلك لو قال أنت طالق ثلاثا لو لا، أو قال وإلا، أو قال إن كان، أو قال إن لم يكن، لا تطلق في قول أبي يوسف وبه أخذ محمد بن سلمة اه. قوله: (إنما يصح في الملك كقوله لمنكوحته إن زرت فأنت طالق أو مضافا إليه كأن نكحتك فأنت طالق) أي معلقا بسبب الملك كقوله لاجنبية إن نكحتك أي تزوجتك فإن النكاح سبب للملك فاستعير السبب للمسبب أي إن مكلتك بالنكاح كقوله إن اشتريت عبدا
***
[٦]
فهو حر أي إن ملكته بسبب الشراء بخلاف ما لو قال الوارث لعبد مورثه إن مات سيدك فأنت حر فإنه لا يصح التعليق لان الموت ليس بموضوع للملك بل موضوع لابطاله بخلاف الشراء. وفي كشف الاسرار: ولو قال لحرة أن ارتديت فسبيت فملكتك فأنت حرة صح اه. لان السبي من أسباب الملك الموضوعة، ولو مثل بقوله أنت طالق يوم أتزوجك لكان أولى وفي المعراج: وتمثيله غير مطابق لانه تعليق محض بحرف الشرط ولو إضافة إلى النكاح لا يقع كما لو قال أنت طالق مع نكاحك أو في نكاحك - ذكره في الجامع - بخلاف أنت طالق مع تزوجي إياك فإنه يقع وهو مشكل. وقيل الفرق أنه لما أضاف التزوج إلى فاعله واستوفى مفعوله جعل التزويج مجازا عن الملك لانه سببه وحمل مع على بعد تصحيحا له وفي نكاحك لم يذكر الفاعل فالكلام ناقص فلا يقدر بعد النكاح فلا يقع ويصح النكاح اه. أطلق الملك فأفاد أنه يشمل الحقيقي كالملك حال بقاء النكاح، والحكمي كبقاء العدة والتعليق يصح فيهما، وقدمنا عند شرح قوله آخر الكنايات والصريح يلحق الصريح أن تعليق طلاق المعتدة فيهما صحيح في جميع الصور إلا إذا كانت معتدة عن بائن وعلق بائنا كما في البدائع اعتبارا للتعليق بالتنجيز. وفي المصباح: زاره يزوره زيارة وزورا قصده فهو زائر وزور وزوار مثل سافر وسفر وسفار، ونسوة زور أيضا وزوار وزائرات والمزار يكون مصدرا وموضع الزيارة والزيارة في العرف قصد المزور إكراما له واستئناسا به اه. وقدمنا في

أول كتاب الحج أنه لو حلف لا يزوره فلقيه من غير قصد فإنه لا يحنث وينبغي تقييدها بما قاله في المصباح من الاكرام والاستئناس للعرف فلا يحنث في مسألة الكتاب إلا مع القصد للاكرام، فلو كان الشرط زيارتها فذهبت من غير قصد الاكرام لم يحنث، وفي عرفنا زيارة المرأة لا يكون الا بطعام معها يطبخ عند المزور. وفي المحيط: حلف يزرون فلانا غدا أو ليعودنه فأتى بابه واستأذنه فلم يؤذن له لا يحنث، فإن أتى بابه ولم يستأذنه يحنث حتى يصنع في ذلك ما يصنع الزائر والعائد من الاستئذان. والفرق أن في الاول لم يتصور البر فلم ينعقد اليمين، وفي الثاني يتصور وهكذا ذكر في العيون. وعلى قياس من قال إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فمنع أو قيد حنث يجب أن يحنث، هنا في الوجهين وهو المختار لمشايخنا وفي النوازل: حلف لا يزور فلانا لا حيا ولا ميتا فشيع جنازته لا يحنث وإن زار قبره يحنث هو المختار لان زيارة الميت زيارة قبره عرفا لا تشييع جنازته اهـ. وأطلق المضاف إلى الملك فشمل ما إذا خصص أو عمم كقوله كل امرأة خلافا لمالك في الثاني معللا بانسداد باب النكاح عليه. وأجيب بأنه لا

***

[٧]

مانع من انسداده إما لدينه خوفا من جوره أو لدنياه لعدم يساره، ويمنع اسنداده لامكان أن يزوجه فضولي ويجيز بالفعل كسوق الواجب إليها وبإمكان أن يتزوجها بعدما وقع الطلاق عليها لان كلمة كل لا تقتضي التكرار إلا أن صحته لا فرق فيها بين أن يعلق بأداة الشرط أو بمعناه إن كانت المرأة منكرة، فإن كانت معينة يشترط أن يكون بصريح الشرط، فلو قال هذه المرأة التي أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق لانه عرفها بالاشارة فلا تؤثر فيها الصفة وهي اتزوجها بل الصفة فيها لغو فكأنه قال هذه طالق كقوله لامرأته هذه المرأة التي تدخل هذه الدار طالق فإنها تطلق للحال دخلت أو لا بخلاف قوله إن تزوجت هذه فإنه يصح. وفي الذخيرة: والتعريف بالاسم والنسب كالتعريف بالاشارة، فلو قال فلانة بنت فلان التي أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق. وأورد عليه ما ذكره في الجامع: رجل اسمه محمد بن عبد الله وله غلام فقال إن كلم غلام محمد بن عبد الله هذا أحد فامرأته طالق أشار الحالف إلى الغلام لا إلى نفسه، ثم إن الحالف كلم الغلام بنفسه تطلق ولو كان التعريف بالاسم كالتعريف بالاشارة لم تطلق امرأته كما لو أشار إلى نفسه. والجواب أن تعريف الحاضر بالاشارة والغائب بالاسم والنسب وفي مسألة محمد بن عبد الله الحالف حاضر فتعريفه بالاشارة أو الاضافة ولم يوجدا فبقي منكرا فدخل تحت اسم النكرة، وفي مسألة الطلاق الاسم النسب في الغائب لا في الحاضر فيحصل بهما التعريف وتلغو الصفة حتى إن في مسألة الطلاق لو كانت فلانة حاضرة عند الحلف فبذكر اسمها ونسبها لا يحصل التعريف ولا تلغو الصفة ويتعلق الطلاق بالتزوج. هكذا ذكره شيخ الاسلام في الجامع. وفرق بعضهم بأن التعريف بالاضافة والاشارة لا يحتمل التنكير بوجه ما، والتعريف بالاسم والنسب يحتمل التنكير، ولو قال كل امرأة أتزوجها ما دامت عمرة حية أو قال حتى تموت عمرة فهي طالق فتزوج عمرة، ذكر محمد في الكتاب أنها لا تطلق، وعامة المشايخ على أن تأويل المسألة أن عمرة كانت مشارا إليها فلو كانت غير مشار إليها تطلق وتدخل تحت اسم النكرة. وعلى قياس ما ذكره شيخ الاسلام ينبغي أن يقال: إذا كانت عمرة حاضرة تطلق وإذا كانت غائبة لا تطلق وتمامه في الذخيرة. وقدم التعليق في الملك لانه لا خلاف فيه، وأخر المعلق به لان الشافعي قائل بعدم صحته خصص أو عمم لحديث أبي داود والترمذي وحسنه مرفوعا لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك ولنا

***

[٨]

أن هذا تعليق لما يصح تعليقه وهو الطلاق فيلزم كالعتق والوكالة والحاجة داعية إليه لان نفسه قد تدعوه إلى تزويجها مع عمله بفساد حالها ويخشى غلبتها عليه فيؤيسها بتعليق طلاقها بنكاحها فطاما لها، والحديث محمول على نفي التنجيز وما هو مأثور عن السلف رضي الله عنهم كالشعبي والزهري وجماعة كما رواه ابن أبي شيبة في مصنفة وهو وإن كان ظاهرا لنا لكن لما كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزا ويعدونه طلاقا إذا وجد النكاح نفاه صاحب الشرع، والخلاف هنا مبني على أن المعلق بالشرط هل هو سبب للحال أولا نفيناه وأثبته؟ وتحقيقه أن اللفظ الذي ثبتت سببيته شرعا لحكم إذا جعل جزاء الشرط هل نسلبه سببيته لذلك الحكم قبل وجود معنى الشرط كأنت طالق وحرة جعل شرعا سببا لزوال الملك فإذا دخل الشرط منع الحكم عنده، وعندنا منع سببيته فتفرعت الخلافية، فعندنا ليس

بطلاق قبل وجود الشرط فلم يتناوله الحديث، وعنده طلاق فيتناوله، والاوجه قولنا لان الحنث هو السبب عقلا لا اليمين، ولان السبب هو المفضي إلى الحكم والتعليق مانع من الافضاء لمنعه من الوصول إلى المحل، والاسباب الشرعية لا تصير أسبابا قبل الوصول إلى المحل فضعف قوله إن السبب هو قوله أنت طالق والشرط لم يعدمه. وإنما آخر الحكم وأورد بأنه يجب أن يلغو كالاجنبية. وأجيب بأنه لو لم يرج لغا كطالق إن شاء الله، وأما غيره فبعرضية أن يصير سببا فلا يلغى تصحيحا لكلام العاقل أو نقول: لما توقف الحكم على الشرط صار الشرط كجزء سببه ولا يرد علينا البيع المؤجل فإنه سبب قبل حلوله لان الاجل دخل على الثمن فقط، وكذا لا يرد البيع بشرط الخيار لان الشرط بعلى لتعليق ما بعده فقط لغة فأتيك على أن تأتيني المعلق إتيان المخاطب فكذا قوله بعتك على أني بالخيار أي في الفسخ، فالمعلق الفسخ لا البيع وهو منجز فتعلق الحكم دفعا للضرر لا لان المعلق ينعقد سببا للحال. وكذا لا يرد المضاف كقوله أنت طالق غدا فإنه عندنا سبب في الحال لان التعليق يمين وهو للبر وهو إعدام موجب المعلق فلا يفضي إلى الحكم، أما الاضافة فلثبوت حكم السبب في وقته لا لمنعه فيتحقق السبب بلا مانع إذ الزمان من لوازم الوجود وهو معنى ما فرق به الزيلعي وهو مردود لانه يرد عليه أن اليمين لا توجب الاعدام مطلقا بل في المنع، أما في الحمل فلا نحو إن بشرتني بقدوم ولدي فأنت حر فإن المقصود إيجاد الشرط لا إعدامه. وفرقوا بينهما أيضا بأن الشرط على خطر الوجود بخلاف المضاف وهو مردود لانه يقتضي تسوية المضاف والمعلق في نحو
***
[٩]
يوم يقدم زيد وإن قدم في يوم كذا لان كلامنهما على خطر الوجود، وإن استويا في عدم انعقاد السببية للخطر استويا في الاحكام فيلزم منه عدم جواز التعجيل فيما لو قال علي صدقة يوم يقدم فلان لعدم جواز التقديم على السبب وإن كان بصورة الاضافة مع أن الحكم في المضاف جواز التعجيل قبل الوقت بخلافه في المعلق، ويقتضي أيضا كون إذا جاء غد فأنت حر كإذا مت فأنت حر لانه لا خطر فيهما فيكون الاول مضافا فيمتنع بيعه قبل الغد كما قبل الموت لانعقاده سببا في الحال كما عرف في التدبير لكنهم يجيزون بيعه قبل الغد، ويفرقون بين أنت حر غدا فلا يجيزون بيعه قبل الغد، وبين إذا جاء غد فأنت حرة فيجيزونه مع أنه لا خطر فيهما. وقد يقال في الفرق بينهما إن الاضافة ليست بشرط حقيقة لعدم كلمة الشرط لكنه في معنى الشرط من حيث إن الحكم يتوقف عليه فمن حيث إنه ليس بشرط لا يتأخر عنه ولا يمنع السببية، ومن حيث إنه في معنى الشرط لا ينزل في الحال فقلنا بأنه ينعقد سببا للحال ويقع مقارنا ويتأخر الحكم عملا بالشبهين. وفي الخانية من أول كتاب الاجارات: رجل قال لغيره أجرتك داري هذه رأس الشهر كل شهر بكذا جاز في قولهم، ولو قال إذا جاء رأس الشهر فقد أجرتك هذه الدار كل شهر بكذا قال الفقيه أبو الليث وأبو بكر الاسكاف: يجوز. وقال أبو القاسم الصفار: لا يجوز لانه تعليق التمليك فلا يصح كما لو علقها بشرط آخر، ويؤيده ما ذكره في الجامع: رجل حلف أن لا يحلف ثم قال لامرأته إذا جاء غد فأنت طالق كان حانثا في يمينه، وهذا يؤيد قوله. والذي يؤيد قول الفقيه أبي الليث ما ذكر في المنتقى: رجل له خيار الشرط في البيع فقال أبطلت خياري غدا أو قال أبطلت خياري إذا جاء غد كان ذلك جائزا قال: فليس هذا كقوله إن لم أفعل كذا فقد أبطلت خياري فإن ذلك لا يصح لان هذا وقت يجئ لا محالة. ولو أجر داره كل شهر بكذا ثم قال إذا جاء رأس الشهر فقد أبطلت الاجارة. قال الفقيه أبو بكر: كما يصح تعليق الاجارة بمجئ الشهر يصح تعليق فسخها بمجئ الشهر وغيره من الاوقات، ومسألة المنتقي في تعليق إبطال الخيار تؤيد قوله. قال شمس الائمة السرخسي قال بعض أصحابنا: إضافة الفسخ إلى الغد وغيره من الاوقات صحيح وتعليق الفسخ بمجئ الشهر وغير ذلك لا يصح والفتوى على قوله اه‍. فقد تحرر عندنا أن المعلق بشرط على خطر ليس كالمضاف اتفاقا وبما ليس فيه خطر فيه اختلاف المشايخ فسوى بينهما الفقيهان في الاجارة، وفرق بينهما الصفار، والافتاء بالفرق بينهما في فسخ الاجارة افتاء بقول الصفار بالفرق في الاجارة، فالفتوى على الفرق في الاجارة وفسخها ومسألة الجامع تؤيده وإنما خرج عن ذلك مسألة المنتقى. ثم اعلم أن المراد بالصحة في قوله إنما يصح اللزوم فإن التعليق في غير الملك والمضاف إليه صحيح موقوف على إجازة الزوج حتى لو قال أجنبي لزوجة إنسان إن دخلت الدار فأنت طالق توقف على الاجازة فإن أجازه لزم التعليق فتطلق بالدخول بعد الاجازة لا
***
[١٠]

قبلها، وكذا الطلاق المنجز من الاجنبي موقوف على إجازة الزوج فإذا أجازه وقع مقتصرا على وقت الاجازة ولا يستند بخلاف البيع الموقوف فإنه بالاجازة يستند إلى وقت البيع حتى ملك المشتري الزوائد المتصلة والمنفصلة. والضابط فيه أن ما يصح تعليقه بالشرط فإنه يقتصر، وما لا يصح تعليقه فإنه يستند وتمامه في تلخيص الجامع، ودخل تحت المضاف إلى الملك ما لو قال لمعتدته إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثا، فهذا وما لو قال لاجنبية سواء كما في الخلاصة: وللحنفي أن يرفع الامر إلى شافعي يفسخ اليمين المضافة، فلو قال إن تزوجت فلانة فهي طالق ثلاثا فتزوجها فخاصمته إلى قاض شافعي وادعت الطلاق فحكم بأنها امرأته وأن الطلاق ليس بشئ حل له ذلك، ولو وطئها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسخ يكون الوطئ حلالا إذا فسخ، وإذا فسخ بعد التزوج لا يحتاج إلى تجديد العقد، ولو قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزو امرأة وفسخ اليمين ثم تزوج امرأة أخرى لا يحتاج إلى الفسخ في كل امرأة. كذا ذكر في الخلاصة. وفي الظهيرية أنه قول محمد وبقوله يفتي، وكذلك في قوله كل عبد اشتريته وإذا عقد أيمانا على امرأة واحدة فإذا قضى بصحة النكاح بعد ارتفعت الايمان كلها، وإذا عقد على كل امرأة يمينا على حدة لا شك أنه إذا فسخ على امرأة لا ينفسخ على الاخرى، وإذا عقد يمينه بكلمة كلما فإنه يحتاج إلى تكرار الفسخ في كل يمين اه. فهي أربع مسائل في شرح المجمع للمصنف فإن أمضاه قاض حنفي بعد ذلك كان أحوط اه. وفي الخانية: حكم الحاكم كالقضاء على الصحيح اه. وفي البزازية وعن الصدر أقول: لا يحل لاحد أن يفعل ذلك. وقال الحلواني: يعلم ولا يفتى به لئلا يتطرق الجهال إلى هدم المذهب. وعن أصحابنا ما هو أوسع من ذلك وهو أنه لو استفتى فقيها عدلا فأفتاه ببطلان اليمين حل له العمل بفتواه وإمساكها. وروي أوسع من هذا وهو أنه لو أفتاه مفت بالحل ثم أفتاه آخر بالحرمة بعدما عمل بالفتوى الاولى فإن يعمل بفتوى الثاني في حق امرأة أخرى لا في حق الاولى، ويعمل بكلا الفتوتين في حادثتين لكن لا يفتى به اه. وفيها قبيل الرجعة والتزوج فعلا أولى من فسخ اليمين في زماننا. وينبغي أن يجئ إلى عالم ويقول له ما
***
[١١]

حلف واحتياجه إلى نكاح الفضولي فيزوجه العالم امرأة ويجيز بالفعل فلا يحنث، وكذا إذا قال لجماعة لي حاجة إلى نكاح الفضولي فيزوجه واحد منهم، أما إذا قال لرجل اعقد لي عقد فضولي يكون توكيلا اه. وسيأتي في آخر الايمان. واعلم أن الفسخ من الشافعي إنما محله قبل أن يطلقها ثلاثا لما في الخانية: رجل قال لامرأته إذا تزوجتك فأنت طالق فتزوجها وطلقها ثلاثا ثم إنها رفعت أمرها إلى القاضي ليفسخ اليمين فإن القاضي لا يفسخ لانه لو فسخ تطلق ثلاثا بالتنجيز بعد النكاح فلا يفيد اه. فإن قلت: لم وسع أصحابنا في فسخ اليمين المضافة ما لم يوسعوا في غيره مع أن دليلهم ظاهر؟ قلت: قد اختلج هذا في خاطري كثيرا ولم أر عنه جوابا حتى رأيت الزاهدي في المجتبى قال: وقد ظفرت برواية عن محمد أنه لا يقع وبه كان يفتي كثير من أئمة خوارزم اه. وشرط قاضيخان لجواز فسخ اليمين المضافة أن لا يكون القاضي أخذ على ذلك مالا، فإن أخذ لا ينفذ فسخه عند الكل، وإن أخذ على الكتابة فإن كان بقدر أجرة المثل نفذ، وإن كان أزيد لا ينفذ، والاولى أن لا يأخذ مطلقا وتمامه فيها. وفي المحيط من باب عطف الشروط بعضها على بعض: لو قال إن تزوجتك وإن تزوجتك فأنت طالق لم يقع حتى يتزوجها مرتين، ولو قدم الجزاء فهو على تزويج واحد وكذا لو وسطه. ولو قال أنت طالق إن تزوجتك فإن تزوجتك أو وسط الجزاء لم يقع حتى يتزوجها مرتين فقد فرق بين الفاء والواو بعده فجعله بالواو إعادة للشرط الاول وبالفاء جعله شرطا مبتدأ. ولو قال أنت طالق إن تزوجتك ثم تزوجتك ففي قياس قول أبي حنيفة على التزويج الاول، ولو قال إن تزوجتك ثم تزوجتك فأنت طالق انعقدت في الاخيرة اه. وفي البزازية: إن تزوجت فلانة فهي طالق إن تزوجت فلانة فتزوج لا يقع، فإن طلقها ثم
***
[١٢]

تزوجها وقع. وفي المحيط من باب تعليق اليمين بالشرط: لو قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق إن كلمت فلانا فتزوج امرأة قبل الكلام وامرأة بعده طلقت التي تزوجها قبل الكلام، ولو قدم الشرط بأن قال إن كلمت فلانا فكل امرأة أتزوجها فهي طالق طلقت التي تزوجها بعد الكلام زكذا إذا وسطه ا ه، وفي الباب أضافة الطلاق إلى الملك لو قال إذا تزوجت امرأة فهي طالق فتزوج امرأتين تطلق أحداهما والبيان إليه، ولو كان قال وحدها لا يقع شئ فإن تزوج أخرى بعدهما وقع عليها. ولو قال يوم أتزوجك فأنت طالق قال

ذلك ثلاث مرات فتزوجها يقع الثلاث لان هذه أيمان، ولو قال إذا تزوجتك فأنت طالق وأنت علي كظهر أمي ووالله لا أقربك ثم تزوجها وقع الطلاق ويلغو الظهار والايلاء عند أبي حنيفة خلافا لهما لما عرف أن عنده ينزل الطلاق أولا فتصير مبانة، وعندهما ينزلن جملة. ولو قال إن تزوجتك فوالله لا أقربك وأنت علي كظهر أمي وأنت طالق فتزوجها وقع الطلاق وصح الظهار والايلاء لانها بنزول الظهار والايلاء لا تصير مبانة، وكذا لو قال إن تزوجتك فأنت طالق إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي ثو تزوجها صحا لانهما يمينان ذكر لكل واحدة شرطا على حدة وهو التزوج فنزلا معا اه. وفي باب الحلف على التزويج إن تزوجت امرأة فعبدي حر فتزوج صبية حنث، ولو حلف لا يشتري امرأة فاشترى صغيرة لم يحنث. والفرق أن اسم المرأة مطلقا لا يتناول الصغيرة إلا أن في الشراء اعتبر ذكر المرأة لان الشراء قد يكون للرجل وقد يكون للمرأة ولم يعتبر ذلك المرأة في النكاح لان النكاح لا يكون إلا للمرأة فلغا ذكرها. ولو قال إن كلمت امرأة فكلم صبية لا يحنث لان الصبي مانع عن هجران الكلام فلا تراد الصبية في اليمين المعقودة على الكلام عادة ولا كذلك التزوج اه. وفي الذخيرة في نوع آخر في دخول شخص واحد تحت اليمينين: إذا قال إن تزوجت فلانة فهي طالق ثم قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق ثم تزوج فلانة طلقت تطليقتين بحكم اليمينين لانها فلانة وامرأة، وكذلك لو قال إن كلمت فلانا فأنت طالق وإن كلمت انسانا فأنت طالق فكلمت فلانا تطلق تطليقتين

***

[١٣]

بحكم اليمينين اه. قوله: (فيقع بعده) أي يقع الطلاق بعد وجود الشرط في المسألتين، سواء كان التعليق في الملك أو مضافا إليه. وفي فتح القدير: وقوله وقع عقيب النكاح يفيد أن الحكم يتأخر عنه وهو المختار لان الطلاق المقارن لا يقع كقوله أنت طالق مع نكاحك إذ لا يثبت الشئ منتفيا ثم قال: وأما قولهم إنه ينزل سببا عند الشرط كأنه عند الشرط أوقع تنجيزا فالمراد الايقاع حكما ولهذا إذا علق العاقل الطلاق ثم جن عند الشرط تطلق ولو كان كالملفوظ حقيقة لم يقع لعدم أهليته اه. وأشار بقوله بعده إلى أنه لو قال إن تزوجتك فأنت طالق قبله ثم نكحها لم يقع وهو قولهما لان المعلق كالملفوظ عند الشرط. ولو قال وقت النكاح أنت طالق قبل أن أنكحك لا تطلق كذا هذا. وأوقعه أبو يوسف بإلغاء الظرف لعدم قدرته على الايقاع فيه. وفي المحيط: لو قال كل امرأة أتزوجها في قرية كذا فهي طالق ثلاثا فتزوجها في غير تلك القرية لم يحنث لانه لم يتزوجها في تلك القرية، ولو قال من قرية كذا حنث حيثما تزوجها. ولو قال إن تزوجت امرأة ما دمت بالكوفة فهي طالق ففارق الكوفة ثم عاد إليها فتزوج امرأة لم تطلق لانتهاء اليمين بالمفارقة، ولو قال لامرأته إن تزوجت عليك ما عشت فحلال الله علي حرام ثم قال لامرأته إن تزوجت عليك فالطلاق واجب علي ثم تزوج عليها يقع على كل واحدة منهما تطليقة على القديمة والحديثة ويقع تطليقة أخرى يصرفها إلى أيتهما شاء لان اليمين الاولى انصرفت إلى الطلاق عرفا فينصرف إلى طلاق كل واحدة منهما واليمين الثانية يمين بطلاق واحدة، فإذا تزوج امرأة انحلت اليمينان جميعا اه. وفي المحيط من كتاب الايمان: لو قال إن فعلت كذا فكل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج ثم فعل لا تطلق لان المعلق بالفعل طلاق المتزوجة بعده ولم يوجد، وإذا نوى تقديم النكاح على الفعل صحت نيته لانه نوى ما يحتمله لانه يحتمل التقديم والتأخير فصار كأنه قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق إن فعلت. قوله: (فلو قال لاجنبية إن زرت فأنت طالق فنكحها فزارت لم تطلق) لانه حين صدر لا يصح جعله إيقاعا لعدم المحل ولا يمينا لعدم معنى اليمين وهو ما يكون حاملا على البر

***

[١٤]

لاخافته لانه لم يصدر مخيفا لعدم ظهور الجزاء عند الفعل وهو الزيارة هنا لعدم ثبوت المحلية عند وجود الشرط، ومعنى الاخافة هنا لزوم نصف المهر إن تزوجها لانه حينئذ يقع الطلاق فيجب المال فيمتنع عن التزوج خوفا من ذلك، وقد أورد على هذا قوله إذا حضت فأنت طالق فإنه يمين مع أنه لا حمل فيه ولا منع، وأجيب بأن العبرة فيه للغالب لا للشاذ كذا في فتح القدير. وأشار المصنف إلى مسائل: الاولى لو قال كل امرأة أجتمع معها في فراش فهي طالق فتزوج امرأة لا تطلق، ومثله كل جارية أطوءها حرة فاشترى جارية فوطئها لا تعتق لان العتق لم يضف إلى الملك كذا في المحيط. وفي الولوالجية: إذا قال الرجل لاجنبية إن طلقتك فعبدي حر يصح ويصير كأنه قال إن تزوجتك وطلقتك فعبدي حر، ولو قال لها إن طلقتك فأنت طالق ثلاثا لا يصح لان ذكر الطلاق ذكر النكاح

الذي لا يستغنى عنه الطلاق لا ذكر لما لا يستغني عنه الجزاء اهـ. الثانية لو قال لوالديه إن زوجتماني امرأة فهي طالق ثلاثا فزوجاه امرأة بغير أمره لا تطلق لان التعليق لم يصح لاه غير مضاف إلى ملك النكاح لان تزويج الوالدين له بغير أمره غير صحيح لانه غير مضاف إلى ملك النكاح لانه لم يأمرهما بالتزويج عند التعليق كذا في المحيط. ولا فرق في حق هذا الحكم بين أن يزوجاه بأمره أو بغير أمره لما في المعراج: ولو قال لغيره إن زوجتني امرأة فهي طالق فزوجه بامره أو بغير أمره لا تطلق لان التعليق لم يصح اهـ. الثالثة لو قال إن تزوجت فلانة قبل فلانة فهما طالقان فتزوج الاولى طلقت، واختلفوا فيما إذا تزوج الثانية فقال في المحيط: تطلق أيضا. وقيل: ينبغي أن لا تطلق لان نكاح الثانية غير مذكور صريحا ولا ضرورة. ولو قال إن تزوجت زينب قبل عمرة بشهر فهما طالقتان فتزوج زينب ثم عمرة بعدها بشهر طلقت زينب للحال لوجود الشرط ولا يستند ولا تطلق عمرة لانه ما أضاف طلاقها إلى نكاحها لان تزوجها لم يصر مذكورا وتمامه في المحيط. الرابعة لو قال إن تزوجت امرأة أو أمرت إنسانا بالتزوج لي امرأة فهي طالق ثم أمر غيره أن يزوجه امرأة ففعل المأمور لا تطلق امرأة الحالف لانه حنث بالامر لا إلى جزاء وهو نظير ما روي عن أبي يوسف: لو قال رجل إن تزوجت فلانة أو خطبتها فهي طالق فخطب امرأة وتزوجها لا يحنث في يمينه لانه حنث بالخطبة كذا في الخانية. وحاصل ما ذكره في الذخيرة أنه إذا قال إن تزوجت فلانة فهي طالق وإن أمرت من يزوجنيها فهي طالق فأمر إنسانا فزوجها منه طلقت لانهما يمينان فانحلال أحدهما لا يوجب انحلال الاخرى. ولو قال إن تزوجت وإن أمرت من يزوجنيها

***

[١٥]

فهي طالق فأمر رجلا فزوجها منه لم تطلق لان اليمين واحدة والشرط شيئان الامر والتزويج فبمجرد الامر لا تنحل اليمين، ولذا لو تزوجها من غير أن يأمر أحدا بذلك لا تطلق لانه بعض الشرط، فإن أمر بعد ذلك رجلا فقال زوجني فلانة وهي امرأته على حالها طلقت لانه كل الشرط. ولو قال إن خطبت فلانة أو تزوجتها فهي طالق فخطبها ثم تزوجها لا تطلق لان شرط حنثه أحد شيئين، فإذا خطبها فقد وجد شرط الحنث والمرأة ليست في نكاحه فانحلت اليمين لا إلى حنث، فإذا تزوجها بعد ذلك واليمين منحلة فلا تطلق. وقوله لانه حنث بالخطبة يدل على أنها يمين منعقدة وفائدتها لو زوجه فضولي فبلغه فأجاز طلقت، ونظيرها إن تزوجت فلانة أو أمرت من يزوجنيها فأمر غيره فزوجها منه لا تطلق وتمامه فيها من فصل التعليقات. وفي تتمة الفتاوى في مسألتي الامر والخطبة باو وهذا رد على من يقول اليمين غير منعقدة لان الشرط أحدهما وأحدهما بعينه صالح والآخر لا فإنه نص على الحنث حتى لو تزوج قبل الامر في المسألة الاولى أو قبل الخطبة في المسألة الثانية لو تصور فإنها تطلق اهـ. وفي الخانية: قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق ونوى من بلد كذا أو نوى امرأة حبشية أو غيرها لا يكون مصدقا في ظاهر الرواية قضاء، ولو قال أي امرأة أتزوجها فهي طالق كانت على امرأة واحدة إلا أن ينوي جميع النساء. ولو قال إن تزوجت امرأة من بنات فلان فهي طالق وليس لفلان بنت ثم ولد له بنت فتزوجها الحالف قالوا لا يحنث في يمينه ويشترط قيام البنت وقت اليمين، ولا يدخل في اليمن ما يحدث بعد اليمين كما لو حلف أن لا يتزوج من أهل هذه الدار وليس لتلك الدار أهل ثم سكنها قوم فتزوج الحالف منهم امرأة لا يحنث في يمينه ويشترط وجود الاهل عند اليمين إلا أن هذا الجواب يوافق قول محمد، وأما قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف يدخل في هذا اليمين من كان موجودا وقت اليمين ومن يحدث بعده كمن حلف أن لا يكلم ابن فلان وليس لفلان ابن ثم ولد له ابن فكلمه الحالف حنث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ولا يحنث في قول محمد. ولو قال والله لا أتزوج امرأة من أهل الكوفة فتزوج امرأة من أهل الكوفة ولدت بعد اليمين حنث، فرق محمد بين هذا وبين بنت فلان لان أهل الكوفة قوم لا يحصون فلم يكن الحامل على اليمين غيظ لحقه من جهة الاهل بل الحامل على اليمين معنى في الكوفة فيدخل الموجود والحادث. بخلاف بنت فلان لان الحامل على اليمين غيظ لحقه من جهة فلان فيدخل فيه الموجود لا الحادث. ولو حلف أن لا يتزوج من نساء أهل البصرة فتزوج جارية ولدت بالبصرة ونشأت بالكوفة واستوطنت بها حنث الحالف في قول أبي حنيفة لان المعتبر عنده في هذه الولادة، ولو حلف أن لا يتزوج من

***

[١٦]

أهل بيت فلان فتزوج بنت بنت فلان لا يحنث لان هذا الاسم لا يتناول أولاد البنات. ولو قال إن تزوجت امرأة إلى خمس سنين

فهي طالق فتزوج في السنة الخامسة طلقت لانها لا تنتهي قبل مضي السنة الخامسة كما لو أجر داره إلى خمس سنين. ولو قال إن أكلت من خبز والدي ما لم أتزوج فاطمة فكل امرأة أتزوجها فهي طالق فأكل ثم تزوج فاطمة بعد الاكل طلقت. ولو قال كل امرأة أتزوجها ما لم أتزوج فاطمة فهي طالق فماتت فاطمة أو غابت فتزوج غيرها طلقت في الغيبة ولا تطلق في الموت، أما في الغيبة فلانه ما تزوج فاطمة حال بقاء اليمين فيحنث، وأما في الموت فلا يحنث في قول أبي حنيفة ومحمد لان عندهما يمينه تبطل بالموت فلا يحنث بعده. ولو قال كل امرأة أتزوجها فقد بعت طلاقها منك بدرهم ثم تزوج بامرأة فقالت التي كانت عنده حين علمت بنكاح غيرها قبلت أو قالت طلقتها أو قالت اشتريت طلاقها طلقت التي تزوجها، وإن قالت التي كان عنده قبل أن يتزوج أخرى قبلت لا يصح قبولها لان ذلك قبول قبل الايجاب اه. وفي الكافي للحاكم: لو قال يوم أتزوجك فأنت طالق وأنت طالق وأنت طالق ثم تزوجها طلقت واحدة في قول أبي حنيفة وثلاثا عندهما. ولو قال يوم أتزوجك فأنت طالق يوم أتزوجك فأنت طالق يوم أتزوجك فأنت طالق ثم تزوجها طلقت ثلاثا، وكذلك إن وإذا ومتى وكلما. وإن قال أنت طالق وطالق وطالق يوم أتزوجك ثم تزوجها طلقت ثلاثا بخلاف ما إذا أخر الطلاق فإن الاولى تقع فقط اه. ثم قال: لو قال إذا تزوجت امرأة فهي طالق فتزوج امرأتين في عقدة واحدة فإحداهما طالق والخيار له، وإن نوى امرأة وحدها لم يدين في القضاء. ولو قال إن تزوجت امرأة وحدها لم تطلق واحدة منهما فإن تزوج أخرى بعدها طلقت اه. وفي القنية: قال لاجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق من جهتي أو طلقتك صح وصار كأنه قال إن دخلت الدار وتزوجتك فأنت طالق. ولو قال لاجنبية إن ولدت فأنت طالق مني فتزوجها فولدت طلقت اه. وهو مشكل ولو زاد قوله من جهتي كما لا يخفى. قوله: (وألفاظ الشرط إن وإذا وإذاما وكل وكلما ومتى ومتى ما) وهو في اللغة كما في القاموس إلزام الشئ والتزامه في البيع ونحوه كالشريطة والجمع شروط. وفي المثل الشرط أملك عليك أم لك. وبزغ الحجام بشرط ويشرط فيهما. والدون اللئيم السافل. والجمع أشراط. وبالتحريك العلامة والجمع أشراط وكل مسيل صغير يجئ من قدر عشرة أذرع. وأول الشئ ورزال المال وصغارها. والاشراف أشراط أيضا ضد ا ه. وعند الاصوليين كما في التلويح تعليق حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة ويزاد في أن فقط أي من غير اعتبار ظرفية ونحوها كما في إذا ومتى ا ه. وفي المعراج: الشروط

***

[١٧]

شرعية وعقلية وعرفية ولغوية. فالشرعية كالوضوء وستر العورة واستقبال القبلة وطهارة الثوب والمكان والبدن فيتوقف وجود الصلاة عليها ولا يلزم من وجودها وجود الصلاة. والعقلي كالحياة مع العلم فيلزم من وجود العلم الحياة من غير عكس. والعرفية ويقال لها الشرطية العادية كالسلم مع صعود السطح فيلزم من الصعود وجوده من غير عكس. واللغوية مثل التعليقات فيلزم من وجود الشرط وجود المشروط. قالوا: وهو حقيقة السبب وبهذا قال النحويون في الشرط والجزاء مع السببية للاول والمسببية للثاني والمعتبر من المانع وجوده ومن الشرط عدمه ومن السبب وجوده وعدمه ا ه. وقال قبله: إنما قال ألفاظ الشرط دون حروفه كما قال بعضهم لان عامتها اسم كمتى وإذا ا ه. وليس مقصود المؤلف الحصر في الالفاظ الستة وقد ذكر في جوامع الفقه لو ولولا. وفي فتح القدير: وإنما لم يذكر المصنف لو لان مقصودة ينافيه أعني التعليق على ما على خطر الوجود لانها أفادت تحقق عدمه فلا يحصل معنى اليمين ولعدم حصوله لم تذكر لما وإن كان لو دخلت فأنت طالق تعليق للطلاق كما ذكره التمرتاشي ويروى عن أبي يوسف لكنه ليس معناها الاصلي ولا المشهور ولذا قال بعضهم: لا يتعلق. وفي الحاوي في فروعنا: قال أنت طالق لو تزوجتك تطلق إذا تزوجها، ولو قال أنت طالق لولا دخولك أو لولا أبوك أو مهرك لا يقع، وكذا في الاخبار بأن قال طلقتك أمس لولا كذا ا ه. ولا محل للتردد لان المذهب أن لو بمعنى الشرط. قال في المحيط: وكلمة لو بمعنى الشرط فإنها تستعمل هذه الكلمة لامر مترقب منتظر فصار بمعنى الشرط الذي هو مترقب الثبوت وعلى خطر الوجود فتوقف عليه حتى لو قال لامرأته أنت طالق لو دخلت الدار لم تطلق حتى تدخل، ولو قال أنت طالق لو حسن خلقك سوف أراجعك طلقت الساعة لان لو دخلت على المراجعة، وكذا لو قدم أبوك راجعتك. وعن أبي يوسف أنت طالق لو دخلت الدار لطلقتك فهذا رجل حلف بطلاق امرأته ليطلقها إن دخلت الدار فإذا دخلت لزمه أن يطلقها ولا يقع إلا بموت أحدهما كقوله إن لم آت البصرة ا ه. وفي المعراج: وإنما لم يذكر المصنف كلمة لو مع أنها للشرط وضعا ذكره في شرح المفصل باعتبار أنه يعمل عمل الشرط معنى لا لفظا وغيرها يعمل معنى ولفظا حتى تجزم في مواضع الجزم وفي غير مواضع الجزم لزم دخول الفاء في جزائهن بخلاف

لو انتهى. ولم يذكر من مع أنها من الجوازم لفظا ومعنى ومن مسائلها فرع غريب في المعراج:
***
[١٨]
رجل قال لنسوة له من دخلت منكن الدار فهي طالق فدخلت واحدة مرارا طلقت بكل مرة لان الدخول لما أضيف إلى جماعة فيراد به تعميمه عرفا مرة بعد مرة كقوله تعالى * (ومن قتله منكم متعمدا) * [المائدة: ٩٥] فإنه أفاد عموم الصيد ولهذا ذكر محمد في السير الكبير: لو قال الامير من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحد قتليين فله سلبهما. قيل لا حجة لمحمد في الاستشهادين لان الصيد في قوله لا تقتلوا الصيد عام باعتبار اللام الاستغراقية والقتيل عام لوقوعه في سياق الشرط ولو استشهد بقوله تعالى * (وإذا رأيت الذين يخوضون) * [الانعام: ٦٨] الآية * (وإذا جاءك الذين يؤمنون بآياتنا) * [الانعام: ٥٤] الآية. فإن إذا في ذلك تفيد التكرار. وعن بعض الحنابلة أن متى تقتضي التكرار والصحيح أن غير كلما لا يوجب التكرار ا ه‍. والحاصل أن أدوات الشرط إن ومن وما ومهما وأي و أين وأنى ومتى ومتى ما وحيث وحيثما وإذا وإذا ما وإيان و كيفما عند الكوفيين ولم يذكر النحاة كلا وكلما فيها لانهما ليسا من أدوات الشرط وإنما ذكرهما الفقهاء لثبوت معنى الشرط معهما وهو التعليق بأمر على خطر الوجود وهو الفعل الواقع صفة الاسم الذي أضيف إليه. قالوا: وكلها جازمة إلا لو وإذا والمشهور أنه إنما يجزم ب‍ " إذا في الشعر وكذا لو. والمراد ب‍ " إن المكسورة فلو فتحها تنجز وهو قول الجمهور لانها للتعليل، ولا يشترط وجود العلة وهذا مذهب البصريين واختاره محمد. ومذهب الكوفيين أنها بمعنى إذا واختاره الكسائي وهو منهم وتمامه في المعراج. وأشار بقوله ألفاظ الشرط إلا أنه لا يتحقق التعليق إلا بالفاء في الجواب في موضع وجوبها إلا أن يتقدم الجواب فيتعلق بدونها على خلاف في أنه حينئذ هو الجواب أو يضمر الجواب بعده والمقدم دليله. وأما الفقيه فنظره من جهة المعنى فلا عليه من اعتبار الجواب كذا في فتح القدير. وكون الاول هو الجواب مذهب الكوفيين، وكونه دليلا عليه مذهب البصريين. فإن قلت: ما فائدة الاختلاف بين أهل البلدين؟ قلت: يجوز عند البصريين ضربت غلامه إن ضربت زيد اعلى إن ضمير غلامه لزيد لرتبة الجزاء عند البصريين بعد الشرط، ولا يجوز عند الكوفيين لرتبته قبل الاداة كما أشار إليه الرضى. وفي الالفية لابن مالك.
***
[١٩]
واقرن بفا حتما جوابا لو جعل شرطا لان أو غيرها لم ينجعل وتوضيحه كما في المغني أنها واجبة في جواب لا يصلح أن يكون شرطا قال: وهو منحصر في ست مسائل. إحداها أن يكون الجواب جملة اسمية نحو * (إن تعذبهم فإنهم عبادك) * [المائدة: ٨١١] الثانية أن يكون فعلها جامدا نحو * (إن تبدوا الصدقات فنعما هي) * [البقرة: ١٧٢] الثالثة أن يكون فعلها انشائيا نحو * (إن كنتم تحبون الله فاتبعوني) * [آل عمران: ١٣] الرابعة أن يكون فعلها ماضيا لفظا ومعنى نحو * (إن يسرق فقد سرق أخ له من قبل) * [يوسف: ٧٧] الخامسة أن يقترن بحرف الاستقبال نحو * (من يرتد منكم عن دينه فسوف يأتي الله بقوم يحبهم) * [البقرة: ٧١٢] ونحو * (وما يفعلوا من خير فلن يكفروه) * [آل عمران: ٥١١] السادسة أن يقترن بحرف له الصدر كرب وإنما دخلت في نحو * (ومن عاد فينتقم الله منه) * [المائدة: ٥٩] لتقدير الفعل خبر المحذوف فالجملة اسمية وقد مر أن إذا الفجائية تنوب عن الفاء نحو * (وإن تصبهم سيئة بما قدمت أيديهم إذا هم يقنطون) * [الروم: ٣٦] وإن الفاء قد تحذف للضرورة كقوله: من يفعل الحسنات الله يشكرها وعن المبرد أنه منع من ذلك حتى في الشعر وزعم أن الرواية من يفعل الخير فالرحمن يشكره. وعن الاخفش أن ذلك واقع في النثر الفصيح وأن منه قوله تعالى * (إن ترك خيرا الوصية للوالدين) * [البقرة: ٠٨١] وتقدم تأويله. وقال ابن مالك: يجوز في النثر نادرا ومنه حديث اللقطة فإن جاء صاحبها وإلا استمتع بها وكما تربط الفاء الجواب بشرطه كذلك تربط شبه الجواب بشبه الشرط وذلك في نحو الذي يأتيني فله درهم ا ه‍ ما في المغني: وذكر المرادي في شرح الالفية أحد عشر موضعا لوجوب الاقتران بالفاء وهي: الجملة الاسمية والفعلية الطلبية والفعل غير المتصرف والمقرون بالسين أو سوف أو قد أو منفيا بما أو لن وإن والمقرون بالقسم والمقرون برب. قال: فهذه الاجوبة تلزمها الفاء لانها لا يصلح جعلها شرطا وخطب التمثيل سهل ا ه‍. وهذا لا يخالف قول المغني أنها منحصرة في ست لان حرف الاستقبال شامل للسين وسوف ولن وما له الصدر شامل للقسم ورب. والاضبط
***
[٢٠]

والاخصر ما ذكره الرضى أنها واجبة في أربعة مواضع: أحدها الجملة الطلبية كالامر والنهي والاستفهام والتمني والعرض والتحضيض والدعاء. الثاني الجملة الانشائية كنعم وبئس وما تضمن معنى انشاء المدح والذم وكذا عسى وفعل التعجب. والقسم الثالث الجملة الاسمية. الرابع كل فعلية مصدرة بحرف سوى لا ولم في المضارع سواء كان الفعل المصدر ماضيا أو مضارعا ا ه. وظاهره أن الطلبية لا تدخل تحت الانشائية ولذا صرح بعده بما يفيد التغاير فقال: إن الجملة الانشائية متجردة عن الزمان والطلبية متمحضة للاستقبال وتمامه فيه. وفي شرح التوضيح من بحث الصلة الانشائية ما قارن لفظها معناها والطلبية ما تأخر وجود معناها عن وجود لفظها ا ه. وهذا كله عند النحاة، وأما في علم المعاني فالطلبية من أقسام الانشائية لانها ما ليس لها خارج تطابقه أو لا تطابقه، والخبرية ما لها خارج تطابقه أو لا تطابقه. وبما قررناه ظهر أن قول الزيلعي أن مواضعها سبع ونظمها بعضهم فقال: طلبية واسمية وبجامد وبما وقد ولن وبالتنفيس قاصر عن الاستيفاء وزيادة المحقق عليه في فتح القدير ما ذكره المرادي ليس تحريرا والحق ما أسلفناه عن الرضى. فإذا عرف ذلك تفرع عليه أنه لو لم يأتي بالفاء في موضع وجوبها فإنه يتنجز ك " إن دخلت الدار أنت طالق فإن نوى تعليقه دين، وكذا إن نوى تقديمه. وعن أبي يوسف أنه يتعلق حملا لكلامه على الفائدة فتضمر الفاء. قلت: الخلاف مبني على جواز حذفها اختيارا فأجازه أهل الكوفة وعليه فرع أبو يوسف، ومنعه أهل البصرة وعليه تفرع المذهب، وقد حكى الرضى خلاف الكوفيين كما ذكرناه، فإن قلت: يرد على البصريين قوله تعالى * (وإن أطعتموهم إنكم لمشركون) * [الانعام: ١٢١] قلت: قد أجاب عنه الرضى بأنه بتقدير القسم ويجوز أن يكون قوله تعالى * (وإذا تتلى عليهم آياتنا بينات ما كان حجتهم) * [الجاثية: ٥٢] مثله أي بتقدير القسم، ويجوز أن تكون إذا لمجرد الوقت من دون ملاحظة الشرط كما لم يلاحظ في قوله تعالى * (والذين إذا أصابهم البغي هم ينتصرون) * [الشورى: ٩٣] وقوله تعالى * (وإذا ما غضبوا هم يغفرون) * [الشورى: ٧٣] ا ه. ولو أجاب بالواو وفي موضع وجوب الفاء تنجز وإن نوى تعليقه بدين. وفي المعراج: ولو نوى تقديمه قيل يصح وتحمل الواو على الابتداء وفيه ضعف لان واو الابتداء لا تستعمل في أول الكلام ا ه. وظاهر ما في المحيط أنه لو نوى تعليقه لا يدين فإنه قال: ولا تصح نية التعليق

***

[٢١]

أصلا لانه يحتاج إلى اسقاط حرف الواو ثم إلى اضمار حرف الفاء ولان الاضمار إنما يصح متى أظهر ما أضمر لا يختل الكلام وهنا لو ظهر ما أضمر اختل الكلام لانه يصير إن دخلت الدار فوأنت طالق ولو لم يأت بحرف التعليق ك " أنت طالق دخلت الدار تنجز لعدم التعليق. ولو قدم الجواب وأخر الشرط لكن ذكره بالواو ك " أنت طالق وإن دخلت الدار تنجز لان الواو في مثله عاطفة على شرط هو نقيض المذكور على ما عرف في موضعه تقديره إن لم تدخلي وإن دخلت و إن هذه هي الوصلية. كذا في فتح القدير وهو اختيار لقول الجرمي وهو ليس بمرضى عند الرضى لانه يلزمه أن يأتي بالفاء في الاختيار فتقول زيد وإن كان غنيا فبخيل لان الشرط لا يلغي بين المبتدأ والخبر اختيارا، وأما على ما اخترنا من كون الواو اعتراضية فيجوز لان الاعتراضية بين أي جزئين من الكلام كانا بلا فصل إذا لم يكن أحدهما حرفا ا ه. وقال قبله: وشرط دخولها أن يكون ضد الشرط المذكور أولى بذلك المقدم الذي هو كالعوض عن الجزاء من ذلك الشرط كقوله أكرمه وإن شتمني فالشتم بعيد من إكرامك الشاتم وضده وهو المدح أولى بالاكرام، وكذلك اطلبوا العلم ولو بالصين. والظاهر أن الواو الداخلة على كلمة الشرط في مثله اعتراضية ونعني بالجملة الاعتراضية ما تتوسط بين أجزاء الكلام ومتعلقاته معنى مستأنفا لفظا على طريق الالتفات إلى آخره. وفي المحيط: وذكر الكرخي أنه لو نوى بيان الحال على معنى أنت طالق في حال دخولك تصح نيته ديانة لا قضاء لان الواو في مثله تذكر للحال كقوله أنت طالق وأنت راكبة ا ه. وقال الرضى: وعن الزمخشري في مثله الحال فيكون الذي هو كالعوض عن الجزاء عاملا في الشرط أيضا على أنه حال كما عمل جواب متى عند بعضهم في متى النصب على أنه ظرفه ومعنى الظرفية والحال متقاربان، ولا يصح اعتراض الجرمي عليه بأن معنى الاستقبال الذي في أن يناقض معنى الحال الذي في الواو لان حالية الحال باعتبار عامله مستقبلا كان العامل أو ماضيا نحو اضربه غدا مجردا أو ضربته أمس مجردا واستقبالية شرط أن باعتبار زمن التكلم فلا تناقض بينهما ا ه كلام الرضى. وهو مؤيد لقول الكرخي. ولو ذكره بالفاء كانت طالق فإن دخلت الدار قال في المعراج: لا رواية فيه. ولقائل إن يقول: تطلق لان الفاء صارت فاصلة، ولقائل أن يقول لا تطلق لان الفاء حرف

التعليق ا هـ. وفي فتح القدير: وقياس المذكور في حرف الفاء في موضع وجوبها وذكر الواو مع الجواب أن يكون التنجيز موجب اللفظ إلا أن ينوي التعليق لاتحاد الجامع وهو عدم كون التعليق إذ ذاك مدلول اللفظ فلا يثبت إلا بالنية، والفاء وإن كان حرف تعليق لكن لا يوجبه إلا في محله فلا أثر له هنا ا هـ. وثم كالواو قال في المحيط: لو قال أنت طالق ثم إن دخلت الدار طلقت للحال ولا تصح نية التعليق أصلا لانه لا يحتمله لان ثم للتعقيب مع الفصل والتعليق للوصل فكان بينهما مضادة ا هـ. ثم اعلم أن ما المذكورة بعد أداة شرط زائدة. قال الرضي: وأما ما فتزاد مع الخمس كلمات المذكورة إذا أفادت معنى الشرط نحو

***

[٢٢]

إذا ما تكرمني أكرمك بغير الجزم ومتى ما تكرمني أكرمك بمعنى متى تكرمني ولا تفيد ما معنى التكرير ولو أفادتها لم تكن زائدة، فمن قال إن متى للتكرير فمتى ما مثله، ومن قال ليس للتكرير فكذا متى ما وإياما تفعل أفعل وأينما تكن أكن * (فاما نذهبن بك) * [الزخرف: ١٤] وقد تدخل بعد أيان أيضا قليلا وليست في حيثما وإذ ما زائدة لانها هي المصححة لكونهما جازمين فهي الكافة أيضا عن الاضافة ا هـ. ذكره في بحث حروف الزيادة ولم يذكر هنا ما في كلما لكونها ليست زائدة لافادتها التكرار ولذا قال: وتفيد كل التكرار بدخول ما عليه دون غيره من أدوات الشرط ا هـ. وفي المحيط وعن أبي يوسف: لو قال أنت طالق لدخلت الدار فهذا يخبر أنه دخل الدار وأكده باليمين فيصير كأنه قال إن لم أكن دخلت الدار فإن لم يكن دخل الدار طلقت. ولو قال أنت طالق لا دخلت الدار يتعلق بالدخول لان لا حرف نفي وقد أكده بالدخول فكان الطلاق معلقا بالدخول. ولو قال أنت طالق لدخولك الدار طلقت الساعة لان اللام للتعليل فقد جعل الدخول علة للوقوع وجدت العلة أو لا. ولو قال أنت طالق بدخولك الدار أو بحيضك لم تطلق حتى تدخل أو تحيض لان الباء للوصل والالصاق وإنما يتصل الطلاق ويلتصق بالدخول إذا تعلق به. ولو قال أنت طالق على دخولك الدار إن قبلت يقع وإلا فلا لانه استعمل الدخول استعمال الاعواض فكان الشرط قبول العوض لا وجوده كما لو قال أنت طالق على أن تعطيني ألف درهم ا هـ. وفي فتح القدير: ويقع في الحال بقوله أنت طالق إن دخلت وبقوله ادخلي الدار وأنت طالق فيتعلق بالدخول لان الحال شرط مثل ادي إلي ألفا وأنت طالق لا تطلق حتى تؤدي ا هـ. وسيأتي في العتق أنه على القلب أي كوني طالقا في حال الاداء وكن حرا في حال الاداء. وقوله لان الحال شرط منقوض بأنت طالق وأنت مريضة فإنه يقع للحال فالتعليل الصحيح أن جواب الامر بالواو كجواب الشرط بالفاء كذا في المعراج. وفيه: لو قال ادي إلي ألفا فأنت طالق بالفاء يتنجز لانها للتعليل كقوله افتحوا الابواب وأنتم آمنون يتعلق، ولو قال فأنتم آمنون لا يتعلق للتفسير، ولو قال أنت طالق ووالله لا أفعل كذا فهو تعليق ويمين، ولو قال أنت طالق والله لا أفعل كذا طلقت في الحال. ذكرهما في جوامع الفقه. قوله: (ففيها إن وجد الشرط انتهت اليمين) أي في ألفاظ الشرط إن وجد المعلق عليه انحلت اليمين وحنث وانتهت لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا يتم بقاء اليمين بدونه وإذا تم وقع الحنث فلا يتصور الحنث مرة أخرى إلا بيمين

***

[٢٣]

أخرى أو بعموم تلك اليمين ولا عموم. وفي المحيط معزيا إلى الجامع الاصل: إن إضافة الجمع إلى الواحد يعتبر جمعا في حق الواحد، والجمع المضاف إلى الجمع يعتبر آحادا في حق الآحاد ولا يعتبر جميعا في حق الآحاد، فلو قال إن دخلتما هذه الدار فلا بد من دخولهما، وإن قال هاتين الدارين فدخلت كل واحدة دارا على حدة طلقتا، ولو قال إن ولدتما ولدا أو حضتما حيضة فولدت إحداهما أو حاضت طلقتا لعدم إمكان الاجتماع بخلاف إن ولدتما أو حضتما أو إن ولدتما ولدين أو حضتما حيضتين لا بد من ولادة كل واحدة وحيضها، وكذا إن أكلتما هذا الرغيف لا بد من أكلهما للامكان. وإن قال إن لبستما قيمصين لا بد من لبسهما معا للحنث فلا يحنث بلبسهما متفرقين بخلاف هذين القميصين يحنث بلبسهما متفرقين كان تغديت رغيفين يحنث بأكلهما متفرقين بخلاف إن أكلت رغيفين لا بد من أكلهما معا. وأفاد بإطلاقه أنه لو زاد على إن أبدا فإنها لا تفيد التكرار كما لو قال إن تزوجت فلانة أبدا فهي طلاق فتزوجها طلقت ثم إذا تزوجها ثانيا لا تطلق. كذا أجاب أبو نصر الدبوسي كما في فتح القدير وعلله البزازي في فتاواه بأن التأبيد ينفي التوقيت لا التوحيد فيتأبد عدم التزوج ولا يتكرر. ومن مسائل إن ما في الواقعات الحسامية والمحيط: لو كان له أربع نسوة فقال لواحدة منهن

إن لم أبت عندك الليلة فالثلاث طوالق ثم قال للثانية مثل ذلك ثم قال للثالثة مثل ذلك ثم قال للرابعة مثل ذلك ثم بات عند الاولى وقع عليها الثلاث لانه انحل عليها ثلاثة أيمان، ويقع على كل واحدة منهن ممن لم يبت عندهن تطليقتان لانه انحل على كل واحدة منها ثنتان، ولو بات مع ثنتين وقع على كل واحدة منهما تطليقتان وعلى الاخريين على كل واحدة منهما تطليقة. يخرج على هذا الاصل أنه لو بات مع الثلاث وقع على كل واحدة منهن تطليقة لانه انحل على كل واحدة منهن واحدة وهي اليمين التي عقدت على التي لم يبت عندها، ولا يقع على هذه التي لم يبت عندها شئ لان الايمان التي عقدت على الثلاث لم يخل شئ منها على الرابعة وهي التي لم يبت عندها ا ه. ومنها ما في الخانية: إن دخلت الدار إن دخلت الدار إن دخلت الدار فأنت طالق فهذه على دخلة واحدة، ولو قال إن دخلت الدار فأنت طالق إن دخلت فهذا على دخلتين، ولو قال إن قلت لك أنت طالق فأنت طالق ثم قال قد طلقتك تطلق ثنتين واحدة بالتطليق وواحدة باليمين ا ه. والفرع الاخير يفيد أن قولهم إن التعليق يراعي فيه اللفظ ولا يقوم لفظ آخر مقامه يستثنى منه المرادف له فإن قوله قد طلقتك مرادف لقوله أنت طالق من جهة إفادة وقوع الطلاق. ومنها ما في الصيرفية: إن لم تمت فلانة غدا فأنت طالق فمضى الغد وهي حية يقع لامكانه

***

[٢٤]

بخلاف إن تكلمت الموتى حيث لا يقع لعدمه. ومنها ما فيها أيضا: قالت لزوجها لك مع فلانة شغل ولك معها حديث فقال إن كنت أعرف أنه رجل أو امرأة فأنت كذا قال: إن كان له معها حديث أو شغل وقع وإلا فلا لان الاعتبار هنا للمعنى لا للحقيقة والمعنى ترك التعرض. ومنها ما لو قال إن لم أكن اليوم في العالم أو في هذه الدنيا فحلال الله علي حرام يحبس حتى يمضي اليوم سواء حبسه القاضي أو الوالي أو في بيت لان الحبس يسمى نفيا قال تعالى * (أو ينفوا من الارض) * [المائدة: ٣٣] ا ه ومنها ما في الخانية أيضا لو قال أنت طالق إن دخلت الدار ثلاثا ينصرف الثلاث إلى الطلاق إلا أن ينوي الدخول، ولو قال أنت طالق إن دخلت الدار عشرا فهي على الدخول عشر مرات لا إلى الطلاق ا ه. ومنها ما فيها أيضا: قال إن لم أجامعها ألف مرة فهي طالق قالوا هذا على المبالغة والكثرة دون العدد ولا تقدير في ذلك والسبعون كثير ا ه. ومنها ما فيها لو قال لامرأته إن تكوني امرأتي فأنت طالق ثلاثا فإن لم يطلقها واحدة بائنة متصلة بيمينه تطلق ثلاثا، ولو قال إن أنت امرأتي فأنت طالق ثلاثا طلقت ثلاثا ا ه. ودل اقتصاره على استثناء كلما أن من لا تفيد التكرار فعلى هذا ما في الغاية: لو قال لنسوة له من دخلت منكن الدار فهي طالق فدخلت واحدة منهن الدار مرارا طلقت بكل مرة تطليقة لان الفعل وهو الدخول أضيف إلى جماعة فيراد به تعميم الفعل عرفا مرة بعد أخرى كقوله تعالى * (ومن قتله منكم متعمدا) * [المائدة: ٥٩] أفاد العموم واستدل عليه بما ذكر في السير الكبير: إذا قال الامام من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحد قتيلين فله سلبهما ا ه. وهو مشكل لان عموم الصيد لكون الواجب فيه مقدرا بقيمة المقتول وفي السلب بدلالة الحال وهو أن مراده التشجيع وكثرة القتل. كذا في التبيين. والحق أن ما في الغاية أحد القولين فقد نقل القولين في القنية في مسألة صعود السطح ودل أيضا على أن إذا لا تفيد التكرار، وأما قوله تعالى * (وإذا رأيت الذين يخوضون في آياتنا فاعرض عنهم) * [الانعام: ٨٦] فإنما حرم القعود مع الواحد في كل مرة من العلة لا من الصيغة كمن فيما تقدم لما فيهما من ترتيب الحكم وهو الجزاء في الاول ومنع القعود على المشتق منه وهو القتل والخوض فيتكرر به كما في فتح القدير. ودل أيضا على أن أيا لا تفيد التكرار. وفي المحيط وجوامع الفقه: لو قال أي امرأة أتزوجها فهو على امرأة واحدة بخلاف كل امرأة أتزوجها حيث يعم بعموم الصفة ا ه. واستشكله في التبيين وفتح القدير حيث لم يعم أي امرأة أتزوجها بعموم الصفة ولم يجيبا عنه، وقد ظهر لي أنه لا إشكال فيه من حيث

***

[٢٥]

الحكم وهو منقول في الخلاصة والولوالجية أيضا. وزاد في البزازية إلا أن ينوي جميع النساء لان الصفة هنا ليست عامة لان الفعل وهو أتزوج مسند إلى خاص وهو المتكلم فهو نظير ما صرح به الاصوليون في الفرق بين أي عبيدي ضربته لا يتناول إلا واحدا وبين أي عبيدي ضربك يعتق الكل إذا ضربوا لانه في الاول أسند إلى خاص، وفي الثاني إلى عام بخلاف كل امرأة أتزوجها فإن العموم إنما هو من كلمة كل لا من الوصف إذ الوصف خاص كما قلنا، وإنما الاشكال في قوله حيث تعم بعموم الصفة لانها لا عموم لها فيهما

إلا أن الاشكال لتسليم عمومها وأنه ينبغي أن يكون كذلك في أي كما فعلا. فإن قلت: هذا يقتضي أنه لو قال أي امرأة زوجت نفسها مني فهي طالق أن يتناول جميع النساء لان الوصف هنا عام لانه لم يستند إلى معين فهو كقوله أي عبيدي ضربك بل أولى لتنكير المضاف إليه. قلت: الحكم كذلك كما في الخلاصة من الفصل الرابع في اليمين في النكاح ويدل على ما قررناه ما ذكره الحاكم في الكافي: لو قال لنسوة أيتكن أكلت من هذا الطعام شيئا فهي طالق فأكلن جميعا منه طلقن كلهن، وكذلك لو قال أيتكن دخلت هذه الدار فدخلنها، وكذلك لو قال أيتكن شاءت فهي طالق فشئن جميعا، ولو قال أيتكن بشرتني بكذا فبشرنه جميعا طلقن، وإن بشرته واحدة قبل الاخرى طلقت وحدها ا ه. وفي المحيط: لو قال لعبيده أيكم حمل هذه الخشبة فهو حر فحملوها جميعا إن كانت الخشبة بحيث يطيق حملها واحد لم يحنث لان كلمة أي تتناول الواحد المنكر من الجملة فكان شرط الحنث حمل الواحد ولم يوجد بكماله، وإن كانت بحيث لا يحملها الواحد عتقوا لان في العرف يراد به حملهم على الشركة لما تعذر

***

[٢٦]

حملها على الواحد فصار كأنه قال أيكم حملها مع أصحابه، ونظيره لو قال أيكم شرب ماء هذا الوادي فشربوا جميعا عتقوا لان المراد منه شرب البعض عرفا لان شرب الكل متعذر فصار كأنه قال أيكم شرب بعض هذا الماء فهو حر. ولو قال أيكم شرب ماء هذا الكوز وكان ماؤه يمكن شربه للواحد بدفعة أو دفعتين فشربوا جميعا لم يعتق واحد منهم، وإن حملها بعضهم يعتق لان كلمة أي تتناول واحدا منكرا من الجملة لكنها صارت عامة بعموم الوصف وهو الحمل فتتناول كل واحد على الانفراد على سبيل البدل لا على العموم والشمول بخلاف قوله إن حملتم هذ الخشبة فأنتم أحرار فحملها بعضهم لم يعتق لان اللفظ عام بصيغته فيتناول الكل لعمومه فما لم يوجد الحمل منهم لا يتحقق شرط الحنث ا ه. وبه علم أن قولهم إنها تعم بعموم الوصف ليس على إطلاقه. قوله: (إلا في كلما لاقتضائها عموم الافعال كاقتضاء كل عموم الاسماء) لان كلمة كل موضوعة لاستغراق ما دخلت عليه كان ليس معه غيره غير أن كلما تدخل على الافعال وكل تدخل على الاسماء فيفيد كل منهما عموم ما دخلت عليه، فإذا وجد فعل واحد أو اسم واحد فقد وجد المحلوف عليه فانحلت اليمين في حقه وفي حق غيره من الافعال، والاسماء باقية على حالها فيحنث كلما وجد المحلوف عليه غير أن المحلوف عليه طلقات هذا الملك وهي متناهية. فالحاصل أن كلما لعموم الافعال وعموم الاسماء ضروري فيحنث بكل فعل حتى ينتهي طلقات هذا الملك، وكل لعموم الاسماء وعموم الافعال ضروري، ولو قال المصنف إلا في كل وكلما لكان أولى لان اليمين في كل وإن انتهت في حق اسم بقيت في حق غيره من الاسماء كما سيأتي. وفي الولوالجية: الطلاق والعتاق متى علق بشرط متكرر يتكرر، واليمين متى علق بشرط متكرر لا يتكرر حتى لو قال كلما دخلت الدار فوالله لا أكلم فلانا فدخلت الدار مرارا فكلمه بعد ذلك لا يحنث إلا في يمين واحدة. ولو قال كلما دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت فلانا فدخل الدار مرارا ثم كلمه مرة يحنث في الايمان كلها. والفرق أن انعقاد اليمين بالله ليس إلا ذكر اسم الله تعالى مقرونا

***

[٢٧]

بخبر وذكر اسم الله تعالى مقرون بخبر الدخول والكلام، فكما أن لانعقاد اليمين تعلقا بالدخول كان لها تعلق بالكلام بدليل أنه لو قال إن دخلت والله ولم يقل لا أكلم لا ينعقد فلم ينفسخ ليكن تصحيح اليمين بالله تعالى معلقا بالدخول وحده وإنما تصحيحها بالدخول والكلام جميعا والدخول متكرر والكلام غير متكرر والمعلق بشرط متكرر وغير متكرر لا يتكرر فأما اليمين بالطلاق والعتاق وغيرهما فمعلق بالدخول وحده، ألا ترى أنه لو اقتصر عليه صح فلم يكن لانعقاد اليمين تعلق بالكلام فيبقى اليمين معلقا بالدخول وحده والدخول يتكرر لانه أدخل فيه كلمة كلما والمعلق بشرط متكرر يتكرر فيصير قائلا عند كل دخلة إن كلمت فلانا فامرأته طالق، ولو كرر هذه المقالة ثم كلمه مرة يحنث في الايمان كلها لان الشرط الواحد يصلح شرطا للايمان كلها ا ه. وزاد البزازي على الطلاق والعتاق الظهار. وفي المحيط معزيا إلى الجامع: أصله أن الجزاء متى علق بشرط مكرر وغير مكرر فإنه لا يتكرر بتكرر المكرر لان المعلق بشرطين لا ينزل إلا عند وجودهما، فلو قال كلما دخلت هذه الدار فعلي حجة إن ضربتك فدخل مرارا ولم يضربه إلا مرة فإنه يلزمه الحج بعدد الدخلات

لان المعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط فكأنه قال عند كل دخلة علي حجة إن ضربتك بخلاف ما لو ضربه ودخل ثم دخل مرة أخرى فإنه لا يلزمه حجة أخرى ما لم يضربه ثانيا، وكذلك لو قال كلما دخلت الدار فامرأته طالق وعبده حر إن ضربت فلانا لانه علق بشرط مكرر وهو الدخول عتقا أو طلاقا معلقا بالضرب ا ه. قوله: (فلو قال كلما تزوجت امرأة يحنث بكل امرأة ولو بعد زوج آخر) بيان لبعض تفاريع كل وكلما وهي مسائل منها: مسألة الكتاب ووجهه أن الشرط ملك يوجد في المستقبل وهو غير محصور وكلما أوجد هذا الشرط تبعه ملك الثلاث فيتبعه جزاؤه. وحاصل ما ذهب إليه أبو يوسف أن كلما إنما توجب التكرار في المعينة لا في غير المعينة بادعاء اتحاد الحاصل بين كل وكلما إذا نسب فعلها إلى منكر متكرر لان الحاصل كل تزوج لكل امرأة وفي مثله تنقسم الآحاد فلزم بالضرورة أنها إذا انحلت في فعل انحلت في اسمه فلا يتكرر الحنث في امرأة واحدة وهو مردود لانقسام الآحاد على الآحاد عند التساوي وهو منتف لان دائرة عموم الافعال أوسع لان كثيرا من أفراده ما يتحقق بالتكرار من شخص واحد وقد فرض عمومه بكلما فلا يعتبر كل اسم بفعل واحد فقط. ومنها لو قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق فكل امرأة تزوجها تطلق واحدة فإن تزوجها ثانيا لا تطلق لاقتضائها عموم الاسماء لا عموم

***

[٢٨]

الافعال، ولو نوى بعض النساء صحت نيته ديانة لا قضاء لان نية تخصيص العام خلاف الظاهر. وقال الخصاف: تصح نيته في القضاء أيضا وهذا مخلص لمن يحلفه ظالم فأخذ بقوله لا بأس به لان الحالة دلالة ظاهرة، كذا في المحيط والفتوى على ظاهر المذهب وإن أخذ بقول الخصاف إذا كان الحالف مظلوما فلا بأس به كذا في الولوالجية. ومنها: لو كان له أربع نسوة فقال كل امرأة تدخل الدار فهي طالق فدخلت واحدة طلقت ولو دخلن طلقن، فإن دخلت تلك المرأة مرة أخرى لا تطلق. ولو قال كلما دخلت فدخلت امرأة طلقت ولو دخلت ثانيا تطلق وكذا ثالثا، فإن تزوجت بعد الثلاث وعادت إلى الاول ثم دخلت لم تطلق خلافا لزفر. ومنها لو قال كلما تزوجت امرأة ودخلت الدار فهي طالق فتزوج امرأة مرتين ثم دخلت الدار لم تطلق إلا مرة واحدة لان قوله ودخلت عطف على التزوج وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه وكلمة كلما توجب التكرار فصار الدخول مكررا أيضا بخلاف ما لو قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق إن دخلت الدار فتزوجها مرارا ودخلت مرة طلقت ثلاثا لانه لم يعطفه على الشرط المتكرر وإنما جعله شرطا ب‍ " إن وهي لا تفيد التكرار فصار الدخول شرط الحنث في الايمان كلها، كذا في المحيط. ومنها لو قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق. وعبد من عبيدي حر فتزوج امرأة طلقت وعتق عبد من عبيده، ولو تزوج أخرى طلقت ولا يعتق عبد من عبيده. كذا ذكره الاسبيجابي. وأصله أن الكلام إذا كان تاما مستقلا بنفسه يؤخذ حكمه من نفسه لا من غيره، وإن كان ناقصا غير مستقل بنفسه ولا مفهوم المعنى بذاته يؤخذ حكمه من غيره لئلا يلغو بنفسه والكناية لا تستقل بنفسها فأخذ حكمها من المكنى عنه والصريح معتبر بنفسه، فلو قال كل امرأة لي تدخل الدار فهي طالق وعبد من عبيدي حر فدخلن طلقن ولم يعتق إلا عبد واحد لان العبد صريح مستقل بنفسه فلم ينعطف على الاول وأنه نكرة في الاثبات فيخص. ولو قال كلما والمسألة بحالها عتق أربعة عبيد لان كلما أوجبت تعميم الفعل فصار كل دخول شرطا على حدة وعتق العبد معلق بالدخول، ومن ضرورة تكرار الشرط تكرر الجزاء حتى يفيد، ومن ضرورة تكرار الجزاء تعميم الاسم. ولو قال كل جارية لي تدخل فهي حرة وولدها وعبد من عبيدي حر فدخلن جميعا عتقن وعتق الاولاد كلهم ولم يعتق إلا عبد واحد. ولو قال كل دار دخلتها فعلي حجة فدخل دورا لم يلزمه إلا حجة لانه صرح بالحجة وهي نكرة في الاثبات فتخص ولم يقترن بها ما يوجب تعميمها ولم يعلقها بشرط مكرر فإن الدخول غير مكرر لان كلمة كل تجمع الاسماء دون الافعال. ولو قال فعلي بها حجة لزمه بكل دار حجة، وتمامه في المحيط إلا أنه يشكل بفرع الاسبيجابي ولعل الصواب في عبارة الاسبيجابي كل امرأة أتزوجها دون كلما كما لا يخفى.

***

[٢٩]

ومنها ما في الكافي وغيره: لو قال كلما نكحتك فأنت طالق فنكحها في يوم ثلاث مرات ووطئها في كل مرة طلقت طلقتين وعليه مهران ونصف. وقال محمد: بانت بثلاث وعليه أربعة مهور ونصف. ولو قال كلما نكحتك فأنت طالق بائن فنكحها ثلاث مرات في يوم ووطئ في كل مرة بانت بثلاث إجماعا وعليه خمسة مهور ونصف وتوضيحه فيه. ومنها ما لو قال كلما دخلت هذه الدار فامرأتي طالق

وله أربع نسوة فدخلها أربع مرات ولم يعين واحدة منهن بعينها يقع بكل دخلة واحدة إن شاء فرقها عليهن وإن شاء جمعها على واحدة. ولو قال كلما دخلت هذه الدار وكلمت فلانا أو فكلمت فلانا فعبد من عبيدي حر فدخلت مرارا وكلمت مرة لم يعتق إلا عبد واحد. ولو قال كلما دخلت هذه الدار فإن كلمت فلانا فأنت طالق فدخلت ثلاثا ثم كلمت فلانا طلقت ثلاثا، ولو قال كلما دخلت هذه الدار فكلما كلمت فلانا فأنت طالق فاليمين الثانية تصير معلقة بالدخول وإذا دخلت الدار انعقدت اليمين الثانية فإذا كلمت فلانا ثلاث مرات بعد ذلك طلقت ثلاثا، كذا في المحيط. ومنها ما في الخانية والمحيط: رجل له أربع نسوة فقال كل امرأة لم أجامعها منكن الليلة فالاخريات طوالق فجامع واحدة منهن وطلع الفجر طلقت المجامعة ثلاثا لانها مطلقة بترك جماعة كل واحدة منهن وسائرهن طلقن كل واحدة ثنتين لان في حق سائرهن ترك جماع امرأتين في حق كل واحدة سواها وعلى هذا القياس فافهم. ومنها ما في الخانية: قال كلما قعدت عندك فامرأته طالق فقعد عنده ساعة طلقت ثلاثا لان الدوام على القعود وعلى كل ما يستدام بمنزلة الانشاء. ولو قال كلما ضربتك فأنت طالق فضربها بيديه جميعا طلقت ثنتين وإن ضربها بكف واحد لا تطلق إلا واحدة، وإن وقعت الاصابع متفرقة لان في اليدين تكرار الضرب لان الضرب بكل يد ضربة على حدة فكان ذلك بمنزلة الضرب بضغث واحد، أما في الوجه الثاني لم يتكرر الضرب لان الاصل في الضرب هو الكف والاصابع تبع لها فلم يتعدد الضرب. فلو قال لامرأته كلما طلقتك فأنت طالق فطلقها واحدة يقع طلاقان طلاق بالتطليق وطلاق بقوله كلما طلقتك فأنت طالق. ولو قال كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق

***

[٣٠]

فطلقها واحدة طلقت ثلاثا ا هـ. ومنها ما في المحيط: ثم المنعقد بكلمة كلما يمين واحدة. للحال ويتجدد انعقادها مرة بعد أخرى كلما حنث في يمينه، أما أيمان منعقدة على رواية الجامع أيمان منعقدة للحال انحلت بعضها وبقي بعضها منعقدة بعد الحنث إلى أن يوجد شرطها، وعلى رواية المبسوط المنعقدة للحال يمين واحدة ويتجدد انعقادها مرة بعد أخرى كلما حنث لان الجزاء لم يذكر إلا مرة وهو المعتبر. وجه رواية الجامع أن كلما بمنزلة تكرار الشرط والجزاء والفتوى على رواية الجامع لانه أحوط ا هـ. ولم يذكر ثمرة الاختلاف، وينبغي أن تظهر الثمرة فيما إذا حلف بالطلاق لا يحلف بأن قال كلما حلفت فأنت طالق ثم علق بكلمة كلما، فعلى رواية الجامع يقع الآن الثلاث، وعلى رواية المبسوط يقع الآن واحدة. وأما إذا حلف بالله أن لا يحلف فينبغي أن تجب كفارة واحدة للحال اتفاقا لانه لا يعلم ما زاد على اليمين الواحدة. وفي البزازية من كتاب القضاء: لو قال لامرأة كلما تزوجتك فأنت طالق ثلاثا ثم تزوجها ورفع الحال إلى حاكم يرى صحة النكاح فقضى بها ثم طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد دخول زوج آخر اختلف المشايخ في أنه هل يحتاج إلى القضاء ثانيا بناء على أن المنعقدة بكلمة كلما للحال يمين واحدة يتجدد انعقادها كلما وقع الحنث وهو رواية الاصل، أم المنعقدة بها في الحال أيمان كما هو رواية الجامع وهو الاصح فيحنث في البعض لوجود الشرط وتبقى الباقية منعقدة؟ فمن قال بهذا شرط القضاء ثانيا. ومن قال بالاول لم يشترط القضاء ثانيا ا هـ. وهذا بيان ثمرة الاختلاف في المعلق بالتزوج لا مطلقا. قوله: (وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) لانه لم يوجد الشرط والجزاء باق لبقاء محله فتبقى اليمين، وسيأتي ان زوال الملك بالثلاث مبطل للتعليق فكان مراده هنا الزوال بما دون الثلاث بأن طلقها بعد التعليق واحدة أو ثنتين فانقضت عدتها ثم تزوجها ثم وجد الشرط طلقت. أطلق الملك فشمل ملك النكاح وملك اليمين حتى لو قال لعبده إذا دخلت الدار فأنت حر فباعه ثم اشتراه فدخل عتق. وقيد بزوال الملك لان زوال إمكان البر المصحح للتعليق مبطل له أيضا. وتفرع على ذلك فروع منها ما في البزازية: قال لها إن لم أدفع إليك الدينار الذي علي إلى شهر فأنت كذا فأبرأته قبل الشهر بطل اليمين ا هـ. ومنها ما في القنية:

***

[٣١]

إن لم تردي ثوبي الساعة فأنت طالق فأخذه هو قبل أن تدفع إليه لا يحنث، وقيل يحنث، وهكذا إن لم تجيئي بفلان فأنت طالق فجاء فلان من جانب آخر بنفسه. فالحاصل أنه متى عجز عن الفعل المحلوف عليه واليمين موقتة بطلت عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف. دعا امرأته إلى الوقاع فأبت فقال متى يكون فقالت غدا فقال إن لم تفعلي هذا المراد غدا فأنت طالق ثم نسياه حتى مضى الغد لا يحنث. حلف ليخرجن ساكن داره اليوم والساكن ظالم غالب يتكلف في إخراجه فإن لم يمكنه فاليمين على التلفظ باللسان ا هـ.

وذكر قبله فيها فروعا تحتاج إلى التوفيق: حلف إن لم يخرب بيت فلان غدا فقيد ومنع فلم يخربه حتى مضى الغد اختلف فيه والمختار للفتوى الحنث. قال لها وهي في بيت أمها إن لم أذهب بك إلى داري فأنت طالق ثم أخرجها من دار أمها فهربت منه فلم يقدر على أخذها وقع. حلف لا يسكن فلم يقدر على الخروج إلا بطرح نفسه من الحائط بعد ما أوثق لم يحنث ولو وجد الباب مغلقا لم يمكنه فتحه ففي حنثه قولان. ولو قال إن لم أخرج من هذا منزل اليوم فقيد ومنع حنث، وكذا لو قال لها في منزل والدها إن لم تحضري في منزلي الليلة فأنت طالق فمنعها الوالد من الحضور تطلق هو المختار. ولو قال لاصحابه إن لم أذهب بكم الليلة إلى منزلي فذهب بهم بعض الطريق فأخذهم العسس فحبسهم لا يحنث. إن لم أعمل هذه السنة في المزارعة بتمامها فمرض ولم يتم حنث ولو حبسه السلطان لا يحنث ا ه. أقول: إن قوله إن لم أخرج وإن لم أذهب بك وإن لم أخرج وإن لم تحضري منزلي سواء في أن القيد والمنع لا يمنع الحنث لانه إكراه وللاكراه تأثير في الفعل بالاعدام كالسكنى لا في العدم، والمعلق عليه
***
[٣٢]
في هذه المسائل العدم فلم يؤثر فيه الاكراه وإنما يشكل مسألة العسس فإن الشرط العدم وقد أثر فيه الحبس، وكذا يشكل مسألة إن لم أعمل هذه السنة فإن الشرط العدم وقد أثر فيه حبس السلطان. ومنها ما في الخانية: امرأة دفعت من كيس زوجها درهما فاشترت به لحما وخلط اللحام الدرهم بدراهمه وقال لها الزوج إن لم تردي علي ذلك الدرهم اليوم فأنت طالق فمضي اليوم وقع الطلاق لوجود شرطه، فإن أراد الحيلة للخورج عن اليمين أن تأخذ المرأة كيس اللحام وتسلمه إلى الزوج ا ه. وذكر قبله رجل دفع إلى امرأته درهما ثم قال ما فعلت بالدرهم فقالت اشتريت به اللحم فقال الزوج إن لم تردي علي ذلك الدرهم فأنت طالق وقد ضاع الدرهم من يد القصاب قالوا ما لم يعلم أنه أذيب ذلك الدرهم أو سقط في البحر لا يحنث ا ه. ومفهومه أنه إذا لم يمكن رده فإنه يحنث فعلم به أن قولهم يشترط لبقاء اليمين إمكان البر إنما هو في المقيدة بالوقت فعدمه مبطل لها، أما المطلقة فعدمه موجب للحنث، والحاصل أن إمكان البر شرط لانعقاد اليمين مطلقا مطلقة كانت أو مقيدة، وأما في البقاء فإن كانت مقيدة فيشترط بقاء إمكان البر لبقائها، وإن كانت مطلقة فلا ولذا قال في الكتاب من باب اليمين في الاكل والشرب: إن لم أشرب ماء هذا الكوز اليوم فكذا ولا ماء فيه أو كان فصبت أو أطلق ولا ماء فيه لا يحنث وإن كان فصبه حنث ا ه. وسنوضحه إن شاء الله تعالى. وفي الخانية: رجل قال لاصحابه إن لم أذهب بكم الليلة إلى منزلي فامرأته طالق فذهب
***
[٣٣]
بهم بعض الطريق فأخذهم اللصوص وحبسوهم قالوا لا يحنث في يمينه، وهذا الجواب يوافق قول أبي حنيفة ومحمد أصله مسألة الكوز اه. بقي ها هنا مسألتان كثر وقوعهما: الاولى حلف بالطلاق ليؤدين له اليوم كذا فعجز عن الاداء بأن لم يكن معه شئ ولا وجد من يقرضه، الثانية ما يكتب في التعاليق أنه متى نقلها أو تزوج عليها وأبرأته من كذا مما لها عليه فدفع لها جميع ما عليه قبل الشرط فهل تبطل اليمين؟ فالجواب أن قوله في القنية أنه متى عجز عن المحلوف عليه واليمين موقتة فإنها تبطل يقتضي بطلانها في الحادثة الاولى إلا أن يوجد نقل صريح بخلافه، وأما الثانية فقد يقال إن الابراء بعد الاداء ممكن فإنه لو دفع الدين إلى صاحبه ثم قال الدائن للمديون قد أبرأتك براءة إسقاط قال في الذخيرة: صح الابراء ويرجع المديون بما دفعه. ذكره في كتاب البيوع في مسألة الابراء من الثمن والحط منه إلا أن يوجد نقل بخلافه فيتبع. وفي المحيط قبيل القسم الخامس في الطاعات والمحرمات من كتاب الايمان: لو قال لامرأته إن كنت زوجتي غدا فأنت طالق ثلاثا فخلعها في الغد إن نوى بذلك كونها امرأة له في بعض النهار تطلق، وإن لم يكن له نية لم تطلق لان البر إنما يتصور في آخر النهار، ولو خلعها قبل غروب الشمس ثم تزوجها قبل غروب الشمس طلقت لانها امرأته قبل الغروب، ولو خلعها قبل الغرو ب ثم تزوجها بعد الغروب كانت امرأته وبر في يمينه لانه لم تكن امرأته قبل الغروب اه. وفي القنية: إن سكنت في هذه البلدة فامرأته طالق
***
[٣٤]

وخرج على الفور وخلع امرأته ثم سكنها قبل انقضاء العدة لا تطلق لانها ليست بامرأته وقت وجود الشرط اه. فقد بطلت اليمين بزوال الملك هنا فعلى هذا يفرق بين كون الجزاء فأنت طالق وبين كونه فامرأته طالق لانها بعد البينونة لم تبق امرأته فليحفظ هذا فإنه حسن جدا. وفي القنية أيضا: إن فعلت كذا فحلال الله علي حرام ثم قال إن فعلت كذا فحلال الله علي حرام ففعل أحد الفعلين حتى بانت امرأته ثم فعل الآخر فقيل لا يقع الثاني لانها ليست بامرأته عند وجود الشرط، وقيل يقع وهو الاظهر اه. فعلى الاظهر قوله حلال الله علي حرام مثل أنت طالق والاظهر عندي أنه مثل امرأتي طالق كما لا يخفى. فإن قلت: قد جعلوا زوال الملك مبطلا لليمين فيما لو حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه فخرجت بعد الطلاق وانقضاء العدة لم يحنث وبطلت اليمين بالبينونة حتى لو تزوجها ثانيا ثم خرجت بلا إذن لم يحنث، لا يقال إن البطلان لتقييده بامرأته لانها لم تبق امرأته لانا نقول لو كان لاضافتها إليه لم يحنث فيما لو حلف لا تخرج امرأته من هذه الدار فطلقها وانقضت عدتها وخرجت، وفيما لو قال إن قبلت امرأتي فلانة فعبدي حر فقبلها بعد البينونة مع أنه يحنث فيهما كما في المحيط معللا بأن الاضافة للتعريف لا للتقييد. قلت: اليمين مقيدة بحال ولاية الاذن والمنع بدلالة

***

[٣٥]

الحال وذلك حال قيام الزوجية فسقط اليمين بزوال النكاح كما لو حلف لا يخرج إلا بإذن غريمه فقضى دينه ثم خرج لم يحنث بخلاف ما إذا حلف لا يخرج إلا بإذن فلان وليس بينهما معاملة لانها مطلقة كما في المحيط من باب اليمين على الفور أو التراخي. ثم اعلم أن مما يبطل التعليق ارتداد الزوج ولحاقه بدار الحرب عنده خلافا لهما حتى لو دخلت الدار بعد لحاقه وهي في العدة لا تطلق حتى لو جاء ثانيا مسلما فتزوجها ثانيا لا ينقص من عدد الطلاق شئ، كذا في شرح المجمع للمصنف. والبطلان عنده لخروج المعلق عن الاهلية لا لزوال الملك، فلو قال المؤلف وزوال الملك بغير ارتداد وثلاث لا يبطلها لكان أولى باليمين لان زوال الملك بعد الامر باليد يبطله لما في القنية: لو قال لها أمرك بيدك ثم اختلعت منه وتفرقا ثم تزوجها ففي بقاء الامر بها روايتان والصحيح أنه لا يبقى قال لها إن غبت عنك أربعة أشهر فأمرك بيدك ثم طلقها وانقضت عدتها وتزوجت ثم عادت إلى الاول وغاب عنها أربعة أشهر فلها أن تطلق نفسها اه. والفرق بينهما أن الاول تنجيز للتخيير فيبطل بزوال الملك والثاني تعليق التخيير فكان يمينا فلا يبطل. قوله: (فإن وجد الشرط في الملك طلقت وانحلت اليمين) لانه قد وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل ولم تبق اليمين لان بقاءها ببقاء الشرط والجزاء ولم يبق واحد منهما. وفي القنية: قال لها إن خرجت من الدار إلا بإذني فأنت طالق فوقع فيها غرق أو حرق غالب فخرجت لا يحنث اه. مع كون الشرط قد وجد ولكن الشرط الخروج بغير إذنه لغير الغرق والحرق. وفيها قبيل النفقة: قال لزوجته الامة إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم أعتقها مولاها فدخلت وقع ثنتان. وفي جامع الكرخي: طلقت تنتين وملك الزوج الرجعة له امرأة جنب وحائض ونفساء فقال أخبثكن طالق طلقت النفساء. وفي أخشكن على الحائض لانه نص اه. أطلق الملك فشمل ما إذا وجد في العدة كما قدمناه قبيل باب التفويض، وليس مراده أن يوجد جميع الشرط في الملك بل الشرط تمامه فيه حتى لو قال لها إذا حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت الاولى في غير ملك والثانية في ملك طلقت، وكذلك إن تزوجها قبل أن تطهر من الحيضة الثانية بساعة أو بعد ما انقطع عنها الدم قبل أن تغتسل وأيامها دون العشرة فإذا

***

[٣٦]

اغتسلت أو مضى عليها وقت صلاة طلقت لان الشرط قد تم وهي في نكاحه، وكذا لو قال إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق فأكلت عامة الرغيف في غير ملكه ثم تزوجها فأكلت ما بقي منه طلقت لان الشرط تم في ملكه والحنث به يحصل، كذا في المبسوط. وسيصرح بأن الملك يشترط لآخر الشرطين وكلامنا هنا في الشرط الواحد. وفي البزازية: أنت طالق إن فعلت كذا وكذا لا تطلق ما لم يوجد الكل وإن كرر حرف الشرط. إن أكلت أو شربت إن قدم الجزاء فأي شئ وجد منها يقع الطلاق وترتفع اليمين وإن أخر الطلاق لا يقع ما لم توجد الامور على قول محمد، وعلى قول أبي يوسف إذا وجد واحد يقع الطلاق ويرتفع اليمين اه. ومما يناسب قوله فإن وجد الشرط طلقت ما في المحيط من باب الايمان التي يكذب بعضها بعضا: إذا حلف المدعى عليه بالطلاق فقال امرأته طالق إن كان لك علي ألف وبرهن المدعي وقضى به حنث الحالف عند أبي يوسف وهي رواية عن محمد، وعنه أنه لا يحنث. ولو برهن على

إقرار المدعي بألف ذكر في واقعات الناطفي أنه لا يحنث. ولو حلف رجلان في أيديهما دار حلف كل أن الدار داره وبرهنا كانت بينهما ويحنثان وإن كانت في يد أحدهما حنث صاحب اليد لتقديم بينة الخارج عليه. حلف بالله أنه لم يدخل هذه الدار اليوم ثم قال عبده حر إن لم يكن دخلها اليوم لا كفارة ولا يعتق عبده لانه إن كان صادقا في اليمين بالله تعالى لم يحنث ولا كفارة، وإن كان كاذبا فهو يمين الغموس فلا توجب الكفارة واليمين بالله تعالى لا مدخل لها في القضاء فلم يصر فيها مكذبا شرعا فلم يتحقق شرط الحنث في اليمين بالعتق وهو عدم الدخول حتى لو كانت اليمين الاولى بعتق أو طلاق حنث في اليمينين لان لها مدخلا في القضاء. ولو ادعى على رجل دينا فحلف المدعى عليه بالطلاق ما له عليه شئ فأقام المدعي البينة وقضى به له ينظر، إن قال كان له على دين وأوفيته لم تطلق امرأته، وإن قال لم يكن له علي شئ قط طلقت امرأته وتمامه فيه. ثم اعلم أن ها هنا مسائل في الايمان تحمل على المعنى دون ظاهر اللفظ منها: لو قال سكران لآخر إن لم أكن عبدا لك فامرأته طالق ثلاثا لا يحنث إن كان متواضعا له. ومنها إن وضعت يدك على المغزل فكذا فوضعت يدها عليه ولم تغزل لا يحنث. ومنها إن دفعت لاخيك شيئا ودفع إليها أرزا لتدفع إليه لا يحنث. ومنها خرج من داره وحلف لا يرجع ثم رجع لشئ نسيه في داره لا يحنث، كذا في القنية. وفيها: لو قال لامرأتين له أطولكما حياة طالق لا تطلق في الحال، فلو كانت إحداهما بنت ستين سنة والاخرى بنت عشرين سنة فماتت العجوز قبل
***
[٣٧]
الشابة طلقت الشابة في الحال ولا يستند خلافا لزفر. قال رحمه الله: ولو ماتتا معا لا تطلق واحدة منهما. إن لم تخرج الفساق من النار فأنت طالق ثلاثا لا تطلق لتعارض الادلة اه. وفيها: دعا امرأته إلى الوقاع فأبت فقال متى يكون قالت غدا فقال إن لم تفعلي لي هذا المراد غدا فأنت طالق ثم نسياه حتى مضى الغد لا يحنث اه. وهذا يستثنى من قولهم إذا فعل المحلوف عليه ناسيا يحنث. والجواب أن الحنث شرطه أن يطلب منها غدا وتمتنع ولم يطلب فلا استثناء قوله: (وإلا لا وانحلت) أي إن لم يوجد الشرط في الملك لا يقع الطلاق وتنحل اليمين إن وجد في غير الملك، وأما بمجرد عدم الشرط في الملك لا تنحل. ثم اعلم أنه تعتبر الاهلية وقت التعليق. قال في القنية: وفي الطريقة الرضوية أجمعنا أن الاهلية في تعليق الطلاق تعتبر وقت اليمين لا وقت الشرط حتى لو كان مفيقا وقت اليمين مجنونا وقت الشرط يصح ويقع وعلى العكس لا يصح اليمين اه. قوله: (وإن اختلفا في وجود الشرط فالقول له) أي للزوج لانه منكر وقوع الطلاق وهي تدعيه وهذا أولى من التعليل بأنه متمسك بالاصل لان الاصل عدم الشرط والقول لمن يتمسك بالاصل لان الظاهر شاهد له اه. لانه لا يشمل ما إذا كان الظاهر شاهدا لها والحكم قبول قوله مطلقا فلذا لو قال لها إن لم تدخلي هذه الدار اليوم فأنت طالق فقالت لم أدخلها وقال الزوج بل دخلتيها فالقول له وإن كان الظاهر شاهدا لها وهو أن الاصل عدم الدخول لكونه منكرا. وأقوى منه لو قال لها إن لم أجامعك في حيضتك فالقول له أنه جامعها مع أن الظاهر شاهد لها من وجهين: كون الاصل عدم العارض، وكون الحرمة مانعة له من الجماع. قيد بالشرط لان الاختلاف لو كان في وقت المضاف كان القول لها كما إذا قال لها أنت طالق للسنة ثم قال جامعتك وهي طاهرة لا يقبل قوله بخلاف ما إذا كانت حائضا لانه يمكنه إنشاء الجماع فيه وإن لم يجز شرعا، أما إذا كانت طاهرة فلكونه اعترف بالسبب لما قدمنا أن المضاف ينعقد سببا للحال بخلاف المعلق. وفي الكافي من هذا الباب: لو قال لامرأته الموطوءة أنت طالق للسنة لا يقع إلا في طهر حال عن الطلاق والوطئ عقيب حيض حال عن الطلاق والوطئ فإذا حاضت وطهرت وادعى الزوج جماعها وطلاقها في الحيض لا يقبل قوله في منع الطلاق السني لانعقاد المضاف سببا للحال وإنما يتراخى حكمه فقط، فدعوى الطلاق أو الجماع بعده دعوى المانع فلا يقبل قوله في منع وقوع الطلاق في الطهر لكن يقع طلاق آخر بإقراره بالطلاق في الحيض وإن ادعى الطلاق أو الجماع وهي حائض
***
[٣٨]
صدق. ولو قال إن لم أجامعك في حيضتك فأنت طالق فادعى الجماع في الحيض لا تطلق لانه علق الطلاق بصريح الشرط والمعلق بالشرط إنما ينعقد سببا عند الشرط لما عرف، فإذا أنكر الشرط فقد أنكر السبب فيقبل قوله. وكذا لو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فمضت المدة ثم ادعى قربانها في المدة لا يقبل لان الايلاء سبب في الحال لكن تراخي وقوع الطلاق إلى مضي المدة وقد مضت المدة

ووقع ظاهرا، فدعوى القربان في المدة دعوى المانع فلا يقبل. ولو ادعى القربان قبل مضي المدة يقبل قوله لانه لم يقع الطلاق بعد وقد أخبر عما يملك انشاءه فيقبل قوله. وإن قال إن لم أقربك في أربعة أشهر فأنت طالق فمضت المدة ثم ادعى القربان في المدة لا يقع لانه علق الطلاق بصريح الشرط فمتى أنكر الشرط فقد أنكر السبب فيقبل قوله. وإن قال عبده حر إن طلقتك ثم خيرها فقالت اخترت نفسي في المجلس وادعى أنك أخذت في عمل آخر قبل الاختيار وأنكرت وقع الطلاق والعتق لان سبب الطلاق وجد والظاهر وقوعه فدعواه الاعراض دعوى المبطل فلا يقبل، وإذا ثبت الطلاق ثبت العتق لبنائه عليه. ولو قال عبده حر إن لم تشتغلي بعمل آخر فادعى الاشتغال بعمل آخر قبل الاختيار لا يعتق لانه أنكر شرط العتق وتطلق لما مر. ولو باع عبده بالخيار ثلاثة أيام للبائع ثم قال إن تم البيع بيننا فعبده حر فمضت مدة الخيار ثم ادعى النقض في المدة لا يقبل ويثبت الملك والعتق لان المدة إذا مضت فالظاهر ثبوت الملك نظرا إلى السبب، وإذا ثبت الملك ثبت العتق. ولو قال إن لم أنقض البيع في الثلاث فعبدي حر فادعى النقض بعده لم يعتق لانكاره شرط العتق والملك ثابت لما مر اهـ. وفيه من آخر كتاب الايمان: لو قال كل أمة لي حرة إلا أمهات أولادي ثم ادعى أمية الولد فيهن أو بعضهن لا يصدق، سواء كان معهن ولد أو لا. والاصل أن السيد إذا أوجب العتق بلفظ عام واستثنى بوصف خاص ثم ادعى وجود ذلك، فإن كان الوصف عارضا لا يقبل قوله، وإن كان أصليا قبل قوله لان القول قول من يتمسك بالاصل. وإن أوجب العتق بلفظ خاص ثم أنكر وجود ذلك الوصف فالقول قوله لانه ينكر الاعتاق أصلا وهنا أوجب العتق بلفظ عام واستثنى بوصف خاص عارضي فكان مدعيا إبطال العتق الثابت أصلا فلم يصدق، وقيام الولد لا يدل على صدق دعواه لاحتمال أن يكون من غيره ولكن يثبت نسب الولد منه لحصول الدعوة في ملكه وعتق الولد، ولم تصر الامة أم ولده لانها عتقت بالايجاب العام. ولو عرف دعوى النسب من المولى قبل الخصومة واختلفوا فقال المولى كنت ادعيت قبل اليمين ولم تعتق الامة وقالت الامة ادعيت بعد اليمين وقد عتقت فالقول للمولى لان أمية الولد تثبت في الحال والحال يدل على ما قبله لما عرف. فإن قيل للامة ظاهر آخر وهو أن الاصل عدم أمية الولد قلنا: هي بظاهرها تثبت الاستحقاق وهو يدفع. ولو قال إلا أمة خبازة أو اشتريتها من زيد أو نكحتها البارحة أو إلا ثيبا وادعى ذلك لا يصدق لان هذه صفة عارضة لكن القاضي يريها النساء، فإن قلن ثيب لا
***
[٣٩]
تعتق ويحلف السيد لان شهادتهن ضعيفة فلا بد من مؤيد وهو حلف المولى، وإن قلن بكر أو أشكل عليهن عتقت بالايجاب العام لعدم صفة ثبوت المستثنى، وإن كانت ثيبا وخاصم واختلفوا فقال أصبتها قبل الحلف وقالت أصبتني بعد الحلف فالقول له لان الحال يدل على ما قبله. وكذا لو قال إلا أمة بكرا أو لم أشترها من فلان أو لم أطأها البارحة أو إلا خراسانية ثم ادعى ذلك فالقول قوله لان هذه صفة أصلية إذا الاصل هي البكارة وعدم الولادة وعدم الشراء من فلان وعدم الوطئ، وكذا الخراسانية لان الخراسانية من يكون مولدها بخراسان فكانت صفة أصلية مقارنة لحدوث الذات. ولو قال كل أمة لي بكر أو ثيب أو اشتريتها من فلان أو لم اشترها منه أو نكحتها البارحة أو ولدت مني أو لم تلد مني أو خبازة أو غير خبازة فهي حرة ثم أنكر هذه الاوصاف فالقول له لانه أوجب العتق بوصف خاص ثم أنكر وجود ذلك الوصف فكان القول قوله اهـ. ويجري هذا في الطلاق أيضا، فلو قال كل امرأة لي طالق إلا امرأة خبارة أو وطئتها البارحة ونحوه وادعى ذلك لا يقبل إلى آخر المسائل. ثم اعلم أن ظاهر المتون يقتضي أنه لو علق طلاقها بعدم وصول نفقتها شهرا ثم ادعى الوصول وأنكرت فالقول قوله في عدم وقوع الطلاق، وقولها في عدم وصول المال، وقد جزم به في القنية فقال: إن لم تصل نفقتي إليك عشرة أيام فأنت طالق ثم اختلفا بعد العشرة فادعى الزوج الوصول وأنكرت هي فالقول له اهـ. لكن صحح في الخلاصة والبزازية كما قدمناه في فصل
***
[٤٠]
الامر باليد أنه لا يقبل قوله في كل موضع يدعي إيفاء حق وهي تنكر كما قبل قولها في عدم وصول المال وهو يقتضي تخصيص المتون وكأنه ثبت في ضمن قبول قولها في عدم وصول المال، وهذا التقرير في هذا المحل من خواص هذا الشرح إن شاء الله تعالى. قوله: (إلا إذا برهنت) أي أقامت البينة على وجود الشرط لانها نورت دعواها بالحجة. أطلقه فشمل ما إذا كان الشرط عدميا فإن برهانها عليه

مقبول لما في جامع الفصولين: الشرط يجوز إثباته ببينة ولو كان نفيا كما لو قال لقنه إن لم أدخل الدار فأنت حر فبرهن القن أنه لم يدخلها يعتق. قيل فعلى هذا لو جعل أمرها بيدها إن ضربها بغير جناية ثم ضربها وقال ضربتها بجناية وبرهنت أنه ضربها بغير جناية ينبغي أن تقبل بينتها وإن أقامت على النفي لقيامها على الشرط حلف إن لم تجئ صهرتي هذه الليلة فامرأتي كذا فشهد أنه حلف كذا ولم تجئ صهرته في تلك الليلة وطلقت امرأته تقبل لانها على النفي صورة وعلى إثبات الطلاق حقيقة، والعبرة للمقاصد لا للصورة كما لو شهدا أنه أسلم واستثنى وشهد آخران أنه أسلم ولم يستثن تقبل بينة إثبات الاسلام ولو كان فيها نفي إذ غرضهما إثبات إسلامه. ثم رقم بعلامة مح قال: تقبل على الشرط وإن كان نفيا اه. فإن قلت سيأتي في كتاب الايمان في هذا المختصر أنه لو قال عبده حر إن لم يحج العام فشهدا بنحره في الكوفة لم يعتق يعني عندهما خلافا لمحمد، وعللوا لهما بأنها شهادة نفي معنى لانها بمعنى لم يحج العام فهذا يدل على أن شهادة النفي لا تقبل على الشرط. قلت: قد اختلفوا في بناء هذه المسألة فقيل إنها مبنية على مسألة اشتراط الدعوى في شهادة عتق القن. قال في جامع الفصولين: فعلى هذا لو وضعت المسألة في الامة ينبغي أن تعتق وفاقا إذ دعواها العتق لا يشترط اه. فيحنئذ لا إشكال. وأما على ما علل به في الهداية من أنها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج

***

[٤١]

لا إثبات التضحية لانها لا مطالب بها فصار كما إذا شهدوا أنه لم يحج. غاية الامر أن هذا النفي مما يحيط به علم الشاهد ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا اه. فمشكل ولذا قال في فتح القدير: إن قول محمد أوجه، ظاهره تسليم أنها على الشرط مقبولة ولو نفيا وقد نقله عن المبسوط أيضا وسيأتي تمامه إن شاء الله تعالى. ولو قال المصنف ولو ادعى عليه أن الشرط قد وجد وأنكر فالقول له إلا إذا شهدت البينة لكان أولى لانه لا يشترط دعوى المرأة للطلاق ولا أن تبرهن لان الشهادة على عتق الامة وطلاق المرأة تقبل حسبة بلا دعوى، ولا يشترط حضور المرأة والامة لكن يشترط حضور الزوج والمولى صح تحضر المرأة ليشير إليها الشهود ط. لو شهدا أنه أبان امرأته فلانة فقالت لم يطلقني وقال الزوج ليس اسمها فلانة وشهدا أن اسمها فلانة فالقاضي يفرق بينهما ويماثله عتق الامة، فلو شهدا أنه حررها وأن اسمها كذا وقالت لم يحررني فالقاضي يحكم بعتقها والشهادة بحرمة المصاهر والايلاء والظهار بدون الدعوى تقبل ويشترط حضور المشهود عليه، وقيل لا تقبل بدون الدعوى في الايلاء والظهار وفي عتق الامة والطلاق بدون الدعوى قيل يحلف وقيل لا فليتأمل عند الفتوى، كذا في جامع الفصولين. وفي القنية: ادعت أنه طلقها من غير شرط والزوج يقول طلقتها بالشرط ولم يوجد فالبينة فيه بينة المرأة، ولو ادعت عليه أنه حلف لا يضربها وادعى هو أنه لا يضربها من غير ذنب وأقاما البينة فيثبت كلا الامرين وتطلق بأيهما كان اه. وفي القنية من باب البينتين والمتضادتين: ولو قال لامرأته إن شربت مسكرا بغير إذنك فأمرك بيدك فأقامت بينة على وجود الشرط وأقام الزوج بينة أنه كان بإذنها فبينة المرأة أولى اه. قوله: (وما لا يعلم إلا منها فالقول لها في حقها كان حضت فأنت طالق وفلانة أو إن كنت تحبيني فأنت طالق وفلانة فقالت حضت أو أحبك طلقت هي فقط) عليه الائمة الاربعة لانها أمينة مأمورة بإظهار ما في رحمها. وفائدته ترتيب أحكام الطهر وهو فرع قبول قولها كما قبل إخبارها بالحيض في انقضاء العدة وحرمة جماعها وبالطهر وبقولها طهرت في حله وهي

***

[٤٢]

متهمة في حق غيرها إن كذبها الزوج وإن صدقها طلقت فلانة أيضا. والحاصل أن المنظور إليه في حقها مشرعا الاخبار به لانها أمينة، وفي حق ضرتها متهمة وشهادتها على ذلك شهادة فرد ولا بعد في أن يقبل قول الانسان في حق نفسه لا في حق غيره كأحد الورثة إذا أقر بدين على الميت اقتصر على نصيبه إذا لم يصدقه الباقون، والمشتري إذا أقر بالمبيع لمستحق لا يرجع بالثمن على البائع، كذا في فتح القدير. وقد يقال: إن المقر في المسألتين لم يتعد ضرر إقراره إلى أحد وهنا تعدى إلى الزوج بقطع العصمة مع كونها متهمة في حق نفسها أيضا ولا بد من قيام الحيض عند الاخبار، أما بعد الانقطاع فلا لانه ضرورة فيشترط قيام الشرط بخلاف إن حضت حيضة حيث يقبل قولها في الطهر الذي يلي الحيضة لا قبله ولا بعده لانها أخبرت عن الشرط حال عدمه، والمعنى فيه أن الشرع جعلها أمينة فيما تخبر به عن الحيض والطهر ضرورة إقامة الاحكام المتعلقة بهما فما دامت الاحكام قائمة كان الاسمان قائمين من جهة الشرع

فتصدق، وإذا كانت الاحكام منقضية كان الاسمان غير ثابتين فلا تصدق بخلاف المودع لو قال رددتها أو هلكت يصدق ولا يشترط لتصديقه قيام الامانة لانه صار أمينا من جهة صاحب المال صريحا وابتداء لا لضرورة حيث ائتمنه صاحب المال مطلقا، كذا في المعراج. قيد بقوله إن حضت لانه لو قال لامرأتيه إن حضتما فأنتما طالقان فقالتا حضنا لم تطلق واحدة منهما إلا أن يصدقهما، فإن صدق إحداهما وكذب الاخرى طلقت المكذبة. وإن كن ثلاثا فقال ذلك فقلن حضنا لم تطلق واحدة منهن إلا أن يصدقهن، وكذا إن صدق إحداهن، فإن صدق ثنتين فقط طلقت المكذبة دون المصدقات، ولو كن أربعا والمسألة بحالها لم يطلقن إلا أن يصدقهن، وكذا إن صدق إحداهن أو اثنتين، وإن صدق ثلاثا فقط طلقت المكذبة دون المصدقات والوجه ظاهر من الشرح وفي المحيط قال لنسائه الاربع إذا حضتن حيضة فأنتن طوالق فقالت واحدة حضت حيضة وصدقها الزوج طلقن لان شرط وقوع الطلاق عليهن حيضة واحدة منهن لان اجتماعهن على حيضة واحدة لا يتصور فيجعل ذلك مجازا عن حيضة إحداهن كما لو قال لامرأتيه إذا حضتما حيضة فأنتما طالقان فحاضت إحداهما طلقتا وإن كذبها طلقت واحدقا تطليقه لانها مصدقة في حقها دون ضراتها، ولو
***
[٤٣]
قالت كل واحدة حضت حيضة طلقت كل واحدة تطليقة صدقها الزوج أو كذبها لان كل واحدة مصدقة شرعا فيما بينها وبين زوجها. ولو قال كلما حضتن حيضة فأنتن طوالق فقالت كل واحدة حضت حيضة، فإن كذبهن طلقت كل واحدة تطليقة لانه ثبت حيضة كل واحدة في حق نفسها خاصة دون صواحبها فلم يوجد في حق كل واحدة إلا شرط طلاق واحدة، وإن صدق واحدة دون الثلاث طلقت كل واحدة من الثلاث ثنتين والمصدقة واحدة لانه ثبت في حق المصدقة دون حيض صواحبها وثبت في حق كل واحدة من المكذبات حيضتان حيضها بإخبارها وحيضة المصدقة بالتصديق، وإن صدق منهن اثنتين طلقت كل مصدقة اثنتين لوجود حيضتين في حق كل واحدة حيضتها وحيضة صاحبتها المصدقة وكل مكذبة ثلاثا لوجود ثلاث حيض في حقها حيضتها وحيضتي المصدقتين، وإن صدق ثلاثا طلقت كل واحدة ثلاثا لثبوت ثلاث حيض في حق المصدقات وأربع حيض في حق المكذبة اه. ثم اعلم أن الوقوع على الضرة لم ينحصر في تصديقه وإنما يتوقف على تصديقه إذا لم يعلم وجود الحيض منها، أما إذا علم طلقت فلانة أيضا، كذا في الجوهرة. وقيد بكونه لا يعلم إلا منها لانه لو كان يعلم من غيرها توقف الوقوع على تصديقه أو البينة كالدخول والكلام اتفاقا. واختلفوا فيما لو علق طلاقها بولادتها فقالا يقع الطلاق بشهادة القابلة. وقال الامام الاعظم: لا بد من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين كما في الجوهرة. ولا يشمل ما لو علقه على فعل بغير إذنها لما في البزازية: إن شربت مسكرا بغير إذنك فأمرك بيدك وشرب ثم اختلفا في الاذن فالقول له والبينة لها وفي الصيرفية إن ذهبت إلى بيت أبي بغير إذنك فأنت طالق فادعى إذنها وأنكرت فالقول له لانه ينكر وقوع الطلاق اه مع أن الاذن لا يستفاد إلا منها ولكن يطلع عليه بالقول بخلاف الحيض والمحبة والبغض ومن قبيل الدخول والكلام ما لو علق بقوله إن كنت جائعة في بيتي. قال قاضيخان: إن لم تكن جائعة في غير الصوم لا يكون حانثا. ومنه ما لو علقه بقوله إن لم أشبعك من الجماع قال القاضي: إن جامعها حتى
***
[٤٤]
أنزلت فقد أشبعها اه. وفي القنية: والمسرة كالمحبة وكذا الغيرة باللسان لا بالقلب اه. وقد سوى المصنف بين المحبة والحيض وليس بينهما فرق إلا من وجهين: أحدهما أن التعليق بالمحبة يقتصر على المجلس لكونه تخييرا حتى لو قامت وقالت أحبك لا تطلق، والتعليق بالحيض لا يبطل بالقيام كسائر التعليقات والثاني أنها إذا كانت كاذبة في الاخبار تطلق في التعليق بالمحبة لما قلنا، وفي التعليق بالحيض لا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى حتى يحل وطؤها ديانة لان حقيقة المحبة والبغض أمر خفي لا يوقف عليها من قبل أحد لا من قبلها ولا من قبل غيرها لان القلب يتقلب لا يستقر على شئ، فلما لم يوقف عليها تعلق الحكم بإخبارها لانه دليل عليها لان أحكام الشرع لا تناط بأحكام خفية. وفي الفوائد الظهيرية: لو قال أنت طالق إن كنت أنا أحب كذا ثم قال لست أحبه وهو كاذب فهي امرأته يسعه وطؤها ديانة. قال شمس الائمة: وهذا مشكل لانه يعرف ما في قلبه حقيقة وإن كان لا يعرف ما في قلبها لكن الطريق ما قلنا أن الحكم يدار على الظاهر وهو الاخبار وجودا وعدما، وكذا الحكم لو قال إن كنت تبغضيني، ولو قال إن كنت تحبيني بقلبك فقالت أحبك طلقت ديانة وقضاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف لان المحبة فعل القلب فكان إطلاقها وتقييدها بالقلب سواء وإنما يفيد

التأكيد. وقال محمد: لا تطلق ديانة لان المحبة عمل القلب وجعل اللسان خلفا عنه وعند التقييد بالقلب تبطل الخلفية فيبقى الحكم متعلقا بالاصل، كذا في المعراج. والظاهر من كلام مشايخنا أنه لا فرق بين التعليق بمحبتها إياه أو بمحبتها فراقه وذكره في المعراج عن غير أهل المذهب فقال: وفي التبصرة للخمي: قال لها إن كنت تحبين فراقي فأنت طالق فقالت أحب ثم قالت كنت لاعبة قال: أرى أن يقع عليها. ثم نقله عن الانوار للمالكية. وذكر في المحيط مسألة ما إذا قال إن كنت تحبين الطلاق ولا فرق بين الطلاق والفراق فكان منقولا عن أصحابنا أيضا. وأطلق في المحبة فشمل ما إذا قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله في نار جهنم فأنت طالق ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها إياه قد تحب التخلص منه بالعذاب، كذا في الهداية. وذكر قاضيخان: قال لامرأته إن سررتك فأنت طالق فضربها فقالت سرني قالوا: لا تطلق امرأته لانا نتيقن بكذبها. قال مولانا رضي الله تعالى عنه: وفيه إشكال وهو أن السرور مما لا يوقف عليه فينبغي أن يتعلق الطلاق بخبرها ويقبل قولها في ذلك وإن كنا نتيقن بكذبها كما لو قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله بنار جهنم فأنت طالق فقالت أحب يقع الطلاق عليها. ولو أعطى ألف درهم فقالت لم يسرني كان القول قولها ولا يقع الطلاق لاحتمال أنها طلبت الالفين فلا يسرها الالف اه.

***

[٤٥]

قلت: بينهما فرق، وقوله وإن كنا نتيقن بكذبها ممنوع لما سمعته عن الهداية من أنه لا يتيقن بكذبها. وبهذا ظهر أنه لو علق بفعل قلبي وأخبرت به فإن تيقنا بكذبها لم يقع وإلا وقع. وفي البدائع: إن كنت تكرهين الجنة تعلق بإخبارها بالكراهة مع أنها لا تصل إلى حالة تكره الجنة فقد تيقنا بكذبها. وقد يقال: إن لشدة محبتها للحياة الدنيا تكره الجنة لانها لا تتوصل إليها إلا بالموت وهي تكرهه فلم يتيقن بكذبها. وهل تكفر المرأة بقولها أنا أحب عذاب جهنم وأكره الجنة؟ قلت: ظاهر كلامهم هنا عدمه. وفي المحيط لو قال لامرأتيه أشدكما حبا للطلاق وأشدكما بغضا له طالق فقالت كل واحدة أنا أشد حبا في ذلك لا يقع شئ لان كل واحدة مخيرة في حق نفسها شاهدة على صاحبتها بما في ضميرها لانها تقول أنا أشد حبا منها وهي أقل حبا مني وهي غير مصدقة في الشهادة على صاحبتها فلم يتم الشرط اه. وقيد بمحبتها لانه لو علقه بمحبة غيرها فظاهر ما في المحيط أنه لا بد من تصديق الزوج فإنه قال: لو قال أنت طالق إن لم تكن أمك تهوى ذلك فقالت الام أنا لا أهوى وكذبها الزوج لا تطلق. فإن صدقها طلقت لما عرف. وروى ابن رستم عن محمد أنه لو قال إن كان فلان مؤمنا فأنت طالق لا تطلق لان هذا لا يعلمه إلا هو ولا يصدق هو على غيره وإن كان هو بين مسلمين يصلي ويحج. ولو قال لآخر لي إليك حاجة فاقضها لي فقال امرأته طالق إن لم أقض حاجتك فقال حاجتي أن تطلق زوجتك فله أن لا يصدقه فيه ولا تطلق زوجته لانه محتمل للصدق والكذب فلا يصدق على غيره اه. وأطلق في المرأة فشمل ما إذا كانت مراهقة لم تحض بعد لما في المحيط: لو قال لامرأته المراهقة إن حضت فأنت طالق فقالت حضت، أو قال لغلامه المراهق إن احتلمت فأنت حر فقال احتلمت، تصدق المرأة ولا يصدق الغلام في رواية هشام لان الغلام ينظر إليه كيف يخرج منه المني ولا يستطاع ذلك في الحيض لانها تدخل الدم في الفرج فلا يعلم منها أو من غيرها، وفي رواية يصدق الغلام أيضا وهي الاصح لان الاحتلام يعرفه غيره كالحيض ولذلك إذا قال احتلمت في حال إشكال أمره يصدق فيما له وفيما عليه لانه أخبر بخبر يحتمل الصدق والكذب فيصدق كالجارية اه. ولم أر صريحا أن المرأة إذا قبل قولها في حقها في الحيض والمحبة فهل يكون بيمينها أو بلا يمين. ووقع في الوقاية أنه قال صدقت في حقها خاصة وظاهره أنه لا يمين عليها ويدل عليه قولهم إن الطلاق معلق بإخبارها وقد وجد ولا فائدة في التحليف لانه وقع

***

[٤٦]

بقولها والتحليف لرجاء النكول وهي لو أخبرت ثم قالت كنت كاذبة لا يرتفع الطلاق لتناقضها كما سيأتي نقله عن الكافي قريبا إن شاء الله تعالى. قوله: (وبرؤية الدم لا يقع فإن استمر ثلاثا وقع من حين رأت) يعني لا يقع برؤيته فيما إذا علق الطلاق بحيضها، سواء كان بـ " إن أو بفي أو مع نحو أنت طالق في حيضك أو مع حيضك أو إن حضت لانه لم يتحقق كونه حيضا حينئذ، فإذا استمر حينئذ ثلاثة أيام بلياليها وقع الطلاق من حين رأت الدم لانه بالامتداد تبين أنه حيض من الابتداء فيجب على المفتي أن يعينه فيقول طلقت

من حين رأت الدم. وليس هذا من باب الاستناد وإنما هو من باب التبيين ولذا قال من حين رأت. وقال المصنف في شرح المجمع: إنه تبين بالانتهاء أنه حيض من الابتداء. وأظهر منه ما في المحيط: لو قال لها عبده حر إن حضت فقالت رأيت الدم وصدقها الزوج لا يحكم بعتقه حتى يستمر ثلاثة أيام فيحكم بعتقه من حين رأت لان الدم لا يكون حيضا حتى يستمر ثلاث أيام، والظاهر وإن كان فيه الاستمرار ولكن الظاهر يكفي للدفع فيدفع به العبد استخدام المولى عن نفسه ولا يكفي للاستحقاق فإذا استمر تبين أنه كان حيضا فيعتق من حين رأت الدم حتى لو جنى أو جنى عليه كان أرشه أرش الاحرار لانه يظهر عتقه ولا يستند بمنزلة قوله إن كان فلان في الدار فأنت حر فظهر ذلك في آخر النهار يظهر عتقه بخلاف قوله أنت حر قبل موتي بشهر فمات بعده بشهر وقد جنى العبد كان حكمه حكم العبيد عند أبي حنيفة لان ثمة العتق يثبت مستندا والاستناد لا يظهر في حق الفائت والمتلاشي، فإن قال الزوج انقطع الدم في الثلاثة وأنكرت المرأة والعبد فالقول لهما لان الزوج أقر بوجود شرط العتق ظاهرا لان رؤية الدم في وقته يكون حيضا ولهذا تؤمر بترك الصلاة والصوم ثم ادعى عارضا يخرج المرئي من أن يكون حيضا فلا يصدق فإن صدقته المرأة وكذبه العبد في الايام الثلاثة فالقول لهما وإن كان بعدها فالقول للعبد اهـ. وفي الكافي

***

[٤٧]

في مسألة إن حضت فعبدي حر وضرتك طالق إذا رأت الدم فقالت حضت وصدقها أنه قبل الاستمرار يمنع الزوج عن وطئ المرأة واستخدام العبد في الثلاثة لاحتمال الاستمرار فلو صدقها الزوج ثم قالت كان الطهر قبل الدم عشرة أيام لم تصدق لانه بعد إقرارها بالحيض رجوع بخلافه بعد إقرارها برؤية الدم. ولو ادعى الزوج أن الدم كان قبله الطهر عشرة أيام وقالت بل عشرين فالقول لها، ولو قال وهي حائض إن طهرت فعبدي حر فقالت طهرت بعد ثلاثة أيام وكذبها الزوج لا يعتق وإن صدقها أو مضت العشرة عتق، وإن قالت بعد العشرة عاودني الدم في العشرة وصدقها الزوج وكذبها العبد عتق، وكذا لو قالت ذلك بعدما أقرت بالانقطاع. وإن كان حيضها خمسة فقال لها إن حضت هذه المرة ستة فعبدي حر فقالت رأيت الدم في اليوم السادس إلى آخر اليوم وكذبها الزوج فالقول له لانكاره شرط العتق بخلاف ما إذا علق عتقه بأصل الحيض فادعى الزوج الانقطاع في الثلاث وادعت الامتداد فالقول لها، وإن صدقها الزوج بالدم في اليوم السادس توقف العتق، فإن جاوز العشرة تبين أنه لم يكن حيضا ولم يعتق وإن لم يجاوز عتق، فإن مضت فادعت الانقطاع فيها وادعى المجاوزة فالقول له ولا عتق. ولو أخبرت في العشرة بالانقطاع ثم قالت عاودني الدم لا يقبل قولها وإن صدقها الزوج، ولو كانت عادتها خمسة فطلقها في مرض موته فحاضت حيضتين ثم مات الزوج في الثالثة بعد خمسة فقالت الورثة طهرت على رأس الخمسة ولا ميراث لك وقالت لم ينقطع وأرى الدم في الحال فالقول لها لان الاصل في كل ثابت دوامه فهي تتمسك بهذا الظاهر لدفع الحرمان وهو حجة للدفع وتمامه في الكافي. ومن أحكام الوقوع من الابتداء أنها لو كانت غير مدخولة وتزوجت حين رأت الدم فإن النكاح صحيح. ومن أحكامه أنها لا تحسب هذه الحيضة من العدة لانها بعض حيضة لانه حين كان الشرط رؤية الدم لزم أن يقع الطلاق بعد حيضها. وفي الخانية: رجل قال لامرأته قبل الدخول إذا حضت فأنت طالق فقالت حضت وتزوجت من ساعتها ثم ماتت قال محمد: ميراثها للزوج الاول دون الثاني. وقال: لا يدري أكان ذلك حيضا أو لا ا هـ. ومن أحكامه أيضا أن الطلاق بدعي. ومنها أنه لو خالعها في الثلاث بطل الخلع لكونها مطلقة ذكرهما في الجوهرة. وفي الثاني نظر لان الخلع يلحق

***

[٤٨]

الطلاق الصريح كما قدمناه في آخر باب الكنايات. وذكر المؤلف في المستصفى من باب المسح على الخفين الاحكام تثبت بطرق أربعة: الاقتصار كما إذا أنشأ الطلاق أو العتاق وله نظائر جمة، والانقلاب وهو انقلاب ما ليس بعلة علة كما إذا علق الطلاق أو العتاق بالشرط فعنده وجود الشرط ينقلب ما ليس بعلة علة. والاستناد وهو أن يثبت في الحال ثم يستند وهو دائر بين التبيين والاقتصار وذلك كالمضمونات تملك عند أداء الضمان مستندا إلى وقت وجود السبب، وكالنصاب فإنه يجب الزكاة عند تمام الحول مستندا إلى وقت وجوده، وكالطهارة في المستحاضة والتيمم ينقض عند خروج الوقت ورؤية الماء مستندا إلى وقت الحدث، ولذا قلنا: لا يجوز المسح لهما. والتبيين وهو أن يظهر في الحال أن الحكم كان ثابتا من قبل مثل أن يقول في اليوم إن كان زيد في الدار فأنت طالق

وتبين في الغد وجوده فيها فيقع الطلاق في اليوم ويعتبر ابتداء العدة منه، وكما إذا قال لامرأته إذا حضت فأنت طالق فرأت الدم لا يقضي بوقوع الطلاق ما لم يمتد ثلاثة أيام، فإذا امتد ثلاثة أيام حكمنا بوقوع الطلاق من حين حاضت. والفرق بين التبيين والاستناد أن التبيين يمكن أن يطلع عليه العباد وفي الاستناد لا يمكن، وفي الحيض يمكن أن يطلع عليه بأن يشق بطنها فيعلم أنه من الرحم. وكذا يشترط المحلية في الاستناد دون التبيين، وكذا الاستناد يظهر أثره في القائم دون المتلاشي، وأثر التبيين يظهر فيهما فلو قال أنت طالق قبل موت فلان بشهر لم تطلق حتى يموت فلان بعد اليمين بشهر، فإن مات لتمام الشهر طلقت مستندا إلى أول الشهر فتعتبر العدة من أوله. ولو وطئها في الشهر صار مراجعا لو كان الطلاق رجعيا وغرم العقر لو كان بائنا، ويرد الزوج بدل الخلع إليها لو خالعها في خلاله ثم مات فلان ولو مات فلان بعد العدة بأن كانت بالوضع أو لم تجب العدة لكونه قبل الدخول لا يقع الطلاق لعدم المحل. وبهذا تبين أنه فيها بطريق الاستناد لا بطريق التبيين وهو الصحيح، ولو قال أنت طالق قبل قدوم فلان بشهر يقع مقتصرا على القدوم لا مستندا ا ه. قوله: (وفي إن حضت حيضة يقع حين تطهر) يعني إما بمضي العشرة مطلقا أو بانقطاع الدم مع أخذ شئ من أحكام الطاهرات إذا انقطع لاقل منها لان الحيضة اسم للكاملة، وكذا إذا قال نصف حيضة أو ثلثها أو سدسها أو أنت طالق مع حيضتك أو في حيضتك بالتاء كقوله إن صمت يوما أو صليت صلاة لا يحنث إلا بصوم يوم كامل وبشفع بخلاف ما تقدم لانه يدل على جنس الحيض فهو كقوله إن صمت أو صليت. وأشار بقوله

***

[٤٩]

حين تطهر إلى أنه ليس ببدعي. وأشار بقوله حين رأت الدم إلى أنه بدعي وإلى أنها لو كانت حائضا لا تطلق ما لم تطهر ثم تحيض كقوله لطاهرة إذا طهرت فأنت طالق لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر لما قدمنا أن اليمين تقتضي شرطا مستقبلا. وفي الصحاح: الحيضة بالفتح المرة الواحدة والحيضة بالكسر الاسم والجمع الحيض ا ه. وفي الخانية: لو قال لها وهي حائض إذا حضت فأنت طالق فهو على حيض في المستقبل، ولو قال لها إن حضت غدا فأنت طالق وهو يعلم أنها حائض فهو على دوام ذلك الحيض إلى الغد إن دام إلى أن يطلع الفجر من الغد طلقت لان الحيضة الثانية لا يتصور حدوثها من الغد فيحمل على الدوام إذا علم ا ه. وفي الكافي: لو قالت بعد عشرة أيام حضت وطهرت وكذبها الزوج تطلق لانها أخبرت عن الامانة في أوانها، ولو قالت بعد مضي شهر إني حضت وطهرت ثم حضت حيضة أخرى وأنا الآن حائض لا يقبل قولها، ولكن إذا طهرت يقع لانها أخرت الاخبار عن أوانه فصارت متهمة. ولو قال إذا حضت فأنت طالق فقالت بعد خمسة أيام حضت وأنا حائض الساعة فالقول لها لان الاخبار في أوانه، ولو قالت حضت وطهرت لا تصدق حتى تحيض لانها أخبرت والحال منافية لما أخبرت ا ه. وفي تلخيص الجامع للصدر: من ملك الانشاء ملك الاخبار كالوصي والمولى والمراجع والوكيل بالبيع ومن له الخيار. قال إذا حضت حيضة فأنت طالق فقال بعد مدة محتملة حضت وطهرت وقع، ولو قالت حضت وطهرت وأنا حائض لا حتى تطهر، ولو قال إذا حضت فقالت حضت منذ خمسة أيام وقع ولا تتهم في التأخير للعذر، ولو قالت وطهرت لا ا ه. وذكر في باب الحنث يقع الحيض والفعل: قال أنت طالق قبل أن تحيضي حيضة بشهر فحاضت بعده طلقت ولا ينتظر الطهر للبينونة واختلفوا، والاصح فيه أنه يقتصر. ولو قال قبل قدوم فلان أو موت فلان بشهر وتقدم القدوم يقع والموت لا بخلاف ما إذا قدم ومات للتعليق ا ه. وفي الجوهرة: إذا حضت نصف حيضة فأنت طالق وإذا حضت نصفها الآخر فأنت طالق لا يقع شئ ما لم تحض وتطهر، فإذا حاضت وطهرت وقع تطليقتان. ولو قال لها وهي حائض إذا حضت فأنت طالق أو قال وهي مريضة إذا مرضت فهذا على حيض في المستقبل ومرض في المستقبل، فإن نوى ما يحدث من هذا الحيض أو ما يزيد من هذا المرض فهو كما نوى، وكذا إذا قال لصاحبة الرعاف إن رعفت، وكذا إذا قال للحبلى إذا حبلت فهو على حبل في المستقبل، ولو

***

[٥٠]

نوى الحبل الذي هو فيه لا يحنث لانه ليس له أجزاء متعددة وإنما هو معنى واحد بخلاف الحيض وإخواته لان له أجزاء ا ه. وفي المحيط: لو قال إذا حضت حيضة فأنت طالق ثم قال إن حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت حيضة يقع واحدة باليمين الاول، فإذا

حاضت أخرى يقع أخرى باليمين الثانية لان الحيضة الاولى كل الشرط لليمين الاولى وشطر الشرط لليمين الثانية، فإذا حاضت أخرى فقد تم الشرط لليمين الثانية، فإن قال ثم إذا حاضت والمسألة بحالها لا يقع شئ حتى يوجد حيضتان بعد الاولى لان كلمة ثم للتعقيب مع التراخي فيقتضي وجود الحيضتين بعد الاولى ا ه‍. قوله: (وفي إن ولدت ذكرا فأنت طالق واحدة وإن ولدت أنثى فثنتين فولدتهما ولم يدر الاول تطلق واحدة قضاء وثنتين تنزها ومضت العدة) لانها لو ولدت الغلام وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا يقع أخرى به لانه حال انقضاء العدة، ولو ولدت الجارية أولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شئ آخر به لما ذكرنا أنه حال انقضاء العدة فإذا في حال تقع واحدة وفي حال تقع ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والاولى أن يؤخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا. قيد بقوله لم يدر الاول لانه لو علم فقد بيناه وإن اختلفا فالقول للزوج لانكاره. وأشار بمضي العدة إلى أنه لا رجعة ولا إرث كما في غاية البيان. وقيد بقوله إن ولدت لانه لو قال إن كان حملك غلاما فطالق واحدة أو جارية فثنتين فولدتهما لم تطلق لان حملك اسم جنس مضاف فيعم كله فما لم يكن الكل غلاما أو جارية لم يقع كما في قوله إن كان ما في بطنك غلاما والباقي بحاله. وقوله إن كان ما في هذا العدل حنطة فهي طالق أو دقيقا فطالق فإذا فيه حنطة ودقيق لا تطلق بخلاف قوله إن كان في بطنك غلام والباقي بحاله حيث تقع الثلاث. وقيد بقوله فولدتهما أي الغلام والجارية لانها لو ولدت غلاما وجاريتين ولم يدر الاول وقع الثلاث تنزها وثنتين قضاء، ولو ولدت غلامين وجارية وقعت واحدة قضاء وثلاث تنزها، وقدمنا أن الولادة لا تثبت بقولها اتفاقا بل لا بد من نصاب الشهادة عنده وامرأة عندهما. ولو علق طلاقها بولادتها ولدا فولدت ميتا طلقت وسيأتي تمامه في الايمان. وفي المحيط: قال كلما ولدت
***

[٥١]
ولدا فأنت طالق فولدت ولدين في بطن، فإن كان بينهما أقل من ستة أشهر طلقت بالاول وانقضت عدتها بالثاني ولا يقع طلاق آخر، ولو ولدت ثلاثة أولاد وقع ثنتان، ولو ولدت ثلاثا بين كل ولدين ستة أشهر وقع ثلاث وتعتد بثلاث حيض. ولو قال لامرأته الحامل كلما ولدت فأنت طالق للسنة فولدت ثلاثة في بطن واحدة لم يقع عندهما حتى تطهر من نفاسها فيقع في كل طهر تطليقة، وعند محمد وزفر طلقت واحدة بالولد الاول وتنقضي عدتها بالاخير. ولو قال لامرأتيه كلما ولدتما ولدا فأنتما طالقان فولدت إحداهما ثم الاخرى آخر ثم الاولى آخر ثم الاخرى آخر في بطن واحدة حتى ولدت كل واحدة ولدين، طلقت الاولى ثنتين وانقضت عدتها بولدها الثاني والاخرى ثلاثا وانقضت عدتها بولدها الثاني، ولو كان بين ولدي كل واحدة ستة أشهر فأكثر إلى سنتين طلقت الاولى ثنتين وانقضت عدتها بالولد الثاني وثبت نسب الولدين وطلقت الاخرى واحدة وانقضت عدتها بالولد الاول ولا يثبت نسب ولدها الثاني. ولو قال لامرأته الحامل إذ ولدت ولدا فأنت طالق ثنتين ثم قال إن كان الولد الذي تلدينه غلاما فأنت طالق فولدت غلاما طلقت ثلاثا. ولو قال إن كان الولد الذي في بطنك غلاما والمسألة بحالها طلقت وتمامه في المحيط. وقيد بالولادة لانه لو علق طلاقها بحبلها فالمستحب أن لا يطأها إلا بالاستبراء لتصور حدوث الحبل ولا يقع الطلاق ما لم تلد لاكثر من سنتين من يوم اليمين لانه علقه بحدوث الحبل بعد اليمين ويتوهم حدوث الحبل قبل اليمين إلى سنتين فوقع الشك في الموقع فلا يقع بالشك، كذا في المحيط. وذكر قاضيخان أنه لو قال إن لم تكوني حاملا فأنت طالق ثلاثا فجاءت بولد لاقل من سنتين بيوم من وقت اليمين لا تطلق في الحكم، وإن جاءت لاكثر من سنتين بيوم طلقت، فإن حاضت بعد اليمين لا يقربها لاحتمال أن لا تكون حاملا، وكذا إذا لم تحض لا ينبغي له أن يقربها حتى تضع ا ه‍. قوله: (والملك يشترط لآخر الشرطين) لان صحة الكلام بأهلية المتكلم إلا أن الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فتصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لانه لا ينزل إلا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغنى عن قيام الملك إذ بقاؤه بمحله وهو الذمة، فالمراد من اشتراطه لآخرهما بيان عدم اشتراطه
***

[٥٢]
لاولهما فلا ينافي اشتراطه وقت التعليق.، وأيضا علم الاشتراط وقت التعليق من قوله أول الباب فلو قال لاجنبية إن زرت فأنت طالق لم يصح لكن في القنية قبيل النفقات معزيا إلى الملتقط: قال حلال الله علي حرام إن فعلت كذا وليس له امرأة فتزوج ثم فعل ذلك

الفعل لا تطلق حج طلقت ا هـ. وينبغي الاعتماد على الاول لما ذكرنا، وأراد من الشرطين أمرين يتعلق الطلاق بهما ولا يقع بأحدهما، سواء كانا شرطين حقيقة بتعدد أداة الشرط أو لا. أما الاول فبأن عطف شرطا على آخر وأخر الجزاء نحو إذا قدم فلان وإذا قدم فلان فأنت طالق فإنه لا يقع حتى يقدما لانه عطف شرطا محضا على شرط لا حكم له ثم ذكر الجزاء فيتعلق بهما فصارا شرطا واحدا فلا يقع إلا بوجودهما، فإن نوى الوقوع بأحدهما صحت نية تقديم الجزاء على أحدهما وفيه تغليظ، أو بأن كرر أداة الشرط بغير عطف كقوله إن أكلت أو لبست فأنت طالق فأنها لا تطلق ما لم تلبس ثم تأكل فيقدم المؤخر، وكذا لو قال كل امرأة أتزوجها إن كلمت فلانا فهي طالق يقدم المؤخر فيصير التقدير إن كلمت فلانا فكل امرأة أتزوجها طالق. واستغنى عن الفاء بتقدير الجزاء فالكلام شرط الانعقاد والتزوج شرط الانحلال وأصله قوله تعالى * (ولا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يريد أن يغويكم) * [هود: ٣٤] فالمعنى إن كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم. ووجه المسألة أنه لا يمكن أن يجعل الشرطان شرطا واحدا لتزول الجزاء لعدم العطف وإن روي عن محمد في غير رواية الاصول أنه رجع عن التقديم والتأخير وأقر كل شرط في موضعه وهو رأي امام الحرمين من الشافعية لان الاصل عدم التقرير إلا بدليل والكلام في موجب اللفظ ولا الشرط الثاني مع ما بعده هو الجزاء للاول لعدم الفاء الرابطة، ونية التقديم والتأخير أحق من إضمار الحرف لانه تصحيح للمنطوق من غير زيادة شئ آخر فكان قوله إن أكلت مقدما من تأخير لانه في حيز الجواب المتأخر. والتقدير إن لبست فإن أكلت فأنت طالق، وهذا بناء على ما قدمناه من لزوم التخبيز في مثل إن دخلت الدار أنت طالق، وعلى ما قدمناه عن أبي يوسف من لزوم إضمار الفاء يجب أن لا يعكس الترتيب. وفي التجريد: لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت فلانا لا بد من اعتبار الملك عند الشرط الاول فإن طلقها بعد الدخول بها ثم دخلت الدار وهي في العدة ثم كلمت فلانا وهي في العدة طلقت ا هـ. وهو على الظاهر من التقديم والتأخير فكان المتقدم شرط الانحلال فيعتبر الملك عنده. وعلى هذا لو قال إن أعطيتك إن وعدتك إن سألتيني فأنت طالق لا تطلق حتى تسأله

***

[٥٣]

أولا ثم يعدها ثم يعطيها لانه شرط في العطية الوعد وفي الوعد السؤال فكأنه قال إن سألتيني إن وعدتك إن أعطيتك، كذا في فتح القدير. وهذا إذا لم يكن الشرط الثاني مترتبا على الاول عادة، فإن كان كذلك كان كل شرط في موضعه نحو إن أكلت إن شربت فأنت كذا كان الاكل مقدما والشرب مؤخرا حتى إذا شرب ثم أكل لم يعتق وإن أكل ثم شرب عتق. ولو قال إن شربت إن أكلت يؤخر الشرط الاول، ولو قال إن دعوتني إن أجبتك يقر كل شرط في موضعه، ولو قال إن أجبتك إن دعوتني تؤخر الاجابة، ولو قال إن لبست طيلسانا إن أتيتني يقر كل في موضعه، ولو قال إن أتيتني إن لبست طيلسانا يؤخر الاتيان، ولو قال إن ركبت الدابة إن أتيتني يقر كل في موضعه بخلاف إن أتيتني إن ركبت الدابة لانهما متى كانا مرتبين عرفا أضمرت كلمة ثم وإذا لم يكونا مرتبين عرفا لم يثبت العطف بينهما لا عرفا ولا ذكرا، فمتى أقر كل شرط في موضعه لا يتصل الجزاء بأحد الشرطين ا هـ. كذا في المحيط: وفي البزازية وفي الفارسية: المقدم مقدم والمؤخر مؤخر وعليه الاعتماد. وذكر القاضي في تفسيره أن قوله * (ولا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم) * شرط ودليل جواب والجملة دليل جواب قوله تعالى * (إن كان الله يريد أن يغويكم) * تقدير الكلام إن كان الله يريد أن يغويكم فإن أردت أن أنصح لكم لا ينفعكم نصحي ا هـ. وجعل في فتح القدير من هذا القبيل قوله تعالى * (وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها) * [الاحزاب: ٥٠] قال: فالمعنى إن أراد أن ينكح مؤمنة وهبت نفسها فقد أحللناها ا هـ. وذكر القاضي أن قوله تعالى * (إن أراد النبي) * شرط للشرط الاول في استيجاب الحل فإن وهبتها نفسها منه لا توجب له حلا إلا بإرادته نكاحها فإنها جارية مجرى القبول ا هـ. فلم تكن من هذا القبيل. وفي المعراج: إنها محتملة للامرين فإن إرادة النبي متأخرة فإنها كالقبول، ويحتمل تقدم إرادة النبي فإذا فهمت ذلك وهبت نفسها له ا هـ. وذكر في المحيط أنها على ثلاثة أوجه: أحدها إذا أخر الجزاء عن الشرطين، والثاني إذا قدمه، والثالث إذا وسطه. أما الاول والثاني فعلى التقديم والتأخير، وأما الثالث فيقر كل شرط في موضعه ولا يكون من المسائل المعترضة لانه لا حاجة إلى التقديم والتأخير لانه تخلل الجزاء بين الشرطين بحرف الوصل وهو الفاء فيكون الاول شرطا لانعقاد اليمين والثاني شرط الحنث ا هـ. وكذا في البدائع في مسألة توسط الجزاء فقال: لو قال لامرأته إذا

دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت فلانا يشترط قيام الملك عند وجود الشرط الاول وهو الدخول لانه جعل الدخول شرط انعقاد اليمين كأنه قال عند الدخول إن كلمت فلانا فأنت طالق واليمين لا تنعقد إلا في الملك ومضافة إلى الملك، فإن كانت في ملكه عند دخول الدار صحت اليمين المتعلقة بالكلام، فإذا كلمت يقع وإن لم تكن في ملكه عند الدخول بأن طلقها وانقضت عدتها ثم دخلت لم يصح التعليق وإن كلمت، وإن طلقها بعد الدخول ثم دخلت في العدة

***

[٥٤]

ثم كلمت فيها طلقت ا هـ. والحاصل أن الجزاء إذا كان متوسطا فلا بد من الملك عن الشرطين وأن كل شرط يقر في موضعه فلم تكن هذه المسألة داخلة تحت قوله والملك يشترط لآخر الشرطين إلا باعتبار أن الشرط الاول هو شرط الانعقاد، وقدمنا أن الملك لا بد منه وقت التعليق فحينئذ ليس معلقا إلا بشرط واحد فجعله في فتح القدير من قسم تقديم المؤخر منهما من كلام التجريد وهو لما علمت أن كل شرط في موضعه. وهذا كله إذا كان الشرط الثاني غير الاول، فإن كان عينه فقال في البزازية: إن دخلت هذه الدار فعبدي حر وهما واحد فالقياس عدم الحنث حتى تدخل دخلتين فيها، وفي الاستحسان يحنث بدخول واحد ويجعل الباقي تكرارا وإعادة، ولقائل أن يقول: لو جعل الثاني تكرارا لزم ثبوت الحرية حالا على قول الامام ويصير الثاني فاصلا كما في أنت حر وحد إن شاء الله، ويجاب بأن يجعل الثاني تكرارا معنى لا لفظا لان الثاني عطف على الاول ولا يعطف الشئ على نفسه، والعبرة في الباب للفظ فإذا انتفى التكرار لفظا كان الثاني حشوا فصار فاصلا، وفيما نحن فيه الثاني غير معطوف على الاول فأمكن جعل الثاني تكرارا فكان واحد معنى فلا يفصل، ونظيره حر حر إن شاء الله تعالى ا هـ. وقدمنا عن المحيط أنه لو قال إن تزوجتك وإن تزوجتك فأنت طالق لم يقع حتى يتزوجها مرتين بخلاف ما إذا قدم الجزاء أو وسطه ا هـ. فعلى هذا يفرق بين ما إذا كان بالواو وبدونه فيما إذا أخر الجزاء وكانا بمعنى واحد فليحفظ. وذكر في الخانية هذه المسألة ثم قال: ولو قال إذا دخلت الدار فأنت طالق إذا دخلت هذه الدار لا تطلق ما لم تدخل مرتين ولا تطلق ما لم يتزوج مرتين ا هـ. فعلى هذا إذا كانا بمعنى واحد بلا عطف فإن تأخر الجزاء عنهما فالشرط أحدهما، وإن توسط فلا بد من الفعل مرتين. وقيدنا بكون الامرين تعلق الطلاق بهما لانه لو قدم الجزاء وأخر الشرط ثم ذكر شرطا آخر بعطف فإن الطلاق فيه معلق بأحدهما نحو أنت طالق إذا قدم فلان وإذا قدم فلان أو ذكر بكلمة أن أو متى فأيهما قدم أولا يقع الطلاق ولا ينتظر قدوم الآخر، ولو قدما معا لا يقع إلا واحدة. ولا بد من الملك عند أيهما وجد، وكذا لو وسط الجزاء مع العطف نحو إن قدم فلان فأنت طالق وإذا قدم فلان فأيهما سبق وقع، ثم لا يقع عند الشرط الثاني شئ إلا أن ينوي أن يقع عند كل واحد تطليقة فتقع أخرى عند الثاني، وأما الثاني أعني ما ليا شرطين حقيقة وهو أن يكون فعلا متعلقا بشيئين من حيث هو متعلق بهما نحو إن دخلت هذه الدار وهذه أو إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فكذا فإنهما شرط واحد إلا أن ينوي الوقوع بأحدهما

***

[٥٥]

فاشترط للوقوع قيام الملك عند آخرهما. وكذا إذا كان فعلا قائما باثنتين من حيث هو قائم بهما نحو إذا جاء زيد وعمرو فكذا فإن الشرط مجيئهما. فإذا عرف هذا فقصر الشارح كلام المصنف على القسم الثاني مما لا ينبغي، واعتراض الكمال على الشارح في جعله مسألة الكلام من تعدد الشرط سهو لانه إنما جعله من قبيل الشرط المشتمل على وصفين وعليه حمل عبارة المصنف لا من قبيل تعدد الشرط. والحاصل أنه إذا كرر أداة الشرط من غير عطف فإن الوقوع يتوقف على وجودهما، سواء قدم الجزاء عليهما أو أخره عنهما أو وسطه، لكن إن قدمه أو أخره فالملك يشترط عند آخرهما وهو الملفوظ به أولا على التقديم والتأخير، وإن وسطه فلا بد من الملك عندهما وإن كان بالعطف فإنه موقوف على أحدهما إن قدم الجزاء أو وسطه. وأما إذا أخره فإنه موقوف عليهما وإن لم يكرر أداة الشرط فإنه لا بد من وجود الشيئين قدم الجزاء عليهما أو أخره عنهما. هذا ما ظهر لي من كلامهم. وفي الولوالجية: إذا قال إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق إن كلمت فلانا فالطلاق الاول والثاني يتعلق بالشرط الاول، والثالث بالشرط الثاني حتى لو دخلت طلقت تطليقتين، ولو كلمه طلقت واحدة لا أن يصير الشرط الاول شرط الانعقاد في حق الكل والثاني شرط الانحلال في حق الكل لانا علقنا الجزاء الثاني بالدخول كان الجزاء مؤخرا عن الشرط، ولو علقناه بالكلام كان الجزاء مقدما على الشرط والاصل في الشرط هو التقديم فمهما أمكن حفظه على الاصل لا يغير. ولو قال امرأته طالق إن دخلت الدار وعبدي حر وعلي المشي إلى بيت الله تعالى إن

كلمت فلانا فالطلاق على الدخول والعتق والمشي على الكلام الحق الجزاء المتوسط بالشرط الاخير هنا بخلاف ما تقدم لان ثمة الكلام متفق عليه لانه عطف الاسم على الاسم فصار الوصل أصلا، وإنما يقطع لضرورة ولا ضرورة في حق المتخلل، وأما هنا فالكلام منقطع لانه عطف الاسم على الفعل فلا يلحق بالاول إلا الضرورة لانه أمكن إلحاقه بالثاني انتهى. وتمام تفريعات الطلاق المعلق بالتزوج وبالكلام مذكور في تتمة الفتاوى من فصل تعليق الطلاق بالملك. وفي البزازية من الايمان: والطلاق المضاف إلى وقتين ينزل عند أولهما والمعلق بالفعلين

***

[٥٦]

عند آخرهما والمضاف إلى أحد الوقتين كقوله غدا أو بعد غد ينزل بعد غد، ولو علق بأحد الفعلين ينزل عند أولهما والمعلق بفعل ووقت يقع بأيهما سبق انتهى. وقدمناه في فصل إضافة الطلاق إلى الزمان. وفي الخانية: قال لها إن دخلت دار فلان وفلان يدخل في دارك فأنت طالق فدخلت المرأة دار فلان وفلان لم يدخل دارها حنث في يمينه لانه يراد باليمين أحدهما دون الجمع انتهى. قوله: (ويبطل تنجيز الثلاث تعليقه) أي تعليق الثلاث على ما يشير إليه أكثر الكتب والاولى أن يعود إلى الزوج ليشمل ما دون الثلاث، كذا في شرح مسكين. قلت: الاولى أن يعود إلى الطلاق لان الكلام فيه حتى لو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا أو قال واحدة أو قال ثنتين ثم طلقها ثلاثا ثم عادت إليه بعد زوج آخر ثم دخلت لم تطلق لان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانع لان الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع أو الحمل، وإذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية فلا تبقى اليمين. قيد بالثلاث لانه لو نجز أقل منها لا يبطل التعليق لان الجزاء باق لبقاء محله، فلو طلقها ثنتين ثم عادت إليه بعد زوج أخر وقد كان علق الثلاث ثم وجد المعلق طلقت ثلاثا اتفاقا، أما عندهما فلوقوع المعلق كله لان الزوج الثاني هدم الواقع، وأما عند محمد فلوقوع واحدة من المعلق لان الثاني لا يهدم عنده، ولو كان المعلق طلقة والمنجز ثنتين ثم عادت إليه بعد زوج آخر ثم وجد الشرط فعند محمد تحرم حرمة غليظة بالمنجز والمعلق، وعندهما لا تحرم إذ يملك بعد وقوع الطلاق المعلق ثنتين لهدم الثاني ما نجزه الاول. وقيد بالطلاق لان الملك إذا زال بعد تعليق العتق لا يبطل التعليق كما إذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل عتق لان العبد بصفة الرق محل للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى لو فاتت بالعتق بطلت اليمين حتى لو ارتد ولحق بدار الحرب ثم سبي ثم ملكه المولى ودخل الدار لم يعتق، كذا في المعراج. وصوابه حتى لو ارتدت لان المرتد لا يملك بالسبي وإنما هو في الامة. وقيد بتعليق الطلاق لان تنجيز الثلاث لا يبطل الظهار منجزا كان أو معلقا كما إذا قال إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي ثم طلقها ثلاثا ثم دخلت بعدما عادت إليه بعد زوج آخر كان مظاهرا لان الظهار تحريم الفعل لا تحريم الحل الاصلي لكن قيام النكاح شرط له فلا يشترط بقاؤه لبقاء المشروط كالشهود في النكاح بخلاف الطلاق لانه تحريم للحل الاصلي.

***

[٥٧]

وفي فتح القدير: وأورد بعض أفاضل أصحابنا أنه يجب أن لا يقع إلا واحدة كقول زفر لقولهم المعلق تطليقات هذا الملك، والفرض أن الباقي من هذا الملك ليس إلا واحدة فصار كما لو طلق امرأته ثنتين ثم قال أنت طالق ثلاثا فإنما يقع واحدة لانه لم يبق في ملكه سواها. والجواب أن هذه مشروطة، والمعنى أن المعلق طلقات هذا الملك الثلاث ما دام ملكه لها فإذا زال بقي المعلق ثلاثا مطلقة كما هو اللفظ لكن بشرط بقائها محلا للطلاق، فإذا نجز اثنتين زال ملك الثلاث فبقي المعلق ثلاثا مطلقة ما بقيت محليتها وأمكن وقوعها وهذا ثابت في تنجيزه الثنتين فيقع والله أعلم انتهى. وقدمنا أن مما يبطل التعليق لحاقه بدار الحرب قال في المجمع: فلحاقه مرتدا مبطل لتعليقه أي عند الامام. وقالا: لا لان زوال الملك لا يبطله. وله أن إبقاء تعليقه باعتبار قيام أهليته وبالارتداد ارتفعت العصمة فلم يبق تعليقه لفوات الاهلية فإذا عاد إلى الاسلام لم يعد بعد ذلك التعليق الذي حكم بسقوطه لاستحالة عود الساقط، وكذا في شرح المصنف. ومما يبطله فوت محل الشرط كفوت محل الجزاء كما إذا قال إن كلمت فلانا فأنت طالق فمات فلان كذا في النهاية. ومنه ما إذا قال إن دخلت هذه الدار فأنت طالق فجعلت الدار بستانا كما في المعراج. وقدمنا أن مما يبطله زوال إمكان البر وذكرنا فروعا عليه عند شرح قوله وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها. وفي القنية: حلف لا يخرج من بخارى إلا بإذن هؤلاء الثلاثة فجن أحدهم لا

يخرج لانه إن أفاق المجنون حنث ولو مات أحدهما لم يحنث لبطلان اليمين انتهى. قوله: (ولو علق الثلاث أو العتق بالوطئ لم يجب العقر باللبث) أي لم يجب مهر المثل للمطلقة ثلاثا والمعتقة بالمكث من غير فعل لان الجماع هو إدخال الفرج في الفرج وليس له دوام حتى يكون لدوامه حكم ابتدائه كمن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لا يحنث باللبث، وكذا لو حلف أن لا يدخل دابته الاصطبل وهي فيه فأمسكها فيه لم يحنث. وفي الفوائد الظهيرية: الجماع عبارة عن الموافقة والمساعدة في أي شئ كان فإن محمدا كثيرا ما يقول في كتاب الحج على أهل المدينة ألستم جامعتمونا في كذا أي وافقتمونا. وحكي عن الطحاوي أنه كان يملي على ابنته مسائل يقول في املائه ألسنا قد جامعناكم على كذا أو لستم قد جامعتمونا على كذا فتبسمت ابنته يوما من ذلك فوقع بصره عليها فقال: ما شأنك؟ فتبسمت مرة أخرى فأحس الطحاوي أنها ذهبت إلى الجماع المعروف بهذا اللفظ فقال: أو يفهم من هذا؟ فاحترق غضبا وقطع الاملاء ورفع يديه إلى السماء وقال: اللهم لا أريد حياة بعد هذا فتمنى الموت فمات بعد ذلك من نحو خمسة أيام، كذا في المعراج. أشار بنفي العقر
***
[٥٨]
فقط إلى ثبوت الحرمة باللبث فإن الواجب عليه النزع للحال وإلى أنه لو جامع في رمضان ناسيا فتذكر ودام على ذلك حتى أنزل فعليه القضاء، وإن نزع من ساعته لا. وقيدنا المكث بكونه من غير فعل لانه لو تحرك لزمه مهربه لانه كالايلاج ولذا قالوا أولج ثم قال لها إن جامعتك فأنت طالق أو حرة إن نزع أو لم ينزع ولم يتحرك حتى أنزل لا تطلق ولا تعتق، وإن حرك نفسه طلقت وعتقت ويصير مراجعا بالحركة الثانية ويجب للامة العقر ولا حد عليهما ولو جامع عامدا قبل الفجر وطلع الفجر وجب النزع في الحال فإن حرك نفسه قضى وكفر كما لو حرك بعد التذكر في الاولى، كذا في البزازية وغيرها من الصوم، وفي المعراج: ولو قال إن وطئتك فيمينه على الجماع. وقال ابن قدامه الحنبلي: وعن محمد بن الحسن يمينه على الوطئ بالقدم ولو قال أردت به الجماع ولم يقبل وقد غلط ابن قدامة في النقل عن محمد فإن محمدا ذكر في أيمان الجامع لو قال لها إن وطئتك فهو على الجماع في فرحها بذكره ولو نوى الدوس بالقدم لا يصدق في الصرف عن الجماع ويحنث بالدوس بالقدم أيضا لاعترافه به على نفسه. ولو قال إن وطئت من غير ذكر امرأة فهو على الدوس بالقدم وهو في اللغة والعرف باتفاق أصحابنا ا هـ. والعقر بالضم مهر المرأة إذا وطئت على شبهة، وبالفتح الجرح من عقره أي جرحه فهو عقير، كذا في الصحاح. وفي القاموس: العقر بالضم دية الفرج المغصوب وصداق المرأة ا هـ. وفي المصباح: العقر بالضم دية فرج المرأة إذا غصبت على نفسها ثم كثر ذلك حتى استعمل في المهر انتهى. واللبث من لبث بالمكان لبثا من باب تعب وجاء في المصدر السكون للتخفيف واللبث بالفتح، والمرة بالكسر الهيئة، والنوع والاسم اللبث بالضم، كذا في المصباح. وفي القاموس: اللبث بفتح اللام وسكون الباء المكث من لبث كسمع وهو نادر لان المصدر من فعل بالكسر قياسه التحريك إذا لم يتعد انتهى. وهو أولى مما في المصباح لايهامه أن المصدر بفتح الباء وأن السكون جائز قوله: (ولم يصر به مراجعا في الرجعي إلا إذا أولجه ثانيا) أي لم يصر باللبث مراجعا إذا كان المعلق بالجماع طلاقا رجعيا عند محمد لان الدوام ليس بتعرض للبضع. وقال أبو يوسف: يصير مراجعا لوجود المساس بشهوة وهو القياس، وجزم المصنف بقول محمد دليل على أنه المختار لانه فعل واحد فليس لآخره حكم على حدة. وقيل: ينبغي أن يصير مراجعا عند الكل لوجود المساس بشهوة، كذا في المعراج: وينبغي تصحيح قول أبي يوسف لظهور دليله والاستثناء في كلام المصنف راجع إلى المسألتين فإذا أولج ثانيا وجب عليه مهر المثل وصار مراجعا فجعل الشارح إياه راجعا إلى الثانية قصور. وقيد بالمسألتين لان الحد لا يجب بالايلاج ثانيا وإن كان جماعا لما فيه من شبهة أنه جماع واحد بالنظر إلى اتحاد المقصود وهو قضاء الشهوة في المجلس الواحد وقد كان أوله غير موجب للحد فلا يكون آخره موجبا له. وإن قال ظننت أنها علي حرام كما
***
[٥٩]
في المعراج ووجب المهر لان البضع المحترم لا يخلو عن عقر أو عقر. وفي المعراج: ولقائل أن يقول إذا أخرج ثم أولج في العتق ينبغي أن يجب الحد لانه وطئ لا في ملك ولا في شبهة وهي العدة بخلاف الطلاق لوجود العدة، وجوابه ما ذكر في الكتاب أن هذا ليس بابتداء فعل من كل وجه لاتحاد المجلس والمقصود ا هـ. وقيدنا بالتعليق للاحتراز عما روي عن محمد لو أن رجلا زنى بامرأة ثم تزوجها في تلك الحالة فإن لبث على ذلك ولم ينزع وجب مهران مهر بالوطئ ومهر بالعقد، وإن لم يستأنف الادخال لان دوامه على ذلك فوق

الخلوة بعد العقد، كذا نقلوا، وتخصيص الرواية بمحمد لا يدل على خلاف بل لانها رويت عنه دون غيره. وفي البزازية: حلف لا يقربها فاستلقى وجاءت وقضت منه حاجتها يحنث فيما عليه الفتوى ولو نائما لا يحنث. قال لامته إن جامعتك فأنت حرة فالحيلة أن يبيعها من غيره ثم يتزوجها ويطؤها فتنحل لا إلى جزاء ثم يشتريها منه فيطؤها فلا تعتق. حلف لا يغشاها وهو عليها فاليمين على الاخراج ثم الادخال فإن دام عليها لا يحنث وذكر في أول الفصل الثالث عشر في الجماع لا يحنث بالجماع فيما دون الفرج وإن أنزل إلا إذا نوى انتهى. قوله: (ولا تطلق في أن نكحتها عليك فهي طالق فنكح عليها في عدة البائن) يعني لا تطلق امرأته الجديدة فيما إذا قال للتي تحته إن تزوجت عليك امرأة فهي طالق فطلق امرأته بائنا ثم تزوج أخرى في عدتها لان الشرط لم يوجد لان التزوج عليها أن يدخل عليها من ينازعها في الفراش ويزاحمها في القسم ولم يوجد قيد بالبائن لانه لو كان رجعيا طلقت كما في شرح مسكين. وفي البزازية من فصل الامر باليد جعل أمر المرأة التي يتزوجها عليها بأن قال إن تزوجت عليك امرأة فأمرها بيدك أو قال ما دمت امرأتي ثم طلقها بائنا أو خالعها وتزوج أخرى في عدتها ثم تزوج بالاولى لا يصير الامر بيدها لان المراد حال المنازعة في القسم ولم يوجد وقت الادخال، وإن قال إن تزوجت امرأة فأمرها بيدك فأبانها ثم تزوج بأخرى صار الامر بيدها ا ه‍. وفي القنية من باب تفويض الطلاق: إن تزوجت عليك امرأة فأمرها بيدك ثم دخلت المرأة في نكاحه بنكاح الفضولي وأجاز بالفعل ليس لها أن تطلقها، ولو قال إن دخلت امرأة في نكاحي فلها ذلك وكذا في التوكيل بذلك انتهى. وفي آخر الايمان: إن سكنت في هذه البلدة فامرأته طالق وخرج في الفور وخلع امرأته ثم سكنها قبل انقضاء عدتها لا تطلق لانها ليست بامرأته وقت وجود الشرط. قال إن فعلت كذا فحلال الله علي حرام ثم قال إن فعلت كذا فحلال الله علي حرام لفعل الآخر ففعل أحد الفعلين حتى بانت امرأته ثم فعل الآخر فقيل لا يقع الثاني لانها ليست بامرأته عند الشرط، وقيل يقع وهو

***

[٦٠]

الاظهر انتهى. وفي القنية: طلقها ثم قال إن أمسكت امرأتي إلى مماتي فهي طالق ثلاثا يتركها حتى تنقضي عدتها ثم يتزوجها بعد يوم لا يقع لانها بمضي العدة خرجت عن أن تكون امرأته فبالنكاح لم يمسك امرأته انتهى قوله: (ولا في أنت طالق إن شاء الله متصلا وإن ماتت قبل قوله إن شاء الله). أي لا يقع الطلاق لحديث رواه الترمذي وحسنه مرفوعا من حلف على يمين وقال إن شاء الله لم يحنث وقد بحث فيه المحقق ابن الهمام في كتاب الايمان. قيد بالاتصال لانه لو كان بينهما سكوت كثير بلا ضرورة ثبت حكم الكلام الاول بخلاف ما إذا كان السكوت بالجشاء أو التنفس وإن كان له منه بد أو بامساك غيره فمه أو كان بلسانه ثقل فطال في تردده، والفاصل اللغو يبطل المشيئة فلذا طلقت ثلاثا في قوله أنت طالق ثلاثا وثلاثا إن شاء الله وفي قوله أنت طالق وطالق وطالق إن شاء الله، وفي قوله أنت طالق ثلاثا وواحدة إن شاء الله كقوله عبده حر وحر إن شاء الله بالواو بخلاف ما إذا كان بدونها للتأكيد بخلاف حر وعتيق إن شاء الله لكونه تفسيرا وهو إنما يكون بغير لفظ الاول وبخلاف طالق واحدة وثلاثا إن شاء الله لكونه أفاد التكميل كقوله أنت طالق وطالق وطالق إن شاء الله. وفي المجتبي من كتاب الايمان: لو قال أنت طالق رجعيا إن شاء الله يقع ولو قال بائنا لا يقع لان الاول لغو دون الثاني. وفي القنية بعده: ولو قال أنت طالق رجعيا أو بائنا إن شاء الله يسأل عن نيته فإن عنى الرجعي لا يقع وإن عنى البائن يقع ولا

***

[٦١]

يعمل الاستثناء انتهى. وصوابه إن عنى الرجعي يقع لعدم صحة الاستثناء للفاصل، وإن عنى البائن لم يقع لصحة الاستثناء. وفي البزازية: أنت طالق ثلاثا يا زانية إن شاء الله يقع وصرف الاستثناء إلى الوصف، وكذا أنت طالق يا طالق إن شاء الله وكذا أنت طالق يا صبية إن شاء الله، يصرف الاستثناء إلى الكل ولا يقع الطلاق كأنه قال يا فلانة، والاصل عنده أن المذكور في آخر الكلام إذا كان يقع به طلاق أو يلزم به حد كقوله يا طالق يا زانية فالاستثناء على الكل انتهى. وأطلق فشمل ما إذا أتى بالمشيئة عن قصد أو لا فلا يقع فيهما، وكذا إذا كان لا يعلم المعنى فلو شهد أنه استثنى متصلا وهو لا يذكره قالوا: إن كان بحال لا يدري ما يجري على لسانه لغضب جاز له الاعتماد عليهما وإلا لا. وشمل ما إذا ادعى الاستثناء وأنكرته فإن القول قوله وكذا في دعوى الشرط، ولو شهدوا أنه طلق

أو خالع بلا استثناء أو شهدوا بأنه لم يستثن تقبل وهذا مما تقبل فيه البينة على النفي لانه في المعنى أمر وجودي لانه عبارة عن ضم الشفتين عقيب التكلم بالموجب، وإن قالوا أطلقوا ولم نسمع منه غير كلمة الخلع والزوج يدعي الاستثناء فالقول له لجواز أنه قاله ولم يسمعوه والشرط سماعه لاسماعهم على ما عرف في الجامع الصغير، وفي الصغرى إذا ذكر البدل في الخلع لا تسمع دعوى الاستثناء، كذا في البزازية. وفي الخانية: لو قال الزوج طلقتك أمس وقلت إن شاء الله ففي ظاهر الرواية يكون
***
[٦٢]
القول قول الزوج، وذكر في النوادر خلافا بين أبي يوسف ومحمد، فقال على قول أبي يوسف يقبل قول الزوج، وعلى قول محمد لا يقبل قوله ويقع الطلاق ولعيه الاعتماد والفتوى احتياطا في أمر الفروج في زمن غلب على الناس الفساد انتهى. وأشار بصحة المشيئة في الطلاق إلى صحتها في كل ما كان من صيغ الاخبار وإن كانت انشاآت شرعا فدخل البيع والاعتكاف والعتق والنذر بالصوم، وخرج الامر والنهي. فلو قال اعتقوا عبدي في بعد موتي إن شاء الله لا يصح الاستثناء، وكذا بع عبدي من بعد موتي إن شاء الله لا يصح الاستثناء، وكذا بع عبدي هذا إن شاء الله لم يبعه. وخرج ما لم يختص باللسان كالنية فلو قال نويت أن أصوم إن شاء الله صح صومه. وأشار بإسناد المشيئة إلى الله تعالى إلى كل من لم يوقف له على مشيئة كإن شاء الجن أو الانس أو الملائكة أو الحائط فلا يقع في الكل فخرج من يوقف له عليها كإن شاء زيد فهو تمليك له معتبر فيه مجلس علمه فإن شاء فيه طلقت وإلا خرج الامر من يده. وصورة مشيئته أن يقول شئت ما جعله إلى فلان ولا تشترط فيه نية الطلاق ولا ذكره كما في الجوهرة. ودخل في كلامه ما إذا علقه بمشيئة الله ومشيئة من يوقف على مشيئته كما إذا قال إن شاء الله وشاء زيد فلا وقوع وإن شاء زيد كما في البدائع. وقدمنا عن تلخيص الجامع حكم ما إذا قال أمرها بيد الله وبيدك. وأشار بكلمة أن إلى ما كان بمعناها فدخل إلا أن يشاء الله أو ما شاء الله أو إذا شاء الله أو بمشيئة الله. وبالمشيئة إلى ما كان بمعناها كالارادة والمحبة والرضا بجميع الادوات المتقدمة لا فرق بين إن والباء نخرج ما لم يكن بمعناها كأمره وحكمه وإرادته وقضائه وإذنه وعلمه وقدرته فإنه يقع للحال إن كان بالباء، وإن أضافه إلى العبد. وخرج أيضا ما إذا كان باللام فإنه يقع في الوجوه كلها وإن أضافه إلى العبد، وأما إذا كان بفي وأضافه إلى الله تعالى فإنه لا يقع في الوجوه كلها إلا في
***
[٦٣]
قوله طالق في علم الله، وإلا في قوله في قدرة الله إن أراد بالقدرة ضد العجز لان قدرة الله تعالى موجودة قطعا كالعلم سواء بخلاف ما إذا لم ينو لانها بمعنى التقدير ولا يعلم تقديره كذا في المحيط. والحاصل أنه إن أتى بـ " إن لم يقع في الكل، وإن أتى بالباء لم يقع في المشيئة والارادة والرضا والمحبة ووقع في الباقي، وإن أتى بفي لم يقع إلا في علم الله، وإن أتى باللام وقع في الكل، وإن أضافه إلى العبد كان تمليكا في الاربعة الاولى وهي المشيئة وأخواتها وما بمعناها كالهوية والرؤية تعليقا في الستة وهي الامر وأخواته. وأطلقه فشمل ما إذا كتب الطلاق والاستثناء أو كتب الطلاق واستثنى بلسانه أو طلق بلسانه واستثنى بالكتابة يصح كما في البزازية. وأشار بـ " إن بدون الواو إلى أنه لو قال أنت طالق وإن شاء الله فإنه لا يصح الاستثناء كما في الجوهرة، ولو قدم المشيئة ولم يأت بالفاء صحت المشيئة ولا تطلق لكونه إبطالا وعليه الفتوى كما في الخانية، وهو الاصح كما في البزازية معزيا كل منهما إلى أبي يوسف. وقد حكى صاحب المجمع خلافا فيه فقال: وإن شاء الله أنت طالق يجعله تعليقا وهما تطليقا فأفاد أنه يقع عند أبي يوسف لكونه تعليقا عنده
***
[٦٤]
والشرط فيه الفاء في الجواب المتأخر فإذا لم يأت به لا يتعلق فينجز ولغت المشيئة، ولا يقع عند أبي حنيفة ومحمد لانه ليس بتعليق. هذا ما يقتضيه ما في المتن وقرره الزيلعي وابن الهمام وغيرهما، وقد خالف شارح المجمع فنسب إلى أبي يوسف القائل بالتعليق عدم الوقوع وإليهما الوقوع نظرا إلى ما نقله قاضيخان في هذه المسألة من أن عدم الوقوع قول أبي يوسف. فالحاصل أن ثمرة الخلاف تظهر فيما إذا قدم المشيئة ولم يأت بالفاء في الجواب ويصدق على القول بالوقوع ديانة أنه أراد الاستثناء كما في الجوهرة ولو أجاب بالواو فهو استثناء اجماعا. وفي الاسبيجابي: لا يصح الاستثناء بذكر الواو بالاجماع. قال في الجوهرة: وهو الاظهر. وتظهر أيضا فيمن حلف بالطلاق إن

حلف بطلاقها ثم قال أنت طالق إن شاء الله حنث على القول بالتعليق لا الابطال. قال في فتح القدير: وفي فتاوى قاضيخان الفتوى على قول أبي يوسف إلا أنه عزى إليه الابطال فتحصل على أن الفتوى على أنه إبطال اهـ. فظاهره أن الفتوى على عدم الوقوع فيما إذا قدم المشيئة ولم يأت بالفاء وفيما إذا حلف بالطلاق إن حلف
***
[٦٥]
بطلاقها ثم حلف مستثنيا وليس كذلك لما صرح به قاضيخان بأن الفتوى على عدم الوقوع في الاولى وهو قول أبي يوسف كما قدمناه. وصرح في البزازية بأن الفتوى على الوقوع في المسألة الثانية وهو قول أبي يوسف. وقوله إلا أنه أي قاضيخان عزا إليه أي إلى أبي يوسف الابطال سهو وإنما عزى إليه اليمين ولا بأس بسوق عبارته بتمامها قال: ولو قال إن شاء الله أنت طالق لا تطلق في قول أبي يوسف وتطلق في قول محمد والفتوى على قول أبي يوسف، وكذا لو قال إن شاء الله وأنت طالق ثم اختلف أبو يوسف ومحمد أن الطلاق المقرون بالاستثناء في موضع يصح الاستثناء هل يكون يمينا قال أبو يوسف: يكون يمينا حتى لو قال إن حلفت بطلاقك فعبدي حر ثم قال لها أنت طالق إن شاء الله حتى يصح الاستثناء حنث في قول أبي يوسف. وقال محمد: لا يكون يمينا ولا يحنث. وعلى هذا لو قال لامرأته أنت طالق إن دخلت الدار وعبده حر إن كلمت فلانا إن شاء الله تعالى على قول محمد ينصرف الاستثناء إلى الطلاق والعتاق جميعا، وعلى قول أبي يوسف ينصرف الاستثناء إلى اليمين الثانية اهـ. فقد ظهر بهذا أن أبا يوسف قائل بأنها يمين لا إبطال وأن على القول بالتعليق لا يقع الطلاق فيما إذا قدم الشرط ولم يأت بالفاء في الجزاء كما في شرح المجمع لا أنه يقع على القول به، وأن شارح المجمع قد غلط كما توهمه في فتح القدير، وأن أبا يوسف القائل بعدم الوقوع في الاولى قائل بالوقوع في الثانية، وأن الفتوى على قوله في المسألتين.
***
[٦٦]
فتحصل من هذا أن الفتوى على أنه تعليق لا إبطال ولكن فيه إشكال وهو أن مقتضى التعليق الوقوع عند عدم الفاء لعدم الرابط، ومما يظهر فيه ثمرة الخلاف ما لو قال كنت طلقتك أمس إن شاء الله فعندهما لا يقع، وعند أبي يوسف يقع، كذا في المحيط. فثمرة الخلاف تظهر في هذه وفيما إذا أخر الجواب ولم يأت بالفاء أو أتى بالواو وحلف أن لا يحلف أو تعقب جملا وقيد بموتها لانه إذا مات الزوج قبل الاستثناء وهو يريده يقع الطلاق وتعلم إرادته بأن ذكر لآخر قصده قبل التلفظ بالطلاق. والفرق بين موتها وموته أن الاستثناء خرج الكلام من أن يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف موته لانه لم يتصل به الاستثناء كذا في الهداية. وفي البزازية: لو قال أنت طالق إن شاء الله أنت طالق فالاستثناء ينصرف إلى الاول ويقع الثاني عندنا خلافا لزفر فإنه ينصرف إليهما عنده ولا يقع شئ، وكذا لو قال أنت طالق ثلاثا إن شاء الله أنت طالق وقعت واحدة في الحال وينبغي أن يكون المفتى به قول زفر لان إن شاء الله صالح لتعليق الطلاق الاول اتفاقا ولتعليق الاخير أيضا وإن لم تكن الفاء فيه لما تقدم أن عند أبي يوسف إذا قدم الشرط وأخر الجزاء ولم يأت بالفاء لا يقع شئ وعليه الفتوى. وأشار بقوله إن شاء الله إلى أنه لو قال أنت طالق إن لم يشأ الله لا يقع شئ فأفاد أنه لو قال أنت طالق واحدة إن شاء الله وأنت طالق اثنتين إن لم يشأ الله لا يقع شئ أما في الاول فللاستثناء، وأما في الثاني فلانا لو أوقعناه علمنا أن الله تعالى شاء لان الوقوع دليل المشيئة لان كل واقع بمشيئة الله تعالى وهو علق في الثاني بعدم مشيئة الله تعالى لا بمشيئته جل وعلا فيبطل الايقاع ضرورة. ولو قال أنت طالق اليوم واحدة إن شاء الله وإن لم يشأ فثنتين فمضى اليوم ولم يطلقها طلقت ثنتين لان وقوع ثنتين تعلق بعدم مشيئة الله تعالى الواحدة في اليوم وبمضيه بلا طلاق وجد الشرط. ثم اعلم أن مذهبنا كما قدمناه عدم الوقوع في المعلق بالمشيئة نواه وعلم معناه أولا، وعند مالك يقع مطلقا، وعند الشافعي إن نواه وعلمه لا يقع
***
[٦٧]
وإلا يقع، وعند المعتزلة كما في البزازية إن كان يمسكها بمعروف لا يقع الطلاق وإن كان يسئ معا شرتها يقع لان الطلاق في الاول حرام والقبائح لا تعلق لها بمشيئة الله تعالى، وفي الثاني واجب وبه نتعلق مشيئته تعالى وإن كان لا يحسن ولا يضر فالطلاق مباح.

وهل يتعلق بالمباح مشيئة الله تعالى ففيه خلاف بين المعتزلة اهـ. وقيد بقوله إن شاء الله لانه لو قال أنت طالق كيف شاء الله فإنها تطلق رجعية كما في الخلاصة وقدمناه. وفي المحيط: ولو حرك لسانه بالاستثناء يصح وإن لم يكن مسموعا عند الكرخي، وعند الهند وإني لا يصح ما لم يكن مسموعا على ما مر في الصلاة اهـ. قوله: (وفي أنت طالق ثلاثا إلا واحدة تقع ثنتان وفي الاثنتين واحدة وفي إلا ثلاثا ثلاث) شروع في بيان الاستثناء وهو في الاصل نوعان: وضعي وعرفي. فالعرفين ما تقدم من التعليق بالمشيئة والوضعي هو المراد هنا وهو بيان ب إلا أو إحدى أخواتها أن ما بعدها لم يرد بحكم الصدر قد اتقفوا على أن ما بعد إلا لم يرد بحكم الصدر فالمقربة ليس إلا سبعة في علي عشرة إلا ثلاثة، وإنما اختلفوا هل أريد ما بعد إلا باالصدر فأكثر الاصوليين أنه لم يرد وكلمة إلا قرينة عليه، وجماعة على أنه أريد ما بعد إلا ثم أخرج ثم حكم على الباقي. والمراد أنه أريد عشرة في هذا المثال وحكم على سبعة فإرادة العشرة باق بعد الحكم، وما نسب إلى الشافعي من القول بالمعارضة فمعناه أنه اسند الحكم إلى العشرة مثلا ثم نفي الحكم عن ثلاثة فتعارضا صورة، ثم ترجح الثاني فيحكم أن المراد بالاول ما سواه وليس مراده حقيقة النسبة إليهما لان حقيقة التناقض لم يقل به عاقل فاندفع ما ذكره الشارح وغيره من الاستدلال عليه بقوله تعالى * (فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما) * [العنكبوت: ٤١] لانه في غير محل النزاع وتمامه في التحرير لابن الهمام. ولم يقيد المصنف بالاتصال هنا اكتفاء بما ذكره فميا قبله لما قدمنا أن كلا منهما استثناء ويبطل الاستثناء بأربعة: بالسكتة اختيارا، وبالزيادة على المستثنى منه كأنت طالق ثلاثا إلا أربعا، وبالمساواة، وباستثناء بعض الطلاق كأنت طالق إلا نصفها، كذا في البزازية. وزاد في الخانية خامسا فقال: والخامس ما يؤدي

***

[٦٨]

إلى تصحيح بعض الاستثناء وإبطال البعض كما لو قال أنت طالق ثنتين وثنتين إلا ثلاثا، لو قال أنت طالق ثلاثا يا فلانة إلا واحدة وقعت اثنتان ولا يصير النداء فاصلا لانه للتأكيد كما في الولوالجية. وأشار باستثناء الثنتين إلى جواز استثناء الاكثر، وأفاد بقوله وفي إلا ثلاثا ثلاث عدم جواز استثناء الكل من الكل وحاصله أنه إذا كان المستثنى منه أو بمساو ولم يكن بعده استثناء آخر فإن الاستثناء باطل، فالاول كمسألة الكتاب وكقوله نسائي طوالق إلا نسائي، وعبيدي أحرارا إلا عبيدي، وكما إذا أوصى بثلث ماله. ومن المساوي أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وواحدة وواحدة أو الاثنتين وواحدة. وفي الولوالجية من آخر العتق: قال لعبيده الثلاث أنتم أحرار إلا فلانا وفلانا وفلانا يقع العتق ولا يصح الاستثناء لانه استثناء الكل من الكل اهـ. وفي قياسه أنتن طوالق إلا فلانة وفلانة وفلانة وليس له أربعة وهو من قبيل المساوي بخلاف ما إذا كان بغير المساوي كقوله كل امرأة لي طالق إلا هذه وليس له سواها لا تطلق لان المساواة في الوجود لا تمنع صحته إن عم وضعا لانه تصرف صيغي كقوله نسائي طوالق إلا زينب وهندا وعمرة وبكرة، وأوصيت بثلث مالي إلا ألفا والثلث ألف فإنه يصح، وعبيدي أحرار إلا فلانا وفلانا وليس له إلا هما. وفي الجوهرة: واختلفوا في استثناء الكل قال بعضهم هو رجوع، وقال بعضهم هو استثناء فاسد وليس برجوع وهو الصحيح لانهم قالوا في الموصي إذا استثنى جميع الموصى به فإنه يبطل الاستثناء والوصية صحيحة ولو كان رجوعا لبطلت الوصية لان الرجوع فيها جائز اهـ. وفي المحيط: لو قال أنت طالق ثنتين وثنتين إلا ثنتين، إن نوى الاستثناء عن إحدى الثنتين لم يصح لانه استثناء الكل من الكل، وإن نوى واحدة من الاولى وواحدة من الاخرى يصح، وإن لم تكن له نية يصح الاستثناء ويقع ثنتان خلافا لزفر لانه أمكن تصحيح الاستثناء بأن يصرف إلى كلا العددين فيصير مستثنى من كل جملة واحدة فيصرف إليهما تصحيحا لكلامه، وروى هشام عن محمد لو قال أنت طالق ثنتين وثنتين إلا ثلاثا أو أنت طالق ثنتين وأربعا إلا خمسا وقع الثلاث لانه تعذر تصحيح الاستثناء لان استثناء الثلاث من الثنتين لا يصح لانه يزيد عليه ولا استثناء نصف الثلاث من كل ثنتين لانه استثناء جميع الثنتين لان ذكر نصف ما لا يتجزئ كذكر كله ولا استثناء واحدة من إحدى الثنتين لانه يبقى ثنتين استثناء من الاخرى وأنه لا يصح. ولو قال أنت طالق ثلاثا إلا واحدة أو ثنتين ومات قبل البيان طلقت واحدة في رواية ابن سماعة عن أبي يوسف. وفي رواية أخرى يقع اثنتان. ولو قال أنت طالق عشرا إلا تسعا يقع واحدة لان الاستثناء يرد على اللفظ فيكون العبرة للفظ لا للحكم وباعتبار هذا اللفظ

***

[٦٩]

استثناء البعض من الكل. ولو قال إلا ثمانيا تقع اثنتان، ولو قال إلا سبعا يقع الثلاث. ولو قال للمدخولة أنت طالق أنت طالق أنت

طالق إلا واحدة يقع الثلاث، وكذا لو قال أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا واحدة لانه ذكر كلمات متفرقة فيعتبر كل كلام في حق صحة الاستثناء كأنه ليس معه غيره، وكذا لو قال أنت طالق بائن وأنت طالق غير بائن إلا تلك البائن لا يصح الاستثناء، وكذا لو قال هذه طالق وهذه وهذه إلا هذه، ولو قال أنتن طوالق إلا هذه صح الاستثناء اهـ. وقيدنا بكونه لم يكن بعده استثناء آخر لانه لو كان بعده ما يكون جبرا للصدر فإنه يصح كقوله أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا واحدة فإنها تطلق واحدة والاصل أنه إذا تعدد الاستثناء بلا وأو كان كل اسقاطا مما يليه فوقع اثنتان في قوله أنت طالق ثلاثا الاثنتين إلا واحدة، ولزمه خمسة في قوله له علي عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة إلا ستة إلا خمسة إلا أربعة إلا ثلاثا إلا ثنتين إلا واحدة. وفي المحيط: وطريقة أخرى لمعرفتها أن تأخذ الثلاث بيمينك والثنتين بسارك والواحدة بيمينك ثم تسقط ما اجتمع في يسارك مما اجتمع في يمينك فما بقي فهو الواقع اهـ. وقيد بقوله إلا واحدة لانه لو قال أنت طالق ثلاثا إلا نصف واحدة لا يصح الاستثناء ووقع الثلاث على المختار، وقد ذكر المصنف المستثنى والمستثنى منه من غير وصف لانه لو قال أنت طالق ثلاثا بائنة إلا واحدة أو ثلاثا ألبتة إلا واحدة وقع اثنتان رجعيتان، ولو قال أنت طالق اثنتين إلا واحدة بائنة إو إلا واحدا بائنا تطلق واحدة رجعية، ولو قال أنت طالق اثنتين ألبتة إلا واحدة تقع واحدة بائنة، وكذا لو قال أنت طالق ثنتين إلا واحدة ألبتة تقع واحدة بائنة وتمامه في البزازية وفي الولوالجية أنت طالق ثلاثا إلا واحدة غدا أو قال إلا واحدة إن كلمت فلانا يصير قائلا أنت طالق اثنتين غدا أو إن كلمت فلانا، ولو قال أنت طالق ثلاثا إلا واحدة للسنة كانت طالقا اثنتين للسنة عند كل طهر تطليقة واحدة لانه صار كأنه قال أنت طالق اثنتين للسنة وتمامه في المحيط. ولو قال أنت بائن ينوي ثلاثا إلا واحدة طلقت اثنتين بائنتين. وقال محمد: طلقت واحدة. ولو قال أنت طالق ثلاثا إلا نصفها يقع ثنتان، ولو قال إلا أنصافهن يقع الثلاث، كذا في الخانية والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

***

[٧٠]

باب طلاق المريض لما كان المرض من العوارض أخره ومعناه ضروري فتعريفه تعريف بالاخفى، والمراد به هنا من عجز عن القيام بحوائجه خارج البيت كعجز الفقيه عن الاتيان إلى المسجد، وعجز السوقي عن الاتيان إلى دكانه، فأما من يذهب ويجئ ويحم فلا وهو الصحيح. وهذا في حقه، أما في حقها فيعتبر عجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت، كذا في البزازية. وزاد في فتح القدير أن لا تقدر على الصعود إلى السطح. وفي صلاة المريض الذي يباح له ترك القيام أن يكون بحيث يلحقه بالقيام ضرر على الاصح كما في الجوهرة. وليس الحكم هنا مقصورا على المريض بل المراد من يخاف عليه الهلاك غالبا وإن كان صحيحا كما سيأتي. وقد علم من كلامهم أنه لا يجوز للزوج المريض التطليق لتعلق حقها بماله إلا إذا رضيت به. قوله: (طلقها رجعيا أو بائنا في مرض موته ومات في عدتها ورثت وبعدها لا) لان الزوجية سبب إرثها في مرض موتة والزوج قصد إبطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمن انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد أمكن لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز أن يبقى في حق إرثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا إمكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فيبطل في حقه خصوصا إذا رضي به. وفي الظهيرية: وإن كانت المطلقة في المرض مستحاضة وكان حيضها مختلفا ففي الميراث يؤخذ بالاقل لان المال لا يستوجب بالشك اهـ. أطلق الرجعي ليفيد أنها ترث وإن طلق في الصحة ما دامت في العدة لبقاء الزوجية بينهما حقيقة حتى حل الوطئ وورثها إذا ماتت فيها، ولا يشترط أهليتها للارث وقت الطلاق بل وقت موته حتى لو كانت في الرجعي مملوكة أو كتابية ثم أعتقت أو أسلمت في العدة ورثته. وأطلق البائن فشمل الواحدة والثلاث. وترك المصنف قيد الطواعية ولا بد منه لانه لو أكره على طلاقها البائن لا ترث كما لو أكرهت على سؤالها الطلاق فإنها

***

[٧١]

ترث كما في القنية، وذكر في جامع الفصولين خلافا فيه. وقيد بأن يكون في مرضه احترازا عما إذا طلق في الصحة ثم مرض ومات وهي في العدة لا ترث منه، ولو قال صحيح لامرأتيه إحداكما طالق ثم بين في مرضه في إحداهما صار فارا بالبيان وترث لانه كالانشاء في حق الارث للتهمة وتمامه في الكافي. وأراد به المرض الذي اتصل به الموت لان حقها لا يتعلق بما له إلا به، فلو طلقها في مرضه ثم صح ثم مات وهي في العدة لا ترث منه كما سيأتي. ولو طلقها في مرضه ثم قتل أو مات من غير ذلك المرض غير أنه لم يبرأ فلها

الميراث لانه قد اتصل الموت بمرضه، كذا في الظهيرية. ولا بد في البائن أن تكون أهلا للميراث وقت الطلاق والموت وما بينهما وسيأتي. ولا يشترط عمله بأهليتها للميراث حتى لو طلقها بائنا في مرضه وقد كان سيدها أعتقها قبل ولم يعلم به الزوج كان فارا، وكذا لو كان تحته كتابية فأسلمت فطلقها الزوج ثلاثا وهولا يعلم بإسلامها كما في الظهيرية، بخلاف ما لو قال المولى لامته أنت حرة غدا. وقال الزوج أنت طالق ثلاثا بعد غد إن علم الزوج بكلام المولى كان فارا وإلا فلا كما في الخانية لانه وقت التعليق لم يقصد إبطال حقها حيث لم يعلم وإن صارت أهلا قبل نزول الطلاق ولم تكن حرة وقت التعليق لان عتقها مضاف بخلاف ما إذا كانت حرة وقته ولم يعلم به لانه أمر حكمي فلا يشترط العلم به ولو علق طلاقها البائن بعتقها كان فارا كما في الظهيرية. ولو علق طلاقها بمرضه كما إذا قال إن مرضت فأنت طالق ثلاثا يكون فارا لانه جعل شرط الحنث المرض مطلقا كما في الولوالجية، وصححه في الخانية. وشمل كلامه ما إذا وكل بطلاقها وهو صحيح ثم مرض فطلق الوكيل بشرط أن يقدر على عزله، أما إذا لم يستطع عزله حتى طلقها في مرضه لا ترث منه كما في الظهيرية. وفي الولوالجية: لو قالت بعد موته طلقني في مرضه ثلاثا وكذبها الورثة في الطلاق في

***

[٧٢]

المرض ورثته لانهم يدعون عليها الحرمان بالطلاق في الصحة وهي تنكر فيكون القول لها كما لو قالت طلقني وهو نائم.، وقالوا في اليقظة كان القول لها. وفي الخانية: لو كانت المرأة أمة قد عتقت ومات الزوج فادعت المرأة العتق في حياة الزوج وادعت الورثة أنه كان بعد موته فالقول للورثة ولا يعتبر قول مولاها كما إذا ادعت أنها أسلمت في حياته وقال الورثة أسلمت بعد موته فالقول لهم والقول لها في إنه مات قبل انقضاء عدتها مع اليمين، فإن نكلت لا إرث لها. ولو تزوجت قبل موته ثم قالت لم تنقض عدتي لا يقبل قولها ولو لم تتزوج لكنها قالت أيست ثم مات بعد مضي ثلاثة أشهر من وقت إقرارها لا ميراث لها اه‍. وفي المحيط: وإن لم يعلم منها كفر فقالت الورثة كنت كتابية وأسلمت بعد موت الزوج وهي تقول ما زلت مسلمة فالقول قولها لان الورثة يدعون بطلان حقها وهي تنكر. ولو مات الزوج كافرا فقالت امرأة مسلمة أسلمت بعد موت زوجي وقالت الورثة بل كنت مسلمة قبل موته فالقول لهم لانه ظهر بطلان حقها حيث كانت مسلمة للحال فهي تدعي ثبوت حقها في ماله والورثة ينكرونه اه‍. وأشار بقوله في عدتها إلى أنها مدخولة فلو أبانها قبل الدخول بها فلا ميراث لها لانه تعذر إبقاء الزوجية في غير حالة العدة كما في المحيط. وقيد بموته لانه لو ماتت المرأة لم يرثها الزوج بحال لان الزوج بالطلاق رضي ببطلان حقه، كذا في الميحط. وفي جامع الفصولين: طلقها في المرض فمات بعد مضي العدة فالمشكل من متاع البيت لوارث الزوج إذ صارت أجنبية بمضي العدة ولم يبق لها يد ولو مات قبل العدة فالمشكل من متاع البيت للمرأة عند أبي حنيفة لانها ترث فلم تكن أجنبية فكأنه مات قبل الطلاق اه‍. قوله: (ولو أبانها بأمرها أو اختلعت منه أو اختارت نفسها بتفويضه لم ترث) لانها رضيت بإبطال حقها للامر منها بالعلة في الاولى ولمباشرتها العلة في الاخيرين، أما في التخيير فظاهر لانه تمليك منها، وأما في الخلع فلان التزام المال علة العلة لانه شري الطلاق. قيد بالبائن لانها لو سألته الرجعي فطلقها لا يمتنع إرثها لما قدمنا أنها زوجة حقيقة. وقيد بكونه طلق بأمرها لانها لو طلقت نفسها بائنا فأجاز ترث لان المبطل للارث إجازته كما في القنية. وأراد بالامر الرضا بالطلاق نخرج ما لو أكرهت على سؤالها الطلاق فإنها ترث لعدم

***

[٧٣]

الرضا، وشمل ما لو وقعت الفرقة بتمكين ابن الزوج فلا ترث إلا أن يكون أبوه أمره بذلك فقربها مكرهة لانه بذلك ينتقل إليه فيصير كالمباشر، وشمل ما إذا فارقته بسبب الجب أو العنة أو خيار البلوغ والعتق فلا ترث لرضاها، وكذا لو ارتدت وهو مريض. وأشار باختلاعها منه إلى مباشرتها لعلة الطلاق فدخل فيه ما لو أبانها في مرضه ثم قال لها إذا تزوجتك فأنت طالق ثلاثا ثم تزوجها في العدة ومات من مرضه حيث لا ترث لانه موت في عدة مستقبلة فأبطل حكم الفرار بالطلاق الاول والطلاق الثاني وإن وقع إلا أن شرطه وهو التزوج حصل بفعلها فلا يكون فرارا خلافا لمحمد، كذا في الخانية. وقيد باختلاعها منه لانه لو خلعها أجنبي من زوجها المريض مرض الموت فلها الارث لو مات الزوج في مرضه ذلك وهي في العدة لانها لم ترض بهذا الطلاق فيصير الزوج فارا، كذا في جامع الفصولين. ولم يذكر المصنف حكم ما إذا وقعت الفرقة من قبلها في مرض موتها ولا يخفى أنه لما تعلق حقها بما له في مرض موته تعلق

حقه بما لها في مرض موتها، فلو باشرت سبب الفرقة وهي مريضة وماتت قبل انقضاء عدتها ورثها كما إذا وقعت الفرقة باختيارها نفسها في خيار البلوغ والعتق أو بتقبيلها ابن زوجها وهي مريضة لانها من قبلها ولذا لم يكن طلاقا وهذا ظاهر، وأما إذا وقعت بسبب الجب أو العنة أو العان وهي مريضة فمشى الشارح على أنها كالاول. وفي الخانية ونقله في فتح القدير عن الجامع أنه لا يرثها لانها طلاق فكانت مضافة إليه وعزاه في المحيط إلى الجامع أيضا مقتصرا عليه وجزم به في الكافي فكان هو المذهب. وإذا ارتدت المرأة ثم ماتت أو لحقت بدار الحرب إن كانت الردة في الصحة لا يرثها زوجها، وإن كانت في المرض ورثها زوجها استحسانا بخلاف ما إذا ارتد فقتل أو لحق بدار الحرب أو مات على الردة فإنها ترثه مطلقا. وإن ارتدا معا ثم أسلم أحدهما ثم مات أحدهما إن مات المسلم لا يرث المرتد وإن كان الذي مات مرتدا هو الزوج ورثته المسلمة وإن كانت المرتدة قد ماتت فإن كانت ردتها في المرض ورثها الزوج المسلم، وإن كانت في الصحة لم ترث، كذا في الخانية. وفي الكافي: الاصل أن المأمورين بالطلاق بغير بدل ينفرد كل واحد منهما بالايقاع والمأمورين بالطلاق بالبدل لا ينفرد أحدهما بالايقاع بل يشترط اجتماعهما وأن التمليك يقتصر على المجلس والتوكيل، لا ومن عمل لنفسه فهو مالك ومن عمل لغيره فهو وكيل. وامرأة الفار لم ترث إن باشرت علة الفرقة أو شرطها أو أخر وصفي العلة أو إحدى العلتين، وإن باشرت بعض العلة أو بعض الشرط لم يبطل حقها من الارث. قال المريض لامرأتيه بعد الدخول طلقا

***

[٧٤]

أنفسكما ثلاثا فطلقت كل نفسها وصاحبتها على التعاقب طلقتا ثلاثا بتطليق الاولى وتطليق الاخرى نفسها بعد ذلك وصاحبتها باطل فإذا طلقت الاولى نفسها وصاحبتها طلقتا وورثت الثانية دون الاولى بخلاف ما إذا ابتدأت الاولى فطلقت صاحبتها دون نفسها حيث يقع الطلاق على صاحبتها ولم يقع عليها لانها في حق نفسها مالكة والتمليك يقتصر على المجلس، فإذا بدأت بطلاق صاحبتها خرج الامر من يدها وورثت، وكذا لو ابتدأت كل واحدة بتطليق صاحبتها لان كل واحدة طلقت بتطليق غيرها. وإن طلقت كل واحدة نفسها وصاحبتها معا طلقتا ولم يرثا لان كل واحدة طلقت بتطليق نفسها، وإن طلقت احداهما بأن قالت إحداهما طلقت نفسي وقالت الاخرى طلقت صاحبتي وخرج الكلامان معا طلقت تلك الواحدة ولا ترث، وإن طلقت إحداهما نفسها ثم طلقتها صاحبتها طلقت ولا ترث وعلى العكس ترث. هذا كله إذا كانتا في مجلسهما ذلك، فإن قامتا عن مجلسهما ذلك ثم طلقت كل نفسها وصاحبتها معا أو على التعاقب أو طلقت كل واحدة صاحبتها ورثتا، ولو طلقت كل واحدة منهما نفسها لم تطلق واحدة منهما. ولو قال طلقا أنفسكما ثلاثا إن شئتما فطلقت إحداهما نفسها وصاحبتها لم تطلق واحدة منهما حتى تطلق الاخرى نفسها وصاحبتها، فلو طلقت الاخرى بعد ذلك نفسها وصاحبتها ثلاثا طلقتا وورثت الاولى دون الثانية، لو قامتا عن المجلس ثم طلقت كل واحدة كليهما متعاقبا أو معا لا يقع. ولو قال أمركما بأيديكما ناويا التفويض صار تمليكا حتى لا تنفرد إحداهما بالطلاق ويقتصر على المجلس وهو كالتعليق بالمشيئة إلا في حكم واحد وهو أنهما إذا اجتمعا على طلاق واحدة منهما يقع، وفي قوله إن شئتما لا يقع. ولو قال طلقا أنفسكما بألف فقالت كل واحدة طلقت نفسي وصاحبتي بألف معا أو متعاقبا بانتا بألف ويقسم على مهريهما ولم يرثا، ولو طلقت إحداهما طلقت بحصتها من الالف وإن قامتا من المجلس بطل الامر. اه‍ مختصرا قوله: (وفي طلقني رجعية فطلقها ثلاثا ورثت) لما قدمنا أن الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها، وأراد من ذكر الرجعية نفي سؤالها البائن فدخل ما لو قالت طلقني ولم تزد عليه فطلقها بائنا فإنها ترث لانه ينصرف إلى الرجعي عند الاطلاق كما في الخانية، وكذا ينصرف إليه في الوكالة والتفويض والانشاء فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها. والمراد بالثلاث البائن فدخل ما لو طلقها واحدة بائنة أيضا ولم أرحكم ما إذا سألته واحدة بائنة فطلقها ثلاثا وظاهر المحيط أنها ترث فإنه قال: لو قالت له طلقني فطلقها ثلاثا ورثت استحسانا لانها سألته في الواحدة

***

[٧٥]

وقد طلقها ثلاثا انتهى. ولم يعلل بالرجعي وإنما علل بالواحدة وينبغي أن لا ميراث لها لرضاها بالبائن. قوله: (وإن أبانها بأمرها في مرضه أو تصادقا عليها في الصحة ومضى العدة فاقر أو أوصى لها فلها الاقل منها ومن ارثها) أي لها الاقل من كل واحد من المقر به والموصى به ومن إرثها منه لان العدة باقية في المسألة الاولى وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة، وفي الثانية قال الامام ببقاء

التهمة أيضا لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه. وهما قالا في الثانية بنفي التهمة لكونها أجنبية لعدم العدة بدليل قبول شهادته لها وجواز وضع الزكاة فيها وتزوجها بزوج آخر. وأجاب الامام الاعظم رضي الله عنه بأنه لا مواضعة عادة في حق الزكاة والشهادة والتزوج فلا تهمة. هذا حاصل ما في الهداية وقرره الشارحون من غير تعقب وهو ظاهر في أنه إذا أقر بالطلاق منذ زمان وصدقته أن العدة تعتبر من وقت الطلاق بدليل أنهم اتفقوا هنا أنه يجوز له دفع الزكاة إليها وشهادته لها وتزوجها وهو خلاف ما صرحوا به في العدة من أن الفتوى على أن العدة تعتبر من وقت الاقرار كما في الهداية والخانية وغيرهما، فلا يثبت شئ من هذه الاحكام ولا تزوجه بأختها وأربع سواها أيضا فحينئذ ظهرت التهمة في إقراره ووصيته، واندفع به ما ذكره السروجي في غايته من أنه ينبغي تحكيم الحال فإن كان جرى

***

[٧٦]

بينهما خصومة وتركت خدمته في مرضه فذلك يدل على عدم المواضعة فلا تهمة وإلا فلا تصح للتهمة. وقد رده في فتح القدير بوجه آخر بأن حقيقة الخصومة ليست ظاهرة إذ الايصاء لها بأكثر من الميراث ظاهر في أن تلك الخصومة ليست على حقيقتها كما يفعله أهل الحيل للاغراض انتهى. وظهر بما ذكرنا سهو الشمني في شرح النقاية حيث قال: وفي الذخيرة لا بد من تحكيم الحال فإن كان حال خصومة وغضب يقع الطلاق عليها بهذا الاقرار وإن لم يكن كذلك لا يقع انتهى. فإن صاحب الذخيرة إنما ذكر تحكيم الحال فيما إذا قالت لك امرأة غيري أو تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق فإنه قال قيل الاولى تحكيم الحال إن كان قد جرى بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه يقع الطلاق عليها أيضا وإن لم يكن كذلك لا يقع انتهى. فقاس السروجي مسألتنا هنا على ما في الذخيرة كما صرح به في فتح القدير، ولا يخفى على عاقل فساد قول من قال إن الطلاق الصريح لا يقع إلا في الخصومة، ولم يذكر صاحب الذخيرة هذه المسألة أصلا فكيف تنسب إليه؟ ودلت المسألة على أن المريضة إذا اختلعت بمهرها الذي على الزوج ولم يكن قريبا لها فإنه ينظر إلى المسمى في بدل الخلع وإلى ثلث ما لها إن ماتت بعد انقضاء العدة وإلى المسمى في بدل الخلع وإلى قدر ميراثه منها إن ماتت قبل انقضاء العدة فيكون له الاقل، وتمامه في البزازية من الخلع. وأشار إلى أن ما تأخذه منه له شبه بالدين وشبه بالميراث فللاول لو أرادت أن تأخذ من عين التركة ليس على الورثة ذلك بل لهم أن يعطوها من مال آخر اعتبارا لزعمها أن ما تأخذه دين، وللثاني لو هلك شئ من التركة قبل القسمة فهو على الكل، ولو طلبت أن تأخذه دنانير والتركة عروض ليس لها ذلك. وفي فصول العمادي: وهذا كله إذا كانت عدتها لم تنقض، أما إذا

***

[٧٧]

انقضت عدتها من وقت الاقرار ثم مات فلها جميع ما أقر لها به أو أوصى انتهى. وفي جامع الفصولين: قال لها في مرضه قد كنت ابنتك في صحتي أو جامعت أم امرأتي أو بنت امرأتي أو تزوجتها بلا شهود أو بيننا رضاع قبل النكاح أو تزوجتك في العدة وأنكرت المرأة ذلك بانت منه وترثه لا لو صدقته انتهى. وفيه: ادعت على زوجها المريض أنه طلقها ثلاثا فجحد وحلفه القاضي فحلف ثم صدقته ومات ترثه لو صدقته قبل موته لا لو بعده انتهى. وفي شرح الوقاية: واعلم أن حرف من في قوله فلها الاقل منه ومن الارث ليس صلة لافعل التفضيل إذ لو كان لوجب أن يكون الواجب أقل من كل واحد منهما وليس كذلك بل حرف من للبيان وأفعل التفضيل استعمل باللام فيجب أن يقال أو من الارث لانه لما قال الاقل بينه بأحدهما وصلة الاقل محذوفة وهي من الآخر أي فلها أحدهما الذي هو أقل من الآخر فتكون الواو بمعنى أو أو تكون الواو على معناها لكن لا يراد بها المجموع بل الاقل الذي هو الارث تارة والموصى به أخرى فتكون الواو للجمع وهو أن الاقلية ثابتة لكن بحسب زمانين انتهى. قوله: (ومن بارز رجلا أو قدم ليقتل بقود أو رجم فأبانها ورثت أن مات في ذلك الوجه أو قتل) بيان لحكم الصحيح الملحق بالمريض هنا وهو من كان غالب حاله الهلاك كما في النقاية وغيرها. والاولى أن يقال من يخاف عليه الهلاك غالبا على أن الغلبة تتعلق بالخوف وإن لم يكن الواقع غلبة الهلاك فإن في المبارزة لا يكون الهلاك غالبا إلا أن يبرز لمن علم أنه ليس من أقرانه بخلاف غلبة خوف الهلاك. ودخل تحته من كان راكب السفينة

إذا انكسرت وبقي على لوح أو افترسه السبع وبقي في فمه كما ذكره الشارح، وقد يوهم أن الانكسار شرط لكونه فارا وليس كذلك فقد قال في المبسوط: فإن تلاطمت الامواج وخيف الغرق
***
[٧٨]
فهو كالمريض. وكذا في البدائع. وقيده الاسبيجابي بأن يموت من ذلك الموج، أما لو سكن ثم مات لا ترث انتهى. والحامل لا تكون فارة إلا في حال الطلق. وفي المجتبى: واختلف في تفسير الطلق فقيل الوجع الذي لا يسكن حتى تموت أو تلد، وقيل وإن سكن لان الوجع يسكن تارة ويهيج أخرى والاول أوجه اه‍. والمسلول والمفلوج والمقعد ما دام يزداد ما به فهو غالب الهلاك وإلا فكالصحيح وبه كان يفتي برهان الائمة والصدر الشهيد، وذكر في جامع الفصولين فيه أقوالا فنقل أولا أنه إن لم يكن قديما فهو كمريض ولو قديما فكصحيح، وثانيا لو لم يرج برؤه بتداو فكصحيح وإلا فكمريض، وثالثا لو طال وصار بحال لا يخاف منه الموت فكصحيح. واختلف في حد التطاول فقيل سنة وبعضهم اعتبروا العرف فما يعده تطاولا فتطاول وإلا فلا. ورابعا إن لم يصر صاحب فراش فكصحيح وإلا فمريض. وخامسا لو يزداد كل يوم فهو مريض لو ينتقص مرة ويزداد أخرى فلو مات بعد سنة فكصحيح ولو مات قبل سنة فمريض اه‍. وأشار بقوله إن مات في ذلك الوجه أو قتل إلى أنه لو طلق بعدما قدم للقتل ثم خلى سبيله أو حبس ثم قتل أو مات فهو كالمريض ترثه لانه ظهر فراره بذلك الطلاق ثم ترتب موته فلا يبالي بكونه بغيره كالمريض إذا طلق ثم قتل. وفي فتح القدير: وأما في حال فشو الطاعون فهل يكون لكل من الاصحاء حكم المرض؟ فقال به الشافعية ولم أره لمشايخنا اه‍. وفي جامع الفصولين: ثم من له حكم المريض لو طلقها ومات في العدة ترثه مات بهذه الجهة أو بجهة أخرى ولذا قال في الاصل: مريض صاحب الفراش لو أبانها ثم قتل ترثه. طعن فيه عيسى بن أبان فقال: لا ترثه إذ مرض الموت ما هو سبب للموت ولم يوجد ولكنا نقول: قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا أن مرضه لم يكن مرض موته وأن حقها لم يكن ثابتا في ماله اه‍.
***
[٧٩]
وفي المصباح: برز الشئ بروزا من باب قعد ظهر وبارز في الحرب مبارزة وبرازا فهو مبارز اه‍. وفيه: والسل بالكسر مرض معروف وأسله الله بالالف أمرضه بذلك فسل هو بالبناء للمفعول وهو مسلول من النوادر ولا يكاد صاحبه يبرأ منه. وفي كتب الطب أنه من أمراض الشباب لكثرة الدم فيهم وهو قروح تحدث في الرئة اه‍. وفيه: والفالج مرض يحدث في أحد شقي البدن طولا فيبطل إحساسه وحركته وربما كان في الشقين ويحدث بغتة إلى آخره. قوله: (ولو محصورا أو في صف القتال لا) أي لا ترث لانه لا يغلب خوف الهلاك، وكذا راكب السفينة قبل خوف الغرق، والحامل قبل الطلق، والمحصور الممنوع سواء كان في حصن أو حبس لقتل من رجم أو قصاص أو غيره، وكذا من نزل بمسبعة أو مخيف من عدو. وفي المصباح: حصره العدو حصرا من باب قتل أحاطوا به ومنعوه من المضي لامره قوله: (ولو علق طلاقها بفعل أجنبي أو بمجئ الوقت والتعليق والشرط في مرضه أو بفعل نفسه وهما في مرضه أو الشرط فقط أو بفعلها ولا بد لها منه وهما في المرض أو الشرط ورثت وفي غيرها لا) لان في الوجه الاول والثاني إذا كان التعليق والشرط في مرضه وجه القصد إلى الفرار عن الميراث في حال تعلق حقها بما له بخلاف ما إذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم إلا عن قصد فلا يرد تصرفه. والمراد من الطلاق في قوله علق طلاقها البائن لان حكم الفرار لا يثبت إلا به. وأطلق في فعل الاجنبي فشمل ما إذا كان له منه بد كدخول الدار أو لا كصلاة الظهر. وأما الوجه الثالث وهو ما إذا علقه بفعل نفسه فلوجود قصد الابطال. أما بالتعليق أو بمباشرة الشرط في المرض. وأطلقه فشمل ما إذا كان له بد منه أو لا فإنه وإن لم يكن له بد من فعل الشرط فله من التعليق ألف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها، وشمل ما إذا فوض طلاقها لرجل في صحته فطلقها الاجنبي في المرض وكان يقدر الزوج على عزله لانه لما أمكنه عزله في المرض ولم يفعل صار كأنه أنشأ التوكيل في المرض. ودخل في الاول ما إذا لم يمكنه عزله. ودخل في التعليق بفعله ما إذا قال في صحته إن لم آت البصرة فأنت طالق ثلاثا فلم يأتها حتى مات ورثته وإن ماتت هي وبقي الزوج ورثها لانها ماتت وهي
***
[٨٠]

زوجته. فالحاصل أن المسألة على ثمانية أوجه لانه إما أن يعلق بمجئ الوقت أو بفعل أجنبي أو بفعلها أو بفعله، وكل على وجهين إما أن يكون التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كانا في المرض، فإن كان بفعل أجنبي أو بمجئ الوقت لا يكون فارا إلا إذا كانا في المرض، وإن كان بفعله فإنه يكون فارا حيث يكون الشرط في المرض فقط، وإن كان بفعلها فقط فكذلك إن كان ذلك الفعل لا يمكنها تركه، وإن كان يمكنها تركه لا يكون فارا. ولو قال لها إن لم أطلقك فأنت طالق فلم يطلقها حتى مات ورثته، ولو ماتت هي وبقي الزوج لم يرثها، وكذا لو قال إن لم أتزوج عليك فأنت طالق ثلاثا فلم يفعل حتى مات ورثته، ولو ماتت هي وبقي الزوج لم يرثها كذا في البدائع وفي الخانية: رجل قال لامرأته في صحته إن شئت أنا وفلان فأنت طالق ثلاثا ثم مرض فشاء الزوج والاجنبي الطلاق معا أو شاء الزوج ثم الاجنبي ثم مات الزوج لا ترث، وإن شاء الاجنبي أولا ثم الزوج ورثت ا ه. وحاصله أن الطلاق معلق على مشيئتهما فإذا شاآ معا لم يكن الزوج تمام العلة فلا يكون فارا بخلاف ما إذا تأخرت مشيئة الزوج لانه حينئذ تمت العلة. وأما الوجه الرابع وهو ما إذا علقه بفعلها فإن كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها بد منه ككلام زيد لم ترث لرضاها، وإن كان لا بد لها منه طبعا كالاكل أو شرعا كصلاة الظهر فلها الميراث لاضطرارها، وأما إذا كان التعليق في الصحة فلا ميراث لها عند محمد مطلقا لفوات الصنع منه في مرضه، وعندهما ترث إن كان مما لا بد لها منه وصححوا قول محمد. قوله: (ولو أبانها في مرضه فصح فمات أو أبانها فارتدت فأسلمت فمات لم ترث) لما قدمنا أنه لا بد أن يكون المرض الذي طلقها فيه مرض الموت فإذا صح تبين أنه لم يكن مرض

***

[٨١]

الموت. وفي معراج الدراية: قيل هذا إن كان به حمى ربع فزالت ثم صار به حمى غب، أما إذا كان به حمى ربع فزالت ثم عادت إليه فإن الثانية تجعل عين الاولى ويكون لها الميراث وفيه نظر، لانها لما زالت لم يبق لها تعلق بماله ا ه. وفي قانون شاه في الطب: وأما حمى السوداوية خارج العروق وداخلها فهي حمى الربع فيجب أن يراعى فيها حفظ القوة، وأما حمى الغب بكسر الغين ففي المصباح هي التي تأتي يوما وتغيب يوما ا ه. وإن في البائن لا بد أن تستمر أهليتها للارث من وقت الطلاق إلى وقت الموت. أطلق البائن فشمل الثلاث والواحدة، وأشار بارتدادها إلى أنها لو كانت كتابية أو مملوكة وقت الطلاق ثم أسلمت أو أعتقت لا ترث. وقيد بالبائن لان المطلقة رجعيا إنما يشترط أهليتها للارث وقت الموت كما قدمناه. وفي المحيط: ولو ارتد الزوجان معا ثم أسلم الزوج ومات لا ترث منه لانها مرتدة، وإن أسلمت المرأة ثم مات الزوج مرتدا ورثته لان الفرقة قد وقعت ببقاء الزوح على الردة فصار بمنزلة ارتداده ابتداء، ولو ارتد المسلم فمات أو لحق بدار الحرب وله امرأة مسلمة في العدة ورثت، ولو ارتدت المرأة فماتت أو لحقت بدار الحرب معتدة لم يرث منها، وإن كانت مريضة فارتدت ثم ماتت ورث الزوج منها استحسانا لان الفرقة حصلت بعدما تعلق حقه بمالها، ولو قال لامرأته الحرة الكتابية أنت طالق ثلاثا غدا ثم أسلمت قبل الغد أو بعده فلا ميراث لها منه لانها ليست من أهل الميراث منه في الحال، ولو أضاف الطلاق إلى حالة يثبت لها الارث فيها فلا يصير فارا، ولو قال إن أسلمت فأنت طالق ثلاثا ورثت لانه أضاف الطلاق إلى ما بعد الاسلام وهو حالة تعلق حقها بماله، ولو أسلمت فطلقها ثلاثا وهو لا يعلم بإسلامها ترث، ولو أسلمت امرأة الكافر ثم طلقها ثلاثا في مرضه ثم أسلم ومات وهي في العدة لا ترث لان التطليق حصل في حالة لا تستحق المرأة الارث منه، وكذلك العبد إذا طلق امرأته في مرضه ثم أعتق لا ترث ا ه قوله: (وإن طاوعت ابن الزوج أو لا عن أو آلى مريضا ورثت) يعني لو أبانها في مرضه ثم طاوعت ابن الزوج ترث لان الاهلية للارث لم تبطل بالمطاوعة لان المحرمية لا تنافي الارث. قيد بكون المطاوعة بعد الابانة لان الفرقة لو وقعت بتقبيل ابن زوجها لا ترث مطاوعة كانت أو مكرهة، أما إذا كانت مطاوعة فلرضاها بإبطال حقها، وأما إذا كانت مكرهة فلم يوجد من الزوج إبطال حقها المتعلق بالارث لوقوع الفرقة بفعل غيره، كذا في البدائع. وبه علم أن اقتصار الشارحين على المطاوعة لا ينبغي، وخرج ما لو طاوعته بعد الرجعي فإنها لا ترث كما لو طاوعته حال قيام النكاح. وفي الخانية: لو طاوعت ابن زوجها وهي مريضة ثم ماتت في العدة ورثها الزوج استحسانا ا ه. وقيد بالمطاوعة لانها لو قبلته لا ترث، وفي المسألة الثانية إنما ورثت وإن كانت الفرقة بفعلها وهو آخر اللعانين لانه يلحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه إذ هي ملجأة إلى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها. وأطلقه فشمل ما إذا كان القذف في الصحة أو في

***
[٨٢]
المرض لان العبرة لكون اللعان في المرض وفيه خلاف محمد. وأراد بالايلاء في المرض أن يكون مضي المدة في المرض أيضا لان الايلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي أربعة أشهر خالية عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجئ الوقت وقد تقدم أنه لا بد أن يكون التعليق والشرط في مرضه قوله: (وإن آلى في صحته وبانت منه في مرضه لا) أي بانت بالايلاء في مرضه لا ترث لما تقدم أنه لا بد أن يكون التعليق والشرط في مرضه، وهنا وإن تمكن من إبطاله بالفئ لكن بضرر يلزمه وهو وجوب الكفارة عليه فلم يكن متمكنا مطلقا كما قدمناه في مسألة الوكيل إذا لم يتمكن من عزله. وفي الخانية: لو طلق المريض امرأته بعد الدخول طلاقا بائنا ثم قال لها إذا تزوجتك فأنت طالق ثلاثا ثم تزوجها في العدة طلقت ثلاثا، فإن مات وهي في العدة فهذا موت في عدة مستقبلة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف فيبطل حكم ذلك الفرار بالتزوج وإن وقع الطلاق بعد ذلك لان الزوج حصل بفعلهما فلا يكون فارا. وعلى قول محمد لتمام العدة الاولى فإن كان الطلاق الاول في المرض ورثت وإن كان الطلاق الاول في الصحة لم ترث ا ه والله أعلم. باب الرجعة بكسر الراء وفتحها والفتح أفصح. وفي المصباح: وأما الرجعة بعد الطلاق فبالفتح والكسر وبعضهم اقتصر على الفتح وهو أفصح. قال ابن فارس: والرجعة مراجعة الرجل أهله وقد تكسر وهو يملك الرجعة على زوجته وطلاق رجعي بالوجهين أيضا ا ه. وقدمنا أن الطلاق الصريح وما في حكمه يعقب الرجعة. وضبطه في البدائع بأن يكون الطلاق صريحا بعد الدخول حقيقة غير مقرون بعوض ولا بعدد الثلاث نصا ولا إشارة ولا موصوف بصفة تنبئ عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف ولا مشبه بعدد أو صفة تدل عليها قوله: (وهي استدامة الملك القائم في العدة) أي الرجعة إبقاء النكاح على ما كان ما دامت في العدة لقوله تعالى * (فامسكوهن بمعروف) * [البقرة: ٨٢٢] لان الامساك استدامة الملك القائم لا إعادة الزائل، وقوله تعالى * (وبعولتهن أحق بردهن) * [البقرة: ٨٢٢] يدل على عدم اشتراط رضاها وعلى اشتراط العدة إذ لا يكون بعدها بعلا والرد يصدق حقيقة بعد
***
[٨٣]
انعقاد سبب زوال الملك وإن لم يكن زائلا بعد كما بعد الزوال. وأشار المؤلف إلى أنه ليس في الرجعة مهر ولا عوض لانها استبقاء ملك والمهر يقابله ثبوتا لابقاء. ولو قال راجعتك بألف درهم إن قبلت المرأة صح ذلك وإلا لا لانه زيادة في المهر. وفي المرغيناني والحاوي: قال راجعتك على ألف درهم قال أبو بكر لا تجب عليه الالف ولا تصير زيادة في المهر كما في الاقالة، كذا في المعراج. ولو قال لها زدتك في مهرك لا يصح، كذا في الولوالجية. وأفاد به أنه لو طلق امرأته الامة رجعيا ثم تزوج حرة كان له أن يراجع الامة ولو كانت الرجعة استحداث ملك لما كان له مراجعتها لحرمة إدخال الامة على الحرة ولهذا كان الملك باقيا في حق الارث والايلاء والظهار واللعان وعدة الوفاة، ويتناولها قوله زوجاتي طوالق وجواز الاعتياض بالخلع ونحو ذلك حتى صح الخلع والطلاق بمال بعد الطلاق الرجعي. ومن أحكامها أنه لا يصح إضافتها إلى وقت في المستقبل ولا تعليقها بالشرط كما إذا قال إذا جاء غد فقد راجعتك أو إن دخلت الدار فقد راجعت امرأتي. وتصح مع الاكراه. والهزل واللعب والخطأ كالنكاح كذا في البدائع. وفي الخلاصة: وبالطلاق يتعجل المؤجل ولو راجعها لا يتأجل، وصححه في الظهيرية. وفي الصيرفية: لا يكون حالا حتى تنقضي العدة. وقيد بقيام العدة لانه لا رجعة بعد انقضائها والقول في انقضاء العدة بالحيض قول المرأة ولا تصدق في انقضائها في أقل من شهرين، كذا في الحاوي القدسي. وفي البزازية: وإذا أسقطت تام الخلق أو ناقص الخلق بطل حق الرجعة لانقضاء العدة، ولو قالت ولدت لا تقبل بلا بينة، فإن طلب يمينها بالله تعالى لقد أسقطت بهذه الصفة حلفت اتفاقا ا ه. وفيها: لو قال بعد الخلوة بها وطئتك وأنكرت فله الرجعة وإن أنكر الزوج الوطئ لا رجعة له ا ه. وأشار بالاستدامة إلى أنه لو طلقها على مال بعد الطلاق الرجعي يصح كما في القنية. قوله: (وتصح في العدة إن لم يطلق ثلاثا ولو لم ترض براجعتك أو راجعت امرأتي وبما يوجب حرمة المصاهرة) بيان لشرطها وركنها فشرطها إن لا يكون الطلاق ثلاثا كما ذكره ومراده أن لا يكون بائنا سواء كان واحدة أو ثنتين، وقدمنا الرجعي والثنتان في الامة كالثلاث في الحرة بشرط أن لا يكون رقها ثابتا بإقرارها، ولهذا لو كان اللقيط امرأة متزوجة وقد طلقها ثنتين ثم أقرت بالرق فله الرجعة لانها متهمة في إبطال حقه بخلاف ما لو كان طلقها واحدة ثم أقرت بالرق فإنه يصير طلاقها ثنتين لا يملك الزوج عليها بعد ذلك إلا

***
[٨٤]
طلقة واحدة وتمامه في الخانية في باب اللقيط. وفي القنية: قبيل النفقة: قال لزوجته الامة إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم أعتقها مولاها فدخلت وقع ثنتان. وفي جامع الكرخي: طلقت ثنتين وملك الزوج الرجعة انتهى. وأطلق في المرأة فشمل المسلمة والكتابية والحرة والمملوكة لاطلاق الدلائل كما في المحيط. وأما ركنها فقول أو فعل، فالاول صريح وكناية. أما الاول فراجعتك وراجعت امرأتي، وجمع بينهما ليفيد ما إذا كانت حاضرة نخاطبها أو غائبة وارتجعتك ورجعتك ورددتك وأمسكتك ومسكتك فيصير مراجعا بلا نية ومنه النكاح والتزوج فلو تزوجها في العدة كان رجعة في ظاهر الرواية، كذا في البدائع، وهو المختار كذا في الولوالجية، وعليه الفتوى كذا في الينابيع. فقول الشارحين أنه ليس برجعة عند أبي حنيفة خلافا لمحمد على غير ظاهر الرواية كما لا يخفى فعلم أن لفظ النكاح يستعار للرجعة. وهل يستعار لفظ الرجعة للنكاح؟ قال في الخلاصة: ولو طلق امرأته ثم قال إن راجعتك فأنت طالق فإذا انقضت عدتها فتزوجها لم تطلق ولو كان الطلاق بائنا تطلق. وعلل له في المحيط بأنها لما لم تكن محلا انصرف إلى النكاح مجازا انتهى. وحاصله أنه إذا أمكن انصراف اللفظ إلى حقيقته وقت التعليق وانصرف إليه لا يصير بعده مجازا وإلا صار مجازا، وأما الكناية فنحو أنت عندي كما كنت أو أنت امرأتي فيتوقف على النية. وأما الثاني أعني الفعل فأفاد أن كل فعل أوجب حرمة المصاهرة فإن الرجعة تصح به وسوى بين القول والفعل في الصحة للاحتراز عن الكراهة فإنها مكروهة بالفعل كما في الجوهرة، فدخل الوطئ والتقبيل بشهوة على أي موضع كان فما أو خدا أو ذقنا أو جبهة أو رأسا والمس بلا حائل أو بحائل يجد الحرارة معه بشهوة والنظر إلى داخل الفرج شهوة بأن كانت متكئة والوطئ في الدبر على المفتى به لانه لا يخلو عن مس بشهوة، ولا فرق بين كون التقبيل والمس والنظر بشهوة منه أو منها بشرط أن يصدقها سواء كان بتمكينه أو فعلته اختلاسا أو كان نائما أو مكرها أو معتوها، أما إذا ادعته وأنكره لا تثبت الرجعة، وقدمنا في باب التعليق أنه لو قال لها إن جامعتك فأنت طالق فجامعها ومكث بعدما جامعها فهو رجعة عند محمد. وقال أبو يوسف: لا يكون رجعة إلا أن يتنحى عنها، ولا تقبل الشهادة على فعلها لان الشهوة لا تعرف إلا بقولها. وخرج ما إذا كانت هذه الافعال بغير شهوة أو نظر إلى غير داخل الفرج بشهوة ولو إلى حلقة الدبر فإنه لا يكون مراجعا لكنه مكروه كما في الولوالجية. وفي الجوهرة: ولو صدقها الورثة بعد موته أنها لمسته بشهوة كان ذلك رجعة انتهى. وفي المعراج: والامة لو فعلت بالبائع في الخيار كان فسخا لان الفسخ قد يحصل بفعلها كما لو زنت أو قتلت نفسها، وأبو يوسف سوى بين الخيار والرجعة في أنهما لا يثبتان بفعلها، ومحمد أثبت الرجعة دون الفسخ. وفي البدائع:
***
[٨٥]
أبو حنيفة سوى بينهما في الثبوت. وفي شرح الطحاوي: لو قال أبطلت رجعتي أو لا رجعة لي عليك لا تبطل الرجعة انتهى. وفي القنية: أجاز مراجعة الفضولي صح ويصير مراجعا بوقوع بصره على فرجها بشهوة من غير قصد المراجعة انتهى. واختلف فيما إذا طلق رجعيا ثم جن ثم راجعها بقول أو فعل فقيل لا يصح بهما، وقيل يصح بهما، وقيل تصح بالفعل دون القول كما في القنية من غير ترجيح، واقتصر البزازي على الاخير ولعله الراجح لما عرف أنه مؤاخذ بأفعاله دون أقواله. وعلله في الصيرفية بأنه استدامة النكاح والرضا ليس بشرط ولهذا لو أكره على الرجعة بالفعل يصح انتهى. وفي الحاوي القدسي: وإذا راجعها بقبلة أو لمس فالافضل أن يراجعها بالاشهاد ثانيا ا هـ. وفي المحيط: قال أبو يوسف: ويكره التقبيل واللمس بغير شهوة إذا لم يرد الرجعة، ويكره أن يراها متجردة لانه لا يأمن من أن يشتهي فيصير به مراجعا ثم يحتاج إلى الطلاق فيؤدي إلى تطويل العدة انتهى. قوله: (والاشهاد مندوب عليها) أي على الرجعة وفاقا لمالك والشافعي على الاظهر خروجا من خلاف عند الشافعي ومالك وإن كان ضعيفا وعملا بقوله تعالى * (واشهدوا ذوي عدل منكم) * [الطلاق: ٢] بناء على أنه للندب بدليل أنه أمر بالاشهاد بعد الامر بشيئين: الامساك والمفارقة: فلو كان الاشهاد واجبا في الرجعة مندوبا في المفارقة للزم استعمال اللفظ الواحد في حقيقته ومجازه وهو ممنوع عندنا، واحترازا عن التجاحد وعن الوقوف في مواضع التهم. وأشار المصنف رحمه الله إلى أن الرجعة على ضربين: سني وبدعي. فالسني أن يراجعها بالقول ويشهد على رجعتها ويعلمها ولو راجعها بالقول ولم يشهد أو أشهد ولم يعلمها كان مخالفا للسنة كما في شرح الطحاوي قوله: (ولو قال بعد العدة راجعتك فيها فصدقته

تصح وإلا لا) أي وإن لم تصدقه لا تصح الرجعة لانه أخبر عن شئ لا يملك إنشاءه في الحال وهي تنكره فكان القول لها من غير يمين لما عرف في الاشياء الستة، وإن صدقته صحت لان النكاح يثبت بتصادقهما فالرجعة أولى، ونظيره الوكيل بالبيع، إذا قال قبل العزل كنت بعته من فلان صدق بخلاف ما لو قاله بعد العزل كذا في الكافي. وفي تلخيص

***

[٨٦]

الجامع للصدر: من ملك الانشاء ملك الاخبار كالوصي والمولى والمراجع والوكيل بالبيع ومن له الخيار انتهى. ولو أقام بينة بعد العدة أنه قال في عدتها قد راجعتها أو أنه قال قد جامعتها كان رجعة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة وهذا من أعجب المسائل فإنه يثبت إقراره نفسه بالبينة بما لو أقر به في الحال لم يكن مقبولا كذا في المبسوط. قيد بقوله بعد العدة لانه لو قال في العدة كنت راجعتك أمس ثبتت وإن كذبته لملكه الانشاء في الحال. قوله: (كراجعتك فقالت مجيبة مضت عدتي) يعني لو قال لها راجعتك فأجابته بقولها مضت عدتي لا تصح الرجعة عند أبي حنيفة لانها صادفت حال انقضاء العدة فلا تصح. وقالا: تصح والقول له لانها صادفت العدة لبقائها ظاهرا ما لم تخبر بالانقضاء وقد سبقت الرجعة خبرها بالانقضاء كما لو قال طلقتك فقالت مجيبة انقضت عدتي فإنه يقع الطلاق، وكالموكل إذا قال للوكيل عزلتك فقال الوكيل مجيبا له بعت لا يصح كذا في المحيط. وله أن قوله راجعتك إنشاء وهو إثبات أمر لم يكن فلا يستدعي سبق الرجعة. وقولها انقضت عدتي إخبار وهو إظهار أمر قد كان فيقتضي سبق الانقضاء ضرورة. ومسألة الطلاق قيل على الخلاف فلا يقع عنده كما لو قال أنت طالق مع انقضاء عدتك والاصح أنه يقع لاقرار الزوج بالوقوع كما لو قال بعد انقضاء العدة كنت طلقتها في العدة كان مصدقا في ذلك بخلاف الرجعة. قيد بكونها إجابته من غير سكوت لانها لو سكتت ساعة تصح الرجعة اتفاقا. وأشار بكون الزوج بدأها إلى أنها لو بدأت فقالت انقضت عدتي فقال الزوج مجيبا لها موصولا بكلامها راجعتك لا يصح بالاولى ولهذا لم يذكر الاسبيجابي فيها خلافا. وإذا لم تصح الرجعة في مسألة الكتاب تستحلف عنده، والفرق بينها وبين الاولى أن اليمين فائدتها النكول وهو بذل عنده، وفي المسألة الاولى تحليفها على الرجعة وبذلها لا يجوز، وفي الثانية تحليفها على مضي عدتها وهو الامتناع عن التزوج والاحتباس في منزل الزوج وبذله جائز. وأما مذهبهما في المسألة الثانية فقد عرفت أنه صحة الرجعة فلا يتصور أن يقال تستحلف المرأة بالاجماع كما ذكره الشارح وقلده في فتح القدير وشرح المجمع وقد اقتصر على أنها تستحلف عند أبي حنيفة في البدائع وغاية البيان والاقطع والخلاصة والولوالجية فكان نقل الاجماع سهوا قوله: (ولو قال زوج الامة بعد العدة راجعت فيها فصدق سيدها وكذبته أو قالت مضت عدتي وأنكرا فالقول لها) أي أنكر الزوج والمولى وقبول قولها في الاولى قول أبي حنيفة لان الرجعة تبتني على قيام العدة والقول فيها قولها. وقالا: القول للمولى لان البضع حقه كإقراره عليها بالنكاح. قيد بتصديق السيد لان المولى لو كذبه وصدقته الامة فالقول قول المولى على الصحيح

***

[٨٧]

لان ملكه قد ظهر للحال بخلاف الاول لاعترافه ببقاء العدة ولا يظهر ملكه معها. فالحاصل أنه لا فرق في الحكم بين المسألتين وهو عدم صحة الرجعة وإن اختلف التصوير. وقيد بكونها قالت مضت عدتي لانها لو قالت ولدت يعني انقضت عدتي بالولادة لا يقبل إلا ببينة، وكذا لو قالت أسقطت سقطا مستبين الخلق وللزوج أن يطلب يمينها على أنها أسقطت بهذه الصفة بالاتفاق، ولا فرق في هذا بين الحرة والامة كذا في فتح القدير. وفي شرح النقاية: لو قالت انقضت عدتي ثم قالت لم تنقض كان له الرجعة لانها أخبرت بكذبها في حق عليها انتهى. قوله: (وتنقطع إن طهرت من الحيض الاخير لعشرة وإن لم تغتسل ولا قل لا حتى تغتسل أو يمضي وقت صلاة) أي وتنقطع الرجعة إن حكم بخروجها من الحيضة الثالثة إن كانت حرة أو الثانية إن كانت أمة لتمام عشرة أيام مطلقا. وليس المراد من الطهارة هنا الانقطاع لانها بمضي العشرة خرجت من الحيض وإن لم ينقطع. وأشار بمضي الوقت إلى أنه لا بد من خروجه لتصير الصلاة دينا في ذمتها فإن كان الطهر في آخر الوقت فهو ذلك الزمن اليسير الذي تقدر فيه على الاغتسال والتحريمة لا ما دونه، وإن كان في أوله لم يثبت هذا حتى يخرج جميعه لان الصلاة لا تصير دينا إلا بذلك. وعلى هذا لو طهرت في وقت مهمل

***

[٨٨]

كبعد الشروق لا تنقطع الرجعة إلى دخول وقت العصر. وأطلق الاغتسال فشمل ما إذا اغتسلت بسؤر الحمار ولو مع وجود الماء المطلق فإنه تنقطع الرجعة لاحتمال طهارته وإن كانت لا تصلي به لاحتمال النجاسة ولذا لا يقربها الزوج ولا تتزوج بآخر احتياطا كما في التتارحانية. وإنما شرط في الاقل أحد الشيئين لانه لما احتمل عود الدم لبقاء المدة فلا بد من أن يتقوى الانقطاع بحقيقة الاغتسال أو يلزم شئ من أحكام الطاهرات فخرجت الكتابية لانه لا يتوقع في حقها أمارة زائدة فاكتفى بالانقطاع، كذا ذكره الشارحون وظاهره أن القاطع للرجعة الانقطاع لكن لما كان غير محقق اشترط معه ما يحققه فأفاد أنها لو اغتسلت ثم عاد الدم ولم يجاوز العشرة كان له الرجعة وتبين أن الرجعة لم تنقطع بالغسل، ولو تزوجت بعد الانقطاع للاقل قبل الغسل ومضي الوقت تبين صحة النكاح، هكذا أفاد في فتح القدير بحثا وهو وإن خالف ظاهر المتون لكن المعنى يساعده والقواعد لا تأباه قوله: (أو تتيمم وتصلي) أي لا تنقطع الرجعة عند فقد الماء حتى تتيمم وتصلي به فرضا كان أو غيره، ولا يكفي مجرد التيمم عندهما لانها طهارة ضرورية لم تشرع إلا عند العجز عن الماء فلا بد لها من مؤكد فلا ينافيه قولهما في باب الامامة أنها طهارة مطلقة حتى جوز اقتداء المتوضئ بالمتيمم لان

***

[٨٩]

مرادهما بالاطلاق أنه يرفع الحدث إلى غاية وجود الماء كالطهارة بالماء فهي مطلقة من هذه الجهة وإن كانت ضرورية من جهة أخرى، وكذا لا ينافيه قول الكل في باب التيمم أيضا إنها مطلقة لما علمت، ولا تنافى هنا أيضا بين قول محمد هنا إنها مطلقة حتى اكتفى بمجرد التيمم لانقطاعها وبين قوله في باب الامامة أنها ضرورية حتى منع اقتداء المتوضئ بالمتيمم لما علمت أن الاطلاق من جهة والضرورة من جهة أخرى لكن محمد عمل بالاحتياط فيهما وقد رجح في فتح القدير قولهما في الامامة. وقوله في الرجعة وتمام تحقيقه فيه. قيد توقف الانقطاع على الصلاة لان حل قربان الزوج لها غير متوقف عليها بل يجوز قبل الصلاة وأجمعوا أن حلها للازواج متوقف على صلاتها بذلك التيمم كما ذكره الاسبيجابي. وأشار بقوله حتى تصلي إلى أنها لا تنقطع حتى تفرغ من الصلاة على الصحيح لاحتمال وجود الماء في أثنائها فتبطل. وقيد بالصلاة لانها لو قرأت القرآن بعد التيمم أو مست المصحف أو دخلت المسجد لا تنقطع الرجعة لانها اتباع الصلاة فلا يعطى لها حكمها. وقال الكرخي: تنقطع لانه من أحكام الطاهرات. قوله: (ولو اغتسلت ونسيت أقل من عضو تنقطع ولو عضوا إلا) لان ما دون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه. قيد بالانقطاع لانه لا يحل لزوجها أن يقربها ولا يحل لها أن تتزوج بزوج آخر ما لم تغسل تلك اللمعة أو يمضي عليها أدنى وقت صلاة مع القدرة على الاغتسال كما ذكره الاسبيجابي. والمراد بالعضو نحو اليد والرجل وبما دونهما نحو الاصبع والاصبعين وبعض العضو والساعد وأحد المنخرين، وترك المضمضة أو الاستنشاق كترك عضو عند أبي يوسف وعنه وهو قول محمد كترك ما دون العضو. وقيد بالنسيان لانها لو تعمدت اخلاء ما دون العضو لا تنقطع قوله: (ولو طلق ذا حمل أو ولد وقال لم أطأها راجع) يعني لو طلق امرأته وهي حامل أو بعد ما ولدت في عصمته وقال لم أجامعها فله الرجعة لانها مبنية على الدخول وقد ثبت حكما لثبوت النسب لانه يثبت بظهور الحمل بأن ولدت لاقل من ستة أشهر فلم يلتفت إلى قوله لم أطأها لانه صار مكذبا شرعا ومن صار مكذبا شرعا بطل زعمه ما لم يتعلق بإقراره حق الغير فلا يرد ما أورده في الكافي بأن من أقر بعبد لآخر ثم اشتراه ثم استحق من يده ثم وصل إليه فإنه يؤمر بالتسليم إلى المقر له وإن صار مكذبا شرعا لكونه تعلق بإقراره حق الغير بخلاف مسألة الرجعة. ثم اعلم أن

***

[٩٠]

من فروع الاصل المذكور ما إذا اختلف البائع والمشتري في ثمن العقار فقال المشتري اشتريته بألف وقال البائع بعته بألفين وأقام البينة فإن الشفيع يأخذها بألفين لان القاضي كذب المشتري في إقراره. ومن فروعه أيضا أن المشتري إذا أقر بالملك للبائع ثم استحق المبيع من يده بالبينة فإن له الرجوع عليه بالثمن لكونه صار مكذبا في إقراره حين قضى القاضي به للمستحق والفرعان في الخلاصة. ومنه ما في التلخيص: لو ادعى عليه كفالة معينة فأنكرها فبرهن المدعي وقضى على الكفيل فإن له الرجوع على المديون إذا كانت بأمره عندنا لكونه صار مكذبا في إنكارها حين قضى القاضي بها عليه. وقيد في الخلاصة الاصل المذكور في كتاب القضاء من الفصل الثالث منه بأن يكون القضاء بالبينة، أما إذا قضى القاضي باستصحاب الحال فإنه لا يصير مكذبا كما لو اشترى عبدا وأقر أن البائع أعتقه قبل البيع

وكذبه البائع فقضى القاضي بالثمن على المشتري لم يبطل إقرار المشتري بالعتق حتى يعتق عليه. وكذا المديون إذا ادعى الايفاء أو الابراء على صاحب الدين وجحد الدائن وحلف وقضى القاضي له بالدين على الغريم لا يصير الغريم مكذبا حتى لو وجدت بينة الايفاء أو الابراء تقبل ا ه. فكان دلالة على الوطئ ودلالة الشرع أقوى من صريح العبد لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع. فعلم بما قررناه أن الحمل يثبت قبل الوضع ويثبت النسب به قبله لما صرحوا به في باب خيار العيب أن حمل الجارية المبيعة يثبت بظهوره قبل الوضع بشهادة امرأة حتى كان للمشتري ردها بعيب الحبل قبل الوضع، وفي باب ثبوت النسب أنه يثبت بالحبل الظاهر فاندفع ما اعترض به صدر الشريعة على المشايخ بأن قولهم له الرجعة تساهل لان وجود الحمل وقت الطلاق إنما يعرف إذا ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق فإذا ولدت انقضت العدة فلا يملك الرجعة فيكون المراد أنه راجع قبل وضع الحمل فولدت لاقل من ستة أشهر يحكم بصحة الرجعة السابقة، ولا يراد أنه يحل له الرجعة قبل وضع الحمل لانه لما أنكر الوطئ والشرع لا يحكم بوجود الحمل وقت الطلاق بل إنما يحكم به إذا ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق فلم يوجد تكذيب الشرع قبل وضع الحمل، فالصواب أن يقال:

***

[٩١]

ومن طلق حاملا منكرا وطأها فراجعها فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر صحت الرجعة. وأما مسألة الولادة فصورتها أنه طلق امرأته التي ولدت قبل الطلاق منكرا وطأها فله الرجعة ا ه. وقيد بكون الولادة قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضي به العدة فتستحيل الرجعة. قوله: (وإن خلا بها ثم قال لم أجامعها ثم طلقها لا) أي لا يملك الرجعة لان الملك يتأكد بالوطئ وقد أقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذبا شرعا لان تأكيد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لا على القبض، والعدة تجب احتياطا لاحتمال الوطئ فلم يكن القضاء بها قضاء بالدخول. قيد بإنكاره الجماع لانه لو قال جامعتها وأنكرت المرأة فله الرجعة لان الظاهر شاهد له فإن الخلوة دلالة الدخول، فإن لم يخل بها فلا رجعة له عليها لان الظاهر شاهد لها، كذا في الولوالجية. وفي المبسوط: فإن قيل الظاهر حجة لدفع الاستحقاق والزوج إنما يريد استحقاق الرجعة بقوله قلنا: ليس كذلك بل الزوج إنما يستبقي ملكه بما يقول ويدفع استحقاقها نفسها والظاهر يكفي لذلك قوله: (وإن راجعها ثم ولدت بعدها لاقل من عامين صحت تلك الرجعة) يعني راجعها والمسألة بحالها. والمراد بالصحة ظهور صحة الرجعة السابقة لان العدة لما وجبت ثبت نسب الولد منه وظهر أن العلوق كان سابقا على الطلاق فنزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لان على الاعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطئ قبله فيحرم الوطئ والمسلم لا يفعل الحرام، وهو وإن كان لا يكذب لكن لما لزم أحد الاعتبارين من الزنا أو كذبه فجعله كاذبا أخف من حمله على الزنا قوله: (إن ولدت فأنت طالق فولدت ثم ولدت من بطن آخر فهي رجعة) يعني ثم ولدت بعد ستة أشهر وإن كان أكثر من سنتين إذا لم تقر بانقضاء عدتها لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا حملا لامرها على الصلاح كما إذا طلقها رجعيا فجاءت بولد لاكثر من سنتين. قيد بكونه من بطن آخر لانه لو كان بينهما أقل من ستة أشهر لا يكون رجعة لان الثاني ليس بحادث بعد الولد الاول كما إذا طلقها رجعيا فجاءت بولد لاقل من سنتين قوله: (كلما ولدت فأنت طالق فولدت ثلاثة في بطون فالولد الثاني والثالث رجعة) لوقوع الطلاق

***

[٩٢]

بالاول وثبتت الرجعة بالثاني والثالث ويقع بكل طلقة أخرى فتحرم حرمة غليظة ويثبت نسب الاولاد من الزوج وعليها العدة بالاقراء. قيد بكونهم في بطون أي بين كل واحد مدة الحمل فأكثر إذ لو كان بين الولادتين أقل منها لا يكون رجعة ويقع طلقتان بالاول والثاني ولا يقع بالثالث شئ لانقضاء العدة به، ولو كان الاولان في بطن والثالث في بطن تقع تطليقة واحدة بالاولى لا غير وتنقضي العدة بالثاني ولا يقع بالثالث شئ، ولو كان الاول في بطن والثاني والثالث في بطن يقع ثنتان بالاول والثاني وتنقضي العدة بالثالث فلا يقع به شئ، كذا في فتح القدير. وفي المحيط: ولو ولدت ولدين في بطن وقع بالاول ولا يقع بالثاني لمصادفته انقضاء العدة، والمراد من كون الولد الثاني والثالث رجعة أنه ظهر صحة الرجعة السابقة بهما كما قدمناه أنه يحمل على أنه بوطئ حادث قوله: (والمطلقة الرجعية تتزين) يعني لزوجها إذا كانت الرجعة مرجوة لانها حلال للزوج لان النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل عليها فيكون مشروعا. قيدنا بكونه لزوجها لانه لو كان غائبا فلا تتزين لفقد العلة، وقيدنا بالرجعية لان المعتدة من طلاق بائن لا يجوز لها التزين

مطلقا لحرمة النظر إليها وعدم مشروعية الرجعة، كذا في غاية البيان. وخرجت المعتدة عن وفاة فإنها تحد. وقيدنا بكونها مرجوة لانها لو كانت تعلم أنه لا يراجعها لشدة بغضها فإنها لا تفعل ذلك كما ذكره في شرح مسكين: وقد صرحوا بأن للزوج أن يضرب امرأته على تركها الزينة إذا طلبها منها لانها حقه وهو شامل للمطلقة رجعيا. قوله: (وندب إن لا يدخل عليها حتى يؤذنها) أي يعلمها بدخوله إما بخفق النعل أو بالتنحنح أو بالنداء أو نحو ذلك. أطلقه فشمل ما إذا قصد رجعتها أو لا، فإن كان الاول فإنه لا يأمن أن يرى الفرج بشهوة فتكون رجعة بالفعل من غير إشهاد وهو مكروه من جهتين كما قدمناه، وإن كان الثاني فلانه ربما يؤدي إلى تطويل العدة عليها بأن يصير مراجعا بالنظر من غير قصد ثم يطلقها وذلك إضرار بها. فبهذا علم أنه لا يحتاج إلى حمل المتون على ما إذا لم يقصد رجعتها كما فعل في الهداية وغيرها، وإنما هي على إطلاقها كما لا يخفى، وقد صرح

***

[٩٣]

بالاطلاق الولوالجي في فتاواه قوله: (ولا يسافر بها) يعني يحرم عليه السفر بها لقوله تعالى * (ولا تخرجوهن من بيوتهن) * [الطلاق: ١] ولحرمته لم يكن رجعة لان الرجعة مندوبة والمسافرة بها حرام، ومراده إذا كان يصرح بعدم رجعتها، أما إذا سكت كانت رجعة دلالة كما أشار إليه في فتح القدير وشرح الجامع الصغير للقاضي وفتاويه والبدائع وغاية البيان معللين بأن السفر دلالة الرجعة فانتفى به ما ذكره الشارح من أن السفر ليس دلالة الرجعة وأورد أن التقبيل بشهوة يكون رجعة وإن نادى على نفسه بعدم الرجعة وجوابه الفرق بالحل والحرمة كما نقلنا، كذا في فتح القدير. وأجاب الشمني بأن التقبيل رجعة حقيقة لا دلالة بخلاف السفر فإنه رجعة دلالة لانه يستلزم شيئا تثبت به الرجعة. قيد بالسفر أي بإنشائه لانه لو طلقها في السفر لها أن تمشي معه، ذكره الاسبيجابي. ومراده من المسافرة بها إخراجها من بيتها لا السفر الشرعي المقدر بثلاثة أيام لانه يحرم إخراجها إلى ما دونه أيضا للنهي المطلق لكن لا يكون رجعة دلالة. واعلم أن في الهداية ما يدل على أن حرمة المسافرة بها مقيدة بما إذا لم يراجعها في عدتها لانه تبين أن المبطل للعصمة عمل عمله من وقت الطلاق حتى احتسبت الاقراء الماضية من العدة فكانت المسافرة بأجنبية، أما إذا راجعها في عدتها تبين أنه لم يعمل عمله فزالت الحرمة قوله: (والطلاق الرجعي لا يحرم الوطئ) لما قدمناه من الآيات والمعنى أول الباب فلا يلزم به عقر، والشافعي لما حرمه أوجب له العقر. وفي المعراج معزيا إلى الروضة للشافعية: لو وطئها فلا حد عليه، وإن كان عالما بالتحريم وفيه وجه ضعيف لا يجب التعزير إن كان جاهلا أو يعتقد إباحته وإلا فيجب، ولو وطئها ولم يراجعها يجب مهر المثل، ولو راجعها فالنص وجوب مهر المثل. وفي الروضة أيضا قال الشافعي: إنها زوجته في خمس مواضع من كتاب الله: في آية الميراث والايلاء والظهار واللعان والطلاق وعدة الوفاة وكذا في عدم اشتراط الولي في الرجعة وعدم اشتراط لفظة النكاح والتزويج ورضاها عند الكل ا ه‍. وأشار إلى أن الخلوة بها لا تحرم لكنها مكروهة كراهة تنزيهية إن لم يكن من قصده المراجعة وإلا فلا، وكذا القسم لانه لو ثبت لها القسم لخلا بها فربما أدى إلى المساس بشهوة فيصير مراجعا وهو لا يريدها فيطلقها فتطول العدة عليها حتى لو كان من قصده المراجعة كان لها القسم، كذا في البدائع والله سبحانه وتعالى أعلم.

***

[٩٤]

فصل فيما تحل به المطلقة قوله: (وينكح مبانته في العدة وبعدها) أي المبانة بما دون الثلاث لان المحلية باقية لان زوالها معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبلها ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في الاطلاق له قوله: (لا المبانة بالثلاث لو حرة وبالثنتين لو أمة حتى يطأها غيره ولو مراهقا بنكاح صحيح وتمضي عدته لا بملك يمين) أي لا ينكح مبانته بالبينونة الغليظة. أطلقه فشمل ما إذا كان قبل الدخول أو بعده كما صرح به في الاصل، وأما ما عن المشكلات فيمن طلق امرأته قبل الدخول بها ثلاثا فله أن يتزوجها بلا تحليل. وأما قوله تعالى * (فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) * [البقرة: ٠٣٢] ففي المدخول بها ا ه‍. فمعناه أنه طلقها ثلاثا متفرقة فلا يقع إلا بالاولى لا الثلاث بكلمة واحدة كما ذكره العلامة البخاري شارح الدرر فحينئذ لا حاجة إلى ما في فتح القدير من أنها زلة عظيمة إلى أن قال لا يبعد إكفار مخالفه. وفي القنية أن سعيد بن المسيب رضي الله عنه رجع عن مذهبه في أن الدخول بها ليس بشرط في صيرورتها حلالا للاول ولو قضى به قاض لا ينفذ قضاؤه، فإن شرط الدخول ثبت بالآثار المشهورة. م

فع: يحتال في التطليقات الثلاث ويأخذ الرشى بذلك ويزوجها للاول بدون دخول الثاني هل يصح النكاح وما جزاء من يفعل ذلك قالوا: إن يسود وجهه ويبعد. فع فقيه يفتي بمذهب سعيد بن المسيب وبزوج للاول قال: بقيت مطلقة بثلاث ويعزر الفقيه ا ه. وشمل ما إذا طلقها أزواج كل زوج ثلاثا قبل الدخول فتزوجت بآخر فدخل بها تحل للكل. وأشار بالوطئ إلى أن الشرط الايلاج بشرط كونه عن قوة نفسه وإن كان ملفوفا بخرقة إذا كان يجد لذة حرارة المحل، فلو أولج الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الجماع لا بقوته بل بمساعدة اليد لا يحلها للاول إلا إن انتعش وعمل بخلاف من في
***
[٩٥]
آلته فتور وأولجها فيها حتى التقى الختانان فإنها تحل به. وخرج المجبوب الذي لم يبق له شئ يولج في محل الختان فلا تحل بسحقه حتى تحبل، ودخل الخصي الذي مثله يجامع فيحلها. وأراد بالمراهق الذي مثله يجامع وتتحرك آلته ويشتهي الجماع، وقدره شمس الاسلام بعشر سنين. واحترز به عن الصغير الذي لا يجامع مثله فلا يحلها. وأطلق الوطئ فشمل ما إذا وطئها في حيض أو نفاس أو إحرام وإن كان حراما. وشمل ما إذا كان الزوج الثاني مسلما أو ذميا فتحل الذمية بوطئ الذمي لزوجها المسلم، وسواء كان حرا أو عبدا ولهذا قالوا: لو حافت ظهور أمرها في التحليل تهب لمن تثق به ثمن عبد فيشتري لها مراهقا فيزوجها منه بشاهدين ثم يهب العبد لها فيبطل النكاح ثم تبعث العبد إلى بلد آخر فلا يظهر أمرها. وهذا مبني على ظاهر المذهب من أن الكفاءة في النكاح ليست بشرط في الانعقاد، وأما على رواية الحسن المفتى بها فلا يحلها العبد لفقد الكفاءة لكن بشرط أن يكون لها ولي، أما إذا لم يكن لها ولي فيحلها اتفاقا، والاولى أن يكون حرا بالغا فإن مالكا يشترط الانزال كما في البزازية. وأشار بالوطئ إلى أن المرأة لا بد أن يوطأ مثلها، أما إذا كانت صغيرة لا يوطأ مثلها لا تحل للاول بهذا الوطئ، وإلى أنه لا بد من التيقن بكونه في المحل حق لو كانت المرأة مفضاة لا تحل للاول بعد دخول الثاني إلا إذا حبلت ليعلم أن الوطئ كان في قبلها. وفي القنية: المحلل إذا أولج في مكان البكارة تحل للاول والموت لا يقوم مقام الدخول في حق التحليل ا ه. مع أنه نقل في المحيط من كتاب الطهارة أنه لو أتى امرأة وهي عذراء لا غسل عليه ما لم ينزل لان العذرة مانعة من مواراة الحشفة ا ه. وأراد بالنكاح الصحيح النافذ فخرج النكاح الفاسد والموقوف كما لو تزوجها عبد بغير إذن سيده ثم وطئها قبل الاجازة لا يحلها إلا إذا وطئها بعد الاجازة. وأشار إلى أن الانزال ليس بشرط لانه مشبع. ودخل في قوله لا يملك يمين ثلاث صور: الاولى أن الامة لو طلقها زوجها اثنتين وانقضت عدتها فوطئها المولى لا تحل لزوجها. الثانية لو اشتراها الزوج بعد الثنتين لا تحل له بوطئه حتى تتزوج بغيره. الثالثة لو كانت تحته حرة فطلقها ثلاثا ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم استرقها م تحل له حتى تتزوج بزوج آخر.
***
[٩٦]
وفي مناقب البزازي: إذا كان العقد بلا ولي بل بعبارة المرأة أو كان بلفظ الهبة أو كان بحضرة فاسقين ثم طلقها ثلاثا ثم أراد أن تحل له بلا زوج فإنه يرفع الامر إلى شافعي فيقضي ببطلان النكاح وبزوجها له بعقد جديد ولا يرد أن القضاء بفساد النكاح يستلزم حرمة الوطئ المتقدم وأن الاولاد متولدة من وطئ حرام لانا نقول: القضاء يعمل في القائم والآتي لا في الماضي ا ه. وفي فتاويه: وإن حافت أن لا يطلقها المحلل تقول له حتى يقول إن تزوجتك وجامعتك فأنت طالق ا ه. وأطلق فشمل ما إذا كان الزوج الاول معترفا بالطلاق الثلاث أو منكرا بعد أن كان الواقع الطلاق الثلاث ولهذا قالوا: لو طلقها ثلاثا وأنكر لها أن تتزوج بآخر وتحلل نفسها سرا منه إذا غاب في سفر فإذا رجع التمست منه تجديد النكاح لشك خالج قلبها لا لانكار الزوج النكاح. وقد ذكر في القنية خلافا فرقم للاصل بأنها إن قدرت على الهروب منه لم يسعها أن تعتد وتتزوج بآخر لانها في حكم زوجية الاول قبل القضاء بالفرقة، ثم رمز شمس الائمة الاوزجندي وقال: قالوا هذا في القضاء ولها ذلك ديانة، وكذلك إن سمعته طلقها ثلاثا ثم جحد وحلف أنه لم يفعل وردها القاضي عليه لم يسعها المقام معه ولم يسعها أن تتزوج بغيره أيضا. قال - يعني البديع: والحاصل أنه على جواب شمس الاسلام الاوزجندي ونجم الدين النسفي والسيد أبي شجاع وأبي حامد والسرخسي يحل لها أن تتزوج بزوج آخر فيما بينها وبين الله تعالى، وعلى جواب الباقين لا يحل انتهى. وفي الفتاوى السراجية: إذا أخبرها ثقة أن الزوج طلقها وهو غائب وسعها أن تعتد وتتزوج ولم يقيده بالديانة والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله: وقد نقل في القنية قبل ذلك عن شرح السرخسي ما صورته: طلق امرأته ثلاثا وغاب عنها فلها أن تتزوج بزوج آخر بعد العدة ديانة. ونقل آخر أنه لا يجوز في المذهب الصحيح ا ه. قلت: إنما رقم لشمس الائمة الاوزجندي وهو الموافق لما تقدم عنه والقائل بأنه المذهب الصحيح العلاء الترجماني ثم رقم بعده لعمر النسفي وقال: حلف بثلاثة فظن أنه لم يحنث وعلمت الحنث وظنت أنها لو أخبرته ينكر اليمين فإذا غاب عنها بسبب من الاسباب فلها التحلل ديانة لا قضاء. قال عمر

***

[٩٧]

النسفي: سألت عنها السيد أبا شجاع فكتب أنه يجوز. ثم سألته بعد مدة فقال: إنه لا يجوز. والظاهر أنه إنما أجاب في امرأة لا يوثق بها ا ه. كذا في شرح المنظومة. وفي البزازية: شهد أن زوجها طلقها ثلاثا إن كان غائبا ساغ لها أن تتزوج بآخر، وإن كان حاضرا لا لان الزوج إن أنكرا احتيج إلى القضاء بالفرقة ولا يجوز القضاء بها إلا بحضرة الزوج ا ه. وفيها: سمعت بطلاق زوجها إياها ثلاثا ولا تقدر على منعه إلا بقتله إن علمت أنه يقربها تقتله بالدواء ولا تقتل نفسها. وذكر الاوزجندي أنها ترفع الامر إلى القاضي فإن لم يكن لها بينة تحلفه، فإن حلف فالاثم عليه، وإن قتلته فلا شئ عليها والبائن كالثلاث ا ه. وفي التتارخانية: وسئل الشيخ أبو القاسم عن امرأة سمعت من زوجها أنه طلقها ثلاثا ولا تقدر أن تمنعه نفسها هل يسعها أن تقتله في الوقت الذي يريد أن يقربها ولا تقدر على منعه إلا بالقتل؟ فقال: لها أن تقتله. وهكذا كان فتوى الامام شيخ الاسلام عطاء بن حمزة أبي شجاع. وكان القاضي الامام الاسبيجابي يقول: ليس لها أن تقتله. وفي الملتقط: وعليه الفتوى. وفي فتاوى الشيخ الامام محمد بن الوليد السمرقندي في مناقب أبي حنيفة عن عبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة أن لها أن تقتله. وفي المحيط في مسألة النظم: وينبغي لها أن تفتدي بمالها وتهرب منه فإن لم تقدر قتلته متى علمت أنه يقربها ولكن ينبغي أن تقتله بالدواء وليس لها أن تقتل نفسها. قلت قال في المنتقى: وإن قتلته بالآلة يجب عليها القصاص ا ه. وفي التتمة: سئل عن امرأة حرمت على زوجها ولا تقدر أن تتخلص ولو غاب عنها سحرته وردته إليها هل يحتال في قتلها بالسم وغيره ليتخلص منها؟ قال: لا يحل ويبعد عنها بأي وجه قدر والله أعلم ا ه. قوله: (وكره بشرط التحليل للاول) أي كره التزوج الثاني بشرط أن يحلها للاول بأن قال تزوجتك على أن أحللك له أو قالت المرأة ذلك، أما لو نويا كان مأجورا لان مجرد النية في المعاملات غير معتبر. وقيل: المحلل مأجور وتأويل اللعن إذا شرط الاجر كذا في البزازية. والمراد بالكراهة كراهة التحريم فينتهض سببا للعقاب لما روى النسائي والترمذي وصححه مرفوعا: لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له. لانه لو كان فاسدا لما سماه محللا، ولو كان غير مكروه لما لعنه. وهل هذا الشرط لازم؟ قال في البزازية: زوجت المطلقة نفسها من الثاني بشرط أن يجامعها ويطلقها لتحل للاول قال الامام: النكاح والشرط جائزان

***

[٩٨]

حتى إذا أبى الثاني طلاقها أجبره القاضي على ذلك وحلت للاول ا ه. ونقله في غاية البيان عن روضة الزندوسني ورده في فتح القدير بأن هذا مما لم يعرف في ظاهر الرواية ولا ينبغي أن يعول عليه ولا يحكم به لانه بعد كونه ضعيف الثبوت تنبو عنه قواعد المذهب لانه لا شك أنه شرط في النكاح لا يقتضيه العقد والعقود في مثله على قسمين. منها ما يفسد كالبيع ونحوه، ومنها ما يبطل فيه ويصح الاصل، ولا شك أن النكاح مما لا يبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط ويصح هو فيجب بطلان هذا وأن لا يجبر على الطلاق، نعم يكره الشرط كما تقدم من مجمل الحديث ويبقى ما وراءه وهو قصد التحليل بلا كراهة ا ه. قوله: (ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث) حتى لو طلقها واحدة وانقضت عدتها وتزوجت بآخر وطلقها وانقضت عدتها منه ثم تزوجها الاول يملك عليها ثلاثا إن كانت حرة وثنتين إن كانت أمة، ولا يتحقق في الامة إلا هدم طلقة واحدة، وعند محمد يملك عليها ثنتين في الحرة وواحدة في الامة، ومراده إن دخل بها ولو لم يدخل بها لا يهدم اتفاقا كما في القنية. وقد أخذ أبو حنيفة وأبو يوسف فيها بقول شبان الصحابة رضي الله عنهم كابن عباس وابن عمر، وأخذ محمد بقول الاكابر كعمر وعلي رضي الله عنهما. وحاصل ما استدلوا به من قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له بطريق الدلالة أنه لما كان محللا في الغليظة ففي الخفيفة أولى، أو بالقياس بجامع كونه زوجا، ورده المحقق

في فتح القدير والتحرير بأن التحليل إنما جعل في حرمتها بالثلاث فلا حرمة قبلها فظهر أن القول ما قاله محمد وباقي الائمة الثلاث. قوله: (ولو أخبرت مطلقة الثلاث بمضي عدته وعدة الزوج الثاني والمدة تحتمله له أن يصدقها إن غلب على ظنه صدقها) يعني للزوج الاول أن يتزوجها لانه معاملة أو أمر ديني لتعليق الحل به وقول الواحدة فيهما مقبول وهو غير مستنكر إذا كانت المدة تحتمله، وقد اقتصر المصنف في إخبارها على ما ذكر وذكره في الهداية مبسوطا فقال: قالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي. وفي النهاية إنما ذكر إخبارها هكذا مبسوطا لانها لو قالت حللت لك فتزوجها ثم قالت لم يكن الثاني دخل بي إن كانت عالمة بشرائط الحل لم تصدق وإلا تصدق وفيما ذكرته مبسوطا لا تصدق في كل حال. وعن السرخسي لا يحل له أن يتزوجها حتى يستفسرها لاختلاف بين الناس في حلها بمجرد العقد. وفي التفاريق: لو تزوجها ولم يسألها ثم قالت ما تزوجت أو ما دخل بي صدقت إذ

***

[٩٩]

لا يعلم ذلك إلا من جهتها. واستشكل بأن إقدامها على النكاح دليل على اعتراف منها بصحته فكانت متناقضة فينبغي أن لا يقبل منها كما لو قالت بعد التزوج بها كنت مجوسية أو مرتدة أو معتدة أو منكوحة الغير أو كان العقد بغير شهود، ذكره في الجامع الكبير وغيره بخلاف قولها لم تنقض عدتي. ولو قال الزوج لها ذلك وكذبته تقع الفرقة كأنه طلقها ولذا يجب عليه نصف المهر المسمى أو كماله ا ه. من قائله. ثم رأيت في الخلاصة ما يوافق الاشكال المذكور. وقال في الفتاوى في باب الباء: لو قالت بعدما تزوجها الاول ما تزوجت بآخر وقال الزوج الاول تزوجت بآخر ودخل بك لا تصدق المرأة ا ه. ولو قال الزوج النكاح وقع فاسدا لاني جامعت أمها إن صدقته المرأة لا تحل للزوج الاول، وإن كذبته تحل، كذا أجاب القاضي الامام. ولو قالت دخل بي الثاني والثاني منكر فالمعتبر قولها، وكذا على العكس. وفي النهاية: ولم يمر بي لو قال المحلل بعد الدخول كنت حلفت بطلاقها إن تزوجتها هل تحل للاول. قلت: يبتني الامر على غالب ظنها إن كان صادقا عندها فلا تحل له، وإن كان كاذبا تحل. وعن الفضلي: لو قالت تزوجني فإني تزوجت غيرك وانقضت عدتي فتزوجها ثم قالت ما تزوجت صدقت إلا أن تكون أقرت بدخول الثاني كأنه - والله أعلم - يحمل قولها تزوجت على العقد وقولها ما تزوجت على معنى ما دخل بي لا على إنكار ما اعترفت به ولذا قال إلا أن تكون أقرت بدخول الثاني فإنه لم يقبل قولها فإنه حينئذ تكون مناقضة صريحة، كذا في فتح القدير. وأشار بقبول قولها إلى أنه لا عبرة بقول الزوج الثاني حتى لو قال لم أدخل بها أو كان النكاح فاسدا وكذبته فالمعتبر قولها، ولو قال الزوج الاول لها ذلك يعتبر قوله في حق الفرقة كأنه طلقها لا في حقها حتى يجب لها نصف المسمى أو كماله إن دخل بها. وأشار بقوله إن غلب على ظنه صدقها إلى أن عداتها ليست شرطا ولهذا قال في البدائع وكافي الحاكم وغيرهما: لا بأس أن يصدقها إذا كانت ثقة عنده أو وقع في قلبه صدقها، وبقبول قول المطلقة إلى أن منكوحة رجل قالت لآخر طلقني زوجي وانقضت عدتي جاز تصديقها إذا وقع في الظن صدقها عدلة كانت أم لا، ولو قالت نكاحي الاول فاسد ليس له أن يصدقها وإن كانت عدلة، كذا في البزازية وفيها: سمع رجل من امرأة أنها مطلقة الثلاث والزوج يقول لا بل مطلقة الثنتين لا يسع لمن سمع منها أن يحضر نكاحها ويمنعها ما استطاع. أراد أن يتزوج امرأة فشهد عنده أو عند القاضي أن لها زوجا فتزوجها لا يفرق انتهى. وفيها: قالت طلقني ثلاثا ثم أرادت تزويج نفسها منه ليس لها ذلك أصرت عليه أم كذبت نفسها ا ه. وقيد بقوله والمدة تحتمله لان المدة لو لم تحتمله فإنه لا يصدقها واحتمالها أن يذكر لكل عدة ما يمكن وهو شهران عند أبي حنيفة، وتسعة وثلاثون يوما عندهما، تمامه في الشرح ولكن في القنية برقم شب: قالت المعتدة أسقطت سقطا استبان خلقه أو بعض خلقه تصدق وتنقضي به العدة وإن أخبرت بعد الطلاق بساعة أو يوم ففي

***

[١٠٠]

بق: إذا قالت انقضت عدتي في يوم أو أقل تصدق أيضا وإن لم تقل سقط لا حتماله بو: خلافه ا ه. فقولهم الامكان بشهرين عند الامام محله ما إذا لم تقل أسقطت سقطا استبان بعض خلقه وجزمهم بهذه المدة دليل على ضعف قول من قال بقبول قولها انقضت عدتي بعد يوم أو أقل لاحتمال سقوط سقط من غير تصريح منها بذلك والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب. باب

الايلاء لما كان الايلاء يوجب البينونة في ثاني الحال كالطلاق الرجعي أولاه به وهو لغة اليمين وشرعا قوله: (هو الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر أو أكثر) أي الزوجة وهو تعريف لاحد قسمي الايلاء الحقيقي وهو ما اشتمل على القسم كقوله آليت أن لا أقربك أو حلفت أو والله أو ما يؤل إليه كقوله أنا منك مول قاصدا به الايجاب أو أنت مثل امرأة فلان وقد كان فلان آلى من امرأته لان معناه أنا منك حالف، وكذا الثاني يؤول إليه فانجل إلى القسم، وأما ما كان في معنى اليمين وهو اليمين بتعليق ما يستشقه على القربان فسنتكلم عليه بعده. وبهذا سقط اعتراض ابن الهمام تبعا للشارح من أنه يرد عليه اليمين بتعليق ما لا يستشقه كقوله إن وطئتك فلله علي أن أصلي ركعتين فإنه لا يكون موليا مع أن التعريف شامل له مع أن في كونه موليا اختلافا فما ذكروه من عدم كونه موليا هو قول أبي يوسف. وقال محمد: يكون موليا كما في المجتمع فجازان يكون المؤلف قصد تعريف الايلاء المتفق عليه وان كان المعتمد قول أبي يوسف كما سيأتي. والتعريف الشامل لكل من القسمين السالم من الايراد قولنا اليمين على ترك قربانها أربعة أشهر فصاعدا بالقسم أو بتعليق ما يستشقه على القربان، وعلى
***
[١٠١]
هذا فقولهم المولي من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو الكفارة مبنى على أحد قسمي الايلاء الحقيقي فلا يعترض عليهم بالمعنوي كما في فتح القدير، والشامل لهما المولي من لا يخلو أحد المكروهين من الطلاق لزوم ما يشق عليه وأوردت عليه إيلاء الذمي على قول أبي حنيفة فإنه إذا قربها خلا عنهما كما سيأتي ولكن قال في الكافي: إنه ما خلا عن حنث لزمه بدليل أنه يحلف في الدعاوى بالله العظيم ولكن منع من وجوب الكفارة عليه مانع وهو كونها عبادة وهو ليس من أهلها وما إذا قال لاربع نسوة والله لا أقربكن صار موليا منهن ويمكنه قربان ثلاث من غير شئ يلزمه لانه لا يحنث إلا يقربان جميعهن. وركنه الحلف المذكور، وشرطه محليه المرأة بأن تكون منكوحة وقت تنجيز الايلاء فلا يرد ما لو قال إن تزوجتك فوالله لا أقربك فتزوجها فإنه يصير موليا عندنا كما في المبسوط. وأهلية الزوج للطلاق عنده وللكفارة عندهما فيصح ايلاء الذمي عنده مما فيه كفارة نحو والله لا أقربك فإن قربها لا تلزمه كفارة. وفائدة كونه موليا أن المدة لو مضت بلا قربان بانت بتطليقة ولا يصح عندهما، أما لو آلى بما هو قربة كالحج لا يصح اتفاقا أو بما لا يلزم كونه قربة كالعتق فإنه يصح اتفاقا فإيلاء الذمي على ثلاثة أوجه وعدم النقص عن أربعة أشهر في الحرة من الشرائط فهي ثلاث. وحكمه لزوم الكفارة أو الجزاء المعلق بتقدير الحنث بالقربان ووقوع طلقة بائنة بتقدير البر. قوله: (كقوله والله لا أقربك أربعة أشهر أو والله لا أقربك) لقوله تعالى * (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) * [البقرة: ٦٢٢] وأفاد بالمثالين أنه لا فرق بين تعيين المدة أو الاطلاق لانه كالتأبيد وبإطلاقه إلى أن هذا اللفظ صريح فيه لانه لم يشترط فيه النية ومثله لا أجامعك، لا أطؤك، لا أباضعك، لا أغتسل منك من جنابة، فلو ادعى أنه لم يعن الجماع لا يصدق قضاء ويصدق ديانة. والكناية كل لفظ لا يسبق إلى الفهم معنى الوقاع ويحتمل غيره ما لم ينو نحو لا أمسك ولا آتيك، ولا أغشاك، لا المسك، لاغيظنك، لاسؤنك، لا أدخل
***
[١٠٢]
عليك، لا أجمع رأسي ورأسك، لا أضاجعك، لا أدنو منك، لا أبيت معك في فراش، لا يمس جلدي جلدك، لا أقرب فراشك، فلا يكون إيلاء بلا نية ويدين في القضاء. وفي غاية البيان معزيا إلى الشامل: حلف لا يقربها وهي حائض لا يكون موليا لان الزوج ممنوع عن الوطئ بالحيض فلا يصير المنع مضافا إلى اليمين ا ه‍. وبهذا علم أن الصريح وإن كان لا يحتاج إلى النية لا يقع به لوجود صارف. وقيد المصنف بالقسم لانه لو قال لا أقربك ولم يقل والله لا يكون موليا، كذا ذكر الاسبيجابي. وفي البدائع: لو آلى من امرأته ثم قال لامرأته الاخرى أشركتك في إيلائها لم يصح فإن كان مكان الايلاء ظهار صح، والفرق أن الشركة في الايلاء لو صحت لثبتت الشركة في المدة فيصير كل واحد منهما أقل من أربعة أشهر وهذا يمنع صحة الايلاء انتهى. والطلاق كالظهار وهو يفيد أنه لو آلى منها مدة لو قسمت خص كل واحدة منهما أربعة أشهر فأكثر فإنه يكون موليا من الثانية بالتشريك. وذكر الكرخي لو قال لامرأته أنت علي حرام ثم قال لامرأته الاخرى قد أشركتك معها كان موليا من كل منهما لان إثبات الشركة لا يغير موجب اليمين هنا فإنه لو قال

أنتما علي حرام كان موليا من كل واحدة منهما على حدة وتلزمه الكفارة بوطئهما بخلاف قوله والله لا أقربكما لان هذا صار إيلاء لما يلزمه من هتك حرمة الاسم وذلك لا يتحقق إلا بقربانهما. وأما قوله أنتما علي حرام صار إيلاء باعتبار معناه وهو إثبات التحريم وإثبات التحريم قد وجد في كل واحدة منهما فيثبت الايلاء في حق كل واحدة منهما، ولو حلف لا يقربها في زمان أو مكان معين لا يكون موليا خلافا لابن أبي ليلى لانه يمكنه قربانها في مكان آخر أو زمان آخر، ولو حلف لا يقرب امرأته وأجنبية لا يصير موليا ما لم يقرب الاجنبية لانه يمكنه قربان امرأته من غير شئ يلزمه لان الايلاء واحد ولا يصح في حق الاجنبية في حق الطلاق فكذلك في حق امرأته فإذا قرب الاجنبية لا يمكنه قربانها إلا بكفارة تلزمه وصار كما لو حلف لا يقرب امرأته وأمته، ولو حلف لا يقربها إن شاءت يتوقف على مشيئتها لانه طلاق مؤجل فيجوز تعليقه بمشيئتها كالطلاق المنجز، كذا في المحيط. ومن الكنايات أنت علي مثل
***
[١٠٣]
امرأة فلان وقد كان فلان آلى من امرأته فإن كان نوى الايلاء كان موليا وإلا فلا. ومنها ما لو قال أنت علي كالميتة كذا في الظهيرية وسيأتي أنت علي حرام. وأراد بقوله والله ما ينعقد به اليمين كقوله تالله وعظمة الله وجلاله وكبريائه فخرج ما لا ينعقد به اليمين كقوله وعلم الله لا أقربك وعلي غضب الله وسخطه إن قربتك وإن جعل للايلاء غاية إن كان لا يرجى وجودها في مدة الايلاء كان موليا كما إذا قال والله لا أقربك حتى أصوم المحرم وهو في رجب أو لا أقربك إلا في مكان كذا وبينه مسيرة أربعة أشهر فصاعدا فإنه يكون موليا، وإن كان أقل لم يكن موليا. وكذا إذا قال حتى تفطمي طفلك وبينها وبين الفطام أربعة أشهر فصاعدا فإنه يكون موليا وإن كان أقل لم يكن موليا. وإن قال لا أقربك حتى تطلع الشمس من مغربها أو حتى تخرج الدابة أو الدجال كان القياس أن لا يكون موليا لانه يرجى وجود ذلك ساعة فساعة. وفي الاستحسان يكون موليا لان هذا اللفظ في العرف والعادة إنما يكون للتأبيد. وكذا إذا قال حتى تقوم الساعة أو قال حتى يلج الجمل في سم الخياط فإنه يكون موليا، فإن كان يرجى وجوده في المدة لا مع بقاء النكاح فإنه يكون موليا أيضا مثل أن يقول والله لا أقربك حتى تموتي أو أقتل أو حتى أطلقك ثلاثا فإنه يكون موليا إجماعا. وكذا إذا كانت أمة فقال لا أقربك حتى أملكك أو أملك شقصا منك يكون موليا. وإن قال حتى أشتريك لا يكون موليا لانه قد يشتريها لغيره ولا يفسد النكاح. ولو قال حتى أشتريك لنفسي لا يكون موليا أيضا لانه ربما يشتريها لنفسه شراء فاسدا. ولو قال اشتريتك لنفسي وأقبضك كان موليا. وإن كان يرجى وجوده مع بقاء النكاح كان موليا مثل أن يقول إن قربتك فعبدي حر، كذا في الجوهرة. وقيد بالقربان لانه لو قال والله لا يمس جلدي جلدك لا يكون موليا لانه يحنث في يمينه بالمس بدون الجماع في الفرج. ولو قال والله لا يمس فرجي فرجك يكون موليا لانه يراد بهذا الكلام الجماع في الفرج. ولو قال لامرأته إن قربتك أو دعوتك إلى فراشي فأنت طالق لا يكون موليا لانه يمكنه قربانها من غير وقوع
***
[١٠٤]
الطلاق بأن يدعوها إلى الفراش فيحنث، ثم يقربها بعد ذلك من غير أن يحنث بالقربان. ولو قال لامرأته إن اغتسلت من جنابتي ما دمت امرأتي فأنت طالق ثلاثا وأعاد هذا القول وكانت المرأة حاملا ولم يقربها بعد المقالة حتى وضعت حملها بعد أربعة أشهر فصاعدا فإنها تبين بواحدة عند انقضاء أربعة أشهر لانه كان موليا وتنقضي عدتها بوضع الحمل، فإن تزوجها بعد ذلك لا يكون موليا لو قربها لا يحنث لان اليمين كانت موقتة إلى بقاء النكاح وبعدما وقعت تطليقة بالايلاء لا يقع عليها طلاق آخر وإن مضت أربعة أشهر أخرى قبل وضع الحمل لان المبانة بالايلاء لا يقع عليها طلاق آخر بحكم ذلك الايلاء وإن كانت في العدة ما لم تتزوج وتمامه في الخانية. وعلم أن القربان مصدر قرب يقرب من باب فعل بكسر العين في الماضي وفتحها في المضارع وله مصدران: القربان والقرب بمعنى الدنو، كذا في ضياء الحلوم. قوله: (فإن وطئ في المدة كفر) بتشديد الفاء أي لزمته الكفارة إذا كانت يمينه بالله تعالى وبه قالت الائمة الثلاثة. ووعد المغفرة بسبب الفئ الذي هو مثل التوبة لا ينافي الزام الكفارة لانه حكم دنيوي وذاك أخروي. قيد بالوطئ لانه لو كفر قبله لا يكون كفارة، كذا ذكر الاسبيجابي. وأطلق في الوطئ فشمل ما إذا جن بعد الايلاء ثم وطئها انحلت وسقط الايلاء، كذا في فتح

القدير قوله: (وسقط الايلاء) بإجماع الفقهاء حتى لو مضت أربعة أشهر لا يقع طلاق لانحلال اليمين بالحنث وسواء حلف على أربعة أشهر أو أطلق أو على الابد قوله: (وإلا بانت) أي إن لم يطأ في المدة وهي أربعة أشهر وقعت عليه طلقة بائنة لانه قد وقع التخلص من الظلم ولا يكون بالرجعي لانه بسبيل من أن يردها إلى عصمته ويعبد الايلاء فتعين البائن لتملك نفسها وتزول سلطنته عنها جزاء لظلمه وهو مروي عن عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وتمامه في فتح القدير. وذكر الاسبيجابي أن العدة من وقت البينونة وبه فارق الطلاق الرجعي فإنه وإن أوجب بينونة في ثاني الحال كالايلاء لكن العدة فيه من وقت الطلاق لا البينونة. وفي المبسوط: وإذا ادعى أنه قد جامعها فإن ادعى في الاربعة الاشهر فالقول قوله، وإن ادعى ذلك بعد مضي المدة لم يقبل قوله بناء على الاصل المعروف أنه متى أقر بما يملك انشاءه لا يكون متهما، فلو أقام بينة على مقالته في الاربعة الاشهر أنه قد جامعها فهي امرأته لانه الثابت بإقراره كالثابت بالمعاينة وهي من أعجب المسائل أنه لا يقبل إقراره بعد مضي المدة ويتمكن من إثباته بالبينة ا ه. قوله: (وسقط اليمين لو حلف على أربعة أشهر) لانها موقتة بوقت فلا تبقى بعد مضيه قوله: (وبقيت لو على الابد) أي بقيت اليمين لو كان حلف على الابد سواء صرح به أو أطلق
***
[١٠٥]
لعدم ما يبطلها من حنث أو مضى وقت قوله: (فلو نكحها ثانيا وثالثا ومضت المدتان بلا فئ بانت بأخريين) يعني لو تزوجها بعدما بانت بالايلاء ثم مضت المدة بعد التزوج الثاني بانت بتطليقة أخرى. وكذا لو تزوجها بعد ذلك ثالثا ومضت المدة بانت بثالثة. وتعتبر المدة من وقت التزوج لان به يثبت حقها في الجماع وبامتناعه صار ظالما فيجازى بإزالة نعمة النكاح. وأشار إلى أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لا حق لها في الجماع قبله وهو الاصح بخلاف ما لو أبانها بتنجيز الطلاق ثم مضت مدة الايلاء وهي في العدة حيث تقع أخرى بالايلاء لانه بمنزلة التعليق بمضي الزمان والمعلق لا يبطل بتنجيز ما دون الثلاث. وفي الظهيرية: لو قال والله لا أقربك أبدا فمضت أربعة أشهر ووقع الطلاق ثم مضت أربعة أشهر أخرى وهي في العدة تقع أخرى، وكذلك هذا في الكرة الثالثة. ولو تزوجها بعد انقضاء العدة تعتبر مدة الايلاء الثاني من وقت التزوج، ولو تزوجها في العدة تعتبر المدة من وقت وقوع الطلاق الاول ا ه. قوله: (فإن نكحها بعد زواج آخر لم تطلق) لتقييده بطلاق هذا الملك وقد انتهى بالثلاث سواء وقعت متفرقة بسبب الايلاء المؤبد أو نجزها بعد الايلاء قبل مضي مدته ثم عادت إليه بعد زوج آخر لبطلان الايلاء فلا يعود بالتزوج قوله: (فلو وطئها كفر لبقاء اليمين) أي لو وطئها بعد ما عادت إليه بعد زوج آخر لزمه التكفير عن يمينه لبقائها في حقه وإن لم يبق في حق الطلاق. وفي الجامع الكبير للصدر الشهيد: الايلاء يصح في المنكرة حلف لا يقرب إحداهما ومضت المدة بانت واحدة ويخير، فإن مضت مدة أخرى قبله بانت الاخرى للتعيين ودلت أن الايلاء يبطل بالبينونة وأنه لا ينعقد على المبانة في العدة وهو الاصح بخلاف الابانة بغيره، وعلى هذا تكرار مدة الواحدة بخلاف كلما مضت أربعة أشهر فأنت بائن ينوي الطلاق اهـ. ومن باب اليمين في الايلاء يوجب طلاقا ويتعدد بتعدد المدة وكفارة في الحنث وتتعدد بتعدد الاسم. قال كلما دخلت واحدة من هاتين الدارين فوالله لا أقربك ودخلها، أو قال كلما دخلت هذه ودخلها مرتين يتعدد في حق الطلاق دون الكفارة، ولو قال فعلي يمين إن قربتك تعددا. قال في مجلس مرتين إذا جاء غد فوالله لا أقربك تعدد الكفارة بالوطئ لتعدد الاسم والطلاق بالبر لا لاتحاد المدة، وعند زفر تتعدد، ولو علقه بوقتين تعددا لتعددهما. قال كلما دخلت فأنت طالق ثلاثا إن قربتك أو فعبدي هذا حر يتعدد الايلاء والجزاء متحد لتعذره. قال كلما دخلت فإن قربتك فعلي يمين أو نذر أو حجة يتعدد ويشترط مع كل دخلة قربان للعطف. قال كلما دخلت فوالله لا أقربك أو قدم القسم يتعدد الطلاق
***
[١٠٦]
دون الكفارة، ولو قال إن قربتك فأنت طالق كلما دخلت لا يكون موليا لان به ينعقد ويمكنه أن لا يدخل. آلى مرارا في مجلس ونوى التكرار يتحد الطلاق والكفارة وإن عطف يتعدد الكفارة وتطلق ثلاثا يتبع بعضها بعضا قياسا وهو قول محمد وزفر، وواحدة استحسانا وهو قولهما ا هـ قوله: (ولا إيلاء فيما دون أربعة أشهر) يعني في الحرة بدليل أنه سيذكر حكم الامة وبه قال الائمة الاربعة وظاهر الآية صحة الايلاء فيما دونها لانه إنما خص بالاربعة مدة التربص وأما الحلف فمطلق، وما ذكره الشارح وغيره من المعنى فمصادرة كما في

فتح القدير ولكن كان مشايخنا إنما تمسكوا بفتوى ابن عباس على أنه تفسير للآية وتمامه في العناية والله أعلم. قوله: (والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين إيلاء) لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظه وقوله بعد هذين الشهرين قيد اتفاقي لانه لو لم يذكره كان الحكم كذلك. قيد بالواو بدون تكرار النفي والقسم لانه لو كرر النفي بأن قال والله لا أقربك شهرين ولا شهرين أو كرر القسم بأن قال والله لا أقربك شهرين والله لا أقربك شهرين لا يكون موليا لانهما يمينان فتتداخل مدتهما حتى لو قربها قبل مضي شهرين يجب عليه كفارتان، ولو قربها بعد مضيهما لا تجب عليه لانقضاء مدتهما. وحكم اليمين كحكم الايلاء في عدم التعدد إذا كانت بالواو فقط والتعدد إذا تكرر حرف النفي أو القسم، ولا فرق في تكرار القسم بين تكرار المقسم عليه أو لا حتى لو قال والله والله لا أفعل كذا فهو يمينان في ظاهر الرواية كقوله والله لا أفعل كذا والله لا أفعل كذا. واعلم أنه لا تلازم بين كونه إيلاء ويمينا فلذلك قد يتعدد البر والحنث وقد يتحدان وقد يتعدد البر ويتحد الحنث وقلبه مثال الاول: إذا جاء غد فوالله لا أقربك إذا جاء بعد غد فوالله لا أقربك فتعدد الايلاء لتعدد المدة وتعدد اليمين لتعدد الذكر فإن تركها أربعة أشهر من اليوم الاول بر في الاولى وبانت، فإذا مضى يوم آخر بر في الثانية وطلقت أيضا، ولو قربها بعد الغد تجب كفارتان وإن قربها في الغد تجب كفارة واحدة. ومثال الثاني: والله لا أقربك أربعة أشهر وكذا مسألة الكتاب.

***

[١٠٧]

ومثال الثالث كلما دخلت هذه الدار فوالله لا أقربك فدخلتها في يوم ثم في يوم ثم في يوم آخر فإن قربها تجب كفارة واحدة لاتحاد الحنث، وإن تركها أربعة أشهر من اليوم الاول بانت بطلقة، فإذا مضى يوم آخر بانت بطلقة أخرى، وكذا إذا مضي يوم آخر بانت بثالثة لتعدد البر، وفي فتح القدير: وفي هذا المثال نظر لان الحلف بالله وقع جزاء لشرط متكرر فيلزم تكرره. ولا يشكل بأنه لا حلف عند الشرط الثاني والثالث لانه لم يوجد فيه ذكر اسم الله تعالى وإلا لزم أن لا حلف عند الشرط الاول أيضا، ومع ذلك ثبت الحلف عنده ولعله اشتبه بوالله كلما دخلت الدار لا أقربك أو بكلما دخلت الدار فوالله لا أقربك ا ه‍. والجواب لا اشتباه لان المنقول في الفتاوى كالولوالجية والبزازية أن الطلاق والعتاق والظهار متى علق بشرط متكرر يتكرر واليمين لا وإن علق بمتكرر حتى لو قال كلما دخلت الدار فوالله لا أكلم زيدا فدخل الدار مرارا لا يتكرر اليمين لانه إنشاء عقد والانشاء لا يتكرر بلا تكرر صيغته، ألا ترى أنه لا يتعدد وإن سمى التعدد لان الكفارة لا تلزم بلاهتك حرمة اسم الله تعالى ا ه‍. وقوله والالزام أن لا حلف عند الشرط الاول ممنوع لانه صريح قيد كما لا يخفى. ومثال الرابع أعني اتحاد الايلاء وتعدد اليمين: إذا جاء غد فوالله لا أقربك ثم قال في المجلس إذا جاء غد فوالله لا أقربك فهو إيلاء واحدا في حكم البر حتى لو مضت أربعة أشهر من الغد طلقت وإن قربها فعليه كفارتان لاتحاد المدة وتعدد الاسم. قوله: (ولو مكث يوما ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الاولين أو قال والله لا أقربك سنة إلا يوما أو قال بالبصرة والله لا أدخل مكة وهي بها لا) أي لا يكون موليا في هذه المسائل الثلاث. أما في الاولى فلان الثاني إيجاب مبتدأ أو قد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية أربعة إلا يوما فلم تتكامل مدة المنع. أراد باليوم مطلق الزمان لانه لا فرق بين مكثه يوما أو ساعة، وتقييده بقوله بعد الشهرين اتفاق أيضا لانه لو لم يذكره لا يكون موليا أيضا لكن بينهما فرق من وجه أخر وهو أنه عند ذكره تتعين مدة اليمين الثانية، وعند عدمه تصير مدتهما واحدة وتتأخر الثانية عن الاولى بيوم ولكن في مسألة الكتاب

***

[١٠٨]

تتداخل المدتان، فلو قربها في الشهرين الاولين لزمته كفارة واحدة، وكذا في الشهرين الاخيرين لانه لم يجتمع على شهرين يمينان بل على كل شهرين يمين واحدة، وقد توارد شروح الهداية من النهاية ومختصريها وغاية البيان على الخطأ عند كلامهم على هذه المسألة فاحذره، كذا في فتح القدير. وأقول: وقيد بالوقت لانه لو أطلق بأن قال والله لا أقربك ثم قال بعد ساعة والله لا أقربك ثم بعد ساعة قال والله لا أقربك فقربها بعد اليمين الثالثة لزمه ثلاث كفارات لتداخل المحلوف عليه، ولو لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت وعند تمام الثانية وهو ساعة بعدها تبين بأخرى إذا كانت في العدة، وعند تمام الثالثة تبين بثالثة بلا خلاف. وفي الجوهرة: ولو كرر والله لا

أقربك ثلاثا في مجلس واحد، فإن أراد التكرار فالايلاء واحد واليمين واحدة، وإن لم يكن له نية فالايلاء واحد واليمين ثلاث، وإن أراد التغليظ والتشديد فالايلاء واحد واليمين ثلاث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وإذا تعدد المجلس تعدد الايلاء واليمين وتمامه فيها. وأما الثانية وهو ما إذا قال والله لا أقربك سنة إلا يوما فإن المولى من لا يمكنه القربان في المدة إلا بشئ يلزمه ويمكنه ها هنا القربان من غير شئ يلزمه لان المستثنى يوم منكر ولو قربها في يوم صار موليا إذا غربت الشمس من ذلك اليوم ولا يكون موليا بمجرد القربان بخلاف قوله سنة إلا مرة فإنه إذا قربها صار موليا من ساعته، ولا بد فيها من كون الباقي من السنة أربعة أشهر فأكثر، ذكره الاسبيجابي. قيد بالايلاء لان في الاجارة ينصرف إلى اليوم الاخير من السنة لان الصرف إلى الاخير لتصحيحها فإنها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين في الايلاء، وأما اليمين في غيره فقالوا ينصرف إلى الاخير كقوله والله أكلم فلانا سنة إلا يوما فاحتاجوا إلى الفرق بين اليمينين. وفرق صاحب النهاية بأن المعنى الحامل وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه في الحال منظور فيه بأنه مشترك الالزام إذ الايلاء أيضا يكون عن المغايظة، كذا في فتح القدير تبعا للشارح. وقد يقال لا يلزم في الايلاء أن يكون عن مغايظة كما إذا كان برضاها الخوف غيل
***
[١٠٩]
على ولدها وعدم موافقة مزاجهما ونحوه فيتفقان عليه لقطع لجاج النفس كما صرح به في فتح القدير أول الباب ولم يتنبه له هنا وتأجيل الدين كالاجارة. وقيد باليوم لانه لو قال إلا نقصان يوم انصرف إلى الاخير لان النقصان منها لا يكون إلا من آخرها عرفا والتقييد بالسنة اتفاقي لانه لو أطلق فقال لا أقربك إلا يوما لا يكون موليا أيضا لكن إذا قربها هنا صار موليا مطلقا، وكذا لا فرق بين الاقتصار على اليوم وبين وصفه بقوله إلا يوما أقربك فيه في كونه لا يكون موليا لكن هنا لا يصير موليا أبدا قربها أو لا بخلاف ما تقدم. وقيد بالاستثناء لانه لو قال لا أقربك سنة كان موليا ووقع عليه طلقتان فقط إذا تركها السنة كلها ولا تقع الثالثة، كذا في الولوالجية. وأما المسألة الثالثة وهو ما إذا كان في بلدة وامرأته في أخرى فحلف لا يدخل البلدة التي هي فيها لانه يمكنه القربان من غير شئ يلزم بالاخراج من البلد بوكيله أو نائبه قبل مضي المدة، فإن كان لا يمكنه بأن كان بينهما ثمانية أشهر صار موليا على ما في جوامع الفقه، وأما على ذكره قاضيخان فالعبرة لاربعة أشهر، والذي يظهر ضعفه لامكان خروج كل منهما إلى الآخر فيلتقيان في أقل من ذلك وقدمنا بعض مسائل الايلاء المغيا بغاية عن الجوهرة. وفي الجامع للصدر الشهيد: الغاية كالشرط. قال لا أقربك حتى أقتل أو تقتلي أو أقتلك أو تقتليني أو أملكك أو تملكيني أو ما دام النكاح بيننا فهو ومول، وحتى أشتريك لا خلافا فالزفر دليله التعليق. ولو قال حتى أعتق عبدي أو أطلق امرأتي صار موليا خلافا لابي يوسف. ولو قال حتى أقتله أو أضربه أو يأذن لي لا لامكان الغاية فإن وحدت الغاية سقطت اليمين، وكذا إن تعذرت عندهما خلافا لابي يوسف وهي معروفة. ولو قال حتى أقتلك أو فلانا وقتله بطلت، وإن مات صار موليا بعده. ولو قال حتى تموت أو يموت ومات بطلت. قال في رجب لا أقربك حتى أصوم شعبان فأفطر أول يوم منه أو عمل ما لا يستطيع معه الصوم بطلت يمينه، وعند أبي يوسف يصير موليا من وقت التعذر، عند محمد من وقت اليمين وخالف أصله، ولو قال حتى أصوم المحرم فهو مول بالاتفاق، وكذا حتى تخرج الدابة أو تطلع الشمس من مغربها ا ه‍. قوله: (وإن حلف بحج أو صوم أو عتق أو صدقة أو طلاق أو آلى من المطلقة الرجعية فهو مول) هذا شروع في القسم الثاني من الايلاء وهو الايلاء المعنوي وهو اليمين بتعليق ما
***
[١١٠]
يستشقه على القربان كإن قربتك فلله علي حج. وخرج اليمين بما لا يستشقه كإن قربتك فلله علي صلاة ركعتين أو فلله علي صلاة ركعتين في بيت المقدس لانه لا يلزمه بتعيين المكان شئ عندنا فله صلاتهما في غيره كما خرج فعلي اتباع جنازة أو سجدة تلاوة أو قراءة القرآن أو تسبيحة، ودخل ما لو قال فلله علي مائة ركعة لانه يشق على النفس كما في فتح القدير بحثا. وإطلاق أن الصلاة مما لا يستشقه كما فعل الشارح مما لا ينبغي، هذا إن علل الصلاة بما لا يستشق، أما إذا علل بأن الصلاة لا يحلف بها عادة كما في شرح المجمع للمصنف قال، فالتحق بصلاة الجنازة وسجدة التلاوة فلا فرق بين الركعتين ومائة ركعة كما لا يخفى. ودخل الهدي والاعتكاف واليمين وكفارة اليمين وذبح الولد لانه يلزمه بالنذر به ذبح شاة عندنا كما في البدائع. وأراد بالصوم غير المعين كقوله فلله علي صوم يوم أو شهر، والمعين

إن كان بمدة الايلاء أو أكثر كقوله فلله علي صوم أربعة أشهر أولها هذا الشهر مثلا، وأما إذا كان بأقل منها كقوله فلله علي صوم هذا الشهر فليس بمول لانه يمكنه ترك القربان إلى أن يمضي ذلك ثم يطأها بلا شئ يلزمه. وأطلق العتق فشمل عتق العبد المعين كقوله فلله علي عتق هذا العبد وغيره كقوله فلله علي عتق عبد سواء كان منجزا أو معلقا حتى لو قال فكل مملوك اشتريته فهو حر صار موليا خلافا لابي يوسف. كما أطلق الطلاق فشمل طلاقها وطلاق غيرها منجزا أو معلقا حتى لو قال فكل امرأة أتزوجها من أهل الاسلام طالق صار موليا. وفي التلخيص من باب الايلاء يكون في موطنين: وفي إن قربتك فأنت طالق كلما دخلت فليس بمول لان له مدفعا بالترك أو بحمل الغير بخلاف فكل مملوك أملك حرا وأخر الجزاء كان موليا للاعراض اه. ومن باب الفئ في اليمين: قال إن قربتك فعبداي حران فباع أحدهما ثم اشتراه وباع الآخر أو قدم بيعه فهو مول من وقت شرائه وفي واحدهما حر من وقت اليمين اه. ولو باع العبد المعين سقط الايلاء لانه صار بحال يمكنه قربانها بغير شئ يلزمه، ولو ملكه بسبب شراء أو غيره عاد الايلاء من وقت الملك إن لم يكن وطئها قبله، فإن كان وطئها قبل تجدد الملك لم يعد لسقوط الايلاء، ولو مات العبد المعين قبل البيع سقط الايلاء لقدرته على الوطئ بغير شئ، وعلى هذا التفصيل موت المرأة المعلق طلاقها أو إبانتها ثم تزوجها. وفي الجامع للصدر: قال أنت طالق ثلاثا قبل أن أقربك
***

[١١١]

بشهر أو قبل أن أقربك بشهر إذا قربتك لا يصير موليا قبل الشهر وبعده يصير إلا إذا قربها فيه والثاني تأكيد بخلاف والله لا أقربك إن قربتك للتعليق. قال أنت طالق قبل أن أقربك يتنجز، وقيل لا ويصير موليا اه. وفي الخانية: قال لامرأته إن قربتك فعبدي هذا حر فمضت أربعة أشهر وخاصمته إلى القاضي وفرق بينهما ثم أقام العبد البينة أنه حر الاصل القاضي يقضي بحريته ويبطل الايلاء وترد المرأة إلى زوجها لانه تبين أنه لم يكن موليا اه. وأما صحة الايلاء من المطلقة رجعيا وإن لم يكن لها حق في الوطئ فباعتبار وطأها مباح، فإن كانت تعتد بالاقراء فلاحتمال امتداد عدتها حتى تمضي مدة الايلاء فتبين، وإن كانت بالاشهر فلاحتمال أن يراجعها قبل مضيها، فإن لم يراجعها حتى مضت عدتها قبل مضيها سقط الايلاء لفوات محله. قوله: (ومن المبانة والاجنبية لا) أي لا يصح الايلاء لفوات محله وهو الزوجة ولو وطئها كفر لانعقادها في حق وجوب الكفارة عند الحنث لان انعقاد اليمين يعتمد التصور حسا لا شرعا، ألا ترى أنها تنعقد على ما هو معصية. وفي الخانية: رجل آلى من امرأته ثم طلقها تطليقة بائنة إن مضت أربعة أشهر من وقت الايلاء وهي في العدة طلقت أخرى بالايلاء، وإن انقضت عدتها ثم تمت مدة الايلاء يقع الطلاق بالايلاء. رجل آلى من امرأته ثم طلقها ثم تزوجها إن تزوجها قبل انقضاء العدة كان الايلاء على حاله حتى لو تمت أربعة أشهر من وقت الايلاء يقع عليها تطليقة أخرى بحكم الايلاء، وإن تزوجها بعدما طلقها بعد
***

[١١٢]

انقضاء العدة كان موليا تعتبر مدة الايلاء من وقت التزوج اه قوله: (ومدة إيلاء الامة شهران) لان الرق منصف. أطلقه فشمل ما إذا كان الزوج حرا أو عبدا ذكره الاسبيجابي. ولا يرد عليه الايلاء من أمته لان شرطه المحلية وهي بالزوجية كما قدمناه، ولو طلقها زوجها بعد الايلاء رجعيا أو بائنا ثم أعتقت في المدة انتقلت المدة إلى مدة إيلاء الحرائر ذكره الاسبيجابي. وفي الجامع الكبير للصدر الشهيد: تحته حرة وأمة حلف لا يقرب إحداهما ومضي شهران بانت الامة لسبق مدتها، فلو عتقت قبلها كملت مدتها، وكذا لو أبانها ثم عتقت بخلاف العدة فلو مضت مدة أخرى بانت الحرة. وعن أبي يوسف لا وتتعين له الامة كالحنث فإن تزوجها بعد البينونة عاد إيلاؤها وكذاهما لكن إن رتب بانت الاولى عند تمام مدتها من وقت العقد والثانية بمدة ثانية بخلاف ما لو بانت قبلها. قال لامرأته وأمته والله لا أقرب إحداكما لم يكن موليا، وكذا لو أعتق الامة ثم تزوجها ومن وطئها كفر ويمكنه تركه كالاجنبية بخلاف واحدة منكما لعمومه. وعلى هذا لو قال لزوجته لا أقرب إحداكما أو واحدة منكما لعمومه استحسانا. قال إن قربت إحداكما فالاخرى علي كظهر أمي وبانت إحداهما بالايلاء أو بغيره بطل إيلاء الاخرى بخلاف فالاخرى طالق ما دامت في العدة، ولو قال فإحداكما أو فواحدة أو فهي لا لتعينها. قال إن اشتريت جارية فهي حرة صح فيمن في ملكه دون من يملكها خلافا لزفر. قوله: (وإن عجز المولى عن وطئها بمرضه أو مرضها أو بالرتق أو بالصغر أو بعد مسافة ففيؤه أن يقول فئت إليها) لانه أذاها بذكر المنع فيكون إرضاؤها بالوعد

باللسان. أراد ببعد المسافة أن يكون بينهما مسافة لا يقدر على قطعها في مدة الايلاء، فإن قدر لا يصح فيؤه باللسان كما في البدائع. وقيد بالقول لان المريض لو فاء بقلبه لا بلسانه لا يعتبر، كذا في الخانية. وليس مراده خصوص لفظ فئت إليها بل ما يدل عليه كقوله رجعتك أو راجعتك أو ارتجعتك أو أبطلت الايلاء أو رجعت عما قلت ونحوه. ودخل تحت العجز أن تكون ممتنعة منه أو كانت في مكان لا يعرفه وهي ناشزة أو حال القاضي بينهما لشهادة الطلاق الثلاث للتزكية أو كانت محبوسة أو محبوسا إذا لم يقدر على مجامعتها في السجن فإن قدر عليه ففيؤه

***

[١١٣]

الجماع، كذا في غاية البيان. وقيد بما ذكره من أنواع العجز الحقيقي احترازا عن العجز الحكمي مثل أن يكون محرما وقت الايلاء وبينه وبين الحج أربعة أشهر، فعندنا لا يكون فيؤه إلا بالجماع لان المتسبب باختياره بطريق محظور فيما لزمه فلا يستحق تخفيفا. وأراد بكون الفئ باللسان معتبرا مبطلا للايلاء في حق الطلاق، أما في حق بقاء اليمين باعتبار الحنث فلا، حتى لو وطئها بعد الفئ باللسان في مدة الايلاء لزمته الكفارة لتحقق الحنث. وفي البدائع: ومن شروط صحة الفئ بالقول قيام ملك النكاح وقت الفئ بالقول وهو أن يكون في حال ما يفئ إليها زوجته غير بائنة منه، فإن كانت بائنة منه ففاء بلسانه لم يكن ذلك فيئا ويبقى الايلاء لان الفئ بالقول حال قيام النكاح إنما يرفع الايلاء في حق حكم الطلاق بحصول إيفاء حقها به ولا حق لها حالة البينونة بخلاف الفئ بالجماع فإنه يصح بعد ثبوت البينونة حتى لا يبقى الايلاء بل يبطل لانه حنث بالوطئ فانحلت اليمين وبطلت ولم يوجد الحنث ها هنا فلا تنحل اليمين فلا يرتفع الايلاء اه قوله: (وإن قدر في المدة ففيؤه الوطئ) لكونه خلفا عنه فإذا قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل بطل كالمتيمم إذا رأى الماء في صلاته. قيد بكونه في المدة لانه لو قدر عليه بعدها لا يبطل، وشمل كلامه ما إذا كان قادرا وقت الايلاء ثم عجز بشرط أن يمضي زمان يقدر على وطئها بعد الايلاء، وما إذا كان عاجزا وقته ثم قدر في المدة، وأما لو آلى إيلاء مؤبدا وهو مريض فبانت بمضي المدة ثم صح وتزوجها وهو مريض ففاء بلسانه لم يصح عندهما خلافا لابي يوسف وصححوا قوله، كذا في فتح القدير. وفي الجامع الكبير للصدر: الجماع أصل واللسان خلفه آلى في مرضه وفاء بلسانه بطل إيلاؤه في حق الطلاق فإن صح قبل تمام المدة بطل لقدرته على الاصل كالمتيمم، ولو لم يفئ حتى بانت فصح ثم مرض فتزوجها ففيؤه بالجماع. وعن أبي يوسف وزفر لانه

***

[١١٤]

حرام كالخلوة لكنه بتقصيره كمن أحرم بالحج ثم آلى أو آلى وهو صحيح ثم بانت ثم مرض وتزوجها بخلاف إن تزوجتك فوالله لا أقربك. آلى في مرضه ثم أعاده بعد عشرة أيام وصح في بعض المدة فكما مر اه قوله: (أنت علي حرام إيلاء إن نوى التحريم أو لم ينو شيئا) لان الاصل في تحريم الحلال إنما هو اليمين عندنا على ما سنذكره في الايمان إن شاء الله تعالى. ولا فرق في الاحكام كلها بين أن يذكر كلمة علي أو لم يذكر، وما ذكره في خزانة الاكمل عن العيون من أنه لو قال أنت حرام أو بائن ولم يقل مني فهو باطل سهو منه حيث نقله عن العيون، وفي العيون ذكر ذلك من جانب المرأة فقال لو جعل أمر امرأته بيدها فقالت للزوج أنت علي حرام أو أنت مني بائن أو حرام أو أنا عليك حرام أو بائن وقع، ولو قالت أنت بائن أو حرام ولم تقل مني فهو باطل. ووقع في بعض نسخ العيون: ولو قال بغير تاء التأنيث فظن صاحب الاكمل أنها مسألة مبتدأة وظن أنه لو قال ذلك الرجل لامرأته فهو باطل. قال رضي الله عنه: وعند هذا ازداد سهو شيخنا نجم الدين البخاري فزاد فيها لفظة لها فقال: لو قال لها أنت حرام أو بائن فهو باطل والمسألة مع تاء التأنيث مذكورة في الواقعات الكبرى المرتبة وغير المرتبة في مسائل العيون فعرف به سهوهما، كذا في القنية. قيد بالزوج لان الزوجة لو قالت لزوجها أنا عليك حرام أو حرمتك صار يمينا حتى لو جامعها طائعة أو مكرهة تحنث بخلاف ما لو حلف لا يدخل هذه الدار فأدخل فيها مكرها لا يحنث ومعناه أدخل محمولا، ولو أكره على الدخول فدخل مكرها حنث، كذا في البزازية. وحرمتك علي أو لم يقل علي أو أنت محرمة علي أو حرام علي أو لم يقل علي أو أنا عليك حرام أو محرم أو حرمت نفسي عليك بمنزلة أنت علي حرام كما في البزازية وقوله أنت علي كالحمار أو الخنزير أو ما كان محرم العين فهو كقوله أنت علي حرام كما في البزازية. قوله: (وظهار إن نواه) أي الظهار وهذا عندهما. وقال محمد: ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه. ولهما أنه أطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل

المقيد، كذا في الهداية تبعا للقدوري وشمس الائمة، وليس الخلاف مذكورا في ظاهر الرواية ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد في مختصره ولا الطحاوي.

***

[١١٥]

قوله: (وكذب إن نوى الكذب) لانه نوى حقيقة كلامه إذ حقيقته وصفها بالحرمة وهي موصوفة بالحل فكان كذبا وأورد لو كان حقيقة كلامه لانصرف إليه بلا نية لكنكم تقولون عند عدم النية ينصرف إلى اليمين. والجواب أن هذه حقيقة أولى فلا تنال إلا بالنية واليمين الحقيقة الثانية بواسطة الاشتهار، وقيل لا يصدق قضاء. وقال شمس الائمة السرخسي: بل فيما بينه وبين الله تعالى لكونه يمينا ظاهرا لان تحريم الحلال يمين بالنص فلا يصدق قضاء في نيته خلاف الظاهر وهذا هو الصواب على ما عليه العمل والفتوى كما سنذكره. والاول قول الحلواني وهو ظاهر الرواية ولكن الفتوى على العرف الحادث كذا في فتح القدير وفيه نظر، لان العمل والفتوى إنما هو في انصرافه إلى الطلاق من غير نية لا في كونه يمينا. وفي المصباح: الكذب بفتح الكاف وكسر الذال وبكسر الكاف وسكون الذال هو الاخبار عن الشئ بخلاف ما هو سواء فيه العمد والخطأ ولا واسطة بين الصدق والكذب على مذهب أهل السنة والاثم يتبع العمد اه قوله: (وبائنة إن نوى الطلاق) سواء نوى واحدة أو ثنتين قوله: (وثلاث إن نواه) أي الثلاث لان الحرام من الكنايات وهذا حكمها وقدمنا أن النية شرط في الحالة المطلقة أي الخالية عن الغضب والمذاكرة، وأما مع أحدهما فليست شرطا للوقوع قضاء. وشمل قوله وبائنة إن نوى الطلاق ما إذا طلقها واحدة ثم قال لها أنت علي حرام ناويا ثنتين فإنه وإن تم به الثلاث لم يقع بالحرام إلا واحدة. وقوله في فتح القدير لم يقع شئ سبق قلم وعبارة غيره: لم تصح نيته بخلاف ما إذا نوى الثلاث به فإنه يصح ويقع ثنتان تكملة للثلاث كما في الخانية وقدمناه. وفي البزازية: أنت علي حرام ألف مرة يقع واحدة وفي كل موضع تشترط النية ينظر المفتي إلى سؤال السائل إن قال قلت كذا هل يقع يقول نعم إن نويت وإن قال كم يقع يقول واحدة ولا يتعرض لاشتراط النية لان كم عبارة عن عدد الواقع وذلك يقتضي أصل الواقع وهذا حسن اه. ثم قال فيها: قال لها مرتين أنت علي حرام ونوى بالاول الطلاق وبالثاني اليمين فعلى ما نوى. قال لامرأتيه أنتما علي حرام ونوى الثلاث في إحداهما والواحدة في الاخرى صحت نيته عند الامام وعليه الفتوى. ولو قال نويت الطلاق في إحداهما واليمين في الاخرى عند الثاني يقع الطلاق

***

[١١٦]

عليهما، وعندهما كما نوى. قال لثلاث أنتن علي حرام ونوى الثلاث في الواحدة واليمين في الثانية والكذب في الثالثة طلقت ثلاثا، وقيل هذا على قول الثاني، وعلى قولهما ينبغي أن يكون على ما نوى اه. قوله: (وفي الفتاوى إذا قال لامرأته أنت علي حرام والحرام عنده طلاق ولكن لم ينو طلاقا وقع الطلاق) يعني قضاء لما ظهر من العرف في ذلك حتى لو قال لامرأته إن تزوجتك فحلال الله علي حرام فتزوجها تطلق ولهذا لا يحلف به إلا الرجال. قيدنا بالقضاء لانه لا يقع الطلاق ديانة بلا نية. وذكر الامام ظهير الدين: لا نقول لا تشترط النية لكن يجعل ناويا عرفا. فإن قلت: إذا وقع الطلاق بلا نية ينبغي أن يكون كالصريح فيكون الواقع رجعيا قلت: المتعارف به إيقاع البائن، كذا في البزازية. فلو قال المصنف ويقع البائن لكان أولى. وقوله أنت معي في الحرام بمنزلة قوله أنت علي حرام وكذا قوله حلال المسلمين علي حرام. وفي المواضع التي يقع الطلاق بلفظ الحرام إن لم تكن له امرأة إن حنث لزمته الكفارة. والنسفي على أنه لا تلزمه وإن كان له أكثر من زوجة واحدة. قال في الفتاوى: يقع على كل تطليقة واحدة بخلاف الصريح فإنه لا يقع إلا واحدة فيما إذا قال امرأته طالق وله أكثر من واحدة. وأجاب شيخ الاسلام الاوزجندي أنه لا يقع إلا على واحدة وإليه البيان وهو الاشبه، كذا في البزازية والخلاصة والذخيرة. وفي فتح القدير: وعندي أن الاشبه ما في الفتاوى لان قوله حلال الله أو حلال المسلمين يعم كل زوجة فإذا كان فيه عرف في الطلاق

***

[١١٧]

يكون بمنزلة قوله هن طوالق لان حلال الله يشملهن على سبيل الاستغراق لا على سبيل البدل كما في قوله إحداكن طالق، وحيث وقع الطلاق بهذا اللفظ وقع بائنا اه. ويوجد في بعض النسخ وفي الفتاوى وفي بعضها وفي الفتوى والاولى لا يدل على أنه هو المفتى

به مع أن هذا القول هو المفتي به عند المتأخرين ولذا قال في البزازية: ومشايخنا أفتوا في أنه لو قال أنت علي حرام والحلال عليه حرام أو حلال الله عليه حرام أو حلال المسلمين عليه حرام أن الكل بائن بلا نية، وإذا حلف بهذه الالفاظ على فعل في المستقبل ففعل وليست له امرأة عليه الكفارة، وإذا كان له امرأة وقت الحلف وماتت قبل الشرط أو بانت لا إلى عدة ثم باشر الشرط الصحيح أنه لا تطلق امرأته المتزوجة وعليه الفتوى لان حلفه صار حلفا بالله تعالى وقت الوجود فلا ينقلب طلاقا. خالعها ثم قال حلال الله علي حرام إن شرب إلى سنة وشرب لا يقع لعدم الملك والاضافة إليه، ولو قال لها إن تزوجتك فحلال الله علي حرام فتزوجها تطلق. قال بعضهم: والصحيح خلافه لوقوعه على القائمة لا على المتزوجة فلو لم تكن في نكاحه وقت وجود الشرط امرأة لا يقع على فلانة أيضا وتمامه في البزازية. وفي قوله حلال الله عليه حرام وله امرأتان ولم تكن له نية طلقتا وإن نوى إحداهما دين لا في القضاء، وفتوى الامام الاوزجندي على أنه يقع على واحدة وعليه البيان وقد ذكرناه. وفي الظهيرية: حلف بهذه الالفاظ أنه لم يفعل كذا وكان فعله وله امرأتان وأكثر بن، وإن ليست له امرأة فلا
***
[١١٨]
شئ عليه لانه إن حمل على الطلاق فلا يراد به شئ آخر، وإن حمل على اليمين فهو غموس. وفي فوائد شيخ الاسلام: قال حلال الله عليه حرام إن فعل كذا وفعله وحلف بطلاق امرأته إن فعل كذا وفعله وله امرأتان فأراد أن يصرف هذين الطلاقين في واحدة منهما أشار في الزيادات إلى أنه يملك ذلك. وفي الذخيرة: إن فعل كذا فحلال الله عليه حرام ثم حلف كذلك على فعل آخر وحنث في الاول ووقع الطلاق على امرأته ثم حنث في اليمين الثانية وهي في العدة، قيل لا يقع والاشبه الوقوع لالتحاق البائن بالبائن إذا كان معلقا. قالت أنا عليك حرام فقال لا أدري أحلال أم حرام لا يقع شئ. قال بين يدي أصحابه من كانت امرأته عليه حراما فليفعل هذا الامر ففعله واحد منهم قال في المحيط: هذا إقرار منه بحرمتها عليه في الحكم. وقيل لا يكون إقرارا بالحرمة. قال ثلاث مرات حلال الله عليه حرام إن فعل كذا ووجد الشرط وقع الثلاث، كذا في البزازية والله سبحانه وتعالى أعلم. باب الخلع لما اشترك مع الايلاء في أن كلا منهما قد يكون معصية وقد يكون مباحا وزاد الخلع عليه بتسمية المال أخر عنه لانه بمنزلة المركب من المفرد، وقدما على الظهار واللعان لانهما لا ينفكان عن المعصية. وهو لغة النزع يقال خلعت النعل وغيره خلعا نزعته، وخالعت المرأة
***
[١١٩]
زوجها مخالعة إذا افتدت منه وطلقها على الفدية فخلعها هو خلعا والاسم الخلع بالضم، وهو استعارة من خلع اللباس لان كل واحد منهما لباس للآخر فإذا فعلا ذلك فكان كل واحد نزع لباسه عنه، كذا في المصباح. وشرعا على ما اخترناه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه. وقولي هذا أولى من قول بعض الشارحين أخذه المال بإزاء ملك النكاح لمغايرته المفهوم اللغوي من كل وجه والاصل أن يتحد جنس المفهومين، ويزاد في الشرعي قيد لاخراج اللغوي ولانه يرد عليه الطلاق على مال وليس مساويا له في جميع أحكامه لاستقلال حكم الخلع باسقاط الحقوق وإن اشتركا في البينونة. ويرد عليه أيضا ما إذا عري عن البدل كما سنذكره. وقولي أيضا أولى مما اختاره في فتح القدير من أنه إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع لانه يرد عليه ما إذا قال خالعتك ولم يسم شيئا فقبلت فإنه خلع مسقط للحقوق - كما في الخلاصة - إلا أن يقال مهرها الذي سقط به بدل فلم يعر عن البدل. فإن قلت: لو كانت قبضت جميع المهر ما حكمه؟ قلت: ذكر قاضيخان أنها ترد عليه ما ساق إليها من الصداق كما ذكره الحاكم الشهيد في المختصر وجواهر زاده وأخذ به ابن الفضل، قال القاضي: وهذا يؤيد ما ذكرنا عن أبي يوسف أن الخلع لا يكون إلا بعوض اه. وسيأتي تمامه آخر الباب. وإنما قيدنا بالمفاعلة لانه لو قال خلعتك ناويا وقع بائنا غير مسقط كما سيأتي وهو خارج عن تعريفنا بقولنا المتوقفة على قبولها لعدم توقفه كما في الخلاصة. ويرد عليه أيضا ما إذا كان بلفظ المباراة فإنه يقع به البائن وتسقط الحقوق كالخلع بلفظه وما إذا كان بلفظ البيع والشراء فإنه خلع مسقط للحقوق على ما صححه في الصغرى وإن صرح قاضيخان بخلافه فلذا زدنا في تعريفنا أو ما في معناه. واستفيد من قولنا إزالة ملك النكاح أنه لو خالع المطلقة رجعيا بمال فإنه يصح ويجب المال، ولو خالعها بمال ثم خالعها في العدة لم يصح

كما في القنية ولكن يحتاج إلى الفرق بين ما إذا خالعها بعد الخلع حيث لم يصح، وبين ما إذا طلقها بمال بعد الخلع حيث يقع ولا يجب المال وقد ذكرناه في آخر
***
[١٢٠]
الكنايات. وخرج الخلع بعد الطلاق البائن وبعد الردة فإنه غير صحيح فيهما فلا يسقط المهر ويبقى له بعد الخلع ولاية الجبر على النكاح في الردة كما في البزازية. قوله: (الواقع به وبالطلاق على مال طلاق بائن) أي بالخلع الشرعي، أما الخلع فلقوله عليه الصلاة والسلام الخلع تطليقة بائنة ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكناية بائن. وفي الخلاصة: ولو قضى بكون الخلع فسخا قيل ينفذ وقيل لا اهـ. والظاهر الاول لانه قضى في فصل مجتهد فيه، ومذهبنا قول الجمهور، ومن العلماء من قال بعدم مشروعيته أصلا، ومنهم من قيده بما إذا كرهته وخاف أن لا يوفيها حقها وأن لا توفيه، ومنهم من قال لا يجوز إلا بإذن السلطان. وقالت الحنابلة: لا يقع به طلاق بل هو فسخ بشرط عدم نية الطلاق فلا ينقص العدد. وقال قوم: وقع به رجعي فإن راجعها رد البدل الذي أخذه وتمامه في فتح القدير. أطلقه فشمل ما إذا كان بغير عوض أيضا، وما إذا وقع بلفظ الخلع أو البيع أو المباراة وما إذا لم ينو الطلاق به ولكن بشرط ذكر العوض حتى لو قال لم أعن الطلاق مع ذكره لا يصدق قضاء ويصدق ديانة لان الله تعالى عالم بما في سره لكن لا يسع المرأة أن تقيم معه لانها كالقاضي لا تعرف منه إلا الظاهر، كذا في المبسوط. وحال مذاكرة الطلاق كالنية كذا في الخانية. وفي البزازية: ادعى الاستثناء أو الشرط في الخلع وكذبته فيه فالقول له إلى أن قال: والفتوى على صحة دعوى المغير والمبطل إلا إذا ظهر ما ذكرنا من التزام البدل أو قبضه أو نحوه ادعى الاستثناء وقال قبضت ما قبضت منك بحق لي عليك وقالت بل لبدل الخلع فالقول له لانه أنكر وجوب البدل عليها وأقر أن له عليها مالا واحدا لا مالين والمرأة مقرة أن له عليها مالا آخر فيكون القول له بخلاف ما إذا لم يدع
***
[١٢١]
الاستثناء لانه يدعي عليها بدل الخلع وهي تنكر فالقول لها اهـ. وأما إذا لم يذكر العوض فهو من الكنايات فيتوقف على النية أو مذاكرة الطلاق إن كان بلفظ الخلع أو المباراة، وإن كان بلفظ البيع كبعت نفسك أو طلاقك فلا لانه خلاف الظاهر. وقد أفاد بوقوع البائن حكمه وسيأتي بيان صفته أنه يمين من جانبه معاوضة من جانبها فلا يصح رجوعه عنه ولا يبطل بقيامه عن المجلس وصح مضافا منه وانعكست الاحكام في حقها لو بدأت كما سيأتي. ولم يذكر شرطه لان شرطه شرط الطلاق ولكن لا بد من القبول منها حيث كان على مال أو كان بلفظ خالعتك أو اختلعي ولذا قال في المحيط: لو قال لها اختلعي فقالت اختلعت تطلق ويسقط المهر لان قوله اختلعي أمر بالطلاق بلفظ الخلع والمرأة تملك الطلاق بأمر الزوج فصار بمنزلة ما لو قال لها طلقي نفسك طلاقا بائنا بخلاف قوله اشتري نفسك مني فقالت اشتريت لا تطلق ما لم يقل الزوج بعت لانه أمر بالخلع الذي هو معاوضة لان الشراء معاوضة فلا يصح الامر إذا لم يكن البدل مذكورا معلوما. وأما إذا ذكر مالا مجهولا بأن قال اخلعي نفسك بمال فقالت اختلعت نفسي بألف درهم لا يتم الخلع ولا تطلق حتى يقول الزوج خلعت لانه لم يصح تفويض الخلع إليها لانه إذا ذكر المال كان خلعا حقيقة والخلع لا يصح إلا بتسمية البدل والبدل ها هنا مجهول فلم يصح، وإن ذكر مالا معلوما بأن قال اخلعي نفسك بألف درهم فقالت اختعلت بألف درهم
***
[١٢٢]
ولم يقل الزوج خلعت أو قالت المرأة خالعني بألف درهم فقال الزوج خالعت ولم تقل المرأة قبلت تم الخلع في رواية ولم يتم في أخرى والكتابة والصلح عن دم العمد على الروايتين. وكذا لو قال اشترى ثلاث تطليقات بكذا فقالت اشتريت بخلاف النكاح. وفي النوادر: لو قال لها اشتريت مني ثلاث تطليقات بكذا فقالت اشتريت لا يتم الخلع ما لم يقل الزوج بعت وهو الصحيح إلا إذا أراد به التحقيق دون المساومة لانه لم يوجد الامر بالخلع والخلع معاوضة فلا يتم بركن واحد اهـ. وفي جامع الفصولين: كل طلاق وقع بشرط ليس بمال فهو رجعي، وفيه أن القبول في المعلق إنما يكون بعد وجود الشرط. وفي الكافي: القبول في المضاف إنما يكون بعد وجود الوقت ولا يصح القبول قبله لان الايجاب معلق بالشرط والمعلق بالشرط عدم قبل الشرط فلا يصح القبول قبل الايجاب اهـ. وفي التجنيس

ما يفيد صحة القبول في المعلق قبل وجود الشرط فإنه قال: لو قال إن دخلت الدار فقد خلعتك على ألف فتراضيا عليه ففعلت صح الخلع. وفي الوجيز كما في الكافي وأقول: لو قيل بصحة القبول في المضاف قبل وجود الوقت لانعقاده سببا للحال عندنا وبعدم صحته في المعلق قبل وجود الشرط لعدم انعقاده سببا للحال لكان حسنا لتخريجه على الاصول. وفي المجتبى: باع طلاقها منها بمهرها فهو براءة من المهر والطلاق رجعي ويشترط في قبولها علمها بمعناه فلو قال لها اختلعي نفسك بكذا ثم لقنها بالعربية حتى قالت اختلعت وهي لا تعلم بذلك فالصحيح أنه لا يصح ما لم تعلم المرأة ذلك لانه معاوضة كالبيع بخلاف الطلاق والعتاق والتدبير لانه إسقاط محض والاسقاط يصح مع الجهل، كذا في المحيط. وقولها فعلت في جواب قوله خلعت نفسك مني بكذا ليس بقبول على الصحيح المختار إلا إذا أراد به التحقيق. ولو قالت لزوجها اخلعني على ألف درهم فقال الزوج مجيبا لها أنت طالق صار كقوله خلعتك لان هذا يحتمل أن يكون جوابا فيجعل جوابا لها وهو المختار كما في الخانية. ولو قال بعت منك طلاقك بمهرك فقالت طلقت نفسي بانت منه بمهرها بمنزلة قولها اشتريت لانه يصح جوابا ويصح ابتداء فيجعل جوابا لها، وقيل يقع رجعيا والاول أصح. ولو قال لها اخلعي نفسك فقالت قد طلقت لزمها المال إلا أن ينوي بغير مال. ولو قال بعت منك تطليقة فقالت اشتريت يقع الطلاق رجعيا مجانا لانه صريح. ولو قال لها بعت نفسك
***
[١٢٣]
منك فقالت اشتريت يقع الطلاق بائنا لان هذا كناية وهي بائنة. ولو قال لها بعت منك أمرك بألف درهم إن اختارت نفسها في المجلس وقع الطلاق ولزمها المال لانه ملكها الطلاق بالمال، فإذا اختارت فقد تملكت. ولو قال لامرأته كل امرأة أتزوجها فقد بعت طلاقها منك بدرهم ثم تزوج امرأة فالقبول إليها بعد التزوج، فإن قبلت بعد التزوج طلاقها أو طلقتها يقع، وإن قبلت قبله لا يقع لان هذا الكلام من الزوج خلع بعد التزوج فيشترط القبول بعده. ولو قالت المرأة بعت منك مهري ونفقة عدتي فقال اشتريت فالظاهر أنها لا تطلق لان الزوج ما باع نفسها ولا طلاقها منها إنما اشترى مهرها وهذا لا يكون طلاقا لكن الاحوط أن يجدد النكاح، كذا في المحيط. وفي القنية في الباب المعقود للمسائل التي لم يوجد فيها رواية ولا جواب شاف للمتأخرين آخرها: قالت لزوجها أبرأتك من المهر بشرط الطلاق الرجعي فقال لها أنت طالق طلاقا رجعيا يقع بائنا للمقابلة في المال كمسألة الزيادات. أنت طالق اليوم رجعيا وغدا أخرى بألف فالالف مقابل بهما وهما بائنتان أم رجعيا وهل يبرأ الزوج لوجود الشرط صورة أو لا يبرأ اه‍. وفي الذخيرة: أنت طالق الساعة واحدة وغدا أخرى بألف درهم فقبلت وقعت واحدة في الحال بنصف الالف وأخرى غدا بغير شئ، وإن تزوجها قبل مجئ الغد ثم جاء الغد تقع أخرى بخمسمائة. أنت طالق الساعة واحدة أملك الرجعة وغدا أخرى بألف فقبلت وقعت واحدة للحال بغير شئ وفي الغد أخرى بالالف، ولو قال أنت طالق اليوم بائنة وغدا أخرى بألف وقع للحال واحدة بائنة بغير شئ وغدا أخرى بالالف. ولو قال أنت
***
[١٢٤]
طالق واحدة وأنت طالق أخرى بألف فقبلت وقعتا بألف. ولو قال أنت طالق الساعة واحدة أملك الرجعة وغدا أخرى أملك الرجعة بألف فقبلت انصرف البدل إليهما، وكذا لو قال أنت طالق الساعة ثلاثا وغدا أخرى بائنة بألف وأنت طالق الساعة واحدة بغير شئ وغدا أخرى بغير شئ بالالف فالبدل ينصرف إليهما اه‍. قوله: (ولزمها المال) أي في المسألتين لانه ما رضي بخروج بعضها عن ملكه إلا به فلزمها المال بالقبول. ولو قال وكان المسمى له لكان أولى ليشمل ما إذا قبله غيرها وسيأتي آخر الباب بيان خلع الفضولي إن شاء الله، وليشمل الابراء حتى لو قالت له أبرأتك عما لي عليك على طلاقي ففعل جازت البراءة وكان الطلاق بائنا، وكذا لو طلقها على أن تبرئه من الالف التي كفل بها للمرأة من فلان صح والطلاق بائن كما في البزازية. وقيد به احترازا عن التأخير فإنه ليس بمال وأنما تتأخر فيه المطالبة كما لو قالت له طلقني على أن أؤخر مالي عليك فطلقها، فإن كان للتأخير غاية معلومة صح التأخير، وإن يكن له غاية معلومة لا يصح والطلاق رجعي على كل حال كما في البزازية أيضا. ولو قال قد خلعتك على ألف قال ثلاث مرات فقبلت طلقت ثلاثا بثلاثة آلاف لانه لم يقع شئ إلا بقبولها لان الطلاق يتعلق بقبولها
***

[١٢٥]
في الخلع فوقع الثلاث عند قبولها جملة بثلاثة آلاف. ولو قال بعت منك تطليقة بألف فقالت اشتريت ثم قاله ثانيا وثالثا كذلك وقال أردت التكرار لا يصدق ويقع الثلاث ولم يلزمها إلا الالف لانها ملكت نفسها بالاولى وقد صرح بالطلاق في اللفظ الثانية والثالثة والصريح يلحق البائن، كذا في المحيط. ولو اتفقا على الخلع وقالت بغير جعل فالقول لها لان صحة الخلع لا تستدعي البدل فتكون منكرة فيكون القول لها، ولو ادعت الخلع والزوج ينكره فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة لا يقبل ولا يثبت الخلع لانها تحتاج إلى إثبات أن الزوج علق الطلاق بقبول المال والطلاق المعلق بقبول الالف غير الطلاق المعلق بقبول الالفين إذ هما شرطان مختلفان فكان كل واحد يشهد بغير ما يشهد به الآخر فلا يقبل، ولو كان الزوج هو المدعي وقد ادعى ألفا وخمسمائة والمسألة بحالها تقبل على الالف لان الطلاق وقع بإقرار الزوج فبقي دعوى الزوج دينا مجردا واتفق الشاهدان على الالف وانفرد أحدهما بزيادة خمسمائة فيقضي بما اتفقا عليه وإن كان يدعي ألفا لا يقبل وقد كذب أحد شاهديه لما عرف ويقع الطلاق بإقراره. وإذا شهد شاهدان أنه طلقها قبل الخلع ثلاثا تسترد المال لانها بمباشرة الخلع وإن كانت مقرة بصحة الخلع ظاهرا فإذا ادعت الفساد بعد ذلك صارت متناقضة في الدعوى إلا أن البينة على الطلاق تقبل من غير دعوى فيثبت أنه أخذ المال بعد البينونة فلزمه الرد، كذا في المحيط. أطلق في لزومها المال فشمل المكاتبة ولكن لا يلزمها المال إلا بعد العتق ولو بإذن المولى لحجرها عن التبرع ولو بالاذن كهبتها، وشمل الامة وأم الولد ولكن بشرط إذن المولى فيلزمها للحال لانفكاك الحجر بإذن المولى فظهر في حقه كسائر الديون. وفي الجامع: لو خلع الامة مولاها على رقبتها وزوجها حر فالخلع واقع بغير شئ، ولو كان الزوج مكاتبا أو عبدا أو مدبرا جاز الخلع وصارت لسيد العبد والمدبر لانها لا تصير مملوكة للزوج بل للمولى فلا يبطل النكاح، وفي الحر لو ملك رقبتها بعد النكاح لبطل ولو بطل بطل الخلع فكان في تصحيحه ابطاله. وأما المكاتب فإنه يثبت له فيها حق الملك وحق الملك لا يمنع بقاء النكاح فلا يفسد النكاح كما لو اشترى زوجة أمة تحت عبد خلعها مولاها على عبد في يديه ثم استحق العبد المخلوع عليه فلا شئ على المولى لانه لم يضف العبد المخلوع عليه إلى نفسه ولا ضمنه فكان العقد مضافا إلى الامة، وتباع الامة في قيمة العبد المستحق لان المولى يملك ايجاب بدل الخلع عليها فظهر في حقه فتعلق برقبتها، فإن كان عليها دين آخر قبله بدأ به لانه وجب باختيار المولى فلم يظهر في حق الغريم كما في الصلح، فإن بقي شئ يؤخذ من الامة بعد العتق فإن كان المولى ضمن بدل الخلع أخذ به، كذا في المحيط. وفي الظهيرية: امرأة قالت لزوجها اختلعت منك بكذا وهو ينسج كرباسا فجعل ينسج وهو
***
[١٢٦]
يخاصمها ثم قال خلعت قالوا إن لم يطل ذلك فهو جواب اه‍. وفي جامع الفصولين: قال خلعتك بكذا درهما فجعلت المرأة تعد الدراهم فلما تم العد قالت قبلت ينبغي أن يصح اه‍. وفي كافي الحاكم: وإذا خلع الرجل امرأتيه على ألف درهم فإن الالف تنقسم عليهما على قدر ما تزوجهما عليه من المهر اه‍. وفي البزازية: اختلعا وهما يمشيان إن كان كلام كل منهما متصلا بالآخر صح، وإن لم يكن متصلا لا يصح ولا يقع الطلاق أيضا، ولو اختلعا وزعمت تمام الخلع وادعى القيام ثم القبول فالقول له لانه انكار الخلع اه‍. ودخل تحت الطلاق على مال لو طلقها على إعطاء المال لما في الخانية: لو قال لامرأته أنت طالق على أن تعطيني ألف درهم فقالت قبلت تطلق للحال وإن لم تعط ألفا لامرأته أنت طالق على دخولك الدار فقبلت تطلق للحال وإن لم تدخل لان كلمة على لتعليق الايجاب بالقبول لا للتعليق بوجود القبول اه‍. ولو قال ولزمها المال إن لم تكن مريضة مرض الموت ولا سفيهة ولا مكرهة لكان أولى لان المحجورة بالسفه لو قبلت الخلع وقع ولا يلزمها المال ويكون بائنا إن كان بلفظ الخلع رجعيا إن كان بلفظ الطلاق كما في شرح المنظومة. وأما المريضة فقال في جامع الفصولين: مريضة اختلعت من زوجها بمهرها ثم ماتت ينظر إلى ثلاثة أشياء: إلى ميراثه منها وإلى بدل الخلع وإلى ثلث مالها فيجب أقلها لا الزيادة، كذا في شحي وفي حل في هذه الصورة: لو لم يدخل بها سقط نصف المهر بطلاقه والنصف الآخر وصية وهو لغير الوارث فصح من الثلث، فلو دخل بها وماتت بعد مضي العدة فكل المهر وصية وتصح من الثلث إذا الاختلاع تبرع ولو ماتت في العدة هكذا عند أبي يوسف ومحمد إذا الزوج لم يبق وارثا لرضاه بالفرقة وعند أبي حنيفة يعطى الاقل من ميراثه ومن بدل الخلع ومن الثلث إذ اتهما في حق سائر الورثة ولم يتهما في الاقل وهو نظير ما قلنا جميعا في طلاقها بسؤالها في مرض الموت. وحاصل التفاوت بين مضي العدة عدم مضيها أنه بعد مضيها لا ينظر إلى قدر حق الزوج في الميراث وإنما ينظر إلى الثلث فيسلم للزوج قدر الثلث

من بدل الخلع ولو أكثر من ميراثه، وقبل مضيها لا ينظر إلى الثلث وإنما ينظر إلى ميراثه فيسلم للزوج قدر إرثه من بدل الخلع دون ثلث المال لو ثلثه أكثر كذا. ولو كان الزوج ابن عمها فلو لم يرث منها بأن كان لها عصبات أخر أقرب منه فهو والاجنبي سواء، ولو يرثها بقرابة وماتت بعد مضيها ينظر إلى بدل الخلع وإلى إرثه بالقرابة، فلو كان البدل قدر إرثه أو أقل سلم له ذلك، ولو أكثر فالزيادة على قدر إرثه لا تسلم له إلا بإجازة الورثة. هذا لو كانت مدخولة وإلا فالنصف يعود إلى الزوج بطلاق قبل دخوله لا بحكم الوصية وفي النصف الآخر ينظر لو كان الزوج أجنبيا فهو متبرع فيصح من الثلث، ولو كان ابن عمها

***

[١٢٧]

ويرثها فله الاقل من إرثه ومن نصف المهر. هذا لو ماتت في ذلك المرض، ولو برئت منه سلم للزوج كل البدل كهبتها منه ثم يرثها ولا إرث بينهما بالزوجية ماتت في العدة أو بعدها لتراضيهما ببطلان حقه. هذا لو كانت مريضة فلو اختلعت صحيحة والزوج مريض فالخلع جائز بالمسمى قل أو كثر ولا إرث بينهما مات في العدة أو بعدها، ولو خالها أجنبي من الزوج بمال ضمنه للزوج وكان ذلك في مرض موت الاجنبي جاز ويعتبر البدل من ثلث مال الاجنبي، فلو كان الزوج مريضا حين تبرع الاجنبي بخلعها فلها الارث لو مات الزوج من مرضه ذلك وهي في العدة لانها لم ترض بهذا الطلاق فيعتبر الزوج فارا اه‍. ولو كانت مكرهة على القبول لم يلزمها البدل. وفي القنية: ولو اختلفا في الكره بالخلع والطوع فالقول له مع اليمين اه‍. وفي الظهيرية: لو قالت طلقني ثلاثا بألف درهم طلقني ثلاثا بمائة دينار فطلقها ثلاثا طلقت بمائة دينار ولو كان الايجاب من الزوج بالمالين لزمها المالان اه‍. وأشار بقوله ولزمها المال إلى أنه لا يتصور أن يلزمه مال في الخلع ولذا قال في المجتبى: خلعتك على عبدي وقف على قبولها ولم يجب شئ قلنا: الظاهر أنه عنى بقوله وقف على قبولها أي وقوع الطلاق ومعرفة هذه المسألة من أهم المهمات في هذا الزمان لان الناس يعتادون إضافة الخلع إلى مال الزوج يعد إبرائها إياه من المهر، فبهذا علم أنها إذا قبلت وقع الطلاق ولم يجب على الزوج شئ. وفي منية الفقهاء: خلعتك بمالي عليك من الدين فقبلت ينبغي أن يقع الطلاق ولا يجب شئ ويبطل الدين، ولو كانت اختلعت على عبد ثم تبين أنه عبد الزوج بتصادقهما ينبغي أن لا يلزمها شئ لسلامة البدل له اه‍. وظاهر اقتصاره على لزومها المال أنه لو تخالعا ولم يذكرا من المال شيئا أن لا يصح الخلع وهو رواية عن محمد لانه لا يكون إلا بالمال ولكن الاصح أنه يصح، كذا في المجتبى. وفي الخانية: الزيادة في البدل بعد الخلع غير صحيحة.

***

[١٢٨]

قوله: (وكره له أخذ شئ إن نشز) أي كرهها والنشوز يكون من الزوجين وهو كراهة كل واحد منهما صاحبه كما في المغرب. وفي المصباح: نشزت المرأة من زوجها نشوزا من بابي قعد وضرب عصت زوجها وامتنعت عليه، ونشز الرجل من امرأته نشوزا بالوجهين تركها وجفاها. وفي التنزيل * (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا) * [النساء: ١٢٨] وأصله الارتفاع يقال نشز من مكانه نشوزا بالوجهين إذا ارتفع عنه. وفي السبعة وإذا قيل انشروا فانشزوا بالضم والكسر والنشز بفتحتين المكان المرتفع من الارض والسكون لغة فيه اه‍. وأراد بالكراهة كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب، والحق أن الاخذ في هذه الحالة حرام قطعا لقوله تعالى * (فلا تأخذوا منه شيئا) * [النساء: ٢٠] ولا يعارضه الآية الاخرى * (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) * [البقرة: ٢٢٩] لان تلك فيما إذا كان النشوز من قبله فقط والاخرى فيما إذا خافا أن لا يقيما حدود الله فليس من قبله فقط نشوز على أنهما لو تعارضا كانت حرمت الاخذ ثابتة بالعمومات القطعية فإن الاجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق وفي إمساكها لا لرغبة بل إضرارا وتضييقا ليقتطع ما لها في مقابلة خلاصها من الشدة التي هي معه فيها ذلك وقال تعالى * (ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه) * [البقرة: ٢٣١] فهذا دليل قطعي على حرمة أخذ مالها كذلك فيكون حراما إلا أنه لو أخذ جاز في الحكم أي يحكم بصحة التمليك وإن كان بسبب خبيث وتمامه في فتح القدير. وفي الدر المنثور أخرج ابن أبي جرير عن ابن زيد في الآية قال: ثم رخص بعد فقال * (فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) * قال فنسخت هذه تلك اه‍ والحاصل أن ما في النساء منسوخ بآية البقرة وهو يقتضي حل الاخذ مطلقا إذا رضيت. أطلقه فشمل القليل والكثير ويلحق به الابراء عما لها عليه فإنه لا يجوز أيضا إذا كان النشوز منه لانه اعتداء وإضرار قوله: (وإن نشزت لا) أي لا يكره له الاخذ إذا كانت هي الكارهة. أطلقه

فشمل القليل والكثير وإن كان أكثر مما أعطاها وهو المذكور في الجامع الصغير، وسواء كان منه نشوز لها أيضا أو لا، فإن كانت الكراهة من الجانبين فالاباحة ثابتة بعبارة قوله تعالى * (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) * [البقرة: ٩٢٢] وإن كانت من جانبها فقط فبدلالتها
***
[١٢٩]
بالاولى والمذكور في الاصل كراهة الزيادة على ما أعطاها، وينبغي حمله على خلاف الاول كما ينبغي حمل الحديث عليه أيضا وهو قوله أما الزيادة فلا لان النص نفي الجناح مطلقا فتقييده بخبر الواحد لا يجوز لما عرف في الاصول ولذا قال في فتح القدير: إن رواية الجامع أوجه وصحح الشمني رواية الاصل لاحاديث ذكرها. قوله: (وما صلح مهر اصلح بدل الخلع) لان ما صلح عوضا للمتقوم أولى أن يصلح عوضا لغير المتقوم فإن البضع غير متقوم حالة الخروج ومتقوم حالة الدخول فمنع الاب من خلع صغيرته على مالها وجاز له تزوج ولده بماله، ونفذ خلع المريضة من الثلث، وجاز تزويج المريض بمهر المثل من جميع ماله فصح الخلع على ثوب موصوف أو مكيل أو موزون كالمهر، وكذا على زراعة أرضها أو ركوب دابتها وخدمتها على وجه لا يلزم خلوة بها أو خدمة أجنبي لان هذه تجوز مهرا وبطل البدل فيه لو كان ثوبا أو دارا كالمهر ووجب عليها رد المهر. وأشار إلى أن هذا الاصل لا ينعكس كليا فلا يصح أن يقال ما لا يصلح مهرا لا يصلح بدلا في الخلع لانه لو خالعها على ما في بطن جاريتها أو غنمها صح وله ما في بطونها ولا يجوز مهرا بل يجب مهر المثل، وكذا على أقل من عشرة، وكذا على ما في يدها، كذا في التبيين وفتح القدير. وذكر في غاية البيان أنه مطرد منعكس كليا لان الغرض من طرد الكلي أن يكون مالا متقوما ليس فيه جهالة مستتمة وما دون العشرة بهذه المثابة، ومن عكس الكلي أن لا يكون مالا متقوما أو أن يكون فيه جهالة مستتمة وما دون العشرة مال متقوم ليس فيه جهالة فلا يرد السؤال لا على الطرد الكلي ولا على عكسه اه. وفي المحيط: لو اختلعت على ثوب لم يتبين جنسه أو على دار فله المهر وفي العبد يلزمها الوسط، ولو اختلعت على ما تكتسبه العام أو على ما ترثه من المال أو على أن تزوجه امرأة وتمهرها عنه فالشرط باطل وترد المهر، ولو اختلعت بحكمه أو بحكمها صح فإن حكمت ولم يرض الزوج رجع بالمهر، ولو خلعها على ألف إلى الحصاد ثبت الاجل، ولو قالت إلى قدوم فلان أو موته وجب المال حالا، ولو خالعها على دراهم معينة فوجدها ستوقة يرجع بالجياد، وكذلك الثوب على أنه هروي فإذا هو مروي يرجع بهروي وسط ولا يرد بدل الخلع إلا بعيب فاحش فإن كان حلال
***
[١٣٠]
الدم أو اليد فأمضى عنده رجع عليها بقيمته عند أبي حنيفة، وعندهما بنقصان قيمته لان كونه حلال الدم بمنزلة الاستحقاق عنده، وعندهما بمنزلة النقصان. ولو اختلعت على عبد بعينه فمات في يدها أو استحق فعليها قيمته، فإن ظهر أنه كان ميتا وقت الانخلاع فله مهرها. ولو خلعها على حيوان ثم صالحته على دراهم أو مكيل أو موزون جاز يدا بيد. ولو خالعها على عبد ومهرها ألفا ثم زادها ألفا ثم استحق العبد رجع عليها بألف وبنصف قيمة العبد لان المرأة بذلت العبد بإزاء البضع وألف درهم فانقسم العبد عليهما نصفين: نصفه بدل الخلع ونصفه بيعا بالالف، والمبيع متى استحق ثمنه رجع بثمنه وبدل الخلع متى استحق تجب قيمته فيرجع بنصف قيمة العبد. ولو خلع امرأتيه على عبد قسمت قيمته على مسميهما في العقد لانه قيمة بضعيهما لا على مهر مثليهما لان الزيادة على المسمى مكروهة في الخلع والزيادة في بدل الخلع باطلة لانها زادت بعد هلاك المعقود عليه فصار كما لو زاد في بدل الصلح عن دم العمد فإنها لا تصح اه. وفي التتارخانية: إذا قال لامرأتيه إحداكما طالق بألف درهم والاخرى بمائة دينار فقبلتا طلقتا بغير شئ. وروى ابن سماعة عن محمد: إذا قال لامرأتيه إحداكما طالق بألف فقبلتا ومات فعلى كل واحدة منهما خمسمائة ولا ميراث اه. وفي القنية: اختلعت نفسها بالمهر بشرط أن الزوج يعطيها كذا منا من الارز الابيض وخالعها به ينبغي أي يصح ولا يشترط بيان مكان الايفاء عند أبي حنيفة لان الخلع أوسع من البيع ففي بت: خالعها على ثوب بشرط أن تسلم إليه الثوب فقبلت فهلك الثوب قبل التسليم لم تبن لانه يجعل نفس التسليم شرطا. مخ: وهبت مهرها لاخيها فأخذ أخوها منه المهر قبالة ثم اختلعت نفسها منه بشرط أن تسلم له القبالة غدا فقبل ولم تسلم إليه القبالة غدا لا تحرم. ولو اختلعت بشرط الصك أو قالت بشرط أن يرد عليها أقمشتها فقيل لا تحرم ويشترط كتابة الصك ورد

الاقمشة في المجلس. خلعتك على عبدي وقف على قبولها ولم يجب شئ. خلعتك بمالي عليك من الدين وقبلت ينبغي أن يقع الطلاق ولا يجب شئ ويبطل الدين. ادعت مهرها على زوجها فأنكره ثم اختلعت نفسها بمهرها وقبل ثم تبين بالشهود أنها كانت امرأته قبل الخلع فليس له شئ. ولو اختلعت على عبد ثم تبين أنه عبد الزوج ولا ذلك إلا بالتصادق فينبغي أن لا يلزمها شئ لان ما هو بدل الخلع يسلم له كما لو علم أنه عبده. وسئل لو كان الخلع على دراهم أو دنانير ثم تبين أنها للزوج لم يجب شئ اهـ. وفي الخانية: ويجوز الرهن والكفالة ببدل الخلع. وفي المجتبي: فوضت الخلع إلى زوجها أو العبد إلى المولى ففعل بغير حضرتهما جاز والواحد يتولى الخلع من الجانبين. وفي عتاق الاصل الواحد يكون وكيلا من الجانبين في

***

[١٣١]

العتاق والخلع والصلح عن دم العمد إذا كان البدل مسمى وإلا لا يكون في ظاهر الرواية، وعن محمد أنه يكون اهـ. قوله: (فإن خالعها أو طلقها بخمر أو خنزير أو ميتة وقع بائن في الخلع رجعي في غيره مجانا) لان الخلع على ما لا يحل صحيح لانه لا يبطل بالشرط الفاسد ولا يجب له شئ لانها لم تغره والبضع غير متقوم في الاصل حالة الخروج وإنما يتقوم بتسمية المال. وفي المجتبى: وإنما يلزم المال بالالتزام أو باستهلاك المال أو بملكه ولم يوجد، ولما بطل العوض كان العامل في الخلع لفظه وهو يوجب البينونة لانه من الكنايات الموجبة لقطع وصلة النكاح، وفي الثاني الصريح وهو رجعي فقوله مجانا عائد إلى المسألتين. وفي المصباح: فعلته مجانا أي بغير عوض. قال ابن فارس: المجان عطية الشئ بلا ثمن. وقال الفارابي: هذا الشئ لك مجانا أي بلا بدل اهـ. وأوجب زفر عليها رد المهر كما في المحيط. قيد بكونها سمت محرما لانها لو سمت له حلالا كخالعني على هذا الحل فإذا هو خمر فلها أن ترد المهر المأخوذ إن لم يعلم الزوج بكونه خمرا، وإن علم به فلا شئ له. وفي المحيط: لو خلعها على عبد فإذا هو حر رجع بالمهر عندهما، وعند أبي يوسف بقيمته لو كان عبدا لما عرف في النكاح. وقيد بالخلع والطلاق لان الكتابة على خمر أو خنزير فاسدة وعلى ميتة أو دم باطلة فيعتق إن أداه في الاولى مع وجوب قيمة نفسه لان ملك المولى متقوم ولا يعتق في الثانية، والنكاح بالكل صحيح مع وجوب مهر المثل لتقوم البضع عند الدخول. ثم اعلم أن البدل وإن لم يجب في الخلع والطلاق فلا يقعان إلا بقبولها ولذا قال في البزازية: لو قالت له خالعني بمال أو على مال ولم تذكر قدره لا يتم في ظاهر الرواية بلا قبولها. وإذا لم يجب البدل هل يقع الطلاق؟ قيل يقع وبه يفتى، وقيل لا يقع وهو الاشبه بالدليل اهـ. قوله: (كخالعني على ما في يدي ولا شئ في يدها) أي يقع الطلاق البائن من غير شئ عليها لعدم تسمية شئ تصير به غارة له، وأشار إلى أنه لو قال لها خالعتك على ما في يدي ولا شئ في يده إنه لا شئ له أيضا إذ لا فرق بينهما، فلو كان في يده جوهرة لها فقبلت فهي له وإن لم تكن علمت ذلك لانها هي التي أضرت بنفسها حين قبلت الخلع قبل أن تعلم ما في يده، ولو اشترى منها بهذه الصفة كان جائزا ولا خيار لها فالخلع أولى، كذا في المبسوط. وأشار إلى أنها لو قالت خالعني على ما في بيتي أو ما في بيتي من شئ ولا شئ في بيتها

***

[١٣٢]

أنها كمسألة الكتاب لان الشئ يصدق على غير المال، كذا في فتح القدير. وكذا لو قالت على ما في يدي من شئ أو على ما في بطن جاريتي ولم تلد لاقل من ستة أشهر، كذا في المجتبى. وفي المحيط: لو اختلعت على ما في بطن جاريتي أو غنمها أو ما في نخلها صح وله ما في بطنها، وإن لم يكن فلا شئ له، ولو حدث بعده في بطونها فللمرأة لان ما في بطنها اسم للموجود للحال. ولو اختلعت على حمل جاريتها وليس في بطنها حمل ترد المهر لانها غرته حيث أطمعته فيما له قيمة لان الحمل مال متقوم ولكن في وجوده احتمال وتوهم ويصح الخلع بعوض موهوم بخلاف ما في البطن لانه قد يكون مالا وقد لا يكون كريح أو ما يحويه البطن اهـ. وفي التتارخانية: لو طلقها على أن تبريه عن كفالة نفس فلان فالطلاق رجعي، ولو طلقها على أن تبريه عن الالف التي كفلها لها عن فلان فالطلاق بائن اهـ. قوله: (وإن زادت من مال أو من دراهم ردت مهرها أو ثلاثة دراهم) يعني ردت مهرها فيما إذا قالت خالعني على ما في يدي من مال ولم يكن في يدها شئ وردت ثلاثة دراهم فيما إذا قالت خالعني على ما في يدي من دارهم ولم يكن في يدها شئ لانها في الاولى لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال إلا بالعوض ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا إلى قيمة البضع أعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين إيجاب ما قام به على الزوج، كذا في الهداية. وقيده في الخلاصة بعدم العلم فقال: لو خالعها

على ما في هذا البيت من المتاع وعلم أنه لا متاع في هذا البيت وقع وقع الطلاق ولا يلزمها شئ وذكر اليد مثال، والبيت والصندوق وبطن الجارية والغنم كاليد. وقوله من مال مثال أيضا والمتاع والحمل للبطن كالمال فإذا قالت على ما في بطن جاريتي أو غنمي من حمل ردت المهر. وفي المحيط: لو خالعها بما لها عليه من المهر ثم تبين أنه لم يبق عليه شئ من المهر لزومها رد المهر لانه طلقها بطمع ما نص عليه فلا يقع مجانا، فإن علم الزوج أنه لا مهر لها عليه وأن لا متاع في البيت في مسألة على ما في البيت من متاع لا يلزمها شئ لانها لم تطمعه فلم يصر مغرورا اه. وفي الثاني ذكرت الجمع ولا غاية لاقصاه وأدناه ثلاثة فوجب الادنى كما لو أقر بدراهم أو أوصى بدراهم وأورد عليه أن من للتبعيض فينبغي وجوب درهم أو درهمين. وأجيب بأنها هنا للبيان لان الاصل أن كل موضع تم الكلام بنفسه ولكنه اشتمل على ضرب إبهام فهي للبيان وإلا فللتبعيض، وقولها خالعني على ما في يدي كلام تام بنفسه حتى جاز الاقتصار عليه ولا فرق في الحكم بين ذكر الجمع منكرا أو معرفا. وأورد عليه إذا كان معرفا أنه ينبغي وجوب واحد فقط لما عرف أن الجمع المحلي كالمفرد المحلي كما لو حلف لا يشتري العبيد أو لا يتزوج النساء. وأجيب بأنه إنما ينصرف إلى الجنس إذا عرى عن قرينة العهد كما في المثالين وقد وجدت
***
[١٣٣]
القرينة هنا على العهد وهو قولها على ما في يدي، كذا في الكافي. وأوضحه في فتح القدير فقال: لان قولها على ما في يدي أفاد كون المسمى مظروفا بيدها وهو عام يصدق على الدراهم وغيرها فصار بالدراهم عهد في الجملة من حيث هو مما صدقات لفظ ما وهو مبهم وقعت من بيانا له ومدخولها هو المبين لخصوص المظروف والدراهم مثال، والمراد أنها بينت المبهم بجمع كالدنانير وينبغي أن يكون قولها على ما في هذا البيت من الشياه أو الخيل أو البغال أو الحمير كذلك يلزمها ثلاثة من المسمى. ثم رأيت في المعراج: لكن زاد الثياب وفيه نظر للجهالة المتفاحشة. وقيد بقوله ولا شئ في يدها لانه لو كان في يدها مال متقوم كان له قليلا كان أو كثيرا ولا يلزمها رد المهر في الاولى، وأما في الثانية فلا بد أن يكون في يدها جمع مما سمته، فلو كان في يدها درهم أو درهمان لزمها تكملة الثلاثة، كذا في الخانية والمبسوط. وبهذا علم أن في كلام المصنف مسامحة لان عدم وجود شئ في يدها شرط لرد المهر في الاولى، وعدم وجود الثلاثة شرط في الثانية، وكلامه لا يفيده. وأفاد بقوله ردت المهر أنه مقبوض فيدل على أنه لو لم يكن مقبوضا برئ منه ولا شئ عليها كما ذكره العمادى في فصوله وفي الجوهرة. ثم إذا وجب الرجوع بالمهر له وكانت قد أبرأته منه لم يرجع عليها بشئ لان عين ما يستحقه قد سلم له بالبراءة فلو رجع عليها يرجع لاجل الهبة وهي لا توجب على الواهب ضمانا اه. وفي البزازية: والحاصل أنه إذا سمى ما ليس بمتقوم لا يجب شئ، وإن سمى موجودا معلوما يجب المسمى، وإن سمى مجهولا جهالة مستدركة فكذلك، وإن فحشت الجهالة وتمكن الخطر بأن خالعها على ما يثمر نخلها العام أو على ما في البيت من المتاع ولم يكن فيه شئ بطلت التسمية وردت ما قبضت اه. وقيد بالخلع لان السيد لو أعتق عبده على ما في يده من الدراهم وليس في يده شئ يجب عليه قيمة نفسه لان منافع البضع غير متقومة حالة الخروج فلا يشترط كون المسمى معلوما بخلاف العبد فإنه متقوم في نفسه، وبخلاف النكاح حيث يجب مهر المثل لانه متقوم حالة الدخول، كذا في البدائع. ودلت المسألة الاولى على أنه لو خالعها على عبد بعينه مثلا وقد كان ميتا قبل الخلع أنه يرجع عليها بالمهر الذي أخذته منه للغرور بخلاف ما لو مات بعده حيث تجب قيمته كما لو استحق وظهور حريته كموته قبل الخلع فيرجع عليها بالمهر
***
[١٣٤]
عندهما، وعند أبي يوسف بقيمته لو كان عبدا كالمهر وقتله عنده بسبب كان عندها كاستحقاقه فيرجع بقيمته، كذا لو قطع يده، كذا في المبسوط. وأشار بقوله ردت المهر إلى صحة الخلع على المهر وقد قال في الجوهرة: وإن وقع الخلع على المهر صح فن لم تقبضه المرأة سقط عنه وإن قبضته استرده منها اه. وفي الولوالجية: خلعها بما لها عليه من المهر ظنا منه أن لها عليه بقية المهر ثم تذكر أنه لم يبق عليه شئ من المهر وقع الطلاق بمهرها فيجب عليها أن ترد المهر لانه طلقها بطمع ما بقي عليه فلا يقع مجانا، أما إذا علم أن لا مهر لها عليه فلا شئ له اه. وفي القنية: ادعت مهرها على زوجها فأنكره ثم اختعلت نفسها بمهرها وقبل ثم تبين بالشهود أنها كانت أبرأته قبل الخلع فليس له شئ، ولو اختلعت على عبد ثم تبين أنه عبد الزوج ولا يعلم ذلك إلا بالتصادق ينبغي أن لا يلزمها شئ لان ما هو بدل الخلع مسلم

له كما لو علم أنه عبده قوله: (فإن خالعها على عبد أبق لها على أنها برية من ضمانه لم تبرأ) لانه عقد معاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة شرط فاسد فبطل فكان عليها تسليم عينه إن قدرت، وتسليم قيمته إن عجزت. أشار إلى أن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح ولذا قال في العمادي: لو خالعها على أن يمسك الولد عنده صح الخلع وبطل الشرط اه. وفي الخانية: لو اختلعت من زوجها على أن جعلت صداقها لولدها أو على أن تجعل صداقها لفلان الاجنبي قال محمد: الخلع جائز والمهر للزوج ولا شئ للولد ولا للاجنبي اه. ومعنى اشتراطها البراءة أنها إن وجدته سلمته وإلا فلا شئ عليها. وقيد باشتراط البراءة من ضمانه لانها لو اشترطت البراءة من عيب في البدل صح الشرط وإنما صحت تسمية الآبق في الخلع لان مبناه على المسامحة بخلاف البيع لان مبناه على المضايقة، فالعجز عن التسليم يفضي إلى المنازعة فيه ولا كذلك هنا لان العجز عن التسليم هنا دون العجز عن التسليم فيما إذا اختلعت على عبد الغير أو على ما في بطن غنمها وذلك جائز فكذا هنا. وقيد بالشرط الفاسد لان الشرط لو كان ملائما لم يبطل ولذا قال في القنية: خالعها على ثوب بشرط أن تسلم إليه الثوب فقبلت فهلك الثوب قبل التسليم لم تبن لانه يجعل نفس التسليم شرطا. وهبت مهرها لاخيها فأخذ أخوها منه المهر قبالة ثم اختلعت نفسها منه بشرط أن تسلم إليه القبالة غدا فقبل ولم تسلم إليه القبالة غدا لم تحرم. ولو اختلعت بشرط الصك أو قالت بشرط أن يرد إليها أقمشتها فقبل لا تحرم ويشترط كتبه الصك

***

[١٣٥]

ورد الاقمشة في المجلس اه. وفي الخانية: رجل قال لغيره طلق امرأتي على شرط أن لا تخرج من المنزل شيئا فطلقها المأمور ثم اختلفا فقال الزوج إنها قد أخرجت من المنزل شيئا وقالت المرأة لم أخرج، ذكر في النوادر أن القول قول الزوج ولم يقع الطلاق. قالوا: هذا الجواب صحيح إن كان الزوج قال للمأمور قل لها أنت طالق إن لم تخرجي من الدار شيئا فقال لها المأمور ذلك ثم ادعى الزوج أنها قد أخرجت من المنزل شيئا فيكون القول قوله لانه منكر شرط الطلاق، أما إذا كان الزوج قال للمأمور قل لامرأتي أنت طالق على أن لا تخرجي من المنزل شيئا فقال لها المأمور ذلك فقبلت ثم قال الزوج إنها قد أخرجت من المنزل شيئا لا يقبل قوله لان في هذا الوجه الطلاق يتعلق بقبول المرأة، فإذا قبلت يقع الطلاق للحال، أخرجت من المنزل شيئا أو لم تخرج كما لو قال لامرأته أنت طالق على أن تعطيني ألف درهم فقالت قبلت تطلق للحال وإن لم تعطه ألفا. وكذا لو قال لامرأته أنت طالق على دخولك الدار فقبلت تطلق للحال وإن لم تدخل الدار لان كلمة على لتعليق الايجاب بالقبول لا للتعليق بوجود القبول اه. واستفيد من قوله لم تبرأ أن العقد يقتضي سلامة العوض فلذا قال في التتارخانية: لو قال لها أنت طالق غدا على عبدك هذا فقبلت وباعت العبد ثم جاء الغد يقع الطلاق وعليها قيمة العبد اه. قوله: (قالت طلقني ثلاثا بالف فطلق واحدة له ثلث الالف وبانت) لان الباء تصحب الاعواض وهو ينقسم على المعوض ويشترط أن يطلقها في المجلس حتى لو قام فطلقها لا يجب شئ، - كذا في فتح القدير - بخلاف ما إذا بدأ هو فقال خالعتك على ألف فإنه يعتبر في القبول مجلسها لا مجلسه حتى لو ذهب من المجلس ثم قبلت في مجلسها ذلك صح قبولها، كذا في الجوهرة. أشار بطلبها الثلاث إلى أنه لم يطلقها قبله إذ لو كان طلقها ثنتين ثم قالت طلقني ثلاثا على أن لك ألف درهم فطلقها واحدة كان عليها كل الالف لانها التزمت المال بإيقاع البينونة الغليظة وقد تم ذلك بإيقاع الثلاث، كذا في المبسوط والخانية. وينبغي أن لا فرق فيها بين الباء وعلى لان المنظور إليه حصول المقصود لا اللفظ ولذا قال في الخلاصة: لو قالت طلقني أربعا بألف فطلقها ثلاثا فهي بالالف، لو طلقها واحدة فبثلث الالف اه. وقيد بكونه طلق واحدة إذا لو طلق الثلاث كان له جميع الالف، سواء كان بلفظ واحد أو متفرقة بعد أن تكون في مجلس واحد، كذا في فتح القدير لا يقال كيف وقع الثاني مع أن البائن لا يلحق البائن إلا إذا كان معلقا لانا نقول: قد أسلفنا أن مرادهم من البائن ما كان بلفظ الكناية لا مطلق البائن حتى صرحوا بوقوع أنت طالق ثلاثا بعد البينونة. وفي التتارخانية: ثم في قولها طلقني ثلاثا بألف إذا طلقها ثلاثا متفرقة في مجلس واحد القياس أن تقع تطليقة واحدة بثلث الالف وتقع الاخريان بغير شئ، وفي الاستحسان تقع الثلاث

***

[١٣٦]

بالالف، ومن مشايخنا من قال: ما ذكر من جواب الاستحسان محمول على ما إذا وصل التطليقات بعضها ببعض، أما إذا فصل بين

كل تطليقة بسكوت لا يجب جميع الالف وإن حصل الايقاع في مجلس واحد. ومنهم من يقول: إذا كان المجلس واحدا لا يشترط الوصل وهو الصحيح اه. قيد بقوله ثلاثا لانها لو قالت طلقني واحدة بألف فقال أنت طالق ثلاثا فإن اقتصر ولم يذكر المال طلقت ثلاثا بغير شئ في قول أبي حنيفة. وقال صاحباه: تقع واحدة بألف وثنتان بغير شئ ولو قال أنت طالق ثلاثا بألف يتوقف ذلك على قبول المرأة إن قبلت تقع الثلاث بالالف، وإن لم تقبل لا يقع شئ. ولو قالت طلقني واحدة بألف فقال لها الزوج أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة تقع الثلاث واحدة بألف وثنتان بغير شئ عند الكل، كذا في الخانية. قوله: (وفي على وقع رجعي مجانا) أي في قولها طلقني ثلاثا على ألف أو على أن لك علي ألفا فطلقها واحدة وقع رجعيا بغير شئ عليها عند الامام خلافا لهما، فهما جعلاها كالباء وهو جعلها للشرط والمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط، ألا ترى أنه ذكر في السير الكبير لو أمن الامام ثلاث سنين بألف دينار فبدا للامام أن ينبذ إليهم بعد سنة رد عليهم ثلثا الالف، ولو أمن على ألف دينار رد الكل، كذا في المحيط. قيد بكونه طلقها واحدة لانه لو طلقها ثلاثا استحق الالف وإن طلقها ثلاثا متفرقات في مجلس واحد لزمها الالف لان الاولى والثانية تقع عنده رجعية فإيقاع الثالثة وجد وهي منكوحته فيستوجب عليها الالف درهم، وإن طلقها ثلاثا في ثلاث مجالس عندهما يستوجب ثلث الالف، وعنده لا يستوجب شيئا، كذا في المحيط. وحاصل ما حققه في فتح القدير أن كلمة على مشتركة بين الاستعلاء واللزوم فإذا اتصلت بالاجسام المحسوسة كانت للاستعلاء وفي غيره للزوم وهو صادق على الشرط المحض نحو أنت طالق على أن تدخلي الدار، وعلى المعاوضة كبعني هذا على ألف واحمله على درهم سواء كانت شرطا محضا كما مثلنا، أو عرفا نحو افعل كذا على أن أنصرك، والمحل المتنازع فيه يصح فيه كل من الشرط والمعاوضة ولا مرجح، وكون مدخولها مالا لا يرجح معنى الاعتياض فإن المال يصح جعله شرطا محضا كإن طلقتني ثلاثا فلك ألف فلا

***

[١٣٧]

يجب المال بالشك ولا يحتاط في اللزوم إذا الاصل فراغ الذمة. ومنهم من جعلها للاستعلاء حقيقة وللزوم مجازا لان المجاز خير من الاشتراك ورد بأن المعنى الحقيقي ليس إلا لتبادر ذلك المعنى عند أهل اللسان وهو متبادر كتبادر الاستعلاء، وكون المجاز خيرا من الاشتراك إنما هو عند التردد، أما عند قيام دليل الحقيقة وهي التبادر بمجرد الاطلاق فلا. وذكر في التحرير ما يرجح قولهما بمنع قوله في دليله ولا مرجح بل فيه مرجح العوضية وهو أن الاصل فيما علمت مقابلته العوضية ولا يرد عليه لو قالت طلقني وضرتي على ألف فطلقها وحدها حيث وافقهما أنه يلزمها حصتها من الالف لانه لا غرض لها في طلاق ضرتها حتى يجعل كالشرط بخلاف اشتراط الثلاث بتحصيل البينونة الغليظة، كذا ذكروا. ولا يخلو من شئ فإن لها غرضا في أنه إذا طلقها لا تبقى ضرتها معه بعدها فالاولى أن نكون على الاختلاف أيضا كما في غاية البيان معزيا للمختلف. ثم رأيت في التتارخانية أن الاصح أنها على الخلاف وفيها: ما لو قالت طلقني وضرتي على ألف علي فطلق إحداهما لا رواية فيها. ولقائل أن يقول يلزمها حصتها من الالف، ولقائل أن يقول لا يلزمها شئ حتى يطلقهما جميعا. وفي المحيط: قالت طلقني وفلانة وفلانة على ألف فطلق واحدة ومهورهن سواء يجب ثلث الالف لانها أمرته بعقود لان طلاق كل واحدة على مال خلع على حدة فانقسم الالف عليهن ضرورة أنه لا بد أن يكون لكل عقد بدل على حدة لتصح المعاوضة اه. وهذا التعليل لا يرد عليه شئ. قوله: (طلقي نفسك ثلاثا بألف أو على ألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شئ) لانه لم يرض بالبينونة إلا بسلامة الالف كلها له بخلاف قولها له طلقني ثلاثا بألف لانها لما رضيت بالبينونة بألف كانت ببعضها أولى أن ترضى فظهر الفرق بين ابتدائه وابتدائها. وفي الخانية: رجل قال لغيره طلق امرأتي ثلاثا للسنة بألف فقال لها الوكيل في وقت السنة أنت طالق ثلاثا للسنة بألف فقبلت تقع واحدة بثلث الالف، فإن طلقها الوكيل في الطهر الثاني تطليقة بثلث الالف فقبلت تقع أخرى بغير شئ، وكذا لو طلقها الثالثة في الطهر الثالث. ولو طلقها الوكيل أولا تطليقة بثلث الالف ثم تزوجها الزوج ثم طلقها الوكيل تطليقة ثانية بثلث الالف

***

[١٣٨]

تقع الثانية بثلث الالف، وكذا الثالثة على هذا الوجه اه. وفي المحيط: قال للمدخولة طلقي نفسك ثلاثا للسنة بألف فقالت طلقت نفسي ثلاثا للسنة بألف، فإن كانت طاهرة من غير جماع طلقت للحال واحدة ولا تقع الثانية والثالثة إلا بتجديد الايقاع في مجلس السنة فيقعان

بغير شئ. هكذا ذكر الزعفراني لانه فوض إليها إيقاع كل تطليقة في كل طهر فيكون بمنزلة المضاف إلى وقت كل طهر لم يجامعها فيه فلا تملك إيقاعها حتى يجئ الوقت وقد أمرها بالايقاع فلا بد من التجديد وإنما يقعان مجانا لانها بانت بالاولى فلا تملك نفسها بالثانية والثالثة ألا ترى أنه لو أمرها أن تطلق نفسها ببدل بعدما أبانها ففعلت وقع مجانا، وفي رواية محمد لا يقع بهذا القول أبدا لانه تعذر إيقاعهما بعوض لما بينا وتعذر إيقاعهما بغير عوض لان الزوج لم يرض بوقوعهما مجانا فلم يقعا اه. والحاصل أنه لا يخلو إما أن تسأله الطلاق أو يسألها على مال، فإن كان الاول، فإما أن يجنبها بالموافقة أو لا، فإن كان الاول فظاهر واستحق المسمى، وإن كان الثاني، فإما أن تسأله بالباء أو به على، فإن كان بالباء وقع ما تلفظ به وانقسم المال على عدد الطلقات فكان له بحسابه إن لم يحصل مقصودها، فإن حصل، فإن كانت الواحدة مكملة للثلاث استحق الكل، وإن كان به على، فإما إن كانت المخالفة بأنقص أو بأزيد، فإن كان بأنقص وقع بغير شئ، وإن كان الثاني كما لو سألته واحدة بألف فطلقها ثلاثا، فإن ذكر المال في جوابه وقع الثلاث بالمسمى إن قبلت وإلا فلا، وإن لم يذكر المال وقع الثلاث بغير شئ. وهذا كله إن ذكر الثلاث بكلمة واحدة، وإن ذكر متفرقة وقعت الاولى بالمال وثنتان بغير شئ. قوله: (أنت طالق بألف أو على ألف فقبلت لزم وبانت) يعني إن قبلت في المجلس لزم المال وبانت المرأة وهو تكرار لانه علم من قوله أو الباب الواقع به وبالطلاق على مال طلاق بائن ولزمها المال إلا أنه زاد القبول هنا فقط، ولو ذكره عند قوله ولزمها المال لاستغنى عن التطويل. وفي التتارخانية: لو قال لامرأته أنت طالق واحدة بألف فقالت قبلت نصف هذه التطليقة طلقت واحدة بألف بلا خلاف، ولو قالت قبلت نصفها بخمسمائة كان باطلا. ولو قالت لزوجها طلقني واحدة بألف فقال الزوج أنت طالق نصف تطليقة بألف درهم طلقت تطليقة بألف درهم، ولو قال أنت طالق نصف تطليقة بخمسمائة طلقت واحدة بخمسمائة اه. وفي المحيط معزيا إلى المنتقى: أنت طالق أربعا بألف فقبلت طلقت ثلاثا بألف، وإن

***

[١٣٩]

قبلت الثلاث لم تطلق لانه علق الطلاق بقبولها الالف بإزاء الاربع اه. وفي المحيط: لو قال لغير المدخولة أنت طالق ثلاثا للسنة بألف أو على ألف ولا نية له طلقت واحدة بثلث الالف لان جميع الاوقات في حق غير المدخولة وقت لطلاق السنة وقد قابل الالف بالثلاث فيتوزع عليها، فإن تزوجها ثانيا طلقت أخرى بثلث الالف، وكذلك ثالثا لان الايقاع كان صحيحا فلا يرتفع بزوال الملك، فإذا وجد الملك، فإذا وجد الملك وجد الشرط فوقع ولا يحتاج إلى قبول جديد منها لان القبول يشترط في مجلس الخطاب وقد وجد إلا أن الوقوع تأخر لعدم المحل كما لو قال أنت طالق غدا بألف فقبلت فجاء غد طلقت بألف من غير قبول، وإن كانت مدخولة وقعت واحدة في طهر لم يجامعها فيه بثلث الالف ثم أخرى في الطهر الثاني وأخرى في الثالث بغير شئ لان البدل يجب مقابلا بملك النكاح وقد زال بالاولى فلا تملك نفسها بالثانية ليصح الاعتياض عنها، وإن قبلت وهي مجامعة لم يقع شئ حتى تحيض وتطهر فيقع حينئذ كما ذكرنا اه. ثم اعلم أن الطلاق على مال يمين من جهته فتصح إضافته وتعليقة ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس، ويتوقف على البلوغ إليها إذا كانت غائبة ومن جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها ولا إضافتها، ويصح رجوعها قبل قبول الزوج لو ابتدأت ويبطل بقيامها ومثل قوله علي ألف على أن تعطيني ألفا بخلاف إذا اعطيتني أو إذا أجبتني بألف فلا تطلق حتى تعطيه للتصريح بجعل الاعطاء شرطا بخلافه مع على حتى إنه إذا كان على الزوج دين لها وقعت المقاصة في مسألة على أن تعطيني دون أن أعطيتني إلا أن يرضى الزوج طلاقا مستقبلا بألف له عليها، وذلك لانه يقال على أن تعطيني كذا ويراد قبوله في العرف قال تعالى * (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) * [التوبة: ٩٢] أي حتى يقبلوا للاجماع على أن بقبولها

***

[١٤٠]

ينتهي الحرب منهم ولكن بين أن وبين إذا ومتى فرق فإن في أن يتوقف الطلاق على الاعطاء في المجلس بخلاف إذا ومتى. وفي جوامع الفقه: قال لاجنبية أنت طالق على ألف إن تزوجتك فقبلت ثم تزوجها لا يعتبر القبول إلا بعد التزوج لانه خلع بعد التزوج فيشترط القبول بعد كذا في فتح القدير ولو قال لانه طلاق على مال بعد التزوج لكان أولى. وقد طلب مني بالمدرسة الصرغتمشية الفرق بين على أن تعطيني حيث توقف على القبول وبين على أن تدخلي الدار حيث توقف على الدخول، وطلب أيضا الفرق بين أنت طالق على

دخولك الدار حيث توقف على قبولها لا على الدخول كما في الخانية وبين على أن تدخلي حيث لا يكفي القبول مع أن إن والفعل بمعنى المصدر وها هنا قاعدة في الطلاق على مال الاصل أنه متى ذكر طلاقين وذكر عقيبهما مالا يكون مقابلا بهما إذ ليس أحدهما بصرف البدل إليه بأولى من الآخر إلا إذا وصف الاول بما ينافي وجوب المال فيكون المال حينئذ مقابلا بالثاني، ووصفه بالمنافي كالتنصيص على أن المال بمقابلة الثاني وإن شرط وجوب المال على المرأة حصول البينونة لانه إنما يلزمها التملك نفسها. فلو قال لها أنت طالق الساعة واحدة وغدا أخرى بألف أو قال على أنك طالق غدا أخرى بألف أو قال اليوم واحدة وغدا أخرى رجعية بألف فقبلت تقع واحدة بخمسمائة للحال وغدا أخرى بغير شئ إلا أن يعود ملكه قبله لانه جمع بين تطليقة منجزة وتطليقة مضافة إلى الغد وذكر عقيبهما مالا فانصرف إليهما، ألا ترى أنه لو ذكر مكان البدل استثناء ينصرف إليهما فيقع اليوم واحدة بخمسمائة، فإذا جاء غد تقع أخرى لوجود الوقت المضاف إليه ولا يجب شئ لانه شرط وجوب المال بالطلاق الثاني حصول البينونة ولم تحصل لحصولها بالاولى حتى لو نكحها قبل مجئ الغد ثم جاء الغد تقع أخرى بخمسمائة لوجود شرط وجوب المال. ولو قال أنت طالق الساعة واحدة
***
[١٤١]
رجعية أو بائنة أو بغير شئ على أنك طالق غدا أخرى بألف تقع في الحال واحدة مجانا وغدا أخرى بألف لتعذر الصرف إليهما لانه وصف الاولى بما ينافي وجوب المال إلا أن في قوله بائنة فيشترط التزوج لوجوب المال بالثاني. ولو قال أنت طالق ثلاثا للسنة بألف فقبلت يقع في الطهر الاول واحدة بثلث الالف وفي الطهر الثاني أخرى مجانا لانها بانت بالاولى ولا يجب بالثانية المال إلا إذا نكحها قبل الطهر الثاني فحينئذ تقع أخرى بثلث الالف وفي الطهر الثالث كذلك، كذا في فتح القدير. في التتارخانية: وإن طلق امرأته على أن تفعل كذا وقبلت لزمها الطلاق على الفعل ثم ينظر، فإن كان جعلا فهو على ما ذكرت لك، وإن كان غير جعل فقد مضي الطلاق. عن أبي يوسف: إذا طلق امرأته على أن تهب عنه لفلان ألف درهم أجبرها على هذه الالف والزوج هو الواهب وإن لم يقل عنه لم تجبر على الهبة وعليها أن ترد المهر والطلاق بائن ولا شئ عليها غير الهبة التي وهبت ولا رجوع في هذه الهبة لاحد. وعن محمد في امرأة قالت لزوجها طلقني على أن أهب مهري من ولدك ففعل فأبت أن تهبه فالطلاق رجعي ولا شئ عليها اه‍. قوله: (أنت طالق وعليك ألف أو أنت حر وعليك ألف طلقت وعتق مجانا) يعني قبلا أو لا عند الامام، وعندهما وقع إن قبلا ولزمهما المال وإلا لا عملا بأن الواو للحال مجازا لتعذر حملها على العطف للانقطاع لان الاولى جملة إنشائية والثانية خبرية، وعنده الواو للعطف هنا عملا بالحقيقة ولا انقطاع لان التحقيق أن الجملة الاولى خبرية لا انشائية، كذا في فتح القدير. وذكر في تحريره أن الاوجه أن الواو للاستئناف عدة أو غيره لا للعطف للانقطاع، ولا شك أنه مجاز لكن ترجح على مجاز أنها للحال بالاصل وهو براءة الذمة وعدم إلزام المال بلا معين، واتفقوا على أنها للحال في أد الي ألفا وأنت حر وانزل وأنت آمن لتعذر العطف لكمال الانقطاع بين الجملتين لكنه من باب القلب لان الشرط الاداء والنزول، واتفقوا على أنها بمعنى الباء وهو المعاوضة في قوله احمل هذا الطعام ولك درهم لان المعاوضة في الاجارة أصلية، واتفقوا على تعين الاصل وهو العطف من غير احتمال غيره في
***
[١٤٢]
خذه واعمل به في البز للانشائية فلا تتقيد المضاربة به ولو نوى، واتفقوا على احتمال الامرين في أنت طالق وأنت مريضة أو مصلية لانه لا مانع من كل منهما ولا معين فيتنجز الطلاق قضاء ويتعلق ديانة إن أراده. فالضابط الاعتبار بالصلاحية وعدمها فإن تعين معنى الحال تقيد وإلا فإن احتمل فالمعين النية وإلا كانت لعطف الجملة، كذا في التحرير والبديع. وعلى هذا الخلاف لو قالت طلقني ولك ألف أو اخلعني ولك ألف ففعل فعنده وقع ولم يجب المال. وقالا: يجب المال، كذا في الكافي. وفي المحيط: لو قالت طلقني ولك ألف فقال طلقتك على الالف التي سميتها إن قبلت يقع الطلاق ويجب المال، وإن لم تقبل لا يقع الطلاق ولم يجب عنده لانها التمست طلاقا بغير عوض لان قولها ولك ألف لم يكن تعويضا على الطلاق فقد أعرض الزوج عما التمست حيث أوقع طلاقا بعوض، فإن قبلت وقع وإلا بطل. وعندهما يقع ويجب المال ا ه‍. ثم اعلم أن الوقوع مجانا مع ذكر المال لا يختص بمسألة الكتاب بل يكون في مسائل أخرى منها لو قال أنت طالق على عبدي هذا فإذا هو حر فقبلت طلقت مجانا لعدم صحة التسمية، وأوجب عليها زفر قيمته قياسا

على تسمية عبد الغير، وفرقنا بإمكان تسليمه بإجازة مالكه في المقيس عليه وفي المقيس لا يتصور تسليمه. ومنها لو قالت طلقني واحدة بألف أو على ألف فطلقها ثلاثا ولم يذكر الالف طلقت ثلاثا مجانا عنده للمخالفة، وعندهما طلقت ثلاثا وعليها الالف بإزاء الواحدة لانه مجيب بالواحدة مبتدئا بالباقي، وإن ذكر الالف لا يقع شئ عنده ما لم تقبل المرأة، وإذا قبلت الكل وقع الثلاث بالالف، وعندهما إن لم تقبل فهي طالق واحدة، فقط، وإن قبلت طلقت ثلاثا واحدة بألف وثنتان بغير شئ، كذا في الكافي. قوله: (وصح خيار الشرط لها لا له) لما قدمنا أنه معاوضة من جهتها ويمين من جهته ولذا صح رجوعها قبل القبول ولا تصح إضافتها وتعليقها بالشرط، ولا يتوقف على ما وراء المجلس وانعكست الاحكام من جانبه وهما منعاه من جانبها أيضا نظرا إلى جانب اليمين، والحق ما قاله الامام رضي الله تعالى عنه. أطلقه فشمل الخلع والطلاق على مال ويتفرع على هذا الاصل مسائل منها ما لو قال أنت طالق على ألف على أنني بالخيار ثلاثة أيام فقبلت بطل الخيار ووقع الطلاق. ومنها ما لو قال أنت طالق على ألف على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت إن ردت الطلاق في الايام الثلاثة بطل الطلاق، وإن اختارت الطلاق في الايام الثلاثة وقع
***
[١٤٣]
ووجب الالف له، وعندهما الطلاق واقع في الوجهين والمال لازم عليها والخيار باطل في الوجهين، كذا في الكافي وغيره. وفي فتاوى قاضيخان من باب الاكراه: لو قال لامرأته أنت طالق على ألف على إنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت يقع الطلاق ولها الخيار في قول أبي حنيفة ا ه‍. وهو مشكل والظاهر أنه سبق قلم فإن الطلاق لا يقع قبل إسقاط الخيار إما بالرضا أو بمضي المدة لا أنه وقع ثم يرتفع بالفسخ بالخيار ولذا قال في البدائع: إن أبا يوسف ومحمدا يقولان في مسألة الخيار إن الخيار إنما شرع للفسخ والخلع لا يحتمل الفسخ. وجواب أبي حنيفة عن هذا أن محل الخيار في منع انعقاد العقد في حق الحكم على أصل أصحابنا فلم يكن العقد منعقدا في حق الحكم للحال بل موقوف إلى وقت سقوط الخيار فحينئذ يعمل على ما عرف في البيوع ا ه‍. فإن قلت: هل يصح اشتراط الخيار لها بعد الخلع؟ قلت: لم أره صريحا ومقتضى جعله كالبيع أن يصح لان شرط الخيار اللاحق بعد البيع كالمقارن مع أن فيه اشكالا لان الطلاق وقع حيث كان بلا شرط فكيف يرتفع بعد وقوعه؟ وأطلق في المدة فشمل اشتراطه لها أكثر من ثلاثة عنده والفرق للامام بينه وبين البيع أن اشتراطه في البيع على خلاف القياس لانه من التمليكات فيقتصر على مورد النص، وفي الخلع على وفقه لانه من الاسقاطات، والمال وإن كان مقصودا فيه بالنظر إلى العاقد لكنه تابع في الثبوت في الطلاق الذي هو مقصود العقد كما أن الثمن تابع في البيع وبالنظر إلى المقصود يلزم أن لا يتقدر بالثلاث، كذا في الكشف من آخر بحث الهزل، فعلى هذا إذا قدرا وقتا ومضى بطل الخيار سواء كان ثلاثة أو أكثر ووقع الطلاق ولزم المال، وإذا أطلقا ينبغي أن يكون لها الخيار في مجلسها فقط، فإن قامت منه بطل استنباطا مما إذا أطلقا في البيع لما أنه له شبه البيع. وذكر الشارح أن جانب العبد في العتاق مثل جانب المرأة في الطلاق حتى صح اشتراط الخيار له دون المولى. ثم اعلم أنهم نقلوا هنا أنه لا يصح تعليقها للخلع لكونه معاوضة من جهتها، وقد ذكر الحاكم في الكافي أنها لو قالت إن طلقتني ثلاثا فلك علي ألف درهم، فإن قبل في المجلس فله الالف، وإن قبل بعده فلا شئ له. وعزاه إليه في فتح القدير ولم يتعقبه مع أنه تعليق منها له بصريح الشرط. وظاهر إطلاقهم أنه لا فرق بين أن يعلق القبول أو الايجاب. وفي البزازية: خالعها وقالت إن لم أؤد البدل إلى أربعة أيام فالخلع باطل فمضت المدة ولم تؤد فهذه بمنزلة شرط الخيار في الخلع وأنه على الخلاف إذا كان من
***
[١٤٤]
جانبها ا ه‍. يعني إذا مضت المدة قبل الاداء بطل الخلع وإن أدت في المدة وقع كمسألة خيار العقد في البيع، واستفيد منه أن الخيار لا يتقيد بالثلاث كما قدمناه صريحا. وقيد بخيار الشرط لان خيار الرؤية لا يثبت في الخلع ولا في كل عقد لا يحتمل الفسخ كما ذكره العمادي في فصوله، وأما خيار العيب في بدل الخلع فثابت في العيب الفاحش دون اليسير والفاحش ما يخرجه من الجودة إلى الوساطة ومن الوساطة إلى الرداءة ا ه‍. وفي جامع الفصولين: الاصل أن من له الرجوع عن خطابه قولا يبطل خطابه بقيامه ومن لا رجوع له لا يبطل بقيامه ثم قال: والحاصل أن الخلع من جانبه يبطل بقيامها لا بقيامه ومن جانبها يبطل بقيام كل منهما ا ه‍. قوله: (طلقتك أمس بألف فلم تقبلي وقالت قبلت صدق بخلاف البيع) والفرق أن الطلاق على مال بلا قبول عقد تام وهو عقد يمين فلا

يكون إقراره به اقرارا بقبول المرأة، أما البيع بلا قبول المشتري فليس ببيع فكان إقراره به اقرارا بقبول المشتري، فدعواه بعده عدم قبول تناقض ومراده من تصديق الزوج قبول قوله مع يمينه كما نص عليه العمادي في الفصول، ولو قيد المسألة بالمال كما في الهداية لكان أولى ولولا ما ذكره المصنف في الكافي شرحا لقوله بخلاف البيع من أن صورته ما لو قال لغيره بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل وقال المشتري قبلت إلى آخره لشرحت قوله بخلاف البيع بما لو قال بعتك طلاقك أمس فلم تقبلي فقالت بل قبلت، فقد نص في فتح القدير أن القبول لها لمناسبته للطلاق وفيه: ولو قال لعبده أعتقك أمس على ألف فلم تقبل وبعتك أمس نفسك منك بألف فلم تقبل على قياس قول الزوج لها ا هـ. وفي التتارخانية: لو أقاما بينة أخذ ببينة المرأة ا هـ. وفي البزازية: ادعى الخلع على حالها والمرأة تنكر يقع الطلاق بإقراره والدعوى في المال على حالها وعكسه لا يقع كيفما كان ادعت المهر إو نفقة العدة، لانه طلقها وادعى الخلع وليس لها بينة ففي حق المهر القول لها وفي النفقة قوله ا هـ. وينبغي حمله على ما إذا كان مدعيا أن نفقة العدة من جملة بدل الخلع وعلى تقديره فالفرق أن المهر كان ثابتا عليه قبله فدعواه سقوطه غير مقبول، وأما نفقة العدة فليست واجبة قبله وهي تدعي استحقاقها بالطلاق وهو ينكر فكان القول له وهو مشكل فإنهما اتفقا على سبب استحقاقها لان الخلع والطلاق يوجبان نفقة العدة فكيف تسقط؟ وفي جامع الفصولين: اختلفا في كمية الخلع فقال مرتان وقالت ثلاث قيل القول له، وقيل لو اختلفا بعد التزوج فقالت لم يجز التزوج لانه وقع بعد الخلع الثالث

***

[١٤٥]

وأنكره فالقول له، ولو اختلفا في العدة وبعد مضيها فقال هي عدة الخلع الثاني وقالت هي عدة الخلع الثالث فالقول لها فلا يحل النكاح ا هـ. وفي القنية: لو أقامت بينة أن زوجها المجنون خالعها في صحته وأقام وليه أو هو بعد الافاقة بينة أنه خالعها في جنونه فبينة المرأة أولى ا هـ. وفي كافي الحاكم: قال لها قد طلقتك واحدة بألف فقبلت فقالت إنما سألتك ثلاثا بألف فطلقتني واحدة فلك ثلثها فالقول للمرأة مع يمينها، فإن أقاما البينة فالبينة بينة الزوج، وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل بعد الاتفاق على الخلع أو قالت اختلعت بغير شئ فالقول قولها والبينة بينة الزوج، أما إذا اتفقا أنها سألته أن يطلقها ثلاثا بألف وقالت طلقتني واحدة وقال هو ثلاثا فالقول قوله إن كانا في المجلس، ألا ترى أنه لو قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق في مجلس سؤالها الثلاث بألف كان له الالف؟ فغاية هذا أن يكون موقعا الباقي في المجلس فيكون مثله، وإن كان غير ذلك المجلس لزمها الثلاث، وإن كانت في العدة فمن المتفق عليه ولا يكون للزوج إلا ثلث الالف، وإن قالت سألتك أن تطلقني ثلاثا على ألف فطلقتني واحدة فلا شئ لك يعني على قول أبي حنيفة، وقال هو بل سألتني واحدة على ألف فطلقتكها فالقول قولها على قول أبي حنيفة، وإن قالت سألتك ثلاثا بألف فطلقتني في ذلك المجلس واحدة والباقي في غيره وقال بل الثلاث فيه فالقول لها، وإن قالت سألتك أن تطلقني أنا وضرتي على ألف فطلقتني وحدي وقال طلقتها معك وقد افترقا من ذلك المجلس فالقول لها وعليها حصتها من الالف والاخرى طالق بإقراره، وكذا إذا قالت فلم تطلقني ولا في ذلك المجلس، وفي مسألة خلع الثنتين بسؤال واحد تنبيه وهو أنه إذا خلع امرأتيه على ألف كانت منقسمة على قدر ما تزوجهما عليه من المهر حتى لو سألتاه طلاقهما على ألف أو بألف فطلق إحداهما لزم المطلقة حصتها من الالف على قدر ما تزوجها عليه، فإن طلق الاخرى في ذلك المجلس أيضا لزمها حصتها لان الالف تنقسم عليهما بالسوية، ولو طلقهما بعدما افترقوا فلا شئ له. وإذا ادعت المرأة الخلع والزوج ينكره فأقامت بينة فشهد أحدهما بالالف والآخر بألف وخمسمائة أو اختلفا في جنس الجعل فالشهادة باطلة. وإن كان الزوج هو المدعي للخلع والمرأة تنكره فشهد أحد شاهديه بألف والآخر بألف وخمسمائة والزوج يدعي ألفا وخمسمائة جازت شهادتهما على الالف، وإن ادعى ألفا لم تجز شهادتهما ولزمه الطلاق بإقراره، كذا في فتح القدير. وفيه: لو اختلفا في مقدار العوض فالقول لها عندنا، وعند الشافعي يتحالفان ا هـ. وفي البزازية: دفعت بدل الخلع وزعم الزوج أنه قبضه بجهة أخرى، أفتى الامام ظهير الدين أن القول له، وقيل لها لانها المملكة.

***

[١٤٦]

قوله: (ويسقط الخلع والمبارأة كل حق لكل واحد على الآخر مما يتعلق بالنكاح حتى لو خالعها أو باراها بمال معلوم كان للزوج ما

سمت له ولم يبق لاحدهما قبل صاحبه دعوى في المهر مقبوضا كان أو غير مقبوض قبل الدخول بها أو بعده) لان الخلع كالبراءة يقتضي البراءة من الجانبين لانه ينبئ عن الخلع وهو الفصل ولا يتحقق ذلك إلا إذا لم يبق لكل واحد منهما قبل صاحبه حق وإلا تحققت المنازعة بعده. والمبارأة بالهمزة وتركها خطأ وهي أن يقول الزوج برئت من نكاحك بكذا، كذا في شرح الوقاية. ولا يخفى وقوع الطلاق البائن في هذه الصورة وقد صورها في فتح القدير بأن يقول بارأتك على ألف وتقبل ولم يذكر وقوع الطلاق به، وقد صرح بوقوع الطلاق بهذا اللفظ في الخلاصة والبزازية لكن قال فيها نية الطلاق في الخلع والمبارأة شرط الصحة إلا أن المشايخ لم يشترطوه في الخلع لغلبة الاستعمال، ولان الغالب كون الخلع بعد مذاكرة الطلاق، فلو كانت المبارأة أيضا كذلك لا حاجة إلى النية وإن كان من الكنايات وإن لم يكن كذلك فبقيت مشروطه في المباراة وسائر الكنايات على الاصل ا ه. وشمل أول كلامه ستة عشر وجها لانه لا يخلو إما أن لا يسميا شيئا أو سميا المهر أو بعضه أو مالا آخر، وكل وجه على وجهين إما أن يكون المهر مقبوضا أو لا، وكل على وجهين إما أن يكون قبل الدخول أو بعده، فإن لم يسميا شيئا برئ كل منهما كما صححه في الخلاصة والبزازية. وعبارة الخلاصة: لو خالعها ولم يذكر العوض عليها فهو على وجوه: الاول أن يسكت عنه: ذكر شمس الائمة السرخسي في نسخته أنه يبرأ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وذكر الامام خواهر زاده أن هذا إحدى الروايتين عن أبي حنيفة، وهو الصحيح وإن لم يكن على الزوج مهر فعليها رد ما ساق إليها من المهر لان المال مذكور عرفا بذكر الخلع، وفي رواية عن أبي حنيفة وهو قولهما أنه لا يبرأ أحدهما عن صاحبه ا ه. وهكذا ذكر في البزازية وظاهر عبارتهما أولا أن المهر إذا كان مقبوضا فلا رجوع له عليها، وصريح كلامهما ثانيا الرجوع. وقد صرح قاضيخان في فتاويه في هذه الصورة بأنها ترد ما
***
[١٤٧]
ساق إليها من المهر فحينئذ لم يبرأ كل منهما عن صاحبه، وقد ظهر لي أن محل البراءة لكل منهما ما إذا خالعها بعد ما دفع لها معجل المهر وقد بقي مؤجله فإنه يبرأ عن مؤجله وتبرأ هي عن معجله، ولذا قال في المحيط: وهو الصحيح أنه يسقط من المهر ما قبضت المرأة فهو لها وما كان باقيا في ذمة الزوج يسقط ا ه. وفي البزازية: قال لها خلعتك فقالت قبلت لا
***
[١٤٨]
يسقط شئ من المهر ويقع الطلاق البائن بقوله إذا نوى ولا دخل لقبولها حتى إذا نوى الزوج الطلاق ولم تقبل المرأة يقع البائن، وإن قال لم أرد الطلاق لا يقع ويصدق قضاء وديانة بخلاف قوله خالعتك فقالت قبلت يقع الطلاق والبراءة ا ه. وحاصله أن الفرق بين خلعتك وخالعتك من وجهين: الاول أن خلعتك لا يتوقف على القبول بخلاف خالعتك. الثاني لا يبرأ في الاول ويبرأ في الثاني فلذا قال في الكتاب: حتى لو خالعها بصيغة المفاعلة. الثاني أن يصرح بنفي العوض فيه كما لو قال لها اخلعي نفسك مني بغير شئ ففعلت وقبل الزوج صح بغير شئ لانه صريح في عدم المال ووقوع البائن، كذا في البزازية. يعني فلا يبرأ كل منهما عن حق صاحبه كما لا يخفى. الثالث أن يقع ببدل على الزوج. قال في البزازية قال الامام في الاسرار: يجوز الخلع ولا يجوز بدل المال. وقال بعضهم: يجوز والمختار الجواز، وطريقه أن يحمل على الاستثناء من المهر لان الخلع يوجب براءته من المهر فكأنه قال إلا قدرا من المهر فإنه لا يسقط عني، فإن لم يكن عليه مهر يجعل كان ذلك القدر استثنى عن نفقة العدة، فإن زاد على نفقة العدة يجعل كأنه زاد على مهرها ذلك القدر قبل الخلع ثم خالع تصحيحا للخلع بقدر الامكان ا ه. وبه علم حكم ما إذا خالعها واشترطت عليه أن يدفع لها بعض المهر فإنه صحيح. الرابع أن يقع بشرط أن يكون المهر لولدها أو لاجنبي. قال في البزازية: خالعها على أن يجعل صداقها لولدها أو لاجنبي جاز والمهر للزوج لا لغيره ا ه. وإن سميا المهر فإن كان مقبوضا رجع بجميعه وإلا سقط عنه كله مطلقا في الاحوال كلها. وفي البزازية: خلع زوجته على أن ترد عليه جميع ما قبضت منه وكانت وهبته أو باعته من إنسان ولم ترد ذلك عليه رجع عليها بقيمة ذلك إن عروضا وبالمثل في المكيلات والموزونات كأنه استحق بدل الخلع فيرجع بالقيمة ا ه. وفيها: خالعها بغير خسران يلحق الزوج إذا أبرأته عن مهرها يقع الطلاق وإلا لا لان ارتفاع الخسران يكون بسلامة المهر له ا ه. وإن سميا بعض المهر كالعشر مثلا فإن كان مقبوضا رجع بالمسمى فقط
***

[١٤٩]
إن كان بعد الدخول وسلم لها الباقي وبنصفه فقط إن كان قبله، وإن لم يكن مقبوضا سقط الكل مطلقا المسمى بحكم الشرط والباقي بحكم لفظ الخلع. وإن سميا مالا آخر غير المهر فله المسمى وبرئ كل منهما مطلقا في الاحوال كلها. وبما قررناه ظهر أن قولهم الخلع يسقط كل الحقوق ليس في جميع الصور ويستثنى منه ما إذا خالعها على مهرها أو بعضه وكان مقبوضا فإنها ترده ولا تبرأ. ومقتضى إطلاقهم البراءة إلا أن يقال إن مرادهم البراءة عن سائر الحقوق ما عدا بدل الخلع والمهر بدل الخلع فلا تبرأ عنه كما لو كان مالا آخر. وبما قررناه ظهر أن الوجوه أربعة وعشرون، لانه إما أن يسكتا عن البدل أو ينفى أو يشترط على الزوج أو عليها أو مهرها أو بعضه، وكل على وجهين إما أن يكون مقبوضا أو لا، وكل على وجهين إما أن يكون قبل الدخول أو بعده. هذا إن كان المسمى معلوما موجودا متقوما أو مجهولا جهالة مستدركة كثوب هروي أو مروي. وإن فحشت الجهالة كمطلق ثوب أو تمكن الخطر بأن خلعها على ما يثمر نخلها العام أو على ما في البيت وليس فيه شئ بطلت التسمية وردت ما قبضت من المهر، كذا في البزازية. وقدمناه. ثم اعلم أنه بقي هنا صورة وهي ما في البزازية: اختلفت مع زوجها على مهرها ونفقة عدتها على أن الزوج يرد عليها عشرين درهما صح ولزم الزوج عشرون، دليله ما ذكر في الاصل: خالعت على دار على أن الزوج يرد عليها ألفا لا شفعة فيه، وفيه دليل على أن إيجاب بدل الخلع عليه يصح. وفي صلح القدوري: ادعت عليه نكاحا وصالحها على مال بذله لها لم يجز، وفي بعض النسخ جاز والرواية الاولى تخالف المتقدم، والتوفيق أنها إذا خالعت على بدل يجوز إيجاب البدل على الزوج أيضا ويكون مقابلا ببدل الخلع، وكذا إذا لم يذكر نفقة العدة في الخلع ويكون تقديرا لنفقة العدة، أما إذا خالعت على نفقة العدة ولم تذكر عوضا آخر ينبغي أن لا يجب بدل الخلع على الزوج وقد ذكرنا ما فيه من الوجه ا ه. قيد بالخلع والمبارأة لان الطلاق على مال لا يسقط شيئا مما يتعلق بالنكاح في ظاهر الرواية وصححه الشارحون وقاضيخان وفي البزازية والولوالجية وعليه الفتوى بعد أن حكي
***
[١٥٠]
أن فيه روايتين عن الامام وأن عندهما هو كالخلع. وفي موضع منها: طلقها على ألف قبل الدخول ولها عليه ثلاثة آلاف تسقط ألف وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وبقي عليه ألف وخمسمائة وتقاصا بألف، ولا ترجع عليه بخمسمائة عند البلخي وترجع عند غيره، وعليه الفتوى بناء على أن صريح الطلاق بقدر من المال هل يوجب البراءة من المهر عند الامام أم لا، فالبلخي يوجبه وغيره لا ا ه. ثم اعلم أن الاولى في التعبير أن يقال إن الطلاق على مال لا يسقط المهر فقد صرح في شرح الوقاية والخلاصة والبزازية والجوهرة بأن النفقة المقتضى بها تسقط بالطلاق. وأطلقوه فشمل الطلاق بمال وغيره وسنتكلم عليه إن شاء الله تعالى في كتاب النفقات. وأما الخلع بلفظ البيع والشراء فقال قاضيخان في فتاواه: إنه لا يوجب البراءة عن المهر إلا بذكره اتفاقا وهو الصحيح. وصحح في الفتاوى الصغرى أنه يوجب البراءة كالخلع واختاره العمادي في الفصول. وأطلق في الحق فشمل المهر والنفقة المفروضة والماضية والكسوة كذلك، وأما المتعة فقال في البزازية: خالعها قبل الدخول وكان لم يسم مهرا تسقط المتعة بلا ذكر ا ه. وأما نفقة العدة فلم تدخل تحت العموم لانها لم تكن واجبة قبل الخلع لتسقط به وإنما تسقط بالتنصيص. قال البزازي: اختلعت بمهرها ونفقة عدتها صح وإن لم تجب النفقة بعد وهي مجهولة لدخولها تبعا كبيع الشرب تبعا للارض وإن كان مجهولا. وفي شرح الطحاوي: خالعها على نفقة العدة صح ولا تجب النفقة بخلاف ما لو أبرأت الزوج عن النفقة في المستقبل لا يصح. وفي الظهيرية: إن أبرأته عن نفقة العدة بعد الخلع لا يصح، وكذا بعد الطلاق وقيل يصح وهو الاشبه ا ه. ما في البزازية. وفيها في موضع آخر: اختلعت بتطليقة بائنة على كل حق يجب للنساء على الرجال قبل الخلع وبعده ولم يذكر الصداق ونفقة العدة تثبت البراءة عنهما لان المهر ثابت قبل الخلع وبعد تثبت نفقتها ا ه. وفي الخانية من العدة: رجل طلق امرأته ثم صالحته من نفقة العدة على شئ إن كانت عدتها بالاشهر جاز الصلح لان زمان العدة معلوم، وإن كانت عدتها بالحيض لا يجوز لان المدة غير معلومة ا ه. وأما السكنى فلم يصح أسقاطها بحال لما أن سكناها في غير بيت الطلاق معصية إلا إن أبرأته عن مؤنة السكن بأن كانت ساكنة في بيت نفسها أو تعطى الاجرة من مالها فيصح التزامها ذلك، كذا في فتح القدير. أما إذا شرطا البراءة من نفقة الولد وهي مؤنة الرضاع إن وقتا لذلك وقتا كسنة مثلا صح ولزم وإلا لا يصح. وفي المنتقى: إن

كان الولد رضيعا صح وإن لم يبين المدة وترضعه حولين ا هـ. بخلاف الفطيم كذا في فتح القدير. واقتصر في البزازية على ما في المنتقى فإن تركته على الزوج وهربت فللزوج أن يأخذ قيمة النفقة منها ولها أن تطالبه بكسوة الصبي إلا إذا اختلعت على نفقته وكسوته
***
[١٥١]
فليس لها أن تطالبه وإن كانت الكسوة مجهولة، سواء كان الولد رضيعا أو فطيما. ولو خالعته على نفقة ولده شهرا وهي معسرة فطالبته بنفقته يجبر عليها وعليه الاعتماد لا على ما أفتى به بعضهم من سقوط النفقة، كذا في فتح القدير: وهو المذكور في القنية. وإن مات الولد قبل تمام الوقت كان للزوج الرجوع عليه بحصة الاجر إلى تمام المدة. والحيلة في براءتها أن يقول الزوج خالعتك على أني برئ من نفقة الولد إلى سنتين. فإن مات الولد قبلها فلا رجوع لي عليك، كذا في الخانية، بخلاف ما لو استأجر الظئر للارضاع سنة بكذا على أنه إن مات قبلها فالاجر كله لها فالاجارة فاسدة، كذا في إجارات الخلاصة. ومقتضى مسألة موت الولد قبل المدة أن نفقة العدة لو جعلت بدلا في الخلع ثم لم تسكن في منزل الطلاق حتى صارت ناشزة وسقطت نفقتها أن يرجع الزوج عليها بالنفقة وأنه إذا شرط أنها إذا لم تسكن فلا رجوع أن يصح الشرط كما لا يخفى فإن قلت: إذا خالعها على نفقة العدة ثم تزوجها بعد خمسة أيام مثلا فهل يرجع عليها ببقية النفقة؟ قلت: نعم لما في القنية: اختلعت نفسها بالمهر ونفقة العدة ونفقة ولده سنة ثم مات الولد بعد خمسة أيام وتزوجها يرجع بنفقة بقية العدة وبقية نفقة ولده سنة ا هـ. وهو دليل لما ذكرناه في مسألة النشوز. ثم اعلم أن موتها وعدم وجود ولد في بطنها كموته في أثناء المدة من كونها ترد قيمة الرضاع كما في المحيط. ولو اختلعت على أن تمسكه إلى وقت البلوغ صح في الانثى لا الغلام، وإذا تزوجت فللزوج أن يأخذ الولد ولا يتركه عندها، وإن اتفقا على ذلك لان هذا حق الولد وينظر إلى مثل إمساك الولد في تلك المدة فيرجع به عليها، كذا في فتح القدير. ومقتضاه أنها لو قصرت في الانفاق عليه أن يرجع عليها بقيمة النفقة وينفق هو عليه نظرا له. وفي الولوالجية من كتاب الصلح: صالحها على أن يطلقها على أن ترضع ولده سنتين على أن زادها ثوبا بعينه وقبضته فاستهلكته وأرضعت الصبي سنة ثم مات فإن الزوج يرجع عليها إذا كانت قيمة الثوب والمهر سواء بنصف قيمة الثوب وبربع قيمة الرضاع. ولو زادت مع ذلك شاة قيمتها مثل قيمة الرضاع رجع عليها بربع الثوب وبربع قيمة الرضاع وسلمت له الشاة
***
[١٥٢]
وتوضيحه فيها وقد أطال في بيانه فليراجع. قيد بقوله مما يتعلق بالنكاح لانهما لا يوجبان البراءة من دين آخر سوى النكاح على الصحيح لانه وإن كان مطلقا فقد قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض. وادعى في الجوهرة الاجماع عليه وليس بصحيح فقد روي عن الامام البراءة عن سائر الديون كما في فتح القدير. فإن قلت: لو اختلعت على أن لا دعوى لكل على صاحبه هل يشمل ما ليس من حقوق النكاح؟ قلت: مقتضى الابراء العام ذلك لكن المنقول في البزازية: اختلعت على أن لا دعوى لكل على صاحبه ثم ادعى أن له عندها كذا من القطن يصح لان البراءة تختص بحقوق النكاح ا هـ. وكأنه لما وقع في ضمن الخلع تخصص بما هو من حقوق النكاح وأراد بالنكاح ما ارتفع بهذا الخلع لانه إذا تزوج امرأة على مهر مسمى ثم طلقها بائنة بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا بمهر آخر ثم اختلعت منه على مهرها برئ الزوج عن المهر الذي يكون في النكاح الثاني دون الاول، كذا في الخانية. وإنما نص على المهر ليعلم سقوط باقي الحقوق بالاولى. وأطلق النكاح فانصرف إلى الصحيح فالخلع في الفاسدة غير مسقط لمهر المثل كما في البزازية. وقيد بقوله خالعها المفيد لكونه خاطبها لانه لو خالعها مع أجنبي بمال فإنه لا يسقط المهر لانه لا ولاية للاجنبي في إسقاط حقها وهو خلع الفضولي وسنتكلم عليه مع خلع الوكيل والرسول إن شاء الله تعالى. قوله: (ولو خلع صغيرة بمالها لم يجز عليها) أي لا يلزمها المال لانه لا نظر لها فيه لعدم تقوم البضع حالة الخروج، وإنما فسرنا عدم الجواز في كلامه بعدم لزوم المال لان الصحيح وقوع الطلاق كما في الهداية لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط. هذا إذا قبل الاب، فإن قبلت وهي عاقلة تعقل أن النكاح جالب والخلع سالب وقع الطلاق بالاتفاق ولا يلزمها المال. وذكر صاحب المنظومة أن خلع الصغيرة بمال مع الزوج إن كان بلفظ الخلع يقع البائن، وإن كان بلفظ الطلاق يقع الرجعي. وفي جامع الفصولين: لو طلق الصبية بمال يقع رجعيا وفي الامة يصير بائنا إذا الطلاق بمال يصح في الامة لكنه مؤجل وفي الصبية يقع بلا مال ا هـ. وفي جوامع الفقه: طلقها بمهرها وهي صغيرة عاقلة فقبلت وقعت طلقة ولا يبرأ. وإن قبل أبوها أو أجنبي

روى هشام عن محمد أنه يقع، وروى الهندواني عن محمد أنه لا يقع، فلو بلغت وأجازت جاز، كذا في فتح القدير. وذكر الشارح ولو شرط الزوج البدل عليها توقف على قبولها إن كانت أهلا، فإن قبلت وقع اتفاقا ولا يلزم المال، وإن قبل الاب عنها صح في رواية لانه نفع محض لانها تتخلص بلا مال، ولا يصح في أخرى لان قبولها بمعنى شرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وهذا هو الاصح ا ه‍. أطلق في مالها فشمل مهرها الذي على الزوج ولذا قال في البزازية: والخلع على مهرها ومال آخر سواء في الصحيح ا ه‍. وقيد بالصغيرة ليفيد أنه لو خلع كبيرته بلا إذنها فإنه لا يلزمها المال بالاولى لانه كالاجنبي في حقها. وفي البزازية: الكبيرة إذا خلعها أبوها أو أجنبي بإذنها جاز
***
[١٥٣]
والمال عليها وإن بلا إذنها لم يجز وترجع بالصداق على الزوج والزوج على الاب إن ضمن الاب، وإن لم يضمن فالخلع يتوقف على قبولها إن قبلت تم الخلع في حق المال، وهذا دليل على أن الطلاق واقع، وقيل لا يقع الطلاق ها هنا إلا بإجازتها ا ه‍. وقيد بالاب لانه لو جرى الخلع بين زوج الصغيرة وأمها فإن أضافت الام البدل إلى مال نفسها أو ضمنت تم الخلع كالاجنبي، وإن لم تضف ولم تضمن لا رواية فيه، والصحيح أنه لا يقع الطلاق بخلاف الاب. وإن كان العاقد أجنبيا ولم يضمن البدل إن كانت الصغيرة تعقل العقد والزوج والصداق أنه ما هو يتوقف على إجازتها، وقيل لا يتوقف، ومذهب مالك أن الاب إذا علم أن الخلع خير لها بأن كان الزوج لا يحسن عشرتها فالخلع على صداقها صحيح، فإن قضى به قاض نفذ قضاؤه، كذا في البزازية. وفيها: وإذا أراد أن يصح خلع الصغيرة على وجه يسقط المهر والمتعة عن زوجها يخالع أجنبي مع زوجها على مال قدر المهر والمتعة فيجب البدل على الاجنبي للزوج ثم يحيل الزوج بما عليه من الصداق والمتعة لمن له ولاية قبض صداقها على ذلك الاجنبي فيبرأ الزوج عن المهر ويكون في ذمة ذلك الرجل ا ه‍. وفيها من موضع آخر: وحيلة أخرى أن يحيل الزوج بالصداق على الاب فيبرأ الزوج منه وينتقل إلى ذمة الاب والاب يملك قبول الحوالة إذا كان المحتال عليه املا من المحيل والغالب كون الاب أملا من الزوج، كذا لو كان المحتال عليه مثل المحيل في الملاءة، ذكره في الجامع الصغير. وذكر اسحق الولواجي أنه لا يملك قبولها لو مثله في الملاءة ولو كان المخالع وليا غير الاب جعله القاضي وصيا حتى يملك قبولها. وذكر الحاكم حيلة أخرى وهو أن يقرب الاب بقبض صداقها ونفقة عدتها ثم يطلقها الزوج بائنا. وهذا خاص بالاب لصحة إقراره بالقبض بخلاف سائر الاولياء ويبرأ الزوج في الظاهر لاقرار الاب لا في إقرار غيره، ويكتب إقرار الاب بقبض حقها وطلاق الزوج بائنا ا ه‍. وتعقبه في جامع الفصولين بأن الاب إذا كان كاذبا في الاقرار لم يبرأ الزوج عند الله ويحرم عليه فلم تكن هذه الحيلة شرعية ولذا قال في الظاهر ا ه‍. وفيها أيضا: وكلت الصغيرة بالخلع ففعل الوكيل في رواية يصح ويتم الخلع وله البدل، وفي رواية لا إلا إذا ضمن الوكيل البدل، وإن لم يضمن الوكيل البدل لا يقع الطلاق. قال لها وهي صغيرة إن غبت عنك فأمرك بيدك فطلقي نفسك مني متى شئت بعد أن تبرئي ذمتي من المهر فوجد الشرط فطلقت نفسها بعد ما أبرأته لا يسقط المهر لعدم صحته ابراء الصغيرة ويقع الرجعي لانه كالقائل لها عند وجود الشرط أنت طالق على كذا وحكمه ما ذكرنا ا ه‍. وقيد
***
[١٥٤]
بالانثى لانه لو خلع ابنه الصغير لا يصح ولا يتوقف خلع الصغير على إجازة الولي ا ه‍. وحاصله أنه في الصغيرة لا يلزم المال مع وقوع الطلاق وفي الصغير لا وقوع أصلا. قوله: (ولو بألف على أنه ضامن طلقت والالف عليه) أي على الاب الملتزم لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب أولى، ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب فإذا بلغت تأخذ نصف الصداق إن كان قبل الدخول، وكله إن كان بعده من الزوج ويرجع هو على الاب الضامن أو ترجع على الاب ولا يرجع هو على الزوج، ولو كان المهر عينا أخذته من الزوج كله إن كان بعد الدخول، ونصفه إن كان قبله ويرجع الزوج على الاب الضامن بقيمته، كذا في فتح القدير وليس بصحيح لان هذا حكم ما إذا خالعها على صداقها على أنه ضامن له فحينئذ إذا رجعت به على الزوج رجع الزوج به على الاب لضمانه، والكلام هنا إنما هو فيما إذا خالعها على الالف على أنه ضامن لها وحكمه لزوم الالف عليه للزوج، وإذا رجعت على الزوج بمهرها فلا رجوع له على أبيها لانه لم يضمن له الصداق مع أن في جامع الفصولين في مسألة ما إذا خالعها أبوها على مهرها وضمنه أنها

ترجع على الاب لا على الزوج، هذا لو ضمن مهرها للزوج وإلا فلا شك أن المهر لا يسقط بهذا الخلع لصغرها ا هـ. والظاهر أنها مخيرة إن شاءت رجعت على زوجها أو أبيها. وفي البزازية: خالعها أبوها أو أجنبي على صداقها إن ضمن المخالع تم ووقع كائنا من كان العاقد وبعد البلوغ آخذت الزوج بنصفه لو قبل الدخول وبكله لو بعده. وقال شمس الائمة: ترجع به على الاب لا على الزوج وإذا لم يضمن الاب لا شك أن الصداق لا يسقط، وهل تقع البينونة؟ وإن قبلت الصغيرة وهي أهل للقبول وقع اتفاقا، وإن لم تقبل إن كان المخالع أجنبيا ولم يضمن لا يقع اتفاقا، وتكلموا أنه هل يتوقف على إجازتها إذا بلغت قيل لا يتوقف وإن كان العاقد أبا ولم يضمن للزوج قال بكر: اختلفت المشايخ في الوقوع. وقال الامام الحلواني: فيه روايتان. وفي حيل الاصل أنه لا يقع ما لم يضمن الاب الدرك له. وفي كشف الغوامض: إن الطلاق يقع بقبول الاب على قول محمد بن سلمة وإن لم يضمن البدل أي الصداق ولا يجب البدل على الاب ولا عليها. وعنه أن الخلع واقع بقبول الاب والبدل عليه وإن لم يضمن وفي طلاق
***
[١٥٥]
الاصل في خلع الاب على صداقها قبل الدخول بها أن الخلع جائز ولها نصف الصداق ويضمن الاب للزوج نصف الصداق. قالوا: كيف صح الخلع على صداقها وهو ملكها ولا ولاية له في إبطال ملكها؟ وكيف يصح ضمان الصداق للزوج وهو عليه؟ ولاي معنى يضمن الاب نصف الصداق للزوج وقد ضمن الزوج ذلك لها؟ أجابوا عن ذلك بأن الخلع لما أضيف إلى مهرها وذلك ملكها كان مضافا إلى مالها والاضافة إلى مال الغير بأن خالع على عبد إنسان يصح كإضافة الشراء إلى مال غيره، فلما صح إضافة الشراء فلان يصح الخلع وهو أقرب إلى الجواز أولى، لكن في باب الشراء يجب تسليم البدل على العاقد وفي الخلع لا يجب إلا بضمان لرجوع الحقوق إلى من يقع له العقد غير أنه إذا ضمن رجع إليه الحقوق بالضمان فإذا خلع وضمن صح وضمن البدل ووقع الطلاق بقبوله ووجب نصف المهر وسقط النصف ويجب للزوج على الاب نصفه بضمانه تسليم كل المهر إلى الزوج، وإن كانت مدخولة فلها جميع المهر عليه والاب يضمن للزوج لانه ضمن تسليم الكل فلم يقدر فيضمن مثله ا هـ. ولا فرق في حكم ضمانه بين الصغيرة والكبيرة التي لم تأذن له ولكن إذا أجازته وقع وبرئ من الصداق واعتبر هذا الخلع معاوضة بين الزوج والمخالع وطلاقا بلا بدل في حقها، فإذا بلغ الخبر إليها فأجازت نفذ عليها وبرئ الزوج، وإن لم تجز رجعت عليه بمهرها والزوج يرجع على الاب بحكم الضمان. وتقدير هذا الخلع كان المخالع قال له إذا بلغها الخبر وأجازت كان البدل عليها، وإن لم تجزه فالبدل علي وما يجب على الاب من الضمان إنما يجب بالعقد لا بحكم الكفالة، كذا في البزازية: ولذا قال في فتح القدير: المراد بالضمان هنا التزام المال لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح بخلاف بدل العتق لا يجوز اشتراطه على الاجنبي لانه يحصل به للعبد ما لم يكن حاصلا له وهو إثبات الاهلية وهو القوة عن ذلك الاسقاط بخلاف إسقاط الملك في الخلع لا يحصل عنه للمرأة ما لم يكن حاصلا قبله فصار الاب والاجنبي مثلها فإنه لم يحصل له شئ بخلاف العبد فإنه حصل له ما ذكرنا، والعوض
***
[١٥٦]
لا يجب على غير من يحصل له المعوض فصار كثمن المبيع إلا أن البيع يفسد بالشروط الفاسدة والخلع لا يفسد بها ا هـ. وبهذا علم الفرق بين ما يصح التزامه وما لا يصح. ومن صور الالتزام أيضا ما في جامع الفصولين: لو زوج الاب بنته الكبيرة فطلبوا منه وقت الدخول أن يهب للزوج شيئا من مهرها ينبغي أن يهب بإذنها وأن يضمن للزوج عنها فيقول إن أنكرت هي الاذن بالهبة وغرمتك ما وهبته فأنا ضامن ما وهبته، ويصح هذا الضمان لاضافته إلى سبب الوجوب لان من زعم الاب والزوج أنها كاذبة في الانكار وأن ما أخذته دين عليها للزوج فالاب ضمن بدين واجب فصح ا هـ. والظاهر من آخر كلامه أن الضمان هنا بمعنى الكفالة لا التزام المال ابتداء كما لا يخفى. وأشار بقوله لم يجز عليها إلى أن الاب فضولي في خلع الصغيرة فيستفاد منه جواز خلع الفضولي. وحاصله كما في المحيط أن المتعاقدين من يدخلان تحت حكم الايجابين وإن كان المخاطب في الخلع المرأة فالمعتبر قبولها، سواء كان البدل مبهما أو معينا، أضاف البدل إلى نفسه أو لم يضفه، لانها هي العاقدة، وإن كان المخاطب هو الاجنبي إن أضاف البدل إلى نفسه فالمعتبر قبوله لانه التزم تسليم ذلك من ملكه وإن لم يضفه إلى نفسه ولا إلى أحد فالمعتبر قبولها لانها الاصل فيه، فلو قال أجنبي للزوج اخلع امرأتك على هذه

الدار وهذه الالف فالقبول إلى المرأة، ولو قال على عبدي هذا وألفي هذه ففعل وقع الخلع لانه هو العاقد لما أضاف المال إلى نفسه، ولو قال لها الزوج خلعتك على دار فلان فالقبول إليها، ولو قال لصاحب العبد خلعت امرأتي بعبدك والمرأة حاضرة فالقبول لصاحب العبد، ولو قال رجل للزوج اخلعها على ألف فلان هذا أو على عبد فلان أو على ألف على أن فلانا ضامن لها فالقبول لفلان، ولو قالت اخلعني على ألف على أن فلانا ضامن له ففعل وقع الخلع فإن ضمن فلان أخذ الزوج من أيهما شاء وإلا فمنها فقط ا هـ. وفي البزازية: الخلع إذا جرى بين الزوج والمرأة فإليها القبول كان البدل مرسلا أو مطلقا أو مضافا إلى المرأة أو الاجنبي إضافة ملك أو ضمان، ومتى جرى بين الاجنبي والزوج فتى كان البدل مرسلا فالقبول إليها، وإن أضيف إلى الاجنبي إضافة ملك أو ضمان فإلى الاجنبي لا إلى المرأة اهـ. وأما الوكيل به فقال في الخانية: وكيل المرأة بالخلع إذا قبل الخلع يتم الخلع وهل يطالب الوكيل ببدل الخلع فالمسألة على وجهين: إن كان الوكيل أرسل البدل إرسالا بأن قال للزوج اخلع امرأتك بألف درهم أو على هذه الالف وأشار إلى ألف للمرأة كان البدل على المرأة ولا يطالب به الوكيل، وإن أضاف الوكيل البدل إلى نفسه إضافة ملك أو ضمان بأن قال اخلع امرأتك على ألفي هذه أو على هذه الالف وأشار إلى نفسه أو

***

[١٥٧]

على ألف على أني ضامن كان البدل على الوكيل ولا تطالب به المرأة، وللوكيل أن يرجع على المرأة قبل الاداء وبعده وإن لم تكن المرأة أمرته بالضمان بخلاف الوكيل بالنكاح من قبل الزوج إذا ضمن المهر للمرأة ولم يكن الضمان بأمر الموكل فإنه لا يرجع على الموكل اهـ. ولا ينفرد أحد الوكيلين به بخلاف الطلاق والوكيل بالطلاق لا يملك الخلع والطلاق على مال إن كانت مدخولة على الصحيح لانه خلاف إلى شر بخلاف غيرها فإنه إلى خير. ولو زعم رجل أنه وكيلها بالخلع نخالعها معه على ألف ثم أنكرت المرأة التوكيل فإن ضمن الفضولي المال للزوج وقع الطلاق وعليه المال وإلا إن لم يدع الزوج التوكيل لم يقع، وإن ادعاه وقع ولا يجبر المال، كذا في المحيط. ولو وكله بأن يخالعها بعد شهر فمضت المدة ولم يخالعها الوكيل لا يجبر الوكيل على الخلع وإن طلبت المرأة وبمضي المدة لا ينعزل الوكيل. وذكر الامام محمد أن توكيل الصبي والمعتوه عن البالغ العاقل بالخلع صحيح الواحد لا يصلح في الخلع وكيلا من الجانبين بأن وكلت رجلا بالخلع فوكله الزوج أيضا، سواء كان البدل مسمى أو لا، وعن محمد أنه يصح، كذا في البزازية والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

باب الظهار هو في اللغة مصدر ظاهر امرأته إذا قال لها أنت علي كظهر أمي، كذا في الصحاح والمغرب. وفي المصباح: قيل إنما خص ذلك بذكر الظهر لان الظهر من الدابة موضع الركوب والمرأة مركوبة وقت الغشيان فركوب الام مستعار من ركوب الدابة، ثم شبه ركوب الزوجة بركوب الام الذي هو ممتنع وهو استعارة لطيفة فكأنه قال ركوبك للنكاح حرام علي، وكأن الظهار طلاقا في الجاهلية فنهوا عن الطلاق بلفظ الجاهلية وأوجب عليهم الكفارة تغليظا في النهي اهـ. والمذكور في كتب الشافعية أنه كان طلاقا في الجاهلية يوجب حرمة مؤبدة لا رجعة فيه، وفي الشريعة ما ذكره بقوله: (هو تشبيه المنكوحة بمحرمة عليه على

***

[١٥٨]

التأبيد) أراد بالمنكوحة ما يصح إضافة الطلاق إليه من الزوجة وهو أن يشبهها أو عضوا منها يعبر به عنها أو جزء شائعا منها لما سيأتي. وأراد بالمشبه به عضوا يحرم إليه النظر من عضو محرمة عليه على التأبيد لما سنذكره أيضا. وأراد بالزوج المسلم لاظهار للذمي عندنا. وأطلقه فشمل السكران والمكره والاخرس بإشارته كما في التتارخانية. وقيد بالمنكوحة احترازا عن الامة والاجنبية على ما سيصرح به، ولم يقيدها بشئ ليشمل المدخولة وغيرها الكبيرة والصغيرة الرتقاء وغيرها العاقلة والمجنونة والمسلمة والكتابية. وقيد بالتأبيد لانه لو شبهها بأخت امرأته لا يكون مظاهرا لان حرمتها موقتة بكون امرأته في عصمته وكذا المطلقة ثلاثا. وأطلق الحرمة فشمل الحرمة نسبا وصهرية ورضاعا، وأراد بالتأبيد تأبيد الحرمة باعتبار وصف لا يمكن زواله لا باعتبار وصف يمكن زواله فإن المجوسية محرمة على التأبيد، ولو قال كظهر مجوسية لا يكون ظهارا - ذكره في جوامع الفقه - لان التأبيد باعتبار دوام الوصف وهو غير لازم لجواز إسلامها بخلاف الامية والاختية وغيرهما، كذا في فتح القدير. والتحقيق أن حرمة المجوسية ليست بمؤبدة بل هي موقتة بإسلامها أو بصيرورتها كتابية فلا حاجة إلى ما ذكره كما لا يخفى ولذا علل في المحيط بأنها ليست بمحرمة على التأبيد وضم إلى المجوسية المرتدة. وشمل كلامه التشبيه

الصريح والضمني فدخل ما لو ظاهر من امرأته ثم قال للاخرى أنت علي مثل هذه ينوي الظاهر فإنه يكون مظاهرا ولو بعد موتها وبعد التكفير باعتبار تضمن قوله لها أنت علي كظهر أمي فالتشبيه فيها باعتبار خصوص وجه الشبه المراد لا باعتبار نفس التشبيه بها، وكذا لو كانت امرأة رجل آخر ظاهر زوجها منها فقال أنت علي مثل فلانة ينوي ذلك صح ولو كان بعد موتها، وكذا لو ظاهر من امرأته ثم قال لاخرى أشركتك في ظهارها. فالحاصل أن حقيقة الظهار الشرعي تشبيه الزوجة أو جزء شائع منها أو ما يعبر به عن الكل بما لا يحل النظر إليه من المحرمة على التأبيد كذا قالوا، ولو قالوا من محرم دون محرمة صفة لشخص المتناول للذكر والانثى لكان أولى لانه لو قال أنت علي كفرج أبي أو قريبي كان

***

[١٥٩]

مظاهرا إذ فرجهما في الحرمة كفرج أمه، كذا في المحيط. وينبغي عدم التقييد بالاب والقريب لان فرج الرجل الاجنبي محرم على التأبيد أيضا. وأشار بقوله بمحرمة إلى أن المشبه الرجل لانه لو كان المرأة بأن قالت أنت علي كظهر أمي أو أنا عليك كظهر أمك فالصحيح كما في المحيط أنه ليس بشئ فلا حرمة ولا كفارة، ومنهم من أوجب عليها الكفارة. ثم اختلفوا هل هي كفارة يمين أو ظهار؟ ورجح ابن الشحنة أنها كفارة يمين، وذكر ابن وهبان تفريعا على القول بوجوب الكفارة أنها تجب بالحنث إن كانت كفارة يمين وإن كانت كفارة ظهار فإن كان تعليقا يجب متى تزوجت به، وإن كانت في نكاحه تجب للحال ما لم يطلقها لانه لا يحل لها العزم على منعه من الجماع اه‍. وفي الخانية: ولو شبهها بمزنية الاب أو الابن قال محمد: لا يكون ظهارا. وقال أبو يوسف: يكون ظهارا. وهو الصحيح ولو شبهها بأم امرأة أو ابنة امرأة قد زنى بها يكون ظهارا اه‍. ولو قبل أجنبية بشهوة ثم شبه زوجته بابنتها لم يكن مظاهرا عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف، كذا في الولوالجية. فلذا زاد في النهاية لفظة اتفاقا في التعريف وتبعه الشارح وغيره. وما في الدراية أنه لو شبهها بأم امرأة زنى بها أبوه أو ابنه كان مظاهرا مشكل لان غايته أن تكون كأم زوجة أبيه أو ابنه وهي حلال، كذا في فتح القدير. والظاهر أنه سبق قلم وقد ظهر لي أنه لا حاجة إلى قيد

***

[١٦٠]

الانفاق، أما في تشبيهها بمزنية الاب أو الابن فقد علمت أنه يكون مظاهرا على الصحيح مع أنه لا اتفاق على تحريمها لمخالفة الشافعي. وأما في مسألة تشبيهها بابنة المقبلة بشهوة فلان حرمة البنت عليه ليست مؤبدة لارتفاعها بقضاء الشافعي بحلها كما في المحيط فارقا بين التقبيل والوطئ بأن حرمة الوطئ منصوص عليها فلم ينفذ قضاء الشافعي بحل أصول المزنية وفروعها بخلاف التقبيل. وعلى هذا لو شبهها بالملاعنة لا يكون مظاهرا لان حرمتها موقتة بتكذيبه نفسه، ولو شبهها بالاخت من لبن الفحل لا يكون مظاهرا لان حرمتها موقتة بقضاء الشافعي بحلها فهي كالمقبلة، وبهذا التقرير إن شاء الله تعالى استغنى عما في فتح القدير. وأطلق في التشبيه فشمل المعلق ولو بمشيئتها كالطلاق والموقت كأنت علي كظهر أمي يوما أو شهرا، فإن أراد قر بأنها في ذلك الوقت فإنه لا يجوز بغير كفارة ويرتفع الظهار بمضي الوقت كما في الخانية، ولو قال لها أنت علي كظهر أمي كل يوم فهو ظهار واحد، ولو قال في كل يوم تجدد الظهار كل يوم، فإذا مضى يوم بطل ظهار ذلك اليوم وكان مظاهرا منها في اليوم الآخر وله أن يقربها ليلا، ولو قال لها أنت علي كظهر أمي اليوم وكلما جاء يوم كان مظاهرا منها اليوم وإذا مضى بطل هذا الظهار وله أن يقربها في الليل فإذا جاء غد كان مظاهرا ظهارا آخر دائما غير موقت، وكذا كلما جاء يوم صار مظاهر ظهارا آخر مع بقاء الاول. وإذا قال أنت علي كظهر أمي رمضان كله ورجب كله فكفر في رجب سقط ظهار رجب وظهار رمضان استحسانا والظهار واحد، وإن كفر في شعبان لم يجز. أنت علي كظهر أمي إلا يوم الجمعة ثم كفر، إن كفر في يوم الاستثناء لم يجز وإلا يجوز. أنت علي كظهر أمي إلى شهر لا يكون مظاهرا قبله كذا في التتارخانية وغيرها. وفيها عن أبي يوسف: أنت علي كظهر أمي إذا جاء غد كان باطلا ولو قال أنت علي كظهر أمي أمس كان باطلا اه‍ والفرعان مشكلان لان الاول من قبيل إضافة الظهار أو تعليقة اه‍. وهما صحيحان كما قدمناه وقد صرح بهما في البدائع. والثاني ينبغي أن يكون كالطلاق إن كان نكحها قبل أمس كان مظاهرا الآن، وإن كان نكحها اليوم كان لغوا. والحاصل أن هنا أربعة أركان: المشبه والمشبه به وأداة

التشبيه. أما الاول وهو المشبه وهو بكسر الباء فهو الزوج البالغ العاقل المسلم - وزاد
***
[١٦١]
في التتارخانية - العالم ولا يخض ما فيه. وأما الثاني وهو المشبه بفتح الباء المنكوحة أو عضو منها يعبر به عن كلها أو جزء شاسع. وأما الثالث وهو المشبه به عضو لا يحل النظر إليه من محرمة عليه تأبيدا. وأما الرابع وهو الدال عليه وهو ركنه وهو صريح وكناية، فالصريح أنت علي كظهر أمي ومني وعندي ومعي كعلي ولم أر حكم ما إذا قال أنت كظهر أمي بدون إضافة له وينبغي أن لا يكون مظاهرا لاحتمال أنه قصد أنها كظهر أمه على غيره وأنا منك مظاهر وظاهرت منك من الصريح. وفي التتارخانية وعن أبي يوسف: لو قال أنت مني مظاهرة أنه يكون باطلا. وشرطه في المرأة كونها زوجة ولو أمة فلا يصح من أمته ولا من مبانته ولا من أجنبية إلا إذا أضافه إلى التزوج كما سيأتي. وفي الرجل كونه من أهل الكفارة فلا يصح من ذمي وصبي ومجنون لان الكافر ليس من أهل الكفارة. وفي التتارخانية: يلزم الذمي كفارة الظهار إذا ظاهر وفي صحته عن أبي يوسف نظر إنما نقله المشايخ عن الشافعي. والحاصل أنه تعالى قيد بقوله منكم في الآية الاولى وهو قوله تعالى * (الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم أن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم وأنهم ليقولون منكرا من القول وزورا وإن الله لعفو غفور) * [المجادلة: ٢] ولما شرع في بيان الكفارة لم يقيده بقوله منكم فقال * (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا) * [المجادلة: ٣] لكن لما لم يكن أهلا للكفارة لم يصح ظهاره. قال بعضهم: والعجب من الشافعي أنه قيد الرقبة بالايمان ولم يجوز أن يملك الكافر المؤمن وصحح ظهاره فكان تناقضا. ورده بعض الشافعية بأنا عينا لكفارته الاطعام ولا يلزم من صحة الظهار أن يكون المظاهر أهلا لكل الانواع بدليل أن ظهار العبد صحيح عندنا مع أنه ليس أهلا لغير الصوم. ولو ظاهر المسلم ثم ارتد والعياذ بالله تعالى بقي ظهاره عند أبي حنيفة حتى لو أسلم لا يحل القربان إلا بالكفارة، وعندهما لا يبقى لان المرتد ليس أهلا لحكمه وهو الكفارة، وله أن الحال حال بقاء حكمه وهو الحرمة لا حال الانعقاد والكفر ليس بمناف للحرمة وحكمه حرمة الوطئ ودواعيه إلى غاية الكفارة. قوله: (حرم الوطئ ودواعيه بأنت على كظهر أمي حتى يكفر) أما حرمة الوطئ فبالكتاب والسنة، وأما حرمة الدواعي فإن دخولها تحت النص المفيد لحرمة الوطئ وهو قوله تعالى * (من قبل أن يتماسا) * [المجادلة: ٣] لانه لا موجب فيه للحمل على المجاز وهو الوطئ لامكان الحقيقة، ويحرم الجماع لانه من أفراد التماس فيحرم الكل بالنص، كذا في فتح
***
[١٦٢]
القدير. وقد يقال إن الموجب للحمل على المجاز موجود وهو صدق التماس على المس بغير شهوة وليس بمحرم اتفاقا فالتحقيق خلاف ما زعم أنه التحقيق وهو أن الاصل أن الوطئ إذا حرم حرم ما كان داعيا إليه لان طريق المحرم محرم وقد استمر هذا في الاستبراء والاحرام والاعتكاف، وخرج في الصوم والحيض عن هذا الاصل لنص صريح وهو أنه عليه السلام كان يقبل بعض نسائه وهو صائم وكان يقبلها وهي حائض، وحكمته لزوم الحرج لو حرمت الدواعي في الصوم والحيض لكثرة وقوعهما بخلاف غيرهما. وعن محمد للمظاهر تقبيلها إذا قدم من سفره بغير شهوة للشفقة والدواعي المباشرة والتقبيل واللمس عن شهوة والنظر إلى فرجها بشهوة كما في البدائع. ولا يدخل فيها النظر إليها بشهوة. وفي التتارخانية: ولا يحرم النظر إلى ظهرها وبطنها ولا إلى الشعر والصدر. وفي الهداية أن اللفظ الصريح أعني - أنت علي كظهر أمي - لا يكون إلا ظهارا ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به وهو يقتضي أن الظهار كان طلاقا في الاسلام حتى يوصف بالنسخ مع أنه قال أولا إنه كان طلاقا في الجاهلية وهو يقتضي أن جعله ظهارا ليس ناسخا ولم أر أحدا من شراحها تعرض لذلك. وذكر الامام فخر الدين الرازي في التفسير الكبير البحث الثاني أن الظهار كان من أشد طلاق الجاهلية لانه في التحريم أوكد ما يمكن، فإن كان ذلك الحكم مقررا في الشرع كانت الآية ناسخة له وإلا لم يعد ناسخا في الشرع إلا في عادة الجاهلية لكن الذي روي أنه عليه السلام قال لها: حرمت أو ما أراك إلا قد حرمت عليه كالدلالة على أنه كان شرعا، فأما ما روي أنه توقف في الحكم فلا بدل على ذلك اه. وأشار المصنف إلى أن هذه الحرمة لا ترتفع إلا بالكفارة فلا يبطل الظهار بزوال ملك النكاح ولا ببطلان حل المحلية حتى لو ظاهر منها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها لا يحل له وطؤها حتى يكفر، وكذا

إذا كانت زوجته أمة وظاهر منها ثم اشتراها، وكذا إذا كانت حرة فارتدت - والعياذ بالله تعالى عن الاسلام - ولحقت بدار الحرب فسبيت ثم اشتراها. وفي المحيط: أسلم زوج المجوسية فظاهر منها قبل عرض الاسلام عليها صح لكونه من أهل الكفارة اهـ. قالوا: وللمرأة أن تطالبه بالوطئ وعليها أن تمنعه من الاستمتاع بها حتى يكفر وعلى القاضي أن يجبره على التكفير دفعا

***

[١٦٣]

للضرر عنها بحبس، فإن أبى ضربه ولا يضرب في الدين، ولو قال كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب. وفي التتارخانية: إذا أبى عن التكفير عزره بالضرب والحبس إلى أن يكفر أو يطلق. ثم اعلم أن تعليقه بمشيئة الله تعالى تبطله ولو قال إن شاء فلان فالمشيئة إليه. قوله: (فلو وطئ قبله استغفر ربه فقط) أي لو وطئ قبل التكفير لا يجب عليه كفارة لاجل الوطئ والواجب الكفارة الاولى لما رواه الترمذي في المظاهر يواقع قبل أن يكفر قال: كفارة واحدة. وأما الاستغفار فمنقول في الموطأ من قول مالك، والمراد منه التوبة من هذه المعصية وهي حرمة الوطئ قبل الكفارة قوله: (وعوده عزمه على وطئها) أي عود المظاهر المذكور في الآية عزمه على وطئ المظاهر منها وهو بيان لسبب وجوب الكفارة. وقد اختلف فيه أصحابنا على أقوال محكية في البدائع، فالعامة على أن السبب مجموع الظهار والعود لانه المذكور قبل فاء السببية ولان الكفارة دائرة بين العقوبة والعبادة فلا بد أن يكون سببها دائرا بين الحظر والاباحة حتى تتعلق العقوبة بالمحظور وهو الظهار والعبادة بالمباح وهو العزم على وطئها لانه نقض للمنكر، وقيل الظهار سبب للاضافة والعود شرط، وقيل عكسه، وقيل هما شرطان والسبب أمر ثالث وهو كون الكفارة طريقا متعينا لايفاء حقها وكونه قادرا على إيفائه، وقيل كل منهما شرط وسبب ومن جعل السبب العزم أراد به العزم المؤكد حتى لو عزم ثم بدا له أن لا يطأها لا كفارة عليه لعدم العزم المؤكد لا أنها وجبت بنفس العزم ثم

***

[١٦٤]

سقطت كما قال بعضهم لان الكفارة بعد سقوطها لا تعود إلا بسبب جديد، كذا في البدائع. لكن أورد على من جعل العود وحده سببا أن الحكم يتكرر بتكرر سببه لا شرطه والكفارة تتكرر بتكرر الظهار لا العزم، وأنه لو قدمها على العزم صح ولو كان سببا لم يصح، ولكن دفع الثاني بأنها إنما وجبت لرفع الحرمة الثابتة في الذات فتجوز بعد ثبوتها كما قلنا في الطهارة إنها جائزة قبل إرادة الصلاة مع أنها سببها لانها شرعت لرفع الحدث فتجوز بعد وجوده، وأورد على من جعله الظهار فقط أن السبب ما دار بين محظور ومباح وهو محظور فقط فلا يصلح للسببية، وسنجيب عنه في الكفارة، ولم يظهر لي ثمرة الاختلاف بين الاقوال لاتفاقهم على جواز التكفير بعد الظهار قبل العزم، وعلى عدمه قبل الظهار، وعلى تكررها بتكرر الظهار وإن لم يتكرر العزم، وعلى أنه لو عزم ثم ترك فلا إثم، وعلى عدم الكفارة لو أبانها بعده وبعد العزم، ومراد المشايخ من قولهم العزم على وطئها العزم على استباحة وطئها لا العزم على نفس الوطئ لانهم قالوا: المراد في الآية ثم يعودون بنقض ما قالوا رفعه وهو إنما يكون باستباحتها بعد تحريمها لكونه ضدا للحرمة لا نفس وطئها ولقد أبعد من قال إن المراد تكرار الظهار لانه لو كان كذلك لقال تعالى ثم يعيدون ما قالوا من الاعادة لا من العود وتمام تحقيقه في التفسير الكبير للامام فخر الدين. قوله: (وبطنها وفخذها وفرجها كظهرها) أي الام وهي المشبه به وقدمنا أن المعتبر فيه عضو لا يحل النظر إليه من محرمة تأبيدا وهذه الاعضاء كذلك، فخرج عضو يحل النظر إليه كاليد والرجل والجنب فلا يكون ظهارا. وفي الخانية: أنت علي كركبة أمي في القياس يكون مظاهرا، ولو قال فخذك كفخذ أمي لا يكون مظاهرا اهـ. لفقد الشرط في الثانية من جهة المشبه قوله: (وأخته وعمته وأمه رضاعا كأمه) أي نسبا لما قدمنا أن المعتبر في المشبه به كونها محرمة تأبيدا نسبا أو صهرا أو رضاعا، فخرج من لا تحرم تأبيدا كأخت امرأته وعمتها وخالتها

***

[١٦٥]

والمرتدة والمجوسية والملاعنة والمقبلة حراما والمطلقة ثلاثا والاخت رضاعا من لبن الفحل خاصة كإن رضع على امرأة لها لبن من زوج له بنت من غير المرضعة فإن الرضيع بعد بلوغه إذا شبه امرأته بهذه البنت لا يكون مظاهرا وقد أوضحنا ذلك فيما تقدم. وما في الدراية معزيا إلى شرح القدوري لو شبهها بأم امرأة زنى بها أبوه أو ابنه كان مظاهرا غلط لان غايته أن تكون كأم زوجة أبيه أو ابنه وهي

حلال، والتعبير بالغلط أولى من قوله في فتح القدير مشكل لانه لا يقال إلا فيما يمكن تأويله وهذا ليس كذلك. وفي البزازية من فصل الخلوة: خلا بامرأة ثم قال لزوجته أنت علي كظهر أم تلك المرأة لا يكون مظاهرا. والمراد خلا بامرأة أجنبية لا بزوجته لان أمها حرام بالعقد تأبيدا قوله: (ورأسك ووجهك وفرجك ورقبتك ونصفك وثلثك كانت) يعني أن المعتبر في المشبه أن يذكر ذاتها أو جزأ شائعا منها أو عضوا يعبر به عن كلها. وضابطه ما صح إضافة الطلاق إليه كان مظاهرا به فخرج اليد والرجل، فلو قال بطنك علي كظهر أمي لا يكون مظاهرا لانتفاء الشرط من جهة المشبه. وفي الخانية: رأسك كرأس أمي لا يكون مظاهرا اه. للانتفاء من جهة المشبه به قوله: (وإن نوى بأنت علي مثل أمي برا أو ظهارا أو طلاقا فكما نوى وإلا، لغا) بيان للكنايات فمنها: أنت علي مثل أمي أو كأمي فإن نوى الكرامة قبل منه لانه مستعمل فيه فالتقدير أنت عندي في الكرامة كأمي، وإن نوى الظهار كان ظهارا بكونه كناية فيه. وأشار إلى أن صريحه لا بد فيه من ذكر العضو فحينئذ لا يحتاج إلى النية ولا تصح فيه نية الطلاق والايلاء لانها تغيير للمشروع. وإذا نوى الطلاق في مسألة الكتاب كان بائنا كلفظ الحرام وإن لم ينو شيئا كان باطلا، ولم يتعرض لنية الايلاء به للاختلاف فأبو يوسف جعله إيلاء لانه أدنى من الظهار، ومحمد جعله ظهارا نظرا إلى أداة التشبيه، وصحح أنه ظهار عند الكل لانه تحريم مؤكد بالتشبيه وذكر علي ليس بشرط في مسألة الكتاب إذ أنت مثل أمي كذلك كما في الخانية. وقيد بالتشبيه لانه لو خلا عنه بأن قال أنت أمي لا يكون مظاهرا لكنه مكروه لقربه من التشبيه وقياسا على قوله يا أخية

***

[١٦٦]

المنهي عنه في حديث أبي داود المصرح بالكراهة، ولولا التصريح بها لامكن القول بالظهار فعلم أنه لا بد في كونه ظهارا من التصريح بأداة التشبيه شرعا ومثله قوله يا بنتي يا أختي ونحوه. قوله: (وبانت على حرام كأمي ظهارا أو طلاقا فكما نوى) لانه لما زاد على المثال الاول لفظة التحريم امتنع إرادة الكرامة وصحت نية الظهار والطلاق ولم يبين ما إذا لم ينو شيأ للاختلاف، فمحمد جعله ظهارا، وأبو يوسف إيلاء والاول أوجه قوله: (وبانت علي حرام كظهر أمي طلاقا أو إيلاء فظهار) لانه لما زاد على المثال الثاني لفظة الظهار كان صريحا فيه فكان مظاهرا سواء نواه أو نوى الطلاق أو الايلاء أو لم تكن له نية قوله: (ولا ظهار إلا من زوجته) أي ابتداء. أطلقها فشملت الحرة والامة المدبرة وأم الولد أو بنتها أو مكاتبة أو مستسعاة، فلا يصح من أمته موطوءة كانت أو غير موطوءة، قنة أو مدبرة أو أم ولد أو ابنتها أو مكاتبة أو مستسعاة، لان النص لم يتناولها لان حقيقة إضافة النساء إلى رجل أو رجال إنما تتحقق مع الزوجات لانه المتبادر حتى صح أن يقال هؤلاء جواريه لا نساؤه ولهذا لم تدخل في نص الايلاء أيضا ولا في قوله وأمهات نسائكم حتى لا تحرم عليه أم أمته قبل وطئ أمته. واستدل الامام الرازي في تفسيره على عدم دخول الاماء تحت نسائنا بقوله تعالى * (أو نسائهن) * [النور: ١٣] والمراد منه الحرائر ولولا ذلك لما صح عطف قوله تعالى * (أو ما ملكت أيمانهن) * [النور: ١٣] لان الشئ لا يعطف على نفسه اه. قيدنا بالابتداء لانه في البقاء لا يحتاج إلى كونها زوجة كما قدمنا أنه لو ظاهر من زوجته الامة ثم ملكها بقي الظهار، وكما خرجت الامة خرجت الاجنبية والمبانة حتى لو علق الظهار بشرط ثم أبانها ثم وجد الشرط في العدة لا يصير مظاهرا بخلاف الابانة المعلقة والفرق في البدائع. وحاصله أن وقت وجود

***

[١٦٧]

الشرط صادق في التشبيه فلا ظهار، وأما في الطلاق ففائدة وقوع المعلق بعد تقدم الابانة تنقيص العدد وتصح إضافته إلى الملك أو سببه كالطلاق بأن قال إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي فإن نكحها كان مظاهرا. وفي التتارخانية: لو قال إذا زوجتك فأنت طالق ثم قال إذا تزوجتك فأنت علي كظهر أمي فتزوجها يكون مظاهرا ومطلقا جميعا، ولو قال إذا تزوجتك فأنت طالق وأنت علي كظهر أمي فتزوجها يقع الطلاق ولا يلزم الظهار في قول أبي حنيفة. وقال صاحباه: لزماه جميعا. ولو قال لاجنبية إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي مائة مرة فعليه لكل مرة كفارة اه قوله: (فلو نكح امرأة بغير أمرها فظاهر منها فأجازته بطل) لانه صادق في التشبيه في ذلك الوقت ولا يتوقف على الاجازة كالنكاح لان الظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بتوقفه بخلاف إعتاق المشتري من الغاصب فإنه يتوقف لتوقف الملك وينفذ بنفاذه كما أفاده المصنف في البيوع بقوله وصح عتق مشتر من غاصب بإجازة بيعه لان الاعتاق

حق من حقوق الملك بمعنى أنه إذا ملك العبد ثبت له حق أن يعتقه كما في فتح القدير. ويرد عليه الطلاق فإنه على هذا التفسير من حقوق النكاح بمعنى أنه إذا نكحها ثبت له حق أن يطلقها فيقتضي أنه لو طلقها في النكاح الموقوف توقف بتوقفه ونفذ بنفاذه مع أن المصرح به في جامع الفصولين أنه لو طلقها ثلاثا في النكاح الموقوف لم تحرم عليه ولا تقبل الاجازة وصار مردودا، ولهذا فسر كون الاعتاق من حقوق الملك بكونه منهيا له في العناية وهذا لا يرد عليه الطلاق قوله: (أنتن علي كظهر أمي ظهار منهن) لانه أضاف الظهار إليهن فكان كإضافة الطلاق إليهن قوله: (وكفر لكل) أي لزمه الكفارة لكل واحدة إذا عزم على وطئها لان الكفارة لرفع الحرمة وهي تتعدد بتعددهن. وإنما قال وكفر لكل ولم يكتف بقوله كان مظاهرا منهن لان مالكا وأحمد قالا: يكون مظاهرا من الكل. ولكن اكتفيا بكفارة واحدة. قيد بالظهار لانه لو آلى منهن كان موليا منهن وعليه كفارة واحدة لانها في الايلاء تجب لهتك حرمة اسم الله تعالى وهو ليس بمتعدد. وأشار إلى أنه لو ظاهر من امرأته مرارا في مجلس أو مجالس فعليه لكل ظهار كفارة إلا أن ينوي به الاول كما ذكره الاسبيجابي وغيره. وفي بعض الكتب فرق بين المجلس والمجالس والمعتمد الاول، وقدمنا في باب
***
[١٦٨]
التعليق عن البزازية أن الظهار كالطلاق والعتاق متى علق بشرط متكرر فإنه يتكرر كما لو قال كلما دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي يتكرر الظهار بتكرر الدخول بخلاف اليمين والله أعلم. فصل في الكفارة من كفر الله عنه الذنب محاه ومنه الكفارة لانها تكفر الذنوب. وكفر عن يمينه إذا فعل الكفارة، كذا في المصباح. وفي القاموس: الكفارة ما كفر به من صدقة وصوم ونحوهما اه. وفي المحيط، إنها منبئة عن الستر لغة لانها مأخوذة من الكفر وهو التغطية والستر قال الشاعر: في ليلة كفر النجوم غمامها أي سترها اه. والكلام فيها يقع في مواضع في معناها، وقد قدمناه. وفي سببها وهو قسمان: سبب مشروعيتها وسبب وجوبها، فالاول ما هو سبب لوجوب التوبة وهو إسلامه وعهده مع الله أن لا يعصيه وإذا عصاه تاب لانها من تمام التوبة لانها شرعت للتكفير. والثاني قال في التنقيح: سببها ما نسبت إليه من أمر دائر بين الحظر والاباحة يعني بأن يكون مباحا من وجه محظورا من وجه آخر. والحاصل أن السبب يكون على وفق الحكم فالقتل خطأ مباح باعتبار عدم التعمد محظور باعتبار عدم التثبت، والافطار عمدا مباح نظرا إلى أنه يلاقي فعل نفسه الذي هو مملوك له ومحظور لكونه جناية على العبادة، وأما كفارة اليمين فسببها إما اليمين
***
[١٦٩]
المعقودة للاضافة إليها وهي دائرة بين الحظر والاباحة أو الحنث وهو دائر أيضا. وأما كفارة الظهار فعلى القول بأن المضاف إليها سبب وهو الظهار وهو قول الاصوليين فإنما كان دائرا بين الحظر والاباحة مع أنه منكر من القول وزورا باعتبار أن التشبيه يحتمل أن يكون للكرامة فلم يتمحض كونه جناية، وأما على قول من جعل السبب مركبا من الظهار والعود فظاهر لكونه الظاهر محظورا والعود مباحا لكونه إمساكا بالمعروف ونقضا للقول الزور. والذي يظهر أنه لا ثمرة للاختلاف في سببها لانهم اتفقوا على أنه لو عجلها بعد الظهار قبل العود جاز ولو كرر الظهار تكررت الكفارة وإن لم يتكرر العزم، ولو عزم ثم ترك فلا وجوب، ولو عزم ثم أبانها سقطت، ولو عجلها قبل الظهار لم يصح. وفي الطريق المعينة لا استحالة في جعل المعصية سببا للعبادة التي حكمها أن تكفر المعصية وتذهب السيئة خصوصا إذا صار معنى الزجر فيها مقصودا، وإنما المحال أن تجعل سببا للعبادة الموصلة إلى الجنة. وأما ركنها فالفعل المخصوص من إعتاق وصيام وإطعام على ما سيأتي. وأما شروطها فكل ما هو شرط انعقاد سبب وجوبها من اليمين والظهار والافطار والقتل، وأما شرائط وجوبها القدرة عليها، وأما شرائط الصحة فنوعان: عامة وخاصة. فما يعمها النية وشرطها المقارنة لفعل التكفير فإن تأخرت عنه لم يجز وسيأتي بيان ما إذا أعتق رقبة عن كفارتين، وسيأتي بيان شرط صحة كل نوع من أنواعها. ومصرفها مصرف الزكاة فلا يجوز إطعام الغني ولا مملوكه ولا الهاشمي إلا الذمي فإنه مصرف لها دون الحربي. وأما صفتها فهي عقوبة وجوبا لكونها شرعت أجزية لافعال فيما معنى الحظر عبادة، أداء لكونها تتأدى بالصوم والاعتاق والصدقة وهي قرب والغالب فيها معنى العبادة إلا كفارة الفطر في رمضان فإن جهة العقوبة فيها غالبة بدليل أنها تسقط بالشبهات كالحدود، ولا تجب مع الخطأ بخلاف كفارة اليمين لوجوبها مع الخطأ وكذا كفارة القتل الخطأ، وأما كفارة الظهار فقالوا: إن معنى العبادة فيها غالب وخالفهم صدر الشريعة في الاصول فجعلها ككفارة الفطر معنى

العقوبة فيها غالب لكونه منكرا من القول وزورا. ورده في التلويح بأنه فاسد نقلا وحكما واستدلالا. أما الاول فلتصريحهم بخلافه، وأما الثاني فلان من حكم ما تكون العقوبة فيه غالبة أن تسقط بالشبهة وتتداخل ككفارة الصوم حتى لو أفطر مرارا لم تلزمه إلا كفارة واحدة ولا تداخل في كفارة الظهار حتى لو ظاهر من امرأته مرارا لزمه لكل ظهار كفارة. وأما الثالث فلانه لم يتحقق كونه جناية لاحتمال أن يكون التشبيه للكرامة وتمامه فيه. وأما حكمها فسقوط الواجب عن ذمته وحصول الثواب المقتضي لتكفير الخطايا، وهي واجبة على التراخي على الصحيح لكون الامر مطلقا حتى لا يأثم بالتأخير عن أول أوقات الامكان ويكون مؤديا لا
***
[١٧٠]
قاضيا ويتضيق في آخر عمره ويأثم بموته قبل الاداء ولا تؤخذ من تركته إن لم يوص ولو تبرع الورثة جاز إلا في الاعتاق والصوم، كذا في البدائع. فإن أوصى كان من الثلث اه. وأما أنواعها فخمس كفارة الظهارة وكفارة القتل وكفارة الفطر وهي مرتبة: الاعتاق ثم الصوم ثم الاطعام إلا كفارة القتل فإنه لا إطعام بعد الصوم وكفارة اليمين وهي مخبر فيها كما سيأتي، وكفارة جزاء الصيد وقد تقدم في جنايات الاحرام. وزاد في البدائع كفارة الحلق ولكن المذكور في الآية الفدية * (ففدية من صيام أو صدقة أو نسك) * [البقرة: ١٩٦]. قوله: (وهو تحرير رقبة) أي التكفير المستفاد من قوله حتى يكفر والتحرير من حرر المملوك عتق حرارا من باب لبس وحرره صاحبه ومنه * (فتحرير رقبة) * [النساء: ٢٩] وتحرر بمعنى حر قياس، كذا في المغرب. فالتحرير بمعنى الاعتاق وهو أولى من قول الهداية عتق رقبة فإنه لو ورث من يعتق عليه به الكفارة مقارنا لموت المورث لا يجزيه عنها لعدم الصنع منه بخلاف ما إذا نوى عند العلة الموضوعة للملك كالشراء والهبة كما سيأتي. والرقبة من الحيوان معروفة وهي في معنى المملوك من تسمية الكل باسم البعض، كذا في المغرب. وفي الهداية: هي عبارة عن الذات أي الشئ المرقوق المملوك من كل وجه فشمل الذكر والانثى الصغير والكبير ولو رضيعا. وفي البدائع: فإن قيل الصغير لا منافع لاعضائه فينبغي أن لا يجوز إعتاقه عن الكفارة كالزمن ولذا لا يجوز إطعامه عن الكفارة فكذا إعتاقه، فالجواب عن الاول أن أعضاء الصغير سليمة لكنها ضعيفة وهي بعرض أن تصير قوية فأشبه المريض، وأما إطعامه عن الكفارة فجائز بطريق التمليك لا الاباحة، والمسلم والكافر ولو مجوسيا أو مرتدا أو مرتدة أو مستأمنا. وفي التتارخانية: والمرتد يجوز عند بعض المشايخ، وعند بعضهم لا يجوز والمرتدة تجوز بلا خلاف اه. وأما إعتاق العبد الحربي في دار الحرب فغير جائز عنها، كذا في فتح القدير. وفي التتارخانية: لو أعتق عبدا حربيا في دار الحرب إن لم يخل سبيله لا يجوز، وإن خلى سبيله ففيه اختلاف المشايخ، بعضهم قالوا لا يجوز اه. وشمل الصحيح والمريض واستثنى في الخانية مريضا لا يرجى برؤه فإنه لا يجوز لانه ميت حكما اه. وفي التتارخانية: وأما إعتاق حلال الدم فعن محمد إذا قضى بدمه عن ظهاره ثم عفى عنه لم يجز. البقالي: إذا أعتق عبدا حلال الدم قد قضى بدمه ثم عفى عنه أو كان أبيض العينين فزال البياض أو كان مرتدا فأسلم فإنه لا يجوز. وفي جامع الجوامع: جاز المديون والمرهون ومباح الدم ويجوز إعتاق الآبق إذا علم أنه حي اه. ثم اعلم أنه لا بد أن تكون الرقبة غير المرأة المظاهر منها لما في الظهيرية والتتارخانية: أمة تحت رجل ظاهر منها ثم
***
[١٧١]
اشتراها وأعتقها عن ظهارها قيل لم تجز في قول أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف اه. ولا بد أن يكون المعتق صحيحا لانه لو كان مريضا أعتق عبده عن كفارته وهو لا يخرج من ثلث ماله فمات من ذلك المرض لا يجوز عن كفارته وإن أجازت الورثة، ولو أنه برئ من مرضه جاز، كذا في التتارخانية. وخرج بقوله من كل وجه الجنين إذا أعتقه عنها وولدته لاقل من ستة أشهر فإنه لا يجوز لانه رقبة من وجه جزء من أجزاء الام من وجه حتى يعتق بإعتاق الام، كذا في المحيط. وقوله من كل وجه متعلق بالمرقوق لا بالمملوك، كذا في العناية. وفي المحيط: ولو أعتق عبدا قد غصبه أحد جاز عن الكفارة إذا وصل إليه، ولو ادعى الغاصب أنه وهبه منه فأقام بينة زور حكم له الحاكم بالعبد لم يجز عتقه عن الكفارة لانه بمعنى الهالك، ولو أعتق عبدا مديونا عن الكفارة واختار الغرماء استسعاء العبد جاز لان استغراق الدين برقبته واستسعاءه لا يخل بالرق والملك فإن السعاية لم توجب الاخراج عن الحرية فوقع تحريرا من كل وجه بغير بدل عليه اه. وفي البدائع: وكذا لو أعتق عبدا رهنا فسعى العبد في الدين فإنه يجوز عن الكفارة ويرجع على المولى

لان السعاية ليست ببدل عن الرق. قوله: (ولم يجز الاعمى ومقطوع اليدين أو إبهاميهما أو الرجلين والمجنون) لان الاصل أن فوات جنس المنفعة يمنع الجواز والاختلال والعيب لا يمنع لان بفوات جنس المنفعة تصير القربة فائتة من وجه بخلاف نقصانها فيدخل تحت عدم الجواز ساقط الاسنان لانه لا يقدر على المضغ كما في الولوالجية، ودخل أشل اليدين والرجلين والمفلوج اليابس الشق والمقعد والاصم الذي لا يسمع شيئا على المختار لانه بمنزلة العمى كما في الولوالجية، وشمل مقطوع اليد والرجل من جانب واحد لان منفعة المشي فائتة، وكذا من كل يد ثلاثة أصابع مقطوعة لفوات منفعة البطش كمقطوع الابهامين، وجاز العنين والخصي والمجبوب خلافا لزفر، ومقطوع الاذنين والمذاكير والرتقاء والقرناء والعوراء والعمشاء والبرصاء والرمداء والخنثى وذاهب الحاجبين وشعر اللحية والرأس ومقطوع الانف والشفتين إذا كان يقدر على الاكل والاصم الذي يسمع إذا صيح عليه لانه بمنزلة العور. وأراد بالجنون المطبق، وكذا المعتوه المغلوب كما في الكافي لان منفعة العقل أصلية، وأما الذي يجن ويفيق فإنه يجزئ عتقه، كذا في الكفاية. وأطلقه ومراده إذا أعتقه في حال إفاقته. واعلم أنهم اعتبروا هنا فوات

***

[١٧٢]

جنس المنفعة ولم يعتبروا كمال الزينة واعتبروه في الديات فألزموا بقطع الاذنين الشاخصتين تمام الدية وجوزوا هنا عتق مقطوعهما إذا كان السمع باقيا، ومثله فيمن حلقت لحيته فلم تنبت لفساد المنبت. والفرق بين البابين أن كمال الزاينة مقصود في الحر فباعتبار فواته يصير الحر هالكا من وجه وزائد على ما يطلب من المماليك فباعتبار فواته لا يصير المرقوق هالكا من وجه، كذا في فتح القدير. فإن قلت: إن جنس المنفعة فات في الخصي والمجبوب لانه لا مني فلا نسل لهما قلت قال في المحيط: إنه لم يفت خروج البول ولان منفعة النسل عائدة إلى العبد لا منفعة للمولى في كون عبده فحلا بل ازدادت قيمته في حق المولى بالخصي والجب فلم تصر الرقبة هالكة من وجه. وفي الولوالجية: إن منفعة النسل زائدة على ما يطلب من المماليك. وها هنا فرع حسن من الخانية من كتاب الوكالة: رجل وكل رجلا وقال اشتر لي جارية بكذا أعتقها عن ظهاري فاشترى عمياء أو مقطوعة اليدين أو الرجلين ولم يعلم بذلك لزم الآمر وكان له أن يرد ولو علم الوكيل بذلك لا يلزم الآمر اه. قوله: (والمدبر وأم الولد) أي لا يجوز تحريرهما عن الكفارة لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا والاعتاق عن الكفارة يعتمد كمال الرق كالبيع فلذا لا يجوز بيعهما، والمكاتب لما كان الرق فيه كاملا جاز إعتاقه عن الكفارة حيث لم يؤد شيئا، ولا عبرة هنا بكمال الملك ونقصانه وإنما لم يستلزم نقصان الملك نقصان الرق لان محل الملك أعم من محل الرق لان الملك يثبت في الامتعة وغير الآدمي دون الرق وبالبيع يزول الملك دون الرق والاعتاق يزيلهما. وإنما عتق المدبر وأم الولد بقوله كل مملوك أملكه فهو حر دون المكاتب لان هذه اليمين تقتضي ملكا كاملا لا رقا كاملا والملك فيهما كامل حتى ملك إكسابهما واستخدامها، ووطئ المدبرة وأم الولد والملك في المكاتب ناقص لانه ملك نفسه يدا ولذا لا يملك المولى كسبه ويحرم عليه وطئ مكاتبته. والحاصل أن جواز البيع والاعتاق عن الكفارة يعتمد كمال الرق فجاز بيع المكاتب برضاه وإعتاقه عنها وانعكس فيهما، وحل الوطئ يعتمد كمال الملك فحرم في المكاتب وانعكس فيهما. قوله: (والمكاتب الذي أدى شيئا) أي لا يجوز تحريره عنها لانه تحرير بعوض، وذكر في الاختيار أن السيد لو أبرأه عن بدل الكتابة أو وهبه عتق فلو قال لا أقبل صح عتقه ولم يبرأ من بدل الكتابة فينبغي أن لا يجزئ عن الكفارة لانه عتق ببدل كما لا يخفى. وروى الحسن

***

[١٧٣]

عن أبي حنيفة أنه إذا أعتق المكاتب عنها بعد أداء البعض صح لان عتقه معلق بأداء كل البدل فلا يثبت شئ من العتق بأداء البعض، كذا في المحيط. وما في الكتاب ظاهر الرواية. وفي التتارخانية: لو عجز عن أداء بدل الكتابة ثم أعتقه يجوز، سواء كان أدى شيئا أو لم يؤد، وهي الحيلة لمن أراد أن يعتق مكاتبه بعد أداء البعض كما في الينابيع. في كافي الحاكم: ولو أعتق عنها على جعل لم يجزه عنها فإن وهب له الجعل بعد ذلك لم يجز أيضا ا ه قوله: (فإن لم يؤد شيئا أو اشترى قريبه ناويا بالشراء الكفارة أو حرر نصف عبده عن كفارته ثم حرر باقيه عنها صح) أما الاول فلما قدمنا أن الرق فيه كامل وإن كان الملك فيه ناقصا وجواز الاعتاق عنها يعتمد كمال الرق لا كمال الملك. أشار إلى أن عتق المرهون والمستأجر والموصي بخدمته عنها جائز بالاولى لوجود ملك الرقبة وإن فاتت اليد، ودل

كلامه على أن الكتابة تنفسخ بإعتاقه لرضاه بذلك لكن قالوا: إن الانفساخ ضروري فيتقدر بقدر الضرورة وهو جواز التكفير فتنفسخ الكتابة بالنظر إلى جوازه لا مطلقا بدليل أن الاولاد والاكساب سالمة له. ثم اعلم أن السيد لو مات وله مكاتب فأعتقه وارثه عن كفارته لم يجز إجماعا كما نقله الفخر الرازي في التفسير الكبير. قال: فدل على أن الملك كان فيه ضعيفا ا ه. والفرق على مذهبنا أن المكاتب لا ينتقل إلى ملك الوارث بعد موت سيده لبقاء الكتابة بعد موته فلا ملك للوارث فيه بخلاف سيده حال الكتابة، وإنما جاز إعتاق الوارث له لتضمنه الابراء من بدل الكتابة المقتضي للاعتاق. وأما الثاني أعني ما إذا اشترى قريبه أي محرمه ناويا بالشراء الكفارة ومراده ما إذا دخل محرمه في ملكه بصنع منه فنوى وقت الملك عتقه عن كفارته أجزأه، شراء كان أو هبة أو قبول صدقة أو وصية فخرج الارث، فلو نوى وقت موت مورثه إعتاقه عنها لم يجز عنها لعدم الصنع. وقيد بكون النية عند الشراء لانها لو تأخرت عن الصنع لم يجز عنها. وما في الخانية من باب عتق القريب لو وكل رجلا بأن يشتري أباه فيعتقه بعد شهر عن ظهاره فاشتراه الوكيل يعتق كما اشتراه ويجزيه عن ظهار الآمر ا ه. فمبني على إلغاء قوله بعد شهر لمخالفته المشروع وهو عتق المحرم عند الشراء، وأشار باشتراط النية عند الشراء إلى اشتراط قرانها بعلة العتق لكون الشراء علة العتق القريب فأفاد أنه لو قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر ناويا كونه عن الظهار وقت التعليق أجزأه، وإن تأخرت النية عنه لم يجزه، ولا فرق بين

***

[١٧٤]

أن يصرح بقوله عن ظهاري أو ينوي، فلو نوى وقت التعليق أن يكون حرا عن ظهاره ثم نوى أن يكون عن كفارة قتله كان عن الظهار، وكذا لو نوى وقته أن يكون تطوعا ثم نوى عنها لم يصح، كذا في البدائع معللا بأن اليمين لا يحتمل الفسخ بناء على أن المنوي كالملفوظ به. وفي التتارخانية: وعلى هذا لو قال إن اشتريت هذا العبد فهو حر عن ظهاري ثم قال إن اشتريته فهو حر عن ظهار فلانة ثم قال لامرأة أخرى كذلك ثم اشتراه فهو حر عن ظهار الاولى ا ه. ثم اعلم أنه لو وكل في إعتاقه عبده عن كفارته ثم نوى قبل إعتاق المأمور أن يكون عن جهة أخرى فإنه يجوز فهما من كلام المحيط من باب الاحصار لو بعث المحصر بهدي الاحصار ثم زال وحدث آخر فإن علم أن يدرك الهدى ونوى أن يكون لاحصاره الثاني جاز، وكذا لو دفع خمسة أصوع طعام لرجل وأمره بالتصدق على عشرة مساكين عن كفارة يمينه فلم يتصدق حتى كفر الآمر وحنث في آخرى ثم تصدق المأمور جاز عن الثانية إذا نواها الآمر، وكذا لو بعث هديا لجزاء صيد ثم أحصر فنوى أن يكون للاحصار، ولو قلد بدنة وأوجبها تطوعا ثم أحصر فنوى أن تكون لاحصاره جاز ا ه. ثم اعلم أنهم جعلوا المعلق هنا علة للعتق مع قولهم إن المعلق لا ينعقد سببا للحال وإنما ينعقد سببا عند وجود الشرط فينبغي على هذا الاصل أن لا تصح النية وقت التعليق وإنما تصح وقت وجود الشرط والحكم فيها بالعكس وجوابه في فتح القدير من كتاب الايمان من باب اليمين في الطلاق والعتاق، وقد ذكروا فيه أنه لو اشترى أم ولده أي من استولدها بنكاح ناويا عن كفارته فإنه لا يجوز لان العلة الاستيلاد ولم تقارنه النية. وأما الثالث أعني ما إذا حرر نصف عبده ثم حرر باقيه قبل المسيس فلكونه أعتق رقبة كاملة بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب التحرير عنها ومثله غير مانع كمن أضجع شاة للاضحية فأصابت السكين عينها. قيد بقوله حرر باقية لانه لو حرر نصفا آخر من رقبة أخرى لا يجوز تكميل العتق بالعتق من شخص آخر عند أبي حنيفة، وأما تكميله بالاطعام كما لو حرر عنها نصف عبد وأطعم عن الباقي لم يجز أيضا عند أبي حنيفة لانها إنما تتأدى بإعتاق رقبة أو بإطعام مساكين مقدرة ولم يوجد واحد منهما، وتكميل العتق بالعتق من شخص آخر لا يجوز فلان لا يجوز تكميله

***

[١٧٥]

بالتمليك من جنس آخر أولى. وعندهما يجوز لان العتق عندهما لا يتجزى فصار معتقا للكل وكان متبرعا بالاطعام، كذا في المحيط. ولو حرر عبدين بينه وبين غيره لم يجز عن الكفارة لان الواجب تحرير رقبة واحدة وتخليصها عن الرق وهو ما حرر رقبة واحدة ولم يصرف العتق إلى شخص بل حرر نصفا من كل رقبة كما لو فرق طعام مسكين على اثنين، ولو كان شاتان بين رجلين فذبحاهما عن نسكهما أجزأهما لان الاشتراك في النسك جائز، ألا ترى أنه تجزئ البدنة عن سبعة فكان المعتبر في باب النسك مقدار الشاة وقد وجد، كذا في المحيط أيضا. وخرج بقوله حرر باقيه ما إذا لم يحرر باقيه أصلا فإعتاق النصف لا يكفي عنها عنده، وعندهما لما أعتق النصف عتق

الكل بلا سعاية فأجزأ عن الكفارة، كذا في الكافي. قوله: (وإن حرر نصف عبد مشترك وضمن باقيه أو حرر نصف عبده ثم وطئ التي ظاهر منها ثم حرر باقيه لا) أي لا يجزيه عن الكفارة، أما الاول فلان نصيب صاحبه قد انتقص على ملكه لتعذر باقيه لاستدامة الرق فيه ثم يتحول إليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة كالتدبير. والمراد بضمان القيمة إعتاق النصف الآخر بعد التضمين وإلا فمجرد الضمان لا يكفي لوضع المسألة، ودل كلامه على أنه لو كان معسرا وسعى العبد في بقية قيمته حتى عتق كله لا يجزيه عنها بالاولى، وهذا عند الامام، وأما عندهما إن كان المعتق موسرا ضمن قيمة نصيب شريكه أجزأه عنها لانه عتق كله بإعتاق البعض، وإن كان معسرا لا يجزئه والخلاف مبنى على تجزء الاعتاق وعدمه. وبما قررناه علم أن المعتق إذا كان معسكرا لم يجز اتفاقا لانه عتق بعوض وإن لم يكن البدل حاصلا للمعتق بل لشريكه لان المانع أن يلزم العبد بدل في مقابلة تحرير رقبته. وفي الكافي: فإن قيل المضمونات تملك عند أداء الضمان مستندا إلى وقت وجود السبب فصار نصيب الساكت ملكا للمعتق زمان الاعتاق فكان النقصان في ملكه لا في ملك شريكه. قلنا: الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون له لا في حق غيرهما فتمكن النقصان في نصيب الساكت في حق غيرهما والكفارة غيرهما فلم تجز ا ه. والحاصل أن النقصان إن كان على ملك المعتق أجزأه، وإن كان على ملك غيره لا يجزئه. وفي فتح القدير: إن التعييب ضرورة إقامة المأمور به ليس كالتعييب بصنعه مختارا حتى إنه لو فقأ عين الشاة مختارا عند الذبح نقول لا يجزئه فكان المشترك أولى بالاجزاء من العبد المختص لان مالك النصف لا يقدر على عتقه إلا بطريق عتق نصفه فحاله أشبه بذابح الشاة من مالكه على الكمال. وجوابه أن المعنى أنه حصل بسبب إقامة الواجب وهذا القدر كاف

***

[١٧٦]

في عدم ما نعيته لا يتوقف على كونه بحيث لا يمكن إقامة الواجب إلا كذلك فإن الشارع لما أطلق له العتق بمرة ومرة كان لازمه أنه إذا حصل النقص بسببه مطلقا لا يمنع وتمامه فيه. وأما الثاني فعدم الاجزاء قول الامام لكونه متجزئا عنه وشرط الاعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص وإعتاق النصف حصل بعده، وعندهما إعتاق النصف إعتاق للكل فحصل الكل قبل المسيس، وأورد عليه أن هذا يقتضي أن لا يجوز إعتاق رقبة كاملة بعد المسيس مع أنه جائز. وأجيب بأنه قبل المسيس الثاني وبطل إعتاق ذلك النصف عنها كما في النهاية. قوله: (فإن لم يجد ما يعتق صام شهرين متتابعين ليس فيهما رمضان وأيام منهية) أي إن لم يملك رقبة ولا ثمنها فاضلا عن قدر كفايته لان قدرها مستحق الصرف فصار كالعدم، فمن له خادم يحتاج إلى خدمته لا يجزئه الصوم بخلاف من له مسكن لانه كلباسه ولباس أهله، صرح به في الخزانة. وفي الجوهرة: لو كان له عبد للخدمة لا يجوز له الصوم إلا أن يكون زمنا فيجوز ا ه. والضمير في يكون يعود ظاهرا إلى المولى. وفي التتارخانية: ومن ملك رقبة لزمه العتق وإن كان محتاجا إليها ا ه. وظاهره أنه يعتقها ولو كان السيد زمنا فحينئذ يرجع الضمير في كلام الجوهرة للعبد، والمعنى إلا أن يكون العبد بحال لا يجزئ عنها، ومن الكفاية قدر كفايته للقوت، فإن كان محترفا فقوت يومه والذي لا يعمل قوت شهر. وفي المحيط: معسر له دين على الناس أو عبد غائب يجزئه الصوم يريد بالغائب أنه لم يكن مملوكا له، فأما إذا كان في ملكه لا يجزه الصوم لانه قادر على إعتاقه، فأما الدين إذا لم يقدر على أخذه من مديونه فقد عجز عن التكفير بالمال فيجزئه الصوم، أما إذا قدر على أخذه منه لم يجزه الصوم. وكذلك امرأة تزوجت على عبد وزوجها قادر على أدائه إذا طالبته بذلك ووجب عليها كفارة لم يجزها الصوم، وإن كان له مال ووجب عليه دين مثله يجزئه الصوم بعدما قضى دينه لانه غير واجد للمال، فأما قبل قضاء الدين فقيل يجزئه لان محمدا علل وقال بأنه تحل له الصدقة وهذا إشارة إلى أن ماله ملحق بالعدم حكما لكونه مستحق الصرف إلى الدين كالماء المستحق للعطش. وقيل: لا يجزئه لان محمدا ذكر ما يدل عليه لانه خص الصوم بما بعد قضاء الدين وذلك لان ملك المديون في ماله كامل بدليل إنه يملك جميع التصرف فيه ا ه. وفي البدائع: لو كان في ملكه رقبة صالحة للتكفير يجب عليه تحريرها، سواء كان عليه دين أو لم يكن، لانه واجد حقيقة ا ه. وحاصله أن الدين لا يمنع تحرير الرقبة الموجودة ويمنع وجوب شرائها بمال على أحد القولين. فإن قلت: إذا كان عليه كفارتا

***

[١٧٧]

ظهار لامرأتين وفي ملكه رقبة فقط فصام عن إحداهما ثم أعتق عن ظهار الاخرى هل يجزئه الصوم عن الاولى. قلت: لم أره صريحا

ولكن في المحيط في نظيره ما يقتضي عدم الاجزاء قال: عليه كفارتا يمين وعنده طعام يكفي لاحداهما فصام عن إحداهما ثم أطعم عن الاخرى لا يجوز صومه لانه صام وهو قادر على التكفير بالمال فلا يجزئه ا ه‍. وبما نقلناه عن المحيط من أن من له عبد غائب في ملكه لا يجزئه الصوم ظهر أن ما ذكره الامام فخر الدين الرازي عن أصحاب الشافعي استنباطا من تعبيره تعالى بعدم الوجود عند الانتقال إلى الصوم وبعدم الاستطاعة عند الانتقال إلى الاطعام من أنه لو كان له مال غائب فإنه ينتظره ولا يصوم، ومن كان مريضا مرضا يرجى برؤه فإنه يطعم ولا ينتظر الصحة ليصوم، موافق لمذهبنا أيضا في الصوم لا في الاطعام لما سيأتي وإن كان المال أعم من العبد لانه لا فرق بين العبد وبين قدر ما يشتري به. وأراد بالايام المنهية الخمسة المعروفة وهي يوما العيد وأيام التشريق لان الصوم بسبب النهي فيها ناقص فلا يتأدى به الكامل، وشهر رمضان في حق الصحيح المقيم لا يسع غير فرض الوقت قيدنا بالمقيم الصحيح لان المسافر له أن يصوم عن واجب آخر وفي المريض روايتان كما علم في الاصول في بحث الامر. وفي اقتصاره على نفي الايام المنهية وشهر رمضان دلالة على أنه لا يشترط أن لا يكون فيهما وقت نذر صومه لان المنذور المعين إذا نوى فيه واجبا آخر وقع عما نوى بخلاف رمضان كما علم في الصوم. وفي كلامه إشارة إلى أن هذه الايام لو دخلت على الصوم انقطع التتابع صامها أولا لامكان وجود شهرين يصومها خاليين عنها فلذا قطع النفاس والمرض التتابع وكان حيضها غير قاطع لصوم كفارتها لعدم الامكان وينبغي أن يكون مخصوصا بكفارة قتلها أو فطرها في الحيض لانها لا تجد شهرين خاليين عن حيضها بخلاف كفارة اليمين فإنها تجد ثلاثة أيام خالية عنه. ثم رأيت الفرق مصرحا به في المحيط. وفي البدائع: عليها أن تصل أيام القضاء بعد الحيض بما قبله حتى لو لم تصل وأفطرت يوما بعد الحيض استقبلت لتركها التتابع بلا ضرورة بخلاف نفاسها، وهذا مما خالف فيه النفاس الحيض فإن النفاس قاطع للتتابع في صوم كل كفارة لها بخلاف الحيض فإنه غير قاطع في كفارة الفطر والقتل. وعن محمد في المنتقى: لو صامت شهرا ثم حاضت ثم أيست استقبلت لانها قدرت على مراعاة التتابع فلزمها التتابع. وعن أبي يوسف: إنها إذا حبلت في الشهر الثاني بنت، كذا في المحيط. فعلى الاول قولهم حيضها غير قاطع في كفارة الشهرين إلا إذا أيست بعده فحينئذ يقطع، وأما صوم المضللة عن الكفارة فقد استوفاه في

***

[١٧٨]

المحيط من الحيض، وقد أفاد كلامه أن كل صوم شرط فيه التتابع نصا فحكمه كالكفارة فإذا أفطر فيه يوما بطل ما قبله ولزمه الاستقبال كالمنذور المشروط فيه التتابع معينا أو مطلقا بخلاف المعين الخالي عن اشتراطه فإن التتابع فيه وإن لزم لكن لا يستقبل إذا أفطر فيه يوما كرجب مثلا لانه لا يزيد على رمضان وحكمه ما ذكرنا كما في فتح القدير من الايمان. وأراد بعدم الوجود عدما مستمرا إلى فراغ صوم الشهرين حتى لو قدر على الاعتاق في اليوم الاخير قبل غروب الشمس وجب عليه الاعتاق وكان صومه تطوعا والافضل إتمامه، وإن أفطر لا قضاء عليه لانه شرع فيه مسقطا لا ملتزما خلافا لزفر. وقيد الصوم بعدم الوجود لانه غير جائز من القادر على التحرير لترك الواجب في قوله تعالى * (فتحرير رقبة) * [النساء: ٢٩] إذ المعنى فالواجب عليه تحرير رقبة لا عملا بمفهوم الشرط كما لا يخفى. واليسار والاعسار معتبران وقت التكفير أي الاداء لا وقت الوجوب كمذهب أحمد، ولا أغلظ الحالين كمذهب الشافعي، لان القدرة إنما يحتاج إليها للاداء فيشترط وجودها وعدمها عند الاداء، وفي المحيط: لو صام بالاهلة فاتفق تسعة وخمسين يوما جاز، ولو صام بغير الاهلة تسعة وخمسين يوما يصوم ثانيا لان الاصل اعتبار الشهر بالاهلة، فإن غم الهلال اعتبر كل شهر ثلاثين يوما ا ه‍. وينبغي أن يقال: فاتفق ثمانية وخمسين جاز لجواز كون كل منهما تسعة وعشرين يوما وقد أفاده في التتارخانية. قوله: (فإن وطئ فيهما ليلا أو يوما ناسيا أو أفطر استأنف الصوم) أي وطئ المظاهر منها عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: الشرط عدم فساد الصوم فلو جامعها ليلا أو نهارا ناسيا لا يستأنف. والصحيح قولهما لان المأمور به صيام شهرين متتابعين لا مسيس فيهما فإذا جامعها في خلالهما لم يأت بالمأمور به وإذا أفطر في خلالهما انقطع التتابع. أطلق في الليل فشمل العمد والنسيان كما صرح به في البدائع، والتقييد بالعمد في أكثر الكتب اتفاقي لا للاحتراز عنه كما في بعض شروح المجمع فاحترز منه فإنه غلط، وقد صرح في غاية البيان والعناية بأنه قيد اتفاقي. وقيد بالنسيان في اليوم لانه لو جامعها نهارا عمدا استأنف اتفاقا لوجود المسيس عندهما ولفساد الصوم عنده. وإنما لم يعف عن النسيان في وطئ المظاهر منها كما عفى عنه في الصوم لانه في الصوم على خلاف القياس للحديث فلا يلحق به غيره. ولو قال المصنف ولو جامعها فيهما مطلقا أو أفطر استأنف لكان أولى ومن التطويل أعرى. قيدنا بوطئ المظاهر منها لانه لو وطئ غيرها

فيهما فإن بطل صومه كأن كان نهارا عامدا دخل تحت قوله أو أفطر فيستأنف وإلا لا وهذا بالاتفاق. وقيد بكفارة الظهار لانه لو وطئ وطئا لا يفسد الصوم في كفارة القتل لم يستأنف كما في الجوهرة. وأطلق في
***
[١٧٩]
الافطار فشمل ما إذا كان لعذر كسفر أو مرض أو لا كما في العناية قوله: (ولم يجز للعبد إلا الصوم) أي إلا صوم الشهرين المتتابعين لان العبد لا يملك وإن ملك والاعتاق والاطعام شرطهما الملك فإن أعتق المولى عنه أو أطعم لم يجز وإن كان بأمره لانه ليس بأهل للملك فلا يصير مالكا بتمليكه للحديث لا يملك العبد شيأ ولا يملكه مولاه ولا يثبت عتقه في ضمنه لانه إنما يصح أن لو كان تبعا والاعتاق أصل الاهلية فلا يثبت اقتضاء، كذا في الكافي. وإذا تعين الصوم للكفارة وقد تعلق بها حق المرأة لم يكن للسيد أن يمنعه بخلاف صوم بقية الكفارات له أن يمنعه عن صومها لعدم تعلق حق عبد بها. وفي فتح القدير من باب جنايات الاحرام: ولا يجوز إطعام المولى عنه إلا في الاحصار فإن المولى يبعث عنه ليحل هو فإذا عتق فعليه حجة وعمرة ا ه. ولم يعلل لاستثناء هذه المسألة. فإن قلت: لم لم يكن الرق منصفا لصوم الكفارات مع أنه منصف نعمة وعقوبة؟ قلت: لما فيه من معنى العبادة وهي لم تتنصف بالرق كالصلاة وصوم رمضان وإن كان الغالب في بعضها معنى العقوبة احتياطا. ثم رأيت تعليل مسألة دم الاحصار فقال في البدائع: لو أحصر العبد بعد ما أحرم بإذن المولى ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي أنه لا يلزم المولى إنفاذ هدي لانه لو لزمه يلزمه لحق العبد ولا يجب للعبد على مولاه حق فإذا أعتقه وجب عليه. وذكر القاضي في شرح مختصر الطحاوي أن على المولى أن يذبح عنه هديا في الحرم فيحل لان هذا الدم وجب لبلية ابتلي بها العبد بإذن المولى فصار بمنزلة النفقة والنفقة على المولى فكذا دم الاحصار ا ه. وأما كفارة الميت إذا مات وعليه كفارة وأوصى بإخراجها من ثلث ماله فإن كانت كفارة يمين خير الوصي بين الاطعام وبين الكسوة وبين التحرير وفي كفارة القتل والظهار والافطار يتعين التحرير إن بلغت قيمته الثلث وإلا تعين الاطعام ولا دخل للصوم في الكل، كذا في
***
[١٨٠]
البدائع. فإن قلت: هل لنا حر ليس له كفارة إلا بالصوم؟ قلت: المحجور عليه بالسفه على قولهما المفتى به لا يكفر إلا بالصوم حتى لو أعتق عنها صح العتق ولا يجزئ عنها ويلزمه الصوم كما في شرح المنظومة من الحجر. قوله: (فإن لم يستطع الصوم أطعم ستين فقيرا كالفطرة أو قيمته) أي إن لم يقدر على الصوم لمرض لا يرجى برؤه أو كبر. أراد بالاطعام الاعطاء تمليكا لانه سيصرح بالاباحة ولذا قال في البدائع: إذا أراد التمليك أطعم كالفطرة وأراد الاباحة أطعمهم غداء وعشاء. وقيد بالفقير لان الغني لا يجوز إطعامه في الكفارات تمليكا وإباحة ومن له مال وعليه دين لعبد فقير في هذا كما في البدائع. وأشار بذكر الفقير إلى أنه المراد في الآية فالمسكين والفقير سواء فيها. وأفاد بقوله كالفطرة أي كصدقة الفطر أنه لا يجوز إطعام أصله وفرعه واحد الزوجين ومملوكه والهاشمي، وأنه يجوز إطعام الذمي لان مصرفها مصرفها وهو مصرف الزكاة إلا الذمي فإنه مصرف فيما عدا الزكاة بخلاف الحربي فإنه ليس بمصرف لشئ ولو كان مستأمنا. ولو دفع بتحر فبان أنه ليس بمصرف أجزأه عندهما خلافا لابي يوسف كما عرف في الزكاة كما في البدائع، وأنه يملك نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير أو دقيق كل كأصله وكذا السويق. واختلفوا هل يعتبر الكيل أو القيمة فيهما كما في صدقة الفطر وأنه لو دفع البعض من الحنطة والبعض من الشعير فإنه جائز إذا كان قدر الواجب كأن يدفع ربع صاع من بر ونصفا من شعير. وإنما جاز التكميل بالآخر لاتحاد المقصود وهو الاطعام ولا يجوز
***
[١٨١]
التكميل بالقيمة كما لو ادى نصفا من تمر جيد يساوي صاعا من الوسط. وأفاد بعطف القيمة أنه لا بد أن تكون من غير المنصوص عليه فلو دفع منصوص عليه عن منصوص آخر بطريق القيمة لم يجز إلا أن يباع المدفوع الكمية المقدرة شرعا، فلو دفع نصف صاع تمر يبلغ قيمة نصف صاع بر لا يجوز فالواجب عليه أن يتم للذين أعطاهم القدر المقدر من ذلك الجنس الذي دفعه لهم، فإن لم يجدهم بأعيانهم استأنف في غيرهم ولا يقال لو أطعم خمسة وكسا خمسة في كفارة اليمين حيث تجوز لكسوة عن الاطعام مع أن كلا منهما منصوص عليه لانا نقول قال في البدائع: لو أطعم خمسة على وجه الاباحة وكسا خمسة فإن كان على وجه المنصوص عليه لا يجوز، وإن

أخرجه على وجه القيمة، فإن كان الطعام أرخص من الكسوة أجزأه، وإن كانت الكسوة أرخص من الطعام لم يجزه لان الكسوة تمليك فجاز أن تكون بدلا عن الاطعام. ثم إن كانت قيمة الكسوة مثل قيمة الطعام فقد أخرج قيمة الطعام، وإن كانت أغلا فقد أخرج قيمة الطعام وزيادة، وإن كانت قيمة الكسوة أرخص لا يكون الطعام بدلا عنه لان طعام الاباحة ليس بتمليك فلا يقوم مقام التمليك وهو الكسوة لان الشئ لا يقوم مقام ما هو فوقه. ولو أطعم خمسة وكسا خمسة جاز وجعل أغلاهما ثمنا بدلا عن أرخصهما ثمنا أيهما كان لان كل واحد منهما تمليك فجاز أن يكون أحدهما بدلا عن الآخر ا ه. وأشار بقوله كالفطرة إلى أنه لو أعطى مسكينا أقل من نصف صاع لا يجزيه كما قدمه الشارح في صدقة الفطر ونقل أن الجواز قول الكرخي، فما نقله هنا من الجواز إما غفلة عما قدمه وإما على قول الكرخي. ثم اعلم أن الكفارات كلها لا يجوز إعطاء فقير فيها أقل من نصف صاع حتى فدية الصلاة حتى لو أعطى عن صلاة أقل من المسكين لم يجز كما في المحيط. وقد فرق في العناية بين الكفارة وصدقة الفطر وقد علمت أنه مفرع على الضعيف. وفي التتارخانية:

***

[١٨٢]

لو أعطى ستين مسكينا كل مسكين مدا من الحنطة لم يجز وعليه أن يعيد مدا آخر على كل مسكين، فإن لم يجد الاولين فأعطى ستين آخرين كل مسكين مدا لم يجز ا ه. وفي المحيط: لو أعطى عشرة مساكين كل مسكين مدا مدا ثم استغنى المساكين ثم افتقروا فأعاد عليهم مدا مدا لا يجوز، وكذا لو أدى إلى المكاتبين مدا مدا ثم ردوا إلى الرق ومواليهم أغنياء ثم كوتبوا ثانيا ثم أعاد عليهم لم يجز لانهم صاروا بحال لا يجوز الاداء إليهم فصاروا كجنس آخر ا ه. قوله: (فلو أمر غيره أن يطعم عنه عن ظهاره ففعل أجزأه) لانه طلب منه التمليك معنى والفقير قابض له أولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه كهبة الدين من غير من عليه الدين إذا سلطه على القبض، ولما كان طلب التمليك متنوعا إلى هبة وقرض والاصل البراءة لا رجوع على الآمر في ظاهر الرواية. وفي التتارخانية: إن قال الآمر على أن لا رجوع للمأمور فلا رجوع، وإن قال على أن ترجع علي رجع عليه، وإن سكت الآمر ففي الدين يرجع اتفاقا، وفي الكفارة والزكاة لا يرجع عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف يرجع ا ه. والحاصل أنهم فرقوا بين الامر بقضاء الدين وبين الامر بأداء الزكاة والتكفير مع أن الكل واجب على الآمر، وقد رأيت الفرق في السراج الوهاج من كتاب الوكالة معزيا إلى الامام الكرخي بأنه لو رجع بلا شرط رجع بأكثر مما أسقط عن ذمة الآمر، ألا ترى أن الوجوب كان من أحكام الآخرة دون الدنيا، ولو ثبت الرجوع بمطلق الامر لرجع بحق مضمون في الدنيا والآخرة ولا يجوز أن يرجع بأكثر مما أسقط عن ذمته ا ه. وفي البزازية من كتاب الوكالة ذكر ضابطا حسنا لما يرجع بلا شرط وما يرجع بشرط الرجوع فانظره ثمة. قيد بالاطعام لانه لو أمر أجنبيا أن يعتق عنه فأعتق لا يجزئه عندهما خلافا لابي يوسف. والفرق على قولهما أن التمليك بغير بدل هبة ولا جواز لها بدون القبض ولم يوجد القبض في الاعتاق ووجد في الاطعام والكسوة في كفارة اليمين كالاطعام، كذا في البدائع. وإن كان بجعل سماه أجزأه اتفاقا، وإن أعتق عنه بغير أمره لم يجز اتفاقا لوقوعه عن المعتق، كذا في الولوالجية. وخرج الصوم أيضا فلو أمره أن يصوم عنه فصام لا يجزئه، كذا في غاية البيان. وقيد الاطعام بالامر لانه لو

***

[١٨٣]

أطعم عنه بلا أمره لا يجزئه لعدم ملكه ولعدم النية، وأما تكفير الوارث عن الميت ففي كفارة اليمين يجوز الاطعام أو الكسوة وفي كفارة الظهار بالاطعام ولا يجوز التبرع عنه في كفارة القتل لان التبرع بالاعتاق غير جائز، كذا في المحيط قوله: (وتصح الاباحة في الكفارات) أي في إطعام الكفارات قوله: (والفدية دون الصدقات والعشر) لو رود الاطعام في الكفارات والفدية هو حقيقة في التمكين من الطعم. وإنما جاز التمليك باعتبار أنه تمكين، أما الواجب في الزكاة الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة. فإن قلت: هل يجوز الجمع بين الاباحة والتمليك لرجل واحد أو لبعض المساكين دون البعض أو أن يعطي نوعا للبعض ونوعا للبعض؟ قلت: أما الاول ففي التتارخانية: إذا غداه وأعطاه مدا ففيه روايتان. واقتصر في البدائع على الجواز لانه جمع بين شيئين حائزين على الانفراد. وإن غداهم وأعطاهم قيمة العشاء أو عشاهم وأعطاهم قيمة الغداء يجوز. وأما الثانية كما إذا ملك ثلاثين وأطعم ثلاثين

غداء وعشاء فهو جائز. وأما الثالثة فقال في الكافي: ويجوز تكميل أحدهما بالآخر. فإن قلت: هل المباح له الطعام يستهلكه على ملك المبيح أو على ملك نفسه؟ قلت: إذا صار مأكولا زال ملك المبيح عنه ولم يدخل في ملك أحد، ذكره في البدائع. قيدنا بالاطعام لان الاباحة في الكسوة في كفارة اليمين لا تجوز كما لو أعار عشرة مساكين كل مسكين ثوبا، كذا في المحيط. وجعل الفدية كالكفارة ظاهر الرواية، وروى الحسن عن الامام أنه لا بد من التمليك لانها تنبئ عنه كفدية العبد الجاني لا بد فيها من تمليك الارش. قوله: (والشرط غدآن أو عشاآن مشبعان أو غداء وعشاء) أي الشرط في طعام الاباحة أكلتان مشبعتان لكل مسكين والسحور كالغداء، فلو غداهم يومين أو عشاهم كذلك أو غداهم وسحرهم أو سحرهم يومين أجزأه. ولو غدى ستين مسكينا وعشى ستين غيرهم لم يجزه إلا أن يعيد على أحد النوعين منهم غداء أو عشاء، ولو غدى واحدا وعشى آخر لم يجز.

***

[١٨٤]

وقيد بالشبع لانه لو كان فيهم من هو شبعان قبل الاكل أو صبي ليس بمراهق لا يجزئه، واختلف المشايخ فيه ومال الحلواني إلى عدم الجواز. وفي المصباح: الاكل معروف والاكل بضمتين وإسكان الثاني للتخفيف، المأكول والاكلة بالفتح المرة، وبالضم اللقمة. والغداء بالمد طعام الغداة والعشاء بالفتح، وبالمد طعام العشاء بالكسر. والسحور بفتح السين ما يؤكل في السحر ما قبل الصبح، وبالضم الاكل وقته. وأشار به إلى أنه لا معتبر بعد الشبع إلى مقدار الطعام حتى روي عن أبي حنيفة في كفارة اليمين لو قدم أربعة أرغفة إلى عشرة مساكين وشبعوا أجزأه وإن لم يبلغ ذلك صاعا أو نصف صاع، كذا في التتارخانية. وإلى أنه لا بد من الادام في خبز الشعير والذرة ليمكنهم الاستيفاء إلى الشبع بخلاف خبز البر. وقد اختلف المشايخ في جواز إطعام خبز الشعير بالادام بناء على أن محمدا نص على خبز البر في الزيادات فقال البعض لا يجوز بخبز الشعير، وبعضهم جوزه مع الادام وإليه مال الكرخي كما في التتارخانية. وفي الينابيع: لو أطعم مائة وعشرين مسكينا في يوم واحد أكلة واحدة مشبعة لم يجز إلا عن نصف الاطعام فإن أعاده على ستين مسكينا أجزأه اه. وفي البدائع: أوصى بأن يكفر عنه فأطعم الوصي الغداء للعدد المنصوص عليه ثم ماتوا قبل العشاء يستأنف فيغدي ويعشي غيرهم لانه لا سبيل إلى التفريق ولا يضمن الوصي شيئا لانه غير متعد إذ لا صنع له في الموت اه. وينبغي أن المكفر إذا غدى العدد ثم غابوا أن ينتظر حضورهم أو يعيد الغداء مع العشاء على عدد غيرهم، وينبغي في الوصي أن ينتظر لرجاء حضورهم قوله: (وإن أعطى فقيرا شهرين صح) لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد بتجدد الايام فتكرر المسكين بتكرر الحاجة حكما فكان تعدادا حكما. قيد بالتمليك لانه لو أطعم مسكينا غداه وعشاه ستين يوما لا يجزئه في قول أبي يوسف الاخير كما في التتارخانية فيحتاج إلى الفرق بين الاباحة والتمليك في حق الواحد. والحق أن لا فرق على المذهب لما في البدائع: لو أعطى طعام عشرة مساكين في كفارة اليمين في عشرة أيام لمسكين واحد غداه وعشاه عشرة أيام أجزأه عندنا. وفي المصباح: الخلة بالفتح الفقر والحاجة قوله: (ولو في يوم لا إلا عن يومه)

***

[١٨٥]

أي لو أعطى فقيرا ثلاثين صاعا في يوم لا يجزئه إلا عن واحد لفقد التعدد حقيقة وحكما لعدم تجدد الحاجة. أطلقه فشمل ما إذا أعطاه بدفعة واحدة أو متفرقا على الصحيح كما في المحيط. وفي طعام الاباحة لا يجوز في يوم واحد وإن فرق بلا خلاف كما في التتارخانية. والكسوة في كفارة اليمين كالاطعام حتى لو أعطى مسكينا واحدا عشرة أثواب في عشرة أيام يجوز في كفارة اليمين لتجدد الحاجة حكما باعتبار تجدد الزمان. وفي البدائع في كفارة اليمين: لو غدى رجلا واحدا عشرين يوما أو عشى واحدا عشرين يوما أجزأه عندنا. وفي المحيط: لو أعطى مسكينا عن فدية صوم يومين عليه فعن أبي يوسف روايتان، وفي رواية يجزئه عنهما، وفي رواية لا يجزئه. قيل: وهذا قول أبي حنيفة كما في كفارة اليمين. قوله: (ولا يستأنف بوطئها في خلال الاطعام) لان الله تعالى إنما شرط في التحرير والصوم أن يكون قبل التماس ولم يشترطه في الاطعام ولا يحمل المطلق على المقيد وإن وردا في حادثة واحدة بعد أن يكونا حكمين - كذا في الكافي - إلا أنه منع من الوطئ قبله لجواز أن يقدر على الصوم والاعتاق فتنتقل الكفارة إليهما فيتبين أن الوطئ كان حراما قوله: (ولو أطعم عن ظهارين ستين فقيرا كل فقير صاعا صح عن واحد وعن إفطار وظهار صح عنهما) لانه في الاول زاد في قدر الواجب

ونقص عن المحل فلا يجوز إلا بقدر المحل لان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة، وكذلك لو أطعم عشرة مساكين عن يمينين لكل مسكين صاعا فهو على هذا الخلاف، كذا في البدائع. أطلقه فشمل ما إذا كان الظهاران لامرأتين أو لواحدة. والحاصل أن النقصان عن العدد لا يجوز فالواجب في الظهارين إطعام مائة وعشرين فلا يجوز صرف الواجب إلى الاقل كما لو أطعم ثلاثين مسكينا لكل واحد صاعا فإنه لا يكفي عن ظهار واحد، والمراد بالمدفوع البر إذ لو كان تمرا أو شعيرا فموضوع المسألة أعطى لكل فقير صاعين ولا بد من تقييد المسألة بأن يكون دفعها دفعة واحدة، أما لو كان بدفعات جاز اتفاقا كما في الكافي معللا بأنه في المرة الثانية كمسكين آخر. ورجح في فتح القدير قول محمد بأنه كما يحتاج إلى نية التعيين عند اختلاف الجنس يحتاج إليها لتمييز بعض أشخاص ذلك الجنس وقد اعتبروا ذلك في العتق فإنه لو كان عليه كفارتا ظهار

***

[١٨٦]

لامرأتين فاعتق عبدا ناويا عن إحداهما صح تعيينه ولم يلغ وحل له وطؤها مع اتحاد الجنس فليصح في الاطعام لثبت غرضه وهو حلهما معا قوله: (ولو حرر عبدين عن ظهارين ولم يعين صح عنهما ومثله الصيام والاطعام) حتى لو صام عنهما أربعة أشهر أو أطعم عنهما مائة وعشرين مسكينا صح عنهما من غير تعيين لان الجنس متحد فلا حاجة إلى نية التعيين. قيد بقوله عن ظهارين لانه لو كان عليه كفارة يمين وكفارة ظهار وكفارة قتل فأعتق عبيدا عن الكفارات لا يجزئه عن الكفارة، ولو أعتق كل رقبة ناويا عن واحدة منها لا بعينها جاز بالاجماع ولا يضر جهالة المكفر عنه، كذا في المحيط قوله: (وإن حرر عنهما رقبة أو صام شهرين صح عن واحد وعن ظهار وقتل لا) لان نية التعيين في الجنس الواحد لغو وفي المختلف مفيد فإذا لغا له أن يعين أيهما شاء ويجامع تلك المرأة التي عينها. وأراد بالرقبة المؤمنة، أما لو أعتق كافرة عن ظهار وقتل كان عن الظهار وإن اختلف الجنس لان الكافرة لا تصلح لكفارة القتل، وجعل له في البدائع نظيرا حسنا هو ما إذا جمع بين المرأة وبنتها أو أختها ونكحهما معا، فإن كانتا فارغتين لم يصح العقد على كل منهما، وإن كانت إحداهما متزوجة صح في الفارغة. والاصل أن ما اختلف سببه فهو المختلف وما اتحد سببه فهو المتحد، فالصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين وصوم أيام رمضان من قبيل المتحد إن كان في سنة واحدة، وإن كان من سنتين فهو من قبيل المختلف. ولو نوى ظهرا أو عصرا أو صلاة جنازة لم يكن شارعا في واحدة منهما للتنافي وعدم الرجحان، ولو نوى ظهرا ونفلا لم يكن شارعا أصلا عند محمد للتنافي، وعند أبي يوسف يقع عن الفرض لانه أقوى. ولو نوى صوم القضاء والنفل أو الزكاة والتطوع أو الحج المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد لبطلانهما بالتعارض فانصرف إلى النفل، وعن أبي يوسف يقع عن الاقوى ترجيحا له عند التعارض. ولو نوى حجة الاسلام والتطوع فهو عن الحجة اتفاقا للقوة عند الثاني ولبطلان الجهة بالتعارض وهي تتأدى بالمطلق. ثم اعلم أن من عليه كفارات أيمان أعتق

***

[١٨٧]

عن إحداهن وأطعم عن أخرى وكسا عن أخرى أو أعتق عنها عبدا ولا ينوي كل واحدة بعينها جاز استحسانا خلافا لزفر نظرا إلى أنهما مختلفان ونحن نقول: الجنس متحد فهو كالصوم بخلاف صلاة الظهر لان نية التعيين ثمة لم تشترط باعتبار أن الواجب مختلف متعدد بل باعتبار أن مراعاة الترتيب واجبة عليه ولا يمكنه مراعاة الترتيب إلا بنية التعيين حتى لو سقط الترتيب بكثرة الفوائت تكفيه نية الظهر لا غير، كذا في المحيط. وهو تفصيل حسن في الصلوات ينبغي حفظه. والحاصل أنه إذا نوى شيئين فإن كانا فرضين لم يصح اتفاقا، وإن كان أحدهما فرضا والآخر نفلا فعند أبي يوسف يقع عن الاقوى، سواء كان الاقوى يتأدى بمطلق النية كالصوم والحج أو لا كالصلاة. وعند محمد في الاول يقع عن الفرض لانه لما بطلت النيتان للتعارض بقي مطلق النية، وفي الثاني لم يصح. وفي فتح القدير: ومما يعكر على الاصل الممهد ما عن أبي يوسف في المنتقى: لو تصدق عن يمين وظهار فله أن يجعله عن أحدهما استحسانا وقدمنا في باب شروط الصلاة مسائل من هذا النوع فارجع إليه. وقولهم هنا لو نوى ظهرا وعصرا وصلاة جنازة بواو العطف في صلاة الجنازة لانها لو كانت بأو لم يصح لانهم قالوا: لو نوى ظهرا أو صلاة جنازة كان عن الظهر كما قدمناه. ثم اعلم أن قولهم إن نية التعيين في الجنس الواحد لغو يرد عليه ما لو كان عليه كفارتا ظهار لامرأتين فأعتق عبدا عن إحداهما صح التعيين وله أن يطأ التي كفر

عنها دون الاخرى ولم يجب عنه في فتح القدير وهو بناء على ما فهمه من ظاهر العبارة أن المراد أن نية تعيين بعض الافراد في الجنس المتحد لغو، وقد قرر المراد في النهاية بما يدفع الابراء فقال: أراد به تعميم الجنس بالنية ألا ترى أنه إذا عين ظهار إحداهما للتكفير صح وحل له قربانها، كذا في الفوائد الظهيرية. والله أعلم.

***

[١٨٨]

باب اللعان مصدر لاعن ملاعنة ولعانا. يقال لاعن امرأته ملاعنة ولعانا وتلاعنا. والتعنا لعن بعض بعضا، ولاعن الحاكم بينهما لعانا حكم، والتلعين التعذيب، ولعنه لجعله طرده وأبعده فهو لعين وملعون، والجمع ملاعين والاسم اللعان واللعانية. واللعن بالضم من يلعنه الناس، واللعنة كهمزة الكثير اللعن لهم، واللعين من يلعنه كل واحد كالملعن والشيطان والممسوخ والمشؤم والمسيب وما يتخذ في المزارع كهيئة الرجل والمنخرى المهلك، كذا في القاموس. والاصل فيه الآيات التي في سورة النور وهو قوله تعالى * (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب إن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ولولا فضل الله عليكم ورحمته وإن الله تواب حكيم) * [النور: ٦] وقد اختلف في سبب نزولها فروى البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما أن هلال بن أمية قذف امرأته عند رسول الله صلى الله عليه وسلم بشريك ابن سحماء فقال النبي صلى الله عليه وسلم: البينة وإلا حد في ظهرك. فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: البينة وإلا حد في ظهرك. فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق ولينزلن الله تعالى ما يبرئ ظهري من الحد. فنزل جبريل فأنزل الله * (والذين يرمون أزواجهم) * حتى بلغ * (إن كان من الصادقين) * فانصرف النبي صلى الله عليه وسلم فأرسل إليهما فجاء هلال فشهد والنبي صلى الله عليه وسلم يقول: الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب. ثم قامت فشهدت فلما كانت عند الخامسة وعظها وقال إنها موجبة فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها ترجع ثم قالت لا أفضح قومي سائر اليوم فمضت فقال النبي صلى الله عليه وسلم: أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين شائع الاليتين خدلج الساقين فهو لشريك بن سحماء فجاءت به كذلك فقال النبي صلى الله عليه وسلم: لولا ما مضى من كتاب الله تعالى لكان لي ولها شأن. في المصباح: خدلج أي ضخم. وأخرج البخاري أيضا عن سهل بن سعد قال: جاء عويمر إلى عاصم بن عدي فقال: سل رسول الله صلى الله عليه وسلم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا فقتله أيقتل به أم كيف يصنع؟ فسأل عاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم فعاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلقيه عويمر

***

[١٨٩]

فقال: ما صنعت إنك لم تأتني بخير سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فعاب السائل فقال عويمر: والله لآتين رسول الله صلى الله عليه وسلم ولاسألنه فأتاه فوجده قد أنزل عليه فدعا بها فلاعن بينهما فقال عويمر: إن انطلقت بها يا رسول الله فقد كذبت عليها ففارقها قبل أن يأمره النبي صلى الله عليه وسلم فصارت سنة للتملاعنين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أبصروها فإن جاءت به أسحم العينين عظيم الاليتين فلا أراه إلا قد صدق، وإن جاءت به أحيمر كأنه وحرة فلا أراه إلا كاذبا، فجاءت به مثل النعت المكروه. وذكر البقاعي أنه لا يمتنع أن يكون للآية الواحدة عدة أسباب معا أو منفرقا ا ه‍. وتمام الروايات باختلاف طرقها في الدر المنثور للجلال الاسيوطي رحمه الله تعالى. قوله: (هي شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها) وهذا بيان للركن فدل على اشتراط أهليتهما للشهادة في حق كل منهما كما سيصرح به لا أهلية اليمين كما ذهب إليه الشافعي، ودل على أنهما لو التعنا عند قاض فلم يفرق بينهما حتى مات أو عزل فإن الثاني يعيد اللعان كما لو شهدا عنده فمات أو عزل قبل القضاء، كذا في البدائع. والمراد بكونه قائما مقام حد القذف في حقه أن يكون بالنسبة إليها لا مطلقا، إذا لو كان مطلقا لم تقبل شهادته أبدا مع أنها مقبولة كما ذكره الشارح في حد القذف، وفي الاختيار لا تقبل شهادته بعد اللعان أبدا، ولو قذف بكلمة أو بكلمات

أربع زوجات له بالزنا لا يكفيه لعان واحد لهن بل لا بد من أن يلاعن كلا منهن على حدة بخلاف ما إذا قذفها مرارا حيث يجب لعان واحد كما لو قذف أجنبية مرارا أو أجنبيات بكلمة أو كلمات يجب حد واحد لحصول المقصود وهو دفع العار عنهن ولا يحصل ذلك في اللعان إلا بالنسبة إلى كل واحدة، ولو قذفهن ولم يكن من أهل اللعان اكتفى بحد واحد للكل للتداخل، كذا في البدائع. والمراد بكونه قائما مقام حد الزنا في حقها أن يكون بالنسبة إلى الزوج حتى لا يثبت اللعان بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي إلى القاضي ولا بشهادة النساء، وإذا قذفها إنسان بعد اللعان إن رماها زوجها بالزنا ثم قذفها هو أو غيره حد لان لعانه كحده مؤكد لعفتها، وإن قذفها بنفي الولد ثم قذفها هو أو غيره لا يحد لوجود أمارة الزنا، وإن أكذب نفسه بعد اللعان ثم قذفها هو أو غيره حد القاذف، سواء كان اللعان بالزنا أو بنفي الولد. وسببه قذفه لزوجته قذفا يوجب الحد في الاجنبية، وأهله أهل الاداء للشهادة، وحكمه حرمة الوطئ بعد التلاعن ولو قبل التفريق بينهما ووجوب التفريق بينهما ووقوع البائن بالتفريق. واستفيد من كونه قائما مقام الحد سواء كان بالنسبة إليه أو إليها أنه لا يحتمل العفو والابراء والصلح على مال حتى لو صالحها على الترك بمال ردت المال ولها المطالبة بعد العفو، وأنه لا يحتمل التوكيل إلا في إثباته على قول الامام كالحدود، كذا في البدائع. واعلم أنه ليس المراد أن اللعان قائم مقام الحدين في حالة واحدة وإنما المراد أنه قائم

***

[١٩٠]

مقام حد القذف في حقه إن كان كاذبا وهي صادقة، وقائم مقام حد الزنا في حقها إن كانت كاذبة وهو صادق فافهم. وفي البدائع: وأما شرائط وجوب اللعان فبعضها يرجع إلى القاذف خاصة، وبعضها إلى المقذوف خاصة، وبعضها إليهما جميعا، وبعضها إلى المقذوف به، وبعضها إلى المقذوف فيه، وبعضها إلى نفس القذف. أما الاول فواحدة وهو عدم إقامة البينة على صدقه، وأما الثاني فإنكارها وجود الزنا منها وعفتها عنه، وأما الثالث فالزوجية بينهما والحرية والعقل والاسلام والبلوغ والنطق وعدم الحد في قذف، فلا لعان في قذف المنكوحة فاسدا، ولا بقذف المبانة ولو واحدة بخلاف قذف المطلقة رجعيا، ولو قذف زوجته بزنا كان قبل الزوجية وجب اللعان ولا لعان بقذف زوجته الميتة. وقال الشافعي: يلاعن على قبرها. وأما ما يرجع إلى المقذوف به فهو الزنا، وأما المقذوف فيه فدار الاسلام، وأما نفس القذف فالرمي بصريح الزنا وسيأتي في الحدود. قوله: (ولو قذف زوجته بالزنا وصلحا شاهدين وهي ممن يحد قاذفها أو نفى نسب الولد وطالبته بموجب القذف وجب اللعان) أي بصريح الزنا الموجب للحد في الاجنبية، فلو قدفها بعمل قوم لوط فلا لعان عنده، وعندهما يجب اللعان بناء على الحد كما في البدائع. وفي التتارخانية: رجل قذف امرأة رجل فقال الزوج صدقت هي كما قلت كان قاذفا حتى يلاعن، ولو قال صدقت مطلقا من غير زيادة لم يكن قاذفا ا ه‍. وضمير صلحا للزوجين. وأطلقها فشمل غير المدخولة والمراد صلاحيتهما لادائها على المسلم لا للتحمل فلا لعان بين كافرين وإن قبلت شهادة بعضهم على بعض عندنا لان اللعان شهادات مؤكدات بالايمان فلا يكتفي بأهلية الشهادة بل لا بد معها من أهلية اليمين والكافر ليس من أهل الكفارة، كذا في البدائع. ولا بين كافرة ومسلم ولا بين مملوكين ولا إذا كان أحدهما مملوكا أو صبيا أو مجنونا أو محدودا في قذف، ولا يرد عليه لعان الاعمى والفاسق فإنه يجري بين الاعميين والفاسقين مع أنهما لا تقبل شهادتهما لانهما من أهل الاداء إلا أنه لا تقبل للفسق في الفاسق ولعدم التمييز في الاعمى حتى لو قضى قاض بشهادة الفاسق والاعمى صح قضاؤه بخلاف ما إذا قضى بشهادة المملوك أو الصبي فإنه لا يصح، ولم يحتج إلى التمييز لان المشهود عليه الزوجية وهو قادر على أن يفصل بين نفسه وامرأته. وروى ابن المبارك عن الامام الاعمى لا يلاعن. وقيد بكونها ممن يحد يقاذفها احترازا عما لو كانت وطئت بنكاح فاسد وكان لها ولد وليس له أب معروف أو زنت في عمرها ولو مرة أو وطئت وطئا حراما ولو مرة بشبهة لا يجري

***

[١٩١]

اللعان. وتفرع على هذا الشرط لو قذفها فتزوجت غيره فادعى الاول الولد لزمه وحد للقذف وإن ولدت من الثاني لا شئ عليه إن كان قبل إكذاب الاول، وإن كان بعد الاكذاب لا عن كما في التتارخانية. ولما كانت المرأة هي المقذوفة دونه اختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة، ولما كان الزوج ليس مقذوفا وإنما هو شاهد اشترط في حقه كما اشترط في حقها أهلية

الشهادة، ولم تشترط عفته لانه لو كان فاسقا بالزنا جرى اللعان بينه وبينها وإن كان لا يحد قاذفه لما قدمنا من جريانه بين الفاسقين، فهذا وجه تخصيصها بهذا الشرط كما حققه الشارح ردا على صاحب النهاية. وأراد بكونها ممن يحد قاذفها أن تكون عفيفة عن الزنا فقط لان كونها من أهل الشهادة يدل على اشتراط الحرية والتكليف والاسلام فلم يبق من شرائط الاحصان إلا العفة كما أفاده في شرح الوقاية. وأراد بنفي نسب الولد نفي نسب ولدها، وأطلقه فشمل ولدها منه أو من غيره بأن يقول هذا الولد من الزنا أو هذا الولد ليس مني وما إذا صرح معه بالزنا أو لم يصرح على مختار صاحب الهداية والشارح خلافا لما في المحيط والمبتغي. والحق الاطلاق لان قطع النسب من كل وجه يستلزم الزنا فلا عبرة باحتمال كون الولد من غيره بوطئ بشبهة ولهذا قال في البدائع: هذا الاحتمال ساقط بالاجماع للاجماع على أنه إن نفاه عن الاب المشهور بأن قال له لست لابيك يكون قاذفا لامه حتى يلزمه حد القذف مع وجود هذا الاحتمال وقد ظهر لي أن قول من قال لا يجب حد ولا لعان بنفي الولد عن أبيه إذا لم يصرح بالزنا محمول على حالة الرضا، وقول من أوجبه وإن لم يصرح به محمول على حالة الغضب وبه يندفع إلزام التناقض على صاحب النهاية والدراية. وإنما حملناه على ذلك لتصريحهم بالتفصيل في باب حد القذف - والله الموفق - بخلاف قوله وجدت معها رجلا يجامعها فإنه ليس بقذف لان الجماع لا يستلزم الزنا. وقيد بطلبها لانها لو لم تطالبه فلا لعان لانه حقها لدفع العار عنها فيشترط طلبها، ولا بد من كونه في مجلس القاضي، كذا في البدائع. ومراده طلبها إذا كان القذف بصريح الزنا أما بنفي الولد فالطلب حقه أيضا لاحتياجه إلى نفي من ليس ولده عنه. وأشار بعدم اشتراط الفور في الطلب إلى أن سكوتها لا يبطل حقها وإن طالت المدة لان تقادم الزمان لا يوجب بطلان الحق في القذف والقصاص كما ذكره الاسبيجابي. وزاد في الجوهرة وحقوق العباد، وفي خزانة الفقه، ولو سكتت ولم ترفع إلى الحاكم كان أفضل وينبغي للحاكم أن يقول لها اتركي وأعرضي عن هذا لانه دعاء إلى الستر فإن تركت مدة ثم خاصمت فلها ذلك كما في

***

[١٩٢]

البدائع. ولا يخفى أن وجوب اللعان مقيد بعجزه عن إقامه البينة على زناها وعدم إكذاب نفسه بعده وعدم تصديقها له، فإن أقام بينة على زناها فإن كانوا أربعة رجال رجمت لو محصنة، وجلدت لو غير محصنة، وإن كانا رجلين فقط على إقرارها بالزنا يندرئ اللعان ولا تحد المرأة، وكذا لو كانا رجلا وامرأتين شهدوا على تصديقها فلا حد عليهما ولا لعان. وهذا كله إذا أقر بالقذف، فإن أنكره فأقامت رجلين وجب اللعان لا رجلا وامرأتين وإن لم يكن لها بينة لا يستحلف الزوج، ذكره الامام الاسبيجابي رحمه الله. وتقبل شهادة الزوج على زناها مع ثلاثة إن لم يكن قذفها وإلا فلا تقبل، وتحد الثلاثة حد القذف ويلاعن الزوج ولو لم يقذفها وشهد مع ثلاثة غير عدول فلا حد عليه ولا على الثلاثة ولا لعان، كذا في المحيط. وفيه أيضا: ولو شهدا على أبيهما أنه قذف ضرة أمهما لا تقبل لانهما بشهادتهما يشهدان لامهما بخلوص الفراش لها لان اللعان سبب الفرقة حتى لو كان أبوهما محدودا في قذف تقبل لان هذا القذف موجب للحد دون اللعان قال: ولا بد في وجوب اللعان من أن لا يقذف أمها فلو قال لها يا زانية بنت الزانية وجب الحد لقذف أمها واللعان لقذفها فإن اجتمعا على المطالبة بدأ بحده ليسقط اللعان بخروجه عن أهلية الشهادة، وإن لم تطالب الام وطالبته المرأة وجب اللعان ويحد للام بطلبها بعده في ظاهر الرواية. وذكر الطحاوي أنه لا يحد بعد اللعان وهذا غير سديد لعدم المانع من إقامته، وإن كانت أمها ميتة فلها المطالبة بهما، فإن خاصمته فيهما بدأ بالحد ليسقط اللعان، وإن بدأت بالخصومة لنفسها وجب اللعان ثم لها المطالبة بقذف أمها فيحد له. وعلى هذا التفصيل لو قدف أجنبيه بالزنا ثم نكحها ثم قذفها فلها المطالبة باللعان والحد، كذا في البدائع. والحاصل أنه إذا اجتمع قذفان وفي تقديم موجب أحدهما إسقاط الآخر بدأ بالمسقط كما إذا قذفها وقذفته فإنه يبدأ بحدها ليسقط اللعان كما سيأتي في باب حد القذف. وفي المحيط: لو قال لها أنت طالق ثلاثا يا زانية وجب الحد ولا لعان، ولو قال يا زانية أنت طالق ثلاثا فلا حد ولا لعان ا ه. ولو قال قذفتك قبل أن أتزوجك أو قد زنيت قبل أن أتزوجك فهو قذف في الحال فيلاعن. وما في خزانة الاكمل من أنه يلاعن في قوله زنيت ويحد في قوله قذفتك قبل أن أتزوجك أوجه، كذا في فتح القدير. قوله: (فإن أبى حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد) لانه حق مستحق عليه وهو قادر على إيفائه فيحبس حتى يأتي بما هو عليه أو يكذب نفسه ليرتفع السبب في اللعان وهو التكاذب هكذا قالوا. والتحقيق أن القذف هو السبب فإن التكاذب شرط. قيد وجوب الحد

***

[١٩٣]
بالاكذاب لعدم وجوبه بمجرد الامتناع من اللعان وهذا هو المذكور في ظاهر الرواية كما نص عليه الحاكم في الكافي. وبه علم أن ما ذكره الولوالجي من وجوب الحد عليه بمجرد امتناعه سهو ليس مذهبا لاصحابنا، وحمله في غاية البيان على أنه قول بعض المشايخ بعيد لتوقفه على النقل ولان الولوالجي ذكر أنها لو امتنعت بعد لعانه تحد حد الزنا ولم يقل به أحد من أصحابنا كما سنوضحه قوله: (فإن لاعن وجب عليها اللعان) لما قدمناه. أفاد أن لعانها مؤخر عن لعانه لانه في حكم الشاهد عليها بقذفه وهي مسقطة بشهادتها ما حققه عليها من الزنا فلا يصح أن تبتدئ المرأة كما لا يصح أن يبتدئ المدعي عليه بما يسقط الدعوى عن نفسه، كذا في شرح الاقطع. وفي الاختيار: فإن التعنت المرأة أولا ثم الزوج أعادت ليكون على الترتيب المشروع، فإن فرق بينهما قبل الاعادة جاز لان المقصود تلا عنهما وقد وجد قوله: (فإن أبت حبست حتى تلاعن أو تصدقه) لما قدمناه. ولم يقل أو تصدقه فتحد للزنا كما وقع في بعض نسخ القدوري لكونه غلطا لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة وهو لا يجب بالتصديق أربع مرات لان التصديق ليس بإقرار قصدا فلا يعتبر في حق وجوب الحد ويعتبر في درئه ليندفع به اللعان ولا يجب به الحد، ولو صدقته في نفي الولد فلا حد ولا لعان وهو ولدهما لانهما لا يملكان إبطال حقه قصدا، والنسب إنما ينتفي باللعان ولم يوجد. وبهذا ظهر أن ما قاله في شرح الوقاية وتبعه شارح النقاية من أنها إذا صدقته ينتفي نسب ولدها منه غير صحيح كما نبه عليه في شرح الدرر والغرر، ولم يذكر المؤلف حكم ما إذا امتنعا من اللعان بعد ما ترافعا، صرح الاسبيجابي في شرح الطحاوي أنهما يحبسان إذا امتنعا من اللعان بعد الثبوت وينبغي حمله على ما إذا لم تعف المرأة، أما إذا عفت فإنه لا يحبسهما كما لو عفا المقذوف فإنا وإن قلنا لا يصح العفو في حد القذف واللعان إلا أنهما لا يقامان إلا بطلب كما سنوضحه في باب حد القذف. فإن قلت: ظاهر الآية يشهد للشافعي القائل بأنها إذا امتنعت من اللعان تحد حد الزنا وهي قوله تعالى * (ويدرأ عنها العذاب إن تشهد) * [النور: ٦] أي الحد لان اللام للعهد الذكري أي العذاب المذكور السابق وهو الحد. قلنا: المراد منه الحبس كقوله تعالى في آية الهدهد * (لاعذبنه) * [النمل: ١٢] ورد في التفسير لاحبسنه. والاختلاف مبني على أن الاصل في قذف الزوجات عند الشافعي الحد عملا بالآية الاولى وهي قوله تعالى * (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم) * [النور: ٤] الآية. وبين بآية اللعان أن القاذف إذا كان زوجا له أن يدفع الحد عنه باللعان، وإذا كان المقذوف زوجة القاذف لها أن تدفع حد الزنا عنها بلعانها فأيهما امتنع عن اللعان
***
[١٩٤]
وجب الاصل وهو الحد. وعندنا آية اللعان ناسخة للاولى في حق الزوجات لان الخاص المتأخر عن العام ينسخ العام بقدره فلم تبق الآية الاولى متناولة للزوجات فصار الواجب بقذف الزوجة اللعان فأيهما امتنع عنه حبس حتى يأتي به كالمديون إذا امتنع عن إيفاء حق عليه، ولذا لما قذف هلال زوجته قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: البينة وإلا حد في ظهرك، فدل على أنه كان في الابتداء يوجب الحد كقذف الاجنبيات ثم لما نزلت آية اللعان انتسخ في حق الزوجات كما في البدائع والعناية. قوله: (فإن لم يصلح شاهدا حد) لانه لما تعذر اللعان لمعنى من جهته لا من جهتها صير إلى الموجب الاصلي وهو حد القذف. وعدم صلاحيته للشهادة بكونه عبدا أو محدودا في قذف أو كافرا بأن أسلمت ثم قذفها قبل عرض الاسلام عليه. قيدنا به لان الزوج لو كان صبيا أو مجنونا فلا حد ولا لعان والاصل أن اللعان إذا سقط لمعنى من جهته، فإن كان القذف صحيحا وجب الحد عليه، وإن لم يكن القذف صحيحا فلا حد ولا لعان، كذا في البدائع. فلو قال فإن لم يصلح شاهدا وكان أهلا للقذف حد لكان أولى. وفي الينابيع: زوجان كافران أسلمت المرأة ولم يسلم الزوج ولم يعرض القاضي الاسلام عليه حتى قذفها بالزنا وجب عليه الحد فإن أقيم بعض الحد ثم أسلم فقذفها ثانيا قال أبو يوسف: أقيم عليه بقية الحد ثم يلاعنا. وقال زفر: لا لعان بينهما. وفي النافع. وإن كانا ذميين فأسلمت المرأة وقذفها قبل أن يعرض الاسلام عليه فلا لعان ويحد الزوج، كذا في التتارخانية قوله: (وإن صلح وهي ممن لا يحد قاذفها فلا حد ولا لعان) لانها إن لم تكن عفيفة فهو صادق في قوله وإن كانت صغيرة أو مجنونة أو محدودة في قذف فلفقد أهليتها للشهادة، أما في الصغيرة والمجنونة فظاهر، وأما في المحدودة العفيفة فلان قذفه مع أهلية اللعان إنما يوجب اللعان فإذا امتنع لعدم أهليتها له امتنع الحد أيضا، وإن كانت ممن يحد

قاذفها فلو قال وإن صلح وهي ليست أهلا للشهادة لكان أولى ليدخل المحدودة في قذف ولم تدخل في عبارته لانها ممن يحد قاذفها كما لا يخفى. ولم يتعرض صريحا لما إذا لم يصلحا لاداء الشهادة وقد فهم من اشتراطه أولا أنه لا لعان. وأما الحد فإن كانا صغيرين أو مجنونين أو كافرين أو مملوكين فلا يجب، وأما إذا كانا محدودين في قذف فإنه يجب الحد عليه لان امتناع اللعان لمعنى من جهته، وكذا
***
[١٩٥]
إذا كان هو عبد أو هي محدودة في قذف يحد لان قذف العفيفة ولو كانت محدودة موجب للحد مطلقا. قيد بنفي الحد واللعان لان التعزير واجب لانه إذا أذاها وألحق الشين بها فيجب حسما لهذا الباب، كذا في الاختيار. وفي الكافي: وإن كانا محدودين في قذف فعليه الحد لان قذفه باعتبار حاله غير موجب للعان فيكون موجبا للحد، ولا يجوز أن يقال امتناع جريان اللعان لكونها محدودة لان أصل القذف من الرجل فإنما يظهر حكم المانع في حقها بعد قيام الاهلية في جانبه فأما بدون الاهلية في جانبيه معتبر بحالها ا ه‍. وتحقيقه كما في العناية أن المانع من الشئ إنما يعتبر مانعا إذا وجد المقتضي لانه عبارة عما ينفي به الحكم مع وجود المقتضي، وإذا لم يكن الزوج أهلا للشهادة لم ينعقد قذفه مقتضيا للعان فلا يعتبر المانع والقذف في نفسه موجب للحد فيحد بخلاف ما إذا وجدت الاهلية من جانبه فإنه ينعقد قذفه مقتضيا له، فإذا ظهر عدم أهليتها بطل المقتضي فلا يجب الحد لانه إنما انعقد اللعان وقد أبطله المانع ا ه‍. ثم الاحصان يعتبر عند القذف حتى لو قذفها وهي أمة أو كافرة ثم أسلمت أو أعتقت لا حد ولا لعان، كذا ذكره الشارح. ثم اعلم أن اللعان بعد وجوبه يسقط بالطلاق ولا يجب الحد ولا يعود اللعان بعده لان الساقط لا يعود ويسقط بزناها ووطئها بشبهة وبردتها، وإن أسلمت بعده لا يعود بإكذابه نفسه ولا يحد بخلاف ما إذا أكذب نفسه بعد اللعان وبموت شاهد القذف وغيبته بخلاف ما لو عميا أو فسقا أو ارتدا كما في فتح القدير. ولو أسند الزنا بأن قال زنيت وأنت صبية أو مجنونة وهو معهود وهي الآن أهل فلا لعان بخلاف وأنت ذمية أو أمة أو منذر أربعين سنة وعمرها أقل تلاعنا لاقتصاره كما في فتح القدير أيضا. قوله: (وصفته ما نطق به النص) أي صفة اللعان ما دلت عليه آلة اللعان من الابتداء بالزوج ثم بالزوجة بالالفاظ المخصوصة، وظاهره أنه متعين وقدمنا أن المرأة لو بدأت ثم الزوج أعادت، ولو فرق القاضي قبل إعادتها صح، وفي الغاية تجب الاعادة وقد أخطأ السنة ورجحه في فتح القدير بأنه الوجه وهو قول مالك لان النص أعقب الرمي بشهادة أحدهم وشهادتها الدارئة للحد عنها بقوله ويدرأ عنها العذاب ولان الفاء دخلت على شهادته على وزان ما قلنا في سقوط الترتيب في الوضوء من أنه أعقب جملة الافعال للقيام إلى الصلاة وإن كان دخول الفاء على غسل الوجه فانظره ثمة ا ه‍. والظاهر أنه أراد بالصفة الركن كقولهم باب صفة الصلاة أي ماهيتها فيكون بيانا للشهادات الاربع، وإنما أولناه بذلك لان صفته على
***
[١٩٦]
وجه السنة لم ينطق به النص وإنما ورد في السنة فالذي نقله المشايخ أن القاضي يقيمهما متقابلين ويقول له التعن فيقول الزوج أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير إليها في كل مرة ثم تقول المرأة أربع مرات اشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا. وإنما ذكر الغضب في جانبها في الخامسة لانهن يستعملن اللعن كثيرا كما في الحديث يكثرن اللعن فكان الغضب أردع لها، هكذا ذكر المشايخ. وذكر البقاعي في المناسبات أن الغضب أبلغ من اللعن الذي هو الطرد لانه قد يكون بسبب غير الغضب وسبب التغليظ عليها الحث على اعترافها بالحق لما يعضد الزوج من القرينة من أنه لا يتجشم فضيحة أهله المستلزم لفضيحته إلا وهو صادق ولانها مادة الفساد وهاتكة الحجاب وخالطة الانساب ا ه‍. وفي رواية الحسن أنه لا بد أن يقول إني لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنا وهي تقول إنك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا بالخطاب لان في الغيبة شبهة واحتمالا وفي ظاهر الرواية لم يعتبر هذا لان كل واحد منهما يشير إلى صاحبه والاشارة أبلغ أسباب التعريف، كذا في الكافي. هذا كله إذا كان القذف بالزنا، وإن كان بنفي الولد ذكراه وإن كان بهما ذكراهما، وزاد بعضهم بعد القسم الذي لا إله إلا هو. والقيام ليس بشرط لانه إما شهادة وإما يمين والقيام ليس بشرط فيهما إلا أنه مندوب إليه لقوله صلى الله عليه وسلم: يا عاصم قم فاشهد وللمرأة قومي فاشهدي ولان الحدود مبناها

على الشهر. فإن قلت: هل يشرع الدعاء باللعن على الكاذب المعين؟ قلت: قال في غاية البيان من العدة وعن ابن مسعود رضي الله عنه إنه قال: من شاء بأهلته أن صورة النساء القصرى نزلت بعد التي في سورة البقرة أي من شاء المباهلة أي الملاعنة باهلته. وكانوا يقولون إذا اختلفوا في شئ بهلة الله على الكاذب منا قالوا هي مشروعة في زماننا أيضا ا ه. وقد سئلت في درس الصرغتمشية حين قرأت باب اللعان من الهداية أنهما لو تلاعنا ثم وجد الزوج بينة على صدقه هل
***
[١٩٧]
تقبل؟ فأجبت بأني لم أر فيها نقلا وينبغي أن لا تقبل لان القذف أخذ موجبه من اللعان وكأنها حدت للزنا فلا تحد ثانيا إلا أن يوجد نقل فيجب اتباعه. قوله: (فإن التعنا بانت بتفريق الحاكم ولا تبين قبله) أي الحاكم الذي وقع اللعان عنده حتى لو لم يفرق الحاكم حتى عزل أو مات فالحاكم الثاني يستقبل اللعان عندهما خلافا لمحمد، كذا في الاختيار. وأفاد أنه لو مات أحدهما قبل التفريق ورثه الآخر وأنه لو زالت أهلية اللعان في الحال بما لا يرجى زواله بأن أكذب نفسه أو قذف أحدهما انسانا فحد للقذف أو وطئت وطأ حراما أو خرس أحدهما لم يفرق بينهما بخلاف ما إذا جن قبل التفريق حيث يفرق بينهما لانه يرجى عود الاحصان، وأنه لو ظاهر منها في هذه الحالة أو طلقها أو آلى منها صح لبقاء النكاح، وأشار إلى أن القاضي يفرق بينهما ولو لم يرضيا بالفرقة كما في شرح النقاية. وفي التتارخانية: ولو تلاعنا فجن أحدهما يفرق ولو تلاعنا فوكل أحدهما بالتفريق وغاب يفرق، ولو زنت لا يفرق لزوال الاحصان، وإنما توقفت البينونة على التفريق لانه لما حرم الاستمتاع بينهما باللعان فات الامساك بالمعروف فوجب عليه التسريح، وإذا لم يسرح ناب القاضي منابه لانه نصب لدفع الظلم ويدل عليه أنه عليه الصلاة والسلام لاعن بين عويمر وبين امرأته فقال عويمرا كذبت عليها إن أمسكتها هي طالق ثلاثا فأوقع الثلاث بعد التلاعن ولم ينكر عليه صلى الله عليه وسلم، وكذا في واقعة هلال قال الراوي: فلما فرغ فرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما. فدل على قيام النكاح قبل التفريق وهي تطليقة بائنة وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما، وعند أبي يوسف هي حرمة مؤبدة كما سيأتي. وفي شرح النقاية: وأما قول البيهقي في المعرفة أن عويمر حين طلقها ثلاثا كان جاهلا بأن اللعان فرقة فصار كمن شرط الضمان
***
[١٩٨]
في السلف وهو يلزمه شرط أو لم يشرط بخلاف المظاهر ا ه. والجواب أن الاستدلال إنما هو بعدم إنكاره عليه السلام عليه لا بمجرد فعله كما لا يخفى، ويقع في بعض الشروح زيادة الفاء في قوله هي طالق ثلاثا وهي من النساخ لان الواقع أن عويمر أنجز طلاقها لا أنه علقه بالامساك. وفي التتارخانية: وإن أخطأ القاضي ففرق بينهما بعد وجود أكثر اللعان من كل واحد منهما وقعت الفرقة، ولو التعن كل واحد مرتين ففرق القاضي بينهما لم تقع الفرقة، ولو فرق بينهما بعد لعان الزوج قبل لعان المرأة نفذ حكمه لكونه مجتهدا فيه ا ه. وينبغي أن يقيد بغير القاضي الحنفي أما هو فلا ينفذ. وفي فتح القدير: وطؤها حرام بعده قبل التفريق وإن كان النكاح قائما لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا وفي التتارخانية: ولها النفقة والسكنى ما دامت في العدة. قوله: (وإن قذف بولد نفى نسبه وألحقه بأمه) لان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده ويتضمنه القضاء بالتفريق. وفي البدائع: ولوجوب قطع النسب شرائط: الاول التفريق. الثاني أن يكون بحضرة الولادة أو بعدها بيوم أو يومين. الثالث أن لا يتقدم منه إقرار به صريحا أو دلالة كسكوته عند التهنئة مع عدم رده. الرابع أن يكون الولد حيا وقت قطع النسب وهو وقت التفريق فلو نفاه بعد موته لاعن ولم ينقطع نسبه، وكذا لو جاءت بولدين أحدهما ميت فنفاهما يلاعن ولزماه. وكذا لو نفاهما ثم مات أحدهما أو قتل قبل اللعان لزماه، وأما اللعان فذكر الكرخي أنه يلاعن ولم تذكر الخلاف. وذكر ابن سماعة الخلاف فقال: عند أبي يوسف يبطل، وعند محمد لا يبطل. الخامس أن لا تلد بعد التفريق ولدا آخر من بطن واحد فلو ولدت فنفاه ولا عن الحاكم بينهما وفرق بينهما وألزم الولد أمه ثم ولدت آخر من الغد لزماه وبطل قطع نسب الاول، ولا يصح نفيه الآن لانها أجنبية واللعان ماض لانه لما ثبت الثاني ثبت الاول ضرورة وإن قال الزوج هما ابناي لا حد عليه ولا يكون مكذبا نفسه لاحتمال الاخبار ربما لزمه شرعا. السادس أن لا يكون محكوما بثبوته
***
[١٩٩]

شرعا، فإن كان لا يقطع نسبه. وقد ذكر الامام محمد في الجامع الكبير خمس مسائل مسألتان في كتاب الشهادات من التلخيص: إحداهما في كتاب المعاقل امرأة ولدت ولدا فانقلب هذا الولد على رضيع فمات الرضيع وقضى بديته على عاقلة الاب ثم نفى الا ب نسبه يلاعن القاضي بينهما ولا يقطع نسب الولد منه لان القضاء بالدية على عاقلة الاب قضاء بكون الولد منه فلا ينقطع النسب بعده. الثانية في الزيادات إذا قال لامرأتيه وقد دخل بهما إحداكما طالق ثلاثا ولم يبين حتى ولدت إحداهما لاكثر من سنتين من وقت الطلاق كانت الولادة بيانا لوقوعه على الاخرى لان الولد حصل من علوق حادث بعد الطلاق وتعينت التي ولدت للنكاح، فإن نفي الولد لاعن القاضي بينهما ولا يقطع النسب لان حكم الشرع بكون الولد بيانا حكم بكونه منه وبعد الحكم به لا ينقطع باللعان. وثلاث مسائل في كتاب الدعوى: الاولى امرأة ولدت وزوجها غائب ففطمت ولدها وطلبت من القاضي أن يفرض لها النفقة وللولد برهنت ثم حضر الزوج ونفي الولد لاعن وقطع النسب مع أنه محكوم به حيث فرض القاضي نفقته. الثانية لو أنكر الدخول بعدما ولدت ثبت النسب ووجب لها كمال المهر فلو نفاه يلاعن ويقطع النسب مع أنه محكوم به حين قضى لها بكمال المهر. الثالثة المطلقة طلاقا رجعيا إذا ولدت لاكثر من سنتين تكون رجعة ولو نفاه لاعن وقطع نسبه مع أنه محكوم به. وقد حكي أن عيسى بن أبان كتب إلى محمد بن الحسن حين كان بالرقة يستفرقه بين المسألتين الاوليين وبين الثلاث فكتب محمد رحمه الله أنه متى حصل القضاء بالنسب ضرورة القضاء بأمر ليس من حقوق النكاح فإنه يمنع قطع النسب باللعان، وتمامه في شرح تلخيص الجامع من باب شهادة الملاعنة بالولد. ومن المواضع المانعة من قطع النسب أن يقذفها أجنبي بنفي الولد ويحده القاضي لها فإنه حكم منه بثبوت نسبه فإذا نفاه بعده أبوه لا ينتفى كما في فتح القدير وسيأتي عن الذخيرة. ثم إذا قطع النسب عن الاب وألحق الولد بالام يبقى النسب في حق سائر الاحكام من الشهادة والزكاة وعدم القصاص على الاب بقتله ونحو ذلك من

***

[٢٠٠]

الاحكام إلا أنه لا يجري التوارث بينهما، ولا نفقة على الاب لان النفي باللعان ثبت شرعا بخلاف الاصل بناء على زعمه وظنه مع كونه مولودا على فراشه وقد قال صلى الله عليه وسلم الولد للفراش فلا يظهر في حق سائر الاحكام ا ه‍. ويزاد السابع أن يكون النكاح صحيحا فلا لعان بالقذف بنفي الولد في النكاح الفاسد والوطئ بشبهة ولا ينتفى النسب. وقيد بالزوجية لانه لو نفي نسب ولد أم الولد فإنه ينتفى بمجرد قوله بلا لعان. ويزاد الثامن أن يكون العلوق في حال يجري ف يه اللعان حتى لو علق وهي كافرة لا ينتفى. وفي شهادات الجامع: ولدت توأمين فنفاهما ومات أحدهما عن أمه وأخيه وأخ منها فالسدس لها والثلث لهما والباقي يرد كأولاد العاهرة لانقطاع النسب وفيها اختلاف يعرف في موضعه ا ه‍. وفي تتمة الفتاوى من الفرائض: ولد الملاعنة وولد الزنا في حكم الميراث بمنزلة ولد رشيدة ليس له أب ولا قرابة أب فلا يرث هذا الولد من الاب وقرابته ولا يرث الاب ولا قرابته من هذا الولد لان قوم الاب تبع له في قطع النسب وهو ولد الام فيرث منها ومن قرابتها وترث الام وقرابتها، وأما ابن ابن الملاعنة فله أب وقوم الاب وهم الاخوة وليس له جد صحيح ولا قومه وهم الاعمام والعمات لاب وأم أو لاب فإذا ثبت حرمة المصاهرة بين الزوجين ثم حدث بينهما ولد ثم مات الاب اختلفوا في ميراث هذا الولد منه للاختلاف في هذه الحرمة فلم يكن كولد الزنا كما لو جاءت بولد بعد النكاح المعلق طلاقها الثلاث به فإن النسب فيه ثابت للاختلاف. ا ه‍ باختصار. وفي تلخيص الجامع: لو ملك النافي الام لا يجوز بيعها. وفي شرحه وصورته: رجل نفى نسب ولد امرأته الحرة ولاعن القاضي بينهما وقطع نسب الولد ثم ارتدت والعياذ بالله تعالى عن الاسلام ثم سبيت وملكها الزوج النافي فإنه لا يجوز له بيعها لان نسب الولد ثابت حكما لقيام فراشها ولا تصح دعوة غير النافي لهذا الولد وإن صدقه الثاني، وتصح دعوة النافي مطلقا ولو كان المنفي كبيرا جاحدا للنسب من النافي. وفي التتارخانية: ولا ينتفى من أحكام النسب من جهة الزوج

***

[٢٠١]

سوى التوارث وإيجاب النفقة وما عداهما من أحكام النسب من جهة الزوج قائمة. وفي الذخيرة: وكل نسب ثبت بإقراره أو بطريق الحكم لم ينتف بعد ذلك وبيانه فيما روي عن أبي يوسف في رجل جاءت امرأته بولد فنفاه فلم يلاعنها حتى قذفها أجنبي بالولد فحد

فقد ثبت نسب الولد ولا ينتفى بعد ذلك، ولو نفى ولد زوجته اللعان ومهما مما لا لعان بينهما لا ينتفى، سواء وجب الحد أو لم يجب، وكذا إذا كانا من أهل اللعان ولم يتلاعنا فإنه لا ينتفى، وكذا إذا كان العلوق في حال لا لعان بينهما ثم صارا بحال يتلاعنان نحو إن كانت المرأة أمة أو كتابية حالة العلوق فأعتقت أو أسلمت فإنهما لا يتلاعنان ولا ينتفي نسب الولد. وفي السغناقي: ولو قال لامرأته يا زانية ولها ولد منه ثبت اللعان ولا يلزم نفي الولد فإن أكذب نفسه حده القاضي ا ه ولذا قيد النفي بقذف الولد احترازا عما إذا قذفها بالزنا ولها منه ولد فإنه لا ينتفي نسبه. ثم اعلم أن هذا الولد وإن قطع القاضي نسبه عن أبيه لم تصح دعوى أحد لنسبه وإن صدقة الولد كما في التتارخانية وهو مستفاد من قولهم إن قطع النسب لا يظهر إلا في مسألتين. وفي قوله نفي نسبه أي القاضي وألحقه بأمه إشارة إلى أن التفريق بينهما لا يكفي لنفي نسب الولد فلذا روي عن أبي يوسف أنه لا بد أن يقول قطعت نسب هذا الولد عنه بعدما قال فرقت بينكما. وفي المبسوط: هذا هو الصحيح لانه ليس من ضرورة التفريق نفي النسب كما بعد الموت يفرق بينهما باللعان ولا ينتفى نسبه عنه، كذا في النهاية. وفي المجمع: ولو ماتت بنته المنفية عن ولد فادعاه فنسبه غير ثابت منه أي عند الامام. وقالا: يثبت. قيد بموتها لانها لو كانت حية ثبت نسبها بدعوة ولدها اتفاقا. وقيد بالبنت لان الولد المنفي لو كان ذكرا فمات وترك ولدا ثبت نسبه من المدعي وورث الاب منه اتفاقا لحاجة الولد الثاني إلى ثبوت النسب فبقاؤه كبقاء الاول. وقيد بدعوة الولد لانه لو ادعى البنت المنفية حية ثبت نسبها اتفاقا وتمامه في شرحه. وفي الذخيرة: لا يشرع اللعان بنفي الولد في المجبوب والخصي ومن لا يولد له ولد. قوله: (فإن أكذب نفسه حد) لاقراره بوجوب الحد عليه. أطلقه فشمل ما إذا اعترف به وما إذا أقيمت عليه بينة أنه أكذب نفسه لانه الثابت بالبينة عليه كالثابت بإقراره كما في

***

[٢٠٢]

الولوالجية. وشمل الاكذاب صريحا وضمنا ولهذا لو مات الولد المنفي عن مال فادعى الملاعن لا يثبت نسبه ويحد، فإن كان قد ترك ولدا ثبت نسبه من الاب وورثه الاب لاحتياج الحي إلى النسب، ولو ترك بنتا ولها ابن فأكذب الملاعن نفسه يثبت نسب الولد منه عند الامام خلافا لهما، كذا في فتح القدير. وظاهر ما في الكتاب أن الاكذاب بعد اللعان ووجوب الحد عليه ليس باعتبار قذفه الاول لانه أخذ بموجبه وهو اللعان بل باعتبار القذف الثاني الذي تضمنه كلمات اللعان كشهود الزنا إذا رجعوا فإنهم يحدون باعتبار ما تضمنته شهادتهم من القذف، أما إذا أكذب نفسه قبل اللعان ينظر، فإن لم يطلقها قبل الاكذاب حد أيضا، وإن أبانها ثم أكذب نفسه فلا حد ولا لعان لان اللعان أثره التفريق بينهما وهو لا يتأتى بعد البينونة لحصوله بالابانة وهو لا يصح بدون حكمه ولا يجب الحد لان قذفه وقع موجبا للعان فلا ينقلب موجبا للحد. وعلى هذا لو قال يا زانية أنت طالق ثلاثا لا حد ولا لعان، ولو قال أنت طالق ثلاثا يا زانية حد أطلق في الاكذاب فشمل ما إذا أنكر الولد بعدما ادعاه ولذا قال أيضا في فتح القدير: لو أقامت البينة على الزوج أنه ادعاه وهو ينكر يثبت النسب منه ويحد ا ه. وفي جامع الصدر الشهيد: قذفها بنفي الولد ولاعن فتزوجت غيره فادعاه صح ويحد، فإن ولدت من الثاني فنفاه لاعن وينتفى إن علق بعد إكذابه وقبله لا، وينبغي أن لا يلاعن لاستناده نظيره زنيت وأنت صبية بخلاف وأنت ذمية أو رقيق أو منذ أربعين سنة وعمرها عشرون سنة وإن تردد يقطع استحسانا وقياسا لا نظيره أسلمت زوجته أو أعتقت ثم ولدت فنفاه ا ه. ثم اعلم أن ولد أم الولد إذا نفاه المولى وقلنا بصحته فإن حكمه حكم ولد المنكوحة إذا نفي في سائر الاحكام فلا تقبل شهادة أحد للآخر بعد إعتاق الولد، ولا يضع أحدهما زكاته فيه، وتحرم المناكحة بينهما، ولا يرث أحدهما صاحبه بالقرابة لكن المولى يرث منه بالولاء إذا لم يكن عصبة أقرب منه، وتجب نفقته على المولى بعد إعتاقه بحكم الملك، كذا في شرح التلخيص من الشهادات قوله: (وله أن ينكحها) أي للملاعن بعد التفريق أن يتزوجها إذا أكذب نفسه. أطلقه فشمل ما إذا حد أو لم يحد فتقييد الشارح الحل بالحد اتفاقي، وكذا إذا أكذبت نفسها فصدقته. فالحاصل أن الفرقة باللعان يزول بها ملك النكاح وتوجب حرمة الاجتماع والتزوج ما داما على حال اللعان، فإن أكذب أحدهما نفسه جاز التناكح والاجتماع عند الامام والثالث. وقال الثاني: إنها توجب حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع

***

[٢٠٣]

والمصاهرة لقوله عليه السلام والمتلاعنان لا يجتمعان أبدا ويقتضي قوله أن الفرقة لا تتوقف على القضاء كما أشار إليه في فتح القدير. ولهما أن عويمرا طلق الملاعنة ثلاثا فصار سنة المتلاعنين لانه يجب عليه أن يطلقها فإن لم يفعل ناب القاضي منابه كما في العنين فكانت الفرقة طلاقا، وأما الحديث فلا يمكن العمل بحقيقته لان حقيقة المتفاعل المتشاغل بالفعل ولما فرغا منه زالت الحقيقة فانصرف المراد إلى الحكم وهو أن يكون حكمه باقيا وبعد الاكذاب لم يبق حكمه لبطلانه فلم يبق حقيقة ولا حكما فجاز اجتماعهما ونظيره قوله تعالى في قصة أصحاب الكهف * (إنهم أن يظهروا عليكم يرجموكم أو يعيدوكم في ملتهم ولن تفلحوا إذا أبدا) * [الكهف: ٠٢] أي ما داموا في ملتهم، ألا ترى أنهم إذا لم يفعلوا أفلحوا كذا هذا، كذا في البدائع. وقد بحث المحقق ابن الهمام في فتح القدير بأنه لما لم تمكن الحقيقة وصير إلى المجاز كان له مجازان: أحدهما ما ذكرتم من إرادة من بينهما تلاعن قائم حكما. والثاني من وجد بينهما تلاعن في الخارج. وعلى هذا التقدير لا يجتمعان بعد الاكذاب بينهما إذ ارتفاع حكمه لا يوجب ارتفاع كونه قد تحقق له وجود في الخارج ولكن بقي النظر في أي الاحتمالين أرجح وأظن أن الثاني أسرع إلى الفهم ا ه‍. قوله: (وكذا إذا قذف غيرها فحد أو زنت فحدت) يعني له أن ينكحها أيضا إذا خرجا أو أحدهما عن أهلية اللعان. أطلقه فشمل ما إذا خرسا أو أحدهما، وأراد بالزنا الوطئ الحرام وإن لم يكن زنا شرعيا - كما ذكره الاسبيجابي - لزوال عفتها. ولو قال وكذا إن قذف أحدهما فحد لكان أولى لشموله المتلاعنين ولو أسقط قوله فحد لكان أولى لان بمجرد زناها حلت له سواء حدت بأن وقع اللعان قبل الدخول ثم زنت فجلدت أو لم تحد لزوال العفة. وإنما قيدنا بهذه الصورة لانه لو كان بعد الدخول كان حدها الرجم وهو إهلاك فلا يتصور القول بحلها بعده واستغنى بها عن تغيير الرواية بأنها زنت بالتشديد أي نسبت غيرها للزنا لمخالفته للرواية لانها بتخفيف النون. وفي فتح القدير: واستشكل بأن زوال أهلية الشهادة بطرق الفسق مثلا لا يوجب بطلان ما حكم به القاضي عنها في حال قيام العدالة فلا يوجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع في حال الاهلية ليبطل أثره من الحرمة اه‍. قوله: (ولا لعان بقذف الاخرس) لفقد الركن منه وهو التلفظ بالشهادات ولهذا لو قال أحلف مكان أشهد لا يجوز. ولو قال ولا لعان إذا كانا أخرسين أو أحدهما لكان أولى للعلة المذكورة إذا كانت خرساء ولاحتمال تصديقها لو كانت ناطقة. وأشار إلى أنه لا يثبت بالكتابة كما لا

***

[٢٠٤]

يثبت بإشارة الاخرس للشبهة، وإلى أنه لو خرس أحدهما بعد اللعان وقبل التفريق فلا تفريق ولا حد كما لو ارتد أو أكذب نفسه قوله: (ولا ينفى الحمل) لانه لا يتيقن بقيامه عند القذف لاحتمال أنه انتفاخ ولو تيقنا بقيامه وقته بأن ولدت لاقل من ستة أشهر صار كأنه قال إن كنت حاملا فحملك ليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط وهذا قول الامام، وعندهما يجري اللعان إذا جاءت به لاقل من ستة أشهر للتيقن بقيامه وجوابه ما مر. وأما الارث والوصية فيتوقفان على الولادة فيثبتان للولد لا للحمل، وأما عتقه فكذلك لقبوله التعليق بالشرط، وأما رد المبيعة بعيب الحمل فلان الحمل ظاهر واحتمال الريح شبهة والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة، وكذا النسب يثبت مع الشبهة، وأما وجوب النفقة للمطلقة إذا ادعت حملا فلقبول قولها في أمر عدتها، والحق أن قول صاحب الهداية إن الاحكام لا تترتب عليه قبلها لا يراد به كل الاحكام وإنما يراد به بعضها كما في العناية وقد كتبنا في القواعد الفقهية مسائل أخرى تترتب عليه قبلها قوله: (وتلاعنا بزنيت وهذا الحمل منه ولم ينف الحمل) لوجود القذف بصريح الزنا ونفي الحمل غير صحيح لان قطع النسب حكم عليه ولا تترتب الاحكام عليه ولا له قبل الانفصال قوله: (ولو نفي الولد عند التهنئة وابتياع آلة الولادة صح وبعده لا ولاعن فيهما) أي فيما إذا صح نفيه أو لم يصح لوجود القذف فيهما. والتهنئة بالهمز من هنأته بالولد بالتثقيل والهمز، كذا في المصباح. فالتفصيل المذكور بين أن تقوم دلالة على إقراره بالولد أولا إنما هو في صحة النفي وعدمه لا في اللعان كما في المتون والشروح، وبه علم أن ما ذكره الولوالجي من أن اللعان إنما يجري إذا نفى بعد الولادة في مدة قصيرة أما بعد مدة طويلة فلا يصح سهو، ودل كلامه على أنه لو أقر صريحا بالولد ثم نفاه لا يصح بالاولى كما قدمناه ولم يقدر مدة الولادة بوقت وهو ظاهر الرواية وقد قالوا: إن الاقرار بالولد الذي ليس منه حرام كالسكوت لاستلحاق نسب من ليس منه، وقد ذكر المصنف تبعا للهداية شيئين قبول التهنئة وشراء آلة الولادة وزاد في الاختيار ثالثا أن يقبل هدية الاهل فهي ثلاث لا يصح نفيه بعد واحدة منها، والحق أنها أربع والرابع سكوته حتى مضى وقت التهنئة وشراء الآلة وهي ثلاثة أيام في رواية وسبعة في أخرى كما في الكافي. وقبول التهنئة ذكر ما يدل على القبول مثل أحسن الله، بارك الله، جزاك الله،

رزقك الله مثله أو أمن على دعاء المهنى، كذا في فتح القدير. ولو كان غائبا لم يعلم بالولادة تعتبر المدة بعد قدومه.
***
[٢٠٥]
قوله: (وإن نفى أول التوأمين وأقر بالثاني حد) لانه أكذب نفسه بدعوى الثاني. التوأم والانثى توأمة والاثنان توأمان والجمع توائم وتوأم كدخان، كذا في المصباح قوله: (وإن عكس لاعن) بأن أقر بالاول ونفى الثاني لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه قوله: (وثبت نسبهما فيهما) أي في المسألتين لانهما خلقا من ماء واحد، والتوأمان ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر، وفيه إشارة إلى أنه لو نفاهما ثم مات أحدهما قبل اللعان لزماه وقدمنا تفاريعه. ولو جاءت بثلاثة في بطن واحد فنفى الثاني وأقر بالاول والثالث يلاعن وهم بنوه، ولو نفى الاول والثالث وأقر بالثاني يحدوهم بنوه، كذا في شرح النقاية. اعلم أنه في صورة ما إذا أقر بالاول ونفى الثاني إذا قال بعده هما ابناي أو ليسا بابني فلا حد فيهما، كذا في فتح القدير. وفي شهادات الجامع للصدر الشهيد من باب شهادة ولد الملاعنة: باع أحد التوأمين وقد ولدا في ملكه وأعتقه المشتري فشهد لبائعه تقبل، فإن ادعى الباقي ثبت نسبهما وانتقض البيع والعتق والقضاء ويرد ما قبض أو مثله إن هلك للاستناد كتحويل العقد، وإن كان القضاء قصاصا في طرف أو نفس فأرشه عليه دون العاقلة لانه بدعواه. ثم اعلم أنه إذا نفي نسب التوأمين ثم مات أحدهما عن توأمه وأمه وأخ لامه فالارث أثلاث فرضا وردا، للام السدس وللاخوين الثلث والنصف يرد عليهم. وهذا يبين أن قطع النسب يجري في التوأم لانه لو لم يقطع نسبه عن أخيه التوأم لكان عصبة يأخذ الثلثين وقطع النسب عن الاخ التوأم بالتبعية لابيهما وقد قدمناه عن الجامع وتمامه في شرح التلخيص من باب شهادة ولد الملاعنة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب. باب العنين وغيره يقال رجل عنين لا يقدر على إتيان النساء أو لا يشتهي النساء، وامرأة عنينة لا تشتهي الرجال، والفقهاء يقولون به عنة. وفي كلام الجوهري ما يشبهه ولم أجده لغيره ولفظه: عن امرأته تعنينا بالبناء للمفعول إذا حكم عليه القاضي بذلك أو منع عنها بالسحر، والاسم
***
[٢٠٦]
منه العنة. وصرح بعضهم بأنه لا يقال عنين به عنة كما يقوله الفقهاء فإنه كلام ساقط قال: والمشهور في هذا المعنى كما قال ثعلب وغيره رجل عنين بين التعنين والعنية. وقال في البارع بين العنانة بالفتح. قال الازهري: وسمي عنينا لان ذكره يعن بقبل المرأة عن يمين وشمال يعترض إذا أراد إيلاجه، كذا في المصباح. وجمعه عنن. وأما عند الفقهاء فهو من لا يصل إلى النساء مع قيام الآلة لمرض به وإن كان يصل إلى الثيب دون البكر أو إلى بعض النساء دون بعض سواء كانت آلته تقوم أو لا كما في العناية ولذا قال في شرح المنظومة: الشكاز بفتح المعجمة وكاف مشددة وبعد الالف زاي هو الذي إذا جذب المرأة أنزل قبل أن يخالطها ثم لا تنتشر آلته بعد ذلك لجماعها وهو من قبيل العنين لها المطالبة بالتفريق، وإن كان يصل إلى الثيب دون البكر أو إلى بعض النساء دون بعض لضعف طبيعته أو لكبر سنه أو سحر فهو عنين في حق من لا يصل إليها لفوات المقصود في حقها فإن السحر عندنا حق وجوده وتصوره ويكون أثره كما في المحيط. ولا يخرج عن العنة بإدخاله في دبرها خلافا لابن عقيل فإنه يقول: الدبر أشد من القبل، كذا في المعراج. وفيه: إذا أولج الحشفة فقط فليس بعنين وإن كان مقطوعها فلا بد من إيلاج بقية الذكر، وينبغي أن يقال يكفي الايلاج بقدر الحشفة من مقطوعها، ولم أر حكم ما إذا قطعت ذكره وإطلاق المجبوب يشمله وهو في تحرير الشافعية لكن قولهم لو رضيت به فلا خيار لها ينافيه وله نظيران: أحدهما لو خرب المستأجر الدار، الثاني لو أتلف البائع المبيع قبل القبض. قوله: (وجدت زوجها مجبوبا فرق في الحال) وهو من استؤصل ذكره وخصيتاه يقال جببته جبا من باب قتل قطعته وهو مجبوب بين الجباب بالفتح والكسر، كذا في المصباح. وإنما لم يؤجل لعدم الفائدة ولما كان التفريق لفوات حقها توقف على طلبها ولم يذكره هنا اكتفاء بما ذكره في العنين. وأشار إلى أنه لوجب بعد الوصول إليها مرة لا خيار لها كما إذا صار عنينا بعده. ويلحق بالمجبوب من كان ذكره صغيرا جدا كالزر لا من كانت آلته قصيرة لا يمكن إدخالها داخل الفرج فإنها لاحق لها في المطالبة بالتفريق، كذا في المحيط. وظاهره أنه إذا كان لا يمكن إدخالها أصلا فإنه كالمجبوب لتقييده بالداخل. وأطلق الزوج المجبوب فشمل الصغير والمريض بخلاف العنين حيث ينتظر بلوغه أو برؤه لاحتمال الزوال. وأراد

***
[٢٠٧]
بالمرأة من لها حق المطالبة بالجماع لانها لو كانت صغيرة انتظر بلوغها في المجبوب والعنين لاحتمال رضاها بخلاف ما لو كان أحدهما مجنونا فإنه لا يؤخر إلى عقله في الجب والعنة لعدم الفائدة ويفرق بينهما للحال في الجب، وبعد التأجيل في العنين لان الجنون لا يعدم الشهوة بخصومة ولي إن كان وإلا فمن ينصبه القاضي. ولو جاء الولي ببينة في المسألتين على رضاها بعنته أو جبه أو على علمها بحاله عند العقد لم يفرق، ولو طلب يمينها على ذلك تحلف، فإن نكلت لم يفرق وإن حلفت فرق، كذا في فتح القدير. وقالوا: لو جاءت امرأة المجبوب بولد بعد التفريق إلى سنتين يثبت نسبه ولا يبطل التفريق بخلاف العنين حيث يبطل التفريق لانه لما ثبت نسبه لم يبق عنينا. ونظر فيه الشارح بأن الطلاق وقع بتفريقه. وهو بائن فكيف يبطل ألا ترى أنها لو أقرت بعد التفريق أنه كان قد وصل إليها لا يبطل التفريق. وجوابه أن ثبوت النسب من المجبوب باعتبار الانزال بالسحق والتفريق بينهما باعتبار الجب وهو موجود بخلاف ثبوته من العنين فإنه يظهر به أنه ليس بعنين والتفريق باعتباره بخلاف ما استشهد به من إقرارها فإنها متهمة في إبطال القضاء لاحتمال كذبها فظهر أن البحث بعيد كما في فتح القدير. وفي الخانية من فصل العنين: إذ اشهد شاهدان بعد تفريق القاضي على إقرار المرأة قبل التفريق أنه وصل إليها يبطل تفريق القاضي، ولو أقرت بعد التفريق أنه قد وصل إليها لم تصدق على إبطال تفريق القاضي اه. والحاصل أن تفريق القاضي في العنين يبطل بمجئ الولد وإقامة البينة على إقرارها بالوصول. وفي التتارخانية: كان الزوج مجبوبا ولم تعلم بحاله فجاءت بولد فادعاه وأثبت القاضي نسبه ثم علمت بحاله وطلبت الفرقة فلها ذلك اه. وأطلق في المرأة ولا بد من تقييدها بأن لا تكون رتقاء فإن الرتقاء إذا وجدته مجبوبا لا خيار لها كما في الخانية، وأن تكون حرة لان زوج الامة إذا كان مجبوبا أو عنينا فالخيار إلى
***
[٢٠٨]
المولى في قول أبي حنيفة، فإن رضي المولى لا حق للامة، وإن لم يرض كانت الخصومة له كما في العزل. وقال أبو يوسف: الخيار إلى الامة كقوله في العزل. واختلفوا في قول محمد فقيل مع أبي يوسف كما في العزل، وقيل مع الامام هنا، كذا في الخانية. ولم يقيد التفريق بالطلب للحال لانها لو وجدته مجبونا فأقامت معه زمانا وهو يضاجعها كانت على خيارها، ولم يذكر حكم ما إذا اختلفا في كونه مجبوبا. وحكمه أنه إذا كان يعرف حقيقة حاله بالمس من غير نظر يمس من وراء الثياب ولا تكشف عورته، وإن كان لا يعرف إلا بالنظر أمر القاضي أمينا لينظر إلى عورته فيخبر بحاله لان النظر إلى العورة يباح عند الضرورة، كذا في الخانية. ولم يذكر المصنف صفة الفرقة هنا اكتفاء بما ذكره في العنين وهو طلاق بائن كفرقة العنين كما في الخانية. والحاصل أن المجبوب كالعنين إلا في خصلة واحدة وهي أن العنين يؤجل والمجبوب لا، كذا في التتارخانية. ويزاد مسألة بطلان التفريق بمجئ الولد كما قد عملت. والثالثة لا ينتظر بلوغه. والرابعة لا تشترط صحته. وفي فتح القدير: وما نقل عن الهند وإني أنه يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين فإن تلقص ذكره وانزوى علم أنه لا عنة به وإلا علم أنه عنين، لو اعتبر هذا لزم أن لا يؤجل سنة لان التأجيل ليس إلا ليعرف أنه عنين على ما قالوا إذ لا فائدة فيه إن أجل مع ذلك لكن التأجيل لا بد منه لانه حكمه اه. والحاصل أن طلبها التفريق في العنين له شرائط مختصة بهما فالمختص به أن يكون الزوج بالغا صحيحا لم يصل إليها مرة فالصبي لا يؤجل إلا بعد بلوغه والمريض بعد صحته والمختص بها أن تكون حرة بالغة غير رتقاء وقرناء غير عالمة بحاله قبل النكاح وغير راضية به بعده. قوله: (وأجل سنة لو عنينا أو خصيا) وهو من نزع خصيتاه وبقي ذكره وهو بفتح الخاء فعيل بمعنى مفعول مثل جريح وقتيل والجمع خصيان. والخصيتان بالتاء البيضتان الواحدة خصية وبدون التاء الخصيان الجلدتان، وجمع الخصية خصي كمدية ومدى. وخصيت العبد أخصيه خصاء بالكسر والمدسلت خصيته، وخصيت الفرس قطعت ذكره فهو مخصي، ويجوز استعمال فعيل ومفعول فيهما، كذا في المصباح. ولا فرق هنا بين سلهما وقطعهما إذا كان ذكره لا ينتشر. قيدنا به لان آلته لو كانت تنتشر لا خيار لها كما في المحيط، وعلى هذا لا حاجة إلى عطفه على العنين لانه إن لم يكن عنينا فلا تأجيل وإلا فهو داخل فيه ولذا لم يصرح بالخنثى الذي يبول من مبال الرجال والصبي الذي بلغ أربع عشرة سنة والشيخ الكبير وحكم الثلاث التأجيل كالعنين كما في الخانية لدخول الكل تحت اسم العنين. قال في الخانية: يؤجل الشيخ الكبير إن كان لا يصل إليها اه. والمراد من المؤجل الحاكم ولا عبرة
***

[٢٠٩]
بتأجيل غيره. قال في الخانية أيضا: وتأجيل العنين لا يكون إلا عند قاضي مصر أو مدينة فلا يعتبر تأجيل المرأة ولا تأجيل غيرها اه. وأما رضاها به عند غير الحاكم فمسقط لحقها كما في الخلاصة. ولو عزل القاضي بعدما أجله بنى المتولي على تأجيل الاول وابتدأ السنة من وقت الخصومة واستفيد من وضع المسألة أن نكاح العنين صحيح فإن علمت بعنته وقت النكاح فلا خيار لها كما لو علم المشتري بعيب المبيع، وإن لم تعلم به وقته وعلمت بعده كان لها الخصومة وإن طال الزمان كما في الخانية. وفي المحيط: والامام المتبع في أحكام العنين عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم ولم ينقل عن أقرانهم خلافه فحل محل الاجماع، ولان عدم الوصول قد يكون لعلة معترضة وقد يكون لآفة أصلية فلا بد من ضرب مدة لاستبانة العلة من العنة فقدر بسنة لاشتمالها على الفصول الاربع اه. وقد كتبنا في القواعد الفقهية في مذهب الحنفية أن قاضيا لو قضى بعدم تأجيل العنين لم ينفذ قضاؤه ولم يقيد المرأة بشئ. ولا بد من كونها حرة وغير رتقاء كما قدمناه في زوجة المجبوب، وعلله في الاختيار بأن الرتقاء لا حق لها في الوطئ فلا تملك الطلب، ولو اختلفا في كونها رتقاء يريها النساء كما في التتارخانية. وأطلق الزوج فشمل المعتوه لما في الخانية: والمعتوه إذا زوجه وليه امرأة فلم يصل إليها أجله القاضي سنة بحضرة الخصم عنه. ولا بد من تقييد الزوج بكونه صحيحا كما سيأتي أن المريض لا يؤجل حتى يصح ولم يذكره محمد. واختلفوا في تلك السنة فقيل شمسية وهي تزيد على القمرية بأحد عشر يوما. قال في الخلاصة: وعليه الفتوى. وقيل قمرية وهي ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما وصححه في الواقعات والولوالجية وهو ظاهر الرواية كما في الهداية فكان هو المعتمد لانه الثابت عن صاحب المذهب. وفي الخانية: إذا ثبت عدم الوصول أجله القاضي طلب أو لم يطلب ويكتب التأجيل ويشهد على التاريخ. وفي المجتبي: إذا كان التأجيل في أثناء الشهر يعتبر بالايام إجماعا كما ذكره في العدة. قوله: (فإن وطئ وإلا بانت بالتفريق إن طلبت) أي طلبا ثانيا فالاول للتأجيل والثاني للتفريق. وذكر نجامسكين أن قوله إن طلبت متعلق بالجميع وهو حسن وطلب وكيلها بالتفريق عند غيبتها كطلبها على خلاف فيه ولم يذكره محمد. وأطلقه فشمل ما إذا طلبت على
***
[٢١٠]
التراخي أولا وثانيا ولذا لو خاصمته ثم تركت مدة فلها المطالبة ولو طاوعته في المضاجعة تلك الايام كما في الخانية. ولما كانت هذه فرقة قبل الدخول حقيقة كانت بائنة ولها كمال المهر وعليها العدة لوجود الخلوة الصحيحة. وأشار إلى أنه لو وطئها مرة لا حق لها في المطالبة لسقوط حقها بالمرة قضاء وما زاد عليها فهو مستحق ديانة لا قضاء كما في جامع قاضيخان. وفي فتاواه: لو كان يأتيها فيما دون الفرج حتى ينزل وتنزل ولا يصل إليها في فرجها وقامت معه على ذلك زمانا وهي بكر أو ثيب ثم خاصمته إلى القاضي سنة، ولو وطئها بعد التأجيل سقط حقها ولو حائضا أو نفساء أو صائمة أو محرمة، كذا في المعراج وإلى أن الزوج لو طلب أن يؤجل بعد السنة ولو يوما لا يجيبه القاضي إلا برضاها ولها الرجوع واختيار الفرقة، كذا في الاختيار. وقدمنا أن المراد بالزوجة الحرة، أما الامة فالخيار لمولاها لا لها كالاذن في العزل، وفي المحيط: فرق بينهما ثم تزوجها ثانيا لا خيار لها لرضاها بالمقام معه، ولو تزوج أخرى عالمة بحاله لا خيار لها وعليه الفتوى، ولو كان له امرأة يصل إليها وولدت منه أولا ثم أبانها ثم تزوجها ولم يصل في النكاح الثاني فهو عنين لانها باعتبار كل عقد يتجدد لها حق المطالبة اه. وفي المعراج: ويؤهل الصبي هنا للطلاق في مسألة الجب لانه مستحق عليه كما يؤهل بعتق القريب ومنم من جعله فرقة بغير طلاق والاول أصح اه. قوله: (فلو قال وطئت وأنكرت وقلن بكر خيرت وإن كانت ثيبا صدق بحلفه) أطلقه فشمل ما إذا وقع الاختلاف في الابتداء بأن ادعى الوصول إليها وأنكرت أو، في الانتهاء فإن قوله خيرت شامل لتخيير تأجيله سنة في الابتداء أو لاختيار الفرقة بعد التأجيل. وحاصله أنها إن كانت ثيبا فالقول قوله في الوطئ ابتداء وانتهاء مع يمينه فإن نكل في الابتداء يؤجل سنة ولا يؤجله إلا إذا ثبت عدم الوصول إليها، وإن نكل في الانتهاء تخير للفرقة، وإن كانت بكرا ثبت عدم الوصول إليها بقولهن فيؤجل في الابتداء ويفرق في الانتهاء وبهذا ظهر أن ما ذكره الشارح من أن المصنف لم يذكر كيفية ثبوت العنة في الابتداء وذكره في الانتهاء غفلة عما فهمته من كرمه لما قررنا أن التخيير شامل لهما. والتقييد بقوله وقلن
***
[٢١١]

المفيد للجماع اتفاقي أو لبيان الاولى للاكتفاء بقول الواحدة والاثنتان أحوط، وفي البدائع أوثق، وفي الاسبيجابي أفضل. وشرط الحاكم الشهيد في الكافي عدالتها. وطريق معرفة أنها بكر أن تبول على جدار فإن وصل إليه فبكر وإلا فلا، أو يرسل في فرجها ما في بيضة فإن دخل فثيب وإلا فبكر، أو يرسل في فرجها أصغر بيضة للدجاجة فإن دخلت من غير عنف فهي ثيب وإلا فبكر. وفي الخانية: وإن شهد البعض بالبكارة والبعض بالثيابة يريها غيرهن اه. وفي المعراج: لو وجدت ثيبا وزعمت أن عذرتها زالت بسبب أخر من غير وطئه كأصبعه وغيرها فالقول قوله لانه الظاهر والاصل عدم أسباب أخر. وفي المحيط: عنين أجله القاضي سنة وامرأته ثيب فوطئها وادعت بعد الحول أنه لم يطأها وقالت حلفه فأبى أن يحلف ففرق القاضي بينهما لم يسعها أن تتزوج بآخر ولم يسعه أن يتزوج بأختها اه قوله: (وإن اختارته بطل حقها) أطلقه فشمل الاختيار حقيقة وحكما كما إذا قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضي قبل أن تختار شيئا أو قام القاضي قبل أن تختار لامكان أن تختار مع القيام وعليه الفتوى، كذا في المحيط والواقعات وفي البدائع: ظاهر الرواية أنه لا يتوقف على المجلس. وقيد بقوله بانت بالتفريق لان الفرقة لا تقع باختيارها نفسها بل لا بد من تطليق الزوج بائنة أو تفريق القاضي إن امتنع. وقيل تقع باختيارها، وجعله في الخلاصة ظاهر الرواية والاول رواية الحسن. وأشار ببطلانه باختيارها إلى أنه لو فرق بينهما ثم تزوجها ثانيا لم يكن لها خيار لرضاها بحاله كما لو تزوجته عالمة بحاله على المفتي به كما في المحيط. وفي

***

[٢١٢]

الخانية: فرق بين العنين وبين امرأته ثم تزوج أخرى تعلم بحاله اختلفت الروايات والصحيح أن للثانية حق الخصومة لان الانسان قد يعجز عن امرأة ولا يعجز عن غيرها. ويحتسب من السنة أيام حيضها ورمضان وحجه وغيبته لا بمرض أحدهما على المفتى به مطلقا كما في الولوالجية. وصحح في الخانية أن الشهر لا يحتسب وما دونه يحتسب. وفي المحيط أصح الروايات عن أبي يوسف أن نصف الشهر وما دونه يحتسب وما زاد على النصف لا يحتسب ولا بحجها وغيبتها وحبسها وامتناعها من المجئ إلى السجن بعد حبسه بعد أن يكون فيه موضع خلوة ولو على مهرها. وفي الخلاصة: لو كان محرما وقت الخصومة أجله بعد الاحرام. وفي الخانية: لو وجدت زوجها مريضا لا يقدر على الجماع لا يؤجل ما لم يصح وإن طال المرض اه. وفيها: وإن كان الزوج مظاهرا منها إن كان قادرا على الاعتاق أجله القاضي، وإن كان عاجزا عنه أمهله القاضي شهرين للكفارة ثم يؤجل، وإن ظاهر بعد التأجيل لا يلتفت إليه ويحتسب ذلك عليه اه. وفي المحيط الجامع: أصله أن كل موضع تجري الوكالة فيه ينتصب الولي فيه خصما فالتفريق بسبب الجب وخيار البلوغ وعدم الكفاءة تجري الوكالة فيه فانتصب الولي فيه خصما، وكل موضع لا تجري الوكالة فيه لا ينتصب الولي خصما فيه كالفرقة بالاباء عن الاسلام واللعان اه. قوله: (ولم يخير أحدهما بعيب) أي لا خيار لاحد الزوجين بعيب في الآخر لان المستحق بالعقد هو الوطئ والعيب لا يفوته بل يوجب فيه خللا ففواته بالموت قبل التسليم لا يوجب الخيار فاختلاله أولى. وفي الهداية: إن اختلاله بالموت لا يوجب الفسخ فبالعيب أولى. واعترض عليه جميع الشارحين بأن النكاح مؤقت بحياتهما ولم يجيبوا وأجبت عنه بجوابين: الاول أن النكاح ينتهي بالموت لا أنه ينفسخ قالوا والشئ بانتهائه يتقرر ولا

***

[٢١٣]

ينفسخ. والثاني وهو الاحسن أنه على حذف مضاف تقديره لا يوجب خيار الفسخ حتى لا يسقط بالموت شئ من مهرها. أطلق العيب فشمل الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن، وخالف الشافعي ومالك وأحمد في هذه الخمسة، وخالف محمد في الثلاثة الاول إذا كانت بالزوج فتخير المرأة بخلاف ما إذا كانت بها فلا يخير لقدرته على دفع الضرر عن نفسه بالطلاق دونها، ويرد عليه تخيير الغلام إذا بلغ عند محمد فإنه قادر بالطلاق. ويمكن أن يجاب بأن خيار البلوغ لدفع ضرر فعل الغير بخلافه هنا لان الزوج فعله كما لا يخفى. الجذام من الجذم بفتح الجيم القطع وهو مصدر من باب ضرب ومنه يقال جذم بالبناء للمفعول إذا أصابه الجذام لانه يقطع اللحم ويسقطه وهو مجذوم. قالوا: ولا يقال فيه من هذا المعنى أجذم وزان أحمر، كذا في المصباح. وفي القاموس: والجذام كالغراب علة تحدث من انتشار السوداء في الجسد كله فيفسد مزاج الاعضاء وهيآتها وربما انتهى إلى تأكل الاعضاء وسقوطها عن تقرح جذم فهو مجذوم ومجذم وأجذم، وهم الجوهري في منعه اه. والبرص محركة بياض يظهر في ظاهر البدن لفساد مزاج. برص كفرح فهو

أبرص وأبرصه الله ثم قال في موضع آخر: وجن بالصم جنا وجنونا واستجن مبنيا للمفعول، وتجنن وتجان وأجنه الله فهو مجنون. وأما الرتق ضد الفتق ومحركة جمع رتقة، ومصدر قولك امرأة رتقاء بينة الرتق لا يستطاع جماعها أو لا خرق لها الا المبال خاصة. وفي المصباح: رتقت المرأة رتقا من باب تعب فهي رتقاء إذا استد مدخل الذكر من فرجها فلا يستطاع جماعها. والقرن مثل فلس العفلة وهو لحم ينبت في الفرج في مدخل الذكر كالغدة الغليظة وقد يكون عظما. ويحكى أنه اختصم إلى القاضي شريح في جارية بها قرن فقال أقعدوها فإن أصاب الارض فهو عيب وإلا فلا. وقال القلعي: القرن بفتح الراء بمنزلة العفلة فأوقع المصدر موقع الاسم وهو سائغ، كذا في المصباح. والرتق بفتح التاء كما في العناية. وقد كتبنا في القواعد الفقهية في مذهب الحنفية أن القاضي لو قضى برد أحد الزوجين بعيب نفذ قضاؤه. وفي
***
[٢١٤]
القنية من الكراهية: جراح اشترى جارية رتقاء فله شق الرتق وإن تألمت اه. ولم أر حكم شق الرتقاء المنكوحة وقالوا في تعليل عدم ردها لامكان شقه ولكن ما رأيت هل يشق جبرا أم لا. وفي المعراج: لو تراضى العنين وزوجته على النكاح بعد التفريق فله أن يتزوجها إلا رواية عن أحمد حيث قال لا يجتمعان أبدا كفرقة اللعان وهذا باطل لا أصل له والله أعلم بالصواب. باب العدة لما ترتبت في الوجود على الفرقة بجميع أنواعها أوردها عقيب الكل. وهي لغة الاحصاء عددت الشئ أحصيته إحصاء. وفي شرح المجمع للمصنف العدة مصدر عد الشئ يعده. وسئل عليه السلام متى تكون القيامة قال: إذا تكاملت العدتان أي عدة أهل الجنة وعدة أهل لنار، أي عددهم. وسمي زمان التربص عدة لانها تعده. ويقال على المعدود. وفي الدر النثير أي إذا تكاملت عند الله برجوعهم إليه. وفي المصباح: وعدة المرأة قيل أيام أقرائها مأخوذ من العد والحساب، وقيل تربصها المدة الواجبة عليها والجمع عدد مثل سدرة وسدر. وقوله تعالى * (فطلقوهن لعدتهن) * [الطلاق: ١] قال النحاة: للام بمعنى في أي في عدتهن اه. وفي الشريعة ما ذكره بقوله: (هي تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهته) أي لزوم انتظار انقضاء مدة والتربص التثبت والانتظار قال الله تعالى * (فتربصوا حتى حين) * [المؤمنون: ٥٢] وقال تعالى * (يتربص بكم الدوائر) * [التوبة: ٨٩] وقال تعالى * (فتربصوا إنا معكم متربصون) * [التوبة: ٢٥] كذا في البدائع. وإنما قدرنا اللزوم لان التربص فعلها وقد قالوا إن ركنها حرمات أي لزومات كحرمة تزوجها على الغير. ونقلوا عن الشافعي أن ركنها التربص عنده وفرعوا على الاختلاف تداخل العدتين، فعندنا يتداخلان خلافا له وانقضاؤه بدون علمها عندنا خلافا له وهذا أولى مما في البدائع من جعلها في الشرع عندنا اسما لاجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح، وعند الشافعي اسما لفعل التربص
***
[٢١٥]
لانه على هذا التقدير يكون ركنها نفس الاجل وقد صرحوا بخلافه إلا أنه لو صح اندفع الاشكال الوارد على عدة الصغيرة إذ ليس في العدة وجوب شئ بل هي مجرد انقضاء الاجل، والثابت في هذه المدة عدم صحة التزوج لا خطاب أحد بل وضع الشارع عدم الصحة لو فعل. ويرد على ما في الكتاب عدة الصغيرة إذ لا لزوم في حقها ولا تربص واجب، وأجيب بأنها ليست هي الخاطبة بل الولي هو المخاطب بأن لا يزوجها حتى تنقضي مدة العدة ولهذا لم يطلق أكثر المشايخ لفظ الوجوب على عدة الصغيرة لعدم خطابها وإنما يقولون تعتد. وقيد بقوله يلزم المرأة لان ما يلزم الرجل من التربص عن التزوج إلى مضي عدة امرأته في نكاح أختها ونحوه لا يسمى عدة اصطلاحا لاختصاصه بتربصها وإن وجد معنى العدة فيه، ويجوز إطلاق العدة عليه شرعا كما أفهمه ما في فتح القدير. فعلى هذا ما في الكتاب معناها الاصطلاحي. وأما في الشريعة فهي تربص يلزم المرأة والرجل عند وجود سببه. وقد ضبط الفقيه أبو الليث رحمه الله في خزانة الفقه المواضع التي يمتنع الانسان من الوطئ فيها حتى تمضي مدة في عشرين موضعا: نكاح أخت امرأته وعمتها وخالتها وبنت أختها وبنت أخيها والخامسة وإدخال الامة على الحرة ونكاح أخت الموطوءة في نكاح فاسدا أو في شبهة عقد، ونكاح الرابعة كذلك، ونكاح المعتدة للاجنبي، ونكاح المطلقة ثلاثا، ووطئ الامة المشتراة، والحامل من الزنا إذا تزوجها، والحربية إذا أسلمت في دار الحرب وهاجرت إلينا وكانت حاملا فتزوجها رجل، والمسبية لا توطأ حتى تحيض أو يمضي شهر إن كانت لا تحيض لصغر أو

كبر، ونكاح المكاتبة ووطؤها لمولاها حتى تعتق أو تعجز نفسها، ونكاح الوثنية والمرتدة والمجوسية لا يجوز حتى تسلم ودخل تحت شبهة النكاح الفاسد، ومن زفت إليه غير امرأته فوطئها. ولكن خرج عن التعريف عدة أم الولد إذا مات مولاها أو أعتقها فإنها واجبة عندنا مع أنها لم تكن عند زوال النكاح أو شبهته. هذا ما أوردته قبل الاطلاع على الاصطلاح ثم رأيته عرفها فيه بما يدخل عدة أم الولد فقال: هي اسم لاجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح أو الفراش. وقال في إيضاح الاصلاح: لا بد منه لتنظيم عدة أم الولد اه. وفي بعض النسخ أو شبهه بإضافة الشبه إلى ضمير النكاح، وعلى النسخة الاولى بإضافة الشبهة إليه، فعلى النسخة الثانية تدخل عدة أم الولد لانها تربص يلزمها عند زوال شبه النكاح لما أن لها فراشا كالحرة وإن كان أضعف

***

[٢١٦]

من فراشها وقد زال بالعتق ولكن لا يدخل من زفت إليه غير امرأته وقلن امرأتك إلا على النسخة الاولى. وعليها فينبغي أن يقال: قوله أو شبهته معطوف على الزوال لا على النكاح لانه لو عطف عليه لاقتضى أنها لا تجب إلا عند زوال الشبهة وليس كذلك. وأما سبب وجوبها فلكل نوع منها سبب، فعدة الاقراء لوجوبها أسباب منها: الفرقة في النكاح الصحيح سواء كانت بطلاق أو بغير طلاق بعد وطئ أو خلوة، ومنها عدة النكاح الفاسد سببها تفريق القاضي أو المشاركة وشرطها أن تكون بعد الوطئ حقيقة، ومنها عدة الوطئ عن شبهة فسببها الوطئ، ومنها عدة أم الولد وسببها عتق المولى باعتاقه أو موته وأما عدة من لم تحض لصغر أو كبر سببها الطلاق. وشرط وجوبها إما الصغر أو الكبر أو عدم الحيض رأسا. والثاني الدخول حقيقة أو حكما، وأما عدة الحمل فسببها الفرقة أو الوفاة، كذا في البدائع مختصرا وهو مخالف لما في فتح القدير من أن سبب وجوبها عقد النكاح المتأكد بالتسليم أو ما يجري مجراه من الخلوة والموت ولو فاسدا، وأما الفرقة فشرطها فالاضافة في قولهم عدة الطلاق إلى الشرط اه. والظاهر ما في فتح القدير لعدم صلاحية الطلاق والموت للسببية لما في المصفي كان القياس أن لا تجب العدة بالطلاق والموت لانهما مزيلان للنكاح والشئ إذا زال يزول جميع آثاره وإنما وجبت بالنص على خلاف القياس اه. وحكمها حرمة نكاحها على غيره وحرمة نكاح أختها وأربع سواها كذا قالوا، وينبغي الاقتصار على الثاني لان حرمة نكاحها على غيره من المحرمات التي قدمنا أنها الركن. ومحظوراتها حرمة التزين والتطيب - خصوصا في المبانة - والخروج من المنزل عموما كما سيأتي في الحداد. وأنواعها حيض وأشهر ووضع حمل لتعرف براءة رحم وللتعبد ولاظهار حزن على زوج. وإلى هنا ظهر أن الكلام فيها في عشرة مواضع: معناها لغة وشرعا واصطلاحا وركنها وشرطها وسببها وحكمها ومحظوراتها وأنواعها ودليلها.

***

[٢١٧]

قوله: (عدة الحرة للطلاق أو الفسخ ثلاثة أقراء) أي حيض ظاهر في أن العدة اسم للاجل المضروب كما في البدائع على إرادة مدة ثلاثة أقراء لانه أوقع ثلاثة خبرا للعدة على تقدير الرفع فهو مخالف لما قدمناه من التحقيق، وأما على تقدير نصب ثلاثة فالمراد كون عدتها في مدة ثلاثة أقراء لان الحرمات تتعلق في مدة الاقراء فكان ظرف زمان معربا واقعا خبرا عن اسم معنى نحو السفر غدا لكنه على تقدير الرفع اعتبر فيه الاطلاق المجازي أعني إطلاق العدة على نفس المدة. أطلق الطلاق فشمل البائن والرجعي ولم يقيد بالدخول بناء على أن الاصل في النكاح الدخول ولا بد منه حقيقة أو حكما حتى تجب على مطلقة بعد الخلوة ولو فاسدة كما بيناه فيها، ولم أر حكم ما إذا وطئها في دبرها أو أدخلت منيه في فرجها ثم طلقها من غير إيلاج في قبلها. وفي تحرير الشافعية وجوبها فيهما ولا بعد أن يحكم على المذهب بالثاني لان إدخال المني محتاج إلى تعرف البراءة أكثر من مجرد الايلاج والاصل في هذا النوع قوله تعالى * (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) * [البقرة: ٢٢٨] والمراد بهن المدخولات اللاتي يحضن وهو خبر بمعنى الامر وأصل الكلام ليتربصن ولام الامر محذوفة فاستغنى عن ذكره، وإخراج الامر في صورة الخبر تأكيد له وللاشعار بأنه مما يتلقى بالمسارعة إلى امتثاله نحو قولهم في الدعاء رحمك الله أخرج في صورة الخبر ثقة بالاستجابة كأن الرحمة وجدت فهو يخبر عنها. وبناؤه على المبتدأ يدل على زيادة التأكيد، ولو قيل يتربص المطلقات لم يكن بتلك الوكادة لان الجملة الاسمية تدل على الدوام والثبات بخلاف الفعلية. وفي ذكر الانفس تهييج

لهن على التربص وزيادة تعب إذ نفوسهن طوامح إلى الرجال فأمرن أن يقمعن أنفسهن ويغلبنها على الطموح ويجبرنها على التربص. وانتصب ثلاثة على الظرف أي مدة ثلاثة قروء وجاء المميز على جمع الكثرة دون القلة التي هي الاقراء لجواز استعمال أحد الجمعين مكان الآخر لاشتراكهما في الجميعة، ولعل القروء أكثر في جمع القرء من الاقراء فأوثر عليه تنزيلا لقليل الاستعمال منزلة المهمل، كذا في المعراج. والقرء مشترك بين الحيض والطهر، وأوله أصحابنا في الآية بالحيض، والشافعي بالطهر وموضعه الاصول.
***
[٢١٨]
وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا طلقها في الطهر فإنه تنقضي العدة برؤية قطرة من الدم من الحيضة الثالثة عنده، وعندنا لا تنقضي العدة ما لم تطهر منها، كذا في غاية البيان. وفي المبسوط: الحيضة الاولى لتعرف براءة الرحم، والثانية لحرمة النكاح، والثالثة لفضيلة الحرية وشمل جميع أسبابه من الفسخ بخيار البلوغ والعتق وملك أحد الزوجين صاحبه وردة أحدهما، وقدمنا في نكاح الاولياء جملة الفرق والايراد على قولهم أنه لا يحتمل الفسخ بعد التمام، ثم رأيت في إيضاح الاصلاح هنا أنه لا فرق بين الطلاق أو الفسخ أو الرفع ثم قال: اعلم أن النكاح بعد التمام لا يحتمل الفسخ فكل فرقة بغير طلاق قبل تمام النكاح كالفرقة بخيار البلوغ والفرقة بخيار العتق والفرق بعدم الكفاءة فسخ، وكل فرقة بغير طلاق بعد تمام النكاح كالفرقة بملك أحد الزوجين الآخر والفرقة بتقبيل ابن الزوج ونحوه رفع وهذا واضح عند من له خبرة في هذا الفن اه. وعدم الكفاءة ومن هذا النوع ما إذا تزوج المكاتب بنت مولاه بإذنه ثم مات المكاتب بعد موت المولى لا عن وفاء فإن النكاح يفسد وتعتد بثلاث حيض إن كانت مدخولا بها وسقط مهرها بقدر ما ملكت منه وإلا فلا عدة، وإن مات عن وفاء تعتد عدة الوفاة دخل بها أو لم يدخل، ولها الصداق والارث لانا حكمنا بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته، وقدمنا في فصل التحليل أن العدة لا تظهر في حق المطلق حيث كان دون الثلاث وهكذا في الفسخ، فلو اشترى زوجته بعد الدخول لا عدة عليها له وتعتد لغيره حتى لا يزوجها من الغير ما لم تحض حيضتين، ولهذا لو طلقها السيد في هذه العدة لم يقع طلاقه لانها معتدة بالنسبة إلى غيره ولهذا تحل له بملك اليمين بخلاف ما إذا اشترت الحرة زوجها بعد الدخول وقد كان قال لها أنت طالق للسنة وهي حائض ثم طهرت من حيضها وقع الطلاق لعدم ارتفاع عدة الطلاق بدليل حرمة وطئها. ولا بد في انقضاء عدتها من الاقرار بالطلاق لانه لو طلقها وأقام معها زمانا منكرا طلاقها لم تنقض عدتها، هكذا اختاره المشايخ كذا في المحيط وسيأتي زيادة بيان له. ولو اشترى المكاتب زوجته ثم مات فإن ترك وفاء فهو حر في آخر حياته وفسد نكاحه، فإن لم يكن دخل بها فلا عدة لوقوع الفرقة قبل الدخول وهي أمة، فإن
***
[٢١٩]
كانت ولدت منه تعتد بثلاث حيض حيضتان بالفرقة وثلاث بالوفاة إلا أنها تتداخل وتحد في الاوليين دون الثالثة، كذا في المحيط. وأطلق الحرة فشمل المسلمة والكتابية تحت مسلم فالكتابية تحت المسلم كالمسلمة حرتها كحرتها وأمتها كأمتها، وأما إذا كانت تحت ذمي فلا عدة عليها إذا كانوا لا يدينون ذلك إلاءذا كانت حاملا عند الامام خلافا لهما وقد مرت، وذكرها في البدائع هنا. وفي الولوالجية قال: إلا أن تكون حاملا فتمنع من التزوج إن كان ذلك في دينهم اه. فقيد الحامل بأن تكون في دينهم العدة لها. وفي البزازية: شهدا أن زوجها طلقها ثلاثا إن كان غائبا ساغ لها أن تتزوج بآخر، وإن كان حاضرا لا لان الزوج إذا أنكر احتيج إلى القضاء بالفرقة ولا يجوز القضاء بها إلا بحضرة الزوج. وفيها: لو شهد عندها رجلان أنه طلقها ليس لها أن تمكن من نفسها وإن أخبرها واحد ليس لها الامتناع اه. فقد قبل خبر الواحد العدل بموته عندها ولم يقبل بطلاقه، وذكر في الاستحسان لو أخبر الابن رجلان أن فلانا قتل أباه ليس له أن يقتله حتى يحكم القاضي بشهادتهما بخلاف المرأة إذا أخبرها عدلان بالطلاق فإنه يحرم عليها التمكين من غير حكم بشهادتهما. ولو برهن القاتل عند ابن المقتول أنه قتله للردة أو للقصاص إن كان الشاهدان ممن لو شهدا عند الحاكم تقبل شهادتهما ليس للابن قتله وإلا فله اه. قوله: (وثلاثة أشهر إن لم تحض) أي عدة الحرة إن لم تكن من ذوات الحيض لصغر أو كبر مدة ثلاثة أشهر لقوله تعالى * (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر) * [الطلاق: ٤] في حق الآيسة وقوله تعالى * (واللائي لم يحضن) * [الطلاق: ٤] في حق الصغيرة ومن بلغت بالسن ولم تحض. وشمل قوله إن لم تحض أيضا البالغة إذا لم تر دما أو رأت وانقطع قبل التمام، ومن بلغت مستحاضة، والمستحاضة التي نسيت عادتها وهو مما يلغز به فيقال: شابة ترى ما يصلح حيضا في كل

شهر وعدتها بالاشهر لكن في التحقيق لما نسيت عادتها جاز كونها أول كل شهر وآخره فإذا قدرت بثلاثة أشهر علم أنها حاضت ثلاث حيض بيقين بخلاف ما لم تنس فإنها ترد إلى أيام عادتها فجاز كون عدتها أول الشهر فتخرج من العدة بخمسة أو ستة من الثالث. وفي فتح القدير أخذا من الزيلعي في الحيض:
***
[٢٢٠]
واعلم أن إطلاقهم الانقضاء بثلاثة أشهر في المستحاضة الناسية لعادتها لا يصح إلا فيما إذا طلقها أول الشهر، أما إذا طلقها بعد ما مضى من الشهر قدر ما يصلح حيضة فينبغي أن يعتبر ثلاثة أشهر غير باقي هذا الشهر ا ه. اعلم أن ما ذكره في فتح القدير أن تقدير عدتها بثلاثة أشهر قول المرغيناني وذكر هو في الحيض اختلافا قال: والفتوى على قول الحاكم من أن طهرها مقدر بشهرين فعلى هذا لا بد من ستة أشهر للاطهار وثلاث حيض بشهر احتياطا. والمراد بالصغيرة من لم تبلغ سن الحيض والمختار المصحح أنه تسع، وعن الامام الفضلي أنها إذا كانت مراهقة لا تنقضي عدتها بالاشهر بل يوقف حالها حتى يظهر هل حبلت من ذلك الوطئ أم لا، فإن ظهر حبلها اعتدت بالوضع وإن لم يظهر فبالاشهر ا ه. وفي فتح القدير: ويعتد بزمن التوقف من عدتها لانه كان ليظهر حبلها فإذا لم يظهر كان من عدتها ا ه. وفي التتارخانية: امرأة رأت الدم وهي بنت ثلاثين سنة مثلا رأت يوما دما لا غير ثم طلقها زوجها قال: ليست هي آيسة. وقال أبو جعفر: تعتد بالشهور لانها من اللائي لم يحضن وبه تأخذ ا ه. وفي الصغرى واعتبار الشهور في العدة بالايام دون الاهلة بالاجماع إنما الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في الاجارة ا ه. وفي المجتبى جعله على الخلاف كالاجارة والدين وإنما تعتبر بالايام اجماعا مدة العنين. وفي التتارخانية: امرأة بلغت فرأت يوما دما ثم انقطع عنها الدم حتى مضت سنة ثم طلقها زوجها فعدتها بالاشهر ا ه. وخرج بقوله إن لم تحض الشابة الممتد طهرها فلا تعتد بالاشهر وصورتها: إذا رأت ثلاثة أيام وانقطع ومضى سنة أو أكثر ثم طلقت فعدتها بالحيض إلى أن تبلغ إلى حد الاياس وهو خمس وخمسون سنة في المختار، كذا في البزازية. ومن الغريب ما في البزازية قال العلامة والفتوى في زماننا على قول مالك في عدة الآيسة ا ه. ولو قضى قاض بانقضاء عدة الممتد طهرها بعد مضي تسعة
***
[٢٢١]
أشهر نفذ كما في جامع الفصولين. ونقل في المجمع أن مالكا يقول: إن عدتها تنقضي بمضي حول. وفي شرح المنظومة أن عدة الممتد طهرها تنقضي بتسعة أشهر كما في الذخيرة معزيا إلى حيض منهاج الشريعة ونقل مثله عن ابن عمر قال: وهذه المسألة يجب حفظها لانها كثيرة الوقوع. وذكر الزاهدي وقد كان بعض أصحابنا يفتون بقول مالك في هذه المسألة للضرورة خصوصا الامام والدي ا ه. قلت: لكنه مخالف لجميع الروايات لا يفتى به نعم لو قضى مالكي به نفذ. وفي فتح القدير: ثم أكثر المشايخ لا يطلقون لفظ الوجوب على هذه الصغيرة لانها غير مخاطبة بل يقولون تعتد. وفي المبسوط قال بعض علمائنا: هي لا تخاطب بالاعتداد لكن الولي يخاطب بأن لا يزوجها حتى تنقضي مدة العدة مع أن العدة مجرد مضي المدة فثبوتها في حقها لا يؤدي إلى توجيه خطاب الشرع عليها، ولا يخفى أن القائل الاول قوله مبني على أنه يراها الحرمات أو التربص الواجب، فإن قلت على تقدير كونها مضي المدة أليس أن فيها يجب أن لا تتزوج فلا بد أن يتعلق خطاب نهي التزوج بالولي فجعلها المدة كما قال شمس الائمة لا يستلزم انتفاء قول الاول ويخاطب الولي بأن لا يزوجها، فالجواب لا يلزم فإنا إذا قلنا إنها المدة فالثابت فيها عدم صحة التزوج لا خطاب أحد بل وضع الشارع عدم الصحة لو فعل ا ه. والحاصل أن الصغيرة أهل لخطاب الوضع وهذا منه كما خوطب الصغيرة والصغيرة بضمان المتلفات، ولو حاضت الصغيرة في الاشهر الثلاثة تستأنف العدة بالحيض، ولو حاضت الكبيرة حيضة ثم أيست استأنفت بالشهور تحرزا عن الجمع بين الاصل والخلف، وقد فسر القاضي قوله تعالى إن ارتبتم شككتم وجهلتم ا ه. وإذا كان هذا مع الارتياب ففي غيره بالاولى، كذا في غاية البيان. وفي الفخر الرازي: إن ارتبتم في دم البالغات مبلغ الاياس أهو دم حيض أو استحاضة. وروي أن معاذ بن جبل رضي الله عنه قال: يا رسول الله قد عرفنا عدة التي تحيض فما عدة التي لم تحض؟ فنزلت * (واللائي يئسن) * [الطلاق: ٤] فقام رجل فقال: ما عدة الصغيرة فنزل * (واللائي لم يحضن) * [الطلاق: ٤] أي هي بمنزلة الكبيرة
***

[٢٢٢]
فقام آخر فقال: ما عدة الحوامل فنزل * (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) * [الطلاق: ٤] ا ه وذكر في الدر المنثور للاسيوطي أن السائل عن المسائل الثلاث أعني عن الكبرى والصغرى والحامل أبي بن كعب رضي الله عنه. وأخرج عن مجاهد في قوله تعالى * (إن ارتبتم) * إن لم تعلموا الحيض أم لا. فإن قلت: لم لم يكتف بقوله * (واللائي لم يحضن) * عما قبلها؟ قلت الآيسة يصدق عليها أنها حاضت فلم تدخل تحت قوله * (واللائي لم يحضن) * لان المعنى لا حيض لهن أصلا إما للصغر أو بلغت ولم تحض فلذا أفردها. قوله: (وللموت أربعة أشهر وعشر) أي عدة المتوفى عنها زوجها بعد نكاح صحيح إذا كانت حرة أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى * (والذي يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) * [البقرة: ٤٣٢] أي عشرة أيام بناء على أنه إذا ذكر عدد الايام أو الليالي فإنه يدخل ما بإزائه من الآخر، وبه اندفع قول الاوزاعي إن العدة أربعة أشهر وعشر ليال أخذا من تذكير العدد أعني العشر في الكتاب كما سمعت، وفي السنة في حديث لا حداد إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا. والحاصل أن الاوزاعي يقول بتسعة أيام وعشر ليال حتى لو تزوجت في اليوم العاشر جاز، هكذا فرعه في معراج الدراية على قول الاوزاعي وتبعه في فتح القدير لكن في فتاوى قاضيخان حكي عن الفضلي كقول الاوزاعي فقال: وحكي عن الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل أنه قال: تعتد أربعة أشهر وعشر ليال لان الله تعالى ذكر العشر مذكرا وجمع الليالي بذكر لفظ التذكير وجمع الايام بلفظ التأنيث فعلى قوله تزيد العدة بليلة واحدة وهذا أقرب إلى الاحتياط ا ه. فظاهره أن من اعتبر الليالي إنما زاد لا أنه نقص فإذا تزوجت في اليوم العاشر لم يجز اتفاقا، وإنما يظهر الاختلاف
***
[٢٢٣]
فيما إذا مات قبل طلوع الفجر وتربصت الاهلة الاربعة فإن عدتها لا تنقضي بمضي اليوم العاشر من الخامس بل لا بد من مضي الليلة التي بعد العاشر على قول الفضلي والاوزاعي، وعلى قول العامة تنقضي بغروب الشمس، ولا يخفى أن الاول أحوط. وفي المجتبى أن العشر عشرة أيام وعشر ليال من الشهر الخامس عندنا. وقال ابن عمر: عشر ليال وتسعة أيام ا ه. وأكثر أهل العربية أن العدد إنما يكون عكس المعدود تذكيرا وتأنيثا حيث كان المعدود مذكورا، وأما إذا كان محذوفا فإنه يجوز ترك التاء في العدد الذي معدوده مذكر كقوله عليه السلام من صام رمضان وأتبعه ستا من شوال كذا في بعض شروح الالفية وذكره الكرماني في شرح حديث بني الاسلام على خمس. والنكتة في عدم الاتيان بالتاء ما ذكره الرازي أن هذه أيام الحزن والمكروه ومثل هذه الايام تسمى بالليالي استعارة كقولهم خرجنا ليالي الفتنة وتمامه فيه. وفي المحيط: إذا اتفق عدة الطلاق والموت في غرة الشهر اعتبرت الشهور بالاهلة، وإن انقصت عن العدد، وإن اتفق في وسط الشهر فعند الامام تعتبر بالايام فتعتد في الطلاق بتسعين يوما، وفي الوفاة بمائة وثلاثين يوما. وعندهما يكمل الاول من الاخير وما بينهما بالاهلة ومدة الايلاء. واليمين أن لا يكلم فلانا أربعة أشهر والاجارة سنة في وسط الشهر وسن الرجل متى ولد في أثنائه، وصوم الكفارة إذا شرع فيه من وسط الشهر على هذا الاختلاف ا ه. وقدمنا عن المجتبى تأجيل العنين إذا كان في أثناء الشهر فإنه يعتبر بالايام إجماعا، ويستثنى أيضا من الخلاف لو طلق الحامل في وسط الشهر فإنه يفصل بين كل طلاقين بثلاثين يوما فإذا طلقها الثالثة فقد بانت منه بثلاث وبقي من عدتها ثلاثون يوما وهو
***
[٢٢٤]
قول الكل وهو الصحيح لان عندهما تعذر اعتبار الاهلة في جميع العدة لانا لو اعتبرنا الشهر الثاني والثالث بالهلال في حق انقضاء العدة فربما ينقصان يومين، فمتى اعتبرنا الفاصل بين الطلاقين ثلاثين يوما يبقى بعد الطلقة الثالثة ثمانية وعشرون يوما وذلك أقل من شهر ولا يجوز انقضاء العدة به، كذا في المحيط وفي الصغرى واعتبار العدة بالايام اجماعا إنما الخلاف في الاجازة ا ه. ونقله عنها في التتارخانية. وفي التتارخانية: امرأة الغائب إذا أخبرها رجل بموت زوجها وأخبرها رجلان بحياته فإن كان الذي أخبر بموته شهد أنه عاين موته أو جنازته وكان عدلا وسعها أن تعتد وتتزوج، هذا إذا لم يؤرخا، فإن أرخا وتاريخ شهود الحياة متأخر فشهادتهما أولى. وفي النسفية: سئل عن امرأة لها زوج غائب أخبرها رجل بموته فاعتدت وتزوجت ودخل بها فجاء آخر وأخبرها أنه حي في بلد كذا وأنا رأيته فهل يحل لها المقام مع الثاني؟ فقال: إن كانت صدقت المخبر الاول لا يمكنها أن تصدق المخبر الثاني ولا يبطل النكاح الثاني ولهما أن يقرا على

ذلك النكاح. وفي شهادات البزازية: قال رجل لامرأة سمعت أن زوجك مات لها أن تتزوج إن كان المخبر عدلا، فإن تزوجت بآخر وأخبرها جماعة بأنه حي إن صدقت الاول صح النكاح، كذا في فتاوى النسفي. وفي المنتقى: شرط عدالة المخبر ولا يشترط تصديقها. وفي النوازل: لو عدلا لكن أعمى أو محدودا في قذف جاز، ولو شهد عندها عدل أن زوجها ارتد هل لها أن تتزوج؟ فيه روايتان: في رواية لسبر لا يجوز وفي الاستحسان يجوز. وأطلق في عدة الحرة للموت فشمل المسلمة والكتابية تحت المسلم صغيرة كانت أو كبيرة أو آيسة، سواء كان زوجها حرا أو عبدا، قبل الدخول أو بعده، ولم يخرج عنها إلا الحامل فإنها تعتد بالوضع في الوفاة أيضا ولذا أخر عدة الحامل عن المتوفى عنها زوجها للاشارة إلى أنها باقية على عمومها كما سترى. وفي البدائع أن سببها الموت وشرط وجوبها النكاح الصحيح فلا تجب في النكاح الفاسد ا ه. وسيأتي أن مبدأها من وقت الوفاة لا من وقت العلم بها ولا بد من بقاء النكاح صحيحا إلى الموت فلو فسد قبله لم تجب عدة الوفاة ولهذا قدمنا أن المكاتب لو اشترى زوجته ثم مات عن وفاء لم تجب عدة الوفاء فإن لم يدخل بها فلا عدة أصلا، وإن دخل بها فولدت منه صارت أم ولد له فعدتها ثلاث حيض، وإن لم تكن ولدت منه فعليها أن تعتد بحيضتين لفساد النكاح قبل الموت، وإن لم يترك وفاء تعتد بشهرين وخمسة أيام عدة الوفاء لانهما مملوكان للمولى كما في الخانية، ولكن ذكر في المحيط أنها إذا ولدت منه وقلنا عدتها ثلاث حيض تحد في الاولين دون الثالثة، ولو تزوج المكاتب بنت مولاه فإن مات عند وفاء فعدتها عدة الحرة

***

[٢٢٥]

عن وفاة دخل بها أم لا وإلا لم تعتد للوفاة، فإن لم يدخل فلا عدة، وإن دخل بها تعتد بثلاث حيض. قوله: (وللامة قرآن ونصف المقدر) أي وعدة الامة حيضتان في الطلاق بعد الدخول إن كانت ممن تحيض وإلا فشهر ونصف في الطلاق وشهران وخمسة أيام في الوفاة. أطلقها فشمل القنة وأم الولد والمدبرة والمكاتبة والمستسعاة على قول الامام، سواء كانت معتقة البعض أو لا كالمعتقة في مرض الموت إذا كانت لا تخرج من الثلث، والمدبرة بعد موت مولاها في زمن السعاية فإن المستسعى كالمكاتب عنده وحر مديون عندهما، ولا بد من قيد الدخول في الامة إلا في المتوفى عنها زوجها. والحاصل أن الرق منصف نعمة وعقوبة لكن في الصلاة والصوم والطهارة هما سواء، وفي صوم الكفارات هما سواء، وفي أجل العنين هما سواء بخلاف إيلاء الامة فإنها على النصف كما قدمناه، وفي الحدود على النصف، وفي النكاح على النصف، وفي الطلاق على النصف واعتباره بالمرأة، وفي القصاص هما سواء بخلاف الاطراف فهو منصف إلا في العبادات وما فيه معنى العبادة والايلاء والقصاص. ودليل التنصيف في عدة الامة الحديث وعدتها حيضتان. وأورد عليه في الكافي أنه معارض بعموم القطعي وتخصيص العام ابتداء لا يجوز بخبر الواحد والقياس ولهذا قال أبو بكر الاصم بأن عدتها ثلاثة أقراء، وأجاب عنه بأنه من المشاهير تلقته الامة بالقبول أو لان الآية إنما هي في الحرائر بدليل السياق * (مما آتيتموهن) * [البقرة: ٩٢٢] * (حتى تنكح) * [البقرة: ٠٣٢] * (فيما افتدت به) * [البقرة: ٩٢٢]. وفي كافي الحاكم: توفي عن امرأة وهي مملوكة واعتدت بشهرين وخمسة أيام وأقرت بانقضاء عدتها ثم ولدت لاكثر من ستة أشهر من يوم الاقرار لم يلزم الزوج، وإن لم تقر لزمه الولد إلى سنتين، وفي الخانية: امرأة قالت في عدة الوفاة لست بحامل ثم قالت من الغد أنا حامل كان القول قولها، وإن قالت بعد أربعة أشهر وعشرة أيام لست بحامل ثم قالت أنا حامل لا يقبل قولها وسيأتي في آخر الباب.

***

[٢٢٦]

قوله: (وللحامل وضعه) أي وعدة الحامل وضع الحمل لقوله تعالى * (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) * [الطلاق: ٤] أطلقها فشمل الحرة والامة المسلمة والكتابية مطلقة أو متاركة في النكاح الفاسد أو وطئ بشبهة والمتوفى عنها زوجها لاطلاق الآية. وقال ابن مسعود رضي الله عنه: من شاء بأهلته إن سورة النساء القصرى نزلت بعد التي في البقرة يريد بالقصرى * (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء) * [الطلاق: ١] وبالطولي * (والذين يتوفون منكم) * [البقرة: ٤٣٢] الآية. والمباهلة الملاعنة. وفي رواية من شاء لاعنته وفي رواية حالفته وكانوا إذا اختلفوا في أمر يقولون لعنة الله على الكاذب منا. قالوا: وهي مشروعة في زماننا كما في غاية البيان وفتح القدير. وقال عمر رضي الله عنه: لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها ويحل لها أن تتزوج. وعن علي وابن عباس رضي الله عنهم تعتد الحامل المتوفي عنها زوجها بأبعد الاجلين يعني لا بد من وضع الحمل ومضي أربعة أشهر وعشر، هذا معنى أبعد

الاجلين: وفي التفسير الكبير للامام الرازي أن الشافعي لم يقل إن آية القصرى مخصصة لآية الطولى لوجهين: الاول أن كل واحدة من هاتين الآيتين أعم من الاخرى من وجه وأخص منها من وجه، فإن الحامل قد يتوفى عنها زوجها وقد لا يتوفى، والمتوفي عنها زوجها قد تكون حاملا وقد لا تكون فامتنع أن تكون إحداهما مخصصة للاخرى. الثاني أن قوله تعالى * (وأولات الاحمال أجلهن) * إنما ورد بعد ذكر المطلقات فربما كانت في المطلقة فلهذين السببين لم يعول الشافعي رحمه الله على القرآن وإنما عول على السنة وهو حديث سبيعة الاسلمية ا ه‍. وحاصل ما في التلويح إنهما متعارضان في حق الحامل والمتوفى عنها زوجها فعلى رأي على من عدم معرفة التاريخ يثبت حكم التعارض بقدر ما تعارضا فيه فرجعنا إلى السنة، وعلى رأي ابن مسعود القائل بتأخر القصرى كانت القصرى ناسخة للطولي فيما تعارضا فيه وهي الحامل المتوفى عنها زوجها فقط ا ه‍. ما في التلويح هنا. وليس معناه كما قلناه في زوجة الفار، وقد سها صاحب المعراج ففسر أبعد الاجلين المروي عن علي رضي الله عنه بأربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض، ونقله عن فتاوى قاضيخان وإنما هذا في عدة امرأة الفار وأنه لا دخل للحيض في عدة الحامل أصلا ولهذا قال في المحيط: عن علي تعتد بأبعد الاجلين وهما الاشهر ووضع الحمل. وهكذا في فتح
***
[٢٢٧]
القدير. وإنما قالا بذلك لعدم علمهما بالتاريخ فكان ذلك أحوط، وعامة الصحابة رضي الله عنهم لما علموا التاريخ قالوا بوضع الحمل لتأخر آيته. قال القاضي في تفسيره: وهو حكم يعم المطلقات والمتوفى عنهن أزواجهن والمحافظة على عمومه أولى من المحافظة على عموم قوله تعالى * (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا) * [البقرة: ٤٣٢] لان عموم أولات الاحمال بالذات وعموم أزواجا بالعرض والحكم يتعلل ها هنا بخلافه. ثم ولانه صح أن سبيعة بنت الحارث وضعت بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: قد حللت فتزوجي. ولانه متأخر النزول فتقديمه تخصيص وتقديم الآخر بناء العام على الخاص والاول أرجح للوفاق عليه ا ه‍. وفي الدر المنثور عن ابن مسعود رضي عنه مرفوعا: نسخت سورة النساء القصرى كل عدة وأولات الاحمال أجل كل حامل مطلقة أو متوفى عنها زوجها أن تضع حملها. وأخرج عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنها نزلت بعد سبع سنين. ونقل عن أبي بن كعب وأبي سعيد الخدري رضي الله عنه وعمر وابنه وأبي هريرة وعائشة والمسور بن مخرمة رضي الله
***
[٢٢٨]
عنهم كقول ابن مسعود. ومعنى قول القاضي إن عموم أولات بالذات أن الموصول من صيغ العموم، ومعنى قوله إن عموم أزواجا بالعرض أن عمومه بدلي لا يصلح لتناول جميع الازواج في حال واحد، ومعنى قوله إن الحكم يتعلل هنا أن الحكم هنا معلل بوصف الحملية بخلاف ذلك، وقوله والاول أرجح أي التخصيص أولى من النسخ لانا إذا أخرنا آية الحمل عن آية الوفاة كانت مخصصة لآية الوفاة، وإذا قدمنا آية الحمل على آية الوفاة كانت رافعة لما في الخاص من الحكم وهو نسخ. وفي المعراج: حمل أهل العلم آية البقرة على الحوامل تخصيصا بآية القصرى والتخصيص أولى من دعوى النسخ ا ه‍. وفي البدائع: إن كان بين نزول الآيتين زمان يصلح للنسخ فينسخ الخاص المتقدم بالعام المتأخر كما هو مذهب مشايخنا بالعراق ولا يبنى العام على الخاص أو يعمل بالنص العام على عمومه ويتوقف في حق الاعتقاد كما هو مذهب مشايخ سمرقند ولا يبنى العام على الخاص ا ه‍. وذكر البقاعي في المناسبات: لما كان توحيد الحمل لا ينشأ عنه لبس وكان الجمع ربما أوهم أنها لا تحل واحدة منهما حتى تضع جمعا قال حملهن ا ه‍. وذكر الفخر الرازي أنه قرئ أحمالهن ثم قال أن يضعن حملهن ولم يقل أن يلدن لانه لو قاله لانقضت بولادة أحد الولدين ا ه‍. يعني وهو بعض الحمل فلا تنقضي حتى تضع جميع ما في البطن لان الحمل اسم لجميع ما في البطن ولهذا قال الاصوليون: لو قال إن كان حملك ذكرا فانت حرة فولت ذكرا وأنثى لا تعتق لانه اسم لجميع ما في البطن كقوله إن كان ما في بطنك ذكر. وفي البدائع: وشرط
***
[٢٢٩]
وجوبها أن يكون الحمل من نكاح، صحيحا كان أو فاسدا، ولا تجب على الحامل من الزنا لان الزنا لا يوجب العدة إلا أنه إذا تزوج

امرأة وهي حامل من الزنا جاز النكاح. وفي فتح القدير: لو تزوجت بعد الاشهر ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من المدة ظهر فساد النكاح وألحق بالميت ا هـ. فعند أبي حنيفة ومحمد لا يجوز له أن يطأها ما لم تضع كيلا يكون ساقيا ماء زرع غيره فظهر أن الحامل من الزنا لا عدة عليها أصلا، وأما الموطوءة بشبهة فعدتها بالاقراء كما سيأتي إلا إذا كانت حاملا فعدتها بوضع الحمل كما في تزوج الحامل التي من الزنا ثم طلقها فولدت انقضت عدتها عندهما بالوضع. وفي البدائع: وقد تنقضي العدة بوضع الحمل من الزنا بأن تزوجت الحامل من الزنا ثم طلقها فولدت انقضت عدتها عندهما بالوضع. ولدت وفي بطنها آخر تنقضي العدة بوضع الآخر لان الحمل اسم لجميع ما في البطن، وإذا أسقطت سقطا استبان بعض خلقه انقضت به العدة لانه ولد، وإن لم يستبن بعض خلقه لم تنقض لان الحمل اسم لنطفة متغيرة بدليل أن الساقط إذا كان علقة أو مضغة لم تنقض به العدة لانها لم تتغير فلا يعرف كونها متغيرة بيقين إلا باستبانة بعض الخلق، كذا في المحيط. وفي التتارخانية قال: إذا ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدا ثم ولدت لستة أشهر ثبت نسب الثاني أيضا وانقضت به العدة ولا يجب به العقر. وفي الكافي للحاكم: قال لها كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدين في بطن واحد طلقت بالاول وانقضت العدة بالآخر ولا يقع به طلاق، ولو ولدت ثلاثة في بطن وقعت طلقتان وانقضت العدة بالثالث، ولو كان بين الولدين ستة أشهر ولم تقر بانقضاء العدة طلقت ثلاثا وتعتد بالاقراء بعد الثالث ا هـ. وفي الخانية: طلقها رجعيا فتزوجت في العدة ثم طلقها الثاني فجاءت بولد لاكثر من سنتين من طلاق الاول ولستة أشهر من طلاق الثاني فإن الولد للثاني، ولو تزوجت المنعي إليها زوجها ثم ولدت أولادا ثم جاء الزوج الاول حيا كان الامام أبو حنيفة يقول: الاولاد للاول ثم رجع عنه وقال للثاني وعليه الفتوى. ا هـ منتفي. قال محمد في نوادر ابن رستم: لو خرج من قبل الرأس نصف البدن غير الرأس أو خرج من قبل الرجلين نصف البدن غير الرجلين انقضت به العدة وفسر فقال: النصف من البدن هو من أليتيه إلى منكبيه ولا يعتد بالرأس ولا بالرجلين. وقال في الهارونيات: لو خرج أكثر الولد لم تصح الرجعة وحلت للازواج. وقال مشايخنا: لا تحل للازواج أيضا لانه قام مقام الكل في حق انقطاع الرجعة

***

[٢٣٠]

احتياطا ولا يقوم مقامه في حق حلها للازواج احتياطا. وفي نوادر ابن سماعة: لو جاءت المبانة المدخولة بولد فخرج رأسه لاقل من سنتين وخرج الباقي لاكثر من سنتين لم يلزمه حتى يخرج الرأس ونصف البدن لاقل من سنتين ويخرج الباقي لاكثر من سنتين أو يخرج من قبل الرجلين الاكثر من البدن لاقل من سنتين ويخرج ما بقي لاكثره، ولو خرج الرأس فقتله إنسان وجبت الدية ولا يجب القصاص، وكذلك في أذنيه، ولو قطع الرجلين قبل الرأس وجبت الدية. وفي نوادر ابن هشام: قال لجاريته أنت حرة وقد خرج رأس الولد مع نصف البدن لا تعتق حتى يخرج النصف سوى الرأس. ا هـ. ما في المحيط. والحاصل أن خروج الاكثر كالكل في جميع الاحكام إلا في حلها للازواج على قول المشايخ، وخروج الرأس فقط أو مع الاقل لا اعتبار به فلا تنقضي به العدة ولا يثبت نسب من المبانة إذا كان لاقل من سنتين والباقي للاكثر، ولا قصاص بقطعهما ودليل مسألة العتق في المحيط محرفة من الكاتب. وحاصلها أن الحمل يتبع الام في العتق فإذا أعتقت بعد خروج بعضه، فإن خرج الاكثر أو النصف لا يتبعها، وإن خرج الاقل يتبعها. وفي المحيط أيضا: تزوج بامرأة فجاء بسقط بعد أربعة أشهر إلا يوما لم يجز النكاح إن كان قد استبان خلقه لانه لا يستبين خلقه إلا في مائة وعشرين يوما أربعين يوما نطفة وأربعين علقة وأربعين مضغة ثم ينفخ فيه الروح، وإن سقط لاربعة أشهر تامة فهو من الزوج والعمل على مائة وعشرين يوما، وإن تزوجها في عشر من الشهر فخمسة أشهر بالاهلة وعشرين يوما من السادس في لزوم الولد ا هـ. وفي الخانية: المتوفي عنها زوجها إذا ولدت لاكثر من سنتين من وقت الموت يحكم بانقضاء عدتها قبل الولادة بستة أشهر وزيادة فتجعل كأنها تزوجت بزوج آخر بعد انقضاء عدتها وحبلت من الثاني ا هـ. والحاصل أن السقط الذي استبان بعض خلقه يعتبر فيه أربعة أشهر وتام الخلق ستة أشهر، كذا في المجتبى. وفي التتارخانية: المعتدة عن وطئ بشبهة إذا حبلت في العدة ثم وضعت انقضت عدتها. وفي البزازية: لو قالت المعتدة ولدت لا يقبل قولها بلا بينة فإن طلب يمينها بالله لقد أسقطت سقطا مستبين الخلق حلفت اتفاقا ا هـ. قوله: (وزوجة الفار أبعد الاجلين) أي وعدة المطلقة بائنا في مرض موته بغير رضاها عدة الوفاة وعدة الطلاق فالمراد بأبعد الاجلين مضي أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض حتى لو مضت هذه المدة ولم تحض ثلاثا كانت في العدة حتى تحيض ثلاثا، ولو حاضت ثلاثا قبل تمام هذه

المدة لم تنقض حتى تتم كما ذكره في الخانية والعناية. واعترضه في فتح القدير بأنه مقصر لانه لا يصدق إلا إذا كانت الاربعة الاشهر وعشرا بعد من الثلاث حيض وحقيقة
***
[٢٣١]
الحال أنها لا بد أن تتربص الاجلين ا ه‍. وجوابه أنه لا بأس بعد التصريح بالمراد فلا تقصير. وفي المجتبى يعني بأبعد الاجلين عدة الوفاة إن كانت أطول وعدة الطلاق إن كانت أطول. قلت: ويعتبر الحيض من وقت الطلاق لا الوفاة ا ه‍. فعلى هذا قول من فسره بالاربعة الاشهر والعشر فيها ثلاث حيض مشكل لانه يقتضي أنه لا بد أن تكون الحيض كلها في عدة الوفاة، وعلى ما في المجتبى لو حاضت حيضتين قبل وفاته ولم تحض بعد وفاته إلا واحدة ومضت عدة الوفاة كفى بخلاف ما في الخانية. قيدنا بكونه بائنا لانه لو طلقها رجعيا فعدتها عدة الوفاة، سواء طلقها في الصحة أو في المرض بطريق انتقال عدة الطلاق إلى عدة الوفاة وترث منه. وقيدنا بكونه في مرض موته لانه لو طلقها بائنا في صحته لم تنتقل ولا ترث، وما ذكره المصنف قولهما. وقال أبو يوسف: عدتها ثلاث حيض لان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلاث حيض، وإنما تجب عدة الوفاة إذا زال النكاح بالوفاة إلا أنه بقي في حق الارث لا في حق تغيير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح باق من كل وجه. ولهما أنه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما، كذا في الهداية. وأورد على قولهما لو ارتد زوج المسلمة فمات أو قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وعدتها بالحيض فقد بقي في حق الارث ولم يبق في حق العدة فكذا في زوجة الفار. والجواب منع حكم المسلمة بل يلزمها عدة الوفاة على ما أشار إليه الكرخي فهو على الاختلاف، وقيل عدتها بالحيض إجماعا لان النكاح ما اعتبر باقيا إلى وقت الموت في حق الارث لان المسلمة لا ترث الكافر فيستند استحقاقه إلى وقت الردة. وقد استفيد بما ذكرناه أن وضع المسألة فيما إذا لم تحض ثلاثا قبل موته، أما إذا حاضت ثلاثا قبل موته فقد انقضت عدتها ولم تدخل تحت
***
[٢٣٢]
المسألة لانه لا ميراث لها إلا إذا مات قبل انقضاء العدة، وقد أشكل ذلك على بعض حنفية العصر لعدم التأمل. وفي فتح القدير: وهذا الحكم ثابت في صور: إحداها هذه. والثانية إذا قال لزوجتيه أو زوجاته إحداكن طالق بائن ومات قبل البيان فعلى كل واحدة الاعتداد بأبعد الاجلين، ولو بين في إحداهما كان ابتداء العدة من وقت البيان. والثالثة إذا مات زوجها وسيدها ولم يدر أيهما مات أولا وعلم أن بينهما شهرين وخمسة أيام فصاعدا ا ه‍. ولا بد من تقييد المسألة الاولى بأن يكون قد دخل بهما فلو لم يدخل بهما اعتدتا بعدة الوفاة فقط، ولو دخل بإحداهما دون الاخرى ينبغي أن تعتد المدخولة بأبعد الاجلين وغيرها بعدة الوفاة، ولا بد من كونهما من ذوات الاقراء لانهما لو كانتا لا تحيض فعدة الوفاة، وإن كانت إحداهما تحيض والاخرى لا فعلى التي تحيض أبعد الاجلين والاخرى عدة الوفاة، هذا ما فهمته ولم أره صريحا. والحاصل أن المرأة لا تعتد بأبعد الاجلين إلا في ثلاث مسائل، وينبغي أن يزاد رابعة على قول محمد ذمي أسلم وتحته أختان أو أكثر من أربع أو أم وبنتها ومات بلا بيان فإن محمدا يخيره، وهما أبطلا نكاح الكل حيث لم يعلم الآخر كما في المجمع ولم أر من نبه عليه. قوله: (ومن عتقت في عدة الرجعي لا البائن والموت كالحرة) أي وعدة الامة إذا أعتقت وهي معتدة عن طلاق رجعي كعدة الحرة في الابتداء فتتغير عدتها إلى عدة الوفاة، فإن كانت من ذوات الاقراء صارت عدتها ثلاثة حيض وإلا فثلاثة أشهر بخلاف ما إذا كانت معتدة عن بائن أو وفاة فإن عدتها لا تتغير لبقاء النكاح في الرجعي من كل وجه وزواله في البائن والموت. قيد بالعدة لان الامة لو آلى منها ثم أعتقت انتقل مدة إيلائها إلى مدة الحرائر لان البينونة ليست من أحكام الايلاء في الابتداء لانها لا تثبت إلا بعد المدة فكانت الزوجية قائمة للحال فأشبه الطلاق الرجعي. وفي فتح القدير: وقد صور الانتقال إلى جميع كميات العدة البيسطة وهي أربعة: صورتها أمة صغيرة منكوحة طلقت رجعيا فعدتها شهر ونصف
***
[٢٣٣]
فلو حاضت في أثنائها انتقلت إلى حيضتين، فلو أعتقت قبل مضيهما صارت ثلاث حيض، فلو مات زوجها انتقلت إلى أربعة أشهر وعشر ا ه‍ وفيه نظر، لان هذه الصورة لم يجتمع فيها جميع كميات العدة أي عددها البسيطة لان عدة الآيسة من جملة كميات العدة

البسيطة ولم يذكرها ولذا قال في الخانية: وقد يجب على المرأة أربع عدد ولو ذكر كذلك لسلم. وحاصل مسائل انتقال العدة مسائل: الاولى صغيرة اعتدت فبلغت في خلالها تستقبل بالحيض، مبتوتة كانت أو رجعية. الثانية آيسة حاضت في أثناء الشهور أو حبلت تستقبل بالحيض أو بالوضع. الثالثة اعتدت بحيضة أو حيضتين ثم ارتفع حيضها لا تخرج من العدة ما لم تيأس فإذا أيست استقبلتها بالاشهر. الرابعة آيسة اعتدت بالاشهر ثم حاضت وستأتي. الخامسة أعتقت الامة بعد الطلاق أو الموت وقد قدمناها. السادسة مات زوج الحرة المطلقة في عدتها وقد قدمناها في زوجة الفار. قوله: (ومن عاد دمها بعد الاشهر الحيض) أي وعدة من اعتدت بالاشهر لاياسها ثم رأت دم الحيض فينتقض ما مضى من عدتها وعليها أن تستأنف العدة بالحيض، ومعناه إذا رأت الدم على العادة لان عوده يبطل إياسها وهو الصحيح فظهر أنه لم يكن خلفا، وهذا لان شرط الخلفية تحقق اليأس وذلك باستدامة العجز إلى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني، كذا في الهداية. وظاهره فساد الانكحة المباشرة قبل رؤية الدم وعبده وهو لازم الانتقاض كما في فتح القدير. واختلفوا في معنى قوله إذا رأت الدم على العادة فقيل معناه إذا كان سائلا كثيرا احترازا عما إذا رأت بلة يسيرة، وقيل معناه ما ذكر وأن يكون أحمر أو أسود، فلو كان أصفر أو أخضر أو تربية لا يكون حيضا، وقيل معناه أن يكون على العادة الجارية حتى لو كان عادتها قبل الاياس أصفر فرأته كذلك انتقض. هكذا حكى الاقوال في فتح القدير من غير ترجيح، وصرح في المعراج بأن الفتوى على القول الاول. وشمل إطلاق المصنف كالهداية ما إذا رأت قبل الحكم بإياسها أو بعده وهذا الاطلاق بجملته مختار صاحب الهداية وهو أحد الاقوال. وحاصله ينتقض مطلقا، وسواء كان بعد الشهور أو في أثنائها، ولكن عبارة المصنف فيما إذا كان بعد الاشهر. الثاني لا ينتقض مطلقا واختاره الاسبيجابي. الثالث ينتقض إن رأته قبل تمام الاشهر وإن كان بعدها فلا وبه أفتى الصدر الشهيد، وفي المجتبي وهو الصحيح المختار للفتوى. الرابع تنتقض على رواية عدم التقدير للاياس التي هي ظاهر الرواية فإنما ثبت الامر على ظنها فلم حاضت تبين خطؤها، ولا ينتقض على رواية

***

[٢٣٤]

التقدير له واختاره في الايضاح، واقتصر عليه في الخانية، وجزم به القدوري والجصاص ونصره في البدائع. الخامس تنتقض إن لم يكن حكم بإياسها وإن حكم به فلان كان يدعي أحدهما فساد النكاح فيقضي بصحته وهو قول محمد بن مقاتل وصححه في الاختيار. السادس تنتقض في المستقبل فلا تعتد إلا بالحيض للطلاق بعده لا للماضي فلا تفسد الانكحة المباشرة بعد الاعتداد بالاشهر. وصححه في النوازل فقد تحرر أن فيها ستة أقوال مصححة فيجب النظر فيما ثبت عن صاحب المذهب الامام الاعظم رضي الله عنه. وقد صرح الاقطع وتبعه في غاية البيان بأن ظاهر الرواية القول بالانتقاض مطلقا وهو مختار صاحب الهداية فتعين المصير إليه ولكنه مبني على اشتراط تحقق اليأس في خلفية الاشهر بالنص وإن تحقق اليأس لا يكون إلا باستدامة الانقطاع إلى الممات. وضعفه في فتح القدير بمنع قوله وذلك باستدامة العجز إلى الممات إلى آخره بناء على أن اليأس حقيقة اعتقاد عدم الوقوع أبدا لا العلم بعدم وجوده. وفي القاموس: اليأس القنوط وهو ضد الرجاء وقطع الامل ا ه. ويمكن أن يقال إن في المسألة ثمانية أقوال: الخمسة الاخيرة والثلاثة المذكورة في تفسير قول صاحب الهداية إن رأت الدم على العادة. ثم اعلم أنه لا تقدير لسن الاياس في ظاهر الرواية. وإياسها على هذا أن تبلغ من السن ما لا يحيض فيه مثلها وذلك يعرف بالاجتهاد والمماثلة في تركيب البدن والسمن والهزال، وفي رواية فيه تقدير. قال الصدر الشهيد: المختار خمس وخمسون سنة وعليه أكثر المشايخ، وفي المنافع وعليه الفتوى، كذا في المعراج. ثم قال بعده قال ابن مقاتل: حده خمسون سنة وهو مروي عن عائشة رضي الله عنها وعليه الفتوى. وقيل ستون، وقيل لا تلد لستين إلا قرشية. وقال الصفار: سبعون سنة. وقدر محمد في الروميات خمسا وخمسين سنة، وفي غيرهن ستين وعنه سبعين وفي الخانية: لا فرق بين الرومية وغيرها وهو خمس وخمسون سنة وعليه الفتوى. وفي الاختيار: المرأة إذا لم تحض أبدا حتى بلغت مبلغا لا يحيض فيه أمثالها غالبا حكم بإياسها. وذكر في الجامع الصغير إذا بلغت ثلاثين سنة ولم تحض حكم بإياسها. وفي القنية: طلق المدخول بها وعمرها خمس وخمسون سنة ثم مضى عليها أربعة أشهر لا تحيض ليس له أن يتزوج بنت أخيها حتى تنقضي مدة الحبل ثم ثلاثة أشهر للاحتياط ا ه.

***

[٢٣٥]

قوله: (والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة وأم الولد الحيض للموت وغيره) أي عدة هؤلاء ثلاث حيض في الحرة التي تحيض، وحيضتان في الامة، ووضع الحمل إن كانت حاملا، والاشهر إن كانت آيسة، وتركه لظهوره وفهمه مما قدمه، ولو صرح به لكان أولى. وإنما كان كذلك لانها وجبت لتعرف براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح إذ لا نكاح صحيح. والحيض هو المعرف وإنما لم يكتف بحيضة كالاستبراء لان الفاسد ملحق بالصحيح، وعدة الوفاة إنما وجبت لاظهار الحزن على فوات زوج عاشرها إلى الموت ولا زوجية. وشمل قوله وغيره الفرقة في النكاح الفاسد وهي إما بتفريق القاضي أو بالمتاركة، وابتداؤها من وقت الفرقة، وفي الموت من وقت الموت. ودخل تحت النكاح الفاسد النكاح بغير شهود ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل عند الامام خلافا لهما وقد مرت المسألة في كتاب النكاح. ومثال الموطوءة بشبهة أن تزف إليه غير امرأته والموجودة ليلا على فراشه إذا دعاها فأجابته. وفي كتب الشافعية إذا أدخلت منيا فرجها ظنته مني زوج أو سد وجبت العدة عليها كالموطوءة بشبهة ولم أره لاصحابنا والقواعد لا تأباه لان وجوبها لتعرف براءة الرحم كما سيأتي في الحدود، ووجوبها بسبب أن الشبهة تقام مقام الحقيقة في موضع الاحتياط وإيجاب العدة من باب الاحتياط ولا حداد عليها في هذه العدة لما سيأتي. وللموطوءة بشبهة أن تقيم مع زوجها الاول ونفقتها وسكناها على زوجها الاول لان النكاح بينهما قائم إنما حرم الوطئ، وليس لها أن تخرج إلا بإذن زوجها الاول فإن أذن لها فلها أن تخرج وإن لم تنقض عدتها ذكره القاضي الاسبيجابي. ومراده إذا لم تكن راضية بالوطئ، أما إذا كانت راضية عالمة فلا نفقة لها ولهذا قال في الخانية: المنكوحة إذا تزوجت رجلا ودخل بها الثاني ثم فرق بينهما لا يجب على الزوج الاول نفقتها ما دامت في العدة لانها لما وجبت العدة عليها صارت ناشزة اه. وقيد الوطئ بشبهة لانه لو تزوج امرأة الغير عالما بذلك ودخل بها لا تجب العدة عليها حتى لا يحرم على الزوج وطؤها وبه يفتى لانه زنا والمزني بها لا تحرم على زوجها. وفي شرح المنظومة: إذا زنت المرأة لا يقربها زوجها حتى تحيض لاحتمال علوقها من الزنا فلا يسقي ماء زرع غيره اه. ويجب حفظه لغرابته بخلاف ما إذا لم يعلم كما في الذخيرة والخانية. وفي فتح القدير أول الباب فرع: تنقضي عدة الطلاق البائن والثلاث بالوطئ المحرم بأن وطئها وهي معتدة عالما بحرمتها بخلاف ما لو ادعى الشبهة أو كان منكرا طلاقها فإنها تستقبل العدة اه. والباء في قوله بالوطئ المحرم بمعنى مع أي مع الوطئ المحرم كقولك اشتريت

***

[٢٣٦]

الفرس بسرجه. هذا هو المراد وليس الوطئ المحرم سببا لانقضاء ولا آلة له. وقيد بالنكاح الفاسد لان المنكوحة نكاحا موقوفا كنكاح الفضولي لا تجب فيه العدة قبل الاجازة لان النسب لا يثبت فيه لانه موقوف فلم ينعقد في حق حكمه فلا يؤثر شبهة الملك والحل والعدة وجبت صيانة للماء المحترم عن الخلط واحترازا عن اشتباه الانساب، كذا في الاختيار والمحيط وهو مشكل مخالف للرواية فقد نقل الزيلعي في النكاح الفاسد ما نصه: وذكر في كتاب الدعوى من الاصل إذا تزوجت الامة بغير إذن مولاها ودخل بها الزوج وولدت لستة أشهر منذ تزوجها فادعاه المولى والزوج فهو ابن الزوج. فقد اعتبره من وقت النكاح لا من وقت الدخول ولم يحك خلافا. قال الحلواني: هذه المسألة دليل على أن الفراش ينعقد بنفس العقد في النكاح الفاسد خلافا لما يقوله البعض إنه لا ينعقد إلا بالدخول اه. فهو صريح في ثبوت النسب فيه ويتبعه وجوب العدة فكان ما في المحيط والاختيار سهوا. وفي الخانية: أم ولد تزوجت بغير إذن المولى فولدت لستة أشهر فصاعدا من وقت النكاح فادعاه المولى والزوج فإن الولد يكون للزوج في قولهم جميعا اه. وأما عدة أم الولد فلانها وجبت بزوال الفراش فأشبه عدة النكاح، وفراش أم الولد وإن كان أضعف من فراش المنكوحة إلا أنهما يشتركان في أصل الفراش والمحل محل الاحتياط فالحق القاصر بالكامل احتياطا. وفي كافي الحاكم: لو أعتق أم ولده لا نفقة لها في عدته وإمامنا فيه عمر رضي الله عنه فإنه قال: عدة أم الولد ثلاث حيض. ودخل تحت قوله وغيره عتقها وهو مقيد بأن تكون من ذوات الحيض، فإن كانت من ذوات الاشهر ومات مولاها أو أعتقها فعدتها ثلاثة أشهر كما ذكرناه، وإن كانت حاملا فوضع الحمل كما في الخانية، وبأن لا تكون منكوحة ولا معتدة لزوج، فإن كانت لا عدة عليها من المولى إجماعا لانه لا فراش لها من المولى ووجوب العدة بزواله. والتحقيق أن يقال: الشرط في وجوب عدة المولى أن لا تحرم عليه بسبب من الاسباب وأسباب الحرمة عليه ثلاثة: نكاح الغير وعدته والثالث تقبيل ابن المولى. فلا عدة عليها بموت المولى أو إعتاقه بعد تقبيل ابنه كما في الخانية قال: ولذا لو أتت بولد بعد حرمتها لستة أشهر لا يثبت نسبه

ما لم يدعه اهـ. فلو طلقها بعد الاعتاق عليها عدة الحرائر وبانقضاء عدة النكاح تعود عدة المولى ثلاث حيض، ولو مات المولى والزوج ولا يدري الاول فهي على ثلاثة أوجه: الاول أن يعلم أن بين موتهما أقل من شهرين وخمسة أيام فعليها أن تعتد بأربعة أشهر وعشر لان المولى إن كان مات أولا ثم مات الزوج وهي حرة فلا يجب بموت المولى شئ وتعتد للوفاة عدة الحرة، وإن كان الزوج مات أولا وهي أمة لزمها شهران وخمسة أيام ولا يلزمها بموت المولى شئ لانها معتدة الزوج، ففي حال يلزمها أربعة أشهر وعشر، وفي حال نصفها فلزمها الاكثر احتياطا، ولا تنتقل عدتها على الاحتمال. الثاني لما قدمنا أنها لا تنتقل في الموت الثاني أن يعلم أن بين موتيهما شهرين
***
[٢٣٧]
وخمسة أيام فعليها أن تعتد بأربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض احتياطا لان المولى إن كان مات أولا لم تلزمها عدته لانها منكوحة وبعد موت الزوج يلزمها أربعة أشهر وعشر لانها حرة، وإن مات الزوج أولا لزمها شهران وخمسة أيام وقد انقضت عدتها منه لانها مصورة أن بينهما هذه أو أكثر، فموت المولى بعده يوجب عليها ثلاث حيض فتجمع بينهما احتياطا. الثالث أن لا يعلم كم بين موتيهما ولا الاول منهما فكالاول عنده، وكالثاني عندهما، كذا في المعراج وغيره. وقيد بأم الولد لان المديرة والامة إذا أعتقت أو مات سيدها لا عدة عليهما بالاجماع كما ذكره الاسبيجابي. وفي فروق الكرابيسي: المعتدة في عدة الزوج تغسل زوجها ولا تغسل مولاها في عدته إذا كانت أم ولد لانها ليست عدة النكاح بل هي استبراء اهـ. ومما يتعلق بأم الولد حكاية لطيفة ذكرها في المعراج لما أخرج شمس الائمة من السجن زوج السلطان أمهات الاولاد من خدامه الاحرار فسأل العلماء عن هذه فقالوا: نعم ما فعلت فقال شمس الائمة له: أخطأت لان تحت كل خادم حرة وهذا تزوج الامة على الحرة فقال السلطان: اعتقهن وأجدد العقد. فسأل العلماء فقالوا: نعم ما فعلت. فقال شمس الائمة له: أخطأت لان العدة تجب عليهن بعد الاعتاق فكان تزويج المعتدة من الغير، فأنسى الله تعالى العلماء الجواب في هاتين المسألتين ليظهر فضل شمس الائمة اهـ. ولكن حكاها محب الدين بن الشحنة فيما كتبه على الهداية على غير هذا لوجه وهو أنه لما خطأه في الثانية أغراه عليه القاضي فحبسه وأن هذا كان سبب حبسه. وأن القاضي حينئذ كان فخر الاسلام البزدوي، وأن طلبته وعلماء عصره لا ينقطعون عنه ولا يتركون الاشتغال عليه فمنعوا عنه كتبه فأملى المبسوط من حفظه. وقيل: كان سبب حبسه أن السلطان أراد أن يأخذ من الرعية مظلمة كبيرة ثم ترك بعضها فمدحه القاضي فأنكر عليه شمس الائمة فقال: لا يمدح إذا ترك جميعه فكيف بترك بعضه؟ فحبسه. وحكى شمس الائمة في المبسوط واقعة مناسبة للموطوءة بشبهة دالة على أفضلية الامام رضي الله تعالى عنه على علماء زمانه هي: رجل زوج ابنيه بنتين وعمل الوليمة وجمع العلماء وفيهم أبو حنيفة رضي الله عنه لكنه لم يكن حينئذ من المشهورين، ففي أثناء الليل سمعوا ولولة النساء فأخبروا انهن غلطن فأدخلت زوجة كل أخ على أخيه فسألوا العلماء فأجابوا بأن كل واحد يجتنبها حتى تنقضي عدتها فتعود إلى زوجها فعسر ذلك الجواب فقال الامام رضي الله عنه: يطلق كل زوجته ويعقد على موطوءته ويدخل عليها للحال لانه صاحب العدة بعد ما سأل كل واحد من الاخوين عن مراده فقال كل مرادي موطوءتي لا المعقود عليها فرجع العلماء إلى جوابه. ثم رأيت بعد ذلك أن أعود إلى شرح المسألة الخلافية في أم الولد إذا لم تعلم كم بين موتهما توضيحا للطلاب فقال في شرح المجمع وقالا: يجمع بين العدتين احتياطا لجواز أن يكون المولى مات أولا فعتقت ثم مات الزوج فوجب عليها عدة
***
[٢٣٨]
الوفاة، وجواز أن يكون الزوج مات أولا وانقضت شهران وخمسة أيام ثم مات المولى فيجب ثلاث حيض. وهذا لان موت المولى سبب للاعتداد بثلاث حيض وقيام حق الزوج مانع وقد وقع الشك في بقاء المانع فوجب حكم السبب احتياطا لها كما لو تزوج بنتين في عقدة وثلاثا في عقدة وأربعا في عقدة ومات مجهلا فإن العدة تجب على الجميع لوجود السبب ووقوع الشك في المانع في حق التفريق وهو تقديم نكاح فريق آخر بخلاف ما إذا وقع الشك في السبب فإنه لا يحتاط لاثبات الحكم لتعذر ثبوت الحكم بدون السبب كما إذا قال إن لم أفعل كذا فأنت طالق ثم مات ولا يعلم وجد الشرط أم لا فإنها لا تعتد عدة الطلاق لوقوع الشك في السبب لانه ينعقد عند وجود الشرط ووجوده مشكوك فيه، وله أن الواقع ليس إلا للاحتمال إلا أن أحد الاحتمالين ثابت والاحتمال الآخر محتمل. بيان هذا أن موت الزوج بعد المولى يوجب الاعتداد بعدة الوفاة قطعا وهذا الاحتمال ثابت، واحتمال موت الزوج قبل موت المولى

ليس بموجب الاعتداد بثلاث حيض قطعا لجواز أن يكون موت المولى بعد الزوج قبل انقضاء شهرين وخمسة أيام فلا يجب، وجواز أن يكون بعد انقضاء هذه المدة فتجب فيها فالاحتمال ثابت على أحد التقديرين دون الآخر فكان الاحتمال الثابت قطعا قائما مقام الحقيقة عملا بالاحتياط، ولا يقام احتمال وجوب العدة عن المولى لان شبهة الشبهة ساقطة الاعتبار بالاجماع بخلاف وجوب العدة على أولئك النساء لثبوت احتمال وجوب العدة عليهن لان نكاح كل فريق إما أن يكون متقدما أو لم يكن، فإن تقدم وجبت العدة قطعا وإلا لا تجب قطعا فيكون الاحتمال ثابتا فيلحق بالحقيقة اه‍. وقال في فتح القدير بعد الدليلين: ولا يخفى أنه مشترك الالزام. وفي الكافي للحاكم الشهيد: إن قولهما احتياط. وفي فتح القدير: إن الاحتياط إنما يكون بعد ظهور السبب لانه العمل بأقوى الدليلين. ثم قال في الكافي: ولا ميراث لها من زوجها لاني لم أعلم أنها كانت حرة يوم موته اه‍. وفيه: ولا فرق بين كون طلاقها رجعيا أو بائنا في الوجوه كلها. وفيه أيضا: لو مات عن أم ولده أو أعتقها فجاءت بولد ما بينها وبين سنتين لزمه، وإن جاءت به لاكثر من سنتين لم يلزمه إلا أن يدعيه فإن ادعاه لزمه اه‍. وفي الخانية: أم ولد أعتقها مولاها أو مات ولزمتها العدة ثم تزوجت في العدة فجاءت بولد لسنتين من حين مات المولى أو أعتق ولستة أشهر منذ تزوجت وادعياه معا كان للمولى في قولهم لمكان العدة التي كانت. قوله: (وزوجة الصغير الحامل عند موته وضعه والحامل بعده الشهور) أي عدتها وضع الحمل إذا أتت به لاقل من ستة أشهر من وقت موته، وعدتها الشهور إذا أتت به لستة أشهر فأكثر أي عدة الوفاة أربعة أشهر وعشر، والحامل صفة زوجة وهو نعت مخصوص بالاناث كحائض ولهذا لم يؤنث. وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وأوجب أبو يوسف عدة الوفاة في الحالين لان الحمل ليس ثابت النسب منه فاستوى الموجود عند الموت والحادث بعده. ولهما

***

[٢٣٩]

إطلاق قوله تعالى * (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) * [الطلاق: ٤] ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في أولات الاحمال، قصرت المدة أو طالت، لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح، وهذا المعنى يتحقق في حق الصبي وإن لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا يتغير بحدوث الحمل الحادث بعده وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا، كذا في الهداية. واختلفوا في الموجود والحادث فالصحيح في تفسيرهما ما قدمناه من أن الحادث أن تأتي به بعد موته لستة أشهر من يوم الموت وهو قول عامة المشايخ. وقال بعضهم: أن تضعه لاكثر من سنتين والاول أصح، كذا في العناية معزيا إلى النهاية. وأما تفسير قيامه عند الموت أن تلده لاقل من ستة أشهر من وقت الموت، كذا في الفوائد الظهيرية. ولم أر صريحا حكم دخول الصبي في النكاح الصحيح والفاسد في وجوب العدة وقد صرحوا بفساد خلوته وبوجوب العدة بالخلوة الفاسدة الشاملة لخلوة الصبي، وإنما الكلام فيما إذا أولج فيها في مكان ليس بخلوة هل تجب به العدة لو بلغ وطلقها. ثم رأيت في شرح النكاح الفاسد من هذا الكتاب أني نقلت وجوب العدة عليها إذا وطئها الصبي بنكاح فاسد وفي وجوب المهر عليه بالوطئ تفصيل فليرجع إليه. فعلم به أن دخوله في الصحيح موجب للعدة عليها بالاولى وخلوته كدخوله فيها، فحاصله أن الزوج الصبي كالبالغ في الصحيح والفاسد وفي الوطئ بشبهة في الوفاة والطلاق والتفريق ووضع الحمل كما لا يخفى فليحفظ. ثم رأيت في القنية ما نصه: تجب العدة بدخول زوجها الصبي المراهق وفي آحاد الجرجاني في قول أبي حنيفة وأبي يوسف أن المهر والعدة واجبان بوطئ الصبي، وفي قول محمد تجب العدة دون المهر ثم قال: ولا خلاف بينهم لانهما أجابا في مراهق يتصور منه الاعلاق، ومحمد أجاب فيمن لا يتصور منه الاعلاق لان ذكره في حكم أصبعه. وفي نظم الزندوستي: زنت العاقلة البالغة بصبي أو مجنون لا حد عليهما وعليها العدة ولا مهر لها اه‍. ولهذا صور المسألة الحاكم الشهيد في الكافي فيما إذا كان رضيعا. قال في الهداية: ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث لها الحمل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما اه‍. ومراده بقوله إذا حدث ظهوره بعد الموت فهو كالظاهر عنده تبعا لثبوت النسب منه ولذا قيدناه بأن تلده لاقل من سنتين، أما إذا ولدته لسنتين فأكثر من موته كانت عدتها بالشهور للتيقن بحدوثه عند الموت حقيقة وحكما لانه غير ثابت النسب وعند التأمل لا معنى للايراد المجاب عنه بما ذكر أصلا، كذا في فتح القدير. وفي المجتبى: حبلت المطلقة فعدتها بالوضع، وكذا لو تزوجت في عدة الوفاة وحبلت وعنه خلافه بخلاف عدة الطلاق. وفي الايضاح: حبلت في عدة الوفاة فعدتها بالشهور وإن حبلت معتدة عن ثلاث فعدتها بالوضع اه‍. وفي كافي الحاكم: إن مات المجنون عن امرأته

***
[٢٤٠]
كان حكمه في العدة والولد حكم الرجل الصحيح. وفي الخانية قبيل المهر: زوج أمته من رضيع ثم جاءت بولد فادعاه المولى ثبت نسبه لانه أقر بنسب من يملكه وليس له نسب معروف، ولو كان الزوج مجبوبا لم يثبت النسب من المولى لانه ثابت النسب من الزوج وعلى الزوج كل المهر لمكان الدخول حكما اه. والحق أن قول أبي يوسف موافق لقولهما وإنما هي رواية شاذة عنه موافقة للشافعي وهو رواية عن الامام أيضا كما حققه في فتح القدير وفيه: وعلى هذا الخلاف إذا طلق الكبير امرأته فأتت بولد غير سقط لاقل من ستة أشهر من وقت العقد بأن تزوجها حاملا من الزنا ولا يعلم الحال وإنما وضعت كذلك بعد الطلاق تعتد بالوضع عندهما خلافا له. وإنما قلنا ولا يعلم ليصح كونه على هذا الخلاف لانه لو علم لا يصح العقد عند أبي يوسف لانه يمنع العقد على الحبلى من الزنا بخلاف ما إذا لم يعلم فإنه وإن لم يصححه لكن يوجب من الوطئ فيه العدة لانه شبهة فيقع الخلاف في أنها بالوضع أو بالاشهر اه. وفي البدائع: وقال أبو يوسف ومحمد في زوجة الكبير تأتي بولد بعد موته لاكثر من سنتين وقد تزوجت بعد مضي أربعة أشهر وعشر إن النكاح جائز لان إقدامها على النكاح إقرار منها بالانقضاء ولم يرد ما يبطل ذلك. قوله: (والنسب منتف فيهما) أي في الموجود وقت الموت والحادث بعده لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق، ولا يرد ثبوت نسب ولد امرأة المشرقي من المغربية لان النكاح إنما أقمناه مقام العلوق لتصوره حقيقة وهو غير متصور هنا حقيقة فافترقا. وظاهر إطلاقهم دخول المراهق وينبغي أن يثبت النسب احتياطا إلا أن لا يمكن بأن جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت العقد كما في فتح القدير، ولهذا صور المسألة الحاكم الشهيد في الكافي بما إذا كان رضيعا ودل كلامهم في زوجة الصغير أن الحامل من الزنا إذا تزوجت ثم مات عنها زوجها فعدتها بوضع الحمل كما صرح به في المعراج معزيا إلى قاضيخان وقدمنا أن الحامل من الزنا لا عدة عليها عندهما ولذا صحا نكاحها لغير الزاني وإن حرما الوطئ. وإنما الكلام فيما إذا تزوجت على قول أبي حنيفة ومحمد وهي حامل من الزنا ثم طلقها أو مات عنها فإنها تعتد بوضع الحمل. وفي كافي الحاكم الشهيد في عدة امرأة الصغير إذا مات وهي حامل فإن عدتها بوضع الحمل قال لانه مات وهي حامل وإن كان من فجور، والخصي كالصحيح في الولد والعدة وكذلك المجبوب إذا كان ينزل وإن لم ينزل لم يلزمه الولد فكان بمنزلة الصبي في الولد والعدة قوله: (ولم تعتد بحيض طلقت فيه) للزوم النقص عن المقدر شرعا لو اعتد بها وهذا بالاجماع بخلاف الطهر الذي وقع فيه الطلاق فإنه محسوب عند مالك والشافعي، وقد أورد عليهما لزوم النقصان عن
***
[٢٤١]
الثلاثة فأورد علينا لزوم الزيادة عليها والخاص، كما لا يحتمل النقصان لا يحتمل الزيادة. وأجيب عنه بأنا لم نعتبر ذلك الزائد أصلا فلا زيادة على الخاص والحاصل لا اعتبار بالناقص لا ابتداء ولا انتهاء. قوله: (وتجب عدة أخرى بوطئ المعتدة بشبهة وتداخلتا والمرئي منهما وتتم الثانية إن تمت الاولى) لان المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فيتداخلان ومعنى العبادة فيها تابع، ألا ترى أنها تنقضي بدون علمها ومن غير تركها الكف. أطلق الوطئ بشبهة فشمل المطلق وغيره حتى لو حاضت المطلقة حيضة ثم تزوجت بآخر ووطئها، وفرق بينهما ثم حاضت حيضتين بعد التفريق انقضت عدة الاول وحل للثاني أن يتزوجها وليس لغيره أن يتزوجها حتى تحيض ثلاثا من وقت التفريق، وإن كان طلاق الاول رجعيا كان له أن يراجعها قبل أن تحيض حيضتين لبقاء عدتها ولا يطؤها حتى تنقضي عدة الثاني، فإن حاضت ثلاثا من وقت التفريق فقد انقضت العدتان، كذا في الخانية. والوطئ بشبهة يتحقق في صور منها من زفت إلى غير زوجها، ومنها الموطوءة للزوج بعد الثلاث في العدة بنكاح قبل زوج آخر، وفي العدة إذا قال ظننت أنها تحل لي. ومنها المبانة في الكناية إذا وطئها في العدة، ومنها المعتدة إذا وطئها آخر في العدة بشبهة أو في عصمة فوطئها آخر بشبهة ثم طلقها الزوج ففي هذه تجب عدتان فيتداخلان، كذا في فتح القدير أخذا من المعراج أخذا من الينابيع ولكنه نظر في مسألة المعراج وهي الموطوءة للزوج بعد الثلاث إذا ادعى ظن الحل بأنه من قبيل شبهة الفعل والنسب لا يثبت فيها بالوطئ وإن قال ظننت أنها تحل لي، وإذا لم يثبت النسب لم تجب العدة لكن الاخيرة لم تدخل تحت كلام المصنف لان كلامه في وطئ المعتدة وتلك وطئ المنكوحة وإن اشتركا في وجوب عدتين. قوله والمرئي منهما بيان لمعنى التداخل ولكنه قاصر على من تحيض بعد أن كان قوله وتداخلتا

شاملا لما إذا كانتا من جنس واحد كوطئ المعتدة عن طلاق أو جنسين كوطئ المعتدة عن وفاة. وأما من لم تحض إذا وجبت عليها عدتان فالاشهر لهما يتأديان بمدة واحدة حياة ووفاة، وكذا المعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض، فلو لم تر فيها دما يجب أن تعتد بعد الاشهر بثلاث حيض كما في فتح القدير. بقي صورتان لو كانت حائلا في عدة الطلاق أو الموت فوطئت بشبهة فحبلت فظاهر ما في المعراج التداخل فتنقضي بوضع الحمل لان الحامل لا تحيض عندنا فينبغي أن يكتفي بوضع الحمل وقد قدمنا في بيان عدة امرأة الصغير معزيا إلى المجتبى فارجع إليه. وفي كافي الحاكم: لو تزوجت المعتدة برجل ودخل بها وفرق بينهما، فإن كانت حاملا فوضعت انقضت العدتان منهما جميعا. وفيه أيضا: لو تزوجت في عدتها من طلاق بائن

***

[٢٤٢]

ودخل بها فولدت لاقل من سنتين منذ طلق الاول ولاقل من ستة أشهر منذ دخل الثاني لزم الاول، وإن كان لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول ولاقل من ستة أشهر منذ دخل الثاني لم يلزم الاول ولا الثاني اه. بقي ما لو جاءت به لاقل من سنتين من طلاق الاول ولستة أشهر من دخول الثاني وينبغي إلحاقه بالاول، وبقي ما لو جاءت به لاكثر من سنتين من طلاق الاول ولستة أشهر من دخول الثاني، ولا شك بإلحاقه بالثاني فهي رباعية. وفي نسختي الكافي للحاكم الشهيد سقط وتغيير في هذا المحل. وفي الجوهرة: ثم إذا تداخلتا عندنا وكانت العدة من طلاق رجعي فلا نفقة على واحد منهما لها، وإن كانت من بائن فنفقتها على الاول والزوجة إذا تزوجت بآخر وفرق بينهما بعد الدخول ووجبت عليها العدة فلا نفقة لها في هذه العدة على زوجها لانها منعت نفسها في العدة اه. فعلى هذا فالمنع الشرعي أقوى من المنع الحسي لانها لو منعته عن جماعها لها النفقة. وفي المجتبى: كل نكاح اختلف العلماء في جوازه كالنكاح بلا شهود فالدخول فيه يوجب العدة، أما نكاح منكوحة الغير ومعتدته فالدخول فيه لا يوجب العدة إن علم أنها للغير لانه لم يقل أحد بجوازه فلم ينعقد أصلا فعلى هذا يفرق بين فاسده وباطله في العدة ولهذا يجب الحد مع العلم بالحرمة لكونه زنا كما في القنية وغيرها، ولو كان الواطئ في العدة والمطلق هو فلا نفقة لها بعد عدة الطلاق، كذا في المجتبى. ثم اعلم أن المرئي إنما يكون منهما إذا كان بعد التفريق بينها وبين الواطئ الثاني، أما إذا حاضت حيضة بعد وطئ الثاني قبل التفريق فإنها من عدة الاول خاصة وبقي عليها من تمام عدة الاول حيضتان وللثاني ثلاث حيض، فإذا حاضت حيضتين كانت منهما جيمعا وبقيت من عدة الثاني حيضة، كذا في الجوهرة. فإن قيل: إذا كان الواطئ المطلق فهل يشترط أن يكون بعد التفريق أيضا قلت: لم أره صريحا. وفي الولوالجية: رجل طلق امرأته ثلاثا فلما اعتدت بحيضتين أكرهها على الجماع فإن جامعها منكرا طلاقها تستقبل العدة، وإن كان مقرا بطلاقها لكن جامعها على وجه الزنا لا تستقبل، وكذلك من طلق امرأته ثم أقام معها زمانا فعلى التفصيل اه. وشمل قوله المعتدة عن وطئ بشبهة لو وطئت

***

[٢٤٣]

بشبهة ثانيا والمعتدة عن فاسد لو وطئت بشبهة للاول لكن ذكر في القنية خلافا في الثانية. قوله: (مبدأ العدة بعد الطلاق والموت) يعني ابتداء عدة الطلاق من وقته وابتداء عدة الوفاة من وقتها، سواء علمت بالطلاق والموت أو لم تعلم حتى لو لم تعلم ومضت مدة العدة فقد انقضت لان سبب وجوبها الطلاق أو الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب، كذا في الهداية. وشرح عليه في العناية وغاية البيان والمعراج من غير تعقيب وهذا صريح فيما نقلناه عن البدائع من بيان سببها مخالف لما في فتح القدير من أن الفرقة شرطها والنكاح سببها. وقوله هنا إن في عبارة الهداية تساهلا فقد قدموا أن سببها النكاح والطلاق شرط وأن الاضافة في قولنا عدة الطلاق إلى الشرط فالاولى أن يقال لان عند الطلاق والموت يتم السبب فيستعقبهما من غير فصل فيكون مبدأ العدة من غير فصل بالضرورة. وذكر الشارح الزيلعي كما في فتح القدير فقال: وجعل صاحب الهداية السبب إنما هو الطلاق أو الموت وهو تجوز لكونه معملا للعلة اه. وفي الكافي شرح الوافي وقال صاحب الهداية: سبب وجوبها الطلاق أو الموت وقد نص في الاسرار أن سبب وجوبها نكاح متأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه مما يكمل المهر عند ثبوت ما يوجب الفرقة لا الفرقة فإنها شرط اه. وقدمنا أن ابتداء العدة في الطلاق المبهم من وقت البيان يعني لكونه إنشاء من وجه. وفي الكافي للحاكم وغاية البيان: إذا أتاها خبر موت زوجها وشكت في وقت الموت تعتد من الوقت الذي تستيقن فيه بموته لان العدة يؤخذ فيها بالاحتياط وذلك في العمل بيقين اه. وظاهر كلام محمد في المبسوط كالمختصر

أن العدة تعتبر من وقت الطلاق في إقراره بالطلاق من زمان مضى إلا أن المتأخرين اختاروا وجوب العدة من وقت الاقرار حتى لا يحل له التزوج بأختها وأربع سواها زجرا له حيث كتم طلاقها ولكن لا نفقة لها ولا كسوة إن صدقته في الاسناد لان قولها مقبول على نفسها. وفي الهداية: ومشايخنا يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة اهـ. وهو المختار كما في الفتاوى الصغرى. وفي غاية البيان: أراد بالمشايخ علماء بخارى وسمرقند لا جماعة التصوف الذين هم أهل البدعة اهـ. وهو عجيب منه. والحاصل أنها إن كذبته في الاسناد أو قالت لا أدري فمن وقت الاقرار، وإن صدقته

***

[٢٤٤]

ففي حقها من وقت الطلاق وفي حق الله من وقت الاقرار، وأما حكم وطئها في هذه المدة فقال في الاختيار: لها أن تأخذ منه مهرا ثانيا لانه أقربه وقد صدقته اهـ. وفي الخانية: رجل تزوج امرأة ودخل بها ثم قال كنت حلفت إن تزوجت ثيبا قط فهي طالق ثلاثا ولم أعلم أنها ثيب يقع الطلاق بإقراره، ثم إن صدقته المرأة كان لها نصف المهر بالطلاق قبل الدخول ومهر المثل بالدخول وعليها العدة لهذا الوطئ ولا نفقة لها لانها صدقته في وقوع الطلاق قبل الدخول، وإن كذبته المرأة في اليمين فلها مهر واحد ولها النفقة والسكنى لانها تزعم أن الطلاق وقع عليها بإقراره بعد الدخول اهـ. ثم اعلم أن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء ويوم القتل يدخل وقد وقعت حادثة في عدة الوفاة استخرجنا حكمها من هذه القاعدة وأوضحناها في القواعد الفقهية. وفي القنية: طلقها ثلاثا ثم قال بعده كان قلبها طلقة وانقضت عدتها فلم تقع الثلاث وصدقته في ذلك فقد ذكر في الجامع أنهما يصدقان، وذكر علي البزدوي أنهما لا يصدقان وعليه الفتوى وإن لم تصدقه هي لا يصدق اهـ. وفيها: طلقها ثلاثا ويقول كنت طلقتها قبل ذلك واحدة وانقضت عدتها، فإن كان انقضاء العدة معلوما عند الناس لا يقع، الثلاث وإلا يقع ولو حكم عليه بوقوع الثلاث بالبينة بعد إنكاره فلو أقام بينة أني كنت طلقتها قبل ذلك طلقة بمدة مديدة لا يلتفت إليه اهـ. وفي فتح القدير: وعرف أن تقييده بالاقرار يفيد أن الطلاق المتقدم إذا ثبت بالبينة ينبغي أن تعتبر العدة من وقت قامت لعدم التهمة لان ثبوته بالبينة لا بالاقرار اهـ. وهو مقيد بما إذا كان تأخير الشهادة لعذر، أما إذا كان لغير عذر لم تقبل الشهادة كما في القنية. وفي الخانية الفتوى على أن العدة من وقت الاقرار صدقته أو كذبته ولا يظهر أثر تصديقها إلا في إسقاط النفقة. ووفق السغدي فحمل كلام محمد على ما إذا كانا متفرقين، وكلام المشايخ على ما إذا كانا مجتمعين لان الكذب في كلامهما ظاهر وهذا هو التوفيق إن شاء الله تعالى. وفي فتح القدير: إن فتوى المتأخرين مخالفة للائمة الاربعة وجمهور الصحابة والتابعين رضي الله عنهم فينبغي أن يقيد بمحل التهمة ولذا قيده السغدي بأن يكونا مجتمعين. وفي الجوهرة: ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات أو طلقها ثلاثا أو أتاها كتاب من زوجها على يد ثقة بالطلاق ولا تدري أنه كتابه أم لا إلا أن أكبر رأيها أنه حق فلا بأس أن تعتد وتتزوج، وكذا لو قالت امرأة لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي لا بأس أن يتزوجها اهـ. وفي الذخيرة:

***

[٢٤٥]

وإن شهد شاهدان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثا بعد ما دخل بها فلم يعد لا حتى مضى أيام ثم عدلا وقضى القاضي بالفرقة بينهما تعتبر العدة من يوم الشهادة لا من يوم القضاء اهـ. وهل يحال بينه وبينها بعد الشهادة قبل التزكية؟ كتبناها في القواعد الفقهية في السابع عشر بعد الثلثمائة وكتبنا فيها ما تسمع فيها الشهادة بدون الدعوى وهي اثنتا عشرة مسألة. وفي فتح القدير: ولو جعل أمر امرأته بيدها إن ضربها فضربها فطلقت نفسها فأنكر الزوج الضرب فأقامت البينة عليه وقضى القاضي بالفرقة فالعدة من وقت القضاء أو من وقت الضرب ينبغي أن يكون من وقت الضرب، ولو طلقها فأنكر فأقيمت البينة فقضى بالطلاق فالعدة من وقت الطلاق لا القضاء اهـ. وفي المجتبى: قال إن فعلت كذا فأنت طالق ثلاثا ثم فعلت ذلك ولم يعلم الزوج به ومضى عليه ثلاثة أقراء وتزوجت بآخر ودخل بها ثم طلقها واعتدت ثم أخبرت زوجها بما صنعت وصدقها لم تحل له لان عدة المطلقة ثلاثا من وقت الفراق عندنا لا من وقت الطلاق، وعند زفر تحل لانها من وقت الطلاق عنده، ولا محل لقول المحقق ابن الهمام ينبغي أن تكون العدة من وقت الضرب بل يتعين الجزم بكونها من وقت طلاقها نفسها لا من وقت القضاء ولا من وقت الضرب كما جزم به في البزازية، كما لو ادعت الطلاق في شوال وقضى بالفرقة في المحرم فالعدة من وقت الطلاق لا من وقت القضاء اهـ. وفي الخانية: طلقها بائنا أو ثلاثا ثم أقام معها زمانا،

إن أقام وهو ينكر طلاقها لا تنقضي عدتها، وإن أقام وهو يقر بالطلاق تنقضي عدتها اه. فعلى هذا مبدأ العدة من وقت ثبوت الطلاق في هذه المسألة. وفيها أيضا: قال لامرأته المدخولة كلما حضت وطهرت فأنت طالق فحاضت ثلاثا كانت العدة عليها من وقت الطلاق الاول اه. فعلى هذا إذا حاضت ثلاثا بانت بثلاث وبقي عليها حيضة من عدتها لكن الثالثة لا تقع إلا بالطهر. وفي القنية: تزوجها نكاحا فاسدا وأنكر الدخول وهي تزعم أنها غير بالغة وأنه دخل بها لزمتها العدة حتى يحرم نكاحها على غيره اه. فعلى هذا القول قوله في الدخول وعدمه في حق المهر وقولها في وجوب العدة.

***

[٢٤٦]

قوله: (وفي النكاح الفاسد بعد التفريق أو العزم على ترك وطئها) أي مبدأ العدة. وقال زفر: من آخر الوطآت لان الوطئ هو السبب الموجب. ولنا أن كل وطئ وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الوادحة لاستناد الكل إلى حكم عقد واحد ولهذا يكتفي في الكل بمهر واحد، فقبل المتاركة أو العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره، ولان التمكن على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطئ لخفائه ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره. وفي الخلاصة: المتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا تكون إلا بالقول كقوله تركتك أو ما يقوم مقامه كتركتها أو خليت سبيلها، أما عدم المجئ فلا لان الغيبة لا تكون متاركة لانه لو عاد تعود ولو أنكر نكاحها لا تكون متاركة اه. وقدمنا في النكاح الفاسد أنهما لو اختلفا في الدخول فالقول له في المهر فلا يجب المهر وأن المراد بهذه العدة عدة المتاركة فلا عدة عليها بموته إلا الحيض بعد الدخول، وأنه لا حداد ولا نفقة فيها، وإن تزوج أخت امرأته فاسدا تحرم عليه إلى انقضاء عدتها وأن وجوبها فيه إنما هو في القضاء، أما في الديانة لو علمت أنها حاضت بعد آخر وطئ ثلاثا حل لها التزوج من غير تفريق ونحوه وأن الطلاق فيه متاركة وأن إنكار النكاح إن كان بحضرتها فمتاركة وإلا فلا، وإن علم غير المتاركة بالمتاركة شرط على قول وصحح، وقيل لا وصحح ورجحنا الثاني، وأن المتاركة لا تختص بالزوج بل تكون من المرأة أيضا ولذا ذكر مسكين في شرحه من صورها أن تقول له تركتك وقدمنا كثيرا من أحكامه هناك فارجع إليه. وبما قررناه علم أن مجرد العزم لا يكفي بل لا بد من الاخبار بما يدل عليه ولذا قال في العناية: العزم أمر باطن لا يطلع عليه وله دليل ظاهر وهو الاخبار به فلو قال كما في الاصلاح أو إظهار عزمه لكان أولى. والمراد بالتفريق أن يحكم القاضي بالتفريق بينهما كما في العناية. وفي الجوهرة وغاية البيان: لو فرق بينهما ثم وطئها وجب الحد عليه اه. وينبغي أن يقيده بما إذا وطئها بعد دانقضاء العدة وإلا فوطئ المعتدة لا يوجب الحد. وجعل في التتمة قول زفر قول أبي القاسم الصفار البلخي وأن الامام أبا بكر البلخي يقول من وقت الفرقة. وفي البزازية في النكاح الفاسد: لا تعتد في بيت الزوج اه. وفي

***

[٢٤٧]

القنية: تزوجها فاسدا فأحبلها فولدت لا تنقضي به العدة إن كان قبل المتاركة وإن كان بعدها انقضت اه. قوله: (ولو قالت مضت عدتي وكذبها الزوج فالقول لها مع الحلف) لانها أمينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع إذا ادعى الرد والهلاك وقد ذكرنا في القواعد الفقهية عشر مسائل لا يحلف فيها الامين. وقد ذكرنا فيها مسألة لا يقبل فيها قول الامين في الدفع، وترك المصنف قيدا لا بد منه وهو كون المدة تحتمل الانقضاء على الخلاف الذي قدمناه وهو شهران عنده وتسعة وثلاثون يوما عندهما، لانه إذا لم تحتمله المدة لا يقبل قولها أصلا لان الامين إنما يصدق فيما لا يخالفه الظاهر، أما إذا خالفه فلا كالوصي إذا قال أنفقت على اليتيم في يوم واحد ألف دينار، كذا في البدائع. والخلاف المذكور في الحرة، أما الامة فأقل مدة تصدق فيها أربعون يوما على رواية محمد، وثلاثون يوما على رواية الحسن مع اتفاقهما في الحرة على الستين عن الامام. ومحل الخلاف أيضا فيما إذا لم يكن طلاقها معلقا بولادتها، أما إذا طلقها عقيب الولادة فلا تصدق الحرة في رواية محمد في أقل من خمسة وثمانين يوما ويجعل النفاس خمسة وعشرين يوما، وعلى رواية الحسن أقلها مائة يوم بزيادة أكثر النفاس. وقال أبو يوسف: لا تصدق في أقل من خمسة وستين يوما. وقال محمد: لا تصدق في أقل من أربعة وخمسين يوما وساعة. وإن كانت أمة فعلى رواية محمد عن الامام لا تصدق في أقل من خمسة وستين يوما بزيادة خمسة وعشرين على الاربعين، وعلى رواية الحسن لا تصدق في أقل من خمسة وسبعين يوما بزيادة أربعين على خمسة وثلاثين. وقال أبو يوسف: لا تصدق في

***
[٢٤٨]
أقل من سبعة وأربعين. وقال محمد: لا تصدق في أقل من ستة وثلاثين وساعة. وتوجيه الروايات المذكورة في البدائع. وأطلق في قولها مضت عدتي فشمل ذات الاقراء والشهور والخلاف المذكور في ذات الاقراء، وأما المعتدة بالشهور فلا بد من مضي المقدر شرعا. وفي الخلاصة: المطلقة بالثلاث إذا جاءت بعد أربعة أشهر وقالت طلقني الثاني وانقضت عدتي أفتى النسفي أنه لا بد من مدة أخرى للنكاح والوطئ وأفتى الاسبيجابي وأبو نصر أنها تصدق اهـ. ثم اعلم أنه إذا كذبها الظاهر بالنسبة إلى المدة لا يقبل قولها عند عدم التفسير، أما لو فسرت بأن قالت أسقطت سقطا مستبين الخلق أو بعضه قبل قولها لان الظاهر لا يكذبها، كذا في البدائع. فعلم أن انقضاءها لا ينحصر في إخبارها بل يكون به وبالفعل بأن تزوجت بزوج آخر بعدما مضت مدة تنقضي في مثلها العدة حتى لو قالت بعده لم تنقض لم تصدق لا في حق الزوج الاول ولا في حق الثاني لان الاقدام عليه دليل الاقرار كذا في البدائع وفي فتح القدير وعكس هذه المسألة إذا قال الزوج أخبرتني بأن عدتها قد انقضت، فإن كانت في مدة لا تنقضي في مثلها لا يقبل قوله ولا قولها إلا أن تبين ما هو محتمل من إسقاط سقط مستبين الخلق فحينئذ يقبل قولها، ولو كان في مدة تحتمله فكذبته لم تسقط نفقتها وله أن يتزوج بأختها لانه أمر ديني يقبل قوله فيه اهـ. فالحاصل أنه يعمل بخبريهما بقدر الامكان بخبره فيما هو حقه وحق الشرع وبخبرها في حقها من وجوب النفقة والسكنى، ولو جاءت بولد لاكثر من ستة أشهر يثبت نسبه منه لانه في النسب حقها أصلي كحق الولد لانها تعير بولد ليس له أب معروف فلم يقبل قوله ولا ينفذ نكاح أختها لانه لا يتصور استحقاق النسب إلا ببقاء الفراش فصار الزوج مكذبا في خبره شرعا بخلاف القضاء بالنفقة لانه يتصور استحقاق النفقة لغير العدة فكأنه وجبت في حقها بسبب العدة وفي حقه بسبب آخر، فإن تزوج أختها ومات فالميراث للاخرى، هكذا ذكر محمد في النكاح. وقيل، إن قال هذا في الصحة ثم مات فالميراث للاخرى لا للمعتدة، وإن قال في المرض فالميراث للمعتدة فإذا قضى بالميراث للمعتدة قيل يفسد نكاح أختها والاصح أنه لا يفسد لانه يتصور استحقاق الميراث بغير الزوجية فنزل منزلة استحقاق النفقة، كذا في المحيط. وفي الخانية: امرأة قالت في عدة الوفاة لست بحامل ثم قالت من الغد أنا حامل كان القول قولها، وإن قالت بعد أربعة أشهر وعشرة أيام لست بحامل ثم قالت أنا حامل لا يقبل قولها إلا أن تأتي بولد لاقل من ستة أشهر من موت زوجها فيقبل قولها ويبطل إقرارها بانقضاء العدة. رجل خلع امرأته فأقرت وقته وقالت أنا حائض غير حامل من زوجي
***
[٢٤٩]
ثم أقرت في الشهرين قبل أن تقر بانقضاء العدة وقالت أنا حامل من زوجي فأنكر الزوج الحمل لا تصح دعواها اهـ. وفي القنية: إذا قالت المعتدة انقضت عدتي في يوم أو أقل تصدق أيضا، وإن لم تقر بسقط لاحتماله، ثم نقل خلافه عن بعض الكتب اهـ. فعلى الاول معنى قولهم لا تصدق في أقل من ستين يوما فيما إذا قالت انقضت بالحيض لا مطلقا. وفيها أيضا: ولدت ثم طلقها زوجها ومضى سبعة أشهر وتزوجت آخر لا تصح إذا لم تحض فيها ثلاث حيض، قيل له: فإن لم تكن حاضت قبل الولادة؟ قال: الجواب كذلك لان ولادتها كالحيض لان من لا تحيض لا تحبل اهـ. فرع في الخلاصة قال: جاءت امرأة إلى رجل وقالت طلقني زوجي وانقضت عدتي ووقع في قلبه أنها صادقة وهي عدلة أو لا حل له أن يتزوجها وإن قالت وقع نكاح الاول فاسدا لم تحل له وإن كانت عدلة. وفي البزازية: قالت ولدت لم تقبل إلا ببينة ولو قالت أسقطت سقطا وقع مستبين الخلق قبل قولها وله أن يحلفها اهـ. وفي المسألة الاولى نظر فقد صرحوا في باب ثبوت النسب أن عدتها تنقضي بإقرارها بوضع الحمل وإن توقف الولادة على البينة إنما هو لاجل ثبوت النسب. قوله: (ولو نكح معتدته وطلقها قبل الوطئ وجب مهر تام وعدة مبتدأة) وهذا عندهما. وقال محمد: عليه نصف المهر وعليها إتمام العدة الاولى لانه طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة، وإكمال العدة الاولى إنما وجبت بالطلاق الثاني فظهر حكمه كما لو اشترى أم ولده ثم أعتقها. ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقي أثره وهو العدة فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد، فوضح بهذا أنه طلاق بعد الدخول. وقال زفر: لا عدة عليها أصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلناه.

وما قاله زفر فاسد لانه يستلزم إبطال المقصود من شرعها وهو عدم اشتباه الانساب، كذا في فتح القدير. ومع ذلك هو مجتهد فيه صرح به في جامع الفصولين لو قضى به قاض نفذ قضاؤه لان للاجتهاد فيه مساغا وهو موافق لصريح القرآن * (ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) * [الاحزاب: ٩٤] ا ه
***
[٢٥٠]
وهذه أجدى المسائل المبنية على هذا الاصل وهو أن الدخول في النكاح الاول دخول في الثاني أولا، ويتفرع عليه لو قال كلما تزوجتك فأنت طالق فتزوجها في يوم ثلاثا ودخل بها في كل مرة ألزمه أربعة مهور ونصف وأبانها بثلاث وحكما بتطليقتين ومهرين ونصف أو بائنا ألزمه بتلك المهور وهما بخمسة ونصف نصف مهر بالطلاق الاول قبل الدخول ومهران بالتطليقتين لكونهما بعد الدخول حكما وثلاث مهور بالدخول ثلاثا وتمامه في شرح المجمع من التعليق. ثم اعلم أن الدخول في الاول دخول في الثاني في حق المهر ووجوب العدة، وأما في حق الرجعة لو كان الطلاق رجعيا لا يملكها كما في فتح القدير. ثانيها لو تزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها ففرق بينهما ثم تزوجها صحيحا وهي في العدة عن ذلك الفاسد ثم طلقها قبل الدخول يجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عندهما. ولو كان على القلب بأن تزوجها أولا صحيحا ثم طلقها بعد الدخول ثم تزوجها في العدة فاسدا لا يجب عليه مهر ولا عليها عدة مستقبلة ويجب عليها اتمام العدة الاولى بالاتفاق. والفرق لهما أنه لا يتمكن من الوطئ الفاسد فلا يجعل واطئا حكما لعدم الامكان حقيقة ولهذا لا يجعل واطئا بالخلوة في الفاسد حتى لا تجب العدة بها ولا عليه المهر. وثالثها أنه لو دخل بها في الصحة
***
[٢٥١]
وطلقها بائنا ثم تزوجها في المرض في عدتها وطلقها بائنا قبل الدخول هل يكون فارا أم لا. ورابعها لو تزوجت بغير كف ء ودخل بها ففرق القاضي بينهما بطلب الولي ثم تزوجها هذا الرجل في العدة بمهر وفرق القاضي بينهما قبل أن يدخل بها كان عليه المهر الثاني كاملا وعدة مستقبلة عندهما استحسانا، وعند محمد نصف المهر الثاني وعليها تمام العدة الاولى. وخامسها تزوجها صغيرة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم ارتدت والعياذ بالله تعالى ثم أسلمت فتزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول، هكذا ذكر في فتح القدير بتكرار التزوج ثلاثا ولا حاجة إليه في التصوير ويكفي فيه أنه تزوجها مرتين وأن الردة حصلت مرة واحدة فليتأمل. وسابعها تزوجها ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم ارتدت ثم أسلمت فتزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول. وثامنها تزوجها ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول. وتاسعها تزوج أمة ودخل بها ثم أعتقت فاختارت نفسها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول. وعاشرها تزوج أمة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة فأعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول، كذا في فتح القدير والمعراج. قوله: (ولو طلق ذمي ذمية لم تعتد) عند الامام. وقالا: عليها العدة. والخلاف فيما إذا كانوا لا يعتقدونها، أما إذا اعتقدوها فعليها العدة اتفاقا وفيما إذا كانت حائلا، أما الحامل فعليها العدة اتفاقا. وقيده الولوالجي وغيره بما إذا كانوا يدينونها. وأطلقه في الهداية معللا بأن في بطنها ولدا ثابت النسب. وعن الامام يصح العقد عليها ولا يطؤها كالحامل من الزنا والاول أصح ا ه. وفي المعراج: وقع في بعض النسخ التقييد وفي بعضها يمنع من التزوج ولم يذكر الزيادة ا ه. ولا فرق بين الطلاق والموت فلو تزوجها مسلم أو ذمي في فور
***
[٢٥٢]
طلاقها جاز كما في فتح القدير. وقيد بالذمي لان المسلم إذا طلق الذمية أو مات عنها فعليها العدة اتفاقا لانها حقه ومعتقده، كذا في فتح القدير. على هذا الخلاف المهاجرة إذا خرجت إلينا مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية فعنده إن تزوجت جاز إلا أن تكون حاملا، وعنه لا يطؤها الزوج حتى يستبرئها بحيضة، وعنه لا يتزوجها إلا بعد الاستبراء، وقالا عليها العدة، وأما إذا هاجر الزوج مسلما أو ذميا أو مستأمنا ثم صار مسلما أو ذميا فإنه لا عدة عليها حتى جاز له التزوج بأختها وأربع سواها كما دخل دارنا لعدم تبليغ أحكامنا إليها لا لانها غير مخاطبة بالعدة، كذا في فتح القدير والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب. فصل في الاحداد فيه لغتان: أحدت إحدادا فهي محد ومحدة إذا تركت الزينة لموته، وحدت المرأة على زوجها تحد وتحد حدادا بالكسر فهي حاد بغيرها.

وأنكر الاصمعي الثلاثي واقتصر على الرباعي، كذا في المصباح. وفي القاموس: والحاد والمحد تاركة الزينة للعدة حدت تحد وتحد حدادا وأحدت ا هـ. وفي الشريعة ترك الزينة ونحوها من معتدة بطلاق بائن أو موت قوله: (تحد معتدة البت والموت بترك الزينة والطيب والكحل والدهن إلا بعذر والحناء ولبس المزعفر والمعصفر إن كانت مسلمة بالغة) أي تحد المبانة والمتوفى عنها زوجها بترك ما ذكر. أطلقه فشمل الطلاق واحدة أو أكثر والفرقة كما في الخانية. وعبر بالاخبار عن فعلها لافادة أنه واجب عليها للحديث الصحيح لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد فوق ثلاث إلا على زوج أربعة
***
[٢٥٣]
أشهر وعشرا وتعقب بأنه لا دليل فيه على الايجاب لان حاصله استثناء من نفي الحل فيفيد ثبوت الحل ولا كلام فيه فالاولى الاستدلال بالرواية الاخرى إلا على زوجها فإنها تحد أربعة أشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا مصبوغا إلا ثوب عصب، ولا تكتحل ولا تمس طيبا فصرح بالنهي في تفصيل معنى ترك الاحداد، ولا خلاف في عدم وجوبه على المرأة بسبب غير الزوج من الاقارب. وهل يباح؟ قال محمد في النوادر: لا يحل الاحداد لمن مات أبوها أو ابنها أو أخوها أو أمها وإنما هو في الزوج خاصة. قيل: أراد بذلك فيما زاد على الثلاث لما في الحديث من إباحته للمسلمات على غير أزواجهن ثلاثة أيام، كذا في فتح القدير. وفي التتارخانية سئل أبو الفضل عن المرأة يموت زوجها أو أبوها أو غيرهما من الاقارب فتصبغ ثوبها أسود فتلبسه شهرين أو ثلاثة أو أربعة تأسفا على الميت أتعذر في ذلك؟ فقال: لا. وسئل عنها علي بن أحمد فقال: لا تعذر وهي آثمة إلا الزوجة في حق زوجها فإنها تعذر إلى ثلاثة أيام ا هـ. وظاهره منعها من لبس السواد تأسفا على موت زوجها أكثر من الثلاث. وقيد بالبت لان المطلقة رجعيا لا حداد عليها وينبغي أنها لو أرادت أن تحد على قرابة ثلاثة أيام ولها زوج له أن يمنعها لان الزينة حقه حتى كان له أن يضربها على تركها إذا امتنعت وهو يريدها، وهذا الاحداد مباح لها لا واجب وبه يفوت حقه، كذا في فتح القدير. وفي التتارخانية: ويستحب لها تركه ولما وجب في الموت إظهارا للتأسف على فوات نعمة النكاح فوجب على المبتوتة إلحاقا لها بالمتوفى عنها زوجها بالاولى لان الموت أقطع من الابانة ولهذا تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها. وأطلق في ترك الطيب فلا تحضر عمله ولا تتجر فيه وإن لم يكن لها كسب إلا فيه. ودخل في الزينة الامتشاط بمشط أسنانه ضيقة لا الواسعة كما في المبسوط، وشمل لبس الحرير بجميع أنواعه وألوانه ولو أسود، وجميع أنواع الحلي من ذهب وفضة وجواهر، زاد في التتارخانية القصب. وقوله إلا بعذر متعلق بالجميع لا بالدهن وحده فلها لبس الحرير للحكة والقمل، ولها الاكتحال للضرورة، ولو أخر الاستثناء عن الجميع لكان أولى لجواز
***
[٢٥٤]
لبس المعصفر والمزعفر إذا لم تجد غيره لوجوب ستر العورة. وذكر الدهن بعد الطيب ليفيد حرمته وإن لم يكن مطيبا كالزيت الخالص منه والشيرج والسمن. وفي المجتبى: ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فإن كان أمرا ظاهرا يباح لها ا هـ. ويستثنى من المعصفر والمزعفر الخلق الذي لا رائحة له فإنه جائز كما في الهداية. وقيد بإسلامها مع بلوغها لانه لا حداد على كافرة ولا صغيرة وقدمنا معنى وجوب العدة عليهما. ولم يقيد بالعقل مع أنه لا حداد على مجنونة للاكتفاء بما يخرج الصغيرة لان عدمه عليها ليس إلا لعدم تكليفها والمجنونة مثلها في ذلك ولهذا قال الاسبيجابي رحمه الله تعالى: الاصل أن كل معتدة مخاطبة فارقت فراش زوج حلال يجب عليها الاحداد وإلا فلا ا هـ. ولم يقيد بالحرية لوجوبه على الامة المنكوحة لكونها مكلفة بحقوق الشرع ما لم يفت به حق العبد ولهذا لا يحرم عليها الخروج إلا إذا كانت في بيت الزوج وقت الطلاق ولم يخرجها المولى ويحل إن أخرجها. والمدبرة والمكاتبة والمستسعاة كالقنة، ولو أسلمت الكافرة في العدة لزمها الاحداد فيما بقي من العدة، كذا في الجوهرة. وينبغي كذلك لو بلغت الصغيرة أو أفاقت المجنونة إذ لا فرق، واقتصاره على ترك ما ذكر يفيد جواز دخول الحمام لها. ونقل في المعراج أن عندهم لها أن تدخل الحمام وتغتسل رأسها بالخطمي السدر، وفيه أن الحداد حق الشرع حتى لو أمرها الزوج بتركه لم يحل لها. قوله: (لا معتدة العتق والنكاح الفاسد) أي لا حداد على أم الولد إذا أعتقت بإعتاق سيدها أو موته، ولا على المعتدة من نكاح فاسد وهو مفهوم من اقتصاره على البت والموت. وفي الخانية: لو تزوج أمة وملكها بعد الدخول وقد ولدت منه فسد النكاح بينهما ولا حداد عليها، ولا يجوز لغيره أن يتزوجها حتى تحيض حيضتين،

فإن أعتقها كان عليها عدتان: عدة فساد النكاح وفيها الحداد وعدة العتق ولا حداد فيها فتحد في حيضتين دون الثالثة، ولو أعتقها بعد حيضتين كان عليها أن تعتد بثلاث ا هـ. وبهذا ظهر أن النكاح إذا فسد بعد صحته يوجب الحداد بخلاف ما إذا كان فاسدا من أصله لانه إنما وجب اظهارا للتأسف على فوات نعمة النكاح وسببه النكاح الصحيح فلا يتأسف على الفاسد، واستفيد عدم وجوبه على المعتدة من وطئ بشبهة بالاولى كما في المعراج. فالحاصل لا إحداد على كافرة ولا صغيرة ولا مجنونة ولا معتدة عن عتق ولا معتدة عن نكاح فاسد ولا على معتدة عن وطئ بشبهة ولا معتدة عن طلاق رجعي، فهن سبع لا حداد عليهن. فإن قلت: إن العلة لوجوبه أعني إظهار التأسف
***
[٢٥٥]
على فوات نعمة النكاح وإن فاتت في مسألتي الكتاب بقيت أخرى أعني عدم اظهار الرغبة فيما هو ممنوع فيها وهذه الاشياء للرغبة. أجيب بأن هذه حكمة فلا تطرد وتلك علة يزول الحكم بزوالها كما في المعراج قوله: (ولا تخطب معتدة) أي تحرم خطبتها وهي بكسر الخاء مصدر بمنزلة الخطب مثل قولك إنه لحسن القعدة والجلسة تريد القعود والجلوس. وفي اشتقاقه وجهان: الاول أن الخطب هو الامر والشأن يقال ما خطبك أي ما شأنك فقولهم خطب فلان فلانة أي سألها أمرا وشأنا في نفسها. والثاني أن أصل الخطبة من الخطاب الذي هو الكلام، يقال خطب المرأة خطبة لانه خاطب في عقد النكاح، وخطب خطبة أي خاطب بالزجر والوعظ، والخطب الامر العظيم لانه يحتاج فيه إلى خطاب كثير، كذا ذكر الامام الرازي. أطلقها فشمل المعتدة عن طلاق بنوعية وعن وفاة وعن عتق وعن غير ذلك ولم أره صريحا، وعلم منه حرمة خطبة المنكوحة بالاولى وتحرم تصريحا وتعريضا كما في البدائع. وقيد بالمعتدة لان الخالية عن نكاح وعدة تحل خطبتها تصريحا وتعريضا لجواز نكاحها لكن بشرط أن لا يخطبها غيره قبله فإن خطبها فعلى ثلاثة أوجه: إما أن تصرح بالرضا فتحرم، أو بالرد فتحل، أو تسكت فقولان للعلماء ولم أر هذا التفصيل لاصحابنا وأصله الحديث الصحيح لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه (١) وقيدوه بأن لا يأذن له. واستفيد من حرمة خطبة المعتدة حرمة نكاحها على غير المطلق بالاولى وهو ظاهر ولكن جعلوا دليله قوله تعالى * (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله) * [البقرة: ٢٣٥] ووجهه أن المراد لا تعقدوا، وعبر عنه بالعزم لانه سببه مبالغة في المنع عنه، وقيل هو باق على حقيقته والمراد به الايجاب، يقال عزمت عليك أي أوجبت عليك والايجاب سبب للوجود ظاهرا فكان مجازا
***
[٢٥٦]
عنه أي لا توجدوا عقد النكاح وهذا القول هو اختيار أكثر المحققين. وفي الكتاب وجهان: أحدهما المكتوب والمعنى حتى تبلغ العدة المفروضة آخرها. الثاني أن الكتاب بمعنى الفرض أي حتى يبلغ هذا الكتاب آخره ونهايته وتمامه في التفسير الكبير قوله: (وصح التعريض) وهو لغة خلاف التصريح والفرق بينه وبين الكناية أن التعريض تضمين الكلام دلالة ليس فيها ذكر كقولك ما أقبح البخل تعريض بأنه بخيل، والكناية ذكر الرديف وإرادة المردوف كقولك فلان طويل النجاد وكثير رماد القدير يعني أنه طويل القامة ومضياف، كذا في المغرب. والمراد به هنا أن يذكر شيئا يدل على شئ لم يذكره نحو أن يقول إني أريد أن أتزوج امرأة من أمرها كذا أو من أمرها كذا كما فسره ابن عباس رضي الله عنهما، وما قيل إن منه أن يقول لها إنك لجميلة وإني فيك لراغب وإنك لتعجبيني أو إني لارجو ا أن أجتمع أنا وإياك وإنك لدينة فهو غير سديد ولا يحل لاحدان يشافه امرأة أجنبية لا يحل له نكاحها للحال بمثل هذه الكلمات لان بعضها صريح في الخطبة وبعضها صريح في إظهار الرغبة فلا يجوز شئ من ذلك، كذا في البدائع. وظاهره أن التعريض جائز لكل معتدة وليس كذلك بل لا يجوز إلا للمتوفي عنها زوجها بالاجماع، كذا في المعراج. وأما المطلقة فغير جائز لما فيه من إيراث العداوة بين المطلق والخاطب بخلاف الميت فإن النكاح قد انقطع فلا عداوة من الميت ولا ورثته والاصل في ذلك قوله تعالى * (ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا إلا ان تقولوا قولا معروفا) * [البقرة: ٢٣٥] قال الرازي في تفسيره: أراد به المتوفى عنها زوجها بدليل سياق الآية والمعنى لا إثم عليكم فيما ذكرتم لهن من الالفاظ الموهمة لارادة نكاحهن أو أضمرتم في أنفسكم فلم تنطقوا به تعريضا ولا تصريحا، علم الله أنكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن نكاحا،

والاستثناء من لا تواعدوهن وهو منقطع لان القول المعروف ليس داخلا في السر والاستدراك مما قدرناه وتمامه في التفسير الكبير.
قوله: (ولا تخرج معتدة الطلاق) لقوله تعالى * (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) * [الطلاق: ١] أي لا تخرجوا المعتدات من المساكن التي كنتم تسكنون فيها قبل الطلاق فإن كانت المساكن عارية فارتجعت من الساكن كان على الازواج أن يعينوا مساكن أخرى بطريق الشراء أو الكراء، وعلى الزوجات أيضا أن لا يخرجن حقا لله تعالى إلا لضرورة ظاهرة فإن خرجن ليلا أو نهارا كان حراما. وقال ابن عباس رضي الله عنهما:
***
[٢٥٧]
الفاحشة الزنا فيخرجن لاقامة الحد وبه قال الاكثرون. وقال ابن عمر رضي الله عنهما: خروجها قبل انقضاء العدة. وقال بعضهم: العصيان الظاهر وهو النشوز عن المجاورة وجمع بين النهي عن الاخراج والخروج لان الاخراج إخراج الزوج لها غصبا وكراهة أو حاجة إلى المسكن وأن لا يأذن لها في الخروج إذا طلبت، والخروج خروجهن بأنفسهن إذا أردن ذلك، وقرئ مبينة بالكسر والفتح وتمامه في التفسير الكبير. وأخذ أبو حنيفة بتفسير ابن عمر رضي الله عنهما، كذا ذكره الاسبيجابي. وذكر في الجوهرة أن أصحابنا قالوا: الصحيح تفسيرها بالزنا كما فسره ابن مسعود رضي الله عنه. أطلقه فشمل الرجعي والبائن بنوعيه. والمراد معتدة الفرقة سواء كانت بطلاق أو بغيره ولو كانت بمعصية كتقبيلها ابن الزوج كما في البدائع، وما إذا خرجت بإذن المطلق وبغير إذنه حتى إن المطلقة رجعيا وإن كانت منكوحة حكما لا تخرج من بيت العدة، ولو أذن الزوج بخلاف ما قبل الطلاق لان الحرمة بعده للعدة وهي حق الله تعالى فلا يملكان إبطاله بخلاف ما قبله لان الحرمة لحق الزوج فيملك إبطاله بالاذن، وسيأتي أنها تخرج حالة الضرورة كما إذا أخرجت أو انهدم البيت فهو مقيد بحالة الاختيار. ولا بد من تقييدها بالحرية والتكليف لان الامة والمدبرة وأم الولد والمكاتبة والمستسعاة يجوز لها الخروج في عدة الطلاق والوفاة لان حالة العدة مبنية على حال النكاح، ولا يلزمها المقام في منزل زوجها حال النكاح فكذا بعده، ولان الخدمة حق المولى فلا يجوز إبطاله إلا إذا بوأها منزلا فحينئذ لا تخرج وله الرجوع، ولو بوأها في النكاح ثم طلقت فللزوج منعها من الخروج حتى يطلبها المولى. وأما الصغيرة والمجنونة فلا يتعلق بهما شئ من أحكام التكليف كما قدمناه في الحداد ولكن للزوج أن يمنع المجنونة تحصينا لمائه من الخروج، ويمنع الصغيرة إذا كانت مطلقة رجعيا كما في البدائع. وفي المعراج وشرح النقاية: والمراهقة كالبالغة في المنع من الخروج وكالكتابية في عدم وجوب الاحداد، وأما الكتابية فلا يحرم عليها الخروج لانها غير مخاطبة بحق الشرع إلا أن منعها الزوج صيانة لمائه، وكذا إذا أسلم زوج المجنونة وأبت الاسلام، كذا في البدائع. وفي الظهيرية: الكتابية لا تخرج إلا بإذن الزوج بخلاف المسلمة فإنها لا تخرج لا بإذن الزوج ولا بعدم الاذن ا ه‍. وبين العبارتين فرق
***
[٢٥٨]
للمتأمل. وقيد بمعتدة الطلاق لان معتدة الوطئ لا يحرم عليها الخروج كالمعتدة عن عتق كأم الولد إذا أعتقها سيدها أو مات عنها والمعتدة عن نكاح فاسد أو وطئ بشبهة لانه لا يفيد المنع عن الخروج قبل التفريق فكذا في عدته إلا أن منعها الزوج لتحصين مائه فله ذلك، كذا في البدائع. وينبغي أن يلحق به أم الولد إذا أعتقها سيدها فله منعها لتحصين مائة، فإن أعتقت الامه في العدة أو أسلمت الكتابية حرم الخروج كما في البدائع. وينبغي أن يكون كذلك في الصغيرة إذا بلغت والمجنونة إذا أفاقت. وفي الظهيرية: وسائر وجوه الفرق التي توجب العدة من النكاح الصحيح والفاسد سواء يعني في حق حرمة الخروج من بيتها في العدة، فهذا تنصيص على أن المنكوحة نكاحا فاسدا تعتد في بيت الزوج. وحكى فتوى شمس الاسلام الاوزجندي أنها لا تعتد في منزل الزوج لانه لا ملك له عليها ا ه‍. وفي المجتبى: لا تمنع المعتدة عن نكاح فاسد من الخروج. وفي التتارخانية: إذا قبلت ابن زوجها فلا نفقة لها ولها السكنى، والنصراني إذا طلق النصرانية فلها النفقة لا السكنى. وشمل أيضا المنزل المملوك للزوج وغيره حتى لو كان غائبا وهي في دار بأجرة قادرة على دفعها فليس لها أن تخرج بل تدفع وترجع إن كان بإذن الحاكم، وشمل خروجها إلى صحن دار فيها منازل لغيره بخلاف ما إذا كانت المنازل له، وشمل أيضا المختلعة على نفقة عدتها فالصحيح المختار أنه لا يباح لها الخروج وبه أفتى الصدر الشهيد كما لو اختلعت على أن لا سكنى لها ويلزمها أن تكتري بيت الزوج كما في المعراج، ولو زارت أهلها والزوج معها أو لا فطلقها كان عليها أن تعود إلى

منزلها ذلك فتعتد كما في فتح القدير. وفي المجتبى: لو طلقت في غير مسكنها تعود إلى مسكنها بغير تأخير. قوله: (ومعتدة الموت تخرج يوما وبعض الليل) لتكتسب لاجل قيام المعيشة لانه لا نفقة
***
[٢٥٩]
لها حتى لو كان عندها كفايتها صارت كالمطلقة فلا يحل لها أن تخرج لزيارة ولا لغيرها ليلا ولا نهارا. والحاصل أن مدار الحل كون خروجها بسبب قيام شغل المعيشة فيتقدر بقدره فمتى انقضت حاجتها لا يحل لها بعد ذلك صرف الزمان خارج بيتها، كذا في فتح القدير. وأقول: لو صح هذا عمم أصحابنا الحكم فقالوا لا تخرج المعتدة عن طلاق أو موت إلا لضرورة لان المطلقة تخرج للضرورة بحسبها ليلا كان أو نهارا، والمعتدة عن موت كذلك فأين الفرق؟ فالظاهر من كلامهم جواز خروج المعتدة عن وفاة نهارا ولو كانت قادرة على النفقة ولهذا استدل أصحابنا بحديث قريعة بنت أبي سعيد الخدري رحمه الله تعالى أن زوجها لما قتل أتت النبي صلى الله عليه وسلم فاستأذنته في الانتقال إلى بني خدرة فقال لها: امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله. فدل على حكمين إباحة الخروج بالنهار وحرمة الانتقال حيث لم ينكر خروجها ومنعها من الانتقال. وروى علقمة أن نسوة من همدان نعي إليهن أزواجهن فسألن ابن مسعود رضي الله عنه فقلن إنا نستوحش فأمرهن أن يجتمعن بالنهار فإذا كان بالليل فلترجع كل امرأة إلى بيتها، كذا في البدائع. وفي المحيط عزاء الثاني إلى النبي صلى الله عليه وسلم. وفي الجوهرة: يعني ببعض الليل مقدار ما تستكمل به حوائجها. وفي الظهيرية: والمتوفى عنها زوجها لا بأس بأن تتغيب عن بيتها أقل من نصف الليل. قال شمس الائمة الحلواني: وهذه الرواية صحيحة ا ه. ولكن في الخانية: والمتوفى عنها زوجها تخرج بالنهار لحاجتها إلى نفقتها ولا تبيت إلا في بيت زوجها ا ه. فظاهره أنها لو لم تكن محتاجة إلى النفقة لا يباح لها الخروج نهارا كما فهمه المحقق. قوله: (وتعتدان في بيت وجبت فيه إلا أن تخرج أو ينهدم) أي معتدة الطلاق والموت يعتدان في المنزل المضاف إليهما بالسكنى وقت الطلاق والموت ولا يخرجان منه إلا لضرورة لما تلوناه من الآية. والبيت المضاف إليها في الآية ما تسكنه كما قدمناه، سواء كان الزوج ساكنا معها أو لم يكن، كذا في البدائع. ولهذا قدمنا أنها لو زارت أهلها فطلقها زوجها كان عليها أن تعود إلى منزلها فتعتد فيه. واستفيد من كلامه أن أجر المنزل بعد وفاة الزوج من مالها إن كان لها مال، وبعد الطلاق على الزوج، فإن كان الزوج غائبا فطولبت بالكراء فعليها إعطاؤه من مالها حيث كانت قادرة وترجع به عليه إن دفعت بإذن القاضي، هكذا في البدائع
***
[٢٦٠]
وغيرها، هكذا أطلقه الشيخان خواهر زاده وشمس الائمة السرخسي، وظاهره أنها لا تخرج منها قبل العدة وإن لم تكن مستأجرة ولا زوجها مستأجرا. وذكر شمس الائمة الحلواني أن المنزل إذا كان بأجارة ينظر، إن كانت مشاهرة فلها التحول وإن كانت إجارة إلى مدة طويلة فليس لها التحول، كذا في الظهيرية. واستفيد أيضا أن المطلق لو طلب من القاضي أن يسكنها بجواره لا يجيبه إلى ذلك وإنما تعتد في مسكن كانت تسكنه قبل المفارقة، كذا في الظهيرية. وأطلق في الاخراج فشمل ما إذا أخرجها المطلق ظلما وتعديا وما إذا أخرجها صاحب الدار لعدم قدرتهما على الكراء ووجدت منزلا بغير كراء وما إذا أخرجها الوارث وكان نصيبها من البيت لا يكفيها. وفي المجتبى: كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها اشترت من الاجانب وأولاده الكبار وكذا في الطلاق البائن ا ه. وظاهره وجوب الشراء عليها إن كانت قادرة ويقال يجب الكراء والشراء إن أمكن وحكم ما انتقلت إليه حكم المسكن الاصلي فلا تخرج منه على ما أسلفناه وتعيين المنزل الثاني للزوج في معتدة الطلاق ولها في الوفاة كما في فتح القدير، وكذا إذا كان زوجها غائبا وطلقها فالتعيين لها، كذا في المعراج. وفي المعراج أيضا: عين انتقالها إلى أقرب المواضع مما انهدم في الوفاة وإلى حيث شاءت في الطلاق. والمراد بالانهدام خوفه - كما في الظهيرية - فلها الخروج إذا حافت الانهدام عليها والمراد إذا خافت على نفسها أو متاعها من اللصوص فلها التحول للضرورة وليس المراد حصر الاعذار فيما ذكره. فمنها ما في الظهيرية لو لم يكن معها أحد في البيت وهي تخاف بالليل بالقلب من أمر الميت والموت إن كان الخوف شديدا كان لها التحول، وإن لم يكن شديدا فليس لها التحول، كذا في الظهيرة. وفي القنية: خرجت المعتدة لاصلاح ما لا بد لها كالزراعة وطلب النفقة وإخراج الكرم ولا وكيل لها فلها ذلك ا ه. ومنها: طلقها بالبادية وهي معه في محفة أو خيمة والزوج ينتقل من موضع إلى آخر للكلا والماء فإن كان يدخل عليها ضرر بين في نفسها ومالها بتركها في ذلك الموضع فله أن

يتحول بها وإلا فلا، كذا في الظهيرية أيضا. وليس منها سفرها للحج أو للعمرة فلا تخرج المعتدة لسفر حج أو عمرة، كذا في المعراج. وليس للزوج المسافرة بالمعتدة ولو عن رجعي وقدمناه في بابها، ولم يبين المصنف حكم إقامته معها في منزل الطلاق.
***
[٢٦١]
قال في المجتبى: وإذا وجب الاعتداد في منزل الزوج فلا بأس بأن يسكنا في بيت واحد إذا كان عدلا، سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا أو ثلاثا والافضل أن يحال بينهما في البينونة بستر إلا أن يكون الزوج فاسقا فيحال بامرأة ثقة تقدر على الحيلولة بينهما، وإن تعذر فلتخرج هي وتعتد في منزل آخر، وكذا لو ضاق البيت وإن خرج هو كان أولى ولهما أن يسكنا بعد الثلاث في بيت إذا لم يلتقيا التقاء الازواج ولم يكن فيه خوف فتنة ا هـ. وهكذا صرح في الهداية بأن خروجه أولى من خروجها عند العذر، ولعل المراد أنه أرجح فيجب الحكم به كما يقال إذا تعارض محرم ومبيح ترجح المحرم أو فالمحرم أولى، ويراد ما قلنا في هذا لانهم عللوا أولوية خروجه بأن مكثها واجب لا مكثه، كذا في فتح القدير. وقد استفيد من كلامهم أن الحائل يمنع الخلوة المحرمة. قال في الظهيرية: يجعل بينهما حجاب حتى لا يكون بينه وبين امرأة أجنبية خلوة، وإنما اكتفي بالحائل لان الزوج معترف بالحرمة ا هـ. فيمكن أن يقال في الاجنبية كذلك وإن لم تكن معتدته إلا أن يوجد نقل بخلافه، وكذا حكم السترة إذا مات زوجها وله أولاد كبار أجانب كما في المعراج. وأما نفقة هذه المرأة الحائلة بينهما فقال في تلخيص الجامع الكبير للصدر الشهيد من باب ما يوضع عند العدل: شهدا أو واحد عدل أنه طلقها ثلاثا وقد دخل يمنع من الخلوة بها مدة المسألة بأمينة نفقتها في بيت المال لانه يعتقد الحل والعدل كغيره وبخلاف المعتدة، فإن طلبت النفقة تفرض نفقة العدة مدتها لانها زوجة أو معتدة بخلاف ما قبل الدخول ا هـ. وتمام مسائل الحيلولة في كتاب القضاء من البزازية وغيرها. قوله: (بانت أو مات عنها في سفر وبينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت إليه) أي إلى مصرها مطلقا سواء كانت في المصر أو غيره، هذا إذا كان المقصد ثلاثة أيام، أما إذا كان المقصد أقل فهي مخيرة قوله: (ولو ثلاثة أيام رجعت أو مضت) أي لو كان بينها وبين مصرها ثلاثة أيام خيرت إذا كان المقصد كذلك وهي في المفازة ولكن
***
[٢٦٢]
الرجوع أولى، أما إذا كان المقصد أقل من ثلاثة أيام تختار الادنى قوله: (معها ولي أو لا) متعلق بالصورتين قوله: (ولو كانت في مصر تعتد ثمة فتخرج بمحرم) فلا تخرج قبل انقضائها مطلقا، سواء كان لها محرم أو لا. قيد بالبائن لان المطلقة رجعيا تابعة للزوج ولا تفارقه. وحاصل الوجوه كما في فتح القدير إما أن يكون بينهما وبين مصرها ومقصدها أقل من السفر فتتخير والاولى الرجوع على ما في الكافي، وعلى ما في النهاية وغيرها يتعين الرجوع. وإن كان أحدهما سفرا والآخر دونه فتختار ما دونه، فإن كان كل منهما سفرا فلا يخلو إما أن يكون في مفازة أو مصر، فإن كانت في مفازة تخيرت والاولى الرجوع، وإن كانت في مصر لم تخرج بغير محرم. وفي البدائع: لو كانت الجهتان مدة سفر فمضت أو رجعت وبلغت أدنى المواضع التي تصلح للاقامة أقامت فيه واعتدت إن لم تجد محرما بلا خلاف، وكذا إن وجدت عند أبي حنيفة، ومثله في المحيط والله أعلم بالصواب. باب ثبوت النسب لما كان من آثار الحمل ذكره عقيب العدة قوله: (ومن قال إن نكحتها فهي طالق فولدت لستة أشهر منذ نكحها لزمه نسبه ومهرها) أما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت بأن تزوجها وهو مخالطها فوافق الانزال النكاح، والنسب مما يحتاط في إثباته. والتزوج في هذه الحالة إما بتكلمهما وسماع الشهود أو بأنهما وكلا في التزويج فزوجهما الوكيل وهما في هذه الحالة والثاني أحسن كما لا يخفى. ولقائل أن يقول: إن الحمل على ما إذا تزوجها وهو مخالط لها حمل المسلم على الحرام وهو لا يجوز ولذا فر بعض المشايخ عن إثبات هذا التصور وقال لا حاجة إلى هذا التكلف بل قيام الفراش كاف، ولا يعتبر إمكان الدخول لان النكاح قائم مقامه كما في تزوج المشرقي بمغربية بينهما مسيرة سنة
***
[٢٦٣]
فجاءت بولد لستة أشهر من يوم تزوجها لكن في فتح القدير: والحق أن التصور شرط، ولذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه والتصوير ثابت في المغربية لثبوت كرامات الاولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة أو جني ا هـ. ولم يجب عما ذكرناه. قيد بأن

تلده لستة أشهر من غير زيادة ولا نقصان لانها لو ولدته لاقل منها لم يثبت نسبه لان العلوق حينئذ من زوج قبل النكاح، ولو ولدته لاكثر منها لم يثبت أيضا لاحتمال حدوثه بعد الطلاق وقد حكمنا به حيث حكمنا بعدم وجوب العدة لكونه قبل الدخول والخلوة ولم يتبين بطلان هذا الحكم. وتعقبه في فتح القدير بأن نفيهم النسب هنا في مدة يتصور أن يكون منه وهو سنتان ينافي الاحتياط في إثباته، والاحتمال المذكور في غاية البعد فإن العادة المستمرة كون الحمل أكثر من ستة أشهر وربما يمضي دهور لم تسمع فيها الولادة لستة أشهر فكان لظاهر عدم حدوثه وحدوثه احتمال فأي احتياط في إثبات النسب إذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضي نفيه وتركنا ظاهرا يقتضي ثبوته وليت شعري أي الاحتمالين أبعد، الاحتمال الذي فرضوه لتصور العلوق منه ليثبتوا النسب وهو كونه تزوجها وهو يطؤها وسمع كلامهما الناس وهما على تلك الحالة ثم وافق الانزال العقد، أو احتمال كون الحمل إذا زاد على ستة أشهر بيوم يكون من غيره ا ه. وأما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطئا حكما فتأكد المهر به. وقال أبو يوسف في الاملاء: القياس أنه يجب مهر ونصف بالوطئ بعد وقوع الطلاق وقبله. والجواب أنا إذا قدرنا أنه تزوجها حالة المواقعة لم تكن المواقعة بعد الطلاق فلا يلزمه إلا مهر واحد، ذكر ابن بندار في شرح الجامع الصغير. وبه اندفع ما قيل لا يلزم من ثبوت النسب منه وطؤه لانه الحمل قد يكون بإدخال الماء الفرج بدون جماع مع أنه نادر والوجه الظاهر هو المعتاد. وفي فتح القدير: واعلم أنه إذا كان الاصح في ثبوت هذا النسب إمكان الدخول وتصوره ليس إلا بما ذكر من تزويجها حال وطئها المبتدأ به قبل التزوج وقد حكم فيه بمهر واحد في

***

[٢٦٤]

صريح الرواية يلزم كون ما ذكره مطلقا ومنسوبا، وقدمناه في باب المهر من أنه لو تزوجها في حال ما يطؤها كان عليه مهران مهر بالزنا لسقوط الحد بالتزوج قبل تمامه، ومهر بالنكاح لان هذا أكثر من الخلوة مشكلا لمخالفته لصريح المذهب. وأيضا الفعل واحد وقد اتصف بشبهة الحل فيجب مهر واحد بخلاف ما لو قال إن تزوجتها فهي طالق ونسي فتزوجها ووطئها حيث يجب مهر ونصف لان الطلاق قبل الوطئ، أما هنا الطلاق مع الوطئ الحلال في فعل متحد فصار الفعل كله له شبهة الحل وقد وجب المهر فلا يجب مهر آخر ا ه. وقد دل كلام المصنف على مسألتين: إحداهما أن من طلق امرأته قبل الدخول بها فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ طلقها أنه يلزمه لتيقننا بالعلوق حال قيام النكاح، وإن جاءت به لستة أشهر أو أكثر لا يلزمه لعدم التيقن بذلك، ويستوي في هذا الحكم ذوات الاقرار وذوات الاشهر. ثانيهما أن من تزوج امرأة فولدت لاقل من ستة أشهر من وقت النكاح لا يثبت نسبه وستأتي صريحة. وذكر في النهاية أنه لا يكون محصنا بالوطئ في مسألة الكتاب قوله: (ويثبت نسب ولد معتدة الرجعي وإن ولدته لاكثر من سنتين ما لم تقر بمضي العدة وكانت رجعة في الاكثر منهما لا في الاقل منهما) أي من السنتين لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز أنها تكون ممتدة الطهر، فإن جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها لانقضاء العدة وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح أو في العدة ولا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق، ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك، وإن جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر أنه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطئ مراجعا والاصل أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنتان، ففي كل موضع يباح الوطئ فيه فهي مقدرة بالاقل وهو أقرب الاوقات إلا أن يلزم إثبات رجعة بالشك أو إيقاع طلاق بالشك أو استحقاق مال

***

[٢٦٥]

بالشك فحينئذ يستند العلوق إلى أبعد الاوقات وهو ما قبل الطلاق لان هذه الاشياء لا تثبت بالشك، وفي كل موضع لا يباح الوطئ فيه فمدة الحمل سنتان ويكون العلوق مستندا إلى أبعد الاوقات للحاجة إلى إثبات النسب وأمره مبني على الاحتياط، كذا في غاية البيان. أطلق في الاكثر منهما فشمل عشرين سنة أو أكثر، وقيد بعدم إقرارها لانها لو أقرت بانقضائها والمدة محتملة بأن يكون ستين يوما على قول أبي حنيفة، وتسعة وثلاثين يوما على قولهما، ثم جاءت بولد لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار فإنه يثبت نسبه للتيقين بقيام الحمل وقت الاقرار فيظهر كذبها. وإنما نفى الاقل بقوله لا في الاقل منهما مع فهمه من التقييد بالاكثر لبيان أن حكم السنتين حكم الاكثر ولذا قال في الاختيار: وإذا جاءت به لسنتين أو أكثر كان رجعة ا ه. وأطلق في المعتدة

فشمل المعتدة بالحيض أو بالاشهر ليأسها، ولا فرق بينهما كما في البدائع إلا إذا أقرت بانقضائها بالاشهر لاياسها مفسرا بثلاثة أشهر فإنه يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق بائنا كان أو رجعيا لانها لما ولدت تبين أنها لم تكن آيسة فتبين أن عدتها لم تكن بالاشهر فلم يصح إقرارها بانقضاء عدتها بالاشهر فصار كأنها لم تقر أصلا قوله: (والبت لاقل منهما) أي ويثبت نسب ولد معتدة الطلاق البائن إذا ولدته لاقل من سنتين من وقت الطلاق لانه يحتمل أن يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقين بزوال الفراش فيثبت النسب احتياطا قوله: (وإلا لا) صادق بصورتين بما إذا أتت به لسنتين فقط، وبما إذا أتت به لاكثر منهما، واقتصر الشارح على الثاني. وصرح في المجتبي والنقاية بأن حكم السنتين كالاكثر وهو ظاهر المختصر، أما إذا أتت به لاكثر منهما فظاهر لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لحرمة وطئها في العدة بخلاف الرجعي، وأما إذا أتت به لتمام السنتين فمشكل فإنهم اتفقوا
***
[٢٦٦]
على أن أكثر مدة الحمل سنتان وألحقوا السنتين بالاقل منهما حتى أنهم أثبتوا النسب إذا جاءت به لتمام سنتين، وجوابه بالفرق فإن في مسألة البيتوتة إذا جاءت به لسنتين من وقت الطلاق لو أثبتنا النسب منه للزم أن يكون العلوق سابقا على الطلاق حتى يحل الوطئ فحينئذ يلزم كون الولد في بطن أمه أكثر من سنتين وفي الحديث لا يمكث الولد أكثر من سنتين في بطن أمه بخلاف غير المبتوتة لحل الوطئ بعد الطلاق، ولم يذكر المصنف في مسألة المبتوتة القيد الذي ذكره في الرجعية وهو عدم الاقرار بانقضاء عدتها مع أنه قيد فيهما كما صرح به في البدائع. وقوله وإلا لا مقيد بما إذا لم تلد ولدا قبله لاقل من سنتين وبينهما أقل من ستة أشهر حتى لو ولدت توأمين أحدهما لاقل من سنتين والآخر لاكثر منهما ثبت نسبهما منه عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالجارية إذا ولدت ولدين بعد بيعها ثم ادعى البائع الاول ثبت نسبهما منه لانهما خلقا من ماء واحد. وقال محمد: لا يثبت نسبهما لان الثاني من علوق حادث فمن ضرورته أن يكون الاول كذلك بخلاف مسألة الجارية لانه يحتمل أن يكون الاول علق به وهو في ملكه لعدم الاستحالة حتى لو ولدت أحدهما لاقل من سنتين والآخر لاكثر ينبغي أن يكون الحكم كذلك. أو نقول: يمكن أن يفرق بينهما بأن البائع التزمه قصدا بالدعوة والزوج لم يدع حتى لو أدعى الزوج الاول كان مثله، ولو خرج بعضه لاقل من سنتين وباقية لاكثر من سنتين لا يلزمه حتى يكون الخارج لاقل من سنتين نصف بدنة أو يخرج من قبل الرجلين أكثر البدن لاقل والباقي لاكثر، ذكره محمد. ولم يذكر المصنف رحمه الله أن عدتها انقضت بوضع الحمل أو قبله. قالوا: فيما إذا ولدته لاكثر يحكم بانقضاء عدتها قبل ولادتها بستة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد فيجب أن ترد نفقة ستة أشهر حملا على أنه من غيره بنكاح صحيح وأقل مدة الحمل ستة أشهر فقد أخذت مالا لا تستحقه في هذه الستة أشهر فترده. وقال أبو يوسف: لا تنقضي إلا بوضع الحمل بدليل جواز عدم تزوجها بالغير قبل وضعه فيحمل على الوطئ
***
[٢٦٧]
بشبهة. وذكر القاضي الاسبيجابي: وكذلك إذا طلق الرجل امرأته في حال المرض فامتد مرضه إلى سنتين وامتدت عدتها إلى سنتين ثم مات ثم ولدت المرأة بعد الموت بشهر وقد كان أعطاها النفقة إلى وقت الوفاة فإنها لا ترثه ويسترد منها نفقة خمسة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد قاله. وقال أبو يوسف: ترث ولا يسترد منها شيئا اه‍. وأطلق في البت فشمل الواحدة والثلاث كما في البدائع، وشمل الحرة والامة لكن بشرط أن لا يملكها بعد الطلاق، فلو تزوج أمة ثم دخل بها ثم طلقها واحدة ثم ملكها يلزمه ولدها إن جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم الملك، ولا يلزمه إذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا كما سيأتي في آخر الباب مفصلا. واعلم أن ثبوت النسب فيما ذكر من ولد المطلقة الرجعية والبائنة مقيد بما سيأتي من الشهادة بالولادة أو اعتراف من الزوج بالحبل أو حبل ظاهر. وفي الخانية: المعتدة عن طلاق بائن إذا تزوجت بزوج آخر في العدة وولدت بعد ذلك إن ولدت لاقل من سنتين من وقت طلاق الاول ولاقل من ستة أشهر من وقت نكاح الثاني كان الولد للاول، وإن ولدت لاكثر من سنتين من وقت طلاق الاول لا يلزم الاول، ثم ينظر، إن ولدت لستة أشهر من وقت نكاح الثاني فالولد للثاني وإلا فلا اه‍. وبه علم أن ما في المختصر شامل لما إذا تزوجت المبتوتة في العدة أو لم تتزوج، ولم يبين في الخانية فيما إذا أتت به لاقل من وقت طلاق الاول ولستة أشهر من وقت نكاح الثاني. وفي البدائع: إنه للثاني والنكاح جائز لان إقدامها على التزوج دليل انقضاء عدتها من الاول، وكذلك إذا أتت به للاكثر من وقت الطلاق ولاقل

من ستة أشهر من وقت النكاح ولم يثبت من الاول ولا من الثاني فإن النكاح صحيح عندهما خلافا لابي يوسف بناء على تزوج الحامل من الزنا. هذا إذا لم يعلم أنها كانت معتدة وقت النكاح، فإن علم وقع الثاني فاسدا فإن جاءت بولد فإن النسب يثبت من الاول إن أمكن إثبات منه بأن جاءت به لاقل من سنتين منذ طلقها الاول أو مات ولستة أشهر فأكثر منذ تزوجها الثاني، فإن جاءت به لاكثر من سنتين من وقت الطلاق ولستة أشهر من وقت التزوج فهو للثاني، كذا في البدائع قوله: (إلا أن يدعيه) استثناء من النفي يعني إذا جاءت به المبتوتة لاكثر وادعاء الزوج يثبت نسبه منه لانه التزمه وله وجه بأن وطئها بشبهة في العدة، كذا في الهداية وغيرها. وتعقبه في التبيين بأن المبتوتة بالثلاث إذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة في الفعل وفيها لا يثبت النسب وإن ادعاه نص عليه في كتاب الحدود فكيف أثبت به النسب هنا اه‍. وجوابه تسليم أن شبهة الفعل لا يثبت النسب فيها وإن ادعاه إذا كانت متمحضة وإلا فلا كما في المطلقة ثلاثا أو على مال فإنه لا يثبت النسب فيهما بالدعوة لان الشبهة فيهما لم
***
[٢٦٨]
تتمحض للفعل بل هي شبهة عقد أيضا فلا يكون بين النصين تناقض، وهذا أولى من حمل بعضهم المذكور هنا على المبانة بالكنايات فإن الشبهة فيها شبهة المحل، وأما المطلقة ثلاثا أو على مال فلا يثبت فيها النسب بالدعوة لان المنصوص عليه هنا أعم من المبتوتة بالكنايات أو بالثلاث أو على مال، وقد صرح ابن الملك في شرح المجمع أن من وطئ امرأة أجنبية زفت إليه وقيل له إنها امرأتك فهي شبهة في الفعل وأن النسب يثبت إذا ادعاه، فعلم أنه ليس كل شبهة في الفعل تمنع دعوى النسب. وأطلق في المختصر فأفاد أنه لا يشترط تصديق المرأة وفيه روايتان كما في البدائع، والاوجه أنه لا يشترط لانه ممكن منه وقد ادعاه ولا معارض ولذا لم يشترطه السرخسي والبيهقي فدل على ضعف رواية الاشتراط، وغرابتها كغرابة ما نقله في المجتبى أن توقف ثبوت النسب فيما إذا جاءت به للاكثر على الدعوى إنما هو قول أبي يوسف، وأما عندهما فيثبت النسب بلا دعوة لاحتمال الوطئ بشبهة في العدة اه‍. وفي البدائع: وكل جواب عرفته في المعتدة عن طلاق فهو الجواب في المعتدة من غير طلاق من أسباب الفرقة اه‍. قوله: (والمراهقة لاقل من تسعة أشهر وإلا لا) أي ويثبت نسب ولد المطلقة المراهقة إذا أتت به لاقل من تسعة أشهر وقد كان دخل بها ولم تقر بانقضاء عدتها ولم تدع حبلا، وإن جاءت به لتسعة أشهر فأكثر لا يثبت. وهذا عند أبي حنيفة ومحمد سواء، كان الطلاق رجعيا أو بائنا كما أطلقه المصنف. وقال أبو يوسف: يثبت النسب إلى سنتين في الطلاق البائن كالكبيرة وإلى سبعة وعشرين شهرا في الطلاق الرجعي لانه يجعل واطئا في آخر العدة وهي الثلاثة الاشهر ثم تأتي به لاكثر مدة الحمل وهي سنتان. ولهما أن لانقضاء عدة الصغيرة جهة متعينة وهي الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق إقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله، فإذا ولدت قبل مضي تسعة أشهر من وقت الطلاق تبين أن الحمل كان قبل انقضاء العدة، وإن ولدته لتسعة أشهر فأكثر فهو حمل حادث بعد انقضاء عدتها بالاشهر، وقد وقع في البدائع هذا غلط فاجتنبه فإنه قال: إذا لم تقر
***
[٢٦٩]
بانقضاء عدتها فإن جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق يثبت النسب وإن جاءت به لستة أشهر أو لاكثر لا يثبت. وصوابه ابدال الستة بالتسعة كما في المختصر أو إبدال قوله من وقت الطلاق بقوله من وقت انقضاء العدة بالاشهر الثلاثة والعبارتان سواء. قيد المصنف بكونها مطلقة لانها لو مات عنها زوجها ولم تقر بالحبل ولا بانقضاء العدة فعندهما إن ولدت لاقل من عشرة أشهر وعشرة أيام يثبت النسب لانه تبين أنه كان موجودا قبل مضي عدة الوفاة وإلا لم يثبت لانه حادث بعد مضيها. وعند أبي يوسف يثبت إلى سنتين كالكبيرة. وإن أقرت بانقضاء العدة بعد أربعة أشهر وعشر ثم ولدت لستة أشهر فصاعدا لم يثبت النسب منه. وقيدنا بكونه دخل بها لانه لو لم يدخل بها وجاءت بولد فإن كان لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق يثبت نسبه، وإن جاءت به لاكثر منها لا يثبت لحصول العلوق وهي أجنبية كما في غاية البيان. وقيدنا بكونها لم تقر بانقضائها لانها لو أقرت به بعد ثلاثة أشهر ولم تدع حبلا ثم جاءت بولد، فإن كان لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار يثبت النسب، وإن جاءت به لستة أشهر أو أكثر يثبت النسب لانقضاء العدة ومجئ الولد لمدة حبل تام بعده. وقيدنا بكونها لم تدع حبلا لانها لو أقرت بالحبل فهو إقرار منها بالبلوغ فيقبل

قولها فصارت كالكبيرة في حق ثبوت نسبه من حيث إنها لا يقتصر انقضاء عدتها على أقل من تسعة، فإن كان الطلاق بائنا يثبت نسب ولدها لاقل من سنتين، وإن كان رجعيا يثبت نسبه إذا أتت به لاقل من سبعة وعشرين شهرا كما في غاية البيان لا مطلقا فإن الكبيرة يثبت نسب ولدها في الطلاق الرجعي لاكثر من سنتين وإن طال إلى سن الاياس لجواز امتداد طهرها ووطئه إياها في آخر الطهر، وتعبير المصنف بالمراهقة أولى من تعبير كثير بالصغيرة لان المراهقة هي التي تلد لا ما دونها ومن تعبير الهداية بالصغيرة التي يجامع مثلها كما لا يخفى قوله: (والموت لاقل منهما) معطوف على الرجعي أي ويثبت نسب ولد معتدة الموت إذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الموت. وقال زفر: إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة أشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما إذا أقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة إلا أنا نقول: لانقضاء عدتها جهة أخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لانها ليست بمحل له قبل البلوغ وفيه شك. أطلق في معتدة الموت وهو مقيد بالكبيرة، وأما الصغيرة فقدمنا حكمها ومقيد بما إذا لم تقر بانقضاء عدتها، وأما إذا أقرت فهي داخلة في عموم المسألة الآتية عقيب هذه. وشمل كلامه المدخول
***
[٢٧٠]
بها وغيرها كما في البدائع، وشمل ما إذا كانت من ذوات الاقراء أو من ذوات الاشهر لكن قيده في البدائع بأن تكون من ذوات الاقراء قال: وأما إذا كانت من ذوات الاشهر فإن كانت آيسة أو صغيرة فحكمها في الوفاة ما هو حكمها في الطلاق وقد ذكرناه اه. وقيد بالاقل لانها لو جاءت بولد لاكثر من سنتين من وقت الموت لا يثبت نسبه، كذا في البدائع. ولم أر من صرح بالسنتين وينبغي أن يكون كالاكثر كما تقدم في نظيره قوله: (والمقرة بمضيها لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار وإلا لا) أي ويثبت نسب ولد المعتدة المقرة بمضيها إذا جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار لانه ظهر كذبها بيقين فيبطل الاقرار، ولو جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت الاقرار لم يثبت لانا لم نعلم بطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده وهو المراد بقوله وإلا لا. وذكر في التبيين أن هذا إذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الفراق بالموت أو بالطلاق، وإن جاءت به لاكثر منهما لا يثبت وإن كان لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار كما إذا أقرت بعدما مضى من عدتها سنتان إلا شهرين فجاءت بولد بعد ثلاثة أشهر من وقت الاقرار لم يثبت نسبه منه لان شرط ثبوته أن يكون لاقل من سنتين من وقت الفراق بالموت أو بالطلاق وبعده لا يثبت، وإن لم تقر بالانقضاء فمع الاقرار أولى إلا إذا كان الطلاق رجعيا فحينئذ يثبت ويكون مراجعا على ما بينا من قبل. بقي فيه إشكال وهو ما إذا أقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ولاقل من سنتين من وقت الفراق ينبغي أن لا يثبت نسبه إذا كانت المدة تحتمل ذلك بأن أقرت بعدما مضى سنة مثلا ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار لانه يحتمل أن عدتها انقضت في شهرين أو ثلاثة
***
[٢٧١]
أشهر ثم أقرت بعد ذلك بزمان طويل، ولا يلزم من إقرارها بانقضاء العدة أن تنقضي في ذلك الوقت فلم يظهر كذبها بيقين إلا إذا قالت انقضت عدتي الساعة ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من ذلك الوقت اه. وهذا الاشكال ظاهر ويجب أن يكون كلامهم محمولا على ما إذا أقرت بالانقضاء الساعة كما يفهم من غاية البيان. أطلق المعتدة فشمل المعتدة عن طلاق بنوعيه وعن وفاة كما في الهداية لكن في الخانية والآيسة تعتد بالاشهر، فإذا ولدت ثبت نسب ولدها في الطلاق إلى سنتين أقرت بانقضاء العدة أو لم تقر اه. وقدمناه عن البدائع فارجع إليه قوله: (والمعتدة أن جحدت ولادتها بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو حبل ظاهر أو اقرار به أو تصديق الورثة) أي ويثبت نسب ولد المعتدة إن جحدت ولادتها بأحد أمور أربعة فلا يثبت بشهادة امرأة واحدة عند أبي حنيفة خلافا لهما لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة إلى تعيين الولد فيه فيتعين بشهادتها، وله أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة. وإنما اكتفى بظهور الحبل أو الاعتراف به لان النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها، وإنما اكتفى بتصديق الورثة إذا كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة

ولم يشهد أحد عليها في قولهم جميعا لان الارث خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم، وأما في النسب فظاهر المختصر أنه يثبت في حق غيرهم أيضا لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم ولذا كان الاصح أنه لا يشترط في تصديقهم لفظ الشهادة في مجلس الحكم، ولذا عبر في المختصر بلفظ التصديق دون الشهادة لان ما ثبت تبعا لا تراعى فيه الشرائط، وقيل يشترط ليتعدى إلى غير المصدق. وقيد بأن يكون المصدق جمعا من الورثة لان المصدق لو كان رجلا أو امرأة لم يشارك جميع الورثة. ولو صدقها رجل وامرأتان منهم شارك المصدقين والمكذبين فكان ذلك كشهادة غيرهم إلا أنهم لم يعتبروا لفظ الشهادة والخصومة بين يدي القاضي لانه يشبه الاقرار لانه يشاركهم بإقرارهم، فمن حيث إنه يشبه الشهادة اعتبر العدد، ومن حيث إنه يشبه الاقرار ما اعتبرنا الخصومة وإتيان لفظ الشهادة توفيرا على الشبهين حظهما، كذا في شرح الجامع الصغير لابن بندار. وحاصله أنه يشترط أحد شرطي الشهادة في تصديقهم وهو العدد نظرا إلى أنه شهادة ولم يشترط لفظ الشهادة، وينبغي أن لا تشترط العدالة أيضا وعلى هذا لو قال المصنف وتصديق ورثة بالتنكير لكان أولى لان الالف واللام أبطلت معنى الجمعية

***

[٢٧٢]

كما في قوله لا أشتري العبيد ولا أتزوج النساء لكن ذكر في البدائع أن العدد إنما اشترطه من جعلها شهادة كما اشترط لفظها، ومن جعل التصديق اقرارا فلم يشترط لفظها ولم يشترط العدد أيضا. وعبارة فتاوى قاضيخان: امرأة ولدت بعد موت زوجها ما بينها وبين سنتين إن صدقها الورثة في الولادة يثبت نسب الولد من الميت في حق من صدقها. وهل يثبت النسب في حق غيرهم؟ إن كان يتم نصاب الشهادة بهم يثبت، واختلفوا في اشتراط لفظ الشهادة اه. وظاهره أن العدد لا بد منه ليتعدى في حق الكل عند الكل. وأطلق في المعتدة فشمل المعتدة عن طلاق رجعي أو بائن والمعتدة عن وفاة كما صرح به في غاية البيان معزيا إلى فخر الاسلام. وقيدها الامام السرخسي بالطلاق البائن، والحق التفصيل في المعتدة عن طلاق رجعي، إن أتت به لاقل من سنتين فكالمعتدة عن طلاق بائن لانقضاء فراشها بالولادة، وإن أتت به لاكثر من سنتين يثبت نسب ولدها بشهادة القابلة من غير زيادة شئ اتفاقا كما في المنكوحة لان الفراش ليس بمنتقض في حقها لانها تكون رجعة كما قدمناه. وصرح في البدائع بأنه لا فرق بين الرجعي والبائن إلا أنه علل بما يخص الاول بقوله لانها بعد انقضاء العدة أجنبية في الفصلين جميعا. وقيد المصنف بقوله إن جحدت ولادتها لانه لو اعترف بولادتها وأنكر تعيين الولد فإنه يثبت تعيينه بشهادة القابلة إجماعا ولا يثبت نسب الولد إلا بشهادتها إجماعا لاحتمال أن يكون هو غير هذا المعين، وظاهر كلام المصنف أنه لا يحتاج إلى شهادة القابلة مع ظهور الحبل أو اعتراف الزوج بالحبل وقد صرح به في البدائع فقال: وإن كان الزوج قد أقر بالحبل أو كان الحبل ظاهرا فالقول قولها في الولادة وإن لم تشهد لها قابلة في قول أبي حنيفة، وعندهما لا تثبت الولادة بدون شهادة القابلة، وهكذا صرح في الغاية وأنكر على صاحب ملتقى البحار في اشتراطه شهادة القابلة لتعيين الولد عند أبي حنيفة، ورده في التبيين بأنه سهو فإن شهادة القابلة لا بد منها لتعيين الولد إجماعا في جميع هذه الصور، وإنما الخلاف في ثبوت نفس الولادة، وأما نسب الولد فلا يثبت بالاجماع إلا بشهادة القابلة لاحتمال أن يكون هو غير هذا المعين. وثمرة الاختلاف لا تظهر إلا في حق حكم آخر كالطلاق والعتاق بأن علقهما بولادتها حتى يقع عند أبي حنيفة بوقلها ولدت لانها أمينة لاعترافه بالحبل أو لظهوره فيقبل قولها، وعندهما لا يقع حتى تشهد قابلة اه. وذكر ابن

***

[٢٧٣]

بندار أنه بعد الثبوت بقيت مؤتمنة فكان القول قولها إلا أن القابلة جعلت شرطا للعادة لانها لا تلد إلا بالقابلة وإني أقول: إن القابلة شرط زوال التهمة كاليمين في رد الوديعة واليمين في دعوى انقضاء العدة، فإذا لم تشهد قابلة بقيت متهمة فلا يقبل قولها فيه اه كلامه. وهو يصلح توفيقا لكلامهم فمن نفى اشتراط شهادة القابلة أفاد أنها ليست شرطا حقيقة لثبوت النسب، ومن أثبته أراد به أنها شرط لزوال التهمة عن نفسها وهو كلام حسن يجب قبوله. وأفاد بقوله شهادة رجلين قبول شهادة الرجال على الولادة من الاجنبية وأنهم لا يفسقون بالنظر إلى عورتها إما لكونه قد يتفق ذلك من غير قصد نظر ولا تعمد أو لضرورة كما في شهود الزنا، ولا يخفى أنها إذا ولدت وجحد الزوج ولادتها وادعت أن حبلها كان ظاهرا وأنكر ظهوره فلا بد من إقامة البينة عليه إما رجلين أو رجل وامرأتين، فظهور الحبل

عند الانكار إنما يكون بإقامة البينة لان الحبل وقت المنازعة لم يكن موجودا حتى يكفي ظهوره لانها بعد الولادة ولم أر من صرح به قوله: (والمنكوحة لستة أشهر فصاعدا إن سكت وإن جحد بشهادة امرأة على الولادة) أي يثبت نسب ولد المنكوحة حقيقة إذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت التزوج بأحد الشيئين: إما بالسكوت من غير اعتراف ولا نفي له، وإما بشهادة القابلة عند إنكار الولادة لان الفراش قائم والمدة تامة فوجب القول بثبوته، اعترف به

***

[٢٧٤]

أو سكت أو أنكر، حتى لو نفاه لا ينتفي إلا باللعان. وفي التحقيق شهادة القابلة لم يثبت بها النسب لانه ثابت بقيام الفراش وإنما يثبت بها تعيين الولد. قيد بستة أشهر لانها لو ولدته لاقل منها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه، ويفسد النكاح لاحتمال أنه من زوج آخر بنكاح صحيح أو بشبهة، وأفاد أنها لو جاءت به لتمام ستة أشهر بلا زيادة أنها كالاكثر. قالوا: لاحتمال أنه تزوجها واطئا لها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في إثباته. ويرد عليه ما تقدم في المبتوتة حيث نفى نسب ما أتت به لتمام سنتين مع تصحيحه بأنه طلقها حال جماعها وصادف الانزال الطلاق. وأجيب عنه بأن ثبوت النسب هنا لحمل أمرها على الصلاح إذ لو لم يثبت هنا لزم كونه من زنا أو من زوج فتزوجت به وهي في العدة، وأما عدم الثبوت هناك للشك فلا يستلزم نسبه فساد إليها لجواز كون عدتها قد انقضت وتزوجت بزوج آخر فعلقت منه. أطلق المصنف في المرأة هنا وقيدها في الشهادات بالعدالة، وقيدها في المبسوط بالحرية والاسلام ولم يشترط العدالة والظاهر الاول. وفي الولوالجية: رجل تزوج بامرأة فجاءت بسقط قد استبان خلفه، فإن جاءت به لاربعة أشهر جاز النكاح ويثبت النسب من الزوج الثاني، وإن جاءت به لاربعة أشهر إلا يوما لم يجز النكاح لان في الوجه الاول الولد للزوج الثاني، وفي الوجه الثاني من الزوج الاول لان خلقه لا يستبين إلا في مائة وعشرين يوما فيكون أربعين يوما نطفة وأربعين علقة وأربعين مضغة اه‍. قوله: (فإن ولدت ثم اختلفا فقالت نكحتني منذ ستة أشهر وادعى الاقل فالقول لها وهو ابنه) لان الظاهر شاهد لها فإنها تدل ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولا من زوج تزوجت بهذا الزوج في عدته وهو مقدم على الظاهر الذي يشهد له وهو إضافة الحادث وهو النكاح إلى أقرب الاوقات لانه إذا تعارض ظاهران في ثبوت نسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه حتى إنه يثبت بالايماء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات مع أن ظاهرها متأيد

***

[٢٧٥]

بظاهره وهو عدم مباشرته النكاح الفاسد إن كان الولد من زوج أو حبل من الزنا على الخلاف فيه، ولم يذكر المصنف حرمتها عليه بهذا النفي لانه لا يلزم من تزوجها حاملا إثبات النسب فيكون إقرارا بالفساد كما إذا تزوجها بلا شهود لجوازه وهي حامل من زنا فإنه صحيح على الصحيح، ولان الشرع كذبه حيث أثبت النسب والشرع إذا كذب الاقرار يبطل، كذا في فتح القدير. وذكر في الخلاصة في كتاب القضاء من الفصل الثالث فيمن يكون خصما ومن لا يكون أن الاقرار إنما يبطل بتكذيب الشرع إذا كان التكذيب بالبينة، وأما إذا قضى باستصحاب الحال فلا يبطل كما لو اشترى عبدا وأقر أن البائع أعتقه قبل البيع وكذبه البائع فقضى القاضي بالثمن على المشتري لم يبطل إقرار المشتري بالعتق حتى يعتق عليه إلى آخر ما فيها. ولم يذكر المصنف يمينها لانه لا تحليف عند الامام لانه راجع إلى الاختلاف في النسب والنكاح، وعندهما يستحلف وسيأتي أن الفتوى على قولهما في الاشياء الستة قوله: (ولو علق طلاقها بولادتها وشهدت امرأة على الولادة لم تطلق) يعني لم يقع إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند أبي حنيفة. وقالا: تطلق لان شهادتها حجة في ذلك قال عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يطلع عليه الرجل ولانها لما قبلت على الولادة تقبل فيما يبتني عليها وهو الطلاق. ولابي حنيفة أنها ادعت الحنث فلا يثبت إلا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية في الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها. وشرط في البدائع على قولهما أن تكون المرأة عدلة. قيد بالطلاق لان النسب يثبت بشهادتها وكذا ما هو من لوازمه من أمومية الولد لو كانت لو كانت أمه، وثبوت اللعان فيما إذا نفاه ووجوب الحد بنفيه إن لم يكن أهلا للعان وليس مراده خصوص الطلاق بل كل ما لم يكن من لوازم الولادة فالعتاق كذلك قوله: (وإن كان أقر بالحبل طلقت بلا شهادة) أي بلا شهادة أحد أصلا عند أبي حنيفة، وعندهما تشترط شهادة القابلة لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه ما بيننا، وله أن الاقرار بالحبل إقرار بما

يفضي إليه وهو الولادة ولانه أقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة، وعلى هذا الخلاف لو كان الحبل ظاهرا، أما عندهما فظاهر لانها مدعية فلا بد من إقامة البينة، وأما عنده فإن الطلاق تعلق بأمر كائن لا محالة فيقبل قولها فيه. والحاصل أن التعليق إن كان بما هو معلوم الوقوع بعده وعلمه من جهتها كما بحيضها وولادتها بعد الاقرار بحبلها أو ظهور حملها كان التزاما لتصديقها عند إخبارها به واعترافا بأنها
***
[٢٧٦]
مؤتمنة فيه وإن لم يكن كذلك وهو التعليق بولادتها قبل الاعتراف بحبل سابق ولا ظهور حبل حال التعليق لم يلتزم ذلك فيحتاج عند إنكاره إلى الحجة، ولا خلاف أن النسب لا يثبت بدون شهادة القابلة، كذا في البدائع قوله: (وأكثر مدة الحمل سنتان) لقول عائشة رضي الله عنها: الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل. رواه الدارقطني والبيهقي. وهو لا يعرف إلا سماعا. وظل المغزل مثل لقلته لان ظله حالة الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال وهو على حذف المضاف تقديره ولو بقدر ظل مغزل. ويروى ولو بفلكة مغزل أي ولو بقدر دوران فلكة مغزل قوله: (وأقلها ستة أشهر) لقوله تعالى * (وحمله وفصاله ثلاثون شهرا) * [الاحقاف: ٥١] ثم قال * (وفصاله في عامين) * [لقمان: ٤١] فيبقى للحمل ستة أشهر، كذا في الهداية. وقد نقل في فتح القدير أنه لا خلاف للعلماء فيه وأورد على ما في الهداية أنه مخالف لما قرره لابي حنيفة في الرضاع من أن هذه المدة مضروبة بتمامها لكل من الحمل والفصال غير أن المنقص قام في أحدهما وهو الحمل وهو حديث عائشة رضي الله عنها. قلنا: قدمنا هناك أنه غير صحيح لما يلزم من أنه يراد بلفظ الثلاثين في إطلاق واحد حقيقة ثلاثين وأربعة وعشرين باعتبار إضافتين فلعله رجع إلى الصحيح قوله: (فلو نكح أمة فطلقها فاشتراها فولدت لاقل من ستة أشهر منه) أي من وقت الشراء قوله: (لزمه وإلا لا) أي وإن ولدت لتمام ستة أشهر أو لاكثر منها لا يلزمه لان في الوجه الاول ولد المعتدة فإن العلوق سابق على الشراء، وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لانه يضاف الحادث إلى أقرب وقته حيث لم يتضمن إبطال ما كان ثابتا بالدليل أو ترك العمل بالمقتضى، وبه اندفع ما أورد عليه كما علم في فتح القدير فلا بد من دعوته واقتصار الشارح على الاكثر في قوله وإلا لا ينبغي وقد صرح في فتح القدير بما ذكرناه. وأطلق في الامة فشمل المدخول بها وغيرها كما أطلق في الطلاق فشمل الرجعي والبائن الواحدة والثنتين، وكل من الاطلاقين غير صحيح فإن كان بعد الدخول فلا فرق بين الرجعي والبائن إذا كان واحدة، وإن كان قبل الدخول
***
[٢٧٧]
فإنه لا يلزمه الولد إلا أن تجئ بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق إذا ولدت لتمام ستة أشهر أو أكثر من وقت التزوج. وفي غاية البيان: ولنا فيه نظر لان الطلاق قبل الدخول بائن والحكم في المبانة أن نسب ولدها يثبت إلى سنتين من وقت الطلاق، نعم إن محمدا وضع المسألة في الجامع الصغير في المدخول بها اه‍. وجوابه أن هذا حكم المبانة إ ذا كانت معتدة وغير المدخول بها لا عدة عليها، وأما إذا كان الطلاق ثنتين فإنه يمتد نسب الولد إلى سنتين من وقت الطلاق، وإن لم يدع فإن ولدت لاكثر من ذلك لا يثبت إلا إذا ادعاه لحرمتها حرمة غليظة فيضاف العلوق إلى أبعد الاوقات وهو ما قبل الطلاق حملا لامرهما على الصلاح. وذكر في غاية البيان أن في التقييد بالثنتين لهذا الحكم إيهاما لانه ربما يظن ظان أن الطلاق إذا كان واحدا بائنا لا يثبت النسب فيه إلى سنتين وليس كذلك لان النسب في البائن يثبت إلى سنتين من وقت الطلاق وإن لم يدع اه‍. وجوابه بالفرق بين البينونة الخفيفة وبين الغليظة فإن في الخفيفة يعتبر وقت الشراء أيضا وهو أن تلده لاقل من ستة أشهر من وقت الشراء وإذا كان لسنتين من وقت الطلاق، وفي الغليظة لا يعتبر ذلك حتى لو ولدت لاكثر من ستة أشهر من وقت الشراء ولسنتين من وقت الطلاق ثبت نسبه بلا دعوة فظهر الفرق والايهام في فهمه لا في كلام المشايخ. فالحاصل أنه يستثنى من حكم المسألة المذكورة في المختصر المطلقة قبل الدخول والمبانة بالثنتين فإن فيهما لا اعتبار لوقت الشراء وإنما يعتبر وقت الطلاق، ففي الاولى يشترط لثبوت نسبه ولادته لاقل من ستة أشهر، وفي الثاني لسنتين فأقل، وقد علم مما قدمه المصنف أن هذه الامة لو كان طلاقها رجعيا فإنه يثبت نسب ولدها وإن جاءت به لعشر سنين بعد الطلاق أو أكثر، وإن كان بائنا فلا بد أن تأتي به لتمام سنتين أو أقل بعد أن يكون لاقل من ستة أشهر من وقت الشراء في المسألتين فلا يرد عليه ما

إذا أتت به المبتوتة لاكثر من سنتين من وقت الطلاق ولاقل من ستة أشهر من وقت الشراء وإن كان داخلا في عبارته هنا لما قدمه سابقا، والتقييد بالطلاق اتفاقي لان الحكم فيما إذا لم يطلقها واشتراها كذلك أي

***

[٢٧٨]

حكم المطلقة فإن ولدته لستة أشهر أو أكثر من وقت الشراء لا يلزمه وإلا لزمه، وتقييده في فتح القدير بالرجعي لا يفيد لان البائن هنا كالرجعي إلا إذا كان غليظا. والمراد من الشراء الملك أعم من أن يكون بشراء أو هبة أو إرث أو نحو ذلك لان المفسد للنكاح الملك لا خصوص سبب له. وأشار باقتصاره على الشراء إلى أنه لا فرق في هذا الحكم بين أن يعتقها بعد الشراء أو لا. وعند محمد يثبت النسب إلى سنتين بلا دعوة من يوم الشراء لانه بالشراء بطل النكاح ووجبت العدة لكنها لا تظهر في حقه للملك وبالعتق ظهرت وحكم معتدة لم تقر بانقضاء عدتها كذلك، ولو لم يعتقها ولكن باعها فولدت لاكثر من ستة أشهر منذ باعها فعند أبي يوسف لا يثبت النسب وإن ادعاه إلا بتصديق المشتري لما مر أن النكاح بطل. وعند محمد يثبت بلا تصديق كما قال في العتق إلا أنه لا يثبت بلا دعوة لان العدة ظهرت ثم ولم تظهر هنا. وقيد في فتح القدير حكم المسألة المذكورة في المختصر بما إذا اشتراها قبل أن تقر بانقضاء عدتها ولم يبين مفهومه قوله: (ومن قال لامته إن كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة بالولادة فهي أم ولده) لان الحاجة إلى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع، وقد ذكر في المختصر المرأة دون القابلة وكثيرا ما يذكرون القابلة، والظاهر أن كونها القابلة ليس بشرط. أطلقه وقيدوه بأن تلده لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار وأن ولدته لستة أشهر أو أكثر لا يلزمه لاحتمال أنها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الاول لتيقننا بقيامه في البطن وقت القول فتيقناه بالدعوى، وما في غاية البيان من أن هذا إذا ولدته لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق سبق قلم إذ لا طلاق هنا لان الكلام في الامة المملوكة له، وإنما الاعتبار لوقت الاقرار. ومثله لو قال إن كان في بطنك ولد فهو حر فولدت بعد ذلك لستة أشهر لم يعتق وإن ولدته لاقل منها عتق، ولا فرق بين أن يقول في مسألة المختصر إن كان في بطنك ولد أو إن كان بها حبل فهو مني. وقيد بالتعليق لانه لو قال هذه حامل مني يلزمه الولد وإن جاءت به لاكثر من ستة أشهر إلى سنتين حتى ينفيه كما في الغاية. قوله: (ومن قال لغلام هو ابني ومات فقالت أمه أنا امرأته وهو ابنه يرثانه)

***

[٢٧٩]

والقياس أن لا ميراث لها لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطئ عن شبهته وبملك اليمين فلم يكن قوله إقرارا بالنكاح. وجه الاستحسان أن المسألة فيما إذا كانت معروفة بالحرية وبكونها أم الغلام، والنكاح الصحيح هو لمتعين لذلك وضعا وعادة لانه الموضوع لحصول الاولاد دون غيره فهما احتمالان لا يعتبران في مقابلة الظاهر القوي، وكذا احتمال كونه طلقها في صحته وانقضت عدتها لانه لما ثبت النكاح وجب الحكم بقيامه ما لم يتحقق زواله. فإن قيل: إن النكاح يثبت بمقتضى ثبوت النسب وهو لا عموم له فيتقدر بقدر الحاجة قلنا: النكاح غير متنوع إلى نكاح موجب للارث والنسب وإلى غير موجب لهما، فإذا تعين النكاح الصحيح لزم بلوازمه. وفي غاية البيان: إنه ليس من الاقتضاء في شئ لان المقتضي وهو النسب يصح بلا ثبوت المقتضي وهو النكاح بأن يكون الوطئ عن شبهة أو تكون أم ولده فلم يفتقر ثبوت النسب إلى النكاح لا محالة قوله: (وإن جهلت حريتها فقال وارثة أنت أم ولد أبي فلا ميراث لها) لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الارث، وتقييده بقول الوارث اتفاقي لان الجهل بحريتها كاف لعدم ميراثها، قال الوارث أنت أم ولد أبي أو لم يقل كما أطلقه في غاية البيان معللا بأن للوارث أن يقول ذلك، ولعل فائدته أن الوارث لو كان صغيرا فإنه لا ميراث لها أيضا وإن لم يقل شيئا. ولم يذكر المصنف رحمه الله أن لها مهرا تعند إقرار الوارث أنها أم ولد أبيه. وذكر التمرتاشي أن لها مهر مثها لانهم أقروا بالدخول ولم يثبت كونها أم ولد بقولهم، ورده في غاية البيان بأن الدخول إنما يوجب مهر المثل في غير صورة النكاح إذا كان الوطئ عن شبهة ولم يثبت النكاح هنا والاصل عدم الشبهة فبأي دليل يحمل على ذلك فلا يجب مهر المثل. وأيضا إنما لم نوجب الارث لان الاستصحاب لا يصلح للاثبات فلو وجب مهر المثل لكان صالحا للاثبات فلا يجوز اه‍. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب. باب الحضانة بيان لمن يحضن الولد الذي ثبت نسبه، وهي بكسر الحاء وفتحها تربية

الولد، والحاضنة
***
[٢٨٠]
المرأة توكل بالصبي فترضعه وتربية وقد حضنت ولدها حضانة من باب طلب، وحضن الطائر بيضه حضنا إذا جثم عليه بكنفه يحضنه، كذا في المغرب، وفي ضياء الحلوم: حضنت عن حاجته ولدها حضانة وحضنت الحمامة بيضها حضونا أي جعلته في حضنها، وحضنه عن حاجته أي حبسه، وحضنه عن الامر إذا انحاه عنه، والحضن ما دون الابط. ثم اعلم أن الحضانة حق الصغير لاحتياجه إلى من يمسكه فتارة يحتاج إلى من يقوم بمنفعة بدنه في حضانته وتارة إلى من يقوم بما له حتى لا يلحقه الضرر وجعل كل واحد منهما إلى من أقوم به وأبصر، فالولاية في المال جعلت إلى الاب والجد لانهم أبصر وأقوم في التجارة من النساء، وحق الحضانة جعل إلى النساء لانهن أبصر وأقوم على حفظ الصبيان من الرجال لزيادة شفقتهن وملازمتهن للبيوت، واتفقوا على أن الاب يجبر على نفقته مطلقا ويجب عليه إمساكه وحفظه وصيانته إذا استغنى عن النساء لان ذلك حق للصغير عليه، واختلفوا في وجوب حضانته على الام ونحوها من النساء وفي جبرها إذا امتنعت، فصرح في الهداية بانها لا تجبر لانها عست أن تعجز عن الحضانة وصححه في التبيين، وفي الولواجية وعليه الفتوى، وفي الواقعات والفتوى على عدم الجبر لوجهين: أحدهما أنها ربما لا تقدر على الحضانة، والثاني أن الحضانة حق الام والمولى ولا يجبر على استيفاء حقه اه. وفي الخلاصة وقال مشايخنا: ولا تجبر
***
[٢٨١]
الام عليها وكذلك الخالة إذا لم يكن لها زوج لانها ربما تعجز عن ذلك اه. فأفاد أن غير الام كالام في عدم الجبر بل هو بالاولى كما في الولواجية. وذكر الفقهاء الثلاثة أبو الليث والهندواني وخواهر زاده أنها تجبر على الحضانة وتمسك لهم في فتح القدير بما في كافي الحاكم الشهيد الذي هو جمع محمد لو اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لان هذا حق الولد أن يكون عند أمه ما كان إليها محتاجا. زاد في المبسوط: فليس لها أن تبطله بالشرط. فهذا يدل على أن قول الفقهاء الثلاثة هو جواب ظاهر الرواية. وأما قوله تعالى (وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى) [الطلاق: ٦] فليس الكلام في الارضاع بل في الحضانة. قال في التحفة: ثم الام وإن كانت أحق بالحضانة فإنه لا يجب عليها الرضاعة لان ذلك بمنزلة النفقة ونفقة الولد على الوالد إلا أن لا يوجد من ترضعه فتجبر. فالحاصل أن الترجيح قد اختلف في هذه المسألة والاولى الافتاء بقول الفقهاء الثلاثة لكن قيده في الظهيرية بأن لا يكون للصغير ذو رحم محرم فحينئذ تجبر الام كيلا يضيع الولد، أما إذا كان له جدة مثلا وامتنعت الام من إمساكه ورضيت الجدة بإمساكه فإن يدفع إلى الجدة لان الحضانة كانت حقا لها، فإذا أسقطت حقها صح الاسقاط منها. وعزا هذا التفصيل إلى الفقهاء الثلاثة. وعلله في المحيط بأن الام لما أسقطت حقها بقي حق الولد فصارت الام بمنزلة الميتة أو المتزوجة فتكون الجدة أولى. وظاهر كلامهم أن الام إذا امتنعت وعرض على من دونها من الحاضنات فامتنعت أجبرت الام لا من دونها ولذا قيدوا جواب المسألة بأن رضيت الجدة بإمساكه. وذكر في السراجية أن الام تستحق أجرة على الحضانة إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة لابيه وتلك الاجرة غير أجرة ارضاعه كما سيأتي في النفقات.
***
[٢٨٢]
قوله: (أحق بالولد أمه قبل الفرقة وبعدها) أي في التربية والامساك لما قدمناه، ولما روي أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني فقال عليه السلام: أنت أحق به. ولان الام أشفق وإليه أشار الصديق رضي الله عنه بقوله: ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر، قاله حين وقعت الفرقة بينة وبين امرأته والصحابة رضي الله عنهم حاضرون متوافرون. أطلق في الام وقيدوه بأن يكون أهلا للحضانة فلا حضانة للمرتدة، سواء لحقت بدار الحرب أو لا، لانها تحبس وتجبر على الاسلام، فإن تابت فهي أحق به. ولا للفاسقة كما في فتح القدير وغيره. وفي القنية: الام أحق بالصغيرة وإن كانت سيئة السيرة معروفة بالفجور ما لم تعقل ذلك
***
[٢٨٣]

اهـ ويبنغي أن يراد بالفسق في كلامهم هنا الزنا المقتضي لاشتغال الام عن الولد به بالخروج من المنزل ونحوه لا مطلقة الصادق بترك الصلوات لما يأتي أن الذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان فالفاسقة المسلمة بالاولى، ولا لمن تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة ولا للامة وأم الواد والمدبرة والمكاتبة إذا ولدت قبل الكتابة، ولا للمتزوجة بغير محرم، وكذلك لو كان الاب معسرا وأبت الام أن تربي إلا بأجر وقالت العمة أنا أربي بغير أجر فإنه لا حضانة للام وتكون العمة أولى في الصحيح كما سيأتي، وسنذكر أن الكتابية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان قوله: (ثم أم الام) يعني بعد الام الاحق أمها وهو شامل لما إذا كانت الام ميتة أو ليست أهلا للحضانة ففي كل منهما ينتقل الحق إلى أم الام لان هذه الولاية مستفادة من قبل الامهات فكانت التي هي من قبلها أولى وإن علت، فالجدة من قبل الام أولى من أم الاب ومن الخالة، وصححه الولوالجي. وذكر الخصاف في النفقات: فإن كان للصغير جدة الام من قبل أبيها وهي أم أبي أمه فهذه ليست بمنزلة من كانت من قرابة الام من قبل أمها، وكذلك كل من كان من قبل أبي الام فليس بمنزلة قرابة الام من قبل أمها اهـ. وفي الولواجية: جدة الام من قبل الاب وهي أم أبي الام لا تكون بمنزلة من كانت من قرابة الام لان هذا الحق لقرابة الام اهـ. وظاهره تأخير أم أبي الام عن أم الاب بل عن الخالة أيضا وقد صارت حادثة للفتوى في زماننا قوله: (ثم أم الاب وإن علت) فهي مقدمة

***

[٢٨٤]

على الاخوات والخالات لانها من الامهات ولهذا تحرز من ميراثهن السدس ولانها أوفر شفقة للاولاد، وأما قوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي داود " إنما الخالة أم " (١) فيحتمل كونه في ثبوت الحضانة أو غيره إلا أن السياق أفاد إرادة الاول فيبقى أعم من كونه في ثبوت أصل الحضانة أو كونها أحق بالولد من كل من سواها، ولا دلالة على الثاني والاول متيقن فيثبت فلا يفيد الحكم بكونها أحق من أحد بخصوصه أصلا ممن له حق في الحضانة فيبقى المعنى الذي عيناه بلا معارض من أن الجدة أم، كذا في فتح القدير. وفي القنية: صغيرة عند جدة تخون حقها فلعمها أن يأخذها منها إذا ظهرت خيانتها. قوله: (ثم الاخت لاب وأم ثم لام ثم لاب) يعني فهن أولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث. وتقدم الاخت الشقيقة لانها أشفق ثم يليها الاخت من الام لان الحق لهن من قبل الام، وأما الاخت لاب فذكر المصنف أنها مقدمة على الخالة اعتبارا لقرب القرابة وتقديم المدلي بالام على المدلي بالاب عند اتحاد مرتبتهما قربا وهذه رواية كتاب النكاح، وفي رواية كتاب الطلاق الخالة أولى لانها تدلي بالام وتلك بالاب. ولم يذكر المصنف أولاد الاخوات لان فيهم تفصيلا فأولاد الاخوات لاب وأم أو لام أحق من الخالات والعمات باتفاق الروايات، وأما أولاد الاخوات لاب ففي أحد الروايتين أحق من الخالات اعتبارا بالاصل، والصحيح أن الخالات أولى من أولاد الاخوات لاب، والاخت لام أولى من ولد الاخت لاب وأم، وبنات الاخت أولى من بنات الاخ لان الخت لها حق في الحضانة دون الاخ فكان المدلي لها أولى، وإذا اجتمع من له حق الحضانة في درجة فاورعهم أولى ثم أكبر هم قوله: (ثم الخالات كذلك) أي فهن أولى من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما نزلت الاخوات، فترجح الخالات لاب وأم ثم لام ثم لاب وهو المراد بقوله " كذلك ". والخالة هي أخت أم الصغير لا مطلق الخالة لان خالة الام مؤخرة عن عمة الصغير وكذلك خالة الاب كما سنبينه. وأفاد كلامه أن الخالة أولى من بنت الاخ لانها تدلي بالام وتلك بالاخ قوله: (ثم العمات كذلك) أي تقدم العمة لأب وأم ثم لام ثم لاب، ولم يذكر المصنف بعد العمات أحدا من النساء، والمذكور في غاية البيان وفتح القدير وغيرهما أن بعد العمات خالة الام لاب وأم ثم لام ثم لاب ثم بعدهن خالة الاب لاب وأم ثم لام ثم لاب

***

[٢٨٥]

ثم بعدهن عمات الامهات والآباء على هذا التفصيل الترتيب. ولم يذكر المصنف أيضا بنات الاخ وفي التبيين أن بنات الاخ أولى من العمات. ولم يذكر أيضا أولاد الخالة والعمة في الحضانة لانه لا حق لبنات العمة والخالة في الحضانة لانهن غير محرم، وكذلك بنات الاعمام والاخوال بالاولى، كذا في كثير من الكتب. وفي غاية البيان: والعمة أحق من ولد الخالة. وهو تسامح لانه لا حق لولد الخالة أصلا كما نقلناه قوله: (ومن نكحت غير محرم سقط حقها) أي غير محرم من الصغير كالام إذا تزوجت بأجنبي منه لقوله عليه الصلاة

والسلام: أنت أحق به ما لم تتزوجي ولان زوج الام إذا كان أجنبيا يعطيه نزرا وينظر إليه شزرا فلا نظر له. والنزر الشئ القليل والشزر نظر التغض. ولذا قال في القنية: الام إذا تزوجت بزوج آخر وتمسك الصغير معها أم الام في بيت الراب فللاب أن يأخذه منها اه. فعلى هذا تسقط الحضانة إما بتزوج غير المحرم أو بسكناها عند المبغض له لكن وقع لي تردد في أن الخالة ونحوها إذا سكنت عند أجنبي من الصغير ولم تكن متزوجة هل تسقط حضانتها قياسا على الجدة إذا سكنت في بيت بنتها المتزوجة، أو هذا خاص ببيت زوج الام باعتبار بغضه له كما هو العادة؟ والذي يظهر الاول لانه يتضرر بالسكنى في بيت أجنبي عنه، وكذا اختلف في أجرة المسكن الذي يحضن فيه الصبي، فقيل يجب في ماله أن كان له مال وإلا فعلى من تجب عليه نفقته. وفي التفاريق: لا تجب، كذا في خزانة الفتاوى. قيد بغير المحرم لان الزوج لو كان ذا رحم محرم للصغير كالجدة إذا كان زوجها الجد أو الام إذا كان زوجها عم الصغير أو الخالة إذا كان زوجها عمه لا يسقط حقها لانتفاء الضرر عن الصغير. ودخل تحت غير المحرم الذي ليس بمحرم كابن العم فهو كالاجنبي هنا، ولو ادعى أن الام تزوجت وأنكرت ولقول لها وينبغي أن يكون مع اليمين قوله: (ثم تعود بالفرقة) أي تعود الحضانة لزوال المانع فقولهم " سقط حقها " معناه منع مانع منه لانه من باب زوال المانع لا من عود الساقط كالناشزة لا نفقة لها ثم تعود بالعود إلى منزل الزوج. وأراد بالفرقة الطلاق البائن، وأما الطلاق الرجعي فإنه لا يعود حقها به حتى تنقضي عدتها لقيام الزوجية. وفي الظهيرية

***

[٢٨٦]

وغيرها: لو أقرت بالتزوج وادعت أنه طلقها وعاد حقها فيها فإن أبهمت الزوج كان القول قولها، وإن عينت لا يقبل قولها في دعوى الطلاق. قوله: (ثم العصبات بترتيبهم) يعني إن لم يكن للصغير أحد من محارمه من النساء واختصم فيه الرجال فأولاهم به أقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب فيقدم الاب ثم الجد أب الاب وإن علا ثم الاخ الشقيق ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ الشقيق ثم ابن الاخ لاب، وكذا كل من سفل من أولادهم ثم العم شقيق الاب ثم لاب وأما أولاد الاعمام فإنه يدفع إليهم الغلام فيبدا بابن العم لاب وأم ثم ابن العم لاب، ولا تدفع إليهم الصغيرة لانهم غير محارم، وكذا لا تدفع إلى الام التي ليست بمأمونة وللعصبة الفاسق ولا إلى مولى العتاقة تحرزا عن العتنة. وبهذا علم أن إطلاق المصنف في محل التقييد لكن ينبغي أن يكون محل عدم الدفع إلى ابن العم ما إذا كانت الصغيرة تشتهي وهو غير مأمون، أما إذا كانت لا تشتهي كبنت سنة مثلا فلا منع لانه لا فتنة، وكذا إذا كانت تشتهي وكان مامونا. قال في غاية البيان معزيا إلى تحفة الفقهاء: وإن لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم فالاختيار إلى القاضي إن رآه أصلح تضم إليه وإلا توضع على يد أمينة اه. ولم يذكر المصنف الدفع إلى ذوي الارحام

***

[٢٨٧]

قالوا: إذا لم يكن للصغير عصبة يدفع إلى الاخ لام ثم إلى ولده ثم إلى العم لام ثم إلى الخال لاب وام ثم لاب ثم لام لان لهؤلاء ولاية عند أبي حنيفة في النكاح. وبهذا علم أن مرادهم بذوي الارحام هنا وفي باب ولاية إلا نكاح قرابة ليست بعصبة لا المذكور في الفرائض أنه قريب ليس بذي سهم ولاعصبة لان بعض أقارب الفروض داخل في ذوي الارحام هنا كالاخ لام، وإذا اجتمع مستحقو الحضانة في درجة كالاخوة والاعمام فاصلحهم أولى، فان تساووا فاورعهم، فان تساووا فاسنهم. وفي البدائع: لا حق للرجال من قبل الام وهو محمول على ما إذا كان من قبل الاب من هو موجود قوله: (والام والجدة أحق بالغلام حتى يستغني وقدر بسبع) لانه إذا استغنى يحتاج إلى تأديب والتخلق باداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على التاديب والتعنيف، وما ذكره المصنف من التقدير بسبع قول الخصاف اعتبارا للقالب لان الظاهر ان الصغير إذا بلغ السبع يهتدي بنفسه الى الاكل والشرب واللبس والاستنجاء وحده فلا حاجة الى الحضانة، فلا مخالفة بين تقدير الاستغناء بالسن وبين ان يقدر على الاشياء الاربعة وحده كما هو المذكور في الاصل، ولم يذكر الاستنجاء في المبسوط وذكره في السير الكبير وزاد في نوادر ابن رشيد: ويتوضا وحده. ثم من المشايخ من قال: المراد من الاستنجاء تمام الطهارة بان يطهر وجهه وحده بلا معين. ومنهم من قال بل من النجاسة وإن لم يقدر على تمام الطهارة وهو المفهوم من ظاهر كلام الخصاف. وفي غاية البيان والتبيين والكافي ان الفتوى على قول الخصاف من التقدير بالسبع لان الاب مامور بان يامره

بالصلاة إذا بلغها، وانما يكون ذلك إذا كان الولد عنده. ولو اختلفا فقال ابن سبع وقالت ابن ست لا يحلف القاضي احدهما ولكن ينظر ان كان ياكل وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده دفع والا فلا، كذا في الظهيرية. واستغنى بذكر الاكل عن الشرب ولذا ذكر الشرب في الخلاصة وجمع بين الاربعة في التبيين، واما ما في فتح القدير والخلاصة من عدم ذكر الاستنجاء فسهو. واشار المصنف رحمه الله بذكر الام والجدة الى ان غيرهما اولى، فلو قال " والحاضنة احق به حتى يستغني " لكان اصرح. قوله: (وبها حتى تحيض) أي الام والجدة احق بالصغيرة حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك أقدر، وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه أقوى واهدى. وبه علم انه لو قال حتى تبلغ لكان اولى. وعن محمد انها تدفع الى الاب إذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة. قال في النقاية وهو المعتبر لفساد الزمان. وفي نفقات الخصاف: وعن أبي يوسف مثله. وفي التبيين: وبه يفتى في زماننا
***
[٢٨٨]
لكثرة الفساد. وفي الخلاصة وغياث المفتي: والاعتماد على هذه الروايات لفساد الزمان. فالحاصل ان الفتوى على خلاف ظاهر الرواية فقد صرح في التجنيس بان ظاهر الرواية انها احق بها حتى تحيض واختلف في حد الشهوة. وفي الولواجية: وليس لها حد مقدر لانه يختلف باختلاف حال المرأة. وفي التبيين وغيره: وبنت احدى عشرة سنة مشتهاة في قولهم جميعا. وقدره أبو الليث بتسع سنين وعليه الفتوى اه. واشار المصنف الى انها لو زوجت قبل ان تبلغ لا تسقط حضانتها. وقال في القنية: الصغيرة إذا لم تكن مشتهاة ولها زوج لا يسقط حق الام في حضانتها ما دامت لا تصلح للرجال الا في رواية عن ابي يوسف إذا كانت يستانس بها اه. وظاهره انها إذا صلحت للرجال قبل البلوغ وقد زوجها ابوها فانه لا حضانة لامها اتفاقا فيحتاج اطلاق المختصر الى تقييد، نعم على المفتى به فهو ظاهر ولم ار حكم ما إذا اختلف الاب والام في حيضها فقالت الام لم تحض وقال الاب حاضت أو في البلوغ بالسن، وينبغي ان يكون القول قول الام كما لو ادعى تزوجها وانكرت بجامع انه يدعى سقوط حقها وهى تنكر قوله: (وغيرهما احق بها حتى تشتهي) أي غير الام والجدة احق بالصغيرة حتى تشتهي فيأخذها الاب. وفي الجامع الصغير: حتى تستغني لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تؤجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا. واطلق في الجدة فشمل جدته من امه ومن ابيه كما في فتح القدير. وفى الظهيرية: ولو ان امرأة جاءت بالصبى تطلب النفقة من ابيه فقالت هذا ابن ابنتى منك وقد ماتت امه فاعطني نفقته فقال الاب صدقت هذا ابني من ابنتك فاما امه فلم تمت وهى في منزلي واراد اخذ الصبى منها لم يكن له ذلك حتى يعلم القاضى امه وتحضر هي فتأخذه لانه لما اقر انها جدة الصبى فقد اقر ان لها حق الحضانة ثم يدعى قيام من هو اولى منها وذا محتمل، فان احضر الاب امرأة فقال هذه ابنتك وهذا ابني منها وقالت الجدة ما هذه ابنتى وقد ماتت ابنتى ام هذا الصبى فالقول في هذا قول الرجل والمرأة التى معه ويدفع الصبى إليه لان الفراش لهما فيكون الولد لهما، وصار هذا كالزوجين إذا كان بينهما ولد فقالت المرأة هو ابني من زوج آخر وقال الرجل هو ابني من امرأة اخرى فانه يحكم بكونه ابنا لهما لان الفراش لهما فيكون الولد لهما، وكذلك الجدة لو حضرت وقالت هذا ابن ابنتى من هذا الرجل وقد ماتت امه فقال الرجل هذا ابني من غير ابنتك من امرأة لى فالقول قوله وياخذ الصبى منها، ولو احضر الرجل امرأة وقال هذا ابني من هذه لا من ابنتك وقالت الجدة ما هذه امه بل امه ابنتى وقالت التى احضرها الرجل صدقت ما انا بامه وقد كذب هذا الرجل ولكني امرأته فان الاب اولى به فيأخذه. وعلل الخصاف رحمه الله في الكتاب فقال: لانه لما قال هذا ابني من هذه المرأة فقد انكر كونها جدة له فيكون منكرا الحق لها في الحضانة اصلا وهى اقرت له بالحق اه.
***
[٢٨٩]
قوله: (ولا حق للامة وام الولد ما لم يعتقا) لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى، وإذا اعتقتا صارتا حرتين أو آن ثبوت الحق. ودخل تحت الامة المدبرة لوجود الرق فيها، وكذا المكاتبة داخلة تحت الامة بالنسبة الى الولد المولود قبل الكتابة، واما إذا ولدته بعد الكتابة فهى اولى بحضانته من غيرها لانه صار داخلا في كتابتها. واراد بالحق المنفى حق الحضانة قالوا: ولا يفرق بينه وبين امه للنهى عن ذلك. ولم يذكر المصنف ان الحق في حضانة ولد الامة للمولى أو لغيره. والحق التفصيل، فان كان الصغير رقيقا فمولاه احق به حرا كان ابوه أو عبدا، وكذا لو عتقت امه بعد وضعه فلا حق لها في حضانته انما الحق للمولى، سواء كانت منكوحة ابيه أو فارقها لانه

مملوكه. واما إذا كان حرا فالحضانة لاقربائه الاحرار ان كانت امة امة لا لمولاها ولا لمولاه الذى اعتقه، وان اعتقت كانت الحضانة لها قوله: (والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان) لان الحضانة تبتنى على الشفقة وهى اشفق عليه فيكون الدفع إليها انظر له فإذا عقل الاديان ينزع منها لاحتمال الضرر. واطلق الذمية فشمل الكتابية والمجوسية كما في غاية البيان وغيره. وقيد بها للاحتراز عن المرتدة لانه لا حق لها فيها لانها تحبس وتضرب فلا تتفرغ له، ولا في دفعه إليها نظر إذا اسلمت وتابت يسلم الولد إليها. وقد جمع في الهداية بين شيئين فقال ما لم يعقل الاديان أو يخاف ان يالف الكفر. فظاهره انه إذا خيف ان يالف الكفر نزع منها وان لم يعقل دينا وهى واردة على المصنف المقتصر على الاول. وفى شرح النقاية: لو خيف ان تغذيه بلحم خنزير أو خمر لم ينزع منها بل يضم الى ناس من المسلمين. والتقييد بالام اتفاقى إذ كل حاضنة ذمية كذلك كما صرح في خزانة الاكمل: وام الام بمنزلة الام مسلمة كانت أو كتابية أو مجوسية، وكذا كل كافرة من نساء القرابة فهى بمنزلة الام اه. قوله: (ولا خيار للولد عندنا ذكرا كان أو انثى) وقال الشافعي: لهما الخيار لان النبي صلى الله عليه وسلم خير. ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة والراحة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر، وقد صح ان الصحابة رضى الله عنهم لم يخيروا. واما الحديث قلنا قد قال عليه السلاة والسلام " اللهم اهده " فوفق لاختيار الا نظر بدعائه عليه السلام، أو يحمل على ما إذا كان بالغا. والمراد بعدم تخييره عندنا انه إذا بلغ السن الذى ينزع من الام ياخذه الاب ولا
***
[٢٩٠]
خيار للصغير. وفى فتح القدير: والمعتوه لا يخير ويكون عند الام، وينبغى ان يكون عند من يقول بتخيير الولد، واما عندنا فامعتوه إذا بلغ السن المذكور يكون عند الاب. ولم يذكر المصنف رحمه الله حكم الولد إذا بلغ هل ينفرد بالسكنى أو يستمر عند الاب؟ وفى الظهيرية: فإذا بلغت الجارية مبلغ النساء فان كانت بكرا كان للاب ان يضمها الى نفسه، وان كانت ثيبا فليس له ذلك الا إذا لم تكن مامونة على نفسها. والغلام إذا عقل واجتمع رأيه واستغنى عن الاب ليس للاب ان يضمه الى نفسه الا إذا لم يكن مامونا على نفسه كان له ان يضمه الى نفسه، وليس عليه نفقته الا ان يتبرع. ومتى كانت الجارية بكرا يضمها الى نفسه وان كان لا يخاف عليها الفساد إذا كانت حديثة السن، اما إذا دخلت في السن واجتمع لها راى وعقلت فليس للاولياء حق الضم ولها ان تنزل حيث احبت حيث لا يتخوف عليها، وان كانت ثيبا مخوفا عليها وليس لها اب ولا جد ولكن لها اخ أو عم ليس له ولاية الضم الى نفسه بخلاف الاب والجد. والفرق ان الاب والجد كان لهما ولاية الضم في الابتداء فجاز ان يعيداها الى حجرهما إذا لم تكن مامونة، اما غير الاب والجد فلم يكن له ولاية الضم في البتداء فلا يكون له ولاية الاعادة ايضا اه. وان لم يكن لها اب ولا جد ولا عصبة أو كان لها عصبة مفسد فللقاضي ان ينظر في حالها، فان كانت مامونة خلاها تنفرد بالسكنى، سواء كانت بكرا أو ثيبا والا وضعها عند امرأة امينة ثقة تقدر على الحفظ لانه جعل ناظرا للمسلمين، كذا في التبيين. وذكر الاسبيجابى ان للاب ان يؤدب ولده البالغ إذا وقع منه شئ. وفي الولوالجية: الابن إذا بلغ يخير بين الابوين فان كان فاسقا يخشى عليه شئ فالاب اولى من الام. وفى الخلاصة: امرأة خرجت من منزلها وتركت صبيا لها في المهد فسقط المهد ومات الصغير لا شئ عليها لانها لم تضيع فلا تضمن كما لو خرجت من منزلها فجاء طرار فطر في البيت فلا ضمان عليها. قوله: (ولا تسافر مطلقة بولدها الا الى وطنها وقد نكحها ثم) لان في السفر به اضرارا بابيه، فإذا خرجت به الى وطنها وقد كان تزوجها الزوج فيه فلها ذلك لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا. قال عليه السلام " من تأهل ببلدة فهو منهم " (١) ولهذا يصير الحربى به ذميا، كذا في الهداية. ودفعة في الكافي بان المصرح به ان الحربى لا يصير بتأهله في دار الاسلام ذميا لامكان ان يطلقها ثم يعود الى دار الحرب، وانما ذلك في الحربية إذا تزوجت فانها تصير
***
[٢٩١]
ذمية، وما في التبيين من ابدال الحربى بالحربية لا يناسب المقام لان الكلام في الرجل. وشرط المصنف لجواز سفرها به امرين، واتفقوا انه ليس لها السفر به الى مصر لم يتزوجها فيه، واختلفوا فيما إذا ارادت الخروج الى مصر غيره وطنها وقد كان التزوج فيه. اشار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق، وذكر في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه، ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد. وجه الاول ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا اصح، كذا في الهداية. وفى شرح النقاية: وانما قال المصنف تسافر دون تخرج لانه لو كان بين الموضعين تقارب

بحيث يتمكن الاب من مطالعة ولده الرجوع إليه في نهاره جاز لها ان تنتقل إليه، سواء كان وطنا لها أو لم يكن، وقع العقد فيه أو لم يقع لان الانتقال الى قريب بمنزلة الانتقال من محلة الى محلة في بلدة واحدة اه. والذى يظهر عدم صحة التعبير بالسفر أو بالخروج على الاطلاق لان السفر ان كان المراد به الشرعي لم يصح إذ لا يشترط في منعها عن الخروج به ان يكون بين الوطنيين ثلاثة ايام، وان كان المراد به السفر اللغوى لم يصح ايضا لانه إذا كان بين المكانين تقارب لا تمنع مطلقا فهو كالانتقال من محلة الى اخرى، وكذا التعبير بمطلق الخروج لا يصح والعبارة الصحيحة ليس لها الخروج وبالولد من بلدة الى اخرى بينهما تفاوت كما ذكرناه الا إذا انتقلت من القرية الى المصر فان لها ذلك لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر، وليس فيه ضرر بالاب وهى واردة على المصنف وفى عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك مطلقا. ويستثنى من جواز نقله إذا وجد الامران في دار الحرب فليس لها ان تنقله إليها إذا كان وطنها ونكحها فيه لما فيه من الاضرار بالولد والوالد المسلم أو الذمي حتى لو كان الوالد والوالدة حربيين لها ذلك. وقيد بالمطلقة لان المنكوحة، ليس لها الخروج به من بلد الى آخر مطلقا لان حق السكنى للزوج بعد ايفاء المعجل خصوصا بعدما خرجت معه. واراد بالمطلقة المبانة بعد انقضاء العدة لان المطلقة رجعيا حكمها حكم المنكوحة، ومعتدة البائن ليس لها الخروج قبل انقضاء العدة مطلقا. وقيد بالام لان الام لو ماتت وصارت الحضانة للجدة فليس لها ان تنتقل الى مصرها

***

[٢٩٢]

بالولد لانه لو لم يكن بينهما عقد، وكذا ام الولد إذا اعتقت لا تخرج الولد من المصر الذى فيه الغلام لانه لا عقد بين الاب وام الولد كذا في فتح القدير. وغير الجدة كالجدة بالاولى. واطلق في الوطن فشمل القرية فلها ان تنقله من مصر الى قرية وقع العقد بها وهى قريتها كما في شرح الطحاوي وهو المنصوص عليه في الكافي للحاكم الشهيد، فما في شرح البقالى من انه ليس لها ذلك ضعيف. وقيد بالمرأة لان الاب ليس له اخراج الولد من بلد امه حيث كان لها حق في الحضانة. قال في الظهيرية: وفى المنتقى ابن سماعة عن ابى يوسف: رجل تزوج امرأة بالبصرة فولدت له ولدا ثم ان هذا الرجل اخرج ولده الصغير الى الكوفة وطلقها وخاصمته في ولدها وارادت رده عليها قال: وان كان الزوج اخرجه إليها بامرها فليس عليه ان يرده ويقال لها اذهبي إليه وخذيه. قال وان كان اخراجه بغير امرها فعليه ان يجئ به إليها. ابن سماعة عن ابى يوسف في رجل خرج مع المرأة وولدها من البصرة الى الكوفة ثم رد المرأة الى البصرة ثم طلقها فعليه ان يرد ولدها فيؤخذ بذلك لها اه. وفى الحاوى القدسي: وإذا تزوجها في قرية من رستاق لها قرى قريبة بعضها من بعض فارادت ان تخرج بولدها من قرية الى قرية لها ذلك ما لم تقطعه من ابيه إذا اراد ان يبصر ولده كل يوم، وكذا الاب إذا اراد ان يخرجه الى مثل ذلك، وليس له ان يخرجه من المصر الى القرى بغير رضا امه إذا كان صغيرا اه. وفى المجمع: ولا يخرج الاب بولده قبل الاستغناء اه. وعلله في الشرح بانه لما فيه من الاضرار بالام بابطال حقها في الحضانة وهو يدل على ان

***

[٢٩٣]

حضانتها إذا سقطت جاز له السفر به. وفى الفتاوى السراجية: سئل إذا اخذ المطلق ولده من حاضنته لزواجها هل له ان يسافر به؟ فأجاب بانه له ان يسافر به الى ان يعود حق امه اه. وهو صريح فيما قلنا وهى حادثة الفتوى في زماننا والله اعلم. باب النفقة هي في اللغة الانسان على عياله ونحو ذلك قال تعالى * (وما منعهم أن تقبل منهم نفقاتهم) * [التوبة: ٤٥] ويقال أنفق الرجل من النفقة قال تعالى * (لينفق ذو سعة من سعته) * [الطلاق: ٧] وأنفق القوم إذا أنفقت سوقهم، وأنفق الرجل إذا ذهب ماله ويقال منه قوله تعالى * (إذا لامسكتم خشية الانفاق) * [الاسراء: ٠٠١] أي خشية الفقر. ويقال نفقت السلعة نفاقا نقيض كسدت، ونفقة الدابة تفوقا إذا ماتت، كذا في ضياء الحلوم. وبه علم أن النفقة المرادة هنا ليست مشتقة من النفوق بمعنى الهلاك، ولا من النفق ولا من النفاق، بل هي اسم للشئ الذي ينفقه الرجل على عياله. وأما في الشريعة فذكر في الخلاصة قال هشام: سألت محمدا عن النفقة قال: النفقة هي الطعام والكسوة والسكنى ا ه. قالوا: ونفقة الغير تجب على الغير بأسباب ثلاثة: بالزوجية والقرابة والملك. فبدأ بالاول لمناسبة ما تقدم من النكاح والطلاق والعدة. قوله: (تجب النفقة للزوجة على زوجها والكسوة بقدر حالهما) أي الطعام والشراب بقرينة عطف الكسوة والسكنى عليها، والاصل في ذلك قوله تعالى * (لينفق ذو سعة من سعته) * [الطلاق: ٧] وقوله تعالى * (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) * [البقرة: ٣٣٢] وقوله عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعليه إجماع الامة، لان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت

***
[٢٩٤]
نفقته عليه. أصله القاضي والعامل في الصدقات والمفتي والوالي والمضارب إذا سافر بمال المضاربة والمقاتلة إذا أقاموا لدفع عدو المسلمين. واعترض بأن الرهن محبوس لحق المرتهن وهو الاستيفاء ولذا كان أحق به من سائر الغرماء مع أن نفقته على الراهن. وأجيب بأنه محبوس بحق الراهن أيضا وهو وفاء دينه عنه عند الهلاك مع كونه ملكا له. أطلق في الزوجة فشمل المسلمة والكافرة الغنية والفقيرة، وأطلق في الزوج فشمل الغني والفقير والصغير والكبير بشرط أن يكون للصغير مال وإلا فلا شئ على أبيه لها كما قدمناه في مهرها. ولم يذكر المصنف طريق إيصال النفقة إليها وهو نوعان: تمكين وتمليك. فالتمكين متعين فيما إذا كان له طعام وكثير وهو صاحب مائدة فتمكن المرأة من تناول مقدار كفايتها فليس لها أن تطالبه بفرض النفقة وإن لم يكن بهذه الصفة، فإن رضيت أن تأكل معه فبها ونعمت، وإن خاصمته في فرض النفقة يفرض لها بالمعروف وهو التمليك، كذا في غاية البيان. وظاهر ما في الذخيرة أن المراد بصاحب الطعام الكثير أن ينفق على من لا تجب عليه نفقته فحينئذ هي متعنتة في طلب الفرض لانه إذا كان ينفق على من لا تجب عليه نفقته فلا يمتنع من الانفاق على من عليه نفقته إلا إذا ظهر للقاضي أنه يضربها ولا ينفق عليها فحينئذ يفرض لها النفقة ا ه‍. وظاهر ما في غاية البيان أن النفقة المفروضة تصير ملكا للمرأة دفعها إليها فلها التصرف فيها من بيع وهبة وصدقة وادخار، ويدل على ذلك ما في الخلاصة: لو سرقت الكسوة أو هلكت النفقة لا يفرض لها أخرى بخلاف المحارم، ولو فرض لها دراهم وبقي
***
[٢٩٥]
منها شئ يفرض بخلاف المحارم ا ه‍. وفي الذخيرة: لو فرض لها القاضي عشرة دراهم نفقة شهر فمضى الشهر وقد بقي من العشرة شئ يفر ض لها القاضي عشرة أخرى، وفرق بين النفقة وبين الكسوة كما سنبينه في الكسوة. ويدل عليه أيضا ما فيها: أنهما لو اصطلحا بعد فرض النفقة على شئ لا يصلح تقديرا للنفقة كان معاوضة كالعبد فلولا أنها ملكت النفقة المفروضة لما كان معاوضة. وفي القنية: قال لها خذي هذه الدنانير الخمسة لنفقتك ولم يعين الوقت فهو تمليك لا إباحة ا ه‍. فيفيد أنها تملك النفقة بفرض القاضي أو بدفع شئ بالرضا لكن في الخلاصة والذخيرة إذا فرض القاضي النفقة فالزوج هو الذي يلي الانفاق إلا إذا ظهر عند القاضي مطله فحينئذ يفرض النفقة ويأمره ليعطيها لتنفق على نفسها نظرا لها فإن لم يعط حبسه ولا تسقط عنه النفقة ا ه‍. فهي وإن ملكتها بالفرض لم تتصرف فيها بالانفاق. وتفرع على هذا ما لو قرر لها كل يوم مثلا قدرا معينا من النفقة فأمرته بإنفاق البعض وأرادت أن تمسك الباقي فمقتضى التمليك أن لها ذلك كما تقدم التصريح به عن الخلاصة والذخيرة في نفقة الشهر، ولا فرق بين نفقة شهر أو يوم فليس فائدة أنه يلي الانفاق مع فرض القاضي إلا لكونه قواما عليها لا لانه يأخذ ما فضل. وعلى هذا لو أمرأته بشراء طعام فاشترى لها فأكلت وفضل شئ واستغنت عنه في يومها فليس له أكله والتصرف فيه إليها كما هو مقتضى التمليك. ويدل عليه أيضا أنها لو أسرفت في نفقة الشهر فأكلتها قبل مضيه واحتاجت لا يفرض لها أخرى كما لو هلكت كما في الذخيرة. فالحاصل أن المفروضة أو المدفوعة إليها ملك لها فلها الاطعام منها والتصدق. وفي الخانية: المرأة إذا فرضت لها النفقة فأكلت من مال نفسها أو من مسألة الناس كان لها أن ترجع بالمفروض على زوجها ا ه‍. وفي البدائع: وإذا طلبت المرأة من القاضي فرض النفقة قبل النقلة وهي بحيث لا تمتنع من التسليم لو طالبها بالتسليم أو كان امتناعها لحق فرض القاضي لها إعانة لها على الوصول إلى حقها الواجب، وإن كان بعدما حولها إلى منزله فزعمت عدم الانفاق أو التضييق فلا ينبغي له أن يعجل بالفرض ولكن يأمره بالنفقة والتوسيع إلى أن يظهر ظلمه، فحيند يفرض عليه النفقة ويأمره أن يدفعها إليها لتنفق على نفسها. ولو طلبت كفيلا بها خوفا من غيبته لا يجبره
***
[٢٩٦]
القاضي على إعطاء الكفيل عند أبي حنيفة، واستحسن أبو يوسف أخذ كفيل بنفقة شهر. ويشترط لوجوب الفرض على القاضي وجوازه منه شرطان: أحدهما طلب المرأة، والثاني حضرة الزوج حتى لو كان الزوج غائبا فطلبت المرأة من القاضي فرض نفقة عليه لم يفرض وإن كان عالما بالزوجية عند أبي حنيفة في قوله الاخير لان الفرض من القاضي قضاء وقد صح من أصلنا أن القضاء على الغائب لا يجوز من غير خصم، وقوله عليه السلام لامرأة أبي سفيان كان على سبيل الفتوى لا على طريق القضاء بدليل أنه لم يقدر

لها ما تأخذه، وفرض النفقة من القاضي تقديرها، فإذا لم تقدر لم تكن فرضا فلم تكن قضاء وسيأتي تمامه فيما إذا غاب وله مال عند مودعه. وفي الولواجية: الفتوى على قول أبي يوسف في أخذ الكفيل بنفقة شهر. ولم يذكر المصنف تقديرا للنفقة لما في الذخيرة وغيرها من أنه ليس في النفقة عندنا تقدير لازم لان المقصود من النفقة الكفاية وذلك مما يختلف فيه طباع الناس وأحوالهم ويختلف باختلاف الاوقات أيضا، ففي التقدير بمقدار إضرار بأحدهما، والذي قال في الكتاب إن كان الزوج معسرا فرض القاضي لها النفقة أربعة دراهم فهذا ليس بتقدير لازم بل إنما قدره محمد لما شاهد في زمانه، فالذي يحق على القاضي في زماننا اعتبار الكفاية بالمعروف، وأصله حديث هند حيث اعتبر الكفاية. وفي البدائع: وإذا كان وجوبها على الكفاية فيجب على الزوج ما يكفيها من الطعام والادام والدهن لان الخبز لا يؤكل عادة إلا مأدوما، وأما الدهن فلا بد منه للنساء. وفي الذخيرة قالوا: واللحم ليس من الادام خصوصا على أصل أبي حنيفة في اليمين فينظر، إن كانت المرأة مفرطة اليسار تأكل الحلواء وما أشبه ذلك والزوج كذلك يفرض عليه مثل ذلك، وإن كانا من أوساط الناس فعلى ما يأتدمون به في عاداتهم يفرض على الزوج ا ه. وفي الاقضية يفرض الادام أيضا أعلاه اللحم وأدناه الزيت وأوسطه اللبن. وقيل في الفقيرة لا يفرض الادام إلا إذا كان خبز شعير. وفي فتح القدير: والحق الرجوع في ذلك إلى عرفهم ا ه. وفي المجتبى: والنفقة هي الخبز واللحم ودهن الرأس ودهن السراج وثمن الماء ولون من الفاكهة، وعلى المعسر من الطعام خبز الشعير إذا كان ذلك طعام فقرائهم وعشرة أساتير من اللحم وخمسة أساتير من الشحم والالية ولا شئ لها من الفاكهة ا ه. فصار الحاصل أنه ينبغي للقاضي إذا أراد فرض النفقة أن ينظر في سعر البلد وينظر ما يكفيها
***
[٢٩٧]
بحسب عرف تلك البلدة ويقوم الاصناف بالدراهم ثم يقدر بالدراهم كما في المحيط، أما باعتبار حاله أو باعتبار حالهما، واختار المصنف الثاني وهو قول الخصاف، وفي الهداية وعليه الفتوى، وفي الولواجية وهو الصحيح وعليه الفتوى، وظاهر الرواية اعتبار حاله فقط وهو قول الكرخي وبه قال جمع كثير من المشايخ ونص عليه محمد. وقال في التحفة والبدائع: إنه الصحيح نظرا إلى قوله تعالى * (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما أتاها) * [الطلاق: ٧] واستدل في الهداية لاعتبار حالهما بحديث هند فإنه اعتبر حالهما، وأما النص فنقول بموجبه إنه مخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته. وحاصله أنه عمل بالآية والحديث. واتفقوا على وجوب نفقة الموسرين إذا كانا موسرين، وعلى نفقة المعسرين إذا كانا معسرين. وإنما الاختلاف فيما إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا فعلى ظاهر الرواية الاعتبار لحال الرجل، فإن كان موسرا وهي معسرة تجب عليه نفقة الموسرين ولا يجب عليه أن يطعمها مما يأكل لكن قال مشايخنا: يستحب له أن يؤاكلها لانه مأمور بحسن العشرة معها وذا في أن يؤاكلها لتكون نفقتها ونفقته سواء، وإن كان معسرا وهي موسرة وجب عليه نفقة المعسرين لانها لما تزوجت معسرا فقد رضيت بنفقة المعسرين، وأما على المفتي به فتجب نفقة الوسط في المسألتين وهي فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة، فإذا كان الزوج مفرطا في اليسار يأكل الحلواء واللحم المشوي والباجات والمرأة فقيرة تأكل في بيتها خبز الشعير لا يجب عليها أن يطعمها ما يأكل في بيته بنفسه ولا ما كانت تأكل في بيت أهلها ولكن يطعمها الوسط وهو خبز البر وباجة أو باجتين، كذا في الذخيرة. وفي غاية البيان إنه إذا كان معسرا وهي موسرة وأوجبنا الوسط فقد كلفناه بما ليس في وسعه فلا يجوز وهو غفلة عما في الهداية كما قدمناه من أنه مخاطب بقدر وسعه والباقي دين إلى الميسرة فليس تكليفا بما ليس في وسعه. وفي المجتبى: إن شاء فرض لها أصنافا وإن شاء قومها وفرض لها بالقيمة. ولم يذكر المصنف في أي وقت يدفع لها النفقة لانه يختلف باختلاف الناس قالوا: يعتبر في الفرض الاصلح والايسر، ففي المحترف يوما بيوم أي عليه
***
[٢٩٨]
أن يدفع نفقة يوم بيوم لانه قد لا يقدر على تحصيل نفقة شهر مثلا دفعة، وهذا بناء على أن يعطيها معجلا ويعطيها كل يوم عند المساء عن اليوم الذي يلي ذلك المساء لتتمكن من الصرف في حاجتها في ذلك اليوم، وإن كان تاجرا يفرض عليه نفقة شهر بشهر، أو من الدهاقين فنفقة سنة بسنة، أو من الصناع الذي لا ينقضي عملهم إلا بانقضاء الاسبوع كذلك، كذا في فتح القدير وغيره. وينبغي أن يكون محله ما إذا رضي الزوج وإلا لو قال التاجر الدهقان أو الصانع أنا أدفع نفقة كل يوم معجلا لا يجبر على غيره لانه إنما اعتبر ما

ذكر تخفيفا عليه فإذا كان يضره لا يفعل. وظاهر كلامهم أن كل مدة ناسبت حال الزوج فإنه يعجل نفقتها كما صرحوا به في اليوم. وصرح به في التجنيس في نفقة الشهر أنها تفرض عليه وتدفع لها ثم قال: لو فرض لها نفقة كل شهر فطلبتها كل يوم كان لها أن تطلب عند المساء لان حصة كل يوم معلوم فيمكنها المطالبة ولا كذلك ما دون اليوم ا ه. فإن قلت: إذا شرط عليها وقت العقد أن النفقة تموين من غير تقدير والكسوة كسوة الشتاء والصيف، فهل لها بعد ذلك طلب التقدير فيهما؟ قلت: لم أره صريحا والقواعد تقتضي أن لها ذلك لان هذا الشرط ليس بلازم

***

[٢٩٩]

إذ هو شرط فيما لم يكن واجبا بعد ولهذا قالوا: إن الابراء عن النفقة لا يصح إلا إذا وجبت بالقضاء أو الرضا ومضت مدة فحينئذ يصح الابراء، كذا في البدائع. وفي البزازية: أنت برئ من نفقتي ما دمت امرأتك فإن لم يفرض القاضي النفقة فالابراء باطل، وإن فرض لها القاضي النفقة كل شهر عشرة دراهم صح الابراء من نفقة الشهر الاول دون ما سواها ا ه. وهذا يدل عل أن التقدير في مثل هذا يقع على الشهر الاول دون ما عداه. فإن قلت: إذا حكم مالكي في أصل العقد وفي شروطه وكتب وحكم بموجبه كما يفعل الآن ثم بعد ذلك شكت المرأة وطلبت التقرير عند قاض حنفي فهل له تقريرها؟ قلت: لم أره صريحا أيضا وما نقلوه في كتاب القضاء كما في فصول العمادي والبزازية من أن الحكم لا يرفع الخلاف إلا إذا كان بعد دعوى صحيحة في حادثة من خصم على خصم، وما نقل الكل من أن شرط صحة الحكم تقدم الدعوى والحادثة يقتضي أن للحنفي ذلك وقد كثر وقوعها في زماننا خصوصا أن النفقة تتجدد في كل يوم وما يتجدد لم يقع فيه حكم. وفي القنية: قول القاضي استديني عليه كل شهر كذا فرض منه كحبس المدعى عليه قضاء به. وأشار المصنف بوجوب النفقة عليه إلى أنه إذا لم يعط الزوج لها نفقة ولا كسوة فلها أن تنفق من طعامه وتتخذ ثوبا من كرباسه بغير إذنه كما في الذخيرة والقنية. ومن النفقة التي على الزوج الحطب والصابون والاشنان والدهن للاستصباح وغيره وثمن ماء الاغتسال لانه مؤنة الجماع. وفي كتاب رزين جعله عليها. وفصل في ماء الطهر من الحيض بين أن يكون حيضها عشرة أيام فعليها أو أقل فعليه، وأجرة القابلة على من استأجرها من الزوجة والزوج، فإن جاءت بغير استئجار فلقائل أن يقول عليه لانه مؤنة الجماع، ولقائل أن يقول عليها كأجرة الطبيب، وأما ثمن ماء الوضوء فعليها، فإن كانت غنية تستأجر من ينقله ولا تنقله

***

[٣٠٠]

بنفسها، وإن كانت فقيرة فإما أن ينقله الزوج لها أو يدعها تنقله بنفسها، كذا في الخلاصة. وبه علم أن أجرة الحمام عليه لانه ثمن ماء الاغتسال لكن له منعها من الحمام حيث لم تكن نفساء كما سيأتي بيانه،، وسوى في الظهيرية بين ثمن ماء الاغتسال وماء الوضوء في الوجوب عليه وهو الظاهر. وفي الواقعات: ماء وضوئها عليه غنية كانت أو فقيرة لانها لا بد لها منه فصار كالشرب ا ه. فظهر ضعف ما في الخلاصة، وفي الذخيرة: لو طلبت المرأة من القاضي فرض النفقة وكان عليها دين فقال احسبوا لها نفقتها منه كان له ذلك لان الدينين من جنس واحد فتقع المقاصة كما في سائر الديون إلا أن في سائر الديون تقع المقاصة تقاصا أو لم يتقاصا، وهنا يحتاج إلى رضا الزوج لوقوع المقاصة لان دين النفقة أنقص من سائر الديون لسقوطه بالموت بخلاف سائر الديون فكان دين الزوج أقوى فيشترط رضاه بالمقاصة كما لو كان أحد الدينين جيدا والآخر رديئا ا ه. وفي نفقات الخصاف: لو كفل رجل لها بالنفقة كل شهر عشرة دراهم لزمه شهر واحد عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف يقع على الابد وهو أرفق بالناس وعليه الفتوى. وأجمعوا أنه لو قال كفلت لك بنفقتك كل شهر كذا أبدا أو ما دمتما زوجين فإنه يقع على الابد ما داما زوجين. وأما الكسوة فقال في الظهيرية: قدر محمد الكسوة بدرعين وخمارين وملحفة في كل سنة. واختلفوا في تفسير الملحفة قال بعضهم الملاءة التي تلبسه المرأة عند الخروج. وقال بعضهم هي غطاء الليل تلبسه في الليل. وذكر درعين وخمارين أراد بهما صيفيا وشتويا، ولم يذكر السراويل في الصيف ولا بد منه في الشتاء وهذا في عرفهم، أما في عرفنا فتجب السراويل وثياب أخر كالجبة والفراش التي تنام عليه واللحاف وما تدفع به أذى الحر البرد وفي الشتاء درع خز وجبة قز وخمار ابريسم. ولم يذكر الخف والمكعب في النفقة لان ذلك إنما يحتاج إليه للخروج وليس للزوج تهيئة أسباب الخروج ا ه. وفي المجتبي أن ذلك يختلف باختلاف الاماكن والعادات فيجب على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف في كل وقت ومكان،

فإن شاء القاضي فرضها أصنافا وإن شاء قومها وقضى بالقيمة. وفي الخلاصة: وتفرض الكسوة كل ستة أشهر إلا إذا تزوج وبنى بها ولم يبعث إليها الكسوة لها أن تطالبه بالكسوة قبل مضي ستة أشهر. والكسوة كالنفقة في أنه لا

***

[٣٠١]

يشترط مضي المدة وللزوج أن يرفعها إلى القاضي حتى يأمرها بلبس الثوب لان الزينة حقه ا ه. وهو يدل على أن المرأة لو أمسكت النفقة وأكلت قليلا وقترت على نفسها فله أن يرفعها إلى القاضي لتأكل بما فرض لها خوفا عليها من الهزال فإنه يضره. وفي غاية البيان معزيا إلى الخصاف: ويجعل لها ما تنام عليه مثل الفراش ومضربة ومرقعة في الشتاء ولحافا تتغطى به. قال شمس الائمة في شرح كتاب النفقات: ذكر لها فراشا على حدة ولم يكتف بفراش واحد لانها ربما تعتزل عنه في أيام الحيض أو في زمان مرضها ا ه. وفي فتح القدير: ذكر في الاصل الدرع من الكسوة والخصاف ذكر القميص وهما سواء إلا أن القميص يكون مجيبا من قبل الكتف والدرع من قبل الصدر. وفي البدائع الكسوة على الاختلاف كالنفقة من اعتبار حاله فقط أو حالهما على قول الخصاف. وفي الذخيرة: إذا فرض لها القاضي الكسوة فهلكت أو سرقت منها أو خرقتها قبل الوقت فليس عليه أن يكسوها حتى يمضي الوقت الذي لا تبقى إليه الكسوة. والاصل أن القاضي متى ظهر له الخطأ في التقدير يرده فإذا لم يظهر له ذلك لا يرده، فإن تخرقت الكسوة بالاستعمال قبل مضي الوقت ينظر، فإن تخرقت بخرق استعمالها لم يتبين الخطأ في التقدير فلا يقضي بكسوة أخرى ما لم يمض ذلك الوقت، وإن تخرقت بالاستعمال المعتاد تبين الخطأ في التقدير فيقضي بكسوة أخرى، وكذا الجواب في النفقة إذا ضاعت أو سرقت أو أكلت أو أسرفت أو لم تسرف وكان ذلك قبل مضي الوقت فهو كما قلنا في الكسوة، ولو مضت المدة والكسوة باقية، فإن لم تستعمل تلك الكسوة أصلا حتى مضى الوقت يفرض القاضي لها كسوة أخرى لانه لم يظهر خطأ القاضي في التقدير، وإن استعملت تلك الكسوة، فإن استعملت معها كسوة أخرى في تلك المدة يفرض لها القاضي كسوة أخرى في تلك المدة، وإن لم تستعمل مع هذه الكسوة كسوة أخرى لا يفرض لها أخرى لانه ظهر خطؤه في التقدير حيث وقت وقتا تبقى الكسوة وراء ذلك الوقت. فرق بين هذا وبين ما إذا فرض لها القاضي عشرة دراهم نفقة شهر فمضى الشهر وقد بقي من العشرة شئ حيث يفرض لها القاضي في النفقة عشرة أخرى، والفرق أن في باب النفقة لم يظهر خطأ القاضي في التقدير بيقين لجواز أنه إنما بقي من العشرة شئ لتقتير وجد منها في الانفاق على نفسها فبقي التقدير معتبرا فيقضي القاضي لها بعشرة أخرى، أما في باب الكسوة إذا لبست جميع المدة ولم تخرق فقد ظهر خطأ القاضي في التقدير بيقين لانا تيقنا أنه لم يوجد منها التقتير في اللبس. فرق بين نفقة الزوجات وكسوتهن وبين نفقة المحارم وكسوتهم فإن في الاقارب إذا مضى الوقت وبقي شئ من الدراهم أو الكسوة فإن القاضي لا يقضي بأخرى في الاحوال كلها لانها باعتبار الحاجة في حقهم وفي حق المرأة معاوضة عن الاحتباس، ولهذا إذا ضاعت النفقة أو الكسوة من أيديهم يفرض لهم أخرى لما ذكرنا ا ه. وقد استفيد من هذه المنقولات

***

[٣٠٢]

أشياء منها: أن جميع ما تحتاج إليه المرأة من لباس بدنها وفرش بيتها مما تنام عليه وتتغطى به فإنه لازم على الرجل، إما أن يأتي به، وإما إن يفرضه القاضي عليه أصنافا أو دراهم كل ستة أشهر ويعجلها لها. وينبغي أن يلي الزوج شراء الامتعة لها كما قدمناه في الانفاق إلا إذا ظهر مطله أو خيانته في الشراء لها فحينئذ هي التي تلي ذلك بنفسها أو بوكيلها. ومنها أنها لو كان لها أمتعه من فرش ونحوها لا يسقط عن الزوج ذلك بل يجب لها عليه ما ذكرناه، وإن كان لها أمتعه فلا يلزمها إن تلبس متاعها ولا أن تنام على فراشها فبالاولى أن لا يلزمها أن تفرش متاعها لينام عليه أو يجليس عليه. ومنها أنه إذا دفع لها نفقتها وأنفقت منها قليلا وأمسكت الباقي فإن لها ذلك كما قدمناه. ومنها أن أدوات البيت كالاواني ونحوها على الرجل. والحاصل أن المرأة ليس لها إلا تسليم نفسها في بيته، وعليه لها جميع ما يكفيها بحسب حالهما من أكل وشرب ولبس وفرش، ولا يلزمها أن تستمتع بما هو ملكها ولا أن تفرش له شيئا من فراشها. وإنما أكثرنا من هذه المسائل تنبيها للازواج لما نراه في زماننا من تقصيرهم في حقوقهن حتى إنه يأمرها بفرش أمتعتها جبرا عليها وكذلك لاضيافه، وبعضم لا يعطي لها كسوة حتى كانت عند الدخول غنية صارت فقيرة وهذا كله حرام لا يجوز نعوذ بالله من شرور أنفسنا

ومن سيأت أعمالنا. وأراد بالزوجة في قوله تجب للزوجة الزوجة في نفس الامر بنكاح صحيح لانه لا نفقة للزوجة بنكاح فاسد لا قبل التفريق ولا بعده، ولا نفقة للزوجة ظاهرا إلا في نفس الامر ولهذا قال في الظهيرية: لو أن امرأة أخذت نفقتها من زوجها أشهرا ثم شهد شاهدان أنها أخته من الرضاع يفرق بينهما ويرجع عليها الزوج بما أخذت. وذكر قبله: أختان ادعت كل واحدة منهما أن هذا زوجها وهو يجحد فأقامتا البينة على النكاح والدخول فلهما نفقة امرأة واحدة في مدة المسألة عن الشهود، نص عليه الخصاف. قوله: (ولو مانعة نفسها للمهر) أي يجب عليه النفقة ولو كانت المرأة مانعة نفسها بحق كالمنع لقبض مهرها. والمراد منه المعجل إما نصا أو عرفا كما أسلفناه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلا فائت. أطلقه فشمل المنع بعد الدخول وهو قول الامام. وقالا: لا نفقة لها إذا كانت دون البلوغ لعدم صحة تسليم الاب وقد قدمناه. قيدنا

***

[٣٠٣]

بالمعجل لانه لو كان كله مؤجلا فامتنعت فلا نفقة لها لانه نشوز كما في غاية البيان، وقدمنا أن الفتوى على قول أبي يوسف من أن لها المنع فعلى هذا لا تسقط نفقتها لان بحق. وأشار المصنف إلى أن شرط وجوب النفقة تسليم المرأة نفسها إلى الزوج وقت وجوب التسليم، ونعني بالتسليم التخلية وهي أن تخلي بين نفسها وبين زوجها برفع المانع من وطئها أو الاستمتاع بها إذا كان المانع من قبلها أو من قبل غير الزوج، فلو تزوج بالغة حرة صحيحة سليمة ونقلها إلى بيته فلها النفقة، وكذلك إذا لم ينقلها وهي بحيث لا تمنع نفسها وطلبت هي النفقة ولم يطالبها هو بالنقلة فلها النفقة، فإن طالبها بالنقلة وامتنعت، فإن كان امتناعها بحق بأن امتنعت لاستيفاء مهرها المعجل فلها النفقة، وكذا لو طالبها بالنقلة بعدما أوفاها المهر إلى دار مغصوبة فامتنعت فلها النفقة لانه بحق، ولو كانت ساكنة في منزلها فمنعته من الدخول عليها لا على سبيل النشوز بل قالت له حولني إلى منزلك أو أكتر لي منزلا أنزله فإني محتاجة إلى منزلي هذا آخذ كراه فلها النفقة، كذا في البدائع. وفي الذخيرة وقال بعض المتأخرين من أئمة بلخ: لا تستحق النفقة إذا لم تزف إلى بيت الزوج. والفتوى على جواب الكتاب وهو وجوب النفقة إذا لم يطالبها بالنقلة. قوله: (لا ناشزة) بالجر عطف على الزوجة أي لا تجب النفقة للناشزة وهي في اللغة العاصية على الزوج المبغضة له. يقال نشزت المرأة على زوجها فهي ناشزة. وعن الزجاج: النشوز يكون بين الزوجين وهي كراهة كل واحد منهما صاحبه، كذا في المغرب. وفي الشرع كما قال الامام الخصاف: الخارجة عن منزل زوجها المانعة نفسها منه. والمراد بالخروج كونها في غير منزله بغير إذنه ليشمل ما إذا امتنعت عن المجئ إلى منزله ابتداء بغير إيفاء معجل مهرها، وما إذا خرجت من منزلها بعد الانتقال إليه. وأطلق الخروج فشمل الحقيقي والحكمي وهو عدم تمكينها له من الدخول في منزها الذي يسكنان فيه قبل أن تسأله النقلة

***

[٣٠٤]

لانها كالخارجة. وعلله في الذخيرة بأنها صارت كأنها نشزت إلى موضع آخر فدل أنه خروج من منزله حكما بخلاف ما إذا منعته بعد ما سألته النقلة كما قدمناه. وخرج ما إذا خرجت من بيت الغصب أو امتنعت من الانتقال إليه فإنها لا تكون ناشزة كما قدمناه لانه ليس منزلا له أصلا بخلاف البيت الذي فيه شبهة كبيت السلطان ليس لها أن تمتنع وتصير ناشزة كما في الخانية لعدم اعتبار الشبهة في زماننا كما في التجنيس. وقيد بالخروج لانها لو كانت مقيمة معه في منزله ولم تمكنه من الوطئ فإنها لا تكون ناشزة لان الظاهر أن الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها بدليل أن البكر لا توطأ إلا كرها، وقد علم مما قدمناه أن المراد بمنعها نفسها منه المنع بغير حق فلذا قال في الخلاصة: لو كان الزوج بسمرقند وكانت زوجته بنسف فبعث إليها أجنبيا ليحملها إلى سمرقند ولم تذهب معه لعدم المحرم فإن لها النفقة. وشمل الخروج الحكمي ما إذا طلب أن يسافر بها من بلدها وامتنعت فإنه لا نفقة لها على ظاهر الرواية من أن له السفر بها، وأما على المفتى به فإنها لا تكون ناشزة كما قدمناه، وأشار إليه في الذخيرة هنا. وأطلق في عدم وجوب النفقة للناشزة فشمل ما إذا كانت النفقة مفروضة فإن النشوز يسقطها أيضا إلا إذا استدانت فإن المستدانة لا يسقطها النشوز على أصح الروايتين كالموت لا يسقطها أيضا كما في الذخيرة وهو مما ينبغي حفظه. ولم يذكر ما إذا تركت النشوز وهو بعودها إلى منزله لظهور أن النفقة تعود لانه من باب زوال المانع. وفي الخلاصة: الناشزة إذا عادت إلى بيت الزوج بعدما سافر زوجها أجابوا أنها خرجت عن أن تكون ناشزة ا ه‍. وشمل

تعريف الناشزة المنكرة للنكاح فإذا ادعى عليها النكاح فجحدت ثم أقام البينة فلا نفقة لها. زاد في فتح القدير: وكذا إذا كان الزوج هو المنكر ثم قال: ولقائل أن يقول وينبغي أن يجب لانها صارت مكذبة شرعا، وكذا الزوج وإلا فلا يخفى ما فيه من الاضرار وفتح باب الفساد خصوصا عند اضطرارها للنفقة مع حبسها ا ه. ولا يخفى أنهم إنما نفوا وجوب النفقة ما دامت جاحدة، أما إذا عادت إلى التصديق وطلبت النفقة فإن لها النفقة، وأما إذا كان الزوج هو المنكر فإنما نفوا وجوب النفقة عنه في مدة المسألة عن الشهود لا مطلقا كما سنبينه بعد ذلك عن الظهيرية. وخرج عنه ما إذا أجرت نفسها لارضاع صبي وزوجها شريف ولم تخرج من منزله. وذكر في الفوائد التاجية نقلين فيها: الثاني منهما كما ذكرنا، والاول هو نشوز وإن لم تخرج ولا يخفى ضعفه. وفي الخلاصة: إن قال الزوج هي ناشزة فلا نفقة لها علي، فإن شهدوا أنه أوفاها المعجل وهي لم تكن في بيت الزوج سقطت النفقة، ولو شهدوا أنها ليست في طاعة الزوج للجماع لا تقبل لانه يحتمل أنها تكون في بيته

***

[٣٠٥]

ولا تكون في طاعته وبه لا تسقط النفقة لان الزوج يغلب عليها ا ه. وبه علم أن الزوج إذا ادعى نشوزها في مدة وأنكرت فالقول قولها مع يمينها، فإن حلفت أخذت النفقة، وإن نكلت سقطت والبينة عليه وسيأتي أن لها الخروج من منزله بغير إذنه في مواضع وحينئذ لا تكون ناشزة، فعلى هذا المراد بالخروج خروجها بغير حق لا بغير إذنه فقط لكن ذكر في المجتبى: وإذا سلمت نفسها بالنهار دون الليل أو على عكسه لا تستحق النفقة لان التسليم ناقص. قلت: وبهذا عرف جواب واقعة في زماننا بأنه إذا تزوج من المحترفات التي تكون عامة النهار في الكارخانة والليل مع الزوج لا نفقة لها ا ه. مع أنه سيأتي أن القابلة لها الخروج. قوله: (وصغيرة لا توطأ) أي لا نفقة للصغيرة إذا كانت لا تطيق الجماع لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب هو الذي يكون وسيلة إلى المقصود المستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة كما سيأتي. وقال الشافعي: لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين، ولنا أن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة. أطلق في عدم وجوبها لها فشمل ما إذا كانت في بيت الزوج أو في بيت أبيها، وقيد بالنفقة لان للاب مطالبة الزوج بمهر الصغيرة التي لا توطأ وإن كانت صغيرة جدا ويجبر الزوج على دفع المهر إليه لانه يجب كله بنفس العقد وحق القبض للاب، كذا في الخانية. وقيد بالصغيرة لانها تجب كالمهر للكبيرة وإن كان الزوج صغيرا جدا في ماله لان العجز من قبله كالمجبوب والعنيين، فإن لم يكن له مال لا تجب على الاب نفقة امرأة ولده ويستدين الاب عليه ثم يرجع بذلك على الابن إذا أيسر، كذا في الخانية. وفي الخلاصة: لا يجب على أبيه إلا إذا ضمنها كما في المهر ا ه. فلو أنفق عليها أبوه ثم ولدت واعترفت أنها حبلت من الزنا فإنها لا ترد شيئا من النفقة لان الحبل من الزنا، وإن منع من الوطئ لا يمنع من دواعيه ومن الوطئ فيما دون الفرج وهذا كاف لوجوب النفقة بخلاف ما إذا أقرت أنها حين تزوجت كانت حبلى فإنها ترد نفقة ستة أشهر لانه لا نفقة في النكاح الفاسد حملا لامرها على أن الحبل من زوج آخر سابق فتصدق في حق نفسها لا في حق الزوج، كذا في الذخيرة. والحاصل أن الصغيرة التي لا توطأ لا يجب لها نفقة صغيرا كان الزوج أو كبيرا، والمطيقة للوطئ تجب نفقتها صغيرا كان الزوج أو كبيرا، واختلف في

***

[٣٠٦]

حد المطيقة له والصحيح أنه غير مقدر بالسن وإنما العبرة للاحتمال والقدرة على الجماع فإن السمينة الضخمة تحتمل الجماع وإن كانت صغيرة السن، كذا في التبيين. وذكر العتابي أنها بنت تسع واختاره مشايخنا ا ه. وأطلق في التي لا تطيق الجماع فشمل ما إذا كانت تصلح للخدمة أو الاستئناس فإنه لا نفقة لها خلافا لابي يوسف فيما إذا أسكنها في بيته فإن لها النفقة، واختاره صاحب الايضاح والتحفة كما في غاية البيان، وله أن يردها على قول أبي يوسف. وقيد بالصغيرة لان النفقة واجبة للقرناء والرتقاء والتي أصابها مرض يمنع الجماع والكبيرة التي لا يمكن وطؤها لكبرها، سواء أصابتها هذه العوارض بعدما انتقلت إلى بيت الزوج أو قبل ذلك، مع أنه لا احتباس للوطئ فيهن كالصغيرة التي لا توطأ، فأجبت بأن المعتبر في إيجاب النفقة احتباس ينتفع به الزوج انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع، أو الدواعي والانتفاع من حيث الدواعي موجود في هؤلاء بأن يجامع فيما دون الفرج بخلاف الصغيرة فإنها لا تكون

مشتهاة أصلا. قالوا: فعلى هذا التعليل إذا كانت الصغيرة مشتهاة يمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة، كذا في الذخيرة. والظاهر أن من كانت بحيث تشتهي للجماع فيما دون الفرج فهي مطيقة للجماع في الجملة إلى آخر ما في فتح القدير. وفي الخلاصة معزيا إلى الاقضية: أبو الصغيرة التي لا نفقة لها إذا طلب من القاضي فرض النفقة لها على الزوج وظن الزوج أن ذلك عليه ففرض لها النفقة لا يجب شئ والفرض باطل اهـ. ونظيره ما قدمناه عن الظهيرية: لو فرض لها القاضي النفقة فأخذتها أشهرا ثم شهد الشهود أنها أخته من الرضاع وفرق القاضي بينهما رجع الزوج عليها بما أخذته من النفقة. قوله: (ومحبوسة بدين ومغصوبة وحاجة مع غير الزوج ومريضة لم تزف) أي لا تجب النفقة لهؤلاء لان فوات الاحتباس ليس منه، أما في المحبوسة بدين فلان فوات الاحتباس منها بالمماطلة وإن لم يكن منها بأن كانت عاجزة فليس منه ولذا أطلقه المصنف ليشمل ما إذا كانت قادرة على ادائه أولا، وما إذا حبست قبل النقلة وبعدها هو المذكور في الجامع الكبير. واستشهد له محمد رحمه الله بغصب العين المستأجرة من يد المستأجر حيث تسقط الاجرة عنه لفوات الانتفاع لا من جهته وعليه الاعتماد، كذا في التبيين، وفي فتح القدير وعليه الفتوى،
***
[٣٠٧]
وفي غاية البيان أن محمدا وضع المسألة في النفقة المفروضة لانه بدونه لا تتصور المسألة لسقوطها، ولو حذف المصنف قوله بدين لكان أولى لان المحبوسة ظلما بغير حق لا نفقة لها لان المعتبر في سقوط نفقتها فوات الاحتباس لا من جهة الزوج وقد فات الاحتباس هنا لا من جهته، وهذا هو الصحيح لانه إذا كان الفوات من جهته أمكن القول ببقائه تقديرا، وأما إذا كان لا من جهته فلم يكن الاحتباس باقيا تقديرا وبدونه لا يمكن إيجاب النفقة، كذا في الذخيرة. وقيد بحبسها لان الزوج لو حبس وهو يقدر على الاداء أولا يقدر أو حبس ظلما أو هرب أو نشز كانت لها النفقة لان الاحتباس هنا فات لمعنى من جهة الزوج، كذا في الذخيرة. ولا فرق بين أن تحبسه هي لدين لها عليه أو يحبسه أجنبي. وفي الخلاصة أنها إذا حبسته وطلب أن تحبس معه فإنها لا تحبس. وذكر في مآل الفتاوى أنه إذا خيف عليها الفساد تحبس معه عند المتأخرين، وأما إذا غصبها رجل كرها وذهب بها فما في المختصر هو ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أن لها النفقة. والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا، كذا في الهداية. وأما إذا حجت مع غير الزوج فلان فوات الاحتباس منها. وعن أبي يوسف أن لها النفقة لان إقامة الفرض عذر فيكون لها نفقة الحضر. وفي رواية عنه يؤمر الزوج بالخروج معها والانفاق عليها إذا أرادت حجة الاسلام، كذا في الذخيرة. أطلق الحج فشمل الفرض والنفل وما إذا حجت قبل أن تسلم نفسها أو بعده وهذا هو ظاهر الرواية لان الامتناع من جهتها فأوجب سقوطها، سواء كانت عاصية في الخروج أو طائعة بخلاف الصلاة والصوم لوجود الاحتباس فلا يمنع اشتغالها بهما من وجوب النفقة، كذا في الذخيرة. وقيد بكون الحج مع غير الزوج الشامل لحجها وحدها أو مع محرم للاحتراز عما إذا حج معها فإن لها النفقة اتفاقا وهي نفقة الحضر لا السفر فينظر إلى قيمة الطعام في الحضر ولا ينظر إلى قيمته في السفر، ولا يلزمه الكراء ومؤنة السفر، وأما المريضة التي لم تزف فالمراد بها المريضة التي لم تنتقل إلى بيت الزوج، وقد اختلفت عبارات الكتب في هذه المسألة فظاهر المختصر أنها إذا مرضت قبل الدخول وهي في غير بيت الزوج فإنه لا نفقة لها، ومفهومه أها إن كانت في بيته فلها النفقة. وعلى هذا فالفرق بينها وبين الصحيحة إنما هو من جهة أن الصحيحة إذا لم تمنع نفسها من الانتقال مع الزوج فلها النفقة طلبها الزوج أو لا بخلاف المريضة فإنه لا نفقة لها وهي في بيتها مطلقا. وفي البدائع ما يخالفه فإنه قال: لو
***
[٣٠٨]
كانت المرأة مريضة قبل النقلة مرضا يمنع من الجماع فنقلت وهي مريضة فلها النفقة بعد النقلة وقبلها أيضا إذا طلبت النفقة فلم ينقلها الزوج وهي لا تمتنع من النقلة لو طالبها الزوج وإن كانت تمتنع فلا نفقة لها كالصحيحة، كذا ذكره في ظاهر الرواية. وروي عن أبي يوسف أنه لا نفقة لها قبل النقلة فإذا نقلت وهي مريضة فله أن يردها. وجه ظاهر الرواية أن التسليم في حق التمكين من الوطئ إن لم يوجد فقد وجد في حق التمكين من الاستمتاع وهذا يكفي لوجوب النفقة كما في الحائض والنفساء والصائمة صوم رمضان، وإذا امتنعت لم يوجد التسليم شرعا اهـ. فحاصله أن ظاهر الرواية أن المريضة كالصحيحة فلا ينبغي ادخالها في النساء اللاتي لا نفقة لهن.

وفي التجنيس: المرأة قبل الدخول بها إذا مرضت وطلبت النفقة يفرض لها النفقة إن لم يكن يحول بينه وبين أن يضمها إليه لانها ما امتنعت من تسليم النفس، وإن امتنعت من ذلك فلا نفقة عليه ا ه. وظاهره أنه إذا كان مرضها مانعا من النقلة فلا نفقة لها وإن لم تمنع نفسها وعليه يحمل ما في المختصر. وحاصله أن المنقول في ظاهر الرواية وجوب النفقة للمريضة، سواء كان قبل النقلة أو بعدها، وسواء كان يمكنه جماعها أو لا، كان معها زوجها أو لا، حيث لم تمنع نفسها كما صرح به في البدائع والخلاصة والذخيرة وغاية البيان معزيا إلى كافي الحاكم والمبسوط والشامل وشرح الطحاوي فكان هو المذهب، وصححه في فتح القدير وقال: إن الفتوى عليه وذكر أن القائلين بعدمه فرعوه على اشتراط التسليم حقيقة وهو مروي عن أبي يوسف وليس هو المختار. والذي ظهر لي أن ما ذكره المشايخ إنما هو ظاهر الرواية لا أنه مفرع على رواية أبي يوسف فإن النفقة وإن كانت واجبة للمريضة في ظاهر الرواية قبل الانتقال حيث لم تمنع نفسها لكن بشرط أن يمكنها الانتقال، فلو كانت بحيث لا يمكنها الانتقال أصلا فلا نفقة لها لعدم التسليم تقديرا بدليل قولهم في توجيه ظاهر الرواية أن التسليم حاصل في حق التمكين من الاستمتاع وإن لم يكن انتقالها فات التسليم بالكلية، فهذا هو مراد الفارقين بين المريضة والصحيحة، فالمريضة التي لم تزف

***

[٣٠٩]

لا نفقة لها إن كانت بحيث لا تقدر على الانتقال معه، سواء منعت نفسها بالقول أو لا. وقيد بكونها لم تزف لانها لو مرضت في بيت الزوج مرضا لا تستطيع معه الجماع لم تبطل نفقتها بلا خلاف لان التسليم المطلق هو التسليم الممكن من الوطئ والاستمتاع وقد حصل بالانتقال لانها كانت صحيحة، كذا في البدائع. وبه ظهر أن ما في الخانية من التفصيل لا أصل له وعبارتها: إذا زفت المرأة إلى زوجها وهي صحيحة فمرضت في بيت الزوج مرضا لا تحتمل الجماع إن كان بنى بها كان لها النفقة لان المرأة لا تسلم عن المرض في عمرها، وإن كان لم يدخل بها فمرضت مرضا لا تحتمل الجماع لا نفقة لها، وإن أغمي عليها اغماء كثير فهو بمنزلة المرض ا ه. وفيها أيضا: لو مرضت في بيت الزوج بعد الدخول فانتقلت إلى دار أبيها قالوا: إن كانت بحال يمكن النقل إلى منزل الزوج بمحفة أو نحوها فلم تنتقل فلا نفقة لها، وإن كان لا يمكن نقلها فلها النفقة ا ه. وقيد بالنفقة لان المداواة لا تجب عليه أصلا، كذا في التبيين من باب صدقة الفطر. وقد ذكر المصنف ستا من النساء لا نفقة لهن. وفي خزانة الفقه لابي الليث عشر من النساء لا نفقة لهن، ولم يذكر المريضة وذكر خمسة والامة إذا لم يبوئها مولاها، والمنكوحة نكاحا فاسدا، والمرتدة، والمتوفى عنها زوجها، والمرأة إذا قبلت ابن زوجها بشهوة، وسيأتي حكم نفقة الامة والمتوفي عنها زوجها والمقبلة والمرتدة فلم يفت المصنف إلا المنكوحة نكاحا فاسدا ولا حاجة إلى بيانه.

قوله: (ولخادم لو موسرا) أي تجب النفقة والكسوة لخادم المرأة لان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامه إذ لا بد لها منه فيلزمه للخادم أدى الكفاية لا تبلغ نفقة المرأة، وكذا كسوته بأرخص ما يكون ويفرض للخادم خف لانها تحتاج إلى الخروج بخلاف المرأة، كذا في الخانية. وفسر في الهداية نفقة الخادم بما يلزم المعسر من نفقة امرأته وشرط في البدائع وشرح الطحاوي في وجوب نفقة خادمها أن لا يكون له شغل غير خدمتها بأن يكون متفرغا لها. وأطلق المصنف في الخادم ولم يضفه إليها للاختلاف في تفسيره فقيل هو كل من يخدمها حرا كان أو عبدا. ملكا لها أوله أولهما أو لغيرهما. وظاهر الرواية عن أصحابنا الثلاثة كما في الذخيرة أنه مملوكها فلو لم يكن لها خادم لا يفرض عليه نفقة خادم لانها بسبب ملكها له فإذا

***

[٣١٠]

لم يكن في ملكها لا يلزمه نفقته كالقاضي إذا لم يكن له خادم لا يستحق نفقة الخادم في بيت المال، وظاهر كلامهم أن خادمها هو المملوك لها، سواء كان عبدا أو جارية، ولهذا ذكر في غاية البيان أن الخادم واحد الخدام، غلاما ما كان أو جارية. وبه تبين أن تفسير الزيلعي خادمها بالجارية المملوكة لها في ظاهر الرواية فيه نظر، وينبغي أن يدخل المدبر والمدبرة تحته. وبهذا علم أنه إذا لم يكن لها خادم مملوك لا يلزم الزوج كراء غلام يخدمها لكن يلزمه أن يشتري لها ما تحتاج إليه من السوق كما صرح به في الفتاوى السراجية. وقيد بالخادم لانه لا يلزمه نفقة أكثر من خادم واحد لها وهذا عندهما. وقال أبو يوسف: يفرض لخادمين لانها تحتاج إلى أحدهما لمصالح الداخل وإلى الآخر لمصالح الخارج. ولهما أن الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة إلى اثنين. قال الطحاوي: وروى صاحب الاملاء

عن أبي يوسف أن المرأة إذا كانت ممن يجل مقدارها عن خدمة خادم واحد أنفق على من لا بد لها منه من الخدام ممن هو أكثر من الخادم الواحد أو الاثنين أكثر من ذلك. قال: وبه نأخذ، كذا في غاية البيان. وفي الظهيرية والولوالجية: المرأة إذا كانت من بنات الاشراف ولها خدم يجبر الزوج على نفقة خادمين ا ه. فالحاصل أن المذهب الاقتصار على واحد مطلقا والمأخوذ به عند المشايخ قول أبي يوسف. وفي فتح القدير والذخيرة: لو كان له أولاد لا يكفيهم خادم واحد فرض عليه لخادمين أو أكثر مقدار ما يكفيهم اتفاقا. وفي التجنيس: امرأة لها مماليك قالت لزوجها انفق عليهم من مهري فأنفق فقالت لا أجعلها من المهر لانك استخدمتهم فما أنفق بالمعروف فهو محسوب عليها لانه بأمرها ا ه. وأطلق في وجوب نفقة الخادم فشمل ما إذا أراد الزوج أن يخدمها أو يخدمها خادمه ولا ينفق على خادمها. قال في الخانية: وإن قال الزوج أخدمك أو تخدمك جارية من جواري الصحيح أن الزوج لا يملك إخراج خادم المرأة من بيته وعلله الولوالجي بأن المرأة عسى لا تتهيأ لها الخدمة بخدم الزوج، وظاهره أنه يملك إخراج ما عدا خادم واحد من بيته لانه زائد على قولهما وأطلق في المرأة فشمل الامة والحرة الشريفة الوضيعة لكن في الخلاصة معزيا إلى الفتاو الصغرى: المنكوحة إذا كانت أمة لا تستحق نفقة الخادم ونفقة الخادم لبنات الاشراف ا ه. ولا يتصور أن يكون للامة خادم على ظاهر الرواية لانه المملوك للمرأة ولا ملك للامة، وإنما هو على قول من فسر الخادم بكل خادم مملوكا لها أو لا، وقد أخذ بعضهم بم في الخلاصة أنها إذا كانت من الارذال لا تستحق نفقة

***

[٣١١]

الخادم وإن كانت حرة لانه قيدها ببنات الاشراف. قال في فتح القدير: ويوافقه ما قيد به الفقيه أبو الليث كلام الخصاف حيث قال في أدب القاضي: لو فرض ما يحتاج إليه من الدقيق والدهن واللحم والادام فقالت لا أعجن ولا أخبز ولا أعالج شيئا من ذلك لا تجبر عليه وعلى الزوج أن يأتيها بمن يكفيها عمل ذلك. قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز أو كانت ممن لا تباشر ذلك، فإن كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه أن يأتيها بمن يفعله، وفي بعض المواضع تجبر على ذلك. قال السرخسي: لا تجبر ولكن إذا لم تطبخ لا يعطيها الادام وهو الصحيح. وقالوا: إن هذه الاعمال واجبة عليها ديانة وإن كان لا يجبرها القاضي ا ه. ولذا قال في البدائع: لو استأجرها للطبخ والخبز لم يجز ولا يجوز لها أخذ الاجرة على ذلك لانها لو أخذت لاخذت على عمل واجب عليها في الفتوى فكان في معنى الرشوة فلا يحل لها الاخذ ا ه. وهو شامل لبنات الاشراف أيضا ولذا استدل في البدائع لوجوبه ديانة بأنه عليه السلام قسم الاعمال بين علي وفاطمة فجعل أعمال الخارج على علي وأعمال الداخل على فاطمة ا ه. مع أنها سيدة نساء العالمين رضي الله تعالى عنها وأبوها صلى الله عليه وسلم أفضل الخلق أجمعين. وقيد بيسار الزوج لانه لا يجب عليه نفقة الخادم عند إعساره وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وهو الاصح خلافا لما قاله محمد لان الواجب على المعسر أدنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها، كذا في الهداية. وتعقبه في فتح القدير بأنه مخالف لما ذكره أولا من لزوم اعتبار حالهما وأنه عند إعساره دونها ينفق بقدر حاله والباقي دين عليه، وقياسه أن تجب النفقة للخادم دينا عليه ا ه. وقد يقال إنما قيل في نفقتها ذلك للجمع بين الدليلين الآية وحديث هند وليس ذلك في الخادم فبقي على الاصل من اعتبار حاله. وفي الذخيرة: ولا تقدر نفقة الخادم بالدراهم على ما ذكرنا في نفقة المرأة بل يفرض لها ما يكفيها بالمعروف ولكن لا تبلغ نفقة خادمها نفقتها لان الخادم تبع للمرأة فتنقص نفقة الخادم عن نفقتها، ولم يرد بالنقصان النقصان في الخبز لان النفقة بقدر الكفاية وعسى أن تستوفي الخادم من الخبز في الاكل أكثر مما تستوفي المرأة، وإنما أراد به النقصان في الادام ا ه. وفيها أيضا: والكسوة للخادم على المعسر قميص كربا س في الشتاء وإزار ورداء كأرخص ما يكون، وفي

***

[٣١٢]

الصيف قميص مثل ذلك وإزار. وعلى الموسر في الشتاء قميص وطئ وإزار كرياس وكساء رخيص، وفي الصيف قميص مثل ذلك وإزار. ثم لم يفرض للخادمة الخمار وفرضها للمرأة لان الخمار لستر الرأس ورأس المرأة عورة ورأس الخادم ليس بعورة، وفرض لها الازار لان الخادم تحتاج إلى الخروج. قال مشايخنا: ما ذكره محمد في الكتاب من ثياب الخادم فهو بناء على عاداتهم وذلك يختلف باختلاف

الامكنة في شدة الحر والبرد باختلاف العادات في كل وقت، فعلى القاضي اعتبار الكفاية في نفقة الخادم فيما يفرض في كل وقت ومكان ا هـ. وما ذكره من كسوة الخادم على المعسر إنما هو على قول محمد كما لا يخفى. وفي غاية البيان: واليسار مقدر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب وجوب الزكاة ا هـ. وإن اختلفا في اليسار والاعسار فالقول قوله إلا أن تقيم المرأة البينة ويشترط العدد والعدالة في هذا الخبر ولا يشترط لفظة الشهادة، وإن أقاما البينة فبينتها أولى، كذا في الخانية. ثم اعلم أن نفقة الخادم إنما تجب على الزوج بإزاء الخدمة فإن امتنعت من الطبخ والخبز وأعمال البيت لم تستحق النفقة لانه لم يوجد ما تستحق النفقة بمقابلتها بخلاف نفقة المرأة فإنها في مقابلة الاحتباس فإذا لم تعمل لم تستحق النفقة وهذا هو ظاهر الرواية، كذا في الذخيرة. قوله: (ولا يفرق بعجزه عن النفقة وتؤمر بالاستدانة عليه) لانه لو فرق بينهما لبطل حقه ولو لم يفرق لتأخر حقها والاول أقوى في الضرر لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فيستوفى في الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح فلا يلحق بما هو المقصود وهو التوالد فلا يقاس العجز عن الانفاق على العجز عن الجماع في المجبوب والعنيين. وأطلق في النفقة فشمل الانواع الثلاثة فلا يفرق بعجزه عن كلها أو بعضها، وقيد بالنفقة ليعلم حكم المهر بالاولى. وفي غاية البيان معزيا إلى الفصول: إذا ثبت العجز بشهادة الشهود فإن كان القاضي شافعي المذهب وفرق بينهما نفذ قضاؤه بالتفرق، وإن كان حنيفا لا ينبغي له أن يقضي بالتفريق بخلاف مذهبه إلا إذا كان مجتهدا ووقع اجتهاده على ذلك، فإن قضى مخالفا لرأيه من غير اجتهاد فعن أبي حنيفة روايتان ولو لم يقض ولكن أمر شافعي المذهب ليقضي بينهما في هذه الحادثة فقضى بالتفريق نفذ إذا لم يرتش الآمر والمأمور، فإن كان الزوج غائبا فرفعت المرأة الامر إلى القاضي وأقامت المرأة البينة أن زوجها الغائب عاجز عن النفقة وطلبت من القاضي أن يفرق بينهما، فإن كان القاضي حنفيا فقد ذكرنا، وإن كان شافعيا ففرق بينهما قال مشاخ سمرقند: جاز تفريقه لانه قضى في فصلين مختلف فيهما التفريق بسبب العجز عن

***

[٣١٣]

النفقة والقضاء على الغائب، وكل واحد منهما مجتهد فيه. وقال ظهير الدين المرغيناني: لا يصح هذا التفريق لان القضاء على الغائب إنما يصح عند الشافعي وينفذ في إحدى الروايتين عن أبي حنيفة إذا ثبت المشهود به، وهنا لم يثبت المشهود به عند القاضي وهو العجز لان المال غاد ورائح، ومن الجائز أن الغائب صار غنيا ولم يعلم به الشاهد لما بينهما من المسافة فكان الشاهد مجازفا في هذه الشهادة. وقال صاحب الذخيرة: الصحيح لانه لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز أن يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا للعجز عن الانفاق، فإن رفع هذا القضاء إلى قاض آخر وأجاز قضاءه فالصحيح أنه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس بمجتهد فيه لما ذكرنا أن العجز لم يثبت ا هـ. وتعقبه في فتح القدير بقوله: واعلم أن الفسخ إذا غاب ولم يترك لها نفقة يمكن بغير طريق إثبات عجزه بمعنى فقره وهو أن تتعذر النفقة عليها. قال القاضي أبو الطيب من الشافعية: إذا تعذرت النفقة عليها بغيبته ثبت لها الفسخ. قال في الحلية: وله وجه وجيه فلا يلزم مجئ ما قال ظهير الدين ا هـ. وهذا لا يرد ما قاله ظهير الدين لوجهين: الاول أنه ليس مذهب الشافعي. والثاني أن كلامه في التفريق بسبب العجز لا في غيره. وفي الذخيرة: فرق بين النفقة وبين سائر الديون في الامر بالاستدانة فإن في سائر الديون من عليه الدين إذا عجز عن قضاء الدين لا يؤمر صاحب الدين بالاستدانة عليه، وهنا بعد ما فرض القاضي لها تؤمر بالاستدانة على الزوج. والفرق بينهما أن المرأة لو لم تؤمر بالاستدانة عسى تموت جوعا أو يموت الزوج فتسقط نفقتها فكان الامر بها لتأكيد حقها وهذا المعنى معدوم في سائر الديون. قال مشايخنا: ليس فائدة الامر بالاستدانة بعد فرض القاضي النفقة إثبات حق للمرأة عليه لان حق رجوعها ثابت بالفرض، سواء أكلت من مال نفسها أو استدانت بأمر القاضي أو بغير أمره، ولكن فائدته أن يرجع الغريم على الزوج وبدون الامر ليس له الرجوع عليه وإنما يرجع رب الدين على المرأة وهي ترجع بالمفروض على الزوج. وفي تجريد القدوري: إن فائدته أن تحيل المرأة الغريم على الزوج وإن لم يرض الزوج وبدونه لس لها ذلك.

***

[٣١٤]

وذكر الحاكم في المختصر أن فائدته الرجوع على الزوج بعد موت أحدهما وبدونه لا رجوع. اه ما في الذخيرة. فقد ذكر واللام بالاستدانة ثلاثة فوائد لكن من جعل فائدتها إمكان الاحالة عليه بدون رضاه ظاهره أنه ليس لرب الدين الاخذ من الزوج بدون الحوالة، وعلى

الاول له ذلك كما لا يخفى، ولم أر من ذكر الوجه في أمرها بالاستدانة دون أمره بذلك مع أنه المديون فكان ينبغي أن يأمره القاضي بالاستدانة، وقد ظهر لي وجهه بأنه لو أمر ربما تراخى في ذلك فيحصل لها الضرر فأمرت هي بالاستدانة لدفع الضرر، ولان الغريم يطمئن لاستدانتها أكثر من استدانته باعتبار أنه يصير له المطالبة على شخصين الزوج والمرأة بخلاف استدانة الزوج فإنه لا يطالب إلا الزوج، فلو أمره القاضي بالاستدانة لنفقتها قبل أن يأمره لم يكن بعيدا، ولم أره منقولا. واختلف في معنى الاستدانة فذكر الخصاف وتبعه الشارحون أنها الشراء بالنسيئة لتقضي الثمن من مال الزوج. وفي المجتبى معزيا إلى ركن الائمة الصباغي أنها الاستقراض فإذا استدانت هل تصرح بأني أستدين على زوجي أو تنوي؟ أما إذا صرحت فظاهر وكذا إذا نوت، وإذا لم تصرح ولم تنو لا يكون الاستدانة عليه، ولو ادعت أنها نوت الاستدانة عليه وأنكر الزوج فالقول له اه. وأطلق في الاستدانة فشمل قريب المرأة والاجنبي ولكن ذكر في شرح المختار أن المرأة المعسرة إذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسر أو أخ موسر فنفقتها على زوجها ويؤمر الابن أو الاخ بالانفاق عليها ويرجع به على الزوج إذا أيسر ويحبس الابن أو الاخ إذا امتنع لان هذا من المعروف. قال الزيلعي: فتبين بهذا أن الادانة لنفقتها إذا كان الزوج معسرا وهي معسرة تجب على من كانت تجب عليه نفقتها لولا الزوج، وعلى هذا لو كان للمعسر أولاد صغار ولم يقدر على إنفاقهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الاب كالام والاخ والعم ثم ترجع به على الاب إذا أيسر بخلاف نفقة أولاده الكبار

***

[٣١٥]

حيث لا يرجع عليه بعد اليسار لانها لا تجب مع الاعسار فكان كالميت اه. وأقره عليه في فتح القدير. وينبغي أن يكون محله إذا لم تجد أجنبيا يبيعها بالنسيئة أو يقرضها فحينئذ يتعين على ولدها ونحوه، وأما إذا وجدت فلا. وفي فتح القدير: ولو امتنع من الانفاق عليها مع اليسر لم يفرق ويبيع الحاكم ما له عليه وصرفه في نفقتها، فإن لم يجد ما له يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ اه. وفي المجتبى والذخيرة: قال الزوج في مجلس أبي يوسف ليس عندي نفقة فقال خذي عمامته وأنفقيها على نفسك، فيحتمل أنه علم أبو يوسف أن له عمامة أخرى وإلا لاتباع العمامة في النفقة وسائر الديون. قال الخصاف: ولا يبيع مسكنه وخادمه ويبيع ما سوى ذلك، وقيل يبيع ما سوى الازار، وقيل يترك لنفسه دستا من الثيا ب ويبيع ما سوى ذلك، وقيل دستين وبه قال السرخسي. ولو كان له ثياب حسنة يمكنه الاكتفاء بما دونها يبيعها ويشتري ذلك ببعضها ويصرف الباقي إلى الديون والنفقة اه. وسيأتي تمامه في الحبس وفي باب الحجر إن شاء الله تعالى. قوله: (وتمم نفقة اليسار بطروه وأن قضى بنفقة الاعسار) لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب فإذا تبدل حاله فلها المطالبة بتمام حقها. وزعم الشارح الزيلعي أن هذه المسألة تستقيم على قول الكرخي حيث اعتبر حال الرجل فقط ولم يعتبر حال المرأة أصلا وهو ظاهر الرواية، ولا يستقيم على ما ذكره الخصاف من اعتبار حالهما على ما عليه الاعتماد فيكون فيه نوع تناقض من الشيخ لان ما ذكره أول الباب هو قول الخصاف ثم ثنى الحكم على قول الكرخي اه. وأقره عليه في فتح القدير وهو مردود بل هو مستقيم على قول الكل لان الخلاف إنما يظهر فيما إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا، وكلام المصنف هنا أعم من ذلك، فلو كانا معسرين وقضى بنفقة الاعسار ثم أيسرا فإنه يتمم نفقة اليسار اتفاقا، وإذا أيسر الرجل وحده فإنه يقضي بنفقة يساره ونفقة يساره في حال إعسارها عند الخصاف هي الوسط، وكذا إذا أيسرت المرأة وحدها قضى بنفقة يسارها وهي الوسط عنده فصر كلامه شاملا للصور الثلاث بهذا الاعتبار لانه لم يقيد بيسار الزوج.

***

[٣١٦]

وإن قلنا أنه المراد كما وقع التصريح به في الهداية فهو محمول على يسارها أيضا، ومتى أمكن الحمل فلا تناقض. وأشار المصنف إلى أن القاضي إذا فرض النفقة للمرأة فغلا الطعام أو رخص فإن القاضي يغير ذلك الحكم، كذا في الظهيرية. وفي الذخيرة: وإذا فرض القاضي لها مالا يكفيها فلها أن ترجع عن ذلك لانه ظهر خطأ القاضي حيث قضى بما لا يكفيها فعليه أن يتدارك الخطأ بالقضاء لها بما يكفيها، وكذلك إذا فرض على الزوج زيادة على ما يكفيها فله أن يمتنع عن الزيادة اه. وفي الخلاصة: لو صالحته على أكثر من حقوقها في النفقة والكسوة إن كان قدر ما يتغابن الناس في مثله جاز، وإن كان قدر ما لا يتغابن الناس فالزيادة مردودة ويلزمه نفقة

مثلها ولا يبطل القضاء، فلو أن القاضي فرض لها النفقة والسعر غالي رخص ثم تسقط الزيادة، وهذا يدل على أنه لا يبطل القضاء وتبطل الزيادة اه. يعني لا يبطل أصل التقدير بزيادة السعر أو نقصانه حتى لو مضت مدة لا تسقط النفقة إذ لو بطل أصله لسقطت بمضي الزمان. وسيأتي في مسائل الصلح عن النفقة قريبا إن شاء الله تعالى. قوله: (ولا تجب نفقة مضت إلا بالقضاء أو الرضا) لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا فلم يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك فيها إلا بمؤكد وهو القبض، والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض البضع. والمراد بعدم وجوبها عدم كونها دينا عليه فلا تكون دينا عليه يطالب به ويحبس عليه إلا بإحدى هذين الشيئين فحينئذ تصير دينا عليه فتأخذه منه جبرا، سواء كان غائبا أو حاضرا، لسواء أكلت من مال نفسها أو استدانت. وأطلق المصنف فشمل المدة القليلة لكن ذكر في الغاية أن نفقة ما دون الشهر لا تسقط وعزاه إلى الذخيرة فكأنه جعل القليل مما لا يمكن التحرز عنه إذ لو سقطت بمضي اليسير من المدة لما تمكنت من الاخذ أصلا اه. والمراد بالرضا اصطلاحهما على قدر معين للنفقة إما أصنافا أو دراهم ولذا عبر الحدادي بالفرض والتقدير، فإذا فرض لها الزوج شيئا معينا كل يوم ثم مضت مدة فإنها لا تسقط، فهذا هو المراد بقولهم أو الرضا، وأما ما توهمه بعض حنفية العصر من أن المراد بالرضا أنه إذا مضت مدة بغير فرض ولا رضا ثم رضي الزوج بشئ فإنه يلزمه فخطأ ظاهر

***

[٣١٧]

لا يفهمه من له أدنى تأمل. وأما ما سيأتي من مسائل الصلح بلا قضاء ولا رضا فالمراد أنهما اصطلحا على شئ ثم مضت مدة بعده كما لا يخفى. وظاهر المتون والشروح أن المرأة ترجع بالنفقة المفروضة، سواء شرط الرجوع لها أو لا، ويشكل عليه ما في الخانية والظهيرية القاضي إذا فرض للمرأة النفقة فقال الزوج استقرضي كل شهر كذا وأنفقي على نفسك ففعلت ليس لها أن ترجع على الزوج إلا أن يقول وترجعين بذلك علي اه. ولم أر جوابا عنها ولعل المراد أنها لا ترجع بما استقرضت وإنما ترجع بما فرض لها لان المأمور باستقراضه قد يكون أزيد أو من خلاف الجنس وإن لم يؤول بذلك فهو غلط محض كما لا يخفى. وفي الظهيرية: إذا قال الرجل لآخر استدن علي لامرأتي وأنفق عليها كل شهر عشرة دراهم وقال أنفقت وقالت المرأة صدق لم يصدق على ذلك إلا أن يكون القاضي فرض لها النفقة فحينئذ يصدق لانها أخذت بإذن القاضي، وكذا هذا في الاولاد الصغار اه. وأشار المصنف إلى أن الابراء عن النفقة قبل القضاء والصلح باطل لما في الواقعات وغيرها: المرأة إذا أبرأت الزوج عن النفقة بأن قالت أنت برئ من نفقتي أبدا ما كنت امرأتك فإن لم يفرض القاضي لها ا لنفقة فالبراءة باطلة لانها أبرأته قبل الوجوب، وإن كان فرض لها القاضي النفقة كل شهر عشرة دراهم صح الابراء عن نفقة الشهر الاول ولم يصح عن نفقة ما سوى ذلك من

***

[٣١٨]

الشهور. وكذا لو قالت أبرأتك عن نفقة سنة لم يبرأ إلا من نفقة شهر واحد لان القاضي لما فرض نفقة كل شهر فإنما فرض لمعنى يتجدد بتجدد الشهر فما لم يتجدد الشهر لا يتجدد الفرض، وما لم يتجدد الفرض لا تصير نفقة الشهر الثاني واجبا. ولو قالت بعدما مكثت أشهرا أبرأتك من نفقة ما مضى وما يستقبل يبرأ من نفقة ما مضى ويبرأ من نفقة ما يستقبل بقدر نفقة شهر ولا يبرأ زيادة على ذلك، وهو نظير من أجر عبده من رجل كل شهر بعشرة دراهم ثم أبرأه من أجرة الغلام أبدا لا يبرأ إلا من أجرة شهر اه. وأشار المصنف إلى أن الكفالة بالنفقة قبل الفرض أو التراضي على معين لا تصح وبعد أحدهما تصح كما في الذخيرة: ولو أن المرأة قالت للقاضي إن زوجي يريد أن يغيب وأرادت أن تأخذ منه كفيلا بالنفقة فإنه ليس لها ذلك لانه النفقة لم تجب. وقال أبو يوسف: استحسن ذلك وآخذ منه كفيلا بالنفقة شهرا. وعليه الفتوى لان النفقة إن لم تجب للحال تجب بعده فتصير كأنه كفل بما ذاب لها على الزوج فيجبر استحسانا رفقا بالناس، كذا في الواقعات. زاد في الذخيرة أنه لا فرق في هذا الحكم بين أن تكون النفقة مفروضة أو لا. وفي الذخيرة أيضا: ولو اختلفا فيما مضى من المدة من وقت القضاء أو من وقت الصلح فالقول قول الزوج والبينة بينة المرأة لانها تدعي زيادة دين والزوج ينكر فالقول قله مع يمينه، وإذا ادعى الزوج الانفاق وأنكرت المرأة فالقول قولها مع اليمين كما في سائر الديون اه. وفي الظهيرية: امرأة أقامت على رجل بينة بالنكاح فلا نفقة لها في مدة المسألة عن الشهود، ولو أراد القاضي أن يفرض لها النفقة لما

رأى من المصلحة ينبغي أن يقول لها إن كنت امرأته فقد فرضت ذلك عليه في كل شهر كذا وكذا ويشهد على ذلك، فإذا مضى شهر وقد استدانت وعدلت البينة آخذته بنفقتها منذ فرض لها اهـ. وهو يدل على ما قلنا من أن الفرض من القاضي يصيرها دينا فلا تسقط بالمضي، وإن فرض القاضي النفقة قضاء لا يقال إنه ليس بقضاء لعدم الدعوى لانا نقول: طلبها التقدير دعوى ومسألة الابراء تدل على أن الفرض في الشهر الاول تنجز وفيما بعده مضاف فتنجز بدخول الشهر وهكذا فلا يصح الرجوع عنه لما في الخانية من الصلح: ولو صالحت المرأة زوجها عن نفقة كل شهر على دراهم ثم قال الزوج
***
[٣١٩]
لا أطيق ذلك فهو لازم لا يلتفت إليه إلا إذا تغير سعر الطعام ويعلم أن ما دون ذلك يكفيها اهـ. فإذا كان هذا في الصلح ففي فرض القاضي أولى لان له ولاية عامة، فإذا قرر القاضي لها نفقة كل يوم أو كل شهر أو كل سنة لزم التقرير ما دامت في عصمته حيث لم يوجد مسقط وكان بقدر حالهما. وفي خزانة المفتين: وإذا أراد القاضي أن يفرض النفقة يقول فرضت عليك نفة امرأتك كذا وكذا في مدة كذا وكذا أو يقول قضيت عليك بالنفقة لمدة كذا يصح وتجب على الزوج حتى لا تسقط بمضي المدة لان نفقة زمان مستقبل تصير واجبة بقضاء القاضي حتى لو أبرأت بعد الفرض صح اهـ. وهو دليل على ما قلنا من أن فرضها قضاء وأنه إذا فرضها ثم مضت مدة لم تسقط. وقد نقل في فتح القدير أنه لا نفقة لها فيما إذا ادعى الزوج النكاح وهي تجحد أو عكسه، واستشكله بأن فيه إضرارا بها وهو سهو لانه إذا كان منكرا إنما نفوا النفقة في مدة المسألة عن الشهود لا مطلقا مع أن القاضي إذا فرض لها جاز، وأما بعد قضاء القاضي بالنكاح بالبينة فلا شك في وجوبها. وقد علم من عطف المصنف الرضا على القضاء أن فرض القاضي بطريق الجبر وقدمنا أنه إذا فرض عليه أكثر من حاله فإن له أن يمتنع عن الزيادة، وكذا إذا اصطلحا على أزيد من نفقة المثل لما في الظهيرية: وإذا صالح الرجل امرأته عن نفقة كل شهر على مائة درهم والزوج محتاج لم يلزمه إلا نفقة مثلها، وإذا صالحها على دانق كل شهر جاز ولها أن تنقض إن لم يكفها اهـ. وفي الذخيرة: وإذا صالحت المرأة زوجها من نفقتها على ثلاثة دراهم كل شهر فهو جائز وكان ذلك تقديرا لنفقتها. والاصل أن الصلح بينهما متى حصل بشئ يجوز للقاضي أن يفرضه في نفقتها بحال، فالصلح بينهما تقدير للنفقة ولا تعتبر معاوضة، سواء كان هذا الصلح قبل فرض القاضي أو التراضي على شئ أو كان بعد أحدهما. وإذا وقع الصلح على شئ لا يجوز للقاضي أن يفرضه على الزوج في نفقتها بحال كالثوب والعبد ينظران كان الصلح بينهما قبل قضاء القاضي لها بالنفقة وقبل تراضيهما على شئ لكل شهر يعتبر الصلح منهما تقديرا وبعد أحدهما يعتبر معاوضة. وفائدة اعتبار التقدير أن تجوز الزيادة عليه والنقصان عنه، وفائدة اعتبار المعاوضة أن لا تجوز الزيادة على ذلك ولا النقصان، فإذا صالحها على دراهم كل شهر ثم قالت لا تكفيني زيدت، ولو قال الرجل لا أطيقه فإنه لا يصدق في ذلك فإنه التزمه باختياره، وذلك دليل على كونه قادرا على أداء ما التزم فيلزمه جميع ذلك إلا أن يتعرف القاضي عن حاله بالسؤال من الناس فإذا أخبروه أنه لا يطيق ذلك نقص عنه وأوجب على قدر طاقته، فإن لم يمض شئ من الشهر حتى صالحها من هذه
***
[٣٢٠]
الدراهم عن شئ إن كان شيئا يجوز للقاضي أن يفرضه كما إذا صالح عن الدراهم على ثلاث مخاتيم دقيق بعينه أو بغير عينه فهو تقدير للنفقة، وإن كان ثوبا أو نحوه فهو معاوضة ولا يشبه هذا الديون كما إذا كان لرجل على آخر ثلاثة دراهم فصالحه من الدراهم على ثلاثة مخاتيم دقيق بغير عينه فإن الصلح لا يجوز لان الصلح فيه معاوضة لوجوب الدين قبل الصلح فكان بيع دين بدين فلا يجوز إلا أن يدفع الدقيق في المجلس، وأما هنا فقبل مضي الشهر فالنفقة لا تصير دينا فلم يكن معاوضة، وإنما هو تقدير للنفقة حتى لو مضى الشهر وصارت الدراهم دينا ثم صالحها على دقيق بغير عينه لا يجوز أيضا لما قلنا اهـ. وقد علم منه أن رضاهما وصلحهما على شئ صالح للنفقة بعد فرض القاضي النفقة مبطل لتقدير القاضي حتى لا يلزمه إلا ما تراضيا عليه بعد فرض القاضي، فيستفاد منه أنهما لو اتفقا على أن تأكل معه تموينا بعد فرض النفقة أو الاتفاق على قدر معين فإنه يبطل التقدير السابق لرضاها بذلك وهي كثيرة الوقوع في زماننا. وفي الذخيرة أيضا: ولو صالحها من نفقة سنة على ثوب جاز، فإن استحق الثوب، فإن وقع الصلح عليه بعد الفرض أو الرضا فإنها ترجع بما

فرض لها أو تراضيا عليه لان أخذها الثوب شراء وقد انفسخ بالاستحقاق فعاد دينها، وإن كان قبل القرض والتراضي رجعت بقيمة الثوب ولو صلحها على وصيف وسط ولم يجعل له أجلا أو أجله، فإن كان قبل الفرض أو التراضي جاز، وإن كان بعد أحدهما لا يجوز. وصلح المكاتبة على نفقتها جائز كالصلح عن مهرها لانه حقها، وكذلك العبد المحجور إذا صالح عن نفقة امرأته وقد تزوج بإذن المولى، وكذا صلح المكاتب عن نفقة امرأته كل شهر جائز بالاولى اه. قوله: (وبموت أحدهما تسقط المقضية) أي بموت أحد الزوجين تسقط النفقة المقضى بها لان النفقة صلة والصلاة تسقط بالموت كالهبة والدية والجزية وضمان العتق. أطلقه فشمل ما إذا استدانت أولا، فإن كانت استدانت بغير إذن القاضي فإنها تسقط بموت أحدهما كما لو أنفقت من مال نفسها، وإن كانت الاستدانة بأمر القاضي جزم في الظهيرية بعدم السقوط وصححه في الذخيرة، ونسبه إلى الكافي للحاكم الشهيد لان للقاضي ولاية عامة بمنزلة استدانة الزوج بنفسه، ولو استدان الزوج بنفسه لا يسقط ذلك الدين للقاضي ولاية عامة بمنزلة استدانة الزوج بنفسه، ولو استدان الزوج بنفسه لا يسقط ذلك الدين بموت أحدهما كذا هذا اه. قيد بالموت لان سقوط النفقة المقضي بها بالطلاق مختلف فيه فجزم في النقاية بسقوطها به كالموت مسويا بينهما، وكذا في الجوهرة وذكر في الخانية والظهيرية:
***
[٣٢١]
وكما تسقط المفروضة بموت أحد الزوجين هل تسقط بالطلاق؟ اختلفوا فيه فقال بعضهم: لا تسقط. وقال القاضي الامام أبو علي النسفي: وجدت رواية في السقوط. وذكر البقالي أن على قول محمد تسقط ولا رواية عن أبي يوسف. وذكر شمس الائمة الحلواني زاد الخصاف لسقوط النفقة المفروضة سببا آخر فقال: تسقط بموته وموتها وتسقط إذا طلقها أو أبانها اه. هذه عبارتهما باللفظ. وفي الخلاصة والبزازية: وهل تسقط النفقة المفروضة بالطلاق؟ حكي عن القاضي الامام أبي علي النسفي أنها تسقط، وفي فتاوى البقالي ذكر الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد اه. وفي الذخيرة: لو طلقها الزوج في هذا الوجه يسقط ما اجتمع عليه من النفقات بعد فرض القاضي، كذا حكي عن القاضي الامام أبي علي النسفي. وكان يقول: وجدنا رواية هذه المسألة في كتاب القاضي وبه كان يفتي الصدر الشهيد والشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني. وشبهة بالذمي إذا اجتمع عليه خراج رأسه ثم أسلم يسقط عنه ما كان اجتمع عليه. ووجه التشبيه به أن الذمي إنما كان يؤخذ منه خراج النفس لاصراره على الدين الباطل وقد زال ذلك المعنى بالاسلام فتسقط الجزية، كذا ها هنا المرأة إنما تستحق النفقة بالوصلة التي كانت بينهما وتلك الوصلة قد انقطعت بالطلاق، فأما إذا كانت النفقة مستدانة بأمر القاضي فإنها لا تسقط بالطلاق وهو الصحيح لما ذكرنا أنه كاستدانة الزوج بنفسه اه. ما في الذخيرة. وفي المجتبى: ولو طلقها الزوج في هذه الوجوه فإنه يسقط ما اجتمع عليه من النفقات بعد فرض القاضي اه. فقد ظهر من هذا أن الراجح عندهم سقوطها بالطلاق كالموت خصوصا قد أفتى به الشيخان كما في الذخيرة، وظاهر كلامهم أنه لا فرق فيه بين الطلاق الرجعي والبائن لانه في عبارة الخانية والظهيرية قد عطف البائن على الطلاق فعلم أن الطلاق رجعي قال العبد الضعيف: ينبغي ضعف القول بسقوطها بالطلاق ولو بائنا لامور: الاول أنهم اتفقوا على أنه يحبس في النفقة المفروضة إذا امتنع من دفعها ولو كانت تسقط بالطلاق لامكنه أن يطلقها فتسقط ثم يراجعها. الثاني أنهم صرحوا بجواز أخذ الكفيل بالنفقة المفروضة بقدر المدة التي فرضها القاضي مع أن الكفالة لا تصح إلا بدين صحيح. قالوا: وهو الذي لا يسقط إلا بالاداء أو الابراء، فلو كان دين النفقة يسقط بالطلاق لم يكن صحيحا فلم تصح الكفالة به، ولا يضرنا سقوطه بموت أحدهما لانه لعارض أن أصله صلة والصلات تسقط بالموت قبل القبض. الثالث وهو أقواها ما ذكروه في باب الخلع فإن الكل قد ذكروا أن الطلاق على مال لا يسقط شيئا من حقوق النكاح بخلاف الخلع على مال ولا بأس بذكر
***
[٣٢٢]
عباراتهم. قال في البدائع: ولا خلاف بينهم في الطلاق على مال أنه لا يبرأ به عن سائر الحقوق التي وجبت لها بسبب النكاح اه. فقد أفاد عدم سقوط النفقة والكسوة المفروضتين بالطلاق على مال لانه صرح بسائر الحقوق وهي ثلاثة: المهر والنفقة والكسوة. ولا يمكن حمله على المهر فقط لانه يبطل به قوله سائر الحقوق. وقال قبله: وأما حكم الخلع فإن كان بغير بدل بأن قال خالعتك ونوى به الطلاق فحكمه أن يقع الطلاق ولا يسقط شئ من المهر والنفقة الماضية، وإن كان ببدل إلى آخره فهذا صريح في المسألة أيضا، وفي

غاية البيان: أما إذا كان العقد بلفظ الطلاق على مال فهل تقع البراءة عن الحقوق المتعلقة بالنكاح؟ ففي ظاهر الرواية لا تقع لان لفظ الطلاق لا يدل على إسقاط الحق الواجب بالنكاح، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة تقع البراءة عنها لاتمام المقصود اه. وظاهره أن الطلاق إذا لم يكن علي مال لا يسقط شيئا من الحقوق الواجبة اتفاقا. فهذا كله يدل على ضعف الرواية السابقة خصوصا أن مفهوم الكتب حجة، وقد قيدوا سقوطها بموت أحدهما. وظاهر ما في الخانية والظهيرية أن الخصاف زاد الطلاق من عنده وليس له أصل في المذهب، فالذي يتعين المصير إليه على كل مفت وقاض اعتماد عدم السقوط خصوصا ما تضمنه القول بالسقوط من الاضرار بالنساء حتى استفتيت وقت تأليف هذا المحل عن امرأة لها كسوة مفروضة تجمد لها عشر سنين ولم يدفع لها الزوج ثم إنها رفعته إلى قاض وحكم عليه بالدفع فاستمهلها يوما ثم ذهب إلى قاض رومي وخلعها عنده بغير علمها فحكم له القاضي الحنفي بسقوط الكسوة الماضية، ولا يخفى ما في ذلك من الضرر. فإن قلت: لم لم تعتمد على تصحيح الزيلعي بقوله وكذا لا تسقط بالطلاق في الصحيح لما ذكرنا قلت: لان كلامه في النفقة المستدانة بأمر القاضي وكلامنا في المفروضة فقط. قوله: (ولا ترد المعجلة) أي لا ترد النفقة المعجلة بموت أحدهما ونحوه بأن عجل لها نفقة شهر بعد فرض القاضي أو التراضي ثم مات أحدهما. أطلقه فشمل ما إذا كانت قائمة أو هالكة، فإن كانت هالكة فلا ترد شيئا اتفاقا، وإن كانت قائمة أو مستهلكة فكذلك عندهما. وقال محمد: يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي فهو للزوج، وعلى هذا الخلاف

***

[٣٢٣]

الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فبطل العوض بقدره كرزق القاضي ورزق المقاتلة. ولهما أنها صلة وقد اتصل بها القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة وفتح القدير، والفتوى على قولهما، وجعله الولوالجي وأصحاب الفتاوى قول أبي يوسف قالوا: والفتوى عليه. وشمل ما إذا كان المعجل الزوج أو أباه لما في الولوالجية وغيرها: أبو الزوج إذا دفع نفقة امرأة ابنه

***

[٣٢٤]

مائة ثم طلقها الزوج ليس للاب أن يسترد ما دفع لانه لو أعطاها الزوج والمسألة بحالها لم يكن له ذلك عند أبي يوسف وعليه الفتوى، فكذا إذا أعطاها أبو الزوج اه. وشمل الموت والطلاق لما ذكرناه، وكذا في الخانية: ولو عجل لها ثم طلقها لم يكن له أن يسترد، وفي فتح القدير: والموت والطلاق قبل الدخول سواء، وفي نفقة المطلقة إذا مات زوجها اختلفوا، قيل ترد، وقيل لا تسترد بالاتفاق لان العدة قائمة في موته، كذا في الاقضية. فعلى هذا لا ينبغي أن يقيد كلام المصنف بموت أحدهما كما فعله الزيلعي بل تجعل مستقلة، ووجهه أنها صلة لزوجته ولا رجوع فيما يهبه لزوجته والعبرة لوقت الهبة لا لوقت الرجوع فالزوجية من الموانع من الرجوع كالموت ودفع الاب كدفع ابنه فلا إشكال. قوله: (ويباع القن في نفقة زوجته) يعني إذا كان تزوجه بإذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر ومراده عند عدم الفداء فإن للمولى أن يفديه لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة فلو مات العبد سقطت، وكذا إذا قتل في الصحيح لانه صلة، وكذا المهر، ولم أرهم صرحوا هنا بأن المرأة إذا اختارت استسعاء في النفقة دون بيعه أن لها ذلك أم لا، لكن صرحوا في المأذون له للتجارة إذا لحقه دين واختار الغرماء استسعاءه دون بيعه أن لهم ذلك، ذكره الزيلعي في المأذون فينبغي أن يكون هنا كذلك. وينبغي أن المرأة إذا اختارت استسعاء لنفقتها كل يوم أن يكون لها ذلك أيضا. قيدنا بإذن المولى لانه لو تزوج بغير إذن المولى لا يباع في النفقة لعدم وجوبها لعدم صحة النكاح ولذا لم يقيد المصنف بالاذن لان عند عدمه لم تكن زوجة لتجب لها النفقة، وكذا المهر لا يباع فيه ولو دخل بها لعدم ظهوره في حق المولى، وإنما يطالب به بعد عتقه. وقيد بالقن وهو العبد الذي لا حرية فيه بوجه عند الفقهاء. وفي اللغة العبد إذا ملك هو وأبواه يستوي فيه الاثنان والجمع والمذكر والمؤنث كما في شرح النقاية، لان المكاتب والمدبر وأم الولد لا يباعون فيها لعدم جواز البيع وإنما عليه السعاية إلا إذا عجز المكاتب فإنه يباع لزوال المانع. وقيد بنفقة زوجته لان نفقة أولاده لا تجب عليه، سواء كانت الزوجة حرة أو أمة، أما إذا كانت حرة فلان الاولاد أحرارا تبعا لها والحر لا يستوجب النفقة على العبد إلا الزوجة، وإن كانت المرأة أمة فنفقة الاولاد على مولى الامة وإن كانت نفقة الام على العبد لان الاولاد تبع للام في الملك فتكون نفقة الاولاد على المالك لا على الزوج، كذا في

***
[٣٢٥]
الولواجية. زاد في الكافي للحاكم وشرحه للسرخسي وشرح الطحاوي والشامل: وكذلك المكاتب لا تجب نفقة ولده، سواء كانت امرأته حرة أو قنة لهذا المعنى. وإذا كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما لمولى واحد فنفقة الولد على الام لان الولد تابع للام في كتابتها، ولهذا كان كسب الولد لها وأرش الجناية عليه لها وميراثه لها فكذلك النفقة تكون عليها بخلاف ما إذا وطئ المكاتب أمته فولدت حيث تجب نفقة الولد على المكاتب لانه داخل في كتابته ولهذا يكون كسبه له، وكذا أرش الجناية عليه له ولانه جزؤه فإذا تبعه في العقد كانت نفقته عليه كنفقة نفسه اه. ولم أر متى يباع القن في النفقة فإن القاضي إذا قرر لها نفقة كل شهر كذا وطالبت بالنفقة هل يباع لاجل النفقة اليسيرة أو تصبر المرأة حتى يجتمع لها من النفقة قدر قيمته؟ إن قلنا بالاول ففيه إضرار بالمولى ويقتضي أن يباع في نفقة يوم إذا طلبتها ولم يفده السيد، وإن قلنا بالثاني ففيه إضرار بها خصوصا إذا كانت فقيرة. وذكر في الذخيرة ما يدل على المراد ولفظها: فإذا اجتمع عليه من النفقة ما يعجز عن الاداء يباع فيه إلا أن يفديه المولى اه. فإذا فرض القاضي لها نفقة شهر مثلا فطالبته وعجز عن أدائه باعه القاضي إن لم يفده والله الموفق للصواب. وأطلق في بيعه لها فشمل سيده المزوج له وغيره، فإذا بيع فيها فاشتراه من علم به أو لم يعلم ثم علم فرضي ظهر السبب في حقه أيضا، فإذا اجتمعت عليه النفقة مرة أخرى يباع ثانيا، وكذا حاله عند المشتري الثالث وهلم جرا. ولا يباع مرة بعد أخرى إلا في دين النفقة لانها تتجدد شيئا فشيئا على حسب تجدد الزمان على وجه يظهر في حق السيد فهو في الحقيقة دين حادث عند المشتري، وأما إذا لم يعلم المشتري بحاله أو علم بعد الشراء ولم يرض فله رده لان عيب اطلع عليه، كذا في فتح القدير. وقد فرق الولوالجي وغيره أيضا بين دين النفقة وبين دين المهر بأن العبد إنما بيع في جميع المهر فإن المهر جميعه واجب، فإذا بيع في جميع المهر مرة لا يباع مرة أخرى وإن بقي شئ من ذلك المهر، فأما النفقة فإنما تجب شيئا فشيئا فإذا بيع فيها فإنما بيع فيما اجتمع من النفقة وصارت واجبة، وأما فيما لم يجتمع ولم يصر واجبا لا يتصور البيع فيه، فإذا وجبت نفقة أخرى فهذا دين حادث لم يبع العبد فيه مرة أخرى فجاز بيعه اه. وهذا يدل على أنه لو بيع في النفقة المجتمعة فلم يف بكلها فاشتراه من هو عالم به فإنه لا يباع لبقية النفقة الماضية لانها حينئذ كالمهر وإنما يباع لما يجتمع من النفقة عند المشتري. وبهذا ظهر أن ما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية من قوله صورته عبد
***
[٣٢٦]
تزوج امرأة بإذن المولى ففرض القاضي النفقة عليه فاجتمع عليه ألف درهم فبيع بخمسمائة وهي قيمته والمشتري عالم أن عليه دين النفقة يباع مرة أخرى بخلاف ما إذا كان الالف عليه بسبب آخر فبيع بخمسمائة لا يباع مرة أخرى اه. سهو فاحش ظاهر لتصريحهم بأن دين النفقة في الحقيقة دين حادث عند المشتري، ولانه يلزم عليه أن يكون دين النفقة أقوى من سائر الديون والامر بالعكس. وأطلق المصنف في الزوجة فشمل الحرة والامة ويستثنى من الامة أمة سيد العبد فإنه لا نفقة لها على العبد، بوأها العبد بيتا أو لا، وإنما هي على المولى لانهما جميعا ملك المولى ونفقة المملوك على المالك، كذا في الذخيرة. وشمل بنت المولى فإن لها النفقة على عبد أبيها لان النفقة في معنى سائر الديون من وجه والبنت تستحق الدين على الاب، وكذلك على عبد الاب، كذا في الذخيرة أيضا. وقد سئلت عن كفن امرأة العبد وتجهيزها على القول المفتى به من إنه على الزوج وإن تركت مالا فأجبت بأني إلى الآن لم أرها صريحة لكن تعليلهم لابي يوسف بأن الكفن كالكسوة حال الحياة يقتضي أن يكون على العبد، ومقتضاه أن يباع فيه كما يباع في كسوتها. قوله: (ونفقة الامة المنكوحة إنما تجب بالتبوأة) لانه لا احتباس إلا بها فإن بوأها المولى معه منزلا فعليه النفقة لتحقق الاحتباس وإلا فلا لعدمه. أطلق في الزوج فشمل الحر والقن والمدبر والمكاتب، وأطلق في الامة فشمل القنة والمدبرة وأم الولد، وأما المكاتبة فهي كالحرة ولا يحتاج إلى التبوأة لاستحقاق النفقة لان منافعها على حكم ملكها بصيرورتها أحق بنفسها ومنافعها بعقد الكتابة ولهذا لم يبق للمولى ولاية الاستخدام فكانت كالحرة. والتبوأة أن يخلي المولى بين الامة وزوجها في منزل الزوج ولا يستخدمها، كذا في كافي الحاكم الشهيد وهو يفيد أنه لو جاءت الامة من منزل زوجها بعد التبوأة وخدمت المولى في بعض الاوقات من غير أن يستخدمها لم يسقط كما صرح به في الذخيرة. وفيها: لو جاءت إلى بيت المولى في وقت والمولى ليس في البيت فاستخدمها أهله ومنعوها من الرجوع إلى بيته

فلا نفقة لها لان
***
[٣٢٧]
استخدام أهل المولى إياها بمنزلة استخدام المولى وفيه تفويت التبوأة اه‍. وظاهر قوله ولا يستخدمها أنه لو استخدمها وهي في منزل الزوج فلا نفقة لها لان التبوأة شرطين فإذا فقد أحدهما فقدت، ويدل عليه قولهم لو استخدمها بعد التبوأة سقطت النفقة لكن علله في الهداية بقوله لانه فات الاحتباس وهو يدل على أنها خدمته في بيت المولى، وتعليل الزيلعي بقوله لزوال الموجب أولى. وقيد بالامة لان نفقة الحرة واجبة مطلقا ولو كان زوجها عبدا، وما في الكتاب من تقييد زوجة العبد إذا كانت حرة بالتبوأة فقال في الذخيرة إنه ليس بصحيح لان الحرة لا تحتاج إليها مطلقا. وقيد بالمنكوحة لان نفقة المملوكة على سيدها مطلقا وقد تقدم أن التبوأة من السيد ليست بلازمة تقديما لحقه على حق الزوج، ولو بوأ الامة بعد الطلاق ولم يكن بوأها قبله فلا نفقة لها لانها لم تستحق بهذا الطلاق فلا تستحق بعده، وإن فاتت التبوأة بعد الطلاق ثم عادت تعود النفقة كما في الولوالجية، ولا يشكل على التعليل الحرة إذا كانت ناشزة فطلقها زوجها فلها أن تعود إلى بيت الزوج وتأخذ النفقة والسكنى كما ذكره الاسبيجابي للفرق المذكور في الولوالجية من أن في الامة النكاح حالة الطلاق لم يكن سببا لوجوب النفقة لانه لم يكن سببا لوجوب الاحتباس إذ لا تجب التبوأة، وفي الحرة النكاح حالة الطلاق سبب لوجوب النفقة إلا أنها فوتت بالنشوز فإذا عادت وجبت اه‍. وظاهره أن تقدير النفقة من القاضي قبل التبوأة لا يصح لانه قبل السبب ولم أره صريحا. وفي الذخيرة والولوالجية: وإن كان للرجل نسوة بعضهن حرائر مسلمات وبعضهن إماء
***
[٣٢٨]
ذميات فهن في النفقة سواء لان النفقة مشروعة للكفاية وذلك لا يختلف باختلاف الدين والرق والحرية إلا أن الامة لا تستحق نفقة الخادم اه‍. وينبغي أن يكون هذا مفرعا على ظاهر الرواية من اعتبار حاله، وأما على المفتى به فلسن في النفقة سواء لاختلاف حالهن يسارا وعسرا، فليست نفقة الموسرة كنفقة المعسرة وليست نفقة الحرة كالامة كما لا يخفى، ولم أر من نبه عليه. قوله: (والسكنى في بيت حال عن أهله وأهلها) معطوف على النفقة أي تجب السكنى في بيت أي الاسكان للزوجة على زوجها لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة، وقد أوجبها الله تعالى كما أوجب النفقة بقوله تعالى * (أسكونهن من حيث سكنتم من وجدكم) * [الطلاق: ٦] أي من طاقتكم أي مما تطيقونه ملكا أو إجارة أو عارية إجماعا. وإذا وجبت حقا لها ليس له أن يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فإنها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع إلا أن تختار لانها رضيت بانتقاص حقها. ودخل في الاهل الولد من غيرها لما بينا من قبل إلا أن يكون صغيرا لا يفهم الجماع فله إسكانه معها كما في فتح القدير. وخرج عنه أمته وأم ولده فليس للمرأة الامتناع من إسكانهما معها على المختار كما سيذكره المصنف آخر الكتاب لانه يحتاج إلى الاستخدام فلا يستغني عنها. وإنما ذكر البيت دون الدار لانه لو أسكنها في بيت من الدار مفردا وله غلق كفاها لان المقصود حصل، كذا في الهداية. وقد اقتصر على الغلق فأفاد أنه ولو كان الخلاء مشتركا بعد أن يكون له غلق يخصه وليس لها أن تطالبه بمسكن آخر، وبه قال الامام لان الضرر بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع قد زال ولا بد من كون المراد كون الخلاء مشتركا بينهم وبين غير الاجانب، والذي في شرح المختار: ولو كان في الدار بيوت وأبت أن تسكن مع
***
[٣٢٩]
ضرتها أو مع أحد من أهله إن أخلى لها بيتا وجعل له مرافق وغلقا على حدة ليس لها أن تطلب بيتا، كذا في فتح القدير، وهو يفيد أنه لا بد للبيت من بيت الخلاء ومن مطبخ بخلاف ما في الهداية، وينبغي الافتاء بما في شرح المختار، ويشترط أن لا يكون في الدار أحد من أحماء الزوج يؤذيها كما في الخانية. قالوا: للزوج أن يسكنها حيث أحب ولكن بين جيران صالحين. ولو قالت إنه يضربني ويؤذيني فمره أن يسكنني بين قوم صالحين فإن علم القاضي ذلك زجره ومنعه عن التعدي في حقها وإلا يسأل الجيران عن صنيعه، فإن صدقوها منعه عن التعدي في حقها ولا يتركها ثمة، وإن لم يكن في جوارها من يوثق به أو كانوا يميلون إلى الزوج أمره بإسكانها بين قوم صالحين اه‍. ولم يصرحوا بأنه يضرب وإنما قالوا زجره ولعله لانها لم تطلب تعزيزه وإنما طلبت الاسكان بين قوم صالحين وقد

علم من كلامهم أن البيت الذي ليس له جيران فليس بمسكن شرعي. ثم اعلم أن المسكن أيضا لا بد أن يكون بقدر حالهما كما تقدم في الطعام والكسوة فليس مسكن الاغنياء كمسكن الفقراء فلو أخر قوله بقدر حالهما عن المسكن لكان أولى. وقدمنا أن النفقة إذا أطلقت فإنها تنصرف إلى الطعام والكسوة والسكنى كما في الخلاصة، فقولهم يعتبر في النفقة حالهما يشمل الثلاثة كما لا يخفى. وفي البزازية من الاجارات: تزوج بها وبنى بها في منزل كانت فيه بأجر ومضى عليه سنة فطالب المؤجر المرأة بالاجر فقالت له أخبرتك أن المنزل بالكراء فعليك الاجر لا يلتفت إلى مقالتها والاجر عليها لا على الزوج لانها العاقدة اهـ. ومفهومه أنها لو سكنت بغير إجارة في وقف أو مال يتيم أو ما كان معدا للاستغلال فالاجرة عليه. وفي البزازية: أجرت دارها من زوجها وهما يسكنان فيه لا أجر عليه اهـ. ولم يذكر المصنف المؤنسة لانها ليست بواجبة عليه كما في الفتاوى السراجية يعني ليس عليه أن يأتي لها بامرأة تؤنسها في البيت إذا خرج إذا لم يكن عندها أحد.

***

[٣٣٠]

قوله: (ولهم النظر والكلام معها) يعني في أي وقت اختار أهلها ذلك فلهم ذلك لما في عدمه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر، وقد أفاد كلامه أن له أن يمنع أهلها من الدخول في بيته ولو والدة أو ولدا لان المنزل ملكه، وله حق المنع من الدخول في ملكه. وأما القيام على باب الدار فليس له منعهم منه كالكلام كما في الخانية واختاره القدوري، وقيل لا يمنعهم من الدخول وإنما يمنعهم من القرار لان الفتنة في المكث وطول الكلام والصحيح خلاف كل من القولين قالوا: الصحيح أنه لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم في كل سنة، وإنما يمنعهم من الكينونة عندها وعليه الفتوى كما في الخانية. وعن أبي يوسف في النوادر تقييد خروجها بأن لا يقدرا على اتيانها، فإن كانا يقدران على اتيانها لا تذهب وهو حسن فإن بعض النساء لا يشق عليها مع الاب الخروج وقد يشق ذلك على الزوج فتمتنع. وقد اختار بعض المشايخ منعها من الخروج إليهما وقد أشار إلى نقله في شرح المختار، والحق الاخذ بقول أبي يوسف إذا كان الابوان بالصفة التي ذكرت، وإن لم يكونا كذلك ينبغي أن يؤذن لها في زيارتهما الحين بعد الحين على قدر متعارف، أما في كل جمعة فبعيد فإن في كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصا إذا كانت شابة والزوج من ذو الهيآت بخلاف خروج الابوين فإنه أيسر.

***

[٣٣١]

ولو كان أبوها زمنا مثلا وهو يحتاج إلى خدمتها والزوج يمنعها من تعاهده فعليها أن تعصيه مسلما كان الاب أو كافرا، كذا في فتح القدير. وقد استفيد مما ذكرناه أن لها الخروج إلى زيارة الابوين والمحارم، فعلى الصحيح المفتي به تخرج للوالدين في كل جمعة بإذنه وبغير إذنه، ولزيارة المحارم في كل سنة مرة بإذنه وبغير إذنه، وأما الخروج للاهل زائدا على ذلك فلها ذلك بإذنه. قال في الظهيرية: ويجوز للرجل أن يأذن لها في الخروج إلى زيارة الوالدين وتعزيتهما وعيادتهما وزيارة المحارم. وفي الخلاصة معزيا إلى مجموع النوازل: يجوز للرجل أن يأذن لها بالخروج إلى سبعة مواضع: زيارة الابوين وعيادتهما وتعزيتهما أو أحدهما وزيارة المحارم، فإن كانت قابلة أو غسالة أو كان لها على آخر حق تخرج بالاذن وبغير الاذن والحج على هذا، وفيما عدا ذلك من زيارة الاجانب وعيادتهم والوليمة لا يأذن لها ولا تخرج، ولو أذن وخرجت كانا عاصيين. وتمنع من الحمام فإن أرادت أن تخرج إلى مجلس العلم بغير رضا الزوج ليس لها ذلك، فإن وقعت لها نازلة إن سأل الزوج من العالم أو أخبرها بذلك لا يسعها الخروج، وإن امتنع من السؤال يسعها الخروج من غير رضا الزوج، وإن لم تقع لها نازلة لكن أرادت أن تخرج إلى مجلس العلم لتتعلم مسألة من مسائل الوضوء والصلاة، فإن كان الزوج يحفظ المسائل ويذكر عندها فله أن يمنعها، وإن كان لا يحفظ فالاولى أن يأذن لها أحيانا، وإن لم يأذن فلا شئ عليه، ولا يسعها الخروج ما لم يقع لها نازلة. وفي الفتاوى في باب المهر: والمرأة قبل أن تقبض مهرها لها الخروج في حوائجها وتزور الاقارب بغير إذن الزوج، فإن أعطاها المهر ليس لها الخروج إلا بإذن الزوج ا هـ. وهكذا في الخانية إلا أنه زاد أنها تخرج بغير الاذن أيضا إذا كانت في منزل يخاف السقوط عليها. وقيد الحج بالفرض مع وجود المحرم، وقيد خروج القابلة والغاسلة بإذن الزوج، وفسر الغاسلة بمن تغسل الموتى، وينبغي أن للزوج أن يمنع القابلة والغاسلة من الخروج لان في الخروج إضرارا به وهي محبوسة لحقه وحقه مقدم على فرض الكفاية بخلاف

الحج الفرض لان حقه لا يقدم على فرض العين وينبغي أن يحمل كلامهم هنا على المرأة التي لم تكن مخدرة في مسألة خروجها للخصومة عند القاضي لانه حينئذ لا يقبل منها التوكيل، وأما إذا كانت مخدرة فليس لها الخروج بغير
***
[٣٣٢]
إذن الزوج لقبول التوكيل منها بغير رضا الخصم، إما الزوج أو غيره ولم أر من نبه على هذا، وسيأتي في باب التعزير المواضع التي يجوز للزوج أن يضرب امرأته فيها وقالوا هنا: له أن يمنع امرأته من الغزل ولا تتطوع للصلاة والصوم بغير إذن الزوج، كذا في الظهيرية: وينبغي عدم تخصيص الغزل بل له أن يمنعها من الاعمال كلها المقتضية للكسب لانها مستغنية عنه لوجوب كفايتها عليه، وكذا في العمل تبرعا لاجنبي بالاولى. وفي فتح القدير: وحيث أبحنا لها الخروج فإنما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة إلى ما لا يكون داعية لنظر الرجال والاستمالة قال الله تعالى * (ولا تبرجن تبرج الجاهلية الاولى) * [الاحزاب: ٣٣] وقول الفقية وتمنع من الحمام خالفه قاضيخان قال في فصل الحمام في فتاواه حيث قال دخول الحمام مشروع للرجال والنساء جميعا خلافا لما قاله بعض الناس إلى آخره. قوله: (وفرض لزوجة الغائب وطفله وأبويه في مال له عند من يقربه وبالزوجية ويؤخذ منها كفيل) بيان لنفقة الزوجة إذا كان زوجها غائبا ولم يعطها نفقتها واستتبع نفقة الفروع والاصول عند غيبته، ولا يخلو إما أن يكون له مال حاضر عند غيره أو لا، فصرح بالاول وأشار إلى الثاني. أما الاول فشرط لفرض القاضي شيئين: أن يكون من عنده المال مقرا به، وأن يكون مقرا بالزوجية لانه لما أقربهما فقد أقربان حق الاخذ لها لان لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ها هنا، وكذا الولد الصغير والابوان لان لهم أن يأخذوا نفقتهم من ماله بغير قضاء ولا رضا وكان القضاء في حقهم إعانة وفتوى من القاضي، وحكم الولد الكبير الزمن أو الانثى مطلقا كالصغير لما سيأتي، وقيد بالطفل والابوين للاحتراز عن غيرهم من الاقرباء كالاخ والعم فإن نفقتهم إنما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز، وللاحتراز عن نفقة مملوكة. وأطلقه فيمن عنده المال فشمل مودعه ومضاربه قالوا وكذا مديونه، فلو قال المصنف عنده أو عليه لكان أولى لان عنده للامانة فلو استعملت هنا للامانة والدين لكان جمعا بين الحقيقة والمجاز بلفظ واحدة وهو لا يجوز. وقوله بالزوجية اكتفاء وإلا فكان ينبغي أن يقول بالزوجية والنسب لانه لا تفرض النفقة لطفله وأبويه حتى
***
[٣٣٣]
يكون مقرا بالنسب كما في التبيين. قالوا: وعلم القاضي بهما كإقراره بهما، وإن علم القاضي أحدهما يحتاج إلى الاقرار بالآخر على الصحيح. وأطلق في المال وهو في محل التقييد قالوا: هذا إذا كان المال من جنس حقها دراهم أو دنانير أو تبرا أو طعاما ما طعاما أو كسوة من جنس حقها، أما إذا كان من خلاف جنس حقها لا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج إلى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق، أما عند أبي حنيفة فلانه لا يباع على الحاضر فكذا على الغائب، وأما عندهما فلانه إن كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه لا يقضي على الغائب، لانه لا يعرف امتناعه. وقيد بإقراره بهما لانه لو جحد كون المال للغائب أو جحد النكاح أو جحدهما لم تقبل بينهما على شئ من ذلك، أما على المال فلانها بهذه البينة تثبت الملك للغائب وهي ليست بخصم في إثبات الملك للغائب، وأما على الزوجية فلانها بهذه البينة تثبت النكاح على الغائب والمودع والمديون ليسا بخصم في إثبات النكاح على الغائب ولا يمين للمرأة عليه لانه لا يستحلف إلا من كان خصما، كذا في الخانية من كتاب الوديعة وهي مما يستثنى من قولهم كل من أقر بشئ لزمه فإذا أنكره يحلف عليه، ولم يذكر المصنف استحلاف المرأة قبل الفرض. وفي الذخيرة: فإن القاضي يسأل المرأة هل عجل لها النفقة، فإن قالت لا يستحلفها فإذا حلفت أمرها القاضي بإعطاء النفقة من ذلك. وفي الخانية أنه يحلفها أنه ما أعطاها نفقة ولا كانت ناشزة. وقيد بنفقة من ذكر للاحتراز عن دين على الغائب فإن صاحب الدين لو أحضر غريما أو مودعا للغائب لم يأمره القاضي بقضاء الدين وإن كان مقرا بالمال وبدينه لان القاضي إنما يأمر في حق الغائب بما يكون نظرا له وحفظا لملكه، وفي الانفاق على زوجته من ماله حفظ ملكه وفي وفاء دينه قضاء عليه بقول الغير وهو لا يجوز، كذا في الذخيرة. وأطلق في فرض النفقة فشمل ما إذا قال المودع إن الزوج أمرني أن

لا أدفع إليها شيئا فإن القاضي لا يلتفت إليه ويأمره بالانفاق ولا ضمان عليه، كذا في الذخيرة. والضمير في قول المصنف فرض يعود إلى ما ذكر أولا وهو الثلاثة أي فرض النفقة والكسوة والسكني كما في الذخيرة. وإنما يأخذ منها كفيلا لجواز أنه قد عجل لها النفقة أو كانت ناشزة أو مطلقة قد انقضت عدتها فكان النظر له في التكفيل بخلاف أخذ الكفيل

***

[٣٣٤]

عند قسمة التركة بين الورثة فإنه ليس بحسن لجهالة المكفول له كما سيأتي. واختلف في أخذ الكفيل هل هو واجب على القاضي أو حسن؟ ذهب السرخسي إلى الاول والخصاف إلى الثاني، وصحح الصدر الشهيد الاول لانه نصب ناظرا للعاجز فيجب عليه النظر إليه وهو في أخذ الكفيل. وفي كتاب الاقضية أن القاضي لو لم يأخذ منها كفيلا دفع إليها النفقة، فهذا إشارة إلى أن أخذ الكفيل نوع احتياط لا أن يكون لازما، كذا في الذخيرة. وذكر في المستصفي قوله ويؤخذ منها أي من المرأة، وفي بعض النسخ، ويؤخذ منه أي من آخذ النفقة أو من كل واحد من الاصناف المذكورين ا ه‍. وهذا يدل على أنه يؤخذ الكفيل من الوالدين أيضا وهو الظاهر لانه أنظر للغائب. وقد يقال إنه إنما يؤخذ منها لما تقدم، وأما من الوالدين فإنما هو لاحتمال التعجيل، وقدمنا أن النفقة المعجلة للقريب إذا هلكت أو سرقت فإنه يقضي له بأخرى بخلاف الزوجة فليس في أخذ الكفيل احتياط للغائب لانه لو كان عجل ثم ادعى الوالد هلاكها قبل منه. وقيد بكون المال عند شخص لانه لو كان له مال في بيته فطلبت من القاضي فرض النفقة، فإن علم بالنكاح بينهما فرض لها في ذلك المال لانه إيفاء لحق المرأة وليس بقضاء على الزوج بالنفقة كما لو أقر بدين ثم غاب وله مال حاضر من جنس الدين وطلب صاحب الدين من ذلك قضى له به، أصله حديث هند كما عرف. وينبغي للقاضي أن يحلفها أنه لم يعطها النفقة ويأخذ منها كفيلا كما قدمناه، كذا في الذخيرة. ولو لم يكن له مال أصلا فطلبت من القاضي فرض النفقة فعندنا لا يسمع البينة لانه قضاء على الغائب، وعند زفر يسمع القاضي البينة ولا يقضي بالنكاح ويعطيها النفقة من مال الزوج، وإن لم يكن له مال أمرها القاضي بالاستدانة، فإن حضر الزوج وأقر بالنكاح أمره بقضاء الدين، وإن أنكر ذلك كلفها القاضي إعادة البينة، فإن لم تعدها أمرها القاضي برد ما أخذت، وما يفعله القضاة في زماننا من قبول البينة من المرأة وفرض النفقة على الغائب إنما ينفذ لا لانه قول علمائنا الثلاثة في ظاهر الرواية وإنما ينفذ لكونه مختلفا فيه، إما مع زفر أو مع أبي يوسف كما ذكره الخصاف وهو أرفق بالناس. ثم على قول من يقول تفرض النفقة في هذه المسألة لا تحتاج المرأة إقامة البينة على أنه لم يخلف نفقة، كذا في الذخيرة والخانية. والحاصل أن القاضي إذا لم يعلم النكاح فليس له فرض النفقة على الغائب ولو أقامت المرأة البينة على ظاهر الرواية لكن لو سمع البينة وفرضها

***

[٣٣٥]

وأمرها بالاستدانة جاز ونفذ كما هو قول زفر وأبي يوسف وعلينه العمل وهي من إحدى المسائل الست التي يفتي فيها بقول زفر لحاجة الناس. وفي فتح القدير: ونقل مثل قول زفر عن أبي يوسف فقوي عمل القضاة لحاجة الناس إلى ذلك. وإذا كان للمرأة أولاد صغار وغاب الاب ولم يترك لهم نفقة تجبر الام على الانفاق إن كان لها مال ثم ترجع بذلك على الاب، كذا في الخانية. وبهذا علم أن الرجل إذا غاب وله زوجة وأولاد صغار ولم يترك شيئا فإن القاضي يسمع البينة منها على النكاح إن لم يكن عالما به على ما عليه العمل ثم يفرض لها ولاولادها نفقة ثم يأمرها بالاستدانة، فإذا جاء رجعت عليه بالمفروض لها ولاولادها. وأشار بقوله فرض إلى أن المودع والمديون لو أنفقا بغير أمر القاضي فإن المودع ضامن ولا يبرأ المديون، ولا رجوع للمنفق على من أنفق عليه كما في الذخيرة، وجعله في الخانية نظير المودع لو قضى بالوديعة دين المودع بغير أمر القاضي فإنه يكون ضامنا اه‍. مع أنه في هذه المسألة لا فرق بين أمر القاضي وعدمه فإنه ليس للقاضي أن يقضي دين الغائب من وديعته كما قدمناه، ولم يذكر المصنف الحكم بعد حضور الزوج. قال في الذخيرة: فإن حضر الزوج وقال كنت أوفيت النفقة أو أرسلت إليها النفقة فالقاضي يقول له أقم البينة، فإن أقامها أمرها القاضي برد ما أخذت لانه ظهر عند القاضي أنها أخذت بغير حق وللزوج الخيار إن شاء آخذها بذلك وإن شاء آخذ الكفيل، فإن لم يكن للزوج بينة وحلفت المرأة على ذلك فلا شئ على الكفيل، وإن نكلت عن اليمين ونكل الكفيل لزمهما المال وللزوج الخيار فقد ذكر في هذه المسألة نكولهما ونكول المرأة أمر لازم، وأما نكول الكفيل فليس بلازم بل إذا نكلت المرأة فذلك يكفي لثبوت الخيار للزوج

وإن لم ينكل الكفيل لان النكول إقرار والاصيل إذا أقر بالمال لزم الكفيل وإن جحد الكفيل ولا ضمان على المودع لان أمر القاضي بالدفع إليها قد صح فصار كأمره بنفسه اه. ويخالفه ما في المبسوط وشرح الطحاوي من أنها لو أقرت أنها
***
[٣٣٦]
تعجلت نفقتها فالزوج يأخذه من المرأة ولا يأخذه من الكفيل اه. وسيأتي في باب الكفالة الفرق بين الكفالة بدين قائم في الحال كقوله كفلت بمالك عليه فلا يلزم الكفيل ما أقر به الاصيل وبين الكفالة بدين يجب كقوله ما ثبت لك عليه أو ذاب فيلزم الكفيل كما في فتح القدير. ولا يخفى أن الكفيل إنما ضمن الدين القائم للحال لانها لما أخذت ثانيا ضمنها فكان وقت الضمان الدين قائم في ذمتها للحال وهو ما أخذته ثانيا، فظهر بهذا أنه من القسم الاول، فالحق ما في المبسوط كما في المجتبى ولم يذكر أنه يأخذ منها كفيلا بنفسها أو بما أعطاها. وذكر في شس: فإذا حلفت فأعطاها النفقة أخذ منها كفيلا بذلك. بط: وهو الصحيح اه. فقد صرح بأن الكفالة إنما هو بما أخذته قبل الكفالة فهو نظير قوله كفلت بمالك عليه. وفي الخانية: وبعد ما أمر القاضي المودع أو المديون إذا قال المودع دفعت المال إليها لاجل النفقة قبل قوله ولا يقبل قول المديون إلا ببينة اه. ولم يذكر قولها وينبغي أن يكون كالبينة لانها مقرة على نفسها. وفي الخانية: والوديعة أولى من الدين في البداءة بالانفاق منها عليها. وفي الذخيرة: وينفق القاضي عليها من غلة الدار والعبد الذي هو للغائب لانه من جنس حقها. وأطلق المصنف في الغائب فشمل المفقود وغيره كما في شرح الطحاوي ولم يقيد فيما عندي من الكتب الغيبة بشئ إلا في الفتاوى الصيرفية فإنه قال: إيجاب النفقة في مال الغائب يشترط أن يكون مدة سفر اه. وهو قيد حسن يجب حفظه فإنه فيما دونه ويسهل إحصاره ومراجعته.
***
[٣٣٧]
قوله: (ولمعتدة الطلاق) أي تجب النفقة والكسوة والسكنى لمعتدة الطلاق. هذا هو ظاهر المختصر، وذكر الزيلعي النفقة والسكنى ولم يذكر الكسوة، والمنقول في الذخيرة والخانية والعناية والمجتبى أن المعتدة تستحق الكسوة، قالوا: وإنما لم يذكرها محمد في الكتاب لان العدة لا تطول غالبا فتستغني عنها حتى لو احتاجت إليها بفر ض لها ذلك اه. فظهر بهذا أن كسوة المعتدة على التفصيل إذا استغنت عنها لقصر المدة كما إذا كانت عدتها بالحيض وحاضت أو بالاشهر فإنه لا كسوة لها، وإن احتاجت إليها لطول المدة كما إذا كانت ممتدة الطهر ولم تحض فإن القاضي يفرض لها، وهذا هو الذي حرره الطرسوسي في أنفع الوسائل وهو تحرير حسن مفهوم من كلامهم. أطلق الطلاق فشمل البائن والرجعي لانها جزاء الاحتباس وهي محبوسة فيهما في حق حكم مقصود وهو الولد إذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة. وفي المجتبى: ونفقة العدة كنفقة النكاح وتسقط بمضي المدة إلا بفرض أو صلح، وإن استدانت عليه وهو غائب فإن كان بقضاء ترجع عليه، وبغير قضاء اختلاف إلا بفرض أو صلح، وإن استدانت عليه وهو غائب فإن كان بقضاء ترجع عليه، وبغير قضاء اختلاف الروايات والمشايخ اه. وفي الذخيرة: والنفقة واجبة للمعتدة طالت المدة أو قصرت ويكون القول قولها في عدم انقضائها مع يمينها، فإن أقام الزوج بينة على إقرارها بانقضائها برئ منها، وإن ادعت حبلا أنفق عليها ما بينها وبين سنتين منذ يوم طلقها، فإن قالت كنت أظن أني حامل ولم أحض وأنا ممتدة الطهر إلى هذه الغاية وأظن أن هذا الذي بي ريح وأنا أريد النفقة حتى تنقضي عدتي، وقال الزوج قد ادعيت الحبل وأكثره سنتان فالقاضي لا يلتفت إلى قوله وتلزمه النفقة ما لم تنقض العدة، إما بثلاث حيض أو بدخولها في حد الاياس ومضي ثلاث أشهر بعده، فإن حاضت في هذه الاشهر الثلاثة استقبلت العدة بالحيض والنفقة واجبة لها في جميع ذلك ما لم يحكم بانقضاء العدة، وهكذا في الخلاصة. وقد وقعت حادثة في زماننا هي أنها ادعت الحبل ولم يصدقها فقرر لها نفقة على أنها إن لم تكن حاملا ردت ما أخذته ولا يخفى أنه شرط باطل. وفي الخلاصة: المعتدة إذا لم تأخذ النفقة حتى انقضت عدتها سقطت نفقتها. هذا إذا لم تكن مفروضة، أما إذا كانت مفروضة ذكر الصدر
***
[٣٣٨]
الشهيد في الفتاوى الصغرى عن شمس الائمة الحلواني أنه قال في المختار عندي أنها لا تسقط اه. وذكر الخلاف في الخانية أيضا. وفي الذخيرة: إن كان القاضي أمرها بالاستدانة واستدانت فلها الرجوع على الزوج لانه كاستدانته بنفسه، وإن لم يأمرها القاضي بالاستدانة

ففيه خلاف. وأشار السرخسي إلى أنها تسقط حيث علل فقال: سبب استحقاق هذه النفقة العدة والمستحق بهذا السبب في حكم العلة فلا بد من قيام السبب لاستحقاق المطالبة ألا ترى الذمي إذا أسلم وعليه خراج رأسه لم يطالب بشئ منه فكذا هنا وهو الصحيح اه. فعلى هذا لا بد من إصلاح المتون فإنهم صرحوا أنها تجب بالقضاء أو الرضا وتصير دينا وهنا لا تصير دينا بالقضاء إلا إذا لم تنقض العدة وهو يرجح أن المقضي بها تسقط بالطلاق لانه يشترط للمطالبة بها قيام السبب. وفي الذخيرة: على الزوج مؤنة سكنى المعتدة، فإن لم يكن له منزل مملوك يكتري منزلا لها ويكون الكراء عليه، فإن كان معسرا تؤمر المرأة أن تستدين الكراء ثم ترجع على الزوج إذا أيسر كما هو الحكم في النفقة حال قيام النكاح، وإن كان الطلاق بائنا، فإن كان المنزل ملكا للزوج ينبغي أن يخرج الزوج من المنزل ويعتزل عنها ويتركها في ذلك المنزل إلى انقضاء عدتها، وكذلك إن كان المنزل بالكراء وإن استكرى لها منزلا آخر يجوز لكن الافضل أن يتركها في المنزل الذي كانا يسكنان فيه قبل الطلاق، وإن كان الطلاق رجعيا فقد ذكر الخصاف أنه يسكنها في المنزل الذي كانا يسكنان فيه قبل الطلاق لكن الزوج يخرج أو يعتزل عنها في ناحية منه اه. وفيها أيضا: المعتدة إذا خرجت من بيت العدة تسقط نفقتها ما دامت على النشوز، فإن عادت إلى بيت الزوج كان لها النفقة والسكنى، ثم الخروج عن بيت العدة على سبيل الدوام ليس بشرط لسقوط نفقتها فإنها إذا خرجت زمانا وسكنت زمانا لا تستحق النفقة، وفي فتاوى النسفي: المعتدة عن طلاق بائن إذا تزوجت في العدة ووجد الدخول وفرق بينهما ووجبت العدة منهما لا نفقة على الزوج الثاني لفساد نكاحه وهي على الاول إذا لم تخرج من بيت العدة، فإن خرجت فلا ولا توصف بالنشوز بمنعها نفسها منه هنا لان الطلاق بائن والحل زائل اه. وفي الذخيرة أيضا: وإذا صالح الرجل امرأته عن نفقتها ما دامت في العدة على دراهم مسماة لا يزيدها عليها حتى تنقضي العدة ينظر، إن كان عدتها بالحيض لا يجوز الصلح للجهالة، وإن كانت بالاشهر جاز لعدمها، وإذا خلعها أو أبانها ثم صالحها عن السكنى على دراهم لا يجوز لانه يؤدي إلى إبطال حق الله تعالى في السكنى، وفي المحيط: خالعها على أن لا نفقة لها ولا سكنى فلها السكنى دون النفقة لان النفقة حقها فيصح الابراء عنها دون السكنى. وفي الولوالجية:

***

[٣٣٩]

المختلعة بنفقة عدتها هل تخرج في حوائجها بالنهار تكلموا فيه والمختار أنها لا تخرج لانها هي التي أبطلت حقها في النفقة فلم يصح الابطال فيما يؤدي إلى إبطال حق الشرع اه. قوله: (لا الموت والمعصية) أي لا تجب النفقة لمعتدة الموت ولا لمعتدة وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بمعصية من جهتها كالردة وتقبيل ابن الزوج، أما المتوفى عنها زوجها فلان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فإن التربص عبادة منها ألا ترى أن معنى التعريف عن براءة الرحم ليس بمراعي فيه حتى لا يشترط فيه الحيض فلا تجب نفقتها عليه، لان النفقة تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن إيجابها في ملك الورثة، أطلقه فشمل ما إذا كانت حاملا لكنه قال في الظهيرية: وإذا أنفق الوصي على الحامل للحمل فضمنوه يرجع على المرأة بما أنفق إلا أن يكون ذلك بإذن القاضي لان عليا وشريحا كانا يريان ذلك للحمل من جميع المال اه. وشمل السكنى والنفقة فلا سكنى لها أيضا، كذا في المبسوط. وأما الفرقة بمعصية من جهتها فلانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما إذا كانت ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطئ. قيد بالمعصية أي بمعصيتها لان الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لا تسقط نفقتها لانها حبست نفسها بحق كما إذا حبست نفسها لاستيفاء المهر، فالحاصل أن الفرقة إما من قبله أو من قبلها، فإن كانت من قبله فلها النفقة مطلقا، سواء كانت بمعصية أو بغير معصية، طلاقا كانت أو فسخا كطلاقه ولعانه وعنته أو تقبيله بنت زوجته أو إيلائه مع عدم فيئه حتى مضت أربعة أشهر أو إبائه عن الاسلام إذا أسلمت هي أو ارتد هو فعرض عليه الاسلام فلم يسلم. وإن كانت من قبلها، فإن كان بمعصية فلا نفقة لها، وأما السكنى فقالوا بوجوبها كما في الخانية وشرح الطحاوي. وفي فتح القدير لحها السكنى في جميع الصور لان القرار في منزل الزوج حق عليها ولا تسقط بمعصيتها، أما النفقة فحق لها فتجازى بسقوطها لمعصيتها. وبما قررناه علم أن المصنف لو قال ولمعتدة الطلاق أو الفسخ إلا إذا وقعت الفرقة في معصيتها فلا نفقة لها إلا السكنى لكان أولى فإن كلامه خال عن معتدة الفسخ والمعصية شاملة لمعصيتها ولمعصيته. وفي الذخيرة: وفرق بين النفقة وبين المهر فإن الفرقة إذا جاءت من قبل المرأة قبل الدخول يسقط

المهر، سواء كانت عاصية أو محقة، لان المهر عوض من كل وجه ولهذا لا يسقط بموت أحدهما فإذا فات العوض بمعنى من جهة من
***
[٣٤٠]
له العوض سقط، فأما النفقة فعوض من وجه صلة من وجه فإذا كان بينهما اعتبر عوضا متى جاءت بسبب هو معصية وصلة متى جاءت بحق. قوله: (وردتها بعد البت تسقط نفقتها لا تمكين ابنه) يعني لو طلقها بائنا ثم ارتدت سقطت نفقتها، ولو مكنت ابن زوجها بعد البينونة لا تسقط مع أن الفرقة فيهما بالطلاق لا من جهتها بمعصية لان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا تقع الفرقة وفي الحقيقة لا فرق بين المسئلتين لان المرتدة بعد البينونة لو لم تحبس تجب لها النفقة كما في غاية البيان والمحيط كالممكنة، والممكنة إذا لم تلزم بيت العدة لا نفقة لها، فليس للردة أو التمكين دخل في الاسقاط وعدمه، بل إن وجد الاحتباس في بيت العدة وجبت وإلا فلا. ولو حبست المعتدة للردة ثم تابت ورجعت تجب النفقة لعود الاحتباس كالناشزة إذا عادت لزوال المانع بخلاف المبانة بالردة إذا أسلمت لا تعود نفقتها السقوط نفقتها أصلا بمعصيتها والساقط لا يعود. ولو لحقت بدار الحرب ثم عادت وتابت فلا نفقة لها لسقوط العدة بالالتحاق حكما لتباين الدارين لانه بمنزلة الموت فانعدم السبب الموجب، قيد بالطلاق البائن لان المعتدة عن رجعي إذا طاوعت ابن زوجها أو قبلها بشهوة فلا نفقة لها لان الفرقة لم تقع بالطلاق وإنما وقعت بسبب وجد منها وهو معصيتها. وأطلقه فشمل البائن بالواحدة أو بالثلاث، وما في الهداية من تقييده بالثلاث اتفاقي، وفي المحيط: الاصل أن كل امرأة لا نفقة لها يوم الطلاق فليس لها النفقة أبدا إلا الناشزة كالمعتدة عن النكاح الفاسد والامة المزوجة إذا لم يبوئها المولى بيتا اه‍. ثم قال بعده: ولو طلقها وهي مبوأة فلها النفقة، فإن أخرجها المولى بطلت، فإن أعادها عادت النفقة فلو بوأها بعد الطلاق الرجعي وجبت النفقة لانها منكوحة بخلاف المبانة. قوله: (ولطفله الفقير) أي تجب النفقة والسكنى والكسوة لولده الصغير الفقير لقوله تعالى * (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) * [البقرة: ٢٣٣] فهي عبارة في إيجاب نفقة المنكوحات إشارة إلى أن نفقة الاولاد على الاب، وأن النسب له. وأنه لا يعاقب بسببه فلا يقتل قصاصا بقتله ولا يحد بوطئ جاريته. وإن علم بحرمتها، وأن الاب ينفرد بتحمل نفقة الولد ولا يشاركه فيها أحد، وأن الولد إذا كان غنيا والاب محتاجا لم يشارك الولد أحد في نفقة الوالد، ذكره المصنف في شرح المنار. قيد بالطفل وهو الصبي حين يسقط من البطن
***
[٣٤١]
إلى أن يحتلم ويقال جارية طفل وطفلة، كذا في المغرب. وبه علم أن الطفل يقع على الذكر والانثى ولذا عبر به لان البالغ لا تجب نفقته على أبيه إلا بشروط نذكرها. وقيد بالفقير لان الصغير إذا كان له مال فنفقته في ماله. ولا بد من التقييد بالحرية لما أسلفناه أن الولد المملوك نفقته على مالكه لا على أبيه، حرا كان الاب أو عبدا. والحاصل أن الاب لا يخلو إما أن يكون غنيا أو فقيرا والصغير كذلك، فإن كان الاب والصغير غنيين فإن الاب ينفق عليه من مال نفسه إن كان حاضرا، وإن كان مال الصغير غائبا وجبت على الاب، فإذا أراد الرجوع أنفق عليه بإذن القاضي، فلو أنفق بلا أمره ليس له الرجوع في الحكم إلا أن يكون أشهد أنه أنفق ليرجع، ولو لم يشهد لكنه أنفق بنية الرجوع لم يكن له رجوع في الحكم وفيما بينه وبين الله تعالى يحل له الرجوع. وإن كان للصغير عقارا وأردية أو ثياب واحتيج إلى النفقة كان للاب أن يبيع ذلك كله وينفق عليه لانه غني بهذه الاشياء. وإن كانا فقيرين فعند الخصاف أن الاب يتكفف الناس وينفق على أولاده الصغار، وقيل نفقتهم في بيت المال. هذا إذا كان عاجزا عن الكسب، وإن كان قادرا على الكسب اكتسب وأنفق، فإن امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون. ولا يحبس والد إن علا في دين ولده وإن سفل إلا في النفقة لان في الامتناع عن الانفاق إتلاف النفس، وإذا لم يف كسبه بحاجته أو لم يكتسب لعدم تيسره أنفق عليهم القريب ورجع على الاب إذا أيسر وإن كان الاب غنيا والولد الصغير فقيرا فالنفقة على الاب إلى أن يبلغ الذكر حد الكسب وإن لم يبلغ الحلم، فإذا كان هذا كان للاب أن يؤاجره وينفق عليه من أجرته، وليس له في الانثى ذلك، فلو كان الاب مبذرا يدفع كسب الابن إلى أمين كما في سائر أملاكه، وإن كان الاب فقيرا والصغير غنيا لا تجب نفقته على أبيه بل نفقة أبيه عليه، كذا في الذخيرة. وذكر الولوالجي أن في كل موضع أوجبنا نفقة الولد فإنه يدخل
***

[٣٤٢]
فيه أولاده وأولاد البنات والبنين. وفي الذخيرة أن الام إذا خاصمت في نفقة الاولاد فإن القاضي يفرض على الاب نفقة الصغار الفقراء ويدفع النفقة إليها لانها أرفق بالاولاد. فإن قال الاب إنها لا تنفق وتضيق عليهم لا يقبل قوله لانها أمينة ودعوى الخيانة على الامين لا تسمع من غير حجة: فإن قال للقاضي سل جيرانها فالقاضي يسأل جيرانها احتياطا وإنما يسأل من كان يداخلها، فإن أخبر جيرانها بمال قال الاب زجرها القاضي ومنعها عن ذلك نظرا لهم. ومن مشايخنا من قال: إذا وقعت المنازعة بين الزوجين كذلك وظهر قدر النفقة فالقاضي بالخيار إن شاء دفعها إلى ثقة يدفعها إليها صباحا ومساء ولا يدفع إليها جملة وإن شاء أمر غيرها أن ينفق على الاولاد. وإذا صالحت المرأة زوجها على نفقة الاولاد الصغار موسرا كان الزوج أو معسرا جاز. واختلف المشايخ في طريق جواز هذا الصلح فقال بعضهم: لان الاب هو العاقد من الجانبين كبيعه مال ولده الصغير في نفسه وشرائه كذلك. وقال بعضهم: لان العاقد الاب من جانب نفسه والام من جانب الصغار لان نفقتهم من أسباب التربية والحضانة وهي للام. ثم ينظر إن كان ما وقع عليه الصلح أكثر من نفقتهم بزيادة يسيرة فهو عفو وهي ما تدخل تحت تقدير المقدرين، وإن كان لا تدخل طرحت عنه، وإن كان المصالح عليه أقل بأن كان لا يكفيهم يزاد إلى مقدار كفايتهم. قوله: (ولا تجبر أمه لترضع) لانه كالنفقة وهي على الاب وعسى لا تقدر فلا تجبر عليه قضاء وتؤمر به ديانة لانه من باب الاستخدام وهو واجب عليها ديانة كما قدمناه. أطلقه فشمل ما إذا كان الاب لا يجد من يرضعه أو كان الولد لا يأخذ ثدي غيرها. ونقل الزيلعي والاتقاني أنه ظاهر الرواية لانه يتغذى بالدهن وغيره من المائعات فلا يؤدي إلى ضياعه، ونقل عدم الاجبار في هذه الحالة في المجتبى عن البعض ثم قال: والاصح أنها تجبر عند الكل اه. وجزم به في الهداية، وفي الخانية وعليه الفتوى، وذكر في فتح القدير أنه الاصوب لان قصر الرضيع الذي لم يأنس الطعام على الدهن والشراب سبب تمريضه وموته اه. وفي الخانية: وإن لم يكن للاب ولا للولد الصغير مال تجبر الام على الارضاع عند الكل اه. فجعل
***
[٣٤٣]
الخلاف عند قدرة الاب بالمال. وفي غاية البيان معزيا إلى التتمة عن إجارة العيون عن محمد فيمن استأجر ظئر الصبي شهرا فلما انقضى الشهر أبت أن ترضعه والصبي لا يقبل ثدي غيرها قال: أجبرها أن ترضع قوله: (ويستأجر من يرضعه عندها) أي ويستأجر الاب من يرضع الطفل عند الام لان الحضانة لها والنفقة عليه. أطلقه هنا وقيده في الهداية بإرادة الام للحضانة وهو مبني على ما صححه من أن الام لا تجبر عليها لانها حقها، وعلى ما اختاره الفقهاء الثلاثة من الجبر فليس معلقا بإرادتها لانها حق الصبي عليها. وفي الذخيرة: لا يجب على الظئر أن تمكث في بيت الام إذا لم يشترط عليها ذلك وقت العقد وكان الولد يستغني عن الظئر في تلك الحالة، بل لها أن ترضع وتعود إلى منزلها كما لها أن تحمل الصبي إلى منزلها أو تقول أخرجوه فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الولد على الوالدة إلا أن يشرط عند العقد أن الظئر تكون عند الام فحينئذ يلزمها الوفاء بذلك الشرط اه. وفي الخزانة عن التفاريق: لا تجب في الحضانة أجرة المسكن الذي يحضن فيه الصبي. وقال آخرون: تجب إن كان للصبي مال وإلا فعلى من يجب عليه نفقته اه. قوله: (لا أمة لو منكوحة أو معتدة) أي لا يستأجر أمه لو منكوحته أو معتدته لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى: * (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) * [البقرة: ٢٣٣] إلا أنها عذرت لاحتمال عجزها، فإذا أقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليه فلا يجوز أخذ الاجر عليه أطلق نفي المعتدة فشمل المعتدة عن رجعي أو بائن وهو في الرجعي رواية واحدة، وفي البائن في رواية، وفي رواية أخرى جاز استئجارها لان النكاح قد زال. وجه الاول أنه باق في حق بعض الاحكام، كذا في الهداية
***
[٣٤٤]
من غير ترجيح صريح، وإن كان تأخير وجه المنع يدل على أنه المختار عنده كما هو عادته وصحح في الجوهرة الجواز فكان الاولى للمصنف أن يقيد المعتدة بالرجعي وذكر في فتح القدير عن بعضهم أن ظاهر الرواية الجواز. وقيد بالام لانه لو استأجر منكوحته لترضع ولده من غيرها جاز لانه لم يجب عليها إرضاعه بخلاف الام لانه وجب عليها إرضاعه ديانة كما قدمناه عن الهداية، وظاهره أنه لا يجوز لها أخذ الاجر من مال الصغير لو كان له مال لكن في الذخيرة: هذا إذا لم يكن للصغير مال، أما إذا كان له مال هل يجوز أن يفرض أجرة

الرضاع في ماله؟ ذكر الصدر الشهيد أنه روي عن محمد أنه يفرض في مال الصبي. وهكذا ذكر في إجارات القدوري وليس فيه اختلاف الروايتين ولكن ما روي عن محمد أنه يفرض في مال الصبي تأويله إذا لم يكن للاب مال، وما ذكر أن الزوج إذا استأجرها لا يجوز تأويله إذا فرض أجرة الرضاع من مال نفسه فلا تستحق ذلك كيلا يؤدي إلى اجتماع أجر الرضاع مع نفقة النكاح في مال واحد، وهذا المعنى لا يتحقق إذا فرض لها في مال الصغير فقلنا إنها تستحق ذلك اه. فالحاصل أن على تعليل صاحب الهداية لا تأخذ شيئا في مقابلة الارضاع لا من الزوج ولا من مال الصغير لوجوبه عليها، وعلى ما علل به في الذخيرة من أن المنع إنما هو لاجتماع واجبين في مال، وفي المجتبى: لو استأجر زوجته من مال الصبي لارضاعه جاز وفي ماله لا يجوز حتى لا يجتمع عليه نفقة النكاح والارضاع اه.

***

[٣٤٥]

قوله: (وهي أحق بعدها بعدها ما لم تطلب زيادة) أي الام أحق بإرضاع ولدها من الاجنبية بعد انقضاء العدة ما لم تطلب أجرة زائدة على أجرة الاجنبية للارضاع فحينئذ لا تكون أحق. وإنما جاز لها أخذ الاجرة بعد انقضاء عدتها لان النكاح قد زال بالكلية وصارت كالاجنبية. فإن قلت: إن وجوب الارضاع عليها هو المانع من أخذ الاجرة وهو بعينه موجود بعد انقضائها فليست كالاجنبية. قلت: إن الوجوب عليها مقيد بإيجاب رزقها على الاب بقوله تعالى * (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن) * [البقرة: ٢٣٣] ففي حال الزوجية والعدة هو قائم برزقها وفيما بعد العدة لا يقوم بشئ فتقوم الاجرة مقامة كما في فتح القدير. وإنما كانت أحق لانها أشفق فكان نظرا للصبي في الدفع إليها، وإن التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه وإليه الاشارة بقوله تعالى * (لا تضار والدة وبولدها ولا مولودله بولده) * [البقرة: ٢٣٣] أي بإلزامه لها أكثر من أجرة الاجنبية. وفي الذخيرة: لو صالحت المرأة زوجها عن أجر الرضاع على شئ إن كان الصلح حال قيام النكاح وفي العدة عن طلاق رجعي لا يجوز، وإن كان عن طلاق بائن واحدة أو ثلاثا جاز على إحدى الروايتين لان الصلح على أن يعطيها شيئا لترضع ولدها استئجار لها، وإذا جاز الصلح فهو كما لو استأجرها على عمل آخر من الاعمال على دراهم وصالحها عن تلك الداهم على شئ بعينه جاز، وإن صالح عنها عل شئ بغير عينه لا يجوز إلا أن يدفع ذلك في المجلس حتى لا يكون بيع دين بدين، وفي كل موضع جاز الاستئجار ووجبت النفقة لا تسقط بموت الزوج لانها أجرة وليست بنفقة اه. وكذا ذكر في الولواجية لا تسقط هذه الاجرة بموته بل يكون أسوة الغرماء اه. فالحاصل أنه أجرة فلذا لا تتوقف على القضاء، وظاهر المتون أن الام لو طلبت الاجرة أي أجرة المثل والاجنبية

***

[٣٤٦]

متبرعة بالارضاع فالام أولى لانهم جعلوا الام أحق في سائر الاحوال إلا في حالة طلب الزيادة على أجرة الاجنبية. والمصرح به بخلافه كما في التبيين وغيره أن الاجنبية أولى لكن هي أولى في الارضاع، أما في الحضانة ففي الولواجية وغيرها: رجل طلق امرأته وبينهما صبي وللصبي عمة أرادت أن تربيه وتمسكه من غير أجر من غير أن تمنع الام عنه والام تأبى ذلك وتطالب الاب بالاجر ونفقة الولد، فالام أحق بالولد، وإنما يبطل حق الام إذا تحكمت الام في أجر الارضاع بأكثر من أجر مثلها. والصحيح أنه يقال للوالدة إما أن تمكسي الولد بغير أجر وإما أن تدفعيه إلى العمة اه. ولم أر من صرح بأن الاجنبية كالعمة في أن الصغير يدفع إليها إذا كانت متبرعة والام تريد الاجر على الحضانة ولا تقاس على العمة لانها حاضنة في الجملة، وقد كثر السؤال عن هذه المسألة في زماننا وهو أن الاب يأتي بأجنبية متبرعة بالحضانة فهل يقال للام كما يقال، لو تبرعت العمة، وظاهر المتون أن الام تأخذه بأجر المثل ولا تكون الاجنبية أولى بخلاف العمة على الصحيح إلا أن يوجد نقل صريح في أن الاجنبية كالعمة. والظاهر أن العمة ليست قيدا بل كل حاضنة كذلك بل الخالة كذلك بالاولى لانها من قرابة الام. ثم اعلم أن ظاهر الولواجية أن أجرة الرضاع غير نفقة الولد للعطف وهو للمغايرة فإذا استأجر الام للارضاع لا يكفي عن نفقة الولد لان الولد لا يكفيه اللبن بل يحتاج معه إلى

***

[٣٤٧]

شئ آخر كما هو المشاهد خصوصا الكسوة فيقرر القاضي له نفقة غير أجرة الارضاع وغير أجرة الحضانة. فعلى هذا تجب على الاب ثلاثة أجرة الرضاع وأجرة الحضانة ونفقة الولد. أما أجرة الرضاع فقد صرحوا بها هنا، وأما أجرة الحضانة فصرح بها قارئ الهداية في

فتاواه، وأما نفقة الولد فقد صرحوا بها في الاجارات في إجارة الظئر. قال الزيلعي فيها: والطعام والثياب على الوالد، وما ذكره محمد في الدهن والريحان على الظئر فهو على عادة أهل الكوفة اه. فالحاصل أن الام ليس عليها إلا الارضاع وإصلاح طعامه وغسل ثيابه. لكن في الخانية وبعد الفطام يفرض القاضي نفقة الصغير على طاقة الاب ويدفع إلى الام حتى تنفق على الاولاد اه. إلا أن يقال إن مراده النفقة الكاملة بخلافها في زمن الرضاع فإنها قليلة. وفي المجتبى: وإذا كان للصبي مال فمؤنة الرضاع ونفقته بعد الفطام في مال الصغير ومدة الرضاع ثلاثة أوقات: أدنى وهو حول ونصف، وأوسط وهو حولان ونصف حتى لو نقص عن الحولين لا يكون شططا ولو زاد لا يكون تعديا فلو استغنى الولد دون الحولين ففطمته في
***
[٣٤٨]
حول ونصف حل بالاجماع ولا تأثم، ولو لم يستغن بحولين حل لها أن ترضعه بعدهما عند عامة المشايخ إلا عند خلف بن أيوب. وأما الكلام في استحقاق الاجرة فمنهم من قال إنه على الخلاف حتى إن المبانة تستحق إلى الحولين ونصف عنده، وعندهما إلى حولين فقط، وأكثر المشايخ على أن مدة الرضاع في حق الاجرة حولان عند الكل حتى لا تستحق بعد الحولين إجماعا وتستحق في الحولين إجماعا. وظاهر كلامهم أن وجوب أجرة الرضاع لا نتوقف على عقد إجارة مع الام بل تستحقه بالارضاع مطلقا في المدة المذكورة، وقد قدمنا أنه ليس بفقه. وفي الظهيرية: وإذا أقرت المعتدة أنها قبضت نفقة أولادها الصغار لخمسة أشهر ثم قالت إنها قبضت عشرين درهما ونفقة خمسة أشهر مائة درهم لم تصدق على ذلك وإن قالت ضاعت النفقة فإنها ترجع على أبيهم بنفقتهم دون حصتها اه. قوله: (ولابويه وأجداده وجداته لو فقراء) أي تجب النفقة لهؤلاء، أما الابوان فلقوله تعالى * (وصاحبهما في الدنيا معروفا) * [لقمان: ٥١] أنزلت في الابوين الكافرين، وليس من المعروف أن الابن يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا. وأما الاجداد والجدات فلانهما من الآباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم تسببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين. وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فإيجاب النفقة في ماله أولى من إيجابها في مال غيره بخلاف نفقة الزوجة حيث تجب مع الغنى لانها تجب لاجل الحبس الدائم كرزق القاضي، ولو ادعى الولد غنى الاب وأنكره الاب فالقول للاب والبينة
***
[٣٤٩]
للابن. وفي المبتغى بالمعجمة: إذا كان الاب محتاجا وأبي الابن أن ينفق عليه وليس ثمة قاض يرفع الامر إليه له أن يسرق من مال ابنه وبوجود قاض ثمة يأثم بسرقة ماله، وبإعطاء الابن مالا يكفيه يجوز له أن يأخذ إلى أن تقع الكفاية، وبسرقته ما فوق الكفاية يأثم، وكذا إذا لم يكن محتاجا ولم تكن نفقته عليه لا يجوز له أن يسرق مال ابنه اه. وأطلق في الابن ولم يقيده. بالغنا مع أنه مقيد به لما في شرح الطحاوي: ولا يجبر الابن على نفقة أبويه المعسرين إذا كان معسرا إلا إذا كان بهما زمانة أو بهما فقر فقط فإنهما يدخلان مع الابن ويأكلان معه ولا يفرض لهما نفقة على حدة اه. وفي الخانية: ولا يجب على الابن الفقير نفقة والده الفقير حكما إذا كان الوالد يقدر على العمل، وإن كان الوالد لا يقدر على عمل أو كان زمنا وللابن عيال كان على الابن أن يضم الاب إلى عياله وينفق على الكل والموسر في هذا الباب من يملك مالا فاضلا عن نفقة عياله ويبلغ الفاضل مقدارا تجب فيه الزكاة اه. وفي الخلاصة: المختار في الفقير الكسوب أن يدخل الابوين في النفقة. وقيد بفقرهم فقط لانه لو كان فقيرا وله قدرة على الكسب فإن الابن يجبر على نفقته وهو قول السرخسي. وقال الحلواني: لا يجبر
***
[٣٥٠]
إذا كان الاب كسوبا لانه غني باعتبار الكسب فلا ضرورة في إيجاب النفقة على الغير، وإذا كان الابن قادرا على الكسب لا تجب نفقته على الاب فلو كان كل منهما كسوبا يجب أن يكتسب الابن وينفق على الاب، فالمعتبر في إيحاب نفقة الوالدين مجرد الفقر. قيل: هو ظاهر الرواية لان معنى الاذى في إيكاله إلى الكد والتعب أكثر منه في التأفيف المحرم بقوله تعالى * (فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما) * [الاسراء: ٣٢] كذا في فتح القدير. والقائل بأنه ظاهر الرواية صاحب الذخيرة، والضمير في قوله ولابويه يعود إلى الانسان المفهوم فأفاد بإطلاقه أنه لا فرق بين الذكر والانثى. وفي الهداية: وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح

لان المعنى يشملهما اه. وفي الخلاصة وبه يفتى. وفي فتح القدير: وهو الحق لتعلق الوجوب بالولاد وهو يشملهما بالسوية بخلاف غير الولاد لان الوجوب علق فيه بالارث اه. وفي الخانية: فإن كان للفقير ابنان أحدهما فائق في الغنى والآخر يملك نصابا كانت النفقة عليهما على السواء، وكذا لو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا فهي عليهما على السواء اه. وذكر في الذخيرة فيه اختلافا وعزاما في الخانية إلى مبسوط محمد، ونقل عن الحلواني أنه قال قال مشايخنا: هذا إذا تفاوتا في اليسار تفاوتا يسيرا، أما إذا تفاوتا فيه تفاوتا فاحشا يجب أن يتفاوتا في قدر النفقة. وأشار بقوله ولابويه إلى أن جميع ما وجب للمرأة يجب للاب والام على الولد من طعام وشراب وكسوة وسكنى حتى الخادم. قال في الخانية: وكما يجب على الابن الموسر نفقة والده الفقير تجب عليه نفقة خادم الاب، امرأة كانت الخادم أو جارية، إذا كان الاب محتاجا إلى من يخدمه اه. وفي الخلاصة: يجبر الابن على نفقة زوجة أبيه ولا يجبر الاب على نفقة زوجة ابنه. وفي نفقات الحلواني قال: فيه روايتان، في رواية كما قلناه، وفي رواية إنما تجب نفقة زوجة الاب إذا كان الاب مريضا أو به زمانة يحتاج إلى الخدمة، أما إذا كان صحيحا فلا. قال في المحيط: فعلى هذا لا فرق بين الاب والابن فإن الابن إذا كان بهذه المثابة يجبر الاب على نفقة خادمه اه. وظاهر ما في الذخيرة أن المذهب

***

[٣٥١]

عدم وجوب نفقة امرأة الاب أو جاريته أو أم ولده حيث لم يكن بالاب علة، وأن القول بالوجوب مطلقا إنما هو رواية عن أبي يوسف. وفي الذخيرة أيضا: ثم إذا قضى القاضي بالنفقة على الولدين للاب فأبى أحدهما أن يعطي للاب ما يجب عليه فالقاضي يأمر الآخر بأن يعطي كل النفقة ثم يرجع على الاخ بحصته اه. ومراد المصنف من إيجاب نفقة الام على الولد إذا لم تكن متزوجة لانها على الزوج كبنته المراهقة إذا زوجها صارت نفقتها على زوجها، وقدمنا أن الزوج لو كان معسرا فإن الابن يؤمر بأن يقرضها ثم يرجع عليه إذا أيسر، وقد صرح به في الذخيرة هنا أيضا قال: فإن أبى الابن أن يقرضها النفقة فرض لها عليه النفقة وتؤخذ منه وتدفع إليها لان الزوج المعسر بمنزلة الميت. وأشار المصنف بقوله ولابويه إلى أن الاعتبار في وجوب نفقة الوالدين والمولودين إنما وهو القرب والجزئية ولا يعتبر الميراث قالوا: وإذا استويا في القرب تجب على من له نوع رجحان، وإذا لم يكن لاحدهما رجحان فحينئذ تجب النفقة بقدر الميراث، فإن كان للفقير ولد وابن ابن موسرين فالنفقة على الولد لانه أقرب، وإذا كانت له بنت وابن ابن فالنفقة على البنت خاصة، وإن كان الميراث بينهما

***

[٣٥٢]

لان البنت أقرب، وإذا كان له بنت بنت أو ابن بنت وأخ لاب وأم فالنفقة على ولد البنت ذكرا كان أو أنثى وإن كان الميراث للاخ لا لولد البنت، ولو كان له والد وولد موسران فالنفقة على ولده، وإن استويا في القرب لترجح الولد بتأويل أنت ومالك لابيك. ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما على الجد السدس والباقي على ابن الابن، والدليل على عدم اعتبار الميراث في هذه النفقة أنه لو كان أحدهما ذميا فالنفقة عليهما، وإن كان الميراث للمسلم منهما. ولو كان للمسلم الفقير ابن نصراني وأخ مسلم فالنفقة على الابن والميراث للاخ، ولو كان للفقير بنت ومولى عتاقة موسران فالنفقة على البنت وإن استويا في الميراث، كذا في الذخيرة. وأطلق المصنف في الجد فشمل أب الاب وأب الام. جزم به في الذخيرة وغيرها نقل الاختلاف في أب الام. وأطلق في الجدة فشمل الجدة من قبل الاب والجدة من قبل الام. وفي الولوالجية: الاب إذا أخذ النفقة والكسوة المفروضتين معجلة فضاع ذلك يفرض له أخرى، فلو مضت المدة وهي باقية لا يفرض له أخرى، بخلاف الزوجة فيهما، وقد ذكرنا الفرق فيها في أول باب النفقات. قوله: (ولا تجب مع اختلاف الدين إلا بالزوجية والولاد) أما الزوجية فلما ذكرنا أنها

***

[٣٥٣]

واجبة لها بالعقد لاحتباسها بحق مقصود له، وهذا لا يتعلق باتحاد الملة، وأما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه فكما تمتنع نفقة نفسه بكفره لا تمتنع نفقة جزئه إلا أنهم إذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وإن كانوا متساويين لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين. أطلق في الولاد فشمل الابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد. وفي المستصفى صورته: تزوج

ذمي ذمية وحصل لهما ولد ثم أسلمت الذمية حكم بإسلام الولد تبعا لها والنفقة على الاب. وهذا قبل عروض الاسلام، ويحتمل أن يعتقد الكفر في صغره وكفره صحيح عند أبي حنيفة ومحمد اه. وقيد بالزوجية والولاد لان فيما عدا ذلك لا تجب مع اختلاف الدين فلا يجب على المسلم نفقة أخيه النصراني وعكسه لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث، ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين آكد ودوام ملك اليمين أعلى في القطية من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاصل أصل العلة، وفي الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا. قوله: (ولا يشارك الاب والولد في نفقة ولده وأبويه أحد) أما نفقة الولد فقدمناها، وأما نفقة الوالدين فلان لهما تأويلا في مال الولد بالنص ولا تأويل لهما في مال غيره، ولانه أقرب الناس إليهما فكان الاولى باستحقاق نفقتهما عليه. أطلق في الاب فشمل الموسر والمعسر لكن في الذخيرة إن كان الاب معسرا والام موسرة أمرت أن تنفق من مالها على الولد فيكون دينا ترجع عليه إذا أيسر لان نفقة الصغير على الاب، وإن كان معسرا كنفقة نفسه فكانت الام قاضية حقا واجبا عليه بأمر القاضي فترجع عليه إذا أيسر، ثم جعل الام أولى بالتحمل من سائر الاقارب حتى لو كان الامر معسرا والام موسرة وللصغير جد موسر تؤمر الام بالانفاق من مال نفسها ثم ترجع على الاب، ولا يؤمر الجد بذلك لانها أقرب إلى

***

[٣٥٤]

الصغير. ولو كان الاب واجدا للنفقة لكن امتنع من النفقة على الصغير ففرض القاضي النفقة على الاب فامتنع عن الاداء فالقاضي يأمرها أن تستدين عليه وتنفق على الصغير لترجع بذلك على الاب، وكذلك لو غاب الاب بعد فرض نفقة الاولاد وتركهم بلا نفقة فاستدانت بأمر القاضي وأنفقت عليهم رجعت عليه، وكذلك هذا الحكم في مؤنة الرضاع إذا كان الاب معسرا فالقاضي يأمر الام بالاستدانة، فإذا أيسر رجعت عليه بالقدر الذي أمرها القاضي بالاستدانة، وإن لم تستدن بعد الفرض لكن كانوا يأكلون من مسألة الناس فلا رجوع لها لوقوع الاستغناء، فإن كانوا أعطوا مقدار نصف الكفاية سقط نصف النفقة عن الاب وتصح الاستدانة في النصف الباقي وعلى هذا القياس، وكذا في نفقة المحارم وسيأتي تمامه. ولو كان للفقير أولاد صغار وجد موسر لم تفرض النفقة على الجد ولكن يؤمر الجد بالانفاق صيانة لولد الولد ويكون ذلك دينا على والد الصغار. وهكذا ذكر القدوري فلم يجعل النفقة على الجد حال عسرة الاب، وقد ذكرنا في أول هذا الفصل أن الاب الفقير يلحق بالميت في استحقاق النفقة على الجد وهذا هو الصحيح من المذهب، وما ذكره القدوري قول الحسن بن صالح، هكذا ذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصاف. وإن كان الاب زمنا قضى بنفقة الصغار على الجد ولم يرجع على أحد بالانفاق لان نفقة الاب في هذه الحالة على الجد

***

[٣٥٥]

فكذا نفقة الصغار. وعن أبي يوسف في صغير له والد محتاج وهو زمن فرضت نفقته على قرابته من قبل أبيه دون أمه وكل من يجبر على نفقة الاب يجبر على نفقة الغلام، فإن لم يكن له قرابة من قبل أبيه قضيت بالنفقة على أبيه وأمرت قرابة الام بالانفاق فيكون دينا على الاب. وهذا الجواب إنما يستقيم إذا لم يكن في قرابة الام من يكون محرما للصغير ويكون أهلا للارث لان شرط وجوب النفقة في غير قرابة الولاد المحرمية وأهلية الارث، فأما إذا كان في قرابة الام من كان محرما للصغير وهو أهل للارث تجب عليه النفقة ويلحق الاب المعسر بالميت لما ذكرناه اه. وحاصله أن الوجوب على الاب المعسر إنما هو إذا أنفقت الام الموسرة وإلا فالاب كالميت والوجوب على غيره لو كان ميتا ولا رجوع عليه في الصحيح. وعلى هذا فلا بد من إصلاح المتون والشروح كما لا يخفى. وأطلق في قوله في نفقة ولده فشمل

***

[٣٥٦]

الصغير والكبير الزمن. وفي رواية أن نفقة الكبير تجب على الابوين أثلاثا باعتبار الارث بخلاف الصغير والظاهر الاول. قوله: (ولقريب محرم فقير عاجز عن الكسب بقدر الارث لو موسرا) أي تجب النفقة للقريب إلى آخره لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة، والفاصل أن يكون ذو رحم محرم وقد قال تعالى: * (وعلى الوارث مثل ذلك) * [البقرة: ٢٣٣] وفي قراءة عبد الله بن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك. قيد بالقريب لان المحرم الذي ليس بقريب كالاخ من الرضاع لا تجب نفقته.

وقيد بالمحرم لان الرحم غير المحرم لا تجب نفقته كابن العم وإن كان وارثا، ولا بد أن تكون المحرمية بجهة القرابة لانه لو كان قريبا محرما لا من جهتها كابن العم إذا كان أخا من الرضاع فإنه لا نفقة له، كذا في شرح الطحاوي، فلو كان له خال وابن عم فالنفقة على الخال لمحرميته لا على ابن العم وإن كان وارثا لان المراد من الوارث في الآية من هو أهل للميراث لا كونه وارثا حقيقة إذ لا يتحقق ذلك إلا بعد الموت والخال وارث في الجملة، سواء كان وارثا في هذه الحالة أو لم يكن. وعند الاستواء في المحرمية وأهلية الارث يرجح من كان وارثا حقيقة في هذه الحالة حتى إذا كان له عم وخال فالنفقة على العم لانهما استويا في المحرمية، ويترجح العم على الخال لكونه وارثا حقيقة، وكذلك إذا كان له عم وعمة وخالة فالنفقة على العم لا غير إن كان موسرا، وإن كان معسرا فالنفقة على العمة والخالة أثلاثا على قدر ميراثهما ويجعل العم كالميت. وفي القنية: يجبر الابعد إذا غاب الاقرب. وقيد بالفقر لان الغنى نفقته على نفسه. وقيد بالعجز عن الكسب وهو بالانوثة مطلقا وبالزمانة والعمى ونحوها في الذكر، فنفقة المرأة الصحيحة الفقيرة على محرمها فلا يعتبر في الانثى إلا الفقر. وأما البالغ الفقير فلا بد من عجزه بزمانة أو عمى أو فق ء العينين أو شلل اليدين أو مقطوع الرجلين أو معتوه أو مفلوج. زاد في التبيين أن يكون من أعيان الناس يلحقه العار من التكسب أو طالب علم لا يتفرغ لذلك. وفي المجتبى: البالغ إذا كان عاجزا عن الكسب وهو صحيح فنفقته على الاب، وهكذا قالوا في طالب العلم إذا كان لا يهتدي إلى الكسب لا تسقط نفقته عن الاب بمنزلة الزمن والانثى اه. وفي القنية: والظاهر أنه لم يخف على أبي حامد قول السلف بوجوب نفقة طالب العلم

***

[٣٥٧]

على الاب لكن أفتى بعدم وجوبها لفساد أحوال أكثر طلبة العلم فإن من كان منهم حسن السيرة مشتغلا بالعلوم النافعة يجبر الآباء على الانفاق عليهم وإنما يطالبهم فساق المبتدعة الذين شرهم أكثر من خيرهم يحضرون الدرس ساعة بخلافيات ركيكة ضررها في الدين أكثر من نفعها ثم يشتغلون طول النهار بالسخرية والغيبة والوقوع في الناس مما يستحقون به لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، فيقذف الله البغض في قلوب آبائهم وينزع عنهم الشفقة فلا يعطون مناهم في الملابس والمطاعم فيطالبونهم بالنفقة ويؤذونهم مع حرمة التأفيف، ولو علموا بسيرتهم السلف لحرموا الانفاق عليهم، ومن كان بخلافهم نادر في هذا الزمان فلا يفرد بالحكم دفعا لحرج التمييز بين المصلح والمفسد. قلت: لكن نرى طلبة العلم بعد الفتنة العامة المشتغلين بالفقه والادب اللذين هما قواعد الدين وأصول كلام العرب والاشتغال بالكسب يمنعهم عن التحصيل ويؤدي إلى ضياع العلم والتعطيل فكان المختار الآن قول السلف، وهفوات البعض لا تمنع وجوب النفقة كالاولاد والاقارب اه. واختلفوا في حد المعسر الذي يستحق هذه النفقة، فقيل هو الذي تحل له هذه الصدقة، وقيل هو المحتاج. والذي له منزل وخادم هل يستحق النفقة على قريبه الموسر؟ فيه اختلاف الرواية، في رواية لا يستحق حتى لو كانت أختا لا يؤمر الاخ بالانفاق عليها، وكذا لو كانت بنتا وأما في رواية تستحق وهو الصوا ب، كذا في البدائع، وأطلق المصنف فيمن تجب عليه هذه النفقة فشمل الصغير الغني والصغيرة الغنية فيؤمر الوصي بدفع نفقة قريبهما المحرم بشرطه، كذا في أنفع الوسائل أيضا وقدمناه، وأفاد بقوله بقدر الميراث أنه لو تعدد من تجب عليه النفقة فإنها تقسم عليهم بقدر ميراثهم لان الله أوجب النفقة باسم الوارث

***

[٣٥٨]

فوجب التقدير به، فإذا كان للصغير أم وعم أو أم وأخ لاب وأم فالنفقة عليهما على قدر الميراث، وكذلك الرضاع عليهما أثلاثا لان الرضاع نفقة الولد فتكون عليهما كنفقته بعد الفطام. وروى الحسن عن أبي حنيفة أن في النفقة بعد الفطام الجواب هكذا، وأما ما يحتاج إليه من النفقة قبل الفطام الرضاع كله على الام لانها موسرة باللبن والعم معسر في ذلك ولكن في ظاهر الرواية قدرة العم على تحصيل ذلك بماله يجعله موسرا فيه فلهذا كان بينهما أثلاثا، فإن كان العم فقيرا والام غنية فالكل على الام، وإن كان له أم وأخ لام وأب أو أخ لاب وعم أغنياء فالرضاع على الام والاخ أثلاثا بحسب الميراث لان العم ليس بوارث في هذه الحالة فيترجح الاخ على العم. وإذا كان للفقير الزمن ابن صغير معسر وليس بزمن ولهذا المعسر ثلاثة إخوة متفرقين أهل يسار فنفقة الرجل على الاخ من الاب والام والاخ من الام أسداسا، لان الابن الصغير المعسر يجعل كالمعدوم في حق إيجاب النفقة على الغير وما لم يجعل الابن كالمعدوم لا تصير الاخوة ورثة فيعتذر إيجاب النفقة عليهم حال قيام الابن فيجعل الابن كالمعدوم ويجعل الميراث بين الاخ لاب

وأم وبين الاخ لام أسداسا، ولو كان مكان الابن بنت فنفقة الاب على الاخ لاب وأم خاصة لانا لا نحتاج أن نجعلها كالمعدوم لانه يرث مع البنت وقد تعذر إيجاب النفقة على البنت فيجب على الاخ لاب وأم ونفقة الصغير على العم والاخ خاصة لان الاب المعسر كالمعدوم، وبعد الاب ميراث الولد للعم للاب والام خاصة فكذا نفقة الولد عليهما. فإن كان مكان الاخوة أخوات متفرقات، فإن كان الولد ذكرا فنفقة الاب على الاخوات أخماسا، لان أحدا من الاخوات لا يرث مع الابن فلا بد أن يجعل الابن كالمعدوم ليمكن إيجاب النفقة على الاخوات، وبعد الابن ميراث الاب بين الاخوات
***

[٣٥٩]
أخماسا، ثلاثة أخماسه للاخت لاب وأم، وخمسه للاخت لاب، وخمسه للاخت لام فرضا وردا، فالنفقة عليهم بحساب ذلك. ونفقة الولد على الاخت لاب وأم خاصة عندنا لان الوالد المعسر نجعله كالمعدوم، وعند عدم الوالد ميراث الولد للعمة لاب وأم خاصة عندنا فالنفقة تكون عليها أيضا. وإذا كان الولد بنتا فنفقة الاب على الاخت لاب وأم خاصة لانها وارثة مع البنت فإن الاخوات مع البنات عصبة فلا تجعل البنت كالمعدوم، ولكن لو مات الاب كان نصف ميراثه للبنت والباقي للاخت لاب وأم فكذا النفقة على الاخت لاب وأم، ونفقة البنت على العمة لاب وأم خاصة عندنا لان الاب المحتاج جعل كالمعدوم. وعند انعدام الولد فميراث البنت يكون للعمة لاب وأم خاصة عندنا فكذا النفقة عليها وتمامه في الذخيرة. وعلم مما ذكرناه أن الولد الكبير داخل تحت القريب المحرم فتجب نفقته على الاب بشرط العجز على رواية المبسوط. وعلى ما ذكره الخصاف في نفقاته فهي على الاب والام أثلاثا، ثلثاها على الاب والثلث على الام. قال في الذخيرة: وإذا طلب الابن الكبير العاجز أو الانثى أن يفرض له القاضي النفقة على الاب أجابه القاضي ويدفع ما فرض لهم إليهم لان ذلك حقهم ولهم ولاية الاستيفاء اه. فعلى هذا لو قال الاب للولد الكبير أنا أطعمك ولا أدفع إليك شيئا لا يلتفت إليه، وكذا الحكم في نفقة كل محرم لكن لا يشترط يسار الاب لنفقة الولد الكبير العاجز لانه كالصغير كما في البدائع. وشرط المصنف اليسار لان الفقير لا تجب عليه نفقة غير الاصول والفروع والزوجة. واختلف في حد اليسار على أربعة أقوال مروية، الاصح منها قولان: أحدهما أنه مقدر بنصاب الزكاة. قال في الخلاصة: حتى لو انتقص منه درهم لا تجب وبه يفتى. واختاره الولوالجي معللا بأن النفقة تجب على الموسر ونهاية اليسار لا حد لها وبدايته النصاب فيقدر به اه. وثانيهما أنه نصاب حرمان الصدقة
***

[٣٦٠]
وهو النصاب الذي ليس بنام. قال في الهداية: وعليه الفتوى. وصححه في الذخيرة لانه لم يشترط لوجوب صدقة الفطر غني موجب الزكاة وإنما شرط غني محرم للصدقة، فكذا في حق إيجاب النفقة لان النفقة بصدقة الفطر أشبه منها بالزكاة لان في صدقة الفطر معنى المؤنة ومعنى الصدقة، فإذا لم يشترط لوجوب صدقة الفطر غني موجب للزكاة وفي صدقة من وجه مؤنة من وجه فلان لا يشترط لوجوب النفقة موجب للزكاة وأنها مؤنة من كل وجه كان أولى اه. ورجح الزيلعي رواية محمد التي قدرت اليسار بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهرا إن كان من أهل الغلة، وإن كان من أهل الحرف فهو مقدر بما يفضل عن نفقته ونفقة عياله كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد القدرة دون النصاب وهو مستغن عما زاد على ذلك فيصرفه إلى أقاربه إذ المعتبر في حقوق العباد القدرة دون النصاب وهذا أوجه اه. وفي التحفة: وقول محمد أرفق وفي غاية البيان: ومال شمس الائمة السرخسي إلى قول محمد اه. ولم أر من أفتى به من مشايخنا فالاعتماد على القولين الاولين والارجح الثاني كما لا يخفى، وقدمنا أن القول لمنكر اليسار والبينة لمدعيه. وفي القنية: له عم وجد أبو الأم فنفقته على أبي الام وإن كان الميراث للعم، ولو كان له أم وأب لام موسران فعلى الام وفيه إشكال قوي لانه ذكر في الكتاب إذا كان له أم وعم موسران فالنفقة عليهما أثلاثا فلم يجعل الام أقرب من العم،
***

[٣٦١]
وجعل في المسألة المتقدمة أب الام أقرب من العم ولزم منه أن تكون النفقة على أب الام مع الام ومع هذا أوجبها عل الام. ويتفرع من هذه الجملة فرع أشكل الجواب فيه وهو ما إذا كانت له أم وعم وأب لام موسرون فيحتمل أن تجب على الام لا غير لان أبا الام لما كان أولى من العم والام أولى من أبي الام كانت الام أولى من العم لكن بترك جواب الكتاب، ويحتمل أن يكون على الام والعم

أثلاثا اهـ. وفي الخانية: صغير مات أبوه وله أم وجد أب الاب كانت النفقة عليهما أثلاثا، الثلث على الام والثلثان على جد الاب اهـ. وبه علم أن الجد ليس كالاب فيها. قوله: (وصح بيع عرض ابنه لا عقاره للنفقة) والقياس أن لا يجوز له بيع شئ وهو
***
[٣٦٢]
قولهما لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته، ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة، والمذكور في المختصر هو الاستحسان وهو قول الامام رحمه الله لان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب ألا ترى أن للوصي ذلك فللاب أولى لوفور شفقته، وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محتصنة بنفسها. قيد بالاب لان الام وسائر الاقارب ليس لهم بيع شئ اتفاقا لانهم لا ولاية لهم أصلا في التصرف حالة الصغر، ولا في الحفظ بعد الكبر، وإذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية، ثم له أن يأخذ منه نفقته لانه جنس حقه. ومحل الخلاف في الابن الكبير، أما الصغير فللاب بيع عرضه للنفقة إجماعا كما في شرح الطحاوي، وله بيع عقاره وكذا المجنون بخلاف غير الاب لا يجوز له بيع العقار مطلقا كما في فتح القدير. وقيد بالنفقة لانه ليس للاب بيع عرض ابنه لدين له عليه سوى النفقة اتفاقا، واستشكله الزيلعي بأنه إذا كان البيع من باب الحفظ وله ذلك فما المانع منه لاجل دين آخر؟ وأجاب عنه في غاية البيان بأن النفقة لا تشبه سائر الديون لانه حينئذ يلزم القضاء على الغائب فلا يجوز بخلاف النفقة فإنها واجبة قبل القضاء وإنما قضى القاضي إعانة فجاز بيع الاب لعدم القضاء على الغائب اهـ. وأشار بقوله للنفقة إلى أنه لا يجوز بيعه إلا بقدر ما يحتاج إليه من النفقة ولا يجوز له أن يبيع الزيادة على ذلك كما في غاية البيان. وأطلق المصنف في بيع العرض وهو مقيد بغيبته لان الابن لو كان حاضرا ليس للاب البيع إجماعا كما في الذخيرة. وإنما قال المصنف للنفقة ولم يقل لنفقته للاشارة إلى أنه يبيع لنفقته ونفقة أم الغائب وإن كانت الام لا تملك البيع. قال في الذخيرة: الظاهر أن الاب يملك البيع
***
[٣٦٣]
والام لا تملك ولكن بعد ما باع الاب فالثمن يصرف إليهما في نفقتهما اهـ. واحترز بالاب أيضا عن القاضي لانه ليس له البيع عند الكل لا في العروض ولا في العقار لا في النفقة ولا في سائر الديون، يريد به إذا لم يكن السبب معلوما للحاكم، وإن كان معلوما ولكن حاجة الاب لم تكن معلومة أو إن كانت معلومة إلا أنه يحتمل أن الابن أعطاها النفقة، وفي هذه الوجوه كلها لا يبيع لانه لو باع القاضي وصرف الثمن إليه لا يكون ذلك الثمن مضمونا عليه لانه قبض بأمر القاضي فيتضرر به الغائب فلذا لا يبيعه القاضي ولكن يفوض الامر إلى الاب ويقول له إن كنت صادقا فيما تدعي وإلا فلا آمرك بشئ، وهو على هذا الوجه لا يتضرر الغائب اهـ. قوله: (ولو أنفق مودعه على أبويه بلا أمر ضمن) أي المودع ما أنفقه لانه تصرف في مال الغير بلا ولاية ولا نيابة لانه نائب عنه في الحفظ لا غير. والمودع ليس بقيد لان مديون الغائب كذلك كما في الولوالجية. والابوان ليسا بقيد بل الانفاق على الزوجة بلا أمر كذلك كما في الخانية من كتاب الوديعة، وكذا على الاولاد. وقيد بكونه بلا أمر لانه لو كان بأمر الغائب فلا إشكال، وكذا إذا كان بأمر القاضي لان أمره ملزم لعموم ولايته ولا يقال إنه قضاء على الغائب ولا يجوز لانا نقول نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء وقضاؤه إعانة لهم فحسب، كذا في غاية البيان. وعند أمر القاضي لا فرق بين الابوين والاولاد الصغار والزوجة كما تقدم في قوله وفرض لزوجة الغائب إلى آخره. وأشار المصنف إلى أن المودع لو قضى دين المودع بالوديعة فإنه يكون ضامنا ولم يضمنه الحاكم أبو إسحق، والصحيح الضمان كما أشار إليه محمد في كتاب الوديعة، كذا في الذخيرة. وأطلقه فظاهره أنه ولو كان بأمر القاضي لان الامر هنا بقضاء الدين قضاء على الغائب وهو لا يجوز بخلاف الامر بالانفاق كما قدمنا الفرق. وإنما عبر المصنف بالضمان دون الحرمة لانه إنما يضمن في القضاء، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فلا ضمان عليه. ولو مات الغائب حل له أن يحلف لورثته أنهم ليس لهم عليه حق لانه لم يرد بذلك غير الاصلاح، كذا في فتح القدير. وأطلق المصنف في الضمان فشمل ما إذا أمكن استطلاع رأي القاضي أولا لكن نقلوا عن النوادر أنه مقيد بما إذا أمكن أما إذا لم يكن فلا ضمان استحسانا. قال في الذخيرة: وكذلك قال مشايخنا في رجلين كانا في سفر فأغمى على أحدهما فأنفق الآخر على المغمي عليه من مال المغمى عليه لم يضمن استحسانا، وكذا إذا مات فجهزه صاحبه من ماله لم يضمن استحسانا، وكذا العبد

المأذون في التجارة إذا مات مولاه فأنفق في الطريق لم يضمن، وكذا روي عن مشايخ بلخ إذا كان للمسجد أوقاف ولم يكن لها متول فقام واحد من أهل المحلة في جميع الاوقاف وأنفق على المسجد فيما يحتاج إليه من الحصر والحشيش لا يضمن استحسانا فيما بينه وبين الله تعالى. وحكي عن محمد أنه مات واحد من تلامذته فباع محمد كتبه وأنفق في تجهيزه
***
[٣٦٤]
فقيل له إنه لم يوص بذلك إلى أحد فتلا محمد قوله تعالى: * (والله يعلم المفسد من المصلح) * [البقرة: ٠٢٢] فما كان على قياس هذا الاصل لا ضمان عليه فيما بينه وبين الله تعالى استحسانا، أما في الحكم فهو ضامن. وكذا الورثة الكبار إذا أنفقوا على الصغار ولم يكن هناك وصي فإنهم متطوعون حكما، وأما ديانة فإنهم محسنون ويسعهم أن يقروا بما فضل من نصيب الصغار فقط، ولو حلفوا فلا شئ عليهم، ونظيره إذا عرف الوصي الدين على الميت فقضاه ولم يقر بذلك ولم يعرفه القاضي ولا الورثة لا يأثم. وكذا إذا كان لرجل عند رجل وديعة وعلى صاحب الوديعة مثلها دين والمودع يعلم أنه مات ولم يقبض دينه وسع المودع أن يقضي ذلك الدين بماله ولا يقربه، وكذا إذا كان لعمرو على زيد دين وعلى عمرو مثل ذلك الدين لرجل آخر فمات عمرو وزيد يعرف أن عمرا لم يقض دينه يسع لزيد أن يقضي دين عمرو بما لعمرو على زيد ولا يخبر ورثته بذلك اه. والاصل في ذلك أن خالد بن الوليد أخذ الراية وتأمر من غير تأمير لاجل الاصلاح. ذكره الكرماني في شرح البخاري من الجنائز. ولم يذكر المصنف أنه هل يرجع بما أنفقه على من أنفق عليه عند ضمانه؟ وقالوا لا رجوع له لان المودع ملك المدفوع بالضمان فكان متبرعا بملك نفسه، وظاهره أنه لا فرق بين أن ينفق عليهم وبين أن يدفع الوديعة إليهم في وجوب الضمان وعدم الرجوع عليهم لوجود العلة فيهما، ولم أر أنه إذا أنفق عليهم بلا أمر ثم أجاز المالك لظهور أنه لا ضمان لان الاجازة إبراء له من الضمان ولقولهم إن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة. قوله: (ولو أنفقا ما عندهما لا) أي لا ضمان عليهما لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد أخذا جنس الحق. وفي الخلاصة: ولو أنفق على نفسه من مال الابن ثم خاصمه الابن فقال أنفقته وأنت موسر وقال الاب أنفقته وأنا معسر قال انظر إلى حال الاب يوم الخصومة إن كان معسرا فالقول قوله استحسانا في نفقة مثله، وإن كان موسرا فالقول قول الابن، ولو أقاما البينة فالبينة بينة الابن اه. وحكم الزوجة والولد كالابوين إذا أنفقا ما عندهما لا ضمان عليهما بخلاف غيرهم من القريب المحرم العاجز فإنه يضمن بالانفاق بغير قضاء ولا رضا. قال في الذخيرة: إن نفقة الوالدين والمولودين والزوجة واجبة قبل القضاء حتى إذا ظفر أحد من هؤلاء بجنس حقهم كان له الاخذ بغير قضاء ولا
***
[٣٦٥]
رضا. فأما نفقة سائر الاقارب لا تجب إلا بالقضاء أو الرضا حتى لو ظفروا واحد من الاقارب بجنس حقه لم يكن له الاخذ إلا بقضاء أو رضا، ولذا يفرض القاضي في مال الغائب نفقة الاولين فقط اه. قوله: (ولو قضى بنفقة الولاد والقريب ومضت مدة سقطت) لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت الكفاية بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى ولم أر من صرح بأنه يأثم ومقتضى وجوبها أنه يأثم بتركها إذا طلبها صاحبها وامتنع مع أنهم قالوا إنها لا تجب إلا بالقضاء أو الرضا كما قدمناه عن الذخيرة، ولذا ليس لمن هي له أن يأخذها بغير قضاء ولا رضا. وصرح الخصاف في أدب القاضي بأنها لا تجب إلا بالقضاء للاختلاف فيها. واستشكله السروجي في الغاية من حيث إنهم جعلوا القاضي نفسه هو الذي أوجب هذه النفقة والقاضي ليس بمشرع وما ذاك إلا للنبي صلى الله عليه وسلم وانقطع من بعده فهو مشكل جدا. وتبعه على ذلك الطرسوسي في أنفع الوسائل وقال: لم لا؟ قيل: إن الوجوب يثبت بقوله تعالى: * (وعلى الوارث مثل ذلك) * [البقرة: ٣٣٢] فقضاء القاضي إعانة له كما في نفقة الاولاد، كيف وإنهم قد استدلوا في أصل المسألة بهذه الآية على وجوب نفقة القريب وكلمة علي للايجاب ولا يعكر على هذا اختلاف العلماء لان المسائل الاختلافية يعمل فيها على الاختلاف ولا يكون الاختلاف مؤثرا في عدم القبول فإن ذلك كان واجبا قبل القضاء كما قلنا في نفقة المبتوتة أنه يقضي بها باعتبار أنها ثابتة قبل القضاء والقضاء إعانة لا أن تعيين القاضي مثبت لها، وكذا بقية المسائل الخلافية، ولم يظهر لي الموجب لفرارهم من

***
[٣٦٦]
هذا اه. وفي البدائع أن شرط وجوب نفقة القريب الطلب والخصومة بين يدي القاضي في نفقة غير الولاد فلا تجب بدونه لانها لا تجب بدون قضاء القاضي والقضاء لا بد له من الطلب والخصومة اه. وهو صريح في أن الطلب من غير أن يكون بين يدي القاضي لا يكون موجبا. وأطلق المصنف في المدة وهي مقيدة بالكثيرة، أما القليلة فلا تسقط وهي ما دون الشهر كما ذكره في الذخيرة وتبعها الشارحون لانها لو سقطت بالمدة اليسيرة لما أمكنهم استيفاؤها. وفي فتح القدير: وكيف لا تصير القصيرة دينا والقاضي مأمور بالقضاء، ولو لم تصر دينا لم يكن بالامر بالقضاء فائدة، ولو كان كلما مضى سقط لم يمكن استيفاء شئ ومثل هذا قدمناه في غير المفروضة من نفقات الزوجات اه. وأطلق في نفقة الولاد فشمل الاصول والفروع الصغار والكبار واستثنى في الذخيرة معزيا إلى الحاوي وأقره عليه الزيلعي نفقة الصغير فإنها تصير عليه دينا على الاب بقضاء القاضي بخلاف نفقة سائر الاقارب. وفي الواقعات: وإذا فرض نفقة الاب أو الابن فلم يقبض سنين ثم أيسر أو مات تبطل لان هذا صلة من وجه فلا يصير دينا من كل وجه اه. ولا يخفى أن تعليق البطلان على اليسار أو الموت ليس بقيد لما ذكرناه. قوله: (إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة) يعني فلا تسقط بمضي المدة لان القاضي له ولاية عامة فصار إذنه كأمر الغائب فتصير دينا في ذمته، وقد أخل المصنف بقيد لا بد منه وهو الاستدانة والانفاق مما استدانة كما قيده في المبسوط والنهاية وغيرهما حتى قال الطرسوسي: ولقد غلط بعض الفقهاء هنا في مفهوم كلام صاحب الهداية وقال: إذا أذن القاضي في الاستدانة ولم يستدن فإنها لا تسقط وهذا غلط، بل معنى الكلام إذن القاضي في
***
[٣٦٧]
الاستدانة واستدان اه. قال في المبسوط: فلو أنفق بعد الاذن بالاستدانة من ماله أو من صدقة تصدق بها عليه فلا رجوع له عليه لعدم الحاجة اه. وصرح في الذخيرة في نفقة الاولاد الصغار أنهم إذا أكلوا من مسألة الناس فلا رجوع لامهم على الاب بشئ، فلو أعطوا نصف الكفاية واستدانت الام لهم النصف رجعت بما استدانت وقد قدمناه. وأفاد المصنف بعدم سقوطها بعد الاستدانة المأذون فيها أنه لو مات من عليه النفقة بعد ذلك لا تسقط على الصحيح بل تؤخذ من تركته وأن دينها حينئذ مانع من وجوب الزكاة لانه دين له مطالب من جهة العباد. وفي الخانية: رجل غاب ولم يترك لاولاده الصغار نفقة ولامهم مال تجبر الام على الانفاق ثم ترجع ذلك على الزوج اه. ولم يشترط الاستدانة ولا الاذن بها فيفرق بين ما إذا أنفقت عليهم من مالها وبين ما إذا أكلوا من المسألة. وفي البزازية: قالت الام للقاضي
***
[٣٦٨]
أفرض نفقة هذا الصغير على أبيه ومرني حتى أستدين عليه ففعله القاضي، وإذا استدانت عليه وأيسر رجعت عليه، فإن لم ترجع عليه حتى مات لا تأخذه من تركته في الصحيح، وإن أنفقت عليه من مالها أو من المسألة من الناس لا ترجع على الاب، وكذا في نفقة المحارم اه. ثم اعلم أن الممتنع من نفقة القريب المحرم بشروطه يضرب ولا يحبس بخلاف الممتنع من سائر الحقوق لانه لا يمكن استدراك هذا الحق بالحبس لانه يفوت بمضي الزمان فيستدرك بالضرب بخلاف سائر الحقوق، كذا في البدائع. قوله: (ولمملوكه) أي تجب النفقة والكسوة والسكنى لمملوكه على سيده للامر في قوله صلى الله عليه وسلم أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون
***
[٣٦٩]
وعليه إجماع العلماء. قال الطحاوي: ذهب قوم إلى أن الرجل عليه أن يسوي بين مملوكه وبين نفسه في الطعام والكسوة احتجاجا بما روينا، وخالفهم آخرون احتجاجا بما حدث الطحاوي بإسناده إلى أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للملوك طعامه وكسوته ولا يكلف من العمل ما لا يطيق فدل على أن للموالي أن يفضلوا أنفسهم على عبيدهم، ويدل عليه أيضا حديث البخاري مرفوعا إذا أتى أحدكم خادمه بطعامه فإن لم يجلسه معه فليناوله لقمة أو لقمتين أو أكلة أو أكلتين فإنه ولي علاجه والجواب عن الاول أنه ذكره بلفظ من وهي للتبعيض فإذا أطعمهم الموالي من بعض ما يأكلون أو كسوهم من بعض ما يلبسون يحصل الغرض، فلو كان

المراد التسوية في الاكل والكسوة لقال مثل ما تأكلون ومثل ما تلبسون، كذا في غاية البيان. وأجاب عنه في فتح القدير بأن المراد من جنس ما تأكلون وتلبسون لا مثله فإذا ألبسه من الكتان والقطن وهو يلبس منهما الفائق كفى بخلاف إلباسه نحو الجوالق والله أعلم. ولم يتوارث عن الصحابة أنهم كانوا يلبسون مثلهم إلا الافراد اهـ. والمراد بالمملوك من كانت منافعه مملوكة لشخص، سواء كانت رقبته مملوكة له أو لا، فدخل المدبر وأم الولد، وخرج المكاتب لانه مالك لمنافعه. ولو أوصى بعبد لرجل وبخدمته لآخر فالنفقة على من له الخدمة، فإن مرض في يد صاحب الخدمة إن كان مرضا لا يمنعه من الخدمة كانت نفقته على صاحب الخدمة، وإن كان مرضا يمنعه من الخدمة كانت نفقته على صاحب الرقبة، وإن تطاول المرض ورأى القاضي أن يبيعه فباعه يشتري بثمنه عبدا يقوم مقام الاول في الخدمة، كذا في الخانية. وزاد في المحيط أنه إن كان صغيرا لم يبلغ الخدمة فنفقته على صاحب الرقبة حتى يبلغ الخدمة ثم على المخدوم لانه ملك المنافع بغير عوض فصار كالمستعير، وكذا النفقة على الراهن والمودع، وأما عبد العارية فعلى المستعير، وأما كسوته فعلى المعير، كذا في الواقعات، ولو أوصى بجارية لانسان وبما في بطنها لآخر فالنفقة على من له الجارية، ومثله أوصى بدار لرجل وسكناها لآخر فالنفقة على صاحب السكنى لان المنفعة له فإن انهدمت فقال صاحب السكنى أنا أبنيها وأسكنها كان له ذلك ولا يكون متبرعا لانه مضطر فيه لانه لا يصل إلى حقه إلا به فصار كصاحب العلو مع صاحب السفل إذا انهدم السفل وامتنع صاحبه من البناء لصاحب العلو أن يبنيه ويمنع صاحبه عنه حتى يعطي ما غرم فيه ولا يكون متبرعا. وأطلق في المملوك فشمل ما إذا كان له أب موجود حاضر أولا، وشمل الامة المتزوجة حيث لم
***
[٣٧٠]
يبؤها منزلا للزوج، وشمل الصغير والكبير الذكر والانثى الصحيح والمريض والزمن والاعمى، وأما العبد الآبق إذا أخذه رجل ليرده على مولاه وأنفق عليه إن أنفق بغير أمر القاضي كان متطوعا لا يرجع، وإن رفع الامر إلى القاضي فسأل من القاضي أن يأمره بالانفاق عليه نظر القاضي في ذلك، فإن رأى الانفاق أصلح أمره بالانفاق، وإن خاف أن تأكله النفقة أمره القاضي بالبيع وإمساك الثمن، وكذا إذا وجد دابة ضالة في المصر أو في غير المصر. وأما العبد المغصوب فإن نفقته على الغاصب إلى أن يرده إلى المولى فإن طلب من القاضي أن يأمره بالنفقة أو بالبيع لا يجيبه لان المغصوب مضمون على الغاصب إلا أن يكون الغاصب مخوفا منه على العبد فحينئذ يأخذه القاضي ويبيعه ويمسك الثمن، وأما العبد الوديعة إذا غاب صاحبه فجاء المودع إلى القاضي وطلب منه أن يأمره بالنفقة أو بالبيع فإن القاضي يأمره بأن يؤاجر العبد وينفق عليه من أجره، وإن رأى أن يبيعه فعل. وأما العبد إذا كان بين رجلين فغاب أحدهما وتركه عند الشريك فرفع الشريك الامر إلى القاضي وأقام البينة على ذلك كان القاضي بالخيار إن شاء قبل هذه البينة، وإن شاء لم يقبل وإن قبل يأمره بالنفقة ويكون الحكم ما هو الحكم في الوديعة، والكل من الخانية. وفي الخلاصة: الشريك إذا أنفق على العبد في غيبة شريكه بغير إذن القاضي وبغير إذن صاحبه، وكذا النخل والزرع، وكذا المودع والملتقط إذا أنفق على الوديعة واللقطة، وكذا في الدار المشتركة إذا اشتريت فأنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وبغير إذن أمر القاضي فهو متطوع وفي القنية: ونفقة المبيع على البائع ما دام في يده هو الصحيح ثم رقم برقم آخر أنه يرفع البائع الامر إلى الحاكم فيأذن له في بيعه أو إجارته، ثم رقم بأن نفقة العبد المبيع بشرط الخيار على من له الملك في العبد وقت الوجوب، وقيل على البائع، وقيل يستدان فيرجع على من يصير له الملك كصدقة الفطر اهـ. وفي وجوب نفقة البيع على البائع قبل تسليمه إشكال لانه لا ملك له لا رقبة ولا منفعة فينبغي أن تكون على المشتري وتكون تابعة للملك كالمرهون كما بحثه بعضهم كما في القنية أيضا. وشمل كلام المصنف أيضا المملوك ظاهرا فلو شهدا عليه بحرية أمته فوضعها القاضي على يد عدل لاجل المسألة على الشهود فالنفقة على من هي في يده، سواء ادعت الامة الحرية أو جحدت لوجوب نفقة المملوك على مولاه وإن كان ممنوعا منه، ولا رجوع للمولى بما أنفقه، سواء زكيت الشهود أولا إلا إذا أجبره القاضي على الانفاق أو أكلت في بيته بغير إذنه فيرجع بما أنفقه لانه تبين أن لا ملك له. وإن كان عبدا أمره أن يكتسب وينفق على نفسه إن كان قادرا عليه وإلا فعلى المدعى عليه، وتمامه في الذخيرة.
***
[٣٧١]

قوله: (فإن أبى ففي كسبه وإلا أمره ببيعه) أي أن امتنع المولى عن الانفاق فإن نفقته في كسبه إن كان له كسب لان فيه نظرا لهما حتى يبقى المملوك فيه حيا ويبقى فيه ملك المالك، وإن لم يكن لهما كسب بأن كان عبدا زمنا أو جارية لا يؤجر مثلها أجبر المولى على بيعهما لانهما من أهل الاستحقاق، وفي البيع إيفاء حقهما وإيفاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان إبطالا. وفي غاية البيان: إن كل ما لا يصلح للاجارة يجبر المولى على الانفاق أو يبيع القاضي إذا رأى ذلك إلا المدبر وأم الولد فإنه يجبر على الانفاق لا غير لانه لا يمكن بيعهما اه. فلو قال المصنف كذلك لكان أولى. وعلم مما في الغاية أن الامر بالبيع معناه بيع القاضي عليه. وفي شرح الاقطع ما ذكر من البيع ينبغي أن يكون على قول أبي يوسف ومحمد لانهما يريان البيع على الحر لاجل حق الغير، فأما أبو حنيفة فإنه لا يرى جواز البيع على الحر ولكنه يحبسه حتى يبيعه إذا استحق عليه البيع اه. ولذا قال المصنف أمر ببيعه ولم يقل باعه القاضي. قيد بالمملوك أي الرقيق لان ما عداه من أملاكه إذا امتنع من الانفاق فإنه لا يجبر عليه ولو كان حيوانا لانها ليست من أهل الاستحقاق إلا أنه يفتي فيما بينه وبين الله تعالى في الانفاق على الحيوانات لانه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك، ونهى عن إضاعة المال وفيه إضاعته. وعن أبي يوسف أنه يجبر والاصح ما قلنا، كذا في الهداية. ورجح الطحاوي رواية أبي يوسف قال: وبه نأخذ. قال في فتح القدير: وبه قالت الائمة الثلاثة. وغاية ما فيه أن يتصور فيه دعوى حسبة فيجبره القاضي على ترك الواجب ولا بدع فيه وظاهر المذهب الاول والحق ما عليه الجماعة اه. وأما في غير الحيوانات كالدور والعقار لا يفتى به أيضا إلا إذا كان فيه تضييع المال فيكون مكروها. وهذا كله إذا لم يكن له شريك، فإن كانت دابة بين شريكين فامتنع أحدهما من الانفاق أجبره القاضي لانه لو لم يجبره لتضرر الشريك كما في المحيط. وذكر الخصاف أن القاضي يقول للآبي إما أن تبيع نصيبك من الدابة أو تنفق عليها رعاية لجانب الشريك. وفي الذخيرة: لو أوصى بنخل لواحد وبثمرته لآخر فالنفقة على صاحب الثمرة، وفي التبن والحنطة إن بقي من ثلث ماله شئ فالنفقة في ذلك المال، وإن لم يبق فالتخليص عليهما لان المنفعة لهما اه. وفي فتح القدير وأقول: ينبغي أن يكون على قدر قيمة ما يحصل لكل منهما وإلا يلزم ضرر

***

[٣٧٢]

صاحب القليل ألا ترى إلى قولهم في السمسم إذا أوصى بدهنه لواحد وبثجيرة لآخر أن النفقة على من له الدهن لعده عدما وإن كان قد يباع، وينبغي أن يجعل كالحنطة والتبن في ديارنا لان الثجير يباع لعلف البقر وغيره، وكذا أقول فيما روي عن محمد ذبح شاة فأوصى بلحمها لواحد وبجلدها لآخر فالتخليص عليهما كالحنطة والتبن أنه يكون على قدر الحاصل لهما وقبل الذبح أجرة الذبح على صاحب اللحم لا الجلد اه. وفي المجتبى: العبد إذا أقتر عليه مولاه في نفقته ليس له أن يأكل من مال مولاه لكن يكتسب ويأكل إلا إذا كان صغيرا أو جارية أو عاجزا عن الكسب فله أن يأكل، وإن لم يأذن له في الكسب فله أن يأكل من مال مولاه، وللعبد أن يأخذ من مال سيده قدر كفايته. ولو تنازعا في عبد أو أمة في أيديهما يجبران على نفقته ونفقة الدابة المستأجرة على الآجر، وإذا شرط العلف على المستأجر لم يضمن إن لم يعلفا حتى ماتت لان بدل المنافع تعود إلى مالك الرقبة. ومن ركب فرسا حبيسا في سبيل الله تعالى فنفقته عليه حتى يرده عليه، والاصل أن من كانت له المنفعة أو بدلها فالنفقة عليه سواء كان مالكا أو لا اه. وفي فتح القدير: ويجوز وضع الضريبة على العبد ولا يجبر عليها بل إن اتفقا على ذلك اه. وقيدنا الذي لا كسب له بأن يكون زمنا إلى آخره تبعا لما في الهداية للاحتراز عما إذا كان صحيحا غير عارف بصناعة فإنه لا يكون عاجزا عن الكسب لانه يمكن أن يؤاجر نفسه في بعض الاعمال كحمل شئ وتحويل شئ كمعين البناء، وما قدمناه نقلا عن الكافي في نفقة ذوي الارحام ثبوته هنا أولى، كذا في فتح القدير. وفي الخلاصة: ولو أعتق عبدا زمنا أو مقعدا سقطت نفقته عن المولى وينفق عليه من بيت المال اه. والله سبحانه وتعالى أعلم.

***

[٣٧٣]

كتاب العتق ذكره عقيب الطلاق لان كلا منهما إسقاط الحق. وقدم الطلاق لمناسبة النكاح. ثم الاسقاطات أنواع تختلف أسماؤها باختلاف أنواعها، فإسقاط الحق عن الرق عتق، وإسقاط الحق عن البضع طلاق، وإسقاط ما في الذمة براءة، وإسقاط الحق عن

القصاص والجراحات عفو. والاعتاق في اللغة الاخراج عن الملك، يقال أعتقه فعتق. والعتق الخروج عن الملك يقال من باب فعل بالفتح يفعل بالكسر عتق العبد عتاقا إذا خرج عن الملك، وعتقت الفرس، إذا سبقت ونجت، وعتق فرخ القطاة إذا طار. ويقال عتق فلان بعد استعلاج إذا رقت بشرته بعد غلظ، ومصدره العتق والعتاق وليس منه العتاقة بمعنى القدم لان فعله فعل بالفتح يفعل بالضم وليس منه العتق بمعنى الجمال لانه من هذا الباب أيضا وهو مضموم العين أيضا، كذا في ضياء الحلوم. فالعتق اللغوي حينئذ هو العتق الشرعي وهو الخروج عن المملوكية وهو أولى من قولهم إن العتق في اللغة القوة. وفي الشرع: قوة الشرعية لان أهل اللغة لم يقولوا اعتق العبد إذا قوي وإنما قالوا أعتق العبد، إذا خرج عن المملوكية. وإنما ذكر والقوة في عتق الطير ونحوه. وركنه في الاعتاق اللفظي الانشائي اللفظ الدال عليه. وفي البدائع ركنه اللفظ الذي جعل دلالة على العتق في الجملة أو ما يقوم مقام اللفظ اه. ويعرف ذلك ببيان سببه. قالوا: سببه المثبت له قد يكون دعوى النسب، وقد يكون نفس الملك في القريب، وقد يكون الاقرار بحرية عبد إنسان حتى لو ملكه عتق، وقد يكون بالدخول في
***
[٣٧٤]
دار الحرب فإن الحربي إذا اشترى عبدا مسلما فدخل به إلى دار الحرب ولم يشعر عتق عند أبي حنيفة، وكذا زوال يده عنه بأن هرب عن مولاه الحربي إلى دار الاسلام، وقد يكون اللفظ المذكور. وأما سببه الباعث ففي الواجب تفريغ ذمته وفي غيره قصد التقرب إلى الله تعالى عز وجل. وأنواعه أربعة: واجب ومندوب ومباح ومحظور. فالواجب الاعتاق في كفارة القتل والظهار واليمين والافطار إلا أنه في باب القتل والظهار والافطار واجب على التعيين عند القدرة عليه، وفي باب اليمين واجب على التخيير. والمندوب الاعتاق لوجه الله تعالى من غير إيجاب لان الشرع ندب إلى ذلك للحديث أيما مؤمن أعتق مؤمنا في الدنيا أعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا أن يعتق الرجل العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء لكنه ليس بعبادة حتى يصح من الكافر. وأما المباح فهو الاعتاق من غير نية. وأما المحظور فهو الاعتاق لوجه الشيطان وسيأتي تمامه، وسيأتي بيان شرائطه وحكمه زوال الملك أو ثبوت العتق على الاختلاف. قوله: (هو إثبات القوة الشرعية للمملوك) أي الاعتاق شرعا. والقوة الشرعية هي قدرته على التصرفات الشرعية وأهليته للولايات والشهادات ودفع تصرف الغير عليه. وحاصله أنه إزالة الضعف الحكمي الذي هو الرق الذي هو أثر الكفر. وفي المحيط: ويستحب للعبد أن يكتب للعتق كتابا ويشهد عليه شهودا توثيقا وصيانة عن التجاحد والتنازع فيه كما في المداينة بخلاف سائر التجارات لانه ما يكثر وقوعها فالكتابة فيها تؤدي إلى الحرج ولا كذلك العتق. قوله: (ويصح من حر مكلف لمملوكه بانت حر أو بما يعبر به عن البدن وعتيق ومعتق ومحرر وحررتك وأعتقتك نواه أو لا) بيان لشرائطه وصريحه وحكم الصريح. أما شرائطه فذكر المصنف أنها ثلاثة: الاول منها لا حاجة إليه مع ذكر الملك لان الحرية للاحتراز عن إعتاق غير الحر وهو ليس بمالك كما سنبينه. واحترز بالمكلف عن عتق الصبي فإنه لا يصح وإن كان عاقلا كما لا يصح طلاقه، وعن عتق المجنون فإنه لا يصح، وأما الذي يجن ويفيق فهو في حالة إفاقته عاقل وفي حالة جنونه مجنون. وخرج المعتوه أيضا والمدهوش والمبرسم والمغمى عليه والنائم فلا يصح إعتاقهم كما لا يصح طلاقهم. ولو قال أعتقت وأنا صبي أو وأنا نائم كان القول قوله، وكذا لو قال أعتقته وأنا مجنون بشرط أن يعلم جنونه، أو قال وأنا حربي في دار الحرب وقد علم ذلك لانه لما أضافه إلى زمان لا يتصور منه الاعتاق علم أنه أراد صيغة الاعتاق ولا حقيقته فلم يصر معترفا بالاعتاق كما لو قال أعتقته
***
[٣٧٥]
قبل أن أخلق أو يخلق. وخرج باشتراط أن يكون مملوكا له إعتاق العبد المأذون له في التجارة أو المكاتب لانعدام ملك الرقبة، وكذا لو اشترى العبد المأذون له في التجارة محرما منه أو المكاتب كذلك فإنه لا يعتق عليهما لعدم ملكهما. ويرد على المصنف إعتاق عبد الغير فإنه صحيح موقوف على إجازة سيده إن لم يكن وكيله، نعم هو شرط للنفاذ وليس الكلام هنا إلا في الصحة، ولو أبدله بقوله للمملوك لكان أولى لان شرطه كما في المستصفى أن يكون المحل مملوكا. والمراد بالمملوك المملوك رقبة وإن لم يكن في يده فصح إعتاق المولى المكاتب والعبد المأذون والمشتري قبل القبض والمرهون والمستأجر والعبد الموصي برقبته لانسان وبخدمته لآخر إذا أعتقه الموصى له

بالرقبة. ولا يشترط أن يكون عالما بأنه مملوكه حتى لو قال الغاصب للمالك أعتق رقبة هذا العبد فأعتقه وهو لا يعلم أنه عبده عتق ولا يرجع على الغاصب بشئ، وكذا لو قال البائع للمشتري أعتق عبدي هذا وأشار إلى المبيع فأعتقه المشتري ولم يعلم أنه عبده صح إعتاقه ويجعل قبضا ويلزمه الثمن كما في الكشف الكبير في بحث القضاء. وأخرج باشتراط المملوكية عتق الحمل إذا ولدته لستة أشهر فأكثر لعدم التيقن بوجوده وقته بخلاف ما إذا ولدته لاقل منها فإنه يصح. ويشترط وجود الملك للمعتق وقت وجود الاعتاق لينفذ إن كان منجزا وإن كان معلقا بما سوى الملك وسببه فإنه يشترط وجود الملك وقت التعليق كالتعليق بدخول الدار ونحوه. وكذا يشترط وقت نزول الجزاء، ولا يشترط بقاء الملك فيما بينهما. وأما إذا كان معلقا بالملك كان ملكتك فأنت حر فلا يشترط له شئ من ذلك. ولم يشترط المصنف أن يكون صاحيا ولا طائعا لصحة عتق السكران والمكره عندنا كطلاقهما، وكذا لم يشترط العمد لصحة عتق المخطئ، ولم يشترط قبول العبد للاعتاق لانه ليس بشرط إلا في العتق على مال فإن قبوله شرط كما سنذكره في بابه. وكذا لم يشترط خلوه عن الخيار لعدم صحة الخيار فيه من جانب المولى فيقع العتق ويبطل الشرط، وأما من جانب العبد في العتق على مال فلا بد من خلوه عن خياره حتى لورد العبد العتق في مدة الخيار ينفسخ العقد ولا يعتق كما في الطلاق على مال، وكذا الصلح من دم العمد بشرط الخيار، فإن كان من جانب المولى فهو باطل والصلح صحيح، وإن كان للقاتل فهو صحيح، فإن فسخ العقد ففي القياس يبطل العفو، وفي الاستحسان لا يبطل ويلزم القاتل الدية. ولم

***

[٣٧٦]

يشترط المصنف أيضا إسلام المعتق وهو المالك لانه يصح من الكافر ولو مرتدة، وأما إعتاق المرتد فموقوف عند الامام نافذ عندهما. ولم يشترط أيضا أن يكون المالك صحيحا لانه يصح الاعتاق من المريض مرض الموت وإن كان معتبرا من الثلث لانه وصية. وشرط في البدائع عدم الشك في ثبوت الاعتاق فإن كان شاكا فيه لا يحكم بثبوته. وأما الثاني وهو صريحه فذكر المصنف هنا أنه الحرية والعتق بأي صيغة كانت فعلا أو وصفا. فالفعل نحو أعتقتك وحررتك أو أعتقك الله على الاصح وهو المختار كما في الظهيرية. والوصف نحو أنت حر ومحرر وعتيق ومعتق وسيأتي حكم النداء بها. ومنه المولى أيضا كما سنبينه. ولا بد أن يكون خبر المبتدأ فلو ذكر الخبر فقط توقف على النية ولذا قال في الخانية: لو قال حر فقيل له لمن عنيت فقال عبدي عتق عبده. وأما المصدر فلم يذكره المصنف للتفصيل فيه فإن قال العتاق عليك أو عتقك على كان صريحا إلا إذا زاد قوله عتقك علي واجب فإنه لا يعتق لجواز وجوبه عليه بكفارة أو نذر بخلاف طلاقك علي واجب لان نفس الطلاق غير واجب وإنما يجب حكمه وحكمه وقوعه واقتضى هذا وقوعه، وأما العتق فجاز أن يكون واجبا، كذا في الظهيرية. وأما إذا قال أنت عتق أو عتاق أو حرية فإنه لا يعتق إلا بالبينة، كذا في جوامع الفقه. قال الكمال: فعلى هذا لا بد من ضابط الصريح. قلت: إن ما في جوامع الفقه ضعيف لما في المحيط: لو قال أنت عتق يعتق وإن لم ينو كقوله لامرأته أنت طالق اه. فلا يحتاج إلى إصلاح الضابط. وأما إذا كان تلفظ بالعتق مهجي كقوله أنت حر فإنه كناية يعتق بالنية كالطلاق كما في الظهيرية. وأما التلفظ بالعتق العام فقال في الظهيرية: لو قال كل مالي حر لا يعتق عبيده لانه يراد به الصفا والخلو عن شركة الغير، ولو قال عبيد أهل بلخ أحرار ولم ينو عبده أو قال كل عبد في الارض حر أو قال كل عبيد أهل الدنيا أحرار أو كان مكان العتق طلاق اختلف المتقدمون والمتأخرون في هذه المسألة، أما المتقدمون فقال أبو يوسف في نوادره لا يعتق، وقال محمد في نوادر ابن سماعة يعتق. وأما المتأخرون فقال عصام بن يوسف لا يعتق، وقال شداد يعتق. قال الصدر الشهيد: المختار للفتوى قول عصام. ولو قال كل عبيد في هذه الدار أحرار وعبده فيهم عتق بالاتفاق، ولو قال ولد آدم كلهم أحرار لا يعتق عبده بالاتفاق

***

[٣٧٧]

اه. وأما التلفظ بأفعل التفضيل ففي الخانية والظهيرية: لو قال أنت أعتق من هذا في ملكي أو قال في السن لا يعتق في القضاء ويدين. وفي المجتبى: قال لعبده أنت أعتق من فلان أو لامرأته أنت أطلق من فلانة وهي مطلقة إن نوى عتق وطلقت، وقيل يعتق بدون النية. ولو قال أنت عتيق فلان يعتق بخلاف قوله أعتقك فلان اه. وفي الظهيرية: لو قال لعبده نسبك حر أو أصلك حر إن علم أنه سبي لا يعتق، وإن لم يعلم أنه سبي فهو حر، وهذا دليل على أن أهل الحرب أحرار. ولو قال أبواك حران لا يعتق لاحتمال أنهما عتقا

بعدما ولد، ولو قال لعبده تصبح غدا حرا كان العتق مضافا إلى الغد. ولو قال تقوم حرا وتقعد حرا يعتق للحال، ولو قال صحيح لعبده أنت حر من ثلثي يعتق من جميع المال، ولو قال لعبده افعل ما شئت في نفسك فإن أعتق نفسه قبل أن يقوم من مجلسه عتق، ولو قام قبل أن يعتق نفسه لم يكن له أن يعتق نفسه وله أن يهب بنفسه وأن يبيع نفسه وأن يتصدق بنفسه على من يشاء. ولو قال لعبدين له يا سالم أنت حر يا مبارك فهو على الاول، ولو قال يا سالم أنت حر يا مبارك على ألف درهم كان على الاخير. وسئل أبو القاسم عمن قال لفلان علي ألف درهم وإلا فعبدي حر ثم أنكر المال يكون إنكاره للمال إقرارا بالعتق. قال: إن قال ليس علي شئ لم يكن إقرارا بالعتق. وإن قال لم يكن علي شئ كان إقرارا بالعتق اه‍. وأما العتق بالجمع فقال في الخانية: لو قال عبيدي أحرار وهم عشرة عتق عبيدة وإن كانوا مائة، وإن كان له خمسة أعبد فقال عشرة من مماليكي إلا واحدا أحرار عتقوا جميعا لان تقديره تسعة من مماليكي أحرار. ولو قال مماليكي العشرة أحرار إلا واحد عتق أربعة منهم لان ذكر العشرة على سبيل التفسير وذلك غلط منه فلغا فكان الاستثناء منصرفا إلى مماليك فعتق أربعة. وفي الظهيرية عن محمد فيمن قال مماليكي الخبازون أحرار وله خبازون وخبازات عتقوا كلهم لان جمع المذكر ينتظم الاناث بطريق الاستتباع اه‍. وفي المحيط: رجل له عبد واحد فقال أعتقت عبدا يعتق، ولو قال بعتك عبدا لا يصح لان الجهالة تمنع صحة البيع دون العتق اه‍. وأما الثالث وهو حكم الصريح فإنه لا يتوقف على النية لاستعماله فيه شرعا وعرفا. ولو قال عنيت به الخبر كذبا لا يصدق في القضاء لعدو له عن الظاهر، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى. وفي الخانية: لو قال أردت به اللعب يعتق قضاء ودبانة، وفي البدائع: لو قال عنيت به أنه كان حرا فإن كان مولودا لا يصدق أصلا لانه كذب

***

[٣٧٨]

محض، وإن كان مسببا لا يصدق قضاء ويصدق ديانة. ولو قال أنت حر من عمل كذا أو أنت حر اليوم من هذا العمل عتق في القضاء، ولو دعى لعبده سالم يا سالم فأجابه مرزوق فقال أنت حر ولا نية له عتق الذي أجابه. ولو قال عنيت سالما عتقا في القضاء، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فإنما يعتق الذي عنا خاصة. ولو قال يا سالم أنت حر فإذا هو عبد آخر له أو لغيره عتق سالم لانه لا مخاطبة ههنا إلا لسالم فينصرف إليه اه‍. وفي الظهيرية والخانية: أمة قائمة بين يدي مولاها فسألها رجل أمة أنت أم حرة فأراد المولى أن يقول ما سؤالك عنها أمة أم حرة فعجل في القول فقال هي حرة أمة عتقت في القضاء اه‍. وفي الخانية: لو قال لعبده الذي حل له دمه بقصاص أعتقتك وقال عنيت به عن القتل عتق في القضاء وسقط عنه الدم بإقراره اه‍. وقد ذكر المصنف أن العضو الذي يعبر به عن الكل كالكل كما إذا قال رقبتك حر أو رأسك أو وجهك أو بدنك أو فرجك للامة كما تقدم بيانه في الطلاق بخلاف العضو الذي لا يعبر به عن الكل كاليد والرجل، وفي المجتبى: لو قال لعبده فرجك حر عتق عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعن محمد روايتان. وكذا لو قال كبدك حر يعتق، ولو قال بدنك بدن حر عتق، وكذا الفرج والرأس. وعن أبي يوسف رأسك رأس حر أنه لا يعتق، ولو قال لها فرجك حر عن الجماع تعتق قضاء اه‍. وفي الخانية: لو قال فرجك حر قال للعبد أو للامة عتق بخلاف الذكر في ظاهر الرواية، ولو قال لعبده أنت حرة أو قال لامته أنت حر يعتق في الوجهين، كذا روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف اه‍. وفي الخلاصة بخلاف ما إذا قال لرجل يا زانية يعني فلا يكون قذفا. ولم يذكر المصنف الجزء الشائع كما ذكره في الطلاق للفرق بين العتاق والطلاق فإن الطلاق لا يتجزأ اتفاقا فذكر بعضه كذكر كله، وأما العتق فيتجزأ عند الامام، فإذا قال نصفك حر وثلثك حر يعتق ذلك القدر خاصة عنده كما سيأتي، فما في غاية البيان من تسوية الطلاق والعتاق في الاضافة إلى الجزء الشائع سهو كما لا يخفى. وفي الخانية: لو قال سهم منك حر عتق السدس، ولو قال جزء منك حر أو شئ منك حر يعتق منه المولى ما شاء في قوله اه‍. ولم يذكر المصنف الالفاظ الجارية مجرى الصريح. قال في البدائع: وأما الذي هو ملحق بالصريح فهو أن يقول وهبت لك نفسك أو وهبت نفسك منك أو بعت نفسك منك ويعتق، سواء قبل أو لم يقبل، نوى أو لم ينو، لان الايجاب من الواهب والبائع إزالة الملك من الموهوب والمبيع وإنما الحاجة إلى القبول من الموهوب له والمشتري لثبوت الملك لهما، وههنا

***

[٣٧٩]

لا يثبت الملك للعبد في نفسه لانه لا يصلح مملوكا لنفسه فبقي الهبة والبيع إزالة الملك عن الرقيق لا إلى أوحد هذا معنى الاعتاق. وقد

قال أبو حنيفة: إذا قال لعبده وهبت لك نفسك وقال أردت وهبت له عتقه أي لا أعتقه لم يعتق في القضاء لانه عدول عن الظاهر ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه اه. وزاد في الخانية: تصدقت بنفسك عليك. وفي هذه الالفاظ ثلاثة أقوال، فقيل إنها ملحقة بالصريح كما ذكرناه، وقيل إنها كناية لا تحتاج إلى النية وكل منهما مبني على أن الصريح يخص الوضعي، والحق القول الثالث أنها صرائح حقيقة كما قال به جماعة لانه لا يخص الوضع واختاره المحقق ابن الهمام. قوله: (وبلا ملك ولا رق ولا سبيل لي عليك إن نوى) بيان للكنايات لان نفي هذه الاشياء يحتمل بالبيع والكتابة والعتق، وانتفاء السبيل يحتمل بالعتق وبالارضاء حتى لا يكون له سبيل في اللوم والعقوبة فصار مجملا، والمجمل لا يتعين بعض وجهه إلا بالنية. وبه اندفع ما في غاية البيان من أنه ينبغي أن يقع العتق بلا نية إذا لم يكن البيع ونحوه من الاشياء المزيلة موجودا لان نفي الملك لما كان دائرا بين الاعتاق وغيره الاعتاق لم يكن موجودا في الواقع تعين الاعتاق لا محالة كما هو الحكم في التردد بين الشيئين وإلا يلزم أن يكون كلام العاقل لغوا فلا يجوز اه. وقوله في المختصر لي عليك متعلق بالثلاثة. قيد بقوله: لا سبيل لي عليك لانه لو قال لا سبيل لي عليك إلا سبيل الولاء عتق في القضاء ولا يصدق أنه أراد به غير العتق، ولو قال لا سبيل لي عليك إلا سبيل الموالاة دين في القضاء، كذا في البدائع. وإذا لم يقع العتق في لا ملك لي أو خرجت عن ملكي فهل له أن يدعيه؟ قال في خلاصة الفتاوى: لو قال لعبده أنت غير مملوك لا يعتق لكن ليس له أن يدعيه بعد ذلك ولا أن يستخدمه، فإن مات لا يرث بالولاء، فإن قال المملوك بعد ذلك أنا مملوك له فصدقه كان مملوكا له، وكذا لو قال له ليس هذا بعبدي لا يعتق اه. وظاهره أنه يكون حرا ظاهرا لا معتقا فتكون أحكامه أحكام الاحرار حتى يأتي من يدعيه ويثبت فيكون ملكا له. ومن الكنايات أيضا خليت سبيلك، لا حق لي عليك، وقوله لامته أطلقتك فتعتق بالنية. ومن الكنايات أيضا كما في البدائع أمرك بيدك اختاري، فيتوقف على النية وسيأتي تمام ذلك. واختلف في أنت لله ففي الظهيرية لا يعتق عند أبي حنيفة وإن نوى. وقال محمد: إن أراد

***

[٣٨٠]

به العتق فهو حر، وإن أراد به الصدقة فهو صدقة، وإن أراد به أن كلنا لله تعالى لا يلزمه شئ، ولو قال لعبده في مرضه أنت لوجه الله فهو باطل، وكذا أنت عبد الله، ولو قال جعلتك لله في صحته أو في مرضه وقال لم أنوبه العتق أو لم يقل شيئا حتى مات فإنه يباع، وإن نوى العتق فهو حر اه. قوله: (وهذا ابني أو أبي أو أمي وهذا مولاي أو يا مولاي أو يا حر أو يا عتيق) معطوف على قوله أنت حر أي يصح بهذا ابني وما عطف عليه، وإنما أخرها مع أنها صرائح لا تتوقف على النية لما فيها من التفصيل. أما الاول وهو الالفاظ التي ثبت بها النسب فذكر المصنف منها ثلاثة: الابن والاب والام. فكل منها إما أن يكون على وجه الصفة أو على وجه النداء، فإن كان على طريق الصفة بأن قال لمملوكه هذا ابني فهو على وجهين: أما إن كان يصلح ابنا له بأن كان مثله يولد لمثله أولا، وكل منهما إما أن يكون مجهول النسب أو معروفه، فإن كان يصلح ابنا له مجهول النسب ثبت النسب والعتق بالاجماع، وإن كان معروف النسب من الغير لا يثبت النسب بلا شك ولكن يثبت العتق عندنا، وإن كان لا يصلح ابنا له لا يثبت النسب بلا شك. وهل يعتق؟ قال أبو حنيفة رضي الله عنه: يعتق سواء كان مجهول النسب أو معروفه. وقالا: لا يعتق وعلى هذا لو قال لمملوكته هذه بنتي خلافا ووفاقا لهما أنه كلام محال فيردو يلغو كقوله أعتقتك قبل أن أخلق. وله أنه محال بحقيقته لكنه صحيح لمجازه لانه إخبار عن حريته من حين ملكه، وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته إما إجماعا أو صلة للقرابة، وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولان الحرمة ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء بخلاف ما استشهد به لانه لا وجه له في المجاز فتعين الالغاء. وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره قطعت يدك خطأ فأخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه وإن كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الارش وأنه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين، ولا يمكن إثباته بدون القطع وما لم يكن إثباته فالقطع ليس بسبب له. أما الحرية لا تختلف ذاتا وحكما فأمكن جعله مجازا عنه

***

[٣٨١]

والكلام في المسألة طويل في الاصول في بحث الحقيقة هل المجاز خلف عنها في التكلم أو في الحكم. وصرح في فتح القدير بأنه يعتق، نوى أم لم ينو إذ لا تزاحم كيلا يلغي كلام العاقل. ثم إن كان هذا دخل في الوجود عتق قضاء وديانة وإلا فقضاء ولا تصير أم ولد له اهـ. وكذا صرح في الكشف الكبير بأنه يعتق فقضاء فيما إذا كان لا يولد مثله لمثله، والمعتبر المماثلة في السن لا المشاكلة حتى لو كان المدعي أبيض ناصعا والمقول له أسود أو على القلب يثبت النسب. وقيد بالمملوك لانه لو قال لزوجته وهي معروفة النسب من الغير هذه ابنتي لم تقع الفرقة اتفاقا كما عرف في الاصول. وأما الثاني وهو قوله هذا أبي فإن كان يصلح أبا له وليس للقائل أب معروف يثبت النسب والعتق بلا خلاف، وإن كان يصلح أبا له ولكن للقائل أب معروف لا يثبت النسب ويعتق عندنا، وإن كان لا يصلح أبا له لا يثبت النسب بلا شك ولكن يعتق عند أبي حنيفة وعندهما لا يعتق. وأما الثالث فهو قوله هذه أمي والكلام فيه كالكلام في الاب. ولو قال لعبده هذه بنتي أو قال لامته هذا ابني اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يعتق، وقال بعضهم لا يعتق، ورجحه في الهداية وفتح القدير، وفي المجتبى وهو الاظهر. ولو قال لمملوكه هذا عمي أو خالي يعتق بلا خلاف بين أصحابنا وسيأتي الكلام على هذا أخي آخر الباب. ولو قال هذا ابني من الزنا يعتق ولا يثبت النسب. وأشار المصنف إلى أنه لا يشترط تصديق العبد المقر له بالنسب وفيه اختلاف، فقيل لا يحتاج إلى تصديقه لان إقرار المالك على مملوكه يصح من غير تصديقه، وقيل يشترط تصديقه فيما سوى دعوى البنوة لان فيه حمل النسب على الغير فيكون فيه إلزام العبد الحرية فيشترط تصديقه. ولو قال لصغير هذا جدي فقيل هو على الخلاف وهو الاصح لانه وصفه بصفة من يعتق عليه بملكه، والاصل أنه إذا وصف العبد بصفة من يعتق عليه إذا ملكه فإنه يعتق عليه إلا في قوله هذا أخي وهذه أختي. وأما الرابع أعني لفظ المولى فذكر المصنف أنه لا فرق بين الخبر والنداء، أما الاول فلان اسم المولى وإن كان ينتظم الناصر ابن العم والمولاة في الدين الاعلى والاسفل في العتاقة إلا أنه تعين الاسفل مرادا فصار كاسم خاص. وهذا لانه المولى لا يستنصر بمملوكه عادة والعبد نسبه معروف فانتفى الاول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام بحقيقته والاضافة إلى العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح. وكذا إذا قال لامته هذه مولاتي لما بينا، ولو قال عنيت به المولى في الدين أو الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر، كذا في الهداية. وصرح في التحفة

***

[٣٨٢]

بأن لفظ المولى صريح لا يحتاج إلى النية. وذكر الولوالجي اختلاف المشايخ فمنهم من قال لا يعتق بغير النية والاصح أنه صريح من كل وجه اهـ. وتعقبهم في غاية البيان بأنا لا نسلم أن المولى صريح في إيقاع العتق، وهذا لان الصريح مكشوف المراد ولفظ المولى مشترك ومع استعماله في المعاني على سبيل البدل لا يكون مكشوف المراد فلا يكون صريحا. وقولهم إن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة لا نسلم ذلك بل تحصل له النصرة بمماليكه وخدمه، والذي لا يحتاج إلى النصير والظهير هو الله تعالى وحده على أنا نقول: الصريح يفوق الدلالة والمتكلم يصرح وينادي بأعلى صوته أني عنيت الناصر بلفظ المولى وله دلالة على ذلك حقيقة لانه مشترك وهم يقولون دلالة الحال من كلامك تدل على أن المراد من المولى هو المعتق الاسفل ولا تعتبر إرادة الناصر ونحوه، وهذا في غاية المكابرة اهـ. وأجاب عنه في فتح القدير بأن قوله استعمل في معان فلا يكون مكشوف المراد إن أراد دائما منعناه لجواز أن ينكشف المراد من المشترك في بعض الموارد الاستعمالية لاقترانه بما ينفي غيره اقترانا ظاهرا كما هو فيما نحن فيه، ومنعه أن المولى لا يستنصر بعبده لا يلائم ما أسند به من قوله تحصل النصرة بهم لان المراد أنه إذا حزبه أمر لا يستدعي للنصرة عبده بل بني عمه وإن كان العبيد والخدم ينصرونه. وأما قوله الصريح يفوق الدلالة فكأنه أراد الكناية فطغى قلمه فنقول هذا الصريح وهو قوله أردت الناصر بلفظ المولى إنما قاله بعد قوله بما هو ملحق بالصريح في إرادة العتق فأثبت حكمه ذلك ظاهرا، وهذا الصريح بعده رجوع عنه فلا يقبله القاضي والكلام فيه ونحن نقول فيما بينه وبين الله تعالى لو أراد الناصر لم يعتق فأين المكابرة اهـ. وأما الثاني أعني في النداء فلانه لما تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح وبالنداء به يعتق بأن قال يا حر يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ. وقيد بالمولى لانه لا يعتق في السيد والمالك إلا بالنية كقوله يا سيدي أو يا سيد أو يا مالكي لانه قد يذكر على وجه التعظيم والاكرام فلا يثبت به العتق بغير نية. وفي الظهيرية وغيرها: لو قال أنت مولى فلان عتق في القضاء كقوله أنت عتيق فلان بخلاف أعتقك فلان. وعن أبي القاسم الصفار أنه سئل عن رجل جاءت جاريته

بسراج فوقفت بين يديه فقال لها المولى: ما أصنع بالسراج ووجهك أضوأ من السراج يا من أنا عبدك؟ قال: هذه كلمة لطف لا تعتق بها الجارية. وفي التنقيح: لو قال لعبده أنا عبدك المختار عدم العتق اه. وأما الثالث وهو النداء بحر ونحوه كيا حر يا عتيق يا معتق فلانه ناداه بما هو صريح في الدلالة على العتق لكون اللفظ موضوعا له ولا يعتبر المعنى في الموضوعات فيثبت العتق من غير نية. واستثنى في الهداية ما إذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو ما لقبه به، ولو ناداه بالفارسية يا أزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق، وكذا عكسه لان هذا ليس بنداء باسم علمه فيعتبر إخبارا عن الوصف اه. وشرط في الظهيرية والخانية الاشهاد وقت
***
[٣٨٣]
تسميته بحر. وفي المبسوط: إذا لم يكن هذا الاسم معروفا له يعتق في القضاء لانه ناداه بوصف يملك إيجابه به. وفرق في التنقيح بين تسميته بحر حيث لا يقع إذا ناداه وبين تسمية المرأة بطالق حيث يقع إذا ناداها لانه عهد التسمية بحر كالحر ابن قيس بخلاف طالق لم تعهد التسمية به. وفي أكثر الكتب لم يفرق بينهما لان العلم لا يشترط فيه أن يكون معهودا والكلام فيما إذا أشهد وقت التسمية فيهما فالظاهر عدم الفرق. وفي الظهيرية. لو بعث غلامه إلى بلد وقال له إذا استقبلك أحد فقل إني حر فذهب الغلام فاستقبله رجل فسأله فأجابه بما قال المولى، فإن قال له سميتك حرا فقل إني حر لم يعتق أصلا، وإن لم يقل له المولى ذلك يعتق قضاء لا ديانة اه. وفي المجتبى: بعث غلامة إلى بلد فقال له إذا استقبلك أحد فقل إني حر ففعل عتق أو بعثه مع جماعة فقال لهم من سأل عنه عاشر أو غيره فقولوا له إنه حر ففعلوا عتق ولا يعتق قبله قضاء وإلا ديانة، ولو كان المولى قال لهم سميته حرا فقولوا له إنه حر فقالوا لا يعتق اه. وبه علم أنه إذا سماه حرا لا يعتق بالاخبار أيضا فلا فرق بين أن يقولوا له يا حر أو هذا حر. قوله: (لا بيا ابني ويا أخي ولا سلطان لي عليك وألفاظ الطلاق وأنت مثل الحر) أي لا يقع العتق بهذه الالفاظ، أما في النداء بيا ابني ويا أخي لان النداء إعلام المنادي إلا أنه إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر على ما بيناه، وإن كان النداء بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف لتعذره، والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام. ويروى عن أبي حنيفة شاذا أنه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر، كذا في الهداية. ولا خصوصية للابن والاخ بل كذلك لو قال يا أبي يا جدي يا خالي يا عمي أو لجاريته يا عمتي يا خالتي يا أختي كما في غاية البيان. وفيهما عن تحفة الفقهاء أنه لا يعتق في هذه الالفاظ إلا بالنية فحينئذ لا ينبغي الجمع بين هذه المسائل في حكم واحد لان في مسألة النداء يتوقف على النية، وفي لا سلطان وفي ألفاظ الطلاق لا يقع وإن نوى كما سنبينه. وأشار المصنف إلى أنه لو قال يا ابن بغير إضافة لا يعتق بالاولى لان الامر كما أخبر فإنه ابن أبيه، وكذا إذا قال يا بني أو يا بنية لانه تصغير الابن والبنت من غير إضافة والامر كما أخبر، كذا في الهداية. وقد ذكر المصنف من الذي يثبت النسب على وجه الخبر ثلاثة: الابن والاب والام. ولم يذكر الاخ ونحوه فلو قال هذا أخي لا يعتق. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يعتق. وجه ظاهر الرواية أن الاخوة اسم مشترك يراد بها الاخوة في الدين قال الله تعالى: * (إنما المؤمنون إخوة) * [الحجرات: ٠١] وقد يراد بها الاتحاد في القبيلة قال الله تعالى: * (وإلى عاد أخاهم هودا) * [الاعراف: ٥٦] وقد يراد بها الاخوة في النسب والمشترك لا يكون حجة. فإن قيل:
***
[٣٨٤]
الابوة والبنوة قد تكون بالرضاع فلم أثبتم العتق بهذين اللفظين عند الاطلاق؟ قيل له: البنوة عن الرضاع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة بخلاف الاخوة فإنها مشتركة في الاستعمال. ولو قال لامته هذه عمتي أو هذه خالتي أو قال لغلامه هذا خالي أو عمي فإنه يعتق، كذا في الظهيرية، وفرق بينهما في البدائع بأن الاخوة تحتمل الاكرام والنسب بخلاف العم لانه لا يستعمل للاكرام عادة. وهذا كله إذا اقتصر على هذا أخي من أبي أو من أمي أو من النسب فإنه يعتق كما في فتح القدير وغيره، ولا يخفى أنه إذا اقتصر يكون من الكنايات فيعتق بالنية، وأما عدم العتق بقوله لا سلطان لي عليك ولو نوى به العتق كما في الهداية لان السلطان عبارة عن السيد وسمي السلطان به لقيام يده، وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان نفيه مطلقا بانتفاء الملك لان للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق اه. وفي فتح القدير: واعلم أن بعض المشايخ مال إلى أنه يعتق بالنية في لا سلطان لي عليك وبه قالت

الائمة الثلاثة. وقال بعض المشايخ: إنه ليس ببعيد. وعن الكرخي فني عمري ولم يتضح لي الفرق بين نفي السلطان والسبيل ومثل هذا الامام لا يقع له مثل هذا إلا والمحل مشكل وهو به جدير، أما أولا فلان اليد المفسر بها السلطان ليس المراد بها الجارحة المحسوسة بل القدرة، فإذا قيل له سلطان أي يد يعني الاستيلاء وقد صرح في الكافي بأن السلطان يراد به الاستيلاء وإذا كان كذلك كان نفيه نفي الاستيلاء حقيقة أو مجازا فصح أن يراد منه ما يراد بنفي السبيل بل أولى بأدنى تأمل. وأما ثانيا فلان المانع الذي عينه من أن يراد به العتق وهو لزوم أن يثبت باللفظ أكثر مما وضع له غير مانع إذ غاية الامر أن يكون المعنى المجازي أوسع من الحقيقي فلا بدع في ذلك بل هو ثابت في المجازات العامة، فإن المعنى الحقيقي فيها يصير فردا من المعنى المجازي كذا هذا يصير زوال اليد من إفراد المعنى المجازي أعني العتق أو زوال الملك، والذي يقتضيه النظر كون نفي السلطان من الكنايات اهـ. وأما عدم الوقوع بألفاظ الطلاق ولو نوى العتق فهذا مذهبنا إلا رواية عن أبي يوسف أنه يقع بقوله لامته طلقتك ناويا العتق كما في المجتبى. وجه المذهب أنه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة إثبات القوة والطلاق رفع القيد، وهذا لان العبد ألحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر ولا كذلك المنكوحة فإنها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة، ولا خفاء أن الاول أقوى ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان إسقاطه أقوى، واللفظ يصلح مجازا

***

[٣٨٥]

عما هو دون حقيقته لا عن ما هو فوقه فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه، كذا في الهداية. وحاصله أن يستعار ألفاظ العتق للطلاق دون عكسه بناء على ما في الاصول من جواز استعارة السبب للمسبب دون عكسه إلا أن يختص المسبب بالسبب فكالمعلول فيصح استعارة كل منهما للآخر. أطلقه فشمل صريح الطلاق وكناياته فلا يقع بها العتق أصلا فلو قال لامته فرجك علي حرام أو أنت علي حرام فإنها لا تعتق وإن نواه لان اللفظ غير صالح له فهو كما لو قال لها قومي واقعدي ناويا للعتق لان اللفظ لما لم يصلح له لغا فبقي مجرد النية وهي لا يقع بها شئ وسيأتي في الايمان أنه إن وطئها لزمه كفارة اليمين فليحفظ هذا. ويستثنى من كنايات الطلاق أمرك بيدك أو اختاري فإنه يقع العتق به بالنية لانه لما احتمل العتق وغيره كان كناية فهو من كنايات العتق والطلاق ولا بدع فيه كما في البدائع، وقد يقال إنهما من كنايات تفويض الطلاق فلا استثناء كما لا يخفى. وفي المحيط: لو قال لامته أمرك بيدك وأراد العتق فأعتقت نفسها في المجلس عتقت وإلا فلا لانه ملكها إيقاع العتق والاعتاق إسقاط الملك كالطلاق فيقتصر حكمه على المجلس كما في الطلاق، ولو قال لها أعتقي نفسك فقالت اخترت كان باطلا كما في الطلاق اهـ. وفي البدائع: ولو قال لها أمر عتقك بيدك أو جعلت عتقك في يدك أو قال له اختر العتق أو خيرتك في عتقك أو في العتق لا يحتاج فيه للنية لانه صريح لكن لا بد من اختيار العبد العتق ويتوقف على المجلس لانه تمليك اهـ. وقيد بألفاظ الطلاق لانه لو قال لامته أطلقتك أو قال لعبده ذلك يقع العتق إذا نوى كما في فتح القدير لانه كقوله خليت سبيلك بخلاف طلقتك كما قدمناه، وكذا إذا قال له اذهب حيث شئت توجه أينما شئت من بلاد الله لا يدلي عليك لا يقع وإن نوى كما في المجتبى مع أن أطلقتك من كنايات الطلاق يقع به بالنية فكيف وقع به العتق؟ والجواب أنه كناية فيهما والممنوع استعارة ما كان من ألفاظ الطلاق خاصة صريحا أو كناية. وأما عدم العتق في قوله أنت مثل الحر فلانه أثبت المماثلة بينهما وهي قد تكون خاصة. وقد تكون خاصة فلا يقع بلا نية للشك، كذا في التبيين وهو يفيد أنه من الكنايات يقع به العتق بالنية، وقد صرح به في غاية البيان معزيا إلى التحفة حيث قال: وقد قالوا إذا نوى يعتق فإنه ذكر في كنايات الطلاق إذا قال لامرأته أنت مثل امرأة فلان وفلان قد آلى من امرأته ونوى الايلاء يصدق ويصير موليا. وإنما لم يقع بدون النية لان المثل للتشبيه التشبيه بين الشيئين لا يقتضي اشتراكهما من

***

[٣٨٦]

جميع الوجوه فلذلك لم يعتق لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى. ومعنى المثل في اللغة النظير، كذا في الجمهرة اهـ. وفي المحيط: لو قال ما أنت إلا مثل الحر لا يعتق، ولو قال لحرة أنت حرة مثل هذه يعني أمته فأمته حرة، ولو قال أنت حرة مثل هذه الامة لم تعتق أمته اهـ. وفي الظهيرية: أخذ قميصا خاطه غلامه وقال هذه خياطة حر لا يعتق العبد لانه يراد به التشبيه اهـ. فقد علمت أن بعض

هذه المسائل يعتق فيها بالنية وبعضها لا فلا ينبغي إدخالها في سلك واحد. وفي الخانية: لو قال لعبده أنت حر يعني في النفس لم يدين في القضاء، ولو قال أنت عتيق وقال عنيت به في الملك لا يدين في القضاء، ولو قال أنت عتيق في السن لا يعتق، ولو قال أنت حر النفس يعني في الاخلاق عتق في القضاء اه. وفي المحيط وغيره: لو قال لعبده بدنك بدن حر ورأسك رأس حر لم يعتق لانه تشبيه وليس بتحقيق لانه لو أراد التحقيق لقال بدنك حر، ولو نون فقال رأسك رأس حر أو بدنك بدن حر أو وجهك وجه حر عتق لان هذا وصف له بالحرية وليس بتشبيه فصار كأنه قال رأسك حر. قوله: (وعتق بما أنت الاحر) لان الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد كما في كلمة الشهادة: كذا في الهداية. وفي فتح القدير: هذا هو الحق المفهوم من تركيب الاستثناء لغة وهو بخلاف قول المشايخ في الاصول وقد بيناه في الاصول، وأنه لا ينافي قولهم الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، وأما كونه إثباتا مؤكدا فلو روده بعد النفي بخلاف الاثبات المجرد اه. قوله: (وبملك قريب محرم ولو كان المالك صبيا أو مجنونا) معطوفا على قوله أول الباب بأنت حر أي يصح العتق بملك قريب محرم للحديث من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر أو عتق عليه واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤبدة بالمحرمية ولادا أو غيره، ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في قرابة الولاد. وذكر فخر الاسلام البزدوي في بحث العلل أن العلة في عتق القريب بالملك شيئان: القرابة والملك. لكن العتق يضاف إلى آخرهما فإن تأخر الملك أضيف إليه العتق كما إذا ملك قريبه، وإن تأخرت القرابة وتقدم الملك أضيف العتق إلى القرابة كما إذا كان بين اثنين عبد ثم ادعى أحدهما إنه ابنه غرم لشريكه وأضيف العتق إلى القرابة اه. قيد بالقريب لانه لو ملك محرما بلا رحم كزوجة أبيه أو ابنه لا يعتق لانه ليس بينهما قرابة موجبة للصلة محرمة للقطيعة فلا يستحق العتق. وقيد بالمحرم احترازا عن الرحم بلا محرم كبني الاعمام والاخوال والخالات إذا ملكه لم يعتق، وخص عن النص المحرم للقطيعة بالاجماع لما أنهم كثير لا يحصون فلو عتقوا ربما حرجوا الملاك فيه لتعذر معرفتهم بالكلية، لو خصت القرابة المحرمية عن النص أيضا لادى إلى تعطيله وذلك لا يجوز، وكذا لو ملك ذا رحم محرم من الرضاع فلا بد أن تكون المحرمية من جهة
***
[٣٨٧]
القرابة وذو الرحم المحرم شخصان يدليان إلى أصل واحد ليس بينهما واسطة كالاخوين أو أحدهما بواسطة والآخر بغير واسطة كابن الاخ مع العم في النسبة إلى الجد، كذا في المحيط، وأطلق في المالك فشمل المسلم والكافر لانهما يستويان في الملك وفيما يلزمهم من الصلة وحرمة القطيعة. ويشترط أن يكون في دار الاسلام لانه لا حكم لنا في دار الحرب فلو ملك قريبه في دار الحرب أو أعتق المسلم عبده في دار الحرب لا يعتق خلافا لابي يوسف، وعلى هذا الخلاف إذا أعتق الحربي عبده في دار الحرب وذكر الخلاف في الايضاح. وفي الكافي للحاكم: عتق الحربي في دار الحرب قريبه باطل ولم يذكر خلافا، أما إذا أعتقه وخلاه ففي المختلف قال يعتق عند أبي يوسف وولاؤه له. وقالا: لا ولاء له لان عتقه بالتخلية لا بالاعتاق ثم قال: المسلم إذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حربيا فأعتقه ثمة فالقياس أنه لا يعتق بدون التخلية، وفي الاستحسان يعتق بدونها ولا ولاء له عندهما قياسا، وله الولاء عند أبي يوسف استحسانا. وفي المحيط: وإن كان عبده مسلما أو ذميا عتق بالاجماع لانه ليس بمحل للاسترقاق بالاستيلاء اه. والصبي جعل أهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة. وفي البدائع: ولو اشترى أمة وهي حبلى من أبيه والامة لغير أبيه جاز الشراء وعتق ما في بطنها ولا تعتق الامة ولا يجوز بيعها قبل أن تضع، وله أن يبيعها إذا وضعت، وإنما عتق الحمل لانه أخوه وقد ملكه فيعتق عليه اه. فأفاد أن الحمل داخل تحت قولهم وبملك قريب بناء على أنه مملوك قبل الوضع مع أنهم قالوا: الحمل لا يدخل تحت اسم المملوك حتى لو قال كل مملوك لي حر لا يعتق الحمل فيحتاج إلى الجواب. وأطلق المصنف في الملك فشمل ما إذا باشر سببه بنفسه أو بنائبه فدخل ما إذا اشترى العبد المأذون ذا رحم محرم من مولاه ولا دين عليه فإنه يعتق بخلاف المديون لا يعتق ما اشتراه عنده خلافا لهما. وخرج المكاتب إذا اشترى ابن مولاه فإنه لا يعتق في قولهم جميعا كما في الظهيرية، وشمل الكل والبعض فإذا ملك بعض قريبه عتق عليه بقدره كما سيأتي. قوله: (وبتحرير لوجه الله وللشيطان وللصنم) أي يصح العتق بتحرير هو عبادة أو معصية لان الاعتاق هو الركن المؤثر في إزالة الرق وصفة القربة لا تأثير لها في ذلك، ألا ترى أن العتق والكتابة بالمال

مشروعان وإن عريا عن صفة القربة فلا ينعدم بعدمها أصل العتق، ولا يخفى أن الاعتاق للصنم إنما هو صادر من كافر، وأما إذا صدر من مسلم فينبغي
***
[٣٨٨]
أن يكفر به إذا قصد تعظيمه، وقدمنا أن أنواعه أربعة: فرض ومندوب ومباح ومعصية. وفي المحيط أن الاعتاق قد يقع مباحا لا قربة بأن أعتق من غير نية أو أعتق لوجه فلان، وقد يقع معصية بأن أعتقه لوجه الشيطان اه. ففرق بين الاعتاق لآدمي وبين الاعتاق للشيطان وعلل حرمة الاعتاق للشيطان بأنه قصد تعظيمه، وكذا العتق بلا نية مباح كما في التبيين. وذكر في فتح القدير أن من الاعتاق المحرم إذا غلب على ظنه أنه إن أعتقه يذهب إلى دار الحرب أو يرتد أو يخاف منه السرقة وقطع الطريق وينفذ عتقه مع تحريمه خلافا للظاهرية. هذا وفي عتق العبد الذمي ما لم يخف ما ذكرنا أجر لتمكينه من النظر في الآيات والاشتغال بما يزيل الشبهة عنه، وأما ما عن مالك أنه إذا كان أغلى ثمنا من العبد المسلم يكون عتقه أفضل من عتق المسلم لقوله عليه السلام أفضلها أغلاها - بالمهملة والمعجمة - فبعيد عن الصواب ويجب تقييده بالاعلى من المسلمين لانه تمكين المسلم من مقاصده وتفريغه. وأما ما يقال في عتق الكافر مما ذكرنا فهو احتمال يقابله ظاهر، فإن الظاهر رسوخ الاعتقادات والفها فلا يرجع عنه، وكذا نشاهد الاحرار بالاصالة منهم لا يزدادون إلا ارتباط بقاء يدهم فضلا عمن عرضت حريته. نعم الوجه الظاهر في استحباب عتقه تحصيل الجزية منه للمسلمين، وأما تفريغه للتأمل فيسلم فهو احتمال والله سبحانه وتعالى أعلم اه. وأراد بوجه الله رضاه مجازا والوجه في اللغة يجئ على معان، يقال وجه الانسان وغيره وهو معروف، ووجه النهار أوله، ووجه الكلام السبيل التي تقصدها به، ووجوه القوم ساداتهم، وصرفت الشئ على وجهه أي على سننه. والشيطان واحد شياطين الانسان والجن بمعنى مردتهم، والنون أصليه إن كان من شطن أي بعد عن الخير، وزائدة إن كان من شاط يشيط أي هلك. وأما الصنم فهو صورة الانسان من خشب أو ذهب أو فضة فإن كان من حجر فهو وثن، كذا في غاية البيان. قوله: (وبكره وسكر) أي يصح العتق مع الاكراه والسكر لصدور الركن من الاهل في المحل. والاكراه حمل الغير على ما لا يرضاه. وأطلقه فشمل الملجئ وهو ما يفوت النفس أو العضو وغير الملجئ، وأما السكر فأطلقه أيضا وهو مقيد بما كان من محرم أو
***
[٣٨٩]
مثلث بقصد السكر، وأما ما كان طريقه مباحا كسكر المضطر إلى شرب الخمر والحاصل من الادوية والاغذية المتخذة من غير العنب والمثلث لا بقصد السكر بل بقصد الاستمراء والتقوي ونقيع الزبيب بلا طبخ فإنه كالاغماء لا يصح معه تصرف ولا طلاق ولا عتاق، كذا في التحرير، وقدمناه في الطلاق.. قوله: (وإن أضافه إلى ملك أو شرط صح) أي إن أضاف العتق إلى ملك بأن قال إن ملكتك فأنت حر أو إلى شرط كقوله لعبده إن دخلت الدار فأنت حر فإنه يصح ويقع العتق إذا وجد الشرط، أما الاضافة إلى الملك ففيه خلاف الشافعي وقد بيناه في كتاب الطلاق. وأما التعليق بالشرط فلانه إسقاط فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف والاضافة إلى سبب الملك لاضافة إلى الملك كإن اشتريتك فأنت حر بخلاف إن مات مورثي فأنت حر لا يصح لان الموت لم يوضع سببا للملك فالاضافة إلى وقت كالتعليق بالشرط من حيث إن الحكم لا يوجد فيهما إلا بعد وجود الشرط والوقت والمحل قبل ذلك على حكم ملك المالك في جميع الاحكام إلا في التعليق بشرط الموت المطلق وهو التدبير وكذا الاستيلاد، كذا في البدائع. والتعليق بأمر كائن تنجيز قال في الظهيرية: لو قال لعبده إن ملكتك فأنت حر عتق للحال بخلاف قوله لمكاتبه إن أنت عبدي فأنت حر لا يعتق. قال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ لان في الاضافة قصورا اه. وفيها أيضا: رجل قال لعبد رجل إن وهبك مولاك لي فأنت حر فوهبه له والعبد في يد الواهب لا يعتق قبل أو لم يقبل، وكذا لو كان العبد في يد الموهوب له وقد ابتدأ الواهب بالهبة قبل الموهوب له أو لم يقبل، وإن ابتدأ الموهوب له فقال هب لي هذا العبد والعبد في يد الموهوب له فقال صاحب العبد وهبت لك عتق اه. ومن مسائل التعليق اللطيفة ما في الظهيرية: رجل قال لامته إذا مات والدي فأنت حرة ثم باعها من والده ثم تزوجها ثم قال لها إن مات والدي فأنت طالق ثنتين فمات الوالد كان محمد رحمه الله تعالى يقول أولا تعتق ولا تطلق ثم رجع وقال: لا يقع طلاق ولا عتاق والمسألة على الاستقصاء في المبسوط اه. قوله: (ولو حرر حاملا عتقا) أي الام والحمل تبعا لها إذ هو متصل بها فهو كسائر أجزائها ولو استثناه لا

يصح كاستثناء جزء منها. وقال أبو يوسف: إذا خرج أكثر الولد فأعتق الام لا يعتق الولد لانه كالمنفصل في حق الاحكام ألا ترى أنه تنقضي به العدة ولو مات في هذه الحالة يرث بخلاف ما إذا مات قبل خروج الاكثر، هكذا ذكره الشارحون. وظاهره أن نسبة هذا التفصيل لابي يوسف لكونه نقل عنه وحده لا لان الصاحبين يخالفانه فإنه موافق للقاعدة. وفي الخانية: رجل أعتق جارية إنسان
***
[٣٩٠]
فأجاز المولى إعتاقه بعد ما ولدت يعتق الولد اه. وأطلق المصنف في عتق الحمل فشمل ما إذا ولدته بعد عتقها لستة أشهر أو أقل أو أكثر لكن إن ولدته لاقل من ستة أشهر بعد عتقها فإنه يعتق مقصودا لا بطريق التبعية حتى لا يجر ولاؤه إلى مولى الاب، وإن ولدته لستة أشهر فأكثر فإنه يعتق بطريق التبعية فحينئذ يجر الولاء إلى مولى الاب كما في شرح الوقاية. وعلى هذا فينبغي أن يحمل قوله هنا على ما إذا ولدته لاقل من ستة أشهر ليكون عتقه بطريق الاصالة لئلا يلزم التكرار، ولانه سيذكر أن الولد يتبع الام في الحرية والتبعية إنما تكون إذا ولدته لستة أشهر فأكثر فيحمل عليه اللهم إلا أن يريد بالحرية الحرية الاصلية فلا إشكال ولا تكرار. قوله: (وإن حرره عتق فقط) أي إن حرر الحمل وحده عتق هو دون أمه لانه لا وجه إلى إعتاقها مقصود العدم الاضافة إليها ولا إليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع. ثم إعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه ولا هبته لان التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد بالاضافة إلى الجنين وشئ من ذلك ليس شرطا في الاعتاق فافترقا. وأفاد بقوله حرره أنه كان موجودا وقت التحرير ولن يتحقق وجوده إلا إذا ولدته لاقل من ستة أشهر، وإن ولدته لستة أشهر فأكثر فإنه لا يعتق، ولا يكون قوله ما في بطنك حر إقرارا بوجوده لعدم التيقن بوجوده وقته لجواز حدوثه إلا في مسألتين: إحدهما ما إذا كانت الامة معتدة عن طلاق أو وفاة فتلده لاقل من سنتين من وقت الفراق، وإن كان لاكثر من ستة أشهر من وقت الاعتاق فحينئذ يعتق لانه كان موجودا حين أعتقه بدليل ثبوت نسبه. ثانيهما إذا كان حملها توأمين فجاءت بأولهما لاقل من ستة أشهر ثم جاءت بالثاني لستة أشهر أو أكثر فإنه يعتق لانه كان محكوما بوجوده حين أعتقه حتى ثبت نسبه. وتفرع على التفصيل السابق مسألتان: إحداهما لو قال المولى ما في بطنك حر ثم قال إن حملت فسالم حر فولدت بعده لستة أشهر فالقول له إن أقر أنها كانت حاملا يومئذ عتق الولد، وإن أقر أنه حمل مستقبل عتق سالم لانا تيقنا بعتق أحدهما وشككنا في الآخر لانه لا يخلوا إما أن يكون العلوق والحمل كان موجودا وقت الاعتاق أو كان حادثا بعده فرجع في البيان إليه. وإن جاءت به لاكثر من سنتين يعتق سالم دون الولد لانا تيقنا أنه لم يكن موجودا وقت الاعتاق، وإن جاءت به لاقل
***
[٣٩١]
من ستة أشهر يعتق الولد دون سالم لانا تيقنا أنه كان موجودا وقت الاعتاق. ثانيهما لو قال ما في بطنك أحر ثم ضرب بطنها فألقت جنينا ميتا إن ضربها بعد العتق لاقل من ستة أشهر تجب دية الجنين الحر لابيه إن كان له أب حر، وإن لم يكن يكون لعصبة المولى لان المولى قاتل فلا يستحق الميراث، وإن ضرب لستة أشهر لا شئ عليه لانه لم يعتق، كذا في المحيط. وينبغي أن يقال: إن ولدته لاقل من ستة أشهر بعد العتق أو لستة أشهر ولا يذكر الضرب إذ لا دخل له. وفي البدائع: وكذا إذا قال إذا ولدت ما في بطنك فهو حر لا يعتق حتى تلده لاقل من ستة أشهر من يوم حلف للتيقن بوجوده قبل الحلف إلا أن ههنا يعتق من حين حلف، وفي إذا ولدت ما في بطنك من يوم تلد لاشتراطه الولادة اه. وأطلق المصنف في عتق الحمل فشمل ما إذا أعتقه على مال، فإنه يصح ولا يجب المال إذ لا وجه إلى إلزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه، ولا إلى إلزامه الام لانه في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع، كذا في الهداية لكن لو أعتقه على مال على أمه لا بد من قبولها لعتقه وإن لم يلزمها شئ لما في المحيط: ولو قال أعتقت ما في بطنك على ألف عليك فقبلت فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر يعتق بلا شئ لان العتق معلق بقبول الامة الالف وقد قبلت الالف فعتق الولد وبطل المال اه. وفي الظهيرية: لو قال لامته ما في بطنك حرمتي أدى إلي ألفا أو إذا أدى إلي ألفا فوضعت لاقل من ستة أشهر فهو حرمتي أدى إليه ألف درهم. وأطلق في تحرير الحمل فشمل ما إذا قال حملك حر أو ما في بطنك حر أو قال العلقة أو المضغة التي في بطنك حر فإنه يعتق ما في بطنها، كذا في الخانية. ولو قال أكبر ولد في بطنك فهو حر فولدت ولدين في بطن فأولهما خروجا أكبرهما وهو حر، كذا في المحيط. وكذا لو قال إن حملت بولد فهو حر وليس منه إن ولدت ولدا فهو حر

لانه لا يعتق إلا بعد الولادة حتى لو باع الام أو مات المولى قبل الولادة بطلت اليمين كما في البدائع. ولم يشترط المصنف ولادته حيا بعد عتقه وظاهر ما في المحيط أنه شرط قال: ولو أعتق أحد شريكي الامة ما في بطنها فولدت توأما ميتا لا ضمان عليه لان الاتلاف لم يثبت يقينا لاحتمال أن الجنين لم يكن حيا ولم تنفخ فيه الروح أصلا فلا يجب الضمان بالشك. ولو ولدت توأما حيا يضمن لان الظاهر أن الحياة كانت موجودة فيه وقت الاعتاق، ولو أعتق أحد الشريكين الجنين فضرب أجنبي بطنها وألقت ميتا فعلى الضارب نصف عشر قيمته إن كان غلاما، وعشر قيمتها إن كانت جارية عند أبي حنيفة لان معتق البعض كالمكاتب
***
[٣٩٢]
عنده فالضرب صادفه وهو رقيق فيجب فيه ما يجب في جنين الامة. وعندهما يجب فيه ما في جنين الحرة ويضمن المعتق نصفه لشريكه لان الشرع لما أوجب ضمانه على الضارب فقد حكم بكونه حيا قبل الضرب فيكون المعتق بالاعتاق متلفا نصيب شريكه فيضمن نصف قيمته، ويرجع بذلك فيما أدى الضارب لان المعتق ملك نصيب صاحبه بالضمان فإن الجنين مما يقبل النقل من ملك إلى ملك فإنه يملك بالوصية فصار نصيب صاحبه مكاتبا له، فهذا مكاتب مات عن وفاء فيقضى منه سعايته وما بقي فميراث لورثته أو لمعتقه لانه مات حرا اه‍. وأشار المصنف إلى أن تدبير الحمل وحده صحيح بالاولى قالوا: ولا يجوز بيع الام إذا أعتق ما في بطنها ويجوز هبتها. والفرق أن استثناء ما في بطنها عند بيعها لا يجوز قصدا فكذا حكما بخلاف الهبة لكن لا يحكم ببطلان البيع إلا بعد الولادة لاقل من ستة أشهر، وفي المبسوط: وبعد ما دبر ما في البطن لو وهب الام لا يجوز وهو الاصح. والفرق أن بالتدبير لا يزول ملكه عما في البطن فإذا وهب الام بعد التدبير فالموهوب متصل بما ليس بموهوب فيكون في معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، وأما بعد العتق ما في البطن غير مملوك اه‍. وفي المحيط: لو قال لامته أنت حرة أو ما في بطنك عتقت إذا لم تكن حاملا لان التخيير لم يصح، ولو قال لامته الحامل أنت حرة وأما في بطنك حر فضرب إنسان بطنها فألقت جنينا ميتا قد استبان خلقه قال يخير المولى، فإن أوقع العتق على الام عتق الجنين بعتقها وعلى الضارب غرة للمولى، وإن مات المولى قبل البيان فضرب إنسان بطنها فألقت جنينا ميتا قد استبان خلقه قال في الجنين غرة حر ويعتق نصف الامة وتسعى في نصف قيمتها ولا سعاية على الجنين اه‍. وفي الظهيرية: رجل أوصى بما في بطن جاريته لانسان فمات الموصي فأعتق الورثة ما في بطن الجارية جاز إعتاقهم ويضمنون قيمة الولد يوم الولادة. قوله: (والولد يتبع الام في الملك والحرية والرق والتدبير والاستيلاد والكتابة) لاجماع الامة ولان ماءه يكون مستهلكا بمائها فيرجح جانبها، ولانه متيقن به من جهتها ولهذا يثبت
***
[٣٩٣]
نسب ولد الزنا وولد الملاعنة منها حتى ترثه ويرثها لانه قبل الانفصال هو كعضو من أعضائها حسا وحكما حتى يتغذى بغذائها، ويدخل في البيع والعتق وغيرهما من التصرفات تبعا لها فكان جانبها أرجح. وكذا يعتبر جانب الام في البهائم أيضا حتى إذا تولد بين الوحشي والاهلي أو بين المأكول وغير المأكول يؤكل إذا كانت أمه مأكولة، وتجوز الاضحية به إذا كانت أمه يجوز التضحية بها. وفي الظهيرية: لو قال القائل هل يصير الولد حرا من زوجين رقيقين من غير إعتاق ولا وصية؟ قيل: نعم وصورته إذا كان للحر ولد هو عبد لاجنبي فزوج الاب جاريته من ولده برضا مولاه فولدت الجارية ولدا فهو حر لانه ولد ولد المولى. ولو عبر المصنف بالحمل أو بالجنين بدل الولد لكان أولى لانه لا يتبع الام في أوصافها إلا الحمل، وأما الولد بعد الوضع فلا يتبعها في شئ مما ذكر حتى لو أعتق الام بعد الولادة لا يعتق الولد، وقد علمت مما قدمناه أن المراد بالحرية هنا الحرية الاصلية، وأما الطارئة فقد أفادها أولا بقوله ولو أعتق حاملا عتقا. وفي البدائع: لو اختلف المولى والمدبرة في ولدها فقال المولى ولدتيه قبل التدبير فهو رقيق وقالت هي ولدته بعده فهو مدبر فالقول قول المولى مع يمينه على علمه، والبينة بينة المدبرة. ولو كان مكان التدبير عتق فقال المولى للمعتقة ولدتيه قبل العتق وهو رقيق وقالت ولدته بعد العتق وهو حر يحكم فيه الحال إن كان الولد في يدها فالقول قولها، وإن كان في يد المولى فالقول قوله لان الظاهر يشهد لمن هو في يده بخلاف المدبرة فإنها في يد المولى فكذا ولدها اه‍. وفي الخانية من الدعوى في مسألة إعتاقها: لو كان الولد في أيديهما فكذلك يكون القول قولها لانها تدعي الولادة في أقرب الاوقات وفيه حرية الولد، ولو أقاما البينة فبينتها أولى لان بينة المولى قامت على نفي العتق وبينتها قامت على إثبات الحرية، وكذلك في الكتابة، وأما في التدبير فالقول قول المولى لانهما تصادقا على رق الولد. وذكر في المنتقى

عن محمد: إن كان الولد يعبر عن نفسه يرجع إليه ويكون القول للولد وإلا فالقول لمن هو في يده منهما اهـ. وقد أشار المصنف بعطف الرق على الملك إلى المغايرة بينهما وهو كذلك فإن الملك هو القدرة على التصرف ابتداء فخرج الولي والوصي والوكيل، وأما الرق فعجز حكمي عن الولاية والشهادة والقضاء ومالكية المال كائن عن جعله شرعا عرضة للتملك والابتذال. واختلفوا هل هو حق الله تعالى أو حق العامة؟ فقيل بالاول لان الكفار لما استنكفوا عن
***
[٣٩٤]
عبادته جعلهم الله أرقاء لعباده فكان سبب رقهم كفرهم أو كفر أصولهم، وقيل بالثاني لكونه وسيلة إلى نفعهم وإقامة مصالحهم ودفع الشر عنهم قالوا: أول ما يؤخذ المأسور يوصف بالرق ولا يوصف بالملك إلا بعد الاخراج إلى دار الاسلام والملك يوجد في الجماد والحيوان غير الآدمي دون الرق، وبالبيع يزول ملكه دون الرق. وبالعتق يزول ملكه قصدا لانه حقه ويزول الرق ضمنا ضرورة فراغه عن حقوق العباد، ويتبين لك الفرق بينهما في القن وأم الولد والمكاتب فإن الملك والرق كاملان في القن ورق أم الولد والمدبر ناقص حتى لا يجوز عتقها عن الكفارة والملك فيها كامل حتى جاز وطئ أم الولد والمدبرة، والمكاتب رقه كامل حتى جاز عتقه عن الكفارة، وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى، ولا يدخل تحت قوله كل مملوك أملكه فهو حر فحاصله أن جواز البيع يعتمد كمالهما، وحل الوطئ يعتمد كمال الملك فقط، وجواز العتق عن الكفارة يعتمد كمال الرق فقط. وقيد بالتبعية فيما ذكر للاحتراز عن النسب فإنه للاب لان النسب للتعريف وحال الرجال مكشوفة دون النساء حتى لو تزوج هاشمي أمة إنسان فأتى بولد فهو هاشمي تبعا لابيه رقيق تبعا لامه كما في فتح القدير، لان الزوج قد رضي برق الولد حيث أقدم على تزوجها مع العلم برقها بخلاف المغرور فإن ولده من الامة حر لانه لم يرض به لعدم علمه فانعلق حرا وجبت القيمة، وهو ما يستثنى من كلام المصنف فإنه لم يتبع أمه في الرق والملك. وإنما لم يذكره هنا لانه سيصرح به في باب دعوة النسب وللاحتراز عن الدين فإنه يتبع خير الابوين دينا لانه أنظر له. قوله: (وولد الامة من سيدها حر) لانه انعلق حرا للقطع بأن إبراهيم ابن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن قط إلا حرا إلا أنه يعلق مملوكا ثم يعتق عليه كما هو ظاهر الهداية وغيرها. وفي المبسوط: الولد يعلق حرا من الماءين لان ماءه حر وماء جاريته مملوك لسيدها فلا تتحقق المعارضة بخلاف ابنه من جارية الغير فإن ماءها مملوك لغيره فتتحقق المعارضة فيترجح جانبها بأنه مخلوق من مائها بيقين كما قدمناه، وسيأتي أنه لا بد أن يعترف به، وفي آخر جامع الفصولين: قد يكون الولد حرا من زوجين رقيقين بلا تحرير ووصية وصورته أن يكون للحر ولد وهو قن لاجنبي فزوج الاب أمته من ولده برضا مولاه فولدت الامة ولدا فهو حر لانه ولد ولد المولى اهـ. فعلى هذا ولد الامة من سيدها أو ابن سيدها أو أبي سيدها حر وقد قدمناه أيضا عن الظهيرية والله أعلم.
***
[٣٩٥]
باب العبد يعتق بعضه لا شك في كثرة وقوع عتق الكل وندرة عتق البعض وفي أن ما كثر وجوده فالحاجة إلى بيان أحكامه أمس منها إلى ما يندر وجوده، وأن دفع الحاجة الماسة تقدم على النادرة فلذا أخر هذا عما قبله قوله: (من أعتق بعض عبده لم يعتق كله وسعى فيما بقي وهو كالمكاتب) وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: يعتق كله. واختلف المشايخ في تحرير محل النزاع، فذهب صاحب الهداية وكثير إلى أنه مبني على أن الاعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق. وعندهما لا يتجزأ وأقام الدليل من الجانبين، وفي غاية البيان: والمراد من تجزئ الاعتاق والملك أن يتجزأ المحل في قبول حكم الاعتاق وهو زوال الملك بأن يزول في البعض دون البعض وأن يتجزأ المحل في قبول حكم الملك وهو أن يكون البعض مملوكا لواحد والبعض الآخر لآخر، وليس معناه أن ذات الاعتاق أو ذات الملك تتجزأ لان معناه واحد لا يقبل التجزي اهـ. وفي فتح القدير: والذي يقتضيه النظر أن هذا غلط في تحرير محل النزاع فإنهم لم يتواردوا على محل واحد في التجزي وعدمه فإن القائل العتق أو الاعتاق يتجزأ لم يرده بالمعنى الذي يريد به قائل أنه لا يتجزأ وهو زوال الرق أو إزالته إذ لا خلاف بينهم في عدم تجزئه، بل زوال الملك وإزالته ولا خلاف في تجزئه فلا ينبغي أن يقال اختلف في تجزئ العتق وعدمه ولا الاعتاق بل الخلاف في التحقيق ليس إلا فيما يوجبه الاعتاق أولا وبالذات، فعنده زوال الملك ويتبعه زوال الرق فلزم تجزؤ موجبه غير أن زوال الرق لا يثبت إلا عند زوال الملك عن الكل شرعا لحكم الحدث لا يزول إلا عند غسل كل الاعضاء وغسلها

متجزئ، وهذا لضرورة أن العتق قوة شرعية هي قدرة على تصرفات شرعية ولا يتصور ثبوت هذه في بعضه شائعا فقطع بعدم تجزئه، والملك متجزئ قطعا فلزم ما قلنا من زوال الملك عن البعض، وتوقف زوال الرق على زوال الملك عن الباقي وحينئذ فينبغي أن يقام الدليل من الجانبين على أن الثابت به أولا زوال الملك أو الرق لانه محل النزاع والوجه منتهض لابي حنيفة. أما المعنى فلان تصرف الانسان يقتصر على حقه وحقه الملك، وأما الرق فحق الله أو حق العامة، وأما السمع فما في الصحيحين مرفوعا من أعتق شريكا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه

***

[٣٩٦]

قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق العبد عليه وإلا فقد عتق منه ما عتق إلى آخره وقد أطال رحمه الله إطالة حسنة هنا كما هو دأبه ولسنا بصدد الدلائل. وقد صرح في البدائع بأن العتق يتجزأ عنده، سواء كان بمعنى زوال الملك أو زوال الرق، وأن الرق يتجزأ ثبوتا وزوالا لان الامام إذا ظهر على جماعة من الكفرة وضرب الرق على أنصافهم ومن على الانصاف جاز، ويكون حكمهم وحكم معتق البعض في حالة البقاء سواء اه‍. وهو بعيد كما قرره المحقق. ووفق في المجتبى بين عبارات المشايخ فمن قال إن العتق يتجزأ عنده لا يريد به والله أعلم أنه يسقط ملك المعتق عن الشقص الذي أضاف إليه العتق ويبقى الملك في الباقي. فإن قلت: إذا سقط ملكه عن الشقص المعتق يصير حرا كسائر الاحرار. قلت: هذا يشكل بالمكاتب إذا مات مولاه فإنه يسقط الملك ولا يصير حرا كسائر الاحرار وإن قال بأن العتق لا يتجزأ عندنا أراد ان خروجه عن كونه محلا للتمليك والتملك كالبيع والهبة والارث لا يتجزأ لانه عبارة صحيحة لانه من لوازم حقيقة العتق وذكر الملزوم وارادة اللازم جائز وخروجه عن محلية التمليك والملك متفق عليه بين أصحابنا لكن عندهما بزوال الرق أصلا وعنده بسقوط الملك عن الشخص المعتق وفساده في الباقي هذا ما تضمنه شروح الاسلاف والاخلاف في هذا الباب اه‍. والحاصل ان من أعتق بعض عبده عتق منه ذلك القدر رأى زال ملكه عن ذلك القدر وبقي الرق فيه بتمامه وإذا لزم شرعا أن لا يبقى في الرق لزم ان يسعى العبد في باقي قيمته لاحتباس مالية الباقي عنده وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب حيث يتوقف عتق كله على اداء البدل وكونه أحق بمكاسبه ولا يد للسيد عليه ولا استخدام وكونه رقيقا كله الا انه يخالفه في أنه لو عجز لا يرد إلى الاستخدام بخلاف المكاتب بسبب ان المتسعة زوال الملك عن بعضه لا إلى مالك صدقة عليه به وإنما يلزم المال ضرورة الحكم الشرعي وهو تضمينه قهرا بخلاف المكاتب فإن عتقه في مقابلة التزامه بعقد باختياره يقال ويفسخ بتعجيزه نفسه وقد ذكروا مسألة في الجنايات يخالف معتق البعض فيها المكاتب أيضا هي ان المكاتب إذا قتل عمدا ولم يترك وفاء وله وارث غير المولى يجب القصاص على القاتل لانه مات رقيقا لانفساخ المكاتبة بموته عاجزا بخلاف معتق البعض إذا قتل ولم يترك وفاء حيث لا يجب القصاص لان العتق في البعض لا ينفسخ بموته عاجزا وذكروا في البيوع كما في الحقائق ان الجمع بين العبد ومعتق البعض في بيعهما صفقة واحدة

***

[٣٩٧]

كالجمع بين العبد والحر فيبطل فيهما لان كتابة معتق البعض لا تقبل الفسخ بخلاف المكاتب فهي ثلاث مسائل يخالف فيها معتق البعض المكاتب وإنما لم يذكروها نصا لانهما اثران لعدم قبول الفسخ كما لا يخفى وأطلق في البعض فشمل المعين والمبهم ولزمه بيانه. وفي جوامع الفقه: الاستسعاء أن يؤاجره ويأخذ قيمة ما بقي من أجره قالوا وعلى هذا الخلاف التدبير والاستيلاد. قوله: (وان أعتق نصيبه فلشريكه ان يحرر أو يستسعى والولاء لهما أو يضمن لو موسرا ويرجع به على العبد والولاء له) وهذا عند أبي حنيفة وقالا ليس له الا لضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد وهذه المسألة تنبني على أصلين أحدهما تجزؤ الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع استسعاء العبد عنده وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله عليه السلام في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر قسم والسمة تنافي الشركة وله انه ان احتبست مالية نصيبه عند العبد فله ان يضمنه كما إذا هبت الريح بثوب انسان وألقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان أو معسرا لما قلنا فكذا هنا الا ان العبد فقير فيسستسعيه وإنما ثبت الخيار للشريك الساكت لقيام ملكه في الباقي إذ الاعتاق يتجزأ عنده وقد ذكر المصنف ان له الاعتاق والاستسعاء والتضمين وزاد عليه في التحفة خيارين آخرين التدبير والكتابة وإنما تركهما المصنف لان الكتابة ترجع إلى معنى الاستسعاء ولو عجز استسعى ولو امتنع العبد من السعاية يؤاجره جبرا ويدل على ان الكتابة في معنى الاستسعاء انه لو

كاتبه على أكثر من قيمته ان كان من النقدين لا يجوز الا ان يكون قدرا يتغابن الناس فيه لان الشرع أوجب السعاية على قيمته فلا يجوز الاكثر وكذا لو كان صالحه على عرض أكثر من قيمته جاز وإن كاتبه على حيوان جازت وأما التدبير ففي البدائع والمحيط فإن اختار التدبير فدبر نصيبه صار نصيبه مدبرا عند أبي حنيفة لان نصيبه باق على ملكه فيحتمل التخريج إلى العتق والتدبير تخريج له إلى العتق إلا أنه لا يجوز له أن يتركه على حاله ليعتق بعد الموت بل تجب عليه السعاية للحال فيؤدي فيعتق لان تدبيره اختيار منه للسعاية اهـ. فلما كان التدبير والكتابة راجعين إلى السعاية لم يذكرهما المصنف، وظاهر كلام الكمال أنه لا فائدة لهما حيث يرجعان إليها. قلت: بل لهما فائدة، أما في التدبير فلان الشريك المدبر إذا مات عتق العبد كله بسبب التدبير وسقطت عنه السعاية إذا كان يخرج من ثلث ماله ولولا التدبير لسعى للورثة كالمكاتب، وأما في الكتابة فلان فائدتها تعيين البدل لانه لولا الكتابة لاحتيج إلى تقويمه وإيجاب نصف القيمة، وقد يحتاج فيها إلى القضاء عند التنازع

***

[٣٩٨]

في المقدار ولا يدل عدم جواز الكتابة على أكثر من القيمة زيادة فاحشة على أنه لا فائدة لها لان الحكم كذلك في صلح الساكت مع الشريك المعتق. قال في البدائع: ولو صالح الذي لم يعتق العبد المعتق على مال فإن هذا لا يخلو من الاقسام التي ذكرناها في المكاتبة، فإن كان الصلح على الدراهم والدنانير على نصف قيمته فهو جائز، وكذا إذا كان على أقل من نصف قيمته، وكذا إذا صالح على أكثر من نصف القيمة مما يتغابن الناس في مثله، فأما إذا كان على أكثر من قيمته مما لا يتغابن الناس في مثله فالفضل باطل في قولهم جميعا لانه ربا اهـ. فالحق أن الخيارات خمسة كما هو في البدائع وغيرها، وأطلق المصنف في تحرير الشريك فشمل العتق منجزا ومضافا. قال في فتح القدير: وينبغي إذا أضافه أن لا تقبل منه إضافته إلى زمان طويل لانه كالتدبير معنى ولو دبره وجب عليه السعاية في الحال فيعتق كما صرحوا به فينبغي أن يضاف إلى مدة تشاكل مدة الاستسعاء اهـ. وأشار المصنف بذكر هذه الخيارات إلى أنه ليس له خيار الترك على حاله لانه لا سبيل إلى الانتفاع به مع ثبوت الحرية في جزء منه فلا بد من تخريجه إلى العتق كما في البدائع، وإلى أنه لو اختار واحدا مما ذكر تعين فإن اختار الاستسعاء فليس له التضمين وعكسه، نعم إذا احتار الاستسعاء فله الاعتاق وإلى أنه ليس للساكت أن يختار التضمين في البعض والسعاية في البعض كما في المبسوط. وأطلق في تضمين الموسر وهو مقيد بأن يكون الاعتاق بغير إذنه فلو أعتق أحدهما نصيبه بإذن صاحبه فلا ضمان عليه، وإنما الاستسعاء في ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أنه يضمن لانه عنده ضمان تملك لا إتلاف، ولذا كان كل الولاء له وضمان التملك لا يسقط بالرضا. وجه ظاهر الرواية أن ضمان الاعتاق ضمان إتلاف ولذا يختلف باليسار والاعسار، وإنما ملك نصيب صاحبه بمقتضى الاعتاق تصحيحا له لا قصدا لان الاعتاق وضع لابطال الملك فثبوت الملك بما وضع لابطاله يكون تناقضا والمقتضي تبع للمقتضى فكان حكمه حكم المقتضي، والمقتضى وهو الاعتاق لا يوجب الضمان مع الرضا فلذا تبعه، كذا في المحيط. ولو كان الساكت جماعة فاختار بعضهم السعاية وبعضهم الضمان فلكل منهم ما اختار في قول أبي حنيفة، كذا في البدائع. واختلف في حد اليسار هنا ففي الهداية، ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر نصيب الآخر لا يسار الغنى لان به يقيد له النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وإيصال بدل حق الساكت إليه. وجعله في فتح القدير ظاهر الرواية قال: وفي رواية الحسن استثنى الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن. والذي يظهر أن استثناء الكفاف لا بد منه على ظاهر الرواية ولذا اقتصر عليه في المحيط فقال: ثم حد اليسار أن يكون المعتق مالكا لمقدار قيمة ما بقي من العبد سوى ملبوسه وقوت يومه لا ما يعتبر في حرمة الصدقة. وصححه في المجتبى. وتعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم الاعتاق لانه سبب الضمان كالغصب، وكذلك يعتبر

***

[٣٩٩]

يسار المعتق وإعساره يوم الاعتاق حتى لو أعتق وهو موسر ثم أعسر لا يبطل حق التضمين، ولو أعتق وهو معسر ثم أيسر لا يثبت لشريكه حق التضمين لان الضمان متى تعين على المعتق أو السعاية على العبد شرعا برئ الآخر عن الضمان ولا يعود إليه أبدا كالغاصب مع غاصب الغاصب إذا تعين الضمان على أحدهما باختيار المالك برئ الآخر عنه فكذا هذا. ولو اختلفا في قيمة العبد يوم العتق، فإن كان العبد قائما يقوم العبد للحال لانه أمكن معرفة قيمته للحال بالعيان ورفع اختلافهما بالبيان، وإن كان العبد هالكا فالقول قول المعتق

لانه تعذر معرفة قيمته بالعيان لان أوصافه تتغير بالموت فيجب اعتبار قول واحد منهما والساكت يدعي الزيادة والمعتق ينكر فيكون القول له، وإن اتفقا على أن الاعتاق سابق على الاختلاف فالقول قول المعتق، كان العبد قائما أو هالكا، لانه وقع العجز عن معرفة قيمته لان قيمة الشئ قد تزداد وقد تنقص بمضي الوقت فيكون القول قول المعتق لانكار الزيادة. وإن اختلفا في الوقت والقيمة فقال المعتق أعتقته يوم كذا وقيمته مائة وقال الساكت أعتقته للحال وقيمته مائتان يحكم بالعتق للحال لان العتق أمر حادث، والاصل في الحوادث أن يحكم بحدوثها حال ظهورها، فمن ادعى الحدوث حالة الظهور فهو متمسك بالاصل فيكون القول له فكان العتق ثبت بتصادقهما للحال فيقوم العبد إن كان قائما ويكون القول للمعتق في قيمته إن كان هالكا، وكذلك على هذا التفصيل لو اختلف الساكت والعبد في قيمته. وإن اختلفا في يسار المعتق وإعساره والعتق متقدم على الخصومة إن كانت مدة يختلف فيها اليسار والاعسار فالقول قول المعتق لانه ينكر اليسار وشغل ذمته بالضمان، وإن كان لا يختلف يعتبر للحال، فإن علم يسار المعتق للحال فلا معنى للاختلاف، وإن لم يعلم فالقول للمعتق. ولو مات أحدهم قبل أن يختار الشريك شيئا فلا يخلو إما إن مات العبد أو المعتق أو الساكت، فإن مات العبد ضمن المعتق في ظاهر الرواية لانه ضمان إتلاف شرع لجبر الفائت فلا يسقط بهلاك محل التلف كما لو هلك المغصوب، وفي رواية لا يضمن المعتق. وإن كان للعبد كسب رجع بما ضمن المعتق فيه لانه يملك نصيب الساكت بأداء الضمان من وقت العتق فصار مكاتبا له. وهل للساكت أن يأخذ من تركة العبد قيمة نصيبه إذا لم يضمن المعتق؟ قيل: له ذلك كالمكاتب، وقال عامة مشايخنا: ليس له ذلك. وظاهر إطلاق محمد يدل عليه، وأما إذا مات المعتق والعتق في صحته يؤخذ الضمان من ماله، وإن كان في مرضه فعندهما لا يجب شئ على ورثته في ماله، وعند محمد يستوفى من ماله. وأما إذا مات الساكت فلورثته أن يختار والاعتاق أو الضمان أو السعاية لانهم قائمون مقام مورثهم، فإذا اختار بعضهم العتق وبعضهم الضمان فلهم ذلك في ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس لهم ذلك وصححه في المبسوط. وفي المجتبى: ومعنى قوله لورثته الاعتاق الابراء لا حقيقة العتق لان المستسعي بمنزلة المكاتب عنده، ولا تورث رقبة المكاتب بموت مولاه وإنما يورث

***

[٤٠٠]

بدل الكتابة لكن لهم الابراء عن السعاية كذا هذا اه. وأشار المصنف بذكر هذه الخيارات إلى أن الساكت لو ملك نصيبه من المعتق ببيع أو هبة فإنه لا يجوز استحسانا لانه لم يبق محلا للتمليك لانه مكاتب عنده حر مديون عندهما بخلاف ما إذا ضمن المعتق نصيب الساكت فإنه يملكه بالضمان ضرورة. قال قاضيخان في جامعه: وإذا ضمن المعتق وأدى الضمان ملك نصيب الساكت فيخير في نصيب الساكت، إن شاء أعتق وإن شاء استسعى بمنزلة ما لو كان الكل له فأعتق بعضه اه. ولذا كان الولاء كله له وإنما رجع المعتق على العبد بما ضمن لقيامه مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان للساكت الاستسعاء فكذا لمن قام مقامه بخلاف العبد المستسعي لا رجوع له بما أدى على المعتق بإجماع أصحابنا لانه أدى لفكاك رقبته بخلاف المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر حيث يرجع على المعتق إذا قدر على دفع القيمة للمرتهن لانه يسعى في فك رقبة قد فكت أو يقضي دينا على الراهن. وفي المجتبى: لو كان العبد بين ثلاثة لاحدهم نصفه وللثاني ثلثه وللثالث سدسه فأعتقه صاحب النصف والثلث يضمنان السدس نصفين والولاء للاول في النصف، وفيما ضمن من نصف السدس وللثاني في ثلثه، وفيما ضمن من نصف السدس. وأطلق المصنف في الشريك وهو مقيد بمن يصح منه الاعتاق، فلو كان الشريك صبيا ينتظر بلوغه إن لم يكن له ولي أو وصي، فإن كان له أحدهما فله الخيار إن شاء ضمن وإن شاء استسعى أو كاتب لانه ضمان نقل الملك فصار كالبيع، واختيار السعاية كالكتابة. وللولي ولاية بيع مال الصبي وكتابة عبده، وللقاضي أن ينصب وصيا ليختار أحدهما وليس لهما اختيار الاعتاق والتدبير والجنون كالصبي كما في البدائع. وإن كان الشريك عبدا مأذونا فإن كان مديونا فله اختيار التضمين والاستسعاء، وإذا استسعى فالولاء لمولاه لانه أقرب الناس إليه، وإن لم يكن عليه دين فالخيارات الخمسة ثابتة للمولى إن كان موسرا وإلا فالاربع والمكاتب كالمأذون والمديون. قوله: (ولو شهد كل بعتق نصيب صاحبه سعى لهما) أي لو شهد كل واحد من الشريكين أن شريكه أعتق نصيب نفسه سعى العبد لهما في قيمته لكل واحد منهما في نصيبه عند أبي حنيفة، موسرين كانا أو معسرين، أو كان أحدهما موسرا والآخر معسرا، لان كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عنده، وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان أو صادقا لانه مكاتبه

أو مملوكه فلهذا يستسعيانه، ولا يختلف ذلك باليسار وبالاعسار لان حقه في الحالين في أحد الشيئين لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده، وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لان كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه بإعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي وهو عبد ما دام يسعى لهما بمنزلة المكاتب. وقالا: إن كانا موسرين فلا سعاية عليه لان كل واحد منهما يتبرأ عن
***
[٤٠١]
سعايته بدعوى الضمان على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما إلا أن الدعوى لم تثبت لانكار الآخر، والبراءة قد ثبتت لاقراره على نفسه. وإن كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا على ما بيناه إذ المعتق معسر، وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره وإنما يدعي عليه السعاية فلا يبرأ عنه، ولا يسعى للمعسر لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية. والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لان كل واحد منهما يحيله على صاحبه ويتبرأ عنه فيبقى موقوفا إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما، كذا في الهداية. فلو مات قبل أن يتفقا وجب أن يأخذه بيت المال كما في فتح القدير. ولم يذكر المصنف تحليف كل منهما هنا وذكره في المستصفى فقال: والسعاية لهما بعد أن يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لان كل واحد منهما مدع ومنكر. وصرح في البدائع والمحيط بأنه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وفي فتح القدير: وهو أوجه فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما للعبد أنه فيما إذا لم يترافعا إلى قاض بل خاطب كل منهما الآخر أنك أعتقت نصيبك وهو ينكر فإن هذه ليس حكمها إلا الاستسعاء إذ لو أراد أحدهما التضمين أو أراداه ونصيبهما متفاوت فترافعا أو رفعهما ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما فإن القاضي لو سألهما فأجابا بالانكار فحلفا لا يسترق لان كلا يقول إن صاحبه حلف كاذبا واعتقاده أن العبد يحرم استرقاقه ولكل استسعاؤه. ولو اعترفا أنهما أعتقا معا أو على التعاقب وجب أن لا يضمن كل الآخر إن كانا موسرين، ولا يستسعي العبد لانه عتق كله من جهتهما، ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فإن المنكر يجب أن يحلف لان فيه فائدة فإنه إن نكل صار معترفا أو باذلا وصارا معترفين فلا يجب على العبد سعاية كما قلنا اه‍. وتقييد المصنف بشهادة كل منهما قيد اتفاقي إذ لو شهد أحدهما على صاحبه أنه أعتقه وأنكره الآخر فالحكم كذلك. قال في البدائع: لا تقبل شهادته على صاحبه وإن كانا اثنين لانهما يجران إلى أنفسهما مغنما، ولا يعتق نصيب الشاهد ولا يضمن لصاحبه ويسعى العبد في قيمته بينهما، موسرين كانا أو معسرين في قول أبي حنيفة. وعندهما إن كان المشهود عليه موسرا فلا سعاية للشاهد على العبد، وإن كان معسرا فله السعاية عليه، وهكذا في المحيط. قوله: (ولو علق أحدهما عتقه بفعل فلان غدا وعكس الآخر ومضى ولم يدر عتق نصفه وسعى في نصف لهما) أي لو علق أحد الشريكين عتق العبد المشترك بفعل زيد غدا كان قال إن دخل زيد الدار غدا فأنت حر وعكس الشريك الآخر بأن قال مثلا إن لم يدخل زيد الدار غدا فأنت حر ومضى الغد ولم يعلم دخوله أو عدمه فإنه يعتق نصف العبد بغير سعاية ويسعى العبد في نصف قيمته للشريكين. وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد:
***
[٤٠٢]
يسعى في جميع قيمته لان المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فإنه لا يقضي بشئ للجهالة كذا هذا، أولهما: أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان أحدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل البيان أو الذكر. ويتأتى التفريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق، ولو قال المصنف بفعل فلان في وقت وعكس الآخر في ذلك الوقت لكان أولى إذ لا فرق بين الغد واليوم والامس. صرح باليوم في المحيط، وبالامس في البدائع. وأطلق المصنف في سعاية النصف فشمل ما إذا كانا موسرين أو معسرين. وفي فتح القدير: ولا يخفى أن من صورة المسألة أن يتفقا على ثبوت الملك لكل آلى آخر النهار، قوله: (ولو حلف كل واحد بعتق عبده لم يعتق واحد) لان المقضى عليه بالعتق مجهول وكذا المقضى له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء، وفي العبد الواحد المقضي له والمقضى به معلوم فغلب المعلوم المجهول. قيد بكون كل واحد منهما

له عبد تام لانه لو كان بين رجلين عبد إن قال أحدهما لاحد العبدين أنت حر، إن لم يدخل فلان هذه الدار اليوم، وقال الآخر للعبد الآخر إن دخل فلان هذه الدار اليوم فأنت حر فمضى اليوم وتصادقا على أنهما لا يعلمان دخل أو لم يدخل قال أبو يوسف: يعتق من كل واحد منهما ربعه ويسعى في ثلاثة أرباع قيمته بين المولیین نصفين. وقال محمد: قياس قول أبي حنيفة أن يسعى كل واحد منهما في جميع قيمته بينهما نصفين وبيان كل من القولين في البدائع قال: ومن هذا النوع ما ذكره محمد بن سماعة عن أبي يوسف في عبد بين رجلين زعم أحدهما أن صاحبه أعتقه منذ سنة وأنه هو أعتقه اليوم، وقال شريكه لم أعتقه وقد أعتقته أنت اليوم فاضمن لي نصف القيمة لعتقك فلا ضمان على الذي زعم أن صاحبه أعتقه منذ سنة لان قوله أنا أعتقته اليوم ليس بإعتاق بل هو إقرار بالعتق، وأنه حصل بعد إقراره على شريكه بالعتق فلم يصح، وكذا لو

***

[٤٠٣]

قال أعتقه صاحبي منذ سنة وأعتقته أنا أمس وإن لم يقر بإعتاق نفسه لكن قامت عليه بينة أنه أعتقه أمس فهو ضامن لشريكه لظهور الاعتاق منه بالبينة فدعواه على شريكه العتق المتقدم لا يمنع ظهور الاعتاق منه بالبينة ويمنع ظهوره بإقراره اه‍. وقيد بكون المعلق متعددا لانه لو قال عبده حر إن لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امرأته طالق إن ك ان دخل اليوم عتق وطلقت لان باليمين الاولى صار مقرا بوجود شرط الطلاق، وباليمين الثانية صار مقرا بوجود شرط العتق. وقيل: لم يعتق ولم تطلق لان أحدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجوده وكل واحد من الشرطين دائر بين الوجود والعدم فلا ينزل الجزاء بالشك، كذا في النهاية، وينبغي أن يفرق بين التعليق بالشرط الكائن وبغير الكائن فيقع في المعلق بالكائن لا بغير الكائن لان الاقرار يتصور في الكائن دون غيره، كذا في التبيين. وهو وما قبله مردودان والحق الاول لان صيغة إن لم يكن دخل تستعمل لتحقيق الدخول في الماضي ردا على المماري في الدخول وعدمه فكان معترفا بالدخول وهو شرط الطلاق فوقع بخلاف إن لم يدخل ليس فيها تحقيق وصيغة إن كان دخل ظاهرة لتحقيق عدم الدخول ردا على من تردد فيه فكان معترفا بعدم الدخول وهو شرط وقوع العتق فوقع بخلاف إن دخل فإنه ليس فيها تحقيق أصلا. والحاصل أنه قد اشتبه هذا التركيب على القائل بعدم الوقوع فيهما بتركيب إن لم يدخل وإن دخل، إليه أشار في فتح القدير. وفي تلخيص الجامع باب اليمين التي ستنقض صاحبتها: حلف بالعتق إن لم يكن دخل أمس وبالطلاق إن كان دخل وقعا لانه بكل يمين زعم الحنث في الاخرى لهذا لو أعتق أحدهما ثم قال لكل واحد لم أعتك عتقا، ولا يلزم ما لو كانت الاولى والله إذا الغموس لا يدخل تحت الحكم ليكذب به في الاخرى وتمامه فيه. وأشار المصنف بعدم عتقهما في مسألة الكتاب إلى أنه لو اشتراهما إنسان صح وإن كان عالما بحنث أحد المالكين لان كلا منهما يزعم أنه يبيع عبده، وزعم المشتري في العبد قبل ملكه له غير معتبر كما لو أقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم اشتراه صح، وإذا صح شراؤه لهما واجتمعا في ملكه عتق عليه أحدهما لان زعمه معتبر الآن ويؤمر بالبيان لان المقضي عليه معلوم، كذا في فتح القدير، وهو يفيد أن أحد المتحالفين لو اشترى العبد من الحالف الآخر فإنه يصح ويعتق عليه أحدهما ويؤمر بالبيان لما ذكر كما لا يخفى. وفي المحيط: هذا إذا علم المشتري بحلفهما، فإن لم يعلم فالقاضي يحلفهما ولا يجبر على البيان ما لم تقم البينة على ذلك اه‍.

***

[٤٠٤]

قوله: (ومن ملك ابنه مع آخر عتق حظه ولم يضمن ولشريكه أن يعتق أو يستسعى) لانه ملك شقص قريبه فعتق عليه ولا ضمان عليه ولو كان موسرا لانه رضي بإفساد نصيبه كما إذا أذن له بإعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك أنه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب إعتاق وثبت لشريكه الاعتاق أو الاستسعاء لبقائه على ملكه كالمكاتب كما قدمناه. وهذا كله عند الامام. وقالا: في الشراء ونحوه يضمن الاب نصف قيمته إن كان موسرا، ويسعى الابن لشريك أبيه إن كان معسرا. أطلق المصنف في الملك فشمل ما إذا كان بالشراء أو الهبة أو الصدقة أو الوصية أو الامهار أو الارث، وشمل ما إذا كان عالما بأنه ابنه أولا وهو ظاهر الرواية عنه لان الحكم يدار على السبب كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه، وذكر الابن اتفاقي لان الحكم في كل قريب يعتق عليه كذلك. وقيد بكونه ملكه مع آخر لانه لو بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الآخر وهو موسر

فالاجنبي بالخيار إن شاء ضمن الاب لانه ما رضي بإفساد نصيبه، وإن شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده. وهذا عند أبي حنيفة لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده. وقالا: لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما. وقيد بالقريب لانه لو ملك مستولدته بالنكاح مع آخر فإنه يجب عليه ضمان النصف لشريكه كيفما كان وإن كان ملكها بالارث. والفرق أن ضمان أم الولد ضمان تملك وذلك لا يختلف بين أن يكون بصنعه أو بغير صنعه ولهذا لا يختلف باليسار والاعسار. وإنما صح شراء الابن مع آخر في مسألة الكتاب ولم يصح شراء العبد نفسه هو وأجنبي من مولاه بالنسبة إلى حصة الاجنبي لاجتماع العتق والبيع في حق واحد في زمان واحد لان بيع نفس العبد منه إعتاق على مال فبطل البيع في حصة الاجنبي بخلاف مسألة الكتاب لان شراء القريب تملك في الزمان الاول وإعتاق في الزمان الثاني. وأشار المصنف إلى أنه لو حلف أحدهما بعتق عبد إن ملك نصفه فملكه مع آخر فالحكم كذلك وهو على الاختلاف. قوله: (وإن اشترى نصف ابنه ممن يملك ابنه لا يضمن لبائعه) لان البائع شاركه في العلة وهو البيع لان علة دخول المبيع في ملك المشتري الايجاب والقبول وقد شاركه فيه. وهذا عند أبي حنيفة موسرا كان أو معسرا. وقالا إن كان الاب موسرا يجب عليه الضمان. قيد بكونه ممن يملك

***

[٤٠٥]

ابنه لانه لو اشترى نصف ابنه من أحد الشريكين وهو موسر فإنه يلزم المشتري الضمان بالاجماع للشريك الذي لم يبع، ولا يضمن للبائع شيئا لان الشريك الذي لم يبع لم يشاركه في العلة فلا يبطل حقه بفعل غيره، ولا يخفى أن في مسألة الكتاب إذا لم يضمن المشتري للبائع كان له الخيار إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء استسعى. وفي البدائع: رجل قال إن اشتريت فلانا أو بعضه فهو حر فادعى رجل آخر أنه ابنه ثم اشترياه عتق عليهما ونصف، ولائه للذي أعتقه وهو ابن للذي ادعاه لان النسب ههنا لم يسبق اليمين فيعتق نصيب كل واحد منهما عليه، وولاؤه بينهما لانه عتق عليهما والولاء للمعتق اه. مع أنهم قالوا: إن المعتق آخر العصبات فينبغي أن يكون ميراثه كله لابيه مع وجوده ولا شئ للمعتق إلا أن يفرق بين ثبوت النسب قبل العتق وبينه بعده. قوله: (عبد لموسرين دبره واحد وحرره آخر ضمن الساكت المدبر والمدبر المعتق ثلثه مدبر إلا ما ضمن) أي لو كان عبد بين ثلاثة دبره أحدهم ثم أعتقه آخر فللساكت وهو الذي لم يدبر ولم يحرر أن يضمن المدبر وليس له أن يضمن المعتق، وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث العبد مدبرا وليس له أن يضمنه الثلث الذي ضمنه للساكت وإنما يضمن الساكت المدبر ثلث قيمته قنا لان التدبير يتجزى عند الامام لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به فاقتصر على نصيبه، وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين فكان لكل واحد منهما أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله، فلما حرره الآخر تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للشريك الساكت سببا ضمان تدبير المدبر وإعتاق المعتق فله تضمين المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة إذ هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا. وأمكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير وليس له تضمين المعتق لان العبد عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الاصلين، ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال. ثم إن الشريك الذي أعتق نصيبه أفسد على المدبر نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقدر المتلف ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لان ملكه ثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين، وقد استفيد من كلام المصنف أنه لو كان بين اثنين دبره أحدهما ثم حرره الآخر فللمدبر تضمين المعتق ثلثه مدبرا إن كان موسرا، ولو كان حرره أحدهما ثم دبره الآخر فللمدبر أن يستسعي العبد في نصف قيمته مدبرا لانه بالتدبير اختار ترك الضمان، ولو لم يعلم أيهما أولا فإن للمدبر تضمين المعتق ربع القيمة واستسعى العبد في ربع القيمة ويرجع المعتق بما ضمن

***

[٤٠٦]

على العبد، وكذا لو صدر الاعتاق والتدبير منهما معا. وهذا كله عند الامام. وعندهما: المعتق أولى في الكل فإن كان المعتق موسرا ضمن للمدبر وإلا سعى العبد له في نصيبه، كذا في المحيط. وذكر قاضيخان في شرح الجامع الصغير أن قولنا للشريك هذه الخيارات أنه يصح منه هذه التصرفات، أما لا يؤذن بالاعتاق والاستسعاء لان فيه إفساد نصيب المدبر لان المدبر كان متمكنا من استسعاء نصيبه على ملكه إلى وقت الموت وبعد الاعتاق والاستسعاء لا يتمكن اه. وفي الهداية: وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا، فلو كانت قيمته قنا سبعة وعشرين دينارا ضمن له ستة دنانير لان ثلثيها وهو قيمة المدبر ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون ستة، والمدبر يضمن للساكت

تسعة. وإنما كان كذلك لان الانتفاع بالوطئ والسعاية والبدل وإنما زال الاخير فقط وإليه مال الصدر الشهيد وعليه الفتوى إلا أن الوجه المذكور يخص المدبرة دون المدبر. وقيل: يسئل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيع هذا فاتت المنفعة المذكورة كم يبلغ فما ذكر فهو قيمته وهذا أحسن عندي، كذا في فتح القدير. وجوابه أن الاستخدام هو المنظور إليه الشامل للعبد والجارية والوطئ من الاستخدام فالباقي في المدبر شيئان: الاستخدام والسعاية. والفائت البدل وهذا المعنى يشمل العبد والجارية فلذا كان المفتى به ما في الهداية. وأما قيمة أم الولد والمكاتب فسيأتي إن شاء الله تعالى. وقالا: العبد للذي دبره أول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسرا كان أو معسرا بناء على أن التدبير لا يتجزى عندهما. ولم يذكر المصنف أن للساكت الاستسعاء لظهوره لان له أن يستسعي العبد في ثلث قيمته وللمدبر أن يستسعي العبد في ثلث قيمته مدبرا إذا اختار عدم تضمين المعتق كما في غاية البيان، ولم يذكر الولاء قال في الهداية: والولاء بين المعتق والمدبر أثلاثا، ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار اه. ومراده أنه بين عصبة المدبر والمعتق لان العتق لا يثبت للمدبر إلا بعد موت مولاه كما في غاية البيان والنهاية. وفي فتح القدير: وهو غلط لان العتق المنجز يوجب إخراجه إلى الحرية بتنجيز أحد الامور من التضمين مع اليسار والسعاية والعتق حتى منع استخدام المدبر إياه من حين وجوده كما لو أعتق أحد الشريكين ابتداء ودبره الآخر الساكت فإنه لا تتأخر حرية باقية إلى موته كما قدمناه أول الباب إلى آخره. وقيد المصنف باليسار لان المدبر لو كان معسرا فللساكت الاستسعاء دون التضمين، وكذا المعتق لو كان معسرا فللمدبر الاستسعاء دون تضمين المعتق، كذا في غاية البيان. وبهذا علم أن تقييد المصنف بيسار الثلاثة ليس بقيد لان الاعتبار ليسار المدبر والمعتق، وأما الساكت

***

[٤٠٧]

فلا اعتبار بحاله من اليسار والاعسار. ولم يذكر المصنف رجوع المدبر بما ضمنه للساكت على العبد وقد نص الحاكم الشهيد في الكافي بأنه يرجع على العبد بثلث قيمته قنا كما ضمن. وقيد المصنف بكون الساكت اختار تضمين المدبر بعد تحرير الآخر لانه لو اختار تضمين المدبر. قبل إن يعتقه الآخر ثم أعتقه كان للمدبر أن يضمن المعتق ثلثي قيمته لان الاعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت فله أن يضمنه ثلث قيمته قنا مع ثلث قيمته مدبرا كما هو صفته. قال في فتح القدير: وأورد بعض الطلبة على هذا أنه ينبغي أن يضمنه قيمة ثلثيه مدبرا لانه حين ملك ثلث الساكت بالضمان صار مدبرا لا قنا، ولذا قلنا في وجه كون ثلثي الولاء له لانه صار كأنه دبر ثلثيه ابتداء، والجواب لا يتم إلا بمنع كون الثلث الذي ملكه بالضمان للساكت صار مدبرا بل هو قن على ملكه إذ لا موجب لصيرورته مدبرا لان ظهور الملك الآن لا يوجبه والتدبير يتجزى وذكرهم إياه في وجه كون ثلثي الولاء له غير محتاج إليه إذ يكفي فيه أنه على ملكه حين أعتقه الآخر وأدى الضمان، وإنما لم يكن ولاؤه له لما ذكرنا من أنه ضمان جناية لا تملك ا ه. وبما قررناه أولا علم أن الواو في قول المصنف وحرره آخر بمعنى ثم قيد به لانه لو أعتقه أحدهم ودبره الآخر وكاتب الآخر ولا يعلم الاول فالتصرفات كلها جائزة ويسعى العبد للمدبر في سدس قيمته وضمن له المعتق أيضا سدس قيمته مدبرا إن كان موسرا، ويسعى العبد في المكاتبة للثالث، فإن عجز فهو بالخيار، إن شاء استسعى العبد في ثلث قيمته والولاء أثلاثا، وإن شاء ضمن المدبر المعتق ثلث قيمته نصفين إذا كانا موسرين والولاء بينهما نصفان لانهما لما جهلا التاريخ يجعل كان هذه التصرفات وقعن معا، وأنها متجزئه عند أبي حنيفة فصحت. ثم لا شئ للمعتق على أحد، وإن أعتق واحد وكاتب الآخر ودبر الثالث معا ليس لواحد الرجوع لان تصرف كل واحد حصل في ملك نفسه، وإن دبر أحدهم أولا ثم أعتق الثاني ثم كاتب الآخر ثبت للمدبر الرجوع على المعتق بقيمة نصيبه ولا رجوع للمكاتب على أحد، فإن دبر ثم كاتب ثم أعتق فحكم المدبر والمعتق ما ذكرنا. وأما المكاتب إذا عجز العبد يرجع على المعتق بقيمة نصيبه لانه عاد عبدا له والمعتق أتلفه، وإن كاتبه أولا ثم دبر ثم أعتق، فإن لم يعجز العبد يعتق عليه ولا ضمان له على أحد، وإن عجز يرجع على المدبر بثلث قيمته لا على المعتق وتمام تفريعاته في المحيط. قوله: (ولو قال لشريكه هي أم ولدك وأنكر تخدمه يوما وتتوقف يوما) أي تخدم المنكر يوما ولا تخدم أحدا يوما. وهذا عند أبي حنيفة فلا سعاية عليها للمنكر ولا سبيل عليها للمقر. وقالا: إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة، ولا سبيل عليها لانه لما لم يصدقه صاحبه انقلب إقرار المقر عليه كأنه استولدها فصار كما إذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه أعتق كذا هذا، فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر

***

[٤٠٨]
على ملكه في الحكم فتخرج إلى العتاق بالسعاية كأم ولد النصراني إذا أسلمت. ولابي حنيفة أن المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف، ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بأمومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهو أمر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد. ونص الحاكم في الكافي على أن أبا يوسف رجع إلى قول أبي حنيفة فالمخالف فيها محمد فقط، وعلى قوله ليس لاحد أن يستخدمها. أما المقر فلانه تبرأ منها بالدعوى على شريكه، وأما المنكر فلانه لما أنكر نفذ الاقرار على المقر فصار كإقراره أنه استولدها، ثم إذا أدت نصف قيمتها إلى المنكر عتق كلها لان العتق لا يتجزى عندهما، ولم يذكر المصنف حكم كسبها ونفقتها وجنايتها والجناية عليها وحكمها بعد موت أحدهما. أما الاول ففي غاية البيان نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف اعتبارا بمنافعها. وأما نفقتها فمن كسبها فإن لم يكن لها كسب ففي المختلف في باب محمد أن نفقتها على المنكر ولم يذكر خلافا. وقال غيره: إن النصف على المنكر لان نصف الجارية له. قال في فتح القدير: وهو اللائق بقول أبي حنيفة. وينبغي على قول محمد أن لا نفقة لها عليه أصلا لانه لا خدمة له عليها ولا احتباس. وأما جنايتها والجناية عليها فموقوفة عند الامام إلى تصديق أحدهما صاحبه، وعلى قول أبي يوسف أولا وهو قول محمد تسعى في جنايتها بمنزلة المكاتب وتأخذ أرش الجناية عليها فتستعين به كما في الكافي للحاكم وتبعه في غاية البيان وفتح القدير، وقد نقل الزيلعي أن النصف موقوف والنصف على الجاحد عند الامام، وفي صحته عن الامام نظر لما علمت أن مذهبه التوقف في الكل. وفي المحيط: وذكر محمد التوقف على الاطلاق وهو الصحيح لانه تعذر إيجاب يوجب الجناية في نصيب المنكر على المنكر لانه عجز عن دفعها بالجناية من غير صنع منه فلا تلزمه الفدية كما لو أبق أو مات بعد الجناية بخلاف الجناية عليها لانه أمكن دفع نصيب الارش إلى المنكر، سواء كان نصيبه قنا أو أم ولد فلا معنى للتوقف ا ه‍. وأما إذا مات المنكر فإنها تعتق لاقرار المقر أنها كانت كأم ولد له ثم تسعى في نصف قيمتها لورثة المنكر، ولا تسعى للمقر لانه يدعي الضمان دون السعاية ولم أر حكمها إذا مات المقر لظهور أن الامر كما كان قبل موته فتخدم المنكر يوما وتتوقف يوما. وقيد بقوله وأنكر لانه لو صدقه كانت أم ولد له ولزمه نصف قيمتها ونصف عقرها كالامة المشتركة إذا أتت بولد فادعاه أحدهما كما سيأتي قوله: (وما لام ولد تقوم) أي ليس لها قيمة عند أبي حنيفة. وقالا: إنها متقومة للانتقاع بها وطئا وإجارة واستخداما، وهذا هو دلالة التقوم، وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت عليها السعاية وهذا آية التقوم غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنه على ما قالوا لفوات البيع، والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لفوات منفعة البيع، أما السعاية والاستخدام باقيان. ولابي
***
[٤٠٩]
حنيفة أن التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر. وهذا لان النسب فيها متحقق في الحال وهو الحرية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة إلا أنه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتقاع فعمل التسبب في إسقاط التقوم، وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقق مقصوده فافترقا، وفي أم ولد النصراني قضينا بكتابتها عليه دفعا للضرر من الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى التقوم، كذا في الهداية. وفي غاية البيان: وهذا تناقض من صاحب الهداية في كلامه لانه جعل التدبير هنا سببا بعد الموت وجعله في باب التدبير سببا في الحال، ومذهب علمائنا أن التدبير سبب في الحال بخلاف سائر التعليقات فإنها ليست بأسباب في الحال اه‍. وجوابه أن كلامه في سقوط التقوم لام الولد، فحاصل كلامه أن سبب سقوط التقوم في أمل الولد ثابت في الحال، وسبب سقوطه في المدبر متأخر إلى ما بعد الموت لان الاصل أن ينعقد السبب فيه بعد الموت كسائر التعليقاتت وإنما قلنا بانعقاده سببا للحال على خلاف القياس لضرورة هي أن تأخره إلى وجود الشرط كغيره من التعليقات يوجب بطلانه لان ما بعد الموت زمان زوال أهلية التصرف فلا نتأخر سببية كلامه فيتقدر بقدر الضرورة فيظهر أثره في حرمة البيع خاصة لا في سقوط التقوم فتتأخر سببيته لسقوط التقوم إلى ما بعد الموت، وهذا هو محمل كلام المصنف فلا تناقض كما في فتح القدير. قوله: (فلا يضمن أحد الشريكين بإعتاقها) يعني لو كانت أمة بين رجلين ولدت فادعياه جميعا فصارت أم ولد لهما ثم أعتقها أحدهما فلا ضمان عليه لشريكه موسرا كان أو معسرا عند الامام. وعندهما إن كان المعتق موسرا ضمن

نصف قيمتها، وإن كان معسرا سعت للساكت في نصف القيمة. قالوا: وينبني على هذا الاصل مسائل منها ما في المختصر، والثانية إذا غصبها فهلكت عنده لا يضمن عنده، وعندهما يضمن. والثالثة إذا مات أحدهما تعتق ولا تسعى في شئ للحي عنده، وعندهما تسعى في نصف قيمتها له. والرابعة إذا باع جارية فجاءت بولد عند المشتري لاقل من ستة أشهر فماتت الجارية فادعى البائع أن الولد ابنه ثبت نسبه منه ويأخذ الولد ويرد الثمن كله، وعندهما يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام، كذا في غاية البيان. وزاد في فتح القدير خامسة وهي ما إذا باعها وسلمها فماتت في يد المشتري لا ضمان عليه عنده، ويضمن عندهما. وذكر في الكافي والنهاية أن أم الولد إذا جاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه وعتق ولم يضمن لشريكه قيمة الولد عنده لان أم الولد كأمه فلا يكون متقوما عنده، وعندهما يضمن إن كان موسر ويسعى الولد له إن كان معسرا. وتعقبه في التبيين بأن النسب يثبت مستندا إلى وقت العلوق فلم يعلق شئ منه على
***
[٤١٠]
ملك الشريك. وهكذا ذكر صاحب الهداية في باب الاستيلاد في القنة فضلا عن أن تكون أم ولد قبله حتى قال: لا يغرم قيمة ولدها. وكذا ذكر غيره. ولم يذكروا خلافا فيه فكيف يتصور أن يكون سقوط الضمان لاجل أنه كأمه عنده وعندهما يضمن وهو حر الاصل، ولو كان مكان الدعوى إعتاق كان مستقيما ا ه‍. وحاصله أنهم صرحوا أن أحد الشريكين إذا ادعى ولد الامة فإنه لا يغرم قيمة الولد من غير خلاف لانه ثبت نسبه مستندا إلى وقت العلوق، فإذا كان لا ضمان عليه في ولد القنة فكيف يضمن قيمته من أو الولد عندهما مع أنه حر الاصل؟ ولم أر جوابا عنه وهو سهو منه للفرق الظاهر بين ولد القنة وولد أم الولد لانه في ولد القنة إنما لا يضمن قيمته لشريكه لانه لما ضمن لشريكه نصف قيمة الامة تبين أن الاستيلاد صادف ملكه بالتمام لان النصف انتقل إليه فعلق الولد على ملكه، وولد الامة من مولاها حر فلا يغرمه، وفي أم الولد لم ينتقل نصيب شريكه إليه لانها لا تقبل الانتقال من ملك إلى ملك فلم يكن الاستيلاد في ملكه التام فهو في نصيب شريكه كالاجنبي وولد أم الولد من الاجنبي كأمه فلذا لا يضمن عنده ويضمن عندهما، والدليل على ذلك أنه لا يضمن نصف قيمة أم الولد عندهما في هذه الصورة لان مدعي الولد لم يتلف على شريكه شيئا لانها أم ولد لهما قبل دعوى الشريك الولد الثاني، والدليل على ذلك أيضا ما نقله في البدائع أن المدبرة بين رجلين إذا جاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه وصار نصفها أم ولد له ونصفها مدبرة للشريك ويغرم نصف العقر ونصف قيمة الولد مدبرا، ولا يضمن نصف قيمة الام بخلاف القنة إلى آخره. فقد علمت أنه لا تقاس المدبرة وأم الولد على القنة وسنوضحه في بابها إن شاء الله تعالى والله سبحانه وتعالى أعلم. هذا ولو قرب أم الولد إلى مسبعة فافترسها السبع يضمن لان هذا ضمان جناية لا ضمان غصب. قوله: (له أعبد قال لاثنين أحد كما حر فخرج واحد ودخل آخر وكرر ومات بلا بيان عتق ثلاثة أرباع الثابت ونصف كل واحد من الآخرين) شروع في بيان بعض مسائل العتق المبهم. وصورة هذه المسألة رجل له ثلاثة أعبد فدخل عليه اثنان فقال أحد كما حر فخرج أحدهما ودخل آخر فقال أحد كما حر ومات المولى قبل أن يبين عتق من الثابت ثلاثة أرباعه وهو الذي أعيد عليه القول، وعتق نصف كل واحد من الخارج والداخل عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: كذلك إلا في العبد الاخير فإنه يعتق ربعه، أما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كل واحد منهما النصف غير أن الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لان الثاني دائر بينه وبين الداخل
***
[٤١١]
فيتنصف بينهما غير أن الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه، فما أصاب المستحق بالاول لغا وما أصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلاثة الارباع، ولانه لو أريد هو بالثاني يعتق نصفه، ولو أريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فعتق منه الربع بالثاني. والنصف بالاول، وأما الداخل فمحمد رحمه الله تعالى يقول: لما دار الايجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذا يصيب الداخل. وهما يقولان: إنه دائر بينهما وقضيته التنصيف وإنما نزل إلى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا، ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف. قيد بقوله ومات بلا بيان لانه ما دام حيا يؤمر بالبيان وللعبيد مخاصمته، فإن بدا بالبيان للايجاب الاول فإن عنى به الخارج عتق الخارج بالايجاب الاول

وتبين أن الايجاب الثاني بين الثابت والداخل وقع صحيحا لوقوعه بين عبدين فيؤمر بالبيان لهذا الايجاب، وإن عنى بالايجاب الاول الثابت عتق الثابت بالايجاب الاول وتبين أن الايجاب الثاني وقع لغوا لحصوله بين حر وعبد في جواب ظاهر الرواية، وإن بدأ بالبيان للايجاب الثاني فإن عنى به الداخل بالايجاب الثاني بقي الايجاب الاول بين الخارج والثابت على حاله كما كان فيؤمر بالبيان، وإن عنى به الثابت عتق الثابت بالايجاب الثاني وعتق الخارج بالايجاب الاول لتعينه للعتق بإعتاق الثابت. وقيد بموته لانه لو مات واحد منهم فإن مات الخارج عتق الثابت بالايجاب الاول وتبين أن الايجاب الثاني وقع باطلا، وإن مات الثابت عتق الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثاني لان الثابت قد أعيد عليه الايجاب فموته يوجب تعيين كل واحد منهما للعتق، وإن مات الداخل يؤمر المولى بالبيان للايجاب الاول، فإن عنى به الخارج عتق الخارج بالايجاب الاول وبقي الايجاب الثاني بين الداخل والثابت فيؤمر بالبيان، وإن عنى به الثابت تبين أن الايجاب الثاني وقع باطلا. قوله: (ولو في المرض قسم الثلث على هذا) أي على قدر ما يصيبهم من سهام العتق، وشرحه أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على أربعة لحاجتنا إلى ثلاثة الارباع فنقول: يعتق من الثابت ثلاثة أسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد أن تجعل سهام الورثة ضعف ذلك، فتجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال أحد وعشرون، فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في أربعة، ومن الباقين من كل واحد سهمان ويسعى في خمسة أسهم، فإذا تأملت وجمعت استقام الثلث والثلثان. وعند محمد يجعل كل رقبة على ستة لانه
***
[٤١٢]
يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق سهما فصار جميع المال ثمانية عشر وباقي التخريج ما مر. فحاصله أنه يعتق على قوله من الثابت نصفه ويسعى في النصف، وعلى قولهما يعتق نصفه إلا نصف سبع ويعتق من الخارج ثلثه سهمان ويسعى في الثلثين، وعلى قولهما يعتق ثلثه إلا ثلث سبع ومن الداخل سدسه وهو سهم واحد، وعلى قولهما يعتق سبعاه. قال في فتح القدير: ولا يخفى أن الحاصل لورثته لا يختلف ا ه‍. ولا يخفى أن قسمة الثلث إنما هو عند عدم إجازة الورثة وضيق المال وعدم الدين، أما إذا كانوا يخرجون من الثلث أو لا يخرجون لكن أجازت الورثة فالجواب كما إذا كان في الصحة يعتق من كل واحد ما عتق ويسعى في الباقي، ولو كان على الميت دين مستغرق يسعى كل واحد في قيمته للغر ماء ردا للوصية لان العتق في مرض الموت وصية ولا وصية إلا بعد قضاء الدين، فإن كان الدين غير مستغرق بأن كان ألفا وقيمة كل واحد من العبدين ألف مثلا يسعى كل واحد في نصف قيمته ثم نصف كل واحد منهما وصية، فإن أجازت الورثة عتق النصف الباقي من كل واحد وإلا يعتق من كل واحد ثلث نصف الباقي وهو السدس مجانا ويسعى في ثلثي النصف، كذا في البدائع في مسألة ما إذا أعتق عبديه في المرض، ويستفاد منه مسألة الكتاب كما لا يخفى. وأشار المصنف إلى أنه لو كان هذا في الطلاق فالحكم كذلك قال في الهداية: ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخول بهن ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه، ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمان، ومن مهر الداخلة ثمنه. قيل: هذا قول محمد. وعندهما يسقط ربعه. وقيل: هو قولهما أيضا. وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعها في الزيادات ا ه‍. وقد أوضحه في فتح القدير. ثم اعلم أن جهالة المعتق لا تخلو إما أن تكون أصلية وإما أن تكون طارئة، فإن كانت أصلية وهي أن تكون الصيغة من الابتداء مضافة إلى أحد المذكورين غير عين فصاحبه المزاحم لا يخلو إما أن يكون محتملا للاعتاق وهو ممن ينفذ إعتاقه فيه كقوله لعبديه أحدكما حر فالكلام فيه في موضعين: الاول في كيفية هذا التصرف، والثاني في أحكامه. أما كيفيته فقيل إن العتق معلق بالبيان ولا يثبت العتق قبل الاختيار إلا أنه ها هنا يدخل الشرط على الحكم لا على السبب كالتدبير والبيع بخيار الشرط بخلاف التعليق بسائر
***
[٤١٣]
الشروط، ونسب هذا القول إلى أبي يوسف. ويقال إنه قول أبي حنيفة أيضا. وقال بعضهم: هو تنجيز العتق في غير المعين للحال واختيار العتق في أحدهما بيان ونسب هذا القول لمحمد. ولم يكن منصوصا عليه من أصحابنا لكنه مدلول عليه ومشار إليه، أما الدلالة فلانه ظهر الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد في الطلاق فيمن قال لامرأتيه أحداكما طالق أن العدة تعتبر من وقت الاختيار في قول أبي يوسف والعدة إنما تجب من وقت وقوع الطلاق، فدل أن الطلاق لم يكن واقعا. وفي قول محمد يعتبر من وقت الكلام السابق وهو يدل على

أن الطلاق قد وقع من حين وجوده. وأما الاشارة فإنه روي عن أبي يوسف أنه قال: إذا أعتق أحد عبديه تعلق العتق بذمته ويقال له أعتق. وفيه إشارة إلى أنه غير نازل في المحل. ومعنى قوله أعتق اختر العتق لاجماعنا أنه لا يكلف بإنشاء العتق. وذكر محمد في الزيادات يقال له بين، وفيه إشارة إلى الوقوع في غير المعين. ثم القائلون بالبيان اختلفوا في كيفية البيان فمنهم من قال إنه إظهار محض، وقيل إظهار من وجه، إنشاء من وجه هذا غير سديد، لان القول الواحد لا يكون إظهارا وإنشاء. وأما الاحكام فنقول إن للمولى أن يستخدمهما ويستغلهما قبل الاختيار، وهذا يدل على أنه غير واقع ولو جنى عليهما قبل الاختيار فلا يخلو إما إن كانت من المولى أو من الاجنبي، وكل لا يخلو إما أن يكون على النفس أو على ما دون النفس، فإن كانت من المولى على ما دون النفس بأن قطع يدهما فلا شئ عليه وهو يدل على عدم نزول العتق، وسواء قطعهما معا أو على التعاقب، وإن كان على النفس بأن قتلهما، فإن كان على التعاقب فالاول عبد والثاني حر فتلزمه دية الثاني وتكون لورثته ولا يرث المولى منها شيئا، وإن قتلهما معا بضربة واحدة فعليه نصف دية كل واحد منهما وهذا يؤيد القول بنزول العتق في غير المعين. وإن كانت من أجنبي فيما دون النفس بأن قطع إنسان يدهما فعليه أرش العبيد للمولى وهو نصف قيمة كل واحد منهما، قطعهما معا أو على التعاقب، وهو يدل على عدم نزوله. وإن كانت في النفس فلا يخلو إما أن يكون القاتل واحدا أو اثنين، فإن كان واحدا فإن قتلهما معا فعلى القاتل نصف قيمة كل واحد منهما وتكون للمولى وعليه نصف دية كل واحد منهما لورثتهما، وهذا يدل على أن العتق نازل في غير العين، وإن قتلهما على التعاقب يجب على القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثاني للورثة.

***

[٤١٤]

وإن كان القاتل اثنين، فإن كانا معا فعلى كل واحد منهما القيمة نصفها للورثة ونصفها للمولى، وإنما لم تجب دية لان من تجب عليه الدية منهما مجهول بخلاف ما إذا كان واحدا. وإن كان على التعاقب فعلى الاول القيمة للمولى وعلى الثاني الدية للورثة، ولو كانا أمتين فولدت كل واحدة ولدا أو إحداهما فاختار المولى عتق إحداهما عتقت هي وعتق ولدها، سواء كان للاخرى ولد أو لم يكن. أما على قول التنجيز فظاهر، وهكذا على قول التعليق لانعقاد السبب فيسرى كالاستيلاد. ولو ماتا معا قبل الاختيار وقد ولدت كل ولدا خير المولى فيختار عتق أي الوالدين شاء كما كان مخيرا فيهما، ولو قتل الامتين رجل خير المولى في الولدين فأيهما اختار عتقه لا يرث من أرش أمه شيئا لانه إنما عتق بالاختيار وهو بعد موت الام فلا يرث منها بل يكون الكل للمولى، وهذا نص مذهب التعليق. ولو وطئتا بشبهة قبل الاختيار يجب عقرهما للمولى كالارش وهو يؤيد قول التعليق، ولو باعهما صفقة واحدة فسد البيع على المذهبين لانعقاد السبب على قول التعليق كما لو جمع بين قن ومدبر في البيع ولم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن، ولو قبضهما المشتري وملك أحدهما وأعتقهما المشتري أمر البائع باختيار العتق، وأيهما اختار عتقه عتق الآخر على المشتري، فإن مات البائع قبل البيان قام الوارث مقامه، فإن لم يعتق المشتري حتى مات البائع لم ينقسم العتق بينهما حتى يفسخ القاضي البيع، فإذا فسخه انقسم وعتق في كل نصفه. ولو وهبهما قبل الاختيار أو تصدق بهما أو تزوج عليهما تخير فيختار العتق في أيهما شاء، وتجوز الصدقة والهبة والامهار في الآخر لان حرية أحدهما لا يوجب بطلان هذه التصرفات لانه لو جمع في الهبة بين حر وعبد فإنه يصح في العبد، وإن مات المولى قبل أن يبين العتق في أحدهما بطلت الهبة والصدقة فيهما وبطل إمهارة لشيوع العتق بموته، ولو أسرهما أهل الحرب كان للمولى أن يختار العتق ويكون الآخر لاهل الحرب، فإن لم يختر حتى مات بطل ملك أهل الحرب لشيوع الحرية

***

[٤١٥]

فيهما. ولو اشتراهما من أهل الحرب تاجر فللمولى أن يختار عتق أيهما شاء ويأخذ الآخر بحصته من الثمن، فإن اشترى التاجر أحدهما فاختار المولى عتقه عتق وبطل الشراء، فإن أخذه المولى من الذي اشتراه بالثمن عتق الآخر. ولو أعتق أحد عبديه في صحته ثم بين في المرض فإنه يعتق من جميع المال، وإن كانت قيمته أكثر من الثلث، وهذا يدل على أن إضافة العتق إلى المجهول إيقاع وتنجيز إذا لو كان تعليقا لاعتبر من الثلث كالانشاء في المرض، وسيأتي بيان ما يكون بيانا وما لا يكون بيانا. ولو قال أحد عبيدي حر ثلاث مرات وله ثلاثة عتقوا جميعا، ولو قال أحدكم حر وكره ثلاثا لم يعتق إلا واحد لان أحدهم عتق باللفظ الاول، ثم الثاني جمع بين حر وعبدين فقال أحدكم فلم يصح، ثم باللفظ الثالث جمع بين عبد وحرين فلم يصح ذلك أيضا. ولو قال لعبده أنت حر أو مدبر يؤمر بالبيان، فإن قال

عنيت به الحرية عتق، وإن قال عنيت التدبير صار مدبرا، فإن مات قبل البيان والقول في الصحة عتق نصفه بالاعتاق البات ونصفه بالتدبير لشيوع العتقين فيه إلا أن نصفه يعتق مجانا من جميع المال، ونصفه يعتق من الثلث، سواء كان التدبير في المرض أو في الصحة، إن خرج من الثلث عتق كل النصف، وإن لم يكن له مال غيره عتق ثلث النصف ويسعى في ثلثي النصف وهو ثلث الكل. وأما الحكم بعد موت المولى من غير بيان فإنه يعتق من كل واحد منهما نصفه والخيار لا يورث لشيوع العتق ويسعى في نصفه. وهذا كله إذا كان المزاحم له محتملا للعتق وهو

***

[٤١٦]

ممن ينفذ إعتاقه فيه، فإن كان مما لا ينفذ إعتاقه فيه بأن جمع بين عبده وعبد غيره وقال أحدكما حر لا يعتق عبده، إلا بالنية لاحتماله كلا منهما، وإن كان المزاحم مما لا يحتمل الاعتاق كما إذا جمع بين عبد وبهيمة أو حائط أو حجر وقال أحدكما حر توقف على النية لان الصيغة للاخبار وهو صادق. ولو جمع بين عبده ومدبره وقال أحدكما حر لا يصير عبده مدبرا إلا بالنية، وأما الجهالة الطارئة بأن أضافه إلى أحدهما بعينه ثم نسيه فالكلام فيه في موضعين: أحدهما في كيفية هذا التصرف. ثانيهما في أحكامه. أما الاول فلا خلاف في أن أحدهما حر قبل البيان والبيان فيه إظهار، وأما الثاني فهي ضربان: ضرب يتعلق بحياة المولى والآخر بعد موته. أما الاول فإنه يمنع عن وطئهن واستخدامهن والحيلة في أن يباح له وطؤهن أن يعقد عليهن عقد النكاح فتحل له الحرة منهن ويأمره القاضي بالبيان، فإن امتنع حبسه ليبين، وإن ادعى كل ولا بينة وجحد استحلفه القاضي لكل واحد منهما بالله ما أعتقته، فإن نكل لهما عتقا، وإن حلف لهما أمر بالبيان لان حرية أحدهما لا ترتفع باليمين، فإن حلف المولى للاول عتق الذي لم يحل له، وإن لم يحلف له عتق هو، وإن حلف لهما وكانا أمتين يحجب عنهما حتى يبين. والبيان في هذه الجهالة نوعان: نص ودلالة أو ضرورة. فالنص أن يعينه بقوله، وأما الدلالة أو الضرورة فهو أن يفعل أو يقول ما يدل على البيان كأن يتصرف في أحدهما تصرفا لا يصح إلا في الملك من البيع والهبة والاعتاق. وكذا إذا كانا أمتين فوطئ أحداهما عتقت الاخرى بلا خلاف بخلاف الجهالة الاصلية عند الامام. وإن كن عشرا فوطئ إحداهن تعينت الموطوءة للرق حملا لامره على الصلاح، وتعينت الباقيات لكون المعتقة فيهن فتتعين بالبيان نصا أو دلالة. وكذا لو وطئ الثانية والثالثة إلى التاسعة فتتعين الباقية وهي العاشرة للعتق، ولو ماتت واحدة منهن قبل البيان فالاحسن أن لا يطأ الباقيات قبل البيان، فلو فعل جاز لاحتمال أن يتذكر أن المعتقة هي الميتة لان الحي هنا لا يتعين للعتق بخلاف الجهالة الاصلية. ولو كانتا اثنتين فماتت واحدة منهما لا تتعين الباقية للعتق لان الميتة لم تتعين للملك فوقف تعينها للعتق على البيان. ولو قال المولى هذا مملوك وأشار إلى أحدهما تعين الآخر للعتق دلالة أو ضرورة،

***

[٤١٧]

ولو باعهما صفقة واحدة كان البيع فاسدا، وكذا لو كانوا عشرة باعهم صفقة، ولو باعهم على الانفراد جاز البيع في التسع وتعين العاشر للعتق. وأما الثاني فهو أن المولى إذا مات قبل البيان يعتق من كل منهما نصفه مجانا ويسعى كل في نصفه كما في الجهالة الاصلية، كذا في البدائع مع اختصار وحذف الدلائل. قوله: (والبيع والموت والتحرير والتدبير بيان في العتق المبهم) لانه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت والتحرير وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين الآخر، ولانه بالبيع قصد الوصول إلى الثمن وبالتدبير إبقاء الانتفاع إلى موته، والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين الآخر دلالة. والاستيلاد والكتابة كالتدبير، والمراد بالتحرير أن يعتق أحدهما ناويا استئناف العتق عليه أو لا نية له لا بيان للمبهم، فلو قال لاحدهما أنت حر أو أعتقتك ولم يقل بذلك اللفظ أو بالعتق السابق، فإن أراد به عتقا مستأنفا عتقا جميعا، وهذا بالاعتاق المستأنف وذلك باللفظ السابق، وإن قال عنيت به الذي لزمني بقولي أحدكما حر يصدق في القضاء ويحمل قوله أعتقتك على اختيار العتق أي اخترت عتقك. وأشار بالبيع إلى كل تصرف لا يصح إلا في الملك كهبة أحدهما أو صدقته أو رهنه أو إجارته أو الايصاء به أو تزويجه فكان إقدامه دليلا على اختياره العتق المبهم في الآخر، وهذا على القول بأن العتق غير نازل. وأما على القول بنزوله فالاقدام عليها يكون اختيارا للملك في المتصرف فيه فيتعين الآخر للعتق ضرورة. وشرط في الهداية التسليم في الهبة والصدقة ليكون تمليكا. وظاهر البدائع أنه ليس بشرط لان المساومة إذا كانت بيانا فهذه التصرفات أولى

بلا قبض. وفي الكافي أن ذكر التسليم وقع اتفاقا. وأطلق في البيع فشمل الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه، وشمل المطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق الكتاب والمعنى ما قلنا، والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن أبي يوسف. وأطلق في التحرير فشمل المعلق والمنجز، فإن قال لاحدهما إن دخلت الدار فأنت حر عتق الآخر. وقيد بالعتق المبهم لان الموت في النسب المبهم أو أمومية الولد المبهمة لا يكون بيانا فلو قال أحد هذين ابني أو أحد هاتين أم ولدي فمات أحدهما لم يتعين الآخر للحرية والاستيلاد لانه ليس بإنشاء بل إخبار

***

[٤١٨]

عن شئ سابق والاخبار يصح في الحي والميت فيقف على بيانه بخلاف أحدكما حر إنشاء والانشاء لا يصح إلا في الحي. وأطلق في الموت فشمل القتل، سواء قتله المولى أو أجنبي، فإن كان القتل من المولى فلا شئ عليه، وإن كان من الاجنبي فعليه قيمة العبد المقتول للمولى، فإن اختار المولى عتق المقتول لا يرتفع العتق عن الحي ولكن يكون لورثة المقتول لان المولى قد أقر بحريته فلا يستحق شيئا من قيمته، وقيد بالموت احترازا عن قطع اليد فإنه لا يعتق الآخر، سواء كان القطع من المولى أو من الاجنبي. فإن كان من أجنبي وبين المولى العتق في غير المجني عليه فالارش للمولى بلا شك، وإن بينه في المجني عليه ذكر القدوري أن الارش للمولى لا للمجني عليه. وذكر الاسبيجابي أن الارش للمجني عليه وهو قياس مذهب التنجيز والاول قياس مذهب التعليق. وفي فتح القدير: وما يقع به البيان في العتق المبهم المنجز يقع به في العتق المبهم المعلق كان قال إذا جاء زيد فأحد كما حر، فلو مات أحدهما قبل الشرط أو تصرف فيه بإزالة الملك ثم جاء زيد عتق الباقي. وفرق بين البيان الحكمي والصريح، فإن الحكمي قد رأيت أنه يصح قبل الشرط بخلاف الصريح فإنه لو قال قبل الشرط اخترت أن يعتق فلان ثم وجد الشرط لا يعتبر لانه اختيار قبل وقته كما لو قال أنت حر إن دخلت هذه أو هذه ثم عين أحداهما للحنث لا يصح تعيينه. ولو باع أحدهما أو كلاهما ثم اشتراهما ثم جاء زيد ثبت حكم العتق المبهم فيعتق أحدهما ويؤمر بالبيان لان زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها ا ه. وفي الاختيار: لو قال أحدكما حر فقيل أيهما نويت فقال لم أعن هذا عتق الآخر، فإن قال بعد ذلك لم أعن هذا عتق الاول أيضا، وكذلك طلاق إحدى المرأتين بخلاف ما إذا قال لاحد هذين علي ألف فقيل له هو هذا فقال لا لا يجب للآخر شئ. والفرق أن التعيين واجب عليه في الطلاق والعتاق فإذا نفاه عن أحدهما تعين الآخر إقامة للواجب، أما الاقرار لا يجب عليه البيان فيه لان الاقرار للمجهول لا يلزم حتى لا يجبر عليه فلم يكن نفي أحدهما تعيينا للآخر. قوله: (لا الوطئ) أي لا يكون وطئ إحدى الامتين بيانا للعتق المبهم إذا لم يكن معلقا عند أبي حنيفة. وقالا: لا هو بيان فتعتق الاخرى لان الوطئ لا يحل إلا في الملك وإحداهما حرة فكان بالوطئ مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق، وله أن الملك قائم في الموطوءة لان الايقاع في النكرة وهي معينة فكان وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطؤهما على مذهبه إلا أنه لا يفتى به. ثم يقال: العتق غير نازل قبل

***

[٤١٩]

البيان لتعلقه به أو يقال نازل في المنكر فيظهر في حق حكم يقبله والوطئ يصادف المعينة بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطئ يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد، أما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء. وفي فتح القدير: الحق أنه لا يحل وطؤهما كما لا يحل بيعهما وقد وضع في الاصول مسألة يجوز أن يحرم أحد أشياء كما يجوز إيجاب أحد أشياء كما في خصال الكفارة، وحكم تحريم أحد أشياء جواز فعلها إلا واحدا لانه لو عمها فعلا كان فاعلا للمحرم قطعا ولا يعلم خلاف في ذلك، وثبوت الملك قد يمتنع معه الوطئ لعارض كالرضاع والمجوسية فلا يستلزم قيامه حل الوطئ وقد أطال رحمه الله تعالى إطالة حسنة. والحاصل أن الراجح قولهما وأنه لا يفتى بقول الامام كما في الهداية وغيرها لما فيه من ترك الاحتياط مع أن الامام رحمه الله تعالى ناظر إلى الاحتياط في أكثر المسائل. قيدنا الوطئ بكونه غير معلق لانها لو علقت به عتقت الاخرى بالاتفاق. وقيد بالعتق المبهم لان الوطئ في التدبير المبهم لا يكون بيانا بالاجماع لان التدبير لا يزيل ملك المنافع بخلاف العتق. وأشار المصنف إلى أنه لو قبلها أو لمسها أو نظر إلى فرجها بشهوة لا يكون بيانا بالاولى وهو على الخلاف كما في المحيط، وإلى أنه لو استخدم

أحدهما طوعا أو كرها لا يكون بيانا وهو بالاجماع لان الاستخدام لا ينافي إنشاء العتق ولا يبطله الانشاء لانه لا يختص بالملك لانه قد تستخدم الحرة فلا يكون بيانا دلالة، كذا في المحيط قوله: (وهو والموت بيان في الطلاق المبهم) أي الوطئ بيان للطلاق المبهم فتطلق التي لم يطأها كما إذا ماتت إحداهما تعينت الاخرى للطلاق، وقد قدمنا الفرق بين الطلاق والعتق. ولا بد أن يكون الطلاق بائنا، أما لو كان رجعيا لا يكون الوطئ بيانا لطلاق الاخرى لحل وطئ المطلقة الرجعية. وهل البيان يثبت في الطلاق بالمقدمات في الزيادات لا يثبت. وقال الكرخي: يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطئ، كذا في فتح القدير. قيد بالوطئ والموت لانه لو طلق إحداهما ينبغي أن لا يكون بيانا لان المطلقة يقع الطلاق عليها ما دامت في العدة فلا يدل على أن الاخرى هي المطلقة. قوله: (ولو قال إن كان أول ولد تلدينه ذكر افأنت حرة فولدت ذكر أو أنثى ولم يدر الاول رق الذكر وعتق نصف الام والانثى) لان كل واحد منهما يعتق في حال دون حال وهو ما إذا ولدت الغلام أولا عتقت الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها لان الام حرة حين ولدتها، وترق في حال وهو ما إذا ولدت الجارية أولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة وتسعى في النصف. أما الغلام فيرق في الحالين فلهذا يكون عبدا، وهذا الجواب كما ترى
***
[٤٢٠]
في الجامع الصغير من غير خلاف فيه. والمذكور لمحمد في الكيسانيات في هذه المسألة أنه لا يحكم بعتق واحد منهم لانا لم نتيقن بعتق، واعتبار الاحوال بعد التيقن بالحرية، ولا يجوز إيقاع العتق بالشك فعن هذا حكم الطحاوي بأن محمدا كان أولا مع أبي حنيفة وأبي يوسف ثم رجع. وفي النهاية عن المبسوط أن هذا الجواب ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الجارية أولا، فإن نكل فنكوله كإقراره، وإن حلف فكلهم أرقاء. وأما جواب هذا الفصل إنما هو فيما إذا قال إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة، وإن كانت جارية فهي حرة، فولدتهما ولا يدري الاول فالغلام رقيق والانثى حرة ويعتق نصف الام، ولا شك أن هذا ليس جواب الكتاب لان في هذه الصورة يعتق جميع الجارية على كل حال لانها إن ولدت الجارية أولا عتقت بالشرط، وإن ولدت الغلام أولا عتقت تبعا للام، وأما انتصاف عتق الام فلانها تعتق في ولادة الغلام أولا وترق في الجارية، وجواب الكتاب عتق نصفها مع نصف الام. وصحح في النهاية ما في الكيسانيات لان الشرط الذي لم يتيقن وجوده إذا كان في طرف واحد كان القول قول من أنكر وجوده كما إذا قال إن دخلت الدار غدا فأنت حر فمضى الغد ولا يدري أدخل الدار أم لا للشك في شرط العتق، فكذا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام أولا. وأما إذا كان الشرط مذكورا في طرفي الوجود والعدم كان أحدهما موجودا لا محالة فحينئذ يحتاج إلى اعتبار الاحوال. فإن قلت: المفروض في مسألة الكتاب تصادقهم على عدم علم المتقدم والمتأخر، فكيف يحلف ولا دعوى ولا منازع؟ قلت: هو محمول على دعوى من خارج حسبة عتق الامة أو بنتها لوجود الشرط، وقد عرف أن الامة لو أنكرت العتق وشهد به يقبل فعلى هذا جاز أن يدعى رجل حسبة إذا لم تكن بينة ليحلف لرجاء نكوله، هذا ولكن المذكور في المبسوط في تعليله صرح بأن الام تدعي العتق والمولى ينكر والقول للمنكر مع يمينه، فأفاد أن ذلك في صورة دعوى الام وهي غير هذه الصورة التي في الكتاب. واعلم أن ما ذكر في النهاية من ترجيح ما في الكيسانيات حقيقته إبطال قول أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه لم يرو عنهما رواية شاذة تخالف ذلك في الجواب، واستدلاله بأن الشرط الكائن في طرف واحد إلى آخر قد ينظر فيه بأن ذلك في الشرط الظاهر لا الخفي، ولذا قيد في المبسوط حيث قال: إذا قال إن فعلت كذا فأنت حر وذلك من الامور الظاهرة كالصوم والصلاة ودخول الدار فقال العبد فعلت لا يصدق إلا ببينة بخلاف قوله إن كنت تحبيني إلى
***
[٤٢١]
آخره. فيمكن أن تكون الولادة من الامور التي ليست ظاهرة فيوجب الشك فيها اعتبار الاحوال فيعتق نصف الام كما في الجامع والله أعلم، كذا في فتح القدير وفيه نظر، لان جعل الولادة من الامور الخفية كمحبة القلب لا يصح لان المراد بالامور الظاهرة ما يمكن اطلاع الغير عليها، والمراد بالخفية ما لا يمكن اطلاع الغير عليه، ولا شك أن الولادة مما يمكن الاطلاع عليها ولذا اتفقوا أنه لا يقبل قول المرأة في الولادة ولو كانت كالمحبة لقبل قولها، وإنما اختلفوا هل يكتفي بشهادة المرأة أو لا بد من شهادة رجلين أو رجل

وامرأتين كما قدمناه. فالحق أن المسألة مشكلة لانها لا توافق الاصول ولا يمكن الحكم بإبطال هذا الجواب كما في النهاية لان جوابها نص الجامع الصغير، ولولا ذلك لتعين القول بما في النهاية، وقد ظهر للعبد الضعيف أن مشايخنا يعتبرون الاحوال عند تعدد الشرط وعند التعليق بشرط واحد له جزآن كمسألتنا. قوله: (فإن العتق معلق على شرطه له جزآن) إحداهما ولادة الغلام، وثانيهما كونه أول، ففي كل منهما إذا تحقق وجود البعض ووقع التردد في تعيينه فحينئذ تعتبر الاحوال، فإن في مسألتنا تحقق ولادة الغلام لكن لم يدر أنه أول بخلاف التعليق بدخول الدار ونحوه فإن الشرط شئ واحد ولم يتحقق وجوده فلا تعتبر الاحوال. فالحاصل أن الشرط إذا كان مركبا من جزئين فهو كالتعليق بشرطين. وبهذا التقدير يصح ما في الجامع الصغير وتتوافق الفروع مع الاصول كما لا يخفى. والمراد بعدم علم الاول تصادقهم على عدم الاول تصادقهم على عدم معرفة الاول، وقيد به لانهم لو اتفقوا على أن ولادة الغلام أولا أو اتفقوا على أن ولادة الجارية أولا فلا يعتق أحد في الثاني ويعتق كل الام والجارية في الاول فهي ثلاثة، والرابعة لو اختلفا فادعت الام ولادة الغلام أولا وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قول المولى لانه ينكر شرط العتق، ويحلف على العلم لانه فعل الغير، فإن حلف لم يعتق واحد منهما إلا أن تقيم البينة بعد ذلك، وإن نكل عتقت الام والبنت لان دعوى الام حرية الصغير معتبرة لانها نفع محض ولها عليها ولاية لا سيما إذا لم يعرف لها أب. الخامسة أن تدعي الام بأن الغلام هو الاول ولم تدع البنت وهي كبيرة فإنه يحلف المولى، فإن حلف لم يعتق واحد منهم، وإن نكل عتقت الام دون البنت لان النكول حجة ضرورية فلا تتعدى ولا ضرورة

***

[٤٢٢]

في غير المدعية، هكذا ذكروا، وهذا يشير إلى أنها لو أقامت البينة تتعدى. السادسة أن تدعي البنت وهي كبيرة أن الغلام هو الاول ولم تدع الام فتعتق البنت إذا نكل دون الام لما ذكرنا. وقيد بكون الشرط واحدا لانه لو كان متعددا فهو على وجوه: الاول لو قال إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة، وإن كان جارية فهي حرة فولدتهما، فإن علم أنه أولا عتق الام والجارية لا غير، وإن علم أن الجارية هي الاولى عتقت لا غير، وإن لم يعلم فالجارية حرة على كل حال والغلام عبد على كل حال ويعتق نصف الام وتسعى في نصف قيمتها، وإن اختلفا فالقول قول المولى. الثاني لو قال إن كان أول ولد تلدينه غلاما فهو حر، وإن كانت جارية فأنت حرة فولدتهما، فإن علم أنه الاول عتق هو لا غير، وإن علم أنها أولا عتقت الام والغلام لا غير، وإن لم يعلم فالغلام حر على كل والجارية رقيقة على كل حال ويعتق نصف الام. الثالث أن تلد غلامين وجاريتين والمسألة بحالها، فإن علم أن الاول ذكر عتق هو لا غير، وإن علم أنه جارية فهي رقيقة ومن سواها أحرار، وإن لم يعلم الاول يعتق من الغلامين من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه ويسعى في ربع قيمته ويعتق من الام نصفها ويعتق من البنتين من كل واحدة ربعها. الرابع لو قال إذا ولدت غلاما ثم جارية فأنت حرة، وإن ولدت جارية ثم غلاما فالغلام حر فولدتهما، فإن كان الغلام أولا عتقت الام والغلام والجارية رقيقان، وإن كانت الجارية أولا عتق الغلام والام والجارية رقيقان، وإن لم يعلم الاول باتفاقهما فالجارية رقيقة، وأما الغلام والام فإنه يعتق من كل واحدة منهما نصفه، وإن اختلفا فالقول قول المولى مع يمينه. الخامس لو ولدت غلامين وجاريتين والمسألة بحالها، فإن ولدت غلامين ثم جاريتين عتقت الام وعتقت الجارية الثانية بعتقها وبقي الغلامان والجارية الاولى رقيقا، وإن ولدت غلاما ثم جاريتين ثم غلاما عتقت الام والجارية الثانية والغلام الثاني بعتق الام، وإن ولدت جاريتين ثم غلامين عتق الغلام الاول وبقي من سواه رقيقا، وكذا إذا ولدت جارية ثم غلامين ثم جارية عتق الغلام الاول لا غير، وكذا إذا ولدت جارية ثم غلاما ثم جارية ثم غلاما عتق الغلام الاول، وإن لم يعلم باتفاقهم يعتق من الاولاد من كل واحد بعه ويعتق من الام نصفها، وإن اختلفوا فالقول قول المولى مع يمينه، كذا في البدائع بحذف التعليل. قوله: (ولو شهدا أنه حرر أحد عبديه أو أمتيه لغت إلا أن تكون في وصية أو طلاق مبهم) وهذا عند الامام. وقالا: الشهادة مقبولة ويؤمر بأن يوقع العتق على أحدهما قياسا على

***

[٤٢٣]

ما إذا شهدا أنه طلق إحدى نسائه فإنها جائزة ويجبر على أن يطلق إحداهن بالاجماع وهو المراد بقوله أو طلاق مبهم وهو استثناء منقطع لان صدر الكلام لم يتناول آخره. وفرق الامام بينهما، أما في عتق العبد فالفرق أن الشهادة على عتق العبد لم تقبل من غير دعوى

العبد ولم يتحقق هنا لان الدعوى من المجهول لا تحقق فلا تقبل الشهادة. وعندهما لما لم تكن دعواه شرطا قبلت. أما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة. لانها ليست بشرط فيه، وأما في عتق الامة فإنها لا تقبل عنده وإن كانت الدعوى ليست شرطا فيه لانه إنما لم تشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق لكن العتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرنا فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين. والمراد بقوله إلا أن تكون في وصية أنهما شهدا أنه أعتقه في مرض موته فإن القياس أن لا تقبل لما ذكرنا. والاستحسان قبولها لان العتق في المرض وصية والخصم معلوم وهو الموصي وله خلف وهو الوصي أو الوارث فتتحقق الدعوى من الخلف، ولان العتق يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما معينا. وكذا لو شهدا على تدبير أحدهما، سواء كان في صحته أو مرضه، لانه وصية ولو في الصحة. وأطلق المصنف في شهادتهما بعتق أحد العبدين فشمل ما إذا كانت الشهادة بعد موت المولى وهو قول البعض لان العتق في الصحة ليس بوصية فلا تقبل شهادتهما، والاصح قبولها اعتبارا للشيوع لما عرف أن الحكم إذا علل بعلتين لا ينتفي بانتفاء أحدهما فكان ينبغي للمصنف أن يقول في حياته كما لا يخفى لكن قال في فتح القدير: ولقائل أن يقول شيوع العتق الذي هو مبني على صحة كون العبدين مدعيين يتوقف على ثبوت قوله أحد كما حر ولا مثبت له إلا الشهادة وصحتها متوقفة على الدعوى الصحيحة من الخصم فصار ثبوت شيوع العتق متوقفا على ثبوت الشهادة، فلو أثبتت الشهادة بصحة خصومتها وهي متوقفة على ثبوت العتق فيهما شائعا لزم الدور، وإذا لم يتم وجه ثبوت هذه الشهادة على قوله لزم ترجيح القول بعدم قبولها، وعلى هذا يبطل الوجه الثاني من وجهي الاستحسان في المسألة التي قبل هذه ا ه‍. أقول: إن هذا من العجب العجاب من هذا المحقق لان صحة كونهما مدعيين لا يتوقف على الثبوت إذ يلزم مثله في كل دعوى بأن يقال: صحة كونه مدعيا متوقفة على ثبوت قوله، وثبوت قوله متوقف على تقدم الدعوى الصحيحة، وإنما صحة الدعوى متوقفة على كون المدعي معلوما مع بقية الشرائط، فإذا كان المولى حيا لم يدع كل منهما عتق نفسه لجهالة المعتق فلم تسمع الشهادة لعدم تقدم الدعوى، وإذا مات المولى شاع العتق فجاز لكل واحد منهما أن يدعي أن نصفه حر فإذا ادعى ذلك سمعت دعواه وقبل
***
[٤٢٤]
برهانه، فقد ظهر صحة الوجه الثاني وبطلان قول من زعم بطلانه، ولهذا صحح القول المذكور فخر الاسلام والمصنف في الكافي وارتضاه الشارحون والله هو الموفق للصواب. وشمل إطلاق المصنف ما إذا كان العبدان يدعيان العتق أو أحدهما كما في البدائع. وأشار المصنف إلى أنهما لو شهدا أنه حرر أمة بعينها وسماها فنسيا اسمها لا تقبل لانهما لم يشهدا بما تحملاه وهو عتق معلومة بل مجهولة، وكذا الشهادة على طلاق إحدى زوجتيه وسماها فنسياها. وعند زفر تقبل ويجبر على البيان ويجب أن يكون قولهما كقول زفر في هذا لانها كشهادتهما على عتق إحدى أمتيه وطلاق إحدى زوجتيه، كذا في فتح القدير. وإلى أنه لو شهدا أنه أعتق عبده سالما وله عبدان كل واحد اسمه سالم والمولى يجحد لم يعتق واحد منهما في قول أبي حنيفة لانه لا بد من الدعوى لقبول هذه الشهادة عنده، ولا يتحقق هنا من المشهود له لانه غير معين منهما فصارت كمسألة الكتاب الخلافية بخلاف ما لو كان له عبد واحد اسمه سالم وشهدا أنه أعتق عبده سالما ولا يعرفونه فإنه يعتق لانه كان متعينا لما أوجبه، وكون الشهود لا يعرفون عين المسمى لا يمنع قبول شهادتهم، كما أن القاضي يقضي بالعتق بهذه الشهادة وهو لا يعرف العبد بخلاف ما لو شهدوا ببيعه، كذا في فتح القدير. وذكر فروعا آخرى هنا تناسب الشهادات أخرنا ذكرها إليها. والفرق بين البيع والاعتاق أن البيع لا يحتمل الجهالة أصلا والعتق يحتمل ضربا منها، ألا ترى أنه لا يجوز بيع إحدى العبدين ويجوز عتق أحدهما، كذا في البدائع والله أعلم. باب الحلف بالدخول هكذا في بعض النسخ والاولى باب الحلف بالعتق كما في الهداية. والمراد منه أن يجعل
***
[٤٢٥]
العتق جزاء على الحلف بأن يعلق العتق بشئ وهو شروع في بيان التعليق بعد ما ذكر مسائل التنجيز. وإنما ذكر مسألة التعليق بالولادة في باب عتق البعض لبيان أنه يعتق منه البعض عند عدم العلم. والحلف بفتح الحاء مع سكون اللام وكسرها مصدر قولهم حلف بالله يحلف حلفا وحلفا القسم، وبكسر الحاء مع سكون اللام العهد قوله: (ومن قال إن دخلت فكل مملوك لي يومئذ حر عتق ما يملكه

بعده به) أي بعد هذا القول بالدخول لان التنوين في يومئذ عوض عن الجملة المضاف إليها لفظ إذ تقديره إذا دخلت. ولفظ يوم ظرف للمملوك فكان التقدير كل من يكون في ملكي وقت الدخول حر. وهذا في الحقيقة إضافة عتق المملوك يوم الدخول إلى يوم الدخول، والمملوك لا يكون إلا بملك فصار كأنه قال إن ملكت مملوكا وقت الدخول فهو حر وهو يصدق بملك قبل الدخول يقارن بقاءه الدخول فكأنه إضافة العتق إلى الملك الموجود عند الدخول بخلاف قوله لعبد غيره إن دخلت الدار فعبدي حر فاشتراه فدخل لا يعتق لانه لم يضف العتق إلى ملكه لا صريحا ولا معنى. والمراد باليوم هنا مطلق الوقت حتى لو دخل ليلا عتق ما في ملكه لانه أضيف إلى فعل لا يمتد وهو الدخول وإن كان في اللفظ إنما أضيف إلى لفظ إذ المضافة للدخول لكن معنى إذ غير ملاحظ وإلا كان المراد يوم وقت الدخول، وهو وإن كان يمكن على معنى يوم الوقت الذي فيه الدخول تقييدا لليوم به لكن إذا أريد به مطلق الوقت يصير المعنى وقت وقت الدخول ونحن نعلم مثله كثيرا في الاستعمال الفصيح كنحو ويومئذ يفرح المؤمنون بنصر الله ولا يلاحظ فيه شئ من ذلك فإنه لا يلاحظ في هذه الآية وقت يغلبون يفرح المؤمنون، ولا يوم وقت يغلبون يفرحون، ونظائره كثيرة في كتاب الله تعالى وغيره، فعرف أن لفظ إذ لم يذكر إلا تكثيرا للعوض عن الجملة المحذوفة أو عمادا له أعني التنوين لكونه حرفا واحدا ساكنا تحسينا لم يلاحظ معناها، ومثله كثير في أقوال أهل العربية في بعض الالفاظ لا يخفى على من له نظر فيها، كذا في فتح القدير. ولو قال المصنف عتق ما هو مملوك له وقت الدخول لكان أظهر لان ما كان في ملكه وقت الحلف واستمر إلى وقت الدخول لم يملكه بعد اليمين ملكا متجددا. وفي البدائع: لو قال كل مملوك أملكه اليوم فهو حر ولا نية له وله مملوك فاستفاد في يومه ذلك مملوكا آخر عتق ما في ملكه وما استفاد ملكه في اليوم، وكذا لو قال هذا الشهر أو هذه السنة لانه لما وقت باليوم أو الشهر أو السنة فلا بد وأن يكون التوقيت مفيدا، ولو لم يتناول إلا ما في ملكه يوم الحلف لم يكن مفيدا، فإن قال عنيت أحد الصنفين دون الآخر لم يدين في القضاء لانه نوى تخصيص العموم وأنه خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لان الله تعالى مطلع على نيته. وفي البدائع أيضا: لو قال كل مملوك اشتريه فهو حر إن كلمت فلانا أو إذا كلمت فلانا أو إذا جاء الغد ولا نية له فهذا يقع على ما يشتريه قبل الكلام، فكل مملوك اشتراه قبل الكلام ثم كلم عتق، وما اشتراه بعد الكلام لا يعتق،

***

[٤٢٦]

ولو قدم الشرط فقال إن كلمت فلانا أو إذا كلمت فلانا أو إذا جاء غد فكل مملوك اشتريه فهو حر فهذا على ما يشتريه بعد الكلام لا قبله حتى لو كان اشترى مماليك قبل الكلام ثم كلم لا يعتق واحد منهم، وما اشتراه بعده يعتق، ولو قال كل مملوك اشتريه إذا دخلت الدار فهو حر، أو قال إن قدم فلان فهذا على ما يشتري بعد الفعل الذي حلف عليه ولا يعتق ما اشترى قبل ذلك إلا أن يعينهم. قوله: (ولو لم يقل يومئذ لا) أي لا يعتق ما يملكه بعده وإنما يعتق من كان في ملكه وقت التكلم لان قوله كل مملوك لي يختص بالحال والجزاء حرية المملوك في الحال يتعلق في الحال بمملوك أي المملوك في الحال حريته هي الجزاء، وإنما كانت للحال لان المختار في الوصف من اسم الفاعل والمفعول أن معناه قائم حال التكلم بمن نسب إليه على وجه قيامه به أو وقوعه عليه، واللام للاختصاص، فلو لم يكن في ملكه شئ يوم حلف كان اليمين لغوا. ولا فرق بين كون العتق معلقا كما في الكتاب أو منجزا، أو سواء قدم الشرط أو أخره، وسواء كان التعليق بـ " إن كما في الكتاب أو بغيرها كإذا دخلت أو إذا ما أو متى أو متى ما. وقوله لي ليس بقيد لانه لو قال كل مملوك أملكه فهو حر ولا نية له فإنه لما كان في ملكه يوم حلف فقط لان صيغة افعل وإن كانت تستعمل للحال والاستقبال لكن عند الاطلاق يراد به الحال عرفا وشرعا ولغة. أما العرف فإن من قال فلان يأكل أو يشرب أو يفعل كذا يريد به الحال. ويقول الرجل ما أملك ألف درهم ويريد به الحال. وأما الشرع فإن من قال أشهد أن لا إله إلا الله يكون مؤمنا، ولو قال أشهد أن لفلان علي فلان كذا كان شاهدا. وأما اللغة فإن هذه الصيغة موضوعة للحال على طريق الاصالة لانه ليس للحال صيغة أخرى وللاستقبال سين وسوف فكانت الحال أصلا فيها والاستقبال دخيلا، فعند الاطلاق ينصرف إلى الحال. ولو قال عنيت به ما استقبل ملكه عتق ما ملكه للحال وما استحدث الملك فيه لما ذكرنا أن ظاهرها للحال وبنيته يصرفه عن ظاهره فلا يصدق فيه ويصدق في قوله أردت ما يحدث ملكي فيه في المستقبل فيعتق عليه بإقراره كما إذا قال زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم ثم قال لي امرأة أخرى بهذا الاسم عنيتها

طلقت المعروفة بظاهر اللفظ والمجهولة باعترافه كذا ها هنا. وكذا لو قال كل مملوك أملكه الساعة فهو حر إن هذا يقع على ما في ملكه وقت اليمين ولا يعتق ما يستفيده بعد ذلك إلا أن يكون نوى ذلك فيلزمه ما نوى لان المراد من الساعة المذكورة هي الساعة المعروفة عند الناس وهي الحال لا الساعة الزمانية التي يذكرها المنجمون فيتناول هذا الكلام من كان في ملكه وقت التكلم لا من يستفيده من بعد، فإن قال أردت به من أستفيده في هذه الساعة الزمانية يصدق فيه لان اللفظ يحتمله وفيه تشديد على نفسه ولكن لا يصدق في صرف اللفظ عمن يكون في ملكه للحال، وسواء أطلق أو علق بشرط قدم الشرط أو أخره، كذا في البدائع.

***

[٤٢٧]

قوله: (والمملوك لا يتناول الحمل) لان اللفظ يتناول والمملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا، ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا ولا يجزئ عتقه عن الكفارة، فلو قال كل مملوك لي حر وله حمل أوصى له به دون أمه، أو قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لاقل من ستة أشهر، أو قال إن اشتريت مملوكين فهما حران فاشترى جارية حاملا فإن الحمل في هذه الصور الثلاث لا يعتق لما ذكرنا، ولا تعتق الام في المسألة الثانية أيضا لتقييده بالذكورة، ولا في مسألة الثالثة كما في البدائع لان شرط الحنث شراء مملوكين والحمل لا يسمى مملوكا على الاطلاق، وكذا لو قال للحامل كل مملوك لي غيرك حر لم يعتق الحمل كما في المحيط. وإنما قيدنا بالصور الاربع لانه لو قال كل مملوك لي حر وله جارية حاملة فإن الحامل تدخل فيعتق الحمل تبعا لها كما في الهداية. وهذا بناء على أن لفظة مملوك إما لذات متصفة بالمملوكية وقيد التذكير ليس جزء المفهوم، وإذا كان التأنيث جزء مفهوم مملوكة فيكون مملوك أعم من مملوكة فالثابت فيه عدم الدلالة على التأنيث لا الدلالة على عدم التأنيث. وأما أن الاستعمال استمر فيه على الاعمية فوجب اعتباره كذلك، كذا في فتح القدير. قيد بعدم تناول الحمل فقط لانه يتناول العبيد ولو مرهونين أو مأذونين أو مأجورين، والاماء وإن كن حوامل وأمهات أولاده وأولادهما والمدبر والمدبرة. ولو نوى الذكور فقط لم يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر في عرف الاستعمال ويصدق ديانة مع أن طائفة من الاصوليين على أن جمع الذكور يعم النساء حقيقة وضعا. وفي الذخيرة: قال مماليكي كلهم أحرار ونوى الرجال دون النساء لم يذكره وقالوا: لا يصدق ديانة بخلاف قوله كل مملوك لي ونوى التخصيص يصدق ديانة ا ه. فإن قلت: ما الفرق وفي الوجهين نية تخصيص العام؟ فالجواب أن كلهم تأكيد للعام قبله وهو مماليكي لانه جمع مضاف فيعم وهو يرفع احتمال المجاز غالبا والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز بخلاف قوله كل مملوك لي فإن الثابت به أصل العموم فقط فقبل التخصيص. وفي المحيط: لو قال لم أنو المدبرين قيل لم يدين قضاء وديانة، والصحيح أنه يصدق ديانة لانه لا يمكن تخصيص العام إلا باعتبار الوصف فإن الخصوص لا يمتاز عن العام إلا باعتبار الوصف فلو لم يصح التخصيص في حق الوصف ما أمكن تخصيص عام أبدا ا ه. وأشار بعدم تناوله للحمل إلى أنه لا يتناول ما لم يكن مملوكا على الاطلاق فلا يتناول المكاتب لانه مملوك من وجه إذ هو حر يدا، وقدمنا أنه لا يدخل تحت لفظ العبد أيضا ولا يتناول المشترك إلا بالنية ولا عبيد عبده التاجر وهو قول أبي يوسف، سواء كان على العبد دين أو لا، وعلى قول محمد عتقوا نواهم أو لا، عليه دين أولا، وعلى قول أبي حنيفة إن لم

***

[٤٢٨]

يكن عليه دين عتقوا إذا نواهم وإلا فلا، وإن كان عليه دين لم يعتقوا وإن نواهم، كذا في فتح القدير والنهاية وغيرهما. وبه علم أن ما في المجتبى من أنه لا يدخل العبد المرهون والمأذون في التجارة سبق قلم. وذكر في المحيط أنه لا يتناول المشترك إلا إذا ملك النصف الآخر بعده فإنه يعتق في قوله إن ملكت مملوكا فهو حر لانه وجد الشرط وهو مملوك كامل فلو باع نصيبه ثم اشترى نصيب شريكه لم يعتق استحسانا لانه لم يجتمع في ملكه مملوك كامل بخلاف إن ملكت هذا العبد فهو حر فملك نصفه ثم باعه ثم ملك النصف الثاني فإنه يعتق النصف الذي في ملكه لان حالة تعيين المملوك يراد به الملك فيه مطلقا لا مجتمعا ا ه. قوله: (كل مملوك لي أو أملكه فهو حر بعد غد أو بعد موتي يتناول من ملكه منذ حلف فقط) لما قدمنا أن قوله كل مملوك لي للحال وكذا كل مملوك أملكه لان المضارع للحال كما بيناه، فمن كان في ملكه وقت اليمين يصير حرا في المسألتين بعد غد. وفي قوله بعد موتي يصير من كان في ملكه وقت اليمين مدبرا في المسألتين فلا يعتق من اشتراه بعد اليمين في التقييد بقوله بعد موتي. قيد بكون الظرف ظرفا للحرية لانه لو جعله ظرفا للملك كما

إذا قال كل مملوك أملكه غدا فهو حر ولا نيه له ذكر محمد في الجامع أنه يعتق كل من ملكه في غد ومن كان في ملكه قبله. وقال أبو يوسف. لا يعتق إلا من استفاد ملكه في غد ولا يعتق من جاء غد وهو في ملكه وهو رواية ابن سماعة عن محمد. وعلى هذا الخلاف إذا قال كل مملوك أملكه رأس شهر كذا فهو حر ورأس الشهر الليلة التي يهل فيها الهلال ومن الغد إلى الليل للعرف. وعن أبي يوسف فيمن قال كل مملوك أملكه يوم الجمعة فهو حر قال: ليس هذا على ما في ملكه إنما هو على ما يملكه يوم الجمعة، وهذا على أصل أبي يوسف صحيح لانه أضاف العتق إلى زمان مستقبل، فأما إذا قال كل مملوك أملكه إذا جاء غد فهو حر فهذا على ما في ملكه في قولهم لانه جعل مجئ الغد شرطا لثبوت العتق لا غير فيعتق من في ملكه ولكن عند مجئ الغد، كذا في البدائع. قوله: (وبموته عتق من ملكه بعده من ثلثه أيضا) أي بموت المولى يعتق من ملكه بعد قوله كل مملوك لي أو أملكه حر بعد موتي من ثلث ماله كما يعتق من كان في ملكه للحال من ثلث المال. فالحاصل أن من كان في ملكه وقت اليمين مدبر مطلق أو من ملكه بعدها فليس بمدبر مطلق وإنما هو مدبر مقيد فيعتقان بموت المولى عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يعتق من كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاده بعد يمينه لان اللفظ حقيقة للحال على ما بينا فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر. ولهما أن هذا إيجاب عتق وإيصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة ألا
***
[٤٢٩]
ترى أنه يدخل في الوصية بالمال يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها والايجاب إنما يصح مضافا إلى الملك أو إلى سببه، فمن حيث إنه إيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه، ومن حيث إنه إيصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهي حالة الموت وقبل الموت حالة التمليك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ، وعند الموت يصير كأنه قال كل مملوك أملكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو إيجاب العتق وليس فيه إيصاء والحالة محض استقبال فافترقا. ولا يقال إنكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول: نعم ولكن بشيئين مختلفين إيجاب عتق ووصية، وإنما لا يجوز ذلك لا بسبب واحد، كذا في الهداية. وتعقبه في فتح القدير بأن هذا قول للعراقيين غير مرضي في الاصول وإلا لم يمتنع الجمع مطلقا ولم يتحقق خلاف فيه لان الجمع قط لا يكون إلا باعتبارين وبالنظر إلى شيئين، ولو أمكن أن يقال أن لفظه أوجب تقدير لفظ إذا كان وصية وهو ما قدرناه عند موته من قوله كل عبد لي حر فيعتق به ما استحدث ملكه والموجب للتقدير ما ذكرنا من تحقيق مقصود الوصية من الثواب والبر للاصحاب، وهذا الموجب لا يحتاج إلى تقديم تقديره عند ملك العبد وإلا كان مدبرا مطلقا، وإنما يحتاج إليه عند موته من قوله فلا نتعلق به عبارته عند ملكه لا الصريحة لانها لم تتناول إلا الحال، ولا المقدرة لتأخير تقديرها إلى ما قبل الموت فلا يكون مدبرا لا مطلقا ولا مقيدا كان رافعا للاشكال ا ه‍. وحاصله أن عتق ما ملكه بعده بموته ليس من اللفظ المذكور ليلزم الجمع بين الحال والاستقبال وإنما هو من لفظ آخر مقدر دل عليه تحقيق مقصوده من الثواب فلا جمع بلفظ واحد بل بلفظين مذكور ومقدر. وأفاد بقوله من ثلثه أنهما إن خرجا من الثلث عتق جميع كل منهما، وإن ضاق عنهما يضرب كل منهما بقيمته فيه، وإن كان على المولى دين مستغرق فإنهما ليسعيان له في جميع قيمتهما كما هو حكم المدبر بعد موت مولاه. وأشار المصنف إلى أنه لو قال كل مملوك أملكه إذا مت فهو حر فالحكم كذلك والله أعلم. باب العتق على جعل أخره لان الاصل عدمه. والجعل في اللغة بضم الجيم ما يجعل للعامل على عمله ثم
***
[٤٣٠]
سمى به ما يعطي المجاهد ليتعين به على جهاده. وأجعلت له أعطيته له والجعائل جمع جعيلة أو جعالة بالحركات بمعنى الجعل، كذا في المغرب. والمراد منه هنا العتق على مال قوله: (حرر عبده على مال فقبل عتق) أي قبل العبد وذلك مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم أو على أن تعطيني ألفا أو على أن تؤدي إلي ألفا أو على أن تجيئني بألف أو على أن لي عليك ألفا أو على ألف تؤديها إلي، أو قال بعتك نفسك منك على كذا أو وهبت لك نفسك على أن تعوضني كذا. وإنما توقف على قبوله لانه معاوضة المال بغير المال إذ العبد لا يملك نفسه، ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فإذا قبل صار حرا، وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف. وكما تصح به الكفالة جاز أن

يستبدل به ما شاء يدا بيد لانه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز أن يستبدل به كالاثمان، ولا خير فيه نسيئة لان الدين بالدين حرام. ولم يقيد القبول بالمجلس لما عرف أنه لا بد لكل قبول من المجلس فإن كان حاضرا اعتبر مجلس الايجاب، وإن كان غائبا يعتبر مجلس علمه، فإن قبل فيه صح، وإن رد أو أعرض بطل. والاعراض عنه إنما يكون بالقيام أو بالاشتغال بعمل آخر يعلم أنه قطع لما قبله، كذا في شرح الطحاوي. ولم يقيد المصنف العتق بالاداء لانه يعتق قبله لانه ليس معلقا على الاداء وإنما هو معلق على القبول وقد وجد. وأفاد بقوله قبل أنه لا بد أن يقبل في الكل فلو قال لعبده أنت حر بألف فقال قبلت في النصف فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة لان العتق عنده يتجزأ، فلو جاز قبوله في النصف وجب عليه نصف البدل وصار الكل خارجا عن يده لانه يخرج الباقي إلى العتق بالسعاية والمولى ما رضي بزوال يده وصيرورته محجورا عن التصرف إلا بألف. وعندهما يجوز ويعتق كله بجميع الالف لانه لا يتجزأ عندهما فالقبول في النصف قبول في الكل، ولو كان ذلك في الطلاق كان القبول في النصف قبولا في الكل اتفاقا، وكذا كل ما لا يتجزأ كالدم وغيره. ولو قال لمولاه أعتقني على ألف فأعتق نصفه يعتق نصفه بغير شئ، ولو كان بالباء يعتق نصفه بخمسمائة عند الامام كما في الطلاق، كذا في المحيط. وقيد بكون العبد كله له لانه لو كان له نصفه فقال له أنت حر على ألف فقبل فإنه يعتق نصفه بخمسمائة إلا إذا أجاز الآخر يجب الالف بينهما عند أبي حنيفة لان العتق يتجزأ عنده بخلاف ما إذا قال أعتقت نصيبي بألف فقبل العبد لزمه الالف للمعتق لا يشاركه فيه الساكت لان الالف بمقابلة نصيبه، كذا في المحيط أيضا. وأطلق المصنف في المال فشمل جميع أنواعه من النقد والعروض والحيوان وإن كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد، وكذا الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس، ولا يضره جهالة الوصف لانها يسيرة ويلزمه الوسط في تسمية الحيوان والثوت بعد بيان جنسهما
***
[٤٣١]
من الفرس والحمار والعبد والثواب الهروي. ولو أتاه بالقيمة أجبر المولى على القبول، ولو لم يسم الحنس بأن قال على ثوب أو حيوان أو دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه كما لو أعتقه على قيمة رقبته فقبل عتق كما في المحيط. وأشار المصنف إلى أنه يعتق بالقبول ولو كان المال ملكا للغير، فلو أعتقه على عبد مثلا فاستحق لا ينفسخ العتق، فإن كان بغير عينه فعلى العبد مثله في المثلي والوسط في القيمي، وإن كان معينا رجع على العبد بقيمة نفسه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد بقيمة المستحق. وعلى هذا الخلاف إذا هلك قبل التسليم، وكذا على هذا الاختلاف لو رده بعيب وليس للمولى الرد بالعيب اليسير عند أبي حنيفة، وإنما يرده بالعيب الفاحش كالعيب في المهر، وقالا باليسير أيضا، كذا في البدائع. ولو اختلفا في المال جنسه أو مقداره فالقول للعبد مع يمينه كما لو أنكر أصل المال، وإن أقاما البينة فالبينة للمولى بخلاف ما إذا كان العتق معلقا بالاداء وهي المسألة الآتية فإن القول فيها قول المولى والبينة بينة العبد، كذا في البدائع. وشمل إطلاق المال الخمر في حق الذمي فإنها مال عندهم، فلو أعتق الذمي عبده على خمر أو خنزير فإنه يعتق بالقبول ويلزمه قيمة المسمى، فإن أسلم أحدهما قبل قبض الخمر فعندهما على العبد قيمته، وعند محمد عليه قيمة الخمر، كذا في المحيط. وقيد بكون المخاطب بالعتق معينا لانه لو كان مجهولا كما إذا قال أحدكما حر على ألف والآخر بغير شئ فقبلا عتقا بلا شئ لان عتقهما متيقن ومن عليه المال مجهول فلا يجب كرجلين قالا لرجل لك على أحدنا ألف وتمام تفريعاته في المحيط. وفي الذخيرة: أنت حر على أن تحج عني فلم يحج فعليه قيمة حج وسط. سئل أبو جعفر عن رجل قال لعبده صم عني يوما وأنت حر أو صل عني ركعتين وأنت حر قال: عتق وإن لم يصم وإن لم يصل. ولو قال حج عني وأنت حر لا يعتق حتى يحج لان الصوم والصلاة مما لا تجري فيهما النيابة والحج مما يجري فيه النيابة، ولانه لا مؤنة في الصوم والصلاة فلا يدل على اشتراط بدل والحج فيه مؤنة فدل على أنه شرط ذلك بدلا ا ه‍. ثم اعلم أن الاعتاق على مال من جانب المولى تعليق وهو تعليق العتق بشرط قبول العوض فيراعي فيه من جانبه أحكام التعليق حتى لو ابتدأ المولى لم يصح رجوعه عنه قبل قبول العبد، ولا الفسخ ولا النهي عن القبول، ولا يبطل بقيامه عن المجلس ولا يشترط حضرة العبد، ويصح تعليقه بشرط وإضافته إلى وقت، ولا يصح شرط الخيار له ومن جانب العبد معاوضة فتراعي أحكامها، فملك الرجوع لو ابتدأ أو بطل بقيامه قبل قبول المولى. وبقيام المولى، ولا يقف على الغائب عن المجلس ولا يصح تعليقه ولا إضافته كما إذا قال اشتريت نفسي مني

بألف إذا جاء غد أو عند رأس الشهر بخلاف ما إذا قال إذا جاء غد فأعتقني على كذا جاز لان هذا توكيل منه بالاعتاق حتى يملك العبد عزله قبل وجود الشرط وبعده قبل أن يعتقه، ولو لم يعزل حتى عتقه نفذ اعتاقه ويجوز شرط الخيار له عند أبي حنيفة. ولو قال المولى
***
[٤٣٢]
أعتقتك أمس بألف فلم تقبل فقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لانه من جانبه تعليق وهو منكر لوجود الشرط، كذا في البدائع. قوله: (ولو علق عتقه بادائه صار مأذونا) أي بأداء المال كأن يقول إن أديت إلي ألفا فأنت حر فيصح ويعتق عند الاداء من غير أن يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وإن كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء وإنما صار مأذونا لانه رغبة في الاكتساب لطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان إذنا له دلالة. وذكر في فتح القدير أنه يخالف المكاتب في إحدى عشرة مسألة: الاولى ما إذا مات العبد قبل الاداء وترك مالا فهو للمولى ولا يؤدي منه عنه ويعتق بخلاف الكتابة. الثانية لو مات المولى وفي يد العبد كسب كان لورثة المولى ويباع العبد بخلاف الكتابة. الثالثة لو كانت أمة فولدت ثم أدت فعتقت لم يعتق ولدها لانه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة بخلاف الكتابة. الرابعة لو قال العبد للمولى حط عني مائة فحط عنه المولى وأدى تسعمائة لا يعتق بخلاف الكتابة. زاد في البدائع أنه لو أدى مكان الدراهم دنانير لا يعتق وإن قبل لعدم الشرط. الخامسة لو أبرأ المولى العبد عن الالف لم يعتق ولو أبرأ المكاتب عتق، كذا ذكروها والظاهر أنه لا موقع لها إذا الفرق بعد تحقق الابراء في الموضعين يكون والابراء لا يتصور في هذه المسألة لانه لا دين على العبد بخلاف الكتابة. السادسة لو باع المولى العبد ثم اشتراه أو رد عليه بخيار عيب ففي وجوب قبول ما يأتي به خلاف عند أبي يوسف نعم، وعند محمد لا ولكن لو قبضه عتق بخلاف الكتابة في أنه لا خلاف في أنه يجب أن يقبله ويعد قابضا. السابعة أنه يقتصر على المجلس فلا يعتق ما لم يؤد في ذلك المجلس فلو اختلف بأن أعرض أو أخذ في عمل آخر فأدى لا يعتق بخلاف الكتابة. وهذا إذا كان المذكور من أدوات الشرط لفظة إن فإن كان لفظ إذا أو متى فلا يقتصر على المجلس. الثامنة أنه يجوز للمولى بيع العبد بعد قوله ذلك قبل أن يؤدي بخلاف الكاتبة. التاسعة أن للسيد أن يأخذ ما يظفر به مما اكتسبه قبل أن يأتيه بما يؤديه بخلاف المكاتب. العاشرة أنه إذا أدى وعتق وفضل عنده مال مما اكتسبه كان للسيد فيأخذه بخلاف المكاتب. الحادية عشرة لو اكتسب العبد مالا قبل تعليق السيد فأداه بعده إليه عتق وإن كان السيد يرجع بمثله على ما سيذكر بخلاف الكتابة لا يعتق بأدائه لانه ملك المولى إلا أن يكون كاتبه على نفسه وماله فإنه حينئذ يصير أحق به
***
[٤٣٣]
من سيده، فإذا أدى منه عتق ا ه‍. وفي البدائع ذكر محمد في الزيادات إذا قال إن أديت إلي ألفا في كيس أبيض فأنت حر فأداها في كيس أسود لا يعتق وفي الكتابة يعتق ا ه‍. وهي الثانية عشر. ولو قال إذا أديت ألفا في هذ الشهر فأنت حر فلم يؤدها في ذلك الشهر وأداها في غيره لم يعتق، وفي الكتابة لا يبطل إلا بحكم الحاكم أو بتراضيهما كما في البدائع. وهي الثالثة عشر. وفي المحيط: لو أمر غيره بالاداء فأدى لا يعتق لان الشرط أداؤه ولم يوجد فلا حاجة إلى أداء غيره لانه قادر على أدائه بخلاف الكتابة لانها معاوضة حقيقة فيها معنى التعليق فكان الاصل فيها المعاوضة فكان المقصود حصول البدل ا ه‍. وهي الرابعة عشر. وفي الذخيرة إذا قال إن أديت إلي ألفا فأنت حر فاستقرض العبد من رجل ألفا فدفعها إلى مولاه عتق العبد ورجع غريم العبد على المولى فيأخذ منه الالف لانه أحق بها من المولى من قبل أنه عبد مأذون له في التجارة وغرماء العبد المأذون أحق بماله حتى يستوفوا ديونهم. ولو كان العبد استقرض من رجل ألفي درهم وقيمته ألفا درهم فدفع أحد الالفين إلى مولاه وعتق بها وأكل الالف الاخرى فإن للمقرض أن يأخذ من المولى الالف التي دفعها العبد إليه ويضمن المولى أيضا للغريم الالف درهم لان المولى منع العبد بعتقه من أن يباع بما عليه من الدين، وإن شاء المقرض اتبع العبد بجميع دينه أيضا ا ه‍. قيد بالتعليق لانه لو لم يأت في الجواب بالفاء لا يتعلق بل يتنجز، سواء كان الجواب بالواو كقوله إن أديت إلي ألفا وأنت حر ولا كقوله إن أديت إلي ألفا أنت حر لكونه ابتداء لا جوابا لعدم الرابط. وفي الذخيرة: قال لعبده أنت حر وأدا لي ألف درهم فهو حر ولا شئ عليه، ولو قال أدا لي ألفا وأنت حر لم يعتق حتى يؤدي، ولو قال فأنت حر عتق

للحال لان جواب الامر بالواو لا بالفاء فهي للتعليل أي أدا لي ألفا لانك حر كقوله أبشر فقد أتاك الغوث وتمامه في الاصول من بحث الواو. وقد قدمنا في بحث عتق الحمل من الظهيرية أنه لو علق عتق الحمل بأدائه ألفا فإنه يتوقف العتق على أدائه، فإذا أدى بعد الولادة عتق إذا ولدته لاقل من ستة أشهر. وقيد بأداء العبد لانه لو علق عتقه بأداء أجنبي لا يصير مأذونا له كما إذا قال إذا أديت إلي ألفا فعبدي هذا حر فجاء الاجنبي بألف ووضعها بين

***

[٤٣٤]

يديه لا يجبر المولى على القبول ولا يعتق العبد، ولو حلف المولى أنه لم يقبض من فلان ألفا لا يحنث، كذا في الخانية. قوله: (وعتق بالتخلية) لانه تعليق نظرا إلى اللفظ ومعاوضة نظرا إلى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء، إلا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه، ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسري إلى الولد المولود قبل الاداء. وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للضرر عن العبد حتى يجبر المولى على القبول، فعلى هذا بدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة، بشرط العوض والتخلية رفع الموانع بأن يضعه بين يديه بحيث لو مد يده أخذه فحينئذ يحكم القاضي بأنه قد قبضه فيه وفي ثمن المبيع وبدل الاجارة وسائر الديون، وهذا معنى قولهم أجبره الحاكم على قبضه أي حكم به لا أنه يجبره على قبضه بحبس ونحوه. ولو حلف المولى أنه لم يؤد إليه الالف حنث كما في الخانية. وإنما ذكر التخلية ليفيد أنه يعتق بحقيقة القبض بالاولى، ويستثنى من إطلاق ما في المختصر مسائل لا يعتق فيها بالتخلية الاولى لو كان المال مجهولا بأن قال إذا أديت إلي دراهم فأنت حر لا يجبر علي القبول لان مثل هذه الجهالة لا تكون في المعاوضة ولا يمكن حملها على الكتابة فتكون يمينا محضا ولا جبر فيها كما في التبيين. وفي المحيط: لو قال إن أديت إلي كر حنطة فأنت حر فجاء بكر جيد يجبر على القبول لان الكر المطلق إنما ينصرف إلى الوسط لدفع الضرر من الجانبين، فإذا أتاه بالجيد فقد أحسن في القضاء ورضي بهذا الضرر فبطل التعيين، وتعلق العتق بحنطة مطلقة. ولو قال كر حنطة وسط فأتاه بكر جيد لا يجبر لانه نص على التعليق بكر موصوفة وفي الشروط يعتبر التنصيص ما أمكن كما في مسألة الكيس الابيض. ولو قال أعتق عني عبدا وأنت حر فأعتق عبدا مرتفعا لا يعتق، ولو قال أدا لي عبدا وأنت حر فأدى إليه عبدا مرتفعا يعتق كما في الكر. والفرق أن في الاداء يكون المولى راضيا بالزيادة لانه ادخال شئ في ملكه فيكون نفعا محضا فلا ضرر، وأما العتق إخراج عن ملكه لان كسبه مملوك للمولى ا ه‍. الثانية لو كان العتق معلقا على أداء الخمر لا يجبر على القبول وإن كان يعتق بقبوله لان المسلم ممنوع عنها لحق الله تعالى. والثالثة لو كان معلقا على أداء ثوب أو دابة لا يجبر على القبول. ولو أتى بثوب وسط أو جيد لانه مجهول الجنس فلم يصلح عوضا، ولذا لو وصفه أجبر على

***

[٤٣٥]

قبوله بأن قال ثوبا هرويا. الرابعة لو قال إن أديت إلي ألفا أو دابة فحججت بها أو وحججت بها لا يعتق بتسليم الالف إليه ما لم يقبل لانه علق العتق بشرطين فلا ينزل بوجود أحدهما بخلاف ما لو قال إن أديت إلي ألفا أحج بها فإنه يعتق بتخلية الالف ويكون قوله أحج بها البيان الغرض ترغيبا للعبد في الاداء حيث يصير كسبه مصروفا إلى طاعة الله تعالى لا على سبيل الشرط، كذا في البدائع. ولو قال لعبدين له إن أديتما الي ألفا فأنتما حران فأدى أحدهما حصته لم يعتق أحدهما لانه علق العتق بأداء الالف ولم يوجد، وكذا لو أدى أحدهما الالف كله من عنده، وإن أدى أحدهما الالف وقال خمسمائة من عندي وخمسمائة بعث بها صاحبي ليؤديها إليك عتقا لوجود الشرط حصة أحدهما بطريق الاصالة وحصة الآخر بطريق النيابة لان هذا باب تجري فيه النيابة فقام أداؤه مقام أداء صاحبه. ولو أدى عنهما رجل آخر لم يعتقا إلا إذا قال أؤديها إليك على أنهما حران فقبلها المولى على ذلك عتقا ويرد المال إلى المؤدي لان المولى لا يستحق المال بعتق عبده قبل الغير بخلاف الطلاق، والفرق في البدائع. وقدمنا عن المحيط أنه لو أمر غيره بالاداء فأدى لا يعتق مع تصريح صاحب البدائع في مسألة العبدين بأن النيابة تجري في هذا الباب إلا أن يوفق بينهما بأن ما في المحيط إنما هو في الامر من غير إعطاء شئ من العبد، وما في البدائع فيما إذا بعث مع غيره المال فلا إشكال. وفي الهداية: ولو أدى البعض يجبر على القبول إلا

أنه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما إذا حط البعض وأدى الباقي ثم لو أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها، ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه لانه مأذون من جهته بالاداء منه ا هـ. ولم أر صريحا أنه لو حجر على هذا العبد المأذون هل يصح حجره؟ وقد يقال إنه لا يصح حجره لان الاذن له ضروري لصحة التعليق بالاداء، وقد يقال إنه يصح لما أنه يملك بيعه فيملك حجره بالاولى. قوله: (وإن قال أنت بعد موتي بألف فالقبول بعد موته) لاضافة الايجاب إلى ما بعد الموت فصار كما إذا قال أنت حر غدا على ألف درهم. وأشار المصنف بتأخير العتق عن الموت إلى أنه لا يعتق بقبوله فلا يعتق إلا بإعتاق الوارث أو الوصي أو القاضي إذا امتنع الوارث لان العتق تأخر عن الموت إلى أن يقبل، والعتق متى تأخر عن الموت لا يثبت إلا بإعتاق واحد من هؤلاء لانه صار بمنزلة الوصية بالاعتاق، ذكره الامام العتابي وجزم به الاسبيجابي وقال: إن الوارث يملك عتقه تنجيزا وتعليقا، والوصي يملكه تنجيزا فقط، ولو أعتقه الوارث عن كفارة يمينه جاز عن الميت لا عن الكفارة، والولاء للميت لا للوارث. وصرح الصدر الشهيد بأن الاصح أنه لا يعتق بالقبول بل لا بد من إعتاق الوارث. وفي الهداية قالوا: لا يعتق وإن قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس بأهل للاعتاق

***

[٤٣٦]

وهذا صحيح ا هـ. وتعقبه في غاية البيان بأنه ينبغي أن يعتق حكما لكلام صدر من الاهل مضافا إلى المحل وإن كان الميت ليس بأهل للاعتاق. ولان القبول لم يعتبر في حال الحياة فإذا لم يعتق بالقبول بعد الوفاة. إلا باعتاق واحد منهم لا يكون معتبرا بعد الوفاة أيضا فلا يبقى فائدة لقبوله بعد الموت ا هـ. وجوابه أن العتق الحكمي وإن كان لا يشترط فيه الاهلية يشترط قيام الملك وقته، وهنا قد خرج ملك المعلق وبقي للوارث، ومتى خرج عن ملكه لا يقع بوجود الشرط مع وجود الاهلية فما ظنك عند عدمها؟ وقوله إنه لا فائدة للقبول بعد الموت ممنوع لانه لولا القبول لم يصح إعتاق الوصي والقاضي لعدم الملك لهما ولم يلزم الوارث الاعتاق. والحاصل أن المسألة مختلف فيها فظاهر إطلاق المتون أنه يعتق بالقبول بعد الموت من غير توقف على إعتاق أحد وهو قول البعض كما يشير إليه لفظ الاصح وله أصله في الرواية كما في غاية البيان، وصحح المتأخرون أنه لا يعتق بالقبول كما قدمنا، ولا فرق في المسألة بين أن يؤخر ذكر المال أو يقدمه كان يقول أنت حر على ألف درهم بعد موتي كما في غاية البيان، لكنه نقل الاجماع. وقد علمت أن الخلاف ثابت. وظهر بهذا أن قول الزيلعي وقاضيخان في الفتاوي أنه لو قال له أنت حر على ألف درهم بعد موتي أن القبول فيه للحال ليس بصحيح إذ لا فرق بينه وبين مسألة الكتاب. وقيد بأنت حر لانه لو قال أنت مدبر على ألف درهم فالقبول فيه للحال فإذا قبل صار مدبرا ولا يلزمه المال لان الرق قائم والمولى لا يستوجب على عبده دينا إلا أن يكون مكاتبا. وقد بحث فيه المحقق ابن الهمام بحثا حسنا فراجعه. وفي الخانية أن القبول فيه بعد الموت كمسألة الكتاب. وفي المحيط: لو قال لعبده حج عني حجة بعد موتي وأنت حر ولا مال له سواه يحج عنه حجا وسطا ثم تعتقه الورثة ويسعى في ثلثي قيمته لانه عتق بغير مال فيعتبر من الثلث، فإن أوصى الميت مع هذا بثلث ماله لرجل قسم الثلث بين العبد والموصى له على أربعة ثلاثة أرباعه منها للعبد ويسعى للموصى له في ربع ثلث رقبته وللورثة في ثلثي قيمته لان العبد موصى له بعتق جميع رقبته فيضرب بجميع الرقبة، والموصى له يضرب بالثلث فصار الثلث بينهما على أربعة أسهم وجميع الرقبة على اثني عشر، فسلم للعبد ثلاثة ويسعى للموصى له في سهم وللورثة ثمانية. ولو قال ادفع إلى الوصي قيمة حج يحج بها عني فدفع فعلى الورثة أن يعتقوه ولا ينتظر الحج لانه عتق بمال والحج مشورة وليس بشرط، فإن كانت قيمة الحج أقل من قيمته نظر، إن كانت مقدار ثلثي قيمته جاز لان الوصية بالعتق نافذة في الثلث، وإن كانت أقل من ثلثي قيمته فعليه أن يسعى إلى تمام الثلثين ثم يدفع إلى الورثة أو إلى الوصي

***

[٤٣٧]

مقدار حجة، فإن أجازت الورثة الحج فحج بذلك كله فثلثاه للورثة والثلث يحج به عنه من حيث يبلغ، ولو قال لعبده ادفع إلى الوصي قيمة حجة فإذا دفعتها إليه فحج بها عني فأنت حر لا يعتق العبد ما لم يحج عن الميت، ولو قال حج عني بعد الموت وأنت حر فمات وأبى الورثة خروجه للحج ولا مال للميت غيره فلهم ذلك حتى يخدمهم مقدار ثلثي ما يحتاج إليه للخروج إلى الحج، لان مقدار ثلثيه صار حقا للورثة رقبة ومنفعة، وإذا خرج اشتغل عن خدمتهم، وإذا حج وجب إعتاقه فيبطل حق الورثة عن منفعته وخدمته فيحبسونه

ويستخدمونه إلى العام القابل استيفاء لحقهم، فإن قال الورثة أخرج في هذا العام فقال أخدمكم العام وأخرج السنة الثانية فليس للعبد ذلك، فإن أمكنه الخروج في العام وإلا أبطل القاضي وصيته، فإن لم يطلب منه الورثة حتى مضت السنة فله أن يحج في السنة الثانية، إن لم يكن الميت قال حج عني في هذه السنة، ولو قال حج عني بعد موتي بخمس سنين وأنت حر فأبى الورثة أن يتركوه إلى خمس سنين فليس لهم ذلك ا هـ. وفي الذخيرة: رجل قال لعبده أنت حر بعد موتي إن لم تشرب الخمر فأقام أشهرا ثم شرب الخمر قبل أن يعتق بطل عتقه، وإن رفع الامر إلى القاضي بعد موت المولى قبل أن يشرب فأمضى فيه العتق ثم شرب الخمر بعد ذلك لم يرد إلى الرق، ولو قال لعبده أنت حر علي أن لا تشرب الخمر فهو حر شرب الخمر أو لم يشرب ا هـ. وأشار المصنف إلى أنه لو قال لعبده إن شئت فأنت حر بعد موتي فإن المشيئة له بعد موته، وكذا إذا قال إذا جاء غد فأنت حر إن شئت كانت المشيئة إليه بعد طلوع الفجر من الغد وكذا إذا قال أنت حر غدا إن شئت كانت المشيئة في الغد، ولو قال إن شئت فأنت حر غدا كانت المشيئة للحال في قول أبي يوسف ومحمد وظاهر الرواية عن أبي حنيفة، كذا في الخانية. وفي البدائع: لو قال أنت حر غدا إن شئت فالمشيئة في
***
[٤٣٨]
الغد، ولو قال أنت حر إن شئت غدا فالمشيئة إليه في الحال لان في الفصل الاول علق الاعتاق المضاف إلى الغد بالمشيئة فيقتضي المشيئة في الغد، وفي الفصل الثاني أضاف الاعتاق المعلق بالمشيئة إلى الغد فيقتضي تقدم المشيئة على الغد. قوله: (ولو حرره على خدمته سنة فقبل عتق وخدمه) يعني من ساعته لان الاعتاق على الشئ يشترط فيه وجود القبول في المجلس لا وجود المقبول كسائر العقود، وعليه أن يخدمه المدة المعينة وهو المراد بالسنة سنة أو أقل أو أكثر. ونص الحاكم الشهيد أن الخدمة هي الخدمة المعروفة بين الناس. قيد بالمدة لانه لو حرره على خدمته من غير مدة عتق وعليه أن يرد قيمة نفسه لان الخدمة مجهولة، وكذا لو قال لجاريته أنت حرة على أن تخدمني فلانة فقبلت عتقت وردت قيمتها. وقال محمد: ترد قيمة الخدمة شهرا، كذا في الذخيرة. ونقل في الظهيرية عن بعضهم أنها إن خدمته عمره أو عمرها لا شئ عليها، وإن أبت أن تخدمه عمره أو عمرها تسعى في قيمتها ا هـ. وقد وقع الاستفتاء عما إذا حرره على خدمته مدة معينة وقبل العبد وعتق وكان له زوجة وأولاد فما حكم نفقته ونفقتهم إذا لم يكن له مال فإنه لا يتفرغ للاكتساب بسبب خدمة المولى هذه المدة، فلم أر فيه نقلا، وينبغي أن يشتغل بالاكتساب لاجل الانفاق على نفسه وعياله إلى أن يستغني عن الاكتساب فيخدم المولى المدة المعينة لانه الآن معسر عن أداء البدل فصار كما إذا أعتقه على مال ولا قدرة له عليه فإنه يؤخر إلى الميسرة. قيد بكونه حرره على خدمته كان قال له أعتقتك على أن تخدمني لانه لو قال إن خدمتني كذا مدة فأنت حر لا يعتق حتى يخدمه لانه معلق بشرط والاول معاوضة، ولم يصرحوا هنا بأنه يكون مأذونا لانه لا ضرورة إليه إذ الخدمة لا تتوقف على اكتساب المال بخلاف إن أديت إلى ألفا فأنت حر كما قدمناه. وفي الذخيرة: لو قال اخدمني سنة وأنت حر عتق الساعة ولا شئ عليه في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: لا يعتق إلا بالخدمة قبل أو لم يقبل. وفي الظهيرية: لو قال لامته عند وصيته إذا حذمت ابني وابنتي حتى يستغنيا فأنت حرة، فإن كانا صغيرين تخدمهما حتى يدركا، فإن أدرك أحدهما دون الآخر تخدمهما جميعا، وإن كانا مدركين تخدم البنت حتى تتزوج والابن حتى يحصل له ثمن جارية، فإذا
***
[٤٣٩]
زوجت البنت وبقي الابن تخدمهما جميعا، وإن مات أحدهما وهما كبيران أو صغيران بطلت الوصية ا هـ. وفي شرح النقاية في مسألة إن خدمتني كذا: لو خدمه أقل منها أو أعطاه مالا عن خدمته لا يعتق، وكذا لو قال إن خدمتني وأولادي سنة فمات بعض الاولاد لا يعتق ا هـ قوله: (فلو مات تجب قيمته) أي لو مات المولى أو العبد قبل الخدمة وجبت قيمة العبد عليه عندهما. وقال محمد: عليه قيمة الخدمة في المدة وقد قدمناه فيما إذا أعتقه على مال فاستحق وسووا بين موت المولى وموت العبد وقد طعن عيسى وقال: هذا غلط فيما إذا مات المولى بل يخدم الورثة ما بقي منها لان الخدمة دين فيخلفه وارثه فيه بعد موته كما لو أعتقه على ألف درهم فاستوفى بعضها ومات ولكن في ظاهر الرواية لا فرق بينهما لان الخدمة عبارة عن المنفعة وهي لا تورث فلا يمكن إبقاء عين المنفعة بعد موت المولى أو لان الناس يتفاوتون فيها فإن خدمة الفقراء أسهل من غيرهم، وخدمة الشيخ ليست كخدمة الشاب، وقد تكون الورثة كثيرين

وخدمة الواحد أسهل من خدمة الجماعة. وقيدنا بموته قبل الخدمة لانه لو خدمه بعض المدة كسنة من أربع سنين ثم مات فعلى قولهما عليه ثلاثة أرباع قيمته، وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته ثلاث سنين، كذا في شرح الطحاوي. وفي الحاوي القدسي: وبقول محمد نأخذ. ولو أر حكم ما إذا مرض العبد مرضا لا يمكن معه الخدمة وينبغي أن يكون كالموت. قوله: (ولو قال أعتقها بألف على أن تزوجنيها ففعل وأبت أن تتزوجه عتقت مجانا) أي لو قال أجنبي لمالك جارية إلى آخره، وحاصله أمره المخاطب بإعتاق أمته وتزويجها منه على عوض معين مشروط على الاجنبي عن الامة وعن مهرها فلما لم تتزوجه بطلت عنه حصة المهر عنها، وأما حصة العتق فباطلة أيضا إذ لا يصح اشتراط بدل العتق على الاجنبي بخلاف الخلع لان الاجنبي فيه كالمرأة لم يحصل لها ملك ما لم تكن تملكه بخلاف العتق فإنه يثبت للعبد فيه قوة حكمية هي ملك البيع والشراء والاجارة والتزويج وغيره ذلك، ولا يجب العوض إلا على من حصل له المعوض فمعنى قوله مجانا أنها تعتق بغير شئ يلزمها أو يلزم الآمر أي لا يلزم أحدا شئ. وأطلق فشمل ما إذا قال بألف علي أو لم يقل علي وكان الاولى ذكرها كما في بعض نسخ الهداية ليفيد عدم الوجوب عند عدم ذكرها بالاولى. وأفاد بقوله
***

[٤٤٠]
وأبت أن لها الامتناع من تزوجه لانها ملكت نفسها بالعتق. وقيد بإبائها لانها لو تزوجته قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب قيمتها سقط عنه لما ذكرناه. وما أصاب مهرها وجب لها عليه، فإن استويا بأن كان قيمتها مائة ومهرها مائة سقط عنه خمسمائة ووجب لها خمسمائة عليه، وإن تفاوتا كأن كان قيمتها مائتين والمهر مائة سقط عنه ستمائة وستة وستون وثلثان ووجب لها ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، كذا في فتح القدير. وبهذا علم أن المصنف لو حذف قوله وأنت لكان أولى لانها تعتق مجانا، سواء أبت أو تزوجته، وأما وجوب المهر فشئ آخر. وكذا قوله على أن تزوجنيها ليس بقيد لانها تعتق مجانا لو قال أعتقها بالالف علي ففعل لكن إنما ذكره ليفرع عليه المسألة الثانية. وفي المحيط: لو قالت لعبدها أعتقتك على ألف على أن تتزوجني على عشرة فقبل ذلك ثم أبى أن يتزوجها فعليه الالف، فإن كانت قيمته أكثر من الالف سعى في تمام القيمة لانه لم يف، وإن قالت أعتقتك علي أن تتزوجني وتمهرني ألفا، فقيل ثم أبي ذلك عتق وعليه أن يسعى في قيمته، وإن تزوجها على مائة ورضيت بذلك فلا سعاية عليه لانه وفي لها بالتزوج وهي رضيت بدون ما شرطت عليه من المهر، ولو دعاها العبد على أن يتزوجها على ألف فأبت المرأة فلا سعاية عليه لانه قد وفى لها بما شرطت عليه فجاء الامتناع من قبلها ا ه. قوله: (ولو زاد عني قسم الالف على قيمتها ومهر مثلها ويجب ما أصاب القيمة فقط) أي لو قال أعتقها عني بألف درهم على أن تزوجنيها فأبت أن تتزوجه قسمت الالف على قيمتها وعلى مهر مثلها، فما أصاب القيمة أداه الآمر للمأمور، وما أصاب المهر سقط عنه لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف في الاصول والفروع لكن ضم إلى رقبتها تزويجها وقابل المجموع بعوض هو ألف فانقسمت عليها بالحصة، ومنافع البضع وإن لم تكن مالا لكن أخذت حكم المال لانها متقومة حالة الدخول وإيراد العقد عليها ولم يبطل البيع باشتراط النكاح لانه مقتضي لصحة العتق فلا يراعي فيه شرائط البيع بل شرائط العتق وهو المقتضي - بالكسر - حتى يعتبر في الآمر أهلية الاعتاق بخلاف ما إذا قال اعتق عبدك عني بغير شئ فأعتقه حيث لا يسقط القبض عندهما خلافا لابي يوسف، وقد قدمناه قبيل نكاح الكافر. وفي الولوالجية: رجل قال جاريتي هذه لك على أن تعتق عني عبدك فلانا فرضي بذلك ودفع الجارية إليه لا تكون له حتى يعتبر عبده لانه طلب منه تمليك العبد يقتضي
***

[٤٤١]
الاعتاق بتمليك الجارية فما لم يعتق لم يوجد تمليك العبد فلا يتملك الجارية ا ه. وقيد بإبائها في الثانية أيضا لانها لو تزوجته فما أصاب قيمتها فهو للمولى، وما أصاب مهر مثلها كان مهرا لها. وقيد المصنف باشتراط التزوج من الاجنبي لانه لو أعتق أمته على أن تزوجه نفسها فزوجته نفسها كان لها مهر مثلها عند أبي حنيفة ومحمد لان العتق ليس بمال فلا يصلح مهرا، وعند أبي يوسف يجوز جعل العتق صداقا لانه صلى الله عليه وسلم أعتق صفية ونكحها وجعل عتقها مهرها. قلنا: كان النبي صلى الله عليه وسلم مخصوصا بالنكاح بغير مهر فإن أبت أن تتزوجه فعليها قيمتها في قولهم جميعا. وفي الخانية: أم الولد إذا أعتقها مولاها على أن تزوج نفسها منه فقبلت عتقت فإن أبت أن تزوج نفسها منه لا سعاية عليها والله أعلم. باب التدبير بيان للعتق الواقع بعد الموت بعد ما بين الواقع في الحياة، وقدمه

على الاستيلاد لشموله الذكر والانثى. وله معنيان: لغوي وفقهي، فالاول كما في المغرب الاعتاق عن دبر وهو ما بعد الموت، وتدبر في الامر نظر في ادباره أي في عواقبه ا ه. وفي ضياء الحلوم: التدبير عتق العبد والامة بعد الموت، وتدبير الامر النظر فيه إلى ما تصير إليه العاقبة ا ه. والثاني ما ذكره الشيخ رحمه الله تعالى وركنه اللفظ الدال على معناه. وشرائطه نوعان: عام وخاص، فالعام هو ما قدمناه من شرائط العتق فلا يصح إلا من الاهل في المحل منجزا أو معلقا أو مضافا، سواء كان إلى وقت أو إلى الملك أو إلى سببه. والخاص تعليقه بموت المولى فلو علقه بموت غيره لا يكون مدبرا. وأن يكون بمطلق موته، وأن يكون بموته وحده كما سيأتي، وأما صفته فالتجزي عنده خلافا لهما، فلو دبره أحدهما اقتصر على نصيبه وللآخر عند يسار شريكه ست خيارات: الخمسة المتقدمة والترك على حاله كما عرف في البدائع. وسيأتي بيان أحكامه من عدم جواز إخراجه عن الملك في حالة الحياة ومن عتقه من الثلث بعد موت المولى إلى آخره قوله: (وهو تعليق العتق بمطلق موته) أي مو ت المولى نخرج بقيد الاطلاق التدبير المقيد كتعليقه بموت موصوف بصفة كما سيأتي، وكذا التعليق بموته وموت غيره، وخرج أيضا أنت حر بعد موتي بيوم أو بشهر فهو وصية بالاعتاق فلا يعتق بعد موت المولى إلا بإعتاق الوارث أو الوصي كما في الذخيرة. وخرج بموته تعليقه بموت غيره كقوله إن مات

***

[٤٤٢]

فلان فأنت حر فإنه لا يصير مدبرا أصلا لا مطلقا ولا مقيدا، فإذا مات فلان عتق من غير شئ ولا يرد عليه تعليقه بموته إلى مدة لا يعيش مثله إليها كان مت إلى مائة سنة فأنت حر ومثله لا يعيش إليها فإنه سيأتي أنه مدبر مطلق على المختار مع أنه لم يعلق عتقه بمطلق موت المولى لانه وإن كان مقيدا صورة فهو مطلق معنى. وأشار بالتعليق إلى أنه لو دبر عبده ثم ذهب عقله فالتدبير على حاله وإن كان في التدبير معنى الوصية بخلاف ما إذا أوصى برقبته لانسان ثم جن ثم مات حيث تبطل الوصية. والفرق أن التدبير اشتمل على معنى التعليق والتعليق لا يبطل بالجنون ولهذا لا يبطل بالرجوع ولا كذلك الوصية، ولهذا جاز تدبير المكره ولا يجوز وصيته، كذا في الظهيرية. قوله: (كادامت فأنت حر وأنت حر يوم أموت أو عن دبر مني أو دبرتك) بيان لبعض ألفاظه الصريحة فإنه إثبات العتق عن دبر واليوم هنا لمطلق الوقت فيعتق مات المولى ليلا أو نهارا، لانه قرن بفعل لا يمتد، فإن نوى باليوم النهار دون الليل صحت نيته لانه نوى حقيقة كلامه ثم لا يكون مدبرا لانه علق عتقه بما ليس بكائن لا محالة وهو موته بالنهار وربما يموت بالليل فلذا لا يكون مدبرا، كذا في المبسوط. أي لا يكون مدبرا مطلقا وإنما هو مقيد فيعتق بموته نهارا وله بيعه. ومثل التعليق بإذا متى وإن والحدث كالموت فلو قال إن حدث بي حدث فأنت حر فهو مدبر لانه تعورف الحدث والحادث في الموت، كذا الوفاة والهلاك لان الاعتبار للمعنى، وكذا أنت حر مع موتي أو في موتي فإنه تعليق العتق بالموت وفي تستعار بمعنى حرف الشرط كما عرف في الاصول. وقول الزيلعي تبعا لما في المحيط أن حرف الظرف إذا دخل على الفعل يصير شرطا تسامح وإنما هو بمعناه لانه لو كان شرطا لطلقت في قوله لاجنبية أنت طالق في نكاحك مع أنها لا تطلق. وأفاد بقوله أنت حر يوم أموت أن كل لفظ وقع به العتق للحال إذا أضيف إلى الموت فإنه يوجب التدبير كقوله أعتقتك أو أنت عتيق أو عتق أو محرر بعد موتي. وفي الخانية والظهيرية: رجل قال لعبده لا سبيل لاحد عليك بعد موتي قالوا يصير مدبرا ا ه. ولم يقيداه بالنية مع أن لا سبيل لي عليك كناية لا يعتق بها إلا بالنية إلا أن يفرق بين قوله لي وبين قوله لاحد، وكذا بعد موتي قرينة لا تتوقف على النية. وفي الحاوي القدسي: لو قال أعتقوه بعد موتي فهو مدبر ا ه. وقيد بكون السيد واحدا لانه لو كان بين اثنين فقالا إذا متنا فأنت حر لم يصر بذلك مدبرا ولهما أن يبيعاه، فإذا مات أحدهما صار مدبرا من قبل الثاني وصار حكمه حكم عبد بين رجلين دبره أحدهما. ولو كان كل واحد منهما قال إذا مت فأنت حر أو دبرتك أو دبرت نصيبي منك وخرج القولان منهما جميعا صار مدبرا بينهما فلا يجوز بيعه، وأيهما مات عتق نصيبه وسعى العبد للآخر في قيمة نصيبه منه وكان ولاؤه بينهما، كذا في الحاوي القدسي. ولا فرق في العتق المضاف إلى الموت بين أن يكون معلقا بشرط آخر أو لا، فلو قال إن كلمت فلانا فأنت

***

[٤٤٣]

حر بعد موتي فكلمه صار مدبرا لانه بعد الكلام صار التدبير مطلقا، وكذا لو قال أنت حر بعد كلامك فلانا وبعد موتي فكلمه فلان كان مدبرا، كذا في البدائع. وذكر محمد في الاصل إذا قال أنت حر بعد موتي إن شئت فإن نوى بقوله إن شئت الساعة فشاء العبد في

ساعته تلك صار مدبرا لانه علق التدبير بشرط وهو المشيئة وقد وجد كما إذا قال إن دخلت الدار فأنت مصبر، وإن عنى به مشئته بعد الموت فليس للعبد مشيئة حتى يموت المولى فإن مات المولى فشاء بعد موته فهو حر من ثلثه. وذكر الحاكم في مختصره أن المراد منه أن يعتقه الوصي أو الوارث. وفي المحيط: ولو نهاه عن المشيئة قبل موته جاز نهيه. ولا فرق في التدبير بين أن يكون منجزا أو مضافا كما إذا قال أنت مدبر غدا أو رأس شهر كذا فإذا جاء الوقت صار مدبرا. وروى هشام عن محمد رحمه الله تعالى فيمن قال أنت مدبر بعد موتي فهو مدبر الساعة لانه أضاف التدبير إلى ما بعد الموت والتدبير بعد الموت لا يتصور فيلغو قوله بعد موتي فيبقى قوله أنت مدبر، أو يجعل قوله أنت مدبر أي أنت حر فيصير كأنه قال أنت حر بعد موتي. وفي الذخيرة معزيا إلى الاصل: لو قال أنت حر بعد موتي إن دخلت الدار لا يصح هذا التصرف عندنا أصلا بخلاف ما إذا قال أنت حر بعد موتي إن شئت. والفرق أن في فصل المشيئة صححنا تصرفه بطريق الوصية وتعليق الوصية بالمشيئة صحيح وتعذر تصحيح هذا التصرف بطريق الوصية لان تعليق الوصية بدخول الموصى له الدار باطل ا ه‍. وفي المحيط: لو قال لامة إن ملكتك فأنت حرة بعد موتي فولدت فاشتراهما تصير الام مدبرة دون الولد لان التدبير ثبت في الام والولد منفصل عنها قبل الملك فلا يتصور سراية حق التدبير إلى الولد كما لو قال إن ملكتك فأنت حرة فملكها عتقت ولا يعتق ولد ولدته قبل الملك فكذا هذا، ولو قال المولى ولدت قبل التدبير وقالت بل بعده فالقول للمولى مع يمينه على علمه والبينة لها ا ه‍. وفي الظهيرية: أنت حر الساعة بعد موتي يعتق بعد الموت ا ه‍. وأشار المصنف بهذه الالفاظ إلى أنه لو قال أوصيت لك برقبتك أو عتقك أو نفسك أو أوصيت لك بثلث مالي فإنه يكون مدبرا لان التدبير وصية فإذا أتى بصريحها كان مدبرا بالاولى، ولان الايصاء للعبد برقبته إزالة ملكه عن رقبته لانه لا يثبت الملك للعبد في رقبته إلا باعتاقه فهو كبيع نفس العبد منه. ولو قال العبد لا أقبل فهو مدبر وليس رده بشئ كما في الظهيرية، وعن أبي يوسف فيمن أوصى بسهم من ماله لعبده فإنه يعتق بعد موته، ولو أوصى له بجزء من ماله لم يعتق لان السهم عبارة عن السدس فكان

***

[٤٤٤]

سدس رقبته داخلا في الوصية، فأما الجزء عبارة عن شئ مبهم والتعيين فيه للورثة فلم تكن الرقبة داخله له تحت الوصية، كذا في المحيط. وما عن أبي يوسف هنا جزم به في الاختيار. وذكر الولوالجي لو قال مريض أعتقوا فلانا بعد موتي إن شاء الله تعالى صح الايصاء. وفرق بين هذا وبين ما إذا قال هو حر بعد موتي إن شاء الله تعالى حيث لا يصح، والفرق أن في المسألة الاولى أمر بالاعتاق والاستثناء في الامور باطل وفي المسألة الثانية إيجاب والاستثناء في الايجاب صحيح ا ه‍. قوله: (فلا يباع ولا يوهب) شروع في بيان أحكامه. وقال الشافعي رحمه الله تعالى: يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات، وكما في المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك. ولنا قوله عليه السلام المدبر لا يوهب ولا يورث ولا يباع وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره، ثم جعله سببا في الحال أولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت لان ما بعد الموت حال بطلان أهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية إلى زمان بطلان الاهلية بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وأنه يضاد وقوع الطلاق والعتاق فأمكن تأخير السبب إلى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا، ولانه وصية الوصية خلافة في الحال لوراثة وإبطال السبب لا يجوز في البيع وما يضاهيه ذلك أراد بالبيع الاخراج عن الملك بعوض وبالهبة الاخراج بغير عوض فكأنه قال لا يخرج عن الملك. وفي الذخيرة وغيرها: كل تصرف لا يقع في الحر نحو البيع والامهار فإنه يمنع في المدبر والمدبرة لان المدبر باق على حكم الملك المولى إلا أنه انعقد له سبب الحرية فكل تصرف يبطل هذا السبب يمنع المولى منه ا ه‍. فلذا لا تجوز الوصاية به ولا رهنه لان الرهن والارتهان من باب إيفاء الدين واستيفائه عندنا فكان من باب تمليك العين وتملكها، كذا في البدائع. ومن هنا يعلم أن شرط الواقفين في كتبهم أنها لا تخرج إلا برهن شرط باطل إذا لوقف أمانة في يد مستعيره فلا يتأتى الايفاء والاستيفاء بالرهن سنوضحه إن شاء الله تعالى. وفي الظهيرية: فإن باعه وقضى القاضي

***

[٤٤٥]

بجواز بيعه نفذ قضاؤه ويكون ذلك فسخا للتدبير حتى لو عاد إليه يوما من الدهر بوجه من الوجوه ثم مات لا يعتق وهذا مشكل،

لانه يبطل بقضاء القاضي ما هو مختلف فيه وما هو مختلف فيه لزوم التدبير لا صحة التعليق فينبغي أن يبطل وصف اللزوم لا غير ا ه. وسيأتي في البيوع أن بيع المدبر باطل لا يملك بالقبض فلو باعه المولى فرفعه العبد إلى قاض حنفي وادعى عليه أو على المشتري فحكم الحنفي ببطلان البيع ولزوم التدبير فإنه يصير متفقا عليه فليس للشافعي أن يقضي بجواز بيعه بعده كما في فتاوى الشيخ قاسم وهو موافق للقواعد فينبغي أن يكون كالحر، فلو جمع بينه وبين قن ينبغي أن يسري الفساد إلى القن كما سنبينه إن شاء الله تعالى في محله. وفي الولوالجية من التدبير: رجل قال هذه أمتي إن احتجت إلى بيعها أبيعها وإن بقيت بعد موتي فهي حرة فباعها جاز، كذا في فتاوى الصدر الشهيد ا ه. ولم يصرح بأنها مدبرة تدبيرا مطلقا أو مقيدا. وفيها من كتاب الحيل: لو أراد أن يدبر عبده على وجه يملك بيعه يقول إذا مت وأنت في ملكي فأنت حر فهذا يكون مدبرا مقيدا فيملك بيعه فإذا مات وهو في ملكه عتق ا ه. فكذا في المسألة الاولى يكون مدبرا مقيدا لكن ذكر الولوالجي رحمه الله في آخر الوصايا: لو قال لعبده إن مت وأنت في ملكي فأنت حر فله أن يبيعه لانه لما مات لم يبق في ملكه فلم يعتق ا ه. وهو ليس بمخالف لقوله في الحيل إنه يعتق بموته لان قوله في الوصايا لا يعتق معناه لو مات بعد بيعه، وأما لو مات وهو في ملكه فإنه يعتق. وأشار المصنف بعدم جواز تمليكه إلى أنه لو كان المدبر بين اثنين أعتقه أحدهما وهو موسر وضمن قيمة نصيب شريكه عتق المدبر ولم يتغير الولاء لان العتق ها هنا ثبت من جهة المدبر في الحقيقة لا من جهة الذي أعتقه لان المعتق بأداء الضمان لا يملك نصيب الشريك ها هنا لان المدبر لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك، وإنما وجب الضمان لاثبات الحيلولة بين المدبر والمولى، أما أن يقال إن المعتق يتملك نصيب صاحبه من المدبر فلا. ولما كان هذا طريق العتق كان المعتق هو المدبر فلهذا كان الولاء لهما على الشركة كما كان أولا، كذا في الذخيرة. ولا يرد عليه أن يقبل الانتقال بالقضاء لانه بالقضاء ينفسخ التدبير، وأما ها هنا فالتدبير باق ولكن كان ينبغي أنه لو ضم إلى قن وبيعا صفقة واحدة أن يسري الفساد إلى القن كالحر وسيتضح في محله إن شاء الله تعالى. وقيد بالبيع ونحوه لانه يجوز إعتاقه كأم الولد لانه إيصال إلى حقيقة الحرية عاجلا، وتجوز كتابتهما لما فيها من تعجيل الحرية. وفي المحيط: وإذا ولدت المدبرة من السيد فهي أم ولد وقد بطل التدبير لان أمية الولد أقوى في إفادة العتق من التدبير لانها تعتق من جميع المال بخلاف المدبر فإنها تعتق من الثلث فيبطل

***

[٤٤٦]

بها التدبير كالبيع إذا ورد على الرهن ا ه. قوله: (ويستخدم ويؤجر وتوطأ وتنكح) أي ويستخدم المدبر ويؤجر وكذا المدبرة وتوطأ المدبرة أي يجوز للمولى ذلك ويجوز أن يزوجها جبرا عليها وكذا المدبر كما تقدم في نكاح الرقيق. وإنما جازت هذه التصرفات لان الملك ثابت فيه وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات. وضابطها كما في الذخيرة أن كل تصرف يقع في الحر فإنه لا يمنع في المدبر والمدبرة لانه لا يبطل ما انعقد له من السبب. وأفاد المصنف رحمه الله بجواز ذلك أن أكساب المدبر والمدبرة للمولى وكذا أرشهما وكذا مهرها للمولى لانهما بقيا على حكم ملك المولى، كذا في الذخيرة. ومن أحكامه أن دينه لا يتعلق برقبته لانها لا تحتمل البيع ويتعلق بكسبه ويسعى في ديونه بالغة ما بلغت. ومنها أن جنايته على المولى وهو الاقل من قيمته ومن أرش الجناية ولا يضمن المولى أكثر من قيمة واحدة وإن كثرت الجنايات على ما سيأتي إن شاء الله تعالى. وولد المدبرة بمنزلتها كالحرة فيعتق بموت سيد أمه إن كان التدبير مطلقا، أما ولد المدبرة تدبيرا مقيدا فلا يكون مدبرا. ووقع في بعض نسخ الهداية أن ولد المدبر بالتذكير وليس بصحيح لان التبعية إنما هي للام لا للاب، وتدبير الحمل وحده جائز كعتقه فإن ولدته لاقل من ستة أشهر كان مدبرا وإلا فلا قوله: (وبموته يعتق من ثلثه) أي بموت المولى يعتق المدبر من ثلث مال المولى لما روينا من قوله عليه السلام وهو حر من الثلث ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف إلى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث، ولكونه وصية حتى لو قتله المدبر فإنه يسعى في جميع قيمته لانه لا وصية للقاتل، وأم الولد إذا قتلت مولاها فإنها تعتق ولا شئ عليها إن كان القتل خطأ، كذا في شرح الطحاوي. وذكر قاضيخان في كتاب الحجر أن المحجور عليه يصح تدبيره وبموته سفيها يعتق المدبر ويسعى في قيمته مدبرا، فإن كانت قيمته مدبرا عشرة يسعى في عشرة ا ه. مع أنه نقل قبله أن وصية المحجور عليه جائزة من ثلث ماله. وأطلق في الموت فشمل الحكمي بالردة بأن ارتد المولى عن الاسلام. والعياذ بالله تعالى ولحق بدار الحرب لانها مع اللحاق تجري مجرى الموت، وكذا المستأمن إذا اشترى عبدا في دار الاسلام فدبره ولحق بدار الحرب فاسترق الحربي

عتق مدبره، كذا في البدائع. وأطلق في التدبير فشمل ما إذا كان في الصحة أو في المرض لانه وصية في الحالين ويعتبر من ثلث المال يوم مات المولى كما في الوصايا. وفي المحيط: إن المدبر يعتق في آخر جزء من أجزاء حياة المولى ا هـ. وهو التحقيق وعليه يحمل كلامهم.
***
[٤٤٧]
قوله: (ويسعى في ثلثيه لو فقير أوكله لو مديونا) أي يسعى المدبر للورثة في ثلثي قيمته لو كان المولى فقيرا ليس له مال إلا هو، وفي جميع قيمته لو كان المولى مديونا دينا يستغرق ماله لما ذكرنا أنه وصية ومحل نفاذها الثلث والدين مقدم عليها. اعلم أن المدبر في زمن سعايته كالمكاتب عند الامام، وعندهما حر مديون فتتفرع الاحكام فلا تقبل شهادته ولا يزوج نفسه عنده لما في المجمع من الجنايات: ولو ترك مدبرا فقتل خطأ وهو يسعى للوارث فعليه قيمته لوليه. وقالا: ديته على عاقلته ا هـ. وهكذا في الكافي وعلله بما ذكرناه. وكذا المنجز عتقه في مرض الموت إذا لم يخرج من الثلث فإنه في زمن سعايته كالمكاتب عنده فلا تقبل شهادته كما في شهادات البزازية، وحكم جنايته كجناية المكاتب كما في شرح المجمع للمصنف. وقولهم هنا يعتق المدبر بموت المولى من ثلث المال يدل عليه فإن لم يخرج من الثلث لم يعتق حتى يسعى ويؤديها. قيدنا بكون الدين مستغرقا لان الدين لو كان أقل من
***
[٤٤٨]
قيمته فإنه يسعى في قدر الدين والزيادة على الدين ثلثها وصية ويسعى في ثلثي الزيادة، كذا في شرح الطحاوي وذكر في المجتبى أن القدوري اجمل القيمة ولم يبين أنه يسعى في قيمته قنا أو مدبرا وذكر في بط أنه يسعى في قيمته مدبرا. وذكر محمد في كتاب الحجر إذا دبر السفيه ثم مات يسعى الغلام في قيمته مدبرا وليس عليه نقصان التدبير كالصالح إذا دبر ومات وعليه ديون ا هـ. وقدمنا أن المفتى به أن قيمة المدبر ثلثا قيمته قنا، واختار الصدر الشهيد أنها النصف، وفي الولوالجية وهو المختار لان الانتفاع بالمملوك نوعان: انتفاع بعينه وانتفاع ببدله وهو الثمن والانتفاع بالعين قائم وبالبدل فائت ا هـ. وفي الظهيرية: وعتق المدبر يعتبر من ثلث المال مطلقا كان أو مقيدا ا هـ. ولم يبينه المصنف لانه إذا علم حكم المطلق فالمقيد أولى. وفي فتح القدير: إذا دبره ثم كاتبه ثم مات المولى وهو يخرج من ثلثه عتق بالتدبير وسقطت عنه الكتابة فإن لم يكن له مال غيره فإنه يخير إن شاء سعى في جميع بدل الكتابة بجهة عقد الكتابة وإن شاء سعى في ثلثي قيمته بالتدبير. وهذا عند الامام لان العتق يتجزى عنده وقد تلقاه جهتا حرية فيتخير أيهما شاء، وعند أبي يوسف يسعى في الاقل منهما بغير خيار، وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة. ولو كاتبه ثم دبره فعند أبي حنيفة يتخير بين أن يسعى في ثلثي قيمته أو ثلثي بدل الكتابة، وعندهما يسعى في أقلهما عينا وتمامه فيه. وذكر في الحاوي القدسي: لو قال لعبده أنت حر أو مدبر أمر بالبيان فإن مات على ما كان فإن كان القول منه في الصحة عتق نصفه من جميع المال ونصفه من الثلث ا هـ. قوله: (ويباع لو قال إن مت من سفري أو من مرضي أو إلى عشر سنين أو عشرين سنة أو أنت حر بعد موت فلان ويعتق إن وجد الشرط) بيان للمدبر المقيد وأحكامه. وحاصله أن يعلق عتقه بموته على صفة لا بمطلقه كتقييده بموته في سفر أو مرض مخصوص أو بمدة معينة يعيشان إلى مثلها أو بزيادة شئ بعد موت المولى كقوله إذا مت وغسلت أو كفنت ودفنت فأنت حر فيعتق إذا مات استحسانا من الثلث لانه يغسل ويكفن ويدفن عقيب الموت
***
[٤٤٩]
قبل أن يتقرر ملك الوارث أو بترداده بين الموت والقتل كقوله إذا مت أو قتلت فليس بمدبر مطلق عند أبي يوسف لانه علقه بأحد الشيئين والقتل وإن كان موتا فالموت ليس بقتل، وتعليقه بأحد الامرين يمنع كونه عزيمة في أحدهما خاصة فلا يصير مدبرا ويجوز بيعه. وقال زفر: هو مدبر مطلق. ورجحه في فتح القدير بأنه أحسن لان التعليق في المعنى بمطلق موته لانه لا تردد في كون الكائن أحد الامرين من الموت قتلا أو غير قتل، فهو في المعنى مطلق الموت كيفما كان. وقيد بقوله إلى عشر سنين أو عشرين سنة لانه لو قال إلى مائة سنة ومثله لا يعيش إليها في الغالب فهو مدبر مطلق لانه كالكائن لا محالة وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة. وفي التبيين أنه المختار لكن ذكر قاضيخان أن على قول أصحابنا هو مدبر مقيد وهكذا ذكره في الينابيع وجوامع الفقه. وفي فتح القدير: إن المصنف كالمناقض فإنه في النكاح اعتبره توقيتا وأبطل به النكاح وهنا جعله تأبيدا موجبا للتدبير ا هـ. وقد يجاب عنه بأنه في باب النكاح اعتبره توقيتا للنهي عن النكاح الموقت، ولا شك أنه موقت صورة فالاحتياط في منعه تقديما للمحرم على المبيح لان النظر إلى الصورة يحرمه

وإلى المعنى يبيحه، وأما هنا فنظر إلى التأبيد المعنوي ولا مانع منه فإن الاصل اعتبار المعنى ما لم يمنع مانع فلا تناقض ولذا كان هو المختار وإن كان الولوالجي جزم بأنه ليس بمدبر مطلق تسوية بينه وبين النكاح. وفي الظهيرية: لو قال أنت حر قبل موتي بشهر كان مدبرا فإن مضى شهر صار مدبرا مطلقا عند بعض المشايخ لتعلق العتق بمجرد الموت، وعند البعض بقي مدبرا مقيدا لتعلق العتق بموته ومضى شهر يتصل بموته ا ه. وفي الخانية: ولو مات بعد شهر قيل يعتق من الثلث، وقيل من جميع المال لان على قول أبي حنيفة يستند العتق إلى أول الشهر وهو كان صحيحا فيعتق من كله وهو الصحيح ا ه. وعلى قولهما يصير مدبرا بعد مضي الشهر قبل موته ا ه. وفي المجتبى: لو قال أنت حر قبل موتي بشهر فليس بمدبر وإن كان يعتق بعد موته ويجوز بيعه، ثم إذا مضى شهر قيل لا يجوز بيعه لانه صار مدبرا مطلقا، وأكثر المشايخ على أنه يجوز بيعه وهو الاصح ا ه. وليس من التدبير أنت حر بعد موتي بيوم أو بشهر وهو إيصاء بالعتق حتى لا يعتق بعد موت المولى ومضى اليوم ما لم يعتقه الوصي، ويجب إعتاقه فيعتقه الوصي أو الورثة، كذا في المجتبى أيضا. وفي الظهيرية: وإن أوصى بعتقه بعد موته فقتل العبد خطأ بعد موته فالقيمة للورثة ا ه. وقد ذكر المصنف أن من هذا النوع أنت حر بعد موت فلان، وظاهره أنه مدبر مقيد وليس كذلك ولذا قال في المبسوط: لو قال أنت حر بعد موت فلان لم يكن مدبرا لان موت فلان ليس بسبب للخلافة في حق هذا المولى ووجوب حق العتق باعتبار
***
[٤٥٠]
معنى الخلافة، فلو مات فلان والمولى حي عتق العبد، وكذلك إن قال أنت حر بعد موتي وموت فلان أو قال بعد موت فلان وموتي لا يكون مدبرا فإن مات فلان قبل المولى فحينئذ يصير مدبرا ا ه. وفي البدائع: لو قال إن مات فلان فأنت حر لم يكن مدبرا لانه لم يوجد تعليق عتق عبده بموته فلم يكن هذا تدبيرا بل كان تعليقا بشرط مطلق كالتعليق بسائر الشروط من دخول الدار وكلام زيد وغير ذلك اه. فإن قلت: المصنف إنما ذكره في التدبير المقيد لمساواته لحكمه من جواز البيع والعتق بالموت. قلت: بينهما فرق من جهة أخرى وهو أن المدبر بقسميه يعتق من الثلث كما قدمناه، والمعلق عتقه بشرط غير موت المولى يعتق من جميع المال إذا وجد الشرط ويبطل التعليق بموت المولى قبل وجود الشرط كما لو قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر فمات المولى قبل الدخول بطلت اليمين ولا يعتق أصلا بخلاف المدبر. وفي الظهيرية: عبد بين رجلين قال أحدهما إن مت أنا وفلان يعني شريكه فأنت حر لم يكن مدبرا، وكذلك لو قال الآخر مثل ذلك، فإن مات أحدهما صار العبد مدبرا من الآخر اه. وإنما جاز بيع المدبر المقيد لان سبب الحرية لم ينعقد في الحال لتردد في هذا القيد لجواز أن لا يموت منه فصار كسائر التعليقات بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة. وأفاد بقوله ويعتق إذا وجد الشرط أنه لا بد أن يموت في سفره هذا أو مرضه هذا أو في المدة المعينة. فلو أقام أو صح أو مضت المدة ثم مات لم يعتق لبطلان اليمين قبل الموت. وفي فتح القدير: من التدبير المقيد أن يقول إن مت إلى سنة فأنت حر فإن مات قبل السنة عتق مدبرا، وإن مات المولى بعد السنة لا يعتق، ومقتضى الوجه كونه لو مات في رأس السنة يعتق لان الغاية هنا لولاها تناول الكلام ما بعدها لانه يتنجز عتقه فيصير حرا بعد السنة فتكون للاسقاط اه. وجوابه أن هذا الوجه ليس بمطرد لانتقاضه باليمين في قوله لا أكلمه إلى غد فإن الغاية لا تدخل في ظاهر الرواية فله أن يكلمه في الغد مع أنها غاية إسقاط، وكذلك أكلت السمكة إلى رأسها لا تدخل الغاية مع أنه للاسقاط. وفي المجتبى: إن مت من مرضي هذا فهر حر فقتل لا يعتق بخلاف ما لو قال في مرضى، ولو قال إن مت من مرضي وبه حمى فتحول صداعا أو على عكسه قال محمد: هو مرض واحد اه. ففرق بين من وفي. وذكر الوالوالجي: رجل قال لعبديه أحد كما حر بعد موتي وأوصيت له بمائة درهم ثم مات عتقا ولهما المائة بينهما لانه لما مات شاع العتق فيهما فتشيع الوصية أيضا، ولو
***
[٤٥١]
قال لكل واحد منهما مائة درهم تبطل إحدى المائتين لانها وقعت لعبده اه. وبه علم أن من أوصى لعبده بقدر معين من ماله لا يكون مدبرا بخلاف الايصاء له برقبته أو بسهم من ماله كما قدمناه والله سبحانه وتعالى أعلم. باب الاستيلاد وهو طلب الولد في اللغة وهو عام أريد به خصوص وهو طلب ولد أمته أي استلحاقه أي باب بيان أحكام هذا الاستلحاق الثابتة في الام. وأم الولد تصدق

لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب. وفي عرف الفقهاء أخص من ذلك وهي الامة التي ثبت نسب ولدها من مالك كلها أو بعضها. قوله: (ولدت أمة من السيد لم تملك) لقوله عليه السلام أعتقها ولدها أخبر عن إعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع، ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فإن المائين قد اختلطا بحيث لا يمكن الميز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة إلا أن بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فأوجب حكما مؤجلا إلى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال، فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى إذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق بموتها، وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمتنع جواز البيع وإخراجها لا إلى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته. أطلق في الولد فشمل الولد الحي والميت لان الميت ولد بدليل أنه يتعلق به أحكام الولادة حتى تنقضي به العدة وتصير المرأة نفساء، وشمل السقط الذي استبان بعض خلقه فإن لم يستبن شئ لا تكون أم ولد وإن ادعاه المولى. ولو قال المصنف حبلت أمة من السيد مكان ولدت لكان أولى لما في البدائع والمحيط والخانية: لو قال لجاريته حملها مني صارت أم ولد له لان الاقرار بالحمل إقرار بالولد، وكذا لو قال هي حبلى مني أو ما في بطنها من ولد فهو مني ولا يقبل منه بعده أنها لم تكن حاملا وإنما كان ريحا ولو صدقته الامة لان في الحرية حق الله تعالى فلا يحتمل السقوط بإسقاط العبد بخلاف ما إذا قال ما في بطنها مني ولم يقل من حمل أو ولد ثم قال بعده كان ريحا وصدقته لم تصر أم ولد لاحتمال الولد والريح. ولو قال إن كانت حبلى فهو مني فأسقطت

***

[٤٥٢]

مستبين الخلق كله أو بعضه صارت أم ولد، فإن ولدت لاقل من ستة أشهر صارت أم ولد للتيقن بحملها حينئذ، وإن ولدته لاكثر لم تصر أم ولد اه. وأطلق في الولادة من السيد فشمل ما إذا كان بجماع منه أو بغيره لما في المحيط عن أبي حنيفة: إذا عالج الرجل جاريته فيما دون الفرج فأنزل فأخذت الجارية ماءه في شئ فاستدخلته فرجها في حدثان ذلك فعلقت الجارية وولدت فالولد ولده والجارية أم ولد له اه. وأفاد بالولادة من السيد أنه لا بد من ثبوت النسب منه أولا لتصير أم ولد له فإن السبب عندنا وثبوت النسب منه موقوف على إقراره كما سيأتي. وبه اندفع ما في فتح القدير من أنهم أخلوا بقيد ثبوت النسب لان الولادة منه لا تتحقق إلا بالاعتراف فلا إحلال خصوصا قد صرحوا به بعد. وأطلق في السيد فشمل ما إذا كان سيدها وقت الولادة أولا حتى لو تزوج جارية إنسان فاستولدها ثم ملكها صارت أم ولد له لان سبب الاستيلاء ثبوت النسب بخلاف ما إذا زنى بجارية إنسان فولدت ثم ملكها لعدم ثبوت النسب. وشمل ما إذا كان مالكا كلها أو بعضها لان الاستيلاد لا يتجزى فإنه فرع النسب فيعتبر بأصله، وشمل السيد المسلم والكافر ذميا أو مرتدا أو مستأمنا، كذا في البدائع. وأطلق الامة فشمل القنة والمدبرة لاستوائهما في إثبات النسب إلا أن المدبرة إذا صارت أم ولد بطل التدبير لان أمية الولد أنفع لها لانها لا تسعى، كذا في البدائع. ويشكل عليه ما في المحيط من أنه يجوز إعتاقها وتدبيرها وكتابتها لان في الاعتاق إيصال حقها معجلا، وفي التدبير استجماع سبب الحرية، وفي الكتابة استعجال حقها في العتق متى أدت البدل قبل موت المولى فلم تتضمن هذه التصرفات إبطال حقها وملكه قائم فيها فصحت اه. فإنه على ما في البدائع ينبغي أن لا يصح التدبير فإن الاستيلاد أقوى منه ولا فائدة فيه معه وفي الذخيرة: معنى قوله بطل التدبير أنه لا يظهر حكم التدبير بعد ذلك فكأنه بطل لانها تعتق من جميع المال. وأفاد بقوله لم تملك أنه لا يجوز بيعها ولا هبتها ولا إخراجها عن الملك بوجه، وكذا لا يجوز رهنها. وليس المراد أنها لم تملك لاحد لانها باقية على ملك مولاها بدليل ما سيأتي من جواز وطئها. وأشار المصنف إلى أنه لو

***

[٤٥٣]

قضى قاض بجواز بيعها لم ينفذ قضاؤه. قال في الخانية: وهو أظهر الروايات. وفي الظهيرية: وإذا قضى القاضي بجواز بيع أم الولد نفذ قضاؤه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد لا يجوز بناء على المسألة الاصولية أن الاجماع المتأخر هل يرفع الاختلاف المتقدم؟ عندهما لا يرفع لما فيه من تضليل بعض الصحابة، وعند محمد يرفع، والفتوى على قول محمد في هذه المسألة أنه لا ينفذ قضاؤه اه. وفي الذخيرة: لو قضى قاض بجواز بيعها لم ينفذ قضاؤه بل يتوقف على قضاء قاض آخر إمضاء وإبطالا اه. وفي المحيط: رجل أعتق أم ولده ثم ارتدت وسبيت وملكها تصير أم ولد له لان سبب صيرورتها أم ولد قائم وهو إثبات النسب منه، فإن أعتق المدبرة

ثم ارتدت وسبيت فملكها لا تصير مدبرة لان إعتاق المدبر وصل إليه بالاعتاق وبطل التدبير فلا يبقى عتقها معلقا بالموت بخلاف الاستيلاد فإنه لا يبطل بالاعتاق والارتداد لقيام سببه وهو ثبات نسب الولد اهـ. وفي الخانية: وينبغي للمولى أن يشهد على أن الجارية ولدت منه خوفا من أن يسترق ولده بعد وفاته، وقدمنا في تزوج الاب جارية ابنه أن من أراد أن تلد أمته منه ولا تكون أم ولد أن يملكها لولده الصغير ثم يتزوجها كما في الخانية. قوله: (وتوطأ وتستخدم وتؤجر وتزوج) لان الملك قائم فيها فأشبهت المدبرة، فكل تصرف يبطل هذا الحق فإنه لا يجوز فيها، وما لا يبطله فهو جائز. وأفاد بالوطئ والاستخدام أن الكسب والغلة والعقر والمهر للمولى لانها بدل المنفعة والمنافع على ملكه، وكذا ملك العين قائم. وأفاد بالتزويج أنه لا يجب عليه الاستبراء قالوا هو مستحب كاستبراء البائع لاحتمال أنها حبلت منه فيكون النكاح فاسدا فكان تعريضا للفساد، ولو زوجها فولدت لاقل من ستة أشهر فهو من المولى والنكاح فاسد لانه تبين أنه زوجها وفي بطنها ولد ثابت النسب منه، فإن ولدت لاكثر من ستة أشهر فهو ولد الزوج وإن ادعاه المولى ولكن يعتق عليه لاقراره بحريته وإن لم يثبت نسبه. وفي المحيط: لو باع خدمتها منها أو كاتبها على خدمتها جاز وتعتق إذا باع خدمتها منها. قوله: (فإن ولدت بعده ثبت نسبه بلا دعوة بخلاف الاول) بيان لشرط صيرورتها أم ولد فأفاد أن الامة إذا ولدت فإنها لا تصير أم ولد إلا إذا ادعى الولد لنفسه لان وطئ الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطئ بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة إلى الدعوة، فإذا اعترف بالولد الاول وجاءت بالثاني فإنه يثبت نسبه من غير دعوة من المولى لانه بدعوى الاول تعيين الولد مقصودا منه فصارت
***

[٤٥٤]
فراشا كالمعقودة وفي الظهيرية: لو قال لجاريته إن كان في بطنك غلام فهو مني وإن كان جارية فليس مني يثبت نسب الولد منه غلاما كان أو جارية. ولو قال إن كان في بطنك ولد فهو مني إلى سنتين فولدت لاقل من ستة أشهر يثبت النسب منه، وإن ولدت لاكثر من ستة أشهر لا يثبت النسب والتوقيت باطل اهـ. وأطلق في ثبوت نسب الثاني بلا دعوة وهو مقيد بأن لا تكون حرمت عليه، سواء كانت حرمة مؤبدة أولا، فإن حرمت عليه لا يثبت نسبه إلا بدعوة لان الظاهر أنه ما وطئها بعد الحرمة فكانت حرمة الوطئ كالنفي دلالة كما لو وطئها ابن المولى أو أبوه أو وطئ المولى أمها أو بنتها فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر، أو زوجها فجاءت بولد لستة أشهر من وقت التزويج. وإن ادعى في الحرمة المؤبدة يثبت النسب لان الحرمة لا تزيل الملك وفي المزوجة يعتق عليه، وكذا إذا حرمت عليه بكتابة، وإن حرمت عليه بما لا يقطع نكاح الحرة ولا يزيل فراشها كالحيض والنفاس والاحرام والصوم فإنه يثبت النسب بلا دعوة لانه تحريم عارض لا يغير حكم الفراش، كذا في البدائع. وظاهر تقييده بالاكثر من الستة أنها لو ولدته بعد عروض الحرمة لاقل من ستة أشهر فإنه يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بأن العلوق كان قبل عروضها، وقد ذكره في فتح القدير بحثا. وفي الظهيرية: أمة لرجل ولدت في ملكه ثلاثة أولاد في بطون مختلفة، فإن ادعى الاصغر يثبت نسب الاصغر منه وله أن يبيع الاخيرين بالاتفاق، وإن ادعى نسب الاكبر ثبت نسب الاكبر منه، والاوسط والاصغر بمنزلة الام لا يثبت نسبهما، وليس له أن يبيعهما لانه يحق عليه شرعا الاقرار بنسب ولد هو منه. ولما خص الاكبر بالدعوة بعد ما لزمه هذا شرعا كان هذا نفيا منه للاخيرين، وولد أم الولد ينتفي نسبه بالنفي وهو نظير ما قيل السكوت لا يكون حجة ولكن السكوت بعد لزوم البيان يجعل دليل النفي فهذا مثله اهـ. وقيد بالدعوة لانه لو قال كنت أطأ لقصد الولد عند مجيئها بالولد فإنه لا يثبت النسب لانه لم يعترف بالولد. وفي فتح القدير: ينبغي أن يثبت النسب بلا دعوة لان ثبوته بقوله هو ولدي بناء على أن وطأه حينئذ لقصد الولد، وعلى هذا قال بعض فضلاء الدرس: ينبغي أنه إذا أقر أنه كان لا يعزل عنها وحصنها أن يثبت نسبه من غير توقف على دعواه، وإن كنا نوجب عليه في هذه الحالة الاعتراف به فلا حاجة أن نوجب عليه الاعتراف ليعترف فيثبت نسبه بل يثبت نسبه ابتداء، وأظن أن لا بعد في أن يحكم على المذهب بذلك اهـ. وأقول: إنه لا يصح أن
***

[٤٥٥]
يحكم على المذهب به لتصريح أهله بخلافه. قال في البدائع: الامة القنة أو المدبرة لا يثبت نسب ولدها وإن حصنها المولى وطلب الولد من وطئها بدون الدعوة عندنا لانها لا تصير فراشا بدون الدعوة اهـ. فإن أراد الثبوت عند القاضي ظاهرا فقد صرحوا أنه لا بد من الدعوة مطلقا، وإن أراد فيما بينه وبين الله تعالى فقد صرح في الهداية وغيرها بأن ما ذكرناه من اشتراط الدعوة إنما هو في القضاء، أما

فيما بينه وبين الله تعالى فإن كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه أن يعترف به ويدعيه لان الظاهر أن الولد منه، وإن عزل عنها أو لم يحصنها جاز له أن ينفيه لان الظاهر يقابله ظاهر آخر. والتحصين منعها من الخروج والبروز عن مظان الريبة، والعزل أن يطأها ولا ينزل في موضع المجامعة. وفي المجتبى معزيا إلى تجريد القدوري: ويثبت نسب ولد الجارية من مولاها وإن لم يدعه. فهذا نص على أن دعوى المولى ليس بشرط لصيرورتها أم ولد في نفس الامر وإنما يشترط لظهوره والقضاء عليه اه. وفيه أيضا: لا يصح إعتاق المجنون وتدبيره ويصح استيلاده اه مع أن الدعوى لا تتصور منه فهذا إن صح يستثنى وهو مشكل.. قوله: (وانتفى بنفيه) أي انتفى نسب الولد الثاني بنفي المولى من غير توقف على لعان لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينفي نسب ولدها إلا باللعان لتأكد الفراش. أطلق في النفي فشمل الصريح والدلالة كما إذا ولدت ولدين في بطنين فادعى نسب الثاني كان نفيا للاول، وكذا لو كانوا ثلاثة فادعى نسب الثاني كان نفيا للاول، وكذا لو كانوا ثلاثة فادعى نسب الاكبر كان نفيا لما بعده كما قدمناه. وشمل ما إذا تطاول الزمان وهو ساكت بعد ولادته، وصرح في المبسوط بأنه إذا تطاول الزمان لا يملك نفيه لان التطاول دليل إقراره لوجود دليله من قبول التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح،
***
[٤٥٦]
واختلافهم في التطاول سبق في اللعان. وصرح في المبسوط أيضا بأنه إنما يملك نفيه وإذا لم يقض به القاضي، فأما بعد القضاء فقد لزمه بالقضاء فلا يملك إبطاله اه. وينبغي أن يكون المراد به قضاء غير الحنفي، وأما الحنفي فليس له الحكم به من غير صريح الدعوى. قوله: (وعتقت بموته من كل ماله ولم تسع لغريمه) لحديث سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام أمر بعتق أمهات الاولاد وأن لا يبعن في دين وأن لا يجعلن من الثلث. ولان الحاجة إلى الولد أصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير فإنه وصية بما هو من زوائد الحوائج، ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند أبي حنيفة فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم. أطلق في الموت فشمل الحكمي كردته ولحوقه بدار الحرب، وكذا الحربي المستأمن إذا اشترى جارية بدار الاسلام واستولدها ثم رجع إلى دار الحرب فاسترق الحربي عتقت الجارية لما ذكرنا في المدبر، كذا في البدائع. وشمل كلامه ما إذا أقر بأنها ولدت منه في الصحة أو في المرض لكن إن كان في الصحة فإنها تعتق من جميع المال، سواء كان معها ولد أو لم يكن، وإن كان الاقرار في المرض، فإن كان معها ولد فكذلك الجواب وإلا فهي أم ولده وحكمها كالمدبر تعتق من ثلث المال، كذا في شرح الطحاوي. وذكر في المحيط أنه لو قال لامته في مرضه ولدت مني، فإن كان هناك ولد أو حبل تعتق من جميع المال وإلا فمن الثلث لانه عند عدم الشاهد إقرار بالعتق وهو وصية. وفي الخانية: وإذا عتقت بموته يكون ما في يدها من المال للمولى إلا إذا أوصى لها به اه. وفي المجتبى عن محمد: مات مولى أم الولد ولها متاع وعروض ليس لها منها شئ إلا أني استحسن أن أترك لها ملحفة وقميصا ومقنعة، فأما المدبر فلا شئ له من الثياب وغيره اه. ولم يذكر المصنف هنا حكم ولد أم الولد من غير المولى لانه قدمه في كتاب العتق أن الولد أي الجنين يتبع الام في الاستيلاد، فإذا زوج المولى أم ولده لرجل فولدت فهو في حكم أمه لان حق الحرية يسري إلى الولد كالتدبير، ألا ترى أن ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وإن كان النكاح فاسدا لان الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام، وإذا ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد، كذا في الهداية. فإذا مات المولى عتق ولد أم الولد كأمه. وفي المحيط: لو شهد أحدهما أنه أقر أنها ولدت هذا الغلام منه وشهد الآخر أنها ولدت هذه الجارية منه
***
[٤٥٧]
فشهادتهما جائزة على أمية الولد لا على ثبات النسب لاختلافهما في الولد. فإن كان الولدان لا يعلم أيهما أكبر فنصف كل واحد منهما بمنزلة أمه يعتق ذلك النصف بعتقها ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته بعد موت المولى، وإن كان أحدهما أكبر من الآخر عتق الاصغر بعتقها ويباع الاكبر ولا يثبت نسب واحد منهما، ومتى لم يعلم أيهما أكبر وأحدهما حادث بعد ثبوت أمية الولد للام وهو مجهول فيشيع ذلك الحكم فيهما نصفان اه. قوله: (ولو أسلمت أم ولد النصراني سعت في قيمتها) لان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي إلى بدل ملكه، أما

لو أعتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب ومالية أمية الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده، ولانها إن لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك إذا عفا أحد الاولياء يجب المال للباقين. والمراد بقيمتها هنا ثلث قيمتها لو كانت قنة، كذا في غاية البيان. والمراد بالنصراني الكافر. وترك المصنف قيدا وهو أن محل وجوب السعاية عليها فيما إذا عرض الاسلام عليه فأبى، أما إذا أسلم فهي باقية على حالها. ولم يصرح بأنها في حال السعاية مكاتبة وقد قالوا: إنها مكاتبة لكن إذا عجزت لا ترد في الرق. وشرط قاضيخان في الخانية لكونها مكاتبه قضاء القاضي قال: وإذا قضى القاضي عليها بالسعاية كان حالها حال المكاتب ما لم تؤد السعاية. وقال فخر الاسلام: ومعنى المسألة أن القاضي يقدر قيمتها فينجمها عليها. وأشار بكونها أم ولده إلى أنه لو مات قبل السعاية عتقت بلا سعاية كما هو حكم الولد، وإلى أن المدبر النصراني إذا أسلم فحكمه حكم أم الولد يسعى في قيمته وهي نصف قيمته لو كان قنا أو الثلثان على ما مر. وقيد بأم الولد لان القنة للنصراني إذا أسلمت فإن المولى يؤمر بالبيع، وكذا قنه لان البيع أوجب الحقوق لان الكاتب ربما يعجز فيحتاج إلى بيعه فصارت الكتابة بمنزلة البدل عن البيع، ولا يصار إلى البدل ما دام الاصل مقدورا عليه، كذا في غاية البيان. وقيد مسكين الجبر على البيع بعرض الاسلام عليه فيأبى. وفي المحيط: وإذا قضى القاضي عليها بالقيمة ثم ماتت ولها ولد ولدته في السعاية سعى الولد فيما عليها لان الولد صار مستسعى تبعا لامه كولد المكاتبة لانها بمنزلة المكاتبة اه. قوله: (ولو ولدت بنكاح فملكها فهي أم ولده) لان السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد إلى كل منهما كملا وقد ثبت النسب فثبتت الجزئية بهذه الواسطة، وقد كان المانع حين الولادة ملك الغير وقد زال. قيد بالنكاح

***

[٤٥٨]

احترازا عما إذا ولدت منه بالزنا ثم ملكها فإنها لا تصير أم ولد له لانه لا نسب فيه للولد إلى الزاني، وإنما يعتق على الزاني إذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بلا واسطة، نظيره من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق لانه ينسب إليه بواسطة نسبه إلى الوالد وهي غير ثابتة والوطئ بالشبهة كالنكاح كما في المحيط. وأطلق في الملك فشمل الكل والبعض ولذا قال في المحيط: وإذا ولدت الامة المنكوحة من الزوج ثم اشتراها هو وآخر تصير أم ولد للزوج لما قلنا، ويلزمه قيمة نصيب شريكه لانه بالشراء صارت أم ولد له وانتقل نصيب الشريك إليه بالضمان، وإن ورثا معا الولد وكان الشريك ذا رحم محرم من الولد عتق عليهما جميعا، وإن كان الشريك أجنبيا سعى الولد للشريك في حصته لانه لما عتق نصيب الاب فسد نصيب شريكه اه. وأشار المصنف بكونها أم ولد له إلى أن أولادها منه أحرار إذا ملكهم لان من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث. ولو ملك ولدا لها من غيره لا يعتق وله بيعه عندنا لانها إنما صارت أم ولد له من حين الملك لا من حين العلوق، وأما الولد الحادث في ملكه فحكمه حكم أمه بالاتفاق إلا أنه إذا كان جارية لم يستمتع بها لانه وطئ أمها هذه إجماعية وهي واردة على إطلاق من قال إنه كأمه، كذا في فتح القدير. ويستثنى منه أيضا ما في الظهيرية: رجل اشترى جارية هي أم ولد الغير من رجل أجنبي ولا علم له بحالها فولدت منه ولدا ثم استحقها مولاها وقضى له بها، فعلى أبي الولد وهو المشتري قيمة الولد لمولى أم الولد بسبب الغرور، وكان ينبغي أن لا يكون عليه شئ من قيمة الولد على قول أبي حنيفة لان ولد أم الولد لا مالية فيه كأمه إلا أنه ضمن مع هذا قيمته عنده لانه إنما لا يكون فيه مالية بعد ثبوت حكم أمية الولد فيه ولم يثبت في الولد لانه علق حر الاصل فلذا كان مضمونا بالقيمة والله أعلم اه. فحاصله أن ولد أم الولد من غير المولى كأمه إلا في مسألتين، فإذا ملك من استولدها بالنكاح وبنتها من غير الحادثة قبل الملك والبنت الحادثة من رجل بعد الملك وأعتقهن ثم اشتراهن بعد السبي والارتداد عدن كما كن في قول أبي يوسف يحرم عليه بيع الام والبنت الثانية ولا يحرم عليه بيع البنت الاولى. وقال محمد: يحرم عليه بيع الام ولا يحرم عليه بيع البنتين، كذا في الظهيرية. قوله: (ولو ادعى ولد أمة مشتركة ثبت نسبه وهي أم ولده ولزمه نصف قيمتها ونصف عقرها لا قيمته) أما ثبوت النسب فلانه لما ثبت في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة أنه لا يتجزأ لما أن سببه لا يتجزأ وهو العلوق إذ الولد الواحد لا يعلق من مائين، وأما صيرورتها أم ولد فلان الاستيلاد لا يتجزأ عنده، وعندهما يصير نصيبه أم ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه إذ هو قابل للملك. وأما ضمان نصف القيمة فلانه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد، وأما ضمان نصف العقر فلانه وطئ جارية مشتركة إذ الملك

***

[٤٥٩]
ثبت حكما للاستيلاد فيعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب إذ استولد جارية ابنه لان الملك هناك ثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه. وأما عدم ضمان قيمة الولد فلان النسب يثبت مستندا إلى وقت العلوق فلم يتعلق شئ منه على ملك شريكه. أطلق في المدعي فشمل الحر والمكاتب، فإذا ادعى المكاتب ولد الامة المشتركة فالحكم كذلك كما في البدائع. وفي الظهيرية: وإن كانت بين حر ومكاتب فادعى المكاتب وحده ثبت نسبه وضمن نصف قيمتها للشريك. وقال أبو يوسف: نصيب الشريك بحاله كما كان يستخدمها كل واحد منهما يوما فإذا عجز المكاتب كان له أن يبيعها لان حكم الاستيلاد في نصيب المكاتب بصفة الاستقرار لم يثبت بدليل أنها تباع بعد العجز اه. ومثل المسلم الكافر والصحيح والمريض مرض الموت لانه من الحوائج الاصلية. وأطلق في الامة فشمل ما إذا كانت حبلت على ملكهما أو اشترياها حاملا لكنه يضمن في الثاني نصف قيمة الولد لانها دعوة إعتاق لا استيلاد. وفي الظهيرية: لو اشترى أخوان أمة حاملة فجاءت بولد فادعاه أحدهما فعليه نصف قيمة الولد لانه أعتقه بالدعوة، ولا يعتق على عمه بالقرابة لان الدعوة قد تقدمت فيضاف الحكم إلى الدعوة دون القرابة اه. وأطلق في وجوب نصف القيمة والعقر فشمل الموسر والمعسر لانه ضمان تملك بخلاف ضمان العتق وتعتبر القيمة يوم العلوق وكذا نصف العقر. وشمل ما إذا كانت المدعي منهما الاب كما إذا كان مشتركة بين الاب وابنه فادعاه الاب صح ولزمه نصف القيمة والعقر كالاجنبي بخلاف ما إذا استولدها ولا ملك له فيها حيث لا يجب العقر عندنا. والفرق بينهما أن الجارية متى لم تكن ملكا له مست الحاجة إلى إثبات الملك له فيها سابقا على الوطئ لئلا يكون فعله زنا، ومتى كانت مشتركة بينهما فقيام الملك في شقص منها يكفي لاخراج فعله من أن يكون زنا فلم تمس الحاجة إلى إثبات الملك سابقا على الوطئ فلذا يجب نصف العقر، كذا في الظهيرية. قوله: (ولو ادعياه معا ثبت نسبه منهما وهي أم ولدهما وعلى كل واحد نصف العقر وتقاصا وورث من كل إرث ابن وورثا منه إرث أب) أما ثبوت النسب منهما فلكتاب عمر إلى شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما، هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما، وكان ذلك بمحضر من الصحابة، وعن علي مثل ذلك. ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه، والنسب وإن كان لا يتجزى ولكن يتعلق به أحكام متجزئة فما يقبل التجزئة يثبت في حقهما على التجزئة وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما
***
[٤٦٠]
كملا كان ليس معه غيره، ولا اعتبار بقول القائف وسرور النبي صلى الله عليه وسلم بقوله في أسامة إنما كان لان الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة فكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به. وأما كونها أم ولد لهما فلصحة دعوى كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه فيها أم ولد له تبعا لولدها، وأما لزوم نصف العقر على كل واحد منهما فلما قدمناه، وأما التقاص فلعدم فائدة الاشتغال بالاستيفاء. وفائدة إيجاب العقر مع التقاص به أن أحدهما لو أبرأ أحدهما عن حقه بقي حق الآخر. وأيضا لو قدر نصيب أحدهما بالدراهم والآخر بالدنانير كان له أن يدفع الدراهم ويأخذ الدنانير كما في فتح القدير. وإن كان نصيب أحدهما أكثر من نصيب الآخر يأخذ منه الزيادة. وأما ميراثه من كل واحد منهما ميراث ابن كامل فلانه أقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه، وأما إرثهما منه ميراث أب واحد إذا مات وهما حيان فلاستوائهما في النسب كما إذا أقاما البينة. وأطلق في الشريكين وهو مقيد باستوائهما في الاوصاف فلو ترجح أحدهما لم يعارضه المرجوح فيقدم الاب على الابن، والمسلم على الذمي، والحر على العبد، والذمي على المرتد، والكتابي على المجوسي. والعبرة لهذه الاوصاف وقت الدعوة لا العلوق كما في غاية البيان. وفي المبسوط: أمة بين مسلم وذمي ومكاتب ومدبر وعبد ولدت فادعوه فالحر المسلم أولى لاجتماع الاسلام والحرية فيه مع الملك، فإن لم يكن فيه مسلم بل من بعده فقط فالذمي أولى لانه حر، والمكاتب والعبد وإن كانا مسلمين لكن نيل الولد تحصيل الاسلام دون الحرية، ثم المكاتب لان له حق ملك والولد على شرف الحرية بأداء الكتابة، وإن لم يكن مكاتب وادعى المدبر والعبد لا يثبت من واحد منهما النسب لانهم ليس لهم ملك ولا شبهة ملك. قيل وجب أن يكون هذا الجواب في العبد المحجور وهبت له أمة ولا يتعين ذلك بين أن يزوج منها أيضا، كذا في فتح القدير. وفي الظهيرية: ولو كانت الجارية بين رجل وأبيه وجده فجاءت بولد فادعوه كلهم فالجد أولى اه. وقيد بكون كل واحد منهما ادعى نسبه لانها لو كانت بين رجلين فولدت ولدا فادعاه أحدهما وأعتقه الآخر وخرج الكلامان معا كانت الدعوة أولى من الاعتاق لان الدعوة

تستند إلى حالة العلوق والاعتاق فيقتصر على الحال اه. وأطلق في كونها مشتركة بينهما ولم يقيد باستوائهما في القدر لانها لو كانت بين اثنين لاحدهما عشرها وللآخر تسعة أعشارها فجاءت بولد فادعياه معا فإنه ابنهما، ابن هذا كله وابن ذلك كله، فإن مات ورثاه نصفين، وإن جنى عقل عواقلهما نصفين، وإن جنت الامة
***
[٤٦١]
فعلى صاحب العشر عشر موجب الجناية وعلى الآخر تسعة أعشار موجبها، وكذا أولادها لهما على هذا. ولو أن رجلين اشتريا عبدا ليس له نسب معروف أحدهما عشرة والآخر تسعة أعشاره ثم ادعياه معا فهو ابنهما لا يفضل أحدهما على صاحبه في النسب، فإن جنى فجنايته على عواقلهما أعشارا، كذا في الظهيرية. وقيد بكونهما اثنين للاختلاف فيما زاد عليهما، فعند أبي حنيفة يثبت النسب من المدعيين وإن كثروا. وقال أبو يوسف: يثبت نسبه من اثنين ولا يثبت نسبه من الثلاثة. وعند محمد يثبت من الثلاثة لا غير. وقال زفر: يثبت من خمسة فقط وهو رواية الحسن بن زياد عن الامام. وفي غاية البيان: لو تنازع فيه امرأتان قضى به أيضا بينهما عند أبي حنيفة، وعندهما لا يقضي للمرأتين، وكذلك يثبت عند أبي حنيفة للخمس. ولو تنازع فيه رجل وامرأتان يقضي به بينهم عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد يقضي للرجل ولا يقضي للمرأتين. وإذا تنازع فيه رجلان وامرأتان كل رجل يدعي أنه ابنه من هذه المرأة والمرأة لا تصدقه على ذلك فعند أبي حنيفة يقضي بين الرجلين ولا يقضي بين المرأتين اه. وأفاد بكونها أم ولد لهما أنها تخدم كلا منهما يوما وإذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للحي في تركة الميت لرضا كل منهما بعتقها بعد الموت، ولا تسعى للحي عند أبي حنيفة لعدم تقومها، وعلى قولهما تسعى في نصف قيمتها له. ولو أعتقها أحدهما عتقت ولا ضمان عليه للساكت ولا سعاية في قول أبي حنيفة، وعلى قولهما يضمن إن كان موسرا وتسعى إن كان معسرا، كذا في فتح القدير. فعلى هذا محل قول الامام العتق يتجزأ في القنة، أما في أم الولد فعتقها لا يتجزأ اتفاقا وقد نبه عليه في المجتبى. وفي البدائع: وإن كانت الانصباء مختلفة بأن كان لاحدهم السدس وللآخر الربع وللآخر الثلث وللآخر ما بقي
***
[٤٦٢]
يثبت نسبه منهم، ويصير نصيب كل واحد من الجارية أم ولد له لا يتعدى إلى نصيب صاحبه حتى تكون الخدمة والكسب والغلة بينهم على قدر أنصبائهم لان كل واحد يثبت الاستيلاد منه في نصيبه فلا يجوز أن يثبت فيه استيلاد غيره اه. فالحاصل أن الانصباء إذا كانت مختلفة فالحكم في حق الولد لا يختلف، فأما الاستيلاد فيثبت لكل واحد منهما بقدر ملكه، كذا في الظهيرية. وأطلق المصنف في كونها أم ولد لهما وهو مقيد بما إذا كانت حبلت في ملكهما بأن ولدت لستة أشهر فأكثر من يوم الشراء، أما إذا اشترياها وهي حامل بأن ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الشراء فادعياه أو اشترياها بعد الولادة ثم ادعياه فإنها لا تكون أم ولد لهما لان هذه دعوة عتق لا دعوة استيلاد فيعتق الولد مقتصرا على وقت الدعوة بخلاف الاستيلاد فإن شرطها كون العلوق في الملك وتستند الحرية إلى وقت العلوق فيعلق حرا، وكذا لو كان الحمل على ملك أحدهما بالتزوج ثم اشتراها هو وآخر فولدت لاقل من ستة أشهر من الشراء فادعياه فهي أم ولد الزوج، فإن نصيبه صار أم ولد له والاستيلاد لا يحتمل التجزي عندهما ولا إبقاؤه عنده فيثبت في نصيب شريكه أيضا، وكذا إذا حملت على ملك أحدهما رقبة فباع نصفها من آخر فولدت يعني لتمام ستة أشهر من بيع النصف فادعياه يكون الاول أولى لكون العلوق أولى في ملكه، كذا في فتح القدير. وهي ليست كأم ولد لواحد لانها لو جاءت بعد ذلك بولد، لم يثبت نسبه من واحد إلا بالدعوى لان الوطئ حرام فتعتبر الدعوة، كذا في المجتبى. وأفاد بقوله وورثا منه إرث أب أنه لو مات أحدهما قبل الولد فجميع ميراثه للباقي منهما، وأن الولاية عليه في التصرف مشتركة ولذا قال في الخانية من باب الوصي: رجلان ادعيا صغيرا ادعى كل واحد منهما أنه ابنه من أمة مشتركة بينهما فإنه يثبت نسبه منهما، فإن كان لهذا الولد مال ورثه من أخ له من أمه أو وهب له أخوه لا ينفرد بالتصرف في ذلك المال أحد الابوين عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف ينفرد اه. وأما ولاية الانكاح فلكل واحد منهما الانفراد به، قال في التبيين: النسب وإن كان لا يتجزى لكن يتعلق به أحكام متجزئه كالميراث والنفقة والحضانة والتصرف في المال، وأحكام غير متجزئة كالنسب وولاية الانكاح، فما يقبل
***

[٤٦٣]
التجزئة يثبت بينهما على التجزئة، وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما على الكمال كأنه ليس معه غيره اهـ. وذكر في صدقة الفطر أن صدقة فطر الولد عليهما لكن عند أبي يوسف على كل واحد منهما صدقة تامة، وعند محمد عليهما صدقة واحدة، وأما الام فلا تجب على واحد منهما صدقتها اتفاقا. وذكر في الخانية من فصل الجزية: لو حدث بين النجراني والتغلبي ولد ذكر من جارية وادعياه جميعا معا فمات الابوان وكبر الولد لم تؤخذ منه الجزية. وذكر في السير أنه إن مات التغلبي أولا تؤخذ منه جزية أهل نجران، وإن مات النجراني أولا تؤخذ منه جزية أهل تغلب، وإن ماتا معا يؤخذ النصف من هذا والنصف من هذا اهـ. قوله: (ولو ادعى ولد أمة مكاتبه وصدقة المكاتب لزم النسب والعقر وقيمة الولد ولم تصر أم ولده وإن كذبه لم يثبت) وعند أبي يوسف أنه يثبت النسب بدون تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه. وجه الظاهر وهو الفرق أن المولى لا يملك التصرف في إكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا يعتبر تصديق الابن، وإنما لزمه العقر لانه لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما ذكر، وإنما لزمه قيمة الولد لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو أنه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرابا لقيمة ثابت النسب منه إلا أن القيمة هنا تعتبر يوم ولد وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة. وإنما لم تصر الجارية أم ولد للمولى لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور، وإن كذبه المكاتب في
***
[٤٦٤]
النسب لم يثبت من المولى لما بينا أنه لا بد من تصديقه، فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب إذ هو المانع. قيد بأمة المكاتب لانه لو وطئ المكاتبة فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه، ولا يشترط تصديقها لان رقبتها مملوكة له بخلاف كسبها. وفي التبيين: ولو ولدت منه جارية غيره وقال أحلها لي مولاها والولد ولدي فصدقه المولى في الاحلال وكذبه في الولد لم يثبت نسبه، فإن ملكها يوما ثبت نسبه وصارت أم ولد له، ولو صدقه في الولد ثبت نسبه، ولو استولد جارية أحد أبويه أو امرأته وقال ظننت أنها تحل لي لم يثبت نسبه منه ولا حد عليه، وإن ملكه يوما عتق عليه، وإن ملك أمه لا تصير أم ولد له لعدم ثبوت نسبه اهـ. والله سبحانه وتعالى أعلم. كتاب الايمان مناسبتها للعتاق من حيث إن كلا منهما لا يؤثر فيه الهزل والاكراه كالطلاق، وقدم العتاق عليه لقربه من الطلاق لاشتراكهما في الاسقاط. والايمان جمع يمين وهي في اللغة مشتركة بين الجارحة والقسم والقوة. قالوا: إنما سمي القسم يمينا لوجهين: أحدهما أن اليمين هي القوة والحالف يتقوى بالقسم على الحمل أو المنع. والثاني أنهم كانوا يتماسكون بأيديهم عند القسم فسميت بذلك، وهذا يفيد أن لفظ اليمين لفظ منقول، ومفهومه لغة جملة أولى إنشائية صريحة الجزئين يؤكد بها جملة بعدها خبرية. فخرج بقيد أولى نحو زيد قائم زيد قائم فإن الاولى هي المؤكدة بالثانية من التوكيد اللفظي على عكس اليمين، وشمل الجملة الفعلية كحلفت بالله لافعلن أو أحلف، والاسمية سواء كانت مقدمة الخبر كعلي عهد الله أو مؤخرته نحو لعمرك لافعلن. وأسماء هذا المعنى التوكيدي ستة: الحلف والقسم والعهد
***
[٤٦٥]
والميثاق والايلاء واليمين. وخرج بقيد الانشائية نحو تعليق الطلاق والعتاق فإن الاولى ليست إنشائية فليست التعاليق إيمانا حقيقة. وأما مفهومه الاصطلاحي فجملة أولى إنشائية يقسم فيها باسم الله تعالى أو صفته يؤكد بها مضمون ثانية في نفس السامع ظاهرا، أو يحمل المتكلم على تحقيق معناها فدخلت بقيد الظهور الغموس أو التزام مكروه كفر أو زوال ملك على تقدير ليمنع عنه أو محبوب ليحمل عليه فدخلت التعليقات مثل إن فعل فهو يهودي وإن دخلت فأنت طالق بضم التاء لمنع نفسه وبكسرها لمنعها وإن بشرتني فأنت حر، كذا في فتح القدير. وعرفها في الكافي بأنها عبارة عن تحقيق ما قصده من البر في المستقبل نفيا أو إثباتا. وعرفها في التبيين بأنها عقد قوي به عزم الحالف على الفعل أو الترك. وفي شرح النقاية بأنها تقوى الخبر بذكر الله تعالى أو بالتعليق. وظاهر ما في البدائع أن التعليق يمين في اللغة أيضا قال: لان محمدا أطلق عليه يمينا وقوله حجة في اللغة، وذكر أن فائدة الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يحلف ثم حلف بالطلاق أو العتاق فعند العامة يحنث، وعند أصحاب الظواهر لا يحنث، وركنها اللفظ المستعمل فيها. وشرطها العقل والبلوغ والاسلام.

ومن زاد الحرية كالشمني فقدسها لان العبد ينعقد يمينه ويكفر بالصوم كما صرحوا به. وزاد في المحيط ثالثا وهو كون الخبر المضاف إليه اليمين محتملا للصدق والكذب متمثلا بين البر والهتك فيتحقق حكمه وهو وجوب البر اه. وهو صحيح لما سيأتي أن إمكان البر شرط لانعقادها عندهما خلافا لابي يوسف كما في مسألة الكوز. وسببها إلغائي تارة إيقاع صدقه في نفس السامع، وتارة حمل نفسه أو غيره على الفعل أو الترك. وحكمها شيآن: وجوب البر بتحقق الصدق في نفس اليمين، والثاني وجوب الكفارة بالحنث، كذا في المحيط. وهو بيان لبعض أحكامها فإنه سيأتي أن البر يكون واجبا ومندوبا وحراما، وأن الحنث يكون واجبا ومندوبا. وفي المحيط: والافضل في اليمين بالله تعالى تقليلها لان في تكثير اليمين المضافة إلى الماضي نسبة نفسه إلى الكذب، وفي تكثير اليمين المضافة إلى المستقبل تعريض اسم الله تعالى للهتك، واليمين بغيره تعالى إلى مكروه وعند البعض للحديث لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر وقال بعضهم: إذا أضيف إلى الماضي يكره، وإذا أضيف إلى

***

[٤٦٦]

المستقبل لا يكره وهو الاحسن لما روي أنه عليه الصلاة والسلام لما لاعن بين العجلاني وبين امرأته قال العجلاني إن أمسكتها فهي طالق ثلاثا ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى آخره. وفي التبيين: لا تكره عند العامة. وفي الولوالجية: من أراد أن يحلف بالله تعالى فقال خصمه لا أريد الحلف بالله تعالى يخشى عليه الكفر اه. قوله: (فحلفه على ماض كذبا عمدا غموس) بيان لانواعها وهي ثلاثة كما في أكثر الكتب: الاول الغموس وهو أن يحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه سميت غموسا لانها تغمس صاحبها في الذنب ثم في النار وسيأتي حكمها. أطلق في الماضي فشمل الفعل والترك كما صرح به صدر الشريعة وقال: فإن قلت إذا قيل والله إن هذا حجر كيف يصح أن يقال إن هذا الحلف على الفعل؟ قلت: تقدر كلمة كان أو يكون إذا أريد في الزمن الماضي أو المستقبل وقوله كذبا عمدا حالان من الضمير في حلفه بمعنى كاذبا متعمدا ويصح أن يكونا صفتين لمصدر محذوف أي حلفا. وفي المبسوط أن الغموس ليست بيمين حقيقة لانها كبيرة محضة واليمين عقد مشروع والكبيرة ضد المشروع ولكن سميت يمينا مجازا لان ارتكاب هذه

***

[٤٦٧]

الكبير بصورة اليمين كما سمي بيع الحر بيعا مجازا لوجود صورة البيع فيه ا ه. وقيد المصنف بالماضي في الغموس واللغو قالوا: ويتاتيان أيضا في الحال ففي الغموس نحو والله ما لهذا علي دين وهو يعلم خلافه، ووالله إنه زيد وهو يعلم أنه عمرو. وفي غاية البيان: وما وقع من التقييد بالماضي فهو بناء على الغالب لان الماضي شرط ا ه. وفي شرح الوقاية. فإن قلت الحلف كما يكون على الماضي والآتي يكون على الحال فلم لم يذكره أيضا وهو من أقسام الحلف؟ قلت: إنما لم يذكره لمعنى دقيق وهو أن الكلام يحصل أولا في النفس فيعبر عنه باللسان فالاخبار المعلق بزمان الحال إذا حصل في النفس فعبر عنه باللسان، فإذا تم التعبير باللسان انعقد اليمين فزمان الحال صار ماضيا بالنسبة إلى زمان انعقاد اليمين، فإذا قال كتبت لا بد من الكتابة قبل ابتداء التكلم، وأما إذا قال سوف أكتب فلا بد من الكتابة بعد الفراغ من التكلم يعني ابتداء الزمان الذي من ابتداء التكلم إلى آخره فهو زمان الحال بحسب العرف، وهو ماض بالنسبة إلى آن الفراغ وهو آن انعقاد اليمين فيكون الحلف عليه الحلف على الماضي ا ه. وإنما لم يقل المصنف الايمان ثلاثة كما قال غيره لانها لا تنحصر في الثلاثة لان اليمين على الفعل الماضي صادقا ليس منها، وجواب صدر الشريعة بأن المراد حصر الايمان التي يترتب عليها الاحكام ليس بدافع لان هذه اليمين كاللغو لا إثم فيها فكان لها حكم. قوله: (وظنا لغو) أي حلفه على ماض يظن أنه كما قال والامر بخلافه لغو فقوله ظنا معطوف على كذبا سميت به لانه اعتبار بها. واللغو اسم لما لا يفيد يقال لغا إذا أتى بشئ لا فائدة فيه. وفي المغرب: اللغو الباطل من الكلام ومنه اللغو في الايمان لما لا يعقد عليه القلب، وقد لغا في الكلام يلغو ويلغي ولغا يلغى ومنه قوله فقد لغوت. وقد اختلف في تفسيره شرعا فذكر المصنف تبعا للهداية وكثير أنها الحلف على ماض يظن أنه كما قال من فعل أو ترك، أو صفة والامر بضده كقوله والله لقد دخلت الدار، والله ما كلمت زيدا، أو رأى طائرا من بعيد فظنه غرابا فقال والله إنه غراب أو قال إنه زيد وهو يظنه كذلك والامر

***

[٤٦٨]

بخلافه في الكل. ومن الصفات ما في الخلاصة: رجل حلفه السلطان أنه لم يعلم بأمر كذا فحلف ثم تذكر أنه كان يعلم أرجو أن لا يحنث ا ه. وقدمنا أنها تكون في الحال أيضا. ومثله في المجتبى بقوله والله إن المقبل زيد يظنه زيدا فإذا هو عمرو. وفي البدائع قال أصحابنا: هي اليمين الكاذبة خطأ أو غلطا في الماضي أو في الحال وهو أن يخبر عن الماضي أو عن الحال على ظن أن المخبر به كما أخبر وهو بخلافه في النفي أو في الاثبات، وهكذا روى ابن رستم عن محمد أنه قال: اللغو أن يحلف الرجل على الشئ وهو يرى أنه حق وليس بحق. وقال الشافعي: يمين اللغو هي اليمين التي لا يقصدها الحالف وهو ما يجري على ألسن الناس في كلماتهم من غير قصد اليمين من قولهم لا والله وبلى والله، سواء كان في الماضي أو في الحال أو المستقبل. أما عندنا فلا لغو في المستقبل بل اليمين على أمر في المستقبل يمين معقودة وفيها الكفارة إذا حنث قصد اليمين أو لم يقصد، وإنما اللغو في الماضي والحال فقط، وما ذكر محمد على أثر حكايته عن أبي حنيفة أن اللغو ما يجري بين الناس من قولهم لا والله وبلى والله فذلك محمول عندنا على الماضي أو الحال، وعندنا ذلك لغو فيرجع حاصل الخلاف بيننا وبين الشافعي في يمين لا يقصدها الحالف في المستقبل، فعندنا ليست بلغو وفيها الكفارة، وعنده هي لغو ولا كفارة فيها ا ه. وهو أعم مما في المختصر باعتبار أن اليمين التي لا يقصدها الحالف في الماضي أو الحال جعلها لغوا، وعلى تفسير المصنف لا تكون لغوا لان الحلف على أمر يظنه كما قال لا يكون إلا عن قصد إلا أن يقال: إنه يكون لغوا بالاولى فلا مخالفة. فالحاصل أن تفسيرنا اللغو أعم من تفسير الشافعي وإنا نقول بقول الشافعي إلا في المستقبل. وذكر الامام السرخسي في أصوله قال علماؤنا:

***

[٤٦٩]

اللغو ما يكون خاليا عن فائدة اليمين شرعا ووضعا، فإن فائدة اليمين إظهار الصدق من الخبر، فإن أضيف إلى خبر ليس فيه احتمال الصدق كان خاليا عن فائدة اليمين فكان لغوا. وقال الشافعي: ما يجري على اللسان من غير قصد ولا خلاف في جواز إطلاق اللفظ على كل واحد منهما ولكن ما قلناه أحق واستدل بقوله تعالى * (وقال الذي كفروا لا تسمعوا لهذا القرآن والغوا فيه) * [فصلت: ٦٢] الآية. ومعلوم أن مراد المشركين التعنت أي لم تقدروا على المغالبة بالحجة فاشتغلوا بما هو حال عن الفائدة من الكلام ليحصل مقصودكم بطريق المغالبة دون المحاجة ولم يكن مقصودهم التكلم بغير قصد. قال صاحب التقويم: ولم يرد تكلموا من غير قصد فإن الامر به لا يستقيم ا ه. وفي المحيط: والصحيح قولنا لان اللغو من الكلام ما ليس بصواب ولا حسن فإن اللغو من الكلام القبيح الفاحش منه قال الله تعالى * (لا يسمعون فيها لغوا إلا سلاما) * [مريم: ٢٦] أي كلاما قبيحا. فاللغو هو الكلام القبيح الفاحش، والخطأ الذي هو ضد العمد ليس بقبيح فاحش فلا يكون لغوا، فأما ما ذكرنا فهو كلام قبيح فاحش فإنه كذب والكذب قبيح لانه محظور، وأما الخطأ فليس بمحظور ا ه. وفي الخلاصة والخانية: واللغو لا يؤاخذ به صاحبه إلا في الطلاق والعتاق والنذر وفي فتاوى محمد بن الوليد: لو قال إن لم يكن هنا فلان فعلي حجة ولم يكن وكان لا يشك أنه فلان لزمه ذلك ا ه. فقد علمت أن اليمين بالطلاق على غالب الظن إذا تبين خلافه موجب لوقوع الطلاق وقد اشتهر عن الشافعية خلافه. قوله: (واثم في الاولى دون الثانية) أي أثم إثما عظيما كما في الحاوي القدسي في اليمين الاولى وهي يمين الغموس دون اليمين الثانية وهي يمين اللغو. والاثم في اللغة الذنب وقد سمي الخمر إثما. وفي الاصطلاح عند أهل السنة استحقاق العقوبة. وعند المعتزلة لزوم العقوبة بناء على جواز العفو وعدمه كما أشار إليه الاكمل في تقريره في بحث الحقيقة في

***

[٤٧٠]

بحث إنما الاعمال بالنيات. وإنما أثم في الاولى لحديث ابن حبان مرفوعا من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرئ مسلم حرم الله عليه الجنة وأدخله النار وفي الصحيحين لقي الله وهو عليه غضبان وفي سنن أبي داود قال قال النبي عليه السلام من حلف على يمين مصبورة كاذبا فليتبوأ مقعده من النار والمراد بالمصبورة الملزومة بالقضاء أي المحبوس عليها لانها مصبور عليها، كذا في فتح القدير. والاولى الاستدلال بحديث البخاري عند عبد الله ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الكبائر الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس فإنه أعم من أن يقتطع بها مال امرئ مسلم أو لا. وقد صرح في غاية البيان وغيرها بأن اليمين الغموس كبيرة وهو أعم كما ذكرنا، وينبغي أن تكون كبيرة إذا اقتطع بها مال امرئ مسلم أو أذاه وتكون صغيرة إذا لم يترتب عليها

مفسدة. وإنما لم يأثم في الثانية لقوله تعالى * (لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم) * [البقرة: ٥٢٢] ولهذا جزم المصنف بعدم الاثم في اللغو لكن الامام محمد بن الحسن لم يجزم به وإنما علقه بالرجاء فقال: الايمان ثلاثة يمين مكفرة. ويمين غير مكفرة، ويمين نرجو أن لا يؤاخذ بها الله تعالى صاحبها. فاعترض عليه بأنه كيف يعلقه بالرجاء مع أنه مقطوع به فاختلف المشايخ في الجواب عنه، ففي الهداية إلا أنه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره ا ه. وتعقبه في فتح القدير بأن الاصح أن اللغو بالتفسيرين الاولين وكذا بالثالث متفق على عدم المؤاخذة في الآخرة، وكذا بالدنيا بالكفارة فلم يتم العذر عن التعليق بالرجاء فالاوجه ما قيل إن لم يرد به التعليق بل التبرك باسم الله تعالى والتأدب فهو كقوله عليه السلام لاهل المقابر وإنا إن شاء الله بكم لاحقون وأما بالتفسير الرابع فغير مشهور وكونه لغوا هو اختيار سعيد ا ه. وأراد بالتفسيرين الاولين تفسيرنا وتفسير الشافعي، وبالثالث ما عن الشعبي ومسروق لغير اليمين أن يحلف على معصية فينزل لاغيا بيمينه، وبالرابع قول سعيد أن يحرم على نفسه ما
***
[٤٧١]
أحل الله من قول أو عمل. والحاصل أن الاولى الجزم كما فعل المصنف لقطعية الدليل كالجزم في نظائره مما في معناه اختلاف. قوله: (وعلى آت منعقدة وفيها كفارة فقط) أي حلفه على آت تسمى منعقدة نفيا كان أو إثباتا وحكمها وجوب الكفارة إذا حنث لقوله تعالى * (ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته) * [المائدة: ٩٨] الآية. والمراد منها اليمين في المستقبل بدليل قوله تعالى * (واحفظوا أيمانكم) * [المائدة: ٩٨] ولا يتصور الحفظ عن الحنث والهتك إلا في المستقبل. وقد اعترض في التبيين على المصنف بأنه لا معنى لقوله فقط لان في اليمين المنعقدة إثما أيضا ولفظ الكفارة ينبئ عنه لان معناها الستارة وهي لا تجب إلا لرفع المأثم ا ه. وهو مردود من وجهين: أحدهما أن معنى قوله فقط أنه لا كفارة في غيرها من الغموس بيانا لذلك خلافا للشافعي فإنه أوجب الكفارة في الغموس كالمنعقدة لانها شرعت لدفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى، وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فأشبه المعقودة، ولنا أنها كبيرة محضة والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة فإنها مباحة، ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق، كذا في الهداية. وذكر في فتح القدير أن المعقودة عند الشافعي ليست سوء المكسوبة بالقلب، وكون الغموس قارنها الحنث لا ينفي الانعقاد عنده، وكونها لا تسمى يمينا لانها لم تنعقد للبر بعيد إذ لا شك في تسميتها يمينا لغة وعرفا وشرعا بحيث لا يقبل التشكيك، فليس الوجه إلا ما قدمناه من أن شرعية الكفارة لدفع ذنب أصغر لا يستلزم شرعها لدفع ذنب أكبر، وإذا أدخلها في مسمى المنعقدة وجعل المنعقدة تنقسم إلى غموس وغيرها عسر النظر معه إلا أن يكون لغة أو سمع وقد روى الامام أحمد في مسنده بإسناد جيد عن النبي عليه السلام في حديث مطول قال فيه خمس ليس فيهن كفارة: الشرك بالله، وقتل النفس بغير حق، وبهت المؤمن، والفرار من الزحف، ويمين صابرة يقتطع بها مال مسلم بغير
***
[٤٧٢]
حق وكل من قال لا كفارة في الغموس لم يفصل بين اليمين المصبورة على مال وغيرها ا ه. ثانيهما أن الاثم ليس لازما للمنعقدة بل قد يكون الحنث واجبا وقد يكون مستبحا فلم يصح إطلاقه كما لا يخفى، والعجب منه أنه بعد يسير ناقض نفسه بأن قال: لو فعله الحالف وهو مغمى عليه أو مجنون فإنه يحنث لتحقق الشرط حقيقة، ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب كما أدير الحكم على السفر لا على حقيقة المشقة ا ه. فقد علم أنه لا يلزم في الكفارة أن تكون ستارة للذنب بل تجب ولا ذنب أصلا. قوله: (ولو مكرها أو ناسيا) أي في المنعقدة كفارة إذا حنث ولو كان حلف مكرها أو ناسيا لقوله عليه السلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق واليمين. كذا استدل مشايخنا، وتعقبهم في فتح القدير بأنه لو ثبت حديث اليمين لم يكن فيه دليل لان المذكور فيه جعل الهزل باليمين جدا والهازل قاصد لليمين غير راض بحكمه فلا يعتبر عدم رضاه به شرعا بعد مباشرة السبب مختارا، والناسي بالتفسير المذكور لم يقصد شيئا أصلا ولم يدر ما صنع، وكذا المخطئ لم يقصد قط التلفظ به بل بشئ آخر فلا يكون الوارد في الهازل واردا في الناسي الذي لم يقصد قط مباشرة السبب فلا يثبت في حقه نصا ولا قياسا. وإذا كان اللغو بتفسيرهم وهو أن

يقصد اليمين مع ظن البر ليس لها حكم اليمين فما لم يقصده أصلا بل هو كالنائم يجري على لسانه طلاق أو إعتاق لا حكم له أولى أن لا يكون له حكم اليمين. وأيضا فتفسير اللغو المذكور في حديث عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو أنه كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله وإن لم يكن هو نفس التفسير الذي فسروا به الناسي فإن المتكلم كذلك في بيته لا يقصد التكلم به بل يجري على لسانه بحكم العادة غير مراد لفظه ولا معناه كان أقرب إليه من الهازل فحمل الناسي على اللاغي بالتفسير المذكور أولى من حمله على الهازل، وهو الذي أدينه وتقدم لنا مثله في الطلاق غافلا ا هـ. وفي التبيين: والمراد بالناسي المخطئ كما إذا أراد أن يقول اسقني الماء فقال والله لا أشرب الماء. وذكر في الكافي أنه المذهول عن التلفظ به بأن قيل له إلا تأتينا فقال بلى والله غير قاصد لليمين. وإنما ألجأنا إلى هذا التأويل لان حقيقة النسيان في اليمين لا تتصور ا هـ. وذكر الشمني أن حقيقته متصورة بأن حلف أن لا يحلف فنسي فحلف ا هـ. وهو مردود لانه فعل المحلوف عليه ناسيا لا أن حلفه كان
***
[٤٧٣]
ناسيا. وفي فتح القدير: والناسي هو من تلفظ باليمين ذاهلا عنه ثم تذكر أنه تلفظ به. وفي بعض النسخ الخاطئ وهو من أراد أن يتكلم بكلام غير الحلف فجرى على لسانه الحلف ا هـ. وهو الظاهر كما لا يخفى. وفي الخانية: رجل حلف أن لا يفعل كذا فنسي أنه كيف حلف بالطلاق أو بالصوم قالوا: لا شئ عليه إلا أن يتذكر ا هـ. قوله: (أو حنث كذلك) أي مكرها أو ناسيا لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بلاكراه أو النسيان وهو الشرط، وكذا إذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة، ولو كان الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقته الذنب، كذا في الهداية. ومراده من الشرط السبب لان الحنث عندنا سبب لوجوب الكفارة لا شرط كما سيأتي، كذا في فتح القدير. وقد يقال: إن فعل المحلوف عليه شرط في الحنث والحنث سبب للكفارة إلا أن يقال: إن الحنث هو عين فعل المحلوف عليه فحينئذ يحتاج إلى التأويل. قيد بالحنث لانه لو لم يحنث كما لو حلف أن لا يشرب فأوجر أو صب في حلقه الماء مكرها فإنه لا اعتبار به. وقيده قاضيخان بأن يدخل في جوفه بغير صنعه فلو صب في فيه وهو مكره فأمسكه ثم شربه بعد ذلك حنث ا هـ قوله: (واليمين بالله تعالى والرحمن والرحيم وجلاله وكبريائه وأقسم وأحلف وأشهد وإن لم يقل بالله ولعمر الله وأيم الله وعهد الله وميثاقه وعلى نذر ونذر الله وإن فعل كذا فهو كافر) بيان الالفاظ اليمين المنعقدة، فقوله بالله والرحمن والرحيم بيان للحلف باسم من أسمائه تعالى لانه يعتقد تعظيم الله تعالى فصلح ذكره حاملا أو مانعا. وفي المجتبى: لو قال والله بغيرها كعادة الشطار فيمين. قلت: فعلى هذا ما يستعمله الاتراك بالله بغير هاء فيمين أيضا ا هـ. بلفظه. وأفاد بعطف الرحمن على الله أن المراد بالله اللفظ. وقيد به احترازا عن بسم الله فإنه ليس بيمين إلا أن ينويه. وفي المنتقى رواية ابن رستم عن محمد أنه يمين مطلقا فليتأمل عند الفتوى. ولو قال وبسم الله يكون يمينا، كذا في الخلاصة. وفي فتح القدير: قال بسم الله لافعلن المختار أنه ليس بيمين لعدم التعارف وعلى هذا بالواو إلا أن نصارى ديارنا تعارفوه فيقولون واسم الله ا هـ. والظاهر أن بسم الله يمين كما جزم به في البدائع معللا لان الاسم والمسمى واحد عند أهل السنة والجماعة فكان الحلف بالاسم حلفا بالذات كأنه قال بالله ا هـ. والعرف لا اعتبار به في
***
[٤٧٤]
الاسماء كما قدمناه. وذكر الولوالجي رجل قال لآخر الله لا تفعلن كذا أو قال والله لتفعلن كذا وقال الآخر نعم، إن أراد المبتدئ أن يحلف وأراد المجيب الحلف يكون كل منهما حالفا لان قوله نعم جواب والجواب يتضمن إعادة ما في السؤال فيصير كأنه قال نعم والله لافعلن، وإن أراد المبتدي الاستحلاف وأراد المجيب الوعد ليس على كل واحد منهما شئ لان كل واحد منهما نوى ما يحتمله، وإن أراد المبتدي الاستحلاف وأراد المجيب الحلف فالمجيب الحالف والمبتدي لا لان كل واحد منهما نوى ما يحتمله، وإن لم ينو واحد منهما شيئا ففي قوله الله الحالف هو المجيب، وفي قوله والله الحالف هو المبتدي ا هـ. وأفاد بإطلاقه في اليمين بالله تعالى أنه لا يتوقف على النية ولا على العرف بل هو يمين تعارفوه أولا وهو الظاهر من مذهب أصحابنا وهو الصحيح كما في الذخيرة وغيرها إذ لا اعتبار

بالعرف عند قيام دلالة النص، كذا في المحيط. وبه اندفع ما في الولواجية من أنه لو قال والرحمن لا أفعل كذا إن أراد به السورة لا يكون يمينا لانه يصير كأنه قال والقرآن، وإن أراد به الله تعالى يكون يمينا ا ه. فإن هذا التفصيل في الرحمن قول بشر المريسي كما في الذخيرة والمذهب أنه يمين من غير نية. ومثل الحلف بالله الحلف بالذي لا إله إلا هو، ورب السموات والارض، ورب العالمين، ومالك يوم الدين، والاول الذي ليس قبله شئ، والآخر الذي ليس بعده شئ كما في فتح القدير. وأفاد بعطف الرحيم على الرحمن أنه لا فرق في أسمائه بين أن تكون خاصة أو مشتركة كالحكيم والعليم والقدير والعزيز، فالصحيح أنه لا يتوقف على النية خلافا لبعض المشايخ فيما كان مشتركا لانه لما كان مستعملا لله تعالى ولغيره لا تتعين إرادة أحدهما إلا بالنية. ورجحه في غاية البيان وهو خلاف المذهب لان هذه الاسماء وإن كانت تطلق على الخلق لكن تعين الخالق مرادا بدلالة القسم إذ القسم بغير الله لا يجوز فكان الظاهر أنه أراد به اسم الله حملا لكلامه على الصحة إلا أن ينوي به غير الله فلا يكون يمينا لانه نوى ما يحتمله كلامه فيتصدق في أمر بينه وبين الله تعالى، كذا في البدائع. وفي الذخيرة والولواجية: لو قال والطالب والغالب لا أفعل كذا فهو يمين وهو متعارف أهل بغداد ا ه. وهذا لا يدل على أن كونه يمينا موقوف على التعارف وإنما بعد ما حكم بكونها يمينا أخبر بأن أهل بغداد تعارفوا الحلف بها، وبذلك اندفع ما في فتح القدير من أنه يلزم إما اعتبار العرف فيما لم يسمع من الاسماء من الكتاب والسنة فإن الطالب لم يسمع بخصوصه بل
***
[٤٧٥]
الغالب في قوله تعالى * (والله غالب على أمره) * [يوسف: ١٢] وإما كونه بناء على القول المفصل في الاسماء ا ه. وأفاد بقوله وجلاله وكبريائه أن الحلف يكون بصفة من صفاته تعالى لان معنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله تعالى وصفاته، ولم يقيد المصنف الحلف بالصفات بالعرف ولا بد منه. قال في المحيط: وأما الحلف بصفات الله تعالى فقد اختلفت عبارات مشايخنا في ذلك، قال عامة مشايخنا من حلف بصفة من صفات الله تعالى صفة ذات أو صفة فعل ينظر، وإن تعارف الناس الحلف به يكون يمينا وإلا فلا لان صفات الله في الحرمة كذاته تعالى فإنها ليست باغيار الله بل صفات الله تعالى لا هو ولا غيره لانها ليست بحادثة في ذاته خلافا لما تقوله الكرامية هداهم الله أن لله تعالى صفات حادثة وذاته محل الحوادث، وخلافا لما تقوله المعتزلة لعنهم الله أنه ليس لله صفات، وعند أهل السنة كثرهم الله صفة ذاته كونه سميعا بصيرا حيا عليما قديرا وهو بجميع صفاته قديم والقديم لا يجوز أن يكون محل الحوادث. وقال مشايخ العراق: إن حلف بصفة من صفات الذات يكون يمينا إلا العلم لما تبين، وإن حلف بصفة من صفات الفعل لا يكون يمينا، والفاصل بينهما إن كل صفة يوصف بها وبضدها كالرحمة والرأفة والسخط والغضب فهي من صفات الفعل، كل صفة يوصف بها ولا يوصف بضدها كالقدرة والعزة والعظمة فهي من صفات الذات، فألحقوا صفات الذات بالاسم ولم يلحقوا صفات الفعل بالاسم وعلى هذا تخرج المسائل ا ه. وظاهره أن الكرامية مؤمنون والمعتزلة كافرون لدعائه للاولين بالهداية وعلى المعتزلة باللعن. وفي فتح القدير: المراد بالصفة اسم المعنى الذي لا يتضمن ذاتا ولا يحمل عليها بهو هو كالعزة والكبرياء والعظمة بخلاف نحو العظيم. وفي التبيين: والصحيح عدم الفرق لان صفات الله كلها صفات ذات وكلها قديمة فلا يستقيم الفرق والايمان مبنية على العرف فما تعارف الناس الحلف به يكون يمينا وما لا فلا ا ه. وفي المسايرة للمحقق ابن الهمام: اختلف مشايخ الحنفية والاشاعرة في صفات الافعال والمراد صفات تدل على تأثير لها أسماء غير اسم القدرة يجمعها اسم التكوين، فإن كان ذلك الاثر مخلوقا فالاسم الخالق والصفة الخلق، أو رزقا فالاسم الرازق والصفة الترزيق، أو حياة فهو المحي، أو موتا فهو المميت. فادعى متأخروا والحنيفة من عهد أبي منصور أنها صفات قديمة زائدة على الصفات المتقدمة
***
[٤٧٦]
وليس في كلام أبي حنيفة والمتقدمين تصريح بذلك سوى ما أخذوه من قوله كان تعالى خالقا قبل أن يخلف ورازقا قبل أن يرزق وذكروا له أوجها من الاستدلال. والاشاعرة يقولون ليست صفة التكوين على فصولها سوى صفة القدرة باعتبار تعلقها بتعلق خاص، فالتخليق هو القدرة باعتبار تعلقها بالمخلوق، والترزيق تعلقها بإيصال الرزق إلى آخر ما ذكره فيها. وأما كونه خالفا بقوله أقسم أو أحلف

أو أشهد وإن لم يقل بالله فلان هذه الالفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا للحال والشهادة يمين قال الله تعالى * (قالوا نشهد أنك رسول الله) * [المنافقون: ١] ثم قال * (اتخذوا ايمانهم جنة) * [المنافقون: ٢] والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فيصرف إليه. وأشار إلى أنه لو قال حلفت أو أقسمت أو شهدت بالله أو لم يقل بالله فإنه يمين بالاولى. وأطلق في كونه يمينا بلفظ المضارع فأفاد أنه لا يتوقف على النية كما في غاية البيان. وذكر في الهداية خلافا فيه. وصحح في التبيين أنه يكون يمينا بلا نية. وأراد المصنف بهذه الالفاظ أن كلا منها يصلح أن يكون قسما فإن ذكر المقسم عليه انعقدت اليمين فيحنث إذا نقضها فتجب عليه الكفارة وإلا فلا. وقد ذكر محمد هذه الالفاظ كلها في الاصل ثم قال بعدها: فهذه كلها أيمان فإذا حلف بشئ منها ليفعلن كذا وكذا فحنث وجبت عليه الكفارة ا ه. وفي المجتبى: أشهد ليس بيمين ما لم يعلقه بالشرط، وقوله علي نذر يمين وإن سكت. وفي المنتقى وجامع الكرخي ما يشبه خلاف مسألة النذر. قلت: فعلم بهذا أن هذه الالفاظ لا تكون يمينا ما لم يعلق بشئ ا ه. فظهر بهذا أن ما في النهاية من أن قوله أقسم أو أشهد أو علي يمين تنعقد يمينا سواء ذكر المقسم عليه أو لا مستدلا بما ذكر في الذخيرة أن قوله على يمين موجب للكفارة فهو سهو كما في غاية البيان وتوهم وخبط كما في فتح القدير، بل لا بد من ذكر المقسم عليه، وإنما ترك ذكره في بعض المواضع للعلم به وهو مراد صاحب الذخيرة، وتحقيقه أن الكفارة إنما تجب لستر الذنب في نقض اليمين المنعقدة فعلى أي شئ انعقدت اليمين حتى يتصور نقض اليمين فتجب الكفارة. وأيضا قوله على يمين فيه احتمال لانه يصح عليه أن يكون يمين الغموس أو اليمين المنعقدة والكفارة لا تثبت بالاحتمال لانها دائرة بين العبادة والعقوبة والعقوبات تندرئ بالشبهات وذلك أنه ليس في الغموس كفارة، وكذا في المنعقدة عند قيام البر فكيف نتصور الكفارة؟ وأيضا لو وجبت الكفارة بمجرد قوله علي يمين يلزم تقديم المسبب على السبب وهو فاسد لان سبب الكفارة الحنث ولم يوجد لعدم انعقاد اليمين على شئ إلى آخر ما في غاية البيان إلا أنه في فتح القدير قال: والحق أن قوله علي يمين إذا لم يزد عليه على وجه الانشاء لا الاخبار يوجب الكفارة بناء على أنه التزام الكفارة بهذه العبارة ابتداء كما يأتي في قوله علي نذر إذا لم يزد عليه فإنه مثله من صيغ النذر ولو لم يكن كذلك لغا بخلاف احلف و اشهد ونحوهما ليست من صيغ النذر فلا يثبت به الالتزام ابتداء ا ه.

***

[٤٧٧]

وفي المجتبى: اشهد بفتح الهمزة والهاء وضم الهمزة وكسر الهاء خطأ ثم قال: قال علي يمين يريد به الايجاب لا كفارة عليه إذا لم يعلقه بشئ ا ه. وبه ندفع ما في فتح القدير. وقيد بقوله أشهد لانه لو قال اللهم إني عبدك أشهدك وأشهدك ملائكتك إني لا أدخل دار فلان فليس بيمين لان الناس لم يتعارفوا الحلف بهذا بخلاف قوله أشهد أو أشهد بالله لان ذلك يمينا عرفا كذا في المحيط. واعزم كأشهد كما في البدائع ومعناه أوجب فكان إخبارا عن الايجاب في الحال وهذا معنى اليمين، وكذا لو قال عزمت لا أفعل كذا كان حالفا، وكذا آليت لا أفعل كذا لان الالية هي اليمين ا ه. وأما كونه حالفا بقوله لعمر الله فلان عمر الله بقاؤه فكان صفة له لانه من صفة الذات لانه يوصف به لا بغيره فكان قال وبقاء الله كقدرته وكبريائه ولقوله تعالى * (لعمرك أنهم لفي سكرتهم يعمهون) * [الحجر: ٢٧] هو بالضم والفتح إلا أن الفتح غلب في القسم حتى لا يجوز فيه الضم، وارتفاعه على الابتداء وخبره محذوف والخبر قسمي أو يميني، كذا في المغرب. ولا تلحق المفتوحة الواو في الخط بخلاف عمر والعلم فإنها ألحقت للتفرقة بينه وبين عمر. وقيد بكون اللام في أوله لانه لو لم تدخله اللام فإن القسم فيه محذوف ويكون منصوبا نصب المصادر فتقول عمر الله ما فعلت كما في الله لافعلن، وأما قولهم عمرك الله ما فعلت فمعناه بإقرارك له بالبقاء، وينبغي أن لا ينعقد يمينا لانه حلف بفعل المخاطب وهو إقراره واعتقاده كما في فتح القدير. وأما أيم الله فمعناه أيمن الله وهو جميع يمين على قول الاكثر نخفف بالحذف حتى صار أيم الله ثم خففت أيضا فقيل م الله لافعلن كذا فتكون ميما واحدة، وبهذا نفى سبيويه أن يكون جمعا لان الجمع لا يبقى على حرف واحد. ويقال من الله بضم الميم والنون وفتحهما وكسرهما. وهمزة أيمن بالقطع وإنما وصلت في الصول تخفيفا لكثرة الاستعمال. ومذهب سيبويه أنها همزة وصل اجتلبت ليمكن بها النطق كهمزة ابن وامرئ من الاسماء الساكنة الاوائل، وإنما كان يمينا لحديث البخاري وايم الله إن كان لخليقا بالامارة كما في فتح

القدير. وأشار المصنف
***
[٤٧٨]
إلى أنه لو قال يمين الله لا أفعلن كذا فهو يمين صرح به في المجتبى. وأما كونه حالفا بعهد الله وميثاقه فلان العهد في الاصل هي المواعدة التي تكون بين اثنين لوثوق أحدهما على الآخر وهو الميثاق وقد استعمل في اليمين لقوله تعالى * (وأوفوا بعد الله إذا عاهدتم) * [النحل: ١٩] الآية، فقد جعل العهد في القرآن يمينا كما ترى والميثاق في معناه، وكذا الحلف بالذمة ولذا يسمى الذمي معاهدا. وأطلقه فشمل ما إذا لم ينو لغلبة الاستعمال للعهد، والميثاق في معنى اليمين فينصر فإن إليه إلا إذا قصد غير اليمين فيدين. وفي الذخيرة: لو قال إن فعلت كذا فعلي يمين إن شاء فلان ففعل ذلك الفعل وشاء فلان لزمه كما قال، وأما كونه حالفا بقوله علي نذر ونذر الله فيشترط أن يذكر المحلوف عليه لكونها يمينا منعقدة نحو أن يقول علي نذر الله لافعلن كذا أو لا أفعل كذا حتى إذا لم يف بما حلف عليه لزمته كفارة اليمين، وأما إذا لم يسم شيئا بأن قال علي نذر الله فإنه لا يكون يمينا لان اليمين إنما تحقق لمحلوف عليه ولكن تلزمه الكفارة فيكون هذا التزام الكفارة ابتداء بهذه العبارة، كذا في فتح القدير. وهذا كله إذا لم ينو بهذا النذر المطلق شيئا من القرب كحج أو صوم، فإن كان نوى بقوله علي نذر إن فعلت كذا قربة مقصودة يصح النذر بها ففعل لزمته تلك القربة لما ذكره الحاكم بقوله: فإن حلف بالنذر فإن نوى شيئا من حج أو عمرة فعليه ما نوى، وإن لم يكن له نية فعليه كفارة اليمين ا ه. فيحمل الحديث من نذر نذرا لم يسمه فكفارته كفارة يمين على ما إذا لم تكن له نية. وقيد بلفظ النذر احترازا عن صيغة النذر كأن يقول لله علي كذا صلاة ركعتين أو صوم يومين مطلقا عن الشرط أو معلقا به كما سيأتي الكلام عليه قريبا. وقد خلط الزيلعي مسألة لفظ النذر بصيغة النذر وبينهما فرق تطلع عليه إن شاء الله. وفي الولوالجية وغيرها: لو قال لله علي أن لا أكلم فلانا أنها ليست بيمين إلا أن ينوي لان الصيغة للنذر مع احتمال معنى اليمين ا ه. وأما مسألة الحلف بالتعليق بالكفر فلانه لما جعل الشرط
***
[٤٧٩]
علما فقد اعتقده واجب الامتناع وقد أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال، ولا فرق بين أن يعلقه بالكفر أو بالتهود أو التنصر أو قال هو برئ من الاسلام أو من القرآن أو القبلة أو الصوم رمضان أو أنا برئ مما في المصحف أو أعبد من دون الله أو أعبد الصليب كما في المجتبى والمحيط، أو يعقد الزنار على نفسه كما يعقد النصارى كما في الظهيرية. ولو قال أنا برئ من كل آية في المصحف فهو يمين واحدة، ولو رفع كتابا فيه مكتوب بسم الله الرحمن الرحيم فقال أنا برئ مما فيه، إن فعلت كذا فهو يمين، ولو قال إن فعلت كذا فأنا برئ من حجتي التي حججت ومن الصلاة التي صليت فليس بيمين بخلاف قوله أنا برئ من القرآن الذي تعلمته لانه في الاول تبرأ عن الفعل الذي فعل لا عن الحجة المشروعة، وفي الثاني تبرأ عن القرآن الذي تعلمه والقرآن قرآن وإن تعلمه فيكون التبري عنه كفرا. ولو قال إن فعلت كذا فأنا برئ من شهر رمضان، فإذا أراد البراءة عن فرضه فهو يمين كما إذا قال إن فعلت كذا فأنا برئ من الايمان، وإن أراد البراءة عن أجرها لا يكون يمينا لانه شئ غيب، وإن لم يكن له نية لا يكون يمينا في الحكم، كذا في المحيط. وفي المجتبى: لو قال صلاتي وصيامي لهذا الكافر إن فعلت كذا فليس بيمين. وفي الولوالجية: لو قال إن فعلت كذا فاشهدو علي بالنصرانية فعليه كفارة يمين لانه بمنزلة إن فعلت كذا فأنا نصراني، ولو قال إن فعلت كذا فأنا برئ من الكتب الاربعة فعليه كفارة واحدة لانها يمين واحدة، ولو قال أنا برئ من التوراة وبرئ من الانجيل وبرئ من الزبور وبرئ من الفرقان فعليه أربع كفارات لانها أربعة أيمان، ولو قال أنا برئ من الله ورسوله فعليه كفارة واحدة إن حنث لانها يمين واحدة، ولو قال أنا برئ من الله وبرئ من رسوله فعليه كفارتان إن حنث لانهما يمينان اه. ثم قال: ولو قال إن فعلت كذا فأنا برئ من الله ورسوله والله ورسوله بريآن منه ففعل فعليه أربع كفارات لانها أربعة أيمان ا ه. وينبغي أن يكونا يمينين الاولى أنا برئ من الله ورسوله كما تقدم، والثانية والله ورسوله بريآن منه، لان لفظ البراءة مذكور مرتين إلا أن يقال إنها في الثانية مذكورة مرتين بسبب التثنية فيكون عليه ثلاث كفارات. وأما الاربع فلم يظهر لي وجهها، ثم رأيت بعد ذلك المسألة في الظهيرية بتكرار لفظ البراءة بقوله: إن فعل كذا فهو برئ من الله وبرئ من رسوله

***
[٤٨٠]
والله ورسوله بريآن منه فتعين أن يكون ما في الولوالجية كذلك والحذف من الكاتب ثم قال في الظهيرية: والاصل في جنس هذه المسائل أنه متى تعددت صيغة البراءة تعددت الكفارة وإذا اتحدت اتحدت. وصحح في المجتبي والذخيرة أنهما يمينان قال: ولو قال إن فعلت كذا فأنا برئ من الله ألف مرة ففعل لزمته كفارة واحدة ا ه. وفي الظهيرية أيضا: ولو قال إن فعلت كذا فلا إله في السماء يكون يمينا، ولو قال إن فعلت كذا فهو برئ من المؤمنين قالوا يكون يمينا أن البراءة من المؤمنين تكون لانكار الايمان ا ه. وينبغي أن الحالف إذا قصد نفي المكان عن الله أنه لا يكون يمينا لانه حينئذ ليس بكفر بل هو الايمان. وفي الذخيرة: قال هو يمين ولا يكفر. وفيها: لو قال إن فعلت كذا فأنا برئ من الشفاعة الاصح أنه ليس بيمين. وعلله في الظهيرية بأن الشفاعة وإن كانت حقا لكن من أنكرها صار مبتدعا لا كافرا ا ه. وفيها أيضا سئل نجم الدين عمن قال إن كلمت فلانا فهو شريك الكفارة فيما قالوا على الله تعالى مما لا يليق به فكلمه ماذا يجب عليه؟ قال: كفارة اليمين ا ه. وأشار المصنف إلى أنه إذا فعل المحلوف عليه لا يكون كافرا لانه صار يمينا. وقيد بكونه علقه على فعل في المستقبل لانه لو قال ذلك لشئ قد فعله في الماضي كان قال إن كنت فعلت كذا فهو كافر وهو عالم أنه قد فعل فهو يمين الغموس لا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار. وهل يكفر حتى تكون التوبة اللازمة عليه التوبة من الكفرة وتجديد الاسلام؟ قيل لا. وقيل نعم لانه تنجيز معنى لانه لما علقه بأمر كائن فكأنه قال ابتداء هو كافر، والصحيح أنه إن كان عالما أنه يمين إما منعقدة أو غموس لا يكفر بالماضي، وإن كان جاهلا وعنده أنه يكفر بالحلف في الغموس أو بمباشرة الشرط في المستقبل يكفر فيهما لانه لما أقدم عليه وعنده أنه يكفر فقد رضي بالكفر، كذا في كثير من الكتب. وفي المجتبى والذخيرة، والفتوى على أنه إن اعتقد الكفر به يكفر وإلا فلا في المستقبل والماضي جميعا. وفي قولهم يعلم الله أنه فعل كذا ولم يفعل كذا وهو يعلم خلافه فيه اختلاف المشايخ، وعامتهم على أنه يكفر. ثم رقم في المجتبى رقما آخر: لو قال الله يعمل أني ما فعلت كذا وهو يعلم أنه كاذب فقيل لا يكفر وهو رواية عن أبي يوسف لانه قصد ترويج الكذب دون الكفر. قوله: (لا بعلمه وغضبه وسخطه ورحمته) أي لا يكون اليمين بعلم الله ونحوه لان الحلف بهذه الالفاظ غير متعارف والعرف معتبر في الحلف بالصفات، ولان العلم يذكر ويراد
***
[٤٨١]
به المعلوم ويقال اللهم اغفر علمك فينا أي معلومك، ولان الرحمة يراد بها أثرها وهو المطر والجنة، والغضب والسخط يراد بهما العقوبة. وفي البدائع: وأما الصفة فصفات الله تعالى مع أنها كلها لذاته على ثلاثة أقسام: منها ما لا يستعمل في عرف الناس وعاداتهم إلا في الصفة نفسها فالحلف بها يكون يمينا، ومنها ما يستعمل في الصفة وفي غيرها استعمالا على السواء والحلف بها يكون يمينا أيضا، ومنها ما يستعمل في الصفة وفي غيرها لكن استعمالها في غير الصفة هو الغالب فالحلف بها لا يكون يمينا. ومن مشايخنا من قال: ما تعارفه الناس يمينا يكون يمينا إلا ما ورد الشرع بالنهي عنه، وما لم يتعارفوه لا يكون يمينا، وبيان هذه الجملة إذا قال وعزة الله وعظمته وجلاله وكبريائه يكون حالفا، وكذا وقدرة الله ما لم ينو المقدور. وكذا وقوته وإرادته ومشيئته ورضاه ومحبته وإرادته وكلامه بخلاف الرحمة والغضب والسخط والعلم إلا إذا أراد به الصفة، وأما وسلطان الله فقال القدوري: إن أراد به القدرة كان حالفا وإلا فلا. ولو قال وأمانة الله ذكر في الاصل أنه يكون يمينا خلافا للطحاوي لانها طاعته، ووجه ما في الاصل أن الامانة المضافة إلى الله تعالى عنه القسم يراد بها صفته. ولو قال ووجه الله فهو يمين لان الوجه المضاف إلى الله تعالى يراد به الذات. ولو قال لا إله إلا الله لا أفعل كذا لا يكون يمينا إلا أن ينوي، وكذا قوله سبحان الله والله أكبر لا أفعل كذا لعدم العادة، وملكوت الله وجبروته يمين لانه من صفاته تعالى التي لا تستعمل إلا في الصفة ا ه. ومن الغريب ما في الظهيرية لو قال وقدرة الله لا يكون يمينا وإن كان الله تعالى لا يوصف بصدها لان المراد بالقدرة المذكورة التقدير عرفا على ما عرف في الزيادات والله عز وجل قد يقدر وقد لا يقدر ا ه. وهو مردود لما في الولواجية وغيرها: لو قال وقدرة الله كان يمينا لان استعمال القدرة على المقدور به لم يكثر ككثرة استعمال العلم على المعلوم حتى لو نوى المقدور لا يكون يمينا ا ه. وأشار المصنف إلى أنه لو قال وعذاب الله وثوابه ورضاه ولعنة الله وأمانته أنه لا يكون يمينا، وفي

الخانية: لو قال بصفة الله لا أفعل كذا لا يكون يمينا لان من صفاته ما يذكر في غيره فلا يكون ذكر الصفة كذكر الاسم. قوله: (والنبي والقرآن والكعبة) أي لا يكون حالفا بها لان الحلف بالنبي والكعبة حلف بغير الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم ممن كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر والحلف بالقرآن غير
***
[٤٨٢]
متعارف مع أنه يراد به الحروف والنقوش، في فتح القدير: ثم لا يخفى أن الحلف بالقرآن الآن متعارف فيكون يمينا كما هو قول الائمة الثلاثة، وتعليل عدم كونه يمينا بأنه غيره تعالى لانه مخلوق لانه حروف وغيره المخلوق هو الكلام النفسي منع بأن القرآن كلام الله منزل غير مخلوق، ولا يخفى أن المنزل في الحقيقة ليس إلا الحروف المنقضية المنعدمة وما ثبت قدمه استحال عدمه غير أنهم أوجبوا ذلك لان العوام إذا قيل لهم إن القرآن مخلوق تعدوا إلى الكلام مطلقا، وأما الحلف بكلام الله تعالى فيجب أن يدور مع العرف، وأما الحلف بجان مريد ومثله الحلف بحياة رأسك وحياة رأس السلطان فذلك إن اعتقد أن البر فيه واجب يكفر. وفي تتمة الفتاوى قال علي الرازي: أخاف على من قال بحياتي وحياتك أنه يكفر ولولا أن العامة يقولونه ولا يعلمونه لقلت إن شرك. وعن ابن مسعود لان أحلف بالله كاذبا أحب إلي من أن أحلف بغير الله صادقا ا ه‍. قيد بالحلف بهذه الاشياء لان التبري منها يمين كقوله هو برئ من النبي إن فعل كذا كما قدمنا تفاصيله. وأشار المصنف إلى أنه لو قال ودين الله وطاعته أو حدوده أو شريعته أو المصحف أنه لا يكون يمينا بالاولى كما في الخانية قوله: (وحق الله) أي لا يكون يمينا وهو قول أبي حنيفة وهو قول محمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، وعنه رواية أخرى أنه يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وهو حقيقة فصار كأنه قال والله الحق، والحلف به متعارف. ولهما أنه يراد به طاعة الله إذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله تعالى. وذكر في الاختيار أن المختار أنه يكون يمينا اعتبارا بالعرف اه‍. قيد بالحق المضاف لانه لو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان المنكر منه يراد به تحقيق الوعد فكأنه قال افعل كذا حقيقة لا محالة وهذا قول البعض والصحيح أنه إن أراد اسم الله تعالى يكون يمينا، كذا في الخانية. وفي المجتبى: وحقا أو حقا اختلاف المشايخ والاكثر على أنه ليس بيمين. والحاصل أن الحق إما أن يكون معرفا أو
***
[٤٨٣]
منكرا أو مضافا، فالحق معرفا سواء كان بالواو أو بالباء يمين اتفاقا كما في الخانية والظهيرية، ومنكرا يمين على الاصح إن نوى، ومضافا إن كان بالباء فيمين اتفاقا، لان الناس يحلفون به، وإن كان بالواو ففيه الاختلاف السابق والمختار أنه يمين كما سبق. وبهذا علم أن المختار أنه يمين في الالفاظ الثلاثة مطلقا. وأشار المصنف إلى أنه لو قال بحق الرسول أو بحق الايمان أو بحق المساجد أو بحق الصوم أو الصلاة لا يكون يمينا، كذا في الخانية. وفي المجتبى: وحرمة الله نظيره قوله وحق الله. وفي فتاوى النسفي: بحرمة شهد الله وبحرمة لا إله إلا الله ليس بيمين. قوله: (وإن فعلته فعلي غضب الله وسخطه أو أنا زان وسارق أو شارب خمر أو آكل ربا) أي لا يكون يمينا. أما في الاول فلانه دعا على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف، وأما في قوله هو زان إلى آخره فلان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن في معنى حرمة اسم الله تعالى ولانه ليس بمتعارف، كذا في الهداية. والاولى الاقتصار على أنه ليس بمتعارف لان كون الحرمة تحتمل الارتفاع أو تحتمله لا أثر له مع أنه لا حاجة إلى التعليل بعدم التعارف أيضا لان معنى اليمين أن يعلق ما يوجب امتناعه عن الفعل بسبب لزوم وجوده عند الفعل، وليس بمجرد وجود الفعل يصير زانيا أو سارقا لانه لا يصير كذلك إلا بفعل مستأنف يدخل في الوجود ووجود هذه الفعل ليس لازما لوجود المحلوف عليه حتى يكون موجبا امتناعه عنه فلا يكون يمينا بخلاف الكفر فإنه بالرضا به يكفر من غير توقف على عمل آخر أو اعتقاد والرضا يتحقق بمباشرة الشرط فيوجب عنده الكفر لولا قول طائفة من العلماء بالكفارة كما في فتح القدير. وفي المجتبى: لو قال هو يأكل الميتة إن فعل كذا أو يستحل الخمر أو الخنزير فليس بيمين، أصله أن التعليق بما تسقط حرمته بحال ما كالميتة والخمر والخنزير لا يكون يمينا، وما لا يسقط كألفاظ الكفر فيمين. ولو قال جميع ما فعله المجوس أو اليهود فعلى عنقي إن فعلت كذا ففعل لا شئ عليه ا ه‍. وهو يفيد أن استحلال الخمر والخنزير ليس بكفر إلا أن يقال

إن جزاء الشرط هو الاستحلال في المستقبل بخلاف ما لو قال إن فعلت كذا فأنا مستحل للخمر والخنزير. وفي الولوالجية: وأما في
***
[٤٨٤]
الاستحلال فلان استحلال الدم لا يكون كفرا لا محالة فإن حالة الضرورة يصير حلالا وكذلك لحم الخنزير ا ه‍. فأفاد أن ما يباح للضرورة ولا يكفر مستحله. وفي الظهيرية: لو قال عصيت الله تعالى أن فعلت كذا أو قال عصيت الله في كل ما افترض على لا يكون يمينا. قوله: (وحروفه الباء والواو والتاء) أي وحروف القسم ولو عاد الضمير على اليمين لانثه لانها مؤنثة سماعا كقوله والله وبالله وتالله لان كل ذلك معهود في الايمان ومذكور في القرآن قال تعالى * (فورب السماء والارض أنه لحق) * وقال تعالى * (تالله لقد أرسلنا) * وقال تعالى * (بالله إن الشرك لظلم عظيم) * وفيه احتمال كونه متعلقا بقوله تعالى * (لا تشرك) * وقدم الباء قالوا: هي الاصل لانها صلة الحلف والاصل أحلف أو أقسم بالله، وهي للالصاق تلصق فعل القسم بالمحلوف به ثم حذف الفعل لكثرة الاستعمال مع فهم المقصود. ولاصالتها دخلت في المظهر والمضمر نحو بك لافعلن ثم ثني بالواو ولانها بدل منها للمناسبة المعنوية، وهي ما في الالصاق من الجمع الذي هو معنى الواو ولكونها بدلا انحطت عنها بدرجة فدخلت على المظهر لا على المضمر. ولا يجوز إظهار الفعل معها لا تقول أحلف بالله كما تقول أحلف والله، وأما التاء فبدل عن الواو لانها من حروف الزيادة وقد أبدلت كثيرا
***
[٤٨٥]
منها كما في تجاه وتخمه وتراث فانحطت درجتين فلم تدخل على المظهر إلا على اسم الله تعالى خاصة، وما روي من قولهم تربي وترب الكعبة لا يقاس عليه، وكذا تحياتك، ولا يجوز إظهار الفعل معها لا تقول أحلف تالله. ولم يذكر المصنف كغيره أكثر من الثلاثة وذكر في التبيين أن له حروفا أخر وهي: لام القسم وحرف التنبيه وهمزة الاستفهام وقطع الالف الوصل والميم المكسورة والمضمومة في القسم ومن كقوله لله وها الله وم الله ومن الله. واللام بمعنى التاء ويدخلها معنى التعجب وربما جاءت التاء لغير التعجب دون اللام ا ه‍. قوله: (وقد تضمر) أي حروف القسم فيكون حالفا كقوله الله لا أفعل كذا لان حذف الحرف متعارف بينهم اختصارا، ثم إذا حذف الحرف ولم يعوض عنه هالتنبيه ولا همزة الاستفهام ولا قطع ألف الوصل لم يجز الخفض إلا في اسم الله، بل ينصب بإضمار فعل أو يرفع على أنه خبر مبتدأ مضمر إلا في اسمين فإنه التزم فيهما الرفع وهما: أيمن الله ولعمر الله، كذا في التبيين وإنما قال المصنف تضمر ولم يقل تحذف للفرق بينهما لان الاضمار يبقى أثره بخلاف الحذف، وعلى هذا ينبغي أن يكون في حالة النصب الحرف محذوفا لانه لم يظهر أثره، وفي حالة الجر مضمرا لظهور أثره وهو الجر في الاسم. وفي الظهيرية: بالله لا أفعل كذا وسكن الهاء أو نصبها أو رفعها يكون يمينا، ولو قال الله لا أفعل كذا وسكن الهاء أو نصبها لا يكون يمينا إلا أن يعربها بالجر فيكون يمينا، وقيل يكون يمينا مطلقا. ولو قال بله بكسر اللام لا أفعل كذا قالوا لا يكون يمينا إلا إذا أعرب الهاء بالكسر وقصد اليمين ا ه‍. وينبغي أنه إذا نصب أن يكون يمينا بلا خلاف لان أهل اللغة لم يختلفوا في جواز كل واحد من الوجهين ولكن النصب أكثر كما ذكره عبد القاهر في مقتصده، كذا في غاية البيان وبه اندفع ما في المبسوط من أن النصب مذهب أهل البصرة والخفض مذهب أهل الكوفة إلا أن يكون مراده أن الخلاف في الارجحية لا في أصل الجواز
***
[٤٨٦]
فيه. قيد بإضمار الحروف لانه لا يضمر في المقسم عليه حرف التأكيد وهو اللام والنون بل لا بد من ذكرهما لما في المحيط: والحلف بالعربية أن تقول في الاثبات والله لا أفعلن كذا ووالله لقد فعلت كذا مقرونا بكلمة التوكيد، وفي النفي تقول والله لا أفعل كذا ووالله ما فعلت كذا حتى لو قال والله أفعل كذا اليوم فلم يفعل لا تلزمه الكفارة ويكون بمعنى قوله لا أفعل كذا فتكون كلمة لا مضمرة فيه لان الحلف في الاثبات عند العرب لا يكون إلا بحرف التأكيد وهو اللام والنون كقوله والله لا أفعلن كذا قال الله تعالى * (تالله لاكيدن أصنامكم) * [الانبياء: ٧٥] وإضمار الكلمة في الكلام استعملته العرب كقوله تعالى * (واسأل القرية) * [يوسف: ٣٨] أي أهلها فأما إضمار بعض الكلمة في البعض ما استعملته العرب ا ه‍. قوله: (وكفارته تحرير رقبة أو إطعام عشرة مساكين كهما في

الظهار أو كسوتهم بما يستر عامة البدن) أي وكفارة اليمين بمعنى القسم أو الحلف لما قدمنا أنها مؤنثة والاصل في ذلك قوله تعالى * (فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة) * [المائدة: ٩٨] وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الاشياء الثلاثة، والتخيير
***
[٤٨٧]
لا ينافي التكليف لان صحته بإمكان الامتثال وهو ثابت لانه بفعل أحدها يبطل قول من قال إن التخيير يمنع صحة التكليف فأوجب خصال الكفارة مع السقوط بالبعض كما أشار إليه في التحرير. وفي شرح المنار: ولو أدى الكل لا يقع عن الكفارة إلا واحدة وهو ما كان أعلى قيمة. ولو ترك الكل يعاقب على واحد منها وهو ما كان أدنى قيمة لان الفرض يسقط بالادنى. وهي من الكفر بمعنى الستر وإضافتها إلى اليمين إضافة إلى الشرط مجازا لان السبب عندنا الحنث كما سيأتي. وعبر بالتحرير بمعنى الاعتاق دون العتق اتباعا للآية، وليفيد أن الشرط الاعتاق فلو ورث من يعتق عليه فنوى عن الكفارة لا يجوز. وأفاد بقوله كما في الظهار أي التحرير والاطعام هنا كالتحرير والاطعام في كفارة الظهار أنه يجوز الرقبة، مسلمة كانت أو كافرة، ذكرا كان أو أنثى، صغيرة كانت أو كبيرة. ولا يجوز فائت جنس المنفعة ولا المدبر وأم الولد ولا المكاتب الذي أدى بعض شئ ويجوز في الاطعام التمليك والاباحة، فإن ملك أعطى نصف صاع من برا وصاعا من تمرا أو صاعا من شعير لكل مسكين، وإن أباح غداهم وعشاهم، فإن كان بخبزا البر لا يحتاج إلى الادام، وإن كان بغير خبز البر احتاج إليه على التفاصيل المتقدمة في كفارة الظهار وفي الخلاصة: لو أعطى عشرة مساكين كل مسكين ألف من من الحنطة عن كفارة الايمان لا يجوز إلا عن كفارة واحدة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وكذا في كفارة الظهار وفي نسخة الامام السرخسي: لو أطعم خمسة مساكين وكسا خمسة مساكين أجزأه ذلك عن الطعام إن كان الطعام أرخص من الكسوة، وعلى القلب لا يجوز. وهذا في طعام الاباحة، أما إذا ملك الطعام فيجوز ويقوم مقام الكسوة، ولو أدى إلى مسكين مدا من حنطة ونصف صاع من شعير يجوز ا ه‍. وخرج السراويل بقوله بما يستر عامة البدن، وصححه في الهداية لان لابسه يسمى عريانا في العرف ولذا قال في الخانية: لو حلف لا يلبس ثوبا من غزل فلانة فلبس من غزلها سراويل لم يحنث في يمينه لكن ما لا يجزئه عن الكسوة يجزئه عن الطعام باعتبار القيمة فلا بد أن يعطيه قميصا أو جبة أو ازارا أو قباء سابلا بحيث يتوشح به عند أبي حنيفة وأبي يوسف وإلا فهو كالسراويل، ولا تجزئ العمامة إلا أنه إن أمكن أن يتخذ منها ثوب يجزئ مما ذكرنا جاز، أما القلنسوة فلا تجزئ بحال. قال الطحاوي: هذا كله إذا دفع إلى الرجل، أما إذا دفع إلى المرأة فلا بد من الخمار مع الثوب لان صلاتها لا تصح بدونه قال في فتح القدير: وهذا يشابه الرواية عن محمد في
***
[٤٨٨]
دفع السراويل أنه للمرأة لا يكفي. وهذا كله خلاف ظاهر الجواب، وإنما ظاهر الجواب ما يثبت به اسم المكتسي وينتفي عنه اسم العريان وعليه بنى عدم اجزاء السراويل لا صحة الصلاة وعدمها فإنه لا دخل له في الامر بالكسوة إذا ليس معناه إلا جعل الفقير مكتسيا ا ه‍. وفي الخلاصة: وفي الثوب يعتبر حال القابض إن كان يصلح للقابض يجوز وإلا فلا. وقال بعض مشايخنا: إن كان يصلح لاوساط الناس يجوز. وقال شمس الائمة: وهذا أشبه بالصواب، ولو أعطى ثوبا خليقا عن كفارة اليمين إن أمكن الانتفاع به أكثر من نصف مدة الجديد يعني أكثر من ثلاثة أشهر جاز ا ه‍. واعلم أنه لا بد من النية لصحة التكفير في الانواع الثلاثة كما صرح به في فتح القدير وأن مصرفها مصرف الزكاة. قال في الخانية: كل من لا يجوز صرف الزكاة إليه لا يجوز صرف الكفارة إليه فلا يعطيها لابيه وإن علا، ولا لولده وإن سفل، وكذا الصدقة المنذورة ولو أعطى كفارة يمينه لامرأته وهي أمة لغيره ومولاها فقير لا يجوز ذلك لان الصدقة تتم بقبولها لا بقبول المولى وهي ليست بمحل لاداء كفارته فلا يجوز كما لو أعطى أباه وأمه وهما ملوكان لفقير المولى لا يجوز ذلك ا ه‍. ويرد على الكلية المذكورة الدفع إلى الذمي فإنه جائز في الكفارة دون الزكاة. وفي الخانية أيضا: لو أعطى في كفارة اليمين عشرة مساكين كل مسكين مدا مدا ثم استغنوا ثم افتقروا ثم أعاد عليهم مدا مدا عن أبي يوسف لا يجوز ذلك لانهم لما استغنوا صاروا بحال لا يجوز دفع الكفارة إليهم فبطل ما أدى كما لو أدى إلى مكاتب مدا ثم رده في الرق ثم كوتب ثانيا ثم أعطاه مدا لا يجوز ذلك. قوله: (وإن عجز عن أحدها صام ثلاثة أيام متتابعة) أي إن لم يقدر على الاعتاق والاطعام والكسوة كفر بالصوم لقوله تعالى * (فمن لم

يجد فصيام ثلاثة أيام) * [المائدة: ٩٨] وشرطنا التتابع عملا بقراءة ابن مسعود متتابعات وقراءته كروايته وهي مشهورة جاز الزيادة بها على القطعي المطلق. وأشار بالعجز إلى أنه لو كان عنده واحد من الاصناف الثلاث لا يجوز له الصوم وإن كان محتاجا إليه ففي الخانية: ولا يجوز التكفير بالصوم إلا لمن عجز عما سوى
***
[٤٨٩]
الصوم فلا يجوز لمن يملك ما هو منصوص عليه في الكفارة أو يملك بدله فوق الكفاف، والكفاف منزل يسكنه وثوب يلبسه ويستر عورته وقوت يومه. ومن الناس من قال قوت شهر وإن كان له عبد وهو محتاج إلى الخدمة لا يجوز له التكفير بالصوم لانه قادر على الاعتاق. ومن ملك مالا وعليه دين مثل ذلك ووجبت عليه الكفارة فقضى دينه بذلك المال جاز له التكفير بالصوم، وإن صام قبل قضاء الدين اختلفوا فيه، قال بعضهم يجوز له الصوم، وقال بعضهم لا يجوز، وفي الكتاب إشارة إلى القولين. ولو كان له مال غائب أو دين على رجل وليس في يده ما يكفر عن يمينه جاز له الصوم قال: هذا إذا لم يكن المال الغائب عبدا، فإن كان عبدا يجوز في الكفارة لا يجوز له التكفير بالصوم لانه قادر على الاعتاق ا ه‍. وفي المجتبى: ظاهر المذهب إذا فضل عن حاجته قدر ما يكفر به لا يجوز له الصوم ا ه‍. والاعتبار في العجز وعدمه وقت الاداء لا وقت الحنث، فلو حنث وهو معسر ثم أيسر لا يجوز له الصوم وفي عكسه يجوز. ويشترط استمرار العجز إلى وقت الفراغ من الصوم فلو صام المعسر يومين ثم أيسر لا يجوز له الصوم، كذا في الخانية. وقيد بالتتابع لانه لو صام الثلاثة متفرقة لا يجوز له ولم يستثن العذر لما في الخلاصة: ولو حاضت المرأة في الثلاثة استقبلت بخلاف كفارة الفطر. وأشار المصنف بالعجز إلى أن العبد إذا حنث لا يكفر إلا بالصوم لانه عاجز عن الثلاثة، ولو أعتق عنه مولاه أو أطعم أو كسا لا يجزئه، وكذا المكاتب والمستسعي. ولو صام العبد فعتق قبل أن يفرغ ولو بساعة فأصاب مالا وجب عليه استئناف الكفارة بالمال، كذا في فتح القدير. وفي المجتبى: كفر بالصوم وفي ملكه رقبة أو ثياب أو طعام قد نسيه، قيل يجزئه عند أبي حنيفة ومحمد، والصحيح أنه لا يجزئه. وفي الجامع الاصغر: وهب ماله وسلمه ثم صام ثم رجع بالهبة أجزأه الصوم والمعتبر في التكفير حال الاداء لا غير ا ه‍. وهذا يستثنى من قولهم إن الرجوع في الهبة فسخ من الاصل. وفي المجتبى أيضا، بذل ابن المعسر لابيه مالا ليكفر به لا تثبت القدرة به إجماعا. قوله: (ولا يكفر قبل الحنث) أي لا يصح التكفير قبل الحنث في اليمين، سواء كان بالمال أو بالصوم، لان الكفارة لستر الجناية ولا جناية واليمين ليست بسبب لانها مانعة من الحنث غير مغضية إليه بخلاف التكفير بعد الجرح قبل الموت لانه مفض، ثم إذا كفر قبله لا يسترده من الفقير لوقوعه صدقة. ولم يذكر المصنف مسألة تعداد الكفارة لتعدد اليمين وهي مهمة. قال في الظهيرية: ولو قال والله والرحمن والرحيم لا أفعل كذا ففعل ففي الروايات الظاهرة يلزمه ثلاث كفارات ويتعدد اليمين بتعدد الاسم لكن يشترط تخلل حرف القسم،
***
[٤٩٠]
وروى الحسن عن أبي حنيفة أن عليه كفارة واحدة وبه أخذ مشايخ سمرقند وأكثر المشايخ على ظاهر الرواية. ولو قال والله والرحمن لا أفعل كذا ففعل يلزمه كفارتان في قولهم جميعا. والفرق على قول أولئك المشايخ أن الواو إذا اتحد ذكره يحتمل أن تكون واو عطف، ويحتمل أن تكون واو القسم، ولا يثبت القسم بالشك بالشك والاحتمال بخلاف ما إذا تعدد ذكره لان أحدهما للعطف والآخر للقسم. ولو قال والله والله يتعدد اليمين في ظاهر الرواية، وروى ابن سماعة عن محمد أن في الاسم الواحد لا يتعدد اليمين. ولو قال والله الله أو قال والله الرحمن تكون يمينا واحدة ا ه‍. وفي الولواجية: إذا أدخل بين اسمين حرف عطف كانا يمينين، وإن كان بغير حرف العطف كان على سبيل الصفة والتأكيد تكون يمينا واحدة ا ه‍. وفي الخلاصة معزيا إلى الاصل: إذا حلف على أمر أن لا يفعله ثم حلف في ذلك المجلس أو في مجلس آخر أن لا يفعله أبدا ثم فعله، إن نوى يمينا مبتدأ أو التشديد أو لم ينو فعليه كفارة يمينين، أما إذا نوى بالثاني الاول فعليه كفارة واحدة. وفي التجريد عن أبي حنيفة: إذا حلف بأيمان فعليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس سواء، ولو قال عنيت بالثاني الاول لم يستقم ذلك في اليمين بالله تعالى، ولو حلف بحجة أو عمرة يستقيم. وفي الاصل أيضا: ولو قال هو يهودي هو نصراني إن فعل كذا يمين واحدة، ولو قال هو يهودي إن فعل كذا هو نصراني إن فعل كذا فهما يمينان. في النوازل: قال لآخر والله

لا أكلمه يوما والله لا أكلمه شهرا والله لا أكلمه سنة، إن كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيمان، وإن كلمه بعد الغد فعليه يمينان، وإن كلمه بعد الشهر فعليه يمين واحده، وإن كلمه بعد سنة فلا شئ عليه ا ه‍. وفي فتح القدير: وعرف في الطلاق أنه لو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق إن دخلت الدار فأنت طالق إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت وقع ثلاث تطليقات. قوله: (ومن حلف على معصية ينبغي أن يحنث) بيان لبعض أحكام اليمين وحاصلها أن المحلوف عليه أنواع: فعل معصية أو ترك فرض، فالحنث واجب وهو المراد بقوله ينبغي أن يحنث أي يجب عليه الحنث الحديث البخاري عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم من نذر أن يطيع الله فليطعه، ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه وحديث البخاري أيضا وإذا حلفت على يمين

***

[٤٩١]

فرأيت غيرها خيرا منها فائت الذي هو خير وكفر عن يمينك ثم اليمين في الحديث بمعنى المقسم عليه لان حقيقة اليمين جملتان إحداهما مقسم به والاخرى مقسم عليه فذكر الكل وأريد البعض، وقيل ذكر اسم الحال وأريد المحل لان المحلوف عليه محل اليمين ولان فيما قلناه تفويت البر إلى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده. وأطلق في المعصية فشمل النفي والاثبات فالاول مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه فيجب الحنث بالصلاة وكلام الاب، والثاني نحو ليقتلن فلانا كما في الهداية، ولا بد أن تكون اليمين موقتة بوقت كاليوم وغدا لانها لو كانت مطلقة لم يتصور الحنث باختياره لانه لا يحنث إلا في آخر جزء من أجزاء حياته فيوصي بالكفارة حينئذ إذا هلك الحالف ويكفر عن يمينه إذا هلك المحلوف عليه، كذا في غاية البيان. الثاني أن يكون المحلوف عليه شيئا غيره أولى منه كالحلف على ترك وطئ زوجته شهرا أو نحوه فالحنث أفضل لان الرفق أيمن، ودليله الحديث المتقدم. وكذا لو حلف ليضربن عبده، وهو يستأهل ذلك أو ليشكون مديونه إن لم يوافه غدا لان العفو أفضل، وكذا تيسير المطالبة الثالث أن يحلف على شئ وضده مثله كالحلف لا يأكل هذا الخبز أو لا يلبس هذا الثوب فالبر في هذا وحفظ اليمين أولى. ولو قال قائل إنه واجب لقوله تعالى * (واحفظوا أيمانكم) * [المائدة: ٩٨] على ما هو المختار في تأويلها أنه البر فيها أمكن، كذا في فتح القدير. ولم يذكر القسم الرابع وهو أن يكون المحلوف عليه يجب فعله، قيل اليمين كحلفه ليصلين الظهر اليوم لظهور أن البر فرض، ومنه إذا كان المحلوف عليه ترك معصية فإن البر واجب فيثبت وجوبان لامرين الفعل والبر. فحاصله أن المحلوف عليه إما فعل أو ترك وكل منهما على خمسة أوجه لانه إما أن يكون معصية أو واجبا أو هو أولى من غيره أو غيره أولى منه أو مستويان وقد علمت أحكام العشرة قوله: (ولا كفارة على كافر وإن حنث مسلما) لما قدمنا أن شرط انعقادها الاسلام لانه ليس بأهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو للكفارة أهل ودليله قوله تعالى * (إنهم لا أيمان لهم) * [التوبة: ٢١] وأما قوله بعده * (نكثوا أيمانهم) * [التوبة: ٢١] فيعني صورة الايمان التي أظهروها. والحاصل أنه لا بد من التأويل، وأما في لا أيمان لهم كما قال الشافعي إن المراد لا إيفاء لهم بها، أو في نكثوا أيمانهم على قول أبي حنيفة أن المراد ما هو صورة الايمان دون حقيقتها الشرعية، ويرجح الثاني بالفقه وهو أنا نعلم من كان أهلا لليمين يكون أهلا للكفارة وليس الكافر أهلا لها. أطلقه فشمل المرتد. وأشار المصنف إلى أن الكفر يبطل اليمين فلو حلف

***

[٤٩٢]

مسلما ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ثم أسلم ثم حنث لا يلزمه شئ بعد الاسلام ولا قبله. قالوا: ولو نذر الكافر بما هو قربة لا يلزمه شئ، وأما تحليفه القاضي وقوله عليه السلام تبرئكم يهود بخمسين يمينا فالمراد كما قلنا صورة الايمان فإن المقصود منها رجاء النكول لانه يعتقد في نفسه تعظيم اسم الله تعالى وإن كان لا يقبل منه ولا يثاب عليه وهو المراد بقولهم ومع الكفر لا يكون معظما. قوله: (ومن حرم ملكه لم يحرم) أي لا يصير حراما عليه لذاته لانه قلب المشروع وتغييره ولا قدرة له على ذلك بل الله تعالى هو المتصرف في ذلك بالتبديل، وغيره إن استباحه كفر أي عامله معاملة المباحة بأن فعل ما حرمه الله فإنه يلزمه كفارة اليمين لقوله تعالى * (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك) * [التحريم: ١] الآيتين. فبين الله تعالى أن نبيه عليه السلام حرم شيئا مما هو حلال وأنه فرض له تحلته فعبر عن ذلك بقوله تحلة أيمانكم فعلم أن تحريم الحلال يمين موجب للكفارة وما في بعض الروايات من أنه يحلف صريحا فليس هو في

الآية ولا في الحديث الصحيح إلى آخر ما في فتح القدير. ولو ذكر المصنف بدل الملك الشئ بأن قال ومن حرم شيئا ثم فعله كفر لكان أولى ليشمل الاعيان والافعال وملكه وملك غيره وما كان حلالا وما كان حراما فيدخل فيه ما إذا قال كلامك علي حرام أو معي أو الكلام معك حرام كما في المبتغى. كذا إذا قال دخول هذا المنزل علي حرام ونحوه كما في المجتبى. ولو قال لقوم كلامكم علي حرام أيهم كلم حنث. وفي مجموع النوازل: وكذا كلام فلان وفلان علي حرام يحنث بكلام أحدهما، وكذا كلام أهل بغداد، وكذا أكل هذا الرغيف علي حرام يحنث بأكل لقمة بخلاف ما لو قال والله لا أكلمهم لا يحنث حتى يكلمهم. وفي الخلاصة: لو قال هذا الرغيف علي حرام حنث بأكل لقمة. وفي فتاوى قاضيخان قال مشايخنا: الصحيح أنه لا يكون حانثا لان قوله هذا الرغيف علي حرام بمنزلة قوله والله لا أكل هذا الرغيف، ولو قال هكذا لم يحنث بأكل البعض ا ه‍. مع أن حرمة العين والمراد منها تحريم الفعل فإذا قال هذا الطعام علي حرام فالمراد أكله، وكذا إذا قال هذا الثوب علي حرام فالمراد لبسه إلا إذا نوى غيره كما في الخلاصة: ولو قال لدراهم في يده هذ الدراهم علي حرام إن اشترى بها حنث وإن تصدق بها أو وهبها لم يحنث بحكم العرف كما في المحيط وغيره، ولا خصوصية للدراهم بل لو وهب ما جعله حراما أو تصدق به لم يحنث لان المراد بالتحريم حرمة الاستمتاع. وفي المحيط: لو قال مالي علي حرام فأنفق منه شيئا حنث، وكذا مال فلان علي حرام فأكل منه أو أنفق حنث، ويدخل فيه ما إذا قال هذا الطعام علي حرام لطعام لا

***

[٤٩٣]

يملكه فيصير به حالفا حتى لو أكله حلالا أو حراما لزمته الكفارة، إلا إذا قصد به الاخبار عنها وهو لا يدخل تحت عبارة المصنف أيضا، ويدخل فيه أيضا ما إذا قال هذه الخمر علي حرام فإذا شربه كفر ففي فتاوى قاضيخان من فصل الاكل: الصحيح أنه إذا قال الخمر علي حرام أو الخنزير علي حرام كان يمينا حتى إذا فعله كفر. وذكر في فصل تحريم الحلال: إذا قال هذه الخمر علي حرام فيه قولان، والفتوى على أنه ينوي في ذلك، فإن أراد به الخبر لا تلزمه الكفارة، وإن أراد به اليمين تلزمه الكفارة، وعند عدم النية لا تلزمه الكفارة ا ه‍. وعبر المصنف بمن المفيدة للعموم ليشمل الذكر والانثى فلذا قال في المجتبى والخلاصة: قالت لزوجها أنت علي حرام أو قالت حرمتك علي نفسي فيمين حتى لو طاوعته في الجماع أو أكرهها لزمتها الكفارة بخلاف ما إذا حلف لا يدخل هذه الدار فأدخل فإنه لا يحنث ا ه‍. وقيد بكونه حرمه على نفسه لانه لو جعل حرمته معلقة على فعله فإنه لا يلزمه الكفارة لما في الخلاصة: لو قال إن أكلت هذا الطعام فهو علي حرام فأكله لا حنث عليه. وفي المحيط وفي المنتقى: إذا قال لغيره كل طعام آكله في منزلك فهو علي حرام ففي القياس لا يحنث إذا أكله، هكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف. وفي الاستحسان يحنث والناس يريدون بهذا أن أكله حرام. وفي الحيل: إن أكلت عندك طعاما أبدا فهو حرام فأكله لم يحنث ا ه‍. وفي القنية: إن دخلت عليك فما أخذت بيميني فحرام فإن دخل عليه صار يمينا، فإن ملك شيئا ولو شربة ماء تلزمه كفارة اليمين ا ه‍. قوله: (كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب) والقياس أن يحنث كما فرع لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر وجه الاستحسان أن المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم وإذا سقط اعتباره ينصرف إلى الطعام والشراب للعرف فإنه يستعمل فيما يتناول عادة فيحنث إذا أكل أو شرب، ولا يتناول المرأة إلا بالنية فلا يحنث بجماع

***

[٤٩٤]

زوجته لاسقاط اعتبار العموم، وإذا نواها كان إيلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب، وهذا كله جواب ظاهر الرواية، كذا في الهداية مع أن عبارة الحاكم في الكافي: إذا قال الرجل كل حل علي حرام سئل عن نيته، فإن نوى يمينا فهو يمين يكفرها ولا تدخل امرأته في ذلك إلا أن ينوي، فإن نواها دخلت، فإن أكل أو شرب أو قرب امرأته حنث وسقط عنه الايلاء وإن لم يكن له نية فهو يمين يكفرها لا تدخل امرأته فهيا، ولو نوى به الطلاق فالقول فيه كالقول في الحرام أي يصح ما نوى وإن نوى الكذب فهو كذب ا ه‍. تقتضي أن الامر موقوف على النية وأنه لو نوى الكذب لا يلزمه شئ وهو غير مستفاد من عبارة الهداية كما لا يخفى قوله: (والفتوى على أنه تبين امرأته من غير نية) لغلبة الاستعمال، كذا في الهداية. وإن لم تكن له امرأة ذكر في النهاية معزيا إلى النوازل أنه يحنث وعليه

الكفارة ا هـ. يعني إذا أكل أو شرب لانصرافه عند عدم الزوجة إلى الطعام والشراب لا كما يفهم من ظاهر العبارة. وقال البزدوي في مبسوطه: هكذا قال بعض مشايخ سمرقند ولم يتضح لي عرف الناس في هذا لان من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذو الحليلة، ولو كان العرف مستفيضا في ذلك لما استعمله إلا ذو الحليلة، فالصحيح أن يقيد الجواب في هذا فنقول: إن نوى الطلاق يكون طلاقا، فأما من غير دلالة فالاحتياط أن يقف الانسان فيه ولا يخالف المتقدمين. واعلم أن مثل هذا اللفظ لم يتعارف في ديارنا بل المتعارف فيه حرام علي كلامك ونحوه كأكل كذا ولبسه دون الصيغة العامة، وتعارفوا أيضا الحرام يلزمني ولا شك في أنهم يريدون الطلاق معلقا فإنهم يزيدون بعده لا أفعل كذا ولافعلن وهو مثل تعارفهم الطلاق يلزمني لا أفعل كذا فإنه يراد إن فعلت كذا فهي طالق ويجب إمضاؤه عليهم. والحاصل أن المعتبر في انصراف هذه الالفاظ عربية كانت أو فارسية إلى معنى بلا نية التعارف فيه، فإن لم
***
[٤٩٥]
يتعارف سئل عن نيته وفيما ينصرف بلا نية لو قال أردت غيره لا يصدقه القاضي وفيما بينه وبين الله تعالى وهو مصدق، هكذا قال في فتح القدير. والحاصل أنه على ظاهر الرواية يحنث بالاكل والشرب فقط ولا يقع عليه طلاق، وعلى المفتى به إن لم يكن له امرأة فكذلك، وإن كان له امرأة وقع الطلاق عليها ولا يحنث بالاكل والشرب. وفي الظهيرية: رجل قال كل حل علي حرام وقال كل حلال علي حرام أو قال حلال الله أو قال حلال المسلمين وله امرأة ولم ينو شيئا قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل والفقيه أبو جعفر وأبو بكر الاسكاف وأبو بكر بن سعيد: تبين امرأته بتطليقة وإن نوى ثلاثا فثلاث، وإن قال لم أنو الطلاق لا يصدق قضاء لانه صار طلاقا عرفا ولهذا لا يحلف به إلا الرجال، فإن كان له امرأة واحدة تبين بتطليقة، وإن كن ثلاثا أو أربعا يقع على كل واحدة واحدة بائنة، وإن حلف بهذا اللفظ إن كان فعل كذا وقد كان فعل وله امرأة واحدة أو أكثرين جميعا، وإن لم يكن له امرأة لا يلزمه شئ لانه جعل يمينا بالطلاق، ولو جعلناه يمينا بالله فهو غموس. وإن حلف بهذا على أمر في المستقبل ففعل ذلك وليس له امرأة كان عليه الكفارة لان تحريم الحلال يمين، وإن كان له امرأة وقت اليمين فماتت قبل الشرط أو بانت لا إلى عدة ثم باشر الشرط لا تلزمه الكفارة لان يمينه انصرف إلى الطلاق وقت وجودها، وإن لم يكن له امرأة وقت اليمين ثم تزوج امرأة ثم باشر الشرط اختلفوا فيه قال الفقيه أبو جعفر: تبين المتزوجة وقال غيره: لا تبين وبه أخذ الفقيه أبو الليث وعليه الفتوى لان يمينه جعل يمينا بالله تعالى وقت وجودها فلا يكون طلاقا بعد ذلك ا هـ. وقيد بصيغة العموم لانه لو قال لزوجته أنت علي حرام فقد قدم في باب الايلاء أنه ينصرف للزوجة فتطلق من غير نية.
***
[٤٩٦]
قوله: (ومن نذر نذرا مطلقا أو معلقا بشرط ووجد وفى به) أي وفي بالمنذور لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وهو بإطلاقه يشمل المنجز والمعلق ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده. أطلقه فشمل ما إذا علقه بشرط يريد كونه أو لا. وعن أبي حنيفة أنه رجع عنه فقال: إن فعلت كذا فعلي حجة أو صوم سنة أو صدقة ما أملكه أجزأه عن ذلك كفارة يمين. وهو قول محمد ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضا إذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل إلى أي الجهتين شاء بخلاف ما إذا كان شرطا يريد كونه كقوله إن شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه. قال في الهداية: وهذا التفصيل هو الصحيح وبه كان يفتي اسماعيل الزاهد كما في الظهيرية. وقال الولوالجي: مشايخ بلخ وبخاري يفتون بهذا وهو اختيار شمس الائمة، ولكثرة البلوى في هذا الزمان وظاهر الرواية كما في المختصر للحديث المتقدم. ووجه الصحيح حديث مسلم كفارة النذر كفارة اليمين وهو يقتضى السقوط بالكفارة مطلقا فتعارضا فيحمل مقتضى الايفاء بعينه على المنجز أو المعلق بشرط يريد كون، وحديث مسلم على المعلق بشرط لا يريد كونه لانه إذا علقه بشرط لا يريده يعلم منه أنه لم يرد كونه المنذور حيث جعله مانعا من فعل ذلك الشرط مثل دخول الدار وكلام زيد لان تعليقه حينئذ لمنع نفسه عنه بخلاف الشرط الذي يريد كونه إذا وجد الشرط فإنه في معنى المنجز ابتداء فيندرج في حكمه وهو
***
[٤٩٧]

وجوب الايفاء. ثم اعلم أن هذا التفصيل وإن كان قول المحققين فليس له أصل في الرواية لان المذكور في ظاهر الرواية لزوم الوفاء بالمنذور عينا منجزا كان أو معلقا. وفي رواية النوادر: وهو مخير فيهما بين الوفاء وبين كفارة اليمين قال في الخلاصة: وبه يفتي. فتحصل أن الفتوى على التخيير مطلقا ولذا اعترض في العناية على تصحيح الهداية ا ه. وأراد بقوله وفي إنه يلزمه الوفاء بأصل القربة التي التزمها لا بكل وصف التزمه لما
***
[٤٩٨]
قدمناه أنه لو عين درهما أو فقيرا أو مكانا للتصدق أو للصلاة فإن التعيين ليس بلازم، وقدمنا تفاريع النذر في الصلاة وفي آخر الصوم وأن شرائطه أربعة: أن لا يكون معصية لذاته فخرج النذر بصوم يوم النحر لصحة النذر به لانه لغيره، وأن يكون من جنسه واجب، وأن يكون ذلك الواجب عبادة مقصودة، وأن لا يكون واجبا عليه قبل النذر، فلو نذر حجة الاسلام لم يلزمه شئ غيرها. وبه عرف أن إطلاق المصنف في محل التقييد في الخلاصة: لو التزم بالنذر أكثر مما يملكه لزمه ما يملكه هو المختار كما إذا قال إن فعلت كذا فألف درهم من مالي صدقة ففعل وهو لا يملك إلا مائة لا يلزمه إلا المائة لانه فيما لم يملك لم يوجد في الملك. ولا مضافا إلى سببه فلم يصح كقوله مالي في المساكين صدقة ولا مال له لا يصح فكذا هذا، كذا في الولوالجية. وفي الخلاصة أيضا: لو قال لله علي أن أهدي هذه الشاة وهي ملك الغير لا يصح النذر بخلاف قوله لاهدين ولو نوى اليمين كان يمينا اه. فعلى هذا لا بد أن يزاد شرط خامس وهو أن لا يكون ما التزمه ملكا للغير إلا أن يقال إن النذر به معصية لكن ليس معصية لذاته وإنما هو لحق الغير. وفي الخلاصة: لو قال لله علي إطعام المساكين فهو على
***
[٤٩٩]
عشرة عند أبي حنيفة. لله علي إطعام مسكين يلزمه نصف صاع من حنطة استحسانا. ولو قال إن فعلت كذا فألف درهم من مالي صدقة لكل مسكين درهم واحد فحنث وتصدق بالكل على مسكين واحد جاز. ولو قال لله علي أن أعتق هذه الرقبة وهو يملكها فعليه أن يفي بذلك ولو لم يف يأثم ولكن لا يجبره القاضي. وفي مجموع النوازل: لو قال وهو مريض إن برئت من مرضي هذا ذبحت شاة أو علي شاة أذبحها فبرئ لا يلزمه شئ، ولو قال علي شاة أذبحها وأتصدق بلحمها لزمه، ولو قال لله علي أن أذبح جزورا وأتصدق بلحمه فذبح مكانه سبع شياه جاز اه. وهو يدل على أن مرادهم بالواجب الفرض من قولهم وأن يكون من جنسه واجب لان الاضحية واجبة وهو الذبح لا التصدق مع أنه صريح بأنه لا يصح النذر بالذبح من غير تصريح بالتصدق بلحمه، وقدمنا في باب الاعتكاف ما يجب فيه التتابع من المنذور، وكذا في أول كتاب الصوم. وفي الولوالجية: لو قال لله علي أن أتصدق بمائة درهم فأخذ إنسان فمه فلم يتم الكلام وهو يريد أن يقول إن فعلت كذا، فالاحتياط أن يتصدق، فرق بين هذا وبين اليمين بالطلاق فإن ثمة إذا وصل الشرط بعد ما رفع يده عن فمه لا يقع الطلاق، والفرق أن الطلاق محظور فيكلف لعدمه ما أمكن وقد أمكن بجعل هذا الانقطاع غير فاصل كما لو حصل الانقطاع بالعطاس، أما الصدقة عبادة فلا يكلف لعدمها. ولو قال إن دخلت الدار فلله علي أن أتصدق مثلا فدخل لا يلزمه شئ لان المثل بمنزلة التشبيه وليس في التشبيه إيجاب فلا يجب إلا أن يريد به الايجاب. ولو قال إن فعلت كذا فلله علي أن أكفن الميت أو أن أضحي لا يكون يمينا لان تكفين الميت ليس بقربة مقصودة، وأما التضحية فلان التضحية واجبة عليه، ولو قال لله علي ثلاثون حجة كان عليه بقدر عمره اه. وأشار بقوله وفى به إلى أنه معين مسمى فلو لم يكن مسمى كقوله إن فعلت كذا فعلي نذر، فإن نوى قربة من القرب التي يصح النذر بها نحو الحج والعمرة فعليه ما نوى لانه يحتمله لفظه فجعل ما نوى كالمنطوق به، وإن لم يكن له نية فعليه كفارة اليمين. وكذا إن قال إن كلمت أبي فعلي نذر أو إن صليت الظهر، فإن نوى معينا لزمه وإلا كفر. وفي الولواجية: وإذا حلف بالنذر
***
[٥٠٠]
وهو ينوي صياما ولم ينو عددا معلوما فعليه صيام ثلاثة أيام إذا حنث لان إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى من الصيام وأدنى

ذلك ثلاثة أيام وفي كفارة اليمين، وإن نوى صدقة ولم ينو عددا فعليه إطعام عشرة مساكين لكل مسكين نصف صاع لما ذكرنا اه. وفي القنية: نذر أن يتصدق بدينار على الاغنياء ينبغي أن لا يصح. قلت: وينبغي أن يصح إذا نوى أبناء السبيل لانهم محل الزكاة. ولو قال إن قدم غائبي فلله علي أن أضيف هؤلاء الاقوام وهم أغنياء لا يصح، ولو نذر أن يقول دعاء كذا في دبر كل صلاة عشر مرات لم يصح، ولو قال لله علي أن أصلي على النبي عليه الصلاة والسلام في كل يوم كذا يلزمه، وقيل لا يلزمه، ولو قال إن ذهبت هذه العلة عني فلله علي كذا فذهبت ثم عادت إلى ذلك الموضع لا يلزمه شئ اه. قوله: (ولو وصل بحلفه إن شاء الله تعالى بر) لقوله عليه الصلاة والسلام من حلف على يمين وقال إن شاء الله تعالى فقد بر في يمينه إلا أنه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين إلا إذا كان انقطاعه لتنفس أو سعال ونحوه فإنه لا يضر. وظاهر كلام المصنف رحمه الله تعالى أن اليمين منعقدة إلا أنه لا حنث عليه أصلا لعدم الاطلاع على مشيئة الله تعالى، وهذا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وعند أبي حنيفة ومحمد رحمة الله تعالى عليهما أن التعليق بالمشيئة إبطال ولذا قال في التبيين: وأراد بقوله بر عدم الانعقاد لان فيه عدم الحنث كالبر فأطلق عليه اه. وقد قدمنا فائدة الاختلاف في آخر باب التعليق من كتاب الطلاق. وأشار المصنف رحمة الله تعالى عليه إلى أن النذر كذلك أيضا إذا وصله بالمشيئة لم يلزمه شئ، وظاهر كلامهم أن كل شئ تعلق بالقول فالمشيئة المتصلة به مبطلة له عبادة أو معاملة بخلاف المتعلق بالقلب كالنية كما قدمناه في الصوم والله تعالى أعلم.

***

[٥٠١]

باب اليمين في الدخول والخروج والسكنى والاتيان وغير ذلك شروع في بيان الافعال التي يحلف عليها ولا سبيل إلى حصرها لكثرتها لتعلقها باختيار الفاعل فنذكر القدر الذي ذكره أصحابنا في كتبهم والمذكور نوعان: أفعال حسية وأمور شرعية. وبدأ بالاهم وهو الدخول ونحوه لان حالة الحلول في مكان ألزم للجسم من أكله وشربه، وقد ذكر المصنف رحمه الله تعالى في هذا الباب من الافعال خمسة: الدخول والخروج والسكنى والاتيان والركوب. والاصل أن الايمان مبنية على العرف عندنا لا على الحقيقة اللغوية كما نقل عن الشافعي، ولا على الاستعمال القرآني كما عن مالك، ولا على النية مطلقا كما عن أحمد لان المتكلم إنما يتكلم بالكلام العرفي أعني الالفاظ التي يراد بها معانيها التي وضعت في العرف كما أن العربي حال كونه من أهل اللغة إنما يتكلم بالحقائق اللغوية فوجب صرف ألفاظ المتكلم إلى ما عهد أنه المراد بها. ثم من المشايخ من جرى على هذا الاطلاق فحكم بالفرع الذي ذكره صاحب الذخيرة والمرغيناني وهو ما إذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت أنه يحنث بأنه خطأ. ومنهم من قيد حمل الكلام على العرف بما إذا لم يمكن العمل بحقيقته ولا يخفى أن هذا يصير المعتبر الحقيقة اللغوية إلا ما كان من الالفاظ ليس له وضع لغوي بل أحدثه أهل العرف، وأن ماله وضع لغوي ووضع عرفي يعتبر معناه اللغوي وإن تكلم به متكلم من أهل العرف، وهذا يهدم قاعدة حمل الايمان على العرف فإنه لم يصير المعتبر إلا اللغة إلا ما تعذر وهذا بعيد إذ لا شك أن المتكلم لا يتكلم الا بالعرف الذي به التخاطب، سواء كان عرف اللغة إن كان من أهل اللغة أو غيرها إن كان من غيرها. نعم ما وقع استعماله مشتركا بين أهل اللغة وأهل العرف تعتبر اللغة على أنها العرف، وأما الفرع المذكور فالوجه فيه أنه إن كان نواه في عموم بيتا حنث، وإن لم يخطر له وجب أن لا يحنث لانصراف الكلام إلى المتعارف عند إطلاق لفظ بيت. وظهر أن مرادنا بانصراف الكلام إلى العرف أنه إذا لم يكن له نية كان موجب الكلام ما هو معنى عرفيا له، وإن كان له نية شئ واللفظ يحتمله انعقد اليمين باعتباره، كذا في فتح القدير. وفي الحاوي الحصيري: والمعتبر في الايمان الالفاظ دون الأغراض. وفي الظهيرية من الفصل الثالث من الهبة: رجل

***

[٥٠٢]

اغتاظ على غيره فقال إن اشتريت لك بفلس شيئا فامرأته طالق فاشترى له بدرهم شيئا لم يحنث في يمينه فدل على أن العبرة بعموم اللفظ اه. وذكر الامام الخلاطي في مختصر الجامع فروعا مبنية على ذلك فقال باب اليمين في المساومة: حلف لا يشتريه بعشرة حنث بإحدى عشرة، ولو حلف البائع لم يحنث به لان مراد المشتري المطلقة ومراد البائع المفردة وهو العرف، ولو اشترى أو باع بتسعة لم

يحنث لان المشتري مستنقص والبائع وإن كان مستزيدا لكن لا يحنث بلا مسمى كمن حلف لا يخرج من الباب أولا بضربه سوطا أو لا يشتري بفلس أو ليغدينه اليوم بألف فخرج من السطح وضرب بعصا واشترى بدينار وغدى برغيف لم يحنث اهـ. وفي التنوير للامام المسعودي شارحه: والحاصل أنه إذا كان في اليمين ملفوظ به يجوز تعيين أحد محتمليه بالغرض، وأما الزيادة على الملفوظ فلا يجوز بالغرض ففي مسألة لا أبيعه بعشرة فباعه بتسعة إنما لا يحنث البائع وإن كان غرضه المنع عن النقصان لان الناقص

***

[٥٠٣]

عن العشرة ليس في لفظه ولا يحتمله لفظه فلا يتقيد به اهـ. وفي الخلاصة من الجنس الخامس من اليمين في الشراء: ولو أن البائع هو الذي حلف فقال عبده حر أن بعت هذا منك بعشرة فباعه بعشرة دراهم ودينار أو بأحد عشر درهما لم يحنث، ولو باعه بتسعة لا يحنث أيضا. هذا جواب القياس، وفي الاستحسان على عكس هذا فإن العرف بين الناس أن من حلف لا يبيع بعشرة أن لا يبيعه إلا بأكثر من عشرة فإذا باعه بتسعة يحنث استحسانا اهـ. فالحاصل أن بناء الحكم على الالفاظ هو القياس والاستحسان بناؤه على الاغراض، وسيأتي أنه هل يعتبر في العرف عند التخاطب أو العمل. قوله: (حلف لا يدخل بيتا لا يحنث بدخول البيت والمسجد والبيعة والكنيسة والدهليز والظلة والصفة) لما قدمنا أن الايمان مبنية على العرف والبيت في العرف ما أعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها. وأراد بالبيت الكعبة ولو عبر بها لكان أظهر. والبيعة - بكسر الباء - معبد النصارى، والكنيسة معبد اليهود. والدهليز بكسر الدال ما بين الباب والدار فارسي معرب كما في الصحاح. والظلة الساباط الذي يكون على باب الدار من سقف له جذوع أطرافها على جدار الباب وأطرافها الاخرى على جدار الجار المقابل له. وإنما قيدنا به لان الظلة إذا

***

[٥٠٤]

كان معناها ما هو داخل البيت مسقفا فإنه يحنت بدخوله لانه يبات فيه. وأطلق المصنف في الدهليز والصفة وهو مقيد بما إذا لم يصلحا للبيتوتة، أما إذا كان الدهليز كبيرا بحيث يبات فيه فإنه يحنث بدخوله لان مثله يعتاد بيتوته للضيوف في بعض القرى وفي المدن يبيت فيه بعض الاتباع في بعض الاوقات فيحنث. والحاصل أن كل موضع إذا أغلق الباب صار داخلا لا يمكنه الخروج من الدار وله سعة تصلح للمبيت من سقف يحنث بدخوله، وعلى هذا يحنث بالصفة سواء كان لها أربع حوائط كما هي صفاف الكوفة، أو ثلاثة على ما صححه في الهداية بعد أن يكون مسقفا كما هي صفاف ديارنا لانه يبات فيه. غاية الامر أن مفتحه واسع وسيأتي أن السقف ليس شرطا في مسمى البيت فيحنث وإن لم يكن الدهليز مسقفا، كذا في فتح القدير. قوله: (وفي دار بدخولها خربة وفي هذه الدار يحنث وإن بنيت دارا أخرى بعد الانهدام) أي في حلفه لا يدخل دارا لا يحنث بدخولها حربة، وفيما إذا حلف لا يدخل هذه الدار فإنه يحنث بدخولها خربة، وإن بنيت دارا أخرى بعد الانهدام لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم. يقال دار عامرة ودار غامرة أي خراب وقد شهدت أشعار العرب بذلك والبناء وصف فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو والاسم باق بعد الانهدام. وفي الغائب تعتبر وأراد بالخربة الدار التي لم يبق فيها بناء أصلا، فأما إذا زال بعض حيطانها وبقي البعض فهذه دار خربة فينبغي أن يحنث في المنكر إلا أن يكون له نية، كذا في فتح القدير. والاصل أن الوصف في المعين لغو إن لم يكن داعيا إلى اليمين وحاملا عليها، وإن كان حاملا عليها تقيدت به كمن حلف أن لا يأكل هذا البسر فأكله رطبا لم يحنث إلا إذا كانت الصفة مهجورة شرعا فحينئذ لا يتقيد بها وإن كانت حاملة كمن حلف لا يكلم هذا الصبي لا يتقيد بصباه كما سيأتي. قيد باليمين لانه لو وكله بشراء دار منكرة فاشترى دارا خربة نفذ على الموكل لتعرفها من وجه باعتبار بيان الثمن والمحلة وإلا لم تصح الوكالة للجهالة المتفاحشة وهي في اليمين منكرة من كل وجه فافترقا. وأشار المصنف إلى أنه لو حلف لا يدخل هذا المسجد فهدم فصار صحراء ثم دخله فإنه يحنث وهو مروي عن أبي يوسف قال: هو مسجد وإن لم يكن مبنيا وهذا لان المسجد عبارة عن موضع السجود وذلك موجود في الخرب ولهذا قال أبو يوسف: إن المسجد إذا خرب واستغنى الناس عنه أنه يبقى مسجدا إلى يوم القيامة، كذا في البدائع. وقول أبي يوسف يبقى المسجد بعد خرابه هو المفتى به كما صرح به في الحاوي القدسي من كتاب الوقف. قوله: (وإن جعلت بستانا أو مسجدا أو حماما أو بيتا لا كهذا البيت فهدم أو بنى آخر)

***
[٥٠٥]
بيان لثلاث مسائل، الاولى لو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت فجعلت بستانا أو مسجدا أو حماما أو بيتا لا يحنث بدخوله فيه لانها لم تبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه، وكذا إذا غلب عليها الماء أو جعلت نهرا فدخله. قيد بالاشارة مع التسمية لانه لو أشار ولم يسم كما إذا حلف لا يدخل هذه وإنه يحنث بدخولها على أي صفة كانت دارا أو مسجدا أو حماما أو بستانا لان اليمين عقدت على العين دون الاسم والعين باقية، كذا في الذخيرة. وأشار إلى أنه لو دخله بعدما انهدم المبنى ثانيا من الحمام وما معه فإنه لا يحنث أيضا لانه لا يعود إلى اسم الدارية بالتشديد، وإلى أنه لو بنى دارا بعدما انهدم ما بنى ثانيا من الحمام وغيره فإنه لا يحنث أيضا لانه غير تلك الدار التي منع نفسه من الدخول فيها. الثانية لو حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم فإنه لا يحنث لزوال اسم البيت فإنه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه كما في الهداية لان البيت الصيفي ليس له سقف. وأشار المصنف إلى أنه لو كان البيت منكرا فإنه لا يحنث بالاولى. والحاصل أن البيت لا فرق فيه بين أن يكون منكرا أو معرفا فإذا دخله وهو صحراء لا يحنث لزوال الاسم بزوال البناء، وأما الدار ففرق فيه بين المنكرة والمعينة كما قدمناه. وفي البدائع: لو انهدم السقف وحيطانه قائمة فدخله يحنث في المعين ولا يحنث في المنكر لان السقف بمنزلة الصفة فيه وهي في الحاضر لغو وفي الغائب معتبرة اه. الثالثة لو حلف لا يدخل هذا البيت فهدم وبنى آخر فدخله لا يحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام وهذا المبنى غير البيت الذي منع نفسه من دخوله. وأشار المصنف إلى جنس هذه المسألة من حيث المعنى وهو ما إذا حلف لا يجلس إلى هذه الاسطوانة أو إلى هذا الحائط فهدما ثم بنيا بنقضهما لم يحنث لان الحائط إذا هدم زال الاسم عنه وكذا الاسطوانة فبطلت اليمين، وكذلك لو حلف لا يكتب بهذا القلم فكسره ثم براه فكتب به لا يحنث لان غير المبري لا يسمى قلما وإنما يسمى أنبوبا فإذا كسره فقد زال الاسم عنه فبطلت اليمين، وكذلك إذا حلف على مقص فكسره ثم جعله مقصا آخر غير ذلك لان الاسم قد زال بالكسر، وكذلك كل سكين وسيف وقد كسر ثم
***
[٥٠٦]
صنع مثله. ولو نزع مسمار ليقص ولم يكسره ثم أعاد فيه مسمارا آخر حنث لان الاسم لم يزل بزوال المسمار، وكذلك إن نزع نصاب السكين وجعل عليه نصابا آخر لان السكين اسم للحديد، ولو حلف على قميص لا يلبسه أو قباء محشوا أو مبطنا أوجبة مبطنة أو محشوة أو قلنسوة أو خفين فنقض ذلك كله ثم أعاد يحنث لان الاسم بقي بعد النقض، يقال قميص مفتوق وجبة مفتوقة، واليمين المنعقدة على العين لا تبطل بتغير الصفة مع بقاء اسم العين. وكذلك لو حلف لا يركب بهذا السرج فنقضه ثم أعاده، ولو حلف لا يركب هذه السفينة فنقضها ثم استأنفها بذلك الخشب فركبها لا يحنث لانها لا تسمى سفينة بعد النقض وزوال الاسم يبطل اليمين. ولو حلف لا ينام على هذا الفراش ففتقه وغسله ثم حشاه بحشو وخلطه ونام عليه حنث لان فتق الفراش لا يزيل الاسم عنه، ولو حلف لا يلبس شقة غزل بعينها فنقضها وغزلت وجعلت شقة أخرى لا يحنث لانها إذا نقضت صارت خيوطا وزال الاسم المحلوف عليه. ولو حلف على قميص لا يلبس فقطعه جبة محشوة فلبسه لا يحنث لان الاسم قد زال فزالت اليمين، ولو حلف لا يقرأ في هذا المصحف فخلعه ثم ألف ورقه وخرز دفيته ثم قرأ فيه حنث لان اسم المصحف باق وإن فرقه. ولو حلف على نعل لا يلبسها فقطع شراكها وشركها بغيره ثم لبسها حنث لان اسم النعل يتناولها بعد قطع الشراك، ولو حلفت امرأة لا تلبس هذه الملحفة فخيط جانبها فجعلت درعا وجعلت لها جيبا ثم لبستها لم تحنث لانها درع وليست بملحفة، فإن أعيدت ملحفة فلبستها حنثت لانها عادت ملحفة بغير تأليف وزيادة ولا نقصان فهي على ما كانت عليه. وقال ابن سماعة عن محمد في رجل حلف لا ى دخل هذا المسجد فزيد فهي طائفة فدخلها لا يحنث لان اليمين وقعت على بقعة معينة فلا يحنث بغيرها. ولو قال مسجد بني فلان ثم زيد فيه فدخل ذلك الموضع الذي زيد فيه حنث وكذلك الدار لانه علق يمينه على الاضافة وذلك موجود في الزيادة. ولو حلف لا يدخل في هذا الفسطاط وهو مضروب في موضع فقلع وضرب في موضع آخر فدخل فيه حنث، وكذلك القبة من العيدان وكذلك درج من عيدان أو منبر لان الاسم في هذه الاشياء لا يزول بنقلها من مكان إلى مكان، كذا في البدائع. قوله: (والواقف على السطح داخل وفي طلق الباب لا) أي ليس بداخل لان

السطح من الدار ألا ترى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد، فإذا حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها من غير دخول من الباب بأن توصل إليه من سطح آخر فإنه يحنث، وقيل في عرفنا لا يحنث، وما في المختصر قول المتقدمين ومقابله قول المتأخرين،
***
[٥٠٧]
ووفق بينهما في فتح القدير يحمل ما في المختصر على ما إذا كان للسطح حضير، وحمل مقابله على ما إذا لم يكن له حضير أي ساتر. وأشار المصنف إلى أنه لو صعد على شجرة داخلها أو قام على حائط فيها فإنه داخل فيحنث، ولو كان الحائط مشتركا بينه وبين جاره لم يحنث كما في الظهيرية، وعلى قول المتأخرين لا، والظاهر قول المتأخرين في الكل لانه لا يسمى داخل الدار عرفا ما لم يدخل جوفها حتى صح أن يقال لم يدخل الدار ولكن صعد سطحها ونحوه. وفي التبيين: والمختار أنه لا يحنث في العجم لان الواقف على السطح لا يسمى داخلا عندهم. وأشار المصنف إلى أنه لو نوى في حلفه لا يدخل دار فلان فدخل صحنها فإنه لا يصدق قضاء لكن يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانهم قد يذكرون الدار ويريدون صحنها فقد نوى ما يحتمله كلامه كما في البدائع. وأفاد بإطلاقه أنه لا فرق في المحلوف عليه بين أن يكون دارا أو بيتا أو مسجدا، فإن كان فوق المسجد مسكن فدخله لا يحنث لانه ليس بمسجد كما في البدائع أيضا. وأشار بقوله داخل إلى أن المحلوف عليه دخول الدار فقط للاحتراز عما إذا حلف لا يدخل من باب هذه الدار فإنه إذا دخلها من غير الباب لم يحنث لعدم الشرط وهو الدخول من الباب، فإن نقب للدار بابا آخر فدخل يحنث لانه عقد يمينه على الدخول من باب منسوبة إلى الدار وقد وجدوا الباب الحادث كذلك فيحنث، وإن عنى به الباب الاول يدين فيما بينه وبين الله تعالى لان لفظه يحتمله ولا يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر. حيث أراد بالمطلق المقيد. وإن عين الباب فقال لا أدخل من هذا الباب فدخل من باب آخر لا يحنث، وهذا مما لا شك فيه لانه لم يوجد الشرط، كذا في البدائع. وقيد بالسطح لانه لو حلف لا يدخل دار فلان لحفر سردابا تحت دار فلان أو قناة فدخل ذلك السرداب أو القناة لم يحنث لانه لم يدخل، ولو كان للقناة موضع مكشوف في الدار فإن كان كبيرا يستقى منه أهل الدار فإذا بلغ ذلك الموضع حنث لانه من الدار فإن أهل الدار ينتفعون به انتفاع الدار فيكون من مرافق الدار بمنزلة بئر الماء، وإن كان بئرا لا ينتفع به أهل الدار وإنما هو للضوء لم يحنث لانه ليس من مرافق الدار ولا يعد داخله داخل الدار، ولو اتخذ فلان سردابا تحت داره وجعل بيوتا وجعل لها أبوابا إلى الطريق فدخلها الحالف حنث لان السرداب تحت الدار من بيوتها، كذا في المحيط. وأشار المصنف إلى أنه لو حلف لا يخرج من هذه الدار فصعد سطحها فإنه لا يحنث لانه داخل وليس بخارج، كذا في غاية البيان. وفي المحيط: لو حلف لا يخرج من هذه الدار وفي الدار شجرة أغصانها خارج الدار فارتقى تلك الشجرة حتى صار بحال لو سقط سقط في الطريق لا يحنث لان الشجرة بمنزلة
***
[٥٠٨]
بناء الدار اه. وإنما لا يكون داخلا إذا وقف في طاق الباب لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار. والمراد بطاق الباب عتبته التي إذا أغلق الباب كانت خارجة عنه وهي المسماة بأسكفة الباب، وأما العتبة التي لو أغلق الباب تكون داخلة فهي من الدار فيحنث بالدخول فيها، ولو كان المحلوف عليه الخروج انعكس الحكم كما نص عليه الحاكم. وقيد بكونه واقفا في طاق الباب أي بقدميه لانه لو وقف بإحدى رجليه على العتبة وأدخل الاخرى، فإن استوى الجانبان أو كان الجانب الخارج أسفل لم يحنث، وإن كان الجانب الداخل أسفل حنث لان اعتماد جميع بدنه على رجله التي هي في الجانب الاسفل، كذا في كثير من الكتب. وفي الظهيرية معزيا إلى السرخسي: الصحيح أنه لا يحنث مطلقا اه. وهو ظاهر لان الانفصال التام لا يكون إلا بالقدمين. وفي الظهيرية بعده: ولو أدخل رأسه وإحدى قدميه حنث. وأفاد المصنف رحمه الله دلالة أن حقيقة الدخول الانفصال من الخارج إلى الداخل فلهذا لو أدخل رأسه ولم يدخل قدميه أو تناول منها لم يحنث ألا ترى أن السارق لو فعل ذلك لم يقطع كما في البدائع. ولو دخل الدهليز فإنه يحنث ففرق بينهما إذا كان المحلوف على دخوله الدار أو البيت ففي الاول يحنث بدخول دهليزه، وفي الثاني لا. وأما صحن الدار أو البيت ففي الكافي: لو حلف لا يدخل بيت فلان ولا نية له فدخل في صحن داره لم يحنث حتى يدخل البيت لان شرط حنثه

الدخول في البيت ولم يوجد ثم قال: وهذا في عرفهم، وأما في عرفنا فالدار والبيت واحد فيحنث إن دخل صحن الدار وعليه الفتوى اهـ. وفي الظهيرية: ولو قام على كنيف شارع أو ظلة شارعة إن كان مفتح الكنيف والظلة في الدار كان حانثا. وفي المحيط: لو دخل حانوتا مشرعا من هذه الدار إلى الطريق وليس له باب في الدار فإنه يحنث لان من جملة الدار ما أحاطت به الدور، وإن دخل بستانا في تلك الدار، فإن كان متصلا بها لم يحنث، وإن كان في وسطها حنث اهـ. وفي القنية: حلف لا يدخل داره فدخل اصطبله لا يحنث. وفي الخلاصة معزيا إلى فتاوى النسفي: لو حلف لا يدخل بيت فلان فجلس على دكان على بابه إن كان ينتفع به المحلوف عليه وهو تبع لبيته يحنث - قال رحمه الله - وفيه نظر اهـ. وعلى هذا لو دخل حوشا بجنب البيت يحنث. والحاصل أنه إذا حلف لا يدخل هذه الدار أو دار فلان فإنه يحنث بالوقوف على سطحها أو حائطها أو شجرة فيها أو عتبة داخل الباب ودهليزها أو صحنها أو كنيفها أو ظلتها بالشرط المذكور أو بستانها الذي في وسطها، ويحنث بدخولها على أي صفة كان الحالف راكبا كان أو ماشيا أو محمولا بأمره حافيا أو منتعلا بشرط أن يكون مختارا لما في
***
[٥٠٩]
الظهيرية: ولو جاء إلى بابها وهو يشتد في المشي أي بعدو فانعثر أو انزلق فوقع في الدار اختلفوا فيه، والصحيح أنه لا يحنث. وإن دفعته الريح وأوقعته في الدار اختلفوا فيه والصحيح أنه لا يحنث إن كان لا يستطيع الامتناع. وإن كان على دابة فجمحت وانفلتت وأدخلته في الدار وهو لا يستطيع إمساكها لا يحنث، وإن أدخله إنسان مكرها فخرج منها ثم دخل بعد ذلك مختارا اختلفوا فيه والفتوى على أنه يحنث اهـ. ووجهه أن الشرط لم يوجد بالدخول مكرها بدليل عدم الحنث وقد وجد بالدخول ثانيا مختارا فحنث وسيأتي بعد ذلك إيضاحه. ووضع القدم كالدخول فيما ذكرنا لانه صار مجازا عن الدخول وهي مسألة الحقيقة والمجاز في الاصول. وهذا كله باعتبار الدار، وأما باعتبار صفتها بالاضافة إلى فلان فإنه يحنث إذا دخل دارا مضافة إلى فلان، سواء كان يسكنها بالملك أو بالاجارة أو بالعارية. وفي المجتبى: لو قال إن دخلت دار زيد فعبدي حر وإن دخلت دار عمرو فامرأتي طالق فدخل دار زيد وهي في يعد عمرو بإجارة يعتق وتطلق إذا لم ينو فإن نوى شيئا صدق اهـ. وفي المحيط: لو حلف لا يدخل دار فلان وله دار يسكنها ودار غلة فدخل دارا لغلة لا يحنث إذا لم يدل الدليل على دار الغلة وغيرها لان داره مطلقا دار يسكنها اهـ. وفي الخانية: لو حلف لا يدخل دار ابنته وابنته تسكن في دار زوجها أو حلف لا يدخل دار أمه وأمه تسكن في بيت زوجها فدخل الحالف حنث اهـ. وقد وقعت حادثة هي أن رجلا حلف بالطلاق أن أولاد زوجته لا يطلعون إلى بيته فطلع واحد هل يحنث؟ فأجبت بأنه لا يحنث ولا بد من الجمع لانه جمع ليس فيه الالف واللام. قال في الواقعات: إذا قال والله لا أكلم الفقراء أو المساكين أو الرجال فكلم واحدا منهم يحنث لانه اسم جنس بخلاف قوله رجالا أو نساء
***
[٥١٠]
اهـ. فقد علمت أن الجمع المعرف بالالف واللام كالمفرد وغيره على حقيقته ولا تأثير للاضافة وعدمها بدليل ما في الواقعات أيضا: لو قال والله لا أكلم إخوة فلان والاخ واحد، فإن كان يعلم يحنث إذا كلم ذلك الواحد لانه ذكر الجمع وأراد الواحد، وإن كان لا يعلم لا يحنث لانه لم يرد الواحد فبقيت اليمين على الجمع كمن حلف لا يأكل ثلاثة أرغفة من هذا الحب وليس فيه إلا رغيف واحد وهو لا يعلم لا يحنث اهـ. بلفظه. وهو صريح في أن الجمع المضاف كالمنكر لكن قال في القنية: إن أحسنت إلى أقاربك فأنت طالق فأحسنت إلى واحد منهم يحنث ولا يراد الجمع في عرفنا اهـ. فيحتاج إلى الفرق إلا أن يدعي أن في العرف فرقا. ولو دخل دارا مملوكة لفلان وفلان لا يسكنها يحنث ولو حلف لا يدخل دار فلان فدخل دار مشتركة بينه وبين فلا إن كان فلا يسكنها يحنث وإلا فلا. ولو حلف لا يدخل دار فلان فأجر فلان داره فدخلها الحالف هل يحنث؟ فيه روايتان قالوا: ما ذكره أنه لا يحنث ذلك قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان عندهما كما تبطل الاضافة بالبيع تبطل بالاجارة والتسليم وملك اليد للغير، كذا في الظهيرية. وهي مسألة الاصول أيضا. قوله: (ودوام الركوب واللبس والسكنى كالانشاء لا دوام الدخول) يعني لو حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها أو لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه أو لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فإنه يحنث بالدوام كما لو ابتدأ بها بخلاف ما إذا حلف لا يدخل

هذه الدار وهو فيها فإنه لا يحنث بالاستمرار فيها، والقياس أن يحنث قياسا على غيره، والاستحسان الفرق بين الفصلين وهو أن الدوام على الفعل لا يتصور حقيقة لان الدوام هو البقاء والفعل المحدث عرض والعرض مستحيل البقاء فيستحيل دوامه. وإنما يراد بالدوام تجدد أمثاله وهذا يوجد في الركوب واللبس والسكنى ولا يوجد في الدخول لانه اسم للانتقال من العورة إلى الحصن والمكث قرار فيستحيل البقاء. تحقيقه أن الانتقال حركة والمكث سكون وهما ضدان ألا ترى أنه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما وليست يوما ولا يقال دخلت يوما. قال في التبيين: والفارق بينهما أن كل ما يصح امتداده له دوام كالقعود والقيام والنظر ونحوه، وما لا يمتد لا دوام له كالدخول والخروج اهـ. وفي المجتبى: والفارق بينهما صحة قران المدة به كاليوم والشهر. وفي فتح القدير: ونظير المسألة حلف لا يخرج وهو خارج لا يحنث حتى يدخل ثم

***

[٥١١]

يخرج، وكذا لا يتزوج وهو متزوج، ولا يتطهر وهو متطهر فاستدام الطهارة والنكاح لا يحنث اهـ. والمراد بالدوام المكث ساعة على حاله، وقيد به لانه لو نزل من ساعته أو نزع الثوب فإنه لا يحنث. وقال زفر: يحنث لوجود الشرط وإن قل. ولنا أن اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقيقه وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى. وأشار المصنف إلى أنه لو قال كلما ركبت فأنت طالق وهو راكب ومكث ثلاث ساعات طلقت ثلاثا في كل ساعة طلقة بخلاف ما إذا لم يكن راكبا فركب أنها تطلق واحدة ولا تطلق بالاستمرار. وفي المجتبى: وإنما يعطى للدوام حكم الابتداء فيما يمتد إذا كانت اليمين حال الدوام، أما إذا كان قبله فلا، حتى لو قال كلما ركبت هذه الدابة فلله علي أن أتصدق بدرهم ثم ركبها ودام عليها فعليه درهم واحد، ولو قال ذلك حالة الركوب لزمه في كل ساعة يمكنه النزول درهم. قلت: في عرفنا لا يحنث إلا بابتداء الفعل في الفصول كلها وإن لم ينو، وفيه عن أبي يوسف ما يدل عليه وإليه أشار أستاذنا رحمه الله اهـ. فأفاد أن الساعة التي تكون دواما هي ما يمكنه النزول فيها، وأشار المصنف إلى أنه لو حلف ليدخلنها غدا وهو فيها فمكث حتى مضي الغد حنث لانه لم يدخلها فيه إذ لم يخرج، ولو نوى بالدخول الاقامة فيه لم يحنث وإلى هنا فرغ المصنف من مسائل الدخول لكنه لم يستوفها ونحن نذكر ما فاته منها تكثيرا للفائدة ولكثرة الاحتياج إلى مسائل الايمان، ففي الظهيرية: لو حلف لا يدخل في هذه السكة فدخل دارا من تلك السكة لا من السكة بل من السطح أو غيره اختلفوا فيه، والصحيح أنه لا يحنث إذا لم يخرج إلى السكة. ولو حلف لا يدخل سكة فلان فدخل مسجدا في تلك السكة ولم يدخل السكة لا يحنث رجل جالس في البيت في المنزل حلف لا يدخل هذا البيت فاليمين على ذلك البيت الذي كان جالسا فيه لان ما وراء ذلك البيت يسمى منزلا ودارا. هذا إذا كانت اليمين بالعربية، فإن كانت بالفارسية فاليمين على دخول ذلك المنزل وتلك الدار، فإن قال عنيت ذلك البيت الذي كنت جالسا فيه صدق ديانة لا قضاء لان في الفارسية خانه اسم للكل. هذا إذا لم يشر إلى بيت بعينه، فإن أشار إلى بيت بعينه فالعبرة للاشارة. امرأة حلفت أن لا يدخل زوجها دارها فباعت دارها فدخل الزوج وهي تسكنها، إن كانت نوت أن لا يدخل دارا تسكنها المرأة لا تبطل اليمين بالبيع، وإن لم يكن لها نية فاليمين على دار مملوكة لها. وقال بعضهم: يعتبر في جنس هذه المسائل سبب اليمين إن كانت اليمين لغيظ من صاحب الدار تبطل اليمين بالبيع، وإن كانت لضرر الجيران لا تبطل اليمين بالبيع. ولو حلف لا يدخل محلة كذا فدخل دارا لها بابان أحدهما مفتوح في تلك المحلة والآخر مفتوح في محلة

***

[٥١٢]

أخرى حنث في يمينه لان الدار تنسب إلى كل واحدة من المحلتين. وعن بعض المشايخ إذا حلف لا يدخل الحمام فدخل المسلخ لا يحنث لانه لا يراد من دخول الحمام ذلك. ولو حلف لا دخل دار فلان فمات صاحب الدار ثم دخل الحالف إن لم يكن على الميت دين مستغرق لا يحنث لانها انتقلت إلى الورثة بالموت، وإن كان عليه دين مستغرق قال محمد بن سلمة: يحنث لانها بقيت على حكم ملك الميت. وقال الفقيه أبو الليث: لا يحنث وعليه الفتوى لانها لم تبق ملكا للميت من كل وجه. ولو حلف لا يدخل دارا يشتريها فلان فاشترى فلان دارا وباعها من الحالف فدخل الحالف لا يحنث. ولو اشترى فلان دارا وهبها للحالف ثم دخل الحالف حنث. ولو حلف لا يدخل قبرية كذا فدخل أراضي القرية لا يحنث وتكون اليمين على عمرانها، وكذا لو حلف لا يشرب الخمر في قرية كذا فشرب في كرومها وضياعها لا يحنث إلا أن يكون الكروم والضياع في العمران، وكذلك لو كان الكلام على البلدة، ولو حلف لا يدخل كورة

كذا أو رستاق كذا فدخل الاراضي حنث. ولو حلف لا يدخل بغداد فمن أي الجانبين دخل حنث. ولو حلف لا يدخل مدينة السلام لا يحنث ما لم يدخل من ناحية الكوفة لان اسم بغداد يتناول الجانبين ومدينة السلام لا. ولو حلف لا يدخل الري ذكر شمس الائمة السرخسي أن الري في ظاهر الرواية يتناول المدينة والنواحي. وروي عن هشام عن محمد أنه اسم للمدينة حتى لو استأجر دابة إلى الري ولم يذكر إلى المدنية ولا إلى الرستاق بعينه في ظاهر الرواية تفسد الاجارة، وفي رواية هشام لا تفسد. ولو حلف لا يدخل بغداد فمر بها في سفينة روى هشام أنه يحنث. وقال أبو يوسف: لا يحنث ما لم يدخل إلى الجدة، وهذا بخلاف الصلاة فإن البغدادي إذا جاء من الموصل في السفينة فدخل بغداد فأدركته الصلاة وهو في السفينة تلزمه صلاة الاقامة لا صلاة السفر. ولو حلف لا يدخل في الفراة فركب سفينة في الفراة أو كان على الفراة جسر فمر على الجسر لا يحنث ما لم يدخل الماء ولو حلف أن لا يدخل هذه الدار فاشترى صاحبها بجنب الدار بيتا وفتح باب البيت إلى هذه الدار وجعل طريقه فيها وسد الباب الذي كان للبيت قبل ذلك فدخل الحالف هذا البيت من غير أن يدخل هذه الدار قال محمد: يحنث لان البيت صار من الدار اه‍. ما في الظهيرية. والفتوى على قول أبي يوسف في مسألة المرور بالسفينة فيما إذا حلف لا يدخل بغداد كما في الواقعات. وذكر في البدائع: لو حلف لا يدخل على فلان فدخل عليه بيته، فإن قصده بالدخول حنث، وإن لم يقصده لا يحنث، وكذلك إن دخل عليه بيت غيره فإن دخل عليه في مسجد أو ظلة أو سقيفة أو دهليز دار لم يحنث، وإن دخل عليه في فسطاط أو خيمة أو بيت شعر لم يحنث إلا أن يكون الحالف من أهل البادية لانهم يسمون ذلك بيتا

***

[٥١٣]

والتعويل في هذا الباب على العرف. وعن محمد لا يدخل على فلان هذه الدار فدخل الدار وفلان في بيت من الدار لا يحنث وإن كان في صحن الدار يحنث. وكذا لو حلف لا يدخل على فلان هذه القرية أنه لا يكون داخلا عليه إلا إذا دخل في بيته. قال محمد: لو حلف لا يدخل على فلان فدخل على فلان بيته وهو يريد رجلا غيره يزوره لم يحنث لانه لم يدخل على فلان لما لم يقصده، وإن لم تكن له نية حنث اه‍. وفي الذخيرة: قالوا: الصفة إذا لم تكن داعية إلى اليمين إنما لا تعتبر في المعين إذا ذكرت على وجه التعريف، أما إذا ذكرت على وجه الشرط تعتبر وهو الصحيح ألا ترى أن من قال لامرأته إن دخلت هذه الدار راكبة فهي طالق فدخلتها ماشية لا تطلق، واعتبرت الصفة في المعين لما ذكرت على سبيل الشرط ا ه‍. وفي الواقعات: رجلان حلف كل واحد منهما أن لا يدخل على صاحبه فدخلا في المنزل معا لا يحنثان لانه لم يدخل واحد منهما على صاحبه. قال لاخ امرأته إن لم تدخل بيتي كما كنت تدخل فامرأته طالق، فإن كان بينهما كلام يدل على الفور فهو على الفور لان الحال أوجب التقييد وإلا كانت اليمين علي الابد ويقع اليمين على الدخول المعتاد قبل اليمين حتى لو امتنع الاخ مرة مما كان المعتاد يحنث لان اليمين مطلقة فتنصرف إلى الابد ا ه‍. وفي المحيط والولوالجية وغيرهما: لو قال إن أدخلت فلانا بيتي فامرأته طالق فهو على أن يدخل بأمره لانه متى دخل بأمره فقد أدخله، ولو قال إن تركت فلانا يدخل بيتي فامرأته طالق فهو على الدخول بعلم الحالف فمتى علم ولم يمنع فقد ترك، ولو قال إن دخل فلان بيتي فهو على الدخول أمر الحالف به أو لم يأمر علم به أو لم يعلم لان الشرط هو الدخول وقد وجد ا ه‍. وفي المحيط: لو قال إن دخل داري هذه أحد فعبدي حر والدار له ولغيره فدخلها هو لم يحنث لان المعرفة لا تدخل تحت النكرة كما لو قال زوج بنتي من رجل لا يدخل المأمور تحت هذا الامر، ولو قال إن دخلت هذه الدار أحد يحنث، إذا دخل هو، سواء كانت الدار له أو لغيره، لان النكرة تدخل تحت النكرة، ولو قال إن دخل دارك أحد فالمنسوب إليه خارج عن اليمين لانه صار معرفا بالاضافة وتمامه فيه. وفي الخانية: رجل قال للامنعن فلانا من دخول داري فمنعه مرة بر في يمينه، فإن رآه مرة ثانية ولم يمنعه لا شئ عليه. رجل حلف بطلاق امرأته أنه لم يدخل هذا اليوم ثم قال أوهمت وحلف بطلاق امرأة أخرى أنه قد دخلها اليوم يلزمه طلاق الاولى ولا يلزمه طلاق الثانية لانه يقول اليمين الاولى كذب والثانية صدق فلا يحنث في الثانية. ولو حلف بعتق عبده أنه دخل هذه الدار اليوم ثم قال لم أدخله وحلف بعتق عبد آخر أنه لم يدخلها اليوم ثم رجع وقال قد دخلتها اليوم وحلف بعتق عبد آخر عتق العبيد الثلاث جميعا لان الاول عتق بالكلام الثاني،

***

[٥١٤]

والوسط عتق بالكلام الثالث، وعتق الثالث بعتق الاول، لان الحالف زعم أنه كاذب في الكل فيلزمه عتق الكل. ولو قال إن دخلت

الكوفة ولم أتزوج فعبدي حر، فإن دخل قبل التزوج حنث، ولو قال فلم أتزوج فهذا على أن يكون التزوج بعد الدخول حين يدخل. ولو قال إن دخلت الكوفة ثم لم أتزوج فهو على أن يتزوج بعد الدخول على الابد ا ه. وفي القنية: كان في البيت الشتوي نخاصم امرأته فقال إن دخلت هذا البيت إلى العيد فالحلال عليه حرام، ثم قال نويت ذلك البيت بعينه يصدق. حلف لا يدخل على هؤلاء القوم ثم دخل عتبة الباب فرأى واحدا منهم فرجع لا يحنث ا ه. وفي الخلاصة: قال لامرأته إن دخلت دار أبيك فكل امرأة أتزوجها فهي طالق فدخل دار أبيها ثم إنها حرمت عليه فتزوجها لا تطلق بتلك اليمين لانها معرفة بإضافة اليمين فلا تدخل تحت النكرة، هذا في مجموع النوازل. وفي النوازل: قال لامرأته إن دخلت الدار فنسائي طوالق فدخلت الدار وقع الطلاق عليها وعلى غيرها، ولاعتماد على هذا دون ما ذكر في مجموع النوازل، ولو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق بغير خسران يشترط قبولها عند دخول الدار وتفسير غير الخسران إن وهبت المهر ثم دخلت الدار ا ه. وفي العمدة: لو قال لا أدع فلانا يدخل هذه الدار، فإن لم تكن الدار ملكا له فالمنع بالقول، وفي الملك بالقول والفعل، ولو حلف لا يدخل دار فلان فاستعار فلان دار جاره واتخذ فيها وليمة ودخلها الحالف لا يحنث ا ه. فقولهم إن المستعارة تضاف إليه معناه إذا سكنها لا إذا اتخذ فيها وليمة. وفي العدة: لو قال والله لا أدخل هذه الدار وأدخل هذه الدار، فإذا دخل الاولى يحنث، وإن دخل الثانية لا يحنث. ولو قال والله لا أدخل هذه الدار أو أدخل هذه الدار بنصب اللام، فإن دخل الدار الاولى أولا ثم دخل الثانية يحنث، وإن دخل الثانية أولا ثم دخل الاولى لا يحنث لان كلمة أو بمنزله حتى ا ه. وفي مآل الفتاوى قال لا أدخل دار فلان أو دار الفلان لا فرق بينهما عند أبي يوسف، ولو دخل دارا اشتراها بعد اليمين لا يحنث ا ه. ثم شرع المصنف رحمه الله في الكلام على السكنى لانها تعقب الدخول. قوله: (لا يسكن هذ الدار أو البيت أو المحلة نخرج وبقي متاعه وأهله حنث) لانه يعد ساكنا ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفا فإن السوقي في عامة نهاره في السوق ويقول أسكن ببلدة كذا. والبيت والمحلة بمنزلة الدار، والمحلة هي المسماة في عرفنا بالجارة، قيد بالثلاثة.

***

[٥١٥]

والسكة كالمحالة لانه لو كان اليمين على المصر أو البلدة لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل كما روي عن أبي يوسف لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول وهو المراد بقوله بخلاف المصر. والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب كما في الهداية. وأطلق الساكن فشمل من يستقل بسكناه أو لا. وهو مقيد بالمستقبل لان الحالف لو كان سكناه تبعا كابن كبير ساكن مع أبيه أو امرأة مع زوجها فحلف أحدهما لا يسكن هذه نخرج بنفسه وترك أهله وماله وهي زوجها ومالها لا يحنث. وقيده الفقيه أبو الليث أيضا بأن يكون حلفه بالعربية فلو عقد بالفارسية لا يحنث إذا خرج بنفسه وترك أهله وماله وإن كان مستقلا بسكناه. وأشار إلى أنه لو لم يخرج فإنه يحنث بالاولى والكل مقيد بالامكان ولذا قالوا: لو بقي فيها أياما يطلب منزلا آخر حتى يجده أو خرج واستغل بطلب دار أخرى لنقل الاهل والمتاع أو خرج لطلب دابة لينتقل عليها المتاع فلم يجد أياما لم يحنث، وكذا لو كانت أمتعة كثيرة فاشتغل بنقلها نفسه وهو يمكنه أن يستكري دابة فلم يستكر لم يحنث، وكذا لو أبت المرأة أن تنتقل وغلبته وخرج هو ولم يرد العود إليه أو منع هو من الخروج بأن أوثق أو منع متاعة فتكره أو وجد باب الدار مغلقا فلم يقدر على فتحه ولا على الخروج منه لم يحنث، وكذا لو قدر على الخروج بهدم بعض الحائط ولم يهدم لا يحنث وليس عليه ذلك إنما تعتبر القدرة على الخروج من الوجه المعهود عند الناس كما في الظهيرية بخلاف ما إذا قال إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع عن الخروج، أو قال لامرأته إن لم تجيئي الليلة إلى البيت فأنت طلق فمنعها والدها حيث تطلق فيهما في الصحيح. والفرق أن شرط الحنث في مسألة الكتاب الفعل وهو السكنى وهو مكره فيه وللاكراه تأثير في إعدام الفعل، والشرط في تلك المسألة عدم الفعل ولا أثر للاكراه في إبطال العدم. وإن كان اليمين في الليل فلم يمكنه الخروج حتى أصبح لم يحنث، كذا في التبيين وغيره. وفي التنجيس: رجل قال لامرأته إن سكنت هذه الدار فأنت طالق وكانت اليمين بالليل فإنها معذورة حتى تصبح لانها في معنى المكره في هذه السكنى لانها تخاف الخروج ليلا، ولو قال ذلك لرجل لم يكن معذورا لانه لا يخاف هذا هو المختار ا ه ولا منافاة بينهما لان ما في التبيين مفروض بأنه لا يمكنه الخروج وما في التنجيس فيما إذا كان لا يخاف. والواو في قوله وبقي أهله ومتاعه بمعنى أو لان

***

[٥١٦]
الحنث يحصل ببقاء أحدهما من غير توقف عليهما، فلو قال نويت التحول ببدني خاصة لم يصدق في القضاء ويدين كما في البدائع. وأفاد أنه لا بد من نقل جميع الاهل والمتاع وهو في الاصل بالاجماع. والمراد بالاهل زوجته وأولاده الذين معه وكل من كان يأويه لخدمته والقيام بأمره كما في البدائع. وأما في الامتعة ففيه اختلاف فقال الامام: المتاع كالاهل حتى لو بقي وتد حنث لان السكنى ثبت بالكل فتبقى ببقاء شئ منه وقد صار هذا أصلا للامام حتى لو بقي صفة السكون في العصير يمنع من صيرورته خمرا وبقاء مسلم واحد في دار ارتد أهلها يمنع من صيرورتها دار حرب، ولا يرد عليه أن الشئ ينتفي بانتفاء جزئه كالعشرة تنتفي بانتفاء الواحد لان ذلك في الاجزاء، أما في الافراد فلا كالرجال لا ينتفي بانتفاء واحد. والفرق بين الفرد والجزء أنه إن صدق اسم الكل على كل واحد فالآحاد أفراد وإلا فأجزاء كما عرف من بحث العام في الاصول. وقال أبو يوسف: يعتبر نقل الاكثر لتعذر نقل الكل في بعض الاوقات. وقال محمد: يعتبر نقل ما تقوم به السكنى لان ما راءه ليس من السكنى. وقد اختلف الترجيح فالفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير قول الامام وأخذ به كما في غاية البيان، والمشايخ استثنوا منه ما لا تتأتى به الكسنى كقطعة حصير ووتد كما ذكره في التبيين وغيره. ورجح في الهداية قول محمد بأنه أحسن وأرفق بالناس، ومنهم من صرح بأن الفتوى عليه كما في فتح القدير، وصرح كثير كصاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافي بأن الفتوى على قول أبي يوسف فقد اختلف الترجيح كما ترى، والافتاء بمذهب الامام لانه أحوط وإن كان غيره أرفق. ويتفرق على كون السكنى تبقى ببقاء اليسير من المتاع عنده أنه لو انتقل المودع وترك الوديعة لا غير في المنزل المنتقل عنه لا يضمن. وعندهما يضمن بكل حال، ذكره البزازي في فتاواه من كتاب الاجارة من فصل الخياط والنساج. وفي المحيط: لو حلف لا يسكن دار فلان هذه فسكن منزلا منها حنث لان الدار هكذا تسكن عادة، فإن عنى أن لا يسكنها كلها لا يحنث حتى يسكنها كلها لان الدار حقيقة اسم للجميع فقد نوى الحقيقة، وظاهر كلام الصنف أنه لو نقل أهله ومتاعه منها فإنه يبر سواء سكن في منزل آخر أو لا، وفيه اختلاف ففي الهداية: وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر فإن انتقل إلى السكة أو إلى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات أن من خرج بعياله من مصره فلم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلاة كذا هذا ا ه‍. وفي فتح القدير:
***
[٥١٧]
وإطلاق عدم الحنث أوجه وكون وطنه باقيا في حق إتمام الصلاة ما لم يستوطن غيره لا يستلزم تسميته ساكنا عرفا بذلك المكان بل يقطع من العرف فيمن نقل أهله وأمتعته وخرج مسافرا أنه لا يقال فيه إنه ساكن ا ه‍. وفصل الفقيه أبو الليث تفصيلا حسنا فقال: إن لم يسلم داره المستأجرة إلى أهلها حنث وإن سلمها لا. وفي الظهيرية: والصحيح أنه يحنث ما لم يتخذ مسكنا آخر. ولو يستوف المصنف رحمه الله مسائل اليمين على السكنى فنحن نذكرها تتميما للفائدة. ففي البدائع: لو حلف لا يسكن هذه الدار ولم يكن ساكنا فيها فالسكنى فيها أن يسكنها بنفسه وينقل إليها من متاعه ما يبات فيه ويستعمله في منزله، فإذا فعل ذلك فهو حانث، وأما المساكنة فإذا كان رجل ساكنا مع رجل في دار فحلف أحدهما أن لا يساكن صاحبه فإن أخذ في النقلة وهي ممكنة بر وإلا حنث. والنقلة على الخلاف المتقدم فإن لم ينتقل للحال حنث لان البقاء على المساكنة مساكنة وهو أن يجمعهما منزل واحد، فإن وهب متاعه للمحلوف عليه أو أودعه أو أعاره ثم خرج في طلب منزل فلم يجد منزلا أياما ولم يأت الدار التي فيها صاحبه قال محمد: إن كان وهب له المتاع وقبضه منه وخرج منه ساعته وليس من رأيه العود فليس بمساكن، وكذلك إن أودعه المتاع ثم خرج لا يريد العود إلى ذلك المنزل، وكذا العارية، ولو كان له في الدار زوجة فراودها الخروج فأبت ولم يقدر على إخراجها فإنه لا يحنث ببقائها، وإذا حلف لا يساكن فلانا فساكنه في عرصة دار أو بيت أو غرفة حنث، فإن ساكنه في دار هذا في حجرة وهذا في حجرة أو هذا في منزل وهذا في منزل حنث إلا أن تكون دارا كبيرة. قال أبو يوسف: مثل دار الرقيق ودار الوليد بالكوفة، وكذا كل دار عظيمة فيها مقاصير ومنازل، وعند محمد: إذا حلف لا يساكن فلانا ولم يسم دارا فسكن هذا في حجرة وهذا في حجرة لم يحنث إلا أن يساكنه في حجرة واحدة، فإن سكن هذا في بيت من دار وهذا في بيت آخر وقد حلف لا يساكنه ولم يسم دارا حنث في قولهم لان بيوت الدار الواحدة كالبيت الواحد. وقال أبو يوسف:

فإن ساكنه في حانوت في سوق يعملان فيه عملا أو يبيعان تجارة فإنه لا يحنث إلا بالنية أو يكون بينهما كلام يدل عليها. قالوا: إذا حلف لا يساكن فلانا بالكوفة ولا نية له فسكن أحدهما في دار والآخر في دار أخرى في
***
[٥١٨]
قبيلة واحدة أو محلة واحدة أو درب واحد فإنه لا يحنث حتى يجمعهما السكنى في دار لان المساكنة المخالطة، وذكر الكوفة لتخصيص اليمين بها حتى لا يحنث بمساكنته في غيرها. ولو حلف الملاح أن لا يساكن فلانا في سفينة فنزل مع كل أهله ومتاعه واتخذها منزله حنث، وكذلك أهل البادية إذا جمعتهم خيمة وإن تفرقت الخيام لم يحنث وإن تقاربت. وإذا حلف أنه لا يأوي مع فلان أو لا يأوي في مكان أو دار أو بيت فالايواء الكون ماكثا في المكان أو مع فلان في مكان قليلا كان المكث أو كثيرا، ليلا كان أو نهارا، فإن نوى أكثر من ذلك فهو على ما نوى، فإذا حلف لا يبيت مع فلان أو لا يبيت في مكان كذا فالبيت بالليل حتى يكون منه أكثر من نصف الليل، وإن كان أقل من يحنث، وسواء نام في الموضع أو لم ينم. فلو حلف لا يبيت الليلة في هذه الدار وقد ذهب ثلثا الليل ثم بات بقية ليلته قال محمد: لا يحنث لان البيتوتة إذا كانت تقع على أكثر الليل فقد حلف على ما يتصور فلم تنعقد يمينه ا ه. وفي الواقعات: حلف لا يساكن فلانا فنزل منزله فمكث فيه يوما أو يومين لا يحنث لانه لا يكون ساكنا معه حتى يقيم معه في منزله خمسة عشر يوما، وهذا بمنزلة ما لو حلف لا يسكن الكوفة فمر بها مسافرا فنوى أربعة عشر يوما لا يحنث، فإن نوى خمسة عشر يوما يحنث. ولو سافر الحالف فسكن فلان مع أهله، قال أبو حنيفة يحنث، وقال أبو يوسف لا وعليه الفتوى لان الحالف لم يساكنه حقيقة ا ه. وفي الظهيرية: لو حلف لا يساكن فلانا فدخل فلان دار الحالف غصبا فأقام الحالف معه حنث، علم الحالف بذلك أو لم يعلم. وإن خرج الحالف بأهله وأخذ بالنقل حين نزل الغاصب لم يحنث، ولو حلف لا يساكن فلانا فساكنه في مقصورة أو في بيت واحد من غير أهل ومتاع لا يحنث، ولو حلف لا يساكن فلانا في دار وسمى دارا بعينها فتقا سماها وضرب كل واحد بينهما حائطا وفتح كل واحد منهما لنفسه بابا فسكن الحالف في طائفة والآخر في طائفة حنث الحالف، ولو لم يعني الدار
***
[٥١٩]
في يمينه ولكن ذكر دارا على التنكير وباقي المسألة بحالها لا يحنث، ولو حلف لا يساكن فلانا شهر كذا فساكنه ساعة في ذلك الشهر حنث لان المساكنة مما لا يمتد، ولو قال لا أقيم بالرقة شهرا لا يحنث ما لم يقم جميع الشهر، ولو حلف لا يسكن الرقة شهرا فسكن ساعة حنث، ولو حلف لا يبيت الليلة في هذا المنزل فخرج بنفسه وبات خارج المنزل وأهله ومتاعه في المنزل لا يحنث، وهذه اليمين تكون على نفسه لا على المتاع. ولو حلف لا يبيت على سطح هذا البيت وعلى البيت غرفة وأرض الغرفة سطح هذا البيت يحنث إن بات عليه، ولو حلف لا يبيت على سطح فبات على هذا لا يحنث، ولو قال والله لا أبيت في منزل فلان غدا فهو باطل إلا أن ينوي الليلة الجائية، وكذا لو قال بعد ما مضى أكثر الليلة، ولو قال لا أكون غدا في منزل فلان فهو على ساعة من الغد ا ه وفي الخلاصة: لو قال والله لا أسكن هذه الدار ثلاثين يوما أو قال لاسكنن هذه الدار ثلاثين يوما له أن يفرق، ولو حلف لا يسكن هذه القرية فذهب على ما هو الشرط ثم عاد وسكن يحنث، هذا في الفتاوى الصغرى. وأفتى القاضي الامام أنه إن نوى الفور لا يحنث إذا عاد وسكن، وكذا إذا كان هناك مقدمة الفور. وفي المحيط: حلف لا يقعد في هذه الدار ولا نية له قالوا: إن كان ساكنا فيها فهو على السكنى، وإن لم يكن ساكنا فهو على القعود حقيقة، ولو قال والله لا يجمعني وإياك سقف بيت فهذا على المجالسة، فإن جالسه في بيت أو فسطاط أو سفينة أو خيمة حنث، وإن صلى في مسجد جماعة فصلى الآخر معه في القوم لم يحنث، وإن كان أحدهما في المسجد فجاء الآخر فجلس إليه فقد حنث، وإن جلس بعيدا منه ولم يجلس إليه لم يحنث، وكذلك البيت الواحد إذا كان يجلس هذا في مكان وهذا في مكان غير مجالس له لا يحنث ا ه.
***
[٥٢٠]
قوله: (لا يخرج فاخرج محمولا بأمره حنث وبرضاه لا بأمره أو مكرها لا) أي لا يحنث وهو شروع في بعض مسائل الحلف على الخروج. فإذا حلف لا يخرج من المسجد مثلا فأمر إنسانا فحمله وأخرجه حنث لان فعل المأمور مضاف إلى الآمر فصار كما إذا

ركب دابة نخرجت، ولو أخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل إليه لعدم الامر، ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث في الصحيح لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا، وإذا لم يحنث فيهما لا تنحل في الصحيح لعدم فعله. وقال السيد أبو شجاع: تنحل وهو أرفق بالناس، ويظهر أثر هذا الاختلاف فما لو دخل بعد هذا الاخراج هل يحنث؟ فمن قال انحلت قال لا يحنث وهذا بيان كونه أرفق بالناس، ومن قال لا تنحل قال حنث ووجبت الكفارة وهو الصحيح، كذا في فتح القدير. وصوابه إن كان الحلف بأنه لا يخرج أن يظهر فيما لو دخل بعد هذا الاخراج ثم خرج، وإن كان الحلف بأنه لا يدخل فنعم. قيد بكونه أخرج مكرها أي حمله المكره وأخرجه لانه لو خرج بنفسه مكرها وهو الاكراه المعروف وهو أن يتوعده حتى يفعل فإنه حينئذ يحنث لما عرف أن الاكراه لا يعدم الفعل عندنا. ونظيره ما لو حلف لا يأكل هذا الطعام فأكره عليه حتى أكله حنث، ولو أوجر في حلقه لا يحنث، كذا في فتح القدير. وبهذا ظهر أن هذا الحكم لا يختص بالحلف على الخروج لانه لو حلف لا يدخل فأدخل محمولا بأمره حنث وبرضاه لا بأمره أو مكرها لا. وفي المجتبى: لو هبت به الريح وأدخلته لم يحنث وفي الانحلال كلام، وفيمن زلق فوقع فيها أو كان راكبا دابة فانفلتت ولم يستطع
***
[٥٢١]
إمساكها فأدخلته خلاف ا ه‍. وفي البدائع: الخروج هو الانفصال من الحصن إلى العورة على مضادة الدخول فلا يكون المكث بعد الخروج خروجا كما لا يكون المكث بعد الدخول دخولا، ثم الخروج كما يكون في البلدان والدور والمنازل والبيوت تكون من الاخبية والفساطيط والخيم والسفن لوجود حده، والخروج من الدور المسكونة أن يخرج الحالف بنفسه ومتاعه وعياله كما إذا حلف لا يسكن، والخروج من البلدان والقرى أن يخرج الحالف ببدنه خاصة. ولو قال والله لا أخرج وهو في بيت من الدار نخرج إلى صحن الدار لم يحنث إلا أن ينوي، فإن نوى الخروج إلى مكة أو خروجا من البلد لم يصدق قضاء ولا ديانة لان غير المذكور لا يحتمل التخصيص. ولو قال إن خرجت من هذه الدار فأنت طالق نخرجت منها من الباب أي باب كان ومن أي موضع كان من فوق حائط أو سطح أو نقب حنث لوجود الشرط وهو الخروج من الدار، ولو قيد بباب هذه الدار لم يحنث بالخروج من غير الباب قديما كان الباب أو حادثا، ولو عين بابا في اليمين تعين ولا يحنث بالخروج من غيره ا ه‍. قوله: (كلا يخرج إلا إلى جنازة نخرج إليها ثم إلى حاجة) يعني لا يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج. وفي البدائع: لو قال إن خرجت من هذه الدار إلا إلى المسجد فأنت طالق نخرجت تريد المسجد ثم بدا لها فذهبت إلى غير المسجد لم ت طلق لما ذكرنا. وأشار المصنف إلى أنه لو قال إن خرجت من هذه الدار مع فلان فأنت طالق نخرجت وحدها أو مع فلان آخر ثم خرج فلان ولحقها فإنه لا يحنث لان كلمة مع للقران فيقتضي مقارنتها للخروج ولم يوجد لان المكث بعد الخروج ليس بخروج كما في البدائع أيضا: ولو خرج في مسألة الكتاب لغير الجنازة فإنه يحنث لوجود الشرط والاعتبار للقصد
***
[٥٢٢]
عند الخروج. قال في الظهيرية: لو قال لها إن خرجت إلى منزل أبيك فأنت كذا فهو على الخروج عن قصد ا ه‍. وفي المحيط: حلفت المرأة أن لا تخرج إلى أهلها قال أبو يوسف: أهلها أبواها وليس أحد سواهما أهلها، فإن لم يكن لها أبوان فأهلها كل ذي رحم محرم منها، فإن لم يكن لها إلا أم مطلقة فأهلها منزل أمها، فإن كان الاب متزوجا والام متزوجة فالاهل منزل الاب دون منزل الام ا ه‍. قوله: (لا يخرج أو لا يذهب إلى مكة نخرج يريدها ثم رجع يحنث وفي لا يأتيها لا) أي لا يحنث. والفرق بين الخروج والاتيان أن الخروج على قصد مكة قد وجد وهو الشرط إذا الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج، وأما الاتيان فعبارة عن الوصول قال الله تعالى * (فائتيا فرعون فقولا) * [الشعراء: ٦١] واختلف في الذهاب فقيل هو كالاتيان، وقيل كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال. أطلق في الحنث بالخروج وهو مقيد بما إذا جاوز عمران مصره على قصدها، فلو خرج قاصدا مكة ولم يجاوز عمرانه لا يحنث كما في الظهيرية وغيرها، وكأنه ضمن لفظ أخرج معنى أسافر للعلم بأن المضي إليها سفر لكن على هذا لو لم يكن بينها وبينه مدة سفر ينبغي أن يحنث بمجرد انفصاله من الداخل كما في فتح القدير. وفي المحيط: حلف لا يخرج إلى بغداد اليوم نخرج من باب داره يريد بغداد ثم بداله فرجع لا يحنث ما لم يجاوز عمران مصره بهذه النية بخلاف ما إذا حلف لا يخرج إلى جنازة فلان والمسألة بحالها

يحنث. والفرق أن الخروج إلى بغداد سفر والمرء لا يعد مسافرا ما لم يجاوز عمران مصره، ولا كذلك في الخروج إلى الجنازة. ولو كان في منزل من داره في المسألة الثانية فخرج إلى صحن الدار ثم رجع لا يحنث ما لم يخرج من باب الدار لانه لا يعد خارجا في جنازة فلان ما دام في داره كما لا يعد خارجا إلى بغداد ما دام في مصره فاستوت المسألتان معنى ا ه. وفي البدائع قال عمر بن أسد: سألت محمدا عن رجل حلف ليخرجن من الرقة ما الخروج؟ قال: إذا جعل البيوت خلف ظهره لان من حصل في هذه المواضع جاز له القصر ا ه. فالحاصل أن الخروج إن كان من البلد فلا يحنث حتى يجاوز عمران مصره، سواء كان إلى مقصده مدة سفر أو لا، وإن لم يكن خروجا من البلد فلا يشترط مجاوزة العمران. وأشار المصنف إلى أنه لو حلف أن لا يخرج إلى مكة ماشيا فخرج من أبيات المصر ماشيا يريد به مكة
***
[٥٢٣]
ثم ركب حنث، ولو خرج راكبا ثم نزل فمشى لا يحنث، كذا في الظهيرية. وفيها أيضا: رجل قال والله لاخرجن مع فلان العام إلى مكة إذا خرج مع فلان حتى جاوز البيوت وصار بحيث يباح له قصر الصلاة بر في يمينه، وإن بداله أن يرجع رجع من غير ضرر، ولو حلف أن لا يخرج من بغداد فخرج مع جنازة والمقابر خارجة من بغداد يحنث، ولو قال لامرأته إن خرجت من ها هنا اليوم فإن رجعت إلى سنة فأنت طالق ثلاثا فخرجت اليوم إلى الصلاة أو غيرها ثم رجعت، فإن كان سبب اليمين خروج الانتقال أو السفر لا تطلق ا ه. وفي القنية: انتقل الزوجان من الرستاق إلى قرية فلحقه رب الديون فقال لها اخرجي معي إلى حيث كنا فيه فأبت إلى الجمعة فقال إن لم تخرجي معي فكذا، فإن كان قد تأهب للخروج فهو على الفور وإلا فلا. وإن خرجت معه في الحال إلى درب القرية ثم رجعت بر في يمينه، وإن أراد زوجها الخروج أصلا ا ه. وفي المحيط: ولو حلف لا يخرج من الري إلى الكوفة فخرج من الري يريد مكة وجعل طريقه إلى الكوفة ينظر، إن كان حيث خرج نوى أن يمر بالكوفة حنث، وإن نوى أن لا يمر بالكوفة ثم بداله بعد ما خرج فصار إلى موضع آخر تقصر فيه الصلاة فقصد أن يمر بالكوفة لا يحنث ا ه. ثم في الخروج والذهاب تشترط النية عند الانفصال للحنث كما قدمناه، وفي الاتيان لا يشترط بل إذا وصل إليها يحنث، ونوى أو لم ينو، لان الخروج متنوع يحتمل الخروج إليها وإلى غيرها، وكذا الذهاب فلا بد من النية عند ذلك كالخروج إلى الجنازة بخلاف الاتيان لان الوصول غير متنوع. وفي المحيط: ليأتينه فأتاه فلم يأذن له لا يحنث. وفي الذخيرة: إذا حلف الرجل أن لا تأتي امرأته عرس فلان فذهبت قبل العرس وكانت ثمة حتى مضى العرس لا يحنث، هكذا ذكر في المنتقى وعلله فقال: لانها ما أتت العرس بل العرس أتاها. ولو حلف لا يأتي فلانا فهو على أن يأتي منزله أو حانوته لقيه أو لم يلقه، وإن أتى مسجده لم يحنث، رواه ابراهيم عن محمد. وفي المنتقى: رجل لزم رجلا وحلف الملتزم ليأتينه غدا فأتاه في الموضع الذي لزمه فيه لا يبر حتى يأتي منزله، فإن كان لزمه في منزله فحلف ليأتينه غدا فتحول الطالب من منزله فأتى الحالف المنزل الذي كان فيه الطالب فلم يجده لا يبر حتى يأتي المنزل الذي تحول إليه. ولو قال إن لم آتك غدا في موضع كذا فعبدي حر فأتاه فلم يجده فقد بر إنما هذا على إتيان ذلك الموضع، وهذا بخلاف ما إذا قال إن لم أوفك غدا في موضع كذا فأتى الحالف ذلك الموضع فلم يجده حيث يحنث لان هذا على أن يجتمعا ا ه. وقيد بالاتيان لان العبادة والزيارة لا يشترط فيهما الوصول ولذا قال في الذخيرة: إذا حلف ليعودن فلانا أو ليزورنه فأتى بابه فلم يؤذن له
***
[٥٢٤]
فرجع ولم يصل إليه لا يحنث، وإن أتى بابه ولم يستأذن حنث. قال في المحيط: وعلى قياس من قال إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فمنع أو قيد حنث فيجب أن يحنث هنا في الوجهين وهو المختار لمشايخنا ا ه. ولو قال إن لم أرسل إليك نفقتك هذا الشهر فأنت طالق فأرسل بها على يد إنسان وضاعت من يد الرسول لا يحنث لانه قد أرسل، وكذا إذا قال إن لم أبعث إليك نفقة هذا الشهر. ولو قال إن لم تجيئيني غدا بمتاع كذا فأنت طالق فبعثت به مع إنسان قال: إن كان مراده وصول عين المتاع إليه لا يحنث، وإن كان غرضه أن تحمل بنفسها يحنث. ولو قال الرجل لاصحابه إن لم أذهب بكم الليلة إلى منزلي فامرأته طالق فذهب بهم بعض الطريق فأخذهم العسس فحبسهم لا تطلق امرأته، هكذا حكي عن الفقيه أبي جعفر. قال الفقيه أبو الليث: هذا الجواب يوافق قولهما في مسألة الكوز

وقد مر في أول النوع اختيار الصدر الشهيد في جنس هذه المسائل بخلاف هذا ا ه. ما في الذخيرة، ولم أر من صرح بلفظ الرواح من أئمتنا وهو كثير الوقوع في كلام المصريين وفي أيمانهم لكن قال الازهري: لغة العرب أن الرواح الذهاب، سواء كان أول الليل أو آخره أو في الليل. قال النووي في شرح مسلم من كتاب الجمعة بعد نقله: وهذا هو الصواب ا ه. فعلى هذا إذا حلف لا يروح إلى كذا فهو بمعنى لا يذهب وهو بمعنى الخروج يحنث بالخروج عن قصده وصل أولا. قوله: (ليأتينه فلم يأته حتى مات حنث في آخر حياته) لان البر قبل ذلك موجود ولا خصوصية للاتيان بل كل فعل حلف أنه يفعله في المستقبل وأطلقه ولم يقيده بوقت لم يحنث حتى يقع الاياس عن البر مثل ليضربن زيدا أو ليعطين فلانة أو ليطلقن زوجته وتحقق اليأس عن البر يكون بفوت أحدهما فلذا قال في غاية البيان: وأصل هذا أن الحالف في اليمين

***

[٥٢٥]

المطلقة لا يحنث ما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين لتصور البر، فإذا فات أحدهما فإنه يحنث ا ه. وبهذا ظهر أن الضمير في قوله حتى مات يعود إلى أحدهما أيهما كان، سواء كان الحالف أو المحلوف عليه، لا أنه خاص بالحالف كما هو المتبادر من العبارة. وقيد باليمين المطلقة لانها لو كانت مقيدة كقوله إن لم أدخل هذه الدار اليوم فعبده حر فإن الحنث معلق بآخر الوقت حتى إذا مات الحالف قبل خروج الوقت ولم يدخل الدار لا يحنث، وأما إذا مضى الوقت قبل دخوله وهو حي عتق العبد، كذا في غاية البيان. ثم اعلم أن اليمين المطلقة لا تكون على الفور إلا بقرينة ففي الظهيرية في الفصل السابع: ولو حلف إن رأى فلانا ليضربنه فالرؤية على القريب والبعيد والضرب متى شاء إلا أن يعني الفور. وفي فتاوى أبي الليث: رجل أراد أن يواقع امرأته وكانت امرأته على باب الدار فقال لها إن لم تدخلي معي في الدار فأنت طالق فدخلت بعد ما سكنت شهوته وقع الطلاق عليها، وإن دخلت قبل ذلك لم تطلق: وفي الفصل الخامس: حلف ليضربن غلامه في كل حق وباطل وليس له نية فهو على أن يضربه كل ما شكى إليه بحق أو باطل ولا يكون يمينه على فور الشكاية ما لم ينو ذلك ا ه. وسيأتي تمام مسائل الفور إن شاء الله تعالى قريبا قوله: (ليأتينه إن استطاع فهي استطاعة الصحة) لانها المرادة في العرف وهي سلامة الآلات وصحة الاسباب. وفسرها محمد رحمه الله بقوله: إذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ أمر لا يقدر على إتيانه فلم يأته حنث ا ه. فعلى هذا المراد بسلامة الآلات صحة الجوارح فالمريض ليس بمستطيع، والمراد بصحة الاسباب تهيئة لارادة الفعل على وجه الاختيار فخرج الممنوع ولذا ذكر في الاختيار أنها سلامة الآلات ورفع الموانع. وفي المبسوط: الاستطاعة رفع الموانع ا ه. فينبغي أنه إذا نسي اليمين سلامة الآلات ورفع الموانع. في المبسوط: الاستطاعة رفع الموانع ا ه. فينبغي أنه إذا نسي اليمين لا يحنث لان النسيان مانع، وكذا الوجن فلم يأته حتى مضى الغد كما لا يخفى ولذا قال في غاية البيان: وحدها التهيؤ لتقييد الفعل على إرادة المختار قوله: (وإن نوى القدرة دين) أي صدق فيما بينه وبين الله تعالى لان حقيقتها فيما يقارن الفعل. ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف إليه، وتصح نية

***

[٥٢٦]

الاول ديانة لانه حقيقة كلامه. وظاهر كلامه أنه لا يصدق قضاء لانه خلاف الظاهر، وقيل يصدق قضاء أيضا لانه نوى حقيقة كلامه وإذا صدق لا يتصور حنثه أبدا لانها لا تسبق الفعل. ورجح في فتح القدير الاول بأنه أوجه لانه وإن كان مشتركا بينهما لكن تعورف استعماله عند الاطلاق عن القرينة لاحد المعنيين بخصوصه وهو سلامة آلات الفعل وصحة أسبابه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدقه القاضي في خلاف الظاهر ا ه. وقد أظهر الزاهدي في المجتبى اعتزاله في هذا المحل كما أظهره في القنية في موضعين من ألفاظ التكفير عبارته في المجتبى قلت: وفي قوله حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل نظر قوي لانه بناه على مذهب الاشعرية والسنية أن القدرة تقارن الفعل وأنه باطل إذا لو كان كذلك لما كان فرعون وهامان وسائر الكفرة الذين ماتوا على الكفر قادرين على الايمان وكان تكليفهم بالايمان تكليفا بما لا يطاق، وكان إرسال الرسل والانبياء وإنزال الكتب والاوامر والنواهي والوعد والوعيد ضائعة في حقهم ا ه. وهو غلط لان التكليف ليس مشروطا بهذه القدرة حتى يلزم ما ذكره وإنما هو مشروط بالقدرة الظاهرة وهي سلامة الآلات وصحة الاسباب كما عرف في الاصول. قوله: (لا تخرجي إلا بإذني شرط لكل خروج إذن بخلاف إلا أن وحتى) أي بخلاف

لا تخرجي إلا أن آذن لك أو حتى أن آذن لك فأذن لها مرة انتهت اليمين حتى لو خرجت بإذنه ثم خرجت بعده بغير إذنه لا يحنث. والفرق في الاول أن المستثنى خروج مقرون بالاذن لانه مفرغ للمتعلق فصار المعنى إلا خروجا ملصقا به فما لم يكن ملصقا بالاذن فهو داخل في اليمين لعموم النكرة فيحنث به، وفي الثاني الاذن غاية، أما في حتى فظاهر، وأما في إلا أن فتجوز ب " إلا فيها لتعذر استثناء الاذن من الخروج وبالمرة يتحقق فينتهي المحلوف عليه. وأما لزوم تكرار الاذن في دخول بيوته عليه السلام مع تلك الصيغة * (إلا أن يؤذن لكم) * [الاحزاب: ٣٥] فبدليل خارجي وهو تعليله بالاذى * (إن ذلكم كان يؤذي النبي) * [الاحزاب: ٣٥] وتمامه في الاصول في بحث الباء. ولا يرد أن لا أن آذن بمعنى إلا بإذني لان إن والفعل في تأويل المصدر ولا بد من تقدير الباء والاصار المعنى إلا خروجا إذني فصار كالمسألة الاولى لانه يلزم أحد الامرين. أما ما ذكر من تقدير الباء محذوفة أو ما قلنا من جعلها بمعنى حتى مجازا أي حتى آذن لك. وعلى الاول يكون كالاول، وعلى الثاني ينعقد على إذن واحد، وإذا لزم في إلا أن أحد المجازين وجب الراجح منهما، ومجاز غير الحذف أولى من مجاز الحذف عندهم لانه تصرف في وصف نفس اللفظ ومجاز الحدف تصرف

***

[٥٢٧]

في ذاته بالاعدام مع الارادة. وأشار المصنف بقوله شرط أنه لو نوى الاذن مرة واحدة لم يصدق قضاء وعليه الفتوى كما في الولوالجية، لكنه يصدق ديانة لانه نوى محتمل كلامه فيستعار بمعنى حتى لكنه خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي بخلاف ما إذا نوى التعدد في المسألة الثانية حيث يصدق قضاء لانه محتمل كلامه وفيه تشديد على نفسه. ومثل قوله إلا بإذن بغير إذني فيشترط لكل خروج إذن لان المعنى فيهما واحد مع وجود الباء، والرضا والامر والعلم كالاذن فيما ذكرنا، كذلك إن خرجت إلا بقناع أو بملحفة. ولو قال لها أذنت لك في الخروج كلما أردت نخرجت مرة بعد أخرى لا يحنث فإن نهاها عن الخروج بعد ذلك صح النهي وهذا قول محمد وبه أخذ الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل. ولو أذن لها في الخروج ثم قال لها كلما نهيتك فقد أذنت لك فنهاها لا يصح نهيه إياها، ولو أذن لها بالعربية ولا عهد لها بالعربية نخرجت حنث كما لو أذن لها وهي نائمة أو غائبة لم تسمع نخرجت حنث. وقال بعضهم: هذا قول أبي حنيفة ومحمد. أما على قول أبي يوسف وزفر يكون إذنا. وقال بعضهم: الاذن يصح بدون العلم والسماع في قولهم وإنما الخلاف بينهم في الامر على قول أبي حنيفة ومحمد لا يثبت الامر بدون العلم والسماع. والصحيح أن على قولهما لا يكون الاذن إلا بالسماع لان الاذن إيقاع الخبر في الاذن وذلك لا يكون إلا بالسماع، وأجمعوا أن إذن العبد في التجارة لا يكون إلا بالسماع. ولو كنست البيت هذه المرأة نخرجت إلى باب الدار لكنس الباب حنث لانها خرجت بغير إذنه، ولو أذن لها في الخروج إلى بعض أهلها فلم تخرج ثم خرجت في وقت آخر إلى بعض أهلها. قال الفقيه أبو الليث: أخاف أن يحنث، ولو أن المرأة سمعت سائلا يسأل شيئا بعد ما منعها زوجها عن الخروج إلا بإذنه فقال لها الزوج ادفعي هذه الكسرة إليه، فإن كان السائل بحيث لا تقدر المرأة على الدفع إليه إلا بالخروج نخرجت لا يحنث وإلا فيحنث. ولو قالت لزوجها تريد أن أخرج حتى أصير مطلقة فقال الزوج نعم نخرجت طلقت لان كلام الزوج هذا للتهديد لا للاذن، ولو قال لها اخرجي أما والله لو خرجت ليخزينك الله تعالى ونحو ذلك قال محمد: لا يكون إذنا. وكذا لو غضبت المرأة وتأهبت للخروج فقال الزوج دعوها تخرج لم يكن إذنا إلا أن ينوي الاذن. وكذا لو قال الزوج في غضبه أخرجي ينوي التهديد والتوعيد يعني أخرجي حتى تطلقي لم يكن ذلك إذنا. ولو قال لامرأته إن خرجت من هذه الدار فأنت طالق نخرجت قبل أن يقول الزوج طالق لم يحنث حتى تخرج مرة أخرى إلا أن يكون ابتداء اليمين مخاشنة كانت بينهما في الخروج فمتى كانت كذلك لا يحنث، وإن خرجت بعد ذلك لان اليمين كانت على الخروج الاول، الكل من الظهيرية. وفي المبتغى بالغين المعجمة: وفي قوله لها إن خرجت من الدار إلا بإذني فأنت طالق لا يحنث بخروجها الوقوع غرق أو حرق غالب فيها وكذا في القنية ا ه‍. وفي القنية: لو

***

[٥٢٨]

حلف لا يشرب خمرا بغير إذنها فأذنت له أن يشربها في دار كذا فشربها في غيرها حنث ا ه‍. وفي باب آخر منها: إن دفعت شيئا بغير إذني فأنت طالق فدفعت من مال نفسها بغير إذنه لم يقع ا ه‍. وينبغي أن ينظر إلى السبب الداعي إلى اليمين كما لا يخفى. ثم اعلم أن في المسألة الاولى إذا كانت اليمين بالطلاق ثم خرجت بغير إذن ووقع الطلاق ثم خرجت مرة ثانية بغير إذن لا يقع شئ لانحلال اليمين

بوجود الشرط، وليس فيها ما يدل على التكرار كما في الظهيرية. ولو أذن لها أن تخرج في المسألة الاولى عشرة أيام فدخلت وخرجت مرارا في العشرة لا يحنث. ولا فرق في المسألة الاولى بين أن يكون المخاطب الزوجة أو العبد حتى لو قال المولى لعبده إن خرجت من هذه الدار إلا بإذني فأنت حر فإنه يشترط لكل خروج إذن، فلو قال له أطع فلانا في جميع ما يأمرك به فأمره فلان بالخروج فخرج فالمولى حانث لوجود شرط الحنث وهو الخروج من غير إذن المولى لان المولى لم يأذن له بالخروج وإنما أمره بطاعة فلان. وكذلك لو قال المولى لرجل ائذن له في الخروج فأذن له الرجل فخرج لانه لم يأذن له بالخروج وإنما أمر فلانا بالاذن، وكذلك لو قال له قل يا فلان مولاك قد أذن لك في الخروج فقال له فخرج فإن المولى حانث لانه لم يأذن له وإنما أمر فلانا بكذب، ولو قال المولى لعبده بعد يمينه ما أمرك به فلان فقد أمرتك به فلان فقد أمرتك به فأمره الرجل بالخروج فخرج فالمولى حانث لان مقصود المولى من هذا أن لا يخرج إلى برضاه، فإذا قال ما أمرك به فهو لا يعلم أن فلانا يأمره بالخروج والرضا بالشئ بدون العلم به لا يتصور فلم يعلم كون هذا الخروج مرضيا به فلم يعلم كونه مستثنى فبقي تحت المستثنى منه. ولو قال المولى للرجل قد أذنت له في الخروج فأخبر الرجل به العبد لم يحنث المولى. ولو قال لامرأته إن خرجت إلا بإذني ثم قال لها إن بعت خادمك فقد أذنت لك لم يكن منه هذا إذنا لانه مخاطرة، كذا في البدائع: وقيد بالزوجة والعبد لانه لو قال لا أكلم فلانا إلا أن يأذن فلان أو حتى يأذن أو إلا أن يأذن أو إلا أن يقدم فلان أو حتى يقدم. أو قال الرجل في داره والله لا تخرج إلا بإذني فإنه لا يتكرر الاذن في هذا كله لان قدوم فلان لا يتكرر عادة والاذن في الكلام يتناول كلما يوجد من الكلام بعد الاذن. وكذا خروج الرجل مما لا يتكرر عادة بخلاف الاذن للزوجة فإنه لا يتناول إلا ذلك الخروج المأذون فيه لا كل خروج إلا بنص صريح فيه مثل أذنت لك أن تخرجي كلما أردت الخروج ونحوه، فكان الاقتصار في هذا الوجود الصارف عن التكرار لا لان العرف في الكل على التفصيل المذكور، كذا في فتح القدير. وأشار المصنف بالمسألة الثانية إلى أنه لو قال عبده حر إن دخل هذه الدار إلا أن ينسى فدخلها ناسيا ثم دخل بعد ذلك ذاكرا لم يحنث بخلاف ما إذا قال إن دخل هذه الدار إلا ناسيا فدخلها ناسيا ثم دخلها ذاكرا فإنه يحنث لانه استثنى من كل دخول دخولا بصفة فبقي ما سواه داخلا تحت اليمين بخلاف الاول فإنه بمعنى حتى فلما دخلها ناسيا انتهت اليمين،

***

[٥٢٩]

وإلى أنه لو قال عبدي حر إن دخلت هذه الدار دخلة إلا أن يأمرني فلان فأمره فلان مرة واحدة فإنه لا يحنث وقد سقطت اليمين بخلاف ما إذا قال إلا أن يأمرني بها فلان بزيادة بها فأمره فدخل ثم دخل بعد ذلك بغير أمره فإنه يحنث. ولا بد من الامر في كل دخلة كقوله إلا بأمر فلان كالمسألة الاولى كما في البدائع أيضا. وفي الظهيرية. قال لامرأته إن دخلت من هذه الدار إلا لامر لا بد منه فأنت طالق وللمرأة حق على رجل فأرادت أن تدعي ذلك وخرجت لاجله قالوا: إن كانت تقدر على أن توكل بذلك حنث الحالف، وإن لم تقدر على أن توكل لا يحنث. ولو حلف أن لا تخرج امرأته إلا بعلمه فخرجت وهو يراها فمنعها لم يحنث، ولو أذن لها بالخروج فخرجت بغير علمه لا يحنث، وإن لم يأذن لها فخرجت وهو يراها لا يحنث أيضا اه. ثم انعقاد اليمين على الاذن في قوله إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق أو والله لا تخرجين إلا بإذني مقيد ببقاء النكاح لان الاذن إنما يصح ممن له المنع، فلو أبانها ثم تزوجها فخرجت بلا إذن لم يحنث وإن كان زوال الملك لا يبطل اليمين عندنا لانها لم تنعقد إلا على مدة بقاء النكاح. وكذا في العبد يشترط بقاء ملك المولى وسيأتي بيان أيضا في قوله حلف ليعلمنه بكل داعر دخل البلدة تقيد بقيام ولايته، وهذا بخلاف ما إذا حلف لا تخرج امرأته من هذه الدار ولا عبده فبانت منه أو خرج العبد عن ملكه ثم خرج فإنه يحنث، ولا يتقيد بحال قيام الزوجية والملك لانعدام دلالة التقييد وهي قوله إلا بإذنه فيعمل بعموم اللفظ، فإن عني به ما دامت امرأته دين فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر. وكذلك من طولب بحق فحلف أن لا يخرج من دار مطالبه حنث بالخروج زال ذلك الحق أو لم يزل لما قلنا، كذا في البدائع. وفي المحيط: رجل حلفه ثلاثة رجال أنه لا يخرج من بخاري إلا بإذنهم فجن أحدهم قال لا يخرج، وإن مات أحد الثلاثة فخرج لم يحنث لانه ذهب الاذن الذي وقعت عليه اليمين. ولو قال إلا بإذن فلان فمات المحلوف عليه بطلت اليمين عندهما خلافا لابي يوسف بناء على أن فوات المعقود عليه يمنع بقاء اليمين عندهما، وعنده لا يمنع اه قوله: (ولو أرادت الخروج فقال أن خرجت أو ضرب

العبد فقال إن ضربت تقيد به كاجلس فتغد عندي فقال أن تغديت) بيان ليمين الفور مأخوذ من فور القدر إذا غلت، واستعير للسرعة ثم سميت بها الحال التي لا ريث فيها فقيل جاء فلان من فوره أي من ساعته. وسميت هذه اليمين به باعتبار فوران الغضب. انفرد أبو حنيفة بإظهارها وكانت اليمين في عرفهم قسمين: مؤبدة وهي أن يحلف مطلقا، ومؤقته وهي أن يحلف أن لا يفعل كذا اليوم أو هذا الشهر فأخرج أبو حنيفة يمين الفور. قال في المحيط: ولم يسبقه أحد في
***
[٥٣٠]
تسميتها ولا في حكمها ولا خالفه أحد فيه بعد ذلك فإن الناس كلهم عيال أبي حنيفة في هذا اهـ. بل الناس عيال أبي حنيفة في الفقه كله وهي يمين مؤبدة لفظا مؤقتة معنى تتقيد بالحال أو تكون بناء على أمر حالي، فمن الثاني امرأة تهيأت للخروج فحلف لا تخرج فإذا جلست ساعة ثم خرجت لا يحنث لان قصده أن يمنعها من الخروج الذي تهيأت له فكأنه قال إن خرجت أي الساعة. ومنه من أراد أن يضرب عبده فحلف عليه لا يضربه فإذا تركه ساعة بحيث يذهب فور ذلك ثم ضربه لا يحنث لذلك بعينه. ومن الاول اجلس فتغد عندي فيقول إن تغديت فعبدي حر تقيد بالحال، فإذا تغدى في يومه في منزله لا يحنث لانه يمين وقع جوابا تضمن إعادة ما في السؤال والمسؤول الغد الحالي فينصرف الحلف إلى الغداء الحالي لتقع المطابقة، وهذا كله عند عدم نية الحالف. وقيد بكونه قال إن تغديت ولم يزد عليه لانه لو زاد بأن قال إن تغديت اليوم أو معك فعبدي حر فتغدي في بيته أو معه في وقت آخر فإنه يحنث لانه زاد على حرف الجواب فيكون مبتدأ أو لا يقال إن موسى عليه السلام زاد في الجواب حين سئل عن العصا ولم يكن مبتدأ لانا نقول: لما سئل بما وهي تقع على ذات ما لا يعقل والصفات فاشتبه عليه الحال فأجاب بهما حتى يكون مجيبا عن أيهما كان. وأشار المصنف إلى أنه لو قال لامرأته عند خروجها من المنزل إن رجعت إلى منزلي فأنت طالق ثلاثا ثم جلست فلم تخرج زمانا ثم خرجت ورجعت والرجل يقول نويت الفور فالظاهر أنه يصدق لانه لو قال إن خرجت ولا نية له ينصرف إلى هذه الخرجة فكذا إذا قال إن رجعت ونوى الرجوع بعد هذه الخرجة كان أولى أن ينصرف إلى الرجوع عن هذه الخرجة، كذا في المحيط. ثم اعلم أن التقييد تارة يثبت صريحا وتارة يثبت دلالة، والدلالة نوعان: دلالة لفظية ودلاة حالية، فدلالة اللفظ نحو ما إذا حلف لا يدخل على فلان تقيد بحال حياة المحلوف عليه، والدلالة الحالية كما في الكتاب. وفي المحيط: أصله أن الحالف متى أعقب الفعل فعلا بحرف العطف وهو الفاء والواو فإن كان الفعل الثاني في العادة يفعل على فور الاول ولم يفعل حنث، وإن لم يكن يفعل على فور الاول لا يحنث ما لم يمت، وإن ذكر الفعل الثاني بحرف الشرط أو التراخي وهو حرف ثم فهو على الابد لان المشروط لا يتحقق إلا بعد وجود الشرط وكلمة ثم على التراخي، فلو قال إن ضربتني فلم أضربك أو لقيتك فلم أسلم عليك وإن كلمتني فلم أجبك فهو على الفور باعتبار العادة، وكذا لو قال إن استعرت
***
[٥٣١]
دابتك فلم تعرني أو دخلت الدار فلم أقعد. وإن ذكر بحرف الواو بأن قال إن كلمتك ولم تكلمني فهذا يحتمل قبل وبعد فتعتبر نيته، ولو قال إن ركبت دابتي فلم أعطك دابتي فهو على الفور، ولو قال إن أتيتني فلم آتك أو إن زرتني فلم أزرك فهو على الابد إلى آخر ما ذكره ثم قال: لو قال لامرأته إن لم تقومي الساعة وتجيئي إلى دار والدي فأنت طالق ثلاثا فقامت الساعة ولبست الثياب وخرجت ثم رجعت وجلست حتى خرج الزوج فخرجت هي أيضا وأتت دار والده بعدما أتاها الزوج لا يحنث لان رجوع المرأة وجلوسها ما دامت في تهيؤ الخروج لا يكون تركا للفور، ألا ترى أنه لو أخذها البول فبالت قبل لبس الثياب ثم لبست الثياب لم يحنث ألا ترى أن الرجل إذا قال لامرأته إن لم تجيئي إلى الفراش هذه الساعة فأنت طالق وهما في التشاجر فطال بينهما كان على الفور حتى لو ذهبت إلى الفراش لا يحنث، فإن خافت فوت الصلاة فصلت قال نصر بن يحيي: حنث الرجل لان الصلاة عمل آخر فينقطع به فور الاول. وعلى قياس الحسن بن زياد لا يحنث لانه عذر شرعا فصار مستثنى من يمينه شرعا وعرفا، ولو اشتغلت بالتطوع أو بالوضوء أو أكلت أو شربت حنث لان هذا ليس بعذر شرعا اهـ. وفي القنية: قال لها في الخصومة الحلال على حرام إن لم تخرجي وقال ما أردت به الخروج للحال ثم خرجت بعد ساعات يحنث إن كانت الخصومة في الخروج وإلا فلا. وفي الجامع: لو قال لها إن لم أضربك فأنت طالق فهي على أربعة أقسام: فإن كان فيه دلالة الفور بأن قصد ضربها فمنع انصرف إلى الفور، وإن نوى الفور بدون الدلالة يصدق أيضا لان فيه

تغليظا، وإن نوى الابد أو لم تكن له نية انصرف إلى الابد، وإن نوى اليوم أو الغد لم تقبل نيته. ولو قال لها إن أخذت من مالي شيئا ولم تخبريني فكذا فأخذت ولم تخبره في الحال ولا قبله وإنما أخبرته بعد أيام لا يحنث إن رأيت سارقا فلم أخبرك فهو على الفور، وإن قال ولم أخبرك وإن لم أخبرك فعلى التراخي ولا بد من الشرطين. اهـ ما في القنية. قوله: (ومركب عبده مركبه إن ينو ولا دين) يعني لو حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد فلان فإنه يحنث بشرطين: الاول أن ينويها. الثاني أن لا يكون عليه دين أي مستغرق فإن لم ينو لا حنث مطلقا لان الملك وإن كان للمولى إلا أنه يضاف إلى العبد عرفا وكذا شرعا

***

[٥٣٢]

قال عليه السلام من باع عبدا وله مال الحديث. فتختل الاضافة إلى المولى فلا بد من النية، فإن نواها ولا دين على العبد أو كان دينه غير مستغرق حنث لانه شدد عل نفسه بنيته، وإن كان الدين مستغرقا فلا حنث وإن نوى لانه لا ملك للمولى في كسب عبده المديون المستغرق عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يحنث في الوجوه كلها إذا نوى لان الملك للمولى لكن الاضافة إليه قد اختلت لما ذكرنا فلا يدخل إلا بالنية. وقال محمد: يحنث في الوجوه كلها نوى أو لم ينو اعتبارا للحقيقة لان العبد وما في يده ملك المولى حقيقة عنده. ونظير هذا الاختلاف ما لو قال كل مملوك لي حر فعند أبي يوسف لا يدخل عبيد عبده التاجر إلا بالنية سواء كان على العبد دين أو لا، وعند محمد عتقوا نواهم أو لا، كان عليه دين أو لا. وعند أبي حنيفة إن لم يكن عليه دين عتقوا إذا نواهم وإلا فلا، وإن كان على العبد دين لم يعتقوا وإن نواهم. وفي المحيط: ولو ركب دابة مكاتبة لا يحنث لان ملكه ليس بمضاف إلى المولى لا ذاتا ولا يدا اهـ. ولم يذكر المصنف رحمه الله من مسائل الركوب غير هذه المسألة ولا بأس بذكر بعض مسائله. قال في الواقعات: حلف لا يركب فاليمين على ما يركب الناس من الفرس والبغل وغير ذلك، فلو ركب ظهر إنسان ليعبر النهر لا يحنث لان أوهام الناس لا تسبق إلى هذا اهـ. وفي الظهيرية: حلف أن لا يركب دابة ولم ينو شيئا فركب حمارا أو فرسا أو برذونا أو بغلا حنث، فإن ركب غيرها نحو البعير والفيل لا يحنث استحسانا إلا أن ينوي ولو حلف لا يركب فرسا فركب برذونا لا يحنث، وكذلك لو حلف لا يركب برذونا فركب فرسا لان الفرس اسم للعربي والبرذون للعجمي والخيل ينتظم الكل. وهذا إذا كانت اليمين بالعربية، وإن كانت بالفارسية يحنث بكل حال. ولو حلف لا يركب دابة فحمل على الدابة مكرها لا يحنث، وإن حلف لا يركب أو لا يركب مركبا فركب سفينة أو محملا أو دابة حنث، ولو ركب آدميا ينبغي أن لا يحنث، ولو حلف لا يركب على هذا السرج فزيد فيه أو نقص عنه فركب عليه حنث اهـ. وفي الخلاصة: قال كلما ركبت دابة فلله علي أن أتصدق بها فركب دابة يلزمه التصدق بها، فإن تصدق بها ثم اشتراها فركب مرة أخرى لزمه التصدق بها مرة أخرى ثم وثم بخلاف مسألة التنجيز حيث يبطل التعليق، أما لو قال لاجنبية كلما تزوجتك فأنت طالق ثلاثا فتزوجها تطلق ثلاثا، فلو تزوجت بآخر وعادت إليه فتزوجها تطلق ثلاثا ثم وثم اهـ. والله أعلم.

***

[٥٣٣]

باب اليمين في الاكل والشرب واللبس والكلام الاكل إيصال ما يحتمله المضغ بفيه إلى الجوف مضغ أو لم يمضغ كالخبز واللحم والفاكهة ونحوها. والشرب إيصال ما لا يحتمل المضغ من المائعات إلى الجوف مثل الماء والنبيذ واللبن والعسل. فإن وجد ذلك يحنث وإلا فلا يحنث إلا إذا كان يسمى ذلك أكلا أو شربا في العرف والعادة فيحنث، فإذا حلف لا يأكل كذا أو لا يشرب فأدخله في فيه ومضغه ثم ألقاه لم يحنث حتى يدخله في جوفه لانه بدون ذلك لا يكون أكلا وشربا بل يكون ذوقا. ولو حلف لا يأكل هذه البيضة أو لا يأكل هذه الجوزة فابتلعها قال قد حنث لوجود حد الاكل وهو ما ذكرنا، ولو حلف لا يأكل عنبا أو رمانا فجعل يمصه ويرمي تفله ويبتلع ماءه لم يحنث في الاكل ولا في الشرب لان ذلك ليس بأكل ولا شرب بل هو مص. وإن عصر ماء العنب فلم يشربه وأكل قشره وحصرمه فإنه يحنث لان الذاهب ليس إلا الماء وذهاب الماء لا يخرجه من أن يكون آكلا له، ألا ترى أنه إذا مضغه وابتلع الماء أنه لا يكون آكلا له بابتلاع الماء بل بابتلاع الحصرم فدل أن أكل العنب هو أكل القشر والحصرم منه وقد وجد فيحنث. وقال هشام عن محمد في رجل حلف لا يأكل سكرا فأخذ سكرة فجمها في فيه فجعل يبتلع ماءها حتى ذابت قال: لم يأكل لانه حين أوصلها إلى فيه وصلت وهي لا تحتمل المضغ. وكذلك روي عن أبي يوسف فيمن حلف لا يأكل رمانة فمص رمانة أنه لا

يحنث. ولو حلف لا يأكل هذا اللبن فأكله بخبز أو تمر أو حلف لا يأكل من هذا السعل فأكله بخبز يحنث لان اللبن هكذا يكون، وكذلك الخل لانه من جملة إلا دام فيكون أكله بالخبز كاللبن، فإن أكل ذلك بانفراده لا يحنث لان ذلك شرب وليس بأكل، فإن صب على ذلك الماء ثم شربه لا يحنث في قوله لا آكل لعدم الاكل ويحنث في قوله لا أشرب لوجود الشرب، وكذلك إن حلف لا يأكل هذا الخبز فجففه ثم دقه وصب عليه الماء فشربه لا يحنث لان هذا شرب لا أكل، فإن أكله مبلولا أو غير مبلول يحنث لان الخبز هكذا يؤكل عادة وكذلك السويق إذا شربه بالماء فهو شارب وليس باكل، كذا في البدائع. ولم يذكر المصنف الذوق وهو معرفة الشئ بفيه من غير إدخال عينه ألا ترى أن الاكل والشرب مفطر لا الذوق، كذا في

***

[٥٣٤]

الكافي. ولذا قال في الظهيرية: لو حلف لا يذوق في منزل فلان طعاما ولا شرابا فذاق فيه شيئا أدخله في فيه ولم يصل إلى جوفه حنث ويمينه على الذوق حقيقة إلا أن يكون تقدمه كلام. وبيان ذلك أن يقول له غيره تعالى تغد عندي اليوم فحلف لا يذوق في منزله طعاما ولا شرابا فهذا على الاكل والشرب. وعن محمد فيمن حلف لا يذوق الماء فتمضمض للصلاة لا يحنث لان هذا لا يراد بذكر الذوق اه‍. وفي المحيط: حلف لا يأكل ولا يشرب فذاق لا يحنث، ولو حلف لا يذوق فأكل أو شرب حنث لان في الاكل والشرب ذوقا وزيادة اه‍. وسيأتي بيان اللبس والكلام إن شاء الله تعالى. قوله: (لا يأكل من هذه النخلة حنث بثمرها) لانه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل فينصرف إلى ما يخرج منه لانه سبب له فيصلح مجازا عنه. والثمر بالمثلثة ما يخرج منها فيحنث بالجمار والبسر والرطب والتمر والطلع والدبس الخارج من ثمرها. والجمار رأس النخلة وهي شئ أبيض لين، والطلع ما يطلع من النخل وهو الكم قبل أن ينشق ويقال لما يبدو من الكم طلع أيضا وهو شئ أبيض يشبه بلونه الاسنان وبرائحته المني، كذا في المغرب. وقيد بالثمر لانه لا يحنث بما تغير بصفة حادثة فلا يحنث بالنبيذ والناطف والدبس المطبوخ والخل لانه مضاف إلى فعل حادث فلم يبق مضافا إلى الشجر. ويحنث بالعصير لانه لم يتغير بصنعة جديدة ولو لم يكن للشجرة ثمرة ينصرف اليمين إلى ثمنها فيحنث إذا اشترى به مأكولا وأكله. وأشار بقوله بثمرها إلى أنه لو قطع غصنا منها فوصله بشجرة أخرى فأكل من ثمر تلك الشجرة من هذا الغصن أنه لا يحنث، وقال بعضهم: يحنث. وإلى أنه لو تكلف وأكل من عين النخلة لا يحنث قالوا: وهو الصحيح، كذا في المحيط. وأشار بالنخلة إلى كل ما لا يؤكل عينه. فلو حلف لا يأكل من هذا الكرم فهو على عنبه وحصرمه وزبيبة وعصيره - وفي بعض المواضع - ودبسه والمراد عصيره فإنه ماء العنب وهو ما يخرج بلا صنع عند انتهاء نضج العنب. وقيد بما لا يؤكل عينه لانه ولو حلف لا يأكل من هذه الشاة فإنه يحنث باللحم خاصة ولا يحنث باللبن والزبد لانها مأكولة فينعقد اليمين عليها. وكذا لو حلف لا يأكل من هذا العنب فإنه لا يحنث بزبيبه وعصيره لان حقيقته ليست مهجورة فيتعلق الحلف بمسمى العنب. وأطلق المصنف ولم يقيد بالنية للاشارة إلى أنه عند عدمها، فلو نوى أكل عينها لم يحنث بأكل ما يخرج منها لانه نوى حقيقة كلامه، كذا في المحيط. وينبغي أن لا يصدق قضاء لان المجاز صار متعينا ظاهرا فإذا نوى بخلاف الظاهر لا يقبل وإن كان حقيقة وله شواهد كثيرة. قوله: (ولو عين البسر والرطب واللبن لا يحنث برطبه وتمره وشيرازه بخلاف هذا الصبي وهذا الشاب وهذا الحمل) لان صفة الرطوبة والبسورة داعية إلى اليمين، وكذا كونه

***

[٥٣٥]

لبنا فيتقيد به فإذا حلف لا يأكل هذا البسر فأكله بعدما صار رطبا أو حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد ما صار تمرا يعني يابسا وهو بالتاء المثناة، أو حلف لا يأكل هذا اللبن فأكله بعدما صار شيرازا أي رائبا وهو الخاثر إذا استخرج ماؤه فإنه لا يحنث في هذه المسائل الثلاث بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو الشاب فكلمه بعد ما شاخ فإنه يحنث لان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي في الشرع، ولان صفة الصبا داعية إلى المرحمة لا إلى الهجران فلا تعتبر وتتعلق اليمين بالاشارة. وكذا لو حلف لا يأكل هذا الحمل - بفتحتين ولد الشاة - فأكله بعد ما صار كبشا فإنه يحنث لان صفة الصغر في هذا ليست داعية إلى اليمين فإن الممتنع عنه أكثر امتناعا عن لحم الكبش. والاصل أن المحلوف عليه إذا كان بصفة داعية إلى اليمين تقيد به في المعرف والمنكر فإن زالت زال اليمين عنه وما لا يصلح داعية اعتبر في المنكر دون المعرف. قيد بقوله عين لانه لو نكر فسيأتي. وقيد بهذا الصبي لانه لو حلف لا يكلم صبيا فكلم بالغا لا يحنث لانه صار مقصودا بالحلف لكونه هو المعرف للمحلوف عليه فيجب تقييد اليمين به وإن كان حراما، كذا

في الكشف الكبير. فالصبي من لم يبلغ وكذا الغلام فإذا بلغ فهو شاب وفتى إلى ثلاثين سنة أو ثلاث وثلاثين على الاختلاف فهو كهل إلى خمسين سنة فهو شيخ كما في الذخيرة. وأشار المصنف إلى أنه لو حلف لا يأكل هذا العنب فصار زبيبا أو لا يأكل هذا اللبن فصار جبنا أو حلف لا يأكل من هذه البيضة فأكل من فراريجها أو لا يذوق من هذا الخمر فصار خلا أو حلف لا يأكل من زهرة هذه الشجرة فأكل بعد ما صار لوزا أو مشمشا فإنه لا يحنث بخلاف ما إذا حلف لا يأكل تمرا فأكل حيسا فإنه يحنث لانه تمر مفتت فإن التمر بجميع أجزائه قائم إذ تفرقت أجزاؤه لا غير، كذا في المحيط. وفسر الحيس في البدائع بأنه اسم لتمر ينقع في اللبن ويتشرب فيه اللبن، وقيل هو طعام يتخذ من تمر ويضم إليه شئ من السمن أو غيره، والغالب هو التمر فكان أجزاء التمر بحالها فيبقى الاسم اه. والكلام ليس بقيد في مسألتي الصبي لانه لو حلف لا يجامع هذه الصبية فجامعها بعد ما صارت كبيرة يحنث كما في البدائع. ولو حلف لا يأكل من هذه الجدحة فأكلها بعد ما صارت بطيخا لا رواية فيه، واختلف المشايخ فيه، كذا في البدائع أيضا. وفيها أيضا: إذا نوى في الفصول المتقدمة ما يوجب الحنث حنث لانه شدد على نفسه. ثم اعلم أن الاصل فيما إذا حلف لا يأكل معينا فأكل بعضه إن كان يأكله الرجل في مجلس أو يشربه في شربة فالحلف على جميعه، ولا يحنث بأكل بعضه لان المقصود الامتناع عن أكله وكل شئ لا يطاق أكله في المجلس ولا شربه في شربة يحنث بأكل بعضه لان المقصود من اليمين الامتناع عن أصله لا عن جميعه، فلو حلف لا يأكل من ثمر هذا البستان أو من تمرها تين النخلتين أو من هذين الرغيفين أو من لبن هاتين الشاتين أو من هذا الغنم أو لا
***
[٥٣٦]
أشرب من ماء هذه الانهار فأكل أو شرب بعضه يحنث لان كلمة من للتبعيض فكانت اليمين متناولة بعض المذكور وقد وجد. وكذلك لو قبض دينارا فوجد درهمين زائفين فحلف لا يأخذ منهما شيئا وأخذ أحدهما حنث. ولو قال لا أشرب لبن هاتين الشاتين ونحو ذلك لم يحنث حتى يشرب من لبن كل شاة، ولا يعتبر شرب الكل لانه غير مقصود. ولو حلف لا يأكل سمن هذه الخابية فأكل بعضه حنث ولو كان مكان الاكل بيعا فباع بعضها لا يحنث لان الاكل لا يتأتى على جميعه في مجلس واحد ويتأتى البيع. ولو حلف لا يأكل هذه البيضة لا يحنث حتى يأكلها كلها، ولو حلف لا يأكل هذا الطعام فإن كان يقدر على أكل كله دفعة واحدة لا يحنث حتى يأكل كله، وإن لم يقدر حنث بأكل بعضه وهو الاصح المختار لمشايخنا. ولو قال لامرأتيه إن أكلتما هذين الرغيفين فعبدي حر فأكلت كل واحدة منهما رغيفا عتق العبد، وكذلك لو أكلت إحداهما الرغيفين إلا شيئا وأكلت الباقي الاخرى يحنث، كذا في المحيط. وفي البدائع معزيا إلى الاصل بعد ما ذكر هذه المسائل قال: ولو قال لا آكل هذه الرمانة فأكلها إلا حبة أو حبتين حنث في الاستحسان لان ذلك القدر لا يعتد به فإنه يقال في العرف لمن أكل رمانة وترك منها حبة أو حبتين أنه أكل رمانة، وإن ترك نصفها أو ثلثها أو ترك أكثر مما لا يجري في العرف أنه يسقط من الرمانة لم يحنث لانه لا يسمى أكلا لجميعها اه. وبه يعلم أن اليسير من الرغيف وغيره كالعدم كاللقمة. وفي الواقعات: اغترف من القدر ثم قال والله لا آكل من هذا القدر فأكل ما في القصعة لا يحنث لان اليمين على ما بقي في القدر. ثم قال في الفصل التاسع: قال إن أكلت هذا الرغيف اليوم فامرأته طالق ثلاثا وإن لم آكله اليوم فأمته حرة فأكل النصف لم يحنث لانعدام شرط الحنث في اليمينين وهو أكل الكل أو ترك الكل، ولو أخذ لقمة فوضعها في فيه فقال له رجل امرأتي طالق إن أكلتها وقال آخر امرأتي طالق إن أخرجتها من فيك فأكل البعض وأخرج البعض لم يحنث أحدهما لان شرط الحنث أكل الكل أو إخراج الكل ولم يوجد. قال هذا الرغيف علي حرام فأكل بعضه حيث وهذا بخلاف قوله لا آكل هذا الرغيف إذا كان مما يؤكل كله في مجلس واحد والفتوى على ذلك اه. وقيد المصنف باليمين لانه لو أوصى بهذا الرطب فصار تمرا ثم مات لم تبطل الوصية لان بعض الموصى به قد فات وفوات بعض الموصى به لا يوجب بطلانها، وفي
***
[٥٣٧]
اليمين تناول بعض المحلوف عليه فلا يحنث بخلاف ما إذا أوصى بعنب ثم صار زبيبا ثم مات الموصي بطلت الوصية. والفرق أن الرطب والتمر صنف واحد لقلة التفاوت بينهما بخلاف العنب والزبيب فإنه تبديل وهلاك، كذا في غاية البيان. قوله: (لا يأكل بسرا فأكل رطبا لا يحنث) لانه ليس ببسر كما لو حلف لا يأكل عنبا فأكل زبيبا. قيد به لانه لو حلف لا يأكل جوزا فأكل منه رطبا أو يابسا،

وكذلك اللوز والفستق والبندق والتين وأشباه ذلك لان الاسم يتناول الرطب واليابس جميعا، كذا في البدائع. قوله: (وفي لا يأكل رطبا أو بسرا أو لا يأكل رطبا ولا بسرا حنث بالمذنب) وهو بكسر النون كما في المغرب. يقال بسر مذنب وقد ذنب إذا بدا الارطاب من قبل ذنبه وهو ما سفل من جانب القمع والعلاقة. وأما الرطب فهو ما أدرك من تمر النخل الواحدة رطبة، فالرطب المذنب هو الذي أكثره رطب وشئ قليل منه بسر، والبسر المذنب عكسه. وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا يحنث في الرطب بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا وصار كما إذا كانت اليمين على الشراء. وله أن الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فصار أكله أكل البسر والرطب، وكل واحد مقصود في الاكل بخلاف الشراء فإنه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير، وفي أكثر الكتب المعتبرة أن محمدا مع أبي حنيفة. وحاصل المسائل أربع: وفاقيتان وخلافيتان، فالوفاقيتان ما إذا حلف لا يأكل رطبا فأكل رطبا مذنبا، وما إذا حلف لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا فيحنث فيهما اتفاقا. والخلافيتان ما إذا حلف لا يأكل رطبا فأكل بسرا مذنبا، وما إذا حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا مذنبا فإنه يحنث عندهما خلا والآبي يوسف. قوله: (ولا يحنث بشراء كباسة بسر فيها رطب في لا يشتري رطبا) أي لو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لم يحنث لان الشراء يصادف جملته والمغلوب تابع، ولو كان اليمين على الاكل يحنث لان الاكل يصادفه شيئا فشيئا فكان كل واحد منهما مقصودا، وصار كما إذا حلف لا يشتري شعيرا أو لا يأكل فاشترى حنطة فيها حبات شعيرا أو أكلها يحنث في الاكل دون الشراء لما قدمنا قال في الخانية: لو حلف لا يشتري إلية فاشترى شاة مذبوحة كان حانثا، وكذا إذا حلف لا يشتري رأسا. والكباسة - بكسر الكاف - عنقود النخل والجمع كبائس. قال في التبيين: بخلاف ما إذا عقد يمينه على المس حيث يحنث في الوجوه كلها لان المس فيها متصور حقيقة واسم المحلوف عليه باق بخلاف ما إذا حلف لا يمس قطنا أو كتانا فمس ثوبا اتخذ منه حيث لا يحنث لزوال اسم القطن والكتان عنه فصار كمن حلف لا يأكل سمنا أو زبدا أو لا يمسه فأكل لبنا أو مسه. قوله: (وبسمك في لا يأكل لحما) أي

***

[٥٣٨]

لو حلف لا يأكل لحما لا يحنث بأكل لحم السمك وإن سماه الله تعالى لحما في القرآن للعرف، وقد قدمنا أن الايمان مبنية عليه لا على الحقيقة وهو أولى مما في الهداية من أن التسمية التي وقعت في القرآن مجازية لا حقيقية لان اللحم منشؤه من الدم ولا دم في السمك لسكونه في الماء ولذا حل بلا ذكاة فإنه ينتقض بالالية تنعقد من الدم، ولا يحنث بأكلها لمكان العرف وهي أنها لا تسمى لحما. وأيضا يمنع أن اسم اللحم باعتبار الانعقاد من الدم لا باعتبار الالتحام، ألا ترى أنه لو حلف لا يركب دابة فركب كافرا أو لا يجلس على وتد فجلس على جبل أنه لا يحنث مع تسميتها في القرآن دابة وأوتادا. وهذا كله إذا لم ينو، أما إذا نواه فأكل سمكا طريا أو مالحا يحنث. وفي المحيط: وفي الايمان يعتبر العرف في كل موضع حتى قالوا: لو كان الحالف خوارزميا فأكل لحم السمك يحنث لانهم يسمونه لحما، ولو حلف لا يشتري خبزا فاشترى خبز الارز لا يحنث إلا أن يكون بطبرستان اه. قوله: (ولحم الخنزير والانسان والكبد والكرش لحم) لان منشأ هذه الاشياء الدم فصارت لحما حقيقة فيحنث بأكلها في حلفه لا يأكل لحما وإن كان لحم الخنزير والآدمي حراما لان اليمين قد تنعقد لمنع النفس عن الحرام كما لو حلف لا يزني أو لا يكذب تصح يمينه، وكذا يدخل في العموم ألا ترى أنه لو حلف لا يشرب شرابا يدخل فيه الخمر حتى تلزمه الكفارة بشربها لكونها شرابا حقيقة، ووجوب الكفارة في اليمين ليس لعينها بل لمعنى في غيرها وهو هتك حرمة اسم الله تعالى. ولا يختلف ذلك بين أن تكون يمينه على الطاعة أو على المعصية، وصحح الامام العتابي أنه لا يحنث بأكل لحم الخنزير والآدمي. وقال في الكافي: وعليه الفتوى اعتبارا للعرف وهذا هو الحق، وما في التبيين من أنه عرف عملي لا يصلح مقيد اللفظ بخلاف العرف اللفظي ألا ترى أنه لو حلف لا يركب دابة لا يحنث بالركوب على الانسان للعرف اللفظي لان اللفظ عرفا لا يتناول إلا الكراع وإن كان في اللغة يتناوله. ولو حلف لا يركب حيوانا يحنث بالركوب على الانسان لان اللفظ يتناول جميع الحيوانات والعرف العملي وهو أنه لا يركب عادة لا يصلح مقيدا اه. فقد رده في فتح القدير بأنه غير صحيح لتصريح أهل الاصول بقولهم الحقيقة تترك بدلالة العادة إذ ليست العادة إلا عرفا عمليا، ولم يجب عن الفرق بين الدابة والحيوان وهي واردة عليه إن سلمها. وفي الخلاصة: لو حلف لا يأكل لحما فأكل شيئا من البطون كالكبد والطحال يحنث في عرف أهل الكوفة، وفي عرفنا

لا يحنث وهكذا في المحيط والمجتبى، ولا يخفى أنه لا يسمى لحما
***
[٥٣٩]
في عرف أهل مصر أيضا فعلم أن ما في المختصر مبني على عرف أهل الكوفة، وأن ذلك يختلف باختلاف العرف. وفي الخلاصة وغيرها: لو حلف لا يأكل لحما حنث بأكل لحم الابل والبقر والغنم والطيور، مطبوخا كان أو مشويا أو قديدا كما ذكره في الاصل. فهذا من محمد إشارة إلى أنه لا يحنث بالنيء. وفي فتاوى أبي الليث عنأبي بكر الاسكاف أنه لا يحنث وهو الاظهر، وعند الفقيه أبي الليث يحنث. ولو حلف لا يأكل من هذا اللحم شيئا فأكل من مرقته لم يحنث إن لم يكن له نية المرقة اه. وفي الظهيرية: الاشبه أنه لا يحنث بأكل النئ. وفي المحيط: حلف لا يأكل لحم شاة فأكل لحم عنز يحنث لان الشاة اسم جنس فيتناول الشاة أي الضأن وغيرها. وذكر الفقيه أبو الليث في نوازله أنه لا يحنث، سواء كان الحالف قرويا أو مصريا، وعليه الفتوى لانهم يفرقون بينهما عادة. ولو حلف لا يأكل لحم بقرة لم يحنث بأكل لحم الجاموس لانه وإن كان بقرا يعد في نصاب البقر ولكن خرج من اليمين بتعارف الناس اه. وفي الخانية والرأس والاكارع لحم في يمين الاكل وليس بلحم في يمين الشراء اه. وفي البدائع: حلف لا يأكل لحم دجاج فأكل لحم ديك حنث لان الدجاج اسم للذكر والانثى جميعا. فأما الدجاجة فاسم للانثى والديك اسم الذكر، واسم الابل يقع على الذكور والاناث، وكذا اسم الجمل والبعير والجزور، وهذه الاربعة تقع على البخاتي والعراب، واسم البقر يقع على الانثى والذكر كالشاة والغنم والنعجة اسم للانثى والكبش للذكر والفرس لهما كالبغل والبغلة والحمار للذكر والحمارة والاتان للانثى. قوله: (وبشحم الظهر في شحما) أي لو حلف لا يأكل شحما فأكل شحم الظهر لا يحنث فهو معطوف على قوله وبسمك وهذا عند الامام. وقالا: يحنث لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار. وله أنه لحم حقيقة ألا ترى أنه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله ويحصل به قوته. ولهذا يحنث بأكله في اليمين على أكل اللحم إجماعا كما في المحيط، ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم. قال القاضي الاسبيجابي: إن أريد بشحم الظهر شحم الكلية فقولهما أظهر وإن أريد به شحم اللحم فقوله أظهر اه. وفي فتح القدير: صحح غير واحد قول أبي حنيفة وذكر الطحاوي قول محمد معأبي حنيفة وهو قول مالك والشافعي في الاصح. وقيد بشحم الظهر لانه يحنث بشحم البطن اتفاقا. وذكر في الكافي أن الشحوم أربعة: شحم البطن، وشحم الظهر، وشحم مختلط بالعظم، وشحم على
***
[٥٤٠]
ظاهر الامعاء. واتفقوا على أنه يحنث بشحم البطن والثلاثة على الخلاف اه. واليمين على شراء اللحم كهي على أكله كما في التبيين. وفي فتح القدير: وما في الكافي لا يخلو من نظر بل لا ينبغي خلاف في عدم الحنث بما على الامعاء في العظم. قال الامام السرخسي: إن أحدا لم يقل بأن مخ العظم شحم اه. وكذا لا ينبغي خلاف في الحنث بما على الامعاء لانه لا يختلف في تسميته شحما اه. وفسر في الهداية شحم الظهر بأنه اللحم السمين. وأشار المصنف إلى أن المأمور بشراء اللحم إذا اشترى شحم الظهر لا يجوز على الآمر وهو مروي عن محمد وهو دليل للامام أيضا كما في المحيط. قوله: (وبألية في شحما ولحما) أي لا يحنث بأكل ألية لو حلف لا يأكل لحما أو حلف لا يأكل شحما لانها نوع ثالث حتى لا تستعمل استعمال اللحوم والشحوم فلا يتناولها اللفظ معنى ولا عرفا. قوله: (وبالخبز في هذا البر) أي لا يحنث بأكل الخبز في حلفه لا يأكل هذا البر فلا يحنث إلا بالقضم من عينها عند الامام. وقالا: إن أكل من خبزها حنث لانه مفهوم منه عرفا. ولابي حنيفة أن لها حقيقة مستعملة فإنها تغلى وتقلى وتؤكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف كما هو الاصل عنده، ولو قضمها حنث عندهما على الصحيح لعموم المجاز كما إذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان وإليه الاشارة بقوله حنث في الخبز أيضا، كذا في الهداية. وصحح في الذخيرة عنهما أنه لا يحنث بأكل عينها. وفي فتح القدير والمحيط: إنما يحنث بأكل عينها عند الامام إذا لم تكن نيئة بأن كانت مقلية كالبليلة في عرفنا، أما إذا قضمها نيئة لم يحنث لانه غير مستعمل أصلا. وأشار المصنف إلى أنه لو أكل من دقيقها أو سويقها فإنه لا يحنث بالاولى عند الامام. وأما عندهما فقالوا: لو أكل من سويقها حنث عند محمد خلافا لابي يوسف. فيحتاج أبو يوسف إلى الفرق بين الخبز والسويق، والفرق أن الحنطة إذا ذكرت مقرونة بالاكل يراد بها الخبز دون السويق، ومحمد اعتبر عموم المجاز. وأطلقه المصنف فشمل ما إذا نوى عينها أو لم تكن له نية كما في البدائع. ولا يخفى أنه إذا نوى أكل الخبز

فإنه يصدق لانه شدد على نفسه. وقيد بكون الحنطة معينة لانه لو حلف لا يأكل حنطة ينبغي أن يكون جوابه كجوابهما، ذكره شيخ الاسلام. ولا يخفى أنه تحكم والدليل المذكور المتفق على إيراده في جميع الكتب يعم المعينة والمنكرة وهو أن عينها مأكول، كذا في فتح القدير ولا فرق في الحكم بين أن يقول لا آكل من هذه الحنطة أو هذه الحنطة كما في البدائع. قوله: (وفي هذا الدقيق يحنث بخبزه لا بسفه) أي في حلفه لا يأكل هذا الدقيق لا

***

[٥٤١]

يحنث بأكل عينه لان عينه غير مأكول بخلا ف الحنطة فانصرف إلى ما يتخذ منه فلو استفه كما هو لم يحنث على الصحيح لتعين المجاز مرادا كما لو أكل عين النخلة كما قدمناه، وإن عنى أكل الدقيق بعينه لم يحنث بأكل خبزه لانه نوى الحقيقة. وفي المحيط: وكذلك لو أكل من عصيدته يحنث لانه قد يؤكل كذلك لان أكل الدقيق هكذا يكون عند العقلاء فينصرف إلى ما هو معتاد بينهم اه. وفي الظهيرية: حلف أن لا يأكل من هذا الدقيق فاتخذ منه خبيصا. قال الفقيه أبو الليث: أخاف أن يحنثه اه. ومن الخبيص الحلواء فلو قال المصنف حنث بما يتخذ منه لكان أولى. قوله: (والخبز ما اعتاده بلده فإذا حلف لا يأكل خبزا حنث بأكل خبز البر والشعير) لانه هو المعتاد في غالب البلاد فلو أكل من خبز القطائف لا يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا إلا إذا نواه لانه يحتمله، ولو أكل خبز الارز بالعراق لم يحنث لانه غير متعارف عندهم حتى لو كان بطبرستان أو في بلد طعامهم ذلك حنث ولا يحنث بخبز الشعير إن كان مصريا لانهم لا يعتادون إلا خبز البر، ويحنث الحجازي واليمني بخبز الذرة لانهم يعتادونه. ودخل في الخبز الكماج لانه خبز وزيادة للاختصاص باسم الزيادة لا للنقص. ولا يحنث بالثريد لانه لا يسمى خبزا مطلقا. وفي الخلاصة: حلف لا يأكل من هذا الخبز فأكله بعدما تفتت لا يحنث لانه لا يسمى خبزا. ولا يحنث بالعصيد والططماج ولا يحنث لو دقه فشربه. وعن أبي حنيفة في حيلة أكله أن يدقه فيلقيه في عصيده ويطبخ حتى يصير الخبز هالكا وقد سئل المحقق ابن الهمام عن بدوي اعتاد أكل خبز الشعير فدخل البلدة المعتاد فيها أكل خبز الحنطة واستمر هو لا يأكل إلا الشعير فحلف لا يأكل خبزا قال: فقلت لا ينعقد إلا على عرف نفسه فيحنث بالشعير لانه لم ينعقد على عرف الناس إلا لان الحالف يتعاطاه فهو منهم فينصرف كلامه لذلك وهذا منتف فيمن لم يوافقهم بل هو مجانب لهم اه. وفي الظهيرية: يحنث بأكل الزما ورد وهو ما يقطع من الخبز مستدبرا بعد أن كان محشوا بالبيض وغيره، ولو أكل الخبز مبلولا حنث. وفي الخانية أنه يحنث بأكل الرقاق اه. وينبغي أن يخص ذلك بالرقاق البيساني بمصر، أما الرقاق الذي يحشى بالسكر واللوز فلا يدخل تحت اسم الخبز في عرفنا كما لا يخفى. وفي الظهيرية: لو حلف لا يأكل خبز فلانة الخابزة والخابزة هي التي تضرب الخبز في التنور دون التى تعجنه وتهيئه للضرب فإن أكل من خبز التي ضربته حنث وإلا فلا اه. قوله: (والشواء والطبيخ على اللحم) فإذا حلف لا يأكل الشواء لا يحنث إلا بأكل اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق إلا أن ينوي ما يشوي من بيض وغيره لمكان الحقيقة. وكذا إذا حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم

***

[٥٤٢]

وهذا استحسان اعتبارا للعرف، وهذا لان التعميم متعذر فيصرف إلى خاص وهو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء إلا إذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا، وإن أكل من مرقه يحنث لما فيه من أجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا وإن كان لا يسمى لحما كما قدمناه. وفي البدائع: حلف لا يأكل من طبيخ امرأته فسخنت له قدرا قد طبخها غيرها أنه لا يحنث لان الطبخ فعل من طبخ وهو الفعل الذي يسهل به أكل اللحم وذلك وجد من الاول لا منها اه. وفي التجريد: قيل اسم الطبخ يقع بوضع القدر لا بإيقاد النار، وقيل لو أوقد غيرها فوضعت هي القدر لا يحنث اه. وفي عرفنا ليس واضع القدر طابخا قطعا ومجرد الايقاد كذلك، ومثله يسمى صبي الطباخ يعني معينه، والطباخ هو المركب بوضع التوابل وإن لم يوقد، كذا في فتح القدير. ويرد على المصنف شيئان: الاول أن الطبيخ ليس هو اللحم خاصة وإنما هو ما يطبخ بالماء من اللحم حتى أن ما يتخذ قلية من اللحم لا يسمى طبيخا فلا يحنث به كما صرح به في التبيين وغيره. فإن قيل إنه أراد به المطبوخ بالماء قلنا: لا يصح ذلك في الشواء لانه لا يحنث فيه إذا أكل لحما مطبوخا بالماء لان اللحم المشوي هو الذي لم يطبخ بالماء وقد جعلهما واحدا. والثاني أن الطبيخ لا يختص بالمطبوخ من اللحم لما في الخلاصة أنه يحنث بالارز إذا طبخ بودك،

وكذا العدس كما في الظهيرية بخلاف ما إذا طبخ بزيت أو سمن. قال ابن سماعة: الطبيخ يقع على الشحم أيضا. زاد في البدائع أنه يقع على ما طبخ بالالية أيضا. قال في فتح القدير: ولا شك أن اللحم بالماء طبيخ وإنما الكلام في أنه المتعارف الظاهر أنه لا يختص به اه. وأشار المصنف رحمه الله إلى أنه لو أكل سمكا مطبوخا لا يحنث لانه لا يسمى طبيخا في العرف كما صرح به في البدائع. وفي المغرب: الودك من الشحم أو اللحم ما تحلب منه وقول الفقهاء ودك الميتة من ذلك اه. وحاصله أنه الدهن الخاص وهو دهن الشحم أو اللحم. قال في تهذيب القلانسي: وما يطبخ مع الادهان يسمى مزورة اه. ومراده غير دهن اللحم والشحم كما قدمناه. فعلى هذا لو حلف لا يأكل طبيخا لا يحنث بأكل المزروة التي تفعل للمريض. قيد المصنف بالطبيخ لانه لو حلف لا يأكل طعاما فأكل خبزا أو فاكهة أو غير ذلك مما يؤكل على وجه التطعم كان حانثا، وإن أكل ما له طعم لكن لا يؤكل على وجه التطعم كالسقمونيا ونحو ذلك لا يحنث في يمينه. كذا في الخانية وفي الظهيرية: حلف لا يأكل طعاما فأكل ملحا أو خلا أو كامخا أو زيتا يحنث في يمينه، هكذا رواه ابن رستم عن محمد. وقال: كل شئ يؤكل فهو طعام فقد جعل محمد الخل طعاما. وقال أبو يوسف: الخل ليس بطعام. قال القدوري في كتابه: وحقيقة الطعام ما يطعم ولكن يختص في العرف ببعض الاشياء، فإن السقمونيا وما أشبه ذلك من الادوية الكريهة لا تسمى طعاما اه. وفي البدائع: لو حلف لا يأكل طعاما فأكل شيئا يسيرا يحنث لان قليل الطعام طعام وفي المحيط: لو حلف لا يأكل من طعام فلان فأكل من نبيذه لم يحنث والنبيذ شراب

***

[٥٤٣]

عند أبي يوسف. وقال محمد: هو طعام. ولو حلف لا يشتري طعاما مالا يحنث إلا بشراء الحنطة والدقيق والخبز استحسانا، وفي الواقعات: حلف لا يأكل طعاما فأكل دواء إن كان من الدواء الذي لا يكون له طعم ولا يكون غداء ويكون مرا كريها لا يحنث لانه لا يسمى طعاما، وإن كان دواء له حلاوة مثل الحلنجبين يحنث لان له طعما ويكون به غداء. حلف لا يأكل من طعام فلان فأكل من خله بطعام نفسه أو بزيته أو بملحه حنث لانه أكل من طعامه اه. وفي البدائع: حلف لا يأكل طعاما فاضطر إلى أكل ميتة فأكل منها لم يحنث. قوله: (والرأس ما يباع في مصره) فلو حلف لا يأكل رأسا انصرفت يمينه إلى ما يكبس في التنانير في تلك البلدة وتباع فيها من رؤس الابل والبقر والغنم وهو المراد بقوله ما يباع في مصره أي من الرؤس غير نئ. وخصه في الجامع الصغير برؤس البقر والغنم عند الامام، وعندهما بالغنم خاصة وهو اختلاف عصر، وفي زماننا هو خاص بالغنم فوجب على المفتي أن يفتي بما هو المعتاد في كل مصر وقع فيه حلف الحالف كما أفاده في المختصر. وما في التبيين من أن الاصل اعتبار الحقيقة اللغوية إن أمكن العمل بها وإلا فالعرف إلى آخره مردود لان الاعتبار إنما هو للعرف، وتقدم أن الفتوى على أنه لا يحنث بأكل لحم الخنزير والآدمي ولذا قال في فتح القدير: ولو كان هذا الاصل المذكور منظورا إليه لما تجاسر أحد على خلافه في الفروع ا ه. وفي البدائع: والاعتماد إنما هو على العرف وبما ذكرناه اندفع ما ذكره الاسبيجابي أنه في الاكل يقع على الكل إذا أكل ما يسمى رأسا، وفي الشراء يقع على رأس البقر والغنم عنده، وعندهما على الغنم خاصة، ولا يقع على رأس الابل بالاجماع لما علمت أنه في الاكل خاص بما يباع في مصره. وفي المغرب: يكبس في التنور يطم به التنور أو يدخل فيه من كبس الرجل رأسه في قميصه إذا أدخله قوله: (والفاكهة التفاح والبطيخ والمشمش لا العنب والرمان والرطب والقثاء والخيار) وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: يحنث في الرمان والعنب والرطب أيضا، والاصل أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده أي يتنعم به زيادة على المعتاد، والرطب واليابس فيه سواء بعد أن يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود في التفاح وأخواتها فيحنث بها وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا وأكلا فلا يحنث بهما. وأما العنب والرطب والرمان فهما يقولان معنى التفكه موجود فيهما فإنها أعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها، وأبو حنيفة يقول إن هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فأوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حالة البقاء، ولهذا كان اليابس منها من التوابل أو من الاقوات. وذكر في الكشف الكبير أن هذا اختلاف عصر وزمان فأبو حنيفة أفتى على حسب عرفه وتغير العرف في زمانهما وفي عرفنا ينبغي أن يحنث بالاتفاق ا ه. وفي الظهيرية قال محمد في الاصل:

***

[٥٤٤]
التوت فاكهة. وعن أبي يوسف أن العناب فاكهة. وفي الاصل الجوز فاكهة. قال القدوري: ثمر الشجر كلها فاكهة إلا الرمان والعنب والرطب والبطيخ من الفواكه، هكذا ذكر القدوري. وروى الحاكم الشهيد في المنتقي عن أبي يوسف ذكر شمس الائمة السرخسي في شرحه أن البطيخ ليس من الفواكه فإنه ذكر أن ما لا يؤكل يابسه فاكهة فرطبه لا يكون فاكهة. وقال أبو حنيفة: ليس الباقلاء الاخضر بفاكهة. والحاصل أن العبرة في جميع ذلك للعرف فما يؤكل على سبيل التفكه عادة ويعد فاكهة في العرف يدخل تحت اليمين وما لا فلا ا ه. وفي المحيط: ما روي أن الجوز واللوز من الفاكهة هو في عرفهم أما في عرفنا فإنه لا يؤكل للتفكه. وقال محمد: قصب السكر والبسر الاحمر فاكهة، ولو حلف لا يأكل من فاكهة العام وثمار العام فإن كان في أيام الفاكهة الرطبة فهو على الرطب، فإن أكل اليابس لا يحنث، وإن كان في غير وقتها فهو على اليابس وهذا استحسان لتعارف الناس إطلاق اسم الفاكهة في وقت الرطب على الرطب دون اليابس ا ه. وفي البدائع: لو حلف لا يأكل فاكهة فأكل زبيبا أو تمرا أو حب الرمان لا يحنث بالاجماع والجوز رطبه فاكهة ويابسه إدام ا ه. قيد المصنف بالفاكهة لانه لو حلف لا يأكل الحلواء فالحلواء عندهم كل حلو ليس من جنسه حامض وما كان من جنسه حامض فليس بحلواء، والمرجع فيه إلى العرف فيحنث بأكل الخبيص والعسل والسكر والناطف والرب والرطب والتمر وأشباه ذلك، وكذا روي المعلى عن محمد إذا أكل تينا رطبا أو يابسا لانه ليس من جنسها حامض تخلص معنى الحلاوة فيه. ولو أكل عنبا حلوا أو بطيخا حلوا أو رمانا حلوا أو إجاصا لم يحنث لان من جنسه ما ليس بحلواء، وكذا الزبيب، وكذا إذا حلف لا يأكل حلواة فهو مثل الحلواء، كذا في البدائع. وحاصله أن الحلو والحلواء والحلاوة واحد، وهذا ليس في عرفنا فإن في عرفنا الحلو اسم للعسل المطبوخ على النار بنشاء ونحوه، وأما الحلواء والحلاوة فاسم لسكر أو عسل أو ماء عنب طبخ على النار وعقد حتى صار جامدا كالعقيد والفانيذ والحلاوة الجوزية والسمسمية ونحوها. وكذا قال في الظهيرية. قال القدوري: المرجع في هذا إلى عادات الناس فعلى هذا لا يحنث في الفانيذ والعسل والسكر في بلادنا ا ه. ولو حلف لا يأكل شهدا فأكل عسلا لا يحنث لان العسل اسم للصافي والشهد اسم للمختلط، ولو حلف لا يأكل سكرا فأكل سكرا بفيه وجعل يمتصه حتى ذاب فابتلع ماءه لم يحنث، كذا في الظهيرية أيضا. قوله: (والادام ما يصطبغ كالخل والملح والزيت لا اللحم والبيع والجبن) أي هو شئ يصبغ الخبز إذا اختلط به. وهذا عند أبي يوسف. وقال محمد: هو ما يؤكل مع الخبز
***
[٥٤٥]
غالبا وهو رواية عن أبي يوسف لان الادام من المآدمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه. ولهما أن الادام ما يؤكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائما به، وفي أن لا يؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة في الامتزاج أيضا، والخل وغيره من المائعات لا تؤكل وحدها بل تشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهية لانه يؤكل وحده إلا أن ينويه لما فيه من التشديد. والعنب والبطيخ ليس بإدام بالاجماع وهو الصحيح. وبهذا ظهر أن تخصيص الزيلعي الادام بالمائع صحيح في الملح أيضا باعتبار أنه يذوب في الفم ويحصل به صبغ الخبز. والاصطباغ افتعال من الصبغ ولما كان ثلاثيه وهو صبغ متعديا إلى واحد جاء الافتعال منه لازما فلا يقال اصطبغ الخبز لانه لا يصل إلى المفعول حتى يقام مقام الفاعل إذا بنى الفعل له فإنما يقام غيره من الجار والمجرور ونحوه فلذا يقال اصطبغ به. وذكر القلانسي في تهذيبه أن الفتوى على قول محمد للعرف ا ه. وفي المحيط: وقول محمد أظهر وبه أخذ الفقيه أبو الليث ا ه. ويكفيه الاستدلال بالعرف الظاهر لان مبناها عليه فلا حاجة إلى الاستدلال له بالحديث سيد إدامكم اللحم والحكاية هي أن ملك الروم كتب إلى معاوية أن ابعث إلى بشر إدام على يد شر رجل فبعث إليه جبنا على يد رجل يسكن في بيت أصهاره وهو من أهل اللسان لان كونه سيده لا يستلزم أن يكون منه إذ يقال في الخليفة سيد العجم وليس هو منهم. وأما حكاية معاوية فيتوقف الاستدلال بها على صحتها وهي بعيدة إذ يبعد من إمام عادل أن يتكلف إرسال شخص إلى بلاد الروم ملتزما لمؤنته لغرض مهمل لكافر والسكن في بيت الصهر قط لا يوجب أن يكون الساكن شر رجل فآثار البطلان تلوح على هذه القضية كما في فتح القدير. قال التمرتاشي: وهذا الاختلاف بينهم على عكس اختلافهم فيمن حلف لا يأكل إلا رغيفا

فأكل معه البيض ونحوه لم يحنث عندهما، وحنث عند محمد. وإذا أكل الادام وحده فإن كان حلف لا يأكل إداما حنث، وإن كان حلف لا يأتدم بإدام لا يحنث بأكله وحده فلا بد من أن يأكل معه الخبز كما أشار إليه في الكشف الكبير. وفي المحيط: قال محمد: التمر والجوز ليس بإدام لانه يفرد بالاكل في الغالب فكذا العنب والبطيخ والبقل لانه لا يؤكل تبعا للخبز بل يؤكل وحده غالبا، وكذلك سائر الفواكه حتى لو كان في موضع يؤكل تبعا للخبز غالبا يكون إداما عنده اعتبارا للعرف ا ه. وفي الظهيرية: والبقل ليس بإدام بلا خلاف على الاصح. وفي البدائع: سئل محمد عمن حلف لا يأكل خبزا مأدوما فقال: الخبز المأدوم الذي يثرد ثردا يعني في المرق والخل وما أشبهه فقيل له: فإن ثرد في ماء وملح فلم ير ذلك

***

[٥٤٦]

مأدوما. وعن أبي يوسف أن تسمية هذه الاشياء على ما يعرف أهل تلك البلاد في كلامهم ا ه. قوله: (والغداء الاكل من الفجر إلى الظهر) أي التغدي الاكل في هذا الوقت وإنما فسرناه به لان الغداء في الحقيقة بفتح الغين المعجمة والمداسم لما يؤكل في الوقت الخاص لا للاكل. وقد ترك المصنف قيدين ذكرهما قاضيخان في فتاواه فقال: التغدي الاكل المترادف الذي يقصد به الشبع في وقت خاص وهو ما بعد طلوع الفجر إلى زوال الشمس مما يتغدى به عادة، وغداء كل بلدة ما تعارفه أهل تلك البلدة ا ه. وفي التبيين: ومقدار ما يحنث به من الاكل أن يكون أكثر من نصف الشبع لان اللقمة واللقمتين لا تسمى غداء عادة، وجنس المأكول يشترط أن يكون ما يأكله أهل بلدته عادة حتى لو شرب اللبن وشبع لا يحنث إن كان حضريا وإن كان بدويا يحنث ا ه. وفي المحيط: لو حلف لا يتغدى فهو على الخبز فلو تغدى بغير الخبز من الارز والتمر واللبن لم يحنث إن كان غير بدوي. ولو حلف على فعل ماض بأن قال والله ما تغديت اليوم وقد تغدى بأرز وسمن ينبغي أن يحنث، وإن تغدى المصري بالعنب لم يحنث إلا أن يكون من أهل الرساتيق ممن عادتهم التغدي بالعنب في وقته ا ه. وقد اختلف في أول وقته فذكر الاسبيجابي أنه طلوع الشمس وهكذا في الخلاصة، وينبغي أن يكون هو المعتمد للعرف لان الاكل قبل طلوع الشمس لا يسمونه غداء. وأشار المصنف رحمه الله إلى أنه لو حلف ليأتينه غدوة فأتاه بعد طلوع الفجر إلى نصف النهار فقد بد وهو غدوة لانه وقت الغداء كما في البدائع: وأما الصحوة فمن بعد طلوع الشمس من الساعة التي تحل فيها الصلاة إلى نصف النهار لانه وقت الصلاة الضحى. قال محمد: إذا حلف لا يصبح فالتصبيح عندي ما بين طلوع الشمس وارتفاع الضحى الاكبر، فإذا ارتفع الضحى الاكبر ذهب وقت التصبيح لان التصبيح تفعيل من الصباح والتفعيل للتكثير فيقتضي زيادة على ما يفيده إلا صباح ا ه قوله: (والعشاء منه إلى نصف الليل) أي التعشي الاكل من الزوال إلى نصف الليل، وأما العشاء - بفتح العين والمد - فاسم للمأكول في هذا الوقت كما تقدم في الغداء. والشرطان السابقان في التغدي يأتيان هنا. قلنا: وإنما كان كذلك لان ما بعد الظهر يسمى عشاء - بكسر العين - ولهذا يسمى الظهر إحدى صلاتي العشاء في الحديث. وذكر الامام الاسبيجابي أن هذا في عرفهم وأما في عرفنا فوقت العشاء بعد صلاة

***

[٥٤٧]

العصر ا ه. وهذا هو الواقع في عرف أهل مصر لانهم يسمون ما يأكلونه بعد الزوال وسطانية. قيد بالعشاء لان السحور هو الاكل بعد نصف الليل إلى طلوع الفجر مأخوذ من السحر وهو قريب السحر لكن روى المعلى عن محمد فيمن حلف لا يكلمه إلى السحر قال: إذا دخل ثلث الليل الاخير فليكلمه لان وقت السحر ما قرب من الفجر. وقال هشام عن محمد: المساء مساآن: أحدهما إذا زالت الشمس ألا ترى أنك تقول إذا زالت كيف أمسيت. والمساء الآخر إذا غربت الشمس فإذا حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي كان ذلك على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمل اليمين على المساء الاول فيحمل على الثاني، كذا في البدائع. قوله: (إن لبست أو أكلت أو شربت ونوى معينا لم يصدق أصلا) أي لا قضاء ولا ديانة لان النية إنما تصح في الملفوظ، والثوب والطعام والماء غير مذكور تنصيصا والمقتضى بالفتح لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه كما في الهداية وغيرها، فحنث بأي شئ أكل أو شرب أو لبس. وتعقبهم في فتح القدير بأن التحقيق أن المفعول في لا آكل ولا ألبس ليس من باب المقتضى لان المقتضى ما يقدر لتصحيح المنطوق وذلك بأن يكون الكلام مما يحكم بكذبه على ظاهره مثل رفع الخطأ والنسيان أو بعدم صحته شرعا مثل أعتق عبدك عني، وليس قول

القائل لا آكل يحكم بكذب قائله بمجرده ولا متضمنا حكما يصح شرعا، نعم المفعول أعني المأكول من ضروريات وجود فعل الاكل ومثله ليس من باب المقتضى وإلا كان كل كلام كذلك إذ لا بد أن يستدعي معناه زمانا أو مكانا فكان لا يفرق بين قولنا الخطأ والنسيان مرفوعان وبين قام زيد وجلس عمرو فإنما هو من باب حذف المفعول اقتصارا أو تناسيا. وطائفة من المشايخ وإن فرقوا بين المقتضى والمحذوف وجعلوا المحذوف يقبل العموم قلنا لك أن تقول: إن عمومه لا يقبل التخصيص، وقد صرح من المحققين جمع بأن من العمومات ما لا يقبل التخصيص مثل المعاني إذا قلنا بأن العموم من عوارض المعاني كما هو من عوارض الالفاظ وغير ذلك فكذلك هذا المحذوف إذ ليس في حكم المنطوق لتناسيه وعدم الالتفات إليه إذ ليس الغرض إلا الاخبار بمجرد الفعل على ما عرف أن الفعل المتعدي قد ينزل منزلة اللازم لما قلنا، والاتفاق على عدم صحة التخصيص في باب المتعلقات من الزمان والمكان حتى لو نوى لا يأكل في مكان دون آخر أو زمان لا تصح نيته بالاتفاق ا ه. وفي البدائع: حلف لا يركب ونوى الخيل لا يصدق قضاء ولا ديانة. وفي فتح القدير: حلف لا يغتسل أو لا ينكح وعنى من جنابة أو امرأة دون امرأة لا يصدق أصلا، وكذا لا يسكن دار فلان وعنى بأجر ولم يسبق قبل ذلك كلام بأن استأجرها منه أو استعارها فأبى فحلف ينوي السكن بالاجارة والاعارة لا يصح أصلا. وكذلك لو حلف لا يتزوج امرأة ونوى كوفية أو بصرية لا يصح لانه نية تخصيص الصفة، ولو نوى حبشية أو عربية صحت

***

[٥٤٨]

ديانة لانه تخصيص في الجنس. وفي البدائع: لو حلف لا يكلم هذا الرجل وعنى به ما دام قائما لكنه لم يتكلم بالقيام كانت نيته باطلة وحنث إن كلمه، ولو حلف لا يكلم هذا القائم دين لورود التخصيص على الملفوظ، وكذلك إذا قال والله لاضربن فلانا خمسين وهو ينوي بسوط بعينه فبأي شئ ضربه فقد خرج من يمينه والنية باطلة. ولو قال والله لا أتزوج امرأة وعنى امرأة كان أبوها يعمل كذا وكذا فهو باطل ا ه. وخرج عن هذا الاصل فعل الخروج والمساكنة فإذا قال إن خرجت فعبدي حر ونوى السفر مثلا يصدق ديانة فلا يحنث بالخروج إلى غيره تخصيصا لنفس الخروج بخلاف ما إذا نوى الخروج إلى مكان خاص كبغداد حيث لا يصح لان المكان غير مذكور، وكذا لو حلف لا يساكن فلانا ونوى المساكنة في بيت واحد يصح قالوا: لان الخروج في نفسه متنوع إلى سفر وغيره حتى اختلفت أحكامها. وكذا المساكنة متنوعة إلى كاملة وهي المساكنة في بيت واحد وإلى مطلقة وهي ما تكون في دار وفيه بحث مذكور في فتح القدير. قوله: (ولو زاد ثوبا أو طعاما أو شرابا دين) أي قبل منه نية التخصيص ديانة لا قضاء لانه نكرة في الشرط فتعم كالنكرة في النفي لكنه خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي. وفي البدائع: قال والله لا أتزوج امرأة على وجه الارض ينوي امرأة بعينها قال يصدق فيما بينه وبين الله تعالى بخلاف ما إذا قال لا أشتري جارية ونوى متولدة فإن نيته باطلة لانه تخصيص الصفة فأشبه الكوفية والبصرية ا ه. قيد المصنف رحمه الله بكونه نوى البعض دون البعض

***

[٥٤٩]

لانه لو نوى الكل صدق قضاء وديانة ولا يحنث أصلا لما في المحيط: لو حلف لا يأكل طعاما أو لا يشرب شرابا وعنى جميع الاطعمة أو جميع مياه العالم يصدق في القضاء. وفي البدائع: لو قال والله لا آكل الطعام أو لا أشرب الماء أو لا أتزوج النساء فيمينه على بعض الجنس، وإن أراد به الجنس صدق لانه نوى ما هو حقيقة كلامه. وفي الكشف الكبير: إذا قال والله لا أشرب ماء أو الماء أو لا آكل طعاما أو الطعام أنه يقع على الادنى لانه هو المتيقن وهو الكل لولا غيره فيكون فيه معنى الجنسية أيضا، فإن نوى الكل صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى حتى لا يحنث أصلا لانه نوى محتمل كلامه لانه فرد من حيث أنه اسم جنس لكنه عدد من وجه فلم يتناوله الفرد إلا بالنية، كذا في شرح الجامع لفخر الاسلام. وهذا يشير إلى أنه لا يصدق قضاء إن كان اليمين بطلاق أو نحوه لانه خلاف لظاهر إذ الانسان إنما يمنع نفسه باليمين عما يقدر عليه وشرب كل المياه ليس في وسعه وفيه تخفيف عليه أيضا. وقال شمس الائمة: قالوا وإطلاق الجواب دليل على أنه يصدق قضاء وديانة إن كان اليمين بطلاق ونحوه لانه نوى حقيقة كلامه. وعن أبي القاسم الصفار أنه لا يصدق قضاء لانه نوى حقيقة لا تثبت إلا بالنية فصار كأنه نوى المجاز ا ه. ثم اعلم أن الفرق بين الديانة والقضاء إنما يظهر في الطلاق والعتاق، وأما في الحلف بالله تعالى فلا يظهر لان الكفارة حق الله ليس للعبد فيها حق حتى يرفع الحالف إلى

القاضي. وفي الواقعات: إذا استحلف الرجل بالله وهو مظلوم فاليمين على ما نوى، وإن كان ظالما فاليمين على نية من استحلفه وبه أخذ أبو حنيفة ومحمد. وفي اليمين بالطلاق اليمين على نية الحالف وفي الولوالجية من الطلاق: نية تخصيص العام لا تصح. وعند الخصاف تصح حتى إن من حلف وقال كل امرأة أتزوجها فهي طالق ثم قال نويت به من بلدة كذا لا تصح نيته في ظاهر المذهب. وقال الخصاف: تصح. وكذا

***

[٥٥٠]

من غصب دراهم إنسان ووقت ما حلفه الخصم عاما نوى خاصا لا تصح نيته من ظاهر المذهب. وقال الخصاف: تصح لكن هذا في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى نية تخصيص العام صحيحة بالاجماع مذكور في الكتب من مواضع منها الباب الخامس من أيمان الجامع الكبير، وما قاله الخصاف مخلص لمن حلفه ظالم والفتوى على ظاهر المذهب فمتى وقت في يد الظلمة وأخذ بقول الخصاف لا بأس به ا ه. قوله: (لا يشرب من دجلة على الكرع بخلاف ماء دجلة) يعني لو حلف فلا يحنث لو يشرب من دجلة فيمينه على الكرع وهو تناول الماء بالفم من موضعه نهرا أو إناء - كما في المغرب - فلا يحنث لو شرب بإناء أو بيده بخلاف ما لو حلف لا يشرب من ماء دجلة فإنه يحنث بالشرب من إناء أو غيره لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا إليه وهو الشرط. وقالا: هما سواء فيحنث بالشرب من إناء لانه المتعارف المفهوم - وله أن كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير إلى المجاز وإن كان متعارفا، والتقييد بدجلة اتفاقي لان الفرات والنيل كذلك بل وكل نهر. وقيد بالنهر لانه لو حلف لا يشرب من هذا البئر أو من هذا الجب فإنه يحنث بشربه بالاناء اجماعا لانه لا يمكن فيه الكرع فتعين المجاز، وإن كان يمكن الكرع فعلى الخلاف، ولو تكلف وشرب بالكرع فيما لا يمكن الكرع لا يحنث لان الحقيقة والمجاز لا يجتمعان وأشار المصنف إلى أنه لو شرب من نهر يأخذ من دجلة لا يحنث في المسألة الاولى لعدم الكرع في دجلة لحدوث النسبة إلى غيره ويحنث في الثانية لان يمينه انعقدت على شرب ماء منسوب إليها وهي لم تنقطع بمثله ونظيره ما إذا حلف لا يشرب من ماء هذا الجب فحول إلى جب آخر فشرب منه حنث. وفي البدائع: لو حلف لا يشرب من ماء دجلة فهذا وقوله لا أشرب من دجلة سواء لانه ذكر الشرب من النهر فكان على الاختلاف. ولو حلف لا يشرب من نهر يجري ذلك النهر إلى دجلة فأخذ من دجلة من ذلك الماء فشربه لم يحنث لانه قد صار من ماء دجلة لزوال الاضافة إلى النهر الاول

***

[٥٥١]

بحصوله في دجلة. ولو حلف لا يشرب من ماء المطر فمدت الدجلة من المطر فشرب لم يحنث لانه إذا حصل في الدجلة انقطعت الاضافة إلى المطر، فإن شرب من ماء واد سال من المطر لم يكن فيه ماء قبل ذلك أو جاء من ماء مطر مستنقع حنث لانه لما لم يضف إلى نهر بقيت الاضافة إلى المطر كما كانت ا ه. وفي الظهيرية: لو حلف لا يشرب من الفرات لم يحنث ما لم يكرع عند أبي حنيفة وهي معروفة غير أنا ذكرناها لفائدة وهي أن تفسير الكرع عند أبي حنيفة أن يخوض الانسان في الماء ويتناول الماء بفمه من موضعه ولا يكون الكرع إلا بعد الخوض في الماء فإنه من الكراع وهو من الانسان ما دون الركبة ومن الدواب ما دون الكعب كذا قال الشيخ الامام نجم الدين النسفي ا ه. وفي المحيط: لو حلف لا يشرب من هذا الكوز فحقيقته أن يشرب منه كرعا حتى لو صب على كفه وشرب لا يحنث، ولو نوى بقوله لا أشرب من الفرات ماء الفرات قيل تصح نيته لانه نوى ما يحتمله لفظه لان الشرب لا يتحقق بدون الماء فكان الماء مضمرا فيه. وقيل لا تصح نيته لانه نوى تعميم المقتضى فإن الماء غير ملفوظ به، وإنما يثبت مقتضى ذكر الشرب والمقتضي لا عموم له فتكون نية التعميم فيه باطلة. ولو حلف لا يشرب من ماء فرات أو ماء فراتا فشرب من ماء دجلة أو من ماء عذب حنث لانه ذكر الفرات صفة للماء لانه عبارة عن العذب قال تعالى * (وأسقيناكم ماء فراتا) * [المرسلات: ٧٢] أي ماء عذبا بخلاف ماء الفرات لانه أضافه إلى الفرات فقد أراد بالفرات نهر الفرات ا ه. وفي المجتبى: ولجنس هذه المسائل أصل حسن وهو أنه متى عقد يمينه على شئ ليس له حقيقة مستعملة وله مجاز متعارف يحمل على المجاز إجماعا كما إذا حلف لا يأكل من هذه النخلة وإن كان له حقيقة متعارفة يحمل على الحقيقة إجماعا كمن حلف لا يأكل لحما وإن كان له حقيقة مستعملة ومجاز متعارف فعنده يحمل على الحقيقة، وعندهما يحمل عليهما ولكن لا بطريق الجمع بين الحقيقة والمجاز ولكن بمجاز يعم أفرادهما وهو الاصح، ويبتنى

عليه مسائل كثيرة منها ما مرت، ومنها مسألة أكل الحنطة والدقيق ا هـ. بلفظه. فقد صحح قولهما في هذه المسائل وهو خلاف المنقول في الاصول عنهما فإنهم نقلوا أن عندهما المجاز المتعارف أولى من الحقيقة لا أنه يحمل عليهما. ثم اعلم أن الشرب أن يوصل إلى جوفه ما لا يتأتى فيه الهشم مثل الماء والنبيذ واللبن: فإذا حلف لا يشرب هذا اللبن فأكله لا يحنث ولو شربه

***

[٥٥٢]

يحنث. وأكل اللبن أن يثرد فيه الخبز ويؤكل وشربه أن يشرب كما هو. ولو حلف لا يشرب هذا العسل فأكله كذلك لا يحنث، ولو صب عليه ماء وشربه حنث، ولو حلف لا يشرب مع فلان، فإن شرب شرابا وفلان شرب شرابا من نوع آخر حنث، ولو حلف لا يشرب شرابا ولا نية له فأي شراب شربه من ماء أو غيره يحنث إذ الشرب اسم لما يشرب. وفي حيل المبسوط: إذا حلف لا يشرب الشراب ولا نية له فهو على الخمر. قال شمس الائمة الحلواني: فإذا في المسألة روايتان، وفي فتاوى أهل سمرقند لا يحنث بشرب الماء وإذا حلف لا يشرب لبنا فصب الماء في اللبن فالاصل في هذه المسألة وأجناسها أن الحالف إذا عقد يمينه على مائع فاختلط ذلك المائع بمائع آخر من خلاف جنسه إن كانت الغلبة للمحلوف عليه يحنث، وإن كانت الغلبة لغير المحلوف عليه لا يحنث، وإن كانا سواء القياس أن يحنث، وفي الاستحسان لا يحنث. فسر أبو يوسف الغلبة فقال: إن كان يستبين لون المحلوف عليه ويوجد طعمه. وقال محمد: تعتبر الغلبة من حيث الاجزاء، هذا إذا اختلط الجنس بغير الجنس، أما إذا اختلط الجنس بالجنس كاللبن يختلط بلبن آخر فعند أبي يوسف هذا والاول سواء يعني يعتبر الغالب غير أن الغلبة من حيث اللون والطعم لا يمكن اعتبارها هنا فيعتبر بالقدر. وعند محمد يحنث ها هنا بكل حال لان الجنس لا يستهلك الجنس قالوا: هذا الاختلاف فيما يمتزج ويختلط، أما ما لا يمتزج ولا يختلط كالدهن وكان الحلف على الدهن يحنث بالاتفاق، كذا في الظهيرية. قوله (إن لم أشرب ماء هذا الكوز اليوم فكذا ولا ماء فيه أو كان فصب أو أطلق ولا ماء فيه لا يحنث وإن كان فصب حنث) بيان لشرط من شروط انعقاد اليمين وهو إمكان تصور البر في المستقبل، وكذا من شرط بقاءها، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يشترط لانه يمكن القول بالانعقاد موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة. ولهما أنه لا بد من تصور الاصل لتنعقد في حق الخلف وبهذا لا تنعقد الغموس موجبة

***

[٥٥٣]

للكفارة، ولا فرق على هذا الخلاف بين اليمين بالله تعالى أو بالطلاق ولهذا صورها في المختصر يمين الطلاق أو العتاق، وقد ذكر المصنف مسألة الكوز وهي مفرعة على هذا الاصل وذكر أنها على أربعة أوجه: وجهان في المقيدة ووجهان في المطلقة. أما في المقيدة فهي على وجهين: أما أن لا يكون فيه ماء أصلا أو كان فيه ماء وقت الحلف ثم صب قبل مضي الوقت، وفي كل منهما لا يحنث لعدم انعقاد اليمين في الاول ولبطلانها عند الصب في الثاني عندهما، ولا فرق في الوقت بين أن يكون اليوم أو الشهر أو الجمعة. وأما المطلقة فعلى وجهين: إما أن يكون فيه ماء أصلا فلا يحنث لعدم انعقاد اليمين أو كان فيه وصب فإنه يحنث لانعقادها لامكان البر، ثم يحنث بالصب لان البر يجب عليه كما فرغ فإذا صب فقد فات البر فيحنث في ذلك الوقت كما لو مات الحالف والماء باق. وظاهر كلامهم أنه لا فرق بين أن يكون قد صبه هو أو غيره أو مال الكوز فانصب ما فيه من غير فعل أحد. وأما عند أبي يوسف فيحنث في الوجوه كلها غير أنه في المؤقت يحنث في آخر الوقت، وفي المطلق يحنث

***

[٥٥٤]

للحال إن لم يكن فيه ماء وإن كان فيه ماء يحنث عند الصب. وأطلق المصنف في عدم حنثه في المسائل الثلاثة فشمل ما إذا علم الحالف أن فيه ماء أو لا، وما إذا علم أن لا ماء فيه. وقيده الاسبيجابي بعدم علمه بأن لا ماء فيه، وأما إذا علم بأن لا ماء فيه يحنث بالاتفاق ا هـ. لانه إذا علم وقعت يمينه على ما يخلق الله تعالى فيه وقد تحقق العدم فيحنث، وروي عن أبي حنيفة في رواية أخرى أنه قال: لا يحنث علم أو لم يعلم وهو قول زفر ا هـ. وصحح في التبيين هذه الرواية في شرح قوله إن لم أقتل فلانا فكذا ولذا أطلق هنا في المختصر وجزم بالاطلاق في فتح القدير. وقد تفرع على هذا الاصل مسائل منها ما لو حلف ليقتلن زيدا اليوم فمات زيد قبل مضي اليوم لا يحنث عندهما كما سيأتي بيانه. ومنها لو حلف ليأكلن هذا الرغيف اليوم فأكله غيره قبل الليل. ومنها لو حلف ليقضين فلانا

دينه غدا وفلان قد مات ولا علم له أو مات أحدهما قبل مضي الغد أو قضاه قبله أو أبرأه فلان قبله لم تنعقد. ومنها ما لو قال لزيد إن رأيت عمرا فلم أعلمك فعبدي حر فرآه مع زيد فسكت ولم يقل شيئا أو قال هو عمر ولا يعتق عندهما. ومنها لو حلف لا يعطيه حتى يأذن فلان فمات فلان ثم أعطاه لم يحنث، وكذا

***

[٥٥٥]

ليضربنه أو ليكلمنه. ومنها لو قال رجل لامرأته إن لم تهبي لي صداقك اليوم فأنت طالق وقال أبوها إن وهبت له صداقك فأمك طالق فحيلة عدم حنثهما أن تشتري منه بمهرها ثوبا ملفوفا وتقبضه، فإذا مضى اليوم لم يحنث أبوها لانها لم تهب صداقها ولا الزوج لانها عجزت عن الهبة عند الغروب لان الصداق سقط عن الزوج بالبيع، ثم إذا أرادت عود الصداق ردته بخيار الرؤية، الكل في فتح القدير. ومنها ما في الولوالجية من تعليق الطلاق رجل قال إن لم أدخل الليلة البلد ولم ألق فلانا فامرأته طالق فدخل ولم يصادفه في منزله فلم يلقه حتى أصبح إن كان عالما بأنه غاب عن المنزل وقت الحلف يحنث، وإن لم يكن عالما لا يحنث ا ه. ومنها ما في المبتغى: وفي يمينه لامرأته إن لم تصل صلاة الفجر غدا فأنت كذا لا يحنث بحيضها بكرة في الاصح ا ه. ومنها لو قال لامرأته بعد ما أصبح إن لم أجامعك هذه الليلة فأنت طالق ولم تكن له نية وكان يعلم أنه أصبح وقع يمينه على الليلة القابلة لانه حلف نهارا فينصرف إلى الليلة القابلة المستقبلة، وإن نوى تلك الليلة لا تنعقد اليمين عند أبي حنيفة ومحمد فرعا لمسألة الكوز. ومنها قال إن نمت هذه الليلة في هذه الدار فامرأته كذا وقد انفجر الصبح وهو لا يعلم لا يحنث في يمينه لان شرط الحنث وهو النوم في الليلة الماضية لا يتصور فصار كأنه قال إن صمت أمس فامرأته طالق لا يحنث في يمينه. ومنها ما لو قال إن لم أبت الليلة في هذه الدار والمسألة بحالها فكذلك في قولهما. ومنها لو غاب الرجل عن داره ساعة ثم رجع فظن أن المرأة غائبة عن الدار فقال إن لم آت بامرأتي إلى داري الليلة فهي طالق ثلاثا فلما أصبح قالت المرأة كنت في هذه الدار لم يحنث عند أبي حنيفة ومحمد لان اليمين لم تنعقد، وإن قالت كنت غائبة، فإن صدقها الزوج طلقت لان الزوج أقر بالطلاق. ومنها ما لو قال إن لم تردي الدينار الذي أخذتيه من كيسي فأنت طالق فإذا الدينار في كيسه

***

[٥٥٦]

لم تطلق لان البر هنا لم يتصور فلم تنعقد اليمين فلا يترتب الحنث بمنزلة مسألة الكوز. ومنها قوم حلفهم السلطان على أن يؤدو اخراج تلك البلدة إلى وقت معلوم فأدى الخراج كله لكن بعضهم بغير أمر الباقين أو أدى الخراج كله رجل واحد غيرهم بغير أمرهم لم يحنثوا في قول أبي حنيفة ومحمد لانه لما أدى واحد منهم أو غيرهم لم يبق الخراج عليهم فلا يتصور شرط البر فتبطل اليمين عندهما لانها مؤقتة بوقت، الكل في الواقعات. وقد قدمنا شيئا من مسائل هذا النوع في تعليق الطلاق عند قوله وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها. قوله: (حلف ليصعدن السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبا حنث للحال) يعني عندنا وقال زفر: لا تنعقد لانه مستحيل عادة فأشبه المستحيل حقيقة. ولنا أن البر متصور حقيقة - بكسر الواو - أي ممكن لان الصعود إلى السماء ممكن حقيقة ألا ترى أن الملائكة يصعدونها، وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى بجعله صفة الحجرية صفة الذهبية أو بإعدام الاجراء الحجرية وإبدالها بأجزاء ذهبية، فالتحويل في الاول أظهر وهو ممكن عند المتكلمين على ما هو الحق، وإذا كان متصورا تنعقد اليمين موجبة لحلفة ثم يحنث بحكم العجز الثابث عادة كما إذا مات الحالف فإنه يحنث مع احتمال إعادة الحياة، وبخلاف مسألة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم تنعقد. قيد بكون اليمين مطلقة لانها لو كانت مؤقتة فإنه لا يحنث حتى يمضي ذلك الوقت حتى لو مات قبله لا كفارة عليه إذ لا

***

[٥٥٧]

حنث وهو المختار. وقيد بالفعل لانه لو حلف على الترك بأن قال إن تركت مس السماء فعبدي حر لم تنعقد يمينه لان الترك لا يتصور في غير المقدور قوله: (لا يكلمه فناداه وهو نائم فأيقظه أو إلا بإذنه فإذن له ولم يعلم حنث) لانه في المسألة الاولى كلمه وقد وصل إلى سمعه، وقد شرط المصنف أن يوقظه وهي رواية المبسوط وعليه مشايخنا وهو المختار لانه إذا لم ينتبه كان كما إذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته لا يحنث. ولم يشترطه القدوري كما إذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله وهي من المسائل التي جعل

النائم فيها كالمستيقظ وهي خمس وعشرون ذكرناها في باب التيمم. وصحح الامام السرخسي الحنث، وإن لم يوقظه لما ذكره محمد في السير الكبير: إذا نادى المسلم أهل الحرب بالامان من موضع يسمعون صوته إلا أنهم لا يسمعون لشغلهم بالحرب فهو أمان ا ه. وقد فرق بأن الامان يحتاط في إثباته. وقيد بكونه نائما لانه لو كان مستيقظا حنث إن كان بحيث يسمع صوته إن أصغى إليه إذنه، وإن لم يسمع لعارض أمر كان مشغولا به أو كان أصم وإن كان لا يسمع صوته لو أصغى إليه إذنه لشدة البعد لا يحنث، كذا في الذخيرة. وفيها: لا يحنث حتى يكلمه بكلام مستأنف بعد اليمين منقطع عنها لا متصل بها، فلو قال موصولا إن كلمتك
***
[٥٥٨]
فأنت طالق فاذهبي أو اخرجي أو قومي أو شتمها أو زجر متصلا لا يحنث لان هذا من تمام الكلام الاول فلا يكون مرادا باليمين إلا أن يريد به كلاما مستأنفا. وفي المنتقى: لو قال فاذهبي أو واذهبي لا تطلق، ولو قال اذهبي طلقت لانه منقطع عن اليمين. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: لا أكلمك يوما أو غدا حنث لانه كلمه اليوم بقوله أو غدا ا ه. وتعقبه في فتح القدير بأنه لا شك في عدم صحته لانه كلام واحد فإنه إذا أراد أن يحلف على أحد الامرين لا يقال إلا كذلك. وعلى هذا إذا قال لآخر إذا ابتدأتك بكلام فعبدي حر فالتقيا فسلم كل على الآخر معا لا يحنث وانحلت يمينه لعدم تصور أن يكلمه بعد ذلك ابتداء، ولو قال لها أن ابتدأتك بكلام وقالت له هي كذلك لا يحنث إذا كلمها لانه لم يبتدئها ولا يحنث بعد ذلك لعدم تصور ابتدائها، ولو حلف لا يكلمه فسلم على قوم هو فيهم حنث إلا أن يقصده فيصدق ديانة لا قضاء، أما لو قال السلام عليكم إلا على واحد صدق قضاء عندنا، ولو سلم من الصلاة فإن كان إماما قيل إن كان المحلوف عليه عن يمينه لا يحنث، وإن كان عن يساره حنث لان الاولى واقعة في الصلاة فلا يحنث بها بخلاف الثانية. وقيل لا يحنث بهما لانهما في الصلاة من وجه. وكذا عن محمد أنه لا يحنث بهما وهو الصحيح. ولو دق علي الباب فقال من حنث ولو ناداه المحلوف عليه فقال لبيك أو لبى حنث، ولو كلمه الحالف بكلام لم يفهمه المحلوف عليه ففيه روايتان. ولو أراد أن يأمر بشئ فقال وقد مر المحلوف عليه يا حائط اسمع افعل كيت وكيت فسمعه المحلوف عليه فسمعه المحلو ف عليه وفهمه لا يحنث لما روي أن عبد الرحمن بن عوف حلف لا يكلم عثمان فكان إذا مر به يقول يا حائط اصنع كذا كذا ويا حائط كان كذا. ولو قال لامرأته إن شكوت مني إلى أخيك فأنت طالق فجاء أخوها وعندها صبي لا يعقل فقالت
***
[٥٥٩]
المرأة أن زوجي فعل بي كذا وكذا وخاطبت الصبي بذلك حتى سمع أخوها لا تطلق لانها ما شكت إليه لانها لم تخاطبه. ولو قال إن شكوت بين يدي أخيك قال في الكتاب: هذا أشد يريد به أنه يخاف عليه أن يحنث. والظاهر أنه لا يحنث لانه يراد في العرف بالشكاية بين يديه الشكاية إليه، كذا في الواقعات. ولو حلف لا يتكلم فناول امرأته شيئا فقال ها حنث، ولو جاءه كافريريد الاسلام فبين صفة الاسلام مسمعا له ولا يوجه إليه لم يحنث. وفي المحيط: لو سبح الحالف للمحلوف عليه للسهو أو فتح عليه القراءة وهو مقتد لم يحنث، وخارج الصلاة يحنث، ولو كتب إليه كتابا أو أرسل إليه رسولا لا يحنث لانه لا يسمى كلاما عرفا خلافا لمالك وأحمد واستدلالهم بقوله تعالى * (وما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحيا) * إلى قوله * (أو يرسل رسولا) * [الشورى: ١٥] أجيب عنه بأن مبنى الايمان على العرف: واعلم أن الكلام لا يكون إلا باللسان فلا يكون بالاشارة ولا بالكتابة، والاخبار والاقرار والبشارة تكون بالكتابة لا بالاشارة، والايماء والاظهار والافشاء والاعلام يكون بالاشارة أيضا فإن نوى في ذلك كله أي في الاظهار والافشاء والاعلام والاخبار كونه بالكلام والكتابة دون الاشارة دين فيما بينه وبين الله تعالى. ولو حلف لا يحدثه لا يحنث إلا أنه يشافهه، وكذا لا يكلمه يقتصر على المشافهة. ولو قال لا أبشره فكتب إليه حنث. وفي قوله إن أخبرتني أن فلانا قدم ونحوه يحنث بالصدق والكذب، ولو قال بقدومه ونحوه فعلى الصدق خاصة، وكذا إن أعلمتني وكذا البشارة ومثله إن كتبت إلى أن فلانا قدم فكتب قبل قدومه فوصل إليه الكتاب حنث، سواء وصل إليه قبل قدومه أو بعده، بخلاف إن كتبت إلي بقدومه لا يحنث حتى يكتب بقدومه الواقع، وذكر هشام عن محمد سألني هرون الرشيد عمن حلف لا يكتب إلى فلان فأمر من يكتب إليه بإيماء أو إشارة هل يحنث؟ فقلت: نعم يا أمير المؤمنين إذا كان مثلك. قال السرخسي: وهذا صحيح لان السلطان لا يكتب بنفسه وإنما يأمر به ومن عادتهم الامر بالايماء والاشارة.

ولو حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر فيه حتى فهمه لا يحنث عند أبي يوسف، ويحنث عند محمد لان المقصود الوقوف على ما فيه لا عين التلفظ به. ولو حلف لا يكلم فلانا وفلانا لم يحنث بكلام أحدهما إلا أن ينوي كلا منهما فيحنث بكلام أحدهما وعليه

***

[٥٦٠]

الفتوى وإن ذكر خلافه في بعض المواضع، كذا في فتح القدير. ولو قال لا أبلغك شيئا فكتب إليه حنث، ولو قال لا أذكرك شيئا فهو على المواجهة ولا يحنث بالكتابة، ولو قال لا أظهر سرك ولا أفشي أبدا فإن صرح إلى رجل واحد وذكره فقد أفشى سره، وكذلك يحنث بالكتابة والرسالة إلى إنسان، كذا في المحيط. وفي الواقعات: حلف أن لا يكذب فسأله إنسان عن أمر فحرك رأسه بالكذب لا يحنث ما لم يتكلم لان الكذب تكلم بكلام هو كذب. ابن بين زيد وعمر وحلف رجل لا يكلم ابن زيد وحلف الآخر لا يكلم ابن عمر وفكلما هذا الابن حنثا لان كل واحد كلم ابن من سمى: إن كلمت امرأة فعبدي حر فكلم صبية لم يحنث. ولو قال إن تزوجت امرأة فتتزوج صبية حنث لان الصبا مانع من هجران الكلام فلا تراد الصبية في اليمين المعقودة على الكلام عادة ولا كذلك التزوج ا ه‍. وفي الظهيرية: حلف لا يكلم امرأته فدخل داره وليس فيها غيرها فقال من وضع هذا حنث ولو كان معها غيرها لا يحنث. ولو قال ليت شعري من وضع هذا لا يحنث لانه استفهم نفسه. ولو قرأ الحالف كتابا على المحلوف عليه والمحلوف عليه يكتب إن قصد الحالف املاء المحلوف عليه قالوا يخاف عليه الحنث ا ه‍. وفي السراجية عن محمد بن الحسن أنه سأل حال صغره أبا حنيفة فيمن قال لآخر والله لا أكلمك ثلاث مرات فقال أبو حنيفة: ثم ماذا؟ فتبسم محمد رحمه الله وقال: انظر حسنا يا شيخ فنكس أبو حنيفة ثم رفع رأسه فقال: حنث مرتين. فقال له محمد: أحسنت. فقال أبو حنيفة: لا أدري أي الكلمتين أوجع لي قوله انظر حسنا أو أحسنت ا ه‍. وأما المسألة الثانية وهي ما إذا حلف لا يكلمه إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه فلان. الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام أو من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق إلا بالسماع. وقال أبو يوسف: لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وأنه يتم بالاذن كالرضا. قلنا: الرضا من أعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر ولا يخالفه ما في التتمة والفتاوي الصغرى إذا أذن المولى لعبده والعبد لا يعلم لا يصح الاذن حتى إذا علم يصير مأذونا لان الاذن يثبت موقوفا على العلم فليس له قبل العلم حكم الاذن ولذا قال الشامل: إذا أذن لعبده فلم يعلم به أحد من الناس فتصرف العبد ثم علم بإذنه لم يجز تصرفه.

***

[٥٦١]

قوله: (لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف) لانه لو لم يذكر الشهر تتأبد اليمين فذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي ما يلي يمينه داخلا عملا بدلالة الحالة بخلاف ما إذا قال والله لاصومن شهرا أو لاعتكفن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا تتأبد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وأنه منكر فالتعيين إليه بخلاف ما إذا قال إن تركت الصوم شهرا فإنه يتناول شهرا من حين حلف لان تركه مطلقا يتناول الابد فذكر الوقت لاخراج ما وراءه فهو كقوله إن تركت كلامه شهرا وإن لم أساكنه شهرا، ونظيره إذا آجره شهرا وكذا آجال الديون. وأما الاجل في قوله كفلت لك بنفسك إلى شهر اختلف في أنها البيان ابتداء المدة أو لانتهائها، فعن أبي يوسف لانتهاء المطالبة فلا يلزم بإحضاره بعد الشهر وإلحاقها بآجال الديون فجعلاها لبيان ابتدائها فلا يلزم بإحضارها قبل الشهر وهو أحسن، لان الاجل في مثله للترفية، كذا في فتح القدير. وفي البدائع: ولو حلف لا يكلمه شهرا يقع على ثلاثين يوما، ولو قال الشهر يقع على بقية الشهر، ولو حلف لا يكلمه السنة يقع على بقية السنة. وأشار المصنف إلى أنه لو حلف بالليل لا يكلمه يوما فإنه يحنث بكلامه من حين حلف إلى أن تغيب الشمس من الغد يدخل في يمينه بقية الليل حتى لو كلمه فيما بقي من الليل أو في الغد يحنث لان ذكر اليوم للاخراج، وكذا لو حلف بالنهار لا يكلمه ليلة حنث بكلامه من حين حلف إلى طلوع الفجر، ولو قال في بعض النهار لا أكلمه يوما فاليمين على بقية اليوم والليلة المستقبلة إلى مثل تلك الساعة التي حلف فيها من الغد لانه حلف على يوم منكر فلا بد من استيفائه، ولا يمكن استيفاؤه إلا بإتمامه من اليوم الثاني فيدخل الليل بطريق التبع. وكذا إذا حلف لا يكلمه ليلة فاليمين من تلك الساعة إلى أن يجئ مثلها من الليلة المستقبلة فيدخل النهار الذي بينهما في ذلك لانه حلف على ليلة منكرة فلا بد من الاستيفاء. فإن قال في بعض اليوم والله لا أكلمك

اليوم فاليمين على ما بقي من اليوم، فإذا غربت الشمس سقطت اليمين، وكذلك إذا قال بالليل والله لا أكلمك الليلة فإذا طلع الفجر سقطت، ولو قال والله لا أكلمك اليوم ولا غدا فاليمين على بقية اليوم وعلى غد، ولا تدخل الليلة التي بينهما في اليمين، كذا في البدائع: وفي الواقعات: حلف لا يكلمه اليوم ولا غدا ولا بعد غد فله أن يكلمه بالليل لانها أيمان ثلاثة، ولو لم يكرر حرف النفي فهي يمين واحدة فيدخل الليل بمنزلة قوله ثلاثة أيام. وفي الظهيرية: ولو قال والله لا
***
[٥٦٢]
أكلمك شهرا إلا يوما ولا نية له فله أن يختار أي يوم شاء، ولو قال شهرا إلا نقصان يوم فهو على تسعة وعشرين يوما وهو مخالف للاول ا ه. قوله: (لا يتكلم فقرأ القرآن أو سبح لا يحنث) لانه لا يسمى متكلما عادة وشرعا. أطلقه فشمل ما إذا كان في الصلاة أو خارجها، فإن كان في الصلاة فهو متفق عليه، وإن كان خارجها فاختار القدوري الحنث، واختار خواهر زاده عدمه لما ذكرنا. وفي فتح القدير أنه اختير للفتوى من غير تفصيل بين عقد اليمين بالعربية أو بالفارسية وإن كان ظاهر المذهب التفصيل الذي ذكره القدوري لان مبنى الايمان على العرف، وفي العرف المتأخر لا يسمى التسبيح والقرآن كلاما حتى إنه يقال لمن يسبح طول يومه أو يقرأ لم يتكلم اليوم بكلمة ا ه. لكن في الواقعات المختار للفتوى أن اليمين إذا كانت بالعربية لم يحنث بالقراءة في الصلاة ويحنث بالقراءة خارجها، وإن كانت بالفارسية لا يحنث مطلقا ا ه. فقد اختلفت الفتوى والافتاء بظاهر المذهب أولى. وفي التهذيب للقلانسي: الكلام في الحقيقة مفهوم ينافي الخرس والسكوت وهو اختيار محققي أهل السنة لكن في العرف صوت مقطوع مفهوم يخرج من الفم ولا تدخل فيه القراءة والتسبيح في الصلاة في عرفهم، وفي عرفنا لا تدخل في غير الصلاة أيضا، وكذا قراءة الكتب ظاهرا وباطنا في عرفنا ا ه. فأفاد أنه لا يحنث إذا قرأ كتابا أي كتاب كان. قيد بكونه حلف أنه لا يتكلم لانه لو قال كلما تكلمت كلاما حسنا فأنت طالق ثم قال سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر طلقت واحدة، ولو قال سبحان الله الحمد لله لا إله إلا الله الله أكبر طلقت ثلاثا، كذا في الظهيرية. وفي الواقعات: حلف لا يقرأ القرآن اليوم فقرأ في الصلاة أو خارجها يحنث لانه قرأ القرآن، وإذا قرأ بسم الله الرحمن الرحيم فإذا نوى ما في سورة النمل يحنث، وإن نوى غير ما في سورة النمل أو لا نية له لم يحنث لانهم لا يريدون به قراءة القرآن. ولو حلف لا يقرأ سورة من القرآن فنظر فيها حتى إذا أتى إلى آخرها لا يحنث بالاتفاق. أبو يوسف سوى بين هذا وبين ما إذا حلف لا يقرأ كتاب فلان، ومحمد فرق فقال: المقصود من قراءة كتاب فلان فهم ما فيه وقد حصل، أما المقصود من قراءة القرآن عين القراءة إذ الحكم متعلق به، ثم عند محمد في قوله لا يقرأ كتاب فلان إذا قرأ سطرا حنث وبنصف السطر لا لان نصف السطر لا يكون مفهوم المعنى غالبا والفتوى على قول أبي يوسف ا ه. قوله: (يوم أكلم فلانا فعلى الجديدين فإذا قال يوم أكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار فإن كلمه ليلا أو نهارا حنث) لان
***
[٥٦٣]
اسم اليوم إذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال تعالى * (ومن يولهم يومئذ دبره) * [الانفال: ٦١] والكلام لا يمتد وقد تقدم تحقيقه في فصل إضافة الطلاق إلى الزمان. قيد بقوله يوم أكلم لانه لو قال والله لا أكلمك اليوم ولا غدا فاليمين على بقية اليوم وعلى غد، ولا تدخل الليلة التي بينهما في اليمين لانه أفرد كل واحد من الوقتين بحرف النفي فيصير كل واحد منهما منفيا على الافراد، أصله قوله تعالى * (فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج) * [البقرة: ٧٩١] ولو قال والله لا أكلمك اليوم وغدا دخلت الليلة التي بين اليوم والغد في يمينه لانه ها هنا جمع بين الوقت الثاني وبين الاول بحرف الجمع وهي الواو فصار وقتا واحدا فدخلت الليلة المتخللة، ولو حلف لا يكلمه يومين تدخل فيه الليلة، وسواء كان قبل طلوع الفجر أو بعده، وكذلك الجواب في الليل. ولو قال والله لا أكلمه يوما ولا يومين فهو كقوله ثلاثة أيام في قول أبي يوسف ومحمد حتى لو كلمه في اليوم الاول أو الثاني أو الثالث يحنث. وذكر محمد في الجامع أنه على يومين حتى لو كلمه في اليوم الاول أو الثاني يحنث، وإن كلمه في اليوم الثالث لا يحنث، كذا في البدائع قوله: (فإن نوى النهار صدق) لانه نوى حقيقة كلامه وهو مستعمل فيه أيضا. أطلق في تصديقه فشمل الديانة والقضاء، وعن أبي يوسف

أنه لا يصدق قضاء قوله: (وليلة أكلمه على الليل) لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة ولم يجئ استعماله في مطلق الوقت بخلاف اليوم، وما ورد في أشعار بعض العرب من إطلاقها على مطلق الوقت فإنما هو في صيغة الجمع وكلامنا في المفرد، وقدمنا أنه لو حلف لا يكلمه ليلة فاليمين من تلك الساعة إلى أن يجئ مثلها من الليلة المستقبلة فيدخل النهار الذي بينهما في ذلك، وإذا كان بالليل وقال لا أكلمه الليلة فإذا طلع الفجر سقطت. قوله: (إن كلمته إلا أن يقدم زيد أو حتى أو إلا أن يأذن أو حتى فكذا فكلم قبل قدومه أو إذنه حنث وبعدهما لا) أي وإن كلمه بعد القدوم أو الاذن لا يحنث لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين أما حتى فكونها للغاية ظاهر، وأما إلا أن فالاصل فيها أن للاستثناء وتستعار للشرط والغاية إذا تعذر الاستثناء لمناسبة بينهما وهو أن حكم ما قبل كل واحد من الاستثناء والشرط والغاية يخالف ما بعده. قيد بالشرط لانه لو قال أنت طالق إلا أن يقدم فلان فإنه إن قدم فلان لا تطلق، وإن
***
[٥٦٤]
لم يقدم حتى مات فلان طلقت وهي هنا للشرط كأنه قال إن لم يقدم فلان فأنت طالق. ولا تكون للغاية لانها إنما تكون لها فيما يحتمل التأقيت والطلاق مما لا يحتمله معنى فتكون فيه للشرط وتمامه في فتح القدير. وفي المحيط: لو قال والله لا أكلمه في اليوم الذي يقدم فيه فلان فكلمه في اليوم الذي قدم فيه فلان قبل قدومه حنث لان شرط الحنث كلامه يوم القدوم وقد وجد. وإن كلمه بعد القدوم قالوا يجب أن لا يحنث لانه لم يجعل القدوم شرطا لانه لم يقرن به حرف الشرط ولكنه جعله معرفا لما هو شرط الحنث وهو الكلام. وإنما يتصور القدوم معرفا للشرط إذا وجد الشرط قبله، فأما إذا وجد بعده لا يتصور كونه معرفا لان من ضرورة كون الشئ معرفا تقدم ذلك الشئ عليه كما لو قال لامرأته أنت طالق قبل شهر رمضان بشهر كان رمضان معرفا لا شرطا. كذا لو قال أنت طالق قبل قدوم فلان بشهر إذا قدم فلان قبل تمام الشهر لا تطلق، ولو عجل الكفارة قبل القدوم لا يصح لانه لا حنث قبل القدوم ا ه‍ قوله: (وإن مات زيد سقط الحلف) لما في الذخيرة: إذ الاصل أن الحالف إذا جعل ليمينه غاية وفاتت الغاية بطلت اليمين عند أبي حنيفة ومحمد حتى إن من قال لغيره والله لا أكلمك حتى يأذن لي فلان أو قال لغريمه والله لا أفارقك حتى تقضيني حقي فمات فلان قبل الاذن أو برئ من المال فاليمين ساقطة في قولهما خلافا لابي يوسف. وعلى هذا لو حلف ليوفين ماله اليوم فأبراه الطالب، وعلى هذا تخرج جنس هذه المسائل إذا قال إن فعلت كذا ما دمت ببخارى فكذا فخرج من بخارى ثم رجع وفعل ذلك لا يحنث فيجب أن يعلم أن كلمة ما زال وما دام وما كان غاية تنتهي اليمين بها فإذا حلف لا يفعل كذا ما دام ببخارى فخرج تنتهي يمينه بالخروج فإذا عاد عاد واليمين منتهية، فإذا فعل ذلك الفعل لا يحنث في يمينه، كذا في فتاوى الفضلي. وعلى هذا إذا حلف لا يصطاد ما دام فلان في هذه البلدة وفلان أمير هذه البلدة فخرج الامير إلى بلدة أخرى لامر فاصطاد الحالف قبل رجوعه أو بعد رجوعه لا يحنث في يمينه لان اليمين ينتهي بخروج الامير. وفي فتاوى أبي الليث: إذا حلف لا يدخل دار فلان ما دام فلان فيها فخرج فلان بأهله ثم عاد ودخل الحالف لا يحنث في يمينه. وفي العيون: إذا حلف لا يكلم فلانا ما دام في هذه الدار فخرج بمتاعه وأثاثه ثم عاد وكلمه لا يحنث. وإذا قال والله لا أكلم فلانا ما دام عليه هذا الثوب أو ما كان
***
[٥٦٥]
عليه أو ما زال عليه فنزعه ثم لبسه وكلمه لا يحنث، ولو قال لا أكلمه وعليه هذا الثوب فنزعه ثم لبسه وكلمه حنث لان في هذه الصورة ما جعل اليمين موقتة بوقت بل قيده بصفة فتبقى اليمين ما بقيت تلك الصفة. وفي فتاوى أبي الليث: إذا قال لابويه إن تزوجت ما دمتما حيين فكذا فتزوج امرأة في حياتهما حنث، فلو تزوج امرأة أخرى في حياتهما لا يلزمه الحنث، ولو كان قال كل امرأة أتزوجها ما دمتما حيين يلزمه الحنث بكل امرأة يتزوجها ما داما حيين، فإذا مات أحدهما سقط اليمين حتى لو تزوج امرأة بعد ذلك لا يلزمه حكم الحنث لان شرط الحنث الزوج ما داما حين ولا يتصور ذلك بعد موت أحدهما فيسقط، وإذا حلف لا يأكل هذا الطعام ما دام في ملك فلان فباع فلان بعضه ثم أكل الحالف الباقي لا يحنث لان اليمين قد انتهى ببيع البعض. ولو قال لغريمه والله لا أفارقك حتى تقضيني حقي اليوم ونيته أن لا يترك لزومه حتى يعطيه حقه فمضى اليوم ولم يفارقه ولم يعطه حقه لا يحنث، فإن فارقه بعد مضي

المدة يحنث. وكذلك إذا قال لا أفارقك حتى أقدمك إلى السلطان اليوم أو حتى يخلصك السلطان مني فمضى اليوم ولم يفارقه ولم يقدمه إلى السلطان ولم يخلصه السلطان فهو سواء لا يحنث إلا بتركه. ولو قدم اليوم فقال لا أفارقك اليوم حتى تعطيني حقي فمضى اليوم ولم يفارقه ولم يعطه حقه لم يحنث، وإن فارقه بعد مضي اليوم لا يحنث لانه وقت للفراق ذلك اليوم وتمام مسائلها فيها. قوله: (لا يأكل طعام زيد أو لا يدخل داره أو لا يلبس ثوبه أو لا يركب دابته إن أشار وزال ملكه وفعل لم يحنث كالمتجدد وإن لم يشر لا يحنث بعد الزوال وحنث بالمتجدد وفي الصديق والزوجة حنث في المشار بعد الزوال وفي غير المشار لا وحنث بالمتجدد) بيان لمسائل الاصل فيها أنه إذا حلف على هجران محل مضاف إلى فلان كلا يكلم عبد فلان أو زوجته أو صديقة أو لا يدخل داره أو لا يلبس ثوبه أو لا يركب فرسه أو لا يأكل طعامه، فلا شك أن
***
[٥٦٦]
هذه الاضافة في الكل معرفة لعين ما عقد اليمين على هجره، سواء كانت إضافة ملك كعبده وداره ودابته، أو إضافة نسبه أخرى غير الملك كزوجته وصديقه، فالاضافة مطلقا تفيد النسبة والنسبة أعم من كونها نسبة ملك أو غيره فلا يصح جعل إضافة النسبة تقابل إضافة الملك كما في الهداية وغيرها لانه لا تقابل بين الاعم والاخص إلا أن يكون مخصوص عرف اصطلاحي. وإذا كانت هذه الاضافة مطلقا للتعريف فبعد ذلك إما أن يقرن به لفظ الاشارة كقوله لا أكلم عبده هذا أو لا، فعلى تقدير عدم الاشارة الظاهر أن الداعي في اليمين كراهته في المضاف إليه وإلا لعرفه باسمه العلم ثم أعقبه بالاضافة إن عرض اشترك مثل لا أكلم راشدا عبد فلان ليزيل الاشتراك العارض في اسم راشد، فلما اقتصر على الاضافة ولم يذكر اسمه ولا إشار إليه كان الظاهر أنه لمعنى في المضاف إليه، وإن احتمل أن يهجر بغضا لذاته أيضا كالزوجة والصديق فلا يصار إليه بالاحتمال، وحينئذ فاليمين منعقدة على هجر المضاف حال قيام الاضافة وقت الفعل بأن كان موجودا وقت اليمين ودامت الاضافة إلى قوت الفعل أو انقطعت ثم وجدت بأن باع وطلق ثم استرد أو لم يكن وقت اليمين فاشترى عبدا فكلمه حنث، وكذا لو لم تكن له زوجة فاستحدث زوجة. والحاصل أنه إذا أضاف ولم يشر لا يحنث بعد الزوال في الكل لانقطاع الاضافة، ويحنث في المتجدد بعد اليمين في الكل لوجودها. وإذا أضاف وأشار فإنه لا يحنث بعد الزوال والتجدد إن كان المضاف لا يقصد بالمعاداة وإلا حنث. ولم يذكر المصنف العبد للاختلاف فالمذهب أنه كالدار لانه لا يقصد بالمعاداة. وروى ابن سماعة أنه كالصديق. ووجه الظاهر أنه العبد ساقط الاعتبار عند الاحرار فإنه يباع في الاسواق كالحمار، فالظاهر أنه إن كان منه أذى إنما بقصد هجران سيده بهجرانه، وفي بعض الشروح: لا أتزوج بنت فلان لا يحنث بالبنت التي تولد بعد اليمين بالاجماع وهو مشكل فإنها إضافة نسبية فينبغي أن تنعقد على الموجود حال التزوج فلا جرم أن في التفاريق عن أبي يوسف إن تزوجت بنت فلان أو أمته على الموجود والحادث، كذا في فتح القدير. وأطلق المصنف في زوال الملك في المسألة الاولى فشمل ما إذا زالت الملك من المحلوف عليه إلى الحالف كما إذا حلف لا يأكل طعامك هذا فأهداه له فأكله لم يحنث في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد يحنث. وكذلك في بقية المسائل لا فرق في الزوال بين أن يكون إلى الحالف أو لا، كذا في الذخيرة. ولو حلف لا يأكل من غلة أرضه فأكل من ثمن الغلة حنث لانه في العرف يسمى آكلا غلة أرضه، وإن نوى أكل نفس ما يخرج منها صدق ديانة وقضاء لانه نوى الحقيقة، كذا في الذخيرة أيضا. ولو حلف لا يأكل من كسب فلان فالكسب ما صار له بفعله كأخذ المباحات أو بقبوله في العقود، فأما الميراث فليس بكسبه لان
***
[٥٦٧]
الملك يثبت فيه بغير صنعه فلا يضاف إلى كسبه، فإذا حلف لا يأكل من كسب فلان فورث المحلوف عليه شيئا وأكل الحالف لا يحنث. ولو اشترى الحالف من المحلوف عليه مما اكتسبه المحلوف عليه وأكله لم يحنث لان شرط الحنث أكل مكسوب فلان وهذا أكل مكسوب نفسه، فلو وهبه له أو تصدق به عليه وأكله حنث، ولو مات المحلوف عليه وترك مالا اكتسبه وورثه رجل فأكله الحالف حنث لان الثابت للوارث عين الثابت للمورث، وكذلك لو ورثه الحالف وأكله حنث لانه كسب فلان الميت. قال في الواقعات: بخلاف قوله مال فلان الميت وبخلاف ما لو انتقل إلى غيره بغير الميراث بشراء أو وصية حيث لا يحنث لانه صار كسبا للثاني، ولو

حلف لا يأكل من ميراث فلان فمات المحلوف عليه ثم مات وارثه وورثه غيره فأكله الحالف لم يحنث لان بالارث الثاني ينتسخ حكم الاول. ولو حلف لا يأكل من ميراث أبيه شيئا فاشترى بما ورث طعاما وأكله حنث، ولو اشترى بالميراث شيئا واشترى بذلك الطعام طعاما وأكله لم يحنث، ولو حلف لا يأكل من ملك فلان أو مما ملكه فلان فخرج شئ من ملكه إلى ملك غيره وأكله الحالف لا يحنث، وكذلك لو حلف لا يأكل طعام فلان ولو حلف لا يأكل مما يشتري فلان فاشترى لنفسه أو لغيره وأكله الحالف يحنث، ولو باعه المحلوف عليه ثم أكل الحالف لا يحنث لان الشراء الثاني فسخ للاول، ولو حلف لا يأكل من مال فلان فغصب منه حنطة فطحنها أو دقيقا فخبزه وأكله يحنث، هكذا ذكر في موضع من المنتقى، وذكر في موضع آخر منه لا يحنث. ولو قال لا آكل من طعام فلان فغصبه منه وأكله حنث، ولو حلف لا يأكل مما زرع فلان فباع فلان زرعه وأكله الحالف يحنث لان الزراعة لا يفسخها الشراء، ولو حلف لا يأكل من طعام فلان وفلان بائع الطعام فاشترى منه وأكل حنث، الكل من الذخيرة. والفرع الاخير وارد على قول المصنف وإن لم يشر لا يحنث بعد الزوال فيقيد كلام المصنف بأن لا يكون فلان بائع الطعام. وعلله في الواقعات بأنه يراد به طعامه باسم ما كان مجازا عرف ذلك بحكم دلالة الحال وكذا هذا في قوله لا ألبس من ثياب فلان وهو نظير قوله لا آكل من مال أبوي بعد موتهما ا ه‍. وفي الذخيرة أيضا: لو حلف لا يأكل من طعام فلان فأكل من طعام مشترك بينه وبين غيره يحنث لاطلاق الطعام على القليل والكثير بخلاف الدار والثوب. ولو حلف لا يأكل من خبز فلان فأكل من خبز بينه وبين غيره يحنث بخلاف ما إذا حلف لا آكل من رغيف فلان فأكل من رغيف بينه وبين آخر لا يحنث لان اسم الخبز يطلق على القليل والكثير ولا كذلك اسم الرغيف. ولو حلف لا يأكل من طعام فلان فأكل من طعام مشترك بين الحالف وبين فلان لا يحنث لان ما أكل الحالف هو

***

[٥٦٨]

من حصته. ولو حلف لا يزرع أرض فلان فزرع أرضا بينه وبين غيره حنث لان كل جزء من الارض يسمى أرضا ولا كذلك الثوب والدار فإن كل جزء من الدار لا يسمى دارا، وكذلك كل جزء من الثوب لا يسمى ثوبا ا ه‍. وفي الواقعات: حلف لا يأكل لحما يشتريه فلان فاشترى سخلة وذبحها فأكله الحالف لا يحنث لان فلانا ما اشتراه بعد ما صارح لحما. ولو حلف لا يأكل من طعام فلان فأكل من خله بطعام نفسه أو بزيته أو بملحه حنث لانه أكل من طعامه، ولو حلف لا يأكل من مال ابنه وكان بينه وبين ابنه حب من خل فأكل منه يحنث لانه أكل من مال الابن ا ه‍. ويحتاج حينئذ إلى الفرق بين الطعام والمال كما لا يخفى. وفي الواقعات أيضا: قال إن أكلت من مال ختني شيئا فامرأتي طالق فدفع إليه عجين ختنه فجعل في عجين آخر وخبزه فأكل لان العجين قد ذهب، وكذا لو حلف لا يشرب من شرابه ولا يأكل من لحمه فأخذ ماء وملحا للمحلوف عليه وجعلهما في عجين لا يحنث إذا أكل من ذلك الخبز لان ذلك قد تلاشى. ولو حلف لا يأكل من كسب فلان فأكل كسرة مطروحة في بيت المحلوف عليه، فإن كانت الكسرة بحال لا يعطي مثلها الفقير لا يحنث، وإن كان بحال يعطي مثلها الفقير يحنث ا ه‍. ثم اعلم أن ما في المختصر إنما هو عند عدم النية، وأما إذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه محتمل كلامه. وفي الذخيرة: حلف لا يأكل من طحن فلان أو من خبزه فهذا على الماضي والمستقبل، وكذلك قوله مما خبز فلان مما اشترى فلان على الماضي والمستقبل ا ه‍. قوله: (لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه فكلمه حنث) لان الانسان لا يمتنع عن كلام صاحب الطيلسان لاجل الطيلسان فكانت الاضافة للتعريف فتعلقت اليمين بالمعرف، ولهذا لو كلم المشتري لا يحنث. وذكر الطيلسان للتمثيل لانه لو قال لا أكلم صاحب هذه الدار وهذا الطعام فالحكم كذلك كما في الذخيرة. قيد بهذه اليمين لانه لو حلف لا يلبس طيلسان فلان فهو كقوله لا يلبس ثوب فلان وفيه التفصيل السابق. والطيلسان معرب تيلسان أبدلو التاء طاء من لباس العجم مدور أسود لحمته وسداه صوف قوله: (الزمان والحين منكرهما ستة أشهر) لان الحين قد يراد به الزمان القليل قال الله تعالى * (فسبحان الله حين تمسون) * [الروم: ٧١] وقد يراد به أربعون سنة قال تعالى * (هل أتى على الانسان حين من الدهر) * [الانسان: ١] وقد يراد به ستة أشهر قال تعالى * (تؤتي أكلها كل حين) * [ابراهيم:

***

[٥٦٩]

٥٢] وهذا هو الوسط فينصرف إليه. وهذا لان القليل لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمديد لا يقصد غالبا لانه بمنزلة

الابد، ولو سكت عنه يتأبد فتعين ما ذكرناه. وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين فيقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى واحد. وهذا إذا لم تكن له نية، أما إذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه حقيقة كلامه ولا فرق في ذلك بين الزمان والحين وهو الصحيح كما في البدائع. أطلقه فشمل الاثبات والنفي فإذا قال لاصومن حينا أو الحين فهو كقوله لا أكلمه حينا أو الحين. وفي فتح القدير: ويعتبر ابتداء الستة أشهر من وقت اليمين بخلاف قوله لاصومن حينا أو زمانا كان له أن يعين أي ستة أشهر شاء وتقدم الفرق ا ه. وأشار المصنف إلى أنه لو قال لا أكلمه الاحايين أو الازمنة بالجمع فهو على عشر مرات ستة أشهر كما في شرح الطحاوي. ولو قال لا أكلمه كذا وكذا يوما فهو على أحد وعشرين يوما، ولو قال كذا كذا فهو على أحد عشر. ولو حلف لا يكلمه بضعة عشر يوما فهو على ثلاثة عشر يوما لان البضع من ثلاثة إلى تسعة فيحمل على أقلها. ولو حلف لا يكلمه الشتاء فأول ذلك إذا لبس الناس الحشو والفراء وآخره إذا ألقوها في البلد الذي حلف فيه، والصيف على ضده وهو من حين القاء الحشو، وإلى لبسه، والربيع آخر الشتاء ومستقبل الصيف إلى أن ييبس العشب، والخريف فصل ما بين الشتاء والصيف،

***

[٥٧٠]

والمرجع في ذلك إلى اللغة، ولو حلف لا يكلمه إلى الموسم قال يكلمه إذا أصبح يوم النحر لانه أول الموسم وغره الشهر ورأس الشهر أول ليلة ويومها وأول الشهر إلى ما دون النصف وآخره إذا مضى خمسة عشر يوما. ولو قال لله علي أن أصوم أول يوم من آخر الشهر وآخر يوم من أول الشهر فعليه صوم يوم الخامس عشر والسادس عشر، كذا في البدائع. قوله: (والدهر والابد العمر ودهر مجمل) يعني لو حلف لا يكلمه الدهر معرفا أو الابد معرفا أو منكرا فهو العمر أي مدة حياة الحالف، وأما الدهر منكرا فقد قال أبو حنيفة: لا أدري ما هو. وقالا: هو كالحين. وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله بعضهم من أن الاختلاف بينهم في العرف أيضا. لهما أن دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيته منذ دهر ومنذ حين بمعنى واحد. وأبو حنيفة توقف في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال والتوقف عند عدم المرجح من الكمال، وقد توقف أبوجنيفة في أربعة عشر مسألة كما في السراج الوهاج وقد نقل لا أدري عن الائمة الاربعة بل عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن جبريل عليه السلام كما في الشرح. وبهذا علم أن العلم بجميع المسائل الشرعية ليس بشرط في الفقيه أي المجتهد لان الشرط التهيؤ القريب كما بيناه أول الكتاب. وأشار المصنف إلى أنه لو قال لا أكلمه العمر فهو على الابد. واختلف جواب بشر بن الوليد في المنكر نحو عمرا فمرة قال في لله علي صوم عمر يقع على يوم واحد، ومرة قال هو مثل الحين ستة أشهر إلا أن ينوي أقل أو أكثر. وفي البدائع أن الاظهر أنه يقع على ستة أشهر. قوله: (والايام وأيام كثيرة والشهور والسنون عشرة ومنكرها ثلاثة) بيان لاقل الجمع في باب الايمان وهو على وجهين: إما أن يكون معرفا أو منكرا، فإذا كان معرفا كما إذا حلف لا يكلمه الايام أو الجمع أو الشهور أو السنين انصرف إلى عشرة من تلك المعدودات، وكذلك لا يكلمه الايام أو الجمع أو الشهور أو السنين انصرف إلى عشرة عند عدم النية. وهذا كله عند أبي حنيفة. وقالا: في الايام ينصرف إلى أيام الاسبوع، وفي الشهور إلى اثني عشر شهرا، وفي الجمع والسنين والدهور والازمنة إلى الابد لان اللام للعهد إذا أمكن، وإن لم يمكن فهي للاستغراق والعهد ثابت في الايام والشهور كما ذكرنا ولا عهد في خصوص ما سواهما فكان للاستغراق وهو استغراق سني العمر وجمعه. وله أنه جمع معرف باللام فينصرف إلى أقصى ما عهد مستعملا فيه لفظ الجمع على اليقين وهو عشرة لانه يقال ثلاثة رجال وأربعة رجال إلى عشرة رجال، فإذا جاوز العشرة ذهب الجمع فيقال عشر رجلا إلى

***

[٥٧١]

آخره. وإنما اعتبر أقصى المعهود وإن كان ما دونه معهود أيضا لانها لاستغراق المعهود لان كل مرتبة من المراتب التي أولها ثلاثة وأقصاها عشرة ولا معن. فالحاصل أنهم اتفقوا على أنها للعهد لكن اختلفوا في المعهود فهما قالا المعهود الاسبوع والسنة، وهو قال العشرة نظرا إلى أنها أقصى المعهود، وقد أطال في فتح القدير في بيانه إطالة حسنة وتعرض للرد على ابن العز ولسنا بصدد ذلك. وفي الذخيرة: لو قال والله لا أكلمك الجمع ولا نية له فله أن يكلمه في غير يوم الجمعة لان الجمع جمعة وهو اسم خاص لليوم الذي تقام فيه

الجمعة، سمي به لاجتماع الناس فيه لاقامة هذا الامر فيه فلا يتناول غيره من الايام كما لو قال لا أكلمك إلا خمسة والآحاد والاثانين، وإن نوى أيام الجمعة نفس الاسبوع فهو على ما نوى. وذكر في النوادر أن من قال علي صوم جمعة إن نوى يوم الجمعة يلزمه صوم يوم الجمعة لا غير، وإن نوى أيام الجمعة يعني الاسبوع أو لم تكن له نية يلزمه صوم الايام السبعة بحكم غلبة الاستعمال يقول الرجل لغيره لم أرك منذ جمعة، فعلى رواية النوادر صرف الجمعة إلى أيامها دون يوم الجمعة خاصة، وعلى رواية الجامع الصغير صرف الجمعة المطلقة غير مقرونة باليوم إلى يوم الجمعة خاصة لان هذا الاستعمال فيما إذا ذكرت الجمعة مطلقة بلفظ الواحد أي لا بلفظ الجمع حتى قال مشايخنا: إذا قال والله لا أكلمك جمعة ينصرف اليمين إلى الايام السبعة لا إلى يوم الجمعة خاصة، كما ذكر في النوادر ا ه. فتبين بهذا أنه إذا حلف لا يكلمه الجمع يترك كلامه عشرة أيام كل يوم هو يوم الجمعة لا أنه يترك كلامه عشرة أسابيع كما قد يتوهم. قال في التبيين: ثم الجمع معرفا ومنكرا يقع على أيام الجمعة في المدة وله أن يكلمه فيما بين الجمعات. وأما الجمع المنكر فذكر المصنف أنه إن وصفه بالكثرة فهو كالمعرف كقوله لا أكلمه أياما كثيرة لانه لما وصفه بالكثرة علم أنه لم يرد به الاقل وهو الثلاث فينصرف إلى المعهود كالمعرف باللام، فعنده للعشرة، وعندهما للاسبوع. وعلى هذا لو قال إن خدمتني أياما كثيرة فأنت حر فعنده للعشرة، وعندهما للاسبوع، وإن لم يصفه بالكثرة انصرف إلى ثلاثة على ما ذكر في الجامع من غير خلاف وهو الصحيح لانه ذكر لفظ الجمع منكرا فيقع على أدنى الجمع الصحيح وهو ثلاثة. وذكر في الاصل أنه على عشرة أيام وسوى بين منكر الايام ومعرفها بخلاف السنين منكرا فإنه على ثلاثة اتفاقا كما في البدائع. ولم يذكر المصنف الجمع المضاف وفيه تفصيل، ففي الذخيرة: لو حلف لا يركب دواب فلان أو لا يلبس ثيابه أو لا يكلم عبيده ففعل بثلاثة مما سمى يحنث، وإن كان لفلان ثياب ودواب وعبيد أكثر من ثلاثة فرق بين هذا وبين ما إذا حلف لا يكلم زوجات فلان لا يكلم أصدقاء فلان لا يكلم إخوة فلان حيث لا يحنث ما لم يكلم الكل مما سمى. والفرق أن في

***

[٥٧٢]

الفصل الاول المنع في فلان لا لمعنى هذه الاشياء فتتقيد اليمين باعتبار منسوبين إلى فلان وقد ذكر النسبة باسم الجمع وأقل الجمع ثلاثة، أما في الفصل الثاني المنع لمعنى في هؤلاء فتعلقت اليمين بأعيانهم وصار تقدير المسألة لا أكلم هؤلاء فما لم يكلم الكل لا يحنث. وإن نوى الحالف في الفصل الاول الدواب كلها الغلمان كلها يدين فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء لانه نوى حقيقة كلامه، كذا في الزيادات. وظاهره أنه لا يحنث بواحدة في الكل. وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف أنه لا يحنث بالواحد في بني آدم ويحنث في غيره فإذا حلف لا يكلم عبيد فلان وله ثلاثة فكلم واحدا منهم لا يحنث ويمينه على الكل بخلاف لا أركب دوابه ولا ألبس ثيابه. وفي الواقعات: قال والله لا أكلم إخوة فلان وله أخ والاخ واحد، فإن كان يعلم يحنث إذا كلم ذلك الواحد لانه ذكر الجمع وأراد الواحد، فإن كان لا يعلم لا يحنث لانه لم يرد الواحد فبقيت اليمين على الجمع كمن حلف لا يأكل ثلاثة أرغفة من هذا الحب وليس له فيه إلا رغيف واحد وهو لا يعلم لا يحنث ا ه. وقيد المصنف بالايام ونحوها لانه لو قال والله لا أكلم الفقراء أو المساكين أو الرجال فكلم واحدا منهم يحنث لانه اسم جنس بخلاف قوله رجالا أو نساء، كذا في الواقعات. ففي المنكر فلا فرق بين الكل، وأما في المعرف فإنه ينصرف للمعهود إن أمكن، وإلا فهو للجنس لان الالف واللام إذا دخلت على الجمع ولا عهد فإنه يبطل معنى الجمعية كقوله لا اشتري العبيد لا أتزوج النساء كما عرف في الاصول. وفي الذخيرة: الاصل أن الحكم إذا علق بجمع منكر كعبيد ورجال ونساء يتعلق وقوعه بأدنى الجمع الصحيح وهو الثلاثة دون المثنى، ومتى علق بجميع معرف بالالف واللام يتعلق بأدنى ما ينطلق عليه ذلك الاسم عند عامة المشايخ إذا لم يكن ثمة معهود كالحكم المعلق باسم الجنس، وعند بعض المشايخ ينصرف إلى كل الجنس ا ه. وفي تهذيب القلانسي: وأما الاطعمة والنساء والثياب يقع على واحد إجماعا، ولو نوى الكل صحت نيته ا ه. وفي الظهيرية: لو قال والله لا أكلمك كل يوم من أيام هذه الجمعة فكلمه في تلك الجمعة ليلا أو نهارا مرة واحدة حنث به، ولو قال والله لا أكلمك في كل يوم من أيام هذه الجمعة لا يحنث حتى يكلمه في كل يوم، ولو ترك كلامه يوما واحدا لا يحنث، وإن كلمه كل يوم لا يحنث إلا مرة واحدة لاتحاد الاسم، ولو حلف لا يكلم فلانا أيامه هذه قال أبو يوسف: هو على ثلاثة أيام. ولو قال لا أكلمه أيامه فهو على العمر ولو قال لا أكلمك يوما بعد

الايام عن محمد إن كلمه في سبعة أيام لا يحنث وبعد السبعة يحنث والمعنى فيه على أصل محمد ظاهر ا ه والله أعلم.
***
[٥٧٣]
باب اليمين في الطلاق والعتاق قال المصنف في الكافي: الاصل في هذا الباب أن الولد الميت ولد في حق غيره لا في حق نفسه، وأن الاول اسم لفرد سابق والاخير لفرد لاحق، والوسط لفرد بين العددين المتساويين وأن الشخص الواحد متى اتصف بواحد من هذه الثلاثة فلا يتصف بالآخر للتنافي بينهما ولا كذلك الفعل لان اتصافه بالاولية لا ينافي اتصافه بالآخرية لان الفعل الثاني غير الاول. فلو قال آخر تزوج أتزوج فالتي أتزوجها طالق طلقت المتزوجة مرتين لانه جعل الآخر وصفا للفعل وهو العقد وعقدها هو الآخر كما سيأتي بيانه قوله: (إن ولدت فأنت كذا حنث بالميت بخلاف فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده) أي لو قال لامرأته إن ولدت فأنت طالق أو قال لامته إن ولدت فأنت حرة فولدت ولدا ميتا طلقت المرأة وعتقت الجارية لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة، والدم بعده نفاس وأمه أم ولد فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد بخلاف ما لو قال لامته إذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند أبي حنيفة. وقالا: لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتنحل اليمين لا إلى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهو الجزاء. ولابي حنيفة أن مطلق الاسم قد تقيد بوصف الحياة لانه قصد إثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسليط الغير فلا يثبت في الميت فيتقيد بوصف الحياة كما إذا قال إذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا. وأشار المصنف إلى أنه لو قال أول ولد تلدينه فهو حر أنه يتقيد بوصف الحياة عنده حتى لو ولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي. وعندهما لا يعتق. وأما إذا قيده بالحياة نصا فإنه يعتق الحي اتفاقا وإلى أنه لو قال أول عبد يدخل علي فهو حر فأدخل عليه عبد ميت ثم آخر حي فإنه يعتق الآخر الحي وهو بالاجماع على الصحيح. والعذر لهما أن العبودية بعد الموت لا تبقى لان الرق يبطل بالموت بخلاف الولد أو الولادة. وأشار بالمسألة الاولى إلى أنها لو أسقطت سقطا مستبين الخلق فإنها تطلق وتعتق لانه ولد شرعا ولم لم يستبن شئ من خلقه لا يعتبر وتقدم حكمه في الحيض.
***
[٥٧٤]
قوله: (أول عبد أملكه فهو حر فملك عبد اعتق ولو ملك عبدين ثم آخر لا يعتق واحد منهم) لان الاول اسم لفرد سابق وقد وجد في المسألة الاولى وانعدم التفرد في الثانية في الاولين وانعدم السبق في الثالث فانعدمت الاولية قوله: (ولو زاد وحده عتق الثالث) أي لو قال أول عبد أملكه وحده فهو حر فملك عبدين ثم ملك آخر عتق العبد الثالث لانه يراد به التفرد في حال سبب الملك لان وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف، ولا فرق بين أن يذكر الملك أو الشراء، ومراد المصنف من زيادة وحده أنه زاد وصفا للاول سواء كان وحده أو لا فيشمل ما لو قال أول عبد أشتريه بالدنانير فهو حر فاشترى عبدا بالدراهم أو بالعروض ثم اشترى عبدا بالدنانير فإنه يعتق. وكذا لو قال أول عبد أشتريه أسود فهو حر فاشترى عبد أبيض ثم أسود فإنه يعتق. وقيد بوحده لانه لو قال أول عبد أشتريه واحدا فهو حر فاشترى عبدين ثم اشترى عبدا فإنه لا يعتق الثالث لاحتمال أن يكون حالا للعبد أو للمالك فلا يعتق بالشك وتمامه في التبيين. وواحدا بالنصب على أنه حال، وأما إذا كان مجرورا فهو صفه للعبد فهو كوحده كما لا يخفى. ولو قال أول عبد أملكه فهو حر فملك عبدا ونصف عبد عتق العبد الكامل لان نصف العبد ليس بعبد فلم يشاركه في اسمه فلا يقطع عنه اسم الاولية والفردية كما لو ملك معه ثوبا أو نحوه بخلاف ما إذا قال أول كر أملكه فهو هدي فملك كرا ونصفا حيث لا يلزمه شئ لان النصف يزاحم الكل في المكيلات والموزونات لانه بالضم يصير شيئا واحدا بخلاف الثياب والعبيد قوله: (فلو قال آخر عبد أملكه فهو حر فملك عبد أو مات لم يعتق) لان الآخر بكسر الخاء فرد لا حق ولا
***
[٥٧٥]
سابق له فلا يكون لاحقا ولهذا يدخل في الاول فيستحيل أن يدخل في ضده، وفي فتح القدير: وهذه المسألة مع التي تقدمت تحقق أن المعتبر في تحقق الآخرية وجود سابق بالفعل وفي الاولية عدم تقدم غيره لا وجود آخر متأخر عنه وإلا لم يعتق المشتري في قوله أول

عبد أشتريه فهو حر إذا لم يشتر بعده غيره اهـ. والضمير في مات راجع إلى المالك قوله: (فلو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر) لانه فرد لاحق فاتصف بالآخرية، ولم يذكر المصنف وقت عتقه للاختلاف فعند الامام يستند العتق إلى وقت الشراء حتى يعتبر من جميع المال إن كان اشتراه في صحته عند أبي حنيفة وإلا من الثلث. وعندهما يعتق مقتصرا على حالة الموت فيعتبر من الثلث على كل حال لان الآخرية لا تثبت إلا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه، ولابي حنيفة أن الموت معرف، فأما اتصافه بالآخرية فمن وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به كما إذا قال آخر امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثا فيقع عند الموت عندهما وترث بحكم أنه فار ولها مهر واحد وعليها العدة أبعد الاجلين من عدة الطلاق والوفاة، فإن كان الطلاق رجعيا فعليها عدة الوفاة وتحد، وعنده يقع منذ تزوجها، فإن كان دخل بها فلها مهر ونصف مهر بالدخول بشبهة ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول وعدتها بالحيض بلا حداد ولا ترث منه، ولو قال آخر امرأة أتزوجها طالق فتزوج امرأة ثم أخرى ثم طلق الاولى ثم تزوجها ثم مات طلقت التي تزوجها مرة لان التي أعاد عليها التزوج اتصفت بكونها أولى فلا تتصف بالآخرية للتضاد كمن قال آخر عبد أضربه فهو حر فضرب عبدا ثم ضرب آخر ثم أعاد الضرب في الاول ثم مات عتق المضروب مرة بخلاف الفعل كما قدمناه أول الباب، وقيد بموت المولى لانه لا يعلم أن الثاني آخرا لا بموت المولى لجواز أن يشتري غيره فيكون هو الآخر ولم يذكر المصنف الاوسط. قال في البدائع: ولو قال أوسط عبد أشتريه فهو حر فكل عبد فرد له حاشيتان متساويتان فيما قبله وبعده فهو أوسط ولا يكون الاول ولا الآخر وسطا أبدا ولا يكون الوسط إلا في وتر ولا يكون في شفع، فإذا اشترى عبدا ثم عبدا ثم عبدا فالثاني هو الوسط، فإذا اشترى رابعا خرج الثاني من أن يكون أوسط، فإذا اشترى خامسا صار الثالث هو الوسط، فإذا اشترى سادسا خرج من أن يكون أوسط وعلى هذا فقس اهـ. قوله: (كل عبد بشرني بكذا فهو حر فبشره ثلاثة متفرقون عتق الاول) لان البشارة اسم
***
[٥٧٦]
لخبر سار صدق ليس للمبشر به علم عرفا ويتحقق ذلك من الاول دون الباقين، وأصله ما روي أنه صلى الله عليه وسلم مر بابن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال عليه السلام: من أحب أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل فليقرأ بقراءة ابن أم عبد، فابتدر إليه أبو بكر وعمر رضي الله عنهما فسبق أبو بكر عمر فكان يقول: بشرني أبو بكر وأخبرني عمر. ولو كتب إليه أحدهما كتابا بالبشارة يعتق إلا إذا نوى المشافهة لان البشارة قد تكون بالكتابة لان الكتابة من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر، وكذا لو أرسل إليه رسولا فإنه يعتق في البشارة والخبر بخلاف الحديث لا يحنث إلا بالمشافهة. ولو حلف لا يدعو فلانا فكتب إليه يدعوه حنث كما في الذخيرة. وقيدناها بالصدق لانه لو بشره كذبا لا يقع لانه وإن ظهر في بشرة الوجه الفرح والسرور باعتبار الظاهر لكنه قد زال لما تبين له خلافه بخلاف من أخبرني أن فلانا قدم فكذا فأخبره واحد كذبا فإنه يعتق لانه ينطلق على الكذب والصدق بخلاف ما إذا قال من أخبرني بقدومه فلا بد من الصدق كما قدمناه، ففي البشارة لا فرق بين أن يأتي بالباء أو لا بخلاف الخبر، وقد علم الفرق في بحث الباء من الاصول والكتابة كالخبر، فلو قال إن كتبت أن فلانا قدم فكذا فكتب كذبا عتق لانها جمع الحروف وقد وجد بخلاف إن كتبت بقدومه فلا بد من قدومه حقيقة، فلو كتب بقدومه غير عالم به وقد قدم حقيقة عتق بلغ الخبر إلى الحالف أولا لوجود الشرط كما في المحيط. وأما الاعلام فلا بد فيه من الصدق لان الاعلام إثبات العلم والكذب لا يفيده، كذا في البدائع. ولا فرق فيه بين أن يأتي بالباء أولا كما في الذخيرة. وخرج الخبر الضار فليس ببشارة عرفا وإن سماه الله بشارة في قوله تعالى * (فبشرهم بعذاب أليم) * [آل عمران: ١٢] لانه بشارة لغة والكلام في العرف. وفي المحيط: لو قال أول من بشرني بقدوم فلان من عبيدي فهو حر فأرسل بعض عبيده عبدا آخر فقال قل للمولى إن فلانا يقول لك قد قدم فلان فأبلغه ذلك العبد قال يعتق المرسل دون الرسول وهو بمنزلة الكتابة، ولو قال الرسول إن فلانا قد قدم ولم يقل أرسلني إليك فلان عبدك بكذا عتق الرسول دون المرسل قوله: (وإن بشروه معا عتقوا) لتحققها من الجميع قال تعالى * (فبشروه بغلام عليم) * [الذاريات: ٨٢].
***
[٥٧٧]

قوله: (وصح شراء أبيه للكفارة لا شراء من حلف بعتقه وأم ولده) لان شراء القريب إعتاق لانه عليه السلام جعل نفس الشراء إعتاقا لانه لا يشترط غيره فصار نظير قوله سقاه فأرواه فصادف النية العلة فأجزأه عن الكفارة، وأما شراء من حلف بعتقه كما إذا قال إن اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة عن يمينه أو غيرها فإنه لا يجزئه لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين، فأما الشراء فشرطه، وأما أم الولد فقد تقدم في الظهار أنه لو أعتقها عن كفارته لا يجوز وليس هذا بمراده هنا. وأما قوله أم الولد معطوف على من يعني أنه لو قال لامة قد استولدها بالنكاح إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فإنها تعتق لوجود الشرط ولا تجزئه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف إلى اليمين من كل وجه بخلاف ما إذا قال لقنة إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني حيث يجزئه عنها إذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة أخرى فلم تختل الاضافة إلى اليمين وقد قارنته النية. والحاصل أن النية إذا قارنت علة العتق ورق المعتق كامل صح التكفير وإلا فلا. وقولهم هنا إن اليمين علة العتق من باب إطلاق الكل وإرادة الجزء لان العلة هو الجزاء وهو أنت حر لا مجموع اليمين من الشرط والجزاء. وقيد بالشراء لانه لو ورث قريبه ونواه عن كفارته لا يصح لانه لم يوجد من جهته فعل حتى يجعل تحريرا، كذا في المحيط. وينبغي أنه لو وهب له قريبه أو تصدق به عليه أو أوصى له به أو جعل مهرا لها فنوى أن يكون عن كفارته عند قبوله فإنه يجوز لان النية صادفت العلة الاختيارية بخلاف الارث لانه جبري ولم أره منقولا صريحا وكلامهم يفيده دلالة قوله: (إن تسريت أمة فهي حرة صح لو في ملكه وإلا لا) أي وإن لم يكن في ملكه لم يصح التعليق لانها إن كانت في ملكه فقد انعقدت اليمين في حقها لمصادفتها الملك، وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط فتتناول لكل جارية على الانفراد. وأما إذا اشترى جارية وتسراها فإنها لا تعتق خلافا لزفر فإنه يقول: التسري لا يصح إلا في الملك. فكان ذكره ذكر الملك فصار كما إذا قال لاجنبية إن طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا. ولنا أن الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره، ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية، وفي مسألة الطلاق إنما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها إن طلقتك فأنت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها واحدة لا تطلق ثلاثا فهذا وزان مسألتنا. قيد بقوله فهي حرة لانه لو قال إن تسريت أمة فأنت طالق أو عبدي حر فتسري من في ملكه أو من اشتراه بعد التعليق فإنها

***

[٥٧٨]

تطلق ويعتق العبد لوجود الشرط بلا مانع. قال في التبيين: لو قال لامة إن تسريت بك فعبدي حر فاشتراها فتسرى بها عتق عبده الذي كان في ملكه وقت الحلف ولا يعتق من اشتراه بعده اه‍. فاحفظ هذا فإن بعض أهل العصر فاس مسألة تعليق الطلاق بالتسري على مسألة المختصر وهو غلط فاحش لان المنكوحة يصح تعليق طلاقها بأي شرط كان. ثم اعلم أن التسري هنا تفعل من السرية وهو اتخاذها والسرية إن كانت من السرور فإنها تسر بهذه الحالة ويسر هو بها، أو من السرو والسيادة فضم سينها على الاصل. وإن كانت من السر بمعنى الجماع أو بمعنى ضد الجهر فإنها قد تخفى على الزوجات الحرائر فضمها من تغييرات النسب كما قالوا دهري بالضم في النسبة إلى الدهر. وفي النسبة إلى السهل من الارض سهلي بالضم والفعل منه بحسب اعتبار مصدره. ومعنى التسري عند أبي حنيفة ومحمد أن يحصن أمته ويعدها للجماع أفضى إليها بمائه أو عزل عنها. وعند أبي يوسف أن لا يعزل ماءه مع ذلك فعرف أنه لو وطئ أمة له ولم يفعل ما ذكرناه من التحصين والاعداد لا يكون تسريا وإن لم يعزل عنها وإن علقت منه، ولو حلف لا يتسرى فاشترى جارية فحصنها ووطئها حنث، ذكره القدوري في التجريد عن أبي حنيفة ومحمد، كذا في فتح القدير. قوله: (كل مملوك لي حر عتق عبيده القن وأمهات أولاده ومدبروه لا مكاتبه) لوجود الاضافة المطلقة فيما عدا المكاتب إذا لملك ثابت فيهم رقبة ويدا، ولا يدخل المكاتب إلا بالنية لان الملك غير ثابت يدا فيه ولهذا لا يملك إكسابه، ولا يحل له وطئ المكاتبة بخلاف المدبر وأم الولد فاختلت الاضافة ومعتق البعض كالمكاتب لما ذكرنا، وقد قدمنا الكلام عليه في العتق المعلق فراجعه قوله: (هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الاخيرة وخير في الاولين وكذا العتق والاقرار) يعني لو قال لعبيده هذا حر أو هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاولين، وكذا لو قال لفلان علي ألف درهم أو لفلان وفلان لزمه خمسمائة للاخير، وله أن يجعل خمسمائة لايهما شاء. والاصل هنا أن كلمة أو لاثبات أحد المذكورين وقد أدخلها بين الاولين وعطف الثالث على الواقع منهما لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحل الحكم. وذكر في المغني في مسألة الاقرار أن النصف للاول والنصف للاخيرين والصواب الاول وعليه المعنى لان الثالث معطوف على من له الحق منهما فيكون شريكا

له، ولو كان معطوفا على ما يليه كما ذكر لكان المقربه للاول وحده أو للاخيرين لانه أوجبه لاحد
***
[٥٧٩]
المذكورين لا لهما فتنتفي الشركة إلا إذا مات قبل البيان. قيد بكون أو دخلت في الاثبات لانها لو دخلت في النفي كما إذا قال والله لا أكلم فلانا أو فلانا وفلانا، فإن كلم الاول وحده حنث ولا يحنث بكلام أحد الاخيرين حتى يكلمهما فجعل الثالث في الكلام مضموما إلى الثاني على التعيين، وفيما تقدم جعل مضموما إلى من وقع له الحكم لان أو إذا دخلت بين شيئين تناولت أحدهما منكرا إلا أن في الطلاق ونحوه الموضع موضع الاثبات فتخص فتطلق إحداهما وفي الكلام الموضع موضع النفي فتعم عموم الافراد قال الله تعالى * (ولا تطع منهم آثما أو كفورا) * [الانسان: ٤٢] فصار كأنه قال لا أكلم فلانا ولا فلانا فينضم الثالث إلى ما يليه لانه لما كانت أو لعموم الافراد صار كل واحد منهما كلاما على حدة كان الاول انقطع وشرع في الكلام الثاني والعطف فيه لا ينصرف إلى الاول بخلاف الطلاق وأمثاله، فإن الاتصال فيه بين الكلامين ثابت فيكون الثالث معطوفا على من وجب له الحكم وتمامه في التبيين، وقيد بما إذا لم يذكر للثاني والثالث خبرا، فإن ذكر له خبرا بأن قال هذه طالق أو هذه وهذه طالقان أو قال هذا حر أو هذا وهذا حران فإنه لا يعتق واحد ولا تطلق بل يخير إن اختار الايجاب الاول عتق الاول وحده وطلقت الاولى وحدها، وإن اختار الايجاب الثاني عتق الاخيران وطلقت الاخيرتان والله أعلم.
***
[٥٨٠]
باب اليمين في البيع والشراء والتزويج والصوم والصلاة وغيرها لما كانت الايمان على هذه التصرفات أكثر منها على الصلاة والصوم والحج وما بعدها قدمها عليها. والحاصل أن كل باب فوقوعه أقل مما قبله وأكثر مما بعده. واعلم أن العقود أنواع ثلاثة: منها ما يتعلق حقوقه بمن وقع له العقد لا بالعاقد كالنكاح، ومنها ما يتعلق حقوقه بالعاقد إذا كان العاقد أهلا لتعلق الحقوق به كالبيع والشراء، ومن العقود ما لا حقوق له أصلا كالاعارة والابراء والقضاء والاقتضاء، كذا في فتاوى قاضيخان. وهذا أولى مما في التبيين وفتح القدير وغيرهما من تقسيمها إلى نوعين: نوع تتعلق حقوقه بالعاقد، ونوع لا تتعلق حقوقه بالآمر. فإنه يخرج عنها ما ليس له حقوق أصلا فما تتعلق حقوقه بالعاقد فإن الحالف لا يحنث بمباشرة وكيله لوجود الفعل من الوكيل حقيقة وحكما، وما تتعلق حقوقه بالآمر وما لا حقوق له أصلا فإنه يحنث الحالف أن لا يفعله بفعل وكيله كما يحنث بمباشرته لان الوكيل فيه سفير ومعبر، وقد جعل في المحيط العارية ونحوها مما تتعلق حقوقها بالآمر. قوله: (ما يحنث بالمباشرة لا بالآمر البيع والشراء والاجارة والاستئجار والصلح عن مال والقسمة والخصومة وضرب الولد) لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر وإنما الثابت له حكم العقد إلا أن ينوي غير ذلك. أطلقه المصنف وهو مقيد بما إذا كان الحالف يتولى العقود بنفسه، أما إذا كان الحالف ذا سلطان كالامير والقاضي ونحوهما لا يتولى العقد بنفسه فإنه يحنث بالامر أيضا لانه يمنع نفسه عما يعتاده، فإن كان الآمر يباشره مرة ويفوض أخرى يعتبر الاغلب كما في المحيط. وأطلق في الصلح عن مال وهو مقيد بأن يكون عن الاقرار لانه حينئذ بيع، أما الصلح عن إنكار فهو فداء لليمين في حق المدعى عليه فيكون الوكيل من جانبه سفيرا محضا فكان من القسم الثاني كما سنبينه في كتاب الوكالة. فعلى هذا إذا حلف المدعي أن لا يصالح فلانا عن هذه الدعوى أو عن هذا المال فوكل فيه لا يحنث مطلقا، وإذا حلف المدعى عليه ثم وكل به، فإن كان عن إقرار حنث، وإن كان عن انكار أو
***
[٥٨١]
سكوت لا يحنث. وقيد بالصلح عن المال احترازا عما صرح به في القسم الثاني من الصلح عن دم العمد، وفي المحيط: لو حلف لا يصالح رجلا في حق يدعيه عليه فوكل رجلا فصالحه لم يحنث، ولو قال والله لا أصالح فلانا فأمر غيره فصالحه حنث في القضاء لان الصلح لا عهدة فيه اه‍. ولعل المراد بالفرع الثاني الصلح اللغوي بمعنى عدم العدواة والغيظ لا بمعنى أنه عقد برفع النزاع الذي هو الصلح الفقهي. وفي الواقعات: حلف لا يشتري من فلان فأسلم إليه في ثوب حنث لانه اشترى مؤجلا. حلف لا يشتري عبد فلان فأجر به داره لا يحنث لانه ليس بشراء ألا ترى أنه لا شفعة فيها مع أن الشفعة تثبت في الشراء. حلفه السلطان أن لا يشتري طعاما للبيع ثم

اشترى طعاما لبيته ثم بداله فباعه لا يحنث لانه ما اشترى للبيع، وهذا كمن حلف لا تخرج امرأته إلى بيت والدتها فخرجت للمسجد ثم زارت والدتها لا يحنث. حلف لا يشتري ثوبا جديدا فتفسير الجديد ما لا ينكسر حتى يصير شبه الخلق ويجب أن يكون جديدا قبل الغسل وبعده لا لاعتبار العرف. حلف لا يشتري بقلا فاشترى أرضا فيها مبقلة قد نبتت وشرط ذلك معها حنث. وكذلك لو حلف لا يشتري رطبا فاشترى نخلا بها رطب وشرط ذلك حنث لانه لو لم يشترط لا يدخل في البيع فإذا شرطه حتى دخل يكون له حصة من الثمن فصار مشتريا له. حلف أن لا يبيع داره فأعطاها امرأته في صداقها حنث، كذا ذكر هنا. ويجب أن يكون الجواب على التفصيل إن تزوجها على الدار لا يحنث لان هذا ليس ببيع، وإن تزوجها على الدراهم ثم أعطاها عوضا عن تلك الدراهم حنث لان هذا بيع اهـ. وفي البدائع: حلف لا يشتري ذهبا ولا فضة فاشترى من دراهم أو دنانير أو آنية أو تبرا أو مصوغ حلية أو غير ذلك مما هو ذهب أو فضة فإنه يحنث في قول أبي يوسف. وقال محمد: لا يحنث في الدراهم والدنانير للعرف. ولو حلف لا يشتري حديدا فهو على مضروبه وإبره سلاحا كان أو غير سلاح في قول أبي يوسف. وقال محمد: إن اشترى شيئا من الحديد يسمى بائعه حدادا يحنث وإلا فلا، وبائع الابر لا يسمى حدادا. ولو حلف لا يشتري صفرا فاشترى طست صفر أو كوزا أو تورا حنث وكذلك عند محمد. وقال محمد: لو اشترى فلوسا لا يحنث، ولو حلف لا يشتري صوفا فاشترى شاة على ظهرها صوف لم يحنث، وكذا لو حلف لا يشتري لحما فاشترى شاة حية لم يحنث. ولو حلف لا يشتري دهنا فهو على دهن جرت العادة بالادهان به، ولو حلف لا يشتري بنفسجا أو لا

***

[٥٨٢]

يشمه فهو على الدهن والورق، وأما الحناء والورد فهو على الورق دون الدهن. ولو حلف لا يشتري بزرا فاشترى دهن بزر حنث، وإن اشترى حبا لم يحنث اهـ. وفي الظهيرية: ولو قال لامرأته إن اشتريت شيئا فأنت طالق فاشترت الماء قالوا: إن اشترته في قربة أو جرة طلقت، وإن دفعت الجرة إلى السقاء وخبزا حتى يحمل لها الماء لا تطلق. ولو باع عبده من رجل وسلم إلى المشتري ثم حلف البائع أن لا يشتريه من فلان ثم إن المشتري أقال البيع وقبل البائع الاقالة لا يحنث، ولو كان الثمن ألف درهم فوقعت الاقالة بمائة دينار أو بأكثر من الثمن الاول أو أقل حنث. قيل: هذا قولهما. وأما على قول أبي حنيفة لا يحنث لكونه إقالة على كل حال على ما عرف. ولو حلف وقال والله ما اشتريت اليوم شيئا وقد كان اشترى في ذلك اليوم أشياء لكن بالتعاطي فقد قيل يحنث في يمينه. وفي مجموع النوازل: وضع المسألة في طرف المبيع فقال إذا حلف لا يبيع الخبز فجاء رجل فأعطاه دراهم لاجل الخبز ودفع هو إليه الخبز لا يحنث. وذكر في شهادات القدوري ما يؤيده ما ذكر في مجموع النوازل فقال: لا يسع لمن عاين ذلك أن يشهد على البيع بل يشهد على التعاطي. وإلى هذا مال الماتريدي. ولو حلف لا يشتري قميصا فاشترى قميصا مقطعا غير مخيط لا يحنث. ولو قال إن بعث غلامي هذا أحدا من الناس فامرأته كذا فباعه من رجلين حنث، وكذا إذا قال إن أكل هذا الرغيف أحد فأكله اثنان حنث في يمينه. وفي القنية: حلف لا يبيع فوهب بشرط العوض ينبغي أن يحنث. باع جاريته ثم قال إن دخلت هي في بيعي فهي حرة فإن ردت عليه بغير قضاء تعتق وإلا فلا. حلف إن اشتراها يحنث بالاقالة حلف لا يبيع يحنث ببيع التلجئة اهـ. وعلى هذا فالهبة بشرط العوض داخلة تحت يمين لا يهب نظرا إلى أنها هبة ابتداء فيحنث، وداخلة تحت يمين لا يبيع نظرا إلى أنها بيع انتهاء فيحنث بها. ولو قال إن أجرت داري هذه فهي صدقة ثم احتاج إلى إجارتها فالمخرج له عن اليمين أن يبيعها الحالف من غيره ثم يوكل المشتري الحالف بالاجارة فيؤاجرها بعد القبض ثم يشتريها فتخرج عن يمينه بالاجارة على ملك المشتري اهـ. وقد يقال لا حاجة إلى هذا التكليف لانه لو وكل في إجارتها لا يحنث فكذا لا يلزمه التصدق بها إلا أن يفرق بين النذر واليمين، وسيأتي الفرق بين ضرب الولد وضرب الغلام. وفي الذخيرة: حلف لا يؤجر وله مستغلات آجرتها امرأته

***

[٥٨٣]

وقبضت الاجرة فأنفقت أو أعطتها زوجها لا يحنث، وتركها في أيدي الساكنين لا يكون إجارة فلو قال للساكنين اقعدوا في هذه المنازل فهو إجارة ويحنث، وكذا إذا تقاضى منهم أجرة شهر لم يسكنوا فيه بخلاف ما إذا أنقده أجرة شهر قد سكنوا فيه فإنه ليس بإجارة اهـ. قوله: (وما يحنث بهما النكاح والطلاق والخلع والعتق والكتابة والصلح عن دم العمد والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والبناء والخياطة والايداع والاستيداع والاعارة والاستعارة وقضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل) بيان لثلاثة

أنواع: الاول ما ترجع حقوقه إلى الآمر. الثاني ما لا حقوق له أصلا. الثالث ما كان من الافعال الحسية. والضمير في قوله بهما عائد إلى المباشرة والامر وفيه تسامح لانه لا يحنث بمجرد الامر بل لا بد من فعل الوكيل حتى لو حلف لا يتزوج فوكل به لا يحنث حتى يزوجه الوكيل، فلو قال وما يحنث بفعله وفعل ما موره لكان أولى. وفسر الشارح الزيلعي الامر بالتوكيل وليس مقتصرا عليه بل هو أعم من التوكيل والرسالة لانه يحنث بالرسالة. والدليل على عدم اقتصاره على التوكيل أن من هذا النوع الاستعواض والتوكيل به غير صحيح، وإنما حنث في هذا النوع بفعل المأمور لما أن غرض الحالف التوقي عن حكم العقد وحقوقه وهذه العقود تنتقل إليه بحقوقها فصار كمباشرته في حق الاحكام وصار الوكيل سفيرا ومعبرا ولهذا لا يستغني عن إضافتها إلى الآمر. وما كان من الافعال حسيا كضرب الغلام والذبح ونحوهما منقول أيضا إلى الآمر حتى لا يجب الضمان على الفاعل فكان منسوبا إليه فيحنث. وقد فرق المصنف بين ضرب الولد وضرب العبد، فلو حلف لا يضرب ولده فضربه غيره بأمره لا يحنث، ولو حلف لا يضرب عبده فضربه غيره بأمره حنث بناء على أن منفعة ضرب الولد عائدة إلى الولد المضروب وهي التأدب والتثقيف أي التقويم وترك الاعوجاج في الدين والمروءة والاخلاق فلم ينسب فعل المأمور إلى الآمر وإن كان يرجع إلى الاب أيضا لكن أصل المنافع وحقيقتها إنما ترجع إلى المتصف بها فلا موجب للنقل بخلاف ضرب العبد فإن منفعته راجعة إلى الآمر على الخصوص وهو ما يحصل من أدبه وانزجاره وإن كان نفعه يرجع إلى العبد لكنه غير مقصود. فالحاصل أن المقصود من ضرب الولد حاصل له وإن حصل للاب ضمنا، والمقصود من ضرب العبد حاصل للمولى وإن حصل للعبد ضمنا فافترقا. وفي فتح القدير: وما في عرفنا

***

[٥٨٤]

وعرف عامتنا فإنه يقال ضرب فلان اليوم ولده وإن لم يباشر، ويقول العامي لولده غدا أسقيك علقة ثم يذكر لمؤدب الولدان يضربه فيعد الاب نفسه أنه قد حقق إيعاده ذلك ولم يكذب فمقتضاه أن تنعقد على معنى لا يقع به ضرب من جهتي ويحنث بفعل المأمور اه. وينبغي أن يكون مرادهم بالولد الولد الكبير لانه لا يملك ضربه فهو كما لو حلف لا يضرب حرا أجنبيا فإنه لا يحنث إلا بالمباشرة لانه لا ولاية له عليه فلا يعتبر أمره إلا أن يكون الحالف سلطانا أو قاضيا لانهما يملكان ضرب الاحرار حدا وتعزيرا فملكا الامر به. وأما الولد الصغير فكالعبد لما في فتاوى قاضيخان: ولو حلف لا يضرب ولده الصغير فأمر غيره فضربه ينبغي أن يحنث الحالف لان الاب يملك ضرب ولده الصغير فيملك التفويض إلى غيره ويكون بمنزلة القاضي والسلطان اه. وإنما لم يجزم به في الفتاوى لان الولد أعم من الصغير والكبير ولم يخصص بالكبير في الروايات. وفي الذخيرة: ولو حلف على امرأته لا يضربها فأمر غيره حتى ضربها فقد قيل إنها نظير العبد فيحنث في يمينه، وقيل إنها نظير الولد فلا يحنث الحالف في يمينه اه. ولم يرجح وينبغي ترجيح الثاني لان معظم المنفعة تعود لها وإن حصلت للزوج ضمنا ولو نوى المباشرة بنفسه فقط في هذه النوع قالوا: فما كان الحكميات كالتزوج والطلاق فإنه يصدق ديانة لا قضاء، وما كان من الحسيات كالضرب والذبح فإنه يصدق ديانة وقضاء. والفرق أن الطلاق ليس إلا تكلما بكلام يفضي إلى الوقوع والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما، فإذا نوى أن لا يليه فقد نوى الخصوص في العام فلا يصدق قضاء لانه خلاف الظاهر. وما كان حسيا فإنه يعرف بأثره المحسوس في المحل وإنما يحصل بالفعل فكان فيه حقيقة والنسبة إلى الآمر بالسبب مجاز، فإذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه. وقيد بالنكاح لانه لو قال والله لا أزوج فلانة فأمر رجلا فزوجها لا يحنث بخلاف التزوج. قال محمد بن الوليد: سألت نجم الدين عن الفرق فقال: التزويج بأمره لا يلحقه حكمه والتزوج بأمره يثبت حكمه لو وهو الحل، كذا في الفيض معزيا إلى مجموع النوازل. وفي البدائع: حلف لا يزوج بنته الصغيرة فتزوجها رجل بغير أمره فأجاز حنث لان حقوقه تتعلق بالمجيز، ولو حلف لا يزوج ابنا له كبيرا فأمر رجلا فزوجه ثم بلغ الابن فأجاز أو زوجه رجل وأجاز الاب ورضي الابن لم يحنث، وسيأتي تمامه في قوله لو حلف لا يتزوج فأجاز بالقول حنث وبالفعل لا. وفي الظهيرية: رجل قال لامرأة لا يحل له نكاحها إن تزوجتك فعبدي حر فتزوجها حنث لان يمينه تنصرف إلى ما يتصور. عبد حلف أن لا يتزوج فزوجه مولاه وهو كاره لذلك لم يحنث لان لفظ النكاح وجد من المولى. ولو حلف رجل أن لا يتزوج امرأة فأذكره على النكاح فتزوج

***

[٥٨٥]

حنث في يمينه لانه وجد لفظ النكاح منه. رجل حلف أن لا يتزوج من أهل هذه الدار وليس للدار أهل ثم سكنها قوم فتزوج منهم أو قال لا أتزوج من بنات فلان وليس لفلان بنت ثم ولدت له بنت فتزوجها الحالف لا يحنث. ولو حلف لا يتزوج من أهل الكوفة فتزوج امرأة من أهل الكوفة لم تكن ولدت قبل اليمين حنث. ولو حلف أن لا يتزوج بالكوفة ثم أراد أن يتزوج فالمخرج له أن يوكل الرجل وكيلا والمرأة كذلك ثم يخرج الوكيلان ويعقدان عقد النكاح خارج الكوفة فلا يحنث الحالف لان المعتبر مكان العقد. ولو حلف لا يتزوج امرأة إلا على أربعة دراهم فتزوج امرأة على أربعة دراهم وكمل القاضي عشرة أو زاد الزوج بعد العقد من تلقاء نفسه في مهرها لا يحنث. ولو حلف لا يتزوج من نساء أهل البصرة فتزوج امرأة كانت ولدت بالبصرة ونشأت بالكوفة يحنث الحالف في قول أبي حنيفة لان المعتبر عنده في هذا المولد دون المنشأ. ولو حلف لا يتزوج امرأة كان لها زوج قبله فطلق امرأته تطليقة بائنة ثم تزوجها قال محمد لا يحنث في يمينه لان يمينه تنصرف إلى غيرها. ولو طلق امرأته ثم قال إن تزوجت امرأة باسمك فهي طالق ثم تزوجها لم تطلق. ولو قال إن تزوجت امرأة بهذا الاسم فهي طالق فتزوجها طلقت. والفرق أن فيما تقدم صارت معرفة بكاف الخطاب فلا تدخل تحت النكرة، وفيما تأخر لم تصر معرفة فتدخل تحت النكرة. ولو حلف لا يتزوج امرأة على وجه الارض ونوى امرأة بعينها دين فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء، ولو نوى كوفية أو بصرية لا يدين أصلا، وكذا لو نوى امرأة عوراء أو عمياء، ولو نوى عربية أو حبشية دين فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى الجنس اهـ. وأطلق المصنف في الطلاق والعتاق وهو مقيد بأن يقعا بكلام وجد بعد اليمين، أما إذا وقعا بكلام وجد قبل اليمين فلا يحنث حتى لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق ثم حلف أن لا يطلق فدخلت لم يحنث لان وقوع الطلاق عليها بكلام كان قبل اليمين. ولو حلف أن لا يطلق ثم علق الطلاق بالشرط ثم وجد الشرط حنث، ولو وقع الطلاق عليها بمضي مدة الايلاء فإن كان الايلاء قبل اليمين لا يحنث وإلا حنث. ولو فرق بينهما بالعنة لا يحنث عند زفر، وعن أبي يوسف روايتان. وعلى هذا لو حلف أن لا يعتق يشترط للحنث وقوع العتق بكلام وجد بعد اليمين، ولو أدى المكاتب فعتق فإن كانت الكتابة قبل اليميمن لا يحنث، وإن كنت بعده يحنث، كذا في التبيين.

***

[٥٨٦]

وفي الظهيرية: حلف ليطلقن فلانة اليوم وفلانة أجنبية أو مطلقته ثلاثا أو ممن لا يحل له نكاحها أبدا تنصرف يمينه إلى صورة الطلاق اهـ. وفي المحيط: إذا حلف لا يكاتبه ففعله إنسان بغير أمره فأجازه حنث اهـ. وأما الهبة والصدقة ففي الظهيرية: حلف أن لا يهب لفلان فوهب هبة غير مقسومة حنث، وكذلك الاعمار والنحل والارسال إليه مع رسوله. وصورة الاعمار أن يقول صاحب الدار لغيره هي لك ما دمت حيا فإذا مت ردت إلي، وكذا لو أمر غيره حتى وهب حنث، وكذا لو أجاز هبة الفضولي عبده، ولو حلف لا يهب لفلان فوهب على عوض حنث ولا يحنث بالصفة في يمين الهبة اهـ. وأما القرض والاستقراض ففي الظهيرية: حلف لا يستقرض فاستقرض ولم يقرضه حنث. وأما الاعارة والاستعارة ففي الظهيرية: لو حلف لا يعبر ثوبه فلانا فبعث فلان وكيلا إلى الحالف واستعاره فأعاره الحالف حنث، ولو حلف لا يستعير من فلان شيئا فأردفه فلان على دابته فردفه لا يحنث اهـ. وفي الذخيرة: حلف لا يستعير من فلان شيئا ينصرف إلى كل موجود تصح إعارته وكان ذلك عينا ينتفع به مع بقاء عينه، فإن دخل دار المحلوف عليه ليستقي من بئره فاستعار منه الرشا والدلو اختلف المشايخ فيه، قيل يحنث، وقيل لا لانه لم تثبت يده عليهما لانهما في يد صاحب الدار فلا يكون مستعيرا. وهذا إشارة إلى أن الاعارة لا تتم إلا بالتسليم وهذا هو الطريق فيما إذا أردفه على دابته فعلى قياس هذا التعليل إذا استعار منه الرشا والدلو من بئر ليس في ملك المحلوف عليه يحنث اهـ. وقد زاد في الخانية أن من هذا القسم تسليم لنفقة فإذا حلف لا ينفق فوكل حنث. ولم يذكر المصنف الشركة. وفي الظهيرية: ولو حلف لا يعمل مع فلان في قصارة ففعل مع شريك فلان حنث، ولو عمل مع عبده المأذون لا يحنث لان كل واحد من الشريكين يرجع بالعهدة على صاحبه ويصير الحالف عاملا مع المحلوف عليه وإن كان عقد الشركة نفسه لا يوجب الحقوق، أما العبد المأذون فلا يرجع بالعهدة على المولى فلا يصير الحالف شريكا لمولاه. ولو حلف لا يشارك فلانا في هذه البلدة ثم خرجا عنها وعقدا عقد الشركة ثم دخلاها وعملا فيها، إن كان الحالف نوى في يمينه أن لا يعقد عقد الشركة في البلدة لا يحنث، وإن نوى أن لا يعمل بشركة فلان حنث. وإن دفع أحدهما إلى صاحبه مالا مضاربة فهذا

والاول سواء لان المضاربة شركة في عرفنا. ولو حلف لا يشارك فلانا فأخرج كل واحد منهما دراهمه واشتركا حنث الحالف، خلطا أو لم يخلطا. ولو حلف لا يشارك فلانا فشاركه بمال ابنه الصغير لا يحنث، ولو حلف لا يشارك فلانا ثم إن الحالف دفع إلى رجل مالا بضاعة وأمره أن يعمل فيه برأيه فشارك المدفوع إليه المال الرجل الذي حلف رب
***
[٥٨٧]
المال أن لا يشاركه يحنث لان الحالف لانه صار شريكا للمحلوف عليه لان المستبضع لاحق له في الربح فكان العامل شريحا لرب المال، ولو كان مكان المستبضع مضارب والمسألة بحالها لا يحنث لان المشارب له حق في الربح فكان المحلوف عليه شريكا للمضارب، ولو كان المستبضع حلف أن لا يشارك أحدا فدفع المال شريكه بإذن المستبضع لا يحنث رجل. قال لاخيه إن شاركتك فحلال الله علي حرام ثم بداهما أن يشتركا قالوا: إن كان للحالف ابن كبير ينبغي أن يدفع الحالف ماله إلى ابنه مصاربة ويجعل لابنه شيئا يسيرا من الربح ويأذن لابنه أن يعمل فيه برأيه، ثم إن للابن أن يشارك عمه فإذا فعل الابن ذلك كان الابن ما شرط له الاب من لربح والفاضل على ذلك إلى النصف يكون للاب ولا يحنث، ولو كان مكان الاب أجنبي فالجواب كذلك اه. وأشار المصنف بقضاء الدين إلى أن الدفع كذلك. قال في المحيط: حلف لا يدفع إلى فلان ماله فأمر غيره فضمنه ونقده بضمانه فهو حانث لانه إذا أنقده رجع به عليه فصار كائنه دفعه إليه، وكذلك لو أحاله عليه فأعطاه. ولو كانت الحوالة والكفالة بغير أمره لا يحنث بأدائه، وكذا إذا تبرع رجل بالاداء اه. ثم اخدمها بغسل القصعة فغسلتها، فإن كان من عادة المرأة أنها تغسل بنفسها لا غير يقع الطلاق لوجود الشرط، وإن كان من عادتها أنها لا تغسل إلا بخادمها وعرف الزوج ذلك لا يقع، وإن كان من عادتها أنها تغسل بنفسها وبخادمها فالظاهر أنه يقع إلا إذا غنى الزوج الآمر بالغسل فلا يقع اه. وأشار المصنف بقضاء الدين إلى أن الاعطاء كذلك ولذا قال في المحيط: حلف ليعطين فلانا حقه فأمر غيره بالاداء أو أحاله فقبض بر ولو كان بغير أمره حنث اه. وإذا حنث بالامر في حلفه لا يقضي دينه بر بالتوكيل في حلفه ليقضين دينه وكذا في قبضه نفيا واثباتا، فإذا حلف ليقضين من فلان حقه فأخذ من وكيله أو كفيله أو من المحتال عليه بأمر المطلوب بر، وإن كانت الحوالة والكفالة بغير أمر المطلوب لم يبر، كذا في المحيط. ولم يذكر المصنف الحوالة والكفالة. قال في المحيط: حلف لا يكفل عنه شيئا فكفل نفسه لا يحنث لانه كفل به لا عنه لان كلمة عنه إنما تستعمل في الكفالة بالمال لا في الكفالة بالنفس. يقال كفل عنه أي بماله وكفل به أي بنفسه. ولو كفل عن كفيله بأمره لا يحنث لانه ما كفل عنه وإنما كفل عن غيره. لو حلف لا يكفل فلانا أو لفلان فكفل بنفسه حنث، ولو كفل عنه بالمال لا يحنث. حلف لا يكفل عن فلان فأحاله فلان على الحالف لغريمه إن كان للمحتال له دين على المحيل يحنث وإلا فلا لان في الحوالة ما في الكفالة وزيادة لان فيها التزاما وضمانا اه. وفي الذخيرة: حلف لا يوضي بوصية فوهب في مرض موته شيئا لا يحنث لان ذلك ليس بوصية لكن أعطى الشرع لها حكم الوصية فلا يظهر في حق حكم الحنث اه. وفي الوقعات: حلف لا يأتمن فلانا على شئ فأراه درهما وقال انظر إلى هذا ولم يفارقه لا يحنث لانه لم يأتمنه، ولو دفع إليه دابته وقال امسكها حتى أصلي فهو حانث لانه أئتمنه عليه. ولم يذكر المصنف التولية وقد
***
[٥٨٨]
صارت حادثة الفتوى فسئلت عن قاضي القضاة لو حلف لا يولي فلانا القضاء فوكل من ولاه فأجبت: يحنث لانه من قسم ما لا حقوق له فيحنث بفعل وكيله. قوله: (ودخول اللام على البيع والشراء والاجارة والصياغة والخياطة والبناء كأن بعت لك ثوبا لاختصاص الفعل بالمحلوف عليه بأن كان بأمره كان ملكه أولا وعلى الدخول والضرب والاكل والشرب والعين كان بعت ثوبا لك لاختصاصها به بأن كان ملكه أمره أولا) يعني أن اللام إذا تعلقت بفعل قبلها فلا يخلو إما أن يكون ذلك الفعل تجري فيه النيابة أولا، فإن كان الاول فلا يخلو إما أن تلي اللام الفعل متوسطة بينه وبين المفعول أو تلي المفعول، فإن كان الاول كقوله إن بعت لك ثوبا إن اشتريت لك ثوبا إن أجرت لك بيتا إن صنعت لك خاتما إن خطت لك ثوبا إن بنيت لك بيتا فإن اللام للاختصاص والوجه الظاهر فيها التعليل، ووجه إفادتها الاختصاص أنها تضيف متعلقها وهو الفعل لمدخولها وهو كاف الخطاب فيفيد أن المخاطب مختص بالفعل، وكونه مختصا به يفيد أن لا يستفاد إطلاق فعله إلا من جهته وذلك يكون بأمره، وإذا باع بأمره كأن يبيعه إياه من أجله

وهي لام التعليل فصار المعقود عليه أن لا يبيعه من أجله، فإذا دس المخاطب ثوبه بلا علمه فباعه لم يكن باعه من أجله لان ذلك لا يتصور إلا بالعلم بأمره، ويلزم من هذا كون هذا لا يكون إلا في الافعال التي تجري فيها النيابة. وإن كان الثاني أعني ما إذا وقعت عقب المفعول كأن بعت ثوبا لك فهي للاختصاص أيضا وهو اختصاص العين بالمخاطب وهو كون العين مملوكة للمخاطب فيحنث إذا باع ثوبا مملوكا للمخاطب، سواء كان بإذنه أو بغير إذنه، لان المحلوف عليه يوجد مع
***
[٥٨٩]
أمره وعدم أمره وهو بيع ثوب مختص بالمخاطب لان اللام هنا أقرب إلى الاسم الذي هو الثوب منه للفعل والقرب من أسباب الترجيح. وأما الثاني أعني ما إذا كان الفعل لا تجري فيه النيابة مثل الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة، فلا فرق بين أن تكون اللام عقب الفعل أو عقب العين فإنها تكون لاختصاص العين بالمخاطب نحو إن أكلت لك طعاما أو طعاما لك أو شرابا لك شرابا لك أو ضربت لك غلاما أو غلاما لك أو دخلت لك دارا أو دار لك فيحنث بدخول دار تنسب إلى المخاطب وبأكل طعام يملكه، سواء كان بعلمه أو بأمره أو دونهما. وفي فتاوى قاضيخان في فصل الاكل رجل قال والله لا أبيع لفلان ثوبا فباع الحالف ثوبا للمحلوف عليه ليجيز صاحب الثوب حنث الحالف، أجاز المحلوف عليه أو لم يجز. ولو باعه الحالف وهو لا يريد بذلك أن يكون البيع للمحلوف عليه وإنما يريد بيعه لنفسه لا يكون حانثا اه. فهذا يفيد أن المحلوف عليه بيعه لاجله سواء كان بأمره أو لا وهو يتحقق بدون الامر بأن يقصد الحالف بيعه لاجل فلان، وهذا مما يجب حفظه فإن ظاهر كلامهم هنا يخالفه مع أنه هو الحكم، فلو حذف المصنف قوله بأن كان بأمره لكان أولى إلا أن يراد أن كلامهم هنا في تعليق العتق والطلاق وكلام قاضيخان في اليمين بالله تعالى بدليل ما ذكره قاضيخان في الفتاوى أيضا: رجل قال إن بعت لك ثوبا فعبدي حر فهذا على أن يبيع ثوبا بأمر المحلوف عليه، كان الثوب ملكا للمحلوف عليه أو لم يكن. ولو قال إن بعت ثوبا لك فهو على أن يبيع ثوبا ملكا للمحلوف عليه اه. والفرق بين اليمين بالله تعالى وبين غيرها بعيد كما لا يخفى لكن ذكر في المحيط ما في المختصر عن الجامع وذكر الفرع المذكور في الخانية من فصل الاكل عن ابن سماعة عن محمد فظاهره أنه ضعيف. وفي المحيط أيضا: حلف لا يشتري لفلان فأمر غيره بالشراء والآمر ينوي الشراء للمحلوف عليه لا يحنث لانه لم يشتر له لان الشراء يقع للآمر لانه قد وجد
***
[٥٩٠]
نفاذا عليه فينفذ عليه فلا يقع للمحلوف عليه اه. وبهذا علم أنه لا فرق في المسألة الاولى بين أن يذكر المفعول به أولا. وفي الظهيرية: وإن حلف لا يشتري لفلان ثوبا فأمره فلان أن يشتري لابنه الصغير ثوبا فاشتراه لا يحنث، وكذا لو أمره أن يشتري لعبده ثوبا فاشتراه لا يحنث اه. وبه علم أن في المسألة الاولى لا بد أن يكون قد أمره المحلوف عليه بأن يفعله لنفسه لا مطلق الامر كما في المختصر وغيره. وأطلق المصنف الضرب فشمل ضرب الغلام وضرب الولد. ووقع في الهداية التعبير بضرب الغلام فاختلفوا في الغلام فذكر ظهير الدين أن المراد بالغلام يطلق على الولد قال الله تعالى * (فبشروه بغلام عليم) * [الذاريات: ٨٢] وذكر قاضيخان أن المراد به العبد للعرف ولان الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم به فانصرف إلى المحل المملوك بالتقديم والتأخير على ما بينا. قوله: (فإن نوى غيره صدق فيما عليه) أي فإن نوى غير ما هو ظاهر كلامه صدق فيما فيه تشديد على نفسه ديانة وقضاء بأن باع ثوبا مملوكا للمخاطب بغير أمره في المسألة الاولى ونوى بالاختصاص الملك فإنه يحنث ولولا نيته لما حنث، أو باع ثوبا لغير المخاطب بأمر المخاطب في المسألة الثانية ونوى الاختصاص بالامر فإنه يحنث ولولا نيته لما حنث لانه نوى ما يحتمله كلامه بالتقديم والتأخير وليس فيه تخفيف فيصدقه القاضي أيضا، قيد بما عليه لانه لو نوى ما فيه تخفيف كعكس هاتين المسألتين فإنه يصدق ديانة لانه محتمل كلامه، ولا
***
[٥٩١]
يصدق قضاء لانه خلا ف الظاهر وهو منهم، وقدمنا أن هذا الفرق بين الديانة والقضاء لا يتأتى في اليمين بالله تعالى لان الكفارة لا مطالب لها. قوله: (إن بعته أو ابتعته فهو حر فعقد بالخيار حنث) لوجود الشرط في المسألة الاولى وهو البيع والملك فيه قائم فينزل

الجزاء، وكذا في المسألة الثانية قد وجد الشرط وهو الشراء والملك قائم فيه. وقوله عقد بالخيار أي باع في الاولى وشرط الخيار لنفسه واشترى في الثانية وشرط الخيار لنفسه، وكون الملك موجودا في المسألة الاولى ظاهر لانهم اتفقوا أن البائع إذا شرط الخيار لنفسه لا يخرج المبيع عن ملكه. وأما في الثانية فكذلك عندهما لان المبيع مملوك للمشتري عندهما، وأما عند الامام فلان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز، ولو نجز المشتري بالخيار العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا. قيد بالخيار لانه لو حلف لا يبيعه بأن قال إن بعته فهو حر فباعه بيعا صحيحا بلا خيار لا يعتق لانه خرج عن ملكه وسيأتي حكم الفاسد والباطل. ولا يخفى أنه إذا باعه بشرط الخيار للمشتري أنه لا يعتق أيضا لانه بات من جهته. وكذا إذا قال إن اشتريته فهو حر فاشتراه بالخيار للبائع لا يعتق أيضا لانه باق على ملك بائعه كما صرح به في الذخيرة، وسواء أجاز البائع بعد ذلك أو لم يجز. وذكر الطحاوي أنه إذا أجاز البائع البيع يعتق لان الملك يثبت عند الاجازة مستندا إلى وقت العقد بدليل أن الزيادة الحادثة بعد العقد قبل الاجازة تدخل في العقد، كذا في البدائع. وقيد بقوله إن ابتعته لانه لو قال إن ملكته فهو حر فاشتراه بشرط الخيار لا يعتق عند الامام لان الشرط وهو الملك لا يوجد عنده لعدم الملك عنده كما عرف في بابه. وقيد بالتعليق لان المشتري بالخيار لو كان ذا رحم محرم من المبيع فإنه لا يعتق عليه إلا بمضي المدة عند الامام لعدم الملك فإنه لم يوجد منه تكلمه بالاعتاق بعد الشراء بشرط الخيار حتى سقط خياره، وإنما يعتق على القريب بحكم الملك ولا ملك للمشتري بالخيار، والشارع إنما علق عتقه بالملك لا بالشراء، أما هنا فالايجاب المعلق صار منجزا عند الشرط وصار قائلا أنت حر فينفسخ الخيار ضرورة، كذا في فتح القدير. وفي الذخيرة: إذا قال إن اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه لغيره هل تنحل يمينه؟ لم يذكر محمد هذه المسألة في شئ من الكتب وحكي عن الفقيه أبي بكر البلخي أنه قال: لقائل أن يقول تنحل يمينه ولقائل أن يقول لا تنحل وهو الاشبه لانه إنما يراد بمثل هذه اليمين عرفا لشراء لنفسه لا الشراء لغيره لان العتق من جهة الحالف لا يقع إلا بالشراء لنفسه وصار تقدير المسألة كأنه قال إن اشتريتك لنفسي فأنت حر، ولو صرح بذلك واشتراه لغيره لا تنحل يمينه فكذا هذا.

***

[٥٩٢]

وبهذا الحرف يقع الفرق بين هذا وبين ما إذا قال لامرأته إن اشتريت غلاما فأنت طالق فاشتراه لغيره أن اليمين تنحل لان هناك لم يوجد ما يدل على إرادته الشراء لنفسه فإن الطلاق من قبله يقع على امرأته اشتراه لنفسه أو لغيره أما هنا بخلافه اه‍. وفي الظهيرية: رجل قال لامته إن بعت منك شيئا فأنت حرة ثم باع نصفها من الزوج الذي ولدت منه أو باع نصفها من أبيها لا يقع عتق المولى عليها باليمين، ولو كان البيع من الاجنبي وقع عتق المولى عليها. والفرق أن الولادة من الزوج والنسب من الام مقدم فيقع ما تقدم سببه أولا، وهذا المعنى لا يمكن اعتباره في حق الاجنبي، وكذا لو قال إن اشتريت من هذه الجارية شيئا فهي مدبرة ثم اشتراها هو وزوجها الذي ولدت منه فهي أم ولد لزوجها ولا يقع عليها تدبير المشتري للمعنى الذي أشرنا إليه اه‍. وقيد بكونه حلف بعتق العبد المبيع لانه لو حلف لا يبيع أو علق طلاق زوجته على البيع أو عتق عبده على البيع فباع بيعا فيه خيار للبائع أو للمشتري لم يحنث في قول أبي يوسف، وحنث في قول محمد: قال محمد: سمعت أبا يوسف قال فيمن قال إن اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام فمضت مدة الثلاث ووجب البيع يعتق وهو على أصله صحيح لان اسم البيع عنده لا يتناول البيع المشروط فيه الخيار فلا يصير مشتريا بنفس القبول بل عند سقوط الخيار والعبد في ملكه عند ذلك فيعتق. وذكر القاضي الاسبيجابي في البيع بشرط خيار البائع أو المشتري أنه يحنث ولم يذكر الخلاف، وأصل فيه أصلا وهو أن كل بيع يوجب الملك أو تلحقه الاجازة يحنث به وما لا فلا، كذا في البدائع. قوله: (وكذا بالفاسد والموقوف لا بالباطل) أي يحنث إذا عقد فاسدا أو موقوفا في المسألتين وهو مجمل لا بد من بيانه، أما في المسألة الاولى وهو ما إذا قال إن بعتك فأنت حر فباعه بيعا فاسدا فإن كان في يد البائع أو في يد المشتري غائبا عنه بأمانة أو رهن يعتق عليه لانه لم يزل ملكه عنه، وإن كان في يد المشتري حاضرا أو غائبا مضمونا بنفسه لا يعتق لانه بالعقد زال ملكه عنه. وأما في الثانية وهي ما إذا قال إن اشتريته فهو حر فاشتراه شراء فاسدا، فإن كان في يد البائع لا يعتق لانه على ملك البائع بعد، وإن كان في يد المشتري وكان حاضرا عنده وقت العقد يعتق لانه صار قابضا له عقب العقد فملكه، وإن كان غائبا في بيته أو نحوه، فإن كان مضمونا بنفسه كالمغصوب يعتق لانه ملكه بنفس الشراء، وإن كان أمانة أو كان مضمونا بغيره كالرهن لا يعتق لانه لا يصير

قابضا عقب العقد، كذا في البدائع. وفي المحيط عن أبي يوسف: لو قال إن اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا شراء فاسدا ثم تتاركا البيع ثم اشتراه صحيحا قال: لا يعتق لانه حنث في الشراء الفاسد لانه شراء حقيقة فانحلت اليمين وارتفعت بخلاف النكاح. لو حلف وقال إن تزوجتك فأنت طالق فتزوجها فاسدا ثم تزوجها صحيحا طلقت لان اليمين لم تنحل بالنكاح الفاسد لانه ليس
***
[٥٩٣]
بنكاح مطلق اه. وفي الذخيرة: حلف لا يبيع فباع بيعا فاسدا يحنث في يمينه وهو الصحيح لانه بيع تام ليس في المحل ما ينافي انعقاده إلا أنه تراخى حكمه وهو الملك، وأنه لا يدل على نقصان فيه، وكذا إذا عقد يمينه على الماضي بأن قال إن كنت اشتريت اليوم أو قال إن كنت بعت اليوم اه. وأما في الموقوف فصورته فيما إذا كان الحالف البائع أن يبيعه لشخص غائب قبل عنه فضولي فيعتق العبد على البائع لوجود الشرط، وإذا كان الحالف المشتري فإنه إذا اشتراه ببيع الفضولي له فإنه يحنث عند إجازة البائع فيعتق العبد، وفي التبيين ما يخالفه. وأما إذا حلف لا يشتري أو لا يبيع فاشترى أو باع موقوفا فإنه يحنث في يمينه قبل الاجازة، وأما بالعقد الباطل فإنه لا يحنث به لانه ليس ببيع لانعدام معناه وهو ما ذكر، ولانعدام حصول المقصود منه وهو الملك لانه لا يفيد الملك. وفي المحيط: حلف لا يشتري اليوم شيئا فاشترى عبدا بخمر أو خنزير، قبض أو لم يقبض، أو اشترى عينا لم يأمره صاحبه بالبيع حنث قبل إجازة صاحبه لان هذا بيع فاسد والبيع الفاسد بيع حقيقة لما بينا. وكذا لو اشترى بالدين لانه مال ولو اشتراه بدم أو ميتة لا يحنث لانه ليس ببيع لعدم المال بخلاف الخمر والخنزير لانهما مال. ولو اشترى مكاتبا أو مدبرا أو أم ولد لم يحنث لان في المحل ما ينافي التمليك والتملك وهو حق الحرية فلا ينعقد العقد فيه تمليكا فلا يتحقق بيعا إلا أن في المكاتب والمدبر يحنث إن أجاز القاضي أو المكاتب لان المنافي زال بالقضاء لانه فصل مجتهد فيه، وبإجازة المكاتب انفسخت الكتابة فارتفع المنافي فتم العقد اه. وهذا إذا اشترى هذه الاشياء، فلو اشترى بهذه الاشياء لم يذكر محمد هذا الفصل واختلف المشايخ فيه قال بعضهم يحنث، وقال بعضهم لا يحنث، كذا في الذخيرة، وفي الظهيرية: إذا حلف ليبيعن هذه وهي أم ولد له أو هذه المرأة الحرة أو هذا
***
[٥٩٤]
الحر المسلم فباعهم بر في يمينه عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف في الحر المسلم كذلك. فأما في أم الولد والحرة فاليمين على الحقيقة اه. وقيد بالبيع والشراء لانه لو حلف لا يتزوج هذه المرأة فهو على الصحيح دون الفاسد حتى لو تزوجها نكاحا فاسدا لا يحنث لان المقصود من النكاح الحل ولا يثبت بالفاسد بخلاف البيع المقصود منه الملك فإنه يحصل بالفاسد. وكذا لو حلف لا يصلي ولا يصوم فهو على الصحيح حتى لو صلى بغير طهارة أو صام بغير نية لا يحنث، ولو كان ذلك كله في الماضي بأن قال إن كنت تزوجت أو صليت أو صمت فهو على الصحيح والفاسد لان الماضي لا يقصد به الحل والتقرب وإنما يقصد به الاخبار عن المسمى بذلك، فإن عنى به الصحيح دين في القضاء لانه النكاح المعنوي، كذا في البدائع. وقدمنا أنه لو حلف لا يهب فوهب هبة غير مقسومة حنث كما في الظهيرية، فعلم أن فاسد الهبة كصحيحها، ولا يخفى أن الاجارة كذلك لانها بيع. قوله: (إن لم أبع فكذا فاعتق أو دبر حنث) يعني لو قال إن لم أبع هذا البعد فامرأته طالق فأعتقه أو دبره فإنه يقع عليه الطلاق لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات المحلية وأورد عليه منع وقوع اليأس في العتق مطلقا بل في العبد، أما في الامة فجاز أن ترتد بعد العتق فتسبى فيملكها هذا الحالف فيعتقها، وفي التدبير مطلقا لجواز أن يقضي القاضي ببيع المدبر أجيب بأن من المشايخ من قال لا تطلق لهذا الاحتمال، والصحيح أنها تطلق لان ما فرض من الامور الموهومة الوقوع فلا تعتبر لان الحلف على بيع هذا الملك لا كل ملك. وأجيب أيضا عن المدبر أن بيعه بيع قن لانفساخ التدبير بالقضاء فيعتق. ولا فرق بين كون العبد ذميا أو مسلما فيجري اختلاف المشايخ فيه والتصحيح. وأشار بالتدبير إلى أن الاستيلاد كذلك كما في الذخيرة. والمراد بالتدبير المطلق منه ولا يحنث بالمقيد كما أشار إليه في فتح
***
[٥٩٥]
القدير. وينبغي أنه إذا قال إن لم أبعك فأنت حر فدبره تدبيرا مطلقا أن يعتق لوجود الشرط كما ذكروه، وكذا لو استولدها. وأما إذا قال إن لم أبعك فأنت حر فأعتقه فإنه يبطل التعليق لان تنجيز العتق يبطل تعليقه كتنجيز الثلاث يبطل تعليقه ويتفرع على الحنث لفوات

المحل فرعان في القاسمية: الاول لو قال لها إن لم تضعي هذا في هذا الصحن فأنت طالق فكسرته وقع الطلاق. الثاني وعزاه إلى الذخيرة: لو قال لها إن لم تذهبي فتأتي بهذا الحمام فأنت طالق فطار الحمام وقع الطلاق اه. قوله: (قالت تزوجت على فقال كل امرأة لي طالق طلقت المحلفة) بكسر اللام أي المرأة التي دعته إلى الحلف وكانت سببا فيه. وعن أبي يوسف أنها لا تطلق لانه أخرجه جوابا فينطبق عليه، ولان غرضه إرضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به. وجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا وقد يكون غرضه إيحاشها حين اعترضت عليه فيما أحله الشرع، ومع التردد لا يصلح مقيدا، ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام. واختار شمس الائمة السرخسي وكثير من المشايخ رواية أبي يوسف، وفي جامع قاضيخان وبه أخذ مشايخنا، وذكر في الغاية معزيا إلى الذخيرة: الاولى تحكم الحال إن كان قد جرى بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه يقع الطلاق عليها أيضا وإن لم يكن كذلك لا يقع اه. وفي الولوالجية: رجل قيل له ألك امرأة غير هذه المرأة؟ فقال: كل امرأة لي فهي طالق. لا تطلق هذه المرأة. فرق بين هذا وبين ما إذا قالت المرأة لزوجها إنك تريد أن تتزوج على امرأة أخرى فقال إن تزوجت امرأة فهي طالق حيث تطلق هذه المرأة إذا أبانها ثم تزوجها. والفرق هو قول الزوج بناء على القول الاول فإنما يدخل تحت قوله ما يحتمل الدخول تحت القول الاول فقولها إنك تزوجت على امرأة اسم المرأة يتناولها كما يتناول غيرها، أما هنا قوله غير هذه المرأة لا يحتمل هذه المرأة فلا تدخل تحت قوله. ثم اعلم أن النكرة تدخل تحت النكرة والمعرفة لا تدخل تحت النكرة إلا في العلم وبيانه كما في البدائع: قال إن دخل داري هذه أحد فكذا فدخل الحالف لم يحنث لان قوله أحد نكرة والحالف معرفة بياء الاضافة، وكذا لو قال لرجل إن دخل دارك هذه أحد فكذا ففعله المحلوف عليه لم يحنث

***

[٥٩٦]

الحالف لان المحلوف عليه معرفة بكاف الخطاب، وكذا لو قال إن ألبست هذا القميص أحدا فكذا فلبسه المحلوف عليه لم يحنث لكونه معرفة بالتاء التي للمخاطب، وإن ألبسه المحلوف عليه الحالف حنث لان الحالف نكرة فيدخل تحت النكرة. ولو قال إن مس هذا الرأس أحد وأشار إلى رأسه لم يدخل الحالف فيه وإن لم يضفه إلى نفسه بياء الاضافة لان رأسه متصل به خلقة فكان أقوى من إضافته إلى نفسه بياء الاضافة. ولو قال إن كلم غلام عبد الله بن محمد أحدا فعبدي حر فكلم الحالف وهو غلام الحالف واسمه عبد الله بن محمد حنث لانه يجوز استعمال العلم في موضع النكرة فلم يخرج الحالف عن عموم النكرة اه. وتمام تعريفاته في الذخيرة. قوله: (على المشي إلى بيت الله أو إلى الكعبة حج أو اعتمر ماشيا فإن ركب أراق دما بخلاف الخروج أو الذهاب إلى بيت الله أو المشي إلى الحرم أو الصفا والمروة) لما قدمنا في باب الهدى من كتاب الحج والفارق العرف وعدمه. أطلقه فشمل ما إذا كان في الكعبة أو غيرها كما في الهداية لان إيجاب أحد النسكين ليس باعتبار أنه مدلول اللفظ ولا يستلزمه، ولا باعتبار الحكم بذلك مجازا ولا بالنظر إلى الغالب، بل لانه تعورف إيجاب أحد النسكين به فصار مجازا لغويا حقيقة عرفية مثل قوله على حجة أو عمرة ماشيا وتمامه في فتح القدير. وقد قدم المصنف أنه لا يركب حتى يطوف للركن فيلزمه المشي من بيته لا من حيث يحرم، فإن كان الناذر في مكة وأراد أن يجعل النسك الذي لزمه حجا فإنه يحرم من الحرم ويخرج إلى عرفات ماشيا إلى أن يطوف للركن، وإن أراد إسقاطه بعمرة فعليه أن يخرج إلى الحل فيحرم منه. واختلفوا في أنه يلزمه المشئ في ذهابه إلى الحل أو لا يلزمه إلا بعد رجوعه منه محرما، والوجه يقتضي أنه يلزمه المشي لما قدمنا من أنه يلزمه المشئ من بلدته مع أنه ليس محرما منها بل هو ذاهب إلى محل الاحرام فيحرم منه أعني المواقيت في الاصح لما قدمناه عن أبي حنيفة لو أن بغداديا قال إلى آخره. وإنما لزمه دم بركوبه لانه أدخل نقصا فيه. ومثل الخروج السفر إلى بيت الله تعالى، وكذا الشد والهرولة والسعي إلى مكة. وقيد بالمشي إلى بيت الله لانه لو قال على المشي إلى أستار الكعبة أو باب الكعبة أو ميزابها أو اسطوانة البيت أو إلى عرفات ومزدلفة لا يلزمه شئ، ومسألة المشي إلى الحرم قوله. وقالا: يلزمه أحد النسكين، والوجه

***

[٥٩٧]

في ذلك أن يحمل على أنه تعورف بعد أبي حنيفة إيجاب النسك به: كما تعورف بالمشي إلى الكعبة فيرتفع الخلاف، كذا في فتح القدير

قوله: (عبده حر إن لم يحج العام فشهدا بنحره بالكوفة لم يعتق) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يعتق لان هذه شهادة قامت على أمر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فتحقق الشرط. ولهما أنها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا إثبات التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما إذا شهدوا أنه لم يحج. غاية الامر أن هذا النفي مما يحيط به علم الشاهد ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا، كذا في الهداية: وحاصله أنه لا يفصل في النفي بين أن يحيط به علم الشاهد فتقبل الشهادة به أو لا فلا، بل لا تقبل الشهادة على النفي مطلقا، ولا يرد عليه ما ذكره في السير الكبير شهد على رجل أنه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى والرجل يقول وصلت به ذلك قبلت هذه الشهادة وبانت امرأته وليس هو إلا لانه أحاط به علم الشاهد لانا نقول إنها شهادة على أمر وجودي وهو السكوت لانه انضمام الشفتين فصار كشهود الارث إذا قالوا نشهد أنه ورائه لا نعلم له وارثا غيره حيث يعطي كل التركة لانها شهادة على الارث والنفي في ضمنه والارث مما يدخل تحت القضاء بخلاف النحر. وأما ما في المبسوط من أن الشهادة على النفي تقبل في الشروط حتى لو قال لعبده إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فشهدا أنه لم يدخلها قبلت ويقضي بعتقه، وما نحن فيه من قبيل الشروط فأجيب عنه بأنها قامت بأمر ثابت معاين وهو كونه خارجا فيثبت النفي ضمنا. وتعقبه في فتح القدير بأنه يرد عليه أن العبد كما لا حق له في التضحية إذا لم تكن هي شرط العتق فلم تصح الشهادة بها كذلك لا حق له في الخروج لانه لم يجعل الشرط بل عدم الدخول كعدم الحج في مسألتنا. فلما كان المشهود به مما هو وجودي متضمن للمدعى به من النفي المجعول شرطا قبلت الشهادة عليه، وإن كان غير مدعى به لتضمنه المدعى به كذلك يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة لنفي المدعى به فقول محمد رحمه الله أوجه اه. فإن قلت: إن عدم الدخول هو الخروج لانه لا واسطة فله حق في الخروج قلت: لا نسلم أنه الخروج لانه الانفصال من الداخل إلى الخارج، فإن كان خارجا وقت اليمين واستمر صدق عليه أنه لم يدخل ولم يخرج لانه لو

***

[٥٩٨]

حلف لا يخرج من هذه الدار وهو خارجها لا يحنث حتى يدخل ثم يخرج كما قدمنا فليس عدم الدخول هو الخروج. فالحاصل أن الشهادة على النفي المقصود لا تقبل، سواء كان نفيا صورة أو معنى، سواء أحاط به علم الشاهد أو لا، وسيأتي تفاريعه في الشهادات إن شاء الله تعالى. قوله: (وحنث في لا يصوم بصوم ساعة بنية وفي صوما أو يوما بيوم) لوجود الشرط في الاول بإمساك ساعة إذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب، وأما إذا حلف لا يصوم صوما أو لا يصوم يوما فإنه لا يحنث بإمساك ساعة لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بإنهائه إلى آخر اليوم واليوم صريح في تقدير المدة به. ولا يقال المصدر مذكور بذكر الفعل فلا فرق بين حلفه لا يصوم ولا يصوم صوما فينبغي أن لا يحنث في الاول إلا بيوم لانا نقول: الثابت في ضمن الفعل ضروري لا يظهره أثره في غير تحقيق الفعل بخلاف الصريح لانه اختياري يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال. قيد بيوم لانه لو حلف ليصومن هذا اليوم وكان بعد أن أكل أو بعد الزوال صحت اليمين وطلقت في الحال مع أنه مقرون بذكر اليوم ولا كمال لان اليمين تعتمد التصور والصوم بعد الزوال والاكل متصور كما في صورة الناسي، وهو كما قال لامرأته إن لم تصل اليوم فأنت طالق فحاضت من ساعتها أو بعد ما صلت ركعة صحت اليمين وطلقت للحال لان دور الدم لا يمنع كما في الاستحاضة بخلاف مسألة الكوز لان محل الفعل وهو الماء غير قائم أصلا فلا يتصور بوجه. واستشكله في فتح القدير على قول أبي حنيفة ومحمد لان التصور شرعا منتف وكونه ممكنا في صورة أخرى وهي صورة النسيان والاستحاضة لا يفيد فإنه حيث كان في صورة الحلف مستحيلا شرعا لا يتصور الفعل المحلوف عليه لانه لم يحلف إلا على الصوم والصلاة الشرعيين، أما على قول أبي يوسف فظاهر أنهما ينعقدان ثم يحنث. واعلم أن

***

[٥٩٩]

التمرتاشي ذكر أنه لو حلف لا يصوم فهو على الجائز لانه لتعظيم الله تعالى وذلك لا يحصل بالفاسد إلا إذا كانت اليمين في الماضي، وظاهره أنه يشكل على مسألة الكتاب فإنه حنثه بعد ما قال ثم أفطر من يومه لكن مسألة الكتاب أصح لانها نص محمد في الجامع الصغير اه. وقد قدمنا في مسألة الكوز أن الاصح عدم الحنث فيما إذا قال لامرأته إن لم تصل صلاة الفجر غدا فأنت كذا فحاضت بكرة.

ونقلناه عن المنتقى فهو مؤيد لبحث المحقق بن الهمام. والمراد بالبكرة وقت طلوع الفجر إلى طلوع الشمس كما لا يخفى فحينئذ لا يحنث في مسألة الصوم أيضا على الاصح لكن جزم في المحيط بالحنث فيهما وفي الظهيرية ما بعد ما ذكر الحنث: قيل هذا الجواب يستقيم على قول أبي يوسف، وأما على قولهما فلا يستقيم أصله مسألة الكوز، وقيل لا بل هذا الجواب مستقيم على قول الكل. وذكر أبو الفضل في المسألة تفصيلا فقال: إن كانت أطالت الصلاة بحيث لولا إطالتها إياها أمكنها أداؤها حنث، وإن لم يكن منها هذه الاطالة لم يحنث إلا أن الصحيح ما قلنا أنه يحنث على كل حال لان اليمين لا تعتمد الصحة لكنها تعتمد الامكان والتصور وأنه ثابت ههنا اه. وفيه أيضا: لو قال إن لم أصم شهرا فعبدي حر لا ينصرف إلى شهر يليه بل ينصرف إلى شهر في عمره بخلاف إن لم أساكنك شهرا وإن لم آت البصرة شهرا ينصرف إلى ما يليه ولا يحنث حتى يتركه شهرا من حين حلف. والفرق أن النفي معتبر بالاثبات لان الاشياء تعرف بأضدادها، وفي الاثبات لو قال إن صمت شهرا فعبدي حر تعلق الحنث بصوم شهر ولا ينصرف إلى ما يليه فكذلك في النفي تعلق الحنث بترك الصوم في شهر ولا ينصرف إلى ما يليه، فذكر الوقت فيه لتقدير الصوم به بخلاف المساكنة والضرب والاتيان ونحوه ما ذكر الوقت لتقدير الفعل به وإنما هو لتقدير اليمين فتقيدت بالشهر الذي يليه. ولو قال إن تركت الصوم شهرا ينصرف إلى ما يليه وإن صام يوما قبل مضي الشهر لم يحنث، ولو قال إن تركت صوم شهر أو قال إن لم أصم شهرا أو قال إن صمت شهرا انصرف إلى جميع العمر وتمامه فيه. وفي حيل الولوالجية: حلف بطلاق امرأته أن لا يصوم شهر رمضان فالحيلة فيه أن يسافر ولا يصوم. قوله: (وفي لا يصلي بركعة وفي صلاة بشفع) أي لو حلف لا يصلي حنث إذا صلى ركعة، ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث إلا بصلاة شفع. والقياس في الاول أن يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم، وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يأت بجميعها لا تسمى صلاة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر في الجزء الثاني وأما في الثانية فالمراد بها الصلاة المعتبر شرعا وأقلها ركعتان للنهي عن البتيراء.

***

[٦٠٠]

وقد صرح في الهداية في الاولى بأنه إذا سجد ثم قطع حنث، ويشكل عليه ما ذكره التمرتاشي: حلف لا يصلي يقع على الجائزة فلا يحنث بالفاسدة إلا إذا كان اليمين في الماضي إلا أن يكون المراد بالفاسدة أن تكون بغير طهارة ويكون ما في الذخيرة بيانا له وهو قوله: حلف لا يصلي فصلى صلاة فاسدة بأن صلى بغير طهارة مثلا لا يحنث استحسانا، ولو نوى الفاسدة يصدق ديانة وقضاء، ومع هذا يحنث بالصحيحة أيضا إلى آخره فظهر من كلامة أن المراد بالفاسدة هي التي لا يوصف منها شئ بوصف الصحة في وقت بأن يكون ابتداء الشروع غير صحيح، وأورد أن من أركان الصلاة القعدة وليست في الركعة الواحدة فيجب أن لا يحنث بها. وأجيب بأن القعدة موجودة بعد رفع رأسه من السجدة وهذا أولا مبني على توقف الحنث على الرفع منها وفيه خلاف المشايخ. والحق أنه يتفرع على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد في ذلك، والاوجه أن لا يتوقف لتمام حقيقة السجود بوضع بعض الوجه على الارض، ولو سلم فليست تلك القعدة هي الركن والاركان الحقيقية هي الخمسة والقعدة ركن زائد على ما تحرر وإنما وجب للختم فلا تعتبر ركنا في حق الحنث، كذا في فتح القدير. وقد قدمنا أن الاركان الاصلية ثلاثة: القيام والركوع والسجود. وأما القراءة فركن زائد والتحريمة شرط ولذا قال في الظهيرية: ولو حلف لا يصلي فقام وركع وسجد ولم يقرأ فقد قيل لا يحنث، وقد قيل يحنث، وهكذا ذكر في المنتقى. وقد علم مما ذكرنا أن النهي عن البتيراء مانع لصحة الركعة لو فعلت. والبتيراء تصغير البتراء تأنيث الابتر وهو في الاصل مقطوع الذنب ثم صار يقال للناقص. وأشار المصنف بالمسألة الثانية إلى فرع مذكور في الذخيرة: قال لعبده إن صليت ركعة فأنت حر فصلى ركعة ثم تكلم لا يعتق، ولو صلى ركعتين عتق بالركعة الاولى لانه في الصلاة الاولى ما صلى ركعة لانها بتيراء بخلاف الثانية، ثم إذا حلف لا يصلي صلاة فهل يتوقف حنثه على قعوده قدر التشهد بعد الركعتين؟ اختلفوا فيه والاظهر والاشبه أنه في عقد يمينه على مجرد الفعل وهو إذا حلف لا يصلي صلاة لا يحنث قبل القعدة، وإن عقدها على الفرض وهي من ذوات المثنى فكذلك لا يحنث حتى يقعد، وإن كان من ذوات الاربع يحنث، ولو حلف لا يصلي الظهر لا يحنث حتى يتشهد بعد الاربع، كذا في الظهيرية. وفيها: حلف لا يصلي خلف فلان فأمه فلان وقام الحالف عن يمينه حنث إن لم تكن له نية، وإن نوى أن يكون حلفه لم يدين في القضاء. وعن أبي يوسف: لو

قال لا أصلي
***
[٦٠١]
معك فصليا خلف إمام حنث إلا أن ينوي أن يصلي معه ليس بينهما غيرهما. ولو حلف أن لا يؤم أحدا فشرع في الصلاة ونوى أن لا يؤم أحدا فجاء قوم واقتدوا به يحنث لانه أمهم وقصده أن لا يؤم أحدا أمر بينه وبين الله تعالى، فإذا نوى ذلك لا يحنث ديانة، وإن أشهد الحالف قبل الشروع في الصلاة أنه يصلي صلاة نفسه ولا يؤم أحدا لا يحنث قضاء وديانة، وكذلك لو صلى هذا الحالف بالناس الجمعة فهو على ما ذكرنا. ولو أم الناس في صلاة الجنازة أو سجدة التلاوة لا يحنث لان يمينه انصرفت إلى الصلاة المطلقة، ولو أمهم في النافلة حنث وإن كانت الامامة في النوافل منهيا عنها. وذكر الناطفي في المسألة الاولى أنه إذا نوى أن لا يؤم أحدا فصلى خلفه رجلان جازت صلاتهما ولا يحنث لان شرط الحنث أن يقصد الامامة ولم يوجد، ولو حلف لا يصلي الظهر خلف فلان أو قال مع فلان فكبر معه ثم أحدث فذهب وتوضأ ثم عاد بعد ما خرج الامام من الصلاة فأتم صلاته لا يحنث، ولو أنه كبر مع فلان ونام في الركعة الاولى حتى فرغ الامام من تلك الركعة ثم انتبه فاتبعه وصلى تمام صلاته معه حنث، ولو حلف لا يصلي الجمعة مع فلان فأحدث الامام فقدم الحالف فصلى بهم الجمعة لا يحنث، ولو حلف لا يصلي الظهر بصلاة فلان فدخل معه في الظهر فأحدث
***
[٦٠٢]
الامام في أول الصلاة أو بعد ما صلى ثلاث ركعات فتقدم الحالف فصلى الحالف ما بقي وسلم فقد صلى الظهر بصلاة فلان وهو حانث، وكذا لو أدرك معه منها ركعة وصلى ما بقي فقد صلى بصلاته فيكون حانثا، ولو حلف ليصلين هذا اليوم خمس صلوات بالجماعة ويجامع امرأته ولا يغتسل سئل الامام ابن الفضل عن هذا فقال: ينبغي أن يصلي الفجر والظهر والعصر بالجماعة ثم يجامع امرأته ثم يغتسل كما غربت الشمس ويصلي المغرب والعشاء بالجماعة ولا يحنث. وإذا حلف الرجل وقال والله ما أخرت صلاة عن وقتها وقد كان نام عن صلاة خرج وقتها فصلاها فقد قيل يحنث، وقد قيل لا يحنث. ولو حلف لا يصلي بأهل هذا المسجد ما دام فلان يصلي فيه فمرض فلان ثلاثة أيام ولم يصل أو كان فلان صحيحا فلم يصل في فصلى الحالف بعد ذلك فيه لا يحنث. ولو حلف لا يصلي في هذا المسجد فزيد فيه فصلى فيه موضع الزيادة لا يحنث. ولو حلف لا يصلي في مسجد بني فلان فزيد فيه فصلى في موضع الزيادة يحنث رجل قال لامرأته إن تركت الصلاة فأنت طالق فأخرت الصلاة عن وقتها ثم قضتها هل يقع الطلاق عليها؟ اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يقع وبه كان يفتي الشيخ الامام سيف الدين عبد الرحيم الكرميني، وبعضهم قالوا يقع الطلاق وبه كان يفتي القاضي الامام ركن الاسلام على السغدي وهو الاشبه والاظهر. رجل قال لامرأته إن لم تصبحي غدا ولم تصلي فأنت طالق فأصبحت وشرعت في الصلاة ثم طلعت الشمس، أفتى شمس الائمة الحلواني بعدم وقوع الطلاق، وأفتى ركن الاسلام السغدي رحمه الله هنا بالوقوع وهو الاظهر والابين. وعن محمد في رجل قال والله ما صليت اليوم يعني بجماعة قال يصدق فيما بينه وبين الله تعالى. وكذلك لو قال والله ما صليت اليوم ظهرا يعني ظهر أمس يصدق فيما بينه وبين الله تعالى. ولو قال والله ما صليت الظهر يعني بجماعة قال محمد لم يصدق عندي في هذا. ولو صلى الظهر في السفر ثم قال والله ما صليت ظهرا يعني ظهر مقيم يصدق فيما بينه وبين الله تعالى اه. وفي المحيط: لو قال لعبده إن صليت فأنت حر فقال صليت وأنكر المولى لا يعتق لانه من الامور الظاهرة يمكن لغيره الوقوف عليه بلا حرج اه. ولم يذكر المصنف اليمين في الحج
***
[٦٠٣]
والعمرة والوضوء والغسل ونحن نذكر بعض مسائلها تتميما للفائدة. قال في الظهيرية: ولو حلف لا يحج فهو على الصحيح دون الفاسد كما في الصوم والصلاة. قال الامام الصفار: اختلف المشايخ في أنه هل يجوز أن يقال فسد الحج أم لا إذا واقع امرأته قبل الوقوف بعرفة؟ قال بعضهم لا يجوز، وقال بعضهم يجوز، كذا ذكره في مناسك الجامع الصغير. ولو حلف لا يحج أو لا يحج حجة لا فرق بينهما فإحرم بالحج لا يحنث حتى يقف بعرفة، رواه ابن سماعة عن محمد. وروى بشر عن أبي يوسف أنه لا يحنث حتى يطوف أكثر طواف

الزيارة. ولو حلف لا يعتمر أو لا يعتمر عمرة لا فرق بينهما لم يحنث حتى يحرم بالعمرة ويطوف أربعة أشواط، رواه بشر عن أبي يوسف. وإذا حلف لا يتوضأ من الرعاف فرعف ثم بال أو بال ثم رعف ثم توضأ فالوضوء منهما جميعا فيحنث. ولو حلف أن لا يغتسل من امرأته هذه من جنابة فأصابها ثم أصاب أخرى أو أصاب امرأة أخرى ثم أصاب المحلوف عليها واغتسل فهذا اغتسال منهما ويحنث في يمينه، وكذلك المرأة إذا حلفت أن لا تغتسل من جنابة أو من حيض فأصابها زوجها وحاضت واغتسلت فهو اغتسال منهما وتحنث في يمينها. وروى عن أبي حنيفة فيمن قال إن اغتسلت من زينب فهي طالق وإن اغتسلت من عمرة فهي طالق فجامع زينب ثم جامع عمرة واغتسل فهذا الاغتسال منهما ويقع الطلاق عليهما. قال أبو عبد الله الجرجاني: إذا أجنبت امرأة ثم حاضت ثم اغتسلت كان الاغتسال من الاول دون الثاني، وكذلك الرجل إذا رعف ثم بال فالوضوء يكون من الاول دون الثاني عند أبي عبد الله الجرجاني. فالحاصل أن على قول أبي عبد الله الجرجاني إذا اجتمع الحدثان فالوضوء بعدهما يكون من الاول إن اتحد الجنس أو اختلف. وقال الفقيهأبو جعفر: إن اتحد الجنس بأن بال ثم بال أو رعف ثم رعف فالوضوء من الاول وإن اختلف الجنس فالوضوء يكون منهما. وقال الشيخ الامام الزاهد عبد الكريم: كنا نظن أن الوضوء من الحديثن إذا استويا في الغلظ والخفة ومتى كان أحدهما أغلظ فالوضوء من أغلظهما، وقد وجدنا الرواية عن أبي حنيفة أن الوضوء يكون منهما فرجعنا إلى قوله. وذكر الفقيه أبو جعفر في تأسيس النظائر أن المرأة إذا أجنبت ثم حاضت فاغتسلت عند أبي يوسف يكون الغسل من الاول، وعند محمد يكون منهما اه. قوله: (إن لبست من غزلك فهو هدى فملك قطنا فغزلته فلبس فهو هدى) أي إن

***

[٦٠٤]

لبست ثوبا من مغزولك وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: ليس عليه أن يهدي حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف، ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدي إليها. لهما أن النذر إنما يصح في الملك أو مضافا إلى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة ليسا من أسباب الملك، وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث إذا غزلت من قطن مملوك. له وقت النذر لان القصان لم يصر مذكورا وأفاد أنه لو كان القطن مملوكا له وقت الحلف فغزلته فلبسه فأنه هدي بالاولى وهو متفق عليه. وفي فتح القدير: والواجب في ديارنا أن يفتي بقولهما لان المرأة لا تغزل إلا من كتان نفسها أو قطنها فليس الغزل سببا لملكه للمغزول عادة فلا يستقيم جواب أبي حنيفة فيه ا ه. وفي المحيط: حلف لا يلبس من غزل فلانة ونوى الغزل بعينه لا يحنث إذا لبسه لانه نوى حقيقة كلامه وإن كان ليس الغزل قبل النسج غير ممكن كما لو حلف لا يشرب الماء ونوى شرب جميع المياه لم يحنث حتى لو لم تكن له نية يحمل على المنسوج عرفا لانه عقد يمينه على ما لا يتصور لبسه عرفا فينصرف إلى ما يصنع منه مجازا عرفا كما لو حلف لا يأكل من هذه النخلة حلف لا يلبس ثوبا من غزل فلانة فلبس ثوبا من غزلها وغزل أخرى لا يحنث لان بعض الملبوس ليس من غزلها وبعض الثوب لا يسمى ثوبا كما لو حلف لا يلبس ثوب فلان فلبس ثوبا بين فلان وبين آخر لم يحنث فكذا هنا، حتى لو حلف لا يلبس من غزل فلانة فلبس ثوبا من غزلها وغزل غيرها حنث وإن كان من غزل فلانة خيط واحد لان الغزل ليس باسم لشئ مقدر فالبعض منه يسمى غزلا. وفي الجامع الصغير: حلف لا يلبس ثوبا من غزل فلبس ثوبا من غزل وقطن كان في ملكه وقت اليمين يحنث، وكذلك إن لم يكن في ملكه عند أبي حنيفة خلافا لهما. وفي المنتقى: حلف لا يلبس من غزل فلانة ولم يقل ثوبا فلبس ثوبا زره وعراه من غزلها لا يحنث لان الزر والعراء قبل الشد لا يصير ملبوسا بلبس القميص، وبعد الشد لا يحنث وإن صار لابسا لان هذا يسمى شدا ولا يسمى لبسا عرفا. وفي اللبنة والزيق يحنث لانه يسمى لابسا لهما عرفا بلبس الثوب. ولو لبس تكة من غزلها لا يحنث عند أبي يوسف. وعند محمد يحنث، والفتوى على قول أبي يوسف لانه لا يسمى لابسا في التكة عرفا بخلاف ما إذا لبس تكة من حرير فإنه يكره اتفاقا لان المحرم استعمال الحرير مقصودا سواء صار لابسا أو لم يصر وقد وجد، وهذا المحرم باليمين اللبس ولم يوجد. ولم

***

[٦٠٥]

يكره الزر والعري من حرير لانه لا يعد لابسا ولا مستعملا، وكذا اللبنة والزيق لا يكره من الحرير لانه مستعمل له تبعا لا مقصودا فصار كالاعلام. ولو أخذ الحالف خرقة من غزلها قدر شبرين ووضعها على عورته لا يحنث لانه لا يسمى لابسا. وقال أبو يوسف:

إذا رقع في ثوبه شبرا حنث. ولو لبس ثوبا من غزلها فلما بلغ الذيل إلى السرة ولم يدخل كميه ورجلاه بعد تحت اللحاف يحنث لانه لبس. ولو حلف لا يلبس ثوبا من نسج فلان فنسجه غلمانه، فإن كان فلان لم يعمل بيديه لم يحنث، وإن كان عمل حنث لان حقيقة النسج ما يفعله بيده فيحمل على الحقيقة ما أمكن وإلا يحمل على المجاز وهو الامر به. ولو حلف لا يلبس ثوبا من غزلها فلبس كساء من غزلها حنث لان هذا ثوب من غزلها وإن كان من الصوف ا ه‍. وفي الظهيرية: حلف لا يلبس من غزل فلانة فلبس ثوبا خيط من غزل فلانة لا يحنث، ولو لبس قلنسوة أو شبكة من غزل فلانة يحنث ا ه‍. وفي فتح القدير: ومعنى الهدي هنا ما يتصدق به بمكة لانه اسم لما يهدي إليها، فإن كان نذر هدي شاة أو بدنة فإنما يخرجه عن العهدة ذبحه في الحرم والتصدق به هناك فلا يجزئه إهداء قيمته. وقيل في إهداء قيمة الشاة روايتان. فلو سرق بعد الذبح فليس عليه غيره، وإن نذر ثوبا جاز التصدق في مكة بعينه أو بقيمته، ولو نذر إهداء ما لم ينقل كإهداء دار ونحوها فهو نذر بقيمتها ا ه‍. فالحاصل أنه في مسألة الكتاب لا يخرج عن العهدة إلا بالتصدق بمكة مع أنهم قالوا: لو التزم التصدق على فقراء مكة بمكة الغينا تعيينه الدرهم والمكان والفقير، فعلى هذا يفرق بين التزام بصيغة الهدي وبينه بصيغة النذر. قوله: (لبس خاتم ذهب أو عقد لؤلؤ لبس حلى) يعني لو حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم ذهب أو عقد لؤلؤ حنث، أما الذهب فلانه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال، وأما عقد اللؤلؤ فأطلقه فشمل المرصع وغيره وهو قولهما. وقال الامام: لا يحنث بغير المرصع
***
[٦٠٦]
لانه لا يتحلى به عرفا إلا مرصعا. ومبنى الايمان على العرف، ولهما أن اللؤلؤ حلى حقيقة حتى سمي به في القرآن في قوله تعالى * (وتستخرجون منه حلية تلبسونها) * [فاطر: ٢١] وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتي بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد، كذا في الهداية. ولهذا اختاره في المختصر. وأطلق الخاتم من الذهب فشمل ماله فص وما لا فص له اتفاقا، وشمل ما إذا كان الحالف رجلا أو امرأة كما في الظهيرية. قوله: (لا خاتم فضة) أي ليس بحلى عرفا ولا شرعا بدليل أنه أبيح للرجال مع منعهم من التحلي بالذهب والفضة. وإنما أبيح لهما لقصد التختم لا لقصد الزينة فلم يكن حليا كاملا في حقهم وإن كانت الزينة لازم وجوده لكنها لم تقصد به. أطلقه فشمل ما إذا كان مصوغا على هيئة خاتم النساء أو لا. وقيده في النهاية بما إذا لم يكن مصوغا لان ما صيغ على هيئة خاتم النساء بأن كان ذا فص يحنث به وهو الصحيح. وأطلقه بعضهم كما في المختصر، ورجحه في فتح القدير لان العرف في خاتم الفضة نفي كونه حليا وإن كان زينة ا ه‍. وأشار المصنف إلى أنه على قياس قول الامام لا بأس للرجال بلبس اللؤلؤ الخالص، كذا في التبيين. وذكر القلانسي في تهذيبه أنه على قياس قوله الذهب والفضة ليس بحلي قبل الصياغة حتى لو علقت في عنقها تبر الذهب والفضة لا تحنث، وعندهما تحنث ا ه‍. وقيد بخاتم الفضة لان الخلخال والدملج والسوار حلي لانه لا يستعمل إلا للتزين فكان كاملا في معنى الحلي، كذا في المحيط. وأشار المصنف بعقد اللؤلؤ إلى أن عقد الزبرجد أو الزمرد كذلك، فأبو حنيفة شرط الترصيع وهما أطلقا كما في المحيط. والحلي - بضم الحاء وتشديد الياء - جمع حلي - بفتح الحاء وسكون اللام - كثدي وثدي. وقيد به لانه لو حلف لا يلبس سلاحا ولا نية له فقلد سيفا أو ترسا لا يحنث لانه لم يلبس السلاح، ولو لبس درعا من حديد أو غيره يحنث، ولو حلف لا يشتري سلاحا فاشترى سكينا أو حديدا لا يحنث لان بائعه لا يسمى بائع السلاح، كذا في المحيط. وفي الظهيرية: حلف لا يلبس ثوبا أو يشتري فيمينه على كل ملبوس يستر العورة وتجوز الصلاة فيه حتى لو اشترى مسحا أو بساطا أو طنفسة ولبسها لا يحنث، والمسح الحلس وهو البساط المنسوج من شعر المعزى، والطنفسة البساط المحشو. ولو اشترى فروا أو لبس فروا يحنث، ولو اشترى قلنسوة أو لبسها لا يحنث، ولو اشترى ثوبا صغيرا يحنث، هكذا ذكر في المبسوط. قالوا: أراد به أن يكون إزارا أو سراويل يستر العورة وتجوز الصلاة فيه حتى لو اشترى منديلا يمتخط به لا يحنث. ولو حلفت المرأة أن لا تلبس ثوبا فتقنعت بقناع لم تحنث
***
[٦٠٧]
إذا لم يبلغ مقدار الازار، وإن بلغ حنثت. وإن حلف لا يلبس ثوبا فلبس لفافة لا يحنث، وعلى قياس مسألة الخمار ينبغي أن يحنث إذا كانت اللفافة تبلغ مقدار الازار. وإن اعتم بعمامة عن محمد أنه لا يحنث، وعن أبي يوسف كذلك إلا أن تكون عمامة لو لفها كانت

إزارا أو رداء فحينئذ يحنث وفي السير الكبير: إن اسم الثوب لا ينتظم العمامة والقلنسوة والخف. وذكر خواهر زاده أن هذا الجواب في عمائم العرب لانها صغيرة لا يجئ منها الثوب الكامل، فأما في عمائمنا فالجواب بخلافه لانه يجئ منها المأزر. ولو حلف لا يلبس قميصا فاتزر بقميص أو ارتدى بقميص لا يحنث، والاصل في جنس هذه المسائل أن من حلف على لبس ثوب لا بعينه لا يحنث ما لم يوجد منه اللبس المعتاد. وإذا حلف على لبس ثوب بعينه فعلى أي وصف لبسه حنث في يمينه. ولو حلف لا يلبس ثوبا فوضعه على عاتقه يريد حمله أو عرضه على البيع لا يحنث. ولو حلف لا يلبس قباء أو هذ القباء فوضعه على كتفيه ولم يدخل يديه في كميه ففي الوجه الاول اختلف المشايخ بعضهم قالوا: لا يحنث استدلالا بما ذكره محمد في المناسك أن المحرم إذا فعل هكذا لا كفارة عليه. وبعضهم قالوا: يحنث لان القباء قد يلبس هكذا، وفي الوجه الثاني يحنث بلا خلاف. ولو حلف لا يلبس قباء أو هذا البقاء فوضعه على اللحاف حالة النوم لا يحنث، هكذا حكى ظهير الدين المرغيناني فتوى عمه شمس الاسلام الاوزجندي ا ه‍. قوله: (لا يجلس على الارض فجلس على بساط أو حصيرا ولا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه فراش آخر فنام عليه أو لا يجلس على سرير فجعل فوقه سريرا آخر لا يحنث) بيان لثلاث مسائل: الاولى حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط أو حصير المقصود أنه جلس على حائل بينه وبين الارض ليس بتابع للحالف فلا يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما إذا كان الحائل ثيابه لانه تبع له فلا يصير حائلا، ولو خلع ثوبه فبسطه وجلس عليه لا يحنث لارتفاع التبعية. الثانية حلف لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه فراشا آخر فنام عليه فإنه لا يحنث لانه مثله والشئ لا يكون تبعا لمثله فتنقطع النسبة إلى الاسفل. قيد يكون الفراش مشارا إليه لو نكره فحلف لا ينام على فراش حنث بوضع الفراش على الفراش لانه نام على فراش نكرة. الثالثة حلف لا يجلس على سرير فجعل فوقه سريرا آخر لا يحنث، هكذا ذكر المصنف وهو مشكل لان هذا الحكم إنما هو فيما إذا كان السرير المحلوف عليه معينا كما إذا حلف لا يجلس على هذا السرير فجعل فوقه سريرا آخر فجلس عليه لانه غيره، وأما إذا كان السرير المحلوف عليه نكرة يحنث بالجلوس على السرير الاعلى لان اللفظ

***

[٦٠٨]

المنكر يتناوله كما في التبيين. وقيد بالسرير لانه لو حلف لا ينام على ألواح هذا السرير أو ألواح هذه السفينة ففرش على ذلك فراشا لم يحنث لانه لم ينم على الالواح، كذا في المحيط. قوله: (ولو جعل على الفراش قرام أو على السرير بساط أو حصير حنث) لان القرام تبع للفراش لانه ساتر رقيق يجعل فوقه كالتي في عرفنا الملاءة أي الملاءة المجعولة فوق الطراحة فصار كأنه نام على نفس الفراش. وذكر الشمني أن القرام - بكسر القاف - ستر فيه رقم ونقش. وفي الثانية يعد جالسا على السرير لان الجلوس عليه في العادة هو الجلوس على ما يفرش عليه. قال في فتح القدير: وهكذا الحكم في هذا الدكان وهذا السطح إذا حلف لا يجلس على أحدهما فبسط عليه وجلس حنث. ولو بنى دكانا فوق الدكان أو سطحا على السطح انقطعت النسبة عن الاسفل فلا يحنث بالجلوس على الاعلى، ولذا كرهت الصلاة على سطح الكنيف والاصطبل. ولو بنى على ذلك سطحا آخر وصلى عليه لا يكره وفي كافي الحاكم: حلف لا يمشي على الارض فمشي عليها بنعل أو خف حنث، وإن كان على بساط لم يحنث، وإن مشى على أحجار حنث لانها من الارض ا ه‍. وفي الواقعات: حلف لا ينام على هذا الفراش فأخرج منه الحشوة ونام عليه لا يحنث ظاهرا لانه لا ينطلق عليه اسم الفراش، ولو رفع الظهارة ونام على الصوف والحشو ذكر بعد هذا أنه لا يحنث لانه لا يسمى فراشا ا ه‍. وفي المحيط: قال لامرأته إن نمت على ثوبك فأنت طالق فاتكأ على وسادة لها أو وضع رأسه على مرفقة لها أو اضطجع على فراشها إن وضع جنبه أو أكثر بدنه على ثوب من ثيابها حنث لانه يعد نائما، وإن اتكأ على وسادة أو جلس عليها لم يحنث لانه لا يعد نائما ا ه والله أعلم. باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك والاصل هنا أن ما شارك الميت فيه الحي يقع اليمين فيه حالة الحياة والموت، وما اختص بحالة الحياة تقيد بها قوله: (ضربتك وكسوتك وكلمتك ودخلت عليك تقيد بالحياة بخلاف الغسل والحمل والمس) لان الضرب اسم لفعل مؤلم متصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر يوضع فيه الحياة في قول العامة، وكذلك الكسوة لانه يراد بها

***

[٦٠٩]

التمليك عند الاطلاق، ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق إلا أن ينوي به الستر. وكذلك الكلام والدخول لان المقصود

من الكلام الافهام والموت ينافيه. والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو بخلاف ما لو قال إن غسلته فأنت حر فغسله بعد ما مات يحنث في يمينه لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت. وكذا الحمل يتحقق بعد الموت قال عليه السلام من حمل ميتا فليتوضأ والمس للتعظيم أو للشفقة فيتحقق بعد الموت. قال في شرح الطحاوي: الاصل أن كل فعل يلذو ويؤلم ويغم ويسر يقع على الحياة دون الممات كالضرب والشتم والجماع والكسوة والدخول عليه ا هـ. ومثله التقبيل إذا حلف لا يقبلها فقبلها بعد الموت لا يحنث، وتقبيله عليه الصلاة والسلام عثمان بن مظعون بعد ما أدرج في الكفن محمول على ضرب من الشفقة والتعظيم. وقيد بالكسوة لانه لو حلف لا يلبسه ثوبا لا يتقيد بالحياة قوله: (لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضها حنث) لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام. أطلقه فشمل حالة المزاح والغضب. وقيل إنه إن كان في حالة المزاح لا يحنث وإلا حنث. وكذلك إذا أصاب رأسه أنفها في الملاعبة فأدماها لا يحنث لانه لا يعد ضربا في الملاعبة، كذا في جامع قاضيخان. ولا يشترط القصد في الضرب لما في عدة الفتاوى: حلف لا يضرب امرأته فضرب أمته وأصاب رأس امرأته يحنث ا هـ. وفي الذخيرة: حلف ليضربن عبده مائة سوط فجمع مائة سوط وضربه مرة لا يحنث قالوا: هذا إذا ضربه ضربا يتألم به، أما إذا ضربه ضربا بحيث لا يتألم به لا يبر لانه صورة لا معنى والعبرة للمعنى. ولو ضربه بسوط واحد له شعبتان خمسين مرة كل مرة تقع الشعبتان على بدنه بر في يمينه لانه صارتا مائة سوط لما وقعت الشعبتان على بدنه في كل مرة، وإن جمع الاسواط جميعا وضربه بها ضربة إن ضرب بعرض الاسواط لا يبر لان كل الاسواط لم تقع على بدنه وإنما يقع البعض، وإن ضربه برأس الاسواط ينظر، إن كان قد سوى رؤوس الاسواط قبل الضرب حتى إذا ضربه ضربا أصابه رأس كل سوط بر في يمينه، وأما إذا اندس من الاسواط شئ لا يقع به البر عليه عامة المشايخ وعليه الفتوى. وقال محمد في الاصل: إذا حلف لا يضرب عبده فوجأه أو قرصه أو مد شعره أو زاد في الجامع الصغير أو عضه حنث. ولو قال إن ضربتك فأنت طالق فضرب أمته فأصابها ذكر في مجموع النوازل أنه يحنث لان عدم القصد لا يعدم الفعل وبه كان يفتي الشيخ ظهر الدين المرغيناني. وقيل: إنه لا يحنث لانه لا يتعارف والزوج لا يقصده بيمينه. وهكذا ذكر البقالي في فتاواه وهو الاظهر والاشبه ا هـ. وفي الظهيرية: ولو حلف أن لا يضرب فلانا فرماه

***

[٦١٠]

بحجر أو نشابه أو نحوهما ذكر في النوازل أنه لا يحنث لان ذلك رمي وليس بضرب، وإن دفعه دفعا ولم يوجعه لا يحنث. وإن عضه أو خنقه أو مد شعره فألمه حنث في يمينه قالوا: هذا إذا لم يكن في حالة المزاح، أما إذا كان في تلك الحال لا يحنث وهو الصحيح، وإن تعمد غيره فأصابه لا يحنث. وكذا لو نفض ثوبه فأصاب وجهه فألمه لا يحنث. ولو قال لامرأته إن لم أضربه حتى أتركك لا حية ولا ميتة قال أبو يوسف: هذا على أن يضربها ضربا مبرحا ومتى فعل ذلك بر في يمينه. رجل حلف ليضربن عبده بالسياط حتى يموت أو حتى يقتله فهو على المبالغة في الضرب، ولو قال حتى يغشى عليه أو حتى يستغيث أو حتى يبكي فهذا على حقيقة هذه الاشياء. ولو قال إن لم أضربك بالسيف حتى يموت فهو على أن يضربه بالسيف ويموت، ولو حلف ليضربن فلانا بالسيف ولم ينو شيئا فضربه بعرضه بر في يمينه. ولو ضربه والسيف في غمده كما لو حلف ليضربن فلانا بالسوط فلف السوط في ثوب وضربه فإنه لا يكون ضربا بالسوط. ولو جرحه بالسيف وهو في غمده لكن بعد ما انشق الغمد بر في يمينه. رجل ضرب رجلا بمقبض فأس على رأسه ثم حلف أنه لم يضربه بالفأس لا يحنث. رجل قال لامرأته إن لم أضرب ولدك على الارض حتى ينشق نصفين فأنت طالق فضربه على الارض ولم ينشق واليمين كانت مؤقتة بيوم فمضى اليوم طلقت امرأته، وجعل هذا بمنزلة ما لو قال إن لم أضربك حتى تبول فإنه يكون على الامرين. رجل أراد أن يضرب فحلف أن لا يمنعه أحد عن ضربه فمنعه إنسان بعد ما ضربه خشبة أو خشبتين وهو يريد أن يضربه أكثر من ذلك قالوا: حنث في يمينه لان مراده أن لا يمنعه أحد حتى يضربه إلى أن يطيب قلبه فإذا منعه عن ذلك حنث في يمينه. رجل قال لامرأته إن وضعت يدي على جاريتي فهي حرة فضربها، قيل إن كانت اليمين لغيره المرأة لا يحنث لان المراد من وضع اليد على الجارية في هذ الحالة الوضع الذي يغيظها ويسوءها، والوضع على هذا الوجه لا يغيظها ولا يسوءها بل يسرها. رجل حلف ليضربن فلانا ألف مرة فهذا على أن يضربه مرارا كثيرة ولو قال إن لم أضربك اليوم فأنت طالق فأراد أن يضربها فقالت المرأة إن مس عضوك عضوي فعبدي حر فضربها الرجل بخشب من غير أن يضع يده عليها لم يحنث لفقد الشرط وهو مس عضوه عضوها، وكان ينبغي أن

يحنث لان المراد بالمس المذكور ها هنا الضرب عرفا وهو نظير ما مر من قوله إن وضعت يدي على جاريتي. ولو قالت إن ضربتني فعبدي حر فالحيلة
***
[٦١١]
أن تبيع المرأة العبد ممن تثق به ثم يضربها الزوج ضربا خفيفا في اليوم فيبر الزوج وتنحل يمين المرأة لا إلى جزاء. رجل قال لامرأته كلما ضربتك فأنت طالق فضربها بكفه فوقعت الاصابع متفرقة طلقت واحدة لان الضرب حصل بالكف والاصابع تبع لها، وإن ضربها بيديه طلقت اثنتين. رجل حلف بالله أن يضرب ابنته الصغيرة عشرين سوطا فإنه يضربها بعشرين شمراخا وهو السعف وهو ما صغر من أغصان النخل. ولو قال إن لم تأتني حتى أضربك فهو على الاتيان ضربه أو لم يضربه. ولو قال إن رأيت فلانا لاضربنه فعلى التراخي إلا أن ينوي الفور. ولو قال إن رأيتك فلم أضربك فرآه الحالف وهو مريض لا يقدر على الضرب حنث، ولو قال إن لقيتك فلم أضربك فرآن من قدر ميل لم يحنث ا ه‍ قوله: (إن لم أقتل فلانا فكذا وهو ميت إن علم به حنث وإلا لا) أي وإن لم يعلم بموته لا يحنث لانه إذا كان عالما فقد عقد يمينه على حياة يحدثها الله تعالى وفيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادي، وأما إذا لم يعلم فقد عقد يمينه على حياة كانت فيه ولا يتصور فيصير قياس مسألة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسألة تفصيل العلم هو الصحيح، كذا في الهداية. وفي الظهيرية: ولو حلف ليقتلن فلانا ألف مرة فهو على شدة القتل. رجل حلف أن لا يقتل فلانا بالكوفة فضربه بالسواد ومات بالكوفة حنث، وكذلك لو حلف أن لا يقتل فلانا يوم الجمعة فجرحه يوم الخميس ومات يوم الجمعة ويعتبر فيه مكان الموت وزمانه لا زمان الجرح ومكانه بشرط أن يكون الضرب والجرح بعد اليمين، فإن كانا قبل اليمين فلا حنث أصلا لان اليمين تقتضي شرطا في المستقبل لا في الماضي ا ه‍ قوله: (ما دون الشهر قريب وهو وما فوقه بعيد) لان ما دون الشهر يعد في العرف قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا. يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر فإذا حلف ليقضين دينه إلى قريب فهو ما دون الشهر، وإن قال إلى بعيد فهو الشهر وما فوقه. وكذا لو حلف لا يكلمه إلى قريب أو إلى بعيد ولفظ العاجل والسريع كالقريب والآجل كالبعيد، وهذا عند عدم النية، فأما إن نوى بقوله إلى قريب وإلى بعيد مدة معينة فهو على ما نوى حتى لو نوى سنة أو أكثر في القريب صحت، وكذا إلى آخر الدنيا لانها قريبة بالنسبة إلى الآخرة، كذا في فتح القدير. وينبغي أن لا يصدق قضاء لانه خلاف العرف الظاهر. وفي الولوالجية: إذا حلف ليقضين دينه قريبا فغاب المحلوف عليه فإن الحالف يرفع الامر إلى القاضي، فإذا رفع إليه بر ولا يحنث لان القاضي في هذه الصورة
***
[٦١٢]
انتصب نائبا عنه في هذا الحكم نظرا للحالف هو المختار للفتوى ا ه‍. وفي الظهيرية: لو حلف لا يكلمه مليا أو طويلا إن نوى شيئا فهو على ما نوى، وإن لم ينو شيئا فهو على شهر ويوم ا ه‍. وفيها من الفصل الخامس: حلف لا يحبس من حقه شيئا ولا نية له ينبغي له أن يعطيه ساعة حلف يريد به أن يشتغل بالاعطاء حتى لو لم يشتغل به كما فرغ من اليمين حنث في يمينه، طلب منه أو لم يطلب. وإن نوى الحبس بعد الطلب أو غيره من المدة كان كما نوى وإن حاسبه وأعطاه كل شئ كان له لديه وأقربه لذلك الطالب ثم لقيه بعد أيام وقال قد بقي لي عندك كذا وكذا من قبل كذا وكذا فتذكر المطلوب وقد كانا جميعا نسياه لم يحنث إن أعطاه ساعة تذكر قوله: (ليقضين دينه اليوم فقضاءه نبهرجة أو زيوفا أو مستحقة بر ولو رصاصا أو ستوقة لا) أي لا يبر لان الزيافة والنبهرجة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فيوجد شرط البر، وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق وإن ارتفع القبض لان ارتفاع القبض لتضرر صاحب الدين ببطلان حقه لانه لا يمكنه استيفاء الجودة وحدها ولا استيفاء الجيد مع بقاء الاستيفاء الاول فتعين النقض ضرورة. وأما الرصاص والستوقة فليس هي من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم. والزيوف الردي من الدراهم يرده بيت المال. والنبهرجة أرد أمن يرده النجار أيضا. والستوقة هي التي غلب عليها النحاس، فإن غلبت الفضة لا يحنث لان العبرة للغالب، كذا في التبيين. والاولى أن يقال في النبهرجة أنه يردها من التجار المستقضى منهم ويقبلها السهل منهم كما في فتح القدير. وذكر مسكين معزيا إلى الرسالة اليوسفية: النبهرجة إذا غلب عليها النحاس لم تؤخذ، وأما الستوقة فحرام أخذها لانها فلوس ا ه‍. ولا فرق في هذه المسائل بين لفظ القضاء أو الدفع. وأطلق في المستحقة فشمل ما إذا رد بدلها في ذلك اليوم أو لا. وأشار المصنف

إلى أن المكاتب لو دفع إلى مولاه واحدا من الثلاثة الاول عتق ولا يبطل عتقه برد المولى. ولو دفع الستوقة والرصاص لا يعتق كما في الفتح. وذكر الولوالجي في آخر كتاب الشفعة أن الدراهم الزيوف بمنزله الجياد في خمس مسائل: أولها رجل اشترى دارا بالجياد ونقد الزيوف أخذ الشفيع بالجياد لانه لا يأخذها إلا بما اشترى وقد اشترى بالجياد والثانية الكفيل إذا كفل بالجياد ونقد الزيوف يرجع على المكفول عنه بالجياد. والثالثة إذا اشترى شيئا بالجياد ونقد البائع الزيوف ثم باعه مرابحة فإن رأس المال هو الجياد. والرابعة حلف ليقضين حقه اليوم وكان عليه جياد فقضاه الزيوف لا يحنث. والخامسة إذا كان له على آخر دراهم جياد فقبض الزيوف فأنفقها ولم يعلم إلا بعد الانفاق لا يرجع عليه بالجياد في
***
[٦١٣]
قول أبي حنيفة ومحمد كما لو قبض الجياد اهـ. وفي الظهيرية معزيا إلى النوازل: إذا قال المديون لرب المال والله لاقضين مالك اليوم فأعطاه ولم يقبل قال: إن وضعه بحيث تناله يده أراد لا يحنث، والمغصوب منه إذا حلف أن لا يقبض المغصوب فجاء به الغاصب وقال سلمته إليك فقال المغصوب منه لا أقبل لا يحنث ويبرأ الغاصب من ضمان الرد اهـ. وفيها: رجل حلف ليجهدن في قضاء ما عليه لفلان فإنه يبيع ما كان القاضي يبيعه عليه إذا رفع الامر إلى القاضي. قوله: (والبيع به قضاء لا الهبة) أي لو حلف ليقضين دينه اليوم فباع متاعا لصاحب الدين بالدين فقد قضاه دينه وبر، ولو وهب الدائن الدين من المديون فليس بقضاء لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع ولا مقاصة في الهبة لان القضاء فعله والهبة إسقاط من صاحب الدين. أطلقه فشمل ما قبل قبض البيع واشتراط قبض المبيع في الجامع الصغير وقع اتفاقا ليتقرر الثمن في الذمة لا أنه شرط للبر حتى لو هلك المبيع لا يرتفع البر المحقق ببطلان الثمن، وشمل البيع الفاسد لكن يشترط قبض المبيع فيه لوقوع المقاصة لانه لا ملك قبله فيه لتحصل المقاصة. ولو كان الحالف هو الطالب بأن قال والله لاقبضن ديني اليوم فالحكم كذلك وشمل ما إذا كان المبيع مملوكا للحالف أو لغيره وكذا قال في الظهيرية أن ثمن المستحق مملوك ملكا فاسدا فملك المديون ما في ذمته. وأشار المصنف بالبيع إلى كل موضع حصلت فيه المقاصة بينهما فلذا قالوا: لو تزوج الطالب أمة المطلوب على ذلك المال فدخل عليها أو وجب عليه للمطلوب دين بالجناية والاستهلاك لا يحنث، وأفاد المصنف بقوله لا الهبة أنه ليس بقضاء ولم يتعرض للحنث لانه لا يحنث في اليمين الموقتة لان البر غير ممكن مع هبة الدين وإمكان البر شرط البقاء كما هو شرط الابتداء كما قدمناه في مسألة الكوز. وعلى هذا لو حلف ليقضين دينه غدا فقضاه اليوم أو حلف ليقتلن فلانا غدا فمات اليوم أو حلف ليأكلن هذا الرغيف غدا فأكله اليوم فإنه لا يحنث وتقدم نظائرها. وهنا فروع حسنة مذكورة في الظهيرية: لو قال لغريمه والله لا أفارقك حتى استوفي منك حقي ثم إنه اشترى من مديونه عبدا بذلك الدين قبل أن يفارقه ثم فارقه قال محمد رحمه الله على قول من لم يجعله حانثا إذا وهب الدين له قبل أن يفارقه وقبل المديون ثم فارقه لا يحنث وهو قول أبي حنيفة، فههنا ينبغي أن لا يحنث. وعلى قول من يجعله حانثا في الهبة وهو قول أبي يوسف يكون حانثا ها هنا، وإن لم يفارقه حتى مات العبد عند البائع ثم فارقه حنث. ولو باعه المديون عبد
***
[٦١٤]
الغيره بذلك الدين ثم فارقه الحالف بعدما قبض الغريم العبد ثم إن مولى العبد استحقه ولم يجز البيع لا يحنث الحالف لان المديون ملك ما في ذمته بهذا البيع لان ثمن المستحق مملوك ملكا فاسدا. ولو باعه المديون عبدا على أنه بالخيار فيه وقبضه الحالف على ما له عليها من الدين فهو استيفاء لما عليها من الدين. ولو باع المديون عبدا أو أمة بما عليه من الدين فإذا هو مدبر أو مكاتب أو أم ولد أو كان المدبر وأم الولد لغير المديون ثم فارقة الطالب بعدما قبضه لا يحنث. ولو وهب الطالب الالف للغريم فقبله أو أحال الطالب رجلا له عليه مال بماله على مديونه أو أحال المطلوب الطالب على رجل وأبرأ الطالب المطلوب الاول لا يحنث الحالف في هذا كله. ولو حلف ليأخذن من فلان حقه أو قال ليقبضن فأخذ بنفسه أو أخذ وكيله فقد بر في يمينه، وكذا لو أخذه من وكيل المطلوب، وكذلك لو أخذه من رجل كفل بالمال عن المديون بأمر المديون أو من رجل آخر أحال المديون عليه فقد بر في يمينه، كذا ذكره القدوري رحمه الله. وذكر في العيون: إذا حلف الرجل لا يأخذ ماله من المطلوب اليوم فقبضه من وكيل المطلوب حنث، فإن قبضه من متطوع لا يحنث،

وكذلك لو قبضه من وكيله أو المحتال عليه لم يحنث. قال القدوري: وكذلك لو حلف المديون ليقضين فلانا حقه فأمره غيره بالاداء أو أحاله فقبض بر في يمينه وإن قضى عنه متبرع لم يبر. وفي العيون: حلف لا يقبض ماله على الغريم فأحال الطالب رجلا ليس له على الطالب شئ على غريمه وقبض ذلك الرجل حنث في يمينه، وإن كانت الحوالة قبل اليمين لم يحنث. وعلى هذا إذا وكل رجلا بقبض الدين من المديون ثم حلف أن لا يقبض ماله عليه فقبض الوكيل بعد اليمين لا يحنث. وقد قيل: ينبغي أن يحنث وهذا القائل قاس هذه المسألة على ما إذا وكل رجلا أن يزوجه امرأة أو وكله أن يطلقها ثم حلف أن لا يتزوج أو لا يطلق ثم فعل الوكيل ذلك حنث. ولو حلف لا يقبض دينه من غريمة اليوم فاشترى الطالب من الغريم شيئا في يومه وقبض المبيع اليوم حنث، وإن قبض المبيع غدا لا يحنث. ولو اشترى منه شيئا بعد اليمين في يومه شراء فاسدا وقبضه، فإن كانت قيمته مثل الدين أو أكثر حنث، وإن كانت قيمته أقل من الدين لا يحنث. وإن استهلك شيئا من ماله اليوم، فإن كان المستهلك من ذوات الامثال لا يحنث لان الواجب بالاستهلاك مثله لا قيمته، وإن كان من ذوات القيم، فإن كانت قيمته مثل الدين أو أكثر حنث لانه صار قابضا بطريق المقاصة ولكن يشترط أن يغصب أولا ثم يستهلك، فإن استهلكه ولم يغصبه بأن أحرقه لا يحنث لان شرط الحنث القبض، فإذا غصب أولا وجد القبض الموجب للضمان فيصير قابضا دينه

***

[٦١٥]

وبذلك، أما إذا استهلكه فلم يوجد القبض حقيقة فلا يصير قابضا دينه كرجلين لهما على رجل دين مشترك فقبض أحدهما من المديون ثوبا واستهلكه كان لشريكه أن يرجع عليه بحصته من الدين. وإن أحرقه من غير غصب لا يرجع شريكه عليه بشئ. رجل له على رجل ثمن مبيع فقال إن أخذت ثمن ذلك الشئ فأمرأته طالق فأخذ مكان ذلك حنطة وقع الطلاق لانه أخذ عوض الثمن وأخذ العوض ينزل منزلة أخذ المعوض، ولهذا لو كان له شريك في ذلك كان لشريكه أن يرجع عليه بحصته. ولو حلف لا يفارق غريمة حتى يستوفي ماله عليه فقعد وهو بحيث يراه ويحفظه فهو غير مفارق له، وكذلك لو حال بينهما ستر أو اسطوانة من أساطين المسجد، وكذلك لو قعد أحدهما داخل المسجد والآخر خارج المسجد والباب بينهما مفتوح بحيث يراه، وإن توارى عنه بحائط المسجد والآخر خارج المسجد فقد فارقه، وكذلك لو كان بينهما باب مغلق إلا أن يكون المفتاح بيد الحالف بأن أدخله بيتا وغلق عليه بابه وقعد على الباب فهذا لم يفارقه. وإن كان المحبوس هو الحالف والمخلى عنه هو المحلوف عليه وهو الذي أغلق عليه الباب وأخذ المفتاح حنث الحالف. وفي الحيل: إذا نام الطالب أو غفل عن المطلوب أو شغله إنسان بالكلام حتى هرب المطلوب لا يحنث في يمينه، وكذلك لو منعه إنسان عن الملازمة حتى هرب المطلوب لا يحنث في يمينه. وفي مجموع النوازل: رجل حلف بطلاق امرأته أنه يعطيها كل يوم درهما فربما يدفع إليها عند الغروب وربما يدفع إليها عند العشاء قال، إذا لم يخل كل يوم وليلة عن دفع درهم بر في يمينه. وسئل الاوزجندي عمن قال لصاحب الدين إن لم أقض حقك يوم العيد فكذا فجاء يوم العيد إلا أن قاضي هذه البلدة لم يجعله عيدا ولم يصل فيه صلاة العيد لدليل لاح عنده وقاضي بلدة أخرى جعله عيدا قال: إذا حكم قاضي بلدة بكونه عيدا يلزم ذلك أهل بلدة أخرى إذا لم تختلف المطالع كما في الحكم بالرمضانية. وسئل أبو نصر الدبوسي عمن حلف غريمه أن يأتي منزله غدا ويريه وجهه فأتاه فلم يجده وقد غاب لا يحنث في يمينه. اه‍ ما في الظهيرية قوله: (لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لا يحنث حتى يقبض كله متفرقا لا بتفريق ضروري) لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفريق ألا ترى أنه أضاف القبض إلى دين معرف مضافا إليه فينصرف إلى كله فلا يحنث إلا به ولا يحنث بالتفريق الضروري وهو أن يقبض دينه في وزنتين ولم يتشاغل بينهما إلا بعمل الوزن لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القبض مستثنى عنه. وأشار المصنف إلى أن اليمين لو كانت موقتة باليوم بأن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم اليوم فقبض البعض في اليوم متفرقا أو لم يقبض شيئا لم يحنث لان

***

[٦١٦]

شرط الحنث أخذ الكل في اليوم متفرقا ولم يوجد، وإن أنه لو قبض الكل جملة ثم وجد بعضها ستوقة فرد لم يحنث بالرد ما لم يستبدل لان الستوقة غير معتد بها فلم يوجد قبض الكل حتى يقبض البدل، فإذا قبضه وجد قبض الكل متفرقا بخلاف ما إذا وجد بعضها زيوفا حيث لا يحنث مطلقا لانه برحين وجد قبض الكل وبالرد لم ينتقض القبض في حقه على ما مر. وقيد بقوله دينه لانه لو قال

لا يقبض من دينه درهما دون درهم أو إن قبضت من ديني درهما دون درهم أو إن أخذت من ديني درهما دون درهم فقبض البعض حنث لان شرط الحنث هنا قبض البعض من الدين متفرقا، وفي مسألة الكتا ب قبض الكل بصفة التفريق. وفي الظهيرية: وفي الحيل: إذا حلف لا يأخذ ما له على فلان إلا جملة أو إلا جمعا ثم أراد أخذه على التفاريق فالحيلة أن يترك من حقه درهما ويأخذ الباقي كيف يشاء وفيه أيضا: إذا حلف لا يأخذ من فلان شيئا من حقه دون شئ ثم أراد أن يأخذه على التفاريق أو أراد أن يترك بعض حقه يحنث لكن الحيلة له في ذلك أن يأخذ من غير قضاء عنه فلا يحنث، وإن لم يكن للمطلوب من يؤدي عنه وكان للطالب من يقبض له لم يحنث في يمينه، وإذا حلف لا يتقاضى فلانا فلزمه ولم يتقاضه لا يحنث اه. وفيها: ولو قال لا أفارقك اليوم حتى تعطيني حقي اليوم وهو ينوي أن لا يترك لزومه فمضى اليوم ثم فارقه لا يحنث قوله: (إن كان لي الا مائة أو غير أو سوى فكذا لم يحنث بملكها أو بعضها) لان غرضه نفي ما زاد على المائة فكان شرط حنثه ملك الزيادة على المائة لان استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها وغير وسوى ك " إلا لان كل ذلك أداة الاستثناء. قيد بكونه ملك الدراهم أو بعضها لانه لو قال إن كان لي الامائة درهم فلم يكن له دراهم وكان له دنانير حنث لان الدراهم مال الزكاة فالمستثنى منه يكون مال الزكاة والدنانير من مال الزكاة، وكذلك لو كان عبدا للتجارة أو عرضا للتجارة أو سوائم مما تجب فيه الزكاة يحنث، سواء كان نصابا أو لم يكن. ولو ملك عبدا للخدمة أو ما ليس من جنس الزكاة كالدراهم والعقار والعروض لغير التجارة لا يحنث في يمينه لانه لم يوجد المسماة، كذا في شرح الطحاوي. وفي الجامع الصغير: عبده حر إن كنت أملك إلا خمسين درهما فلم يملك إلا عشرة لم يحنث لانها بعض المستثنى، ولو ملك زيادة على خمسين إن كان من جنس مال الزكاة حنث. وفي خزانة الاكمل: لو قال امرأته طالق إن كان له مال

***

[٦١٧]

وله عروض وضياع ودور لغير التجارة لم يحنث. وقيد بقوله إن كان لي الامائة لانه لو اختلف في قدر الدين فقال لي عليه مائة وقال الآخر خمسون فقال إن كان لي عليه إلا مائة فهذا لنفي النقصان لانه قصد بيمينه الرد على المنكر، وكذا لو ادعى أنه أعطى زيد المائة مثلا فقال زيد لم يعطني إلا خمسين فقال إن كنت أعطيته إلا مائة فإنه يحنث بالاقل، كذا في فتح القدير: وفي الظهيرية: ولو قال إن قبضت ما لي على فلان شيئا دون شئ فهو في المساكين صدقة يعني ما له على فلان فقبض تسعة فوهبها لرجل ثم قبض الدرهم الباقي يلزمه التصدق بالدرهم الباقي ويضمن مثل ما وهب ويتصدق بالضمان. ولو قال لا أتركك حتى تخرج من هذه الدار فطلب إليه أن يتركه فقال قد تركتك ثم أبى أن يخرج فإنه يحنث بقوله تركتك اه قوله: (لا يفعل كذا تركه أبدا) لانه نفي الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي. قيد بكون اليمين مطلقة عن الوقت لانها لو كانت مقيدة به كقوله والله لا أفعل كذا اليوم فمضى اليوم قبل الفعل بر في يمينه لانه وجد ترك الفعل في اليوم كله، وكذلك إن هلك الحالف والمحلوف عليه بر في يمينه لان شرط البر عدم الفعل وقد تحقق العدم، كذا في المحيط. وقدمنا في أول كتاب الايمان أنه لو قال والله أفعل كذا أنها يمين النفي وتكون لا مقدرة وليست للاثبات لانه لا يجوز حذف نون التوكيد ولامه في الاثبات فليحفظ هذا. وفي شرح المجمع في شرح قوله لا يفعل كذا تركه أبدا أن اليمين لا تنحل بفعله وهو سهو بل تنحل، فإذا حنث بفعله مرة لا يحنث بفعله ثانيا قوله: (ليفعلنه بر بمرة) أي بفعل المحلوف عليه مرة واحدة فإذا تركه بعد ذلك لا يحنث لان الملتزم فعل واحد غير عين إذا المقام مقام الاثبات فيبر بأي فعل فعله، وإنما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموته أو بفوت محل الفعل. قيد بكون اليمين مطلقة لانها لو كانت مؤقتة بوقت ولم يفعل فيه يحنث بمضي الوقت إن كان الامكان باقيا في آخر الوقت، ولم يحنث إن لم يبق بأن وقع اليأس بموته أو بفوت المحل لانه في الموقتة لا يجب عليه الفعل إلا في آخر الوقت، فإذا مات الفاعل أو فات المحل استحال البر في آخر الوقت فتبطل اليمين على ما ذكرنا في مسألة الكوز، ويتأتى فيه خلاف أبي يوسف في فوت المحل. وفي الواقعات: حلف إن فعلت كذا ما دمت ببخارى فامرأته طالق فخرج من بخارى ثم رجع ففعل لا يحنث لانه انتهى اليمين. حلف لا يشرب النبيذ ما دام ببخارى وفارق بخارى ثم عاد فشرب لا يحنث إلا إذا عنى بقوله ما دمت ببخارى أن تكون بخارى وطنا له لانه جعل كونه بالكوفة غاية ليمينه، وتمامه في الفصل الرابع منها قوله: (ولو حلفه وال ليعلمنه بكل داعر دخل البلدة تقيد بقيام ولايته) بيان لكون اليمين المطلقة تصير مقيدة من

***

[٦١٨]
جهة المعنى كما في هذه المسألة لانها مطلقة من حيث اللفظ لكن لما كان مقصود المستحلف دفع شره أو شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت، وكذا بالعزل في ظاهر الرواية. والداعر بالدال والعين المهملتين كل مفسد وجمعه دعار من الدعر وهو الفساد، ومنه دعر العود يدعر بكسر العين في الماضي وفتحها في المضارع إذا فسد. وإذا تقيدت بقيام ولايته بطلت اليمين بعزله فلا تعود بعد توليته. ولم يذكر المصنف أن اليمين على الفور أو التراخي. وفي التبيين: ثم إن الحالف لو علم الداعر ولم يعلمه لم يحنث إلا إذا مات هو أو المستحلف أو عزل لانه لا يحنث في اليمين المطلقة بمجرد الترك بل باليأس عن الفعل، وذلك بما ذكرنا إلا إذا كانت مؤقتة فيحنث بمضي الوقت مع الامكان وإلا فلا اه. وفي فتح القدير: ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يكن بعيدا نظرا إلى المقصود وهي المبادرة لزجره ودفع شره، فالدعر يوجب التقييد بالفور وفور علمه به اه. وليس العموم في قوله بكل داعر على بابه لانه لا يمكنه أن يعلمه بكل داعر في الدنيا، وإنما مراده كل داعر يعرفه أو في بلده أو دخل البلد، وأشار المصنف رحمه الله إلى مسائل منها: لو حلف رب الدين غريمه أو الكفيل بأمر المكفول عنه أن لا يخرج من البلد إلا بإذنه تقيد بالخروج حال قيام الدين والكفالة لان الاذن إنما يصح ممن له ولاية المنع وولاية المنع حال قيامه. ومنها لو حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه تقيد بحال قيام الزوجية بخلاف ما إذا قال إن خرجت امرأته من هذه الدار فعبده حر ولم يقيده بالاذن أو حلف لا يقبلها فخرجت بعد ما أبانها أو قبلها بعدما أبانها حيث يحنث لانه لم يوجد فيه دلالة التقييد في حال قيام الزوجية. وعلى هذا لو قال لامرأته كل امرأة أتزوجها بغير إذنك طالق فطلق امرأته طلاقا بائنا أو ثلاثا ثم تزوج بغير إذنها طلقت لانه لم يقيد يمينه ببقاء النكاح لانها إنما تتقيد به لو كانت المرأة تستفيد ولاية الاذن والمنع بعقد النكاح. ومنها لو أن سلطانا حلف رجلا أن لا يخرج من البلد إلا بإذنه ثم خرج بعد عزله بدون إذنه لا يحنث لان اليمين تقيدت بحال قيام السلطنة، كذا في المحيط. ولم أر حكم ما إذا حلفه وال ليعلمنه بكل داعر ثم عزل من وظيفته وتولى وظيفة أخرى أعلى منها كالدو يدار إذا حلف حقيرا ثم صار واليا وهو المسمى في زماننا بالصوبا شاه، وينبغي أن لا يبطل اليمين لانه صار متمكنا من إزالة الفساد أكثر من الحالة الاولى قوله: (يبر بالهبة بلا قبول بخلاف البيع) فإذا حلف ليهبن فلانا فوهب له فلم يقبل فإنه يبر، ولو حلف ليبيعن كذا فباعه فلم
***
[٦١٩]
يقبل المشتري لا يبر، وكذا في طرف النفي. والفرق أن الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهبت ولم يقبل ولان المقصود إظهار السماحة وذلك يتم به، وأما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين. والاصل أن اسم عقد المعاوضة كالبيع والاجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع بإزاء الايجاب والقبول معا، وفي عقود التبرعات بإزاء الايجاب فقط كالهبة والصدقة والعارية والعطية والوصية والعمري والاقرار والهدية. وقال زفر: هي كالبيع وفي البيع وما معه الاتفاق على أنه للمجموع فلذا وقع الاتفاق على أنه لو قال بعتك أمس هذا الثوب فلم تقبل فقال بل قبلت أو أجرتك هذه الدار فلم تقبل فقال بل قبلت القول قول المشتري والمستأجر لان إقراره بالبيع تضمن إقراره بالايجاب والقبول، وقوله فلم تقبل رجوع عنه. وكذا على عدم الحنث إذا حلف لا يبيع فأوجب فقط، وعلى الحنث لو حلف ليبيعن اليوم فأوجب فيه فقط ووقع الخلاف فيه لو كان بلفظ الهبة وعلى هذا الخلاف القرض. وعن أبي يوسف أن قبول المستقرض لا بد منه فيه لان القرض في حكم المعاوضة فلو قال أقرضني فلان ألفا فلم أقبل لا يقبل قوله. ونقل عن أبي حنيفة فيه روايتان. والابراء يشبه البيع من حيث إنه يفيد الملك باللفظ دون قبض والهبة لانه تمليك بلا عوض ولهذا ذكر في الجامع أن في القرض والابراء قياسا واستحسانا. وقال الحلواني فيهما كالهبة، وقيل الاشبه أن يلحق الابراء بالهبة لعدم العوض والقرض بالبيع ولا يعلم خلاف أن الاستقراض كالهبة، كذا في فتح القدير. وفي شرح المجمع لابن الملك وههنا دقيقة وهي أن حضرة الموهوب له شرط في الحنث حتى لو وهب الحالف منه وهو غائب لا يحنث اتفاقا اه. وأشار المصنف إلى ما في الخانية: رجل قال إن وهب لي فلان هذا العبد فهو حر فقال فلان وهبته لك فقال الحالف قبلت وقبضته قال أبو يوسف: لا يعتق لان الهبة هبة قبل القبول قوله: (لا يشم ريحانا لا يحنث بشم ورد وياسمين) لان الريحان عند الفقهاء ما لساقه رائحة طيبة كما لو رقه. وقيل في عرف أهل العراق اسم لما لا

ساق له من البقول مما له رائحة مستلذة. وقيل اسم لما ليس له شجر. وعلى كل فليس الورد والياسمين منه وإن كان في اللغة اسم لكل ما طاب ريحه من النبات. وفي فتح القدير: والذي يجب أن يعول عليه في ديارنا إهدار ذلك كله لان الريحان متعارف لنوع وهو ريحان الحماحم، وأما الريحان الترنجي منه فيمكن أن لا يكون لانهم
***
[٦٢٠]
يلزمونه التقييد فيقال ريحان ترنجي، وعندنا يطلقون اسم الريحان لا يفهم منه إلا الحماحم فلا يحنث إلا بعين ذلك النوع اه. وما قاله هو والواقع في مصر. ويشم - بفتح الياء والشين - مضارع شممت الطيب بكسر الميم في الماضي. هذه هي اللغة المشهورة الفصيحة، وأما شممته أشمه بفتح الميم في الماضي وضمها في المضارع فقد أنكرها بعض أهل اللغة وقال: هو خطأ. وصحح عدمه فقد نقلها الفراء وغيره وإن كانت ليست بفصيحة ثم يمين الشم تنعقد على الشم المقصود. فلو حلف لا يشم طيبا فوجد ريحه لم يحنث ولووصلت الرائحة إلى دماغه كذا في فتح القدير. قوله: (البنفسج والورد على الورق) فلو حلف لا يشتري بنفسجا أو وردا فاشترى ورقهما يحنث، ولو اشترى دهنهما لا يحنث لانهما يقعان على الورق دون الدهن في عرفنا، كذا في الكافي. وفي المبسوط: لو اشترى ورق البنفسج لا يحنث، ولو اشترى دهنه يحنث لان اسم البنفسج إذا أطلق يراد به الدهن ويسمى بائعه بائع البنفسج فيصير هو بشرائه مشتري البنفسج أيضا وهو رواية الجامع الصغير. وذكر الكرخي أنه يحنث بالورق كالدهن وهذا شئ يبتني على العرف، وفي عرف أهل الكوفة بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وإنما يسمى بائع الدهن فبني الجواب في الكتاب على ذلك. ثم شاهد الكرخي عرف أهل بغداد أنهم يسمون بائع الورق بائع البنفسج أيضا فقال: يحنث به. وقال: هكذا في ديارنا أعني في المبسوط ولا يقال في أحدهما حقيقة وفي الآخر مجازا بل فيهما حقيقة ويحنث فيهما باعتبار عموم المجاز، والياسمين قياس الورد لا يتناول الدهن لان دهنه يسمى زنبقا لا ياسمينا، وكذا الحناء يتناول الورق هذا إذا لم تكن له نية. وقال في الكافي: الحناء تقع في عرفنا على المدقوق قوله: (حلف لا يتزوج فزوجه فضولي وأجاز بالقول حنث وبالفعل لا) أي لا يحنث وهذا هو المختار كما في التبيين وعليه أكثر المشايخ والفتوى عليه كما في الخانية، وبه اندفع ما في جامع الفصولين من أن الاصح أنه لا يحنث بالاجازة بالقول أيضا لان المحلوف عليه هو التزوج وهو عبارة عن العقد وهو مختص بالقول والاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون للفضولي حكم الوكيل، وللمجيز حكم الموكل، والاجازة بالفعل بعث المهر أو شئ منه والمراد الوصول إليها، ذكره الصدر الشهيد. وقيل سوق المهر يكفي سواء وصل إليها أم لا لان المجوز الاجازة بالفعل وهي تتحقق بالسوق، وبعث الهدية لا
***
[٦٢١]
تكون إجازة لانه لا يختص بالنكاح، ولو قبلها بشهوة أو جامعها تكون إجازة بالفعل لكن يكره كراهة تحريم لقرب نفوذ العقد من المحرم. ولو أجاز في نكاح الفضولي بالكتابة هل تكون إجازة بالقول أو بالفعل ذكر في إيمان الجامع في الفتاوى إذا حلف لا يكلم فلانا أو قال والله لا أقول لفلان شيئا فكتب إليه كتابا لا يحنث. وذكر ابن سماعة في نوادره أنه يحنث. قيد بكون التزوج بعد اليمين لانه لو زوجه فضولي ثم حلف لا يتزوج فأجاز فإنه لا يحنث بالقول أيضا لانها تستند إلى وقت العقد، وفيه لا يحنث بمباشرته فبالاجازة أولى. وأشار المصنف إلى أنه لو حلف لا يزوج عبده أو أمته فأجاز بالقول فإنه يحنث كما يحنث بالتوكيل لانه مضاف إلى متوقف على إذنه لملكه وولايته، وكذا الحكم في ابنه وابنته الصغيرين لولايته عليهما، ولو كان كبيرين لا يحنث إلا بالمباشرة لعدم ولايته عليهما بل هو كالاجنبي عنهما فتتعلق بحقيقة العقد وهو مباشرته العقد. ولو كان الحالف هو العبد أو الابن فزوجه مولاه وهو كاره أو أبوه وهو مجنون حيث لا يحنثان به بخلاف المكره لوجود الفعل منه حقيقة دونهما وفي جامع الفصولين: قال كل امرأة أتزوجها أو يزوجها غيري لاجلي وأجيزه فهي طالق ثلاثا لا وجه لجوازه وفي رقم حر: فحيلته أن يزوجه فضولي بلا أمرهما فيجيزه هو فيحنث قبل إجازة المرأة لا إلى جزاء لعدم الملك ثم تجيزه هي فأجازتها لا تعمل فيجددان فيجوز إذ اليمين انعقدت على تزوج واحد، وهذه الحيلة إنما يحتاج إليها إذا قال في حلفه وأحيزه، أما إذا لم يقل قال النسفي: يزوج الفضولي لاجله فنطلق ثلاثا إذ الشرط تزويج الغير له مطلقا ولكنها لا تحرم عليه لطلاقها قبل الدخول في ملك الزوج. أقول: فيه تسامح لان وقوع الطلاق قبل الملك محال ا ه. وفي الخلاصة:

لو قال كل امرأة تدخل في نكاحي فهي طالق فهذا بمنزلة ما لو قال كل امرأة أتزوجها، وكذا لو قال كل امرأة تصير حلالا لي، ولو قال كل عبد يدخل في ملكي فهو حر فاشترى فضولي عبدا فأجاز هو بالفعل يحنث عند الكل لان للملك أسبابا كثيرة ا ه. وعلل في عمدة الفتاوى للاول بأن الدخول في النكاح ليس له إلا سبب واحد هو النكاح فلا فرق بين أن يذكره أو لا ا ه. فعلى هذا لو قال كل امرأة تدخل في عصمتي فهي طالق فإنه يزوجه فضولي ويجيز بالفعل ولا يحنث كما لا يخفى. وفي
***
[٦٢٢]
القنية: إن تزوجت عليك فأمرها بيدك فزوجه فضولي فأجاز بالفعل لا يصير الامر بيدها بخلاف ما لو قال إن دخلت امرأة في نكاحي فأمرها بيدك فإن الامر يصير بيدها ا ه. وها هنا تعليق كثير الوقوع في مصر وهو أن يقول إن تزوجت امرأة بنفسي أو بوكيلي أو بفضولي فأنت طالق أو فهي طالق فهل له مخلص؟ قلت: إذا أجاز عقد الفضولي بالفعل فلا يقع عليه طلاق لان قوله أو بفضولي معطوف على قوله بنفسي والعامل فيه تزوجت وقد صرحوا بأنه حقيقة في القول فقوله أو بفضولي إنما ينصرف إلى إجازته بالقول فقط، فلو زاد عليه أو دخلت في نكاحي أو في عصمتي فالحكم كذلك لما قدمناه من أن الدخول فيه ليس له إلا سبب واحد وهو التزوج وهو لا يكون إلا بالقول، فلو زاد عليه أو أجزت نكاح فضولي ولو بالفعل فلا مخلص له إلا إذا كان المعلق طلاق المتزوجة فيرفع الامر إلى شافعي ليفسخ اليمين المضافة كما قدمناه في باب التعليق قوله: (وداره بالملك والاجارة) أي لو حلف لا يدخل دار فلان يحنث بدخول ما يسكنه بالملك والاجارة لان المراد به المسكن عرفا فدخل ما يسكنه بأي سبب كان بإجارة أو إعارة أو ملك باعتبار عموم المجاز. ومعناه أن يكون محل الحقيقة فردا من أفراد المجاز لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز. قيدنا بأن تكون مسكنه لانه يقع عليه طلاق لان قوله أو بفضولي معطوف على قوله بنفسي والعامل فيه تزوجت وقد صرحوا بأنه حقيقة في القول فقوله أو بفضولي إنما ينصرف إلى إجازته بالقول فقط، فلو زاد عليه أو دخلت في نكاحي أو في عصمتي فالحكم كذلك لما قدمناه من أن الدخول فيه ليس له إلا سبب واحد وهو التزوج وهو لا يكون إلا بالقول، فلو زاد عليه أو أجزت نكاح فضولي ولو بالفعل فلا مخلص له إلا إذا كان المعلق طلاق المتزوجة فيرفع الامر إلى شافعي ليفسخ اليمين المضافة كما قدمناه في باب التعليق قوله: (وداره بالملك والاجارة) أي لو حلف لا يدخل دار فلان يحنث بدخول ما يسكنه بالملك والاجارة لان المراد به المسكن عرفا فدخل ما يسكنه بأي سبب كان بإجارة أو إعارة أو ملك باعتبار عموم المجاز. ومعناه أن يكون محل الحقيقة فردا من أفراد المجاز لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز. قيدنا بأن تكون مسكنه لانه لو لم يكن ساكنا فيها وهي ملكه لا يحنث. قال في الواقعات: حلف لا يدخل دار فلان
***
[٦٢٣]
فدخل دارا بين فلان وغيره وفلان ساكنها لا يحنث إلا أن يدل الدليل على دار الغلة أو غيرها. وأطلق في الملك فشمل الدار المشتركة، فلو حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا مشتركة بين فلان وغيره وفلان ساكنها يحنث لان جميع الدار تضاف إليه بعضها بالملك وكلها بالسكنى، ولا بد أن يكون سكنى فلان بها لا بطريق التبعية، فلو حلف لا يدخل دار فلانة فدخل دارها وزوجها ساكن فيها لا يحنث لان الدار تنسب إلى الساكن والساكن هو الزوج، كذا في الواقعات وقد قدمناها في بحث الدخول قوله: (حلف بأنه لا مال له وله دين على مفلس أو ملئ لا يحنث) لان الدين ليس بمال وإنما هو وصف في الذمة لا يتصور قبضه حقيقة ولهذا قيل: إن الديون تقضي بأمثالها على معنى أن المقبوض مضمون على القابض لانه قبضه لنفسه على وجه التملك ولرب الدين على المدين مثله فالتقى الدينان قصاصا فصار غيره حقيقة وشرعا، أما الحقيقة فظاهر، وأما الشرع فلا حاجة إلى اسقاط اعتباره لان التصرف في الدين قبل القبض جائز والمفلس بالتشديد رجل حكم القاضي بإفلاسه والملئ الغني، ذكره مسكين والله أعلم

٥ البحر الرائق 5-م

البحر الرائق
ابن نجيم المصري ج ٥

***
[١]
البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية) للشيخ الامام أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي المتوفي سنة ٧١٠ هـ والشرح " البحر الرائق " للإمام العلامة الشيخ زين الدين ين إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجم المصري الحنفي المتوفي سنة ٩٧٠ هـ ومعه الحواشي المسماة منحة الخالق على البحر الرائق للعلامة الشيخ محمد أمين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي التوفي سنة ١٢٥٢ هـ ظبطه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ زكريا عميرات تنبيه وضعنا متن كنز الدقائق في أعلى الصفحات، ووضعنا أسفل منه مباشرة نص " البحر الرائق " ووضعنا في أسفل الصفحات حواشي الشيخ ابن عابدين الجزء الخامس منشورات محمد على بيضون دار الكتب العلمية بيروت - لبنان
***
[٣]
بسم الله الرحمن الرحيم كتاب الحدود الحد عقوبة مقدرة لله تعالى والزنا وطء في قبل خال عن ملك وشبهته ويثبت كتاب الحدود لما كانت اليمين للمنع في أحد نوعيها ناسب أن يذكر الحدود عقيبها لان الحد في اللغة المنع ومنه سمي البواب حدادا لمنعه الناس عن الدخول، والسجان حدادا لمنعه عن الخروج، وحدود الديار نهاياتها لمنعها عن دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها إليه، وسمي اللفظ الجامع المانع حدا لانه يجمع معنى الشئ ويمنع دخول غيره فيه، وسميت العقوبات الخالصة حدودا لانها موانع من ارتكاب أسبابها معاودة، وحدود الله محارمه لانها ممنوع عنها ومنه * (تلك حدود الله فلا تقربوها) * (البقرة: ١٨٧) وحدود الله أيضا أحكامه لانها تمنع من التخطي إلى ما وراءها ومنه حدود الله فلا تعتدوها ولان كفارة اليمين دائرة بين العقوبة والعبادة فناسب أن يذكر العقوبات المحضة بعدها. قوله: (الحد عقوبة مقدر لله تعالى) بيان لمعناه شرعا نخرج التعزير لعدم التقدير ولا ينافيه قولهم إن أقله ثلاثة وأكثره تسعة وثلاثون سوطا لان ما بين الاقل والاكثر ليس بمقدر، ولانه يكون بغير الضرب. وخرج القصاص لانه حق العبد فلا يسمى حدا اصطلاحا على المشهور، وقيل يسمى به فهو العقوبة المقدرة شرعا فهو على هذا قسمان: قسم يصح فيه العفو وهو القصاص، وقسم لا يصح فيه وهو ما عداه. وعلى الاول المشهور الحد لا يقبل الاسقاط مطلقا بعد ثبوت سببه عند الحاكم، وعلى هذا يبنى عدم جواز الشفاعة فيه فإنها
***
[٤]
طلب ترك الواجب ولذا أنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم على أسامة بن زيد حين شفع في المخزومية التي سرقت فقال: أتشفع في حد من حدود الله تعالى؟ وأما قبل الوصول إلى الامام والثبوت عنده تجوز الشفاعة عند الرافع له إلى الحاكم ليطلقه لان الحد لم يثبت، كذا في فتح القدير. والتحقيق أن الحدود موانع قبل الفعل زواجر بعده أي العلم بشرعيتها يمنع الاقدام على الفعل وإيقاعه بعده يمنع من العود إليه فهي من حقوق الله تعالى لانها شرعت لمصلحة تعود إلى كافة الناس فكان حكمها الاصلي الانزجار عما يتضرر به العباد وصيانة دار الاسلام عن الفساد، ففي حد الزنا صيانة الانساب، وفي حد السرقة صيانة الاموال، وفي حد الشرب صيانة العقول، وفي حد القذف صيانة الاعراض فالحدود أربعة، وما في البدائع من أنها خمسة وجعل الخامس حد السكر فلا حاجة إليه لان حد السكر هو حد الشرب كمية وكيفية وإن اختلف السبب. واختلف العلماء رحمهم الله في أن الطهرة من الذنب من أحكامه من غير توبة فذهب كثير من العلماء إلى ذلك، وذهب أصحابنا إلى أنها ليست من أحكامه فإذا أقيم عليه الحد ولم يتب لم يسقط عنه إثم تلك المعصية عندنا عملا بآية قطاع الطريق فإنه قال تعالى * (ذلك لهم خزى في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم إلا الذين تابوا) * (المائدة: ٣٤) فإن اسم الاشارة يعود إلى التقتيل أو التصليب أو النفي فقد جمع الله تعالى بين عذاب الدنيا والآخرة عليهم وأسقط عذاب الآخرة بالتوبة فإن الاستثناء عائد إليه للاجماع على أن التوبة لا تسقط الحد في الدنيا، وأما ما رواه البخاري وغيره مرفوعا أن من أصاب من هذه المعاصي شيئا فعوقب به في الدنيا فهو كفارة له، ومن أصاب منها شيئا فستره الله فهو إلى الله إن شاء عفا عنه وإن شاء عاقبة (١) فيجب حمله على ما إذا تاب في العقوبة لانه هو الظاهر لان الظاهر أن ضربه أو رجمه يكون معه توبة منه لذوقه سبب فعله فتقيد به جمعا بين الادلة، وتقيد الظني مع معارضة القطعي له متعين بخلاف العكس، كذا في فتح القدير. وقد يقال: إذا كان الاستثناء في

الآية عائدا إلى عذاب الآخرة لم يبق لقوله تعالى * (من قبل أن تقدروا
***
[٥]
عليهم) * (المائدة: ٣٤) فائدة لان التوبة ترفع الذنب قبل الاخذ والقدرة عليهم وبعدها، فالظاهر أنه راجع إلى عذاب الدنيا لما سيأتي أن حد قطاع الطريق يسقط بالتوبة قبل القدرة عليهم وإنما يبقى حق العباد عليهم من القصاص إن قتلوا، والقطع إن أخذوا المال فصح العفو عنهم بخلافها بعد القدرة فإنها لا تسقط حق الله تعالى حتى لا يصح عفو أولياء المقتولين. واستدل الزيلعي على عدم كونه مطهرا من الذنب بأنه يقام على الكافر ولا مطهر له اتفاقا، وزاد بعضهم: ويقام على كره ممن أقيم عليه الحد. والثاني ليس بشئ لجواز التكفير بما يصيب الانسان من المكاره وإن لم يصبر كما نص عليه الامام الشافعي. والحاصل أن الواجب على العاصي في نفس الامر التوبة فيما بينه وبين الله تعالى والانابة، ثم إذا اتصل بالامام ثبوته وجب إقامة الحد على الامام ولا يمتنع من إقامته بسبب التوبة. وفي الظهيرية: رجل أتى بفاحشة ثم تاب وأناب إلى الله تعالى فإنه لا يعلم القاضي بفاحشته لاقامة الحد عليه لان الستر مندوب إليه ا ه. قوله: (والزنا وطئ في قبل حال عن الملك وشبهته) بيان لمعناه الشرعي واللغوي فإنهما واء فيه. وخرج الوطئ في الدبر، وخرج وطئ زوجته وأمته ومن له فيها شبهة ملك، ودخل وطئ الاب جارية ابنه فإنه زنا شرعي بدليل أنه لا يحد قاذفه بالزنا وإن لم يجب الحد عليه والمراد وطئ الرجل فخرج الصبي لكن يرد عليه المرأة فإن فعلها ليس وطئا، وإنما هو تمكين منه، والجواب أن تسميتها زانية مجاز والكلام في الحقيقة. ولم يقصد المصنف تعريف
***
[٦]
الزنا الموجب للحد كما توهمه الزيلعي فإنه لو كان كذلك لانتقض التعريف طردا وعكسا. أما انتقاضه طردا فإنه يوجد في المجنون والمكره وفي وطئ الصبية التي لا تشتهي والميتة والبهيمة وفي دار الحرب ولا يجب الحد في هذه المواضع وهو زنا شرعي، وأما انتقاضه عكسا فبزنا المرأة فإن الحد انتفى ولم ينتف المحدود وهو الزنا الموجب للحد، فالزنا الموجب للحد هو وطئ مكلف طائع مشتهاة حالا أو ماضيا في القبل بلا شبهة ملك في دار الاسلام أو تمكينه من ذلك أو تمكينها ليصدق على ما لو كان مستلقيا فقعدت على ذكره فتركها حتى أدخلته فإنهما يحدان في هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين. والوطئ هو إدخال قدر الحشفة من الذكر في القبل أو الدبر. وبهذا عرف أن تعريف الزيلعي الزنا الموجب للحد بأنه وطئ مكلف في قبل المشتهاة عار عن ملكه وشبهته عن طوع ليس بتام وإن قال إنه أتم كما لا يخفى. وزاد في المحيط أن من شرائطه العلم بالتحريم حتى لو لم يعلم بالحرمة لم يجب الحد للشبهة، وأصله ما روي سعيد بن المسيب أن رجلا زنى باليمن فكتب في ذلك عمر رضي الله عنه إن كان يعلم أن الله تعالى قد حرم الزنا فاجلدوه، وإن كان لا يعلم فعلموه، فإن عاد فاجلدوه. ولان الحكم في الشرعيات لا يثبت إلا بعد العلم فإن كان الشيوع والاستفاضة في دار الاسلام أقيم مقام العلم ولكن لا أقل من إيراث شبهة لعدم التبليغ ا ه. وبه علم أن الكون في دار الاسلام لا يقوم مقام العلم في وجوب الحد كما هو قائم مقامه في الاحكام كلها. وتعقبه في فتح القدير بأن الزنا حرام في جميع الاديان والملل فالحربي إذا
***
[٧]
دخل دار الاسلام فأسلم فزنى وقال ظننت أنه حلال يحد ولا يلتفت إليه وإن كان فعله أول يوم دخوله فكيف يقال إذا ادعى مسلم أصلي أنه لا يعلم حرمة الزنا أنه لا يحد لانتفاء شرط الحد، ولو أنه أراد أن المعنى أن شرط الحد في نفس الامر علمه بالحرمة في نفس الامر فإذا لم يكن عالما لا حد عليه كان قليل الجدوى أو غير صحيح لان الشرع لما أوجب على الامام أن يحد هذا الرجل الذي ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب في نفس الامر لانه لا معنى لكونه واجبا في نفس الامر لانه يكفيه فيما بينه وبين الله تعالى التوبة والانابة، ثم إذا اتصل بالامام ثبوته وجب على الامام إقامة الحد ا ه. وهو مقصور في اللغة الفصحى لغة أهل الحجاز التي جاء بها القرآن ويمد في لغة نجد، والمرد بالملك هنا الاعم من ملك العين ومن ملك حقيقة الاستمتاع، ودخل تحت شبهة الملك حق الملك وشبهة النكاح وشبهة الاشتباه وقد فصلها في البدائع فقال: العاري عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة

النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح جميعا ا ه. وفي الظهيرية: والذي يجن ويفيق إذا زنا في حال إفاقته أخذ بالحد، وإن قال زنيت في حال جنوني لا يحد كالبالغ إذا قال زنيت في حال الصبا. قوله: (ويثبت بشهادة أربعة بالزنا لا بالوطئ والجماع) أي يثبت الزنا عند الحاكم ظاهرا بشهادة أربعة من الرجال يشهدون بلفظ الزنا لا بلفظ الوطئ والجماع لقوله تعالى * (فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) * (النساء: ١٥) وقال تعالى * (ثم لم يأتوا بأربعة شهداء) * (النور: ٤) وقال

***

[٨]

عليه السلام للذي قذف امرأته: ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك. ولان في اشتراط الاربع تحقيق معنى الستر وهو مندوب إليه بقوله عليه السلام من ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة (١) والاشاعة ضده. فعلى هذا فالشهادة بالزنا خلاف الاولى التي مرجعها إلى كراهة التنزية لانها في رتبة الندب في جانب الفعل وكراهته التنزية في جانب الترك، ويجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد بالزنا ولم يتهتك به، أما إذا وصل الحال إلى إشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة أولى من تركها لان مطلوب الشارع إخلاء الارض عن المعاصي والفواحش وذلك يتحقق بالتوبة من الغافلين وبالزجر لهم، فإذا أظهر حال الشره في الزنا مثلا والشرب وعدم مبالاته فإخلاء الارض حينئذ بالحدود، وعلى هذا ذكره في غير مجلس القاضي. وأداء الشهادة بمنزلة الغيبة فيه يحرم منه ما يحرم منها ويحل منه ما يحل منها وسيأتي في الشهادات أنه لا بد من الذكورة في الشهود لادخال التاء في العدد في المنصوص. وأطلقهم فشمل ما إذا كان الزوج أحدهم خلافا للشافعي، هو يقول هو متهم، ونحن نقول التهمة ما توجب جر نفع والزوج مدخل على نفسه بهذه الشهادة لحوق العار وخلو الفراش خصوصا إذا كان له منها أولاد. وقيده في الظهيرية بأن لا يكون الزوج قذفها فلو كان قد قذفها وشهدا بالزنا ومعه ثلاثة حد الثلاثة للقذف وعلى الزوج اللعان لان شهادة الزوج لم تقبل لمكان التهمة لانه بشهادته يسعى في دفع اللعان عن نفسه اه. فعلى هذا لو قال بعض الشهود إن فلانا فد زنى أو قال له زنيت ثم جاء وشهد عند القاضي لا تقبل شهادته لما ذكر في الزوج. وفي المحيط: ولو شهدوا على المرأة أحدهم زوجها بالزنا بابن زوجها مطاوعة لا تجوز شهادة الزوج، دخل بها أو لم يدخل، لوجود التهمة لانه ربما يريد إسقاط المهر قبل الدخول وإسقاط النفقة بعد الدخول ويحد الثلاثة ولا يحد الزوج اه. ولا بد من اتحاد المجلس لصحة الشهادة حتى لو شهدوا متفرقين لا تقبل شهادتهم لقول عمر رضي الله عنه: لو جاؤا مثل ربيعة ومضر فرادي لجلدتهم. وفي الظهيرية: لو جاؤا متفرقين يحدون حد القذف ولو جاؤا فرادى وقعدوا مقعد الشهود وقام إلى القاضي واحد بعد واحد قبلت شهادتهم وإن كان خارج المسجد حدوا جميعا ا ه. وإنما اشترط لفظ الزنا لانه هو الدال على فعل الحرام لا لفظ الوطئ والجماع، وظاهر كلام المصنف أنه لا يقوم لفظ

***

[٩]

مقام لفظ الزنا فلو شهدوا أنه وطئها وطئا محرما لا يثبت به. وأشار بقوله بالزنا إلى أنه لو شهد رجلان أنه زنى وآخران أنه أقر بالزنا فإنه لا يحد. قال في الظهيرية: ولا تحد الشهود أيضا، وإن شهد ثلاثة بالزنا وشهد الرابع على الاقرار بالزنا فعلى الثلاثة الحد اه. لان شهادة الواحد على الاقرار لا تعتبر فبقي كلام الثلاثة قذفا. قوله: (فسألهم الامام عن ماهيته وكيفيته ومكانه وزمانه والمزنية) أي سأل الحاكم الشهود عن ماهيته أي ذاته وهو إدخال الفرج في الفرج لاحتمال أنهم عنوا غير الفعل في الفرج كما قال عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر (١) الحديث. ومن الناس من يظن كل وطئ حرام زنا يوجب الحد، وظاهر كلامهم أنه ليس المراد بالماهية الحقيقة الشرعية كما بيناه والكيفية هي الطواعية والكراهية وعن المكان لاحتمال أنه زنا في دار الحرب فلا حد عليه، وعن الزمان لجواز تقادم العهد ولجواز أنه زنا في زمن صباه، وعن المزنية لجواز أن تكون جارية ابنه أو أمة مكاتبه فليستقص القاضي في ذلك احتيالا لدرء الحد. وفي فتح القدير: وقياسه في الشهادة على زنا امرأة أن يسألهم عن الزاني بها من هو فإن فيه أيضا الاحتمال المذكور وزيادة وهو جواز كونه صبيا أو مجنونا بأن مكنت أحدهما فإنه لا حد عليها عند الامام اه. وأشار المصنف إلى أنه لو سألهم فلم يزيدوا على قولهم أنهم زنيا فلا حد على والمشهود عليه قالوا: لا على الشهود لانهم شهدوا بالزنا ولم يثبت قذفهم لانهم لم يذكروا ما ينفي كون ما ذكروه زنا ليظهر قذفهم بخلاف ما لو وصفوه بغير صفته فإنهم يحدون ولو بين ثلاثة ولم يزاد واحد على الزنا لا يحد، وما وقع في أصل المبسوط

من أن الرابع لو قال أشهد أنه زان فسئل عن صفته ولم يصفه أنه يحد يحمل على أنه قاله للقاضي في مجلس غير المجلس الذي شهد فيه الثلاثة، كذا في فتح القدير. وإلى أنهم لو شهدوا بأنه زنى بامرأة لا يعرفونها لا يحد. قال في المحيط: لا يحد وإن قال ليست بامرأتي، وإن أقر أنه زنى بامرأة لا يعرفها يحد لانه غير متهم في الاقرار على نفسه لانه عارف بحاله بخلاف الشاهد لانه متهم اهـ. وفي الخانية: شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها ثم قالوا بفلانة لا يحد الرجل ولا الشهود اهـ. قوله: (فإن بينوه وقالوا رأيناه وطئها كالميل في المكحلة وعدلوا سرا وجهرا حكم به) لظهور الحق ووجوب الحكم به على القاضي. والمكحلة بضم الميم والحاء. وقولهم وطئها كالميل في المكحلة راجع إلى بيان الكيفية وهو زيادة بيان احتيالا للدرء وإلا السؤال عن ماهيته كاف مع أن ظاهر كلامهم أن الحكم موقوف على بيانه. ولم يكتف هنا بظاهر العدالة اتفاقا بأن يقال هو مسلم ليس بظاهر الفسق احتيالا للدرء بخلاف سائر الحقوق عند الامام وسيأتي بيان التعديل سرا وعلانية إن شاء الله تعالى. وحاصل التعديل سرا أن يبعث القاضي ورقة فيها أسماؤهم
***
[١٠]
وأسماء محلتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة. وحاصل التعديل علانية أن يجمع القاضي بين المزكي والشاهد فيقول هذا هو الذي زكيته. وفي فتح القدير: واعلم أن القاضي لو كان يعلم عدالة الشهود لا يجب عليه السؤال عن عدالتهم لان علمه يغنيه عن ذلك وهو أقوى من الحاصل له من تعديل المزكي، ولولا ما ثبت من إهدار الشرع علمه بالزنا في إقامة الحد بالسمع الذي ذكرناه لكان يحده بعلمه لكن ثبت ذلك هناك ولم يثبت هنا قالوا: ويحبسه هنا حتى يسأل عن الشهود كيلا يهرب ولا وجه لاخذ الكفيل منه لان أخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما ينبني على الدرء وليس حبسه للاحتياط بل للتهمة بطريق التعزير بخلاف الديون لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة لان الحبس أقصى عقوبة فيها فلا يجوز أن يفعله قبل الثبوت بخلاف الحدود فإنه فيها عقوبة أخرى أغلظ منه. قوله: (وبإقراره أربعا في مجالسه الاربعة كلما أقر رده) معطوف على بالبينة أي يثبت الزنا بإقراره. وقدم الثبوت بالبينة عليه لانه المذكور في القرآن ولان الثابت بها أقوى حتى لا يندف الحد بالفرار ولا بالتقادم، ولانها حجة متعدية والاقرار قاصر وللاقرار شرطان: أحدهما أن يكون صريحا فلو أقر الاخرس بالزنا بكتابة أو إشارة لا يحد للشبهة لعدم الصراحة، وكذا الشهادة على الاخرس لا تقبل لاحتمال أنه يدعي شبهة كما لو شهدوا على مجنون أنه زنى في حال إفاقته بخلاف الاعمى فإنه يصح إقراره والشهادة عليه، وكذا الخصي والعنين. وعلى هذا فيزاد في تعريف الزنا الموجب للحد بعد قوله مكلف ناطق لما علمت أن الاخرس لا حد عليه لا بإقراره ولا ببينة. الثاني أن لا يظهر كذبه في إقراره فلو أقر فظهر مجبوبا أو أقرت فظهرت رتقاء وذلك بأن تخبر النساء بأنها رتقاء قبل الحد وذلك لان إخبارهن بالرتق يوجب شبهة في شهادة الشهود وبالشبهة يندرئ الحد. ولو أقر أنه زنى بخرساء أو هي أقرت بأخرس لا حد على واحد منهما، كذا في فتح القدير. ولا بد أن يكون إقراره في حالة
***
[١١]
الصحو لما في المحيط: السكران إذا سرق أو زنى في حال سكره يحد ولو أقر بالزنا أو بالسرق لا يحد لان الانشاء لا يحتمل الكذب والاقرار يحتمل الكذب فاعتبر هذا الاحتمال في حال سكره في الاقرار بالحد لا غير اهـ. ولا بد من أن لا يكذبه الآخر فإن أقر الرجل بالزنا بفلانة فكذبته درئ الحد عن الرجل، سواء قالت إنه تزوجني أو لا أعرفه أصلا، ويقضي بالمهر عليه إن ادعته المرأة، وإن أقرت المرأة بالزنا بفلان وكذبها الرجل فلا حد عليها أيضا عند الامام خلافا لهما في المسألتين، كذا في الظهيرية. وفي المحيط: أصله أن الحد متى لم يجب على المرأة أصلا أو تعذر استيفاؤه عليها لا يجب على الرجل بالاجماع، ومتى لم يجب على الرجل أصلا لم يجب على المرأة بالاجماع وإن انعقد فعله موجبا للحد لكن بطل الحد عنه لمعنى عارض لا يمنع الوجوب على المرأة عنده خلافا لهما اهـ. ولم يشترط المصنف بلوغ المقر وعقله كما في الهداية لانهما شرط الكل تكليف وليس من شرطه الحرية فصح إقرار العبد بالزنا أو بغيره مما يوجب الحد وإن كان مولاه غائبا، وكذا القطع والقصاص، وفرق أبو حنيفة ومحمد بين حجة البينة وحجة الاقرار. ولو قال العبد بعد ما أعتق زنيت وأنا عبد لزمه حد العبيد، كذا في الظهيرية. وإنما شرطنا تكرار الاقرار أربعا لحديث ما عز أنه عليه السلام أخر إقامة الحد عليه إلى أن تم إقراره أربع مرات في أربع مجالس فلهذا قلنا لا بد من اختلاف المجالس لان لاتحاده أثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق

شبهة الاتحاد فيه والعبرة لمجلس المقر لانه قائم به دون مجلس القاضي. وفسر محمد المجالس المتفرقة أن يذهب المقر بحيث يتوارى عن بصر القاضي وينبغي للامام أن يزجره عن الاقرار ويظهر له الكراهية من ذلك ويأمر بإبعاده عن مجلسه في كل مرة لانه عليه السلام فعل كذلك. وفي الظهيرية: ولو أقر كل يوم
***
[١٢]
مرة أو كل شهر مرة فإنه يحد اهـ. وأشار المصنف باقتصاره على البينة والاقرار إلى أن الزنا لا يثبت بعلم القاضي وكذلك سائر الحدود الخالصة، كذا في الذخيرة. وإلى أن الاقرار والشهادة لا يجتمعان فلذا قال في الظهيرية والذخيرة: أربعة فسقة شهدوا على رجل بالزنا وأقر هو مرة واحدة لا يحد. ولو كان الشهود عدولا. ذكر شمس الائمة السرخسي أنه يحد وذكر غيره من المشايخ أن على قول محمد يحد وعلى قول أبي يوسف لا يحد اهـ. قوله: (وسأله كما مر فإن بينه حد) أي سأل الحاكم المقر عن الاشياء الخمسة المتقدمة للاحتمالات المذكورة فإن بين المسؤول عنه وجب الحد، وظاهر كلامه أنه يسأله عن الزمان والمزني بها وهذا هو الاصح لاحتمال أنه زنى في صباه أو زنى بجارية ابنه وهو لا يعلمها. وليس فائدة السؤال عن الزمان منحصرة في احتمال التقادم وهو مضر في الشهادة دون الاقرار لان له فائدة أخرى وهو احتمال وجوده في زمن الصبا. ولو سئل عن المزني بها فقال لا أعرفها قدمنا أنه يحد، وكذا إذا أقر بالزنا بفلانة وهي غائبة فإنه يحد استحسانا بخلاف ما إذا كذبته لما قدمناه. وأشار بسؤال الامام إلى أنه لا يعتبر إقراره عند غير الحاكم لانه لا ولاية له في إقامة الحدود ولو كان أربع مرات حتى لا تقبل الشهادة بذلك عليه لانه إن كان منكرا فقد رجع، وإن كان مقرا لا تعتبر الشهادة مع الاقرار، كذا في التبيين. وبهذا علم أن البينة على الاقرار لا تقبل أصلا قوله: (فإن رجع عن إقراره قبل الحد أو في وسطه خلى سبيله) لان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس أحد يكذبه فيه فتحقق الشبهة بالاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع. أطلق في الرجوع فشمل الرجوع بالقول أو بالفعل كما إذا هرب كما في الحاوي. وقيد بالاقرار لانه لو ثبت الزنا بالبينة فهرب في حال الرجم اتبع بالحجارة حتى يقضي عليه، كذا في الحاوي. وإنكار الاقرار رجوع كإنكار الردة توبة. قال في الخانية: رجل أقر عند القاضي بالزنا أربع مرات فأمر القاضي برجمه فقال والله ما أقررت بشئ يدرأ عند الحد اهـ. وكذا يصح الرجوع عن الاقرار بالاحصان لانه لما صار شرطا للحد صار حق الله تعالى فصح الرجوع عنه لعدم المكذب، كذا في الكشف الكبير من بحث العلامة. وقد ظهر بما ذكرنا أنه يصح الرجوع عن الاقرار بالحدود الخالصة كحد الشرب والسرقة.
***
[١٣]
قوله: (وندب تلقينه بلعلك قبلت أو لمست أو وطئت بشبهة) لحديث ما عز في البخاري لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت. وقال في الاصل: ينبغي أن يقول له لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة. والمقصود أن يلقنه بما يكون ذكره دارئا ليذكره كائنا ما كان كما قال عليه السلام للسارق الذي جئ به إليه أسرقت وما أخاله سرق أي وما أظنه سرق تلقينا له ليرجع. وبهذا علم أن الزاني لو ادعى أنها زوجته سقط الحد عنه وإن كانت زوجة للغير ولا يكلف إقامة البينة للشبهة كما لو ادعى السارق أن العين مملوكة له سقط القطع بمجرد دعواه. وفي المحيط: لو تزوج المزني بها أو اشتراها لا يسقط الحد في ظاهر الرواية لانه لا شبهة له وقت الفعل قوله: (فإن كان محصنا رجمه في فضاء حتى يموت) لانه عليه السلام رجم ماعزا وقد كان أحصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد إحصان. وعلى هذا إجماع الصحابة. وإنكار الخوارج الرجم باطل لانهم إن أنكروا حجية إجماع الصحابة فجهل مركب بالدليل بل هو إجماع قطعي، وإن أنكروا وقوعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم لانكارهم حجية خبر الواحد فهو بعد بطلانه بالدليل ليس مما نحن فيه لان ثبوت الرجم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم متواتر المعنى كشجاعة علي وجود حاتم، والآحاد في تفاصيل صوره وخصوصياته، كذا في فتح القدير. وإنما يرجم في الفضاء لحديث البخاري أن ما عزا رجم بالمصلي. وفي مسلم: فانطلقنا به إلى بقيع الغرقد. فإن المصلي كان به وهو مصلي الجنائز. وفي المحيط: المقضي برجمه إذا قتله انسان أو فقأ عينه لا شئ عليه ولو قتله قبل القضاء يجب القصاص إن كان عمدا والدية إن كان خطأ قوله: (يبدأ الشهود به) أي بالرجم يعني على وجه الشرط ولو بحصاة صغيرة، هكذا روي عن علي رضي الله عنه،

ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء. وقال الشافعي: لا يشترط بدايتهم اعتبارا بالجلد. قلنا: كل أحد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف قوله: (فإن أبواسقط) أي إن امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع، وكذا إذا ماتوا أو غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط. ولا يجب الحد عليهم لو امتنعوا لانه دلالة الرجوع لا صريحه وامتناع البعض أو غيبته كالكل، وكذا إذا خرج بعض الشهود عن الاهلية بارتداد أو عمى أو خرس أو فسق أو قذف، سواء كان قبل القضاء أو بعده، لان الامضاء من القضاء في الحدود، وأما قطع اليدين فإن كان بعد الشهادة امتنعت الاقامة، وإن
***

[١٤]

كان القطع قبلها رمي القاضي بحضرتهم لانهم إذا كانوا مقطوعي الايدي لم تستحق البداءة بهم، وإن قطعوا بعدها فقد استحقت، وهذا يفيد أن كون الابتداء بهم شرطا إنما هو عند قدرتهم على الرجم. وفي الظهيرية: وإن كان الشهود مرضى لا يستطيعون الرمي وقد حضر وارمي القاضي ثم رمى الناس. وقال أبو يوسف: يقام عليه الرجم وإن لم يحضر الشهود وإن حضروا ولم يرجموا رجم الامام ثم الناس. وقيد المصنف بالرجم لان ما سوى الرجم من الحدود لا يجب الابتداء لا من الشهود ولا من الامام وكذا في الظهيرية قوله: (ثم الامام ثم الناس) هكذا روي عن علي رضي الله عنه وأرضاه،. ويقصدون بذلك مقتله إلا من كان منهم ذا رحم محرم منه فإنه لا يقصد مقتله فإن بغيره كفاية، كذا في التبيين وغيره. وظاهره أنه يرجمه ولا يقصد مقتله مع أن ظاهر ما في المحيط أنه لا يرجمه أصلا فإنه قال: ويكره لذي الرحم المحرم أن يلي إقامة الحد والرجم ا ه‍. ولم يذكر المصنف أن الامام إذا امتنع من الرجم بعد الشهود أنه يسقط الحد وقياسه السقوط. قال في فتح القدير: واعلم أن مقتضى ما ذكر أنه لو بدأ الشهود فيما إذا ثبت بالشهادة يجب أن يثني الامام فلو لم يثن الامام يسقط الحد لاتحاد المأخذ فيهما اه‍. وفي الظهيرية: والقاضي إذا أمر الناس برجم الزاني وسعهم أن يرجموه وإن لم يعاينوا أداء الشهادة. وروى ابن سماعة عن محمد أنه قال: هذا إذا كان القاضي فقيها عدلا، أما إذا كان فقيها غير عدل أو كان عدلا غير فقيه فلا يسعهم أن يرجموه حتى يعاينوا أداء الشهادة اه‍. قوله: (ويبدأ الامام لو مقرا ثم الناس) كذا روي عن علي رضي الله عنه ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا، ولم يذكر المصنف أن الامام لو لم يبدأ هل يحل للناس الرمي. قال في فتح القدير: واعلم أن مقتضى هذا أنه لو
***

[١٥]

امتنع الامام لا يحل للقوم رجمه ولو أمرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم هو منتف برجم ما عز فإن القطع بأنه عليه السلام لم يحضره بل رجمه الناس بأمره عليه السلام. ويمكن الجواب بأن حقيقة ما دل عليه قول علي رضي الله عنه أنه يجب على الامام أن يأمرهم بالابتداء اختيارا لثبوت دلالة الرجوع وعدمه، وأن يبتدئ هو في الاقرار لينكشف للناس أنه لم يقصر في أمر القضاء بأن لم يتساهل في بعض شروط القضاء بالحد، فإذا امتنع حينئذ ظهرت أمارة الرجوع. وفي الحاوي: وينبغي للناس أن يصفوا عند الرجم كصفوف الصلاة وكلما رجم قوم تأخروا وتقدم غيرهم فرجموا اه قوله: (ولو غير محصن جلده مائة) لقوله تعالى * (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) * (النور: ٢) إلا أنه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به، ويكفينا في تعيين الناسخ القطع برجم النبي صلى الله عليه وسلم فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية قوله: (ونصف للعبد) أي نصف جلد المائة للعبد الزاني فيجلد خمسين سوطا لقوله تعالى * (فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) * (النساء: ٢٥) والمراد به الجلد لان الرجم لا يتنصف، وإذا ثبت التنصيف في الاماء لوجود الرق ثبت في العبيد دلالة. وما في التبيين من أن العبيد دخلوا في اللفظ وأنث للتغليب مخالف لما في الاصول من أن الذكور لا تتبع الاناث حتى لو قال أمنوني على بناتي لا تدخل الذكور بخلاف أمنوني على بني عم الذكور والاناث. قوله: (بسوط لا ثمرة له متوسطا) أي لا عقدة له لان عليا رضي الله عنه لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته. والمتوسط بين المبرح وهو الجارح وغيره المؤلم لافضاء الاول إلى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار، كذا في الهداية.

وحاصله أنه المؤلم غير الجارح قوله: (ونزع ثيابه وفرق على بدنه إلا رأسه ووجهه وفرجه) أي ونزع عنه ثيابه إلا ما يستر عورته لان عليا رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود لان التجريد أبلغ في إيصال الالم إليه، وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب، وفي نزع الازار كشف العورة فيتوقاه. وإنما يفرق الضرب على أعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي إلى التلف والحد زاجر لا متلف. وإنما يتقي الاعضاء الثلاثة لقوله عليه السلام للذي أمره بضرب الحد اتق الوجه
***
[١٦]
والمذاكير ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضا فلا يؤمن من فوات شئ منها بالضرب وذلك إهلاك معنى فلا يشرع حدا. وقال أبو يوسف: يضرب الرأس أيضا رجع إليه بعد أن كان أولا يقول لا يضرب كما هو المذهب وإنما يضرب سوطا لقول أبي بكر رضي الله عنه: اضربوا الرأس فإن فيه شيطانا. قلنا: تأويله أنه قال ذلك فيمن أبيح قتله ونقل أنه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق قوله: (ويضرب الرجل قائما في الحدود وغير ممدود) لقول علي رضي الله عنه: تضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا. ولان مبنى إقامة الحد على التشهير والقيام أبلغ فيه. ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد أن يلقى على الارض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل أن يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه، وقيل أن يمد بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لان زيادة على المستحق قوله: (ولا ينزع ثيابها إلا الفرو والحشو) لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم إلى الجسد والستر حاصل بدونهما فلا حاجة إليهما فينزعان ليصل الالم إلى البدن قوله: (وتضرب جالسة) لاثر علي رضي الله عنه ولانها عورة فلو ضربت قائمة لا يؤمن كشف عورتها قوله: (ويحفر لها في الرجم لا له) لان ماعزا لم يحفر له وحفر للغامدية وهو بيان للجواز وإلا فلا بأس بترك الحفر لها لانه عليه السلام لم يأمر بذلك والامساك غير مشروع في المرجوم قوله: (ولا يحد عبده إلا بإذن إمامه) لقوله عليه السلام أربع إلى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصود منه إخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام أو نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد، ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه. قيد بالحد لان المولى يعزر عبده بلا إذن الامام لانه حق العبد وهو المالك والمقصود منه التأديب ولهذا يعزر الصبي والدابة وتقبل فيه الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال ويصح فيه العفو قوله: (وإحصان الرجم الحرية والتكليف والاسلام والوطئ بنكاح صحيح وهما بصفة الاحصان) فالعبد ليس محصنا لانه غير متمكن بنفسه من النكاح الصحيح المغني عن الزنا، ولا الصبي والمجنون لعدم أهلية العقوبة. والتكليف شرط لكون الفعل زنا وإنما جعله شرط الاحصان لاجل قوله وهما بصفة الاحصان وإلا ففعل الصبي والمجنون ليس بزنا أصلا. ولا الكافر للحديث من أشرك بالله فليس بمحصن ورجمه عليه السلام اليهوديين إنما كان
***
[١٧]
بحكم التوراة قبل نزول آية الرجم ثم نسخ. ولا من لم يتزوج لعدم تمكنه من الوطئ الحلال، ولا من تزوج ولم يدخل بها للحديث الثيب بالثيب (١) والثيابة لا تكون بغير دخول، ولانه لم يستغن عن الزنا والدخول إيلاج الحشفة أو قدرها. ولا يشترط الانزال كما في الغسل لانه شبع. ولا من دخل بغير المحصنة كمن دخل بذمية أو أمة أو صغيرة أو مجنونة لوجود النفرة عن نكاح هؤلاء لعدم تكامل النعمة، ولا من دخل بامرأة محصنة ولم يكن محصنا وقته وصار محصنا وقت الزنا لما ذكرنا من عدم تكامل النعمة. ولو زال الاحصان بعد ثبوته بالجنون أو العته يعود محصنا إذا أفاق، وعند أبي يوسف لا يعود حتى يدخل بامرأته بعد الافاقة. وفي فتاوي قارئ الهداية المسماة بالسراجية: إذا سرق الذمي أو زنى ثم أسلم إن ثبت ذلك عليه بإقراره أو بشهادة المسلمين لا يدرأ عنه الحد، وإن ثبت بشهادة أهل الذمة فأسلم لا يقام عليه الحد وسقط عنه. وفي الحاوي القدسي: وإن شهد عليه أربعة بالزنا فأنكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم وإن لم تكن ولدت منه وشهد بالاحصان رجلان أو رجل وامرأتان رجم اه‍. قوله: (ولا يجمع بين جلد ورجم ولا بين جلد ونفي) لانه عليه الصلاة والسلام لم يجمع بين الجلد والرجم لان الجلد يعري عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم إذ هو في العقوبة أقصاها وزجره لا يكون بعد هلاكه. وأما عدم الجمع بين الجلد والنفي وهو التغريب فلان الله تعالى جعل الجلد كل الموجب في قوله تعالى * (فاجلدوا) * رجوعا إلى حرف الفاء وإلى كونه كل المذكور، ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام

الاستحياء من العشيرة. ثم فيه فتح مواد البغاء فر بما تتخذ زناها مكسبة وهو من أقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله عنه: كفى بالنفي فتنة. والحديث وهو قوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام (١) منسوخ كشطره وهو قوله الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة (١) وقد عرف طريقه في موضعه قالوا: إلا إذا رأى الامام مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه إلى الامام، وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم، كذا في الهداية وهو

***

[١٨]

المراد بقوله في المختصر قوله: (ولو غرب بما يرى صح) أي جاز. فسر التغريب في النهاية بالحبس وهو أحسن وأسكن للفتنة من نفيه إلى اقليم آخر لانه بالنفي يعود مفسدا كما كان ولهذا كان الحبس حدا في ابتداء الاسلام دون النفي وحمل النفي المذكور في قطاع الطريق عليه. وفي الظهيرية: والزاني إذا ضرب الحد لا يحبس والسارق إذا قطع يحبس حتى يتوب اه. وظاهر كلامهم ههنا أن السياسة هي فعل شئ من الحاكم لمصلحة يراها وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي قوله: (والمريض يرجم ولا يجلد حتى يبرأ) لان الاتلاف مستحق في الرجم فلا يمنع بسبب المرض وفي الجلد غير مستحق وهو في حالة المرض يفضي إلى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد. واستثنى في الظهيرية أن يكون مريضا وقع اليأس عن برئه فحينئذ يقام عليه اه. قيد بالمريض لو لانه كان ضعيف الخلقة بحيث لا يرجى برؤه نخيف عليه الهلاك إذا ضرب يجلد جلدا خفيفا مقدار ما يحتمله لما روي أن رجلا ضعيفا زنى فذكر ذلك سعد بن عبادة لرسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ذلك الرجل مسلما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اضربوه حده. فقالوا: يا رسول الله أنه ضعيف بحيث لو ضربناه مائة قتلناه فقال عليه الصلاة والسلام: خذوا عثكالا فيه مائة شمراخ ثم اضربوه ضربة واحدة. قال: ففعلوه. رواه أحمد وابن ماجه. والعثكال والعثكول عنقود النخل، والشمراخ شعبة منه وهو بالعين المهملة والثاء المثلثة، كذا في المغرب قوله: (والحامل لا تحد حتى تلد وتخرج من نفاسها لو كان حدها الجلد) لان النفاس نوع مرض فيؤخر إلى زمان البرء. وقيد بحد الجلد لانه لو كان حدها الرجم. رجمت إذا ولدت من غير تأخير لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل. وعن أبي حنيفة أن الرجم يؤخر إلى أن يستغني ولدها عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته لان في التأخير صيانة الولد عن الضياع، وقد روي أنه عليه السلام قال للغامدية بعدما وضعت: ارجعي حتى يستغني ولدك. وظاهر المختار أن هذه الرواية هي المذهب فإنه اقتصر عليها ولم يذكر المصنف أنها تحبس إذا كانت حاملا. قال في الهداية: ثم الحبلى تحبس إلى أن تلد إن كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار والله أعلم.

***

[١٩]

باب الوطئ الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه قد قدم حقيقة الزنا وهو الذي (١) لا يوجب الحد وهذا الباب لتفاصيله. ثم بدأ ببيان الشبهة وهي ما يشبه الثابت وليس بثابت، وبين أنها ثلاثة أنواع: شبهة في المحل، وشبهة في الفعل، وشبهة في العقد. قال الامام الاسبيجابي: الاصل أنه متى ادعى شبهة وأقام البينة عليها سقط الحد فبمجرد الدعوى يسقط أيضا إلا الاكراه خاصة لا يسقط الحد حتى يقيم البينة على الاكراه اه قوله: (لا حد بشبهة المحل وإن ظن حرمته كوطئ أمة ولده وولد ولده ومعتدة الكنايات) لان الشبهة إذا كانت في الموطوءة يثبت الملك فيها من وجه فلم يبق معه اسم الزنا فامتنع الحد على التقادير كلها وهي تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته، ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده. وبيانه أن قوله عليه السلام أنت ومالك لابيك أورث شبهة في جارية الولد للاب لان اللام فيه للملك. والمعتدة بالكنايات في بينونتها اختلاف الصحابة رضي الله عنهم فمذهب عمر رضي الله عنه أنها رجعية فأورث شبهة وإن كان المختار قول علي رضي الله عنه. قال الشارحون: ومن هذا النوع مسائل منها: الجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم لانها في ضمانه ويده وتعود إلى ملكه بالهلاك قبل التسليم، وكذا في الفاسد قبل القبض وبعده، أما قبله فلبقاء الملك وأما بعده فلان له الفسخ فله حق الملك فيها، وكذا إذا كان بشرط الخيار، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري، فإن كان للبائع فلبقاء ملكه، وإن كان للمشتري فلان المبيع لم يخرج عن ملك بائعه بالكلية. ومنها جارية مكاتبه أو عبده المأذون له وعليه دين يحيط بماله ورقبته لان له حقا في كسب عبده فكان شبهة في حقه. ومنها الجارية الممهورة قبل التسليم في حق الزوج لما ذكرنا من المعنى في المبيعة. ومنها الجارية

المشتركة بينه وبين غيره لان ملكه في البعض ثابت حقيقة فالشبهة فيها أظهر، ويدخل فيه وطئ الرجل من الغانمين قبل القسمة جارية من الغنيمة، سواء كان بعد الاحراز بدار الاسلام أو قبله لثبوت الحق له بالاستيلاء، كذا في البدائع: ومنها المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن لان استيفاء الدين يقع بها عند الهلاك وقد انعقد له سبب الملك الحال فصارت كالمشتراة بشرط الخيار للبائع، ففي هذه المواضع لا يجب الحد وإن قال علمت أنها على حرام لما ذكرنا قال في فتح القدير: وينبغي أن يزاد جاريته التي هي أخته من الرضاع وجاريته قبل
***
[٢٠]
الاستبراء، والاستقراء يفيدك غير ذلك أيضا كالزوجة التي حرمت بردتها أو مطاوعتها لابنه أو جماعه لامها ثم جامعها وهو يعلم أنها عليه حرام فلا حد عليه ولا على قاذفه لان بعض الائمة لم يجزم به فاستحسن أن يدرأ بذلك الحد فالاقتصار على الستة لا فائدة فيه اه‍. وفي الظهيرية: رجل غصب جارية وزنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه، وعلى قياس قول أبي حنيفة ومحمد لا يسقط الحد، وعلى قياس ما روي عن أبي يوسف ينبغي أن يسقط كما يذكر في المسألة التي تليه اه‍. رجل زنى بأمة ثم اشتراها ذكر في ظاهر الرواية أنه يحد، وروي عن أبي يوسف أنه يسقط الحد، وذكر أصحاب الاملاء عن أبي يوسف أن من زنى بامرأة ثم تزوجها أو بأمة ثم اشتراها لا حد عليه عند أبي حنيفة، وعليه الحد في قول أبي يوسف. وذكر ابن سماعة في نوادره على عكس هذا وقال: وعلى قول أبي حنيفة ومحمد عليه الحد في الوجهين، وعن أبي يوسف لا حد عليه في الوجهين، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه إذا زنى بأمة ثم اشتراها فلا حد عليه، وإن زنى بامرأة ثم تزوجها فعليه الحد. والفرق بين النكاح والشراء أنه بالشراء يملك عينها وملك العين في محل الحل سبب لملك الحل فيجعل الطارئ قبل الاستيفاء كالمقترن بالسبب كما في باب السرقة فإن السارق إذا ملك المسروق قبل القطع يقنع القطع فأما بالنكاح فلا يملك عين المرأة وإنما ثبت له ملك الاستيفاء، ولهذا لو وطئت المنكوحة بشبهة كان العقر لها فلا يورث ذلك شبهة فيما تقدم استيفاؤه منها فلا يسقط الحد عنه. وإذا زنى بأمة ثم قال اشتريتها وصاحبها فيها بالخيار وقال مولاها كذب لم أبعها لا حد عليه. وإذا جنت الامة فزنى بها ولي الجناية، فإن قتلت رجلا عمدا فوطئها ولي القتيل ولم يدع شبهة، فإن قال علمت أنها على حرام فإنه لا يحد، وأما إذا قتلت رجلا خطأ فوطئها ولي القتيل قبل أن يختار المولى شيئا أجمعوا على أنه إذا اختار الفداء بعد ذلك فإنه يحد، وأما إذا اختار دفع الجارية فالقياس أن يحد وفي الاستحسان لا يحد، وبالقياس أخذ أبو حنيفة ومحمد، وبالاستحسان أخذ أبو يوسف اه‍. - وأطلق في الكنايات فشمل المختلعة. وفي المجتبى: المختلعة ينبغي أن تكون كالمطلقة ثلاثا لحرمتها إجماعا. وفي جامع النسفي: لا حد عليه وإن علم حرمتها لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في كونه بائنا اه‍.
***
[٢١]
قوله: (وبشبهة في الفعل إن ظن حله كمعتدة الثلاث وأمة أبويه وزوجته وسيده) أي لا حد لاجل الشبهة في الفعل بشرط أن يظن أن الوطئ حلال لان الملك والحق غير ثابت في هذا النوع لان حرمة المطلقة ثلاثا مقطوع به فلم يبق له فيها ملك ولا حق غير أنه بقي فيها بعض الاحكام كالنفقة والسكنى والمنع من الخروج وثبوت النسب وحرمة أختها وأربع سواها وعدم قبول شهادة كل منهما لصاحبه لحصل الاشتباه لذلك فأورث شبهة عند ظن الحل لانه في موضع الاشتباه فيعذر. أطلق في الثلاث فشمل ما إذا أوقعها جملة أو متفرقة، ولا اعتبار بخلاف من أنكر وقوع الجملة لكونه مخالفا للقطعي، كذا ذكر الشارحون وفيه نظر لما في صحيح مسلم من أن الطلاق الثلاث كان واحدة في زمن النبي صلى الله عليه وأبي بكر وصدر من خلافة عمر رضي الله عنهما حتى أمضى عمر رضي الله عنه على الناس الثلاث، وإن كان العلماء قد أجابوا عنه وأولوه فليس الدليل على وقوع الثلاث جملة واحدة بكلمة واحدة قطعيا. فإن قيل: إن العلماء قد أجمعوا عليه قلنا: قد خالف أهل الظاهر في ذلك كما نقلوه في كتاب الطلاق فينبغي أن لا يحد وإن علم الحرمة. والدليل عليه ما ذكره في الهداية من كتاب النكاح في فصل المحرمات أن الحد لا يجب بوطئ المطلقة طلاقا بائنا واحدة أو ثلاثا مع العلم بالحرمة على إشارة كتاب الطلاق، وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال في
***
[٢٢]

حق الحل فيتحقق الزنا اهـ. وينبغي أن تحمل إشارة كتاب الطلاق على ما إذا أوقعها بكلمة واحدة، وعبارة كتاب الحدود على ما إذا أوقعها متفرقة لما ذكرنا توفيقا بينهما كما لا يخفى. وأما الزنا بأمة أبويه وزوجته وسيده فإنه لا ملك له ولا حق ملك فيها غير أن البسوطة تجري بينهم في الانتفاع بالاموال والرضا بذلك عادة وهي تجوز الانتفاع بالمال شرعا، فإذا ظن الوطئ من هذا القبيل يعذر لان وطئ الجواري من قبيل الاستخدام فيشتبه الحال والاشتباه في محله معذور فيه. ولهذه المسائل أخوات منها: المطلقة على مال لان حرمتها ثابتة بالاجماع فصارت كالمطلقة ثلاثا، كذا ذكره الشارحون. ومرادهم الطلاق على مال بغير لفظ الخلع، أما إذا كان بلفظ الخلع فقد قدمنا الاختلاف فيه وأن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا فيه لكن في البدائع: ولو خالعها أو طلقها على مال فوطئها في العدة ذكر الكرخي أنه ينبغي أن يكون الحكم فيه كالحكم في المطلقة ثلاثا وهو الصحيح لان زوال الملك بالخلع والطلاق على مال مجمع عليه فلم تتحقق الشبهة فيجب الحد إلا إذا ادعى الاشتباه. ومنها أم الولد إذا أعتقها مولاها لثبوت حرمتها بالاجماع وتثبت الشبهة عند الاشتباه لبقاء أثر الفراش وهي العدة. ومنها الجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود فإذا قال المرتهن علمت أنها حرام ووطئتها ففيه روايتان، ففي رواية كتاب الرهن لا حد عليه وهو من النوع الاول لما قدمناه، وفي وراية كتاب الحدود يجب الحد. قال في الهداية: وهو الاصح. وتبعه الشارحون. وفي التبيين: وهو المختار لان الاستيفاء من عينها لا يتصور وإنما يتصور من ماليتها فلم يكن الوطئ حاصلا في محل الاستيفاء لكن لما كان الاستيفاء سببا لملك المال في الجملة وملك المال سبب لملك المتعة في الجملة حصل الاشتباه بخلاف المستأجرة وجارية الميت إذا وطئها الغريم لان الاجارة لا تفيد المتعة بحال والغريم لا يملك عين التركة وإنما يستوفي حقه من الثمن، ولو تعلق حقه بالعين لما جاز بيعها إلا بإذنه كالرهن. والحاصل أنه إذا ظن الحل فلا حد عليه باتفاق الروايتين، والخلاف فيما إذا علم الحرمة والاصح وجوبه لكن ذكر في الايضاح رواية ثالثة أنه يجب الحد وإن قال ظننت أنها حلال وإن ظنه لا يعتبر قياسا على وطئ الغريم جارية الميت، وهذه الرواية مخالفة لعامة الروايات كما في فتح القدير: قال في الهداية: والمستعير للرهن في هذا بمنزلة المرتهن. وأما الجارية المستأجرة والعارية والوديعة فكجارية أخيه، وسيأتي أنه يحد وإن ظن الحل كما في المحيط والبدائع: وأطلق في ظن الحل فشمل ظن الرجل وظن الجارية فإن ظناه فلا حد، وإن علما الحرمة وجب الحد، وإن ظنه الرجل وعلمته الجارية أو بالعكس فلا حد لان الشبهة إذا تمكنت في الفعل في أحد الجانبين تتعدى إلى الجانب الآخر ضرورة، كذا في المحيط.

***

[٢٣]

قوله: (والنسب يثبت في الاول فقط) أي يثبت النسب في شبهة المحل بالدعوة ولا يثبت في شبهة الفعل وإن ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الثانية وإن سقط الحد لامر راجع إليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض في الاولى للشبهة في المحل، وقد قدم المصنف أن نسب ولد المعتدة البت يثبت إذا جاءت به لاقل من سنتين بغير دعوة، ولسنتين فأكثر لا يثبت إلا بالدعوة، وهو بعمومه يتناول المعتدة عن ثلاث طلقات فكان مخصصا لقوله هنا فقط. والحاصل أنه لا يثبت النسب في شبهة الفعل عند الدعوة إلا في المطلقة ثلاثا. والفرق أن الشبهة فيها شبهة في العقد بخلاف باقي محال شبهة الاشتباه فإنه لا شبهة عقد فيها فلا يثبت النسب بالدعوة، وسيأتي أن من شبهة الاشتباه وطئ امرأة زفت وقالت النساء هي زوجتك ولم تكن زوجته معتمدا خبرهن. وصرح الزيلعي بأن النسب يثبت فيه بالدعوة كما سيأتي فتحرر أن النسب لا يثبت في شبهة الفعل إلا في موضعين قوله: (وحد بوطئ أمة أخيه وعمه وإن ظن حله وامرأة وجدت في فراشه) يعني سواء ظن الحل أو الحرمة لانه لا انبساط في مال الاخ والعم وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا، ولا اشتباه في المرأة الموجودة على فراشه لطول الصحبة فلم يكن مستندا إلى دليل، وهذا لانه قد ينام على فراشه غيرها من المحارم التي في بيتها. أطلقه فشمل البصير والاعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره إلا إذا ادعاها فأجابته وقالت أنا زوجتك أو أنا فلانة باسم زوجته فواقعها لان الاخبار دليل. وفي التبيين: وإن جاءت بولد يثبت نسبه لما نذكره في المرقوقة. ولو أجابته فقط يحد لعدم ما يوجب السقوط. وأطلق في المرأة فشمل المكرهة والطائعة فيحد لو أكرهها دونها ولا يجب المهر عندنا قوله: (لا بأجنبية زفت وقيل هي زوجتك) أي لا يحد بوطئ أجنبية زفت إليه وقال النساء هي

***

[٢٤]

زوجتك، قضى بذلك علي رضي الله عنه، ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه إذ الانسان لا يميز بين امرأة وبين غيرها في أول الوهلة فصار كالمغرور ولكن لا يحد قاذفه لان الملك منعدم حقيقة فبطل به إحصانه كوطئ جارية ابنه فإنه مسقط لاحصانه حبلت أو لا. وظاهر كلام المصنف أن إخبار واحدة له بأنها زوجته يكفي لاسقاط الحد عنه كما يفيده ما في فتح القدير، لكن عبارة القدوري وقلن النساء بالجمع، والظاهر أنه ليس بشرط كما سنبينه لانه من المعاملات والواحد فيها يكفي اه‍. قوله: (وعليه مهر) بذلك قضى علي رضي الله عنه وبالعدة لان الوطئ في دار الاسلام لا يخلو عن الحد أو المهر وقد سقط فتعين المهر وهو مهر المثل، ولهذا قلنا في كل موضع سقط فيه الحد مما ذكرنا يجب فيه المهر لما ذكرنا إلا في وطئ جارية الابن وقد علقت منه وادعى نسبه لما ذكرنا في النكاح أو في وطئ البائع المبيعة قبل التسليم، ذكرها في الزيادات. وينبغي أن لا يجب بوطئ جارية السيد لان المولى لا يجب له دين على عبده، ولو قيل وجب ثم سقط فمستقيم على ما اختلفوا في تزويج المولى عبده بجاريته، كذا في التبيين. ولا يرد ما لو زنى صبي بامرأة بالغة مطاوعة قالوا لا حد على الصبي ولا مهر عليه لاسقاطها حقها حيث مكنته لان المهر وجب لكنه سقط لما ذكرنا فلم يخل وطئ عنهما. وفي المجتبى: مراهق تزوج بالغة بغير إذن أبيه ووطئها ورد الاب النكاح فلا مهر على الصبي لان قوله غير معتبر. وأراد المصنف أن يكون المهر لها عليه بذلك قضى علي رضي الله عنه خلافا لعمر رضي الله عنه حيث جعله في بيت المال كأنه جعله حق الشرع لما أن الحد حق له وهذا

***

[٢٥]

كالعوض عنه، والمختار قول علي رضي الله عنه لان الوطئ كالجناية عليها وأرش الجنايات للمجني عليه، ولو كان عوضا عن الحد لوجب على المرأة لان الحد ساقط عنها. ولم يذكر المصنف ثبوت النسب فيها، وقالوا يثبت نسب الولد بالدعوة لكن اختلفوا ففي التبيين أنه يثبت النسب وإن كانت شبهة الاشتباه لعدم الملك وشبهته، وفي فتح القدير والاوجه أنها شبهة دليل فإن قول النساء هي زوجتك دليل شرعي مبيح للوطئ فإن قول الواحد مقبول في المعاملات ولذا حل وطئ الامة إذا جاءت إلى رجل وقالت مولاي أرسلني إليك هدية، فإذا كان دليلا غير صحيح في الواقع أوجب الشبهة التي يثبت معها النسب اه‍. قوله: (وبمحرم نكحها) أي لا يجب الحد بوطئ امرأة محرم له عقد عليها عند أبي حنيفة. وقالا: عليه الحد إذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما إذا أضيف إلى الذكور. وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه في الحل وهي من المحرمات. ولابي حنيفة أن العقد صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي أن ينعقد في حق جميع الاحكام إلا أنه تقاعد عن إفادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت. وحاصل الخلاف أن هذا العقد هل يوجب شبهة أم لا، ومداره أنه هل ورده على ما هو محله أو لا؟ فعند الامام ورد على ما هو محله لان المحلية ليست بقبول الحل بل بقبول المقاصد من العقد وهو ثابت ولذا صح من غيره عليها. وعندهما لا لان محل العقد ما يقبل حكمه وحكمه الحل وهذه من المحرمات في سائر الاحوال فكان الثابت صورة العقد لانعقاده، وبتأمل يسير يظهر أنهم لم يتواردوا على محل واحد في المحلية فحيث نفوا محليتها أرادوا بالنسبة إلى خصوص هذا العاقد أي ليست محلا لعقد هذا العاقد، ولهذا عللوه بعدم حلها، ولا شك في حلها لغيره بعقد النكاح لا محليتها للعقد من حيث هو والامام حيث أثبت محليتها أراد محليتها النفس العقد لا بالنظر إلى خصوص عاقد ولذا علل بقبولها مقاصده، ولا ينافيه قول الاصوليين أن النهي

***

[٢٦]

عن نكاح المحارم مجاز عن النفي لعدم محله. ولا قول الفقهاء أن محل النكاح الانثي من بنات آدم التي ليست من المحرمات لانهم أرادوا نفي المحلية لعقد النكاح الخاص، وأنت علمت أن أبا حنيفة إنما أثبت محليتها للنكاح في الجملة لا بالنظر إلى خصوص ناكح لكن قد أخذ الفقيه أبو الليث بقولهما. قال في الواقعات: ونحن نأخذ به أيضا. وفي الخلاصة: الفتوى على قولهما. ووجه ترجيحه أن تحقق الشبهة يقتضي تحقق الحل من وجه لان الشبهة لا محالة شبهة الحل لكن حلها ليس ثابتا من جه وإلا وجبت العدة وثبت النسب. اطلق المصنف فشمل ما إذا كان عالما بالحرمة أو لا. ثم اعلم أن مسائلهم هنا تدل على أن من استحل ما حرمه الله على وجه الظن لا

يكفر وإنما يكفر إذا اعتقد الحرام حلالا لا إذا ظنه حلالا، ألا ترى أنهم قالوا في نكاح المحرم لو ظن الحل فإن لا يحد بالاجماع ويعزر كما في الظهيرية وغيرها، ولم يقل أحد أنه يكفر، وكذا في نظائره وهو نظير ما ذكره القرطبي في شرح مسلم: إن ظن الغيب جائز كظن المنجم والرمال بوقوع شئ في المستقبل بتجربة أمر عادي فهو ظن صادق، والممنوع هو ادعاء علم الغيب. والظاهر أن ادعاء ظن الغيب حرام وليس بكفر بخلاف ادعاء علم الغيب فإن كفر وسنوضحه إن شاء الله تعالى في باب الردة. وأشار المصنف إلى أن المستأجرة للزنا لو وطئها فلا حد عليه لشبهة العقد عند الامام لان المستوفي بالزنا المنفعة وهي المعقود عليه في الاجارة. وقالا: يحد كما سيأتي. وأطلق في المحرم فشمل المحرم نسبا ورضاعا وصهرية، وأشار إلى أنه لو عقد على منكوحة الغير أو معتدته أو مطلقته الثلاث أو أمة على حرة أو تزوج مجوسية أو أمة بلا إذن سيدها أو تزوج العبد بلا إذن سيده أو تزوج خمسا في عقدة فوطئهن أو جمع بين أختين في عقدة فوطئهما أو الاخيرة لو كان متعاقبا بعد التزوج فإن لا حد بالوطئ بالاولى وهو بالاتفاق على الاظهر، أما عنده فظاهر، وأما عندهما
***
[٢٧]
فلان الشبهة إنما تنتفي عندهما إذا كان مجمعا على تحريمه وهي محرمة على التأبيد. وقيد بنفي الحد لان التعزير واجب إن كان عالما قالوا يوجع بالضرب الشديد أشد ما يكون من التعزير سياسة. قوله: (وفي أجنبية في غير قبل ولواطة) أي لا يجب الحد في مسألتين أيضا: الاولى لو وطئ امرأة أجنبية في دبرها فإنه لا يحد. الثانية لو لاط بصبي في دبره فإنه لا يحد. ولا شك أن وطئ الاجنبية في دبرها لواطة أيضا، هذا عند أبي حنيفة. وقالا: هو كالزنا فيحد رجما إن كان محصنا أو جلدا إن كان غير محصن لانه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء. وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار ونحو ذلك، ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه إضاعة الولد واشتباه الانساب ولذا هو أندر وقوعا لانعدام الداعي في أحد الوجهين والداعي إلى الزنا من الجانبين، وما ورد في الحديث من الامر بقتل الفاعل والمفعول به فمحمول على السياسة أو على المستحل. قال الزيلعي: لو رأى الامام مصلحة في قتل من اعتداه جاز له قتله اه‍. واعلم أنهم يذكرون في حكم السياسة أن الامام يفعلها ولم يقولوا القاضي فظاهره أن القاضي ليس له الحكم بالسياسة ولا العمل بها. قيد بعدم الحد لان التعزير واجب. قالوا: يوجع
***
[٢٨]
ضربا زاد في الجامع الصغير أنه يودع في السجن. قال في فتح القدير: حتى يموت أو يتوب، ولو اعتاد اللواطة قتله الامام محصنا كان أو غير محصن سياسة. وذكر العلامة الاكمل في شرح المشارق أن اللواطة محرمة عقلا وشرعا وطبعا بخلاف الزنا فإنه ليس بحرام طبعا فكانت أشد حرمة منه. وإنما لم يوجب الحد أبو حنيفة فيها لعدم الدليل عليه لا لخفتها. وإنما عدم الوجوب فيها للتغليظ على الفاعل لان الحد مطهر على قول بعض العلماء. وفي فتح القدير: وهل تكون اللواطة في الجنة أي هل يجوز كونها فيها؟ قيل إن كان حرمتها عقلا وسمعا لا تكون وإن كان سمعا فقط جاز أن تكون والصحيح أنها لا تكون فيها لانه تعالى استبعده واستقبحه فقال * (ما سبقكم بها من أحد من العالمين) * (الاعراف: ٨٠) وسماه خبيثة فقال تعالى * (كانت تعمل الخبائث) * (الانبياء: ٧٤) والجنة منزهة عنها اه‍. وقيد بالاجنبية ليفيد أن زوجته وجاريته بالاولى في عدم وجوب الحد لكن قال في التبيين: إذا فعل في عبده أو أمته أو منكوحته لا يجب الحد بالاجماع وإنما يعزر لارتكابه المحظور. وفي الحاوي القدسي: وتكلموا في هذا التعزير من الجلد ورميه من أعلا موضع وحبسه في أنتن بقعة وغير ذلك سوى الاخصاء والجب والجلد أصح اه‍. وللواطة أحكام أخر لا يجب بها العقر أي المهر ولا العدة في النكاح الفاسد ولا في المأتي بها لشبهة، ولا تحل للزوج الاول في النكاح الصحيح، ولا تثبت بها الرجعة ولا حرمة المصاهرة عند الاكثر، ولا الكفارة في رمضان في رواية، ولو قذف بها لا يحد خلافا لهما، وكذا لو قذف امرأته بها لم يلاعن خلافا لهما، وعن الصفار يكفر مستحلها عند الجمهور، كذا في المجتبى: وقدمنا أنه يجب الغسل بها على الفاعل والمفعول به قوله: (وببهيمة) أي لا يحد بوطئ بهيمة لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره إلا أنه يعزر لما بينا. والذي يروي أنها تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب. قالوا: إن كانت الدابة

مما لا يؤكل لحمها تذبح
***
[٢٩]
وتحرق لما ذكرنا، وإن كانت مما تؤكل تذبح وتؤكل عند أبي حنيفة. وقالا: تحرق هذه أيضا. هذا إن كانت البهيمة للفاعل، فإن كانت لغيره ففي الخانية كان لصاحبها أن يدفعها إليه بالقيمة، وفي التبيين يطالب صاحبها أن يدفعها إليه بالقيمة ثم تذبح. هكذا ذكروا ولا يعرف ذلك إلا سماعا فيحمل عليه اهـ. والظاهر أنه لا يجبر على دفعها. قوله: (وبزنا في دار حرب أو بغي) أي لا يجب الحد بالزنا في دار الحرب أو في دار البغي لقوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولان المقصود هو الانزجاز وولاية الامام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة. أطلقه فأفاد أنه لا يقام بعد الخروج أيضا لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة. قيد بدار الحرب والبغي لان من زنى في محل نزول العسكر فإن من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وأمير مصره أن يقيم الحد عليه لانه تحت يده بخلاف أمير العسكر والسرية لانه لم يفوض إليهما الاقامة. ويستثنى من كلام المصنف ما لو زنى في العسكر والعسكر في دار الحرب في أيام المحاربة قبل الفتح له أن يقيمه للولاية حينئذ بخلاف ما إذا زنى واحد منهم خارج العسكر فإنه لا يقيم الحد عليه قوله: (وبزنا حربي بذمية في حقه) أي لا يجب الحد بزنا رجل حربي مستأمن بذمية في حق الحربي المستأمن عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف آخرا: يحد لان المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما أن الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد إباحته. ولهما أنه ما دخل للقرار بل لحاجته كالتجارة ونحوها فلم يصر من أهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع إلى دار الحرب، ولا يقتل المسلم ولا الذمي به فإنما يلتزم من الحكم ما يرجع إلى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم، أما حد الزنا فمحض حق الشرع. قيد بقوله في حقه لان الذمية تحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا تحد أيضا لان المرأة تابعة فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع كالبالغة إذا مكنت الصبي والمجنون قلنا إن فعل المستأمن زنا لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح، وإن لم يكن مخاطبا بالشرائع على أصلنا، والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها. وقيد بالحربي لان الذمي إذا زنى بحربية فإنه يحد عندهما خلافا لمحمد، والاصل لابي يوسف أن الحدود كلها تقام على المستأمن والمستأمنة إلا حد الشرب كما تقام على الذمي والذمية فسوى بين الذمي والحربي والمستأمن. والاصل عند الامام الاعظم أنه لا يقام على المستأمن والمستأمنة شئ من الحدود إلا حد القذف بخلاف الذمي، وحد يقول كذلك في جميع ما ذكرنا إلا أنه
***
[٣٠]
يقول فعل الرجل أصل والمرأة تبع فالامتناع في الاصل امتناع في التبع فمحل الاختلاف في حد الزنا والسرقة، وأما حد القذف فواجب اتفاقا وحد الشرب غير واجب اتفاقا، وقيد بالذمية لانه لو زنى مستأمن بمستأمنة فلا حد عليهما خلافا لابي يوسف. والحاصل أن الزانيين إما مسلمان أو ذميان أو مستأمنان أو أحدهما مسلم والآخر ذمي، وهو صادق بصورتين أو أحدهما مسلم والآخر مستأمن، وهو صادق بصورتين أو أحدهما ذمي والآخر مستأمن، وهو صادق بصورتين فهي تسع صور، والحد واجب في الكل عند الامام إلا في المستأمنين وإلا فيما إذا كان أحدهما مستأمنا أيا كان فلا حد عليه في ثلاث منها كما لا يخفى. قوله: (وبزنا صبي أو مجنون بمكلفة بخلاف عكسه) أي لا يجب الحد إذا زنى صبي أو مجنون بمكلفة ويجب الحد إذا زنى بالغ بصبية أو مجنونة لان فعل الزنا يتحقق منه وهي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمرأة موطوءة ومزنيا بها إلا أنها سميت زانية مجازا تسمية للفعل باسم الفاعل كالراضية بمعنى المرضية أو لكونها مسببة بالتميكن فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه مؤثم على مباشرته، وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد، وقد ذكر بعضهم أن كلما انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المرأة وهو منقوض بزنا المكره بالمطاوعة والمستأمن بالذمية والمسلمة فالاولى أن لا تجعل قاعدة لان حكم في كل موضع بمقتضى الدليل. قال في التبيين: وعبارات أصحابنا أن فعلها مع الصبي والمجنون ليس بزنا يشير إلى أن إحصانها لا يسقط بذلك كما لا يسقط إحصان الصبي والمجنون حتى يجب الحد على قاذفهما بعد البلوغ والافاقة وقد قدمنا حكم المهر قوله: (وبالزنا بمستأجرة) أي لا يجب الحد بوطئ من استأجرها ليزني

بها عند أبي حنيفة. وقالا: يجب الحد لعدم شبهة الملك ولهذا لا يثبت النسب ولا تجب العدة. وله أن الله تعالى سمى المهر أجرة بقوله تعالى * (فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن) * (النساء: ٢٤) فصار شبهة لان الشبهة ما يشبه الحقيقة لا الحقيقة فصار كما لو قال أمهرتك كذا لازني بك. قيدنا
***
[٣١]
بأن يكون استأجرها ليزني بها لانه لو استأجرها للخدمة فزنى بها يجب الحد اتفاقا لان العقد لم يضف إلى المستوفي بالوطئ والعقد المضاف إلى محل يورث الشبهة في ذلك المحل لا في محل آخر قوله: (وبإكراه) أي لا يجب الحد بالزنا بإكراه. أطلقه فشمل ما إذا كان المكره السلطان أو غيره، أما إذا كان المكره السلطان فكان أبو حنيفة أولا يقول عليه الحد وهو قول زفر لان الزنا من الرجل لا يتصور إلا بعد انتشار الآلة وهذا آية الطوع، ووجه قوله الآخر أن السبب الملجئ قائم ظاهرا وهو قيام السيف على رأسه والانتشار دليل محتمل لانه قد يكون من غير قصد كما في النائم فلا يزول اليقين بالمحتمل، وأما إذا أكرهه غير السلطان فإنه يحد عند الامام. وقالا: لا يحد لتحقق الاكراه من غير السلطان عندهما لان المؤثر خوف الهلاك ويتحقق من غيره، وله أنه من غيره لا يدوم إلا نادرا لتمكنه من الاستغاثة بالسلطان وبجماعة المسلمين ويمكنه دفع شره بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستغاثة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه. قالوا: هذا اختلاف عصر وزمان لانه لم يمكن في زمن أبي حنيفة لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعها بالسلطان، وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب فيفتي بقولهما، كذا في الظهيرية فلذا أطلق في المختصر. قوله: (وبإقرار إن أنكره الآخر) أي لا يجب الحد بإقرار أحد الزانيين إذا أنكره الآخر لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فأورث شبهة، وإذا سقط وجب المهر تعظيما لخطر البضع. أطلقه فشمل ما إذا قال لم أطأ أصلا أو قال تزوجت، وشمل ما إذا كان المنكر الرجل أو المرأة وهو قول الامام. وقالا: إن ادعى المنكر منهما الشبهة بأن قال تزوجته فهو كما قال، وإن أنكر الامام قال ما زنيت ولم يدع ما يسقط الحد وجب على المقر الحد دون المنكر. وحاصل دليل الامام أن الزنا فعل مشترك بينهما قائم بهما فانتفاؤه عن أحدهما يورث شبهة في الآخر، وإذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لامر البضع، وإن كانت هي منكرة لامر النكاح لانه من ضرورة سقوط الحد. وأشار المصنف إلى أنه لو زنى بامرأة خرساء لا حد على واحد منهما. قال في الاصل: وجعل الجواب في الخرساء كالجواب فيما إذا كانت المرأة ناطقة وادعت المرأة النكاح بخلاف ما إذا كانت المرأة مجنونة أو صبية يجامع مثلها كان على الرجل الحد، وبخلاف ما إذا كانت المرأة غائبة وأقر الرجل أنه زنى بها أو شهد عليه الشهود فإنه يقام الحد على الرجل، كذا في الظهيرية قوله: (ومن زنى بأمة فقتلها لزمه الحد
***
[٣٢]
والقيمة) معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحدة منهما حكمها. وعن أبي يوسف أنه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة وصار كما إذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الخلاف، واعتراض سبب الملك قبل إقامة الحد يوجب سقوطه كما إذا ملك المسروق قبل القطع. ولهما أنه ضمان قتل فلا يوجب الملك لان ضمان دم ولو كان يوجبه إنما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفي لكونها معدومة، وهذا بخلاف ما إذا زنى بها فاذهب عينها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هناك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فأورث شبهة. وأشار المصنف إلى أنه لو زنى بحرة فقتلها به يجب الحد عليه اتفاقا لان الحرة لا تملك بالضمان وإن لم يقتلها وإنما أفضاها بأن اختلط المسلكان، فإن كانت كبيرة مطاوعة له من غير دعوى شبهة فعليهما الحد ولا شئ عليه في الافضاء لرضاها به ولا مهر عليه لوجوب الحد، وإن كان مع دعوى شبهة فلا حد ولا شئ في الافضاء ويجب العقر، وإن كانت مكرهة من غير دعوى شبهة فعليه الحد دونها ولا مهر لها ثم ينظر في الافضاء، فإن لم يستمسك بولها فعليه دية المرأة كاملة لانه فوت جنس المنفعة على الكمال، وإن كان يستمسك بولها حد وضمن ثلث الدية لما أن جنايته جائفة. وإن كان مع دعوى شبهة فلا حد عليهما. وإن كان البول يستمسك فعليه ثلث الدية ويجب المهر في ظاهر الرواية، وإن لم يستمسك فعليه الدية كاملة ولا يجب المهر عندهما خلافا لمحمد. وإن كانت صغيرة يجامع مثلها فهي كالكبيرة فيما ذكرنا إلا في حق سقوط الارش برضاها، وإن كانت صغيرة لا يجامع مثلها، فإن كان يستمسك بولها لزمه ثلث الدية والمهر كاملا ولا حد عليه لتمكن القصور في معنى الزنا وهو الايلاج في قبل المشتهاة، ولهذا لا تثبت به حرمة المصاهرة. والوطئ الحرام

في دار الاسلام يوجب المهر إذا انتفي الحد فيجب ثلث الدية لكونه جائفة على ما بينا، وإن كان لا يستمسك ضمن الدية ولا يضمن المهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يضمن المهر أيضا لما ذكرنا. ولنا أن الدية ضمان كل العضو والمهر ضمان جزء منه وضمان الجزء يدخل في ضمان الكل إذا كانا في عضو واحد كما إذا قطع أصبع إنسان ثم قطع كفه قبل البرء يدخل أرش الاصبع في أرش الكف ويسقط إحصانه بهذا الوطئ لوجود صورة الزنا وهو الوطئ الحرام. وفي المحيط: لو كسر فخذ امرأة في الزنا أو جرحها ضمن الدية في ماله وحده لانه شبه العمد وفي شبهة تجب الدية في ماله يعني به فيما دون النفس، وإن جنت الامة فزنى بها

***

[٣٣]

ولي الجناية، فإن كانت الجناية توجب القصاص بأن قتلت نفسا عمدا فلا حد عليه وعليه العقر لان من العلماء من قال يملكها في هذه الصورة فأورث شبهة، وإن كانت الجناية لا توجب القصاص فإن فداها المولى يجب عليه الحد بالاتفاق لان الزاني لم يملك الجثة، وإن دفعها بالجناية فعلى الخلاف. وفي الفوائد الظهيرية: لو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعا خلافا للشافعي، أما لو زنا بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد. وفي جامع قاضيخان: لو زنى بحرة ثم نكحها لا يسقط الحد بالاتفاق قوله: (والخليفة يؤخذ بالقصاص والاموال لا بالحد) لان الاول حقوق العباد لما أن حق استيفائها لمن له الحق فيكون الامام فيه كغيره وإن احتاج إلى المنعة فالمسلمون منعته فيقدر بهم على الاستيفاء فكان الوجوب مفيدا، وبهذا يعلم أنه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضي والقضاء لتمكين الولي من استيفائه لا أنه شرط كما صرحوا به. وأما الثاني - أعني الحدود - فإنما لا تقام عليه لان الحد حق الله تعالى والامام هو المكلف بإقامته وتعذر إقامته على نفسه لان إقامته بطريق الجزاء والنكال ولا يفعل ذلك أحد بنفسه ولا ولاية لاحد عليه ليستوفيه وفائدة الايجاب الاستيفاء فإذا تعذر لم يجب، وفعل نائبه كفعله لانه بأمره. أطلق في الحد فشمل حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع فكان كبقية الحدود. والمراد بالخليفة الامام الذي ليس فوقه إمام، وقيد به احترازا عن أمير البلدة فإنه يقام عليه الحدود بأمر الامام والله أعلم. باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها قوله: (شهدوا بحد متقادم سوى حد القذف لم يحد) أي شهدوا بسبب حد وهو الزنا أو السرقة أو شرب الخمر لا بنفس الحد، وكذلك قوله متقادم معناه متقادم سببه. والاصل أن الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم لان الشاهد مخير بين حسبتين أداء الشهادة والستر، فالتأخير إن كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة حركته فيتهم فيها، وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف التقادم في حد القذف لان فيه حق العباد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار

***

[٣٤]

والتقادم غير مانع في حقوق العباد، ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم، ولا يرد حد السرقة لان الدعوى ليس بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر وإنما شرط للمال، ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد، ولان السرقة تقام على الاستشرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد إعلامه وبالكتمان يصير فاسقا آثما. وأشار المصنف بكون التقادم مبطلا لها إلى أن التقادم يمنع الاقامة بعد القضاء حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه لان الامضاء من القضاء في باب الحدود فلا بد من قيام الشهادة حال الاستيفاء، وبالتقادم لم تبق الشهادة فلا يصح هذا القضاء الذي هو الاستيفاء. وقيد بالشهادة لانه لو أقر بسبب حد متقادم حد لانتفاء العلة لان الانسان لا يعادي نفسه إلا في حد الشرب عند أبي حنيفة وأبي يوسف فإن التقادم فيه يبطل الاقرار، كذا في غاية البيان. ولم يفسر المصنف التقادم لان الامام الاعظم لم يقدره بشئ وإنما فوضه إلى رأي القاضي في كل عصر لكن الاصح ما عن محمد أنه يقدر بشهر لان ما دونه عاجل وهو مروي عنهما أيضا، وقد اعتبره محمد في شرب الخمر أيضا. وعندهما: هو مقدر بزوال الرائحة فلو شهدوا عليه بالشرب بعدها لا تقبل. وقد جزم به المصنف في بابه فظاهره كغيره أنه المختار فعلم أن الاصح اعتبار الشهر إلا في شرب الخمر. ولم يستثن المصنف كون التقادم لبعد المكان عن القاضي لان العذر لا يختص به بل يكون بنحو مرض أو خوف طريق. وحاصله أن كل شئ منع الشاهد من المسارعة إلى أداء الشهادة فهو عذر بقدره، ولم يذكر المصنف وجوب الحد على الشهود إذا شهدوا بزنا متقادم. وذكر

في الخانية: لو شهدوا بزنا متقادم اختلفوا فيه قال بعضهم يحد الشهود حد القذف، وقال بعضهم لا يحدون اه. قوله: (ويضمن المال) يعني في صورة شهادتهم بسرقة متقادمة لان الدعوى شرط في حقوق العباد فتأخير الشاهد لتأخير الدعوى لا يلزم فيه تفسيق ولا تهمة ولذا لم يبطل حد القذف بالتقادم إن كان الغالب فيه حق الله تعالى على الاصح لتوقفه على الدعوى. أطلقه فشمل ما إذا كان تأخير الشهادة لعدم الدعوى بسبب عدم علم صاحب المال أو لطلبه الستر أو لكتمان الشهادة بعد طلبه الشهادة منه. وينبغي أن لا تقبل شهادتهم في حق المال أيضا في الوجه الثاني لفسقهم بالكتمان. واعلم أن قولهم بضمان المال مع تصريحهم بوجود التهمة في شهادتهم مع التقادم مشكل لتصريحهم في كتاب الشهادات بأنه لا شهادة للمتهم، سواء كانت في الاموال أو في غيرها إلا أن يقال إن التهمة غير محققة وإنما الموجود الشبهة والمال يثبت مع الشبهة بخلاف الحد قوله: (ولو أثبتوا زناه بغائبة حد بخلاف السرقة) أي لو شهدوا أنه

***

[٣٥]

سرق من فلان وهو غائب يقطع، والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا، وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم لانه شبهة الشبهة واعتبارها يؤدي ى سد باب الحدود لان المقر يحتمل أن يرجع فرجوعه شبهة فيدرأ به الحد، واحتمال رجوعه شبهة الشبهة فلا يسقط، وكذا البينة يحتمل رجوعها فرجوعها حقيقة شبهة واحتماله شبهة الشبهة. وأشار المصنف إلى أنه لو أقر أنه زنى بفلانة وهي غائبة فإنه يحد بالاولى، ولانه عليه السلام رجم ماعزا، والغامدية حين أقر بالزنا بغائبين. وقيد بالزنا لانه لو كان القصاص بين شريكين وكان أحدهما غائبا لا يتمكن الحاضر من الاستيفاء لاحتمال العفو من الغائب وهو حقيقة المسقط، فاحتماله يكون شبهة المسقط لا شبهة الشبهة قوله: (وإن أقر بالزنا بمجهولة حد وإن شهدوا بذلك لا) أي شهدوا عليه أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لا يحد لاحتمال أنها امرأته أو أمته هو الظاهر بخلاف الاقرار لانه لا يخفى عليه امرأة وأمته، ولا اعتبار باحتمال أن تكون أمته بالميراث ولا يعرفها لانه ثابت في المعروفة كالمجهولة واعتباره يؤدي إلى انسداد باب الحدود. وفي كافي الحاكم: الشهيد وإن قال المشهود عليه إن التي رأوها معي ليست لي بامرأة ولا خادم لم يحد أيضا، وذلك لانها يتصور أنها أمة ابنه أو منكوحة نكاحا فاسدا اه. وهذا التعليل أولى مما علل به لعدم الوجوب من أنه إقرار مرة واحدة لانه يتقضى أنه لو قال هذه المقالة أربعا حد وليس كذلك. وفي الخانية: لو قالوا زنى بامرأة لا نعرفها ثم قالوا بفلانة فإنه لا يحد الرجل ولا الشهود اه. قوله: (كاختلافهم في طوعها أو في البلد ولو على كل زنا أربعة) بيان لمسألتين لا حد فيهما: الاولى لو اختلف الشهود في طوع المرأة فشهد اثنان أنه استكرهها واثنان أنها طاوعته وعدم وجوب الحد عليهما قول الامام. وقالا: يحد الرجل خاصة لاتفاقهم على الموجب عليه وانفراد أحد الفريقين بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط لتحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهم. وله أنه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها، وإنما يسقط الحد عنهما لشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط إحصانها فصارا خصمين في ذلك. أطلقه فشمل ما إذا شهد ثلاثة بالطواعية وواحد بالاكراه وعكسه لكن في الوجه الاول يحد الثلاثة حد القذف لعدم سقوط إحصانها بشهادة الفرد، وعند الامام لا يحدون في الوجوه الثلاثة لان اتفاق الاربعة على النسبة إلى الزنا بلفظ الشهادة مخرج لكلامهم من أن يكون قذفا. الثانية لو اختلفوا في

***

[٣٦]

البلد الذي وقع فيها الزنا فهو على وجهين: أحدهما أن يشهد اثنان أنه زنى بها بالكوفة واثنان أنه زنى بها بالبصرة فلا حد عليهما لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة، ولا يحد الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا إلى اتحاد الصورة والمرأة. وعلى هذا الخلاف إذا جاء القاذف بأربعة شهداء فشهد اثنان أنه زنى في بلد وآخران أنه زنى في بلد آخر. وثانيهما أن يتم نصاب الشهادة بالزنا في كل بلد وهو على وجهين: أحدهما أن يذكروا وقتا واحدا مع تباعد المكانين كما إذا شهد أربعة أنه زنى بها بالبصرة وقت طلوع الشمس في اليوم الفلاني في الشهر الفلاني من السنة الفلانية وأربعة أنه زنى بها بالكوفة في الوقت المذكور بعينه، وفي هذه لا حد عليهما وهو المراد بقوله ولو على كل زنا أربعة لتيقننا بكذب أحدهما لان الشخص الواحد لا يكون في ساعة واحدة في مكانين متباعدين، ولا يعرف الصادق من الكاذب فيعجز القاضي عن الحكم بهما للتعارض أو لتهمة الكذب،

ولا يحد الشهود أيضا لان كل واحد منهما تم به نصاب الشهادة واحتمل الصدق. ثانيهما أن يتقارب المكانان مع اتحاد الوقت فتجوز شهادتهم لانه يصح كون الامر فيهما في ذلك الوقت لان طلوع الشمس يقال لوقت ممتد امتدادا عرفيا لا أنه يخص وقت ظهورها من الافق. ويحتمل تكرار الفعل، كذا في فتح القدير. وذكر الحاكم في كافيه: إذا شهد أربعة على رجل بالزنا فاختلفوا في المزني بها أو في المكان أو في الوقت بطلت شهادتهم إلا أن يكون اختلافهم في مكانين متقاربين من بيت أو غير بيت فيقام الحد استحسانا اه قوله: (ولو اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة) أي اختلفوا في مكان الزنا من بيت واحدكما إذا شهد اثنان أنه زنى بها في زاوية منه واثنان أنه زنى بها في زاوية أخر منه وهذا استحسان، والقياس أن لا يجب لاختلاف المكان حقيقة. وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية أخرى بالاضطرا ب والحركة أو لان الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده. أطلق في البيت وهو مقيد بالصغير لان الكبير كالدار ولو اختلفا في دارين لا حد كالبلدين. والحاصل أن الاختلاف في المكان مانع لقبولها إلا إذا أمكن التوفيق بأن يكون صغيرا. وقيد الاختلاف بما ذكر لانهم لو اختلفوا في طولها وقصرها أو سمنها أو هزالها أو في لونها أو في ثيابها فإنه لا يمنع لامكان التوفيق. وقد استشكل على هذا مذهب الامام فيما إذا اختلفوا في الاكراه والطواعية فإن التوفيق فيه ممكن بأن يكون ابتداء الفعل كرها وانتهاؤه طواعية. قال في الكافي: يمكن أن يجاب عنه بأن ابتداء الفعل إذا كان عن إكراه لا يوجب الحد فبالنظر إلى الابتداء لا يجب، وبالنظر إلى الانتهاء يجب فلا يجب بالشك، وهنا بالنظر إلى الزاويتين يجب فافترقا.
***
[٣٧]
قوله: (ولو شهدوا على زنا امرأة وهي بكر أو الشهود فسقه أو شهدوا على شهادة أربعة وإن شهد الاصول لم يحد أحد) بيان لثلاث مسائل لا حد فيها: الاولى لو شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة فوجدت فلانة بكرا بقول النساء لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة فلا حد عليهما لظهور الكذب، ولا على الشهود لان سقوطه بقول النساء وشهادتهن حجة في إسقاط الحد وليس بحجة في إيجابه. وأشار المصنف إلى أنهم لو شهدوا على رجل بالزنا فوجد مجبوبا أو شهدوا عليها بالزنا فوجدت رتقاء أو قرناء فإنه لا حد على أحد لما ذكرنا. وأطلق في قوله وهي بكر فشمل ما إذا ثبتت بكارتها بقول امرأة واحدة. وكذا في الرتق والقرن وكل ما يعمل فيه بقول النساء، كذا في كافي الحاكم. الثانية لو شهد أربعة فسقة بالزنا لاشتراط العدالة فلم يثبت الزنا فلا حد ولا حد على الشهود لان الفاسق من أهل الاداء والتحمل وإن كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادته ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا فسقط الحد عنهم. وأطلق في الفسقة فشمل ما إذا علم فسقهم في الابتداء أو ظهر فسقهم كما في الهداية. وأشار المصنف بسقوط الحد عن الشهود الفسقة إلى أن القاذف لو أقام أربعة من الفساق على أن المقذوف قد زنى يسقط عنه الحد - قالوا - بخلاف القاتل حيث لا يسقط عنه القتل بإقامة الشهود الفسقة على أن أولياء المقتول قد عفوا لان وجوب القود بالقتل متيقن فلا يسقط عنه بالشك والاحتمال، وحد القذف لم يجب بالقذف وإنما يجب بالعجز عن إقامة البينة وتمامه في التبيين. الثالثة لو شهدوا على شهادة أربعة فلان الشهادة على الشهادة لا تجوز في الحدود لما فيها من زيادة الشبهة لان احتمال الكذب فيها في موضعين: في شهادة الاصول وفي شهادة الفروع. ولا حد على الفروع لان الحاكي للقذف لا يكون قاذفا، وكذا لا حد على الاصول بالاولى فإذا شهد الفروع وردت شهادتهم ثم جاء الاصول بعد ذلك وشهدوا على معاينة ذلك الزنا بعينه لم تقبل شهادتهم ولم يحدوا أيضا وهو المراد بقوله وإن شهد الاصول لم يحد أحد لان شهادة الاصول قد ردت من وجه برد شهادة الفروع. قيد بالحد لانه لو ردت شهادة الفروع في الاموال فإن شهادة الاصول بعده مقبولة لثبوت المال مع الشبهة دون الحد، ولو ردت شهادة الاصول لم تقبل شهادة الاصول ولا الفروع بعده أبدا في كل شئ إن ردت لتهمة مع بقاء الاهلية، وإن ردت لعدم الاهلية كالعبيد والكفار تقبل شهادتهم في تلك الحادثة بعد العتق والاسلام لزوال المانع، كذا في التبيين قوله: (ولو كانوا عميانا أو محدودين أو ثلاثة حد الشهود لا المشهود عليهما) لانه لا يثبت بشهادة الاعمى والمحدود المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من أهل أداء الشهادة فلم تثبت شبهة الزنا فكانوا قذفة فيحدون، ومراده من ليس أهلا للاداء فدخل العبد مع أنه ليس
***
[٣٨]

بأهل للتحمل أيضا، ولا فرق بين أن يكون الكل كذلك أو بعضهم كذلك، وأما إذا نقص عددهم عن الاربعة فلانهم قذفة لان الشهادة قذف حقيقة وخروجها عنه باعتبار الحسبة ولا حسبة عند النقصان، وحد عمر رضي الله عنه الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة بن شعبة بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير. قوله: (ولو حد فوجد أحدهم عبدا أو محدودا حدوا) لانهم قذفة إذا الشهود ثلاثة على ما بينا قوله: (وأرش ضربه هدر وإن رجم فديته على بيت المال) وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه. وقالا: أرش الضرب أيضا على بيت المال. ومعناه إذا كان جرحه، وعلى هذا الخلاف إذا مات من الضرب. وعلى هذا إذا رجع الشهود لا يضمنون عنده، وعندهما يضمنون. لهما أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب إذا الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضافان إلى شهادتهم فيضمنون بالرجوع، وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم وصار كالرجم والقصاص. ولابي حنيفة أن الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك ولا يقع جارحا ظاهرا إلا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه إلا أنه لا يجب الضمان عليه في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة قوله: (فلو رجع أحد لا ربعة بعد الرجم حد وغرم ربع الدية) لان الشهادة انقلبت قذفا بالرجوع لان به تنفسخ الشهادة فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما ينبني عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما إذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه. وإنما غرم الواحد الراجع ربع الدية لبقاء من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق، ولا يجب القصاص على الراجع عندنا لانه تسبب في الاتلاف وليس بمباشر. قيد بالرجوع لانه لو وجد واحد منهم عبدا فلا حد على واحد منهم لظهور أنها لم تكن شهادة بل هي قذف في ذلك الوقت فصاروا قاذفين حيا ثم مات والحد لا يورث على ما سيجئ، وأشار إلى أنه لو كان حده الجلد فجلد بشهادتهم ثم رجع واحد منهم فإنه يحد الراجع بالاولى وهو متفق عليه وفي مسألة الكتاب خلاف زفر، وإلى أنه لو رجع الكل حدوا وغرموا ربع الدية، وإلى أنه لو شهد على رجل أربعة أنه زنى بفلانة وشهد عليه أربعة آخرون بالزنا بغيرها ورجم فرجع الفريقان فإنهم يضمنون الدية إجماعا ويحدون للقذف عندهما. وقال محمد: لا يحدون قوله: (وقبله حدوا ولا رجم) أي لو

***

[٣٩]

رجع أحدهم قبل الرجم حد الكل الراجع وغيره وامتنع الرجم. وقال محمد: حد الراجع خاصة لان الشهادة تأكدت بالقضاء فلا ينفسخ إلا في حق الراجع كما إذا رجع بعد الامضاء ولهما إن الامضاء من القضاء وصار كما إذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا يسقط الحد عن المشهود عليه. أطلق في قوله قبله فشمل ما إذا كان قبل القضاء أو بعده، وخلاف محمد إنما هو فيما بعد القضاء، وأما قبل القضاء فيحد الكل عند الثلاثة خلافا لزفر فإنه قال: يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق على غيره. ولنا أن كلامهم قذف في الاصل وإنما يصير شهادة باتصال القضاء به فإذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون قوله: (ولو رجع أحد الخمسة لا شئ عليه) لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربع، وشمل قوله لا شئ عليه الحد والغرم وما إذا كان قبل القضاء وبعده، وأفاد أنه لا شئ على الاربعة بالاولى، وحاصله أنه لا شئ على الكل وكأنه لم يرجع أحد. قوله: (فإن رجع آخر حدا وغرما ربع الدية) أما الحد فلانفساخ القضاء بالرجم في حقهما، وأما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر بقاء من بقي على ما عرف. وأفاد بالغرامة أن المسألة بعد الرجم لانه لو كان قبله فلا غرامة وإنما لزم الاول برجوع الثاني لانه وجد منه الموجب للحد والضمان وهو قذفه وإتلافه بشهادته وإنما امتنع الوجوب لمانع وهو بقاء من يقوم بالحق، فإذا زال المانع برجوع الثاني ظهر الوجوب، وإذا رجع الثالث ضمن ربع الدية، وكذا الثاني والاول، وإذا رجع الخمسة ضمنوا الدية اخماسا، كذا في الحاوي القدسي قوله: (وضمن المزكون دية المرجوم إن ظهروا عبيدا) يعني ضمن المزكون برجوعهم عن التزكية دية المرجوم إن ظهر الشهود أنهم ليسوا أهلا للشهادة عند أبي حنيفة. وقالا: هي على بيت المال لانهم أثنوا على الشهود خيرا فصار كما إذا أثنوا على المشهود عليه خيرا بأن شهدوا بإحصانه. وله أن الشهادة إنما تصير حجة وعاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم إليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط. قيدنا بكوبهم رجعوا بأن قالوا تعمدنا الكذب مع علمنا بأنهم ليسوا أحرارا لانهم لو ثبتوا على تزكيتهم ولم يرجعوا أو قالوا أخطأنا لم يضمنوا بالاجماع لانهم

أخطؤوا فيما عملو لعامة المسلمين فصاروا كالقاضي. وأفاد بالمزكين أنهم أخبروا بحرية الشهود وإسلامهم وعدالتهم لتكون تزكية، سواء كان بلفظ الشهادة أو بلفظ الاخبار، لانهم لو أخبروا بأنهم عدول ثم ظهروا عبيدا لم يضمنوا اتفاقا لانها ليست تزكية، والقاضي قد أخطأ حيث اكتفى بهذا القدر. وقيد بالمزكيين لانه لا ضمان على الشهود والمسألة بحالها لان كلامهم لم يقع شهادة ولا يحدون للقذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا

***

[٤٠]

يورث. وقوله إن ظهروا عبيدا مثال بل المراد أن ظهر أنهم ليسوا أهلا للشهادة ولو كانوا كفارا. ثم اعلم أنه وقع في كثير من الكتب وجوب الضمان على المزكين بظهورهم عبيدا من غير تقييد برجوع المزكين حتى جعلها في المنظومة مسألتين: المسألة الاولى فيما إذا ظهروا عبيدا. الثانية إذا رجع المزكون وليس الامر كذلك. والحاصل أن ظهور الشهود عبيدا وعدمه لا تأثير له في ضمان المزكين وإنما الموجب عليهم هو الرجوع فقط عند الامام، وإذا لم ير جعوا وظهروا عبيدا فالضمان في بيت المال اتفاقا. قوله: (كما لو قتل من أمر برجمه فظهروا كذلك) أي يضمن المزكون الدية كما يضمن القاتل لمن أمر القاضي برجمه فظهر الشهود أنهم ليسوا أهلا للشهادة. وفي القياس يجب القصاص على قاتله لانه قتل نفسا معصومة بغير حق. وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فأورث شبهة. وأشار بكون القاتل ضامنا إلى أن الدية في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل دم العمد وتجب في ثلاث سنين لانه وجب بنفس القتل بخلاف الواجب بالصلح حيث يجب حالا لانه وجب بالعقد فأشبه الثمن في البيع. وقيد بقوله وأمر القاضي برجمه لانه لو قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم وجب القصاص في العمد والدية في الخطأ على عاقلته. والمراد من الامر بالرجم القضاء به فاستلزم أن يكون بعد التزكية، فلو أمر برجمه بعد الشهادة قبل التعديل خطأ من القاضي فقتله رجل عمدا وجب القصاص، أو خطأ وجبت الدية في ثلاث سنين. وقيد بقوله فظهروا كذلك لانه لو قتله بعد الامر بالرجم ولم يظهر الشهود كذلك فلا شئ عليه. ولم يذكر المصنف تعزير القاتل ولا شك فيه لافتياته على الامام كما في فتح القدير. وقيد بقتل المأمور برجمه لان من قتل من قضى بقتله قصاصا فإنه يقتص منه، سواء ظهر الشهود عبيدا أو لا، لان الاستيفاء للولي، كذا في التبيين من كتاب الردة. قوله: (وإن رجم فوجدوا عبيدا فديته في بيت المال) لانه امتثل أمر الامام فنقل فعله إليه، كذا في الهداية. وهو يقتضي أن يضبط رجم بالبناء للفاعل أي وإن رجم رجل من أمر القاضي برجمه، فالمسألة الاولى بيان لقتله بالسيف، والثانية بيان لقتله بالرجم، واقتصر عليه في فتح القدير. ويجوز أن يكون مبنيا للمفعول أي إن رجم المشهود عليه بالزنا في هذه الحالة ثم تبين حال الشهود، كذا في غاية البيان. ولم أر هل تؤخذ الدية حالا أو مؤجلة قوله: (وإن قال شهود الزنا تعمدنا النظر قبل شهادتهم) لانه يباح النظر لهم إلى الفرج ضرورة تحمل الشهادة فأشبه الطبيب والقابلة والخافضة والختان والاحتقان والبكارة في العنة

***

[٤١]

والرد بالعيب. قيد بقوله تعمدنا النظر لانهم لو قالوا تعمدنا النظر للتلذذ لا تقبل شهادتهم إجماعا لفسقهم. قوله: (ولو أنكر الاحصان فشهد عليه رجل وامرأتان أو ولدت منه زوجته رجم) أي لو أنكر الدخول بعد وجود سائر الشروط، أما إذا ولدت منه فلان الحكم بإثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله، وأما إذا شهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان بعد ما أنكر بعض شرائطه كالنكاح والدخول والحرية فإنه يرجم خلافا لزفر والشافعي، فالشافعي مر على أصله أن شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال، وزفر يقول إنه شرط في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم إليه فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء، وصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا. ولنا أن الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وأنها مانعة عن الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة، وصار كما إذا شهدوا به في غير هذه الحالة، ولا يرد أنه يصح الرجوع عن الاقرار به فدل أنه كالحد لانا نقول: إنما صح لانه لا مكذب له فيه بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما، وإنما لا يثبت سبق التاريخ لانه ينكره المسلم ويتضرر به المسلم. والمراد بقوله أو ولدت منه أن يكون له من زوجته ولد قبل الزنا. قال في غاية البيان: ودلت هذه المسألة على أن إثبات الاحصان ليس مثل إثبات العقوبات كالحدود والقصاص لانها

لا تثبت بدلالة الظواهر. قالوا: وكيفية الشهادة بالدخول أن يقول الشهود تزوج امرأة وجامعها أو باضعها، ولو قالوا دخل بها يكفي عندهما. وقال محمد: لا يكفي ولا يثبت بذلك إحصانه لانه مشترك بين الوطئ والزفاف والخلوة والزيارة فلا يثبت بالشك كلفظ القربان والاتيان. ولهما أنه متى أضيف إلى المرأة بحرف الباء يتعين للجماع بخلاف دخل عليها فإنه للزيارة. ولو خلا بها ثم طلقها وقال وطئتها وأنكرت صار محصنا دونها، وكذا لو قالت بعد الطلاق كنت نصرانية وقال كانت مسلمة. وإذا كان أحد الزانيين محصنا يحد كل واحد منهما حده، وإن رجع شهود الاحصان لا يضمنون وهي معروفة. وفي المحيط: امرأة الرجل إذا أقرت أنها أمه هذا الرجل فزنى الرجل يرجم، وإن أقرت بالرق قبل أن يدخل بها ثم زنى الرجل لا يرجم استحسانا لا قياسا. رجل تزوج امرأة بغير ولي فدخل بها قال أبو يوسف: لا يكونان بذلك محصنين لان هذا النكاح غير صحيح قطعا لاختلاف العلماء والاخبار فيه اه. والله أعلم.

***

[٤٢]

باب حد الشرب أي الشرب المحرم أخره عن الزنا لانه أقبح منه وأغلظ عقوبة، وقدمه على حد القذف لتقن الحرمة في الشارب دون القاذف لاحتمال صدقه، وتأخير حد السرقة لانه لصيانة الاموال التابعة للنفوس. قوله: (من شرب خمرا وأخذ وريحها موجود أو كان سكران ولو بنبيذ وشهد رجلان أو أقر مرة حدان علم شربه طوعا وصحا) للحديث من شرب الخمر فاجلدوه ثم إن شرب فاجلدوه ثم إن شرب فاجلدوه فإن عاد في الرابعة فاقتلوه (١) أخرجه أصحاب السنن الاربعة إلا النسائي. ثم نسخ القتل في الرابعة بما رواه النسائي أنه عليه السلام قد أتى برجل شرب الخمر في الرابعة فجلدوه ولم يقتله. وزاد في لفظ فرأى المسلمون أن الحد قد وقع وأن القتل قد ارتفع. أطلق في شرب الخمر فشمل القطرة الواحدة كما سيصرح به آخرا، وفي وجود ريحها فشمل ما إذا كان الريح موجودا وقت الشهادة أو وقت رفعه إلى الحاكم وهي على وجهين: فإن كان المكان قريبا فلا بد من وجود الرائحة عند أداء الشهادة بأن يشهدا بالشرب وبقيام الرائحة أو يشهدا به فقط فيأمر القاضي باستنكاهه فيستنكهه ويخبره بأن ريحها موجود، فإن شهدا به بعد مضي ريحها مع قرب المكان فسيأتي، وإن كان المكان بعيدا فزالت الرائحة فلا بد أن يشهدا بالشرب ويقولا أخذناه وريحها موجود لان مجيئهم به من مكان بعيد لا يستلزم كونهم أخذوه في حال قيام الرائحة فيحتاجون إلى ذكر ذلك للحاكم. ولو أخر المصنف اشتراط وجود الرائحة عن السكران بأن قال بعد قوله ولو بنبيذ وأخذ وريح ما شرب منه موجود لكان أولى لانه لا بد من وجود رائحة الشرب الذي شربه خمرا كان أو نبيذا سكر منه. وقد ذكر المصنف الريح حيث قال موجود. وفي الهداية: وريحها موجودة وهو الحق لان الريح من الاسماء المؤنثة السماعية كما في غاية البيان. وقيد بالرجلين لان شهادة النساء لا تقبل في الحدود للشبهة. ولم يذكر المصنف أن القاضي يسأل الشهود كما يسألهم في الزنا وقد ذكره قاضيخان في الفتاوي فقال: وإذا شهد

***

[٤٣]

الشهود عند القاضي على رجل بشرب الخمر سألهم القاضي عن الخمر ما هي ثم سألهم كيف شرب لاحتمال أنه كان مكرها، ثم يسألهم متى شرب لاحتمال التقادم، ثم يسألهم أنه أين شرب لاحتمال أنه شرب في دار الحرب اه. وينبغي أن يكون السؤال عن الوقت مبنيا على قول محمد، وأما على المذهب فلا لان وجود الرائحة كاف ثم قال: فإذا بينوا ذلك حبسه القاضي حتى يسأل عن العدالة ولا يقضي بظاهر العدالة اه. والمشهود عليه بشربها لا بد أن يكون بالغا عاقلا مسلما ناطقا، فلا حد على صبي ولا مجنون ولا كافر. قال في الظهيرية: رجل ارتد عن الاسلام - والعياذ بالله تعالى - ثم أتى به إلى الامام ثم شرب خمرا أو سكر من غير خمر أو سرق أو زنى ثم تاب وأسلم فإنه يحد في جميع ذلك ما خلا الخمر والسكر فإنه لا يحد فيهما لان المرتد كافر وحد السكر والخمر لا يقام على أحد من الكفار اه. وفي الخانية: ولا يحد الاخرس سواء شهد الشهود عليه أو أشار بإشارة معهودة يكون ذلك إقرارا منه في المعاملات لان الحدود لا تثبت بالشبهات، ويحد الاعمى. ولو قال المشهود عليه بشرب الخمر ظننتها لبنا أو قال لا أعلم أنها خمر لا يقبل ذلك لانه يعرفها بالرائحة والذوق من غير ابتلاع، وإن قال ظننتها نبيذا قبل منه لان غير الخمر بعد الغليان والشدة يشارك الخمر في الذوق والرائحة ا ه. ولا بد من اتفاق الشاهدين فلو شهدا على الشرب والريح يوجد منه لكنهما اختلفا في الوقت لم يحد، وكذا لو شهد أحدهما أنه شربها وشهد الآخر بإقراره بشربها، وكذلك لو شهد أحدهما أنه سكر من الخمر وشهد الآخر أنه سكر من السكر، كذا في الظهيرية. وفي حصره الثبوت

في البينة والاقرار دليل على أن من يوجد في بيته الخمر وهو فاسق أو يوجد القوم مجتمعين عليها ولم يرهم أحد يشربونها غير أنهم جلسوا مجلس من يشربها لا يحدون وإنما يعزرون، وكذلك الرجل يوجد معه ركوة من خمر، وكان في عهد أبي حنيفة من يقول بوجود الحد عليه فقال له الامام: لم تحده؟ فقال: لان معه آلة الشرب والفساد. فقال الامام: فارجمه إذن فإن معه آلة الزنا، كذا في الظهيرية. وفي قوله مرة لقول أبي يوسف أنه لا بد من مرتين اعتبارا بالشهادة كما في الزنا. قلنا: ثبت ذلك على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره، وشرط أن يعلم شربه طوعا وهو بأن يشهد الشهود أنه شربه طائعا لان الشرب مكرها لا يوجب الحد. قال في الخانية: ولو قال أكرهت عليها لا يقبل لان الشهود شهدوا عليه بالشرب طائعا، ولو لم يشهدوا بذلك لا تقبل شهادتهم، فلو قبلنا قوله كان لكل من شهد عليه بالشرب أن يقول كنت مكرها فيرتفع الحد

***

[٤٤]

اه‍. قال في الظهيرية: فرق بين هذا وبين ما إذا ادعى المشهود عليه بالزنا أنه نكحها فإنه لا يحد لان هناك هو ينكر السبب الموجب للحد لان الفعل يخرج عن أن يكون زنا بالنكاح، وههنا بعذر الاكراه لا ينعدم السبب وهو حقيقة شرب الخمر إنما هذا عذر مسقط فلا يثبت إلا ببينة يقيمها على ذلك اه‍. وظاهر كلام المصنف أن الصحو شرط لاقامة الحد حتى لو حده في حال سكره لا يكتفي به لعدم فائدته من كونه زاجرا. وفي القنية: لا يجوز لقاضي الرستاق أو فقيه أو المتفقهة وأئمة المساجد إقامة حد الشرب إلا بتولية الامام قوله: (وإن أقر أو شهد بعد مضي ريحها لا لبعد المسافة أو وجد منه رائحة الخمر أو تقاياها أو رجع عما أقر أو أقر سكران بأن زال عقله لا) أي لا يحد في هذه المسائل كلها. أما ثبوته بعد زوال رائحتها بإقرار أو ببينة فللتقادم وهو مقدر به فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه مقدر بالزمان عند محمد اعتبارا بحد الزنا، وهذا لان التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل: يقولون لي انكه شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه: تلتلوه ومزمزوه واستنكهوه فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه. ولان قيام الاثر من أقوى دلالة على القرب، وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وإنما يشتبه على الجهال، وأما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما مر تقريره، وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا. ورجح في غاية البيان قول محمد فقال: والمذهب عندي في الاقرار ما قاله محمد لان حديث ابن مسعود رضي الله عنه أنكره بعض أهل العلم. قال أبو عبيد: لان الاصل في الحدود إذا جاء صاحبها مقرا بها الرد والاعراض وعدم الاستماع احتيالا للدرء كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أقر ماعز فكيف يأمر ابن مسعود بالتلتلة والمزمزة والاستنكاه حتى يظهر سكره؟ فلو صح فتأويله أنه جاء في رجل أنه مولع بالشراب مدمن فاستجازه لذلك اه‍. وفي فتح القدير: وقول محمد هو الصحيح اه‍. والحاصل أن المذهب قول أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أن قول

***

[٤٥]

محمد أرجح من جهة المعنى، وقدمنا التفصيل في اشتراط وجود الرائحة، وأن المسافة إذا كانت بعيدة فالشرط وجودها عند التحمل لا الاداء وهو المراد بقوله لا لبعد المسافة. وقدمنا أن وجود الرائحة لا بد منها، سواء كان قد شرب الخمر أو سكر من بيذ. وقول الزيلعي وأشار في الهداية إلى أنه لا يشترط غير صحيح لانه قال أولا ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة أو جاؤا به وهو سكران، وثانيا فإن أخذه الشهود وريحها توجد أو سكران وكونه سكران مغن عن اشتراط وجود الرائحة إذ لا يوجد سكران بغير رائحة ما شربه. وأما إذا وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها فلانة يحتمل أنه شربها مكرها أو مضطرا والرائحة محتملة أيضا فلا يجب الحد بالشك. وأشار إلى أنه لو وجد سكران لا يحد من غير إقرار ولا بينة لاحتمال ما ذكرنا، ولاحتمال أنه سكر من المباح. وفي الظهيرية: شهد أحدهما أنه شربها والآخر أنه قاءها لم يحد، وإذا شرب قوم نبيذا فسكر منه بعضهم دون البعض حد من سكر، وأما إذا رجع عن الاقرار فلانه خالص حق الله تعالى فيعمل الرجوع فيه كسائر الحدود. وهذا لانه يحتمل أن يكون صادقا فصارت شبهة والحدود تدرأ بالشبهات، وأما إذا أقر وهو سكران فلزيادة احتمال الكذب في إقراره فيحتال للدرء لانه خالص حق الله تعالى. وأشار إلى أن كل حد كان خالصا لله

تعالى فلا يصح إقرار السكران به، وإن ما لم يكن خالصا لله تعالى فإنه يصح إقراره به كحد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته. والحاصل أن إقراره بالحدود لا يصح إلا حد القذف، وإقراره بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال والطلاق والعتاق وغيرها صحيح لانها لا تقبل الرجوع. ولذا إذا أقر بالسرقة ولم يقطع لسكره أخذ منه المال وصار ضامنا له، وأما ارتداده فليس بصحيح فلا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر. قال في فتح القدير: هذا في الحكم، أما فيما بينه وبين الله تعالى فإن كان في الواقع قصد أن يتكلم به ذاكرا لمعناه كفر وإلا فلا. وفي التبيين: وعند أبي يوسف ارتداده كفر، ذكره في الذخيرة. وأما إذا أسلم ينبغي أن يصح كإسلام المكره اه. وفي فتح القدير: إن إسلامه غير صحيح وقيد بالاقرار

***

[٤٦]

لانهم لو شهدوا عليه بالشرب وهو سكران قبلت شهادتهم، وكذا بالزنا وهو سكران كما إذا زنى وهو كران، وكذا بالسرقة وهو سكران ويحد بعد الصحو ويقطع لان الانشاء لا يحتمل الكذب فيعتبر فعله فيما ينفذ من غير قصد واعتقاد. وهذا كله إذا سكر من المحرم، وأما إذا سكر بالمباح كشرب المضطر والمكره. والمتخذ من الحبوب والعسل والدواء والبنج فلا تعتبر تصرفاته كلها لانه بمنزلة الاغماء لعدم الجناية. وفي الخانية: وإن زال عقله بالبنج فطلق إن كان حين تناوله البنج علم أنه بنج يقع الطلاق، وإن لم يعلم لا يقع. وعن أبي يوسف ومحمد لا يقع من غير فصل وهو الصحيح اه. وهذا يدل على أن البنج حلال مطلقا على الصحيح. وقوله بأن زال عقله بيان لحد السكر فعند أبي حنيفة السكران من النبيذ الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا، ولا يعقل الرجل من المرأة ولا الارض من السماء، وقالا: هو الذي يهذي ويختلط كلامه غالبا، فإن كان نصفه مستقيما فليس بسكران لانه السكران في العرف وإليه مال أكثر المشايخ. وله أن يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درأ للحد ونهاية السكران يغلب السرور على العقل فيسلبه الميز بين شئ وشئ، وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو. والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع أخذا بالاحتياط. وفي الخانية: وبقولهما أفتى المشايخ. وفي فتح القدير: واختاروه للفتوى لضعف دليل الامام. واستدل له في الظهيرية بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: من بات سكران بات عروسا للشيطان فعليه أن يغتسل إذا أصبح. فهذا إشارة إلى أن السكران من لا يحس بشئ مما يصنع به. وحكي أن أئمة بلخ اتفقوا على أنه يستقرأ سورة من القرآن فإن أمكنه أن يقرأها فليس بسكران حتى يحكي أن أميرا ببلخ أتاه بعض الشرطي - بسكون الراء -

***

[٤٧]

بسكران فأمره الامير أن يقرأ قل يا أيها الكافرون فقال السكران للامير اقرأ سورة الفاتحة أو فلما قال الامير: الحمد لله رب العالمين قال: قف فقد أخطأت من وجهين تركت التعوذ عند افتتاح القراءة وتركت التسمية وهي آية من أول الفاتحة عند بعض الائمة والقراء، فخجل الامير وجعل يضرب الشرطي الذي جاء به ويقول: أمرتك أن تأتيني بالسكران فجئتني بمقرئ بلخ اه. وفي فتح القدير: ولا شك أن المراد ممن يحفظ القرآن أو كان حفظها فيما حفظ منه لا من لم يدرسها أصلا، ولا ينبغي أن يعول على هذا بل ولا معتبر به فإنه طريق سماع تبديل كلام الله تعالى فإنه ليس كل سكران إذا قيل له اقرأ قل يا أيها الكافرون يقول لا أحسنها الآن بل يندفع قارئا فيبدلها إلى الكفر، ولا ينبغي لاحد أن يلزم أحدا بطريق ذكر ما هو كفر وإن لم يؤاخذ به. قوله: (وحد السكر والخمر ولو شرب قطرة ثمانون سوطا) لاجماع الصحابة رضي الله عنهم. روى البخاري من حديث السائب بن يزيد قال: كنا نأتي بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدر من خلافة عمر رضي الله عنهما فنقوم عليه بأيدينا ونعالنا وأرديتنا حتى كان آخر إمرة عمر رضي الله عنه فجلد أربعين حتى عتوا وفسقوا جلد ثمانين. وحاصل ما في فتح القدير أنه عليه الصلاة والسلام لم يسن فيه عددا معينا، ثم قدرة أبو بكر وعمر رضي الله عنهما بأربعين، ثم اتفقوا على ثمانين. وإنما جاز لهم أن يجمعوا على تعيينه والحكم المعلوم عنه عليه السلام عدم تعيينه لعلمهم أنه عليه السلام انتهى إلى هذه الغاية في ذلك الرجل لزيادة فساد منه، ثم رأوا أهل الزمان تغيروا إلى نحوه أو أكثر على ما تقدم من قول السائب حتى عتوا وفسقوا وعلموا أن الزمان كلما تأخر كان فساد أهله أكثر فكان ما أجمعوا عليه هو ما

كان حكمه عليه السلام في أمثالهم. والسكر في عبارة المصنف بضم السين وسكون الكاف، كذا في السماع كما في غاية البيان، يعني لا السكر بفتحتين نوع من الاشربة والحاصل أن حرمة الخمر قطعية فيحد بقليله وحرمة غيره ظنية فلا يحد إلا بالسكر منه قوله: (وللعبد نصفه) أي نصف هذا الحد وهو أربعون سوطا لما رواه مالك في الموطأ أن عمر وعثمان وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم قد جلدوا عبيدهم نصف الحد في الخمر،

***

[٤٨]

ولان الرق منصف للنعمة والعقوبة على ما عرف قوله: (وفرق على بدنه كحد الزنا) لان تكرار الضرب في موضع واحد قد يفضي إلى التلف والحد شرع زاجرا لا متلفا. وأشار بالتشبيه إلى أنه لا يضرب الرأس ولا الوجه ولا الفرج كما قدمنا في حد الزنا، وأنه يضرب بسوط لا ثمرة له، وأنه ينزع عنه ثيابه. قال في الهداية: ثم يجرد في المشهور من الرواية. وعن محمد أنه لا يجرد إظهار للتخفيف. ووجه المشهور إذا أظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا اه. وسيصرح المصنف رحمه الله في فصل التعزير أن حد الشرب أخف من حد الزنا وصفا كما هو أخف منه قدرا. والحاصل أن المضروب في الحدود والتعزير يجرد عن ثيابه إلا الازارا احتراز عن كشف العورة إلا حد القذف فإنه يضرب وعليه ثيابه إلا الحشو والفرو - كذا في غاية البيان - إلا أنه قال: والاصح عندي ما روي عن محمد من أنه لا يجرد لعدم ورود النص بذلك. باب حد القذف هو في اللغة الرمي بالشئ. وفي الشرع الرمي بالزنا. وهو من الكبائر بإجماع الامة قال الله تعالى * (إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم) * (النور: ٢٣) كذا في فتح القدير. وليس هو من الكبائر مطلقا بل بحضرة أحد، أما القذف في الخلوة فصغيرة عند الشافعية كما في شرح جمع الجوامع، وقواعدنا لا

***

[٤٩]

تأباه لان العلة فيه لحوق العار وهو مفقود في الخلوة. وينبغي أن يقيد أيضا بكون المقذوف محصنا كما قيد به في الآية الكريمة فقذف غير المحصن لا يكون من الكبائر ولذا لم يجب به الحد فينبغي أن يعرف القذف في الشرع بأنه رمي المحصن بالزنا. وفي فتح القدير: وتعلق الحد به بالاجماع مستندين إلى قوله تعالى * (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) * (النور: ٤) والمراد الرمي بالزنا حتى لو رماها بسائر المعاصي غيره لا يجب الحد بل التعزير، وفي النص إشارة إليه أي إلى أن المراد بالزنا وهو اشتراط أربعة من الشهود يشهدون عليها بما رماها به ليظهر به صدقه فيما رماها به، ولا شئ يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة أربعة إلا الزنا، ثم ثبت وجوب جلد القاذف للمحصن بدلالة هذا النص للقطع بإلغاء الفارق وهو صفة الانوثة واستقلال دفع عار ما نسب إليه بالتأثير بحيث لا يتوقف فهمه على ثبوت أهلية الاجتهاد. قوله: (هو كحد الشرب كمية وثبوتا) أي حد القذف كحد الشرب قدرا وهو ثمانون سوطا إن كان حرا، ونصفه إن كان القاذف عبدا، ويثبت سببه وهو القذف بشهادة رجلين أو بإقرار القاذف مرة. ولا تقبل فيه شهادة النساء ولا الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي إلى القاضي. ولو ادعى المقذوف أن له بينة حاضرة على القاذف في مصر يحبسه القاضي في قول ابي حنيفة إلى قيام القاضي عن مجلسه، يريد به أن يلازمه ولا يأخذ منه كفيلا بنفسه في قول أبي حنيفة ومحمد. ولو أقام المقذوف شاهدا واحدا عدلا على القاذف وقال لي شاهد آخر في المصر قال أبو حنيفة رضي الله عنه: يحبسه القاضي. وكذا لو أقام المدعي شاهدين مستورين لا يعرفهما القاضي بالعدالة فإنه يحبسه. وقال أبو يوسف: لا يحبس بقول الواحد العدل. ولو قال مدعي القذف شهو دي خارج المصر أو أقام شاهدا واحدا وادعى أن بينته خارج المصر وطلب من القاضي حبس القاذف فإنه لا

***

[٥٠]

يحبسه، كذا في الخانية. وفي الظهيرية: هذا إذا كان المكان الذي فيه الشاهد بعيدا من المصر بحيث لا يمكنه الاحضار في ثلاثة أيام، أما إذا كان المكان قريبا يمكنه الاحضار في ثلاثة أيام فإنه يحبسه أيضا. وفي الظهيرية أيضا: إذا ادعى رجل على رجل أنه قذفه وجاء بشاهدين فالقاضي يسأل الشاهدين عن القذف ما هو وكيف هو، فإذا قالا نشهد أنه قال له يا زاني قبلت شهادتهما وحد القاذف إن كانا عدلين، فإن شهد أحدهما أنه قال له يا زاني يوم الجمعة وشهد الآخر أنه قال له يا زاني يوم الخميس قال أبو حنيفة: تقبل هذه الشهادة. وقالا: لا تقبل، وكذا لو شهد أحدهما بالاقرار والآخر بالانشاء اه. قوله: (فلو قذف محصنا أو محصنة بزنا حد بطلبه مفرقا) أي بطلب

المقذوف مفرقا على أعضاء القاذف لما تلوناه من الآية وبينا من الاجماع. قيد بالمحصن لان غيره لا يجب الحد بقذفه، وفيه إشارة إلى اشتراط عجز القاذف عن إقامة البينة على الزنا فإنه إذا أقام بينة على صدق مقالته لم يبق المقذوف محصنا فأغنى ذكر الاحصان عن هذا الشرط، وكذا لو صدقه المقذوف، وفي الظهيرية: رجل قذف رجلا بالزنا فرفعه المقذوف إلى القاضي فقال القاذف عندي شهود عدول على ما قلت وأقامهم على ذلك فإنه لا يحد. وهل يحد المقذوف؟ إن شهدوا بحد متقادم فإنه لا يحد كما لو شهدوا عليه بالزنا قبل القذف إن كان متقادما لم يحد، وإن كان غير متقادم حد فكذلك ههنا اه. وقيد بقوله بزنا لانه لو قذفه بغيره لا يكون قذفا شرعا لما قدمناه فلا حد بقوله وطئك فلان وطئا حراما أو جامعك حراما. وأطلق في الزنا ولم يقيده بلفظ ليدخل فيه ما إذا قال زنيت أو يا زاني أو أنت أزنى الناس أو أنت أزنى من فلان أو أنت أزنى مني كما في الظهيرية، ويخالفه ما في الخانية: لو قال أنت أزنى مني لا حد

***

[٥١]

عليه. ولو قال لرجل يا زانية بالتاء لا يحد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يكون قاذفا. ولو قال لامرأة يا زاني يجب الحد في قولهم لانه ترخيم وهو حذف آخر الكلمة. ولو قال لرجل زان لا حد عليه، ولو قال لاهل قرية ليس فيكم زان إلا واحدا أو قال كلكم زان إلا واحدا أو قال لرجلين أحدكما زان فقيل هذا لاحدهما بعينه فقال نعم لا حد عليه. ولو قال لرجل يا زاني فقال له غيره صدقت حد المبتدئ دون المصدق. ولو قال له صدقت هو كما قلت فهو قاذف أيضا. ولو أن جماعة قالوا رأينا فلانا يزني بفلانة ثم قالوا فيما دون الفرج متصلا لا حد على المقذوف ولا على الجماعة، ولو قطعوا الكلام ثم قالوا فيما دون الفرج كان عليهم حد القذف. ولو قال من قال كذا وكذا فهو ابن الزانية فقال رجل أنا قلت لا حد على المبتدئ. ولو قال لغيره أنت تزني لا حد عليه. ولو قال لامرأة ما رأيت زانية خيرا منك لا حد عليه، ولو قال لامرأة زنى بك زوجك قبل أن يتزوجك كان قاذفا. ولو قال لغيره زنى فخذك أو ظهرك أو يدك لا حد عليه. ولو قال زنى فرجك كان قاذفا. ولو قذف رجلا بغير لسان العربية كان عليه الحد. ولو قال لغيره أخبرت أنك زان أو قال أشهدت على ذلك لا حد عليه. ولو قال لغيره زنيت وفلان معك يكون قاذفا لهما. ولو قال عنيت وفلان معك شاهد لا يصدق. ولو قال أشهد أنك زان فقال رجل آخر وأنا أشهد أيضا لا حد على الثاني إلا أن يقول وأنا أشهد عليه بمثل ما شهدت به عليه فحينئذ يكون قاذفا. ولو قال لغيره اذهب إلى فلان وقل له يا زاني فلا حد على الآمر. وهل يحد المأمور؟ إن كان المأمور قال له يا زاني يحد، وإن قال له إن فلانا يقول لك يا زاني لم يحد. ولو قال لآخر يا ابن الزانية وهذا معك قال ذلك بكلام واحد فهذا ليس بقذف للثاني. ولو قال لرجل يا زاني وهذا معك كان قاذفا لهما. ولو قال لآخر يا ابن الزانية وهذا ولم يقل معك فهو قاذف للثاني. رجل قال لامرأة أجنبية زنيت ببعير أو بثور أو بحمار لا حد عليه لانه نسبها إلى التمكين من البهائم، ولو قال زنيت بناقة أو ببقرة أو بثوب أو بدرهم فعليه الحد لان معنى كلامه زنيت بناقة بذلت لك أو بدرهم بذل لك في الزنا. فإن قيل: بل معنى كلامه زنيت بدرهم استؤجرت عليه فينبغي أن لا يحد في قول أبي حنيفة، وهذا لان حرف الباء تصحب الاعواض والابدال قيل له: هذا محتمل وما ذكرناه فيتقابل المحتملان ويبقى قوله زنيت فكأنه لم يزد على هذا. ولو قال لرجل زنيت ببعير أو بناقة أو ما أشبه ذلك لا حد عليه لانه

***

[٥٢]

نسبه إلى إتيان البهيمة، فإن قال بأمة أو دار أو ثوب فعليه الحد، كذا في الخانية والظهيرية. وبه تبين أن حد القذف لا يجب مع التصريح بالزنا في بعض المسائل لقرينة، ويجب في بعض المسائل مع عدم التصريح مثل ما تقدم من قوله هو كما قال فحينئذ يحتاج إلى ضبط هذه المسألة. وفي الخانية: رجل قال لغيره يا لوطي لا حد عليه، ولو نسبه إلى اللواطة صريحا لا حد عليه في قول أبي حنيفة. وقال صاحباه: يحد اه. واعلم أنه يشترط وجود الاحصان وقت الحد حتى لو زنى المقذوف قبل أن يقام الحد على القاذف أو وطئ وطئا حراما على ما ذكرنا أو ارتد والعياذ بالله تعالى سقط الحد عن القاذف، ولو أسلم بعد ذلك لان إحصان المقذوف شرط فلا بد من وجوده عند إقامة الحد، كذا في فتح القدير. وقيد بطلبه لانه حقه وينتفع به على الخصوص من حيث دفع العار على نفسه وإن كان الغالب فيه حق الله تعالى على الاصح. وأشار به إلى أن الاخرس لا يوجب الحد لان طلبه يكون بالاشارة ولعله لو كان ينطبق لصدقه ولما كان الطلب، ثم الحد لدفع العار استفيد منه أنه لا بد من تصور الزنا من المقذوف حتى لو قذف رتقاء أو مجبوبا لا يجب

عليه الحد لانهما لا يلحقهما العار بذلك لظهور كذبه بيقين.
***
[٥٣]
قوله: (ولا ينزع عنه غير الفرو والحشو) إظهارا للتخفيف لان سببه غير متيقن به لاحتمال صدق القاذف فلا يقام على الشدة، وأما الفرو والحشو فيمنعان وصول الالم فينزعان بخلاف حد الزنا والشرب فإنه ينزع عنه ثيابه كلها إلا الازار كما قدمناه. والمراد بالحشو الثوب المحشو كالمضرب بالقطن، ومقتضى كلامهم أنه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشو لا ينزع. وفي فتح القدير: والظاهر أنه لو كان فوق قميص ينزع لانه يصير مع القميص كالمحشو أو قريبا منه ويمنع من إيصال الالم الذي يصلح زاجرا قوله: (وإحصانه بكونه مكلفا حرا مسلما عفيفا عن الزنا) فخرج الصبي والمجنون لانه لا يتصور منهما الزنا إذ هو فعل محرم والحرمة بالتكليف. وفي الظهيرية: إذا قذف غلاما مراهقا فادعى الغلام البلوغ بالسن أو الاحتلام لم يجد القاذف بقوله وخرج العبد لان الاحصان ينتظم الحرية قال تعالى * (فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) * (النساء: ٢٥) فقذف العبد ولو مدبرا أو مكاتبا يوجب التعزير على قاذفه لا الحد. وخرج الكافر لقوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن. وفي الخانية: ولا يجب حد القذف إلا أن يكون المقذوف حرا ثبت حريته بإقرار القاذف أو بالبينة إذا أنكر القاذف حريته، وكذا لو أنكر القاذف حرية نفسه وقال أنا عبد وعلى حد العبيد كان القول قوله اه. ويثبت الاحصان بشهادة رجل وامرأتين وبعلم القاضي، ولا يحلف القاذف أنه لا يعلم أن المقذوف محصن، كذا في فتح القدير. وفي الظهيرية: لو قال لامرأته زنيت وأنت كافرة وأنت في الحال مسلمة فإنه يجب اللعان، وكذلك لو قال زنيت وهي أمة وهي في الحال حرة لانه لو قال ذلك للاجنبية يجب الحد، وهذا بخلاف ما لو قال قذفتك وأنت كافرة أو وأنت أمة اه. وخرج غير العفيف لان الاحصان ينتظم العفة أيضا قال تعالى * (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب) * (المائدة: ٥) أي العفائف، ولان المقذوف إذا لم يكن
***
[٥٤]
عفيفا فالقاذف صادق فالشرائط الخمسة للاحصان داخلة تحت قوله تعالى * (والذين يرمون المحصنات) * (النور: ٤) فإذا فقد واحد منها لا يكون محصنا. وفي القنية: قذف وهو مصلح ظاهرا ولم يكن عفيفا في السر يعذر في مطالبة القاذف بالحد فيما بينه وبين الله تعالى. قال رضي الله عنه: فيه نظر فإن المفهوم من قوله ولم يكن عفيفا في السر أنه من الزنا وإن كان زانيا لم يكن قذفه موجبا للحد فكيف يعذر؟ اه. وقيد بقوله عن الزنا لانه لا يشترط العفة عن الوطئ الحرام ولذا قال في الظهيرية: لو وطئ أمته المرتدة حد قاذفه ولو تزوج أمة على حرة فوطئها فإني أحد قاذفه، كذا في المنتقى عن أبي يوسف. قال الحاكم أبو الفضل: هذا خلاف ما في الاصل قال: ثم كل شئ اختلف فيه الفقهاء حرمه بعضهم وأحله بعضهم فأني أحد قاذفه. وفيه أيضا: لو وطئ أمته في عدة من زوج لها فأني أحد قاذفه لان ملكه في أمته صحيح، ولو وطئ جارية ابنه في عدة من زوج لها فأحبلها أو لم يحبلها فإنه يحد قاذفه. قال أبو يوسف: كل من درأت الحد عنه وجعلت عليه المهر وأثبت نسب الولد منه فإني أحد قاذفه، وكذلك لو تزوج أمة لرجل بغير إذنه ودخل بها فإني أحد قاذفه. هشام عن محمد في رجل اشترى أمة فوطئها ثم استبان أنها أخته حد قاذفه ابن سماعة عن محمد في الرقيات: أربعة شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة بنت فلان الفلانية امرأة مغروفة سموها ووصفوا الزنا فأثبتوه والمرأة غائبة فرجم الرجل، ثم إن رجلا قذف تلك المرأة الغائبة فخاصمته إلى القاضي
***
[٥٥]
الذي قضى على الرجل بالرجم قال: القياس أن يحد قاذفها لان القاضي إنما قضى عليه لا عليها لكني أستحسن أن لا أحد قاذفها ثم قال: وكما يزول الاحصان بالزنا من كل وجه يزول بالزنا من وجه، فكل وطئ حرم لعدم ملك المتعة من وجه فهو زنا من كل وجه وذلك كوطئ الاجنبية، وكل وطئ حرم مع قيام ملك المتعة من كل وجه لعارض كوطئ المرأة في حالة الحيض لا يزول به الاحصان. وإذا وطئ أمته المجوسية لا يزول إحصانه لقيام ملك المتعة من كل وجه. ولو اشترى أمة وطئها أبوه أو وطئ هو أمها ووطئها فقذفه إنسان فلا حد على القاذف بالاجماع، وكذا لو اشترى أخته من الرضاعة ووطئها سقط إحصانه لان الحرمة هنا ثابتة على

سبيل التأبيد بخلاف ما تقدم. ولو اشترى أمة لمس أمها أو بنتها بشهوة أو نظر إلى فرج أمها أو بنتها بشهوة أو نظر أبوه أو ابنه إلى فرجها بشهوة ووطئها قال أبو حنيفة: لا يزول إحصانه ويحد قاذفه. وقالا: يزول إحصانه ولا يحد قاذفه. وكذلك على الاختلاف إذا تزوج امرأة بهذه الصفة ووطئها ا ه. وجعل في الخانية من وطئ بنكاح فاسد كمن وطئ الجارية المشتركة في عدم وجوب الحد على القاذف. والحاصل أن من زنى أو وطئ بشبهة أو بنكاح فاسد في عمره أو وطئ من هي محرمة عليه على التأبيد سقط إحصا نه ومالا فلا، كذا في شرح الطحاوي. قوله: (فلو قال لغيره لست لابيك أو لست بابن فلان في غضب حد وفي غيره لا) أي وإن قال له ذلك في حالة الرضا فلا حد لانه عند الغضب يراد به حقيقته سبا له وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته له في أسباب المروءة. ثم اعلم أنه قد وقع في الهداية مسألتان: الاولى قال: ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فإنه يحد، وهذا إذا كانت أمة مسلمة حرة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب إنما ينفى عن الزاني لا عن غيره. الثانية قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعي له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد وعلله بما ذكرناه، فظاهره أنهما مسألتان مختلفتان صورة وحكما لان في المسألة الاولى قد نفاه عن أبيه من غير تعرض للاب الذي يدعى إليه، وحكمها وجوب الحد مطلقا سوءا كان في غضب أو رضا، لانه لم يفصل. وفي المسألة الثانية قد نفاه عن أبيه المعين الذي يدعي إليه وحكمها التفصيل، وقد حمل بعضهم المسألة الاولى على التفصيل في الثانية وهو أنه إن كان في حالة الغضب حد لا في غيره. وجزم به في غاية البيان ولم يتعقبه في فتح القدير وهو بعيد لما صرح به في الكافي للحاكم الشهيد بقوله: وإن قال لرجل يا ولد الزنا أو يا ابن الزنا أو لست لابيك وأمه حرة مسلمة فعليه الحد، بلغنا عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه

***

[٥٦]

قال: لا حد إلا في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيهئ اه. - لانه سوى بين الالفاظ الثلاثة. وقد صرح في فتح القدير بأنه إذا قال يا ولد الزنا أو يا ابن الزنا لا يتأتي فيه تفصيل بل يحد ألبتة اه. فكذلك إذا قال لست لابيك لانهم صرحوا أنه بمعنى أمك زانية أو زنت ولا يراد به المعاتبة حالة الرضا لانه لم يعين أبا مخصوصا حتى ينفي أن يكون على إطلاقه. ثم رأيت التصريح بذلك في فتاوي قاضيخان: قال لرجل لست لابيك عن أبي يوسف أنه قذف كان ذلك في غضب أو رضا، ولو قال ليس هذا أباك لابيه المعروف فإن كان هذا في حالة الرضا أو على وجه الاستفهام لا يكون قذفا، وإن كان في غضب أو على وجه التعيير كان قذفا اه. وما في القدير من أن التقدير حالة الرضا لست لابيك المشهور مجازا عن نفي المشابهة في محاسن الاخلاق فبعيد كما لا يخفى، وقد علم مما ذكرناه أنه لا بد من تقييد المختصر بأن تكون أمه محصنة لانه قذف لها وما في الهداية من التقييد بحرية أمه وإسلامها لا ينفي اشتراط بقية شروط الاحصان ولذا اعترضه الشارحون. وأشار المصنف إلى أنه لو قال إنك ابن فلان لغير أبيه فالحكم كذلك من التفصيل. وقيد بالنفي عن أبيه فقط لانه لو نفاه عن أمه أو عن أبيه وأمه فلا حد في الاحوال كلها للكذب في الثاني، ولان فيه نفي الزنا لان نفي الولادة نفي للوطئ وللصدق في الاول لان النسب ليس لامه. ولم يتعرض المصنف لطلب الولد لان الام إن كانت حية فالطلب لها، وإن كانت ميتة فالطلب لكل من يقع القدح في نسبه المخاطب وغيره سواء. وفي القنية: سمع أناس من أناس كثيرة أن فلانا ولد فلان والفلان يجحد فلهم أن يشهدوا مطلقا أن هذا ولده بمجرد السماع وإن لم يعلموا حقيقته، ولو قال واحد لهذا الولد ولد الزنا لا يحد اه. قوله: (كنفيه عن جده وقوله لعربي يا نبطي أو يا ابن ماء السماء ونسبته إلى حاله وعمه ورابه) أي لا يجب الحد في هذه المسائل. أما الاول وهو ما إذا نفاه عن جده فلانه صادق في

***

[٥٧]

قوله، وأشار إلى أنه لو نسبه إلى جده لا يحد أيضا لانه قد ينسب إليه مجازا. وفي الظهيرية: إذا قال لست من ولد فلان فهذا قذف، ولو قال لست من ولادة فلان فهذا ليس بقذف، وإذا قال لغيره لست لاب لست لابيك لم يلدك أبوك فهذا كله قذف لامه، وكذا إذا قال لست للرشدة ا ه. وأما عدمه فيما إذا قال لعربي يا نبطي فلانه يراد به التشبيه في الاخلاق أو عدم الفصاحة، وكذا إذا قال لست بعربي لما قلنا، وفسره الفقيه أبو الليث برجل من غير العرب. وفي المغرب: النبط جيل من الناس بسواد العراق الواحد نبطي. وعن ثعلب عن ابن الاعرابي: رجل نباطي ولا تقل نبطي اه. وأشار المصنف إلى أنه لو قال لست من بني فلان فلا حد، وكذا إذا

قال لها شمي لست بها شمي لكنه يعزر كما في المبسوط. وأما إذا قال لرجل يا ابن ماء السماء فلانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لان ابن ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه. وفي غاية البيان: ماء السماء هو عامر أبو مزيقيا وسمي به لانه في القحط أقام ماله مقام المطر وكان غياثا لقومه مثل ماء السماء للارض، وكانت أم المنذر بن امرئ القيس أيضا ماء السماء لجمالها وحسنها. وإنما سمي عمر وولده مزيقيا لانه كان يمزق كل يوم حلتين يلبسهما ويكره أن يعود فيهما ويكره أن يلبسهما غيره اه. وأما إذا نسبه إلى عمه أو خاله أو زوج أمه فلان كل واحد من هؤلاء يسمى أبا، أما الاول فلقوله تعالى * (واله آبائك إبراهيم وإسمعيل وإسحق) * (البقرة: ١٣٣) فاسمعيل كان عما له أي ليعقوب

***

[٥٨]

عليهما السلام. وأما الثاني فلقوله عليه السلام الخال أب. وأما الثالث فللتربية ونسبته إلى المربي في الكتاب دون زوج الام يشير إلى أن العبرة فيه للتربية لا غير، حتى لو نسبه إلى من رباه وهو ليس بزوج لامه وجب أن لا يحد، كذا في التبيين. وظاهر كلام المصنف كغيره أنه لا يحد في هذه المسائل، سواء كان في حالة الغضب أو الرضا. وفي فتح القدير: وقد ذكر أنه لو كان هناك رجل اسمه ماء السماء يعني وهو معروف يحد في حال السباب بخلاف ما إذا لم يكن. فإن قيل: إذا كان قد سمي به وإن كان للسخاء أو الصفاء فينبغي في حال الغضب أن يحمل على النفي لكن جواب المسألة مطلقة فالجواب لما لم يعهد استعماله لذلك القصد يمكن أن يجعل المراد في حالة الغضب التهكم به عليه كما قلنا في قوله لست بعربي لما لم تستعمل في النفي يحمل في حالة الغضب على سبه بنفي الشجاعة والسخاء عنه ليس غير ا ه. قوله: (ولو قال يا ابن الزانية وأمه ميتة فطلب الوالد أو الولد أو ولده حد) لانه قذف محصنة بعد موتها فلكل من يقع القدح في نسبه بقذفه له المطالبة وهم الاصول والفروع لان العار يلتحق بهم لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا لهم معنى. قيد بموتها لانها لو كانت غائبة لم يكن لهم المطالبة لجواز أن تصدق القاذف إذا حضرت والتقييد بقذف الام اتفاقي لانه لو قذف رجلا وهو ميت فلاصله أو فرعه المطالبة، ولذا ذكر في شرح الطحاوي: ولو قذف ميتا وجب الحد على القاذف وللوالدين والمولودين أن يخاصموا، لسواء كان الولد أو الوالد أو لم يكن. والتقييد بالوالد اتفاقي أيضا إذ الام كذلك لما قدمناه من قوله وللوالدين. فعلى هذا لو قذف ميتا بالزنا وله أم فلها المطالبة لانه يلحقها العار بذلك. وصرح الزيلعي بأن للاصول المطالبة وهو يقتضي أن للجد المطالبة وقد صرح في غاية البيان معزيا إلى شرح الجامع الصغير للفقيه أبي الليث بأن المراد الاب والجد وإن علا. ويخالفه ما في فتاوي قاضيخان من أن الجد أب الاب لا يطالب به ولا أم الام ولا الاخ ولا العم ولا العمة ولا مولاه، كذا في فتح القدير وهو سهو من القلم في النسخة التي نقل منها. والموجود في الفتاوي أن الجد أب الام ليس له المطالبة وليس فيما ذكر الجد أبو الاب فالحق أن له المطالبة. وأفاد بالتعبير ب‍ " أو " أن للفرع المطالبة مع وجود أصله وأن لولد الولد المطالبة مع وجود الولد، وأنه إذا صدق القاذف بعضهم فللبعض الآخر المطالبة، ولذا ذكر في الخانية أن رجلا لو قذف ميتا وله ابنان فصدقه أحدهما فللآخر أن يحده اه. وكذا إذا عفا بعضهم فللآخر المطالبة، وأطلق في الولد فشمل ولد البنت فله المطالبة بقذف جده، وروي عن محمد خلافه والمذهب الاول لان الشين يلحقه

***

[٥٩]

إذ النسب ثابت من الطرفين. وقد أفاد صريح كلام المصنف أن ولد الولد المطالبة بقذف جده ولم يخالف في ذلك إلا زفر، ولا يخالفه ما في الخانية من أنه لو قال له جدك زان لا حد عليه لما علله في الظهيرية من أنه لا يدري أي جد هو. وأوضحه في فتح القدير بأن في أجداده من هو كافر فلا يكون قاذفا ما لم يعين مسلما بخلاف قوله أنت ابن ابن الزانية لانه قاذف لجده الادنى فإن كان أو كانت محصنة حد اه. وقد استفيد مما قدمه أنه لا بد أن يكون المقذوف ميتا محصنا فلذا لم يقيد به هنا. وأطلق في الطالب فشمل ما إذا كان غير محصن، فلو كان أصل المحصن الميت أو فرعه كافرا أو عبدا فله أن يطالب بالحد خلافا لزفر لانه من أهل الاستحقاق إذ الكفر أو الرق لا ينافيه وقد عيره بنسبة محصن إلى الزنا ما إذا قذفه هو لانه ليس بمحصن فلا يلحقه العار، فلو قال المصنف ولو قذف ميتا محصنا فلاصله وإن علا أو فرعه وإن سفل مطلقا المطالبة لكان أولى. قوله: (ولا يطلب ولد وعبد أباه وسيده بقذف أمه) لان المولى لا يعاقب بسبب عبده، وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده، ولا السيد بعبده. المراد بالولد الفرع وإن سفل، وبالاب

الاصل وإن علا، ذكرا كان أو أنثى. قالوا: وليس للولد المطالبة بالحد إذا كان القاذف أباه أو جده وإن علا، وأمه وجدته وإن علت، كذا في غاية البيان. وأشار إلى أنهما لا يطالبان بقذفهما بالاولى. وقيد بولد القاذف لانه لو كان للمقذوفة الميتة ابنان أحدهما من غير القاذف فله أن يطالب بالحد لعدم المانع في حقه. وكذا لو كان لها أب ونحوه فله المطالبة حيث لم يكن مملوكا للقاذف فسقوط حق بعضهم لا يوجب سقوط حق الباقين بخلاف القصاص. والفرق بينهما أن القصاص حق العبد يستحقونه بالميراث ولهذا يثبت لجميع الورثة بقدر إرثهم، فإذا سقط حق بعضهم وهو لا يقبل التجزي سقط حق الباقين ضرورة، وأما حد القذف فحق الله تعالى، وإنما للعبد حق الخصومة إذا لحقه به شين فيثبت لكل واحد منهم على الكمال فسقوط حق بعضهم في الخصومة لا يسقط حق الباقين، ولهذا كان للابعد منهم حق مع وجود الاقرب. وقيد بالقذف لانه لو شتمه والده فإنه يعزر. قال في القنية: ولو قال لآخر يا حرام زاده لا يجب عليه حد القذف. قال: وقد كتبت أنه لو قال ذلك الوالد لاولده يجب عليه التعزير اه. وفي نفسي منه شئ لتصريحهم بأن الوالد لا يعاقب بسبب ولده فإذا كان القذف لا يوجب عليه شئ فالشتم أولى قوله: (ويبطل بموت المقذوف) أي بطل الحد لانه لا يورث عندنا، ولا خلاف في أنه فيه حق الشرع وحق العبد فإنه شرع لدفع العار عن

***

[٦٠]

المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص، فمن هذا الوجه حق العبد، ثم إنه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصد من شرع الزواجر إخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الاحكام، فإذا تعارضت الجهتان فالشافعي مال إلى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنا الشرع ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق لعبد مدعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حق الشرع إلا نيابة، وهذا هو الاصل المشهور الذي تتفرع عليه الفروع المختلف فيها منها: الارث إذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع، ومنها العفو فإنه لا يصح العفو عن المقذوف عندنا ويصح عنده، ومنها أنه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل، وعنده لا يجري، وعن أبي يوسف في العفو مثل قول الشافعي، ومن أصحابنا من قال إن الغالب حق العبد وخرج الاحكام والاول أظهر، كذا في الهداية. واعلم أنهم اتفقوا على أنه يشترط الدعوى في إقامته ولم تبطل الشهادة بالتقادم ويجب على المستأمن ويقيمه القاضي بعلمه إذا علمه في أيام قضائه، وكذا لو قذفه بحضرة القاضي حده، وإن علمه القاضي قبل أن يستقضي ثم ولي القضاء ليس له أن يقيمه حتى يشهد به عنده ويقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقة إذا اجتمعا، ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار به. وهذا كله باعتبار حق العبد، واتفقوا على أن الامام يستوفيه دون المقذوف بخلاف القصاص ولا ينقلب مالا عند سقوطه، ولا يستحلف عليه القاذف ويتنصف بالرق كالعقوبات الواجبة حقا لله تعالى، ولا يباح القذف بإباحته ولا يحلف القاذف ولا يؤخذ منه كفيل إلى أن يثبت. وهذا كله باعتبار حق الله تعالى ووقع الاختلاف في الفروع المذكورة أولا. ثم اعلم أن صدر الاسلام وإن صحح أن الغالب حق العبد لم يخالف في الفروع من عدم الارث وصحة العفو إلى آخره، وإنما أجاب عنها كما في التبيين. وأطلق بطلانه بموت المقذوف فشمل الكل والبعض حتى لو ضر ب القاذف بعض الحد فمات المقذوف لا يقام ما بقي. وقيد بكونه قذفه حيا إذ لو قذفه ميتا فلاصله وفرعه المطالبة بطريق الاصالة لا بطريق الميراث. قوله: (لا بالرجوع والعفو) أي لا يبطل برجوع القاذف عن الاقرار ولا بعفو المقذوف لما قدمناه، وقد توهم بعض حنفية زماننا من عدم صحة العفو أن القاضي يقيم الحد عليه مع عفو المقذوف وتعلق بما في فتح القدير من قوله ومنها العفو فإنه بعدما ثبت عند الحاكم القذف والاحصان لو عفا المقذوف عن القاذف لا يصح منه العفو ويحد عندنا اه. وهو غلط

***

[٦١]

فاحش فقد صرح في المبسوط بأنه إذا قضى القاضي بحد القذف على القاذف ثم عفا المقذوف عنه بعوض أو بغير عوض لم يسقط الحد ولكن الحد وإن لم يسقط بعفوه فإذا ذهب العافي لا يكون للامام أن يستوفيه لما بينا أن الاستيفاء عند طلبه وقد ترك الطلب إلا إذا عاد وطلب فحينئذ يقيم الحد لان العفو كان لغوا فكأنه لم يخاصم إلى الآن اه. وفي غاية البيان معزيا إلى الشامل: لا يصح عفو المقذوف إلا أن يقول لم يقذفني أو كذب شهودي لانه حق الله تعالى إلا أن خصومته شرط اه. ويدل عليه أيضا ما في كافي الحاكم:

لو غاب المقذوف بعدما ضرب بعض الحد لم يتم الحد إلا وهو حاضر لاحتمال العفو فالعفو الصريح أولى فتعين حمل ما في فتح القدير على ما إذا عاد وطلب قوله: (ولو قال زنأت في الجبل وعنى الصعود حد) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب: وارق إلى الخيرات زنأ في الجبل وذكر الجبل يقرره مرادا. ولهما أنه يستعمل في الفاحشة مهموزا أيضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز، وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما إذا قال يا زاني أو قال زنات، وذكر الجبل إنما يعين الصعود مرادا إذا كان مقرونا بكلمة على إذ هو المستعمل فيه. قيد بفي لانه لو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد، وقيل يحد للمعنى الذي ذكرنا. وفي غاية البيان: والمذهب عندي إذا كان هذا الكلام خرج على وجه الغضب والسباب يجب الحد لدلالة الحال على ذلك إذ لا يكون صعود الجبل سبا وإلا فلا للاحتمال والحد لا يجب بالاحتمال اه. وفي فتح القدير: والاوجه وجوب الحد حيث كان في الغضب. وقيد بقوله زنأت بالهمز إذ لو كان بالياء وجب الحد اتفاقا. وقيد بالجار والمجرور إذ لو اقتصر على قوله زنات يحد اتفاقا كما أفاده في غاية البيان. وأطلق في وجوب الحد وقيده الشارحون بأن يكون في حالة الغضب، أما في حالة الرضا فلا حد اتفاقا وبهذا ترجح
***
[٦٢]
قولهما، فما في المغرب من أن زنأ في الجبل بمعنى صعد فقول محمد أظهر اه. ليس بظاهر. وقيد بقوله وعنى الصعود لانه لو لم يعن الصعود يحد اتفاقا. قوله: (ولو قال يا زاني وعكس حدا) أي المبتدي والمجيب بقوله لا بل أنت لان كلا منهما قذف صاحبه، أما الاول فظاهر، وكذا الثاني لان معناه لا بل أنت زان إذ هي كلمة عطف يستدرك به الغلط فيصير المذكور في الاول خبرا لما بعد بل وإنما لم يلتقيا قصاصا لان في حد القذف الغالب حق الله تعالى فلو جعل قصاصا يلزم إسقاط حقه تعالى فلا يجوز ذلك ولذا لم يجز عفو المقذوف، فإذا طالب كل منهما الآخر وأثبته لزم الاستيفاء فلا يتمكن واحد منهما من إسقاطه فيحد كل منهما، كذا في فتح القدير. وظاهره أنه يقام عليهما ولو أسقطاه وتقدم عدم صحته وأنه غلط في الفهم، فإذا أسقطاه بعد الثبوت امتنع الامام من إقامته لعدم الطاب لا لصحة الاسقاط، فإذا عادا وطلبا أقامه عليهما. وقيد بحد القذف لانه لو قال له يا خبيث فقال له الآخر أنت تكافأ ولا يعزر كل منهما الآخر لان التعزير لحق الآدمي وقد وجب عليه مثل ما وجب للآخر فتساقطا، كذا في فتح القدير. وفي القنية: ضرب غيره بغير حق وضربه المضروب أيضا أنهما يعزران ويبدأ بإقامة التعزير بالبادئ منهما لانه أظلم والوجوب عليه أسبق اه. فعلم أن التعزير بالضرب كحد القذف وأن التكافؤ إنما هو في الشتم بشرط أن لا يكون بين يدي القاضي. قالوا: لو تشاتم الخصمان بين يدي القاضي عزرهما قوله: (ولو قال لامرأته يا زانية وعكست حدت ولا لعان) لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد، وفي البداية بالحد إبطال اللعان لان المحدود في القذف ليس بأهل له ولا إبطال في عكسه أصلا فيحتال للدرء إذ اللعان في معنى الحد. أشار المصنف إلى أنه لو قال لامرأته يا زانية بنت الزانية فخاصمت الام أولا فحد الرجل سقط اللعان لانه بطلت شهادة الرجل ولو خاصمت المرأة أولا فلاعن القاضي بينهما ثم خاصمت الام يحد الرجل حد القذف قوله: (ولو قالت زنيت بك بطلا) أي الحد واللعان لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل أنها أرادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها إياه وانعدامه منه، ويحتمل أنها أرادت زناي الذي كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت أحدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة. وعلى هذا الاعتبار يجب الحد دون اللعان لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلناه. أطلقه فشمل ما إذا بدأت بقولها زنيت بك ثم قذفها أو قذفها
***
[٦٣]
ثم أجابت به للاحتمال المذكور، ولا فرق بين الباء وكلمة مع كزنيت معك للاحتمال السابق مع احتمال آخر وهو أني زنيت بحضورك وأنت تشهد فلا يكون قذفا. وقيد بكونها اقتصرت على هذه المقالة لانها لو زادت قبل أن أتزوجك تحد المرأة دون الرجل لان كلا منهما قذف صاحبه غير أنها صدقته فبطل موجب قذفه ولم يصدقها فوجب موجب قذفها. وقيد بكونها امرأته لانه لو كان ذلك كله مع امرأة أجنبية حدت المرأة دون الرجل لما ذكرنا من تصديقها وعدم الاحتمال الذي ذكرناه مع الزوجة. وقيد بقولها زنيت بك لانها لو قالت في جوابه أنت أزنى مني حد الرجل وحده، كذا في الخانية قوله: (وإن أقر بولد ثم نفاه لاعن) لان النسب لزمه بإقراره

وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن قوله: (وإن عكس حد) أي إن نفى الولد ثم أقر به فإنه يحد حد القذف لانه لما أكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضروري صير إليه ضرورة التكاذب، والاصل فيه حد القذف فإذا بطل التكاذب يصار إلى الاصل قوله: (والولد له فيهما) أي فيما إذا أقر به ثم نفاه أو نفاه ثم أقر به لاقراره به سابقا أو لاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد قوله: (ولو قال ليس بابني ولا بابنك بطلا) أي الحد واللعان لانه أنكر الولادة وبه لا يصير قاذفا، وكذا لو قال لاجنبي لست بابن فلان ولا فلانة وهما أبواه لا يجب عليه شئ. قوله: (ومن قذف امرأة لم يدر أبو ولدها أو لاعنت بولد أو رجلا وطئ في غير ملكه أو أمه مشتركة أو مسلما زنا في كفره أو مكاتبا مات عن وفاء لا يحد) بيان لست مسائل: أما الاوليان فلقيام أمارة الزنا منها وهو ولادة ولد لا أب له ففاتت العفة نظرا إليها وهي شرط. أطلقه فشمل ما إذا كان الولد حيا عند القذف أو ميتا، وقيد بكونها لاعنت بولد إذ لو قذف الملاعنة بغير ولد فعليه الحد لانعدام أمارة الزنا. وأشار بقوله لاعنت إلى أنه لا بد من بقاء اللعان حتى لو بطل بإكذابه نفسه ثم قذفها رجل حد لزوال التهمة بثبوت النسب منه، وكذا لو قامت البينة على الزوج أنه ادعاه وهو ينكر يثبت النسب منه ويحد ومن قذفها بعد ذلك يحد لانها خرجت عن صورة الزواني، ولو قذفها الزوج فرافعته وأقامت بينة أنه أكذب نفسه حد لان الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم أو بمعاينة، ولا بد من أن يقطع القاضي نسب الولد حتى لو لاعنت بولد ولم يقطع القاضي النسب وجب الحد على قاذفها كما في غاية البيان. والمراد بعدم معرفة أبي ولدها عدمها في بلد القذف لا في كل البلاد ولذا قال في الجامع

***

[٦٤]

الصغير: امرأة قذفت في بعض البلاد ومعها أولاد لا يعرف لهم أب فقال لها رجل يا زانية الخ. وفي فتح القدير: واعلم أنه إن صح ما رواه الامام أحمد وأبو داود في حديث هلال بن أمية من قوله وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يدعي ولدها لاب ولا يرمي ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد وكذا ما رواه الامام أحمد من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ولد المتلاعنين أنه يرث أمه وترثه ومن رماها به جلد ثمانين. أشكل على المذهب، والائمة الثلاثة جعلوا قذف الملاعنة بولد كقذف الملاعنة بلا ولد إلى آخره. وأما الثالثة والرابعة أعني إذا قذف رجلا وطئ المقذوف امرأة في غير ملكه أو أمة مشتركة فلفوات العفة وهي شرط الاحصان لان القاذف صادق. والاصل فيه أن من وطئ وطئا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطئ المحرم لعينه، وإن كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا والوطئ في غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام لعينه، وكذا الوطئ في الملك والحرمة مؤبدة، فإن كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره، فأبو حنيفة يشترط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع أو بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد، وقد قدمنا شيئا من هذه المسائل، وقيد بكونه في غير الملك لانه لو كان وطئ أمته المجوسية أو المزوجة أو امرأته الحائض أو مكاتبته أو المظاهر منها أو المحرمة أو المشتراة شراء فاسدا، فعلى قاذفه الحد لان الحرمة موقتة، وكذا إذا وطئ أخته من الرضاع وهي أمته لانها وإن كانت الحرمة مؤبدة فهي مملوكة له، وهذا قول الكرخي. والصحيح أنه لا يحد قاذفه لثبوت التضاد بين الحل والحرمة، فلو قال المصنف أو رجلا وطئ في غير ملكه أو في ملكه والحرمة مؤبدة لكان أولى. وشمل قوله في غير ملكه جارية ابنه والمنكوحة نكاحا فاسدا والامة المستحقة والمكره على الزنا والثابت حرمتها بالمصاهرة أو تزوج محارمه ودخل بهن أو جمع بين المحارم أو تزوج

***

[٦٥]

أمة على حرة. وأما الخامسة وهي ما إذا قذف مسلما زنى في حال كفره فلتحقق الزنا منه شرعا وإن كان الاثم قد ارتفع بإسلامه لانعدام الملك ولهذا وجب عليه الحد لو كان في ديارنا. وأطلقه فشمل الحربي والذمي وما إذا كان الزنا في دار الاسلام أو في دار الحرب، وشمل ما إذا قال له زنيت. وأطلق ثم أثبت أنه زنى في كفره أو قال له زنيت وأنت كافر فهو كما لو قال لمعتق زنيت وأنت عبد. وأما السادسة وهي ما إذا قذف مكاتبا مات عن وفاء فلتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم. وقيد بكونه مات عن وفاء ليفيد أن المكاتب إذا مات من غير وفاء لا حد على قاذفه بالاولى لموته عبدا. قوله: (وحد قاذف واطئ أمة مجوسية وحائض ومكاتبة ومسلم نكح أمه في كفره) لما ذكرنا أن ملكه في هذه الاشياء ثابت والمراد بأمه محرمه، وهذا عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يحد قاذفه بناء على أن نكاح الكافر محرمه صحيح وعندهما فاسد كما قدمناه في بابه قوله: (ومستأمن قذف مسلما) أي حد، وكان أبو حنيفة أولا يقول: لا يحد لان المغلب فيه حق الله تعالى فصار كسائر الحدود ثم رجع إلى ما ذكر هنا لان فيه حق العبد وقد التزم إيفاء حقوق العباد لانه التزم أن لا يؤذي بطمعه في أن لا يؤذي. والحاصل أن حد القذف يجب عليه اتفاقا، وحد الخمر لا يجب عليه اتفاقا، ولا يجب حد الزنا والسرقة خلافا لابي يوسف، وأما الذي فيجب عليه جميع الحدود اتفاقا إلا حد الخمر، كذا في غاية البيان قوله: (ومن قذف أو زنى أو شرب مرارا فحد فهو لكله) أما الاخيران فلان المقصد من إقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني، وأما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما. قيد بكونه فعل أحد هذه الاشياء لانه لو فعل كلها بأن زنى وقذف وشرب الخمر فإنه يحد لكل واحد حده منها لعدم حصول المقصود بالبعض إذ الاغراض مختلفة، فإن المقصود من حد الزنا صيانة الانساب، ومن حد القذف صيانة الاعراض، ومن حد الشرب صيانة العقول، فلا يحصل بكل جنس إلا ما قصد

***

[٦٦]

بشرعه. وأطلق في قوله قذف مرارا فشمل ما إذا كان المقذوف واحدا أو جماعة فقذفهم بكلمة واحدة أو بكلمات، وشمل ما إذا كان في يوم أو أيام وما إذا طلبوا الحد كلهم أو بعضهم، وما إذا حضروا أو حضر أحدهم كما في الخانية وغيرها، وما إذا جلد للقذف إلا سوطا ثم قذف آخر في المجلس فإنه يتم الاول ولا يثنى عليه للثاني للتداخل، وما إذا قذف عبدا فأعتق ثم قذف آخر فأخذه الاول فضرب أربعين ثم أخذه الثاني قالوا: فإنه يتم له ثمانين لان الاربعين وقع لهما فيبقى للباقي أربعين، ولو قذف الآخر قبل أن يأتي به فالثمانون تكون لهما جميعا ولا يضرب ثمانين مستأنفا لان ما بقي تمامه حد الاحرار فجاز أن يدخل فيه الاحرار. وفي المحيط: رجل شرب الخمر فضرب بعض الحد ثم هرب ثم شرب ثانيا ضرب حدا مستقبلا، وكذا لو ضرب الزاني بعض الحد ثم هرب وزنى بأخرى، ولو ضرب القاذف بعض الحد فهرب ثم قذف آخر ثم قدم إلى القاضي ينظر، إن حضر المقذوف الثاني والاول جميعا يكمل الاول ويسقط الثاني لانه يتداخل، وإن حضر الثاني دون الاول يضرب جلدا مستقبلا للثاني ويبطل الاول لانه أمكن إقامة الحد للثاني لوجوه دعواه ولا يمكن الاقامة للاول لعدم دعواه اه. فتعين حمل ما تقدم من أنه لو جلد للقذف إلا سوطا إلى آخره على ما إذا حضرا جميعا، ومن أنه لو قذف جماعة يكتفي بحد واحد على ما إذا كان القذف لهم قبل أن يضرب البعض كما لا يخفى. وشمل ما إذا قال لرجل يا ابن الزانيين فعليه حد واحد حيين كانا أو ميتين. وحكي أن ابن أبي ليلى سمع من يقول لرجل يا ابن الزانيين فحده حدين في المسجد فبلغ أبا حنيفة فقال: يا للعجب لقاضي بلدتنا أخطأ في مسألة واحدة في خمس مواضع: الاول حده بدون طلب المقذوف. والثاني أنه لو خاصم وجب حد واحد. والثالث أنه إن كان الواجب عنده حدين ينبغي أن يتربص بينهما يوما أو أكثر حتى يخف أثر الضرب الاول. والرابع ضربه في المسجد. والخامس ينبغي أن يتعرف أن والديه في الاحياء أو لا، فإن كانا حيين فالخصومة لهما وإلا فالخصومة للابن. وأفاد بقوله فحد أن الحد وقع بعد الفعل المتكرر إذ لو حد للاول ثم فعل الثاني يحد حدا آخر للثاني، سواء كان قذفا أو زنا أو شربا كما صرح به في فتح القدير وغيره، لكن ينبغي أن يستثنى منه ما إذا قذف رجلا فحد له ثم عاد فقذفه ثانيا فإنه لا يحد ثانيا لان المقصود وهو إظهار كذب القاذف ودفع العار عن المقذوف قد حصل بالاول فلا حاجة إلى الثاني، صرح به الشارح الزيلعي في حد السرقة عند مسألة سرقة العين ثانيا بعد ما قطع، ولا يخفي ما فيه فإن بالحد الاول لم يظهر كذبه في إخبار مستقبل إنما ظهر

***

[٦٧]

كذبه فيما أخبر به ماضيا قبل الحد ولهذا ذكر المحقق في فتح القدير عند تلك المسألة، وصار كما لو قذف شخصا فحد به ثم قذفه بعين ذلك الزنا بأن قال أنا باق على نسبتي إليه الزنا الذي نسبته إليه لا يحد ثانيا فكذا هذا، أما إذا قذفه بزنا آخر حد به ا ه. لكن في الظهيرية: ومن قذف إنسانا فحد ثم قذفه ثانيا لم يحد. والاصل فيه ما روي أن أبا بكرة لما شهد على المغيرة بالزنا وجلده عمر بن الخطاب رضي الله عنه لقصور العدد بالشهادة كان يقول بعد ذلك في المحافل: أشهد أن المغيرة لزان فأراد عمر رضي الله عنه أن يحده ثانيا فمنعه علي رضي

الله عنه فرجع إلى قوله وصارت المسألة إجماعا اه بلفظه. فظهر أن المذهب إطلاق المسألة كما ذكره الزيلعي. ولم يذكر المصنف التداخل في حد السرقة، ولا شك فيه لانه حق الله تعالى. ولم يذكر أيضا ما إذا اجتمعت عليه الحدود المختلفة كيف يفعل قال في المحيط: وإذا اجتمع حدان وقدر على درء أحدهما درأه، وإن كانت من أجناس مختلفة بأن اجتمع حد الزنا والسرقة والشرب والقذف والفق ء بدأ بالفق ء، فإذا برأ حد للقذف، فإذا برأ إن شاء بدأ بالقطع وإن شاد بدأ بحد الزنا، وحد الشرب آخرها لثبوته بالاجتهاد من الصحابة رضي الله عنهم، وإن كان محصنا يبدأ بالفق ء ثم يحد القذف ثم بالرجم ويلغي غيرها اه. قالوا: ولا يقام حد في المسجد ولا قود ولا تعزير ولكن القاضي إذا أراد أن يقام بحضرته يخرج من المسجد كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالغامدية أو يبعث أمينا كما فعل عليه الصلاة والسلام في ماعز رضي الله عنه. فصل في التعزير هو تأديب دون الحد وأصله من العزر بمعنى الرد والردع، كذا في المغرب وفي ضياء
***
[٦٨]
الحلوم: هو ضرب دون الحد للتأديب والتعزير التعظيم والنصر قال تعالى * (وتعزروه) * (الفتح: ٩) اه فالظاهر أن ما في ضياء الحلوم معناه اللغوي، وما في المغرب معناه الشريعي فإنه شرعا لا يختص بالضرب بل قد يكون به وقد يكون بالصفع وبفرك الاذن، وقد يكون بالكلام العنيف، وقد يكون بنظر القاضي إليه بوجه عبوس. وذكر أبو اليسر والسرخسي أنه لا يباح التعزير بالصفع لانه من أعلى ما يكون من الاستخفاف فيصان عنه أهل الغفلة، كذا في المجتبى. وفي ضياء الحلوم: الصفع الضرب على القفا. ولم يذكر محمد التعزير بأخذ المال وقد قيل: روي عن أبي يوسف أن التعزير من السلطان بأخذ المال جائز، كذا في الظهيرية. وفي الخلاصة: سمعت عن ثقة أن التعزير بأخذ المال إن رأى القاضي ذلك أو الوالي جاز، ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره بأخذ المال اه. وأفاد في البزازية أن معنى التعزير بأخذ المال على القول به إمساك شئ من ماله عند مدة لينزجر ثم يعيده الحاكم إليه لا أن يأخذه الحاكم لنفسه أو لبيت المال كما يتوهمه الظلمة إذ لا يجوز لاحد من المسلمين أخذ مال أحد بغير سبب شرعي. وفي المجتبى: لم يذكر كيفية الاخذ وأرى أن يأخذها فيمسكها فإن أيس من توبته يصرفها إلى ما يرى. وفي شرح الآثار: التعزير بالمال كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ اه. والحاصل أن المذهب عدم التعزير بأخذ المال، وأما التعزير بالشتم فلم أره إلا في المجتبى قال: وفي شرح أبي اليسر: التعزير بالشتم مشروع ولكن بعد أن يكون قاذفا اه. وصرح السرخسي بأنه ليس في التعزير شئ مقدر بل هو مفوض إلى رأي القاضي لان المقصود منه الزجر وأحوال الناس مختلفة فيه. وفي الشافي: التعزير على مراتب: أشراف الاشراف وهم العلماء والعلوية بالاعلام وهو أن يقول له القاضي إنك تفعل كذا وكذا فينزجر به. وتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر إلى باب القاضي والخصومة. وتعزير الاوساط وهم السوقة بالجر والحبس. وتعزير الاخسة بهذا كله وبالضرب
***
[٦٩]
اه. وظاهره أنه ليس مفوضا إلى رأي القاضي وأنه ليس للقاضي التعزير بغير المناسب لمستحقه. وظاهر الاول أن له ذلك وقد ذكر والتعزير بالقتل. قال في التبيين: وسئل الهندواني عن رجل وجد رجلا مع امرأة أيحل له قتله؟ قال: إن كان يعلم أنه ينزجر بالصياح والضرب بما دون السلاح لا، وإن كان يعلم أنه لا ينزجر إلا بالقتل حل له القتل، وإن طاوعته المرأة حل له قتلها أيضا. وفي المنية: رأى رجلا مع امرأته وهو يزني بها أو مع محرمه وهما مطاوعتان قتل الرجل والمرأة جميعا اه. فقد أفاد الفرق بين
***
[٧٠]
الاجنبية والزوجة والمحرم ففي الاجنبية لا يحل القتل إلا بالشرط المذكور من عدم الانزجار بالصياح والضرب، وفي غيرها يحل مطلقا. وفي المجتبى: الاصل في كل شخص إذا رأى مسلما يزني أن يحل له قتله وإنما يمتنع خوفا أن يقتله ولا يصدق في أنه زنى. وعلى هذا القياس المكابرة بالظلم وقطاع الطريق وصاحب المكس وجميع الظلمة بأدنى شئ له قيمة وجميع الكبائر والاعونة والظلمة والسعاة فيباح قتل الكل ويثاب قاتلهم اه. ولم يذكر المصنف من يقيمه قالوا: لكل مسلم إقامته حال مباشرة المعصية، وأما بعد الفراغ منها فليس

ذلك لغير الحاكم. قال في القنية: رأى غيره على فاحشة موجبة للتعزير فعزره بغير إذن المحتسب فللمحتسب أن يعزر المعزز إن عزره بعد الفراغ منها. قال رضي الله عنه: قوله إن عزره بعد الفراغ منها فيها إشارة إلى أنه لو عزره حال كونه مشغولا بالفاحشة فله ذلك وأنه حسن لان ذلك نهي عن المنكر وكل واحد مأمور به، وبعد الفراغ ليس بنهي عن المنكر لان النهي عما مضى لا يتصور فيتمحض تعزيرا وذلك إلى الامام ا هـ. وذكر قبله من عليه التعزير إذا قال لرجل أقم على التعزير ففعل ثم رفع إلى القاضي فإن القاضي يحتسب بذلك التعزير الذي أقامه بنفسه ا هـ. وفي المجتبى: فأما إقامة التعزير فقيل لصاحب الحق كالقصاص، وقيل للامام لان صاحب الحق قد يسرف فيه غلطا بخلاف القصاص لانه مقدر بخلاف التعزير الواجب حقا لله تعالى حيث يتولى إقامته كل أحد بحكم النيابة عن الله تعالى اهـ. وفي القنية: ضرب غيره بغير حق وضربه المضروب أيضا أنهما يعزران بإقامة التعزير بالبادي منهما لانه أظلم والوجوب عليه أسبق اهـ.

***

[٧١]

قوله: (ومن قذف مملوكا أو كافرا بالزنا أو مسلما بيا فاسق يا كافر يا خبيث يا لص يا فاجر يا منافق يا لوطي يا من يلعب بالصبيان يا آكل الربا يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خائن يا ابن القحبة يا زنديق يا قرطبان يا مأوى الزواني أو اللصوص يا حرام زاده عزر) لانه جناية قذف في المسألتين الاوليين وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير وفيما عداهما قد أذاه وألحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير وهو ثابت بالكتاب والسنة وإجماع الامة. أما الكتاب فقوله تعالى * (واهجروهن في المضاجع واضربوهن) * (النساء: ٣٤) وأما السنة فكثيرة منها تعزيره عليه السلام رجلا قال لغيره يا مخنث، وحبس عليه السلام رجلا بالتهمة وأجمعت الامة على وجوبه في كبيرة لا توجب الحد أو جناية لا توجب الحد، كذا في التبيين فصار الحاصل أن كل من ارتكب معصية ليس فيها حد مقدر وثبت عليه عند الحاكم فإنه يجب التعزير من نظر محرم ومس محرم وخلوة محرمة وأكل ربا ظاهر، ومن ذلك ما في القنية: مسكينة أخذت كسرة خبز من خباز فضربها حتى صرعها ليس له ذلك ويعزر اهـ. ويؤخذ منه أن من أخذ مال أحد ليس له ضربه حيث أمكنه رفعه إلى الحاكم إلا أن يقال إنه لقلة قيمتها ولكونها مسكينة ومن ذلك الاستخفاف بالمسلم كما في القنية: ومنه المسلم إذا باع الخمر فإنه يضرب ضربا وجيعا بخلاف الذمي حتى يتقدم إليه، فإن باع في المصر بعد التقديم ثم أسلم لم يسقط الضرب، كذا في القنية. وفي فتاوي القاضي: من يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس يحبس ويخلد في السجن إلى أن يظهر التوبة. وقد ذكروا في كتاب الكفالة أن التهمة تثبت بشهادة مستورين أو واحد عدل، فظاهره أنه لو شهد عند الحاكم واحد مستور وفاسق بفساد شخص ليس للحاكم حبسه بخلاف ما إذا كان عدلا أو مستورين فإنه له حبسه. وقال المصنف فيها: ولا يحبس في الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان أو واحد عدل اهـ. وتقدير مدة الحبس راجعة إلى الحاكم كما لا يخفى. وفي فتح القدير: ويعزر من شهد شرب الشاربين والمجتمعون على شبه الشرب وإن لم يشربوا ومن معه ركوة خمر، والمفطر في نهار رمضان يعزر ويحبس، والمسلم يأكل الربا يعزر ويحبس، وكذا المغني والمخنث والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة، وكذا من قبل أجنبية أو عانقها أو لمسها بشهوة اهـ. وفي شرح الطحاوي: والاصل في وجوب التعزير أن كل من ارتكب منكرا أو آذى مسلما بغير حق بقوله أو بفعله وجب عليه التعزير إلا إذا كان الكذب

***

[٧٢]

ظاهرا كقوله يا كلب اهـ. والمصنف رحمه الله اقتصر على مسائل الشتم لكثرة وقوعها خصوصا في زماننا. وأطلق عليه قذفا مجازا شرعيا وهو حقيقة لغوية لان القذف في اللغة الرمي بالحجارة ونحوها قال تعالى * (ويقذفون من كل جانب دحورا) * (الصافات: ٨) وقذف المحصنات رميهن بالفجور والقذف بالغيب الرجم بالظن قال تعالى * (ويقذفون بالغيب) * (سبأ: ٥٣) وقذف قذفا كذا في ضياء الحلوم. وأطلق في وجوب التعزير بالشتم المذكور وهو مقيد بأن يعجز القائل عن إثبات ما قاله. قال في المحيط: ولو قال له يا فاسق يا فاجر يا مخنث يا لص والمقول له فاسق أو فاجر أو لص لا يعزر، ذكره الحسن في المجرد لانه صادق في إخباره فلا يكون فيه إلحاق الشين به بل الشين كان ملحقا به. وفي فتح القدير: إنما يجب التعزير فيمن لم يعلم اتصافه به، أما من علم اتصافه فإن الشين قد

ألحقه هو بنفسه قبل قول القائل اهـ وفي القنية: قال له يا فاسق ثم راد أن يثبت بالبينة فسقه ليدفع التعزير عن نفسه لا تسمع بينته لان الشهادة على مجرد الجرح والفسق لا تقبل بخلاف ما إذا قال يا زاني ثم أثبت زناه بالبينة تقبل لانه متعلق الحد، ولو أراد إثبات فسقه ضمنا لما تصح فيه الخصومة كجرح الشهود إذا قال رشوته بكذا فعليه رده كذا تقبل البينة، كذا هذه اهـ وهذا إذا شهدوا على فسقه ولم يبينوه، وأما إذا بينوه بما يتضمن إثبات حق الله تعالى أو العبد فإنها تقبل كما إذا قال له يا فاسق فلما رفع إلى القاضي ادعى أنه رآه قبل أجنبية أو عانقها أو خلا بها ونحو ذلك ثم أقام رجلين شهدا أنهما رأياه فعل ذلك فلا شك في قبولها وسقوط التعزير عن القائل لانها تضمنت إثبات حق لله تعالى وهو التعزير على الفاعل لان الحق لله تعالى لا يختص بالحد بل أعم منه ومن التعزير، وكذلك يجري هذا في جرح الشاهد بمثله وإقامة البينة عليه، وينبغي على هذا للقاضي أن يسأل الشاتم عن سبب فسقه فإن بين سببا شرعيا طلب منه إقامة البينة عليه، وينبغي أنه إن بين أن سببه ترك الاشتغال بالعلم مع الحاجة إليه أن يكون صحيحا وفي مثل هذا لا يطلب منه البينة بل يسأل المقول له عن الفرائض التي يفترض عليه معرفتها، فإن لم يعرفها ثبت فسقه فلا شئ على القائل له يا فاسق لما صرح به في المجتبى من أن من ترك

***

[٧٣]

الاشتغال بالفقه لا تقبل شهادته. واقتصر المصنف في مسائل الشتم على النداء وليس بقيد لان الاخبار كذلك كما إذا قال أنت فاسق أو فلان فاسق ونحوه. قال في القنية: لو قال له يا منافق أو أنت منافق يعزر اهـ وهذا إذا لم يخرج مخرج الدعوى. قال في القنية: لو ادعى رجل عند القاضي سرقة وعجز عن إثباتها لا يعزر بخلاف دعوى الزنا لان القصد من دعوى السرقة إثبات المال لا نسبته إلى السرقة بخلاف دعوى الزنا وإن قصد إقامة الحسبة لكن لا يمكنه إلا إثباتها بالنسبة إلى الزنا فكان قاصدا نسبته إلى الزنا، وفي المال يمكنه إثباته بدون نسبته إلى السرقة فلم يكن قاصدا نسبته إلى السرقة اهـ وفي الظهيرية عن محمد في رجل قال إن زنيت فعبده حر فادعى العبد أنه زنى أحلف المولى بالله ما زنيت، فإن حلف لم يعتق العبد ووجب على العبد الحد للمولى، وإن لم يحلف عتق العبد ولا حد على من قذفه بعد ذلك استحسانا اهـ وفي الفتاوي السراجية: إذا ادعى شخص على شخص بدعوى توجب تكفيره وعجز المدعي عن إثبات ما ادعاه لا يجب عليه شئ إذ صدر الكلام على وجه الدعوى عند حاكم شرعي، أما إذا صدر منه على وجه السب أو الانتقاص فإنه يعزر على حسب ما يليق به اهـ والتقييد بالمسلم في قوله أو مسلما في مسائل الشتم اتفاقا إذ لو شتم مسلم ذميا فإنه يعزر لانه ارتكب معصية، كذا في فتح القدير. وفي القنية من باب الاستحلال ورد المظالم: لو قال ليهودي أو مجوسي يا كافر يأثم إن شق عليه اهـ ومقتضاه أن يعزر لارتكابه ما أوجب الاثم، وقد جعل المصنف من ألفاظ الشتم يا كافر يا منافق. وفي المحيط: جعل منه يا يهودي وظاهره أن الشاتم لا يكفر به. وصرح في الخلاصة

***

[٧٤]

أنه لو أجابه بقوله لبيك كفر. ولا يخفى أن قوله يا رافضي بمنزلة يا كافر أو يا مبتدع فيعزر لان الرافضي كافر إن كان يسب الشيخين، ومبتدع إن فضل عليا عليهما من غير سب كما في الخلاصة وسيأتي في باب الردة إن شاء الله تعالى. وأفاد بعطفه يا فاجر على يا فاسق التغاير بينهما ولذا قال في القنية: لو أقام مدعي الشتم شاهدين شهد أحدهما أنه قال له يا فاسق والآخر على أنه قال له يا فاجر لا تقبل هذه الشهادة اهـ وأطلق في قوله يا لوطي فأفاد أنه لا يسأل عن نيته وأنه يعزر مطلقا. وفي فتح القدير: وقيل في يا لوطي يسأل عن نيته إن أراد أنه من قوم لوط لا شئ عليه، وإن أراد أنه يعمل عملهم يعزر على قول أبي حنيفة، وعندهما يحد، والصحيح أنه يعزر إن كان في غضب - قلت - أو هزل من تعود بالهزل والقبيح اهـ وقد ذكر المصنف من الالفاظ الديوث والقرطبان فقال في المغرب: الديوث الذي لا غيرة له ممن يدخل على امرأته. والقرطبان نعت سوء في الرجل الذي لا غيرة له. عن الليث وعن الازهري: هذا من كلام الحاضرة ولم أر البوادي لفظوا به ولا عرفوه ومنه ما في قذف الاجناس كشحات اهـ وذكر الشارح أن القرطبان هو الذي يرى مع امرأته أو محرمه رجلا فيدعه خاليا بها. وقيل: هو المتسبب للجمع بين اثنين لمعنى غير ممدوح. وقيل: هو الذي يبعث امرأته مع غلام بالغ أو مع مزارعه إلى الضيعة أو يأذن لهما بالدخول عليها في غيبته اهـ وعلى هذا يعزر بلفظ معرض لانه الديوث في عرف مصر.

وأشار بقوله يا ابن القحبة إلى مسألتين: أحداهما إذا شتم أصله فإنه يعزر بطلب الولد كقوله يا ابن الفاسق يا ابن الكافر أو النصراني وأبوه ليس كذلك. ثانيهما أنه لو قال لامرأته يا قحبة يعزر ولا يحد للقذف بخلاف يا روسي فإنه قذف يحد به، كذا في الخانية.

***

[٧٥]

وكأن الفرق بينهما أن روسبي صريح في القذف بالزنا بخلاف القحبة فإنه كناية عن الزانية. قال في الظهيرية: والقحبة الزانية مأخوذ من القحاب وهو السعال، وكانت الزانية في العرب إذا مر بها رجل سعلت ليقضي منها وطره فسميت الزانية قحبة لهذا اه. ومن الالفاظ الموجبة للتعزير يا رستاقي يا ابن الاسود ويا ابن الحجام وهو ليس كذلك كذا في التبيين ومنها يا خائن كما في الظهيرية ومنها يا سفيه كما في المحيط. وفي فتح القدير: الاولى للانسان فيما إذا قيل له ما يوجب التعزير أن لا يجيبه. قالوا: لو قال له يا خبيث الاحسن أن يكف عنه، ولو رفع إلى القاضي ليؤدبه يجوز، ولو أجاب مع هذا فقال بل أنت لا بأس اه. وفي القنية: تشاتما يجب الاستحلال عليهما. وعن الشيخ الجليل: المتكلم إن من شتم غيره أو ضربه فالذاهاب إليه في الاستحلال لا يجب عليه ويخرج عن العهدة بالارسال إليه اه. وهو مشكل لانه يقتضي أنه يزول عنه المأثم بمجرد الذهاب أو الارسال، سواء حالله أو أبرأه أو لا، وينبغي أن يبقى الاثم إلى أن يوجد الابراء إلا أن يقال: إن الابراء ليس في قدرته وإنما في قدرته طلب المحاللة والابراء وقد أتى بما في وسعه. وفي الخانية: التعزير حق العبد كسائر حقوقه يجوز فيه الابراء والعفو والشهادة على الشهادة ويجري فيه اليمين يعني إذا أنكر أنه سبه يحلف ويقضي بالنكول. قال في فتح القدير: ولا يخفى على أحد أنه ينقسم إلى ما هو حق العبد وحق الله تعالى فحق العبد لا شك أنه يجري فيه ما ذكر، وأما ما وجب منه حقا لله تعالى فقد قدمنا أنه يجب على الامام إقامته ولا يحل له تركه إلا فيما علم أنه انزجر

***

[٧٦]

الفاعل قبل ذلك. ثم يجب أن يتفرع عليه أنه يجوز إثباته بمدع شهد به فيكون مدعيا شاهدا إذا كان معه آخر. فإن قلت: في فتاوي قاضيخان وغيره إن كان المدعى عليه ذا مروءة وكان أول ما فعل يوعظ استحسانا ولا يعزر فإن عاد وتكرر منه روي عنأبي حنيفة أنه يضرب وهذا يجب أن يكون في حقوق الله تعالى فإن حقوق العباد لا يتمكن القاضي فيها من اسقاط التعزير. قلت: يمكن أن يكون محمل ما قلت من حقوق الله تعالى ولا مناقضة لانه إذا كان ذا مروءة فقد حصل تعزيره بالجر إلى باب القاضي والدعوى فلا يكون مسقطا لحق الله تعالى في التعزير. وقوله ولا يعزر يعني بالضرب في أول مرة فإن عاد عزره حينئذ بالضرب، ويمكن كون محمله حق آدمي من الشتم وهو ممن تعزيره بما ذكرنا، وقد روي عن محمد في الرجل يشتم الناس إن كان ذا مروأة وعظ، وإن كان دون ذلك حبس، وإن كان سبابا ضرب وحبس يعني الذي دون ذلك، والمروءة عندي في الدين والصلاح. اه ما في فتح القدير. وفي الخلاصة: لو ادعى عليه أنه قال له يا فاسق أو يا زنديق أو يا كافر أو يا منافق أو يا فاجر أو ما يجب فيه التعزير لا يحلفه بالله ما قلت هذا لكن يحلف بالله ماله عليك هذا الحق الذي يدعي ذكره في كيفية الاستحلال. وفي القنية: التعزير لا يسقط بالتوبة. وفي مشكل الآثار: وإقامة التعزير إلى الامام عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد والشافعي والعفو إليه أيضا. قال الطحاوي: وعندي أن العفو ثابت للذي جنى عليه لا للامام قال رضي الله عنه: ولعل ما قالوه من أن العفو إلى الامام فذاك في التعزير الواجب حقا لله تعالى بأن ارتكب منكرا ليس فيه حد مشروع من غير أن يجني على إنسان، وما قاله الطحاوي فيما إذا جنى على إنسان اه. ما في القنية. فهذا كله يدل على أن العفو للامام جائز وهو مخالف لما في فتح القدير.

***

[٧٧]

قوله: (وبيا كلب يا تيس يا حمار يا خنزير يا بقر يا حية يا حجام يا بغا يا مؤاجر يا ولد الحرام يا عيار يا ناكس يا منكوس يا سخرة يا ضحكة يا كشحان يا أبله ياموسوس لا) أي لا يعزر بهذه الالفاظ. أما عدم التعزير في يا كلب يا حمار يا خنزير يا بقر يا حية يا تيس يا ذئب يا قرد فلظهور كذبه. قال في الحاوي القدسي: الاصل أن كل سب عاد شينه إلى الساب فإنه لا يعزر، فإن عاد الشين فيه إلى المسبوب عزر. وعلله في الهداية بأنه ما ألحق الشين به للتيقن بنفيه. وفي هذه الالفاظ ثلاثة مذاهب: ظاهر الرواية أنه لا يعزر

مطلقا لما ذكرنا واختار الهندواني أنه يعزر به وهو قول الائمة الثلاثة لان هذه الالفاظ تذكر للشتيمة في عرفنا. وفي فتاوي قاضيخان في يا كلب لا يعزر قال: وعن الفقيه أبي جعفر أنه يعزر لانه شتيمة ثم قال: والصحيح أنه لا يعزر لانه كاذب قطعا اه. وفي المبسوط: فإن العرب لا تعده شتيمة ولهذا يسمون بكلب وذئب. وذكر قاضيخان عن أمالي أبي يوسف في يا خنزير يا حمار يعزر. ثم قال: وفي رواية محمد لا يعزر وهو الصحيح، وصاحب الهداية استحسن التعزير إذا كان المخاطب من الاشراف وتبعه في التبيين، وسوى في فتح القدير بين قوله يا حجام وبين قوله يا ابن الحجام حيث لم يكن كذلك في عدم التعزير. وفرق بينهما في التبيين فأوجب التعزير في يا ابن الحجام دون يا حجام كأنه لعدم ظهور الكذب في قوله يا ابن الحجام لموت أبيه فالسامعون لا يعلمون كذبه فلحقه الشين بخلاف قوله له يا حجام لانهم يشاهدون صنعته. وأما بغا - بالباء الموحدة والغين المعجمة المشددة - فهو المأبون بالفارسية ويقال باغا وكأنه انتزع من البغاء، كذا في المغرب. وينبغي أن يجب التعزير فيه اتفاقا لانه ألحق الشين به لعدم ظهور الكذب فيه ظاهرا لانه مما يخفي وهو بمعنى يا معفوج وهو المأتي في الدبر. وقد
***
[٧٨]
صرح في الظهيرية بوجوب التعزير فيه معللا بأنه ألحق الشين به بل هو أقوى إيذاء لان الابنة في العرف عيب شديد إذ لا يقدر على ترك أن يؤتى في دبره بسبب دودة ونحوها، وأما المؤاجر فإن كان بكسر الجيم فهو بمعنى المؤجر للشئ ولا عيب فيه إلا أن هذا اللفظ لهذا المعنى في اللغة خطأ وقبيح، وإن كان بفتح الجيم بمعنى المؤجر بالفتح يقال آجره المملوك فاسم المفعول مؤجر ومؤاجر كذا في المغرب - فقد نسبه إلى أن غيره قد استأجره ولا عيب فيه، سواء كان صادقا أو كاذبا، لانها عقد شرعي. وأما ولد الحرام فينبغي التعزير به لانه في العرف بمعنى يا ولد الزنا ولم يجب القذف لانه ليس بصريح وقد ألحق الشين به. وقد أبدله في فتح القدير بيا ولد الحمار وهذا هو الظاهر. وأما العيار - بالعين المهملة المفتوحة والياء المثناة التحتية المشددة - فهو كثير المجئ والذهاب. عن ابن دريد وعن ابن الانباري: العيار من الرجال الذي يخلي نفسه وهواها لا يردعها ولا يزجرها. وفي أجناس الناطفي: الذي يتردد بلا عمل وهو مأخوذ من قولهم فرس عائر وعيار، كذا في المغرب. وكأنه لما كان أمر الانسان ظاهرا من التردد أو كثرة المجئ والذهاب لم يلحق الشين به فلذا لم يعزر. وأما قوله يا ناكس يا منكوس ففي ضياء الحلوم من باب فعل - بكسر العين - النكس الرجل الضعيف، ومن باب فعل بالفتح يفعل بالضم النكس قلب الشئ على رأسه قال الله تعالى * (ثم نكسوا على رؤسهم) * (الانبياء: ٦٥) اه. فكأنه دعا على المخاطب فلا تعزير فيه لعدم إلحاق الشين به. وأما السخرة بضم السين ففي المغرب: السخري من السخرة وهو ما يتسخر أي يستعمل بغير أجر اه. فلا شين فيه بل هو مدح. وأما الضحكة - بضم الضاد - فهو الشئ يضحك منه، كذا في ضياء الحلوم. ولا يخفي أن المقول له إذا لم يكن كذلك فقد استخف به ومن استخف بغيره عزر فينبغي التعزير به ولذا قال في الولوالجية: لو قال له يا ساحر يا ضحكة يا مقامر
***
[٧٩]
لا يعزر، هكذا ذكر في بعض المواضع والظاهر أنه يجب اه. وأما الكشحان فرأيت في بعض الحواشي أنه بالحاء المهملة. وفي المغرب: الكشحان الديوث الذي لا غيرة له، وكشحه وكشحته شتمته ويقال يا كشحان اه. فحينئذ هو بمعنى القرطبان والديوث فيجب فيه التعزير ولذا قال في فتح القدير: والحق ما قاله بعض أصحابنا أنه يعزر في الكشحان إذ قيل إنه قريب من معنى القرطبان والديوث اه. فما في المختصر مشكل لكن قال في ضياء الحلوم: كشح القوم عن الشئ إذا تفرقوا عنه وذهبوا، وكشح له بالعداوة أضمرها في كشحه لان العداوة فيه، وقيل الكاشح المتباعد عن مودة صاحبه من قولهم كشح القوم على الشئ إذا ذهبوا عنه، وفي الحديث أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح فإن صح مجئ الكشحان منه فلا إشكال أنه ليس بمعنى القرطبان فلذا فرق المصنف بينهما. وأما الابله ففي ضياء الحلوم: البله الغفلة، وفي الحديث أكثر من يدخل الجنة البله قيل: البله في أمر الدنيا الغافلون عن الشر وإن لم يكن بهم بله. قال الزبرقان: خير أولادنا الابله العقول أي الذي هو لشدة حيائه كالابله وهو عاقل اه. فعلم أنها صفة مدح وإن كانت مفضولة بالنسبة لمن عنده حذق وعلم كما صرح به القرطبي في شرح مسلم في قوله عليه السلام إن أهل الجنة يتراؤن الغرف فوقهم كالكوكب الدري

(١) وصرح بأن المراد بهم البله وأن العلماء هم أهل الغرق فوقهم. وقيد بالابله احترازا عن البليد فإنه يعزر به. قال في الولوالجية: لو قال يا بليد يا قذر يجب فيه التعزير لانه قذفه بمعصية ولانه ألحق الشين به اه. وفي كونه معصية نظر والظاهر التعليل الثاني. وأما الموسوس فضبطه في الظهيرية في فصل التعزير بكسر الواو، وفي المغرب: رجل موسوس بالكسر ولا يقال بالفتح ولكن موسوس له أو إليه أي ملقى إليه الوسوسة. وقال الليث: الوسوسة حديث النفس. وإنما قيل موسوس لانه يحدث بما في ضميره. وعن أبي الليث: لا يجوز طلاق الموسوس يعني المغلوب في عقله وعن الحاكم: هو المصاب في عقله إذا تكلم تكلم بغير نظام اه. قوله: (وأكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطا) وعن أبي يوسف أكثره خمسة وسبعون سوطا والاصل فيه الحديث من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين فتعذر تبليغه حدا
***
[٨٠]
بالاجماع غير أن أبا حنيفة اعتبر أدنى الحدود وهو حد العبيد لان مطلق ما روينا يتناوله وأقله أربعون، وأبو يوسف اعتبر حد الاحرار لانهم هم الاصول وأقله ثمانون فلا بد من النقص عنه، ففي رواية عنه ينقص خمسة وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو ظاهر الرواية عن أبي يوسف كما في فتح القدير. قيل: وليس فيه معنى معقول فلا يضره لانه قلد فيه عليا رضي الله عنه، ويجب تقليد الصحابي فيما لا يدرك بالرأي. وفي رواية ينقص سوط. وفي الحاوي القدسي قال أبو يوسف: أكثر في العبد تسعة وثلاثون سوطا، وفي الحر خمسة وسبعون سوطا وبه نأخذ اه. فعلم أن الاصح قول أبي يوسف. وفي المجتبى: وروي أنه ينقص منها سوطا وهو قول زفر وهو القياس وهو الاصح اه. وفي فتح القدير: وبما ذكرنا من تقدير أكثره بتسعة وثلاثين يعرف أن ما ذكر مما تقدم من أنه ليس في التعزير شئ مقدر بل مفوض إلى رأي الامام أي من أنواعه فإنه يكون بالضرب وبغيره مما تقدم ذكره أما إن اقتضى رأيه الضرب في خصوص الواقعة فإنه حينئذ لا يزيد على تسعة وثلاثين اه. وقد وقع لي تردد في مسألة وهي أن انسانا لو ضرب انسانا بغير حق أكثر من أكثر التعزير ورفع إلى القاضي وثبت عليه أنه ضربه مثلا خمسين سوطا كيف يعزره القاضي؟ فإنه إن ضربه خمسين زاد على أكثر التعزير، وإن اقتصر على الاكثر لم يكن مستوفيا لحق المضروب إلا أن يقال: إن حقه التعزير لا القصاص وقد صرح في الخانية أن مما يجب التعزير به الضرب قوله: (وأقله ثلاثة) أي أقل التعزير بالضرب ثلاثة أسواط وهكذا ذكر القدوري فكأنه يرى أن ما دونها لا يقع به الزجر وليس كذلك، بل يختلف ذلك باختلاف الاشخاص فلا معنى لتقديره مع حصول المقصود بدونه فيكون مفوضا إلى رأي القاضي يقيمه بقدر ما يرى المصلحة فيه على ما بينا تفاصيله وعليه مشايخنا، كذا في التبيين. والحاصل أن على ما في المختصر لو علم القاضي أن الزجر يحصل بسوط لا يكتفى به بل لا بد من الثلاثة وعلى قول المشايخ يكتفى به اه. قوله: (وصح حبسه بعد الضرب) أي جاز للحاكم أن يحبس العاصي بعد الضرب فيجمع بين حبسه وضربه لانه صلح تعزيرا وقد ورد به الشرع في الجملة حتى جاز أن يكتفي به فجاز أن يضم إليه، ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لانه من التعزير. أطلق في الحبس فشمل الحبس في البيت والسجن. قال في الحاوي القدسي: وقد يكون التعزير بالحبس في بيته أو في السجن اه.
***
[٨١]
يقوله: (وأشد الضرب التعزير) لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي إلى فوات المقصود. ولم يذكر المصنف أنه يفرق على الاعضاء كضرب الحدود لانه لا يفرق كما في الهداية وإليه يشير إطلاق الاشدية الشاملة لقوته وجمعه في عضو واحد، وفي حدود الاصل يفرق التعزير على الاعضاء وفي أشربة الاصل يضرب التعزير في موضع واحد. قال في التبيين: وليس في المسألة اختلاف الرواية وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع، فموضوع الاول إذا بلغ بالتعزير أقصاه، وموضوع الثاني إذا لم يبلغ ا ه. وهكذا في المجتبى وفي فتح القدير، وأثبت الاختلاف في غاية البيان معزيا إلى الاسبيجابي فقال بعضهم: الشدة هو الجمع فتجمع الاسواط في عضو واحد ولا يفرق على الاعضاء بخلاف سائر الحدود. وقال بعضهم: لا بل شدته في الضرب لا في الجمع اه. قالوا: ويتقي المواضع التي تتقى في الحدود. قال في المجتبي: ويضرب الظهر والالية. قالوا: ويبلغ في التعزير غايته وهو تسعة وثلاثون سوطا فيما إذا أصاب من الاجنبية كل محرم غير الجماع، وفيما إذا أخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الاخراج، وفيما إذا

شتمه بجنس ما يجب به حد القذف كقوله للعبد أو الذمي يا زاني. وأشار بالاشدية إلى أنه يجرد من ثيابه. قال في غاية البيان: ويجرد في سائر الحدود إلا في حد القذف فإنه يضرب وعليه ثيابه كما قدمناه. ويخالفه ما في فتاوي قاضيخان يضرب للتعزير قائما عليه ثيابه وينزع الفرو والحشو ولا يمد في التعزير اه. والظاهر الاول لتصريح المبسوط به وإلى أنه لو اجتمع التعزير مع الحدود قدم التعزير في الاستيفاء لتمحضه حقا للعبد، كذا في الظهيرية قوله: (ثم حد الزنا) لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثابت بقول الصحابة رضي الله عنهم ولانه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم قوله: (ثم الشرب ثم القذف) يعني حد الشرب يلي حد الزنا في شدة الضرب لما قدمناه، وحد القذف أدنى الكل وإن كان ثابتا بالكتاب إلا أن سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا وسبب حد الشرب متيقن به وهو الشرب، والمراد أن الشرب متيقن السببية للحد لا متيقن الثبوت لانه بالبينة أو الاقرار وهما لا يوجبان اليقين قوله: (ومن حد أو عزر فمات فدمه هدر) لانه فعل ما فعل بأمر الشارع وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ. قال في ضياء الحلوم: ذهب دمه هدرا أي باطلا. قوله: (بخلاف الزوج إذا عزر زوجته لترك الزينة والاجابة إذا دعاها إلى فراشه وترك
***
[٨٢]
الصلاة والخروج من البيت) يعني فمات فإنه يكون ضامنا ولا يكون دمها هدرا لانه مباح ومنفعته ترجع إليه كما ترجع إلى المرأة من وجه وهو استقامتها على ما أمر الله تعالى به. وقد ظهر بهذا أن كل ضرب كان مأمورا به من جهة الشارع فإن الضارب لا ضمان عليه بموته، وكل ضرب كان مأذونا فيه بدون الامر فإن الضارب يضمنه إذا مات لتقييده بشرط السلامة كالمرور في الطريق. وظهر أن الزوج لا يجب عليه ضرب زوجته أصلا، وظهر به أيضا أن له ضربها في أربعة مواضع لكن وقع الاختلاف في جواز ضربها على ترك الصلاة فذكر هنا تبعا لكثير أنه يجوز، وفي النهاية تبعا لما في كافي الحاكم أنه لا يجوز له لان المنفعة لا تعود إليه بل إليها، وليس في كلام المصنف ما يقتضي أنه ليس له ضربها في غير هذه الاربعة أشياء ولهذا قال الولوالجي في فتاواه: للزوج أن يضرب زوجته على أربعة أشياء وما في معناها. ففي قوله وما في معناها إفادة عدم الحصر فمما في معناها ما إذا ضربت جارية زوجها غيرة ولا تتعظ بوعظه فله ضربها، كذا في القنية. وينبغي أن يلحق به ما إذا ضربت الولد الذي لا يعقل عند بكائه لان ضرب الدابة إذا كان ممنوعا فهذا أولى. ومنه ما إذا شتمته أو مزقت ثيابه أو أخذت لحيته أو قالت له يا حمار يا أبله أو لعنته، سواء شتمها أو لا على قول العامة. ومنه ما إذا شتمت أجنبيا، ومنه ما إذا كشفت وجهها لغير محرم أو كلمت أجنبيا أو تكلمت عامدا مع الزوج أو شاغبت معه ليسمع صوتها الاجنبي. ومنه ما إذا أعطت من بيته شيئا من الطعام بلا إذنه حيث كانت العادة لم تجر به، وإن كانت العادة مسامحة المرأة بذلك بلا مشورة الزوج فليس له ضربها. ومنه ما إذا ادعت عليه. وليس منه ما إذا طلبت نفقتها أو كسوتها وألحت لان لصاحب الحق يدا للملازمة ولسان التقاضي، كذا أفاده في البزازية في مسائل الضرب من فصل الامر باليد، والمعنى الجامع للكل أنها إذا ارتكبت معصية ليس فيها حد مقدر فإن للزوج أن يعزرها كما أن للسيد ذلك بعبده، كذا في البدائع من فصل القسم بين النساء وهو شامل لما كان متعلقا بالزوج وبغيره. وقد صرحوا بأنه إذا ضربها بغير حق وجب عليه التعزير، ولا يخفى أنه إنما يجوز ضربها لترك الزينة إذا كانت قادرة عليها وكانت شرعية وإلا فلا كما أنه يجوز ضربها لترك الاجابة إذا كانت طاهرة عن الحيض وعن النفاس، وكما يجوز ضربها للخروج إذا كان الخروج بغير حق، وأما إذا كان بحق فليس له ضربها عليه، وقدمنا
***
[٨٣]
المواضع التي تخرج إليها بغير إذنه في كتاب النفقات. وأطلق في الزوجة فشمل الصغيرة ولذا قال في التبيين: إن التعزير مشروع في حق الصبيان. وفي القنية: مراهق شتم عالما فعليه التعزير اه. وفي المجتبى معزيا إلى السرخسي: الصغير لا يمنع وجوب التعزير ولو كان حقا لله تعالى لمنع. وعن الترجماني: البلوغ يعتبر في التعزير أراد به ما وجب حقا لله تعالى نحو ما إذا شرب الصبي أو زنى أو سرق، وما ذكره السرخسي فيما يجب حقا للعبد توفيقا بينهما اه. قيد بالزوجة لا بالاب والمعلم لا يضمن. وفي القنية: ولا يجوز ضرب أختها الصغيرة التي ليس لها ولي بترك الصلاة إذا بلغت عشرا، وله أن يضرب اليتيم فيما يضرب ولده، به وردت الآثار والاخبار. وفي الروضة: له أن يكره ولده الصغير على تعلم القرآن والادب والعلم لان ذلك فرض على الوالدين، ولو أمر غيره بضرب عبده حل للمأمور

ضربه بخلاف الحر. قال رضي الله عنه: فهذا تنصيص على عدم جواز ضرب ولد الآمر بأمره بخلاف المعلم لان المأمور يضربه نيابة عن الاب لمصلحته والمعلم يضربه بحكم الملك بتمليك أبيه لمصلحة الولد اهـ. وفيها أيضا عن أبي بكر: أساء عبده لا يعزره وهذا خلاف قول أصحابنا، وله التعزير دون الحد وبه نأخذ وكذلك امرأته لان الله تعالى قال * (واضربوهن) * (النساء: ٣٤) اهـ والله أعلم.

***

[٨٤]

كتاب السرقة لما كانت صيانة الاموال مؤخرة عن صيانة النفوس والعقول والاعراض أخر زاجر ضياعها. وهي في اللغة أخذ الشئ في خفاء وحلية. يقال سرق منه مالا وسرقه سرقا وسرقة، ويسمى الشئ المسروق سرقة مجازا، كذا في المغرب. وأما في الشريعة فلها تعريفان: تعريف باعتبار الحرمة وتعريف باعتبار ترتب حكم شرعي وهو القطع. أما الاول فهو أخذ الشئ من الغير على وجه الخفية بغير حق، سواء كان نصابا أو لا. وأما الثاني فهو ما ذكره المصنف بقوله: (هو أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ) أطلق في الاخذ فشمل الحقيقي والحكمي، فالاول هو أن يتولى السارق أخذ المتاع بنفسه، والثاني هو أن يدخل جماعة من اللصوص من زل رجل ويأخذوا متاعه ويحملوه على ظهر رجل واحد ويخرجوه من المنزل، فإن الكل يقطعون استحسانا وسيأتي، فخرج بالتكليف الصبي والمجنون لان القطع عقوبة وهما ليسا من أهلها فهما مخصوصان من آية السرقة لكنهما يضمنان المال. وإن كان يجن ويفيق، فإن سرق في حال جنونه لم يقطع، وإن كان في حال الافاقة قطع. ولو سرق جماعة فيهم صبي أو مجنون يدرأ عنهم القطع، كذا في البدائع. وشمل الذكر والانثى والحر والعبد ولو آبقا والمسلم والكافر كما في البدائع. وخرج بقيد الخفية ما أخذ جهرا مغالبة أو نهبا أو اختلافا فإنه لا قطع فيه. وأفاد بقوله الاخذ خفية إلى أن الشرط الخفية وقت الاخذ أو دخول الحرز ليلا كان أو نهارا، وأما الخفية في الانتهاء فإن كانت السرقة نهارا في المصر فهي شرط أيضا وما بين العشاء والعتمة من النهار ولذا قال في الاختيار: ولو دخل بين العشاء والناس منتشرون فهو بمنزلة النهار، وإن كانت السرقة ليلا فليست بشرط حتى لو دخل البيت ليلا خفية ثم أخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة من في يده

***

[٨٥]

قطع به للاكتفاء بالخفية الاولى. ولم يبين المصنف أن المعتبر كونها خفية على زعم السارق أو المسروق منه فهي رباعية، فلو كان السارق يعلم أن صاحب الدار يعلم بدخوله وعلم به صاحب الدار أيضا فلا قطع، أو لم يعلما فيقطع اتفاقا، أو كان صاحب الدار يعمل بدخوله والسارق لا يعلم أنه يعلم فإنه يقطع اكتفاء بكونها خفية في زعم السارق، وإن كان على عكسه بأن زعم اللص بأن صاحب الدار علم به وصاحب الدار لم يعلم ففي التبيين لا يقطع لانه جهر. وفي الخلاصة والمحيط والذخيرة أنه يقطع اكتفاء بكونها خفية في زعم أحدهما أيهما كان. واحترز بقوله قدر عشرة دراهم عن سرقة ما دونها. وأطلق في الدراهم فانصرفت إلى المعهودة وهي أن تكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل كما في الزكاة. واحترز بالمضروبة عما إذا سرق تبرا وزنه عشرة دراهم أو متاعا قيمته عشرة دراهم غير مضروبة فإنه لا قطع فيه على الصحيح بخلاف المهر. والفرق أن الحد يدرأ بالشبهة فيتعلق بالكامل، والمهر يثبت مع الشبهة مع أن قوله مضروبة تأكيد وإيضاح وإلا فالدرهم اسم للمضروب، وأما غير المضروب فلا يسمى درهما كما في المغرب، فلو سرق نصف دينار قيمته النصاب قطع عندنا، ولو سرق دينارا قيمته أقل من النصاب لا يقطع وتعتبر قيمة النصاب يوم السرقة ويوم القطع، فلو كانت قيمته يوم السرقة عشرة فانتقص بعد ذلك إن كان نقصان القيمة لنقصان العين يقطع، وإن كان لنقصان السعر لا يقطع في ظاهر الرواية. ولو سرق ثوبا قيمته عشرة دراهم فأخذه المالك. في بلد آخر وقيمة الثوب ثمة ثمانية دراهم درئ عنه القطع، وإذا وجب تقويم المسروق بعشرة دراهم يقوم بأعز النقود أو بنقد البلد الذي يروح بين الناس في الغالب، فالاول رواية الحسن عن الامام، والثاني رواية أبي يوسف عنه. ولا يقطع السارق بتقويم الواحد بل لا بد من تقويم رجلين عدلين لهما معرفة بالقيمة لانه من باب الحدود فلا يثبت إلا بما ثبت به السرقة فلا قطع عند اختلاف المقومين كما في الظهيرية. وأطلق في قدر النصاب فشمل ما إذا كان المسروق منه واحدا أو أكثر، فلو سرق واحد نصابا من جماعة قطع، ولو سرق اثنان نصابا من واحد لا قطع عليهما، فالعبرة للنصاب في حق

السارق لا المسروق منه بشرط أن يكون الحرز واحدا، فلو سرق نصابا من منزلين مختلفين فلا قطع، والبيوت من دار واحدة بمنزلة بيت واحد حتى لو سرق من عشرة أنفس في دار كل واحد في بيت على حدة من كل واحد منهم درهما قطع بخلاف ما إذا كانت الدار عظيمة وفيها حجر كما في البدائع. وخرج باشتراط النصاب ما إذا سرق ثوبا قيمته تسعة دراهم فوضعه على باب الدار ثم دخل فأخذ ثوبا آخر يساوي تسعة دراهم فأخرجه عليه لم يقطع لانه لم يبلغ المأخوذ في كل واحد منهما نصابا كذا في البدايع. وأطلق في

***

[٨٦]

الدراهم فانصرفت إلى الجياد، فلو سرق زيوفا أو نبهرجة أو ستوقة فلا قطع إلا أن تكون كثيرة تبلغ قيمتها نصابا من الجياد. وقد استفيد من اشتراط النصاب اشتراط أن يكون المسروق مالا متقوما، ولا بد أن يكون مملوكا لغيره فلا قطع في حصر المسجد وأستار الكعبة وإن كانت مجرزة. ولا بد من انتفاء الشبهة ولم يذكرها لما سيصرح به، ولا بد من كون السارق ليس بأخرس ولا أعمى لاحتمال أنه لو نطق ادعى شبهة والاعمى جاهل بمال غيره. وقوله محرزة بمكان أو حافظ بيان لكون الحرز على قسمين: حرز بنفسه وهو كل بقعة معدة للاحراز ممنوع الدخول فيها إلا بإذن كالدور والحوانيت والخيم والخزائن والصناديق. وحرز بغيره وهو كل مكان غير معد للاحراز وفيه حافظ كالمساجد والطرق والصحراء وسيأتي بيانهما. وفي القنية: لو سرق المدفون في المفازة يقطع اه‍. ولا بد أن تكون السرقة في دار العدل فلا يقطع في السرقة في دار الحرب ودار البغي، فلو سرق بعض تجار المسلمين من البعض في دار الحرب ثم خرجوا إلى دار الاسلام فأخذ السارق لا يقطعه الامام، كذا في البدائع. ولا بد من ثبوت دلالة القصد إلى النصاب المأخوذ. وعليه ذكر في التجنيس من علامة النوازل: سرق ثوبا قيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدود لا يقع وذكر من علامة فتاوى سمرقند إذا سرق ثوبا لا يساوي عشرة وفيه دراهم مصرورة لا يقطع قال: وهذا إذا لم يكن الثوب وعاء للدراهم عادة، فإن كان يقطع لان القصد فيه يقع على سرقة الدراهم ألا ترى أنه لو سرق كيسا فيه دراهم كثيرة يقطع وإن كان الكيس يساوي درهما. ولا بد أن يكون للمسروق منه يد صحيحة نخرج السارق من السارق، ولا بد أن يخرجه ظاهرا حتى لو ابتلع دينارا في الحرز وخرج لا يقطع، ولا ينتظر أن يتغوطه بل يضمن مثله لانه استهلكه وهو سبب الضمان للحال فقد علمت مما ذكرناه أن تعريف المختصر قاصر، فلو قال المصنف هي أخذ مكلف ناطق بصير صاحب يد يسرى ورجل يمنى صحيحتين عشرة دراهم جياد أو مقدارها مقصودة ظاهرة الاخراج خفية من صاحب يد صحيحة مما لا يتسارع إليه الفساد من المال المعمول للغير من حرز بلا شبهة وتأويل في دار العدل لكان أولى وقد علمت فوائد القيود. وفي الظهيرية: وشرط أصحابنا لقطع اليد اليمنى أن تكون اليد اليسرى والرجل اليمنى صحيحتين، وهكذا ذكره في المجتبى من الشروط. وفي التحقيق أن الاخذ المذكور هو ركنها.

***

[٨٧]

قوله: (فيقطع أن أقر مرة أو شهد رجلان) بيان لحكمها وسبب ثبوتها. وفي قوله مرة رد على أبي يوسف في قوله لا يقطع إلا بإقراره مرتين ويروى عنه أنهما في مجلسين مختلفين لانه أحد الحجتين فتعتبر بالاخرى وهي البينة كذلك اعتبرنا في الزنا. ولهما أن السرقة ظهرت بإقراره مرة واحدة فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف، ولا اعتبار بالشهادة فيها لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة، وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح أصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع. ومن مسائل الاقرار لو قال أنا سارق هذا الثوب بالاضافة قطع، ولو نون القاف لا يقطع لانه على الاستقبال والاول على الحال. وفي عيون المسائل: قال سرقت من فلان مائة درهم بل عشرة دنانير يقطع في العشرة دنانير ويضمن مائة. هذا إن ادعى المقر له المالين وهو قول أبي حنيفة لانه رجع عن الاقرار بسرقة مائة وأقر بعشرة دنانير فصح رجوعه عن الاقرار بالسرقة الاولى في حق القطع ولم يصح في حق الضمان وصح الاقرار بالسرقة الثانية في حق القطع، وبه ينتفي الضمان بخلاف ما لو قال سرقت مائة بل مائتين فإنه يقطع ولا يضمن شيئا لو ادعى المقر له المائتين لانه أقر بسرقة مائتين ووجب القطع فانتفى الضمان والمائة الاولى لا يدعيها المقر له بخلاف الاولى. ولو قال سرقت مائتين بل مائة لم يقطع ويضمن المائتين لانه أقر بسرقة مائتين ورجع عنها فانتفى الضمان ولم يجب القطع ولم يصح الاقرار بالمائة إذ لا يدعيها

***

[٨٨]

المسروق منه، ولو أنه صدقه في الرجوع إلى المائة لا ضمان، كذا في فتح القدير. ولم يذكر المصنف صحة الرجوع عن الاقرار للعلم بأنه يصح الرجوع عن الاقرار بالحدود كلها إلا حد القذف. قال في الذخيرة: وإذا أقر بالسرقة ثم هرب لا يتبع وإن كان في فوره اهـ. بخلاف ما إذا شهدا عليه ثم هرب فإنه يتبع، كذا في الظهيرية. ولم يشترط المصنف عدم التقادم في هذه الحجة لانه ليس بشرط في الاقرار، وشرط في البينة فلو أقر بسرقة متقادمة قطع ولو شهدا عليه بذلك لا كما في البدائع. وقدمناه وحد التقادم في السرقة هو حده في الزنا، كذا في الذخيرة. وأطلق في المقر فشمل الحر والعبد وسيأتي تفاصيلها في العبد. وقيد بالرجلين لان شهادة النساء غير مقبولة فيه وكذا الشهادة على الشهادة وإن قبلت في حق المال. وأفاد المصنف بحصر الحجة فيما ذكر أنه لا يقطع بالنكول وإن ضمن المال، وأن العبد لا يقطع بإقرار مولاه عليه بها وإن لزم المال. ولم يقيد المصنف الاقرار بالطواعية. قال في الظهيرية: وإذا أقر بالسرقة مكرها فإقراره باطل، ومن المتأخرين من أفتى بصحته، وسئل الحسن بن زياد أيحل ضرب السارق حتى يقر؟ قال: ما لم يقطع اللحم لا يتبين العظم ولم يزد على هذا ا هـ. وفي التجنيس: لا يفتى بعقوبة السارق لانه جور ولا يفتى به. وفي الظهيرية: هل ينبغي للسارق أن يعلم صاحب المتاع أنه سرق متاعه؟ إن كان لا يخاف أن يظلمه متى أخبره يخبره ليصل إلى حقه، وإن كان يخاف لا يخبره لانه معذور في ترك الاخبار ولكن يوصل الحق إليه بطريق آخر. وإذا قضى القاضي بالقطع ببينة أو إقرار ثم قال المسروق منه هذا متاعه لم يسرقه مني إنما كنت أودعته أو قال شهد شهودي بزور أو قال أقر هو بباطل أو ما أشبه ذلك سقط عنه القطع، ويستحب للامام أن يلقن السارق حتى لا يقر بالسرقة لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقال: أسرق ما إخاله سرق؟ ولانه احتيال للدرء. وقوله إخاله بكسر الهمزة معناه أظنه، وبالفتح كذلك وكلاهما فعل مضارع من المخيلة وهي الظن إلا أن الحديث جاء بالكسر. وإذا شهد كافران على كافر ومسلم بسرقة مال لا يقطع الكافر كما لا يقطع المسلم، ولو شهدا أنه سرق من فلان ثوبا فقال أحدهما إنه هروي وقال الآخر إنه مروي - بسكون الراء - ذكر في نسخ أبي سليمان أنه على الخلاف اعتبارا باختلاف الشاهدين في لون البقرة، وذكر في نسخة أبي حفص أنه لا تقبل الشهادة اجماعا اهـ. ولم يذكر المصنف سؤال الشاهدين. وفي الهداية: وينبغي أن يسألهم الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود، ويحبسه إلى أن يسأل عن
***
[٨٩]
الشهود للتهمة اهـ. زاد في الكافي أنه يسألهما عن المسروق إذ سرقة كل مال لا توجب القطع فالسؤال عن الكيفية لاحتمال أنه سرق على كيفية لا يقطع معها كأن نقب الجدار وأدخل يده فأخرج المتاع فإنه لا يقطع. والسؤال عن الماهية لاطلاقها على استراق السمع والنقص من أركان الصلاة والسؤال عن الزمان لاحتمال التقادم، وعلى المكان لاحتمال السرقة في دار الحرب من مسلم. وفي المبسوط: لم يذكر محمد السؤال عن المسروق منه لانه حاضر يخاصم والشهود يشهدون على السرقة منه فلا حاجة إلى السؤال عنه وفيه نظر لاحتمال أن يكون قريب السارق أو زوجا فلا بد من السؤال عنه كما في التبيين. وأما سؤال المقر فإنه عن جميع ما ذكرنا إلا عن السؤال عن الزمان. وفي فتح القدير: ولا يسأل المقر عن المكان وهو مشكل للاحتمال المذكور. واعلم أنه لا بد من حضور الشاهدين وقت القطع كحضور المدعى حتى لو غابا أو ماتا لاقطع، وهذا في كل الحدود إلا في الرجم ويمضي القصاص وإن لم يحضروا استحسانا، كذا في كافي الحاكم وإن شرط بداءة الشهود بالرجم. قوله: (ولو جمعا والآخذ بعضهم قطعوا إن أصاب لكل نصاب) أي لو كان السارق جماعة لان الموجب سرقة النصاب، ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه، وقدمنا أنه لا فرق بين كون الاخذ مباشرة أو تسببا، ولا بد من أن لا يكون فيهم ذو رحم محرم من المسروق منه ولا صبي ولا مجنون ولا معتوه. وأطلقه فشمل ما إذا كانوا خرجوا معه من الحرز أو بعده من فوره أو خرج هو بعدهم في فورهم لان بذلك يحصل التعاون. وقيد بالجمع لانه لو سرق واحد من عشرة من كل واحد منهم درهما من بيت واحد
***
[٩٠]
يقطع لكمال النصاب في حق السارق قوله: (ولا يقطع بخشب وحشيش وقصب وسمك وطيوصيد وزرنيخ ومغرة ونورة) لانه لا قطع

فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام لقول عائشة رضي الله عنها: كانت اليد لا تقطع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشئ التافه أي الحقير. وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير لقلة الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقل ما يوجد آخذه على كره من المالك فلا حاجة إلى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع بسرقة ما دون النصاب، ولان الحرز فيها ناقص ألا يرى أن الخشب يلقى على الابواب وإنما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفر، وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهي على تلك الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها. أطلق الخشب وهو مقيد بما إذا لم يحدث فيه صنعة متقومة، فإن كان معمولا قطع فيه كما في شرح الطحاوي كما يقطع في الحصر البغدادية كما في غاية البيان، ومقيد بما إذا لم تجر العادة بإحرازه، فإن كان مما يحرز كالساج والابنوس فإنه يقطع فيه. وأطلق السمك فشمل الطري والمالح، والطير فشمل الدجاج والبط والحمام، ونظر بعضهم في الزرنيخ فقال: ينبغي أن يقطع به لانه يحرز ويصان في دكاكين العطارين كسائر الاموال. واختلف في الوسمة والحناء والوجه القطع لانه جرت العادة بإحرازه في الدكاكين. والمغرة - بفتح الغين - الطين الاحمر ويجوز إسكانها. وألحق في المجتبى بما ذكر الفحم والاشنان والزجاج والملح والخزف، واستثنى في الظهيرية من الطير الدجاج فأوجب القطع فيه. قوله: (وفاكهة رطبة أو على شجر ولبن ولحم وزرع لم يحصد وأشربة وطنبور) لانه لا قطع فيما يتسارع إليه الفساد لقوله عليه السلام لا قطع في ثمرة ولا كثر والكثر الجمار. وقال عليه السلام لا قطع في الطعام والمراد والله أعلم ما يتسارع إليه الفساد كالمهيأ للاكل منه وما في معناه كاللحم والتمر لانه يقطع في الحنطة والسكر إجماعا ولا إحراز فيما على الشجر وفي زرع لم يحصد ولتأول السارق في الاشربة المطربة الاراقة وبعضها ليس بمال، وفي مالية بعضها اختلاف فيتحقق شبهة عدم المال والطنبور من المعازف. أطلق في الفاكهة فشمل العنب والرطب على المختار لانه يخاف الفساد من وجه. وذكر الاسبيجابي أنه لا بد أن

***

[٩١]

يكون المسروق يبقى من حول إلى حول فإذا سرق شئ لا يبقى من حول إلى حول لا يجب القطع اه‍. وقيد بالرطبة لانه يقع في اليابسة ويقطع في الزبيب والتمر. وأطلق في اللحم فشمل القديد منه لانه يتوهم فيه الفساد. وقيد بالاشربة لانه يقطع في العسل والخل إجماعا كذا في التبيين. وفيه نظر لما نقله الناطفي عن المجرد قال أبو حنيفة: لا قطع في الخل لانه قد صار خمرا مرة اه‍. فلا يدعي الاجماع. وأطلق في الاشربة فشمل الحلو والمر وما إذا كان السارق مسلما أو ذميا. وأشار بالطنبور إلى جميع آلات اللهو. وفي الظهيرية وغيرها: والقطع في الحنطة وغيرها إجماعا إنما هو في غير سنة القحط أما فيها فلا، سواء كان مما يتسارع الفساد إليه أو لا، لانه عن ضرورة ظاهرة أو هي تبيح التناول وعنه عليه السلام لا قطع في مجاعة مضطرة وعن عمر رضي الله عنه: لا قطع في عام سنة قوله: (ومصحف ولو محلي) أي لا قطع في سرقة مصحف ولو كان عليه حلية من ذهب أو فضة لان الآخذ يتأول في أخذه القراءة والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب وإحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية وإنما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب، وكمن سرق صبيا حرا وعليه حلي. قال في المبسوط: ألا ترى أنه لو سرق ثوبا لا يساوي عشرة ووجد في جيبه عشرة مصرورة لم يعلم بها لم أقطعه، وإن كان يعمل بها فعليه القطع وقد قدمناه، وسيأتي أنه لا قطع في الدفاتر وهي الكتب شرعية كانت أو لا قوله: (وباب مسجد) لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل أولى لانه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه. قال فخر الاسلام: فإن اعتاد سرقة أبواب المساجد فيجب أن يعزر ويبالغ فيه ويحبس حتى يتوب اه‍. وينبغي أن يكون كذلك سارق البزابيز من الميض وأشار إلى أنه لا قطع في سرقة حصره وقناديله وكذا استار الكعبة وإن كانت محرزة لعدم المالك قوله: (وصليب ذهب وشطرنج ونرد) لانه يتأول من أخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال لانه ما أعد للعبادة فلا يثبت شبهة إباحة الكسر. أطلقه فشمل ما إذا كان في حرز أو لا. والشطرنج بكسر الشين. وفي ضياء الحلوم: النرد الذي يلعب به وهو فارسي معرب وقل ما يأتلف النون والراء في كلمة واحدة إلا بدخل بينهما اه‍. وسيأتي في الشهادات أنه كل لعب لا يحتاج لاعبه إلى فكر

***

[٩٢]

وحساب قوله: (وصبي حر ولو معه حلى) لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له ولانه يتأول في أخذ الصبي إسكاته أو حمله إلى مرضعته. أطلقه فشمل الصبي الذي لا يمشي ولا يتكلم. والحلي - بضم الحاء - جمع حلي - بفتحها - ما يلبس من ذهب أو فضة أو جوهر. وأشار المصنف إلى أنه لو سرق إناء ذهب فيه نبيذ أو ثريدا أو كلبا عليه قلادة فضة لا يقطع على المذهب إلا في رواية عن أبي يوسف ورجحها في فتح القدير، فإن الظاهر أن كلا منهما أصل مقصود بالاخذ بل القصد إلى الاناء الذهب أظهر منه إلى ما فيه وما يوافق ما ذكرنا ما في التجنيس: سرق كوزا فيه عسل وقيمة الكوز تسعة وقيمة العسل درهم يقطع، وكذا إذا سرق حمارا يساوي تسعة وعليه إكاف يساوي درهما بخلاف ما إذا سرق قمقمة فيها ما يساوي عشرة لانه سرق ماء من وجه وهو نظير ما تقدم من المبسوط فيمن سرق ثوبا لا يساوي عشرة مصرور عليه عشرة قال: يقطع إذا علم أن عليه مالا بخلاف ما إذا لم يعلم. قوله: (وعبد كبير ودفاتر بخلاف الصغير ودفاتر الحساب) لانه في الكبير غصب أو خداع وهي متحققة في الصغير. وقال أبو يوسف: لا يقطع وإن كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لانه آدمي من وجه مال من وجه. ولهما أنه مال مطلق لكونه منتفعا به أو بعرض أن يصير منتفعا به إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية، ولو كانت قيمته أقل من النصاب وفي اذنه شئ يكمل النصاب يقطع باعتبار الضم. أراد بالكبير المميز المعبر عن نفسه بالغا كان أو صبيا، وبالصغير الذي لا يعبر عن نفسه. وأطلق في الكبير فشمل النائم والمجنون والاعمى. والمقصود من الدفاتر ما فيها وذلك ليس بمال إلا دفتر الحساب لان ما فيه لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الكاغد. والمراد بالدفاتر صحائف فيها كتابة من عربية أو شعر أو حديث أو تفسير أو فقه مما هو من علم الشريعة، وقد اختلف في غيرها فقيل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها، وقيل بكتب الشريعة لان معرفتها قد تتوقف على اللغة والشعر والحاجة. وإن قلت: كفت في ايراث الشبهة ومقتضى هذا أن لا يختلف في القطع بسرقة كتب السحر والفلسفة لانه لا يقصد ما فيها لاهل الديانة فكانت سرقة صرفا. والمراد بدفاتر الحساب دفاتر أهل الديون وقولهم لان المقصود الكاغد يدل على أن المراد به الذي مضى حسابه وقد قيل به كما ذكره الشمني. وأما الدفاتر التي في الديوان المعمول بها فالمقصود علم ما فيها فلا قطع، وأما دفاتر مثل علم الحساب والهندسة فهو كغيره فلا قطع بسرقته لانها ككتب الادب والشعر. وقيد بالدفاتر لانه لو سرق الورق والجلد قبل الكتابة قطع ذكره الشمني قوله: (وكلب وفهد) لان من جنسها يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان
***
[٩٣]
الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فأورث شبهة. أطلقه فشمل ما إذا كان عليه طوق ذهب أو فضة علم به أو لم يعلم لانه تبع له كالصبي الحر إذا كان عليه حلي قوله: (ودف وطبل وبربط ومزمار) لانها عندهما لا قيمة لها وعليه الفتوى فلا ضمان على من كسرها، وعند أبي حنيفة آخذها يتأول الكسر فيها. والدف - بالضم والفتح - الذي يلعب به وهو نوعان: مدور ومربع، كذا في المغرب. والبربط - بفتح الباءين الموحدتين - وهو العود، كذا في الترغيب والترهيب. أطلقه فشمل الدف والطبل للغزاة وفيه اختلاف المشايخ والاصح عدم القطع لان صلاحيته للهو صارت شبهة، كذا في غاية البيان قوله: (وبخيانة ونهب واختلاس) لانتفاء ركن السرقة وهي الاخذ خفية والخيانة هي الاخذ مما في يده على وجه الامانة، والنهب هو الاخذ على وجه العلانية، والقهر في بلد أو قرية، والاختلاس الاختطاف وهو أن يأخذ الشئ بسرعة والاسم الخلسة. وفي السنن والجامع للترمذي مرفوعا ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع (١) وأما ما في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها أن امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقطعها فأجاب عنه الجماهير بأن القطع كان لسرقة صدرت منها، وتمامه في فتح القدير قوله: (ونبش) أي لا قطع على النابش وهو الذي يسرق أكفان الموتى بعد الدفن، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: عليه القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرزثله فيقطع. ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة أهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لان الجناية في نفسها نادرة لوجود، وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة لمن اعتاده فيقطعه الامام سياسة لا حدا. أطلقه فشمل ما إذا كان القبر في بيت مقفل على الصحيح وما إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا، وما إذا سرق من القبر ثوبا غير الكفن

لعدم الحرز. وأشار إلى أنه لو سرق من البيت الذي فيه قبر الميت مالا آخر غير الكفن أنه لا يقطع لتأوله بالدخول إلى زيارة القبر، وكذا لو سرق من بيت فيه الميت لتأوله بتجهيزه وهو أظهر من الكل لوجود الاذن بالدخول فيه عادة. قوله: (ومال عامة أو مشترك) لان له فيه شركة حقيقة في الثاني أو شبهة شركة في
***
[٩٤]
الاول وهو مال بيت المال فإنه مال المسلمين وهو منهم، وإذا احتاج ثبت الحق له فيه بقدر حاجته فأورث شبهة والحدود تدرأ بها. وأما مال الوقف فلم أر من صرح به ولا يخفي أنه لا يقطع به لعدم المالك كما صرحوا أنه لو سرق حصر المسجد ونحوها من حرز فإنه لا يقطع معللين بعدم المالك قوله: (ومثل دينه) لانه استيفاء لحقه. أطلقه فشمل ما إذا كان الدين مؤجلا وهو استحسان لان التأجيل لتأخير المطالبة. والمراد بالمماثلة المثل من حيث الجنس بأن كان من النقود، سواء كان من جنسه حقيقة كأن يكون دينه دراهم فسرق دراهم، أو من جنسه حكما كأن سرق دنانير في الصحيح ولهذا كان للقاضي أن يقضي بها دينه من غير رضا المطلوب ويضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة تخرج ما إذا سرق عروضا ومنها الحلي فإنه يقطع لانه ليس باستيفاء وإنما هو استبدال فلا يتم إلا بالتراضي ولم يوجد. وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لان له أن يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهنا بحقه. قلنا: هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف، وأما المماثلة من حيث القدر فليست بشرط لانه لو سرق زيادة على حقه لا يقطع لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه فيصير شبهة، وكذا المماثلة من حيث الوصف حتى لو سرق من جنس حقه أجود أو أراد ألا يقطع، كذا في المجتبى. وفيه أن ابن أبي ليلى والشافعي يطلقان أخذ خلاف جنس حقه للمجانسة في المالية، وما قالا هو الاوسع،
***
[٩٥]
ويجوز الاخذ به وإن لم يكن مذهبنا فإن الانسان يعذر في العمل به عند الضرورة اه. وقيد بسرقة الدائن لان المكاتب أو العبد إذا سرق من غريم المولى قطع إلا إن كان المولى وكلهما بالقبض لان حق الاخذ حينئذ لهما، ولو سرق من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير أو غريم مكاتبه أو غريم عبده المأذون المديون قطع لان حق الاخذ لغيره، ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع قوله: (وبشئ قطع فيه ولم يتغير) وهذا استحسان، والقياس أن يقطع وهو رواية عن أبي يوسف لقوله عليه السلام فإن عاد فاقطعوه من غير فصل، ولان الثانية متكاملة كالاولى بل أقبح لتقدم الزاجر وصار كما إذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة. ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل كما يعرف من بعد إن شاء الله تعالى. وبالرد إلى المالك وإن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا إلى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف لاختلاف سببه، ولان تكرار الجناية فيه نادر لتحمله مشقة الزاجر فتعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية فصار كما إذا قذف المحدود في القذف والمقذوف الاول. قيد بقوله ولم يتغير لانه لو تغير مثل ما لو كان غزلا فسرقه فقطع فيه فرده ثم نسج فعاد فسرقه فإنه يقطع. وعلى هذا الصوف والقطن والكتان وكل عين أحدث المالك فيه صنعا بعد القطع لو أحدثه الغاصب ينقطع به حق المالك. وأطلق في التغير فشمل المعنوي كما إذا باعه المسروق منه بعد القطع ثم اشتراه فسرقه لان تبدل السبب كتبدل العين. وذكر الشمني أنه لا يقطع عند مشايخ العراق، وينبغي أن يكون حكم ما إذا باعه المالك فسرقه من المشتري وجوب القطع بالاولى. قوله: (ويقطع بسرقة الساج والقنا والابنوس والصندل والفصوص الخضر والياقوت والزبرجد واللؤلؤ) لان هذه الاشياء من أعز الاموال وأنفسها وهي محرزة لا توجد مباحة الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة. وفي شرح المختار: لا قطع في العاج ما ليعمل فإذا عمل منه شئ قطع فيه. وأشار المصنف إلى أنه يقطع في العود والمسك والادهان والورس والزعفران والعنبر بالاولى وفي طلبة الطلبة. قال جار الله العلامة: الساج ضرب من الشجر يعلوه الحمرة وهو صلب كالحجر ولا يكون هذا الابنوس إلا في بلاد الهند ودور سادات مكة من هذا الساج اه. والقنا خشب الرماح جمع قناة وألفها منقلبة عن الواو. والابنوس بفتح الباء معروف وهو معرب. ولم يذكر المصنف
***
[٩٦]

الزجاج لانه لا قطع فيه على الظاهر لانه يسرع إليه الكسر فكان ناقصا في المالية قوله: (والاواني والابواب المتخذة من الخشب) لانه بالصنعة التحقت بالاموال النفيسة ألا ترى أنها تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز، وقدمنا أنهم قالوا في الحصر البغدادية يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على الاصل. وقوله من الخشب متعلق بالاواني والابواب، وقيد به لان الاواني المتخذة من الحشيش والقصب لا قطع فيها لان الصنعة لم تغلب فيه حتى لا تتضاعف قيمته ولا تحرز حتى لو كان الغلبة فيه للصنعة كالاواني التي تتخذ للبن والماء من الحشيش في بلاد السودان يقطع فيها لما ذكرنا. وأطلق في الابواب وهي مقيدة بقيدين: أحدهما أن لا يكون مركبا ليكون حرزا فلا قطع في المركب لعدم الاحراز لانها حرز لغيرها. ثانيها أن يكون الباب خفيفا فلو كان ثقيلا يثقل على الواحد حمله فلا قطع لان الثقيل منه لا يرغب في سرقته. وفي عيون المسائل: سرق جلود السباع المدبوغة لا يقطع فإذا جعلت مصلي أو بساطا يقطع هكذا قال محمد لانها إذا جعلت ذلك خرجت من أن تكون جلود السباع لانها أخذت أسماء أخر والله أعلم. فصل في الحرز هو في اللغة الموضع الحصين يقال أحرزه إذا جعله في الحرز، كذا في المغرب. وفي الشرع ما يحفظ فيه المال عادة أي المكان الذي يحرز فيه كالدار والحانوت والخيمة والشخص نفسه، والمحرز ما لا يعد صاحبه مضيعا. ثم الاخراج من الحرز شرط عند عامة أهل العلم تخصيصا لآية السرقة به بالاجماع كما نقله ابن المنذر بناء على عدم صحة الخلاف بعد ما خصص بمقدار النصاب. قوله: (ومن سرق من ذي رحم محرم لا برضاع ومن زوجته

***

[٩٧]

وزوجها وسيده وزوجته وزوج سيدته ومكاتبه وختنه وصهره ومن مغنم وحمام وبيت أذن في دخوله لم يقطع) لوجود الشبهة في كل واحد منها، أما إذا سرق من قريبه المحرم فللدخول في الحرز مع البسوطة في المال في الاصول والفروع، والمراد من السرقة منه السرقة من بيته. أطلقه فشمل ما إذا سرق ماله أو مال غيره لان بيته ليس بحرز في حقه مطلقا، واحترز به عما إذا سرق مال محرمه من بيت غيره فإنه يقطع لوجود الحرز، وينبغي أن لا يقطع لما في القطع من القطيعة فيندرئ، كذا في فتح القدير. وقد يقال ليس القطع حقه وإنما هو حق الشرع فلا يكون قطيعة، وينبغي أن لا يقطع في الولاد لما ذكرنا من الشبهة في ماله فعدم القطع في الولاد للشبهة لا لعدم الحرز وفي المحارم لعدم الحرز. واحترز بقوله لا برضاع عن المحرم الذي محرميته بالرضاع كابن العم الذي هو أخ من الرضاع فإنه رحم محرم لا من جهة القرابة وإنما محرميته من جهة الرضاع. فإذا سرق من بيته قطع كما إذا سرق من الرحم فقط، وبه اندفع ما في التبيين من أنه لا حاجة إلى إخراجه لانه لم يدخل في ذي الرحم المحرم اه. ظنا منه أنه متعلق بالرحم وليس كذلك بل متعلق بالمحرم كما علمت، وأما إذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو لعبد من سيده أو من امرأة سيده أو زوج سيدته فلوجود الاذن بالدخول عادة فانعدم الحرز أطلق في الزوجين فشمل الزوجية وقت السرقة فقط بأن سرق منها ثم أبانها وانقضت عدتها ثم ترافعا فلا قطع والزوجية بعدها كما إذا سرق من

***

[٩٨]

أجنبية ثم تزوجها ثم ترافعا فلا قطع ولو بعد القضاء، وكذا عكسه لوجود الشبهة قبل الامضاء. وشمل زوجية من وجه كما إذا سرق من مبتوته في العدة أو سرقت هي منه لوجود الخلطة بخلاف ما إذا سرق منها بعد الانقضاء فإنه يقطع. والحاصل أن في باب السرقة يكتفي بوجود الزوجية في حالة من الاحوال قبل القطع لسقوطه، وفي باب الرجوع في الهبة لا بد من قيام الزوجية وقت الهبة، فلو حدثت بعدها فالرجوع ثابت، وفي الوصية الاعتبار لها حالة الموت لا غير. وشمل ما إذا سرق أحدهما من حرز لا يسكنان فيه لوجود البسوطة بينهما في الاموال عادة، والعبد في هذا ملحق بمولاه حتى لا يقطع في سرقة لا يقطع فيها المولى كالسرقة من أقارب المولى وغيرهم لانه مأذون له الدخول عادة في بيت مولاها لاقامة المصالح. وأطلقه فشمل القن والمكاتب لانه ما بقي عليه درهم والمأذون له في التجارة، وأما إذا سرق من مكاتبه فإن له حقا في إكسابه ولذا لا يجوز له أن يتزوج أمة مكاتبه. وأما إذا سرق من ختنه ومن صهره فالمذكور هنا قول الامام، وعندهما يقطع لانه لا شبهة في ملك الختن لانها تكون بالقرابة ولا قرابة. وله أن العادة قد جرت بالبسوطة في دخول بعضهم منازل بعض بلا استئذان فتمكنت الشبهة في الحرز، والمحرمية بالمصاهرة كالمحرمية بالرضاع، وعلى هذا الخلاف إذا

سرق من كل من يحرم عليه بالمصاهرة، ومحل الاختلاف ما إذا لم يجمعهما منزل واحد، أما إذا جمعهما منزل واحد فلا قطع اتفاقا، كذا في شرح الطحاوي. وسيأتي في باب الوصية للاقارب وغيرهم أن الاصهار كل ذي رحم محرم من امرأته، والاختان زوج كل ذي رحم محرم منه. وأما إذا سرق من المغنم فإن له فيه نصيبا كما أفتى به علي رضي الله عنه مع أن المصنف قد قدم أنه لا قطع في المال المشترك، فالظاهر من إعادته أنه لا قطع وإن لم يكن له حق في الغنيمة. وبحث في غاية البيان بأنه ينبغي أن يكون المراد من السارق من الغنيمة من له نصيب في الغنيمة في الاربعة الاخماس أو في الخمس كالغانمين أو اليتامى والمساكين، أما غيرهم فلا نصيب له في الغنيمة فينبغي أن يقطع بخلاف السارق من بيت المال فإنه معد لمصالح عامة المسلمين وهو منهم إلا أن يقال إن مال الغنيمة مال مباح في الاصل فلا قطع بسرقته حيث كان على صورته ولم يتغير، وسواء كان السارق حرا أو عبدا. وأما إذا سرق من الحمام أو بيت أذن للناس في الدخول فيه فلاختلال الحرز بالاذن في الدخول. أطلقه فشمل ما إذا سرق من الحمام وصاحبه عنده أو المسروق تحته بخلاف ما إذا سرق من المسجد وصاحبه عنده فإنه يقطع. والفرق على الظاهر أن الحمام بني للاحراز

***

[٩٩]

فكان حرزا فلا يعتبر الحافظ كالبيت بخلاف المسجد لانه ما بني لاحراز الاموال فلم يكن محرزا بالمكان فيعتبر الحافظ كالطريق والصحراء. وشمل ما إذا سرق من الحمام في وقت لم يؤذن للناس في الدخول فيها كالليل، والمنقول في التبيين أنه يقطع بخلاف المسجد لا يقطع مطلقا. وأطلق في المأذون للناس في دخوله فشمل حوانيت التجار والخانات إلا إذا سرق منه ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال، وانما الاذن يختص بالنهار، كذا في الهداية. وفي قوله للناس إشارة إلى أنه لو أذن لجماعة مخصوصين بالدخول فدخل واحد غيرهم وسرق فإنه يقطع ولم أره صريحا، وقد قدم المصنف أنه لا بد من الاحراز بمكان أو حافظ. قال الطحاوي في كتابه: حرز كل شئ معتبر بحرز مثله حتى إنه إذا سرق دابة من اصطبل يقطع، ولو سرق لؤلؤة من اصطبل لا يقطع. وذكر الكرخي في كتابه أن ما كان حرز النوع فهو حرز للانواع كلها. قال شمس الائمة السرخسي: وهذا هو المذهب عندنا. والقفاف لا يقطع وهو الذي يعطي الدراهم لينظر إليها فيأخذ منها وصاحبها لا يعلم. والفشاش وهو الذي يهئ لغلق البيت ما يفتح به إذا فش نهارا وليس في البيت ولا في الدار أحد وأخذ المتاع لا يقطع، وإن كان فيها أحد من أهلها فأخذ المتاع وهو لا يعلم قطع. وفي الحاوي: إذا كان باب الدار مردودا غير مغلق فدخلها السارق خفية وأخذ المتاع قطع، ولو كان باب الدار مفتوحا فدخل نهارا وسرق لا يقطع، ولو سرق من السطح ثيابا تساوي نصابا يقطع لانه حرز، وإذا سرق ثوبا بسط على حائط في السكة لا يقطع، وكذلك لو سرق ثوبا بسط على خص إلى السكة، وإن بسط على الحائط إلى الدار أو على الخص إلى السطح قطع، كذا في الظهيرية اه‍. قوله: (ومن سرق من المسجد متاعا وربه عنده قطع) لانه عليه السلام قطع سارق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد أراد بالمسجد كل موضع لم يكن حرزا فدخل الطريق والصحراء. وأطلق في ربه فشمل النائم واليقظان وهو الصحيح، وأراد من كونه عنده أن يكون بحيث يراه كما في المجتبى. وأطلق في كونه عنده فشمل ما إذا كان تحت رأسه أو تحت جنبه أو بين يديه حالة النوم وهو قول بعض المشايخ وإليه مال الامام السرخسي. وفي الاصل ما يدل على خلافه فإنه قال: المسافر ينزل في الصحراء فيجمع متاعه ويبيت عليه فسرق رجل منه شيئا قطع، فإن بعض المشايخ فهم منه أنه إذا كان موضوعا بين يديه لا يقطع، كذا في الظهيرية. وصحح في المجتبى ما اختاره السرخسي من الاطلاق لانه يعد النائم حافظا له عادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوي اه‍. وأشار المصنف إلى أنه لو سرق الغنم أو البقر أو الفرس من المرعى

***

[١٠٠]

ومعها حافظ فإنه يقطع، وإطلاق محمد عدم القطع محمول على ما إذا لم يكن معها حافظ لكن إن كان الحافظ الراعي ففيه اختلاف ففي البقالي لا يقطع وهكذا في المنتقى عن أبي حنيفة. وأطلق خواهر زاده ثبوت القطع إذا كان معها حافظ، ويمكن التوفيق بأن الراعي لم يقصد لحفظها من السراق بخلاف غيره، كذا في فتح القدير. وفي المجتبى: لا قطع في المواشي في المرعى وإن كان معها الراعي، وإن كان معها سوى الراعي من يحفظها يجب القطع، وكثير من مشايخنا أفتوا بهذا وإن كانت الغنم تأوي إلى بيت في الليل

بني لها عليه باب مغلق فكسره وسرق منها شاة قطع لا يعتبر الغلق إذا كان الباب مردودا إلا أن يكون بيتا منفردا في الصحراء أو المراح. وفي الحاوي: اتخذ من الحجر أو الشوك حظيرة وجمع هذه الاغنام وهو نائم عندها قطع، وعن محمد يقطع سواء كان معها حافظ أو لا وعليه عامة المشايخ اهـ. وأشار المصنف بالحضرة إلى أن الثياب ليست عليه فلو سرق من رجل ثوبا عليه أو رداء أو قلنسوة أو منطقة أو سرق من امرأة نائمة حليا عليها لم يقطع، وكذا إذا سرق من رجل نائم عليه ملاءة وهو لابسها لم يقطع، وقيل يقطع كالموضوع عنده، كذا في المجتبى. وقيد بما ليس بحرز لما في الخلاصة جماعة نزلوا بيتا أو خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع يحفظه أو تحت رأسه لم يقطع، ولو كان في مسجد جماعة قطع قوله: (ولو سرق ضيف ممن أضافه أو سرق شيئا ولم يخرج من الدار لا) أي لا يقطع، أما الاول فلان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه مأذونا في دخوله ولانه بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة. أطلقه فشمل ما إذا سرق من البيت الذي أضافه فيه أو من بعض بيوت الدار، سوء كان مقفلا أو من صندوق مقفل - ذكره القدوري في شرحه - لان الدار مع جميع بيوتها حرز واحد فبالاذن في الدار اختل الحرز في جميع بيوتها. وأما الثاني فلان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها وما فيها في يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الاخذ. قيد بالسرقة لانه يجب الضمان على الغاصب قوله: بمجرد الاخذ وإن لم يخرجه من الدار هو الصحيح لانه يجب مع الشبهة (وإن أخرجه من حجرة إلى الدار وأغار من أهل الحجرة على حجرة أخرى أو نقب فدخل وألقى شيئا في الطريق ثم أخذه أو حمله على حمار فساقه وأخرجه قطع) بيان لاربع مسائل: الاولى لو كانت الدار فيها مقاصير فأخرجها من مقصورة إلى صحن الدار فإنه يقطع لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة، فالمراد بالدار الكبيرة التي فيها منازل وفي
***
[١٠١]
كل منزل مكان يستغنى به أهله عن الانتفاع بصحن الدار وإنما ينتفعون به انتفاع السكة وإلا فهي المسألة السابقة التي لا بد فيها من الاخراج من الدار. الثانية لو أغار إنسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا، والمراد أنه دخل مقصورة على غرة فأخذ بسرعة. يقال أغار الفرس والثعلب في العدو إذا أسرع. الثالثة اللص إذا نقب البيت فدخل وأخذ المال ثم ألقاه في الطريق ثم خرج وأخذه فإنه يقطع. وقال زفر: لا يقطع لان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ فكذا الاخذ من السكة كما لو أخذه غيره. ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار وللفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا. قيد بقوله ثم أخذه لانه لو لم يأخذه فهو مضيع لا سارق، وكذا لو أخذه غيره. الرابعة لو حمله على حمار وساقه وأخرجه لان سيره مضاف إليه بسوقه. قيد بالسوق لانه لو لم يسقه وخرج بنفسه لم يقطع. والمراد أن يكون متسببا في إخراجه فيشمل ما إذا علقه في عنق كلب وزجره، ولو خرج بغير زاجر لم يقطع لان للدابة اختيارا فما لم يفسد اختيارها بالحمل والسوق لا ينقطع نسبة الفعل إليها. وكذا إذا علقه على طائر فطار به إلى منزل السارق فإنه لا يقطع، ويشمل ما لو ألقاه في نهر في الدار وكان الماء ضعيفا وأخرجه بتحريك السارق لان الاخراج مضاف إليه وإن أخرجه الماء بقوة جريه لم يقطع، وقيل يقطع وهو الاصح لانه أخرجه بسببه، كذا في النهاية. قوله: (وإن ناوله آخر من خارج أو أدخل يده في بيت فأخذ أو طر صرة خارجة من كم أو سرق من قطار بعيرا أو جملا لا) أي لا يقطع في هذه المسائل الاربع. أما الاولى وهي ما إذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال وناوله آخر من خارج الدار فلا قطع عليهما لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه. والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد. أطلقه فشمل ما إذا أخرج الداخل يده وناولها الخارج أو أدخل يده الخارج فتناولها من يد الداخل وهو ظاهر المذهب، ولم يذكر محمد ما إذا وضع الداخل المال عند النقب ثم خرج وأخذه قيل يقطع والصحيح أنه لا يقطع، كذا في فتح القدير. وأما الثانية وهي ما إذا أدخل يده في بيت وأخذ فلما روي عن علي رضي الله عنه أن اللص إذا كان ظريفا لا يقطع. قيل: وكيف ذلك؟ قال: أن ينقب البيت ويدخل يده من غير أن يدخله ولانه لم يهتك الحرز. قيد بالبيت لانه لو أدخل يده في الصندوق والجيب
***
[١٠٢]

والكم ونحوه فإنه يقطع لان الممكن فيها إدخال اليد لا الدخول بخلاف ما إذا شق الجولق فتبدد ما فيه من الدراهم فأخذه لا يقطع لعدم الهتك. وأما الثالثة وهي ما إذا طر صرة خارجة من كم فلان الرباط من خارج فبالطر لا تبقي الصرة داخل الكم فيتحقق الاخذ من الخارج فلم يوجد هتك الحرز. قيد بكونها خارجة لانه إن طر صرة داخلة وأخذها قطع لان الرباط من داخل فبالطر تبقي الصرة داخل الكم فتحقق الاخذ من الداخل فيوجد الهتك. والطر الشق. وذكر الشمني أن المراد بالصرة بعض الكم المشدود فيه الدراهم. وقيد بالطر لانه لو كان مكانه حل الربطا انعكس الحكم لانعكاس العلة فيقطع إن كان الرباط خارج الكم لانه يأخذ الدراهم من داخله، ولا يقطع إن كان الرباط من داخل الكم لانه يأخذها من خارجه. وفي فتح القدير: وبما ذكر من التفصيل في الطر ظهر أن ما يطلق في الاصول من أن الطرار يقطع إنما يتأتى على قول أبي يوسف فإنه قال يقطع الطرار على كل حال اه. وأما الرابعة وهي ما إذا سرق من قطار بعيرا أو حملا عليه فإنه ليس بحرز مقصودا فيتمكن فيه شبهة العدم. أطلقه فشمل ما إذا كان معها سائق أو قائد أو لم يكن لان السائق أو الراكب يقصد قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان معها من يحفظها يقطع. والقطار الابل على نسق واحد والجمع قطر وقيد بسرقة الجمل لانه لو شق الجولق على الجمل وهو يسير وأخذ ما فيه فإنه يقطع لان صاحب المال اعتمد الجوالق فكان هاتكا للحرز بخلاف ما إذا أخذ الجولق بما فيه، وكذا لو سرق من الفسطاط فإنه يقطع، ولو سرق نفس الفسطاط فإنه لا يقطع لعدم إحرازه إلا إذا كان الفسطاط غير منصوب وإنما هو ملفوف عنده من يحفظه أو في فسطاط آخر فإنه يقطع، كذا في فتح القدير قوله: (وإن شق الحمل فسرق منه أو سرق جوالقا فيه متاع وربه يحفظه أو نائم عليه أو أدخل يده في صندوق أو جيب غيره أو كمه فأخذ المال قطع) لوجود السرقة من الحرز وقدمنا كل ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم.

***

[١٠٣]

فصل في كيفية القطع وإثباته لما كان القطع حكم السرقة ذكره عقبه لان حكم الشئ يعقبه قوله: (وتقطع يمين السارق من الزند) لقوله تعالى * (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) * (المائدة: ٣٨) والمعنى يديهما وحكم اللغة أن ما أضيف من الخلق إلى اثنين لكل واحد واحد أن يجمع مثل قوله تعالى * (فقد صغت قلوبكما) * (التحريم: ٦٦) وقد يثنى والافصح الجمع. وأما كونها اليمين فبقراءة ابن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا أيمانهما وهي مشهورة فكان خبرا مشهورا فيقيد إطلاق النص فهذا من تقييد المطلق لا من بيان المجمل لان الصحيح أنه لا إجمال في الآية وقد قطع عليه السلام اليمين والصحابة رضي الله عنهم. وأما كونه من الزند - وهو مفصل الرسغ ويقال الكوع وهو مذكر كما في المغرب - فلانه المتوارث ومثله لا يطلب له سند بخصوصه كالمتواتر ولا يبالي فيه بكفر الناقلين فضلا عن فسقهم أو ضعفهم قوله: (وتحسم) أي تكوي كي ينقطع الدم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم يفضي إلى التلف والحد زاجر لا متلف - كذا في الهداية - وهو يقتضي وجوبه. وفي المغرب: الحسم أن يغمس في الدهن الذي أغلى. وفي فتح القدير: وثمن الزيت وكلفة الحسم على السارق عندنا. والمنقول (عن) الشافعي وأحمد أنه يسن تعليق يده في عنقه لانه عليه السلام أمر به رواه أبو داود وابن ماجه. وعندنا ذلك مطلق للامام إن رآه لم يثبت عنه عليه السلام في كل من قطعة ليكون سنة قوله: (ورجله اليسرى إن عاد) لقوله عليه السلام فإن عاد فاقطعوه وعليه إجماع المسلمين. ولم يذكر المصنف نهاية القطع من الرجل لانه يقطع من الكعب عند أكثر العلماء وفعل عمر رضي الله عنه ذلك. وقال أبو ثور والروافض: يقطع من نصف القدم من معقد الشراك لان عليا كان يفعل كذلك ويدع له عقبا يمشي عليها اه قوله: (فإن سرق ثالثا حبس حتى يتوب ولم يقطع) لقول علي رضي الله عنه فيه: إني لاستحي من الله أن لا أدع له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها فلهذا حاج بقية الصحابة رضي الله عنهم فحجهم فانعقد إجماعا، ولانه إهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفي ما أمكن جبرا لحقه. وما ورد من الحديث من قطع يده اليسرى في الثالثة والرجل اليمنى في الرابعة

***

[١٠٤]

طعن فيه الطحاوي أو نحمله على السياسة وتمامه في الاصول من بحث الامر. وفي الفتاوي السراجية: للامام أن يقتله سياسة، كذا في

شرح مسكين. ولم يذكر المصنف ضربه مع الحبس وأثبته في المجتبي ولم يذكروا متى تقبل توبته وتظهر. وفي غاية البيان معزيا إلى النافع أنه يحبس حتى يتوب أو تظهر عليه سيما رجل صالح. قوله: (كمن سرق وإبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو أصبعان منها سواها أو رجله اليمنى مقطوعة) يعني لا يقطع في هذه المسائل لما فيه من تفويت جنس المنفعة بطشا أو مشيا، وكذا إذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وقوام البطش بالابهام. قيد بالابهام لانه لو كان المقطوع أصبعا غير الابهام أو أشل فإنه يقطع لانه فوتها لا يوجب خللا في البطش ظاهرا. وقيد باليد اليسرى لانه لو كانت يده اليمنى شلاء أو ناقصة الاصابع تقطع في ظاهر الرواية لان المستحق بالنص قطع اليمنى واستيفاء الناقص عند تعذر الكامل جائز. وقيد بقطع الرجل اليمنى لانه لو كانت رجله اليمنى مقطوعة الاصابع فإن كان يستطيع القيام والمشي عليها قطعت يده، وإن كان لا يستطيع القيام والمشي لم تقطع يده، كذا في غاية البيان. وفي الكافي: وإذا حبس السارق ليسأل عن الشهود فقطع رجل يده اليمنى عمدا فعليه القصاص وقد بطل الحد عن السارق، وكذلك إن كان قطع يده اليسرى، وإن حكم عليه بالقطع في السرقة فقطع رجل يده اليمنى من غير أن يؤمر بذلك فلا شئ عليه اه قوله: (ولا يضمن بقطع اليسرى من أمر بخلافه) أي إذا قال الحاكم للجلاد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا فلا شئ عليه عند أبي حنيفة. وقالا: لا شئ عليه في الخطأ ويضمن في العمد. وقال زفر: يضمن في الخطأ أيضا وهو القياس والمراد هو الخطأ في الاجتهاد، وأما

***

[١٠٥]

الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا. وقيل: يجعل عذرا أيضا. له أنه قطع يداه معصومة والخطأ في حق العباد غير مضمون فيضمنها. قلنا: إنه أخطأ في اجتهاده إذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ في الاجتهاد موضوع. ولهما أنه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل. له لانه تعمد الظلم فلا يعفي وإن كان في المجتهدات، وكان ينبغي أن يجب القصاص إلا أنه امتنع القصاص للشبهة. ولابي حنيفة أنه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد إتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع، وعلى هذا لو قطعه غير الجلاد لا يضمن أيضا هو الصحيح. قيد بالامر لانه لو قطعه أحد قبل الامر والقضاء وجب القصاص في العمد والدية في الخطأ اتفاقا وسقط القطع عن السارق لان مقطوع اليد لا يجب عليه القطع حدا وقضاء القاضي بالحد كالامر على الصحيح فلا يرد على المصنف. وقيد بقوله بخلافه لان الحاكم لو أطلق وقال اقطع يده ولم يعين اليمنى فلا ضمان على القاطع اتفاقا لعدم المخالفة إذ اليد تطلق عليهما، وكذلك لو أخرج السارق يده فقال هذه يميني لانه قطعه بأمره. وقيد بعدم الضمان لانه يعزر إذا كان عمدا كما في فتح القدير. ولم يذكر المصنف أن هذا القطع وقع حدا أو لا قالوا: فعلى طريقة أنه وقع حدا فلا ضمان على السارق لو كان استهلك العين لان القطع والضمان لا يجتمعان، وعلى طريقة عدم وقوعه حدا فهو ضامن في العمد والخطأ. قوله: (وطلب المسروق منه شرط القطع) أي وطلبه المال فلا قطع بدونه لان الخصومة شرط لظهورها. أطلقه فشمل ما إذا أقر أو أقيمت عليه البينة لاحتمال أن يقر له بالملك فيسقط القطع فلا بد من حضوره عند الاداء والقطع لتنتفي تلك الشبهة. وبما ذكرناه ظهر أن ما في التبيين معزيا إلى البدائع من أنه إذا أقر أنه سرق من فلان الغائب قطع استحسانا ولا ينتظر حضور الغائب وتصديقه، فإنما هو رواية عن أبي يوسف وليست هذه عبارة البدائع فإن عبارته قال أبو حنيفة ومحمد: الدعوى في الاقرار شرط حتى لو أقر السارق أنه سرق مال فلان الغائب لم يقطع ما لم يحضر المسروق منه ويخاصم عندهما. وقال أبو يوسف: الدعوى في الاقرار ليست بشرط إلى آخره. وفي البدائع أيضا قال محمد: لو قال سرقت هذه الدراهم

***

[١٠٦]

ولا أدري لمن هي أو قال سرقتها ولا أخبرك من صاحبها لا يقطع لان جهالة المسروقة منه فوق غيبته ثم الغيبة لما منعت القطع على أصله فالجهالة أولى اه. ولم يعين يعني المصنف مطلوب المسروق منه فاحتمل شيئين: أحدهما طلب المال وبه جزم الشارح. ثانيهما طلب القطع. وأشار الشمني إلى أنه لا بد من الطلبين وأن أحدهما لا يكفي لكن ذكر في الكشف الكبير قبيل بحث الامر أن وجوب القطع حق الله تعالى على الخلوص ولهذا لم يتقيد بالمثل، وما يجب حقا للعبد يتقيد به مالا كان أو عقوبة كالغصب والقصاص، ولهذا لا يملك المسروق منه الخصومة بدعوى الحد وإثباته، ولا يملك العفو بعد الوجوب ولا يورث عنه اه. فقد صرح بأنه لا يملك طلب

القطع إلا أن يقال إنه لا يملك طلب القطع مجردا عن طلب المال. والظاهر أن الشرط إنما هو طلب المال ويشترط حضرته عند القطع لا طلبه القطع إذ هو حق الله تعالى فلا يتوقف على طلب العبد قوله: (ولو مودعا أو غاصبا أو صاحب الربا) أي ولو كان المسروق منه والاصل فيه أن كل من كان له يد صحيحة يملك الخصومة ومن لا فلا، فللمالك أن يخاصم السارق إذا سرق منه، وكذا المودع - بفتح الدال - والمستعير والمضارب والمبضع والغاصب والقابض على سوم الشراء والمرتهن ومتولي المسجد والاب والوصي، فتعتبر خصومتهم في ثبوت ولاية الاسترداد وفي حق القطع. وأراد بصاحب الربا أن يبيع عشرة بعشرين وقبض العشرين فسرق منه العشرون فيقطع السارق بخصومته عندنا لان هذا المال في يده بمنزلة المغصوب إذ الشراء فاسد بمنزلته وأما العاقد الآخر من عاقدي الربا فإنه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد فلا يكون له ولاية الخصومة، ذكره الشمني. وفي فتاوي قاضيخان من اللقطة: رجل التقط لقطة فضاعت منه فوجدها في يد غيره فلا خصومة بينه وبين ذلك الرجل بخلاف الوديعة فإن في الوديعة يكون للمودع أن يأخذها من الثاني لان في اللقطة الثاني كالاول في ولاية أخذ اللقطة وليس الثاني كالاول في ولاية إثبات اليد على الوديعة اه‍. فينبغي أن لا يقطع بطلب الملتقط كما لا يخفى قوله: (ويقطع بطلب المالك لو سرق منهم) أي من هؤلاء الثلاثة لان الخصومة إنما شرطت ليعلم

***

[١٠٧]

أن المسروق ملك غير السارق وهذا يحصل بخصومة المالك، ولم يذكر المصنف الراهن والمرتهن للاختلاف فروي ابن سماعة عن محمد أنه لا يقطع بطلب الراهن في غيبة المرتهن بل لا بد من حضرته. وصرح في الجامع الصغير بأنه يقطع في غيبته لانه هو المالك، وكذا الخلاف لو حضر المغصوب منه وغاب الغاصب. قوله: (لا بطلب المالك أو السارق لو سرق من سارق بعد القطع) يعني لو قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لمالك العين المسروقة أن يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد لحاجته إذ الرد واجب عليه. قيد بقوله بعد القطع لانه لو سرق الثاني قبل أن يقطع الاول أو بعد ما درئ القطع بشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب، كذا في الهداية. وأطلق الكرخي والطحاوي عدم قطع السارق من السارق لان يده ليست يد أمانة ولا ملك فكان ضائعا ولا قطع في أخذ مال ضائع. قلنا: بقي أن يكون يد غصب والسارق منه يقطع فالحق ما في الهداية من التفصيل، واختاره في فتح القدير في مسألة ولاية الاسترداد أن الوجه أنه إذا ظهر هذا الحال للقاضي لا يرده إلى الاول ولا إلى الثاني إذا رده لظهور خيانة كل منهما، بل يرده من يد الثاني إلى المالك إن كان حاضرا وإلا حفظه كما يحفظ أموال الغيب قوله: (ومن سرق شيئا ورده قبل الخصومة إلى مالكه أو ملكه بعد القضاء أو ادعى أنه ملكه أو نقصت قيمته عن النصاب لم يقطع) بيان لاربع مسائل لا قطع فيها: الاولى لو سرق شيئا ورده قبل الخصومة إلى مالكه فلا قطع لان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة إنما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة، وقيد بالرد بما قبل الخصومة أي قبل المرافعة إلى القاضي لانه لو رده بعد المرافعة إلى القاضي قطع لانتهاء الخصومة لحصول

***

[١٠٨]

مقصودها فتبقى تقديرا، كذا في الهداية وهو شامل لما إذا رده بعد القضاء بالقطع وما إذا رده بعد ما شهد الشهود ولم يقض القاضي استحسانا لان السرقة قد ظهرت عند القاضي بما هو حجة بناء على خصومة معتبرة، كذ في التبيين. فالمراد بالخصومة الدعوى والشهادة أو الاقرار، فلو ادعى ولم يثبت ثم رده ينبغي أن لا قطع لعدم ظهورها عند القاضي فهي رباعية لان الرد إما أن يكون بعد الترافع إلى القاضي قبل الدعوى أو بعدها قبل الثبوت أو بعدهما قبل القضاء أو بعد الثلاثة، فلا قطع في الاولين ويقطع في الاخرين. وأطلق في الرد فشمل الرد حقيقة والرد حكما كما إذا رده إلى أصوله وإن علا كوالده وجده ووالدته وجدته، سواء كانوا في عيال المالك أو لا، لان لهؤلاء شبهة الملك فيثبت به شبهة الرد بخلاف ما إذا رده إلى عيال أصوله فإنه يقطع لانه شبهة الشبهة وهي غير معتبرة. ومن الرد الحكمي إليه الرد إلى فرعه وكل ذي رحم محرم منه بشرط أن يكون في عياله وإلا فليس برد ومنه الرد إلى مكاتبه وعبده، ومنه الرد إلى مولاه لو كان مكاتبا لان ماله له رقبة ومنه إذا سرق من العيال ورد إلى من يعولهم لان يده عليهم فوق أيديهم في ماله. الثانية

لو ملكه بعد القضاء بالقطع فلان الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء إذ القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده، وإذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء. أطلقه فشمل البيع والهبة لكن يشترط القبض فيها ليحصل الملك كما في الهداية. الثالثة لو ادعى السارق أن المسروق ملكه بعد ما ثبتت السرقة عليه بالبينة أو بالاقرار فلا قطع، سواء أقام بينة أو لم يقم، لان الشبهة دارئة للحد فتتحقق بمجرد الدعوى بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار. الرابعة إذا سرق شيئا قيمته نصاب ثم نقصت قيمته بعد القضاء لم يقطع لان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا. أطلقه فشمل ما إذا تغير السعر في بلد أو بلدين حتى إذا سرق ما قيمته نصاب في بلد وأخذ في بلد آخر القيمة فيه أنقص لم يقطع كما في شرح الطحاوي. وقيد بنقصان القيمة لان العين لو نقصت فإنه يقطع لانه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما إذا استهلكه كله، أما نقصان السعر فغير مضمون فافترقا. قوله: (ولو أقرا بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا) أي السارقان المقران لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة قد ثبتت بإقرارهما على الشركة. أطلقه فشمل ما إذا كان قبل القضاء أو بعده، وقيد بإقرارهما لانه لو أقر أنه سرق هو وفلان كذا فأنكر فلان فإنه يقطع المقر لعدم الشركة بتكذيبه بقوله قتلت أنا وفلان

***

[١٠٩]

وزنيت أنا وفلان اقتصر على المقر وإن أنكر فلان. وقوله قال أحدهما هو مالي تمثيل وإلا فالمراد أن أحدهما إذا ادعى شبهة أشبهة كانت فإنه يسقط القطع عنهما كما في شرح الطحاوي قوله: (ولو سرقا وغاب أحدهما وشهد على سرقتهما قطع الآخر) أي الحاضر لان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والعدم لا يورث الشبهة، ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة لانه شبهة الشبهة، وبيانه أن الغائب لو حضر وادعى كان شبهة للحاضر واحتمال دعوى الغائب شبهة الشبهة فلا تعتبر قوله: (ولو أقر عبد بسرقة قطع وترد السرقة إلى المسروق منه) لان إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص صحيح من حيث إنه آدمي ثم يتعدى إلى المالية فيصح من حيث إنه مال، ولانه لا تهمة في هذ الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير فيقطع العبد. وإذا صح الاقرار بالقطع صح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع فقط حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفي القطع بعد استهلاكه. أطلق العبد فشمل المأذون والمحجور عليه وخالف محمد في المحجور فقال: لا يقطع. وخالفه أبو يوسف، واتفقا على أن المال للمولى. وأطلق في القطع فشمل ما إذا صدقه المولى وكذبه والخلاف فيه فقط. وأطلق في السرقة فشمل القائمة والمستهلكة. وأشار بالرد المقيد لبقائها إلى أنها لو كانت مستهلكة فلا ضمان ويقطع اتفاقا. وأشار بالقطع إلى أن العبد كبير إذ لا قطع إلا على مكلف فإذا أقر عبد صغير بسرقة فلا قطع غير أنه إذا كان مأذونا يرد المال إلى المسروق منه إن كان قائما، وإن كان هالكا يضمن، وإن كان محجورا فإن صدقه المولى يرد المال إلى المسروق منه إن كان قائما لا ضمان عليه إن كان هالكا ولا بعد العتق، كذا في فتح القدير. وقيد بالاقرار ليفيد أن السرقة لو ثبتت عليه بالبينة فإنه يقطع بالاولى ويرد المال إلى المسروق منه كما في الذخيرة، لكن يشترط حضرة المولى عند إقامة البينة عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف ليست بشرط، وأما حضرته عند الاقرار بالحدود فليست بشرط اتفاقا، كذا في شرح الطحاوي قوله: (ولا يجتمع قطع وضمان وترد العين لو قائمة) لقوله عليه السلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه (١) ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه بأداء الضمان مسندا إلى وقت الاخذ فتبين أنه ورد على ملكه فينتفي القطع، وما يؤدي إلى انتفائه فهو المنتفي أو لان المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد إذ

***

[١١٠]

لو بقي كان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه. أطلقه فشمل ما إذا هلكت العين أو استهلكها وهو ظاهر الرواية، وسواء كان الاستهلاك قبل القطع أو بعده كما في المجتبى، وفرق في رواية الحسن بين الهلاك والاستهلاك لان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه، وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره. ووجه المشهور أن الاستهلاك إتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه، وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورة سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة. وفي التبيين عن محمد: إن السارق يفتي بأداء القيمة وإن لم يقض به كقطع الطريق والباغي

يفتيان بأداء الضمان والاموال والدية في النفوس. وفي الكافي: هذا إذا كان بعد القطع وإن كان قبله، فإن قال المالك أنا أضمنه لم يقطع عندنا، وإن قال أنا أختار القطع يقطع ولا يضمن اهـ. لانه في الاولى تضمن رجوعه عن دعوى السرقة إلى دعوى المال. وأطلق في قيام العين فشمل ما إذا كان السارق لم يتصرف فيها أو باعها أو وهبها فإنها تؤخذ من المشتري والموهوب له بلا خلاف لبقائها على ملك مالكها. وفي الايضاح قال أبو حنيفة: لا يحل للسارق الانتفاع به بوجه من الوجوه لانه على ملك المسروق منه، وكذا لو خاطه قميصا لا يحل له الانتفاع به. وفي المجتبى: لو قطع السارق ثم استهلك السرقة غيره لم يضمن لاحد، وكذا لو هلك في يد المشتري منه أو الموهوب له ولو استهلكه فللمالك تضمينه اهـ. قوله: (ولو قطع لبعض السرقات لا يضمن شيئا) يعني عند الامام. وقالا: يضمن كلها إلا التي قطع فيها لان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لهم فبقيت أموالهم معصومة. وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضي، أما الوجوب بالجناية وإذا استوفى فالمستوفي كل الواجب ألا ترى أنه يرجع نفعه إلى

***

[١١١]

الكل فيقع عن الكل، وعلى هذا الخلاف إذا كان العين كلها لواحد وسرقها منه مرارا نخاصم في البعض ولذا أطلق المصنف فشمل ما إذا كان الكل لواحد كما شمل ما إذا كان لمتعدد وحضر الكل وقطع بالبعض أو حضر البعض فقط قوله: (ولو شق ما سرقه في الدار ثم أخرجه قطع) كما إذا سرق ثوبا فشقه نصفين ثم أخرجه، وعن أبي يوسف عدمه لشبهة الملك فإن الخرق الفاحش يوجب القيمة فيملك المضمون وصار كالمشتري إذا سرق مبيعا فيه خيار البائع. ولهما أن الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وإنما يثبت الملك ضرورة إذ الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ونفسه لا يورث الشبهة كنفس الاخذ، وكما إذا سرق البائع مبيعا باعه بخلاف ما ذكر لا البيع وضع لافادة الملك. أطلق الشق فشمل ما إذا كان فاحشا أو يسيرا لكن لا خلاف في القطع إذا كان يسيرا لعدم وجوب الضمان وترك الثوب عليه وإنما يضمن النقصان مع القطع، وكذا إذا كان الخرق فاحشا. وصحح البخاري عدم وجوب الضمان لانه لا يجتمع مع القطع. ورجح في فتح القدير الضمان تبعا لقاضيخان وقال: إنه الحق لوجوب الضمان بالخرق قبل الاخراج. واختلفوا في الفرق بين الفاحش واليسير، والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة، واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة بل يتعيب به فقط. ويرد على المصنف رحمه الله شيآن: أحدهما أن القطع مقيد بما إذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب وإن اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه فلا قطع اتفاقا لانه ملكه مستندا إلى وقت الاخذ. وقد يجاب بأن هذا الاختيار مسقط للقطع بعد وجوبه فصار كما إذا وهبه العين بل أولى لاستناده واقتصار الهبة وكلام المصنف في الوجوب. ثانيهما أن الشق لو كان إتلافا فله تضمين القيمة من غير خيار ويملك السارق الثوب ولا يقطع وحد الاتلاف أن ينقص أكثر من نصف القيمة، فلو قال المصنف قطع ما لم يكن إتلافا لكان أولى، ولا بد أن تكون قيمة الثوب نصابا بعد الشق قوله: (ولو سرق شاة فذبحها فاخرجها لا) أي لا قطع عليه لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه. أطلقه فشمل ما إذا ساوت نصابا بعد الذبح، وقيد بعدم القطع لانه يضمن قيمتها للمسروق منه. قوله: (ولو صنع المسروق دراهم أو دنانير قطع وردها) أي لو صنع السارق وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا سبيل للمسروق منه عليها وأصله في الغصب فهذه صنعة متقومة

***

[١١٢]

عندهما خلافا له. ثم وجوب القطع لا يشكل على قوله لانه لم يملكه، وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع، وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه. وأشار إلى أنه لو صنع المسروق من النقد آنية كان كذلك بالاولى. وقيد بالنقد لانه في الحديد والرصاص والصفر إن جعله أواني، فإن كان يباع عددا فهو للسارق بالاجماع وإن كان يباع وزنا فهو على الاختلاف بينهم في الذهب والفضة، كذا في شرح المختار. وذكر الاسبيجابي أنه لو سرق حنطة فطحنها تكون للسارق بعد القطع. قوله: (ولو صبغه أحمر فقطع لا يرد ولا يضمن) بيان لثلاثة أحكام: الاول وجوب القطع لان قطع السارق باعتبار سرقة الثوب الابيض وهو لم يملكه أبيض بوجه ما والمملوك للسارق إنما هو المصبوغ فصار كما إذا سرق حنطة فطحنها فإنه يقطع بالحنطة وإن ملك الدقيق الثاني عدم رده إلى المسروق

منه وهو قولهما. وقال محمد: يؤخذ منه الثوب ويعطي ما زاد الصبغ فيه اعتبارا للغصب، والجامع كون الثوب أصلا قائما وكون الصبغ تابعا. ولهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو أراد أخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه، وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى ألا ترى أنه غير مضمون على السارق بالهلاك وهو الحكم الثالث الذي أفاده بقوله ولا يضمن أي لا يرده حال قيامه ولا يضمنه حال استهلاكه بخلاف الغصب لان حق كل واحد قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه، ورجحنا جانب المالك لما ذكرنا. قيد بكونه صبغه قبل القطع بدليل فاء التعقيب لانه لو صبغه بعد القطع يرده لان الشركة بعد القطع لا تسقط القطع، كذا في شرح المختار. وذكر في الهداية الصبغ بعد القطع فإنه قال: وإن سرق ثوبا فقطع فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب ولا يضمن اه. وهو مفيد لانه لو صبغه قبل القطع فالحكم كذلك بالاولى وكلام محمد دليل عليه أيضا فإنه قال: سرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر لم يؤخذ منه الثوب قوله: (ولو اسود برد) أي لو صبغة السارق أسود يرده على المالك يعني عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف هذا والاول سواء لان السواد عنده زيادة كالحمرة وعند محمد زيادة أيضا كالحمرة لكنه لا يقطع حق المالك لما مر، وعند أبي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك. قالوا: وهذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان فإن الناس
***
[١١٣]
كانوا لا يلبسون السواد فلا زمنه ويلبسونه في زمنهما. وفي شرح الطحاوي: لو سرق سويقا فلته بسمن أو عسل فهو مثل الاختلاف في الصبغ الاحمر والله أعلم. باب قطع الطريق بيان للسرقة الكبرى وإطلاق السرقة عليه مجاز لذا لزم التقييد بالكبرى. قالوا: إن الشرائط المختصة بها ثلاثة في ظاهر الرواية: الاول أن يكون من قوم لهم قوة وشوكة أو واحد كذلك. الثاني أن لا يكون في مصر أو ما هو بمنزلته كما بين المصرين أو القريتين. الثالث أن يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر. وعن أبي يوسف اعتبار الشرط الاول فقط فيتحقق في المصر ليلا وعليه الفتوى لمصلحة الناس اه. قوله: (أخذ قاصد قطع الطريق قبله حبس حتى يتوب وإن أخذ مالا معصوما قطع يده ورجله من خلاف وإن قتل حدا وإن عفا الولي وإن قتل وأخذ قطع وقتل أو صلب أو قتل وصلب) بيان لاحوال قاطع الطريق فبين أنها أربع: الاولى لو أمسك بعد ما قصد قطع الطريق ولم يقطعها على أحد وحكمه الحبس حتى يتوب وهو المراد بقوله تعالى * (أو ينفوا من الارض) * (المائدة: ٣٣) فالنفي بمعنى الحبس لانه نفي عن وجه الارض وقد عهد عقوبة في الشرع، ولم يذكر المصنف التعزير. وفي الهداية: ويعزرون أيضا لمباشرتهم منكر الاخافة اه. وأطلق في أخذه فشمل ما إذا كان بإذن الامام أو لا، ولم يبينوا بماذا يتحقق قصده لظهور أنه يحصل بوقوفه على الطريق لاخافة المارين، وأما قطع الطريق حقيقة فبالقتل أو أخذ المال وأن يكون بالاخافة فقط، فالضمير في قوله قبله عائد إلى قطع الطريق لا كما قال الشارح أنها ترجع إلى غير مذكور، وكلامه مبني على أن مجرد الاخافة قطع وليس كذلك والتوبة وإن
***
[١١٤]
كانت متعلقة بالقلب لكن لحصولها أمارات ظاهرة فصح أن تكون غاية للحبس. الثانية أن يؤخذ بعد ما أخذ المال ولم يقتل النفس، وحكمه أن تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى بشرطين: أحدهما أن يكون ذلك المال معصوما وهو أن يكون لمسلم أو ذمي فخرج مال الحربي المستأمن. الثاني أن يكون نصابا ولم يصرح به للاكتفاء بذكره في السرقة الصغرى فلا قطع على من أصابه أقل من نصاب وهو المراد بقوله تعالى * (أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف) * (المائدة: ٣٣) بناء على أن الا جزية متوزعة على الاحوال كما علم في الاصول، ولما كانت جنايته أفحش من السرقة الصغرى كانت عقوبته أغلظ، وإنما كان من خلاف لئلا تفوت جنس المنفعة ولذا لو كانت يده اليسرى مقطوعة أو شلاء أو رجله اليمنى كذلك لا يقطع. الثالثة أن يؤخذ بعد ما قتل نفسا معصومة ولم يأخذ مالا، وحكمه أن الامام يقتله حدا لله تعالى لا قصاصا حتى لو عفا الاولياء لا يلتفت إلى عفوهم. وأشار بكونه حدا إلى أنه لا يشترط في القتل أن يكون موجبا للقصاص من مباشرة الكل والآلة لانه وجب في مقابلة الحناية على حق الله تعالى بمحاربته ولذا قال في المجتبى: ويقتل الكل في الحالة الثالثة حدا القاتل والمعين فيه سواء. وإنما الشرط القتل من أحدهم، وسواء قتلهم بسيف أو حجر أو عصا أو غيرهما،

ويصير كالجماعة قتلوا واحدا به قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في أصحاب أبي بردة اهـ. الرابعة أن يؤخذ وقد قتل النفس وأخذ المال فذكر المصنف أن الامام مخير بين ثلاثة أشياء: إما أن يجمع بين الثلاثة قطع اليد والرجل من خلاف والقتل والصلب، وإما أن يقتصر على القتل، وإما أن يقتصر على الصلب وهكذا في الهداية. ومنع محمد القطع لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم. ولهما أن هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي بالقتل وأخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا وإن كان في الصغرى حدين، والتداخل في الحدود لا في حد واحد، ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أنه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول: أصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيخير فيه.
***
[١١٥]
قوله: (ويصلب حيا ثلاثة أيام ويبعج بطنه برمح حتى يموت) تشهيرا له واستعجالا لموته، ومعنى يبعج يشق، كذا في المغرب. والصلب حيا ظاهر المذهب كما في المجتبى وهو الاصح. وعند الطحاوي أنه يقتل ثم يصلب. وقيد بالثلاثة لانه لا يصلب أكثر منها توقيا عن تأذي الناس فإذا (تم) له ثلاثة من وقت موته يخلي بينه وبين أهله ليدفنوه. وعن أبي يوسف أنه يترك على الخشبة حتى يتقطع فيسقط قوله: (ولم يضمن ما أخذ) يعني بعد ما أقيم عليه الحد كما في السرقة الصغرى، ولو قال ولم يضمن ما فعل لكان أولى لانه لا يضمن ما قتل وما جرح لذلك المعنى قوله: (غير المباشر كالمباشر) يعني في الاخذ والقتل حتى تجري الاحكام على الكل بمباشرة البعض لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بأن يكون البعض ردا للبعض حتى إذا زالت أقدامهم انحازوا إليهم وإنما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق قوله: (والعصا والحجر كالسيف) لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة قوله: (وإن أخذ مالا وجرح قطع وبطل الجرح) بيان للحالة الخامسة لهم وهي أن يأخذ المال ويجرح إنسانا فيقطع يده ورجله من خلاف ولا يجب شئ لاجل الجرح لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال. قوله: (وإن جرح فقط أو قتل فتاب أو كان بعض القطاع غير مكلف أو ذا رحم محرم من المقطوع عليه أو قطع بعض القافلة على البعض أو قطع الطريق ليلا أو نهارا بمصر أو بين مصرين لم يحد فأقاد الولي أو عفا) بيان للمسائل التي لا حد فيها وهي ست مسائل: الاولى لو جرح ولم يقتل ولم يأخذ مالا فلانه لا حد في هذه الجناية فيظهر حق العبد فيقتص منه مما فيه القصاص وأخذ الارش منه مما فيه الارش وذلك إلى الاولياء، كذا في الهداية. وفيه نظر لان ذلك للمجروح لا لوليه، فإن أفضى الجرح إلى القتل ينبغي أن يجب الحد، ولما كان أخذ المال
***
[١١٦]
الموجب للحد هنا هو النصاب كان أخذ ما دونه بمنزلة العدم، فإذا أخذ ما دون النصاب وجرح فهو داخل تحت قوله وإن جرح فقط. وكذا إذا أخذ مالا يقطع فيه كالاشياء التي يتسارع إليها الفساد. قال الشارح: ولو كان مع هذا الاخذ قتل لا يجب الحد أيضا وهي طعن عيسى فإنه قال: القتل وحده يوجب الحد فكيف يمتنع مع الزيادة؟ فجوابه أن قصدهم المال غالبا فينظر إليه لا غير بخلاف ما إذا اقتصروا على القتل لانه تبين أن مقصدهم القتل دون المال فيحدون فعدت هذه من الغرائب وأمر بحفظها في الفوائد الظهيرية، وعدها من أعجب المسائل من حيث إن ازدياد الجناية أورث الخفة. الثانية لو قتل فتاب قبل الاخذ لا حد لان هذه الجناية لا تقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص، أو لان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص أو يعفو، ويجب الضمان إذا هلك في يده أو استهلكه، كذا في الهداية. وإنما قيد بالمختص بالقتل ليعلم حكم أخذ المال بالاولى. وفي المبسوط والمحيط: رد المال من تمام توبتهم لتنقطع خصومة صاحبه، ولو تاب ولم يرد المال لم يذكره في الكتاب واختلفوا فيه، فقيل لا يسقط الحد كسائر الحدود لا تسقط بالتوبة، وقيل يسقط أشار إليه محمد في الاصل. الثالثة والرابعة لو كان بعض القطاع غير مكلف كالصبي والمجنون أو ذا رحم محرم من المقطوع عليه فإن القطع يسقط عن الكل لانها جناية واحدة قامت بالكل، فإذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد. أطلق في ذي الرحم المحرم فشمل ما إذا لم يكن مشتركا بين المقطوع عليهم وهو الاصح لان الجناية واحدة فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع

في حق الباقين بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه، أما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد، وإذا سقط الحد صار القتل إلى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرنا، وإن شاؤا قتلوه وإن شاؤا عفوا. وأشار بذي الرحم المحرم إلى أنه لو كان في المقطوع عليهم شريك مفاوض لبعض القطاع لا يحدون كذي الرحم المحرم. وفي المبسوط: تابوا وفيهم عبد قطع يد حر دفعه مولاه أو فداه كما لو فعله في غير قطع الطريق، وهذا لانه لا قصاص بين العبيد والاحرار فيما دون النفس فيبقى حكم الدفع والفداء، فإن كانت فيهم امرأة فعلت
***

[١١٧]
ذلك فعليها دية اليد في مالها لانه لا قصاص بين الرجال والنساء في الاطراف والواقع منها عمدا لا تعقله العاقلة. الخامسة لو قطع بعض القافلة على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة، وإذا لم يجب الحد وجب القصاص في النفس إن قتل عمدا بحديدة أو بمثقل عندهما ورد المال إن أخذه وهو قائم في يده وضمانه إن هلك أو استهلك. السادسة لو قطع الطريق بمصر ليلا أو نهارا أو بين مصرين فليس بقاطع الطريق استحسانا، وفي القياس أن يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي لوجوده حقيقة وقدمنا المفتي به اه‍. قوله: (ومن خنق في المصر غير مرة قتل به) أمرارا - كذا في شرح مسكين - لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل والخنق عصر الحلق. قيد بتعدده لانه لو خنق مرة واحدة فلا قتل عند الامام وإنما تجب الدية على العاقلة وهي نظير مسألة القتل بالمثقل. وصرح الشارح بأن القتل عند التكرار إنما هو بطريق السياسة. ومنها ما حكي عن الفقيه أبي بكر الاعمش أن المدعي عليه السرقة إذا أنكر فللامام أن يعمل فيه بأكبر رأيه، فإن غلب على ظنه أنه سارق وأن المال المسروق عنده عاقبه ويجوز ذلك كما لو رآه الامام جالسا مع الفساق في مجلس الشراب، وكما لو رآه يمشي مع السراق وبغلبة الظن أجازوا قتل النفس كما إذا دخل عليه رجل شاهر سيفه وغلب على ظنه أنه يقتله. وحكي عن عصام بن يوسف أنه دخل على أمين بلخ فأتي بسارق فأنكر السرقة فقال الامير لعصام: ماذا يجب عليه؟ فقال: على المدعي البينة وعلى المنكر اليمين فقال الامير: هاتوا بالسوط فما ضرب عشرة حتى أقر وأحضر السرقة فقال عصام: ما رأيت جورا أشبه بالعدل من هذا اه‍. وفي التجنيس: رجل ادعى على آخر بسرقة كان على المدعي البينة وعلى السارق اليمين، والضرب خلاف الشرع فلا يفتي به لان فتوى المفتي يجب أن يطابق الشرع. لص هو معروف بالسرقة وجده رجل يذهب في حاجته غير مشغول بالسرقة ليس له أن يقتله وله أن يأخذه، وللامام أن يحبسه حتى يتوب لان الحبس للزجر لتوبته مشروع. رجل استقبله اللصوص ومعه مال لا يساوي عشرة حل له أن يقاتلهم لقوله عليه السلام قاتل دون مالك واسم المال يقع على القليل والكثير. اللص إذا دخل دار رجل وأخذ المتاع وأخرجه فله أن يقتله ما دام المتاع معه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك فإن رمى به ليس له أن يقتله لانه لا يتناوله الحديث اه‍. وفي الذخيرة: رجل ادعى على رجل سرقة وقدمه إلى السلطان وطلب من السلطان أن يضربه
***

[١١٨]
فضربه السلطان مرة أو مرتين ثم أعيد إلى السجن من غير أن يعذبه نخاف المحبوس من التعذيب والضرب فصعد السطح ليفر فسقط من السطح ومات وقد لحقه غرامة في هذه الحادثة وقد ظهرت السرقة على يدي رجل آخر كان للورثة أن يأخذوا صاحب السرقة بدية أبيهم وبالغرامة التي أداها إلى السلطان لان الكل حصل بتسبيبه وهو متعد في هذا التسبيب، هكذا ذكر في مجموع النوازل. قيل: هذا الجواب مستقيم في حق الغرامة، أصله مسألة السعاية غير مستقيم في حق الدية لانه صعد السطح باختياره. وقيل: هو مستقيم في حق الدية أيضا لانه مكره على الصعود للفرار من حيث المعنى لانه إنما قصد الفرار خوفا على نفسه من التعذيب اه‍. ولم أر في كلام مشايخنا تعريف السياسة. قال المقريزي في الخطط: يقال ساس الامر سياسة بمعنى قام به وهو سائس من قولهم ساسه وسوسه القوم جعلوه يسوسهم، والسوس الطبع والخلق، يقال الفصاحة من سوسه والكرم من سوسه أي من طبعه. فهذا أصل وضع السياسة في اللغة، ثم رسمت بأنها القانون الموضوع لرعاية الآداب والمصالح وانتظام الاموال. والسياسة نوعان: سياسة عادلة تخرج الحق من الظالم الفاجر فهي من الشريعة علمها من علمها وجهلها من جهلها، وقد صنف الناس في السياسة الشرعية كتبا متعددة، والنوع الآخر سياسة ظالمة فالشريعة تحرمها إلى آخر ما ذكره من النصف الثاني عند ذكر جيوش الدولة التركية والله تعالى أعلم.

***
[١١٩]
كتاب السير مناسبته للحدود من حيث إن المقصود منهما إخلاء العالم عن الفساد فكان كل منهما حسنا لمعنى في غيره، وقدمها عليه لانها معاملة مع المسلمين والجهاد معاملة مع الكفار. وهذا الكتاب يعبر عنه بالسير والجهاد والمغازي، فالسير جمع سيرة وهي فعلة - بكسر الفاء - من السير فتكون لبيان هيئة السير وحالته إلا أنها غلبت في لسان الشرع على أمور المغازي وما يتعلق بها كالمناسك على أمور الحج وقالوا: السير الكبير فوصفوها بصفة المذكر لقيامها مقام المضاف الذي هو الكتاب كقولهم صلاة الظهر وسير الكبير خطأ كجامع الصغير وجامع الكبير. والجهاد هو الدعاء إلى الدين الحق والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال. والمغازي جمع المغزاة من غزوت العد وقصدته للقتال غزوا وهي الغزوة والغزاة. وسبب الجهاد عندنا كونهم حربا علينا، وعند الشافعي هو كفرهم، كذا في النهاية قوله: (الجهاد فرض كفاية ابتداء) مفيد لثلاثة أحكام: الاول كونه فرضا ودليله الاوامر القطعية كقوله تعالى * (فاقتلوا المشركين) * (التوبة: ٥) * (وقاتلوا المشركين كافة) * (التوبة: ٣٦) و * (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر) * (التوبة: ٢٩) وتعقب بأنها عمومات مخصوصة والمخصوص ظني الدلالة وبه لا يثبت الفرض. وأجيب بأن خروج الصبي والمجنون منها بالعقل لا يصيره ظنا وأما غيرهما فنفس النص ابتداء لم يتعلق به لانه مقيد بمن بحيث يحارب كقوله تعالى * (وقاتلوا المشركين كافة) * (التوبة: ٣٦) الآية. فلم تدخل المرأة. وأما الاحاديث الواردة فيه فظنية لا تفيد الافتراض، وقول صاحب الايضاح إذا تأيد خبر الواحد بالكتاب والاجماع يفيد الفرضية ممنوع بل المفيد حينئذ الكتاب والاجماع وجاء الخبر على وفقهما. وأما قوله عليه
***
[١٢٠]
السلام الجهاد ماض إلى يوم القيمة (١) فدليل على وجوبه وأنه لا ينسخ وهو من مضافي الارض مضاء نفذ. الثاني كونه على الكفاية لانه ما فرض لعينه إذ هو إفساد في نفسه وإنما فرض لا عزاز دين الله تعالى ودفع الشر عن العباد فإذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام، والادلة المذكورة وإن كانت تفيد فرض العين لكن قوله تعالى * (لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر والمجاهدون) * إلى قوله * (وكلا وعد الله الحسنى) * (النساء: ٩٥) وعد القاعدين الحسنى فلو كان فرض عين لاستحقوا الاثم وقد صح خروجه عليه السلام في بعض الغزوات وقعوده في البعض. وقد ظن بعض المشايخ من جواز القعود إذا لم يكن النفير عاما أنه تطوع في هذه الحالة وأكثرهم على أنه فرض كفاية فيها وليس بتطوع أصلا كما في الذخيرة وهو الصحيح كما في التتارخانية. هذا وفضله عظيم كما نطقت به الاحاديث النبوية. وفي الخانية: الحراسة بالليل عند الحاجة إليها أفضل من صلاة الليل. وفي فتح القدير: ومن توابع الجهاد والرباط وهو الاقامة في مكان يتوقع هجوم العدو فيه لقصد دفعه لله تعالى، والاحاديث في فضله كثيرة. واختلف في محله فإنه لا يتحقق في كل مكان والمختار أن يكون في موضع لا يكون وراءه إسلام وجزم به في التجنيس. الثالث افتراضه وإن لم يبدؤنا للعمومات، وأما قوله تعالى * (فإن قاتلوكم فاقتلوهم) * (البقرة: ١٩١) فمنسوخ كما في العناية. أطلقه فأفاد أنه لا يتقيد بزمان وتحريم القتال في الاشهر الحرم منسوخ بالعمومات قوله: (فإن قام به قوم سقط عن الكل وإلا أثموا بتركه) بيان لحكم فرض الكفاية. وفي الولواجية: ولا ينبغي أن يخلو ثغر من ثغور المسلمين ممن يقاوم الاعداء، فإن ضع ف أهل الثغر من المقاومة وخيف عليهم فعلى من وراءهم من المسلمين أن يعينوهم بأنفسهم والسلاح والكراع ليكون الجهاد قائما والدعاء إلى الاسلام
***
[١٢١]
دائما. قوله: (ولا يجب على صبي وامرأة وعبد وأعمى ومقعد واقطع) لان الصبي غير مكلف وكذا المجنون والعبد والمرأة مشغولان بحق الزوج والمولى وحقهما مقدم على فرض الكفاية والاعمى ونحوه عاجزون وقد قال تعالى * (ليس على الاعمى حرج) * (النور: ٦١) أطلق في المرأة والعبد وقيده في فتح القدير بعدم الاذن، أما لو أمر السيد والزوج العبد والمرأة بالقتال يجب أن يكون فرض كفاية ولا نقول صار فرض عين لوجوب طاعة المولى والزوج حتى إذا لم يقاتل في غير النفير العام يأثم لان طاعتهما المفروضة عليهما في غير ما فيه المخاطرة بالروح وإنما يجب ذلك على المكلفين لخطاب الرب جل جلاله بذلك والغرض انتفاؤه عنهم قبل النفير العام اه. وفيه نظر لان المرأة لا يجب عليها طاعة الزوج في كل ما يأمر به إنما ذلك فيما يرجع إلى النكاح وتوابعه خصوصا إذا كان في أمره إضرار

بها فإنها تأثم على تقدير فرض الكفاية وترك الناس كلهم الجهاد، نعم هو في العبد ظاهر لعموم وجوب الطاعة عليه. وفي الذخيرة: ويجوز للاب أن يأذن للصبي المراهق إذا طالق القتال بالخروج له وإن كان يخاف عليه القتل لان قصده تهذيبه لا إتلافه فهو كتعليمه السباحة ونحتنه. وقيده ركن الاسلام السغدي بأن لا يخاف عليه نحو أن يرمي بالحجر فوق الحصن أو النشاب، أما إذا كان يخاف عليه بأن كان يخرج للبراز فليس له أن يأذن له في القتال اه. وأشار بالمرأة والعبد إلى أن المديون لا يخرج إلى الجهاد ما لم يقض دينه فإن لم يكن عنده وفاء لا يخرج إلا بإذن الغريم لانه تعلق به حق الغريم، فإن كان للمال كفيل كفل بإذنه لا يخرج إلا بإذنهما، وإن كفل بغير إذنه لا يخرج إلا بإذن الطالب خاصة كذا في التنجيس - وهو يفيد أن له أن يأذن له أن يخرج بغير إذن الكفيل بالنفس لانه لا ضرر على الكفيل إذا تعذر احضاره عليه. وفي الذخيرة: إن أذن له الدائن ولم يبرئه فالمستحب له الاقامة لقضاء الدين لان الاولى أن يبدأ بما هو الاوجب، فإن غزا فلا بأس. وهذا إذا كان الدين حالا، فإن كان مؤجلا وهو يعلم بطريق الظاهر أنه يرجع

***

[١٢٢]

قبل أن يحل الاجل فالافضل الاقامة لقضاء الدين، فإن خرج بغير إذن لم يكن به بأس لعدم توجه المطالبة بقضائه اه. وإلى أنه لا يخرج إلى الجهاد إلا بإذن الوالدين فإن أذن له أحدهما ولم يأذن له الآخر فلا ينبغي له أن يخرج وهما في سعة من أن يمنعاه إذا دخل عليهما مشقة لان مراعاة حقهما فرض عين والجهاد فرض كفاية فكان مراعاة فرض العين أولى، فإن لم يكن له أبوان وله جدان أو جدتان فأذن له أب الاب وأم الام ولم يأذن له الآخران فلا بأس بالخروج لان أب الاب قائم مقام الاب وأم الام قائمة مقام الام فكانا بمنزلة الابوين. وأما سفر التجارة والحج فلا بأس بأن يخرج بغير إذن والديه لانه ليس فيه خوف هلاكه حتى لو كان السفر في البحر لا يخرج بغير إذنهما. ثم إنما يخرج بغير إذنهما للتجارة إذا كانا مستغنيين عن خدمته، أما إذا كانا محتاجين فلا، كذا في التجنيس. وتعبيره في فتح القدير بالحرمة تسامح. وإنما الثابت الكراهة. وفي البزازية: دلت العلة على التحاق الخروج إلى العلم بالحج والتجارة ولان الخروج إلى التجارة لما جاز لان يجوز للعلم أولى اه. وهذا كله إذا كان أبواه مسلمين، وأما إذا كانا كافرين أو أحدهما فكرها خروجه إلى الجهاد أو كره الكافر ذلك فعليه أن يتحرى، فإن وقع تحريه على أن الكراهة لما يلحقهما من التفجيع والمشقة لاجل الخوف عليه من القتل لا يخرج، وإن كان لاجل كراهة قتال الكفار يخرج، فإن شك ينبغي أن لا يخرج، كذا في الذخيرة. وفيها: أن من سوى الاصول إذا كرهوا خروجه للجهاد فإن كان يخاف عليهم الضياع فإنه لا يخرج بغير إذنهم وإلا يخرج وكذا امرأته اه. وفي التتارخانية: وإن كان عند الرجل ودائع وأربابها غيب فإن أوصى إلى رجل أن يدفع الودائع إلى أربابها كان له أن يخرج إلى الجهاد، والعالم الذي ليس في البلدة أحد أفقه منه ليس له أن يغزو لما يدخل عليهم من الضياع. قوله: (وفرض عين أن هجم العدو وفتخرج المرأة والعبد بلا إذن زوجها وسيده) لان المقصود عند ذلك لا يحصل إلا بإقامة الكل فيفترض على الكل فرض عين فلا يظهر ملك اليمين ورق النكاح في حقه كما في الصلاة والصوم بخلاف ما قبل ذلك لان بغيرهما مقنعا ولا ضرورة إلى إبطال حق المولى والزوج. وأفاد خروج الولد بغير إذن والديه بالاولى، وكذا الغريم يخرج إذا صار فرض عين بغير إذن دائنه وأن الزوج والمولى إذا منعا أثما، كذا في الذخيرة. ولا بد من قيد آخر وهو الاستطاعة في كونه فرض عين فخرج المريض المدنف، أما الذي يقدر على الخروج دون الدفع ينبغي أن يخرج لتكثير السواد لان فيه ارهابا، كذا في فتح

***

[١٢٣]

القدير. والهجوم الاتيان بغتة والدخول من غير استئذان، كذا في المغرب. المراد هجومه على بلدة معينة من بلاد المسلمين فيجب على جميع أهل تلك البلدة، وكذا من يقرب منهم إن لم يكن بأهلها كفاية، وكذا من يقرب ممن يقرب إن لم يكن ممن يقرب كفاية أو تكاسلوا وعصوا وهكذا إلى أن يجب على جميع أهل الاسلام شرقا وغربا كتجهيز الميت والصلاة عليه يجب أولا على أهل محلته فإن لم يفعلوا عجزا وجب على من ببلدتهم على ما ذكرنا، هكذا ذكروا وكان معناه إذا دام الحرب بقدر ما يصل الابعدون وبلغهم الخبر وإلا فهو تكليف ما لا يطاق بخلاف إنقاذ الاسير وجوبه على كل متجه من أهل المشرق والمغرب ممن علم. ويجب أن لا يأثم من عزم على الخروج وقعوده لعدم خروج الناس وتكاسلهم أو قعود السلطان أو منعه، كذا في فتح القدير. وفي الذخيرة: إذا دخل المشركون

أرضا فأخذوا الاموال وسبوا الذراري والنساء فعلم المسلمون بذلك وكان لهم عليهم قوة كان عليهم أن يتبعوهم حتى يستنقذوهم من أيديهم ما داموا في دار الاسلام، فإذا دخلوا أرض الحرب فكذلك في حق النساء والذراري ما لم يبلغوا حصونهم وجدرهم ويسعهم أن لا يتبعوهم في حق المال وذراري أهل الذمة وأموالهم في ذلك بمنزلة ذراري المسلمين وأموالهم اه. وفي البزازية: امرأة مسلمة سبيت بالمشرق وجب على أهل المغرب تخليصها من الاسر ما لم تدخل دار الحرب لان دار الاسلام كمكان واحد اه. ومقتضى ما في الذخيرة أنه يجب تخليصها ما لم تدخل حصونهم وجدرهم. وفي الذخيرة: ويستوي أن يكون المستنفر عدلا أو فاسقا يقبل خبرة في ذلك لانه خبر يشتهر بين المسلمين في الحال وكذلك الجواب في منادي السلطان يقبل خبره عدلا كان أو فاسقا اه. قوله: (وكره الجعل إن وجد فئ وإلا لا) أي إن لم يوجد فلا كراهة لانه يشبه الاجر ولا ضرورة إليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين، وإن دعت الضرورة فلا بأس أن يقوي المسلمون بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر الاعلى بإلحاق الادنى، ويؤيده أنه عليه السلام أخذ دروعا من صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد والجعل - بضم الجيم - ما يجعل للانسان في مقابلة شئ يفعله والمراد به هنا أن يكلف الامام الناس بأن يقوي بعضهم بعضا بالكراع والسلاح وغير ذلك من النفقة والزاد. والفئ المال والمأخوذ من الكفار بغير قتال كالخراج والجزية، وأما المأخوذ بقتال فإنه يسمى غنيمة، كذا في فتح القدير. وظاهره أنه إذا لم يكن في بيت المال فئ وكان فيه غيره من بقية الانواع فإنه لا يكره الجعل ولا يخفي ما فيه فإنه لا ضرورة لجواز الاستقراض

***

[١٢٤]

من بقية الانواع ولذا لم يذكر الفئ في الذخيرة والولوالجية إنما ذكر مال بيت المال وهو الحق. وفي الذخيرة: ثم من كان قادرا على الجهاد بنفسه وماله فعليه أن يجاهد بنفسه وماله قال الله تعالى * (وجاهدوا في الله حق جهاده) * (الحج: ٧٨) وحق الجهاد أن يجاهد بنفسه وماله، ولا ينبغي له في هذه الحالة أن يأخذ من غيره جعلا. ومن عجز عن الخروج وله مال ينبغي أن يبعث غيره عن نفسه بماله، ومن قدر بنفسه ولا مال له فإن كان في بيت المال مال يعطيه الامام كفايته من بيت المال، فإن أعطاه كفايته لا ينبغي أن يأخذ من غيره جعلا وإلا فله أن يأخذ الجعل من غيره. قال ركن الاسلام علي السغدي: إذا قال القاعد للشاخص خذ هذا المال فاغز به فإنه ليس باستئجار على الجهاد، فأما إذا قال خذه لتغزو به عني فهذا استئجار على الجهاد فلا يجوز، وينبغي أن تكون مسألة الحج على هذا التفصيل. وإذا دفع الرجل إلى غيره جعلا ليغزو به عنه هل له أن يصرفه في غير الغزو؟ فهو على وجهين: إن قال له أغز بهذا المال عني فليس له صرفه في غيره كقضاء دينه ونفقة أهله كمن دفع إلى آخر مالا وقال حج به عني، وإن قال اغز به فله صرفه إلى غيره كمن دفع مالا وقال حج به لانه ملكه المال وأشار إليه إشارة فله أن لا يأخذ بإشارته كقوله هذه الدار لك فاسكنها وهذا الثوب لك فالبسه كان له أن لا يسكنها ولا يلبسه. وفي شرح السير: إن للمدفوع إليه أن يترك بعض الجعل لنفقة عياله على كل حال لانه لا يتهيأ له الخروج إلا بهذا فكان من أعمال الجهاد معنى. وتفرع على الوجهين ما إذا عرض له عارض من مرض أو غيره فأراد أن يدفع إلى غيره أقل مما أخذ ليغزو به، فإن كان مراده إمساك الفضل لرب المال فلا بأس به، وإن كان مراده الامساك لنفسه ففي الوجه الاول لا يملك ذلك لانه ما ملكه بل أباح له الانفاق على نفسه في الغزو، وفي الثاني يملكه لان له أن لا يغزو أصلا، كذا في الذخيرة مختصرا. وفي الظهيرية: وينبغي أن تكون ألوية المسلمين بيضاء والرايات سوداء واللواء للامام والرايات للقواد، وينبغي أن يتخذ لكل قوم شعارا حتى إذا ضل رجل عن رايته نادى بشعاره وليس ذلك بواجب. والشعار العلامة والخيار إلى إمام المسلمين إلا أنه ينبغي له أن يختار كلمة دالة على ظفرهم بالعدو وبطريق التفول. ويكره للغزاة اتخاذ الاجراس في دار الحرب لانه يدلهم على المسلمين، أما في بلاد الاسلام فلا بأس به، ولا بأس بهذه الطبول التي تضرب في الحرب لاجتماع الناس واستعدادهم للقتال لانها ليست بطبول لهو. وينبغي أن يكون أمير الجيش بصيرا بأمر الحرب حسن التدبير لذلك ليس ممن يقتحم بهم المهالك ولا مما يمنعهم عن الفرصة، وينبغي للامام أن يستقبل الصفوف ويطوف عليهم يحضهم على القتال ويبشرهم

***

[١٢٥]

بالفتح إن صدقوا وصبروا، كذا في الظهيرية مختصرا. قوله: (فإن حاصرناهم ندعوهم إلى الاسلام) أي ضيقنا بالكفار وأحطنا بهم يقال حاصره العدو محاصرة وحصارا إذا ضيقوا عليه وأحاطوا به فطلب منهم الدخول في دين الاسلام لما روى الامام أحمد عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما قط إلا دعاهم. وفي الصحيح أمر ت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله (١) ولم يذكر المصنف ما يصير به الكافر مسلما وهو نوعان: قول وفعل. والكفار أقسام: قسم يجحدون الباري جل وعلا وإسلامهم إقرارهم بوجوده، وقسم يقرون به ولكن ينكرون وحدانيته وإسلامهم إقرارهم بوحدانيته، وقسم أقروا بوحدانيته وجحدوا رسالة محمد صلى الله عليه وسلم وإسلامهم إقرارهم برسالته صلى الله عليه وسلم، فالاصل أن كل من أقر بخلاف ما كان معلوما من اعتقاده أنه يحكم بإسلامه وهذا في غير الكتابي، أما اليهودي والنصراني فكان إسلامهم في زمنه عليه السلام بالشهادتين لانهم كانوا ينكرون رسالة النبي عليه الصلاة والسلام، وأما اليوم ببلاد العراق فلا يحكم بإسلامه بهما ما لم يقل تبرأت عن ديني ودخلت في دين الاسلام لانهم يقولون أنه أرسل إلى العرب والعجم لا إلى بني اسرائيل، كذا صرح به محمد رحمه الله، وإنما شرط مع التبري إقرارهم بالدخول في الاسلام لانه قد يتبرأ من اليهودية ويدخل في النصرانية أو في المجوسية. ولو قيل لنصراني أمحمد رسول الله حق فقال نعم لا يصير مسلما وهو الصحيح، ولو قال رسول إلى العرب والعجم لا يصير مسلما لانه يمكنه أن يقول هو رسول إلى العرب والعجم إلا أنه لم يبعث بعد. فإن قيل: يجب أن لا يحكم بإسلام اليهودي والنصراني وإن أقر برسالة محمد عليه السلام وتبرأ عن دينه ودخل في دين الاسلام ما لم يؤمن بالله وملائكته وكتبه ورسله ويقر بالبعث وبالقدر خيره وشره من الله تعالى لانها من شرائط الاسلام كما في حديث جبريل عليه السلام قلنا: الاقرار بهذه الاشياء وإن لم يوجد نصا فقد وجد دلالة لانه لما أقر بدخوله في الاسلام فقد التزم جميع ما كان شرط صحته. ولو قال الكتابي أنا مسلم أو أسلمت لا يحكم بإسلامه لانهم يدعون ذلك لانفسهم، وكذا لو قال أنا على دين الحنيفية. ولو قال الذمي لمسلم أنا مسلم مثلك يصير مسلما، كذا في الذخيرة والفتاوي. فالحاصل أن الكتابي اليوم إذا أتى بالشهادتين لا يحكم بإسلامه. وفي الفتاوي السراجية: سئل إذا قال

***

[١٢٦]

الذمي أنا مسلم أو إن فعلت كذا فأنا مسلم ثم فعله أو تلفظ بالشهادتين لا غير هل يصير مسلما؟ أجاب: لا يحكم بإسلامه في شئ من ذلك، كذا أفتى علماؤنا، والذي أفتى به إذا تلفظ بالشهادتين يحكم بإسلامه وإن لم يتبرأ عن دينه الذي كان عليه لان التلفظ بهما صار علامة على الاسلام فيحكم بإسلامه، وإذا رجع إلى ما كان عليه يقتل إلا أن يعود إلى الاسلام فيترك اه‍. وهذا يجب المصير إليه في ديار مصر بالقاهرة لانه لا يسمع من أهل الكتاب فيها الشهادتان ولذا قيده محمد بالعراق. وأما بالفعل فإن صلى بالجماعة صار مسلما بخلاف ما إذا صلى وحده إلا إذا قال الشهود صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا، وأما إذا صام أو أدى الزكاة أو حج لم يحكم بإسلامه في ظاهر الرواية، وعن محمد أنه إذا حج على الوجه الذي يفعله المسلمون يحكم بإسلامه، كذا في الذخيرة. وفي التتارخانية: وإن صلى خلف إمام ثم أفسد لم يكن مسلما، وكذا إذا قرأ القرآن أو صلى على محمد لم يكن مسلما أيضا، وأما الاذان فإن شهدوا أنه كان يؤذن ويقيم كان مسلما، سواء كان الاذان في السفر أو في الحضر، وإن قالوا سمعناه يؤذن في المسجد فليس بشئ حتى يقولوا هو مؤذن فإذا قالوا ذلك فهو مسلم لانهم إذا قالوا إنه مؤذن كان ذلك عادة له فيكون مسلما: كذا في البزازية. وينبغي أن يكون ذلك في حق الكتابي بناء على أنه لا يكون مسلما بمجرد الشهادتين.

***

[١٢٧]

قوله: (فإن أسلموا وإلا إلى الجزية) أي وإن لم يسلموا ندعوهم إلى أداء الجزية للحديث المعروف، وسيأتي التصريح من المصنف أن مشركي العرب والمرتدين لا تقبل منهم الجزية بل إما الاسلام أو السيف فلا يدعوا إليها ابتداء لعدم الفائدة فلا يرد على إطلاقه هنا. وفي شرح الطحاوي: إذا أسلموا نترك أموالهم ونجعل أراضيهم عشرية ونأمرهم بالتحول من دارهم إلى دار الاسلام لان المقام للمسلم

في دار الحرب مكروه، فإن أبوا أخبرهم أنهم كأعراب المسلمين ليس لهم في الفئ ولا في الغنيمة ولا في الخمس ولا في بيت المال نصيب. هذا إذا كان مكانهم بدار الحرب ليس متصلا بدار الاسلام، فإن كان متصلا لا يؤمرون بالتحول. وفي التتارخانية: وينبغي للامام أن يبين لهم مقدار الجزية ووقت وجوبها ويعلمهم أنه إنما يأخذها منهم في كل سنة مرة وأن الغني يؤخذ منه كذا ومن الفقير كذا ومن الوسط كذا اهـ. قوله: (فإن قبلوا فلهم ما لنا وعليهم ما علينا) أي قبلوا إعطاء الجزية صاروا ذمة لنا قال علي رضي الله عنه: إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا. وسيأتي في البيوع استثناء عقدهم على الخمر والخنزير وأن عقدهم على الخمر كعقدنا على العصير، وعقدهم على الخنزير كعقدنا على الشاة، وقدمنا أن الذمي مؤاخذ بالحدود والقصاص إلا حد شرب الخمر، وتقدم في كتاب النكاح أنهم إذا اعتقدوا جوازه بغير مهر أو شهود أو في عدة تتركهم وما يدينون بخلاف الربا فإنه مستثنى من عقودهم قوله: (ولا نقاتل من لا تبلغه الدعوة إلى الاسلام) أي لا يجوز القتال لقوله عليه الاسلام في وصية أمراء الاجناد فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله ولانهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال وسبي

***

[١٢٨]

الذراري فلعلهم يجيبون فنكفي مؤنة القتال، ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الاحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان. أطلق الدعوة فشمل الحقيقية والحكمية، فالحقيقية باللسان، والحكمية انتشار الدعوة شرقا وغربا أنهم إلى ماذا يدعون وعلى ماذا يقاتلون فأقيم ظهورها مقامها، وقد نص محمد عليه في السير الكبير فقال: وإذا لقي المسلمون المشركين فإن كان المشركون قوما لم يبلغهم الاسلام لا حقيقة ولا حكما فلا ينبغي لهم أن يقاتلوهم حتى يدعوهم إلى الاسلام، وفي فتح القدير: ولا شك أن في بلاد الله تعالى من لا شعور له لهذا الامر فيجب أن المراد غلبة ظن أن هؤلاء لم تبلغهم الدعوة. وفي التتارخانية: وإن كانوا قوما قد تبلغهم الاسلام إن أنهم لا يدرون أيقبل المسلمون الجزية أم لا فلا ينبغي لهم أن يقاتلوهم حتى يدعوهم إلى الجزية اهـ قوله: (وندعو ندبا من بلغته) أي الدعوة مبالغة في الانذار ولا يجب ذلك لانه صح أن النبي صلى الله عليه وسلم أغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد إلى أسامة أن يغير على أبنى صباحا ثم يحرق، والغارة لا تكون بدعوة. وابنى بوزن حبلى موضع بالشام. أطلق في الاستحباب وهو مقيد بأن لا يتضمن ضررا بأن يعلم أنهم بالدعوة يستعدون أو يحتالون أو يتحصنون وغلبة الظن في ذلك بما يظهر من أحوالهم كالعلم، كذا في فتح القدير. قوله: (وإلا فنستعين عليهم بالله تعالى بنصب المجانيق وحرقهم غرقهم وقطع أشجارهم وإفساد زروعهم ورميهم وإن تترسوا ببعضنا ونقصدهم) أي إن لم يقبلوا الجزية إلى آخره. أما الاستعانة فلانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على أعدائه فيستعان به في كل الامور، وأما نصب المجانيق فلانه عليه السلام نصبها على الطائف، وأما التحريق ونحوه فلانه عليه السلام أحرق البويرة أرسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم وأفسدوا زروهم لان في جميع ذلك إلحاق الغيظ والكبت بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا. أطلق في الاشجار فشمل المثمرة وغيرها كما في البدائع. وأطلق في جواز فعل هذه الاشياء وقيده في فتح القدير بما إذا لم يغلب على الظن أنهم مأخوذون بغير ذلك، فإن كان الظاهر أنهم مغلوبون وأن الفتح باد كره ذلك لانه إفساد في غير محل الحاجة وما أبيح إلا لها. وفي الظهيرية: ولا يستحب رفع الصوت في الحرب من غير أن يكون ذلك مكروها من وجه الدين ولكنه فشل والفشل الجبن، فإن كان فيه منفعة وتحريض للمسلمين فلا بأس به. وعن قيس بن عبادة قال: كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يكرهون الصوت عند ثلاث: الجنائز والقتال والذكر. والمراد بالذكر الوعظ. وقال الامام شمس الائمة السرخسي: ففي هذا الحديث بيان كراهة رفع الصوت عند سماع القرآن والوعظ فتبين به أن ما يفعله الذين يدعون الوجد والمحبة مكروه لا أصل له

***

[١٢٩]

في الدين، وتبين به أنه يمنع المتقشفة وحمقاء أهل التصوف مما يعتادونه من رفع الصوت وتمزيق الثياب عند السماع لان ذلك مكروه في الدين عند سماع القرآن والوعظ، فما ظنك عند سماع الغناء؟ ويندب للمجاهد في دار الحرب توفير الاظفار وإن كان قصها من الفطرة لانه إذا سقط السلاح من يده ودنا منه العدو ربما يتمكن من دفعه بأظافيره وهو نظير قص الشوارب فإنه سنة، ثم الغازي في دار

الحرب مندوب إلى توفيرها وتطويلها ليكون أهيب في عين من يبارزه. والحاصل أن ما يعين المرء على الجهاد فهو مندوب إلى اكتسابه لما فيه من اعزاز المسلمين وقهر المشركين اه. وأما جواز رميهم وإن تترسوا ببعضنا فلان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل المسلم ضرر خاص، ولانه قل ما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع عن اعتباره لا نسد بابه. أطلق في بعضنا فشمل الاسير والتاجر والصبيان لكن نقصد الكفار بالرمي دون المسلمين لانه إن تعذر التمييز فعلا فقد أمكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة، وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقترن بالفروض بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من إحياء نفسه، أما الجهاد بني على إتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان، وأما قوله عليه السلام ليس في الاسلام دم مفرج أي مهدر فمعناه ليس في دار الاسلام وكلامنا في دار الحرب، كذا في العناية، قيد بالتترس عند المحاربة لان الامام إذا فتح بلدة ومعلوم أن فيها مسلما أو ذميا لا يحل قتل أحد منهم لاحتمال كونه ذلك المسلم أو الذمي ولو أخرج واحدا من عرض الناس حل إذا قتل الباقي لجواز كون المخرج هو ذلك فصار في كون المسلم في الباقين شك بخلاف الحالة الاولى فإن كون المسلم أو الذمي فيهم معلوم بالفرض فوقع الفرق، كذا في فتح القدير. وفي الولوالجية وغيرها: فإن كان المسلمون في سفينة فاحترقت السفينة، فإن كان غلبة ظنهم أنهم لو ألقوا أنفسهم في البحر تخلصوا بالسباحة يجب عليهم أن يطرحوا أنفسهم في البحر ليتخلصوا من الهلاك القطعي، وإن استوى الجانبان إن أقاموا احترقوا وإن أوقعوا أنفسهم غرقوا فهم بالخيار عند أبي حنيفة وأبي يوسف لاستواء الجانبين. وقال محمد: لا يجوز لهم أن يلقوا أنفسهم في الماء لانه يكون اهلاكا بفعلهم ا ه. قوله: (ونهينا عن إخراج مصحف وامرأة في سرية يخاف عليهما) لان فيه تعريضهن على

***

[١٣٠]

الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فإنهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التأويل الصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو وما في الكتاب هو الاصح والاحوط خلافا لما ذكره الطحاوي من أنه لا كراهة في إخراج المصحف مطلقا. أطلق المرأة فشمل الشابة والعجوز للمداواة أو غيرها، كذا في الذخيرة. وقيد بالسرية لانه لا كراهة في الاخراج إذا كان جيشا يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق. وفي المغرب: ولم يرد في تحديد السرية نص، ومحصول ما ذكره محمد في السير أن التسعة وما فوقها سرية، وأما الاربعة والثلاثة ونحو ذلك طليعة لا سرية اه. وفي الخانية قال أبو حنيفة: أقل السرية مائتان وأقل الجيش أربعمائة. وقال الحسن بن زياد: أقل السرية أربعمائة وأقل الجيش أربعة آلاف. وفي المبسوط: السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار اه. وفي فتح القدير: وينبغي كون العسكر العظيم اثني عشر ألفا لما روي أنه عليه السلام قال لن تغلب اثناء عشر ألفا من قلة (٢) وهو أكثر ما روي فيه اه. وظاهر مفهوم المختصر أن في الجيش لا يكره إخراج المرأة مطلقا وخصوه بالعجائز للطب والمداواة والسقي، ويكره إخراج الشواب ولو احتيج إلى المباضعة فالاولى إخراج الاماء دون الحرائر والاولى عدم اخراجهن أصلا خوفا من الفتن. ولا تباشر المرأة القتال إلا عند الضرورة لانه يستدل به على ضعفهم. وأراد بالمصحف ما يجب تعظيمه ويحرم الاستخفاف به فيكره إخراج كتب الفقه والحديث في سرية كما في فتح القدير. وقيد بالاخراج في السرية لانه إذا دخل رجل مسلم إليهم بأمان لا بأس أن يحمل معه المصحف إذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض. وفي الذخيرة قال محمد في أهل الثغور التي تلي أرض العدو: لا بأس أن يتخذوا فيها النساء وأن يكون لهم فيها الذراري وإن لم يكن بين تلك الثغور وبين أرض العدو أرض المسلمين إذا كان الرجال يقدرون على الدفع عنهم وإلا فلا ينبغي قوله: (وغدر وغلول ومثلة) أي نهينا عنها لقوله عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا (٣) وهذه الثلاثة محرمة كما

***

[١٣١]

في فتح القدير. والغدر الخيانة ونقض العهد، والغلول السرقة من المغنم، والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول يقال مثلث بالرجل بوزن ضربت أمثل به بوزن انصر مثلا ومثلة إذا سودت وجهه وقطعت أنفه ونحوه ذكره في الفائق. وفي فتح القدير: وأما من جنى على جماعة جنايات متعددة ليس فيها قتل بأن قطع أنف رجل وأذني رجل وفقأ عيني آخر وقطع يدي آخر

ورجلي آخر فلا شك في أنه يجب القصاص لكل واحد أداء لحقه لكن يجب أن يتأنى لكل قصاص بعد الذي قبله إلى أن يبرأ منه وحينئذ يصير هذا الرجل ممثلا به أي مثلة ضمنا لا قصدا. وإنما يظهر أثر النهي والنسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله، فمقتضى النسخ أن يقتل به ابتداء ولا يمثل به. ثم لا يخفي أن هذا بعد الظفر والنصر، أما قبل ذلك فلا بأس به إذا وقع قتال كمبارز ضرب فقطع أذنه ثم ضربه ففقأ عينه فلم ينته فضربه فقطع يده وأنفه ونحو ذلك اه. وفي الظهيرية: ولا بأس بحمل الرؤوس إذا كان فيه غيظ للمشركين أو إفراغ قلب للمسلمين بأن كان المقتول من قواد المشركين أو عظماء المبارزين ألا ترى أن عبد الله بن مسعود حمل رأس أبي جهل لعنه الله إلى النبي صلى الله عليه وسلم يوم بدر حتى ألقاه بين يديه فقال: هذا رأس عدوك أبي جهل لعنه الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم: الله أكبر هذا فرعوني وفرعون أمتي كان شره علي وعلى أمتي أعظم من شر فرعون على موسى وأمته ولم ينكر عليه ذلك اه. قوله: (وقتل امرأة وغير مكلف وشيخ فان وأعمى ومقعد إلا أن يكون أحدهم ذا رأي في الحرب أو ملكا) أي نهينا عن قتل هؤلاء لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمين والمقطوع يده ورجله من خلاف والراهب الذي لم يقاتل وأهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس، وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل الصبيان والنساء، وحين رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال: هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت؟ وأما إذا كان لاحدهم رأي في الحرب أو كان ملكا فقد يتعدى ضرره إلى العباد ولذا يقتل من قاتل دفعا لشره، ولان القتال مبيح حقيقة. وغير المكلف شامل للصبي والمجنون
***
[١٣٢]
غير أنهما يقتلان ما داما يقاتلان، وغيرهما لا بأس بقتله بعد الاسر لانه من أهل العقاب لتوجه الخطاب نحوه وإن أمكن السبي وإن كان يجن ويفيق فهو في حالة إفاقته كالصحيح. وفي التتارخانية: لا يقتل المعتوه. وفي فتح القدير: ثم المراد بالشيخ الفاني الذي لا يقتل من لا يقدر على القتال ولا الصياح عند التقاء الصفين ولا على الاحبال لانه يجئ منه الولد فيكثر محارب المسلمين، ذكره في الذخيرة. وزاد الشيخ أبو بكر الرازي في كتاب المرتد من شرح الطحاوي أنه إذا كان كامل العقل نقتله ومثله نقتله إذا ارتد والذي لا نقتله الشيخ الفاني الذي خرف وزال عقله وخرج عن حدود العقلاء والمميزين فحينئذ يكون بمنزلة المجنون فلا نقتله ولا إذا ارتد. قال: وأما الزمني فهم بمنزلة الشيوخ فيجوز قتلهم إذا رأى الامام ذلك بعد أن يكونوا عقلاء ونقتلهم أيضا إذا ارتدوا اه. وفي الذخيرة: ونقتل الاخرس والاصم والمقطوع اليسرى. وفي التتارخانية: ولا نقتل من في بلوغه شك. ولا بأس بنبش قبورهم طلبا للمال. وإذا كان بالمسلمين قوة على حمل من لا يقتل وإخراجهم إلى دار الاسلام لا ينبغي لهم أن يتركوا في دار الحرب امرأة ولا صبيا ولا معتوها ولا أعمى ولا مقعدا ولا مقطوع اليد والرجل من خلاف ولا مقطوع اليد اليمنى لان هؤلاء يولد لهم ففي تركهم عون على المسلمين. وأما الشيخ الفاني الذي لا يلقح فإن شاء أخرجه وإن شاء تركه. وكذلك الرهبان وأصحاب الصوامع إذا كانوا ممن لا يصيبون النساء وكذلك العجوز الذي لا يرجى ولدها، فإن شاء الامام أخرجهم وإن شاء تركهم اه. وفي البدائع: ولو قتل لا يحل له قتله ممن ذكرنا فلا شئ فيه من دية ولا كفارة إلا التوبة والاستغفار لان دم الكافر لا يتقوم إلا بالامان ولم يوجد قوله: (وقتل أب مشرك) أي نهينا عن ابتداء أبيه بالقتل لقوله تعالى * (وصاحبهما في
***
[١٣٣]
الدنيا معروفا) * (لقمان: ١٥) ولانه يجب عليه إحياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق في إفنائه ولو قتله لا شئ عليه لعدم العاصم قوله: (وليأب الابن ليقتله غيره) أي ليمتنع الابن من إطلاقه وقتله ليقتله غيره لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم فإذا أدركه في الصف يشغله بالمحاولة بأن يعرقب فرسه أو يطرحه من فرسه ويلجئه إلى مكان، ولا ينبغي أن ينصرف عنه ويتركه لان يصير حربا علينا. ولو قال المصنف وقتل أصله المشرك لكان أولى لان هذا الحكم لا يخص الاب لان أمه وأجداده وجداته من قبل الاب والام كالاب فلا يبتدئهم بالقتل. وخرج فرعه وإن سفل فللاب أن يبتدئ بقتل ابنه الكافر لانه لا يجب عليه احياؤه، وكذا أخوه وخاله وعمه المشركون ولذا لم يجب عليه الانفاق عليهم إلا بشرط الاسلام. وقيدنا بالابتداء لانه لو قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه إلا بقتله لا بأس به لان مقصوده الدفع ألا ترى أنه لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه إلا بقتله لا بأس بقتله لما بينا

فهذا أولى. وقيد بالمشرك لان الباغي يكره ابتداء القريب بقتله، سواء كان أبا أو أخا أو غيرهما لانه يجب عليه إحياؤه بالانفاق عليه لاتحاد الدين فكذا بترك القتل، وأما في الرجم إذا كان الابن أحد الشهود فيبتدئ بالرجم ولا يقصد قتله بأن يرميه مثلا بحصاة. قوله: (ونصالحهم ولو بمال لو خيرا) لقوله تعالى * (وإن جنحوا للسلم فاجنح لها) * (الانفال: ٦١) ووادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى إذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل به فإذا وقع الصلح أمنوا على أنفسهم وأموالهم وذراريهم وأمن من أمنوه وصار في حكمهم كما في الولوالجية: أراد بالصلح العهد على ترك الجهاد مدة معينة أي مدة كانت ولا يقتصر الحكم على المدة المذكورة في المروي لتعدي المعني إلى ما زاد عليها. وقيد بالخير لانه لا يجوز بالاجماع إذا لم يكن فيه مصطلحة. وأطلق في قوله ولو بمال فشمل المال المدفوع منهم إلينا وعكسه، والاول ظاهر إذا كان بالمسلمين حاجة إليه لانه جهاد معنى ولانه إذا جاز بغير المال فبالمال أولى، وإن لم يكن إليهم حاجة به لا يجوز لانه ترك للجهاد صورة ومعنى، والمأخوذ منهم يصرف مصارف الجزية لانه مأخوذ بقوة المسلمين كالجزية إلا إذا نزلوا بدارهم للحرب فحينئذ يكون غنيمة لكونه مأخوذا بالقهر، والثاني لا يفعله الامام لما فيه من إعطاء الدنية ولحوق المذلة إلا إذا خاف على المسلمين لان دفع الهلاك بأي طريق أمكن واجب.

***

[١٣٤]

وذكر الولوالجي: لو دخل الموادعون بلدة أخرى لا موادعة معهم فغزا المسلمون في تلك البلدة فهؤلاء آمنون لبقاء الامان. ولو أسر من الموادعين أهل دار أخرى فاستولى عليه المسلمون كان فيأ لان حكم الموادعة بطل في حق الاسير اه. وفي المحيط: ولو وقع الصلح ثم سرق مسلم منهم شئ لا يملكه، وكذا إن أغار المسلمون عليهم وسبوا قوما منهم لم يسع المسلمون الشراء من ذلك السبي ويرد المبيع، ومن دخل منهم دارنا بغير أمان لا نتعرض له لان الموادعة السابقة كافية في إفادة الامان والعصمة اه. وأطلق في المصالح ولم يقيده بالامام لان موادعة المسلم أهل الحرب جائزة كاعطائه الامان، فإن كان على مال ولم يعلم الامام ذلك، فإن مضت المدة أخذه وجعله في بيت المال، وإن علم بها قبل مضيها، فإن كان فيها خير أمضاها وأخذ المال وإلا أبطلها ورد المال ونبذ إليهم، وإن كان بعد مضي البعض رد كل المال استحسانا بخلاف ما إذا وادعهم ثلاث سنين كل سنة بكذا وقبض المال كله ثم أراد الامام نقضها بعد مضي سنة فإنه يرد الثلثين لتفريق العقود هنا بتفريق التسمية بخلاف الاول فإن العقد واحد. ولو وادع المسلمون أهل الحرب على أن يؤدوا كل سنة مائة رأس إلينا وفيها خير، فإن كانت من أنفسهم وأهليهم وذراريهم لم يصح لان الكل دخلوا تحت الامان فلا يجوز استرقاقهم وتمليكهم، وإن صالحوا على مائة رأس بأعيانهم أول سنة على أن يكون أولئك لهم ثم يعطوهم كل سنة مائة رأس من رقيقهم جاز لعدم دخولهم تحت الامان، وتمامه في المحيط. وذكر الولوالجي: وهذا كله إذا وقع الصلح على أن يكونوا مبقين على أحكام الكفر، فإن وقع الصلح على أن تجري عليهم أحكام الاسلام فقد صاروا ذمة ولا يسع للمسلمين أن لا يقبلوا ذلك منهم لانهم لما قبلوا حكم الاسلام صاروا من جملة أهلها. قوله: (ونبنذ لو خيرا) لانه عليه السلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهارا وإبقاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى فلا بد من النبذ تحرزا عن الغدر. ولا بد من اعتبار مدة يبلغ خبر النبذ إلى جميعهم ويكتفي في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته لان بذلك ينتفي الغدر، فإن كانوا خرجوا من حصونهم وتفرقوا في البلاد أو خربوا حصونهم بسبب الأمان فحتى يعودوا كلهم إلى مأمنهم ويعمروا حصونهم مثل ما كانت توقيا عن الغدر. وفي المغرب: نبذ الشئ من يده طرحه ورمى به نبذا، ونبذ العهد نقضه وهو من ذلك لانه طرح له. وفي النهاية: والمراد هنا من قوله فلا بد من النبذ إعلام نقض العهد. وذكر الشارح أن النبذ يكون على الوجه الذي كان الامان، فإن كان منتشرا يجب أن يكون النبذ كذلك، وإن كان غير منتشر بأن أمنهم واحد

***

[١٣٥]

من المسلمين سرا يكتفي بنبذ ذلك الواحد كالحجر بعد الاذن. وهذا إذا صالحهم مدة فرأى نقضه قبل مضي المدة، وأما إذا مضت

المدة فإنه يبطل الصلح بمضيها فلا ينبذ إليهم، ومن كان منهم في دارنا فهو آمن حتى يبلغ مأمنه لانه في يدنا بأمان، كذا ذكره الولوالجي قوله: (ونقاتل بلا نبذ لو حان ملكهم) لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه. أطلق في خيانة ملكهم فشمل ما إذا كان باتفاق الكل أو بفعل بعضهم بإذنه حتى لو دخل جماعة منهم ذو منعة دار الاسلام بإذنه وقاتلوا المسلمين كان نقضا. وقيد بملكهم لانه لو دخل جماعة بغير إذنه لم ينتقض في حق الكل، وإنما ينتقض في حق الخائنين حتى يجوز قتلهم واسترقاقهم وإن لم يكن لهم منعة لم يكن نقضا للعهد قوله: (والمرتدين بلا مال وإن أخذ لم يرد) أي نصالح المرتدين حتى ننظر في أمورهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا في إسلامهم، ولا نأخذ عليه مالا لانه لا يجوز أخذ الجزية منهم وإن أخذه لم يرده لانه مال غير معصوم. وأشار إلى أنه يجوز الصلح مع أهل البغي بالاولى ولا يؤخذ منهم شئ، وصرح الشارح بأن أموالهم معصومة فظاهره أنه إذا أخذ شئ لاجل الصلح يرد عليهم. وفي فتح القدير: ويرد عليهم بعد ما وضعت الحرب أوزارها ولا يردها حال الحرب لانه إعانة لهم اه. وأطلق في جواز صلح المرتدين وهو مقيد بما إذا غلبوا على بلدة وصار دارهم دار الحرب وإلا فلا، لان فيه تقرير المرتد على الردة وذلك لا يجوز ولذا قيده الفقيه أبو الليث بما ذكرنا، كذا في الفتح قوله: (ولم نبع سلاحا منهم) لان النبي عليه السلام نهي عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله إليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك، وصرح الشارحون بحرمته. أراد من السلاح ما يكون سببا لتقويتهم على الحرب فدخل الكراع والحديد لانه أصل السلاح وهو ظاهر الرواية. والكراع الخيل. ودخل الرقيق لانهم يتوالدون عندهم فيعودون حربا علينا مسلما كان الرقيق أو كافرا. وخرج الطعام والقماش والقياس المنع إلا أنا عرفناه بالنص لانه عليه السلام أمر ثمامة أن يمير أهل مكة وهم حرب عليه. وشمل كلامه ما قبل الموادعة وما بعدها لانها على شرف الانقضاء أو النقض قال الفقيه أبو الليث: وليس هذا كما قالوا في بيع العصير ممن يجعله خمرا لان العصير ليس بآلة للمعصية وإنما يصير آلة لها بعدما يصير خمرا، وأما هنا فالسلاح آلة للفتنة في الحال اه. وفي كافي الحكم: فإن كان الحربي جاء بسيف فاشترى. مكانه قوسا أو رمحا أو فرسا لم يترك أن يخرج به مكان سيفه، وكذا إذا استبدل بسيفه سيفا خيرا منه، وإن كان مثله أو شرا منه لم يمنع اه. فما يمنع المسلم منه المستأمن منهم أن يدخل به دارهم وإن خرج هو بشئ ما ذكرنا فلا يمنع من الرجوع به إلا إذا أسلم العبد.

***

[١٣٦]

قوله: (ولا يقتل من أمنه حر أو حرة) لقوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم (١) أي أقلهم وهو الواحد ولانه من أهل القتال فيخافونه إذ هو من أهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقاته محله ثم يتعدى إلى غيره، ولان سببه لا يتجزأ وهو الايمان وكذا الامان لا يتجزى فيتكامل كولاية الانكاح، وأجاز عليه السلام أمان أم هانئ رجالا من المشركين يوم فتح مكة كما رواه الشيخان. وركنه صريح وكناية وإشارة، فالصريح كقوله أمنت أو وادعت أو لا تخافوا منا ولا تذهلوا لا بأس عليكم لكم عهد الله أو ذمته تعالوا فاسمعوا الكلام، ويصح بأي لسان وإن كانوا لا يعرفونه بعد أن عرفه المسلمون بشرط سماعهم له فلا أمان لو كان بالبعد منهم. ومن الكنايات قول المسلم للمشرك تعال إذا ظن أنه أمان كان أمانا، وكذا إذا أشار بأصبعه إلى السماء فيه بيان أعطيتك ذمة إله السماء والمشرك إذا نادى الامان فهو أمن إذا كان ممتنعا، وإن كان في موضع ليس بممتنع وهو ماد سيفه ورمحه فهو فئ. ولو طلب الامان لاهله لا يكون هو آمنا بخلاف ما إذا طلب لذراريه فإنه يدخل تحت الامان. وفي دخول أولاد البنات روايتان. ولو طلبه لاولاده دخل فيه أولاد الابناء دون أولاد البنات، ولو طلبه لاخوته دخل الاخوات تبعا دون الاخوات المفردات، وكذا لو طلبه لابنائه دخلت بناته كالآباء يدخل فيه الآباء والامهات، ولا يدخل الاجداد لعدم صلاحيتهم للتبعية، كذا في المحيط. ولو طلبه لقرابته دخل الولدان استحسانا. وشرائطه العقل فلا يجوز أمان المجنون والصبي الذي لا يعقل، والبلوغ فلا يصح أمان الصبي العاقل، والاسلام فلا يصح أمان الذمي وإن كان مقاتلا، وأما الحرية فليست بشرط، وكذا السلامة عن العمى والزمانة والمرض. وأما حكمه فهو ثبوت الامن للكفرة عن القتل والسبي والاستغنام، وأما إذا وجد في أيديهم مسلم أو ذمي أسير فإنه يؤخذ منهم كما في التتارخانية وقال محمد: وإذا أمن رجل من المسلمين ناسا من المشركين فأغار عليهم قوم

***

[١٣٧]
آخرون من المسلمين قتلوا الرجل وسبوا النساء والاموال واقتسموا ذلك وولد لهم منهن أولاد ثم علموا بالامان فعلى الذين قتلوا دية من قتلوا وترد النساء والاموال إلى أهلها وتغرم للنساء أصدقتهن لما أصابوا من فروجهن، والاولاد أحرار مسلمون تبعا لابيهم لكن إنما ترد النساء بعد ثلاث حيض، وفي زمان الاعتداد يوضعن على يدي عدل، والعدل امرأة عجوز ثقة لا الرجل، ويكون الاولاد أحرارا بغير قيمة، كذا في التتارخانية اه‍. وأما صفته فهو عقد غير لازم حتى لو رأى الامام المصلحة في نقضه نقضه، كذا في البدائع قوله: (وننبذ لو شرا) أي نقض الامام الامان لو كان بقاؤه شرا لان جوازه كان للمصلحة مع أنه يتضمن ترك القتال المفروض فإذا صارت المصلحة في نقضه نقض. وعبارة المصنف شاملة لما إذا اعطى الامام الامان لمصلحة ثم رأى المصلحة في نقضه ولما إذا أمنهم مسلم بغير إذن الامام ولا مصلحة فيه، فاقتصار الشارح على الثاني مما لا ينبغي. وإذا فعله الواحد ولا مصلحة فيه أدبه الامام لانفراده برأيه بخلاف ما إذا كان فيه مصلحة لانه ربما تفوت بالتأخير فيعذر. وفي البدائع: إن الامان على وجهين: مطلق وموقت، فالاول ينتقض بأمرين: إما ينقض الامام وينبغي أن يخبرهم به ثم يقاتلهم خوفا من الغدر، وإما بمجئ أهل الحصن إلى الامام بالامان ثم امتناعهم عن الاسلام وقبول الجزية فإنه ينتقض لكن يردهم إلى مأمنهم ثم يقاتلهم احترازا عن التغرير، فإن امتنعوا أن يلحقوا بمأمنهم أجلهم على ما يرى، فإن لم يرجعوا حتى مضى الاجل صاروا ذمة. والثاني ينتهي بمضي الوقت من غير توقف على النقض، ولهم أن يقاتلوهم إلا إذا دخل واحد منهم دار الاسلام فمضى الوقت وهو فيه فهو آمن حتى يرجع إلى مأمنه. قوله: (وبطل أمان ذمي وأسير وتاجر وعبد ومحجور عن القتال) لان الذمي لا ولاية له على المسلمين وهو متهم والاسير والتاجر مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهم والامان يختص بمحل الخوف والعبد المحجور عن القتال لا يخافونه فلا يلاقي الامان محله بخلاف المأذون في القتال لان الخوف منه متحقق، وصحح محمد أمانه. قيد بكون الامان من الذمي لان الامير لو أمر الذمي بأن يؤمنهم فأمنهم فهو جائز والمسألة على وجهين: إما أن يقول له قل لهم إن
***
[١٣٨]
فلانا أمنكم أو قال له أمنهم وكل على وجهين: أما إن قال الذمي قد أمنتكم أو إن فلانا المسلم قد أمنكم ففي الثاني يصح أمانه في الوجهين، وفي الاول إن قال لهم الذمي إن فلانا أمنكم صح، وإن قال أمنتكم فهو باطل. وأراد بالاسير والتاجر المسلم الذي في دار الحرب، فلو دخل مسلم دار الحرب وأمن جندا عظيما فخرجوا معه إلى دار الاسلام وظفر بهم المسلمون فهم فئ بخلاف ما إذا خرج واحد منهم أو عشرون مع المسلم بأمان فهو آمن لانه في الاول مقهور معهم دون الثاني. وفي الذخيرة: أراد بقوله لا يصح أمان الاسير لا يصح أمانه في حق باقي المسلمين حتى كان لهم أن يغيروا عليهم، وأما أمانه في حقه صحيح، وإذا صح أمانه في حق نفسه صار حكمه وحكم الداخل فيهم بأمان سواء، فلا يأخذ شيئا من أموالهم بغير رضاهم، وكذلك لا يأخذ ما كان للمسلمين وصار ملكا لهم بالاستيلاء والاحراز بدارهم، وما كان للمسلمين ولم يصر ملكا لهم بالاستيلاء لا بأس بأن يأخذه ويخرجه إلى دار الاسلام، وكذا قال في الذخيرة. ومعنى عدم صحة أمان العبد المحجور في حق باقي المسلمين، أما أمان العبد المحجور في حق نفسه صحيح بلا خلاف، والجواب في الامة كالجواب في العبد إن كانت تقاتل بإذن المولى فأمانها صحيح وإلا فلا اه‍. وأطلق في أمان الذمي فشمل ما إذا أذنه الامام بالقتال بخلاف ما إذا أذنه الامام بالامان كما قدمنا، وبخلاف العبد المأذون بالقتال، والفرق هو الصحيح. وفي السراجية: والفاسق يصح أمانه. وفي الخانية من فصل إعتاق الحربي: العبد المسلم إذا خدم مولاه الحربي في دار الحرب كانت خدمته له أمانا له والله سبحانه وتعالى أعلم. باب الغنائم وقسمتها الغنائم جمع غنيمة. قال في القاموس: المغنم والغنيم والغنيمة والغنم بالضم الفئ.
***
[١٣٩]
غنم - بكسر - غنما بالضم وبالفتح وبالتحريك، وغنيمة وغنمانا بالضم الفوز بالشئ بلا مشقة اه‍. وفي المغرب: الغنيمة ما نيل من أهل الشرك، عن أبي عبيدة عنوة والحرب قائمة. وحكمها أن تخمس وسائرها بعد الخمس للغانمين خاصة. والفئ ما نيل منهم بعدما تضع

الحرب أوزارها وتصير الدار دار إسلام، وحكمه أن يكون لكافة المسلمين ولا يخمس اهـ. قوله: (ما فتح الامام عنوة قسم بيننا أو أقر أهلها ووضع الجزية والخراج) أي الجزية على رؤسهم والخراج على أراضيهم والعنوة القهر كما في القاموس. وبه اندفع ما في شروح الهداية فالقسمة اتباع لفعله عليه السلام بخيبر وعدمها اتباع لفعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة ولم يجد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة فيتخير. وقيل: الاول هو الاولى عند حاجة الغانمين، والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني، ولا يخفى أن القسيمة بعد إخراج الخمس قيد بالاراضي لان في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفي العقار خلاف الشافعي لان في المن إبطال حق الغانمين أو ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله، والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام أن يبطل حقهم رأسا إما بالعوض القليل وإما والحجة عليه ما روينا، ولان فيه نظرا لهم لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع أنه يحظئ به الذين يأتون من بعد والخراج وإن قل حالا فقد جل مآلا وهو المن عليهم برقابهم وأراضيهم فقط وقسمة الباقي لدوامه، وإن من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع إليهم من المنقولات قدر ما يتهيؤ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة قوله:

***

[١٤٠]

(وقتل الاسرى أو استرق أو تركهم أحرارا ذمة لنا) يعني أن الامام بالخيار إن شاء قتلهم لانه عليه السلام قد قتل ولان فيه حسم مادة الفساد، وإن شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام، وإن شاء تركهم أحرارا ذمة للمسلمين لما بينا إلا مشركي العرب والمرتدين فإنهم لا يسترقون ولا يكونون ذمة على ما نبين إن شاء تعالى، وليس له فيمن أسلم منهم إلا الاسترقاق لان قتله أو وضع الجزية عليه بعد إسلامه لا يجوز قيد بكون الخيار للامام لانه ليس لواحد من الغزاة أن يقتل أسيرا بنفسه لان الرأي فيه إلى الامام فقد يرى مصلحة المسلمين في استرقاقه فليس له أن يفتات عليه. وعلى هذا فلو قتل بلا ملجئ بأن خاف القاتل شر الاسير كان له أن يعزره إذا وقع على خلاف مقصوده ولكن لا يضمن بقتله شيأ، كذا في فتح القدير. وفي القاموس: الاسير الاخيذ والمقيد والمسجون والجمع أسرى وأسارى وأسرى قوله: (وحرم ردهم إلى دار الحرب والفداء والمن) لان في ردهم تقويتهم على المسلمين وفي الفداء بهم معونة الكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استخلاص الاسير المسلم لانه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف إلينا، والاعانة بدفع أسيرهم إليهم مضاف إلينا فلا يجوز عند الامام أبي حنيفة، وجوزا أن يفادى أسرى المسلمين تخليصا للمسلم وجوابه ما مر. أطلق في منع الفداء فشمل الشيخ الكبير الذي لا يرجى له نسل. وعن محمد جوازه كما في الولواجية، وشمل إطلاق الحربي وأخذ المسلم الاسير عوضا عنه واستنقاذه منا بمال نأخذه منه. قال في المغرب: فداه من الاسر فداء وفدى استنقذه منه بمال، والفدية اسم ذلك المال، والمفاداة بين اثنين يقال فداه إذا أطلقه وأخذ فديته. وعن المبرد: المفاداة أن تدفع رجلا وتأخذ رجلا والفداء أن تشتريه وقيل هما بمعنى اهـ. وفي الثاني خلاف ففي المشهور من المذهب لا يجوز. وفي السير الكبير: لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسرى بدر، ولو كان أسلم الاسير في أيدينا لا يفادى بمسلم أسير في أيديهم لانه لا يفيد إلا إذا طابت نفسه به وهو مأمون على إسلامه، وأما المن فقال في القاموس: من عليه منا أنعم واصطنع عنده صنيعة اهـ. واختلفت العبارات في المراد به هنا ففي فتح القدير: هو أن يطلقهم إلى دار الحرب بغير شئ. وفي غاية البيان والنهاية: هو الانعام عليهم بأن يتركهم مجانا بدون إجراء الاحكام عليهم من القتل والاسترقاق أو تركهم ذمة للمسلمين اهـ. ولا يصح الاول في كلام المختصر لانه هو عين قوله وحرم ردهم إلى دار الحرب وإنما حرم لان بالاسر ثبت حق الغانمين فلا يجوز إبطال ذلك بغير عوض كسائر الاموال المغنومة. وقيد بفداء الكفار لانه يجوز فداء أسرى المسلمين به الذين في دار الحرب بالدراهم والدنانير وما ليس فيه قوة للحرب كالثياب وغيرها

***

[١٤١]

ولا يفادون بالسلاح، كذا في غاية البيان. وظاهر الولواجية أنه يجوز مفاداة أسرى المسلمين بالسلاح والكراع اتفاقا قوله: (وعقر مواش شق إخراجها فتذبح وتحرق) أي وحرم عقر المواشي لانه مثلة فيذبحها لان ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض أصح من كسر

شوكة الاعداء، ثم تحرق بالنار لتنقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه، قال في المحيط: وأشار إلى أنه يحرق الاسلحة والامتعة إذا تعذر نقلها وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار إبطالا للمنفعة عليهم. قال في المغرب: عقره عقرا جرحه، وعقر الناقة بالسيف ضرب قوائمها. والمواشي جمع ماشية وهي الابل والبقر والغنم. وقيد بالمواشي احترازا عن النساء والصبيان التي يشق إخراجها فإنها تترك في أرض خربة حتى يموتوا جوعا كيلا يعودوا حربا علينا لان النساء يقع بهن النسل، وأما الصبيان فإنهم يبلغون فيصيرون حربا علينا، كذا في فتاوى الولوالجي. وتعقبه في فتح القدير بأنه أقوى من القتل المنهي عنه في قتل النساء والصبيان اللهم إلا أن يضطروا إلى ذلك بسبب عدم الحمل فيتركوا ضرورة وهو عجيب منه لان الولوالجي صرح بأنه يفعل بالنساء والصبيان ذلك عند عدم إمكان الاخراج لا مطلقا فلا إشكال أصلا والمسألة مذكورة في المحيط أيضا وذكر بعده: ولهذا قال علماؤنا: إذا وجد المسلمون حية أو عقربا في دار الحرب في رحالهم ينزعون ذنب العقرب وأنياب الحية قطعا للضرر عن أنفسهم ولا يقتلونها لان فيه منفعة الكفار وقد أمرنا بضده اه‍. وفي التتار خانية: نساء من أهل الاسلام متن في دار الحرب فيطأ أهل الحرب النساء الاموات قال: يسعنا أن نحرقهن بالنار اه‍. قوله: (وقسمة غنيمة في دارهم لا للايداع) أي حرم قسمة الغنائم في دار الحرب لغير إيداع لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغنائم في دار الحرب والقسمة بيع معنى فتدخل تحته، ولان الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهرا، والاصل عندنا أنه لا ملك قبل الاحراز بدار الاسلام فتحرم القسمة والبيع قبله ويشارك المدد العسكر قبله ولو من أهل الحرب إذا أسلموا بدارهم قبل الاستيلاء عليهم، ولا يثبت نسب ولد أمة
***
[١٤٢]
من السبي ادعاه بعض الغانمين قبله ويجب عقرها وتقسم الامة والولد والعقر بين الغانمين، ولا يورث نصيب من مات قبله ولا ضمان على من أتلف شيئا من الغنيمة قبله، كذا ذكره الشارح وغيره، وظاهره أن جميع تلك الاحكام إنما هي قبله، أما بعده فالاحكام مختلفة وليس كذلك فإنه لا ملك بعد الاحراز بدار الاسلام أيضا إلا بالقسم بدار الاسلام فلا يثبت بالاحراز ملك لاحد بل يتأكد الحق، ولهذا لو أعتق واحد من الغانمين عبدا بعد الاحراز لا يعتق، ولو كان هناك ملك مشترك عتق بعتق الشريك ويجري فيه ما عرف في عتق الشريك، فحكم استيلاد الجارية بعد الاحراز قبل القسمة وقبله سواء. نعم لو قسمت تلك الغنيمة على الرايات أو العرافة فوقعت جارية بين أهل راية صح استيلاد أحدهم لها فإنه يصح عتقه لها لانها مشتركة بينه وبين أهل تلك الراية والعرافة شركة ملك لكن هذا إذا قلوا حتى تكون الشركة خاصة، أما إذا كثروا فلا لان بالشركة العامة لا تثبت ولاية الاعتاق. والقليل مائة أو أقل، وقيل أربعون. قال في المبسوط: والاولى أن لا يوقت ويجعل موكولا إلى اجتهاد الامام، كذا في فتح القدير. وفي التتارخانية قال المتأخرون: وأحسن ما قيل فيه إن الجند إذا كان بحيث تقع بهم الشركة في الاغلب كانت الشركة فيما بينهم عامة، وإن كانت بحيث لا تقع بهم الشركة في الغالب تكون شركة خاصة اه‍. وفيها وفي المنتقي قال أبو يوسف: إذا أعتق الامام عبدا من الخمس جاز عتقه وولاؤه لجماعة المسلمين وليس له أن يوالي أحدا اه‍. وفي المحيط: ولو وطئ جارية لا يحد ويؤخذ منه العقران وطئها في دار الاسلام دون دار الحرب لانه أتلف منافع بضعها اه‍. وهذا هو الظاهر لان الوطئ في دار الحرب لا يجب فيه شئ. وقد نقله في التتارخانية بصيغة قال محمد فكان هو المذهب قال: وكذا إذا قتل واحدا من السبي أو استهلك شيئا من الغنيمة في دار الحرب فلا صفان عليه، لا فرق بين أن يكون المستهلك من الغانمين أو غيرهم. وعبر بالحرمة دون الصحة لانه إذا قسم في دار الحرب مجتهدا أو قسم لحاجة الغانمين فصحيحة، وإن قسم بلا اجتهاد أو اجتهد فوقع على عدم صحتها فغير صحيحة. وقيد بغير الايداع لانها للايداع جائزة، وصورتها أن لا يكون للامام من بيت المال حمولة يحمل عليها الغنائم فيقسمها بين الغانمين قسمة إيداع ليحملها إلى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيها، فإن أبوا أن يحملوها أجبرهم على ذلك بأجر المثل في رواية السير الكبير لانه دفع ضرر عام بتحميل ضرر خاص كما لو استأجر دابة شهرا فمضت المدة في المفازة أو استأجر سفينة فمضت المدة في وسط البحر فإنه ينعقد عليها إجارة أخرى بأجر المثل، ولا
***
[١٤٣]
يجبرهم في رواية السير الصغير لانه لا يجبر على عقد الاجارة ابتداء كما إذا نفقت دابته في المفازة ومع رفيقه دابة لا يجبر على الاجارة

بخلاف ما استشهد به فإنه بناء وليس بابتداء وهو أسهل منه، ولو كان في بيت المال أو في الغنيمة حمولة حمل عليها لان الكل ما لهم. وفي الخانية: ولو أن الامام أودع الغنيمة إلى بعض الجند قبل القسمة ولا يبين ما فعل حتى مات لا يضمن شيأ. وفي السير الكبير: وإذا أراد أمير العسكر أن يرسل رسولا من دار الحرب إلى دار الاسلام بشئ من أموال المسلمين ولم يقدر الرسول أن يخرج إلا فارسا ولبعض العسكر فضل فرس فلا بأس بأخذ فرسه على كره منه اه. قوله: (وبيعها قبلها) أي حرم بيع الغنائم قبل القسمة. أطلقه فشمل ما قبل الاحراز وما بعده، أما قبله لم يملكه، وأما بعده فنصيبه مجهول فلا يمكنه أن يبيع وقد ورد النهي عن البيع قبل القسمة كما قدمناه قوله: (وشرك الردء والمدد فيها) أي في الغنيمة لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة أو شهود الوقعة، وإذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة إلى دار الاسلام شاركوهم فيها على ما قدمناه من الاصل. وإنما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز أو بقسمة الامام في دار الحرب أو بيعه المغانم فيها لان بكل منها يتم الملك فتنقطع شركة المدد. والردء - بكسر الراء وسكون الدال المهملة بعدها همزة - بمعنى العون، والمدد الجماعة الناصرون للجند. وأفاد المصنف أن المقاتل وغيره سواء حتى يستحق الجندي الذي لم يقاتل لمرض أو غيره، وأنه لا يتميز واحد على آخر بشئ حتى أمير العسكر وهذا بلا خلاف لاستواء الكل في سبب الاستحقاق، كذا في فتح القدير. وفي المحيط: المتطوع في الغزو وصاحب الديوان في الغنيمة سواء اه. وفي
***
[١٤٤]
التتارخانية: إذا قسم الامام الغنيمة ثم جاء رجل وادعى أنه شهد الوقعة وأقام عدلين فالقياس أن ينقض القسمة. وفي الاستحسان لا ينقض ويعوض من بيت المال قيمة نصيبه اه قوله: (لا للسوقي بلا قتال) أي لا شركة لسوقي في الغنيمة إذا لم يقاتل لا سهما ولا رضخا لانه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيقيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا أو راجلا عند القتال. وأشار المصنف إلى أن الحربي إذا أسلم في دار الحرب أو المرتد إذا أسلم ولحق بالجيش لا يستحق شيئا إن لم يقاتل، صرح به في المحيط. وذكر الشارح أن السوقي إذا قاتل ظهر أن قصده القتال والتجارة تبع له فلا يضره كالحاج إذا اتجر في طريق الحج لا ينقص أجره اه قوله: (ولا من مات فيها وبعد الاحراز بدارنا يورث نصيبه) لان الارث يجري في الملك ولا ملك قبل الاحراز وإنما الملك بعده كما قدمنا. وصرحوا في كتاب الوقف أن معلوم المستحق لا يورث بعد موته على أحد القولين، وفي قول يورث ولم أر ترجيحا، وينبغي أن يفصل، فإن كان مات بعد خروج الغلة وإحراز الناظر لها قبل القسمة يورث نصيب المستحق لتأكد الحق فيه فإن الغنيمة بعد الاحراز بدارنا يتأكد الحق فيها للغانمين ولا ملك لواحد بعينه في شئ قبل القسمة مع أن النصيب يورث فكذا في الوظيفة، وإن مات قبل الاحراز في يد المتولي لا يورث نصيبه قياسا على مسألة الغنيمة، وسيأتي أن من مات من أهل الديوان قبل خروج العطاء لا يورث نصيبه،
***
[١٤٥]
سواء مات في نصف السنة أو آخرها. ثم اعلم أن من مات في دار الحرب إنما لا يورث نصيبه إذا مات قبل القسمة أو قبل البيع، أما إن مات بعد القسمة أو البيع في دار الحرب فإنه يورث نصيبه كما صرح به في التتارخانية قوله: (وينتفع فيها بعلف وطعام وحطب وسلاح ودهن بلا قسمة) لما رواه البخاري عن ابن عمر أنه قال: كنا نصيب في مغازينا العسل والعنب فنأكل ولا نرفعه. أطلقه ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في الاخرى وهو الاستحسان فيجوز للغني والفقير. وجه الاولى أنه مشترك فلا يباح الانتفاع به إلا لحاجة كما في الثياب والدواب، ووجه الاخرى قوله عليه السلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب. وظاهر كلامهم أن السلاح لا يجوز له إلا بشرط الحاجة اتفاقا وقد صرح به في الظهيرية مع أن المصنف سوى بين الكل. وأطلق الطعام فشمل المهيأ للاكل وغيره حتى يجوز لهم ذبح المواشي ويردون جلودها في الغنيمة، وقيد جواز الانتفاع بما ذكر في الظهيرية بما إذا لم ينهم الامام عن الانتفاع بالمأكول والمشروب، أما إذا نهاهم عنه فلا يباح لهم الانتفاع به اه. وينبغي أن يقيد بما إذا لم تكن حاجتهم إليه، أما إذا احتاجوا إلى المأكول والمشروب لا يعمل نهيه. وقيد بالمذكورات لان ما لا يؤكل عادة لا يجوز لهم تناوله مثل الادوية والطيب ودهن البنفسج وما أشبه ذلك للحديث ردوا الخيط والمخيط

كذا في الشرح. ولا شك أنه لو تحقق بأحدهم مرض يحوجه إلى استعمالها كان له ذلك كلبس الثوب فالمعتبر حقيقة الحاجة، ذكره في فتح القدير بحثا، وقد صرح به في المحيط. والضمير في قوله ينتفع عائد إلى الغانمين فخرج التاجر والداخل لخدمة الجندي بأجر لا يحل لهم إلا أن يكون خبز الحنطة أو طبخ اللحم فلا بأس به حينئذ لانه ملكه بالاستهلاك، ولو فعلوا لا ضمان عليهم. ويأخذ الجندي ما يكفيه ومن معه من عبيده ونسائه وصبيانه الذي دخلوا معه. قالوا: ولو احتاج الكل إلى الثياب والسلاح قسمها حينئذ. ولم يذكر محمد قسمة السلاح ولا فرق كما ذكر المصنف لان الحاجة في الثياب والسلاح واحد بخلاف السبي لا يقسم إذا احتيج إليه لانه من فضول الحوائج لا أصولها. وفي المحيط: وجد مسلم جارية مأسورة له في دار الحرب في أيديهم وقد دخل بأمان كرهت له غصبها ووطأها إلا إذا كانت مدبرة أو أم ولد له فلا يكره لان

***

[١٤٦]

المدبرة وأم الولد لا يملكونها بخلاف القنة لانه بعقد الامان ضمن أن لا يسرق ولا يغصب شيئا من أموالهم، فإذا فعل ذلك كان نقضا، فإن وطئ مدبرته أو أم ولده أهل الحرب لا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدتها لانهم باشروا الوطئ على تأويل الملك فتجب العدة ويثبت النسب. والمأسور فيهم لا يكره له أن يسرق أمته وسائر أمواله ولا يقتلهم لانه لا عهد بينه وبينهم وأموالهم وأنفسهم مباحة في حقنا اه‍ قوله: (ولا نبيعها) لانه لا ملك لهم ولا ضرورة إلى ذلك، وأفاد أنهم يتمولونها كالمباح له الطعام. أطلقه فشمل البيع بالدراهم والدنانير والعروض فإن باعه أحدهم قبل القسمة رد الثمن إلى الغنيمة لانه بدل عين كان للجماعة، وإن كان بعدها يتصدق به على الفقراء إن كان غنيا ويأكل إن كان فقيرا، كذا في المحيط. وفي التتارخانية: إذا دخل العسكر دار الحرب فصاد رجل منهم شئ من الصيد بازيا أو صقرا أو ظبيا أو صاد سمكة كبيرة من البحر أو أصاب عسلا في جبال لا يملكه أهل الحرب، أو أصاب جواهر من ياقوت وفيروزج وزمرد من معدن لا يملكه أهل الحرب، أو أصاب معدن ذهب أو فضة أو رصاص أو حديد مما لا يملكه أهل الحر ب سوى الحشيش والماء، فإن جميع ذلك يكون مشتركا بينه وبين أهل العسكر فلا يختص به الآخذ. فإن كان الآخذ باعه من التجار يقف على إجازة الامير ثم الامام ينظر في ذلك، فإن كان المبيع قائما والثمن أنفع للعسكر من المبيع أجاز البيع وأخذ الثمن ورده في الغنيمة وقسمه بين الغانمين، وإن كان المبيع أنفع لهم من الثمن فسخ البيع واسترد المبيع وجعله في الغنيمة، وإن لم يكن المبيع قائما يجيز بيعه وبأخذ ثمنه ويرده في الغنيمة. وهذا كله استحسان، والقياس أن لا تعمل الاجازة بعد الهلاك. ولو أن رجلا من الجند حش الحشيش في دار الحرب أو استسقى الماء ويبيعه من العسكر أو التجار كان بيعه جائزا وكان الثمن طيبا له، ولو أخذ جندي خشبا فعمل منه قصاعا ثم أخرجها إلى دار الاسلام فإن الامام يأخذ ذلك منه ثم يعطيه قيمة ما زاد من الصنعة فيه إن شاء وإن شاء باعه وقسم الثمن على قيمة هذا الخشب غير معمول وعلى قيمته معمولا، فما أصاب غير المعمول كان في الغنيمة، وما أصاب المعمول من ذلك يكون للعامل. ولا يصير المصنوع ملكا للعامل بهذه الصنعة، وإن كانت الصنعة على هذا الوجه في ملك خاص لغيره يجعل المصنوع ملكا للصانع فينقطع حق صاحب الخشب، فأما إذا كان لا يضمن بالغصب فالصنعة لا توجب انقطاع حق المالك ألا ترى أن من غصب من آخر جلد ميتة وخاطها فروا ثم دبغها فإنه لا ينقطع حق صاحب الجلد عن الجلد بهذه الصنعة، ولو أخرجت الغنيمة إلى دار الاسلام فأخذ آخر منها خشبا وجعله قصاعا أو غيرها فإنه يضمن

***

[١٤٧]

قيمة الخشب وكان المصنوع للذي عمل لا سبيل للامام عليه اه‍ قوله: (وبعد الخروج منها لا) أي لا ينتفعون بشئ مما ذكر لزوال المبيح ولان حقهم قد تأكد حتى يورث نصيبه فلا يجوز الانتفاع به بدون رضاهم قوله: (وما فضل رد إلى الغنيمة) لزوال حاجته والاباحة باعتبارها. أطلقه وقيده في المحيط بأن يكون غنيا وإن كان فقيرا يأكل بالضمان لانه ليس له أخذ الطعام بعد الاحراز فكذلك الامساك لان الحاجة قد ارتفعت. وهذا إذا كان قبل القسمة، وأما إذا كان بعدها باعها وتصدق بثمنها لانه لا يمكنه القسمة لقلته فتعذر إيصاله إلى المستحق فيتصدق به كاللقطة اه‍ قوله: (ومن أسلم منهم أحرز نفسه وطفله وكل مال معه أو وديعة عند مسلم أو ذمي دون ولده الكبير وزوجته وحملها وعقاره وعبده المقاتل) أي ومن أسلم من أهل الحرب في دار الحرب قبل أخذه ولم يخرج إلينا حتى ظهرنا

على الدار إلى آخره. وإنما يحرز نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق وأولاده الصغار لانهم مسلمون بإسلامه تبعا وكل مال هو في يده لقوله عليه السلام من سلم على مال فهو له ولانه سبقت يده الحقيقية إليه يد الظاهرين عليه، والوديعة لما كانت في يد صحيحة محترمة صارت كيده وخرج عنه عقاره لانه في يد أهل الدار وسلطانها إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة فكان فيأ. وقيل: إن محمدا جعله كسائر أمواله، وكذا عبده المقاتل لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل داره، وكذا أمته المقاتلة ولو كانت حبلى فهي والجنين فئ، كذا في المحيط. وأما ولده الكبير فهو فئ لانه كافر حربي ولا تبعية، وكذا زوجته وحملها جزء فيرق برقها والمسلم محل للتمليك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك. قيد بالوديعة لان ما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو فئ عند الامام خلافا لهما لان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بإسلامه فيتبعها ماله فيها. وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام ألا ترى أنها ليست بمتقومة إلا أنه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا وإباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وليس في يده حكما فلم تثبت العصمة. وقيد بالمسلم والذمي لانها لو كانت وديعة عند حربي فهي فئ لان يده ليست بمحترمة. وقيدنا كون إسلامه قبل أخذه لانه لو كان بعده فهو عبد لانه أسلم بعد انعقاد سبب الملك فيه، وكذا لو أسلم بعدما أخذ أولاده الصغار وما له ولم يؤخذ هو حتى لو أسلم أحرز

***

[١٤٨]

بإسلامه نفسه فقط. وقيدنا بكونه خرج إلينا بعد الظهور لانه لو أسلم في دار الحرب ثم خرج إلينا ثم ظهر على الدار فجميع ماله هناك فئ إلا أولاده الصغار لاسلامهم تبعا له وماله لم يكن في يده للتباين، وما أودع مسلما أو ذميا ليس فيأ لان يدهما يد صحيحة عليه بخلاف وديعته عند الحربي فإنها فئ في ظاهر الرواية. وقيدنا بكونه في دار الحرب لان المستأمن إذا أسلم في دار الاسلام ثم ظهرنا على داره فجميع ما خلفه فيها من الاولاد الصغار والمال فئ لان التباين قاطع للعصمة وللتبعية. وقيد بالحربي إذا أسلم لان المسلم أو الذمي إذا دخل دار الحرب بأمان واشترى منهم أموالا وأولادا ثم ظهرنا على الدار فالكل له إلا الدور والارضين فإنها فئ لان يده صحيحة، وما كان له وديعة عند حربي فهو له في رواية أبي سليمان وهي الاصح. وأشار المصنف بكون العقار فيأ إلى أن الزرع المتصل بالارض قبل حصاده فئ تبعا للارض، كذا في فتح القدير. وقيدنا بالظهور على الدار لانهم إذا أغاروا عليها ولم يظهروا فكذلك عند محمد وعند أبي حنيفة يصير ماله فيأ وإنما يحرز نفسه وولده الصغير. وفي المحيط: حربي دخل دارنا بغير أمان فهو فئ لجماعة المسلمين أخذ قبل الاسلام أو بعده عند أبي حنيفة والله أعلم. فصل في كيفية القسمة أفردها بفصل على حدة لكثرة شعبها، والقسمة جمع نصيب شائع في معين. قال الشارح: يجب على الامام أن يقسم الغنيمة ويخرج خمسها لقوله تعالى * (فإن لله خمسة) *

***

[١٤٩]

(الانفال: ٤١) ويقسم الاربعة الاخماس على الغانمين للنصوص الواردة فيه وعليه إجماع المسلمين اه‍. وفي التتارخانية: ينبغي للامام إذا أراد الدخول بدار الحرب أن يعرض العسكر ليعرف عددهم راجلهم وفارسهم ويكتب أسماءهم، فمن كتب اسمه فارسا ثم مات فرسه بعدما جاوز الدرب استحق سهم الفارس ولو باعها لا يستحق إلا أن يستبدل فرسا آخر قوله: (للراجل سهم وللفارس سهمان) يعني عند أبي حنيفة. وقالا: للفارس ثلاثة أسهم لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهما، ولان الاستحقاق بالكفاية وهي على ثلاثة أمثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير. ولابي حنيفة ما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى للفارس سهمين وللراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع إلى قوله وقد قال عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم (١) كيف وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين، وإذا تعارضت روايتاه ترجحت رواية غيره، ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثل غناء الراجل فيفضل عليه بسهم، ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس

وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه، كذا في الهداية. وتعقبه في العناية بأن طريقة استدلاله مخالفة لقواعد الاصول فإن الاصل أن الدليلين إذا تعارضا وتعذر التوفيق والترجيح يصار إلى ما بعده لا إلى ما قبله وهو قال فتعارض فعلاه فيرجع إلى قوله والمسلك المعهود في مثله أن يستدل بقوله ويقول فعله لا يعارض قوله لان القول أو لى بالاتفاق اه. وقد تقدم نظيره في باب سجود السهو. وفي المحيط: والفارس في السفينة في البحر يستحق سهمين وإن لم يمكنه القتال على الفرس في السفينة لانه إن لم يباشر القتال على الفرس فقد تأهب للقتال على الفرس والمتأهب للشئ كالمباشر اه. أطلق في الفارس وهو من معه فرس فشمل الفرس المملوك والمستأجر والمستعار والمغصوب إذا لم يسترده، فإن استرده صاحبه قبل المقاتلة فسيأتي. وفي التتارخانية: وهل يتصدق الغاصب بالسهم الذي كان لفرسه؟ حكي عن الفقيه أبي جعفر أنه قال: على قياس قول أبي حنيفة ومحمد يتصدق، وعلى قياس قول أبي يوسف لا يتصدق. وسئل الخجندي عمن استأجر أجيرا للخدمة في سفره ولحرس ما له فذهب على الشرط إلى دار الحرب ثم غزى هذا الاجير بفرس المستأجر وسلاحه مع الكفار وأخذ منهم غنائم كثيرة لمن تكون؟ قال: إن شرط هذا المستأجر أن ما أصاب الاجير يكون للمستأجر يكون له، وإن استأجره للخدمة فحسب فالمصاب يكون بينهما.

***

[١٥٠]

قوله: (ولو له فرسان) يعني لو كان له فرسان لا يستحق إلا سهمين فلا يسهم إلا لفرس واحدة. وقال أبو يوسف: يسهم لفرسين لما روي أنه عليه السلام أسهم لفرسين ولان الواحد قد يعي فيحتاج إلى الآخر. ولهما أن البراء بن أوس قاد فرسين فلم يسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا لفرس، ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا إلى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة أفراس، وما رواه محمول على التنفيل كما أعطى سلمة ابن الاكوع رضي الله عنه سهمين وهو راجل. وفي النهاية: وهذه المسألة نظير ما بيننا في النكاح أن المرأة لا تستحق النفقة إلا لخادم واحد عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: تستحق النفقة لخادمين. قوله: (والبراذين كالعتاق) لان الارهاب مضاف إلى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى * (ومن رباط الخيل ترهبون به عدوا لله وعدوكم) * (الانفال: ٦٠) واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب والهجين والمقرف اطلاقا واحدا، ولان العربي إن كان في الطلب والهرب أقوى فالبرذون أصبر وألين عطفا ففي كل منهما منفعة معتبرة فاستويا. والبرذون التركي من الخيل والجمع البراذين وخلافها العراب والانثى برذونة، وعتاق الخيل والطير كرائمها، كذا في المغرب. وفي شرح النقاية: العتاق - بكسر العين - كرام الخيل العربية، والبراذين خيل العجم والهجين الذي أبوه عربي وأمه عجمية والمقرف عكسه قوله: (لا الراحلة والبغل) أي لا يكونان كالعتاق فلا يسهم لهما لان الارهاب لا يقع بهما إذ لا يقاتل عليهما قوله: (والعبرة للفارس والراجل عند المجاوزة) لان المجاوزة نفسها قتال لانهم يلحقون الخوف بها والحالة بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها، ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر، وكذا على شهود الوقعة لانه حالة التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه إذ هو السبب المفضي إليه ظاهرا إذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة فارسا أو راجلا، فلو دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان، ولو كان بقتل رجل وأخذ القيمة منه فإذا بقي فرسه وقاتل راجلا لضيق المكان يستحقه بالطريق الاولى، وإن دخلها راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل وهذا إذا هلك فرسه فإن دخلها فارسا ثم باعه أو رهنه أو أجره أو وهبه فإنه لا يستحق سهم الفارس في ظاهر الرواية لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا، وكذا إذا باعه حال القتال على الاصح لدلالته على غرض التجارة إلا إذا باعه أو رهنه أو أجره أو وهبه فإنه لا يستحق سهم الفارس في ظاهر الرواية لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا، وكذا إذا باعه حال القتال على الاصح لدلالته على غرض التجارة إلا إذا باعه مكرها كما في التتارخانية بخلاف ما إذا باعه بعد انقضاء الحرب فإنه يستحق سهم الفارس. وفي الخلاصة: ولو أعاره ففيه روايتان،

***

[١٥١]

وأما إذا دخل على فرس مغصوب أو مستعار أو مستأجر ثم استرده المالك فقاتل راجلا ففيه روايتان ولم أر ترجيحا، وينبغي ترجيح استحقاق سهم الفارس لحصول الارهاب ولا صنع له في الاسترداد فصار كالهلاك بخلاف البيع وقد كتبته قبل مراجعة ما في فتح

القدير ثم رأيته قال بعد ذكر الروايتين: ومقتضى كونه جاوز بفرس لقصد القتال عليه ترجيح الاستحقاق إلا أن يزاد في أجزاء السبب بفرس مملوك وهو ممنوع فإنه لو لم يسترد المعير وغيره حتى قاتل عليه كان فارسا اه. قالوا: ويشترط أن يكون الفرس صالحا للقتال بأن يكون صحيحا كبيرا حتى لو دخل بمهر أو مريض لا يستحق سهم الفرسان لانه لا يقصد به القتال. وفي التتارخانية: لو زال المرض وصار بحال يقاتل عليه قبل الغنيمة فالقياس أن لا يسهم له. وفي الاستحسان يسهم له بخلاف ما إذا طال المكث في دار الحرب حتى بلغ المهر وصار صالحا للركوب فقاتل عليه لا يستحق سهم الفرسان اه. وكان الفرق هو أن الارهاب حاصل بالكبير المريض في الجملة بخلافه في المهر. وفيها: لو غصب فرسه منه قبل الدخول فدخل راجلا ثم استرده فيها فله سهم الفارس، وكذا لو ركب رجل عليه ودخل دار الحرب، وكذا لو نفر الفرس فأتبعه ودخل راجلا، وكذا إذا ضل منه فدخل راجلا ثم وجده فيها فإن صاحبه لا يحرم سهم الفرس ولو وهبها ودخل راجلا ودخل الموهوب له فارسا ثم رجع فيها استحق الموهوب له في الغنيمة سهم الفارس فيما أصابه قبل الرجوع وسهم الراجل فيما أصيب بعده. والراجع راجل مطلقا كالبائع فاسدا في دار الاسلام إذا استرده في دار الحرب للفساد، وكالمستحق للفرس في دار الحرب، وكالراهن إذا افتكها فيها. ولو باعها ثم وهب له أخرى وسلمت كان فارسا، ولو استردها المؤجر أو المعير فملك غيرها بشراء أو هبة فالثانية تقوم مقام الاولى، ولو كان الاول بإجارة والثاني كذلك، أو بعارية والثاني كذلك فالثاني يقوم مقام الاول، ولو كان الاول بإجارة والثاني عارية فإنه لا يقوم مقامه، ولو اشتراها في دار الاسلام وتقابضا في دار الحرب فهما راجلان، ولو نقده قبل الدخول وقبضها بعده فالمشتري فارس والفرس المشترك بين رجلين يقاتل هذا مرة وهذا أخرى لا سهم له إلا إذا أجر أحدهما نصيبه من شريكه قبل الدخول فالسهم للمستأجر اه. قوله: (وللمملوك والمرأة والصبي والذمي الرضخ لا السهم) لانه عليه السلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم، ولما استعان النبي صلى الله عليه وسلم باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم لهم، ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من أهلها.

***

[١٥٢]

والرضخ في اللغة إعطاء القليل وهنا إعطاء القليل من سهم الغنيمة. وظاهر ما في المختصر أنه يرضخ لهم مطلقا وليس كذلك ذ بل إنما يرضخ للعبد إذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة، وكذا الصبي لانه مفروض بأن يكون له قدرة عليه. والمرأة إنما يرضخ لها إذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا لنوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال، كذا في الهداية. وظاهره تخصيص هذا النوع من الاعانة وليس كذلك فقد قال الولوالجي: إن الاعانة منها قائمة مقام القتال كخدمة الغانمين وحفظ متاعهم اه. وهو الحق كما لا يخفي. والذمي إنما يرضخ له إذا قاتل أو دل على الطريق لانه فيه منفعة للمسلمين إلا أنه يزاد على السهم في الدلالة إذا كانت فيه منفعة عظيمة، ولا يبلغ فيه السهم إذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمله فلا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد، ودل كلامهم على أنه يجوز الاستعانة بالكافر على القتال إذا دعت الحاجة إلى ذلك كما قدمناه. وأطلق العبد فشمل المكاتب لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن القتال. وقيد بالمذكورين لان الاجير لا يسهم له ولا يرضخ لعدم اجتماع الاجر والنصيب من الغنيمة إلا إذا قاتل فإنه يسهم له كما قدمناه. وفي التتارخانية: لو أعتق العبد يرضخ له فيما أصيب من الغنيمة قبل عتقه والذمي المقاتل مع الامام إذا أسلم يضرب له بسهم كامل فيما أصيب بعد إسلامه اه. وظاهر ما في الولواجية أن العبد يرضخ له بشرطين: إذن المولى بالقتال له وأن يقاتل. فعليه لو قاتل بلا إذن لا يرضخ له، ولم يذكر المصنف المجنون. وفي الولو الجية: ويرضخ للصبي والمجنون لان السبب وجد في حقهما وهو القتال إلا أنهما تبع فصار كالعبد مع المولى اه.

***

[١٥٣]

قوله: (والخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل وقدم ذوو القربى الفقراء منهم عليهم ولا حق لاغنيائهم) لان الخلفاء الاربعة الراشدين رضي الله عنهم أجمعين قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة. وقال عليه السلام يا معشر بني هاشم إن الله تعالى كره لكم غسالة الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس (١) والعوض إنما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء،

والنبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة ألا ترى أنه عليه السلام علل فقال: إنهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين أصابعه لان المراد من النصر قرب النصرة لا قرب القرابة واليتيم صغير لا أب له فيدخل فقراء اليتامى من ذوي القربى في سهم اليتامى المذكورين دون أغنيائهم، والمسكين منهم في سهم المساكين وفقراء أبناء السبيل. فإن قيل: فلا فائدة حينئذ في ذكر اسم اليتيم حيث كان استحقاقه بالفقر والمسكنة لا باليتم. أجيب بأن فائدته دفع توهم أن اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيئا لان استحقاقها بالجهاد واليتيم صغير فلا يستحقها، ومثله ما ذكر في التأويلات للشيخ. أبي منصور لما كان فقراء ذوي القربى يستحقون بالفقر فلا فائدة في ذكرهم في القرآن. أجاب بأن إفهام بعض الناس قد تقتضي إلى أن الفقير منهم لا يستحق لأنه من قبيل الصدقة ولا تحل لهم، وفي الحاوى القدسي: وعن أبي يوسف أن الخمس يصرف لذوي القربى واليتامى
***

[١٥٤]

والمساكين إبن السبيل وبه نأخذ اه. فهذا يقتضي أن الفتوى على الصرف إلى الاقرباء الاغنياء فليحفظ. وفي التحفة: هذه الثلاثة مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف إلى صنف واحد منهم جاز كما في الصدقات، كذا في فتح القدير: وأطلق في ذوي القربى وهو مقيد ببني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لانه عليه الصلاة والسلام وضع سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس مع أن قرابتهم واحدة لان عبد مناف الجد الثالث للنبي صلى الله عليه وسلم وأولاد هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس قوله: (وذكره تعالى للتبرك) أي للتبرك باسمه تعالى في افتتاح الكلام بقوله تعالى * (واعلموا أنما غنمتم من شئ فأن لله خمسة) * (الانفال: ٤١) لان جميع الاشياء له إذ هو الغنى على الاطلاق لان السلف رضي الله عنهم فسروه بما ذكر، وبه اندفع ما ذكره أبو العالية بأن سهم الله تعالى ثابت يصرف إلى بناء بيت الكعبة إن كانت قريبة وإلا فإلى مسجد كل بلدة ثبت فيها الخمس قوله: (وسهم النبي عليه السلام سقط بموته كالصفى) لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شئ كان النبي عليه السلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع أو سيف أو جارية. وقال الشافعي رضي الله عنه: يصرف سهم الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه. قوله: (وإن دخل جمع ذوو منعة دارهم بلا إذن خمس ما أخذوا وإلا لا) أي وإن لم يكونوا ذوي منعة لا يخمس لان الغنيمة هو المأخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها والقهر موجود في الاول والاختلاس في الثاني، ولا يضر كونه بغير إذن الامام لانه يجب عليه أن ينصرهم إذ لو خذلهم كان فيه وهن بالمسلمين بخلاف الواحد والاثنين لا يجب عليه نصرتهم. والتقييد بغير إذن الامام ليس احترازيا لانه لو كان بإذن الامام ولهم منعة فإنه يخمس بالاولى، ولو لم يكن له منعة كواحد أو اثنين دخل بإذن الامام ففيه روايتان، والمشهور أنه يخمس لانه لما أذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة. فالحاصل أن الداخل بإذن الامام يخمس ما أخذه مطلقا وبغير إذنه، فإن كان ذا منعة خمس وإلا لا. وفي المحيط: لو قال الامام ما أصبتم فهو لكم لا خمس فيه فإن كانوا لا منعة لهم جاز، وإن كان لهم منعة لا يجوز لان الخمس في الاول واجب بقول الامام فله أن يبطله بقوله بخلافه في الثاني ولذا لو دخلوا بغير إذنه خمس ما أخذوه قوله: (وللامام أن ينفل بقوله من قتل قتيلا فله
***

[١٥٥]

سلبه وبقوله للسرية جعلت لكم الربع بعد الخمس) أي بعدما دفع الخمس للفقراء لان التحريض مندوب إليه قال الله تعالى * (يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال) * (الانفال: ٦٥) وهذا نوع تحريض فلو قال المصنف ويستحب للامام لكان أولى. وقول من قال لا بأس للامام لا يخالفه لانها تستعمل في المندوب أيضا كما تقدم في الجنائز فلم تكن مضطردة لما تركه أولى. ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره كالدراهم والدنانير أو يقول من أخذ شيئا فهو له، فما ذكر في المختصر مثال لا قيد لكن قالوا: لو قال للعسكر كلما أخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس أو للسرية لم يجز لان فيه إبطال السهمان الذي أوجبها لشرع إذ فيه
***

[١٥٦]
تسوية الفارس بالراجل وكذا لو قال ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه إبطال الخمس الثابت بالنص، ذكره في السير الكبير. قال في فتح القدير: وهذا بعينه يبطل ما ذكرناه من قوله من أصاب شيئا فهو له لاتحاد اللازم فيهما وهو بطلان السهمان المنصوصة بالتسوية بل وزيادة حرمان من لم يصب شيئا أصلا بانتهائه فهو أولى بالبطلان والفرع المذكور من الحواشي وبه أيضا ينتفي ما ذكر من قوله إنه لو نفل بجميع المأخوذ جاز إذا رأى المصلحة وفيه زيادة إيحاش الباقين وزيادة الفتنة اه. ويدخل الامام نفسه في قوله من قتل قتيلا استحسانا لانه ليس من باب القضاء ولا تهمة بخلاف ما إذا خصص نفسه بقوله من قتلته للتهمة إلا إذا عمم بعده كما في الظهيرية، وبخلاف ما إذا خصهم بقوله من قتل قتيلا منكم فإن الامام لا يستحق كما في التتارخانية.

***

[١٥٧]
وإذا اشترك رجلان في قتل حربي اشتركا في سلبه. وقيده في شرح الطحاوي بأن يكون المقتول مبارزا يقاوم الكل، فإن كان عاجزا لا يستحقون سلبه ويكون غنيمة، وإن قيده الامام بقوله وحده لا يستحقان سلبه، ولو كان الخطاب لواحد فشاركه آخر استحق المخاطب وحده، ولو خاطب واحدا فقتل المخاطب رجلين فله سلب الاول خاصة إلا إذا قتلهما معا فله واحد. والخيار في تعيينه للمقاتل لا للامام، ولو كان على العموم فقتل رجل اثنين فأكثر استحق سلبهما ويستحق السلب من يستحق السهم أو الرضخ فيشتمل الذمي والتاجر والمرأة والعبد، ولا بد أن يكون المقتول منهم مباح القتل حتى لا يستحق السلب بقتل النساء والمجانين والصبيان الذين لم يقاتلوا، ولا يشترط في استحقاق السلب سماع القاتل مقالة الامام حتى لو قتل من لم يسمع فله السلب لانه ليس في وسع الامام إسماع الافراد وإنما في وسعه إشاعة الخطاب وقد وجد. ولو نفل السرية بالربع وسمع العسكر دونها فلهم النفل استحسانا، كذا في الظهيرية. وفي التتارخانية: من قتل قتيلا فله سلبه يقع على كل قتال في تلك السفر ما لم يرجعوا وإن مات الوالي أو عزل ما لم يمنعه الثاني. وإن قال حالة القتال يتعين ذلك، ولو قال من دخل دار الحرب بدرع فله كذا جاز، وكذا بدرعين. ولا يجوز ما زاد إلا إذا كان فيه منفعة للمسلمين بخلاف ما إذا قال من دخل بفرس كذا فإنه لا يجوز والرماح والاقواس كالدرع. وقيد المصنف بالامام لانه أمير السرية إذ نهاه الامام عن التنفيل فليس له أن ينفل إلا إذا رضي العسكر بنفله فيجوز من الاربعة الاخماس وإن لم ينهه له ذلك لانه قائم مقام الامام. ولو نفل الامام السرية بالثلث بعد الخمس ثم إن أميرها نفل لفتح الحصن أو للمبارزة بغير أمر الامام، فإن نفل من حصة السرية يجوز، ولا يجوز من سهام العسكر إلا إذا رجعت السرية إلى دار الاسلام قبل لحاق العسكر، فإن نفل أميرهم جائز من جميع ما أصابوا لانه لا شركة للعسكر معهم فجاز نفل أمير السرية وبطل نفل أمير العسكر. ولا فرق في النفل بين أن يكون معلوما أو مجهولا، فلو قال من جاء منكم بشئ فله منه طائفة فجاء رجل بمتاع وآخر بثياب وآخر بروس فالرأي للامير، ولو قال له منه قليل أو يسير أو شئ أعطاه أقل من النصف والجزء النصف وما دونه وسهم رجل من القوم يعطيه

***

[١٥٨]
سهم الراجل، ولو قال من جاء بألف فله ألفان فجاء بألف لا يعطى إلا ألف، ولو قال من جاء بالاسير فله الاسير وألف درهم فإنه يعطى ذلك، والفرق وتمام التفريعات في المحيط. والتنفيل إعطاء الامام الفارس فوق سهمه وهو من النفل وهو الزائد ومنه النافلة الزائد على الفرض، ويقال لولد الولد كذلك أيضا، ويقال نفله تنفيلا ونفله بالتخفيف نفلا لغتان فصيحتان. قوله: (وينفل بعد الاحراز من الخمس فقط) لان حق الغير تأكد فيه بالاحراز ولا حق للغانمين في الخمس والمعطى من المصارف له والتنفيل منه إنما هو باعتبار الصرف إلى أحد الاصناف الثلاثة ولذا قال في الذخيرة: لا ينبغي للامام أن يضعه في الغني ويجعله نفلا له بعد الاصابة لان الخمس حق المحتاجين لا الاغنياء فجعله للاغنياء إبطال حقهم اه. لكن تصريحهم بأنه تنفيل يدل على جوازه للغنى، ومن العجيب قول الزيلعي لا يجوز للغني فإن

***

[١٥٩]
ظاهر ما في الذخيرة عدم الحرمة قوله: (والسلب للكل إن لم ينفل) أي لا يختص به القاتل عندنا لانه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم بينهم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عليه السلام لحبيب بن أبي سلمة: ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به

نفس إمامك. وأما قوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه (١) فيحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني لما روينا قوله: (وهو مركبه وثيابه وسلاحه وما معه) أي السلب ما ذكر للعرف. وفي المغرب: السلب المسلوب. وعن الليث والازهري: كل ما على الانسان من اللباس فهو سلب، وللفقهاء فيه كلام اهـ. وفي القاموس: السلب بالتحريك ما يسلب وجمعه أسلاب، ودخل في مركبه ما كان عليه من سرج وآلة وما مع المقتول شامل لما كان في وسطه أو على دابته، وما عدا ذلك مما هو مع غلامه أو في بيته أو في خيمته فليس بسلب. أطلقه فشمل ما إذا كان السلب عند المشرك عارية من صبي أو امرأة لانه يستغنم مالهما كمال البالغ، وما إذا كان السلب ملكا لمسلم دخل دارهم بأمان فغصبه المشرك المقتول لانه ملكه بالاستيلاء فانقطع ملك المسلم عنه. ولو أخذ المشركون سلب المقتول ثم انهزموا فهو غنيمة ولا شئ للقاتل لانهم ملكوه بالاستيلاء فبطل ملك القاتل ثم ملكه الغزاة وإن لم يدر أنهم أخذوه، فإن كان منزوعا عنه فهو فئ لاثبات يدهم عليه بالنزع وإلا فهو للقاتل وإن جره المشركون أو حملوه على دابته وعليها سلاحه بخلاف ما إذا حملوا أسلحتهم وأمتعتهم عليها فإنه فئ. ولو وجد على دابة بعدما سار العسكر مرحلة أو مرحلتين ولا يدري أكان في يد أحد أو لا فهو للقاتل قياسا لا استحسانا. ولو قال من قتل قتيلا فله فرسه فقتل راجل راجلا ومع غلامه فرسه قائم بجنبه بين الصفين يكون للقاتل فرسه إذا كان فرسه مع غلامه بقرب منه لان مقصود الامام قتل من كان متمكنا من القتال فارسا وهذا كذلك، وإن لم يكن بجنبه في الصف فلا يكون له. ولو قتل مشركا على برذون كان له لانه يسمى فارسا، ولو كان على حمار أو بغل أو جمل لا يستحق السلب لان راكب هذه الاشياء لا يسمى فارسا ولذا لا يستحق سهم الفارس، كذا في المحيط. وبه علم أن ما ذكره الشارح عن المحيط بأنه قال الامام من قتل قتيلا فله سلبه سبق قلم، وإنما المذكور في المحيط فله فرسه والدليل عليه أنه

***

[١٦٠]

قال آخرا: لو كان راكبا على بغل ونحوه لا يكون له، ولو كان التنفيل بلفظ السلب لاستحقه لان المركب أعم منه ومن الفرس. قال في القاموس: المركب كمقعد واحد مراكب البر والبحر اهـ. وفي الهداية: ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فأما الملك فإنما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامير من أصاب جارية فهي له فأصابها مسلم فاستبرأها لم يجز له وطؤها وكذا لا يبيعها، هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: له أن يطاها ويبيعها لان التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب والشراء من الحربي ووجوب الضمان بالاتلاف قد قيل على هذا الاختلاف اهـ. والله سبحانه وتعالى أعلم. باب استيلاء الكفار شامل لشيئين: استيلاء بعضهم على بعض واستيلائهم على أموالنا فقدم الاول قوله: (سبى الترك الروم وأخذوا أموالهم ملكوها) لان الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب لان الكلام فيما إذا كان الكل في دار الحرب لان الكافر يملك بمباشرة سبب الملك كالاحتطاب فكذا بهذا السبب. وفي القاموس: الروم بالضم جيل من ولد الروم بن عيصو رجل رومي والجمع روم. والترك - بالضم - جيل من الناس والجمع أتراك اهـ. فما في النهاية من أن الترك جمع التركي والروم جمع الرومي ففيه نظر لا يخفى قوله: (وملكنا ما نجده من ذلك أن غلبنا عليهم) اعتبارا بسائر أملاكهم. أطلقه فشمل ما إذا كان بيننا وبين الروم موادعة لانا لم نغدرهم إنم ا أخذنا ما لا خرج عن ملكهم ولذا حل لنا أن نشتري ما غنمه إحدى الطائفتين من الاخرى لما ذكرنا. وفي الخلاصة. والاحراز بدار الحرب شرط أما بدارهم فلا، ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة واقتتلوا في دارنا لا نشتري من الغالبين شيئا لانهم لم يملكوه لعدم الاحراز فيكون شراؤنا غدرا بالآخرين فإنه على ملكهم. وأما لو اقتتلت طائفتان في بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستأمن من الغالبين نفسا أو مالا؟ ينبغي أن يقال: إن كان بين المأخوذ والآخذ قرابة محرمية كالامية أو كان المأخوذ لا

***

[١٦١]

يجوز بيعه للآخذ لم يجز إلا إن دانوا بذلك عند الكرخي، وإن لم يكن فإن دانوا بأن من قهر آخر ملكه جاز الشراء وإلا فلا، كذا في فتح القدير. قوله: (وإن غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها) وقال الشافعي: لا يملكونها لان الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم. ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على مالهم، وهذا لان العصمة ثبتت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع، وإذا زالت المكنة عاد

مباحا كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالاحراز بالدار لانه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا، والمحظور لغيره إذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل؟ قيد بالاحراز لانهم لو استولوا عليها فظهرنا عليهم قبل الاحراز فإنها تكون لملاكها بغير شئ، ولو اقتسموها في دارنا لم يملكوا. وفي المحيط: يفرض علينا اتباعهم ومقاتلتهم لاستنقاذ الاموال من أيديهم ما داموا في دار الاسلام، وإن دخلوا بها دار الحرب لا يفترض علينا اتباعهم. والاولى اتباعهم بخلاف الذراري يفترض اتباعهم مطلقا. وأفاد المصنف رحمه الله أنهم لو أسلموا فلا سبيل لاربابها عليها، كذا في شرح الطحاوي. قوله: (وإن غلبنا عليهم فمن وجد ملكه قبل القسمة أخذه مجانا وبعدها بالقيمة) لقوله عليه السلام فيه: إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شئ، وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة. ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظرا له إلا أن في الاخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين، والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمته. أطلقه فشمل ما إذا ترك أخذه بعد العلم به زمانا طويلا بعد الاخراج من دار الحرب كما سيأتي. وأشار بقوله بقيمته إلى أن الكلام في القيمي لان النقدين والمكيل والموزون لا سبيل له عليه بعد القسمة لانه لو أخذه أخذه بمثله وذلك لا يفيد وقبيل القسمة يأخذه مجانا، كذا في المحيط: وفي التتارخانية: عبد لمسلم سباه أهل الحرب فأعتقه سيده ثم غلب عليه المسلمون أخذه مولاه بغير شئ وذلك العتق باطل، ولو أعتقه بعد ما أخرجه المسلمون قبل القسمة جاز عتقه. عبد لمسلم

***

[١٦٢]

أسره العدو وأحرز بدارهم ثم انفلت منهم وأخذ شيئا من أموالهم وخرج هاربا إلى دار الاسلام فأخذه مسلم ثم جاء مولاه لم يأخذه منه إلا بالقيمة في قول محمد، وما في يده من المال فهو لمن أخذه ولا سبيل للمولى عليه، وأما في قياس قول أبي حنيفة فإن المولى يأخذ العبد بغير شئ لانه لما دخل دار الاسلام صار فيأ لجماعة المسلمين يأخذه الامام ويرفع خمسة ويقسم أربعة أخماسه بين الغانمين، ثم رجع محمد عن قوله وقال: إذا أخذه مسلم فهو غنيمة آخذه وأخمسه إذا لم يحضر المولى واجعل أربعة أخماس العبد والمال الذي معه للآخذ، فإن جاء مولاه بعد ذلك أخذه بالقيمة، وإن جاء مولاه قبل أن يخمس أخذه بغير شئ اه‍. وفي الملتقط: عبد أسره أهل الحرب وألحقوه بدارهم ثم أبق منهم يرد إلى سيده وفي رواية يعتق اه‍. قوله: (وبالثمن لو اشتراه تاجر منهم) أي لو اشترى ما أخذه العدو منهم تاجر وأخرجه إلى دار الاسلام أخذه مالكه القديم بثمنه الذي اشترى به التاجر من العدو لانه يتضرر بالاخذ مجانا ألا ترى أنه وقع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلنا، ولو اختلف المولى والمشتري منهم في قدر الثمن فالقول قول المشتري بيمينه إلا أن يقيم المالك البينة، كذا في المحيط. وفي التتارخانية: وإن أقام أحدهما بينة قبلت وإن أقاما فعلى قولهما البينة بينة المولى القديم. وقال أبو يوسف: بينة المشتري أراد بالثمن البدل فشمل ما إذا اشتراه بعرض فإنه يأخذه بقيمة العرض. ولو كان البيع فاسدا يأخذه بقيمة نفسه ويرد على المصنف ما لو اشتراه التاجر بمثله قدرا ووصفا فإنه لا يأخذه المالك القديم لعدم الفائدة، سواء كان البيع صحيحا أو فاسدا بخلاف ما إذا كان بأقل منه قدرا أو بأردأ منه وصفا فإن له أن يأخذه لانه مفيد ولا يكون ربا لانه يستخلص ملكه فهو في الحقيقة فداء لا عوض، فلو كان اشتراه بمثله نسيئة فليس للمالك أخذه، ولو كان اشتراه بخمر أو خنزير لم يكن للمالك أخذه باتفاق الروايات. ولو أخذ المشركون ألف درهم نقد ببيت المال لرجل وأحرزوها فاشتراها التاجر بألف درهم غلة وتفرقوا عن قبض لم يكن للمالك أن يأخذها على الروايات كلها بمثل الغلة

***

[١٦٣]

التي نقدها، كذا في التتارخانية مع أنه في الاخيرة مشكل لانه بأردأ منه وصفا فينبغي أن يكون للمالك الاخذ. وههنا مسائل لا بأس بإيرادها تكثير ا للفوائد منها: أن العين المحرزة لو كانت في يد مستأجر أو مودع أو مستعير هل له المخاصمة والاسترداد أم لا؟ قالوا: للمستأجر أن يخاصم في المغنوم ويأخذه قبل القسمة بغير شئ، وكذا المستعير والمستودع، وإذا أخذه المستأجر عاد العبد إلى الاجارة وسقط عنه الاجر في مدة أسره، وإن كان بعد القسمة فللمستأجر أخذه بالقيمة، فإن أنكر الذي وقع في سهمه الاجارة فأقام المستأجر البينة قبلت بينته وثبتت الاجارة، وليس للمستعير والمستودع المخاصمة بعد القسمة فكانا بمنزلة الاجنبي. ومنها لو وهبها العد ولمسلم

فأخرجها إلى دار الاسلام أخذها المالك بقيمتها لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال إلا بالقيمة. ومنها لو أسر العدو الجارية المبيعة قبل القبض ونقد الثمن ثم اشتراها رجل منهم يأخذها البائع بالثمن ولا يكون متطوعا لانه يحيي به حقه فيرجع به على المشتري والثمن الثاني واجب على المشتري الثاني بعقده. ومنها إذا وقع العبد المأسور في سهم رجل فدبره أو أعتقه جاز ولا يبقى للمولى عليه سبيل لان المأسور منه لا يملك نقض تصرف المالك في المأسور. ولو زوجها وولدت من الزوج له أخذها وولدها لان التزويج لا يمنع النقل ولا يفسخ النكاح، وإن أخذ عقرها أو أرش جناية عليها ليس للمولى عليها سبيل لان الولد من أجزائها وهي كانت ملكا له والعقر والارش لم يكن من أجزائها وإنما وجب في ملك مستأنف للمشتري، ولانهما من ذوات الامثال فلا تجري فيهما المفاداة لانها لا تفيد. ومنها أن للوصي أن يأخذ المأسور لليتيم من مشتريه بالثمن ولا يأخذه لنفسه بشرط أن يكون الثمن مثل قيمته. ومنها لو رهنه المشتري فليس لمولاه عليه سبيل حتى يفتكه ولا يجبر على الافتكاك إلا أن يتطوع بأداء الدين ثم يعطى الثمن فله ذلك بخلاف ما إذا آجره المشتري فللمولى أخذه وإبطال الاجارة لانها تنفسخ بالاعذار وهذا عذر بخلاف الرهن. ومنها لو أسروا عبدا في عنقه جناية أو دين فرجع إلى مولاه القديم فالكل في رقبته، وإن لم يرجع إليه أو رجع بملك مبتدأ فجناية العمد والدين بحاله وسقطت جناية الخطأ لان العمد متعلق بروحه والدين بذمته، وأما الخطأ فمتعلق بماليته ابتداء فإذا خرج عن ملك المولى إلى ملك من لا يخلفه بطل الكل كما في المحيط. قوله: (وإن فقأ عينيه وأخذ أرشه) وصلية أي للمالك أن يأخذه بالثمن من التاجر وإن

***

[١٦٤]

كانت عينه فقئت وخذ التاجر أرشها يعني لا يحط شئ من الثمن ولا يأخذ المالك الارش. أما الاول فلان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت إلى الشفيع صار المشتري في يد المشتري بمنزلة المشتري شراء فاسدا والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب، أما هنا الملك صحيح فافترقا. وأما الثاني فلان الملك فيه صحيح فلو أخذه أخذه بمثله وهو لا يفيد، وظاهر ما في فتح القدير أن الفاقئ غير التاجر فإنه قال: ولو أنه فقأ عينه عند الغازي المقسوم له فأخذ قيمته وسلمه للفاقئ فللمالك الاول أخذه من الفاقئ بقيمته أعمى عند أبي حنيفة. وقالا: بقيمته سليما وهي التي أعطاها الفاقئ للمولى. والفرق لابي حنيفة أن فوات الطرف هنا بفعل الذي ملكه باختياره فكان بمنزلة ما لو اشتراه سليما ثم قطع طرفه باختياره فكان راضيا بتنقيصه بخلاف مسألة الكتاب لان الفاقئ غيره بغير رضاه اه. وصرح في المحيط بأن المشتري إذا فقأ عينها فالحكم كذلك. وعن محمد أنه تسقط حصته من الثمن، وهذا بمنزلة الشفعة إذا هدم المشتري البناء سقط عن الشفيع حصة البناء فكذا هذا اه. فعلى رواية محمد لا فرق بين مسألة الكتاب والشفعة إذ الوصف لا يقابله شئ إلا إذا صار مقصودا بالاتلاف وهو موافق لما ذكروه في البيوع لكن ظاهر الهداية الفرق بين مسألة الكتاب والشفعة وهو الحق. ولا فرق في الفاقئ بين أن يكون التاجر أو غيره ولهذا قال الشارح: الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن في ملك صحيح بعد القبض وإن كانت مقصودة بالاتلاف بخلاف المشفوع لان شراءه من غير رضا الشفيع مكروه وملكه ينتقض من غير رضاه فأشبه البيع الفاسد اه. ولو أخرجه المشتري من العدو عن ملكه بعوض يأخذه المالك القديم بذلك العوض إن كان مالا، وإن كان غير مال كالصلح عن دم أو هبة أخذه بقيمته ولا ينتقض تصرفه بخلاف الشفيع لان حقه قبل حق المشتري فينتقض تصرف المشتري لاجله، والتقييد بالعين اتفاقي لان اليد لو قطعت فالحكم كذلك. ولو ولدت الجارية عند المشتري فأعتق المشتري أحدهما أخذ الباقي منهما بجميع الثمن لان الفداء لا يتوزع ما بقي شئ من الاصل أو ما تولد منه، وعن محمد إن أعتق الام أخذ الولد بحصته من الثمن وليس الولد كالارش، كذا في المحيط. وفي المغرب: فقأ العين غارها بأن شق حدقتها، والقلع أن ينزع حدقتها بعروقها، والارش دية الجراحات والجمع أروش اه. قوله: (فإن تكرر الاسر والشراء أخذ الاول من الثاني بثمنه ثم القديم بالثمنين) يعني لو أسر العبد مرتين واشتراه في المرأة الاولى رجل وفي الثانية رجل آخر كان حق الاخذ من المشتري الثاني للمشتري الاول بما اشترى لان الاسر ورد على ملكه وأفاد أنه ليس للمالك القديم أن يأخذه من المشتري الثاني، ولو كان المشتري الاول غائبا أو كان حاضرا إلا أنه أبى عن أخذه لان الاسر ما ورد على ملكه، فإذا أخذه المشتري الاول من الثاني بثمنه فقد قام

***

[١٦٥]

عليه بالثمنين فكان للمالك القديم أن يأخذ بالثمنين إن شاء من المشتري الاول لانه قام عليه بهما. وأفاد بتعبيره بالاخذ المفيد للتخليص أن المشتري الاول لو اشتراه من الثاني ليس للقديم أخذه لان حق الاخذ ثبت للمالك القديم في ضمن عود ملك المشتري الاول ولم يعد ملكه القديم وإنما ملكه بالشراء الجديد منه. وقيد بتكرر الشراء لان المشتري الاول لو كان وهبه له أخذه مولاه من الموهوب له بقيمته كما لو وهب الكافر لمسلم. وقيد بتكرر الاسر لانه لو لم يتكرر ما إذا باع المشتري من العدو والعبد من غيره أخذه ا لمالك القديم من الثاني بالثمن الذي اشتراه به إن مثليا فبمثله وإن قيميا بأن كان اشتراه مقايضة فبقيمته لان المشتري الثاني قائم مقام المشتري الاول، وليس للقديم أن ينقض العقد الثاني فيأخذه من المشتري الاول بالثمن للمولى إلا رواية ابن سماعة عن محمد وظاهر الرواية الاولى والوجه في المبسوط قوله: (ولا يملكون حرنا ومدبرنا وأم ولدنا ومكاتبنا ونملك عليهم جميع ذلك) يعني بالغلبة لان السبب إنما يفيد الملك في محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه ثبتت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لان الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقاه ولا جناية من هؤلاء، ويتفرع على عدم ملكهم هؤلاء أنهم لو أسروا أم ولد لمسلم أو مكاتبا أو مدبرا ثم ظهر على دارهم أخذه مالكه بعد القسمة بغير شئ وعوض الامام من وقع في قسمه من بيت المال قيمته، ولو اشترى ذلك تاجر منهم أخذه منه بغير ثمن ولا عوض قوله: (وإن ندااليهم جمل فأخذوه ملكوه) لتحقق الاستيلاء إذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا والتقييد بالجمل اتفاقي، وإنما المقصود الدابة كما عبر بها في المحيط. وفي المغرب: ند البعير نفر ندودا من باب ضرب قوله: (وإن أبق إليهم قن لا) أي لا يملكونه بالاخذ عند أبي حنيفة. وقالا: يملكونه لانه العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو أخذوه من دار الاسلام ملكوه. وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لان سقوط اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد في دار الاسلام لان يد المولى باقية لقيام يد أهل الدار فمنع ظهور يده، وإذا لم يثبت الملك لهم عنده يأخذه المالك القديم بغير شئ موهوبا كان أو مشترى أو مغنوما قبل القسمة، وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال لانه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم، وليس له على المالك جعل الآبق لانه عامل لنفسه إذ في زعمه أنه ملكه. وأطلق في المالك للقن فشمل المسلم والذمي، وأطلق القن وهو مقيد بكونه مسلما لانه لو ارتد فأبق إليهم فأخذوه ملكوه اتفاقا ولو كان كافرا من الاصل فهو ذمي تبع لمولاه، وفي العبد الذمي إذا أبق قولان، ذكره مجد الائمة كذا في

***

[١٦٦]

فتح القدير. وفي شرح الوقاية: الخلاف فيما إذا أخذوه قهرا وقيدوه، وأما إذا لم يكن قهرا فلا يملكونه اتفاقا اه‍. قوله: (ولو أبق بفرس أو متاع فاشترى رجل كله منهم أخذ العبد مجانا وغيره بالثمن) يعني عند الامام رضي الله عنه. وقالا: يأخذ العبد وما معه بالثمن اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد، ولا تكون يده على نفسه مانعة من استيلاء الكفار على ما معه لقيام الرق المانع للملك بالاستيلاء كغيره. وفي القاموس: المتاع المنفعة والسلعة والاداة وما تمتعت به من الحوائج اه‍. والمراد الثاني هنا قوله: (وإن ابتاع مستأمن عبدا مؤمنا وأدخله دارهم أو أمن عبد ثمة فجاءنا أو ظهرنا عليهم عتق) بيان لمسألتين: الاولى: أن الحربي إذا دخل دارنا بأمان واشترى عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة. وقالا: لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا. ولابي حنيفة رحمه الله أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلاث حيض مقام التفريق فيما إذا أسلمت المرأة في دار الحرب. قيد بكون الحربي ملكه في دار الاسلام لان العبد المسلم إذا أسره الحربي من دار الاسلام وأدخله داره لا يعتق عليه اتفاقا، وأما عندهما فظاهر، وأما عنده فللمانع من عمل المقتضي عمله وهو حق استرداد المسلم، وعلى الخلاف السابق لو أسلم عبد الحربي ولم يهرب إلى دار الاسلام حتى اشتراه مسلم أو ذمي أو حربي في دار الحرب يعتق عنده خلافا لهما لان العتق في دار الحرب يعتمد زوال القهر الخاص وقد عدم إذ زال قهره إلى المشتري فصار كما لو كان في يده، وله أن قهره زال حقيقة بالبيع وكان إسلامه يوجب إزالة قهره عنه إلا أنه تعذر الخطاب بالازالة فأقيم ما له أثر في زوال الملك مقام الازالة وهو البيع. والتقييد بأيمان العبد اتفاقي إذ لو

كان ذميا فالحكم كذلك لانه يجبر على بيعه ولا يمكن من إدخاله دار الحرب كما في النهاية. الثانية: لو أسلم عبد لحربي ثم خرج إلينا أو ظهر على الدار فهو حر، وكذا إذا خرج عبيدهم إلى عسكر المسلمين فهم أحرار لما روي أن عبيدا من عبيد الطائف أسلموا وخرجوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى بعتقهم وقال: هم عتقاء الله تعالى. وقيد بخروجه أو ظهورنا لانه إذا أسلم ولم يوجدا فهو رقيق إلى أن يشتريه مسلم أو ذمي فيعتق. وفي شرح الطحاوي: إذا لم يوجدا لم يعتق إلا إذا عرضه المولى على البيع من مسلم أو كافر فحينئذ يعتق العبد، قبل المشتري البيع أو لم يقبل، لانه لما عرضه فقد رضي بزوال ملكه. والتقييد بإيمانه في دار الحرب اتفاقي إذ لو خرج مراغما لمولاه فأمن في دار الاسلام فالحكم كذلك بخلاف ما إذا خرج بإذن مولاه أو بأمره لحاجته فأسلم في

***

[١٦٧]

دارنا فإن حكمه أن يبيعه الامام ويحفظ ثمنه لمولاه الحربي لانه لما دخل بأمان صارت رقبته داخلة فيه كما لو دخل سيده به وبما معه من المال. وفي شرح الطحاوي: ولا يثبت ولاء العبد الخارج إلينا مسلما لاحد لان هذا عتق حكمي والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب. باب المستأمن أخره عن الاستيلاء لان الاستيلاء يكون بالقهر والاستئمان بكون بعد القهر قوله: (دخل تاجرنا ثم حرم تعرضه لشئ منهم) أي دخل المسلم دار الحرب بأمان، وعبر عنه بالتاجر لانه لا يدخل دارهم إلا بأمان حفظا لما له. وإنما حرم عليه لانه ضمن بالاستئمان أن لا يتعرض لهم فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام إلا إذا غدر به ملكهم فأخذ ماله أو حبسه أو فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد. قيد بالتاجر لان الاسير يباح له التعرض وإن أطلقوه طوعا لانه غير مستأمن فهو كالمتلصص فيجوز له أخذ المال وقتل النفس دون استباحة الفرج لانه لا يحل إلا بالملك ولا ملك قبل الاحراز بدارنا إلا إذا وجد من لم يملكه أهل الحرب من امرأته وأم ولده ومدبرته فيباح له وطؤهن إلا إذا وطئهن أهل الحرب فتجب العدة للشبهة فلا يجوز وطؤهن حتى تنقضي عدتهن بخلاف أمته المأسورة لا يحل وطؤها مطلقا لانها مملوكة لهم. وأطلق الشئ فشمل النفوس والاموال حتى أمة التاجر المأسورة لانها من أملاكهم، ولا يدخل تحته زوجته وأم ولده ومدبرته لانهن غير مملوكات لهم فيجوز للتاجر التعرض لهن، وكذا لو أغار أهل الحرب الذين فيهم مسلمون مستأمنون على طائفة من المسلمين فأسروا ذراريهم فمروا بهم على أولئك المستأمنين وجب عليهم أن ينقضوا عهودهم ويقاتلوهم إذا كانوا يقدرون عليه لانهم لا يملكون رقابهم فتقريرهم في أيديهم تقرير على الظلم، ولم يضمنوا ذلك لهم بخلاف الاموال لانهم ملكوها بالاحراز وقد ضمنوا لهم أن لا يتعرضوا لاموالهم، وكذا لو كان المأخوذ ذراري الخوارج لانهم مسلمون. ومن الفروع النفيسة ما في المبسوط: لو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الدار التي فيهم المسلم المستأمن لا يحل له قتال هؤلاء الكافر إلا إن خاف على نفسه لان

***

[١٦٨]

القتال لما كان تعريضا لنفسه على الهلاك لا يحل إلا لذلك أو لا علاء كلمة الله وهو إذا لم يخف على نفسه ليس قتال هؤلاء إلا إعلاء كلمة الكفر اه‍. وفي المحيط: مسلم دخل دار الحرب بأمان فجاء رجل من أهل الحرب بأمه أو بأم ولده أو بعمته أو بخالته قد قهرها ببيعها من المسلم المستأمن لا يشتريها منه لان الحربي إن ملكها بالقهر فقد صارت حرة فإذا باعها فقد باع الحرة، ولو قهر حربي بعض أحرارهم ثم جاء بهم إلى المسلم المستأمن فباعهم منه ينظر، إن كان الحكم عندهم أن من قهر منهم صاحبه فقد صار ملكه جاز الشراء لانه باع المملوك، وإن لم يملكه لا يجوز لانه باع الحر. قوله: (فلو أخرج شئ ملكه ملكا محظورا فيتصدق به) لورود الاستيلاء على مال مباح إلا أنه صل بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به، وهذا لان الحظر فيه لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه. أفاد بالحظر مع وجوب التصدق أنه لو كان المأخوذ غدرا جارية لا يحل له وطؤها ولا للمشتري منه بخلاف المشتراة شراء فاسدا فإن حرمة وطئها على المشتري خاصة وتحل للمشتري منه لان المنع منه لثبوت حق البائع في حق الاسترداد وببيع المشتري انقطع حقه ذلك لانه باع بيعا صحيحا فلم يثبت له حق الاسترداد وهناك الكراهة للغدر، والمشتري الثاني كالاول فيه. وفي الولوالجية: مسلم تزوج امرأة في دار الحرب وكانت كافرة فأعطى للاب صداقها فأضمر في قلبه أنه يبيعها فخرج بها إلى دار الاسلام فأراد بيعها فالبيع باطل

وهي حرة يريد به إذا خرجت معه طوعا لان أهل الحرب إنما يملكون بالقهر في دار الحرب فإذا لم يقهر في دار الحرب وخرجت معه إلى دار الإسلام بغير قهر لا تصير ملكا له اهـ. وفي فتح القدير: واعلم أنهم أخذوا في تصويرها ما إذا أضمر في نفسه أنه يخرجها ليبيعها ولا بد منه لانه لو أخرجها كرها لا لهذا الغرض بل لاعتقاده أن له أن يذهب بزوجته حيث شاء إذا أوفاها معجل مهرها ينبغي أن لا يملكها اهـ. وقيد بالاخراج لانها إذا غصب شئ في دار الحرب وجب عليه التوبة وهي لا تحصل إلا بالرد عليهم فأشبه المشتري شراء فاسدا، كذا في المحيط قوله: (فإن أدانه حربي أو أدان حربيا أو غصب أحدهما صاحبه وخرج إلينا لم يقض بشئ) أما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة أصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم ذلك في المستقبل، وأما

***

[١٦٩]

الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بينا. قيد بالقضاء لان المسلم يفتى برد المغصوب وإن كان لا يحكم عليه به لانه غدر، كذا ذكره الشارح وسكت عن الافتاء بقضاء الدين. وفي فتح القدير: يفتى بأنه يجب عليه قضاء الدين فما بينه وبين الله تعالى. وذكر الشارحون أن الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين والظاهر عدم تخصيصه بالبيع وأنه لا يشمل القرض لما في القاموس: أدان واستدان وتدين أخذ دينا والدين ماله أجل ومالا أجل له فقرض وأدان اشترى بالدين أو باع بالدين ضد اهـ. مع أنه في الحكم هنا لا فرق بينهما لان أحدهما لو أقرض الآخر في دار الحرب شئ ثم خرجا لم يقض بشئ قوله: (وكذلك لو كانا حربيين وفعلا ذلك ثم استأمنا) أي الادانة والغصب ثم دخلا دارنا بأمان لم يقض بشئ لما بيناه. وفي المحيط: خرج حربي مع مسلم إلى العسكر وادعى المسلم أنه أسير وقال كنت مستأمنا فالقول للحربي إلا إذا قامت قرينة ككونه مكتوفا أو مغلولا أو كان مع عدد من المسلمين. قوله: (وإن خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما لا بالغصب) أي أسلم الحربيان في دار الحرب ثم خرجا مسلمين بعد الادانة أو الغصب لان المداينة وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام، وأما الغصب فلما بيناه أنه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد، وقد قدمنا أن المسلم إذا دخل دارهم بأمان فأدانه حربي أو غصب منهم شيئا يفتى بالرد وإن لم يقض عليه قوله: (مسلمان مستأمنان قتل أحدهما صاحبه تجب الدية في ماله والكفارة في الخطأ) أي تجب الدية في مال القاتل لا على العاقلة، سواء كان القتل عمدا أو خطأ، أما الكفارة فلاطلاق الكتاب به والدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان. وإنما لا يجب القصاص لانه لا يمكنه استيفاؤه إلا بمنعة ولا منعة بدون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب، وإنما تجب الدية في ماله في العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها قوله: (ولا شئ في الاسيرين سوى الكفارة في الخطأ كقتل مسلم مسلما أسلم ثمة) وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: في الاسيرين الدية في الخطأ والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستئمان وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا. ولابي حنيفة أن

***

[١٧٠]

بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في أيديهم ولهذا يصير مقيما بإقامتهم ومسافرا بسفرهم فبطل الاحراز أصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا وهو المشبه به في المختصر وخص الخطأ بالكفارة لانه لا كفارة في العمد عندنا والله أعلم. فصل تأخير استئمان الكافر عن المسلم ظاهر قوله: (لا يمكن مستأمن أن يقيم فينا سنة وقيل له إن أقمت سنة وضع عليك الجزية) لان الحربي لا يمكن من إقامة دائمة في دارنا إلا باسترقاق أو جزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين، ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصلحة الجزية. قيد بالمستأمن لانه لو دخل دارنا بلا أمان فهو وما معه فئ، فإن قال دخلت بأمان لم يصدق وأخذ، ولو قال أنا رسول، فإن وجد معه كتاب يعرف أنه كتاب ملكهم بعلامة تعرف ذلك كان آمنا فإن الرسول لا يحتاج إلى أمان خاص بل بكونه رسولا يأمن وإن لم يعرف فهو زور

فيكون هو وما معه فيئا. وإن دخل دار الاسلام بلا أمان فأخذه واحد من المسلمين لا يختص به عند أبي حنيفة بل يكون فيئا لجماعة المسلمين، وظاهر قولهما أنه يختص به. ولو دخل الحرم قبل أن يؤخذ فعند أبي حنيفة يؤخذ ويكون فيئا للمسلمين، وعلى قولهما لا ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤذى ولا يخرج، كذا في فتح القدير. وفي المحيط: إذا دخل دارنا بلا أمان فهو فئ عند الامام أخذ قبل الاسلام أو بعده، وعندهما إن أسلم قبل الاخذ فهو حر ولو رجع هذا الحربي إلى دار الحرب خرج من أن يكون فيئا وعاد حرا. ولو قال رجل من المسلمين أنا أمنته لم يصدق إلا أن يشهد رجلان غيره أنه أمنه قوله: (فإن مكث سنة فهو ذمي) إن مكث المدة المضروبة فهو ذمي لانه لما أقامها بعد تقدم الامام إليه صار ملتزما للجزية فيصير ذميا فمراده من السنة ما وقته الامام له، سواء كانت سنة أو أقل كالشهر والشهرين. وظاهر ما في الكتاب أن قول الامام له ما ذكر شرط

***

[١٧١]

لكونه ذميا فلو مكث سنة قبل مقال الامام له لا يكون ذميا وبه صرح العتابي فقال: لو أقام سنين من غير أن يتقدم الامام إليه فله الرجوع. قيل: ولفظ المبسوط يدل على خلافه والاوجه الاول كما في فتح القدير. ودل كلامه على أنه لا جزية عليه في حول المكث لانه إنما صار ذميا بعده فتجب في الحول الثاني إلا أن يكون شرط عليه أنه إن مكث سنة أخذها منه، وقد ذكروا أن من أحكام الذمي جريان القصاص بينه وبين المسلم، وضمان المسلم قيمة خمره وخنزيره إذا أتلفه، ووجوب الدية عليه إذا قتله خطأ، ووجوب كف الاذى عنه حتى قال في فتح القدير: تحرم غيبته كما تحرم غيبة المسلم. وفي فتح القدير: وإذا رجع إلى دار الحرب لا يمكن أن يرجع معه بسلاح اشتراه من دار الاسلام بل بالذي دخل به، فإن باع سيفه واشترى به قوسا ونشابا أو رمحا لا يمكن منه، وكذا لو اشترى سيفا أحسن منه، فإن كان مثل الاول أو دونه يمكن. ولو مات المستأمن في دارنا وقف ماله لورثته فإذا قدموا وبرهنوا أخذوه، ولو كان الشهود أهل ذمة أخذ منهم كفيلا ولا يقبل كتاب ملكهم. قوله: (فلم يترك أن يرجع إليهم) أي لا يمكن المستأمن بعد الحول من الرجوع إلى أهل الحرب لان عقد الذمة لا ينقض لكونه خلفا عن الاسلام كيف وإن فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين، وظاهره أنه لا يمكن من العود إلى دار الحرب للتجارة أو لقضاء حاجة ولو بعدت المدة وهو يقتضي منع الذمي من دخول دار الحرب قوله: (كما لو وضع عليه الخراج) أي فلا يمكن من العود إلى دار الحرب لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس فإذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا. قيد بوضعه لان بمجرد الشراء لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة وصححه الشارح وهو ظاهر الرواية كما في السراج الوهاج، وفسر في البناية وضعه بالتوظيف عليه. وفي فتح القدير: والمراد بوضعه إلزامه به وأخذه منه عند حلول وقته وهو بمباشرة السبب وهو زراعتها أو تعطيلها مع التمكن منها إذا كانت في ملكه أو زراعتها بالاجارة وهي في ملك غيره إذا كان خراج مقاسمة فإنه يؤخذ منه لا من المالك فيصير به ذميا بخلاف ما إذا كان على المالك ولا يظن بوضع الامام وتوظيفه أن يقول وظفت على هذه الارض الخراج ونحوه لان الامام قط لا يقوله بل الخراج من حين استقر وظيفة للارض استمر على كل من صارت إليه واستمرت في يده اه‍. وأطلق في وضع الخراج فشمل جميع أسباب التزامه، فلو استعارها المستأمن من ذمي صار المستعير ذميا. وفي التتارخانية: إذا اشترى المستأمن أرض خراج فغصبت منه فإن زرعها الغاصب لا يصير

***

[١٧٢]

المستأمن ذميا وإلا فهو ذمي لوجوبه عليه، والصحيح أنه يصير ذميا في الوجهين. وفي السراج: لو زرع الحربي أرضه الخراجية فأصاب الزرع آفة لا يصير ذميا لعدم وجوب الخراج. وفي الهداية: وإذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه قوله: (أو نكحت ذميا) يعني فلا تمكن من الرجوع إليهم لانها التزمت المقام تبعا للزوج فتكون ذمية فيوضع الخراج على أرضها، وتقييد الزوج بالذمي ليفيد أنها تصير ذمية إذا نكحت مسلما بالاولى كما في فتح القدير، لان الكلام فيما إذا كانت كتابية كما في التتارخانية. وأفاد بإضافة النكاح إليها أنه بمعنى العقد فتصير ذمية بمجرده من غير توقف على الدخول كما أشار إليه الشارح. وظاهر كلام المصنف أن النكاح حادث بعدد دخولها دارنا وهو ليس بشرط. فلو قال أو صار لها زوج مسلم أو ذمي لكان أولى ليشمل ما إذا دخل المستأمن بامرأته دارنا ثم صار الزوج ذميا فليس لها الرجوع، وكذا لو أسلم وهي كتابية

بخلاف ما إذا أسلم وهي مجوسية، وليشمل ما إذا تزوج مستأمن مستأمنة في دارنا ثم صار الرجل ذميا. ولو أسلم وهي كتابية ثم أنكرت أصل النكاح فأقام الزوج بينة من المسلمين أو من أهل الذمة على أصل النكاح أو إقرارها به في دار الحرب لم يلتفت القاضي إلى هذه البينة، وإن برهن على اقرارها به في درانا قبلت ومنعت من اللحاق كما لو أقرت بين يدي القاضي، كذا ذكره السرخسي. وذكر الهندواني أنها تقبل مطلقا، كذا في التتارخانية. قوله: (لا عكسه) أي لا يصير المستأمن ذميا إذا نكح ذمية لانه يمكنه أن يطلقها فيرجع إلبلده فلم يكن ملتزما المقام، وكذا لو دخلا إلينا بأمان فأسلمت فله أن يرجع إلى دار الحرب. وفي التتارخانية: لو طالبته بصداقها فإن كان تزوجها في دار الاسلام فلها أن تمنعه
***
[١٧٣]
الرجوع حتى يوفيها مهرها، وإن كان تزوجها في دار الحرب فليس لها ذلك اه. ويعلم منه حكم الدين الحادث في دارنا بالاولى، وظاهره أنها إذا منعته للمهر فلم يقدر على وفائه حتى مضى حول كان ذميا. وفي التتارخانية: لو أن جندا من أهل الشرك أو قوما من أهل الحصن استأمنوا وهم في معمعة القتال فأمنوهم وصاروا في أيدي المسلمين فأرادوا أن ينصرفوا إلى مأمنهم في دار الحرب لم يتركوا وصاروا ذمة اه. وقد تقدم في الهداية في آخر كتاب الطلاق أنه جعل الحربي بالتزوج في دار الاسلام ذميا فهو مناقض لما ذكره هنا وقدمنا جوابه قوله: (فإن رجع إليهم وله وديعة عند مسلم أو ذمي أو دين حل دمه) أي فإن رجع المستأمن إلى دار الحرب فقد جاز قتله لانه أبطل أمانه بالعود إليها، وظاهره أنه لا فرق بين كونه قبل الحكم بكونه ذميا أو بعده لان الذمي إذا لحق بدار الحرب صار حربيا كما سيأتي، وجواز قتله بعوده ليس موقوفا على كونه له دين أو ديعة فلو أسقطه لكان أولى قوله: (فإن أسر أو ظهر عليهم سقط دينه وصارت وديعته في أوان قتل ولم يظهر أو مات فقرضه ووديعته لورثته) بيان لحكم أمواله المتروكة في دار الاسلام إذا رجع إلى دار الحرب فإن أمانه بطل في حق نفسه فقط، وأما في حق أمواله التي في دارنا فباق ولهذا يرد عليه ماله وعلى ورثته من بعده. وفي السراج: لو بعث من يأخذ الوديعة والقرض وجب التسليم إليه. وحاصل المسألة خمسة أوجه، ففي ثلاثة يسقط دينه وتصير وديعته غنيمة: الاول أن يظهروا على الدار ويأخذوه. الثاني أن يظهروا ويقتلوه. الثالث أن يأخذوه مسببا من غير ظهور. فقوله فإن أسر بيان للثالث. وقوله أو ظهر عليهم بيان للاولين لانه أعم من أن يقتلوه أولا لكن شامل لما إذا ظهر عليهم وهرب فإن ماله يبقى له كما سيأتي فلا بد من التقييد في الظهور عليهم بأن يأخذوه أو يقتلوه. وإنما صارت وديعته غنيمة لانها في يده تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه. وإنما سقط الدين لان إثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه أسبق إليه من يد العامة فتختص به فيسقط، وينبغي أن تكون العين المغصوبة منه كدينه لعدم المطالبة وليست يد الغاصب كيده. ولم يذكر المصنف حكم الرهن
***
[١٧٤]
قالوا: والرهن للمرتهن بدينه عند أبي يوسف، وعند محمد يباع ويستوفى دينه والزيادة فئ للمسلمين وينبغي ترجيحه لان ما زاد على قدر الدين في حكم الوديعة وهي فئ، فلو قال المصنف وصار ما له فيئا لكان أولى لانه لا يخص الوديعة لان ما عند شريكه ومضاربه وما في بيته في دارنا كذلك، وفي وجهين يبقى ماله على حاله فيأخذه إن كان حيا أو ورثته إن مات. الاول أن يظهروا على الدار فيهرب. الثاني أن يقتلوه ولم يظهروا على الدار أو يموت لان نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله. ولو عبر بالدين بدل القرض لكان أولى ليشمل سائر الديون. ثم اعلم أن ماله وإن كان غنيمة لا خمس فيه وإنما يصرف كما يصرف الخراج والجزية لانه مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين. وفي التتارخانية: وديعته فئ لجماعة المسلمين عند أبي يوسف. وقال محمد: تكون فيئا للسرية التي أسرت الرجل ويعتق مدبره الذي دبره في دارنا وأم ولده بأسره. وفي المغرب: ظهر عليه غلب وظهر على اللص غلب اه. فينبغي ضبط المختصر بالبناء للمجهول كما لا يخفى، ولم أر حكم ما إذا كان على المستأمن دين لمسلم أو ذمي أدانه له في دارنا ثم رجع، ولا يخفى أنه باق لبقاء المطالبة وينبغي أن يوفى من ماله المتروك ولو صارت وديعته فيئا اه. قوله: (وإن جاءنا حربي بامان وله زوجة ثم وولد ومال عند مسلم أو ذمي أو حربي فأسلم هنا ثم ظهر عليهم فالكل فئ) بيان لحكم ما تركه المستأمن في

دار الحرب ثم صار من أهل دارنا إما بإسلامه أو بصيرورته ذميا فتقييده بإسلامه في المختصر ليفهم منه حكم الآخر بالاولى. أما المرأة وأولاده الكبار فلانهم حربيون كبار وليسوا بأتباع، وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا إنه جزؤها، وأما أولاده الصغار فلان الصغير إنما يتبع أباه في الاسلام عند اتحاد الدار ومع تباين الدارين لا يتحقق ولذا أطلق في الولد ليشمل الكبير والصغير والجنين. ولو سبي الصبي في هذه المسألة وصار في دار الاسلام فهو مسلم تبعا لابيه لانهما اجتمعا في دار واحدة بخلاف ما قبل إخراجه وهو فئ على كل حال. وأما أمواله فإنها لا تصير محرزة بإحراز نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل غنيمة وعمم المودع لعدم الفرق. فإن قلت: قوله عليه السلام عصموا مني دماءهم وأموالهم يخالفه. قلت: هذا باعتبار الغلبة يعني المال الذي في يده وما هو في معناه بالعرف لان من دأب الشرع بناء الحكم على الغلبة،

***

[١٧٥]

كذا في البناية قوله: (وإن أسلم ثمة فجاءنا فظهر عليهم فولده الصغير حر مسلم وما أودعه عند مسلم أو ذمي فهو له وغيره فئ) بيان لحكم متروك الحربي إذا أسلم في دار الحرب وجاء إلينا مسلما وترك أمواله وأولاده ثم ظهرنا على أهل الحرب. أما الولد الصغير فهو تبع لابيه حين أسلم إذ الدار واحدة فكان حرا مسلما، وما كان من وديعة له عند مسلم أو ذمي فهو له لانه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فئ، فأما المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا، وأما المال الذي في يد الحربي فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست يدا محترمة، وشمل غيره العين المغصوبة في يد المسلم أو الذمي فيكون فيئا لعدم النيابة، كذا في فتح القدير قوله: (ومن قتل مؤمنا خطأ لا ولي له أو حربيا جاءنا بأمان فأسلم فديته على عاقلته للامام) لانه قتل نفسا معصومة خطأ فيعتبر بسائر النفوس المعصومة. ومعنى قوله للامام أن حق الاخذ له لانه لا وارث له لا أنه يملكه الامام بل يوضع في بيت المال وهو المقصود من ذكره ههنا وإلا فحكم القتل الخطأ معلوم ولذا لم ينص على الكفارة لما سيأتي في الجنايات فإنه لا ولي له، ولو اقتصر على المسألة الاولى لشملت الثانية لان الحربي إذا أسلم في دارنا ولم يكن معه وارث فإنه لا ولي له وإن كان له أولاد في دار الحرب قوله: (وفي العمد القتل أو الدية لا العفو) أي لو قتل من لا ولي له عمدا خير الامام إن شاء قتله وإن شاء أخذ الدية لبيت المال لانه النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو السلطان لانه ولى من لا ولى له كما في الحديث، وأخذه الدية بطريق الصلح برضا القاتل لان موجب العمد هو القود عينا وهذا لان الدية وإن كانت أنفع للمسلمين من قتله لكن قد يعود عليهم من قتله منفعة أخرى هو أن ينزجر أمثاله عن قتل المسلمين، وليس للامام العفو لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر إسقاط حقهم من غير عوض. وشمل كلامه اللقيط فإن قتل خطأ فالدية للامام قتله الملتقط أو غيره، وإن قتل عمدا خير كما في الكتاب وهو قولهما. وقال أبو يوسف: ليس له القصاص لانه لا يخلو عن الوارث غالبا أو هو محتمل فكان فيه شبهة وهو يسقط بها. ولهما أن المجهول الذي لا يمكن الوصول إليه ليس بولي لان الميت لا ينتفع به فصار كالعدم فتنتقل

***

[١٧٦]

الولاية إلى السلطان كما في الارث، كذا ذكره الشارح وهو يفيد أن من لا وارث له معلوم فإرثه لبيت المال وإن احتمل أن يكون له وارث، وكذا من لا وارث له ظاهرا إذا أوصى بجميع ماله لاجنبي فإنه يعطى كل ماله وإن احتمل مجئ وارث لكن بعد التأني كما لا يخفى والله أعلم. باب العشر والخراج والجزية بيان لما يؤخذ من الذمي بعد بيان ما يصير به ذميا، وذكر العشر تتميم للوظائف المالية، وقدمه لما فيه من معنى العبادة. والعشر بضم العين واحد العشرة، والخراج اسم لما يخرج من غلة الارض أو الغلام ثم سمي ما يأخذه السلطان خراجا يقال فلان أدى خراج أرضه قوله: (أرض العرب وما أسلم أهله أو فتح عنوة وقسم بين الغانمين عشرية) أما أرض العرب فلان النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين رضي الله عنهم أجمعين لم يأخذوا الخراج من أرض العرب. وتعقبه في البناية بأنه ليس له أصل في كتب الحديث ولم يجب عنه، وجوابه أن العدم لا يحتاج إلى أصل لانه لو أخذ منهم الخراج لنقل، ولما لم ينقل دل على عدمه، ولانه بمنزلة الفئ فلا يثبت في أراضيهم كما لا يثبت في رقابهم. وهذا لان وضع الخراج من شرطه أن يقر أهلها على الكفر كما في سواد العراق، ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الاسلام أو السيف. وذكر في المغرب معزيا إلى كتاب العشر والخراج

أبو يوسف في الامالي حدود أرض العرب ما وراء حدود أرض الكوفة إلى أقصى صخر باليمن. وعن محمد من عدن أبين إلى الشام وما والاها. وفي شرح القدوري قال الكرخي: هي أرض الحجاز وتهامة واليمن ومكة والطائف والبرية يعني البادية. قال وقال محمد: أرض العرب من العذيب إلى مكة وعدن أبين إلى أقصى حجر باليمن بمهرة. وهذه العبارات مما لم أجده في كتب اللغة وقد ظهر أن من روى إلى أقصى حجر بالسكون وفسره بالجانب فقد حرف لوقوع صخر موقعه وكأنهما ذكرا ذلك تأكيدا للتحديد وإلا فهو عنه مندوحة اه. ما في المغرب. وجزيرة العرب بمعنى أرضها ومحلتها. وفي البناية: العذيب - بضم العين المهملة وفتح الذال المعجمة وبالباء الموحدة - ماء لتميم. والحجر - بفتحتين - بمعنى الصخرة. ومهرة - بفتح الهاء والسكون - اسم رجل وقيل
***
[١٧٧]
اسم قبيلة ينسب إليها الابل المهرية، وسمي ذلك المقام به فيكون بمهرة بدلا من قوله باليمن اه. وأما إذا أسلم أهلها أو فتحت قهرا وقسمت بين الغانمين فلان الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة، وكذا هو أحق حيث يتعلق بنفس الخارج والعنوة بالفتح القهر، كذا في المغرب. قوله: (والسواد وما فتح عنوة وأقر أهله عليه أو فتح صلحا خراجية) أما السواد فالمراد به سواد العراق فلان عمر رضي الله عنه وضع عليه الخراج بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وهو أشهر من أن ينقل فيه أثر معين. وفي البناية: المراد بالسواد القرى وبه صرح التمرتاشي. وسمي السواد لخضرة أشجاره وزروعه. وقال الاترازي: المراد من السواد المذكور سواد الكوفة وهو سواد العراق وحده من العذيب إلى عقبة حلوان عرضا ومن العلث إلى عبادان طولا، وأما سواد البصرة فالاهواز وفارس اه. وتقدم ضبط العذيب. وحلوان - بضم الحاء - اسم بلد. والعلث - بفتح العين المهملة وسكون اللام وبالثاء المثلثة - قرية موقوفة على العلوية على شرقي دجلة وهو أول العراق. وعبادان - بتشديد الباء الموحدة - حصن صغير على شط البحر وفي المثل ما وراء عبادان قرية. وفي شرح الوجيز: طول سواد العراق مائة وستون فرسخا، وعرضه ثمانون فرسخا، ومساحته ستة وثلاثون ألف ألف جريب، كذا في البناية. وأما ما أقر أهلها عليها سواء فتحت قهرا أو صلحا فلان الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به، ويلحق بما أقر أهله عليها ما نقل إليها غير أهلها من الكفار فإنها خراجية كما ذكره الاسبيجابي. وأطلق المصنف فيما أقر أهله عليه تبعا للقدوري، وقيده في الجامع الصغير على ما في الهداية بأن يصل إليها ماء الانهار لتكون خراجية، وما لم يصل إليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي أرض عشر لان العشر يتعلق بالاراضي النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقى بماء العشر أو بماء الشعر أو بماء الخراج اه. وهو مشكل لاننا نقطع بأن الارض التي أقر أهلها عليها لو كانت تسقى بعين أو بماء السماء لم تكن الاخراجية لان أهلها كفار والكفار لو انتقلت إليهم أرض عشرية، ومعلوم أن العشرية قد تسقى بعين أو بماء السماء لا تبقى على العشرية بل تصير خراجية في قول أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد، فكيف يبتدأ الكافر بتوظيف العشر؟ ثم كونها عشرية عند محمد إذا انتقلت إليه كذلك أما في الابتداء فهو أيضا يمنعه، والعبارة التي نقلها عن الجامع في غاية البيان ليست كما في الهداية، وقد أطال المحقق في فتح القدير في تقريره ثم قال: والحاصل أن التي فتحت عنوة إن أقر الكفار عليها لا يوظف عليهم إلا الخراج ولو سقيت بماء المطر، وإن قسمت بين المسلمين لا يوظف إلا العشر وإن سقيت بماء الانهار. وإذا كان كذلك فالتفصيل في الارض المحياة
***
[١٧٨]
التي لم تقسم ولم يقر أهلها عليها بأن أحياها مسلم فإن وصل إليها ماء الانهار فهي خراجية أو ماء عين ونحوه فعشرية اه. وفي التبيين: إن التفصيل في حق المسلم، أما الكافر فيجب عليه الخراج من أي ماء سقى لان الكافر لا يبتدأ بالعشر فلا يتأتى فيه التفصيل في حالة الابتداء اجماعا إلى آخره. ومعنى قوله وأقر أهلها عليها أن الامام أقرهم على ملكهم للاراضي. قال في الهداية: وأرض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها. وفي التتارخانية: فإن أسلموا سقطت الجزية عن رؤسهم ولا يسقط الخراج عن أراضيهم اه. وإذا باعها انتقلت بوظيفتها من الخراج وكذا إذا مات انتقلت إلى ورثته كذلك، وإذا وقفها مالكها بقي الخراج على حاله كما صرحوا بوجوبه في أرض الوقف وأرض الصبي والمجنون. وفي الهداية أن عمر رضي الله عنه وضع على مصر الخراج حين افتتحها عمرو بن العاص

رضي الله عنه، وكذا أجمعت الصحابة رضي الله عنهم على وضع الخراج على الشام اهـ. وفي فتح القدير: المأخوذ الآن من أراضي مصر إنما هو بدل إجارة لاخراج ألا ترى أن الاراضي ليست مملوكة للزراع، وهذا بعدما قلنا إن أرض مصر خراجية والله أعلم كأنه لموت المالكين شيأ فشيأ من غير إخلاف ورثة فصارت لبيت المال. وينبغي على هذا أن لا يصح بيع الامام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشئ منها لان نظره في مال المسلمين كنظره في مال اليتيم فلا يجوز له بيع عقاره إلا

***

[١٧٩]

لضرورة عدم وجود ما ينفقه سواه فلذا كتبت في فتوى رفعت إلي في شراء السلطان الاشرف برسباي الارض ممن ولاه نظر بيت المال هل يجوز شراؤه منه وهو الذي ولاه؟ فكتبت: إذا كان بالمسلمين حاجة والعياذ بالله تعالى جاز ذلك اهـ. كأنه أجاب لا يجوز كما لا يخفى وهو مبنى على قول المتقدمين، أما على قول المتأخرين المفتى به لا يخصر جواز بيع عقار اليتيم فيما ذكر بل فيه، وفيما إذا كان على الميت دين لا وفاء له إلا منه أو رغب فيه بضعف قيمته فكذلك نقول للامام بيع العقار لغير حاجة إذا رغب فيه بضعف قيمته على المفتى به، وهذه مسألة مهمة وقع النزاع فيها في زماننا في تفتيش وقع من نائب مصر على الرزق في سنة ثمان وخمسين وتسعمائة حتى ادعى بعضهم بأن المبايعات للاراضي من بيت المال غير صحيحة ليتوصل بذلك إلى إبطال الاوقاف والخيرات وهو مردود بما ذكرناه، ثم قدم بعد ذلك بيسير شخص ولاه السلطان أمر الاوقاف فطلب أن يحدث على أراضي الاوقاف خراجا متمسكا بأن الخراج واجب في أرض الوقف وهو مردود عليه بما نقلناه عن المحقق ابن الهمام من أن الخراج ارتفع عن أراضي مصر إنما المأخوذ منها أجرة فصارت الاراضي بمنزلة دور السكنى لعدم من يجب عليه الخراج، فإذا اشتراها انسان من الامام بشرطه شراء صحيحا ملكها ولا خراج عليها فلا يجب عليه الخراج لان الامام قد أخذ البدل للمسلمين فإذا وقفها وقفها سالمة من المؤن فلا يجب الخراج فيها وتمامه فيما كتبناه في تلك السنة المسمى بالتحفة المرضية في الاراضي المصرية اهـ.

***

[١٨٠]

قوله: (ولو أحيا أرضا مواتا يعتبر قربه) أي لو أحيا المسلم والمراد بالقرب أنها إن كانت بقرب أرض الخراج فهي خراجية، وإن كانت بقرب أرض العشر فهي عشرى. وهذا عند أبي يوسف لان ما قرب من الشئ أخذ حكمه كفناء الدار لصاحبها الانتفاع به وإن لم تكن ملكا له ولذا لا يجوز إحياء ما قرب من العامر. واعتبر محمد الماء فإن أحياها بماء الخراج فهي خراجية وإلا فعشرية. قيدنا بالمسلم لان الكافر يجب عليه الخراج مطلقا، كذا في الشرح وقدمناه اهـ قوله: (والبصرة عشرية) نص عليها لان مقتضى ما سبق أن تكون خراجية لانها من حيز أرض الخراج لكن ترك القياس بإجماع الصحابة رضي الله عنهم على توظيف العشر عليها، كذا في غاية البيان وفيه نظر لان الحيز إنما يعتبر في الارض المحياة والبصرة لم تكن محياة وإنما فتحت عنوة فقياس ما مضى أن تكون خراجية كما أشار إليه في التبيين كما خرج عن القياس مكة المشرفة فإن القياس وضع الخراج عليها لكونها فتحت عنوة ومع ذلك لم يوظف رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها الخراج تعظيما لها ولاهلها، فكما لا رق على العرب فكذلك لا

***

[١٨١]

خراج على أراضيهم، كذا في البناية قوله: (وخراج جريب صلح للزراعة صاع ودرهم وفي جريب الرطبة خمسة دراهم وفي جريب الكرم والنخل المتصل عشرة دراهم) بيان للخراج الموظف وهذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه فإنه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب ووضع على ذلك ما قلناه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان إجماعا منهم، ولان المؤن متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة والمزارع أكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم أعلاها، وفي الزرع أدناها، وفي الرطبة أوسطها. والجريب أرض طولها ستون ذراعا وعرضها كذلك لكن اختلف في الذراع ففي كتب الفقه أنه سبع قبضات وهو ذراع كسرى يزيد على ذراع العامة بقبضة. وفي المغرب أنه ست قبضات والقبضة أربع أصابع اهـ. وفي الكافي ما قيل الجريب ستون في ستين حكاية عن جريبهم في أراضيهم وليس بتقدير لازم

في الاراضي كلها بل جريب الارض يختلف باختلاف البلدان فيعتبر في كل بلد متعارف أهله اه. وهذا يقتضي أن يعتبر في مصر الفدان فإنهم لا يعرفون غيره لكن ما في الكافي مردود والمعول عليه ما ذكرنا من التقدير كما في فتح القدير. وقيد بصلاحيته لانه لا شئ في غير الصالح لها. وأطلقه فشمل ما زرعه صاحبه في السنة مرة أو مرارا أو لم يزرعه، ولم يذكر هنا تقدير الصاع للاكتفاء بما قدمه في صدقة الفطر من أنه ثمانية أرطال. وأطلقه فشمل كل مزروع فيه فيؤخذ قفيز مما زرع حنطة أو شعيرا أو عدسا أو ذرة وهو الصحيح، ولم يقدر الدرهم للاكتفاء بما ذكره في الزكاة من أن العشرة منها بوزن سبعة مثاقيل. وذكر العيني أنه يعطى الدرهم من أجود النقود. والرطبة - بفتح الراء - إلا سفست الرطب والجمع رطاب. وفي كتاب العشر: البقول غير الرطاب وإنما البقول مثل الكراث والرطاب هو القثاء والبطيخ والباذنجان وما يجري مجراه، والاول هو المذكور فيما عندي من كتب اللغة فحسب، كذا في المغرب. وفي العيني: الرطبة البرسيم اه. وينبغي أن يفسر بما في كتاب العشر كما لا يخفى. وأفاد المصنف رحمه الله أنه يؤخذ من الرطبة شئ من الخارج، وقيد بالاتصال لانها لو كانت متفرقة في جوانب الارض ووسطها مزروعة فلا شئ فيها، وكذا لو غرس أشجارا غير مثمرة، ولو كان الاشجار ملتفة لا يمكن زراعة أرضها فهي كرم، ذكره في الظهيرية. وفي شرح الطحاوي: لو أنبت أرضه كرما فعليه خراجها إلى أن تطعم فإذا أطعمت فإن كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم، وإن كان أقل فنصفه إلى أن ينقص عن قفيز ودرهم

***

[١٨٢]

فإن نقص فعليه درهم وقفيز اه. وفي البناية: المتصل ما يتصل بعضه ببعض على وجه تكون كل الارض مشغولة بها. وفي الهداية: وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك لان التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة من أي شئ كان اه. قلت: وكذا في غالب أراضي مصر لا يؤخذ خراجها إلا دراهم بخلاف أراضي الصعيد فإن غالب خراجها القمح، ولم يذكر المصنف ما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره لانه يوضع عليها بحسب الطاقة لانه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه وقد اعتبر في ذلك الطاقة فنعتبرها فيما لا توظيف فيه. قالوا: ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل أرض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار. ولم يذكر المصنف خراج المقاسمة لظهوره فإذا من الامام عليهم جعل على أراضيهم نصف الخارج أو ثلثه أو ربعه. قال في السراج الوهاج: لا يزاد على النصف ولا ينقص عن الخمس قوله: (وإن لم تطق ما وظف نقص بخلاف الزيادة) أي وإن لم تطق الارض ما جعل عليها من الخراج الموظف السابق نقص عنها ما لا تطيقه وجعل عليها ما تطيقه بخلاف الزيادة على ما وظفه عمر رضي الله عنه فإنها لا تجوز، وإن طاقتها الارض لقول عمر رضي الله عنه لعامليه لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا: بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت. وهو دال على ما ذكرناه من الامرين. أطلقه فشمل الاراضي التي صدر التوظيف فيها من عمر رضي الله عنه أو من إمام بمثل وظيفة عمر وهو مجمع عليه، وأما إذا أراد الامام توظيف الخراج على أرض ابتداء وزاد على وظيفة عمر رضي الله عنه فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة وهو الصحيح لان عمر رضي الله عنه لم يزد لما أخبراه بزيادة الطاقة، كذا في الكافي. ومعناه أن الارض التي فتحت بعد عمر رضي الله عنه لو كانت تزرع الحنطة فأراد أن يضع عليها درهمين

***

[١٨٣]

وقفيزا وهي تطيقه ليس له ذلك. ومعنى عدم الاطاقة أن الخارج منها لم يبلغ ضعف الخراج الموظف فينقص منه إلى نصف الخارج، كذا أفاده في الخلاصة. وظاهر ما في الكتاب أن النقصان عند الاطاقة لا يجوز وليس كذلك فقد نقل في البناية عن الكاكي أنه إذا جاز النقصان عند قيام الطاقة فعند عدم الطاقة بالطريق الاولى. قوله: (ولا خراج أن غلب على أرضه الماء أو انقطع أو أصاب الزرع آفة) لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج. وفيما إذا ا صطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول وكونهناميا في جميع الحول شرط كما في الزكاة أو يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج. أطلقه فشمل ذهاب كل الخارج أو بعضه وهو مقيد بالاول، أما في الثاني قال محمد: إن بقي مقدار الخراج ومثله بأن بقي مقدار درهمين وقفيزين يجب الخراج، وإن

بقي أقل من مقدار الخراج يجب نصفه. قال مشايخنا: والصواب في هذا أن ينظر أولا إلى ما أنفق هذا الرجل في هذه الارض ثم ينظر إلى الخارج فيحسب ما أنفق أولا من الخارج. فإن فضل منه شئ أخذ منه مقدار ما بينا، وما ذكر في الكتاب أن الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما إذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه أن يزرع الارض، أما إذا بقي ذلك لا يسقط الخراج، كذا في الفوائد. وأطلق الآفة وهو مقيد بالآفة السماوية التي لا يمكن الاحتراز عنها كالغرق والاحتراق وشدة البرد، أما إذا كانت غير سماوية ويمكن الاحتراز عنها كأكل القردة والسباع والانعام ونحو ذلك لا يسقط الخراج. وقال بعضهم، يسقط. والاول أصح. وذكر شيخ الاسلام أن هلاك الخارج قبل الحصاد يسقط: كذا في السراج الوهاج. ومنه يعلم أن الدودة والفأرة إذا أكلا الزرع لا يسقط الخراج. وقيد بالزرع وهو اسم للقائم لانه لو هلك بعد الحصاد لا يسقط كما أشار إليه شيخ الاسلام. وقيد بالخراج لان الاجرة تسقط بالاوليين، وأما بالثالث فذكر الولوالجي في فتاواه: إذا استأجر أرضا للزراعة سنة ثم اصطلم الزرع آفة قبل مضي السنة فما وجب من الاجر قبيل الاصطلام لا يسقط، وما وجب بعد الاصطلام يسقط لان الاجر إنما يجب بإزاء المنفعة شيأ فشيأ، فما استوفى من المنفعة وجب عليه الاجر، وما لم يستوف انفسخ العقد في حقه. وفي بعض الروايات لا يسقط شئ والاعتماد على ما ذكرنا فرق بين هذا وبين الخراج فإنه يسقط اه. قال شمس الائمة: ومما حمد من سير الاكاسرة أنهم إذا أصاب
***
[١٨٤]
بعض زرع الرعية آفة غر مواله ما أنفق في الزراعة من بيت مالهم وقال التاجر شريك في الخسران كما هو شريك في الربح فإذا لم يعطه الامام شئ فلا أقل من أن لا يغرمه الخراج اه. قوله: (وإن عطلها صاحبها أو أسلم أو اشترى مسلم أرض خراج يجب) أي الخراج، أما الاول فلان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته. قالوا: من انتقل إلى أحسن الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة كما إذا كانت صالحة للزعفران فزرع الشعير وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس لانا لو أفتينا بذلك يدعي كل ظالم في أرض ليس هذا شأنها أنها كانت تزرع الزعفران فيأخذ خراجه فيكون ظلما وعدوانا. قيد بكونه المعطل لانه لو منعه إنسان من الزراعة لا يجب عليه الخراج لعدم التمكن. وقيد بالخراج الموظف لان كلامه فيه لانه وكان خراج مقاسمة فلا شئ عليه بالتعطيل، كذا في السراج الوهاج. وأشار بنسبة التعطيل إليه إلى أنه كان متمكنا من الزراعة ولم يزرع فلو عجز المالك عن الزراعة لعدم قوته وأسبابه فللامام أن يدفعها إلى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي للمالك، وإن شاء أجرها وأخذ الخراج من الاجرة، إن شاء زرعها بنفقة من بيت المال، فإن لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها الخراج، وهذا بلا خلاف. وعن أبي يوسف يدفع للعاجز كفايته من بيت المال فيعمل فيها قرضا. وفي جمع الشهيد: باع أرضا خراجية فإن بقي من السنة مقدار
***
[١٨٥]
ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه وإلا فعلى البائع، كذا في البناية. وقد قدمناه أن أرض مصر الآن ليست خراجية إنما هي بالاجرة فلا شئ على الفلاح لو عطلها ولم يكن مستأجرا لها ولا جبر عليه بسببها. وبه علم أن بعض المزارعين إذا ترك الزراعة وسكن في مصر فلا شئ عليه، فما يفعله الظلمة من الاضرار به فحرام خصوصا إذا أراد الاشتغال بالقرآن والعلم كمجاوري الجامع الازهر. وأما الثاني وهو أن من أسلم من أهل الخراج فإن يؤخذ منه الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فأمكن إبقاؤه على المسلم. وأما الثالث وهو ما إذا اشترى مسلم من ذمي أرض خراج فلما قلنا، وقد صح أن الصحابة رضي الله عنهم اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهية قوله: (ولا عشر في خارج أرض الخراج) لقوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم كما رواه أبو حنيفة في مسنده. ولان أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى بإجماعهم حجة، ولان الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهرا والعشر يجب في أرض أسلم أهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان

إلى الارض وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما والحد والعقر والجلد والنفي والرجم وزكاة التجارة وصدقة الفطر والقطع والضمان، كذا في السراج الوهاج. وكذا التيمم مع الوضوء وكذا الحبل مع الحيض والحيض مع النفاس. فروع: لا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة إذا كان موظفا وإن كان خراج مقاسمة تكرر لتعلقه بالخارج حقيقة كالعشر، ولو وهب السلطان لانسان خراج أرضه ليس له أن يقبل وإن كان مصرفا له أن يقبل. ولو ترك السلطان لانسان خراج أرضه جاز عند أبي يوسف.
***
[١٨٦]
وقال محمد: لا يجوز والفتوى على قول أبي يوسف إن كان صاحب الارض مصرفا له، ولو ترك له عشر أرضه لا يجوز بالاجماع ويخرجه بنفسه ويعطيه للفقراء والله أعلم. فصل في الجزية (الجزية لو وضعت بتراض لا يعدل عنها) لان الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي إلى غير ما وقع عليه التراضي، وقد صالح عليه السلام بني نجران على ألف ومائتي حلة. والجزية اسم لما يؤخذ من أهل الذمة والجمع جزى كلحية ولحى لانها تجزئ عن القتل أي تقضي وتكفي فإذا قبلها سقط عنه القتل قوله: (وإلا توضع على الفقير في كل سنة اثنا عشر درهما وعلى وسط الحال ضعفه وعلى المكثر ضعفه) أي إن لم توضع بالتراضي وإنما وضعت قهرا بأن غلب الامام على الكفار وأقرهم على إملاكهم، ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والانصار، ولانه وجب نصرة للمقاتلة فيجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض. وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفد وقلته فكذا ما هو بدله. وظاهر كلامهم أن حد الغني والمتوسط والفقر لم يذكر في ظاهر الرواية ولذا اختلف المشايخ فيه، وأحسن الاقوال ما اختاره في شرح الطحاوي من أن من ملك عشرة آلاف درهم فصاعدا فهو غني. والمتوسط من يملك مائتي درهم فصاعدا، والفقير الذي يملك ما دون المائتين أو لا يملك شيئا. وأشار بقوله في كل سنة إلى أن وجوبها في أول الحول وإنما الحول تخفيف وتسهيل. وفي الهداية أنه يؤخذ من الغني في كل شهر أربعة دراهم، ومن المتوسط درهمان، ومن الفقير درهم وهذا لاجل التسهل عليه لا بيان للوجوب لانه بأول الحول كما ذكرنا، كذا في البناية.
***
[١٨٧]
وأطلق الفقير هنا اكتفاء بما ذكره بعده من أن الفقير غير المعتمل لا جزية عليه والمعتمل هو القادر على العمل وإن لم يحسن حرفة. وفي السراج: المعتمل القادر على تحصيل الدراهم والدنانير بأي وجه كان وإن لم يحسن الحرفة. وقال الكاكي: والمعتمل هو المكتسب والاعتمال الاضطراب في العمل وهو الاكتساب، فلو كان مريضا في السنة كلها أو نصفها أو أكثرها لا تجب عليه، ولو ترك العمل مع القدرة عليه فهو كالمعتمل كمن قدر على الزراعة ولم يزرع. وظاهر كلام المختصر أن القدرة على العمل شرط في حق الفقير فقط لقوله وفقير غير معتمل وليس كذلك بل هو شرط في حق الكل ولذا قال في البناية وغيرها: لا يلزم الزمن منهم وإن كان مفرطا في اليسار، وكذا لو مرض نصفها كما في الشرح. فلو حذف الفقير لكان أولى. وفي فتح القدير: ويعتبر وجود هذه الصفات في آخر السنة اه. وينبغي اعتبارها في أولها لانه وقت الوجوب. قوله: (وتوضع على كتابي ومجوسي ووثنى عجمي) لقوله تعالى * (من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد) * (التوبة: ٢٩) الآية. ووضع رسول الله صلى الله عليه وسلم الجزية على المجوس. وأما عبدة الاوثان من العجم فلانه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم إذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فإنه يكتسب ويؤدي إلى المسلمين ونفقته في كسبه، وإن ظهر عليهم قبل وضع الجزية فهم ونساؤهم وصبيانهم فئ لجواز استرقاقهم لا فرق في ذلك بين الانواع الثلاثة كما في العناية. وأشار بتقييد الوثني بالعجمي دون الاولين إلى أن الكتابي والمجوسي لا فرق فيهما بين العرب والعجم كما في العناية أيضا، والكتابي
***
[١٨٨]
شامل لليهود والنصارى. ويدخل في اليهود السامرة لانهم يدينون بشريعة موسى صلوات الله وسلامه عليه إلا أنهم يخالفونهم في فروع، ويدخل في النصارى الفرنج والارمن. وفي الخانية: وتؤخذ الجزية من الصابئة عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما. والمجوس عبدة

النار، والوثن ماله جثة من خشب أو حجر أو فضة أو جوهر ينحت والجمع أوثان، وكانت العرب تنصبها وتعبدها. والعجم جمع العجمي وهو خلاف العربي وإن كان فصيحا، والاعجمي الذي في لسانه عجمة أي عدم إفصاح بالعربية وإن كان عربيا، كذا في المعرب. وفي السراج: الوثن ما كان منقوشا في حائط ولا شخص له، والصنم اسم لما كان على صورة الانسان، والصليب ما لا نقش فيه ولا صورة تعبد. قوله: (لا عربي ومرتد وصبي وامرأة وعبد ومكاتب وزمن وأعمى وفقير غير معتمل وراهب لا يخالط) أي لا توضع الجزية على هؤلاء، أما مشركو العرب فلان النبي صلى الله عليه وسلم نشأ بين أظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم أظهر. والمراد بالعربي في عبارته عربي الاصل وهم عبدة الاوثان وأنهم أميون كما وصفهم الله تبارك وتعالى في كتابه فخرج الكتاب كما قدمناه، فأهل الكتابي وإن سكنوا فيما بين العرب وتوالدوا فهم ليسوا بعربي الاصل. وأما المرتد عربيا كان أو أعجميا فلانه كفر بربه بعدما هدي إلى الاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين إلا الاسلام أو السيف زيادة في العقوبة، وإذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فئ لان أبا بكر رضي الله عنه استرق نساء بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين إلا أن نسائهم وذراريهم يجبرون على الاسلام بخلاف ذراري عبدة الاوثان ونسائهم، ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا. وأما عدم وضعها على الصبي والمرأة فلانها وجبت بدلا عن القتل أو القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الاهلية. وأما عدم وضعها على المملوك فلانها بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا، وعلى اعتبار الثاني لا يجب فلا يجب بالشك. وشمل العبد المدبر وأم الولد وقد وقع في الهداية ذكر أم الولد ولا

***

[١٨٩]

ينبغي فإن من المعلوم أن لا جزية على النساء الاحرار فكيف بأم الولد وإنما المراد ابن أم الولد. وأفاد أنه لا يؤدي عنهم المولى لانهم تحملوا الزيادة بسببهم لانهم صاروا أغنياء به فلو أدوا عنهم لكن وجوبها مرتين بسبب شئ واحد. وأما عدمها على العاجز فلانها وجبت بدلا عن القتال كما ذكرنا فدخل المفلوج والشيخ الكبير ولو كان له مال ولذا لم تجب على الراهب الذي لا يخالط الناس ولو كان قادرا على العمل لانه لا يقتل والجزية لاسقاطه. وفي البناية: الزمن من زمن الرجل بزمن زمانة وهو عدم بعض أعضائه أو تعطيل قواه اه. وأما عدم وضعها عن الفقير الذي لا يعمل فلان عثمان رضي الله عنه لم يوظفها عليه وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم كالارض التي لا طاقة لها فإن الخراج ساقط عنها، وغير المعتمل هو الذي لا يقدر على العمل. والمعتمل المكتسب الذي يقدر على العمل وإن لم يحسن حرفة ويكتفي بصحته في أكثر السنة، فإن مرض نصفها فلا جزية عليه. ولو أدرك الصبي أو أفاق المجنون أو عتق العبد أو برئ المريض قبل وضع الامام الجزية ضع عليهم وبعد وضع الجزية لا يوضع عليهم لان المعتبر أهليتهم وقت الوضع بخلاف الفقير إذا أيسر بعد الوضع حيث توضع عليه لانه أهل للجزية وإنما سقطت عنه لعجزه وقد زال، كذا في الاختيار قوله: (وتسقط بالاسلام والموت والتكرر) لانها عقوبة على الكفر وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت. ولا فرق في المسقط بين أن يكون بعد تمام السنة أو في بعضها. وكذا تسقط إذا عمي أو زمن أو أقعد أو صار شيخا كبيرا لا يستطيع العمل أو افتقر بحيث لا يقدر على شئ، والعقوبات إذا اجتمعت تداخلت كالحدود فلذا إذ اجتمعت عليه حولان تداخلت. واختلف في معنى التكرار والاصح أنه إذا دخلت السنة الثانية سقطت جزية السنة الاولى لان الوجوب بابتداء الحول بخلاف خراج الارض فإنه بآخره لسلامة الانتفاع. وفي الجوهرة:

***

[١٩٠]

الجزية تجب في أول الحول عند الامام إلا أنها تؤخذ في آخره قبل تمامه بحيث يبقى منه يوم أو يومان. وقال أبو يوسف: تؤخذ الجزية حين تدخل السنة ويمضي شهران منها. قيد بالجزية لان الديون والاجرة والخراج لا يسقط بإسلام الذمي وموته اتفاقا. واختلف في الخراج هل يسقط بالتداخل؟ فقيل على الخلاف فعند الامام يسقط، وعندهما لا. وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق كالعشر لانها مؤنة الارض، وينبغي ترجيح الاول لان الخراج عقوبة بخلاف العشر. فروع في الجزية: صرح في الهداية بأنها لا تقبل من الذمي لو بعثها على يد نائبه في أصح الروايات بل يكلف أن يأتي بنفسه فيعطى قائما والقابض منه قاعدا، وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول أعط

الجزية يا ذمي اهـ. أو يقول له يا يهودي أو يا نصراني أو يا عدو الله كما في غاية البيان، ولا يقال له يا كافر ويأثم القائل إن آذاه به كما في القنية. وفي بعض الكتب أنه يصفع في عنقه حين أداء الجزية. قوله: (ولا تحدث بيعة ولا كنيسة في دارنا) أي لا يجوز إحداثهما في دار الاسلام لقوله عليه السلام لا اخصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد إحداثهما. وفي البناية: يقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدهم وكذلك البيعة كان مطلقا في الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى. وفي فتح القدير: وفي ديار مصر لا يستعمل لفظ البيعة بل الكنيسة لمتعبد الفريقين، ولفظ الدير للنصارى خاصة. والبيع بكسر الباء. أطلق عموم دار الاسلام فشمل الامصار والقرى وهو المختار كما في فتح القدير. وقيده في الهداية بالامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا يعارض بإظهار ما يخالفها. وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى أيضا لان فيها بعض الشعائر، والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان أكثر أهلها أهل الذمة، وفي أرض العرب يمنعون من ذلك في أمصارها وقراها لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب اهـ. (١) وشمل كلامه المواضع كلها. وفي البناية: قيل أمصار المسلمين ثلاثة: أحدها ما مصره المسلمون منها كالكوفة والبصرة وبغداد وواسط فلا يجوز فيها إحداث بيعة ولا كنيسة ولا مجتمع لصلاتهم ولا صومعة بإجماع العلماء، ولا يمكنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنزير وضرب الناقوس. وثانيها ما فتحه المسلمون عنوة فلا يجوز إحداث شئ فيها بالاجماع. وثالثها ما فتح صلحا فإن صالحهم على أن الارض لهم ولنا الخراج جاز إحداثهم، وإن صالحهم على أن الدار لنا ويؤدون الجزية، فالحكم في الكنائس على ما يوقع عليه الصلح، فإن

***

[١٩١]

صالحهم على شرط تمكين الاحداث لا نمنعهم والاولى أن لا يصالحهم عليه، وإن وقع الصلح مطلقا لا يجوز الاحداث ولا يتعض للقديمة اهـ. والحاصل أنهم يمنعون من الاحداث مطلقا إلا إذا وقع الصلح على الاحداث أو على أن الارض لهم على هذا القول ولا استثناء في ظاهر الرواية. وأشار إلى أنهم يمنعون من إحداث بيت النار بالاولى. والصومعة كالكنيسة لانها تبتني للتخلي للعبادة بخلاف موضع الصلاة في البيت لانه تبع للسكنى. والصومعة بيت مبني برأس طويل لتعبد فيها بالانقطاع عن الناس قوله: (ويعاد المنهدم) مفيد لشيئين: الاول عدم التعرض للقديمة لانه قد جرى التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا بترك البيع والكنائس في دارنا. والمراد بالقديمة ما كانت قبل فتح الامام بلدهم ومصالحتهم على إقرارهم على بلدهم وأراضيهم، ولا يشترط أن تكون في زمن الصحابة والتابعين رضي الله عنهم لا محالة، كذا في البناية. وفي المحيط: لو ضربوا الناقوس في جوف كنائسهم لا يمنعون. الثاني جواز بناء ما انهدم من القديمة لان الابنية لا تبقى دائما، ولما أقرهم الامام فقد عهد إليهم الاعادة. وأشار إلى أنه لا تجوز الزيادة على البناء الاول كما في الخانية، وإلى أنهم لا يمكنون من نقلها لانه إحداث في الحقيقة. وفي فتح القدير: واعلم أن البيع والكنائس القديمة في السواد لا تهدم على الروايات كلها، وأما في الامصار فاختلف كلام محمد فذكر في العشر والخراج تهدم القديمة، وذكر في الاجارة أنها لا تهدم وعمل الناس على هذا فإنا رأينا كثيرا منها تولت عليها أئمة وأزمان وهي باقية لم يأمر إمام بهدمها فكان متوارثا من عهد الصحابة رضي الله عنهم. وعلى هذا لو مصرنا برية فيها دير أو كنيسة فوقع داخل السور ينبغي أن لا يهدم لانه كان مستحقا للامان قبل وضع السور فيحمل ما في جوف القاهرة من الكنائس على ذلك فإنها كانت فضاء فأدار العبيديون عليها السور ثم فيها الآن كنائس ويبعد من إمام تمكين الكفار من إحداثها جهارا في جوف المدن الاسلامية، فالظاهر أنها كانت في الضواحي فأدير السور فأحاط بها. وعلى هذا أيضا فالكنائس الموجودة الآن في دار الاسلام غير جزيرة العرب

***

[١٩٢]

كلها ينبغي أن لا تهدم لانها إن كانت في الامصار قديمة فلا شك أن الصحابة أو التابعين رضي الله عنهم أجمعين حين فتحوا المدينة علموا بها وبقوها وبعد ذلك ينظر، فإن كانت البلدة فتحت عنوة حكمنا بأنهم بقوها مساكن لا معابد فلا تهدم ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب، وإن عرف أنها فتحت صلحا حكمنا بأنهم أقروها معابد فلا يمنعون من ذلك فيها بل من الاظهار. وانظر إلى قول الكرخي إذا حضر لهم عيد يخرجون فيه صلبانهم وغير ذلك فليصنعوا في كنائسهم القديمة من ذلك ما أحبوا، فأما أن يخرجوا ذلك

من الكنائس حتى يظهر في المصر فليس لهم ذلك ولكن ليخرجوا خفية من كنائسهم اهـ. وصحح في التتارخانية رواية كتاب الاجارة من عدم هدم القديمة. قوله: (ويميز الذمي عنا في الزي والمركب والسرج فلا يركب خيلا ولا يعمل بالسلاح ويظهر الكستيج ويركب سرجا كالاكف) إظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي يهان فلا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه في الطريق، فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز بخلاف يهود المدينة لم يأمرهم عليه الصلاة والسلام بذلك لانهم كانوا معروفين بأعيانهم لجميع أهل المدينة ولم يكن لهم زي عال عن المسلمين، وإذا وجب التمييز وجب بما فيه صغار لاعزاز لان إذلالهم لازم بغير أذى من ضرب أو صفع بلا سبب يكون منه بل المراد اتصافه بهيئة وضيعة. والزي بالكسر اللباس والهيئة وأصله زوي، كذا في الصحاح. وفي الديوان: الزي الزينة والكستيج. عن أبي يوسف: خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ما يتزينون به من الزنانير المتخذة من الابريسم، كذا في المغرب. وقيده في المجمع بالصوف. وقيد بالخيل لان لهم أن يركبوا الحمر عند المتقدمين على سروج كهيئة الاكف وهو جمع أكاف وهو معروف. والسرج الذي على هيئته هو ما يجعل على مقدمه شبه الرمانة. والوكاف لغة ومنه أو كف الحمار، كذا في المغرب. والاكاف البرذعة، ذكره العيني. واختار المتأخرون أن لا يركبوا أصلا إلا إذا خرجوا إلى قرية ونحوها أو كان مريضا. وحاصله أنه لا يركب إلا لضرورة فيركب ثم ينزل في مجامع المسلمين إذا مر بهم، كذا في فتح القدير. وفيه: وإذا عرف أن المقصود العلامة فلا يتعين ما ذكر بل يعتبر في كل بلدة ما يتعارفه أهله، وفي بلادنا جعلت العلامة في العمامة

***

[١٩٣]

فألزموا النصارى العمامة الزرقاء واليهود بالعمامة الصفراء واختص المسلمون بالبيضاء اهـ. لكن في الظهيرية ما يفيد منع العمامة لهم فإنه قال: وكستيجان النصارى قلنسوة سوداء من اللبد مضربة وزنار من الصوف، وأما لبس العمامة وزنار الابريسم فجفاء في حق أهل الاسلام ومكسرة لقلوبهم اهـ. أطلق الذمي فشمل الذكر والانثى ولذا قال في الهداية: ويجب أن تميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة ويمنعون عن لباس يختص به أهل العلم والزهد والشرف اهـ. وصرح في فتح القدير بمنعهم من الثياب الفاتحة حريرا أو غيره كالصوف المربع والجوخ الرفيع والابراد الرفيعة. قال: ولا شك في وقوع خلاف هذا في هذه الديار، ولا شك في منع استكتابهم وإدخالهم في المباشرة التي يكون بها معظما عند المسلمين بل ربما يقف بعض المسلمين خدمة له خوفا من أن يتغير خاطره منه فيسعى به عند مستكتبه سعاية توجب له منه الضرر اهـ. وفي الحاوي القدسي: وينبغي أن لا يلازم الذمي الصغار فيما يكون بينه وبين المسلم في كل شئ اهـ. فعلى هذا يمنع من القعود حال قيام المسلم عنده. واختار في فتح القدير بحثا أنه إذا استعلى على المسلمين حل للامام قتله. واستثنى في الذخيرة من منع الخيل ما إذا وقعت الحاجة إلى ذلك بأن استعان بهم الامام في المحاربة والذب عن المسلمين. وألحق في التتارخانية البغل بالحمار في جواز ركوبه لهم وصرح بمنعهم من القلانس الصغار وإنما تكون طويلة من كرباس مصبوغة بالسواد مضربة مبطنة. ويجب تمييزهم في النعال أيضا فيلبسون المكاعب الخشنة الفاسدة اللون تحقيرا لهم. وشرط في الخيط الذي يعقده على وسطه أن يكون غليظا غير منقوش وأن لا يجعل له حلقة وإنما يعقده على اليمين أو الشمال. وشرط في القميص أيضا أن يكون ذيله قصيرا وأن يكون جيبه على صدره كما يكون للنساء. وفي الخانية: ولا يؤخذ عبيد أهل الذمة بالكستيجان. وفي التتارخانية: وهذا كله إذا وقع الظهور عليهم، فأما إذا وقع معهم الصلح للمسلمين على بعض هذه الاشياء فإنهم يتركون على ذلك. واختلف المشايخ بعد هذا أن المخالفة بيننا وبينهم تشترط بعلامة واحدة أو بعلامتين أو بالثلاث. قال بعضهم: بعلامة واحدة إما على الرأس كالقلنسوة الطويلة المضربة أو على الوسط كالكستيج أو على الرجل كالنعل والمكعب على خلاف نعالنا أو مكاعبنا. وقال بعضهم: لا بد من الثلاث. ومنهم من قال في النصراني يكتفي بعلامة واحدة، وفي اليهودي بعلامتين، وفي المجوس بالثلاث وإليه مال الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل. وفي الذخيرة: وبه كان يفتي بعضهم. قال شيخ الاسلام: والاحسن أن يكون في الكل ثلاث علامات. وكان الحاكم الامام أبو محمد يقول: إن صالحهم الامام وأعطاهم الذمة بعلامة واحدة لا يزاد عليها، وأما إذا فتح بلدا عنوة وقهرا كان للامام أن يلزمهم العلامات وهو الصحيح اهـ. وإذا وجب عليهم إظهار الذل والصغار مع المسلمين

***
[١٩٤]
وجب على المسلمين عدم تعظيمهم لكن قال في الذخيرة: إذا دخل يهودي الحمام هل يباح للخادم المسلم أن يخدمه؟ أن خدمه طمعا في فلوسه فلا بأس به، وإن فعل ذلك تعظيما له إن كان لميل قلبه إلى الاسلام فلا بأس به، وإن فعل ذلك تعظيما له من غير أن ينوي شئ مما ذكرناه كره له ذلك. وكذا إذا دخل ذمي على مسلم فقام له إن قام طمعا في ميله إلى الاسلام فلا بأس به، وإن فعل ذلك تعظيما له من غير أن ينوي ما ذكرنا أو قام تعظيما لغناه كره له ذلك اه‍. قال الطرسوسي: إن قام تعظيما لذاته وما هو عليه كفر لان الرضا بالكفر كفر فكيف يتعظم الكفر اه‍، كذا في شرح المنظومة. وفي الخانية: الذمي إذا اشترى دارا في المصر ذكر في العشر والخراج أنه لا ينبغي أن يباع منه، وإن اشتراها يجبر على بيعها من المسلم. وذكر في الاجارات أنه يجوز الشراء، ولا يجبر على البيع ولا يترك الذمي أن يتخذ بيته صومعة في المصر يصلي فيه اه‍. وفي الصغرى: وذكر في الاجارات أنه لا يجبر على البيع إلا إذا كثر فحينئذ يجبر اه‍. وفي التتارخانية: يمكنون من المقام في دار الاسلام على رواية عامة الكتب إلا أن يكون من أمصار العرب كأرض الحجاز. وعلى رواية العشر كما يجبر على بيع داره يخرجون من المصر وبه أخذ الحسن بن زياد. وفي الذخيرة: وإذا تكارى أهل الذمة دورا فيما بين المسلمين ليسكنوا فيها جاز لانهم إذا سكنوا بين المسلمين رأوا معالم الاسلام ومحاسنه. وشرط الحلواني قلتهم بحيث يمكنون من المقام في دار الاسلام إلا في أمصار العرب كأرض الحجاز، أما إذا كثروا بحيث تعطل بسبب سكناهم بعض المسلمين أو تقللوا يمنعون من السكنى فيما بين المسلمين ويؤمرون بأن يسكنوا ناحية ليس فيها المسلمون وهو محفوظ عن أبي يوسف اه‍. وفي المحيط: يمكنون أن يسكنوا في أمصار المسلمين يبيعون ويشترون في أسواقهم لان منفعة ذلك تعود إلى المسلمين اه‍. قوله: (ولا ينتقض عهده بالاباء عن الجزية والزنا بمسلمة وقتل مسلم وسب النبي صلى الله عليه وسلم) لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا أداؤها والالتزام باق فيأخذها الامام منه جبرا والاباء الامتناع. وأما الزنا فيقيم الحد عليه وفي القتل يستوفي القصاص منه، وأما السب فكفر والمقارن له لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه. وأشار إلى أنه لا ينتقض إذا نكح مسلمة ولو وقع ذلك فالنكاح باطل ويعزران، وكذا الساعي بينهما، ولو أسلم بعد ذلك لا يجوز النكاح لوقوعه باطلا، كذا في المعراج من باب نكاح الكافر. وذكر العيني: وفي رواية مذكورة في واقعات حسام أن أهل الذمة إذا امتنعوا عن أداء الجزية ينتقض العهد ويقاتلون وهو قول
***
[١٩٥]
الثلاثة اه‍. ولا يخفى ضعفها رواية ودراية كما أن قول العيني واختياري أن يقتل بسب النبي صلى الله عليه وسلم لا أصل له في الرواية، وكذا وقع لابن الهمام بحث هنا خالف فيه أهل المذهب. وقد أفاد العلامة قاسم في فتاواه أنه لا يعمل بأبحاث شيخه ابن الهمام المخالفة للمذهب. نعم نفس المؤمن تميل إلى قول المخالف في مسألة السب لكن اتباعنا للمذهب واجب. وفي الحاوي القدسي: ويؤدب الذمي ويعاقب على سبه دين الاسلام أو النبي أو القرآن اه‍ قوله: (بل باللحاق ثمة أو بالغلبة على موضع للحراب) أي بل ينتقض عهده باللحاق بدار الحرب ونحوه لانهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب. وظاهر كلامهم أنه لا ينتقض إلا بأحد الامرين، وقد ذكر في فتح القدير من باب نكاح المشرك أن الذمي لو جعل نفسه طليعة للمشركين فإنه يقتل لانه محارب معنى فحينئذ هي ثلاث لكن في المحيط هنا الذمي إذا وقف منه على أنه يخبر المشركين بعيوب المسلمين أو يقاتل رجلا من المسلمين فيقتله لا يكون نقضا للعهد لما روي أن حاطب بن أبي لمتعة كتب إلى مكة أن النبي صلى الله عليه وسلم يريد حربكم فخذوا حذركم وجعل الكتاب في قرن امرأة لتذهب به إلى مكة فنزل
***
[١٩٦]
قوله تعالى * (يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا عدوى وعدوكم أولياء تلقون إليهم بالمودة) * (الممتحنة: ١) فبعث عليا رضي الله عنه فأخذه وجاء به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لحاطب: ما حملك على هذا؟ فقال: أن لي عيالات وقرابات بمكة فأردت أن يكون لي عندهم عهد، وإني أعلم أن الله تعالى ناصرك وممكنك ولا يضرك ما صنعت. فقال عمر رضي الله عنه: أئذن لي حتى أضرب عنق

هذا المنافق فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: مهلا يا عمر لعل الله أطلع على أهل بدر فقال: اعملوا ما شئتم فإني غفرت لكم. ولانه لو فعله المسلم لا يكون نقضا للاسلام فكذلك إذا فعله الذمي غير أنه يعاقب ويحبس لانه ارتكب محظورا اه. إلا أن يفرق بين الطليعة وبين ما في المحيط لما في المغرب: الطليعة واحدة الطلائع في الحرب وهم الذين يبعثون ليطلعوا على أخبار العدو ويتعرفونها. قال صاحب العين: وقد يسمى الرجل الواحد في ذلك طليعة والجميع أيضا إذا كانوا معا. وفي كلام محمد الطليعة الثلاثة والاربعة وهي فوق السرية اه. فيحمل ما في المحيط على أنه لم يبعثه أهل الحرب ليطلع على أخبار المسلمين. وما في الفتح ظاهر فيما إذا بعثوه لذلك. واستدلاله في المحيط بواقعة حاطب بعيد لان كلامه في الذمي وحاطب كان مؤمنا ولذا قال تعالى * (يا أيها الذين آمنوا) * الخ وقال تعالى * (ومن يفعل ذلك منكم فقد ضل سواء السبيل) * ولذا قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم صدقت. وأفاد المصنف رحمه الله أن العهد لا ينتقض بالقول ولذا قال في المحيط: عقد الذمة ينتقض بالفعل وهو الالتحاق ولا ينتقض بالقول وأمان الحربي ينتقض بالقول اه. قوله: (وصاروا كالمرتدين) أي صار أهل الذمة بالالتحاق أو بالغلبة كالمرتدين في قتلهم ودفع مالهم لورثتهم لانه التحق بالاموات لتباين الدار. قيدنا التشبيه في الشين لان بينهما فرقا من جهة أخرى، وهو أن الذمي بعد الالتحاق يسترق ولا يجبر على قبول الذمة ذكرا كان أو أنثى كما في المحيط بخلاف المرتد حيث لا يسترق ويجبر على الاسلام لان كفر المرتد أغلظ، وسيأتي أن المرتدة تسترق بعد اللحاق رواية واحدة وقبله في رواية. وأفاد بالتشبيه أن المال الذي لحق به بدار الحرب فئ كالمرتد ليس لورثتهما أخذه بخلاف ما إذا رجع إلى دار الاسلام بعد اللحاق وأخذ شيئا من ماله ولحق بدار الحرب فإنه يكون لورثته لانه مالهم باللحاق الاول، والاحسن أن لا يقيد التشبيه بالشين فقط كما فعل الشارحون وإنما يبقى على إطلاقه ويستثنى منه مسألة الاسترقاق وعدم الجبر لما علمت من مسألة المال الذي لحق به دار

***

[١٩٧]

الحرب. ولما في المحيط أن أهل الذمة إذا انتقض عهدهم ثم عادوا إلى الذمة أخذوا بحقوق كانت قبل النقض من القصاص والمال لانه حق التزمه بعقد الذمة فلا يسقط بصيرورته حربا علينا ولم يؤخذوا بما أصابوا في المحاربة، وكذلك المرتدون لانهم بنقض العهد والردة التحقوا بسائر أهل الحرب، وما أصاب أهل الحرب من دمائنا وأموالنا لا يؤاخذون بذلك متى أسلموا كذا هذا اه. ولما في فتح القدير أنه كالمرتد في الحكم بموته باللحاق وإذا تاب تقبل توبته وتعود ذمته، ولا يبطل أمان ذريته بنقض عهده وتبين منه زوجته الذمية التي خلفها في دار الاسلام إجماعا ويقسم ماله بين ورثته اه. والحاصل أنه إذا أخذ أسيرا بعد الظهور فقد استرق ولا يتصور منه جزية كما صرح به في فتح القدير آخرا، وإذا جاء من نفسه تائبا عادت ذمته كما أفاده أولا. وفي فتح القدير أيضا: فإن عاد بعد الحكم باللحاق ففي رواية يكون فيأ وفي رواية لا اه. ويحمل على ما إذا لم يعد تائبا فقد علمت أن التشبيه في سبعة أشياء كما لا يخفى. قوله: (ويؤخذ من تغلبي وتغلبية ضعف زكاتنا) أي المسلمين وتغلب بن وائل من العرب من ربيعة تنصروا في الجاهلية فلما جاء الاسلام ثم زمن عمر رضي الله عنه دعاهم عمر إلى الجزية فأبوا وأنفوا وقالوا نحن عرب خدمنا كما يأخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال: لا آخذ من مشرك صدقة فلحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة: يا أمير المؤمنين إن القوم لهم بأس شديد وهم عرب يأنفون من الحزبة فلا تعن عليك عدوا بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث عمر رضي الله عنه في طلبهم وضعف عليهم فأجمعت الصحابة رضي الله عنهم على ذلك ثم الفقهاء، ففي كل أربعين شاة شاتان ولا زيادة حتى تبلغ مائة وعشرين ففيها أربع شياه، وعلى هذا في البقر والابل، كذا في فتح القدير. أفاد بتسويته بين الذكر والانثى إلى أن المأخوذ وإن كان جزية في المعنى فهو واجب بشرائط الزكاة وأسبابها إذ الصلح وقع على ذلك فلا يراعي فيه شرائط الجزية من وصف الصغار فتقبل من النائب ويعطى جالسا إن شاء ولا يؤخذ بتلبيبه ولا يهز والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يخص الجزية. وخرج الصبي والمجنون لا يؤخذ من مواشيهم وأموالهم لعدم وجوب الزكاة عليهم عندنا بخلاف أرضهم فيؤخذ خراجها لانها وظيفة الارض وليست عبادة. وفي التتارخانية معزيا إلى الحجة: لو حدث ولد ذكر بين نجراني وبين تغلبي من جارية بينهما وادعياه جميعا معا فمات الابوان وكبر الولد لم تؤخذ منه الجزية. وذكر في السير

***

[١٩٨]

إن مات التغلبي أملا تؤخذ منه جرية أهل نجران، وإن مات النجراني أولا تؤخذ منه جزية بني تغلب، وإن ماتا معا يؤخذ النصف من هذا والنصف من ذاك اه. واقتصر في الخانية على ما في السير. والتغلبي بالتاء المثناة الفوقية والغين المعجمة. وفي كتاب الخراج لابي يوسف أن عمر رضي الله عنه حين صالحهم شرط عليهم أن لا يغمسوا أحدا من أولادهم في النصرانية قوله: (ومولاه كمولى القرشي) أي ومعتق التغلبي ومعتق القرشي واحد في عدم التبعية للاصل فيوضع الخراج والجزية على معتقهما لان الصدقة المضاعفة تخفيف والمعتق لا يلحق بالاصل فيه ألا ترى أن الاسلام أعلى أسباب التخفيف ولا تبعية فيه. قيد بهما لان مولى الهاشمي كالهاشمي في حرمة الصدقة عليه لانه ليس تخفيفا بل تحريم والحرمات تثبت بالشبهات فالحق مولى الهاشمي به. وبه بطل قياس زفر مولى التغلبي على مولى الهاشمي لكن نقض بمولى الغني تحرم الصدقة عليه ولم تنفذ إلى مولاه الفقير، ودفع بأن الغني أهل للصدقة في الجملة وإنما الغني مانع عن الاسقاط عن المعطي ولم يتحقق المانع في حق مولاه نخص السيد، أما الهاشمي فليس أهلا لهذه الصدقة أصلا لشرفه ولذا لا يعطى لو كان عاملا بخلاف الغني فألحق مولاه به لان التكريم أن لا تنسب إليه الاوساخ بنسبة. وأما قوله عليه السلام مولى القوم منهم فإنما هو في حكم خاص وهو عدم دفع الزكاة إليه بدليل الاجماع على أن مولى الهاشمي لا ينزل منزلته في الكفاءة للهاشمية والامامة. قوله: (والجزية والخراج ومال التغلبي وهدية أهل الحرب وما أخذنا منهم بلا قتال يصرف في مصالحنا كسد الثغور وبناء القناطر والجسور وكفاية القضاة والعلماء والعمال والمقاتلة وذراريهم) لانه مال بيت المال فإنه وصل للمسلمين بغير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الآباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا إلى الاكتساب. وفائدة ذلك أنه لا يخمس ولا يقسم بين الغانمين، كذا في الجوهرة وفيها معزيا إلى الذخيرة: إنما يقبل الامام هدية أهل الحرب إذا غلب على ظنه أن المشرك وقع عنده أن المسلمين يقاتلون لاعلاء كلمة الله وإعزاز الدين لا لطلب الدنيا، أما من كان من المشركين يغلب على الظن أنه يظن أن المسلمين يقاتلون طمعا لا يقبل هديته وإنما يقبل من شخص لا يطمع في إيمانه لو ردت هديته، أما من طمع في إيمانه إذا ردت هديته لا يقبل منه اه. ثم اعلم أن ظاهر المتون أن الذراري يعطون بعد موت آبائهم كما يعطون في حياتهم، وتعليل المشايخ يدل على أنه مخصوص بحياة آبائهم ولم أر نقلا صريحا في الاعطاء بعد موت آبائهم

***

[١٩٩]

حالة الصغر. والثغور جمع ثغر وهو موضع بحافة البلدان، والقنطرة ما لا يرفع، والجسر ما يرفع، كذا في العناية. والضمير في قوله منهم يعود إلى الكفار فيشمل ما يأخذه العاشر من أهل الحرب وأهل الذمة إذا مروا عليه مال نجران وما صولح عليه أهل الحرب على ترك القتال قبل نزول العسكر بساحتهم. وأفاد بالتمثيل إلى أنه يصرف أيضا هذا النوع لنحو الكراع والسلاح والعدة للعدو وحفر أنهار العامة وبناء المساجد والنفقة عليها، ذكره قاضيخان في فتاواه من كتاب الزكاة. فقد أفاد من أن المصالح بناء المساجد والنفقة عليها فيدخل فيه الصرف على إقامة شعائرها من وظائف الامامة والاذان ونحوهما. وفي المحيط أن هذا النوع يصرف إلى أرزاق الولاة وأعوانهم وأرزاق القضاة والمفتين والمحتسبين والمسلمين وكل من تقلد شئ من أمور المسلمين وإلى ما فيه صلاح المسلمين اه. وفي التجنيس: ذكر من المصارف المعلمين والمتعلمين فقال في فتح القدير: وبهذا يدخل طلبة العلم بخلاف المذكورين هنا لانه قبل أن يتأهل عامل لنفسه لكن ليعمل بعده للمسلمين اه. وفي فتاوي قاضيخان من الحظر والاباحة سئل علي الرازي عن بيت المال هل للاغنياء فيه نصيب؟ قال: لا إلا أن يكون عاملا أو قاضيا، وليس للفقهاء فيه نصيب إلا فقيه فرغ نفسه لتعليم الناس الفقه أو القرآن اه. فيحمل ما في التجنيس على ما إذا فرغ نفسه لذلك بأن صرف غالب أوقاته في العلم وليس مراد الرازي الاقتصار على العامل أو القاضي بل أشار بهما إلى كل من فرغ نفسه لعمل المسلمين فيدخل الجندي والمفتي فيستحقان الكفاية مع الغني. وفي الظهيرية من كتاب الزكاة: ويبدأ من الخراج بأرزاق المقاتلة وأرزاق عيالهم فإذا فضل شئ يجوز أن يصرف إلى الفقراء، ويجوز صرف الخراج إلى نفقة الكعبة. وفي المتنقى: إن تركه أهل الذمة كالخراج اه. والضمير في قوله وذراريهم يعود إلى الكل من القضاة والعلماء والمقاتلة لان العلة تشمل الكل كما ذكره مسكين. وفي عبارة الهداية ما يوهم اختصاصه بالمقاتلة وليس كذلك. وفي المحيط من الزكاة: والرأي إلى الامام من تفضيل وتسوية من غير أن يميل في ذلك إلى هوى، ولا يحل لهم إلا ما يكفيهم ويكفي أعوانهم بالمعروف، وإن فضل من المال شئ بعد إيصال

الحقوق إلى أربابها قسموه بين المسلمين، فإن قصروا في ذلك وقعدوا عنه كان الله حسيبا عليهم اهـ.
***
[٢٠٠]
وفي مآل الفتاوى لكل قارئ في كل سنة مائتا دينار أو ألفا درهم إن أخذها في الدنيا وإلا يأخذها في الآخرة اهـ. والمراد بالقارئ المفتي لما في الحاوي القدسي: ولم يقدر في ظاهر الرواية قدر الارزاق والاعطية سوى قوله ما يكفيهم وذراريهم وسلاحهم وأهاليهم. وما ذكر في الحديث لحافظ القرآن وهو المفتي اليوم مائتا دينار وعن عمر رضي الله عنه أنه زاد فيه دليل على قدر الكفاية اهـ. وفي القنية من كتاب الوقف: كان أبو بكر رضي الله عنه يسوي في العطاء من بيت المال، وكان عمر رضي الله عنه يعطيهم على قدر الحاجة والفقه والفضل والاخذ بما فعله عمر رضي الله عنه في زماننا أحسن فتعتبر الامور الثلاثة اهـ. وفي موضع آخر منها: له حظ في بيت المال ظفر بما هو وجه لبيت المال فله أن يأخذه ديانة وللامام الخيار في المنع والاعطاء في الحكم اهـ. وفي الظهيرية: السلطان إذا جعل خراج الارض لصاحب الارض وتركه له جاز في قول أبي يوسف خلافا لمحمد، والفتوى على قول أبي يوسف إذا كان صاحب الارض من أهل الخراج، وعلى هذا التسويغ للقضاة والفقهاء. ولو جعل العشر لصاحب الارض لم يجز في قولهم. وفي الحاوي القدسي ما يخالفه فإنه قال: وإذا ترك الامام خراج أرض رجل أو كرمه أو بستانه ولم يكن أهلا لصرف الخراج إليه عند أبي يوسف يحل له وعليه الفتوى، وعند محمد لا يحل له وعليه رده، وهذا يدل على أن الجاهل إذا أخذ من الجوالي شئ يجب عليه رده لقول محمد رحمه الله لا يحل وعليه أن يرده إلى بيت المال أو إلى من هو أهل لذلك كالمفتي والقاضي والجندي وإن لم يفعل أثم اهـ. ومن هنا يعلم حكم الاقطاعات من أراضي بيت المال فإن حاصلها أن الرقبة لبيت المال والخراج لمن أقطع له فلا ملك للمقطع فلا يصح بيعه ووقفه وإخراجه عن الملك وقد صرح به العلامة قاسم في فتاواه وأن له الاجارة تخريجا على إجارة المستأجر، وإجارة العبد الذي صولح على خدمته مدة معلومة، وإجارة الموقوف عليه الغلة، وإجارة العبد المأذون وإن لم يملكوا الرقبة لملك المنفعة وصرح بأنه إذا مات الجندي أو أخرج السلطان الاقطاع عنه تنفسخ الاجارة اهـ. ثم اعلم أن أموال بيت المال أربعة: أحدها ما ذكرناه. الثاني الزكاة والعشر ومصرفهما ما بين في باب المصرف من الزكاة. الثالث خمس الغنائم وقد تقدم مصرفه في كتاب السير. والرابع اللقطات والتركات التي لا وارث لها وديات مقتول لا ولي له ولم يذكره المصنف. قالوا: مصرفه اللقيط الفقير والفقراء الذين لا أولياء لهم يعطون منه نفقتهم وأدويتهم ويكفن به موتاهم ويعقل به جنايتهم، وعلى الامام أن يجعل لكل نوع من هذه الانواع بيتا يخصه فلا يخلط بعضه ببعض لان لكل نوع حكما يختص به، فإن لم يكن في بعضها شئ فللامام أن
***
[٢٠١]
يستقرض عليه من النوع الآخر ويصرفه إلى أهل ذلك، ثم إذا حصل من ذلك النوع شئ رده إلى المستقرض منه إلا أن يكون المصروف من الصدقات أو من خمس الغنيمة على أهل الخراج وهم فقراء فإنه لا يرد فيه شئ لانهم مستحقون للصدقات بالفقر، وكذا في غيره إذا صرفه للمستحق. ويجب على الامام أن يتقي الله تعالى ويصرف إلى كل مستحق قدر حاجته من غير زيادة، فإن قصر في ذلك كان الله عليه حسيبا، كذا في التبيين. وفي الحاوي القدسي والمحيط: ولا شئ لاهل الذمة في بيت مال المسلمين إلا أن يكون ذميا يهلك لضعفه فيعطيه الامام منه قدر ما يسد جوعته اهـ. قوله: (ومن مات في نصف السنة حرم عن العطاء) لانه نوع صلة وليس بدين فلهذا يسمى عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت، وأهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي. والمراد بالحرمان عدم الاعطاء له وجوبا واستحبابا، وقيد بنصف السنة لانه لو مات في آخرها يستحب الصرف إلى قريبه لانه قد أوتي تعبه فيستحب له الوفاء ثم قيل: رزق القاضي ومن في معناه يعطى في آخر السنة، واختلفوا فيما إذا أخذه أو لها ثم مات أو عزل قبل مضيها، قيل يجب رد ما بقي، وقيل لا يجب عندهما كالنفقة المعجلة إلا عند محمد والله تعالى أعلم. باب أحكام المرتدين شروع في بيان الكفر الطارئ بعد الاصلي. والمرتد في اللغة الراجع مطلقا. وفي الشريعة الراجع عن دين الاسلام كما في فتح القدير. وفي البدائع: ركن الردة إجراء كلمة الكفر على اللسان - والعياذ بالله - بعد وجود الايمان، وشرائط صحتها العقل فلا تصح ردة

***
[٢٠٢]
المجنون ولا الصبي الذي لا يعقل، وأما من جنونه متقطع فإن ارتد حال الجنون لم يصح، وإن ارتد حال إفاقته صحت، وكذا لا تصح ردة السكران الذاهب العقل. والبلوغ ليس بشرط لصحتها من الصبي عندهما خلافا لابي يوسف، وكذا المذكورة ليست شرطا ومنها الطوع فلا تصح ردة المكره عليها اه. والايمان التصديق بجميع ما جاء به محمد صلى الله عليه وسلم عن الله تبارك وتعالى مما علم مجيئه به ضرورة. وهل هو فقط أو هو مع الاقرار؟ قولان فأكثر الحنفية على الثاني والمحققون على الاول. والاقرار شرط إجراء أحكام الدنيا بعد الاتفاق على أنه يعتقد متى طولب به أتى به، فإن طولب به فلم يقر فهو كفر عناد. والكفر لغة الستر وشرعا تكذيب محمد صلى الله عليه وسلم في شئ مما يثبت عنه ادعاؤه ضرورة. وفي المسايرة: ولاعتبار التعظيم المنافي للاستخفاف كفر الحنفية بألفاظ كثيرة وأفعال تصدر من المتهتكين لدلالتها على الاستخفاف بالدين كالصلاة بلا وضوء عمدا بل بالمواظبة على ترك سنة استخفافا بها بسبب أنه إنما فعلها النبي صلى الله عليه وسلم وزيادة أو استقباحها كمن استقبح من آخر جعل بعض العمامة تحت حلقه أو إحفاء شاربه اه. وفي فتح القدير: ومن هزل بلفظ كفر ارتد وإن لم يعتقده للاستخفاف فهو ككفر العناد والالفاظ التي يكفر بها تعرف في الفتاوى اه. فهذا وما قبله صريح في أن ألفاظ التكفير المعروفة في الفتاوى موجبة للردة عن الاسلام حقيقة. وفي البزازية: ويحكى عن بعض من لا سلف له أنه كان يقول ما ذكر في الفتاوى أنه يكفر بكذا وكذا فذاك للتخويف والتهويل لا لحقيقة الكفر وهذا كلام باطل إلى آخره. والحق أن ما صح عن المجتهد فهو على حقيقته، وأما ما ثبت عن غيره فلا يفتي به في مثل التكفير ولذا قال في فتح القدير من باب البغاة: إن الذي صح عن المجتهدين في الخوارج عدم تكفيرهم ويقع في كلام أهل المذهب تكفير كثير لكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم ولا عبرة بغير الفقهاء اه. فيكفر إذا وصف الله تعالى بما لا يليق به أو سخر باسم من أسمائه أو بأمر من أوامره أو أنكر وعده أو وعيده أو جعل له شريكا أو ولدا أو زوجة أو نسبه إلى الجهل أو العجز أو النقص. واختلفوا في قوله فلان في عيني كاليهودي في عين الله فكفره الجمهور، وقيل لا إن عنى به استقباح فعله، وقيل يكفر إن عنى الجارحة القدرة، والاصح مذهب المتقدمين في المتشابه كاليد، واختلفوا في جواز أن يقال بين يدي الله. ويكفر بقوله يجوز أن يفعل الله فعلا لا حكمة فيه وبإثبات المكان لله تعالى فإن قال الله في السماء فإن قصد حكاية ما جاء في
***
[٢٠٣]
ظاهر الاخبار لا يكفر، وإن أراد المكان كفر، وإن لم يكن له نية كفر عند الاكثر وهو الاصح وعليه الفتوى. ويكفر إن اعتقد أن الله تعالى يرضى بالكفر، وبقوله لو أنصفني الله تعالى يوم القيامة انتصفت منك، أو إن قضى الله يوم القيامة أو إذا أنصف الله، وبقوله بارك الله في كذبك، وبقوله الله جلس للانصاف أو قام له، وبقوله هذا لا يمرض هذا ممن نسيه الله أو منسي الله على الاصح، وبوصفه تعالى بالفوق أو بالتحت وبظنه أن الجنة وما فيها للفناء عند البعض، وبقوله لامرأته أنت أحب إلي من الله وقيل لا، وبقوله لا أخاف الله أو لا أخشاه عند البعض ومحل الاختلاف عند عدم قصد الاستهزاء، وبقولها لا جوابا لقوله أما تعرفين الله على الظاهر، وبقوله لا أريد اليمين بالله وإنما أريد اليمين بالطلاق أو بالعتاق عند البعض خلافا للعامة وهو الاصح وبقوله رأيت الله في المنام، وبقوله المعدوم ليس بمعلوم الله تعالى، وبقوله الظالم أنا أفعل بغير تقدير الله تعالى، وبإدخاله الكاف في آخر الله عند ندائه من اسمه عبد الله وإن كان عالما على الاصح، وبتصغير الخالق عمدا عالما، وبقوله ليتني لم أسلم إلى هذا الوقت حتى أرث أبي، وبقوله إن كنت فعلت كذا أمس فهو كافر وهو يعلم أنه قد فعله إذا كان عنده أنه يكفر به وعليه الفتوى، وبقوله الله يعلم أني فعلت كذا وهو يعلم أنه ما فعل عند العامة إن كان اختيارا لا مخافة، وبقوله إن كنت قلته فأنا كافر وهو يعلم أنه قاله، وبقوله أنا برئ من الله لولا ولم يتم تعليقه خلافا للبعض قياسا على أنت طالق ثلاثا لولا لم يقع، وبقولها نعم جوابا لقوله أتعلمين الغيب، وبتزوجه بشهادة الله ورسوله، وبقوله فلان يموت بهذا المرض عند البعض، وبقوله عند رقاء الهامة يموت أحد عند البعض والاصح عدمه، وبقوله عند رؤية الدائرة التي تكون حول القمر يكون مطر مدعيا علم الغيب، وبرجوعه من سفره عند سماع صياح العقعق عند البعض، وبإتيان الكاهن وتصديقه، وبقوله أنا أعلم

المسروقات، وبقوله أنا أخبر عن أخبار الجن إياي، وبعدم الاقرار ببعض الانبياء عليهم السلام أو عيبه نبيا بشئ أو عدم الرضا بسنة من سنن المرسلين، وبقوله لا أعلم أن آدم عليه السلام نبي أولا، ولو قال آمنت بجميع الانبياء عليهم السلام وبعدم معرفة أن محمدا صلى الله عليه وسلم آخر الانبياء عند البعض وبنسبته نبيا إلى الفواحش كعزمه على الزنا وقيل لا، وبقوله إن الانبياء عصو وإن كان معصية كفر، وبقوله لم تعص الانبياء حال النبوة وقبلها لرده النصوص لا بقوله لا أقبل شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم في الامهال فكيف أقبلها منك، ولا بأنكاره نبوة الخضر وذي الكفل عليهما السلام لعدم الاجماع على نبوتهما، ويكفر من أراد بغض النبي صلى الله عليه وسلم بقلبه وبقوله لو كان فلان نبيا لا أؤمن به لا بقوله لو كان صهري رسول الله لا أئتمر بأمره، ويكفر بقوله إن كان ما قال الانبياء حقا أو صدقا، وبقوله أنا رسول الله وبطلبه المعجزة حين ادعى

***

[٢٠٤]

رجل الرسالة وقيل إذا أراد إظهار عجزه لا يكفر، واختلف في تصغيره شعر النبي صلى الله عليه وسلم إلا إذا أراد الاهانة فيكفر أما إذا أراد التعظيم فلا، وبقوله لا أدري أكان النبي صلى الله عليه وسلم انسيا أو جنيا، وبشتمه رجلا اسمه محمد وكنيته أبو القاسم ذاكرا للنبي صلى الله عليه وسلم عند البعض، وبشمته محمدا صلى الله عليه وسلم حين أكره على شتمه قائلا قصدته، وبقوله جن النبي صلى الله عليه وسلم ساعة لا بقوله أغمي عليه. واختلفوا فيمن قال لو لم يأكل آدم عليه الصلاة والسلام الحنطة ما صرنا أشقياء، وبرده حديثا مرويا إن كان متواترا أو قال على وجه الاستخفاف سمعناه كثيرا، وبتمنيه أن لا يكون بعض الانبياء نبيا مريدا به الاستخفاف به أو عداوته لا بقوله لو لم يبعث الله نبيا لم يكن خارجا عن الحكمة، وبقوله أنا لا أحبه حين قيل له إن النبي صلى الله عليه وسلم كان يحب القرع وقيل إن كان على وجه الاهانة، وبقولها نعم حين قال لها لو شهد عندك الانبياء والملائكة لا تصدقيهم حين قالت له لا تكذب، وباستخفافه بسنة من السنن، وبقوله لا أدري أن النبي في القبر مؤمن أم كافر، وبقوله ما كان علينا نعمة من النبي عليه السلام لان البعثة من أعظم النعم، وبقذفه عائشة رضي الله عنها من نسائه صلى الله عليه وسلم فقط، وبإنكاره صحبة أبي بكر رضي الله عنه بخلاف غيره، وبإنكاره إمامة أبي بكر رضي الله عنه على الا صح كإنكاره خلافة عمر رضي الله عنه على الاصح لا بقوله لولا نبينا لم يخلق آدم عليه السلام وهو خطأ، ويكفر بقوله لو أمرني الله بكذا لم أفعل، ولو صارت القبلة إلى هذه الجهة ما صليت، أو لو أعطاني الله الجنة لا أريدها دونك أو لا أدخلها مع فلان، أو لو أعطاني الله الجنة لاجلك أو لاجل هذا العمل لا أريدها وأريد رؤيته، وبقوله لا أترك النقد لاجل النسيئة جوابا لقوله دع الدنيا للآخرة، وبقوله لو أمرني الله بالزكاة أكثر من خمسة دراهم أو بالصوم أكثر من شهر لا أفعل، وبقوله الايمان يزيد وينقص، وبقوله لا أدري الكافر في الجنة أو في النار أو لا أدري أين يصير الكافر، ويقتل بقوله أنا العن المذهبين جوابا لقوله على أي المذهبين أنت أبي حنيفة أو الشافعي وإن تاب عزر، ويكفر بإنكاره أصل الوتر والاضحية وباستحلال وطئ الحائض لا بقوله ليس لي موضع شبر في الجنة لاستقلاله العمل، ولا بقوله لا تكتب الحفظة على هذا الرجل. ولا بقوله هذا مكان لا إله فيه ولا رسول إلا إذا قصد به إنكار الدين، ولا بقول المرأة لا أتعلم ولا أصلي جوابا لقول الزوج تعلمي، ولا بإنكار العشر أو الخراج ولا يفسق خصوصا في هذا الزمان، ولا بقوله من أكل حراما فقد أكل ما رزقه الله لكنه أثم ويكفر باستحلاله حراما علمت حرمته من الدين من غير ضرورة لا بفعله من غير استحلال خلافا لما عن محمد رحمه الله في أكل الخنزير ولما عن أبي حفص في الخمر والفتوى على الاول، ويكفر بقوله للقبيح إنه

***

[٢٠٥]

حسن، وبقوله لغيره رؤيتي إياك كرؤية ملك الموت عند البعض خلافا للاكثر وقيل به إن قاله لعداوته لا لكراهة الموت، وبقوله لا أسمع شهادة فلان وإن كان جبريل أو ميكائيل عليهما السلام، وبعيبه ملكا من الملائكة أو الاستخفاف به لا بقوله أنا أظن أن ملك الموت توفي ولا يقبض روحي مجازا عن طول عمره إلا أن يعني به العجز عن توفيه. ويكفر إذا أنكر آية من القرآن أو سخر بآية منه إلا المعوذتين ففي إنكارهما اختلاف والصحيح كفره، وقيل لا، وقيل إن كان عاميا يكفر وإن كان عالما لا، وبوضع رجله على المصحف

عند الحلف مستخفا، وبقراءة القرآن على ضرب الدف أو القضب وباعتقاد أن القرآن مخلوق حقيقة، والمزاح بالقرآن كقوله * (التفت الساق بالساق) * (القيامة: ٢٩) أو ملأ قدحا وجاء به وقال * (وكأسا دهاقا) * (النبأ، ٣٤) أو قال عند الكيل أو الوزن قوله: * (وإذا كالوهم أوزنوهم يخسرون) * (المطففين: ٣) وقيل إن كان جاهلا لا يكفر. وبقوله القرآن أعجمي، ولو قال فيه كلمة أعجمية ففي أمره نظر، وفي تسميته آلة الفساد كراسته، وبقراءة القارئ * (يا أيها الناس قد جاء كم برهان من ربكم) * (النساء: ١٧٤) مريدا مدرسا اسمه إبراهيم، وبنظمه القرآن بالفارسية، وبراءته من القرآن لامر خافه لكن قال الوبري: أخاف كفره. وبإنكاره القراءة في الصلاة وقيل لا، وبقول المريض لا أصلي أبدا جوابا لمن قال له صلى وقيل لا، وكذا قوله لا أصلي حين أمر بها وقيل إنما يكفر إذا قصد نفي الوجوب، وبقول العبد لا أصلي فإن الثواب يكون للمولى، وبقوله جوابا لصل إن الله نقص من مالي فأنا أنقص من حقه، وبقول مصلي رمضان فقط إن الصلاة في رمضان تساوي سبعين صلاة

***

[٢٠٦]

وبترك الصلاة متعمدا غيرنا وللقضاء وغير خائف من العقاب وبصلاته لغير القبلة متعمدا أو في ثوب نجس أو بغير وضوء عمدا والمأخوذ به الكفر في الاخير فقط وقيل لا في الكل، ومحل الاختلاف إذا لم يكن استخفافا بالدين لا بسجوده بغير طهارة. ويكفر بإتيانه عيد المشركين مع ترك الصلاة تعظيما لهم، وبقوله لا أؤدي الزكاة بعد الامر بأدائها على قول، ولو تمنى أن لا يفرض رمضان فالصواب أنه على نيته، ويكفر بقوله جاء الشهر الثقيل إلا إذا أراد التعب لنفسه وباستهانته للشهور المفضلة، وبقوله إن هذه الطاعات جعلها الله تعالى عذابا علينا بلا تأويل أو قال لو لم يفرض الله هذه الطاعات لكان خيرا لنا، وبالاستهزاء بالاذكار وبتسميته عند أكل الحرام أو فعل حرام كالزنا، واختلف في تحميده عند الفراغ منه، وبقوله لا أقول عند أمره بقوله لا إله إلا الله وقيل لا إن عني أني لا أقول بأمرك، ولا يكفر المريض إذا قيل له قل لا إله إلا الله فقال لا أقول، ويكفر بالاستهزاء بالاذان لا بالمؤذن، وبإنكاره القيامة أو البعث أو الجنة أو النار أو الميزان أو الحساب أو الصراط أو الصحائف المكتوب فيها أعمال العباد لا إذا أنكر بعث رجل بعينه، واختلف في تكفير امرأة لا تعرف أن اليهود يبعثون، وسئل أبو يوسف رحمه الله عن امرأة لا تعرف أن الكفار يدخلون النار فقال: تعلم ولا تكفر. ويكفر بإنكاره رؤية الله عز وجل بعد دخول الجنة وبإنكاره عذاب القبر وبقوله لا أعلم أن اليهود والنصارى إذا بعثوا هل يعذبون بالنار وبإنكار حشر بني آدم أو غيرهم، ولا بقوله إن المثاب والمعاقب الروح فقط، ولا بقوله سلمتها إلى من لا يمنع السارق جوابا لمن وضع ثيابه وقال سلمتها إلى الله، ويخاف الكفر على من قال للآمر بالمعروف غوغا على وجه الرد والانكار، ويكفر بقوله له فضولي، ويخاف عليه بقوله أيهما أسرع وصولا جوابا لمن قال له حلال واحد أحب إليك أم حرامان، ويكفر بتصدقه على فقير بشئ حرام يرجو الثواب وبدعاء الفقير له عالما به وبتأمين المعطى وبقوله الحرام أحب إلي جوابا لقول القائل له كل من الحلال لا بقوله إني أحتاج إلى كثرة المال والحلال والحرام عندي سواء، ولا بقوله لحرام هذا حلال من غير أن يعتقده فلا يكفر السوقي بقوله هذا حلال للحرام ترويجا لشرائه والاصل أن من اعتقد الحرام حلالا فإن كان حراما لغيره كمال الغير لا يكفر وإن كان لعينه، فإن كان دليله قطعيا كفر وإلا فلا، وقيل التفصيل في العالم أما الجاهل فلا يفرق بين الحلال والحرام لعينه ولغيره وإنما الفرق في حقه إنما كان قطعيا كفر به وإلا فلا فيكفر إذا قال الخمر ليس

***

[٢٠٧]

بحرام، وقيده بعضهم بما إذا كان يعلم حرمتها لا بقوله الخمر حرام ولكن ليست هذه التي تزعمون أنها حرام. ويكفر من قال إن حرمة الخمر لم تثبت بالقرآن، ومن زعم أن الصغائر والكبائر حلال، وباستحلاله الجماع للحائض لا في الاستبراء وقيل لا في الاول وهو الصحيح، ولا باستحلال سؤر كلب أو ربع أرض غصب، وباستحلال اللواطة إن علم حرمته من الدين، وبقوله هي لي حلال حين نهى عن تقبيله أجنبية، وبقوله الشريعة كلها تلبيس أو حيل إن قال في كل الشرائع لا فيما يرجع إلى المعاملات مما تصح فيه الحيل الشرعية وقيل يكفر في الاول مطلقا ويخاف عليه الكفر إذا شتم عالما أو فقيها من غير سبب، ويكفر بقوله لعالم ذكر الحمار في أست علمك مريدا

به علم الدين، ويجلسوه على مكان مرتفع والتشبه بالمذكرين ومع جماعة يسألون منه المسائل ويضحكون منه ثم يضربونه بالمحراق، وكذا يكفر الجميع لاستخفافهم بالشرع، وكذا لو لم يجلس على مكان مرتفع ولكن يستهزئ بالمذكرين ويتمشى والقوم يضحكون، وبإلقاء الفتوى على الارض حين أتى بها خصمه، وبقوله لا تذهب وإن ذهبت تطلق امرأتك استهزاء بالعلم والعلماء جوابا لمن قال إلى مجلس العلم جوابا لقوله أين تذهب، وبقوله قصعة من تريد خير من العلم لا بقوله خير من الله لا لارادته أنها نعمة من الله والاول لا تأويل له سوى الاستخفاف بالعلم، وبقول المريض المشتد مرضه إن شئت توفني مسلما وإن شئت كافرا، وبقول المبتلي أخذت مالي وأخذت ولدي وأخذت كذا وكذا فماذا تفعل وماذا بقي، وبقوله عمدا لا جوابا لمن قال له ألست مسلما حين ضرب عبده أو ولده ضربا شديدا إلا إن غلط أو قصد الجواب، وبقول الزوج ليس لي حمية ولا دين الاسلام حين قالت له امرأته ذلك، وبقوله لمسلم يا كافر عند البعض ولو أحد الزوجين للآخر والمختار للفتوى أن يكفر إن اعتقده كافرا لا إن أراد شتمه، وبقوله لبيك جوابا لمن قال يا كافر يا يهودي يا مجوسي، وبقوله أنا ملحد لان الملحد كافر ولو قال ما علمته لا يعذر، وبقول المعتذر لغيره كنت كافرا فأسلمت عند بعضهم وقيل لا، وبقوله كنت مجوسيا أسلمت الآن، وبنسيان العاصي التوبة وتحقير الذنب وعدم رؤية العقوبة بالذنب وعدم رؤية المعاصي قبيحة وبعدم رؤية الطاعة حسنا وبعدم رؤيته الثواب على الطاعة وبعدم رؤيته وجوب الطاعات،

***

[٢٠٨]

وبقوله كفرت حين تكلم بكلمة زعم القوم أنها كفر وليست بكفر فقيل له كفرت وطلقت زوجتك، وتكفر المرأة إذا تكلمت بالكفر لقصد أن تحرم على زوجها والايمان مستقر في قلبها، وقولها أصير كافرة حتى أتخلص من الزوج، ومن قصد الكفر ساعة أو يوما فهو كافر في جميع العمر، وبتمنيه الكفر أن لو كان كافرا فأسلم حين أسلم كافرا فأعطي شئ، وبتمنيه أن لم يحرم الظلم والزنا والقتل بغير حق وكل حرام لا يكون حلالا في وقت بخلاف الخمر ومناكحة المحارم، وبتمنيه أن لو كان نصرانيا حتى يتزوج نصرانية سمينة رآها، وبوضع قلنسوة المجوسي على رأسه على الصحيح إلا لضرورة دفع الحر أو البرد، وبشد الزنار في وسطه إلا إذا فعل ذلك خديعة في الحرب وطليعة للمسلمين، وبقول معلم صبيان اليهود خير من المسلمين بكثير فإنهم يقضون حقوق معلمي صبيانهم، وبقوله المجوسية خير مما أنا فيه يعني فعله، وبقوله النصرانية خير من المجوسية لا بقوله المجوسية شر من النصرانية، وبقوله النصرانية خير من اليهودية وينبغي أن يقول النصرانية شر من اليهودية، وبقوله لمعاملة الكفر خير مما أنت تفعل عند بعضهم مطلقا، وقيده الفقيه أبو الليث بأن يقصد تحسين الكفر لا تقبيح معاملته، وبخروجه إلى نيروز المجوس والموافقة معهم فيما يفعلون في ذلك اليوم وبشرائه يوم النيروز شئ لم يكن يشتريه قبل ذلك تعظيما للنيروز لا للاكل والشرب وبإهدائه ذلك اليوم للمشركين ولو بضيعة تعظيما لذلك اليوم لا بإجابته دعوة مجوسي حلق رأس ولده وبتحسين أمر الكفار اتفاقا حتى قالوا: لو قال ترك الكلام عند أكل الطعام من المجوسي حسن أو ترك المضاجعة حالة الحيض منهم حسن فهو كافر. وبذبحه شئ في وجه إنسان وقت الخلعة أو للقادم من الحج أو الغزو والمذبوح ميتة وقيل لا يكفر، وقوله لسلطان زماننا عادل وقيل لا وعلى هذا الاختلاف قول الخطباء في ألقاب السلطان العادل الاعظم مالك رقاب الامم سلطان أرض الله مالك بلاد الله، وبقوله لا تقل للسلطان هذا حين عطس السلطان فقال له رجل يرحمك الله، وبسقي ولده الخمر فجاء أقرباؤه ونثروا الدراهم والسكر كفر الكل، وكذا لو لم ينثروا الدراهم ولكنهم قالوا مبارك، واختلفوا فيما إذا قال أحب الخمر فلا أصبر عنها. ويكفر بتلقين كلمة الكفر ليتكلم بها ولو على وجه اللعب وبأمره امرأة بالارتداد لتبين من زوجها، وبالافتاء بذلك وإن لم تكفر المرأة بناء على أن الرضا بكفر غيره كفر وقيل لا،

***

[٢٠٩]

وبعزمه على أن يأمر بالكفر، وبقوله لمن ينازعه افعل كل يوم عشرة أمثالك من الطين أو لم يقل من الطين قاصدا من حيث الخلقة لا من حيث بيان صنعته، ولا بقوله قد خلقت هذه الشجرة لانه يراد به عادة الفرس حتى لو عنى به حقيقة الخلق يكفر، ولا بقوله لغيره ينبغي لك أن تسجد لي سجدة لان المراد منه الشكر والمنة، ويكفر بقوله أي شئ أصنع إذا لزمني الكفر جوابا لمن قال له أي شئ تصنع قد لزمك الكفر. وبإبداله حرفا أو آية من القرآن عمدا، وباعتقاد أن الخراج ملك السلطان لا بقوله أنا فرعون أو إبليس إلا إذا قال

اعتقادي كاعتقاد فرعون، ومن حسن كلام أهل الاهواء وقال معنوي أو كلام له معنى صحيح إن كان ذلك كفرا من القائل كفر المحسن، وكذا من حسن رسوم الكفرة. واختلفوا في تكفير من قال إن إبراهيم بن أدهم رأوه بالبصرة يوم التروية وفي ذلك اليوم بمكة. ومسألة ثبوت النسب بين المشرقي وبين المغربية تؤيد القائل بعدمه ويخاف الكفر على من قال بحياتي وحياتك. وأجمعوا على أن من شك في إيمانه فهو كافر وهو أن يكون مصدقا لكن يشك أن هذا التصديق إيمان أو كفر، واختلفوا في أنا مؤمن إن شاء الله. هذا كله حاصل ما في التتارخانية من الفصول من باب ألفاظ التكفير سوى الفارسي. وفي الخلاصة: يكفر بقوله أنا برئ من الثواب والعقاب، وبقوله لو عاقبني الله مع ما بي من المرض ومشقة الولد فقد ظلمني، وبشد المرأة حبلا في وسطها وقالت هذا زنار ومن أبغض عاملا من غير سبب ظاهر خيف عليه الكفر، ولو صغر الفقيه أو العلوي قاصدا الاستخفاف بالدين كفر لا إن لم يقصده، والسجود للجبابرة كفر إن أراد به العبادة لا إن أراد به التحية على قول الاكثر. وفي البزازية قال علماؤنا: من قال أرواح المشايخ حاضرة تعلم يكفر، ومن قال بخلق القرآن فهو كافر، ومن قال إن الايمان مخلوق فهو كافر، كذا في كثير من الفتاوى وهو محمول على أنه بمعنى هداية الرب، وأما فعل العبد فهو مخلوق. وإذا أخذ أحد المكس مقاطعة فقالوا له مبارك كفروا. ووقعت بسراي الجديدة واقعة وهي أن واحدا قاطع على مال معلوم احتسابا بها أعني الامر بالمعروف والنهي عن المنكر فضربوا على بابه طبولات وبوقات ونادوا مبارك باد لمقاطعته الاحتساب وكان إمام الجامع فامتنعنا من الصلاة خلفه حتى عرض على نفسه الاسلام أخذا من هذه المسألة قال لرجل يا أحمر قال خلقني الله من سويق التفاح وخلقك من طين كفر. قال واحد من الفسقة لو وضعت هذه الخمرة بين يدي جبريل عليه السلام لرفعها على جناحه يكفر، ولا يكفر بقوله يا حاضر يا ناظر ولا بقوله درويش درويشان والقول بالكفر بكل منهما باطل. وفي جامع الفصولين روى الطحاوي عن أصحابنا: لا يخرج الرجل من الايمان إلا بجحود ما أدخله فيه، ثم ما تيقن أنه

***

[٢١٠]

ردة يحكم بها به وما يشك أنه ردة لا يحكم بها إذ الاسلام الثابت لا يزول بشك مع أن الاسلام يعلو، وينبغي للعالم إذا رفع إليه هذا أن لا يبادر بتكفير أهل الاسلام مع أنه يقضي بصحة إسلام المكره. أقول: قدمت هذه لتصير ميزانا فيما نقلته في هذا الفصل من المسائل فإنه قد ذكر في بعضها أنه كفر مع أنه لا يكفر على قياس هذه المقدمة فليتأمل اه‍. وفي الفتاوى الصغرى: الكفر شئ عظيم فلا أجعل المؤمن كافرا متى وجدت رواية أنه لا يكفر اه‍. وقال قبله وفي الجامع الاصغر، إذا أطلق الرجل كلمة الكفر عمدا لكنه لم يعتقد الكفر قال بعض أصحابنا: لا يكفر لان الكفر يتعلق بالضمير ولم يعقد الضمير على الكفر. وقال بعضهم: يكفر وهو الصحيح عندي لانه استخف بدينه اه‍. وفي الخلاصة وغيرها: إذا كان في المسألة وجوه توجب التكفير ووجه واحد يمنع التكفير فعلى المفتي أن يميل إلى الوجه الذي يمنع التكفير تحسينا للظن بالمسلم. زاد في البزازية إلا إذا صرح بإرادة موجب الكفر فلا ينفعه التأويل حينئذ. وفي التتارخانية: لا يكفر بالمحتمل لان الكفر نهاية في العقوبة فيستدعي نهاية في الجناية ومع الاحتمال لا نهاية اه‍. والحاصل أن من تكلم بكلمة الكفر هازلا أو لاعبا كفر عند الكل ولا اعتبار باعتقاده كما صرح به قاضيخان في فتاواه، ومن تكلم بها مخطأ أو مكرها لا يكفر عند الكل، ومن تكلم بها عالما عامدا كفر عند الكل، ومن تكلم بها اختيارا جاهلا بأنها كفر ففيه اختلاف، والذي تحرر أنه لا يفتى بتكفير مسلم أمكن حمل كلامه على محمل حسن أو كان في كفره اختلاف ولو رواية ضعيفة، فعلى هذا فأكثر ألفاظ التكفير المذكورة لا يفتى بالتكفير بها ولقد ألزمت نفسي أن لا أفتي بشئ منها. وأما مسألة تكفير أهل البدع المذكورة في الفتاوي فقد تركتها عمدا لان محلها أصول الدين وقد أوضحها المحقق في المسايرة. قوله: (يعرض الاسلام على المرتد) أي يعرضه الامام والقاضي وهو مروي عن عمر رضي الله عنه لان رجاء العود إلى الاسلام ثابت لاحتمل أن الردة كانت باعتراض شبهة لم يبين صفته، وظاهر المذهب استحبابه فقط ولا يجب لان الدعوة قد بلغته وعرض الاسلام هو الدعوة إليه ودعوة من بلغته الدعوى غير واجبة ولم يذكر تكرار العرض عليه. وفي الخانية: يعرض عليه الاسلام في كل يوم من أيام التأجيل. قوله: (وتكشف شبهته) بيان لفائدة العرض أي فإن كان له شبهة أبداها كشفت عنه لانه عساه اعترضت له شبهة فتزاح عنه. قوله: (ويحبس ثلاثة أيام فإن أسلم وإلا قتل) لانها مدة ضربت لابداء

الاعذار وهو مروي عن عمر رضي الله عنه. أطلقه فأفاد أنه يمهل وإن لم يطلبه وهو رواية، وظاهر الرواية أنه لا يمهل بدون استمهال بل يقتل من ساعته كما في الجامع الصغير إلا إذا كان الامام يرجو
***
[٢١١]
إسلامه كما في البدائع. وإذا استمهل فظاهر المبسوط الوجوب فإنه قال: إذا طلب التأجيل كان على الامام أن يمهله، وعن الامام الاستحباب مطلقا. وأفاد بإطلاقه أنه يفعل به ذلك إذا ارتد ثانيا إلا أنه إذا تاب ضربه الامام وخلى سبيله، وإن ارتد ثالثا ثم تاب ضربه الامام ضربا وجيعا وحبسه حتى تظهر عليه التوبة ويرى أنه مسلم مخلص ثم خلى سبيله فإن عاد فعل به هكذا، كذا في التتارخانية. وأفاد بإطلاقه أنه لا فرق بين ردة وردة من أنه إذا أسلم ويستثنى منه مسائل: الاولى الردة بسبه صلى الله عليه وسلم قال في فتح القدير: كل من أبغض رسول الله صلى الله عليه وسلم بقلبه كان مرتدا فالساب بطريق أولى ثم يقتل حدا عندنا فلا تقبل توبته في إسقاطه القتل. قالوا:
***
[٢١٢]
هذا مذهب أهل الكوفة ومالك، ونقل عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه. ولا فرق بين أن يجئ تائبا من نفسه أو شهد عليه بذلك بخلاف غيره من المكفرات فإن الانكار فيها توبة فلا تعمل الشهادة معه حتى قالوا يقتل وإن سب سكران ولا يعفى عنه، ولا بد من تقييده بما إذا كان سكره بسبب محظور باشره مختارا بلا إكراه وإلا فهو كالمجنون. قال الخطابي: لا أعلم أحدا خالف في وجوب قتله وأما مثله في حقه تعالى فتقبل توبته في إسقاط قتله اه. وعلله البزازي بأنه حق تعلق به حق العبد فلا يسقط بالتوبة كسائر حقوق الآدميين وكحد القذف لا يزول بالتوبة، وصرح بأن سب واحد من الانبياء كذلك. وقوله في فتح القدير في إسقاط القتل يفيد أن توبته مقبولة عند الله تعالى وهو مصرح به. الثانية الردة بسب الشيخين أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وقد صرح في الخلاصة والبزازية بأن الرافضي إذا سب الشيخين وطعن فيهما كفر، وإن فضل عليا عليهما فمبتدع، ولم يتكلما على عدم قبول توبته. وفي الجوهرة: من سب الشيخين أو طعن فيهما كفر ويجب قتله، ثم إن رجع وتاب وجدد الاسلام هل تقبل توبته أم لا؟ قال الصدر الشهيد: لا تقبل توبته وإسلامه ونقتله وبه أخذ الفقيه أبو الليث السمرقندي وأبو نصر الدبوسي وهو المختار للفتوى اه. وحيث لا تقبل توبته علم أن سب الشيخين كسب النبي صلى الله عليه وسلم فلا يفيد الانكار مع البينة كما تقدم عن فتح القدير لانا نجعل إنكار الردة توبة إن كانت مقبولة كما لا يخفى. الثالثة لا تقبل توبة الزنديق في ظاهر المذهب وهو من لا يتدين بدين، وأما من يبطن الكفر والعياذ بالله تعالى ويظهر الاسلام فهو المنافق ويجب أن يكون حكمه في عدم قبولنا توبته كالزنديق لان ذلك في الزنديق لعدم الاطمئنان إلى ما يظهر من التوبة إذا كان قد يخفى كفره الذي هو عدم اعتقاده دينا والمنافق مثله في الاخفاء، وعلى هذا فطريق العلم بحاله إما بأن يعثر بعض الناس عليه أو يسره إلى من إن أمن إليه، والحق أن الذي يقتل ولا تقبل توبته هو المنافق فالزنديق إن كان حكمه ذلك فيجب أن يكون مبطنا كفره الذي هو عدم التدين بدين ويظهر تدينه بالاسلام أو غيره إلى أن ظفرنا به وهو عربي وإلا لو فرضناه مظهرا لذلك حتى تاب يجب أن لا يقتل وتقبل توبته كسائر الكفار المظهرين لكفرهم إذا أظهروا التوبة، وكذا من علم أنه ينكر في الباطن بعض الضروريات كحرمة الخمر ويظهر اعتقاد حرمته، كذا في فتح القدير. وفي الخانية قالوا: إن جاء الزنديق قبل أن يؤخذ فأقر أنه زنديق فتاب عن ذلك تقبل توبته وإن
***
[٢١٣]
أخذ ثم تاب لم تقبل توبته ويقتل اه. وتفصيل حسن موافق لما بحثه في فتح القدير هو الرابعة توبة الساحر جعله في فتح القدير كالزنديق لا تقبل توبته. وفي الخانية من كتاب الحظر والاباحة: الساحر إذا تاب فهو على وجوه: إن كان يعتقد نفسه خالقا لما يفعل فإن تاب عن ذلك فقال خالق كل شئ هو الله تعالى وتبرأ عما كان يقول تقبل توبته ولا يقتل، وإن كان الساحر يستعمل السحر بالتجربة والامتحان ولا يعتقد لذلك أثرا لا يقتل لانه ليس بكافر. وساحر يجحد السحر ولا يدري كيف يفعل ولا يقربه قالوا: لا يستتاب بل يقتل إذا ثبت أنه يستعمل السحر، وفي بعض المواضع ذكر أن الاستتابة أحوط. وقال الفقيه أبو الليث: إذا تاب الساحر قبل أن

يؤخذ تقبل توبته ولا يقتل وإن أخذ ثم تاب لم تقبل توبته ويقتل، وكذا الزنديق المعروف الداعي والفتوى على هذا القول اه. وفي فتح القدير: وتقبل الشهادة بالردة من عدلين ولا يعلم مخالف إلا الحسن قال: لا يقبل في القتل إلا أربعة قياسا على الزنا، وإذا شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لا يتعرض له لا لتكذيب الشهود العدول بل لان إنكاره توبة ورجوع اه. وهذا معنى قوله فيما نقلناه آنفا عنه أن الشهادة لا تعمل مع الانكار وليس المراد أن ردته لا تثبت بالشهادة مع الانكار بل تثبت ويحكم بها حتى تبين زوجته منه ويجب تجديد النكاح، وإنما يمتنع القتل فقط للتوبة بالانكار، وقد رأيت من يغلط في هذا المحل. وقد ذكر المصنف للردة أحكاما أربعة: العرض والكشف والحبس والقتل إن لم يسلم. وقد بقي لها أحكام كثيرة منها: حبط العمل عندنا بنفس الردة، وعند الشافعي بشرط الموت عليها، كذا في البدائع. أي إبطال العبادات. وفي الخلاصة: من ارتد ثم أسلم وهو قد حج مرة فعليه أن يحج ثانيا وليس عليه إعادة الصلوات والزكوات والصيامات لان بالردة كأنه لم يزل كافرا فإذا أسلم وهو غني فعليه الحج وليس عليه قضاء سائر العبادات اه. وفي التتارخانية معزيا إلى اليتيمة قيل له: لو تاب أتعود حسناته؟ قال: هذه المسألة مختلفة فعند أبي علي وأبي هاشم وأصحابنا أنها تعود، وعند أبي قاسم الكعبي أنها لا تعود ونحن نقول إنه لا يعود ما بطل من ثوابه لكنه تعود طاعاته المتقدمة مؤثرة في الثواب بعد اه. وفيها معزيا إلى السراجية: من ارتد ثم أسلم ثم ارتد ومات فإنه

***

[٢١٤]

يؤاخذ بعقوبة الكفر الاول والثاني وهو قول الفقيه أبي الليث ومن العبادات التي بطلت بردته وقفه الذي وقفه حال إسلامه، سواء كان على قربة ابتداء أو على ذريته ثم على المساكين لانه قربة ولا بقاء لها مع وجود الردة، وإذا عاد مسلما لا يعود وقفه إلا بتجديد منه. وإذا مات أو قتل أو لحق كان الوقف ميراثا بين ورثته كما أوضحه الخصاف في آخر أوقافه. ومنها بقاء المعصية مع الردة ولذا قال في الخانية: إذا كان على المرتد قضاء صلوات أو صيامات تركها في الاسلام ثم أسلم قال شمس الائمة الحلواني: عليه قضاء ما ترك في الاسلام لان ترك الصلاة والصيام معصية والمعصية تبقى بعد الردة اه. ومنها أنه لا يجب عليه شئ من العبادات عندنا لعدم خطاب الكفار بالشرائع عندنا فلا يقضي ما فاته زمن ردته بعد إسلامه. ومنها ما في الخانية: مسلم أصاب مالا أو شيئا يجب به القصاص أو حد قذف ثم ارتد وأصاب ذلك وهو مرتد في دار الاسلام ثم لحق بدار الحرب وحارب المسلمين زمانا ثم جاء مسلما فهو مأخوذ بجميع ذلك، ولو أصاب ذلك بعد ما لحق بدار الحرب مرتدا وأسلم

***

[٢١٥]

فذلك كله موضوع عنه لانه أصابه وهو حربي في دار الرحب والحربي لا يؤاخذ بعد الاسلام بما كان أصابه حال كونه محاربا. وما أصاب المسلم من حدود الله تعالى كالزنا والسرقة وقطع الطريق ثم ارتد أو أصاب ذلك بعد الردة ثم لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما فكل ذلك يكون موضوعا عنه إلا أنه يضمن المال في السرقة، وإذا أصاب دما في الطريق كان عليه القصاص لان ما كان من حقوق العباد كان المرتد مأخوذا بذلك، وما أصاب في قطع الطريق من القتل خطأ ففيه الدية على عاقلته إن أصابه قبل الردة، وفي ماله إن أصابه بعد الردة، وإن وجب على المسلم حد الشرب من الخمر أو المسكر ثم ارتد ثم أسلم قبل اللحوق بدار الحرب فإنه لا يؤاخذ بذلك لان الكفر يمنع وجوب هذا الحد ابتداء حتى لا يجب على الذمي المستأمن فإذا اعترض الكفر بعد الوجوب يمنع البقاء، وإن أصاب ذلك والمرتد محبوس في يد الامام فإنه لا يؤاخذ بحد الخمر والسكر وهو مؤاخذ بما سوى ذلك من حدود الله تعالى، ويتمكن الامام من إقامة هذا الحد إذا كان في يده، فإن لم يكن في يده حين أصاب ذلك ثم أسلم قبل اللحوق بدار الحرب فذلك موضوع عنه أيضا اه. وسيأتي حكم تصرفاته وأملاكه وجنايته وأولاده في الكتاب. وأشار بقوله وإلا قتل إلى أنه لا يجوز استرقاقه وإن لحق بدار الحرب لانه لم يشرع فيه إلا الاسلام أو السيف. وفي الخانية: لا يترك على ردته بإعطاء الجزية ولا بأمان موقت ولا بأمان مؤبد ولا يجوز استرقاقه بعد اللحاق مرتدا إذا أخذه المسلمون أسيرا، ويجوز استرقاق المرتدة بعد اللحاق اه. ومن أحكامه أنه لا عاقلة له لانها للمعونة وهو لا يعاون، كذا في البدائع. وقد مضى في باب نكاح الكافر وقوع الفرقة بردة أحد الزوجين وفي المحرمات أنه لا ينكح ولا ينكح وسيأتي

أنه لا يرث من أحد لانعدام الملة والولاية فقد ظهر أن الردة أفحش من الكفر الاصلي في الدنيا والآخرة. وأطلق في القتل فشمل الحر والعبد فولاية قتل العبد المرتد للامام لا للمولى لاطلاق النصوص. وفي الولواجية: إذا باع عبده المرتد أو أمته المرتدة جاز والردة عيب لانه مملوك له فيجوز بيعه وفي حق العبد يوجب استحقاق القتل عليه فيكون عيبا وردة الامة تفوت على المشتري منفعة الوطئ فيكون عيبا أيضا اه. وفي شرح المجمع معزيا إلى الحقائق: ولا تجالس ولا تواكل ولا تباع اه. ويشترط في جواز قتل المرتد أن لا يكون إسلامه بطريق التبعية ولذا قال في البدائع: صبي أبواه مسلمان حتى حكم بإسلامه تبعا لابويه فبلغ كافرا ولم يسمع منه إقرار باللسان بعد البلوغ لا يقتل لانعدام الردة منه إذ هي اسم للتكذيب بعد سابقة التصديق ولم يوجد منه التصديق بعد البلوغ حتى لو أقر بالاسلام ثم ارتد يقتل ولكنه في الاولى يحبس لانه كان له حكم الاسلام قبل

***

[٢١٦]

البلوغ تبعا والحكم في إكسابه كالحكم في إكساب المرتد لانه مرتد حكما اه. وأن لا يكون في إسلامه شبهة لان السكران لو أسلم صح إسلامه فإن رجع مرتدا لا يقتل كالصبي العاقل إذا ارتد، كذا في التاترخانية. قوله: (وإسلامه أن يتبرأ عن الاديان كلها أو عما انتقل إليه) أي إسلام المرتد بذلك ومراده أن يتبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام وتركه لظهوره ولم يذكر الشهادتين. وصرح في العناية بأن التبرأ بعد الاتيان بالشهادتين. وفي شرح الطحاوي سئل أبو يوسف كيف يسلم؟ فقال: أن يقول أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله ويقر بما جاء من عند الله ويتبرأ من الذي انتحله وقال لم أدخل في هذا الدين قط وأنا برئ منه. وقوله قط يريد منه معنى أبدا لان قط طرف لما مضى لا لما يستقبل، كذا في فتح القدير. والاقرار بالبعث والنشور مستحب. وقوله عما انتحله أي ادعاه لنفسه كاليهود والنصارى، كذا في الظهيرية. وأفاد باشتراط التبري أنه لو أتى بالشهادتين على وجه العادة لم ينفعه ما لم يرجع عما قال إذ لا يرتفع بهما كفره، كذا في البزازية وجامع الفصولين. وقيد بإسلام المرتد لان في إسلام غيره من الكفار تفصيلا، فإن كان الكافر جاحدا للباري سبحانه وتعالى كعبدة الاوثان أو مقرا بالباري مشركا غيره معه كالثنوية فإنه يكون مسلما بإحدى الشهادتين، وكذا إذا قال أنا على دين الاسلام أو على الحنيفية، وإن كان موحدا جاحدا للرسالة فلا يصير مسلما بكلمة التوحيد حتى يقول محمد رسول الله. وفي مجموع النوازل: قال مجوسي صلى الله على محمد لا يكون مسلما، ولو قال أسلمت فهو إسلام. وفي الروضة: لو قال الكافر آمنت بما آمن به الرسل صار مسلما وفي مجموع النوازل: إذا قال الكافر الله واحد يصير مسلما. ولو قال لمسلم دينك حق لا يصير مسلما، وقيل يصير مسلما إلا إذا قال حق ولكن لا أؤمن به. ولو قال برئت من اليهودية ولم يقل دخلت في دين الاسلام لا يكون مسلما. وفي التجريد: لو قال اليهودي أو النصراني لا إله إلا الله وأتبرأ من النصرانية فليس بإسلام، ولو قال مع ذلك ودخلت في دين الاسلام أو دين محمد صلى الله عليه وسلم كان مسلما، الكل من الخلاصة. وفي المحيط: من يقر من اليهود والنصارى برسالة محمد صلى الله عليه وسلم ولكنهم يزعمون أنه رسول إلى العرب لا إلى بني إسرائيل كما في بلاد العراق فإنه لا يكون مسلما بإقراره أن محمدا رسول الله حتى يتبرأ من دينه ذلك أو يقر بأنه دخل في دين الاسلام اه. ثم اعلم أن الاسلام يكون بالفعل أيضا كالصلاة بجماعة أو الاقرار بها أو الاذان في بعض المساجد أو

***

[٢١٧]

الحج وشهود المناسك لا الصلاة وحده ومجرد الاحرام. قوله: (وكره قتله قبله) أي قبل عرض الاسلام لان إسلامه مرجو. قال في الهداية: ومعنى الكراهة هنا ترك المستحب اه. يعني فهي كراهة تنزيه وهو مبني على القول باستحباب العرض، وأما من قال بوجوبه فهي كراهة تحريم كما في فتح القدير. أطلقه فشمل قتل الامام وغيره لكن إن قتله غيره أو قطع عضوا منه بغير إذن الامام أدبه الامام كما في شرح الطحاوي. قوله: (ولم يضمن قاتله لان الكفر مبيح للقتل) وكل جناية على المرتد فهي هدر. قوله: (ولا تقتل المرتدة بل تحبس حتى تسلم) لنهيه صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء ولان الاصل تأخير الا جزية إلى دار الآخرة إذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء، وإنما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت كالمرتدة

الاصلية. أطلقها فشمل الحرة والامة. ويستثنى منه المرتدة بالسحر لما في المحيط. والساحرة تقتل إذا كانت تعتقد أنها هي الخالقة لذلك لتصير مرتدة وإن كانت المرتدة لا تقتل لما جاء في الاثر من أن عمر رضي الله عنه كتب إلى عماله أن اقتلوا الساحر والساحرة. وذكر في المنتقى أن الساحرة لا تقتل ولكنها تحبس وتضرب كالمرتدة والاول أصح لان ضرر كفرها وهو سحرها يتعدى إلى الحي المعصوم بفوات حياته فتقتل كالرجل اه. وفي التتارخانية: الخنثى المشكل إذا ارتد لم يقتل ويحبس ويجبر على الاسلام اه. ولم يذكر المصنف حكم قاتلها قال في فتح القدير: ولو قتلها قاتل لا شئ عليه حرة كانت أو أمة. ذكره في المبسوط اه. وفي التتارخانية معزيا إلى العتابية: وفي الامة يضم لمولاها اه. وفي الولوالجية: وإن قتلها قاتل لم يضمن شئ لان قيمة الدم بالاسلام وقد زال ويؤدب على ذلك لارتكابه ما لا يحل اه. وظاهر كلامه أنه لا فرق بين الحرة والامة في عدم الضمان فإنه قال أولا: ومن قتل حرة مرتدة لم يضمن ثم قال: وكذا الامة. وأطلق في حبسها فشمل الامة لكن الامة تدفع إلى مولاها فيجعل حبسها بيت السيد، سواء طلب هو ذلك أم لا في الصحيح، ويتولى هو جبرها جمعا بين حق الله وحق السيد في الاستخدام فإنه لا منافاة بخلاف العبد المرتد لانه لا فائدة في دفعه إليه لانه يقتل. ويستثنى من خدمته لها وطؤها فقد صرح الاسبيجابي بأنه لا يطؤها، وقدمنا عن الولوالجي ما يفيده. وأفاد بقوله تحبس أنها لا تسترق في دار الاسلام وقدمنا فيه رواية في باب نكاح الكافر مع بقية أحكام ردتها فارجع إليه. ولم يذكر المصنف أنها تضرب لانه لم ذكر في الجامع الكبير ولا في ظاهر الرواية وقد نقل الشارحون في باب نكاح الكافر أنها إذا ارتدت تضرب خمسة وسبعين وهو اختيار لقول أبي يوسف في نهاية التعزير

***

[٢١٨]

وهو المأخوذ به في كل تعزير بالضرب كما في الحاوي القدسي، وذكر في فتح القدير هنا: ويروى عن أبي حنيفة أنها تضرب في كل يوم وقدرها بعضهم بثلاثة، وعن الحسن تضرب في كل يوم تسعة وثلاثين سوطا إلى أن تموت أو تسلم. ولم يخصه بحرة ولا أمة وهذا قتل معنى لان موالاة الضر ب تفضي إليه اه. وأطلق في حبسها فشمل ما إذا لحقت بدار الحرب ثم سبيت واسترقت فإنها تجبر على الاسلام بالضرب والحبس ولا تقتل كما صرح به في البدائع، ولا يكون استرقاقها مسقطا عنها الجبر على الاسلام كما لو ارتدت الامة ابتداء فإنها تجبر على الاسلام. وشمل ما إذا كانت صغيرة عاقلة لما في المحيط من باب ما يجب للمطلقة قبل الدخول ما يجب جزاء على الردة: يجوز أن تؤاخذ الصغيرة به ألا ترى أنها تحبس على الردة كما تحبس الكبيرة والحبس جزاء الردة اه. قوله: (ويزول ملك المرتد عن ماله زوالا موقوفا فإن أسلم عاد ملكه) قالوا: وهذا عند أبي حنيفة. وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فإلى أن يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص، وله أنه حربي مقهور تحت أيدينا حتى يقتل ولا يقتل إلا بالحراب وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير أنه مدعو إلى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده إليه فتوقفنا في أمره، فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم فصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل بالسبب، وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر أمره فعمل السبب عمله وزال ملكه. ثم اختلف الشيخان في حكم تبرعاته فقال أبو يوسف: من جميع المال كتصرف من وجب عليه القصاص. وقال محمد: هو بمنزلة المريض فتكون من ا لثلث لكونه على شرف التلف. وفي البدائع: لا خلاف أنه إذا أسلم أن أمواله باقية على حكم ملكوأنه إذا مات أو قتل أو لحق بدار الحرب أنها تزول عن ملكه، وإنما الخلاف في زوالها بهذه الاشياء الثلاثة مقصورا على الحال وهو قولهما أو مستندا إلى وقت وجود الردة وهو قوله وثمرته تظهر في تصرفاته فعندهما نافذة قبل الاسلام وعنده موقوفة لوقوف املاكه اه. قيد بالملك لانه لا توقف في إحباط طاعاته ووقوع الفرقة بينه وبين امرأته وتجديد الايمان فإن الارتداد بالنسبة إليها قد عمل عمله، كذا في العناية. وذكر في الخانية إذا استأجر المسلم دارا أو عقارا أو منقولا ثم ارتد - والعياذ بالله تعالى - ولحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه تبطل إجارته كأنه مات، وكذا إذا استأجر ثم ارتد. ولو أوصى لرجل بثلث ماله ثم ارتد ولحق بدار الحرب أو لم يلحق بطلت وصيته، وكذا لو أوصى إلى رجل وجعله قيما في ماله ثم ارتد ولحق بدار الحرب أو لم يلحق بطل إيصاؤه. وإن وكل رجلا ثم ارتد الموكل ولحق بدار الحرب ينعزل وكيله في قولهم، وإن عاد إلينا مسلما هل يعود وكيلا؟ ذكر في الوكالة أنه لا يعود، وذكر في السير أنه يعود، ولو ارتد الوكيل ولحق وقضى به ثم عاد

***
[٢١٩]
مسلما قال أبو يوسف: لا يعود وكيلا. وقال محمد: يعود اهـ. والحاصل أنه لا توقف في إبطال عباداته وبينونة امرأته وإيجاره واستئجاره ووصيته وإيصائه وتوكيله ووكالته، وقدمنا أن من عباداته التي بطلب بردته وقفه وأنه لا يعود بإسلامه. وقيد بالمرتد لان المرتدة لا يزول ملكها عن مالها بلا خلاف فيجوز تصرفاتها في مالها بالاجماع لانها لا تقتل فلم تكن ردتها سببا لزوال ملكها، كذا في البدائع. وينبغي أن يلحق بها المرتد إذا لم يقتل وهو من كان في إسلامه شبهة كما قدمناه بجامع عدم القتل ولم أره صريحا. وفي الزيادات: المرتدة إذا تصرفت إن كان تصرفا ينفذ من المسلم ينفذ منها، وإن كان تصرفا لا ينفذ من المسلم لكن يصح ممن هو على ملة انتحلت إليها كاليهود والنصارى نفذ تصرفاتها عندهما، وعنده اختلف المشايخ قال بعضهم يصح، وقال بعضهم لا يصح منها إلا ما يصح من المسلم، كذا في التتارخانية، وثمرته في بيعها الخمر والخنزير. وأفاد بقوله ملك المرتد عن ماله أن الكلام في الحر فلا يزول ما ملكه المكاتب من اليد بردته ولذا قال في الخانية: وتصرفات المكاتب في ردته نافذة في قولهم اهـ. قوله: (وإن مات أو قتل على ردته ورث كسب إسلامه وارثه المسلم بعد قضاء دين إسلامه وكسب ردته فئ بعد قضاء دين ردته) بيان لميراث المرتد بعد موته حقيقة. وحاصله أن ما كان كسبا له زمن إسلامه فهو ميراث لورثته المسلمين اتفاقا ولا يكون فئ عندنا خلافا للامة الثلاثة لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر وهو مال حربي لا أمان له فكان فيئا. ولنا أن ملكه بعد الردة باق فينتقل بموته إلى ورثته مستندا إلى ما قبيل ردته إذ الردة سببا للموت فيكون توريث المسلم من المسلم، والاستناد لازم له على قول الائمة الثلاثة أيضا لان أخذ المسلمين له إذا لم يكن له وارث بطريق الوراثة وهو يوجب الحكم باستناده شرعا إلى ما قبيل ردته وإلا كان توريثا للكافر من المسلم، ومحمل الحديث الكافر الاصلي الذي لم يسبق له إسلام فساوت قرابته المسلمين في ذلك فترجحت قرابته بجهة القرابة وتمامه في فتح القدير. واستدل في البدائع بأن عليا رضي الله عنه لما قتل المستورد العجلي بالردة قسم ماله بين ورثته المسلمين وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير إنكار فكان إجماعا، وأشار بقوله وارثه إلى أن المعتبر وجود الوارث عند الموت أو القتل أو الحكم باللحاق وهو رواية محمد عن الامام وهو الاصح كما في النهاية وفتح القدير، لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل
***
[٢٢٠]
تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض. وذكر في الهداية فيه ثلاث روايات وحاصله كما في النهاية أن على رواية الحسن يشترط الوصفان وهما كونه وراثا وقت الردة وكونه باقيا إلى وقت الموت أو القتل حتى لو كان وارثا وقت الردة ثم مات قبل موت المرتد أو حدث وارث بعد الردة فإنهما لا يرثان. وعلى رواية أبي يوسف يشترط الوصف الاول دون الثاني، وعلى رواية محمد يشترط الوصف الثاني دون الاول اهـ. فعلى الاصح لو كان من بحيث يرثه كافرا أو عبدا يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل أن يموت أو يلحق أو أسلم ورثه، كذا في فتح القدير. وكذا لو ولد له ولد من علوق حادث بعد الردة إذا كان مسلما تبعا لامة بأن علق من أمة مسلمة له. وفي الخانية: مسلم ارتد أبوه فمات الابن وله معتق ثم مات الاب وله معتق مسلم فإن ميراث الاب لمعتقه لا لمعتق ابنه لان الابن إنما يرث من أبيه المرتد عند موت المرتد فإذا مات الابن قبل موت الاب لم يرثه الابن اهـ. وهو مفرع على غير رواية أبي يوسف، أما عليها فالمال لمعتق الابن كما لا يخفى. وأطلق الوارث فشمل المرأة فترثه امرأته المسلمة إذا مات أو قتل وهي في العدة لانه يصير فارا وإن كان صحيحا وقت الردة، كذا في الهداية والتحقيق أن يقال: إنه بالردة كأنه مرض مرض الموت باختياره بسبب المرض ثم هو بإصراره على الكفر مختارا في الاصرار الذي هو سبب القتل حتى قتل بمنزلة المطلق في مرض موته ثم يموت قتلا أو حتف أنفه أو بلحاقه فيثبت حكم الفرار، كذا في فتح القدير. ثم اعلم أن اشتراط قيام العدة لارثها إنما هو على غير رواية أبي يوسف، أما عليها فترثه وإن كانت منقضية العدة لكونها وارثة وقت الردة وهو مروي أيضا. ثم اعلم أن اشتراط قيام العدة يقتضي أنها موطوءة فلا ترث غير المدخولة وهو كذلك، وذلك لان بمجرد الردة تبين غير المدخولة لا إلى عدة فتصير أجنبية ولما لم تكن الردة موتا حقيقيا حتى إن المدخولة إنما تعتد فيها بالحيض لا بالاشهر لم تنتهض سببا للارث إذا لم يكن عند موت الزوج أو لحاقه أثر من آثار النكاح لان الارث وإن استند إلى الردة لكن يتقرر عند الموت، وبهذا

***
[٢٢١]
أيضا لا ترث المنقضية عدتها، كذا في فتح القدير. وينبغي أن يكون مفرعا أيضا على غير رواية أبي يوسف، أما عليها فلا فرق بين المدخولة وغيرها. وقيد الوارث بالاسلام لان الكافر لا يرث المرتد. وفي البدائع: ولو ارتد الزوجان معا ثم جاءت بولد ثم قتل الاب على ردته، فإن جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الردة يرثه لانه علم أن العلوق حصل في حالة الاسلام قطعا، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا من وقت الردة لم يرثه لانه يحتمل أنه علق في حالة الردة فلا يرث مع الشك، ولو ارتد الزوج دون المرأة أو كانت له أم ولد مسلمة ورثه مع ورثته المسلمين وإن جاءت به لاكثر من ستة أشهر لان الام مسلمة فكان الولد على حكم الاسلام تبعا لامه فيرث أباه اه. وأما ما كان كسبا له زمن ردته ففيه اختلاف، فقالا: هو كالاول ميراث لان ملكه باق بعد الردة فينتقل بموته إلى ورثته مستندا إلى ما قبيل ردته. وقال الامام: إنه فئ يوضع في بيت مال المسلمين كاللقطة لانه إنما يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها، ومن شرط استناد التوريث وجوده قبلها. وحاصله أنه لا ملك له فيما اكتسبه زمن ردته حيث مات أو قتل، وما ليس بمملوك له لا يورث عنه، وهما لما قالا بأن أملاكه لا تزول بردته قالا بأن كسبه زمنها مملوك له فيورث عنه فالخلاف هنا مبني على الخلاف السابق في زوال أملاكه بالردة. وفي القاموس: الفئ ما كان شمسا فينسخه الظل والغنيمة والخراج والقطعة من الطير والرجوع اه. فله خمسة معان لغة. وأما اصطلاحا فما يوضع في بيت مال المسلمين. وأما حكم ديونه فأفاد أن ديون إسلامه تقضي من كسب إسلامه وإن دين ردته يقضي من كسب ردته. وحاصله أن على قولهما تقضي ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما، وأما على قول الامام ففيه روايتان: ففي رواية أبي يوسف عنه أنه في كسب الردة إلا أن لا يفي به فيقضي الباقي من كسب الاسلام. وفي رواية الحسن عنه أنه في كسب الاسلام إلا أن لا يفي به فيقضي الباقي من كسب الردة وهو الصحيح لان دين الانسان يقضي من ماله لا من مال غيره، وكذا دين الميت يقضي من ماله لا من مال وارثه وماله كسب الاسلام فأما كسب الردة فما جماعة المسلمين فلا يقضي منه الدين إلا لضرورة، فإذا لم يف به كسب الاسلام تحققت الضرورة فيقضي الباقي منه، كذا في البدائع، وهكذا صحح الولوالجي. فقد علمت أن ما في المتن ليس على قول من الاقوال الثلاثة، وإنما ذكره في البدائع قولا للحسن وزفر فقال وقال الحسن: دين الاسلام في كسب الاسلام ودين الردة في كسب الردة وهو قول زفر اه. والحق أنها رواية زفر عن الامام أيضا كما في النهاية. وقوله في الهداية إنها رواية عن أبي حنيفة أي رواية زفر عنه لكنها ضعيفة كما علمت. وظاهر الولوالجية أنه لو لم يكن له إلا أحد النوعين يقضي الدينان منه اتفاقا وسنوضحه من بعد

***
[٢٢٢]
إن شاء الله تعالى. وقدمنا أن الكلام إنما هو في الحر وأن المكاتب خارج عن هذه الاحكام فلذا قال في الجوهرة: إن ما اكتسبه المكاتب في حال ردته لا يكون فيأ وإنما يكون لمولاه لتعلق حقه به وسنوضحه من بعد إن شاء الله تعالى. وقيد بالمرتد لان المرتدة كسباها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفئ بخلاف المرتد عند أبي حنيفة، ويرثها زوجها المسلم إن ارتدت وهي مريضة لقصدها إبطال حقه، وإن كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد. والحاصل أن زوجة المرتد ترث منه مطلقا وزوج المرتدة لا يرثها إلا إذا ارتدت مريضة والكسب بفتح الكاف وكسرها الجمع كسبه جمعه، كذا في القاموس. وقد قدمنا حكم المرتدة في النكاح والعدة في باب نكاح الكافر. قوله: (وإن حكم بلحاقه عتق مدبروه وأم ولده وحل دينه) لانه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت إلا أنه لا يستقر لحاقه إلا بقضاء القاضي لاحتمال العود إلينا فلا بد من القضاء وهو باتفاق الامام وصاحبيه كما في الجوهرة. وإذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به من عتق المدبر وأم الولد وسقوط الاجل كما في الموت الحقيقي، والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا من عتق مدبريها وحلول دين عليها. ولم يذكر قسمة ماله بين ورثته لظهوره ولما سيشير إليه عند قوله فما وجده في يد وارثه ولم يذكر حكم مكاتبه وحكمه كما في البدائع أنه يؤدي إلى الورثة فيعتق وإذا عتق فولاؤه للمرتد لانه المعتق اه. وفي المجتبي بعلامة حس ظ: القضاء باللحاق ليس بشرط وإنما يشترط قضاؤه بشئ من أحكام الموتى. وعامتهم على أنه يشترط القضاء باللحاق سابقا على قضائه بهذه الاحكام وإليه

أشار محمد في كثير من المواضع اهـ. وفي فتح القدير: وإذا صار اللحاق كالموت لا أنه حقيقة الموت لا يستقر حتى يقضي به سابقا على القضاء بشئ من هذه الاحكام المذكورة في الصحيح لا أن القضاء بشئ منها يكفي بل يسبق القضاء باللحاق ثم تثبت الاحكام المذكورة اهـ. وظاهرهما أن القضاء باللحاق قصدا صحيح وينبغي أن لا يصح إلا في ضم دعوى حق للعبد وقد قالوا: إن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء ويوم القتل يدخل كما في جامع الفصولين والبزازية. واللحاق موت حكما فينبغي أن لا يدخل تحت القضاء قصدا فينبغي أنه لو حكم بعتق مدبره لثبوت لحاقه مرتدا ببينة عادلة فإنه صحيح، ولا يشترط له تقدم الحكم بلحاقه ولم أر إلى الآن من أوضح هذا المحل. وقوله عتق مدبروه معناه من ثلث ما له وإنما لم يصرح به لما تقدم في
***
[٢٢٣]
باب التدبير. وقوله في الجوهرة بعد عتق المدبر وأم الولد يعني من الثلث تسامح لان أم الولد تعتق من جميع المال كما علم في بابها. ثم اختلف الشيخان في الوقت الذي يعتبر فيه كونه وارثا له فقال أبو يوسف: يقضي به كان وارثا وقت القضاء بلحاقه لانه حينئذ يصير موتا. وقال محمد: يعتبر وقت لحاقه لانه السبب، كذا في المجتبى. وفي التتارخانية: وإذا ارتد الاب مع بعض أولاده ولحقوا بدار الحرب فرفع ميراث المرتد إلى الامام فإنه يقسم ميراثه بين ورثته المسلمين ولا شئ من ميراثه للذي ارتد من أولاده. هذا في كسب الاسلام، وأما كسب الردة ففئ عند الامام، وأما ما اكتسبه في دار الحرب فهو للابن الذي ارتد ولحق معه إذا مات مرتدا، فإن لحق أحد من أولاده مسلما معه فإنه يرث كسب إسلامه فقط اهـ. قوله: (وتوقف مبايعته وعتقه وهبته فإن آمن نفذ وإن هلك بطل) بيان لتصرفه حال ردته بعد بيان حكم أملاكه قبل ردته، وهذا عند الامام. وقالا: هو جائز مطلقا لان الصحة تعتمد الاهلية وهي موجودة لكونه مخاطبا والنفاذ يعتمد الملك وهو موجود لقيامه قبل موته إلا أن عند أبي يوسف تصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر عوده إلى الاسلام، وعند محمد كما تصح من المريض لانه يفضي إلى القتل ظاهرا، وله أنه حربي مقهور تحت أيدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه فصار كالحربي يدخل دارنا بغير أمان فيؤسر فتتوقف تصرفاته لتوقف حاله حيث كان للامام الخيار بين استرقاقه وقتله، فإن قتل أو أسر لم تنفذ منه هذه أو أسلم لم يؤخذ له مال فكذا هذا وفي الاهلية خلل لاستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة بخلاف الزاني وقاتل العمد لان استحقاق القتل جزاء على الجناية. قال أبو اليسر: ما قالاه أحسن لان المرتد لا يقبل الرق والقهر يكون حقيقيا لا حكميا والملك يبطل بالقهر الحكمي لا الحقيقي، ولهذا المعنى لا يبطل ملك المقضي عليه بالرجم. وحاصل مراده أن المنافي للملك الاسترقاق ليس غير لكنه ممنوع عند أبي حنيفة بل نقول: إنما أوجب الاسترقاق ذلك في الاصل للقهر الكائن بسبب حرابته وهو موجود في المرتد فيثبت فيه ذلك
***
[٢٢٤]
بطريق الاولى لان الرق يتصور معه ملك النكاح بخلاف قهر المرتد، كذا في فتح القدير. أطلق المبايعة فشملت البيع والشراء والاجارة لانها بيع المنافع، وأشار بالعتق إلى ما هو من حقوقه كالتدبير والكتابة فهما موقوفان أيضا لكن لا يدخل الاستيلاد لانه منه نافذ اتفاقا لانه لا يفتقر إلى حقيقة الملك حتى صح في جارية الابن. وأشار بالهبة إلى كل تمليك هو تبرع فدخلت الوصية فإنها موقوفة أيضا، ولما كان الرهن من المعاوضات في المال كالبيع كان داخلا فتوقف رهنه أيضا، ولما كان قبض الدين مبادلة حكما دخل تحت المبايعة فتوقف قبضه الدين أيضا. والحاصل أن ما يعتمد الملة لا يصح منه اتفاقا وهي خمسة، النكاح والذبيحة والصيد بالكلب والبازي والرمي والارث والشهادة. وما لا يعتمد الملة ولاية ولا حقيقة ملك فإنه صحيح منه اتفاقا وهي خمس أيضا، الاستيلاد والطلاق وقبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون. وصورة الاستيلاد ما في الخانية: إذا جاءت جاريته بولد فادعى الولد يثبت نسبه منه ويرث ذلك الولد مع ورثته وتصير الجارية أم ولد له اهـ. وأورد كيف يقع طلاقه وقد بانت بردته. وأجيب بأنه لا يلزم من وقوع البينونة امتناع الطلاق، وقد سلف أن المبانة يلحقها الصريح في العدة وأورد طلب الفرق بين طلاقه وعتقه، والفرق أن الطلاق لا يعتمد كمال الولاية بخلاف العتق بدليل وقوع طلاق العبد دون عتقه. وفي الخانية: وإذا أعتق المرتد عبده ثم أعتقه ابنه المسلم وليس له وارث سواه لا يجوز عتق واحد منهما لان الابن إنما يرث بعد الموت لا قبله وإعتاقه سابق على ملكه فلا يعتق وهو بخلاف ما إذا مات

الرجل وترك عبدا وتركته مستغرقة بالدين فأعتقه الوارث ثم سقط دين الغرماء فإنه ينفذ إعتاق الوارث لان ثمة سبب الملك للوارث تام وإنما توقف الملك لحق الغرماء، فإذا سقط حق
***
[٢٢٥]
الغرماء فإن إعتاق الوارث ينفذ، وأما في المرتد سبب الملك للوارث إنما يتم بعد موت المرتد اه. ولا يمكن توقف التسليم لانها بطلت به مطلقا، وأما الحجر فيصح بحق الملك فبحقيقة الملك الموقوف أولى. وفي المحيط في مسألة عتقه: وإعتاق ابنه أنه على الرواية التي عند أبي حنيفة يعتبر كونه وارثا وقت الردة فيجب أن ينفذ عتقه لانه يملكه من وقت الردة اه. وقد يقال: إنه إنما يملكه من وقت الردة على تلك الرواية إذا مات أو قتل والكلام هنا قبله، وأما ما يعتبر المساواة من التصرف أو ولاية متعدية فإنه لا ينفذ منه اتفاقا، فالاول المفاوضة فإذا فاوض مسلما توقفت اتفاقا إن أسلم نفذت، وإن هلك بطلت وتصير عنانا من الاصل عندهما وتبطل عنده، كذا في الخانية. والثاني التصرف على ولده الصغير وفي مال ولده موقوف اتفاقا فقد ظهر أن تصرفاته على أربعة أقسام ولم أر حكم التقاطه لقيطا أو لقطة. وفي غاية البيان من باب الاستيلاد: الجد إذا وطئ جارية ابن ابنه والاب مرتد فادعاه الجد بعد الولادة لم تصح دعوى الجد عندهما، وعند أبي حنيفة موقوفة، فإن أسلم الاب لم تصح دعوى الجد، وإن مات على الردة أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه تصح اه. وهذه لا ترد على ما في الكتاب لانها تصرف المسلم وهو الجد لا تصرف المرتد. وقيد بالمرتد لان تصرفات المرتدة نافذة عند الكل لانها لا تقتل وقد قدمناه مع بيان تصرفات المكاتب المرتد. وأطلق الهلاك فشمل الحقيقي بالموت أو القتل والحكمي بالقضاء بلحاقه بدار الحرب كما في الخانية. وعبر بالايمان في قوله فإن آمن وأراد الاسلام فإنه المراد هنا كما عبر به في الهداية والخانية فإنه الانقياد الظاهر الذي تبتني عليه الاحكام. قوله: (وإن عاد مسلما بعد الحكم بلحاقه فما وجده في يد وارثه أخذه وإلا لا) أي وإن لم يجده قائما فيده فليس له أخذ بدله منه لان الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه، وإذا
***
[٢٢٦]
عاد مسلما يحتاج إليه فيقدم عليه. وعلى هذا لو أحيا الله ميتا حقيقة وأعاده إلى دار الدنيا كان له أخذ ما في يد ورثته، وأطلق في قوله وإلا لا فشمل ما إذا كان هالكا أو إزاله الوارث عن ملكه وهو قائم، سواء كان بسبب يقبل الفسخ كبيع أو هبة أو لا يقبله كعتق وتدبير واستيلاد فإنه يمضي ولا عود له فيه ولا يضمنه. وشمل ما لم يدخل في يد وارثه أصلا كمدبريه وأمهات أولاده المحكوم بعتقهم بسبب الحكم بلحاقه فإنهم لا يعودون في الرق لان القضاء بعتقهم قد صح بدليل مصحح له والعتق بعد نفاذه لا يقبل البطلان وولاؤهم لمولاهم أعني المرتد الذي عاد مسلما، وكذلك مكاتبه إذا كان أدى المال إلى الورثة لا سبيل عليه أيضا لانه عتق بأداء المال والعتق لا يحتمل الفسخ وما أدى إلى الورثة إن كان قائما أخذه، وإن زال ملكهم عنه لا ضمان عليه كسائر أمواله، وإن كان لم يؤد بدل الكتابة يأخذها منه، وإن عجز عاد رقيقا له، كذا في البدائع. وفي الخانية: إذا عاد مسلما بعد الحكم بحل ديونه وعتق مدبريه وأم ولده لا يملك أن يبطل شئ إلا شيآن: الاول الميراث يبطله ويسترد ماله إن كان قائما، والثاني إذا كاتب ورثته عبدا من ماله ثم رجع فإن رجع بعدما أدى بدل الكتابة لا يملك إبطالها، فإن رجع قبل أن يؤدي جميع بدل الكتابة كان له أن يبطل الكتابة اه. وظاهر الكتاب أنه يأخذ ما في يد الوارث بغير قضاء ولا رضا والمنقول خلافه. قال في التتارخانية: وما كان قائما في يد الورثة إنما يعود إلى ملكه بقضاء أو رضا فإنه ذكر في السير الكبير أن وارث المرتد إذا تصرف في المال الذي ورثه بعد ما عاد المرتد مسلما نفذ تصرفه اه. وجزم به الزيلعي معللا بأنه دخل في ملكه بحكم شرعي فلا يخرج عن ملكه إلا بطريقه اه. وقد يقال طريقه عوده مسلما فإن الحكم الشرعي الموجب للدخول الحكم بخلافته عنه بعد موته حكما وقد بطلت فبطل ما ابتنى عليه، وقد قدمنا عن التتارخانية أن كسب ردته فئ بعد الحكم بلحاقه كموته حقيقة لكن لم أر حكم ما إذا عاد مسلما ووجد كسب ردته قائما عند الامام فهل يسترده كما يسترد من وارثه كسب إسلامه؟ الظاهر أنه لا يسترده لان أخذه ليس بطريق
***
[٢٢٧]

الخلافة بل لكونه مال حربي كما قدمناه فصار لبيت المال فلا يسترده كما أن الحربي الحقيقي لا يسترد ماله بعد إسلامه. وقيد بقوله بعد الحكم بلحاقه لانه لو عاد مسلما قبله فحكمه كما إذا لم يرتد فلا يعتق مدبره وأم ولده ولا تحل ديونه وله إبطال ما تصرف فيه الوارث لكونه فضوليا. قوله: (ولو ولدت أمة له نصرانية لستة أشهر منذ ارتد فادعاه فهي أم ولده وهو ابنه حر ولا يرثه ولو مسلمة ورثه الابن إن مات على الردة أو لحق بدار الحرب) أما صحة الاستيلاد فلما قدمنا أنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك، وأما الارث فلان الام إذا كانت نصرانية فالولد تبع له لقربه إلى الاسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث أحدا، ولم يجعل مسلما تبعا للدار لانها عند عدم الابوين فقط، أما إذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خيرهما دينا، والمسلم يرث المرتد. أراد بالنصرانية الكتابية ولو يهودية، والتقييد بالستة لنفي الاقل فإنها إذا جاءت به لاقل منها فالولد يرث من أبيه المرتد للتيقن بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا للاب بخلافه للستة لعدم التيقن كما في النهاية لا لنفي الاكثر ولذا عبر في الهداية بالاكثر. زاد فتح القدير ولو إلى عشر سنين. قوله: (وإن لحق المرتد بماله فظهر عليه فهو فئ) أي ماله غنيمة يوضع في بيت المال بالاجماع لا لورثته لسقوط عصمة ماله تبعا لعصمة نفسه. وقيد بالمال لان المرتد بعد الظهور لا يسترق وإنما يقتل إن لم يسلم، ولا يشكل كون ماله فيأ دون نفسه لان مشركي العرب كذلك. وفي المغرب: ظهر عليه غلب، وظهر على اللص غلب وهو من قولهم ظهر فلان السطح إذا علاه وحقيقته صار على ظهره اه. فعلى هذا ظهر في كلام المصنف بالبناء للمفعول. قوله: (فإن رجع وذهب بماله وظهر عليه فلوارثه) لانه انتقل إليهم بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما. وحكمه أنه إن وجده قبل القسمة أخذه بغير بدل، وإن وجده بعدها أخذه بقيمته إن شاء، وإن كان مثليا فقد تقدم أنه لا يؤخذ لعدم الفائدة، كذا في فتح القدير. والمثلي وارد على المصنف مع أن في عبارته إيهام أن يأخذه بغير شئ مطلقا، ولم يقيد المصنف أن يكون رجوعه بعد الحكم بلحاقه تبعا للجامع الصغير فأفاد أنه لا فرق بين أن يكون بعده أو قبله، أما إذا كان بعده فظاهر لتقرر الملك للوارث بالقضاء بلحاقه، وأما قبله فلان عوده وأخذه ولحاقه ثانيا يرجح جانب عدم العود ويؤكده فيتقرر موته، وما احتيج للقضاء باللحاق لصيرورته ميراثا إلا ليترجح عدم عوده فيتقرر إقامته ثمة فيتقرر موته، فكان رجوعه ثم عوده ثانيا بمنزلة القضاء. وفي بعض روايات السير جعله فيأ لان بمجرد اللحاق لا يصير المال

***

[٢٢٨]

ملكا للورثة والوجه ظاهر الرواية: كذا في فتح القدير تبعا لما في النهاية والعناية وهما تبعا فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير من أن ظاهر الرواية الاطلاق. وقيد الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير بأن يكون الرجوع بعد القضاء أما قبله ففئ. وحمل في غاية البيان إطلاق الكتاب على مذهب محمد وما في بعض روايات السير على مذهب أبي يوسف. وبما قررناه سقط إشكال الزيلعي على النهاية لانه حيث كان ظاهر الرواية الاطلاق وكان له وجه ظاهر فلا محل للاشكال فلذا قال في الفتح: والوجه ظاهر الرواية واعتمده المصنف في الكافي. قوله: (وإن لحق وقضى بعبده لابنه فكاتبه فجاء مسلما فالمكاتبة والولاء لمورثه) وهو المرتد الذي عاد مسلما لانه لا وجه إلى إبطال الكتابة لنفوذها بدليل منفذ وهو القضاء بلحاقه فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع إلى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه نظيره المكاتب إذا كاتب عبده ثم عجز وفسخت الكتابة الاولى تبقى الثانية على حالها ويكون بدل الكتابة وولاؤه لمولاه، وليس انتقال الكتابة إلى المرتد الذي أسلم بسبب انتقال المكاتب من ملك الابن إليه وإنما هو لسقوط ولاية الخلف عند ظهور ولاية الاصل، وأشار بفاء التعقيب في قوله فجاء مسلما إلى أن مجيئه عقيب كتابته يعني من غير أداء بدل الكتابة إلى الابن فلو أداها إليه ثم جاء مسلما فإنه عتق على الابن حين أدى وكان الولاء له فلا ينتقل بعده إلى أبيه كما لو أعتق الابن عبده ثم جاء مسلما والمكاتبة بدل الكتابة. وقيد بالكتابة لان الابن إذا دبره ثم جاء الاب مسلما فإن الولاء لا يكون للاب كما في التتارخانية. وأشار بكون البدل والولاء فقط للاب إلى أنه لا يمكن فسخ الكتابة لصدورها عن ولاية شرعية وقد صرح به الشارح، وقدمنا عن الخانية أنه يملك إبطال كتابة الوارث قبل أداء جميع البدل إلا أن يقال إن مرادهم أنه لا يمكن فسخها بمجرد مجيئه من غير أن يفسخها، أما إذا فسخها انفسخت إلا أن جعلهم الوارث كالوكيل من جهته يأباه وقدمنا حكم ما إذا كاتب ثم ارتد ثم لحق. قوله: (فإن قتل مرتد رجلا خطأ ولحق أو قتل فالدية في كسب الاسلام خاصة) بيان لحكم جنايته وهذا عند الامام. وقالا: الدية فيما اكتسبه في الاسلام والردة لان الكسبين ماله لنفوذ تصرفه في المالين ولذا يجري الارث فيهما عندهما وعنده ماله هو المكتسب في الاسلام لنفوذ تصرفه

فيه دون المكسوب في الردة لتوقف تصرفه ولذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيأ، واتفقوا أنه لا عاقلة له لانعدام النصرة فتكون الدية في ماله. قيد بلحاقه أو قتله يعني
***
[٢٢٩]
على الردة لانه لو أسلم تكون الدية في الكسبين جميعا مات أو لم يمت. وأشار بقوله خاصة إلى أنه لو لم يكن له كسب إسلام وإنما له كسب الردة فإن الجناية هدر عنده خلافا لهما، كذا في فتح القدير. وفيه نظر والصواب أن الدية في كسب الردة لانها كالدين وقدمنا عن أبي حنيفة في الدين ثلاث روايات، وفي رواية يقضي دين الاسلام من كسبه ودين الردة من كسبها، وفي رواية يقضي من كسب الردة إلا أن لا يفي فمن كسب الاسلام، وفي رواية عكسه وهي الصحيحة فلم يرد أن دين الردة هدر فكيف يقال في جنايته مع وجود كسب الردة أنها هدر والظاهر أنه سهو ولذا قال في التتارخانية والولوالجية: فإن لم يكن له إلا كسب الاسلام أو إلا كسب الردة تستوفى الدية منه، وإن كان له الكسبان قالا يستوفي منهما. وقال الامام: تستوفي من كسب الاسلام أولا فإن فضل شئ استوفى الفضل من كسب الردة اه. وفي فتح القدير: وعلى هذا لو غصب مالا فأفسده يجب ضمانه في مال الاسلام وعندهما في الكل اه. وفي غاية البيان: إن حكم ما اغتصبه أو أتلفه كذلك عنده في كسب الاسلام فإن فضل شئ كان في كسب الردة. وفي التتارخانية: هذا إذا ثبت الغصب والاتلاف بالمعاينة، فإن ثبت بإقرار المرتد فعندهما يستوفي من الكسبين، وعنده من كسب الردة، كذا ذكر شيخ الاسلام اه. وينبغي أن يكون القتل خطأ كذلك لكونه متهما في إقراره لحق الورثة. وفي فتح القدير الولوالجية: وجناية العبد والامة والمكاتب المرتدين كجنايتهم في غير الردة لان الملك فيهما قائم بعد الردة والمكاتب يملك إكسابه في الردة فيكون موجب جنايته في كسبه والجناية على المماليك المرتدين هدر اه. ولم يذكر المصنف حكم الجناية على المرتد بقطع يده أو رجله لكونه قد علم من قوله أولا لا يضمن قاتله بالاولى. وذكر محمد في الاصل أن الجاني لا يضمن. سواء مات المرتد من ذلك القطع على الردة أو مات مسلما حيث كان القطع وهو مرتد، وأما إذا كان القطع وهو مسلم والسراية إلى النفس وهو مرتد فهي المسألة الآتية. والواو في قوله ولحق بمعنى ثم وقيد به لانه لو قتل في دار الحرب ثم جاء تائبا فلا شئ عليه، وكذا لو غصب أو قذف لان فعله لم ينعقد موجبا لصيرورته في حكم أهل الحرب، وأما إذا فعل شئ قبل اللحاق ثم لحق فما كان من حقوق العباد كالقتل والغصب والقذف يؤخذ به، وما كان من حقوق الله تعالى كبقية الحدود فإنه يسقط لان اللحاق كالموت يورث شبهة، كذا في البدائع. قوله: (ولو ارتد بعد القطع عمدا أو مات أو لحق وجاء مسلما فمات منه ضمن القاطع
***
[٢٣٠]
نصف الدية في ماله لورثته) بيان لمسألتين: إحداهما إذا قطعت يد المسلم عمدا ثم ارتد المقطوعة يده ثم سرى القطع إلى النفس. ثانيهما إذا لحق المقطوع يده بدار الحرب ثم عاد مسلما ثم سرى القطع إلى النفس، والحكم فيهما ضمان دية اليد فقط ولا يضمن القاطع بالسراية إلى النفس شيئا، أما في الاولى فلان السراية حلت محلا غير معصوم فانهدرت بخلاف ما إذا قطع يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك فإنه لا يضمن شيئا لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار، أما المعتبر قد يهدر بالابراء وبالاعتاق وبالبيع كما لو قطع يد عبد ثم باعه مولاه ثم رد عليه بالعيب ثم مات العبد من القطع فإن الجاني لا يضمن للبائع ضمان النفس فلذا يهدر بالردة. وأما الثانية فقال في الهداية: معناه إذا قضى بلحاقه لانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية وإسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى، وإن لم يقض بلحاقه حتى عاد مسلما فهو على الخلاف الآتي في الآتية على الصحيح، فعند محمد يجب نصف الدية، وعندهما دية، وحاصله أنه بعد اللحاق قبل القضاء كما قبل اللحاق. قيد بقوله عمدا ليكون ضمان دية اليد في ماله لانه لو كان خطأ فهو على العاقلة كما في الولوالجية قوله: (وإن لم يلحق وأسلم ومات ضمن الدية) أي كاملة عندهما. وقال محمد: النصف لان اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام إلى الضمان كما إذا قطع يد مرتد فأسلم. ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما إذا لم تتخلل الردة. وهذا لانه لا معتبر لقيام العصمة في حال بقاء الجناية وإنما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين. قيد بكون المقطوع هو المرتد لانه لو لم يرتد وإنما ارتد القاطع بعد

القطع ثم قتل القاطع أو مات ثم سرى القطع إلى النفس، فإن كان القطع عمدا فلا شئ على أحد لفوت محل القصاص، وإن كان خطأ وجبت الدية بتمامها على عاقله القاطع في ثلاث سنين من يوم قضاء القاضي عليهم - كذا في الخانية - لانه حين القطع كان مسلما وتبين أن الجناية قتل بخلاف ما إذا قطعها وهو مرتد فإنه لا شئ على العاقلة لان المرتد لا عاقلة له. وأشار بإضافة الضمان إليه إلى أنه في ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقله فلو كان القطع خطأ وجبت الدية على العاقلة، كذا في الولوالجية. قوله: (ولو ارتد مكاتب ولحق وأخذ بماله وقتل فمكاتبته لمولاه وما بقى لورثته) أما على

***

[٢٣١]

أصلهما فظاهر لان كسب الردة ملكه إذا كان حرا فكذا إذا كان مكاتبا، وأما عند أبي حنيفة فلان المكاتب إنما يملك إكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا إكسابه ألا ترى أنه لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى وهو الردة. ومعنى قوله أخذ بماله بالبناء للمفعول أنه أسر مع ماله وأبى أن يسلم فقتل وأورد عليه أنه إذا وفيت كتابته حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته فيتبين أن كسبه كسب مرتد حر فيكون فيأ عنده. وأجيب بأن الحكم بحريته إنما هو في الحقوق المستحقة بالكتابة وهي حرية نفسه وأولاده وملك كسبه رقبة وفيما عدا ذلك من الاحكام يعتبر عبدا ألا ترى أنه لا تصح وصيته وإن ترك وفاء لان الوصية ليست من الحقوق المستحقة بالكتابة فكذا كسبه لا يكون فيأ لان كسب العبد المرتد لا يكون فيئا فلا يجعل حرا في حقه والمكاتبة بدل الكتابة. وفي القاموس: المكاتبة التكاتب وأن يكاتبك عبدك على نفسه بثمنه فإذا أداه عتق اه‍. فإطلاق المكاتبة على البدل مجاز كما لا يخفى قوله: (ولو ارتد الزوجان ولحقا فولدت ولدا وولد له ولد فظهر عليهم فالولدان فئ ويجبر الولد على الاسلام لا ولد الولد) بيان لحكم ولد المرتدة وحاصله أنه إما أن يكون موجودا منفصلا حين الردة أولا، فإن كان الاول فإنه لا يكون مرتدا بردتهما معا لانه ثبت له حكم الاسلام بالتبعية فلا تزول بردتهما إلا إذا لحقا به أو أحدهما إلى دار الحرب فإنه خرج عن الاسلام لانه كان بالتبعية لهما أو للدار وقد انعدم الكل فيكون الولد فيئا ويجبر على الاسلام إذا بلغ كما تجبر الام عليه، فإن كان الاب ذهب به وحده والام مسلمة في دار الاسلام لم يكن الولد فيئا لانه بقي مسلما تبعا لامه، وإن كان الثاني بأن ولد لهما ولد بعد لحوقهما فحكمه حكمهما من كونه فيئا ومن الجبر على الاسلام، سواء كان الحبل في دار الحرب أو في دار الاسلام ولذا أطلقه المصنف. وتقييده في الهداية بكون الحبل في دار الحرب اتفاقي ليعلم حكم ما إذا حبلت به في دار الاسلام بالاولى لانه إذا أجبر على الاسلام مع بعده عنه ببعده عن داره فمع كونه أقرب إليه أولى كما في النهاية لكن ليس حكم هذا الولد كحكمهما من جهة القتل ولذا قال الولوالجي: لا يقتل لو أبى كولد المسلم إذا بلغ ولم يصف الاسلام يجبر عليه ولا يقتل. وإنما لم يجبر ولد الولد لانه أما بالتبعية لجده أو لابيه لا سبيل إلى الاول مع وجود أبيه ولا إلى الثاني لان ردة أبيه كانت تبعا والتبع لا يستتبع خصوصا وأصل التبعية ثابتة على خلاف القياس لانه لم يرتد حقيقة ولذا يجبر بالحبس لا بالقتل بخلاف أبيه، وإذا لم يتبع الجد فيسترق أو توضع عليه الجزية أو يقتل لان حكمه حينئذ حكم سائر أهل الحرب إذا أسروا، وأما الجد فيقتل لا محالة لانه المرتد بالاصالة أو يسلم، كذا في فتح القدير... واعلم

***

[٢٣٢]

أن الجد ليس كالاب في ظاهر الرواية في ثمان مسائل، أربعة في الفرائض وأربعة في غيرها. أما الثاني فالاولى أنه لا يكون مسلما بإسلام جده في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يتبعه. وهذه وهو أن ولد الولد لا يجبر لجده مبنية عليها. والثانية صدقة الفطر للولد الصغير إذا كان جده موسرا أو لا أب له أو له أب معسر أو عبد لا تجب على الجد في ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن تجب عليه. والثالثة جر الولاء صورتها: معتقة تزوجت بعبد وله أب عبد فولدت منه فالولد حر تبعا لامه وولاؤه لمولى أمه فإذا عتق جده لا يجر ولاء حافده إلى مواليه عن موالي أمفي ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن يجره كما لو أعتق أبوه. والرابعة الوصية للقرابة لا يدخل الوالدان ويدخل الجد في ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن لا يدخل كالاب. وأما الاربعة التي في الفرائض فرد الام إلى ثلث ما بقي وحجب أم الاب والاخوة لا تسقط بالجد عندهما وتسقط بالاب اتفاقا. والرابعة ابن المعتق يحجب الجد عن ميراث المعتق اتفاقا ولا يحجب الاب عند أبي يوسف فله السدس والباقي للابن، ذكر هذه الاربعة الاكمل في شرح السراجية. وذكروا هنا الاربعة الاولى، وينبغي أن

يزاد مسألتان مذكورتان في النفقات: الاولى الام تشارك الجد في نفقة الصغير أثلاثا بخلاف الاب. الثانية لا تفرض النفقة على الجد المعسر بخلاف الاب فصارت المسائل عشرا. وقد يزاد أخرى هي أن الصغير لا يتصف بعدم اليتم بحياة جده ويتصف به بحياة أبيه كما في الخانية من الوقف. قيد بردتهما لما في البدائع لو مات مسلم عن امرأته وهي حامل فارتدت ولحقت بدار الحرب فولدت هناك ثم ظهر على الدار فإنه لا يسترق ويرث أباه لانه مسلم تبعا لابيه، ولو لم تكن ولدته حتى سبيت ثم ولدته في دار الاسلام فهو مسلم تبعا لابيه مرقوق تبعا لامه ولا يرث أباه لان الرق من أسباب الحرمان اه. قوله: (وارتداد الصبي العاقل صحيح كإسلامه ويجبر عليه ولا يقتل) بيان لاسلام الصبي وردته، أما الاول ففيه خلاف زفر والشافعي نظرا إلى أنه في الاسلام تبع لابويه فيه فلا يجعل أصلا ولا نلزمه أحكاما يشوبها المضرة فلا يؤهل له. ولنا أن عليا رضي الله عنه أسلم في صباه وصحح النبي صلى الله عليه وسلم إسلامه وافتخاره بذلك مشهور، ولانه أتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة أبدية ونجاة عقباوية وهو من أجل المنافع وهو الحكم الاصلي ثم يبتنى عليه غيرها فلا يبالي بما يشوبه. وفي فتح القدير: مقتضى الدليل أن يجب عليه بعد البلوغ فيجب القصد إلى تصديق وإقرار يسقط به، ولا يكفيه استصحاب ما كان عليه من التصديق
***
[٢٣٣]
والاقرار غير المنوي به إسقاط الفرض كما أنه لو كان يواظب على الصلاة قبل بلوغه لا يكون كما كان يفعله بل لا يكفيه بعد بلوغه منها إلا ما قرنه بنية أداء الواجب امتثالا لكنهم اتفقوا على أنه لا يجب بل يقع فرضا قبل البلوغ، أما عند فخر الاسلام فلانه يثبت أصل الوجوب على الصبي بالسبب وهو حدث العالم وعقلية دلالته دون وجوب الاداء لانه بالخطاب وهو غير مخاطب، فإذا وجد بعد السبب وقع الفرض كتعجيل الزكاة. وأما عند شمس الائمة لا وجوب أصلا لعدم حكمه وهو وجوب الاداء فإذا وجد وجد كالمسافر يصلي الجمعة فيسقط فرضه وليست الجمعة فرضا عليه لكن ذلك للترفية عليه بعد سببها فإذا فعلها تم، ولا نعلم خلافا بين المسلمين في عدم وجوب نية فرض الايمان بعد البلوغ على قول من حكم بصحة إسلامه صبيا تبعا لابويه المسلمين أو لاسلامه وأبواه كافران، ولو كان ذلك فرضا لم ينقله أهل الاجماع عن آخرهم اه. ولم يذكر القول الثالث المختار عند أبي منصور الماتريدي وهو أن الصبي العاقل مخاطب بأداء الايمان كالبالغ حتى لو مات بعده بلا إيمان خلد في النار، وذكره في التجريد. وأما الثاني أعني ردته ففيها خلاف أبي يوسف نظرا إلى أنها مضرة محضة. ولهما أنها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام والخلاف في أحكام الدنيا ولا خلاف أنه مرتد في أحكام الآخرة كما بيناه في شرح المنار المسمى بتعليق الانوار في أصول المنار معزيا إلى التلويح. وبه ظهر ما في النهاية العناية وفتح القدير بأنه إذا ارتد كان معذبا في الآخرة مخلدا. ونقلوه عن الاسرار والمبسوط وجامع التمرتاشي، وأحال التمرتاشي هذه الرواية إلى التبصرة. وإنما لا يقتل إذا أبى عن الاسلام لاختلاف العلماء في صحة إسلامه لكنه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع المتيقن. وهنا مسائل لا يقتل فيها المرتد: الاولى هذه. والثانية الذي إسلامه بالتبعية لابويه إذا بلغ مرتدا استحسانا لان إسلامه لما كان بطريق التبعية صار شبهة في إسقاط القتل. الثالثة إذا أسلم في صغره ثم بلغ مرتدا استحسانا لقيام الشبهة باختلاف العلماء في إسلامه. الرابعة المكره على الاسلام إذا ارتد لا يقتل استحسانا لان الشبهة بالاكراه مسقطة للقتل وفي الكل يجبر على الاسلام، ولو قتله قاتل قبل أن يسلم لا يلزمه شئ، كذا في المبسوط. وزاد في فتح القدير خامسة: اللقيط في دار الاسلام محكوم بإسلامه ولو بلغ كافرا أجبر على الاسلام ولا يقتل كالمولود بين المسلمين إذا بلغ كافرا اه. وقد قدمنا أن السكران إذا أسلم ثم ارتد لا يقتل. قيد بالعاقل لان ارتداد الصبي الذي لا يعقل غير صحيح كإسلامه لان إقراره لا يدل على تغيير العقيدة، وكذا المجنون والسكران
***
[٢٣٤]
الذي لا يعقل وقدمنا حكم من جنونه متقطع وخرج عن هذا إسلام السكران فإنه صحيح كما ذكره الشارح والله أعلم. باب البغاة أخره لقلة وجوده ولبيان حكم من يقتل من المسلمين بعد من يقتل من الكفار. والبغاة جمع باغ من بغى على الناس ظلم واعتدى، وبغى سعى بالفساد ومنه الفرقة الباغية لانها عدلت عن القصد. وأصله من بغى الجرح إذا ترامى إلى الفساد، وبغت المرأة تبغي بغاء بالكسر والمد

فجرت فهي بغي والجمع البغايا وهو وصف يختص بالمرأة ولا يقال للرجل بغي، قاله الازهري كذا في المصباح. وفي القاموس: الباغي الطالب والجمع بغاة وبغيان وفئة باغية خارجة عن طاعة الامام العادل اهـ. فقوله في فتح القدير الباغي في عرف الفقهاء الخارج عن الامام الحق تساهل لما علمت أنه في اللغة أيضا. والخارجون عن طاعته ثلاثة: قطاع الطريق وقد علم حكمهم، وخوارج وبغاة. وفرق بينهما في فتح القدير بأن الخوارج قوم لهم منعة وحمية خرجوا عليه بتأويل يرون أنه على باطل كفر أو معصية توجب قتاله بتأويلهم يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويسبون نساءهم ويكفرون أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم. وحكمهم عند جمهور الفقهاء والمحدثين حكم البغاة، وذهب بعض المحدثين إلى كفرهم. قال
***
[٢٣٥]
ابن المنذر: لا أعلم أحدا وافق أهل الحديث على تكفيرهم، وهذا يقتضي نقل إجماع الفقهاء. وذكر في المحيط أن بعض الفقهاء لا يكفر أحدا من أهل البدع وبعضهم يكفرون بعض أهل البدع وهو من خالف ببدعته دليلا قطعيا ونسبه إلى أكثر أهل السنة، والنقل الاول أثبت. نعم يقع في كلام أهل المذاهب تكفير كثير لكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم ولا عبرة بغير الفقهاء، والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا، وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين، وما ذكره محمد بن الحسن من حديث الحضرمي يدل على عدم تكفير الخوارج. وأما البغاة فقوم مسلمون خرجوا على الامام العدل ولم يستبيحوا ما استباحه الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذراريهم اهـ. فما في البدائع من تفسير البغاة بالخوارج فيه قصور وإنما لا نكفر الخوارج باستحلال الدماء والاموال لتأويلهم وإن كان باطلا بخلاف المستحل بلا تأويل. قوله: (خرج قوم مسلمون عن طاعة الامام وغلبوا على بلد دعاهم إليه وكشف شبهتهم) بأن يسألهم عن سبب خروجهم فإن كان لظلم منه أزاله، وإن قالوا الحق معنا والولاية لنا فهم بغاة لان عليا رضي الله عنه فعل ذلك بأهل حروراء قبل قتالهم ولانه أهون الامرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به استحبابا لا وجوبا فإن أهل العدل لو قاتلوهم من غير دعوة إلى العود إلى الجماعة لم يكن عليهم شئ لانهم علموا ما يقاتلون عليه فحالهم كالمرتدين وأهل الحرب بعد بلوغ الدعوة، كذا في العناية. فلو أبدوا ما يجوز لهم القتال كأن ظلمهم أو ظلم غيرهم ظلما لا شبهة فيه لا يكونون بغاة ولا يجوز معاونة الامام عليهم حتى يجب على المسلمين أن يعينوهم حتى ينصفهم ويرجع عن جورهم بخلاف ما إذا كان الحال مشتبها أنه
***
[٢٣٦]
ظلم مثل تحميل بعض الجبايات التي للامام أخذها وإلحاق الضرر بها لدفع ضرر أعم منه، كذا في فتح القدير. قيد بإسلامهم لان أهل الذمة إذا غلبوا على موضع للحراب صاروا أهل حرب كما قدمناه لكن لو استعان أهل البغي بأهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضا للعهد كما أن هذا الفعل من أهل البغي ليس نقضا للايمان فحكمهم حكم البغاة، كذا في فتح القدير. يعني بالتبعية للمسلمين فلا يرد على التقييد بالاسلام والمراد بالامام السلطان أو نائبه. قال في الخانية من السير قال علماؤنا: السلطان من يصير سلطانا بأمرين: بالمبايعة معه ويعتبر في المبايعة أشرافهم وأعيانهم، والثاني أن ينفذ حكمه في رعيته خوفا من قهره وجبروته، فإن بايع الناس ولم ينفذ حكمه فيهم لعجزه عن قهرهم لا يصير سلطانا، فإذا صار سلطانا بالمبايعة فجار إن كان له قهر وغلبة لا ينعزل لانه لو انعزل يصير سلطانا بالقهر والغلبة فلا يفيد، وإن لم يكن له قهر وغلبة ينعزل اهـ. وقيد بغلبتهم على بلد لانه لا يثبت حكم البغي ما لم ينغلبوا ويجتمعوا ويصير لهم منعة، كذا في المحيط. ولم يقيد المصنف الامام بالعادل وقيده في فتح القدير بأن يكون الناس به في أمان والطرقات آمنة. قوله: (وبدأ بقتالهم) يعني إذا تعسكروا واجتمعوا وهو اختيار لما نقله خواهر زاده عن أصحابنا أنا نبدؤهم قبل أن يبدؤنا لان الحكم يدار على لدليل وهو الاجتماع والامتناع. وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم. ونقل القدوري أنه لا يبدؤهم حتى يبدؤه فإن بدؤه قاتلهم حتى يفرق جمعهم، وظاهر كلامهم أن المذهب الاول. وفي البدائع: يجب على كل من دعاهم الامام إلى قتالهم أن يجيب ولا يسعهم التخلف إذا كان له غنى وقدرة لان طاعة الامام فيما ليس بمعصية فرض فكيف فيما هو طاعة؟ وما عن أبي حنيفة من الاعتزال في الفتنة ولزوم البيت محمول على ما إذا لم يدعه أما إذا أدعاه الامام فالاجابة

فرض اهـ. وأما تخلف بعض الصحابة رضي الله عنهم عنها فمحمول على أنه لم يكن لهم قدرة وربما كان بعضهم في تردد من حل القتال، وما روي إذا التقى المؤمنان بسيوفهما فالقاتل والمقتول في النار (١) محمول على اقتتالهما حمية وعصبة كما يتفق بين أهل قريتين أو محلتين أو لاجل الدنيا والمملكة، كذا في فتح القدير. وفي المحيط: طلب أهل البغي الموادعة أجيبوا إن كان خيرا المسلمين كما في أهل الحرب ولا يؤخذ منهم شئ فلو أخذنا منهم رهونا وأخذوا منا رهونا ثم غدروا بنا وقتلوا رهوننا لا ينبغي لنا أن نقتل رهونهم لان الرهون صاروا آمنين في أيدينا وشرط إباحة دمهم باطل، ولكنهم يحبسون إلى أن يهلك أهل البغي أو يتوبوا، وكذلك أهل الشرك إذا فعلوا برهوننا ذلك لا نفعل

***

[٢٣٧]

برهونهم فيجبرون على الاسلام أو يصيروا ذمة. وفي الهداية: وإذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان. قوله: (ولو لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليهم وإلا لا) أي وإن لم يكن لهم فئة لا يجهز على الجريح ولا يتبع المولى لدفع شرهم بالاول كيلا يلحقوا بهم ولاندفاع الشر دونه في الثاني، والفئة الطائفة والجمع فئون وفئات. وجهز على الجريح كمنع وأجهز ثبت قتله وأسرعه وتمم عليه، وموت مجهز وجهيز سريع، كذا في القاموس. واتبع على البناء للمفعول للقتل والاسر وموليهم بالنصب مفعول ثان وهو اسم فاعل من ولي تولية أدبر كتولي ولم يذكر حكم أسيرهم. وفي البدائع: إن شاء الامام قتله وإن شاء حبسه لاندفاع شره به. ويقاتل أهل البغي بالمنجنيق والغرق وغير ذلك كأهل الحرب، وكل من لا يجوز قتله من أهل الحرب من النساء والصبيان والشيوخ والعميان لا يجوز قتله من أهل البغي إلا إذا قاتلوا فيقتلون حال القتال وبعد الفراغ إلا الصبيان والمجانين. ولا يجوز للعادل أن يبتدئ بقتل محرمه من أهل البغي مباشرة إلا إذا أراد قتله فله أن يدفعه ولو بقتله، وله أن يتسبب ليقتله غيره كعقر دابته بخلاف أهل الحرب فإن له أن يقتل محرمه منهم مباشرة إلا الوالدين اهـ. قوله: (ولم تسب ذريتهم وحبس أموالهم حتى يتوبوا) لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل: ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال. وهو القدوة في هذا الباب. وقوله في الاسير مؤول بما إذا لم يكن لهم فئة. ومعنى لا يكشف لهم ستر لا تسبي نساؤهم. أطلق المال فشمل العبيد فلذا قال في البدائع: وأما العبد المأسور من أهل البغي فإن كان قاتل مع مولاه يجوز قتله، وإن كان يخدم مولاه لا يجوز قتله ولكن يحبس حتى يتوب اهـ. وظاهر ما في الكتاب حبس عين الكراع وليس كذلك لما في الهداية: وأما الكراع فلا يمسك ولكنه يباع ويحبس ثمنه لمالكه لانه أنفع له. وذكر في المحيط الدواب بدل الكراع. وفي فتح القدير: ولا ينفق عليه من بيت المال لتتوفر مؤنتها عليه، وهذا إذا لم يكن للامام بها حاجة اهـ. قوله: (وإن احتاج قاتل بسلاحهم وخيلهم) لان عليا رضي الله عنه قسم السلاح فيما بين أصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك، ولان للامام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي أولى والمعنى فيه إلحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى. قيد بالسلاح والخيل لان غيرهما من الاموال لا ينتفع به مطلقا، كذا في البدائع. وفي المحيط: قال الباغي تبت وألقى السلاح كف عنه لان توبة الباغي بمنزلة الاسلام من الحربي في إفادة العصمة

***

[٢٣٨]

والحرمة، ولو قال كف عني لانظر في أمري لعلي ألقى السلاح يكف عنه، ولو قال أنا على دينك ومعه السلاح لم يكف عنه لان ذلك ليس بتوبة اهـ. قوله: (وإن قتل باغ مثله فظهر عليهم لم يجب شئ) لانه لا ولاية لامام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب فلا قصاص ولا دية ولذا عبر بالشئ المنكر في النفي، فظاهره أنه لا يأثم أيضا وهو ظاهر ما في فتح القدير فإنه علل بأنه قتل نفسا يباح قتلها ألا ترى أن العادل إذا قتله لا يجب عليه شئ فلما كان مباح القتل لم يجب به شئ اهـ. وفي البدائع: يصنع بقتلى أهل العدل ما يصنع بسائر الشهداء لانهم شهداء، وأما قتلى أهل البغي فلا يصلى عليهم ولكنهم يغسلون ويكفنون ويدفنون، ويكره أن تؤخذ رؤسهم وتبعث إلى الآفاق وكذلك رؤس أهل الحرب لانه مثلة اهـ. وفي فتح القدير: وجوزه بعض المتأخرين إذا كان فيه طمأنينة قلوب أهل العدل أو كسر شوكتهم اهـ. ومنعه في المحيط في رؤس البغاة وجوزه في رؤس أهل الحرب. قوله: (وإن غلبوا على مصر فقتل مصري مثله فظهر على المصر قتل به) يعني بشرطين: الاول إن كان عمدا. الثاني أن لا يجري على أهله أحكام أهل البغي وأزعجوا

من المصر قبل ذلك لانه حينئذ لم تنقطع ولاية الامام وبعد إجراء أحكامهم تنقطع فلا يجب. قوله: (وإن قتل عادل باغيا أو قتله باغ وقال أنا على حق ورثه وإن قال أنا على باطل لا) أي لا يرثه بيان لمسألتين: الاولى إذا قتل عادل باغيا فإنه يرثه ولا تفصيل فيه لانه قتل بحق فلا يمنع الارث، وأصله أن العادل إذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم، كذا في الهداية. وصرح في البدائع بأن العادل لا يضمن ما أصاب من أهل البغي من دم أو جراحة أو مال استهلكه. وفي شرح المختار قال محمد: إذا تابوا أفتيهم أن يغرموا ولا أجبرهم. وفي المحيط: العادل لو أتلف مال الباغي يؤخذ بالضمان لان مال الباغي معصوم في حقنا وأمكن إلزام الضمان له فكان في إيجابه فائدة. ووفق الشارح فحمل عدم وجوب الضمان على ما إذا أتلفه حال القتال بسبب القتال إذ لا يمكنه أن يقتلهم إلا بإتلاف

***

[٢٣٩]

شئ من أموالهم كالخيل، وأما إذا أتلفوها في غير هذه الحالة فلا معنى لمنع الضمان لعصمة أموالهم. وفي فتح القدير: ولو دخل باغ بأمان فقتله عادل كان عليه الدية كما لو قتل المسلم مستأمنا في دارنا، وهذا لبقاء شبهة الاباحة في دمه. الثانية إذا قتل باغ عادلا فمنع أبو يوسف إرثه لانه قتل بغير حق، وكذا إذا أتلف ماله ضمنه لعصمة دمه وماله. وقالا: إن قال الباغي كنت على حق وأنا الآن على حق ورثه، وإن قال قتلته وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه لانه أتلف عن تأويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح إذا ضمت إليه المنعة في حق الدفع كما في منعة أهل الحرب وتأويلهم. والحاصل أن نفي الضمان منوط بالمنعة مع التأويل فإن تجردت المنعة عن التأويل كقوم تغلبوا على بلدة فقتلوا واستهلكوا الاموال بلا تأويل ثم ظهر عليهم أخذوا بجميع ذلك، ولو انفرد التأويل عن المنعة بأن انفرد واحد أو اثنان فقتلوا وأخذوا عن تأويل ضمنوا إذا تابوا أو قدر عليهم، كذا في فتح القدير. وفي الهداية: وعلى هذا الخلاف إذا مات المرتد وقد أتلف نفسا أو مالا اه‍. وبما قررناه ظهر أن الضمير في قوله وقال أنا على حق عائد إلى الباغي لا إلى القاتل الشامل للعادل والباغي. وفي الهداية: الباغي إذا قتل العادل لا يجب الضمان ويأثم. وفي البدائع: لا يضمن ما أصاب من دم أو جراحة أو مال، ولو فعل شئ من ذلك قبل الخروج وظهور المنعة أو بعد الانهزام وتفرق الجمع يؤخذ به اه‍. والحاصل أن المسألة رباعية لان الجاني والمجني عليه إما أن يكونا عادلين أو باغيين أو مختلفين، فإن كانا باغيين بينه بقوله وإن قتل باغ مثله وإن كانا مختلفين فقد بينه بقوله وإن قتل عادل باغيا أو قتله باغ وإن كانا عادلين فإن كانا في معسكر أهل البغي فلا قصاص لان دار البغي كدار الحرب، وإن كانا في مصر فيها البغاة لكن لم تجر أحكامهم فيها فقد بينه بقوله وإن غلبوا على مصر. وفي فتح القدير: وإن كان رجل من أهل العدل في صف أهل البغي فقتله رجل من أهل العدل لم تكن عليه دية كما لو كان في صف أهل الحرب. ثم اعلم أن المصنف سكت عن أحكام منها حكم قضاتهم. وفي البدائع: الخوارج لو ولوا قاضيا فإن كان باغيا وقضى بقضاء ثم رفعت إلى أهل العدل لا ينفذها لانه لا يعلم كونها حقا لانهم يستحلون دماءنا وأموالنا، ولو كتب القاضي الباغي إلى القاضي العادل كتابا فإن علم أنه قضى بشهادة أهل

***

[٢٤٠]

العدل نفذه وإلا فلا، وإن كان قاضيهم عادلا نفذنا قضاءه لصحة توليته، والظاهر قضاؤه على رأي أهل العدل. ومنها أن أمان الباغي لاهل الحرب صحيح لاسلامه فإن غدر بهم البغاة فسبوا لا يحل لاحد من أهل العدل أن يشتري منهم. ومنها أنه لا يجوز لنا الاستعانة بأهل الشرك على أهل البغي إذا كان حكم أهل الشرك هو الظاهر، ولا بأس أن يستعين أهل العدل بالبغاة والذميين على الخوارج إذا كان حكم أهل العدل هو الظاهر، كذا في فتح القدير. قوله: (وكره بيع السلاح من أهل الفتنة لانه إعانة على المعصية) قيد بالسلاح لان بيع ما يتخذ منه السلاح كالحديد ونحوه لا يكره لانه لا يصير سلاحا إلا بالصنعة، نظيره بيع المزامير يكره ولا يكره بيع ما يتخذ منه المزامير وهو القصب والخشب، وكذا بيع الخمر باطل ولا يبطل بيع ما يتخذ منه وهو العنب، كذا في البدائع. وذكر الشارح أن بيع الحديد لا يجوز من أهل الحرب ويجوز من أهل البغي، والفرق أن أهل البغي لا يتفرغون لعمله سلاحا لان فسادهم على شرف الزوال بخلاف أهل الحرب اه‍. وقد استفيد من كلامهم هنا أن ما قامت المعصية بعينه يكره بيعه وما لا فلا ولذا قال الشارح: إنه لا يكره

بيع الجارية المغنية والكبش النطوح والديك المقاتل والحمامة الطيارة اهـ. وذكر الشارح من الحظر والاباحة أنه لا يكره بيع جارية لمن لا يستبريها أو يأتيها من دبرها أو بيع غلام من لوطي اهـ. وفي الخانية من البيوع: ويكره بيع الامرد من فاسق يعلم أنه يعصي به لانه إعانة على المعصية اهـ. وسيأتي إن شاء الله تعالى في الحظر والاباحة تمامه. أطلق في أهل الفتنة فشمل البغاة وقطاع الطريق واللصوص. قوله: (وإن لم يدر أنه منهم لا) أي لا يكره البيع لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وظاهر كلامهم في الاول أن الكراهة تحريمية لتعليلهم بالاعانة عى المعصية والله أعلم بالصواب.

***

[٢٤١]

كتاب اللقيط لما كان في الالتقاط دفع الهلاك عن نفس اللقيط ذكره عقيب الجهاد الذي فيه دفع الهلاك عن نفس عامة المسلمين. قال في القاموس: لقطه أخذه من الارض فهو ملقوط ولقيط، واللقيط المولود الذي ينبذ كالملقوط اهـ. وفي المغرب: اللقيط ما يلقط أي يرفع عن الارض وقد غلب على الصبي المنبوذ لانه على عرض أن يلقط. وهو في الشريعة اسم لحي مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الريبة مضيعة آثم ومحرزه غانم. قوله: (ندب التقاطه) لما فيه من إحيائه وهو من أفضل الاعمال. قوله: (ووجب أن خيف الضياع) أي فرض على الكفاية إن غلب على ظنه هلاكه لو لم يرفعه بأن وجده في مفازة ونحوها من المهالك صيانة له ودفعا للهلاك عنه كمن رأى أعمى يقع في البئر افترض عليه حفظه من الوقوع. وإنما افترض على الكفاية لحصول المقصود بالبعض وهو صيانته، ويتعين إن لم يعلم به غيره، وفي القاموس: ضاع يضيع ضيعا ويكسر وضيعة وضياعا هلك اهـ. فالضاد مفتوحة وليس المراد من الوجوب ما اصطلحنا عليه بل الافتراض فلا خلاف بيننا وبين باقي الائمة كما قد توهم، وينبغي أن يحرم طرحه بعد التقاطه لانه وجب عليه بالتقاطه حفظه فلا يملك رده إلى ما كان عليه. قوله: (وهو حر) لان الاصل في بني آدم إنما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار، ولان الحكم للغالب فيترتب عليه أحكام الاحرار من أهلية الشهادة والاعتاق وتوابعه وحد قاذفه وغير ذلك من أحكام الاحرار إلا أنه لا يحد قاذف أمه لان إحصان المقذوف شرط ولم يعرف إحصانها، وسيأتي أنه لا يرق إلا ببينة وسنبين حكم إقراره بالرق. أطلقه فشمل ما إذا كان الواجد حرا أو عبدا أو مكاتبا ولا يكون تبعا للواجد، كذا في الولوالجية: وفي المحيط: وجد العبد المحجور عليه لقيطا ولا يعرف إلا بقوله وقال المولى

***

[٢٤٢]

كذبت بل هو عبدي فالقول للمولى لان ما في يد العبد المحجور في يد المولى لانه ليس له يد على نفسه، ولهذا لو ادعى إنسان ما في يده لا ينتصب خصما له، ولو أقر بما في يده لم يصح، وإن كان مأذونا فالقول له لان للمأذون يدا ولهذا ينتصب خصما لمن ادعى ما في يده، ولو أقر بما في يده صح فصح إقراره بأنه لقيط من حيث إن ما في يده ليس له كما في مال آخر في يده لا من حيث إنه أقر بالحرية لانه لا يملك الاقرار بالحرية وثبت حريته باعتبار الاصل فإنها أصل في بني آدم لا بإقراره اهـ. قوله: (ونفقته في بيت المال) هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما ولانه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة فأشبه المقعد الذي لا مال له ولا قرابة، وسيأتي في اللقطة أن الملتقط متبرع بالانفاق عليهما وبإذن القاضي يكون دينا ونبينه إن شاء الله تعالى. وفي الخانية: وإن أمره القاضي أن ينفق عليه وشرط له الرجوع على اللقيط فادعى الملتقط عليه بعد بلوغه أنه أنفق عليه بأمر القاضي كذا إن صدقه اللقيط رجع بذلك عليه وإن كذبه في الانفاق لا يرجع إلا ببينة اهـ. أطلق النفقة فشمل الكسوة كما في المحيط. ولو قال وما يحتاج إليه في بيت المال لكان أولى لما في المحيط أن مهره إذا زوجه السلطان في بيت المال وإن كان له مال ففي ماله اهـ. ولو أبى الملتقط الانفاق عليه وسأل القاضي أخذه منه فهو مخير والاولى قبوله بالبينة إذا علم عجزه عنه، فلو قبله القاضي ودفعه إلى آخر وأمره بالانفاق ليرجع ثم طلب الاول رده خير القاضي، كذا في الخانية والمحيط. قوله: (كإرثه وجنايته) فإن إرثه لبيت المال وجنايته فيه لان الخراج بالضمان فلو وجد اللقيط قتيلا في محلة كان على أهل تلك المحلة ديته لبيت المال وعليهم القسامة، وكذا إذا قتله الملتقط أو غيره خطأ فالدية على عاقلته لبيت المال، ولو قتله عمدا فالخيار للامام بين القتل والصلح على الدية وليس له العفو. وقال أبو يوسف: تجب الدية في مال القاتل، كذا في الخانية، وفي البدائع: إن ولاءه لبيت المال كعقله وله أن يوالي من شاء إذا بلغ إلا إذا عقل عنه بيت المال فليس له

أن يوالي أحدا ووليه السلطان في ماله ونفسه لحديث السلطان ولي من لا ولي له (١) فيزوجه ويتصرف في ماله دون الملتقط. وفي الظهيرية: لو جعل الامام ولاء اللقيط للملتقط جاز له لانه قضاء في فصل مجتهد فيه. قوله: (ولا يأخذه منه أحد) أي لا يأخذ اللقيط من الملتقط أحد بغير رضاه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده. عممه فشمل الامام الاعظم فلا يأخذه منه بالولاية العامة إلا بسبب
***
[٢٤٣]
يوجب ذلك، كذا في فتح القدير. وقيدنا بالجبر لانه لو دفعه إلى غيره باختياره جاز وليس له أن يأخذه من الثاني لانه أبطل حق نفسه عن اختيار، وأفاد بأنه لا يأخذه أحد أنه لو انتزعه أحد فاختصم الاول والثاني إلى القاضي فإن القاضي يدفعه إلى الاول، كذا في الخانية. وينبغي أن ينتزع منه إذا لم يكن أهلا لحفظه كما قالوا في الحاضنة وكما أفاده في فتح القدير بقوله إلا بسبب يوجب ذلك. وفي الخانية: وللملتقط أن ينقله إلى حيث شاء اه‍. وفي فتح القدير: ولو وجده مسلم وكافر فتنازعا في كونه عند أحدهما قضي به للمسلم لانه محكوم له بالاسلام فكان المسلم أولى بحفظه ولانه يعلمه أحكام الاسلام بخلاف الكافر اه‍. وهو يفيد أن الملتقط إذا كان متعددا فإن أمكن الترجيح اختص به الراجح ولم أر حكم ما إذا استويا، وينبغي أن يكون الرأي فيه إلى القاضي وفي روض الشافعية يشترط في الملتقط تكليف وحرية ورشد وإسلام وعدالة فلا يصح من عبد إلا بإذن سيده أو تقريره ويكون السيد الملتقط وإلا انتزع من العبد، ولا من مكاتب إلا بإذن سيده وينزع من سفيه وفاسق وكافر، وكذا ما لم يختبر وظاهره الامانة فإن تنازع فيه ملتقطان قبل أخذه اختار الحاكم ولو غيرهما أو بعد الاخذ وهما أهل للالتقاط فالسابق بالاخذ، فإن استويا قدم الغني وظاهر العدالة على فقير ومستور. ثم يقرع، ولا يقدم مسلم على ذمي في كافر، والرجل والمرأة سواء فيقرع اه‍. ولم أر مثل هذا البيان لاصحابنا. قوله: (ويثبت نسبه من واحد) استحسانا لاحتياجه إليه. أطلقه فشمل الملتقط وغيره والقياس أن لا يقبل دعوى غيره لانه يتضمن إبطال حق الملتقط. وجه الاستحسان أنه إقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه، ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح أنه على القياس والاستحسان لكن وجه القياس هنا غير وجه القياس في دعوى غير الملتقط، فوجهه في دعوى غير الملتقط تضمن إبطال حق الملتقط، ووجهه في دعوى الملتقط تناقض كلامه وتمامه في النهاية. وأفاد بثبوت النسب بدعوى غير الملتقط أن يكون أحق بحفظه من الملتقط ضرورة ثبوت النسب وكم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا وهو الاصح. وأطلقه عن البينة فشمل ما إذا لم يبرهن استحسانا لما فيه من النظر
***
[٢٤٤]
من الجانبين، والقياس أن لا يثبت إلا ببينة، وهذا إذا لم يظهر كذبه ولذا قال في الظهيرية: لو انفرد رجل بالدعوى وقال هو غلام فإذا هو جارية أو قال هو جارية فإذا هو غلام لا يقضي له أصلا اه‍. وهذا كله حالة الحياة، أما بعد الموت فقال في الخانية: وإذا مات اللقيط وترك مالا أو لم يترك فادعى رجل بعد موته أنه ابنه لا يصدق إلا بحجة اه‍. قوله: (ومن اثنين) أي ويثبت نسبه من اثنين إذا ادعياه معا ولا مرجح لاستوائهما في السبب. وقيده في الخانية بأن يقول كل واحد منهما هو ولدي من جارية مشتركة بينهما. قيد بالاثنين لان فيما زاد على الاثنين اختلافا فروي عن الامام أنه جوز إلى خمسة. وقال أبو يوسف: يثبت من اثنين ولا يثبت من أكثر من ذلك. وقال محمد: أجوز الثلاثة ولا أجوز أكثر من ذلك، كذا ذكره الاسبيجابي، ولم أر توجيه هذه الاقوال. وقيد بدعوى الرجل لان المدعي لو كان امرأة ادعت أنه ابنها فإن صدقها زوجها أو شهدت لها القابلة أو قامت البينة صحت دعوتها وإلا فلا، لان فيه حمل نسب الغير على الغير وأنه لا يجوز. ولو ادعت امرأتان وأقامت إحداهما البينة فهي أولى به، وإن أقامتا جميعا فهو ابنهما عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف لا يكون لواحدة منهما. وعن محمد روايتان: في رواية أبي حفص يجعل ابنهما، وفي رواية أبي سليمان لا يجعل ابن واحدة منهما، كذا في البدائع. واعلم أن شهادة القابلة إنما يكتفى بها فيما إذا كان لها زوج منكر للولادة، أما إذا لم يكن لها زوج فلا بد من شهادة رجلين كما صرح به في الخانية. وفيها: لو أقامت إحداهما رجلين والاخرى امرأتين يجعل ابنا للذي شهد لها رجلان، ولو ادعت امرأتان اللقيط أنه ابنهما كل واحدة منهما تقيم البينة على رجل على حدة بعينه أنها ولدته منه قال أبو حنيفة: يصير ولدهما من الرجلين جميعا. وقالا: لا يصير ولدهما ولا ولد الرجلين اه‍. وفي الظهيرية: رجلان ادعيا نسب اللقيط وأقاما البينة وأرخت

بينة كل واحدة منهما يقضي لمن يشهد له سن الصبي، فإن كان سن الصبي مشتبها لم يوافق كلا من التارخين فعلى قولهما يسقط اعتبار التاريخ ويقضي به بينهما باتفاق الروايات، وأما على قول أبي حنيفة فقد ذكر خواهر زاده أنه يقضي به بينهما في رواية أبي حفص، وفي رواية أبي سليمان يقضي لاقدمهما تاريخا اهـ. وفي التتارخانية أنه يقضي به بينهما في عامة الروايات وهو الصحيح. وقيدنا بكونهما ادعياه معا لانه لو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه لعدم النزاع، ولو ادعى الآخر بعده لا يقبل منه إلا ببينة لان البينة أقوى،

***

[٢٤٥]

كذا في الهداية. ولا اعتبار بالوصف من الثاني مع سبق الاول كما في فتح القدير. وقيدنا بعدم المرجح لاحدهما لانه لو كان لاحدهما مرجح فهو أولى فيقدم الملتقط على الخارج ولو كان الملتقط ذميا والخارج مسلم لاستوائهما في الدعوى ولاحدهما يد فيحكم للذمي وبإسلام الولد، يقدم من يقيم البينة على من لم يبرهن من الخارجين، والمسلم على الذمي، والحر على العبد، والذمي الحر على العبد المسلم، ولم يذكروا من المرجح تقديم الاب على الابن وذكروه في ولد الجارية المشتركة، والفرق ظاهر وأما الترجيح بالعلامة فسيأتي. قوله: (وإن وصف أحدهما علامة به) أي بالولد قوله: (فهو أحق به) يعني إذا وافقها لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه. قيد باللقيط لان صاحب العلامة في اللقطة لا يترجح عند التنازع لان الترجيح عند وجود سبب الاستحقاق وقد وجد في اللقيط وهو الدعوة دون اللقطة، وكذا لو تنازع خارجان عينا في يد ثالث وذكر أحدهما علامة فإنه لا ترجيح له، وقيدنا بالموافقة لانه لو وصف أحدهما العلامة ولم يصب فلا ترجيح وهو ابنهما، وكذا لو وصف أحدهما وأصاب في البعض وأخطأ في البعض فهو ابنهما، وإن وصفا ولم يصب واحد منهما فهو ابنهما، ولو وصفا وأصاب أحدهما دون الآخر قضي للذي أصاب، كذا في الظهيرية. ثم اعلم أن لعلامة مرجحة عند عدم مرجح أقوى منها فيقدم ذو البرهان على ذي العلامة والمسلم على الذمي ذي العلامة، وظاهر ما في فتح القدير تقديم ذي اليد على الخارج ذي العلامة، وينبغي تقديم الحر على العبد ذي العلامة فعلم أنها أضعف المرجحات. وفي التتارخانية: وإذا ادعى اللقيط رجلان ادعى أحدهما أنه ابنه والآخر أنه ابنته فإذا هو خنثى فإن كان مشكلا قضى به بينهما، وإن لم يكن مشكلا حكم به لمن ادعى أنه ابنه اهـ. وفيها عن القدوري: لو شهد للمسلم ذميان وللذمي مسلمان قضى به للمسلم. قوله: (ومن ذمي وهو مسلم إن لم يكن في مكان أهل الذمة) أي يثبت النسب من ذمي عند عدم دعوى مسلم ويكون اللقيط مسلما إن لم يكن في مكان أهل الذمة، وهذا استحسان

***

[٢٤٦]

لان دعواه تتضمن النسب وهو نافع للصغير وإبطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره. والمراد من مكان أهل الذمة قرية من قراهم أو بيعة أو كنيسة. قال في الهداية: وهذا الجواب فيما إذا كان الواجد ذميا رواية واحدة، وإن كان الواجد مسلما في هذا المكان أو ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه، وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد ألا ترى أن تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى إذا سبي مع الصغير أحدهما يعتبر كافرا. وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير. وفي النهاية حاصلها على أربعة أوجه: أحدها أن يجده مسلم في مكان المسلمين فهو مسلم. ثانيها أن يجده كافر في مكانهم فهو كافر. ثالثها أن يجده كافر في مكان المسلمين. رابعها عكسه ففيه روايتنا ففي كتاب اللقيط العبرة للمكان فيهما، وفي رواية ابن سماعة العبرة للواجد فيهما. وفي فتح القدير: ولا ينبغي أن يعدل عما في بعض النسخ من اعتبار الاسلام أي ما يصير الولد به مسلما نظرا للصغير اهـ. وظاهر كلام المصنف أنه إنما يعتبر مكان أهل الذمة إذا كان الواجد ذميا ومفهومه إن يكون مسلما في الصور الثلاث ذميا في صورة واحدة ولا يعدل عنه كما ذكرنا. وفي كفاية البيهقي قيل يعتبر بالسيما والزي لانه حجة قال الله تعالى * (نعرفهم بسيماهم) * (البقرة: ٢٧٣) وقال * (يعرف المجرمون بسيماهم) * (الرحمن: ٤١) وفي المبسوط: كما لو اختلط الكفار يعني موتانا بموتاهم فإنه يعتبر بالزي والعلامة، ولو فتحت القسطنطينية فوجد فيها شيخ يعلم صبيانا حوله القرآن يزعم أنه مسلم يجب أن يؤخذ بقوله، كذا في فتح القدير. وذكر في الخانية الروايات الاربع وصرح في المختار بأن ظاهر الرواية اعتبار المكان. وفي الخانية: ولو أدرك اللقيط كافرا فإن كان الملتقط وجده في مصر من أمصار المسلمين فإنه يحبس ويجبر على الاسلام استحسانا. واختلفوا في موضع القياس والاستحسان قال بعضهم: القياس والاستحسان في قتله إذا لم يسلم في القياس

يقتل، وفي الاستحسان لا يقتل. وقال بعضهم: الاستحسان والقياس في الجبر على الاسلام في القياس لا يجبر على الاسلام وترك على الكفر بالحرية، وفي الاستحسان يجبر على الاسلام ولا يترك على الكفر وهو الصحيح اه. ثم اعلم أن ابن الذمي اللقيط إنما يكون مسلما إذا لم يقم بينة أنه ابنه فإن برهن بشهود مسلمين قضي له به وصار تبعا له في دينه، وإن أقام بينة من أهل الذمة لا يكون ذميا لانا حكمنا بإسلامه فلا يبطل هذا الحكم بهذه البينة لانها شهادة قامت في حكم الدين على مسلم فلا تقبل، كذا في الخانية. قوله: (ومن عبد وهو حر) أي يثبت نسبه

***

[٢٤٧]

من عبد ادعى أنه ابنه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك، وقد منا أن الحر في دعوته اللقيط أولى من العبد كما أن المسلم أولى من الذمي ترجيحا لما هو إلا نظر في حقه. أطلق في قوله وهو حر فشمل ما إذا قال العبد هو ابني من زوجتي وهي أمة فصدقه مولاها لانه حر باعتبار الاصل فلا تبطل الحرية بتصادق العبد وسيدها، وهذا قول محمد. وقال أبو يوسف: يكون عبدا لسيدها لان الامة أمه فإذا ثبت النسب منها ثبت ما هو من ضروراته وهو الرق إذ يستحيل أن يكون المولود بين رقيقين حرا بخلاف الذمي على ما بينا. قلنا: لا يستحيل ذلك لانه يجوز عتقه قبل الانفصال وبعده فلا تبطل الحرية الثابتة بالدار بالشك، كذا في التبيين. وظاهره ترجيح قول محمد. وفي آخر جامع الفصولين قيل، قد يكون الولد حرا من زوجين قنين بلا تحرير ووصية وصورته أن يكون للحر ولد وهو قن لاجنبي فزوج الاب أمته من ولده برضا مولاه فولدت الامة ولدا فهو حر لانه ولد ولد المولى اه. وفي التبيين: ولو ادعاه حران أحدهما أنه ابنه من هذه الحرة والآخر من الامة فالذي يدعي أنه من الحرة أولى لكونه أكثر إثباتا لكونه يثبت جميع أحكام النسب ولو كانت الامة سرية له لانه يثبت الاحكام من جانب والآخر من جانبين فكان أولى. قوله: (ولا يرق إلا ببينة) لانه حر ظاهرا فإذا أقام بينة أنه عبده قبلت وكان عبده، لا يقال هذه البينة ليست على خصم فلا تقبل لان الملتقط خصم لانه أحق بثبوت يده عليه فلا تزول إلا ببينة هنا، وإنما قلنا هنا كيلا ينقص بما إذا ادعى خارج نسبه فإن يده تزول بلا بينة على الاوجه، والفرق أن يده اعتبر لمنفعة الولد، وفي دعوى النسب منفعة تفوق المنفعة التي أوجبت اعتبار يد الملتقط فتزال لحصول ما يفوق المقصود من اعتبارها، وهنا ليس دعوى العبدية كذلك بل هو بما يضره لتبديل صفة المالكية بالمملوكية فلا تزال إلا ببينة، ويشترط في قبولها إسلامهم لانه مسلم بالدار وباليد فلا يحكم عليه بشهادة الكفار إلا إذا اعتبر كافرا بوجوده في موضع أهل الذمة على ما بينا. وفي المحيط: وإن ادعى الملتقط أنه عبده إن لم يقر بأنه لقيط فالقول قوله لان الصغير في يده، وإن أقر أنه لقيط لا يصدق في دعواه إلا ببينة. قيد بالبينة لانه لا يرق بإقراره لمدعيه فلو صدقه اللقيط قبل البلوغ لا يسمع تصديقه لانه يضر به نفسه بعد الحكم بالحرية بخلاف ما إذا كان صغيرا في يد رجل فادعى أنه عبده وصدقه الغلام فإنه يكون عبدا له وإن لم يدرك لانه لم يعرف إلا في يده وإن رد لا يصح لقيام يده من وجه، وإن بلغ فأقر أنه عبد فلان وفلان يدعيه إن كان قبل أن يقضي عليه بما لا يقضي به إلا على الاحرار كالحد الكامل ونحوه صح إقراره وصار عبدا لانه غير متهم فيه، وإن كان بعد القضاء بنحو ذلك لا يقبل ولا يصير به عبدا لان فيه إبطال حكم الحاكم، ولانه مكذب في ذلك شرعا فهو كما لو كذبه الذي أقر له بالرق. ولو كان اللقيط امرأة فأقرت بالرق بعدما كبرت أو كان بعد التزوج صح وكانت أمة للمقر له، ولا تصدق في إبطال النكاح لان

***

[٢٤٨]

الرق لا ينافي النكاح ابتداء ولا بقاء فليس من ضرورة الحكم برقها انتفاء النكاح وإن بلغ فتزوج امرأة ثم أقر أنه عبد لفلان ولامرأته عليه صداق فصداقها لازم عليه لا يصدق في إبطاله لانه دين ظهر وجوبه فهو متهم في إقراره، وكذا إذا استدان دينا أو بايع إنسانا أو كفل كفالة أو وهب أو تصدق وسلم أو دبر أو كاتب أو أعتق ثم أقر أنه عبد فلان لا يصدق في إبطال شئ من ذلك لانه متهم، كذا في فتح القدير والخانية وزاد فيها: فإذا أعتقها المقر له وهي تحت زوج لم يكن لها خيار العتق، ولو كان الزوج طلقها واحدة فأقرت بالرق بصير طلاقها ثنتين لا يملك الزوج عليها بعد ذلك إلا طلقة واحدة، ولو كان طلقها ثنتين ثم أقرت بالرق كان له أن يراجعها، وكذلك حكم المعتدة إذا أقرت بالرق بعد ما حاضت حيضتين كان له أن يراجعها في الحيضة الثالثة اه. وهكذا ذكر في المحيط وزاد فيه:

لو دبر اللقيط عبدا ثم أقر بالرق لآخر ثم مات عتق المدبر من ثلثه ويسعى في ثلثي قيمته لمولاه لان المقر بالرق بقي حرا في حق المدبر وقد مات ولا مال له غير المدبر فيسعى في ثلثي قيمته لمولاه لانه يقر بذلك لمولاه، ولو أن مولاه أعتقه كان المدبر على حاله غير أن خدمته للمولى وسعايته بعد موت اللقيط للمولى لان المدبر يقر بالخدمة والسعاية للقيط وهو يقر بذلك لمولاه فصار كمن يقر للمقر له اه. وذكره في المحيط من كتاب الاقرار أيضا وزاد في باب الاقرار بالرق أن ما ولدت قبله أو بعده لاقل من ستة أشهر فهو حر لانه عرف علوقه قبل الاقرار فلا يصدق في إبطال حريته، فإن ولدته لاكثر فعند أبي يوسف هو عبد خلافا لمحمد لان الزوج استحق عليها حرية الاولاد فلا يبطل هذا الاستحقاق بإقرارها. وذكر في الزيادات: لو طلقها الزوج تطليقتين وهو لا يعلم بإقرارها ملك عليها الرجعة ولو علم لا يملك. وذكر في الجامع لا يملك علم أو لم يعلم. قيل: ما ذكره في الجامع قياس، وما ذكر في الزيادات استحسان وهو الصحيح. ولو اشترى مجهول الحرية عبدا فأعتقه ثم أقر بالرق فجحد المعتق وللمقر ابن كبير يجحد أيضا يصير المقر عبدا والمعتق حر على حاله، فإن مات المعتق وترك مالا وعصبة فماله لعصبته، فإن لم يكن له وارث غير الذي أعتقه فماله للمقر له، فإن كان للميت بنت فالنصف لها والنصف للمقر له فإن جنى هذا العتيق فأرشه عليه، وإن جنى عليه فهي كالجناية على المملوك وهو كالمملوك في الشهادة لان حريته ثابتة بالظاهر لا بالدليل فصلح للدفع لا للاستحقاق، ولو أعتق المقر له المقر ثم مات العتيق الاول ولا عصبة له كان ميراثه للمقر له اه. وفيه أيضا: لو أقرت المنكوحة بالرق فإن أعطاها الزوج المهر قبل إقرارها برئ وبعد إقرارها لم يبرأ لان المهر صار للمقر له اه. وهو يفيد أنها أمة في حق القسم في

***

[٢٤٩]

النكاح، وينبغي أن يكون تسليمها للزوج كتسليم الحرائر فلا يملك المقر له استخدامها ومنعها من السكنى مع الزوج لما فيه من الاضرار فتستحق النفقة بلا تبوئة. وقيد في المحيط بجحد العتيق ولم يصرح بمفهومه، وصرح في تلخيص الجامع بأنه لو صدق العتيق مولاه في إقراره بالرق يبطل عتقه لان المنع لحقه إذ الولاء يقبل البطلان بدليل العتيقة ترتد فتسبى. وفي التتارخانية: إذا أقر أنه بيد لا يصدق على إبطال شئ كان فعله إلا النكاح لانه لما أقر بالرق فقد زعم أن النكاح لم يصح لعدم إذن من يزعم أنه مولاه فيجب أن يؤاخذ بزعمه بخلاف المرأة لو أقرت بالرق لا يبطل نكاحها اه. قوله: (وإن وجد معه مال فهو له) اعتبارا للظاهر وأورد عليه أن يكفي للدفع لا للاستحقاق، فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر مثبتا. قلنا: يدفع بهذا الظاهر دعوى الغير، ثم الظاهر أن تكون الاملاك في يد الملاك، وكذا الظاهر يدل على أن من وضعه معه إنما وضعه لينفق عليه. أطلقه فشمل ما إذا كان المال مشدودا عليه أو دابة هو مشدود عليها وإن وجد اللقيط على دابة فهي له، وحكي أن لقيطة وجدت ببغداد وعند صدرها رق منشور فيه هذه بنت شقي وشقية بنت الطباهجة والقلية ومعها ألف دينار جعفرية يشتري بها جارية هندية وهذا جزاء من لم يزوج بنته وهي كبيرة. وفي رواية وهي صغيرة، كذا في الجوهرة. وفيها: لو كان المال موضوعا بقربه لم يحكموا له به ويكون لقطة اه. ولا يخفى أن الدراهم والدنانير الموضوعة عليه له لدخولها تحت قولهم معه مال. وينبغي أن تكون الدراهم التي فوق فراشه أو تحته له كلباسه ومهاده ودثاره بخلاف ما إذا كان مدفونا تحته ولم أره كما لم أر حكم ما إذا وجد في دار فيها وحده أو بستان هل يكونان له؟ وصرح في روض الشافعية بأن الدار له وفي البستان وجهان. ولم يذكر المصنف إنفاق الملتقط عليه من ماله قال في الهداية: ثم يصرفه الواجد إليه بأمر القاضي لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله إليه، وقيل يصرفه بغير أمر القاضي لانه للقيط ظاهرا وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد منه كالطعام والكسوة لانه من الانفاق اه. وكذا الغير الواجد بأمر القاضي والقول قوله في نفقة مثله، وينبغي أن يشترط إذن القاضي إن أمكن وإلا يكفي الاشهاد. قوله: (ولا يصح للملتقط عليه نكاح وبيع وإجارة) أما النكاح فلانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة، وأما تصرفه في ماله بالبيع وغيره فبالقياس على الام لان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة فلا بد من اجتماعهما والوجود في كل واحد منهما أحدهما، وأما الاجارة ففيها روايتان، فرواية القدوري أنه يؤجره، وفي رواية الجامع الصغير أنه لا يجوز أن يؤجره، كذا ذكره في الكراهية وهو الاصح. وجه الاول أنه

***

[٢٥٠]

يرجع إلى تثقيفه، وجه الثاني أنه لا يملك إتلاف منافعه فأشبه العم بخلاف الام فإنها تملك الاستخدام فتملك الاجارة، وقدمنا أن ولاية التصرف عليه في ماله ونفسه للسلطان وأنه لو جعل الولاية للمتلقط جاز. وفي منظومة ابن وهبان: لو قرر القاضي ولاءه للملتقط صح التقرير. قوله: (ويسلمه في حرفة) لانه من باب تثقيفه وحفظ ماله والحرفة الصنعة. والتثقيف تقويم المعوج بالثقاف وهو ما يسوى به الرماح ويستعار للتأديب والتهذيب، كذا في النهاية. قوله: (ويقبض هبته) لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه إذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها ولم يذكر ختانه. قال في الخانية: فليس له أن يختنه فإن فعل ذلك وهلك كان ضامنا اه. وفي الذخيرة: لو أمر الملتقط الختان بختنه ضمن الملتقط لانه ليس له ولاية ختانه فصار بهذا الامر جانيا ولا يضمن الختان. قيل: هذا إذا لم يعلم الختان بكونه ملتقطا فإن علم ضمن اه. وقدمنا أنه له ولاية نقله إلى حيث شاء، وينبغي أن ليس له نقله من مصر إلى قرية أو بادية والله أعلم بالصواب.

***

[٢٥١]

كتاب اللقطة وجه تأخيرها ظاهر. قال في القاموس: لقطه أخذه من الارض فهو ملقوط واللقطة محركة كهمزة ما التقط اه. وفي المغرب: اللقطة الشئ الذي تجده ملقى فتأخذه. قال الازهري: ولم أسمع اللقطة بالسكون لغير الليث اه. وفي فتح القدير: هي فعلة - بفتح العين - وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولمزة ولعنة وضحكة للكثير الهمز وغيره. وبسكونها للمفعول كضحكة وهمزة للذي يضحك منه ويهزأ به. وإنما قيل للمال لقطة - بالفتح - لان طباع النفوس تتبادر إلى التقاطه لانه مال فصار المال باعتبار أنه داع إلى أخذه لمعنى فيه نفسه كأنه الكثير الالتقاط مجازا وإلا فحقيقته الملتقط الكثير الالتقاط. وما عن الاصمعي وابن الاعرابي أنه بفتح القاف اسم للمال أيضا محمول على هذا يعني يطلق الالتقاط على المال أيضا اه. ولم يذكر أكثر الشارحين تعريفها اصطلاحا وعرفها في التتارخانية معزيا إلى المضمرات بأنها مال يوجد ولا يعرف له مالك وليس بمباح اه. فخرج ما عرف مالكه فإنه أمانة لا لقطة ولان حكمها التعريف وهذا لا يعرف بل يدفع إلى مالكه، وخرج بالاخير مال الحربي لكن يرد عليه ما كان محرزا بمكان أو حافظ فإنه ليس لقطة وهو داخل في التعريف فالاولى أن يقال في مال معصوم معرض للضياع. وعرفها في المحيط بأنها رفع شئ ضائع للحفظ على الغير لا للتمليك وجعل عدم الحافظ لها من شرائطها. ثم قال في آخر الباب: أخذ الثوب من السكران الواقع النائم على الارض ليحفظه فهلك في يده لا ضمان عليه لانه متاع ضائع كاللقطة، فإن كان الثوب تحت رأسه أو كانت دراهمه في كمه فأخذها ليحفظها فهو ضامن لانه ليس بضائع لانه محفوظ بمالكه اه. والكلام فيها في مواضع في الالتقاط والملتقط واللقطة. أما الاول ولم يذكره المصنف للاختلاف فيه ففي الخلاصة: فإن خاف ضياعها

***

[٢٥٢]

يفترض الرفع، وإن لم يخف يباح رفعها، أجمع العلماء عليه والافضل الرفع في ظاهر المذهب اه. وأقره عليه في فتح القدير وفي البدائع أنه مندوب الاخذ ومباحه وحرامه. فالاول أن يخاف عليها الضياع لو تركها لانه إحياء لمال المسلم فكان مستحبا. وقال الشافعي: إذا خاف الضياع وجب أخذها وإلا استحب لان الترك عند الخوف تضييع والتضييع حرام وهذا غير سديد، لان الترك لا يكون تضييعا بل امتناع عن حفظ غير ملتزم وهو ليس بتضييع كالامتناع عن قبول الوديعة. وأما حالة الاباحة فأن لا يخاف الضياع. وأما حالة الحرمة فهو أن يأخذها لنفسه لا لصاحبها فتكون في معنى الغصب اه. فقد علمت أن ما في الخلاصة ليس مذهبنا. وفي المحيط أن الاخذ مندوب إن أمن على نفسه التعريف والرد على صاحبها. وإن خاف الضياع فعليه أن يأخذها صيانة لحق المسلم لان لماله حرمة كما لنفسه، وإن كان لا يأمن على نفسه فالترك أولى اه. وهو موافق لما في الخلاصة ومثله في المجتبى. وأشار في الهداية إلى التبري منه بقوله وهو واجب إذا خاف الضياع على ما قالوا، ولم أر حكم ما إذا ضاعت بعدما خاف الضياع ولم يلتقطها، ومقتضى القول بافتراض رفعها الضمان لو لم يرفع وضاعت لكن في جامع الفصولين في الفصل الثالث والثلاثين: لو انفتح زق فمر به رجل فلو لم يأخذه برئ ولو أخذه ثم تركه ضمن لو مالكه غائبا لا لو حاضرا، وكذا لو رأى ما وقع من كم رجل اه. فهذا يدل على عدم الافتراض إلا أن يقال: إن فائدة الافتراض الاثم بالترك لا الضمان في الدنيا بدليل أنهم قالوا: لو منع المالك عن أمواله حتى هلكت يأثم ولا يضمن، فأما

الملتقط فلم أر من بين شرائطه ولا يشترط بلوغه بدليل ما في المجتبى التعريف إلى ولي الصبي والوارث اه. فدل على صحة التقاطه. وأما حرية الملتقط فليست بشرط لان للعبد يدا صحيحة بدليل قولهم كما في البزازية من الوديعة ليس للمالك أن يأخذ وديعة عبده مأذونا أم لا ما لم يحضر ويظهر أنه من كسبه لاحتمال أن تكون وديعة الغير في يد العبد، فإن برهن أنه للعبد تدفع إليه اه. لكن قدمنا أنه لو التقط لقيطا فقال المولى هو عبدي وقال العبد التقطته فإن محجورا فالقول للمولى، وإن مأذونا فللعبد. ولم أر حكم اللقطة إذا تنازعا فيها وينبغي أن يكون كذلك، ولم أر حكم تعريف لقطته هل إليه أو إلى مولاه، وإذا عرفت فهل يتملكها
***
[٢٥٣]
المولى إن كان فقيرا؟ وهل يتوقف الالتقاط على إذن المولى؟ وهل الاذن في التجارة إذن في الالتقاط؟ وهل المكاتب كالحر أو العبد فيه؟ ثم رأيت في الكافي للحاكم عن أبي سعيد مولى أبي رشيد قال: وجدت خمسمائة درهم بالحيرة وأنا مكاتب قال فذكرت ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال اعمل بها وعرفها قال: فعملت بها حتى أد يت مكاتبتي ثم أتيته فأخبرته فقال: ادفعها إلى خزائن بيت المال اه. وسيأتي أن العبد لورد الآبق فالجعل لمولاه فينبغي أن يكون أهلا للالتقاط، وأن المولى يعرفها ثم يتملكها إن كان فقيرا. وأما إسلام الملتقط فليس بشرط بدليل ما في الكافي للحاكم: لو أقام مدعيها شهودا كفارا على ملتقط كافر قبلت اه. فدل على صحة التقاط الكافر وعلى هذا تثبت الاحكام من التعريف والتصدق بعده أو الانتفاع ولم أره صريحا، ولم أر حكم التقاط المرتد لقيطا أو لقطة والظاهر أن مشايخنا إنما لم يقيدوا الملتقط بشئ لاطلاقه عندنا. ولم يذكر المصنف أن الملتقط أحق بإمساكها من غيره وذكر في اللقيط أنه ليس لاحد أخذه منه. وفي الولوالجية: رجل التقط لقطة فضاعت منه ثم وجدها في يد رجل فلا خصومة بينها وبين ذلك الرجل فرق بينه وبين الوديعة، والفرق أن الثاني في أخذ اللقطة كالاول وليس الثاني في أخذ الوديعة كالاول. ولو التقط الرجل لقيطا فأخذه منه رجل ثم اختصما فيه فالاول أحق به لان الاول صار أحق بإمساكه بحكم اليد لانه ليس له مستحق آخر بحسب الظاهر لانه لو كان له مستحق لما وجد مطروحا من حيث الظاهر ولا كذلك اللقطة لان لها مستحقا آخر من حيث الظاهر فلا يثبت الاستحقاق لصاحب اليد الاول فكان الثاني في إثبات اليد كالاول اه. فقد علمت أن الملتقط ليس أحق بها وهو مشكل لو انتزعها إنسان منه غصبا فإنه يثبت للاول حق أن يتملكها بعد التعريف لو كان فقيرا فكيف يبطله الثاني؟ نعم لو ضاعت من الاول والتقطها آخر فإن الاول لا يخاصمه لانها لقطة للثاني والاول لا يملك الخصومة، ولا يقال إن كلامهم فيما إذا ضاعت
***
[٢٥٤]
لانا نقول: قد بينا أنهما مسألتان: الاولى فيما إذا ضاعت وفرقوا بينها وبين الوديعة. الثانية فيما إذا أخذها رجل منه وفرقوا بينها وبين اللقيط، وأما اللقطة فلا فرق عندنا بين لقطة ولقطة كما أفاده بقوله وصح التقاطه البهيمة ولا فرق بين مكان ومكان كما أفاده بقوله (لقطة الحل والحرم أمانة (١) إن أخذها ليردها على ربها وأشهد) لاطلاق قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة وأما قوله عليه السلام في الحرم ولا تحل لقطته إلا لمنشدها فتأويله أنه لا يحل الالتقاط إلا للتعريف، والتخصيص بالحرم لبيان أنه لا يسقط التعريف فيه لمكان أنه للغرباء ظاهرا. وأما كونها أمانة فلان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الافضل عند العامة. قيد بأخذها ليردها لانه لو أقر أنه أخذها لنفسه يضمن بالاجماع لانه أخذ مال الغير بغير إذنه وبغير إذن الشرع. ولو تصادقا على أنه أخذها للمالك فلا ضمان إجماعا لان تصادقهما حجة في حقهما كالبينة. وبه علم أن الاشهاد إنما هو شرط عند الاختلاف بأن قال الملتقط أخذته للمالك وكذبه المالك فإنه ضامن عندهما. وقال أبو يوسف: لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية. ولهما أنه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ. وما ذكر من الظاهر معارض بمثله لان الظاهر أن يكون المتصرف عاملا لنفسه. ورجح في الحاوي القدسي قول أبي يوسف قال وبه نأخذ اه. ويكفيه في الاشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة أو أكثر لانهم اسم جنس، كذا في الهداية. وفي الينابيع ذكر في بعض الكتب قول محمد مع أبي حنيفة والاصح أنه مع أبي يوسف اه. ويكفيه في الاشهاد أيضا أن يقول عندي لقطة كما في شرح الطحاوي ولا يشترط التصريح بكونه لقطة لانه لو قال عندي شئ فمن سمعتموه يسأل فدلوه على كفاه كما

في الولواجية. ومحل اشتراط الاشهاد عند الامكان فلو لم يجد من يشهده عند الرفع أو خاف أنه لو أشهد عند الرفع يأخذه منه الظالم فترك الاشهاد لا يضمن، كذا في الخانية. وفي فتح القدير، والقول قوله مع يمينه كوني منعني من الاشهاد، كذا في الخانية. فإن وجد من يشهده فجاوزه ضمن. وفي القنية: وجد الصبي لقطة ولم يشهد يضمن كالبالغ اه. وهذا يدل على ما قدمناه من صحة التقاطه. وفي الولواجية محل الاختلاف فيما إذا اتفقا على كونها لقطة لكن اختلفا هلى التقطها للمالك أو لا، أما إذا اختلفا في كونها لقطة فقال صاحب المال أخذتها غصبا وقال الملتقط لقطة وقد أخذتها لك فالملتقط ضامن بالاجماع اه. ولم يذكر المصنف حكم ما إذا ردها إلى مكانها. وفي الولواجية وغيرها: وإذا أخذ الرجل ليعرفها ثم

***

[٢٥٥]

أعادها في المكان الذي أخذها منه فقد برئ عن الضمان. هذا إذا أعادها قبل أن يتحول عن ذلك المكان، أما إذا عادها بعد ما تحول يضمن. ولو كانت دابة فركبها ثم نزل عنها فتركها في مكانها على قول أبي يوسف هو ضامن، وعلى قول زفر لا، وكذا إذا أخذ الخاتم من أصبع نائم ثم أعاده إلى أصبعه بعدما انتبه، ولو أعاده قبل أن ينتبه من تلك النومة برئ عن الضمان اتفاقا اه. والتفصيل المذكور خلاف ظاهر الرواية فإنها عدم الضمان مطلقا وهو الوجه كما في فتح القدير ورجحه في البدائع أيضا. وأطلق في الاشهاد فانصرف إلى من تقبل شهادته وهو عدلان ولذا قال في فتح القدير: وظاهر المبسوط اشتراط عدلين اه. قوله: (وعرف إلى أن علم أن ربها لا يطلبها) معطو ف على أشهد فظاهره أن التعريف شرط أيضا وأن الاشهاد لا يكفي لنفي الضمان، وهكذا شرط في المحيط لنفي الضمان الاشهاد وإشاعة التعريف. وحكى في الظهيرية فيه اختلافا فقال قال الحلواني: أدنى ما يكون من التعريف أن يشهد عند الاخذ ويقول آخذها لا ردها فإن فعل ذلك ثم لم يعرفها بعد ذلك كفى. ومن المشايخ من قال: يأتي على أبواب المساجد وينادي اه. وفي فتح القدير: وعلى هذا لا يلزم الاشهاد أي التعريف وقت الاخذ بل لا بد منه قبل هلاكها ليعرف أنه أخذها ليردها لا لنفسه اه. وهو غير صحيح لان الاشهاد لا بد منه على قول الامام عند الاخذ باتفاق المشايخ، وإنما اختلفوا هل يكفي هذا الاشهاد عند الاخذ عن التعريف بعده أو لا، ولم يقل أحد إن التعريف بعد الاخذ يكفي عن الاشهاد وقت الاخذ فليتأمل. ولم يجعل للتعريف مدة اتباعا لشمس الائمة السرخسي فإنه بنى الحكم على غالب الرأي فيعرف القليل والكثير إلى أن يغلب على رأيه أن صاحبه لا يطلبه بعد ذلك. وصححه في الهداية وقال في البزازية والجوهرة. وعليه الفتوى وهو خلاف ظاهر الرواية فإنه التقدير بالحول في القليل والكثير كما ذكره الاسبيجابي. وفي الظهيرية ثم على قول من قدر بحول اختلف فيه، قيل يعرفها كل جمعة، وقيل كل شهر، وقيل كل ستة أشهر. قال السرخسي: حكي أن بعض العلماء ببلخ وجد لقطة وكان محتاجا إليها وقد قال في نفسه لا بد من تعريفها ولو عرفتها في المصر ربما يظهر صاحبها نخرج من المصر حتى انتهى إلى رأس بئر فدلى رأسه في البئر وجعل يقول وجدت كذا، فمن سمعتموه ينشد ذلك فدلوه علي وبجنب البئر رجل رقع شملته وكان صاحب اللقطة فتعلق به حتى أخذها منه ليعلم أن المقدور كائن لا محالة، فلا ينبغي له أن يترك ما لزمه شرعا وهو إظهار التعريف قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يكثر همك ما يقدر يكون وما ترزق يأتيك اه. وهو خطأ من هذا الملتقط لان هذا ليس بتعريف اتفاقا. قال في الجوهرة: ثم التعريف إنما يكون جهرا في الاسواق وفي أبواب المساجد وفي الموضع الذي وجدها فيه. وفي الجامع: وإن كانت شيئا لا يبقى عرفه حتى يخاف فساده فيتصدق به اه، كذا في الهداية. وإن وجد اللقطة رجلان عرفاها جميعا واشتركا في حكمها اه. وقدمنا أن الملتقط إذا

***

[٢٥٦]

كان صبيا عرفها وليه - زاد في القنية - أو وصيه. ثم له أن يتصدق بها. وسكت عن حكم تمليكها للصبي لو كان فقيرا لانه يعلم بالاولى، وينبغي أن لا تجوز الصدقة بها من وليه أو وصيه لما في ذلك من الاضرار على احتمال أن لا يجيز مالكها إذا حضر والعين هالكة من يد الفقير فإنه يضمنها من مال الصبي وليس في إمساكها أو تمليكها ضرر. ثم رأيت بعد ذلك في شرح منظومة ابن وهبان للمصنف أنه قال: ينبغي على قول أصحابنا إذا تصدق بها الاب أو الوصي ثم ظهر صاحب اللقطة وضمنها أن يكون الضمان في مالهما دون الصبي اه. وإذا صح هذا البحث فلا إشكال في جواز تصدقهما حينئذ. وفي القاموس: التعريف الاعلام. وفي التتارخانية قال أبو

الحسن: له أن يأمر غيره ويعطيها حتى يعرفها يريد إذا عجز عن التعريف بنفسه اه. فأفاد جواز الاستنابة في التعريف لكن في الحاوي القدسي: لو دفعها إلى غيره بغير إذن القاضي ضمن اه. وأطلق المصنف في تعريفها وهو مقيد بما في الهداية فإن كانت اللقطة شئ يعلم أن صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشر الرمان يكون إلقاؤه إباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه يبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح. وفي البزازية: لو وجدها مالكها في يده له أخذها إلا إذا قال عند الرمي من أخذها فهي له لقوم معلومين، ولم يذكر السرخسي هذا التفصيل. وكذا الحكم في التقاط السنابل لكن أخذه بعد جمع غيره يعد دناءة. وأطلق في الهداية في النواة وقشور الرمان وقيده في البزازية بأن يكون في مواضع متفرقة قال: أما المجتمعة فهي من قبيل ما يطلبه صاحبه فيحفظه وإن وجد جوزة ثم وثم حتى بلغ المتقوم إن مجتمعا فهو من الثاني، وإن متفرقا له قيمة اختلفوا، قيل من الاول، وقيل من الثاني وهو الاحوط. وذكر في الفتاوى المختار أنه من النوع الاول التفاح والكمثري إن وجد في الماء يجوز أخذه وإن كثيرا لانه يفسد بالماء والحطب في الماء إن لم يكن له قيمة يأخذه وإن له قيمة فهو لقطة. وجعل في الفتاوى الحطب كالتفاح بالماء، أصابوا بعيرا مذبوحا في البادية قريبا من الماء ووقع في ظنه أن مالكه أباحه لا بأس بالاخذ والاكل. وعن الثاني لو طرح ميتة فجاء آخر وأخذ صوفها له الانتفاع به، ولو جاء مالكها له أن يأخذ الصوف منه، ولو سلخها ودبغ يأخذه المالك ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه اه. وفي المحيط: أناخ رجل إبله في دار رجل يؤاجرها الجلد واجتمع من ذلك بعر كثير، فإن كان من رأى صاحب الدار أن يجمع ذلك له فهو له لانه أعد الدار للاحراز، وإن لم يكن من رأيه أن يجمعه بل يترك ذلك

***

[٢٥٧]

على حاله فهو مباح، فكل من أخذه فهو أولى، ولو سيب دابته فأخذها إنسان فأصلحها ثم جاء صاحبها، فإن كان قال عند التسييب جعلتها لمن أخذها فلا سبيل لصاحبها عليها لانه أباح التمليك، وإن لم يقل ذلك له أن يأخذها، وكذلك من أرسل صيدا له هكذا اختاره بعض مشايخنا، فإن اختلفا فالقول قول صاحبها مع يمينه أنه لم يقل هي لمن أخذها لانه ينكر إباحة التملك، وإن برهن الآخذ أو نكل المالك عن اليمين سلمت للآخذ. وذكر الفقيه أبو الليث في نوازله: إذا اجتمع للدهانين ما يقطر من الاوعية في إنائه، فإن كان يسيل من خارج الاوعية يطيب له لانه ليس للمشتري لان ما انفصل عنها لا يدخل البيع، وإن سال من الداخل أو من الداخل والخارج جميعا أو لا يعلم ينظر، إن زاد الدهان من عنده لكل واحد من المشترين طاب له، وإن لم يزد لا يطيب له ويتصدق به إلا أن يكون محتاجا لان سبيله سبيل اللقطة اه. وفي التتارخانية: سأل رجل عطاء عن رجل بات في المسجد واستيقظ وفي يده صرة فيها دنانير قال: إن الذي صرها في يدك لم يصرها إلا وهو يريد أن يجعلها لك اه. وفي الظهيرية: ومن أخذ بازيا أو شبهه في مصر أو سواد وفي رجليه سير أو جلاجل فعليه أن يعرفه للتيقن بثبوت يد الغير عليه قبله، وكذا لو أخذ ظبيا وفي عنقه قلادة أو حمامة في المصر يعرف إذ مثلها لا يكون وحشية بأن كانت مسرولة فعليه أن يعرفها اه. قوله: (ثم تصدق) أي إن لم يجئ صاحبها فله أن يتصدق بها على الفقراء أيضا لا لحق إلى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بإيصال عينها عند الظفر بصاحبها وإيصال العوض وهو الثواب على اعتبار إجازته التصدق بها، وسيأتي أن له أن ينتفع بها فعلم أنه مخير بينهما وسكت عن إمساكها وله ذلك رجاء الظفر بصاحبها كما في الهداية، وعن دفعها للامام. قال في الخلاصة: يرفع الامر إلى الامام والامام بالخيار إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل، فإن قبل إن شاء عجل صدقتها وإن شاء أقرضها من رجل ملئ وإن شاء دفعها مضاربة وإن شاء ردها على الملتقط، ثم هو بالخيار إن شاء أدام الحفظ وإن شاء تصدق على أن يكون الثواب لصاحبها، وإن شاء باعها إن لم تكن دراهم أو دنانير وأمسك ثمنها ثم بعد ذلك إن

***

[٢٥٨]

حضر مالكها ليس له نقض البيع إن كان البيع بأمر القاضي، وإن باع بغير أمر القاضي وهي قائمة فإن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن، وإن شاء أبطل البيع وأخذ عين ماله، وإن هلكت إن شاء ضمن البائع وعند ذلك ينفذ البيع من جهة البائع في ظاهر الرواية وبه أخذ عامة المشايخ. وذكر الامام السرخسي أن المودع إذا باع الوديعة وهلكت وضمنه المالك فهو كالملتقط اه. وفي الذخيرة: والحاصل أن الامام يصير ناظرا فيفعل ماي راه أصلح في حق صاحب اللقطة اه. وفي الحاوي: الدفع بعد الاشهاد إلى القاضي أجود ليفعل القاضي

الاصلح. وفي المجتبى: والتصدق بيده في زماننا أولى من الدفع إلى الحاكم، وقد مر في كتاب التوبة لقاضي القضاة عبد الجبار المتكلم أن الواجب فيها أن يتصدق بنفسه ولا يلقيه في يد غيره لانه لا يعلم هل يؤديها إلى مستحقها أو لا اه. وقيدنا بالتصدق على الفقراء لما في الهداية أنه لا يتصدق باللقطة على غني - زاد في الحاوي - ولا مملوك غني ولا ولد غني صغير، واستثنى من التصدق باللقطة ما إذا عرف أنها لذمي فلا يتصدق بها وكانت في بيت المال للنوائب، كذا في التتارخانية. وفي القنية: وما يتصدق به الملتقط بعد التعريف وغلبة ظنه أنه لا يوجد صاحبه لا يجب إيصاؤه، وإن كان يرجو وجود المالك وجوب الايصاء اه. وإذا أمسكها وخشي الموت يوصي بها كيلا تدخل في الميراث ثم الورثة أيضا يعرفونها، ومقتضى النظر أنهم لو لم يعرفوها حتى هلكت وجاء صاحبها أن يضمنوا لانهم وضعوا أيديهم على لقطة ولم يشهدوا أي لم يعرفوا ويغلب على الظن بذلك أن قصدهم تعميتها ويجري فيهم خلاف أبي يوسف، كذا في فتح القدير. وقد يقال: إن التعريف عليهم غير واجب حيث عرفها الملتقط. قوله: (فإن جاء ربها نفذه أو ضمن الملتقط) أي إن جاء مالكها بعد تصدق الملتقط خير بين إمضاء الصدقة والثواب له وبين تضمين الملتقط لان التصدق وإن حصل بإذن الشرع لم يحصل بإذنه فيتوقف على إجازته. أطلق في التنفيذ فشمل ما بعد هلاك العين لان الملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي فإنه يشترط لصحة إجازته قيام العين لثبوت الملك بعد الاجازة فيه، وإما تضمين الملتقط فلكونه سلم ماله إلى غيره بغير إذنه إلا أنه بإباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة. وأطلق فيه فشمل ما إذا كان التصدق بأمر القاضي وهو الصحيح لان أمره لا يكون أعلى من فعله والقاضي لو تصدق بها كان له أن يضمنه فكذا له أن يضمن من أمره القاضي ولذا أطلق المصنف في الملتقط فشمل القاضي، ولذا قال في الذخيرة: وإذا مال

***

[٢٥٩]

القاضي أو الامام إلى التصدق وتصدق كان في ذلك كواحد من الرعايا، وهذا لان التصدق بها غير داخل في ولاية الامام والقاضي لانه تصدق بمال الغير بغير إذنه اه. وهو شامل لما إذا كانا ملتقطين أو التقط غيرهما ودفعها إليهما، ولم يذكر المصنف تضمين المسكين قالوا: إنه مخير إن شاء ضمن الملتقط وإن شاء ضمن المسكين، وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه، فإن ضمن الملتقط ملكها الملتقط من وقت الاخذ ويكون الثواب له، وإن كانت العين قائمة أخذها من يد الفقير، كذا في الخانية، وبه علم أن الثواب موقوف. ولم يذكر المصنف أن للملتقط شئ إذا ردها إلى صاحبها لما في الولوالجية: ولو التقط لقطة أو وجد ضالة أو صبيا حرا ضالا فرده على أهله لم يكن له جعل وإن عوضه شئ فحسن اه. وفي التتارخانية: لو قال من وجده فله كذا فأتى به إنسان يستحق أجر مثله اه. وعلله في المحيط بأنها إجارة فاسدة وعزاه إلى الكرخي لكن فيه نظر لانه لا قبول لهذه الاجارة فلا إجارة أصلا. وفي القاموس: الرب باللام لا يطلق لغير الله تعالى وأما بالاضافة فمالك الشئ ومستحقه أو صاحبه. وأنفذ الامر قضاه والنافذ الماضي في جميع أموره. قوله: (وصح التقاط البهيمة) أي ندب التقاطها لانها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس، وأما ما في الصحيح حين سئل عن ضالة الابل قال مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر فذرها حتى يجدها ربها فأجاب عنه في المبسوط بأن ذلك كان إذ ذاك لغلبة أهل الصلاح والامانة لا تصل إليها يد خائنة فإذا تركها وجدها، وأما في زماننا فلا يأمن من وصول يد خائنة إليها بعده ففي أخذها إحياؤها. وإنما فسرنا الصحة بالندب لان خلاف الائمة الثلاثة إنما هو في ندب التقاطها فإنهم قالوا تركها أفضل لا أنهم قالوا بعدم الجواز وإنما يكون مندوبا عندنا إذا لم يخف الضياع وإلا لم يسعه تركه، كذا في الولوالجية. قال: ولا فرق عندنا بين أن تكون البهيمة في القرية أو في الصحراء، ومحل الاختلاف الثاني. والحذاء النعل والسقاء القربة والمراد به هنا مشافرها وبالاول فراسنها، كذا في الظهيرية. وفي التتارخانية: وإن كان مع اللقطة ما يدفع به عن نفسه كالقرن للبقرة وزيادة القوة في البعير بكدمه ونفحه يقضي بكراهية الاخذ اه. وبه علم أن التقاط البهيمة على ثلاثة أوجه لكن ظاهر الهداية أن

***

[٢٦٠]

صورة الكراهة إنما هي عند الشافعي لا عندنا. وفي القاموس: البهيمة كل ذات أربع ولو في الماء أو كل حي لا يميز والجمع بهائم اه. فشمل الدواب والطيور والابل والبقر والغنم والدجاج والحمام الاهلي كما في الحاوي وفيه: ومن رأى دابة في غير عمارة أو برية لا

يأخذها ما لم يغلب على ظنه أنها ضالة بأن كانت في موضع لم يكن بقربه بيت مدرأ وشعر أو قافلة نازلة أو دواب في مرعاها اه. فلو وصف المصنف البهيمة بالضالة لكان أولى. قوله: (وهو متبرع في الانفاق على اللقيط واللقطة) أي الملتقط لقصور ولايته فصار كما لو قضى دين غيره بغير أمره. قيد بالملتقط لان الوصي لو أنفق عليه من مال ومال اليتيم غائب فهو متطوع إلا أن يشهد أنه قرض عليه أو أنه يرجع، ولو اشترى له الوصي طعاما أو كسوة بشهادة شهود رجع، ولو اشترى ثوبا أو خادما لولده ونقد ثمنه من مال نفسه لا يرجع إلا أن يشهد أنه شراه له ليرجع، كذا في جامع الفصولين من الفصل السابع والعشرين. وقيد حكم قضاء مديون الميت دينه بغير أمر وصيه وقضاء المودع دين مودعه بلا أمر وقضاء الوكيل بالبيع عن المشتري الثمن لموكله بلا أمره. قوله: (وبإذن القاضي يكون دينا) لان للقاضي ولاية في مال الغائب وعلى اللقيط نظرا لهما، وقد يكون النظر بالانفاق وصورة إذن القاضي أن يقول له أنفق على أن ترجع، فلو أمره به ولم يقل على أن ترجع لا يكون دينا وهو الاصح لان الامر متردد بين الحسبة والرجوع فلا يكون دينا بالشك. وعبارة المجمع أحسن وهي: فإن أنفق الملتقط كان متبرعا إلا أن يأذن له القاضي بشرط الرجوع أو يصدقه اللقيط إذا بلغ اه. وينبغي أن يكون معنى التصديق تصديقه أنه أنفق عليه بأمر القاضي على أن يرجع لا تصديقه على الانفاق لانه لو كان بلا أمر القاضي لا رجوع عليه له فتصديقه وعدمه سواء. وفي شرحه لابن الملك خلافه فإنه قال: يعني إذا لم يأمر القاضي بإنفاقه فصدقه اللقيط بعد البلوغ أنه أنفقه للرجوع عليه فله الرجوع عليه لاقراره بحقه اه. ولو صح هذا لزم أن يقال في الجواب فهو متبرع إلا أن شهد أنه أنفق ليرجع أو يصدقه على ذلك وحينئذ لا اعتبار بأمر القاضي وهم قد اتفقوا على أنه لا بد من إذن القاضي لعدم ولاية الملتقط فلا يكفيه الاشهاد بخلاف الوصي لو أنفق من ماله وأشهد يرجع كما قدمناه لان له ولاية في مال

***

[٢٦١]

اليتيم، ولم أر من نبه على هذا المحل لكني فهمته مما نقلته عن الخانية في باب اللقيط عند قوله ونفقته في بيت المال. ولم يبين المصنف المديون لتعدده ففي اللقطة صاحبها، وفي اللقيط الاب إن ظهر له أب، واللقيط بعد بلوغه إن لم يظهر له أب كما في الظهيرية، ومالكه إن ظهر له سيد بإقراره كما في الحاوي. والعجب من الشارح أنه جعله صاحبها وسها عن اللقيط. ولم يذكر المصنف إقامة البينة من الملتقط قبل إذن القاضي وشرطه في الاصل وصححه في الهداية لانه يحتمل أن يكون غصبا في يده ولا يأمر فيه بالانفاق وإنما يأمره في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست تقام للقضاء حتى يشترط لها خصم لكن ظاهره أنه في اللقطة، وأما في اللقيط فقد قدمنا أنه كذلك وصرح به في الظهيرية. وإن قال الملتقط لا بينة لي يقول له أنفق عليها إن كنت صادقا. وفي الذخيرة: يقول له ذلك بين يدي الثقات. وكذا لو كانت اللقطة شيئا يخاف عليه الهلاك متى لم ينفق عليه إلى إقامة البينة كما في الظهيرية. وقدمنا أن القاضي لو جعل ولاء اللقيط للملتقط جاز لانه قضاء في فصل مجتهد فيه فإن من العلماء من قال بأن الملتقط يشبه المعتق من حيث إنه أحياه كالمعتق فعلى هذا لا يكون متبرعا بالانفاق بغير إذن القاضي إذا أشهد ليرجع كالوصي. قوله: (وإن كان لها نفع أجرها وأنفق عليها) أي اللقطة والمراد الضالة البهيمة لان فيه إبقاء العين على مالكه من غير إلزام الدين عليه. قيد باللقطة لان العبد الآبق لا يؤجره القاضي لانه يخاف أن يأبق، كذا في التبيين. وفي الهداية: سوى بينهما بقوله وكذلك يفعل بالعبد الآبق ولم أر حكم اللقيط إذا صار مميزا ولا مال له هل يؤجره القاضي للنفقة أو لا؟ قوله: (وإلا باعها) أي إن لم يكن لها نفع باعها القاضي وحفظ ثمنها لصاحبها إبقاء له يعني عند تعذر إبقائه صورة، وظاهر الكتاب أن القاضي يفعل أحد الامرين من الاجارة إن أمكن وإلا فالبيع. وظاهره أنه إذا لم يكن له نفع لا يأذن له في الانفاق. وفي الهداية: وإن كان الاصلح الانفاق عليها أذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها. قالوا: إنما يأمر بالانفاق

***

[٢٦٢]

يومين أو ثلاثة على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها فإذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة اه. وأفاد بقوله لا نظر إلى آخره أنه لو فعل ذلك لا ينفذ من القاضي للتيقن بعدم النظر وقد فهمه المحقق ابن الهمام أيضا. وإذا بيعت أخذ الملتقط ما أنفق بإذن القاضي، ولم يذكر المصنف حكم ما إذا حضر المالك بعد البيع ولم يجزه، وقدمنا عن الخلاصة أن

البيع نافذ من القاضي موقوف من غيره إجازته وبيع الملتقط بإذن القاضي كبيع القاضي، فلو كان عبدا باعه القاضي فلما جاء المولى قال هو مدبر أو مكاتب لا يصدق في نقض البيع، كذا في التتارخانية وهو مشكل لانه لو باع بنفسه ثم قال هو مدبر أو مكاتب أو أم ولد وبرهن قبل كما ذكره في فتح القدير من باب الاستحقاق مصورا له في الواهب، وعللوا له بأن التناقض في دعوى الحرية وفروعها لا يمنع. قوله: (ومنعها من ربها حتى يأخذ النفقة) أي منع اللقطة لانه حي بنفقته فصار كأنه استفاد الملك من جهته فأشبه المبيع، وأقرب من ذلك زاد الآبق فإن له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا، ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه عند الملتقط قبل حبسه ويسقط إذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيه الرهن كما في الهداية والكافي وهو المذهب فاندفع به ما ذكره القدوري من عدم السقوط بالهلاك بعد الحبس وإنما السقوط هو قول زفر، وهكذا في الينابيع. ولم يذكر المؤلف بيع القاضي لها بعد حضور مالكها للانفاق إذا امتنع من دفعه للملتقط. قال في الحاوي: فإن امتنع صاحبها من أداء ما أنفق بأمر القاضي باعها القاضي وأعطى نفقته من ثمنها ورد عليه الباقي اه. ولا فرق في منعها من ربها للانفاق بين أن يكون الملتقط أنفق من ماله أو استدان بأمر القاضي ليرجع على صاحبها كما صرح به في الحاوي لكن لم أر أن للملتقط أن يحيل الدائن على صاحبها بدينه بغير رضاه، وقد صرحوا في نفقة الزوجة المستدانة بإذن القاضي أن المرأة تتمكن من الحوالة عليه بغير رضاه وقياسه هنا كذلك بجامع إذن القاضي بالاستدانة.

***

[٢٦٣]

قوله: (ولا يدفعها إلا مدعيها بلا بينة) أي اللقطة للحديث البينة على المدعي (١) ولان اليد حق مقصود حتى وجب على الغاصب الضمان بإزالته فلا يزال إلا ببينة ولا يستحق إلا بها كالملك ولذا وجب الضمان على غاصب المدبر. وفي الخانية: الملتقط إذا أقر بلقطة لرجل وأقام رجل آخر البينة أنها له يقضي بها لصاحب البينة، فإذا أقر بها لرجل ودفعها إليه فاستهلكها ثم أقام آخر البينة أنها له فإن كان دفع إلى الاول بقضاء أو بغير قضاء كان لصاحب البينة أن يضمن القابض لانه قبض ماله بغير أمره عن اختيار فيكون بمنزلة غاصب الغاصب، وإذا ضمنه صاحب البينة لا يرجع هو على المقر كغاصب الغاصب إذا ضمن لا يرجع على الغاصب، وإن اختار صاحب البينة تضمين الدافع، فإن كان الدفع بغير قضاء كان له أن يضمنه، وإن كان الدفع بقضاء لم يذكره في الكتاب. قالوا: ينبغي أن تكون المسألة على الاختلاف على قول أبي يوسف ليس له ذلك وعلى قول محمد له ذلك اه. أراد بعدم الدفع عدم لزومه لانه لو صدق مدعيها بلا بيان جاز الدفع بلا جبر وأراد بالبينة القضاء بها وفي الظهيرية: فإن كانت اللقطة في يد رجل مسلم فادعاها رجل فأقام البينة أو أقر الملتقط بذلك ولكن قال لا أردها عليك إلا عند القاضي فله ذلك، وإن مات في يده عند ذلك فلا ضمان عليه اه. وفي الكافي للحاكم: وإذا كانت اللقطة في يد مسلم فادعاها رجل ووصفها فأبى الذي في يده أن يعطيه إلا ببينة فأقام شاهدين كافرين لم تجز شهادتهما لان الذي في يده مسلم، فإن كانت في يد كافر فكذلك القياس أيضا لعلها لمسلم ولكني أستحسن فأقضي له، فإن كانت في يد مسلم وكافر لم تجز شهادة الكافر على واحد منهما في القياس ولكني أستحسن أن أجيزه على ما في يد الكفار منهما اه. قوله: (فإن بين علامتها حل الدفع بلا جبر) للحديث فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه وهذا للاباحة عملا بالمشهور وهو قول عليه السلام البينة على المدعى (١) الحديث. ولما قدمنا أن اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق إلا بالبينة، والعلامة مثل أن يسمى وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها، كذا في الهداية. والعفاص ككتاب الوعاء فيه النفقة جلدا أو خرقة وغلاف

***

[٢٦٤]

القارورة والجلد يغطي به رأسها. والوكاء ككساء رباط القربة وغيرها وقد وكأها وأوكأها وعليها وكلما شد رأسه من وعاء ونحوه وكاء، كذا في القاموس. وظاهر مفهوم الشرط أنه لو لم يبين علامتها لا يحل الدفع وهو محمول على ما إذا لم يصدقه، فإن صدقه حل الدفع. قال في فتح القدير: فإن صدقه مع العلامة أو لا معها فلا شك في جواز دفعه إليه لكن هل يجبر؟ قيل يجبر كما لو أقام بينة، وقيل لا يجبر كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه المودع لا يجبره القاضي على دفعها إليه ودفع بالفرق بأن المالك هنا غير ظاهر أي المالك الآخر والمودع في مسألة الوديعة ظاهر اه. وقدمنا حكم ما إذا دفعها بلا بينة ثم أثبتها آخر وهو أعم من دفعها بالعلامة أو بالتصديق فقط. ولم يذكر المصنف أخذ الكفيل عند دفعها ببيان العلامة قال في الهداية: ويأخذ منه كفيلا إن كان يدفعها إليه استيثاقا وهذا بلا خلاف

لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف الكفيل لوارث غائب عند أبي حنيفة اهـ. وصحح في النهاية أنه لا يأخذ كفيلا مع إقامة الحاضر البينة. والمراد ببيان العلامة بيانها مع المطابقة، وقدمنا في اللقيط أن الاصابة في بعض العلامات لا تكفي. وصرح في التتارخانية في التصوير بأنه أصاب في علامات اللقطة كلها. فظاهره أنه شرط ولم أر حكم ما إذا بين كل من المدعيين لها علاماتها وأصابا وينبغي أن يحل له الدفع لهما. قوله: (وينتفع بها لو فقيرا وإلا تصدق على أجنبي ولابويه وزوجته وولده لو فقيرا) أي ينتفع الملتقط باللقطة بأن يتملكها بشرط كونه فقيرا نظرا من الجانبين كما جاز الدفع إلى فقير آخر، وأما الغني فلا يجوز له الانتفاع بها، فإن كان غير الملتقط فظاهر للحديث فإن لم يجئ صاحبها فليتصدق بها والصدقة إنما تكون على الفقير كالصدقة المفروضة وإن كان الملتقط فكذلك. وقال الشافعي: يجوز لقوله عليه السلام في حديث أبي رضى الله عنه فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها وكان من الاغنياء ولانه إنما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه. ولنا أنه مال الغير فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة للفقير لما روينا أو بالاجماع فبقي ما وراءه على الاصل، والغني محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها، وانتفاع أبي رضى الله عنه كان بإذن الامام وهو جائز بإذنه كما في الهداية، فقد أفاد أن الغني يجوز له الانتفاع بإذن الامام لكن على وجه القرض كمقيده به الزيلعي وغيره. وظاهر كلامهم متونا وشروحا أن الحل للفقير بعد التعريف لا يتوقف على إذن القاضي. ويخالفه ما في الخانية في

***

[٢٦٥]

المسألتين فإنه قال: لو أراد الملتقط أن يصرفها إلى نفسه بعدما عرفها هذه المدة فهو على وجهين: إن كان الملتقط غنيا لا يجوز له الانتفاع عندنا سواء فعل ذلك بأمر القاضي أو بغير أمره، وإن كان الملتقط فقيرا إن أذن له القاضي أن ينفقها على نفسه يحل له أن ينفق ولا يحل بغير أمر القاضي عند عامة العلماء. وقال بشر: يحل اهـ. وإنما فسرنا الانتفاع بالتملك لانه ليس المراد الانتفاع بدونه كالاباحة ولذا ملك بيعها وصرف الثمن إلى نفسه كما في الخانية. أطلق في عدم الانتفاع للغني فشمل القرض ولذا قال في فتح القدير: وليس للملتقط إذا كان غنيا أن يتملكها بطريق القرض إلا بإذن الامام، وإن كان فقيرا فله أن يصرفها إلى نفسه صدقة لا قرضا اهـ. وأطلق في ولده فشمل الصغير، والحاصل أن أقارب الملتقط وأصوله وفروعه وزوجته كالاجنبي لان الجواز للفقر وهو موجود في الكل وينبغي تقييد الصغير بأن يكون الملتقط فقيرا لان الولد يعد غنيا بغناء أبيه كما قدمناه في الزكاة. ولم يذكر المصنف حكم ما إذا انتفع بها الملتقط ثم حضر المالك لانه معلوم من حكم ما إذا تصدق بها الملتقط ثم حضر المالك بالاولى فله أن يجيز وأن يضمن. وفي الخانية: رجل وجد عرضا لقطة فعرفها ولم يجد صاحبها وهو فقير ثم أنفق على نفسه ثم أصاب مالا قالوا: لا يجب عليه أن يتصدق على الفقراء بمثل ما أنفق على نفسه - زاد في الولوالجية - وهو المختار فأفاد الاختلاف. وفي الخانية: امرأة وضعت ملاءتها وجاءت امرأة أخرى ووضعت ملاءتها ثم جاءت الاولى وأخذت ملاءة الثانية وذهبت لا ينبغي للثانية أن تنتفع بملاءة الاولى لانه انتفاع بملك الغير، فإن أرادت أن تنتفع بها قالوا ينبغي أن تتصدق هي بهذه الملاءة على ابنتها إن كانت فقيرة على نية أن يكون ثواب الصدقة لصاحبتها إن رضيت، ثم تهب الابنة الملاءة منها فيسعها الانتفاع بها لانها بمنزلة اللقطة فكان التصدق، وإن كانت غنية لا يحل لها الانتفاع بها، وكذلك الجواب في المكعب إذا سرق اهـ. وقيده بعضهم بأن يكون المكعب الثاني مثل الاول أو أجود، أما إذا كان الثاني دون الاول فله أن ينتفع به من غير هذا التكلف لان أخذ الاجود وترك الادون دليل الرضا بالانتفاع بالادون، كذا في الظهيرية. وفيه مخالفة اللقطة من جهة

***

[٢٦٦]

جواز التصدق بها قبل التعريف وكأنه للضرورة، وكذلك جوزوا الانتفاع للحال في مسألة مذكورة في الخلاصة. وفي الولوالجية: هي لو مات غريب في دار رجل ومعه قدر خمسة دراهم فأراد صاحب البيت أن يتصدق على نفسه إن كان فقيرا فله ذلك كاللقطة اهـ. ولم يصرحا بما زاد على الخمسة. وفي الحاوي القدسي: وإذا مات الغريب في بيت إنسان وليس له وارث معروف كان حكم تركته كحكم اللقطة إلا إذا كان مالا كثيرا يكون لبيت المال بعد البحث والفحص عن ورثته سنين اهـ. وفي الخانية: رجل غريب مات في دار

رجل وليس له وارث معروف وخلف ما يساوي خمسة دراهم وصاحب الدار فقير ليس له أن يتصدق بهذا المال على نفسه لانه ليس بمنزلة اللقطة اهـ. وهو مخالف لما ذكرناه والاول أثبت وصرح به في المحيط، وأما مسألة الحمام فقال في الظهيرية: رجل له محصنة حمام اختلط بها أهلي لغيره لا ينبغي له أن يأخذه فإن أخذه طلب صاحبه ليرده عليه لانه في معنى اللقطة، فإن فرخ عنده، فإن كانت الام غريبة لا يتعرض لفرخها، وإن كان الام لصاحب المحصنة والغريب ذكر فالفرخ له. قال الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي: وبهذا تبين أن من اتخذ برج حمام فأوكرت فيه حمام الناس فما يأخذ من أفراخها لا يحل له وهو بمنزلة اللقطة في يده، فإن كان فقيرا له أن يتناول حاجته، وإن كان غنيا ينبغي له أن يتصدق بها على فقير ثم يشتري منه بشئ ويحل له التناول. قال شمس الائمة: وهكذا كان يفعل شيخنا شمس الائمة الحلواني وكان مولعا بأكل الجوازل. ومحصنة الحمام برجه، وأوكرت اتخذت وكرا وهو بيت الحمام وغيره والمولع الحريص، والجوازل جمع جوزل وهو فرخ الحمام اهـ. وفي القنية: يمشي في السوق وينفخ في التراب فوجد عدلية أو فلسا أو ذهبا لا يحل له إلا بعد التعريف ثم التصدق عليه إن كان فقيرا ثم رقم لآخر أما الفلس والعدلية فيباح له إذا كان فقيرا. وفي الزيادة: لا ويجوز التصدق في العدلية والفلس قبل التعريف اهـ. وفي الظهيرية: المأخوذ به أن للمأمور بالنثار سكرا أو غيره أن يحبس لنفسه مقدار ما يحبسه الناس وأن يلتقط ومن وقع في حجره أو ذيله شئ فأخذه منه غيره إن هيأه لذلك لا يكون للآخذ وإلا كان له. وفي التتارخانية: سارق دفع لرجل متاعا فينبغي له أن يتصدق به إن لم يعرف صاحبه وإلا رده ولا يرده إلى السارق والله سبحانه وتعالى أعلم.

***

[٢٦٧]

كتاب الاباق كل من الاباق واللقيط واللقطة متحقق فيه عرضة الزوال والتلف إلا أن التعرض له بفعل فاعل مختار في الاباق فكان الانسب تعقيب الجهاد به بخلاف اللقطة واللقيط وكذا الاولى فيه، وفي اللقطة الترجمة بالباب لا بالكتاب، كذا في فتح القدير وفيه نظر لان خوف التلف من حيث الذات في اللقيط أكثر من اللقطة فناسب ذكره عقيب الجهاد. وأما التلف في الآبق فإنما هو من حيث الانتفاع للمولى لا من حيث الذات لانه لو لم يعد إلى مولاه لا يموت بخلاف اللقيط فإنه لصغره إن لم يرفع يت فالانسب ترتيب المشايخ كما لا يخفى. وكذا تعبيرهم بالكتاب لكل من الثلاثة أنسب من الباب لما أن مسائل كل منها مستقلة لم تدخل في شئ قبلها ولا بعدها. وفي القاموس: أبق العبد كسمع وضرب ومنع آبقا، ويحرك وإباقا ككتاب ذهب بلا خوف ولا كد عمل أو استخفى ثم ذهب فهو آبق وأبوق وجمعا ككفار وركع اهـ. وفي المصباح: الاكثر أنه من باب ضرب اهـ. ولما كان الهرب لا يتحقق إلا بالقصد لم يحتج إلى زيادته كما في العناية، وأما الضال فليس فيه قصد التغيب بل هو المنقطع عن مولاه لجهله بالطريق إليه، كذا في فتح القدير. قوله: (أخذه أحب أن يقو عليه) أي يقدر عليه لما فيه من إحيائه لانه هالك في حق المولى فيكون الرد إحياء له. قيد بقدرته على أخذه لانه لو لم يقدر فلا استحباب، ولم يذكر ما إذا خاف هلاكه لو لم يأخذه. وصرح في البدائع بأن حكم أخذه حكم أخذ اللقطة فعلى هذا يفترض أخذه إن خاف ضياعه، ويندب إن لم يخف، ويحرم أخذه لنفسه، ويستحب تركه إن لم يأمن على نفسه. ولم يذكر المصنف كثيرا من أحكامه بعد أخذه قال في البدائع: إن شاء الآخذ أمسكه حتى يجئ صاحبه، وإن

***

[٢٦٨]

شاء ذهب به إلى صاحبه، فإن ادعى إنسان أنه عبده وبرهن دفعه إليه واستوثق بكفيل إن شاء لجواز أن يدعيه آخر، وإن لم يبرهن وأقر العبد لمدعيه دفعه إليه أيضا لعدم المنازع ويأخذ كفيلا، فإن طالت المدة باعه القاضي وحفظ ثمنه لصاحبه، فإن جاء صاحبه بعده وبرهن دفع الثمن إليه وليس له نقض البيع لان بيع القاضي بولاية شرعية، ولو زعم المدعي أنه دبره وكاتبه لم يصدق في نقض البيع اهـ. وسيأتي حكم نفقته آخرا ويستحلف القاضي مدعيه مع البرهان بالله أنه باق إلى الآن في ملكك لم يخرج ببيع ولا هبة كما في فتح القدير. وفي الظهيرية: ينبغي للراد أن يأتي به إلى الامام عند السرخسي وخيره الحلواني، وإذا جاء به إلى القاضي هل يصدقه القاضي بلا بينة؟ اختلف المشايخ فيه كما اختلفوا في نصب القاضي خصما لمدعيه حتى تقبل بينته ولم يذكره محمد كما اختلفوا في أخذ الكفيل من مدعيه بعد البرهان كما اختلفوا في أخذ الضال، وإذا أبق العبد وذهب بمال المولى فجاء به رجل وقال لم أجد معه شيئا فالقول قوله ولا شئ عليه، ولا يكون وصول يده إلى العبد دليلا على وصول يده إلى المالية اهـ. قوله: (ومن رده من مدة سفر فله أربعون درهما)

جعلا له استحسانا يستحقها على مولاه بلا شرط لان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على أصل وجوب الجعل إلا أن منهم من جعله أربعين ومنهم من أوجب دونه فأوجب الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا، فلو جاء بالآبق رجل فأنكر مولاه إباقه فالقول له، فإن برهن أنه أبق أو أن مولاه أقر بذلك قبلت، كذا في الجوهرة. قيد بالآبق لانه لا جعل لراد الضال لانه بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع، ولان الحاجة إلى صيانة الضال دونها في الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي، وهذا مما فارق فيه الآبق وكذا في حبسه فإن الآبق إذا رفع إلى الامام يحبسه ولا يحبس الضال لانه لا يؤمن على الآبق من الاباق ثانيا بخلاف الضال، وكذا لا يأخذه الواجد بل تركه أفضل على أحد القولين لانه لا يبرح من مكانه فيجده المالك بخلاف الآبق، وكذا لا جعل لراد الصبي الحر. أطلق الراد فشمل ما إذا كانا اثنين فيشتركان في الاربعين إذا رداه لمولاه كما في الحاوي. وشمل ما إذا رده محرمه إليه فهو كالاجنبي لكن يرد عليه ما إذا رده من في عيال سيده إليه فإنه لا جعل له، وكذا يرد عليه ما إذا رده الابوان أو أحدهما ولم يكن في عياله لا جعل له، وكذا يرد عليه لو رده الابن إلى أبيه وليس في عياله أو أحد
***
[٢٦٩]
الزوجين إلى الآخر، وكذا يرد عليه لو رده الوصي إلى اليتيم، وكذا من يعول اليتيم إذا رد آبقه وليس بوصي، وكذا يرد عليه لو كان مالكه قد استعاذ به كما لو قال لرجل إن عبدي قد أبق فإذا وجدته تخذه كما في فتح القدير. وشرط في التتارخانية أن يقول له نعم معللا بأنه قد وعد له الاعانة. وكذا يرد عليه لو رده السلطان أو الشحنة أو الخفير لوجوب الفعل عليهم فالوارد إحدى عشرة فلو قال إذا كان الراد يحفظ مال السيد أو يخدمه أو استعان به لسلم من الايراد كما لا يخفى. وشمل ما إذا كان الراد بالغا أو صبيا حرا أو عبدا لان الصبي من أهل استحقاق الاجر بالعمل وكذا العبد إلا أن الجعل لمولاه لانه ليس من أهل ملك المال، كذا في البدائع. وشمل ما إذا رده بنفسه أو نائبه. قال في المحيط: أخذ أبقا من مسيرة سفر فدفعه إلى رجل وأمره أن يأتي به إلى مولاه وأن يأخذ منه الجعل جاز. وذكر في آخر الباب لو أخذ عبدا آبقا فاغتصبه منه رجل وجاء به لمولاه فدفعه إليه وأخذ جعله ثم جاء الذي أخذه فأقام البينة أنه أخذه من مسيرة ثلاثة أيام فإنه يأخذ من مولاه الجعل ثانيا ويرجع المولى على الغاصب بما دفع إليه لانه أخذه بغير حق اه‍. وأطلق في السيد فشمل البالغ والصبي فيجعل الجعل في ماله. وشمل ما إذا كان متعددا فالجعل على قدر النصيب، فلو كان البعض غائبا فليس للحاضر أن يأخذه حتى يعطي تمام الجعل، ولا يكون متبرعا بنصيب الغائب فيرجع عليه. وأطلق في المردود فشمل ما إذا كان صغيرا فهو كالكبير، ذكره الحاكم في الكافي لكن ذكر بعده: وإذا أبقت الامة ولها صبي رضيع فردهما رجل كان له جعل واحد، فإن كان ابنها غلاما قد قارب الحلم فله الجعل ثمانون درهما اه‍. وقيد ولد الآبقة بالمراهق ولم
***
[٢٧٠]
يقيد أولا فالظاهر أن الصغير إن لم يكن تبعا لاحد أبويه لا يشترط أن يكون مراهقا وإلا فهو شرط لكن لا بد من تقييده بالعقل. قال في التتارخانية: وما ذكر من الجواب في الصغير محمول على ما إذا كان يعقل الاباق، أما إذا كان لا يعقل فهو ضال لا يستحق له الجعل اه‍. وفي المصباح: الجعل بالضم الاجر يقال جعلت له جعلك، والجعالة بكسر الجيم وبعضهم يحكي التثليث والجعيلة مثل الكريمة لغات في الجعل اه‍. قوله: (ولو قيمته أقل منه) أي ولو كانت قيمة المردود أقل من الا ربعين فالواجب الاربعون عند أبي يوسف، لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه. وقال محمد: يقضي بقيمته إلا درهما لان المقصود إحياء مال المالك فلا بد أن يسلم له شئ تحقيقا للفائدة. ولم يذكر في الهداية فيه قولا للامام وذكره صاحب البدائع والاسبيجابي مع محمد فكان هو المذهب ولذا ذكره القدوري. وفي التتارخانية: لو مات العبد بعد الرد لم يبطل حقه في الجعل. قوله: (وإن رده لاقل منها فبحسابه) الخ. أي لو رد الآبق لاقل من ثلاثة أيام تقسم الاربعون على الايام الثلاثة لكل يوم ثلاثة عشر وثلث إذ هي أقل مدة السفر. وقد استفيد منه أن ما زاد على الثلاث كالثلاثة بخلاف ما نقص عنها. وظاهر ما في الهداية وغيرها تضعيف ما في الكتاب وأن المذهب الرضخ له باصطلاحهما أو يفوض إلى رأي القاضي. وفي الينابيع: العرض إلى رأي الامام وهو الاشبه بالاعتبار، وفي الابانة وهو الصحيح، وفي الغياثية وعليه الفتوى، كذا في التتارخانية. وفي المحيط: رجلان أتيا به فبرهن

أحدهما أنه أخذه من مسيرة ثلاثة أيام والثاني أنه من مسيرة يومين فعلى المولى جعل تام ويكون للاول جعل يوم خاصة ويكون جعل يومين بينهما نصفين، ولو أقام أحدهما البينة أنه أخذه بالكوفة وأقام آخر أنه أخذه في طريق البصرة على مسيرة يومين فقد علمت أن إحدى البينتين كاذبة فعلى المولى جعل تام ويكون للذي أقام البينة أنه أخذه بالكوفة ثلث الجعل ويكون الباقي بينهما نصفين اه. وفي القاموس: رضخ له كمنع وضرب أعطاه عطاء غير كثير اه. أطلق في الاقل فشمل ما إذا رده في المصر فإنه يرضخ له كما لو رده من خارج وهو المذكور في الاصل. وعن أبي حنيفة لا شئ له في المصر والاول هو الصحيح، كذا في التتارخانية. قوله: (وأم الولد والمدبر كالقن) لما فيه من إحياء ملكه. وقيده في الهداية بأن يكون الرد في حياة المولى ولا حاجة إليه لانهما يعتقان بموته ولا شئ في رد الحر، وهذا ظاهر في

***

[٢٧١]

أم الولد لانه لا سعاية عليها بعد موته، وكذا في المدبر الذي لا سعاية عليه بأن كان للمولى مال سواه، وأما إذا لم يكن له غيره فكذلك لا جعل للراد لانه حر عندهما مستسعى عنده وهو كالمكاتب ولا جعل لراد المكاتب ولذا قيد بأم الولد والمدبر للاحتراز عنه لان المكاتب أحق بمكاسبه فلا يوجب فيه إحياء مال المولى، ولو رد القن بعد موت مولاه وجب الجعل إن كان الراد أجنبيا، وإن كان وارثا ينظر، فإن أخذه بعد موت المولى لا يستحق شيئا لان العمل يقع في محل مشترك بينه وبين بقية الورثة، وإن أخذه في حياته ثم مات استحقه في حصة غيره عندهما خلافا لابي يوسف. والراد أحق بالعبد من سائر الغرماء حتى يعطى الجعل فيقدم على سائر الديون ويعطى من ثمنه ثم يقسم الباقي بين الغرماء، كذا في البدائع. وكذا لو كان الآبق مأذونا في التجارة وعليه دين محيط فالجعل على مولاه، فإن امتنع بيع في الجعل وما فضل يصرف للغرماء، كذا في التتارخانية. قوله: (وإن أبق من الراد لا يضمن) لانه أمانة في يده إذا أشهد أنه أخذه ليرده كما سيأتي. ولم يذكر سقوط الجعل قالوا: ولا جعل له لانه في معنى البائع من المالك ولهذا كان له أن يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع، يحبس المبيع لاستيفاء الثمن، وكذا إذا مات في يده لا شئ له ولا عليه. ولو أعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاتفاق كما في العبد المشتري، وكذا إذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وإن كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهى الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز، كذا في الهداية. وقوله كما لقيه ليس بقيد بل لو أعتقه بعد ما سار به الراد ثلاثة أيام أو أكثر ليرده ثم أبق بعده فإن الجعل لا يسقط كما صرح به في المحيط بخلاف ما إذا سار به أقل من ثلاثة أيام. وقال أبو حنيفة: إن كان المولى دبره ثم هرب فلا جعل له لان بالتدبير لم يزل الرق. وسبب الاستحقاق هو الرد إلى المولى في حالة الرق ولم يرده اه. ولم يذكر المصنف حكم ما إذا رده آخر بعدما أبق من الاول، وذكر في المحيط أن الاول إذا أدخله المصر فهرب منه فأخذه آخر ورده إلى مولاه فلا جعل لواحد منهما، وإن خرج من المصر ورده الثاني من مسيرة سفر فله الجعل، ولو أخذ الآبق من مسيرة سفر فسار به يوما ثم أبق منه متوجها إلى بلد مولاه ولا يريد أن يرجع إلى مولاه، فإن أخذه الذي كان أخذه ثانيا فسار به اليوم الثالث فرده فله ثلثا الجعل جعل اليوم الاول والثالث، فإن أخذه مولاه أو رجع العبد إلى مولاه فلا جعل للآخذ لانه لم يدفعه إلى مولاه، ولو كان العبد لم يأبق من الآخذ ولكن فارقه وجاء إلى مولاه متوجها لا يريد الاباق فللآخذ جعل يوم لانه لم يتمرد من الآخذ

***

[٢٧٢]

بل منقاد له فلم تنقطع يده عنه فصار كأنه رده إلى مولاه، ولو أخذ عبدا أبقا من مسيرة سفر فسار به يوما ثم دفعه إلى آخر أو باعه منه أو وهبه وسلمه وأمره أن يدفع إلى مولاه فدفعه أو سار العبد بنفسه فللآخذ جعل اليوم الاول ولا شئ للمدفوع إليه اه. قوله: (ويشهد أنه أخذه ليرده) أي يشهد الآخذ للآبق. ولو قال إن أشهد أنه أخذه ليرده لكان أولى ليكون شرطا لعدم ضمانه بإباقه من يده فإن الاشهاد لنفي الضمان عن آخذه شرط عندهما خلافا لابي يوسف كما تقدم في اللقطة لكن لم يعلقه به ليفيد أن الاشهاد شرط لاستحقاق الجعل أيضا حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان تركه الاشهاد أمارة أنه أخذه لنفسه فصار كما إذا اشتراه من الآخذ أو اتهبه أو ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه أخذه لنفسه إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في أداء الثمن. واتفقوا أنه لو أقر أنه أخذه لنفسه فلا جعل له. والحاصل أنه إن أشهد أنه أخذه ليرده استحق الجعل وانتفى

الضمان عنه بموته وإباقه وإلا لا، لكن ينبغي أن يكون الاشهاد شرطا لهما عند التمكن، أما إذا لم يتمكن منه فلا اتفاقا كما تقدم نظيره في اللقطة، وأن القول قوله في أنه لم يتمكن منه، ثم رأيت التصريح به في التتارخانية. قوله: (وجعل الرهن على المرتهن) لانه أحيا ماليته بالرد وهي حق المرتهن، إذ الاستيفاء منها والجعل في مقابلة إحياء المالية فيكون عليه. أطلقه فأفاد أن الرد في حياة الراهن وبعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت لكن يرد على إطلاقه ما إذا كانت قيمته أكثر من الدين فليس الكل عليه فإنما عليه بقدر دينه والباقي على الراهن لان حقه في القدر المضمون فصار كثمن الدواء وتخليصه من الجناية بالفداء. وأشار بوجوبه على المرتهن الذي ليس بمالك للرقبة لكون المنفعة عائدة إليه لكونه مضمونا عليه إلى أن العبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر إذا أبق فالجعل على صاحب الخدمة لان المنفعة له، فإذا انقضت الخدمة رجع صاحب الخدمة على صاحب الرقبة أو بيع العبد فيه، وإلى أن المأذون المديون لو أبق فأداء الجعل على من يقع الرد له وهو من يستقر الملك له، فإن اختار المولى قضاء دينه كان الجعل عليه، وإن اختار بيعه كان الجعل في الثمن يبتدأ به كما أسلفناه ولا شئ على المشتري، وإلى أن الآبق لو كان حتى خطأ لا في يد الآخذ فإنه على من سيصير له إن اختار المولى فداءه فهو عليه لعود منفعته إليه، وإن اختار دفعه إلى الاولياء فعليهم لعودها إليهم، فلو دفع المولى الجعل وأخذه ثم قضى عليه بدفعه إلى الاولياء فله الرجوع على المدفوع إليه بالجعل، كما لو باعه القاضي في الدين فإن المولى يأخذ جعله الذي دفعه من ثمنه، كذا في المحيط. قيدنا بكونه خطأ لانه لو كان قتل عمدا ثم رده فلا جعل له على أحد. وقيد بكون الجناية لم تكن وهي في يده إذ لو جنى الآبق في يد الآخذ فلا جعل له على أحد، ولو جنى بعد إباقه قبل أن يأخذه فإن قتل فلا شئ له، وإن دفع إلى الولي فعليه الجعل، كذا في المحيط. فجنايته على ثلاثة أوجه كما علمت، وإلى أن العبد

***

[٢٧٣]

المغصوب لو أبق من غاصبه فالجعل على الغاصب. ودل بمفهومه أنه لو رد الموهوب فالجعل على الموهوب له سواء رجع الواهب في الهبة بعد الرد أو لم يرجع لان المالك له وقت الرد المنتفع به إنما هو الموهوب له ولو وهبه للآخذ، فإن كان قبل قبض المولى فلا جعل وإلا فعلى المولى بخلاف ما إذا باعه منه فإن الجعل له مطلقا، كذا في المحيط. قوله: (وأمر نفقته كاللقطة) أي وحكم نفقة الآبق كحكم نفقة اللقطة لانه لقطة حقيقة، فلو أنفق عليه الآخذ بلا أمر القاضي كان متبرعا وبإذنه كان له الرجوع بشرط أن يقول على أن يرجع على الاصح وله أن يحبسه للنفقة الدين، فإن طالت المدة ولم يجئ صاحبه باعه القاضي وحفظ ثمنه كما قدمناه. وأسلفنا أن القاضي لا يؤجره بخلاف اللقطة وأنه يحبسه تعزيرا له بخلاف الضال. وقدر في التتارخانية مدة حبسه بستة أشهر ثم يبيعه بعدها قال: وينفق عليه مدة الحبس من بيت المال. وسيأتي حكم بيع الآبق وهبته في البيوع الفاسدة. وإعتاقه جائز ولو عن كفارة ظهار، ولا تقطع يده بسرقة ثبت عليه حتى يحضر مولاه خلافا لابي يوسف، وإن أجره رجل فالاجر له ويتصدق به وإن دفعه إلى المولى كان له حلالا استحسانا، كذا في التتارخانية والله سبحانه وتعالى أعلم.

***

[٢٧٤]

كتاب المفقود من فقده يفقده فقدا وفقدانا وفقودا عدمه فهو فقيد ومفقود، كذا في القاموس. قوله: (وهو غائب لم يدر موضعه) يعني لم تدر حياته ولا موته فالمدار إنما هو على الجهل بحياته وموته لا على الجهل بمكانه فإنهم جعلوا منه - كما في المحيط - المسلم الذي أسره العدو ولا يدري أحي أم ميت مع أن مكانه معلوم وهو دار الحرب فإنه أعم من أن يكون عرف أنه في بلدة معينة من دار الحرب أو لا. وحاصل ما ذكره المصنف من أحكامه أن له حكمين: حكما في الحال وحكما في المآل فالاصل في الاول أنه حي في حق نفسه حتى لا يورث عنه ماله ولا تتزوج نساؤه، وميت في حق غيره حتى لا يرث من أحد ولا يقسم ماله بين ورثته ما لم يثبت موته ببينة أو يبلغ سنا سيبينه المصنف. وأما الحكم المآلي فهو الحكم بموته بمضي مدة معينة. قوله: (فينصب القاضي من يأخذ حقه ويحفظ ماله ويقوم عليه) لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون، وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له لكن عند الحاجة فلو كان له وكيل ثم فقد ينبغي أن لا ينصب القاضي وكيلا لانه لا ينعزل بفقد موكله إذا كان وكيلا في الحفظ لما في الولوالجية والتجنيس: رجل غاب وجعل داره في يد رجل ليعمرها أو دفع ماله ليحفظه وفقد الدافع فله

أن يحفظه وليس له أن يعمر الدار إلا بإذن الحاكم لانه لعله مات ولا يكون الرجل وصيا اه. أطلق الحق فشمل الاعيان والديون من الغلات وغيرها ما كان في بيته أو عند أمنائه، ولا يخفى أنه يقبض غلاته والديون المقر بها لانه من باب الحفظ فيخاصم في دين وجب بعقده
***
[٢٧٥]
لانه أصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار أو في عروض في يد رجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه إنما هو وكيل في القبض من جهة القاضي، وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف وإنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين، وإذا كان كذلك تضمن الحكم به قضاء على الغائب وأنه لا يجوز إلا إذا رده القاضي وقضى به لانه مجتهد فيه، كذا في الهداية. وأورد عليه أن المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يتوقف نفاذه على إمضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف. أجيب بأن المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أو لا، فإذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف. واستشكله الشارح بأن الاختلاف إنما هو في نفس القضاء وإلا لم يتصور الاختلاف في نفس القضاء فلا ينفذ حكمه إلا بتنفيذ قا ض آخر ولهذا قال الشارح في كتاب القضاء: إن الاصح أنه لا ينفذ إلا بتنفيذ قاض آخر لان الاختلاف في نفس القضاء وتبعه المحقق ابن الهمام هناك لكن ذكر هنا عن الخلاصة أن الفتوى على النفاذ. والحاصل أن في نفاذ القضاء على الغائب روايتين فصححوا في باب المفقود رواية النفاذ وفي كتاب القضاء رواية عدمه لكن وقع الاشتباه بين أهل العصر في المراد بالقاضي على الغائب هل المراد به الاعم من الحنفي وغيره أو المراد غير الحنفي ومنشؤه فهم عبارة الهداية وغيرها هنا حيث قالوا: إذا رآه القاضي نفذ هل المراد أنه رأي له واعتقاد فيخرج الحنفي لانه لا يرى القضاء على الغائب أو المراد إذا رآه القاضي مصلحة فقال في العناية إلا إذا رآه القاضي أي جعل ذلك رأيا له وحكم به. وقال في فتح القدير: أي رأى القاضي المصلحة في الحكم على الغائب أوله اه. وقال الشارحون وصاحب الخلاصة والبزازية في توجيه الجواب عما أورد أن المجتهد فيه نفس القضاء إذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ وهو موافق لما في العناية المقتضي لتخصيص القاضي بغير الحنفي، ومن العجب ما في الخلاصة من نقل الاجماع على نفاذ القضاء على الغائب لو فعل، وإنما الخلاف في أنه هل يقضي وينصب وكيلا عن الغائب أم لا، وستزداد وضوحا في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى. والحاصل أنه لا تسمع الدعوى ولا تقبل البينة فيما لو ادعى إنسان على المفقود دينا أو وديعة أو شركة في عقار أو رقيق أو ردا بعيب أو مطالبة لاستحقاق لعدم الخصم لان منصوب القاضي ليس بخصم، وكذا ورثته لانهم يرثونه بعد موته ولم يثبت، ولم يذكر المصنف بيع شئ من ماله وفي الهداية: ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه
***
[٢٧٦]
القاضي لانه يتعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى، ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها لانه لا ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن. قوله: (وينفق على قريبه ولادا وزوجته) يعني من مال المفقود والاصل فيه أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله في غيبته لان القضاء حينئذ يكون إعانة، وكل من لا يستحقها في حضرته إلا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع. فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمني من الذكور الكبار، ومن الثاني الاخ والاخت والخال والخالة وكل محرم لما قدمناه في النفقات، أطلق في الانفاق من ماله وهو مقيد بالدراهم والدنانير لان حقهم في الملبوس والمطعوم فإذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب، وتقدم في النفقات استثناء الاب فإن له بيع العروض. وفي التتارخانية: ويباع في النفقة ما سوى العقار ولم يقيد بفقرهم لما علم في النفقات أنه لا بد منه إلا الزوجة فإنها تستحق النفقة وإن كان غنية، ولم يبين من تحت يده المال لما قدمه في النفقات أنه إذا كان المال وديعة أو دينا ينفق عليهم منهما إذا كان المودع والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب، وهذا إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي، فإن كانا ظاهرين لا حاجة إلى الاقرار، وإن كان أحدهما ظاهرا الوديعة والدين أو النكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس بظاهر. هذا هو الصحيح، وإن دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما أدى إلى صاحب الحق ولا

إلى نائبه بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضي لان القاضي نائب عنه. وإن كان المودع والمديون جاحدين أصلا أو كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود، وأما إذا نصب القاضي من يخاصم في ذلك فله ذلك كما في التتارخانية، ولم يذكر المصنف أخذ الكفيل منهم لما قدمه أنه يؤخذ كفيلا. قوله: (ولا يفرق بينه وبينها) أي وبين زوجته لقوله عليه السلام في امرأة المفقود إنها امرأته حتى يأتيها البيان وقول علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يتبين موت أو طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك، وعمر رضي الله عنه رجع إلى قول علي ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة لان الغربة تعقب الاوبة والعنة قلما تحل بعد استمرارها سنة.
***

[٢٧٧]

قوله: (وحكم بموته بعد تسعين سنة) لانه الغاية في زماننا والحياة بعدها نادر فلا عبرة للنادر، وقد وقع الاختلاف في هذه واختلف الترجيح فظاهر الرواية وهو المذهب أنه مقدر بموت الاقران في السن لان من النوادر أن يعيش الانسان بعد موت أقرانه فلا ينبغي الحكم عليه، فإذا بقي منهم واحد لا يحكم بموته. واختلفوا في المراد بموت أقرانه فقيل من جميع البلاد، وقيل من بلده وهو الاصح، كذا في الذخيرة. واختار المؤلف التقدير بالتسعين بتقديم التاء على السين تبعا لابن الفضل وهو الارفق كما في الهداية، وفي الذخيرة وعليه الفتوى، وعن أبي يوسف تقديره بمائة سنة واختاره أبو بكر بن حامد، وفي رواية الحسن عن الامام بمائة وعشرين سنة واختاره القدوري، واختار المتأخرون ستين سنة، واختار المحقق ابن الهمام سبعين سنة، واختار شمس الائمة أن لا يقدر بشئ لانه أليق بطريق الفقه لان نصب المقادير بالرأي لا تكون، وفي الهداية أنه الاقيس، وفوضه بعضهم إلى القاضي فأي وقت رأى المصلحة حكم بموته. قال الشارح: وهو المختار. والحاصل أن الاختلاف ما جاء إلا من اختلاف الرأي أي في أن الغالب هذا في الطول أو مطلقا، والعجب من المشايخ كيف يختارون خلاف ظاهر المذهب مع أنه واجب الاتباع على مقلدي أبي حنيفة والامام محمد لم يعتبر السنين وإنما اعتبره المتقدمون بعده، وقال الصدر الشهيد في شرحه: ما قال محمد أحوط كما في التتارخانية ولقد صدق من قال كثرة المقالات تؤذن بكثرة الجهالات ومن الغريب ما نقله في التتارخانية أنه مقدر بثمانين سنة وعليه الفتوى. قوله: (وتعتد امرأته وورث منه حينئذ لا قبله) أي حين حكم بموته بمضي هذه المدة والظرف قيد للحكمين كأنه مات من ذلك الوقت معاينة إذ الحكمي معتبر بالحقيقي وكذا يحكم بعتق مدبريه وأمهات أولاده في ذلك الوقت كما في الحاوي. قوله: (ولا يرث من أحد مات) أي قبل الحكم بموته لان بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة للاستحقاق،
***

[٢٧٨]

ولذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصي لا يستحق الوصية لكن قال محمد: لا أقضي بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود يعني يوقف نصيب المفقود الموصي له به إلى أن يقضي بموته، فإذا قضي بموته جعل كأنه مات الآن. والحاصل أنه حي في مال نفسه فلا يورث ميت في حق غيره فلا يرث. وهذا إذا لم تعلم حياته إلى أن يحكم بموته، وإن علم حياته في وقت من الاوقات يرث من مات قبل ذلك الوقت من أقاربه كما في الحمل لاحتمال أن يكون حيا فيرث، فإن تبين حياته في وقت مات فيه قريبه وإلا يرد الموقوف لاجله إلى وارث مورثه الذي وقف من ماله. قوله: (ولو كان مع المفقود وارث يحجب به لم يعط شيئا وإن انتقص حقه به يعطى أقل النصيبين) بيانه: رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن أو بنت ابن والمال في يد الاجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت البنتان الميراث، يعطيان النصف لانه متيقن به يوقف النصف الآخر ولا يعطى أولاد الابن لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك، ولا ينزع من يد الاجنبي إلا إذا ظهرت منه خيانة بأن كان أنكر أن للميت عنده مالا حتى أقامت البنتان البينة عليه فقضي بها لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فإن حينئذ يؤخذ الفضل الباقي منه ويوضع على يد عدل لظهور خيانته. ولو لم يتصادقوا على فقد الابن فقال الاجنبي الذي في يده المال مات المفقود قبل أبيه فإنه يجبر على دفعه الثلثين للبنتين لان إقراره معتبر

فيما في يده وقد أقر أن ثلثيه للبنتين فيجبر على دفعه لهما، ولا يمنع إقراره قول أولاد الابن أبونا أو عمنا مفقود لانهم بهذا القول لا يدعون لانفسهم شيئا ويوقف الثلث الباقي في يده وتمامه في فتح القدير. وفي البزازية من كتاب الدعوى: مات عن ابنين أحدهما مفقود فزعم ورثة المفقود أنه حي وله الميراث والابن الآخر يزعم موته لا خصومة بينهما لان ورثة المفقود اعترفوا أنهم لاحق لهم في التركة فكيف يخاصمون عمهم؟ اه. قوله: (كالحمل) أي الحمل نظيره في الميراث عند الشك في نصيب الحمل فإنه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى، فلو كان مع الحمل وارث آخر لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه للتيقن به على كل حال، وكذا إذا ترك ابنا وامرأة حاملا تعطى المرأة الثمن، وإن كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى شيئا، وإن كان ممن يتغير يعطى الاقل للتيقن به مثاله: ترك امرأة حاملا وجدة تعطى السدس لانه لا يتغير بها، ولو ترك حاملا وأخا أو عما لا يعطى شيئا لان الاخ يسقط بالابن وجائز أن يكون الحمل ابنا وكان بين أن يسقط ولا يسقط فكان أصل الاستحقاق مشكوكا فيه فلا يعطى شيئا ولو ترك حاملا وأما وزوجة تأخذ الام السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا أخذت الام الثلث أو حيا أخذت المسدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا أخذت الربع والله أعلم.

***

[٢٧٩]

كتاب الشركة أولاها للمفقود لتناسبهما بوجهين: كون مال أحدهما أمانة في يد الآخر كما أن مال المفقود أمانة في يد الحاضر، وكون الاشتراك قد يتحقق في مال المفقود كما لو مات مورثه وله وارث آخر والمفقود حي. والشركة لغة خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما، وما قيل إنه اختلاط النصيبين تساهل فإن الشركة اسم المصدر والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل أشركه شركا فظهر أنها فعل الانسان وفعله الخلط، وأما الاختلاط فصفة للمال تثبت عن فعلهما ليس لها اسم من المادة ولا يظن أن اسمه الاشتراك لان الاشتراك فعلهما أيضا مصدر اشترك الرجلان افتعال من الشركة، كذا في فتح القدير. وذكر أنها بإسكان الراء في المعروف وسكت عن الاول. وفي القاموس: الشرك والشركة بكسرهما وضم الثاني بمعنى. وقد اشتركا وشارك أحدهما الآخر. والشرك بالكسر وكأمير المشارك والجمع أشراك وشركاء اه. وفي التبيين: إطلاق الشركة على العقد مجاز لكونه سببا له. وفي فتح القدير: وركنها في شركة العين اختلاطهما، وفي شركة العقد اللفظ المفيد له ويقال الشركة على العقد نفسه، فإذا قيل شركة العقب الاضافة فهي إضافة بيانية. وشرعيتها بالكتاب والسنة والمعقول، أما الكتاب فقوله تعالى * (فهم شركاء في الثلث) * (النساء: ١٢) وهو خاص بشركة العين. وأما السنة فما في سنن أبي داود عن السائب أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم: كنت شريكي في الجاهلية كما في فتح القدير. وفي المحيط: شرط جوازها كون الواحد قابلا للشركة وحكمها في شركة الملك صيرورة المجتمع من النصيبين مشتركا بينهما وفي شركة العقد صيرورة المعقود عليه أو ما يستفاد به مشتركا بينهما. قوله: (شركة الملك أن يملك اثنان عينا إرثا أو شراء) بيان للنوع الاول منها، وقوله إرثا أو شراء مثال لا قيد فلا يرد أن ظاهره القصر عليهما مع أنه لا

***

[٢٨٠]

يقتصر عليهما بل تكون فيما إذا ملكاها هبة أو صدقة أو استيلاء بأن استوليا على مال حربي أو اختلاطا كما إذا اختلط مالهما من غير صنع من أحدهما أو اختلط بخلطهما خلطا يمنع التمييز أو يتعسر كالحنطة مع الشعير. والحاصل أنها نوعان: جبرية واختيارية، فأشار إلى الجبرية بالارث وإلى الاختيارية بالشراء كما في المحيط. وذكر أن من الاختيارية أن يوصي لهما بمال فيقبلان، وظاهر قولهم عينا يدل على إخراج الدين فقيل إن الشركة فيه مجاز لانه وصف شرعي لا يملك، وقد يقال بل يملك شرعا وقد جازت هبته ممن عليه الدين ودفع بأنها مجاز عن الاسقاط ولذا لم تجز من غير من عليه الدين. وفي فتح القدير: والحق ما ذكروا من ملكه ولذا ملك ما عنه من العين على الاشتراك حتى إذا دفع من عليه الدين إلى أحدهما كان للآخر الرجوع عليه بنصف ما أخذ، وليس له أن يقول هذا الذي أخذته حصتي وما بقي على المديون حصتك، ولا يصح من المديون أيضا أن يعطيه شيئا على أنه قضاه وأخر الآخر، وسيأتي في الصلح أن من الحيلة في اختصاص الآخذ بما أخذ دون شريكه أن يهبه من عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته، فلو قال المصنف أن يملك متعدد عينا أو دينا لكان أولى. قوله: (وكل أجنبي في قسط صاحبه) أي وكل واحد من الشريكين ممنوع من التصرف في

نصيب صاحبه لغير الشريك إلا بإذنه لعدم تضمنها الوكالة، والقسط بالكسر الحصة والنصيب، كذا في القاموس. ولم يذكر المصنف حكم بيع أحدهما حصته وحكم الانتفاع بها بلا بيع، أما الاول فقالوا: يجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير إذنه إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز إلا بإذنه. والفرق أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء بأن اشتريا حنطة أو ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل منهما نصيبه شائعا جائز من الشريك والاجنبي بخلاف ما إذا كانت بالخلط أو الاختلاط كان كل حبة مملوكة بجميع أجزائها ليس للآخر فيها شركة، فإذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه إلا مخلوطا بنصيب الشريك فيتوقف على إذنه بخلاف بيعه من الشريك
***
[٢٨١]
للقدرة على التسليم والتسلم. والظاهر أن البيع ليس بقيد بل المراد الاخراج عن الملك بهبة أو وصية أو صدقة أو إمهار أو بدل خلع، وسيأتي بيان إجارة المشترك في قوله فيها وفسد إجارة المشاع إلا من الشريك. وأما الثاني ففيه تفصيل، ففي الدابة المشتركة لا يركبها بغير إذن شريكه، وفي البيت له أن يسكن كله في غيبة شريكه وكذا الخادم، ولا يلزمه أجرة حصة شريكه، ولو كانت الدار معدة للاستغلال وفي الارض له أن يزرعها كلها على المفتي به إن كان الزرع ينفعها، فإذا جاء شريكه زرعها مثل تلك المدة، وإن كان الزرع ينقصها أو الترك ينفعها فليس له أن يزرعها، وفي الكيلي والوزني له أن يعزل حصته بغيبة شريكه وينتفع بها ولا شئ عليه إن سلم الباقي، فإن هلك قبل التسليم إلى شريكه هلك عليهما، وتمامه في جامع الفصولين من الفصل الثالث والثلاثين من الانتفاع بالمشترك. وفي الخانية: ولو كان بينهما شركة في مال خلطاه ليس لواحد منهما أن يسافر بالمال بغير إذن الشريك، فإن سافر به فهلك، فإن كان له حمل ومؤنة ضمن، وإن لم يكن له حمل ومؤنة لا يضمن اه. وفي الظهيرية: ولو قال لآخر ما اشتريت اليوم من أنواع التجارات فهو بيني وبينك وقال الآخر نعم فهو جائز، وكذلك لو قال كل واحد منهما لصاحبه ذلك لان هذه شركة في الشراء والشركة في الشراء جائزة، وليس لاحد منهما أن يبيع حصة الآخر مما اشترى إلا بإذن صاحبه لانهما اشتركا في الشراء لا في البيع، ولو اشترى رجل عبدا فقال له رجل اشكرني
***
[٢٨٢]
فيه فأشركه ثم جاء آخر فقال أشركني فيه فأشركه، فإن كان الثاني يعلم بمشاركة الاول إياه فله ربع جميع العبد لانه طلب منه الاشتراك في نصيبه ونصيبه النصف، وإن كان الثاني لم يعلم بمشاركة الاول إياه فله نصف جميع العبد لانه طلب منه الاشتراك في كل العبد فيكون طالبا للنصف، ولو كان بين رجلين عبد فقال أحدهما الثالث أشركتك في هذا العبد ولم يجز صاحبه صار نصيبه بينهما نصفين، ولو كان مكان الشركة بيع بأن باع نصف العبد المشترك نفذ البيع في جميع نصيبه لان في الاولى نصا على الشركة ولو صار جميع نصيبه له لا تحقق الشركة ولا كذلك البيع. رجل اشترى حنطة وطحنها فأشرك في طحنها رجلا، فإن طحنها بنفسه فعلى الذي أشركه فيه نصف الثمن لا غير، وإن استأجر رجلا ليطحنها فعلى الذي أشركه نصف الثمن ونصب أجر الطحن لانه يجعله شريكا فيه بنصف ما قام عليه وقد قام عليه بهذا القدر فيقضي عليه بنصفه اه. ولا يصح أن يشرك فيما اشتراه قبل القبض، وإن كان بعده فهو بينهما على السواء، وإن أشرك فيه اثنين كان بينهم أثلاثا، وإذا لم يعرف الدخيل مقدار الثمن جاز وله الخيار ولو قال لك شركة يا فلان فعند أبي يوسف بينهما نصفان، وأبطله محمد. قال أشركت فلانا في نصف هذا العبد فله الربع قياسا والنصف استحسانا، ولو اشتريا عبدا أشركا فيه آخر فإن أشركاه على التعاقب فله النصف ولهما النصف، وإن أشركاه معا فله الثلث استحسانا لان الاشراك يقتضي المساواة، وإن أشركه أحدهما في نصيبه ونصيب صاحبه، فإن أجاز صاحبه فله النصف وللشريكين النصف وتمامه في المحيط من باب من يشتري شيئا فيشرك فيه غيره. قوله: (وشركة العقد أن يقول أحدهما شاركتك في كذا ويقبل الآخر) بيان للنوع الثاني ومقصوده بيان ركنها من الايجاب والقبول الدالين عليها لا خصوص شاركتك لانها عقد من العقود فينعقد بما يدل عليه، ولهذا لو دفع ألفا إلى رجل وقال أخرج مثلها واشتر وما كان من ربح فهو بيننا وقبل الآخر وأخذها وفعل انعقدت الشركة. وقوله في كذا أي في شئ لان كذا نابة عن الشئ، كذا في القاموس. وذلك الشئ أعم من أن يكون خاصا كالبز والبقل أو عاما كما إذا شاركه في عموم التجارات، وتخصيص

العموم بالمفاوضة والخصوص بالعنان كما في فتح القدير لا وجه له لان العنان قد تكون عامة أيضا ولذا قال في البزازية: شركة العنان عامة بأن يشتركا في أنواع التجارات كلها وخاصة وهو أن يشتركا في شئ

***

[٢٨٣]

واحد كالثياب والرقيق اه. وفي التتارخانية: من شرائط المفاوضة أن تكون عامة في عموم التجارات. إليه أشار محمد في الكتاب، وذكر شيخ الاسلام في آخر باب شركة المفاوضة أنها تجوز في نوع خاص أيضا اه. ويندب الاشهاد عليها، وذكر محمد كيفية كتابتها فقال: هذا ما أشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى وأداء الامانة، ثم يبين قدر رأس مال كل منهما ويقول وذلك كله في أيديهما يشتريان ويبيعان جميعا وشتى ويعمل كل منهما برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة. وهذا وإن ملكه كل بمطلق عقد الشركة إلا أن بعض العلماء يقول لا يملكه واحد منهما إلا بالتصريح به فللتحرز عنه يكتب هذا ثم يقول: فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رؤس أموالهما، وما كان من وضيعة أو تبعة فكذلك. وحاصل ما ذكره المصنف في شركة العقد أنها مفاوضة وعنان وتقبل ووجوه، وذكر الشارح رحمه الله أنها ستة باعتبار أنها شركة بالمال وشركة بالاعمال وشركة الوجوه، وكل ينقسم إلى قسمين: مفاوضة وعنان وهو الاوجه وهو المذكور للشيخين الطحاوي والكرخي رحمهما الله، ولان الاول يوهم أن الاخيرين لا يكونان مفاوضة ولا عنانا قوله: (وهي مفاوضة إن تضمنت وكالة وكفالة وتساويا مالا وتصرفا ودينا) بيان للنوع الاول من النوع الثاني. قال في القاموس: المفاوضة الاشتراك في كل شئ والمساواة اه. ولذا قال في الهداية: لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الاطلاق إذ هي من المساواة قال قائلهم: لا يصلح الناس فوضى لا سراه لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا أي متساويين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك بالمال والمراد به ما تصح الشركة فيه، ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح فيه الشركة، وكذا في التصرف لانه لو ملك أحدهما تصرفا لا يملكه الآخر فات التساوي وكذا في الدين اه. وفي فتح القدير: قوله إذ هي من المساواة تساهل إذ هي مادة أخرى فكيف يتحقق الاشتقاق، بل هي من التفويض أو من الفوض الذي منه فاض الماء إذا عم وانتشر، وإنما أراد أن معناها المساواة. وظاهر كلام المصنف أنه لا يشترط التنصيص على المفاوضة فإن صرحا بها ثبت أحكامها إقامة للفظ مقام المعنى لانه صار علما على تمام المساواة في أمر الشركة، وإن لم يذكراها فلا بد أن يذكر إتمام معناها بأن يقول أحدهما وهما حران بالغان مسلمان أو ذميان شاركتك في جميع ما أملك من نقد وقدر ما تملك على وجه التفويض العام من كل منا للآخر في التجارات والنقد والنسيئة. وعلى أن كلا ضامن عن الآخر ما يلزمه من أمر كل بيع. وقدمنا أنها تصح خاصة أيضا لكن

***

[٢٨٤]

قوله أن تضمنت وكالة زائد لانه لا يخص المفاوضة لان كل عقد شركة يتضمنها ولا تصح إلا بها. والمراد إنما هو بيان خصائصها ولذا ذكر في المحيط أن حكمها صيرورة كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في التجارة في النصف، وإذا كان لاحدهما دنانير وللآخر دراهم أو لاحدهما سود وللآخر بيض جازت المفاوضة إذا استوت قيمتها في ظاهر الرواية لانهما متحدا الجنس من حيث المعنى، وروى الحسن أنه لا يجوز لان المساواة بينهما لا تعرف إلا بالقيمة وهي مجهولة، وإن تفاضلا في القيمة لا تجوز المفاوضة في ظاهر الرواية، كذا في المحيط قوله: (فلا تصح بين حر وعبد وصبي وبالغ) تفريع على اشتراط المساواة في التصرف لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما إلا بإذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف إلا بإذن الولي. أطلق العبد فشمل المكاتب وأشار إلى أنها لا تصح بين العبدين والمكاتبين والصبيين لان الصبيين ليسا أهلا للكفالة ولو بإذن الولي، وأما العبدان وإن كانا أهلا لها بإذن المولى لكن يتفاضلان فيها لانهما يتفاوتان في القيمة وقضية المفاوضة صيرورة كل واحد منهما كفيلا بجميع ما لزم صاحبه ولم يتحقق، كذا في المحيط قوله: (ومسلم وكافر) أي لا تصح بينهما لعدم المساواة في الدين وهذا قولهما. وقال أبو يوسف: تجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فإنها جائزة، ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية إلا أنه يكره لان الذمي لا يهتدي إلى الجائز من العقود. ولهما أنه لا تساوي في التصرف فإن الذمي لو اشترى برأس المال خمورا أو خنازير صح ولو اشتراها المسلم لا يصح. أطلق الكافر فشمل المرتد ولذا قال في المحيط: شارك المسلم المرتد مفاوضة أو

عنانا لم تجز عند أبي حنيفة إن قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وإن أسلم جازت. وعندهما تجوز العنان دون المفاوضة وإن شارك المسلم مرتدة صحت عنانا لا مفاوضة، وينبغي أن تجوز المفاوضة عند أبي يوسف وتكره لان تصرفات المرتدة نافذة بالاجماع فساوت المسلم في التجارات وضمانها كالمسلم مع الذمي عنده. لهما أنها وإن ساوت المسلم في التجارات لكنها أدون من المسلم في بعض ما يستفاد بالتجارة فإن المرتدة لو اشترت عبدا مسلما أو مصحفا فإنه لا يبقى بيدها ولا يقر على ملكها بخلاف المسلم، وغير المتقرر لا يساوي المتقرر. وقيد بالمسلم والكافر لانها تجوز بين الذميين وإن كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا لاستوائهما في التجارة وضمانها لان الكتابي لو أجر نفسه للذبح يطالب به المجوسي وإن كان لا يقدر على الذبح بنفسه لانه يقدر عليه بالمعين أو الاجير، وهذا المجوسي لو آجر نفسه للذبح صح كالقصار مع الخياط إذا تفاوضا صار كل واحد منهما مطالبا بما على الآخر لانه يقدر عليه بمعين أو أجير. كذا في المحيط. ولو ارتد أحد المتفاوضين بطلت المفاوضة أصلا وقالا: تصير عنانا، كذا في
***
[٢٨٥]
التتارخانية معزيا إلى السراجية. وذكر قبله أنها موقوفة عنده وأنه يكره للمسلم أن يشارك الذمي اه. يعني شركة عنان. وفي الهداية: وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان إذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما اه. قال في النهاية: بخلاف المفاوضة فإنها عام لا غير اه. وفيه ما علمت سابقا. قوله: (وما يشتريه كل يقع مشتركا الاطعام أهله وكسوتهم) لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف فكان شراء أحدهما كشرائهما إلا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فإن الحاجة الراتبة معلومة الوقوع فلا يمكن إيجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله. ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة، والقياس أن يكون على الشركة لما بينا. أراد بالمستثنى ما كان من حوائجه فشمل شراء بيت للسكنى أو الاستئجار للسكنى أو للركوب لحاجته كالحج وغيره، وكذا إلا دام والجارية التي يطؤها بإذن الشريك فليس الكل على الشركة لما ذكرنا وإنما استثنى الطعام وما معه من الشركة دون الضمان لانه وإن لم يكن على الشركة فالآخر كفيل عنه حتى كان لبائع الطعام والكسوة له ولعياله أن يطالب الآخر ويرجع الآخر بما أدى على المشتري. وإنما قيدنا في الجارية بإذن الشريك لانه لو اشتراها للوطئ أو للخدمة لنفسه بغير إذن شريكه فهي على الشركة كما في المحيط وسنبينه في آخر الباب. وفي المحيط: لو اشتريا بالمالين شيئين صفقتين فلكل واحد منهما على صاحبه نصف رأس ماله دينا عليه لان كل واحد صار مشتريا النصف لنفسه والنصف لصاحبه بحكم الوكالة ولا يلتقيان قصاصا لان صفة المالين مختلفة بخلاف ما لو اشتريا بالمالين شيئين صفقة واحدة فإنه لا يرجع واحد منهما على صاحبه بشئ لان كل واحمنهما لم يصر وكيلا عن صاحبه في ذلك وتمامه فيه قوله: (وكل دين لزم أحدهما بتجارة وغصب وكفالة لزم الآخر) لانه كفيل فدخلت تحت التجارة ثمن المشتري في البيع الجائز وقيمته في الفاسد، سواء كان مشتركا أو لنفسه، وأجرة ما استأجره، سواء كان استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة. والمراد بالغصب ما يشبه ضمان التجارة فيدخل ضمان الاستهلاك والوديعة المجحودة أو المستهلكة، وكذا العارية لان تقرر الضمان في هذه المواضع يفيد له تملك الاصل فيصير في معنى التجارة، وأما لزوم صاحبه بكفالته فهو قول الامام. وقالا: لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والمجنون والعبد المأذون والمكاتب، ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس. ولابي حنيفة أنه تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي عن المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المفاوضة، وبالنظر إلى الابتداء لم يصح ممن ذكره وصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداء وانتهاء. أما الاقراض فعن أبي حنيفة أنه يلزم صاحبه ولو سلم فهو إعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا
***
[٢٨٦]
يصح فيه الاجل فلا تحقق مفاوضة، كذا في الهداية. وفي المحيط: لو استقرض أحدهما لزم الآخر في ظاهر الرواية وليس لاحدهما الاقراض في ظاهر الرو، ولو كانت الكفالة بغير أمره لم يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة، ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وهو الكفالة بأمر المكفول عنه. وقيد بالثلاث احترازا عن أرش الجنايات على بني آدم والمهر في النكاح وبدل الخلع

والصلح عن دم العمد وعن النفقة لان هذه الاشياء لا يصح فيها الاشتراك بخلاف الثلاثة فإنه يصح فيها الاشتراك وإن لم تكن على الشركة كطعام أهله. وفي القاموس: التاجر الذي يبيع ويشتري والجمع تجار وتجار وتجر وتجر كرجال وعمال وصحب وكتب وقد تجر تجرا وتجارة اهـ. ولو قال المصنف وكل شئ دون أن يقول كل دين لكان أولى ليشمل ما إذا آجر أحد المتفاوضين عبدا فإن للمستأجر مطالبة الآخر بتسليم العبد كما أن للآخر أخذ الاجرة بخلاف ما إذا آجر عبدا من ميراث أو شيئا له خاصة ليس لشريكه أخذ الاجرة ولا للمستأجر مطالبته بتسليم المستأجر. والفرق أن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في قبض الديون الواجبة في التجارة وكفيل بما وجب عليه بسبب التجارة وإجارة العبد من تجارتهما من باب التجارة فصار كل واحد مطالبا ومطالبا، فأما إجارة عبد له خاصة خرجت عن المفاوضة للضرورة بخلاف ما لو أجر أحدهما نفسه لان منافعه داخلة تحت المفاوضة، ولا تبطل المفاوضة إذا آجر عبد الميراث وإن كانت الاجرة نقدا إلا إذا قبضها لان الدين لا تصح الشركة فيه، كذا في المحيط. وأطلق في لزوم الثلاثة فشمل ما إذا لزم أحدهما بإقراره فإنه يكون عليهما لانه أخبر عن أمر يملك استئنافه، كذا في المحيط. إلا إذا أقر لمن لا تقبل شهادته له فإنه يلزمه خاصة كأصوله وفروعه وامرأته. وعندهما يلزم شريكه أيضا إلا لعبده ومكاتبه. ولو أقر لمعتدته المبانة لم يصح عند أبي حنيفة، وروى الحسن أنه يصح بناء على أنه لا تقبل شهادته لمعتدته في ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن تقبل ولو أعتق أم ولده ثم أقر لها بدين يلزمهما وإن كانت في عدته بخلاف المبانة المعتدة. والفرق أن شهادته لام ولده المعتقة جائزة بخلاف المعتدة عن نكاح وتمامه في المحيط. وإذا باع أحد المتفاوضين من صاحبه ثوبا من شريكه ليقطعه قميصا لنفسه جاز بخلاف ما إذا باع أحدهما من صاحبه شيئا من الشركة لاجل التجارة حيث لا يجوز، وكذلك لو باع جارية ليطأها أو طعاما ليجعله رزقا لاهله جاز البيع، كذا في الظهيرية. وهذا يستثنى من قوله ما لزم أحدهما بالتجارة لزم الآخر فإن المشتري من شريكه في صورة جواز البيع لزمه الثمن ولم يلزم شريكه فيقال إلا إذا كان الدائن الشريك كما لا

***

[٢٨٧]

يخفى. وأشار المصنف بلزوم الانواع الثلاثة إلى أن الدعوى إذا وقعت على أحدهما فأراد المدعي استحلاف الآخر فإن له ذلك. قال الولوالجي في فتا واه: لو ادعى على أحد المتفاوضين فجحد فاستحلف فأراد المدعي استحلاف الآخر فإن القاضي يستحلفه على علمه لان الدعوى على أحدهما دعوى عليهما، ولو ادعى عليهما شيئا كان له أن يستحلف كل واحد منهما ألبتة لان كل واحد منهما يستحلف على فعل نفسه فأيهما نكل عن اليمين يمضي الامر عليهما لان إقرار أحدهما كإقرارهما، ولو ادعى على أحدهما وهو غائب كان له أن يستحلف الحاضر على علمه لانه فعل غيره، فإن حلف ثم قدم الغائب كان له أن يستحلفه ألبتة لانه يستحلفه على فعل نفسه. ولو ادعى رجل على أحد المتفاوضين جراحة خطأ لها أرش واستحلفه ألبتة فحلف ثم أراد أن يستحلف شريكه لم يكن له ذلك، وكذلك المهر والخلع والصلح عن دم العمد لان هذه الاشياء غير داخلة تحت الشركة فلا يكون فعل أحدهما كفعلهما اهـ. وشمل قوله بتجارة مهر المشتراة الموطوءة إذا استحقت. قال في الظهيرية: وإذا وطئ أحد المتفاوضين الجارية المشتراة ثم استحقت الجارية فللمستحق أن يأخذ أيهما شاء بالعقر وليس ذلك كالمهر في النكاح لان العقر ههنا وجب بسبب التجارة بخلاف المهر اهـ. ولو قال المصنف بعد هذه الكلية وكل شئ ثبت لاحدهما بتجارة ونحوها فللآخر قبضه والمطالبة به لكان أفود لما في الظهيرية: فإن باع أحد المتفاوضين أو أدان رجلا أو كفل له رجل بدين أو غصب مالا فلشريكه الآخر أن يطالب وكل شئ هو لاحدهما خاصة إذا باعه لم يكن لشريكه أن يطالب بالثمن ولا للمشتري أن يطالب الشريك بتسليم المبيع. قوله: (وبطلت أن وهب لاحدهما أو ورث ما تصح فيه الشركة) أي المفاوضة لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال إذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء، وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما أصابه لانعدام السبب في حقه إلا أنها تنقلب عنانا للامكان فإن المساواة ليست شرطا فيها ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم، وسيأتي أن ما تصح فيه الدراهم والدنانير والفلوس النافقة. وأراد بالهبة الهبة مع القبض والصدقة كالهبة، وكذا الوصية، وكذا لو زادت قيمة دراهم أحدهما البيض على دراهم الآخر السود أو دنانيره قبل الشراء. قيد بالزيادة في القدر احترازا عن الزيادة في القيمة فإنها على ثلاثة أوجه: فإن حصل الفضل قبل الشراء بالمالين فسدت، وإن حصل الفضل بعد الشراء بالمالين وبعد التسليم إلى البائع لا تفسد المفاوضة، وإن حصل بعد الشراء بالمالين وقبل التسليم إلى البائع لا تفسد استحسانا. وإن حصل الشراء بأحد المالين ثم فضل أحد المالين، فإن فضل المال الذي حصل

به الشراء لا تفسد المفاوضة،
***
[٢٨٨]
وإن فضل المال الذي لم يحصل به الشراء فسدت. والفرق أنه في القدر إنما هو فضل أحدهما صاحبه فيما يصلح رأس مال المفاوضة، فإن المشتري بينهما على الشركة ولاحدهما زيادة دراهم بخلاف الزيادة من حيث القيمة بعد الشراء فإنها حصلت في مال الغير لا في مال أحدهما فلم يفت التساوي في مالهما، كذا في المحيط قوله: (لا العرض) أي لا تبطل بملك العرض لانه لا تصح فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه، ولو قال لا ما لا تصح فيه لكان أولى ليدخل العقار والديون فإنها لا تبطل بهما إلا إذا قبض الديون قوله: (ولا تصح مفاوضة وعنان بغير النقدين والتبر والفلوس) وقال مالك: تجوز بالعروض والمكيل والموزون أيضا إذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على رأس مال معلوم فأشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباها لما فيها من ربح ما لم يضمن فيقتصر على مورد الشرع. ولنا أنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن لانه إذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته إذ هي لا تتعين فكان ربح ما ضمن، ولان أول التصرف في العرض البيع وفي النقود الشراء وبيع أحدهما ما له على أن يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز، وشراء أحدهما شيئا بماله على أن يكون المبيع بينه وبين غيره جائز. وجعل المصنف التبر كالنقدين رواية كتاب الصرف بناء على أنه لا يتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم. وفي الجامع الصغير: لا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة ومراده التبر، فعلى هذه ا لرواية التبر سلعة ويتعين بالتعيين فلا يصلح رأس مال في المضاربات والشركات. وصححه في الهداية لانها وإن خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا يصرف إلى شئ آخر ظاهرا إلا أن يجري التعامل باستعمالها ثمنا فينزل التعامل بمنزلة الضرب فتكون ثمنا وتصلح رأس المال اه‍. فيحمل ما في الكتاب على ما إذا جرى التعامل باستعمال التبر ثمنا وهو أولى من حمله على الرواية الضعيفة. والتبر ما ليس بمضروب من الفضة والذهب. وأطلق الفلوس وأراد بها الرائجة لانها تروج رواج الاثمان فألحقت بها قالوا: هذا قول محمد لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين، ولا يجوز بيع اثنين بواحد بأعيانهما على ما عرف. أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة. وروي عن أبي يوسف مثل قول محمد والاول أقيس وأظهر، والاصح أنها جائزة بالفلوس عندهما أيضا لانها أثمان باصطلاح الكل فلا تبطل ما لم يصطلح على ضده، ذكره الاسبيجابي. ولذا اختاره في الكتاب. وشمل قوله بغير
***
[٢٨٩]
النقدين المكيل والموزون والمعدود المتقارب، ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط لانها عروض محضة، وكذا إن خلطا ثم اشتركا عند أبي يوسف فلكل منهما متاعه بحصة ربحه ووضيعته. وعند محمد تصح وتصير شركة عقد إذا كان المخلوط جنسا واحدا. وثمرة الاختلاف تظهر في اشتراط التفاضل في الربح فعند أبي يوسف لا تصح، وعند محمد تلزم، وقول أبي يوسف هو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة لانه يتعين بالتعيين فكان عرضا محضا. ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق. والفرق لمحمد أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال، ومن جنسين من ذوات القيم فتتمكن الجهالة كما في العروض، وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط سيأتي في كتاب الوديعة. ولم يقيد المصنف المال بالحضرة ولا بد منه. قال في القنية: عقدا شركة عنان بالدنانير ورأس مال أحدهما غائب لا تصح، ولو دفعه بعد الافتراق عن المجلس ليشتري الشريك بالمالين على ذلك العقد تنعقد الشركة بالدفع اه‍. وفي البزازية: لا تصح بمال غائب أو دين ولا بد من أن يكون المال حاضرا مفاوضة كانت أو عنانا. وأراد عند عقد الشراء لا عند عقد الشركة فإنه لو لم يوجد عند عقدها تجوز ألا ترى أنه لو دفع إلى رجل ألفا وقال اخرج مثلها أو اشتر بها وبع والحاصل بيننا أنصافا ولم يكن المال حاضرا وقت الشركة فبرهن المأمور على أنه فعل ذلك وأحضر المال وقت الشراء جاز اه‍. وفي الذخيرة: إذا قال لغيره اقرضني ألفا أتجر بها ويكون الربح بيننا فأقرضه ألفا فاتجر بها وربح فالربح كله للمستقرض لا شكرة للمقرض فيه، ولو دفع إلى رجل ألفا وقال اشتر بها بيني وبينك نصفين والربح لنا والوضيعة علينا فهلك المال قبل أن يشتري فلا ضمان عليه، وهذا ليس بقرض وإنما هو شركة، ولو اشترى بالمال ثم هلك المال فعلى الآمر ضمان نصف المال وعلى المشتري نصف ذلك اه‍. قوله: (ولو باع كل عرضه بنصف

عرض الآخر وعقد الشركة صح) بيان للحيلة في صحة الشركة بالعروض فإن فساده بها ليس لذاتها بل للازم الباطل من أمرين: أحدهما لزوم ربح ما لم يضمن. والثاني جهالة رأس مال كل منهما عند القسمة، وكل منهما منتف في هذه الصورة فيكون كل ما يربحه الآخر ربح ما هو مضمون عليه ولا تحصل جهالة في رأس مال كل منهما عند القسمة حتى يكون ذلك بالحرزفتقع الجهالة لانهما مستويان في المال شريكان فيه فبالضرورة يكون كل ما يحصل بينهما نصفان. وفي قوله وعقد الشركة إشارة إلى أن بالبيع صارت شركة ملك حتى لا يجوز لكل واحد أن يتصرف في نصيب الآخر، ثم بالعقد بعده صارت شركة عقد فيجوز لكل منهما أن يتصرف في نصيب صاحبه، كذا في التبيين.

***

[٢٩٠]

وصرح في الهداية بأن هذا شركة ملك، وفي فتح القدير إنه مشكل، ولعله فهم أن الاشارة عائدة إلى الكل وليس كذلك وإنما هي عائدة إلى البيع فقط. وأطلق في قيمة مبتاعيهما وقيده في الهداية بأن تستوي القيمتان، ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة. وأوضحه في النهاية بأن تكون قيمة عرض أحدهما أربعمائة وقيمة عرض الآخر مائة فإنه يبيع صاحب الاقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله أخماسا ويكون الربح كله بينهما على قدر رأس ماليهما اهـ. ورده في التبيين بأن هذا الحمل غير محتاج إليه لانه يجوز أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر وإن تفاوتت قيمتهما حتى يصير المال بينهما نصفين، وكذا العكس جائز وهو ما إذا كانت قيمتهما متساوية فباعاه على التفاوت بأن باع أحدهما ربع ماله بثلاثة أرباع مال الآخر. فعلم بذلك أن قوله باع نصف ماله بنصف مال الآخر وقع اتفاقا أو قصدا ليكون شاملا للمفاوضة والعنان لان المفاوضة شرطها التساوي بخلاف العنان. وقوله بنصف عرض الآخر وقع اتفاقا لانه لو باعه بالدراهم ثم عقد الشركة في العرض الذي باعه جاز أيضا اهـ. وفي الذخيرة: وعلى هذا لو كان عبد بين رجلين اشتركا فيه شركة عنان أو مفاوضة جاز اهـ. وفي المحيط: رجلان لكل واحد منهما طعام فاشتركا بماليهما وخلطاهما واحدهما أجود من الآخر فالشركة جائزة والثمن بينهما نصفان لان هذا يشبه البيع حين خلطه على أنه بينهما. وقال في موضع آخر نص في هذا الكتاب: يقسم الثمن على قيمة الجيد وقيمة الردئ يوم باعا اهـ. هذا يقتضي أن تكون شركة ملك لا عقد. قوله: (وعنان أن تضمنت وكالة فقط) بالرفع عطف على مفاوضة بيان للنوع الثاني من شركة العقد. وفي القاموس إنها على وزن كتاب في الشركة أن يكون في شئ خاص دون سائر مالهما أو هو أن يعارض رجلا بالشراء فيقول اشركني معك أو هو أن يكونا سواء في الشركة لان عنان الدابة طاقتان متساويتان اهـ. وإنما انعقدت على الوكالة لتحقيق مقصوده كما بينا. ومعنى قوله فقط أنها لا تنعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعتراض يقال عن له أي اعترض، وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ فظاهر كلامه أنهما لو عقداها على الكفالة لا تكون عنانا لكنه مقيد بما إذا كانت باقي شروط

***

[٢٩١]

المفاوضة متوفرة فحينئذ تكون مفاوضة، وإن لم تكن متوفرة ينبغي أن تكون عنانا، وأن يكون معنى قولهم لا تنعقد على الكفالة أن ذكر الكفالة فيها ليس بشرط لا أن عدم ذكرها شرط لكن في فتح القدير: ثم هل تبطل الكفالة؟ يمكن أن يقال تبطل لان العنان معتبر فيها عدم الكفالة، ويمكن أن يقال لا تبطل لان المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها فتصح عنانا، ثم كفالة الآخر زيادة على نفس الشركة كما أنها تكون عنانا مع العموم باعتبار أن الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا اعتبار عدم العموم إلا أن الاول قد يرجح بأن هذه الكفالة لمجهول فلا تصح إلا ضمنا، فإذا لم تكن مما تضمنها الشركة لم يكن ثبوتها إلا قصدا فلا تصح اهـ. وفي البزازية: ولكونها لا تقتضي الكفالة تنعقد ممن ليس بأهل للكفالة بأن كان أحدهما صبيا مأذونا في التجارة أو كلاهما أو أحدهما معتوها يعقل البيع والشراء أو كلاهما أو أحدهما مأذونا اهـ. وأطلقها فشمل ما إذا كانت خاصة أو عامة، وما إذا كانت مطلقة عن التقييد بوقت أو مقيدة به لانها مبنية على الوكالة وهي تصح عاما وخاصا مطلقا وموقتا فكذا الشركة. وهل تتوقت هذه الشركة بالوقت؟ روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنها تتوقت حتى لا تبقى الشركة بعد مضي الوقت. وقال الطحاوي: هذه الرواية مما لا تكاد تصح على ما روي عنهم في الوكالة أن من وكل رجلا بشراء عبد أو ببيعه اليوم لا تتوقت الوكالة باليوم، فإذا لم تتوقت الوكالة لا تتوقت الشركة ضرورة. وقال

غيره من مشايخنا بأن هذه الرواية صحيحة في الشركة فصارت الشركة والوكالة على الروايتين في رواية يتوقتان لانهما يقبلان الخصوص في النوع فيقبلان التوقيت بالوقت، وفي رواية لا يتوقتان لان ذكره قد يكون لقصرهما عليه وقد يكون لاستعجال العمل فيما لا يحتاج إلى التوقيت وهما ثابتان للحال بيقين ووقع الشك في ارتفاعهما بمضي الوقت فلا يرتفعان بالشك ولهذا لا يتوقت الاذن، كذا في المحيط. قوله: (وتصح مع التساوي في المال دون الربح وعكسه) وهو التفاضل في المال والتساوي في الربح. وقال زفر والشافعي: لا يجوز لان التفاضل فيه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان إذ الضمان
***
[٢٩٢]
بقدر رأس المال لان الشركة عندهما في الربح كالشركة في الاصل ولهذا يشترطان الخلط فصار ربح المال بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك في الاصل. ولنا قوله عليه السلام الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة، وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى أو أكثر عملا فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل. قيد بالشركة في الربح لان اشتراط الربح كله لاحدهما غير صحيح لانه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضا إلى قرض باشتراطه للعامل أو إلى بضاعة باشتراطه لرب المال، وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث إنه يعمل في مال الشريك، ويشبه الشركة اسما وعملا فإنهما يعملان معا فعملنا بشبه المضاربة، وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة حتى لا تبطل باشتراط العمل عليهما. وقد أطلق المصنف تبعا للهداية جواز التفاضل في الربح مع التساوي في المال، وقيده في التبيين وفتح القدير بأن يشترطا الاكثر للعامل منهما أو لاكثرهما عملا، أما إن شرطاه للقاعد أو لاقلهما عملا فلا يجوز، ولم يشترط المصنف لاستحقاق الربح المشروط اجتماعهما على العمل لانه غير شرط لتضمنها الوكالة ولذا قال في البزازية: اشتركا وعمل أحدهما في غيبة الآخر فلما حضر أعطاه حصته ثم غاب الآخر وعمل الآخر فلما حضر الغائب أبى أن يعطيه حصته من الربح، إن كان الشرط أن يعملا جميعا وشتى فما كان من تجارتهما من الربح فبينهما على الشرط عملا أو عمل أحدهما، فإن مرض أحدهما ولم يعمل وعمل الآخر فهو بينهما. وفي المحيط: ثم المسألة على ثلاثة أوجه: الاول أن يشترطا العمل عليهما والربح بينهما نصفين والوضيعة على قدر رأس المال، فإن عمل أحدهما دون الآخر فالربح بينهما على ما شرطا، وإن شرطا العمل على أحدهما ينظر، إن شرطا العمل على أكثرهما ربحا جاز، وإن شرطاه على
***
[٢٩٣]
أقلهما ربحا خاصة لا يجوز والربح بينهما على قدر رأس مالهما اه. وفي الظهيرية: لو قال أحد الشريكين لصاحبه لا أعمل معك بالشركة فهذا بمنزلة قوله فاسختك اه قوله: (وببعض المال) يعني يصح أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليس بشرط إذ اللفظ لا يقتضيه، وقدمنا ما تصح به الشركة من الاموال مفاوضة أو عنانا قوله: (وبخلاف الجنس) بأن يكون من أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم لعدم اشتراط الخلط عندنا فجازت في متحد الجنس ومختلفه، وتجوز مع اختلاف الوصف فقط بالاولى كما إذا كان من أحدهما دراهم سود ومن الآخر دراهم بيض وإن تفاوتت قيمتها والربح على ما شرطا قوله: (وعدم الخلط) أي تصح وإن لم يخلطا المالين لان الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة، ولا بد من تحقيق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا، ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وإنما يستفاد بالتصرف لانها في النصف أصيل وفي النصف وكيل، وإذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصارت كالمضاربة قوله: (وطولب المشتري بالثمن فقط) أي دون صاحبه لما بينا أنها تتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل الاصيل هو في
***
[٢٩٤]
الحقوق. قوله: (ورجع على شريكه بحصته منه) أي من الثمن إذا أدى من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فإذا فقد من مال نفسه رجع عليه، فإن كان ذلك لا يعرف إلا بقوله فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه، هذا إذا أدى من ماله مع بقاء مال من الشركة ولذا قال في المحيط: إن لم يكن في يده مال ناض وصار مال الشركة أعيانا أو أمتعة فاشترى بدراهم أو دنانير نسيئة فالشراء له خاصة دون شريكه لانه لو وقع على الشركة صار مستدينا على مال الشركة وأحد شريكي

العنان لا يملك الاستدانة إلا أن يأذن له في ذلك. وعن الامام إذا كان في يده دنانير فاشترى بدراهم جاز، ولو اشترى من جنس تجارتهما وأشهد عند الشراء أنه يشتريه لنفسه فهو مشترك بينهما لانه في النصف بمنزلة الوكيل بشراء شئ معين، ولو اشترى ما ليس من تجارتهما فهو له خاصة لان هذا النوع من التجارة لم ينطو عليه عقد الشركة اه قوله: (وتبطل بهلاك المالين أو أحدهما قبل
***
[٢٩٥]
الشراء) لان المعقود عليه في عقد الشركة المال فإنه يتعين فيه كما في الهبة والوصية، وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وإنما يتعينان بالقبض على ما عرف، وهذا ظاهر فيما إذا هلك المالان، وكذا إذا هلك أحدهما لانه ما رضي بشركة صاحبه في ماله إلا بشركته في ماله، وإذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فبطل العقد لعدم فائدته. وأيهما هلك هلك من مال صاحبه، إن هلك في يده فظاهر، وكذا إذا كان في يد الآخر لانه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالين. قوله: (وإن اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر فالمشتري بينهما) يعني على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك. وإنما لم يقل على ما شرطا للاختلاف في هذه الشركة فعند محمد هي شركة عقد فيكون الربح على ما شرطا وأيهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشتري فلا تنقض بهلاك المال بعد تمامها، وعند الحسن بن زياد هي شركة ملك لان شركة العقد قد بطلت بهلاك المال كما لو هلك قبل الشراء وإنما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك. واعلم أن الواو في قوله وهلك بمعنى ثم لانه لو هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بالمال الآخر إن صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشتري مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة إن بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة وكان مشتركا بحكم الوكالة وتكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن، وإن ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشتري للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة، فإذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما إذا صرحا بالوكالة لانها مقصودة، ولهذا جمع في المبسوط بين
***
[٢٩٦]
التناقض الواقع في جواب المسألة حيث قال محمد في بعض المواضع فاشترى بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبها، وفي بعضها إذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون بينهما فجعل محمل الاول ما إذا لم يكن في الشركة وكالة مصرح بها، ومحمل الثاني إذا صرحا بها على ما ذكر قوله: (ورجع على شريكه بحصته منه) أي من الثمن لانه وكيل في حصة شريكه وقد قضى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه لعدم الرضا بدون ضمانه. وفي المحيط: لاحدهما مائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة وللآخر ألف درهم فاشتركا عنانا وشرطا الربح والوضيعة على رأس المال فاشترى صاحب الدراهم جارية ثم هلكت الدنانير فالجارية بينهما وربحها أخماسا، ثلاثة أخماسه لصاحب الدنانير وخمسان لصاحب الدراهم لما بينا أن حال شرائها كانت الشركة قائمة وبهلاك أحد المالين لا تنتقض الشركة، والربح يقسم على قدر ماليهما يوم الشراء، ومقدار رأس ماليهما يوم الشراء على خمسة أسهم خمسان لاحدهما وثلاثة أخماسه للآخر، ويرجع صاحب الدراهم على الآخر بثلاثة أخماس الالف لانه صار وكيلا عن صاحبه بالشراء في ثلاثة أخماس الجارية وقد نقد ثمن ذلك من ماله، ولو كان على عكسه رجع صاحب الدنانير عليه بخمسي الثمن أربعون دينارا لما عرف، فإن اشترى صاحب الدنانير بها غلاما والآخر بالفه جارية وقبضا وهلكا يهلكان من مالهما لان كل واحد حينما اشترى كانت الشركة بينهما قائمة وتمامه فيه قوله: (وتفسد أن شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح) لانه شرط يوجب انقطاع حق الشركة فعساه لا يخرج إلا القدر المسمى لاحدهما، ونظيره في المزارعة إذا اشترط لاحدهما قفزانا مسماة. وفي الخانية: ولو تفاوتا في المال في شركة العنان وشرطا الربح والوضيعة نصفين قال في الكتاب: الشركة فاسدة. قالوا: لم يرد محمد بهذا فساد العقد وإنما أراد به فساد شرط الوضيعة لان الشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة، وكذا لو شرطا الوضيعة على المضارب كان فاسدا اه. وهذا صريح في أن الذي يبطل بالشرط الفاسد إنما هو الشرط لا الشركة. قال في الفتاوى الصغرى: وذكر خواهر زاده في أول المضاربة الشركات لا تبطل بالشروط الفاسدة لان فيها معنى الوكالة والوكالات لا تبطل بالشروط، وإذا شرط في المضاربة ربح عشرة أو في الشركة تبطل لا لانه شرط فاسد بل لانه شرط تنتفي به الشركة وعسى أن يجري على إطلاقه من

أن الشركات والمضاربات لا تبطل بالشروط الفاسدة اهـ.
***
[٢٩٧]
قوله: (ولكل من شريكي العنان والمفاوضة أن يبضع ويستأجر ويودع ويضارب ويوكل) بيان لما لكل منهما أن يفعله، أما البضاعة فلانها معتادة في عقد الشركة. وفي القاموس الباضع الشريك والجمع بضع من بضع كمنع بضوعا اهـ. والمراد هنا دفع المال لآخر ليعمل فيه على أن يكون الربح لرب المال ولا شئ للعامل، وأما الاستئجار فلكونه معتادا بين التجار. وأطلقه فشمل ما إذا استأجر رجلا ليتجر له أو يحفظ المال، وأما الايداع فجوازه بالاولى لانه استحفاظ بغير أجر، وأما المضاربة فلكونها دون الشركة فتتضمنها. وعن أبي حنيفة ليس له ذلك لانه نوع شركة والاول أصح وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح كما إذا استأجره بأجر بل أولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشئ لا يستتبع مثله، كذا في الهداية. وبهذا علم أنه ليس للشريك أن يشارك بخلاف المضاربة ولذا قال ويضارب ولم يقل ويشارك. قال في الجوهرة: إلا بإذن شريكه. وأما التوكيل فلانه من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك أن يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل المعين فلا يستتبع مثله. ولم يذكر المصنف بقية أحكام الشريك وهي مهمة فمنها العارية. قال الحاكم في الكافي: وليس له أن يعير في القياس فإن فعل، فإن أعار دابة فعطبت تحت المستعير فالقياس فيه أن المعير ضامن لنصف قيمة الدابة لشريكه ولكني أستحسن أن لا أضمنه، وهذا قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، وكذلك لو أعار ثوبا أو دارا أو خادما اهـ. ومنها الرهن فإن كان شريك عنان فليس له ذلك. قال الكرخي في مختصره قال محمد في كتاب الرهن: إذا رهن أحد شريكي العنان متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن، ولو ارتهن بدين لهما أداناه وقبض لم يجز على شريكه من قبل أنه لم يسلطه أن يرتهن، فإن هلك الرهن وقيمته والدين سواء ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته على المطلوب ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن. وإن شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لان هلاك الرهن في يده بمنزلة الاستيفاء ثم قال بعده: ويجوز لاحد المتفاوضين أن يرهن ويرتهن على شريكه، كذا في غاية البيان. وفي المحيط: لا يرهن أحدهما شيئا من الشركة بدين عليه إلا بإذن شريكه، وكذا لا يرتهن رهنا بدين من الشركة في نصيب شريكه إلا إذا ولي عقده أو يأمر من يوليه اهـ. وفي الخانية: ولمن ولي المبايعة أن يرهن بالثمن. ومنها ليس له أن يكاتب لانه ليس من عادة التجار، كذا في الجوهرة. وكذا ليس له تزويج الامة وقضاء الدين كما في المحيط. ومنها ما إذا أخذ أحدهما مالا مضاربة فالربح له
***
[٢٩٨]
خاصة. أطلق الجواب في الكتاب وهو على التفصيل إن أخذ مالا مضاربة ليتصرف فيما ليس من تجارتهما فالربح له خاصة لانه لم يدخل تحت عقد الشركة، وكذلك إن أخذ المال مضاربة بحضرة صاحبه ليتصرف فيما هو من تجارتهما، وأما إذا أخذ المال مضاربة ليتصرف فيما كان من تجارتهما أو مطلقا حال غيبة شريكه يكون الربح بينهما مشتركا نصفه لشريكه ونصفه بين المضارب ورب المال، كذا في المحيط. فقوله في الكتاب يضارب معناه يدفع المال مضاربة، وأما أخذه المال مضاربة ففيه التفصيل كما علمت. ومنها تأجيل أحدهما الدين. قال في المحيط: وإن كان لهما دين على آخر لأجله أحدهما فهو على ثلاثة أوجه: إن أجله العاقد جاز في النصيبين ولا يضمن نصيب شريكه عندهما، وعند أبي يوسف يجوز في نصيبه ولا يجوز في نصيب شريكه. وأصله الوكيل بالبيع إذا أبرأ عن الثمن أو حط أو أجله عندهما خلافا لابي يوسف إلا أن هناك يضمن من ماله لموكله عندهما وهنا لا يضمن لان العاقد هنا لو أقال العقد ثم باعه بنفسه جاز، فلما ملك إنشاء البيع بثمن إلى أجل فلان يملك التأجيل فيه أولى. ولو أجل غير العاقد أو عقدا جميعا فأجله أحدهما لم يجز عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز في نصيبه. ومنها أنه لا يملك الاقراض ولو مفاوضا في ظاهر الرواية لانه إعارة حكما وعرفا فهي تبرع فلا يملكه أحدهما، كذا في المحيط. وقدمنا أن العارية ممنوعة قياسا جائزة استحسانا وهو يقتضي جواز الاقراض لانه إما عارية وإما معاوضة وكل منهما يملكه أحدهما فلذا روى الحسن أنه يملك الاقراض. ومنها أنه يملك السفر بالمال هو المستبضع والمضارب والمودع عندهما خلافا لابي يوسف، سواء كان له حمل ومؤنة أو لا، لان ما يلحقه من المؤنة فهو ملحق برأس المال ولا يعده التجار

من باب الغرامة. ثم اعلم أنه يجوز للمفاوض ما لا يجوز لشريك العنان فيجوز له كتابة العبد والاذن بالتجارة وتزويج الامة دون شريك العنان، ولا يجوز للكل تزويج العبد ولا الاعتاق على المال، وقبول هدية المفاوض وأكل طعامه والاستعارة منه بغير إذن شريكه جائز ولا ضمان على الآكل والمتصدق عليه استحسانا. ولو كسى ثوبا أو وهبه لم يجز في حصة شريكه وإنما يجوز في الفاكهة والخبز واللحم وأشباهه. ولو وكل المفاوض رجلا بشراء شئ فنهاه الآخر صح نهيه وإن لم ينهه حتى اشترى يرجع بالثمن على أيهما شاء، ولغير المشتري أن يرد المبيع بالعيب. ولو شارك أحدهما آخر عنانا جاز عليهما لان شركة العنان أخص وأدون من المفاوضة، وإن شارك مفاوضة جاز بإذن شريكه وبدون إذنه تنعقد عنانا، كذا في المحيط. وبه تبين أن قولهم كما كتبناه أولا أن الشريك ليس له أن يشارك ليس على إطلاقه. وفي البزازية: لكل من الشريكين

***

[٢٩٩]

أن يبيع بالنقد والنسيئة، وإن اشترى، إن كان في يده مال الشركة فهو على الشركة، وإن لم يكن، فإن اشترى بدراهم أو دنانير فالشراء له خاصة دون شريكه لانه لو صار على الشركة يصير مستدينا وأنه لا يملك ذلك، وإن قال أحدهما للآخر بع جازت، وإن باع أحدهما متاعا ورد عليه فقبله جاز ولو بلا قضاء، وكذا لو حط أو أخر من عيب، وإن بلا عيب جاز في حصته، وكذا لو وهب. ولو أقر بعيب في متاع باعه جاز عليهما، ولو قال كل منهما للآخر اعمل برأيك فلكل منهما أن يعمل ما يقع في التجارة كالرهن والارتهان والسفر والخلط بماله والشركة بالغير لا الهبة والقرض، وما كان إتلافا للمال أو تمليكا بغير عوض فإنه لا يجوز وإن قال له اعمل برأيك ما لم يصرح به نصا. وإن أذن كل منهما للآخر بالاستقراض لا يرجع المقرض على الآخر لان التوكيل به لا يصح. ولو باع أحدهما لم يكن للآخر قبض الثمن، وكذا دين وليه أحدهما وللمديون أن يمتنع من الدفع إليه وإن دفع إلى الشريك برئ من نصيبه ولم يبرأ من حصة الدائن استحسانا، والقياس أن لا يبرأ من حصة القابض أيضا اه. ثم قال بعده: بيع المفاوض ممن لا تقبل شهادته له ينفذ على المفاوضة إجماعا، أما الاقرار بالدين لا ينفذ عنده. وفي الخانية: ليس لاحدهما أن يخاصم فيما باع صاحبه وقبض الذي باع وتوكيله جائز عليه وعلى شريكه. ولو وكل أحدهما رجلا في بيع أو شراء وأخرجه الآخر عن الوكالة صار خارجا عنها، فإن وكل البائع رجلا بتقاضي ثمن ما باع ليس للآخر أن يخرجه عن الوكالة. ولو قال أحدهما لصاحبه اخرج إلى نيسابور ولا تجاوز فجاوز فهلك المال

***

[٣٠٠]

ضمن حصة الشريك، ولو شارك أحدهما رجلا شركة عنان فما اشترى الشريك الثالث كان النصف للمشتري والنصف بين الشريكين الاولين، وما اشتراه الشريك الذي لم يشارك فهو بينه وبين شريكه نصفين ولا شئ منه للشريك الثالث. ولو استقرض أحد شريكي العنان مالا للتجارة لزمهما لانه تمليك مال بمال فكان بمنزلة الصرف، ولو أقر أحد الشريكين أنه استقرض من فلان ألفا من تجارتهما تلزمه خاصة اه. وفي الظهيرية: إذا باع أحد المتفاوضين شيئا من تجارتهما ثم إن البائع وهب الثمن من المشتري أو أبرأه منه جاز في قول أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف، ولو وهب غير البائع جاز في حصته فقط إجماعا. قوله: (ويده في المال أمانة) أي الشريك لانه قبض المال بإذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة، كذا في الهداية. وخرج بالاول المقبوض على سوم الشراء، وبالثاني الرهن كما في النهاية: وظاهر كلامهم هنا أنه لو ادعى دفع المال إلى شريكه فالقول له مع اليمين، سواء كان في حياته أو بعد موته. وظاهر كلام الولوالجي في الوكالة يفيده فإنه قال:

***

[٣٠١]

إذا ادعى الامين بعد الموت الدفع في الحياة وأنكر الوارث فإن كان المقصود نفي الضمان عن نفسه كالوكيل بقبض الوديعة فالقول قوله، وإن كان المقصود إيجاب الضمان على الميت كالوكيل بقبض الدين لا يقبل قوله اه. وفي البزازية من باب التحليف: ولو ادعى المضارب أو الشريك دفع المال وأنكره رب المال يحلف المضارب أو الشريك الذي كان في يده المال اه. ولا يخفى أنه إذا تعدى صار ضامنا لانه حكم الامانات. قال في البزازية: التقييد بالمكان صحيح حتى لو قال أحد الشريكين لصاحبه اخرج إلى خوارزم ولا تتجاوز عنه صح فلو جاوز عنه ضمن حصة شريكه. والتقييد بالنقد صحيح حتى لو قال لاتبع بالنسيئة صح، ولو اشتركا عنانا على أن يبيعا بالنقد

والنسيئة ثم نهى أحدهما صاحبه عن البيع نسيئة صح اهـ. وقد وقعت حادثتان أفتيت فيهما: الاولى نهاه عن البيع نسيئة فباع فأفتيت بنفاذه في حصته وبتوقفه في حصة شريكه، فإن أجاز قسم الربح بينهما. الثانية نهاه عن الاخراج فخرج ثم ربح فأجبت بأنه غاصب حصة شريكه بالاخراج فينبغي أن لا يكون الربح على الشرط، ولم أر فيهما إلا ما قدمناه. واعلم أنه ذكر الناطفي أن الامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل إلا في ثلاث: أحدها متولي المسجد إذا أخذ من غلات المسجد ومات من غير بيان لا يكون ضامنا. والثانية السلطان إذا خرج إلى الغزو وغنموا وأودع بعض الغنيمة عند بعض الغانمين
***
[٣٠٢]
ومات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه. والثالثة القاضي إذا أخذ مال اليتيم وأودع غيره ومات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه. وأما أحد المتفاوضين إذا كان المال عنده ولم يبين حال المال الذي كان عنده، ذكر بعض الفقهاء أنه لا يضمن وأحاله إلى شركة الاصل وذلك غلط، بل الصحيح أنه يضمن نصيب صاحبه، كذا في فتاوى قاضيخان من كتاب الوقف. وبه تبين أن ما في فتح القدير وبعض الفتاوى ضعيف وأن الشريك ضامن بالموت عن تجهيل عنانا أو مفاوضة قوله: (وتقبل إن اشترك خياطان أو خياط وصباغ على أن يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما) بالرفع عطف على مفاوضة بيان لشركة الصنائع، وظاهره أن التقبل والوجوه غير المفاوضة والعنان وقدمنا خلافه. وفي البزازية: وشركة التقبل والوجوه قد تكون مفاوضة وعنانا فالعنان ما يكون في تجارة خاصة، والمفاوضة ما تكون في كل التجارات اهـ. وسيأتي بيان فائدة كونها مفاوضة. وإنما جاز هذا النوع من الشركة لان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف أصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد. وأفاد بقوله أو خياط وصباغ أنه لا يشترط فيه اتحاد العمل. قالوا: ولا يشترط أيضا اتحاد المكان لان المعنى المجوز لها وهو ما ذكرنا لا يتفاوت، فالمراد من قوله إن اشترك خياطان صانعان ولو حكما، اتحد عملهما أو اختلف بعد أن يكون عملا حلالا يمكن استحقاقه، فشمل ما إذا اشترك معلمان لحفظ الصبيان وتعليم الكتابة والقرآن فإن المختار جوازه كما في البزازية، وما إذا كان له آلة القصارة ولآخر بيت اشتركا على أن يعملا في بيت هذا على أن يكون الكسب بينهما فإنه جائز، وكذا سائر الصناعات ولو من أحدهما أداة القصارة والعمل من الآخر فسدت والربح للعامل وعليه أجرة مثل الاداة، كذا في البزازية. وفي القنية: اشترك ثلاثة من الجمالين على أن يملا أحدهم الجوالق ويأخذ الثاني فمها ويحملها على الثالث فينقله إلى بيت المستأجر والاجر بينهم بالسوية فهي فاسدة. قال رضي الله عنه: فسادها لهذه الشروط فإن شركة الحمالين صحيحة إذا اشترك الحمالون في التقبل والعمل جميعا، ولو اشتركا في تقبل كتب الحجاج على أن ما رزقهما الله تعالى فيه فبينهما نصفان فهذه شركة جائزة اهـ. وقلنا ولو كان حكما ليشمل ما إذا اشتركا في صنعة ولم يحسنها أحدهما فإنها صحيحة كما سيأتي. وقيدنا بكون العمل حلالا لما
***
[٣٠٣]
في البزازية: لو اشتركا في عمل حرام لم يصح اهـ. وقيدنا بإمكان استحقاقه لما في القنية: ولا تجوز شركة الدلالين في عملهم ولا شركة القراء في القراءة بالزمزمة في المجلس لانها غير مستحقة عليهم، ولا شركة السؤال لان التوكيل بالسؤال لا يصح. ولما في الظهيرية: ولو أن ثلاثة من القراء اشتركوا في المجلس والمعازي بالزمزمة والالحان فهذه الشركة فاسدة لان ما اشتركوا فيه لا يكون مستحقا عليهم ولا على أحدهم اهـ. وقوله على أن يتقبلا الاعمال ليس بقيد لانهما لو اشتركا على أن يتقبل أحدهما المتاع ويعمل الآخر أو يقبل أحدهما المتاع ويقطعه ثم يدفعه إلى الآخر للخياطة بالنصف جاز، كذا في القنية لكن من شرط عليه العمل فقط لو تقبل جاز فلو شرط على الصانع أن لا يتقبل وإنما عليه العمل فقط لا يجوز لانه عند السكوت جعل إثباتها اقتضاء ولا يمكن ذلك مع النفي، كذا في المحيط. وشمل قوله والكسب بينهما ما إذا شرطاه على السواء أو شرطا الربح لاحدهما أكثر من الآخر، وقد صرح به في البزازية معللا بأن العمل متفاوت وقد يكون أحدهما أحذق، فإن شرطا الاكثر لادناهما اختلفوا فيه اهـ. والصحيح الجواز لان الربح بضمان العمل لا بحقيقته، كذا في فتح القدير. وفي القاموس: وقد قبل به كنصر وسمع وضرب قبالة وقبلت العامل العمل تقبلا نادر، والاسم القبالة وتقبله العامل تقبيلا نادر أيضا اهـ. قوله: (وكل ما يتقبله أحدهما يلزمهما) يعني فيطالب كل واحد منهما بالعمل ويطالب بالاجر ويبرأ

الدافع بالدفع إليه. أطلقه فشمل ما إذا كانت مفاوضة وهو ظاهر وما إذا أطلقاها وصرحا بالعنان وهو استحسان، والقياس خلافه لان الكفالة تقتضي المفاوضة. وجه الاستحسان أن هذه الشركة مقتضية للضمان ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل، كذا في الهداية. وإنما قيد جريانه مجرى المفاوضة بهذين السببين لان فيما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجرى المفاوضة حتى قالوا: إذا أقر أحدهما بدين من ثمن صابون أو أشنان مستهلك أو أجر أجير أو أجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه إلا ببينة ويلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار موجب
***
[٣٠٤]
المفاوضة، كذا في النهاية. وبه علم فائدة كونها مفاوضة لو صرح بها ليلزم كل واحد ما أقر به صاحبه مطلقا، وتقييده بالاستهلاك وبمضي المدة للاحتراز عما إذا كان المبيع لم يستهلك ومدة الاجارة لم تمض فإنه يلزمهما كما في المحيط. وفي الخانية: ولا يشترط لهذه الشركة بيان المدة وحكمها أن يصير كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه بتقبل الاعمال والتوكيل بتقبل الاعمال جائز، سواء كان الوكيل يحسن مباشرة ذلك العمل أو لا يحسن. وهذا النوع من الشركة قد يكون عنانا وقد يكون مفاوضة عند استجماع شرائط المفاوضة فيكون كل واحد منهما مطالبا بحكم الكفالة بما وجب على صاحبه، ومتى كان عنانا فإنما يطالب به من باشر السبب دون صاحبه بقضية الوكالة، فإن أطلقت هذه الشركة كانت عنانا، وإن شرطا المفاوضة كانت مفاوضة، فإذا عمل أحدهما دون صاحبه والشركة عنان أو مفاوضة كان الاجر بينهما على ما شرطا، ولو شرطا لاحدهما فضلا فيما يحصل من الاجرة جاز إذا كانا شرطا التفاضل في ضمان ما يتقبلانه. وعن أبي حنيفة: ما جنت يد أحدهما كان الضمان عليهما يأخذ أيهما شاء. وعن أبي يوسف: إذا مرض أحد الشريكين أو سافر أو بطل فعمل الآخر كان الاجر بينهما ولكل واحد منهما أن يأخذ الاجر وإلى أيهما دفع الاجر برئ وإن لم يتقاصا وهذا استحسان لان تقبل أحدهما العمل جعل كتقبل الآخر فصار في معنى المفاوضة في باب ضمان العمل. ولو ادعى رجل على أحدهما أنه دفع إليه ثوبا للخياطة وأقر به الآخر صح إقراره بدفع الثوب ويأخذ الاجر لانهما كالمتفاوضين، فإقرار أحدهما يصح في حق الآخر. وعن محمد أنه لا يصدق المقر في حق الشريك. وأخذ هو بالقياس، ولو أقر أحدهما بدين من ثمن صابون ونحوه لا يلزم الآخر اه. وفيها قبله: فإذا كان الشرط على الخياط أنه يخيط بنفسه لا يطالب الآخر بحكم الكفالة اه. وبه علم أن قولهم ما لزم أحدهما من العمل يلزم الآخر مقيد بما إذا لم يشترط المستأجر عمله بنفسه. فإن قلت: ما صورة استجماع شرائط المفاوضة فيها؟ قلت قال في المحيط بأن اشترط الصانعان على أن يتقبلا جميعا الاعمال، وأن يضمنا العمل جميعا على التساوي، وأن يتساويا في الربح والوضيعة، وأن يكون كل منهما كفيلا عن صاحبه فيما لحقه بسبب الشركة اه. قوله: (وكسب أحدهما بينهما) يعني إذا عمل أحدهما دون الآخر قسم الاجر بينهما على ما شرطا، أما العامل فظاهر، وأما غيره فلانه لزمه العمل بالتقبل فيكون ضامنا له فيستحقه بالضمان وهو لزوم العمل. وعلله في البزازية بأن العامل معين القابل لان الشرط مطلق العمل لا عمل القابل ألا ترى أن القصار إذا استعان
***
[٣٠٥]
بغيره أو استأجره استحق الاجر اه. أطلقه فشمل ما إذا عمل أحدهما فقط لعذر بالآخر كسفر أو مرض أو بغير عذر كما لو امتنع عنه بغير عذر به لان العقد لا يرتفع بمجرد امتناعه، واستحقاقه الربح بحكم الشرط في العقد لا العمل، كذا في البزازية. وفي فتح القدير: ثلاثة لم يعقدوا بينهم شركة تقبل تقبلوا عملا فجاء أحدهم فعمله كله فله ثلث الاجرة ولا شئ للآخرين لانهم لما لم يكونوا شراء كان على كل منهم ثلث العمل لان المستحق على كل منهم ثلثه بثلث الاجر، فإذا عمل الكل كان متطوعا في الثلثين فلا يستحق الاجر اه. وبهذا علم أن قوله اشترك خياطان إلى آخره معناه إن عقدا عقد الشركة فلو تقبلا ولم يعقدا لم تكن شركة. قوله: (ووجوه إن اشتركا بلا مال على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا) بالرفع عطف على مفاوضة بيان للنوع الرابع من شركة العقد، وقدمنا أنها كالصنائع تكون مفاوضة وعنانا فقال في النهاية: المفاوضة أن يكون الرجلان من أهل الكفالة، وأن يكون ثمن المشتري بينهما نصفين، وأن يتلفظا بلفظ المفاوضة - زاد في فتح القدير - وأن يتساويا في الربح. وإذا ذكر مقتضيات المفاوضة كفى عن التلفظ بها كما سلف، وإذا أطلقت كانت عنانا لان مطلقه ينصرف إليه لكونه معتادا وهي جائزة عندنا لما بيناه في شركة الصنائع. وسميت شركة وجوه لانه لا يشتري بالنسيئة إلا

من له وجاهة عند الناس، وقيل لانهما يشتريان من الوجه الذي لا يعرف، وقيل لانهما إذا جلسا ليدبر أمرهما ينظر كل واحد منهما إلى وجه صاحبه. وعلى الآخرين فالتسمية ظاهرة، وعلى الاول من أنها من الوجاهة أو الجاه فقال في فتح القدير: لان الجاه مقلوب الوجه لما عرف غير أن الواو انقلبت حين وضعت مع العين للموجب لذلك ولذا كان وزنه عفل اه. وفي الخانية: وهما فيما يجب لهما وعليهما بمنزلة العنان، ولو اشتركا بوجوههما شركة مفاوضة كان جائزا ويثبت التساوي بينهما فيما يجب لكل واحد منهما وعليه ما يجب في شركة المفاوضة بالمال اه. وفي البزازية: وإذا وقتا شركة الوجوه تصح، وهل تتوقت؟ فيه روايتان: فعلى الرواية التي لا تتوقت كان شرطا مفسدا ومع هذا تفسد واعتبر بالوكالة اه. وحذف مفعول يشتريا ليفيد أنها تكون عامة وخاصة كالبر. قوله: (وتتضمن الوكالة) يعني أن كل واحد منهما وكيل الآخر فيما اشتراه لان التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو ولاية ولا ولاية فتعين الاولى، ولم يذكر تضمنها للكفالة لانها لا تكون كذلك إلا إذا كانت مفاوضة كما قدمناه. قوله: (وإن شرطا مناصفة المشتري أو مثالثته فالربح كذلك وبطل شرط الفضل) بيان لما فارقت فيه الوجوه العنان وهي أن الربح فيها على قدر الملك في المشتري - بفتح الراء - بخلاف العنان فإن التفاضل في الربح فيها مع التساوي
***
[٣٠٦]
في المال صحيح، وهذا لان الربح لا يستحق إلا بالمال أو بالعمل أو بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب بالعمل، والاستاذ الذي يتلقى العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها ألا ترى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لي ربحه لا يجوز لعدم هذه المعاني. واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بيناه والضمان على قدر الملك في المشتري فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة، والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث إن كل واحد يعمل في مال صاحبه فيلحق بها. فصل في الشركة الفاسدة قوله: (ولا تصح شركة في احتطاب واصطياد واستقاء) لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في أخذ المباح باطل لان أمر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائبا عنه. أشار بالثلاثة إلى أن أخذ كل شئ مباح كالاحتشاش واجتناء الثمار من الجبال والتكدي وسؤال الناس ونقل الطين وبيعه من أرض مباحة أو الجص أو الملح أو الثلج أو الكحل أو المعدن أو الكنوز الجاهلية، وكذا إذا اشتركا على أن يبنيا من طين غير مملوك أو يطبخا آجرا ولو كان الطين مملوكا أو سهلة الزجاج فاشتركا على أن يشتريا ويطبخا ويبيعا جاز وهو شركة الصنائع، كذا في فتح القدير وذكر البزازي أنها شركة الوجوه. قوله: (والكسب للعامل وعليه أجر مثل ما للآخر) لوجود السبب منه وهو الاخذ والاحراز أفاد أنهما لو أخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وأنه لو أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل ولا شئ عليه للآخر. وفي البزازية: ولكل ما أخذ وإن أخذاه منفردين وخلطا وباعا قسم الثمن على قدر ملكيهما وإن لم يعرف المقدار صدق كل منهما إلى النصف وفيما زاد عليه البينة. وعبر بما المفيدة للعموم ليشمل أجرة عمله كما إذا ساعده بالقلع وجمعه الآخر أو قلعه وحمله الآخر فللمعين أجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد، وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك. وشمل ما إذا كان للآخر بغل أو راوية فإن كسب المال للذي استقى وعليه أجر مثل الراوية إن كان المستقي صاحب البغل، وإن كان
***
[٣٠٧]
صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل، وما إذا دفع له شبكة ليصيد بها السمك على أن يكون بينهما فالصيد للصائد ولصاحب الشبكة أجر مثلها، كذا في المحيط. وفي البزازية: اشتركا في الاصطياد ونصبا شبكة أو أرسلا كلبا لهما فالصيد بينهما أنصافا، ولو لاحدهما وأرسلا فالصيد لصاحب الكلب خاصة لان إرسال غير المالك مع المالك لا يعتبر، وإن أصاب أحد الكلبين صيدا فأثخنه ثم أدركه الآخر فالصيد لمن أثخنه كلبه لاخراجه عن أن يكون صيدا، وإن أثخناه فبينهما أنصافا للاشتراك في السبب اه. قوله: (والربح في الشركة الفاسدة بقدر المال وإن شرط الفضل) لان الربح فيه تابع للمال فيقدر بقدره كما أن الريع تابع للزرع في المزارعة، والزيادة إنما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال. أفاد بقوله بقدر المال أنها شركة في الاموال فلو لم يكن من أحدهما مال وكانت فاسدة فلا شئ له من الربح ولذا قال في المحيط: دفع دابته إلى رجل يؤاجرها على أن الاجر بينهما فالشركة فاسدة والاجر

لصاحب الدابة وللآخر أجر مثله، وكذلك السفينة والبيت. ولو دفع دابته إلى رجل ليبيع عليها البر على أن الربح بينهما فالربح لصاحب البر ولصاحب الدابة أجر مثلها لان منفعة الدابة لا تصح مالا للشركة كالعروض، ولو اشتركا ولاحدهما دابة وللآخر إكاف وجوالق على أن يؤجر الدابة والاجر بينهما فالشركة فاسدة لانها وقعت على العين فكانت بمعنى الشركة في العروض، فإن أجر الدابة مع الجوالق الاكاف فالاجر كله لصاحب الدابة والدخيل معه أجر مثله بالغا ما بلغ. ولو اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر بعير على أن يؤجراهما والاجرة بينهما لا تصح، فإن أجراهما قسم الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير اه. وفي القنية: له سفينة فاشترك مع أربعة على أن يعملوا بسفينته وآلاتها والخمس لصاحب السفينة والباقي بينهم
***
[٣٠٨]
بالسوية فهي فاسدة، والحاصل لصاحب السفينة وعليه أجر مثلهم اه. قوله: (وتبطل الشركة بموت أحدهما ولو حكما) لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتحقق الشركة على ما مر، والوكالة تبطل بالموت، والموت الحكمي الالتحاق بدار الحرب مرتدا إذا قضى القاضي به لانه بمنزلة الموت كما قدمناه، فلو عاد مسلما لم يكن بينهما شركة، وإن لم يقض بلحاقه انقطعت على سبيل التوقف بالاجماع، فإن عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه فهما على الشركة، وإن مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق بدار الحر ب وانقطعت المفاوضة على التوقف هل تصير عنانا؟ عند أبي حنيفة لا، وعندهما تبقى عنانا، ذكره الولوالجي. أطلقه فشمل ما إذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لانه عزل حكمي فلا يشترط له العلم وفي المحيط: ولو أبضع أحد المتفاوضين ألفا له ولشريك له شركة عنان برضا شريك العنان ليشتري لهما متاعا ثم مات أحدهم، فإن مات المبضع ثم اشترى المستبضع فالمتاع للمشتري ويضمن المال ويكون نصفه لشريك العنان ونصفه للمفاوض الحي ولورثة الميت لانه انعزل المستبضع في حق الكل بموته لانه انقطع أمر الميت على نفسه وشركائه، وإن مات شريك العنان ثم اشترى المستبضع فالمشتري كله للمتفاوضين لانه انفسخت الشركة بموته فانعزل المستبضع في حقه وبقي الابضاع صحيحا في حق المتفاوضين، ثم ورثة الميت إن شاؤا رجعوا بحصتهم على أيهم شاؤا وإذا لزم أحد المتفاوضين ضمان لزم الآخر، وإن شاؤا ضمنوا المستبضع ويرجع به المستبضع على أيهما شاء. وإن مات المفاوض الذي لم يبضع ثم اشترى المستبضع فنصفه للآمر ونصفه لشريك العنان ويضمن المفاوض الحي لورثة الميت حصتهم، وإن شاؤا ضمنوا المبضع ويرجع بها على الآمر اه. وفيه أيضا: باع أحد المتفاوضين شيئا نسيئة ثم مات ليس لصاحبه أن يخاصم فيه لانه إنما كان له مطالبة المشتري ومخاصمته بحكم الوكالة وقد انقطعت بالموت، فإن أعطاه المشتري نصف الثمن برئ منه لانه دفع الملك إلى مالكه اه. وفي الظهيرية: ولو كان الشركاء ثلاثة فمات أحدهم حتى انفسخت الشركة في حقه لا تنفسخ في حق الباقين ثم قال: وإذا مات أحد المتفاوضين والمال في يد الحي فادعى ورثة
***
[٣٠٩]
الميت المفاوضة وجحد ذلك فأقام ورثة الميت بينة أن أباهم كان شريكه مفاوضة لم يقض لهم بشئ مما في يد الحي إلا أن يشهد الشهود أن المال كان في يده حال حياة الميت وأنه من شركة بينهما اه. ولم يذكر المصنف حكم ما إذا فسخها أحدهما. وفي البزازية: إنكارها فسخ وإن فسخها أحدهما لا تنفسخ ما لم يعلم الآخر، وإن فسخها أحدهما ورأس مالها نقد صح وإن عروضا لا رواية فيها إنما الرواية في المضاربة، والطحاوي جعلها كالمضاربة في عدم الانفساخ، وذكر بكر أنهما إذا فسخا المضاربة والمال عروض يصح وإن أحدهما لا. وظاهر المذهب الفرق بين الشركة والمضاربة يصح فسخها لو عروضا لا المضاربة واختاره الصدر وصورته: اشتركا واشتريا أمتعة ثم قال أحدهما لا أعمل معك بالشركة وغاب فباع الحاضر الامتعة فالحاصل للبائع وعليه قيمة المتاع لان قوله لا أعمل معك فسخ للشركة معه وأحدهما يملك فسخها وإن كان المال عروضا بخلاف المضاربة وهو المختار. وذكر الطحاوي: نهاه رب المال عن التصرف إن كان رأس المال من أحد النقدين فله أن يستبدله بالنقد الآخر ولا يعمل النهي، وإن عروضا لا يصح النهي والحق الشركة بالمضاربة والحق المختار ما ذكرنا. قال أحدهما لصاحبه أريد شراء هذه الجارية لنفسي فسكت الآخر فاشتراها فعلى الشركة ما لم يقل، نعم ولو وكله بشراء جارية بعينها فقال ذلك فسكت الموكل فالمشتري للوكيل لانه يملك عزل نفسه، رضي به الموكل أم لا، واحد الشريكين لا يملك

فسخها بلا رضا الآخر اهـ. وهكذا ذكر في الخلاصة أن أحد الشريكين لا يملك فسخها بلا رضا الآخر. وفي فتح القدير: إن هذا غلط وقد صحح هو انفراد الشريك بالفسخ والمال عروض، والتعليل الصحيح ما ذكره
***
[٣١٠]
في التجنيس أن أحد المتفاوضين لا يملك تغيير موجبها إلا برضا صاحبه وفي الرضا احتمال يعني إذا كان ساكتا، والمراد بموجبها وقوع المشتري على الاختصاص. ولا يشكل على هذا ما ذكره في الخلاصة في ثلاثة اشتركوا شركة صحيحة على قدر رؤس أموالهم نخرج واحد إلى ناحية من النواحي لشركتهم فشارك الحاضران آخر على أن ثلث الربح له والثلثين بينهم أثلاثا ثلثاه للحاضرين وثلثه للغائب، فعمل المدفوع إليه بذلك المال سنين مع الحاضرين ثم جاء الغائب فلم يتكلم بشئ فاقتسموا ولم يزل يعمل معهم هذا الرابع حتى خسر المال أو استهلكه فأراد الغائب أن يضمن شريكيه لا ضمان عليهما وعمله بعد ذلك رضا بالشركة لان هذا أخص من السكوت السابق لما فيه من زيادة العمل اهـ. وقد ظهر لي أن لا غلط في كلامهم لامكان التوفيق فقولهم يملك فسخها بلا رضا الآخر حيث أعلمه معناه رفع عقد الشركة بالكلية، وقولهم في تعليل هذه المسألة إن أحدهما لا يملك فسخها بلا رضا الآخر معناه رفعها بالنسبة إلى المشتري فقط. وحاصله أن أحدهما إذا أراد أن يشتري شيئا ويختص به ولا يكون على الشركة فلا بد من رضا صاحبه ولا يكفي علمه بخلاف ما إذا فسخها بالكلية وهذا هو الحق لمن أنصف من نفسه. وفي الظهيرية: ثلاثة نفر متفاوضون غاب أحدهم وأراد الآخر أن يتناقضا ليس لهما ذلك بدون الغائب ولا ينتقض البعض دون البعض اهـ. وفي المحيط: جحد أحد المتفاوضين وقعت الفرقة وضمن نصف جميع ما في يده إذا ظهرت المفاوضة بالبينة العادلة لانه أمين جحد الامانة فصار غاصبا، وكذلك جحود وارثه بعد موته. باع أحد المتفاوضين شيئا ثم افترقا والمشتري لا يعلم فلكل واحد قبض المال كله فإلى أيهما دفع برئ، وإن علم بالفرقة لم يدفع إلا إلى العاقد، ولو دفع إلى شريكه لا يبرأ عن نصيب العاقد، وكذا لو وجد به عيبا لا يخاصم به إلا البائع، ولو رد عليه بالعيب قبل الافتراق وحكم عليه بالثمن ثم افترقا له أن يأخذ أيهما شاء، ولو استحق العبد قبل الفرقة وقبل نقد الثمن له أن يأخذ أيهما شاء اهـ.
***
[٣١١]
وفيه قبله: ولو أبضع أحدهما رجلا فاشترى المستبضع بالبضاعة شيئا بعد تفرقهما، فإن علم بتفرقهما فالمشتري للمبضع خاصة، وإن لم يعلم فإن كان الثمن مدفوعا إلى المستبضع نفذ الشراء عليهما، وإن لم يكن مدفوعا إليه فالمشتري للمبضع اهـ. ولم يذكر المصنف حكمها إذا جن أحدهما وفي التتارخانية: سئل أبو بكر عن شريكين جن أحدهما وعمل الآخر بالمال حتى ربح أو وضع قال: الشركة بينهما قائمة إلى أن يتم إطباق الجنون عليه، فإذا قضى ذلك الوقت تنفسخ الشركة بينهما فإذا عمل بالمال بعد ذلك فالربح كله للعامل والوضيعة عليه وهو كالغصب لمال المجنون فيطيب له ما ربح ماله ولا يطيب له ربح من مال المجنون فيتصدق به اهـ. ثم اعلم أن الشريكين إذا اشتريا بالمال متاعا ثم أرادا القسمة فإنه يقوم ذلك يوم اشترياه ويكون الربح بينهما على قدره، ولو اشتركا في العروض على أن لكل واحد حصة ماله فاشتريا بها متاعا ثم باعاه بألف درهم فإنهما يقتسمان الدراهم على قيمة العروض يوم اشترياه، كذا في الينابيع. ولم يذكر المصنف حكم اختلافهما ولا بأس ببيانه تتميما للفائدة. وفي الظهيرية: ادعى أنه شاركه مفاوضة والمال في يد الجاحد فالقول للجاحد والبينة على المدعي، فإن أقاما، فإن شهدوا أنه مفاوضة وأن المال الذي في يده بينهما أو من شركتهما قبلت وقضى به بينهما، وإن شهدوا أنه مفاوضة فقط ذكر السرخسي قبولها، وذكر خواهر زاده قبولها إن شهدوا في مجلس الدعوى وإن بعد ما تفرقا لا يقضي ما لم يشهدوا أنه بينهما نصفان أو أنه من شركتهما أو بقر الجاحد أن المال كان في يده يومئذ. ثم إذا قضى به بينهما فادعى ذو اليد شيئا مما في يده لنفسه ميراثا أو هبة أو صدقة من غير جهة المدعي، فإن كان شهود مدعي المفاوضة شهدوا أنه مفاوضة وأن المال بينهما نصفان أو شهدوا أنه مفاوضة وأن المال من شركتهما فلا تسمع دعواه ولا تقبل بينته، وإن شهدوا أنه مفاوضة وأن المال في يده أو شهدوا أنه مفاوضة ولم يزيدوا قبلت عند محمد خلافا لابي يوسف. ولو ادعى شيئا مما في يده بطريق التلقي من المدعي تسمع وتقبل مطلقا، وإذا افترق المتفاوضان ثم ادعى أحدهما أن شريكه كان بالنصف وادعى الآخر بالثلث وقد اتفقا على المفاوضة فجميع المال بينهما نصفان وهذا ظاهر وتمامه فيها. قوله: (ولم يزك مال الآخر إلا بإذنه) أي أحدهما لانه ليس من جنس التجارة فلا يكون وكيلا عنه في أدائها

إلى أن يأذن له قوله: (فإن أذن كل وأديا معا ضمنا ولو متعاقبا ضمن
***
[٣١٢]
الثاني) أي إن أذن كل واحد منهما لصاحبه بأداء الزكاة عنه فأديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه، وإن أديا على التعاقب كان الثاني ضامنا للاول. أطلقه فشمل ما إذا علم بأداء صاحبه أو لم يعلم في الوجهين، وهذا عند الامام، وعندهما لا ضمان إذا لم يعلم، وعلى هذا الاختلاف المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقراء بعدما أدى الآمر بنفسه لهما أنه مأمور بالتمليك من الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل، وهذا لان في وسعه التمليك لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل وإنما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الاحصار إذا ذبح بعدما زال الاحصار وحج الآمر لم يضمن المأمور علم أولا. ولابي حنيفة رضي الله عنه أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدي لم يقع زكاة فصار مخالفا، وهذا لان المقصود من الآمر إخراج النفس عن عهدة الواجب لان الظاهر أنه لا يلتزم الضرر إلا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل بأدائه فعري أداء المأمور عنه فصار معزولا، علم أو لم يعلم، لانه عزل حكمي، وأما دم الاحصار فقد قيل إنه على الخلاف، وقيل بينهما فرق، ووجهه أن الدم ليس بواجب عليه وأنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الاحصار، وفي مسألتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار، وكذا في الهداية. ونقل الولوالجي أن في بعض المواضع لا يضمن عندهما وإن علم بأداء المالك، ونص في زيادات العتابي أن عندهما لا يضمن، علم بأدائه أو لم يعلم وهو الصحيح عندهما، كذا في فتح القدير قوله: (وإن أذن أحد المتفاوضين بشراء أمة ليطأ ففعل فهي له بلا شئ) أي عند الامام. وقالا: يرجع عليه بنصف الثمن لانه أدى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة لان الملك وقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك. وله أن الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة إذ هما لا يملكان تغييره فأشبه حال عدم الاذن غير أن الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطئ لا يحل إلا بالملك ولا وجه إلى إثباته بالبيع لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة، وفي مسألتنا قضى دينا عليهما وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة. قيد بالاذن لانه لو اشتراها للوطئ بلا إذن كانت مشتركة لما قدمناه، وقدمنا أن السكوت عند الاستئذان لا يكون إذنا فلا يكون له خاصة وقد بينا الفرق بينه وبين سكوت الموكل.
***
[٣١٣]
كتاب الوقف مناسبته للشركة باعتبار أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال، وله معنى لغوي وشرعي وسبب ومحل وشرائط وركن وأحكام ومحاسن وصفة. فمعناه في اللغة الحبس قال في القاموس. وقف الدار حبسه كأوقفه وهذه لغة رديئة اه‍. وأما معناه شرعا فما أفاده قوله: (حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة) يعني عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى، وزاد في فتح القدير على كلام المصنف أو صرف منفعتها على من أحب قال: لان الوقف يصح لمن يحب من الاغنياء بلا قصد القربة وهو وإن كان لا بد في آخره من القربة كشرط التأبيد وهو بذلك كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون وقفا قبل انقراض الاغنياء بلا تصدق اه‍. وقد يقال: إن الوقف على الغني تصدق بالمنفعة لان الصدقة كما تكون على الفقراء تكون على الاغنياء وإن كان التصدق على الغني مجازا عن الهبة عند بعضهم. وصرح في الذخيرة بأن في التصدق على الغني نوع قربة دون قربة الفقير. وعرفه شمس الائمة السرخسي بأنه حبس المملوك عن التمليك من الغير وسببه إرادة محبوب النفس في الدنيا ببر الاحباب، وفي الآخرة بالتقرب إلى رب الارباب عزوجل. ومحله المال المتقوم، وشرائطه أهلية الواقف للتبرع من كونه حرا عاقلا بالغا، وأن يكون منجزا غير معلق فإنه مما لا يصلح تعليقه بالشرط، فلو قال إن قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا تصير وقفا. وذكر في جامع الفصولين الوقف فيما لا يصح تعليقه بالشرط في رواية فأشار أن فيه روايتين وجزم بصحة إضافته. وفي البزازية: وتعليق الوقف بالشرط باطل. وفي الخانية: ولو قال إذا جاء غد
***
[٣١٤]

فأرضي صدقة موقوفة أو قال إذا ملكت هذه الارض فهي صدقة موقوفة لا يجوز لانه تعليق والوقف لا يحتمل التعليق بالخطر لانه لا يحلف به فلا يصح تعليقه كما لا يصح تعليق الهبة بخلاف النذر لانه يحلف به ويحتمل التعليق اهـ. فإذا جاء غد تعليق ووقفته غدا إضافة وقد بينا الفرق بينهما في شرحنا على المنار وفي لب الاصول. ولو قال وقفته إن شئت ثم قال شئت كان باطلا للتعليق، أما لو قال شئت وجعلتها صدقة صح هذا الكلام المتصل بخلاف ما لو قال إن كانت هذه الدار في ملكي فهي صدقة موقوفة فظهر أنها كانت في ملكه وقت التكلم فإنها تصير وقفا لانه تعليق على أمر كائن وهو تنجيز، كذا في فتح القدير، وسيأتي تعليقه بالموت. الخامس من شرائطه الملك وقت الوقف حتى لو غصب أرضا فوقفها ثم اشتراها من مالكها ودفع الثمن إليه أو صالح على مال دفعه إليه لا تكون وقفا لانه إنما ملكها بعد أن وقفها. هذا على أنه هو الواقف، أما لو وقف ضيعة غيره على جهات فبلغ الغير فأجازه جاز بشرط الحكم والتسليم أو عدمه على الخلاف الذي سنذكره، وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي. فلو استحق الوقف بطل، وكذا لو جعلها مسجدا وجاء شفيعها بعد وقف المشرتي، وكذا لو وقف المريض المديون الذي أحاط الدين بماله فإنه يباع وينقض الوقف، ولو وقف المبيع فاسدا بعد القبض صح وعليه القيمة لبائع، وكذا لو اتخذها اتخذها مسجدا، وكذا لو جعلها مسجدا وجاء شفيعها نقض المسجدية. ولو وقفها المشتري قبل القبض إن نقد الثمن جاز الوقف وإلا فهو موقوف. ولو اشترى أرضا فوقفها ثم جاء مستحق فاستحقها وأجاز البيع بطل الوقف في قول محمد، ولو ضمن المستحق البائع جاز الوقف في قول محمد، الكل في الخانية. ولو وهبت له أرض هبة فاسدة فقبضها ثم وقفها صح وعليه قيمتها، ولو اشترى أرضا فوقفها ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان ولا يلزمه أن يشتري به بدلا لعدم دخول نقصان العيب في الوقف، كذا في الاسعاف. وفي الذخيرة: لو اشترى على أن البائع بالخيار فيها فوقفها ثم أجاز البائع البيع لم يجز الوقف اهـ. ويتفرع على اشتراط الملك أنه لا يجوز وقف الاقطاعات إلا إذا كان الارض مواتا فأقطعها الامام رجلا أو كانت ملكا للامام فأقطعها رجلا وأنه لا يجوز وقف أرض

***

[٣١٥]

الجوز للامام لانه ليس بمالك لها - زاد في التتارخانية - ولا لمالكها. قال: وتفسير أرض الجوز أرض عجز صاحبها عن زراعتها وأداء خراجها فدفعها إلى الامام لتكون منافعها جبرا للخراج اهـ. وتمامه في الخصاف. وذكر أيضا أن الموهوب له لا يصح وقفه قبل القبض ولو قبض بعده والموصى له كذلك قبل الموت. السادس عدم الجهالة فلو وقف من أرضه شيئا ولم يسمه كان باطلا لان الشئ يتناول القليل والكثير ولو بين بعد ذلك ربما يبين شيئا قليلا لا يوقف عادة، فلو وقف جميع حصته من هذه الدار والارض ولم يسم السهام جاز استحسانا، كذا في الاسعاف. ولو وقف هذه الارض أو هذه الارض وبين وجه الصرف كان باطلا لمكان الجهالة. ولو قال جعلت نصيبي من هذه الدار وقفا وهو ثلث جميع الدار فإذا هي النصف كان الكل وقفا وتمامه في الخانية. السابع عدم الحجر على الواقف لسفه أو دين، كذا أطلقه الخصاف. وينبغي أنه إذا وقفها في الحجر للسفه على نفسه ثم لجهة لا تنقطع أن يصح على قول أبي يوسف وهو الصحيح عند المحققين، وعند الكل إذا حكم به حاكم، كذا في فتح القدير وهو مدفوع بأن الوقف تبرع وهو ليس من أهله. الثامن أن لا يذكر مع الوقف اشتراط بيعه، فلو وقف بشرط أن يبيعها ويصرف ثمنها إلى حاجته لا يصح الوقف في المختار، كذا في البزازية وهو قول هلال والخصاف. وجوزه يوسف بن خالد السمتي إلحاقا للوقف بالعتق، وأما اشتراط الاستبدال فلا يبطله كما سيأتي في محله. التاسع أن لا يلحق به خيار شرط فلو وقف على أنه بالخيار لم يصح عند محمد معلوما كان الوقت أو مجهولا، واختاره هلال. وقال أبو يوسف: إن كان الوقت معلوما جاز الوقف والشرط كالبيع وإلا بطل الوقف، وصححه السمتي مطلقا وأبطل الشرط. وظاهر ما في الخانية أنه لو جعل داره مسجدا على أنه بالخيار صح الوقف وبطل الشرط بلا خلاف. وقال الفقيه أبو جعفر: ينبغي على قول أبي يوسف فيما إذا كان الوقت مجهولا أن يصح الوقف ويبطل الشرط. العاشر أن لا يكون موقتا. قال الخصاف: لو وقف داره يوما أو شهرا لا يجوز لانه لم يجعله مؤبدا، وكذا لو قال على فلان سنة كان باطلا. وفصل هلال

***

[٣١٦]

بين أن يشترط رجوعها إليه بعد الوقت فيبطل الوقف أو لا فلا، وظاهر ما في الخانية اعتماده. الحادي عشر أن يكون للواقف ملة

فلا يصح وقف المرتد إن قتل أو مات على ردته، وإن أسلم صح. ويبطل وقف المسلم إن ارتد ويسير ميراثا، سواء قتل على ردته أو مات أو عاد إلى الاسلام إلا إن أعاد الوقف بعد عوده إلى الاسلام كما أوضحه الخصاف آخر الكتاب، ويصح وقف المرتدة لانها لا تقتل. وأما الاسلام فليس من شرطه فصح وقف الذمي بشرط كونه قربة عندنا. وعندهم كما لو وقف على أولاده أو على الفقراء أو على فقراء أهل الذمة، فإن عمم جاز الصرف إلى كل فقير مسلم أو كافر. وإن خصص فقراء أهل الذمة إعتبر شرطه كما نص عليه الخصاف كالمعتزلي إذا خص أهل الاعتزال. ولو شرط أن من أسلم من ولده أخرج اعتبر شرطه أيضا كشرط المعتزلي أن من صار سينا أخرج وليس هذا من قبيل اشتراط المعصية لان التصدق على الكافر غير الحربي قربة. ولو وقف على بيعة فإذا خربت كان للفقراء لم يصح وكان ميراثا لانه ليس بقربة عندنا كالوقف على الحج أو العمرة لانه ليس بقربة عندهم بخلاف ما لوقف على مسجد بيت المقدس فإنه صحيح لانه قربة عندنا وعندهم. وفي القنية: وفي المجوسي ضيعة على فقراء المجوس

***

[٣١٧]

لا يجوز. ثم رقم بعده بحرف الطاء: مجوسي وقف أرضه على أولاده وأولاد أولاده ماتنا سلوا ومن بعده على فقراء اليهود أو المجوس يجوز. قال رضي الله عنه: فينبغي أن يجوز على فقراء المجوس ابتداء اهـ. وفي الحاوي: وقف المجوسي على بيت النار واليهودي والنصراني على البيعة والكنيسة باطل إذا كان في عهد الاسلام، وما كان منها في أيام الجاهلية مختلف فيه والاصح أنه إذا دخل في عهد عقد الذمة لا يتعرض اهـ. ثم اعلم أنه لا يشترط لصحته عدم تعلق حق الغير به فلو وقف ما في إجارة الغير صح ولا تبطل الاجارة فإذا انقضت أو مات أحدهما صرفت إلى جهات الوقف، وأما وقف المرهون فإن أفتكه أو مات عن وفاء عاد إلى الجهة، وإن مات عن غير وفاء بيع وبطل الوقف، كذا في فتح القدير. وسكت عن حكمه حال الحياة لو كان معسرا. وفي الاسعاف: لو وقف المرهون بعد تسليمه صح وأجبره القاضي على دفع ما عليه إن كان موسرا، فإن كان معسرا أبطل الوقف وباعه فيما عليه اهـ. وهكذا في الذخيرة والمحيط. وأما شرطه الخاص لخروجه عن الملك عند الامام فالاضافة إلى ما بعد الموت وهو الوصية به أو يلحقه حكم به. وعند أبي يوسف لا يشترط سوى كون المحل قابلا له من كونه عقارا أو دارا. وعند محمد ذلك مع كونه مؤبدا مقسوما غير مشاع فيما يحتمل القسمة ومسلما إلى متول، وسيأتي أن أكثرهم أفتى بقول محمد، وأن بعضهم أفتى بقول أبي يوسف وما أفتى أحد بقول الامام. وأما ركنه فالالفاظ الخاصة الدالة عليه وهي ستة وعشرون لفظا: الاول أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين ولا خلاف فيه. الثاني صدقة موقوفة فهلال وأبو يوسف وغيرهما على صحته لانه لما ذكر صدقة عرف مصرفه. وانتفى بقوله موقوفة احتمال كونه نذرا. الثالث حبس صدقة. الرابع صدقة محرمة وهما كالثاني. الخامس موقوفة فقط لا يصح إلا عند أبي يوسف فإنه يجعلها بمجرد هذا اللفظ موقوفة على الفقراء وإذا كان مفيدا

***

[٣١٨]

لخصوص المصرف أعني الفقراء لزم كونه مؤبدا لان جهة الفقراء لا تنقطع. قال الصدر الشهيد: ومشايخ بلخ يفتون بقول أبي يوسف ونحن نفتي بقوله أيضا لمكان العرف، وبهذا يندفع رد هلال قول أبي يوسف بأن الوقف يكون على الغني والفقير ولم يبين فيبطل لان العرف إذا كان يصرفه إلى الفقراء كان كالتنصيص عليهم. السادس موقوفة على الفقراء صح عند هلال أيضا لزوال الاحتمال بالتنصيص على الفقراء. السابع محبوسة. الثامن حبس وهما باطلان ولو كان في حبس مثل هذا العرف يجب أن يكون كقوله موقوفة. التاسع لو قال هي للسبيل إن تعارفوه وقفا مؤبدا للفقراء كان كذلك وإلا سئل، فإن قال أردت الوقف صار وقفا لانه محتمل لفظه أو قال أردت معنى صدقة فهو نذر فيتصدق بها أو بثمنها، وإن لم ينو كانت ميراثا، ذكره في النوازل. العاشر جعلتها للفقراء إن تعارفوه وقفا عمل به وإلا سئل، فإن أراد الوقف فهي وقف أو الصدقة فهي نذر، وهذا عند عدم النية لانه أدنى فإثباته به عند الاحتمال أولى. واعترضه في فتاوى الخاصي بأنه لا فرق بينهما وذكر في إحداهما إذا لم تكن له نية يكون ميراثا، ولا يخفى أن كونه ميراثا لا ينافي كونه نذرا لانه المنذور به إذا مات الناذر ولم يوف بنذره يكون ميراثا إلا أنه اقتصر على تمام التفصيل في إحداهما وإلا فلا شك أن في كل منهما إذا لم تكن له نية يكون نذرا، فإن مات ولم يتصدق به ولا بقيمته يكون ميراثا. الحادي عشر محرمة. الثاني عشر

وقف وهو صحيح وهي معروفة عند أهل الحجاز. الثالث عشر حبس موقوفة وهو كالاقتصار على موقوفة. الرابع عشر جعلت نزل كرمي وقفا صار وقفا فيه ثمرة أولا. الخامس عشر جعلت غلته وقفا كذلك. الخامس عشر موقوفة لله بمنزلة صدقة موقوفة، الكل في فتح القدير. وجزم في البزازية بصحة الوقف بقوله وقف أو موقوفة. السادس عشر صدقة فقط كانت صدقة فإن لم يتصدق حتى مات كانت ميراثا، كذا في الخصاف. السابع عشر هذه موقوفة على وجه الخير أو على وجة البر تكون وقفا على الفقراء. الثامن عشر صدقة موقوفة في الحج عني والعمرة عني يصح الوقف ولو لم يقل عني لا يصح الوقف. التاسع عشر صدقة لا تباع تكون نذرا بالصدقة لا وقفا، ولو زاد ولا توهب ولا تورث صارت وقفا على المساكين
***
[٣١٩]
والثلاثة في الاسعاف. العشرون اشتروا من غلة داري هذه كل شهر بعشرة دراهم خبزا وفرقوه على المساكين صارت الدار وقفا. الحادي والعشرون هذه بعد وفاتي صدقة يتصدق بعينها أو تباع ويتصدق بثمنها، ذكرهما في الذخيرة. الثاني والعشرون أوصى أن يوقف ثلث ماله جاز عند أبي يوسف ويكون للفقراء، وعندهما لا يجوز إلا أن يقول لله أبدا: كذا في التتارخانية. الثالث والعشرون هذا الدكان موقوفة بعد موتي ومسبل ولم يعين مصرفا لا يصح. الرابع والعشرون داري هذه مسبلة إلى المسجد بعد موتي يصح إن خرجت من الثلث وعين المسجد وإلا فلا. الخامس والعشرون سبلت هذه الدار في وجه إمام مسجد كذا عن جهة صلواتي وصياماتي تصير وقفا وإن لم تقع عنهما والثلاثة في القنية. السادس والعشرون جعلت حجرتي لدهن سراج المسجد ولم يزد عليه صارت الحجرة وقفا على المسجد كما قال، وليس للمتولي أن يصرف إلى غير الدهن، كذا في المحيط. السابع والعشرون ذكر قاضيخان من كتاب الوصايا: رجل قال ثلث مالي وقف ولم يزد على ذلك قال أبو نصر: إن كان ماله نقدا فهذا القول باطل بمنزلة قوله هذه الدراهم وقف، وإن كان ماله ضياعا تصير وقفا على الفقراء اه‍. وأما حكمه فما ذكره في تعريفه من أنه حبس العين عن التمليك والتصدق بالمنفعة وسيأتي بقية أحكامه. ومحاسنه ظاهرة وهي الانتفاع الدار الباقي على طبقات المحبوبين من الذرية والمحتاجين من الاحياء والاموات لما فيه من إدامة العمل الصالح كما في الحديث المعروف إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث (١) وفي فتاوى قاضيخان: رجل جاء إلى فقيه وقال إني أريد أن أصرف مالي إلى خير، عتق العبيد أفضل أم اتخاذ الرباط للعامة؟ قال بعضهم الرباط أفضل. وقال الفقيه أبو الليث: إن جعل للرباط مستغلا يصرف إلى عمارة
***
[٣٢٠]
الرباط فالرباط أفضل، وإن لم يجعل إلا رباطا فالاعتاق أفضل، ولو تصدق بهذا المال على المحتاجين فذاك أفضل من الاعتاق اه‍. وفي البزازية: وقف الضيعة أولى من بيعها والتصدق بثمنها اه‍. وصفته أن يكون مباحا وقربة وفرضا فالاول بلا قصد القربة ولذا يصح من الذمي ولا ثواب له. والثاني مع قصدها من المسلم. والثالث المنذور كما لو قال إن قدم ولدي فعلي أن أقف هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو نذر يجب الوفاء به، فإن وقفه على ولده وغيره ممن لا يجوز دفع زكاته إليهم جاز في الحكم ونذره باق، وإن وقف على غيرهم سقط. وإنما صح النذر به لان من جنسه واجبا فإنه يجب أن يتخذ الامام للمسلمين وقفا مسجدا من بيت المال أو من مالهم إن لم يكن لهم بيت مال كما في فتح القدير قوله: (والملك يزول بالقضاء لا إلى مالك) أي ملك العين الموقوفة يزول عن ملك المالك بقضاء القاضي بلزوم الوقف من غير أن ينتقل إلى ملك أحد، وهذا - أعني اللزوم بالقضاء - متفق عليه لانه قضاء في محل الاجتهاد فينفذ. وفي الخانية: وطريق القضاء أن يسلم الواقف ما وقفه للمتولي ثم يريد أن يرجع عنه فينازعه بعلة عدم اللزوم ويختصمان إلى القاضي فيقضي القاضي بلزومه اه‍. وإنما يحتاج إلى الدعوى عند البعض، والصحيح أن الشهادة بالوقف بدون الدعوى مقبولة ولذا قالوا: لو باع ثم ادعى الوقفية لا تسمع دعواه للتناقض ولا يحلف فإن برهن تقبل. قال في البزازية: لا لصحة الدعوى بل لان البرهان يقبل عليه بلا دعوى كالشهادة على عتق الامة في المختار ولا تسمع الدعوى من غير المتولي وعليه الفتوى اه‍. ولذا قال في المحيط: ولو قضى بالوقفية بالشهادة القائمة على الوقف من غير دعوى يصح لان حكمه هو التصدق بالغلة وهو
***
[٣٢١]
حق الله تعالى، وفي حقوق الله تعالى يصح القضاء بالشهادة من غير دعوى اه‍. وقيد بالقضاء لانهما لو حكما رجلا ليحكم بينهما بلزوم

الوقف اختلفوا فيه، والصحيح أن بحكم المحكم لا يرتفع الخلاف وللقاضي أن يبطله، كذا في الخانية. وهل القضاء به قضاء على الناس كافة كالحرية أو لا؟ قال قاضيخان: أرض في يد رجل ادعى رجل أنها وقف وبين شرائط الوقف وقضى القاضي بالوقف ثم جاء آخر وادعى أنه ملك قالوا: تقبل بينة المدعي لان القضاء بالوقف بمنزلة استحقاق الملك وليس بتحرير ألا ترى أنه لو جمع بين وقف وملك وباعهما صفقة واحدة جاز بيع الملك، ولو جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة لا يجوز بيع العبد، دل أن القضاء بالوقف بمنزلة القضاء بالملك وفي الملك القضاء يقتصر على المقضي عليه وعلى من يلتقي الملك منه ولا يتعدى إلى الغير فكذلك في الوقف اه. ذكره في باب ما يبطل دعوى المدعي، وعزاه في الخلاصة إلى الفتاوى الصغرى ثم قال: بخلاف العبد إذا ادعى العتق على إنسان وقضى القاضي بالعتق ثم ادعى رجل أن هذا العبد ملكه لا تسمع لان القضاء بالعتق قضاء على جميع الناس بخلاف الوقف. قال الصدر الشهيد: لم نر لهذا رواية لكن سمعت أن فتوى السيد الامام أبي شجاع على هذا. وفي فوائد شمس الائمة الحلواني وركن الاسلام على السغدي أن الوقف كالعتق في عدم سماع الدعوى بعد قضاء القاضي بالوقفية لان الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يبطل إلا في مواضع مخصوصة وهكذا في النوازل اه. وذكر القولين في جامع الفصولين: وهل يقدم الخارج على ذي اليد ولا ترجيح
***
[٣٢٢]
للوقف على الملك أو لا؟ قال في جامع الفصولين: ومتول ذويد لو برهن على الوقف فبرهن الخارج على الملك يحكم بالملك للخارج فلو برهن المتولي بعده على الوقف لا تسمع لان المتولي صار مقضيا عليه مع من يدعي تلقي الوقف من جهته. وعند أبي يوسف تقبل بينة ذي اليد على الوقف ولا تقبل بينة الخارج على الملك كمن ادعى قنا وقال ذو اليد هو ملكي وحررته فإنه يقضي ببينة ذي اليد وفاقا وبقولهما يفتى اه. فقد علمت أن المفتى به تقديم الخارج وفيه: ادعى ملكا في دار بيد متول يقول وقفه زيد على مسجد كذا وحكم به للمدعي، فلو ادعى متول آخر على هذا المدعي أنه وقف على مسجد كذا من جهة بكر تقبل إذ المقضي عليه هو زيد الواقف لا مطلق الواقف اه. والحاصل أن القضاء بالوقفية ليس قضاء على الكافة على المعتمد فتسمع الدعوى من غير المقضي عليه، وأما القضاء بالحرية فقضاء على الكافة فلا تسمع الدعوى بعده بالملك لاحد، ولا فرق بين الحرية الاصلية والعارضية بالاعتاق بأن شهدوا بإعتاقه وهو يملكه، صرح به قاضيخان. وأما القضاء بالملك فليس على الكافة بلا شبهة. وفي الفتاوى الصغرى من فصل دعوى النكاح: إذا قضى القاضي لانسان بنكاح امرأة أو بنسب أو بولاء عتاقة ثم ادعاه الآخر لا تسمع اه. فعلى هذا القضاء الذي يكون على الكافة في أربعة أشياء وسيأتي تمامه إن شاء الله تعالى في الدعوى. وفي القنية: دار في يد رجل أقام رجل بينة أنها وقفت عليه وأقام قيم المسجد بينة أنها وقف على المسجد فإن أرخا فهي للسابق منهما وإن لم يؤرخا فهي بينهما نصفان اه. وقد ذكر المصنف رحمه الله للزومه طريقا واحدة وهي القضاء فظاهره أنه لا يلزم لو علقه بموته. قال في الهداية قال في الكتاب: لا يزول ملك الواقف عن الوقف حتى يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته، وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في فصل مجتهد فيه، أما في تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزمه اه. والحاصل أنه إذا علقه بموته كما إذا قال إذا مت فقد وقفت داري على كذا فالصحيح أنه وصية لازمة لكن لم تخرج عن ملكه فلا يتصور التصرف فيه ببيع ونحوه بعد موته لما يلزم من إبطال الوصية، وله أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا. وإنما يلزم بعد موته وإنما لم يكن وقفا لما قدمنا من أنه لا يقبل التعليق بالشرط، وكذا إذا قال إذا مت من مرضي هذا فقد وقفت أرضي على كذا فمات لم تصر وقفا وله أن يبيعها قبل الموت بخلاف ما إذا قال إذا مت فاجعلوها وقفا فإنه يجوز لانه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه، وهذا لان الوقف بمنزلة تمليك الهبة من الموقوف عليه والتمليكات غير الوصية لا تتعلق بالخطر. ونص محمد في السير الكبير أن الوقف إذا أضيف إلى ما بعد الموت يكون باطلا أيضا عند أبي حنيفة وعلى ما عرفت
***
[٣٢٣]
بأن صحته إذا أضيف إلى ما بعد الموت يكون باعتباره وصية. وفي المحيط: لو قال إن مت من مرضي هذا فقد وقفت أرضي هذه لا يصح الوقف برئ أو مات لانه تعليق. وفي الخانية: لو قال أرضي بعد موتي موقوفة سنة جاز وتصير الارض موقوفة أبدا لانه في معنى

الوصية بخلاف ما إذا لم يضف إلى ما بعد الموت بأن قال أرضي موقوفة سنة لان ذاك ليس بوصية بل هو محض تعليق أو إضافة، فالحاصل أن على قول هلال إذا شرط في الوقف شرطا يمنع التأبيد لا يصح الوقف اهـ. وفي التبيين: لو علق الوقف بموته ثم مات صح ولزم إذا خرج من الثلث لان الوصية بالمعدوم جائزة كالوصية بالمنافع ويكون ملك الواقف باقيا فيه حكما يتصدق منه دائما، وإن لم يخرج من الثلث يجوز بقدر الثلث ويبقى الباقي إلى أن يظهر له مال أو تجيز الورثة، فإن لم يظهر له مال ولم تجز الورثة تقسم الغلة بينهما أثلاثا ثلثة للوقف وثلثاه للورثة اهـ. قال الامام السرخسي: إذا خاف الواقف إبطال وقفه فللتحرز عنه طريقان: إحداهما القضاء، والثاني أن يذكر الواقف بعد الوقف والتسليم، فإن أبطله قاض بوجه من الوجوه فهذه الارض بأصلها وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف تباع ويتصدق بثمنها على الفقراء، ومتى فعل ينبرم الوقف لان أحدا من الورثة لا يسعى في إبطاله لان سعيه حينئذ يعرى عن الفائدة للزوم التصدق بها أو بثمنها. قال شمس الائمة: والذي جرى به الرسم في زماننا أنهم يكتبون إقرار الواقف أن قاضيا من قضاة المسلمين قضى بلزوم هذا الوقف فذاك ليس بشئ ولا يحصل به المقصود لان إقراره لا يصير حجة على القاضي الذي يريد إبطاله ولو لم يكن القاضي قضى بلزوم الوقف فإقراره يكون كذبا محضا ولا رخصة في الكذب وبه لا يتم المقصود، ومن المتأخرين من مشايخنا من قال: إذا كتب في آخر الصك وقد قضى بصحة هذا الوقف ولزومه قاض من قضاة المسلمين ولم يسم القاضي يجوز. وتمسك هذا القائل بقول محمد في الكتاب: إذا خاف الواقف أن يبطله القاضي فإنه يكتب في صك الوقف أن حاكما من حكام المسلمين قضى بلزوم هذا الوقف ولم يذكر الكتاب اسم القاضي ونسبه ومتى علم بتاريخ الوقف يصير القاضي في ذلك الزمان معلوما، كذا في الظهيرية، وقد وسع في ذلك قاضيخان أيضا. وقيد زوال الملك بالقضاء ليفيد عدمه قبله وهو قول

***

[٣٢٤]

الامام لكن قيل لا يجوز الوقف عنده أصلا كما صرح به في الاصل لان المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح، والاصح أنه جائز عنده إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية، كذا في الهداية وغيرها. وفي فتح القدير: وإذا لم يزل عند أبي حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة. ولفظ حبس إلى آخره لا معنى له لان له بيعه متى شاء وملكه مستمر فيه كما لو لم يتصدق بالمنفعة فلم يحدث الواقف إلا مشيئة التصدق بمنفعته، وله أن يترك ذلك متى شاء. وهذا القدر كان ثابتا قبل الوقف بلا ذكر لفظ الوقف فلم يفد الوقف شيئا وهذا معنى ما ذكر في المبسوط من قوله كان أبو حنيفة لا يجيز الوقف. وحينئذ فقول من أخذ بظاهر هذا اللفظ فقال الوقف عند أبي حنيفة لا يجوز صحيح لانه ظهر أنه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن، وإذا لم يكن له أثر زائد على ما كان قبله كان كالمعدوم، والجواز والنفاذ والصحة فرع اعتبار الوجود ومعلوم أن قوله لا يجوز ولا يجيز ليس المراد التلفظ بلفظ الوقف بل لا يجيز الاحكام التي ذكر غيره أنها أحكام ذكر الوقف فلا خلاف إذا، فأبو حنيفة قال لا يجوز الوقف أي لا تثبت الاحكام التي ذكرت له إلا أن يحكم به حاكم. وقوله بمنزلة العارية لانه ليس له حقيقة العارية لانه إن لم يسلمه إلى غيره فظاهر، وإن أخرجه إلى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفي لمنافعه اهـ. وفيه نظر لان قوله لم يفد الوقف شيئا غير صحيح لانه يصح الحكم به ولو لا صحته الوقف لم يصح الحكم به ويحل للفقير أن يأكل منه ولو لا صحته لم يحل، وثياب الواقف عليه ولو لا صحته ما أثيب فكيف يقال لم يفد شيئا؟ وفي البزازية: معنى الجواز جواز صرف الغلة إلى تلك الجهة ويتبع شرطه ويصح نصب المتولي عليه فإذا اثبتت هذه الاحكام كيف يقال لم يفد شيئا أو أنه لم يثبت به حكم لم يكن. وقوله من أخذ بظاهر اللفظ إلى آخره ليس بصحيح لان ظاهره عدم الصحة ولم يقل به أحد وإلا لزم أن لا يصح الحكم به ولذا رد شمس الائمة على من ظن أنه غير جائز عنده أخذا فمن ظاهر المبسوط قال: وإنما المراد أنه غير لازم كما في الظهيرية. والحاصل أنه لا خلاف في صحته وإنما الخلاف في لزومه فقال بعدمه وقالا به فلا يباع ولا يورث ولفظ الواقف ينتظمهما والترجيح بالدليل. وقد أكثر الخصاف من الاستدلال لهما بوقوف النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله عنهم وقد كان أبو يوسف مع الامام حتى حج مع الرشيد ورأى وقوف الصحابة رضي الله عنهم بالمدينة ونواحيها رجع وأفتى بلزومه. ولقد استبعد محمد قول أبي حنيفة في الكتاب لهذا وسماه تحكما على الناس من غير حجة وقال:

***

[٣٢٥]

ما أخذ الناس بقول أبي حنيفة وأصحابه إلا لتركهم التحكم على الناس، ولو جاز تقليد أبي حنيفة في هذا لكان من مضى قبيل أبي حنيفة مثل الحسن البصري وإبراهيم النخعي أحرى أن يقلدوا، ولم يحمد محمد على ما قال بسبب أستاذه، وقيل بسبب ذلك انقطع خاطره فلم يتمكن من تفريع مسائل الوقف كالخصاف وهلال، ولو كان أبو حنيفة في الاحياء حين ما قال لزأم عليه فإنه كما قال مالك في أبي حنيفة: رأيت رجلا لو قال هذه الاسطوانة من ذهب لدل عليه ولكن كل مجر بالخلا يسر، كذا في الظهيرية. والحاصل أن المشايخ رجحوا قولهما وقال الفتوى عليه. وفي فتح القدير: إنه الحق، ولا يبعد أن يكون إجماع الصحابة ومن مر بعدهم رضي الله عنهم متوارثا على خلاف قوله. وفي الهداية: ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي: هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة، وعندهما يلزم إلا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال اهـ. وفي الظهيرية: امرأة وقفت منزلا في مرضها على بناتها ثم من بعدهن على أولادهن وأولاد أولادهن أبدا ما تناسلوا فإذا انقرضوا فللفقراء ثم ماتت من مرضها وخلفت من الورثة بنتين وأختا لاب والاخت لا ترضى بما صنعت ولا مال لها سوى المنزل، جاز الوقف في الثلث ولم يجز في الثلثين فيقسم الثلثان بين الورثة على قدر سهامهم ويوقف الثلث، فما خرج من غلته قسم بين الورثة كلهم على قدر سهامهم ما عاشت البنتان، فإذا ماتتا صرفت الغلة إلى أولادهما وأولاد أولادهما كما شرط الواقفة لا حق للورثة في ذلك. رجل وقف دارا له في مرضه على ثلاث بنات له وليس له وارث غيرهن قال الثلث من الدار وقف والثلثان مطلق له يصنعن بهما ما شئن. قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا لم يجزن، أما إذا أجزن صار الكل وقفا عليهن اهـ. والحاصل أن المريض إذا وقف على بعض ورثته ثم من بعدهم على أولادهم ثم على الفقراء، فإن أجاز الوارث الآخر كان الكل وقفا واتبع الشرط وإلا كان الثلثان ملكا بين الرثة والثلث وقفا مع أن الوصية للبعض لا تنفذ في شئ لانه لم يتمحض للوارث لانه بعده لغيره فاعتبر الغير بالنظر إلى الثلث، واعتبر الوارث بالنظر إلى غلة الثلث الذي صار وقفا فلا يتبع الشرط ما دام الوارث حيا، وإنما تقسم غلة هذا الثلث بين الورثة على فرائض الله تعالى، فإذا انقرض الوارث الموقوف عليه اعتبر شرطه في غلة الثلث. وإن وقف على غير الورثة ولم يجيزوا كان

***

[٣٢٦]

الثلث وقفا واعتبر شرطه فيه والثلثان ملك، فلو باع الوارث الثلثين قبل ظهور مال آخر ثم ظهر لم يبطل البيع ويغرم القيمة فيشتري بذلك أرضا وتجعل وقفا على جهة الاول، كذا في البزازية. وفيها: قال أرضي هذه صدقة موقوفة على ابني فلان فإن مات فعلى ولدي وولد ولدي ونسلي ولم تجز الورثة فهي إرث بين كل الورثة ما دام الابن الموقوف عليه حيا فإن مات صار كلها للنسل اهـ. وهي عبارة غير صحيحة لما قدمنا عن الظهيرية أن الثلثين ملك والثلث وقف وأن غلة الثلث تقسم على الورثة ما دام الوارث الموقوف عليه حيا. ويدل عليه أيضا ما ذكره في البزازية بعده وقف أرضه في مرضه على ولده وولد ولده ولا مال له سواه فثلثها وقف على ولد الولد بلا توقف على إجازة الورثة والثلثان للورثة إن لم يجيزوا، وإن أجازوا كان بين الصلبي وولد الولد على السواء. وقف أرضه في مرضه وهي تخرج من الثلث فتلف المال قبل موته وصار لا يخرج من الثلث أو تلف المال بعد موته قبل أن يصل إلى الورثة فثلثها وقف وثلثاها للورثة. وقف أرضه في مرضه على بعض ورثته، فإن أجاز الورثة فهو كما قالوا في الوصية لبعض ورثته وإلا فإن كانت تخرج من الثلث صارت الارض وقفا، وإن لم تخرج فمقدار ما يخرج من الثلث يصير وقفا ثم تقسم جميع غلة الارض ما جاز فيه الوقف وما لم يجز على فرائض الله تعالى ما دام الموقوف عليه أو أحدهم في الاحياء، فإذا انقرضوا كلهم تصرف غلة الارض إلى الفقراء إن لم يوص الواقف إلى واحد من الورثة، ولو مات أحد منهم من الموقوف عليهم من الورثة وبقي الآخرون فإن الميت في قسمة الغلة ما دام الموقوف عليهم أحياء يجعل كأنه حي فيقسم ثم يجعل سهمه ميراثا لورثته الذين لا حصة لهم من الوقف اهـ. ثم اعلم أنه لو وقفها في مرض موته ولا وارث له إلا زوجته ولم تجز ينبغي أن يكون

***

[٣٢٧]

لها السدس والخمسة الاسداس تكون وقفا لما في البزازية من كتاب الوصايا: مات ولم يدع إلا امرأة واحدة وأوصى بكل ماله لرجل إن أجازت فكل المال له وإلا فالسدس لها وخمسة الاسداس له لان الموصى له يأخذ الثلث أولا، بقي أربعة تأخذ الربع والثلاثة الباقية

للموصى له فحصل له خمسة من ستة اهـ. ولا شك الوقف في مرض الموت وصية. وفي المحيط: وقف المريض على أربعة أوجه: الاول أن يقف على الفقراء فإن خرج من الثلث جاز في الجميع وإلا فإن أجاز الورثة جاز في الكل وإلا جاز في الثلث. الثاني لو وقف على وارث بعينه ولم يخرج من الثلث فإن لم يجيزوا جاز في الثلث. وذكر هلال والخصاف تقسم جميع غلة الارض بين الورثة على فرائض الله تعالى ولا يعطى للفقراء شئ ما دام الموقوف عليه حيا، فإذا مات صرف للفقراء، فإن كان يخرج من الثلث يكون الكل للفقراء وإلا فلهم بقدر ما يخرج من الثلث لان هذا وقف على الفقراء بعد موت الوارث لا قبله فما دام الوارث حيا لا يكون وقفا على الفقراء فلا يكون لهم حق في تلك الغلة، والوصية للوارث قد بطلت فيقسم الكل بينهم بالسوية، وقال بعضهم: يعطى حصة الوقف من الغلة للفقراء للحال ولا يكون للورثة منها شئ لان الوقف حصل على الفقراء للحال لان هذا الوقف وصية بالغلة للوارث فإذا لم يجز الباقون بطلت الوصية للوارث فبقي هذا وقفا على الفقراء، فأما إذا أجاز الورثة قيل تكون حصة الوقف للفقراء للحال، وقيل مقدار الثلث للفقراء وما وراء الثلث للموقوف عليه ما دام حيا، فإذا مات رجع إلى الورثة. والثالث لو وقف على المحتاجين من ولده ونسله ثم على الفقراء فإن كان الاولاد والنسل كلهم أغنياء فالغلة للفقراء، وإن كانوا كلهم فقراء أو كان في كل فريق بعضهم فقراء فإنه تقسم الغلة بينهم وبين فقراء الفريقين بالسوية، فما

***

[٣٢٨]

أصاب الفقراء من أولاد الصلب قسم بين الاغنياء والفقراء على فرائض الله تعالى، وما أصاب الفقراء من النسل قسم بينهم بالسوية دون الاغنياء منهم. وإن كان أولاد الصلب كلهم أغنياء ونسله فقراء فالغلة كلها للنسل بينهم بالسوية، وإن كان ذلك على العكس أو بعض أولاد الصلب فقراء فالغلة كلها لاولاد الصلب تقسم بينهم على فرائض الله تعالى لان ما أصاب النسل أصابوا على سبيل الوصية لانهم لا يكونوا ورثة فيكون بينهم بالسوية، وما أصاب الاولاد بطريق الارث إذ لا وصية للوارث فيكون بينهم على قدر مواريثهم، والرابع لو أوصى بأن توقف أرضه بعد موته على فقراء المسلمين فإن خرجت من الثلث أو لم تخرج ولكن أجازت الورثة فإنها توقف كلها، وإن لم يجيزوا فمقدار الثلث يوقف اعتبارا للبعض بالكل، وإن خرجت كلها من ثلثه وفيها نخل فأثمرت بعد الموت قبل وقف الارض دخلت الثمرة في الوقف لانها خرجت من أصل مشغول بحق الموقوف عليهم، وإن أثمرت قبل الموت فتلك الثمر تكون ميراثا اهـ. وتمامه في الاسعاف مع بيان حكم إقرار المريض بالوقف. قوله: (ولا يتم حتى يقبض ويفرز ويجعل آخره لجهة لا تنقطع) بيان لشرائطه الخاصة على قول محمد وقد مشى المؤلف أولا على قول أبي حنيفة من عدم لزومه إلا بالقضاء وثانيا في الشرائط على قول محمد وهو مما لا ينبغي لان الفتوى على قولهما في لزومه بلا قضاء كما قدمنا، وإذا لزم عندهما فإنه يلزم بمجرد القول عند أبي يوسف بمنزلة الاعتاق بجامع إسقاط الملك، وعند محمد لا بد من التسليم إلى المتولي والافراز والتأبيد. أما الاول فلان حق الله تعالى إنما يثبت فيه في ضمن التسلم إلى العبد لان التمليك إلى الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فيأخذه حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة. فلو قال هذه الشجرة للمسجد لا تكون له ما لم يسلمها إلى قيم المسجد عند محمد خلافا لابي يوسف. وفي الخلاصة: ومشايخ بلخ يفتون بقول أبي يوسف. وقال الصدر الشهيد: والفتوى على قول محمد. وفي شرح المجمع: أكثر فقهاء الامصار أخذوا أخذ بقول محمد والفتوى عليه. وفي فتح القدير: وقول أبي يوسف أوجه عند المحققين. وفي المنية: الفتوى على قول أبي يوسف. وهذا قول مشايخ بلخ، وأما البخاريون فأخذوا بقول محمد. وفي المبسوط: كان القاضي أبو عاصم يقول: قول أبي يوسف من حيث المعنى أقوى إلا أنه قال: وقول محمد أقرب إلى موافقة الآثار يعني ما روي أن عمر رضي الله عنه جعل وقفه في يد حفصة وغير ذلك. ورده في المبسوط بأنه لا يلزم كونه ليتم الوقف بل لشغله وخوف التقصير إلى آخره. وفي البزازية: والامام الثاني في قوله الاول ضيق ثم وسع كل التوسع حتى قال يتم بقوله وقفت ومشايخ

***

[٣٢٩]

خوارزم أخذوا بقوله على ما حكاه نجم الزاهد في شرحه للمختصر ومحمد توسط وبقوله أخذ عامة المشايخ على ما حكاه في الفتاوي اهـ. فالحاصل أن الترجيح قد اختلف والاخذ بقول أبي يوسف أحوط وأسهل ولذا قال في المحيط. ومشايخنا أخذوا بقول أبي يوسف ترغيبا

للناس في الوقف. ويبتني على هذا الخلاف مسائل: الاولى لو عزل الواقف القيم وأخرجه إلى غيره بلا شرط أن له ذلك قال محمد: لا ينعزل والولاية للقيم. الثانية لو مات وله وصي فلا ولاية لوصيه والولاية للقيم. الثالثة لو تولاه الواقف بنفسه لا يملك ذلك. وقال أبو يوسف: الولاية للواقف وله أن يعزل القيم في حياته ويولي غيره أو يرد النظر إلى نفسه، وإذا مات الواقف بطل ولاية القيم عنده لانه بمنزلة وكيله، وأما إذا جعله قيما في حياته وبعد موته فإنه لا ينعزل بموته اتفاقا، وكذا لو شرط الولاية في عزل القوام والاستبدال بهم لنفسه أو لاولاده وأخرجه من يده وسلمه إلى المتولي فإنه جائز اتفاقا: نص عليه في السير الكبير لان هذا شرط لا يخل بشرائط الواقف. وفي الخلاصة: إذا شرط الواقف أن يكون هو المتولي فعند أبي يوسف الوقف والشرط كلاهما صحيحان، وعند محمد وهلال الوقف والشرط باطلان اهـ. وسيأتي آخر الباب ما يتعلق بالمتولي نصبا وتصرفا. وأما الثاني أعني اشتراط الافراز فقد علمت أنه قول محمد فلا يجوز وقف المشاع. وقال أبو يوسف: هو جائز وهو مبني على الشرط الاول لان القسمة من تمام القبض فمن شرطه لم يجوز وقف المشاع ومن لم يشترطه جوزه والخلاف فيما يحتمل القسمة، أما ما لا يحتمل القسمة فهو جائز اتفاقا اعتبارا عند محمد بالهبة والصدقة المنفذة إلا في المسجد والمقبرة فإنه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة عند أبي يوسف أيضا لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى، ولان المهايأة في هذا في غاية القبح بأن يقبر فيها الموتى سنة وتزرع سنة ويصلى لله فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف لامكان الاستغلال. والحاصل أن وقف المشاع مسجدا أو مقبرة غير جائز مطلقا اتفاقا، وفي غيرهما إن كان مما لا يحتمل القسمة جاز اتفاقا. والخلاف فيما يحتملها، ومن أخذ بقول أبي يوسف في خروجه بمجرد اللفظ وهم مشايخ بلخ أخذ بقوله في هذه، ومن أخذ بقول محمد في القبض وهو مشايخ بخاري أخذ بقوله في وقف المشاع. وصرح في الخلاصة من الاجارة والوقف بأن الفتوى على قول محمد في وقف المشاع وكذا في البزازية والولوالجية وشرح المجمع لابن الملك. وفي التجنيس: وبقوله يفتي. وتبعه في غاية البيان وسيأتي بيان ما إذا قضى بجوازه. وفي الخلاصة: وإذا وقف أحد الشريكين نصيبه المشاع على قول أبي يوسف ثم اقتسما فوقع نصيب الواقف في موضع لا يجب عليه أن يقفه ثانيا لان القسمة تعين الموقوف، وإذا أراد الاجتناب عن الخلاف

***

[٣٣٠]

يقف المقسوم ثانيا، ولو كان الارض له فوقف نصفها ثم أراد القسمة فالوجه في ذلك أن يبيع ما بقي ثم يقتسمان، وإن لم يبع ورفع إلى القاضي ليأمر إنسانا بالقسمة معه جاز، كذا في الخلاصة أيضا. وفيها: حانوت بين اثنين وقف أحدهما نصيبه وأراد أن يضرب لوح الوقف على بابه فمنعه الشريك الآخر ليس له الضرب إلا إذا أمره القاضي بذلك وهذا قول أبي يوسف، أما على قول محمد فلا يتأتى هذا. وفي الظهيرية: ولو كانت له أرضون ودور بينه وبين آخر فوقف نصيبه ثم أراد أن يقاسم شريكه ويجمع الوقف كله في أرض واحدة ودار واحدة فإنه جائز في قياس قول أبي يوسف وهلال، وإذا قاسم الواقف شريكه وبينهما دراهم فإن كان الواقف هو الذي أعطى الدراهم جاز لانه في حصة الوقف قاسم شريكه واشترى أيضا ما لم يقف من نصيب شريكه فجاز ذلك كله، ثم حصة الوقف للواقف وما اشتراه بالدراهم فذلك له وليس بوقف اهـ. ولو وقف جميع أرضه ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب أو وقف في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك طار، ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء، وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة، كذا في الهداية. ولو كانت الارض بين رجلين فوقفاها على بعض الوجوه ودفعاها إلى وال يقوم عليها كان ذلك جائزا عند محمد لان المانع من تمام الصدقة شيوع في المحل المتصدق به ولا شيوع هنا لان الكل صدقة. غاية الامر أن ذلك مع كثرة المتصدقين والقبض من الوالي في الكل وجد جملة واحدة فهو كما لو تصدق بها رجل واحد بخلاف ما لو وقف كل منهما نصفها شائعا على حدة وجعل لها واليا على حدة لا يجوز لانهما صدقتان، ولو وقف كل منهما نصيبه وجعلا الوالي فسلماها إليه جميعا جاز لان تمامها بالقبض والقبض يجتمع، كذا في فتح القدير. والمشاع غير المقسوم من شاع يشيع شيعا وشيوعا ومشاعا، كذا في القاموس. وأما الثالث وهو أن يجعل آخره لجهة لا تنقطع فهو قولهما. وقال أبو يوسف: إذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء، ولو لم يسمهم لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وأنه يتأبد كالعتق، وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه

ولهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع. ولابي يوسف أن المقصود هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون بالصرف إلى جهة تنقطع ومرة بالصرف إلى جهة تتأبد فصح في الوجهين. وقيل: التأبيد شرط بالاجماع إلا أن عند أبي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا أنه إزالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم:
***
[٣٣١]
وهذا هو الصحيح. وعند محمد ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة وبالغلة وذلك قد يكون موقتا فمطلقه لا ينصرف إلى التأبيد فلا بد من التنصيص، كذا في الهداية. والحاصل أن عن أبي يوسف في التأبيد روايتين: في رواية لا بد منه وذكره ليس بشرط وصححه، وفي رواية ليس بشرط. وتفرع على الروايتين ما لو وقف على إنسان بعينه أو عليه وعلى أولاده أو على قرابته وهم يحصون أو على أمهات أولاده فمات الموقوف عليه، فعلى الاول يعود إلى ورثة الواقف. قال الناطفي في الاجناس: وعليه الفتوى. وعلى الثاني تصرف إلى الفقراء وهي رواية البرامكة، كذا في فتح القدير. وظاهر ما في المجتبى والخلاصة أن الروايتين عنه فيما إذا ذكر لفظ الصدقة، أما إذا ذكر لفظ الوقف فقط فلا يجوز اتفاقا إذا كان الموقوف عليه معينا
***
[٣٣٢]
ثم قال: متى ذكر موضع الحاجة على وجه يتأبد يكفيه عن ذكر الصدقة، وكذا على أبناء السبيل أو الزمني ويكون للفقراء منهم. وفي الخلاصة والبزازية قال أبو حنيفة: إذا وقف مالا لبناء القناطر أو لاصلاح الطريق أو لحفر القبور أو لاتخاذ السقايات أو لشراء الاكفان لفقراء المسلمين لا يجوز بخلاف الوقف للمساجد لجريان العادة بالثاني دون الاول. وقف على فقراء مكة أو فقراء قرية معروفة إن كانوا لا يحصون يجوز في الحياة وبعد الممات لانه مؤبد، وإن كانوا يحصون يجوز بعد الموت لانه وصية والوصية لقوم يحصون تجوز حتى إذا انقرضوا صار ميراثا منهم، وإن كان في الحياة لا يجوز وقف أرضه على عمارة مصاحف موقوفة لا يصح لانه لا عرف فيه. وقف على أمهات أولاده وعبيده فالوقف باطل في قول هلال. وفي الفتاوى: وقف على أمهات أولاده إلا من تزوج فلا شئ لها، فإن طلقها زوجها لا يعود حقها الساقط إلا إذا كان الواقف استثنى وقال من طلقت فلها أيضا قسط من الوقف. وذكر الخصاف: قال أرضي هذه صدقة موقوفة لله تعالى على الناس أو على بني آدم أو على أهل بغداد أبدا فإذا انقرضوا فعلى المساكين أو على العميان أو على الزمني فالوقف باطل. وذكر الخصاف في موضع آخر مسألة العميان والزمني وقال: الغلة للمساكين لا لهما. ولو وقف على قراء القرآن والفقراء فالوقف باطل. وذكر هلال الوقف على الزمني المنقطعين صحيح. وقال المشايخ: الوقف على معلم المسجد الذي يعلم الصبيان غير صحيح. وقيل: يصح لان الفقر غالب فيهم. قال شمس الائمة: فعلى هذا إذا وقف على طلبة علم بلدة كذا يجوز لان الفقر غالب فيهم فكان الاسم منبئا عن الحاجة. والحاصل أنه متى ذكر مصرفا فيه نص على الفقراء والحاجة فالوقف صحيح يحصون أم لا. وقوله يحصون إشارة إلى أن التأبيد ليس بشرط ومتى ذكر مصرفا يستوي فيه الغني والفقير إن كانوا يحصون صح بطريق التمليك، وإن كانوا لا يحصون فهو باطل إلا أن يكون في لفظه ما يدل على الحاجة كاليتامى فحينئذ إن كانوا يحصون فالاغنياء والفقراء سواء، وإن لا يحصون فالوقف صحيح ويصرف إلى فقرائهم لا إلى أغنيائهم، وكذا لو وقف على الزمني فهو على فقرائهم. وفي الفتاوي: لو وقف على
***
[٣٣٣]
الجهاد والغزو أو في أكفان الموتى أو حفر القبور يفتى بالجواز، وهذا على خلاف ما تقدم. ولو وقف على أبناء السبيل يجوز ويصرف إلى فقرائهم. وقف على أصحاب الحديث لا يدخل فيه شفعوي المذهب إذا لم يكن في طلب الحديث ويدخل الحنفي إذا كان في طلبه. وذكر بكر أن الوقف على أقرباء سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وأصحابه أجمعين يجوز وإن كان لا يجوز الصدقة عليهم. وفي الفتاوى أنه لا يجوز ولا يصير وقفا لعدم جواز صرف الصدقة لبني هاشم لكن في جواز الوقف وصدقة النفل عليهم روايتان. الوقف على الصوفية وصوفي خانه لا يجوز. قال شمس الائمة: يجوز على الصوفية اه‍. وفي الاسعاف: روي عن محمد أن ما لا يحصى عشرة. وعن أبي يوسف مائة وهو المأخوذ عند البعض، وقيل أربعون، وقيل ثمانون، والفتوى على أنه مفوض إلى رأي الحاكم اه‍.

وفي الظهيرية: لو وقف على كل مؤذن وإمام في مسجد معين قال الشيخ اسماعيل الزاهد: لا تجوز لانها قربة وقعت لغير معين وقد يكونان غنيين أو فقيرين، وإن كان المؤذن فقيرا لا يجوز أيضا، والحيلة أن يقول على كل مؤذن فقير بهذا المسجد أو المحلة فإذا خرب كان على الفقراء، ولو قال على كل مؤذن فقير لا يجوز للجهالة. ولو وقفه على ولد عبد الله ونسله فلم يقبلوا كانت الغلة للفقراء، ولو حدثت الغلة بعد ذلك فقبلوا كانت الغلة لهم، فإن أخذوها سنة ثم قالوا لا نقبل فليس لهم ذلك. قال الفقيه أبو جعفر: هذا الجواب يستقيم في حق الغلة المأخوذة لانها صارت لهم فلا يملكون الرد، أما التي تحدث فلهم الرد لانه لا ملك لهم فيها إنما الثابت لهم مجرد الحق ومجرد الحق يقبل الرد. وإن قال أقبل سنة ولا أقبل فيما سوى ذلك أو على العكس كان الامر كما قال. ولو قال أرضي هذه صدقة موقوفة على عبد الله فقال عبد الله لا أقبل فالوقف جائز والغلة للفقراء. ولو قال صدقة على ولد عبد الله ونسل فأبى رجل من ولده أن يقبل فالغلة لمن قبل منهم ويجعل من لم يقبل بمنزلة الميت، هكذا ذكر هلال والخصاف. ولو قال على زيد وعمرو ما عاشا ومن بعدهم على المساكين فاقل زيد قبلت وقال عمرو لا أقبل فلزيد نصف الغلة والنصف الآخر للمساكين. وعلى قياس ما قدمنا ذكره ينبغي أن تكون كل الغلة لزيد، ولكن الفرق بينهما أن نقول: إن فيما تقدم أوجب الوقف باسم الولد واسم الولد ينتظم الواحد فصاعدا فجاز الفرد الواحد استحقاق الكل ولا كذلك ما نحن فيه لان اسم زيد
***
[٣٣٤]
لا ينتظم المذكورين واسم المذكورين لا ينتظم زيدا فلا يكون لهذا استحقاق الكل وتمامه فيها. وفي المحيط: لا يجوز الوقف على الاغنياء وحدهم، ولو شرط بعدهم للفقراء جاز، ولو وقف على معين ولو يذكر آخره للفقراء فهو على ستة: الاول هذه صدقة لله أو موقوفة لله أو صدقة موقوفة لله تعالى صار وقفا على الفقراء ذكر الابد أو لا. الثاني موقوفة صدقة على وجوه البر أو الخير أو اليتامى جاز مؤبدا كالفقراء. والثالث موقوفة على فلان بعينه أو على ولدي أو فقراء قرابتي لا يصير وقفا عند محمد ويصح عند أبي يوسف. والرابع صدقة موقوفة على فلان جاز عند الكل. الخامس وقف على المساكين جاز بلا ذكر الابد. السادس على العمارة لمسجد بعينه ولم يذكر آخره للمساكين قيل عند محمد لا يجوز وعند أبي يوسف يجوز، وقيل يجوز اتفاقا وهو المختار لمكان العرف اه‍. قوله: (وصح وقف العقار ببقره واكرته) أما العقار منفردا فلان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وقفوه، وأما جواز وقف المنقول تبعا للعقار فإطلاق قول الامام أنه لا يجوز وقف المنقول يمنعه كوقفه قصدا. وقال أبو يوسف: إذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده جاز، وكذلك في سائر آلات الحراثة لانها تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود، وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يحصل مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد معه فيه لانه لما جاز إفراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعا أولى. والعقار الارض مبنية كانت أو غير مبنية، كذا في فتح القدير: وفي القاموس: العقار الضيعة كالعقري بالضم ويدخل الشرب والطريق والمسيل والشجر والبناء في وقف الارض بلا ذكر، ولا يدخل الزرع والرياحين والخلاف والآس والثمر والبقل والطرفاء وما في الاجمة من حطب والورد والياسمين وورق الحناء والقطن والباذنجان. وأما الاصول التي تبقى والشجر الذي لا يقطع إلا بعد عامين أو أكثر فإنها تدخل تبعا والبقر العبيد بلا ذكر. ولا تدخل الاشجار العظام والابنية فيما إذا جعل أرضه أو داره مقبرة وتكون له ولورثته من بعده، ولو وقف أرضه بحقوقها وجميع ما فيها ومنها وعلى الشجرة ثمرة قائمة يوم الوقف، قال هلال في القياس: تكون الثمرة له ولا تدخل في الوقف، وفي الاستحسان يلزمه التصدق بها على الفقراء على وجه النذر لا على وجه الوقف. ولو وقف دارا
***
[٣٣٥]
بجميع ما فيها وفيها حمامات يطرن أو بيتا وفيها كورات عسل يدخل الحمام والنحل تبعا للدار والعسل، كذا في الاسعاف. والحاصل أن الوقف كالبيع لا يدخل فيهما الزرع والثمر إلا بالذكر، وفي الاقرار بأرض في يده لرجل وفيها ثمرة قائمة كانت الثمرة للمقر له بالارض إذا كانت متصلة بالارض. وفي الهبة قال هلال: لا تدخل الثمرة في الهبة والهبة باطلة لمكان الشيوع. وقال أبو جعفر: وهذا الحكم في الهبة إنما عرف بقول هلال ليس فيها رواية ظاهرة عن أصحابنا، وفي رهن الارض يدخل الشجر والكرم والبناء والزرع والثمر في قول أصحابنا ويجوز الرهن، كذا في الخانية. وفيها: لو وقفها بحقوقها فالثمرة التي تكون على الاشجار تدخل في الوقف وفي البيع لا تدخل،

ولو قال بكل قليل وكثير تدخل في البيع اهـ. وفي الظهيرية: وقصب السكر لا يدخل، وشجر الورد والياسمين يدخل، الرحى تدخل في وقف الضيعة ورحى الماء ورحى اليد في ذلك سواء، وكذلك الدوالي تدخل والدواليب لا تدخل، وفي وقف الحمام تدخل قدور الحمام، وفي وقف الحانوت يدخل ما كان يدخل في بيعها وخوابي الدباسين وقدور الدباغين لا تدخل سواء كانت في البناء أو لم تكن اهـ. وفي المحيط: وقف أرضا فيها أشجار واستثنى الاشجار لا يجوز الوقف لانه صار مستثنيا للاشجار بمواضعها فيصير الداخل تحت الوقف مجهولا اهـ. والاكرة - بفتح الهمزة والكاف - الحراثون من أكرت الارض حرثتها واسم الفاعل أكار للمبالغة والجمع أكرة كأنه جمع آكر وزان كفرة جمع كافر، كذا في المصباح. وفي العناية: الاكرة جمع أكار وهو الزراع كأنها جمع آكر تقديرا. ولم يشترط المصنف لصحة وقف العقار تحديده وإنما الشرط كون الموقوف معلوما ولذا قال في الخلاصة: ولو قالا أشهدنا على أرضه أنه وقفها وهو فيها ولم يذكر لنا حدودها جازت شهادتهما لانهما شهدا على وقف أرض بعينها إلا أنهما لا يعرفان جيران الحدود فلم يتمكن الخلل في شهادتهما، ولو شهدا على أن الواقف وقف أرضه وذكر حدودها ولكنا لا نعرف تلك الارض في أنها في أي مكان جازت شهادتهما ويكلف المدعي إقامة البينة أن الارض التي يدعيها هذه الارض، ولو شهدا أنه وقف أرضه ولم يحددها لنا ولكنا نعرف أرضه لا تقبل شهادتهما لعل للواقف أرضا أخرى، وكذا لو قالا لا نعرف له أرضا أخرى لا تقبل شهادتهما لعل للواقف أرضا أخرى وهما لا يعلمان اهـ. وظاهر ما في فتح القدير اشتراط تحديدها فإنه قال: إذا كانت الدار مشهورة معروفة صح وقفها وإن لم تحدد استغناء بشهرتها عن تحديدها اهـ. ولا يخفى ما فيه إنما ذلك الشرط لقبول الشهادة بوقفيتها
***

[٣٣٦]

كما قدمناه. وفي القنية: وقف ضيعة يذكر حدود المستثنيات من المقابر والطرقات والمساجد والحياض العامة، ثم رقم أنه لا بد من ذكر الحدود إن أمكن ثم رقم بأنه لا يصح الوقف بدون التحديد اهـ. وفي فتح القدير: وقف عقارا على مسجد أو مدرسة هيأ مكانا لبنائها قبل أن يبنيها، اختلف المتأخرون والصحيح الجواز وتصرف غلتها إلى الفقراء إلى أن تبنى، فإذا بنيت ردت إليها الغلة أخذا من الوقف على أولاد فلان ولا أولاد له حكموا بصحته وتصرف غلته إلى الفقراء إلى أن يولد لفلان اهـ. وقد أفاد المصنف أن العبيد يصح وقفهم تبعا للضيعة ولم يذكر أحكامهم في البقاء من التزويج والجناية وغيرهما، وحكمهم على العموم حكم الارقاء فليس له أن يزوج بنته بلا إذن. وفي البزازية: ولو زوج الحاكم جارية الوقف جاز وعبده لا يجوز ولو من أمة الوقف لانه يلزمه المهر والنفقة اهـ. وظاهره أن المتولي لا يملكه إلا بإذن القاضي ولا فرق بين القاضي والسلطان كما في الخلاصة. وفي الاسعاف: وإن جنى أحد منهم جناية فعلى المتولي ما هو الاصلح من الدفع أو الفداء. ولو فداه بأكثر من أرش الجناية كان متطوعا في الزائد فيضمنه من ماله، وإن فداه أهل الوقف كانوا متطوعين ويبقى العبد على ما كان عليه من العمل في الصدقة اهـ. وفي البزازية: وجناية عبد الوقف في مال الوقف، وأما حكم الجناية عليه ففي البزازية: قتل عبد الوقف عمدا لا قصاص عليه اهـ. ولا يخفى أنه إذا لم يجب القصاص تجب قيمته كما لو قتل خطأ ويشتري به المتولي عبدا ويصير وقفا كما لو قتل المدبر خطأ وأخذ المولي قيمته فإنه يشتري بها عبدا ويصير مدبرا، وقد صرح به في الذخيرة معزيا إلى الخصاف. وأما نفقته فمن مال الوقف وإن لم يشترطه الواقف. وفي الاسعاف: لو شرط نفقتهم من غلتها ثم مرض بعضهم يستحق النفقة إن قال على أن
***

[٣٣٧]

يجري عليهم نفقاتهم من غلتها أبدا ما كانوا أحياء، وإن قال لعملهم فيها لا يجري شئ من الغلة على من تعطل منهم عن العمل، ولو باع العاجز واشترى بثمنه عبدا مكانه جاز اهـ. وقول المصنف أكرته دون عبيده فيه دليل على أن العبيد إنما يصح وقفهم تبعا للضيعة لاجل زراعتها. وكذا قوله في الهداية لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود يدل على أنه لو وقف دارا فيها عبد وجعل العبد تبعا لها لا يصح لانه لا يصلح للتبعية لان المقصود من الدار سكناها وهو يحصل بدون العبد بخلاف زراعة الارض لا يحصل إلا بالحراثة، وأما وقف العبيد تبعا للمدرسة والرباط فسيأتي أن بعض المشايخ جوزه. وفي الولوالجية: رباط كثرت دوابه وعظمت مؤناتها هل للقيم أن يبيع شيئا منها وينفق ثمنها في علفها أو مرمة الرباط؟ فهذا على وجهين: إن صارت البعض منها إلى حد لا يصلح لما ربط له كذلك

لانه لا يمكنه إمساكها وحفظها، وإن لم تصر بهذه الحالة ليس له ذلك إلا أنه يمسك في هذا الرباط مقدار ما يحتاج إليها ويربط ما زاد على ذلك في أدنى الرباط اه. قوله: (ومشاع قضى بجوازه) أي وصح وقف المشاع إذا قضى بصحته لانه قضاء في فصل مجتهد فيه ولا خلاف فيه، وإنما الخلاف فيما يحتمل القسمة قبل القضاء. أطلق القاضي فشمل الحنفي وغيره فإن للحنفي المقلد أن يحكم بصحة وقف المشاع وببطلانه لاختلاف الترجيح وإذا كان في المسألة قولان مصححان فإنه يجوز القضاء والافتاء بأحدهما كما صرحوا به. قوله: (ومنقول فيه تعامل) أي وصح وقف المنقول مقصودا إذا تعامل الناس وقفه، وأما الكراع والسلاح فلا خلاف فيه بين الشيخين وهو استحسان، والقياس أن لا يجوز لما بينا من قبل من أن التأبيد شرط وهو لا يتحقق فيه. وجه الاستحسان، الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام فأما خالد فقد حبس أدرعا له في سبيل الله تعالى، وطلحة حبس أدرعا له في سبيل الله تعالى ويروى كراعه. وفي المجتبى: والمراد من الكراع الخيل والحمير والبغال والابل والثيران التي يحمل عليها، والمراد من السلاح ما يستعمل في الحرب ويكون معدا للقتال اه. وفي المصباح: درع الحديد مؤنثة في الاكثر ويصغر على دريع بغير هاء على قياس، ويجوز أن يكون التصغير على لغة من ذكر وربما قيل دريعة بالهاء وجمعها أدرع ودروع وأدراع. قال ابن الاثير: هي الزردية ذكره في الدال المهملة. وأما ما سوى الكراع والسلاح فعند أبي يوسف لا يجوز وقفه لان

***

[٣٣٨]

القياس إنما يترك بالنص والنص ورد فيهما فيقتصر عليه. وقال محمد: يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات. واختاره أكثر فقهاء الامصار وهو الصحيح كما في الاسعاف، وهو قول عامة المشايخ كما في الظهيرية لان القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع. وقد حكى في المجتبى هذا الخلاف في المنقول على خلاف هذا وعزاه إلى السير فنقل قول محمد بجوازه مطلقا جرى التعارف به أولا، وقول أبي يوسف بجوازه إن جرى فيه تعامل اه. ومثل في الهداية ما فيه تعليل بالفأس والمر والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف. قال: وعن نصير بن يحيى أنه وقف كتبه إلحاقا لها بالمصاحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة اه. وجوز الفقيه أبو الليث وقف الكتب وعليه الفتوى، كذا في النهاية. ولم يجوزه محمد بن سلمة وهو ضعيف. وفي الخلاصة: إذا وقف مصحفا على أهل مسجد لقراءة القرآن إن كانوا يحصون جاز، وإن وقف على المسجد جاز ويقرأ في ذلك المسجد وفي موضع آخر ولا يكون مقصورا على هذا المسجد اه. وذكر في التحرير في بحث الحقيقة أن التعامل هو الاكثر استعمالا فلذا اقتصر الامام محمد على هذه الاشياء نخرج ما لا تعامل فيه كالثياب والحيوان والذهب والفضة ولو حليا لان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه بخلاف الكراع والسلاح لورود النص بهما وما ذكرناه للتعامل فبقي ما عدا ذلك على أصل القياس. وقد زاد بعض المشايخ أشياء من لمنقول على ما قاله محمد لما رأوا من جريان التعامل بها، ففي الخلاصة: وقف بقرة على أن ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى لابناء السبيل قال: إن كان ذلك في موضع غلب ذلك في أوقافهم رجوت أن يكون ذلك جائزا. وعن الانصاري - وكان من أصحاب زفر - في من وقف الدراهم أو الدنانير أو الطعام أو ما

***

[٣٣٩]

يكال أو يوزن أيجوز؟ قال: نعم. قيل: وكيف؟ قال: تدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه، وما يكال وما يوزن يباع ويدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة. قال: فعلى هذا القياس إذا وقف هذا الكر من الحنطة على شرط أن يقرض للفقراء الذين لا بذر لهم ليزرعوه لانفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الادراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبدا على هذا السبيل يجب أن يكون جائزا قال: ومثل هذا كثير في الري وناحية دوبناوند والاكسية وأسترة الموتى إذا وقف صدقة أبدا جاز وتدفع الاكسية للفقراء فينتفعون بها في أوقات لبسها. ولو وقف ثورا لانزاء بقرهم لا يصح ثم إذا عرف جواز وقف الفرس والجمل في سبيل الله تعالى فلو وقفه على أن يمسكه ما دام حيا إن أمسكه للجهاد له ذلك لانه لو لم يشترط كان له ذلك لان لجاعل فرس السبيل أن يجاهد عليه، وإذا أراد أن ينتفع به في غير ذلك ليس له ذلك وصح جعله للسبيل يعني يبطل الشرط ويصح وقفه ولا يؤاجر فرس السبيل إلا إذا احتيج إلى نفقته فيؤاجر بقدر ما ينفق عليه. قال في الخلاصة: وهذا دليل على أن المسجد إذا احتاج إلى نفقة تؤاجر قطعة منه بقدر ما ينفق

عليه اهـ. وهذا عندي غير صحيح لانه يعود إلى القبح الذي لاجله استثنى أبو يوسف المسجد من وقف المشاع وهو أن يتخذ مسجدا يصلى فيه عاما واصطبلا تربط فيه الدواب عاما، ولو قال إنما يؤجر لغير ذلك فنقول غاية ما يكون للسكنى ويستلزم جواز المجامعة فيه وإقامة الحائض والجنب فيه، ولو قال لا يؤاجر لذلك فكل عمل يؤاجر له تغيير أحكامه الشرعية، ولا شك أن باحتياجه إلى النفقة لا تتغير أحكامه الشرعية ولا يخرج به عن أن يكون مسجدا، نعم إن خرب ما حوله واستغنى عنه فحينئذ لا يصير مسجدا عند محمد خلافا لابي يوسف، وأما إذا لم يكن كذلك فتجب عمارته في بيت المال لانه من حاجة المسلمين. وفي الخلاصة أيضا: يجوز وقف الغلمان والجواري على مصالح الرباط، كذا في فتح القدير. ولم يذكر وقف السفينة ولم أر من صرح بها، ولا شك في دخولها تحت المنقول الذي لا تعامل فيه فلا يجوز وقفها، وقد وقف بعضهم سفينة على مقام الشافعي فسألني عنه فأجبت بعدم الصحة بناء على هذا. وفي الظهيرية: وقف بستانا بما فيه من البقر والغنم والرقيق يجوز، ولو وقف دابة على رباط فخرب الرباط واستغنى الناس عنه فإنه تربط في أقرب الرباطات إليه. وفي القنية: وقف الادوية بالتيمارخانة لا يجوز إذا لم يذكر الفقراء. بقي مسألتان: الاولى وقف البناء بدون

***

[٣٤٠]

الارض فجزم هلال بعدم الجواز ونقله في الخانية عن الاصل ثم قال: ولا يجوز وقف البناء في أرض هي عارية أو إجارة، وإن كانت ملكا لواقف البناء جاز عند البعض. وعن محمد: إذا كان البناء في أرض وقف جاز على الجهة التي تكون الارض وقفا عليها اهـ. ويستثنى من الاجارة ما ذكر الخصاف من أن الارض إذا كانت متقررة للاحتكار فإنه يجوز. والحاصل أن في وقف البناء وحده اختلافا إذا لم يكن موقوفا على الجهة التي وقفت الارض عليها لما في الظهيرية: إذا كان أصل البقعة وقفا على جهة قربة فبنى عليها بناء ووقفه على جهة أخرى اختلفوا فيه، وأما إذا وقفه على الجهة التي كانت البقعة وقفا عليها جاز اتفاقا تبعا للبقعة اهـ. وفي الذخيرة: وقف البناء من غير وقف الاصل لم يجز وهو الصحيح لانه منقول وقفه غير متعارف، وإذا كان أصل البقعة موقوفا على جهة قربة فبنى عليها بناء ووقف بناءها على جهة قربة أخرى اختلفوا فيه اهـ. وظاهره أن الصحيح عدم الجواز مطلقا، وقد نقلنا الاتفاق فيما إذا كانت الارض وقفا وقف البناء على تلك الجهة فبقي ما عدا هذه الصورة داخلا تحت الصحيح وهو شامل لما إذا كانت الارض ملكا أو وقفا على جهة أخرى. وقصره الطرسوسي في أنفع الوسائل على ما إذا كانت الارض ملكا وليس بظاهر، واستخرج الطرسوسي جواز وقف بناء وضعه صاحبه على أرض وقف استأجرها ولو كان على جهة أخرى، وكذا لو بنى في الارض الموقوفة المستأجرة مسجدا ووقفه لله تعالى أنه يجوز قال: وإذا جاز فعلى من يكون حكره الظاهر أنه يكون على المستأجر ما دامت المدة باقية، فإذا انقضت ينبغي أن يكون في بيت المال اهـ. وفي البزازية: وقف البناء بدون الارض لم يجوزه هلال وهو الصحيح وعمل أئمة خوارزم على خلافه اهـ. وفي المجتبى: لا يجوز وقف البناء بدون الاصل هو المختار اهـ. وفي الفتاوى السراجية: سئل هل يجوز وقف البناء والغرس دون الارض أجاب: الفتوى على صحة ذلك اهـ. وظاهره أنه لا فرق بين أن يكون الارض ملكا أو وقفا. وفي القنية من كتاب الاجارات: يفتي برواية جواز استئجار البناء إذا كان منتفعا به كالجدرات مع السقف، وفي ظاهر الرواية لا يجوز لانه لا ينتفع بالبناء وحده اهـ. وأما الحكر فقال المقريزي في الخطط: إن أصله المنع فقول أهل مصر حكر فلان يعنون به منع غيره من البناء اهـ. الثانية

***

[٣٤١]

وقف الشجر قال في الظهيرية: وإذا غرس شجرة ووقفها إن غرسها في أرض غير موقوفة لا يخلو إما أن يقفها بموضعها من الارض أو لا، فإن وقفها بموضعها من الارض صح تبعا للارض بحكم الاتصال، وإن وقفها دون أصلها لا يصح، وإن كانت في أرض موقوفة فوقفها على تلك الجهة جاز كما في البناء، وإن وقفها على جهة أخرى فعلى الاختلاف الذي ذكرناه آنفا اهـ. وفي المحيط: رجل غرس في المسجد يكون للمسجد لانه بمنزلة البناء بالمسجد، وكذا لو بنى في أرض الوقف أو نصب فيها بابا فإن نوى عند البناء أنه بنى للوقف يصير وقفا لانه جعله وقفا ووقف البناء تبعا لغيره يجوز، وإن لم ينو ذلك لا يصير وقفا لانه لم يجعله وقفا. ولو غرس في أرض موقوفة على الرباط ينظر، إن تولى الغارس تعاهد الارض الموقوفة فالاشجار للوقف لان هذا من جملة التعاهد، وإن لم يتول فهي للغارس وعليه قلعها لانه ليس له هذه الولاية. ولو غرس على طريق العامة أو على شط نهر العامة أو على شط حوض القرية فالشجرة للغارس وله

قلعها لانه ليس له ولاية على العامة اهـ. وفي الخانية: لو غرس الواقف للارض شجرا فيها قالوا: إن غرس من غلة الوقف أو من مال نفسه لكن ذكر أنه غرس للوقف يكون للوقف وإن لم يذكر شيئا وقد غرس من مال نفسه يكون له ولورثته من بعده ولا يكون وقفا، وإذا صح وقف الشجرة تبعا لاصلها فإن كان ينتفع بأوراقها وأثمارها فإنه لا يقطع أصلها إلا أن تفسد أغصانها، ولو كان لا ينتفع بأوراقها ولا بأثمارها فإنه يقطع ويتصدق بها. مسجد فيه شجرة التفاح قال بعضهم يباح للقوم أن يفطروا بهذا التفاح والصحيح أنه لا يباح لان ذلك صار وقفا للمسجد يصرف إلى عمارته. شجرة على طريق المارة جعلت وقفا على المارة يباح تناول ثمرها للمارة ويستوي فيه الفقير والغني. ولو كانت الثمار على أشجار رباط المارة. قال أبو القاسم: أرجو أن يكون النزال في سعة من تناولها إلا أن يعلم أن غارسها جعلها للفقراء. قال الفقيه أبو الليث: إذا لم يكن الرجل من ساكني الرباط فالاحوط له أن يحترز من تناولها إلا أن تكون ثمارا لا قيمة لها كالتوت اهـ. وقد وقعت حادثة هي أن المستأجر للدار الموقوفة المشتملة على الاشجار هل له أن يأكل من ثمارها إذا لم يعلم شرط الواقف فيها؟ وفي الحاوي: وما غرس في المساجد من الاشجار

***

[٣٤٢]

المثمرة إن غرس للسبيل وهو الوقف على العامة كان لكل من دخل المسجد من المسلمين أن يأكل منها، وإن غرس للمسجد لا يجوز صرفها إلا إلى مصالح المسجد الاهم فالاهم كسائر الوقوف، وكذا إن لم يعلم غرض الغارس اهـ. ومقتضاه في البيت الموقوف إذا لم يعرف الشرط أن يأخذها المتولي ليبيعها ويصرفها في مصالح الوقف ولا يجوز للمستأجر الاكل منها. وفي القنية: يجوز للمستأجرين غرس الاشجار والكروم في الاراضي الموقوفة إذا لم يضر بالارض بدون صريح الاذن من المتولي دون حفر الحياض. وإنما يحل للمتولي الاذن فيما يزيد الوقف به خيرا. قال مصنفها قلت: وهذا إذا لم يكن لهم حق قرار العمارة فيها، أما إذا كان لا يحرم الحفر والغرس لوجود الاذن في مثلها اهـ. وفي فتح القدير: وسئل أبو القاسم الصفار عن شجرة وقف يبس بعضها وبقي بعضها فقال: ما يبس منها فسبيله سبيل غلتها، وما بقي متروك على حالها اهـ. وفي البزازية وقال الفضلي: وبيع الاشجار الموقوفة مع الارض لا يجوز قبل القلع كبيع الارض. وقال أيضا: إن لم تكن مثمرة يجوز بيعها قبل القلع أيضا لانه غلتها والمثمرة لا تباع إلا بعد القلع كبناء الوقف اهـ قوله: (ولا يملك الوقف) بإجماع الفقهاء كما نقله في فتح القدير، ولقوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه تصدق بأصلها لا تباع ولا تورث ولانه باللزوم خرج عن ملك الواقف وبلا ملك لا يتمكن من البيع أفاد بمنع تمليكه وتملكه منع رهنه فلا يجوز للمتولي رهنه. قال في الخانية: المتولي إذا رهن أرض الوقف بدين لا يصح وكذلك أهل الجماعة إذا رهنوا، فإن سكن المرتهن الدار قال بعضهم عليه أجر المثل، سواء كانت الدار معدة للاستغلال أو لم تكن نظرا للوقف، وكذلك متولي المسجد إذا باع منزلا موقوفا على المسجد فسكنها المشتري ثم عزل هذا المتولي وولي غيره فادعى الثاني المنزل على المشتري وأبطل القاضي بيع المتولي وسلم الدار إلى المتولي الثاني فعلى المشتري أجر المثل اهـ. ولا فرق بين أن يكون البائع المتولي أو غيره بل وجوب أجر المثل فيما إذا باعه غير المتولي بالاولى. وذكر في القنية أنه لا يجب وهو

***

[٣٤٣]

ضعيف لانه وإن سكن بتأويل الملك يجب أجر المثل مراعاة للوقف. وفي القنية: سكنها ثم بان أنها وقف أو لصغير يجب أجر المثل بخلاف ما مر. وفي المحيط: فإن هدم المشتري البناء فالقاضي بالخيار إن شاء ضمن البائع قيمة البناء وإن شاء ضمن المشتري، فإن ضمن البائع نفذ بيعه لانه ملكه بالضمان فصار كأنه باع ملك نفسه، وإن ضمن المشتري لا ينفذ البيع ويملك المشتري بالبناء بالضمان ويكون الضمان للوقف لا للموقوف عليهم اهـ. فإن قلت: قال في الخلاصة وفي فوائد شمس الاسلام الواقف إذا افتقر واحتاج إلى الوقف يرفع الامر إلى القاضي حتى يفسخ إن لم يكن مسجلا اهـ. وفي البزازية والخلاصة: ولو وقف محدودا ثم باعه وكتب القاضي شهادته في صك البيع وكتب في الصك باع فلان منزل كذا أو كان كتب وأقر البائع بالبيع لا يكون حكما بصحة البيع ونقض الوقف، ولو كتب باع بيعا جائزا صحيحا كان حكما بصحة البيع وبطلان الوقف، وإذا أطلق الحاكم وأجاز بيع وقف غير مسجل إن أطلق ذلك للوارث كان حكما بصحة بيع الوقف، وإن أطلقه لغير الوارث لا يكون ذلك نقضا للوقف، أما إذا بيع الوقف وحكم بصحته قاض كان حكما ببطلان الوقف اهـ. وفي القنية: وقف قديم لا يعرف صحته ولا فساده باعه الموقوف عليه لضرورة وقضى القاضي بصحة البيع ينفذ إذا

كان وارث الواقف، ثم رقم باعه الوارث لضرورة فالبيع باطل ولو قضى القاضي بصحته ولا يفتح هذا الباب اه. قلت: إنه في وقف لم يحكم بصحته ولزومه بدليل قوله في الخلاصة إن لم يكن مسجلا أي محكوما به ومع ذلك الحمل أيضا فهو على قول الامام المرجوح، وعلى قولهما الراجح المفتى به لا يجوز بيعه قبل الحكم بلزومه لا للوارث ولا لغيره. ولو قضى قاض بصحة بيعه، فإن كان حنفيا مقلدا فحكمه باطل لانه لا يصح إلا بالصحيح المفتى به فهو معزول بالنسبة إلى القول الضعيف ولذا قال في القنية تفريعا

***

[٣٤٤]

على الصحيح: فالبيع باطل ولو قضى القاضي بصحته، وقد أفتى به العلامة قاسم. وأما ما أفتى به العلامة سراج الدين قارئ االهداية من صحة الحكم ببيعه قبل الحكم بوقفه فمحمول على أن القاضي مجتهد أو سهو منه. وظاهر قول المصنف وأصحاب المتون والهداية أنه لا يجوز استبداله ولو خرب، وأنه لا يعود ملكا للواقف ولا لورثته لعدم استثنائهم شيئا من قولهم لا يملك، وظاهر قولهم إن الوقف لا يملك ولا يباع يقتضي أن الوقفية لا تبطل بالخراب ولا تعود إلى ملك الواقف ووارثه وأنه لا يجوز الاستبدال ولذا قال الامام قاضيخان:

***

[٣٤٥]

ولو كان الوقف مرسلا لم يذكر فيه شرط الاستبدال لم يكن له أن يبيعها ويستبدل بها وإن كانت أرض الوقف سبخة لا ينتفع بها لان سبيل الوقف أن يكون مؤبدا لا يباع، وإنما تثبت ولاية الاستبدال بالشرط وبدون الشرط لا تثبت فهو كالبيع المطلق عن شرط الخيار لا يملك المشتري رده وإن لحقه في ذلك غبن اه. وفي الخلاصة وفي فتاوي النسفي: بيع عقار المسجد لمصلحة المسجد لا يجوز وإن كان بأمر القاضي وإن كان خرابا، فأما بيع النقض فيصح. ونقل عن شمس الائمة الحلواني أنه يجوز للقاضي وللمتولي أن يبيعه ويشتري مكانه آخر وإن لم ينقطع ولكن يؤخذ بثمنه ما هو خير منه للمسجد لا يباع، وقد روي عن محمد إذا ضعفت الارض الموقوفة عن الاستغلال والقيم يجد بثمنها أخرى هي أكثر ريعا كان له أن يبيعها ويشتري بثمنها ما هو أكثر ريعا. وفي الفتاوى: قيم وقف خاف من السلطان أو من وارث يغلب على أرض وقف يبيعها ويتصدق بثمنها، وكذا كل قيم إذا خاف شيئا من ذلك له أن يبيع ويتصدق بثمنها. قال الصدر الشهيد: والفتوى على أنه لا يبيع. وما يوافق هذا ما روى الامام السرخسي في السير الكبير في بابي الاسير في الدفتر الثاني ذكر مسألة ثم قال: وبهذا تبين خطأ من يجوز استبدال الوقف، والشيخ الامام ظهير الدين كان يفتي بجواز الاستبدال ثم رجع. اه. ما في الخلاصة. وفي شرح الوقاية أن أبا يوسف يجوز الاستبدال في الوقف من غير شرط إذا ضعفت الارض من الريع ونحن لا نفتي به، وقد شاهدنا في الاستبدال من الفساد ما لا يعد ولا يحصى، فإن ظلمة القضاة جعلوه جيلة إلى إبطال أكثر أوقاف المسلمين وفعلوا ما فعلوا اه. وفي الذخيرة سئل شمس الائمة الحلواني عن أوقاف المسجد. إذا تعطلت وتذر استغلالها هل للمتولي أن يبيعها ويشتري مكانها أخرى؟ قال: نعم. قيل: إن لم تتعطل ولكن يؤخذ بثمنها ما هو خير منها هل له أن يبيعها؟ قال: لا. ومن المشايخ من لم يجوز بيعه تعطل أو لم يتعطل، وكذا لم يجوز الاستبدال بالوقف وهكذا فتوى شمس الائمة السرخسي، وقد روينا عن محمد في فصل العمارة إذا ضعفت الارض الموقوفة عن الاستغلال والقيم يجد بثمنها أرضا أخرى أكثر ريعا له أن يبيع هذه الارض ويشتري. وفي المنتقي قال هشام: سمعت محمدا يقول: الوقف إذا صار بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره وليس ذلك إلا للقاضي. وذكر محمد في السير الكبير مسألة تدل على

***

[٣٤٦]

عدم جواز الاستبدال بالوقف وصورتها: الكفار إذا استولوا على بلدة من بلاد المسلمين ثم ظهر عليها المسلمون وقسموها فيما بينهم فأصاب رجل من الغانمين أرضا فجعلها صدقة موقوفة للمساكين ودفعها إلى قيم يقوم عليها ثم حضر المالك القديم فليس له أن يأخذها. قالوا: وهذا لانه زال عن ملك الواقف وصار بحال لا يقبل النقل من ملك إلى ملك فلا يكون للمالك القديم حق الملك، أما على قول أبي حنيفة الوقف باطل حتى كان للواقف أن يبيع الوقف حال حياته، فإذا مات يصير ميراثا عنه فكان للمالك القديم حق الاخذ إلا في المسجد خاصة فإن اتخاذ المسجد عنده صحيح ويزول عن ملكية متخذه فلا يكون للمالك القديم حق الاخذ فيه اه. وأما ما في الذخيرة وغيرها: حانوت احترق في السوق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر ألبتة وحوض محلة خرب وصار بحال لا يمكن عمارته

فهو للواقف ولورثته، فإن كان واقفه وورثته لا تعرف فهو لقطة. زاد في فتاوى الخاصي: إذا كان كاللقطة يتصدقون به على فقير ثم يبيعه الفقير فينتفع بثمنه فقال الصدر الشهيد: في جنس هذه المسائل نظر يعني لان الوقف بعدما خرج إلى الله تعالى لا يعود إلى ملك الواقف وسيأتي تمامه في بيان شروط الواقف عند قوله وإن شرط الولاية لنفسه. وفي الخانية: المتولي إذا اشترى من غلة المسجد حانوتا أو دارا أو مستغلا آخر جاز لان هذا من مصالح المسجد، فإن أراد المتولي أن يبيع ما اشترى أو باع اختلفوا فيه، قال بعضهم: لا يجوز هذا البيع لان هذا صار من أوقاف المسجد. وقال بعضهم: يجوز هذا البيع وهو الصحيح لان المشتري لم يذكر شيئا من شرائط الوقف فلا يكون ما اشترى من جملة أوقاف المسجد ا ه. وفي القنية: إنما يجوز الشراء بإذن القاضي لانه لا يستفاد الشراء من مجرد تفويض القوامة إليه فلو استدان في ثمنه وقع الشراء له اه قوله: (ولا يقسم وإن وقفه على أولاده) أي لا يقسم الموقوف بين مستحقيه ولو كانوا أولاد الواقف لانه لا حق لهم في العين وإنما حقهم في الغلة. وفي فتح القدير: وأجمعوا أن الكل لو كان وقفا على الارباب وأرادوا القسمة لا يجوز التهايؤ وعليه فرع ما لو وقف داره على سكنى قوم بأعيانهم أو ولده ونسله أبدا ما تناسلوا فإذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين. فإن هذا الوقف جائز على هذا الشرط، وإذا انقرضوا تكرى وتوضع غلتها للمساكين وليس لاحد من الموقوف عليهم السكنى أن يكتريها ولو زادت
***
[٣٤٧]
على قدر حاجة سكناه، نعم له الاعارة لا غير. ولو كثر أولاد هذا الواقف وولد ولده ونسله حتى ضاقت الدار عليهم ليس لهم إلا سكناها تسقط على عددهم. ولو كانوا ذكورا وأناثا، إن كان فيها حجر ومقاصير كان للذكور أن يسكنوا نساءهم معهم وللنساء أن يسكن أزواجهن معهن، وإن لم يكن فيها حجر لا يستقيم أن تقسم بينهم ولا يقع فيها مهايأة إنما سكناها لمن جعل الواقف له ذلك لا لغيرهم. وعن هذا يعرف أنه لو سكن بعضهم فلم يجد الآخر موضعا يكفيه لا يستوجب الآخر أجرة حصته على الساكنين بل إن أحب أن يسكن معه في بقعة من تلك الدار بلا زوجة أو زوج إن كان لاحدهم ذلك وإلا ترك المتضيق وخرج أو جلسوا معا كل في بقعة إلى جنب الآخر. والاصل المذكور في الشروح الفرع في أوقاف الخصاف ولم يخالفه أحد فيما علمت، وكيف يخالف وقد نقلوا اجماعهم على الاصل المذكور؟ ا ه. وفي الاسعاف: ولو قسمه الواقف بين أربابه ليزرع كل واحد منهم نصيبه وليكون المزروع له دون شركائه توقف على رضاهم، ولو فعل أهل الوقف ذلك فيما بينهم جاز ولمن أبى منهم بعد ذلك إبطاله اه. قيدنا بقسمته بين مستحقيه لان القسمة ليتميز الوقف عن الملك جائزة كما قدمناه في قوله ولا يتم حتى يقبض ويفرز. وفي القنية: ضيعة موقوفة على الموالي فلهم قسمتها قسمة حفظ وعمارة لا قسمة تملك اه. وفي القنية: أحد الشريكين إذا استعمل الوقف بالغلبة بدون إذن الآخر فعليه أجر حصة الشريك، سواء كانت وقفا على سكناهما أو موقوفة للاستغلال، وفي الملك المشترك لا يلزم الاجر على الشريك إذا استعمل كله وإن كان معدا للاجارة وليس للشريك الذي لم يستعمل الوقف أن يقول للآخر أنا أستعمله بقدر ما استعملت لان المهايأة إنما تكون بعد الخصومة اه. فعلى هذا قول الخصاف لا يستوجب الآخر أجرة معناه قبل السكنى لو طلب أن يجعل عليه شيئا، أما بعد السكنى
***
[٣٤٨]
فالاجرة واجبة عليه. وأفاد المصنف من عدم جواز القسمة أن أرض الوقف لو كانت بين اثنين فاقتسماها فلاحدهما إبطالها وأنه لو أجر أحدهما حصته فالاجر بينهما وقيل للمؤجر. والمسألتان في القنية قوله: (ويبدأ من غلته بعمارته بلا شرط) لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائما إلا بالعمارة فثبت شرط العمارة اقتضاء، ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصي بخدمته فإنها على الموصى له بها، ثم إن كان الوقف على الفقراء لا يؤخذون به لعدم تعينهم وأقرب أموالهم هذه الغلة فتجب العمارة فيها، ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهي في ماله أي مال شاء إذا كان حيا ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته. وإنما تستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه، فإن خرب يبني على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة إلى الموقوف عليه، فأما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفه إلى شئ آخر إلا برضاه، ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والاول أصح لان الصرف إلى العمارة ضرورة إبقاء مقصود الواقف

ولا ضرورة في الزيادة، كذا في الهداية. وبهذا علم أن عمارة الاوقاف زيادة على ما كانت العين عليه زمن الواقف لا يجوز إلا برضا المستحقين، وظاهر قوله بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة منع البياض والحمرة على الحيطان من مال الوقف إن لم يكن فعله الواقف وإن فعله فلا منع. ثم اعلم أن التعمير إنما يكون من غلة الوقف إذا لم يكن الخراب بصنع أحد ولذا قال في الولوالجية: رجل أجر دارا موقوفة فجعل المستأجر رواقها مربطا يربط فيه الدواب وخربها يضمن لانه فعل بغير الاذن اه. ومما اتفق عليه أصحاب الفتاوى مربطا أن القيم إذا استأجر أجبرا للعمارة بدرهم ودانق وأجر مثله درهم فاستعمله في العمارة ونقد الاجرة من مال الوقف يضمن جميع ما نقد لان الاجارة وقعت له لا للوقف اه. وصرحوا في نقش المسجد بالجص وماء الذهب أن المتولي لو فعله من مال الوقف ضمن وقدمناه. وههنا مسائل مهمة في العمارة: الاولى قال في فتح القدير: ولا تؤخر العمارة إذا احتيج إليها. وفي الخانية: إذا اجتمع من غلة الارض في يد القيم فظهر له وجه من وجوه البر والوقف محتاج إلى الاصلاح والعمارة أيضا ويخاف القيم أنه لو صرف الغلة إلى العمارة يفوت ذلك البر فإنه ينظر، إنه إن لم يكن في تأخير إصلاح الارض ومرمته إلى الغلة الثانية ضرر بين يخاف خراب الوقف فإنه يصرف الغلة إلى ذلك البر وتؤخر المرمة إلى الغلة الثانية، وإن كان في تأخير المرمة ضرر بين فإنه يصرف الغلة إلى المرمة، فإن فضل شئ يصرف إلى ذلك

***

[٣٤٩]

البر. والمراد من وجه البر ههنا وجه فيه تصدق بالغلة على نوع من الفقراء نحو فك أسارى المسلمين أو إعانة الغازي المنقطع لان هؤلاء من أهل التصدق عليهم فجاز صرف الغلة إليهم، فأما عمارة مسجد أو رباط أو نحو ذلك مما هو ليس بأهل للتمليك لا يجوز صرف لغلة إليه لان التصدق عبارة عن التمليك فلا يصح إلا ممن هو من أهل التمليك اه. وظاهر أنه يجوز الصرف على المستحقين وتأخير العمارة إلى الغلة الثانية إذا لم يخف ضرر بين الثانية لو صرف المتولي على المستحقين وهناك عمارة لا يجوز تأخيرها فإنه يكون ضامنا لما في الذخيرة: إذا كانت في تلك السنة غلة ففرق القيم الغلة على المساكين ولم يمسك للخراج شيئا فإنه يضمن حصة الخراج لان بقدر الخراج وما يحتاج إليه الوقف من العمارة والمؤنة مستثنى عن حق الفقراء فإذا دفع إليهم ذلك ضمن اه. وإذا ضمن ينبغي أن لا يرجع على المستحقين بما دفعه إليهم في هذه الحالة قياسا على مودع الابن إذا أنفق على الابوين بغير إذنه وبغير إذن القاضي فإنهم قالوا يضمن ولا رجوع له على الابوين قالوا: لانه ملكه بالضمان فتبين أنه دفع مال نفسه وأنه متبرع ولا رجوع فيه، ذكروه في آخر النفقات. وعلى هذا فينبغي أنه إذا صرف على المستحقين وهناك تعمير واجب فعمر من ماله أن لا يكون متبرعا بالتعمير ويكون عوضا عما لزمه بالضمان. الثالثة في قطع معاليم المستحقين لاجل العمارة. قال في فتح القدير: وتقطع الجهات الموقوف عليها للعمارة إن لم

***

[٣٥٠]

يخف ضرر بين، فإن خيف قدم، وأما الناظر، فإن كان المشروط له من الواقف فهو كأحد المستحقين، فإذا قطعوا للعمارة قطع إلا أن يعمل فيأخذ قدر أجرته، وإن لم يعمل لا يأخذ شيئا. قال الامام فخر الدين قاضيخان: وقف ضيعة على مواليه ومات فجعل القاضي الوقف في يد قيم وجعل له عشر الغلات مثلا وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها إلى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يقسمون غلتها لا يجب للقيم فيها ذلك العشر لان القيم لا يأخذ ما يأخذه إلا بطريق الاجر فلا يستوجب الاجر بلا عمل اه. فهذا عندنا فيمن لم يشرط له الواقف، أما إذا شرط كان من جملة الموقوف عليهم اه. فظاهره أن من عمل من المستحقين زمن العمارة فإنه يأخذ قدر أجرته لكن إذا كان مما لا يمكن ترك عمله إلا بضرر

***

[٣٥١]

بين كالامام والخطيب ولا يراعي المعلوم المشروط زمن العمارة فعلى هذا إذا عمل المباشر والشادز من العمارة يعطيان بقدر أجرة عملهما فقط، وأما ما ليس في قطعه ضرر بين فإنه لا يعطى شيئا أصلا زمن العمارة. الرابعة في الاستدانة لاجل العمارة حيث لم يكن غلة. قال في الذخيرة قال هلال: إذا احتاجت الصدقة إلى العمارة وليس في يد القيم ما يعمرها فليس له أن يستدين عليها لان الدين لا يجب ابتداء إلا في الذمة وليس للوقف ذمة، والفقراء وإن كانت لهم ذمة إلا أنهم لكثرتهم لا تتصور مطالبتهم فلا يثبت

الدين باستدانة القيم إلا عليه ودين يجب عليه لا يملك قضاءه من غلة هي على الفقراء. وعن الفقيه أبي جعفر أن القياس هذا لكن يترك القياس فيما فيه ضرورة نحو أن يكون في أرض الوقف زرع يأكله الجراد ويحتاج إلى النفقة لجمع الزرع أو طالبه السلطان بالخراج جاز له الاستدانة لان القياس يترك للضرورة. قال: والاحوط في هذه الصورة كونها بأمر الحاكم لان ولاية الحاكم أعم في مصالح المسلمين من ولايته إلا أن يكون بعيدا عن الحاكم ولا يمكنه الحضور فلا بأس بأن يستدين بنفسه، وهذا الذي روي عن الفقيه أبي جعفر مشكل لانه جمع بين أكل الجراد والزرع وبين الخراج. ونتصور الاستدانة في أكل الجراد الزرع لان الزرع مال للفقراء وهذا الدين إنما يستدان لحاجتهم فأمكن إيجاب الدين في مالهم، فأما باب الخراج فلا يتصور لانه إن كان في الارض غلة فلا ضرورة إلى الاستدانة لان الغلة تباع ويؤدى منها الخراج، وإن لم يكن في الاض غلة فليس هنا إلا رقبة الوقف ورقبة الوقف ليست للفقراء، ولا يستقيم إيجاب دين يحتاج إليه الفقراء في مال ليس لهم فهذا الفصل مشكل من هذا الوجه إلا أن يكون تصوير المسألة فيما إذا كان في الارض غلة وكان بيعها متعذرا في الحال وقد طولب بالخراج قالوا: ليس قيم الوقف في الاستدانة على الوقف كالوصي في الاستدانة على اليتيم له ذمة صحيحة وهو معلوم فتتصور مطالبته، ألا ترى أن للوصي أن يشتري لليتيم شيئا بنسيئة من غير ضرورة. وفي فتاوى أبي الليث: قيم وقف طلب منه الجبايات والخراج وليس في يده من مال الوقف شئ وأراد أن يستدين فهذا على وجهين: إن أمر الواقف بالاستدانة فله ذلك، وإن لم يأمره بالاستدانة فقد اختلف المشايخ فيه قال الصدر الشهيد: والمختار ما قاله الفقيه أبو الليث إذا لم يكن للاستدانة بد يرفع الامر إلى القاضي حتى يأمره بالاستدانة ثم يرجع في

***

[٣٥٢]

الغلة لان للقاضي هذه الولاية، وإن كان لها بد ليس للقاضي هذه الولاية. وفي واقعات الناطفي: المتولي إذا أراد أن يستدين على الوقف ليجعل ذلك في ثمن البذر، إن أراد ذلك بأمر القاضي فله ذلك بلا خلاف لان القاضي يملك الاستدانة على الوقف فيملك المتولي ذلك بإذن القاضي، وإن أراد ذلك بغير أمر القاضي ففيه روايتان، وصرح في الخلاصة بأن الاصح ما قاله الفقيه أبو الليث. وفي الخانية: قيم الوقف إذا اشترى شئ لمرمة المسجد بدون إذن القاضي قالوا: لا يرجع بذلك في مال المسجد، وله أن ينفق على المرمة من ماله كالوصي في مال الصغير، وإن أدخل المتولي جذعا من ماله في الوقف جاز وله أن يرجع في غلة الوقف اه‍. وفي الخلاصة في مسألة الجذع: والاحتياط أن يبيع الجذع من آخر ثم يشتريه لاجل الوقف ثم يدخله في دار الوقف اه‍. وفسر قاضيخان الاستدانة على الوقف بتفسيرين فقال في الثاني وتفسير الاستدانة بما ذكر إنما هو فيما إذا لم يكن في يده شئ من الغلة، وأما إذا كان في يده شئ منها واشترى شيئا للوقف ونقد الثمن من ماله جاز له أن يرجع بذلك من غلته، وإن لم يكن بأمر القاضي كالوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من ماله فإنه يجوز له الرجوع به على موكله. وقال في الاول أن لا يكون للوقف غلة فيحتاج إلى القرض والاستدانة، أما إذا كان للوقف علة فأنفق من مال نفسه لاصلاح الوقف فإن له أن يرجع في علة الوقف اه‍. وفي القنية برقم (يو)، قيم أنفق في عمارة المسجد من مال نفسه ثم رجع بمثله في غلة

***

[٣٥٣]

الوقف جاز، سواء كانت غلته مستوفاة أو غير مستوفاة اه‍. ثم قال: وللقيم الاستدانة على الوقف لضرورة العمارة لا لتقسيم ذلك على الموقوف عليهم ثم رقم (بنك) استقرض القيم لمصالح المساجد فهو على نفسه وبرقم (عك) لا أصدقه في زماننا وبرقم (حم) له ذلك وبرقم (بق) لا يستدين إلا بأمر القاضي ثم ذكر ما اختاره الفقيه أبو الليث اه‍. وفي جامع الفصولين من الفصل السابع والعشرين: ولو أخذ المتولي دراهم الوقف وصرف دنانير إلى عمارة الوقف صح لو خيرا، ولو أنفق عليه من مال نفسه يرجع ولو لم يشترط كوصي ثم رقم (مق) يرجع لو شرط وإلا لا ثم قال: وذكر في العدة الاستدانة لضرورة مصالح الوقف تجوز لو أمر الواقف وإلا فالمختار أن يرفع إلى القاضي ليأمر بها. ثم رقم (فط) الاحوط أن يرفع الامر إليه إلا إذا تعذر الحضور لبعده فيستدين بنفسه، وقيل يصح بلا رفع ولو أمكن اه‍. وفي الرابع والثلاثين: قيم الوقف لو أنفق من ماله في عمارة الوقف، فلو أشهد أنه أنفق ليرجع فله الرجوع وإلا فلا اه‍. وفي

الحاوي: ويجوز للمتولي إذا احتاج إلى العمارة أن يستدين على الوقف ويصرف ذلك فيها والاولى أن يكون بإذن الحاكم اه. والحاصل أن هلالا مانع من الاستدانة مطلقا. وحمله ابن وهبان على ما إذا كان بغير أمر القاضي وادعى أنه إذا كان بأمر القاضي فلا خلاف فيه، والظاهر كما ذكره الطرسوسي خلافه لما علمت من تعليله، وأما غير هلال فمنهم من جوز الاستدانة مطلقا للعمارة كما في جامع الفصولين: والمعتمد في المذهب إن كان له منه بدلا يستدين مطلقا، وإن كان لا بد له، فإن كان بأمر القاضي جاز وإلا فلا والعمارة لا بد لها فيستدين لها بأمر القاضي، وأما غير العمارة فإن كان للصرف على المستحقين لا تجوز الاستدانة ولو بإذن القاضي لان له منه بدا كما صرح به في القنية بقوله: لا لتقسيم ذلك على الموقوف عليهم وأن الاستدانة أعم من القرض والشراء بالنسيئة. وفي البزازية من كتاب الوصايا: لو استقرض المتولي إن شرط الواقف له ذلك وإلارفع إلى الحاكم إن احتاج اه. لكن وقع الاشتباه في مسائل منها: هل يستدين للامام والخطيب والمؤذن باعتبار أنه لا بد له من ذلك فيكون بإذن القاضي فقط أو لا؟ الظاهر أنه لا يستدين لهم إلا بإذن القاضي لقوله في جامع الفصولين لضرورة مصالح المسجد. وقال في خزانة الاكمل:
***
[٣٥٤]
لو وقف على مصالح المسجد يجوز دفع غلته إلى الامام والمؤذن والقيم اه. ولم يذكر الخطيب. قال في شرح المنظومة: ولا شك أنه في الجامع نظير من ذكر في المسجد اه. فعلى هذا تخرج الاربعة من قول القنية الموقوف عليهم. ومنها هل يستدين بإذن القاضي للحصر والزيت بالمسجد أم لا؟ فعلى أنهما من المصالح له ذلك وإلا فلا، وقد اختلف في كونهما من المصالح ففي القنية رقم لركن الدين الصباغي وقال: كتبت إلى المشايخ ورمز للقاضي عبد الجبار وشهاب الدين الامامي هل للقيم شراء المراوح من مصالح المسجد؟ فقالا: لا. ثم رمز للعلاء الترجماني فقال: الدهن والحصير والمراوح ليس من مصالح المسجد وإنما مصالحه عمارته. ثم رمز لابي حامد وقال: الدهن والحصير من مصالحه دون المراوح قال - يعني مولانا بديع الدين - وهو أشبه للصواب وأقرب إلى غرض الواقف اه. فقد تحرر أن الراجح كونهما من المصالح فيستدين بإذن القاضي. ومنها أن المتولي لو ادعى أنه استدان بإذن القاضي هل يقبل قوله بلا بينة؟ الظاهر أنه لا يقبل وإن كان المتولي مقبول القول لما أنه يريد الرجوع في الغلة وهو إنما قبل قوله فيما بيده، وعلى هذا لو كان الواقع أنه لم يستأذن القاضي يحرم عليه أن يأخذ من الغلة لما أنه بغير الاذن متبرع اه. وقد علمت مما نقلناه عن قاضيخان أنه لو أنفق من ماله أو أدخل جذعا له في الوقف لا يكون من باب الاستدانة لانها محصورة في القرض والشراء بالنسيئة، وعلى هذا فلو صرف المتولي للمستحقين من ماله لا يكون من الاستدانة وله الرجوع، ولكن قاضيخان قيده بالانفاق على المرمة. وقيده في جامع الفصولين بأن يشهد أنه أنفق ليرجع فوقع الاشتباه في الصرف على المستحقين. وعلى هذا وقع الاشتباه في زماننا في ناظر أذن إنسانا في الصرف على المستحقين من ماله قبل مجئ الغلة ليرجع به إذا جاءت الغلة هل يكون من باب الاستدانة للموقوف عليهم فلا تجوز ولا رجوع له، أو أنه كصرف الناظر عليهم من مال نفسه فله الرجوع؟ إن قلنا برجوعه، فإن قلت إنه دفع لهم بشرط أن يأخذ معاليمهم فقام مقامهم قلت قال في جامع الفصولين من السابع والعشرين: الوكيل لو لم يقبض ثمنه حتى لقي الآمر فقال بعت ثوبك من فلان فأنا أقضيك عنه ثمنه فهو
***
[٣٥٥]
متطوع ولا يرجع على المشتري، ولو قال أنا أقضيكه عنه على أن يكون المال الذي على المشتري لي لم يجز، ورجع الوكيل على موكله بما دفع، وفي العدة يباع عنده بضائع للناس أمروه ببيعها فباعها بثمن مسمى فعجل الثمن من ماله إلى أصحابها على أن أثمانها له إذا قبضها فأفلس المشتري فللبائع أن يسترد ما دفع إلى أصحاب البضائع اه. قال في القنية: إذا قال القيم أو المالك لمستأجرها أذنت لك في عمارتها فعمرها بإذنه يرجع على القيم والمالك، وهذا إذا كان يرجع معظم منفعته إلى المالك، أما إذا رجع إلى المستأجر وفيه ضرر بالدار كالبالوعة أو شغل بعضها كالتنور فلا ما لم يشترط الرجوع اه. ويدل له بالاولى ما في جامع الفصولين: المتولي صرف العمارة من خشب مملوك له ودفع قيمته من مال الوقف كان له إذ يملك المعاوضة من مال نفسه كوصي يملك صرف ثوب مملوك إلى الصبي ودفع ثمنه من مال الصبي، ولكن لو ادعى لا يقبل قوله، وهذا يشير إلى أنه لو أنفق ليرجع له الرجوع في مال الوقف واليتيم من غير

أن يدعي عند القاضي، أما لو ادعى عند القاضي وقال أنفقت من مالي كذا في الوقف واليتيم لا يقبل قوله. ثم رقم بعلامة (بق) ادعى وصي أو قيم أنه أنفق من مال نفسه وأراد الرجوع في مال اليتيم والوقف ليس له ذلك إذ يدعي دينا لنفسه على اليتيم والوقف فلا يصح بمجرد الدعوى، ذكره في أحكام العمارة. وفي البزازية: قيم الوقف أنفق من ماله في الوقف ليرجع في غلته له الرجوع، وكذا الوصي مع مال الميت ولكن لو ادعى لا يكون القول قوله المتولي إذا أنفق من مال نفسه ليرجع في مال الوقف له ذلك، فإن شرط الرجوع يرجع وإلا فلا اهـ. وفيها أيضا: قيم المسجد اشترى شيئا لمؤنة المسجد بلا إذن الحاكم بماله لا يرجع على الوقف اهـ. وظاهره أنه لا رجوع له مطلقا إلا بإذن القاضي سواء كان أنفق ليرجع أو لا، سواء رفع إلى القاضي أو لا. سواء برهن على ذلك أو لا. الخامسة: يستثنى من قولهم لا يقدم على العمارة أحد ما في المحيط: لو شرط العمارة في الوقف فإنه تقدم العمارة على صاحب الغلة إلا إذا جعلت غلتها لفلان سنة أو سنتين ثم

***

[٣٥٦]

بعده للفقراء، أو شرط العمارة من الغلة فإنه يؤخر العمارة عن حق صاحب الغلة لانا لو صرفنا الغلة إلى العمارة أولا أدى إلى إبطال حق صاحب الغلة لان حقه في الغلة في مدة مخصوصة فتنتهي بمضيها، ولو صرفناها إليه أولا لا يؤدي إلى فوات عمارة الوقف لانه يمكن عمارته في الثانية إلا إذا كان في تأخير العمارة ضرر بين بالوقف فحينئذ تقدم العمارة لئلا يؤدي إلى إبطال مقصود الواقف اهـ. وقيد بالسنتين لما في التتارخانية: وأما المشروط له الغلة في ثلاث سنين يؤخذ بالعمارة اهـ. السادسة في بيان من يقدم مع العمارة وهو المسمى في زماننا بالشعائر، ولم أره إلا في الحاوي القدسي قال: والذي يبتدأ به من ارتفاع الوقف عمارته شرط الواقف أو لا، ثم ما هو أقرب إلى العمارة وأعم للمصلحة كالامام للمسجد والمدرس للمدرسة يصرف إليهم إلى قدر كفايتهم، ثم السراج والبساط كذلك إلى آخر المصالح اهـ. وظاهره تقديم الامام والمدرس على جميع المستحقين بلا شرط، والتسوية بالعمارة

***

[٣٥٧]

يقتضي تقديمهما عند شرط الواقف أنه إذا ضاق ريع الوقف قسم الريع عليهم بالحصة وأن

***

[٣٥٨]

هذا الشرط لا يعتبر، ولكن تقديم المدرس إنما يكون بشرط ملازمته للمدرسة للتدريس الايام المشروطة في كل جمعة ولذا قال للمدرسة لان مدرسها إذا غاب تعطلت بخلاف مدرس الجامع. وفي القنية: يدرس بعض النهار في مدرسة وبعض النهار في مدرسة أخرى ولا يعلم شرط الواقف يستحق غلة المدرس في المدرستين، ولو كان يدرس بعض الايام في هذه

***

[٣٥٩]

المدرسة وبعضها في الاخرى لا يستحق غلتهما بتمامها، وحكم المتعلم والمدرس في المسألتين سواء اهـ. واستفيد من قوله لا يستحق غلتهما بتمامها أنه يستحق بقدر عمله وهي كثيرة الوقوع في أصحاب الوظائف في زماننا، وحاصله أنه ينظر إلى ما شرطه الواقف له وعليه من العمل ويقسم المشروط على عمله خلافا لبعض الشافعية فإنه يقول: إذا لم يعلم المشروط لا يستحق شيئا من المشروط كما ذكره ابن السبكي. وقوله ثم السراج بكسر السين أي القناديل ومراده مع زيتها. والبساط - بكسر الباء - أي الحصير ويلحق بهما معلوم خادمها وهو الوقاد والفراش فيقدمان. وتعبيره بثم دون الواو يدل على أنهما مؤخران عن الامام والمدرس. وفي القنية: لو اشترى بساطا نفيسا من غلته جاز إذا استغنى المسجد عن العمارة اهـ. وقوله إلى آخر المصالح أي مصالح المسجد فيدخل المؤذن والناظر لانا قدمنا أنهم من المصالح، وقدمنا أن الخطيب داخل تحت الامام لانه إمام الجامع فتحصل أن الشعائر التي تقدم في الصرف مطلقا بعد العمارة الامام والخطيب والمدرس والوقاد والفراش والمؤذن والناظر وثمن القناديل والزيت والحصر، ويلحق بثمن الزيت والحصر ثمن ماء الوضوء أو أجرة حمله أو كلفة نقله من البئر إلى الميضأة فليس المباشر والشاهد والجابي والشاد وخازن الكتب من الشعائر، وقد جرت العادة بمصر في ديوان المحاسبة بتقديمهم مع المذكورين أولا وليس شرعيا، ويقع الاشتباه في البواب والمزملاتي. وفي الخانية: لو جعل حجرته

لدهن سراج المسجد ولم يزد صارت وقفا على المسجد إذا سلمها إلى المتولي وعليه الفتوى، وليس للمتولي أن يصرف الغلة إلى غير الدهن اهـ. فعلى هذا الموقوف على إمام للمسجد لا يصرف لغيره. وفي الخانية: رجل أوصى بثلث ماله لاعمال البر هل يجوز أن يسرج المسجد منه؟ قال الفقيه أبو بكر: يجوز ولا يجوز أن يزاد على سراج المسجد لان ذلك إسراف، سواء كان ذلك في رمضان أو غيره، ولا يزين المسجد بهذه الوصية اهـ. ومقتضاه منع الكثرة الواقعة في رمضان في مساجد القاهرة ولو شرط الواقف لان شرطه لا يعتبر في المعصية. وفي القنية: وإسراج السرج الكثيرة في السكك والاسواق ليلة البراءة بدعة، وكذا في المساجد ويضمن القيم، وكذا
***
[٣٦٠]
يضمن إذا أسرف في السرج في رمضان وليلة القدر، ويجوز الاسراج على باب المسجد في السكة أو السوق ولو اشترى من مال المسجد شمعا في رمضان يضمن. قلت: وهذا إذا لم ينص الواقف عليه. ولو أوصى بثلث ماله أن ينفق على بيت المقدس جاز وينفق في سراجه ونحوه. قال هشام: فدل هذا على أنه يجوز أن ينفق من مال المسجد على قناديله وسرجه والنفط والزيت اهـ. السابعة: إذا احتاج الوقف إلى العمارة وليس عنده غلة ولم يتيسر له القرض إلا بربح. قال في القنية رامزا ليوسف الترجماني الصغير: قال البصراء للقيم إن لم تهدم المسجد العام يكون ضرره في القابل أعظم فله هدمه وإن خالفه بعض أهل محلته وليس له التأخير إذا أمكنه العمارة، فلو هدمه ولم يكن فيه غلة للعمارة في الحال فاستقرض العشرة بثلاثة عشر في السنة واشترى من المقرض شيئا يسيرا بثلاثة دنانير يرجع في غلته بالعشرة وعليه الزيادة اهـ. وبه اندفع ما ذكره ابن وهبان من أنه لا جواب للمشايخ فيها. الثامنة في وقف المسجد: أيجوز أن يبنى من غلته منارة؟ قال في الخانية معزيا إلى أبي بكر البلخي: إن كان ذلك من مصلحة المسجد بأن كان أسمع لهم فلا بأس به، وإن كان بحال يسمع الجيران الاذان بغير منارة فلا أرى لهم أن يفعلوا ذلك. التاسعة: وقف على عمارة المسجد على أن ما فضل من عمارته فهو للفقراء فاجتمعت الغلة والمسجد غير محتاج إلى العمارة قال الفقيه أبو بكر: تحبس الغلة لانه ربما يحدث بالمسجد حدث وتصير الارض بحال لا تغل. وقال الفقيه أبو جعفر: الجواب كما قال، وعندي لو علم أنه لو اجتمع من الغلة مقدار ما يحتاج الارض والمسجد إلى العمارة يمكن العمارة بها ويفضل تصرف الزيادة إلى الفقراء على ما شرط الواقف. وفي القنية: ليس للقيم أن يأخذ ما فضل من وجه عمارة المدرسة دينا ليصرفها إلى الفقراء وإن احتاجوا إليه. وفي الخانية: والصحيح ما قال الفقيه أبو الليث أنه ينظر إن اجتمع من الغلة مقدار ما لو احتاج الضيعة والمسجد إلى العمارة بعد ذلك يمكن العمارة منها ويبقى شئ تصرف تلك الزيادة إلى الفقراء اهـ. ربع غلة الوقف للعمارة وثلاثة أرباعها للفقراء لم يجز للقيم أن يصرف ربع العمارة إذا استغنى عنها إلى الفقراء ليسترد ذلك من حصتهم في السنة الثانية اهـ. العاشرة: مسجد تهدم وقد اجتمع من غلته ما يحصل به البناء قال الخصاف: لا ينفق الغلة في البناء لان الواقف وقف على مرمتها ولم يأمر بأن يبنى هذا المسجد، والفتوى على أنه يجوز البناء بتلك الغلة. ولو كان الوقف على عمارة المسجد هل للقيم أن يشتري سلما
***
[٣٦١]
ليرتقي على السطح لكنس السطح وتطيينه أو يعطى من غلة المسجد أجر من يكنس السطح ويطرح الثلج ويخرج التراب المجتمع من المسجد؟ قال أبو نصر: للقيم أن يفعل ما في تركه خراب المسجد، كذا في الخانية. الحادية عشرة: حوانيت مال بعضها إلى بعض والاول منها وقف والباقي ملك والمتولي لا يعمر الوقف قال أبو قاسم، إن كان للوقف غلة كان لاصحاب الحوانيت أن يأخذوا القيم ليسوي الحائط المائل من غلة الوقف وإن لم يكن للوقف غلة في يد القيم رفعوا الامر إلى القاضي ليأمر القاضي القيم بالاستدانة على الوقف في إصلاح الوقف، وليس له أن يستدين بغير أمر القاضي، كذا في الخانية. الثانية عشرة: لو وقف على المساكين ولم يذكر العمارة يبدأ من الغلة بالعمارة وبما يصلحها وبخراجها ومؤنها ثم يقسم الباقي على المساكين، فإن كان في الارض نخل ويخاف القيم هلاكها كان للقيم أن يشتري من غلة الوقف فسيلا فيغرسه كيلا ينقطع، فلو كانت قطعة منها سبخة تحتاج إلى رفع وجهها وإصلاحها حتى تنبت كان للقيم أن يبدأ من جملة غلة الارض في ذلك ويصلح القطعة، ولو أراد القيم أن يبني في الارض الموقوفة قرية لاكرتها وحفاظها ليحفظ فيها الغلة ويجمعها كان له أن يفعل ذلك، وكذا لو كان الوقف خانا على الفقراء واحتاج إلى خادم يكسح الخان ويقوم به ويفتح بابه

ويسده فسلم بعض البيوت إلى رجل أجرة له ليقوم بذلك كان له ذلك، وإن أراد قيم الوقف أن يبني في الارض الموقوفة بيوتا يستغلها بالاجارة لا يكون له ذلك لان استغلال أرض الوقف يكون بالزرع، ولو كانت الارض متصلة ببيوت المصر يرغب الناس في استئجار بيوتها وتكون غلة ذلك فوق غلة الزرع والنخل كان للقيم أن يبني فيها بيوتا فيؤاجرها لان الاستغلال بهذا الوجه يكون أنفع للفقراء، كذا في الخانية. الثالثة عشرة: لو بنى خانا واحتاج إلى المرمة روي عن محمد أنه يعزل منه بيت أو بيتان فتؤاجر وينفق من غلتها عليه، وعنه رواية أخرى إجارة الكل سنة ويسترم منها. قال الناطفي: قياسه في المسجد أن يجوز إجارة سطحه لمرمته، كذا في الظهيرية. الرابعة عشرة: في فتاوى سمرقند شجرة وقف في دار وقف خربت ليس للمتولي أن يبيع الشجرة ويعمر الدار ولكن يكري الدار ويستعين بالكراء على عمارة الدار لا بالشجرة، كذا في الظهيرية. الخامسة عشرة: هل يجوز الاكل من

***

[٣٦٢]

طعام العملة يوم العمارة؟ قالوا: إن حضر واللارشاد والحث على العمل جاز الاكل وإلا فإن كانوا قليلا جاز وإلا فلا، ذكره في الظهيرية في قوم جمعوا الدراهم لعمارة القنطرة. وبهذا يعلم جواز أكل الشاد والمهندس معهم. السادسة عشرة: في البزازية: وقد تقرر في فتاوى خوارزم أن الواقف ومحل الوقف أعني الجهة إن اتحدت بأن كانا وقفا على المسجد أحدهما إلى العمارة والآخر إلى إمامه أو مؤذنه والامام والمؤذن لا يستقر لقلة المرسوم للحاكم الدين أن يصرف من فاضل وقف المصالح والعمارة إلى الامام والمؤذن باستصواب أهل الصلاح من أهل المحلة إن كان الواقف متحدا لان غرض الواقف إحياء وقفه وذلك يحصل بما قلنا، أما إذا اختلف الواقف أو اتحد الواقف واختلفت الجهة بأن بنى مدرسة ومسجدا وعين لكل وقفا وفضل من غلة أحدهما لا يبدل شرط الواقف، وكذا إذا اختلف الواقف لا الجهة يتبع شرط الواقف وقد علم بهذا التقرير إعمال الغلتين إحياء للوقف ورعاية شرط الواقف، هذا هو الحاصل من الفتاوى اه‍. وقد علم منه أنه لا يجوز لمتولي الشيخونية بالقاهرة صرف أحد الوقفين للآخر. وفي الولوالجية: مسجد له أوقاف مختلفة لا بأس للقيم أن يخلط غلتها كلها، وإن خرب حانوت منها فلا بأس بعمارته من غلة حانوت آخر لان الكل للمسجد. هذا إذا كان الواقف واحدا، وإن كان الواقف مختلفا فكذلك الجواب لان المعنى يجمعهما اه‍. السابعة عشرة: في البزازية: وإذا انهدم رباط المختلفة وبنى بناء جديدا من كل وجه لا يكون الاولون أولى من غيرهم وإن لم يغير ترتيبه الاول إلا أنه إن زيد أو نقص فالاولون أولى اه‍. الثامنة عشرة: بنى المتولي في عرصة الوقف من مال الوقف أو من ماله للوقف أو لم يذكر شئ كان وقفا بخلاف الاجنبي، وإن أشهد أنه بناه لنفسه كان ملكا له وإن متوليا، كذا في البزازية

***

[٣٦٣]

وغيرها. وبه يعلم أن قول الناس العمارة في الوقف وقف ليس على إطلاقه. التاسع عشرة: إذا عمل القيم في عمارة المسجد والوقف كعمل الاجير لا يستحق أجرا لانه لا يجتمع له أجر القوامة وأجر العمل، كذا في القنية وسيأتي أيضا. العشرون: لو انكشف سقف السوق فغلب الحر على المسجد الصيفي لوقوع الشمس فيه فللقيم ستر سقف السوق من مال المسجد بقدر ما يندفع به هذا القدر، كذا في القنية. قوله: (ولو دارا فعمارته على من له السكنى) أي لو كان الموقوف دارا فعمارة الموقوف على من له سكناه لان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصي بخدمته. وفي الظهيرية: فإن كان المشروط له السكنى رم حيطان الدار الموقوفة بالآجر وجصصها أو أدخل فيها أجذاعا ثم مات ولا يمكن نزع شئ من ذلك إلا بتضرر بالبناء فليس للورثة أخذ شئ من ذلك ولكن يقال للمشروط له السكنى بعده إضمن لورثته قيمة البناء ولك السكنى، فإن أبى أوجرت الدار وصرفت الغلة إلى ورثة الميت بقدر قيمة البناء، فإذا وفت غلته بقيمة البناء أعيد السكنى إلى من له السكنى. وليس لصاحب السكنى أن يرضى بقلع ذلك وهدمه. وإن كان ما رم الاول مثل تجصيص الحيطان أو تطيين السطوح أو ما أشبه ذلك ثم مات الاول فليس للورثة أن يرجعوا بشئ من ذلك، ألا ترى أن رجلا لو اشترى دارا وجصصها وطين سطوحها ثم استحقت الدار لا يكون للمشتري أن يرجع على البائع بقيمة الجص والطين، وإنما يكون له أن يرجع بقيمة ما يمكنه أن ينقضه ويسلم نقضه إليه اه‍. وجعل في المجتبى مسألة ما إذا عمرها وما نظير ما إذا عمر دار غيره بغير إذنه ثم قال مستأجر حانوت الوقف بنى فيه بغير إذن القيم لا يرجع عليه ويرفع بناءه إن لم يضر بالوقف وإلا يتملكه القيم بأقل القيمتين منزوعا

وغير منزوع، فإن أبى يتربص إلى أن يخلص ماله. ثم قال: مستأجر الوقف بنى غرفة على الحانوت إن لم يضر بأصله ويزيد في أجرته أو لا يستأجر إلا بالغرفة يجوز وإلا فلا اهـ. وفي القنية: لو وقف دارا على رجل وأولاده وأولاد أولاده أبدا ما تناسلوا فإذا انقطعوا فإلى الفقراء، ثم بنى واحد من أولاد أولاد الموقوف عليهم بعض الدار الموقوفة وطين البعض وجصص البعض وبسط فيه الآجر فطلب الآخر منه حصته ليسكن فيها فمنعه منها حتى يدفع له حصة ما أنفق فيها ليس له ذلك، والتطيين والجص صار تبعا للوقف، وله أن ينقض الآجر. قال رضي الله عنه: وإنما ينقض الآجر إذا لم يكن في نقضه ضرر بالوقف كمن بنى في الحانوت المسبل فله رفعه إذا لم يضر بالبناء القديم وإلا فلا اهـ. وظاهر كلام المصنف وغيره أن من له الاستغلال لا تكون العمارة عليه بناء على أن من
***
[٣٦٤]
له الاستغلال لا يملك السكنى. ومن له السكنى لا يملك الاستغلال كما صرح به في البزازية، وفي فتح القدير بقوله: وليس للموقوف عليهم الدار سكناها بل الاستغلال كما ليس للموقوف عليهم السكنى الاستغلال اهـ. ويدل عليه قولهم إجارة العين للموقوف عليه صحيحة ومعلوم أن استئجار دار ممن له حق السكنى لا يجوز فجوازها دل على ما ذكرنا، كذا في البزازية. ولم أر حكم ما إذا سكن من له الاستغلال وفعل ما لا يجوز هل تجب الاجرة عليه ويأخذها المتولي ثم يدفعها إليه؟ والذي يظهر أن الوقف إن كان محتاجا إلى العمارة وجبت الاجرة عليه فيأخذها المتولي ليعمر بها وإلا فلا فائدة في وجوبها حيث لم يكن له شريك في الغلة. وإنما لم تكن عليه لان المتولي عليها يؤجرها ويعمرها بأجرتها كما لو أبى من له السكنى، لكن في الظهيرية: وإذا صح الوقف واحتاج إلى العمارة فالعمارة على من يستحق الغلة اهـ. ويحمل على أن المعنى فالعمارة في غلتها، ولما كانت غلتها له صار كان العمارة عليه. قال في الظهيرية: وإن كان المشروط له غلة الارض جماعة رضي بعضهم بأن يرمه المتولي من مال الوقف وأبى البعض، فمن أراد العمارة عمر المتولي حصته بحصته، ومن أبى تؤجر حصته وتصرف غلتها إلى العمارة إلى أن تحصل العمارة ثم تعاد إليه اهـ. وفي التتارخانية: ولو كان الواقف حين شرط الغلة لفلان ما عاش شرط على فلان مرمتها
***
[٣٦٥]
وإصلاحها فيما لا بد لها منه فالوقف جائز مع هذا الشرط اهـ. وظاهره أنه يجبر على عمارتها، وقياسه أن الموقوف عليه السكنى كذلك. فإن قلت: هل يصح بيع العمارة في الارض الموقوفة؟ قلت قال في القنية من الوقف: ويجوز شراء عمارة أرض أو دار للمسجد إذا كانت الرقبة وقفا وإلا فلا اهـ. ومن البيوع: ويشترط لجواز بيع العمارة في الحانوت والاشجار في الارض أن لا يلحقها ضرر بالقلع لاملاك الباعة وفي الوقف لا يشترط، ولو باع بناء واستثنى ما فيه من الخشب أو استثنى ما فيه من اللبن والتراب يجوز إذا اشتراه للنقض اهـ. وفي القنية: دار لسكني الامام هدمها وبناها لنفسه وسقفها من الخشب القديم لم يكن له بيع البناء إن بناها كما كانت. وفيها أيضا: وقف دارا على إمام مسجد ليسكنه بشرائطه ثم أخذ يؤم بنفسه ليس له أن يأخذ أجرتها اهـ. قوله: (ولو أبى أو عجز عمر الحاكم بأجرتها) يعني أجرها الحاكم من الموقوف عليه أو غيره وعمرها بأجرتها ثم يردها بعد التعمير إلى من له السكنى لان في ذلك رعاية للحقين - حق الوقف وحق صاحب السكنى - لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا. أفاد أنه لا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة، ولا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لانه في حيز التردد. وأفاد بقوله عمر الحاكم بأجرتها أن من له السكنى لا تصح إجارته لانه غير مالك، كذا في الهداية. وأورد عليه أنه إن أراد أنه ليس بمالك للمنفعة وإنما أبيح له الانتفاع كما اختاره في العناية وغاية البيان لزم أن لا يملك الاعارة، والمنقول في الخصاف أنه يملكها فلولا أنه مالك للمنفعة لما ملكها لانها تمليك المنافع. وإن أراد أنه ليس بمالك للعين والاجارة تتوقف على ملك العين لزم أن لا تصح إجارة المستأجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل وأن لا تصح إعارته وهما صحيحان فالاولى أن يقال كما في فتح القدير لانه يملك المنافع بلا بدل فلا يملك تمليكها ببدل وهو الاجارة وإلا لملك أكثر مما ملك بخلاف الاعارة، ولا فرق في هذا الحكم أعني عدم الاجارة بين الموقوف عليه السكنى وغيره فلا يملكها السمتحق للغلة أيضا. ونص الاستروشني أن إجارة الموقوف عليه لا تجوز وإنما يملك الاجارة المتولي أو القاضي. ونقل عن الفقيه أبي جعفر: إن كان الاجر كله للموقوف عليه، فإن كان الوقف لا يسترم
***

[٣٦٦]
تجوز إجارته وهذا في الدور والحوانيت، وأما الاراضي، فإن كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه أن يؤاجر، وإن لم يشترط ذلك يجب أن يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه والدعوى من الموقوف عليه غير مسموعة على الصحيح وبه يفتي، كذا في جامع الفصولين. فإن قلت: إذا لم يصح إيجاره ما حكم الاجرة إذا آجرها؟ قلت: ينبغي أن تكون للوقف ولم أره صريحا. ولو قالوا عمرها المتولي أو القاضي لكان أولى فظاهر قولهم إنما يملك الاجارة المتولي أو القاضي أن للقاضي الاستقلال بالاجارة ولو أبى المتولي إلا أن يكون المراد التوزيع فالقاضي يؤجرها إن لم يكن لها متول أو كان لها وأبى الاصلح، وأما مع حضور المتولي فليس للقاضي ذلك وستزداد وضوحا إن شاء الله تعالى بعد. ولم يذكر الشارحون حكم العمارة من المتولي فليس للقاضي ذلك وستزداد وضوحا إن شاء الله تعالى بعد. ولم يذكر الشارحون حكم العمارة من المتولي أو القاضي هل هي مملوكة لمن له السكنى أو لا؟ وفي المحيط: فإن أجر القيم وأنفق الاجرة في العمارة فتلك العمارة المحدثة تكون لصاحب السكنى لان الاجرة بدل المنفعة وملك المنفعة كانت مستحقة لصاحب السكنى فكذا بدل المنفعة تكون له والقيم إنما أجر لاجله اه. ومقتضاه أنه لو مات تكون ميراثا كما لو عمرها بنفسه. وفي فتح القدير: ولو لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعمارة ولم يجد من يستأجرها لم أر حكم هذه في المنقول من المذهب، والحال فيها يؤدي إلى أن تصير نقضا على الارض كوما تسفوه الرياح، وخطر لي أنه يخيره القاضي بين أن يعمرها ليستوفي منفعتها وبين أن يردها إلى ورثة الواقف اه. وهو عجيب لانهم صرحوا باستبدال الوقف إذا خرب وصار لا ينتفع به وهو شامل للارض والدار. قال في الذخيرة: وفي المنتقى قال هشام: سمعت
***
[٣٦٧]
محمدا يقول: الوقف إذا صار بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره وليس ذلك إلا للقاضي اه. وأما عود الوقف بعد خرابه إلى ملك الواقف أو ورثته فقد قدمنا ضعفه. والحاصل أن الموقوف عليه السكنى إذا امتنع من العمارة ولم يوجد مستأجر باعها القاضي واشترى بثمنها ما يكون وقفا. وفي الولوالجية: خان أو رباط سبيل أراد أن يخرب يؤاجره المتولي وينفق عليه، فإذا صار معمورا لا يؤاجره لانه لو لم يؤاجره يندرس اه. لكن ظاهر كلام المشايخ أن محل الاستبدال عند التعذر إنما هو الارض لا البيت وقد حققناه في رسالة في الاستبدال. قوله: (ويصرف نقضه إلى عمارته إن احتاج وإلا حفظه للاحتياج ولا يقسمه بين مستحقي الوقف) بيان لما انهدم من بناء الوقف وخشبه. والنقض - بالضم - البناء المنقوض والجمع نقوض. وعن الوبري: النقض بالكسر لا غير، كذا في المغرب. وذكر في القاموس أولا أن النقض بالكسر المنقوض وثانيا أنه بالضم ما انتقض من البنيان. وذكر أن الجمع أنقاض ونقوض. وفاعل يصرف الحاكم كما صرح به في الهداية لانه المحدث عنه بقوله عمرها الحاكم. وقدمنا أنه لا فرق بين المتولي والحاكم في الاجارة والتعمير فكذا في النقض. وقد سوى بين القاضي والمتولي في الحاوي القدسي، فإن احتاج الوقف إلى عود النقض أعاده لحصول المقصود به، وإن استغنى عنه أمسكه إلى أن يحتاج إلى عمارته، ولا يجوز قسمته بين مستحقي الوقف لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيها وإنما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف لهم غير حقهم. ولم يذكر المصنف بيعه قال في الهداية: وإن تعذر إعادة عينه إلى موضعه بيع وصرف ثمنه إلى المرمة صرفا للبدل إلى مصرف المبدل اه. وظاهره أنه لا يجوز بيعه حيث أمكن إعادته. وهل يفسد البيع أو يصح مع إثم
***
[٣٦٨]
المتولي؟ لم أره صريحا وينبغي الفساد، وقدمنا أنه لا يجوز بيع بعض الموقوف لمرمة الباقي بثمن ما باع. زاد في التتارخانية أن المشتري لو هدم البناء ينبغي عزل الناظر، ولا ينبغي للقاضي أن يأتمن الخائن وسبيله أن يعزله اه. وفي الحاوي: فإن خيف هلاك النقض باعه الحاكم وأمسك ثمنه لعمارته عند الحاجة اه. فعلى هذا يباع النقض في موضعين عند تعذر عوده وعند خوف هلاكه. والمراد ما انهدم من الوقف فلو انهدم الوقف كله فقد سئل عنه قارئ الهداية بقوله سئل عن وقف تهدم ولم يكن له شئ يعمر منه ولا أمكن إجارته ولا تعميره هل تباع أنقاضه من حجر وطوب وخشب؟ أجاب: إن كان الامر كذلك صح بيعه بأمر الحاكم ويشتري بثمنه وقف مكانه،

فإذا لم يكن رده إلى ورثة الواقف إن وجدوا وإلا صرف إلى الفقراء اهـ. قوله: (وإن جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه صح) أي لو شرط عند الايقاف ذلك اعتبر شرطه، أما الاول فهو جائز عند أبي يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد من اشتراط التسليم إلى المتولي عنده. وقيل: إن الاختلاف بينهما بناء على اشتراط القبض والافراز. وقيل: هي مسألة مبتدأة فالخلاف فيما إذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء، وفيما إذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعده للفقراء. وجه قول محمد أن الوقف شرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه فاشتراطه الكل أو البعض لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه. ولابي يوسف ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته، والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منه إلا بالشرط فدل على صحته، ولان الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه، فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا أن يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما إذا بنى خانا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه، ولان مقصوده القربة وفي الصرف إلى نفسه ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة. وفي فتح القدير: فقد ترجح قول أبي يوسف: قال الصدر الشهيد: والفتوى على قول أبي يوسف. ونحن أيضا نفتي بقوله ترغيبا للناس في الوقف. واختاره مشايخ بلخ، وكذا ظاهر الهداية حيث أخر وجهه ولم يدفعه. ومن صور الاشتراط لنفسه ما لو قال أن يقضي دينه من غلته، وكذا إذا قال إذا حدث على الموت وعلى دين يبدأ من غلة هذا الوقف بقضاء ما علي فما فضل فعلى سبيله كل ذلك جائز. وفي وقف الخصاف: فإذا شرط أن ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من

***

[٣٦٩]

غلة هذا الوقف فجاءت غلته فباعها وقبض ثمنها ثم مات قبل أن ينفق ذلك، هل يكون ذلك لورثته أو لاهل الوقف؟ قال: يكونو لورثته لانه قد حصل ذلك وكان له، فقد عرف أن شرط بعض الغلة لا يلزم كونه بعضا معينا كالنصف والربع، وكذلك إذا قال إن حدث على فلان الموت يعني الواقف نفسه أخرج من غلة هذا الوقف في كل سنة من عشرة أسهم مثلا سهم يجعل في الحج عنه أو في كفارة أيمانه وفي كذا وكذا وسمى أشياء أو قال اخرج من هذه الصدقة في كل سنة كذا وكذا درهما ليصرف في هذه الوجوه ويصرف الباقي في كذا وكذا على ما سبله اهـ. وفي الحاوي القدسي: المختار للفتوى قول أبي يوسف ترغيبا للناس في الوقف وتكثيرا للخير. ويتفرع على هذا الاختلاف أيضا ما لو وقف على عبيده وإمائه، فعند محمد لا يجوز، وعند أبي يوسف يجوز كشرطه لنفسه. وفرع بعضهم عليه أيضا اشتراط الغلة لمدبريه وأمهات أولاده وهو ضعيف، والاصح أنه صحيح اتفاقا. والفرق لمحمد أن حريتهم ثبتت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على الاجانب ويكون ثبوته لهم حال حياته تبعا لما بعد موته، فما في الهداية والمجتبى من تصحيح أنها على الخلاف ضعيف. قيد بجعل الغلة لنفسه لانه لو وقف على نفسه. قال أبو بكر الاسكاف: لا يجوز وعن أبي يوسف جوازه. وإذا مات صار إلى المساكين، ولو قال أرضي صدقة موقوفة على أن لي غلتها ما عشت قال هلال: لا يجوز هذا الوقف. وذكر الانصاري جوازه. وإذا مات يكون للفقراء، كذا في الخانية. وفيها: لو وقف وقفا واستثنى لنفسه أن يأكل منه ما دام حيا ثم مات وعنده من هذا الوقف معاليق عنب أو زبيب فذلك كله مردود إلى الوقف، ولو كان عنده خبز من بر ذلك الوقف يكون ميراثا لان ذلك ليس من الوقف حقيقة اهـ. وحاصله أن المعتمد صحة الوقف على النفس واشتراط أن تكون الغلة له، فما في الخانية من أنه لو وقف على نفسه وعلى فلان صح نصفه وهو حصة فلان وبطل حصة نفسه، ولو قال على نفسي ثم على فلان أو قال على فلان ثم على نفسي لا يصح شئ منه، ولو قال على عبدي وعلى فلان صح في النصف وبطل في النصف، ولو قال على نفسي وولدي ونسلي فالوق كله باطل لان حصة النسل مجهولة اهـ. مبني على القول الضعيف، والعجب منه كيف جزم به وساقه على طريقة

***

[٣٧٠]

الاتفاق أو الصحيح. ثم علم أن الاعتبار في الشروط لما تكلم به الواقف لا لما كتب في مكتوب الوقف، فلو أقيمت بينة بشرط تكلم به الواقف ولم يوجد في المكتوب عمل به لما في البزازية: وقد أشرنا أن الوقف على ما تكلم به لا على ما كتب الكاتب فيدخل في الوقف المذكور وغير المذكور في الصك أعني كل ما تكلم به اهـ. ولا خلاف في اشتراط الغلة لولده فإذا وقف على ولده شمل الذكر والانثى،

وإن قيده بالذكر لا تدخل الانثى كالابن. ولا شئ لولد الولد مع وجود الولد، فإن لم يوجد له ولد كانت لولد الابن. ولا يدخل ولد البنت في الوقف على الولد مفردا وجمعا في ظاهر الرواية وهو الصحيح المفتى به. ولو وقف على ولده وولد ولده اشترك ولده وولد ابنه. وصحح قاضيخان دخول أولاد البنات فيما إذا وقف على أولاده وأولاد أولاده، وصحح عدمه في ولدي. ولو قال على ولدي فمات كانت للفقراء ولا تصرف إلى ولد ولده في كل بطن إلا بالشرط إلا إذا ذكر البطون الثلاثة فإنها لا تصرف إلى للفقراء ما بقي أحد من أولاده وإن سفل. ولو وقف على ولديه ثم على أولادهما فمات أحدهما كان للآخر النصف ونصف الميت للفقراء لا لولده، فإذا مات الآخر صرف الكل إلى أولاد الاولاد. ولو وقف على ولده وليس له إلا ولد ابن كانت له، فإن حدث له ولد كانت له. ولو وقف على محتاجي ولده وليس له إلا ولد محتاج كان النصف له والآخر للفقراء. ولو وقف على أولاده فماتوا إلا واحدا كان الكل له لا للفقراء إلا بعد موته، ولو عين الاولاد فكل من مات كان نصيبه للفقراء لا لاخواته بغير شرط. ولو وقف على أولاده وليس له إلا واحد أو على بنيه وليس له إلا ابن واحد كان النصف له والنصف للفقراء. هكذا سوى بين الاولاد والابناء في الخانية، وفرق بينهما في فتح القدير فقال في الاولاد: يستحق الواحد الكل وفي البنين لا يستحق الكل وقال: كأنه مبني على العرف، وقد علمت أن المنقول خلافه. ولو وقف على بنيه لا تستحق البنات كعكسه. وبقية التفاريع المتعلقة بالوقف على الاولاد والاقارب معلومة في الخصاف وغيره. وفرع في الهداية على الاختلاف بين الشيخين شرط الاستبدال لنفسه فجوزه أبو يوسف، وأبطل محمد الشرط وصحح

***

[٣٧١]

الوقف. وفي الخانية: الصحيح قول أبي يوسف لانه شرط لا يبطل حكم الوقف لان الوقف يحتمل الانتقال من أرض إلى أرض أخرى ويكون الثاني قائما مقام الاول فإن أرض الوقف إذا غصبها غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت بحرا لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشتري بقيمتها أرضا أخرى فتكون الثانية وقفا على وجه الاولى، وكذلك أرض الوقف، إذا قل نزلها الآفة وصارت بحيث لا تصلح للزراعة أو لا تفضل غلتها عن مؤنها ويكون صلاح الوقف في الاستبدال بأرض أخرى فيصح شرط ولاية الاستبدال وإن لم يكن للحال ضرورة داعية إلى الاستبدال. ولو شرط بيعها بما بدا له من الثمن أو أن يشتري بثمنها عبدا أو يبيعها ولم يزد فسد الوقف لانه شرط ولاية الابطال بخلاف شرط الاستبدال لانه نقل وتحويل، وأجمعوا أنه إذا شرط الاستبدال لنفسه في أصل الوقف أن الشرط والوقف صحيحان ويملك الاستبدال أما بدون الشرط أشار في السير أنه لا يملك الاستبدال إلا القاضي إذا رأى المصلحة في ذلك. ولو شرط أن يبيعها ويشتري بثمنها أرضا أخرى ولم يزد صح استحسانا وصارت الثانية وقفا بشرائطه: الاولى، ولا يحتاج إلى إيقافها كالعبد الموصي بخدمته إذا قتل خطأ واشترى المولى بقيمته عبدا آخر ثبت حق الموصى له في خدمته، والمدبر إذا قتل خطأ فاشترى المولى بقيمته آخر صار مدبرا وليس له أن يستبدل الثانية بأرض ثالثة لان الشرط وجد في الاولى فقط. ولو شرط استبدالها بأرض فليس له الاستبدال بدار لانه لا يملك تغيير الشرط، وله أن يشتري أرض الخراج لان أرض الوقف لا تخلو عن وظيفة إما العشر وإما الخراج. ولو شرط استبدالها بدار فليس له استبدالها بأرض، ولو قيد بأرض البصرة تقيد وليس له استبدالها بأرض الحوز لان من في يده أرض الحوز بمنزلة الاكار لا يملك البيع. ولو أطلق الاستبدال فباعها بثمن ملك الاستبدال بجنس العقار من دار أو أرض في أي بلد شاء، ولو باعها بغبن فاحش لا يجوز بيعه في قول أبي يوسف وهلال لان القيم بمنزلة الوكيل فلا يملك البيع بغبن فاحش، ولو كان أبو حنيفة يجيز الوقف بشرط الاستبدال لاجاز بيع القيم بغبن فاحش كالوكيل بالبيع. ولو باعه بثمن مقبوض ومات مجهلا كان دينا في

***

[٣٧٢]

تركته. ولو وهب الثمن صحت وضمن في قول الامام. وقال أبو يوسف: لا تصح الهبة. ولو باعها بعروض ففي قياس قول الامام يصح ثم يبيعها بنقد ثم يشتري عقارا أو يبيعها بعقار. وقال أبو يوسف وهلال: لا يملكه إلا بالنقد كالوكيل بالبيع. ولو عادت إليه بعد بيعها إن عادت إليه بما هو عقد جديد لا يملك بيعها ثانيا، وإن بما هو فسخ من كل وجه ملك بيعها ثانيا. ولو باع واشترى بثمنها أخرى ثم ردت الاولى عليه بعيب بالقضاء كان له أن يصنع بالاخرى ما شاء والاولى تعود وقفا، ولو بغير قضاء لم ينفسخ البيع في الاولى ولا تبطل الوقفية في الثانية ويصير مشتريا الاولى لنفسه. ولو اشترى بثمنها أرضا أخرى فاستحقت الاولى لا تبقى الثانية وقفا استحسانا لبطلان المبادلة، ولو شرط الاستبدال لنفسه ثم أوصى به إلى وصيه لا يملك وصيه الاستبدال، ولو وكل وكيلا في حياته صح، ولو شرطه

لكل متول صح وملكه كل متول. ولو شرط أن لفلان ولاية الاستبدال فمات الواقف لا يكون لفلان ولايته بعد موت الواقف إلا أن يشترطه له بعد وفاته. وهذا كله قول أبي يوسف وهلال بناء على جواز عزل الواقف المتولي فكان وكيله فانعزل بموته. وعند محمد لا تبطل ولايته بوفاته لانه وكيل الفقراء لا الواقف. ولو شرط الاستبدال لرجل آخر مع نفسه ملك الواقف الاستبدال وحده ولا يملكه فلان وحده، الكل من الخانية. وقد اختلف كلام قاضيخان في موضع جوزه للقاضي بلا شرط الواقف حيث رأى المصلحة فيه، وفي موضع منع منه ولو صارت الارض بحال لا ينتفع بها، والمعتمد أنه بلا شرط يجوز للقاضي بشرط أن يخرج عن الانتفاع بالكلية، وأن لا يكون هناك ريع للوقف يعمر به، وأن لا يكون البيع بغبن فاحش. وشرط في الاسعاف أن يكون المستبدل قاضي الجنة المفسر بذي العلم والعمل كيلا يحصل التطرق إلى إبطال أوقاف المسلمين كما هو الغالب في زماننا اه‍. ويجب أن يزاد آخر في زماننا وهو أن يستبدل بعقار لا بالدراهم والدنانير فإنا قد شاهدنا النظار يأكلونها وقل أن يشتري بها بدل، ولم نر أحدا من القضاة يفتش على ذلك مع كثرة الاستبدال في زماننا مع أني نبهت بعض القضاة على ذلك وهم بالتفتيش ثم ترك. فإن قلت: كيف زدت هذا الشرط

***

[٣٧٣]

والمنقول السابق عن قاضيخان يرده؟ قلت: لما في السراجية سئل عن مسألة استبدال الوقف ما صورته وهل هو على قول أبي حنيفة وأصحابه؟ أجاب: الاستبدال إذا تعين بأن كان الموقوف لا ينتفع به وثم من يرغب فيه ويعطى بدله أرضا أو دارا لها ريع يعود نفعه على جهة الوقف فالاستبدال في هذه الصورة قول أبي يوسف ومحمد، وإن كان للوقف ريع ولكن يرغب شخص في استبداله إن أعطي مكانه بدلا أكثر ريعا منه في صقع أحسن من صقع الوقف جاز عند القاضي أبي يوسف والعمل عليه وإلا فلا يجوز اه‍. فقد عين العقار للبدل فدل على منع الاستبدال بالدراهم والدنانير. وفي القنية: مبادلة دار الوقف بدار أخرى إنما يجوز إذا كانتا في محلة واحدة أو تكون المحلة المملوكة خيرا من

***

[٣٧٤]

المحلة الموقوفة، وعلى عكسه لا يجوز وإن كانت المملوكة أكثر مساحة وقيمة وأجرة لاحتمال خرابها في أدون المحلتين لدناءتها وقلة رغبات الناس فيها اه‍. وفي المحيط: لو ضاع الثمن من المستبدل لا ضمان عليه لكونه أمينا كالوكيل بالبيع اه‍. وفي شرح منظومة ابن وهبان: لو شرط الواقف أن لا يستبدل أو يكون الناظر معزولا قبل الاستبدال أو إذا هم بالاستبدال انعزل هل يجوز استبداله؟ قال الطرسوسي: إنه لا نقل فيه، ومقتضى قواعد المذهب أن للقاضي أن يستبدل إذا رأى المصلحة في الاستبدال لانهم قالوا: إذا شرط الواقف أن لا يكون للقاضي أو السلطان كلام في الوقف أنه شرط باطل وللقاضي الكلام لان نظره أعلى، وهذا شرط فيه تفويت المصلحة للموقوف عليهم وتعطيل للوقف فيكون شرطا لا فائدة فيه للوقف ولا مصلحة فلا يقبل اه‍. وفيه أيضا فرع مهم وقع السؤال بالقاهرة بعد سنة سبعين أن الواقف إذا جعل لنفسه التبديل والتغيير والاخراج والادخال والزيادة والنقصان ثم فسر التبديل باستبدال الوقف هل يكون صحيحا؟ وهل تكون له ولاية الاستبدال؟ والشيخ الامام الوالد سقى الله عهده صوب الرضوان أفتى بصحة ذلك وأنه يكون له ولاية الاستبدال لان الكلام ما أمكن حمله على التأسيس لا يحمل على التأكيد ولفظ التبديل محتمل للمعنى المذكور وحمله على معنى يغايره فيه ما بعده أولى من جعله مؤكدا به. وبلغني موافقة بعض أصحابنا من الحنفية على ذلك ومخالفة البعض، ثم رفع سؤال آخر عن الواقف إذا شرط لنفسه ما ذكرنا ثم اشترط بمقتضى ذلك الشرط أنشرط لنفسه أن يستبدل بوقفه إذا رأى ما هو أنفع منه لجهة الوقف، فهل يصح الاشتراط الثاني ويعمل به لانه من مقتضى الشرط الاول أم لا؟ فاضطرب فيه إفتاء أصحابنا وكنت ممن أفتى بصحته وكونه من مقتضى الشرط الاول، وأظن أن الشيخ الامام وافقني على ذلك وقضى به في التاريخ المذكور سيما إذا قال الواقف في كتاب الوقف وأن يشترط لنفسه ما شاء من الوشرط المخالفة لذلك اه‍. وفي فتح القدير: لو باع وقبض الثمن ثم مات مجهلا فإنه يكون ضامنا اه‍. وقد وقعت حادثتان للفتوى: إحداهما باع الوقف من ابنه الصغير فأجبت بأنه لا يجوز اتفاقا كالوكيل بالبيع باع من ابنه الصغير، ولو باع من ابنه الكبير فكذلك عند الامام خلافا لهما كما عرف في الوكالة. ثانيتهما باع من

***

[٣٧٥]

رجل له دين على المستبدل وباعه الوقف بالدين ولم أر فيهما نقلا، وينبغي أن لا يجوز على قول أبي يوسف وهلال لانهما لا يجوزان البيع بالعروض فالدين أولى. وفي فتح القدير: على وزان شرط الاستبدال لو شرط لنفسه أن ينقص من المعاليم إذا شاء ويزيد ويخرج من شاء ويستبدل به كان له ذلك، وليس لقيمه إلا أن يجعل له، وإذا أدخل وأخرج مرة ليس له ثانيا إلا بشرطه. وفي وقف الخصاف: لو شرط أن لا تباع ثم قال في آخره على أن له الاستبدال كان له الاستبدال لان الآخر ناسخ للاول وكذا لو شرط الاستبدال أولا ثم قال لا تباع امتنع الاستبدال. وإذا شرط الزيادة والنقصان والادخال والاخراج كلما بدى له كان ذلك مطلقا له غير محظور عليه ويستقر الوقف على الحال الذي كان عليها يوم موته، وما شرطه لغيره من ذلك فهو له، ولو شرط لنفسه ما دام حيا ثم للمتولي من بعده صح، ولو جعله للمتولي ما دام الواقف حيا ملكاه مدة حياته، فإذا مات الواقف بطل، وليس للمشروط له ذلك أن يجعله لغيره أو يوصي له، ولو شرط لنفسه الاستبدال والزيادة والنقصان والادخال والاخراج ليس له أن يجعل ذلك للمتولي وإنما له ذلك ما دام حيا اه ملخصا. وفي المحيط: لو شرط أن يعطي غلتها من شاء له المشيئة في صرفها إلى من شاء وإذا مات انقطعت وإن شاء نفسه ليس له ذلك على قول ما نعي الوقف على النفس، وإن شاء غنيا معينا جاز كفقير معين وامتنع التحويل إلى غيره، وإن شاء الصرف على الاغنياء دون الفقراء بطلت المشيئة، وإن شاء صرفها إلى فقراء دون الاغنياء جازت، ولو شرط أن يعطيها من شاء من بني فلان فشاء واحدا منهم جاز، ولو شاء كلهم بطلت وتكون للفقراء عند أبي حنيفة قياسا، وعندهما جازت وتكون لبني فلان استحسانا بناء على أن كلمة من للتبعيض عنده، وللبيان عندهما. ولو شرط أن يفضل من شاء فله مشيئة التفضيل دون مشيئة التخصيص، ولو وقف على بني فلان على أن لي إخراج من شئت منهم، فإن أخرج معينا صح، ثم إن كان في الوقف غلة وقت الاخراج ذكر هلال أنه يخرج منها خاصة، وعلى قياس ما ذكر في وصايا الاصل والجامع الصغير أنه يخرج عن الغلة أبدا فإنه لو أوصى بغلة بستانه وفي البستان غلة يوم موت الموصى فله الغلة الموجودة وما يحدث في المستقبل أبدا، وعلى رواية هلال له الموجود فقط وهو المحكي عن أصحابنا. وإن أخرج واحدا مبهما بأن قال أخرجت فلانا أو فلانا جاز والبيان إليه، فإن لم يبين حتى مات فالغلة تقسم على رؤس الباقين ويضرب لهذين بسهم، فإن اصطلحا أخذاه بينهما، وإن أبيا أو أبي أحدهما وقف الامر حتى يصطلحا. وإن أخرجهم جميعا، فإن كان من غلة هذه السنة صح وكانت للفقراء وبعدها للموقوف عليهم، وإن أخرجهم من الغلة مطلقا لم يصح قياسا لان الشرط للبعض ويصح استحسانا لانه يراد به الايثار في المستأنف وما يبدو له في المستقيل وتكون للفقراء اه. وقد

***

[٣٧٦]

وقعت حوادث الفتوى في مسألة الادخال والاخراج إلى آخره منها: لو قال من له ذلك بعدما أدخل انسانا أسقطت حقي من إخراجه ثم أخرجه هل يخرج؟ ومنها لو قال من له ذلك أسقطت حقي منه هل يسقط وليس له فعل شئ؟ ومنها لو شرط الواقف لنفسه الادخال إلى آخره كلما بدا له وشرط أن يشترطه لمن شاء فشرطه لغيره وشرط له ما شرطه لنفسه فشرطه المشروط له لآخر فأراد من شرطه الواقف له أن يخرج من جعل هذا الشرط له، وأراد المجعول له أن يخرج الجاعل، فهل هو للاول أو للثاني بناء على أن المشروط له ذلك إذا جعله لغيره، هل يبطل ما كان له أو يبقى له ولمن جعله له؟ ومنها أنه لو شرط ذلك له ولفلان فهل لاحدهما الانفراد أو لا؟ ولم أر نقلا صريحا فيها، وظاهر ما في الخانية من الشرب أن الحق يقبل الاسقاط أنه يسقط حقه فإنه صرح بأن حق الغانم قبل القسمة وحق المسيل المجرد وحق الموصى له بالسكنى وحق الموصى له بالثلث قبل القسمة وحق الوارث قبل القسمة يسقط. وصرح في جامع الفصولين من الفصل الثامن والعشرين: لو قال وارث تركت حقي لا يبطل حقه إذ الملك لا يبطل بالترك والحق يبطل به حتى لو أن أحد الغانمين قال قبل القسمة تركت حقي بطل حقه، وكذا لو قال المرتهن تركت حقي في حبس الرهن يبطل اه. فقوله والحق يبطل به يدل على ما ذكرنا. فإن قلت: ذكر في الخانية من كتاب الشهادات من كان فقيرا من أصحاب المدرسة يكون مستحقا للوقف استحقاقا لا يبطل بإبطاله فإنه لو قال أبطلت حقب كان له أن يطلب ويأخذ بعد ذلك اه. قلت: بينهما فرق لان كلامنا فيما إذا كان الحق لمعين أسقطه، وأما ما في الخانية من الشهادات فالحق لغير معين فإنه وقف مطلق على فقراء المدرسة وغير المعين لا يصح إبطاله، وإنما خرج عن هذا الاصل ما إذا لم يكن الحق لمعين ومثله في الهبة. قال في البزازية: لو قال الواهب أسقطت حقي في الرجوع في الهبة لا يسقط اه. فإن قلت: إذا قال من له الشرط لا حق لي فيها ولا استحقاق ولا دعوى فهل له ولاية الادخال

والاخراج مع شرط الواقف؟ قلت: ليس له ذلك لكونه مقرا بأنه لا حق له وهو مؤاخذ بإقراره ولذا قال الخصاف: لو وقف على ولده فأقر بأنه عليه وعلى زيد عمل بإقراره ما دام حيا حملا على أن الواقف رجع عن اختصاصه وأشرك معه زيدا إلى آخره. وعلى

***

[٣٧٧]

هذا سألت فيمن له الادخال والاخراج كلما بدا له فأدخل انسانا فما الحيلة في عدم جواز اخراجه؟ فأجبت بأنه يقر بأنه لا حق له في إخراجه ولا تمسك له بما في شرط الواقف فلا يقدر على إخراجه بعده، هذا ما ظهر لي والله سبحانه وتعالى أعلم. وظاهر قوله في فتح القدير أن مسألة شرط الادخال والاخراج إلى آخره على وزان مسألة الاستبدال أن للواقف الانفراد وليس للآخر الانفراد لما ذكرناه عن الخانية في مسألة ما إذا شرط الاستبدال لنفسه ولفلان معللا بأن الواقف هو الذي شرط لذلك الرجل وما شرط لغيره فهو مشروط لنفسه اه. وقد يقال: لا فائدة حينئذ في اشتراطه معه لان الواقف يصح انفراده فكان كالعدم، وظاهر ما في الخانية أنه مفرع على قول أبي يوسف بجواز عزل المتولي بلا شرط، وأما على قول محمد فالواقف كالاجنبي فينبغي أن لا يملك الواقف الاستبدال وحده، وكذا الادخال والاخراج ولم يظهر لي وجه الثالثة، وأما الثانية أعني اشتراط الولاية للواقف فالمذكور قول أبي يوسف وهو قول هلال وهو ظاهر المذهب. وذكر هلال في وقفه وقال أقوام: إن شرط الواقف الولا لنفسه كانت له، وإن لم يشترط لم تكن له ولاية. قال مشايخنا. والاشبه أن يكون هذا قول محمد لان من أصله أن التسليم للقيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه، ولنا أن المتولي إنما يستفيد فيه الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا تكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه، ولانه أقرب الناس إلى هذا الوقف فيكون أولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه، وكمن أعتق عبدا كان الولاء له لانه أقرب الناس إليه، كذا في الهداية. وفي الخلاصة: إذا شرط الواقف أن يكون هو المتولي فعند أبي يوسف الوقف والشرط كلاهما صحيحان، وعند محمد وهلال الوقف والشرط كلاهما باطلان اه. فقد اختلف النقل عن هلال. وفي الخلاصة: إذا شرط في الوقف الولاية لنفسه وأولاده في عزل القيم واستبداله لهم وما هو من نوع الولاية وأخرجه من يد المتولي جاز، ولو لم يشترط الولاية لنفسه وأخرجه من يده قال محمد: لا ولاية للواقف والولاية للقيم، وكذا لو مات وله وصي لا ولاية لوصيه والولاية للقيم. وقال أبو يوسف: الولاية للواقف وله أن يعزل القيم في حياته، وإذا مات الواقف بطل ولاية القيم، ومشايخ بلخ يفتون بقول أبي يوسف. وقال الصدر الشهيد: والفتوى على قول محمد اه. والحاصل أن أبا يوسف لما لم يشترط التسليم إلى المتولي جاز عنده ابتداء شرط التولية إلى نفسه، وإذا ولى غيره

***

[٣٧٨]

كان وكيلا عنه فله عزله، وإذا مات الواقف بطلت ولايته. ومحمد لما شرطه انعكست الاحكام عنده كما قدمناه والكلام هنا في الناظر يقع في مواضع: الاول في أهله وفيه بيان زله وعزل أرباب الوظائف. الثاني في الناظر بالشرط. الثالث في الناظر من القاضي. الرابع في تصرفاته وفيه بيان ما عليه من العمل وماله من الاجرة. أما الاول فقال في فتح القدير: الصالح للنظر من لم يسأل الولاية للوقف وليس فيه فسق يعرف قال: وصرح بأنه مما يخرج به الناظر ما إذا ظهر به فسق كشربه الخمر ونحوه اه. وفي الاسعاف: لا يولى إلا أمين قادر بنفسه أو بنائبه لان الولاية مقيدة بشرط النظر، وليس من النظر تولية الخائن لانه يخل بالمقصود، وكذا تولية العاجز لان المقصود لا يحصل به ويستوي فيه الذكر والانثى، وكذا الاعمى والبصير، وكذا المحدود في قذف إذا تاب لانه أمين رجل طلب التولية على الوقف. قالوا: لا يعطى له وهو كمن طلب القضاء لا يقلد اه. والظاهر أنها شرائط الاولوية لا شرائط الصحة وأن الناظر إذا فسق استحق العزل ولا ينعزل لان القضاء أشرف من التولية ويحتاط فيه أكثر من التولية، والعدالة فيه شرط الاولوية حتى يصح تقليد الفاسق، وإذا فسق القاضي لا ينعزل على الصحيح المفتى به فكذا الناظر، ويقرأ يخرج في عبارة ابن الهمام بالبناء للمجهول أي يجب إخراجه ولا ينعزل. ويشترط للصحة بلوغه وعقله لما في الاسعاف: ولو أوصى إلى صبي تبطل في القياس مطلقا، وفي الاستحسان هي باطلة ما دام صغيرا، فإذا كبر تكون الولاية له، وحكم من لم يخلق من ولده ونسله في الولاية كحكم الصغير قياسا واستحسانا اه. ولا تشترط الحرية والاسلام للصحة لما في الاسعاف: ولو كان ولده عبدا يجوز قياسا واستحسانا لاهليته في ذاته بدليل أن تصرفه الموقوف لحق المولى ينفذ عليه بعد العتق لزوال المانع بخلاف الصبي والذمي في الحكم كالعبد فلو أخرجهما القاضي

***

[٣٧٩]
ثم أعتق العبد وأسلم الذمي لا تعود الولاية إليهما اه. وأما عزله فقدمنا أن أبا يوسف جوز عزله للواقف بغير جنحة وشرط لانه وكيله، وخالفه محمد. وأما عزل القاضي له فشرطه أن يكون بجنحة. قال في الاسعاف: ولو جعلها للموقوف عليه ولم يكن أهلا أخرجه القاضي وإن كانت الغلة له وولي عليه مأمونا لان مرجع الوقف للمساكين وغير المأمون لا يؤمن عليه من تخريب أو بيع فيمتنع وصوله إليهم، ولو أوصى الواقف إلى جماعة وكان بعضهم غير مأمون بدله القاضي بمأمون، وإن رأى إقامة واحد منهم مقامه فلا بأس به اه. وفي جامع الفصولين من الثالث عشر: القاضي لا يملك نصب وصي وقيم مع بقاء وصي الميت وقيمه إلا عند ظهور الخيانة منهما. ومن الفصل الاول معزيا إلى فوائد شيخ الاسلام برهان الدين: شرط الواقف أن يكون المتولي من أولاده وأولاد أولاده هل للقاضي أن يولي غيره بلا خيانة؟ ولو ولاه هل يصير متوليا؟ قال: لا اه. فقد أفاد حرمة تولية غيره وعدم صحتها لو فعل. وفي القنية: نصب القاضي قيما آخر لا ينعزل الاول إن كان منصوب الواقف اه. والحاصل أن تصرف القاضي في الاوقاف مقيد بالمصلحة لا أنه يتصرف كيف شاء، فلو فعل ما يخالف شرط الواقف فإنه لا يصح إلا لمصلحة ظاهرة ولذا قال في الذخيرة وغيرها: القاضي إذا قرر فراشا في المسجد بغير شرط الواقف وجعل له معلوما فإنه لا يحل للقاضي ذلك ولا يحل للفراش تناول المعلوم اه. فإن قلت: في تقرير الفراش مصلحة قلت: يمكن خدمة المسجد بدون تقريره بأن يستأجر المتولي فراشا له والممنوع تقريره في وظيفة تكون حقا له ولذا صرح قاضيخان بأن للمتولي أن يستأجر خادما للمسجد بأجرة المثل، واستفيد منه عدم صحة تقرير القاضي في بقية الوظائف بغير شرط الواقف كشهادة ومباشرة وطلب بالاولى وحرمة المرتبات
***
[٣٨٠]
بالاوقاف بالاولى. واستفيد من عدم صحة عزل الناظر بغير جنحة عدمها لصاحب وظيفة في وقف، ويدل عليه أيضا ما في البزازية وغيرها: غاب المتعلم عن البلد أياما ثم رجع وطلب وظيفته، فإن خرج مسيرة سفر ليس له طلب ما مضى، وكذا إذا خرج وأقام خمسة عشر يوما، وإن أقل من ذلك لامر لا بد له منه كطلب القوت والرزق فهو عفو، ولا يحل لغيره أن يأخذ حجرته وتبقى حجرته ووظيفته على حالها إذا كانت غيبته مقدار شهر إلى ثلاثة أشهر، فإذا زاد كان لغيره أخذ حجرته ووظيفته. وإن كان في المصر ولا يختلف للتعلم، فإن اشتغل بشئ من الكتابة المحتاج إليها كالعلوم الشرعية تحل له الوظيفة، وإن لعمل آخر لا تحل له، ويجوز أن تؤخذ حجرته ووظيفته اه. لقوله ولا يحل لغيره أن يأخذ حجرته ووظيفته فإذا حرم الاخذ مع الغيبة فكيف مع الحضرة والمباشرة فلا يحل عزل القاضي لصاحب وظيفة بغير جنحة وعدم أهلية ولو فعل لم يصح. واستفيد من البزازية جواز إخراج الوظائف بحكم الشغور لقوله: وإن لعمل آخر لا تحل ويجوز أخذ وظيفته وحجرته وأن الشغور إنما هو بخروجه عن المصر وإقامته زائدا على ثلاثة أشهر أو بتركه المباشرة وهو في المصر بشرط أن يشتغل بعمل آخر. وذكر ابن وهبان في شرح المنظومة أن في قوله ليس له أن يطلب الوظيفة إشارة إلى أنه لا ينعزل عنها، وفي قوله لا يؤخذ بيته إن غاب أقل من ثلاثة أشهر إشارة إلى أنه يؤخذ إذا كان أكثر، وكذا ينبغي أن تؤخذ الوظيفة أيضا لا سيما إذا كان مدرسا إذ المقصود يقوم به بخلاف الطالب فإن الدرس يقوم بغيره. قال ابن الشحنة في شرح المنظومة: وهذا يدل على أنه فهم من الوظيفة ما هو المتعارف في زماننا وليس هو المراد، بل المراد بالوظيفة ما يخصه من ريع وقف المدرسة فإن أصل المسألة في قاضيخان في الوقف على ساكني دار المختلفة، فالمراد سقوط سهمه فيعطى لذلك. أنه قال: ينبغي أن تكون الغيبة المسقطة للمعلوم المقتضية للعزل في غير فرض كالحج وصلة الرحم، وأما فيهما فلا يستحق العزل ولا يأخذ المعلوم، وهذا كله مفهوم من عبارة قاضيخان. لا يقال فيه ينبغي بل هو
***
[٣٨١]
مفهوم عبارة الاصحاب، وهذا كله فيما إذا كان الوقف على ساكني دار المختلفة، أما إذا شرط الواقف في ذلك كله شروطا اتبعت اه. والله أعلم. وبهذا ظهر غلط من يستدل من المدرسين أو الطلبة بما في الفتاوى على استحقاقه المعلوم بلا حضور الدرس لاشتغاله بالعلم في غير تلك المدرسة، فإن الواقف إذا شرط على المدرسين والطلبة حضور الدرس في المدرسة أياما معلومة في كل جمعة فإنه لا يستحق المعلوم إلا من باشر خصوصا إذا قال الواقف إن من غاب عن المدرسة يقطع معلومه فإنه يجب اتباعه، ولا يجوز للناظر الصرف إليه

زمن غيبته. وعلى هذا لو شرط الواقف أن من زادت غيبته على كذا أخرجه الناظر وقرر غيره اتبع شرطه، فلو لم يعزله الناظر وباشر لا يستحق المعلوم. فإن قلت: إذا كان له درس في جامع ولازمه بنية أن يكون عما عليه في مدرسة هل يستحق معلوم المدرسة؟ قلت: لا يستحق إلا إذا باشر في المكان المعين بكتاب الوقف لقوله في شرح المنظومة: أما لو شرط الواقف في ذلك شروطا اتبعت. فإن قلت: قال في القنية: وقف وشرط أن يقرأ عند قبره فالتعيين باطل، وصرحوا في الوصايا بأنه لو أوصى بشئ لمن يقرأ عند قبره فالوصية باطلة، فدل على أن المكان لا يتعين وبه تمسك بعض الحنفية من أهل العصر. قلت: لا يدل لان صاحب الاختيار علله بأن أخذ شئ للقراءة لا يجوز لانه كالاجرة فأفاد أنه مبني على غير المفتى به فإن المفتى به جواز الاخذ على القراءة فيتعين المكان. والذي ظهر لي أنه مبني على قول أبي حنيفة بكراهة القراءة عند القبر فلذا يبطل التعيين، والفتوى على قول محمد من عدم كراهة القراءة عنده كما في الخلاصة فيلزم التعيين، وقد سمعت بعض المدرسين من الحنفية يتمسك على عدم تعيين المكان بقولهم: لو نذر الصلاة في الحرم لا يتعين المكان فكذا إذا عينه الواقف وهذه غفلة عظيمة لان الناذر لو عين فقيرا لا يتعين، والواقف لو عين انسانا للصرف تعين حتى لو صرف الناظر لغيره كان ضامنا فكيف يقاس الوقف على النذر؟ فإن قلت: قد قدمت عن الخلاصة أنه لو وقف مصحفا على المسجد جاز ويقرأ في ذلك المسجد وفي موضع آخر ولا يكون مقصورا على هذا المسجد فهذا يدل على عدم تعيين المكان. قلت: ليس فيه أنه شرط أن يقرأ فيه في ذلك المسجد وإنما أطلق وكلامنا عند الاشتراط. وفي القنية: سبل مصحفا في

***

[٣٨٢]

مسجد بعينه للقراءة ليس له بعد ذلك أن يدفعه إلى آخر من غير أهل تلك المحلة للقراءة اه‍. فهذا يدل على تعيين المحلة وأهلها. فإن قلت: ما يأخذه صاحب الوظيفة أجرة أو صدقة أو صلة؟ قلت قال الطرسوسي في أنفع الوسائل: إن فيه شوب الاجرة والصلة والصدقة فاعتبرنا شائبة الاجرة في اعتبار زمن المباشرة وما يقابله من المعلوم، واعتبرنا شائبة الصلة بالنظر إلى المدرس إذا قبض معلومه ومات أو عزل في أنه لا يسترد منه حصة ما بقي من السنة، وأعملنا شائبة الصدقة في تصحيح أصل الوقف فإن الوقف لا يصح على الاغنياء ابتداء لانه لا بد فيه من ابتداء قربة ولا يكون إلا ملاحظة جانب الصدقة، ثم قال قبله: إن المأخوذ في معنى الاجرة وإلا لما جاز للغني فإذا مات المدرس في أثناء السنة قبل مجئ الغلة وقبل ظهورها من الارض وقد باشر مدة ثم مات أو عزل ينبغي أن ينظر وقت قسمة الغلة إلى مدة مباشرته وإلى مباشرة من جاء بعده ويبسط المعلوم على المدرسين وينظركم يكون منه للمدرس المنفصل والمتصل فيعطي بحسابه مدته، ولا يعتبر في حقه ما قدمناه في اعتبار زمن مجئ الغلة وإدراكها كما اعتبر في حق الاولاد في الوقف عليهم، بل يفترق الحكم بينهم وبين المدرس والفقيه وصاحب وظيفة ما في جهات البر، وهذا هو الاشبه بالفقه والاعدل إلى آخره. وقد كثر وقوع هذه الحادثة بالقاهرة فأفتى بعض الحنفية بما قالوه في حق الاولاد من اعتبار مجئ الغلة حتى إن بعضهم يفرغ عن وظيفته قبل مجئ الغلة بشهر أو جمعة وقد كان باشر غالب السنة فينازعه المنزول له ويتمسك بما ذكرنا وليس بصحيح لما علمته من كلام الطرسوسي من قسمته المعلوم بينهما بقدر المباشرة، ولكن بالقاهرة إنما تعتبر الاقساط فإنهم يؤجرون الاوقاف بأجرة تستحق على

***

[٣٨٣]

ثلاثة أقساط كما نبه عليه في فتح القدير فيقسم القسط بينهما بقدر المباشرة. فإن قلت: قال ابن الشحنة معزيا إلى التعليقة في المسائل الدقيقة لابن الصائغ وهو بخطه قال: وما يأخذه الفقهاء من المدارس ليس بأجرة لعدم شروط الاجارة ولا صدقة لان الغني يأخذها بل إعانة لهم على حبس أنفسهم للاشتغال حتى لو لم يحضروا الدرس بسبب اشتغال وتعليق جاز أخذهم الجامكية ولم يعزها إلى كتاب لكن فيما تقدم قريبا عن قاضيخان ما يشهد له حيث علل بأن الكتابة من جملة التعلم. قلت: هو محمول على الاوقاف على الفقهاء من غير اشتراط حضور درس أياما معينة على ما قدمناه عن ابن الشحنة ولذا قال في القنية: الاوقاف ببخارى على العلماء لا يعرف من الواقف شئ غير ذلك فللقيم أن يفضل البعض ويحرم البعض إذ لم يكن الوقف على قوم يحصون، وكذا الوقف على الذين يختلفون إلى هذه المدرسة أو على متعلمي هذه المدرسة أو على علمائها يجوز للقيم أن يفضل البعض ويحرم البعض إن لم يبين الواقف ما يعطى كل واحد منهم، ثم رقم الاوقاف المطلقة على الفقهاء. قيل: الترجيح بالحاجة وقيل بالفضل اه‍. فإن قلت: كيف فرق الطرسوسي بين

الاولاد وبين أرباب الوظائف وصريح ما في الفتاوى يخالفه؟ قال في البزازية: إمام المسجد رفع الغلة وذهب قبل
***
[٣٨٤]
مضي السنة لا يسترد منه غلة بعض السنة والعبرة لوقت الحصاد، فإن كان يؤم في المسجد وقت الحصاد يستحقه وصار كالجزية وموت الحاكم في خلال السنة، وكذا حكم الطلبة في المدارس اهـ. قلت: إن قوله والعبرة لوقت الحصاد إنما هو فيما إذا قبض معلوم السنة بتمامها وذهب قبل مضيها لا لاستحقاقه من غير قبض مع أنه في القنية نقل عن بعض الكتب أنه ينبغي أن يسترد من الامام حصة ما لم يؤم فيه اهـ. فإن قلت: هل تجوز النيابة في الوظائف مطلقا أو يعذر أم لا مطلقا؟ قلت: لم أر فيها نقلا عن أصحابنا إلا ما ذكره الطرسوسي في أنفع الوسائل فهما من كلام الخصاف فإنه قال: قلت أرأيت إن حلت بهذا القيم آفة من الآفات مثل الخرس والعمى وذهاب العقل والفالج وأشباه ذلك هل يكون له الاجر قائما أم لا؟ قال: إذا حل به من ذلك شئ يمكنه معه الكلام والامر والنهي فالاجر له قائم، وإن كان لا يمكنه معه الكلام والامر والنهي والاخذ والاعطاء لم يكن له من هذا الاجر شئ اهـ. قال الطرسوسي: فاستنبطنا منه جواب مسألة واقعة وهي أن المدرس أو الفقية أو المعيد أو الامام أو من كان مباشرا شيئا من وظائف المدارس إذا مرض أو حج وحصل له ما يسمونه الناس عذرا شرعيا على اصطلاحهم المتعارف بين الفقهاء أنه لا يحرم مرسومه المعين بل يصرف إليه ولا تكتب عليه غيبة. ومقتضى ما ذكره الخصاف أنه لا يستحق شيئا من المعلوم مدة ذلك العذر فالمدرس إذا مرض أو الفقيه أو أحد من أرباب الوظائف فإنه على ما قال
***
[٣٨٥]
الخصاف إن أمكنه أن يباشر ذلك استحق، وإن كان لا يمكنه أن يباشر ذلك لا يستحق شيئا من المعلوم، وما جعل هذه العوارض عذرا في عدم منعه عن معلومه المقرر له بل أدار الحكم في المعلوم على نفس المباشرة، فإن وجدت استحق المعلوم، وإن لم توجد لا يكون له معلوم وهذا هو الفقه. واستخرجنا أيضا من هذا البحث والتقرير جواب مسألة أخرى وهي أن الاستنابة لا تجوز، سواء كان لعذر أو لغير عذر، فإن الخصاف لم يجعل له أن يستنيب مع قيام الاعذار التي ذكرها، ولو كانت الاستنابة تجوز كان قال ويجعل له من يقوم مقامه إلى أن يزول عذره، وهذا أيضا ظاهر الدليل وهو فقه حسن اهـ. وقدمنا عن ابن وهبان أنه إذا سافر للحج أو صلة الرحم لا ينعزل ولا يستحق المعلوم مع أنهما فرضان عليه وإلا ما ذكره في القنية استخلف الامام خليفة في المسجد ليؤم فيه زمان غيبته لا يستحق الخليفة من أوقاف الامامة شيئا إن كان الامام أم أكثر السنة اهـ. وحاصله أن النائب لا يستحق من الوقف شيئا لان الاستحقاق بالتقرير ولم يوجد، ويستحق الاصيل الكل إن عمل أكثر السنة، وسكت عما
***
[٣٨٦]
يعينه الاصيل للنائب كل شهر في مقابلة عمله هل يستحقه النائب عليه أو لا، والظاهر أنه يستحقه لانها إجارة وقد وفى العمل بناء على قول المتأخرين المفتى به من جواز الاستئجار على الامامة والتدريس وتعليم القرآن. وعلى هذا إذا لم يعمل الاصيل وعمل النائب كان الوظيفة شاغرة ولا يجوز للناظر الصرف إلى واحد منهما ويجوز للقاضي عزله، وعمل الناس بالقاهرة على جواز الاستنابات في الوظائف وعدم اعتبارها شاغرة مع وجود النيابة. ثم رأيت في الخلاصة من كتاب القضاء أن الامام يجوز استخلافه بلا إذن بخلاف القاضي، وعلى هذا لا تكون وظيفته شاغرة وتصح النيابة. ومما يرد على الطرسوسي أن الخصاف صرح بأن للقيم أن يوكل وكيلا يقوم مقامه وله أن يجعل له من معلومه شيئا، وكذا في الاسعاف وهذا كالتصريح بجواز الاستنابة لان النائب وكيل بالاجرة كما لا يخفى، فالذي تحرر جواز الاستنابة في الوظائف. فإن قلت: هل للناظر قطع معلوم صاحب الوظيفة بقول كاتب الغيبة وحده مع دعوى المستحق حضوره؟ قلت: لم أر فيها نقلا لاصحابنا وإنما ذكره الامام السبكي في فتاواه أنه لا يجوز القطع بقول كاتب الغيبة وحده، وصرح بأنه لا يحل لكاتب الغيبة أن يكتب عليه حتى يعلم أن غيبته كانت لغير عذر لكن هذا مبني على مذهبه من أن الغيبة لعذر لا توجب الحرمان، وأما على ما قدمناه من عدم الاستحقاق فلا، وسيأتي شئ من أحكام الوظائف في بيان تصرفات الناظر إن شاء الله تعالى. الموضع الثاني في الناظر بالشرط قدمنا أن الولاية للواقف ثابتة مدة حياته وإن لم يشترطها وأن له عزل المتولي، وأن من ولاه لا يكون له النظر

بعد موته إلا بالشرط على قول أبي يوسف. ولو نصب الواقف عند موته وصيا ولم يذكر من أمور الوقف شيئا تكون ولاية الوقف إلى الوصي ولو جعله وصيا في أمر الوقف فقط كان
***
[٣٨٧]
وصيا في الاشياء كلها عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وهلال، وليس لاحد الناظرين التصرف بغير رأي الآخر، وعلى قياس قول أبي يوسف يجوز. ولو أوصى أحدهما الآخر عند موته كان للباقي الانفراد، ولو شرط أن لا يوصي به المتولي عند موته امتنع الايصاء. ولو جعلها الرجلين فقبل أحدهما ورد الآخر ضم القاضي إلى من قبل رجلا أو فوض للقابل بمفرده، ولو جعلها لفلان إلى أن يدرك ولدي فإذا أدرك كان شريكا له لا يجوز ما جعله لابنه في رواية الحسن. وقال أبو يوسف: يجوز. ولو أوصى إلى رجل بأن يشتري بمال سماه أرضا ويجعلها وقفا سماها له وأشهد على وصيته جاز ويكون متوليا وله الايصاء به لغيره، ولو نصب متوليا على وقفه ثم وقف وقفا آخر ولم يجعل له متوليا لا يكون متولي الاول متوليا على الثاني إلا بأن يقول أنت وصيي. ولو وقف أرضين وجعل لكل متوليا لا يشارك أحدهما الآخر، ولو جعل ولاية وقفه لرجل ثم جعل رجلا آخر وصيه يكون شريكا للمتولي في أمر الوقف إلا أن يقول وقفت أرضي على كذا وكذا وجعلت ولايتها لفلان وجعلت فلانا وصيا في تركاتي وجميع أموري، فحينئذ ينفرد كل منهما بما فوض إليه، كذا في الاسعاف. ومنه يعلم جواب حادثة وجد مكتوبان شهد أحدهما بأن المتولي فلان وشهد الآخر بأن المتولي رجل غيره والثاني متأخر التاريخ، فأجبت بأنهما يشتركان ولا يقال إن الثاني ناسخ كما تقدم عن الخصاف في الشرائط لانا نقول: إن التولية من الواقف خارجة عن حكم سائر الشرائط لان له فيها التغيير واتبديل كلما بدا له من غير شرط في عقدة الوقف على قول أبي يوسف، وأما باقي الشرائط فلا بد من ذكرها في أصل الوقف. ثم قال في الاسعاف: ولو جعل الولاية لافضل أولاده وكانوا في الفضل سواء تكون لاكبرهم سنا ذكرا كان أو أنثى ولو قال الافضل فالافضل من أولادي فأبي أفضلهم القبول أو مات يكون لمن يليه فيه وهكذا على الترتيب، كذا ذكر الخصاف. وقال هلال: القياس أن يدخل القاضي بدله رجلا ما كان حيا فإذا مات صارت الولاية إلى الذي يليه في الفضل، ولو كان الافضل غير موضع أقام القاضي رجلا يقوم بأمر الوقف ما دام الافضل حيا، فإذا مات ينتقل إلى من يليه فيه، فإذا صار أهلا بعد ذلك ترد الولاية إليه، وهكذا الحكم لو لم يكن فيهم أحد أهلا لها فإن القاضي يقيم
***
[٣٨٨]
أجنبيا إلى أن يصير منهم أحد أهلا فترد إليه. ولو صار المفضول من أولاده أفضل ممن كان أفضلهم تنتقل الولاية إليه بشرطه إياها لافضلهم فينظر في كل وقت إلى أفضلهم كالوقف على الافقر فالافقر من ولده فإنه يعطي الافقر منهم، وإذا صار غيره أفقر منه يعطى الثاني ويحرم الاول، ولو جعلها لاثنين من أولاده وكان فيهم ذكر وأنثى صالحين للولاية تشاركه فيها لصدق الولد عليها أيضا بخلاف ما لو قال الرجلين من أولادي فإنه لا حق لها حينئذ. ولو جعلها لرجل ثم عند وفاته قال قد أوصيت إلى فلان ورجعت عن كل وصية لي بطلت ولاية المتولي وصارت للوصي، ولو قال رجعت عما أوصيت به ولم يوص إلى أحد ينبغي للقاضي أن يولي غيره من يوثق به لبطلان الوصية برجوعه اه‍. ما في الاسعاف. وفي الظهيرية: إذا شرطها لافضلهم واستوى اثنان في الديانة والسداد والفضل والرشاد فالاعلم بأمر الوقف أولى، ولو كان أحدهما أكثر ورعا وصلاحا والآخر أوفر علما بأمور الوقف فالاوفر علما أولى بعد أن يكون بحال تؤمن خيانته وغائلته، ولو جعل الولاية إلى عبد الله حتى يقدم زيد فهو كما قال، فإذا قدم زيد فكلاهما واليان عند أبي حنيفة. المتولي إذا أراد أن يفوض إلى غيره عند الموت إن كان الولاية بالايصاء يجوز، وإذا أراد أن يقيم غيره مقام نفسه في حياته وصحته لا يجوز إلا إذا كان التفويض إليه على سبيل التعميم اه‍. فإن قلت: لو شرطه للرشيد الصالح من ولده فمن يستحقه؟ قلت: فسر الخصاف الصالح بمن كان مستورا ليس بمهتوك ولا صاحب ريبة، وكان مستقيم الطريق سليم الناحية كامن الاذى قليل السوء، ليس بمعاقر للنبيذ ولا ينادم عليه الرجال، وليس بقذاف المحصنات ولا معروفا بالكذب، فهذا عندنا من أهل الصلاح، وكذا إذا قال من أهل العفاف أو الفضل أو الخير فالكل سواء اه‍. والظاهر أن الرشد صلاح المال وهو حسن التصرف. الموضع الثالث في الناظر المولى من القاضي ينصبه القاضي في مواضع: الاول إذا مات

***
[٣٨٩]
الواقف ولم يجعل ولايته إلى أحد ولا يجعله من الاجانب ما دام يجد من أهل بيت الواقف من يصلح لذلك إما لانه أشفق أو لان من قصد الواقف نسبة الوقف إليه وذلك فيما ذكرنا، فإن لم يجد فمن يصلح من الاجانب، فإن أقام أجنبيا ثم صار من ولده من يصلح صرفه إليه، كذا في الاسعاف: الثاني إذا مات المتولي المشروط له بعد الواقف فإن القاضي ينصب غيره، وشرط في المجتبى أن لا يكون المتولي أوصى به إلى رجل عند موته، فإن كان أوصى لا ينصب القاضي. وقيدنا بموته بعد الواقف لانه لو مات قبل الواقف قال في المجتبى: ولاية النصب إلى الواقف. وفي السير الكبير قال محمد: النصب إلى القاضي اه. وفي الفتاوى الصغرى: إذا مات المتولي والواقف حي فالرأي في نصب قيم آخر إلى الواقف لا إلى القاضي، فإن كان الواقف ميتا فوصيه أولى من القاضي، فإن لم يكن أوصى إلى أحد فالرأي في ذلك إلى القاضي اه. فأفاد أن ولاية القاضي متأخرة عن المشروط له ووصيه فيستفاد منه عدم صحة تقرير القاضي في الوظائف في الاوقاف إذا كان الواقف شرط التقرير للمتولي وهو خلاف الواقع في القاهرة في زماننا. وقبله بيسير وفي فتح القدير وغيره: وأما نصب المؤذن والامام فقال أبو نصر: لاهل المحلة وليس الباني للمسجد أحق منهم بذلك. وقال أبو بكر الاسكاف: الباني أحق بنصبهما من غيره كالعمارة. قال أبو الليث: وبه نأخذ إلا أن يريد إماما ومؤذنا والقوم يريدون الاصلح فلهم أن يفعلوا ذلك اه. وفي التتارخانية: الوقف إذا كان على أرباب معلومين يحصى عددهم إذا نصبوا متوليا بدون استطلاع رأي القاضي يصح إذا كانوا من أهل الصلاح. والمتقدمون قالوا: الاولى أن يرفعوا إلى القاضي. ومشايخنا المتأخرون قالوا: الاولى أن لا يرفعوا إلى القاضي. ثم قال فيها أيضا: سئل شيخ الاسلام عن أهل مسجد اتفقوا على نصب رجل متوليا لمصالح المسجد فتولى ذلك باتفاقهم هل يصير متوليا
***
[٣٩٠]
ويطلق له التصرف في مال المسجد كما لو قلده القاضي؟ قال: نعم. قال: ومشايخنا المتقدمون يجيبون عن هذه المسألة ويقولون نعم والافضل أن يكون ذلك بإذن القاضي. ثم اتفق المشايخ المتأخرون وأستاذونا أن الافضل أن ينصبوا متوليا ولا يعلموا القاضي في زماننا لما عرف من طمع القضاة في أموال الاوقاف اه. وههنا تنبيه لا بد منه وهو ما المراد بالقاضي الذي يملك نصب الوصي والمتولي ويكون له النظر على الاوقاف؟ قلت: وهو قاضي القضاة لا كل قاض لما في جامع الفصولين من الفصل السابع والعشرين: لو كان الوصي أو المتولي من جهة الحاكم فالاوثق أن يكتب في الصكوك والسجلات وهو الوصي من جهة حاكم له ولاية نصب الوصي والتولية لانه لو اقتصر على قوله وهو الوصي من جهة الحاكم ربما يكون من حاكم ليس له ولاية نصب الوصي فإن القاضي لا يملك نصب الوصي والمتولي إلا إذا كان ذكر التصرف في الاوقاف والايتام منصوصا عليه في منشوره فصار كحكم نائب القاضي فإنه لا بد فيه أن يذكروا أن فلانا القاضي مأذون بالانابة تحرزا عن هذا الوهم اه. ولا شك أن قول السلطان جعلتك قاضي القضاة كالتنصيص على هذه الاشياء في المنشور كما صرح به في مسألة استخلاف القاضي، وعلى هذا فقولهم في الاستدانة بأمر القاضي المراد به قاضي القضاة، وفي كل موضع ذكروا القاضي في أمور الاوقاف بخلاف قولهم وإذا رفع
***
[٣٩١]
إليه حكم قاض أمضاه فإنه أعم كما لا يخفى. الثالث إذا ظهرت خيانته فإن القاضي يعزله وينصب أمينا. قال في آخر أوقاف الخصاف: ما تقول إن طعن عليه في الامانة فرأى الحاكم أن يدخل معه آخر أو يخرجه من يده ويصيره إلى غيره؟ قال: أما إخراجه فليس ينبغي أن يكون إلا بخيانة ظاهرة مبينة فإذا جاء من ذلك ما يصح واستحق إخراج الوقف من يده قطع عنه ما كان أجرى له الواقف، وأما إذا أدخل معه رجلا في القيام بذلك فالاجر له قائم، فإن رأى الحاكم أن يجعل للرجل الذي أدخل معه شيئا من هذا المال فلا بأس بذلك، وإن كان المال الذي سمى له قليلا ضيقا فرأى الحاكم أن يجعل للرجل الذي أدخله معه رزقا من غلة الوقف فلا بأس بذلك، وينبغي للحاكم أن يقتصد فيما يجريه من ذلك. ثم قال: ما تقول إن كان الحاكم أخرجه من القيام بأمر هذا الوقف وقطع عنه ما كان أجراه له الواقف، ثم جاء حاكم آخر فتقدم إليه هذا الرجل وقال إن الحاكم الذي كان قبلك إنما أخرجني من القيام بأمر هذا الوقف

بتحامل من قوم سعوا به إليه ولم يصح على شئ استحق به إخراجي من القيام بأمر هذا الوقف. قال: أمور الحاكم عندنا إنما تجري على الصحة والاستقامة ولا ينبغي للحاكم أن يقبل قول هذا الرجل فيما ادعاه على الحاكم المتقدم، ولكن يقول صحح أنك موضع للقيام بأمر هذا الوقف أردك إلى القيام بذلك، فإن صح عند هذا الحاكم أنه موضع لذلك رده وأجرى ذلك المال له، وكذلك لو أن الحاكم الذي كان أخرجه صح عنده أنه بعد ذلك أناب ورجع عما كان عليه وصا موضعا للقيام به وجب أن يرده إلى ذلك ويرد عليه المال الذي كان الواقف جعله له اهـ. وقد علمت فيما سبق أنه لو عزله بغير جنحة لا ينعزل. فإن قلت: كيف يعيد الطالب للتولية بعد عزله إذا أناب ورجع مع قولهم طالب التولية لا يولى؟ قلت: محمول على طلبها ابتداء، وأما طلب العود بعد العزل فلا جمعا بين كلامهم ومن الخيانة امتناعه من العمارة. قال في الخصاف: إذا امتنع من العمارة وله غلة أجبر عليها، فإن فعل فيها وإلا أخرجه من يده. ومن الخيانة المجوزة لعزله أن يبيع الوقف أو بعضه لكن ظاهر

***

[٣٩٢]

ما في الذخيرة أنه لا بد من هدم المشتري البناء فإنه قال: وإذا خربت أرض الوقف وأراد القيم أن يبيع بعضها منها ليرم الباقي ليس له ذلك، فإن باعه فهو باطل، فإن هدم المشتري البناء أو صرم النخل فينبغي للقاضي أن يخرج القيم عن هذا الوقف لانه صار خائنا، ولا ينبغي للقاضي أن يأمن الخائن بل سبيله أن يعزله اهـ. ثم قال بعده: قرية وقف على أرباب مسمين في يد المتولي باع المولى ورق أشجار التوت جاز لانه بمنزلة الغلة، فلو أراد المشتري قطع قوائم الشجر يمنع لانها ليست بمبيعة، ولو امتنع المتولي من منع المشتري عن قطع القوائم كان ذلك خيانة منه، فاستفيد منه أنه إذا لم يمنع من يتلف شيأ للوقف كان خائنا ويعزل، وفي القنية: قيم يخلط غلة الدهن بغلة البواري فهو سارق خائن اهـ. فاستفيد منه أنه إذا تصرف بما لا يجوز كان خائنا يستحق العزل وليقس ما لم يقل. فإن قلت: إذا ثبتت خيانته هل للقاضي أن يضم إليه ثقة من غير أن يعزله؟ قلت: نعم لان المقصود حصل بضم الثقة إليه. قال في القنية: متولي الوقف باع شيئا منه أو أرضه فهو خيانة فيعزل أو يضم إليه ثقة اهـ. ومن أحكام المتولي من القاضي ما في القنية: للمتولي أن يوكل فيما فوض إليه إن عمم القاضي التفويض إليه وإلا فلا، ولو مات القاضي أو عزل يبقى ما نصبه على حاله اهـ. فإن قلت: ما حكم تولية القاضي الناظر حسبة مع وجود الناظر المشروط له؟ قلت: صحيحة إذا شك الناظر أو ارتاب القاضي في أمانته لقول الخصاف كما نقلناه عنه، وأما إذا أدخل معه رجلا الخ لا يأخذ من معلوم المتولي ولا من الوقف شيئا لانه إنما ولاه القاضي حسبة أي بغير معلوم. الرابع إذا عزل نفسه عند القاضي فإنه ينصب غيره. وهل ينعزل بعزل نفيه في غيبة القاضي؟ الجواب لا ينعزل حتى يبلغ القاضي كما صرحوا به في الوصي والقاضي، وظاهر كلامهم في كتاب القضاء أنه ينعزل إذا علم القاضي سواء عزله القاضي أو لم يعزله. وفي القنية: لو قال المتولي من جهة الواقف عزلت نفسي لا ينعزل إلا أن يقول له أو للقاضي فيخرجه اهـ. ومن عزل نفسه الفراغ عن وظيفة النظر لرجل عند القاضي. وهل يجب على

***

[٣٩٣]

القاضي أن يقرر المنزول له وهكذا في سائر الوظائف، فإن لم يكن المنزول له أهلا لا شك أنه لا يقرره، وإن كان أهلا فكذلك لا يجب عليه. وأفتى العلامة قاسم بأن من فرغ لانسان عن

***

[٣٩٤]

وظيفته سقط حقه منها سواء قرر الناظر المنزول له أو لا اهـ. فالقاضي بالاولى، وقد جرى التعارف بمصر الفراغ بالدراهم ولا يخفى ما فيه، وينبغي الابراء العام بعده. وفي البزازية: المتولي من جهة الحاكم امتنع من العمل ولم يرفع الامر بعزل نفسه إلى الحاكم لا يخرج عن التولية اهـ. فإن قلت: هل للقاضي عزل من ولاه بغير جنحة؟ قلت: نعم. قال في القنية: نصب القاضي قيما آخر لا ينعزل الاول إن كان منصوب الواقف، وإن كان منصوبه ويعلمه وقت نصب الثاني ينعزل بخلاف ما إذا نصب السلطان قاضيا في بلدة لا ينعزل الاول على أحد القولين لانه قد تكثر القضاة في بلدة دون القوام في الوقف في مسجد واحد اهـ. وسيأتي عن الخانية أنه مقيد بما إذا

رأى المصلحة. الموضع الرابع في تصرفات الناظر وفيه بيان ما عليه وله من المعلوم أول ما يفعله القيم في غلة الوقف البداءة بالعمارة وأجرة القوام وإن لم يشترطها الواقف، ويتحرى في تصرفاته النظر للوقف والغبطة حتى لو آجر الوقف من نفسه أو سكنه بأجرة المثل لا يجوز، وكذا إذا آجره من ابنه أو أبيه أو عبده أو مكاتبه للتهمة ولا نظر معها، كذا في الاسعاف. وفي جامع الفصولين: المتولي لو آجر دار الوقف من ابنه البالغ أو أؤبيه لم يجز عند أبي حنيفة إلا بأكثر من أجر المثل كبيع الوصي لو بقيمته صح
***
[٣٩٥]
عندهما، ولو خيرا لليتيم صح عند أبي حنيفة، وكذا متول أجر من نفسه لو خيرا صح وإلا لا، ومعنى الخيرية مر في بيع الوصي من نفسه وبه يفتي اه. فعلم أن ما في الاسعاف ضعيف ولا تجوز إجارته لاجنبي إلا بأجرة المثل لان ما نقص يكون أضرارا بالفقراء، كذا في المحيط. وفي القنية في الدور والحوانيت المسبلة في يد المستأجر يمسكها بغبن فاحش نصف المثل أو نحوه لا يعذر أهل المحلة في السكوت عنه إذا أمكنهم دفعه ويجب على الحاكم أن يأمره بالاستئجار بأجرة المثل، ويجب عليه أجر المثل بالغا ما بلغ وعليه الفتوى، وما لم يفسخ كان على المستأجر الاجر المسمى اه. وشرط الزيادة أن تكون عند الكل، أما لو زادها واحد أو اثنان تعنتا فإنها غير مقبولة كما صرح به الاسبيجابي. وحاصل كلامهم في الزيادة أن الساكن لو كان غير مستأجر أو مستأجرا إجارة فاسدة فإنه لا حق له وتقبل الزيادة ويخرج ويسلم المتولي العين إلى المستأجر، وإن كان مستأجرا صحيحة، فإن كانت تعنتا فهي غير مقبولة أصلا، وإن كانت لزيادة أجر المثل عند الكل عرض المتولي الزيادة على المستأجر، فإن قبلها فهو الاحق وإلا آجرها من الثاني، فإن كانت أرضا فهي كغيرها لكن إن كانت الارض خالية عن الزراعة أجرها للثاني وإلا وجبت الزيادة عل المستأجر الاول من وقتها ووجب تسليم السنين الماضية والمسمى بحسابه قبلها لان الزرع مانع من صحة الاجارة حيث كان مزروعا بحق وهذا كذلك. وإن لم يكن مزروعا بحق كالغاصب والمستأجر إجارة فاسدة فإنه لا يمنع صحة الاجارة كما في الظهيرية والسراجية لكونه لا يمنع التسليم، فإن كان المتولي ساكتا مع قدرته على الرفع لا غرامة عليه وقد وقعت حوادث الفتوى منها: استأجر أرض الوقف بأجر المثل ثم آجرها لآخر بأقل بنقصان فاحش فأجبت بالصحة لان المنافع المملوكة للمستأجر ليست كالوقف وإنما هي كالملك ولذا ملك الاعارة. ومنها لو زاد أجر المثل بعد ما أجر المستأجر هل يعرض الامر على الاول أم الثاني؟ فأجبت على الاول لانه المستأجر من
***
[٣٩٦]
المتولي. ومنها لو لم يقبل ونقضت وأجرها المتولي ممن زاد هل تنتقض الثانية؟ فأجبت تنتقض لكونها مبنية على الاولى فإذا انتقض الاصل انتقض ما ابتنى عليه كما في الفتاوى الصغرى من الاجارة الطويلة، وعلى هذا لو فسخت الاولى بخيار رؤية أو عيب بقضاء بطلت الثانية. ومنها لو أجر المتولي جميع جهات الوقف الخراجي والهلالي بأجرة المثل فزاد أجر مثل بعضها وزاد فيها غيره هل تؤجر من الآخر بعد العرض على الاول أو لا؟ فأجبت ينبغي أن لا تقبل الزيادة لانه حيث استأجر الجميع إجارة واحدة إنما ينظر إلى زيادة أجرة الجميع لا كل واحدة. ومنها أنه كيف يعلم القاضي أن الزيادة بسبب زيادة أجر المثل؟ وهل يحتاج إلى إثبات ذلك؟ قلت: نعم لما في الخانية من كتاب الوصايا: وصي باع شيئا من مال اليتيم ثم طلب منه بأكثر مما باع فإن القاضي يرجع إلى أهل البصر، إن أخبره اثنان من أهل البصر والامانة أنه باع بقيمته وإن قيمته ذلك فإن القاضي لا يلتفت إلى مكن يريد، وإن كان في المزايدة يشتري بأكثر وفي السوق بأقل لا ينتقض بيع الوصي لاجل تلك الزيادة بل يرجع إلى أهل البصر والامانة، وإن اجتمع رجلان منهم على شئ يؤخذ بقولهما معا، وهذا قول محمد، أما على قولهما قول الواحد يكفي كما في التزكية ونحوها. وعلى هذا قيم الوقف إذا أجر مستغل الوقف وجاء آخر يزيد في الاجرة اه. وصرح قاضيخان من كتاب الاجارة بأنه إذا أجر بأقل من أجرة المثل، فإن كان بنقصان يتغابن الناس فيه فهي صحيحة وليس للمتولي فسخها، وإن كان بنقصان لا يتغابن الناس فيه فهي فاسدة وله أن يؤاجرها إجارة صحيحة إما من الاول أو من غيره بأجر المثل وبالزيادة على قدر ما يرضى به المستأجر، فإن سكن المستأجر الاول وجب أجر المثل بالغا ما بلغ وعليه الفتوى، وإن كانت الاجارة الاولى بأجرة المثل ثم ازداد أجر مثله كان للمتولي أن يفسخ الاجارة، وما لم يفسخ كان على المستأجر

الاجر المسمى اهـ. وفي الحاوي: ويفتي بالضمان في غصب عقار الوقف وغصب منافعه، وكذا كل ما هو أنفع
***
[٣٩٧]
للوقف فيما اختلف العلماء فيه حتى نقضت الاجارة عند الزيادة الفاحشة نظرا للوقف وصيانة لحق الله تعالى وإبقاء للخيرات اهـ. وتقييده بالفاحشة يدل على عدم نقضها باليسير، ولعل المراد بالفاحشة ما لا يتغابن الناس فيها كما في طرف النقصان فإنه جائز عن أجر المثل إذا كان يسيرا والواحد في العشرة يتغابن الناس فيه كما ذكروه في كتاب الوكالة، وهذا قيد حسن يجب حفظه، فإذا كانت أجرة ار عشرة مثلا وزاد أجر مثلها واحدا فإنها لا تنقض كما لو أجرها المتولي بتسعة فإنها لا تنقض بخلاف الدرهمين في الطرفين، ويجوز النقصان عن أجر المثل نقصا فاحشا للضرورة. قال في المحيط وغيره: حانوت وقف وعمارته ملك لرجل أبى صاحب العمارة أن يستأجر بأجر مثله ينظر، إن كانت العمارة لو رفعت يستأجر بأكثر مما
***
[٣٩٨]
يستأجر صاحب العمارة كلف رفع العمارة ويؤجر من غيره لان النقصان عن أجر المثل لا يجوز من غير ضرورة، وإن كان لا يستأجر بأكثر مما يستأجره لا يكلف ويترك في يده بذلك الاجر لان فيه ضرورة اهـ. فإن قلت: إذا استأجر أرض الوقف سنين على عقود كثيرة للبناء وحكم بصحتها ثم بنى فزاد إنسان عليه هل تنتقض الاجارة؟ قلت قال في المحيط وغيره: ولو استأجر أرضا موقوفة وبنى فيها حانوتا وسكنها فأراد غيره أن يزيد في الغلة ويخرجه من الحانوت ينظر، إن كانت أجرته مشاهرة إذا جاء رأس الشهر كان للقيم فسخ الاجارة لان الاجارة إذا كانت مشاهرة تنعقد في رأس كل شهر، ثم ينظر إن كان رفع البناء لا يضر بالوقف فله رفعه لانه ملكه، وإن كان يضر به فليس له رفعه لانه وإن كان ملكه فليس له أن يضر بالوقف. ثم إن رضي المستأجر أن يتملكه القيم للوقف بالقيمة مبنيا أو منزوعا إيهما ما كان أخف يتملكه القيم، وإن لم يرض لا يتملك لان التملك بغير رضاه لا يجوز فيبقى إلى أن
***
[٣٩٩]
يخلص ملكة اهـ. ولم يذكر ما إذا كان استأجره مسانهة أو مدة طويلة، والظاهر أنه لا تقبل الزيادة عليه دفعا للضرر عند، ولا ضرر على الوقف لان الزيادة إنما كانت بسبب البناء لا لزيادة في نفس الارض. وإذا علم حرمة إيجار الوقف بأقل من أجر المثل علم حرمة إعارته بالاولى، ويجب أجر المثل كما قدمناه، وينبغي أن يكون خيانة من الناظر وكذا إجارته بالاقل
***
[٤٠٠]
عالما بذلك. وذكر الخصاف أن الواقف أيضا إذا أجر بالاقل مما لا يتغابن الناس في مثله فإنها غير جائزة ويبطلها القاضي، فإن كان الواقف مأمونا وفعل ذلك على طريق السهو والغفلة أقره القاضي في يده وأمره بإجارتها بالاصلح، وإن كان غير مأمون أخرجها من يده وجعلها في يد من يثق بدينه. وكذا إذا أجرها الواقف سنين كثيرة ممن يخاف أن تتلف في يده قال: يبطل القاضي الاجارة ويخرجها من يد المستأجر اهـ. فإذا كان هذا في الواقف فالمتولي أولى. وفي الاسعاف: لو شرط الواقف أن لا يؤجر المتولي الوقف ولا شيئا منه أو أن لا يدفعه مزارعة أو على أن لا يعمل على ما فيه من الاشجار أو شرط أن لا يؤجر إلا ثلاث سنين ثم لا يعقد عليه إلا بعد انقضاء العقد الاول كان شرطه معتبرا ولا تجوز مخالفته اهـ. وسيأتي في بيان الشروط ما لا يعتبر منها إن شاء الله تعالى، وسيأتي في كتاب الاجارات بيان مدتها في الاوقاف وحكم الاجارة الطويلة إن شاء الله تعالى. وذكر الخصاف أنه لو تبين أن المستأجر يخاف منه على رقبة الوقف يفسخ القاضي الاجارة ويخرجه من يده ولو كان المستأجر أمين القاضي. ثم اعلم أن المتولي إذا آجر بأقل من أجرة المثل بنقصان فاحش حتى فسدت لا ضمان عليه وإنما يلزم المستأجر أجرة المثل، وقد توهم بعض من لا خبرة له ولا دربة أنه يكون ضامنا ما نقص وهو غلط، صرح به العلامة قاسم في فتاواه مستندا إلى النقول الصريحة. وفي جامع الفصولين: ولو استباع مال اليتيم بألف وآخر بألف ومائة والاول أملا يبيعه الوصي من الاول، وكذا الاجارة تؤجر بثمانية للاملاء لا بعشرة لغيره وكذا متولي الوقف اهـ. فإن قلت: هل للقاضي ولاية الايجار مع وجود المتولي؟ قلت: نعم على ما قدمناه
***

[٤٠١]
عند قوله أجرها الحاكم، وسيأتي في كتاب الاجارات أن التمكن في الفاسدة لا يكفي وهو بعمومه يتناول الوقف. وقد صرح الخصاف بأن المتولي إذا أجره إجارة فاسدة وتمكن المستأجر ولم ينتفع حقيقة فإنه لا أجر عليه. وفي الظهيرية: وتجوز إجارة القيم الوقف بعرض عند أبي حنيفة خلافا لهما، والاب والوصي إذا أجر دارا لليتيم بعرض جاز بلا خلاف. وفي القنية: ولا يجوز للقيم شراء شئ من مال المسجد لنفسه ولا البيع له وإن كان فيه منفعة ظاهرة للمسجد اه. فإن قلت: إذا أمر لقاضي بشئ ففعله ثم تبين أنه ليس بشرعي أو فيه ضرر على الوقف هل يكون القيم ضامنا؟ قلت: قال في القنية: طالب القيم أهل المحلة أن يقرض من مال المسجد للامام فأبى فأمره القاضي به فأقرضه ثم مات الامام مفلسا لا يضمن القيم اه. مع أن القيم ليس له إقراض مال المسجد. قال في جامع الفصولين: ليس للمتولي إيداع مال الوقف والمسجد إلا ممن في عياله ولا إقراضه، فلو أقرضه ضمن وكذا المستقرض، وذكر أن القيم لو أقرض مال المسجد ليأخذه عند الحاجة وهو أحرز من إمساكه فلا بأس به. وفي العدة: يسع المتولي إقراض ما فضل من غلة الوقف لو أحرز اه. فإن قلت: إذا قصر المتولي في شئ من مصالح الوقف هل يضمن؟ قلت: إن كان في عين ضمنها وإن كان فيما في الذمة لا يضمن. قال في القنية: انهدم المسجد فلم يحفظه القيم حتى ضاعت خشبة يضمن اشترى القيم من الدهان دهنا ودع الثمن ثم أفلس الدهان بعد لم يضمن اه. وفي البزازية: امتنع المتولي عن تقاضي ما على المتقبلين لا يأثم، فإن هرب بعض المتقبلين بعدما اجتمع عليه مال كثير بحق القبالة لا يضمن المتولي اه. وفي القنية: أجر القيم ثم عزل ونصب قيم آخر
***
[٤٠٢]
فقيل أخذ الاجر للمعزول، والاصح أنه للمنصوب لان المعزول أجرها للوقف لا لنفسه، ولو باع القيم دارا اشتراها بمال الوقف فله أن يقيل البيع مع المشتري إذا لم يكن البيع بأكثر من ثمن المثل، وكذا إذا عزل ونصب غيره فللمنصوب إقالته بلا خلاف. ولو أذن القاضي للقيم في خلط مال الوقف بماله تخفيفا عليه جاز ولا يضمن، وكذا القاضي إذا خلط مال الصغير بماله. وعن أبي يوسف: الوصي إذا خلط مال الصغير بماله لا يضمن وللقيم فسخ الاجارة مع المستأجر قبل قبض الاجر وينفذ فسخه على الوقف وبعد القبض لا. ولو أبرأ القيم المستأجر عن الاجرة بعد تمام المدة تصح البراءة عند أبي حنيفة ومحمد، ويضمن للقيم صرف شئ من مال الوقف إلى كتبة الفتوى ومحاضر الدعوى لاستخلاص الوقف، والمتولي إذا أجر نفسه في عمل المسجد وأخذ الاجرة لم يجز في ظاهر الرواية وبه يفتي اه. وفي جامع الفصولين: إذ لا يصلح مؤاجرة ومستأجرا وصح لو أمره الحاكم بعمل فيه. ثم قال: وفي القنية: القيم ضمن مال الوقف بالاستهلاك ثم صرف قدر الضمان إلى المصرف بدون إذن القاضي يخرج عن العهدة اه. وفي الولوالجية: للمتولي أن يحتال بمال الوقف على إنسان إذا كان مليا، وإن أخذ كفيلا كان أحب إلي. وفي جامع الفصولين: المتولي يملك الاقالة لو خيرا للوقف. فإن قلت: هل للمتولي أن يصرف غلة سنة عن سنة قبلها؟ قلت: لا لما في الحاوي الحصيري وغيره: سئل أبو جعفر عن قيم جمع الغلة فقسمها على أهل الوقف وحرم واحدا منهم فلم يعطه وصرف نصيبه إلى حاجة نفسه، فلما خرجت الغلة الثانية طلب المحروم نصيبه هل له ذلك؟ قال: إن شاء ضمن القيم وإن شاء اتبع شركاءه فشاركهم فيما أخذوا، فإن اختار تضمين القيم سلم لهم ما أخذوا وليس له أن يأخذ من غلة هذا العام أكثر من نصيبه اه. وظاهره أنه إذا اختار اتباع الشركاء فإنه لا مطالبة له على المتولي وأن المتولي لا يدفع للمحروم من غلة الثانية شيئا، سواء اختار تضمينه أو اتباع الشركاء، لكن في الذخيرة: وإن اختار اتباع الشركاء والشركة فيما أخذوا كان له أن يأخذ ذلك من نصيب الشركاء من الغلة الثانية لانه لما اختار اتباع الشركاء تبين أنهم أخذوا نصيبه فله أن يأخذ من أنصبائهم مثل ذلك لانه جنس حقه، فمتى أخذ رجعوا جميعا على القيم بما استهلك القيم من حصة المحروم في
***
[٤٠٣]
السنة الاولى لانه بقي ذلك حقا للجميع اه. فظاهره أن المتولي يدفع له من غلة الثانية شاؤا أو أبوا حيث اختار اتباعهم، ومفهومه أنه لو لم يصرف حصة المحروم إلى نفسه وإنما صرف الغلة إليهم وحرم واحدا إما لعدم حضوره وقت القسمة أو عنادا أنه يشاركهم ولا

يضمن المتولي، وأنه يدفع إليه من غلة الثانية من أنصبائهم. وظاهر ما في الحاوي أنه يتبعهم فيما أخذوا ولا يعطي من الثانية أكثر من حصته وهو الظاهر، لان حقه صار في ذمتهم والمتولي ليس له ولاية قضاء ديونهم. ومقتضى القواعد أن المحروم في صورة صرف الجميع إليهم له أن يضمن المتولي لكونه متعديا كماله أن يرجع على المستحقين. فإن قلت: هل للمتولي تفضيل البعض على البعض قدرا وتعجيلا؟ قلت: فيه تفصيل، فالتفضيل في القدر راجع إلى شرط الواقف. قال في البزازية: وقف ضيعة على فقراء قرابته أو فقراء قريته وجعل آخره للمساكين جاز يحصون أو لا، وإن أراد القيم تفضيل البعض على البعض فالمسألة على وجوه: إن الوقف على فقراء قرابته وقريته وهم يحصون أو لا يحصون أو أحد الفريقين يحصون والآخر لا، ففي الوجه الاول للقيم أن يجعل نصف الغلة لفقراء القرابة ونصفها لفقراء القرية ثم يعطى كل فريق من شاء منهم، ويفضل البعض على البعض كما شاء لان قصده القربة وفي الصدقة الحكم كذلك. وفي الوجه الثاني تصرف الغلة إلى الفريقين بعددهم، وليس له أن يفضل البعض على البعض لان قصده الوصية وفي الوصية الحكم كذلك. وفي الثالث تجعل الغلة بين الفريقين أولا فتصرف إلى الذين يحصون بعددهم وإلى الذين لا يحصون سهم واحد لان من يحصى لهم وصية، ولمن لا يحصى صدقة والمستحق للصدقة واحد، ثم يعطى هذا السهم من الذين لا يحصون من شاء ويفضل البعض على البعض في هذا السهم اه‍. وقدمنا أن

***

[٤٠٤]

الاوقاف المطلقة على الفقهاء للمتولي التفضيل، واختلفوا هل هو بالحاجة أو بالفضيلة وكل منهما صحيح. وأما التعجيل للبعض فلم أر فيه نقلا صريحا، وينبغي أن يجوز استنباطا مما في البزازية: المصدق إذا أخذ عمالته قبل الوجوب أو القاضي استوفى رزقه قبل المدة جاز، والافضل عدم التعجيل لاحتمال أن لا يعيش إلى المدة اه‍. فإن قيل: لا يقاس عليه لان مال الوقف حق المستحقين على الخصوص فليس له أن يخصص أحدا، ومال بيت المال حق العامة. قلت: غايته أن يكون كدين مشترك بين اثنين وجب لهما بسبب واحد، والدائن إذا دفع لاحدهما نصيبه جاز له ذلك، غايته أن الشريك الغائب إذا حضر خير إن شاء اتبع شريكه وشاركه، وإن شاء أخذ من المديون فكذلك يمكن أن يقال: يخير المستحق كذلك كما قدمناه في مسألة المحروم. ثم رأيت في القنية: لم يكن في المسجد إمام ولا مؤذن واجتمعت غلات الامامة والتأذين سنين ثم نصب إمام ومؤذن لا يجوز صرف شئ من تلك الغلات إليهما. وقال برهان الدين صاحب المحيط: لو عجلوه للمستقبل كان حسنا إلى آخر ما ذكره. وفي البزازية: المتولي لو أميا فاستأجر الكاتب لحسابه لا يجوز له إعطاء الاجرة من مال الوقف، ولو استأجر لكنس المسجد وفتحه وإغلاقه بمال المسجد يجوز اه‍. وليس لاحد الناظرين التصرف دون الآخر عندهما خلافا لابي يوسف. وفي الخانية: ولو أن قيمين في وقف أقام كل قيم قاضي بلدة غير قاضي بلدة أخرى، هل يجوز لكل واحد منهما أن يتصرف بدون الآخر؟ قال الشيخ الامام اسمعيل الزاهد: ينبغي أن يجوز تصرف كل واحد منهما، ولو أن واحدا من هذين القاضيين أراد أن يعزل القيم الذي أقامه القاضي الآخر فإن رأى القاضي المصلحة في عزل الآخر كان له ذلك وإلا فلا اه‍. وفيه دليل على أن للقاضي عزل منصوب قاض آخر بغير خيانة إذا رأى المصلحة اه‍. فإن قلت: هل لاحد الناظرين أن يؤجر الآخر؟ قلت: لا يجوز لما في الخانية من كتاب الوصايا: لو باع أحد الوصيين لصاحبه شيئا من التركة لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد لان عندهما لا ينفرد أحد الوصيين بالتصرف اه‍. والناظر إما وصي أو وكيل. وفي جامع الفصولين: ليس للوصي في هذا الزمان أخذ مال اليتيم مضاربة ولا للقيم أن يزرع في أرض الوقف اه‍. فإذا ثبت عند القاضي أنه زرع ينبغي أن يكون خيانة يستحق بها العزل. وفي جامع الفصولين: ولو أذن قيم مؤذنا ليخدم مسجدا وقطع له الاجر وجعل ذلك أجرة المنزل وهو أجر المثل جاز. وفي الخانية: المتولي إذا

***

[٤٠٥]

استأجر رجلا في عمارة المسجد بدرهم ودانق وأجر مثله درهم فاستعمله في عمارة المسجد ونقد الاجر من مال الوقف قالوا: يكون ضامنا جميع ما نقد لانه لما زاد في الاجر أكثر مما يتغابن فيه الناس يصير مستأجرا لنفسه دون المسجد، فإذا نقد الاجر من مال المسجد كان ضامنا. المتولي إذا أمر المؤذن أن يخدم المسجد وسمي له أجرا معلوما لكل سنة قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله. تصح الاجارة لانه يملك الاستئجار لخدمة المسجد، ثم ينظر، إن كان ذلك أجر عمله أو زيادة يتغابن فيه الناس كانت الاجارة

للمسجد، فإذا نقد الاجر من مال المسجد حل للمؤذن أخذه، وإن كان في الاجر زيادة على ما يتغابن فيه الناس كانت الاجارة للمتولي لانه لا يملك الاستئجار للمسجد بغبن فاحش، فإذا أدى الاجر من مال المسجد كان ضامنا، وإن علم المؤذن بذلك لا يحل له أن يأخذ من مال المسجد اه‍. ثم قال: فقير سكن دارا موقوفة على الفقراء بأجر وترك المتولي ما عليه من الاجر بحصته من الوقف على الفقراء جاز كما لو ترك الامام خراج الارض لمن له حق في بيت المال بحصته اه‍. وذكر فيها ثلاث مسائل في غصب الوقف مناسبة لتصرف المتولي: الاولى لو غصب الوقف واسترده القيم وكان الغاصب زاد فيه، فإن لم يكن مالا متقوما بأن كرب الارض أو حفر النهر أو ألقى في ذلك السرقين واختلط ذلك بالتراب استردها بغير شئ، وإن كانت مالا متقوما كالبناء والغرس أمر الغاصب برفعه إن لم يضر بالارض، وإن أضر بأن خربها لم يكن له الرفع ويضمن القيم له من غلة الوقف قيمة الغراس مقلوعا، وقيمة البناء مرفوعا، وإن لم يكن للوقف غلة أجر الوقف وأعطى الضمان من الاجرة، وإن اختار الغاصب قلع الاشجار من أقصى موضع لا تخرب الارض فله ذلك، ولا يجبر على أخذ القيمة ثم يضمن القيم ما بقي في الارض من الشجر إن كانت له قيمة. الثانية لو استولى على الوقف غاصب وعجز المتولي عن استرداده وأراد الغاصب أن يدفع قيمتها كان للمتولي أخذ القيمة أو الصلح على شئ ثم يشتري بالمأخوذ من الغاصب أرضا أخرى فيجعله وقفا على شرائط الاولى لانه حينئذ صار بمنزلة المستهلك فيجوز أخذ القيمة. الثالثة رجل غصب أرضا موقوفة قيمتها ألف ثم غصب من الغاصب رجل آخر بعدما إزدادت قيمة الارض وصارت

***

[٤٠٦]

تساوي ألفي درهم فإن المتولي يتبع الغاصب الثاني إن كان مليا على قول من يرى جعل العقار مضمونا بالغصب لان تضمين الثاني أنفع للوقف وإن كان الاول أملا من الثاني يتبع الاول لان تضمين الاول يكون أنفع للوقف، وإذا اتبع القيم أحدهما برئ الآخر عن الضمان كالمالك إذا اختار تضمين الغاصب الاول أو الثاني برئ الآخر اه‍. ومنها أكار تناول من مال الوقف فصالحه المتولي على شئ والاكار غني لا يجوز الحط من مال الوقف وإن كان الاكار فقيرا جاز ذلك اه‍. وهو محمول على ما إذا كان الوقف على الفقراء كما قيده بهع فيما إذا سكن الفقير دار الوقف وسامحه المتولي بالاجر، وأما إذا كان على أرباب معلومين ومستحقين مخصوصين لا تجوز المسامحة والحط بالصلح مطلقا، وعلى هذا لا تجوز الاجارة بأقل من أجر المثل بغبن فاحش من فقير إذا كان الوقف على معينين، وإن كان وقف الفقراء جاز. وفي الاسعاف: ولو اشترى بغلته ثوبا ودفعه إلى المساكين يضمن ما نقد من مال الوقف لوقوع الشراء له. حائط بين دارين إحداهما وقف والاخرى ملك فإنهدم وبناه صاحب الملك في حد دار الوقف قال أبو القاسم: يرفع القيم الامر إلى القاضي ليجبره على نقضه ثم يبنيه حيث كان في القديم، ولو قال القيم للباني أنا أعطيك قيمة البناء وأقره حيث بنيت وابن أنت لنفسك حائطا آخر في حدك قال أبو القاسم: ليس للقيم ذلك بل يأمره بنقضه وبنائه حيث كان في القديم اه‍. ولو أخذ متولي الوقف من غلته شيئا ثم مات بلا بيان لا يكون ضامنا هكذا قالوا، وقيده الطرسوسي في أنفع الوسائل بحثا بما إذا لم يطالب المستحق، أما إذا طالبه المستحق ولم يدفع له ثم مات بلا بيان فإنه يكون ضامنا اه‍. ومقتضاه أنه لو ادعى في حياته الهلاك لا يقبل قوله لانه صار ضامنا بمنع المستحق بعد الطلب. وفي القنية: وينبغي للقاضي

***

[٤٠٧]

أن يحاسب أمناءه فيما في أيديهم من أموال اليتامى ليعرف الخائن فيستبدله، وكذا القوام على الاوقاف ويقبل قولهم في مقدار ما حصل في أيديهم من مقدار الغلات الوصي والقيم فيه سواء. والاصل فيه أن القول قول القابض في مقدار المقبوض وفيما يخبر من الانفاق على اليتيم أو على الضيعة ومؤنات الاراضي. وفي أدب القاضي للخصاف: ويقبل قول الوصي في المحتمل دون القيم لان الوصي من فوض إليه الحفظ والتصرف، والقيم من فوض إليه الحفظ دون التصرف، وكثير من مشايخنا سووا بين الوصي والقيم فيما لا بد فيه من الانفاق وقالوا: ويقبل قولهما فيه وقاسوه على قيم المسجد أو واحد من أهل المحلة إذا اشترى للمسجد ما لا بد منه كالحصير والحشيش والدهن وأجر الخادم ونحوه لا يضمن للاذن دلالة ولا يتعطل المسجد كذا هذا، وبه يفتي في زماننا. قال رضي الله عنه: والصحيح والصواب في عرفنا بخوارزم هذا أنه لا فرق بينهما. (ط) وإن اتهمه القاضي يحلفه وإن كان أمينا كالمودع يدعي هلاك

الوديعة أو ردها قيل إنما يستحلف إذا ادعى عليه شيئا معلوما، وقيل يحلف على كل حال، وإن أخبروا أنهم أنفقوا على اليتيم والضيعة من إنزال الارض كذا وبقي في أيدينا كذا، فإن عرف بالامانة يقبل القاضي الاجمال ولا يجبره على التفسير شيئا فشيأ، وإن كان متهما يجبره القاضي على التفسير شيأ فشيأ ولا يحبسه ولكن يحضره يومين أو ثلاثة أو يخوفه ويهدده إن لم يفسره، فإن فعل وإلا يكتفي منه باليمين. ولو عزل القاضي ونصب غيره فقال الوصي للمنصوب حاسبني المعزول لا يقبل منه إلا بينة، وفي وقف الناصحي إذا أجر الواقف أو قيمه أو وصيه أو أمينه ثم قال قبضت الغلة فضاعت أو فرقته على الموقوف عليهم وأنكروا فالقول له مع يمينه. اه ما في القنية. فقد علمت أن مشروعية المحاسبات للنظار إنما هي ليعرف القاضي الخائن من الامين لا لاخذ شئ من النظار للقاضي واتباعه، والواقع بالقاهرة في زماننا الثاني وقد شاهدنا فيها من الفساد للاوقاف كثيرا بحيث يقدم كلفة المحاسبة على العمارة والمستحقين، وكل ذلك من علامات الساعة المصدقة لقوله عليه الصلاة والسلام كما رواه البخاري في أول كتاب العلم إذا وسد الامر لغير أهله فانتظروا الساعة (١)

***

[٤٠٨]

فإن قلت: هل يباح للقاضي أخذ الاجر على المحاسبات من مال الاوقاف؟ قلت قال في البزازية من كتاب القضاء: وإن كتب القاضي سجلا أو تولى قسمة وأخذ أجرة المثل له ذلك، ولو تولى نكاح صغيرة لا يحل له أخذ شئ لانه واجب عليه، وكلما وجب عليه لا يجوز أخذ الاجر عليه، وما لا يجب عليه يجوز أخذ الاجر. وذكر عن البقالي في القاضي يقول إذا عقدت عقد البكر فلي دينار وإن ثيبا فلي نصفه أنه لا يحل له إن لم يكن لها ولي، فلو كان ولي غيره يحل بناء على ما ذكروا، ولو باع مال اليتيم لا يأخذ شيئا ولو أخذ وأذن في البيع لا ينفذ بيعه اه. فقد استفيد منه أنه يجوز له الاخذ على نفس الكتابة ولا يجوز له الاخذ على نفس المحاسبات لان الحساب واجب عليه فهو كما لو تولى نكاح يتيمة أو بيع مال اليتيم، وقدمنا عن البزازية أن المتولي لو استأجر كاتبا للحساب لا يجوز له أن يدفع أجرته من مال الوقف. وفي القنية: ولو أبرأ صاحب الحق القيم عن نصيبه بعدما استهلكه لا يصح اه. قال في الخانية: وقف له متول ومشرف ليس للمشرف أن يتصرف في مال الوقف لان ذاك مفوض إلى المتولي والمشرف مأمور بالحفظ لا غير اه. وهذا يختلف بحسب العرف في معنى المشرف، كذا في فتح القدير. وأما بيان ما عليه من العمل فحاصل ما ذكره الخصاف أن ما يجعله الواقف للمتولي ليس له حد معين، وإنما هو على ما تعارفه الناس من الجعل عند عقدة

***

[٤٠٩]

الواقف ليقوم بمصالحه من عمارة واستغلال وبيع غلات وصرف ما اجتمع عنده فيما شرطه الواقف، ولا يكلف من العمل بنفسه إلا مثل ما يفعله أمثاله ولا ينبغي له أن يقصر عنه، وأما ما تفعله الاجراء والوكلاء فليس ذلك بواجب عليه حتى لو جعل الولاية إلى امرأة وجعل لها أجرا معلوما لا تكلف إلا مثل ما يفعله النساء عرفا. ولو نازع أهل الوقف القيم وقالوا للحاكم إن الواقف إنما جعل له هذا في مقابلة العمل وهو لا يعمل شيئا لا يكلفه الحاكم من العمل ما لا تفعله الولاة. فإن قلت: إذا شرط الواقف ناظرا وجابيا وصيرفيا فما عمل كل منهم؟ قلت: الامر والنهي والتدبير والعقود وقبض المال وظيفة الناظر، وجمع المال من المستأجرين هلاليا وخراجيا وظيفة الجابي، ونقد المال ووزنه وظيفة الصيرفي. فإن قلت: هل للجابي الدعوى على المستأجر وهل له إجارة المسقف؟ قلت: لا إلا بتوكيل الناظر، وهذه الوظائف إنما يبتني حكمها على العرف فيها كما ذكره في فتح القدير في المشرف، وأما بيان ما له فإن كان من الواقف فله المشروط ولو كان أكثر من أجرة المثل، وإن كان منصوب القاضي فله أجر مثله، واختلفوا هل يستحقه بلا تعيين القاضي؟ فنقل في القنية أولا أن القاضي لو نصب قيما مطلقا ولم يعين له أجرا فسعى فيه سنة فلا شئ له. وثانيا أن القيم يستحق أجر مثل سعيه، سواء شرط له القاضي أو أهل المحلة أجرا أو لا، لانه لا يقبل القوامة ظاهرا إلا بأجر والمعهود كالمشروط. قال: وقالوا: إذا عمل القيم في عمارة المسجد والوقف كعمل الاجير لا يستحق الاجر لانه لا يستحق له أجر القوامة وأجر العمل فهذا يدل على أنه يستحق بالقوامة أجرا اه. وإذا لم يعمل الناظر لا يستحق شيئا لما في الخانية: ولو وقف أرضه على مواليه مثلا ثم مات فجعل القاضي للوقف قيما وجعل له عشر الغلة في الوقف وللوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لا يحتاج فيها إلى القيم، وأصحاب الوقف يقبضون

غلتها منه لا يستحق القيم عشر غلتها لان ما يأخذه بطريق الاجرة ولا أجرة بدون العمل اه. وفي فتح القدير بعد نقله: فهذا عندنا فيمن لم يشترط له الواقف، أما إذا شرط

***

[٤١٠]

كان من جملة الموقوف عليهم اه. والظاهر أنه عائد إلى قطع المعلوم في زمن التعمير، وأما عدم الاستحقاق عند عدم العمل فلا فرق فيه بين ناظر وناظر، وقد تمسك بعض من لا خبرة له بقول قاضيخان وجعل له عشر الغلة في الوقف على أن للقاضي أن يجعل للمتولي عشر الغلات مع قطع النظر عن أجرة المثل وهو غلط. قال في القنية: عزل القاضي فادعى القيم أنه قد أجرى له كذا مشاهرة أو مسانهة وصدقه المعزول فيه لا يقبل إلا ببينة، ثم إن كان ما عينه أجر مثل عمله أو دونه يعطيه الثاني وإلا يحط الزيادة ويعطيه الباقي اه. فقد أفاد أن القاضي الثاني يحط ما زاد على أجر المثل فأفاد عدم صحة تقرير القاضي للناظر معلوما أكثر من أجر المثل، فإن قلت: إذا كان الوقف هلاليا وقد أحال الناظر المستحقين على الحوانيت والبيوت وهم يأخذون من السكان، هل يستحق الناظر معلوما؟ قلت: لا يستحق معلوما لاجل الهلالي لعدم عمله فيه إلا لاجل التعمير كما قدمناه عن قاضيخان في مسألة الطاحونة، وللقيم التوكيل وعزل وكيله، وله أن يجعل للوكيل من معلومه شيئا، وله قطعه عنه. ولو شرط الواقف للقيم تفويض أمره بعد مماته مثل ما شرطه له في حياته فجعل القيم بعض معلومه لرجل أقامه قيما وسكت عن الباقي ثم مات، يكون لوصيه ما سمى له فقط ويرجع

***

[٤١١]

الباقي إلى أصل الغلة. ولو شرط المعلوم ولم يشرط له أن يجعل لغيره ليس له أن يوصي به ولا بشئ منه لاحد، ويجوز له أن يوصي بأمر الوقف وينقطع المعلوم عنه بموته، ولو وكل هذا القيم وكيلا في الوقف أو أوصى به إلى رجل وجعل له كل المعلوم أو بعضه ثم جن جنونا مطبقا يبطل توكيله ووصايته وما جعل للوصي أو الوكيل من المال ويرجع إلى غلة الوقف إلا أن يكون الواقف عينه لجهة أخرى عند انقطاعه عن القيم فينفذ فيها حينئذ. وقدر الجنون المطبق بما يبقى حولا لسقوط الفرائض كلها عنه، ولو عاد عقله عادت الولاية إليه لانها زالت بعارض فإذا زال عاد إلى ما كان عليه، كذا في الاسعاف قوله: (وينزع لو خائنا كالوصي وإن شرط أن لا ينزع) أي ويعزل القاضي الواقف المتولي على وقفه لو كان خائنا كما يعزل الوصي الخائن نظرا للوقف واليتيم، ولا اعتبار بشرط الواقف أن لا يعزله القاضى والسلطان لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل. واستفيد منه أن للقاضى عزل المتولي الخائن غير الواقف بالاولى. وصرح في البزازية أن عزل القاضي للخائن واجب عليه مقتضاه الاثم بتركه والاثم بتولية الخائن ولا شك فيه. وفي المصباح: وفرقوا بين الخائن والسارق والغاصب بأن الخائن هو الذي خان ما جعل عليه أمينا، والسارق من أخذ خفية من موضع كان ممنوعا من الوصول إليه، وربما قيل كل سارق خائن دون عكسه، والغاصب من أخذ جهارا معتمدا على قوته اه. وقدمنا أنه لا يعزله القاضي بمجرد الطعن في أمانته ولا يخرجه إلا بخيانة ظاهرة ببينة وأن له إدخال غيره معه إذا طعن في أمانته، وأنه إذا أخرجه ثم تاب وأناب أعاده، وأن امتناعه من التعمير خيانة. وكذا لو باع الوقف أو بعضه أو تصرف تصرفا غير جائز عالما به، وبيناه غاية البيان عند الكلام على نصب القاضي المتولي. وإنما الكلام الآن في شروط الواقفين فقد أفادوا هنا أنه ليس كل شرط يجب اتباعه فقالوا هنا: إن اشتراطه أن لا يعزله القاضي شرط باطل مخالف للشرع. وبهذا علم أن قولهم شرط الواقف كنص الشارع ليس على عمومه قال العلامة قاسم في فتاواه: أجمعت الامة أن من شروط الواقفين ما هو صحيح معتبر يعمل به ومنها ما ليس كذلك، ونص أبو عبد الله الدمشقي في كتاب الوقف عن شيخه شيخ الاسلام قول الفقهاء نصوصه كنص الشارع يعني في الفهم والدلالة لا في وجوب العمل مع أن التحقيق أن لفظه ولفظ الموصي والحالف والناذر وكل عاقد يحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها، وافقت لغة العرب ولغة الشرع أم لا، ولا خلاف أن من وقف على صلاة أو صيام أو قراءة أو جهاد غير شرعي ونحوه لم يصح اه. قال

***

[٤١٢]

العلامة قاسم قلت: وإذا كان المعنى ما ذكر فما كان من عبارة الواقف من قبيل المفسر لا يحتمل تخصيصا ولا تأويلا يعمل به، وما

كان من قبيل الظاهر كذلك، وما احتمل وفيه قرينة حمل عليها، وما كان مشتركا لا يعمل به لانه لا عموم له عندنا ولم يقع فيه نظر المجتهد لترجح أحد مدلوليه، وكذلك ما كان من قبيل المجمل إذا مات الواقف، وإن كان حيا يرجع إلى بيانه. هذا معنى ما أفاده اه. قلت: فعلى هذا إذا ترك صاحب الوظيفة مباشرتها في بعض الاوقات المشروط عليه فيها العمل لا يأثم عند الله تعالى. غايته أنه لا يستحق المعلوم. ومن الشروط المعتبرة ما صرح به الخصاف لو شرط أن لا يؤجر المتولي الارض فإن إجارتها باطلة، وكذا اشتراط أن لا يعامل على ما فيها من نخل وأشجار، وكذا إذا شرط أن المتولي إذا أجرها فهو خارج عن التولية، فإذا خالف المتولي صار خارجا ويوليها القاضي من يثق بأمانته، وكذا إذا شرط أنه إن أحدث أحد من أهل هذا الوقف حدثا في الوقف يريد إبطاله كان خارجا اعتبر، فإن نازع البعض وقال أردت تصحيح الوقف وقال سائر أهل الوقف إنما أردت إبطاله نظر القاضي في القوم الذين تنازعوا، فإن كانوا يريدون تصحيحه فلهم ذلك، وإن كانوا
***
[٤١٣]
يريدون إبطاله أخرجهم وأشهدهم على إخراجهم. ولو شرط أن من نازع القيم وتعرض له ولم يقل لابطاله فنازعه البعض وقال منعني حقي صار خارجا ولو كان طالبا حقه اتباعا للشرط كما لو شرط أن من طالبه بحقه فللمتولي إخراجه، فلو أخرجه ليس له إعادته بدون الشرط، ومنها ما لو وقف على أولاده وشرط أن من انتقل إلى مذهب المعتزلة صار خارجا فانتقل منهم واحد صار خارجا، فإن ادعى على واحد منهم بأنه صار معتزليا فالبينة على المدعي والقول للمنكر. وكذا لو كان الواقف من المعتزلة وشرط أن من انتقل إلى مذهب أهل السنة صار خارجا اعتبر شرطه، ولو شرط أن من انتقل من مذهب أهل السنة إلى غيره فصار خارجيا أو رافضيا خرج، فلو ارتد والعياذ بالله تعالى عن الاسلام خرج المرأة والرجل سواء، فلو شرط أن من خرج من مذهب الاثبات إلى غيره خرج فخرج واحد ثم عاد إلى مذهب الاثبات لا يعود إلى الوقف إلا بالشرط، وكذلك لو عين الواقف مذهبا من المذاهب وشرط أنه إن انتقل عنه خرج اعتبر شرطه، وكذا لو شرط أن من انتقل من قرابته من بغداد فلا حق له اعتبر لكن هنا إذا عاد إلى بغداد رد إلى الوقف. ولو شرط وقفه على العميان فالشرط باطل وتكون الغلة للمساكين لان فيهم الغني والفقير وهم لا يحصون، وكذا على العوران والعرجان والزمنى اه. مختصرا. ومنها ما في قاضيخان: لو وقف على أمهات أولاده وشرط عدم تزوجهن كان الشرط صحيحا. فعلى هذا لو شرط في حق الصوفية بالمدرسة عدم التزوج كما بالمدرسة الشيخونية بالقاهرة اعتبر شرطه، ومنها ما في الفتاوى أيضا: لو شرط الواقف أن لا تؤجر أكثر من سنة والناس لا يرغبون في استئجارها وكانت إجارتها أكثر من سنة أنفع للفقراء، فليس للقيم أن يؤاجرها أكثر من سنة ولكنه يرفع الامر إلى القاضي حتى يؤاجرها القاضي أكثر من سنة لان للقاضي ولاية النظر على الفقراء وعلى الميت أيضا، ولو شرط أن لا تؤجر أكثر من سنة إلا إذا كان أنفع للفقراء كان للقيم أن يؤاجرها بنفسه أكثر من سنة إذا كان رأى ذلك خيرا ولا يحتاج إلى القاضي اه. وبهذا ظهر أن الشرائط الراجعة إلى الغلة وتحصيلها لا يقدر المتولي على مخالفتها ولو كان أصلح للوقف، وإنما يخالفها القاضي وهذا بخلاف ما لم ترجع إلى الغلة فإنه لا يجوز مخالفة القاضي كما قدمناه في تقرير القاضي فراشا للمسجد بغير
***
[٤١٤]
شرط الواقف فإنه غير جائز. وفي القنية: وقف على المتفقهة حنطة فيدفعها القيم دنانير فلهم طلب الحنطة ولهم أخذ الدنانير إن شاؤا اه. وبهذا يعلم أن الخيار للمستحقين في أخذ الخبز المشروط لهم أو قيمته، وظاهره أنه لا خيار للمتولي وأنه يجبر على دفع ما شاؤا. وفي القنية: يجوز صرف شئ من وجوه مصالح المسجد إلى الامام إذا كان يتعطل لو لم يصرف إليه يجوز صرف الفاضل عن المصالح إلى الامام الفقير بإذن القاضي لا بأس بأن يعين شيئا من مسبلات المصالح للامام زيد في وجه الامام من مصالح المسجد ثم نصب إمام آخر فله أخذه إن كانت الزيادة لقلة وجود الامام، وإن كان لمعنى في الامام الاول نحو فضيلة أو زيادة حاجة فلا تحل للثاني. قال الامام للقاضي: إن مرسومي المعين لا يفي بنفقتي ونفقة عيالي فزاد القاضي في مرسومه من أوقاف المسجد بغير رضا أهل المحلة والامام مستغن وغيره يؤم بالمرسوم المعهود تطيب له الزيادة إذا كان عالما تقيا اه. ثم قال: إذا شرط الواقف أن يعطي غلتها من شاء أو قال على أن يضعها حيث شاء فله أن يعطي الاغنياء. وفيها من باب الوقف الذي مضى زمن صرفه ولم يصرفه إلى المصرف ماذا

يصنع به وقف مستغلا على أن يضحي عنه بعد موته من غلته كذا شاة كل سنة وقفا صحيحا ولم يضح القيم عنه حتى مضت أيام النحر يتصدق به. وفيها باب تصرفات القيم من التبديل وتغيير الشروط ونحوها. قال أبو نصر الدبوسي رحمه الله: إذا جعل الوقف على شراء الخبز والثياب والتصدق بها على الفقراء يجوز عندي بأن يتصدق بعين الغلة من غير شراء خبز ولا ثوب لان التصدق هو المقصود حتى جاز التقرب بالتصدق دون الشراء، ولو وقف على أن يشتري بها الخيل والسلاح على محتاجي المجاهدين جاز التصدق بعين الغلة كالخبز والثياب، وإن شرط أن يسلمه الخيل والسلاح فيجاهد من غير تمليك ويسترد ممن أحب ثم يدفع إلى من أحب جاز الوقف، ويستوي فيه الغني والفقير ولا يجوز التصدق بعين الغلة ولا بالسلاح بل يشتري الخيل والسلاح ويبذلها لاهلها على وجهها لان الوقف وقع للاباحة لا للتمليك. وكذا لو وقف على شراء النسم وعتقها جاز، ولم يجز إعطاء الغلة، وكذا لو وقف وكذا لو وقف ليضحي أو ليهدي إلى مكة
***
[٤١٥]
فيذبح عنه في كل سنة جاز وهو دائم أبدا، وكذا كل ما كان من هذا الجنس يراعي فيه شرط الواقف كما لو نذر بعتق عبده أو بذبح شاته أضحية لم يتصدق بقيمته وعليه الوفاء بما سمى. ولو نذر أن يتصدق بعبده على الفقراء أو شاته أو ثوبه جاز التصدق بعينه أو بقيمته، ولو وقف على محتاجي أهل العلم أن يشتري لهم الثياب والمداد والكاغد ونحوها من مصالحهم جاز الوقف وهو دائم لان للعلوم طلابا إلى يوم القيامة، ويجوز مراعاة الشرط ويجوز التصدق عليهم بعين الغلة. ولو وقف ليشتري به الكتب ويدفع إلى أهل العلم، فإن كان تمليكا جاز التصدق بعين الغلة، وإن كان إباحة وإعارة فلا وقف على من يقرأ القرآن كل يوم منا من الخبز وربعا من اللحم فللقيم أن يدفع إليهم قيمة ذلك ورقا. ولو وقف على أن يتصدق بفاضل غلة الوقف على من يسأل في مسجد كذا كل يوم فللقيم أن يتصدق به على السؤال في غير ذلك المسجد أو خارج المسجد أو على فقير لا يسأل. قال رضي الله عنه: الاولى عندي أن يراعي في هذا الاخير شرط الواقف اه. فإن قلت: هل الوصف في الموقوف عليهم كصريح الشرط كما لو وقف على إمام حنفي؟ قلت: نعم فلا يجوز تقرير غير الحنفي. قال في القنية: وقف ضيعته على أولاده الفقهاء وأولاد أولاده إن كانوا فقهاء ثم مات أحدهم عن ابن صغير تفقه بعد سنين لا يوقف نصيبه ولا يستحق قبل حصول تلك الصفة وإنما يستحق الفقيه وإن كان واحدا اه. والله أعلم. فصل لما اختص المسجد بأحكام تخالف أحكام مطلق الوقف أفرده بفصل على حدة وأخره
***
[٤١٦]
قوله: (ومن بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن بالصلاة فيه وإذا صلى فيه واحد زال ملكه) أما الافراز فإنه لا يخلص لله تعالى إلا به، وأما الصلاة فيه فلانه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد فيشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه أو لانه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه، ثم يكتفي بصلاة الواحد لان فعل الجنس يتعذر فيشترط أدناه. وعن محمد تشترط الصلاة بالجماعة لان المسجد مبني لذلك في الغالب. وصححها الزيلعي تبعا لما في الخانية لان قبض كل شئ وتسليمه يكون بحسب ما يليق به وذلك في المسجد بأداء الصلاة بالجماعة، أما الواحد يصلي في كل مكان. وقال أبو يوسف: يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط لانه إسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق. والحاصل أن المسجد مخالف لمطلق الوقف عند الكل، أما عند الاول فلا يشترط القضاء ولا التعليق بالموت، وأما عند الثاني فلا يجوز في المشاع، وأما عند الثالث فلا يشترط التسليم إلى المتولي. أطلق الواحد فشمل الباني وهو قول البعض والاصح أنه لا يكفي لان الصلاة إنما تشترط لاجل القبض على العامة وقبضه لا يكفي فكذا صلاته، كذا في الخانية. وشمل ما إذا صلى واحد بغير أذان وإقامه وهو ظاهر الرواية، كذا في الخانية. ولو قال المصنف رحمه الله ومن جعل أرضه مسجدا بدل قوله ومن بنى لكان أولى لانه لو كان له ساحة لا بناء فيها فأمر قومه أن يصلوا فيها بجماعة قالوا: إن أمرهم بالصلاة فيها أبدا أو أمرهم بالصلاة فيها بالجماعة ولم يذكر أبدا إلا أنه أراد بها الابد ثم مات لا يكون ميراثا عنه وإن أمرهم بالصلاة شهرا أو سنة ثم مات تكون ميراثا عنه لانه لا بد من التأبيد والتوقيت ينافي

التأبيد، كذا في الخانية. وأفاد باشتراط الصلاة فيه أنه لو بنى مسجدا وسلمه إلى المتولي لا يصير مسجدا بالتسليم إلى المتولي وهو قول البعض واختاره شمس الائمة السرخسي لان قبض كل شئ يكون بما يليق به كقبض الخان يكون بنزول واحد من المارة فيه بإذنه، وفي الحوض والبئر والسقاية بالاستقاء. وقال بعضهم: يصير مسجدا كسائر الاوقاف، كذا في الخانية. وفي فتح القدير: والوحه الصحة لان بالتسليم إلى المتولي أيضا يحصل تمام التسليم إليه تعالى لرفع يده عنه فكأنه لم يطلع على تصحيح. وفي الاختيار: والصحيح أنه يصير مسجدا وكذا إذا سلمه إلى القاضي أو نائبه، كذا في الاسعاف. وقيد بإذن الباني لان متولي المسجد إذا جعل المنزل الموقوف على المسجد مسجدا وصلى فيه سنين ثم ترك الصلاة فيه وأعيد منزلا مستغلا جاز لان المتولي وإن

***

[٤١٧]

جعله مسجدا لا يصير مسجدا، كذا في الخانية. وأطلق في المسجد فشمل المتخذ لصلاة الجنازة أو العيد، وفي الخانية: مسجد اتخذ لصلاة الجنازة أو لصلاة العيد هل يكون له حكم المسجد؟ اختلف المشايخ فيه قال بعضهم: يكون مسجدا حتى لو مات لا يورث عنه. وقال بعضهم: ما اتخذ لصلاة الجنازة فهو مسجد لا يورث عنه، وما اتخذ لصلاة العيد لا يكون مسجدا مطلقا وإنما يعطى له حكم المسجد في صحة الاقتداء بالامام وإن كان منفصلا عن الصفوف، وأما فيما سوى ذلك فليس له حكم المسجد، وقال بعضهم: له حكم المسجد حال أداء الصلاة لا غير وهو والجبانة سواء، ويجنب هذا المكان كما يجنب المسجد احتياطا اه. فأفاد بالاقتصار على الشروط الثلاثة أنه لا يحتاج في جعله مسجدا إلى قوله وقفته ونحوه لان العرف جار بالاذن في الصلاة على وجه العموم والتخلية بكونه وقفا على هذه الجهة فكان كالتعبير به فكان كمن قدم طعاما إلى ضيفه أو نثر نثارا كان إذنا في أكله والتقاطه بخلاف الوقف على الفقراء لم تجر عادة فيه بالتخلية والاذن بالاستغلال، ولو جرت به في عرف اكتفينا بذلك كمسألتنا، وبقولنا قال مالك وأحمد خلافا للشافعي. وأفاد أيضا أنه لو قال وقفته مسجدا ولم يأذن بالصلاة فيه ولم يصل فيه أحد لا يصير مسجدا بلا حكم وهو بعيد. ذكر في فتح القدير أن هذا مقتضى كلامهم ولم يعزه إلى النقل. وفي الحاوي القدسي: ومن بنى مسجدا في أرض مملوكة له إلى آخره فأفاد أن من شرطه ملك الارض ولذا قال في الخانية: ولو أن سلطانا أذن لقوم أن يجعلوا أرضا من أراضي البلدة حوانيت موقوفة على المسجد أو أمرهم أن يزيدوا في مسجدهم قالوا: إن كانت البلدة فتحت عنوة وذلك لا يضر بالمارة والناس ينفذ أمر السلطان فيها، وإن كانت البلدة فتحت صلحا لا ينفذ أمر السلطان لان في الاول تصير ملكا للغانمين فجاز أمر السلطان فيها، وفي الثاني تبقى على ملك ملاكها فلا ينفذ أمره فيها اه. ولذا قالوا: لو اشترى دارا لها شفيع فجعلها مسجدا كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة، وكذا إذا كان للبائع حق الاسترداد كان له أن يبطل المسجد، كذا في فتح القدير. وأشار بإطلاق قوله ويأذن للناس في الصلاة أنه لا يشترط أن يقول أذنت فيه بالصلاة جماعة أبدا بل الاطلاق كاف لكن لو قال صلوا فيه جماعة صلاة أو صلاتين يوما أو

***

[٤١٨]

شهرا لا يكون مسجدا كما صرح به في الذخيرة، وقدمناه عن الخانية في الرحبة. وفي القنية: اختلف في مسجد الدار والخان والرباط أنه مسجد جماعة أم لا والاصح ما روي عن أبي يوسف أنه إذا أغلق باب الدار فهو مسجد جماعة للجماعة التي في الدار إذا لم يمنعوا غيرهم من الصلاة فيه في سائر الاوقات لان مسجد الزقاق الذي ليس بنافذ مسجد جماعة فإن صلوا فيه في وقت أغلقوا باب الزقاق كذا هذا. وعنه إن كان فيه جماعة ممن في الدار بعد الاغلاق لا يمنعون غيرهم في الاوقات الاخر فهو مسجد جماعة وإلا فلا. (نخ) مثله. وعن محمد الاوزجندي: لا يجوز الاعتكاف في مسجد زقاق غير نافذ لان طريق مملوك لاهله إلا إذا كان له حائط إلى طريق نافذ فحينئذ يمكن التطرق إليه من حق العامة فيخلص لله تعالى فيصير مسجدا. قال رضي الله تعالى عنه: والذي اختاره (نخ) أصح. وقد رأينا ببخارى وغيرها في دور وسكك في أزقة غير نافذة من غير شك الائمة والعوام في كونها مساجد فعلى هذا المساجد التي في المدارس بجرجانية خوارزم مساجد لانهم لا يمنعون الناس من الصلاة فيها، وإذا أغلقت يكون فيها جماعة من أهلها اه. وقد قدمنا شيئا من أحكام المسجد عند قوله ولا نقشه بالجص وماء الذهب من مكروهات الصلاة. وفي المجتبى: لا يجوز لقيم المسجد أن يبني حوانيت في حد المسجد أو فنائه، قيم يبيح فناء المسجد ليتجر فيه القوم أو يضع فيه سررا أجرها ليتجر فيها الناس فلا بأس إذا كان لصلاح المسجد

ويعذر المستأجر إن شاء الله تعالى إذا لم يكن ممر العامة، وفناء المسجد ما كان عليه ظلة المسجد إذا لم يكن ممر العامة المسلمين، ولا يجوز صرف تلك الاجرة إلى نفسه ولا إلى الامام بل يتصدق به على الفقراء، ولا بأس للقيم أن يخلط غلة أوقاف المسجد المختلفة اتحد الواقف أو اختلف. عن مشايخ بلخ: مسجد له أوقاف ولا قيم فيه فجمع بعض أهل محلته غلاتها وأنفقها في حصره وأدهانه وحشيشه لم يضمن ديانة استحسانا، ولو ثبت عند الحاكم ضمنه وفي تولية أهل المحلة قيما على أوقافه بدون إذن القاضي اختلاف المشايخ في فتاوى الفضلي، وأفتى مشايخنا المتقدمون أنه يصير متوليا، ثم اتفق المتأخرون وأستاذونا أن الافضل أن ينصبوا متوليا ولا يعلموا به القاضي في زماننا لطمع القضاة في أموال الاوقاف. تنازع أهل المحلة والباني في عمارته أو نصب المؤذن أو الامام فالاصح أن الباني أولى به إلا أن يريد القوم ما هو أصلح منه، وقيل الباني بالمؤذن أولى وإن كان فاسقا بخلاف الامام، والباني أحق بالامامة والاذان وولده من بعده وعشيرته أولى بذلك من غيرهم. وفي المجرد عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن الباني أولى بجميع مصالح المسجد ونصب الامام والمؤذن إذا تأهل للامامة اه.

***

[٤١٩]

وفي القنية من آخر الوقف: بعث شمعا في شهر رمضان إلى مسجد فاحترق وبقي منه ثلثه أو دونه ليس للامام ولا للمؤذن أن يأخذ بغير إذن الدافع، ولو كان العرف في ذلك الموضع أن الامام والمؤذن يأخذه من غير صريح الاذن في ذلك فله ذلك اه. وفيها: وكرهوا إحداث الطاقات في المساجد روي ذلك عن ابن مسعو رضي الله عنه. قيم الجامع القديم أجر موضعا تحت ظلة الباب لبعض الصكاكين لا يصح. لا يجوز إزالة الحائط التي بين المسجدين ليجعلهما واحدا إذا لم يكن فيه مصلحة ظاهرة، وكذا رفع صفته ويضمن القيم ما أنفق فيه من مال المسجد. بنى في فنائه في الرستاق دكانا لاجل الصلاة يصلون فيه بجماعة كل وقت فله حكم المسجد ولا يوضع الجذع على جدار المسجد وإن كان من أوقافه اه. وفيها من الكراهية: ولو كان المسجد مدخل من دار موقوفة لا بأس للامام أن يدخل للصلاة من هذا الباب لانه روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يدخل من حجرته إلى المسجد. له في المسجد موضع معين يواظب عليه وقد شغله غيره قال الاوزاعي: له أن يزعجه وليس له ذلك عندنا ويكره تخصيص مكان في المسجد لنفسه لانه يخل بالخشوع. ولا حرمة لتراب المسجد إذا جمع وله حرمة إذا بسط. له متاع في المسجد يخاف عليه فإنه يتيمم ويدخل في الصلاة، وإذا ضاق المسجد كان للمصلي أن يزعج القاعد من موضعه ليصلي فيه وإن كان مشتغلا بالذكر أو الدرس أو قراءة القرآن أو الاعتكاف وكذا لاهل المحلة أن يمنعوا من ليس منهم عن الصلاة فيه إذا ضاق بهم المسجد. أهل المحلة قسموا المسجد وضربوا فيه حائطا ولكل منهم إمام على حدة ومؤذنهم واحد لا بأس به، والاولى أن يكون لكل طائفة مؤذن كما يجوز لاهل المحلة أن يجعلوا المسجد الواحد مسجدين فلهم أن يجعلوا المسجدين واحدا لاقامة الجماعة أما للتذكير أو للتدريس فلا لانه ما بنى له وإن جاز فيه. وفي شرح الآثار أن البيع وخصف النعل وإنشاد الشعر مما كان لا يعم المسجد من هذا غير مكروه، وما يعمه منه أو يغلبه فمكروه. ويجوز الدرس في المسجد وإن كان فيه استعمال اللبود والبواري المسبلة لاجل المسجد، لو علم الصبيان القرآن في المسجد لا يجوز ويأثم، وكذا التأديب فيه أي لا يجوز التأديب فيه إذا كان بأجر، وينبغي أن يجوز بغير أجر، وأما الصبيان فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وكذا لا يجوز التعليم في دكان في فناء المسجد، هذا عند أبي حنيفة. وعندهما يجوز إذا لم يضر بالعامة. أصابه البرد الشديد في الطريق فدخل مسجدا فيه خشب الغير ولو لم يوقد نارا يهلك نخشب المسجد في الايقاد أولى من غيره، ويجوز إدخال الحبوب وأثاث البيت في المسجد للخوف في الفتنة العامة اه. وفيها من الوقف: اتخذا مسجدا على أنه بالخيار جاز المسجد والشرط باطل. جعل وسط داره مسجدا وأذن للناس في الدخول

***

[٤٢٠]

والصلاة فيه إن شرط معه الطريق صار مسجدا في قولهم وإلا فلا عند أبي حنيفة. وقالا: يصير مسجدا ويصير الطريق من حقه من غير شرط كما لو أجر أرضه ولم يشترط الطريق اه. وفي الاسعاف: وليس لمتولي المسجد أن يحمل سراج المسجد إلى بيته، ولا بأس بأن

يترك سراج المسجد فيه من المغرب إلى وقت العشاء، ولا يجوز أن يترك فيه كل الليل إلا في موضع جرت العادة فيه بذلك كمسجد بيت المقدس ومسجد النبي صلى الله عليه وسلم والمسجد الحرام، أو شرط الواقف تركه فيه كل الليل كما جرت العادة به في زماننا. ويجوز الدرس بسراج المسجد إن كان موضوعا فيه لا للصلاة بأن فرغ القوم من الصلاة وذهبوا إلى بيوتهم وبقي السراج فيه قالوا: لا بأس بأن يدرس بنوره إلى ثلث الليل لانهم لو أخروا الصلاة إلى ثلث الليل لا بأس به فلا يبطل حقه بتعجيلهم، وفيما زاد على الثلث ليس لهم تأخيرها فلا يكون لهم حق الدرس. ولو أن قوما بنوا مسجدا وفضل من خشبهم شئ قالوا: يصرف الفاضل في بنائه ولا يصرف إلى الدهن والحصر. هذا إذا سلموه إلى المتولي ليبني به المسجد وإلا يكون الفاضل لهم يصنعون به ما شاؤا. ولو جمع مالا لينفقه في بناء المسجد فأنفق بعضه في حاجته ثم رد بدله في نفقة المسجد لا يسعه أن يفعل ذلك، فإذا فعله وكان يعرف صاحبه ضمن له بدله أو استأذنه في صرف عوضه في المسجد، وإن كان لا يعرفه رفع الامر إلى القاضي ليأمره بإنفاق بدله فيه، وإن لم يمكنه الرفع إليه قالوا: نرجوا له في الاستحسان الجواز إذا أنفق مثله في المسجد ويخرج عن العهدة فيما بينه وبين الله تعالى اه‍. وفي البزازية: أرادوا نقض المسجد وبناؤه أحكم من الاول إن لم يكن الباني من أهل المحلة ليس لهم ذلك، وإن كان من أهل المحلة لهم ذلك اه‍. وفي الحاوي: ولا بأس أن يدخل الكافر وأهل الذمة المسجد الحرام وبيت المقدس وسائر المساجد لمصالح المسجد وغيرها من المهمات، ويكره أن يكون محراب المسجد نحو المقبرة أو الميضأة أو الحمام، ويكره التوضؤ في المسجد كالبزق والمخط لما فيه من الاستخفاف، وكذا يكره أن يتخذ طريقا أو يحدث فيه حديث الدنيا أو يشهر فيه السلاح، فإن كان معه شئ منه يستحب أن يأخذ بنصله. ويكره الدخول فيه بغير ظهارة، وإذا رأى حشيش المسجد فرفعه إنسان جاز إن لم يكن له قيمة، فإن كان له أدنى قيمة لا يأخذه إلا بعد الشراء من المتولي أو القاضي أو أهل المسجد أو الامام، وكذا الجنائز العتق أو الحصر المقطعة والمنابر والقناديل المكسرة، والاولى أن تكون حيطان المسجد أبيض غير منقوشة ولا مكتوب عليها، ويكره أن تكون منقوشة بصور أو كتابة اه‍.

***

[٤٢١]

قوله: (ومن جعل مسجدا تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل بابه إلى الطريق وعزله أو اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فله بيعه ويورث عنه) لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به. والسرداب بيت يتخذ تحت الارض لغرض تبريد الماء وغيره، كذا في فتح القدير. وفي المصباح: السرداب المكان الضيق يدخل فيه والجمع سراديب اه‍. وحاصله إن شرط كونه مسجدا أن يكون سفله وعلوه مسجدا لينقطع حق العبد عنه لقوله تعالى * (وأن المساجد لله) * (الجن: ١٨) بخلاف ما إذا كان السرداب أو العلو موقوفا لمصالح المسجد فإنه يجوز إذ لا ملك فيه لاحد بل هو من تتميم مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس. هذا هو ظاهر المذهب، وهناك روايات ضعيفة مذكورة في الهداية. وبما ذكرناه علم أنه لو بنى بيتا على سطح المسجد لسكني الامام فإنه لا يضر في كونه مسجدا لانه من المصالح. فإن قلت: لو جعل مسجدا ثم أراد أن يبني فوقه بيتا للامام أو غيره هل له ذلك؟ قلت قال في التتارخانية: إذا بنى مسجدا وبنى غرفة وهو في يده فله ذلك، وإن كان حين بناه خلى بينه وبين الناس ثم جاء بعد ذلك يبني لا يتركه. وفي جامع الفتاوى: إذا قال عنيت ذلك فإنه لا يصدق اه‍. فإذا كان هذا في الواقف فكيف بغيره، فمن بنى بيتا على جدار المسجد وجب هدمه ولا يجوز أخذ الاجرة. وفي البزازية: ولا يجوز للقيم أن يجعل شيئا من المسجد مستغلا ولا مسكنا وقدمناه. ولم يذكر المصنف حكم المسجد بعد خرابه، وقد اختلف فيه الشيخان فقال محمد: إذا خرب وليس له ما يعمر به وقد استغنى الناس عنه لبناء مسجد آخر أو لخراب القرية أو لم يخرب لكن خربت القرية بنقل أهلها واستغنوا عنه فإنه يعود إلى ملك الواقف أو ورثته. وقال أبو يوسف: هو مسجد أبدا إلى قيام الساعة لا يعود ميراثا ولا يجوز نقله ونقل ما له إلى مسجد آخر، سواء كانوا يصلون فيه أو لا وهو الفتوى، كذا في الحاوي القدسي. وفي المجتبى: وأكثر المشايخ على قول أبي يوسف، ورجح في فتح القدير قول أبي يوسف بأنه الاوجه قال: وأما الحصر والقناديل فالصحيح من مذهب أبي يوسف أنه لا يعود إلى ملك متخذه بل يحول إلى مسجد آخر أو يبيعه قيم المسجد للمسجد.

***

[٤٢٢]

وفي الخلاصة قال محمد في الفرس إذا جعله حبيسا في سبيل الله فصار بحيث لا يستطاع أن يركب يباع ويصرف ثمنه إلى صاحبه أو ورثته كما في المسجد، وإن لم يعلم صاحبه يشتري بثمنه فرس آخر يغزي عليه ولا حاجة إلى الحاكم. ولو جعل جنازة وملآة ومغتسلا وقفا في محلة ومات أهلها كلهم لا ترد إلى الورثة بل تحمل إلى مكان آخر، فإن صح هذا عن محمد فهو رواية في البواري والحصر أنها لا تعود إلى الورثة، وهكذا نقل عن الشيخ الامام الحلواني في المسجد والحوض إذا خرب ولا يحتاج إليه لتفرق الناس عنه أنه تصرف أوقافه إلى مسجد آخر أو حوض آخر. واعلم أنه يتفرع على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيما إذا استغن عن المسجد لخراب المحلة والقرية وتفرق أهلها ما إذا انهدم الوقف وليس له من الغلة ما يمكن به عمارته به أنه يبطل الوقف ويرجع النقض إلى بانيه أو ورثته عند محمد خلافا لابي يوسف، وكذا حانوت في سوق احترق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر بشئ ألبتة يخرج عن الفقية، وكذا في حوض محلة خرب وليس له ما يعمر به عاد لورثته، فإن لم يعرف فهو لقطة، وكذا الرباط إذا خرب يبطل الوقف ويصير ميراثا، ولو بنى رجل في هذه الارض فالبناء للباني وأصل الواقف لورثة الوقف عند محمد، فقول من قال في جنس هذه المسائل نظر فليتأمل عند الفتوى غير واقع موقعه اه. وأراد الرد على الصدر الشهيد. وأقول: بل النظر واقع موقعه لان الفتوى على قول أبي يوسف في المسجد فكذا فيما يبتني عليه، ومحمد يقول بجواز الاستبدال عند الخراب فكيف ينقل عنه القول ببطلان الوقفية في مسألة الحانوت؟ ولقد رجع في فتح القدير إلى الحق حيث قال: وفي الفتاوى الظهيرية سئل الحلواني عن أوقاف المسجد إذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولي أن يبيعها ويشتري بثمنها أخرى؟ قال: نعم. وروى هشام عن محمد: إذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه

***

[٤٢٣]

غيره. وعلى هذا فينبغي أن لا يفتى على قوله برجوعه إلى ملك الواقف وورثته بمجرد تعطله أو خرابه بل إذا صار بحيث لا ينتفع به يشتري بثمنه وقف يستغل ولو كانت غلته دون غلة الاول. وفي فتاوى قاضيخان: وقف على مسمين خرب لا ينتفع به ولا يستأجر أصله يبطل الوقف ويجوز بيعه، وإن كان أصله يستأجر بشئ قليل يبقى أصله وقفا اه. ويجب حفظ هذا فإنه قد تخرب الدار وتصير كوما وهي بحيث لو نقل نقضها استأجر أرضها من يبني أو يغرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك وتباع كلها للواقف مع أنه لا يرجع منها إليه إلا النقض. فإن قلت: على هذا تكون مسألة الرباط التي ذكرناها مقيدة بما إذا لم تكن أرضه بحيث تستأجر. قلنا: لا لان الرباط موقوف للسكنى وامتنعت بانهدامه بخلاف هذه فإن المراد وقف لاستغلال الجماعة المسلمين اه. ما في الفتح. وفي الخانية: رجل بسط من ماله حصير للمسجد فخرب المسجد ووقع الاستغناء عنه فإنه ذلك يكون له إن كان حيا ولورثته إن كان ميتا، وإن بلي ذلك كان له أن يبيع ويشتري بثمنه حصيرا آخر. وكذا لو اشترى حشيشا أو قنديلا للمسجد فوقع الاستغناء عنه كان ذلك له إن كان حيا ولورثته إن كان ميتا، وعند أبي يوسف يباع ذلك ويصرف ثمنه إلى حوائج المسجد، فإن استغنى عنه هذا المسجد يحول إلى مسجد آخر، والفتوى على قول محمد. ولو كفن ميتا فافترسه سبع فإن الكفن يكون للمكفن إن كان حيا ولوارثه إن كان ميتا. ولو أن أهل المسجد باعوا حشيش المسجد أو جنازة أو نعشا صار خلقا ومن فعل ذلك غائب اختلفوا فيه، قال بعضهم: يجوز والاولى أن يكون بإذن القاضي. وقال بعضهم: لا يجوز إلا بإذن القاضي وهو الصحيح اه. وبه علم أن الفتوى على قول محمد في آلات المسجد، وعلى قول أبي يوسف في تأبيد المسجد، وأما قياسه في فتح القدير الحصير على الجنازة والنعش فغير صحيح لما في الخانية إذا وقف جنازة أو نعشا أو مغتسلا وهو التور العظيم في محلة خربت المحلة ولم يبق أهلها قالوا:

***

[٤٢٤]

لا ترد إلى ورثة الواقف بل تحول إلى محلة أخرى أقرب إلى هذه المحلة، فرقوا بين هذا وبين المسجد إذا خرب ما حوله، على قول محمد يصير ميراثا لان المسجد ما لا ينقل إلى مكان آخر وهذه الاشياء مما تنقل اه. وفي القنية: حوض أو مسجد خرب وتفرق الناس عنه فللقاضي أن يصرف أوقافه إلى مسجد آخر، ولو خرب أحد المسجدين في قرية واحدة فللقاضي صرف خشبه إلى عمارة المسجد الآخر إذا لم يعلم بانيه ولا وارثه وإن علم يصرفها هو بنفسه. قلت: إن شاء ولو خرب الحوض العام فكبسه إنسان وبنى عليه حوانيت فللقاضي أن يأخذ أجر مثل الارض ويصرفه إلى حوض آخر من تلك القرية اه. قوله: (ومن بنى سقاية أو خانا أو رباطا أو مقبرة لم يزل ملكه

عنه حتى يحكم به حاكم) يعني عند أبي حنيفة لانه لم ينقطع عنه حق العبد ألا ترى أن له أن ينتفع به ويسكن في الخان
***
[٤٢٥]
وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الاضافة إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم. وعند أبي يوسف يزول ملكه بالقول كما هو أصله إذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم. وفي فتاوى قاضيخان: ونأخذ في ذلك بقول أبي يوسف. وعند محمد إذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه، ويكتفي بالواحد لتعذر فعل الجنس كله. وعلى هذا البئر والحوض ولو سلم إلى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه، وأما في المسجد فقدمنا الخلاف فيما إذا سلمه إلى المتولي. والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولي له عرفا، وقد قيل: إنه بمزلة السقاية والخان فيصح التسليم إلى المتولي لانه لو نصب المتولي يصح وإن كان على خلاف العادة. ولو جعل دارا له بمكة سكنى لحاج بيت الله الحرام والمعتمرين أو جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين أو جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها لما بينا إلا أن في الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء، وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الفقير والغني. والفارق هو العرف بين الفصلين، فإن أهل العرف يريدون بذلك في الغلة للفقراء، وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء، ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في النزول والشرب والغني لا يحتاج إلى صرف هذه الغلة لغناه، كذا في الهداية. وبما قررناه علم أن اقتصار المصنف على حكم الحاكم ليس بجيد لان الاضافة إلى ما بعد الموت كالحكم وهي وصية فلا تلزم إلا بعد الموت وله الرجوع عنها في حياته كما في فتح القدير. وظاهر قول المصنف أن له الرجوع في المقيرة قبل الحكم وبعد الدفن بها على قول الامام. وفي فتح القدير: ثم روى الحسن عنه أنه إذا رجع بعد الدفن لا يرجع في المحل الذي دفن فيه ويرجع فيما سواه، ثم إذا رجع في المقبرة بعد الدفن لا ينبشها لان النبش حرام ولكن يسوي ويزرع وهذا على غير رواية الحسن
***
[٤٢٦]
والفتوى في ذلك كله على خلاف قولة أبي حنيفة للتعامل المتوارث. هذا وتفارق المقبرة غيرها بأنه لو كان في المقبرة أشجار وقت الوقف كان للورثة أن يقطعوها لان موضعها لم يدخل في الوقف لانه مشغول بها كما لو جعل داره مقبرة لا يدخل موضع البناء في الوقف بخلاف غير المقبرة فإن الاشجار والبناء إذا كانت في عقار وقفه دخلت في الوقف تبعا، ولو نبتت فيها بعد الوقف إن علم غارسها كانت للغارس، وإن لم يعلم فالرأي فيها إلى القاضي إن رأى بيعها وصرف ثمنها على عمارة المقبرة فله ذلك ويكون في الحكم كأنه وقف، ولو كانت قبل الوقف لكن الارض موات ليس لها مالك فاتخذها أهل القرية مقبرة فالاشجار على ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة، ولو بنى رجل بيتا في المقبرة لحفظ اللبن ونحوه إن كان في الارض سعة جاز وإن لم يرض بذلك أهل المقبرة لكن إذا احتيج إلى ذلك المكان يرفع البناء ليقبر فيه. ومن حفر لنفسه قبرا فلغيره أن يقبر فيه وإن كان في الارض سعة إلا أن الاولى أن لا يوحشه إن كان فيه سعة كمن بسط سجادة في المسجد أو نزل في الرباط فجاء آخر لا ينبغي أن يوحش الاول إن كان في المكان سعة. وذكر الناطقي أنه يضمن قيمة الحفر ليجمع بين الحقين. ولا يجوز لاهل القرية الانتفاع بالمقبرة الدائرة فلو كان فيها حشيش يحش ويرسل إلى الدواب ولا ترسل الدواب فيها اه‍. وفي الخانية: امرأة جعلت قطعة أرض مقبرة وأخرجتها من يدها ودفن فيها ابنها وهذه الارض غير صالحة للقبر لغلبة الماء عليها. قال الفقيه أبو جعفر: إن كانت الارض بحال يرغب الناس عن دفن الموتى فيها لفسادها لم تصر مقبرة وكان للمرأة أن تبيعها، وإذا باعت كان للمشتري أن يرفع الميت عنها أو يأمر برفع الميت عنها، ولو جعل أرضه مقبرة أو خانا للغلة أو مسكنا سقط الخراج عنه إن كانت خراجية، وقيل لا تسقط والصحيح هو الاول. ولو بنى رباطا على أن يكون في يده ما دام حيا قال أبو القاسم: يقر في يده ما لم يستوجب الاخراج عن يده. قوم عمروا أرض موات على شط جيحون وكان السلطان يأخذ العشر منهم لان على قول محمد ماء الجيحون ليس ماء الخراج وبقرب ذلك رباط فقام متولي الرباط إلى السلطان فأطلق السلطان له ذلك العشر هل

يكون للمتولي أن يصرف ذلك العشر إلى مؤذن يؤذن في هذا الرباط يستعين بهذا على طعامه وكسوته هل يجوز له ذلك؟ وهل يكون للمؤذن أن يأخذ ذلك العشر الذي أباح السلطان للرباط؟ قال الفقيه أبو جعفر: لو كان المؤذن محتاجا يطيب له ولا ينبغي له أن يصرف ذلك العشر إلى عمارة الرباط وإنما يصرف إلى

***

[٤٢٧]

الفقراء لا غير، ولو صرف إلى المحتاجين ثم إنهم أنفقوا في عمارة الرباط جاز ويكون ذلك حسنا. رباط على بابه قنطرة على نهر عظيم خربت القنطرة ولا يمكن الوصول إلى الرباط إلا بمجاوزة النهر وبدون القنطرة لا يمكن المجاوزة، هل تجوز عمارة القنطرة بغلة الرباط؟ قال الفقيه أبو جعفر: إن كان الواقف وقف على مصالح الرباط لا بأس به وإلا فلا، لان الرباط للعامة والقنطرة كذلك. متولي الرباط إذا صرف فضل غلة الرباط في حاجة نفسه قرضا لا ينبغي له أن يفعل ولو فعل ثم أنفق من مال نفسه في الرباط رجوت له أن يبرأ، وإن أقرض ليكون أحرز من الامساك عنده قال: رجوت أن يكون واسعا له ذلك. رباط استغنى عنه المارة وبقربه رباط آخر قال الفقيه أبو جعفر: تصرف غلة الرباط الاول إلى الرباط الثاني، وإن لم يكن بقربه رباط يعود الوقف إلى ورثة من بني الرباط. رجل أوصى بثلث ماله للرباط فإلى من يصرف قال الفقيه أبو جعفر: إن كان هناك دلالة أنه أراد به المقيمين يصرف إليهم وإلا يصرف إلى عمارة الرباط اه. وفي المصباح: السقاية بالكسر الموضع يتخذ لسقي الناس، والرباط اسم من رابط مرابطة من باب قاتل إذا لازم ثغر العدو، والرباط الذي يبنى للفقراء مولد ويجمع في القياس ربط بضمتين ورباطات. وفي المجتبى: اتخذ مشرعة أو مكتبا لا يتم حتى يشرع فيها إنسان أو يقرأ فيها إنسان. وقال أبو يوسف: الاشهاد في ذلك كله يكفي ولا بأس أن يشرب من الحوض والبئر ويسقي دابته ويتوضأ منه، وفي التوضئ من السقاية إذا اتخذها للشرب اختلاف المشايخ. ولو اتخذها للتوضؤ لا يجوز الشرب منه بالاجماع، وفي الاستقاء من السقاية واسقاء الدواب اختلاف والاصح أنه لا يجوز إلا الاستقاء للشرب إذا كان قليلا لانه في معنى الشرب. والاصح عدم جواز أخذ الجمد إلى بيته لان الجمد لتبريد ماء السقاية لا للاخذ. مقبرة للمشركين أراد أن يتخذها مقبرة للمسلمين لا بأس به إن كانت قد اندرست آثارهم، فإن بقي شئ من عظامهم تنبش وتقبر ثم تجعل مقبرة للمسلمين فإن موضع رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مقبرة للمشركين فنبشه واتخذه مسجدا. استغنى عن مسجد لا يجوز اتخاذه مقبرة، ولو وقف أرضا على المقبرة أو على صوفي خانه بشرائطه لا يصح اه. وفي الظهيرية: وإذا اشترى الرجل موضعا وجعله طريقا للمسلمين وأشهد عليه صح، ويشترط لاتمامه مرور واحد من المسلمين على قول من يشترط التسليم في الاوقاف. وفي النوادر عن أبي حنيفة أنه أجاز وقف المقابر والطرق. قال هلال: وكذلك القنطرة يتخذها الرجل للمسلمين ويتطرقون فيها لا يكون بناؤها ميراثا للورثة وقد صار وقفا، ودلت المسألة على جواز وقف البناء. وفي القنية: صغير كان يأخذ من السقاية ماء لاصلاح الدواة أو قصعة للشرب ثم بلغ فندم لا يكفيه الندم بل يرد الضمان إلى القيم، ولا يجزيه صب مثله في السقاية أخذ من السقاية ماء مرة بعد أخرى حتى بلغ جرة مثلا وكان القيم قد صب في تلك السقاية خمسين جرة فصب هو جرة قضاء للحق بعد إذن القيم صار ضامنا للكل. دار موقوفة

***

[٤٢٨]

للماء والجمد ليس للقيم أن يشتري من غلتها خابية ليسقي الماء. وقف أرضا على أن يدفن فيها أقرباءه فإذا انقطعوا فآخره للفقراء ودفن فيها من أقربائه حال حياته صح الوقف، ولو وقف مقبرة أو خانا بعد موته فلوارثه أن يدفن فيها أن ينزل فيه اه. قوله: (وإن جعل شئ من الطريق مسجدا صح كعكسه) يعني إذا بنى قوم مسجدا واحتاجوا إلى مكان ليتسع فأدخلوا شيئا من الطريق ليتسع المسجد وكان ذلك لا يضر بأصحاب الطريق جاز ذلك، وكذا إذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ أرضه بالقيمة كرها لما روي عن الصحابة رضي الله عنهم لما ضاق المسجد الحرام أخذوا أرضين بكره من أصحابها بالقيمة وزادوا في المسجد الحرام. ومعنى قوله كعكسه أنه إذا جعل في المسجد ممرا فإنه يجوز لتعارف أهل الامصار في الجوامع وجاز لكل أحد أن يمر فيه حتى الكافر إلا الجنب والحائض والنفساء لما عرف في موضعه، وليس لهم أن يدخلوا فيه الدواب، كذا ذكره الشارح رحمه الله. وفي الخانية: طريق للعامة وهي واسع فبنى فيه أهل المحلة مسجدا للعامة ولا يضر ذلك بالطريق قالوا: لا بأس به، وهكذا روي عن أبي حنيفة ومحمد لان الطريق للمسلمين

والمسجد لهم أيضا، وإن أراد أهل المحلة أن يدخلوا شيئا من الطريق في دورهم وذلك لا يضر بالطريق لا يكون لهم ذلك. ولاهل المحلة تحويل باب المسجد من موضع إلى موضع آخر. قوم بنوا مسجدا واحتاجوا إلى مكان ليتسع المسجد فأخذوا من الطريق وأدخلوه في المسجد إن كان ذلك يضر بالطريق لا يجوز وإلا فلا بأس به، ولو ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ أرضه بالقيمة كرها، ولو كان بجنب المسجد أرض وقف على المسجد فأرادوا أن يزيدوا شيئا في المسجد من الارض جاز ذلك بأمر القاضي اه. وقدمنا حكم ما إذا أمر السلطان بزيادة المسجد من الطريق والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

***

[٤٢٩]

كتاب البيع قدمنا في الطهارة أن المشروعا ت أربعة: حقوق الله تعالى خالصة، وحقوق العباد خالصة، وما اجتمعا وغلب حق الله تعالى، وما اجتمعا وغلب حق العبد. وقدم الاول لانه المقصود من خلق الثقلين، ثم شرع في المعاملات فبدأ بالنكاح وما يتبعه لما فيه من معنى العبادة، وذكر العتاق لمناسبة الطلاق في الاسقاط، ثم الايمان لمناسبتها لكليهما، ثم الحدود لمناسبتها لليمين من جهة الكفارة فإنها دائرة بين العبادة والعقوبة والحدود عقوبات، ثم ذكر السير بعدها للاشتراك في المقصود وهو اخلاء العالم عن الفساد. وقدم الاول لانه معاملة مع المسلمين، والثاني مع الكفار، ثم اللقيط للاشتراك في كون النفوس عرضة للفوات، ثم اللقطة للاشتراك في كون الاموال كذلك، وكذا في الاباق والمفقود، ثم ذكر الشركة لان المال لما كان فيها أمانة في يد الشريك كان بعرضية التوى، ثم الوقف بعدها للاشتراك في استيفاء الاصل مع الانتفاع بالزيادة، ثم البيوع لان الوقف إزالة الملك لا إلى مالك وفي البيوع إليه فكان الوقف بمنزلة البسيط والبيع كالمركب. والكلام فيه يقع في عشرة واضع: الاول في معناه لغة وشريعة فالمقصود مقابلة شئ بشئ سواء كان مالا أو لا ولذا قال تعالى * (وشروه بثمن بخس دراهم معدودة) * (يوسف: ٢٠) كما في المحيط. وقال في المصباح: باعه يبيعه بيعا ومبيعا فهو بائع، وبيع والبيع من الاضداد مثل الشراء، ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع لكن إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة، ويطلق البيع على المبيع فيقال بيع جيد ويجمع على بيوع وأبعته بالالف لغة. قال ابن القطاع: وبعت زيدا الدار يتعدى إلى مفعولين، وقد تدخل من على المفعول الاول على وجه التأكيد فيقال بعت من زيد الدار، وربما دخلت الام مكان من فيقال بعتك الشئ وبعت لك فهي زائدة. وابتاع زيد

***

[٤٣٠]

الدار بمعنى اشتراها وباع عليه القاضي أي من غير رضاه. وفي الحديث لا يبع أحدكم (١) أي لا يشتري لان النهي فيه على المشتري لا على البائع بدليل رواية البخاري لا يبتاع أحدكم (٢) ويريد يحرم سوم الرجل على سوم أخيه. والاصل في البيع مبادلة مال بمال لقولهم بيع رابح وبيع خاسر وذلك حقيقة في وصف الاعيان لكنه أطلق على العقد مجازا لانه سبب التمليك والتملك. وقولهم صح البيع أو بطل أي صيغته لكنه لما حذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه وهو مذكر أسند الفعل إليه اه. وفي القاموس: باعه يبيعه بيعا أو مبيعا والقياس مباعا إذا باعه وإذا اشتراه ضد وهو مبيع ومبيوع وبيع الشئ قد تضم باؤه فيقال بوع اه. وفي الشريعة ما ذكره المصنف رحمه الله تعالى بقوله: (هو مبادلة المال بالمال بالتراضي) من استبدلت الثوب بغيره أو بدلت الثوب بغيره أبدله من باب قتل، كذا في المصباح. وفي المعراج ما يدل على أنها بمعنى التمليك لان بعضهم زاد على جهة التمليك فقال فيه لا حاجة إليه لان المبادلة تدل عليه. والمال في اللغة ما ملكته من شئ والجمع أموال، كذا في القاموس. وفي الكشف الكبير: المال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، والمالية إنما ثبت بتمول الناس كافة أو بتقوم البعض والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع له شرعا فما يكون مباح الانتفاع بدون تمول الناس لا يكون مالا كحبة حنطة، وما يكون مالا بين الناس ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون متقوما كالخمر، وإذا عدم الامران لم يثبت واحد منهما كالدم اه. وصرح في المحيط بأن الخمر ليس بمال وأن العقد عليه لم ينعقد بخلاف ما

***

[٤٣١]

لو باع شيئا بخمر فإنه ينعقد في ذلك الشئ بالقيمة وسيأتي بيانه إن شاء الله. وفي الحاوي القدسي: المال اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار، والعبد وإن كان فيه معنى المالية ولكنه ليس بمال حقيقة حتى لا يجوز

قتله وإهلاكه اهـ. وفي شرح الوقاية: لم يقل على سبيل التراضي ليشمل مالا يكون بتراض كبيع المكره فإنه ينعقد اهـ. وأجاب عنه في شرح النقاية بأن من ذكره أراد تعريف البيع النافذ ومن تركه أراد تعريف البيع مطلقا، نافذا كان أو غير نافذ. وأقول: بيع المكره فاسد موقوف لا أنه موقوف فقط كبيع الفضولي كما يفهم من كلامه. وقد عرفه فخر الاسلام بأنه في اللغة والشريعة المبادلة وزيد فيها التراضي. ورده في فتح القدير بأنه إذا فقد الرضا لا يسمى في اللغة بيعا بل غصبا ولو أعطاه شيئا آخر مكانه. وعرفه في البدائع بأنه مبادلة شئ مرغوب فيه بشئ مرغوب فيه وذلك قد يكون بالقول وقد يكون بالفعل، فالاول الايجاب والقبول والثاني التعاطي اهـ. وبهذا ظهر أنه لا منافاة بين قولهم إن معناه المبادلة وبين قولهم إن ركنه الايجاب والقبول. وما في المستصفى من أنه معنى شرعي يظهر أثره في المحل عند الايجاب والقبول فرده في فتح القدير بأنه نفس حكمه وهو الملك فإنه القدرة على التصرف ابتداء إلا لمانع نخرج بالابتداء قدرة الوكيل والوصي والمتولي، وبقولنا إلا لمانع المبيع المنقول قبل القبض،
***
[٤٣٢]
فإن عدم القدرة على بيعه لمانع النهي. وفي الحاوي: المالك الاختصاص الحاجز وأنه حكم الاستيلاء لانه به ثبت لا غير إذ المملوك لا يملك لان اجتماع الملكين في محل واحد محال فلا بد وأن يكون المحل الذي ثبت الملك فيه خاليا عن الملك، والخالي عن الملك هو المباح، والمثبت للملك في المباح الاستيلاء لا غير وهو طريق الملك في جميع الاموال لان الاصل الاباحة فيها، وبالبيع والهبة ونحوهما ينتقل الملك الحاصل بالاستيلاء إليه، فمن شرط البيع شغل المبيع بالملك حالة البيع حتى لم يصح في مباح قبل الاستيلاء، ومن شرط الاستيلاء خلو المحل عن الملك وقته وبالارث والوصية تحصل الخلافة عن الميت حتى كأنه حي لا الانتقال حتى ملك الوارث الرد بالعيب دون المشتري فالاسباب ثلاثة: مثبت للملك وهو الاستيلاء، وناقل للملك وهو البيع ونحوه، وخلافة وهو الميراث والوصية. وما أريد لاجله حكم التصرف حكمة وثمرة، فحكم البيع الملك، وحكمته إطلاق الانتفاع والعقود تبطل إذا خلت عن الاحكام ولا تبطل بخلوها عن الحكم اهـ. ومما ظهرت فيه فائدة الخلافة جواز إقالة الوارث والموصى له، ومنها الخصومة في إثبات الدين كما في دعوى البزازية. وعرفه في الايضاح بأنه عقد متضمن مبادلة مال بمال ولا حاجة إلى زيادته شرعا لما سمعت من أن المبادلة تكون بالقول وبالفعل، وإنما زاد لما قدمناه عن المصباح أن المبادلة حقيقة للاعيان وللعقد مجاز. ثم اعلم أن البيع وإن كان مبناه على البدلين لكن الاصل فيه المبيع دون الثمن ولذا تشترط القدرة على المبيع دون الثمن وينفسخ بهلاك المبيع دون الثمن. وأما ركنه ففي البدائع: ركنه المبادلة المذكورة وهو معنى ما في فتح القدير من أن ركنه الايجاب والقبول الدالان على التبادل أو ما يقوم مقامهما من التعاطي، فركن الفعل الدال على الرضا بتبادل الملكين من قول أو فعل. وأما شرائطه فأنواع أربعة: شرط انعقاد، وشرط صحة، وشرط نفاذ، وشرط لزوم. فالاول أربعة أنواع في العاقد وفي نفس العقد وفي مكان العقد وفي المعقود عليه. فشرائط العاقد: العقل فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل. والعدد في العاقد فلا ينعقد بالوكيل من الجانبين إلا في الاب ووصيه والقاضي فإنه يتولى الطرفين في مال الصغير إذا باعوا أموالهم منه أو اشتروا بشرط أن يكون فيه نفع ظاهر لليتيم في الوصي. وزاد في المعراج شراء العبد نفسه من مولاه بأمره، وأما القاضي فإنه لا يعقد لنفسه لان فعله قضاء وقضاؤه لنفسه لا يجوز، كذا في الخزانة وغيرها وهو مخالف لما في البدائع. وفي الخانية من الوكالة الواحد لا يتولى العقد من الجانبين إلا في الاب فإنه يكتفي بلفظ واحد. وقال خواهر زاده: هذا إذا أتى بلفظ يكون أصيلا في ذلك اللفظ بأن قال بعت
***
[٤٣٣]
هذا من ولدي فيكتفي به، وأما إذا أتى بلفظ لا يكون أصلا فيه بأن قال اشتريت هذا المال لولدي لا يكتفى بقوله اشتريت ولا بد أن يقول بعت وهو في الوجهين يتولى العقد من الجانبين. ومنها الوصي لنفسه، ومنها الوصي يبيع للقاضي، ومنها العبد يشتري نفسه من مولاه بأمره اهـ. فيحمل ما في البدائع على أن القاضي باع مال يتيم من آخر أو اشترى توفيقا بينه وبين ما في الخزانة. وفي البزازية: ولو أمر إنسان الوصي أن يشتري له مال اليتيم فاشترى لم يجز بخلاف ما إذا اشترى لنفسه مع النفع. وفي وصايا الخانية فسر شمس الائمة السرخسي الخيرية فقال: إذا اشترى الوصي مال اليتيم لنفسه ما يساوي عشرة بخمسة عشر يكون خيرا لليتيم، وإذا باع مال نفسه من

اليتيم ما يساوي خمسة عشر بعشرة كان خيرا لليتيم. وقال بعضهم: إن باع ما يساوي عشرة بثمانية أو اشترى ما يساوي ثمانية بعشرة كان خيرا لليتيم، والوكيل بالبيع أو بالشراء إذا اشترى لنفسه أو باع مال الموكل لم يجز عندهم جميعا، سواء كان شرا أو خيرا، وفي الاب لا يشترط أن يكون خيرا اهـ. وإلا في الرسول من الجانبين. وليس من شرائط العاقد البلوغ فانعقد بيع الصبي وشراؤه موقوفا على إجارة وليه إن كان شراؤه لنفسه، ونافذا بلا عهدة عليه إن كان لغيره. وليس من شرائطه الحرية فانعقد بيع العبد كالصبي في النوعين، وليس منه الاسلام والنطق والصحو. وأما شرط العقد فموافقة القبول للايجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع بما أوجبه فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لم ينعقد لتفرق الصفقة، وأنه لا يجوز إلا في الشفعة بأن باع عبدا وعقارا فطلب الشفيع أخذ العقار وحده فله ذلك وإن تفرقت الصفقة على البائع كما في الفتاوي الولوالجية من الشفعة وستأتي تفاريعه إلا فيما إذا كان الايجاب من المشتري فقبل البائع بأنقص من الثمن أو كان من البائع فقيل المشتري بأزيد انعقد، فإن قبل البائع الزيادة في المجلس جازت كما في التتارخانية. وفي الآلة أن تكون بلفظ الماضي إن عقد بالقول، كذا في البدائع. وأما شرط مكانه فواحد وهو اتحاد المجلس بأن كان الايجاب والقبول في مجلس واحد، فإن اختلف لم ينعقد. وأما شرائط المعقود عليه فأن يكون موجودا مالا متقوما مملوكا في نفسه، وأن يكون ملك البائع فيما يبيعه لنفسه، وأن يكون مقدور التسليم فلم ينعقد بيع المعدوم وماله خطر

***

[٤٣٤]

العدم كنتاج النتاج والحمل واللبن في الضرع، والثمر والزرع قبل الظهور، والبزر في البطيخ، والنوى في التمر، واللحم في الشاة الحية، والشحم والالية فيها وأكارعها ورأسها، والسجير في السمسم، وهذا الفص على أنه ياقوت فإذا هو زجاج، أو هذا الثوب الهروي فإذا هو مروي، أو هذا العبد فإذا هو جارية، أو دار على أن بناءها أجر فإذا هو لبن، أو ثوب على أنه مصبوغ بعصفر فإذا هو بزعفران، أو هو حنطة في جوالق فإذا هي دقيق، أو دقيق فإذا هي خبز، أو هذا الثوب القز فإذا لحمته من ملحم ولو كان سداه من قز، وصح لو كان عكسه مع الخيار إذا اللحمة هي الاصل، أو هذا الثوب على أن ظهارته وبطانته وحشوه من كذا فإذا الظهارة من غير المعين بخلاف ما إذا كانت البطانة من غير المعين فإنه ينعقد مع الخيار. ومما تسامحوا فيه وأخرجوه عن هذه القاعدة ما في القنية: الاشياء التي تؤخذ من البياع على وجه الخرج كما هو العادة من غير بيع كالعدس والملح والزيت ونحوها ثم اشتراها بعد ما انعدمت صح اهـ. فيجوز بيع المعدوم هنا. ولم ينعقد بيع ما ليس بمال متقوم كبيع الحر والمدبر المطلق وأم الولد والمكاتب ومعتق البعض وأولادهم إلا ولد المكاتب المشتري في كتابته والميتة والدم وذبيحة المجوسي والمرتد والمشرك والصبي الذي لا يعقل والمجنون ومذبوح صيد المحرم، سواء كان من الحل أو الحرم، ومذبوح صيد الحرم وصيد المحرم إلا بيع وكيله، وجلد الميتة قبل الدبغ، وجلد الخنزير مطلقا وعظمه وشعره وعصبه على الصحيح كشعر الآدمي وعظمه، وفي عظم الكلب روايتان. ولم ينعقد بيع الخمر والخنزير في حق المسلم، وأما في حق الذمي فينعقد ولكن اختلفوا في كونه مباحا له أو محرما والصحيح الثاني كما في البدائع لكونهم بتمولونها. وإن تبايعا ثم أسلم أحدهما قبل القبض انفسخ البيع، ولو تقارضا ثم أسلم المقرض فلا شئ له من الخمر، وإن أسلم المستقرض كان عليه القيمة في رواية، وفي أخرى كالاول. ولم ينعقد بيع النحل ودود القز إلا تبعا، ولا بيع العذرة الخالصة بخلاف السرقين والمخلوطة بتراب، وكذا بيع آلات الملاهي عندهما خلافا للامام، ولم ينعقد بيع الملاقيح والمضامين وعسب الفحل ولبن المرأة، وفي التلويح: المتقوم ما يجب ابقاؤه بعينه

***

[٤٣٥]

أو بمثله أو بقيمته، والخمر يجب اجتنابها بالنص فلم تكن متقومة اهـ. وفي القنية: أدنى القيمة التي تشترط لجواز البيع فلس ولو كانت كسرة خبز لا يجوز شراء البرآت التي يكتبها الديوان على العمال لا يصح. قيل له: أئمة بخاري جوزوا بيع حظوظ الائمة. قال: لان مال الوقف قائم ثمة ولا كذلك هنا ا هـ. فعلى هذا يجوز للمستحق في المدارس بيع خبزه قبل قبضه من المشرف بخلاف الجندي إذا باع الشعير المعين لعلف دابته قبل قبضه. وخرج بالمملوك بيع الكلا ولو في أرض مملوكة له، والماء في نهره أو في بئره، وبيع الصيد والحطب والحشيش قبل الاحراز، وبيع أرض مكة عند الامام، وأرض أحياها بغير إذن الامام عند الامام، وحوانيت السوق التي عليها غلة

للسلطان لعدم الملك لان السلطان إنما أذن لهم في البناء ولم يجعل البقعة لهم كما في البدائع. وفي القنية: حفر موضعا من المعدن ثم باع تلك الحفيرة أو أجرها لا يصح لانه إنما ملك من المعدن ما يخرج ويؤخذ وما بقي فيه بقي على الاباحة. قال رضي الله تعالى عنه: وهذه رواية في واقعة بلغتني عن بعض المفتين المجازفين أنه أفتى فيمن حفر في جبل حجرا يتخذ منه القدور ثم مات ونحت غيره منه قدورا بأن لورثة الحافر المنع تاب الله عليه وعلينا وهداه وإيانا، والصواب ليس لهم المنع لان الحجر الباقي وإن ظهر بحفره بقي على أصل الاباحة اه. وخرج بقولنا وأن يكون ملكا للبائع ما ليس كذلك فلم ينعقد بيع ما ليس بمملوك له وإن ملكه بعده إلا السلم، والمغصوب لو باعه الغاصب ثم ضمن الغاصب قيمته نفذ بيعه لاستناد الملك إلى وقت البيع فتبين أنه باع ملك نفسه. وقلنا فيما يبيعه لنفسه ليخرج النائب والفضولي فالاول نافذ والثاني منعقد موقوفا. وقلنا وأن يكون مقدور التسليم فلم ينعقد بيع معجوز التسليم عند البائع كبيع الآبق في ظاهر الرواية، فإن حضر احتيج إلى تجديد الركن قولا أو فعلا، وكذا بيع الطير في الهواء بعد أن كان في يده وطار، والسمك بعد الصيد، والالقاء في الحظيرة إذا كان لا يمكن أخذه إلا بصيد. ولا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين، ويجوز من المديون لعدم الحاجة إلى التسليم، ولم ينعقد بيع المغصوب من غير الغاصب إذا كان الغاصب منكرا له ولا بينة. وإلى هنا صارت شرائط الانعقاد أحد عشر، اثنان في العاقد، واثنان في العقد، وواحد في مكانه، وستة في المعقود عليه. وأما شرائط النفاذ فالملك أو الولاية فلم ينعقد بيع الفضولي عندنا، وأما شراؤه فنافذ كما سيأتي، والولاية إما بإنابة المالك أو الشارع. فالاول الوكالة والثاني ولاية الاب ومن قام

***

[٤٣٦]

مقامه بشرط إسلام الولي وحريته وعقله وبلوغه وصغر المولى عليه. وأولى الاولياء في المال الاب ثم وصيه ثم وصي وصيه ثم الجد أبو الأب ثم وصيه ثم وصي وصيه ثم القاضي ثم من نصبه القاضي، وليس لمن سواهم ولاية في المال من الام والاخ والعم، ولوصيهم ولاية بيع المنقول للحفظ والعقار لقضاء دين الميت خاصة وليس له التصرف. وأما وصي المكاتب فلا يملك الاقضاء دين المكاتب فيبيع له ولا يملك بعده إلا الحفظ في رواية الزيادات، وفي رواية كتاب القسمة جعله كوصي الاب. هذا إذا مات قبل الاداء، وأما بعده فوصيه كوصي الاحرار فانعقد بيع الصبي العاقل عندنا موقوفا إن كان محجورا، ونافذا إن كان مأذونا. الثاني أن لا يكون في المبيع حق لغير البائع، فإن كان لا ينفذ كالمرهون والمستأجر واختلفت عبارات الكتب فيها ففي بعضها أنه فاسد، والصحيح أنه موقوف ويحمل الفساد على أنه لا حكم له ظاهرا وهو تفسير الموقوف عندنا، ويملكان الاجازة دون الفسخ ويفسخه المشتري إن لم يعلم به أولا، وأما بيع عبد وجب عليه قود فنافذ كبيع المرتد والجاني ومن وجب عليه حد. وأما شرائط الصحة فعامة وخاصة، فالعامة لكل بيع ما هو شرط الانعقاد لان ما لا ينعقد لم يصح ولا ينعكس فإن الفاسد عندنا منعقد نافذ إذا اتصل به القبض. ومنها أن لا يكون مؤقتا فإن أقته لم يصح بخلاف الاجارة فإن التأقيت شرطها. ومنها أن يكون المبيع معلوما والثمن معلوما علما يمنع من المنازعة فالمجهول جهالة مفضية إليها غير صحيح كشاة من هذا القطيع، وبيع الشئ بقيمته ويحكم فلان. ومنها خلوه عن شرط مفسد وهو أنواع شرط في وجوده غرر كاشتراط حمل البهيمة، واختلفت الروايات في اشتراط حمل الجارية، ورجح بعضهم أن الشارط له إن كان البائع صح وكان تبريا منه وإن كان المشتري ليتخذها ظئرا فسد. ومنه ما إذا اشترى كبشا على أنه نطاح، ومنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما وسيأتي تفصيله. ومنه شرط الاجل في المبيع المعين والثمن المعين وإنما يجوز في الدين. ومنه شرط خيار مؤبد، ومنه شرط خيار مؤقت مجهول، ومنه شرط خيار مطلق،

***

[٤٣٧]

ومنه شرط خيار مؤقت معلوم زائد على الثلاثة، ومنه استثناء حمل الجارية، ومنه الرضا ففسد بيع المكره وشراؤه، وكذا البيع تلجئة ويملك الاول بالقبض دون الثاني. ومنها الفائدة فبيع ما لا فائدة فيه وشراؤه فاسد، ففسد بيع درهم بدرهم استويا وزنا وصفة، كذا في الذخيرة. وأما الخاصة فمنها معلومية الاجل في البيع بثمن مؤجل ففسد إن كان مجهولا، ومنها القبض في بيع المشتري المنقول، وفي الدين فبيع الدين قبض قبل فاسد كالمسلم فيه، ورأس المال ولو بعد الاقالة، وبيع شئ بالدين الذي على فلان بخلاف ما إذا كان على

البائع. ومنها أن يكون البدل مسمى في أحد نوعي المبادلة وهي القولية، فإن سكت عنه فسد وملك بالقبض، وإن نفاه قيل فسد، وقيل بطل فلا يملك بالقبض. وفي التتمة: باعه بدين عليه وهما يعلمان أن لا دين عليه لم يصح. ومنها المماثلة بين البدلين في أموال الربا وسيأتي تفصيله في بابه. ومنها الخلو عن شبهة الربا، ومنها وجود شرائط السلم الآتية، ومنها القبض في الصرف قبل الافتراق، ومنها أن يكون الثمن الاول معلوما في بيع المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة. وأما شرائط اللزوم بعد الانعقاد والنفاذ فخلوه من الخيارات الاربعة المشهورة، ويزاد خيار الكمية وخيار الغبن إذا كان فيه غرور، وخيار استحقاق بعض المبيع القيمي مطلقا والمثلي قبل القبض، وخيار الخيانة في المرابحة، وخيار نقد الثمن وعدمه، وخيار كشف الحال، وخيار فوات وصف مرغوب فيه، وخيار إجازة بيع الفضولين وخيار هلاك بعض المبيع فهي ثلاثة

***

[٤٣٨]

عشر. وقد صارت جملة الشرائط ستة وسبعين، فشرائط الانعقاد أحد عشر، وشرائط النفاذ اثنان، وشرائط الصحة خمسة وعشرون، وشرط اللزوم واحد بعد اجتماع الكل، فعلى هذا شرائط اللزوم تسعة وثلاثون، والكل من غير تداخل ثمانية. وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل. وأما أحكامه فالاصلي له الملك في البدلين لكل منهما في بدل، وهو في اللغة القوة والقدرة، وشرعا ما قدمناه. والتابع وجوب تسليم المبيع والثمن ووجوب استبراء الجارية على المشتري وملك الاستمتاع بالجارية وثبوت الشفعة لو كان عقارا وعتق المبيع لو كان محرما من البائع. وأما صفة ذلك الحكم فاللزوم عند عدم خيار فليس لاحدهما فسخه فالبيع عند عدم الخيار من العقود اللازمة. والعقود ثلاثة: لازم من الطرفين وهو البيع والسلم والاجارة - وإن قلنا بفسخها بالاعذار - والصلح والحوالة والمساقاة والوصية بعد القبول بعد موت الموصي والنكاح والصداق والصدقة المقبوضة والهبة المقبوضة إذا وجد مانع من الموانع السبعة الآتية. ولازم من أحد الجانبين وهو الرهن فإنه لازم من جهة الراهن بعد التسليم دون المرتهن وجائز من الطرفين فلكل منهما فسخه وهو الشركة والوكالة والعارية لغير الراهن والمضاربة والوديعة والقضاء والوصاية قبل قبول الوصي، وأما بعده فلازمة والوصية قبل موت الموصي. وأما أنواعه فبالنظر إلى مطلق البيع أربعة: نافذ وموقوف وفاسد وباطل. فالنافذ ما أفاد الحكم للحال والموقوف ما أفاده عند الاجازة، والفاسد ما أفاده عند القبض، والباطل ما لم يفده أصلا، كذا في الحاوي وغيره وهو ظاهر في أن الموقوف ليس من الفاسد وإنما هو إما من قسم الصحيح أو قسم برأسه وهو ظاهر كلامهم وبالنظر إلى المبيع أربعة: مقايضة وهي بيع العين بالعين. وبيع الدين بالدين وهو الصرف، وبيع الدين بالعين وهو السلم وعكسه وهو بيع العين بالدين كأكثر البياعات. وبالنظر إلى الثمن خمسة: مرابحة وتولية وإشراك ووضيعة ومساومة. وستأتي البيوع المكروهة. وأما محاسنه فمنها التوصل إلى الاغراض وإخلاء العالم عن الفساد. وفي آخر بيوع البزازية قيل للامام محمد: ألا تصنف في الزهد؟ قال: حسبكم كتاب البيوع. وكان التجار في القديم إذا سافروا استصحبوا معهم فقيها يرجعون إليه. وعن أئمة خوارزم أنه لا بد للتاجر من فقيه صديق اه‍. قال الشمني

***

[٤٣٩]

رحمه الله تعالى: وقد صح عند أصحاب السير أن النبي صلى الله عليه وسلم أتجر لخديجة رضي الله تعالى عنها لكن قبل البعثة بخمسة عشر سنة فإنه بعث على رأس الاربعين وخرج تاجرا إلى الشام لخديجة رضي الله تعالى عنها لما بلغ خمسا وعشرين سنة قبل أن يتزوجها بشهرين وخمسة وعشرين يوما، وكان أبو بكر رضي الله تعالى عنه تاجرا في البز، وكان عمر رضي الله تعالى عنه في الطعام، وعثمان رضي الله تعالى عنه في التمر والبز، وعباس رضي الله عنه في العطر، ومن هنا قال أصحابنا: أفضل الكسب بعد الجهاد التجارة ثم الحراثة ثم الصناعة اه‍. وأما دليله فالكتاب والسنة والاجماع والمعقول وهو العاشر من مواضعه (فرع حسن) من خزانة الفتاوى بيع ما يساوي درهما بألف درهم في غير رواية الاصول يجوز ولا يلزم في قول أبي يوسف وقال محمد يكره اه‍. قوله: (البيع يلزم بإيجاب وقبول) أي حكم البيع يلزم بهما لانه جعلهما غيره وأنه يلزم بهما مع أن البيع ليس إلا هما لانهما ركناه على ما حققناه، وما قيل أنه معنى شرعي كما قدمناه فليس هو إلا الحكم فالمتحقق من الشرع ليس إلا ثبوت الحكم المعلوم من تبادل الملكين عند وجود الفعلين أعني الشطرين بوضعهما سببا له شرعا وليس هنا شئ ثالث، كذا حققه في فتح القدير. وقد يقال: لا حاجة إلى هذا التكلف إذ يصح الكلام بدونه

لان الانعقاد - كما في العناية - تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا. وفي البناية أنه انضمام كلام أحدهما للآخر على وجه يظهر أثره في المحل اه. وهو أمر ثالث غير الايجاب والقبول والبيع مجموع الثلاثة فصح التركيب. وفي شرح الوقاية من كتاب النكاح: فالعقد ربط أجزاء التصرف أي الايجاب والقبول شرعا لكن هنا أريد بالعقد الحاصل بالمصدر وهو الارتباط لكن النكاح الايجاب والقبول مع ذلك الارتباط. وإنما قلنا هذا لان الشرع يعتبر الايجاب والقبول أركان عقد النكاح لا أمورا خارجية كالشرائط ونحوها، وقد ذكرت في شرح التنقيح في فصل النهي كالبيع فإن الشرع يحكم بأن الايجاب والقبول الموجودين حسا يرتبطان ارتباطا حكميا فيحصل معنى شرعي يكون ملك المشتري أثرا له فذلك المعنى هو البيع، فالمراد بذلك المعنى المجموع المركب من الايجاب والقبول مع ذلك الارتباط للشئ لا أن البيع مجرد ذلك المعنى الشرعي والايجاب والقبول آلة له كما توهم البعض لان كونهما أركانا ينافي ذلك اه. وهو تقرير حسن. وقال في كتاب البيع: المبادلة علة صورية للبيع، والايجاب والقبول والتعاطي علة مادية، والمبادلة تكون بين اثنين فهي العلة الفاعلية وسكت عن العلة الغائية هنا وذكرها في النكاح وهي هنا الملك وثمة المصالح المتعلقة بالنكاح، وذكر الشمني أن المعنى أنه ينعقد بمجموع الايجاب والقبول اه. وفي القاموس: عقدت الحبل

***

[٤٤٠]

والعهد والبيع فانعقد اه. فإن قلت: فما معنى قولهم البيع ينعقد وكذا أمثاله فإن المعنى العقد ينعقد؟ قلت: المعنى العقد الشرعي الخاص يثبت بالايجاب والقبول. وفي القاموس: عقد الحبل والبيع والعهد يعقده شده. وفي تفسير الفخر الرازي: العقد وصل الشئ بالشئ على سبيل الاستثبات والاستحكام اه. وفي تفسير القاضي: وأصل العقد الجمع بين الشيئين بحيث يعسر الانفصال بينهما اه. والعقد شرعا على ما في التوضيح ربط القبول بالايجاب. وأما حمل كلام المستصفى على الحكم الذي هو الملك فليس بظاهر لانه قال: البيع عبارة عن أثر شرعي يظهر في المحل عند الايجاب والقبول حتى يكون العاقد قادرا على التصرف اه. ولا يصح حمله عليه لان الحكم لا يظهر عندهما إنما يظهر بهما عقيبهما لان حكم الشئ يعقبه، ولانه جعل القدرة على التصرف غاية لذلك الاثر والقدرة هي الملك فلا يصح أن يراد بذلك الاثر الملك لان المغيا غير الغاية فافهم هذا التقرير فإنه دقيق. والايجاب لغة الالتزام والاثبات، وفي الفقه في المعاملات ما يذكر أولا من كلام المتعاقدين الدال على الرضا، وسمي به لانه يثبت خيار القبول للآخر، وسواء وقع من البائع كبعت، أو من المشتري كأن يبدأ المشتري. والقبول في اللغة من قبلت العقد أقبله - من باب تعب - قبولا بالفتح، والضم لغة حكاها ابن الاعرابي، كذا في المصباح. وفي الفقه: اللفظ الصادر ثانيا الواقع جوابا للاول ولذا سمي قبولا، هكذا عرفه الجمهور وخالفهم في فتح القدير فعرفه بأنه الفعل الصادر ثانيا قال: وإنما قلنا بأنه الفعل الاعم منه ومن القبول فإن من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم فأكله تم البيع وأكله حلال، والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بمائة وألبسه بكذا رضا بالبيع، وكذا إذا قال بعته بألف فقبضه ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطي فإنه ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط، ففي جعل مسألة القبض بعد قوله بعتك بألف من صور التعاطي كما فعل بعضهم أي في غاية البيان نظر كما لا يخفى اه. ولا حاجة إلى تغيير كلام القوم وما ذكره من الفروع إنما هو من باب أن القبول يقوم مقامه فعل ولهذا قال في الخانية: يقوم القبض مقام القبول. وفي التتارخانية: اشتريت طعامك هذا بألف فتصدق به ففعل في المجلس ولم يتكلم جاز وإن تفرقا لا. وقيد اللزوم بالايجاب والقبول للاشارة إلى أن البائع إذا باع وقبل المشتري لا يحتاج بعدهما إلى إحازة البائع. قال في الذخيرة: ذكر محمد بن الحسن رحمه الله تعالى في كتاب الوكالة مسألة تدل

***

[٤٤١]

على أن من قال لغيره بعت منك هذا العبد بكذا فقال المشتري قبلت أن ا لبيع لا ينعقد بينهما ما لم يقل البائع بعد ذلك أجزت، وبه قال بعض المشايخ. وهذا لان البائع لما قال بعت منك فقد ملك العبد من المشتري فإذا قال المشتري اشتريت فقد تملك العبد وملكه الثمن فلا بد من إجازة البائع بعد ذلك ليملك الثمن، وعامة المشايخ على أنه لا يحتاج إلى إجازة البائع بعد ذلك اه. وهو الصحيح وهكذا روي عن محمد اه. وينبغي حفظه لغرابته ولانه إذا أوجب أحدهما فللآخر أن لا يقبل لانه لا يلزمه حكم العقد بدون رضاه، وللموجب أن يرجع لخلوه عن إبطال حق الغير لان الموجب أثبت له حق أن يتملك مع ثبوت حقيقة الملك له والحقيقة مقدمة على الحق، ولا

بد من سماع الآخر رجوع الموجب كما في التتارخانية. وفي التتمة: يصح الرجوع وإن لم يعلم به الآخر وإنما يمتد خيار القبول إلى آخر المجلس لكونه جامعا للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر وسيأتي بيان ما يبطله. وأشار باللزوم بهما إلى أنهما لو أقرا ببيع ولم يكن بينهما حقيقة لم ينعقد كما في الصيرفية، وإلى نفي خيار المجلس عندنا، ولولا هذه الاشارة لكان التعبير بالانعقاد تبعا للقوم أولى لان المترتب عليهما إنما هو الانعقاد، وأما اللزوم فموقوف على شرائط أخر مخصوصة كما في إيضاح الاصلاح. وأثبته الشافعي عملا بحديث البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعا البيعان بالخيار ما لم يتفرقا (١) وأوله أبو يوسف بتفرق الابدان بعد الايجاب قبل القبول، وأوله محمد تبعا لابراهيم النخعي بتفرق الاقوال بناء على أن المراد بالخيار فيه خيار القبول، واعتمده في الهداية بأن في الحديث إشارة إليه فإنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها، ويؤيده قوله تعالى * (وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته) * (النساء: ١٣١) فإن الفرقة تحصل بقولهما وإن داما جالسين، وهو مبني على أن اسم الفاعل حقيقة في الحال وفيه نظر، لان تسميتهما متبايعين قبل تمام العقد مجاز آخر، وإذا تعذر الحمل على الحقيقة تعين المجاز، وإذا تعارض المجازان فالاقرب إلى الحقيقة أولى، كذا في فتح الباري. وقال البيضاوي: ومن نفى خيار المجلس ارتكب مجازين، حمله التفرق على الاقوال، وحمله المتبايعين على المتساومين. وأيضا فكلام الشارع يصان عن الحمل عليه لانه يصير التقدير أن المتساومين إن شاآ عقدا وإن شاآ لم يعقدا وهو تحصيل الحاصل اه. وقد استدل في البناية بقوله تعالى * (أوفوا بالعقود) * (المائدة: ١) والبيع عقد فيجب الوفاء به، وبقوله تعالى * (واشهدوا إذا تبايعتم) *

***

[٤٤٢]

(البقرة: ٢٨٢) أمر بالاشهاد للتوثق، فلو كان له الخيار لم يكن له معنى. وبقوله عليه الصلاة والسلام لحبان بن منقذ إذا بايعت فقل لا خلابة (١) ولو كان له خيار لم يحتج إليه اه. وفيه نظر لجواز أن يكون الكل بعد الافتراق لا قبله. ورجح عيسى بن أبان الاول بأن المعهود في الشرع أن الفرقة بالبدن موجبة للفساد كما في الصرف حال القبض. واختلف المتأخرون في معنى التفرق بالاقوال ففي المستصفى وفتح القدير: وهو أن يقول الآخر بعد الايجاب لا أقبل فالتفرق رد القول الاول كتفرق بني إسرائيل اثنين وسبعين فرقة بمعنى اختلاف عقائدهم. وفي غاية البيان: هو قبول الآخر بعد الايجاب فإذا قبله فقد تفرقا وانقطع الخيار كتفرق الزوجين. فعلى الاول إذا وجد التفرق لم يبق البيع أصلا، وعلى الثاني لم يبق الخيار ولزم البيع، وقد فهم الراوي - أعني ابن عمر رضي الله عنهما - خيار المجلس من الحديث فكان كما رواه البخاري إذا اشترى شيئا يعجبه فارق صاحبه لكن تأويل الراوي لا يكون حجة عندنا على غيره. وفي فتح الباري عن ابن حمر أن خيار المجلس ثابت بهذا الحديث، سواء قلنا التفرق بالكلام أو بالابدان. فإن قلنا بالابدان فواضح، وكذا إن قلنا بالاقوال لان قول أحدهما بعتكه بعشرة وقول الآخر لا بل بعشرين افتراق في الكلام بخلاف ما لو قال اشتريته بعشرة فإنهما متوافقان فيتعين ثبوت الخيار لهما. فعلى هذا إذا وجد التفرق انقطع البيع لا أنه ينقطع الخيار، وظاهر الحديث انقطاع الخيار به مع بقاء العقد، وإذا احتمل فلم يبق حجة على معين وقد روى البخاري رواية أخرى عن ابن عمر مرفوعا إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا أو يخير أحدهما الآخر وكانا جميعا، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع (٢) وهو ظاهر في انفساخ البيع بفسخ أحدهما. قال الخطابي رحمه الله تعالى: هو أوضح شئ في ثبوت خيار المجلس مبطل لكل تأويل مخالف لظاهر الحديث. وكذلك قوله في آخره وإن تفرقا بعد أن تبايعا فيه البيان الواضح على أن التفرق بالابدان، ولو كان معناه بالقول لخلا الحديث عن الفائدة، كذا في فتح الباري. وأطلق في الايجاب والقبول ولم يقيدهما بالماضي كما في الهداية لان التحقيق أنه لا يتقيد بذلك لانعقاده بكل لفظين ينبئان عن معنى التملك والتمليك ماضيين أو حالين كما في الخانية لكن ينعقد بالماضي بلا نية، وبالمضارع بها على الاصح، كذا في البدائع. وإنما احتيج إليها مع كونه حقيقة للحال عندنا على الاصح لغلبة استعماله في الاستقبال حقيقة أو مجازا، كذا في البدائع

***

[٤٤٣]

وهو المراد بقول بعضهم إنه ينعقد في المستقبل بالنية. وفي القنية: إنما يحتاج إلى النية إذا لم يكن أهل البلد يستعملون المضارع للحال

لا للوعد والاستقبال، فإن كان كذلك كأهل خوارزم لا يحتاج إليها، وإنما قيده به في الهداية لاخراج المستقبل فقط أمرا أو مضارعا مبدوأ بالسين أو سوف كما في الخانية ما لم يؤد معناهما فيقال: إن دل الامر على المعنى المذكور انقد به كخذه بكذا فقال أخذته فإنه كالماضي يستدعي سابقة البيع إلا أن استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذه بطريق الاقتضاء كما لو قال بعتك فخذ عبدي هذا بألف فقال فهو حر عتق وثبت اشتريت اقتضاء ويصير قابضا بخلاف ما لو قال وهو حر فلا يعتق كقوله هو حر. وفي الخانية: لو قال بعد الايجاب أنا آخذه لا يكون بيعا، ولو قال أخذته جاز، ولو قال لقصاب زن من هذا اللحم كذا بدرهم ففعل لا يكون بيعا وكان للآمر الامتناع من أخذه، ولو قال زن لي من موضع كذا من هذا اللحم بكذا درهما فوزنه من ذلك الموضع كان بيعا وليس له الامتناع اهـ. وبهذا علم أن ما في الحاوي القدسي من أن المضي منهما شرط في كل عقد إلا النكاح تساهل. والحاصل كما في الهداية أن المعتبر في هذه العقود هو المعنى ألا ترى إلى ما قالوا لو قال وهبتك أو وهبت لك هذه الدار بألف درهم أو قال هذا العبد بثوبك هذا فرضي كان بيعا إجماعا، ولو قال أتبيعني عبدك هذا بألف فقال نعم فقال أخذته فهو بيع لازم فوقعت كلمة نعم إيجابا، وكذا تقع قبولا فيما لو قال اشتريت منك هذا بألف فقال نعم بخلاف النكاح فإنه ينعقد بالامر كقوله زوجني لان المساومة لا تليق به فتكون إيجابا وقيل توكيل، والواحد يتولاه بخلاف البيع إلا في الاب ومن ذكرناه معه. وقد ذكر في النكاح أن فائدة الخلاف تظهر فيما إذا صدر الامر من الوكيل، فعلى الاول يصح القبول ولا يحتاج إلى قبول الوكيل، وعلى الثاني لا حتى يقبل وجزم به في الخلاصة لان الوكيل لا يملك التوكيل بلا إذن أو تعميم. وهذه ثمانية مواضع منها: البيع والاقالة لا يكتفي بالامر فيهما عن الايجاب. ومنها النكاح والخلع يقع فيهما إيجابا. الخامسة إذا قال لعبده اشتر نفسك مني بألف فقال فعلت عتق. السادسة في الهبة إذا قال هب لي هذا فقال وهبته منك تمت الهبة. السابعة قال لصاحب الدين ابرئني عما لك علي من الدين فقال أبرأتك تمت البراءة. الثامنة الكفالة قال اكفل بنفس فلان لفلان فقال كفلت تمت فإذا كان غائبا فقدم وأجاز كفالته جاز، كذا في فتح القدير. وفي تصوير الكفالة نظر والصواب كما في الخانية: اكفل لي بمالي على زيد، اكفل لي بنفس زيد فقال كفلت تمت، ولكن في الخلع تفصيل، فإن قالت اخلعني فقال خلعتك على كذا لم يقع ما لم تقبل بخلاف ما لو قالت اخلعني على كذا

***

[٤٤٤]

فقال قد فعلت، كذا في الصيرفية. وبهذا علم أن ما في الحاوي القدسي من أن المضي فيهما شرط في كل عقد إلا النكاح تساهل، وحاصل ما في التتارخانية مما يناسب المقام أنه ينعقد بلفظ الرد وببيع معلق بفعل قلب كإن أردت فقال أردت أو إن أعجبك فقال أعجبني أو إن وافقك فقال وافقني، وأما إذا قال إن أديت إلي ثمن هذا العبد فقد بعتك فإن أدى في المجلس صح، ولو قال بعت منك بألف إن شئت يوما إلى الليل كان تنجيزا لا تعليقا، وبأجزت بعد قوله بعت وبقوله أقلتك هذا فقال قبلت على قول أبي بكر الاسكاف، وقال الفقيه أبو جعفر: لا يكون بيعا، وبه أخذ الفقيه أبو الليث. وتصح إضافة البيع إلى عضو تصح إضافة العتق إليه وما لا فلا، وقد فعلت ونعم وهات الثمن قبول على الاصح. ولو قال بعني هذا بكذا فقال طابت نفسي لا ينعقد، ويصح الايجاب بلفظ الهبة وأشركتك فيه وأدخلتك فيه إيجاب، وإذا تعدد الايجاب فكل إيجاب بمال انصرف قبوله إلى الايجاب الثاني ويكون بيعا بالثمن الاول، وفي الاعتاق والطلاق على مال إذا قبل بعدهما لزمه المالان ولا يبطل الثاني الاول، وإذا تعدد الايجاب والقبول انعقد الثاني وانفسخ الاول إن كان الثاني بأزيد من الاول أو أنقص، وإن كان مثله لم ينفسخ الاول. واختلفوا فيما إذا كان الثاني

***

[٤٤٥]

فاسدا هل يتضمن فسخ الاول والصلح بعد الصلح الثاني باطل والاول صحيح، وكذا الصلح بعد الشراء صلح باطل، ولو كان الشراء بعد الصلح فالشراء صحيح والصلح باطل، كذا في جامع الفصولين. وفي فروق الكرابيسي: الكفالة بعد الكفالة صحيحة، والحوالة بعد الحوالة باطلة، والنكاح بعد النكاح الثاني باطل فلا يلزمه المهر المسمى فيه إلا إذا جدده للزيادة في المهر كما في القنية، وأما الاجارة بعد الاجارة للمستأجر الاول فلم أرها، وينبغي أن المدة إذا اتحدت فيهما واتحد الاجران لا تصح الثانية كالبيع، وأما الهبة بعد الشراء فلا تفسخه دون الصدقة كالرهن بعده، والشراء بعد الصدقة يفسخها، والشراء بعد القرض باطل، كذا في القنية. والهبة إنما لم تفسخه

إذا لم يكن للولد منهما أيضا وهبة الثمن بعد الايجاب قبل القبول مبطل للايجاب. وقيل: لا ويكون إبراء. وسكوت المشتري عن الثمن مفسد للبيع وإيجاب البيع بلا ثمن نفيا غير صحيح. ويصح الايجاب بلفظ الجعل كقوله جعلت لك هذا بألف لما ذكره محمد من أن القاضي إذا قال للدائن جعلت لك هذا بدينك كان بيعا وهو الصحيح، وفيه دليل على أنه لو قال لغيره هذا الشي بيع بدينك فقبل انعقد كقوله هذا العبد عليك بألف
***
[٤٤٦]
درهم. وصح الايجاب بقوله رضيت وإنكار الايجاب بعد الاقرار به لا يبطله حتى لو أقر به بعدما افترقا جاز، وكذا النكاح. وإذا أوجب في عقدين كبعتك هذا وزوجتك هذه بألف فقبلهما جاز وانقسم الالف على مهر مثل هذه وقيمة هذه. وإن قبل البيع وحده لا يجوز، وإن قبل النكاح وحده جاز بحصة مهر مثلها من الالف. ولو قال بعتك هذه الدار وأجرتك هذه الارض فقال قبلت يكون جوابا لهما، ولو أراد أن يقول بعتك هذا بألف فسبق لسانه لغيره فهو على المذكور في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى. ولو قال بعت هذا العبد فلانا فبلغه الرسول فقال اشتريت لا يصح، وقيده السغناقي في المجلس. ويصح الرجوع عن الرسالة قبل التبليغ إلا في رواية. ولو قال بعت منه فبلغه يا فلان فبلغه غيره جاز وهذا مما يحفظ جدا، ولو قال بعته من فلان الرسول فقال المشتري اشتريته لا يصح. ولو قال بعته من فلان الغائب لم يجز إلا إذا قبل منه فضولي أو يقول بلغه، ولو أوجب البيع فقال المخاطب لآخر قل اشتريت فقال الآخر اشتريت، إن أخرجه مخرج الرسالة صح وإن أخرجه مخرج الوكالة لا يصح. وكذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة. فأما الخلع والعتق على مال فإنه يتوقف شطر العقد من الزوج والمولى على قبول الآخر وراء المجلس بالاجماع. وإذا قبل المشتري فلم يسمعه البائع لم ينعقد فسماع المتعاقدين كلاهما في البيع شرط للانعقاد إجماعا، فإن سمع أهل المجلس كلام المشتري والبائع يقول لم أسمع ولا وقر في أذنه لم يصدق قضاء. وفي البزازية: وكذا السماع شرط في النكاح والخلع في المختار. وفي المحيط: وينعقد بلفظ بذلته بكذا. وشرط في الحاوي القدسي السماع والفهم. وفرق في الولوالجية في القبول بنعم بين أن يبدأ البائع بالايجاب أو المشتري، فإن بدأ البائع فقال بعت عبدي هذا بألف فقال المشتري نعم لم ينعقد لانه ليس بتحقيق ألا ترى أنه إذا قال الرجل لامرأته اختاري نفسك فقالت قد فعلت كان هذا اختيارا، ولو قالت نعم لا يكون اختيارا. ثم قال بعده: قال لآخر
***
[٤٤٧]
اشتريت عبدك هذا بألف وقال الآخر نعم صح البيع لانه جواب اه. وتحقيقه فيما كتبناه في القواعد الفقهية. وذكر في القنية أن نعم بعد الاستفهام هل بعت مني بكذا أو هل اشتريت مني بكذا بيع إذا نقد الثمن لان النقد دليل التحقيق. وفي الخانية: لو قال أبيعه بخمسة عشر فقال لا آخذه إلا بعشرة فذهب به ولم يقل البائع شيئا فهو بخمسة عشر إن كان المبيع في يد المشتري حين ساومه، وإن كان في يد البائع فأخذه منه المشتري ولم يمنعه البائع فهو بعشرة، ولو كان عند المشتري وقال المشتري لا آخذه إلا بعشرة وقال البائع لا أبيعه إلا بخمسة عشر فرد عليه المشتري ثم تناوله من يد البائع فدفعه البائع إليه ولم يقل شيئا فذهب به المشتري فهو بعشرة، ولو أخذ ثوبا من رجل فقال البائع هو بعشرين وقال المشتري لا أزيدك على العشرة فأخذه وذهب به وضاع عنده قال أبو يوسف: هو بعشرين. ولو أخذ ثوبا على المساومة فدفعه إليه البائع وهو يساومه فقال البائع هو بعشرة فهو على الثمن الذي قال البائع اه. وفي المجتبى: إذا مضيا على العقد بعد اختلاف كلمتيهما ينظر إلى آخرهما كلاما فيحكم بذلك اه. ولا بد من كون القبول في مجلس الايجاب، فلو قام أحدهما قبله بطل، وقيل لا ما دام في مكانه. ولو تكلم البائع مع إنسان في حاجة له فإنه يبطل. وفي المجتبى: لو أوجب المشتري فقال البائع هو لك أو عبدك فهو بيع ولا بد من حياة الموجب إلى القبول، فلو مات بطل إلا في مسألة ذكرها قاضيخان في فتاواه: لو أوصى ببيع داره من رجل فقال داري بيع منه بألف درهم ومات فقبل الموصى له بعد موته جاز، كذا ذكره أبو يوسف في النوادر. ولا بد من أن يكون القبول قبل رجوع الموجب فلو رجع في كله أو بعضه بطل، وعليه تفرع ما في الخانية: لو قال بعتك هذا بألف ثم قال لآخر بعتك نصفه بخمسمائة فقبل الثاني قال أبو يوسف: يصح قبول الثاني ولا يصح قبول الاول بعد رجوع البائع عن النصف اه. ولو خرج القبول
***
[٤٤٨]

ورجوع الموجب معا كان الرجوع أولى كما في الخانية، ولو صدر الايجاب والقبول معا صح البيع كما في التتارخانية. ولا يشترط أن يشتمل القبول على الخطاب بعدما صدر الايجاب بالخطاب فلو قال بعد قوله بعتك اشتريت ولم يقل منك صح كما في فتح القدير. ولو قال بعتكه بألف فقال اشتريته بألف إلى سنة أو بشرط الخيار لم يتم إلا إذا رضي في المجلس، كذا في المجتبى. ولا بد من كون القبول قبل تغير المبيع وعليه تفرع ما في الخانية: لو قطعت يد الجارية بعد الايجاب وأخذ البائع أرشها أو ولدت الجارية أو تخمر العصير ثم صار خلا لم يصح قبول المشتري اهـ. وكذا لو كان المبيع عبدين فقتل أحدهما خطأ وأخذ البائع الارش لم يجز القبول، كذا في الظهيرية. ولا بد أن يكون قبل رد المخاطب الايجاب، فلو قال بعتك بألف فقال لا أقبل بل أعطيته بخمسمائة ثم قال أخذته بألف قال أبو يوسف: إن دفعه إليه فهو رضا وإلا فلا، كذا في الخانية. وقدمنا في بيان الشرائط أنه لا بد أن يكون القبول في جميع ما أوجب بجميع ما أوجبه فلم يصح القبول في البعض أو بالبعض حيث كانت الصفقة متحدة للزوم تفريق الصفقة المقتضي لعيب الشركة لا من جهة جريان العادة بضم الجيد إلى الردئ ليروج كما وقع في بعض الكتب فإنه لا يشمل ما إذا كان المبيع واحدا فقبل في البعض كما في الغاية، ولا بد من معرفة ما يوجب اتحادها وتفريقها. وحاصل ما ذكروه أن الموجب إذا اتحد وتعدد المخاطب لم يجز التفريق بقول أحدهما، بائعا كان الموجب أو مشتريا، وعلى عكسه لم يجز القبول في حصة أحدهما، وإن اتحدا لم يصح قبول المخاطب في البعض فلم يصح تفريقها مطلقا في الاحوال الثلاثة، أعني ما إذا اتحد الموجب أو تعدد أو اتحد القابل أو تعدد لاتحاد الصفقة في الكل، وكذا إذا اتحد العاقدان وتعدد المبيع كأن يوجب في مثليين أو قيمي ومثلي لم يجز تفريقها بالقبول في أحدهما إلا أن يرضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض، ويكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد أو مكيل أو موزون فيكون القبول إيجابا والرضا قبولا وبطل الايجاب الاول، فإن كان مما لا ينقسم إلا بالقيمة كثوبين

***

[٤٤٩]

وعبدين لا يجوز، فلو بين ثمن كل واحد فلا يخلو إما أن يكون بلا تكرار لفظ البيع أو بتكراره، ففيما إذا كرره فالاتفاق على أنه صفقتان، فإذا قبل في أحدهما يصح مثل أن يقول بعتك هذين العبدين بعتك هذا بألف. وهذا بألفين وفيما إذا لم يكرره وفصل الثمن فظاهر الهداية التعدد وبه قال بعضهم ومنعه الآخرون وحملوا كلامه على ما إذا كرر لفظ البيع. وقيل: إن اشتراط تكرار لفظ البيع للتعدد استحسان، وهو قول الامام، وعدمه قياس، وهو قولهما. ورجح في فتح القدير قولهما بقوله، والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن لان الظاهر أن فائدته ليس إلا قصده بأن يبيع منه أيهما شاء وإلا فلو كان غرضه أن لا يبيعهما منه إلا جملة لم تكن فائدة لتعيين ثمن كل واحد منهما اهـ. واعلم أن تفصيل الثمن إنما يجعلهما عقدين على القول به إذا كان الثمن منقسما عليهما باعتبار القيمة، أما إذا كان منقسما عليهما باعتبار الاجزاء كالقفيزين من جنس واحد فإن التفصيل لا يجعله في حكم عقدين للانقسام من غير تفصيل فلم يعتبر التفصيل كما في شرح المجمع للمصنف وهو تقييد حسن. وإذا كانت الصفقة متحدة لم يجز التفريق في القبض أيضا، فلو تعدد المبيع ونقد بعض الثمن لم يجز أن يقبض بعض المبيع، فإن تعددت الصفقة جاز وحكم الابراء عن البعض كالاستيفاء، وكذا إذا أجل ثمن بعض المبيع دون البعض لم يكن له أن يقبض شيئا من المبيع حتى ينقد الحال، وكذا لو كان للمشتري على البائع دين أقل من الثمن فالتقيا قصاصا بقدره لم يكن له أن يقبض شيئا من المبيع حتى يأخذ الباقي كما في التتارخانية. ويتفرع أيضا ما لو حضر أحد المشتريين وغاب الآخر فنقد الحاضر حصته لم يكن له قبض شئ من المبيع حتى ينقد الغائب أو هو الجميع وقام الشريك مقام الغائب في حبس حصة الغائب حتى يدفع له ما عليه، فإن هلك المبيع قبل طلب الغائب هلك أمانة، فإذا حضر الغائب رجع عليه، وإن هلك بعد طلبه وحبسه للاستيفاء هلك أمانة بثمنه فلا رجوع على الغائب. ولو ابرأ البائع أحدهما عن حصته من الثمن أو أخره لم يكن له أن يقبض حصته من المبيع حتى ينقد الآخر، وأما إذا تعددت الصفقة في هذه المسائل انعكست الاحكام، كذا في التتارخانية. ثم اعلم أن الاجارة والقسمة كالبيع لا يجوز فيهما تفريق الصفقة حتى لو أجر عبده شهرين بكذا فقبل في أحدهما لم يجز، وكذا لو قال قاسمتك هذا الرقيق الاربعة على أن هذين لي وهذين لك فقال الآخر سلمت لك هذا ولا أسلم لك هذا الآخر لم يجز، ويجوز هذا في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد والعتق على مال. ولو جمع بين النكاح والبيع فقبل أحدهما، إن قبل النكاح جاز، وإن قبل البيع لم يجز.

ولو جمع عتقا وطلاقا أو عتقا ونكاحا أو طلاقا ونكاحا جاز قبول أحدهما، ولو جمع مكاتبة وعتقا وبين حصة المكاتبة جاز أيهما قبل، وإن لم يبين لم يجز قبول الكتابة. ولو كان لرجل على رجل دم عمد بأن قتل أخويه فقال لمن عليه صالحتك منهما على عشرة آلاف فقال رضيت عن دم فلان بخمسة آلاف صح. وله أن يقتل الآخر، ولو قال من عليه

***

[٤٥٠]

صالحتك عنهما على عشرة آلاف فقبل عن أحدهما لم يجز، كذا في المحيط. ويستثنى من قوله يلزم بإيجاب وقبول ما إذا حصلا بعد عقد فاسد لم يتركاه فإن البيع ليس بلازم، ويتفرع عليه ما في الخانية: لو اشترى ثوبا شراء فاسدا ثم لقيه غدا فقال قد بعتني ثوبك هذا بألف درهم فقال بلى فقال قد أخذته فهو باطل. وهذا على ما كان قبله من البيع الفاسد، فإن كانا تاركا البيع الفاسد فهو جائز اليوم. ولو باع عبدا من رجل بألف درهم وقال إن جئتني اليوم بالثمن فهو لك وإن لم تجئني اليوم بالثمن فلا بيع بيني وبينك فقبل المشتري ولم يأته بالثمن فلقيه غدا فقال المشتري قد بعتني عبدك هذا بألف درهم فقال نعم فقال قد أخذته فهو شراء الساعة لان ذلك الشراء قد انتقض ولم يشبه هذا البيع الفاسد اه. مع أن البيع يفسد إذا كان فيه خيار نقد ولم ينقد حتى مضى الوقت حتى قالوا بفساده وعدم انفساخه حتى لو كان عبدا في يد المشتري وأعتقه صح فينبغي أن لا فرق لان الفرع الثاني من أفراد البيع الفاسد، وقدمنا أن البائع إذا قبل بأقل مما أوجبه المشتري صح وكان خطأ وأن المشتري إذا قبل بأزيد صح وكان زيادة إن قبلها في المجلس لزمت. وشمل كلامه الايجاب والقبول بالكتابة والرسالة. قال في الهداية: والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة. وصورة الكتاب أن يكتب: أما بعد فقد بعت عبدي فلانا منك بكذا فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك اشتريت تم البيع بينهما. وصورة الارسال أن يرسل رسولا فيقول البائع بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب يا فلان فقل له، فذهب الرسول فأخبره بما قال فقبل المشتري في مجلسه ذلك. وفي النهاية: وكذا هذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة. فأما في الخلع والعتق على مال فإنه يتوقف شطر العقد من الزوج والمولى على قبول الآخر وراء المجلس بالاجماع بخلاف البيع والشراء فإنه لا يتوقف، فإن من قال بعت عبدي هذا من فلان الغائب بكذا وبلغه الخبر فقبل لا يصح لان شطر العقد لا يتوقف فيه بالاجماع، فأما في النكاح فلا يتوقف الشطر عندهما خلافا لابي يوسف. ثم في كل موضع لا يتوقف شطر العقد فإنه يجوز من العاقد الرجوع عنه ولا يجوز تعليقه بالشروط لانه عقد معاوضة، وفي كل موضع يتوقف كالخلع لا يصح الرجوع ويصح التعليق بالشرط لكونه يمينا من جانب الزوج والمولى معاوضة من جانب الزوجة والعبد اه. وفي فتح القدير: ويصح الرجوع من المكاتب والمرسل قبل الوصول، سواء علم الآخر أو لم يعلم. وفي غاية البيان معزيا إلى مبسوط شيخ الاسلام: الخطاب والكتاب سواء إلا في فصل واحد وهو أنه

***

[٤٥١]

لو كان حاضرا يخاطبها بالنكاح فلم تجب في مجلس الخطاب ثم أجابته في مجلس آخر فإن النكاح لا يصح، وفي الكتاب إذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في هذا المجلس ثم زوجت نفسها منه في مجلس آخر عند الشهود وقد سمعوا كلامها وما في الكتاب يصح لان الغائب إنما صار مخاطبا لها بالكتاب وهو باق في المجلس الثاني اه. وفي الخبازية معزيا إلى المبسوط: لو كتب إليه بعني بكذا فقال بعت تم البيع وقد طعنوا فيه بأنه لا ينعقد بالامر من الحاضر فكيف بالامر من الغائب. وأجاب في المعراج بأن مراد محمد بيان الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود لا بيان اللفظ، أو يقال بعني من الحاضر استيام ومن الغائب إيجاب وفيه نوع تأمل اه. وفي النهاية معزيا إلى شرح الطحاوي: يصح الرجوع عن الرسالة علم الرسول أو لم يعلم اه. وفي وكالة البزازية والخلاصة: لا يصح عزل الرسول بدون علمه اه. فعلى هذا يفرق بين الرجوع والعزل قوله: (وبتعاط) أي ويلزم البيع بالتعاطي أيضا لان جوازه باعتبار الرضا وقد وجد. وقد بناه في الهداية على أن المعتبر في هذه العقود هو المعنى والاشارة إلى العقود التمليكية كما في المعراج فخرج الطلاق والعتاق فإن اللفظ فيهما يقام مقام المعنى قال: ولا يلزم على أصحابنا شركة المفاوضة فإنهم قالوا: إنها تنعقد بلفظ المفاوضة فقط لان عقد المفاوضة لما توقف على شروط لا يهتدي إلى استيفائها العوام في معاملاتهم حتى لو كانا عالمين بشروطها فعقدوها بلفظ آخر مع استيفاء الشروط صح، كذا في شرح المجمع اه. وفي فتح القدير بعد نقل ما في المعراج: وأنت تعلم أن إقامة اللفظ مقام المعنى أثر في ثبوت حكمه بلا نية ليس

غير، فإذا قارنت هذه العقود ذلك اقتضى أن لا يثبت بمجرد اللفظ بلا نية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه إلا إذا أراده به، وحينئذ فلا فرق بين بعت وأبيع في توقف الانعقاد به على النية، ولذا لا ينعقد بلفظ بعت هزلا فلا معنى لقوله ينعقد بلفظ الماضي ولا ينعقد بلفظ المستقبل اهـ. وهذا سهو فإن المراد أن البيع لا يختص بلفظ وإنما يثبت الحكم إذا وجد معنى التمليك والتملك بخلاف الطلاق والعتاق فإنه لا يعتبر المعنى فيهما وإنما تعتبر الالفاظ الموضوعة لهما، صريحا كان أو كناية، ولذا قالوا: لو قال لها طلقي نفسك نصف تطليقة فطلقت نفسها واحدة لم يقع وإن كان الطلاق لا يتجزى، وإذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت عشرا لا يقع وإن كان الطلاق لا مزيد له على الثلاثة. ثم اعلم أن المعنى وإن كان معتبرا في البيع ونحوه خاصة لا بد من صحة الاستعارة إذا كان اللفظ مجازا ولذا قالوا: لو
***
[٤٥٢]
قال بعتك هذا بغير ثمن كان باطلا ولا يكون مجازا عن الهبة مع أنه أتى بمعناها، وكذا لو قال أجرتك داري شهرا بغير شئ لا يكون عارية مع أنه أتى بمعناها، وكذا لو قال اشتريت منك خدمة عبدك هذا شهرا بكذا وكذا فهو إجارة فاسدة، وكذا لو قال بعت منك منافع هذه الدار شهرا بكذا فهي إجارة فاسدة فلم تعتبر المعنى والمسائل في الخلاصة والخانية بخلاف ما إذا قال أعرتك داري شهرا بكذا فهي إجارة، وكذا وهبتك منافعها شهرا بكذا اعتبارا للمعنى. وحقيقة التعاطي وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراض منهما من غير لفظ، وهو يفيد أنه لا بد من الاعطاء من الجانبين لانه من المعاطاة وهي مفاعلة فتقتضي حصولها من الجانبين كالمضاربة والمقاسمة والمخاصمة، وعليه أكثر المشايخ كما ذكره الطرسوسي وأفتى به الحلواني. وفي البزازية أنه المختار، وصح في فتح القدير أن اعطاء أحدهما كاف، ونص محمد على أن بيع التعاطي يثبت بقبض أحد البدلين وهذا ينتظم المبيع والثمن. ونصه في الجامع على أن تسليم المبيع يكفي لا ينفي الآخر. واكتفى الكرماني بتسليم المبيع مع بيان الثمن، أما إذا دفع الثمن ولم يقبض المبيع لا يجوز لان المبيع أصل إلا إذا كان بيع مقايضة، كذا في البزازية. فقد تحرر أن في المسألة ثلاثة أقوال. وفي القاموس: التعاطي التناول. وهكذا في الصحاح والمصباح. وهو إنما يقتضي الاعطاء من جانب والاخذ من جانب لا الاعطاء من الجانبين كما فهم الطرسوسي. وأصل الاختلاف إنما نشأ من كلام الامام محمد فإنه ذكر بيع التعاطي في مواضع فصوره في موضع بالاعطاء من الجانبين ففهم البعض أنه شرط، وصوره في موضع بالاعطاء من أحدهما ففهم البعض بأنه يكتفي به، وصوره في موضع بتسليم المبيع ففهم البعض على أن تسليم الثمن لا يكفي كما ذكره في الذخيرة وصورته من أحدهما أن يتفقا على الثمن ثم يأخذ المشتري المتاع ويذهب به برضا صاحبه من غير دفع الثمن أو يدفع الثمن المشتري للبائع ثم يذهب من غير تسليم المبيع فإن البيع لازم على الصحيح حتى لو امتنع أحدهما بعده أجبره القاضي. وهذا فيما ثمنه غير معلوم، أما الخبز واللحم فلا يحتاج فيه إلى بيان الثمن كما في البزازية. ومن بيع التعاطي حكما ما إذا جاء المودع بأمة غير المودعة وقال هذه أمتك والمالك يعلم أنها ليست إياها وحلف فأخذها حل الوطئ للمودع بأمة غير المودعة وقال هذه أمتك والمالك يعلم أنها ليست إياها وحلف فأخذها حل الوطئ للمودع وكان بيعا بالتعاطي. وعن أبي يوسف: لو قال للخياط ليست هذه بطانتي فحلف الخياط أنها هي وسعه أخذها. وينبغي تقييده فيما إذا كانت العين ملكا للدافع، أما إذا لم تكن ملكا له فلا. ومنه قول الدلال للبزاز إن هذا الثوب بدرهم فقال ضعه، وكذا بكم تبيع قفيز حنطة
***
[٤٥٣]
فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع، وكذا لو قال للقصاب مثله، ومنه لو ردها بخيار عيب والبائع متيقن أنها ليست له فأخذها ورضي فهو بيع بالتعاطي كما في فتح القدير. وعلى هذا لا بد من الرضا في جارية الوديعة وبطانة الخياط، وعلى هذا فالامر بالعزل أو الوزن يكفي عن القبض فهذا بيع معاطاة، ولا قبض فيه من أحد الجانبين لكون الامر بالعزل والوزن قائما مقام القبض، ويجب أن يقام الايجاب لاقتضائه سابقة اشتريت كاقتضاء خذ سابقة البيع ووزن المخاطب قبول لما قدمنا أنه يكون بالفعل، فالوزن والعزل فعل هو قبول فلا ينبغي إدخاله هنا كما فعل ابن الهمام. وقدمنا في الايجاب والقبول أنهما بعد عقد فاسد لا ينعقد بهما البيع قبل

متاركة الفاسد ففي بيع التعاطي بالاولى، وهو صريح الخلاصة والبزازية أن التعاطي بعد عقد فاسد أو باطل لا ينعقد به البيع لانه بناء على السابق، وهو محمول على ما ذكرناه. وأطلقه فشمل الخسيس والنفيس لان المعنى يشمل الكل وهو الصحيح المعتمد كما في الهداية وغيرها. وفي الحاوي القدسي: المشهور أنه لا يجوز في نفائس الاشياء اه. قلت: وما ادعاه من المشهور لخلاف المشهور. والنفيس ما كثر ثمنه كالعبد، والخسيس ما قل ثمنه كالخبز. ومنهم من حد النفيس بنصاب السرقة فأكثر، والخسيس بما دونه. وفي البزازية: اشترى وقرا بثمانية ثم قال ائت بوقر آخر وألقه هنا ففعل له طلب الثمن. قال لقصاب كم من هذا اللحم بدرهم فقال منوان فأعطى الدرهم وأخذه فهو بيع جائز ولا يعيد الوزن، وإن وزنه فوجده أنقص رجع بقدره من الدرهم لا من اللحم لان الانعقاد بقدر المبيع

***

[٤٥٤]

المعطى. قال كيف تبيع اللحم قال ثلاثة أرطال بدرهم فقال أخذت فزن فله أن يزن ولا يلزم، وإن وزن فله أن لا يعطي وللمشتري أن لا يأخذ، وإن قبضه المشتري أو جعله البائع في وعاء بإذن المشتري تم البيع وفيه انعقاده بالاعطاء من جانب. حلف لا يشتري أو لا يبيع فباع أو اشترى بالتعاطي قيل وقيل اه. وقدمنا أنه لو أمره بالوزن ولم يبين موضعا فوزن له لا يكون بيعا ولو بين له كان بيعا، وقد ذكره في فتح القدير هنا على العكس فليتأمل. واعلم أن الاقالة تنعقد بالتعاطي أيضا من أحد الجانبين على الصحيح كالبيع كما في البزازية. وفي القنية: دفع إلى بائع حنطة خمسة دنانير ليأخذ منه حنطة وقال له بكم تبيعها فقال مائة بدينار فسكت المشتري ثم طلب منه الحنطة ليأخذها فقال البائع غدا أدفع إليك ولم يجر بينهما بيع وذهب المشتري فجاء غدا ليأخذ الحنطة وقد تغير السعر فليس للبائع أن يمنعها منه بل عليه أن يدفعها بالسعر الاول. قال رضي الله عنه: وفي هذه الواقعة أربعة مسائل: أحدها الانعقاد بالتعاطي. الثانية الانعقاد به في الخسيس والنفيس وهو الصحيح. الثالثة الانعقاد به من جانب واحد. والرابعة كما ينعقد بإعطاء المبيع ينعقد بإعطاء الثمن اه. قلت: وفيها مسألة خامسة أنه ينعقد به ولو تأخرت معرفة المثمن لكون دفع الثمن قبل معرفته. وفي المجتبي معزيا إلى النصاب: عليه دين فطالب رب الدين به فبعث إليه شعيرا قدرا معلوما وقال خذه بسعر البلد والسعر لهما وقال معلوم كان بيعا وإن لم يعلماه فلا. ومن بيع التعاطي تسليم المشتري ما اشترى إلى من يطلبه بالشفعة في موضع لا شفعة فيه، وكذا تسليم الوكيل بعدما صار شراؤه لنفسه إلى الموكل إذا قبضه الآمر وأنكر الامر وقد اشترى له، كذا في المجتبى وذكر مسألتي الوديعة والخياط المتقدمتين. ومنه لو ادعى بيعا وبرهن بشهود زور والقضاء إذا رضي الآخر به على قول أبي يوسف، كذا في المجتبى. يعني وإن قالا بأن القضاء بشهادة الزور لا ينفذ باطنا يقولا بالانعقاد بالتعاطي بعده. ثم اعلم أنه إنما ينعقد بالتعاطي بشرط أن لا يصرح معه بعدم الرضا، فلو قبض الدراهم الثمن وأخذ صاحبها البطاطيخ والبائع يقول لا أعطيكها أو حلف فإنه لا يصح البيع، وتمامه في القنية والله أعلم قوله: (وأي قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب) لكونه امتناعا عن إتمام العلة لا إبطالا لها، وهذا لان إيجاب البائع أحد شطري العلة والحكم إذا تعلق بعلة ذات وصفين كان للاول حكم السبب وللثاني حكم العلة، فلما لم يكن للاول قبل القبول حكم العلة لا يكون إبطال الايجاب بالقيام

***

[٤٥٥]

إبطالا للعلة فيجوز، ولان القيام دليل الاعراض فعملت الدلالة عملها من الابطال فبعد ذلك لا يعارضها صريح قبول يأتي بعدها لانه إنما يقدم عليها إذا لم تعمل عملها. وفي المجتبي: المجلس المتحد أن لا يشتغل أحد المتعاقدين بعمل غير ما عقد له المجلس أو ما هو دليل الاعراض عن العقد. أطلق القيام ولم يقيده بالانتقال عن المجلس بناء على ظاهر ما في الهادية، ومشى عليه جمع، واختاره قاضيخان معللا بأنه دليل الاعراض، وقيده شيخ الاسلام بالذهاب. وشمل ما إذا قام أحدهما لحاجة كما في الحاوي، ولكن في القنية: لو قام لحاجة لا معرضا فإنه لا يصح اه. فعلى هذا القيام مبطل وإن لم يكن دليل الاعراض. وأشار بالقيام إلى أن المجلس يتبدل بما يدل على الاعراض كالاشتغال بعمل آخر كالاكل إلا إذا كان لقمة أو شرب إلا إذا كان القدح في يده فشرب، ونوم إلا النوم جالسا، وصلاة إلا إتمام فريضة أو إتمام شفع نفلا فلو أتمه أربعا بطل، وكلام ولو لحاجة. ومنه إيجاب لانسان بعد الايجاب الاول فإذا قبلا كان للثاني لبطلان الاول كما قدمناه، أو مشى إلا خطوة وخطوتين كما في الخلاصة. وفي جمع التفاريق: وبه نأخذ وهو خلاف ظاهر

الرواية. وفي المعراج: وقيل قوله قام عن المجلس دليل على أن الذهاب عنه شرط لان القيام عنه يتحقق بالذهاب، أما لو لم يذهب لا يقال قام عنه وإنما يقال قام فيه ولذا قال في الاصلاح أو قام وقال في الايضاح لم يقل عن المجلس لان الايجاب يبطل بمجرد القيام وإن لم يذهب عن المجلس. وفي البناية معزيا إلى بعضهم أن قولهم قام عنه يدل على الذهاب وإلا كان يقول قام فيه ولبس ثوب إلا إذا فعل القابل بالمبيع الاكل والشرب واللبس فقبول. وفي الجوهرة: لو كان قائما فقعد لم يبطل. وعلى اشتراط اتحاد المجلس تفرع لو تبايعا وهما يمشيان أو يسيران ولو كانا على دابة واحدة لم يصح في ظاهر الرواية لاختلاف المجلس. واختار غير واحد كالطحاوي وغيره أنه إن أجاب على فور كلامه متصلا جاز. وصححه في المحيط ثم قال: وقيل يصح وإن فصلا بسكوت ما لم يتفرقا بأبدانهما اه. وفي المجتبى: ما لم يتفرقا بدابتيهما وهو أحسن وعلى الاختلاف ما إذا لم يقف، أما إذا وقف بعدما سار فقبل الآخر فإنه يصح كما في المحيط. وفي غاية البيان: والسفينة بمنزلة البيت لانهما لا يملكان إيقافها فجريانها لم يضف إليهما فلا ينقطع مجلسهما بجريانها بخلاف الدابة فإنهما يملكان الايقاف. قيد بالبيع لان الخلع والعتق على مال لا يبطل الايجاب فيه بقيام الزوج والمولى لكونه يمينا ويبطل بقيام المرأة والعبد لكونه

***

[٤٥٦]

معاوضة في حقهما كما في النهاية. وأما في خيار المخبرة فإنه إذا خيرها وهي واقفة وسار الزوج أو مشى قبل أن تختار ثم اختارت وقع بخلاف ما إذا سارت لانه يقتصر على مجلسها خاصة بخلاف البيع فإنه يقتصر على مجلسهما، كذا في غاية البيان. وفي الحاوي القدسي: ويبطل مجلس البيع بما يبطل به خيار المخيرة اه. وفي القنية: ولا يجوز أن يناديه من بعيد أو من وراء جدار. رجل في البيت فقال للذي في السطح بعته منك بكذا فقال اشتريت صح إذا كان كل منهما يرى صاحبه ولا يلتبس الكلام للبعد، ولو تعاقد البيع وبينهما النهر المزد حصائي يصح البيع. قلت: وإن كان نهرا عظما تجري فيه السفن قال رضي الله عنه: وقد تقرر رأي (بح) في أمثال هذه الصورة على أنه إن كان العبد بحال يوجب التباس ما يقول كل واحد منهما لصاحبه يمنع وإلا فلا، فعلى هذا الستر بينهما الذي لا يمنع الفهم والسماع لا يمنع. والحاصل أن الايجاب يبطل بما يدل على الاعراض وبرجوع أحدهما عنه وبموت أحدهما ولذا قلنا: إن خيار القبول لا يورث، وقدمنا استثناء مسألة. وبتغيير المبيع بقطع يد وتخلل عصير وزيادة بولادة وهلاكه بخلاف ما إذا كان بعد قلع عينه بآفة سماوية أو بعدما وهب للمبيع هبة كما في المحيط. وقدمنا أنه يبطل بهبة الثمن قبل قبوله، فأصل ما يبطله سبعة فليحفظ. وفي البزازية: بعت من فلان الغائب فحضر في المجلس وقبل صح اه. وهو مشكل لعدم سماع الغائب كلام الحاضر ولعدم اتحاد المجلس، وحمله على ما إذا أعاد الايجاب بعد حضوره بعيد كما لا يخفى. وفي الذخيرة: لو كان المشتري في الدار فخرج منها ثم قبل لم يصح. وقيد بالبيع لان إجازة بيع الفضولي لا تتوقف على مجلس بلوغ خبره حتى لو قام المالك فأجاز في مجلس آخر جاز كما في الصيرفية، ولا يضر في الايجاب الاول وجود إيجاب ثان بشئ آخر غير البيع قبل القبول للاول، ولذا قدمنا ما لو أوجب بيعا ونكاحا فقبلهما جاز، وكذا لو قال أبيعك هذا وأهب لك هذا فقبل جاز الكل كما في الصيرفية قوله: (ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن غر مشار لا مشار) أي لا يصح المبيع إلا بمعرفة قدر البيع والثمن ووصف الثمن إذا كان كل منهما غير مشار إليه، أما المشار إليه فغير محتاج إليهما لان التسليم والتسلم واجب بالعقد فهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم، وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز. أطلق في معرفة القدر فشمل المبيع والثمن فلا بد من معرفة القدر فيهما، فلو باع عبدا له ولم يصف ولم يشر إليه، فإن كان له عبد واحد يجوز، وإن كان

***

[٤٥٧]

له عبدان أو أكثر لا يجوز، وفي العبد الواحد لا بد أن يضيفه إلى نفسه بأن يقول بعت عبدي منك، أما لو قال بعت سالما واسمه سالم لا يجوز، كذا في الخلاصة. وفي القنية: بعت عبدا لي ففيه اختلاف، والاصح أنه لا يجوز البيع. ولو باعه كرا من حنطة فإن لم يكن في ملكه فالبيع باطل، وإن كان في ملكه البعض بطل في المعدوم وفسد في الموجود، وإن كان في ملكه، فإن كانت في موضعين أو من نوعين مختلفين لا يجوز البيع، وإن كانت من نوع واحد في موضع واحد إلا أنه لم يضف البيع إلى تلك الحنطة لكن قال بعت منك

كرا من حنطة جاز البيع، وإن علم المشتري بمكانها كان له الخيار إن شاء أخذها في ذلك المكان بذلك الثمن وإن شاء تركها اه. وفي موضع آخر منها: ولو لم يضفها إلى نفسه جاز البيع وللمشتري الخيار وإن كانت في موضعين، كذا في الخانية. وذكر في الظهيرية بعد هذا الفرع: وهذا دليل على أنه معتبر مكان البيع لامكان المبيع. وفرع في الخانية على جهالة المبيع المفسدة ما لو قال بعت منك جميع مالي في هذه الدار من الرقيق والدواب والثياب والمشتري لا يعلم ما فيها كان فاسدا لان المبيع مجهول، ولو جاز هذا لجاز إذا باع ما في هذه المدينة أو في هذه القرية، ولجاز إذا باع ما في الدنيا. ولو قال بعت منك جميع مالي في هذا البيت بكذا جاز وإن لم يعلم المشتري به لان الجهالة في البيت يسيرة وفيما تقدم من الدار وغيرها كثيرة، فإذا جاز في البيت جاز في الصندوق والجوالق اه. وبه ظهر أن الجهالة اليسيرة في المبيع لا تمنع، وفيها أيضا: رجل قال لغيره عندي جارية بيضاء بعتها منك بكذا فقال المشتري قبلت لم يكن ذلك بيعا إلا أن يبين الموضع أو غيره فيقول أبيعك جارية في هذا البيت أو يقول جارية اشتريتها من فلان فحينئذ يتم البيع. وذكر في موضع آخر إذا قال بعتك جارية جاز البيع إذا لم يكن عنده إلا جارية، وإن كان عنده جاريتان فسد البيع، وذكر شمس الائمة السرخسي: إذا أضاف الجارية إلى نفسه فقال بعتك جاريتي صح البيع وإن لم يضف إلى نفسه لا يصح اه. وفيها: رجل اشترى من السقاء كذا وكذا قربة من ماء الفرات قال أبو يوسف: إن كانت القربة بعينها جاز لمكان التعامل، وكذا الراوية والجرة وهذا استحسان، وفي القياس لا يجوز إذا كان لا يعرف قدرها وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وظاهره ترجيح الجواز فيقال: الجهالة لا تضر إذا جرى العرف فيها كما لا تضر إذا كانت يسيرة. وفي الخانية أيضا: إذا كانت الشجرة بين اثنين فباع أحدهما نصيبه من أجنبي لا يجوز، وإن باع من شريكه جاز، وإن كانت بين الثلاثة فباع أحدهما نصيبه من أجنبي لا يجوز، وإن باع من شريكيه جاز، وإن

***

[٤٥٨]

كانت بين الثلاثة فباع أحدهم نصيبه من أحد شريكيه لا يجوز، وإن باع منهما جاز اه. وفي الولوالجية: إذا باع نصيبا له من شجرة بغير إذن شريكه بغير أرض فهو على وجهين: إن كانت الاشجار قد بلغت أوان قطعها فالبيع جائز لان المشتري لا يتضرر بالقسمة، وإن لم تبلغ فالبيع فاسد لان المشتري يتضرر بالقسمة، وعلى هذا إذا كان الزرع بين رجلين فباع أحدهما نصيبه من رجل فهو على وجهين، نص عليه في كتاب الصلح اه. وفي المجمع: ولو باع نصيبه من دار فعلم العاقدين شرط ويجيزه مطلقا وشرط علم المشتري وحده اه. وفي عمدة الفتاوي: رجل قال لرجل بعت منك مالي في هذه الدار من المتاع إن كان معلوما جاز، ولو قال بعت منك ما تجد لي في هذا البيت أو في هذا الصندوق أو في هذه الجوالق إن كان معلوما للمشتري فهو جائز، وإن لم يكن معلوما والجهالة يسيرة جاز اه. وظاهره أن الاعتبار بعلم المشتري والهبة في هذا كالبيع لما في الولواجية منها: لو قال وهبت نصيبي من هذا العبد منك والموهوب له لا يعلم نصيبه لم يجز لان الموهوب مجهول وهذه الجهالة عسى أن تفضي إلى المنازعة فصار كما إذا اشترى حقا في دار ولا يعلمان كم ذلك الحق لا يجوز لما قلنا كذا هذا اه. وفي القنية: بيع ما لم يعلم البائع والمشتري مقداره يجوز إذا لم يحتج فيه إلى التسليم والتسلم كمن أقر أن في يده متاع فلان غصبا أو وديعة ثم اشتراه المقر من المقر له جاز وإن لم يعرفا مقداره اه. وفي الولوالجية في المسائل الخمس وهي بيع جميع ما في هذه القرية أو هذه الدار أو هذا البيت أو هذا الصندوق أو الجوالق، فإذا علم المشتري ما فيها جاز وإلا ففي الاولين لا يجوز لفحش الجهالة، وفي الثلاثة الاخيرة يجوز لان الجهالة يسيرة اه. وفيها: قال لآخر إن لك في يدي أرضا خربة لا تساوي شيئا في موضع كذا فبعها مني بستة دراهم فقال بعتها ولم يعرفها البائع وهي تساوي أكثر من ذلك جاز البيع ولم يكن ذلك بيع المجهول لانه لما قال لك في يدي أرض صار كأنه قال أرض كذا فإذا أجابه جاز أيضا اه. وفيهما إيضا: رجل دفع دراهم إلى خباز فقال اشتريت منك مائة من من خبز وجعل يأخذ كل يوم خمسة أمناء فالبيع فاسد، وما أكل فهو مكروه لانه اشترى خبزا غير مشار إليه بعقد البيع فكان البيع مجهولا، فإذا أكل كان الاكل بحكم عقد فاسد، ولو أعطاه الدراهم وجعل يأخذ منه في كل يوم خمسة أمناء، ولم يقل في الابتداء اشتريت منك يجوز وهذا حلال وإن كانت نيته وقت الدفع الشراء لان بمجرد النية لا ينعقد البيع وإنما ينعقد البيع الآن بالتعاطي

***

[٤٥٩]

والآن المبيع معلوم فينعقد البيع صحيحا اهـ. وفسد بيع شاة من قطيع، وثوب من عدل، وكذا إذا باع عدديا متفاوتا عددا بثمن واحد فوجد أكثر لجهالة المبيع، وكذا إذا اشترى من هذا اللحم ثلاثة أرطال بدرهم ولم يبين الموضع، وكذا إذا بينه فقال من الجنب أو هذا الفخذ على قياس قول الامام في السلم، وعلى قياس قولهما يجوز، والمروي عن محمد الجواز، كذا في البدائع. وفيها: وبيع الطريق وهبته منفردا جائز، وهبته منفردا فاسد، وفي البزازية: المشتري أرضا وذكر حدودها لا ذرعها طولا وعرضا جاز، وإذا عرف المشتري الحدود لا الجيران يصح، وإن لم يذكر الحدود ولم يعرفه المشتري جاز البيع إذا لم يقع بينهما تجاحد، وجهل البائع المبيع لا يمنع، وجهل المشتري يمنع. دار بينهما باع أحدهما نصفه انصرف إلى قسطه، ولو عين وقال بعت هذا النصف لا يجوز. وأما جهالة الثمن فمانعة أيضا كما إذا باع شيئا بقيمته أو بحكم المشتري أو فلان وبعتك هذا بقفيزي شعير وهذا بألف إلى سنة أو بألف وخمسمائة إلى سنتين أو باع شيئا بربح ده يا زده ولم يعلم المشتري رأس المال حتى افترقا وبيع الشئ برقمه أو برأس ماله ولم يعلم المشتري كذلك، كذا في البدائع. والرقم بسكون القاف

***

[٤٦٠]

علامة يعلم بها مقدار ما وقع البيع به من الثمن، كذا في الظهيرية. كذا لو باع بألف درهم إلا دينارا أو بمائة دينارا إلا درهما لان الاستثناء يكون بالقيمة وهي مجهولة، وكذا لو باع بمثل ما باعه فلان ولم يعلما به حتى افترقا لا إن علما به في المجلس مع الخيار. ولو اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا لم يجز لجهالته. فإن علم بوزنه فله الخيار. ولو كان لرجل على رجل عشرة دراهم فقال بعني هذا الثوب ببعض العشرة وبعني هذا الآخر بما بقي فباعه وقبله المشتري صح لعدم إفضاء الجهالة إلى المنازعة. ولو قال هذا ببعض العشرة وهذا ببعض لا يجوز لوجودها، ولو قال بعتك هذا العبد بألف إلا نصفه بخمسمائة فالعبد للمشتري بألف وخمسمائة لانه استثنى بى نصفه من البيع الاول فيكون النصف الاول بألف، وعلى هذا القياس، كذا في المحيط. وأطلق في اشتراط معرفة قدر الثمن فشمل المعرفة صريحا وعرفا فلذا قال في البزازية: لو قال اشتريت هذه الدار أو هذا الثوب أو هذه البطيخة بعشرة وفي البلد يبتاع بالدراهم والدنانير والفلوس ولم يذكر واحدا منهم ففي الدار ينعقد على الدنانير، وفي الثوب ينعقد على الدراهم، وفي البطيخة على الفلوس، وإن كان لا يبتاع إلا بواحد فيصرف إلى ما يبتاع الناس بذلك النقد اهـ. وحاصله أنه إذا صرح بالعدد فتعيين المعدود من كونه دراهم أو دنانير أو فلوسا يثبت على ما يناسب المبيع، ولو وقع شك فيما يناسب وجب أن لا يتم البيع، كذا في فتح القدير. وفي القنية: له عليه نصف دينار ويظن المديون أنه ثلثا دينار فباعه منه شيئا بما عليه لا يجوز إلا إذا أعلمه بذلك في المجلس وقوله غير مشار قيد فيهما لان المشار إليه بيعا كان أو ثمنا لا يحتاج إلى معرفة قدره ووصفه، فلو قال بعتك هذه الصبرة من الحنطة أو هذه الكورجة من الازر والشاشات وهي مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدك وهي مرئية له فقبل جاز ولزم لان الباقي جهالة الوصف يعني القدر وهو لا يضر إذ لا يمنع من التسليم والتسلم، ولا يرد على إطلاقه الاموال الربوية إذا قوبلت بجنسها وبيعت مجازفة مشارا إليها فإنه لا يصح لاحتمال الربا، واحتماله مانع كحقيقته لما سيذكره في بابه. وكذا لا يرد السلم فإن الاشارة فيه لا تكفي لرأس المال، ولا بد من معرفة قدره عند الامام لما سيصرح به في بابه ولم يذكر المصنف صفة المبيع وإنما اشترط معرفة قدر المبيع والثمن، وأما معرفة الوصف فخصه بالثمن. ومفهومه أن معرفة وصف المبيع ليست شرطا ولهذا قال في البدائع: وأما معرفة أوصاف المبيع والثمن فقال أصحابنا: ليست شرطا والجهل بها ليس بمانع من الصحة لكن شرط اللزوم ما لم يره اهـ. وظاهر ما في فتح

***

[٤٦١]

القدير أن معرفة الوصف في المبيع والثمن شرط الصحة كمعرفة القدر فإنه قال: والصفة عشرة دراهم بخارية أو سمرقندية وكر حنطة بحرية أو صعيدية. وهذا لانها إذا كانت الصفة مجهولة تحقق المنازعة فالمشتري يريد دفع الادون والبائع يطلب الا رفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعة اهـ. فالمصنف اقتصر على معرفة وصف الثمن وصاحب البدائع نفاه فيهما، والمحقق ابن الهمام اشترطه فيهما. وقال في القدوري: والاثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة. والحق أن معرفة وصف المبيع ليست شرطا بعد الاشارة إليه أو إلى مكانه وهو مراد صاحب البدائع لان خيار الرؤية إنما يثبت في مبيع أشير إليه وهو مستور

ولكن ما كان ينبغي له أن يضم الثمن إليه فإن خيار الرؤية لا يدخل في الاثمان، وأما إذا لم يكن مشارا إليه فلا بد من بيان وصفه كحنطة مطلقة
***
[٤٦٢]
وهو مراد المحقق. وفي الخانية: ولو اشترى لؤلؤة في صدفة قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يجوز البيع وله الخيار إذا رأى. وقال محمد رحمه الله تعالى: لا يجوز وعليه الفتوى اه. وهكذا في الولوالجية معللا للفتوى بأنها منه خلقة. ويرد على المحقق لو قال بعتك بعشرة دراهم ولم يذكر وصفا فإن البيع صحيح كما في الايضاح يعني وينصرف إلى الجياد. وأما قوله بخارية أو سمرقندي فبيان للنوع كما في المعراج. وفي الهداية: والاعواض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع فقال في فتح القدير: والتقييد بمقدارها في قوله لا يحتاج احتراز عن الصفة فإنه لو أراه دراهم فقال اشتريته بهذه فوجدها زيوفا أو نبهرجة كان له أن يرجع بالجياد لان الاشارة إلى الدراهم كالتنصيص عليها وهو ينصرف إلى الجياد، ولو وجدها ستوقة أو رصاصا فسد البيع وعليه القيمة إن كان أتلفها. ولو قال اشتريتها بهذه الصرة من الدراهم فوجد البائع ما فيها خلاف نقد البلد فله أن يرجع بنقد البلد لان مطلق الدراهم في البيع ينصرف إلى نقد البلد، وإن وجدها نقد البلد جاز ولا خيار للبائع بخلاف ما إذا قال اشتريت بما في هذه الخابية ثم رأى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار وإن كانت نقد البلد لان الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها. وفي الخانية: لا يعرف ذلك من خارجها
***
[٤٦٣]
فكان له الخيار وهذا يسمى خيار الكمية لا خيار الرؤية لان خيار الرؤية لا يثبت في النقود اه. والظاهر أن التقييد بالمقدار اتفاقي، وما ذكره في ثبوت الخيار أمر آخر ليس الكلام فيه لان الكلام في الاحتياج إلى الصحة لا للزوم، ولانه مع الاشارة إذا كان لا يحتاج إلى معرفة المقدار لا يحتاج إلى معرفة الوصف بالاولى. والمعرفة في اللغة من عرفته علمته بحاسة من الحواس الخمس عرفة وعرفانا والمعرفة اسم منه، كذا في المصباح. وبعضهم فرق بين المعرفة والعلم نخصها بإدراك الجزئيات واستعمله في الاعم من إدراك الجزئيات والكليات كما في ا لتلويح. وأشار بالمعرفة إلى أن الشرط العلم دون ذكرهما كما في الايضاح. واعلم أنه يستثنى من قوله في فتح القدير إذا وجد الدراهم زيوفا مسألة هي ما إذا استقرض دراهم وقبضها ثم اشترى ما في ذمته بدنانير مقبوضة في المجلس حتى صح ثم وجد دراهم القرض زيوفا أو نبهرجة فإنه لا رجوع له بشئ لان القرض عارية وهو ينافي الضمان، وإن وجدها ستوقة ردها على المقرض لعدم صحة استقراضها لكونها من القيميات فيرجع بالجياد إردها قبل التفرق عن المجلس، وإن كان بعد تفرقهما يرجع بديناره لبطلان الصرف وتمامه في تلخيص الجامع في باب بيع القروض. قال في أوله: جاز شراء ما عليه لا ما استقرض عكس المقرض الخ. ثم اعلم أن الاعواض في البيع إما دراهم أو دنانير أو أعيان قيمية أو مثلية. فالاول والثاني ثمن سواء قوبلت بجنسها أو بغيرها، والثالث مبيعة أبدا ولا يجوز البيع فيها إلا عينا إلا فيما يجوز السلم فيه كالثياب، وكما ثبت مبيعا في الذمة سلما يثبت دينا مؤجلا في الذمة على أنها سلم، وحينئذ يشترط الاجل لانها ثمن بل لكونها ملحقة بالسلم في كونها دينا في الذمة فلذا قلنا: إذا باع عبدا بثوب موصوف في الذمة إلى أجل جاز ويكون بيعا في حق العبد حتى لا يشترط قبضه في المجلس بخلاف ما لو أسلم الدراهم في الثوب. وإنما ظهرت أحكام المسلم فيه في الثوب حتى شرط فيه الاجل وامتنع بيعه قبل قبضه لالحاقه بالمسلم فيه. والرابع كيلي أو وزني أو عددي متقارب كالبيض، فإن قوبلت بالنقود فهي مبيعات أو بأمثالها من المثليات، فما كان موصوفا في الذمة فهو ثمن، وما كان معينا فمبيع، فإن كان كل منهما معينا فما صحبه حرف الباء أو على كان ثمنا والآخر بيعا، كذا في فتح القدير وغيره. والفلوس كالنقدين كما في المعراج، ودخل المصوغ من الذهب والفضة كالآنية تحت القيميات فتتعين بالتعيين للصفة، وأما المثلي إذا قوبل بقيمي فلم يدخل فيما ذكرنا. وقال الامام خواهر زاده: إنه ثمن. ومن حكم النقود أنها لا تتعين ولو عينت في عقود المعاوضات
***
[٤٦٤]
وفسوخها في حق الاستحقاق فلا يستحق عينها فللمشتري إمساكها ودفع مثلها قدرا ووصفا. ويتعينان في الغصوب والامانات والوكالات على تفصيل فيها، وكذا في كل عقد ليس معاوضة، ولا يتعين في المهر قبل الطلاق وبعده قبل الدخول. وفي تعينها في

المعاوضات الفاسدة روايتان، ولا تتعين في الكتابة وتتعين في العتق المعلق بالاداء. والفرق بينهما في الظهيرية من المكاتب وتمامه فيما كتبناه من القواعد الفقهية. وفي القنية: دفع إلى بقال ثمنا ليشتري به شيئا فوزنه فضاع منه شئ قبل الفراغ منه، فإن وزنه بأذن الدافع ضاع من مال الدافع، وما وزنه ضاع من مال البقال. الشراء بالحنطة لا يصح ما لم يبين أنها جيدة أو وسط أو رديئة. بعتك عبدي بمنافع دارك سنة لا يجوز. ثم رقم هذا بيع في حق العبد إجارة في حق الدار فإنه جائز. باع ضيعة بأربعين فقبض خمسة وثلاثين واشترى بالخمسة الباقية من المشتري شيئا محقرا قيمته قليلة ثم تبين بطلان البيع أو ردها المشتري بعيب أو شرط أو خيار ليس له أن يطلب الخمسة التي باع ذلك الشئ بها. ولو باع بسدس متاعا وقال للمشتري هذا سدس وهو زيف وتجوز به البائع وأخذه يجوز اشتراه بسدس. وزاد في الزيوف بقدر شغيرة بما يدخل بين الوزنين لا يجوز اهـ. وفي الولوالجية من الشفعة: الزيوف من الدراهم بمنزلة الجياد في خمس مسائل: الاولى مسألة الشفعة إذا اشترى بالجياد ونقد الزيوف أخذ الشفيع بالجياد. الثانية الكفيل إذا كفل بالجياد ونقد للبائع الزيوف يرجع على المكفول عنه بالجياد. الثالثة إذا اشترى شيئا بالجياد ونقد البائع الزيوف ثم باعه مرابحة فإن رأس المال هو الجياد. الرابعة حلف ليقضينه حقه اليوم وكان عليه جياد فقضاه الزيوف لا يحنث. الخامسة له على آخر دراهم جياد فقبض الزيوف وأنفقها فلم يعلم إلا بعد الانفاق لا يرجع عليه بالجياد في قولهما خلافا لابي يوسف اهـ. ويزاد سادسة هي ما نقلناه عن تلخيص الجامع استقرض دراهم وقبضها ثم اشترى ما في ذمته بدنانير مقبوضة في المجلس ثم وجد دراهم القرض زيوفا فلم يرجع بشئ ففيها الزيوف كالجياد. وفي القنية عن أبي يوسف: عبدان لرجلين لم يعرف كل واحد منهما عبده من عبد صاحبه فباعهما أحد المولين بإجازة الآخر وأحدهما أكثر قيمة من الآخر، فالثمن بينهما نصفان، وكذا البيوت فإنما أنظر إلى عددها لا إلى فضل بعضها على بعض. اشترى بما في هذا الكيس من الدراهم فإذا فيه دنانير جاز البيع لانها جنس في حق الزكاة وعليه مل ء هذا الكيس من الدراهم نقد بلده وكذا عند تفاوت النقدين اهـ. وقد ظهر بهذا الفرع الاخير أن قول العمادي في فصوله أن الدراهم أجريت مجرى

***

[٤٦٥]

الدنانير في سبعة مواضع: الاولى بيع القاضي دنانيره لقضاء دينه الدراهم وعكسه. الثانية يصرفها المضارب إذا مات رب المال أو عزل لتصير كرأس المال. الثالثة لو كان رأس المال في يد المضارب دراهم فاشترى بدنانير كان للمضارب. الرابعة باعه بدراهم ثم اشتراه قبل النقد بدنانير أقل قيمة لم يجز. الخامسة لو شراه بدراهم فباعه بربح ثم شراه بدنانير لا يرابح. السادسة أخبر الشفيع أنه شراه بألف درهم فسلم ثم ظهر أن البيع بدنانير أقل قيمة أو أكثر بطلت. السابعة أكره على البيع بدراهم فباع بدنانير مساوية يصير مكرها اهـ مختصرا ليس للحصر. وفي جامع الفصولين برقم (قش) لو جعل الكيلي أو الوزني ثمنا بأن جعل العنب مثلا ثمنا فانقطع يفسد البيع. ثم رقم (ط) قولهم بأنه يفسد نقطاعه ليس بصحيح فإن من اشترى شيئا بقفيز رطب في الذمة فنقطع أوانه لا ينتقض البيع، ولو جعل الكيلي أو الوزني ثمنا في الذمة يشترط بيان محل الايفاء حتى لو باع قنا بكر بر في الذمة فإنه يشترط بيان محل إيفائه عند أبي حنيفة وهو الصحيح، وعندهما يتعين محل العقد للايفاء وما يصلح ثمنا يصلح أجرة، وما لا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالاعيان اهـ. وفي التتارخانية معزيا إلى النوازل: سئل والدي عمن باع شيئا من آخر بعشرة دنانير وقد استقرت العادة في ذلك البلد أنهم يصرفون الاثمان فيما بينهم فيعطون كل خمسة أسداس مكان الدينار واشتهرت تلك العادة فيما بينهم، هل لبائع ذلك العين أن يطالب المشتري بالوزن أم ينعقد العقد على الذي تعارفه المسلمون فيما بينهم بطريق الدلالة؟ فقال: ينصرف إلى ما تعارفه الناس فيما بينهم اهـ. وههنا مسائل مناسبة للثمن لا بأس بذكرها تكثيرا للفوائد: لو استوفى الدلال الثمن ثم كسد في يده فلا مطالبة على المشتري حيث باع بإذن المالك، ولو دفع المشتري إلى البائع أكثر من حقه غلطا

***

[٤٦٦]

فالزائد أمانة، فإنه ضاع نصف المدفوع فالباقي بينهما على الشركة، والاصل أن المال المشترك إذا هلك منه شئ فالهالك على الشركة والباقي يبقى على الشركة، فإن عزل منها الرائد فضاع قبل الرد كان الباقي بينهما، ولو ضاع قدر الثمن دون الزائد فللبائع أن يرجع في الزائد بحسابه، ولو جعل الالف في كمه ودفع المائتين إلى غلامه فسرق الكل لا رجوع لواحد منهما، ولو دفع المشتري إليه كيسا على أن فيه

الثمن دراهم فذهب به إلى منزله فإذا فيه دنانير حملها ليردها فضاعت في الطريق فلا ضمان، الكل من التتارخانية. وفي الواقعات شرى الدجاجة بالبيضات: اشترى دجاجة بخمس بيضات فلم يقبضها حتى باضت خمسا، فإن كان الشراء بخمس بيضات بعينها ولم يستهلك البائع البيضات التي باضتها عنده يأخذ المشتري الدجاجة والبيضات ويدفع إليه الثمن ولا يجب على المشتري التصدق به لانه يصير بمنزلة ما لو اشترى دجاجة وخمس بيضات بخمس بيضات وذلك جائز، فإن كان البائع استهلك البيضات أخذ المشتري الدجاجة بثلاث بيضات وثلث بيضة إن كانت قيمة الدجاجة عشر بيضات لان الثمن ينقسم على قيمة الدجاجة وعلى خمس بيضات استهلكها البائع، فإن كانت قيمة الدجاجة عشر بيضات ينقسم الثمن أثلاثا، فما أصاب خمس بيضات سقط، وما أصاب الدجاجة وهو الثلاث والثلث لزم، فإن كانت بغير أعيانها، فإن لم يستهلك البائع البيضات التي باضت عنده يتصدق المشتري بالفضل لانه لو اشترى دجاجة وخمس بيضات بغير عينها لا يجوز فكذا هنا، فإن استهلكها البائع فالحكم كما لو كانت بعينها اه. وفي الواقعات: اشتري شيئا ودفع إلى البائع دراهم صحاحا فكسرها البائع فوجدها نبهرجة فردها فلا شئ عليه لانه لم يتلف عليه شيئا، وكذا لو دفع إليه إنسان لينظر إليه فكسره. باع بدراهم جياد فدفع إليه المشتري فأراها البائع رجلا فانتقدها فوجدها قليل نبهرجة فاستبدل فأراد أن يصرف في شراء الحوائج فلم يأخذها أحد وقالوا كلها نبهرجة، إن كان أقر للبائع أنها جياد لا يرد لانه متناقض إلا إذا صدقه المشتري فإن لم يكن أقر بذلك يرد لانه غير متناقض اه. والله أعلم. قوله: (وصح بثمن حال وبأجل معلوم) أي البيع لاطلاق النصوص. وفي السراج الوهاج أن الحلول مقتضى العقد وموجبه والاجل لا يثبت إلا بالشرط اه. قيد بعلم الاجل لان جهالته تفضي إلى النزاع فالبائع يطالبه في مدة قريبة

***

[٤٦٧]

والمشتري يأباها فيفسد. وفي شرح المجمع للمصنف من باب خيار الشرط: لو باع مؤجلا ولم يقل إلى رمضان لا يكون مؤبدا بل يكون ثلاثة أيام عند بعض ويفتي بأن يتأجل إلى شهر اه. كأنه لانه المعهود في الشرع في السلم واليمين ليقضين دينه أجلا. وفي الخانية: لو باع ثم أجل الثمن إلى الحصاد فسد عند الامام خلافا لهما، وإذا اختلفا في الاجل فالقول لمن ينفيه لان الاصل عدمه، وكذا إذا اختلفا في قدره فالقول لمدعي الاقل والبينة بينته المشتري في الوجهين وإن اتفقا على قدره واختلفا في مضيه فالقول للمشتري أنه لم يعض والبينة بينته أيضا لان البينة مقدمة على الدعوى، كذا في الجوهرة. وقيدنا بتأجيل الثمن لان تأجيل المبيع المعين لا يجوز ويفسده كما في الجوهرة، ولا يرد على المصنف السلم مع أنه دين لما سيصرح به في بابه من أن من شرائطه الاجل كما لا يرد ما بيع بجنسه فإنه لا يصح مؤجلا لما سنذكره في باب الربا. وفي فتح القدير: ومن جهالة الاجل ما إذا باعه بألف على أن يؤدي إليه الثمن في بلد آخر، ولو قال إلى شهر على أن يؤدي الثمن في بلد آخر جاز بألف إلى شهر ويبطل شرط الايفاء في بلد آخر لان تعيين مكان الايفاء فيما لا حمل له ولا مؤنة غير صحيح، فلو كان له حمل ومؤنة صح. ومن الاجل المجهول اشتراط أن يعطيه الثمن على التفاريق أو كل أسبوع البعض، فإذا لم يكن شرطا في البيع وإنما ذكره بعده لم يفسد وكان له أن يأخذ الكل جملة. ولو كان حالا فطالبه ثم قال اذهب فأعطني كل شهر كذا لا يكون تأجيلا، ولو قال

***

[٤٦٨]

المديون برئت من الاجل أو لا حاجة لي به لا يبطل، ولو قال تركته أو أبطلته أو جعلت المال حالا بطل الاجل، ولو عجل الدين قبل الحلول ثم استحق المقبوض أو وجده زيوفا فرده عاد الاجل، ولو اشترى من المديون شيئا ثم تقايلا لا يعود الاجل ولو رده بعيب بقضاء عاد، ولو كان لهذا الدين المؤجل كفيل لا تعود الكفالة في الوجهين، كذا في الخانية. وإذا رضي البائع بالتأجيل فقد أسقط حقه في حبس المبيع، فلو حل الاجل قبل قبضه فللمشتري قبضه قبل نقد الثمن، كذا في المحيط. وسيأتي مسائل حبس المبيع آخر الباب. وفي البزازية: له على آخر ألف من ثمن مبيع فقال اعطه كل شهر مائة درهم لا يكون تأجيلا ويملك طلبه في الحال وفي الملتقط عليه ألف ثمن جعله الطالب نجوما إن أخل بنجم حل الباقي فالامر كما شرطا اه. وفي شرح المجمع: لو مات البائع لا يبطل الاجل، ولو مات المشتري حل المال لان فائدة التأجيل أن يتجر فيؤدي الثمن من نماء المال، فإذا مات من له الاجل تعين المتروك لقضاء الدين فلا يفيد التأجيل اه. وفي المجمع: وللمشتري أجل سنة ثانية لمنع البائع السلعة سنة الاجل اه. فابتداؤه من وقت التسليم. وكذا لو كان فيه

خيار يعتبر الاجل من حين سقوط الخيار عنده، كذا في الخانية. وفي التجنيس: فرق بين هذا وبين ما إذا اشترى إلى رمضان فمنعه حتى دخل رمضان كان المال حالا في قولهم جميعا اه. وهكذا في الخانية. ولا خصوص لرمضان وإنما خلاف الصاحبين في السنة المنكرة، أما في السنة المعينة فلا يبقى الاجل بعد مضيها، والمراد بمنعه عدم قبض المشتري المبيع مجازا لكون منعه سببا له، كذا في شرح المجمع. وفي الخانية والتجنيس: رجل قال لآخر بعت منك هذا الثوب بعشرة على أن تعطيني كل يوم درهما وكل يوم درهمين يعطيه عشرة في ستة أيام اليوم الاول درهما وثلاثة في اليوم الثاني ودرهما في اليوم الثالث وثلاثة في اليوم الرابع ودرهما في اليوم الخامس ودرهما في اليوم السادس، أما في اليوم الاول يعطيه درهما ظاهر، وفي اليوم الثاني يعطيه ثلاثة لانه

***

[٤٦٩]

جعل اليوم أجلا للدرهم الواحد بكلمة كل الموجبة للتكرار فكلما جاء يوم يلزمه درهم، وفي اليوم الثاني يلزمه درهم بمجئ اليوم الثاني ودرهمان بمجئ يومين ودرهم في اليوم الثالث لحلول نجم آخر ولم يحل للدرهمين أجل آخر، وفي الرابع يلزمه ثلاثة واحد بمضي الرابع ودرهمان بمجئ أجل آخر للدرهمين، وفي اخامس يلزمه درهم بمجئ الخامس ولم يحل للدرهمين أجل آخر، بقي من العشرة واحد يعطيه في اليوم السادس اه وفي الواقعات: اشترى شيئا ودفع إلى البائع دراهم صحاحا فكسرها البائع فوجدها نبهرجة فردها فلا شئ عليه لانه لم يتلف عليه شئ، وكذا لو دفع إليه إنسان. وفي السراج الوهاج: الآجال على ضربين: معلومة ومجهولة. والمجهولة على ضربين: متقاربة ومتفاوتة. فالمعلومة السنون والشهور والايام، والمجهولة متقاربة كالحصاد والدياس والنيروز والمهرجان وقدوم الحاج وخروجهم والجذاذ والقطاف وصوم النصارى وفطرهم. والمتفاوتة كهبوب الريح وإلى أن تمطر السماء وإلى قدوم فلان وإلى الميسرة. فتأجيل الثمن الدين المجهول بنوعيه لا يجوز وإن كان الثمن عينا فسد بالتأجيل ولو معلوما، وإذا أجل الدين أجلا مجهولا بجهالة متقاربة ثم أبطله المشتري قبل محله وقبل فسخه للفساد انقلب جائزا، وإن مضت المدة قبل إبطاله تأكد فساده. وإن كانت جهالته متفاوتة فإن أبطله المشتري قبل التفرق انقلب جائزا اه. وهنا مسائل في الواقعات متعلقة بالثمن أحببت ذكرها هنا: الاولى المأذون له في البيع إذا باع ومات فجاء المالك فليس له مطالبة وارث البائع ما لم يثبت قبضه، ولا يقبل قول المشتري عليه ولا مطالبة له على المشتري إلا برضا الوارث لان الوكيل بالبيع إذا مات لا ينتقل حق المطالبة بالثمن إلى موكله وإنما ينتقل إلى وارثه أو وصيه إن كان، فإن لم يكن نصب القاضي عنه وصيا ليقبض، وكأحد المتفاوضين إذا مات كان قبض الثمن إلى وصيه. الثاني بياع عنده بضائع للناس أمروه ببيعها فباعها ونقد الثمن من ماله على أن يكون الثمن له فأفلس المشتري كان للبائع أن يسترد

***

[٤٧٠]

من المالك ما دفعه إليه. الثالثة بايع أقواما ثم مات وعليهم ديون ولم يعرف له وارث فأخذ السلطان ديونه ثم ظهر له وارث لا يبرأ الغرماء وعليهم الاداء ثانيا إلى الوارث اه. وفي المصباح: حل الدين يحل - بالكسر - حلولا انتهى أجله فهو حال وأجل الشئ مدته ووقته الذي يحل فيه، وهو مصدر أجل الشئ أجلا من باب تعب، وأجل أجولا من باب قعد لغة، وأجلته تأجيلا جعلت له أجلا اه. فظاهره لا يقال حل إلا بعد تأجيل وليس بمراد في الكتاب، وفي القاموس: حل الدين صار حالا. وذكر في الظهيرية من باب الاختلافات بين البائع والمشتري مسألة لطيفة. قوله: (ومطلقه على النقد الغالب) أي مطلق الثمن ببيان قدره ونوعه دون وصفه. والتقييد ببلد بأن وقع البيع بعشرة دراهم أو دنانير ينصرف إلى غالب نقد البلد لانه المتعارف فينصرف المطلق إليه، فإن كان إطلاق اسم الدراهم في العرف يختص بها مع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدراهم بالعرف القولي وهو من أفراد ترك الحقيقة بدلالة العرف، وإن كان التعامل بها في الغالب كان من تركها بدلالة العادة، وكل منهما واجب تحريا للجواز وعدم إهدار كلام العاقل، كذا في فتح القدير. لكنه جزم في التحرير بأن العادة هي العرف العملي وأن مسألة الدراهم من العرف القولي. وفي شرح المجمع: لو باعه إلى أجل معين وشرط أن يعطيه المشتري أي نقد يروج يومئذ كان البيع فاسدا. وذكر تاج الشريعة أن المراد بالبلد البلد الذي جرى فيها البيع لا بلد المتبايعين. قوله: (وإن اختلفت النقود فسد إن لم يبين) أي فسد البيع لوجود الجهالة المفضية إلى المنازعة، فإذا ارتفعت ببيان أحدهما في المجلس ورضي الآخر صح لارتفاع المفسد قبل تقرره فصار كالبيان المقارن. والمراد بالبيان في كلامه البيان المتأخر

لان المقارن يخرج عن موضوع المسألة لان موضوعها مطلقه فافهم والمراد باختلاف النقود اختلاف ماليتها مع الاستواء في الرواج كالبندقي والقايتبابي والسليمي والمغربي والغوري في القاهرة الآن. فالحاصل أن المسألة رباعية لانها إما
***
[٤٧١]
أن تستوي في الرواج والمالية معا أو يختلف فيهما أو يستوي في أحدهما دون الآخر، والفساد في صورة واحدة وهي الاستواء في الرواج والاختلاف في المالية، والصحة في ثلاث صور فيما إذا كانت مختلفة في الرواج والمالية فينصرف إلى الاروج، وفيما إذا كانت مختلفة في الرواج مستوية في المالية فينصرف إلى الاروج أيضا، وفيما إذا استوت فيهما. وإنما الاختلاف في الاسم كالمصري والدمشقي فيتخير في دفع أيهما شاء، فلو طلب البائع أحدهما للمشتري أن يدفع غيره لان امتناع البائع من قبول ما دفعه المشتري ولا فضل تعنت ولذا قلنا: إن النقد لا يتعين في المعاوضات. ومثل في الهداية مسألة الاستواء في المالية بالثنائي والثلاثي، وتعقبه في العناية بأنه لا يصح مثالا لان ما كان اثنان منه دانقا وما كان ثلاثة منه دانقا لا يكون في المالية سواء لكن يمكن أن يكون في الرواج سواء، وفسر الثنائي والثلاثي في المعراج كما في العناية. وفي فتح القدير: الثنائي والثلاثي أسماء دراهم كانت في بلادهم مختلفة المالية، وكذا الركني والخليفتي في الذهب كان الخليفتي أفضل مالية عندهم والعدالي اسم لدراهم اه. وفسرها الزيلعي بأن الثنائي ما كان اثنان بدرهم والثلاثي ما كان ثلاثة منها بدرهم. وحاصله أن الثنائي قطعتان من فضة إما بدانق أو بدرهم، والثلاث ثلاث قطع منها إما بدانق أو بدرهم، وإذا باع سلعة بدرهم في بلدة فيها درهم قطعتان ودرهم ثلاثة خير المشتري إن شاء دفع قطعتين من الثنائي أو ثلاثا من الثلاثي. فالحق ما في الهداية من الاستواء في المالية لان قيمة الثنائي بقدر قيمة الثلاثي وليس المراد القطعة حتى يكون من باب اختلاف المالية. نعم لو باع شيئا بقطعة فسد لان قطعة الثنائي نصف درهم وقطعة الثلاثي ثلث درهم. هذا ما ظهر لي في حل هذا المحل ولم أره لغيري. قيد بالبيع لان في الوصية إذا كانت مختلفة في المالية متساوية في الرواج فتنفذ وصاياه بأقل النقود، وإن كانت متفاوتة في الرواج مستوية في المالية انصرفت الوصية إلى النقد الغالب. وفي البزازية من كتاب الدعوى: وإن ادعى وزنيا ذكر الجنس ذهبا أو فضة ولو مضروبا يقول كذا دينارا خوارزميا أو بخاريا جيدا أو رديئا، ويحتاج إلى ذكر الصفة عند اختلاف النقود ولو نفدا واحدا لا ولو نقودا والكل على الرواج ولا مزية للبعض فيه على الآخر يجوز البيع ويعطى المشتري أيا شاء، لكن
***
[٤٧٢]
في الدعوى لا بد من التعيين، فإن كان أحدهما أروج ينصرف البيع إلى الاروج. وعند ذكر النيسابوري إلى ذكر كونه أحمر. ولا بد من ذكر الجودة عند العامة. وقال الامام النسفي: إن ذكر أحمر خالصا ولم يذكر الجودة كفاه، ولا بد من ذكر ضرب أي دار، وقيل لا يشترط، وإذا ذكر أنها منتقدة لا يحتاج إلى ذكر الجودة في الصحيح. وذكر اللامشي إذا كانت النقود في البلد مختلفة أحدها أروج لا تصح الدعوى ما لم يبين، وكذا إذا أقر بعشرة دنانير حمر وفي البلد نقود مختلفة حمر لا يصح بلا بيان بخلاف البيع فإنه ينصرف إلى الاروج. وفي الذخيرة: عند اختلاف النقود في البلد والتساوي في الرواج لا يصح البيع ولا الدعوى بلا بيان وإن لاح فضل الرواج ينصرف إليه ويعتبر كاللفظ في الدعوى فلا حاجة إلى البيان إلا إذا طال الزمان من وقت الخصومة إلى وقت الدعوى بحيث لا يعلم الاروج فحينئذ لا بد من البيان لما هو الاروج وقت العقد. إلى هنا ما في البزازية من الدعوى وذكر في الصلح: ولو كان البدل دراهم يحتاج إلى بيان القدر والصفة ويقع على نقد البلد الدراهم والدنانير عند الاطلاق، وإن اختلفت النقود فعلى الاغلب وإن استوت لا يصح بلا بيان اه. وفي التتارخانية من باب المهر معزيا إلى الحجة: تزوج امرأة على ألف وفي البلد نقود مختلفة ينصرف إلى الغالب، وإن لم يكن ينظر إلى مهر مثلها فأي ذلك وافق مهر مثلها يحكم لها به اه. وقد علم باب البيع والوصية والصلح والدعوى والاقرار والمهر. بقي الخلع لو خالعها على ألف درهم ولم يبين وبقي الواقف لو شرط له دراهم أو دنانير وينبغي أن يستحق الاقل، وينبغي أيضا في الهبة كذلك ولكن في الهبة لا تتم إلا بالقبض فهو السبب للملك وبه يزول الاشتباه. وبقي الاجارة قال في البزازية من الاجارات: وهو على غالب نقد البلد وإن اختلفت الغلبة فسدت كالبيع اه. فالحاصل أن البيع والاجارة والصلح سواء، وفي الدعوى لا بد من البيان في جميع الوجوه كالاقرار. وفي المهر يقضي بما وافق مهر المثل، وفي الوصية يكون له الاقل. وفي كتابة الخانية: ما صلح مهرا صلح بدلا

في الكتابة. ومقتضاه لو كاتبه على ألف درهم وفي البلد نقود مستوية أن يقضي بما وافق القيمة، وفي المجتبى: لو اشترى بمائة مثقال فضة غير معينة أو ذهب لا يجوز حتى يصفه جيدا أو غيره، ولو قال بألف نبهرجة أو زيوف لا يصح إلا إذا كانت معروفة في البلد اه. وقدمنا أنه لو أشار إلى دراهم مستورة فلما كشف عنها ظهر أنها زيوف أو خلاف نقد البلد استحق الجياد من نقد البلد. قوله: (ويباع الطعام
***
[٤٧٣]
كيلا وجزافا) لحديث البخاري فإذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم (١) ولا يرد عليه بيع الجنس بالجنس من الربا مجازفة لما سيأتي في باب الربا من أنه غير جائز إلا إذا كان قليلا. وفي البزازية: بيع الحنطة بالحنطة مجازفة لا يجوز إلا إذا ظهر تساويهما اه. يعني في المجلس كما سيأتي في باب الربا. وفي جامع الفصولين: شراء قصيل البر بالبر كيلا وجزافا جاز لعدم الجناس اه. ولان احتمال الربا كحقيقته حتى لو لم يحتمل كأن باع كفة ميزان من فضة بكفة منها فإنه يجوز وإن كان مجازفة لعدم احتمال التفاضل كما في فتح القدير وهكذا في البزازية. وفي الصيرفية: جعل في كفة الميزان تبرا وفي الاخرى ذهبا مضروبا وأخذ الميزان حتى تعادلت الكفتان فأخذ صاحب التبر الذهب وصاحب الذهب التبر لا يجوز ما لم يعلما وزن الذهب لان الذهب وزني، وأحاله إلى الجامع الصغير في باب ما يكال وما يوزن. وفي فتح القدير أيضا: والطعام في العرف الماضي الحنطة ودقيقها. وفي المصباح: الطعام عند أهل الحجاز البر خاصة وفي العرف الطعام اسم لما يؤكل مثل الشراب اسم لما يشرب وجمعه أطعمة اه. والمراد به في كلام المصنف الحبوب كلها لا البر وحده ولا كل ما يؤكل بقرينة قوله كيلا وجزافا. وأما في باب الايمان فقال في البزازية: حلف لا يأكل طعاما ينصرف إلى كل مأكول مطعوم حتى لو أكل الخل يحنث، وإذا عقد يمينه على ما هو مأكول بعينه ينصرف إلى ما هو مأكول بعينه، وإذا عقد على ما ليس مأكولا بعينه أو على ما يؤكل بعينه إلا أنه لا يؤكل كذلك عادة ينصرف إلى المتخذ منه اه. وأما في باب الوكالة فقال المصنف: وبشراء طعام يقع على البر ودقيقه اه. وقال بعض المشايخ: الطعام في عرفنا ينصرف إلى ما يمكن أكله يعني المعتاد للاكل كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه. وقال الصدر الشهيد: وعليه الفتوى. فلا تدخل الحنطة والدقيق والخبز كما في النهاية. والجزاف بيع شئ لا يعلم كيله ولا وزنه وهو اسم من جازف مجازفة من باب قاتل. والجزاف بالضم خارج عن القياس وهي فارسية معرب كزاف ومن هنا قيل أصل الكلمة وصل إلى العربية. قال ابن القطاع: جزف في الكيل جزفا أكثر منه ومنه الجزاف والمجازفة في البيع وهي المساهلة والكلمة دخيلة في العربية ويؤيده قول ابن فارس: الجزف الاخذ بكثرة كلمة فارسية، ويقال
***
[٤٧٤]
لمن يرسل كلامه إرسالا من غير قانون جازف في كلامه فأقيم نهج الصواب مقام الكيل والوزن اه. وفي السراج الوهاج: القسمة كالبيع إذا وقعت فيما يجري فيه الربا مجازفة لا تصح. وفي العمدة: اشترى حنطة رجل قبل أن تحصد مكايلة جاز لان الحنطة موجودة وكذلك القوائم والتبن قبل الكدس قبل التذرية. وفي القنية: يجوز بيع الحنطة في سنبلها مكايلة أو موازنة وإن لم تشتد الحبوب بعد اه. ولو قال المصنف ويجوز بيع الحبوب كيلا ووزنا وجزافا بغير جنسه لكان أولى كما لا يخفى. وفي البزازية: وبيع الحنطة بالدراهم وزنا يجوز ويجوز بيع كل ما لا يتفاوت كالبر بلا إشارة ولا إضافة لو كان في ملكه قدر المبيع كله، ولو قال بعتك مائة من من هذه الحنطة وأعطاها من كدس آخر لا يجوز لان غير النقدين يتعين بالتعيين. له عليه حنطة أكلها فباعها منه نسيئة لا يجوز لانه بيع الضمان والحيلة أن يبيعها بثوب ويقبض الثوب ثم يبيعه بدراهم إلى أجل اه. والكدس وزان قفل ما يجمع من الطعام في البيدر فإذا ديس ودق فهو العرمة والصبرة، كذا في المصباح. وفي الظهيرية: رجل له زرع قد استحصد فباع حنطته جاز لانه باع موجودا مقدور التسليم، ولو باع تبنها لم يجز لان التبن لا يكون إلا بعد الدوس والتذرية فكان بيع المعدوم واستحصاد الزرع إدراكه. وفي الذخيرة: ادعى رجل على غيره شيئا مما يكال أو يوزن أو يعد فاشتراه المدعى عليه من المدعي بمائة دينار ثم تصادقا أنه لم يكن للمدعي على المدعى عليه شئ فالعقد باطل، تفرقا أو لم يتفرقا، لان العقد يتعلق بالكر في ذمته بالاضافة إليه، فإذا تبين أنه لم يكن في الذمة تبين أنه باع المعدوم وبيع المعدوم باطل. ولو ادعى دراهم أو دنانير أو فلوسا اشتراها المدعى عليه بدراهم ونقد الدراهم ثم تصادقا أنه لم

يكن عليه شئ ففي مسألة الدراهم والدنانير إذا لم يتفرقا ورجع بمثل ما اشترى يصح العقد ثم يتعلق بالمسمى في الذمة، ولو تفرقا بطل العقد، وفي الفلوس لا يبطل العقد وإن تفرقا قبل قبض ما اشترى لان في بيع الفلوس بالدراهم يكتفي بقبض أحد البدلين حقيقة، وإذا اشترى شيئا بدراهم دين وهما يعلمان أن لا دين لم يجز. ومن مسائل الحنطة ودعواها قال في دعوى البزازية: ادعى عشرة أقفزة حنطة لا يصح بلا بيان السبب لانه لو سلما يطالب في الموضع الذي عين عنده وإن قرضا أو ثمن مبيع تعين مكان البيع والقرض وإن غصبا واستهلاكا تعين مكان الغصب والاستهلاك اه. وفي السراج الوهاج والمنتقى، المشتري إذا قال بعني هذا الكر الحنطة فباعه فهو على الكيل فإن قبضه بغير كيل ثم كاله بغير محضر من البائع جاز إلا أن المشتري لا يصدق على ما يدعي من النقصان لانه قد صدق على وفاء الكيل وإنما كيله تحليل لموافقة السنة اه. ولعله إنما لا

***

[٤٧٥]

يصدق مع أن القول للقابض لاقراره بقوله بعني هذا الكر. قوله: (وبإناء أو حجر لا يعرف قدره) لان هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لان البيع يوجب التسليم في الحال وهلاكه قبل التسليم نادر، وبه اندفع ما رواه الحسن من عدم الجواز للجهالة، وما في الكتاب هو الاصح ولا يرد عليه السلام لانه لا يجوز لما سيأتي فإنه لا بد من معرفة مقدار المسلم فيه لان التسليم لا يكون فيه إلا بعد حلول الاجل، والهلاك قبله غير نادر، واحتمال الفساد فيه ملحق بحقيقته. وأطلقه وهو مقيد بما إذا لم يحتمل الحجر التفتت والاناء النقصان كأن يكون من خشب أو حديد، فإن احتملهما لم يجز كالزنبيل والغرائر والخيار والبطيخ، وعلى هذا مل ء قربة بعينها أو راوية من النيل فعن أبي حنيفة لا يجوز لان الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة لكن أطلق في المجرد جوازه. ولا بد من اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقايين فلو ملا له بأصغر منها لا يقبل، وكذا راوية منه يوفيه في منزله. وعن أبي يوسف إذا ملاها ثم تراضيا جاز كما قالوا إذا باع الحطب ونحوه أحمالا لا يجوز، ولو حمله على الدابة ثم باعه الحمل جاز لتعيين قدر المبيع في الثاني. وفي المحيط: بيع الماء في الحياض والآبار لا يجوز إلا إذا جعله في إناء. وفي الخلاصة خلافه قال: اشترى كذا كذا قربة من ماء الفرات جاز استحسانا إذا كانت القربة معينة، وعن أبي يوسف يجوز في القرب مطلقا. ومراد المصنف جواز البيع بالاناء والحجر لا لزومه ففي المعراج عن جمع التفاريق عن محمد أن للمشتري الخيار. وفي مجموع النوازل: لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا ثم علم به جاز وله الخيار. وفي فتح القدير بعد نقله: وينبغي أن يكون هذا محمل الرواية عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا كالسلم أي لا يلزم ا ه. وهو غير محتاج إليه بل ظاهر الهداية أنه على حقيقته ولذا قال: إن الجواز أصح وأظهر. وشرط في المبسوط في مسألة الكتاب أن يكون يدا بيد فلا يصح إلا بشرط تعجيل التسليم. ومن هنا طعن المحقق في فتح القدير على من

***

[٤٧٦]

اشترط فيما يوزن به أن لا يحتمل النقصان لانه حينئذ لا جفاف يوجب النقصان وما قد يعرض من تأخره يوما أو يومين ممنوع بل لا يجوز كما لا يجوز في السلم إلى آخر ما حققه وهو حسن جدا. وهذا الخيار خيار كشف الحال كما قدمناه في مسألة الحفيرة والمطمورة. وفي فتح القدير: وعن أبي جعفر باعه من هذه الحنطة قدر ما يملا هذا الطشت جاز، ولو باعه قدر ما يملا هذا البيت لا يجوز اه. وذكر في السراج الوهاج القصعة مع الطشت وقدمنا ما إذا باعه جميع ما في هذا البيت أو الدار أو الصندوق أو القربة ويشترط لبقاء عقد البيع على الصحة بقاء الاناء والحجر على حالهما. فلو تلفا قبل التسليم فسد البيع لانه لا يعلم مبلغ ما باعه منه، كذا في السراج الوهاج. قوله: (ومن باع صبرة كل صاع بدرهم صح في صاع) يعني عند أبي حنيفة إلا أن يسمي جميع قفزانها أو جميع ثمنها. وقالا: يصح مطلقا. له أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والثمن فينصرف إلى الاقل وهو معلوم إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس. ولهما أن الجهالة بيدهما إزالتها ومثلها غير مانع كما إذا باع عبدا من عبدين على أن المشتري بالخيار. ولم يذكر المصنف الخيار على قوله قالوا وله الخيار في الواحد كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع. وظاهر ما في الهداية ترجيح قولهما لتأخيره دليلهما كما هو عادته. وقد صرح في الخلاصة في نظيره بأن الفتوى على قولهما فقال: رجل اشترى العنب كل وقر بكذا والوقر عندهم معروف، إن كان العنب عندهم من جنس واحد يجب أن يجوز في وقر واحد عند أبي حنيفة كما في بيع الصبرة

***
[٤٧٧]
كل قفيز بدرهم، وإن كان العنب عندهم أجناسا مختلفة لا يجوز البيع أصلا عند أبي حنيفة كبيع قطيع الغنم، وعندهما يجوز إذا كان جنسا واحدا في كل العنب كل وقر بما قال، وكذا إذا كان الجنس مختلفا، هكذا أورده الصدر الشهيد. والفقيه أبو الليث جعل الجواب بالجواز فيما إذا كان العنب من جنس واحد متفقا عليه وإن كان من أجناس مختلف فيه قال الفقيه أبو الليث: والفتوى على قولهما تيسيرا للامر على المسلمين اهـ. وفي فتح القدير: وتفريع الصدر الشهيد أوجه اهـ. وفي المعراج أن أبا الليث هذا هو الخوارزمي فظاهره أنه ليس هو الفقيه المشهور. قيد بقوله كل قفيز لانه لو قال بعتك هذه الصبرة على أنها قفيز أو بعتك قفيزا منها فهما سواء والبيع واقع على قفيز واحد، فإن وجده أقل من قفيز فله الخيار لتفرق الصفقة كما إذا قال بعتك على أنه كر كل قفيز بكذا فوجده أنقص فله الخيار، كذا في غاية البيان. وفيها: أن لكل منهما الخيار في مسألة الكتاب قبل الكيل وذلك لان الجهالة قائمة أو لتفرق الصفقة، واستشكل القول بتفرق الصفقة على قول الامام لانه قال بانصرافه إلى الواحد فلا تفريق. وأجاب في المعراج بأن انصرافه إلى الواحد مجتهد فيه والعوام لا علم لهم بالمسائل الاجتهادية فلا ينزل عالما فلا يكون راضيا، كذا في الفوائد الظهيرية وفيه نوع تأمل اهـ. وصرح في البدائع بلزوم البيع في الواحد وهذا هو الظاهر، وعندهما البيع في الكل لازم ولا خيار وصبرة الطعام مثال لان كل مكيل أو موزون أو معدود من جنس واحد إذا لم يكن مختلف القيمة كذلك. وكذا قوله كل صاع لانه لو قال كل صاعين أو ثلاثة فإنه يصح بقدر ما سمى عنده. وقيدنا بعدم تسمية ثمن الجميع لانه لو بينه ولم يبين جملة الصبرة كما لو قال بعتك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم فإنه يجوز في الجميع اتفاقا. وفي تلخيص الجامع من باب الكيل يزيد أو ينقص: اشترى على أنه كر فابتل قبل القبض أو جف وأمضى فالفضل والنقص له وعليه إن كانا بعد الكيل لملك الاصل كالولد والعمى وللبائع، وعليه إن كانا قبله إذ الكيل كالانشاء لابهام قبله والمكيل كالجزاف وفاء بالاشارة والشرط. ولو اشترى قفيزا منه فما بعد الكيل كما قبله لانه مبهم ما لم يقبض حتى لم ينقصه التلف ما أبقى من الكر، وجاز التبديل ما لم يجاوزه فلا يعلم الحدوث في الملك، فإن قابله الجنس أفسده محمد في الطارئ حال الابهام إذ التعيين كالانشاء ولا يرى مبيحا بالغير والمثل ملحقا بالرطب والتمر ما يتفاوت في المال حتى المنقع دافعا للرطب بالرطب إذ التفاوت في غير المبيع إلى آخره. وقيد بالبيع لانه في الاجارة والاقرار ينصرف إلى الواحد اتفاقا كما إذا قال أجرتك داري كل شهر بكذا وكل شهر سكن أوله لزمه، وإذا كفل إنسان بهذه الاجرة كل شهر بكذا
***
[٤٧٨]
فكل شئ لزم المستأجر لزم كفيله كما في كفالة الخانية ولك على درهم. وفي إقرار الخانية: لو قال علي كل درهم من الدراهم يلزمه ثلاثة دراهم في قول أبي يوسف ومحمد، وفي قياس قول أبي حنيفة يلزمه عشرة. ولو قال علي مع كل درهم درهم أو علي درهم مع كل درهم يلزمه درهمان اهـ. وأما في التعليق فللكل اتفاقا كما إذا قال كل امرأة أتزوجها، وكذا لو قال كلما اشتريت هذا الثوب أو ثوبا فهو صدقة، أو كلما ركبت هذه الدابة أو دابة. وفرق أبو يوسف بين المنكر والمعرف في الكل وتمامه في شرح الزيلعي من التعليق. وفي الخانية: كلما أكلت اللحم فعلي درهم فعليه بكل لقمة درهم، وأما في الكفالة فإن صدر القول من الكفيل كان للواحد كما إذا ضمن لها نفقتها كل شهر أو كل يوم لزمه نفقة واحدة عند أبي حنيفة خلافا لابي يوسف كما في نفقات الخلاصة. وإن صدر من الآمر كما إذا قال ادفع عني كل شهر كذا فدفع المأمور أكثر من شهر لزم الآمر كما في كفالة الخانية. وقد وضعت ضابطا فقهيا لم أسبق إليه لكلمة كل بعد تصريحهم بأنها لاستغراق أفراد ما دخلته في المنكر وأجزائه في المعرف هو أن الافراد إن كانت مما لا تعلم نهايتها فإن لم تفض الجهالة إلى المنازعة فإنها تكون على أصلها من الاستغراق كمسألة التعليق والامر بالدفع عنه، وإلا فإن كان لا يمكن معرفتها في المجلس فهي على الواحد اتفاقا كالاجارة والاقرار والكفالة وإلا فإن كانت الافراد متفاوتة لم تصح في شئ عنده كبيع قطيع كل شاة، وصح في الكل عندهما كالصبرة، والاصح في واحد عنده كالصبرة. وفي إقرار الخلاصة وغيرها: الوصي إذا قال قبضت كل مال لفلان الميت على الناس فجاء غريم وقال للوصي إني دفعت إليك كذا كذا درهما وقال الوصي ما قبضت منك شيئا فالقول قول الوصي مع يمينه اهـ. ثم رأيت بعد ذلك في آخر غصب الخانية من مسائل الابراء: لو قال كل غريم لي فهو في حل قال ابن مقاتل: لا يبرأ غرماؤه

لان الابراء إيجاب الحق للغرماء وإيجاب الحقوق لا يجوز إلا لقوم بأعيانهم، وأما كلمة كل في باب الاباحة فقال في الخانية من ذلك الباب: لو قال كل إنسان تناول من مالي فهو حلال له قال محمد بن سلمة: لا يجوز ومن تناول ضمن. وقال أبو نصر محمد بن سلام: هو جائز نظرا إلى الاباحة والاباحة للمجهول جائزة، ومحمد جعله إبراء عما تناوله والابراء للمجهول باطل والفتوى على قول نصير اه. ويمكن أن يقال في الضابط بعد قوله فهي على الواحد اتفاقا إن لم يكن فيه إيجاب حق لاحد، فإن كان لم يصح ولا في واحد كمسألة الابراء، وقدمنا في الطلاق الفرق بين قوله أنت طالق كل تطليقة وكل التطليقة، وفي باب

***

[٤٧٩]

الظهار الفرق بين أنت علي كظهر أمي كل يوم وفي كل يوم. ثم اعلم أن مفهوم قوله صح في واحد أنه فاسد فيما عداه ويرتفع الفساد بكيله في المجلس لارتفاع الجهالة، فإن تفرقا قبل الكيل وكيل بعد ذلك تقرر الفساد فلا يصح إلا باستئناف العقد عليه، كذا في السراج الوهاج. ولو أشار إلى نوعين حنطة وشعير فقال أبيعك هاتين الصبرتين كل قفيز بدرهم فالبيع جائز عند أبي حنيفة في قفيز واحد. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز في الصبرتين جميعا، كذا في الكرخي. وفي المنظومة فاسد في الجميع عند أبي حنيفة، كذا في السراج الوهاج. وفي المجتبى: بعتك نصيبي من هذا الطعام بطل وإن بين بعد ذلك، وكذا في الدار وهو قول زفر، ولو باع جزأ من خمسة أسهم أو سهما من خمسة أو نصيبي من خمسة أسهم أو سهما من خمسة أنصباء أو جزأ أو نصيبا منه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى استحسانا لا قياسا اه. وفي الظهيرية من باب الاستحقاق: رجل له ثلاثة أقفزة حنطة باع منها قفيزا ثم باع منها قفيزا من رجل آخر ثم باع منها قفيزا من ثالث ثم كال لهم الاقفزة الثلاثة ثم جاء رجل واستحق من الكل قفيزا، فإن المستحق يأخذ القفيز الثالث لان صاحب اليد حين باع القفيز الاول والثاني فقد باع ما يملكه، وأما الثالث فقد باع ما لا يملكه اه. وفي الخانية: رجل في يده كران فباع أحدهما من رجل ولم يسلم حتى باع من آخر كرا ودفع إليه ثم باع الكر الآخر من رجل آخر ودفعه إليه ثم حضر المشتري الاول ووجد المشتريين جميعا فإنه يأخذ ما كان في يد الثالث لان البائع بعدما باع الاول كان يملك الكر الثاني، فإذا باع الآخر لثالث لم يجز بيعه، وإن لم يجد المشتري الثالث ووجد الثاني أخذ من الثاني نصف ما في يده، فإن حضر الثالث بعد ذلك أخذ الاول والثاني جميع ما في يده، ولو وجد الاول الثالث أخذ جميع ما في يده، وكذا لو كان مكان الكرين عبد اه. ثم قال بعده: ولو كان معه قفيزا حنطة وأما إذا باعها لثلاثة ثم كالها فوجدها ناقصة فهل يكون النقصان من حصة الثالث أو على الثلاثة؟ فقال في الولوالجية: رجل له سلعة وزنية ظن أنها أربعة آلاف من فباعها من أربعة أنفس لكل منهم ألف من بثمن معلوم، فلما وزنوا وجدوا ذلك ناقصا من المقدار المقدر بكثير فهذا على وجهين: إن باع منهم معالهم الخيار إن شاء أخذ كل واحد منهم ما يخصه من الثمن، وإن

***

[٤٨٠]

شاؤا تركوا ورجعوا بالثمن لانه تغير شرطهم، فإن باع منهم على التعاقب فالنقصان على الآخر اه. والظاهر أن الشئ الكيلي كالوزني. وفي المصباح: الصبرة من الطعام جمعها صبر كغرفة وغرف. وعن ابن دريد: اشتريت صبرة أي بلا كيل ولا وزن اه. والقفيز مكيال يسع ثمانية مكاييل والجمع أقفزة وقفزان والقفيز من الارض عشر الجريب اه. والوقر - بالكسر - حمل البعير ويستعمل في البعير وبالفتح ثقل السمع اه. قوله: (ولو باع ثلة أو ثوبا كل شاة بدرهم أو كل ذراع بدرهم فسد في الكل) يعني عند أبي حنيفة خلافا لهما لان رفع هذه الجهالة بيدهما. وله ما قدمناه من أن الافراد إذا كانت متفاوتة لم يصح في شئ. وقطع ذراع من الثوب موجب للضرر فلم يجز كبيع جذع من سقف، وعلى هذا كل عددي متفاوت كالبقر والابل والعبيد والبطيخ والرمان والسفرجل. وفي المعراج: البيض كالرمان قياسا واستحسانا كالقفزان اه. وفي القنية: باع نصف خشبة مقلوعة أو نصف عمارة مشاعا جاز وإن كان في قسمته ضرر اه. فليس كل ضرر يفسد البيع فلو علم بالعدد قبل الافتراق فله الخيار. قيد بعدم ثمن تسمية الكل لانه لو سمى ثمن الكل كما إذا قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فإنه جائز في الكل اتفاقا كما لو سمى جملة الذرعان أو القطيع. وأطلق الثوب وقيده العتابي في شرح الجامع الصغير بثوب يضره التبعيض، أما في ثوب الكرباس فينبغي أن يجوز عنده في ذراع واحد كما في الطعام الواحد، كذا في غاية البيان. وفي القنية: اشترى ذراعا من خشبة أو ثوب من جانب معلوم لا يجوز، ولو قطعه وسلمه أيضا لا يجوز

إلا أن يقبل. وعن أبي يوسف جوازه، وعن محمد أنه فاسد ولكن لو قطع وسلم فليس للمشتري الامتناع. وعلى هذا لو باع غصنا من شجرة من موضع معلوم حتى لو اشترى الاوراق بأغصانها وكان موضع قطعها معلوما ومضى وقتها فليس للمشتري أن يسترد الثمن اه. وقيد بقوله كل شاة بدرهم لانه لو اشترى الرجل غنما أو بقرا أو عدل زطي كل اثنين من ذلك بعشرة دراهم فهو بطال إجماعا لان كل شاة لا يعرف ثمنها إلا

***

[٤٨١]

بانضمام غيرها إليها وأنه مجهول لا يدري، وإن كان ذلك في مكيل أو موزون أو عددي متقارب جاز كما في الخانية. وفي القاموس: الثلة جماعة الغنم أو الكثيرة منها أو من الضأن خاصة والجمع كندر وثلال اه. وفي السراج الوهاج: قال الحلواني رحمه الله تعالى: الاصح أن عند أبي حنيفة إذا أحاط علمه بعدد الاغنام في المجلس لا ينقلب العقد صحيحا لكن لو كان البائع على رضاه ورضي المشتري ينعقد البيع بينهما بالتراضي، كذا في الفوائد الظهيرية ونظيره البيع بالرقم اه. وفي البدائع: وعلى هذا الخلاف الوزني الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من الاواني والعلب اه. قوله: (ولو سمى الكل في الكل صح) أي لو سمى جملة المبيع صح في المثلي والقيمي لزوال المانع. أطلقه فشمل ما إذ سمى في العقد أو بعده بشرط المجلس وبعده لا لان ساعات المجلس تعتبر ساعة واحدة دفعا للعسر فالعلم في المجلس كالعلم حالة العقد، ولا ينقلب جائزا بالعلم بعد المجلس لتقرر الفساد للجهالة. وما في المحيط عن بعض المشايخ أن عنده يصح في الكل وإن علم بعد المجلس بعيد لما قررناه. وشمل تسمية جميع الثمن وجميع المبيع لما قدمنا أن تسمية جملة الثمن كافية للصحة كتسمية المبيع، وقد صرح به في السراج الوهاج. وفي القنية: اشترى من البقول عشرة أمناء من الجزر من جزر له كثير صح كعشرة أقفزة من الحنطة لان المشاحة لا تجري فيه، ولو قال على أن اختار منها لا يصح. قال اشتريت منك ألف من من هذه الحنطة فوزنت فإذا هي خمسمائة، قيل صح في الموجود، وقيل لا لان الفساد قوي فيتعدى إليه النقص صح في الموجود اتفاقا، وكذا في العدديات المتقاربة. وإنما الخلاف في العدديات المتفاوتة إذا وجدها أنقص. وفي البدائع: لو قال بعت منك هذا القطيع كل شاتين بعشرين فالبيع فاسد في الكل إجماعا وإن علم المشتري العدد في المجلس واختار. قوله: (وإن نقص كيل أخذ بحصته أو ترك وإن زاد فللبائع) متفرع على قوله وإن سمى الكل يعني إذا سمى الجملة لو نقص عما سماه في المثليات خير لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاؤه بالموجود، وإن زاد شئ عليه فهو للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف. وفي غاية البيان: وكذا الحكم في كل مكيل أو موزون ليس في تبعيضه ضرر. قيد بكونه بيع مكايلة لانه لو اشترى حنطة مجازفة في البيت فوجد تحتها دكانا فله الخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء تركها، وكذا لو اشترى بئرا من حنطة على أنها كذا وكذا ذراعا فإذا هي أقل من ذلك فله الخيار، ولو كان طعاما في حب فإذا نصفه تبن يأخذه بنصف الثمن لان الحب وعاء يكال فيه فصار المبيع حنطة مقدرة، والبيت والبئر لا يكال بهما فصار المبيع حنطة غير مقدرة ولكن البائع أطعمه

***

[٤٨٢]

في شئ فوجد بخلافه وذا يوجب الخيار. ولو اشترى سمكة على أنها عشرة أرطال ووزن البائع عليه فوجد المشتري في بطنها حجرا يزن ثلاثة أرطال فهو بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء ترك لان الوزن ههنا جار مجرى الجودة، والوزن قد يجري مجرى الصفة في بعض الاشياء كما في اللآلئ والجواهر وههنا كذلك، وفوات الوزن بمنزلة العيب. فإن شواها قبل أن يعلم والمسألة بحالها تقوم السمكة عشرة أرطال وتقوم سبعة فيرجع بحصة ما بينهما من الثمن لانه تعذر الرد بالعيب فيرجع بنقصان العيب، كذا في المحيط. ومسألة السمكة خارجة عن حكم الموزونات فإن الحكم في الموزونات التخير عند النقصان إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن، وإن شاء ترك وحكمها التخيير بين الاخذ بجميع الثمن أو الفسخ، ولا خصوصية للسمكة بل كل موزون في تبعيضه ضرر كذلك ولذا قال في الخانية: رجل باع لؤلؤة على أنها تزن مثقالا فوجدها أكثر سلمت للمشتري لان الوزن فيما يضره التبعيض وصف بمنزلة الذرعان في الثوب اه. وفي الخلاصة: اشترى طشتا على أنه عشرة أمناء فبان بعد القبض أنه خمسة أمناء خير المشتري لانه بمنزلة العيب، فإن حدث به عيب عنده وأبى البائع قبوله قوم طشت من عشرة أمناء مثلا بعشرين، وقوم من خمسة أمناء بعشرة أمناء فالعيب ينقص خمسة ا ه. والقول

للقابض في الزيادة والنقصان وعليها يتفرع ما في الخانية: ولو باع من آخر إبريسما فوزنه البائع على المشتري فذهب به المشتري ثم جاء بعد مدة وقال وجدته ناقصا، إن كان يعلم أنه انتقص من الهواء لا شئ على البائع، وكذا لو كان النقصان مما يجري بين الوزنين، وإن لم يكن النقصان من الهواء ولا يجري بين الوزنين فإن لم يكن المشتري أقر أنه قبض كذا أمناء فله أن يمنع حصة النقصان من الثمن إن كان لم ينقده الثمن، فإن كان نقده الثمن رجع عليه بذلك القدر، وإن كان المشتري أقر أنه قبض كذا أمنا ثم قال وجدته أقل من ذلك فليس له أن يمنع من البائع شيئا من الثمن ولا يسترده اه. وأطلقه فشمل ما إذا كان المسمى مشروطا باللفظ أو بالعادة لما في البزازية: اتفق أهل بلدة على سعر الخبز واللحم وشاع على وجه لا يتفاوت فأعطى رجل ثمنا واشتراه وأعطاه أقل من المتعارف، إن كان من أهل البلدة يرجع بالنقصان فيهما من الثمن، وإن كان من غير أهلها رجع في الخبز لان التسعير فيه متعارف فيلزم الكل في اللحم فلا يعم اه. وفي البزازية أيضا: اشترى عنب كرم على أنه ألف من فظهر أنه تسعمائة طالب البائع بحصة مائة من من الثمن، وعلى قياس قول الامام يفسد العقد في الباقي، وكان قاضي الحرمين يروي عن الامام من جنس هذا. وأفتى الحلواني والسرخسي على أن العقد يصح فيما وجد، وبه أفتى الصدر الشهيد. وفي المحيط: اشترى نصف ما في الكرم المعين من العنب الذي على الكرم على أنه خمسمائة من بجوز، وجد ذلك القدر أو أقل أو أكثر. وذكر اللامشي أنما يجوز إذا وجد خمسمائة، ولو قال بعت ألف من من هذا الكرم إن كان العنب من نوع واحد يجوز. وفي

***

[٤٨٣]

الملتقط: جواز شراء العنب من الكرم إذا سمي أنه كذا كذا كوارة وذكرها وينظر المقومون لتقدير القيمة، فإن شرط أنها كذا كذا كوارة يجوز فيها بشرائط السلم وإلا فلا، وعلى المشتري ضمان ما أتلفه ولا شئ عليه من ثمن الباقي إذا كان العقد جائزا، ولا يشترط فيه ذكرها وعددها، فإذا وجده زائدا أو ناقصا لا شئ لاحدهما على الآخر لانه اشترى الجملة بلا تقدير اه. وفي المحيط: لو اشترى كرا على أنه عشرة أقفزة فكاله فوجده أكثر من عشرة فالزيادة للبائع لان قدر المبيع عشرة أقفزة، فإذا كاله ثانيا فوجده أنقص لا يكملها لانه ظهر قدر المبيع بالكيل الاول وصار مسلما فلا يعتبر الكيل الثاني، وإن كاله فوجده أنقص من عشرة يطرح من ثمنه، وإن شاء أخذ الباقي بحصته من الثمن، وإن شاء ترك، فإن كاله ثانية فوجده عشرة لا يزيد على الثمن ولا يبطل خياره والعبرة للكيل الاول اه. ويعلم منه حكم الموزونات. وفي تلخيص الجامع باب شراء الظرف بما فيه والطعام والقيمي: اشترى زق زيت بما فيه على أنهما مائة رطل فإذا الزق أثقل من العتاد خير للتقدير، ولو كان عشرين حط ثمن ما خص الزيت إن كان الزيت سبعين بعد قسمة الثمن على قيمة الزيت أو قيمة ثمانين رطل زيت والتخيير ورد عشرين إن كان مائة صرفا للنقص والفضل إلى الزيت إذ القدر أصل فيه دون الزق كأنه قال والزق ما وجد والزيت تكملة المائة. ولو كان مكان الزق سمن حط ثلاثة أخماس ما خصه ورد سبعي الزيت بعد قسمة الثمن على قيمة خمسين من كل فرد لان القدر أصل فيهما فاقتسماه كما في البيع بألف مثقال ذهب وفضة، ولو كان الزق مائة والزيت خمسين فسد لجهالة الثمن شرط المعدوم إذ لا تنقيص في الزق ولا عقد في غير المائة. ولو اشترى الاغنام العشر والقفزان العشرة على أن كل شاة وقفيز بدرهم فإذا القفزان تسعة رد الكل إذ لم تتم الصفقة أو حط عشرة قسط الطعام بعد قسمة كل درهم على شاة وقفيز وأمضى لزوال الجهل بفرض التساوي. ولو كانت الاغنام تسعة فسد في قفيز عندهما، وفي الكل عنده لشرط الربا إذا لم يقابل قسط ما فات مالا وتمامه فيه. والزق بالكسر الظرف، كذا في المصباح. أطلق في تخييره عند النقصان عما سماه. وقيده قاضيخان في فتاواه فقال: وإن

***

[٤٨٤]

اشترى مكيلا أو موزونا على أنه كذا فوجده أقل جاز البيع فيما وجد. وهل يخير المشتري؟ إن كان لم يقبض المشتري المبيع أو قبض البعض كان له أن يرده، وإن كان قبض الكل لا يخير اه. ثم اعلم أن في صورة النقصان إنما يسقط حصة النقصان إذا لم يكن المبيع مشاهدا له، فإن كان مشاهدا له انتفى الغرور ولهذا قال قاضيخان في فتاواه: اشترى سويقا على أن البائع لته بمن من السمن وتقابضا والمشتري ينظر إليه فظهر أنه لته بنصف من، جاز البيع ولا خيار للمشتري لان هذا مما يعرف بالعيان، فإذا عاينه انتفى الغرور وهو كما

لو اشترى صابونا على أنه متخذ من كذا جرة من الدهن فظهر أنه متخذ من أقل من ذلك والمشتري ينظر إلى الصابون وقت الشراء، وكذا لو اشترى قميصا على أنه اتخذ من عشرة أذرع وهو ينظر إليه فإذا هو من تسعة جاز البيع ولا خيار للمشتري لما قلنا اهـ. وأطلق في الزيادات وقيدها في المجتبى بما لا يدخل تحت الكيلين أو الوزنين وما يدخل بينهما لا يجب رده، واختلف في قدر ما يدخل بينهما فقيل نصف درهم في مائة، وقيل دانق في مائة لا حكم له، وعن أبي يوسف دانق في عشرة كثير، وقيل ما دون حبة عفو في الدينار وفي القفيز المعتاد في زماننا نصف من اهـ. وقيد بكون الزيادة كانت مختلطة في المبيع وقت البيع لانها لو حدثت في المبيع كما إذا زادت الحنطة بالبل فإن كان مشارا إليه بيع بشرط الكيل تكون للبائع إن حدثت قبل الكيل، وإن بعده فللمشتري لان قدر المبيع لا يظهر إلا بالكيل فتكون الزيادة قبل الكيل حادثة على ملك البائع، وبعده حادثة على ملك المشتري. وإن لم يكن مشارا إليه فالحادثة بعد الكيل قبل القبض للبائع، وبعد القبض للمشتري وتمام تفريعاته في المحيط. وسيأتي أن القيمي إذا وجده ناقصا أو زائدا فسد البيع إن لم يبين ثمن كل. وفي الخانية: باع أرضا على أن فيها كذا كذا نخلة فوجدها المشتري ناقصة جاز البيع ويخير المشتري إن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء ترك لان الشجر يدخل في بيع الارض تبعا ولا يكون له قسط من الثمن. وكذا لو باع دارا على أن فيها كذا كذا بيتا فوجدها ناقصة جاز البيع ويخير على هذا الوجه، وكذا لو باع دارا على أن فيها كذا كذا نخلة عليها ثمارها فباع الكل بثمارها وكان فيها نخلة غير مثمرة فسد البيع لان الثمر له قسط من الثمن، فإذا كانت الواحدة غير مثمرة لم يدخل المعدوم في البيع فصارت حصة الباقي مجهولة فيكون هذا ابتداء عقد في الباقي بثمن مجهول فيفسد البيع كما لو باع شاة مذبوحة فإذا رجلها من الفخذ مقطوعة فسد البيع لان الفخذ له قسط من الثمن اهـ. وقيد بكونه سمى جملة القفزان على التعيين لانه لو سماها على الابهام كما لو باع صبرة على أنها أكثر من عشرة أقفزة، فإن وجدها كذلك جاز البيع، وإن وجدها عشرة

***

[٤٨٥]

أو أقل من عشرة لا يجوز البيع. ولو باعها على أنها أقل من عشرة فوجدها كذلك جاز، وإن وجدها عشرة أو أكثر لا يجوز البيع، وعن أبي يوسف أنه يجوز البيع. ولو اشترى دارا على أنها عشرة أذرع جاز البيع في الوجوه كلها، كذا في الخانية. وفي القنية: عد الكواغد فظنها أربعة وعشرين وأخبر البائع به ثم أضاف العقد إلى عينها ولم يذكر العدد ثم ازدادت على ما ظنه فهي حلال للمشتري. وفي فتاوي صاعد: ساومه الحنطة كل قفيز بثمن معين وحاسبوا فبلغ ستمائة درهم فغلطوا وحاسبوا المشتري بخمسمائة وباعوها منه بخمسمائة ثم ظهر أن فيها غلطا لا يلزمه إلا خمسمائة. أفرز القصاب أربع شياه فقال بائعها هي بخمسة كل واحدة بدينار وربع فذهب القصاب فجاء بأربع دنانير فقال للبائع هل بعت هذه بهذا القدر والبائع يعتقد أنها خمسة؟ قال: صح البيع. قال رضي الله تعالى عنه: وهذا إشارة إلى أنه يصح بأربعة ولا يعتبر ما سبق أن كل واحدة بدينار وربع اهـ. (فرع) لطيف من أيمان خزانة الفتاوى مناسب للوزنيات: اشترى منا من اللحم فقالت هذا أقل من من وحلفت عليه وقال الزوج إن لم يكن منا فأنت طالق فالحيلة فيه أن يطبخ قبل أن يوزن فلا يحنثان اهـ قوله: (وإن نقص ذراع أخذ بكل الثمن أو ترك وإن زاد فللمشترى ولا خيار للبائع) لان الذرع في المذروع وصف لانه عبارة عن الطول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة أجزاء فإن لم يفرد بثمن كان تابعا محضا فلا يقابل بشئ من الثمن، فإذا قال على أنها مائة ذراع بمائة ولم يزد فوجدها أنقص كان عليه جميع الثمن، وإنما يتخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما إذا اشتراه على أنه كاتب فوجده غير كاتب، وإن وجدها أزيد فللمشتري الزيادة ولا خيار للبائع كما إذا باعه على أنه معيب فإذا هو سليم، وقد ذكر المشايخ في التفريق بين القدر وهو الاصل والوصف حدودا فقيل ما يتعيب بالتبعيض والتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف، وما لا يتعيب بهما فالزيادة والنقصان فيه أصل. وقيل: الوصف ما لوجوده تأثير في تقوم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره، والاصل ما لا يكون بهذه المثابة. وقيل: ما لا ينقص بالباقي لفواته فهو أصل، وما ينقص الباقي بفواته فهو وصف، وهذا مع الثاني متقاربان فبهذا علم أن القدر في المكيلات والموزونات أصل، والذرع في المذروعات وصف، وثمرة كون الذرع وصفا والقدر أصلا تظهر في مواضع منها ما ذكر في الكتاب، ومنها أنه لا يجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل الكيل والوزن إذا اشتراه بشرط الكيل والوزن، ويجوز به في المذروع قبل الذرع، سواء اشتراه مجازفة أو بشرط الذرع. ومنها أن بيع الواحد باثنين لا يجوز في المكيلات والموزونات ويجوز في المذروعات، كذا في المعراج إلا إذا بين لكل ذراع ثمنا فإنه لا يتصرف

***
[٤٨٦]
قبل الذرع كما في المحيط. وفيه الوصف لا يقابله شئ من الثمن كما إذا اعور المبيع في يد البائع قبل التسليم لم يسقط شئ من الثمن، وكذا إذا اعورت في يد المشتري فله البيع مرابحة بلا بيان إلا إذا كان مقصودا بالتناول حقيقة أو حكما. أما حقيقة بأن قطع البائع يد العبد قبل القبض فإنه يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالقطع. والحكمي بأن يمتنع الرد لحق البائع كما إذا تعيب المبيع عند المشتري أو لحق الشرع كما إذا خاط المبيع بأن كان ثوبا ثم وجد به عيبا فالوصف متى كان مقصودا بأحد هذين الوجهين يأخذ قسطا من الثمن، كذا في الفوائد الظهيرية. وفي إيضاح الاصلاح: وليس المراد من الوصف ما يوجب الحسن والقبح فيما قام به يفصح عن هذا قولهم إن الوزن فيما يضره التبعيض وصف، وفيما لا يضره قدر مع عدم الاختلاف في الحسن والقبح اه. وظاهر قوله وإن زاد فللمشتري أن الزيادة تسلم له قضاء وديانة، وحكى خلافا فيه في المعراج فقال في فتاوي النسفي وأما لي قاضيخان: لا تسلم له الزيادة ديانة. وفي شرح أبي ذر والجامع الاصغر عن أسد وأبي حفص وأبي الليث: لا يردها ديانة. وفي العمدة: لو اشترى حطبا على أنه عشرون وقرا فوجده ثلاثين طابت له الزيادة كما في الذرعان اه. وفرع الحطب مشكل، وينبغي أن يكون من قبيل القدر لانه لا يتعيب بالتبعيض فينبغي أن تكون الزيادة للبائع خصوصا إن كان من الطرفاء التي تعورف وزنها بالقاهرة. وفي الخانية: رجل قال أبيعك هذا الثوب من هذا الطرف إلى هذا الطرف وهو ثلاثة عشر ذراعا فإذا هو خمسة عشر فقال البائع غلطت لا يلتفت إليه ويكون الثوب للمشتري بالثمن المسمى قضاء، وفي الديانة لا تسلم له الزيادة اه قوله: (ولو قال كل ذراع بكذا ونقص أخذ بحصتها أو ترك وإن زاد أخذ كله كل ذراع بكذا أو فسخ) لما قدمنا أنه وإن كان وصفا إذا أفرد بثمن صار أصلا وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع منزلة ثوب، فإذا وجدها ناقصة خير لانه لو أخذها بكل الثمن لم يكن آخذا كل ذراع بدرهم، ولو وجدها زائدة لم تسلم له لصيرورتها أصلا فخير بين أن يأخذ الزائد بحصته وبين أن يفسخ لرفع الضرر عن التزام الزائد، وأورد عليه: ينبغي فساد العقد في صورة النقصان عند أبي حنيفة كما هو أحد قولي الشافعي للجمع بين الموجود والمعدوم كما إذا اشترى ثوبين هرويين فإذا أحدهما مروي. وأجيب بأن الذرع وإن صار أصلا بإفراد الثمن هو وصف حقيقة فكان أصلا من وجه دون وجه، فمن حيث إنه أصل لا تسلم له الزيادة، ومن حيث إنه وصف لم يفسد العقد فيما إذا وجد ناقصا بخلاف تلك المسألة فإن الثوبين أصل من وجه. وبهذا الجواب اندفع ما أورد من أنه ينبغي أن يكون أصلا وإن لم يفرد لكل ذراع ثمن لانه لما قابل عشرة بعشرة مثلا انقسم الآحاد على الآحاد فيصير بسبب المقابلة كأنه أفرد. وحاصل الجواب أنه لما اجتمع فيه الاصالة والوصفية جعلناه أصلا عند الافراد ووصفا عند تركه صريحا عملا
***
[٤٨٧]
بالشبهين، كذا في المعراج. وأورد أيضا على القول بأصالته عند إفراد ثمنه لزوم امتناع دخول الزيادة في العقد كما في الصبرة مع أنكم جوزتم أخذ الجميع بحكم البيع. وأجيب عنه للفرق بينهما وهو أن الزيادة لو لم تدخل في العقد فسد لانه يصير بعض الثوب، وأنه لا يجوز بخلاف الصبرة لانها لو لم تدخل لم يفسد العقد كما في الفوائد الظهيرية. أطلق في المذروع فشمل الثوب والارض والحطب والدار، فلو قال بعتك هذه الارض على أنها ألف ذراع بألف فوجدها زائدة أو ناقصة فالبيع صحيح وله الزيادة بلا خيار، وله الخيار مع النقصان. وإن أفرد لكل ذراع ثمنا خير في صورة الزيادة وسقطت حصة النقصان، كذا في البدائع. قال: وعلى هذا الموزونات التي في تبعيضها ضرر بأن قال بعت منك هذه السبيكة من الذهب على أنها مثقالان بكذا جاز البيع، فإن وجدها أزيد أو أنقص فهو كالمذروعات، وكذا إذا باع مصوغا من نحاس أو صفر فهو على هذا التفصيل المذكور لان الوزن في مثله يكون ملحقا بالصفة لان تبعيضه يوجب تعييب الباقي وهذا حد الصفة. ولو باع مصوغا من الفضة وزنه مائة بدنانير ولم يسم لكل عشرة ثمنا على حدة وتقابضا جاز، فإوجده أزيد فالكل للمشتري، وإن وجده أقل خير، وإن سمى لكل عشرة ثمنا على حدة بأن قال وكل وزن عشرة بدينار، فإن وجده أزيد، فإن علم قبل التفرق خير إن شاء زاد في الثمن وإن شاء ترك. وإن علم بعده بطل بقدر الزيادة وله الخيار فيما بقي لان الشركة فيه عيب، وإن وجده ناقصا خير قبل التفرق وبعده إن شاء رده وإن شاء رضي به بقسطه من الثمن. وكذا لو باع مصوغا من

ذهب بدراهم فهو على هذا التفصيل، ولو باع مصوغا بجنسه مثل وزنه فوجده أزيد فإن علم بها قبل التفرق فله الخيار إن شاء زاد في الثمن قدرها وإن شاء ترك، وإن علم بها بعد التفرق بطل لفقد القبض في قدرها، وإن وجده أقل فله الخيار إن شاء رضي به واسترد الفضل وإن شاء رد الكل، سواء سمى لكل وزن درهم درهما أو لا، لان عند اتحاد الجنس لا بد من المساواة اه. وفي دعوى البزازية: ادعى زنديجا طوله بذرعان خوارزم كذا وشهدا بذلك كذلك بحضرة الزنديجي فذرع فإذا هو أزيد أو أنقص بطلت الشهادة والدعوى كما إذا خالف سن الدابة الدعوى أو الشهادة. وقولهم الذرع وصف فيلغو في الحاضر ذلك في الاثمان والبيع لا في الدعوى والشهادة فإنهما إذا شهدا بوصف فظهر بخلافه لم يقبل. وذكر أيضا: ادعى حديدا مشارا إليه وذكر أنه عشرة أمناء فإذا هو عشرون أو ثمانية تقبل الدعوى والشهادة لان الوزن في المشار إليه لغو اه قوله: (وفسد بيع عشرة اذرع من دار لا اسهم) وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: هو جائز كما لو باع عشرة أسهم من دار. ومبنى الخلاف في مؤدى التركيب، فعندهما شائع كأنه باع عشر مائة وبيع الشائع جائز اتفاقا، وعنده مؤداه قدر معين والجوانب مختلفة الجودة فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة فيفسد البيع، فلو اتفقوا على مؤداه لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم في نكاح الصائبة فالشأن في
***
[٤٨٨]
ترجيح لمبنى هو يقول الذراع اسم لما يذرع به فاستعير لما يحله وهو معين بخلاف عشرة أسهم لان السهم اسم للجزء الشائع فكان المبيع عشرة أجزاء شائعة من مائة سهم. أطلقه فشمل ما إذا بين جملة الذرعان كأن يقول من مائة ذراع أو لم يبين. وبه اندفع قول الخصاف أن محل الفساد عنده فيما إذا لم يبين جملتها وليس بصحيح، ولهذا صور المسألة في الهداية فيما إذا سمى جملتها لكن اختلف المشايخ على قولهما فيما إذا لم يسم جملتها، والصحيح الجواز عندهما لانها جهالة بأيديهما إزالتها. وقوله لا أسهم معناه لا يفسد بيع عشرة أسهم من دار وهو مقيد بما إذا سمى جملتها لان عند عدمها يفسد البيع للجهالة لانه لا يعرف نسبته إلى جميع الدار، فلو قال وفسد بيع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار لا أسهم لكان أولى، ولفهم الفساد في الذرعان عند عدم التسمية للكل بالاولى ولكن اختصاره أداه إلى الا بحاف. والحمام والارض كالدار كما في البدائع. وفي المعراج: قال بعتك ذراعا من هذه الدار، إن عين موضعه بأن قال من هذا الجانب إلا أنه يميز بعد فالقد غير نافذ حتى لا يجبر البائع على التسليم، وإن لم يعين فعلى قول أبي حنيفة لا يجوز، وعلى قولهما يجوز وتذرع، فإن كانت عشرة أذرع صار شريكا بمقدار عشر الدار وبه قال الشافعي. ولو باع سهما من دار له تعيين موضعه. وذكر الحلواني أنه لا يجوز إجماعا. وفي نسخة فيه اختلاف المشايخ على قولهما والاصح أنه يجوز، كذا في المغنى اه. وفي الخانية: ولو اشترى عشرة أجربة من مائة جريب من هذه الارض أو عشرة أذرع من مائة ذراع من هذه الدار لا يجوز في قول أبي حنيفة قوله: (ومن اشترى عدلا على أنه عشرة أثواب فنقص أو زاد فسد) لجهالة المبيع في الزيادة وجهالة الثمن في النقصان لاحتياجه إلى إسقاط ثمن المعدوم. والمراد من هذه المسألة أنه اشترى عددا من قيمي ثيابا أو غنما كما في الجوهرة وقدمنا أنه لو اشترى أرضا على أن فيها كذا نخلا مثمرا فوجد فيها نخلة لا تثمر فسد البيع. وفي المغرب: عدل الشئ مثله من جنسه وفي المقدار أيضا ومنه عدلا الحمل وعدله بالفتح مثله من خلاف جنسه. وفي الخانية: لو اشترى غنما أو عدل زطى واستثنى منه شاة أو ثوبا بغير عينه لا يجوز ولو استثنى واحدا بعينه جاز اه. وفيها: أحد الشريكين في الدار إذا باع بيتا معينا من الجملة لا يجوز كبيع نصف بيت معين شائعا، وكذا لو باع من الاغنام المشتركة نصف واحد معين لا يجوز، وكذا لو كان بينهما أرض ونخل فباع أحدهما قطعة معينة من رجل قبل القسمة، ولو اختلفا في عدد الثياب المبيعة عند زيادته تخالفا كما في الظهيرية قوله: (ولو بين ثمن كل ثوب ونقص صح بقدره وخير وإن زاد فسد) لانه إذا قال كل ثوب بكذا فلا جهالة النقصان ولكن للمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه، ولم يجز في الزيادة لان جهالة المبيع لا ترتفع به لوقوع المنازعة في تعيين العشرة المبيعة من الاحد عشر. وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان أيضا وليس بصحيح بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما مرويان فإذا أحدهما مروي
***
[٤٨٩]
والآخر هروي حيث لا يجوز فيهما وإن بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل القبول في المروي شرطا في العقد في الهروي وهو شرط

فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا. وفي البزازية: اشترى عدلا على أنه كذا فوجده أزيد والبائع غائب يعزل الزائد ويستعمل الباقي لانه ملكه اه. وكأنه استحسان وإلا فالبيع فاسد لجهالة المزيد، وقد صرح في الخانية والقنية بأن محمدا قال فيه: استحسن أن يعزل ثوبا من ذلك ويستعمل البقية. وفيها قبله: اشترى شيئا فوجده أزيد فدفع الزيادة إلى البائع فالباقي حلال له في المثليات وفي ذوات القيم لا يحل له حتى يشتري منه الباقي إلا إذا كانت تلك الزيادة مما لا تجري فيها الضنة فحينئذ يعذر اه. وهو يقتضي عدم الحل عند غيبة البائع بالاولى فهو معارض للنقل الآخر في الثياب والله أعلم قوله: (ومن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أخذه بعشرة في عشرة ونصف بلا خيار وبتسعة في تسعة ونصف بخيار) عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يأخذه في الوجه الاول بأحد عشر إن شاء وفي الثاني بعشرة. وقال محمد: في الاول يأخذه بعشرة ونصف إن شاء، وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه فيجري عليه. ولابي يوسف أنه لما أفرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص، ولابي حنيفة أن الذراع وصف في الاصل وإنما أخذ حكم المقدار بالشراء وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم إلى الاصل. وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل. وعلى هذا قالوا: يجوز بيع ذراع منه، كذا في الهداية. وفي الذخيرة: قول أبي حنيفة أصح، ومن المشايخ من اختار قول محمد وهو عدل الاقوال كما لا يخفى. والكرباس بكسر الكاف فارسي معرب والجمع الكرابيس وهو الثياب ومنه سمي الامام الناصحي بالكرابيسي صاحب الفروق. فصل قوله: (يدخل البناء والمفاتيح في بيع الدار) لان الاصل أن ما كان في الدار من البناء
***

[٤٩٠]

أو متصلا بالبناء تبعا لها فهو داخل في بيعها، فيدخل السلم المتصل والسرير والدر المتصلة والحجر الاسفل من الرحا وكذا الاعلى استحسانا إذا كانت مركبة في الدار لا المنقولة. وفي الخانية: لو اشترى بيت الرحا بكل حق هو له أو بكل قليل وكثير هو فيه. ذكر محمد في الشروط أن له الاعلى والاسفل، وكذا لو كان فيه قدر النحاس موصولا بالارض، وقيل الاعلى لا يدخل. وفي الظهيرية: إذا كان المبيع دارا فرحا الابل للبائع، وإن كان ضيعة كان الرحا للمشتري لان ذلك يعد من توابع الضيعة اه. وذكر قبله أن رحى الابل وآلاتها للبائع ولو ذكر الحقوق، وأما رحى الماء فللمشتري إذا باعها بحقوقها، وتدخل البئر الكائنة في الدار وبكرتها التي عليها لا الدلو والحبل إلا إذا قال بمرافقها، وأما البكرة فداخلة مطلقا لانها مركبة بالبئر. ولو باع نصف دهليز من شريكه أو من غيره يدخل نصف الباب، كذا في القنية. ويدخل الباب المركب لا الموضوع فلو اختلفا في باب الدار فادعاه كل منهما فإن كان مركبا متصلا بالبناء فالقول للمشتري سواء كانت الدار في يده أو في يد البائع، فإن كان مقلوعا، فإن كانت في يد البائع فالقول له وإلا فللمشتري لانه كالمتاع الموضوع فيها فالقول فيه لذي اليد، كذا في الخانية. بخلاف البكرة في الحمام لانفصالها، كذا في المحيط. ويدخل ما فيها من البستان ولو كبير إلا الخارج عنها. ولو كان له باب وتدخل الارض التي تحت الحائط فيما إذا اشتراها كالاساس وتدخل القدور في بيع الحمام دون القصاع وإن ذكر المرافق بخلاف قدور الصياغ والقصار وإجانة الغسال وخابية الزيات وحبالهم ودنانهم ولو كانت مدفونة كالصندوق المثبت في البناء، وجذع القصار الذي يدق عليه لا يدخل في بيع الارض وإن قال بحقوقها كالسلم المنفصل في عرفهم، وفي عرف القاهرة ينبغي دخوله مطلقا لان بيوتهم طبقات لا ينتفع بها بدونه، ولا يرد عدم دخول الطريق مع أنه لا يمكن الانتفاع إلا به لان ملك رقبتها قد يقصد للاخذ بشفعة الجوار ولهذا دخل في الاجارة بلا ذكر كما سيأتي. وأراد بالمفاتيح الاغلاق فإنها تدخل تبعا فإن المفاتيح تبع للغلق وهو لا يدخل
***

[٤٩١]

إلا إذا كان مركبا كالضبة والكيلون وإلا فلا كالقفل ومفتاحه كالثوب الموضوع فيها، سواء ذكر الحقوق أو لا، وسواء كان الباب مغلقا أو لا، وسواء كان المبيع حانوتا أو بيتا أو دارا كما في الخانية، وفي المحيط: مقلاة السواقين وهي التي يقلى فيها السويق إذا كانت من حديد أو من نحاس فهي للبائع، وإن كانت في البناء لانها جعلت في البناء للعمل فلم تكن من جملة البناء وإن كانت من خزف فللمشتري اه. وفي الخانية: يدخل كور الحداد في بيع حانوته وإن لم يذكر المرافق، وكور الصائغ لا يدخل ولو ذكر المرافق لان الاول مركب متصل والثاني منفصل، ولا يدخل زق الحداد الذي ينفخ فيه اه. وفيها أيضا: قال الحسن بن زياد: إذا باع بكل كثير وقليل

هو فيها ولم يقل منها يدخل العبيد والجواري في البيع وما كان فيها من الحيوانات ولا يدخل فيه الاحرار. وقال زفر: يدخل فيه الاحرار أيضا ويفسد البيع ولو قال منها لا يدخل، وفي رواية هشام لا يدخل شئ من ذلك اهـ. وفي القنية: لو اشترى دارا فذهب بناؤها لم يسقط شئ من الثمن وإن استحق أخذ الدار بالحصة، ومنهم من سوى بينهما بخلاف صوف الشاة فإنه لا يأخذ قسطا من الثمن إلا بالتسمية له أو للبناء أو للشجر ثمنا قوله: (ويدخل البناء والشجر في بيع الارض بلا ذكر) لكونه متصلا بها للقرار فيدخل تبعا. أطلقه فشمل الشجرة المثمرة وغير المثمرة، والصغيرة والكبيرة إلا اليابسة فإنها على شرف القطع فهي كالحطب الموضوع، كذا في فتح القدير. وقيدنا بكونها متصلة للقرار لانه لو كانت فيها أشجار صغار تحول في فصل الربيع وتباع فإنها إن كانت تقلع من أصلها تدخل في البيع، وإن كانت تقطع من وجه الارض فهي للبائع إلا بالشرط، كذا في الخانية. وفي الظهيرية: باع أرضا فيها قطن لم يدخل كالثمر، وأما أصله فقد قالوا لا يدخل وهو الصحيح، ومنهم من قال يدخل. وشجرة الباذنجان لا تدخل في بيع الارض فهي للبائع إلا بالشرط، كذا في الخانية من غير ذكر خلاف هكذا ذكر الحاكم السمرقندي. والكراث بمنزلة الرطبة. وذكر الخصاف في الحطب والقصب والطرفاء وأنواع الخشب أنها للبائع اهـ. وفيها : إذا اشترى شجرة للقلع فإنه يؤمر بقلعها بعروقها وليس له حفر الارض إلى انتهاء العروق بل يقلعها على العادة إلا إن شرط للبائع القطع على وجه الارض أو يكون في القلع من الاصل

***

[٤٩٢]

مضرة على البائع كما إذا كانت بقرب حائط أو بئر فإنه يقطعها على وجه الارض، فإن قطعها أو قلعها فنبت مكانها أخرى فالنابت للبائع إلا إذا قطع من أعلاها فهو للمشتري، كذا في السراج الوهاج. ولو اشترى نخلة ولم يبين أنه اشتراها للقطع أو للقرار قال أبو يوسف: لا يملك أرضها. وأدخل محمد ما تحتها وهو المختار. وإن اشتراها للقطع لا تدخل الارض اتفاقا، وإن اشتراها للقرار تدخل اتفاقا، كذا في شرح المجمع، وفي الظهيرية: وفي الاقرار تدخل ويجوز شراء الشجرة بشرط القطع، فأما شراؤها بشرط القلع ففيه اختلاف، والصحيح الجواز. وإذا باع نصيبا له من شجرة بغير إذن الشريك بغير أرض، فإن كانت الاشجار قد بلغت أو إن قطعها فالبيع جائز وإلا لم يجز. ولو اشتريا أرضا فيها نخيل على أن لاحدهما الارض وللآخر النخيل فلصاحب الشجر أن يقلعه، فإن كان في قلعه ضرر فهو بينهما اهـ. ولو اشترى نخلة في أرض انسان ولها طريق فلم يبينه فالشراء جائز ويأخذ إلى النخلة طريقا من أي النواحي شاء لانه لا يتفاوت حتى لو كان متفاوتا بطل البيع. ويدخل العذار في بيع الفرس، والزمام في بيع البعير، والحبل المشدود في عتق الحمار، والبرذعة والإكاف لا يدخلان من غير شرط، سواء كان موكفا أو لا وهو الظاهر كما في الخانية. وفي الظهيرية: باع حمارا موكفا يدخل الاكاف والبرذعة في البيع، وإن كان غير موكف فكذلك وهو المختار لكن إذا دخل فأي برذعة وأي إكاف يدخل؟ فالجواب فيه كالجواب في ثياب الجارية. ولا يدخل المقود في بيع الحمار من غير ذكر لان الفرس والبعير لا ينقادان إلا به بخلاف الحمار والسرج لا يدخل إلا بالتنصيص لعدم العرف حتى لو جرى العرف بدخوله دخل أو كان الثمن كثيرا كما في الظهيرية. فصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الاتان والعجل للبقرة والحمل للشاة إن ذهب به مع الام إلى موضع البيع دخل فيه للعرف وإلا فلا. وفرق في

***

[٤٩٣]

الظهيرية فقال: إن العجل يدخل والجحش لا يدخل لان البقرة لا ينتفع بها إلا بالعجل ولا كذلك الاتان اهـ. وفي القنية: يدخل الولد الرضيع في الكل دون الفطيم، ولو باع عبدا له مال إن لم يذكره في البيع فهو للبائع لانه كسب عبده، وإن باعه مع ماله بكذا ولم يبين المال فسد البيع، وكذا لو سماه وهو دين على الناس أو بعضه. وإن كان عينا جاز إن لم يكن من الاثمان، وإن كان الثمن من جنس مال العبد بأن كان الثمن دراهم ومال العبد دراهم، فإن كان الثمن أكثر جاز، وإن كان مثله أو أقل لا يجوز لانه بيع العبد بلا ثمن، وإن كان منها ولم يكن من جنسه بأن كان دراهم ومال العبد دنانير أو على العكس جاز إذا تقابضا في المجلس. وكذا لو قبض مال العبد ونقد حصته من الثمن، وإن افترقا قبل القبض بطل العقد في مال العبد. ولو اشترى سمكة فوجد في بطنها لؤلؤة، فإنه كانت في الصدف فهي للمشتري وإلا فإن كان البائع اصطاد السمكة يردها المشتري على البائع وتكون عند البائع بمنزلة اللقطة يعرفها حولا ثم يتصدق بها، وإن اشترى دجاجة فوجد في بطنها لؤلؤة يردها على البائع، وإن اشترى سمكة فوجد في بطنها سمكة فهي للمشتري، كذا في الخانية. ولو اشترى دارا فوجد في بعض جذوعها مالا إن قال البائع هو لي كان له فيرده عليه لانها وصلت إلى المشتري منه، وإن

قال ليس لي كان كاللقطة، كذا في الظهيرية. وقيد في البزازية كونه للبائع بحلفه. ولو باع عبدا أو جارية كان على البائع من الكسوة ما يواري عورته، فإن بيعت في ثياب مثلها دخلت في البيع وللبائع أن يمسك تلك الثياب ويدفع غيرها من ثياب مثلها يستحق ذلك على البائع، ولا يكون لها قسط من الثمن حتى لو استحق الثوب أو وجد بالثوب عيبا لا يرجع على البائع بشئ ولا يرد عليه الثوب، ولو هلكت الثياب عند المشتري أو تعيبت ثم رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن. وذكر الشارح أنه لو وجد بالجارية عيبا كان له أن يردها بدون تلك الثياب اه. أي إذا هلكت، وأما مع قيامها فلا بد من ردها وإن كانت تبعا وإلا لزم حصولها للمشتري من غير مقابل بل وهو لا يجوز. وفي الظهيرية: باع جارية وعليها قلب فضة وقرطان ولم يشترطا ذلك والبائع ينكر قال: لا يدخل شئ من الحلي في البيع وإن سلم البائع الحلي لها فهو لها وإن سكت عن طلبها وهو يراها فهو بمنزلة التسليم اه. وفي الكافي: رجل له أرض بيضاء ولآخر فيها نخل فباعهما رب الارض بإذن
***
[٤٩٤]
الآخر بألف وقيمة كل واحد خمسمائة فالثمن بينهما نصفان، فإن هلك النخل قبل القبض بآفة سماوية خير المشتري بين الترك وأخذ الارض بكل الثمن لان النخل كالوصف والثمن بمقابلة الاصل لا الوصف ولذا لا يسقط شئ من الثمن اه. وبه علم أن كل ما دخل تبعا لم يقابله شئ كما في ثياب العبد. ثم اعلم أن مسألة الكافي مقيدة بما إذا لم يفصل ثمن كل، أما إذا فصل بأن عين البائع ثمن الارض على حدة وثمن النخل على حدة سقط قسط النخل بهلاكها لما صرح به في تلخيص الجامع في باب الثمن صار له وكان لهما وقال في آخره: لهذا لو باع حاملا حملها للغير فولدت فالثمن لهما إن عاش الولد ولرب الام إن مات قبل القبض اه. وفي العمدة: اشترى أرضا وفيها بقول أو حطب أو رياحين فهي للبائع إلا أن يشترط، والشجر يدخل في بيع الارض بلا ذكر، وكذا كل ما له ساق والآس والزعفران للبائع لانه بمنزلة الثمر وأنه يقطع اه. وسيأتي في باب الحقوق دخول العلو في الدار والمنزل والبيت وعدمه. وفي الظهيرية: لو باع سفل داره على أن له حق قرار العلو عليه جاز، وأما الطريق فلا يدخل بلا ذكر. فإن قال بحقوقها ومرافقها أو قال بكل قليل وكثير له فيها وخارج عنها كان له الطريق والاقرار بالدار والصلح عليها والوصية بها كالبيع، كذا في الظهيرية والقسمة والرهن والوقف والصدقة كالاجارة، كذا في المحيط. وفي المجتبى: والحق في العادة يذكر فيما هو تبع للمبيع ولا بد للمبيع منه ولا يقصد إليه إلا لاجله كالشرب
***
[٤٩٥]
والطريق ومسيل الماء، والمرافق ما يرتفق به ويختص بما هو من التوابع كالشرب والمسيل. وقوله كل قليل وكثير مبالغة في حق البائع في المبيع وبما هو متصل به اه. وظاهر ما في المجتبى أن ذكر الحقوق أو المرافق كاف ولا يحتاج إلى الجمع بينهما لادخال الطريق والشرب. وقولهم أو مثلها تفسير لقولهم فيها، كذا في المحيط فأحدهما يغني عن الآخر أيضا. وفي الخانية: اشترى أرضا بشر بها جاز البيع وإن لم يبين مقدار الشرب لان الشرب تبع الارض، فإذا كانت الارض معلومة فجهالة التبع لا تمنع الجواز اه. وفي القنية: اشترى كرما تدخل الوثائل المشدودة على الاوتاد المضروبة في الارض، وكذا عمد الزراجين المدفونة في الارض أصولها من غير ذكر. ولو باع أرضا بها تراب منقول من أرض أخرى لا يدخل في البيع إذا كانت مجموعة شبه التل، ولو باع أرضا فيها مقابر صح البيع فيما وراء المقابر. أشار إلى أنه لا تدخل أرض القبر في البيع. ومطرح الحصائد ليس من مرافق الارض فلا يدخل في البيع بلا ذكر المرافق اه. وفي المجتبى قال أبو حنيفة: باع دارا بفنائها لم يصح كمن جمع بين حر وعبد، وفي بيعها بحقوقها تدخل الحقوق وقت البيع لا ما قبله. وفي البدائع: الطريق الاعظم أو في سكة غير نافذة يدخل في البيع بلا تنصيص ولا قرينة، وإنما الكلام في الطريق الخاص في ملك إنسان، فإذا كان يلي الطريق الاعظم فتح له بابا إليه وإلا استأجر الطريق أو استعاره. وفي البزازية: اشترى أشجارا للقطع فلم يقطع حتى جاء الصيف، إن أضر القطع بالارض وأصول الشجر يعطي البائع للمشتري قيمة شجر قائم جبرا. وقال
***
[٤٩٦]
الصدر: قيمة مقطوع. وإن لم يضربواحد قطع. وإن اشترى الشجر مطلقا له القطع من الاصل. ادعى البائع على المشتر كسر أغصان

الاشجار وقال المشتري ما تعمدت ولكنه ما كان بدمنه يرجع فيه إلى أهل العلم به، إن قالوا إنه مما يمكن التحرز عنه ضمن النقصان، وإن قالوا مما لا يمكن لم يضمن شيئا، وتدخل الاقتاب في بيع الجمال. ولو وجد في بطن السمكة سمكة أخرى كانت للمشتري، وكذا العنبر الموجود في بطنها لانه حشيش في البحر هو طعامها، وكذا كل ما كان غذاء للسمك. وفي الصحاح: مرافق الدار مصاب الماء ونحوها، والمرفق من الامر ما ارتفقت وانتفعت به اه. وفي المصباح: وأما مرفق الدار كالمطبخ والكنيف ونحوه فبكسر الميم وفتح الفاء لا غير على التشبيه باسم الآلة وجمعه مرافق اه. والكور للحداد المبني من الطين معرب. وفي القاموس: إكاف الحمار ككتاب وغراب ووكافه بردعته والاكاف صانعه وأكف الحمار إيكافا ووكفه توكيفا شده عليه، وأكف الاكاف تأكيفا اتخذه اه. فهو صريح في أن الاكاف البردعة، وظاهر قول الفقهاء أنها غيره للعطف ولكن قال في القاموس في باب العين: البردعة الحلس تحت الرحل وبلا لام وقد تنقط داله اه. فعلى هذا الاكاف الرحل والبردعة ما تحته ولكن في العرف الاكاف خشبتان فوق البردعة. وقوله بلا ذكر متعلق بالمسألتين. وفي الخانية: رجل أمر غيره ببيع أرض فيها أشجار فباع الوكيل الارض بأشجارها فقال الموكل ما أمرته ببيع الاشجار قال الفضلي: القول للموكل فيما أمر والمشتري يأخذ الارض بحصتها من الثمن إن شاء، وكذا لو كان مكان الاشجار بناء اه. وفيها: اشترى كرما فيها أشجار الفرصاد وشجر الورد وعلى شجر الفرصاد توت وأوراق وعلى شجر الورد ورد وقال بكل حق هو له لا يدخل التوت وأوراق الفرصاد في البيع، وكذا الورد لانه بمنزلة الثمر اه. قوله: (ولا يدخل الزرع في بيع الارض بلا تسمية) لانه متصل بالارض للفصل فشابه المتاع الذي هو فيها، ولا يرد مل المبيع لان المراد فصل الآدمي والحمل بفضل الله تعالى، ولانه كالجزء للمجانسة بخلاف الزرع. أطلقه فشمل ما إذا نبت أولا واختاره في الهداية لانه مودع فيها. وشمل ما إذا نبت ولم يصر له قيمة وفيه قولان من غير ترجيح في الهداية. وصرح في التجنيس بأن الصواب الدخول كما نص عليه القدوري والاسبيجابي. وفصل في
***
[٤٩٧]
الذخيرة في غير النابت بين ما إذا لم يعفن أو لا، فإن عفن فهو للمشتري لان العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من أجزاء الارض. وفي المصباح: عفن الشئ عفنا من باب تعب فسد من ندوة أصابته فهو يتمزق عند مسه وعفن اللحم تغيرت رائحته اه. وفي الخانية: وإنما تعرف قيمته بأن تقوم الارض مبذورة وغير مبذورة، فإن كانت قيمتها مبذورة أكثر من قيمتها غير مبذورة علم أنه صار متقوما اه. وفي فتح القدير: كان المناسب أن يقول تقوم الارض بلا زرع وبه فإن زاد فالزائد قيمته، وأما تقويمها مبذورة وغير مبذورة فإنما يناسب من يقول إذا عفن البذر يدخل ويكون للمشتري معللا بأنه لا يجوز بيعه وحده لانه ليس له قيمة. قال في الهداية: وكان هذا بناء على جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل اه. يعني من قال لا يجوز بيعه قال يدخل، ومن قال يجوز قال لا يدخل، ولا يخفى أن كلا من الاختلافين مبني على سقوط تقومه وعدمه فإن القول بعدم جواز بيعه وبعدم دخوله في البيع كلاهما مبني على سقوط تقومه، والاوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الجحش كما ولد رجاء حياته فينتفع به في ثاني الحال اه. ومشفر البعير شفته والجمع المشافر، والمنجل ما يحصد به الزرع والجمع المناجل كما في النهاية. وفي المصباح: الشفة لا تكون إلا من الاسنان والمشفر من ذوي الخف، والجحفلة من ذي الحافر، والمقمة من ذي الظلف، والخطم والخرطوم من السباع، والمنسر - بفتح الميم وكسرها والسين مفتوحة فيهما - من ذوي الجناح الصائد والمنقار من غير الصائد والفنطسه من الخنزير اه. وصحح في السراج الوهاج عدم الدخول في البيع إلا بالتسمية وصحح جواز البيع وهو من باب التلفيق لما قدمناه أن القائل بعدم الدخول قائل بعدم الجواز وعكسه فيهما وصحح في المحيط دخول الزرع قبل النبات لانه صار تبعا للارض، فالحاصل أن المصحح عدم الدخول ولو لم يكن له قيمة إلا إذا كان قبل النبات، فالصواب دخول ما لا قيمة له فاختلف الترجيح فيما لا قيمة له، وعلى هذا الخلاف الثمر الذي لا قيمة له. وقيل: يحكم الثمن في الكل، فإن كان مثل الارض والزرع
***
[٤٩٨]
والثمر يدخل تبعا وإلا فلا، كذا في المجتبى. قيد بالبيع لانه يدخل في رهن الارض بلا ذكر كالشجر والثمر لانه لا يصح بدونه فيدخل في رهن الارض تبعا، كذا في رهن الخانية. وأما في الوقف فقال في الاسعاف: يدخل البناء والشجر في وقف الارض تبعا، ولا يدخل الزرع النابت فيها حنطة كان أو شعيرا أو غيره، وكذلك البقي والآس والرياحين والخلاف والطرفا وما في الجمة من حطب،

ولو زاد بحقوقها تدخل الثمرة القائمة في الوقف الخ. وأما في الاقرار ففي البزازية: أقر بأرض عليها زرع أو شجر دخل في الاقرار، ولو برهن قبل القضاء أو بعده أن الزرع له صدق المقر في الزرع ولا يصدق في الشجر اه. وأما في الهبة ففي الخانية: لا يدخل الحلي والثياب في هبة الجارية، وأما في الاقالة فلا يدخل الزرع في إقالة الارض، كذا في القنية. ولا يدخل الغلق والسرر والسلالم المغرزة لانها بمنزلة المتاع إلا إذا قال بمرافقه قالوا: تدخل والزرع يدخل فيها. وفي الخانية: أرض فيها زرع فباع الارض بدون الزرع أو الزرع بدون الارض جاز، وكذا لو باع نصف الارض بدون الزرع، وإن باع نصف الزرع بدون الارض لا يجوز إلا أن يكون الزرع بينه وبين الاكار فيبيع الاكار نصيبه من صاحب الارض جاز، وإن باع صاحب الارض نصيبه من الاكار لا يجوز. هذا إذا كان البذر من قبل صاحب الارض، فإن كان من قبل الاكار ينبغي أن يجوز، ولو باع نصف الارض مع نصف الزرع جاز اه. وفي الخانية: باع أرضا فيها رطبة أو زعفران أو خلاف يقلع في كل ثلاث سنين أو رياحين أو بقول ولم يذكر في البيع ما فيها قال الفضلي: ما علا منها على وجه الارض يكون بمنزلة الثمر لا يدخل في البيع من غير شرط، وما كان من أصولها في الارض يدخل في البيع لان أصولها تكون للبقاء بمنزلة البناء. وكذا لو كان فيها قصب أو حشيش أو حطب نابت ما هو على وجه الارض لا يدخل في البيع من غير ذكر، وأصولها في الارض تدخل. واختلفوا في قوائم الخلاف قال بعضهم تدخل لانها شجر والمختار أنها لا تدخل لانها تعد من الثمر، وإن كان في الارض شجر قطن فبيعت الارض لا يدخل ما فيها من القطن. واختلفوا في أصل القطن وهو الشجر والصحيح أنه لا يدخل، وإن كان في الارض كراث فبيعت الارض مطلقا ما كان على ظاهر الارض لا يدخل، واختلفوا فيما كان مغيبا والصحيح الدخول. قوله: (ولا يدخل الثمر في بيع الشجر إلا بشرط) أي ولا يدخل إلا بشرط دخوله في البيع مطلقا، سواء بيع الشجر مع الارض أو

***

[٤٩٩]

وحده، كان له قيمة أولا، وقدمنا الاختلاف والراجح من القولين في دخول الزرع والثمر. وصحح في الهداية هنا إطلاق عدم الدخول ويكون للبائع في الحالين لان بيعه يجوز في أصح الروايتين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر بيع الشجر مع الارض أو وحده. فإن قلت: الكتاب مبني على الاختصار وكان يمكنه أن يقول ولا يدخل الزرع والثمر في البيع بلا شرط، فلم أفرد كل واحد؟ قلت: لاختلاف المبيع فالمبيع في الاول الارض فلا يدخل الزرع تبعا. وفي الثانية: النخل والشجر فلا يدخل الثمر تبعا والثمرة تجمع على ثمار وتجمع على ثمر وثمرات، والثمر هو الحمل الذي تخرجه الشجرة، أكل أو لم يؤكل، فيقال ثمر الاراك، وثمر العوسج، وثمر العنب. وقيل: لما لا نفع فيه ليس له ثمرة، كذا في المصباح. وأطلق الشجر فشمل المؤبرة وغير المؤبرة. وعند الائمة الثلاثة إن لم تكن أبرت فهي للمشتري. والتأبير التلقيح وهو أن يشق الكم ويذر فيها من طلع الفحل فإنه يصلح ثمر أناث النخل لحديث الكتب الستة مرفوعا من باع نخلا مؤبرا فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع (١) وفي لفظ البخاري من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترطها المبتاع (١) واستدل الامام محمد بن الحسن على الاطلاق بالحديث من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع من غير فصل بين المؤبرة وغيرها. وأجابوا عن الاول بأن حاصله استدلال بمفهوم الصفة فمن قال به يلزمه، وأهل المذهب ينفون حجيته، وما قيل أن في مرويهم تخصيص الشئ بالذكر فلا يدل على نفي الحكم عما عداه إنما يلزمهم لو كان لقبا ليكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم. وفي فتح القدير: ولو صح حديث محمد فهم يحملون المطلق على المقيد، وعلى أصول المذهب أيضا يجب لانه في حادثة واحدة في

***

[٥٠٠]

حكم واحد والذي يلزمهم من الوجه القياس على المفهوم إذا تعارضا. وحينئذ فيجب حمل الابار على الاثمار لانهم لا يؤخرونه عنه وكانت الابار علامة الاثمار فعلق به الحكم بقوله نخلا مؤبرا يعني مثمرا. وما نقل عن ابن أبي ليلى من أن الثمرة مطلقا للمشتري بعيد إذ يضاد الاحاديث المشهورة اه. فظاهره أن عنده ترددا في صحة دليل محمد، وقد أخذه من قول الزيلعي المخرج لاحاديث الهداية أنه غريب بهذا اللفظ. والمنقول في الاصول حتى في تحرير المعترض أن المجتهد إذا استدل بحديث كان تصحيحا فلا يحتاج إلى شئ بعده، ومحمد رحمه الله تعالى إما مجتهد أو ناقل أدلة الامام الاعظم فاستدلاله تصحيح. وقوله وعلى أصول المذهب يجب قلنا ضعيف وإن كان

مذكورا في بعض كتب الاصول لما في النهاية من كفارة الظهار أن الاصح أنه لا يجوز حمل المطلق على المقيد عندنا لا في حادثة ولا في حادثتين حتى جوز أبو حنيفة التيمم بجميع أجزاء الارض عملا بقوله عليه السلام جعلت لي الارض مسجدا وطهورا (٢) ولم يحمل هذا المطلق على المقيد وهو قوله عليه السلام التراب طهور المسلم (٣) إلى آخر ما فيها. فإن قلت: ذكر في الزرع إلا بالتسمية وذكر في الثمر الا بالشرط فهل للمغايرة نكتة؟ قلت: لا فرق بينهما من جهة الحكم وإنما غاير بينهما ليفيد أنه لا فرق بين أن يسمي الزرع والثمر بأن يقول بعتك الارض وزرعها أو مع زرعها أو بزرعها أو الشجر وثمره أو معه أو به أو يخرجه مخرج الشرط فيقول بعتك الارض على أن يكون زرعها لك وبعتك الشجر على أن يكون الثمر لك. ولم يذكر المصنف مسألة الحقوق والمرافق وكل قليل وكثير هو فيها أو منها، وقد ذكرها في الهداية وفي المعراج. وحاصل ذلك أن الالفاظ ثلاثة: أحدها إن باع أرضا بكل قليل وكثير مع ذكر الحقوق والمرافق ففي هذين الوجهين لا يدخل الزرع والثمر. والثالث إن باع أرضا مطلقا من غير ذكر شئ منها. والثاني إن باع أرضا بكل كثير وقليل منها أو فيها بدون ذكر الحقوق والمرافق فيدخلان فيه اه. وقدمنا حكم الطريق والمسيل والشرب من أنهما يدخلان في بيع الارض إن ذكر المرافق والحقوق

***

[٥٠١]

مقتصرا، وإن زاد بكل قليل وكثير لم يدخلا فيهما على عكس الزرع والثمار. وفي المعراج: وقوله بكل كثير وقليل يذكر على وجه المبالغة في إسقاط حق البائع عن المبيع، أما الثمر المجدود والزرع المحصود فيها فلا يدخلان إلا بالتنصيص. وفي الخانية: ولو اشترى أرضا فيها أشجار عليها ثمار وقال في البيع بثمارها فأكل البائع الثمار سقطت حصة الثمار من الثمن. وهل يخير المشتري في أخذ الباقي؟ ذكر في البيوع أنه يخير إن شاء أخذ الباقي بما بقي من الثمن وإن شاء ترك. وذكر في بعض الكتب أنه لا يخير في قول أبي حنيفة كما لو اشترى شاة بعشرة فولدت عند البائع ولدا قيمته خمسة فأكله البائع قال أبو حنيفة: تلزمه الشاة بخمسة ولا خيار له. والصحيح أنه يخير في مسألة الثمار لان الثمر صار مبيعا مقصودا، فإذا أكل البائع تفرقت الصفقة عليه فيخير اه. وفي القنية: اشترى أرضا مع الزرع فأدرك الزرع في يده ثم تقايلا لا تجوز الاقالة لان العقد إنما ورد على القصيل دون الحنطة. ولو حصد المشتري الزرع ثم تقايلا صحت الاقالة بحصتها من الثمن، ولو اشترى أرضا فيها أشجار فقطعها ثم تقايلا صحت الاقالة بجميع الثمن ولا شئ للبائع من قيمة الاشجار وتسلم الاشجار إلى المشتري. هذا إذا علم البائع بقطع الاشجار، وإذا لم يعلم به وقت الاقالة يخير إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك اه. قوله: (ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع) أي في الصورتين والمراد بالمبيع الارض والشجر. وقيده في الخانية بأن ينقد الثمن إليه لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما إذا كان فيها متاع. قيد بالمبيع لان المدة إذا انقضت في الاجارة وفي الارض زرع فإن المستأجر لا يؤمر بقلع زرعه وإنما يبقى بأجر المثل إلى انتهائه لانها للانتفاع وذلك بالترك دون القلع بخلاف الشراء لانه ملك الرقبة فلا يراعى فيه إمكان الانتفاع، ولان التسليم وإن وجب عليه فارغة لكن تسليم العوض سليم للمعوض فافترقا فلا يقاس البيع على الاجارة كما هو مذهب الثلاثة. وفي الاختيار: ولو باع قطنا فلا فراش فعلى البائع فتقه لان عليه تسليمه، أما جذاذ الثمرة وقطع الرطبة وقلع الجزر والبصل وأمثاله على المشتري لا البائع لانه يعمل في ملكه وللعرف اه. وفي القنية: اشترى ثمار الكرم والاشجار وهي عليها يتم تسليمها بالتخلية وإن كانت متصلة بملك البائع كالمشاع بخلاف الهبة. ولو باع قطنا في فراش أو حنطة في سنبل وسلم كذلك لم يصح إذ لم يمكنه القبض إلا بالفتق والدق يصح تسليم دار فيها متاع لغير المشتري وأرض

***

[٥٠٢]

فيها أشجار لغيره بحكم الشراء لا بحكم الهبة اه. وفيها: وإن اشترى الزرع في الارض فاحترق أخذها بحصتها إن شاء اه. وفي الولوالجية: رجل باع من آخر شجرا وعليه ثمر قد أدرك أو لم يدرك جاز وعلى البائع قطع الثمر من ساعته لان المشتري ملك الشجر فيجبر البائع على تسليمه فارغا، وكذلك إذا أوصى بنخل لرجل وعليه بسر أجبر الورثة على قطع البسر وهو المختار من الرواية. رجل باع عنبا جزافا فعلى المشتري قطعه، وكذلك كل شئ باعه جزافا مثل الثوم في الارض والجزر والبصل إذا خلي بينه وبين المشتري لان القطع لو وجب على البائع إنما يجب إذا وجب عليه الكيل أو الوزن، ولم يجب عليه الكيل والوزن لانه لم يبع مكايلة ولا موازنة وسيأتي تمامه آخر الباب.

قوله: (ومن باع ثمرة بدا صلاحها أو لا صح) أي ظهر صلاحها وإنما صح مطلقا لا نه مال متقوم إما لكونه منتفعا به في الحال أو في المآل. وقيل: لا يجوز قبل بدو الصلاح والاول أصح. وقوله ثمرة أي ظاهرة قيدنا به لان بيعها قبل الظهور لا يصح اتفاقا، وقبل بدو الصلاح والاول أصح. وقوله ثمرة أي ظاهرة قيدنا به لان بيعها قبل الظهور لا يصح اتفاقا، وقبل بدو الصلاح بشرط القطع في المنتفع به صحيح اتفاقا، وقبل بدو الصلاح بعد الظهور بشرط الترك غير صحيح اتفاقا، وبعد بدو الصلاح صحيح اتفاقا، وبعدما تناهت صحيح اتفاقا إذا أطلق. وأما بشرط الترك ففيه اختلاف سيأتي فصار محل الخلاف البيع بعد الظهور قبل بدو الصلاح مطلقا أي لا بشرط القطع ولا بشرط الترك فعند الائمة الثلاثة لا يجوز، وعندنا يجوز ولكن اختلفوا فيما إذا كان غير منتفع به الآن أكلا وعلفا للدواب، فقيل بعدم الجواز ونسبه قاضيخان لعامة مشايخنا، والصحيح الجواز كما قدمنا. وقد أشار إليه محمد في كتاب الزكاة فإنه قال: لو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها بإذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشتري، فلو لم يكن جائزا لم يوجب فيه على المشتري العشر، وصحة البيع على هذا التقدير بناء على التعويل على إذن البائع على ما ذكرنا من قريب وإلا فلا انتفاع به مطلقا فلا يجوز بيعه. والحيلة في جوازه باتفاق المشايخ أن يبيع الكمثري أول ما يخرج من أوراق الشجر فيجوز فيها تبعا للاوراق كأنه ورق كله وإن كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق أهل المذهب إذا باع بشرط القطع أو مطلقا ويجب قطعه على المشتري. واستدل أصحابنا بما استدل به محمد سابقا لانه بعمومه شامل لما قبل بدو الصلاح والائمة الثلاثة كما في الصحيحين عن أنس رضي الله تعالى عنه أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، وعن بيع النخل حتى تزهو. قال: تحمار أو تصفار. وأجاب عنه الامام الحلواني كما في الخانية أنه محمول على ما قبل الظهور وغيره على
***
[٥٠٣]
ما إذا كان بشرط الترك فإنهم تركوا ظاهره فأجازوا البيع قبل بدو الصلاح بشرط القطع وهي معارضة صريحة لمنطوقه فقد اتفقنا على أنه متروك الظاهر وهو لا يحل إن لم يكن لموجب، وهو عندهم تعليله عليه الصلاة والسلام بقوله أرأيت إن منع الله الثمرة فبما يستحل أحدكم مال أخيه فإنه يستلزم أن معناه أنه نهي عن بيعها مدركة قبل الادراك لان العادة أن الناس يبيعون الثمار قبل أن تقطع فنهى عن هذا البيع قبل أن توجد الصفة المذكورة فصار محل النهي بيع الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط الترك إلى أن يبدو الصلاح، والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولا للنهي، وإذا صار محله بيعها بشرط تركها إلى أن تصلح فقد قضينا عهدة هذا النهي فإنا قد قلنا بفساد هذا البيع فبقي بيعها مطلقا غير متناول النهي بوجه من الوجوه إلى آخر ما حققه في فتح القدير. وحمله في المعراج على السلم وظهور الصلاح عندنا أن يأمن العاهة والفساد، وعند الشافعي ظهور النضج وبدو الحلاوة. ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لتعذر التمييز. ولو أثمرت بعده اشتركا للاختلاط والقول قول المشتري مع يمينه في مقداره لانه في يده، وكذا في بيع الباذنجان والبطيخ إذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتركا، وكان الحلواني يفتي بجوازه في الكل وزعم أنه مروي عن أصحابنا، وهكذا حكى عن الامام الفضلي وكان يقول: الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تبع له، نقله شمس الائمة عنه. ولم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد يكون أكثر بل قال عنه اجعل الموجود أصلا في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا. وقال: استحسن فيه لتعامل الناس فإنهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس عن عاداتهم حرج. وقد رأيت في هذا رواية عن محمد وهو في بيع الورد على الاشجار فإن الورد متلاحق، ثم جوز المبيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك. والمخلص من هذه اللوازم الصعبة أن يشتري أصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث على ملكه، وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ويستأجر الارض مدة معلومة يعلم غاية الادراك وانقضاء الغرض فيها بباقي الثمن، وفي ثمار الاشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد، فإن خاف أن يرجع يفعل كما قال الفقيه أبو الليث في الاذن في ترك الثمر على الشجر على أنه متى رجع عن الاذن كان مأذونا في الترك بإذن جديد فيحل له على مثل
***
[٥٠٤]
هذا الشرط، كذا في فتح القدير. ولا فرق في كون الخارج بعد العقد للبائع بين أن يكون الترك بإذن البائع أو بغير إذنه، والاصح ما

ذهب إليه السرخسي من عدم الجواز في المعدوم وهو ظاهر المذهب، كذا في المعراج. وفي الخانية: ويقدم بيع الاشجار ويؤخر الاجارة فإن قدم الاجارة لا يجوز لان الارض تكون مشغولة بأشجار الاجر قبل البيع فلا تصح الاجارة، وينبغي أن يشتري الاشجار بعد أصولها لهذا. ولو باع أشجار البطيخ وأعار الارض يجوز أيضا إلا أن الاعارة لا تكون لازمة ويجوز له أن يرجع بعدها اه. وفي الولوالجية: لو اشترى التمر على رؤ س النخيل فجذه على المشتري، وكذا لو اشترى الجزر فقلعه على المشتري اه. وتسليم الثمار على رؤس الاشجار بالتخلية كما في البدائع. وفي الحاوي: لو شرط قطع الثمرة على البائع فسد البيع اه. وفي البدائع: إذا سمى الثمر مع الشجر صار بيعا مقصودا، فلو هلك الثمر قبل القبض مطلقا تسقط حصته من الثمن كالشجر وخير المشتري. ولو جذه البائع وهو قائم فإن جذه في حينه ولم ينقص فلا خيار ويقبضهما، ولو قبضهما بعد جذاذ البائع فوجد بأحدهما عيبا رد المعيب خاصة لانه قبضهما متفرقين بخلاف ما إذا جذه المشتري بعد القبض ليس له أن يرد المعيب وحده لاجتماعهما عند البيع والقبض، وإن نقصه جذاذ البائع سقط عن المشتري حصة النقصان وله الخيار اه. وفي الخانية: رجل اشترى الثمار على رؤس الاشجار فرأى من كل شجرة بعضها يثبت له خيار الرؤية حتى لو رضي بعده يلزمه، وإن باع ما هو مغيب في الارض كالجزر والبصل وأصول الزعفران والثوم والشلجم والفجل إن باع بعدما ألقى في الارض قبل النبات أو نبت إلا أنه غير معلوم لا يجوز البيع، فإن باع بعدما نبت نباتا معلوما يعلم وجوده تحت الارض يجوز البيع ويكون مشتريا شيئا لم يره عند أبي حنيفة، ثم لا يبطل خياره ما لم ير الكل ويرضى به، وعلى قول صاحبيه لا يتوقف خيار الرؤية على رؤية الكل وعليه الفتوى، فإن كان مما يكال أو يوزن بعد القطع كالجزر والثوم والبصل، فإذا قلع البائع شيئا من ذلك أو قلع المشتري بإذن البائع ينظر، إن كان المقلوع

***

[٥٠٥]

يدخل تحت الكيل أو الوزن يثبت خيار الرؤية حتى لو رضي به يلزمه الكل، وإن رد بطل البيع. وإن كان المشتري قلعه بغير إذن البائع، فإن كان المقلوع شيئا له قيمة لزمه الكل لانه قبل القلع كان ينمو وبعد القلع لا ينمو والعيب الحادث عند المشتري يمنع الرد بخيار الرؤية، وإن كان المقلوع شيئا يسيرا لا قيمة له لا يعتبر والقلع وعدمه سواء، وإن كان المغيب يباع بعد القلع عددا كالفجل قطع البائع بعضه أو قلع المشتري بإذن البائع لا يلزمه ما لم ير الكل لانه من العدديات المتفاوتة بمنزلة الثياب والعبيد ونحو ذلك. وإن قلع المشتري بغير إذن البائع لزمه الكل إلا أن يكون ذلك شيئا يسيرا، وإن اختصم البائع والمشتري قبل القلع فقال المشتري أخاف إن قلعته لا يصلح لي فيلزمني، وقال البائع أخاف إن قلعته لا ترضى به وترده فتتضرر بذلك يتطوع إنسان بالقلع وإلا يفسخ القاضي العقد بينهما اه. وفي القنية: اشترى أوراق الثوم ولم يبين موضع القطع وكان موضع قطعها معلوما ومضى وقتها ليس للمشتري أن يسترد الثمن. اشترى أوراق التوت ولم يبين موضع القطع لكنه معلوم عرفا صح، ولو ترك الاغصان فله أن يقطعها في السنة الثانية، ولو تركها مدة ثم أراد قطعها فله ذلك إن لم يضر ذلك بالشجرة، ولو باع أوراق توت لم تقطع قبله بسنة يجوز، وبسنتين لا يجوز لانه بسنة يعلم موضع قطعها عرفا. باع أوراق التوت دون ثمر التوت صح. وفي الفتاوي الظهيرية: اشترى رطبة من البقول أو قثاء وشيئا ينمو ساعة فساعة لا يجوز كبيع الصوف، وبيع قوائم الخلاف يجوز وإن كان ينمو لان نموها من الاعلى بخلاف الرطبات إلا الكراث للتعامل وما لا تعامل فيه لا يجوز اه. وفي المنتقى: وبيع الحصرم أو التفاح قبل الادراك جائز لانه ينتفع به، والخوخ والكمثري ونحوها غير جائز، وإن كان ثمر بعض الاشجار مدركا دون البعض جاز في المدرك دون غيره، تين قد أدرك بعضه دون البعض، إن باع الموجود منه جاز، فإن لم يقبضها المشتري حتى خرج الباقي فسد البيع، وينبغي أن يكون تعريفا على القول الضعيف المشترط لبدو الصلاح. وفيه: من سرق ماء فسقى أرضه أو كرمه يطيب له ما خرج كما لو غصب شعيرا أو تبنا وسمن به دابته فيطيب له ما زاد في الدابة فعليه قيمة العلف اه قوله: (ويقطعها المشتري تفريغا لملك البائع) وقدمنا أن أجرة القطع على المشتري وأن تسليم الثمرة بالتخلية قوله: (وإن شرط تركها على النخل فسد) أي البيع لما قدمنا أنه محل النهي عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح، ولانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو لانه صفقة في صفقة لانه إجارة في بيع إن كان للمنفعة حصة من الثمن أو إعارة في بيع إن لم يكن لها حصة من الثمن. وتعقبهم في النهاية بأنكم قلتم إن كلا من الاجارة والاعارة غير صحيح فكيف يقال إنه صفقة في صفقة؟ وجوابه أنه صفقة فاسدة في صفقة صحيحة ففسدتا جميعا،

***
[٥٠٦]
وكذا لو شرط ترك الزرع على الارض لما قلنا. أطلقه فشمل ما إذا تناهى عظمهما أو لا، وفي الاول خلاف محمد فإنه يقول: استحسن أن لا يفسد بشرط الترك للعادة بخلاف ما إذا لم يتناه لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو ما يزداد بمعنى في الارض والشجر. وفي الاسرار: الفتوى على قول محمد وبه أخذ الطحاوي. وفي المتنقى: ضم إليه أبا يوسف. وفي التحفة: والصحيح قولهما. وقيد باشتراط الترك لانه لو اشتراها مطلقا وتركها، فإن كان بإذن البائع طاب له الفضل، وإن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة، وإن تركها بعد ما تناهى لم يتصدق بشئ لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة، وإن اشتراها مطلقا أو بشرط القطع وتركها على النخل وقد استأجر النخيل إلى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا لان الباطل لا وجود له فكان إذنا مقصودا بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الارض إلى أن يدرك وترك حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة، وإذا فسد المتضمن فسد المتضمن فأورثت خبثا. وقد ذكر أصحابنا هنا أن الشمس تنضجها بإذن الله تعالى وبتقديره، ويأخذ اللون من القمر، والطعم من الكواكب، فلم يبق فيه إلا عمل الشمس والقمر والكواكب، كذا في المعراج. وفي البخاري عن قتادة وفي المعراج معزيا إلى الفصول: لو أراد إجارة الاشجار والكروم فالحيلة فيه أن يكتب أن لهذا المشتري حق ترك الثمار على الاشجار في مدة كذا بأمر لازم واجب وعسى أن تكون الثمار والاشجار لآخر، وله حق الترك فيها إلى وقت الادراك، فإذا ذكر هذا حمل على أنه بحق لازم، كذا في شرح ظهير الدين المرغيناني اه. وفي جامع الفصولين: باع شجرا عليه ثمر وكرما فيه عنب لا يدخل الثمر، فلو استأجر الشجر من المشتري ليترك عليه الثمر لم يجز ولكن يعار إلى الادراك، فلو أبى المشتري يخير البائع إن شاء أبطل البيع أو قطع الثمر، ولو باع أرضا بدون الزرع فهو للبائع بأجر مثلها إلى الادراك اه. وفيه أيضا: شرى قصيلا فلم يقبضه حتى صار حبا بطل البيع عند أبي حنيفة لا عند أبي
***
[٥٠٧]
يوسف اه. وينبغي على قياس هذا أنه لو باع ثمرة بدون الشجرة ولم يدرك ولم يرض البائع بإعارة الشجر أن يتخير المشتري إن شاء أبطل البيع وإن شاء قطعها. ووجهه فيهما أن في القطع إتلاف المال إذ لا ينتفع به. وقوله لو باع أرضا بدون الزرع فهو للبائع بأجر مثلها شكل لما قدمنا أنه يجب على البائع قطعه وتسليم الارض فارغة وليس هذا مذهب الائمة الثلاثة من أنه يؤخر التسليم إلى الادراك لانهم لم يوجبوا أجر المثل فليتأمل. قوله: (ولو استثنى منها ارطالا معلومة صح) أي البيع والاستثناء لان ما جاز إيراد العقد عليه بانفراده صح استثناؤه منه، وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل من الجارية الحامل أو الشاة وأطراف الحيوان فإنه غير جائز كما إذا باع هذه الشاة إلا أليتها أو هذا العبد إلا يده، وهذا هو المفهوم من ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز وهو أقيس بمذهب الامام في مسألة بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فإنه أفسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في استثناء أرطا معلومة مما على الاشجار وإن لم تفض إلى المنازعة. فالحاصل أن كل جهالة تفضي إلى المنازعة مبطلة فليس يلزم أن ما لا يفضي إليها يصح معها بل لا بد مع عدم الافضاء إليها في الصحة من كون المبيع على حدود الشرع، ألا ترى أن المتبايعين قد يتراضيا على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع بأجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك مصححا، كذا في فتح القدير. وفي المعراج: وقيل رواية الحسن والطحاوي محمولة على ما إذا لم يكن الثمر منتفعا به لانه ربما يصيبه آفة وليس فيه إلا قدر المستثنى فيتطرق فيه الضرر اه. ومحل الاختلاف ما إذا استثنى معينا فإن استثنى جزأ كربع وثلث فإنه صحيح اتفاقا، كذا في البدائع، ولذا قال في الكتاب أرطالا معلومة. وقيد بقوله منها أي من الثمرة على رؤس النخيل لانه لو كان مجذوذا واستثنى منه أرطالا جاز اتفاقا. وقيد بالارطال لانه لو استثنى رطلا واحدا جاز اتفاقا لانه استثناء القليل من الكثير بخلاف الارطال لجواز أنه لا يكون إلا ذلك القدر فيكون استثناء الكل من الكل، كذا في البناية.
***
[٥٠٨]
وسيأتي في البيع الفاسد الايراد على القاعدة المذكورة في استثناء الحمل وهو أن الايصاء بالخدمة منفردة جائز واستثناؤها لا وكذلك

الغلة. ونذكر جوابه وهي قاعدة مطردة منعكسة كما في البناية. ولو باع صبرة بمائة إلا عشرها فله تسعة أعشارها بجميع الثمن، ولو قال على أن عشرها لي فله تسعة أعشارها بتسعة أعشار الثمن خلافا لما روي عن محمد أنه يجمع الثمن فيها. وعن أبي يوسف: لو قال أبيعك هذه المائة شاة بمائة على أن هذه لي أو ولي هذه فسد، ولو قال إلا هذه كان ما بقي بمائة، ولو قال ولي نصفها كان النصف بخمسين. ولو قال بعتك هذا العبد بألف إلا نصفه بخمسمائة، عن محمد جاز في كله بألف وخمسمائة لان المعنى باع نصفه بألف لانه الباقي بعد الاستثناء فالنصف المستثنى عين بيعه بخمسمائة. ولو قال على أن لي نصفه بثلاثمائة أو مائة دينار فسد لادخال صفقة في صفقة، كذا في فتح القدير من البيع الفاسد وسيأتي تمامه في البيع الفاسد إن شاء الله تعالى. قيدنا باستثناء بعض الثمار أو الصبرة لانه لو استثنى شاة من قطيع بغير عينها أو ثوبا من عدل بغير عينه لا يجوز، ولو استثنى واحدا بعينه جاز، كذا في الخانية وفيها: أبيعك دارا على أن لي طريقا من هذا الموضع إلى باب الدار يكون فاسدا، وكذا لو شرط الطريق للاجنبي وبين موضعه وطوله وعرضه كان فاسدا، ولو قال أبيعك هذه الدار إلا طريقا منها من هذا الموضع إلى باب الدار ووصف الطول والعرض جاز البيع بشرط الطريق لنفسه أو لغيره لان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فيكون جميع الثمن يقابله غير المستثنى فلا يفسد البيع. أما في الاول جعل الثمن مقابلا بجميع الدار فإذا شرط منها طريقا لنفسه أو لغيره يسقط حصته من الثمن وهو مجهول فيصير الباقي مجهولا فيصير الباقي مجهولا. ولو قال أبيعك داري هذه بألف على أن لي هذا البيت بعينه لا يصح، ولو قال إلا هذا البيت جاز البيع، ولو قال بعتك هذه الدار إلا بناءها جاز البيع ولا يدخل البناء في البيع. ولو باع أرضا إلا هذه الشجرة بعينها بقرارها جاز البيع وللمشتري أن يمتنع عن تدلي أغصان الشجرة في ملكه لان المستثنى مقدار غلظ الشجرة دون الزيادة. رجلان اشتريا سيفا وتواضعا على أن يكون الحلية لاحدهما وللآخر النصل كان السيف المحلى بينهما والخاتم مع الفص كذلك. ولو اشتريا دارا على أن لاحدهما الارض وللآخر البناء جاز كذلك. ولو اشتريا بعيرا وتواضعا على أن يكون لاحدهما رأسه وجلده وقوائمه وللآخر بدنه تواضعا في ذلك ولم يذكر البائع شيئا فالكل لصاحب البدن لان البدن أصل وغيره بمنزلة

[٥٠٩]

التبع. ولو تواضعا على أن لاحدهما رأسه وجلده وقوائمه وللآخر لحمه فهو بينهما نصفان لان كل واحد من ذلك لا يحتمل الافراد بالبيع وأحدهما ليس بأصل فكان الكل بينهما. وفي التتارخانية: لو قال أبيعك هذا الطعام بألف درهم إلا عشرة أقفزة منها فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف البيع جائز، وللمشتري الخيار إذا عزل منه العشرة أقفزة، ولو باع بمائة إلا دينارا كان البيع بتسعة وتسعين اشترى أمة وفي بطنها ولد لغير البائع بالوصية لرجل فأجاز صاحب الولد بيع الجارية جاز ولا شئ له من الثمن وإن لم يجز لم يجز لان الجنين بمنزلة أجزاء الجارية * (تتمة) * منها: لو باع نصف عبد مشترك جاز وانصرف إلى نصيبه ولو أقر بنصفه انصرف إلى النصفين اه‍. وينبغي أن يكون الفرع الاول منها أعني مسألة الاستثناء العشرة إلا قفزة مفرعا على رواية الحسن من عدم جواز البيع إذا استثنى من الثمرة أرطالا معلومة وإلا فهو مشكل لانه يصح إيراد العقد عليه بانفراده فكيف لا يصح استثناؤه. ثم اعلم أن حاصل ما نقلناه في هذه المسألة يدور على أربع قواعد: الاولى ما صح إيراد العقد عليه بانفراده صح استثناؤه سواء دخل في المبيع تبعا كالبناء والشجر أو لا وما لا فلا. الثانية ما صح استثناؤه صح اشتراطه للبائع إذا كان من المقدرات، وإن كان من القيميات فلا. الثالثة ما صح إيراد العقد عليه بانفراده صح اتفاقهما بعد العقد على أن يكون البعض لهذا والبعض لهذا كالبناء مع الارض وما لا فلا كالسيف والحلية. الرابعة إذا استثنى ما يصح فإن ذكر للمستثنى ثمنا لم يكن للاخراج وكان الثمن الاول والثاني كبعتك هذا العبد بألف إلا نصفه بخمسمائة وإلا كان للاخراج من المبيع ولا يسقط من الثمن شئ، وإن كان شرطا في المقدرات سقط ما قابله. وقدمنا عن الظهيرية أنه لو باع سفل داره على أن يكون له حق قرار العلو عليه فإنه يجوز قوله: (كبيع بر في سنبله وباقلا في قشره) أي صحيح لانه مال متقوم منتفع به فيجوز بيعه في قشر كالشعير. وفي البناية: ومن أكل الفولية يسهد بذلك وكذا الارز والسمسم والجوز واللوز والفستق، ولا يجوز بيعه بمثله من سنبل الحنطة لاحتمال الربا كما في فتح القدير. وقدمنا أنه لا يجوز بيع قصيل البر بحنطة والقصيل الشعير يجز أخضر لعلف الدواب، كذا في المصباح. وأورد المطالبة بالفرق بين ما إذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى تمر في تمر بعينه أي

باع ما في هذا القطن من الحب أو ما في هذا التمر من النوى فإنه لا يجوز مع أنه أيضا في غلافه. وأشار أبو يوسف إلى الفرق بأن النوى هنالك معتبر عدما هالكا في العرف
***
[٥١٠]
فإنه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في ثمره ولا حب في قطنه، ويقال هذه حنطة في سنبلها وهذا لوز وفستق ولا يقال هذه قشور فيها لوز ولا يذهب إليه وهم بخلاف تراب الصاغة فإنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باع بخلاف جنسه جاز، وفي مسألتنا لو باع بجنسه لا يجوز لشبهة الربا. والصاغة جمع صائغ والمراد بيع برادة الذهب كما في البناية. وما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في الضرع، واللحم والشحم في الشاة، والالية والاكارع والجلد فيها، والدقيق في الحنطة، والزيت في الزيتون، والعصير في العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لان كل ذلك منعدم في العرف، لا يقال هذا عصير وزيت في محله فكذا الباقي. واعلم أن الوجه يقتضى ثبوت الخيار بعد الاستخراج في ذلك كله لانه لم يره، كذا في فتح القدير. قيد بيع الحنطة لانه لو باع تبن الحنطة في سنبلها دون الحنطة لم ينعقد لا لانه يصير تبناتا إلا بالعلاج وهو الدق فلم يكن تبنا قبله فكان بيع المعدوم فلا ينعقد بخلاف الجذع في السقف أنه ينعقد حتى لو نزعه وسلمه أجبر على الاخذ وهنا لا، كذا في البدائع. والمراد بتراب الصاغة التراب الذي فيه ذرات الذهب فلا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا، ولا ينصرف إلى خلاف الجنس تحريا للجواز كما في بيع درهم وديناربن بدينار ودرهمين لان التراب ليس بمال متقوم، كذا في المعراج. ولو اشترى تراب الصواغين بعرض إن وجد في التراب ذهبا أو فضة جاز بيعه لانه باع مالا متقوما، وإن لم يجد شيئا من ذلك لا يجوز لان التراب غير مقصود وإنما المقصود ما فيه من الذهب والفضة. وقال أبو يوسف: لا ينبغي للصائغ أن يأكل ثمن التراب الذي باعه لان فيه مال الناس إلا أن يكون الصائغ قد زاد الناس في متاعهم بقدر ما سقط منهم في التراب، وكذا الدهان إذا باع الدهن وبقي من الدهن شئ في الاوعية، كذا في الخانية. وفيها أيضا: لو باع مائة من من حليج هذا القطن لا يجوز، ولو كانت الحنطة في سنبلها فباعها جاز، ولا يجوز بيع النوى في التمر، ولو باع حب قطن بعينه جاز، كذا اختاره الفقيه أبو الليث، ولو اشترى البزر الذي في جوف البطيخ لا يجوز وإن رضي صاحبه بأن يقطع البطيخ، ولو ذبح شاة فباع كرشها قبل السلخ جاز وكان على البائع إخراجه وتسليمه إلى المشتري والمشتري خيار الرؤية. ولو ابتلعت دجاجة لؤلؤة
***
[٥١١]
فباع حبة اللؤلؤة التي في بطنها جاز ولا خيار للمشتري إن كان رآها إلا إذا تغيرت، وإن لم يكن المشتري رأى اللؤلؤة فله الخيار إذا رآها. ولو اشترى لؤلؤة في صدف قال أبو يوسف: يجوز البيع وله الخيار إذا رأى. وقال محمد: لا يجوز وعليه الفتوى، والباقلا الفول والحليج بمعنى المحلوج وهو ما خلص حبه من قطنه. وفي البزازية: لو باع حنطة في سنبلها لزم البائع الدوس والتذرية، وكذا لو أطلق له حنطة في سنبلها فصار حاصل ما نقلناه أنه إذا باع شيئا مستورا، فإن كان مستورا بما هو خلقي فيه أولا والثاني شراء ما لم يره جائز عندنا. والاول لا يخلو إما أن يكون المبيع موجودا في العرف أو معدوما، فإن كان موجودا جاز كبيع حنطة في سنبلها وأرز وسمسم وجوز ولوز وكرش شاة مذبوحة قبل سلخها ولؤلؤة في بطن دجاجة، وإن كان يقال في العرف أنه معدوم لم يجز كبيع حب قطن فيه ونوى تمر فيه، ولبن في ضرع، ولحم وشحم وألية في شاة، وأكارع وجلد فيها، ودقيق في حنطة، وزيت في زيتون وعصير في عنب، ومحلوج قطن فيه، ولؤلؤة في صدف على المفتى به وتبن حنطة في سنبلها قوله: (وأجرة الكيل على البائع) يعني إذا بيع مكايلة وكذا أجرة الوزان والعداد عليه والذراع لانه من تمام التسليم وتسليم المبيع عليه فكذا ما كان من تمامه. قيد بالكيل لان صب الحنطة في الوعاء على المشتري، وكذا إخراج الطعام من السفينة، وكذا قطع العنب المشتري جزافا عليه، وكذا كل شئ باعه جزافا كالثوم والبصل والجزر إذا خلي بينها وبين المشتري، وكذا قطع الثمر إذا خلي بينها وبين المشتري، كذا في الخلاصة. وأشار إلى أنه لو اشترى حنطة في سنبلها فعلى البائع تخليصها بالدرس والتذرية ودفعها إلى المشتري وهو المختار. وفي المعراج: والتبن للبائع وإذا اشترى ثيابا في جراب ففتح الجراب على البائع وإخراج الثياب على المشتري. وقيل كما يجب الكيل على البائع فالصب في وعاء المشتري يكون عليه أيضا. وكذا لو اشترى ماء من سقاء في قربة كان صب الماء على السقاء والمعتبر في هذا العرف، كذا في الخانية. وفي المجتبى: لو اشترى وقر حطب في المصر

فالحمل على البائع قوله: (وأجرة نقد الثمن ووزنه على المشتري) لما ذكرنا أن الوزن من تمام التسليم وتسليم الثمن على المشتري فكذا ما يكون من تمامه، وكذا يجب عليه تسليم الجيد لان حق البائع تعلق به، وما ذكره المصنف في نقد الثمن هو الصحيح كما في الخلاصة وهو ظاهر الرواية كما في الخانية وبه كان يفتي الصدر الشهيد قال: وبه يفتي إلا إذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة

***

[٥١٢]

فإنه على البائع. وأما أجرة نقد الدين فإنه على المديون إلا إذا قبض رب الدين الدين ثم ادعى عدم النقد فالاجرة على رب الدين لانه بالقبض دخل في ضمانه فالناقد إنما يميز ملكه ليستوفي بذلك حقا له فالاجرة عليه. وأطلق في أجرة الناقد فشمل ما إذا قال المشتري دراهمي منتقدة أو وهو الصحيح خلافا لمن فصل، كذا في الخانية. وأمنا حكم الصيرفي إذا نقد ثم ظهر أن فيها زيوفا فقال في إجارات البزازية: استأجره لينقد الدراهم فنقد ثم وجده زيوفا يرد الاجرة، وإن وجد البعض زيوفا يرد بقدره اه. قوله: (ومن باع سلعة بثمن سلمه أولا) أي سلم الثمن قبل أن يتسلم المبيع لاقتضاء العقد المساواة وقد تعين حق المشتري في المبيع فيسلم الثمن أولا ليتعين حق البائع تحقيقا للمساواة. وفي البزازية: باع بشرط أن يدفع المبيع قبل نقد الثمن فسد البيع لانه لا يقتضيه العقد. وقال محمد: لا يصح لجهالة الاجل حتى لو سمى الوقت الذي يسلم فيه المبيع جاز اه. ولا بد من إحضار السلعة ليعلم قيامها فإذا أحضرها البائع أمر المشتري بتسليم الثمن، وله أن يمتنع عن دفعه إذا كان المبيع غائبا ولو عن المصر. وفي السراج الوهاج: بخلاف الرهن إذا كان في موضع آخر غير موضع المتراهنين من حيث تلحقه المؤنة بالاحضار فإنه لا يؤمر المرتهن بإحضاره بل يسلم الراهن الدين إذا أقر المرتهن بقيام الرهن، فإن ادعى الراهن هلاكه فالقول قول المرتهن أنه لم يهلك لكون الرهن أمانة في يد المرتهن كالوديعة فلا يؤمر بإحضاره إذا لحقه مؤنة وأما في البيع فالثمن بدل الخ اه. وفي آخر رهن الخانية: إن المشتري إذا لقي البائع في غير مصرهما وطلب منه تسليم المبيع ولم يقدر عليه يأخذ المشتري منه كفيلا أو يبعث وكيلا ينقد الثمن له ثم يتسلم المبيع ولا بد من كون الثمن حالا لانه لو كان مؤجلا لا يلزمه دفعه أولا، وقدمنا أول الكتاب بعض مسائل التأجيل. ولا بد أن لا يكون في البيع خيار للمشتري، فلو كان له ليس للبائع مطالبته بالثمن قبل سقوطه وقد صرح به في خيار الرؤية من القنية. وفي فتح القدير من خيار الشرط: وقد استفيد من كلامه أن للبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن كله ولو بقي منه درهم إلا أن يكون مؤجلا كما قدمناه، فلو كان بعضه حالا وبعضه مؤجلا فله حبس المبيع إلى استيفاء الحال. ولو باعه شيئين صفقة واحدة وسمى لكل واحد ثمنا فدفع المشتري حصة أحدهما كان للبائع حبسهما حتى يستوفي حصة الآخر. ولو أبرأ المشتري عن بعض الثمن كان له الحبس حتى يستوفي الباقي لان البراءة كالاستيفاء ولا يسقط حقه في الحبس بالرهن ولا بالكفيل ويسقط بحوالة البائع على المشتري بالثمن اتفاقا، وكذا بحوالة

***

[٥١٣]

المشتري البائع به على رجل عند أبي يوسف للبراءة كالايفاء. وفرق محمد بينهما ببقاء مطالبة البائع فيما إذا كان محتالا وبسقوطها فيما إذا كان محيلا، وكذا فرق محمد في الرهن فقال: إن أحال المرتهن بدينه على الراهن لم يبق له حق حبسه، وإن احتال به على رجل لم يسقط، وتأجيل الثمن بعد البيع بالحال مسقط لحقه في الحبس. وكذا إذا كان الثمن مؤجلا فلم يقبض المشتري حتى حل سقط الحبس، وقدمنا أن الاجل من وقت القبض عند الامام إن لم تكن السنة معينة، وإن كانت معينة ومضت فلا بقاء له إجماعا. ومحل الاختلاف فيما إذا امتنع البائع من التسليم، أما إذا لم يمتنع فابتداؤه من وقت العقد إجماعا. ولو سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن سقط حقه فليس له بعده رده إليه، ولو أعاره البائع له أو أودعه إياه على المشهور بخلاف المرتهن إذا أعار الرهن من الراهن فإنه لا يبطل الرهن فله استرجاعه، ولو قبضه المشتري بغير إذن لم يسقط حقه في الحبس، كذا في السراج الوهاج. والاجارة كالعارية والوديعة كما في المحيط. وفي الظهيرية: المشتري إذا قبض المبيع قبل نقد الثمن والبائع يراه ولم يمنعه من القبض كان إذنا، وهي من مسائل السكوت. وأما تصرف المشتري في المبيع قبل قبضه فعلى وجهين: قولي وحسي. فالاول فإن أعاره أو وهبه أو تصدق به أو رهنه وقبضه المرتهن جاز، ولو باع أو آجر لا يجوز قال محمد رحمه الله: كل تصرف يجوز من غير قبض إذا فعله المشتري قبل القبض لا يجوز، وكل ما لا

يجوز إلا بالقبض كالهبة إذا فعله المشتري قبل القبض جاز ويصير المشتري قابضا، كذا في الظهيرية. ولو أودع المشتري من البائع أو أعاره أو آجره لم يكن قبضا، ولو أودعه عند أجنبي أو أعاره وأمر البائع بالتسليم إليه كان قبضا، كذا في المحيط. وفي الخانية: لو قال المشتري للغلام تعالى معي وامش فتخطى معه فهو قبض، ولو قال البائع للمشتري بعد البيع خذلا يكون قبضا، ولو قال خذه يكون تخلية إذا كان يصل إلى أخذه. ولو دفع بعض الثمن وقال للبائع تركته عندك رهنا على الباقي أو قال تركته وديعة عندك لا يكون قبضا اهـ. وإعتاقه المبيع قبل القبض قبض، ولو اشترى حاملا فأعتق ما في بطنها لا يكون قبضا لاحتمال أنه لم يصح إعتاق فلم يصر متلفا، وأما الثاني فالمشتري إذا أتلف المبيع أو أحدث فيه عيبا قبل القبض يصير قابضا، وكذا لو أمر

***

[٥١٤]

البائع بذلك فعمل البائع، وإذا أمر المشتري اللبائع بطحن الحنطة فطحن صار قابضا والدقيق للمشتري، كذا في الخانية. ووطئ المشتري الجارية قبض إن حبلت وإلا فله حبسها، فإن منعها البائع تموت من ماله ولا عقر عليه لانه وطئ ملك نفسه، وإن نقصها الوطئ تأكد عليه حصة النقصان من الثمن. ولو زوجها المشتري صار قابضا قياسا لا استحسانا، وكذا لو أقر عليه بدين. ولو أرسل المشتري العبد في حاجته صار قابضا، فلو أمر البائع أن يأمر العبد بعمل فأمره صار قابضا كما لو أمره أن يؤجره لانسان، وما يأخذ البائع من الاجر محسوب عليه من الثمن. ولو اشترى دابة والبائع راكبها فقال المشتري احملني معك فحمله معه فهلكت فهي على المشتري وركوبه قبض، كذا في المحيط. وأما أمره للبائع بفعل شئ قبل القبض ففي الخانية: لو قال للبائع بعها أوطأها أو كل الطعام ففعل فإنه يكون فسخا للبيع وما لم يفعله لا ينفسخ ولكن البيع على ثلاثة أوجه: فإن قال بعه لنفسك فباعه انفسخ، ولو قال بعه لي لا يجوز البيع ولا ينفسخ، ولو قال بعه أو بعه ممن شئت فباعه انفسخ، وجاز البيع الثاني للمأمور في قول محمد. وقال أبو حنيفة: لا يكون فسخا كقوله بعه لي. ولو اشترى ثوبا أو حنطة فقال للبائع بعه قال الامام الفضلي: إن كان قبل القبض والرؤية كان فسخا، وإن لم يقل البائع نعم لان المشتري ينفرد بالفسخ في خيار الرؤية. وإن قال بعه لي أي كن وكيلا في الفسخ فما لم يقبل البائع ولم يقل نعم لا يكون فسخا، وإن كان بعد القبض والرؤية لا يكون فسخا ويكون وكيلا بالبيع سواء قال بعه أو بعه لي اهـ. وفي البناية: اشترى دهنا ودفع قارورة ليزنه فيها فوزنه فيها بحضرة المشتري فهو قبض، وكذا بغيبته في الاصح، وكذا كل مكيل أو موزون إذا دفع له الوعاء فكاله أو وزنه في وعائه بأمره. ولو غصب شيئا ثم اشتراه صار قابضا وليس للبائع حبسه بخلاف الوديعة والعارية إلا إذا وصل إليه بعد التخلية. ولو اشترى حنطة في السواد يجب تسليمها فيه. وفي الظهيرية والبزازية: دفع إلى قصاب درهما وقال اعطني بهذا الدرهم لحما وزنه وضعه في هذا الزنبيل في حانوتك حتى أجئ بعد ساعة، ففعل القصاب ذلك فأكلت الهرة اللحم قال الشيخ الامام الفضلي: إن لم يبين موضع القطع كان الهلاك على القصاب، وإن بين فقال من الجنب أو من الذراع كان الهلاك على المشتري، وهذا بخلاف ما قدمناه فإن المشتري إنما يصير قابضا إذا كان الوزن بحضرته وهنا قال يصير قابضا وإن لم يكن الوزن بحضرته، وهكذا ذكر في الجامع الصغير فكان في المسألة

***

[٥١٥]

روايتان اهـ. وأما ما يصير به قابضا حقيقة ففي التجريد تسليم المبيع أن يخلي بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه بغير حائل. وكذا تسليم الثمن. وفي الاجناس: يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معان: أن يقول خليت بينك وبين المبيع وأن يكون بحضرة المشتري على صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع، وأن يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره فلو كان المبيع شاغلا كالحنطة في جوالق البائع لم يمنعه. وفي القنية: لو باع حنطة في سنبلها فسلمها كذلك لم يصح كقطن في فراش ويصح تسليم ثمار الاشجار وهي عليها بالتخلية وإن كانت متصلة بملك البائع. وعن الوبري: المتاع لغير البائع لا يمنع فلو أذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده، وكان أبو حنيفة يقول: القبض أن يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه، ويقول المشتري وهو عند البائع قبضته، فلو أخذ برأسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض، دابة كانت أو بعيرا. وإن كان غلاما أو جارية فقال له المشتري تعال معي أو امش نخطى معه فهو قبض، وكذا لو أرسله في حاجته، وفي الثوب إن أخذه بيده أو خلى بينه وبينه وهو موضع على الارض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض، وكذا القبض في البيع الفاسد بالتخلية. ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المفتاح إليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض،

وإن دفعه لم يقل شيئا لا يكون قبضا. ولو باع دارا غائبة فقال سلمتها إليك فقال قبضتها لم يكن قبضا وإن كانت قريبة كان قبضا وهي أن تكون بحال يقدر على إغلاقها وإلا فهي بعيدة، وأطلق في المحيط أن بالتخلية يقع القبض وإن كان المبيع ببعد عنهما. وقال الحلواني: ذكر في النوادر إذا باع ضيعة وخلى بينها وبين المشتري إن كان بقرب منها يصير قابضا وإن كان ببعد لا يصير قابضا قال: والناس عنه غافلون فإنهم يشترون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض. وفي جامع شمس الائمة: يصح القبض وإن كان العقار غائبا عنهما عند أبي حنيفة خلافا لهما. وفي جمع النوازل: دفع المفتاح في بيع الدار تسليم إذا تهيأ له فتحه من غير تكلف، وكذا لو اشترى بقرا في السرح فقال البائع اذهب فاقبض إن كان يرى بحيث يمكنه الاشارة إليه يكون قبضا. ولو باع خلا ونحوه في دن وخلى بينه وبين المشتري في دار المشتري وختم المشتري على الدن فهو قبض ولو اشترى ثوبا فأمره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى أخذه إنسان، إن كان حين أمره بقبضه أمكنه من غير قيام صح التسليم، وإن كان لا يمكنه إلا بقيام لا يصح. ولو اشترى طيرا في بيت والباب مغلق فأمره البائع بالقبض فلم يقبض حتى هبت الريح ففتحت

***

[٥١٦]

الباب فطار لا يصح التسليم، وإن فتحه المشتري فطار صح التسليم لانه يمكنه التسليم بأن يحتاط في الفتح. ولو اشترى فرسا في حظيرة فقال البائع سلمتها إليك ففتح المشتري الباب فذهبت الفرس، إن أمكنه أخذها من غير عون كان قبضا وهو تأويل مسألة الطير وفي مكان آخر من غير عون ولا حبل. وإن اشترى دابة والبائع راكبها فقال المشتري احملني معك فحمله فعطبت هلكت على المشتري قال القاضي الامام: هذا إذا لم يكن على الدابة سرج، فإن كان عليها سرج وركب المشتري في السرج يكون قابضا وإلا فلا. ولو كانا راكبين فباع المالك منهما الآخر لا يصير قابضا كما إذا باع الدار والبائع والمشتري فيها اه‍. كذا في فتح القدير. ثم اعلم أن ما ذهب إليه الامام الحلواني من عدم صحة تخلية البعيد هو ظاهر الرواية كما في الخانية والظهيرية. وفي الخانية: والصحيح ظاهر الرواية. وفي الظهيرية: والاعتماد على ما ذكرنا في ظاهر الرواية زاد في الخانية: وكذا الهبة والصدقة اه‍. فقد علمت ضعف ما في المحيط وجامع شمس الائمة. وعلى هذا تخلية البعيد في الاجارة غي صحيحة فكذا الاقرار بتسلمها. وفي النهاية معزيا إلى الغاية أن القبض في العقار بالتخلية، وفي المنقول بالنقل إلى مكان لا يختص بالبائع. وفي البزازية: عشرة أشياء لو فعلها البائع بإذن المشتري كان قابضا: الامر بختان الغلام والجارية، والفصد، وقطع عرف الفرس، أو ثوبا فأمره بالقصارة أو الغسل، أو مكعبا فأمره بنعله، أو نعلا فأمره بحذائه، أو طعاما فأمره بالطبخ، أو دارا فآجرها من البائع، أو جارية فأمره بتزويجها فزوجها ودخل بها الزوج صار قابضا، وبلا دخول لا يصير قابضا. وكذا لو زوجها المشتري لا يصير قابضا ودخول الزوج وفعل المشتري واحدا من هذه العشرة بعد علمه بالعيب يمنع الرد والرجوع بالنقص. ولو استأجر المشتري البائع لغسل الثوب أو قطعه إن كان ذلك ينقص المبيع صار قابضا، وإن قال له اعتقه فأعتقه البائع قبل قبضه عنه جاز عند الامام ومحمد خلافا للثاني. ولو أمر البائع أن يطرحه في الماء فطرحه صار قابضا بخلاف ما إذا أمر المديون أن يطرح الدين في الماء فطرحه لا يكون مؤديا، وكذا لو استقرضه كذا فجاء به فأمره بصبه في الماء فصبه المقترض كان له منه، ولو دفع البائع المبيع لمنكوحة المشتري لا يكون قابضا اه‍. وفي البزازية أيضا: قبض المشتري بلا إذن البائع قبل نقد الثمن وبنى أو غرس أو ثوبا فصبغه ملك الاسترداد، وإن تلف عند البائع ضمن ما زاد البناء والصبغ المشتري المفلس دبر أو أعتق المشتري قبل قبضه جاز ولا سعاية على الغلام إلا عند الثاني، فإن كاتبه أو آجره أو رهنه قبل قبضه ونقد الثمن أبطل القاضي هذه

***

[٥١٧]

التصرفات إن شاء البائع، فإن نقده قبل الابطال جازت الكتابة وبطل الرهن والاجارة، ولو جارية فوطئها المشتري فحبلت أو ولدت لا يتمكن البائع من الحبس، وإن لم تلد ولم تحبل له الحبس، فإن ماتت في يد البائع إن أخذت بيعا فمن البائع وإلا فمن المشتري لعدم نقص القبض. قال عبد لمولاه اشتريت نفسي منك فباع المولى صح ولا يملك المولى حبسه لاستيفاء الثمن لانه صار قابضا بنفس العقد كمن اشترى دارا وهو ساكن فيه يصير قابضا بالشراء ولا يملك البائع الحبس، وكذا لو وكل أجنبي العبد ليشتريه من مولاه له فأعلم المولى واشترى نفسه له لا يملك البائع حبسه للثمن لعود الحقوق إلى العبد الوكيل اه‍. وفيها أيضا: قبض المشتري المشتري قبل نقده بلا

إذنه فطلبه منه فخلى بينه وبين البائع لا يكون قبضا حتى يقبضه بيده بخلاف ما إذا خلى البائع بينه وبين المشتري اه. وسنتكلم على هلاك المبيع إن شاء الله تعالى في خيار الشرط ومحله هنا ولكن تركناه خوف الاطالة. وفي الولوالجية: باعه حبا في بيت ولا يمكن إخراجه إلا بقلع الباب أجبر البائع على تسليمه خارجا من البيت لان التسليم واجب فيجبر عليه، ولو أمره بقبض الفرس والبائع ممسك بعنانه ففر من يدهما كان على المشتري لان تسليم الفرس كذلك يكون. قوله: (وإلا معا) أي وإن لم يكن المبيع عينا والثمن زاد البناء والصبغ المشتري المفلس دبر أو أعتق المشتري قبل قبضه جاز ولا سعاية على الغلام إلا عند الثاني، فإن كاتبه أو آجره أو رهنه قبل قبضه ونقد الثمن أبطل القاضي هذه

***

[٥١٧]

التصرفات إن شاء البائع، فإن نقده قبل الابطال جازت الكتابة وبطل الرهن والاجارة، ولو جارية فوطئها المشتري فحبلت أو ولدت لا يتمكن البائع من الحبس، وإن لم تلد ولم تحبل له الحبس، فإن ماتت في يد البائع إن أخذت بيعا فمن البائع وإلا فمن المشتري لعدم نقص القبض. قال عبد لمولاه اشتريت نفسي منك فباع المولى صح ولا يملك المولى حبسه لاستيفاء الثمن لانه صار قابضا بنفس العقد كمن اشترى دارا وهو ساكن فيه يصير قابضا بالشراء ولا يملك البائع الحبس، وكذا لو وكل أجنبي العبد ليشتريه من مولاه له فأعلم المولى واشترى نفسه له لا يملك البائع حبسه للثمن لعود الحقوق إلى العبد الوكيل اه. وفيها أيضا: قبض المشتري المشتري قبل نقده بلا إذنه فطلبه منه فخلى بينه وبين البائع لا يكون قبضا حتى يقبضه بيده بخلاف ما إذا خلى البائع بينه وبين المشتري اه. وسنتكلم على هلاك المبيع إن شاء الله تعالى في خيار الشرط ومحله هنا ولكن تركناه خوف الاطالة. وفي الولوالجية: باعه حبا في بيت ولا يمكن إخراجه إلا بقلع الباب أجبر البائع على تسليمه خارجا من البيت لان التسليم واجب فيجبر عليه، ولو أمره بقبض الفرس والبائع ممسك بعنانه ففر من يدهما كان على المشتري لان تسليم الفرس كذلك يكون. قوله: (وإلا معا) أي وإن لم يكن المبيع عينا والثمن دينا فإن البائع يسلم المبيع مع تسليم المشتري الثمن وهو صادق بثلاث صور: إحداها أن يكونا ثمنين. الثانية أن يكونا عينين. الثالثة أن يكون المبيع دينا والثمن سلعة، وهو ليس بمراد هنا لانه من باب السلم فإن المبيع فيه هو المسلم فيه وهو دين والواجب أولا تسليم العين وهو رأس المال كما أن البيع إذا وقع بثمن مؤجل فالواجب أولا تسليم العين والله أعلم. تم الجزء الخامس ويليه الجزء السادس وأوله باب خيار الشرط

٦ البحر الرائق 6-م

البحر الرائق
ابن نجيم المصري ج ٦

***

[١]

البحر الرائق شرح كنز الرائق (في فروع الحنيفه) للشيخ الامام ابي البركات عبد الله بن احمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي المتوفى سنة ٧١٠ ه والشرح " البحر الرائق " للامام العلامة الشيخ زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي المتوفى سنة ٩٧٠ ه ومعه الحواشي المسماة منحه الخالق على البحر الرائق للعلامة الشيخ محمد امين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي المتوفى سنة ١٢٥٢ ه ضبطه وخرج اياته واحاديثه الشيخ زكريا عميرات تنبيه وصفنا متن كنز الدقائق في اعلى الصفحات، ووضفنا اسفل منه مباشره نص " البحر الرائق " ووصفنا في اسفل الصفحات حواشي الشيخ ابن عابدين الجزء السادس منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت - لبنان

***

[٣]

بسم الله الرحمن الرحيم باب خيار الشرط باب خيار الشرط من إضافة الشئ إلى سببه لان الشرط سبب للخيار. وفي المصباح: الخيار الاختيار. وفسره في فتح الباري بالتخيير بين الامضاء والفسخ وهو ثابت بالنص على غير القياس وحين ورد النص به جعلناه داخلا

على الحكم مانعا له تقليلا لعمله بقدر الامكان، ولم نجعله داخلا على أصل البيع للنهي عن بيع بشرط والبيع الذي شرط فيه الخيار يقال فيه علة اسما ومعنى لا حكما، لخالي عنه علة اسما ومعنى وحكما. قال أهل الاصول: الموانع خمسة: مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلم ينعقد في الحر لعدم المحل، ومانع يمنع تمامها كبيع مال الغير، ومانع يمنع ابتداء الحكم وهو خيا الشرط، ومانع يمنع تمامه كخيار الرؤية للمشتري، ومانع يمنع لزومه كخيار العيب. وقد حققنا في شرحنا على المنار أن تقسيمهم الموانع مبني على قول ضعيف للاصوليين وهو جواز تخصيص العلل، وأما على الصحيح من أنه لا يجوز تخصيصها فلا مانع لها أصلا ففي كل موضع عدم الحكم فإنما هو لعدم الغلة فتخلف الملك مع شرط الخيار إنما هو لعدم العلة لانها البيع بلا خيار، وقولهم فيما فيه خيار علة اسما ومعنى لا حكما مجاز على الصحيح لان الموجود فيه شرط العلة لا كلها لاهلها لا تتم إلا بأوصاف ثلاثة: أن تكون موضوعة، وأن تكون مؤثرة، وأن يوجد الحكم عقبها بلا تراخ. فما دام الخيار باقيا لم تتم العلة فإذا سقط تمت وتمامه في تقرير الاكمل في بحث تقسيم العلل إلى سبعة. والخيارات في البيع لا تنحصر في الثلاثة كما قدمناه بل هي ثلاثة عشر خيارا. والرابع خيار الغبن وسنتكلم عليه في المرابحة حيث ذكروه هناك. والخامس خيار الكمية وقدمناه أول البيوع. والسادس خيار الاستحقا وسيأتي في باب خيار العيب. والسابع خيار كشف الحال كما قدمناه. الثامن خيار تفرق الصفقة بهلاك البعض قبل القبض
***
[٤]
وسيأتي أيضا. والتاسع خيار إجازة عقد الفضولي. والعاشر خيار فوات الوصف المشروط المستحق بالعقد كاشتراطه الكتابة. والحادي عشر خيار التعيين. الثاني عشر في المرابحة خيار الخيانة. الثالث عشر من الخيارات خيار نقد الثمن وعدمه كما يأتي في هذا الباب. قوله: (صح للمتبايعين أو لاحدهما ثلاثة أيام) أي جاز للبائع وللمشتري معا أو لاحدهما في المدة المذكورة. والظاهر أن الضمير يعود إلى الخيار. وفي الوقاية والنقاية صح خيار الشرط فابرزه والاولى ما في الاصلاح صح شرط الخيار لان الموصوف بالصحة شرط الخيار لا نفس الخيار، والاصل في ثبوته ما وراه ابن ماجه في سننه أن حبان بن منقذ بن عمر كان رجلا قد أصابته آمة في رأسه فكسرت أسنانه وكان لا يدع على ذلك التجارة فكان لا يزال يغبن فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال له: إذا أنت بايعت فقل لاخلابة، ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال فإذا رضيت فأمسك، وإن سخطت فأرددها على صاحبها. وحبان بفتح الحاء المهملة والباء الموحدة، والخلابة الخداع. وفائدة قوله لا خلابة أي لا خديعة في الدين لان الدين النصيحة وللاعلام بأنه ليس من ذوي البصائر بالسلع فالواجب نصيحته فلا تخدعوه بشئ اعتمادا على معرفته بل انصحوه لانه ليس عالما بها، كذا في فتح الباري. والآمة شجة تصيب أم الرأس وكان حبان ألثغ باللام فكان يقول لا خذابه فقوله إذا بايعت شامل للبائع والمشتري وبه اندفع قول سفيان الثوري أنه لا يجوز إلا
***
[٥]
للمشتري عملا بحديث الحاكم فجعل له الخيار فيما اشتراه ولانه إنما جاز للحاجة إلى دفع الغبن بالتروي وهما فيها سواء. وفي الخانية: إذا شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد أصلا اه. وقيد بقوله للمتبايعين الدال على أن الشرط كان بعد العقد أو مقارنا له للاحتراز عما إذا كان قبله، فلو قال جعلتك بالخيار في البيع الذي نعقده ثم اشترى مطلقا لم يثبت كما في التتارخانية. وأطلقه فشمل البيع الفاسد فهو كالصحيح يثبت فيه خيار الشرط ولما كان خلاف الاصل فإذا اختلفا في اشتراطه فالقول لمن أنكره عند الامام في ظاهر الرواية. وعند محمد: القول لمدعيه والبينة للآخر، كذا في الخانية. وشمل ما إذا شرطاه وقت العقد أو ألحقاه به فلو قال أحدهما بعد البيع ولو بأيام جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح إجماعا، فلو شرطاه بعده أزيد من الثلاثة فسد العقد عنده خلافا لهما كما لو ألحقا بالبيع شرطا فاسدا فإنه يلتحق ويفسد العقد عنده، وعندهما لا يفسد ويبطل الشرط. وفي جامع الفصولين: هو يصح في ثمانية أشياء: في بيع وإجارة وقسمة وصلح عن مال بعينه وبغير عينه وكتابه وخلع وعتق على مال لو شرط للمرأة والقن. ولو شرط الخيار للراهن جاز للمرتهن إذ له نقض الرهن متى شاء بخيار ولو كفل بنفس أو مال وشرط الخيار للمكفول له أو للكفيل جاز اه. ويصح شرط الخيار في الابراء بأن قال أبرأتك على أني بالخيار، ذكره فخر الاسلام من بحث الهزل. ويصح أيضا اشتراطه في تسليم الشفعة بعد طلب المواثبة ذكره فيه

أيضويصح اشتراطه في الحوالة أيضا وفي الوقف على قول أبي يوسف، وينبغي صحته في المزارعة والمعاملة لانها إجارة فهي خمسة عشر موضعا. ولا يصح في النكاح والطلاق واليمين والنذر والاقرار بعقد والصرف والسلم والوكالة. علله قاضيخان بأنه إنما يدخل في لازم يحتمل الفسخ.

***

[٦]

وفي الولوالجية: اشترى عبدا واشترط أن للمشتري خيار يومين بعد شهر رمضان والشراء في آخر رمضان فهو جائز ويكون له الخيار ثلاثة أيام واليوم الآخر من رمضان ويومين بعده لانه سكت عن الخيار يوم العقد وأمكن تصحيح هذا العقد، ولعل تصحيح هذا العقد باشتراط الخيار يوم العقد ويومين بعد رمضان. ولو قال البائع للمشتري لا خيار لك في رمضان فالبيع فاسد لانه تعذر تصحيح العقد اهـ. وفي فتح القدير: لو قال له أنت بالخيار فله خيار المجلس فقط، ولو قال إلى الظهر فعند أبي حنيفة يستمر إلى أن يخرج وقت الظهر، وعندهما لا تدخل الغاية اهـ. وكذا إلى الليل أو إلى ثلاثة أيام يدخل ما بعد إلى. وشمل ما إذا شرطاه في كل المبيع أو بعضه لما في السراجية: اشترى مكيلا أو موزونا أو عبدا وشرط الخيار له في نصفه أو ثلثه أو ربعه جاز مذكورة في الزيادات اهـ. وسيأتي حكم ما إذا كان المبيع متعددا فجعل الخيار في البعض وهو خيار التعيين. وفي التتارخانية: وإذا اشترطه المشتري له في الثمن أو في المبيع كان له الخيار فيهما اهـ. ولو اشترى عبدا بألف درهم على أن المشتري بالخيار فأعطاه بها مائة دينار ثم فسخ البيع، فعن أبي يوسف الصرف جائز ويرد الدراهم والصرف باطل على قول أبي حنيفة، كذا في التتارخانية. فإن قلت: قد صرح فيه أنه لو أطلق الخيار فسد البيع ولا شك أن قوله أنت بالخيار أو لك الخيار إطلاق فما التوفيق قلت: قد صور في الولوالجية والخلاصة مسألة أنت بالخيار أنه باع بلا خيار ثم لقيه بعد مدة فقال له أنت بالخيار فه الخيار ما دام في المجلس بمنزلة قوله لك الاقالة بخلاف ما إذا أطلقاه وقت العقد. وفي الخانية: ابتداء التأجيل في البيع بثمن مؤجل بخيار من وقت سقوطه لا من وقت العقد، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري، وللشفيع الطلب وقت العقد حيث علم لا وقت السقوط ويطلب في بيع الفضولي وقت الاجازة، في البيع الفاسد حين انقطاع الاسترداد، وفي الهبة بشرط العوض روايتان في رواية يطلب عنه القبض، وفي رواية عند العقد وهو الصحيح. ولو كان الخيار للبائع فصالحه المشتري على معين لامضاء البيع صح ويكون زيادة في الثمن، وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على إسقاطه فحط عنه من الثمن كذا أو زاده عرضا جازاه، فلو صالحه البائع على إبطال البيع ويعطيه مائة ففعل انفسخ البيع ولا شئ له كذا في التتارخانية. وأطلق في المتبايعين فشمل الاصيل والنائب فصح للوكيل والوصي كما في الخانية. ولو أمره ببيع مطلق فعقد بخيار له أو للآمر أو لاجنبي صحاه، ولو أمره ببيع بخيار للآمر فشرط لنفسه لا يجوز وإن كان اشتراط الخيار لنفسه اشتراطا للآمر لان الآمر إذا أمره ببيع لا يكون للمأمور فيه رأي وتدبير ويكون للآمر كله وفيما فعله يكون له رأي ويكون للآمر بطريق التبعية فيكون مخالفا. ولو أمره بشراء بخيار

***

[٧]

للآمر فاشتراه بدون الخيار نفذ الشراء عليه دون الآمر للمخالفة بخلاف ما إذا أمره ببيع خيار فباع باتا حيث يبطل البيع أصلا، كذا في الولوالجية. فإن قلت: هل يصح تعليق إبطاله وإضافته؟ قلت قال في الخانية: لو قال من له الخيار إن لم أفعل كذا اليوم فقد أبطلت خياري كان باطلا ولا يبطل خياره، وكذا لو قال في خيار العيب إن لم أرده اليوم فقد أبطلن خياري ولم يرده اليوم لا يبطل خياره، ولو لم يكن كذلك ولكن قال أبطلت غدا أو قال أبطلت خياري إذا جاء غد فجاء غد ذكر في المنتقى أنه يبطل خياره. قال: وليس هذا كالاول لان هذا وقت يجئ لا محالة بخلاف الاول اهـ. فقد سووا بين التعليق والاضافة في المحقق مع أنهم لم يسووا بينهما في الطلاق والعتاق. وفي التتارخانية: لو كان الخيار للمشتري فقال إن لم أفسخ اليوم فقد رضيت وإن لم أفعل كذا فقد رضيت لا يصح اهـ. قوله: (ولو أكثر لا) أي لا يصح اشتراط أكثر من ثلاثة أيام عند أبي حنيفة. وقالا: يجوز إذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر أنه عليه السلام أجاز الخيار إلى شهرين. وله أنه مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم ثبت نصا على خلاف القياس في المدة المذكورة للتروي وهو يحصل فيها فلا حاجة إلى ما زاد عليها، ويدل عليه حديث عبد الرزاق أن رجلا اشترى من رجل بعيرا وشرط عليه الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع. وأما حديث ابن عمر فلم يعرف ولانه جزء الدعوى لانها جوازه أكثر من ثلاثة

أيام، طالت المدة عنده أو قصرت وهو يقيد بمدة خاصة ولانه يحتمل خيار الشرط وخيار الرؤية والعيب فلا يكون حجة واطلاق المدة عنده كاشتراط الاكثر في عدم الجواز وإفساد البيع. ولو قال المؤلف ولو أكثر أو مؤبدا أو مطلقا أو موقتا بوقت مجهول لكان أولى لان البيع فاسد في هذه كلها كما في التتارخانية. وهكذا إذا كان المبيع مما لا يتسارع إليه الفساد، فإن كان مما يتسارع فحكمه في الخانية قال: اشترى شيأ يتسارع إليه الفساد على أنه بالخيار ثلاثة أيام فالقياس لا يجبر المشتري على شئ. وفي الاستحسان يقال للمشتري إما أن تفسخ البيع وإما أن تأخذ المبيع ولا شئ عليك من الثمن حتى تجيز البيع أو يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين وهو نظير ما لو ادعى في يد رجل شراء شئ يتسارع إليه الفساد كالسمكة الطرية وجحد المدعى عليه وأقام المدعي

***

[٨]

البينة ويخا ف فسادها في مدة التزكية فإن القاضي يأمر مدعي الشراء أن ينقد الثمن ويأخذ السمكة، ثم القاضي يبيعها من آخر ويأخذ ثمنها ويضع الثمن الاول والثاني على يد عدل، فإن عدلت يقضي لمدعي الشراء بالثمن الثاني ويدفع الثمن الاول للبائع، ولو ضاع الثمنان عند العدل يضيع الثمن الثاني من مال مدعي الشراء لان بيع القاضي كبيعه، وإن لم تعدل البينة فإنه يضمن قيمة السمكة للمدعى عليه لان البيع لم يثبت وبقي أخذ مال الغير بجهة البيع فيكون مضمونا عليه بالقيمة اه. وفي الظهيرية: ولو اشترى بيضا أو كفريا على أن البائع بالخيار فخرج الفرخ أوصار الكفري ثمرا بطل البيع لانه لو بقي لبقى مع الخيار، ولو بقي معه لم يقدر البائع على إجازته، وإن أبى المشتري لكون المبيع صار شيأ آخر. ولو باع قصيلا فلم يقبضه حتى صار حبا يبطل البيع في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف لا يبطل اه. وفي الخانية: اشترى شيأ في رمضان على أنه بالخيار ثلاثة أيام بعد شهر رمضان فسد العقد في قول أبي حنيفة لان عنده ما قبل الشهر يكون داخلا في الخيار فيصير بمنزلة شرط الخيار أربعة أيام فيفسد العقد عنده. وقال محمد: له الخيار في رمضان وثلاثة أيام بعد رمضا ويجوز البيع، وكذا لو كان الخيار للبائع على هذا الوجه. ولو شرط المشتري على البائع فقال لا خيار لك في رمضان ولك الخيار ثلاثة أيام بعد مضي رمضان فسد البيع ج عند الكل لانه لا وجه إلى تصحيح هذا العقد اه. والاجارة كالبيع. قال في البزازية: استأجر على أنه بالخيار ثلاثة أيام يجوز وعلى أكثر على الخلاف اه. وفي آخر إجارات الذخيرة قبيل الشفعة: اشتراط الخيار في غير العقد لا يفسده وإن زاد على الثلاثة اجماعا اه. فهذا مما خالف فيه الاجارة البيع فإنهما إذا شرطاه بعد العقد أكثر من ثلاثة فسد البيع كما قدمناه. وأما اشتراطه في الخلع فقدمنا في بابه أنه يصح اشتراطه لها أكثر من ثلاثة أيام عنده، ويصح اشتراطه في الكفالة أكثر من ثلاثة ويصح اشتراطه للمحتال وهما في البزازية. وأما اشتراطه في الوقف فجائز عند أبي يوسف بناء على أصله من اشتراط الغلة لنفسه ولما أفتوا بقوله هناك فينبغي أن يفتى به أيضا في جواز اشتراطه وقدمناه في الوقف. وفي المعراج: خذه وانظر إليه اليوم فإن رضيته أخذته بعشرة فهو خيار. ولو باع على أن له أن يغله ويستخدمه جاز وهو على خياره، وعلى أن يأكل من ثمره لا يجوز لان الثمر له حصة من الثمن اه. وفي الذخيرة: وكذلك لو قال هو بيع لك إن شئت اليوم كان بيعا بخيار. قوله: (فإذا أجاز في الثلاث صح) لزوال المفسد قبل تقرره فانقلب صحيحا، والضمير يعود إلى من له الخيار. وقد اختلفوا في صفة العقد فقيل انعقد فاسدا ثم يعود صحيحا بزوال المفسد وهو قول العراقيين، وعند الخراسانيين موقوف على إسقاط الشرط فبمضي جزء من

***

[٩]

الرابع يفسد فلا ينقلب صحيحا، وهذا الطريق هي الاوجه واختارها الامام السرخسي وفخر الاسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر كما في الفوائد الظهيرية والذخيرة ولكن الاول ظاهر الرواية. وفي الخانية: فإن أسقط الخيار في الايام الثلاثة أو أعتق العبد أو مات العبد أو المشتري أو أحدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب البيع جائزا في قول أبي حنيفة ويلزمه الثمن. وإن حدث عند المشتري في الايام الثلاثة عيب إن كان عيبا يحتمل زواله في مدة الخيار كالمرض لا يبطل خياره إلا أنه لا يملك الرد قبل زوال العيب، وإن حدث به ما لا يحتمل الزوال لزمه البيع اه. وفي المعراج: لو شرط الخيار أبدا أو مطلقا أو موقتا بوقت مجهول فسد بالاجماع، وأما في أربعة أيام ونحوها فكذلك عند أبي حنيفة. ولو كان الخيار إلى قدوم فلان أو إلى هبوب الريح فأسقطاه لم يجز البيع عند أبي يوسف. ولو شرط الخيار لنفسه بعد شهر جاز عند أبي يوسف في الشهر وله الخيار بعده يوما، كذا في المجتبي. ولم أرهم ذكروا للاختلاف السابق

ثمرة وينبغي أنه لو كان عبدا فأعتقه قبل قبضه لم يصح على القول بانعقاده فاسدا، ويصح على القول بالوقف، وظاهر الخانية أنه ينقلب جائزا بالاعتاق فلم تظهر الثمرة. ويمكن أن يقال: تظهر في حل مباشرته وحرمتها كما لا يخفى. وفي الاسبيجابي: الاصل عند أصحابنا الثلاثة أن الفساد على ضربين: فساد قوي دخل في صلب العقد وهو البدل أو المبدل، وفساد ضعيف لم يدخل في صلب العقد وإنما دخل في شرط مستعار زائد على العقد. فالاول لا ينقلب إلى الجواز. برفع المفسد كما إذا باع بألف درهم ورطل من خبر ثم حط عن المشتري الخمر لا ينقلب إلى الجواز وأما الفساد الضعيف فكمسألة الكتاب. وأما إذا باع إلى الحصاد أو الدياس ثم أبطل صاحب الاجل الاجل أو نقد الثمن انقلب إلى الجواز ولو مضت المدة المجهولة تأكد. ومن الثاني اشتراطه في عقد السلم فإن أبطله من له الخيار قبل التفرق صح إن كان رأس المال قائما اه. (فرع) لا يصح تعليق خيار الشرط بالشرط فلو باعه حمارا على أنه إن لم يجاوز هذا النهر فرده يقبله وإلا لم يصح، وكذا إذا قال ما لم يجاوز به إلى الغد، كذا في القنية. قوله: (ولو باع على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع صح وإلى أربعة لا) أي لا يصح يعني عندهما. وقال محمد: يجوز إلى ما سماه. والاصل فيه أن هذا في معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به فالامام رحمه الله تعالى مر على أصله في الملحق به ونفى الزيادة على الثلاثة، وكذا محمد في تجويز الزيادة، وأبو يوسف أخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس، وفي

***

[١٠]

هذه المسألة قياس آخر وإليه مال زفروهو أنه بيع بشرط شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها في مفسفاشتراط الفاسد أولى، وجه الاستحسان ما بينا، كذا في الهداية. وما ذكره من أأبا يوسف مع الامام قوله الاول وقد رجع عنه والذي رجع إليه أنه مع محمد، كذا في غاية البيان. وفي شرح المجمع: الاصح أنه مع أبي حنيفة وكثير من المشايخ حكموا على قوله بالاضطراب، وظاهر هذا الشرط أن المشتري إن لم ينقد الثمن في المدة فإن البيع ينفسخ لقوله فلا بيع بينهما ولذا قال في المحيط: وينفسخ البيع إن لم ينقل فإن كان المبيع عبدا قد أعتقه أو باعه ثم لم ينقد الثمن حتى مضت الثلاثة نفذ عتقه وبيعه لان هذا بمعنى شرط الخيار لان الاحازة والفسخ تعلقا بفعل المشتري وهو النقد في الثلاثة وترك النقد فيها، ولو أعتقه أو باعه في خيار الشرط يلزم البيع فكذا هذا. ولو أعتقه بعد مضي الثلاثة ولم ينقد الثمن لم يذكره في ظاهر الرواية. وذكر في النوادر وقال: إن كان قبل القبض لا ينفذ عتقه وبعد القبض ينفذ ويجعل البيع فاسدا بمضي ثلاثة أيام متى ترك النقد، ولم يجعله مفسوخا لان قوله إن لم أنقد إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا توقيت للبيع وليس بفسخ له نصا فمتى ترك النقد في الثلاثة صار كأنه قال بعتك هذا العبد إلى ثلاثة أيام فيكون توقيتا للبيع وهو لا يقبل التوقيت فصار بمنزلة شرط فاسد فيفسد البيع اه. وهذا ما قاله في الفوائد الظهيرية هنا مسألة لا بد من حفظها هي أنه إذا لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام يفسد البيع ولا ينفسخ حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده نفذ لا إن كان في يد البائع اه. وقد علمت أنها رواية النوادر. وفي الخانية: ولو مضت الثلاثة ولم ينقده أشار في المأذون إلى أنه ينفسخ البيع، والصحيح أنه يفسد ولا ينفسخ حتى لو أعتقه بعد الايام الثلاثة نفذ إن كان في يده وعليه قيمته لا إن كان في يد البائع اه. والخلاف السابق فيما لو شرط الخيار أكثر من ثلاثة ثابت هنا فيفسد عنده، ويرتفع بالنقد قبل مضي اليوم الثالث على ما ذهب إليه العراقيون، وموقوف على ما ذهب إليه الخراسانيون، كذا في الذخيرة. وأشار المصنف إلى جواز هذا الشرط للبائع. وفي الذخيرة: وإذا باع عبدا ونقد الثمن على أن البائع إن رد الثمن إلى ثلاثة فلا بيع بينهما كان جائزا وهو بمعنى شرط الخيار للبائع اه. فإن أعتقه البائع صح إعتاقه وإن أعتقه المشتري لا يصح، كذا في الخانية. والعجب أن في مسألة الكتاب المنتفع بهذا الشرط هو البائع مع أنهم جعلوا الخيار للمشتري باعتبار أنه المتمكن من إمضاء البيع بالنقد ومن فسخه بعدمه، وفي عكسه المنتفع بهذا الشرط هو المشتري مع أنهم جعلوا الخيار للبائع باعتبار أن البائع متمكن من الفسخ إن رد الثمن في المدة ومن الامضاء إن لم يرده. وفي الذخيرة

***

[١١]

والخانية: ولو اشترى عبدا وقبضه ثم وكل المشتري رجلا على أنه إن لم ينقد الثمن إلى خمسة عشر يوما فإن الوكيل يفسخ العقد بينهما جاز البيع لان الشرط لم يكن في البيع فيجوز البيع ويصح الشرط حتى لو لم ينقد الثمن إلى خمسة عشر يوما كان للوكيل أن يفسخ.

وفي الخانية: اشترى جارية على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما وقبض المشتري فباع ولم ينقد الثمن حتى مضت الايام الثلاث جاز بيع المشتري وللبائع الاول على المشتري الاول الثمن كما لو باع بشرط الخيار للمشتري ثلاثة أيام، وكذا لو قتلها المشتري في الايام الثلاثة أو ماتت أو قتلها أجنبي خطأ وغرم القيمة لزم البيع، ولو كان المشتري وطئها وهي بكر أو ثيب أو جنى عليها أو حدث بها عيب لا بفعل أحد ثم مضت الايام الثلاثة قبل أن ينقد الثمن خير البائع إشاء أخذها مع النقصان ولا شئ له من الثمن، وإن شاء ترك وأخذ ثمنها اه. وفي الميحط: لو قطع المشتري يدها وقبضها بعد الثلاثة ولم ينقد الثمن خير البائع إن شاء سلمها له وإن شاء أخذها ونصف الثمن. وفي التتارخانية: لو قطعها أجنبي في الثلاثة فقد لزم البيع اه. ثم قال في المحيط: فإن كان افتضها ضمنه من الثمن ما نقصها، ولو ولدت بعد الثلاثة وماتت كان البائع بالخيار إن شاء أخذ الولد وضمنه حصتها من الثمن وإن شاء سلم الولد بالثمن مع أمه لان البيع لا ينفسخ لعدم النقد في الثلاثة ما دام الولد قائما في يد المشتري لان الزيادة المنفصلة مانعة من الانفساخ إلا أنه مات الاصل وبقي التبع فله أن يختار التبع بحصته من الثمن، ولو كان الثمن عرضا أو عبدا وحدث ذلك كله في الثلاث ثم مضت الثلاث فما يمنع الفسخ إذا كان الثمن دراهم يمنعه هنا وما لا فلا، وما أثبت الخيار هناك أثبته هنا. ولو مضت الثلاثة ثم حدث ذلك كله فهو مثل الاقالة لانه لما مضت الثلاثة انتقض البيع وعاد كل عرض إلى ملك صاحبه اه. ثم اعلم أن بالقاهرة بيعا يسمى بيع الامانة كما ذكره الزيلعي ويسمى أيضا الرهن المعاد كما في الملتقط، وسماه الفقهاء بيع الوفاء ويذكرونه في موضع من ثلاثة، فمنهم كالبزازي من ذكره في البيع الفاسد، ومنهم من ذكره هنا عند الكلام على خيار النقد كقاضيخان، ومنهم من ذكره في البيع الاكراه كالزيلعي، وذكره هنا أنسب لانه من أفراد مسألة خيار النقد وصورته: أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بدين لك علي على أني متى قضيت الدين فهو لي أو يقول البائع بعتك هذا بكذا على أني متى دفعت لك الثمن تدفع العين إلي فقد اختلفوا فيه على ثمانية أقوال مذكورة في البزازية: الاول ما اختاره صاحب المنظومة أنه رهن حقيقة فلا يملكه المشتري ولا ينتفع به إلا بإذن البائع، ويضمن ما أكل من نزله وما أتلف من الشجرة ويسقط الدين بهلاكه، ولا

***

[١٢]

يضمن ما زاد كالامانة ويسترد عند قضاء الدين. الثاني أنه بيع صحيح باتفاق مشايخ الزمان للعرف وما يفعله البائع من التعمير وأداء الخراج فهو بطريق الرضا لا الجبر كما لا يجبر على ترك الوفاء وجعله باتا، وللمشتري المطالبة بالثمن فإن انهدمت الدار لا يجبر البائع على رد الثمن، وكذا إذا كان المبيع عينا هلك فإنه يتم الامر ولا سبيل لاحدهما على الآخر. وذكر الزيلعي أن الفتوى على أنه بيع جائز مفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع به إلا أنه لا يملك بيعه للغير. الثالث ما اختاره قاضيخان وقال: الصحيح أنه إن وقع بلفظ البيع لا يكون رهنا، ثم إن شرطا فسخه في العقد أو تلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء أو تلفظا بالبيع وعندهما هذا البيع غير لازم فالبيع فاسد، وإن ذكر البيع بلا شرط ثم شرطاه على وجه المواعدة جاز البيع ولزم الوفاء، وقد يلزم الوعد لحاجة الناس فرارا من الربا فبلخ اعتادوا الدين والاجارة وهي لا تصح في الكروم، وبخاري الاجارة الطويلة ولا يكون ذلك في الاشجار فاضطروا إلى بيعها وفاء، وما ضاق على الناس أمر إلا إتسع حكمه. وقد نص في غريب الرواية عن الامام أن البيع لا يكون تلجئة حتى ينص عليها في العقد وهي والوفاء واحد. الرابع ما قاله في العدة واختاره ظهير الدين أنه بيع فاسد ولو ألحقاه بالبيع التحق وأفسده ولو بعد المجلس على الصحيح. ولو شرطاه ثم عقدا مطلقا إن لم يقرا بالبناء على الاول فالعقد جائز ولا عبرة بالسابق كما في التلجئة عند الامام. الخامس ما اختاره أئمة خوارزم أنه إذا أطلق البيع لكن وكل المشتري وكيلا يفسخ البيع إذا أحضر البائع الثمن أو عهد أنه إذا أوفاه يفسخ البيع والثمن لا يعادل المبيع وفيه غبن فاحش أو وضع المشتري على أصل المال ربحا بأن وضع على مائة عشرين دينارا فرهن وإلا فبيع بات. القول السادس ما اختاره الامام الزاهد أن الشرط إذا لم يذكر في البيع كان بيعا صحيحا في حق المشتري حتى ملك الانزال ورهنا في حق البائع فلم يملك المشتري تحويل يده وملكه إلى غيره وأجبر على الرد إذ أحضر الدين لانه كالزرافة مركب من البيع والرهن ككثير من الاحكام له حكمان كالهبة حال المرض وبشرط العوض فجعلناه كذلك لحاجة الناس إليه فرارا عن الربا. فبلخ اعتادوا الدين والاجارة وهي لا تصح في الكروم، وأهل بخارى اعتادوا الاجارة الطويلة ولا تمكن في الاشجار فاضطروا إلى بيعها وفاء، وما ضاق على الناس

أمر إلا اتسع حكمه وقد نص في غريب الرواية عن الامام أن البيع لا يكون تلجئة حتى ينص عليها في لعقد وهي والوفاء واحد. واختار الصدر الشهيد تاج الاسلام والامام المرغيناني والامام علاء الدين المعروف ببدر أن البيع بشرط الرد عند نقد الثمن أن المشتري يملكه. وقال الامام علاء الدين: يملكه انتفاعا فإن باعه المشتري من غيره أجابوا - سوى علاء الدين - بصحة البيع

***

[١٣]

الثاني لانه سلمه البائع الاول إلى المشتري برضاه. القول السابع أنه غير صحيح واختاره صاحب الهداية وأولاده ومشايخ زماننا وعليه الفتوى أعني لا يملك المشتري بيعه من الغير كما في بيع المكره لا كالبيع الفاسد بعد القبض. وسئل الصدر عنه بأنه يجعل فاسدا ويمنع من الاسترداد بعد البيع من غيره كالفاسد وإن قضى الدين قال: هذا كبيع المشتري من المكره. قيل له: فإن أكل المشتري غلة الكرم والارض والدار؟ قال: حكمه حكم الزوائد في البيع الفاسد يعني أنه يضمنه إذا استهلكه ولا يغرم إن هلك كزوائد المغصوب. القول الثامن الجامع لبعض المحققين أنه فاسد في حق بعض الاحكام حتى ملك كل منهما الفسخ، وصحيح في حق بعض الاحكام كحل الانزال ومنافع المبيع، ورهن في حق البعض حتى لم يملك المشتري بيعه من آخر ولا رهنه ولم يملك قطع الشجر ولا هدم البناء وسقط الدين بهلاكه وانقسم الثمن إن دخله نقصان كما في الرهن. قلت: هذا العقد مركب من العقود الثلاثة كالزرافة فيها صفة البعير والبقر والنمر جوز لحاجة الناس إليه بشرط سلامة البدلين لصاحبهما اه. وفي المستظرف: الزرافة حيوان عجيب الخلقة ولما كان مألوفها الشجر خلق الله يديها أطول من رجليها وهي ألوان عجيبة، يقال إنها متولدة من ثلاثة حيوانات الناقة الوحشية والضبع والبقرة والوحشية، فينزو الضبع على الناقة فتأتي بذكر، فينزو ذلك الذكر على البقرة فتتولد منه الزرافة. والاصح أنه خلقة بذاته ذكر وأنثى كبقية الحيوانات. وقد فرع في البزازية فروعا كثيرة يحتاج إليها في بيع الوفاء تركناها خوفا من الاطالة، وينبغي أن لا يعدل في الافتاء عن القول الجامع قوله: (فإن نقد في الثلاث صح) يعني في قولهم جميعا وقدمنا صفة انعقاده في الابتداء أما فاسد أو موقوف كما في خيار الشرط، ولم أر ثمرة للاختلاف فإنه إذا أسقطه قبل دخول الرابع جاز اتفاقا، وإن دخل تقرر فساده اتفاقا. ولعل الثمرة تظهر في حل الاقدام عليه وعدمه، ويمكن أن يقال في ثبوت الملك بالقبض فمن قال بفساده أثبته و من قال بالوقف نفاه. قوله: (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لان تمام هذا السبب بالمراضاة فلا يتم مع الخيار فينفذ عتق البائع ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع. ودل كلامه على أن خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه للعلة المذكورة، وأن الخيار إذا كان لهما لم يخرج المبيع عن ملك البائع ولا الثمن عن ملك المشتري. وفي البدائع: إن حكم البيع بخيار موقوف على معنى أنه لا يعرف له حكم للحال والخيار مانع من انعقاد الحكم. وفي المعراج: إلا أن السبب المنعقد في الاصل يسري إلى الزوائد المتصلة والمنفصلة لكونه محلا له عند وجود

***

[١٤]

الشرط، فكما يثبت الحكم في الاصل يثبت في الزوائد اه. يعني فالاصل وإن بقي على ملك من له الخيار لا يملك الزوائد إذا أجيز البيع. وفي الخانية: إن الاولاد والاكساب فيما إذا كان الخيار للبائع تدور مع الاصل، فإن أجيز كانت للمشتري، وإن فسخ كانت للبائع وإن كان الخيار للمشتري فحدثت عند البائع فكذا الجواب، وإن حدثت عند المشتري كانت له تم البيع أو انتقض. قيل: هذا قولهما، أما على قوله فهي دائرة مع الاصل. وفي جامع الفصولين: لو كان الخيار إلى البائع فسلم المبيع إلى المشتري، فلو سلمه على وجه التمليك بطل خياره لا لو سلمه على وجه الاختيار، ولو حط عنه من الثمن فعلى قياس مسألة الابراء ينبغي أن يبطل خياره اه. وقال قبله: باع بخيار فوهب ثمنه للمشتري في المدة أو أبرأه عن ثمنه أن شرى به شيأ من المشتري صح تصرفه وبطل خياره، ولو اشترى من غير المشتري شيأ بذلك الثمن بطل خياره ولم يجشراؤه اه. وكتبنا في الفوائد من الفائدة الرابعة أن خيار الشرط في البيع يمنع الحكم ولا يبطل البيع الا في مسألة ما إذا شرط الخيار في بيع الفضولي فإنه مبطل البيع ولا يتوقف، لان الخيار له بدون الشرط فيكون الشرط مبطلا، كذا في فروق الكرابيسي. وفيها أيضا من الحادية والخمسين بعد المائتين: لا يصح الابراء عن الدين قبل لزوم أدائه إلا في مسائل فلينظر ثمة. وإذا كان الخيار للبائع فإنه يملك مطالبة المشتري بالثمن بخلاف ما إذا كان للمشتري كما في جامع الفصولين. وإن هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شئ عليهما كما في المطلق عنه، وإن تعيب في يد البائع فهو على خياره لان ما انتقص بغير فعله لا يكون

مضمونا عليه ولكن المشتري يتخير إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء فسخ كما في البيع المطلق. وإن كان العيب بفعل البائع ينتقص البيع فيه بقدره لان ما يحدث بفعله يكون مضمونا عليه وتسقط به حصته من الثمن، كذا ذكر الشارح. ثم اعلم أن الخيار إذا كان للبائع ثم أجازه فالملك للمشتري يقتصر على وقت الاجازة ولا يستند إلى وقت العقد لما في الخانية: رجل اشترى ابنه من رجل على أن البائع بالخيار ثم مات المشتري فأجاز البائع عتق الابن ولا يرث أباه اه. فعدم إرثه دليل على الاقتصار ولكن عتقه يدل على الاستناد وإلا لم يعتق كما لا يخفى. قوله: (وبقبض المشتري يهلك بالقيمة) لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقى مقبوضا بيده على سوم الشراء وفيه القيمة، كذا في الهداية. والمراد بالقيمة في المشبه والمشبه به البدل يشمل المثلي فإنه مضمون بالمثل والقيمي هو المضمون

***

[١٥]

بالقيمة، والكلام هنا في موضعين في حكم المشبه وهي مسألة الكتاب ولا فرق بين هلاكه في مدة الخيار مع بقائه أو بعدما فسخ البائع البيع كما في جامع الفصولين وأما إذا هلك في يده بعد المدة من غير فسخ فيها فإنه يهلك بالثمن لسقوط الخيار. وفي مسألة الكتاب إذا ادعى البائع هلاكه في يده ووجوب القيمة له وادعى المشتري أنه أبق من يده فالقول للمشتري مع يمينه لان الظاهر حياته، ويجوز البيع على البائع ويتم لان بمضي الثلاثة يسقط خياره. وكذا لو كان البائع هو الذي يدعي الاباق والمدعي يدعي الموت فالقول للبائع مع يمينه، كذا في السراج الوهاج. ولم يذكر المصنف حكم ما إذا دخله عيب في يد المشتري وفي السراج الوهاج: إن كان من ذوات القيم يجب عليه ضمان ما نقص يوم القبض، وإن كان مثليا فليس له أن يضمنه نقصانه لشبهة الربا اه. وفي جامع الفصولين: باع أرضا بخيار وتقابضا فنقض البائع في المدة فتبقى الارض مضمونة بالقيمة على المشتري وله حبسها لثمن دفعه إلى البائع، فلو أذن البائع بعده للمشتري في زراعتها فزرعها تصير الارض أمانة عند المشتري وللبائع أخذها منه متى شاء قبل أداء الثمن، وليس للمشتري حبسها بالثمن لانه لما زرعها صار كأنه سلمها إلى البائع اه. وأما الثاني أعني المشبه به وهو المقبوض على سوم الشراء فأطلقه في الهداية وقيده في أكثر الكتب بأن يسمى ثمنه. وعبارة الصدر الشهيد في الفتاوي الصغرى: المقبوض على سوم الشراء إنما يكون مضمونا إذا كان الثمن مسمى، نص عليه الفقيه أبو الليث في بيوع العيون فإنه ذكر إذا قال اذهب بهذا الثوب فإن رضيته اشتريته فذهب به فهلك لا يضمن، وإن قال إن رضيته اشتريته بعشرة فذهب به فهلك فإنه يضمن القيمة وعليه الفتوى اه. وفي الظهيرية أن هذا الشرط في ظاهر الرواية. وذكر الطرسوسي في أنفع الوسائل بعد ذكر منقولات فتحرر أنه مضمون أن ذكر الثمن حالة المساومة، والمراد بذكر الثمن فيه من جانب المشتري لا من جانب البائع وحده فإنه قال في القنية عن أبي حنيفة: قال له هذا الثوب بعشرة فقال هاته حتى أنظر إليه فإن رضيته أخذته بعشرة فضاع فهو على ذلك الثمن، فجعل ذكر البائع وحده ليس بموجب للضمان. وكذا في المسألة التي ذكر بعد هذه: لو قال إن رضيته أخذته بعشرة فعليه قيمته، ولو قال صاحب الثوب هو بعشرة فقال المساوم حتى أنظر إليه وقبضه وضاع لا يلزمه شئ. فعلمنا أن المراد ذكر الثمن من جهة المساوم لا من جهة البائع وحده إلى أخر ما أطال فيه. وقال: فليعتن بهذا التحرير فإنه فائدة جليلة. قلت: هو خطأ وبيان الثمن من جهة البائع وحده إذا أخذه الشتري بعده على وجه السوم كاف لضمانه. قال في الخانية: رجل طلب من رجل ثوبا ليشتري فأعطاه البائع ثلاثة أثواب فقال هذا

***

[١٦]

بعشرة وهذا بعشرين وهذا بثلاثين فاحمل الثياب إلى منزلك فأي ثوب ترضى بعته منك، فحمل هلكت عند المشتري قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل: إن فهلك جملة أو على التعاقب ولا يدري الذي هلك أولا ولا الذي بعده ضمن المشتر ثلث كل ثوب، وإن عرف الاول لزمه ذلك الثوب والثوبان أمانة عنده، وإن هلكت الثوبان وبقي الثالث فإنه يرد الثالث لانه أمانة، وأما الثوبان يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما إذا كان لا يعلم أيها هلك أولا، وإن هلك واحد وبقي ثوبان يلزمه ثمن الهالك ويرد الثوبين، وإن احترق الثوبان ونقص الثالث ثلثه أو ربعه ويعلم أيهما احترق أولا يرد ما بقي من الثالث ولا يضمن نقصان الحرق بقدره ويلزمه نصف ثمن كل واحد من الثوبين اه. فهذا صريح في أن بيان الثمن من جهة البائع يكفي للضمان. في الخلاصة البزازية: اذهب به إن رضيته

اشتريت فذهب به فضاع لا يضمن، ولو قال إن رضيته اشتريته بعشرة فذهب به وضاع ضمن اهـ. وهذا صريح فيما قلناه، وقد اشتبه عليه المقبوض على سوم الشراء بالمقبوض على وجه النظر فإن فيما نقله عن القنية إنما قال المساوم حتى أنظر إليه والمقبوض على وجه النظر أمانة، وما ذكرناه عن أصحاب الفتاوى إنما قال إن رضيته اشتريته والدليل على الفرق بينهما

***

[١٧]

ما في الخانية قال: ولو أخذ ثوبا على المساومة فدفعه إليه البائع وهو يساومه والبائع يقول هو بعشرة فهو على الثمن الذي قال البائع حتى يرد عليه المشتري، وإن ساومه فقال المشتري حتى أنظر إليه فدفعه فضاع منه فليس على المشتري شئ لانه إنما أخذه للنظر، وإن أخذه على غير النظر ثم قال حتى انظر إليه فقوله حتى أنظر إليه لا يخرجه عن الضمان اهـ. فهذا صريح في الفرق بينهما. وفي الذخيرة معزيا لابي يوسف: رجل ساوم رجلا بثوب فقال صاحب الثوب هو بعشرة فقال المساوم هاته حتى أنظر إليه فدفعه إليه على ذلك فضاع لا يلزمه شئ. علل فقال: لانه أخذه على النظر إشارة إلى أن هذا ليس بمقبوض على سوم الشراء اهـ. فهذا صريح في الفرق بينهما أيضا. وفي الفتاوي الظهيرية: رجل قال هذا الثوب لك بعشرة فقال هاته حتى أنظر إليه أو قال حتى أريه غيري فأخذه على ذلك فضاع في يده لم يضمن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ولو قال هاته فإن رضيته أخذته فضاع كان عليه الثمن اهـ. وهذا صريح أيضا فثبت بهذه النقول من الكتب المعتمدة أنه لا فرق في المقبوض على سوم الشراء بين بيان الثمن من البائع أو من المشتري وحده، ولقد صدق ختام المحققين ابن الهمام في فتح القدير حيث قال في كتاب الوقف: إن الطرسوسي بعيد عن الفقه، ث رأيت الفرق بينهما أيضا صريحا في فروق الكرابيسي ومنها نقلت قال: لو قال هذا الثوب لك بعشرة فقال هاته حتى أنظر إليه أو حتى أريه غيري فأخذه فضاع قال أبو حنيفة: لا شئ عليه يعني يهلك أمانة. وإن قال هاته حتى أنظر إليه فإن رضيته أخذته فهلك فعليه الثمن. والفرق أن في الفصل الاول أمره لينظرءليه أو ليريه غيره وذلك ليس ببيع، فأما في الفصل الآخر أمره بالاتيان به ليرضاه ويأخذه وذلك بيع بدون الامر فمع الامر أولى اهـ. والظاهر من كلامهم أنه لا فرق بين الهلاك أو الاستهلاك، وما في الذخيرة عن أبي يوسف أن المقبوض على سوم الشراء مضمون بالثمن محمول على القيمة، وما ذكره

***

[١٨]

الطرسوسي من أنه إن هلك فمضمون بالقيمة وإن استهلكه فمضمون بالثمن ليس بصحيح لما في الخانية: إذا أخذ ثوبا على وجه المساومة بعد بيان الثمن فهلك في يده كان عليه قيمته، وكذا واستهلكه وارث المشتري بعد موت المشتري اهـ. والوارث كالمورث، وأما مقبوض الوكيل بالسوم فقال في الخانية: الوكيل بالشراء إذا أخذ الثوب على سوم الشراء فأراه الموكل ولم يرض به ورده عليه فهلك عند الوكيل. قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل: ضمن الوكيل قيمته ولا يرجع بها على الموكل إلا أن يأمره الوكيل بالاخذ على سوم الشراء فحينئذ إذا ضمن الوكيل رجع على الموكل اهـ. وفي البزازية: غلط وسلم غير المبيع وهلك ضمن القيمة لانه قبضه على جهة البيع. بعث رسولا إلى البزاز وقال ابعث إلي ثوب كذا فبعث إليه البزاز معه أو من غيره فضاع الثوب قبل الوصول إلى الآمر وتصادقوا عليه لا ضمان على الرسول، ثم إن كان رسول الآمر فالضمان على الآمر، وإن كان رسول البزاز فلا ضمان على أحد لكن إذا وصل إلى الآمر ضمن الآمر، وكذا لو أرسل إلى آخر وقال أرسل إلي عشرة دراهم قرضا فأرسل معه فالآمر ضامن إذا أقر أنه رسوله، فإن بعثه مع غير رسوله لا ضمان على الآمر قبل أن يصل، وكذا الدائن إذا بعث رسولا لقبض دينه

***

[١٩]

فبعث معه وضاع يكون من مال الدائن، وإن مع الآخر لا حتى يصل إليه اهـ. ثم اعلم أن المقبوض على سوم الشراء إذا بين ثمنه مضمون وإن اشترط أن لا ضمان فيه لما في البزازية: استباع قوسا وتقرر الثمن فمده بإذن البائع أو قال له إن انكسر فلا ضمان عليك فمده وانكسر يضمن قيمته، وإن لم يتقرر الثمن فلا ضمان ولو بالاذن لان اشتراط عدم الضمان في المقبوض على السوم باطل. وعن الامام أراه الدرهم لينظر إليه فغمزه أو قوسا فمده فانكسر أو ثوبا فتخرق ضمن إن لم يأمره بالغمز والمد واللبس، وقيل إكان لا يرى إلا بالغمز لا يضمن إن لم يجاوز ويصدق في أنه لم يجاوز اهـ. وفي جامع الفصولين: المقبوض على سوم الرهن مضمون بالاقل من قيمته

ومن الدين، وما قبض على سوم القرض مضمون بما ساوم كمقبوض على حقيقته بمنزلة مقبوض على سوم البيع إلا أن في البيع يضمن القيمة وهنا يهلك الرهن بما ساومه من القرض، وما قبض على سوم النكاح مضمون يعني لو قبض أمة غيره ليتزوجها بإذن مولاها فهلكت في يده ضمن قيمتها والمهر قبل تسليمه مضمون، وكذا بدل الخلع في يد المرأة يعني لو تزوجها على عين أو خالعها فهلكت قبل قبضه يلزمه مثله في المثلي وقيمته في القيمي اهـ. ذكره في الثلاثين منه. قوله: (وخيار المشتري لا يمنع ولا يملك) أي لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع فيخرج عن ملكه للزومه من جهة من لا خيار له، فلو أعتقه البائع لم يصح إعتاقه، ولو
***
[٢٠]
كان البائع حلف وقال إن بعته فهو حرفباعه بخيار للمشتري لم يعتق لخروجه عن ملكه، ولو باعه بخيار له عتق ولا يملكه المشتري عند الامام رحمه الله تعالى لكن يصح إعتاقه ويكون إمضاء كما في الخانية. وفيها: باع عبدا بجارية على أن بائع العبد بالخيار ثلاثة أيام فأعتق البائع العبد في الثلاثة أيام نفذ عتقه في قولهم ويبطل البيع لانه أعتق ملك نفسه، وإن أعتق الجارية جاز ويكون إسقاطا للخيار ويتم. ولو أعتقهما في كلام واحد نفذ عتقه لعدم الاولوية فيهما ويغرم قيمة الجارية ولا ينفذ إعتاق المشتري في العبد ولا في الجارية، ولو كان الخيار للمشتري انعكست الاحكام اهـ. وقالا: يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا إلى مالك ولا عهد لنابه في الشرع. ولابي حنيفة أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه، فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة، فلو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بأن كان قريبه فيفوت النظر وأورد على قوله لزوم السائبة ورد بأنها هي التي لا ملك فيها لاحد ولا علقة ملك والعلقة موجودة هنا، وأورد أيضا استحقاق الشفعة بما بيع بخيار للمشتري وهو دليل على مكله. وأجيب بأن استحقاقها لم يحصر في الملك بل هو أو ما في معنامن كونه أحق بها تصرفا بدليل صحة إعتاقه كاستحقاق العبد المأذون لها مع أنه لاملك له حقيقة وهو تكلف لا يحتاج إليه لما سيأتي أن البيع ينبرم في ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحا. ثم اعلم أن قولهما في دليلهما ولا عهد لنا به في الشرع معناه في باب التجارة والمعاوضات فاندفع عنهما ما
***
[٢١]
أورد من شراء متولي أمر الكعبة إذا اشترى عبدا لخدمتها وعبد الوقف إذا ضعف وبيع واشترى ببدله آخر لم يملكه المشتري لانه من باب الاوقاف، وكذا لا ترد التركة المستغرقة بالدين فإنها تخرج عن ملك الميت، ولا تدخل في ملك الورثة والغرماء للقيد المذكور. وأما حكم جناية العبد في مدة الخيار، فإن كان الخيار للبائع فأجاز البيع لم يكن مختارا للفداء وخير المشتري بين الدفع والفداء، وإن فسخ البيع خير البائع كذلك، وفي اللاول إنما يخير المشتري بين الدفع والفداء إذا اختار إمضاء البيع، فإن اختار المشتري فسخه فالخيار للبائع للعيب الحادث في يد البائع، فإن كانت في يد المشتري فالبائع على خياره، فإن أجاز ثبت الملك للمشتري من وقت العقد وخير بين الدفع والفداء فإن كان الخيار للمشتري فجنى في يده في مدته لم يكن له أن يرده على بائعه. ولو بيعت دار بخيار لاحدهما فوجد فيها قتيل فالدية على عاقلة ذي اليد عنده، وعندهما على من يصير الملك له ولا يكون وجود القتيل عيبا فلا خيار للمشتري بخلاف جناية العبد المبيع فإنها عيب، كذا في التتارخانية. وقول الامام ولا أصل له في الشرع معناه في المعاوضة فلا يرد عليه المدبر إذا غصب وضمن الغاصب قيمته فإنه يملكه فقد اجتمع العوضان في ملك السيد لانه ضمان جناية لا ضمان معاوضة، كذا في المعراج وفتح القدير. ولكن يرد عليه باب السلم فإن المسلم إليه ملك رأس مال السلم والمسلم فيه فقد اجتمعا في المعاوضة. وأجيب بأن المسلم فيه دين لرب السلم في ذمة المسلم إليه فهو كالثمن يملكه البائع في ذمة المشتري وأورد المنافع والاجرة المعجلة ملكهما المؤجر. وأجيب بأنها معدومة فلا ملك لها وإذا حدثت ملكها المستأجر، كذا في البناية. قيد بالمبيع لان الثمن لا يخرج عن ملك المشتري اجماعا كما بيناه. وفي السراج الوهاج: والنفقة تجب على المشتري بالاجماع إذا كان الخيار له بخروج المبيع عن ملك البائع، ولو تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار والخيار له جاز تصرفه اجماعا ويكون إجازة منه اهـ. وفي الخلاصة أن زوائد المبيع موقوفة إن تم البيع كانت للمشتري وإن فسخ كانت للبائع اهـ. وفي جامع الفصولين: المشتري بالخيار لو رهن بالثمن رهنا جاز الرهن به اهـ. فإن قلت: ذكر في جامع الفصولين أيضا

أن الخيار إذا كان للمشتري فأبرأه البائع عن الثمن لم يجز إبراؤه اه. وفي التتارخانية: وروي عن محمد جوازه فينبغي أن لا يصح الرهن أيضا. قلت: الابراء يعتمد الدين ولا دين له عليه لان الثمن باق على ملكه والرهن لا يشترط له وجود الدين حقيقة بدليل صحته على الدين الموعود به وقد بيناه فيما كتبناه من حواشي جامع الفصولين، ولكن نقل بعده أعدم صحة الابراء قول أبي يوسف. وفي المعراج أن عدم

***

[٢٢]

صحته قياس والاستحسان صحته لان إبراء بعد وجود السبب وهو البيع، والدليل على أن الابراء يعتمد تعلق الحق لا حقيقة الدين لو أبرأ البائع الموكل عن ثمن ما اشتراه الوكيل فإنه يصح الابراء مع أن الثمن على الوكيل والدليل على التعلق بالموكل أن المشتري لو أتى بالثمن للموكل فإن يجبر على القبول. ولو كان للمشتري دين على الموكل صار قصاصا بالثمن ولولاه لم يجبير ولم يصر قصاصا كما في الصيرفيه. وفي السراجية: اشترى على أنه بالخيار لم يجبر البائع على تسليم المبيع وإن نقد المشتري الثمن. وفي التتارخانية: قوله: (وبقبضه يهلك بالثمن) أي إذا كان الخيار للمشتري وقبض المبيع وهلك في يده فإنه يهلك بثمنه بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع. والفرق أنه إذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما إذا كان للبائع لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما بخيار البائع فيهلك والعقد موقوف. وفي السراج الوهاج: والفرق بين الثمن والقيمة أن الثمن ما تراضى عليه المتعاقدان، سواء زاد على القيمة أو نقص. والقيمة ما قوم به الشئ بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان والاستهلاك كالهلاك كما سيأتي. وأطلقه فشمل ما إذا كان الخيار للمشتري وحده أو لهما وأسقط البائع خياره بأن أجاز البيع ثم هلك في مدته فإن البيع يلزم بالثمن كما في التتارخانية قوله: (كتعيبه) يعني إذا تعيب في يد المشتري والخيار له فإنه يلزمه الثمن لانه صار بذلك ممسكا ببعضه، فلو رده لتفرقت الصفقة على البائع قبل الاتمام وهو لا يجوز فلزم البيع وسقط الخيار. أطلقه فشمل ما إذا عيبه المشتري أو أجنبي أو تعيب بآفة سماوية أو بفعل المبيع كما في النهاية ولكن ليس باقيا على إطلاقه، وإنما المراد به عيب يلزم ولا يرتفع كما إذا قطعت يده. وأما ما يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره إن زال المرض في الايام الثلاثة، وأما إذا مضت والعيب قائم لزم البيع لتعذر الرد كما في النهاية أيضا. وفي الصحاح: عاب المتاع أي صار ذا عيب، وعيبه نسبه إلى العيب، وعيبه أيضا إذا جعله ذا عيب وتعيب مثله اه. وقد ذكر المصنف حكم هلاكه في يد المشتري ونقصانه ولم يذكر حكم زيادته عنده. وحاصله أن الزيادة منفصلة كانت أو متصلة، سواء كانت متولدة من الاصل كالولد والسمن والجمال والبرء من المرض وذهاب البياض من العين أو لا كالصبغ والعقر والكسب والبناء ورش الارض، يمنع الفسخ إلا في المنفصلة الغير المتولدة فإنها لا تمنع كما في التتارخانية. وفي البناية أن التعيب إذا كان بفعل البائع في يد المشتري لم يسقط خيار المشتري، فإن أجاز البيع ضمن به البائع النقصان اه. فيستثنى من إطلاق المصنف مسألتان: ما إذا كان العيب يرتفع،

***

[٢٣]

وما إذا كان بفعل البائع. ولكن ذكر في فتح القدير أن هذا قول محمد، وأما عندهما إذا تعيب بفعل البائع يلزم ابيع، وقد وعدنا بذكر مسائل المبيع إذا هلك في البيع الذي لا خيار فيه أو بخيار فإذا كان في يد البائع بآفة سماوية أو باستهلاك البائع أو كان حيوانا فقتل نفسه يبطل البيع لانه مضمون بالثمن فيسقط الثمن فلا يكون مضمونا بالقيمة لانه لا يتولى على شئ واحد ضمانان، فإن أتلفه المشتري والبيع بات أو بخيار له لزم الثمن، وإن كان للبائع والبيع فاسد لزم المثل في المثلي والقمية في القيمي، إن بفعل أجنبي خير المشتري فإن فسخ وعاد إلى ملك البائع ضمن الجاني المثل أو القيمة والمضمون إن من جنس الثمن وفيه فضل لا يطيب وإن من خلافه طاب. وإن اختار المشتري أيضا البيع اتبع الجاني بالمثل أو بالقيمة وحكم الفضل ما ذكرناه في جانب البائع واختياره اتباع الجاني قبض عند الثاني خلافا لمحمد وأثره فيما إذا توى على الجاني وفيما إذا أخذ من الجاني مكانه شيأ آخر جاز عند الثاني. وإن هلك بعد القبض فعلى المشتري إلا إذا أتلفه البائع والقبض بلا إذنه والثمن حال غير منقود فالبائع يصير مستردا ويبطل البيع وسقط الثمن عن المشتري. وإهلك البعض قبل قبضه سقط من الثمن قدر النقص، سواء كان نقصان قدر أو وصف، وخير المشتري بين الفسخ والامضاء، وإن بفعل أجنبي فالجواب فيه كما إذا هلك كله وإن بآفة سماوية، إن نقصان قدر طرح عن المشتري حصة الفائت من الثمن وله الخيار في

الباقي، وإن نقص وصف لا يسقط شئ من الثمن لكنه يخير بين الاخذ بكل الثمن أو الترك. والوصف ما يدخل تحت البيع بلا ذكر كالاشجار والبناء في الارض وأطراف الحيوان والجودة في الكيلي والوزني. وإن بفعل المعقود عليه فالجواب كذلك، وإن بفعل المشتري صار قابضا ما أتلف بالاتلاف والباقي بالتعيب، فإن هلك الباقي قبل حبسه فعلى المشتري، وإن بعد الحبس فعلى البائع وعلى المشتري حصة ما أتلفه لا غير، فإن حبس بعد سقوط حقه من الحبس فعلى المشتري كل الثمن إلا إذا كان بفعل البائع، فإن لم يكن له حق الاسترداد فهو كالاستهلاك من الاجنبي، وإن كان له حق الاسترداد انفسخ البيع في قدر ما أتلف وسقط حصته من الثمن. فلو هلك الباقي في يد المشتري لزمه قسطه من الثمن إلا إذا هلك الباقي من سراية جناية البائع فيكون مستردا له أيضا فيسقط الثمن، فإن زعم البائع أنه هلك بعد قبضه والمشتري بأنه قبل قبضه فالقول للمشتري وأيهما برهن قبل، وإن برهنا فللبائع. وكذا لو ادعى البائع أن المشتري، استهلكه وعكس المشتري وإن أرخا فبينة الاسبق أولى في الهلاك والاستهلاك، وتمامه في الفتاوي البزازية.

***

[٢٤]

قوله: (فلو اشترى زوجته بالخيار بقي النكاح) أي بالخيار له وهذا مفرع على أنه لا يدخل في ملك المشتري فلذا لم يبطل النكاح قبل نفاذ البيع، وإذا سقط الخيار بطل للتنافي. وعندهما أنفسخ لدخولها في ملك الزوج فإذا فسخ المشتري البيع رجعت إلى مولاها بلا نكاح عليها عندهما، وعنده تستمر زوجته، كذا في فتح القدير. وعلى هذا لو اشتر زوجته فاسدا وقبضها يفسد النكاح ثم فسخ البيع للفساد لا يرفع فساد النكاح قوله: (فإن وطأها له أن يردها) لان الوطئ بحكم ملك النكاح لبقائه لا يحكم ملك اليمين لعدمه، وعندهما ليس له أن يردها مطلقا لما قدمناه. أطلقه وهو مقيد بما إذا لم تكن بكرا لو كانت بكرا أو نقصها الوطئ امتنع الرد كما ذكره الاسبيجابي. وظاهره أنه لو نقصها وهي ثيب فالحكم كذلك، وقد صرح به في فتح القدير. وكذا يتفرع أنه لو ردها فعنده تعود إلى سيدها منكوحة، وعندهما بلا نكاح، وقيد بزوجته لانه لو اشترى غير زوجته بخيار له فوطئها امتنع الرد مطلقا أي وإن لم ينقصها وسقط الخيار، كذا في المعراج. ولم أر حكم حل وطئ الامة المبيعة بخيار، أما إذا كان الخيار للبائع فينبغي حله له لا للمشتري وإن كان للمشتري ينبغي أن لا يحل لهما. ونقله في المعراج عن الشافعي فقال: وللشافعي في حل وطئها وجهان، والثاني لا يجوز وهو نصه، وفي انفساخ نكاحها وجهان والثاني لا ينفسخ وهو ظاهر نصه. أما لو كان المبيع غير امرأته لم يحل للمشتري وطؤها على الاقوال كلها ويحل للبائع على الاقوال كلها، وقال أحمد: لا يحل للبائع اه‍. ثم اعلم أن دواعي الوطئ كالوطئ فإذا اشترى غير زوجته بالخيار فقبلها بشهوة أو

***

[٢٥]

لمسها بشهوة أن نظر إلى فرجها بشهوة سقط خياره. وحدها انتشار آلته أو زيادتها، وقيل بالقلب وإن لم تنتشر، فإن كان بغير شهوة لم يسقط في الكل. وإن ادعى أنه بغير شهوة فإن كان في الفم لم يقبل قوله وإلا قبل. وإن فعلت الامة به ذلك وأقر أنه كان بشهوة كان رضا كما في السراج الوهاج، ولم يذكر المؤلف مما يظهر فيه ثمرة الاختلاف إلا هذه المسألة. وذكر في الهداية أن لهذه المسألة أخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها: عتق المشترى على المشتري إذا كان قريبا له في مدة الخيار، ولو كان للبائع فمات المشتري فأجاز البائع عتق الابن ولا يرث أباه كما قدمناه عن الخانية. ومنها عتقه إذا كان المشتري حلف إن ملك عبدا فهو حر بخلاف ما إذا قال إن اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فسقط الخيار. ومنها أن حيض المشتراة في المدة لا يجتزأ به من الاستبراء عنده، وعندهما يجتزأ، ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب الاستبراء عنده، وعندهما يجب إذا ردت بعد القبض. ومنها إذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده خلافا لهما، ومحله ما إذا كان قبل القبض، أما بعده فسقط الخيار اتفاقا وتصير أم ولد للمشتري لانها تعيبت عنده بالولادة، كذا في النهاية. وفي الخانية: إذا ولدت بطل خياره وإن كان الولد ميتا ولم ينتقصها الولادة لا يبطل خياره اه‍. ثم اعلم أنهم لم يقيدوا بدعوى الولد وقيده بها في إيضاح الاصلاح قال: لانه ولد والفراش ضعيف اه‍. وهو تقييد لقولهما. ومنها إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في تلك المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك، وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك، ولو كان الخيار للبائع فسلم المبيع إلى المشتري فأودعه البائع فهلك عنده بطل البيع عند الكل، ولو كان البيع باتا فقبض المشتري المبيع بإذن البائع أو بغير إذنه ثم أودعه

البائع فهلك كان على المشتري اتفاقا لصحة الايداع، كذا في التتارخانية. ومنها لو كان المشتري عبدا مأذونا فأبرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه. وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من أهله وهذا يقتضصحة الابراء، وقدمنا أنه لا يصح عند أبي يوسف قياسا، ويصح عند محمد استحسانا ونبه عليه هنا في النهاية. ومنها إذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم،

***

[٢٦]

وعنده يبطل لبيع لانلم يملكها فلا يتملكها بإسقاط الخيار بعده وهو مسلم اه. ولو كان الخيار للبائع فأسلم بطل البيع، ولو أسلم المشتري لا وخيار البائع على حاله، فإن أجاز صارت الخمر للمشتري حكما والمسلم أهل لان يتملكها حكما، كذا في النهاية. فقد ذكر فيها ثمان مسائل، وقد زاد الشارحون مسائل أيضا ففي فتح القدير: الاولى ما إذا تخمر العصير في بيع مسلمين في مدته فسد البيع عنده لعجزه عن تملكه، وعندهما يتم لعجزه عن رده. الثاني اشترى دارا على أنه بالخيار ثلاثة أيام وهو ساكنها بإجارأو إعارة فاستدام سكنها قال السرخسي: لا يكون اختيارا وهو في ابتداء السكنى وقال خواهر زاده: استدامتها اختيار عندهما لملك العين، وعنده ليس باختيار. الثالثة حلال اشترى ظبيا بالخيار فقبضه ثم أحرم والظبي في يده فينقض البيع عنده ويرد إلى البائع، وعندهما يلزم المشتري، ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع، ولو كان للمشتري فأحرم المشتري له أن يرده. الرابعة إذا كان الخيار للمشتري وفسخ العقد فالزوائد ترد على البائع عنده لانها لم تحدث على ملك المشتري، وعندهما للمشتري لانها حدثت على ملكه اه. وفي جامع الفصولين: لو اشترى بخيار فدام على السكنى لا يبطل خياره، ولو إبتدأها بطل بماثله خيار العيب وخيارالرط في القسمة لا يبطل بدوام السكنى اه. وفي التتارخانية أن محمدا ذكر في البيوع أن خيار الشرط يبطل بالسكنى وفي القسمة ذكر أنه لا يبطل فاختلف المشايخ، فمنهم من حمل ما في البيوع على الابتداء وما في القسمة على الدوام ومنهم من أبقى ما في البيوع على اطلاقه فيبطل بالابتداء والدوام وأبقى ما في القسمة على إطلاقه فلا يبطل خيار الشرط فيها بالابتداء والدوام. وفيها أيضا: لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على مائة يدفعها له على أن يبطل البيع ففسخه انفسخ ولا شئ له اه.

***

[٢٧]

قوله: (فلو أجاز من له الخيار بغيبة صاحبه صح ولو فسخ لا) أي لا يصح في غيبة صاحب وهذا عندهما. وقال أبو يوسف: يجوز الفسخ أيضا لانه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه فصار كالوكيل. ولهما أنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب لسلعته مشتريا فيما إذا كان الخيار للمشتري، وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا إلزام فيه. ولا يقال إنه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط، كذا في الهداية. وفي المعراج: كذا الخلاف في خيار الرؤية ولا خلاف في خيار العيب أنه لا يملكه والخلاف إنما هو في الفسخ بالقول، أما إذا فسخ بالفعل فإنه ينفسخ حكما اتفاقا في الحضرة والغيبة لانه لا يشترط العلم في الحكمي كعزل الوكيل والمضارب والشريك وحجر المأذون له في التجارة بارتداد ولحوق وجنون. وبحث في فتح القدير بأنه ينبغي أن يكون الفعل الاختياري كالقول. والمراد بالغيبة عدم علمه، وبالحضرة علمه، فلو فسخ في غيبته فبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به، ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ، كذا في الهداية. وكذا إذ أجاز البائع بعد فسخه قبل أن يعلم المشتري جاز وبطل فسخه، كذا ذكر الاسبيجابي. وفي الذخيرة: ولو اشترى على أن البائع لو غاب عنه ففسخه عليه جائز فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة ومحمد لان هذا شرط فاسد عندهما. ورجح في فتح القدير قول أبي يوسف قال: فعلى هذا فالمسائل الموردة نقضا مسلمة لانها على وقف ما ترجح من قول أبي يوسف لكنا نوردها بناء على تسليم الدليل، فمنها أن المخيرة يتم اختيارها لنفسها بلا علم زوجها ويلزمه حكم ذلك، وأجيب بأن اللزوم بإيجابه على نفسه. ومنها الرجعة ينفرد بها الزوج بلا علمها حتى لو تزوجت بعدها بعد ثلاث حيض فسخ العقد إذا أثبتها، وأجيب بأن الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح فعليها استكشاف الحال. ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص يثبت حكمها بلا

علم الآخر، وأجيب بأنها اسقاطات. ومنها خيار المعتقة يصح بلا علم زوجها، وأجيب بأنه لا رواية فيه وعلى التقدير فقد أثبته الشرع مطلقا. ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين، وأجيب بكون عقدهما لا وجود له في حق المالك. ومنها العدة لازمة عليها وإن لم تعلم بالطلاق وأجيب بأنها واجبة في ضمن الطلاق لا بسببه اه. وفي جامع

***

[٢٨]

الفصولين: ولو كان الخيار للمشتريين ففسخ أحدهما بغيبة الآخر لم يجز. باعه بخيار ففسخه في المدة انفسخ، فإن قال بعده أجزت وقبل المشتري جاز استحسانا، ولو كان الخيار للمشتري فأجاز ثم فسخ وقبل البائع جاز وينفسخ ومن له الخيار لو اختار الرد أو القبول بقلبه فهو باطل لتعلق الاحكام بالظاهر والباطن اه. قال فيه: شرى بخيار فأراد رده فاختفى بائعه قيل: للقاضي أن ينصب عن البائع خصما ليرده عليه وقيل لا اه. وهكذا ذكر الخلاف في المعراج وفتح القدير والله أعلم. قوله: (وتم العقد بموته ومضى المدة والاعتاق وتوابعه والاخذ بالسفعة) أي تحصل الاجازة بواحد مما ذكر وهو كلام موهم موقع في الغلط فإن في بعضها يكون إجازة، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري، وفي بعضها إنما يكون إجازة إذا كان من المشتري، وأما من البائع ففسخ. أما الموت فإنه مبطل لخيا الميت سواء كان بائعا أو مشتريا، ولا يورث عندنا كخيار الرؤية لانه ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال لا فيما لا يقبله كملك المنكوحة والعقود التي عقدها المورث لا تنتقل. وإنما ملك الوارث الاقالة لانتقال الملك إليه ولذا ملكها الموكل وإن لم يكن عاقدا، كذا في المعراج. ولا يرد علينا خيار العيب فإنه موروث لكون المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث ففي التحقيق الموروث العين بصفة السلامة من العيوب فأما نفس الخيار فلا يورث. وفي المعراج أن خيار العيب يثبت للوارث ابتداء بدليل انه لو تعب بعموت المشتري في يد البائع كان للوارث رده وأما خيار التعيين فيثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا أن يورث الخيار، هكذا ذكروا وزاد في العناية بأن الوارث لا يملك الفسخ ولا يتأقت خياره بخلاف المورث اه. ووجهه ظاهر لان هذين حكما خيار الشرط ولم يتكلموا فيما رأيت على غير الاربعة من الخيارات هل تورث أو لا إلا خيار فوات الوصف المرغوب فيه فسيأتي أنه يورث. والضمير في قوله بموته عائد إلى من له الخيار احتارازا عن موت من لا خيار له لانه إذا مات فالخيار باق لمن شرط له فإن أمضى مضى وإن فسخ انفسخ، كذا في فتح القدير. وفي الظهيرية: الوكيل إذا باع بشرط الخيار فمات الوكيل أو الموكل في المدة بطل الخيار وتم البيع اه. وفي

***

[٢٩]

جامع الفصولين: وكيل البيع أو الوصي باع بخيار أو المالك بنفسه باع بخيار لغيره فمات الوكيل أو الوصي أو الموكل أو الصبي أو من باع بنفسه أو من شرط له الخيار قال محمد: يتم البيع في كل ذلك لان لكل منهم حقا في الخيار والجنون كالموت اه. وفي المعراج: ولو كان الخيار لهما فمات أحدهما لزم البيع من جهته والآخر على خياره اه. وقد أفاد كلامه أن الخيار لا ينتقل عمن هو له إلى غيره فلذا قال أبو يوسف: إذا اشترى الاب أو الوصي شيأ لليتيم وشرط الخيار لنفسه فبلغ الصبي في المدة تم البيع. وقال محمد: توقف على إجازة الابن فكأنه باشره بعد بلوغه حتى قيل لا تتأقت بالثلاث. وعن محمد أن للوصي أن يفسخ بعد بلوغ الصغير وليس له أن يجيز إلا برضاه. وروي أن الاب أو الوصي إذا اشترى عبدا للصغير بدراهم أو دنانير بشرط الخيار ثم بلغ الصغير في المدة ثم أجاز أنفذ الشراء عليهما إلا أن تكون الاجازة برضا الصغير بعد البلوغ فينفذ عليه. ولو حجر السيد على عبده المأذون تم البيع، وقيل ينتقل الخيار إلى المولى. ولو اشترى المكاتب أو باع بشرط الخيار ثم عجز في الثلاث تم البيع عندهم، كذا في الظهيرية. فقد علم أن الخيار لا ينتقل على المعتمد لان قول أبي يوسف في الاولى هو المعتمد ولكن خرج عنه العبد المأذون إذا باع بشرط الخيار فإن للمولى الاجازة إن لم يكن مديونا ولا يجوز فسخه عليه إلا أن يجعله لنفسه ثم يفسخ بحضرة المشتري أو بما يكون فسخا من الافعال في غيبة المشتري، كذا في الظهيرية. وأما الوكيل إذا عزل وله الخيار فإنه لا يبطل اتفاقا، كذا في السراج الوهاج. وأما مضي المدة فمبطل للخيار، سواء كان للبائع أو للمشتري إذا لم يثبت الخيار إلا فيها فلا بقاء له بعدها كالمخيرة في وقت مقدر. وأما الاعتاق وتوابعه وهي التدبير والكتابة فإنما يتم به إذا كان الخيار للمشتري وفعلها، أما إذا كان للبائع وفعلها كان فسخا. وذكر المصنف السقوط بطريق الضرورة وهو الموت ومضي

المدة والسقوط بطريق الدلالة وهو الاعتاق، ولم يذكر ما يكون إجازة بالقول صريحا ولا ما يكون إجازة بالفعل. أما الاول ففي جامع الفصولين: المشتري بالخيار إذا قال أجزت شراءه أو شئت أخذه أو رضيت أخذه بطل خياره، ولو قال هويت أخذه أو أحببت أو أردت أو أعجبني أو وافقني لا يبطل اهـ. وفيه: لو طلب المشتري الاجر من الساكن بطل خياره، ولو دعا الجارية إلى فراشه لا يبطل سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري. وأما الثاني ففيه لو حجم العبد أو سقاه دواء أو حلق رأسه كان رضا لا لو أمر

***

[٣٠]

امرأة بمشط أو دهن ألبس. ولو اشترى أرضا مع حرثه فسقى الحرث أو فعل منه شيأ أو حصده أو عرض المبيع للبيع بطل خياره لا لو عرضه ليقوم، ومشتري الدار لو أسكنه بأجر أو بلا أجرأو ورم منه شيأ أو بنى أو جصص أو طين أو هدم منه شيأ فهو رضا. ولو طحن في الرحا ليعرف قدر طحنه إن طحن أكثر من يوم وليلة بطل خياره لا فيما دونه. ولو قص حوافر الدابة أو أخذ من عرفها لم يكن رضا، ولو ودجها أو بزغها فهو رضا. والتوديج شق الاوداج جملة. ولو استخدم الخادم مرة أو لبس الثوب مرة أو ركب الدابة مرة لم يبطل خياره، ولو فعله مرتين بطل. ولو شرى قنا بخيار فرآه يحجم الناس بأجر فسكت كان رضا لا لو بلا أجر لانه كالاستخدام ألا ترى أنه لو قال له احجمني فحجمه لم يكن رضا. شرى أمة فأمرها بإرضاع ولده لم يكن رضا لانه استخدام. ولو ركب دابة ليسقيها أو ليردها على البائع بطل خياره قياسا لا استحسانا اهـ. ثم قال: شرى بقرة بخيار فحلبها قال أبو حنيفة: بطل خياره. وقال أبو يوسف: لا حتى يشرب اللبن أو يتلفه اهـ. وذكر الشارح أن كل تصرف لا يحل إلا في الملك فإنه أجازة كالوطئ والتقبيل لا ما يحل في غيره كالاستخدام. وزاد في المعراج على ما ذكرناه إغماء من له الخيار، ولو أفاق في المدة فله الخيار. وذكر الاسبيجابي الاصح أنه على خياره. والتحقيق أن الاغماء والجنون لا يسقطان إنما المسقط له مضي المدة من غير اختيار، ولذا لو أفاق فيها وفسخ جاز، ولو سكر من الخمر لا يبطل بخلاف السكر من البنج، ولو ارتد فعلى خياره اجماعا فلو تصرف بحكم خياره توقف عنده خلافا لهما اهـ. وأطلق في الاعتاق فشمل ما إذا علقه بشرط فوجد في المدة كما في المعراج. وأشار بالاعتاق إلى كل تصرف لا يفعل إلا في الملك كما إذا باعه أو وهبه وسلمه أو رهن أو آجر وإن لم يسلم على الاصح كما في المعراج. وليس منه ما إذا قبض الثمن من البائع وكذا هبته وانفاقه إلا إذا استدانة لغيره كالدراهم والدنانير. ولو باع جارية بعبد على أنه بالخيار في الجارية فهبة العبد أو عرضه على البيع إجازة وعرضها على

***

[٣١]

البائع ليس بفسخ على الاصح، ولو أبرأه من الثمن أو اشترى منه به شيأ أو ساومه به فهو إجازة، كذا في المعراج. وقيد الاستخدام ثانية من المشتري بأن لا يكون في نوع آخر والركوب امتحانا ليس إجازة لا ثانيا كركوبها لحاجة أو شغل أو حمل عليها إلا علفها عند محمد، والركوب للرد والسقي والاعلاف إجازة، ولو نسخ من الكتاب لنفسه أو لغيره لا يبطل، وإن قلب الاوراق وبالدرس منه يبطل، وقيل على عكسه وبه أخذ الفقيه أبو الليث اهـ. وفي الظهيرية: لو سقى من نهرها أرضا له أخرى سقط وكرى النهر وكبس البئر يسقط خياره، ولو انهدمت البئر ثم بناها لم يعد خياره، ولووقعت فيها فأرة أو نجاسة سقط وروي أنه إذا نزح عشرين دلوا لم يسقط اهـ. وفي السراج الوهاج: إذا زوج العبد أو الامة سقط خياره. وفي المحيط: باع عبدا بخيار له فأذن له في التجارة لم يكن نقضا إلا أن يلحقه دين، لو أمضاه بعدما لحقه دين لم يجز لان الغريم أحق به من المشتري. ولم يذكر المصنف هنا حكم ما إذا زاد المبيع أو نقص في المدة وذكر فيما قبله حكم ما إذا تعيب. أما الثاني ففي المعراج: ولو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره، سواء حدث بفعل البائع أو بغير فعله، لكونه في ضمان المشتري حيث كان في يده عندهما. وقال محمد: لا يلزمه العقد بجناية البائع. وعلى قولهما يرجع المشتري بالارش على البائع، ولو كان الخيار للبائع فحدث به عيب فهو على خياره لكنه يتخير المشتري، ولو حدث بفعل البائع انتقض البيع لان ما انتقض مضمون عليه، كذا في المعراج وقدمناه. وأما الاول أعني الزيادة ففي جامع الفصولين شرى بخيار فزاد المبيع في يد المشتري زيادة متصلة متولدة كسمن وجمال وبرء وانجلاء بياض عن العين يمنع الرد ويلزم البيع إلا عند محمد، وإن كانت متصلة لم تتولد كصبغ وخياطة ولت سويق بسمن وثنى أرض وغرس شجر يمنع الفسخ وفاقا. ولو كانت منفصلة متولدة كعقر وولد وأرش

ولبن وثمر وصوف تمنع وفاقا، وإن كانت منفصلة لم تتولد كغلة وكسب وهبة وصدقة لا يمنع وفاقا، فإن أجاز المشتري فهو له وإلا فكذلك عندهما، وعند أبي حنيفة ترد على البائع اهـ. وفي السراج: إذا باضت الدجاجة في المدة سقط الخيار

***

[٣٢]

إلا أن تكون مذرة، وإذا ولدت الحيوان ولدا سقط إلا أن يكون الولد ميتا اهـ. والحاصل أنها مانعة مطلقا إلا منفصلة لم تتولد. وفي الظهيرية عن الثاني: اشترى عبدا بخيار ثلاثا وقبضه فوهب للعبد مال أو اكتسبه ثم استهلكه العبد بعلم المشتري بغير إذنه أو بغير علمه لم يبطل خيار المشتري في العبد. ولوهب للعبد أم ولد المشتري وقبضها العبد بطل خيار المشتري في العبد قال: ولا يشبه الولد أم الولد من قبل أن أم الولد تبقى على ملكه بعد الرد بحكم الخيار والولد لا يبقى اهـ. والاخير يحتاج إلى تحرير، وأما الاخذ بشفعة فصورته أن يشتري دارا بشرط الخيار ثم تباع دار أخرى بجنبها فيأخذها المشتري بشرط الخيار بالشفعة لانه لا يكون إلا بالملك فكان دليل الاجازة فتضمن سقوط الخيار، وقدمنا الاعتذار لابي حنيفة عنه عند قوله ولا يملك المشتري ولو قال المؤلف وطلب الشفعة بها بدل الاخذ لكان أولى لان طلبها مسقط وإن لم يأخذها كما في المعراج. وقيد بخيار الشرط لان طلبها لا يسقط خيار الرؤية والعيب كما في المعراج واقتصار الشارح على خيار الرؤية قصور. قوله: (ولو شرط المشترى الخيار لغيره صح وأيهما أجاز أو نقض صح) لان شرط الخيار لغيره جائز استحسانا لا قياسا وهو قول زفر، لانه من مواجب العقد فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري. ولنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت. إلا نيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه، وحينئذ يكون لكل منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض. ولو قال المصنف ولو شرط أحد المتعاقدين الخيار لاجنبي صح لكان أولى ليشمل ما إذا كان الشارط البائع أو المشتري، وليخرج اشتراط أحدهما للآخر فإن قوله لغيره صادق بالبائع وليس بمراد ولذا قال في المعراج: والمراد من الغير هنا غير العاقدين ليتأتى فيه خلاف زفر. قيد بخيار الشرط لان خيار العيب والرؤية لا يثبت لغير العاقدين كما في المعراج، وأفاد كلامه أن أحدهما لو أجاز فقال الآخر لا أرضى فالبيع لازم. ولو أمر وكيله بالبيع بشرط الخيار فباعه بشرط لم يجز، ولو باع واشترط كما أمره فليس له أن يجيز على الآمر وللآمر الاجازة، ولو وكله بشراء بشرط للآمر فاشترى ولم يشترطه نفذ عليه، كذا في السراج الوهاج قوله: (فإن أجاز أحدهما ونقض الآخر فالاسبق أحق) لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره.

***

[٣٣]

قوله: (وإن كانا معا فالفسخ) أي لو فسخ أحدهما وأجاز الآخر وخرجا منهما معا ترجح الفسخ على الاجازة لان الفسخ أقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة، ولما ملك كل منهما التصرف رجحنا بحال التصرف، كذا في الهداية. وأورد عليه لا نسلم أن المفسوخ لا تلحقه الاجازة فإنه ذكر في المبسوط أن الفسخ بحكم الخيار محتمل للفسخ في نفسه حتى لو تفاسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ وعلى إعادة العقد بينهما جاز، وفسخ الفسخ ليس هو إلا إجازة البيع في المفسوخ. وأجاب عنه في المعراج بأنه غير لازم لانا نقول: الاجازة لا ترد على المنتقض ولا إجازة فيما ذكرتم بل هو بيع ابتداء، كذا في الفوائد الظهيرية. وما ذكره المصنف من ترجيح الفسخ دون تصرف العاقد صححه قاضيخان معزيا إلى المبسوط. وفي رواية الراجح تصرف العاقد لقوته لان النائب يستفيد الولاية منه. وقيل: هو قول محمد، وما في الكتاب قول أبي يوسف. واستخرج ذلك بما إذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا، فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل، وأبو يوسف يعتبرهما، كذا في الهداية. وقيد بالوكيل بالبيع لان الوكيل بطلاقها للسنة إذا طلقها الوكيل والموكل معا فالواقع طلاق أحدهما لا على التعيين. وأجاب عنه في فتح القدير بأن الوكيل فيه سفير كالوكيل بالنكاح فكان الصادر من كل واحد منهما صادرا عن أصالة بخلاف الوكيل بالبيع اهـ. وفي الظهيرية: وعن أبي يوسف في المنتقى: وصيان يشتريان بشرط الخيار فأجاز أحدهما ونقض الآخر فإن الاجازة أولى اهـ. وفي المحيط: وكيل اشترى بشرط الخيار لموكله بأمره أو بغير أمره إذا ادعى البائع رضا الآمر وأنكر الرجل فالقول للوكيل بلا يمين لان البائع يدعي سقوط الخيار ووجوب الثمن وهو ينكر ولا يمين لانه دعوى على الآمر دون العاقد، والآمر لو أنكر لا يستحلف وكيله لانه نائب عن العاقد في الحقوق وليس بأصيل، وإن ادعى الرضا على الوكيل يحلف لان الدعوى توجهت عليه، وإن أقام بينة على رضا الآمر قبلت لان الوكيل ينتصب خصما عن الآمر لانه ادعى حقا على الحاضر وهو

سقوط الخيار بسبب ادعائه على الغائب اهـ. وأشار المؤلف بكون الاشتراط للغير اشتراطا لنفسه إلى أنه لو أمره ببيع ما له بشرط الخيار له فباع وشرطه للآمر لم يكن مخالفا، وعلى عكسه يكون مخالفا لانه أمره ببيع لا يزيل الملك بدون رضاه وأن لا يكون للمأمور فيه رأي وتدبير ويكون الرأي والتدبير فيه للآمر أصلا وله تبعا، وما فعله بعكسه فإن شرط الخيار للآمر ثم أجاز هو البيع جاز عليه دون الآمر وخيار الآمر باق حتى لو أجاز كان له، أنه فسخ يلزم الوكيل لان الخيار ثبت للآمر بالشرط فصار كخيار العيب إذا ثبت بالعقد والوكيل بالشراء إذا وجد عيبا بالمبيع ورضى به نفذ فيما بينه وبين البائع وخيار البائع على حاله، فإن رضى به لزمه، وإن رد لزم الوكيل

***

[٣٤]

فكذا هذا، كذا في المحيط. ثم اعلم أن التصرفين إذا صدرا معا فقد علم الحكم في باب الخيار، وأما تصرف الموكل مع تصرف الوكيل فظاهر ما قدمناه أنه إن كان الوكيل أصيلا في الحقوق نفذ كل منهما في النصف، وإن كان نائبا فيها نفذ واحد لا على التعيين. وأما إذا صدرا من فضوليين فلا كلام في التوقف على إجازة من له الاجازة وإنما الكلام فيما لو أجيزا قالوا: يثبت الاقوى فلو باع فضولي وزوج آخر ترجح البيع فتصير مملوكة لا زوجة، ولو استويا فإن كانا نكاحين بطلا، وإن كانا بيعين تنصف والبيع أقوى من الهبة والاجازة والرهن والنكاح إلا هبة لا تبطل بالشيوع فإنهما سواء، والهبة والرهن أقوى من الاجازة وسيأتي في بيع الفضولي بقية مسائله إن شاء الله تعالى. قوله: (ومن باع عبدين على أنه بالخيار في أحدهما أن فصل وعين صح وإلا فلا) شروع في بيان ما إذا كان المبيع متعددا. وحاصلها أنها رباعية فالصحة في واحدة وهو ما إذا فصل له ثمن كل منهما وعين من فيه الخيار منهما لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطا لانعقاده في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما إذا جمع بين قن ومدبر. والفساد في ثلاثة: الاولى إذا لم يفصل الثمن ولم يعين محل الخيار لجهالتهما. الثانية فصل ولم يعين محله لجهالة المبيع. والثالثة عين محله ولم يفصل الثمن لجهالة الثمن. والاصل فيه أن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم. وإنما جاز البيع في القن إذا ضم إلى مدبر أو مكاتب أو أم ولد وبيعا صفقة وإن لم يفصل الثمن على الاصح لان المانع من حكم العقد فيما نحن فيه مقارن للعقد لفظا ومعنى فأثر الفساد، وفيما ذكر المانع مقارن معنى لا لفظا لدخولهم في البيع حتى لو قضى به قاض يجوز لكن لم يثبت الحكم لحق محترم واجب الصيانة فأثر الفساد، كذا في المعراج. وفي ضم أم الولد والمكاتب إلى المدبر في جواز القضاء ببيعه نظر فإن الصحيح أنه ينفذ في المدبر فقط. وفي فتح القدير: وعلى ما ذكر هنا يتفرع ما في فتاوي قاضيخان: باع عبدين على أنه بالخيار فيهما وقبضهما المشتري ثم مات أحدهما لا يجوز البيع في الباقي. وإن تراضيا على إجازته لان الاجازة حينئذ بمنزلة ابتداء العقد في الباقي بالحصة. ولو قال البائع في هذه المسألة نقضت البيع في هذا أو في أحدهما كان لغوا كأنه لم يتكلم وخياره فيهما باق كما كان كما لو باع عبدا واحدا وشرط الخيار لنفسه فنقض البيع في نصفه اهـ. وهكذا في الظهيرية. وتقييده بالبائع اتفاقي إذ لو شرط للمشتري كان كذلك صحة وفسادا. وأراد بالعبدين القيميين احترازا عن قيمي ومثليين إذ في القيمي الواحد

***

[٣٥]

إذا شرط الخيار في نصفه يصح مطلقا، وفي المثليين كذلك لعدم التفاوت كما ذكره الشارح اهـ قوله: (وصح خيار التعيين فيما دون الاربعة) وهو أن يبيع أحد العبدين أو الثلاثة أو أحد الثوبين أو الثلاثة على أن يأخذ المشتري واحدا والقياس الفساد كالاربعة لجهالة المبيع وهو قول زفر. وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج إلى اختيار من يثق به أو إختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير أن هذه تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردئ فيها، والجهالة لا تفضي إلى المنازعة في الثلاثة لتعيين من له الخيار، وكذا في الاربعة إلا أن الحاجة إليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة، وكون الجهالة موجودة غير مفضية إلى المنازعة فلا يثبت بإحدهما. أطلقه فشمل ما إذا كان للبائع أو للمشتري وهو المذكور في المأذون وهو الاصح، ذكره في شرح التلخيص. وفي جامع الفصولين: يجوز خيار التعيين في جانب البائع كما يجوز في جانب المشتري اهـ. وفي الظهيرية: وللبائع أن يلزم أيهما شاء على المشتري،

فإن هلك أحدهما في يد البائع فله أن يلزمه الباقي لا الهالك، ولو حدث في أحدهما عيب في يد البائع فله أن يلزمه السليم، وليس له أن يلزمه المعيب إلا برضة المشتري، فإن ألزمه المعيب ولم يرض به ليس له أن يلزمه الآخر بعد ذلك، ولو قبضهما المشتري وخيار التعيين للبائع فهلك فالبيان بحاله اه. وأما إذا كان الخيار للمشتري فالبيع لازم في أحدهما إلا أن يكون معه خيار شرط وما هو مبيع مضمون بالثمن وغير المبيع أمانة، فلو اشترى ثلاثة أثواب وعين لكل ثمنا على أن له خيار التعيين فاحترق ثوبان ونصف الثالث رد النصف الباقي ولا شئ عليه من ضمان النصف المحترق وضمن نصف ثمن المحترقين ولو كان ثوبان فاحترق نصف كل معا رد أيهما شابغير ضمان وضمن ثمن الآخر، ولو احترق أحدهما ونصف الآخر لزمه ثمن المحترق لتعينه مبيعا ورد الآخر بغير ضمان ويسقط خيار التعيين بما يسقط به خيار الشرط. وإذا بيع أحدهما أو هلك تعين هو مبيعا والآخر أمانة، ولو هلكا معا ضمن نصف ثمن كل واحد منهما، ولو اختلفا ٠ في الهالك أولا تحالفا على العلم على قول ام الاول ثم رجع إلى قوله

***

[٣٦]

الثاني من أن القول للمشتري مع يمينه وبينة البائع أولى. ولو تعيبا معا فالخيار ربحا له وإن على التعاقب تعين الاول مبيعا، وإن اختلفا في الاول فعلى ما ذكرنا. ولو باعهما المشتري ثم اختار أحدهما صح بيعه فيه، ولو صبغ المشتري أحدهما تعين هو مبيعا ورد الآخر، ولو أعتقهما البائع عتق الدي يرد عليه وإن كان أعتق ما اختاره المشتري للبيع لم يصح إعتاقه. ولو استولدهما المشتري تعينت الاولى للبيع وضمن عقر الاخرى للبائع ولا يثبت نسب ولدها منه لعدم الملك ويؤمر المشتري بالبيان أيتهما استولدها أولا، فإن مات قبل البيان نخيار التعيين للورثة، فإن لم تعرف الورثة الاول منهما ضمن المشتري نصف ثمن كل واحدة منهما ونصف عقرهما للبائع ويسعيان في نصف قيمتهما للبائع، وروي أن الولدين يسعيان أيضا في نصف قيمتهما للبائع. ولو وطئهما البائع والمشتري فولدتا وادعى كل واحد منهما الولدين صدق المشتري في التي وطئها أولا وضمن عقر الاخرى ويثبت نسب الاخرى من البائع لانه استولد جارية نفسه ويضمن البائع عقر الاخرى للمشتري. وإن ماتا قبل البيان ولم تعلم ورثة المشتري الاول منهما لم يثبت نسب الولد من أحد لوقوع الشك وعتقوا وضمن المشتري نصف ثمن كل واحدة منهما ونصف عقرها للبائع، والبائع يضمن نصف عقر كل واحدة للمشتري ويتقاصان وولاؤهم بينهما. وقيل: لا ولاء على الولدين، كذا في الظهيرية. ثم قال بعده: ويجوز خيار التعيين في الفاسد أيضا إلا أن ههنا ما يتعين للبيع كان مضمونا بالقيمة والباقي كما قلنا في الجائز. وإن ماتا معا ضمن نصف قيمة كل واحد منهما، ولو أعتقهما المشتري عتق أحدهما والتعيين إليه، ولو أعتق أحدهما المشتري بعينه أو باعه جاز وعليه قيمت، ولا يجوز إعتاق المبهم لا من البائع ولا من المشتري لان العتق المبهم بين المملوكين للمعتق ولم يوجد. ولو أعتق البائع أحدهما بعينه ثم أعتق المشترى ذلك أو عينه للبيع أو مات فعتق البائع باطل ولو رد ذلك على البائع صح عتقه، ولو كان أعتقهما وردا عليه عتق أحدهما والتعيين إليه اه. وقيدوا صورة خيار التعييبأن يقول على أن تأخذ أيهما شئت لانه لو لم يذكر هذه الزيادة وقال بعتك أحد هذين العبدين فقبل يكون فاسدا لجهالة المبيع، فإن قبضهما وماتا عنده ضمن نصف قيمة كل واحد منها، وإن مات أحدهما قبل صاحبه لزمه قيمة الآخر، كذا في المحيوتقدم تفاريعه. ولم يذكر المؤلف خيار الشرط مع خيار التعيين للاختلاف، فقييشترط أن يكون فيه خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير. قال شمس الائمة: وهو الصحيح فإذا ذكرا فله ردهما في المدة وإذا مضت لزم في أحدهما وله التعيين. وقيل: لا وهو المذكور في الجامع الكبير وصححه نخر

***

[٣٧]

الاسلام، فيكون ذكره في الجامع الصغير وفاقا لا شرطا. ورجحه في فتح القدير ولكن ذكر قاضيخان أن الاشتراط قول أكثر المشايخ، وإذا لم يذكر خيار الشرط على هذا القول فلا بد من تأقيت خيار التعيين بالثلاث عنده، وبأي مدة معلومة كانت عندهما، كذا في الهداية. وذكر في المحيط أنه لا يتأقت عنده بالثلاث فيجوز إلى أربعة عنده. وفيها: ثم ذكر في بعض النسخ: اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة أحدهما والآخر أمانة والاول تجوز واستعارة اه. وفي فتح القدير: وإذا أقت خيار التعيين وكان فيه خيار الشرط فمضت المدة حتى انبرم في أحدهما ولزم التعيين أن يتقيد التعيين بثلاثة أيام من ذلك الوقت، وحينئذ فإطلاق الطحاوي قوله خيار الشرط مؤقت بالثلاث في قوله غير مؤقت بها عندهما وخيار التعيين مؤقت فيه نظر اه. وذكر

الشارح أنه إذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتأقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فإن التأقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضي المدة، وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك لانه لازم في أحدهما قبل مضي الوقت يمكن تعينه بمضي الوقت بدون تعيينه فلا فائدة لشرط ذلك، والذي يغلب على الظن أن التوقيت لا يشترط فيه اهـ. ويمكن أن يراد قسم آخر وهو ارتفاع العقد فيهما بمضي المدة من غير تعيين بخلاف مضيها في خيار الشرط فإنه إجازة ليكون لكل خيار ما يناسبه. وأطلق في محل الخيار وقيده في البدائع بالاشياء المتفاوتة. كالعبيد والثياب فعلى هذا لا يدخل خيار التعيين في المثليا من جنس واحد لانه لا فائدة له لعدم التفاوت وفيها: وأما ما يبطل هذا الخيار وهو نوعان: اختياري وضروري. والاختياري نوعان: صريح وما يجري مجراه، فالاختياري اخترت هذا أو شئته أو رضيت به أو أجزته وما يجري مجراه، وأما الاختياري دلالة فهو أن يوجد منه فعل في أحدهما يدل على تعيين الملك فيه كما قدمناه في خيار الشرط. وأما الضروري فهلاك أحدهما بعد القبض وتعيبه، وأما إذا تعيبا لم يتعين أحدهما للبيع وللمشتري أن يأخذ أيهما شاء بثمنه لكن ليس له ردهما للزوم البيع في أحدهما بتعيبهما في يده وبطخيار الشرط، وهذا يؤيد قول من يقول بأن فيه خيارين. قوله: (ولو اشتريا على أنهما بالخيار فرضي أحدهما لا يرده الآخر) عند أبي حنيفة. وقالا: له أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية، كذا في الهداية. وخصه في البناية بما إذا كان بعد القبض، أما قبله فليس له الرد يعني اتفاقا. لهما أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه. وله أن المبيع خرج عن

***

[٣٨]

ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما لرده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد، وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد. وقوله رضا أحدهما لا يرده الآخر اتفاقي إذ لو رد أحدهما لا يجيزه الآخر ولم أره صريحا ولكن قولهم لو رده أحدهما لرده معيبا يدل عليه. وكذا قوله اشتريا إذ لو باعا ليس لاحدهما الانفراد إجازة أو ردا لما في الخانية: رجل اشترى عبدا من رجلين صفقة واحدة على أن البائعين بالخيار فرضي أحدهما بالبيع ولم يرض الآخر لزمهما البيع في قول أبي حنيفة اهـ. وأشار إلى أن المبيع لو كان متعددا والخيار لاحدهما ليس له أن يجيز في البعض ويرد في البعض، وكذا لو كان واحدا فأجاز من له الخيار في النصف ورده في النصف كما قدمناه، وصرح به في الخانية لكن ذكروه فيما إذا كان الخيار للبائع ولا فرق بينهما قوله: (ولو اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب فكان بخلافه أخذه بكل الثمن أو تركه) لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالعقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضي بدونه، وهذا يرجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض ولا يفسد بعدمه العقد بمنزلة وصف الذكورة والانوثة في الحيوانات فصار كفوات وصف السلامة، وإذا أخذه أخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف. وفي المعراج: قوله على أنه خباز أي عبد حرفته هكذا لانه لو فعل هذا الفعل أحيانا لا يسمى خبازا. وفي الذخيرة قال محمد في الزيادات: فإن قبضه المشتري فوجده كاتبا أو خبازا على أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد لا النهاية في الجودة. ومعنى أدنى ما ينطلق عليه الاسم أن يفعل من ذلك ما يسمى به الفاعل خبازا أو كاتبا لان كل واحد لا يعجز في العادة من أن يكتب على وجه تتبين حروفه، وأن يخبز مقدار ما يدفع الهلاك عن نفسه وبذلك لا يسمى خبازا ولا كاتبا اهـ. وفي فتح القدير: لو مات هذا المشتري انتقل الخيار إلى وارثه اجماعا لانه في ضمن ملك العين

***

[٣٩]

اهـ. وفي الذخيرة: فلو امتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن فيقوم العبد كاتبا أو غير كاتب وينظر إلى تفاوت ما بينهما، فإن كان بقدر العشر رجع بعشر الثمن، وفي رواية لا رجوع بشئ ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية أصح. ولو وقع الاختلاف بين البائع والمشتري في هذا لصورة بعدما مضى حين من وقت البيع فقال المشتري لم أجده كاتبا وقال البائع إنسلمته إليك كذلك ولكنه نسي عندك وقد ينسى ذلك في تلك المدة فالقول للمشتري لان الاختلاف وقع في وصف عارض إذا الاصل عدم الكتابة والخبز. والاصل أن القول قول من يدعي الاصل وأن العدم أصل في الصفات العارضة والوجود أصل في الصفات الاصلية فالقول للمشتري في عدم الخبز والكتابة لانهما من الصفات العارضة. والقول للبائع في أنها بكر لانها صفة أصلية وتمامه في فتح القدير.

وكتبناه في القواعد في قاعدة أن اليقين لا يزول بالشك. وفي تلخيص الجامع من باب الاقرار بالعيب: لو باعه ثوبا على أنه هروي ثم اختلفا في كونه هرويا فالقول للبائع لان البائع لما قال بعتكه على أنه هروي فقبل المشتري صار كأنه أعاد ما في الايجاب فصار كأنه قال اشتريته على أنه هروي فكان مقرا بكونه هرويا، فدعواه بعد خلافه تناقض بخلاف ما إذا قال بعتكه على أنه كاتب فقبل فالقول للمشتري لان الاختلاف فيه في المقبوض وتمامه في شرحه للفارسي. وفي النوازل: اشترى جارية على أنها عذراء فعلم المشتري أنها ليست كذلك فإن علم بالوطئ، فإن زايلها عند علمه بلا لبث لم تلزمه وإلا لزمته. ولو اشترى بقرة على أنها حبلى فولدت عنده فشرب اللبن وأنفق عليها فإنه يردها والولد وما شرب من اللبن ولا شئ له مما أنفق لان البيع وقع فاسدا فكانت في ضمانه والنفقة عليه. ولو اشترى شاة على أنها نعجة فإذا هي معز يجوز البيع وله الخيار لان حكمهما واحد في الصدقات، وكذا لو اشترى بقرة فإذا هي جاموس. وفي المجتبى عن جمع البخاري: الاصل فيه أن الاشارة مع التسمية إذا اجتمعتا، فإن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى فالعقد فاسد، وإن كان من جنسه فالعقد جائز. ثم إن كان المشار إليه دون المسمى كان الخيار للمشتري وإلا فلا. والثياب أجناس والذكر مع الانثى في بني آدم جنسان حكما وفي سائر الحيوانا ت جنس واحد. وإذا كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى فإنما يتعلق العقد بالمسمى إذا لم يعلم المشتري به، أما إذا علم به فالعقد يتعلق بالمشار إليه كمن قال بعتك هذا الحمار وأشار إلى العبد فإنه يصح. ولو اشترى ثوبا على أنه هروي فإذا هو بلخي

***

[٤٠]

فالبيع فاسد عندنا، وكذا على أنه أبيض فإذا هو مصبوغ أو على أنه مصبوغ بعصفر فإذا هو بزعفران أو دارا على أن بناءها آجر فإذا هو لبن أو على أن لابناء أو لا نخل فيها فإذا فيها بناء أو نخل أو أرضا على أن أشجارها كلها مثمرة فإذا فيها غير مثمر فسد البيع. ولو اشترى جارية على أنها مولودة الكوفة فإذا هي مولودة بغداد أو غلاما على أنه تاجر أو كاتب أو غيره فإذا هو لا يسحنه أو على أنفحل فإذا هو خصي أو على عكسه أو على أنها بغلة فإذا هو بغل أو على أنها ناقة فإذا هو جمل أو على أنها لحم معز فإذا هو لحم ضأن أو على أن هذا الحيوان حامل فوجدها غير حامل، جاز البيع وله الخيار وكذا في أمثالها. ولو اشترى على أنه بغل فإذا هي بغلة أو حمار ذكر فإذا هو أتان أو جارية على أنها رتقاء أو ثيب فوجدها خلاف ذلك إلى خير جاز البيع ولا خيار له فيه ولا في أمثاله إذا وجده على صفة خير من المشروطة. ولو باع دارا بما فيها من الجذوع والابواب والخشب والنخيل فإذا ليس فيها شئ من ذلك لا خيار للمشتري. وفي المحيط: اشترى شاة أو ناقة أو بقرة على أنها حامل فسد البيع إلا في رواية الحسن، والاصح في الامة جوازه أو على أنها حلوب أو لبون أو على أنها تحلب كذا أو تضع بعد شهر يفسد. إلى هنا كلام المعراج. وذكر بعضه في فتح لقدير ثم قال: وينبغي في مسألة البعير والناقة أن يكون في العرب والبوادي الذين يطلبون الدر والنسل، أما أهل المدن والمكارية فالبعير أفضل اه‍. وصحح قاضيخان أنه لو باع جارية على أنها حامل أن البيع جائز لانه بمنزلة شرط البراءة من العيب إلا أن يكون في بلد يرغبون في شراء الجواري لاجل الاولا د، واختلفوا فيما إذا باع جارية على أنها ذات لبن فقيل لا يجوز والاكثر على الجواز. ولو اشترى فرسا على أنها هملاج جاز لان الهملاج لا يصير غيرهملاج. وفي البدائع: اشترى جارية على أنها مغنية إن شرطه على وجه الرغبة فيه فسد البيع لكونه شرط ما هو محظور محرم، وإن شرط في البيع على وجه

***

[٤١]

التبري من العيب لا يفسد، فإذا لم يجدها مغنية لا خيار له لانه وجدها سالمة من العيب. باع جارية على أنها ما ولدت فظهر أنها ولدت فله ردها، ولو اشترى ثوبا على انه مصبوغ العصفر فإذا هو أبيض جاز البيع ويخير بخلاف عكسه فإنه يفسد ولو اشترى كرباسا على أن سداه ألف فإذا هو ألف ومائة سلم الثوب إلى المشتري لانه زيادة وصف ولو اشترى ثوبا على أنه سداسي فإذا هو خماسي خير المشتري إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك لانه اختلاف نوع لا جنس فلا يفسده. ولو باع ثوبا على أنه خز فإذا لحمته خز وسداه قطن جاز البيع لان السدي تبع للحمة. ولو اشترى سويقا على أن البائع لته بمن من سمن وتقابضا والمشتري ينظر إليه فظهر أنه لته بنصف من جاز البيع ولا خيار للمشتري لانه هذا مما يعرف بالعيان فإذا عاينه انتفى الغرور، وهو كما لو اشترى صابونا على أنه متخذ

من كذا جرة من الدهن ثم ظهر أنه متخذ من أقل من ذلك والمشتري كان ينظر إلى الصابون وقت الشراء، وكذا لو اشترى قميصا على أنه اتخذ من عشرة أذرع وهو ينظر إليه فإذا هو من تسعة جاز البيع ولا خيار للمشتري. ولو باع أرضا على أنها غير خراجية فإذا هي خراجية فسد البيع، وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل إن علم المشتري أنها أرض خراج فسد البيع، وإن لم يكن عالما بذلك جاز البيع ويخير المشتري. اشترى قلنسوة على أن حشوها قطن فلما فتقها المشتري وجدها صوفا اختلفوا والصحيح جواز البيع والرجوع بالنقصان لان الحشوتبع وتغير التبع لا يفسد اهـ. ما في الخانية. والهملاج قال في المصباح: هملج البرذون هملجة مشى مشية سهلة في سرعة. وقال في مختصر العين: الهملجة حسن سير الدابة وكلهم قالوا في اسم الفاعل هملاج بكسر الهاء للذكر والانثى بمقتضى أن اسم الفاعل لم يجئ على قياسه وهو مهملج اهـ. اعلم أن اشتراط

***

[٤٢]

الوصف المرغوب فيه إما أن يكون صريحا أو دلالة لما في البدائع في خيار العيب: والجهل بالطبخ والخبز في الجارية ليس بعيب لكونه حرفة كالخياطة إلا أن يكون ذلك شرطا في العقد، وإن ليكن مشروطا في العقد وكانت تحسن الطبخ والخبز في يد البائع ثم نسيت في يده فاشتراها فوجدها لا تحسن ذلك ردها لان الظاهر أنه إنما اشتراها رغبة في تلك الصفة فصارت مشروطة دلالة وهو كالمشروط نصا اهـ. والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب. باب خيار الرؤية قدمه على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم واللزوم بعد التمام. والاضافة من قبيل إضافة الشئ إلى شرطه لان الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية. ثم اعلم أن هذا الخيار يثبت للمشتري في شراء الاعيان ولا يثبت في الديون كالمسلم فبه والاثمان، وأما في رأس مال السلم إن كان عينا فإنه يثبت للبائع أي المسلم إليه الخيار فيه، ولا يثبت في كل عقد لا ينفسخ بالرد كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن القصاص والرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده، ولايحتاج إلى قضاء ولا رضا البائع. وينفسخ بقوله رددت إلا أنه لا يصلح الرد إلا بعلم البائع عندهما خلافا للثاني وهو يثبت حكما لا بالشرط. ولا يتوقت ولا يمنع وقوع الملك للمشتري حتى إنه لو تصرف فيه جاز تصرفه وبطل خياره ولزمه الثمن، وكذ لو هلك في يده أو صار إلى حال لا يملك فسخه بطل خياره، كذا في السراج الوهاج. وذكر في المعراج أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في أربعة أشياء: في الشراء والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال على شئ بعينه. وفي المعراج: لا يطالب البائع المشتري بالثمن قبل الرؤية قوله: (شراء ما لم يره جائز) أي

***

[٤٣]

صحيح لما رواه ابن أبي شيبة والبيهقي مرسلا عن مكحول مرفوعا من اشترى شيأ لم يره فله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه وجهالته بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة لانه لو لم يوافقة يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه. وإطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع أو لا، وسواء أشار إلى مكانه أو إليه وهو حاضر مستور أو لا مثل أن يقول بعت منك ما في كمي، وعامة المشايخ قالوا: إطلاق الجواب يدل على الجواز عنده. وطائفة قالوا: لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه. والظاهر أن المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الائمة وصاحب الاسرار والذخيرة من أن الاشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر إليه ولا إلى مكانه لم يجز بالاجماع مثل أن يشتري ثوبا في جراب أو زيتا في زق أو حنطة في غرارة من غير أن يرى شيئا، ومنه أن يقول بعتك درة في كمي صفتها كذا أو لم يقل صفتها كذا أو هذه الجارية وهي حاضرة متنقبة لبعد القول بجواز ما لم يعلم جنسه أصلا كأن يقول بعتك شيأ بعشرة، كذا في فتح القدير. وأراد بما لم يره ما لم يره وقت العقد ولا قبله، والمراد بالرؤية العلم بالمقصود من باب عموم المجاز فصارت الرؤية من أفرا المعنى المجاز ليشمل ما إذا كان المبيع مما يعرف بالشم كالمسك وما اشتراه بعد رؤيته فوجده متغيرا وما اشتراه الاعمى. وفي القنية: اشتى ما يذاق فذاقه ليلا ولم يره سقط خياره. قوله: (وله أن يرده إذا رآه وإن رضي قبله) أي للمشتري رده وإن قال رضيت قبل العلم به. وأعاد الضمير مذكرا للمعنى لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها. وأورد طلب الفرق بين الفسخ والاجازة قبلها فإنها غير لازمة وهو لازم مع استوائهما في التعلق بالشرط. والجواب أن للفسخ سببا آخر وهو عدم لزوم هذا العقد،

وما كان ليس بلازم فللمشتري فسخه ولم يثبت لها سبب آخر فبقيت على العدم. ومنعه في فتح القدير بأنا لا نسلم أنه قبلها غير لازم بل نقوانه بات، وإنما يحصل له عدم للزوم عندها فقبلها يثبت حكم السبب وهو اللزوم اهـ. وهو مردود لان اللازم ما لا يقبل الفسخ من أحدهما بدون رضا الآخر وهذا يقبله إذا رآه. وفي المحيط: قيل لا يملك فسخه قبلها وقيل يملكه وهو الاصح لان الفسخ كما يملك بالخيار يملك بسبب عدم لزوم البيع كالعارية والوديعة والوكالة والشركة وعدم اللزوم ثابت بسبب جهالة المبيع. واختلفوا هل هو مطلق أو موقت؟ فقيل موقت بوقت إمكان الفسخ بعدها حتى لو تمكن منه ولم يفسخ سقط خياره وإن لم توجد الاجازة صريحا ولا دلالة. وقيل: يثبت الخيار له مطلقا نص عليه في نوادر ابن رستم. وذكر

***

[٤٤]

محمد في الاصل وهو الصحيح لاطلاق النصف والعبرة لعين النص لا لمعناه اهـ. وحاصله أنه غير لازم قبل الرؤية بسبب جهالة المبيع وإذا رآه حدث له سبب آخر بعد لزومه وهو الرؤية ولا مانع من اجتماع الاسباب على مسبب واحد. ثم اعلم أنه لا يملك فسخة إلا بعلم البائع، وقيد بخيار الرؤية لانه لو قال وله خيار العيب رضيت به قبل أن يراه ثم رآه فلا خيار له لان سبب الخيار فيه العيب وهموجود قبل العلم بخلافه هنا فافترقا، كذا في المعراج. وفي إيضاح الاصلاح: ولمشتريه الخيار عنده إلى أن يوجد مبطله، وإن قال رضيت قبلها لم يقل وإن رضي قبلها لما فيه من إيهام تحقق الرضا قبلها وفساده ظاهره اهـ. ويرد عليه البيع بشرط البراءة من العيوب فإنه صحيح وقالوا: إنه رضي بجميع عيوبه الظاهرة والباطنة مع أنه لم يطلع عليها حتى لو اطلع على عيب باطني لا يعلمه إلا الاطباء لا يملك رده فجاز تحقق الرضا قبل العلم والرؤية. وفي جامع الفصولين: خيار الرؤية وخيار العيب لا يثبتان في البيع الفاسد. وفي المحيط: اشترى راوية ماء فله الخيار إذا رآه لان بعض الماء أطيب من بعض اهـ. فعلى هذا له رد الماء بعد صبفي الحب حيث لم يره قبله أي الزير ولكن سيأتي أن البائع إذا حمله إلى منزل المشتري امتنع رده إلا إذا حمله إليه. وفي حيل الولواجية: رجل باع ضيعة لم يرها المشتري فأراد أن يبيعها على وجه لا يكون له خيار الرؤية فالحيلة أن يقر بثوب لانسان ثم يبيع الثوب مع الضيعة، ثم المقر له يستحق الثوب المقربه فيبطل خيار المشتري لانه اشترى شيئين صفقة واحدة وقد استحق أحدهما فليس له أن يرد الباقي بخيار الرؤية لان فيه تفريق الصفقة على البائع اهـ. قوله: (ولا خيار لمباع ما لم يره) وهو قول الامام المرجوع

***

[٤٥]

إليه لانه معلق بالشراء فلا يثبت دونه، وروي أن عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه باع أرضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة إنك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان إنك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة، كذا في الهداية. وهذا الاثر رواه الطحاوي ثم البيهقي. فائدة: ذكر شيخ الاسلام ابن حجر في تقريب التهذيب جبير بن طعم بن عدي بن نوفل بن عبد مناف القرشي النوفلي صحابي عارف بالانساب، مات سنة ثمان أو سبع وخمسين. ومراده البيع بثمن، أما إذا باع سلعة بسلعة ولم ير كل منهما ما يحصل له من العوض كان لكل واحد منهما الخيار لان كل واحد منها مشتر للعوض الذي يحصل له، كذا في السراج الوهاج. وفي جامع الفصولي: يثبت الخيار للبائع في الثمن لو عينا والكيلي والوزني إذا كانا عينا فهما كسائر الاعيان وكذا التبر من الذه بو الفضة والاواني ولا يثبت خيار الرؤية فيما ملك دينا في الذمة كالسلم والدراهم والدنانير عينا كان أو دينا، والكيلي والوزني لو لم يكونا عينا فهما كنقدين لا يثبت فيهما خيار الرؤية إذا قبضا اهـ. وفي الظهيرية: لو اشترى جارية بعبد وألف فتقابضا ثم رد بائع الجارية العبد بخيار الرؤية لم ينتقض البيع في الجارية بحصة الالف. وفي المحيط: باع عينا بعين لم يرها وبدين ثم رآها فردها ينتقض البيع في حصة العين ولا ينتقض في حصة الدين لانه لا خيار في حصته اهـ. قوله: (ويبطل بما يبطل به خيار الشرط) أي للمشتري يعني من صريح ودلالة وضرورة فما يفعل للامتحان لا يبطلهما إن لم يتكرر، فإن تكرر أبطلهما كالاستخدام مرة ثانية وما لا يفعل للامتحان ولا يحل في غير الملك، فإن كان ذلك التصرف لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير أو تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق أو بشرط خيار للمشتري والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار، وإن كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشر الخيار للبائع والمساومة والهبة من غير تسليم لا

يبطل قبل الرؤية لانه لا يربو علصريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا ويرد عليه طلب الشفعة فإنه مسقلخيار الشرط دون خيار الرؤية هو المختار كما في الولواجية لانه دليل
***
[٤٦]
الرضا وصريحه لا يبطله فدلالته أولى كالعرض على البيع وأخواته، وهذا هو العذر للمؤلف لانه قدم أن صريح الرضا لا يبطله قبلها، ولا يرد أن على صاحب الهداية لانه قال من تعيب وتصرف كما في العناية لكن يرد عليه الاسكان بغير أجر فإنه مبطل لخيار الشرط فقط مع أنه تصرف ويرد عليه الزيادة فإنها تبطلهما. والحاصل أن كلا من العبارتين لم يسلم من الايراد فيرد على صاحب الكنز الاخذ بالشفعة والعرض على البيع والبيع بخيار والاجارة والاسكان بلا أجر فإنها تبطل خيار الشرط دون الرؤية، وهذه لا ترد على صاحب الهداية إلا الاسكان فإنه تصرف ولكن يرد عليه ما في جامع الفصولين: لو أسكن المشتري في الدار رجلا بلا أجر سقط خيار الشرط كما لو أسكن بأجر، وفي خيار الرؤية لا يسقط إلا إن أسكنه بأجر اه. ولم يقيد بكونه قبل الرؤية ويرد على الكلية أيضا الرضا به قبل الرؤية لا يبطله ويبطل خيار الشرط، وأما العرض على البيع فقدمنا أنه لا يبطله قبله ويبطله بعدها والقبض أو نقد الثمن بعد الرؤية مسقط له. شراه وحمله البائع إلى بيت المشتري فرآه ليس له الرد لانه لو رده يحتاج إلى الحمل فيصير هذا كعيب حدث عند المشتري ومؤنة رد المبيع بعيب أو بخيار شرط أو رؤية على المشتري. ولو شرى متاعا وحمله إلى موضع فله رده بعيب أو رؤية لو رده إلى موضع العقد وإلا فلا. ولو شرى أرضا لم يرها فزرعها أكاره بطل خياره، وكذا لو قال الاكار رضيت وتصرف اشترى في المبيع يسقط خياره إلا في الاعارة فإنه لو أعار الارض قبل أن يراها ليزرعها المستعير لا يسقط خياره قبل الزراعة، كذا في جامع الفصولين. وذكر قبله: شرى شاة لم يرها فقال للبائع أحلب لبنها فتصدق به أو صبه على الارض ففعل بطل خياره في الشاة لقبض اللبن، ولو تصرف المشتري وسقط خياره ثم عاد إلى ملكه بسبب كالرد بقضاء أو فك الرهن أو فسخت الاجارة لم يرد بخيار الرؤية لانه بطل فلا يعود، كذا في المعراج: وفي القنية: اشترى قوصرة سكر لم يره ثم أخرجه من القوصرة وغربله فلم يعجبه سقط خياره. ثم رقم أن خياره باق وقدمنا مسألة ما إذا حمله المشتري إلى بلد آخر وأنه لا يرده إلا إذا أعاده إلى مكان العقد. - زاد في القنية - سواء ازدادت قيمته بالحمل أو انتقص.
***
[٤٧]
وفي القنية أيضا: المشتري مضمون على المشتري بعد الرد بالثمن كما لو كان له خيار الشرط، وكذا الرد بالعيب بقضاء، وفي إيضاح الاصلاح: ومعنى بطلانه قبل الرؤية خروجه عن صلاحية أن يثبت له الخيار عندهما اه. وبه اندفع ما يقال كيف قالوا ببطلان الخيار قبلها مع أنه معلق بها كما قدمناه. وفي الظهيرية: لو اشترى عبدين فقتل أحد العبدين إنسان خطأ قبل القبض فأخذ المشتري قيمته من قاتله لا يبطل خياره في الآخر، والوطئ والولادة تبطل الخيار وإن مات الولد. عن عيسى بن أبان: إذا زوج المشتري الجارية قبل القبض ثم رآها قبل دخول الزوج فله الرد، والمهر يصلح بدلا عن عيب التزويج، وإن كان أرش العيب أكثر من المهر قيل يغرم الباقي وهو الصحيح. ولو عرض بعض المبيع على البيع أو قال رضيت ببعضه بعد ما رآه فالخيار بحاله في رواية المعلى عن أبي يوسف. وقال محمد: بطل خياره وهو قول أبي حنيفة. ولو اشترى شيئين ورأهما ثم قبض أحدهما فهو رضا. رواه ابن رستم عن أبي حنيفة. ورؤية أحدهما لا تكون كرؤيتهما إلا إذا قبض الذ رآه وأتلفه فحينئذ يلزمه وفيه خلاف أبي يوسف اه. وفي المحيط: اشترى عدل ثياب فلبس واحدا منهم بطل خياره في الكل. ثم اعلم أن من له الخيار يملك الفس إلا ثلاثة لا يملكونه: الوكيل والوصي والعبد المأذون إذا اشتروا شيأ ناقل من قيمته فإنهم لا يملكونه إذا كان خيار عيب ويملكونه إذا كان خيار رؤية أو شرط كما سيأتي في خيار العيب. ثم علم أن قوله يبطل بما يبطل به خيار الشرط غير منعكس فلا يقال ما لا يبطل خيار الشرط لا يبطل خيار الرؤية لانتفاضه بالقبض بعد الرؤية فإنه مبطل خيار الرؤية والعيب لا خيار الشرط، وهلاك بعض المبيع لا يبطل خيار الشر والعيب ويبطل خيار الرؤية، ذكرهما في التلقيح للمحبوبي. قوله: (وكفت رؤية وجه الصبرة والرقيق والدابة وكفلها وظاهر الثوب المطوى وداخل الدار) لان الاصل فيه أن رؤية جميع المبيع غيره شروط لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود، فرؤية وجه الصبرة معرفة للبقية لكونه مكيلا يعرض بالنموذج وهو المكيلات والموزونات فيكتفي برؤية بعضه إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار أي خيار العيب لا خيار

الرؤية كما في الينابيع وظاهر ما في الكافي أنه خيار رؤية، والتحقيق أنه في بعض الصور خيار عيب وهو ما إذا كان اختلاف الباقي يوصله إلى حد العيب، وخيار
***
[٤٨]
رؤية إذا كان الاختلاف لا يوصله إلى اسم العيب بل الدون، وقد يجتمعان فيما إذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكر البائع به عيبا ثم أراه المبيع في الحال - كذا في فتح القدير - بخلاف ما إذا كانت آحاده متفاوتة كالثياب والدواب فلا بد من رؤية كل واحد. والجوز والبيض مما يتفاوت آحاده فيما ذكر الكرخي، قال في الهداية: وينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة. وصرح به في المحيط وفي المجرد وهو الاصح، ثم السقوط برؤية البعض في المكيل إذا كان في وعاء واحد، أما إذا كان في وعاءين أو أكثر اختلفوا فمشايخ العراق على أن رؤية أحدهما كرؤية الكل ومشايخ بلخ لا يكفي بلا بد من رؤية كل وعاء والصحيح أنه يبطل برؤية البعض لانه يعرف الباقي. هذا إذا ظهر له أن ما في الوعاء الآخر مثله أو أجود، أما إذا كان أردأ فهو على خياره وأما إذا كان متفاوت الآحاد كالبطاطيخ والرمان فلا تكفي رؤية البعض في سقوخياره ولو قال رضيت وأسقطت خياري. وفي شراء الرحا لا بد من رؤية الكل، وكذا السراج بأداته ولبده لا بد من رؤية الكل، كذا في فتح القدير. وإنما ذكر الرقيق ولم يذكر الجارية ليشمل العبد كما في المعراج من أن المعتبر فيهما النظر إلى الوجه ولا اعتبار برؤية ما عداه من الأعضاء، ولا يشترط رؤية الكفين واللسان والأسنان والشعر عندنا، وعن الشافعي اشتراطه، وفي المصباح: إلا نموذج بضم الهمزة ما يدل على صفة الشئ وهو معرب، وفي لغة نموذج بفتح النون والذال معجمه مفتوحة مطلقا. وقال الصغاني: النموذج مثال الشئ الذي يعمل عليه وهو تعريب نموذجه. وقال: الصواب النموذج لانه لا تغيير فيه بزيادة اه. وقوله والدابة بالجر عطف على الصرة أي وكفت رؤية وجه الدابة وكفلها لأنه هو المقصود، وظاهره انه لا يشترط رؤية القوائم وهو المروي عن أبي يوسف وهو الصحيح، كذا في المعراج. وقيل: يشترط وخص من إطلاق الدابة الشاه فلا بد من الجنس في شاة اللحم لكونه هو المقصود وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع، وشاة القنية هي التي تحبس في البيوت لاجل النتائج. أقتنيته اتخذته لنفسي قنية أي أخذ المال للنسل لا للتجارة. وفي المجتبى معزيا إلى المحيط عن أبي حنيفة في البرذون والحمار والبغل يكفي أن يرى شيأ منه إلا الحافر والذنب والناصية، كذا في المعراج وفي الظهيرية، وفي شاة القنية لا بد من النظر إلى ضرعها وسائر جسدها اه. فليحفظ فإن في بعض العبارات ما يوهم الاقتصاد
***
[٤٩]
على رؤية ضرعها. والكفل بفتحتين العجز، كذا في المصباح. وأما الثوب فاكتفى المصنف برؤية ظاهرة مطويا لان البادئ يعرف ما في الطي فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتسكره ونقصان قيمته وبذلك ينقص ثمنه عليه إلا أن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كليهما أو يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم. ثم قيل هذا في عرفهم أما في عرفنا فما لم ير الباطن لا يسقط خياره لانها استقر اختلاف الباطن - والظاهر في الثياب وهو قول زفر: وفي المبسوط الجواب على ما قال زفر وفي الظهيرية رؤية الظهارة تكفي إلا أن تكون البطانة مقصودة بأن كانت بسمور أو نحوه فتعتبر رؤية اه. وأما الدار فظاهر الرواية أنه إذا رأى خارجها أو رأى أشجار البستان من خارج فإنه يكتفي به. وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت. والاصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ، فأما اليوم فلا بد من الدخول داخل الدار للتفاوت، فالنظر إلى ظاهر لا يوقع العلم بالداخل، وفي جامع الفصولين وبه يفتى. فالحاصل أن المؤلف رحمه الله تعالى اختار قول زفر في الدار وكان ينبغي له اختياره في الثوب فإن المختار قوله فيهما. وشرط بعضهم رؤية العلو والمطبخ والمزبلة وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديار مصر والشام. ولم يذكر المصنف بقية أنواع المبيعات ولا بد من ذكرها قالوا: لا بد في البستان من رؤية ظاهره وباطنه، وفي الكرم لا بد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيئا، وفي الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض، ولو اشترى دهنا في زجاجة فرؤيتة من خارج الزجاجة لا تكفي حتى يصبه في كفه عند أبي حنيفة لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل. وفي التحفة: لو نظر المرآة فرأى المبيع قالوا: الا يسقط خياره لانه ما رأى عينه بل رأى مثاله. ولو اشترى سمكا في ماء أخذه من غير اصطياد فرآه في الماء قال بعضهم: يسقط خياره لانه رأى عين المبيع. وقال بعضهم:

لا يسقط. وهو الصحيح لان المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى أكبر مما كان فهذه الرؤية لا تعرف المبيع وان كان المبيع مميطعم فلا بد من الذوق لانه المعرف المقصود، وإن كان مما يشم فلا بد من شمه كالمسك. وفي الولواجية: اشترى نافجه مسك فأخرج المسك منها ليس له الرد بخيار الرؤية ولا بخيار العيب لان الاخراج يدخل عليه عيبا ظاهرا حتى لو لم يدخل كان أن يرد بخيار العيب والرؤية جميعا اه. وفي جامع الفصولين: اشترى دارا واستثنى منه بيتا معنيا لا بد من رؤية المستثنى فكما يشترط رؤية المبيع لسقوط الخيار يشترط رؤية المستثنى لان وصف المستثنى توجب جهاله في المستثنى منه اه. وقدمنا عن الخانية حكم ما إذا اشترى مغيبا في الارض. وفي الظهيرية وفي الثمار على رؤوس الاشجار يعتبر رؤية جميعها بخلاف الموضوعة على الارض، وفي تراب المعدن وتراب الصواغين يعتبر رؤية ما يخرج منه، ورؤية

***

[٥٠]

أحد المصارعين أو أحد الخفين أو أحد النعلين لا يكفي ولا يكفي أن يرى ظاهرا لنفسه ما لم يروجهها وموضوالشئ منها وما كان له وجهان مختلفان تعتبر رؤيتهما اه. وفي المعراج: وفي البساط لا بد من رؤية جميعه، ولو نظر إلى ظهور المكاعب لا يبطل خياره، ولو نظر إلى وجهها دون الصرم يبطل. قلت: وينبغي أن يشترط رؤية الصرم في زماننا لتفاوته وكونه مقصودا. وفي الوسادة المحشوة لو رأى ظاهرها فإن كانت محشوة مما يحشى مثلها يبطل خياره، وإن كان مما لا يحشى مثلها فله الخيار اه. وفي المحيط: الاصل أن غير المرئي إن كان تبعا للمرئي فلا خيار له في غير المرئي، وإن كان غير المرئي أصلا فإن كان رؤية ما رأى لم تعرفه حال رؤيته بقي خياره وإن كانت تعرفه بطل اه. قوله: (ونظر وكيله بالقبض كنظره لا نظر رسوله) أي بأن قبض الوكيل وهو ينظر إليه، كذا في البدائع. وهذا عند أبي حنيفة. وقالا هما سواء وله الرد لانه توكل بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا. أو له أن القبض نوعان: تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه مستورا، وهذا لان تمامه بتمام الصفقة، ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لا طلاق توكيله. وإذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك إسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف. ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فإنه لا يسقط بقبضه فإن الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا يملكه وكيله، وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وإنما إليه تبليغ الرسالة ولهذا الا يملك القبض إذا كان رسولا في البيع. قيد الوكيل بالقبض لانه لو كان وكيلا بالشراء فرؤيته مسقطه للخيار بالاجماع، كذا في الهداية ثم اعلم أنهم جعلوا الوكيل بالقبض كالرسول في مسائل منها لا يصح إبراؤه بخلاف الوكيل بالبيع، ومنها لا رجوع عليه بالثمن إذا رد المبيع بعيب بعد ما دفع إلى الموكل بخلاف الوكيل بالبيع، ومنها لو حلف لا يقبض فوكل به حنث بخلاف لا يبيع فوكل لا يحنث، ومنها تصح كفالة الوكيل بقبض الثمن المشتري بخلاف الوكيل بالبيع، ومنها قبول شهادة الوكيل بقبض الدين به، وستأتي المسائل في كتاب الوكالة تماما إن شاء الله تعالى. وبهذا يترجح قولهما هنا أنه بمنزله الرسول ورؤية الرسول بالشراء تسقط الخيار، كذا في المحيط. وفي المعراج: قيل الفرق بين الرسول والوكيل أن الوكيل لا يضيف العقد إلى الموكل والرسول لا يستغنى عن إضافته إلى المرسل وإليه الاشارة في قوله تعالى: * (يا أيها الرسول بلغ) * [المائدة: ٧٦] وقوله تعالى * (وما أنت عليهم بوكيل) * [الانعام: ٧٠١] * (قل لست عليكم بوكيل) * [الانعام: ٦٦] نفي

***

[٥١]

الوكالة وأثبت الرسالة. وفي الفوائد: صورة التوكيل أن يقول المشتري لغيره كن وكيلا في قبض المبيع أو وكلتك بقبضة، وصورة الرسول أن يقول كن رسولا عني في قبضة أو أمرتك بقبضة أو أرسلتك لتقبضه، أو قال قل لفلان أن يدفع المبيع اليك. وقيل لا فرق بين الرسول والوكيل في فصل الامر بأن قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار اه. ونقص قول الامام أن الوكيل كالموكل بمسألتين لم يقم الوكيل مقام الموكل فيهما: أحدهما أن الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار والموكل لو رأى ولم يقبض سقط خياره. والثانية لو قبضه الموكل مستورا ثم رآه ثم بعد القبض فأبطل الخيار بطل، والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل. وأجيب بأن سقوط الخيار بقبض الوكيل إنما يثبت ضمنا لتمام قبضه بسبب ولايته بالولة وليس هذا ثابتا في مجرد رؤيتة قبل القبض ونقول: بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره إذا رآه إنما يتأتي على القول بأن مجرد مضي ما يتمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحيح، وبعين الجواب

الاول يقع الفرق في المسألة الثانية، كذا في فتح القدير. وفي الظهيرية: ولا يجوز التوكيل بإسقاط خيار الرؤية اه. وفي جامع الفصولين: والتوكيل بالرؤية مقصودا لا يصح ولا تصير رؤيته كرؤية موكله حتى لو شرى شيئا لم يره فوكل رجلا برؤيته وقال إن رضيته نخذه لم يجز، والوكيل بالشراء لو شرى ما رآه موكله ولم يعلم به الوكيل فله خيار الرؤية ولو لم بره، وهذا فيما إذا وكله بشراء شئ لا بعينه، ففي المعين ليس للوكيل خيار الرؤية. وكله بشراء قن بلا عينه فشرى قنا رآه الوكيل فليس له ولا لموكله خيار
***
[٥٢]
الرؤية وكذا خيار العيب اه. وإنما لم يصح التوكيل بالرؤية لانها من المباحات يملكها كل واحد فلا تتوقف على توكيله. وفي المحيط، ولو وكل رجبالنظر إلى ما اشتراه ولم يره إن رضي يلزم العقد، وإن لم يرض يفسخه يصح التوكيل فيقوم نظره مقام نظر الموكل لانه جعل الرأي والنظر إليه فيصح كما لو فوض الفسخ والاجازة إليه في البيع بشرط الخيار اه. وهو مخصص لا طلاق قولهم لا يصح التوكيل بالرؤية مقصودا فيقال إلا إذا فوض إليه الفسخ والاجازة. قوله: (وصح عقد الاعمى) أي بيعه وشراؤه وسائر عقوده لانه مكلف محتاج إليها فصار كالبصير، ولتعامل الناس له من غير نكير فصار بمنزله الاجماع وبه قال الائمة الثلاثة وقد كتبت في الفوائد أن الاعمى كالبصير إلا في مسائل: لا جهاد عليه ولا جمعه ولا جماعه ولا حج وإن وجد قائدا في الكل، ولا يصلح كونه شاهدا ولو فيما تقبل فيه الشهادة بالتسامح على المذاهب. ولادية في عينيه وإنما الواجب حكومة عدل، وكره أذانه وحده وإمامته إلا أن يكون أعلم القوم، ولا يجوز إعتاقه عن الكفارات ولا كونه إماما أعظم ولا قاضيا، ويكره ذبحه ولم أر حكم صيده ورميه واجتهاده في القبلة قوله: (وسقط خياره إذا اشترى بجبس المبيع وشمه وذوقه وفي العقار بوصفه) لان هذه الاشياء تفيد العلم لمن استعملها على ما بينا في البصير. والمراد بسقوطه سقوطه إذا وجدت هذه الاشياء قبل الشراء ثم اشترى، وأما إذا اشترى قبل هذه فهذه مثبته للخيار له لا لانها مسقطة ويمتد ألى أن يوجد منه ما يدل على الرضا من قول أو فعل في الصحيح. وعبارة الولواجية أن هذه الاشياء منه بمنزله النظر من البصير. وقوله بجبس المبيع معناه أن كان مما يجبس وشمه إن كان مما يشم كالمسك والذوق فيما يذاق باللسان، وأما إذا اشترى عقارا فرؤيته بوصفه له في جامع الفتاوى هو أن يوقف في مكان لو كان بصير الرآه ثم يذكر صفته، ولا يخفى أن إيقافه في ذلك المكان ليس شرطا في صحة الوصف وسقوط الخيار به ولذا لم يذكره في المبسوط، واكتفى بذكر الوصف لانه أقيم مقام الرؤية في السلم. وممن أنكره الكرخي وقال: وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء في أنه لا يستفيد بذلك علما، كذا في فتح القدير. وظاهر ما في الكتاب أن الوصف إنما يكتفي به العقار وأن غيره لا يوصف له. وعن أبي يوسف اعتبار الوصف في غير العقار أيضا أنه لا شرط مع الوصف في العقار. وقال مشايخ بلخ: يمس الحيطان والاشجار. وظاهر أيضا أن الجس فيما عداما يشم ويذاق والعقار. واستثنى منه في فتح
***
[٥٣]
القدير الثمر على رؤوس الاشجار أنه يعتبر فيه الوصف لانه لا يمكن جسه. ولا بد في الوصف للاعمى من كون الموصوف على ما وصف له ليكون في حقه بمنزله الرؤية في حق البصير، كذا في البدائع. والحاصل كما في المعراج أن الخيار ثابت للاعمى لجهله بصفات المبيع فإذا زال ذلك بأي وجه كان سقط خياره ولذا قال في الكامل عن محمد: يعتبر اللمس في الثياب والحنطة، وحكي أن أعمى اشترى أيضا فقال قودوني إليها فقادوه فجعل عن محمد: يمس الارض حتى انتهى إلى موضع منها فقال أموضع كدس هذا. قالوا لا فقال: هذه الارض لا تصلح لانها لا تكسو نفسها فكيف تكسوني وكان كما قال فإذا كان هذا الاعمى بهذه الصفة فرضى بها بعدما مسها سقط خياره اه. وقال الحسن: يوكل الاعمى وكيلا بقبضه وهو يسقط خياره. وقال في الهداية، وهذا أشبه بقول أبي حنيفة حيث جعل رؤية الوكيل رؤية الموكل، ولو وصف للاعمى ثم أبصر فلا خيار له لانه قد سقط فلا يعود إلا بسبب جديد، ولو اشترى البصير ثم عمي انتقل الخيار إلى الوصف وفي المصباح: جسه بيده جسا من باب قتل واجتسه ليتعرفه اه. وظاهر كلام المصنف أن الجس يكتفي به في الرقيق والثياب والدواب وشاة القنية وكل شئ يمكن جسه. وفي الاصل وجس الاعمى في المتاع والمنقولات مثل نظر البصير لان التقليب والجس مما يعرف بعض أوصاف المبيع من اللين والخشونة وإن كان مما لا يعرف الجميع فيقام مقام النظر حالة العجز كما تقام الاشارة من الاخرس مقام النطق للعجز، كذا في المحيط. وهل يجبس الموضع الذي يراه البصير فيجس من الرقيق

وجهه ومن الحيوان الوجه والكفل حتى لو مس غيرهما لا يكتفي به؟ لم أره والظاهر اشتراطه.

***

[٥٤]

قوله: (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فله ردهما) لان رؤية أحدهما لا تكورؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده، وحده كي لا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد من الرد بغير قضاء ولا رضا فيكون فسخا من الاصل. وفي النهاية: الصفقة العقد الذي تناهى في موجه ولذا قال عمر رضي الله تعالى عنه: البيع إما صفقه أو خيار أي إما يتناهى في اللزوم أو غير لازم بأن كان فيه خيار، وورد النهي عن تفريق الصفقة. وإنما قدم على حديث خيار الرؤية لان حديث النهي محكم وحديث خيار الرؤية خص منه ما إذا تعيب أو أعتقه أو باعه أو لانه محرم وذلك مبيح أو لكونه متأخر لئلا يلزم تكرار النسخ اه. وتعقب الاولى بأنه أيضا مخصوص بما قبل التمام وما أجاب به العناية من أنه إنما قيد به بالقياس على ابتداء الصفقة غير دافع كما لا يخفى. وفي المصباح: الصفقة العقد وكان العرب إذا وجب البيع ضرب بيده على يد صاحبه اه. والاولى ما في فتح القدير من أنا عملنا بالحديثين. غاية الامر أنا شرطنا أن يردهما جميعا عملا بحديث الصفقة جمعا بينهما. والحاصل أنه ليس له رد البعض وإمساك البعض في خيار الرؤية والشرط قبل القبض وبعده لكونه تفريقا قبل التمام لكونه مانعا من التمام في الرؤية ومن الابتداء في الشرط، وله ذلك في خيار العيب بعد القبض لتمامها، والخيار مانع من اللزوم فقط لا قبله لكون القبض من تمامها. وأما إذا استحق البعض، فإن كان المبيع واحدا فله الخيار مطلقا قبل القبض وبعده وإن كان متعددا فإن كان قيميا وقبض البعض ولم يقبض البعض فاستحق البعض له لتفرقها قبل التمام، ولو كان مثليا فاستحق بعضه فإن كان قبل القبض خير وإلا فلا. واستفيد من كلام المؤلف أنه لو رآهما فرضي بأحدهما أنه لا يرد الآخر لما ذكرنا. والحاصل أنه إذا استحق بعض المبيع، فإن كان قبل قبض الكل أو البعض تخير مطلقا متعددا أو واحدا مثليا أو قيميا، وإن كان بعد قبض جميعه فلا خيار في الكل، إلا في قيمي واحد استحق بعضه فإنه يتخير. وفي خيار العيب إذا اطلع على عيب بالبعض، فإن كان بعد القبض رد المعيب وحده إلا في قيمتي واحد فيرد الكل وإن كان قلبه يرد الكل وفي خيار الشرط والرؤية لا يرد إلا لكل قبل القبض وبعده (تنبيه) وقع في الهداية أن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل

***

[٥٥]

القبض وبعده فحمله بعض الشارحين على ما إذا قبضه مستورا، أما إذا قبضه مكشوفا فابطل خياره. ورده في المعراج بأن الخيار يبقى إلى أن يوجد ما يطلبه وأقره في البناية عليه. قوله: (ولا يورث نخياالشرط) لانه ثابت بالنص للعاقد وهو ليس بعاقد ولانه وصف فلا يجري فيه إلا رثكما قدمناه بخلاف خيار العيب والتعيين وقد أسلفناه قوله: (ومن اشترى ما رآى خيران تغير والا لا) أي إن لم يتغير لا يخير لان العلم بالاوصاف حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معملة بأوصافه فكأنه لم يره. وأطلق قوله وإلا لا وهو مقيد بشيئتين: الاولى أن يعلم أنه مرئية وقت الشراء فلو يعلم به له الخيار ولعدم الرضابة كما في الهداية. الثاني أن تكون الرؤية السابقة لقصد الشراء فلورآه لا لقصد الشراء ثم اشتراه فله الخيار كما في الظهيرية معبرا عنه بقيل ووجهه ظاهر لانه إذا رأى لا لقصد الشراء لا يتأمل كل التأمل فلم تقع معرفة. وفيها لو رأى ثوبين ثم اشتراهما بثمن متفاوت ملفوفين فله الخيار لانه ربما يكون إلاردأ بأكثر الثمنين وهو لا يعلم، ولو رأى ثيابا فرفع البائع بعضها ثم اشترى الباقي ولا يعرف الباقي فله الخيار اه. وفي المحيط: ولو سمي لكل واحد عشرة فلا خيار له لان الثمن لما لم يختلف استويا في الاوصاف. ولو قال المصنف ومن اشترى ما رأى فلا خيار له إلا إذا تغير لكان أولى لان الاصل فيما رآه عدم الخيار ولذا لو اختلفا فالقول للبائع. وفي الظهيرية: لو اشترى جارية لم يرها فجاء بها البائع متنقبة لا يعرفها المشتري فقبضها فهو قبض، وكذا لو اشترى خفافا فالبسه البائع إياه وهو نائم فقام ومشي وهو لا يعلم فهو قبض وله الخيار في المسألتين إذا لم ينقصه المشي اه. قوله: (وإن اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه) لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر. أطلقة وهو مقيد بما إذا اقتربت المدة لان الظاهر شاهد له، أما إذا بعدت المدة فالقول للمشتري لان الظاهر شاهد له. وفي المبسوط: فإن بعدت المدة بأن رآى جارية شابه ثم اشتراها بعد عشرين سنة وزعم البائع أنها لم نتغير فالقول

للمشتري وبه يفتي الصدر الشهيد والامام ظهير الدين المرغيناني، كذا في الذخيرة. ولم يرد التحديد في تغير كل مبيع ففي الظهيرية: ولو رآى شيئا ثم اشتراه فلا خيار له إلا أن تطول والشهر طويل وما دونه قليل، ولو تغير فله الخيار بكل حال ولا يصدق في دعوى التغير إلا بحجة إلا إذا طالت المدة اه. وفي فتح القدير: جعل الشهر قليلا قوله: (وللمشتري لو في الرؤية) أي القول للمشتري مع يمينه لو قال البائع له رأيت قبل الشراء

***

[٥٦]

وقال المشتري ما رأيت أو قال له رأيت بعد الشراء ثم رضيت فقال رضيت قبل الرؤية، ولذا أطلق في الكتاب لان البائع يدعى أمرا عارضا هو العلم بالصفة والمشتري ينكره فالقول له. وما في فتح القدير من أنه ينبغي أن يكون القول للبائع لان الغالب في البايعات في الاسواق كون المشترين رأوا المبيع، فدعوى البائع رؤية المشتري تمسك بالظاهر لان الغالب هو الظاهر. والمذهب أن القول لمن تمسك بالظاهر لا بالاصل إلا أن يعارضه ظاهر آخر اه. مدفوع بما ذكرناه في قاعدة أن الاصل العدم فراجعها إن شئت. وفي المحيط: لو أراد المشتري أن يرده فأنكر البائع كون المردود مبيعا والقول للمشتري، وكذلك في خيار الشرط لانه انفسخ العقد برده وبقي ملك البائع في يده فيكون القول القابض في تعيين ملكه أمينا كان أو ضمينا كالمودع والغاصب. فلوا اختلفا في الرد بالعيب فالقول للبائع لان العقد لا ينفسخ بفسخ المشتري حتى يلزمه القاضي فبقي المشتري مدعيا حق الفسخ والبائع ينكر فيكون القول له اه. وهذا ما كتبناه في الفوائد أن القول للقابض، إلا في هذه المسألة. وفي الظهيرية في مسألة الاختلاف في التعيين في خيار الشرط للمشتري وكانت السلعة غير مقبوضة فأراد المشتري إجازة العقد في عين يد البائع فقال البائع ما بعتك هذا وقال المشتري بل بعتني هذا لم يذكر محمد هذه الصورة في شئ من الكتب وقالوا: ينبغي أن يكون القول قول البائع كما لو ادعي بيع هذه العين وأنكر البائع البيع أصلا، وأما إذا كان الخيار للبائع والعين غير مقبوضة فإراد البائع الزام البيع في عين وقال المشتري ما اشتريت هذا ذكر أن القول للمشتري اه. والحاصل أن الخلاف إن كان في التعيين مع خيار الشرط والسلعة مقبوضة فالقول للمشتري سواء كان الخيار له أو للبائع، وإن لم تكن مقبوضة فإن كان الخيار للمشتري فالقول للبائع وعكسه فالقول للمشتري، وإذا اختلفا في اشتراط الخيار فالقول لمنكره عندهما، وعنده لمدعيه كما في المجمع لان منكره يدعى لزوم العقد ومدعيه ينكر اللزوم فالقول له وتمامه في شرح المجمع. وفي القنية: اختلفا في شرط الخيار وأقاما البينة فبينة مدعي الخيار أولى وفي البزازية: أقر بقبض المشتري ثم قال لم أر كله لا يصدق اه. قوله: (ولو اشترى عدلا وباع منه ثوبا أو وهب رد بعيب لا بخيار رؤية أو شرط) لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب ولتمامها معه بعد القبض. وترك المصنف قيد

***

[٥٧]

التسليم في الهبة ولا بد منه لانه لا يخرج عن ملكه بها إلا معه ولذا قيدها به في الهداية. والمفعول في كلاممقدر رأى رد ما بقي والمسألة موضوعه فيما إذا كان بعد القبض كما قيده به في الجامع الصغير وإلا لم يصح بيع الثوب قبل قبضة، كذا في العناية. أما قبله فالكل سواء لا تتم الصفقة معه. نعم يقع الفرق بين القبض وعدمه فيما إذا اشترى شيئتين ولم يقبضهما ثم اطلع على عيب بأحدهما فإنه لا يرد المعيب وحده بخلاف ما إذا كان بعد قبضهما، فلو عاد إليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية، كذا ذكره شمس الائمة السرخسي. وعن أبي يوسف: لا يعود بعد سقوطه لخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري، كذا في الهداية بخلاف ما إذا وهب عبده المدين ممن له الدين أو عبده الجاني من ولي الجناية ثم رجع في الهبة حيث يعودان عند أبي يوسف خلافا لمحمد. والعذر لابي يوسف أن حق خيار الرؤية أضعف منها، كذا في الشرح. والعدل المثل والمراد هنا الغرارة التي هي عدل غرارة أخرى على الجمل أو نحوه أو نحوه أي يعادلها وفيها أثواب. وفتح: ما اعتمده القدوري صححه قاضيخان وحقيقة الملحظ تختلف فشمس الائمة لحظ البيع والهبة مانعا زال فيعمل المقتضي وهو خيار الرؤية عمله ولحظ على هذه الرواية مسقطا، وإذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا أوجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها اه. والاوجه عندي ما ذكره شمس الائمة السرخسي. وقوله لان نفس هذا التصرف إلى أخره ممنوع وإنما يدل لو تصرف في جميع المبيع. وإما الكلام هنا فيما إذا تصرف في البعض فحينئذ لو رد الباقي فقط لزم تفرق الصفقة

فكان لزوم تفوقها مانعا من رد الباقي فإذا زال عمل المقتضى علمه وكأنه اختلط عليه بما إذا باع المبيع كله وسقط خياره ثم رد عليه بما هو فسخ فإنه لا يعود خياره كما قدمناه لكن لم يذكروا فيها خلافا والله تعالى أعلم

***

[٥٨]

. باب خيار العيب تقدم وجه ترتيب الخيارات. والاضافة في خيار العيب إضافة الشئ إلى سببه، وأما العيب فهو في اللغة يقال عاب المتاع عيبا من باب سار فهو عائب وعابه صاحبه فهو معيب يتعدى ولا يتعدى. والفاعل من هذا عائب وعياب مبالغة، والاسم العاب والمعاب. وعيبه بالتشديد نسبه إلى العيب واستعمل العيب اسما وجمع على عيوب، كذا في المصباح. وفسره في فتح القدير بما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة. وأما في الشريعة فما سيذكره المصنف من أنه ما أوجب نقصان الثمن عند التجار (تنبيه): كتمان عيب السلعة حرام. وفي البزازية وفي لفتاوى: إذا باع سل عة معيبة عليه البيان وإن لم يبين قال بعض مشايخنا: يفسق وترد شهادته. قال الصدر) ولا نأخذ به اه. وقيده في الخلاصة بأن يعلم به. وفي الظهيرية وفي الحديث:

***

[٥٩]

اشترى عداء بن خالد بن هوذة - بالذال المعجمة وفتح الهاء وسكون الواو - من رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا لا داء فيه ولا غائلة ولا خبثة وهذه الرواية هي الصحيحة، كذا ذكره الطحاوي في شرح مشكل الآثار بإسناده إلى عبد المجيد. قال العداء بن خالد: ألا أقرئك كتابا كتبه لي رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قلت: بلى فأخرج إلي كتابا فإذا فيه بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما اشترى العداء من محمد رسول الله الخ. بهذا تبين أن المشتري كان العداء لا محمد رسول الله. وفي عامة كتب الفقه هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء لكن الصحيح ما قلنا اه. قوله: (من وجد بالمبيع عيبا أخذه بكل الثمن أو رده) لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به. دل كلامه أنه ليس له إمساكه وأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن في مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به، ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره. أطلقه فشمل ما إذا كان به عند البيع أو حدث بعده في يد البائع وما إذا كان فاحشا أو يسيرا، كذا في السراج الوهاج. وفي جامع الفصولين: والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد يرد بفاحش العيب لا بيسيره وفي غيرها يرد بهما والفاحش في المهر ما يخرجه من الجيد إلى الوسط ومن الوسط إلى الردئ، وإنما لا يرد في المهر بيسيره إذا لم يكن كيليا أو وزنيا وأما هما فيرد بيسيره أيضا اه. ولم يتكلم الشارحون على ما إذا رد البعض هل له أن يعطي مثله سليما؟ قال في القنية وفي الذخيرة: اشترى منا من الفانيد فوجد واحدة أو اثنين منها أسود فأبد له البائع أبيض بغير وزن جاز، وفي الثلاث لا يجوز لانها تدخل تحت الوزن ولذا لو اشترى الخبز ووجد خبزا واحدا محترقا فأبدله الخباز لم يجز إلا بالوزن لانه مما يدخل تحت الوزن، فإن خمسة أساتير وعشرة وزن حجر فلا تجوز فيه المجازفة. قال رضي الله تعالى عنه: وعرف به كثير من المسائل وهو أن استبدال شئ بمثله في الرد بالعيب إنما يجوز مجازفة إذا لم يكن لذلك المقدار من ذلك الجنس حجر يوزن به، وإن كان له من جنس آخر حجر فلا ألا ترى أنه جعل الثلاثة من الفانيد موزونة وإن لم يكن ذلك القدر من الخبز موزونا اه. ولا بد للمسألة من قيود: الاول أن يكون العيب عند البائع. الثاني أن لا يعلم به المشتري عند

***

[٦٠]

البيع. الثالث أن لا يعلم به عند القبض وهي في الهداية. الرابع أن لا يتمكن من إزالته بلا مشقة فإن تمكن فلا كإحرام الجارية فإنه بسبيل من تحليلها ونجاسة الثوب، وينبغي حمله على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينقص، كذا في فتح القدير. ولا حاجة إلى قوله ينبغي مع التصحيح. قال في الولوالجية: اشترى ثوبا فوجد فيه دما إن كان إذا غسله من الدم ينقض الثوب كان عيبا لوجود حده وإلا لا يكون عيبا اه. ولو اشترى جبة فوجد فيها فأرة ميتة فهو عيب لوجود حده فإن لبسها حتى نقصها رجع بنقصان العيب لتعذر الرد اه. وقيدها في البزازية بأن يضرها الفتق فإن ضرها يردها وإن لم يضرها لم يردها اه. الخامس أن لا يشترط البراءة منه خصوصا أو من العيوب عموما وسيأتي آخر الباب. السادس أن لا يزول قبل الفسخ فإن زال ليس له الرد مثل بياض العين إذا انجلى والحمى إذا

زالت، كذا في السراج الوهاج. ويستثنى من إطلاقهم مسائل ذكرناها في الفوائد: الاولى بيع صيد بين حلالين ثم أحرما أو أحدهما فوجد به عيبا امتنع رده، وإنما يرجع بالنقصان كما صرحوا به في جنايات الاحرام. الثانية قال في البغية والقنية: لو كان في الدار باب في الطريق الاعظم وبابه في سكة غير نافذة أقام أهلها بينة أنهم أعاروا البائع هذا الطريق فأمر القاضي بسده يخير المشتري إن شاء رده وإن شاء رجع بنقصان ذلك الطريق والتخيير هنا بخلاف سائر العيوب اهـ. الثالثة اشترى الذمي خمرا وقبضها وبه عيب ثم أسلم سقط خيار الرد، كذا في مهر فتح القدير. الرابعة اشترى كفنا للميت ووجد به عيبا لا يرد ولا يرجع بالنقصان إن تبرع به أجنبي ولو وارثا رجع بالنقص إن كان من التركة اهـ. الخامسة اشترى من عبده المأذون المديون المستغرق فوجد به عيبا لا يرده عليه ولا على بائعه إن كان الثمن منقودا وإن لم ينقده المولى وقبض المبيع أولا ووجد به عيبا يرده إن كان الثمن من النقود أو كيليا أو وزنيا بغير عينه لانه يدفع بالرد مطالبة المأذون من نفسه وإن كان عرضا لا يمكن الرد. وفي المحيط: لو اشترى المولى من مكاتبه فوجد به عيبا يرده ولا يرجع ولا يخاصم بائعه لكونه عبده اهـ. السادسة باع نفس العبد من العبد بجارية ثم وجد بها عيبا رد الجارية وأخذ من العبد قيمة نفسه عندهما، وعند محمد يرجع بقيمة الجارية. السابعة باع الوارث من مورثه فمات المشتري وورثه البائع ووجد به عيبا رد إلى الوارث الآخر إن كان وإن لم يكن له سواه لا يرد ولا يرجع بالنقصان، وكذا إذا اشترى لنفسه من ابنه الصغير شيئا وقبضه وأشهد ثم وجد به عيبا يرفع الامر إلى القاضي
***
[٦١]
حتى ينصب عن ابنه خصما يرده عليه ثم يرد الاب لابنه على بائعه، وكذا لو باع الاب من ابنه، وكذا لو باع من وارثه فورثه المشتري ووجد به عيبا يرفع الامر إلى القاضي فينصب خصما فيرده المشتري إليه ويرده القيم إلى الوارث نقده الثمن أو لا في الصحيح. الثامنة اشترى العبد المأذون شيئا وأبرأه البائع عن الثمن لا يرده بالعيب وأن المشتري حرا لو بعد القبض فكذلك، وإن قبله فله الرد لانه امتناع عن القبول، وكذا خيار الشرط. التاسعة لو اصطلحا على أن يدفع البائع شيأ والمبيع للمشتري جاز بخلاف ما لو اصطلحا على أن يدفع المشتري شيأ والجارية للبائع لا لانه ربا. والمسائل المذكورة من الرابعة إلى الثامنة في البزازية. العاشرة اشترى إناء فضة مشارا إليها فوجده رديئا ليس له الرد إلا إذا كان به كسر أو غش، وكذا إذا اشترى جارية فوجدها سوداء تام الخلقة ليس له الرد لان القبح في الجواري ليس بعيب. الحادي عشر قال في المحيط: وصي أو وكيل أو عبد مأذون اشترى شيئا بألف وقيمته ثلاثة آلاف درهم فليس له أن يرده بالعيب لما فيه من الاضرار باليتيم والموكل والمولى، ولو كان في خيار الشرط والرؤية فله الرد لعدم تمام الصفقة اهـ.
قوله: (تنبيهات مهمة) الاولى وجد بالمبيع الذي له حمل ومؤنة عيبا ورده فمؤنة الرد على المشتري. الثاني اشترى عبدا وتقابضا وضمن رجل له عيوبه فاطلع على عيب ورده لا ضمان عليه على قياس قول الامام لانه باطل كضمان العهدة، ولو ضمن له ضمان السرقة أو الحرية فوجده مسروقا أو حرا أو الجنون أو والعمى فوجده كذلك رجع على الضامن بالثمن، ولو مات عنده وقضى بالنقص رجع به على ضامن الثمن، ولو ضمن له حصة ما يجده فيه من العيب جاز عند الامامين إن رد رجع بالثمن كله، وإن تعيب عنده رجع بحصة العيب على الضامكما يرجع على البائع، وإن ضمن ما لحقه من الثمن من عهده هذا البيع كان كذلك عند الامام إن استحق رجع بالثمن. الثالث ادعى عليه عيبا في المبيع فاصطلحا على أن يبذل البائع للمشتري مالا ثم بان أنه لا عيب أو كان لكنه برئ استرد بدل الصلح اهـ.
***
[٦٢]
الرابع اطلع على عيب بالغلام أو الدابة فلم يجد المالك فأطعمه وأمسكه ولم يتصرف فيه بما يدل على الرضا يرده لو حضر ويرجع بالنقصان إن هلك. وفي الحاوي القدسي: أنه إذا أمسكه بعد الاطلاع على العيب مع قدرته على الرد كان رضا وهو غريب، والمعتمد أنه على التراخي. الخامس اطلع على عيب فأعلم القاضي وبرهن على الشراء والعيب فوضعها القاضي عند عدل وماتت عنده ثم حضر البائع، إن كان لم يقض بالرد على الغائب لم يرجع عليه بالثمن، وإن قضى رجع لان للقضاء نفاذا في الاظهر عن أصحابنا. وفي السير: اشترى دابة في دار الاسلام وخرج عليها غازيا واطلع على عيب بغيبة البائع لا يركبها وإن في دار الحرب لانه رضا وإن أمره الامام لكن إذا قضى

بأن الركوب ليس برضا نفذ وأمضاه القاضي الثاني. السادس خاصم البائع في العيب ثم ترك الخصومة زمانا وزعم أن الترك كان لينظر هل هو عيب أم لا؟ له الرد. السابع أقر المشتري بعدما اطلع على عيب أو قبله أن المبيع كان لفلان غير البائع وكذبه فلان له الرد على البائع، وتمام مسائل الاقرار للغير بالمبيع مذكورة في الولوالجية. الثامن عثر على عيب فقال للبائع إن لم أرد إليك اليوم رضيت به قال محمد: القول باطل وله الرد. التاسع قال البائع ركبتها بعد العثور على العيب في حاجتك وقال المشتري بل ركبتها لا ردها عليك فالقول قول المشتري. العاشر اطلع على عيب قبل القبض فقال المشتري للبائع رددته عليك بطل البيع قبل البائع أولا، والكل من البزازية. وفي السراج الوهاج: وإن قال ذلك بعد القبض لم يكن ذلك ردا ما لم يقل البائع قبلت أو رضيت ثم إذا رده برضا البائع كان فسخا في حقهما بيعا في حق غيرهما اه. وإن رده بحكم فهو فسخ عام. وكذا كل عقد ينفسخ، بالرد ويكون المردود مضمونا بما يقابله، كذا لجامع الفصولين. وفي القنية: اشترى حمارا ووجد به عيبا قديما فأراد الرد فصولح بينهما بدينار وأخذه ثم وجد به عيبا قديما آخر فله رده مع الدينار. ثم رقم لآخر أنه يرجع بنقصان العيب وعنه أنه يرده اه. الحادي عشر باع بعيرا فوجده المشتري معيبا فرده فقال له البائع اذهب فتعهده إلى عشرة أيام فإن برئ فلك البعير، وإن هلك فمن مالي لا يكون ردا، كذا في القنية. الثاني عشر المشتري إذا رد المبيع بالعيب فإنه يرجع بالثمن على بائعه إلا في مسألة في القنية: باع عبدا وسلمه ثم وكل وكيلا بقبض الثمن

***

[٦٣]

فأقر الوكيل بقبضه وهلاكه وجحد البائع الموكل برئ المشتري ولا ضمان على الوكيل، فإن وجد المشتري به عيبا رده ولا يرجع بالثمن على البائع لاقرار الوكيل ولا على الوكيل لكونه أمينا وليس بعاقد. والثانية في الفوائد. الثالث عشر قال البائع بعته لك معيبا بهذا العيب وقال المشتري اشتريته سليما فالقول للمشتري ثم رقم أنه ينبغي أن يحكم الثمن يعني إن كان الثمن يسيرا فالقول للبائع وإلا فللمشتري اه. الرابع عشر اشترى حمارا بثلاثة دنانير ذهب ثم أعطاها عوضها دراهم ثم رده بعد شهر بعيب وقد انتقص سعر الدراهم فله أن يطلب من البائع عين الذهب، وبمثله أجاب في الاقالة إلا إذا دفع مكان الذهب حنطة، وهي وما قبلها في القنية. الخامس عشر الموصى له لا يملك الرد بالعيب إلا إذا لم يكن وارث، كذا في الصغرى قوله: (وما أوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب) لان المقصود نقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله وهم التجار أو أرباب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات، كذا في فتح القدير. فلا يقتصر الحكم على التجار. أطلقه فشمل ما إذا كان ينقص العين أولا ينقصها ولا ينقص منافعها بل مجرد النظر إليها كالظفر الاسود الصحيح القوي على العمل، وكما في جارية تركية لا تعرف لسان الترك كما في فتح القدير. وقيد في المعراج الظفر الاسود لكونه عيبا بالاتراك أما في الحبش فلا. وقيد في البزازية عدم معرفة اللسان بأن يعده أهل الخبرة عيبا وقال القاضي في المولد لا يكون عيبا. والتجار بضم التاء مع التشديد جمع تاجر وبكسرها مع التخفيف ولا يكاد يوجد تاء بعدها جيم، كذا في

***

[٦٤]

المصباح. والضابط عند الشافعية أنه يرد بكل ما في المعقود عليه من منقص القيمة أو نقصان يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه. قالوا: وإنما شرطنا فوات غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه. قالوا: وإنما شرطنا فوات غرض صحيح لانه لو بان فوات قطعة يسيرة من فخذه أو ساقه لا رد، ولو قطع من أذن الشاة ما يمنع التضحية ردها وإلا فلا. وشرطنا الغالب لانه لا ترد الامة إذا كانت ثيبا مع أن الثيابة معنى ينقص القيمة لكن ليس الغالب عدم الثيابة، كذا في شرح وجيزهم كما في المعراج وقواعدنا لا تأباه للمتأمل. وفي خزانة الفقه: العيب ما نقص العين أو المنفعة وإلا فإن أعده التجار عيبا كان عيبا وإلا فلا، وهو أحسن مما في الكتاب، وذكرها في التلخيص من باب الاقرار بالعيب من البيوع، وحاصلها أنه أربع لا يرده في مسألتين وتمامه في شرحه للفارسي قوله: (كالاباق) من أبق العبد أبقا من باب تعب وقتل في لغة، والاكثر من باب ضرب إذا هرب من سيده من غير خوف ولا كد. والاباق - بالكسر - اسم منه فهو آبق والجمع إباق مثل كافر وكفار، كذا في المصباح. وفي الجوهرة من بابه قال الثعالي: الآبق الهارب من غير ظلم السيد فإن هرب من الظلم لا يسمى آبقا بل يسمى هاربا فعلى هذا الاباق عيب والهروب ليس بعيب اه. وفي خزانة الفقة: الاباق الاستخفاء عن مولاه تمردا. وفي القاموس إنه من باب ضرب ومنع وسمع اه.

فعلى هذا له أبواب أربعة: الثلاثة وقتل كما في المصبا فسره في القاموس بالذهاب من غير خوف ولا كد عمله أو استخفى ثم ذهب. أطلقه فشمل ما إذا أبق من المولى أو من غيره مستأجرا أو من غيره مستعيرا أو مودعا إلا من غاصب إلى المولى أو غيره إن لم يعرف منزله أو لم يقو على الرجوع إليه، ويرد على إطلاقهم ما إذا أبق من المشتري إلى البائع ولم يختف عنده فإنه ليس بعيب كما في القنية. وشمل ما إذا كان مسيرة سفر أو أقل وما إذا خرج من البلد أو لم يخرج لكن الاشبه أن البلدة إذا كانت
***
[٦٥]
كبيرة كالقاهرة فهو عيب، وإن كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه أهلها وبيوتها لا يكون عيبا كما ذكره الشارح. وشمل الصغير والكبير لكن إذا كان غير مميز لا يكون عيبا والعذر له أنه يسمى ضالا لا آبقا كما في السراج الوهاج، فلذا لم يقيده وسيأتي أنه لا بد من المعاودة عند المشتري واتحاد السبب. وفي البزازية: قال لآخر اشتره لا عيب فيه فاشتراه ثم وجد به عيبا له أن يرده على بائعه، ولو قال اشتر هذا العبد فإنه غير آبق والمسألة بحالها لا يرد بعيب الاباق. وفي الصغرى: قول المشتري ليس به عيب لا يكون إقرارا بانتفاء العيوب، ولو عين فقال ليس بآبق لا يكون إقرارا بانتفائه. شهدا أنه باعه بشرط البراءة من كل عيب أو من الاباق ثم اشتراه الشاهد ووجد به عيبا أو قال إنه آبق له الرد. عبدي هذا آبق فاشتراه وباع من آخر فوجده الثاني آبقا وأراد الرد بإقرار بائعه لا يقبل، وإن قال عند البيع بعته على أنه آبق أو على أنه برئ من إباقه يرده ولو قال إنه برئ من الاباق لا لعدم الاضافة اه. وفي جامع الفصولين: ولو شراه وأبق من عنده وكان أبق عند البائع لا يرجع بنقصان ما دام القن حيا آبقا عند أبي حنيفة، وكذا لو سرق المبيع فعلم بعيبه لا يرجع بنقصه ليس للمشتري أن يطلب البائع بثمنه قبل عود الآبق اه. وفي الصغرى قبل عوده أو موته. وشمل إطلاقه أيضا إباق الثور ولكن فيه ثلاثة أقوال في القنية قيل: إذا أبق الثور من قرية المشتري إلى قرية البائع لا يكون عيبا، وقيل في الغلام عيب، وقيل في الثور عيب نخلع الرسن عيب فهذا أولى، وقيل إن دام فعيب أما المرتان والثلاثة فلا. قال رحمه الله تعالى: والثاني أحسن. وفيها أيضا: اشترى عبدا فأبق ثم وجده ولم يأبق عند بائعه بل أبق عند بائع بائعه ثم فله الرد اه. قوله: (والبول في الفراش من العيوب) أطلقه فشمل الكبير والصغير ويستثنى منه غير المميز فإنه لا يكون عيبا ولا بد من معاودته عند المشتري في حالة واحدة، فإن بال في الصغر عند البائع ثم بعد البلوغ عند المشتري لا يرده لانه في الصغر لضعف المثانة، وبعد البلوغ لداء في باطنه فهو عيب حادث بخلاف ما إذا بال عندهما في الصغر أو في الكبر لاتحاد السبب. وفي الفوائد الظهرية هنا مسألة عجيبة هي أن من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش كان له الرد، ولو تعيب بعيب آخر عند المشتري كان له أن يرجع بنقصان العيب، فإذا رجع به ثم كبر العبد هل للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ؟ لا رواية فيها قال: وكان والدي يقول: ينبغي أن يسترد استدلال بمسئلتين: إحداهما إذا اشترى جارية فوجدها ذات
***
[٦٦]
زوج كان له أن يردها ولو تعيبت بعيب آخر يرجع بالنقصان فإذا رجع ثم أبانها الزوج كان للبائع أن يسترد النقصان. الثانية اشترى عبدا فوجده مريضا له الرد فإذا تعيب بعيب آخر رجع بنقص االعيب، فإذا رجع ثم برئ بالمداواة لا يسترد وإلا استرد، والبلوغ هنا لا بالمداواة فينبغي أن يسترد، كذا في المعراج والنهاية. وفي فتاوي قاضيخان: اشترى جارية وادعى أنها لا تحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت قالوا: إن كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع أن يسترد ذلك. وفيها أيضا: اشترى عبدا فقبضه وحم عنده وكان يحم عند البائع. قال الامام أبو بكر محمد بن الفضل: المسألة محفوظة عن أصحابنا أنه إن حم في الوقت الذي كام يحم عند البائع كان له أن يرده أو في غيره فلا قبل له، فلو اشترى أرضا فنزت عند المشتري وقد كانت تنز عند البائع كان له أن يرد لان سبب النز واحد وهو تسفل الارض وقرب الماء إلا أن يجئ ماء غالب أو كان المشتري رفع من ترابها فيكون النز غير ذلك أو يشتبه فلا يدرى أنه عينه أو غيره قال القاضي الامام يشكل ما في الزيادات اشترى جارية بيضاء احدى العينين ولا يعلم ذلك فانجلى البياض عنده ثم عاد ليس له أن يرد وجعل الثاني غير الاول. ولو اشترى جارية بيضاء إحدى العينين وهو يعلم بذلك فلم يقبضها حتى انجلى ثم عاد عند البائع ليس للمشتري الرد وجعل الثاني عين الاول الذي رضي به إذا كان الثاني عند البائع، ولم يجعله عينه إذا عاد البياض

عند المشتري وقال لا يرده. ثم قال القاضي الامام: كنت أشاور شمس الائمة الحلواني وهو يشاورني فيما كان مشكلا إذا اجتمعنا فشاورته في هذا المسألة فما استفدت منه فرقا، كذا في فتح القدير. فالحاصل ليس له الرد في المسألتين لكن في الاولى لجعله غير الاول إذ لو كان عينه لملك الرد لعدم العلم به، وفي الثانية لجعله عين الاول إذ لو كان غيره لملك الرد لكونه لم يرض به. وفي جامع الفصولين: شراه فوجده يبول في الفراش يضعه القاضي عند عدل ينظر فيه. وفي الواقعات الحسامية: اشترى جارية فوجد في إحدى عينيها بياضا فانجلى البياض ثم عاد فقبض المشتري وهو لا يعلم بذلك ثم علم فله أن يرد، فرق بين هذا وبين ما إذا قبض وفي إحدى عينيها بياض وهو لا يعلم ثم انجلى البياض ثم عاد ليس له أن يرد، والفرأن البياض الثاني غير الاول حقيقة إلا أن في الصورة الاولى الثاني حدث في يد البائع فيوجب الرد، وفي الثانية البياض الثاني حدث في يد المشتري

***

[٦٧]

فلا يوجب الرد اه. وبهذا ظهر أن لا إشكال ولا يحتاج إلى المشاورة نعم على ما نقله في فتح القدير من امتناع الرد في المسألتين مشكل قوله: (والسرقة من العيوب في العبد والجارية) أطلقه فشمل الصغير والكبير إلا الذي لا يميز كما قدمناه في الاباق والبول في الفراش فالثلاثة من غير المميز ليست عيبا. وفسر في المعراج المميز هنا بأن يأكل وحده ويشرب وحده ويستنجي وحده، وقدره بعضهم بخمس سنين كما في المعراج أيضا. ولا بد من المعاودة عند المشتري في حالة واحدة فلا بد من السرقة عندهما في الصغر أو بعد البلوغ، فإن سرق عند البائع في صغره ثم عند المشتري بعد بلوغه لا يرده لحدوث العيب لان في الصغر لقلة المبالاة وفي الكبر لخبث في الباطن ولا بد من أن لا تقطع يده عند المشتري ولذا قال في المحيط: اشترى عبدا فسرق عنده وقد كان سرق عند البائع فقطعت يده بالسرقتين يرجع بربع الثمن لان اليد قطعت بالسرقتين جميعا اه. وفي الظهيرية من المحاضر أن الطراز والنباش وقاطع الطريق كالسارق عيب في العبد. وفي البدائع أن العبد إذا زنى لحد فإنه يكون عيبا. أطلقه فشمل ما إذا سرق من المولى أو من غيره قليلا كان أو كثيرا ويرد عليه مسألتان: الاولى ما إذا سرق من المولى طعاما ليأكله فإنه لا يكون عيبا بخلاف ما إذا سرقه ليبيعه أو سرقه من غير المولى ليأكله فإذا عيب فيهما. وفي البزازية: إذا سرق طعاما لا للاكل بل ليبيعه ونحوه فعيب مطلقا، وظاهره أن الاهداء كالبيع. الثانية ما إذا سرق فلسا أو فلسين فإنه لا يكون عيبا وقد جزم به الشارح، وظاهر ما في المعراج أنها قويلة وأن المذهب الاطلاق وعلى هذا القول ما دون الدرهم كذلك كما ذكره فيه. وفي الظهيرية. وإذا نقب البيت ولم يختلس فهو عيب. وفجام الفصولين: لو سرق بصلا أو بطيخا من الغالين أو فلسا كما تسرق التلامذة لم يكن عيبا، ولو سرق بطيخا من فاليز الاجنبي فهو عيب هو المختار، وإن سرق للادخار فهو عيب مطلقا اه. قوله: (والجنون) لما ذكرنا ولا بد فيه من وجوده عند البائع ثم عند المشتري كذلك كما لا يخفي، سواء اتحدت الحالة أو لا. فلو جن عند البائع فصغره ثم عند المشتري في صغره أو بعد بلوغه فهو عيب لكونه عين الاول لانه عن فساد في الباطن ولا يختلف سببه بالصغر الكبر كما في العيوب الثلاثة، وهذا معنى قوالامام محمد أنه عيب أبدا وليس معناه عدم اشتراط العود في يد المشتري لان الله تعالى قادر على إزالته وإن كان قل ما يزول، كذا في الهداية وهو الصحيح وهو قول الجمهور وهو المذكور في الاصل والجامع

***

[٦٨]

الكبير وبه أخذ الطحاوي، ولكن ميل الحلواني وخواهر زاده إلى ظاهر كلام محمد من عدم اشتراط العود عند المشتري للحديث من جن ساعة لم يفق أبدا. وقال الاسبيجابي: ظاهر الجواب عدم اشتراط المعاودة في يد المشتري، وقيل تشترط وهو الصحيح، وقيل تشترط بلا خلاف بين المشايخ، كذا في عامة الروايات. فالحاصل أن المشايخ اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال، فمنهم من جعله كالاباق والبول في الفراش فلا بد من المعاودة واتحاد السبب وهو قول أبي بكر الاسكاف البلخي كما في غاية البيان معزيا إلى أبي المعين في شرح الجامع الكبير، ومنهم من لم يشترطه نظرا إلى قول محمد في الجامع الصغير أن الجنون عيب لازم أبدا فإذا جن في يد البائع كفى للرد، واختاره الفقيه أبو الليث كما في غاية البيان والحلواني وخواهر زاده كما قدمناه، وعامة المشايخ على اشتراط العود في يد المشتري وإن لم يتحد السبب. واختاره الصدر الشهيد وقاضيخان وصاحب الهداية وصححوه وحكموا بغلط ما عداه. وفي التلويح: الجنون اختلال القوة المميزة بين الاشياء الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب اه. والاخضر اختلال القوة التي بها إدراك الكليات. وبه يعلم تعريف العقل من

أنه القوة التي بها ذلك. ثم اعلم أن الاختلاف لا يخص الجنون فقد نقل في البدائع عن بعض المشايخ أن البول في الفراش والاباق والسرقة والجنون لا يشترط معاودة ذلك في يد المشتري، ووجودها عند البائع يكفي للرد والعامة على خلافه. وفي المحيط: تكلموا في مقدار الجنون قيل ساعة عيب، وقيل أكثر من يوم وليلة، وقيل المطبق دون غيره، كذا في المعراج. والمطبق - بفتح الباء - والاصل إن المعاودة عند المشتري بعد الوجود عند البائع شرط للرد إلا في مسائل: الاولى زنا الجارية. والثانية التولد من الزنا. الثالثة ولادة الجارية عند البائع أو غيره فإنه عيب ترد به على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وإن لم تلد ثانيا عند المشتري لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذي حصل بها لا يزول أبدا وعليه الفتوى. وفي رواية كتاب البيوع لا ترد، كذا في فتح القدير. وفي الصحاح: جن الرجل جنونا وأجنه الله تعالى فهو مجنون ولايقال مجن، وقولهم في المجنون ما أجنه شاذ لا يقاس عليه لانه لا يقال في مضروب ما أضربه ولا في المسلول ما أسله اه. وفي فتح القدير: والحمق

***

[٦٩]

عيب وفسره في المغرب بنقصان العقل قوله: (والبخر والدفر والزنا وولده في الجارية) أي عيبفيها لا في الغلام لان المقصود قد يكون الاستفراش وهذه تخل به. والمقصود من الغلام الاستخدام ولا يخل به إلا إذا كان البخر والدفر فاحشا بأن كان عن داء بحيث يمنعه عن قرب سيده لان الدعاء عيب وأن يكون الزنا عادة له لان اتباعهن يخل بالخدمة وهوأن يتكرر منه الزنا أكثر من مرتين. وأشار بكون الزنا ليس عيبا فيه الدال على القوة إلى أنه لو وجده عنينا فله الرد كما في البناية. والبخر - بالباء المفتوحة والخاء المعجمة المفتوحة الفوقية - من بخر الفم بخرا من باب تعب أنتنت ريحه فالذكر أبخر والانثى بخراء والجمع بخر مثل أحمر وحمراء وحمر، كذا في المصباح. والبخر الذي هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون بفلج بالاسنان فإنه ذلك يزول بتنظيفها، كذا في فتح القدير. وفي المستظرف: يقال إن البخر يحصل من طول انطباق الفم وكل رطب الفم سائل اللعاب سالم منه وفيه كان يقال لا ابتلاك الله ببخر عبد الملك بن مروان ولا بصمم ابن سيرين ولا بعمى حسان. وحكي أن عبد الملك أكل من تفاحة ثم رماها إلى زوجته فتناولت السكين فسألها فقالت: لازيل الاذى عنها فغضب وطلقها. وإنما قيدنا بالخاء الفوقية احترازا عن البجر بالجيم فإنه عيب فيهما وهو انتفاخ ما تحت السرة وبه سمى بعض الناس أبجر، كذا في النهاية. ولا فرق بين الامرد وغيره في البخر من كونه ليس بعيب وهو الصحيح، وقيل الامرد كالجارية، وأما الدفر فهو نتن ريح الابط وهو بالدال المهلمة المفتوحة والفاء المفتوحة يقال دفر الشئ دفرا فهو دافر من باب تعب أنتنت ريحه، وأدفر بالالف لغة والدفر وزان فلس اسم منه يقال فيه دفر أي نتن، ويقال للجارية إذا شتمت يا دفار أي منتنة الريح كناية عن خبث الخبر والمخبر، كذا في المصباح. وأما الذفر بالذال المعجمة فهو من ذفر الشئ دفرا فهو ذفر من باب تعب، وامرأة ذفرة ظهرت رائحتها واشتدت طيبة كانت كالمسك أو كريهة كالصنان. قالوا: ولا يسكن المصدر إلا للمرة والواحدة إذا دخلها هاء التأنيث فيقال ذفرة وقالت أعرابية تهجو شيخا أدبر دفره وأقبل بخره، كذا في المصباح. وفي البزازية: نتن ريح الفم والانف والابط عيب اه. والمراد بقوله وولده التولد من الزنا ولو عبر به كما في الاصلاح لكان أولى لان نفس ولد الزنا ليس بعيب إنما العيب التولد منه، وأما الولد فمعيب ويمكن أن يقدر كون أي كونها ولد الزنا عيب. ولم يذكر المصنف اللواطة بالجارية والغلام قال في القنية. وجامع الفصولين: لو اشترى عبدا يعمل به عمل قوم لوط فإن كان مجانا فهو عيب لانه دليل الابنة، وإن كان

***

[٧٠]

بأجر فلا بخلاف الجارية فإنه يكون عيبا كيفما كان لانه يفسد الفراش اه. وفي المصباح: الابنة العقدة في العود والعدواة اه. وكل ليس بمناسب وهي عيب حتى في البهائم لما في القنية: اشترى حمارا ذكرا يعلوه الحمر ويأتونه في دبره قال: وقعت هذه ببخارى فلم يستقر فيها جواب الائمة. وقال عبد الملك النسفي: ان طاوع فعيب والا فلا وقيل عيب اه. وفي اقرار تلخيص الجامع من باب الاقرار بالعيب ادعى العيب وأقام أن البائع كان قال لها يا زانية أو هذه الزانية فعلت كذا لم ترد لانه للاستحضار والسب دون تحقق المعنى ولهذا لو قال يا ابني أو يا كافرة لا يعتق ولا تبين لا يلزم بيا حريا مولاي لانا اعتبرنا الحقيقة فيما يكون ثبوته من جهته والعرف فيما يتعذر ولا الحد لان الحقيقة منافية فتعلق باللفظ ولا كذلك الرد، ولو قال هذه الزانية أو نون ترد لانه جملة خبرية فتفيد المخبر، وتمامه

في شرحه فهي رباعية ترد في اثنين ولا ترد في اثنين اه قوله: (والكفر أقبح العيوب) لان المسلم ينفر عن صحبته ولا يصلح للاعتاق في بعض الكفارات فتختل الرغبة. أطلقه فشمل كفر الغلام والجارية والنصراني واليهودي والمجوسي كما في النهاية. وما إذا شرط إسلامه فظهر كفره. أو أطلق وما إذا كان قريبا من بلادد الكفر أو من بلاد الاسلام. ولو شرط كفره فظهر اسلامه لا يرده لان الشرط للتبري من عيبه فصار كما إذا اشتراه على انه معيب فإذا هو سليم وحالفنا الشافعي وأحمد نظرا إلى أنه ربما اشترط كفره ليستخدمه في محقرات الامر ولم أرحكم ما إذا وجده خارجا عن مذهب أهل السنة كالمعتزلي والرافضي، وينبغي أن يكون كالكافر لان السني ينفر عن صحبته وربما قتله الرافضي لان الرافضة يستحلون قتلنا. وفي السراج الوهاج: الكفر عيب ولو اشتراها مسلم أو ذمي اه. وهو غريب الذمي قوله: (وعدم الحيض والاستحاضة) لان انقطاع الحيض أو استمرار الدم علامة الداء لان الحيض هو الاصل في بنات آدم وهو دم صحة فإذا لم تحض فالظاهر أنه عن داء بها ولهذا قالوا: لا تسمع دعواه بانقطاعه إلا إذا ذكر سببه من داء أو حبل. ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ سبع عشرة سنة عند الامام، وخمسة عشر عندهما، ويعرف ذلك بقول الامة لانه لا يعرفه غيرها ولكن لا ترد بقولها بل لا بد من استحلاف البائع فترد بنكوله إن كان بعد القبض، وإن كان قبله فكذلك في الصحيح. ولو ادعاه في مدة قصيرة لم تسمع وأقلها ثلاثة أشهر عند الثاني، وأربعة أشهر وعشر عند الثالث وابتداؤها من وقت الشراء. وحاصلها أنه إذا صحح دعواه سئل البائع فإن صدقه رد ت عليه وإلا لم يحلف عند الامام كما سيأتي، وإن أقر به وأنكر كونه
***
[٧١]
عنده حلف، فإنكل ردت عليه ولا تقبل البينة على أنه الانقطاع كان عند البائع للتيقن بكذبهم بخلاف الشهادة على الاستحاضة لانها درور الدم، والمرجع في الحبل إلى قول النساء، وفي الداء إلى الاطباء وهم عدلان، كذا ذكر الشارح تبعا للنهاية والدراية ولكن فيها أن الرجوع فيها إلى قول الامة إنما هو قول محمد، أما في ظاهر الرواية فلا قول للامة في ذلك اه. وبما قررناه ظهر أن انقطاع الحيض لا يكون عيبا إلا إذا كان في أوانه، أما انقطاعه في سن الصغر أو الاياس فلا اتفاقا كما في المعراج. واعتبر قاضيخان في فتاواه مدة الانقطاع بشهر ورجحه في فتح القدير ولذا لم يشترط قاضيخان لصحة دعوى الانقطاع تعيين أن يكون عن داء أو حبل. ورجحه في فتح القدير لانه وإن لم يكن عن داء فهو طريق إليه، وطريق توجه الخصومة على ما صححه في فتح القدير أن يدعى انقطاعه للحال ووجوده عند البائع فإن أنكرو وجوده عنده واعترف بالانقطاع في الحال استخبرت الجارية، فإن ذكرت أنها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلف ما وجد عنده، فإن نكل ردت عليه. وفي القنية: ولو وجد الجارية تحيض في كل ستة أشهر مرة فله الرد. طم: إن كانت مغنية فله الرد اه. ثم اعلم أنه قد وقع من ابن الهمام خبط عجيب فإنه رد على الشارحين في موضعين: الاول في اشتراطهم أن يكون الانقطاع عن داء أو حبل وزعم أن فقيه النفس قاضيخان لم يتعرض له وليس كما زعم بل قاضيخان في الفتاوي صرح به أولا فقال: لو اشترى جارية وقبضها ثم قال إنها لا تحيض قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل: لا تسمع دعوى المشتري إلا أن يدعي ارتفاع الحيض بالحبل أو بسبب الداء، فإن ادعى بسبب الحبل يريها القاضي النساء إن قلن هي حبلى يحلف البائع أن ذلك لم يكن عنده، وإن قلن ليست بحبلى فلا يمين. وفي معرفة داء في باطنها يرجع إلى الاطباء إلى آخره. فهذا كما ترى صريح فيما نقلوه فكيف يصح قوله إنه لم يتعرض له لكن وقع له عبارة أخرى في الفتاوى بعد هذه بصفحة قال: رجل اشترى جارية وقبضها ولم تحض عند المشتري شهرا واربعين يوما قال القاضي الامابو بكر محمد بن الفضل ارتفاع الحيض عيب وادناه شهر احد وإذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له أن يرد إذا أثبت أنه كان عند البائع اه. فالعبارتان لواحد وهو الشيخ الامام أبو بكر لكن الاولى لسماع الدعوى عند القاضي. والثانية لتحقيق العيب في نفسه لا لبيان سببه فلا مخالفة
***
[٧٢]
بينهما. الثاني في نقلهم أنه لا بد من مدة مديدة سنتان أو أربعة أشهر وعشر أو ثلاثة أشهر محتجا بالعبارة الثانية لقاضيخان، ولا اعتبار بها مع صريح النقل عن الائمة الثلاثة ويمكن حملها على رواية أخرى، فنسبته لهم إلى الغلط غلط فاحش منه فالمعتمد ما نقله الشارحون في النهاية والعناية والدراية والبناية والتبيين والكافي وغيرهم. وفي البزازية: ارتفاعه بدون أحد هذين لا يعد عيبا. ونقل عن أبي مطيع

أنه قدر المدة بتسعة أشهر، وسفيان بحولين. وفي التحفة: قدره بشهرين كما في غاية البيان فهي سبعة أقوال. ثم اعلم أنه لا منافاة بين قولهم يعتبر قول الامة وبين قولهم والمرجع في الحبل إلى قول النساء وفي الداء إلى قول الاطباء لان اعتبار قول الامة إنما هو لاجل انقطاع الدم لتوجه الخصومة إلى البائع فإذا توجهت إليه بقولها وعين المشتري أنه عن حبل رجعنا إلى قول النساء العالمات بالحبل لتوجه اليمين على البائع وإن
***
[٧٣]
عين أنه عن داء رجعنا إلى قول الاطباء كذلك كما لا يخفي قوله: (والسعال القديم) وهو ما كان عن داء أما المعتاد فلا كما في فتح القدير. وظاهر الكتاب أن الحادث منه ليس بعيب ولو كان موجودا عندهما، والظاهر أن ما كان داء فهو قديم وأن هذا هو مراده من كونه قديما فالمنظور إليه كونه عن داء لا القدم ولذا قال في جامع الفصولين: السعال عيب إن فحش وإلا فلا اه‍ (حكاية) في المستظرف: خطب المأمون بمرور فسعل الناس فنادى بهم إلا من كان به سعال فليتداو بشرب خل الخمر ففعلوا فانقطع عنهم السعال. قوله: (والدين) لان ماليته تكون مشغولة به والغرماء مقدمون على المولى. أطلقه فشمل دين العبد والجارية وما إذا كان مطالبا به للحال أو متأخرا إلى ما بعد العتق. وفرق بينهما الشافعي وهو حسن إذ لا ضرر على المولى في الثاني وجوابه أنه يلحقه ضرر بنقصا ميراثه منه حيث كان وارثا له، كذا في فتح القدير. وهو بحث منه مخالف للنقل. قال مسكين: والدين أي الدين الذي يطالب به في الحال، أما الدين المؤجل فإنه ليس بعيب، كذا في الذخيرة. والمراد المؤجل إلى العتق. وفي القنية: الدين عيب إلا إذا كان يسيرا لا يعد مثله نقصانا. وفي السراج الوهاج: إذا كان على العبد دين أو في رقبته جناية فهو عيب لانه يجب بيعه فيه ودفعه فيها فتستحق رقبته بذلك، ويتصور هذا فيما إذا حدثت به الجناية بعد العقد قبل القبض، أما إذا كانت قبل العقد فبالبيع يصير البائع مختارا للجناية، فإن قضى المولى الدين قبل الرد سقط الرد لان المعنى الموجب للرد قد زال اه‍. وكذا إذا أبرأ الغريم كما في البزازية قوله: (والشعر والماء في العين) لانهما يضعفان البصر ويورثان العمى، ولا خصوصية لهما بل كل مرض بالعين فهو عيب ومنه السبل كما في المعراج وكثرة الدمع. وقد ذكر المصنف أولا ضابط العيب ثم ذكر عددا من العيوب ولم يستوفها لكثرتها فلا بأس بتعداد ما اطلعنا عليه في كلامهم تكثيرا للفوائد ولكثرة الاحتياج إليها في المعاملات. ففي المعراج: الثؤلول عيب، وكذا الخال إن كان قبيحا منقصا، والصهوبة حمرة الشعر إذا فحش بحيث تضرب إلى البياض، والشمط وهو اختلاط البياض بالسواد في الشعر في غير أوانه دليل الداء وفي أوانه دليل الكبر، والعشي عيب وهو ضعف البصر بحيث لا يبصر في الليل، والسن الساقط ضرسا كان أو غيره، وكذا السوداء والظفر الاسود المنقص للثمن، والعسر وهو العمل باليسار دون اليمين عجزا لا أن يكون عسر يسر وهو الاضبط الذي يعمل بهما، وقد كان عمر رضي الله تعالى عنه بهذه
***
[٧٤]
الصفة فهو زيادة. والقشف وهو يبوسة الجلد وتشنج في الاعضاء والكي إن كان من داء والا لا كما في الحبشة. والحرن على وجه لا يستفز ولا ينقاد للراكب عند العطف والسير. والجمع عيب وهو أن لا يلين عند اللجام، وخلل الرأس من العذار، وبل المخلاة إن نقص وهو أن يسيل لعاب الفرس على وجه يبل المخلاة إذا جعل على رأسه وفيه علفه، وقيل أن يرميها وهو نوع من الجمع. والغرب في العين وهو ورم في المآقي وربما يسيل منه شئ حتى قال محمد: إنه إذا كان سائلا فصاحبه من أصحاب الاعذار. والشتر عيب وهو انقلاب في الاجفان وبه سمي الاشتر وهو لضعف البصر والحول كذلك. والحوص وهو نوع من الحول، والقبل في أنسان العين، وإذا كان في جانب فهو الحوص. والظفر وهو بياض يبدو في إنسان العين وكل ذلك لضعف البصر وربما منعه أصلا. والجرب في العين وغيرها لكونه عن داء، والعزل وهو أن يعزل ذنبه في أحد الجانبين، والمشش وهو ورم في الدابة له صلابة، والفحج وهو تباعد ما بين القدمين، والصكك وهو أن يصكك إحدى ركبتيه على الاخرى، والحبل في بنات آدم عيب لكونه منقصا بخلافه في البهائم لكونه زيادة، والقرن عظم في المأتي مانع من الوصول، والرتق وهو لحم في المأتي، والعفل وهو أن يكون المأتي منها شبه الكيس لا يلتذ الواطئ بوطئها والكل يخل بالمقصود. والبرص والجذام وهو قيح يوجد تحت الجلد يوجد نتنه من بعيد. والفتق وهو ريح في المثانة وربما يهيج بالمرء فيقتله ولا يكون إلا لداء في الباطن، والسلعة وهي القروح التي تكون على العين، وقيل داء في الرأس يتناثر منه شعر

الرأس، وقيل غدة تحت الجلد تدور بين اللحم والجلد، والدحس وهو ورم يكون في أطراف حارف الفرس والحمار، والحنف وهو إقبال كل واحد من الابهامين إلى صاحبه وهو ينقص من قوة المشي، وقيل الاحنف الذي يمشي على ظهر قدميه. والصدف التواه في أصل العنق، وقيل إقبال إحدى الركبتين إلى الاخرى. والشدق وهو سعة مفرطة في الفم، والتخنث، والحمق، وكونها مغنية، وشرب الخمر، وترك الصلاة وغيرها من الذنوب. وكل عيب يتمكن المشتري من إزالته بلا مشقة لا يرده به كإحرام الجارية ونجاسة الثوب. وقلة الاكل في البقرة عيب. ولو اشترى زوجي الخف وأحدهما أضيف من الآخر فإنه خرج عن العادة فله الرد، وإن كان الخف لا يتسع في اللبس وقد اشتراه له فهو عيب. والتراب في الحنطة الخارج عن العادة عيب فله ردها، وليس له أن يميز التراب ويرجع بحصته، ولو خلطه بها بعد التمييز أو انتقص الكيل والوزن بالتنقية امتنع الرد وله النقصان، وإن وجد الجارية دميمة أو سوداء لا ترد، وإن كانت محترقة الوجه لا يعرف جمالها وقبحها فله الرد. ولو امتنع الرد رجع بفضل ما بينهما، ولو اشترى دارا ليس لهامسيل أو أرضا لا شرب لها

***

[٧٥]

أو مرتفعة لا تسقى إلا بالسكر فله الرد. اه ما في المعراج. ونقل منه في فتح القدير ولكن يحتاج إلى ضبط بعض ألفاظ ليزول الاشتباه عنها: الثؤلول بهمزة ساكنة وزان عصفور ويجوز التخفيف والجمع الثآليل وهو من ثئل ثألا من باب تعب فالذكر أثأل والانثى ثألاء والجمع ثؤل مثل أحمر وحمراء وحمر وهو داء يشبه الحبوب. وقال ابن فارس: الثأل داء يصيب الشاة فتسترخي أعضاؤها، كذا في الصحاح. والعشي من عشى عشيا من باب تعب ضعف بصره فهو أعشى والمرأة عشاء منه أيضا. والقشف من قشف الرجل قشفا فهو قشف من باب تعب لم يعتد النظافة وأصله خشونة العيش منه أيضا. والجمح من جمح الفرس براكبه يجمع بفتحتين جماحا بالكسر وجموحا مصد استعصى حتى غلبه فهو جموح بالفتح وجامح يستوي فيه الذكر والانثى، كذا في المصباح. ولم يذكر أن مصدره الجمح ولكن في الصحاح: جمح الفرس جموحا وجماحا وجمحا إذا أعثر فارسه وغلبه اه. فعلى هذا الجمح في كلامهم بفتح الجيم وسكون الميم. والغرب بفتح الغين المعجمة والراء الساكنة وللعين غربان، كذا في الصحاح. والحوص بفتحتين ضيف في مؤخر العين والرجل أحوص منه أيضا. والقبل بفتحتين في العين إقبال السواد على الانف. والعزل بفتحتين والاعزل من الخيل الذي يقع ذنبه في جانب ولك عادة لا خلقة وهو عيب منه أيضا والمشش بفتحتين وهو شئ يشخص في وطيفها حتى يكون له حجم منه أيضا. والسكك بفتحتين. ولو ذكروا من العيوب أيضا الصأك بصاد ثم همزة مفتوحة وهو من صئك الرجل يصأك صأكا إذا عرق فهاجت منه ريح منتنة من ذفر أو غير ذلك - كما في الصحاح - لكان أفود، ويمكن تخصيصه بالجارية كالبخر والدفر. والسلعة بكسر السين اسم لزيادة تحدث في الجسد كالغدة تتحرك إذا حركت وتكون من حمصة إلى بطيخة، والسلعة بالفتح الشجة منه أيضا وما قدمناه من تفسيرها بعيد. والحنف بفتحتين إعوجاج في الرجل. والصدف بالصاد والدال المهملتين يقال فرى أصدف إذا كان متداني الفخذين متباعد الحافرين في التواء من الرسغين، وقيل الصدف ميل في الحافر إلى الشق الوحشي، وقيل أن يميل خف البعير من اليد أو الرجل إلى الجانب الوحشي، فإن مال إلى الانسي فهو لا يعد منه أيضا. والشدق بفتح الشين وكسر الدال سعة الشدق وهو جانب الفم منه أيضا. وفي فتح القدير: ومن العيوب العثار في الدواب إن كان كثيرا فاحشا، وأكل العذار، وعدم الختان في الغلام والجارية المولدين البالغين بخلافهما في الصغيرين، وفي الجليب من دار الحرب لا يكون عيبا مطلقا. وفي فتاوي قاضيخان: وهذا عندهم يعني عدم الختان في الجارية المولدة أما عندنا عدم الخفض في الجوار لا يكون عيبا اه. وفي السراج الوهاج: الزكام ليس بعيب والجنون عيب، وكذا العمى والعور والشلل والصمم والخرس

***

[٧٦]

والاصبع الزائدة والناقصة والقروح والشجاج والامراض كلها. والادر عيب وهو انتفاخ الانثيين والعشي عيب وهو الذي لا يبصر بالليل، وكذا العمش والعنين والخصى. ولو اشتراه على أنه خصي فوجده فحلا لا خيار له. والكذب والنميمة عيب فيهما وقله الاكل في الدواب لا في بني آدم. والنكاح في الجارية والغلام فإن طلقها زوجها رجعيا فله الرد وإن كان بائنا سقط، وإذا وجدها محرمة

عليه برضاع أو صهرية كأخته أو أم امرأته فليس بعيب لانه يقدر على الانتفاع بتزويجها وأخذ العوض وإذا وجدها لا تحسن الطبخ والخبز فليس بعيب، وإذا وجد في المصحف سقطا أو خطأ فهو عيب، وإن كانت معتدة من طلاق بائن فليس بعيب لانه لا سبيل للزوج عليها والحرمة عارضة كتحريم الحائض اه. وفي الخانية: لو اشترى جارية وقبضها ثم ادعى أن لها زوجا وأراد أن يردها فقال البائع كان لها زوج أبانها أو مات عنها قبل البيع كان القول قول البائع ولا ترد عليه، ولو أقام المشتري البينة على قيام النكاح لا تقبل بينته. ولو أقام البينة على إقرار البائع بذلك قبلت بينته، ولو قال البائع كان زوجها عبدي فلان أبانها قبل البيع والمشتري ينكر الطلاق كان القول قول البائع، فإن حضر المقر له بالنكاح وأنكر الطلاق كان للمشتري أن يردها، ولو قال البائع كان لها زوج عبدي يوم البيع فأبانها أو مات عنها قبل القبض أو بعده والمشتري ينكر الطلاق كان للمشتري أن يرد الجارية، ولو كان لها زوج عند المشتري فقال البائع كان لها زوج عندي غير هذا الرجل أبانها أو مات عنها قبل البيع كان القول قول البائع اه. وفي البزازية: التخنث نوعان: أحدهما بمعنى الردئ من الافعال وهو عيب. الثاني الرعونة واللين في الصوت والتكسر في المشي فإنه قل لا يرد وإن كثر رده. ولو اشترى غلاما أمرد فوجده محلوق اللحية يرده، وعدم استمساك البول عيب. ولو اشترى حبلى فولدت عند المشتري لا خصومة له مع البائع، فإن ماتت في نفسها رجل بنقصان الحبل إن لم يعلم به عند الشراء. اشتراها على أنها صغيرة فإذا هي بالغة لا يردها. والثقب في الاذنين إن واسعا فهوعيب في التركية إن عدوه عيبا لا في الهندية. وإن وجد الحنطة مسوسة يرد لا رديئا وجع الضرس مرة بعد مرة عيب، وإذا كانت إحدى العينين زرقاء والاخرى غير زرقاء أو إحداهما كحلاء والاخرى بيضاء فهو عيب. وإذا كانت البقرة لا تحلب إن كان مثلها يشتري للحلب ردها وإن للحم لا، وإن كانت تمص إحدى ثدييها له الرد. وإن كانت الدابة بطيئة السير لا ترد إلا إذا شرط أنها عجول، وكونها وكون العبد أكو فليس بعيب وفي الجارية عيب لانها تفسد الفراش. اشترى عبدا فأصابه حمى في يده وكان في يد البائع أيضا إن اتحد الوقتان يرد وإن اختلف لا. والنقب الكبير في الجدار عيب. وكذا في بيوت النمل في الكرم إن فاحشا عيب، وكذا لو كان فيه ممر الغير أو مسيل

***

[٧٧]

الغير. ولو وجد في المسك رصاصا ميزه ورده بحصته قل أو كثر، ولو وجد في الشحم ملحا كثيرا أو وجد في الدهن ودكا كثيرا فكالحنطة. أقر البائع بعد بيع السمن الذائب بموت فأرة فيه رجع عليه المشتري بالنقصان عندهما وعليه الفتوى اه. وفي جامع الفصولين: وكونه مقامرا إن كان يعد عيبا كقمار نرد وشطرنج ونحوهما فهو عيب، وكذا السحر عيب فيهما لما فيه من الضرر. وشرب الخمر عيب على سبيل الاعلان والادمان لا على الكتمان أحيانا. اشترى فرسا فوجده كبير السن قيل ينبغي أن لا ترد إلا إذا شرط صغر السن كالجارية إذا وجدها كبيرة السن اه. وفي الظهيرية: والدفن عيب وهو أن يسيل الماء من المتخرين. والاجهر عيب وهو من لا يبصر في النهار. والدحس وهو ورم يكون في أطرة حافر الفرس والاطرة دور الحافر، والفدع عوج في الرسغ بينه وبين الساعد وفي القدم كذلك عوج بين عظم الساق، وفي الفرس التواء الرسغ من الجانب الايمن. والجرذ عيب وهو بالذال المعجمة كل ما حدث في عرقوب الدابة من ترند أو انتفاخ عصب. والهقعة وهي دائرة في عرض زوريعد عيبا ويتشاءم به ومنه يقال اتقوا الخيل المهقوع. والزور أعلى الصدر وفسره في المنتقى فقال: المهقوع الذي إذا سار سمع ما بين حاصرتيه وفرجه صوت. والانتشار وهو انتفاخ العصب عند الاعياء وتحرك الشظى كانتشار العصب غير أن الفرس لانتشار العصب أشد احتمالا منه لتحرك الشظى والشظى عظم ملتزق بالذراع. والشامة إن كانت على الخد كانت زينة فإن كانت على الارنبة كانت قبحا اه. وفي القنية: اشترى حانوتا فوجد بعد القبض على بابه مكتوبا وقف على مسجد كذا لا يرده لانها علامة لا تبنى الاحكام عليه. اشترى أرضا فظهر أنها ميشومة فينبغي أن يتكن من الرد لان الناس لا يرغبون فيها، ولو شترى حمارا لا ينهق فهو عيب. وترك الصلاة في العيد لا يوجب الرد اه. وقدمنا خلافه. وفي آخر الباب من فتح القدير: قطع الاصبع عيب والاصبعان عيبان والاصابع مع الكف عيب واحد، وحذف الحروف أو نقصها والنقط أو الاعراب في المصحف عيب. فائدة: في ميم المصحف الحركات الثلاثة ذكره الكرماني من شرح كتاب الامامة. والمصراة شاة ونحوها اشد ضرعها ليجتمع لبنها ليظن المشتري أنها كثيرة للبن فإذا حلبها ليس له ردها عندنا، ولا يرجع بالنقصان في رواية الكرخي، ويرجع في رواية الطحاوي لفوات وصف مرغوب بعد زيادة منفصلة، ولو اختيرت للفتوى كان حسنا لغرور المشتري بالتصرية اه. وفي

الظهيرية: التصرية ليست بعيب عندنا وكذا لو سود أنامل عبده وأجلسه على المعرض حتى ظنه المشتري كاتبا أو ألبسه ثياب الخبازين حتى ظنه خبازا فليس له أن يرده لانه
***
[٧٨]
مغتر وليس بمغرور اهـ. وفي الحاوي القدسي في المصراة: وعن أبي يوسف أنه يردها وقيمة صاع من تمرو يحبس لبنها لنفسه اهـ. وهو أقرب إلى حديث المصراة الثابت في الصحيحين إلا أن الحديث أوجب رد الصاع وهو أوجب قيمته قوله: (فلو حدث آخر عند المشتري رجع بنقصانه أو رد برضا بائعه) أي حدث بعدما اطلع على العيب القديم امتنع رده جبرا على البائع لدفع الاضرار عنه لكونه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع بما حدث لرضا بالضرر إلا في مسألة فإن البائع إذا رضي بالعيب الحادث فإنه المشتري لا يجبر على رده وإنما يرجع بالنقصان هي ما إذا اشترى عبدا فظهر أنه قتل إنسانا خطأ عند البائع ثم قتل آخر عند المشتري فإنه البائع إذا أراد قبوله بالجنايتين لا يجبر المشتري وإنما يرجع بنقصان الجناية الاولى دفعا للضرر عنه لانه لو رده على بائعه كان مختار للفداء فيهما وتمامه في الولواجية. أطلق في الحدوث فشمل ما إذا كان بآفة سماوية أو بعيرها، كذا في المعراج. وشمل ما إذا اشتراه مريضا فازداد في يده فإنه ليس له الرد، وقيل ينبغي أن يرد كما في وجع السن إذا ازداد إلا إذا صاصاحب فراش، كذا في خزانة الفقه. وفي جامع الفصولين: إذا تعيب عند المشتري بفعله أو بفعل أجنبي أو بآفة سماوية وظاهره أنه إذا تعيب عنده بفعل البائع لا يمتنع الرد وظاهر اطلاق الكتاب امتناع الرد جبرا أيضا وفي القنية اشترى عبدا وبه أثر قرحة وبرأت منه ولم يعلم به ثم عادت قرحة فاخبر الجراحون أن عودها بالعيب القديم لم يرده ويرجع بنقصان العيب وهذا بخلاف مسألة كانت به قرحة فانفجرت أوحدرى فانفجر عند المشتري فله الرد لان انفجاره ليس بعيب حادث اهـ ومن العيب الحادث ما لو اشترى ماله حمل ومؤنة في بلد فأراد أن يرده بعيب قديم في بلد آخر ليس له الرد جبر إلا في بلد العقد كالثمر ومن العيب الحادث نتف ريش الطير المذبوح فيمتنع الرد كما في القنية ثم اعلم أن حدوث العيب عند المشتري شامل لما إذا نقص عنده وحاصل ما إذا نقص المبيع إنه لا يخلوا ما أن يكون في يد البائع أو يد المشتري فإن كان لاول فعلى خمسة أوجه بفعل البائع أو بفعل المشتري أو أجنبي أو المعقود عليه أو بآفة سماوية فإن بفعل البائع خير المشتري وجد به عيبا أو لا إن شاء تركه وإن شاء أخذه وطرح من الثمن حصة النقصان وإن كان بفعل المشتري لزمه جميع الثمن وليس له أن يمسكه ويطلب النقصان ولو منعه البائع بعد جناية المشتري لاجل الثمن فللمشتري رده بالعيب ويسقط عنه الثمن إلا ما نقصه بفعله وإن كان النقصان بفعل الاجنبي فالمشتري بالخيار بعيب أو لا إن شاء رضي به بجميع الثمن واتبع الجاني بإرشه وإن شاء تركه وسقط عنه الثمن وإن كان النقصان بآفة سماوية أو بفعل المعقود
***
[٧٩]
عليه يرده بجميع الثمن أو يأخذه وجد به عيبا أو لا ولو أخذه يطرح عنه حصة جناية المعقود عليه وأما النقصان بعد القبض فإن كان بفعله أو بفعل المقعود عليه أو بآفة سماوية لا يرده بالعيب لانه يرده بعيبين ويرجع بحصة العيب إلا إذا رضي به البائع ناقصا وإن كان بفعل البائع أو الاجنبي يجب الارش على الجاني وأنه يمنع الرد ويرجع بحصة العيب من الثمن اهـ وفي الواقعات اطلع على عيب بالكفن لا يرده ولا يرجع بنقصان العيب إلا إذا أحدث به عيبا فله الرجوع بالنقصان وصورة الرجوع بالنقصان أن يقوم المبيع وليس به عيب قديم ويقوم وبه ذلك فينظر إلى ما نقص من قيمته لاجل النقصان وينسب إلى القيمة السليمة فإن كانت النسبة العشر رجع بعشر الثمن وإن كانت النصف فبنصف الثمن بيانه إذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم وقيمته مائة درهم واطلع على عيب ينقصه عشرة دراهم وقد حدث به عيب عنده فإنه يرجع بعشرة الثمن وهو درهم ولو اشتراه بمائتين وقيمته مائة ونقصه العيب عشرة فإنه يرجع بعشر الثمن وذلك عشرون وإن نقصه عشرين رجع بخمس الثمن وهو أربعون وإن اشتراه بمائة وهو يساوي مائة ونقصه عشرة رجع بعشر الثمن وهو عشرة كذا في السراج الوهاج معزيا إلى الينابيع وفي البزازية وفي المقايضة إن النقصان عشر القيمة رجل بعشر ما جلع ثمنا والمقوم لا بد أن يكون اثنين يخبران بلفظ الشهادة بحضرة البائع والمشتري والمقوم الاهل في كل حرفة اهـ ويحتاج إلى الفرق بين التقويم هنا وفي كل موضع فإنهم اكتفوا في تقويم المتلفات بتقويم واحد كما في شرح المنظومة وظاهر الكتاب ان البائع إذا رضي برده فالخيار للمشتري

بين الرد والامساك والرجوع بالنقصان وليس كذلك بل إذا رضي البائع فإنه يخير إن شاء أمسكه ولا رجوع له بالنقصان وإن شاء رده كما في المعراج وغيره وإذرجع بالنقصان ثم زال العيب الجديد فله رد المعيب مع النقصان ونقل في القنية فيها أقوالا ثلاثة الاول ما ذكرناه وقواه بكتاب آخر ثم رقم للثاني بأنه ليس له الرد ثم رقم لثالث بأنه مال إلى أنه يرده ان كان بدل النقصان قائما والا فلا اه والذي يظهر ترجيح الاول لان العيب الحادث كان مانعا من الرد بالقديم وقد زال فيعود الرد والقائل بعدمه يقول أن الرد سقط والساقط لا يعود ويشهد له قولهم في خيار الرؤية لو باه ثم رد عليه بقضاء فإنه لا خيار له لانه قد سقط فلا يعود ومن العيب الحادث المانع من الرد ما إذا اشترى حديدا ليتخذ منه آلات النجارين وجعله في الكور ليجربه بالنار فوجد به عيبا ولا يصلح لتلك الآلات فإنه يرجع بالنقصان ولا يرده كما في القنية ومنه أيضا بل الجلود عيب حادث يمنع الرد بقديم وكذا بل الابريسم منه أيضا وفي جامع الفصولين بل إبريسما فرأى عيبه يرجع بنقصه وكذا الاديم لو أنقع في الماء فرأى عيبه

***

[٨٠]

لم يرده وإن رضى بائعه وهذا شكل ولو أدخل في النار قدوما فرأى عيبه لم يرده إذا الحديد ينقص بالنار بخلاف الذهب والفضة كحديد أقول الذهب ينتقص في النار إذا ذاب إيضا اللهم إلا أن يكون قبل الذوب لو حدد سكينا فرأى عيبه فإن حدده بحجر فله الرد لا لو حدده بمبرد لانه ينتقض منه اه. وذكر قبله شرى شجرة ليتخذ منها بابا أو نحوه فقطعها فوجدها لا تصلح لذلك فله الرجوع بنقص العيب لا الرد إلا برضا بائعه اه. وأشار المصنف باشتراط رضا البائع إلى فرع في القنية لو رد المبيع بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو تقايلا ثم ظفر البائع بعيب حدث عند المشتري فله الرد اه. يعني لعدم رضاه به أولا وفي البزازية رده ليشتري بعيب وعلم البائع بحدوث عيب آخر عند المشتري رد على المشتري مع إرش العيب القديم أو رضى بالمردود ولا شئ به وإن حدث فيه عيب آخر عند البائع رجع البائع على المشتري بإرش العيب الثاني إلا أن يرضى أن يقبل بعيب الثالث أيضا اه. ثم اعلم أنا كتبنا في الفوائد الفقهية أنه يستثنى من قولهم لو حدث به عيب وبه عيب قديم رجع بنقصه أ ورد برضا بائعه مسألتان إحداهما بيع التولية لو باع شيأ تولية ثم حدث به عيب عند المشتري وبه عيب قديم لا رجوع ولا رد لانه لو رجع صار الثمن الثاني أنقص من الاول وقضية التولية أن يكون مثل الاول ذكره الشارح في بابها الثانية في السلم لو قبض المسلم فيه فوجد به عيبا كان عند المسلم إليه وحدث به عيب عند رب السلم قال أبو حنيفة خير المسلم إليه إن شاء قبله معيبا بالعيب الحادث وإن شاء لم يقبل ولا شئ عليه لا من رأس المال ولا من نقصان العيب كذا في الخانية من باب السلم وذكره الولوالجي هنا وعلله بأنه لو غرم نقصان العيب من رأس المال كما قال محمد كان اعتياضا عن الجودة وهو ربا اه. قوله: (ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب) أي بنقصان العيب القديم لان القطع عيب حادث قوله: (وإن قبله البائع كذلك فله ذلك) لان الامتناع لحقه وقد رضى به وهو تكرار لان

***

[٨١]

رجوعه وجواز رده برضا بائعه في الثوب من أفراد ما قدمه ولم تظهر فائدة لافراد الثوب إلا ليترتب عليه مسألة ما إذا خاطه فإنه يمتنع الرد ولو برضاه وكان يمكنه أن يقول أولا أو رد برضا بائعه إلا عند حدوث زيادة ووطئ الجارية كقطع الثوب. وفي الظهيرية: ووطؤها يمنع الرد بالعيب بكرا كانت أو ثيبا وكان له أن يرجع بالنقصان إلا أن يقول البائع أنا أقبلها كذلك ووطئ غير المشتري كذلك يمنع الرد بالعيب سواء كان عن شبهة أو لا عن شبهة غير أن الوطئ إذا كان عن شبهة كان للمشتري أن يرجع بالنقصان، وإن قال البائع أنا أقبلها كذلك لمكان العقر الواجب بالوطئ عن شبهة، وإن كانت الجارية ذات زوج عند البائع فوطئها زوجها عند المشتري إن كان الجارية بكرا فليس للمشتري أن يردها، وإن كانت ثيبا إن نقصها الوطئ فكذلك الجواب، وإن لم ينقصها كان للمشتري أن يردها. هذا إذا وطئها الزوج مرة في يد البائع ثم وطئها عند المشتري فأما إذا لم يطأها عند البائع مرة إنما وطئها عند المشتري لم يذكر محمد هذا لفصل في الاصل، واختلف المشايخ فيه والصحيح أنها ترد بالعيب. ولو اشترى برذونا فخصاه ثم اطلع على عيب به بعد الخصاء كان له الرد إذا لم ينقصه الخصي، كذا في فتاوى أهل سمرقند، وكان الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني يفتي بخلافه اه قوله: (وإن باعه

المشتري لم يرجع بشئ) لكونه حابسا له بالبيع لامكان الرد برضا بائعه فكان مفوتا للرد، أطلقه فشمل ما إذا كان باعه بعد رؤية العيب أو قبله كما في فتح القدير، وما إذا كان لضرورة أو لا لما في القنية: اشترى سمكة فوجدها معيبة وغاب البائع ولو انتظر حضوره تفسد فشواها أو باعها ليس له أن يرجع بنقصان العيب ولا سبيل له في دفع هذا الضرر سئل عن مثلها في المشمش فقال: لا يرجع على قول أبي حنيفة اهـ. وفي المحيط معزيا إلى الجامع: اشترى عصيرا وقبضه ثم تخمر ثم وجد به عيبا لا يرده وإن رضي به البائع لان في الرد تمليك الخمر وتملكه قصدا لان الرد بالتراضي بيع جديد في حق المالك وحرمة تمليك الخمر حق الشرع فاعتبر بيعا جديدا في حقه، وإن صار خلا لا يرد إلا إذا رضي به البائع لانه تعيب عنده بعيب آخر لانه قبضه حلوا ويرده حامضا ويرجع بنقصان العيب في الحالين. وكذا النصرانيان تبايعا خمرا وتقابضا ثم أسلما ثم وجد المشتري بالخمر

***

[٨٢]

عيبا لا يرده ويرجع بالنقصان، الاصل أن القضاء بثمنين معا مقابلا بالمبيع الواحد جائز لان اجتماع ثمنين في ذمة واحدة بمقابلة مبيع واحد على الترادف جائز بأن اشترى أحدهما وباعه من آخر ثم اشتراه منه. رجلان ادعى كل واحد عبدا في يد إنسان أنه باعه من ذي اليد وهو ينكر وإقاما البينة فعليه الثمنان، وكذلك لو قام كل واحد البينة أنه عبده باعه منه وقد نتج عنده الدعوى وقعت في الثمن لا في المبيع لان المبيع متى كان مسلما لا تقبل البينة على البيع لاثبات الملك فيه لاستغنائه عنه لانه إنما يفتقر إليه فيما يقدر على تسليمه فيستوجب الثمن على المشتري وقد استغنى عن تسليمه وتمامه فيه، وفي تلخيص الجامع من الشهادات في البيوع: القضاء بثمنين معا في عين جائز ومبيعين لا إلى أن فرع على الاول لو اطلع على عيب رده على أيهما شاء، ولو حدث به عيب عنده رجع بالنقصان على أيهما شاءلا عليهما. ثم اعلم أن البيع مانع من الرجوع بالنقصان مطلقا سواء كان بعد حدوث نقص عند المشتري أو قبله إلا إذا كان بعد زيادة كما سيأتي ولذا قال في المحيط: ولو أخرج المبيع عن ملكه بحيث لا يبقى لملكه أثر، بأن باعه أو وهبه أو أقر به لغيره ثم علم بالعيب لا يرجع بالنقصان، وكذا لو باع بعضه، وإن تصرف تصرفا لا يخرجه عن ملكه بأن أجره أو رهنه أو كان طعاما فطبخه أو سويقا فلته بسمن أو بناء في العرصة ونحوه ثم علم بالعيب فإنه يرجع بالنقصان إلا في الكتابة اهـ. وذكر هنا مسألتين في فروق الكرابيسي من أول كتاب الوكالة قال: رجل اشترى جارية فقبضها فباعها من غيره وقبضها الثاني ثم اشتراها المشتري الاول من المشتري الثاني وقبضها ثم اطلع على عيب كان عند البائع الاول فإن المشتري الاول لا يرد لا على البائع الاول ولا على المشتري الثاني لانه لا يفيد لان قرار الرجوع عليه والوكيل بالشراء إذا سلمه إلى الموكل ثم اشتراه منه فوجد به عيبا يرده على البائع لان قرار الرجوع ليس عليه بل على

***

[٨٣]

البائع الاول اهـ. وفي الولوالجية: وإذا طعن المشتري بعيب فصالحه على شئ أخذه أو حط من ثمنه شيأ فإن كان يقدر على رد المبيع والمطالبة بأرش العيب فالصلح جائز، وإن لم يقدر فالصلح باطل نحو أن يكون المشتري باع المعيب لكونه أبطل حقه في الرد متى باعه اهـ قوله: (ولو قطعه وخاطه أو صبغه أولت السويق بسمن فاطلح على عيب رجع بنقصانه كما لو باعه بعد رؤية العيب) لامتناع الرد بسبب الزيادة لان لا وجه للفسخ في الاصل دونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه إليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلا، وليس للبائع أن يأخذه لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه فإن باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع أصلا قبله فلا يكون بالمبيع حابسا للمبيع. وعلى هذا قلنا إن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان، ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة، وفي الثاني بعدها بالتسليم إليه، وهذا معنى ما في الفوائد الظهيرية من أن الاصل أن كل موضع يكون المبيع قائما على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان، وكل موضع يكون المبيع قائما على ملكه ولا يمكنه الرد، وإن قبله البائع فأخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان اهـ. لكن وقع التقييد بالخياطة في الثوب الموهوب للولد في الهداية وهو احترازي في الكبير اتفاقي في الصغير فإنه بمجرد القطع له صار ملكا له فلا رجوع. وفي الكبير القطع والخياطة على ملك نفسه فلما دفعه إليه بعدها أخرجه عن ملكه بعد امتناع رده شرعا فرجع، كذا في المعراج وسيأتي إن شاء الله تعالى في الهبة أنه لو اتخذ لولده الصغير ثيابا يملكه وفي الكبير بالتسليم وليس كالطعام يأكله على ملك أبيه لان الامر إذا توجه إلى

وجوه فأولادها بالحكم أغلبها تعارفا والاغلب البر والصلة إلا إذا علم بالدليل كونه إعارة كالاشهاد عند الاتخاذ لعدم الاعتبار بالدلالة عند التعارض، كذا في هبة البزازية وقبلها: اتخذ لولده ثيابا ليس له أن يدفعها إلى غيره إلا إذا بين وقت الاتخاذ أنها عارية اه. فعلى هذا لو صرح بأنها عارية لا يسقط حقه في الرجوع بنقصان العيب إذا خاطه لولده الصغير. أطلق الصبغ فشمل كل لون ولكن في السراج الوهاج أو صبغه يعني أحمر فإن صبغه أسود فكذلك عندهما لان السواد عندهما زيادة، وعند أبي حنيفة السواد نقصان فيكون للبائع أخذه اه. وفي المصباح: لت الرجل السويق لتا من باب قتل بله بشئ من الماء وهو أخف من البس اه. وقد أشار المصنف إلى أن الزيادة المتصلة بالمبيع التي لم تتولد من الاصل مانعة من الرد كالغرس والبناء وطحن الحنطة وشئ

***

[٨٤]

اللحم وخبز الدقيق. وفي فتح القدير: وفي كون الطحن والشئ من الزيادة المتصلة تأمل اه. وقيد بها لان الزيادة المتصلة المتولدة كالسمن والجمال والنجلاء بياض العين لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية لانها تمحضت تبعا للاصل لتولدها منه مع عدم انفصالها فكان الفسخ لم يرد على زيادة أصلا، ولم يتكلم على الزيادة المنفصلة بقسميها متولدة وغير متولدة فالمتولدة كالولد واللبن والثمر في بيع الشجر والارش والعقر وهي تمنع الرد كالمتصلة غير المتولدة لتعذر الفسخ عليها، ففي فتح القدير: فيكون المشتري بالخيار قبل القبض إن شاء ردهما جميعا وإن شاء رضي بهما بجميع الثمن، وأما بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بحصة من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض، فإذا كانت قيمته ألفا وقيمة الزيادة مائة والثمن ألف سقط عشر الثمن إن رده وأخذ تسعمائة اه. وهو سهو لانه غير مناسب لقوله أولا وهي تمنع الرد فكيف يقول إذا كان قبل القبض له ردهما وإن كان بعده فله رد المبيع خاصة فعلى كحال لا يمتنع الرد، وإنما يناسب هذا التقرير لو قلنا إنها لا تمنع الرد. وفي البزازية: إذا حدثت الزيادة بعد القبض واطلع على عيب عند البائع، فإن كانت منفصلة متولدة من الاصل تمنع الرد ويرجع بحصة العيب إلا إذا تراضيا على الرف يكون كبيع جديد اه. وأما ما في فتح القدير من التقرير فإنما ذكره في البزازية فيما إذا حدثت الزيادة قبل القبض ثم اطلع على عيب، فإن كان الاطلاع عليه قبل القبض خير كما ذكره، ولو بعد القبض رد المبيع خاصة بحصته من الثمن. وفي الصغرى: والزيادة المنفصلة تمنع الرد بالاجماع. وهل تمنع الاسترداد؟ فعلى الاختلاف عند محمد يسترد، وعندهما لا. وفي الولوالجية: وتفسير العقر مهر مثلها عند بعضهم، وقال بعضهم عشر قيمتها إن كانت بكرا ونصف عشر قيمتها إن كانت ثيبا. وذكر قبله الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب بعد القبض وسائر أسباب الفسخ كالاقالة والرد بخيار رؤية وغيره اه. وفي القنية: الزيادة

***

[٨٥]

في المبيع إما قبل القبض أو بعده، وكل منهما على أربعة أوجه: متصلة ومنفصلة وكل منهما إما متولدة أم لا؟ فأما قبل القبض فالمتصلة المتولدة لا تمنع، والمتصلة غير المتولدة تمنع، وأما المنفصلة المتولدة لا تمنع فإن شاء ردهما أو رضى بهما بجميع الثمن. ولو وجد بالزيادة عيبا لا يردها إلا إذا أوجب نقصانا في المبيع فله خيار الرد لنقصان المبيع، ولو قبض الزيادة والاصل ثم وجد بالمبيع عيبا برده بحصته من الثمن لانه صار حصة للزيادة بعد قبضها، ولو وجد بها عيبا خاصة يردها خاصة بحصتها من الثمن. وأما المنفصلة التي لم تتولد منه كالهبة والصدقة الكسب فلا تمنع الرد فإذا رده فالزيادة للمشتري بغير ثمن عند أبي حنيفة ولا تطيب له، وعندهما للبائع ولا تطيب له. ولو قبض المبيع مع هذه الزيادة ووجد بالمبيع عيبا فعند أبي حنيفة يرد المبيع خاصة بجميع الثمن، وعندهما يرد مع الزيادة لانها حدثت قبل القبض. ولو وجد بالزيادة عيبا يردها لان لا حصة لها من الثمن فلو ردها لردها بغير شئ، ولو هلكت الزيادة والمبيع بعيب يرده خاصة بجميع الثمن بالاجماع، وأما الزيادة بعد القبض فإن كانت متصلة متولدة تمنع الرد عندهما بالعيب ويرجع بنقصان العيب عندهما، وعند محمد لا ينفع (ط) لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية وللمشتري طلب نقصان العيب، فإن طلب فليس للبائع أن يقول أنا أقبله كذلك عندهما. وقال محمد: له دلك. ولو كانت متصلة غير متولدة تمنع الرد إجماعا، ولو كانت منفصلة متولدة منه تمنع الرد ويرجع بحصة العيب، ولو كانت منفصلة غير متولدة كالكسب لا تمنع الرد بالعيب وتطيب له الزيادة. هذا إذا كانت الزياد قائمة، فإن هلكت ففيه ثلاثة أوجه: إما أن تهلك بآفة سماوية أو بفعل المشتري أو بفعل الاجنبي. ففي الاول له رد الاصل، وفي الثاني خير البائع إن شاء قبله ورد الثمن وإن شاء رد حصة العيب، في الثالث لا رد لان ضمانه كبقاء عينه ويرجع بحصة العيب اه. ولذا قال في المحيط:

اشترى شاة حاملا فولدت عند البائع ولم تنقصها الولادة لا خيار للمشتري، فإن
***
[٨٦]
قبضهما فوجد بأحدهما عيبا يرده بحصته من الثمن لانه قبضهما متفرقا، ولو ولدت بعد القبض لا يرد لان الزيادة الحادثة بعد القبض تمنع الرد واللبن كالولد اه. وفي جامع الفصولين: اعلم أن الزيادة نوعان: منفصلة ومتصلة، وكل منهما متولدة أولا، فالمتصلة التي لم تتولد تمنع الرد وفاقا وإن قبله البائع وله الرجوع بنقصه، والمتصلة المتولدة لا تمنع الرد في ظاهر الرواية، فإن أراد المشتري الرجوع بنقصه لا رده فله ذلك عند محمد لا عندهما، و المنفصلة المتولدة تمنع الرد وكذا تمنع الفسخ بسائر أسباب الفسخ، والمنفصلة التي لم تتولد لا تمنع الرد والفسخ بسائر أسباب الفسخ ثم قال: الصحيح أن المتصلة لا تمنع الرد بالعيب، ولا فرق في كون الولد مانعا من الرد بين ما إذا اشتراها حاملا أحائلا فولدت عنده، فإذا ولدت الامة امتنع ردها بعيب سواء هلك الولد أو لا بخلاف غيرها حيث لا يمنع رد الام بعيب إذا هلك الولد إذ الولادة لا تنقص في غير بنات آدم، ولو شرى أمة حاملا فولدت زال العيب ثم قال: خيار الرؤية والشرط يبطل بولادة الامة مات الولد أولا، والولد الميت والبيضة الفاسدة لا تبطل الخيار إلا إذا نقصت بالولادة اه. ثم اعلم أن خياطة الثوب كما تمنع رده بعيب تمنع الرجوع بثمنه عند استحقاقه، فلو اشترى قميصا فقطعه وخاطه ثم برهن مستحق أن القميص له وقضى له به لم يرجع المشتري بالثمن على بائعه لكونه استحق بسبب حادث كما لو برهن أن الكم له والآخر أن الدخريص له بخلاف ما إذا قطعه ولم يخطه فبرهن أن القميص له رجع بالثمن، وتمامه في تلخيص الجامع. قوله: (أو مات العبد أو أعتقه) يعني يرجع بالنقصان إذا اطلع على عيب به بعد موته أو إعتاقه، أما الموت فلان الملك انتهى به والامتناع حكمي لا بفعله، وأما الاعتاق فالقياس أن لا يرجع لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل، وفي الاستحسان يرجع لان العتق إنهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وإنما يثبت فيه الملك موقتا إلى الاعتاق فكان إنهاء كالموت. وهذا لان الشئ يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر، والدليل على ثبوت أصل الملك مع الاعتاق ثبوت الولاء للمعتق وهو أثر من آثار الملك. وفي الصغرى: المشتري إذا باع من غيره فمات في يد الثاني ثم إطلع على عيب رجع بنقصان العيب على المشتري الاول، وليس للمشتري الاول أن يرجع على بائعه الاول بنقصان العيب عند أبي حنيفة خلافا لهما حتى لو صالح
***
[٨٧]
المشتري الاول مع بائعه عن ذلك على شئ لا يصح عند أبي حنيفة لانه لا حق له اه، كذا في الكافي. وقد يقال: ما المانع من جعله من آثار العتق؟ ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعالى توابع الاعتاق وفيها تفصيل، فالتدبير والاستيلاد كالعتق لتعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي، وأما الكتابة فمانعة من الرجوع لجواز النقل لجواز بيعه برضاه وتعجيزه نفسه فصار بها حابسا كالاعتاق على مال. وقيد في السراج والوهاج بأداء بدل الكتابة ليعتق ليصير عتقا على مال اه. وفي المحيط: مكاتب اشترى أباه أو ابنه لا يرده بالعيب لانه صار مكاتبا والكتابة تمنع زوال الملك بسائر الاسباب فكذلك الفسخ، ولا يرجع بنقصانه لان الجروع بالنقصان خلف عن الرد بدليل أنه لا يصار إليه مع القدرة على الرد وإنما يثبت الخلف إذا وقع اليأس عن الاصل ولم يقع لقبولها الفسخ بخلاف ما إذا دبره ثم وجد به عيبا، فإن عجز المكاتب بعدما علم بالعيب رده المولى ويتولاه المكاتب لزوال المانع، فإن باعه المولى أو مات المكاتب رده المولى بنفسه كالوكيل إذا مات فإن أبرأه المكاتب قبل العجز لا يرده المولى، وإن أبرأه المولى قبل عجز المكاتب جاز. ولو اشترى المكاتب أم ولده ومعها ولدها لا يردها بالعيب ويرجع بنقصانه، ولو أبرأه المكاتب جاز. ولو اشترى المولى من مكاتبه عبدا لا يرده بالعيب ولا يخاصم البائع اه. ولو قال المؤلف أو هلك المبيع ليتناول هلاك غير الآدمي لكان أولى. وفي القنية: اشترى جدارا مائلا فلم يعلم به حتى سقط فله الرجوع بالنقصان. وفي جامع الفصولين: ذهب به إلى بائعه ليرده بعيبه فهلك في الطريق هلك على المشتري ويرجع بنقصه، وقدمنا حكم ما إذا قضى برده على البائع بعيبه فهلك عند المشتري. والحاصل أن هلاك المبيع ليس كإعتاقه فإنه إذا هلك المبيع يرجع بنقصان العيب، سواء كان بعد العلم به أو قبله. وأما الاعتاق بعد العلم به فمانع من الرجوع بنقصانه بخلافه قبله، وليس الاعتاق كاستهلاكه فإنه استهلكه فلا رجوع مطلقا إلا في الاكل عندهما، وقيل غير مانع من الرجوع بنقصه أيضا لوجوب الضمان به فهو كبيعه، كذا في

السراج الوهاج. وفي جامع الفصولين: ولو شرى بعيرا فلما أدخله في داره سقط فذبحه رجل بأمر المشتري فظهر عيبه يرجع بنقصه عندهما، وبه أخذ المشايخ كما لو أكل طعاما، ولو علم عيبه قبل الذبح فذبحه هو أو غيره بأمره لا يرجع اه. وفي الواقعات: الفتوى على قولهما في الاكل فكذا هنا وفيه: ولو اشترى
***
[٨٨]
برا على أنه ربيعي فزرعه فإذا هو خريفي اختار المشايخ أنه يرجع بنقص العيب وهو قولهما بناء على ما إذا اشترى طعاما فأكله فظهر عيبه والفتوى على قولهما. ولو اشترى بزرا على أنه بزر بطيخ كذا فزرعه فظهر على صفة أخرى جاز البيع لاتحاد الجنس من حيث إنه بطيخ، واختلاف الصفة لا يفسد العقد، ولا يرجع بنقص العيب عند أبي حنيفة. شرى على أنه بزر بطيخ شتوي فزرعه فإذا هو صيفي بطل البيع فيأخذ المشتري ثمنه وعليه مثل ذلك البزر. ولو شرى بزر الدوين فزرعه في أرضه ولم ينبت رجع على بائعه بكل ثمنه إن كان لنقصان فيه، وكذا لو شرى بزر البطيخ فزرعه فنبت القثاء أو شرى بزر القثاء فوجده بزر القثاء البلخي بطل البيع جملة. شرى حب القطن فزرعه ولم ينبت قيل يرجع بنقص عيبه، وقيل لا يرجع لانه أهلك المبيع اه. وفي القنية: بامنه دخنا للبذر وقال ازرعه فإن لم ينبت فأنا ضامن لهذا البذر فزرع فلم ينبت فعليضمان النقصان اه. وأشار بالاعتاق إلى الوقف فإذا وقف المشتري الارض ثم علم بالعيب رجع بالنقص، وفي جعلها مسجد اختلاف والمختار الرجوع بالنقص، كذا لجامع الفصولين وعليه الفتوى كما في البزازية. وإذا رجع بالنقصان سلم له لان النقصان لم يدخل تحت الوقف، كذا في البزازية أيضا قوله: (وإن أعتقه على ما أو قتله أو كان طعاما فاكله أو بعضه لم يرجع بشئ) أما الاول فلانه حبس ما هو بدله وحبس البدل كحبس المبدل منه، وقدمنا أن الكتابة بمعناه فلا رجوع. وأما قتله وأكل الطعام فالمراد إتلاف المبيع من المشتري مانع من الرجوع بنقصان العيب وهو ظاهر الرواية لان القتل لا يوجد إلا مضمونا وإنما يسقط هنا باعتبار الملك إن لم يكن مديونا، فإن كان مديونا ضمنه السيد، كذا في الكافي. فصار كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق فإنه لا يوجب ضمانا وقتل غيره مانع من الرجوع بنقصه أيضا لوجوب الضمان به فهو كبيعه، كذا في السراج الوهاج. وأما الاكل فالمذكور قوله، وأما عندهما فيرجع استحسانا، وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرق، لهما أنه صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله له فأشبه الاعتاق، وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبه البيع والقتل ولا يعتبر بكونه مقصودا ألا ترى أن المبيع إنما يقصد بالشراء، ثم هو يمنع الرجوع وأكل البعض كأكل البكل لكونا كشئ واحد فصار كبيع البعض، وعنهما يرجع بالنقصان في الكل، وعنهما يرد مبقي لانه لا يضره التبعيض ويرجع بنقصان ما أكل وعليه الفتوى، كذا في الاختيار. والحاصل ان
***
[٨٩]
الفتوى على قولهما في الرجوع بالنقصان كما في الخلاصة ورد ما بقي قالوا: والاصل في جنس هذه المسائل أن الرد متى امتنع بفعل مضمون من المشتري كالقتل والتمليك من غيره امتنع الرجوع بالنقصان، ومتى امتنع لا من جهته أو من جهته بفعل مضمون كالهلاك بآفة سماوية أو انتقص أو ازداد زيادة مانعة للرد أو الاعتاق أو توابعه كالتدبير والاستيلاد لا يمتنع الرجوع بالنقصان، وعلى هذا قال البزازي: لو وطئ المشتري الجارية ثم باعها بعد العلم بالعيب لا يرجع، وإن وطئها غير البائع ثم باعها يرجع بالنقصان اه. وفي المجتبى: لو أطعمه ابنه الكبير أو الصغير أو امرأته أو مكاتبه أو ضيفه لا يرجع بشئ، ولو أطعمه عبده أو مدبره أو أم ولده يرجع لان ملكه باق. ولو اشترى سمنا ذائبا وأكله ثم أقر البائع أنه كانت وقعت فيه فأرة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتى. وفي الكفاية: كل تصرف يسقط خيار الشرط يسقط خيار العيب إذا وجد في ملكه بعد العلم بالعيب ولا رد ولا أرش اه. وفي القنية: ولو كان غزلا فنسجه أو فيلقا فجعله إبريسما ثم ظهر أنه كان رطبا وانتقص وزنه رجع بنقصان العيب بخلاف ما إذا باع اه. قيد بالطعام لانه لو اشترى كرما بثمره وذكر الثمر وأكل منها ثم وجد بالكرم عيبا فله رد الكرم، كذا في القنية. وقيد بكونه فعل بالمبيع لانه لو أتلف كسب المبيع بعد العلم بالعيب لا يكون رضا ولا يسقط شئ من الثمن، وكذا لو كان كسب المبيع جارية فوطئها أو حررها بخلاف إعتاق ولد المبيعة فإنه يكون رضا بعد العلم بالعيب، كذا في البزازية قوله: (ولو اشترى بيضا أو قثاء أو جوزا فوجده فاسدا ينتفع به رجع بنقصان العيب

والا بكل الثمن) أي إن لم يكن منتفعا به فإن يرجع بجميع الثمن لانه ليس بمال فكان البيباطلا، ولا يعتبر في الجواز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب، وإكان ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان
***
[٩٠]
العيب دفعا للضرر بقدر الامكان إلا أن يقبلها البائع مكسورا ويرد الثمن كما في البزازية. ولا بد من تقييد المسألة بكسره لانه لو اطلع على عيبه قبل كسره كان له رده، فلو قال فكسره فوجده فاسدا أيضا لكان أولى. ولا بد أيضا من أن لا يتناول منه شيئا بعد العلم بعيبه لانه لو كسره فذاقه ثم تناول منه شيئا لم يرجع بنقصانه لرضاه به، وينبغي جريان الخلاف فيها كما لو أكل الطعام. وأطلق في الانتفاع فشمل انتفاعه به وانتفاع غيره من الفقراء والدواب علفا لهم. وأطلق البيض واستثنوا منه بيض النعامة إذا وجده فاسدا بعد الكسر فإنه يرجع بنقصان العيب لان ماليته باعتيار القشر بخلاف غيره. وقيد بوجود المبيع أي جميعه لانه لو وجد البعض منه فاسدا فإن كان قليلا جاز البيع لعدم خلوه عنه عادة ولا خيار له، وإن كان كثيرا فالصحيح عنده البطلان. وعندهما يجوز في حصة الصحيح منه، والقليل الثلاثة وما دونها في المائة، والكثير ما زاد، والفاكهة من هذا القبيل، كذا في المعراج. وفي فتح القدير: ولو اشترى دقيقا فخبز بعضه وظهر أنه مر رد ما بقي ورجع بنقصان ما خبز اه. وفي الواقعات: هو المختار. ولو قال المصنف فوجه معيبا لكان أولى لان من عيب الجوز قلة لبه وسواده كما في البزازية. وصرح في الذخيرة بأنه عيب وليس من باب الفساد وفيها: اشترى عددا من البطيخ أو الرمان أو السفرجل فكسر واحدا واطلع على عيب رجع بحصته من الثمن لا غير ولا يرد الباقي إلا إن يبرهن أن الباقي فاسد اه. ولهذا قال فوجده أي المبيع احترازا عما إذا كسر البعض فوجده فاسدا فإنه يرده أو يرجع بنقصه فقط ولا يقيس الباقي عليه قوله: (ولو باع المبيع فرد عليه بعيب بقضاء يرد على بائعه ولو برضاه لا) أي لا يرده على بائعه الاول لانه بالقضاء فسخ من الاصل فجعل البيع كأن لم يكن. غاية الامر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء كما في الهداية، ومنهم من جعله قول أبي يوسف. وعند محمد ليس له أن يخاصم بائعه لتناقضه، وعامتهم على أنه إن سبق منه جحود نصا بأن قال بعته وما به هذا العيب وإنما حدث عندك ثم رد علي بقضاء ليس له أن يخاصم بائعه، منهم من حملها على ما إذا كان ساكا والبينة تجوز على الساكت ويستحلف الساكت أيضا لتنزيله منكرا، كذا في المعراج. أطلقه فشمل القضاء بإقرار وبينة ونكول عن اليمين. ومعنى القضاء بالاقرار أنه أنكر الاقرار فأثبت بالبينة كما في الهداية، أو أقر وأبي القبول فقضى عليه
***
[٩١]
كما في الكافي. وصورة الاقرار أن يقول اشتريته وبه ذلك العيب ولم أعلم به وقضى به ثم ادعاه على بائعه وبرهن ببينة أو استحلف بائعه، كذا في الولواجية. وليس المراد منه أنه بمجرد القضاء عليه بإقراره يرده فليتأمل. وإن قبله بغير قضاء ليس له رده على بائعه لانه بيع جديد في حق الثالث وإن كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما. أطلقه فشمل ما يحدث مثله، وما لا يحدث مثله وهو قول العامة، وتقييده في الجامع الصغير بما يحدث ليعلم حكم ما لا يحدث بالاولى، وفي بعض روايات الاصل أن ما لا يحدث مثله فالرضا به كالقضاء. وترك المصنف قيدا آخر وهو أن يكون بعد قبض المبيع لانه لو كان قبل قبضه فهو فسخ في حق الكل، سواء كان بقضاء أو رضا، كذا في المعراج معزيا إلى المبسوط. وقيد آخر وهو أن يكون البيع قبل الاطلاع على العيب إذا لو كان بعده ليس له الرد على بائعه ولو رد عليه بما هو فسخ، كذا في الصغرى. وأورد على كونه فسخا مسائل: الاولى لو كان المبيع عقارا فرد بعيب لم يبطل حق الشفيع في الشفعة. الثانية لو باع أمته الحبلى وسلمها ثم ردت بعيب بقضاء ثم ولدت فادعاه أبو البائع لم تصح دعوته ولو كان فسخا لصحت كما لو لم يبعها. الثالثة لو أحالة البائع غريمه على المشتري بالثمن ثم رد المبيع بعيب بقضاء لم تبطل الحوالة ولو كانت فسخا لبطلت. وأجاب في المعراج بأنه فسخ فيما يستقبل لافي الاحكام الماضية ولهذا قال شيخ الاسلام: قول القائل الرد بالقضاء يجعل العقد كأن لم يكن تناقض لان العقد إذا جعل كأن لم يكن جعل الفسخ كأن لم يكن لان الفسخ بدون العقد لا يتصور، فإذا انعدم العقد من أصله انعدم الفسخ من الاصل، وإذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه ولكن يقال يجعل العقد كأن لم يكن في المستقبل لا في الماضي اه. والدليل على أن الفسخ إنما هو في المستقبل أن زوائد المبيع للمشتري ولا يردها مع الاصل ولهذا

لو وهب مالا قبل تمام الحول ثم رجع الواهب بعد الحول لا تجب الزكاة عليه فيما مضى، كذا في المعراج. ولو وهب دارا وسلمها فبيعت دار بجنبها فأخذها الموهوب له بالشفعة ثم رجع الواهب فيها لم يكن له الاخذ بشفعة، كذا في فتح القدير. وقد كتبنا في الفوائد أن الرد بالعيب بقضاء فسخ إلا في مسألة وإذا لم يرده في صورة الرضا لا رجوع له بالنقصان أيضا كما في المعراج. وإذا كان له الرد فله الرجوع بالنقصان كما في التهذيب يعني لو حدث عيب ورده بقضاء فله الارش ولو برضا لا. وقيد بالمبيع وهو العين احترازا عن الصرف فإنه يجعل فسخا إذا رد بعيب لا فرق بين القضاء والرضا لانه لا يمكن أن يجعل بيعا جديدا لان الدينار هنا لا يتعين في العقود، فإذا اشترى دينارا بدرهم ثم باع الدينار من آخر ثم وجد

***

[٩٢]

المشتري الثاني بالدينار عيبا ورده على المشتري بغير قضاء فإنه يرده على بائعه لما ذكرنا كما في المحيط والخانية. وفي الكافي: المبيعان هنا واحد لان المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المبيع ملك البائع فإذا رده على المشتري يرده على بائعه، أما هنا المبيعان موجودان فإذا قيل بغير قضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه اه. وذكر في الظهيرية ثم قال بعده: وعلى هذا إذا قبض رجل دراهم له على رجل وقضاها من غريمه فوجدها الغريم زيوفا فردها عليه بغير قضاء فله أن يردها على الاول اه. وخرج عن قوله بقضاء مسألة ذكرها في المبسوط: لو أقام المشتري الثاني أن العيب كان عند المشتري الاول ولم يشهد أنه كان عند البائع الاول فليس للمشتري الاول المخاصمة مع بائعة إجماعا لان المشتري الاول لم يصر مكذبا فيما أقر به ولم يوجد هنا قضاء على خلاف ما أقر به فبقي إقراره بكونها سليمة فلا يثبت له ولاية الرد، ولكن لم يذكره محمد، كذا في فتح القدير. والمعراج. اعلم أن القن إذا حكم برده بعيب الاباق على بائعه فاشتراه آخر فأبق عنده فله الرد على بائعه بالاباق السابق المحكوم به كما في الظهيرية. وإقرار المشتري الاول بإباقه لا ينفذ على من لم يشتر منه من الباعة بخلاف إقرار البائع الاول بدين على العبد فإن للمشتري الآخر

***

[٩٣]

أن يرده على بائعه بإقرار الاول كما فيها أيضا. وفي التهذيب للقلانسي: لو وهب وسلم ثم رجفيه بقضاء أو رضا فله الرد اه. ثم معنى قوله يرد على بائعه أن له أن يخاصم الاو ويفعل ما يجب أن يفعل عند قصد الرد ولا يكون الرد عليه ردا على بائعه بخلاف الوكيل بالبيع فإنه إذا رد عليه ما باعه بعيب بقضاء ببينة أو نكول أو بإقرار من المأمور بالبيع حيث يكون ردا على موكله من غير حاجة إلى خصومة لان تعدادها عند تعدد البيع، وهنا البيع واحد فإذا ارتفع رجع إلى الموكل. وهذا الاطلاق قيده فخر الاسلام بعيب لا يحدث مثله، أما فيما حدث مثله لا يرده بإقرار المأمور وإنما تعدى النكول إلى الموكل مع أنه إما إقرار أو بذل وليس له البذل لكونه ليس إقرارا ولا بذلا حقيقة. وإنما جرى مجراه بدليل أنه لو عاد وحلف بعد نكوله صح، ولو كان إقرارا لم يصح وصح القضاء بنكول المأذون عنها، ولو كان بذلا حقيقة لم يصح فلا يلزم اجراؤه في كل الاحكام. وفي الايضاح: إن رد على الوكيل بعيب لا يحد ث مثله بإقراره لا يرد وهو أوجه. وفي البزازية: والوكيل بالعيب رد عليه بعيب قضاء اقتصر عله وأن لا يحدث مثله في المدة هو الصحيح، وإن بقضاء ولا يحدث مثل في المدة ينظر جوابه والرد على الوكيل رد على الموكل مطلقا، وإن يحدث مثله في المدة فإن بنكول أو ببينة فرد على الموكل، وإن بإقرار فعلى الوكيل وله أن يخاصم الموكل والوكيل بالشراء له أن يخاصم قبل الدفع إلى الموكل كالمضارب، فإن برهن البائع على رضا لآمر أو أقر به الوكيل سقط الرد ولا يحلف الآمر على الرضا ولا وكيله ويرده الموكل بعد موت الوكيل بعيب، وإذا رده المشتري على الوكيل استرد الثمن منه إن كان نقده إليه وإلا فمن الموكل اه. وفي الولوالجية: إذا رد على الوكيل بإقراره بالعيب بلا قضاء لزمه دون الموكل هو الصحيح مطلقا، وظاهر ما في البزازية من الوكالة وهنا أن له أن يخاصم الموكل فليراجع. وقيد بخيار العيب

***

[٩٤]

لانه لو رد على المشتري بخيار رؤية أو شرط فإنه يرده على بائعه، سواء كان بقضاء أو رضا، لكونه فسخا في حق الكل كما في المعارج والبزازية معزيا إلى الجامع جدد البائع مع المشتري ثانيا بأقل من الثمن الاول أو أكثر ثم رد عليه بعيب لم يكن له أن يرد على بائعه الاول اه. وفي الصغرى: الغاصب إذا باع المغصوب وسلم فضمن القيمة للمالك ثم رد عليه بعيب فله أن يرد على المالك ويسترد القيمة لان

سبب الضمان البيع والتسليم وقد صار ذلك كأن لم يكن اهـ. وقيد بقوله فرد لانه لو باعه فاطلع مشتريه على عيب قديم به لا يحدث مثله وحدث عنده عيب ورجع بنقصان العيب القديم، فعند أبي حنيفة لا يرجع البائع على بائعه بنقصان العيب القديم، وعندهما له أن يرجع، كذا ذكره الاسبيجابي ومثله في الصغرى قوله: (ولو قبض المشتري المبيع وادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن أو يحلف بائعه) أي لم يجبر المشتري على دفع الثمن بعد دعوى العيب لانه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن أولا ليتعين حقه بإزاء تعين المبيع، ولانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينقض القضاء فلا يقضي به صونا لقضائه. وتعبير المصنف بلكن أولى من تعبير الهداية بقوله لم يجبر حتى يحلف بائعه أو يقيم بينة لما يلزم على ظاهرها فساد من وجهين: أحدهما أن يقتضي أن المشتري إذا أقام بينة على ما ادعاه يجبر على دفع الثمن وليس كذلك. ثانيهما أنه يقتضي أن البائع إذا طلب منه الحلف يجبر المشتري وإن لم يحلف وليس كذلك، وإنما يجبر بعد الحلف. ولا يلزم شئ مما ذكرناه على عبارة الكتاب والمعنى ولكن الامر لا يخلو من أحد شيئين: إما بينة المشتري فيتبين براءته بالرد على البائع، أو يمين البائع عند عجزه فيلزمه الدفع، ولكن بإقامة البينة لا يتعين الثمن بل إما هو أورد المبيع كما في العناية لان العيب إذا ثبت خير المشتري فلم يتعين الفسخ وأحسن الوجوه في تأويل الهداية أن معنى عدم الجبر عدم الحكم بشئ حتى يتبين الحال إما ببينة المشتري أو بيمين البائع. وفي إيضاح الاصطلاح: إقامة المشتري بينة على دعواه غاية لتعين عدم الجبر كالتحليف لا لعدم الجبر حتى يلزم الجبر على دفع الثمن عند إقامة البينة على العيب. وإنما قلنا إنه لتعيين عدم الجبر لاحتمال عدم قبول البينة فيجبر المشتري على دفع الثمن، ويحتمل أن تقبل فيبقى عدم الجبر كما كان ونظيره قوله صلى الله عليه وسلم لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فإن

***

[٩٥]

سماع كلام الآخر غاية لتعين عدم القضاء لا لعدم القضاء حتى يتعين القضاء لاحدهما عند سماع كلام الآخر اهـ. وقيد بقبض المبيع لان المشتري يستبد بالفسخ قبل القبض كما ذكرنا ولا جبر ههنا، كذا في المعراج. وقد يقال إنه اتفاقي لان للبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فإذا طالبة به قبل قبضه فادعى عيبا لم يجبر فصدق عدم الجبر قبل القبض أيضا. وفي الصغرى: إذا قال المشتري وجدت المبيع معيبا لا يجبر على أداء الثمن حتى يقيم البينة أو يحلفه، وكذا المديون إذا ادعى إيفاء الدين اهـ قوله: (وإن قال شهودي بالشام دفع حلف بائعه) لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كبير ضرر به لانه على حجته فإن نكل التزم العيب لانه حجة منه وتحليف البائع في المسألتين إنما هو فيما إذا أقر بقيام العيب به ولك أنكر قدمه لما سيأتي. والمراد بقوله شهودي بالشام أنه قال أن له بينة غائبة عن المصر سواء كانوا بالشام أو بغيرها، والشام بلاد من مسامة القبلة وسميت لذلك أو لان قوما من بني كنعان تشاءموا إليها أي ساروا أو سمي باشم بن نوح فإنه بالشين بالسريانية أو لان أرضها شامات بيض وحمر وسود وعلى هذا لا يهمز وقد يذكر، وهو شامي وشآم وشآمي، وأشام أتاها، وتشأم انتسب إليها، وشامهم تشئيما سيرهم إليها، كذا في القاموس. وقيد بدعواه غيبتهم عن المصر لانه لو قال لي بينة حاضرة أمهله القاضي إلى المجلس الثاني إذ لا ضرر فيه على البائع، ولو طلب الامهال إلى ثلاثة أيام أمهله، وإذا حلف بائعه في مسألة الكتاب وقضى بالدفع عليه ثم وجد المشتري بينة فأقامها تقبل، وليس هذا مما ينفذ فيه القضاء ظاهرا وباطنا عند أبي حنيفة لان ذلك في العقود والفسوخ ولم ينتاكر العقد بل حقيقة الدعوى هنا دعوى مال على تقدير فالقضاء هنا بدفع الثمن إلى غاية حضور الشهود بالمسقط. ولا خلاف في مثله أعني ما إذا قال لي بينة غائبة أو قال ليس لي بينة حاضرة ثم أتى ببينة تقبل، وأماءذا قال لا بينة لي فحلف خصمه ثم أتى ببينة في أدب القاضي تقبل في قول أبو حنيفة، وعند محمد لا تقبل، كذا في فتح القدير. وستأتي بشعبها في كتاب الدعوى قوله: (فإن ادعى أباقا لم يحلف بائعه حتى يبرهن المشتري أنه أبق عنده فإن برهن حلف بالله ما أبق عندك قط) أي إذا ادعى عيبا يطلع عليه الرجال ويمكن حدوثة فلا بد من إقامة البينة أولا على قيامه بالمبيع مع

***

[٩٦]

قطع النظر عن ق دمه وحدوثه لينتصب البائع خصما فإن لم يبرهن لا يمين له على البائع عند الامام على الصحيح، وعندهما يحلف على نفي العلم لان الدعوى معتبر حتى تترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف. وله أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح إلا من

خصم ولا يصير خصما فيه إلا بعد قيام العيب. وأورد عليه لزوم ذلك في دعوى الدين مع أنه في دعوى الدين يأمر القاضي المدعى عليه بالجواب قبل ثبوت أصل الدين مع أن فراغ الذمة عن الدين أصل والشغل عارض كالعيب عارض. وأجيب: لو شرط إثباته لم يتوصل المدعي إلى إثبات حقه لانه ربما تعذرت عليه بخلاف العيب لانه مما يعرف بآثار تعاين أو بقول الاطباء أو القابلة، كذا في المعراج. والحاصل أنه لا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين فقد ذكر في القنية المواضع التي يكون الانسان فيها خصما بالبينة دون اليمين وكتبناها في الفوائد، ولان التحليف إنما شرع لقطع الخصومة لا لانشائها. ولو استحلف البائع لحلف نشأ ت خصومة أخرى في قدمه وحدوثه، وأورد الشارح على هذا التعليل مسألة الشفعة فإن المشتري إذا أنكر ملك الشفيع يحلف، فإذا حلف نشأت خصومة أخرى في الشراء والإيراد على هذا التعليل لا يضر في صحة الدليل السابق مع كونه مردودا من جهة أخرى هي أنه لا يضر أن تنشأ خصومة أخرى من اليمين وكثيرا اليمين ما يقع ذلك في الخصومات، ولم يظهر للمحقق ابن الهمام ما نقلناه عن المعراج من الفرق بين دعوى العيب ودعوى الدين فقال: إنه يلزمه الجواب للدعوى فيهما وعلى المدعي البرهان فيهما فالوجه التسوية بينهما في اليمين أيضا فيحلف البائع كما هو قولهما. وقوله على قول البعض ولذا قالوا: إن القاضي يسأل البائع فإن أقر بقيامه توجهت الخصومة في القدم والحدوث وهو يدل على أنه يلزمه الجواب فالفرق بينهما غلط. ثم اعلم أن الامام يصح بيعه للغنائم ولو في دار الحرب كما في التلخيص وشرحه. وقولهم لا يصح ببعها قبل القسمة وفي دار الحرب محمول على غير الامام وأمينه، فلو اطلع المشتري على عيب لا يرده على البائع لان تصرفه حكم ولكن ينصب الامام رجلا للخصومة معه ولا يقبل إقراره بالعيب ولا يمين عليه لو أنكر وإنما هو خصم لاثباته بالبينة كالاب ووصيه في مال الصغير بخلاف الوكيل فإن إقراره مقبول فيه. وإذا أقر منصوب الامام بالعيب انعزل كالوكيل بالخصومة إذا أقر على موكله في غير مجلس القضاء فإنه

***

[٩٧]

وإن لم يصح لكنه ينعزل به، ثم إذا رد بالعيب فإنه يضم إلى الغنيمة إن كان قبل القسمة، وإن كان بعدها فإنه يباع بالثمن، فإن نقص الثمن أو زاد كان ذلك في بيت المال، كذا في التلخيص وشرحه. وبما ذكرناه من أن الامين خصم في البينة ولا يمين عليه بقوى قول الامام وليس مراده خصوص عيب الاباق بل كل عيب لا بد فيه من المعاودة عند المشتري لا بد من أسباب وجوده عند المشتري لتقع الخصومة في قدمه وحدوثه كالبول في الفراش والسرقة والجنون على المختار، وأما ما لا يشترط وجوده عند المشتري كولادة الجارية وزناها وتولد الرقيق من الزنا فإن البائع يحلف عليه ابتداء عند عدم البرهان. وتحليف البائع كما في الكتاب بالله ما أبق عندك قط عبارة بعضهم وعبارة الجامع الكبير بالله لقد باعه وقبضه وما أبق قط قالوا: وإن شاء حلفه بالله ما له عليك حق الرد من الوجه الذي يدعي به. وفي فتح القدير: وكل من هذه العبارات حسنة، بقيت عبارتان محتملتان بالله لقد باعه وما به هذا العيب، وبالله لقد بعته وسلمته وما به هذا العيب. ويرد على عبارة الكتاب أنه لا مخلص فيها للمشتري لان العيب لو وجد عند بائع البائع يرده المشتري به كما في القنية والبزازية وذكره الزيلعي أيضا. وظاهر ما في فتح القدير أنه لم يطلع هو وأصحابه على نقل فيها لانه قال إنها مما تطارحناه إلى آخره. ولو حلف البائع بهذه العبارة لكان صادقا لانه ما أبق عنده قط، وكذا لو كان أبق من المورث أو الواهب أو مودعه أن مستأجره أو من الغاصب لا إلى منزل مولاه ويعرفه ويقوى على الرجوع فإنه عيب ففيه ترك النظر للمشتري، فلو حذ ف الظرف وقال بالله ما أبق قط لكان أولى لكن يرد عليها أيضا ما لو كان أبق عند الغاصب إذا لم يعلم منزل مولاه أو لم يقدر على الرجوع إليه، وقدمنا أنه ليس بعيب ففيه ترك النظر للبائع، فإن أتى بالظرف كان فيه ترك النظر للمشتري، وإن حذفه كان فيه ترك النظر للبائع، فمن اختار حذف الظرف فر من محذور فوقع في آخر، ومن ذكره فكذلك. وأما العبارتان المحتملتان فيرد على الاولى منهما أنه لو كان باعه سليما ثم حدث به عند البائع قبل التسليم فإنه يرده عليه مع أنه صادق في قوله باعه وما به هذا العيب، فإذا قال بائعه بالله لقد سلمته وما به هذا العيب اندفع الاحتمال المذكور. ويرد على الثانية أنها توهم تعلقه بالشرطين جميعا فيتأوله الحالف في يمينه عند قيامه في إحدى الحالتين. وجوابه أن تأويله غير صحيح لان البائع نفى العيب عند البيع

***

[٩٨]
وعند التسليم فلا يكون بارا في يمينه إذا كان موجودا في إحدهما كما أشار إليه في المبسوط. والاسلم والاخلص عبارة الجامع وما يليها كما لا يخفي، وتعقب في المحيط عبارة الجامع بجواز رضا المشتري وابترائه. وفي البزازية: والاعتماد على المروي عن الثاني بائا ما لهذا المشتري قبلك حق الرد بالوجه الذي يدعيه تحليفا على الحاصل اه. وصحح في المبسوط عبارة الجامع. وفي الهداية: إذا كان الدعوى في إباق الكبير يحلف بالله ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ اه. ولا خصوصية للاباق بل كل عيب اختلف فيه الحال بين الصغر والكبر فالحكم كذلك كما في فتح القدير. والتحليف هنا بقوله ما أبق قط تحليف على البتات مع أنه على فعل غيره فمنهم من قال لكونه مدعيا العلم به، ومن ادعى علما بفعل غيره فإنه يحلف على البتات لاعلى نفي العلم كالمودع إذا ادعى قبض المودع لها حلف على قبضه وهو فعل غيره، والوكيل إذا ادعى قبض الموكل ثمن ما باعه حلف الوكيل على قبض الموكل. ومنهم من قال: ليس حاصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليمه سليما وهو قول السرخسي. والاول أوجه فإن معنى تسليمه سليما ليس المراد منه السلامة في حال التسليم بل بمعنى سلمته والحال أنه لم يسرق عندي فيرجع إلى الحلف على فعل الغير، كذا في فتح القدير. وأورد الامام ظهير الدين على الاول فقال: إلا أن هذا لا يقوى بمسئلتين: إحداهما باع رجلان عبدا من آخر صفقة واحدة ثم مات أحدهما وورثة البائع الآخر ثم ادعى المشتري عيبا فإنه يحلف في حصته بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم عند محمد، وإن كان يدعي العلم بانتفائه. والثانية باع المتفاوضان عبدا وغاب أحدهما فادعى المشتري عيبا يحلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه وعلى العلم في نصيب الغائب وإن ادعى أن له علما بذلك، كذا في المعراج. وفي فتح القدير: والوجه عند ي أن يستشكل ما نحن فيه على هاتين المسألتين لا عكسه لان تحليفه في نصفه على البتات وفي نصف الآخر على العلم وهو واحد هو المشكل، والمسألتان مشكلتان لاستواء علمه وجهله بالنسبة إلى النصفين إلا أن يكون معنى المسألة أن يكون العبد عند كل من الشريكين مدة فيحلف على البتات في مدته ما أبق عندي وعلى نفي العلم في مدة شريكه، فلو لم تكن إقامته إلا عند الشريك لا يحلف إلا على البتات ويكتفي به إلا أن هذا غير معلوم فيحلف كما ذكر واو لو لم تكن إقامته إلا عند غير الحالف لكون العقد اقتضى وصف السلامة اه. أقول: ما ذكره من الوجه أولا ليس بالوجه لان الكلام السابق في قوة قولهم كل من ادعى علما بفعل غيره ولزمته اليمين فإن يحلف على البتات فيرد على هذه القاعدة على طريق النقض مسألتان: ادعى علما بفعل
***
[٩٩]
غيره والتحليف في العلم والدليل على أنها قاعدة اعتبارها في مسائل أخرى منها ما في الخلاصة: لو قال إن لم يدخل فلان الدار اليوم فكذا ثم ادعى دخوله حلف على البتات بالله أنه دخلها. ومنها أن الوكيل إذا باع وادعى المشتري عيبا فإن الوكيل يحلف على نفي العلم والوصي لو باع وادعى المشتري عيبا يحلف على البتات لانه في الاول لا يدعي علما لكونه ليس في يده وهو في يد الوصي فيعلم عيبكما في القنية. ثم اعلم أن مذهب أبي يوسف التحليف على البتات في المسألتين وهما من مسائل الجامع الكبير كما في المحيط من باب المخاصمة في الرد بالعيب. وفي فتح القح دير: وقد ظهر بما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في عيب الاباق ونحوه وهو كل عيب لا يعرف إلا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا، وبقي أصناف أخرى ذكرها قاضيخان وهي مع ما ذكرنا تتمة أربعة أنواع: الاول أن يكون ظاهرا لا يحدث مثله أصلا من وقت البيع إلى وقت الخصومة كالاصبع الزائدة والعمى والناقصة والسن الشاغية أي الزائدة، فالقاضي يقضي فيها بالرد إذا طلب المشتري من غير تحليف للتيقن به في يد البائع أو المشتري إلا أن يدعي البائع رضاه به أو العلم به عند الشراء والابراء منه، فإن ادعاه سأل المشتري فإن اعترف امتنع الرد، وإن أنكر أقام البينة عليه، فإن عجز يستحلف ما علم به وقت المبيع أو ما رضي به ونحوه، فإن حلف رده، وإن نكل امتنع الرد، الثاني أن يدعي عيبا باطنا لا يعرفه إلا الاطباء كوجع الكبد والطحال، فإن اعترف به عندهما رده، وكذا إذا أنكره فأقام المشتري البينة أو حلف البائع فنكل الا ان ادعى الرضا فيعمل ما ذكرنا وان أنكره عند المشترى يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يكفي والاثنان أحوط، فإذا قال به ذلك يخاصمه في أنه كان عنده. الثالث أن يكون عيبا لا يطلع عليه إلا النساء كدعوى الرتق والقرن والعقل والثيابة وقد اشترى بشرط البكارة فعلى هذا إلا أنه إذا أنكر قيامه

للحال أريت النساء والمرأة العادلة كافية، فإذا قالت ثيبا أو قرناء ردت عليه بقولها عندهما كما تقدم أو إذا انضم إليه نكوله عند تحليفه غير أن القرن ونحوه إن كان مما لا يحدث مثله ترد عند قول المرأتين هي قرناء بلا خصومة في أن ذلك عند
***
[١٠٠]
البائع للتيقن بذلك كما في الاصبع الزائدة إلا أن يدعي رضا فعلى ما ذكرنا. وفي شرح قاضيخان: العيب إذا كان مشاهدا وهو مما لا يحدث يؤمر بالرد، وإن كان مما يحدث واختلف في حدوثه فالبينة للمشتري لانه يثبت الخيار والقول للبائع لانه ينكر الخيار وهذا يعرف مما قدمناه. ولو اشترى جارية وادعى أنها خنثى يحلف البائع لانه لا ينظر إليه الرجال ولا النساء إلى هنا ما في فتح القدير تبعا لما في المعراج وفيه: ولو أراد المشتري الرد ولم يدع البائع عليه شيئا بسقطه لم يحلف المشتري لان التحليف لقطع الخصومة وفيه إنشاؤها. وعند أبي يوسف يحلف صيانة لقضائه عن النقض لو ظهر ذلك في ثاني الحال بالله ما علم بالعيب حين اشتراه ولا رضي به ولا عرضه على البيع، وأكثر القضاة يحلفون بالله ما سقط حقك في الرد بالعيب من الوجه الذي يدعيه نصا ولا دلالة وهو الصحيح، وأحب إلي أن يستحلفه وإن لم يدع، ولو ادعى سقوط حق الرد يحلف اتفاقا اه. وقدمنا أن خيار العيب على التراخي ولو خاصم ثم ترك ثم عاد وخاصم فله الرد كما في المعراج أيضا. وذكر في الخلاصة والبزازية أن القاضي لا يستحلف الخصم بدون طلب المدعي إلا في مسائل منها: خيار العيب وقد ذكرناه. الثانية النفقة في مال الغائب لا يقضي بها حتى يستحلف المرأة. الثالثة الشفعة لا يقضي بها حتى يستحلف الشفيع وكتبناها في الفوائد الفقهية مفصلة. ثم اعلم أن القاضي إنما يحتاج إلى قول الاطباء عند عدم علمه بالعيب، أما إذ كان من ذوي المعرفة نظر بنفسه كما في البزازية ونظر أمين القاضي كهو كما في البدائع. واشتراط العدلين منهم إنما هو للرد وإن أخبر واحد عدل توجهت الخصومة فيحلف البائع كما فيها أيضا ولكن في أدب القاضي
***
[١٠١]
ما يخالفه وفيها: لو أخبرت امرأة بأنها حامل وامرأتان بالعدم صحت الخصومة ولا يقبل قول النافية، فإن قال البائع ليست لها بصارة اختار القاضي ذات بصارة اه. وقدمنا أن للبائع أن يمتنع من القبول مع علمه بالعيب حتى يقضي عليه ليتعدى إلى بائعه، وقد صرح به في البزازية أيضا. وفي تهذيب القلانسي: لو أقام البائع بينة أنه حدث عند المشتري وأقام المشتري البينة أنه كان معيبا في يد البائع تقبل بينة المشتري اه قوله: (والقول في قدر المقبوض للقابض) لانه هو المنكر لما يدعيه المدعي. أطلقه فشمل ما إذا كان أمينا أو ضمينا كالغاصب وإن كان المقام مخصصا لما يتعلق بالعيب، فلو اشترى جارية وتسلمها ثم وجد بها عيبا فقال البائع بعتكها وأخرى معها وقال المشتري وحدها فالقول للمشتري. ولو حذف المنصف قوله في مقدار المقبوض لكان أولى لان القول للقابض فيما قبضه مطلقا مقدارا أو صفة أو تعيينا، فلو جاء ليرد المبيع بخيار شرط أو رؤية فقال البائع ليس هو المبيع فالقول للمشتري في تعيينه بخلاف ما إذا جاء ليرده بخيار عيب فإن القول للبائع كما في العمادية، وفرق بينهما في فتح القدير. وإذا اختلفا في تعيين الزق فالقول للمشتري كما في الظهيرية، وإذا اشترى عبدين أحدهما بألف حالة والآخر بألف إلى سنة صفقة أو صفقتين فوجد بأحدهما عيبا فرده ثم اختلفا فقال البائع رددت ما ثمنه آجل وقال المشتري ما كان ثمنه عاجلا فالقول للبائع، سواء هلك ما في يد المشتري أو لا ولا تحالف. ولو كان الثمنان مختلفين فرد أحدهما
***
[١٠٢]
بعيب فادعى البائع أن ثمن المردود كذا وعكس المشتري فالقول للمشتري، كذا في الظهيرية. ومن مسائل الجامع الكبير: لو اشترى عبدا بألف وقبضه ووهب البائع له عبدا آخر وسلمه فمات أحد العبدين ثم أراد المشتري رد الباقي بعيب فادعى البائع أن المبيع هو الهالك والباقي هو الهبة وعكس المشتري ولا بينة فالقول للبائع ولو لم يجد عيبا وإنما أراد الواهب الرجوع وقال الحي هو الموهوب وأنكر المشتري فالقول للبائع، فإذا رجع فيه رجع المشتري الثمن المدفوع، إذا رجع رجع البائع بقيمة العبد الميت بعد التحالف، وإذا اختلفا في طول المبيع وعرضه فالقول للبائع وتمامه في الظهيرية من فصل الاختلافات من البيوع. وفي تلخيص الجامع من باب الاختلاف في المرابحة: اشترى ثوبا قيمته عشرة بعشرة ودفع إليه آخر ثوبا اشتراه بعشرة وقيمته عشرون ليبيع له مع ثوبه فقال لرجل هما قاما بعشرين

فأبيعك بربح عشرة فاشتراهما ثم وجد بثوب الآمر عيبا فقال شريتهما صفقة وانقسم الربح على القيمة أثلاثا فأرده بثلثي الثمن فقال البائع ثمن كل ثوب عشرة فانقسم الربح على الثمنين فرد بنصفه فالقول للمشتري مع اليمين بجحده مزيد حادث بخلاف ما لم يدع عيبا لفقد الجدوى إلى أن قال: ولا تحالف وإن برهنا فالبينة للمشتري لاثباته زيادة حقيقة مقصودة وتمامه فيه. قيد بكونه مقبوضا لان المشتري بالخيار إذا أراد الاجازة في سلعة في يد البائع فقال البائع ما بعتكها قالوا: القول للبائع كما لو ادعى بيع عين وأنكر وإن كان الخيار للبائع فأراد الزام البيع في معين وأنكره المشتري فالقول للمشتري، كذا في الظهيرية من خيار التعيين. وشمل ما إذا ادعى المشتري بعد قبض المبيع أنه وجده ناقصا فالقول له لان القابض. قال في الخلاصة من كتاب الصل: رجل باع من آخر إبريسما ووزنه عليه وقت البيع وحمله المشتري ثم رجع إليه بعد مدة وقال وجدته ناقصا، فإن كان النقص يكون بين الوزنين فلا شئ له، وإن كان أكثر

***

[١٠٣]

ينظر إن لم يسبق من المشتري إقرار بقبض كذا منا فله أن يمنعه من الثمن بإزاء النقصان ولو نقده رجع بذلك القدر، وإن أقر بقبضه ليس عليه شئ اه‍. فإن قلت: هل تقبل بينة القابض على ما ادعاه مع قبول قوله؟ قلت: نعم تقبل لاسقاط اليمين عنه كالمودع إذا ادعى الرد أو لهلاك وأقام بينة تقبل مع أن القول قولوالبينة لاسقاط اليمين مقبولة، كذا في الذخيرة من باب الصرف وذكر لقبولها فائدة أخرى هي أن الوكيل بالصرف لو رد عليه الدينار بعيب فأقر به وقبله كان عليه لا على الموكل، فلو أقام مشتريه بينة على أنه هو الذي قبضه من الوكيل قبلت لاسقاط اليمين عنه ولرجوعه إلى الموكل فليحفظ قوله: (ولو اشترى عبدين صفق فقبض أحدهما ووجد بإحدهما عيبا أخذهما أو ردهما) لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقا فيكون تفريقا قبل التمام وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد. أطلقه فشمل ما إذا كان المعيب المقبوض أو غيره، ويروي عن أبي يوسف أنه إذا وجد بالمقبوض عيبا برده خاصة كأنه جعل غير المعيب تبعا له والاصح أنه يأخذهما أو يردهما لان تمام الصفقة تتعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه، والعبدان مثال والمراد عبدان أو ثوبان أو نحوهما قوله: (ولو قبضهما ثم وجد بإحدهما عيبا رد المعيب وحده) لكونه تفريقا بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وسيأتي أن مسألة زوجي الخف ومصراعي الباب مستثناة من كلامه هنا. وعلى هذا إذا اشترى ثورين فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض، فإن كان ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب وحده. وقيد بخيار العيب لانه ليس له رد أحدهما بخيار شرط أو رؤية قبل القبض أو بعده لان الصفقة فيها لا تتم إبالقبض، قيد بتراخي ظهور العيب عن القبض لانه لو وجد بأحدهما عيبا قبل القبض فإن قبض المعيب منهما لزماه، أما المعيب فلوجود الرضا به، وأما الآخفلانه لا عيب به. ولو قبض السليم منهما فلو كانا معيبين فقبض أحدهما له ردهما جميعا لانه لا يمكنه الزام البيع في المقبوض دون

***

[١٠٤]

الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع، ولا يمكن إسقاط حقه في غير المقبوض لانه لم يرض به. ولو أعتق السليم أو باعه بعد القبضه لزمه الآخر كيلا تتفرق الصفقة على البائع لان الصفقة لا تتم إلا بقبض المبيع، كذا في المحيط. وشمل إطلاقه ما إذا اشترى خاتم فضة فيه فص وقلع الفص لا يضرب واحد منهما فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض فله أن يقلع الفص ويرد المعيب منها، ولووجد بأحدهما عيبا قبل القبض ردهما، وكذا السيف المحلى والمنطقة المحلاة. ولو اشترى نخلا فيه تمر فجز التمر ثم وجد بأحدهما عيبا لا يرد أحدهما بل يردهما لانهما بمنزلة شئ واحد لان التمر بعض النخل لانه خرج منه بخلاف القص لانه ليس من الفضة، كذا في المحيط قوله: (ولو وجد ببعض الكيلي أو الوزني عيبا رده كله أو أخذه) لكونه كالشئ الواحد. أطلقه فشمل ما إذا كان قبل القبض أو بعده، وما وقع في الهداية من أن المراد بعد القبض فإنما هو ليقع الفرق بين القيميات والمثليات. وشمل ما إذا كان في وعاء واحد أو وعاءين، وقيل إنه مخصوص بما إذا كان في وعاء واحد، أما إذا كان في وعاءين فهو بمنزلة العبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر. ولم يذكر المصنف حكم ما إذا كان المبيع متعددا لا يمكن الانتفاع بأحدهما إلا بالآخر إذا وجد بأحدهما عيبا قالوا: إنه بمنزلة المكيل والموزون فيخير إن شاء أخذهما أو ردهما قبل القبض وبعده لانهما كشئ واحد كزوجي خف ومصراعي باب وزوجي ثور ألف

أحدهما الآخر، فلو وجد أحدهما أضيق، فإن كان خارجا عما عليه خفاف الناس في العادة يرد وإلا لا، وإن كان لا يسع رجله فإن كان اشتراهما للبس رد وإلا فلا كما في المحيط. ثم اعلم أن ما لا ينتفع بأحدهما إلا بالآخر له أحكام منها حكم العيب، ومنها لو قبض أحدهما بغير إذن البائع وهلك الآخر عند البائع يخير المشتري فيما قبض بحصته وإذن البائع في قبض أحدهما أذن في قبضهما، ومنها لو أعار أحدهما وأمر المستعير بقبضه لا يكون إذنا بقبض الآخر، ومنها لو استحق أحدهما بعد القبض رد المشتري الآخر إن شاء، ومنها لو عيب المشتري المأخوذ ثم هلك الآخر في يد البائع ولم يمنعه إياه هلك على المشتري وءن منع البائع هلك على البائع، ومنها لو أحدث البائع بأحدهما عيبا بأمر المشتري صار قابضا لهما، ومنها لو رأى المشتري أحدهما فرضيه لم يكن رضا بالآخر، ومنها لو تعيب أحدهما لم يرد الآخر بعيب وخيار رؤية
***
[١٠٥]
ويرجع بالنقصان، ومنها لو استهلك رجل أحدهما يدفع إليه الآخر ويضمنه قيمتهما إن شاء، والمسائل كلها من المحيط. والحاصل أن حكم أحدهما حكم الآخر إلا في مسائل الاذن بقبض أحدهما في العارية لا يكون إذنا بقبض الآخر، ورؤية أحدهما لا تكون رؤية للآخر قوله: (ولو استحق بعضه لم يخير في رد ما بقي ولو ثوبا خير) لان المثلي لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك. أطلقه وهو مقيد بما إذا كان بعد القبض، أما قبله فله أن يرد ما بقي لتفريق الصفقة قبل التمام. وأراد بالثوب القيمي لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون فشمل العبد والدار كما في النهاية. وينبغي أن تكون الارض كالدار. وحاصله أن المبيع أن استحق بعضه، فإن كان قبل القبض خير في الكل، وإن كان بعد خير في القيمي لا في المثلى، فإن قبض أحدهما دون الآخر فحكمه حكم ما إذا لم يقبضهما كما في المحيط. وفي جامع الفصولين: لو اشترى قنين فأراد رد أحدهما بعيب لا يشترط حضرة القن الآخر سواء رد بقضاء أو رضا، ويصح الرد ولو لم يكن المعيب حاضرا أيضا. وكذا لو استحق أحدهما لا يشترط حضرة الآخر سواء رد بقضاء أو رضا اه. وذكر في فصل الاستحقاق: شرى فبنى فاستحق نصفه ورد المشتري ما بقي على البائع فله أن يرجع على بائعه بثمنه وبنصف قيمة البناء لانه مغرور في النصف، ولو استحق نصفه المعين فلو كان البناء في ذلك النصف خاصة رجع بقيمة البناء أيضا، ولو كان البناء في النصف الذي لم يستحق فله أن يرد البناء ولا يرجع بشئ من قيمة البناء. شرى دارا فاستحقت عرصتها نقض البناء فقال المشتري أنا بنيتها فارجع على بائعي وقال بائعه بعتها مبنية فالقول للبائع. شرى نصفه مشاعا فاستحق نصفه قبل القسمة فالمبيع نصفه الباقي، ولو استحق بعد القسمة فالمبيع نصفه الباقي وهو الربع اه. ثم قال: شرى دارا مع بنائه فاستحق البناء قبل قبضه قالوا يخير المشتري ان شاء أخذ الارض بحصته من الثمن وان شاء ترك ولو استحق بعد قبضه يأخذ الارض
***
[١٠٦]
بحصته ولا خيرا له والشجر كالبناء، ولو احترقا أو قلعهما ظالم قبل القبض أخذهما بجميع الثمن أو ترك ولا يأخذ بالحصة بخلاف الاستحقاق اه قوله: (واللبس والركوب والمداواة رضا بالعيب) لانه دليل الاستبقاء في ملكه. أطلق الركوب وهمقيد بما إذا ركبها في حاجته لما سيصرح به، وكذا المداواة إنما تكون رضا بعيب داواه، أما إذا داوى المبيع من عيب قد برئ منه البائع ويه عيب آخر فإنه لا يمتنع رده كما في الولوالجية. وفي خزانة الفقه: اختلفا قال البائع ركبتها لحاجتك وقال المشتري لا ردها عليك فالقول للمشتري. وقيد بخيار العيب لان هذه الاشياء لا تسقط خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وأنه بالاستعمال فلا يكون مسقطا. وقيد بهذه الاشياء لان الاستخدام بعد العلم بالعيب لا يكون رضا استحسانا لان الناس يتوسعون فيه وهو للاختبار، هكذا أطلقه في المبسوط. ونقل عن السرخسي في البزازية أن الصحيح أن الاستخدام رضا بالعيب في المرة الثانية إلا إذا كان في نوع آخر. وفي الصغرى: الاستخدام مرة واحدة لا يكون رضا إلا إذا كان على كره من العبد اه قوله: (لا الركوب للسقي أو للرد أو لشراء العلف) أي لا يكون الركوب لهذه الاشياء رضا بالعيب. أطلقه وهو كذلك في الرد، وأما في السقي وشراء العلف فلا بد أن يكون لا بد له منه لصعوبتها أولعجزه أو لكون العلف في عدل واحد، أما إذا كان له بد منه فهو رضا كما في الهداية. وفي جامع الفصولين: ادعى عيبا في حمار فركبه ليرده

فعجز عن البينة فركبه جائيا فله الرد اهـ. وفي البزازية: لو ركب لينظر إلى سيرها أو لبس لينظر إلى قدها فهو رضا. وفي فتح القدير: وجد بها عيبا في السفر فحملها فهو عذر. وأشار المؤلف رحمه الله تعالى باللبس وأخويه لغير حاجة إلى أن كل تصرف يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والارش فمن ذلك البيع والعرض عليه، وكتبناه في الفوائد إلا في الدراهم إذا وجدها البائع زيوفا فعرضها على البيع فإنه لا يمنع الرد على المشتري لان ردها لكونها خلاف حقه لان حقه ف يالجياد فلم تدخل الزيوف في ملكه بخلاف المبيع العين فإنه ملكه فالعرض رضا

***

[١٠٧]

بعيبه، ولا فرق بين أن يكون البائع في المسألتين قال له اعرضها على البيع فإن لم تشتر منك ردها علي أو لا. وقيدنا بالبيع لانه لو اشترى ثوبا فعرضه على الخياط لينظره أيكفيه أم لا لم يبطل حقه في رده بعيب، وكذا لو عرضها على المقومين لتقوم كما في جامع الفصولين. وفي البزازية: لو قال له البائع بعدلاطلاع أتبيعها قال نعم لزم ولا يتمكن من الرد. قال الشيخ الامام: وينبغي أن يقوبدل قوله نعم لا لانه نعم عرض على البيع ولا تقرير لمكنته. وفيها: الاستقالة بعد الاطلاع لا تمنع الرد بخلاف العرض ومن ذلك الاجازة والعرض عليها والمطالبة بالغلوب الرهن والكتابة، وهذا إذا كان بعد العلم بالعيب، فإن أجره ثم علم به فله نقضها للعذر ويرده بخلاف الرهن لانه لا يرده إلا بعد الفكاك، كذا في جامع الفصولين. ومنه إرسال ولد البقرة عليها ليرتضع منها أو حلبه لبن الشاة أو شرب اللبن. وهل يرجع بالنقصان؟ قولان. وليس منه أكل ثمر الشجر وغلة القن والدار وإرضاع الامة ولد المشتري وإتلاف كسب المبيع بعد علمه وضرب العبد إن لم يؤثر الضرب فيه، فإن أثر فلا رد ولا رجوع. وليس منه جز صوف الغنم إن نقصه، فإن لم ينقصه فله الرد، وكذا قطف الثمار إن لم ينقص. واستشكله في جامع الفصولين بأنه ينبغي أن لا يرد لانها زيادة منفصلة متولدة وهي تمنع الرد ولم أر فيها خلافا، ولكن يظهر من هذا أن فيها روايتين. ومنه كما في البزازية الوطئ بكرا كانت أو ثيبا، نقصها أو لا، فلا رد ولا رجوع. وكذا لو قبلها بشهوة أو لمسها لكن يرجع بالنقص إلا أن يقبلها البائع، وإن وطئها الزوج إن ثيبا ردها، وإن بكرا لا. وسكنى الدار أي ابتداؤها لا الدوام، ومنه سقي الارض وزراعتها وكسح الكرم والبيع كلا أو بعضا بعد الاطلاع مانع من الرد، والرجوع وكذا الهبة والاعتاق مطلقا، كذا في الزازية. وفيها: دفع باقي الثمن بعد العلم بالعيب رضا. وفي الواقعات: الهبة رضا وإن لم يسلم العين إلى الموهوب له لانه أقوى من العرض اهـ. وفيها: لو عرض نصف الطعام على البيع لزمه النصف ويرد النصف كالبيع وجمع غلات الصيغة رضا، وكذا تركها لانها تصبيع. وفي فتح القدير: هنا أن خيار العيب على التراخي عندنا فلا

***

[١٠٨]

يبطل بعد العلم به بالتأخير قوله: (ولو قطع المقبوض بسبب عند البائع رده واسترد الثمن) يعني لو اشترى عبدا قد سرق عند البائع ولم يعلم به وقت الشراء ولا وقت القبض فقطعت يده عند المشتري له أن يرده ويأخذ ما دفعه عند الامام. وقالا: يرجع بما بين قيمته سارقا إلى غير سارق. وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب كان عند البائع. والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما، لهما أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وأنه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع ينقصانه عند تعذر رده وصار كما إذا ا شترى حاملا فماتت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا إلى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع في والوجوب يفضي إلى الوجود فيكون الوجود مضافا إلى السبب السابق وصار كما إذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب ومسألة الحامل ممنوعة. قيد بكونه بسبب عند البائع فقط لانه لو سرق عندهما فقطع بهما فعندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا، وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن، وإن قبله البائع فبثلاثة الارباع لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي أحدهما الرجوع فيتنصف، فلو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق. وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب. ولم يقيد المصنف بعدم علم المشتري لسرقته عند البائع، وقيده به في الجامع الصغير وهو مفيد على قولهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع، كذا في الهداية. ثم اعلم أنه لا أثر في الاستحقاق بعلم المشتري أنه ملك المستحق إلا فيما لو كانت جارية

فأولدها عالما بأنها ملك الغير، فإن الولد رقيق لعدم الغرور كما في فصله من جامع الفصولين. وظاهر كلام المصنف أنه ليس بمخير بين إمساكه والرجوع بنصف الثمن وليس كذلك، بل هو مخير فله إمساكه وأخذ نصف الثمن لانه بمنزلة الاستحقاق لا العيب - كما ذكره الشارح - حتى لو مات بعد القطع حتف أنفه رجع بنصف الثمن عنده كالاستحقاق. ولو أعتقه المشتري ثم قتل أو قطعت يده به فإنه لا يرجع عنده بشئ لفوات المالية به، وعندهما يرجع بالنقصان. وإلى هنا ظهر أن الاختلاف بين الامام وصاحبيه في ستة مسائل: الاولى له رده عنده لا عندهما. الثانية في
***
[١٠٩]
كيفية الرجوع فعنده بالكل إن رده وبالنصف إن أمسكه، وعندهما بالنقصان. الثالثة إذا مات بعد القطع حتف أنفه فعنده يرجع بالنصف ولا رجوع عندهما. الرابعة لو أعتقه فلا رجوع عنده خلافا لهما. الخامسة في رجوع الباعة. السادسة العلم به لا يمنع الخيار عنده خلافا لهما. وقيد بكونه قطع عند المشتري لانه لو قطع عند البائع ثباعه فمات عند المشتري به فإنه يرجع بالنقصان عنده أيضا وبالقطع لانه لو اشترى مريضا فمات منه عند المشتري أو عبدا زنى عند البائع فجلد عند المشتري فمات به رجع بالنقصان عنده أيضا لان المريض والمقطوع عند البائع إنما ماتا بزيادة الآلام وترادفها عند المشتري وهي لم توجد عند البائع، وزنا العبد يوجب الجلد والموت غيره فلا يؤاخذ البائع لما لم يكن عنده. وكذا لو زوج أمته البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم بالنكاح ثم وطئها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وإن كان زوالها بسبب كان عند البائع لان البكارة لا تستحق بالبيع، كذا في فتح القدير. وكتبنا في شرح المنار من بحث الاداء والقضاء أنه لو بيع عند المشتري بدين كان عند البائع فإنه يرجع بالثمن فالمسائل الموردة عليه خمس قوله: (ولو برئ من كل عيب به صح وإن لم يسم الكل ولا يرد بعيب) لان الجهالة في الاسقاط لا تفضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون مفسدة، ويدخل تحت الابراء الموجود والحادث قبل القبض في قول الثاني وذكره مع الامام في المبسوط وشرح الطحاوي. وفي الخانية أنه ظاهر مذهبهما. وقال محمد: لا يدخل فيه الحادث. وهو قول زفر لان البراءة تتناول الثابت. ولابي يوسف أن الغرض إلزاالعقد بإسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة من الموجود والحادث. وأجمعو أنه لو أبرأه من كل عيب به لا يدخل الحادث ولا يرد علينا عدم صحة أبرأت أحد كالجهالة من له الحق كقوله لرجل علي كذا، ولو قال أبرأتك من كل عيب به وما يحدث لم يصح إجماعا فاستشكل قول أبي يوسف لانه مع التنصيص لا يصح فكيف يصححه ويدخله بلا تنصيص؟ ولكن هذا على رواية الاسبيجابي، وأما على رواية المبسوط فيصح الاشتراط باعتبار أنه يقيم السبب وهو العقد مكان العيب الموجب للرد. وفي
***
[١١٠]
البدائع: لو باع على أنه برئ من كل عيب يحدث بعد البيع فالبيع بهذا الشرط فاسد عندنا لان الابراء لا يحتمل الاضافة، وإن كان اسقاطا ففيه معنى التمليك ولهذا لا يقبل الرد فلا يحتمل الاضافة نصا كالتعليق فكان شرطا فاسدا فأفسد البيع اه. ولو اختلفا في عيب أنه حادث بعد العقد أو كان عنده لا أثر لهذا عند أبي يوسف، وعند محمد القول للبائع مع مينه على العلم بأنه حادث، هذا إذا أطلق، أما إذا أبرأه مقيدا بعيب كان عند البائع ثم اختلفا على نحو ما ذكرنا فالقول للمشتري، كذا في البدائع. ولو شرطها من عيب واحد كشجة فحدث عند المشتري عيب أو موت فاطلع على آخر فأراد الرجوع بالنقصان جعل أبو يوسف الخيار للبائع في التعيين، وجعله محمد رحمه الله تعالى للمشتري، ومحله ما إذا لم يعينها عند البيع بل أبرأه من شجة به أو عيب، ولو أبرأه من كل غائلة فهي في السرقة والاباق والفجور، ولو أبرأه من كل داء فهو على ما في الباطن في العادة وما سواه يسمى مرضا. وقال أبو يوسف: يتناول الكل. ولو قبل الثوب بعيوبه يبرأ من الخروق وتدخل الرقع والرفو، ولو أبرأه من كل سن سوداء تدخل الحمراء والخضراء، ومن كل قرح تدخل القروح الدامية، كذا في المعراج. والاثر الذي برئ منه ولا يدخل الكي كما في الخانية. وفي المحيط: أبرأتك من كل عيب بعينه فإذا هو أعور لا يبرأ لانه عدمها لا عيب، وكذا لو قال بيده فإذا هي مقطوعة لا يبرأ بخلاف قطع الاصبع، وبخلاف ما إذا برئ من كل عيب به، كذا في الواقعات. ولو قال أنا برئ من كل عيب إلا إباقة برئ من إباقه، ولو قال إلا الاباق فله الرد بالاباق لانه لم يضف الاباق إلى العبد ولا وصفه به فلم يكن اعترافا بوجود الاباق للحال لان هذا الكلام كما يحتمل التبرئ عن إباق موجود من العبد يحتمل

التبري عن إباق سيحدث في المستقبل فلا يكون مقرا بكونه آبقا للحال بالشك فلا يثبت حق الرد بالشك اهـ. ولو قال أنت برئ من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك. وفي الصغرى: المشتري الاول إذا أبرأ بائعه عن العيب بعدما اطلع الثاني عليه صح ولا يرده على بائعه إذا رد عليه. وفي الخانية: إذا باع جارية وقال أنا برئ من كل عيب بها فهو برئ من كل عيب بها، ولو قال أنا برئ منها لا يبرأ عن شئ من العيوب، ولو قال أبرأتك عن كل عيب ولم يقل بها فهذه براءة عن كل عيب اهـ. وفيها: باع شيأ على أنه برئ من كل عيب لا يكون إقرارا بالعيب، ولو شرط البراءة عن عيب واحد أو عيبين كان ذلك إقرارا بذلك العيب، بيانه إذا باع عبدين على أنه برئ من كل عيب بهذا العبد بعينه وسلمهما إلى المشتري فاستحق أحدهما ووجد المشتري
***
[١١١]
بالآخر عيبا لزمه المعيب بحصته من الثمن فيقسم الثمن على العبدين وهما صحيحان لا عيب بهما، فإذا عرفت حصة المستحق رجع المشتري على البائع بحصة المستحق من الثمن. ولو باع عبدين بثمن واحد على أنه برئ من عيب واحد بهذا ثم استحق أحدهما فوجد بالذي برئ عن عيب واحد عيبا فإنه يقسم الثمن عليهما على قيمة المستحق صحيحا وعلى قيمة الآخر وبه عيب واحد فإذا عرفت حصة المستحق رجع المشتري على البائع بذلك. اهـ ما في الخانية. ولم يذكر المصنف رحمه الله تعالى الصلح عن العيب كما لم يذكر الكفالة به وقدمنا طرفا منهما ولا بأس بذكرهما هنا تتميما للفائدة. أما الاول فقدمنا أنه إن كان الدافع البائع والمبيع للمشتري كان جائزا حطا من الثمن وإن كان المشتري ليأخذه البائع لا. وفي فتح القدير: لو اصطلحا على أن يحط كل عشرة ويأخذ الاجنبي بما وراء المحطوط ورضي الاجنبي جاز، وجاز حط المشتري دون البائع. ولو قصر المشتري الثوب فإذا هو متخرق وقال المشتري لا أدري تخرق عند القصار أو عند البائع فاصطلحوا على أن يقبله المشتري ويرد عليه القصار درهما والبائع درهما جاز، وكذا لو اصطلحا على أن يقبله البائع ويدفع له القصار درهما ويترك المشتري درهما، قيل هذا غلط وتأوليه أن يضمن القصار أولا للمشتري ثم يدفع المشتري ذلك للبائع اهـ. وفي الصغرى: ادعى عيبا في حازية فأنكر فاصطلحا على مال على أن يبرئ المشتري البائع عن ذلك العيب ثم ظهر أنه لم يكن به هذا العيب أو كان بها لكن برئت وصحت كان للبائع أن يرجع على المشتري ويأخذ ما أدى من البدل، وفي القنية: باع المشتري بعد الصلح عن العيب ثم زال العيب في يد المشتري الثاني ليسللبائع أن يرجع على مشتريه ببدل الصلح إن زال بمعالجة المشتري الاول وإلا فلا اهـ وفيها: اشترى حمارا ووجد به عيبا قديما فأراد الرد فصولح بينهما بدينار وأخذه ثم وجد به عيبا آخر قديما فله أن يرد مع الدينار وقيل يرجع بنقصان العيب اهـ. وإلى هنا ظهر أن خيار العيب يسقط بالعلم به وقت البيع أو وقت القبض والرضا به بعدهما أو اشتراط البراءة من كل عيب أو الصلح على شئ. وفي جامع الفصولين: لو اشتراه على أن عيبه حادث فظهر أنه قديم لا يرده أو الاقرار بأن لا عيب به إذا عينه. قال في الصغرى: إذا قال المشتري ليس به عيب لا يكون إقرارا بانتفاء العيوب حتى لو وجد به عيبا كان له أن يرده. ولو عين فقال ليس بآبق كان إقرارا بانتفاء الاباق، وكذا لو شهدوا أنه باع بشرط البراءة من كل عيب لا يكون إقرارا من الشهود بالعيب حتى لو اشتراه الشاهد فوجد به عيبا كان له أن يرد، وكذا لو شهدوا على أنه باعه على أنه برئ من الاباق ثم اشتراه الشاهد فوجد به عيبا كان له أن يرد، كذا لو شهدوا على أنه باعه على أنه برئ من الاباق ثم اشتراه الشاهد فوجده آبقا فله الرد، ولو على أنه برئ من إباقه فليس للشاهد رده بإباقه
***
[١١٢]
اهـ. وفي الولوالجية: البائعة إذا تزوجت المشتري على أرش العيب صح وكان إقرارا منها بالعيب، وكذا البائع إذا اشترى منه أرش العيب كان إقرارا به بخلاف الصلح عنه لا يكون إقرارا به. وأما ضمانه ففي البزازية: اشترى عبدا وضمن له رجل عيوبه فاطلع على عيب فرده لا ضمان عليه عند الامام لانه ضمان العهدة، وعلى قول الثاني يضمن لانه ضمان العيوب. وإن ضمن السرقة أو الحرية أو الجنون أو العمى فوجده كذلك ضمن الثمن للمشتري، وإن مات عنده قبل الرد قضى على البائع بالنقص ورجع به على الضامن. ولو ضمن له بحصة ما يجده من العيوب من الثمن فهو جائز عند الامام، فإن رده المشتري رجع بكل الثمن على الضامن، وإن لم يرده وقضى بالنقص على البائع رجع على الضامن كما يرجع على البائع. وعن الثاني قال رجل للمشتري ضمنت لك عماه فكان أعمى فرده لم يرجع على

الضامن بشئ، ولو قال إن كان أعمى فعلي صحة العمى من الثمن فرده ضمن حصة العمى، ولو وجد به عيبا فقال رجل للمشتري ضمنت لك هذا العيب فالضمان باطل اه والله أعلم. باب البيع الفاسد أخره لكونه عقدا مخالفا للدين كما في فتح القدير. وصرح الولوالجي رحمه الله تعالى من الفصل السابع بأنه معصية يجب رفعها، وسيأتي في باب الربا أن كل عقد فاسد فهو ربا. والفاسد له معنيان: لغوي واصطلاحي. فالاول فسد كنصر وعقد وكرم فسادا وفسودا ضد صلح فهو فاسد وفسيد من فسدي ولم يسمع انفسد، والفساد أخذ المال ظلما والجدب. والمفسدة ضد المصلحة، وفسده تفسيدا أفسده وتفاسدوا قطعوا أرحامهم، واستفسد ضد استصلح، كذا في القاموس. وفي المصباح: واعلم أن الفساد إلى الحيوان أسرع منه إلى النبات، وإلى النبات أسرع منه إلى الجماد لان الرطوبة في الحيوان أكثر من الرطوبة في النبات، وقد يعرض للطبيعة عارض فتعجز الحرارة بسببه عن جيرانها في المجاري الطبيعية الدافعة لعوارض العفونة فتكون العفونة بالحيوان أشد تثبتا منها بالنبات فيسرع إليه الفساد فهذه هي الحكمة في قول الفقهاء يقدم القاضي ما يتسارع إليه الفساد فيبدأ ببيع الحيوان.

***

[١١٣]

ويتعدى بالهمزة والتضعيف والمفسدة خلاف المصلحة وجمعها المفاسد اه. وحاصله أنه ما تغير وصفه ويمكن الانتفاع به لما في البناية: يقال فسد اللحم إذا أنتن مع بقاء الانتفاع به. وأما الثاني قالوا: هو ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه ولا يخفى مناسبته للمعنى اللغوي. ومرادهم من مشروعية أصله كونه مالا متقوما لا جوازه وصحته فإن كونه فاسدا يمنع صحته. ولقد تسمع في البناية حيث عرفه بأنه ما لا يصح وصفا فإنه يفيد أنه يصح أصلا ولا صحة للفاسد. وإنما أطلقوا المشروعية على الاصل نظرا إلى أنه لو خلى عن الوصف لكان مشروعا وإلا فمع اتصافه بالوصف المنهي عنه لا يبقى مشروعا أصلا. والمراد بالفاسد هنا ما يعم الباطل لانهم يذكرون في هذا الباب ما يعم الباطل أيضا فالمراد به ما لم يكن مشروعا بوصفه أعم من أن يكون مشروعا بأصله أو لا والبياعات المنهي عنها ثلاثة: فاسد وباطل ومكروه تحريما. فالفاسد بيناه، وأما الباطل فله معنيان: لغوي واصطلاحي. فالاول يقال بطل الشئ يبطل بطلا وبطولا وبطلانا بضم الاوائل فسد أو سقط حكمه فهو باطل والجمع بواطل أو أباطيل على غير قياس، كذا في المصباح. ويقال للحم إذا صار بحيث لا ينتفع به للدود أو للسوس بطل، وإذا أنتن فسد كما في فتح القدير. وأما الثاني فهو ما لا يكون مشروعا لا بأصله ولا بوصفه، وحكمه عدم إفادة الحكم وهو الملك قبضه أو لا، وفيه مناسبة للمعنى للغوي لانه بمعنى ما سقحكمه، وحكم الفاسد ما لا يفيده بمجرده بل بالقبض. وأما المكروه فهو لغة خلاف المحبوب واصطلاحا ما نهي عنه لمجاور كالبيع عند أذان الجمعة نهي عنه للصلاة وعرفه في البناية بما كان مشروعا بأصله ووصفه لكن نهى عنه لمجاور اه. ويمكن إدخاله تحت الفاسد أيضا على إرادة الاعم وهو ما نهي عنه فيشمل الثلاثة. والفساد بالمعنى الاعم يثبت بأسباب منها: الجهالة المفضية إلى المنازعة في المبيع أو الثمن، ومنه العجز عن التسليم إلا بضرر، ومنها الغرر، ومنها شرط خارج عن الشرع، ومنها عدم المالية أو التقوم، ومنها عدم الوجود، ومنها عدم القدرة على التسليم. وأما البيع الجائز الذي لا نهي فيه فثلاثة: نافذ لازم ونافذ ليس بلازم وموقوف. فالاول ما كان مشروعا بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ولا خيار فيه. والثاني ما لم يتعلق به حق الغير وفيه خيار والموقوف ما تعلق به حق الغير، وهو إما ملك الغير أو حق بالبيع لغير المالك. وحصره في الخلاصة في خمسة عشر: بين العبد والصبي المحجورين موقوف على إجازة المولى والاب أو الوصي وبيع غير الرشيد موقوف على إجازة القاضي وبيع المرهون والمستأجر. وما في مزارعة الغير موقوف على إجازة المرتهن، والمستأجر والمزارع وبيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري موقوف على إجازة المشتري وقبل القبض في المنقول لا ينعقد أصلا، وبيع المرتد عند الامام والبيع برقمه وبما باع فلان والمشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس، وبيع فيه

***

[١١٤]

خيار المجلس بمثل ما بيع الناس وبمثل ما أخذ به فلان، وبيع المال المغصوب موقوف على إقرار الغاصب أو البرهان بعد إنكاره وبيع مال الغير اه. ويمكن أن يزاد البيع المشروط فيه الخيار أكثر من ثلاثة أيام فإن الصحيح أنه موقوف، فإن أسقطه قبل دخول الرابع

جاز وإلا فسد كما تقدم في بابه، لا يقال إنما لم يذكره للاختلاف لانا نقول: لم يقتصر على المتفق عليه فإن في بيع المرهون والمستأجر خلافا، ويستثنى مما في مزارعة الغير ما إذا باعها مالكها والبذر من قبله قبل القائه فإنه نافذ كما في البزازية. السابع عشر من الموقوف الوكيل بشراء عبد إذا اشترى نصفه فإنه موقوف، فإن اشترى الباقي قبل الخصومة نفذ على الموكل كما في المجمع وغيره. الثامن عشر على قولهما الوكيل بيع العبد إذا باع نصفه هو موقوف على بيع الباقي قبل الخصومة، وعند الامام نافذ كما في المجمع. التاسع عشر بيع نصيبه من مشترك بالخلط والاخلاط موقوف على إجازة شريكه كما ذكروه في الشركة. العشرون بيع ما في تسليمه ضرر موقوف على تسليمه في المجلس كما في البزازية. الحادي والعشرون بيع المريض عينا من أعيان ماله لبعض ورثته موقوف على إجازة الباقي ولو كان بمثل القيمة عنده. الثاني والعشرون بيع السيد عبده المأذون المديون موقوف على إجازة الغرماء. الثالث والعشرون بيع الوارث التركة المستغرقة بالدين موقوف على إجازة الغرماء، ذكره الزيلعي عند قوله وصح عتق مشتر من غاصبه بإجازة بيعه. الرابع والعشرون الوكيل إذا وكل بلا إذن وتعميم فعقد الثاني توقف على إجازة الاول كما في المجمع. الخامس والعشرون أحد الوكيلين إذا باع بحضرة صاحبه توقف على إجازته فإن أجازه جاز بخلاف ما إذا كان غائبا فإنه لا ينفذ بإجازته كما ذكره الزيلعي في الوكالة. السادس والعشرون بيع المولى إكساب عبده المديون بعد الحجر عليه موقوف على إجازة الغرماء كما في جامع الفصولين. السابع والعشرون أحد الوصيين إذا باع بحضرة الآخر. الثامن والعشرون أحد الناظرين إذا باع غلة الوقف بحضرة الآخر توقف فيها على إجازة الآخر أخذا من الوكيلين ولم أرهما الآن صريحا. التاسع والعشرون بيع المعتوه كبيع الصبي العاقل موقوف كما ذكره الزيلعي والصحيح يشمل الثلاثة لانه ما كان مشروعا بأصله ووصفه والموقوف كذلك والصحة في المعاملات ترتب الآثار وفي العبادات سقوط القضاء كما في الاصول. وللمشايخ طريقان، فمنهم من يدخل الموقوف تحت الصحيح فهو قسم منه وهو الحق لصدق التعريف وحكمه علي فإنه ما أفاد الملك من غير توقف على القبض ولا يضر توقفه على الاجازة كتوقف البيع الذي فيه الخيار على إسقاطه ولذا قال في المستصفى: البيع نوعان:

***

[١١٥]

صحيح وفاسد. والصحيح نوعان: لازم وغير لازم اهـ. ولذا لم يذكر في الحاوي القدسي في التقسيم الصحيح وانما قال المبيع اربعة انواع نافذ وموقف وفاسد وباطل ولاغبار على هذه هذه العبارة. ومنهم من جعله قسيما للصحيح وعليه مشى الشارح الزيلعي فإنه قسمه إلى صحيح وباطل وفاسد وموقوف. وقسمه في فتح القدير إلى جائز وغير جائز وهو ثلاث باطل وفاسد وموقوف. فجعله من غير الجائز مريدا بالجائز النافذ. وفي السادس من جامع الفصولين أن بيع مال الغير بغير إذن بدون تسليمه ليس بمعصية ولم أر فيما عندي من الكتب من سماه فاسدا إلا في بيع المرهون والمستأجر فقال في البدائع: من شرائطه أن لا يكون في المبيع حق لغير البائع فإن كان لا ينفذ كالمرهون والمستأجر. واختلفت عبارات الكتب في هذه المسألة في بعضها أن البيع فاسد، وفي بعضها أن البيع موقوف وهو الصحيح إلى آخره. وقال قبله في جواب الشافعي في بيع الفضولي إنه غير صحيح لانه لا يفيد حكمه وصحة التصرف عبارة عن اعتباره في حق الحكم فقال: قلنا نعم وعندنا هذا التصرف يفيد في الجملة وهو ثبوت الملك موقوفا على الاجازة إما من كل وجه أو من وجه لكن لا يظهر شئ من ذلك عند العقد، وإنما يظهر عند الاجازة وهو تفسير التوقف عندنا أن يتوقف في الجواب في الحال أنه صحيح في حق الحكم أم لا يقطع القول به للحال ولكن يقطع القول بصحته عند الاجازة وهذا جائز كالبيع بشرط الخيار للبائع أو للمشتري اهـ. وإنما أكثرنا من تحرير هذا المبحث لاني قررت في المدرسة الصرغتمشية حين إقراء الهداية أن بيع الفضولي صحيح عندنا فأنكره بعض الطلبة الذي لا تحصيل لهم وادعى فساده وهو فاسد لما علمته وسيأتي له مزيد في محله إن شاء الله تعالى قوله: (لم يجز بيع الميتة والدم) لانعدام المالية التي هي ركن البيع فإنهما لا يعدان مالا عند أحد وهو من قسم الباطل، والمؤلف رحمه الله تعالى لما استعمل الفاسد في الباب للاعم عبر بعدم الجواز الشامل للباطل والفاسد، وفي القاموس: الميتة ما لم تلحقه ذكاة وبالكسر للنوع اهـ. فإن أريد بعدم الجواز عدمه في حق المسلمين بقيت الميتة على إطلاقها، وإن أريد الاعم للمسلم والكافر فيراد بها ما مات حتف أنفه، أما المنخنقة الموقوذة فغير داخلة لما في التجنيس: أهل الكفر إذا باعوا الميتة فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم ولو باعوا ذبيحتهم وذبحهم أن يخنقوا الشاة ويضربوها حتى تموت جاز لانها عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا. وفي جامع الكرخي: يجوز البيع عند أبي يوسف خلافا

لمحمد لابي يوسف أنهم يتمولونها كالخمر. ولمحمد أن أحكامهم كأحكامنا إلا في الخمر. وفي الذخيرة:
***
[١١٦]
أراد بالميتة ما ما ت حتف أنفه أما التي ماتت بالسبب كالخنق والجرح في غير موضع الذبح فالمبيع فاسد لا باطل، وكذلك ذبائح المجوس مال متقدم عندهم بمنزلة الخمر، كذا في المعراج. وحاصله أن فيما لم يمت حتف أنفه بل بسبب غير الذكاة روايتين بالنسبة إلى الكافر، وفي رواية الجواز، وفي رواية الفساد، وأما البطلان فلا، وأما في حقنا فالكل سواء. قال في البدائع: ولا ينعقد بيع الميتة والدم وذبيحة المجوسي والمرتد والمشرك ومتروك التسمية عمدا عندنا، وذبيحة المجنون والصبي الذي لا يعقل، وكذا ذبيحة صيد الحرم محرما كان الذابح أو حلالا، وذبيحة المحرم من الصيد في الحل أو الحرم لان الكل ميتة، ولا ينعقد بيع صيد المحرم سواء كان صيد الحرم أو الحل اه. وفي البزازية: بيع متروك التسمية عمدا من كافر لا يجوز اه. أطلقه فشمل ما إذا كانت الميتة مبيعا أو ثمنا. والدم قال في القاموس: أصله دمي تثنيته دميان ودمان وجمعه دماء ودمي وقطعته دمة وهي لغة في الدم وقد دمي كرضي دما، وأدميته ودميته وهو دامي اه. وأراد بالدم الدم المسفوح، أما بيع الكبد والطحال فإنه جائز. وأراد بالميتة ما سوى السمك والجراد، وأشار إلى منع ما ليس بمال كبيع العذرة الخالصة، ويجوز بيع السرقين والبعر والانتفاع به والوقود به، كذا في السراج الوهاج. قوله: (والخنزير والخمر) أي في حق المسلم للنهي عن بيعهما وقربانهما. وصرح في الهداية بالفساد فيهما لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه مال عند البعض، ومراده ما إذا كانا مبيعين قوبلا بعرض بيع مقابضة، أما إذا قوبلا بالدراهم أو الدنانير فالبيع باطل حتى لو بيع أحدهما بعبد فقبضه البائع وأعتقه نفذ عتقه، ولو استحقه مستحق فالمشتري خصم له بخلاف بيعه بالميتة إذا أعتقه لم ينفذ، وإذا استحق فليس بخصم كما في البناية. والفرق أن الخمر مال في الجملة في شرع ثم أمر بإهانتها في شرع آخر بطريق لنسخ، وفي تمليكها بالعقد مقصودا اعزاز له بخلاف جعله ثمنا. واعتبر في بيع المقابضة الخمر ثمنا والعرض مبيعا والعكس وإن كان ممكنا لكن ترجح هذا الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصحيح تصرف العقلاء المكلفين بطريق الاعزاز للعرض فاعتبرنا ذكرها لاعزاز الثوب لا الثوب للخمر فوجبت قيمة العرض لا الخمر ولا فرق بين دخول البائع على الثوب أو الخمر في جعل الثوب هو المبيع، كذا في فتح القدير. والحاصل أن بيع نفس الخمر باطل مطلقا وإنما الكلام فيما قابله، فإن دينا كان باطلا أيضا، وإن عرضا كان فاسدا. وجلد الميتة كالخمر في رواية و
***
[١١٧]
كالميتة في أخرى. وفي القاموس: الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام كالخمرة، وقد تذكر والعموم أصح لانها حرمت وما بالمدينة خمر عنب وما كان شرابهم إلا البسر والتم اه. قيد بالخمر لان بيع ما سواها من الاشربة المحرمة كالسكر ونقيع الزبيب والمنصف جائز عنده خلافا لهما، كذا في البدائع. وقيدنا بالمسلم لان أهل الذمة ما يمنعون من بيعها، ثم اختلفوا فقال بعضهم: يباح الانتفاع بهما لهم شرعا كالخل والشاة فكان مالا في حقهم. وقال بعضهم: هما حرامان عليهما لان الكفار مخاطبون بالحرمات وهو الصحيح من مذهب أصحابنا ولكن لا يمنعون من بيعهما لانهم يعتقدون الحل والتمول وقد أمرنا بتركهم وما يدينون، كذا في البدائع. وأشار المؤلف إلى أن الذميين إذا تبايعا خمرا أو خنزيرا ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض فإن البيع يفسخ لان التسليم والقبض حرام كالبيع بخلاف ما إذا كان الاسلام بعد القبض لان الموجود الدوام وهو لا ينافي. ولو أقرض الذمي الذمي خمرا من ذمي ثم أسلم أحدهما، فأسلم المقرض سقطت الخمر لان إسلامه مانع من قبضها ولا شئ له من قيمتها على المستقرض لان العجز جاء من قبله، وإن أسلم المستقرض ففيه روايتان: في رواية كالاول وفي أخرى وهو قول محمد تجب قيمتها، كذا في البدائع. وقيد بالخمر والخنزير لان بيع آلات اللهو كالبربط والطبل والمزمار والدف صحيح مكروه عند الامام. وقالا: لا ينعقد بيعها والصحيح قوله للانتفاع بها شرعا من وجه آخر. وعلى هذا الاختلاف بيع النرد والشطرنج، وعلى هذا الاختلاف الضمان على من أتلفها فعنده يضمن وعندهما لا، كذا في البدائع. ولكن الفتوى في الضمان على وقولهما كما سيأتي في الغصب ومحله ما إذا كسرها غير القاضي والمحتسب أما هما فلا ضمان اتفاقا وقد ذكر في أول سير اليتيمة الفرق بين المتقوم والمعصوم اه. قوله: (والحر والمدبر وأم الولد والمكاتب) أي بيع هؤلاء غير جائز أي غير منعقد، أما في الحر فلعدم المالية، وأما المدبر وأم الولد فقد صرح في الهداية ببطلان بيعهما قال لان استحقاق العتق قد ثبت ومن الولد لقوله عليه السلام أعتقها ولدها

وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق العتق يدا على نفسه لازمة في حق المولى، ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز، ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز. والمراد بالمدبر المطلق دون المقيد أي فإنه يجوز بيعه اهـ. ولو بيع المكاتب بغير رضاه فأجاز بيعه لا ينفذ في الصحيح من الرواية وعليه عامة المشايخ، كذا في

***

[١١٨]

الخانية. وأورد عليه أن البيع فيهم لو كان باطلا لسرى البطلان إلى المضموم إلى واحد وسيأتي أنه لو جمع بين قن ومدبر أو أم ولد وباعهما صفقة فإنه يجوز في القن، لو كانوا كالحر لم يجز فيما ضم. أجيب أنه مخصوص لجاز أن يكون بعض أفراد الباطل لضعفه لا يسري حكمه إلى ما ضم إليه. وفي بعض عبارات المشايخ أن بيعهم فاسد بدليل صحة المضموم، وأورد عليه بأنه لو كان فاسدا لملكوا بالقبض ولم يملكوا به اتفاقا وأجيب بأنه مخصوص فهو من قبيل الفاسد الذي لا يملك به. والحاصل أنهم اتفقوا على أنهم لا يملكون به وعلى عدم البطلان في المضموم إليهم فبقي أن بيعهم باطل أو فاسد ولا بد من التخصيص لكل منهما وتخصيص كلام الهداية أولى. وفائدة القولين فيما قابلهم فباطل على ما في الهداية فلا يملك بالقبض وفاسد على قول القدوري والايضاح فيملك به. هذا ما أفاده كلام الشارحين في هذا المحل وفي إيضاح الاصلاح أن بيع الثلاثة باطل موقوف ينقلب جائزا بالرضا في المكاتب وبالقضاء في الاخيرين لقيام المالية اهـ. وهو ضعيف لانه لا بد في المكاتب من الرضا قبل البيع على الصحيح ونفاذ القضاء ببيع أم الولد ضعيف ففي قضاء البزازية: الاظهر عدم النفاذ. وصحح في فتح القدير النفاذ بقضاء القاضي وبيع معتق البعض كالحر وولد المدبر كهو وكذا ولد أم الولد والمكاتب كهمالدخول الولد في الكتابة، كذا في السراج الوهاج قوله: (فلو هلكوا عند المشتري لم يضمن) لبطلان البيع فكان أمانة كونه مقبوضا بإذن صاحبه وهو رواية عن الامام واختارها أحمد الطوسي، واختار شمس الائمة السرخسي وغيره الضمان بالمثل أو بالقيمة، وقيل الاول قوله والثاني قولهما، كذا في فتح القدير. وفي القنية وفي السير: إنه يضمن لكونه قبضه لنفسه فشابه الغصب وهو الصحيح اهـ. وذكر في أول سير اليتيمة مسألة بيع الحربي بنيه أو أباه هل هو باطل أو فاسد، أطلقه فشمل جميع ما تقدم ولكن إذا مات المدبر وأم الولد عند المشتري فيه اختلاف فقال الامام: لا ضمان. وقالا: عليه قيمتهما وهو رواية عنه لانه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال، وهذا لان المدبر وأم الولد يدخلان في البيع حتى يملك ما يضم إليهما في البيع بخلاف المكاتب فانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهو الضمان به وله ان جهة البيع إنما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة، وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما وإنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما يضم إليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه كذا هذا، كذا في الهداية.

***

[١١٩]

وظاهره أنه لا ضمان إن هلك المكاتب في يد المشتري اتفاقا وإليه يشير كلام العناية. وفي المعراج: إن الرواية عنه كقولهما إنما هي في المدبر وأما أم الولد فغير مضمونة عنده باتفاق الروايات. وفي شرح الجامع الصغير لقاضيخان: ومشايخنا صححوا هذه الرواية. وقدمنا في العتاق أن قيمة المدبر نصف قيمته لو كان قنا وبه يفتى وأن قيمة أم الولد ثلث قسمتها قنة فإذا احتيج إلى تقويمهما باعتبار المضموم إليها فالامر على ما ذكرنا. وفي السراح الوهاج: هنا أن قيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على الاصح وعليه الفتوى، وما ذكرناه من الافتاء بالنصف منقول في التفاوى الصغرى وصرح به في البناية وفتح القدير هنا. اعلم أن أم الولد تخالف المدبر في ثلاثة عشر حكما: لا تضمن بالغصب ولا بالاعتاق ولا بالبيع ولا تسعى لغريم وتعتق من جميع المال، وإذا استولد أم ولد مشتركة لم يتملك نصيب شريكه وقيمتها الثلث، ولا ينفذ القضاء بجواز بيعها وعليها العدة بموت السيد أو إعتاقه، ويثبت نسب ولدها بلا دعوة ولا يصح تدبيرها، ويصح استيلاد المدبرة ولا يملك الحربي بيع أم ولده ويملك بيع مدبره وصح استيلاد جارية ولده ولا يصح تدبيرها كذا في التلقيح. قوله: (والسمك قبل الصيد) أي لم يجز بيعه لكونه باع ما لا يملكه فيكون باطلا. أطلقه فشمل ما إذا كان في حظيرة إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد لكونه غير مقدور التسليم فيكون فاسدا، ومعناه إذا أخذه ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ بغير حيلة جاز إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك، وروى الامام أحمد مرفوعا لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرور ٢ (٢١٢) والحاصل أن عدم جوازه قبل

أخذه لعدم ملكه له فإن أخذه ثم ألقا في حظيرة كبيرة فعدم جوازه لكونه غير مقدور التسليم، فإن سلمه بعد ذلك فكالروايتين في بيع الآبق إذا سلمه، وإن كانت صغيرة جاز وله خيار الرؤية بعد التسليم، ولا اعتبار برؤيته في الماء، وإذا دخل السمك الحظيرة باحتياله ملكه وكان له بيعه على التفصيل، وقيل لا مطلقا لعدم الاحراز، والخلاف فيما إذا لم يهيئها له فإن هيأها له ملكه إجماعا، فإن اجتمع بغير صنعه لم يملكه، سواء أمكنه أخذه من غير حيلة أو لا. وفي القاموس: الحظيرة جرين التمر والمحيط بالشئ خشبا وقصبا اهـ. وفسرها في البناية بالحوض والبركة. أطلقه فشمل ما إذا باعه في نهر أو بحر أو أجمة، وقد صرح الامام أبو يوسف في كتاب الخراج يمنعه إذا كان في
***
[١٢٠]
الآجام وأنه إذا كان يؤخذ باليد من غير أن يصاد فلا بأس ببيعه اهـ. والاجمة الشجر الملتف والجمع أجم مثل قصبة وقصب والآجام جمع الجمع، كذا في المصباح. وففتح القدير فرع من مسائل التهيئة: حفر حفيرة فوقع فيها صيد فإن كان اتخذها للصيد ملكه وليس لاحد أخذه، وإن لم يتخذها له فهو لمن أخذه. نصب الشبكة فتعلق بها صيد ملكه، فإن كان نصبها ليجففها من بلل فتعلق بها لا يملكه وهو لمن يأخذه إلا أن يأخذه فيجوز، ومثله إذا هيأ حجره لو وقع النثار فيه ملك ما يقع فيه ولو وقع في حجره ولم يكن هيأه لذلك فلو احد أن يسبق ويأخذه ما لم يكف حجره عليه، وكذا من هيأ مكانا للسرقين إلى آخره، وسيأتي في باب متفرقات البيوع إن شاء الله تعالى. وقد سئلت حين تأليف كتاب البيوع من هذا الشرح في سنة ثمان وستين وتسعمائة عن البحرية بناحية كوم الشمس الجارية في وقف الحالي اليوسفي أيجو إجارتها من الناظر لمن يصطاد السمك منها؟ ففتشت ما عند من الكتب فلم أرها إلا في كتاب الخراج لابي يوسف قال: وحدثنا عبد الله بن علي عن اسحق بن عبد الله عن أبي الزناد قال كتبت إلى عمر بن بن الخطاب رضي الله تعالى عنه في بحيرة يجتمع فيها السمك بارض العراق ان يؤجرها فكتب ان فعلوا قال: وحدثنا أو حنيفه عن حماد قال طلبت إلى عبيد الحميد بن عبد الرحمن فكتب إلى عمر بن عبد العزيز يسأله عن بيع صيد الآجام فكتب إليه عمر أنه لا بأس به وسماه الحبس اهـ. فعلى هذا لا يجوز بيع السمك في الآجام إإذا كان في أرض بيت المال، ويلحق به أرض الوقف لكن بعد مدة رأيت في الايضاح عدم جواز إجارته. قوله: (والطير في الهواء) أي لا يجوز لانه غير مملوك قبل الاخذ فيكون باطلا، وكذا لو باعه بعد ما أرسله من يده لانه غير مقدور التسليم فيكون فاسدا، ولو سلمه بعده لا يعود إلى الجواز عند مشايخ بلخ، وعلى قول الكرخي يعود، وكذا في الطحاوي. أطلقه فشمل ما إذا جعل الطير مبيعا أو ثمنا، وشمل ما إذا كان من عادته أنه يذهب ويجئ وهو الظاهر.
***
[١٢١]
وفي فتاوى قاضيخان: وإن باع طيراله يطير إن كان داجنا يعود إلى بيته ويقدر على أخذه بلا تكلف جاز بيعه وإلا فلاوقول صاحب الهداية والحمام إذا علم عودها وأمكن تسليمها جاز بيعها لانها مقدورة التسليم يوافقه وصرح به في الذخيرة معزيا إلى المنتقى وفي المعراج باع فرسا في حظيرة فقال البائع سلمته اليك ففتح المشتري فذهب الفرس فإن أمكنه أخذه بيده من غير عون كان تسليما والا فلا لانه لو مد يده لا يمكنه الاخذ اهـ. وفي القاموس: الطير جمع طائر وقد يقع على الواحد، والجمع طيور وأطيار والطيران محركة حركة ذي الجناح في الهواء بجناحه اهـ. والاكثر فيها التأنيث وقد تذكر، كذا في المصباح والهواء ممدودا المسخر بين السماء والارض والجمع أهوية، والهواء أيضا الشئ الخالي، والهوا مقصورا ميل النفس وانحرافها الشئ ثم استعمل في ميل مذموم، يقال اتبع هواه وهو من أهل الاهواء، كذا في المصباح. قوله: (والحمل والنتاج) أي لا يجوز بيعهما والحمل - بسكون الميم - الجنين والنتاج حمل الحبلة والبيع فيهما باطل لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولما فيه من الغرر. وفي مصنف عبد الرازق نهى عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة. المضامين جمع مضمونة ما في أصلاب الابل، والملاقيح جمع ملقوح ما في بطونها وقيل بالعكس، وحبل الحبلة ولد ولد الناقة. وفي البناية: الحبل - بفتح الباء الموحدة - يطلق ويراد به المصد ويراد به الاسم كما يقال له الحمل أيضا، وأما دخول تاء التأنيث في الحبلة فإنما هي للاشعار بالانوثة، وقيل إنها للمبالغة كما في سخرة، ويحتمل أن يكون جمع حابلة ففي المحكم امرأة حابلة من نسوة حبلة، وروى بعض الفقهاء حملت بكسر الميم ولم يثبت اهـ. وفي تلخيص النهاية: بفتح الحاء والباء وقد تسكن نتاج النتاج وهو

يعم الدواب الناس. وفي السراج الوهاج: لا يجوز بيع الحمل وحده دون الام ولا الام دونه فلو باع الحمل وولدت قبل
***
[١٢٢]
الافتراق وسلم لا يجوز، وكذا لا تجوز هبته وإن سلم إلى الموهوب له مع الام، ولا يجوز كتابته ولو قبلت الام عنه، ولا الكتابة عليه، ولو تزوج عليه فالتسمية باطلة ويجب مهر المثل، ولو صالح من قصاص عليه فالصلح صحيح ويسقط القصاص والتسمية فاسدة ويكون للمولى على القاتل الدية، وإن أعتق الحمل إن جاءت به بعد العتق لاقل من ستة أشهر عتق، وإن كانت لستة أشهر فصاعدا لا، وتجوز الوصية به إذا ولدته لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية، ولو خالعها على ما في بطن جاريتها أو ما في بطن بهيمتها جاز وللزوج الولد إذا جاءت به لاقل من ستة أشهر، وإن جاءت به لستة أشهر لا سبيل له عليها ولكن ينظر، إن قالت اخلعني على ما في بطن جاريتي من ولد رجع عليها بالمهر، وإن لم تقل من ولد فلا شئ عليها. ولو باع شاة على أنها حاملة لم يجز لان الحمل مجهول، ولو اشترى جارية على أنها حاملة إن قصد به التبري من العيب جاز وإن قاله على وجه الشرط لم يجز، ومنهم من قال بعدم الجواز في الوجهين إذا شرأنها حامل بجارية أو بغلام أوز بجدي أو بعناق، وأما إذا لم يفسر الحمل جاز اه‍. وقد كتبنا في الفوائد الفقهية ما لا يجوز إفراده للحمل وما يجوز دون أمه فليراجع. قوله: (واللبن في الضرع) أي لا يجوز بيعه للغرر فعساه انتفاخ ولانه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره. وفي المصباح: الضرع لذات الظلف كالثدي للمرأة والجمع ضروع مثل فلس وفلوس قوله: (واللؤلؤ في الصدف) للغرر وهو مجهول لا يعلم وجوده ولا قدره ولا يمكن تسليمه إلا بضرر وهو كسر الصدف. وعن أبي يوسف الجواز لان الصدف لا ينتفع به إلا بالكسر فلا يعد ضررا. قيد به لانه لو باع تراب الذهب والحبوب في غلافها جاز لكونها معلومة وتعلم بالقبض. وفي السراج الوهاج: لو اشترى دجاجة فوجد في بطنها لؤلؤة فهي للبائع، ولو باع كرششاة مذبوحة لم تسلخ جاز وإخراجه على البائع والمشتري بالخيار إذا رآه واللؤلؤ الدر واحدة بهاء كذا في القاموس والصدف محركة غشاء الدر الواحد بهاء والجمع أصداف، منه أيضا قوله: (والصوف على ظهر الغنم) لانه من أوصاف الحيوان ولانه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزداد من أعلى، وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح أنه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن اللبن في الضرع وسمن في لبوهو حجة على أبي يوسف في تجويز بيع الصوف في رواية عنه، كذا في الهداية. وصحح الامام الفضلي عدم جواز بيع قوائم الخلاف لانه وإن كان ينمو من أعلاه
***
[١٢٣]
فموضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة على أن يقطعها المشتري لا يجوز لجهالة موضع القطع، وما ذكره من منع بيع الشجر ليس متفقا عليه بل هو خلافية منهم من منعها إذ لا بد في القطع من حفر الارض، ومنهم من أجازه للتعامل بخلاف القصيل لانه يقلع فلا تنازع فجاز بيعه قائما في الارض. وأشار المصنف إلى أن كل ما بيع في غلافه فلا يجوز كاللبن في الضرع واللحم في الشاة الحية أو شحمها أو أليتها أو أكارعها وجلودها أو دقيق في هذه الحنطة أو سمن في هذا اللبن ونحوهما مما لا يمكن تسليمها إلا بإفساد الخلقة، والحبوب في قشرها مستثناة من ذلك لما أسلفناه، وكذا بيع الذهب والفضة في ترابهما بخلاف جنسهما، كذا في فتح القدير. وفي السراج الوهاج: لو سلم الصوف واللبن بعد العقد لم يجز أيضا ولا ينقلب صحيحا اه‍. وفي البناية معزيا إلى الصغرى: وبيع الكرات يجوز وإن كان ينمو من أسفله اه‍. والخلاف وزان كتاب شجر الصفصاف الواحدة خلافة ونصوا على تخفيف اللام، وزاد الصغاني وتشديدها من لحن العوام. قال الدينوري: زعموا أنه سمي خلافا لان الماء أتى به سببا فنبت مخالفا لاصله. ويحكى أن بعض الملوك مر بحائط فرأى شجرة الخلاف فقال لوزيره: ما هذا الشجر؟ فكره الوزير أن يقول شجر الخلاف لنفور النفس عن لفظه فسماه باسم ضده فقال شجر الوفاق فأعظمه الملك لنباهته. ولا يكاد يوجد في البادية اه‍. قوله: (والجذع في السقف وذراع من ثوب) لانه لا يمكنه تسليمه إلا بضرر. أطلقه وهمحمول على ثوب يضره القطع كالعمامة والقميص أما ما لا يضره القطع كالكرباس فيجوز، وقول الطحاوي في آجر من حائط أو ذراع من كرباس أو ديباج لا يجوز ممنوع في الكرباس أو محمول على كرباس يتعيب به، أما ما لا يتعيب فيه فيجوز كما يجوز بيع قفيز من صبرة. وأشار المصنف إلى عدم جواز بيع حلية من سيف أو نصف زرع لم يدرك لانه لا يمكن تسليمه إلا بقطع

جميعه، وكذا بيع فص خاتم مركب فيه، وكذا نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للضرر في تسليم ذلك، ولا اعتبار بما التزمه من الضرر لانه إنما التزم العقد ولا ضرر فيه، ويرد عليه بيع الحباب التي لا تخرج إلا بقلع الابواب على قول من أجاز والبعض قد منعه. وأجيب بأن المتعيب الجدران دون الحباب، وهذا يفيد ان االمنظور إليه في المنع تعيب المبيع والكلام السابق يفيد ان تعيب غير المبيع وهو الظاهر، كذا

***

[١٢٤]

في فتح القدير. فلو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل فسخ المشتري عاد صحيحا لزوال المفسد. وذكر في المجتبي فيه أقوالا فقيل لم يجبر على القبول إلا أن يقبل برضاه، وقيل لم يجز إلا بتجديد البيع، وقيل ينعقد تعاطيا عند أخذه، وقيل ينعقد من الاصل بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البزر في البطيخ حيث لا يصح وإن شقهما وأخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا، أما الجذع فعين موجودة وبخلاف الصوف فإنه لا ينقلب صحيحا بالتسليم. وقيد بذراع من ثوب لانه لو باع عشرة دراهم من نقرة فضة جاز لانه لا ضرر في تبعيضه، ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة أيضا كما في الهداية وخرج أيضا ما لا ضرر في تسليمه كبيع نخل أو شجر على أن يقطعه المشتري أو زرعا على أن يحصده، كذا في المعراج. وأطلقه أيضا فشمل ما إذا باع ذراعا وعين الجانب فلا يجوز أيضا كما المعراج. وفي المجتبي: وفي جواز بيع التبن قبل أن يداس والارز الابيض قبل الدق والحنطة قبل الدرس وحب القطن في قطن بعينه ونوى تمر في تمبعينه فيه روايتان اه‍. قوله: (وضربة القانص) أي لم يجز ما يخرج من ضربة القانص وهو بالقاف والنون الصائد يقول بعتك ما يخرج من القاء هذه الشبكة مرة بكذا، وقيل بالغين والباء الغائص. قال في تهذيب إلا رهرى: نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص تقول أغوص غوصة فما أخرجته من اللآلئ فهو لك بكذا وهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غررا ولجهالة ما يخرج، كذا في فتح القدير. وصحح في البناية رواية الغائص بالغين وذكر أن القانص من قنص يقنص قنصا إذا صاد من باب ضرب يضرب يعني أن الغائص كما في الصحاح له استعمالان: بمعنى النازل تحت الماء، وبمعنى الهاجم على الشئ. وفي الصحاح أن القنص بالتحريك الصيد، وبالتسكين مصدر قنصه صاده. ولم يذكر في القاموس سوى اقتنصه اصطاده كتقنصه ذكره في الصاد مع القاف وذكر مع الغين الغوص والغاص والغياصة والغياص الدخول تحت الماء، والمغاص موضعه وأعلى الساق، وغاص على الامر علمه، والغواص من يغوص في البحر على اللؤلؤ اه‍. وفي المصباح: غاص من باب قافهو غائص والجمع غاصة مثل قائف وقافة وغواص مبالغة قوله: (والمزابنة) هو بالجر في الكل عطفا على الميتة أي لم يجز بيع المزابنة لنهيه صلى الله عليه وسل عن بيع المزابنة والمحاقلة. أما المزابنة فقال في الفائق: بيع الثمر في رؤس النخل بالتمر لانها تؤدي إلى النزاع والمدافعة من الزين وهو الدفع. والمحاقلة من الحقل وهو القراح من الارض وهي الطيبة التربة الخالصة من شائبة السيخ الصالحة للزرع، ومنه حقل يحقل إذا زرع، والمحاقلة مفاعلة من ذلك وهي المزارعة

***

[١٢٥]

بالثلث أو الربع وغيرهما، وقيل هي اكتراء الارض بالبر، وقيل بيع الطعام في سنبله بالبر، وقيل بيع الزرع قبل إدراكه، وفي رواية ورخص في العرايا. قال: العرية النخلة التي يعريها الرجل محتاجا أي يجعل له ثمرتها فرخص للمعري أن يبتاع ثمرتها من المعري بتمر لموضع حاجته. سميت عرية لانه إذا وهب ثمرتها فكأنه جردها من الثمرة وعراها منها ثم اشتق منها الاعراء اه‍. واقتصر في الهداية في تفسير المحاقلة على القول الثالث، وجوز الشافعي بيع المزابنة فيما دون خمسة أسق لنهيه عن المزابنة ورخص في العرايا وهي أن يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة أو سق. وأجاب أصحابنا بأن العرية العطية لغة وتأويله أن يبيع المعرى له ما على النخيل من المعرى بتمر مجذوذ وهو بيع مجاز لانه لا يملكه فيكون برا مبتدأ، كذا في الهداية. وأصحابنا خرجوا عن الظاهر من ثلاثة أوجه: الاول إطلاق البيع على الهبة. الثاني قوله رخص بخالف ما قرروه وجوابه أنه رخصة في الوفاء بالوعد والعزيمة أن يفي بالموعود فأعطى غيره مع كونه ليس بإخلاف للوعد رخصة. الثالث التقييد بما دون خمسة أو سق فائدة، على مذهبنا لا فائدة له، وجوابه لان الواقعة في القليل ومن مشايخنا من ادعى أن الترخيص في بيع العرايا منسوخ بالنهي عن بيع العرايا. ومنهم من قال تعارض المحرم والمبيح فقدم المحرم وهو مردود بأن الرخصة متصلة بالنهي فلا يصح القول بنسخ لترخيص للاتصال، وقد ثبت في البخاري أنه نهى عن بيع المزابنة ثم رخص

بعد ذلك في بيع العرايا، فبطل القول بالنسخ والله الموفق. والخرص الحزر. وكذا لا يجوز بيع العنب بالزبيب، ومعنى النهي أنه مال الربا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل كما لو كانا موضوعين على الارض. ثم اعلم أن تعريف المزابنة بأنها بيع الثمر بالتمر خلاف التحقيق، والاولى أن يقال بيع الرطب يتم إلى آخره لانه الثمر بالمثلثة حمل الشجر رطبا أو غيره، وإذا لم يكن رطبا جاز لاختلاف الجنس، ولو كان الرطب على الارض كالتمر لم يجز بيعه متساويا عند العلماء إلا أبا حنيفة لما سيأتي في باب الربا. قوله: (والملامسة والقاء الحجر) ومثلها المنابذة وهذه بيوع كانت في الجاهلية فنهى عنها وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة أي يتساوما فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع رضي البائع أو لم يرض، والاول بيع الملامسة، والثاني بيع المنابذة، والثالث القاء الحجر ولان فيه تعليقا بالخطر ولا بد في هذه البيوع أن يسبق الكلام منهما على الثمن قوله: (وثوب من ثوبين) لجهالة المبيع، وتقدم في خيار الشرط أنه
***
[١٢٦]
إذا جعل للمشتري خيار التعيين جاز فيما دون لثلاثة فلذا أطلقه هنا. وفي المعراج: وكذا عبد من عبدين لا يجوز، ولا خلاف فيه لاحد حتى لو قبضهما وماتا معا يضمن نصف قيمة كل واحد منهما لان أحدهما مضمون بالقيمة لانه مقبوض بحكم البيع الفاسد والآخر أمانة وليس أحدهما بأولى من الآخر فشاعت الامانة والضمان، ولهذا لو كان البيع صحيحا بأن كان فيه خيار المشتري يضمن نصف ثمن كل واحد والفاسد معتبر بالصحيح والقيمة هنا كالثمن ثمة، ولو ماتا مر تبين ضمن قيمة الاول لانه تعين مضمونا لتعقدر الرد فيه، ولو حررهما معا عتق أحدهما لانه ملك أحدهما بالقبض، وإن حرر أحدهما لم يصح أي لو قال البائع أ المشتري أحدهما حرولو قالا متعاقبا عتقا لان كل واحد أعتق ملكه وملك غيره فيصح في ملكه والبيان إلى المشتري لان من نقذ فيه عتقه مضمون بالقيمة والقول في المضمون قول الضامن، ولو قبض أحدهما بإذن البائع فهلك غرم قيمته اه. وقيد بالقيمي إذ بيع المبهم من المثلى جائز. قال في التلخيص من باب بيع المبهم: لو اشترى أحد عبدين أو ثوبين فسد لجهل يورث نزاعا ضد المثلي، فلو قبضهما ملك أحدهما والآخر أمانة وفاء بالعهد إلى آخره. قوله: (والمراعي وإجارتها) أي لا يجوز بيع الكلاب وإجارته، أما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلا والنار (١) وأما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح، ولو عقدت على استهلاك عين مملوكة بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى. وفي المصباح: والرعي بالكسر والمرعى بمعنى وهوما ترعاه الدواب والجمع المراعي اه. قيد بالمراعي بمعنى الكلا لان بيع رقبة الارض وإجارتها جائزان. ومعنى الشركة في النار الاصطلاء بها، وتجفيف الثياب يعني إذا أوقد رجل نارا فلكل أن يصطلي بها، أما إذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك إلا بإذن صاحبه. ومعناه في الماء الشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة، وفي الكلا أن له احتشاشه وإن كان في أرض مملوكة غير أن لصاحب الارض أن يمنع من الدخول في
***
[١٢٧]
أرضه، وإذا منع فلغيره أن يقول أن لي في أرضك حقا فإما أن توصلني إليه أو تحشه أو تستقي وتدفعه لي وصار كثوب رجل وقع في دار رجل إما أن يأذن المالك في دخوله ليأخذه، وإما إن يخرجه إليه وإما إذا أحرز الماء بالاستقاء في آنية والكلا بقطعه جاز حينئذ بيعه لانه ملكه بذلك، وظاهر أن هذا إذا نبت بنفسه، فأما إذا كان سقى الارض وأعدها للانبات فنبت ففي الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لانه ملكه وهو مختار الصدر الشهيد، وكذا ذكر في اختلاف أبي حنيفة فيحمل كلام المصنف على ما إذا لم يعدها للانبات، ومنه لو حدق حول أرضه وهيأها للانبات حتى نبت القصب صار ملكا له. والقدوري منع بيعه. وإن ساق الماء إلى أرضه ولحقه مؤنة لبقاء الشركة وإنما تنقطع بالحيازة وسوق الماء إلى أرضه ليس بحيازة لكن الاكثر على الاول إلا أن على هذا القائل أن يقول ينبغي إن حاز البئر يملك بناءها ويكون بتكلفه الحفر والطي لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلا بتكلفه سوق الماء إلى الارض لينبت فله منع المستقى وإن لم يكن في أرض مملوكة له، كذا في فتح القدير، وسيأتي إن شاالله تعالى بقية الكلام عليه في كتاب الشرب والحيلة في جواز إجارته أن يستأجر أرضا لايقاف الدواب فيها أو لمنفعة أخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن أو الاجرة فيحصل به غرضهما.

ويدخل في الكلا جميع أنواع ما ترعاه المواشي رطبا كان أو يابسا بخلاف الاشجار لان الكلا ما لا ساق له والشجر له ساق فلا تدخل فيه حتى يجوز بيعها إذا نبتت في أرضه لكونها ملكه، والكمأة كالكلا. وفي القاموس: الكم نبات وللواحد والكمأة والكمؤ للجمع أو هي تكون واحدة وجمعا اه. قوله: (والنحل) أي لم يجز بيعه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يجوز
***
[١٢٨]
إذا كان محرزا وهو معنما في الذخيرة إذا كان مجموعا لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل كالبغل والحمار. ولهما أنه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنا بير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج. أطلقه فشمل ما إذا كان بيع تبعا للكوارات وفيها عسل وهو قول الكرخي، وذكر القدوري أن بيعه تبعا للكوارة فيها عسل جائز وأنكره الكرخي وقال: إنما يدخل الشئ في البيع تبعا لغيره إذا كان من حقوقه كالشرب والطريق وهذا ليس من حقوقه، كذا في الفوائد الظهيرية. وأجيب عنه بأن التبعية لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل في الموجود، والنحل تابع له في المقصود بالبيع. والكوارة - بضم الكاف وتشدد الواو - معسل النحل إذا سوى من طين. وفي التهذيب: كوارة النحل مخففة. وفي المغرب بالكسر من غير تشديد. وقيد الزمخشري بفتح الكاف وفي الغريبين بالضم، كذا في فتح القدير. وفي المصباح: كوارة النحل بالضم والتخفيف والتثقيل لغة عسلها في الشمع، وقيل بيتها إذا كان فيه العسل، وقيل هو الخلية وكسر الكاف مع التخفيف لغة اه. وسيأتي أن الفتوى على قول محمد قوله: (ويباع دود القز وبيضه) أما الدود فلا يجوز بيعه عند أبي حنيفة لانه من الهوام، وعند أبي يوسف يجوز إذا ظهر فيه القز تبعا، وعند محمد يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به. وأما بيضه فلا يجوز بيعه عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز لمكان الضرورة، وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة كما في دوده وإنما اختار المؤلف قول محمد في الدود والبيض لكونه المفتى به ولكن يرد عليه أن الفتوى على قول محمد أيضا في بيع النحل كما في الذخيرة والخلاصة فلم اختار قوله في الدود دون النحل بلا مرجح، ولعله لم يطلع على أن الفتوى على قوله فيهما. وفي المصباح: االقز معرب. قال
***
[١٢٩]
الليث: هو ما يعمل منه الابريسم ولهذا قال بعضهم: القز والابريسم مثل الحنطة والدقيق اه. وأما الخز فاسم دابة ثم أطلق على الثوب المتخذ من وبرها، والجمع خزان مثل صرد وصردان منه أيضا. قيد بالنحل والدود لان ما سواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والقنافذ والضب لا يجوز بيعه اتفاقا، ولا يجوز بيع شئ من البحر إلا السمك كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك ولكن في الذخيرة: إذا اشترى العلق الذي يقال له بالفارسية مرعل يجوز وبه أخذ الصدر الشهيد لحاجة الناس إليه لتمول الناس له. وفي المصباح: العلق شئ أسود شبيه الدود يكون في الماء يعلق بأفواه الابل عند الشرب اه. وقيد بالبيع لانه لو كان الدود وورق التوت من واحد والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفين أو أقل أو أكثر لا يجوز عند محمد، وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان. وفي فتاوى الولوالجي: امرأة أعطت امرأة بزر القز وهو بزر الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى أدرك فالفيلق لصاحبة البزر لانه حدث من بزرها ولها على صاحبة الزر قيمة الاوراق وأجر مثلها، ومثله إذا دفع بقرة إلى آخر يعلفها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف وأجر مثله، وعلى هذا إذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف، كذا في فتح القدير ومحلها كتاب الاجارات. ولم يذكر المؤلف بيع الحمام وذكره في الهداية فقال: والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم. وفي الذخيرة: إذا باع برج حمام مع الحمام فإن باع ليلا جاز لان في الليل يكون الحمام بجملته داخل البرج ويمكن أخذه منه من غير الاحتيال فيكون بائعا ما يقدر على تسليمه، وفي النهار يكون بعضه خارج البيت فلا يمكن أخذه إلا بالاحتيال فلا يجوز اه. قوله: (والآبق) أي لم يجز بيع الآبق لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عنه
***
[١٣٠]
لانلا يقدر على تسليمه، ولو باعه ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء. وعن أبي حنيفة أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما إذا أبق بعد البيع، وهكذا

يروى عن محمد، كذا في الهداية. والاول ظاهر الرواية وبكان يفتي أبو عبد الله البلخي كما في الذخيرة، وأولوا تلك الرواية بأن المراد بها انعقاد البيع بالتعاطي الآن. أطلقه فشمل ما إذا باعه لابنه الصغير فإنه لا يجوز، وكذا اليتيم في حجره بخلاف ما إذا وهبه له فإنه يجوز. والفرق أن شرط البيع القدرة على التسليم عقب البيع وهو منتف وما بقي له من اليد يصلح لقبض الهبة لا لقبض البيع لانه قبض بإزاء مال مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بإزائه مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد له نظرا للصغير لانه لو عاد عاد إلى ملك الصغير، هكذا في فتح القدير والتبيين. وفي فتاوي قاضيخان من الهبة خلافه قال: ولو وهب عبداه الآبق لولده الصغير لا يجوز وإن باعه جاز اه. فقد عكس الحكم على ما نقله الشارحون ولم أر أحدا منهم نبه على هذا، والحق ما ذكره القاضي لما في المعراج: ولو باع الآبق من ابنه الصغير لا يجوز ولو وهبه له أو ليتيم في حجره يجوز لان ما بقي له من اليد في الآبق يصلح لقبض الهبة دون البيع اه. وأما صاحب الذخيرة فذكر في البيوع أن الاب لو باع العبد المرسل في حاجته لابنه الصغير جازولم يذكره في الآبق. وذكر في كتاب الهبة: لو وهب عبدا فله آبقا من ابنه الصغير فما دام مترددا في دار الاسلام تجوز الهبة ويصير الاب قابضا لابنه بنفس الهبة، ذكر هذه المسألة في الجامع، وفي المنتقي عن أبي يوسف: لو تصدق بعبد أبق له على ابنه الصغير لا يجوز، وروى المعلى عنه أنه يجوز فحصل عن أبي يوسف في المسألة روايتان اه. وشمل كلامه أيضا ما إذا باعه بعد ما أبق من يد الغاصب مع أنه جائز منه لما في الذخيرة: وإذا أبق العبد المغصوب من يد الغاصب ثم إن المالك باع العبد من الغاصب وهو آبق بعد فالبيع جائز، والاصل أن الاباق إنما يمنع جواز البيع إذا كان التسليم محتاجا إليه بأن أبق من يد المالك ثم باعه المالك، فأما إذا لم يكن التسليم محتاجا إليه كما في مسألتنا يجوز البيع اه. وقيد بالآبق لان العبد المرسل في حاجة المولى يجوز بيعه، ولو باعه وليس بآبق ثم أبق قبل القبض فإن المشتري بالخيار في فسخ ذلك العقد ولا يكون للبائع أن يطالب المشتري بالثمن ما لم يحضر العبد اه. وجعل الراد على البائع كما في القنية وخرج أيضا بيع المغصوب فقد ذكر محمد في الاصل أنه موقوف إن أقربه الغاصب تم البيع ولزم،

***

[١٣١]

وإن جحده وكان للمغصوب منه بينة عادلة فكذلك الجواب. وإن لم يكن له بينة ولم يسلمه حتى هلك انتقض البيع وبعض مشايخنا قالوا: قول محمد في الكتاب وإن لم يكن للمغصوب منه بينة ولم يسمله حتى هلك انتقض البيع بظاهره غير صحيح، وينبغي أن لا ينتقض البيع لان البيع وإن فات فقد أخلف بدلا والمبيع إذا فات وأخلف بدلا لا ينتقض البيع إلا أن يختار المشتري النقض فكان تأويل قول محمد انتقض البيع إذا اختار المشتري. وبعضهم قالوا: إنه بظاهره صحيح وينتقض البيع من غير اختيار المشتري إلى آخر ما في الذخيرة. وقيد ببيعه لان هبته جائزة كما قدمناه عن المعراج، وأما إعتاقه فجائز لكن إن أعتقه عن كفارة عليه فإنه لا يجوز حتى تعلم حياته كما في المعراج، وصح جعله بدل خلع كما قدمناه في بابه عند قوله ولو اختلعت على عبد أبق لها على أنها بريئة من ضمانه لم تبرأ وأما جعله بدل صلح ٢ (٢١٢). قوله: (إلا أن يبيعه ممن يزعم أنه عنده) فيجوز البيع لان المنهي عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقا في حقهما وهذا غير آبق في حق المشتري، ولانه إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع. ولم يذكر المصنف أنه يكتفي بقبضه عن قبض المبيع للتفصيل قالوا: إن كان أشهد وقت أخذه أنه أخذه ليرده على مالكه كان أمانة في يده فلا ينوب عن قبض البيع، فلو هلك قبل أن يصل إلى سيده لم يضمنه فينفسخ البيع ويرجع على سيده بالثمن، ولو كان لم يشهد صار قابضا لانه قبض غصب، هكذا اقتصر الشارحون هنا. وذكر في الذخيرة: إذا اشترى ما هو أمانة في يده من وديعة أو عارية فإنه لا يكون قابضا إلا إذا ذهب المودع أو المستعير إلى العين وانتهى إلى مكان يتمكن من قبضه الآن يصير المشتري قابضا بالتخلية، فإذا هلك بعد ذلك يهلك من مال المشتري، فإن فعل المشتري في فصل الوديعة والعارية ما يكون قبضا ثم أراد البائع أن يحبسها بالثمن لم يكن له ذلك لانه لما باعه منه مع علمه أن المبيع في يد المشتري وهو يتمكن من القبض يصير راضيا بقبض المشتري دلالة اه. وقيد ببيعه ممن يزعم أنه عنده لانه لو باعه من رجل يزعم أنه عند آخر فإنه لا يصح ولكنه فاسد إذا قبضه المشتري ملكه بخلاف بيع الآبق فإنه باطل فلذا كتبنا في الفوائد الفقهية أن بيع الآبق بيكون باطلا وفاسدا وصحيحا قوله: (ولبن امرأة) بالجر أي لم يجز بيع لبن المرأة لانه

***

[١٣٢]

جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع، أطلقه فشمل لبن الحرة والامة وهو ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف يجوز بيع لبن الامة لجواز إيراد البيع على نفسها فكذا على جزئها. قلنا: الرق حل نفسها فأما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هضده وهي الحي ولا حياة في اللبن فلا يكون محلا للعتق ولا للرق فكذا البيع، فشمل ما إذا كان في إناء أو لا، والاولى أن يقيد مراده بما إذا كان في وعاء كما قيده في الهداية لان حكم اللبن في الضرع قد تقدم، وأشار المصنف إلى أنه لا يضمن متلفه لكونه ليس بمال وإلى أنه لا يحل به التداوي في العين الرمداء وفيه قولان: فقيل بالمنع، وقيل بالجواز إذا علم فيه الشفاء. هكذا في فتح القدير هنا. وقال في موضع آخر: وأهل الطب يثبتون نفعا للبن البنت للعين وهذه من أفراد مسألة الانتفاع بالمحرم للتداوي كالخمر. واختار في الخانية والنهاية الجواز إذا علم أن فيه الشفاء ولم يجد دواء غيره وسيأتي إن شاء الله تعالى تمامه في الحظر والاباحة. وقيد بلبن المرأة لانه يجوز بيع لبن الانعام. قال الامام الرباني محمد بن الحسن الشيباني: جواز إجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها وجواز بيع لبن الانعام دليل على فساد إجارتها. قوله: (وشعر الخنزير) أي لم يجز بيعه إهانة له لكونه نجس العين كأصله فالبيع هنا لو جاز لكان إكراما وفي الخمر والخنزير كذلك لو جا لكان إعزازا وقد أمرنا بالاهانة، وفي لبن المرأة لو جاز لكان إهانة لها وقد أمرنا بإعزاز الآدمي فالفعل الواحد وهو البيع هنا يجوز أن يكون إعزازا بالنسبة إلى محل وإهانة بالنسبة إلى آخر مثلا إذا أمر السلطان بعض الغلمان بالوقوف عند الفرش بحضرته كان إعزازا له، ولو أمر القاضي بذلك لكان إهانة له. وحاصله أن جواز بيع المهان إعزاز له وجواز بيع المكرم إهانة له قوله: (وينتفع به) أي يجوز الانتفاع بشعر الخنزير دفعا لما يتوهم من منع بيعه ولكنه مقيد بالخرز للضرورة فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباحا فلا حاجة إلى القول بجواز بيعه وشرائه حتى لو لم يوجد لم يكره

***

[١٣٣]

شراؤه للاساكفة للحاجة، وكره بيعه لعدمها كما أفتى به الفقيه أو الليث، وظاهر كلامهم منع انتفاع به عند عدم الضرورة بأن أمكن الخرز بغيره ولذا قيل: لا ضرورة إلى الخرز به لامكانه بغيره. وكان ابن سيرين يلبس خفا خرز بشعر الخنزير فعلى هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به ولذا روي عن أبي يوسف كراهة الانتفاع به إلا أن يقال إن إمكان الخرز بغيره وإن وقع لفرد بسبب تحمله مشقة في خاصة نفسه لا يجوز أن يلزم العموم حرجا مثله، وحيث كان جواز الانتفاع به للضرورة والاصل أن ما ثبت للضرورة يتقدر بقدرها أفتى الامام أبو يوسف بنجاسته فيتنجس الماء القليل إذا وقع فيه، وطهره محمد لان جواز الانتفاع به دليلها، والصحيح قول أبي يوسف لما قدمناه، وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وإن كان أكثر من قدر الدرهم فهو مخرج على قول محمد بطهارته، وأما على قول أبي يوسف فلا وهو الوجه لان الضرورة لم تدعهم إلى أن يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع عنه ويجتمع على ثيابهم هذا المقدار قوله: (وشعر الانسان والانتفاع به) أي لم يجز بيعه والانتفاع به لان الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز أن يكون شئ من أجزائه مهانا مبتذلا وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة وإنما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن، كذا في الهداية. وصرح في فتح القدير بأن الآدمي مكرم وإن كان كافرا. والواصلة هي التي تصل الشعر بشعرء النساء، والمستوصلة المعمول بها بأذنها ورضاها. ولعن في الحديث النامصة والمتنمصة والنامصة هي التي تنقص الحاجب لتزينه والمتنمصة هي التي يفعل بها قوله: (وجلد الميتة قبل الدبغ) أي لم يجز بيعه لانه غير منتفع به قال ذلك عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة بإهاب وهو اسلغير المدبوغ فيكون نجس العين بخلاف الثوب والدهن المتنجس فإنها عارضة. قيد بما قبل الدبغ لانه لو باعه بعده جاز لحل الانتفاع للطهارة ولذا قال: (وبعده يباع وينتفع به) وقيد بالميتة لان جلدالمذكاة يجوز بيعه قبل الدباغة ولحوم السباع وشحومها وجلودها بعد الذكاة كجلود الميتة بعد الدبغ فيجوز بيعها والانتفاع بها ما عدا الاكل لطهارتها بالذكاة إلا جلد الخنزير قوله: (كعظم الميتة وصوفها وعصبها وقرنها ووبرها) أي

***

[١٣٤]

يجوز بيعها والانتفاع بها لانها طاهرة لا يحلها المو ت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل، والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد، وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به وجوز بيع القرد على المختار قوله: وعلو سقط) أي لم يجز بيع علو بعد انهدامه لان الباقي بعد

سقوطه حق التعلي وهو ليس بمال لانه المال ما يمكن إحرازه والمال هو المحل المبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه بتبعا للارض باتفاق الروايات، ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن وسيأتي تمامه في الشرب إن شاء الله تعالى. وقيد بسقوطه لان بيعه قبل سقوطه جائز كما في فتح القدير لان المبيع البناء فعلى هذا يجوز بيع سقف البيت قبل نقضه كما يجوز بيع البناء قبل هدمه لكن في عمدة الفتاوي: لا يجوز بيع بناء الوقف قبل هدمه ولا الاشجار الموقوفة المثمرة قبل قلعها بخلاف غير المثمرة اهـ. وأشار المصنف إلى أن العلو لو سقط قبل القبض فإن البيع يبطل كهلاك المبيع قبل القبض كما في فتح القدير، والعلو خلاف السفل بضم العين وكسرها، كذا في المصباح. ولم يذكر المصنف بيع الطريق والمسيل. وفي الهداية: وبيع الطريق وهبته جائز، وبيع مسيل الماء وهبته باطل، والمسألة تحتمل وجهين: بيع رقبة الطريق والمسيل وبي حق المرور والتسييل، فإن كان المراد الاول فهو الفرق بين المسألتين أن الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما، أم المسيل فمجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله من الماء. وإن كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان، وجه الفرق على أحدهما بينه وبين حق التسييل أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق، وأما المسيل على السطح فهو حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله. ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على إحدى الروايتين أن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فأشبه المنافع، أمحق المرور يتعلق بعين تبقى وهو لارض فأشبه الاعيان اهـ. قوله: (وأمة تبين أنه عبد وكذا عكسه) أي لم يجز بيع أمة ظهر أنه عبد وعكسه وهو بيع عبد تبين أنه جارية بخلاف ما إذا باع كبشا فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق
***
[١٣٥]
يبتنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد وهو أن الاشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه، في متحدي الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على أنه خباز فإذا هو كاتب وفي مسألتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر دون الاصل كالخل والدبس جنسان والوذاري والزنديجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما، كذا في الهداية. والاصل المذكور لمحمد رحمه الله تعالى متفق عليه هنا ويجري في سائر العقود من النكاح والاجارة والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال والبيع في مسألة الكتاب باطل لعدم المبيع، وبه ظهر أن الذكر والانثى من بني آدم جنسان فقها وإن اتحدا جنسا في المنطق لانه الذاتي المقول على كثيرين مختلفين بمميز داخل، والجنس في الفقة المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشا فالجنسان ما يتفاوت الغرض منهما فاحشا بلا نظر إلى الذاتي. والوذارى بفتح الواو وكسرها وإعجام الذال ثم راء مهملة نسبة إلى وذار قرية من قرى سمر قند. والزنديجي بزاي ثم نون ثم دال مهلمة ثم ياء ثم جيم نسبة إلى زندنه بفتح الزاي والنون الاخيرة والجيم زيدت على خلاف القياس مع اتحاد أصلهما، هكذا ذكر صاحب الهداية عن المشايخ. قال في فتح القدير: ومن المختلفي الجنس ما إذا باع فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل، ولو باعه ليلا على أنه ياقوت أحر فظهر أصفر صح ويخير كما إذا باع عبدا على أنه خباز فإذا هو كاتب، هكذا ذكر المصنف وإن كانت صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز وكان المصنف ممن لا يفرق من المشايخ بين كون الصفة التي ظهرت خيرا من الصفة التي عينت أولا في ثبوت الخيار كما أطلق في المحيط ثبوت الخيار. وذهب آخرون منهم صدر الاسلام وظهير الدين إلى أنه إنما يثبت إذا كان الموجود أنقص وصحح الاول فوات غرض المشتري وكان مستند المفصلين ما تقدم فيمن اشترى عبدا على أنه كافر فإذا هو مسلم لا خيار له لانه خير مما عين. وقد يفرق بأن الغرض وهو استخدام العبد بما لا يليق به لا يتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة وأمورها أو التجارة وأمورها بخلاف تعيين الخبز أو الكتابة فإنه يفيد أن حاجته التي لاجلها اشترى هي هذا الوصف اهـ. وقد ظهر من كلامهم أن من اشترى فصوصا ثم اختلفا فال المشتري شرطت لي ياقوطا وأنكره البائع أنه إن كان مظهر من خلاف جنس الياقوت تحالفا وفسخ البيع لان الاختلاف في جنس المبيع، وإن كان ما ظهر من جنسه وإنما الفائت الوصف، فإن
***
[١٣٦]
كان المبيع بمرأى من عين المشتري وقت البيع فلا خيار له ولو أقر البائع بالشرط لما قدمناه عن قاضيخان في شراشتراط الخبز والكتابة

قبيل باب خيار الرؤية، وإلا فالقول للبائع لان الاختلاف في اشتراط وصف كالاختلاف في اشتراط الخبز ولذا صورها في الفتح بما إذا اشترياه ليلا لاخراج ما إذا كان نهارا بمرأة من عينه وقد صارت حادثة الفتوى وأجبت بما ذكرناه والله الموفق للصواب. قوله: (وشراء ما باع بالاقل قبل النقد) أي لم يجز شراء البائع ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن فهو مرفوع عطفا على بيع لا أنه مجرو عطفا على المجرور انت لانه لو كان كذلك لصار المعنى لم يجز بيع شراء وهو فاسد. وإنما منعنا جوازه استدلالا بقول عائشة رضي الله تعالى عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمانمائة بئس ما شريت واشتريت ابلغني زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب. ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فإذا وصل إليه المبيع وقعت المقاصصة فبقي له فضل بلا عوض بخلاف ما إذا باع بالعرض لان الفضل إنما يظهر عند المجانسة. أطلق في الشراء فشمل شراءه من كل وجه والشراء من وجه كشراء من لا تجوز شهادته له فإنه لا يجوز أيضا كشرائه بنفسه خلافا لهما في غير العبد والمكاتب. وأطلق فيما باعه فشمل ما باعه بنفسه أو بوكيله وما باعه أصالة أو وكالة كما شمل الشراء لنفسه ولغيره إذا كان هو البائع، وشمل أيضا شراء الكل أو البعض كما في القنية. وخرج شراء وارث البائع ووكيله عند الامام لان العقد وقع له لكونه أصيلا في الحقوق خلافا لهما لكونه قائما مقامه ولكن لا تطيب له الزيادة عند الامام وإن ملكها، وأما شراء البائع ممن اشترى من مشتريه فجائز وفاقا. وشرط في السراج الوهاج لجواز شراء وارث البائع أن يكون ممن تجوز شهادته للمورث في حياته وإلا لا يجوز وهو قيد حسن أغفله كثير وإن كان معلوما من بيان حكم شراء من لا تجوز شهادته له وأراد

***

[١٣٧]

المولف رحمه الله تعالى الشراء من مشتريه حقيقة أو حكما كالشراء من وارث مشتريه. والفرق بين الوارثين أن وارث البائع إنما لم يقم مقامه لان هذا مما لا يورث وهو إنما يقوم مقامه فيما يورث بخلاف وارث المشتري فإنه قام مقامه في ملك العين وهذا من أحكامها. وقيد بما باع لان المبيع لو انتقص خرج أن يكون شراء ما باع فيكون النقصان من الثمن في مقابلة ما نقص من العين، سواء كان النقصان من الثمن بقدر ما نقص منها أو بأكثر منه، وعلى هذا تفرع ما قالوا لو ولدت الجارية عند المشتري ثم اشتراها البائع بأقل إن كانت الولادة نقصتها جاز كما لو دخلها عيب عند المشتري ثم اشتراها منه بالاقل، وإن لم تنقصها لا يجوز لانه يحصل به ربح لم يدخل في ضمانه، كذا في فتح القدير. ولا بد أن يكون النقصان فيها من حيث الذات لان العين لو نقصت قيمتها بتغير الاسعار لم يجز الشراء بالاقل لا تغيير السعر غير معتبر في حق الاحكام لانه فتور في الرغبات لا فوات جزء كما في حق الغاصب وغيره فعاد إليه كما خرج عن ملكه فظهر الربح. وقيد بالاقل احترازا عن المثل أو الاكثر فإنه جائز، ولا بد من اتحاد جنس الثمنين لانه حينئذ يظهر النقصان، فإن اختلف الجنس جاز مطلقا والدراهم والدنانير هنا جنس واحد احتياطا وقدمنا أنهما جنسان إلا في ثمانية في أول البيوع فإذا كان النقد الثاني أقل من قيمة الاول لم يجز. وأطلق في الاقلية فشمل الاقل مقدرا والاقل وصفا، فلو باع بألف نسيئة إلى سنة ثم اشتراه بألف نسيئة إلى سنتين فسد عندنا. وقيد بقوله النقد إذ بعده لا فساد، وفي القنية: لو قبض نصف الثمن ثم اشترى النصف بأقل من نصف الثمن لم يجز وكذا لو أحال البائع على المشتري اه‍. وفي السراج الوهاج: لا يجوز أن يشتريه بأقل من الثمن وإن بقي من ثمنه درهم، ولا بد من نقد جميع الثمن، ولو خرج المبيع عن ملك المشتري ثم عاد إليه فإن عاد إليه بحكم ملك جديد كالاقالة قبل القبض أو بعده أو بالشراء أو الهبة أو بالميراث فشراء البائع منه بالاقل جائز، وإن عاد إليه بما هو فسخ نخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده فالشراء منه بالاقل لا يجوز، كذا في السراج الوهاج. وذكر الشارح هنا فروعا فقال ٢ (٢١٢). قوله: (وصح فيما ضم إليه) أي صح البيع في المضموم إلى شراء ما باعه بالاقل قبل النقد كأن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل أن ينقده الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويفسد الاخرى لانه لا بد أن يجعل

***

[١٣٨]

بعض الثمن في مقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى بأقل مما باع وهذا فاسد عندنا، ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لكونه ضعيفا للاجتهاد فيه أو لانه باعتبار شبهة الربا أو لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن والمقاصة فلا يسري إلى غيرها.

وأورد على التعليل الاول ما لو أسلم قوهيا في قوهي ومروي فإنه باطل في الكل عنده، وعندهما يصح في المروي كما لو أسلم حنطة في شعير وزيت عنده يبطل في الكل، وعندهما يصح في حصة الزيت مع أن فساد القد بسبب الجنسية مجتهد فيه. فإن أسلم هرويا في هروي جاز عند الشافعي ولا مخلص منه إلا بتغيير تعليل تعدي الفساد بقوة الفساد بالاجماع عليه إلا تعليله بأنيجعل الشرط الفاسد في أحدهما وهو قبول العقد في الهروي شرطا لقبوله في المروي فيفسد في المروي بالشرط الفاسد، وفي الهروي باتحاد الجنس، كذا اعترف به شمس الائمة بعد أن علل به هو في شرح الجامع. وأشار المصنف إلى أن البائع لو اشتراه مع رجل اخر فإنه يجوز من الاجنبي في نصفه قوله: (وزيت على أن يزنه بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا وصح لو شرط أن يطرح عنه بوزن الظرف) أي لم يجز بيع شئ بهذا الشرط وصح البيع بالشرط الثاني لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قوله: (وإن اختلفا في الزق فالقول للمشتري) يعني لو رد المشتري الزق وهو عشرة أرطال فقال البائع الزق غيره وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري مع يمينه لانه إن اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا، وإن اعتبر اختلافا في الثمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة، وإذا برهن البائع قبلت بينته. وأورد على ما في الكتاب مسألتان: إحداهما ما إذا باع عبدين وقبضهما المشتري ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر يرده بعيب واختلفا في قيمة الميت فالقول للبائع. والثانية أن الاختلاف في الثمن يوجب التحالف وهنا جعل القول للمشتري على تقدير اختلافهما في الثمن. وأجيب عن الاول بأنها مع هذه طرد فإن كون القول للمشتري لانكاره للزيادة وهناك إنما كان للبائع لانكاره الزيادة، وعن الثاني بأن التحالف على خلاف القياس فيها عند وجود الاختلاف في الثمن قصدا وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما في الزق المقبوض أهو هذا أم لا فلا يوجب التحالف، كذا في فتح القدير. والزق بالكسر الظرف وبعضهم يقول ظرف زيت أو قير والجمع أزقاق وزقاق وزقان مثل كتاب ورغفان، كذا في المصباح. قوله: (ولو أمر ذميا بشراء خمر أو بيعها صح) أي التوكيل وبيع الوكيل وشراؤه عند أبي

***

[١٣٩]

حنيفة. وقالا: لا يجوز على المسلم. وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده. لهما أن الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشر بنفسه فلا يجزئه، ولابي حنيفة أن العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته وانتقال الملك إلى الآمر أمر حكمي فلا يمنع بسبب الاسلام كما إذا ورثهما ثم إن كان خمرا يخللها ويدفع ثمنها إلى الوكيل، وإن كان خنزيرا يسيبه ولم يذكر المصنف حكم ثمن ما باعه له. قال الشارح: يتصدق بثمن الخمر إن باعها الوكيل له لتمكن الخبث فيه وقولهما إنه لا يليه فلا يوليه منقوض بمسائل الوكيل بشراء معين له أن يوكل بشرائه له وإن لم يله لنفسه. ومنها إذا مات ذمي وله خمر فللقاضي أن يأمر ذميا ببيعها مع أنه لا يليه بنفسه. ومنها المسلم الوصي لذمي يوكل ذميا ببيع خمره مع أنه لا يليه، وقد كتبنا في الفوائد غير هذه. وفي فتح القدير: بقي أن يقال إذا كان حكم هذه الوكالة في البيع أن لا ينتفع بالثمن وفي الشراء أو يسيب الخنزير ويريق الخمر أو يخللها بقي تصرفا غير معقب لفائدته، وكل ما هو كذلك ليس بمشروع وقد روي عن أبي حنيفة أن هذه الوكالة تكره أشد ما يكون من الكراهة وهي ليس إلا كراهة التحريم فأي فائدة في الصحة؟ اه. وفي القنية من الزكاة: مسلم له خمر وكل ذميا ببيعها فللمسلم أن يصرف ثمنها إلى الفقراء من زكاة ماله وتصح اه. قوله: (وأمة على أن يعتق لمشتري أو يدبر أو يكاتب أو يستولد أو إلا حملها أو يستخدم البائع شهرا أو دارا على أن يسكن أو يقرض المشتري درهما أو يهدي له أو يسلم إلى كذا أو ثوب على أن يقطعه البائع أو يخيطه قميصا) أي لم يجز بيع أمة بشرط منها وهو فاسد لان بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط كما رواه عمر وبن شعيب رضي الله عنه. وخصصه الشافعي بما عدا العتق وجوز البيع بشرط العتق وهو رواية عن أبي حنيفة كما ذكره الاقطع عملا بحديث بريرة فإن عائشة رضي الله تعالى عنها اشترتها بشرط العتق وأجازه عليه السلام وأبطل الشرط فقال: خذيها واشترطي لهم الولاء إنما الولاء لمن أعتق. ولم يخصه به

***

[١٤٠]

أصحابنا بناء على أصلهم أن العام يعارض الخاص ويطلب منه أسباب الترجيح والمرجح هنا العام وهي النهي عن بيع وشرط لكونه مانعا، وحديث بريرة مبيح فيحمل على ما قبل النهي. وأما حديث جابر في مسلم من أنه باع جملا للنبي صلى الله عليه وسلم وشرط له ظهره إلى المدينة، فعلى مذهب الشافعي لم يقع الشرط في صلب العقد فلم يفسد، على أصلنا قدم العام الحاظر على الخاص المبيح كما قدمناه. وأشار المصنف بالعتق وما عطف عليه إلى كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه منفعة لاحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق ولم يجر العرف به ولم يرد الشرع بجوازه، فلابد في كون الشرط مفسدا للبيع من هذه الشرائط الخمسة، فإن كان الشرط يقتضيه العقد فإنه لا يفسد كشرط أن يحبس المبيع إلى قبض الثمن ونحوه، فإن كان لا يقتضيه لكن ثبت تصحيحه شرعا فلا مرد له كشرط الاجل في الثمن وفي المبيع السلم وشرط الخيار لا يفسده، وإن كان متعارفا كشراء النعل على أن يحذوها البائع أو يشركها فهو جائز، وإن كان ملائما للبيع لا يفسده كالبيع بشرط كفيل بالثمن إذا كان حاضرا وقبلها أو غائبا فحضر وقبل قبل التفرق، وكشرط رهن معلوم بالاشارة والتسمية فإن حاصلهما التوثق للثمن. قيدنا بحضرة الكفيل لانه لو كان غائبا فحضر وقبل بعد التفرق أو كان حاضرا فلم يقبل لم يجز. وقيدنا بكون الرهن مسمى لانه لو لم يكن مسمى ولا مشارا إليه لم يجز إلا إذا تراضيا على تعيينه في المجلس ودفعه إليه قبل أن يتفرقا أو يعجل الثمن ويبطلان الرهن، وإذا كان مسمى فامتنع عن تسليمه لم يجبر وإنما يؤمر بدفع الثمن، فإن لم يدفعهما خير البائع في الفسخ واشتراط الحوالة كالكفالة. ومعنى كون الشرط يقتضيه العقد أن يجب بالعقد من غير شرط، ومعنى كونه ملائما أن يؤكد موجب العقد، كذا في الذخيرة. وفي السراج الوهاج أن يكون راجعا إلى صفة المبيع أو الثمن كاشتراط الخبز والطبخ والكتابة وفيها يقال للمشتري في مسألة الرهن ادفعه أو عجل الثمن، وفي القدوري: يقال للمشتري إما أن تدفع الرهن أو قيمته أو تفسخ العقد لان يد الاستيفاء للبائع إنما تثبت على المعنى وهو القيمة، ولا شك أن الرهن لو هلك فإن المشتري يدفع قيمته أو يعجل الثمن، ولو اشترى عبدا على أن يعطي البائع المشتري كفيلا بما أدركه من درك، فإن كان الكفيل مجهولا فسد

***

[١٤١]

البيع، وإن كان معينا حاضرا وقبل أو كان غائبا فحضر قبل التفرق وقبل جاز اه‍. ولم يذكر الرهن على الدرك لانه غير جائز وتفسير المنفعة لاحد المتعاقدين اشتراط أن يهبه المشتري شيأ أو يقرضه أو يسكن الدار شهرا أو يخدمه العبد شهرا، ولو شرط أن خراجها على البائع فسد، وإن شرط الزائد على خراجها عليه جاز لانه شرط أن لا يجب عليه تحمل الظلم، ولو شرط أن خراجها كذا فجاء أزيد أو انقص فسد البيع لانه باع بشرط أن يجب على المشتري خراج أرض أخرى. هذا إذا علم، فإن لم يعلم جاز ويخير المشتري. ولو اشترى خراجية الاصل بلا خراج أو غير الخراجية مع الخراج بأن كان للبائع خراجية وضع خراجها على هذه فسد، وإن لم تك في الاصل خراجية فوضع عليها جاز، وتمامه في البزازية. ومما فيه نفع للمشتري اشتراط خياطة الثوب على البائع أو طحن الحنطة أو الثمرة وتفسير منفعة المعقود عليه إذا كان من أهل الاستحقاق اشتراط أن لا يبيع العبد أو لا يهبه أو لا يخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه فإن المملوك يسر أن لا تتداوله الايدي، وكذا بشرط أن لا يخرجه عن مكة. وفي الخلاصة: اشترى عبدا على أن يبيعه جاز، وعلى أن يبيعه من فلان لا يجوز لان له طالبا. وفي البزازية: اشترى عبدا على أن يطعمه لم يفسد وعلى أن يطعمه خبيصا فسد، وقيدنا بكونه من أهل الاستحقاق أي من أهل أن يستحق حقا على الغير وهو الآدمي لانه لو كان حيوانا غير آدمي أو ثوبا فالبيع بهذا الشرط جائز. وخرج أيضا ما إذا شرط منفعة لاجنبي كان يقرض البائع أجنبيا فالبيع صحيح كما في الذخيرة معزيا إلى الصدر الشهيد قال: وذكر القدوري أنه يفسد، وصورته أن يقول المشتري للبائع اشتريت منك هذا على أن تقرضني أو تقرض فلانا. وفي المنتقي قال محمد رحمه الله تعالى: كل شئ يشترط المشتري على البائع يفسد به البيع، فإذا شرطه على أجنبي فهو باطل كما إذا اشترى دابة على أن يهبه فلان الاجنبي كذا فهو باطل كما إذا شرط على البائع أن يهبه، وكل شئ يشترطه على البائع لا يفسد به البيع فإذا شرطه على أجنبي فهو جائز وهو بالخيار، ومن ذلك ما إذا اشترى شيأ على أن يحط فلان الاجنبي عنه كذا جاز البيع وهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك. وروى ابن سماعة

***

[١٤٢]

عن أبي حنيفة إذا اشترى من آخر شيأ على أن يهب البائع لابن المشتري أو لاجنبي من الثمن كذا فسد البيع. وخرج أيضا شرط فيه مضر لاحدهما كما لو باع ثوبا بشرط أن لا يبيعه ولا يهبه جاز البيع وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وفي قول أبي يوسف فاسد وهو رواية. واختلف المشايخ فيما إذا باع على أن يعطي ثمنه من مال فلان ومن منفعة البائع المفسدة للبيع ما إذا شرط أن يدفع المشتري الثمن إلى غريم البائع لسقوط مؤنة القضاء عنه، ولان الناس يتفاوتون في الاستيفاء فمنهم من يسامح ومنهم من يماكس. ومنها أيضا ما لو باع بألف وشرط أن يضمن المشتري عنه ألفا لغريمه ومن منفعة المشتري ما إذا باع بستانا بشرط أن يبني البائع حوائطه، كذا في الذخيرة. وفي فتح القدير: ما لو باع ساحة على أن يبني بها مسجدا أو طعاما على أن يتصدق به فهو فاسد اه. وخرج أيضا ما لا مضرة فيه ولا منفعة كأن اشترى طعاما بشرط أكله أو ثوبا بشرط لبسه فإنه يجوز، وخرج عن الاقتضاء ما في المجتبي: اشتراه على أن يدفعه إليه قبل دفع الثمن أو قال على أن تدفع الثمن في بلد آخر فسد البيع. وفي شرح المجمع معزيا إلى النوازل: لو قال بعت منك هذا على أن أحط من ثمنه كذا جاز، ولو قال على أن أهب منك كذا لم يجز البيع لان الحط ملحق بما قبل العقد ويكون البيع بما وراء المحطوط اه. وقيد به على لان الشرط لو كان بان فإن البيع يفسد في جميع الوجوه إلا في مسألة ما إذا قال إن رضي أبي أو فلان في ثلاثة أيام كما سيأتي فيما يصح تعليقه وما لا يصح، والتفصيل السابق إنما هو إذا علق بكلمة على. وقيد بكون الشرط مقارنا للعقد لان الشرط الفاسد لو التحق بعد العقد قيل يلتحق عند أبي حنيفة، وقيل لا وهو الاصح كما في جامع الفصولين في الفصل التاسع والثلاثين، ولكن في الاصل إذا ألحقا بالبيع شرطا فسادا يلتحق عند أبي حنيفة وإن كان الالحاق بعد الافتراق عن المجلس وصورته: لو باع فضة بفضة وتقابضا وتفرقا ثم زاد أحدهما صاحبه شيأ أو حط عنه وقبله الآخر فالبيع فاسد عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: البيع صحيح وتبطل الزيادة والحط. وقال محمد: الزيادة باطلة والحط جائز ولو كان الشرط في العقد فأبطلاه إن كان المفسد في صلب العقد صح الحط في المجلس، ولا يصح فيما وراء المجلس اه. وقيد به على دون الواو لانه لو زاد الواو بأن ال بعتك هذا بكذا وعلى أن تقرضني كذا فالبيع جائز ولا يكون شرطا وهو نظير ما لو كان دفع لرجل أرضا بيضاء فيها نخيل فقال دفعت إليك النخيل معاملة على أن تزرع كان شرطا للمزارعة في المعاملة. ولو قال وعلى أن تزرع لم تفسد المزارعة، ويعرف من هاتين المسألتين كثير من المسائل، كذا في الذخيرة وتبعه في البزازية. وقيد بإخراج ما ذكر مخرج
***
[١٤٣]
الشرط لانه لو أخرجه مخرج الوعد لم يفسد كما إذا باع بستانا على أن يعمر حوائطه وأخرجه مخرج الوعد ولكن لو لم يبن البائع لم يجبر ويخير المشتري في الرد، كذا في الذخيرة لكن لم يبين بماذا يكون إخراجه مخرج الوعد وهو أحد الاجوبة عن حديث بريره فإن البيع لم يكن بشرط العتق وإنما كان بوعد عتقها. وبين الامام اسحق الولوالجي صورة إخراجه مخرج الوعد قال: اشتر حتى ابني الحوائط وخرج عن الملائم للعقد ما لو اشترى أمة بشرط أن يطأها المشتري أو لا يطأها فالبيع فاسد لان الملائم للعقد الاطلاق. وعند أبي يوسف يجوز في الاول لانه ملائم، وعند محمد يجوز فيهما في الاول لما قاله أبو يوسف، وفي الثاني إن لم يقتضه العقد لا يرجع نفعه إلى أحد فهو شرط لا طالب له. ولم يفصل المؤلف بين شرط وشرط في الفساد وهو كذلك إلا البيع بشرط العتق فإن المشتري إذا أعتقه صح البيع ووجب الثمن عليه عد أبي حنيفة. وقالا: يبقى فاسدا فتجب القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما إذا تلف بوجه آخر. ولابي حنيفة أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منتهي للملك والشئ بانتهائه يتقرر، ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فإذا أتلف بوجه آخر لا تحقق الملائمة فتقرر الفساد، وإذا وجد العتق تحققت الملائمة فترجح جانب الجواز فكان الحال موقوفا بخلاف ما إذا دبرها أو استولدها فإنهما لا ينهيان الملك لجواز قضاء قاض ببيعهما، وأجمعوا أن المشتري لو أتلفه أو باعه أو وهبه تلزمه قيمته، كذا في السراج الوهاج. ومن الشروط المفسدة ما في القنية: اشترى بطيخة على أنها حلوة أو شاة على أنها تحلب كذا أو زيتونا أو سمسما على أن فيه كذا منا أو شاة أو ثورا على أن فيه كذا منا من اللحم فسد البيع في الكل لتعذر معرفته قبل العمل وعجز البائع عن الوفاء به اه. ولو اشتراه على أن يؤدي الثمن من بيعه فهو فاسد إن شرط، وإنما ذكر استثناء الحمل من الشروط لانه لما كان غير صحيح صار شرطا فاسدا، والاصل فيه أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح

استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل، وهذا لانه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناوله فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا يبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة، وكذلك الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل
***
[١٤٤]
ميراثا والجارية وصية لان الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها، كذا في الهداية. والغلة كالخدمة وأورد مسألة الخدمة على الاصل السابق. وأجيب بأنه إما مطرد غير منعكس والايراد على العكس، وإما بأن الكلام في العقد والوصية ليست بعقد فلا ترد، كذا في النهاية. ولا يخفى أنها عقد مشتمل على الايجاب والقبول فالاوجه الاول. وتفرع على القاعدة أنه يصح استثناء قفيز من الصبرة لجواز إفراده ولا يصح استثناء شاة من قطيع لعدم جواز إفرادها من قطيع إذا لم تكن معينة، وأما إذا عينها بالاشارة فالاستثناء صحيح، وكذا الحال في كل عددي متفاوت. وصح استثناء: أرطال معلومة من بيع الثمرة لجواز إيراده على الارطال ابتداء وهو المعتمد ومن مسائل الاستثناء باع صبرة بمائة عشرها فله تسعة أعشارها بجميع الثمن، ولو قال على أن عشرها لي فله تسعة أعشارها بتسعة أعشار الثمن خلافا للمروي عن محمد أنه بالجميع. وعن أبي يوسف أنه لو قال أبيعك هذه المائة شاة بمائة على أن هذه لي أو ولي هذه فسد، ولو قال إلا هذه كان ما بقي بمائة، ولو قال ولي نفسها كان النصف بخمسين، ولو قال بعتك هذا العبد بألف إلا نصفه بخمسمائة عن محمد جاز في كله بألف وخمسمائة لان المعنى باع نصفه بألف لان الباقي بعد الاستثناء فالنصف المستثنى عين بيعه بخمسمائة. ولو قال على أن لي نصفه بثلاثمائة أو مائة دينار فسد لادخال صفقة في صفقة. ولو قال بعتك الدار الخارج على أن تجعل لي طريقا إلى داري هذه الداخلة فسد البيع، ولو قال إلا طريقا إلى داري الداخلة جاز وطريقه عرض باب الدار الخارجة. ولو باع بيتا على أن لا طريق للمشتري في الدار وعلى أن بابه في الدهليز يجوز، ولو زعم أن له طريقا فظهر أن لا طريق له يرد، ولو باع بألف دينار إلا درهما أو إلا ثوبا أو إلا كر حنطة أو هذه الشياه إلا واحدة لا يجوز، ولو كانت بعينها جاز، ولو باع دارا على أن لا بناء فيها فإذا فيها بناء فالبيع فاسد لانه يحتاج إلى نقض البناء، ولو باعها على أن بناءها من آجر فإذا هو لبن فسد بناء على أنهما جنسان كما لو باعه ثوبا على أنه هروي فظهر بلخيا. ولو باع الارض على أن فيها بناء فإذا لا بناء فيها أو اشتراها بشجرها فليس فيها شجر جاز وله الخيار، وكذا لو باع بعلوها وسفلها فظهر أن لا علولها ومثله لو اشترى بأجذاعها، كذا في فتح القدير. قوله: (وصح بيع نعل على أن يحذوه ويشركه والقياس فساده) لما فيه من النفع للمشتري مع كون العقد لا يقتضيه، وما ذكره جواب الاستحسان للتعامل وفي الخروج عن العادة خرج بين بخلاف اشتراط خياطة الثوب لعدم العادة فبقي على أصل القياس. وتسمير
***
[١٤٥]
القبقاب كتشريك النعل كما في فتح القدير. وفي البزازية: اشترى ثوبا أو خفا خلقا على أن يرقعه البائع ويخرزه ويسلمه صح للعرف ومعنى يحذوه يقطعه قوله: (لا البيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود إن لم يدر العاقدان ذلك) أي لا يجوز البيع وهو فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية إلى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة إلا إذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم بالايام لان صومهم بالايام معلوم فلا جهالة فيه. والنيروز أول يوم من الصيف وهو أول يوم تحل فيه الشمس الحمل. والمهرجان أول يوم من الشتاء وهو أول يوم تحل فيه الشمس الميزان، كذا في السراج الوهاج. ثم قال: وإنما خص الصوم بالنصارى والفطر باليهود لان صوم النصارى غير معلوم وفطرهم معلوم واليهود بعكسه مع أنه إذا باع إلى صوم اليهود فالحكم كذلك لا
***
[١٤٦]
يتفاوت فيكون المعنى إلى صوم النصارى وفطرهم وإلى فطر اليهود وصومهم فاكتفى بذكر أحدهما اهـ: (وإلى قدوم الحاج والحصاد والدياس والقطاف) أي لا يجوز البيع إلى هذه الآجال لانها تتقدم وتتأخر. والحصاد بكسر الحاء وفتحها، ومثله القطاف وهو للعنب،

والدياس وهو دروس الحب بالقدم ليتكسر وأصله الدواس بالواو لانه من الدوس قلبت الواو ياء للكسرة قبلها، ولم يذكر الحذاذ وذكره في الهداية واختلف في معناه فقيل جز الصوف من ظهور الغنم، وقيل جداد النحل، قاله الحلواني. في نسخ الهداية وفتح القدير بالزاي المكررة أخت الراء. وذكر الزيلعي أنه بالذال المعجمة عام في قطع الثمار وبالمهملة خاص في قطع النخل اه. فعلى هذا لم يكن بالزاي. وذكره في المصباح في فصل الذال المعجمة وفصل الزاي وأن كلا منهما بمعنى قطع وهما من باب قتل. قيد بالبيع إلى هذه الآجال لانه لو باع مطلقا عنها ثم أجل الثمن إليها لم يفسد لكونه تأجيلا للدين فالمفسد ما كان في صلب العقد، كذا في الهداية. وفي فتاوي قاضيخان: تبايعن بيعا جائزا ثم أخر الثمن إلى الحصاد قال محمد بن الفضل: يفسد البيع. وعن محمد لا يفسد ويصح التأخير لان التأخير بعد البيع تبرع فيقبل التأجيل إلى مجهول كالكفالة إليها، وقدمنا أنه لو باع بثمن مؤجل ولم يعينه ففيه خلاف، وفي القنية: باع بألف نصفه نقد ونصفه إلى رجوعه من دهشان فهو فاسد والفتوى على انصرافه إلى شهر. وبينا مسائل التأجيل عند قوله وصح بثمن حال ومؤجل والله أعلم قوله: (ولو كفل إلى هذه الاوقات جاز) لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة
***
[١٤٧]
يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة فيها، ولانه معلوم الاصل ألا ترى أنها تحتمل الجهالة أصل الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف أولى بخلاف البيع فإنه لا يحتملها في أصل الثم فكذا في وصفه. قيد بهذه الاوقات لانه لو كفل إلى هبوب الريح فهي باطلة لانها متفاحشة وتأتي في بابها قوله: (ولو أسقط الاجل قبل حلوله صح) أي لو أسقط من له الاجل وهو المشتري الاجل المفسد للبيع قبل الحصاد والدياس والقطاف وقدوم الحاج انقلب البيع صحيحا لان الفساد كان للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين لا ينقلب صحيحا بإسقاط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد، وبخلاف إسقاط الاجل في النكاح الموقت لكونه متعة وهو غير عقد النكاح. وقال في مختصر القدوري: تراضيا على إسقاطه بالتثنية وخالفه المؤلف فوحد الضمير لقوله في الهداية: وقوله في الكتاب تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد بإسقاطه لانه خا حقه. وقيد بهذه الآجال لانهما لو تبايعا إلى هبوب الريح أو مطر السماء ثم تراضيا على إسقاطه لا ينقلب العقد جائزا لان هذا ليس بأجل بل الاجل
***
[١٤٨]
ما يكون منتظر الوجود وهبوب الريح قد يتصل بكلامه فعرفنا أنه ليس بأجل بل هو شرط فاسد، كذا في السراج الوهاج. وفي فتح القدير: والذي يحتاج بعد هذا الجواب ما إذا أسقط الرطل الخمر فيما إذا باع بألف ورطل من خمر نص محمد على جواز البيع وانقلابه صحيحا ذكره في آخر الصرف اللهم إلا أن يقال هو تبع للالف الثمن في بيع المسلم بخلاف ما إذا باع بالخمر فإنه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن إلا مستتبع هناك اه. وفي جامع الفصولين خلافه، أجمعوا أنه لو باع قنا بألف درهم ورطل خمرثم أبطلا الخمر لم يعد جائزا اه. قوله: (ومن جمع بين حر وعبد أو بين شاة ذكى وميتة بطل البيع فيهما وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره أو بين ملك ووقف صح في القن وعبده والملك) أما الاول فهو وقول أبي حنيفة. وقالا: يصن سمى لكل واحد ثمنا، وأفسد البيعزفر في الكل فالاصل عنده أنه إذا جمع بين حل وحرام فإنه يفسد في الكل فصل أو لا، وقاس الثاني على الاول إذ محلية البيع منتفية بالاضافة إلى الكل. ولهما أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى القن كمن جمع بين أجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد منهما للجهالة. ولابي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد، وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة، أما البيع في هؤلاء فموقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولذا ينعقد في عبد الغير بإجازته، وفي المكاتب برضاه في الاصح، وفي المدبر بقضاء القافي، وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا إشارة إلى البقاء كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه، ومتروك التسمية عمدا كالميتة، وأم الولد والمكاتب
***

[١٤٩]
كالمدبر، وفيما إذا جمع بين ملك ووقف روايتان، وما ذكره المؤلف هو الصحيح لان الوقف مال ولهذا ينتفع به انتفاع الاموال غير أنه لا يباع لاجل حق تعلق به وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم إليه كالمدبر لكن أراد بالوقف ما ليس بمسجد فإن المسجد لو ضم إلى الملك فإنه يبطل فيهما لان المسجد كالحر، كذا ذكره الشارح. وقيده في التجنيس بالعامر لان المسجد الخراب لو ضم إلى الملك لم يبطل في الملك لجواز بيع المسجد إذا خرب في أحد القولين فصار مجتهدا فيه كالمدبر، ولا يشكل ما في المحيط من أنه لو باع قرية ولم يستثن ما فيها من المساجد والمقابر فالاصح الصحة في الملك لان ما فيها من المساجد والمقابر مستثنى عادة. ثم اعلم أنه قد وقعت حادثة في القسطنطينية هي جمع بين وقف وملك وباعهما صفقة واحدة فأفتى مفتيها بعدم الصحة في الملك كالوقف فاعترض عليه بأنه مخالف للاصح، فأجاب بأنه محمول على وقف لم يحكم بصحته ولزومه ليكون كالمدبر مجتهدا فيه أما ما قضى القاضي به فهو كالحر للزومه إجماعا فيسرى الفساد إلى الملك، لكن يرد عليه ما صرح به قاضيخان في فتاواه أن الوقف بعد القضاء تسمع دعوى الملك فيه وليس هو كالحر بدليل أنه لو ضم إلى ملك لا يفسد البيع في الملك، وهكذا في الظهيرية. وهذا لا يمكن تأويله فوجب الرجوع إلى الحق وهو إطلاق الوقف لانه بعد القضاء وإن صار لازما بالاجماع لكنه يقبل البيع بعد لزوم الوقف، إما بشرط الاستبدال وهو صحيح على قولابي يوسف المفتى به أو بضعف غلته كما هو قولهما أو بورود غصب عليه ولا يمكن انتزاعه فللناظر بيعه كما في فتاوي قاضيخان أو بقضاء قاض حنبلي ببيعه فإن عنده بيع الوقف يجوز ويشتري ببدله ما هو خير منه كما في معراج الدراية فكيف يجعل الوقف كالحر مع وجود هذه الاسباب المجوزة لبيعه والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب.
***
[١٥٠]
فصل في البيع الفاسد أي في بيان أحكام البيع الفاسد قدمنا أن فعله معصية فعليه التوبة منها بفسخه كما سيأتي قوله: (قبض المشتري في البيع الفاسد بأمر البائع وكل من عوضيه مال ملك المبيع بقيمته) وقال الشافعي: لا يملكه وإن قبضه لانه محظور فلا تنال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده قبل القبض، وصار كما إذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدراهم. ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله فوجب القول بانعقاده، ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك إنما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء، وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور إذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى، ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبح فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة، والميتة ليست بمال فانعدم الركن، ولو كان الخمر مثمنا فقد ذكرناه أول الباب. وشئ آخران في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا، أشار المصنف رحمه الله تعالى بذكر القبض إلى أنه ليس مقبوضا في يده فلو كان في يده وديعة ملكه بمجرد القبول كما في فتح القدير، وإلى أن التخلية فيه لا تكفي وصححه العمادي في الفصول. وصحح قاضيخان في فتاواه في باب قبض المبيع أنها قبض فيه واختاره في الخلاصة. وأطلقه فشمل قبض الوكيل قال في القنية: التوكيل بالشراء الفاسد صحيح كالتوكيل بالشراء إلى الحصاد والدياس وقبض الوكيل للموكل فيصير مضمونا بالقيمة اه. وخرج ما قبل القبض فلا ملك له. وأطلقه فشمل القبض الحكمي لما في الظهيرية: لو اشترى عبدا شراء فاسدا ولم يقبضه فأمر البائع بإعتاقه فأعتقه صح عتقه عن المشتري لانه بمنزلة قبض المشتري، ولو أعتقه المشتري بنفسه لا يصح لعدم الملك، وهذه عجيبة حيث ملك المأمور ما لم يملك الآمر. وقيد بقوله في البيع الفاسد
***
[١٥١]
للاحتراز عن الباطل فإنه لا يفيده ولكن ليس كل فاسد يملك بالقبض فقد كتبنا في الفوائد الفقهية أن بيع الهازل لا يملك بالقبض كما ذكره البزدوي في الاصول، أن الاب إذا اشترى من ماله لابنه الصغير فاسدا أو باع كذلك فالقبض لا يكفي ولا يملكه إلا بقبضه واستعماله، كذا في المحيط ثم رأيت في القنية أن بيع التلجئة باطل فحينئذ لا يرد على المصنف لان كلامه في الفاسد، وفي آخر القنية من الوصايا: باع الوصي مال اليتيم بغبن فاحش فهو باطل لا يملك بالقبض ثم رقم آخر بل هو فاسد اه. أقول: ينبغي أن يجر القولان

في بيع الوقف المشروط استبداله أو الخراب الذي جاز استبداله إذا بيبغبن فاحش، وينبغي ترجيح الثاني فيهما لانه إذا ملك بالقبض وجبت قيمته فضرر على اليتيم والوقف. وقيد بأمر البائع أي بإذنه لانه بلا إذنه لا يفيد الملك وإنما ذكروا الاذن دون الرضا لانه لا يشترط في بعض أفراده
***
[١٥٢]
كبيع المكره كما لا يخفى. وأطلقه فشمل الاذن صريحا أو دلالة فسكوته عند قبض المشتري في المجلس إذن دلالة لكون البيع تسليطا منه على القبض إذ مراده أن يملكه المشتري بخلاف البيع الصحيح فإن الايجاب ليس بتسليط لان الملك حصل بدونه، وأما إذا تفرقا عن المجلس فلا بد من إذن صريح إلا إذا قبض البائع الثمن وهو مما يملك به فإنه يكون إذنا بالقبض دلالة. وفي السراج الوهاج: ولو أمر المشتري البائع أن يعمل في المبيع عملا ينقصه أو لا ينقصه كالقصارة والغسل بأجرة أو بغير أجرة فما كان ينقصه فهو قبض ومالا فلا، وللبائع الاجرة في الوجهين هلك المبيع أولا اه‍. وفي جامع الفصولين: ولو برأ نخلطه البائع بطعام المشتري بأمره قبل قبضه صار قابضا وعليه مثله اه‍. وقيد بقوله وكل من عوضيه مال ليخرج البيع بالميتة وكل بيع باطل كالبيع مع نفي الثمن فإنه باطل، ومع السكوت عنه فاسد يملك المبيع بالقبض ولا شك أن الباطل خرج أولا بقوله في البيع الفاسد فلا حاجة إلى إخراجه ثانيا اللهم إلا أن يقال إن بعض البيوع الباطلة أطلقوا عليها اسم الفاسد فربما يتوهم أن المبيع فيها يملك بالقبض فصرح بما يخرجها، فإذا باع عرضا بخمر أو بمدبر أو أم ولد ملك العرض بالقبض لا ما قابله مع أن بعضهم أطلق على بيع الخمر والمدبر وأم الولد الفساد ولكن كان ينبغي أن يقول مال متقوم. وذكر في إيضاح الاصلاح أنه لا حاجة إلى هذا القيد لان فساد البيع لا يوجد بدون هذا الشرط لا يقال إنه يوجد بدونه فيما إذا باع وسكت عن ذكر الثمن لان أحد العوضين حينئذ القيمة وهي مذكورة حكما كما صرح به في الذخيرة على أن الشرط وجود المالية في العوضين اه‍. كما قيده به في الجوهرة. وفي قوله ملك البيع رد على من قال إنه إنما يملك التصرف دون العين وهم العراقيون وما ذكره قول أهل بلخ وهو المنصوص عليه في كلام محمد وهو الصحيح المختار
***
[١٥٣]
فإنه قال: إن المشتري خصم لمن يدعيه لانه يملك رقبته، كذا في جامع الفصولين بدليل أن المشتري إذا أعتقه بعد قبضه صح وكان الولاء له، ولو باعه كان الثمن له، ولو بيعت دار إلى جنبها فالسفعة للمشتري، ولو أعتقه البائع لم يعتق ولو سرقه البائع من المشتري بعد قبضه قطع كما في الجوهرة فهذه كلها ثمرات الملك وبدليل وجوب الاستبراء على البائع إذا ردت الجارية عليه ولو لا خروجها عن ملكه لم تجب. وقولهم إنه يملك التصرف فقط بتسليط البائع منقوض بما إذا كان البائع وصي يتيم باع عبده فاسدا فأعتقه المشتري فإنه يصح. ولو كان على وجه التسليط لم يصح، كذا في جامع الفصولين. وأما ما استدل به العراقيون من عدم حل أكله لو كان طعاما وعدم حل لبسه لو كان قميصا وعدم حل وطئها لو كانت جارية وساتبرأها، ولو وطئها وجب العقر إذا فسخ وعدم وجوب الشفعة لشفيعها فلا دليل فيه لان عدم الحل لا يدل على عدم الملك بدليل إن ربح ما لم يضمن مملوك ولا يحل، والاخت رضاعا إذا ملكها لا يحل له وطؤها. وإنما لم تجب الشفعة لان حق البائع لم ينقطع عنها وهي إنما تجب بانقطاع حقه لا بملك المشتري بدليل أن من أقر ببيع داره وجحد المشتري وجبت الشفعة. هذا وقد ذكر العمادي في فصوله خلافا في حرمة وطئها فقيل يكره ولا يحرم، وقيل يحرم وفيه إشارة أيضا إلى أن البائع يملك الثمن بشرط قبضه لانه كالمبيع كما في القنية. وفي جامع الفصولين: حبلت منه صارت أم ولده وعليه قيمتها لا عقرها، وقيل عليه عقرها وقيمتها، وقيل يجوز للمشتري كل تصرف تجري فيه الاباحة وإلا فلا، ولم تحل المباشرة كعصير وقعت فيه فأرة يحل بيعه لا مباشرته نحو أكله اه‍. وفي القنية: إعتاق البائع المبيع بعد قبض المشتري بغير حضرته باطل وبحضرته صحيح ويكون فسخا اه‍. وهو تخصيص لقولهم إن إعتقاقه باطل. وفي الظهيرية من باب نكاح العبد والامة: باع جارية بيعا فاسدا وقبضها المشتري ثم تزوجها البائع لم يجز اه‍. ولو لم يقبضها المشتري فزوجها البائع للمشتري يصح، كذا في القنية اه‍. أقول: يشكل حينئذ ما نقلناه عن الجوهرة من قطع يده بسرقة المبيع فإن القطع يقتضي أن لا ملك له فيه ولا شبهة، وقولهم بعدم صحة نكاحها للبائع يقتضي بقاء ملكه أو شبهته فينبغي أن لا يقطع البائع للشبهة، وقد ذكره في السراج الوهاج أيضا ولم أره لغير الحدادي. والظاهر أنه قاله تفقها من عنده

لا على أنه نقل المذهب فإنه قال: ومن فوائد قوله ملكه أنه لو سرقه البائع بعد قبض المشتري قطع به والله أعلم بالصواب.
***
[١٥٤]
وقيد الملك في فتح القدير بأن لا يكون فيه خيار شرط لانه يمنع الملك في الصحيح فكذا في الفاسد. وفي جامع الفصولين: يثبت فيه خيار الشرط والرؤية. والمراد بالقيمة في كلام المصنف بدل المبيع ليشمل ما إذا كان مثليا فإنه يملكه بمثله، والقيمة إنما هي في القيمي والقول فيهما للمشتري مع يمينه لكونه منكرا للضمان والبينة للبائع، كذا في الجوهرة. ولما رتب القيمة على القبض دل على أن مراده ملكه بقيمته يوم قبضه، ولو ازدادت قيمته بيده فأتلفه لم يتغير كالغصب. وقال محمد رحمه الله تعالى: قيمته يوم أتلفه لانه بالاتلاف يتقرر، كذا في الكافي ولكن قال في الجامع الفصولين: لو قال البائع أبرأتك عن القن ثم مات عند المشتري برئ إذ القيمة تجب بهلاك المبيع فقبله لا يصح الابراء، أما لو أبرأه عن القن فقد أخرجه عن كونه مضمونا، وعلى هذا لو أبرأ الغاصب عن القيمة حال قيام المغصوب لم يصح، ولو أبرأه عن المغصوب صح اه. فعلى هذا لا تجب القيمة إلا إذا تعذر رده على البائع بموت أو غيره. وفي السراج الوهاج: وهذا ظاهر نصوص الاصحاب، وفي بعض الحواشي إنما تجب القيمة إذا هلك اه. وأما إيداع المشتري من البائع فغير صحيح. قال في القنية: قبض الكرباس في البيع الفاسد بأمره وقطعه ثم أودعه البائع وهلك في يده هلك منه وعلى المشتري نقصان القطع. وكل مبيع ببيع فاسد رد المشتري على البائع بهبة أو صدقة أو بيع أو بوجه من الوجوه كالوديعة والاجاره والاعارة والغصب والشراء ووقع في يد البائع فهو متاركة للبيع وبرئ المشتري من ضمانه اه. وكذا له اشتراه وكيل البائع برئ المشتري إذا أسلمه إليه، وكذا لو رده إلى البائع برهن وكذا في بيع موقوف بأن غصب قنا فباعه من رجل ثم شراه غاصبه بأقل مما باع يكون فسخا للبيع الاول والزيادة للمشتري لا لغاصبه ولا لمالكه. وعن محمد شراه بدراهم فاسدا ثم باعه بدنانير من بائعه يكون فسخا إذا قبض لا قبله، كذا في جامع الفصولين. ثم قال: الاصل أن المستحق بجهة إذا وصل إلى المستحق بجهة أخرى إنما يعتبر واصلا بجهة مستحقة لو وصل إليه من المستحق عليه، أما إذا وصل من جهة غيره فلا حتى إن المشتري فاسدا إذا وهب المشتري من غير بائعه أو باعه فوهبه ذلك الرجل من البائع الاول وسلمه لا يبرأ المشتري عن قيمته، ولم تعتبر العين واصلا إلى البائع بالجهة المستحقة لما وصل من جهة أخرى، والمهر لو عينا فوهبته من غير زوجها وهو وهبه من زوجها ثم طلقها قبل الدخول فلزوجها نصف قيمة العين عليها، ولو وهبته من زوجها لا يرجع عليها بشئ اه.
***
[١٥٥]
قوله: (ولكل منهما فسخه) أي يجوز لكل من البائع والمشتري في البيع الفاسد فسخه رفعا للفساد. وذكر الزيلعي أن اللام بمعنى على لان رفع الفساد واجب عليهما ولا حاجة إليه لانه حكم آخر، إنما مراده بيان أن لكل منهما ولاية انفسخ دفعا لتوهم أنه إذا ملك بالقبض لزم، فإن كاقبل القبض فلكل ذلك بعلم صاحبه لا برضاه، وإن كان بعد القبض، فإن كان الفسافي صلب العقد بأن كان راجعا إلى البدلين المبيع والثمن كبيع درهم بدرهمين وكالبيع بالخمر أو الخنزير فكذلك. وإن كان بشرط زائد كالبيع إلى أجل مجهول أو بشرط فيه نفع لاحدهما فكذلك عندهما لعدم اللزوم وعند محمد لمن له منفعه الشرط. ولم يشترط أبو يوسف علم الآخر، واقتصر في الهداية على قول محمد ولم يذكر خلافا، واعلم أن قوله لمن له منفعه الشرط يقتضي أن للمعقود عليه الآدمي أن يفسخه إذا كان الشرط له كما قدمناه وهو بعيد لقولهم لكل منهما فسخه فليتأمل. وفي القنية: رده المشتري بفساد البيع فلم يقبله فأعاده المشتري إلى منزله فهلك عنده لا يلزمه الثمن ولا قيمة. وقيده ابن سلام بأن يكون فساد
***
[١٥٦]
البيع متفقا عليه فإن كان مختلفا فيه لا يبرأ إلا بقبوله أو قضاء القاضي. وقال أبو بكر الاسكاف: يبرأ في الوجهين. وما قاله ابن سلام أشبه نخيار البلوغ وفسخ الاجارة للعذر اه. وفيها: تبايعا فاسدا ثم مات أحدهما فلو رثته النقض اه. وفي البزازية: باع منه صحيحا ثم باعه فاسدا منه الفسخ الاول لان الثاني لو كان صحيحا ينفسخ الاول به فكذا لو كان فاسدا لانه ملحق بالصحيح في كثير من الاحكام، وكذا لو باع المؤخر المستأجر من المستأجر فاسدا تنفسخ الاجازة كما إذا باعه صحيحا اه. ثم قال ولو باع فاسدا وسلم ثم باع

من غيره وادعى أن الثاني كان فسخ الاول وقبضه وزعم المشتري الثاني أنه كان بعد الفسخ والقبض في الاول فالقول له لا للبائع وينفسخ الاول بقبض الثاني ثم قا: لو مات البائع وعليه دين آخر فالمشتري أحق به من الغرماء كما في الصحيح بعد الفسخ، ولو مات المشتري فالبائع أحق من سائر الغرماء بماليته اهـ. ثم قال: ولا يشترط القضاء في فسخ البيع الفاسد اهـ. ولم يذكر المصنف أن للقاضي فسخ الفاسد جبرا عليهما. قال في البزازية: وإذا أصر البائع والمشتري على إمساك المشتري فاسدا وعلم به القاضي له فسخه حقا للشرع فبأي طريق رده المشتري إلى البائع صاركا للمبيع وبرئ عن ضمانه اهـ. قوله: (إلا أن يبيع المشتري) أي فليس لكل منهما فسخه وإنما نفذ بيعه لانه ملكه بملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني، ونقض الاول إنما كان لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته، ولان الاول مشروع بأصله دون وصفه، والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف، ولانه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد فيستويان في المشروعية ولم يحصل بتسليط من الشفيع. أراد بالبيع الصحيح لانه لو باعه فاسدا فإنه لا يمنع النقض، وأطلقه فشمل ما إذا قبضه المشتري الثاني أو لا ولكنه مقيد بما إذا لم يكن فيه خيار شرط لانه ليس بلازم وفي البزازية وجامع الفصولين: أقام المشتري بينه على بيعه من فلان الغائب لا يقبل فللبائع الاخذ لا لو صدقه فله قيمته اهـ. ولو فسخ البيع بعد قبضه بقضاء فللبائع حق الفسخ لو لم يقض بقيمته لزوال المانع، ولو رد بعيب بغير قضاء لا يعود حق الفسخ كما لو

***

[١٥٧]

اشتراه ثانيا وسيأتي في الضابط. وقيد ببيع المشتري لان البائع لو باعبعد قبض المشتري وادعى أن الثاني كان قبل فسخ الاول وقبضه وزعم المشتري الثاني أنه كان بعد الفسخ والقبض من الاول فالقول له لا للبائع، وينفسخ الاول يقبض الثاني، كذا في بالزازية. يستثنى من لزومه بالبيع مسألتان: الاولى لو باعه لبائعه فقدمنا أنه يكون ردا وفسخا للبيع. والثانية لو كان فاسدا بالاكراه فإن تصرفات المشتري كلها تنقض بخلاف سائر البياعات الفاسدة، كذا في البزازية. قيد بالبيع الفاسد إحترازا عن الاجارة الفاسدة لما في جامع الفصولين: قيل ليس للمستأجر فاسدا أن يؤجره من غيره إجازة صحيحة إستدلالا بماذا كر إلى آخره. وقيل يملكها بعد قبضه كمشتر فاسدا له البيع جائزا وهو الصحيح إلا أن للمؤجر الاول نقض الثانية لانها تنفسخ بالاعذار قوله: (إو يهب) يعني إذا وهبه المشتري ارتفع الفساد ولا يفسخ لما قدمناه في البيع. وشرط في الهداية التسليم فيها لانها لا تفيد الملك إلا به بخلاف البيع. وفي جامع الفصولين: ثم الاصل أن المانع إذا زال كفك رهن ورجوع هبة وعجز مكاتب ورد مبيع على المشتري بعيب بعد قبضه بقضاء فللبائع حق الفسخ لو لم يقض بقيمة لان هذه العقود لم توجب الفسخ من كل الوجه في حق الكل. ولا فرق في الرجوع في الهبة بين القضاء وغيره كما في فتح القدير. ثم أعلم أالمشتري فاسدا لا يطيب للمشتري ويطيب لمن انتقل الملك منه إليه لكون الثاني ملكه بعقد صحيح بخلاف المشتري الاول فإنه يحل له التصرف فيه ولا يطيب له لانه ملكه بعقد فاسد، ولو دخل دار الحرب بأمان وأخذ مال الحربي بغير طيبة من نفسه وأخرجه إلى دار الاسلام ملكه ولا يطيب له ويفتي بالرد ويقضى له، صح بيعه ولا يطيب للمشتري كما يطيب للاول بخلاف البيع الفاسد، كذا ذكره الاسبيحاني.

***

[١٥٨]

قوله: (أو يحرر) أي يعتق المشتري العبد لما قدمناه، وتوابع الاعتاق كهومن التدبير والاستيلاد والكتابة صرح في جامع الفصولين بالاستيلاد فقال: إذا حبلت منه صارت أم ولده، وصرح الشارح وغيره بالكتابة ولم أر من صرح بالتدبير. وإذا عجز المكاتب زال المانع من الاسترداد. وأشار بالتحرير إلى الوقف ولكن قال في جامع الفصولين: فلو وقفه أو جعله مسجدا لا يبطل حقه ما لم يبن اهـ. فعلم أن الوقف ليس كالتحرير وينبغي أن يحمل على ما قبل القضاء به، أما إذا قضى به فإنه يرتفع الفساد للزومه الظاهر أن ما في جامع الفصولين تبعا للعمادى ليس بصحيح فقد قال الامام الخصاف في أحكام الاوقاف: لو اشترى أرضا بيعا فاسدا وقبضها ووقفها وقفا صحيحا وجعل آخرها للمساكين فقال: الوقف فيها جائز وعليه قيمتها للبائع من قبل أنه استهلكها حين وقفها وأخرجها عن ملكه اهـ. وهكذا في الاسعاف، ولم يذكر المؤلف من التصرفات القولية غير ذلك ففاته الرهن لانه من العقود اللازمة فيمنع حق الرد فإذا فك أو

فسخ قبل القضاء بالقيمة عاد حق الاسترداد. وفاته أيضا الوصية فإذا وصى به المشتري ثم مات سقط الفسخ لان المبيع انتقل عن ملكه إلى ملك الموصي له وهو ملك مبتدأ فصار كما لو باعه بخلاف ما إذا مات المشتري فإن لوارثه الفسخ وللبائع أيضا لان الوارث قائم مقام المورث، كذا في السراج الوهاج. قالو: كل تصرف قولي فإنه يمنع الفسخ إلا الاجارة والنكاح فلا يمنعانه لان الاجارة تنفسخ بالاعذار ورفع الفساد من الاعذار والنكاح ليس فيه الاخراج عن الملك، ولكن إذا ردت الجارية إلى البائع وانفسخ البيع هل ينفسخ النكاح؟ قال في السراج الوهاج: إنه لا ينفسخ لانه لا يفسخ بالاعذار وقد عقده
***
[١٥٩]
المشتري وهي على ملكه اه. ويشكل عليه ما ذكره الولوالجي من الفصل الاول من كتاب النكاح: لو زوج الجارية المبيعة قبل قبضها وانتقض البيع فإن النكاح يبطل في قول أبي يوسف وهو المختار لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل معنى فصار كأنه لم يكن فكان النكاح باطلا اه. إلا أن يحمل أن ما في السراج قول محمد أو يظهر بينهما فرق. قوله: (أو يبني) أي إذا بنى المشتري فاسدا فعليه القيمة عند أبي حنيفة رواه عنه يعقوب في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية. وقال أبو يوسف ومحمد: إنه ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما. أن حق الشفيع أضعف من البائع حتى يحتاج فيه إلى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فأقواهما أولى. وله أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط جهة من البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط، ولهذا لم تبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه. وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي حنيفة، وقد نص محمد على الاختلاف. ولم يذكر المؤلف من الافعال الحسية إلا البناء قالوا: فعل المشتري بالمبيع فعلا ينقطع به حق المالك في الغضب ينقطع به حق البائع في الاسترداد كما إذا كان حنطه
***
[١٦٠]
فطحنها. ولم يذكر أيضا ما إذا زاد المبيع أو نقص إلا الزيادة بالبناء وهو جامع الفصولين: زوائد المبيع فاسدا إلا تمنع الفسخ الامتصلة لم تتولد كصبغ وخياطة ولتسويق ولو منفصله متولدة تضمن بالتعدي لا بدونه، ولو هلك المبيع لا المتولدة فللبائع أخذ الزوائد وقيمة المبيع ولو منفصلة غير متولدة فله أخذ المبيع مع هذه الزوائد ولا تطيب له، ولو هلكت في يد المشتري لم يضمن، ولو أهلكها ضمن عندهما لا عند أبي حنيفة. ويماثلها زوائد الغصب. ولو هلك المبيع لا الزوائد فهي للمشترى بخلاف المتولدة كما يفترقان في الغصب فيضمن قيمة المبيغ فقط وأما حكم نقصانه فلو نقص في يد المشتري بآفة سماوية فللبائع أخذه مع أرش نقصه، وكذا لو بفعل المشتري أالمبيع. ولو بفعل البائع صار مستردا حتى لو هلك عند المشتري ولم يوجد منه حبس عن البائع هلك على البائع ولو بفعل أجنبي يخير البائع إن شاء أخذه من المشترى وهو يرجع على الجاني وإن شاء اتبع الجاني وهو لا يرجع على المشتري كالغصب اه. قوله: (وله أن يمنع المبيع عن البائع حتى يأخذ الثمن) أي للمشترى المنع بعد فسخ البيع لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن. أشار المؤلف إلى أن البائع إذا مات كان المشتري أحق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن وإلى أنه لو استأجر إجارة فاسدة ونقد الاجرة أو ارتهن رهنا فاسدا أو أقرض قرضا فاسدا وأخذ به رهنا كان له أن يحبس ما استأجر وما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتبارا للعقد الجائز إذا تفاسخنا، وكذا لو مات المؤجر أو الراهن أو المستقرض فهو أحق بما في يده من العين من سائر الغرماء، وإلى أن الثمن لو لم يكن منقودا للبائع وإنما كان دينا له على المشتري فليس له الحبس قالوا: لو اشترى من مدينة عبدا بدين سابق له عليه شراء فاسدا وقبض العبد بإذن البائع فأراد البائع استرداد العبد بحكم الفساد ليس للمشتري أن يحبس
***
[١٦١]
العبد لاستيفاء ماله عليه من الدين بخلاف الصحيح، وله أن يسترد العبد قبل إيفاء الاجرة وليس للمستأجر الحبس بالاجرة بخلاف الصحيح، وكذا الرهن الفاسد لو كان بدين سابق. والفرق أن البيع إذا أضيف للدراهم لا يتعلق الملك في الثمن بمجرد العقد فإذا وجب للمديون على المشتري مثل الدين صار الثمن قصاصا لاستوائهما قدرا ووصفا فيصير البائع مستوفيا ثمنه بطريق المقاصة فاعتبر بما لو استوفاه حقيقة، وثم للمشتري حتى حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن فكذا هذا، وفي الفاسد لم يملك الثمن بل تجب قيمة المبيع عند القبض

والقيمة قبل القبض غير مقررة لاحتمالها السقوط كل ساعة بالفسخ، لان القيمة قد تكون من جنس الدين وقد لا تكون ودين المشتري على البائع مقرر والمقاصصة إنما تكون عند استواء الواجبين وصفا ولذا لا تجب المقاصصة بين الحال والمؤجل والجيد والرديء، وإذا لم تقع المقاصصة لم يصر البائع مستوفيا الثمن أصلا فلا يكون للمشتري حق حبس المبيع بعد فسخ البيع. ولو كان الرهن باطلا بأن استقرض ألفا ورهن أم ولد أو مدبرا له أن يسترد قبل قضاء الدين لعدم الانعقاد. والكل من الكافي شرح الوافي وإلى أن الثمن لو كان دراهم وهي قائمة فإنه يأخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب، وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا، كذا في الهداية. قوله: (وطاب للبائع ما ربح لا للمشتري) أي طاب للبائع ما ربحه في ثمن الفاسد ويطيب للمشتري ربح المبيع فلا يتصدق الاول ويتصدق المشتري. والفرق أن المبيع مما يتعين فتعلق العقد به فتمكن الخبث فيه والنقد لا يتعين في عقود المعاوضات فلم يتعلق العقد الثاني بعينه فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق. قيد بالبيع الفاسد لان ما ربحه الغاصب
***
[١٦٢]
والمودع بعد أداء الضمان لا يطيب له مطلقا عندهما خلافا لابي يوسف لان الخبث في الاول لفساد الملك، وفي الثاني لعدمه لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن، وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها. ثم اعلم أن قولهم تبعا لما في الجامع الصغير أن الربح يطيب للبائع في الثمن النقد دليل على أن النقد لا يتعين في البيع الفاسد على الاصح، وقولهم إنه يتعين على الاصح يخالفه فإن اعتبر تصحيح التعيين فحينئذ يجب التصدق على البائع والرواية بخلافه، ولم أر من أوضحه من الشارحين، وقد ظهر لي أنه لا منافاة بينهما فقالوا فيما مضى إنه يتعين على الاصح بالنسبة إلى وجوب رد غير ما أخذه وقالوا هنا لا يتعين أي بالنسبة إلى أنه يطيب له ما ربحه فهو متعين من جهة فساد الملك كالمغصوب، وغير متعين من جهة أن فاسد المعاوضات كصحيحها فاعتبروا الوجه الاول في لزوم رد عين المقبوض والثاني في حل ربحه، وإنما لم يعكس لدليل أبي يوسف الخراج بالضمان. ومعناه كما في الفائق والقاموس غلة العبد للمشتري إذا ر ده بعد الاطلاع على العيب بسبب أنه في
***
[١٦٣]
ضمانه ه قوله: (ولو ادعى على آخر دراهم فقضاها إياه ثم تصادقا أنه لا شئ له عليه طاب له ربحه) أي ما ربحه في الدراهم لان الخبث لفساد الملك ها هنا لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين ألا ترى أنه لو باع عبدا بجارية فأعتقه المشتري ثم استحقت الجارية لا يبطل العتق في العبد، ولو لا أنه مملوك لبطل لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم. وكذا لو حلف أن لا يفارق غريمه حتى يستوفي منه دينه فباعه عبد الغير بالدين فقبضه الحالف وفارقه ثم استحق العبد مولاه ولم يجز البيع لم يحنث الحالف لان المدين ملك ما في ذمته بالبيع وهو بدل المستحق ولا يحنث الحالف بالاستحقاق. وفي فتح القدير: واعلم أن ملكه باعتبار زعمه أنه قبض الدراهم بدلا عما يزعم أنه ملكه، أما لو كان في أصل دعواه الدين متعمدا الكذب فدفع إليه لا يملكه أصلا لانه متيقن لانه لا ملك له اه. وظاهر إطلاقهم خلافه لان المنظور إليه وجوبه بالتسمية لا زعم المدعي، ويدل عليه مسألة الحلف فإنه لو غصب دراهم وقضى بها دينه ثم تبين أنها مغصوبة فإنه لا حنث عليه، وكذا لو غصب عبدا وباعه بدينه قوله: (وكره النجش) شروع في مكروهات البيع. ولما كان المكروه دون الفاسد أخره، وليس المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم فساد العقد وإلا فهذه كلها تحريمية لا نعلم خلافا في الاثم، كذا في فتح القدير. وقد بحث هنا بحثا لا طائل تحته تركته عمدا وقد تقرر في الاصول أن كل منهي عنه قبيح فإن كان لعينه أفاد بطلانه، وإن كان لغيره فإن كان لوصف كبيع الربا والبيع بشرط مفسد أفاد فساده، وإن كان لمجاوز كهذه البيوع المكروهة أفاد كراهة التحريم مع الصحة. والنجش بفتحتين ويروى بالسكون أن تسام السلعة بأزيد من ثمنها وأنت لا تريد شراءها ليراك الآخر فيقع فيه، وكذا في النكاح وغيره. ولا تناجشوا لا تفعلوا ذلك وأصله من نجش الصيد وهو إثارته، كذا في المغرب. وفي القاموس: النجش أن تواطئ رجلا إذا أراد بيعا أن تمدحه أو أن يريد الانسان أن يبيع بياعة فتساومه بها بثمن كثير لينظر إليك ناظر فيقع فيها، أو أن تنفر الناس عن الشئ إلى غيره. وإثارة الصيد والبحث عن الشئ

وإثارته والجمع والاستخراج والانقاذ والاسراع كالنجاشة بالكسر اهـ. وحديث النهي لا تناجشوا في الصحيحين. وقيده أصحابنا كما في الجوهرة بما إذا كانت السلعة إذا بلغت قيمتها أما إذا لم تبلغ فلا منع منه لانه نفع للمسلم من غير اضرار بأحد.

***

[١٦٤]

قوله: (والسوم على سوم غيره) للحديث لا يسام الرجل على سوم أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه ولان في ذلك إيحاشا واضرارا. وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة، فإذا لم يركن أحدهما على الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكره، وما ذكرناه محمل النهي في النكاح أيضا. وفي القاموس: السوم في المبايعة كالسوام بالضم سمت بالسلعة وساومت بالسلعة واستمت بها وعليها غاليت واستمته إياها وعليها سألته سومها اهـ قوله: (وتلقى الجلب) لحديث الصحيحين عن ابن عباس نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تتلقى الركبان وأن يبيع حاضر لباد. فقلت لابن عباس: ما قوله حاضر لباد قال: لا يكون له سمسار. وللمتلقي صورتان: إحداهما أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة ليبيعوه من أهل البلد بزيادة. وثانيها أن يشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر. ومحمل النهي عندنا إذا كان يضر بأهل البلد أو لبس أما إذا انتفيا فلا بأس به. وفي المغرب: جلب الشئ جاء به من بلد إلى بلد للتجارة جلبا، والجلب المجلوب ومنه نهى عن تلقي الجلب اهـ. قوله: (وبيع الحاضر للبادي) لما تقدم من النهي وهو مقيد كما في الهداية بما إذا كان أهل البلد في قحط وعوز وهو يبيع من أهل البلد وطمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم، أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر. وفسره في الاختيار بأن يجلب البادي السلعة فيأخذها الحاضر ليبيعها له بعد وقت بأغلى من السعر الموجود وقت الجلب اهـ. فعلى الاول الحاضر مالك بائع والبادي مشتر، وعلى الثاني الحاضر سمسار والبادي صاحب السلعة، ويشهد للثاني آخر الحديث دعوا الناس برزق الله بعضهم بعضا. ولذا قال في المجتبي: هذا التفسير أصح ذكره في زاد الفقهاء لموافقة الحديث، وعلى هذا فتفسير ابن عباس بأن لا يكون له سمسار ليس هو تفسير بيع الحاضر للبادي وهو صورة النهي بل

***

[١٦٥]

تفسير لضدها وهي الجائزة فالمعنى أنه نهى عن بيع السمسار وتعرضه فكأنه لما سئل عن نكتة نهي بيع الحاضر للبادي قال المقصودذ أن لا يكون له سمسار فنهى عنه بالسمسار، كذا في فتح القدير قوله: (والبيع عند أذان الجمعة) لقوله تعالى * (وذروا البيع) * [الجمعة: ٩] ثم فيه إخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة، وفي الهداية: كل ذلك يكره ولا يفسد به البيع لان النهي لمعنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة. أطلقه فشمل ماءذا تبايعا وهما يمشيان إليها. وما في النهاية من عدم الكراهة مشكل لاطلاق الآية فمن جوزه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ وهو لا يجوز بالرأي، كذا ذكره الشارح قوله: (لا بيع ميزيد) أي لا يكره لما قدمناه من عدم الاضرار وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا بيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه قوله (ولا يفرق بين صغير وذي رحم محرم منه) لقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة وولده فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي غلامين صغيرين أخوين ثم قال له: ما فعل الغلامان؟ فقال: بعت أحدهما. قال أدرك أدرك. ويروى أردد أردد ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد، فيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد النبي صلى الله عليه وسلم. ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولذا قيد بذي الرحم المحرم أي المحرم من جهة الرحم وإلا يرد عليه ابن العم إذا كان أخا من الرضاع فإنه رحم محرم وليس له هذا الحكم. وأطلقه فشمل الصغير والكبير ولا بد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان أحدهما له والآخر لغيره فلا بأس ببيع أحدهما. ولو قال المصنف إلا إذا كان التفريق بحق مستحق لكان أولى لانه حينئذ يجوز التفريق كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به، كذا في الهداية. ومن التفريق بحق ما في المبسوط ذمي له عبد له امرأة أمة ولدت منه فأسلم العبد وولده صغير فإنه يجبر الذمي على بيع العبد وابنه وإن كان تفريقا بينه وبين أمه اهـ. ولا يرد على المصنف التفريق بإعتاق أحدهما بمال أو بغيره أو تدبيره أو استيلاد الامة أو كتابة أحدهما

فإنه جائز لان مراده منع التفريق بالبيع أو الهبة أو الوصية أو غير ذلك من أسباب
***
[١٦٦]
الملك كما في الجوهرة إذ لو منع عن الكل لصار المالك محجورا عليه بمنعه من التصرف في ماله رأسا، وكذا لا يرد عليه ما لو كان في ملكه ثلاثة أحدهم صغير فإن له بيع أحد الكبيرين لان العلة ما هو مظنة الضياع والاستيحاش وقد بقي له من يقوم مقام الثالث. وفي الكفاية: اجتمع له عدد من أقاربه لا يفرق بينه وبين واحد إن اختلفت جهة القرابة كالعم والخال أو اتحدت نكالين عند أبي يوسف لانه يتوحش بفراق الكل. والصحيح في المذهب أنه إذا كان مع الصغير أبواه لا يبيع واحدا منهم، ولو كان معه أم وأخ أو أم وعمة أو خالة أو أخ جاز بيع من سوى الام لان سفقة الا تغني عمن سواها ولذا كانت أحق بالحضانة من غيرها، فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة. والجدة كالام فلو كان معه جدة وعمة وخالة جاز بيع العمة والخالة، ولو كان معه عمة وخالة لا يباعوا إلا معا لاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة. ولو كان معه أخوان أو إخوة كبار فالصحيح أنه يجوز بيع ما سوى واحد منهم وهو الاستحسان لا الشفقة أمر باطن لا يوقف عليه فيعتبر السبب يجوز بيع ما سوى واحد منهم وهو الاستحسان لان الشفقة أمر باطن لا يوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر الابعد مع الاقرب وعند الاتحاد من الجهة والدرجة أحدهما يغني. وكذا لو ملك ستة إخوة ثلاثة كبارا وثلاثة صغارا فباع من كل صغير كبيرا جاز استحسانا، فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لاب وأخت لام باع غير الشقيقة، ولو ادعاه رجلان فصار أبوين له ثم ملكوجملة القياس أن يباع أحدهما لاتحاد جهتهما. وفي الاستحسان لا يباع لان الاب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي بيع فيمتنع احتياطا فصار الاصل أنه إذا كان معه عدد أحدهم أبعد جاز بيعه. وإن كانوا في درجة فإن كانوا من جنسين مختلفين كالاب والام والخالة والعمة لا يفرق ولكن يباع الكل أو يمسك الكل، وإن كانوا من جنس واحد كالاخوين والعمين والخالين جاز أن يمسك مع الصغير أحدهما ويبيع ما سواه، ومثل الخالة والعمة أخ لاب وأخ لام، كذا في فتح القدير. وكذا لا يرد عليه ما إذا كان البائع حربيا مستأمنا لمسلم فإنه لا يمنع المسلم من الشراء دفعا للمفسدة عند، وكذا لا يرد ما إذا باعه ممن حلف بعتقه إن اشتراه أو ملكه لما ذكرنا في الاعتا. فهذه عشرة مسائل يجوز فيها التفريق ولا بأس بسردها: دفع أحدهما بجناية وبيعه بدين، ورده بعيب، وإذا كان المالك كافرا وإعتاقه وتدبيره واستيلادها وكتابته وبيعه ممن حلف بعتقه وبيع واحد من ثلاثة بالشرط السابق. والحادية عشر إذا كان الصغير مراهقا ورضيت أمه ببيعه فإنه يجوز كما في فتح القدير. ولو كان مع امرأة مسبية صبي ادعت
***
[١٦٧]
أنه ابنها لم يثبت النسب ولا يفرق بينهما احتياطا، ولو باالام على أنه بالخيار ثم اشترى الولد فإنه يكره التنفيذ لانهما اجتمعا في ملكه، ولو كان في يده صبي واشترى أمه بشرط الخيار له ردها اتفاقا لعدم الملك عنده ولدفع الضرر عنه عندهما. قوله: (بخلاف الكبيرين والزوجين) لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح أنه صلى الله عليه وسلم فرق بين ما رية وسيرين كانتا بيرتين لاختين، ولا يدخل الزوجان لان النص ورد على خلاف القياس فيقتصر على مورده، فإن فرق في موضع المنع كره وجاز العقد، وعن أبي يوسف أنه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها. وعنه لا يجوز في الجميع لان الامر بالادراك والرد لا يكون إلا في البيع الفاسد. ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله وإنما الكراهية لمعنى مجاوز فشابه كراهية الاستيام. وفي الجوهرة: وكل ما يكره من التفريق في البيع يكره في القسمة في الميراث والغنائم اه والله تعالى أعلم. باب الاقالة المناسبة ظاهرة وهي شاملة لكل عقد بيع صحيحا كان أو مكروها فيفسخ إقالة بالتراضي وإن كان واجبا في المكروه تحريما دافعا للمعصية أو فاسدا فيفسخ بدون التراضي إما من أحدهما أو من القاضي جبرا كما قدمناه، فاشترك المكروه والفاسد في وجوب الدفع. والكلام فيها يقع في عشرة مواضع: الاول في معناها لغة. والثاني في معناها شرعا. والثالث في ركنها. والرابع في شروطها. والخامس في صفتها. والسادس في حكمها. والسابع فيمن يملكها ومن لا يملكها. والثامن في بيان دليلها. والباسع في سببها. والعاشر في محاسنها. أما الاول فقال في القاموس: قلته البيع بالكسر وأقلته فسخته، واستقاله طلب إليه أن يقيله وتقايل البيعان وأقال الله عثرتك وأقالكها اه. ذكرها في القاف مع الياء. وفي المصباح: أقال الله عثرته إذا رفعه من سقوطه ومنه الاقالة في البيع لانها رفع العقد، وقاله قيلا من باب باع لغة واستقاله البيع فأقاله اه. وبهذا ظهر أنها لم تكن

مشتقة من القول وأن الهمزة للسلب أي أزال القول الاول كما ذكره الشارح وإنما هي من القيل. وأما معناها شرعا فهي رفع العقد، كذا ذكره في الجوهرة وهو تعريف للاعم من إقالة البيع والاجارة ونحوهما. وإن أردت خصوصها فقل رفع عقد البيع، وأما الطلاق فهو رفع قيد النكاح لا

***

[١٦٨]

رفع النكاح. وأما ركنها فالايجاب والقبول الدالان عليها بلفظتين ماضيين أو أحدهما مستقبلا والآخر ماضيا كاقلني فقا أقلتك عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالنكاح. وقال محمد: لا تنقعد إلا بماضيين كالبيع، كذا في البدائع. وقد يكون القبول بالفعل كما لو قطعه قميصا في فور قول المشتري أقلتك، وتنعقد بفاسختك وتركت وتاركتك ودفعت وتنعقد بالتعاطي كالبيع كما في الخانية والخلاصة. وفي البزازية: ينعقد به كالبيع من أحد الجانبين وهو الصحيح. وأما شرائط صحتها فمنها رضا المتعاقدين لان الكلام في رفع عقد لازم، وأما رفع ما ليس بلازم فلمن له الخيار بعلم صاحبه لا برضاه. ومنها بقاء المحل لما سيأتي أن المبيع إذا هلك لم تصح الاقالة، ومنها قبض بدلي الصرف في إقالة الصرف، أما على قول أبي يوسف فظاهر لانها بيع، وأما على أصلهما فلانها بيع في حق ثالث وهو حق الشرع. ومنها أن يكون المبيع قابلا للفسخ بخيار من الخيارات فلو ازداد زيادة تمنع الفسخ لم تصح الاقالة خلافا لهما. ولا يشترط لصحتها بقاء المتعاقدين فتصح إقالة الوارث والوصي، ولا تصح إقالة الموصى له كما في القنية. ومنها اتحاد المجلس وعليه يتفرع ما في القنية: جاء الدلال بالثمن إلى البائع بعدما باعه بالامر المطلق فقال البائع لا أدفعه بهذا الثمن فأخبر به المشتري فقال أنا لا أزيده أيضا لا ينفسخ لانه ليس من ألفاظ الفسخ لان اتحاد المجلس في الايجاب والقبول شرط في الاقالة ولم يوجد اه‍. ومنها أن لا يهب البائع الثمن للمشتري قبل قبضه في شراء المأذون، فلو وهبه له لم تصح الاقالة بعدها كما في خزانة المفتين،. ومنها أن لا يكون البيع بالكثير من القيمة في بيع الوصي فإن كان لم تصح إقالته كما فيها أيضا. وأما صفتها فهي مندوب إلها للحديث من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيام وقدمنا أنها تكون واجبة إذا كان عقدا ومكروها، وينبغي أن تكون واجبة إذا كان

***

[١٦٩]

البائع غارا للمشتري وكان الغبن يسيرا. وإنما قيدنا باليسير لان الغبن الفاحش يوجب الرد إن غره البائع على الصحيح كما سيأتي إن شاء الله تعالى. وأما حكمها فاختلف فيه على أقوال، فقال الامام الاعظم: إنها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث. وقال أبو يوسف: إنها بيع في حق الكل. وقال محمد، فسخ في حق الكل. وقال زفر: هي فسخ في حق الكل ذكر قوله في البدائع والسراج الوهاج. وأما من يملكها ومن لا يملكها فقالوا: من ملك البيع ملك إقالته فصحت إقالة الموكل ما باعه وكيله وإقالة الوكيل بالبيع ويضمن. وكتبنا في الفوائد الفقهية إلا في مسائل: الاولى الوصي لو اشترى من مديون اليتيم دارا بعشرين وقيمتها خمسون فلما استوفى الدين أقاله لم تصح إقالته. الثانية العبد المأذون اشترى غلاما بألف وقيمته ثلاث آلاف لا تصح إقالته ولا يملكان الرد بالعيب بخلاف الرد بخيار الشرط والرؤية، كذا في بيوع القنية. الثالثة المتولي على الوقف إذا اشترى سيأ بأقل من قيمته لا تصح إقالته، وكذا إذا أجر ثم أقال ولا صلاح فيها للوقف لم يجز كما فيها أيضا، وفي بعض المواضع منها إن كان قبل القبض جازت وإلا لا. الرابعة الوكيل بالشراء تصح إقالته بخلاف الوكيل بالبيع تصح ويضمن. الخامسة الوكيل بالسلم على تفصيل فيه وإنما يضمن

***

[١٧٠]

الوكيل بالبيع إذا أقال إذا كان بعد قبض الثمن أما قبله فيملكها في قول محمد، كذا في الظهيرية وفيها والوكيل بالاجارة إذا ناقض مع المستأجر قبل استيفاء المنفعة وقبل قبض الاجر صح سواء كان الاجر عينا أو دينا اه‍. وفي فتاوي الفضلي: إذا باع المتولي أو الوصي شيأ بأكثر من قيمته لا تجوز إقالته وإن كانت بمثل الثمن الاول اه‍. وفي القنية: باعت ضيعة مشتركة بينها وبين ابنها البالغ وأجاز الابن البيع ثم أقالت وأجاز الابن الاقالة ثم باعتها ثانيا بغير إجازته يجوز ولا يتوقف على إجازته لان بالاقالة يعود المبيع إلى ملك العاقد لا إلى ملك الموكل والمجيز، ودليلها السنة والاجماع وسببها الحاجة إليها، ومحاسنها إزالة الغم عن النادم وتفريج الكرب من المكروب فائدة:

تصح إقالة الاقالة فلو تقايلا البيع ثم تقايلا الاقالة ارتفت الاقالة وعاد البيع. وكتبنا في الفوائد إلا في مسألة وهي إقالة السلم فإنها لا تقبل الاقالة كما ذكره الشارح من الدعوى من باب التحالف. وفي الجوهرة: لا تصح الاقالة في النكاح والطلاق والعتاق اه. قوله: (هي فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث) وهذا عند أبي حنيفة إلا إن تعذر جعلها فسخا بأن ولدت المبيعة بعد القبض أو هلك المبيع فإنها تبطل ويبقى البيع على حاله. أطلقه فشمل ما إذا كان قبل القبض أو بعده، وروي عن أبي حنيفة أنها فسخ قبل القبض بيع بعده، كذا في البدائع. وظاهره ترجيح الاطلاق. وقال أبو يوسف: هي بيع إلا إن تعذر بأن كانت قبل القبض ففسخ إلا إن تعذرا فتبطل بأن كانت قبل القبض في المنقول بأكثر من الثمن الاول أو بأقل منه أو بجنس آخر أو بعد هلاك المبيع. وقال محمد: هي فسخ إلا إن تعذر بأن تقايلا بأكثر من الثمن الاول أو بخلاف جنسه أو ولدت المبيعة بعد القبض فبيع إلا أن تعذرا بأن كانت قبل القبض بأكثرمن الثمن الاول فتبطل. والخلاف المذكور إنما هو فيما إذا وقعت بلفظها، أما بلفظ الفسخ أو الرد أو الترك فإنها لا تكون بيعا. وفي بعض ا نسخ الزيلعي فإنهلا تكون فسخا وهو سبق قلم كما لا يخفى. وفي السراج الوهاج: أما إذا كانت بلفظ البيع كانت بيعا إجماعا كما إذا قال البائع له بعني ما اشتريت فقال بعت كابيعا. وفائدة كونها فسخا في حقهما عنده تظهر في خمس مسائل: الاولى وجوب رد الثمن الاول

***

[١٧١]

وتسمية خلافه باطل. الثانية أنها لا تبطل بالشروط المفسدة ولكن لا يصح تعليقها بالشرط كأن باع ثورا من زيد فقال اشتريته رخيصا فقال زيد إن وجدت مشتريا بالزيادة فبعه منه فوجد فباع بأزيد لا ينعقد البيع الثاني لانه تعليق الاقالة لا الوكالة بالشرط، كذا في السراج والوهاج. الثالثة إذا تقايلا ولم يرد المبيع حتى باعه منه ثانيا جاز ولو كانت بيعا لفسد، وهذه حجة على أبي يوسف لان البيع جائز بلا خلارف بين أصحابنا إلا أن يثبت عنه الخلاف فيه، كذا في البدائع ولو باع من غير المشتري لم يجز لكونه بيعا جديدا في حق ثالث وإذا تبايعاه بعدها يحتاج المشتري إلى تجديد القبض لكونه بعدها في يده مضمونا بغيره وهو الثمن فلا ينوب عن قبض الشراء كقبض الرهن بخلاف قبض الغصب، كذا في الكافي هنا. وفيه من باب المتفرقات: تقايضا فتقايلا فاشترى أحدهما ما أقال صار قايضا بنفس العقد لقيامهما فكان كل واحد مصمونا بقيمة نفسه كالمغصوب، ولو هلك أحدهما فتقايلا ثم جدد العقد في القائم لا يصير قابضا بنفس العقد لانه يصير مضمونا بقيمة العرض الآخر فشابه المرهون اه. والرابعة إذا وهب المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض جازت الهبة، ولو كانت بيعا لانفسخ لان البيع ينفسخ بهبة المبيع للبائع قبل القبض. والخامسة لو كان تالمبيع مكيلا أو موزونا وقد باعه منه بالكيل أو الوزن ثم تقايلا واسترد المبيع من غير أن يعيد الكيل أو الوزن جاز قبضه، وهذا لا يطرد على أصل أبي يوسف لكونها بيعا عنده ولو كانت بيعا لما صح قبضه بلا كيل ووزن، كذا في البدائع. تظهر فائدة كونها بيعا في حق غيرهما في خمس

***

[١٧٢]

أيضا: الاولى لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا يقضى له بالشفعة لكونه بيعا جديدا في حقه كأنه اشتراه منه. والثانية إذا باع المشتري المبيع من آخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كأن كان في يد البائع فأراد أن يرده على البائع ليس له ذلك لانه بيع في حقه فكأنه اشتراه من المشتري. والثالثة إذا اشترى شيأ وقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد إلى المشتري فاشتراه من قبل نقد ثمنه بأقل من الثمن الاول جاز وكان في حتى البائع كالمملوك بشراء جديد من المشتري الثاني. والرابعة إذا كان المبيع موهوبا فباعه الموهوب له ثم تقايلا ليس للواهب أن يرجع في هبته لان الموهوب له في حق الواهب بمنزلة المشتري من المشتري منه والخامسة إذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعدما حال عليها الحول فوجد به عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت في يده فإنه لا تسقط عنه الزكاة لكونه بيعا جديدا في حق الثالث وهو الفقير لان الرد بالعيب بغير قضاء إقالة. وقوله بيع جديد في حق الثالث مجرى على إطلاقه. وقوله فسخ في حق المتعاقدين غير مجرى على إطلاقه لانه إنما يكون فسخا فيما هو من موجبات العقد وهو ما يثبت بنفس العقد من غير شرط، وأما إذا لم يكن من موجبات العقد ويجب في شرط زائد فالاقالة فيه تعتبر بيعا جديدا في حق المتعاقدين أيضا كما إذا اشترى بالدين المؤجل عينا قبل حلول الاجل ثم تقايلا يعود الدين حالا كأنه باعه منه. وفي الصغرى: ولو رده بعيب بقضاء كان فسخا من كل وجه فيعود الاجل كما كان، ولو كان بالدين كفيل لا تعود الكفالة في الوجهين اه. وكما إذا تقايلا

ثم ادعى رجل أن المبيع ملكه وشهد المشتري بذلك لم تقبل شهادته لانه هو الذي باعه ثم شهد أنه لغيره ولو كان فسخا لقبلت ألا ترى أن المشتري لو رد المبيع بعيب بقضاء وادعى المبيع رجل وشهد المشتري بذلك تقبل شهادته لانه بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقيا من جهة المشتري لكونه فسخا من كل وجه. وكذا لو باع عبدا بطعام بغير عينه وقبض ثم تقايلا لا يتعين الطعام المقبوض للرد كأنه باعه من البائع بطعام غير معين، وكذا لو قبض أردا من الثمن الاول أو أجود منه يجب رد مثل المشروط في البيع الاول كأنه باعه من البائع
***
[١٧٣]
بمثل الثمن الاول. وقال الفقيه أبو جعفر: يجب عليه رد مثل المقبوض لانه لو وجب عليه مثل المشروط للزم زيادة ضرر بسبب تبرعه، ولو كان فسخا بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء رد المقبوض إجماعا لانه فسخ من كل وجه، كذا ذكر الشارح هنا. قوله: (وتصح بمثل الثمن الاول وشرط الاكثر أو الاقل بلا تعيب وجنس آخر لغو ولزمه الثمن الاول) وهذا عند أبي حنيفة لان الفسخ يرد على عيب ما يرد عليه العقد فاشتراط خلافه باطل ولا تبطل الاقالة كما قدمنا. قيد بقوله بلا تعيب إذ لو تعيب بعده جاز اشتراط الاقل ويجعل الحظ بإزاء ما فات بالعيب ولا بد أن يكون النقصان بقدر حصة القائت، ولا يجوز أن ينقص من الثمن أكثر منه، كذا في فتح القدير. وفي البناية معزيا إلى تاج الشريعة: هذا إذا كانت حصة العيب مقدار المحطوط أو زائدا أو نقصا بقدر ما يتغابن الناس فيه اه. وقيد بقوله وجنس آخر لان الاقالة على جنس آخر غير الثمن الاول صحيح ويلغو المسمى ويلزمه رد الاول، فقوله وجنس بالجر عطف على الاكثر أي وشرط جنس لا على تعيب. وعند أبي يوسف ومحمد إذا شرط الاكثر كانت بيعا لكونه الاصل فيها عند أبي يوسف، ولتعذر الفسخ عند محمد. وكذا في شرط الاقل عند أبي يوسف تصح به بيعا، وعنهد محمد فسخ بالثمن الاول. ولو قال المصنف وتصح مع السكوت عن الثمن الاول لكان أولى فيعلم منه حكم التصريح به بالاولى ومع السكوت لا خلاف في وجوب الاول كما في البدائع. وأشار بقوله لزمه الثمن الاول إلى أن الاعتبار لما وقع العقد به لما تقدم ولذا قال في فتح القدير: لو كان الثمن عشرة دنانير ودفع إليه الدراهم عوضا عن الدنانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم رجع بالدنانير التي وقع العقد عليها لا بما دفع، وكذا لو رد بالعيب، وكذا في الاجارة لو فسخت. ومن فروع الفسخ كالاقالة ما لو عقدا بدراهم ثم كسدت ثم تقايلا فإنه يرد تلك الدراهم الكاسدة، ولو عقدا بدراهم ثم جددا بدنانير وعلى القلب أنفسخ الاول، وكذا لو عقدا بثمن مؤجل ثم جددا بحال أو على القلب أما لو جدداه بدراهم أكثر أو أقل فلا وه حط من الثمن أو زيادة فيه وقالوا: لو باع باثني عشر وحط عنه درهمين ثم عقدا بعشرة لا ينفسخ الاول لانه مثله إذ الحط يلتحق بأصل العقد إلا في اليمين فيحنث لو كان حلف لا يشتريه باثنى عشر. ولو قال المشتري بعد العقد قبل القبض للبائع بعه لنفسك
***
[١٧٤]
فإن باعه جاز وانفسخ الاول، ولو قال بعه لي أو لم يزد على قوله بعه لي أو زاد قوله ممن شئت لا يصح في الوجوه لانه توكيل. ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لا ينفسخ البيع ولو وهبه قبل القبض انفسخ إذا قبل، ولو قال البائع قبل القبض أعتقه فأعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف العتق باطل. وفي الفتاوي الصغرى: جحود ما عدا النكاح فسخ وعليه ما فرع في الخانية وغيرها: باع أمة فأنكر المشتري الشراء لا يحل للبائع وطؤها إلا إن عزم على ترك الخصومة فيحل حنيئذ له وطؤها، وكذا وأنكر البائع البيع والمشتري يدعي لا يحل للبائع وطؤها، فإن ترك المشتري الخصومة وسمع البائع بعد بذلك حل له وطؤها. ومثله لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلاثة أيام وقبضها ثم رد على البائع جارية أخرى في أيام الخيار وقال هي التي اشتريتها وقبضتها كان القول له، فإن رضي البائع بها حل وطؤها. وكذا القصار والاسكاف، وكذا لو اشترى ما يتسارع إليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وغاب والمشتري وخاف البائع فساده فله بيعه من غيره استحسانا، وللمشتري منه الانتفاع به وإن علم لرضا العاقدين بالفسخ ظاهرا ويتصدق البائع بما زاد على الثمن، وإن نقص فعلى البائع. ولو اختلفا فادعى البائع الاقالة والمشتري أنه باعه منه بأقل قبل النقد فالقول للمشتري في إنكارها ولو كان على العكس تحالفا، كذا في فتح القدير. وأشار أيضا بقوله لزمه الثمن الاول إلا أنه لو كان الثمن الاول حالا فأجله المشتري عند الاقالة فإن التأجيل يبطل وتصح الاقالة وإن تقايلا ثم أجله فينبغي أن لا يصح الاجل عند أبي حنيفة فإن

الشرط اللاحق بعد العقد يلتحق بأصل العقد عنده، كذا في القنية. وإلى أنه لو أبرأ المشتري عن الثمن بعد قبض المبيع ثم تقايلا لم تصح منها أيضا وإلى أنه يلزم المشتري رد المبيع. وفي القنية: اشترى ماله حمل ومؤنة ونقله إلى موضع آخر ثم تقايلا فمؤنة الرد على البائع اهـ. قوله: (وهلاك المبيع يمنع) أي صحتها لما قدمنا أن من شرطها بقاء المبيع لانها رفع
***
[١٧٥]
العقد وهو محله. قيد بالمبيع لان هلا ك الثمن لا يمنعها لكونه ليس بمحل لكونه يثبت بالعقد فكان حكما وهو يعقبه فلا يكومحلا لان المحل شرط وهو سابق فتنافيا، ولذا بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض دون الثمن قوله: (وهلاك بعضه بقدره) أي هلاك بعض المبيع يمنعها بقدر الهالك لان الجزء معتبر بالكل. وفي بيع القايضة إذا هلك أحدهما صحت في الباقي منهما وعلى المشتري قيمة الهالك إن كان قيميا، ومثله إذا كان مثليا فيسلمه إلى صاحبه ويسترد العين إلا إذا هلكا بخلاف البدلين في الصرف إذا هلك لعدم التعيين ولذا لا يلزمهما إلا رد المثل بعدها. وفي السراج الوهاج: اشترى عبدا بنقرة فضة أو بمصوغ مما يتعين فتقابضا ثم هلك العبد في يد المشتري ثم تقايلا والفضة قائمة في يد البائع صحت وعلى البائع رد الفضة بعينها ويسترد من المشتري قيمة العبد، وفي البزازية: تقايلا فأبق العبد من يد المشتري وعجز عن تسليمه تبطل الاقالة اهـ. وأشار إلى أن البيع إذا هلك بعد الاقالة بطلت وعاد البيع. قيد بالهلاك لانه لو باع صابونار رطبا ثم تقايلا بعدما جف فنقص وزنه لا يجب على المشتري شئ لان كل المبيع باق، كذا في فتح القدير وأشار بعدم اشتراط بقاء جميع المبيع على حاله إلى أنه لو اشترى أرضا مع الزرع وحصده المشتري ثم تقايلا صحت في الارض بحصتها من الثمن بخلاف ما إذا أدرك الزرع في يده ثم تقايلا فإنها لا تجوز لان العقد إنما ورد على الفصيل دون الحنطة، كذا في القنية. وإلى أن الاعتبار لما دخل في البيع مقصودا فلو
***
[١٧٦]
اشترى أرضا فيها أشجار فقطعها ثم تقايلا صحت الاقالة بجميع الثمن ولا شئ للبائع من قيمة الاشجار وتسلم الاشجار للمشتري. هذا إذا علم البائع بقطعها، فإن لم يعلم به وقتها خير إن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء ترك. وإن اشترى عبدا فقطعت يده وأخذ أرشها ثم تقايلا صحت الاقالة ولزمه بجميع الثمن ولا شئ للبائع من أرش اليد إذا علم وقت الاقالة أنه قطعت يده أخذ أرشها، وإن لم يعلم يخير بين الاخذ بجميع الثمن وبين الترك، كذا في القنية. ورقم برقم آخر أن الاشجار لا تسلم للمشتري وللبائع أخذ قيمتها منه لانها موجودة وقت البيع بخلاف الارش فإنه لم يدخل في البيع أصلا لا قصدا ولا ضمنا اهـ. ثم اعلم أنه لا يرد على اشتراط قيام المبيع لصحة الاقالة إقالة السلم قبل قبض المسلم فيه لانها صحيحة، سواء كان رأس المال عينا أو دينا، وسواء كان قائما في يد المسلم إليه أو هالكالان المسلم إليه وإن كان دينا حقيقة فله حكم العين حتى لا يجوز الاستبدال به قبقبضه، وإذا صحت فإن كان رأس المال عينا قائمة ردت، وإن كانت هالكة رد المثل إن كان مثليا، والقيمة إن كان قيميا، وإن كان دينا رد مثله قائما أو هالكا لعدم التعيين، وكذا إقالته بعد قبض المسلم إليه وإن كان قائما ويرد رب السلم عين المقبوض لكونه متعينا، كذا في البدائع والله سبحانه أعلم.
***
[١٧٧]
باب المرابحة والتولية شروع فيما يتعلق بالثمن من المرابحة والتولية والربا والصرف والبيع بالنسيئة بعد بيان أحكام المبيع وقدم المبيع لاصالته. وكذا في البناية. وقدمنا أن أنواعه بالنسبة إلى الثمن أربعة هما والمساومة لا إلتفات فيها إلى الثمن الاول، والرابع الوضيعة بأنقص من الاول، ولم يذكرهما لظهورهما، وهما جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي إلى التجارة يحتاج إلى أن يعتمد فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما، ولذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة، وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أراد الهجرة ابتاع من أبي بكر رضي الله عنه بعيرين فقال النبي صلى الله عليه وسلم: ولني أحدهما. فقال: هو لك بغير شئ. فقال: أما بغير ثمن فلا. قال السهيلي: سئل بعض العلماء لم لم يقبلها إلا بالثمن وقد أنفق عليه أبو بكر أضعاف ذلك وقد دفع إليه حين بنى بعائشة ثنتي عشرة أوقية حين قال له أبو بكر ألا

تبني بأهلك فقال: لو لا الصداق فدفع إليه ثنتي عشرة أوقية وشيأ وهو عشرون درهما. فقال: لتكون هجرته بنفسه وماله رغبة منه في استكمال فضلها إلى الله، وأن تكون على أتم الاحوال. والمرابحة في اللغة كما في الصحاح يقال بعته المتاع واشتريته منه مرابحة إذا سميت لكل قدر من الثمن ربحا اهـ. وأما التولية في اللغة فقال الشارحون: إنها مصدر ولى غيره إذا جعله واليا. وفي القاموس: التولية في البيع نقل ما ملكه بالعقد الاول وبالثمن الاول من غير زيادة. وأما شرعا فقال. (هي) أي التولية (بيع بثمن سابق والمرابحة به وبزيادة) وأورد عليه الغصب وهو ما إذا ضاع المغصوب عند الغاصب وضمنه قيمته ثم وجده جاز له بيعه مرابحة وتولية على ما ضمن، وقد غفل الشارح الزيلعي فأورده على عبارة الهداية وهي نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع ربح أو لا، وادعى أن عبارة المؤلف أحسن وليس كما زعم لان مسألة الغصب كما ترد على الهداية باعتبار أنه لا عقد فيها كذلك ترد على الكنز باعتبار أنه لا ثمن

***

[١٧٨]

فيها. فإن أجيب بأن القيمة كالثمن فكذلك يقال إن الغصب ملحق بعقود المعاوضات، وقد أجاب الشارحون عن الهداية بهذا قالوا: ولذا صح إقرار المأذون به لما كان إقراره بالمعاوضات جائزا. وقد صرح في الفتاوي الكبرى بأنه يقال قام على بكذا ويرد على كلا التعريفين ما ملكه بهبة أو إر أو وصية إذا قومه فله المرابحة على القيمة إذا كان صادقا في التقويم مع أنه لا ثمن ولا عقد ولم أر كيف يقول، وينبغي أن يقول قيمته كذا ويرد عليهما أيضا من اشترى دراهم بدنانير لا يجوز بيع الدراهم مرابحة مع صدق التعريف عليها، ويرد أيضا عليهما ما فيه من الابهام لان الثمن السابق إما أن يراد عينه أو مثله لا سبيل إلى الاول لانه صار ملكا للبائع الاول فلا يراد في الثاني، ولا إلى الثاني لانه لا يخلوا إما أن يراد المثل جنسا أو مقدارا والاول ليس بشرط لما في الايضاح والمحيط أنه إذا باع مرابحة فإن كان ما اشتراه به له مثل جاز، سواء كان الربح من جنس رأس المال من الدراهم أو من الدنانير إذا كان معلوما يجوز الشراء به لان الكل ثمن، والثاني وهو المقدار يقتضي أن لا يضم أجرة القصار والصباغ ونحوهما لانها ليست بثمن في العقد الاول. وإذا أريد المثل قدرا وادعى أن الاجرة من الثمن الاول عادة كما فعله الشارحون ورد عليه أنها جائزة بعينه إذا كان قد وصل إلى المشتري الثاني، وما أورده في فتح القدير من الشراء بثمن نسيئة فإن المرابحة لا تجوز على ذلك الثمن ليس بوارد لانها جائزة إذا بين أنه اشتراه نسيئة كما سيأتي آخر الباب. وقد وضعت لكل منها تعريفا لا يرد عليه شئ إن شاء الله تعالى فقلت: التولية نقل ما ملكه بغير عقد الصلح والهبة بشرط عوض بما يتعين بعين ما قام عليه أو بمثله أو برقمه أو بما قومه به في غير شراء القيمي أو بمثل ما اشترى به من لا تقبل شهادته له من أصوله وفروعه وأحد الزوجين أو مكاتبه أو عبده المأذون أو أحد المتفاوضين من الآخر أو بمثل ما اشترى به مضار به أو رب المال مع ضم حصة من الربح بزيادة ربح في المرابحة وبلا ربح في التولية. نخرج ما ملكه في الصلح لابتنائه على الحط والمساهلة بخلاف ما إذا اشتراه من مديونه بالدين وهو يشتري بذلك الدين فإنه يجوز كما في الظهيرية، وما ملكه بالهبة بشرط العوض أيضا كما في الظهيرية.

***

[١٧٩]

وخرج بما يتعين ما لا يتعين كما قدمناه. وقلنا بعين ما قام عليه ولم نذكر العقد الاول ولا الثمن السابق ليدخل الغصب وما تكلفه على العين، وليخرج ما إذا اشترى دجاجة فباضت عنده عشر بياضات ولم ينفق عليها قدر البيض فإنه ليس له المرابحة على الثمن الاول كما في النهاية. وقلنا بالعين أو بالمثل من غير اقتصار على أحدهما لجوازها على العين في صورة قدمناها وعلى المثل فيما عداها، ويدخل في المثل مثل الثمن السابق إن كان البيع صحيحا وقيمته إن كان فاسدا، كذا في المحيط. وأو في التعريف ليست للابهام وإنما هي للتنويع. وقلنا أو برقمه ليدخل ما إذا اشترى متاعا ثم رقمه بأكثر من الثمن الاول ثم باعه مرابحة على رقمه جاز، ولا يقول قام علي بكذا ولا قيمته ولا اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب، وإنما يقول رقمه كذفأنا أرابح على كذا كما في النهاية. قلنا أو بما قومه به ليدخل ما ملكه بإرث ونحوه كما قدمناه، وقيدنا بغير شراء القيمي لانه إذا اشترى قيميا وقومه لم تجز المرابحة، والفرق بين القيميين أن في شراء القيمي له أصل يرجع إليه وهو الثمن الاول واحتمل أن يكون ما قومه به أزيد في نفس الامر، والمرابحة مبنية على الاحتراز عن شبهة الخيانة بخلاف ما إذا ملكه بغير بدل لعذم الثمن الاول يكون ما قومه به مخالفا له واحتمال الزيادة في تقويمه لا يعد خيانة لانه من جهة المشتري. ولو كان بعض المبيع مشترى والبعض غير مشترى فقال في الظهيرية: رجل اشترى من آخر ثوبا وبطانة وجعلهما جبة وجعل حشوها

قطنا ورثه أو وهب له ثم حسب الثمن وأجر الخياط ثم قال لغيره قام علي بكذا وباعه مرابحة على ذلك جاز، وكذا الرجل يرث الثوب فيبسطه بالقز الذي اشتراه
***
[١٨٠]
وحسب أجر الخياط ثمن القز ثم قال لغيره قام علي بكذا باعه مرابحة على ذلك جاز، كذا في الظهيرية. وقلنا أن بمثل ما شترى به من لا تقبل الشهادة له يعني لا بمثل ما اشتراه هو به فإذا اشترى شيأ ممن لاتقبل شهادته له فإنه إنما يرابح بما اشترى بائعه لا بما اشتراه كما ذكره الشارح، وكذا رب المال إذا اشترى من مضاربه لا يرابح بما اشتراه وإنما يرابح بمثل ما اشترى المضارب مع ضم حصة المضارب فقط لانها كما سيأتي مبنية على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة ولذا قال في الظهيرية: إن من اشترى شيأ وعلم أن فيه غبنا لا يجوز له المرابحة والتولية حتى يبينه والله تعالى أعلم. وهذا التقرير إن شاء الله تعالى من خواص هذا الشرح بحول الله وقوته. قوله وشرطهما كون الثمن الاول مثليا) لانه إذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة، والمثلي الكيلي والوزني والمعدود المتقارب وعبارة المجمع أولى وهي: ولا يصح ذلك حتى يكون العوض مثليا أو مملوكا للمشتري والربح مثلي معلوم اه. ولكن لا بد من التقييد بالمعين للاحتراز عن الصرف فإنه لا يجوزان فيهما، وتقييد الربح بالمثلي اتفاقي لجواز أن يرابح على عيب قيمته مشار إليها ولذا قال في فتح القدير: أو بربح هذا الثوب. وقيد الربح بكونه معلوما للاحتراز عما إذا باعه بربح ده يازده لا يجوز له لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال، كذا في الهداية. ومعنى قوله ده يازده أي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم، فإن كان الثمن الاول عشرين كان الربح بزيادة درهمين، وإن كان ثلاثين كان الربح ثلاثة دراهم، فهذا يقتضي أن يكون الربح من جنس رأس المال لانه جعل الربح مثل عشر الثمن وعشر الشيي يكون من جنسه كذا في النهاية يعتى فإذا كان رأس المال قيميا مملوكا للمشتري لا يجوز لجهالة الربح، وأما إذا كان الربح شيأ مشارا إليه مجهول المقدار فإنه يجوز. فقوله والربح مثلى معلوم شرط في القيمي المملوك للمشتري كما لا يخفي. وفي البناية: ولفظة ده بفتح الدال وسكون الهاء اسم للعشرة بالفارسية ويازد باليا آخر الحروف وسكون الزاي اسم أحد عشر بالفارسية اه. ومن مسائل ده يازده ما في المحيط: اشترى ثوبا بعشرة وباعه بوضيعة ده يازده على ثمنه فالثمن تسعة دراهم وجزء من
***
[١٨١]
أحد عشر جزأ من درهم، والوضيعة عشرة أجزاء من أحد عشر جزأ من درهم واحد ومعرفته اجعل كل درهم على أحد عشر جزأ فيصير العشرة مائة وعشرة أجزاء من أحد عشر جزأ ثم اطرح من كل سهم جزأ فيكون فيكون المطروح عشرة بقي مائة جز وعشرة أجزاء من أحد عشرة أجزاء من أحد عشر جزأ من درهم، وإن باعه بوضيعة ده يازده فالثمن ثمانية دراهم وثلث درهم والوضيعة درهم وثلثا درهم وتخريجه على نحو ما مر. وإن باعه بوضيعة عشرة فاجعل كل درهم على عشرة أجزاء ثم اطرح جزأ من كل درهم فيكون المطروح عشرة أجزاء يبقى تسعون جأى فيكون تسعة دراهم، وعلى هذا القياس إن باعه بوضيعة تسع أو ثمان اه. وفي فتح القدير: اشترى عبدا بعشرة على خلاف نقد البلد وباعه بربح درهم فالعشرة مثل ما نقد والربح من نقد البلد إذا أطلقه لان الثمن الاول يتعين في العقد الثاني والربح مطلق فينصرف إلى نقد فإن نسب الربح إلى رأس المال فقال بعتك بربح العشرة أحد عشر أو بربح دهيازه فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بنسبته إليه. وفي المحيط: اشترى بنقد نيسابور وقال ببلخ قام علي بكذا وباعه بربح مائة أو بربح ده يازده فالربح ورأس المال على نقد بلخ إلا أن يصدقه المشتري أنه نقد نيسابور أو تقوم بينة، وإذا كان نقد نيسابور في الوزن والجودة دون نقد بلخ ولم يبين فرأس المال والربح على نقد نيسابور، وإن كان على عكسه واشتراه ببلخ بنقد نيسابور ولم يعلم أنه أوزن وأجود فهو بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك. واعلم أن المعتبر في المرابحة ما وقع العقد الاول عليه دون ما وقع عوضا عنه حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها دينارا أو ثوبا قيمته عشرة أو أقل أو أكثر فإن رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لان وجوب هذا بعقد آخر وهو الاستبدال اه. ما في فتح القدير. ويرد عليه ما في الظهيرية: لو اشترى بالجيار ونقد الزيوف قال أبو حنيفة: يرابح بالزيوف. وقال أبو يوسف: يرابح بالجياد. فقوله والجياد إنما هو على قول أبي يوسف ولكن جزفي المحيط من غير خلاف بأنه يرابح بالجياد. وأشار بالثمن أي جميعه إلى بيع جمي المبيع فلو اشترى ثوبين وقبضهما ثم ولى رجلا أحدهما بعينه لم يجز، وكذا لو اشركه في أحدهما بعينه لم يجز، ولو كان المشتري

قبض أحد الثوبين من البائع ثم اشرك رجلا فيهما جازت الشركة في نصف
***
[١٨٢]
المقبوض، وكذا لو ولاهما رجلا جازت التولية في المقبوض. ولو اشترى جاريتين بألف درهم وقبضهما وباق أحدهما ثم ولاهما رجلا فالمولى بالخيار إن شاء أخذ التي لم تبع بحصتها وإن شاء ترك إذا لم يعلم ببيع أحدهما، وكذلك لو أشرك فيهما جازت الشركة في نصف التي لم تبع وإن لم يبع أحدهما ولكنه أعتق أحدهما أو ماتت ثم ولا هما رجلا أو أشركه فيهما جاز في الامة والحية ومنهما، كذا في الظهيرية. وفي السراج الوهاج: لو كان مثليا فرابح على بعضه جاز كقفيز من قفيزين لعدم التفاوت بخلاف القيمي وتمام تفريعه في شرح المجمع. وفي المحيط: وإن كان ثوبا ونحوه لا يبيع جزأ منه معينا لان الثمن ينقسم عليه باعتبار القيمة وإن باع جزى شائعا جاز وقيل يفسد البيع. قوله: (وله أن يضم إلى رأس المال أجر القصار والصبغ والطراز والفتل وحمل الطعام وسوق الغنم) لان العرف جاز بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع أو قيمته يلحق به. هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ وأخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة إذ القيمة تختلف باختلاف المكان. والطراز بكسر الطاء وتخفيف الراء العلم في الثوب، كذا في المغرب. والفتل هو ما يصنع بأطراف الثياب بحرير أو كتان من فتلت الحبل أفتله. أطلق الصبغ فشمل الاسود وغيره كما أطلق حمل الطعام فشمل البر والبحر، وقيد بالاجرة لانه لو فعل شيأ مذلك بيده لا يضمه، وكذا لو تطوع متطوع بهذه أو بإعارة، ودل كلامه على أنه يضم أجرة الغسل والخياطة ونفقة تجصيص الدار وطي البئر وكراء الانهار والقناة والمسناة والكراب وكسج الكروم وسقيها والزرع وغرس الاشجار. وفي المحيط: وغيره يضم طعام المبيع إلا ما كان سرفا وزيادة فلا يضم وكسوته وكراءه وأجرة المخزن الذي يوضع فيه، وأما أجرة السمسار والدلال فقال الشارح: إن كانت مشروطة في العقد تضم وإلا فأكثرهم على عدم الضم في الاول ولا تضم أجرة الدلال بالاجماع اه‍. وهو تسامح فإن أجرة الاول تضم في ظاهر الرواية والتفصيل المذكور قويلة
***
[١٨٣]
وفي الدلال قيل لا تضم والمرجع العرف، كذا في فتح القدير. وإذا حدثت زيادة من المبيع كاللبن والسمن وقد أنفق عليه في العلف واستهلك الزيادة فإنه يحسب ما أنفقه بقدر ما استهلكه ويرابح وإلا فلا يرابح بلا بيان وإذا ولدت المبيعة رابح عليهما ويتبعها ولدها وكذا لو أثمر النخيل فإن استهلك الزائد لم يرابح بلا بيان كما في الظهيرية بخلاف ما إذا أجر الدابة أو العبد أو الدار فأخذ أجرته فإنه يرابح مع ضم ما أنفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين، كذا في فتح القدير قوله: (ويقول قام على بكذا) ولا يقول اشتريته لانه كذب وهو حرام ولذا قدمنا أنه إذا قوم الموروث ونحوه يقول ذلك وكذا إذا رقم على الثوب شيأ وباعه برقمه فإنه يقول رقمه كذا، وسواء كاما رقمه موافقا لما اشتراه به أو أزيد حيث كان صادقا في الرقم كما في فتح القدير قوله: (ولا يضم أجرة الراعي والتعليم وكراء بيت الحفظ) لعدم العرف بإلحاقه. أطلق في التعليم فشمل تعليم العبد صناعة أو قرآنا أو علما أو شعرا أو غناء أو عربية قالوا: لان ثبوت الزيادة لمعنى في العبد وهو حذاقته فلم يكن ما أنفقه على المعلم موجبا للزيادة في المالية، ولا يخفي ما فيه إ لا شك في حصول الزيادة بالتعلم ولا شك أنه مسبب عن التعليم عادة، وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا يمنع نسبته إلى التعليم فهو شرط علة عادية والقابلية شرط، وفي المبسوط: أضاف نفي ضم المنفق في التعليم إلى أنه ليس فيه عرف ظاهر حتى لو كان فيه عرف ظاهر يلحق برأس المال، كذا في فتح القدير. وأشار المؤلف إلى أنه لا يضم أجرة الطبيب والرائض والبيطار والفداء في الجناية وجعل الآبق لندرته فلا يلحق بالسابق لانه لا عرف في النادر والحجامة والختان لعدم العرف، وكذا لا يضم نفقة نفسه وكراءه ولا مهر العبد ولا يحط مهر الامة لزوجها، والذي يؤخذ في الطريق من الظلم لا يضم إلا في موضع جرت العادة فيه بينهم بالضم. قوله: (فإن خان في مرابحة أخذ بكل ثمنه أو رده وحط في التولية) وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يحط فيهما. وقال محمد: يخير فيهما. لمحمد أن الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة تزويج وترغيب فتكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير لفواته. ولابي يوسف أن الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول أو بعتك مرابحة على الثمن الاول إذا كان معلوما فلا

بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال، وفي المرابحة منه ومن الربح. ولابي حنيفة أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فتغير التصرف فتعين الحط، وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير

***

[١٨٤]

التصرف فأمكن القول بالتخيير. ولم يذكر لمصنف والشارح بما تظهر الخيانة قال في فتح القدير: هي إما بإقرار البائع أو بالبينة أو بنكوله عن اليمين وقد ادعاه المشتري هذا على المختار، وقيل لا تثبت إلا بإقراره لانه في دعوى الخيانة مناقض فلا يتصور ببينة ولا نكول والحق سماعها كدعوى العيب وكدعوى الحط فإنها تسمع اه. وقوله وحط أي أسقط قدر الخيانة من المسمى. وفي السراج الوهاج: وصورة الخيانة في التولية إذا اشترى ثوبا بتسعة وقبضه ثم قال لآخر اشتريته بعشرة ووليتك بما اشتريته فاطلع على ذلك. وبيان الحط في المرابحة على قول أبي يوسف إذا اشتراه بعشرة وباعبربح خمسة ثم ظهر أنه اشتراه بثمانية فإنه يحط قدر الخيانة من الاصل وهو الخمسوهو درهمان وما قابله من الربح وهو درهم فيأخذ الثوب بإثني عشر درهما اه. وقدمنا أنه إذا اشترى متاعا ورقمه بأكثر من ثمنه وباعه مرابحة على الرقم فإنه يجوز. وقيده في المحيط بما إذا كان عند البائع أن المشتري يعلم أن الرقم غير الثمن فأما إذا كان المشتري يعلم أن الرقم والثمن سواء فإنه يكون خيانة وله الخيار، كذا في المحيط. وأشار بعدم الحط في التولية إلى أن المشتري إذا وجد بالمبيع عيبا ثم حدث به عيب عنده لا يرجع بنقصان العيب لانه لو رجع يصير الثمن الثاني أنقص من الاول، وقضية التولية أن يكون مثل الاول وهذا مستثنى من قولهم في خيار العيب، وبقوله رده إلى اشتراط قيام المبيع بحاله فلو هلك قبل رده أو حدث به ما يمنع الرد لزمه بجميع المسمى وسقط خياره عند أبي حنيفة، وهو المشهور من قول محمد لانه مجرد خيار فلار يقابله شئ من الثمن نكيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه المشتري الجزء الفائت وظاهر كلامهم أن خيار ظهور الخيانة لا يورث فإذا مات المشترى فأطلع الوارث على خيانة بالطريق السابق فلا خيار له. وأطلق الحط في التولية فشمل حالة هلاك المبيع وامتناع رده لانه لا خيار له وإنما يلزمه الثمن الاول. وفي المحيط: وإن ضم إلى الثمن ما لا يجوز ضمه ثم علم به المشتري فله الخيار اه. قوله: (ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فإن باعه بربح طرح عنه كل ربح قبله وإن أحاط بثمنه لم يرابح) وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وصورته إذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة، ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلا. وعندهما يرابح على عشرة في الفصلين. لهما أن العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تخلل ثالث. ولابي حنيفة أن شبهة

***

[١٨٥]

حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لسبهة الحطيطة فيصير كأنه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما إذا تخلل ثالث. وفي المحيط: ما قاله أبو حنيفة أوثق وما قالاه أرفق اه. ومحل الاختلاف عند عدم البيان، أما إذا بين فقال كنت بعته فربحت فيه كذا ثم اشتريته بكذا وأنا أبيعه الآن بكذا بربح كذا جاز اتفاقا، كذا في فتح القدير. وقيل بالشراء لانه لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فإنه يرابح على العشرة وإن كان يتأكد به انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال، ولا تثبت هذه الوكادة إلا في عقد يجري فيه الربا، كذا في فتح القدير. وقيدنا بيعه بجنس الثمن الاول لانه لو باعه بوصيف أو دابة أو عرض آخر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة على عشرة لانه عاد إليه بما ليس من جنس الثمن الاول ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة وتعيينها لا تخلو عن شبهة الغلط، كذا في فتح القدير. وقيد بقوله لم يرابح لانه يصح مساومة لان منع المرابحة إنما هي للشبهة في حق العباد لا في حق الشرع وتمامه في البناية. وقيد بالربح في البيع لانه لو اجر المبيع وأخذ أجرته من غير نقص دخل فيه فله البيع مرابحة من غير بيان لان الاجرة ليست من نفس المبيع ولا من أجزائه فلم يكن حابسا لي منه، وكذا لو وطئ الجارية الثيب، كذا في السراج الوهاج. وقوله ثوبا مثال ولو قال شيأ لكان أولى لان المثلي والقيمي سواء هنا. ثم اعلم أن ظاهر دليل الامام يقتضي أنه لا يجيز أن يشتري بالثمن الاخير

سواء باعه مرابحة أو تولية، والمتون كلها مقيدة بالمرابحة وظاهرها جواز التولية على الاخير، والظاهر الاول كما لا يخفي. وقيدذ بالربح لان بائعه لو حط عنه شيأ فإن كان بعض الثمن طرحه كالربح، وإن كان كل الثمن باعه مرابحة على ما اشترى لالتحاق حط البعض بالعقد دون حط الكل لئلا يكون بيعا بلا ثمن فصار تمليكا مبتدأ كالهبة، كذا في المحيط وسيأتي أن الزيادة تلتحق فيرابح على الاصل والزيادة. وفي المحيط: اشترى شيأ ثم خرج عن ملكه ثم عاد إن عاد قديم ملكه كالرجوع في الهبة أو بخيار رؤية أو شرط أو عيب أو إقالة أو في البيع الفاسد يبيع مرابحة بما اشترى لان بهذه الاسباب ينفسخ العقد من الاصل وصار كأنه لم يكن، وإن عاد بسبب آخر نحو الارث والهبة لا يبيع مرابحة لانه عاد إليه بسبب جديد، وهذا السبب لا يطلق له بى المرابحة بخلاف ما لو رد عليه بغير قضال فإنه
***
[١٨٦]
يعتبر بيعا جديدا في حق الثالث فكأنه اشترى ثانيا بعشرة بعد أن باعه بعشرة وهذا يطلق له المرابحة اه. قوله: (ولو اشترى مأذون مديون ثوبا بعشرة وباعه من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا العكس) وهو ما إذا كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا ما العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول، وتقييده بالمديون اتفاقي ليعلم حكم غيره بالاولى لوجود ملك المولى في أكسابه جميعا، والمكاتب كالمأذون لوجود التهمة بل كل من لا تقبل شهادته له كالاصول والفروع وأحد الزوجين وأحد المتفاوضين كذلك كما قدمناه، وخالفاه فيما عد العبد والمكاتب. وفي فتح القدير: لو اشترى من شريكه سلعة إن كانت ليست من شركتهما يرابح على ما اشترى ولا يبين، وإن كانت من شركتهما فإنما يبيع نصيب شريكه على ضمانه في الشراء الثاني، ونصيب نفسه على ضمانه في الشراء الاول لجواز أن تكون السلعة اشتريت بألف من شركتهما فاشتراها أحدهما من صاحبه بألف ومائتين فإنه يبيعها مرابحة على ألف ومائة لان نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الاول خمس مائة فيبيعها على ذلك اه. ولو قال المصنف إلا أن يبين لكان أولى لانه لو بين ورابح على الاول جاز كما في البناية قوله: (ولو كان مضاربا بالنصف يبيعه رب المال بإثنى عشر ونصف) لان هذا البيع وإن قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر مع أنه يشتري ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ألا ترى أنه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح. ولم يذكر المصنف والشارح ما إذا كان البائع رب المال والمشتري المضارب وقد سوى بينهما في السراج والوهاج فقال: ولو اشترى من مضاربه أو مضاربه منه فإنه يبيعه مرابحة على أقل الضمانين وحصة المضارب من الربح لكن لو قال وحصة الآخر لكان أولى ليشمل رب المال ولكن قال بعده لو اشترى من رب المال سلعة بألف تساوي ألفا وخمسمائة فباعها من المضارب بألف وخمسمائة فإن المضارب يبيعها مرابحة على ألف ومائتين وخمسين إلا أن يبين اه. وذكر المصنف في كتاب المضاربة تبعا
***
[١٨٧]
لما في الهداية وإن اشترى من المالك بألف عبدا اشتراه بنصفه رابح بنصفه. وعلله في الهداية من المضاربة بأن هذا البيع يقضي بجواز لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وإن كان بيع ملكه بملكه إلا أن فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين اه. وهذا لا يخالف مسألة الكتاب هنا لانها فيما إذا كان البائع المضارب من رب المال، وفي المضاربة فيما إذا كان رب المال هو البائع من المضارب ولكن يحتاج إلى الفرق وكأنه إنما لم يضم المضارب نصيب رب المال لما في البناية أن العقدين وقعا لرب المال ولم يقع للمضارب منه إلا قدر مائة فوجب اعتبار هذه المائة، وفيما يقع لرب المال لم يعتبر الربح لاحتمال بطلان العقد الثاني اه. ومن العجب قول الشارح الزيلعي في المضاربة في شرح قوله وإن اشترى من المالك إلى آخره ولو كان بالعكس بأن اشترى المضارب عبدا بخمسمائة فباعه من رب المال بألف يبيعه مرابحة على خمسمائة لان البيع الجاري بينهما كالمعدوم فتبنى المرابح على ما اشتراه به المضارب كأنه اشتراه له وناوله إياه من غير بيع اه. وهو سهو لمخالفته الرواية في باب المرابحة وكتاب المضاربة. وقد صرح في الهداية في الموضعين بضم حصة المضارب إلى رأس المال وهو تناقض منه أيضا لموافقته على ذلك وتصريحه بالضم في بابها ولم أر له سلفا ولا من نبه على ذلك في الموضعين وقد كنت قديما في ابتداء اشتغالي حملت كلام الزيلعي في المضاربة على أنه اشترى ببعض رأس المال وكلامهم في باب المرابحة على أما إذا اشترى المضارب بالجميع لتصريحه في المبسوط بأن الربح لا يظهر إلا بعد تحصيل

***
[١٨٨]
رأس المال اهـ. فإذا كان رأس المال ألفا واشترى بنصفها عبدا وباعه بألف لم يظهر الربح لعدم الزيادة على رأس المال لاحتمال هلاك الخمسمائة الباقية فإذا لم يظهر الربح فلا شئ للمضار ب حتى يضم، وأما إذا اشترى بالالف وباعه بألف وخمسمائة فقط ظهر الربح فتضم حصة المضارب إلى المال، وهذا التقرير إن شاء الله تعالى من خواص هذا الشرح بحوله وقوته. قوله: (ويرابح بلا بيان بالتعيب ووطئ الثيب) لانه لم يحبس عنده شئ بمقابلة الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شئ من الثمن،
***
[١٨٩]
وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن. وأطلق في قوله بلا بيان ومراده بلا بيان أنه اشتراه سليما فتعيب عنده، أما بيان نفس العيب القائم به فلا بد منه لئلا يكون غاشا له للحديث الصحيح من غش فليس منا وفي الخلاصة قبيل الصرف: رجل أراد أن يبيع سلعة معيبة وهو يعلم يجب أن يبينها ولو لم يبين قال بعض مشايخنا: يصير فاسقا مردود الشهادة. قال الصدر الشهيد: ولا نأخذ به اهـ. وأطلق في وطئ الثيب ومراده ما إذا لم ينقصها الوطئ، أما إذا نقصها فهو كوطئ البكر. والتعيب مصدر تعيب أي صار معيبا بلا صنع أحد بآفة سماوية ويحلق به ما إذا كان بصنع المبيع. وشمل ما إذا كان نقصان العيب يسيرا أو كثيرا. وعن محمد إنه إن نقصه قدرا لا يتغابن الناس فيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان. ودل كلامه أنه لو نقص بتغير السعر بأمر الله تعالى لا يجب عليه أن يبين بالاولى أنه اشتراه في حال غلائه، وكذا لو اصفر الثوب أو احمر لطول مكثه أو توسخ. وأورد على قولهم الفائت وصف لا يقابله بشئ من الثمن ما إذا اشتراه بأجل فإن الاجل وصف ومع ذلك لا يجوز بيعه مرابحة بلا بيان. وأجيب بإعطاء الاجل جزاء من الثمن عادة فكان كالجزء. وأورد على قولهم منافع البضع لا يقابلها شئ من الثمن ما إذا اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا امتنع ردها وإن كانت ثيبا وقت الشراء لاحتباسه جزأ من المبيع عنده. وأجيب إن عدم الرد إنما هو لمانع وهو أنه أذا رها فلا يخلوا ما مع العقر احترازا عن الوطأ مجابا أم من غير عقر لا وجه إلى الاول لعود الجارية مع زيادة والزيادة تمنع الفسخ، ولا إلى الثاني لسلامة الوطئ له بلا عوض وهو لا يجوز فأورد الواهب إذا رجع في هبته بعد وطئ الموهوب له حيث يصح ولا شئ على الواطئ لسلامتها كلها بلا عوض له فالوطئ أولى بخلاف البيع.
***
[١٩٠]
قوله: (وبيان بالتعيب ووطئ البكر) أي يرابح مع البيان إذا عيبه المشتري أو غيره لانها صارت مقصودة بالاتلاف فيقابلها شئ من الثمن، وكذا إذا وطئها وهي بكر لان لعذرة جزء من العين فيقابلها شئ من الثمن وقد حبسها. وشمل ما إذا تكسر الثوب بنشره وطيه، ودخل تحت الاول ما إذا أصاب الثوب قرض فأر أو حرق نار. والقرض بالقاف والفاء والتعيب مصدر عيبه إذا أحدث فيه عيبا. وأطلقنا في تعييب غير المشتري فشمل ما إذا أخذ المشتري الارض أو لا.، وما إذا كان بأمر المشتري أو بغير أمره، وما وقع في الهداية من التقييد بقوله وأخذ المشتري أرشه اتفاقي للوجوب كما في فتح القدير. ثم اعلم أن زفر قال: لا يرابح إلا بالبيان في المسألتين. واختار الفقيه أبو الليث فقال: وقولزفر أجود وبه نأخذ. ورجحه في فتح القدير. وأشار المؤلف رحمه الله تعالى بالمسألة الاولى إلى أنه إذا وجد بالمبيع عيبا فرضي به كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الذي اشتراه به لان الثابت له خيار، فإسقاطه لا يمنع من البيع مرابحة كما لو كان فيه خيار شرط أو رؤية، وكذا لو اشتراه مرابحة فاطلع على خيانة فرضي به كان له أن يبيعه مرابحة على ما أخذه به لما ذكرنا أن الثابت له مجرد خيار، كذا في فتح القدير قوله: (ولو اشترى بألف نسيئة وباع بربح مائة ولم يبين خير المشتري) لان للاجل شبها بالمبيع ألا ترى أنه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة، فإذا ظهرتيخير كما في العيب. والحاصل أن عدم بيان أصل الاجل خيانة، وكذا بيان بعضه وإخفاء البعض، ولو فرع على قول الثاني ينبغي أن يحط من الثمن ما يعرف أن مثله في هذا يزاد لاجل الاجل. قيد بكون الاجل مشروطا وقت العقد لانه لو لم يكن مشروط ولكنه معتاد التنجيم فقيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط، وقيل لا لان الثمن حال بالعقد كما لو باعه حالا ومطله إلى شهر فإنه
***
[١٩١]

يرابح بالثمن، وينبغي ترجيح الاول لانها مبنية على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة، وعلى كل من القولين لو لم يكن مشروطا ولا معروفا وإنما أجله بعد العقد لا يلزمه بيانه. وفي الخانية: رجل عليه ألف درهم من ثمن مبيع طالبه الطالب فقال ليس عندي شئ فقال له الطالب اذهب واعطني كل شهر عشرة لم يكن تأجيلا وكان له أن يأخذه بجميع المال حالا اه قوله: (فإن أتلف فعلم لزم بألف درهم ومائة) أي إن أتلفه المشتري حالا ثم علم بالاجل لزمه بكل الثمن حالا لان الاجل لا يقابله شئ من الثمن، كذا في الهداية. وأورد عليه أنه تناقض لانه قال عند قيام المبيع أن الثمن يزداد بالاجل وعند هلاكه قال إنه لا يقابله شئ. وجوابه أن الاجل في نفسه ليس بمال فلا يقابله شئ حقيقة إذا لم يشترط زيادة الثمن بمقابلته قصدا ويزاد في الثمن لاجله إذا ذكر الاجل بمقابلة زيادة الثمن قصدا فاعتبر مالا في المرابحة احترازا عن شبهة الخيانة وليعتبر مالا في حق الرجوع عملا بالحقيقة. والمراد بالاتلاف هلاك المبيع إما بآفة سماوية أو باستهلاك المشتري، ولو عبر بالتلف لكان أولى ليفهم الاتلاف بالاولى قوله: (وكذا التولية) أي هن مثل المرابحة فيما ذكرناه من الخيار عند قيام المبيع، وعدم الرجوع حال هلاكه لابتنائهما على الثمن الاول وينبغي أن يعود قوله وكذا التولية إلى جميع ما ذكره للمرابحة فلا بد من البيان في التولية أيضا في التعييب ووطئ البكر وبدونه في التعيب ووطئ الثيب. وعن أبي يوسف أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما إذا استوفي الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق. وقيل: يقوم بثمن حال ومؤجل فيرجع بفضل ما بينهما، كذا في الهداية. وقال الفقيه أبو جعفر: المختار للفتوى الرجوع بفضل ما بينهما قوله: (ولو ولى رجلا شيأ بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد) أي البيع لجهالة الثمن وكذا لو ولاه بما اشتراه والمرابحة فيهما كالتولية. قوله: (ولو علم في المجلس خير) أي بين أخذه وتركه لان الفساد لم يتقرر فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس. قيد بالمجلس لانه بعد الافتراق عنه يتقرر الفساد فلا يقبل الاصلاح، ونظيره بيع الشئ برقمه إذا علم في المجلس وإنما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم لعلم فيتخير كما في خيار الرؤية. وظاهر كلام المصنف وغيره أن هذا العقد ينعقد فاسدا بعرضية الصحة وهو الصحيح خلافا للمروي عن محمد أنه صحيح له عرضية الفساد، كذا في فتح القدير. وينبغي أن تظهر ثمرة الاختلاف في حرمة مباشرته فعل الصحيح يحرم وعلى الضعيف لا والله سبحانه وتعالى أعلم. وقد ذكر الشارح هنا خيار الغبن فنتتبعه فأقول: معنى الغبن في اللغة قال في الصحاح: غبنه

***

[١٩٢]

في البيع والشراء غبنا من باب ضرب مثل غبنه فانغبن وغبنه أي نقصه، وغبن بالبناء للمفعول فهو مغبون أي منقوص في الثمن أو غيرو الغبينة اسم منه اه. وفي القنية: من اشترى شيأ وغبن فيه غبنا فاحشا فله أن يرده على البائع بحكم الغبن وفيه روايتان، ويفتى بالرد رفقا بالناس. ثم رقم لآخر: وقع البيع بغبن فاحش ذكر الجصاص وهو أبو بكر الرازي في واقعاته أن للمشتري أن يرد وللبائع أن يسترد، وهو اختيار أبي بكر الزرنجري والقاضي الجلال، وأكثر روايات كتاب المضاربة الرد بالغبن الفاحش وبه يفتى. ثم رقم لآخر: ليس له الرد والاسترداد وهو جواب ظاهر الرواية وبه أفتى بعضهم. ثم رقم لآخر: إن غر المشتري البائع فله أن يسترد، وكذا إن غر البائع المشتري له أن يرد، ثم رقم لآخر: قال البائع للمشتري قيمته كذا فاشتراه ثم ظهر أنها أقل فله الرد وإن لم يقل فلا، وبه أفتى صدر الاسلام. ثم رقم لآخر: ولو لم يغره البائع ولكن غره الدلال فله الرد، ولو اشترى فيلق إلا بريسم خارج البلد ممن لم يكن عالما بسعر البلد بغبن فاحش فللبائع أن يرجع على المشتري بالفيلق مثله في حق المشتري. قال لغزال لا معرفة لي بالغزل فأتني بغزل اشتريه فأتى رجل بغزل لهذا الغزال ولم يعلبه المشتري فجعل نفسه دلالا بينهما واشترى ذلك الغزل له بأزيد من ثمن المثل وصرف المشتري بعضه إلى حاجته، ثم علم بالغبن وبما صنع فله أن يرد الباقي بحصته من الثمن. قال رضي الله تعالى عنه: والصواب أن يرد الباقي ومثل ما صرف إلى حاجته وليسترد جميع الثمن كمن اشترى بيتا مملوأ من بر فإذا فيه دكان عظيم فله الرد وأخذ جميع الثمن قبل إنفاق شئ من عينه وبعده يرد الباقي ومثل ما أنفق ويسترد الثمن، كذا ذكره أبو يوسف ومحمد اه. فقد تحرر أن المذهب عدم الرد بغبن فاحش ولكن بعض مشايخنا أفتى بالرد به. وفي خزانة الفتاوي: خدع بغبن فاحش فالمذهب ليس له الرد، وقال أبو بكر الزرنجري: يفتى بالرد اه. وبعضهم أفتى به ان غره الآخر، وبعضهم أفتى بظاهر الرواية من

***

[١٩٣]
عدم الرد مطلقا. وفي الصيرفية: اختار عماد الدين الرد بالغبن الفاحش إذا لم يعلم به المشتري. وكذا في واقعات الجصاص وعليه أكثر روايات المضاربة وبه يفتى، واختاره النسفي وأبو اليسر البزدوي. وقال الامام جمال الدين جدي: إن غره فله الرد وإلا فلا. والصحيح أن ما يدخل تحت تقويم المقومين فيسير وما لا ففاحش اه. وكما يكون المشتري مغبونا مغرورا يكون البائع كذلك كما في فتاوي قارئ الهداية. فصل في بيان التصرف في المبيع والثمن قبل قبضه والزيادة والحط فيهما وتأجيل الديون قوله: (صح بيع العقار قبل قبضه) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا يجوز لاطلاق الحديث وهو النهي عن بيع ما لم يقبض، وقياسا على المنقول وعلى الاجارة. ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول، والغرر المنهي غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة، قيل على هذا الاختلاف. ولو سلم فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر وهو الصحيح، كذا في الفوائد الظهيرية. وعليه الفتوى كذا في الكافي، وفي الخانية: لو اشترى أرضا فيها زرع بقل ودفعها إلى البائع معاملة بالنصف قبل القبض لا يجوز لانه آجر الارض، فإن دفع الارض معاملة يكون استئجار للعامل ولا يكون إجارة، وإنما لا يجوز لكونه باع نصف الزرع قبل القبض. أطلقه وهو مقيد بما إذا كان لا يخشى إهلاكه، أما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجز بيعه كالمنقول، ذكره المحبوبي. وفي الاختيار: حتى لو كان على شط البحر أو كان المبيع علو ألا يجوز بيعه فبل القبض وفي البناية إذا كان في موضع لا يأمن أن يصير بحرا أو تغلب عليه الرمال لم يجز. وإنما عبر بالصحة دون النفاذ أو اللزوم
***
[١٩٤]
لان النفاذ واللزوم موقوفان على نقد الثمن أو رضا البائع وإلا فللبائع إبطاله، وكذا كل تصرف يقبل النقض إذا فعله المشتري قبل القبض أو بعده بغير إذن البائع فللبائع إبطاله بخلاف ما لا يقبل النقض كالعتق والتدبير والاستيلاد كما قدمناه. قيد بالبيع لانه لو اشترى عقارا فوهبه قبل القبض من غير البائع يجوز عند الكل، كذا في الخانية. قوله: (لا بيع المنقول) أي لا يصح لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك. قيد بالبيع لان هبته والتصدق به وإقراضه من غير البائع جائز عند محمد وهو الاصح خلافا لابي يوسف وإما كتابة العبد المبيع قبل القبض موقوفة وللبائع حبسه بالثمن وإن نقده نفذت، كذا ذكر الشارح ولا خصوصية لها بل كل عقد يقبل النقض فهو موقوف كما قدمناه. وأما تزويج الجارية المبيعة قبل قبضها فجائز لان الغرر لا يمنع جوازه بدليل صحة تزويج الآبق. وأما الوصية به قبل القبض فصحيحة اتفاقا لانها أخت الميراث، ولو زوجها قبل القبض ثم فسخ البيع انفسخ النكاح على قولابي يوسف وهو المختار كما في الولوالجية. وأطلق البيع فشمل الاجارة لانها بيع المنافع والصلح لانه بيع قالوا: ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز إجارته، ولا يجوز بيع الاجرة العين قبل القبض لانها بمنزلة المبيع. وأراد بالمنقول المبيع المنقول فجاز بيع غيره كالمهر وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح على دم العمد، والاصل كما في الايضاح أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل قبضه فالتصرف فيه غير جائز وما لا فجائز. وأطلق في منع البيع فشمل ما إذا باعه من بائعه قبل القبض لم يصح ولا ينتقض البيع الاول بخلاف ما إذا وهبه منه وقبلها فإنه ينتقض لان الهبة مجاز عن الاقالة بخلاف البيع. وفي الخانية: اشترى عبدا وقبضه ثم تقايلا البيع ولم يتقابضا حتى اشتراه من البائع جاز شراؤه ولو باعه البائع بعد الاقالة من غير المشتري لا يجوز بيعه اه. وهذا كله في تصرف المشتري في المبيع قبل قبضه، فإن تصرف فيه البائع قبل قبضه فهو على وجهين: إما أن يكون بأمر المشتري أو بغير أمره. فإن كان الاول ذكر في الخانية: رجل اشترى عبدا ولم يقبضه فأمره أن يهبه من فلان ففعل البائع ذلك ودفعه إلى الموهوب له جازت الهبة وصار المشتري قابضا، وكذا لو أمر البائع أن يؤاجره فلانا معينا أو غير معين ففعل جاز وصار المستأجر قابضا للمشتري أولا ثم يصير قابضا لنفسه، والاجر الذي يأخذه البائع من المستأجر يحسبه من الثمن إن كانه من جنسه، وكذا لو أعار العبد البائع
***
[١٩٥]
من رجل قبل التسليم إلى المشتري أو وهب أو رهن فأجاز المشتري ذلك جاز ويصير قابضا اه. ثم قال: اشترى ثوبا ولم يقبضه ولم

ينقد الثمن ثم قال للبائع لا أئتمنك عليه ادفعه إلى فلان يكون عنده حتى أدفع إليك الثمن فدفعه البائع إلى فلان فهلك من يده كان الهلاك على البائع لان المدفوع إليه يمسكه للثمن لاجل البائع فتكون يده كيد البائع، ولو أمر المشتري البائع بوطئ الجارية أو بأكل الطعا ففعل كان فسخا للبيع لان لار يصلح نائبا عن المشتري في ذلك فكان مجازا عن الفسخ ليكون واطئا وآكلا مال نفسه. وأما الآمر بالبيع فعلى ثلاثة أوجه: إن قال البائع بعه لنفسك فباعه كان فسخا، وإن قال بعه لي لا يجوز البيع ولا يكون فسخا، ولو قال بعه أو بعه ممن شئت فباعه كان فسخا وجاز البيع الثاني للمأمور في قول محمد. وقال أبوحنية: لا يكون فسخا وهو كقوله بعه لي. ولو اشترى ثوبا أو حنطة فقال لبائع بعه قال الشيخ الامام أو بكر محمد بن الفضل: إن كان ذلك قبل قبض المشتري وقبل الرؤية يكون فسخا، وإن لم يقل البائع نعم لان المشتري ينفرد بالفسخ في خيار الرؤية. وإن قال بعه لي أي كن وكيلا في الفسخ فما لم يقبل البائع ولم يقل نعم لا يكون فسخا، وإن كان ذلك بعد القبض والرؤية لا يكون فسخا ويكون وكيلا بالبيع سواء قال بعه أو بعه لي اه. وأما إذا كان بغير أمره ولم يلحقه إجازة فذكر في الخانية: رجل اشترى عبدا بألف ولم يقبضه حتى رهنه البائع أو آجره أو أودعه فمات انفسخ البيع ولا يضمن المشتري أحدا من هؤلاء لانه إن ضمنهم رجعوا على البائع، ولو أعاده أو وهبه فمات عند المستعير أو الموهوب له أو أودعه فاستعمله المودع فمات من ذلك كان للمشتري الخيار إن شاء أمضى البيع وضمن المستعير والمودع والموهوب له وإن شاء فسخ البيع لانه لو ضمن هؤلاء ليس للضامن أن يرجع على البائع. ولو باعه البائع فمات عند المشتري الثاني من عمله أو من غير عمله المشتري الاول بالخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء ضمن المشتري الثاني ثم يرجع المشتري الثاني على البائع بالثمن إن كان نقده الثمن والإ لم يرجع. ولو أمر البائع رجلا فقتله كان للمشتري أن يضمن القاتل قيمته لانه ءذا ضمن لم يرجع على البائع، وإن أمر البائع رجلا بذبح الشاة فذبحها إن كان الذابح يعلم بالبيع فللمشتري تضمينه ولا رجوع له اه. قوله: (ولو اشترى مكيلا كيلا حرم بيعه وأكله حتى يكيله) أي حتى يعيد كيله لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري، ولانه يحتمل أن

***

[١٩٦]

يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه. قيد بقوله كيلا أي بشرط الكيل لانه لو اشتراه مجازفة لا يحرم البيع والاكل قبل الكيل لان الكل له. ولم يذكر المؤلف فساد البيع ونص في الجامع الصغير على فساده لان سبب النهي أمر راجع إلى المبيع ولكن النص إنما هو في البيع فألحقوا به منع الاكل قبل الكيل وكل تصرف يبنى على الملك كالهبة والوصية، وألحقوا بالمكيل الموزون. وفي فتح القدير: وينبغي إلحاق المعدود الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض إذا اشترى بالعدد وبه قال أبو حنيفة في أظهر الروايتين عنه فأفسد البيع قبل العد اه. ولا يلزم من حرمة أكله قبل الاعادة كون الطعام حراما فقد نص في الجامع الصغير أنه لو أكله وقدذ قبضه بلاكيل لا يقال إنه أكل حراما لانه أكل ملك نفسه إلا أنه يأثم لتركه ما أمر به من الكيل فكان هذا الكلام أصلا في سائر المبيعات بيعا فاسدا إذا قبضها فملكها فأكلها، وتقدم أنه لا يحل أكل ما اشتراه فاسدا وهذا يبين أن ليس كل ما لا يحل أكله إذا أكله أن يقال فيه أكل حراما، كذا في فتح القدير. وقد ليس يقال هذا كأكل المبيع بيعا فاسدا فلتعلق حق البائع بجميع المبيع ووجوب فسخه، وأما هنا فلا يملك البائع الفسخ ولم يتعلق حق البائع إلا بالزيادة الموهومة فيمكن أن يقال في المبيع فاسدا أكل حراما، ولكن رأيت في الخلاصة في الايمان من الثاني عشر في الاكل قال وفي فوائد شمس الائمة الحلواني: لو أكل من الكرم الذي دفع معاملة وهو قدحلف لا يأكل حراما لا يحنث، أما عندهما لا يشكل، وعند أبي حنيفة كذلك لان ذلك عقد فاسد عنده فقد أكل ملك نفسه اه. فالحق ما في فتح القدير وإنما ذكر المؤلف كيل المشتري وحده دون كيل البائع مع أن الحديث اشتراط الصاعين لان صاع البائع ليس بلازم لكل بيع لان البائع إذا ملكه بالارث أو المزارعة أو كان شراؤه مجازفة أو استقرض حنطة على أنها كر ثم باعها فالحاجة إلى كيل المشتري وإن كان الاستقراض تمليكا بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية حكما لان ما يرده عين المقبوض حكما ولهذا لم يجب قبض بذله في مال الصرف فكان تمليكا بلا عوض حكما. ولو

***

[١٩٧]

اشترى مكايلة ثم باع مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه. وفي نوادر

ابن سماعة: يجوز وإنما يحتاج إلى كيل البائع إذا كان البائع اشتراه مكايلة. وظاهر كلام المصنف يدل على أن كيل البائع لا يكفي عن كيل المشتري وهو محمول على ماذا كاله البائع قبل البيع مطلقا أو بعده في غيبة المشتري، أما إذا كاله في حضرته فإنه يغني عن كيله وهو الصحيح لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم، ومجمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما تبين في السلم إن شاء الله تعالى، كذا في الهداية. ومن هنا ينشأ فرع وهو ما لوكيل طعام بحضرة رجل ثم اشتراه في المجلس ثم باعه مكايلة قبل أن يكّاله بعد شرائه لا يجوز هذا البيع، سواء اكّاله للمشتري منه أو لا، لانه لما لم يكّل بعد شرائه هو لم يكن قابضا فبيعه بيع ما لم يقبض، كذا في فتح القدير قوله: (ومثله الموزون والمعدود) أي مثل المكيل شراء الموزون وزنا والمعدود عددا فلا يجوز البيع والاكل حتى يعيد الوزن والعد وهو مقيد بغير الدراهعم والدنانير أما هما فيجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن، كذا في الايضاح. وقيد بالمبيع لما في المحيط: لو كان المكيل أو الموزون ثمنا يجوز التصرف فيه قبل الكيل والوزن لانه إذا جاز قبل القبض فقبل الكيل أولى. وهذا كله في غير بيع التعاطي، أما هو فقال في القنية: ولا يحتاج في بيع التعاطي في الموزونات إلى وزن المشتري ثانيا لانه صار بيعا بالقبض بعد الوزن اه. وفي الخلاصة: وعليه الفتوى. قوله: (لا المذروع) أي لا يحرم بيعه والتصرف فيه قبل إعادة الذرع بعد القبض وإن كان اشتراه بشرط الذرع لانه الزيادة له إذ الذرع وصف في الثوب واحتمال النقص إنما يوجب خياره وقد أسقطه ببيعه بخلاف القدر، وظاهر كلامهم أنه لو أفرد لكل ذراع ثمنا صار كالموزون وقد صرح به العيني في شرح الكنز قوله: (وصح التصرف في الثمن قبل قبضه) لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع، كذا في الهداية. وظاهره أنه مخصوص بما لا يتعبن والحكم أعم منه ولذا قال في فتح القدير: سواء كان مما يتعين أو لا سوى بدل الصرف والسلم لان للمقبوض حكم عين المبيع

***

[١٩٨]

في السلم والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز، وكذا في الصرف وأيده السمع إلى آخره. وأطلق التصرف قبل قبضه لقيام المطلق فشمل البيع والهبة والاجارة والوصية وتمليكه ممن عليه بعوض وغير عوض إلا تمليكه من غير من هو عليه فإنه لا يجوز. وأشار المؤلف بالثمن إلى كل دين فيجوز التصرف في الديون كلها قبل قبضها ما المهر والاجارة وضمان المتلفات سوى الصرف والسلم ما قدمناه، وأما التصرف في الموروث والموصى به قبل القبض فقدمنا جوازه قوله: (والزيادة فيه) أي صحت الزيداة في الثمن قوله: (والحط منه) أي من الثمن ويلتحقان بأصل العقد عندنا، وعند زفر يلتحقان وإنما يصحان على اعتبار ابتداء الصلة لانه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق بأصل العقد، وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ. ولنا أنهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه رابحا أو خاسرا أو عدلا. ولهما ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية لتغيير فصار كما إذا اسقطا الخيار أو شرطاه بعد العقد، وإذا صح ليلتحق بالعقد لان وصف الشئ يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه ولذا قيد بقوله منه لاخراج حط الكل، وفائدة الالتحاق تظهر في مسائل: الاولى التولية. الثانية المرابحة فيجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي بعد المحطوط. الثالثة الشفعة حتى يأخذ الشفيع بما بقي في الحط، وإنما كان له أن يأخذ بدون الزيادة لما فيها من إبطال حقه الثابت فلا يملكانه. الرابعة في الاستحقاق حتى يتعلق الاستحقاق بالجميع فيرجع المشتري على البائع بالكل ولو أجاز المستحق البيع أخذ الكل. الخامسة في حبس المبيع فله حبسه حتى يقبض الزيادة. السادسة

***

[١٩٩]

في فساد الصرف بالحط أو الزيادة للربا كأنهما عقداه متفاضلا ابتداء. ومنع أبو يوسف صحة الزيادة فيه والحط ولم يبطل البيع، ووافقه محمد في الزيادة وجوز الحط على أنه هبة مبتدأة، كذا في الخلاصة. ولم يذكر المصنف شرط صحة الزيادة في الثمن وشرط لها في الهداية بقاء المبيع فلا يصح بعد هلاك المبيع في ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشئ يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استنادا اه. بخلاف الزيادة في المبيع فإنها جائزة بعد هلاكه لانها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم، كذا في الخلاصة. وفي الخلاصة أيضا: وشرطها في الثمن من الشترين بقاء المبيع وكونه محلا للمقابلة في حق المشتري حقيقة، ولو كانت جارية فأعتقها أو دبرها أو استولدها أو كاتبها أو باعها من غيره بعد القبض ثم زاد في الثمن لا يجوز،

والمذكور في الكتاب قولهما وهما رويا عنأبي حنيفة أنه يجوز. ولو أجرها أو رهنها أو اشترى شاة فذبحها ثم زاد في الثمن جاز بخلاف ما إذا ماتت الشاة ثم زاد في الثمن فإنه لا يجوز لانها لم تبق محلاف للبيع بخلاف الاول حيث قام الاسم والصورة وبعض المنافع، وجملة هذا في كتاب نظم الزندوستي قال: أحد عشر شيأ إذا فعل المشتري ثم زاد في الثمن لا يصح: أولها إذا كانت حنطة فطحنها أو دقيقا فخبزه أو لحما فجعله قلية أو سكباجة أو جعله إربا إربا أو كان عبدا فأعتقه أو كاتبه أو دبره أو استولد الجارية أو قطنا فغزله أو غزلا فنسجه. الحادي عشر أو كانت جارية فماتت ولو فعل اثنتي عشر ثم زاد يجوز أولها المبيع لو كانت شاة فذبحها. وإن كان قطنا محلوجا فندفه أو غير محلوج فحلجه أو كرباسا فخاطه خريطة من غير أن يقطعه أو حديدا فجعله سيفا أو كانت جارية فرهنها أو أجرها أو كانت خرابة بناها أو آجرها أو أجر الارض ثم زاد في الثمن. ومنها إذا باعها ثم إن المشتري الثاني لقي البائع الاول فزاد في الثمن جاز. ومنها المزارع إذا زاد رب الارض السدس في نصيبه والبذر منه قبل أن يستحصده جاز وبعده لا، الكل في النظم اه. وفي تلخيص الجامع من باب ما يمنع الزيادة في الثمن: تلحق العقد مغيرا وصفه لا أصله حذار اللغو كالخيار بعد ما زاد الاصل ولدا ٢ (٢١٢) وار وكذا قوله وتمامه فيه، ولو عبر

***

[٢٠٠]

باللزوم بدل الصحة لكان أولى لانها لازمة حتى لو ندم المشتري بعد ما زاد يجبر إذا امتنع كما في الخلاصة. وأطلقها فشمل ما إذا كانت من جنس الثمن أو من غيره وما إذا كانت في مجلس العقد أو بعد مدة كما في الخلاصة. وترك قيدا لا بد منه وهو قبول البائع في المجلس حتى لو زاده فلم يقبل حتى تفرقا بطلت، كذا في الخلاصة. وأطلق فيمن زاد فشمل المشتري ووارثه فتصح الزيادة من الورثة كما تصح من العاقدين، كذا في الخلاصة. وهو شامل للزيادة في المبيع أيضا لكن يرد عليه الزيادة من الاجنبي وحاصلها كما في الخلاصة معزيا إلى الجامع الكبير: لوزاد الاجنبي فإن زاد بأمر المشتري يجب على المشتري لا على الاجنبي كالصلح، وإن زاد بغير أمره فإنه أجازه المشتري لزمته، وإن لم يجز بطلت الزيادة. ولو كان حين زاد ضمن عن المشتري أو أضافها إلى مال نفسه لزمته الزيادة، ثم إن كان بأمر امشتري رجع وإلا فلا، وأما الحط فأنه جائز في جميع المواضع في موضع تجوز الزيادة وفي موضع لا تجوز اه. وأما الزيادة في المهر فشرطها بقاء المرأة فلو زاد فيه بعد موتها لم تصح، وأما الزيادة بعد طلاقها أو عتقها لو كانت أمة فقدمنا أحكامها في المهر، وأما الزيادة في الاجرة بعد استيفاء بعض المعقود عليه فغير صحيحة وتجوز الزيادة في العين والمدة، كذا في القنية. وأما الزيادة في الرهن فسيأتي أنها صحيحة في الرهن لا في الدين. وفي الخيانة من كتاب المزارعة: لو زاد أحدهما في نصيب الآخر إن كان قبل إدراك الزرع جاز مطلقا، وإن كان بعده جاز من الذي لا بذر له لانه حط ولا يجوز من البذر منه لانه زيادة وشرطها قيام السلعة اه. قوله: (والزيادة في المبيع) أي وصحت ولزم البائع دفعها بشرط قبول المشتري وتلتحق أيضا فيصير لها حصة من الثمن حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شئ بهلاكها قبل القبض، وكذا إذا زاد في الثمن عرضا كما لو اشتراه بمائة وتقابضا ثم زاده المشتري عرضا قيمته خمسون وهلك العرض قبل التسليم ينفسخ العقد في ثلاثة، كذا في القنية. وقدمنا أنه لا يشترط فيها قيام المبيع فتصح بعد هلاكه بخلاف الزيادة في الثمن وقد ذكر الزيادة في المبيع ولم يذكر الحط وذكرهما في الثمن فظاهره عدم صحة الحط من المبيع. وصر في المحيط بأن المبيع إن كان دينا يصح الحط منه، وإن كان عينا لم يصح الحط منه لانه إسقاط وإسقاط العين لا يصح ا ه. قيد

***

[٢٠١]

بالمبيع لان الزيادة في الزوجة كما إذا زوجه أمة فزاده أخرى لم يصح بخلاف الزيادة في المهر وأطلق في الحط من الثمن فشمل ما إذا كان قبل قبضه أو بعده فإذا حط عنه بعد ما أوفاه الثمن أو أبرأه فقال في الذخيرة: لو ذهب بعض الثمن من المشتري قبل القبض أو أبرأه عن القبض فهو حط، وإن كان بعد القبض ثم حط البعض أو وهبه صح ووجب على البائع مثل ذلك للمشتري، ولو أبرأه عن البعض بعد القبض لا يصح وكايجب أن لا تصح الهبة والحط بعد القبض أيضا كالابراء لان المشتري قد برئ من الثمن بالايفاء والهبة والحط لم يصادف دينا قائما في ذمة المشتري. والجواب أن الدين باق في ذمة المشتري بعد القضاء لانه لم يقض عين الواجب حتى لا يبقى في الذمة إنما قضى مثله فبقي ما في ذمته على حاله إلا أن المشتري لا يطالب به لان له مثل ذلك على البائع بالقضاء،

فلو طالب البائع المشتري بالثمن كان للمشتري أن يطالب البائع أيضا فلا تفيد مطالبة كل واحد منهما صاحبه، فعلم أن الثمن باق في ذمة المشتري بعد القضاء والهبة والحط صادف دينا قائما في ذمة المشتري بعد القضاء. وإنما لم يصح الابراء لان الابراء على نوعين: براءة قبض واستيفاء وبراءة إسقاط. فإذا أطلق حمل على الاول لانه أقل كأنه نص عليه وقال أبرأتك براءة قبض واستيفاء وفيه لا يرجع. ولو قال أبرأتك براءة إسقاط صح ووجب على البائع رد ما قبض من المشتري بخلاف الهبة والحط لا يتنوع إلى نوعين وإنما هي اسقاط، وإذا وهب كل الدين أو حط أو أبرأه منه فهو على ما كرنا. هذا جملة ما أورده شيخ الاسلام في شرح كتاب الشفعة وفي شرح كتاب الرهن. وذكر شمس الائمة السرخسي في الباب الثاني في شرح كتاب الرهن أن الابراء المضاف إلى الثمن بعد الاستيفاء صحيح حتى يجب على البائع رد ما قبض من المشتري وسوى بين الابراء والهبة والحط فيتأمل عند الفتوى. واختلفوا فيما إذا أبرأه لم يعين أنها إسقاط أو استيفاء. فإن قلت: هل لبقاء الدين بعد ايفائه فائدة أخرى؟ قلت: نعم لو كان بالدين رهن ثم قضاه الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك بالدين ووجب عليه رد المقبوض بخلاف ما لو أبرأه ثم هلك. قال الزيلعي في بابه: والفرق أن الابراء يسقط به الدين أصلا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب للدين وقد كتبنا في الفوائد الفقهية من كتاب
***
[٢٠٢]
المدانيات له فائدتين أيضا قوله: (ويتعلق الاستحقاق بكله) أي بكل ما وقع العقد عليه وبالزيادة فلا يطالب المشتري بالمبيع حتى يدفع الزيادة وللبائع حبسه حتى يقبضها، وإذا استحق المبيع رجع المشتري على بائعه بالكل، وإذا أجار المستحق استحق الكل، وإذا رد المبيع بعيب أو خيار شرط أو رؤية رجع المشتري على بائعه بالكل. وفي فتاوي قاضيخان من الشفعة: الوكيل بالبيع إذا باع الدار بألف ثم إن الوكيل حط عن المشتري مائة من الثمن صح حطه ويضمن قدر المحطوط للآمر ويبرأ المشتري عن المائة ويأخذ الشفيع الدار بجميع الثمن لان حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد ا ه. قوله: (وتأجيل كل دين إلا القرض) أي صح لان الدين حقه فله أن يؤخره، سواء كان ثمن مبيع أو غيره تيسيرا على من عليه ألا ترى أنه يملك ابراءه مطلقا فكذا مؤقتا. ولا بد من قبوله ممن عليه الدين فلو لم يقبله بطلب التأخير فيكون حالا، كذا ذكره الاسبيجابي. ويصح تعليق التأجيل بالشرط فلو قال رب الدين لمن عليه ألف حالة إن دفعت إلي غدا خمسمائة فالخمسمائة الاخرى مؤخرة عنك إلى سنة فهو جائز، كذا في الذخيرة. وإنما لا يؤجل القرض لكونه إعارة وصله في الابتداء حتى يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالصبي والوصي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة إذ لا جبر في التبرع، وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا، ومرادهم من الصحة اللزوم ومن عدم صحته في القرض عدم اللزوم. وأطلقه فشمل ما إذا أجله بعد الاستهلاك أو قبله هو الصحيح، وليس من تأجيل القرض تأجيل بدل الدراهم أو الدنانير المستهلكة إذ باستهلاكها لا تصير قرضا، والحيلة في لزوم تأجيل القرض أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل
***
[٢٠٣]
المحال عليه فيلزم حينئذ، كذا في فتح القدير. وإذا لزم فإن كان للمحيل على المحال عليه دين فلا إشكال وإلا أقر المحيل بقدر المحال به للمحال عليه مؤجلا إليه. أشار في المحيط وفي الظهيرية القبض المجحود يجوز تأجيله. وفي القنية من كتاب المداينات: قضى القاضي بلزوم الاجل في القرض بعد ما ثبت عنده تأجيل القرض معتمدا على قول مالك وابن أبي ليلى يصح ويلزم الاجل. وفي تلخيص الجامع من كتاب الحوالة: لو كفل بالحال مؤجلا تأخر عن الاصيل وإن كان قرضا لان الدين واحد وهي حيلة تأجيل القرض إذ يثبت ضمنا م يمتنع قصدا كبيع الشرب والطريق، ولا يلزم ما أجل بعد الكفلة إذ موضوعها أن يضيف إلى اللازم بالكفالة إلا الدين حتى لو عكس تأخر عن الاصيل أيضا حذ والابراء ا ه. ولم يستثن المصنف رحمه الله تعالى من عدم صحة تأجيل القرض شيأ واستثنى منه في الهداية ما إذا أوصى أن يقرض مما له ألف درهم فلانا إلى سنة حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي اه. ولا ينحصر في هذه الصورة بل كذلك إذا كان له قرض على إنسان فأوصى أن يؤجل سنة صح ولزم كما في القنية. وقد كتبنا في الفوائد الفقهية أن المستثنى لا ينحصر في القرض بل كذلك لا يصح تأجيل

الدين في صور: الاولى لو مات المديون وحل المال أجل الدائن وأرثه لم يصح لان الدين في الذمة وفائدة التأجيل أن يتجر فيؤدي الثمن من نماء المال، فإذا مات من له الاجل تعين المتروك لقضاء الدين فلا يفيد التأجيل، كذا في الخلاصة، وظاهره أنه في كل دين. وذكره في القنية في القرض. الثانية أجل المشتري الشفيع في الثمن لم يصح كما سيأتي فيها وهو مذكور في القنية. وفي الخلاصة: بموت البائع لا يبطل الاجل ويبطل بموت المشتري. الثالثة تأجيل ثمن المبيع عند الاقالة لا يصح كما قدمناه عن القنية. والحاصل أن تأجيل الدين على ثلاثة أوجه: باطل وهو تأجيل بدلي الصرف والسلم، وصحيح غير لازم وهو القرض والدين بعد الموت وتأجيل الشفيع وثمن المبيع بعد الاقالة، ولازم فيما عدا ذلك. قال قاضيخان في فتاواه: المديون قال برئت من الاجل أو لا حاجة لي في الاجل لهذا الدين لم يكن إبطالا للاجل، ولو قال أبطلت الاجل أو قال تركته صار حالا، والمديون إذا قضى الدين قبل حلول الاجل فاستحق المقبوض من القابض أؤو وجده زيوفا فرده كان الدين عليه إلى أجله، ولو اشترى من مديونه شيأ بالدين وقبضه ثم تقايلا البيع لا يعود الاجل، ولو
***
[٢٠٤]
وجد بالمبيع عيبا فرده بقضاء عاد الاجل، ولو كان بهذا الدين المؤجل كفيل لا تعود الكفالة في الوجهين ا ه. وفي الخلاصة: ا ه. وإبطال الاجيبطل بالشرط الفاسد ولو قال كلما دخل نجم ولم يؤدي فالمال حال صح والمال يصير حالا تتمة في مسائل القرض. قال في المحيط: ويجوز القرض فيما هو من ذوات الامثال كالمكيل والموزون والعددي المتقارب كالبيض والجوز لان القرض مضمون بالمثل، ولا يجوز في غير المثلي لانه لاة يجب دينا في الذمة ويملكه المستقرض بالقبض كالصحيح، والمقبوض بقرض فاسد يتعين للرد، وفي القرض الجائز لا يتعين بل يرد المثل وإن كان قائما. وعن أبي يوسف ليس له إعطاء غيره إلا برضاه وعارية ما جاز قرضه قرض وما لا يجوز قرضه عارية، ولا يجوز قرض جر نفعا بأن أقرضه دراهم مكسرة بشرط رد صحيحة أو أقرضه طعاما في مكان بشرط رده في مكان آخر، فإن قضا أجود بلا شرط جاز ويجبر الدائن على قبول الاجود وقيل لا، كذا في المحيط. وفي الخلاصة: القرض بالشرط حرام والشرط ليس بلازم بأن يقرض على أن يكتب إلى بلد كذا حتى يوفي دينه ا ه. وفي المحيط: ولا بأس بهدية من عليه القرض والافضل أن يتورع إذا علم أنه إنما يعطيه لاجل القرض أو أشكل، فإن علم أنه يعطيه لا لاجل القرض بل لقرابة أو صداقة بينهما لا يتورع، وكذا لو كان المستقرض معروفا بالجود والسخاء جاز. ولا يجوز قرض مملوك أو مكاتب درهما فصاعدا لان فيه معنى التبرع. ولو اشترى بقرض له عليه فلوسا جاز ويشترط قبضها في المجلس، ولو أمر المقرض المستقرض أن يصارف بماله عليه لم يجز عند أبي حنيفة خلافا لهما وهي مسألة أسلم مالي عليك. ولو دفع المستقرض إلى المقرض دراهم ليصرفها بدنانير ويأخد حقه منه فهو وكيل وأمين، فلو تلفت قبل أن يستوفي دينه لا يبطل دينه. وبيع الدين بالدين جائز إذا افترقا عن قبضهما
***
[٢٠٥]
في الصرف أو عن قبض أحدهما في غير الصرف. ولو اشترى المستقرض الكر القرض من المقرض جاز ويشترط قبض ثمنه في المجلس، فإن أدى الثمن فوجد بالكر عيبا رده أو
***
[٢٠٦]
رجع بنقصان العيب، ولو اشترى ما عليه بكر مثله جاز إن كان عينا ولا يجوز إن كان دينا، فلو وجد بالمقروض عيبا لم يرجع بنقصان العيب. ولو اشترى المستقرض كر المقرض بعينه لم يجز لانه ملكه إلا في رواية عن أبي يوسف. ولو باعه من المقرض جاز ولا ينفسخ القرض ا ه. وفي القنية من باب القروض: شراء الشئ اليسير بثمن غال إذا كان له حاجة إلى القرض يجوز ويكره. استقرض عشرة دراهم فأرسل عبده ليأخذها من المقرض فقال المقرض دفعته إليه وأقر العبد به وقال دفعتها إلى مولاي وأنكر المولى قبض العبد العشرة فالقول له ولا شئ عليه، ولا يرجع المقرض على العبد لانه أقر أنه قبضها بحق. استقراض الدقيق وزنا يجوز والاحتياط أن يبرئ كل صاحبه والجواز رواية عن أبي يوسف، ورواية الاصل بخلافه. استقراض الحنطة وزنا يجوز، وعنهما خلافه. بخاري استقرض من سمرقندي حنطة بسمرقند ليدفعها ببخاري ليس له المطالبة إلا بسمرقند، وفي استقراض السرقين اختلاف المشايخ بناء على أنه مثلي أو قيمي. واستقراض العجين في بلادنا وزنا يجوز لا جزافا، ولم يتعرض لاستقراض الخميرة وينبغي الجواز عن غير وزن، وسئل النبي

صلى الله عليه وسلم عن خميرة يتعاطاها الجيران أيكون ربا؟ فقال: ما رآه المسلمون حسنا فهو حسن عند الله وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح. أنفق من قصاب لحوما ولم يذكر أنه قرض أو شراء فذلك قرض فاسد يملكه
***
[٢٠٧]
بالقبض ولا يحل أكله القرض الفاسد يفيد عند القبض الملك يعطيه مديونه حنطة ينفقها ويحسبانها فله إنفاقها وتكون قرضا. والدبس من ذوات القيم فينبغي أن لا يجوز استقراضه. عشرون رجلا جاؤا واستقرضوا من رجل وامروه أن يدفعها الدراهم إلى واحد منهم فدفع ليس له أن يطلب منه إلا حصته، وحصل بهذا رواية مسألة أخرى أن التوكيل بقبض القرض يصح وإن لم يصح التوكيل بالاستقراض ا ه. والله أعلم. باب الربا وجه مناسبته للمرابحة أن في كل منهما زيادة إلا أن تلك حلال وهذه حرام والحل هو الاصل في الاشياء فقدم ما يتعلم بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه. والربا بكسر الراء وفتحها خطأ. وفي المصباح: الربا بالفضل والزيادة وهو مقصور على الاشهر، ويثنى ربوان بالواو على الاصل وقد يقال ربيان على التخفيف، وينسب إليه على لفظه فيقال ربوي، قاله أبو عبيد وغيره. وزاد المطرزي فقال: الفتح في النسبة خطأ ا ه. وليس المراد مطلق الفضل بالاجماع فإن فتح الاسواق في سائر بلاد المسلمين للاستفضال والاسترباح وإنما المراد فضل مخصوص فلذلك عرفه شرعا بقوله قوله: (فضل مال بلا عوض في معاوضة ما بمال) أي فضل أحد المتجانسين على الآخر بالعيار الشرعي أي الكيل والوزن ففضل قفيزي شعير على قفيزي بر لا يكون ربا، وكذا فضل عشرة أذرع من ثوب هروي على خمسة منه. وقيد بقوله بلا عوض أي خال عنه ليخرج بيع كربوكر شعير بكري بروكري شعير فإن للثاني فضلا على الاول لكنه غير خال عن العوض لصرف الجنس إلى خلاف جنسه. وقيد المعاوضة لان الفضل الخالي عن العوض الذي في الهبة ليس بربا. وترك المصنف قيدا لا بد منه وهو أن يكون الفضل
***
[٢٠٨]
الخالي مشروطا في العقد لاحد المتعاقدين. وقيد قيده به في الوقاية وقال شارحها: إنما قيد به لانه لو شرط لغيرهما لا يكون ربا. وفي البناية قال علماؤنا: هو بيع فيه فضل مستحق لاحد المتعاقدين خال عما يقابله من عوض شرط في هذا العقد، وعلى بهذا سائر أنواع البيوع الفاسدة من قبيل الربا. وفي الذخيرة من كتاب المداينات من الفصل الثاني عشر في المتفرقات قال محمد: إذا اشترى الرجل من آخر عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم فزاد عليها دانقا فوهبه دانقا ولم يدخله في البيع إن لم يكن مشروطا في الشراء لا يفسد الشراء لانه إذا وهب الدانق منه انعدم الربا قالوا: إنما تصح هبة الدانق إذا كانت الدراهم بحيث ضرها الكسر لانها حينئذ هبة مشاع فيما لا يحتمل القسمة ا ه. وفي جمع العلوم: الربا شرعا عبارة عن عقد فاسد وإن لم يكن فيه زيادة لان بيع الدرهم بالدرهم نسيئة ربا وإن لم يتحقق فيه زيادة ا ه. ولا يرد على المصنف ما في جمع العلوم من ربا النسيئة لان فيه فضلا حكميا والفضل في عبارته أعم منه ومن الحقيقي، وظاهر ما في جمع العلوم وغيره أن المشتري يملك الدرهم
***
[٢٠٩]
الزائد إذا قبضه فيما إذا اشترى درهمين بدرهم فإنهم جعلوه من قبيل الفاسد، وهكذا صرح به الاصوليون في بحث النهي فقالوا: إن الربا وسائر البيوع الفاسدة من قبيل ما كان مشروعا بأصله دون وصفه. وفي كتاب المداينات من القنية قال أستاذنا: وقعت واقعة في زماننا أن رجلا كان يشتري الذهب الردئ زمانا الدينار بخمسة دوانق ثم تنبه فاستحل منهم فأبرؤه عما بقي لهم عليه حال كون ذلك مستهلكا فكتبت أنا وغيري أنه يبرأ. أو كتب ركن الدين الزانخاوي الابراء لا يعمل في الربا لان رده لحق الشرع وقال: أجاب به نجم الائمة الحكيمي معللا بهذا التعليل وقال: هكذا سمعته عن ظهير الدين المرغيناني. قال رضي الله عنه: فقرب من ظني أن الجواب كذلك مع تردد فكنت أطلب الفتوى لامحو جوابي عنه فعرضت هذه المسألة على علاء الدين الحناطي فأجاب أنه يبرأ إذا كان الابراء بعد الهلاك وغضب من جواب غيره أنه لا يبرأ فازداد ظني بصحة جوابي ولم أمحه، ويدل على صحته ما ذكره البزدوي في غناء الفقهاء من جملة صور البيع الفاسد جملة العقود الربوية يملك العوض فيها بالقبض. قلت: فإذا كان فضل الربا مملوكا للقابض بالقبض فإذا استهلكه على ملكه ضمن مثله، فلو لم يصح الابراء ورد مثله يكون ذلك رد ضمان ما استهلكه لا رد عين ما استهلك، وبرد ضمان ما

استهلك لا يرتفع العقد السابق بل يتقرر مفيدا للملك في فضل الربا فلم يكن في رده فائدة
***
[٢١٠]
نقض عقد الربا فيجب ذلك حقا لله تعالى، وإنما الذي يجب حقا للشر رد عين الربا إن كان قائما لا رد ضمانه، انتهى ما في القنية. وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فآيات منها * (وحرم الربا) * [البقرة: ٥٧٢] والمراد به فيها الفضل وهو الزيادة ليتعلق التحريم به لان الاحكام لا تتعلق إلا بفعل المكلفين. ومنها * (لا تأكلوا الربا) * [آل عمران: ٠٣١] والمراد منه فيه نفس الزائد في بيع الاموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه. وفي المعراج: ذكر الله لآكل الربا خمس عقوبات: أحدها التخبط قال تعالى * (لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس) * [البقرة: ٥٧٢] قيل في معناه تنتفخ بطنه يوم القيامة فيصير لا تحمله قدماه فيصير كلما قام سقط بمنزلة من أصابه المس، ويؤيده الحديث يملا بطنه نارا بقدر ما أكل من الربا والمراد به الافتضاح على رؤوس الاشهاد كما في حديث آخر ينصب لواء يوم القيامة لآكلي الربا فيجمتعون تحته ثم يساقون إلى النار والثاني المحق قال الله تعالى * (يمحق الله الربا) * [البقرة: ٦٧٢] والمراد الهلاك والاستئصال، وقيل ذهاب البركة والاسستمتاع حتى لا ينتفع هو به ولا ولده من بعده. والثالث الحرب قال الله تعالى * (فآذنوا بحرب من الله ورسوله) * [البقرة: ٩٧٢] المعنى في القراءة بالمد اعلموا الناس يا أكلة الربا أنكم حرب الله ورسوله بمنزلة قطاع الطريق، وفي قراءة بغير المدأي اعلموا أن أكلة الربا حرب لله. الرابع الكفر قال الله تعالى * (وذروا ما بقي من الربا أن كنتم مؤمنين) * [البقرة: ٨٧٢] وقال * (والله يحب كل كفار أثيم) * أي كفار باستحلال الربا والخامس الخلود في النار قال تعالى * (ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون) * [البقرة: ٥٧٢] يؤيده قوله صلى الله عليه وسلم كل درهم واحد من الربا أشد من ثلاث وثلاثين زنية يزنيها الرجل ومن نبت لحمه من الحرام فالنار أولى به والمقصود من كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعا والحرام الذي هو ربا ولهذا قيل لمحمد: لا تصنف في الزهد شيأ؟ قال: صنفت كتاب البيوع وليس الزهد إلا اجتناب الحرام والرغبة في الحلال، كذا في المبسوط. وأما السنة فأكثر من أن تحصى ال الامام الاسبيجابي: اتفقوا على أنه إذا أنكر ربا النساء يكفر وفي ربا الفضل في القدر اختلاف فإن ابن عباس رضي الله تعالى عنه لا يرى الربا إلا في النسيئة للحديث إنما الربا في النسيئة وكلمة إنما للحصر إلا أن عامة الصحابة احتجوا بأحاديث. والجواب عن تعلق ابن عباس أنه منصرف إلى ما ليس بمكيل ولا موزون لقوله آخره إلا ما كيل أو وزن على أن ابن عباس رجع عن هذا القول، فإن لم يثبت رجوعه فاجماع التابعين به يرفعه ا ه‍. ما في المعراج. وفي الخلاصة: لو قضى بجواز بيع الدرهم بالدرهمين يدا بيد بأعيانهما أخذا
***
[٢١١]
بقول ابن عباس لا ينفذ وإن كان مختلفا بين الصحابة لانه لا يعلم أن أحذا من الصحابة وافقه فكان مهجورا ا ه‍. وفي القنية من الكراهية: بأس بالبيوع التي يفعلها الناس للتحرز عن الربا. ثم رقم آخر هي مكروهة ذكر البقالي الكراهة عن محمد وعندهما لا بأس به. قال الزرنجري: خلاف محمد في العقد بعد القبض أما إذا باع ثم دفع الدراهم لا بأس بالاتفاق ا ه‍. وفي القنية من الكراهية: يجوز للمحتاج الاستقراض بالربح ا ه‍. وفي الخلاصة معزيا إلى النوازل رجل له على آخر عشرة دراهم فأراد أن يؤجلها إلى سنة ويأخذ منه ثلاثة عشر فالحيلة أن يشتري منه بتلك العشرة متاعا ويقبض المتاع منه وقيمة المتاع عشرة ثم يبيع المتاع منه بثلاثة عشر إلى سنة ا ه‍. قوله: (وعلته القدر والجنس) أي علة الربا أي وجوب المساواة التي يلزم عند فوتها الربا، هكذا فسره السفناقي في شرح الاخسيكتي في الاصول وذكره في الكافي سؤالا وجوابا. وفي فتح القدير: أي علة تحريم الزيادة ا ه‍. وفي المعراج: أي علة حرمة الربا ووجوب المساواة. والعلة في اللغة المرض الشاغل والجمع علل وأعله الله فهو معلول واعتل إذا مرض واعتل إذا تمسك بحجة وأعله بكلمة جعله ذا علة ومنه إعلالات الفقهاء واعتلالهم ا ه‍. وأما في الاصول فقالوا: إنها في اللغة هي المغير ومنه سمي المرض علة لانه بحلوله يتغير حال المحل عن وصف القوة إلى وصف الضعف، ولذا سمي الجرح علة لانه بحلوله بالمجروح يتغير حكم الحال. وفي الاصطلاح ما يضاف إليه ثبوت الحكم بلا واسطة. فخرج الشرط لانه لا يضاف إليه ثبوته والسبب والعلاقة وعلة العلة لانها بالواسطة، وهذا التعريف شامل

للعلل الموضوعة كالبيع والنكاح ا هـ. وللمستنبطة كالعلل المؤثرة في القياسات. والمراد بالقدر الكيل في المكيل والوزن في الموزون فانحصر المعرف للحكم فيهما، والتعبير بالقدر أصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح إذ يشمل الذرع والعد وليسا من أموال الربا، كذا في فتح القدير. ولكن بعد ما وضعوا القدر بإزاء الكيل والوزن كيف يشمل غيرهما. والجنس في اللغة الضرب من كل شئ والجمع أجناس وهو أعم من النوع فالحيوان جنس والانسان نوع، وحكي عن الخليل هذا يجانس هذا أي يشاكله ونص عليه في التهذيب أيضا. وعن بعضهم فلان لا يجانس الناس إذا لم يكن له تمييز ولا عقل. والاصمعي ينكر هذين الاستعمالين ويقول: هو كلام المولدين وليس بعربي، كذا في المصباح. وفي فتح القدير: واختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود فالحنطة والشعير جنسان عندنا لان أفراد كل منهما في الحديث يدل على ذلك، والثوب الهروي والمروي
***
[٢١٢]
- بسكون الراء - جنسان لاختلاف الصنعة وقيام الثوب بها، وكذا المروي المنسوج ببغداد وخراسان واللبد اللامتي والطالقاني والتمر كله جنس واحد، والحديد والرصاص والشبه أجناس، وكذا غزل الصوف والشعر واللحم الضاني والمعزي والبقري والالية واللحم وشحم البطن أجناس، ودهن البنفسج والخيري جنسان والادهان المختلفة أصولها أجناس، ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لان الطيب زيادة ا هـ وفي المعراج: القدر عبارة عن العيار والجنس عبارة عن مشاكلة المعاني ا هـ. والاصل في هذا الباب الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح والذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد وفيه روايتان بالرفع الحنطة أي بيع الحنطة مثل وينصب على الحال. وكذلك روي الرفع والنصب في يدا بيد فالرفع عطف على الخبر أي مثل ومقبوضة، والنصب على الحال بتأويله بالمشتق إي متناجزين. وهذا الحديث لشهرته ظن بعض العلماء أنه متواتر وليس كذلك لانه لا يصدق عليه حده. وقال الجصاص: إنه يقرب من المتواتر لكثرة رواته وهو مروي عن ستة عشرة صحابيا. عمر وعبادة بن الصامت وأبو سعيد الخدربي وسارية ابن أبي سفيان وبلال وأبو هريرة ومعمر بن عبد الله وأبو بكر وعثمان وهشام بن عامر والبراء وزيد بن أرقم وخالد بن عبيد وأبو بكرة وابن عمر وأبو الدرداء رضي الله تعالى عنهم. وقد أطال الكلام في بيانه في البناية ثم قال آخرا: وليس في الاحاديث المذكورة البداءة بالحنطة وإنما هي مذكورة في أثنائه، ولكنه ذكره في المبسوط عن محمد عن أبي حنيفة عن عطية العفوي عن أبي سعيد الخدري بادئا بالحنطة ا هـ. والحكم معلول بإجماع القايسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه. وعند الشافعي الطعم في المطعومات، والثمنية في الاثمان، والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة، وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب إظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا، والحكم قد يدور مع الشرط. ولنا أنه أوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع إذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل أو صيانة لاموال الناس عن التوي أو تتميما للفائدة باتصال التسليم به، ثم يلزم عند فوته حرمة الربا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق كما قدمناه، ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا أو لان في اعتباره سد باب
***
[٢١٣]
البياعات أو لقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديئها سواء والطعم والثمنية من أعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فلا يعتبر بما ذكره، كذا في الهداية قوله: (وحرم الفضل والنساء بهما) أي بالقدر والجنس لوجود العلة بتمامها والفضل الزيادة والنساء بالمد التأخير، ولم يذكره في المصباح وإنما ذكر النسئ فقال: والنسئ مهموز على فعيل ويجوز الادغام لانه زائد وهو التأخير. والنسيئة على فعيله مثله وهما اسمان من نسأ الله أجله من باب نفع وأنسأه الله بألف إذا أخره ا هـ. وفي البناية: النساء بفتح النون والمد البيع إلى أجل وفي فتح القدير أنه بالمد لا غير. قوله: (والنساء فقط بأحدهما) أي وحرم التأخير لا الفضل بوجود القدر فقط والجنس فقد وله صورتان: إحداهما باع حنطة بشعير متفاضلا صح لا نسيئة. الثانية باع ثوبا مرويا بمرويين جاز حاضرا، ولو باع عبدا بعبد إلى أجل لا يجوز لوجود الجنس. وقالالشافعي: الجنس بانفراده لا يحرم النساء لانه لا يثبت بالتأخير

إلا شبهة الفضل وحقيقة الفضل جائز فالشبهة أولى. ولنا أنه مال الربا من وجه نظرا إلى القدر أو إلى الجنس والنقدية أوجبت فضلا في المالية فيتحقق شبهة الربا وهي مانعة عن الجواز كالحقيقة، كذا في الهداية. قال مولانا الاكمل: فيه بحث من وجهين: أحدهما ما قيل إن كونه من مال الربا من وجه شبهة وكون الشبهة أوجبت فضلا شبهة فصارت شبهة الشبهة فالشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها. والثاني أن كونها شبهة الربا كالحقيقة إما إن يكون مطلقا أو في محل الحقيقة، والاول ممنوع، والثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب أن تكون الشبهة كذلك. والجواب عن الاول أن الشبهة الاولى في المحل، والثانية في الحكم، وثمة شبهة أخرى وهي التي في العلة، ولشبهة العلة والمحل تثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة. وعن الثاني أن القسمة غير حاصرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة إذا وجدت العلة بكمالها ا ه. واستدل بعضهم لمذهبنا بنهيه عليه السلام عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة رواه أبو داود. وقال الترمذي: إنه حديث حسن صحيح. قال: والعمل عليه عند أكثر أهل العلم وتمامه في البناية. وأورد أنه بعض العلة فلا يثبت به الحكم. وأجيب بأنه علة تامة لحرمة النساء وإن كان بعض علة الحرمة الفضل فلا يؤدي إلى توزيع أجزاء الحكم على أجزاء العلة، كذا في المعراج. وأورد أيضا أن ظاهر قول المصنف والنساء فقط بأحدهما يمنع جواز إسلام النقود في الزعفران أو القطن لوجود القدر وهو الوزن مع أنه جائز. فأ جاب عنه في الهداية بأنهما لا يتفقان في صفة الوزن، أما إذا اختلفا في المعنى فيجوز لان النقود توزن بالصنجات والزعفران بالامناء
***
[٢١٤]
فنقول: الدراهم مع الزعفران وإمن انفقا في الوزن صورة فقد اختلفا فيما يوزن به صورة ومعنى وحكما فيجوز التأخير، أما الاختلاف الصوري فما بيناه. وأما الاختلاف في المعنى فلان النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران ونحوه يتعين، وأما الاختلاف في الاحكام فيجوز التصرف في النقود قبل قبضها بخلاف المثمن فلم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزلت الشبهة فيه إلى الشبهة فإن الموزونين إذا اتفقا كان المنع للشبهة، وإذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكأن ذلك شبهة الشبهة وهي غير معتبرة. والصنجات بتحريك النون جمع صنجة. وعن ابن السكيت لا يقال بالسين وإنما يقال بالصاد. وفي المغرب: الصنجات بالتحريك جمع صنجة بالتسكين. وعن الفراء بالسين أفصح، وأنكر القتي السين أصلا. وفي فتح القدير: الوجه أن يضاف تحريم الجنس بانفراده إلى السمع كما ذكرناه، ويلحق به تأثير الكيل أو الوزن بانفراده ثم يستثنى إسلام النقود في الموزونات بالاجماع كي لا ينسد أكثر أبواب السلم، وسائر الموزونات خلاف النقد لا يجوز إسلامه في الموزونات وإن اختلفت أجناسها كإسلام الحديد في قطن أو زيت في جبن وغير ذلك إلا إذا خرج من أن يكون وزنيا بالصنعة إلا في الذهب والفضة، فلو أسلم سيفا فيما يوزن جاز إلا بالحديد لان السيف خرج من أن يكون موزونا، ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس. وكذا يجوز بيع أناء من غير النقدين بمثله من جنسه يدا بيد نحاسا كان أو حديدا وإن كان أحدهما أثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فإنه يجري فيها ربا الفضل وإن كان لاتباع وزنا لان صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا تتغير بالصنعة فلا تخرج عن الوزن بالعادة، وأورد أنه ينبغي أن يجوز حينئذ إسلام الحنطة والشعير في الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن. أجيب بأن امتناعه لامتناع كون النقد مسلما فيه لان المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمينة. وهل يجوز بيعا؟ قيل: إن كان بلفظ البيع يجوز بيعا بثمن مؤجل، وإن كان بلفظ السلم فقد قيل لا يجوز. وقال الطحاوي: ينبغي أن ينعقد بيعا بثمن مؤجل ا ه. وأما إسلام الفلوس في الموزون ففي فتح القدير: مقتضى ما ذكروه أن لا يجوز في زماننا لانها وزنية ا ه. وذكر
***
[٢١٥]
الاسبيجابي جوازه قال: لانها عددية بخلاف ما إذا أسلم فلوسا في فلوس فإنه لا يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النساء اه. والواقع في زماننا وزنها بدار الضرب فقط، وأما التعامل في الاسواق فبالعد قوله: (وحلا بعدمهما) أي حل الفضل والنساء عند انعدام القدر والجنس فيجوز بيع ثوب هروي بمروييين نسيئة، والجوز بالبيض نسيئة لعدم العلة المحرم وعدم العلة وإن كان لا يوجب عدم الحكم لكن إذا اتحدت العلة لزم من عدمها العدم لا بمعنى أنها تؤثر العدم بل لا تثبت الوجود لعدم علة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو عدم الحرمة فيما نحن فيه على عدمه الاصلي، وإذا عدم سبب الحرمة والاصل في البيع مطلقا الاباحة كان الثابت الحل. قوله: (وصح بيع

المكيل كالبر والشعير والتمر والملح والموزون كالنقدين وما ينسب إلى الرطل بجنسه متساويا لا متفاضلا) فالبر والشعير والتمر والملح مكيلة أبدا النص رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها فلا يتغير أبدا فيشترط التساوي بالكيل، ولا يلتفت إلى التساوي في الوزن دون الكيل حتى لو باع حنطة بحنطة وزنا لا كيلا لم يجز، والذهب والفضة موزونة أبدا للنص على وزنهما فلا بد من التساوي في الوزن حتى لو تساوى الذهب بالذهب كيلا لا وزنا لم يجز، وكذا الفضة بالفضة لان طاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم واجبة علينا لان النص أقوى من العرف فلا يترك الاقوى بالادنى، وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة على جواز الحكم، وعن أبي يوسف اعتبارها على خلاف النص لان النص عليه في ذلك الوقت إنما كان للعادة فكانت هي المنظور إليها في ذلك الوقت وقد تبدلت. وأما الاسلام في الحنطة وزنا ففيه روايتان، والفتوى على الجواز لان الشرط كونه معلوما. وفي الكافي: الفتوى على عادة الناس. والرطل بكسر الراء وفتحها قال الجوهري: إنه نصف من وهو ما
***
[٢١٦]
يوزن به. وفي النهاية أنه اثنا عشر أوقية. وقال أبو عبيدة: الرطل مائة درهم وثمانية وعشرون درهما ووزن سبعة. وفي المغرب: الرطل ما يوزن به أو يكال به. وفي فتح القدير: ثم الرطل والاوقية مختلف فيهما عرف الامصار ويختلف في المصر الواحد أمر المبيعات فالرطل الآن بالاسكندرية ثلثمائة درهم واثنا عشر درهما كل عشرة وزن سبعة، وفي مصر مائة وأربعة وأربعون درهما، وفي الشام أكثر من ذلك فهو أربعة أمثاله، وفي حلب أكثر من ذلك. وتفسير أبي عبيده له تفسير للرطل العراقي الذي قدر به الفقهاء كيل صدقة الفطر وغيرها من الكفارات ا ه‍. وفسر في الهداية ما ينسب إلى الرطل بما يباع بالاواقي، وفسره قاضيخان أيضا فقال: وتفسيره أن ما يباع بالاواقي فهو وزني لانها قدرت بطريق الوزن وصارت وزنية، أما سائر المكاييل ما قدرت بالوزن فلا يكون وزنيا ا ه‍. حتى يحسب ما يباع وزنا، وهذا لانه يشق وزن الدهن بالامناء والصنجات لعدم الاستمساك إلا في وعاء وفي وزنت كل وعاء نوع حرج فاتخذ الرطل لذلك. والاواقي جمع أوقية بالتشديد وهي أربعون درهما، والمراد بها هنا مواعين معلومات الوزن. قال في الهداية: فإذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوزه ولو كان سواء بسواء لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة. وفي التبيين: وهذا مشكل لان الشيئين إذا تساويا في كيل وجب أن يستويا في كيل آخر ولا تأثير لكون الكيل معلوما أو مجهولا في ذلك إذ لا يختلف ثقله فيهما، وفي النهاية قال الاسبيجابي: فائدة هذا أنه لو باع ما ينسب إلى الرطل بجنسه متفاضلا في الكيل متساويا في الوزن يجوز وهذا أحسن وهو قياس الموزونات فإنه لا يعتبر فيه إلا الوزن غير أنه يؤدي إلى أنه لا يجوز بالاواقي أيضا إذ لا فرق بين كيل وكيل على ما بيناه، ولا يندفع هذا الاشكال إلا إذا منع الجواز في الكيل ا ه‍. قوله: (وجيده كرديئه) أي جيد ما جعل فيه الربا كرديئه حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لقوله عليه السلام جيدها ورديئها سواء. وفي النهاية أنه غريب ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد الخدرى أو لان الوصف لا يعد تفاوتا عرفا أو لان في اعتباره سد باب البياعات. قيد بمال الربا لان الجودة معتبرة في حقوق العباد فإذا أتلف جيدا لزمه مثله قدرا وجودة إن كان مثليا، وقيمته جيدا إن كان قيميا، ولكن لا تستحق بإطلاق
***
[٢١٧]
عقد البيع حتى لو اشترى حنطة أو شيأ فوجده رديئا بلا عيب لا يرده كما في المحيط من الصرف وقدمناه في خيار العيب. وتعتبر في الاموا الربوية في مال اليتيم فلا يجوز للوصي بيع قفيز حنطة جيدة بقفيز ردئ، وينبغي أن تعتبر في مال الوقف لانه كاليتيم وقد كتبنا في الفوائد أنها معتبرة في أربعة: هذان، وفي حق المريض حتى تنفذ من الثلث، وفي الرهن القلب إذا انكسر عند المرتهن ونقصت قيمته فإن المرتهن يضمن قيمته ذهبا ويكون رهنا عنده قوله: (ويعتبر التعيين دون التقابض في غير الصرف من الربويات) لانه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كغير مال الربا لحصول المقصود وهو التمكن من التصرف بخلاف الصرف لعدم تعينه إلا بالقبض فاشترط فيه ليتعين. والمراد باليد في الحديث التعيين وهو في النقدين بالقبض، وفي غيرهما بالتعيين فلم يلزم الجمع بين معنيين مختلفين وإنما اشترط القبض في المصوغ من الذهب والفضة باعتبار أصل خلقته وبيانه كما ذكرها لاسبيجابي بقوله: وإذا تبايعا كيليا بكيلي أو وزنيا بوزني كلاهما من جنس واحد أو من جنسين مختلفين فإن البيع لا يجوز حتى يكون كلاهما عينا أضيف إليه العقد وهو حاضر أو غائب بعد أن يكون موجودا في ملكه، والتقابض قبل الافتراق بالابدان ليس بشرط لجوازه إلا في الذهب والفضة. ولو كان أحدهما عينا

أضيف إليه العقد والآخر دينا موصوفا في الذمة فإنه ينظر، إن جعل الدين منهما ثمنا والعين مبيعا جاز البيع بشرط أن يتعين الدين منهما قبل التفرق بالابدان، وإن جعل الدين منهما مبيعا لا يجوز وإن أحضره في المجلس. والذي ذكر فيه الباء ثمن وما لم يذكر فيه الباء مبيع وبيانه: إذا قال بعت هذه الحنطة على أنها قفيز بقفيز حنطة جيدة أو قال بعت منك هذه الحنطة على أنها قفيز بقفيز من شغير جيفالبيع جائز لانه جعل العين منها مبيعا والدين الموصوف ثمنا ولكن قبض الدين منهما قبل التفرق بالابدان شرط لان من شروط جواز هذا البيع أن يحصل الافتراق عن عين بعين، وما كان دينا لا يتعين إلا بالقبض، ولو قبض الدين منهما ثم تفرقا جاز البيع قبض العين منهما أو لم يقبض، ولو قال اشتريت منك قفيز حنطة جيدة بهذا القفيز من الحنطة أو قال اشتريت منك قفيزي شعير حيد بهذا القفيز من الحنطة فإنه لا يجوز وإن أحضر الدين في المجلس لانه جعل الدين مبيعا فصار بائعا ما ليس عنده وهو لا يجوز اه.

***

[٢١٨]

قوله: (وصح بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة وبالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمرة بالتمرتين) لانها لم تكن مكيلا ولا موزونا فانعدمت إحدى العلتين وهي القدر فجاز التفاضل، سواء كان بضعف الآخر أو بأضعافه حيث لم يدخل تحت كيل أو وزن. أما التفاحة والبيضة والجوزة فظاهر، وأما الحفنة من الحنطة والشعير فالمراد بها ما دون نصف صاع لانه لا تقدير في الشرع بما دونه فلم يكن من ذوات الامثال، ولا بد أن لا يوجد نصف الصاع، فلو باع ما دون نصف صاع بنصف صاع لم يجز لوجود العيار من أحد الجانبين فتحققت الشبهة، وعلى هذا لو باع ما لا يدخل تحت الوزن كالذرة من ذهب وفضة بما لا يدخل تحتجائز لعدم التقدير شرعا إذ لا يدخل تحت الوزن. قيد بالتفاضل لانه لا يجوز النسالوجود الجنس. وفي فتح القدير: قولهم لا تقدير في الشرع بما دون نصف الصاع يعرف منه أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها، وفي جمع التفاريق لا رواية في الحفنة بالقفيز واللب بالجواز والصحيح ثبوت الربا ولا يسكن الخاطر إلى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد إلى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين، أما إن كانت مكاييل أصغر منها كما في ديارنا من وضع ربع القدح وثمن القدح المصري فلا شك، وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم إهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم إهداره، ولقد أعجب غاية العحب من كلامهم هذا وروى المعلى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين وقال: كلا شئ حرم في الكثير فالقليل منه حرام اه. وأما ضمان الحفنة فبالقيمة عند الاتلاف لا بالمثل، وهذا في غير العددي المتقارب، أما فيه كالجواز فكلام نخر الاسلام أن الجوازة مثل الجوزة في ضمان العدوان، وكذا التمرة بالتمرة لا في حكم الربا. ومن فروع الضمان لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها فإن أبى إلا أن يأخذ عينها أخذها ولا شئ له في مقابلة الفساد الذي حصل لها، كذا في فتح القدير. وفي الخانية: لا بأس بالسمك واحد باثنين لانه لا يوزن وإن كان جنس منه يوزن فلا خير فيما يوزن إلا مثلا بمثل اه. ثم قال فيها: باع إناء من حديد بحديد إن كان الاناء يباع وزنا تعتبر المساواة في الوزن وإلا فلا، وكذا لو كان الاناء من نحاس أو صفر باعه بصفر اه. قوله:

***

[٢١٩]

(والفلس بالفلسين بأعيانهما) أي وصح بيع الفلس المعين بفلسين معينين عندهما. وقال محمد: لا يجوز لان الفلوس الرائجة أثمان وهو لا يتعين ولذا لا تتعين الفلوس إذا قوبلت بخلاف حنسها كالنقدين، ولا يفسد البيع بهلاكها فإذا لم تتعين يؤدي إلى الربا أو يحتمله بأن يأخذ بائع الفلسين الفلسين أو لا فيرد أحدهما قضاء لدينه ويأخذ الآخر بلا عوض فصار كما لو كان بغير أعيانهما. ولهما أنها ليست أثمانا خلقة وإنما كانت ثمنا بالاصطلاح وقد اصطلحا على إبطال الثمنية فتبطل وإن كانت ثمنا عند غيرهما لبقاء اصطلاحهم على ثمنيتها إذ لا ولاية للغير عليهما بخلاف النقدين لان الثمنية فيهما بأصل الخلقة فلا تبطل بالاصطلاح، فإذا بطلت الثمنية تعينت فلا يؤدي إلى الربا بخلاف ما إذا كانت غير معينة فإنه يؤدي إلى الربا على ما بيناه. وأورد أن الثمنية إذا بطلت وجب أن لا يجوز التفاضل لان النحاس موزون إنما صار معدودا بالاصطلاح على الثمنية، فإذا بطلت عاد إلى أصله. وأجيب بأن اصطلاحهما على العد لم يبطل ولا يلازمه فكم من معدود لا يكون ثمنا، وأورد أيضا أن كونها ثمنا بعد الكساد لا يكون إلا باصطلاح الكل فكذا بطلان الثمنية. وأجيب بأن اصطلاحهما على بطلان ثمنيتها موافق للاصل لكونها عروضا بخلاف اصطلاحهما على كونها ثمنا بعد الكساد مخالف للاصل

ولرأي الجميع فلم يصح، وقيد بالتعيين لان الفلس لو كان بغير عينه والفلسان كذلك لم يجز وصورها أربع ما إذا كان الكل غير معين وأن تقابضا في المجلس كذا في المحيط وما إذا كان الفلس معينا: وما إذا كانا غير معينين فقط ففي هذه الثلاثة لا يجوز اتفاقا لكن في لصورتين الاخيرتين لو قبض ما كان دينا في المجلس جاز، كذا في المحيط. ومحل الخلاف مسألة الكتاب وأصل الخلاف مبني على أن الفلس لا يتعين بالتعيين عند محمد، ويتعين عندهما فيبطل العقد بهلاكه، كذا في فتح القدير. وفي المحيط أنها لا تتعين ولا ينفسخ العقد بهلاكها. قيد بحل التفاضل لان النساء حرام اتفاقا لان الجنس بانفراده يحرمه كما قدمناه. وفي الذخيرة: ذكر محمد هذه المسألة في صرف الاصل ولم يشترط التقابض فهذا دليل على أنه ليس بشرط، وذكر في الجامع الصغير ما يدل على أنه شرط ومن مشايخنا من لم يصحح ما في الجامع الصغير لان التقابض مع العينية إنما يشترط في الصرف وليس به، ومنهم من صححه لان لها حكم العروض من وجه وحكم الثمن من وجه فجاز التفاضل للاول واشتراط التقابض للثاني عملا بالدليلين بقدر الامكان اه. وليس مرادهم خصوص بيع الفلس بالفلسين بل بيان حل التفاضل حتى لو باع فلسا بمائة على التعيين جاز عندهما. تتمة في أحكام الفلوس: في المحيط: لو باب الفلوس بالفلوس أو بالدراهم أو بالدنانير
***
[٢٢٠]
فنقد أحدهما دون الآخر جاز، وإن افترقا لا عن قبض أحدهما جاز، ولو اشترى مائة فلس بدرهم فقبض الدرهم ولم يقبض الفلوس حتى كسدت لم يبطل البيع قياسا ويتخير المشتري إن شاء قبضها كاسدة وإن شاء فسخ البيع، ويبطل البيع استحسانا لان كسادها بمنزلة الهلاك لان المقصود منها الرواج فهو لها كالحياة. ولو قبض منها خمسين ثم كسدت بطل البيع في النصف ورد نصف درهم اعتبارا للبعض بالكل، ولو رخصت لم يبطل ولا خيار للمشتري. ولو كسدت الفلوس الثمن قبل قبضها بطل البيع عند أبي حنيفة، وعندهما لا يفسد ويجب قيمتها. ولو كسدت أفلس القرض فعليه مثلها عنده، وعندهما قيمتها من الدراهم، وكذا لو غصب واستهلك. ثم عند أبي يوسف تعتبر القيمة يوم القبض، وعند محمد يوم الكساد، والاصح عند الامام أن عليه قيمتها يوم الانقطاع من الذهب والفضة. ولو اشترى فلوسا وتقابضا على أن كل واحد منهما بالخيار وتفرقا على ذلك فسد البيع لان الخيار يمنع صحة القبض، ولو كان أحدهما بالخيار فالبيع جائز عندهما لان الخاير لا يمنع ثبوت الملك له في المبيع فوجد القبض المستحق في أحدهما، وعلى قول أبي حنيفة لا يجوز لان الخيار يؤثر في الجانبين فيمنع صحة القبض. وإن باع فلسا بعينه بفلسين بأعيانهما بشرط الخيار يجوز اه. ما في المحيط من باب بيع الفلوس واستقراضها قوله: (واللحم بالحيوان) أي وصح بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف. وقال محمد: لا يجوز إذا كان من جنسه إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر من اللحم الذي في الحيوان ليكون اللحم بمقابلة ما فيه والباقي من اللحم بمقابله السقط - وهو بفتحتين - ما لا ينطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والامعاء والطحال وصار كالحل - وهو بالمهملة - دهن السمسم. ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون فصار كبيع السيف بالحديد لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن بخلاف تلك المسألة لان الوزن في الحل يعرف قدر الدهن إذا ميز. وذكر الشارح: وإنما لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة لان المتأخر منهما لا يمكن ضبطه لا لانها جنس وحد أر ترى أنه لا يجوز ذلك إذا بيع بغيره من خلاف الجنس أيضا اه. ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكوعلى هذا شاتان مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم تسلخ يجوز. وفي شرح الطحاوي: لو كانت الشاة مذبوحة غير مسلوخة فاشتراها بلحم الشاة فالجواب في قولهم جميعا كما قال محمد، وأراد بغير المسلوخة غير المفصولة عن السقط. وفي الحاوي: لو باع شاة في ضرعه لبن بجنس لبنها فهو على الاختلاف الذي في اللحم. قوله: (والكرباس بالقطن وكذا بالغزل كيفما كان) أي صح لاختلافهما جنسا لان الثوب لا ينقض ليعود غزلا
***
[٢٢١]
أو قطنا، والكرباس الثياب من الملحم والجمع كرابيس وإليها ينسب الامام المحبوبي باعتبار بيعها. وأشار المصنف إلى أنه لو باالقطن المحلوج بغزل فإنه يجوز كيفما كان لاختلاف الجنس وهو قول محمد. وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا متساويا. وقول محمد أظهر. وفي الحاوي: وهو الاصح. ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز إذا علم أن الخالص أكثر مما في الآخر، وإن كان لا يدري لا يجوز. وكذا لو

باع القطن غير المحلوج بحب الطن فلا بد أن يكون الحب الخالص أكثر من الحب الذي في القطن حتى يكون قدره مقابلا به والزائد بالقطن وكذا لو باع شاة على ظهرها صوف أو في ضرعها لبن بصوف أو لبن يشترط أن يكون الصوف أو اللبن أكثر مما على الشاة لما ذكرنا من المعنى وهو نظير بيع الزيت بالزيتون قوله: (والرطب بالرطب أو بالتمر متماثلا والعنب بالزبيب) أي متماثلا أيضا. أما الاول فهو قول أبي حنيفة. وقال الباقون من العلماء ومنهم أبو يوسف ومحمد: لا يجوز. وأجمعوا على أن بيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز. ودليل الجماعة قوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عنه أينقص إذا جف؟ فقيل: لا إذن. رواه مالك في الموطأ والاربعة في السنن عن زيد بن عياش عن سعد بن أبي وقاص. وله أن الرطب تمر لوقله عليه الصلاة والسلام حين أهدي إليه رطب: أو كل تمر خيبرهكذا؟ سماه تمرا، وتعقبه في غاية البيان بأن الهدية كانت تمرا وتبعه في البناية بأن الثابت في البخاري أنها تمر، ولان الرطب لو كان تمرا جاز البيع بأول الحديث وهو التمر بالتمر وإن كان غير تمر فبآخره وهو إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم هكذا استدل الامام الاعظم حين اجتمع عليه علماء بغداد وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر. وأجاب عن حديثهم بأن مداره على زيد بن عياش وهو ممن لا يقبل حديثه. وفي الهداية: وهو ضعيف عند النقلة. وتعقبه في البناية بأنه ثقة عند النقلة. قالالخطابي: وقد تكلم بعض الناس في إسناد هذا الحديث. وقال: زيد بن عياش مجهول وليس كذلك فإن ابن عياش هذا مولى لبني زهرة وقد ذكره مالك في الموطأ وأخرج حديثه مع شدة تحريه في الرجال ونقده وتتبعه لاحوالهم. وقد أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ورواه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وقال: هذا حديث صحيح لاجماع

***

[٢٢٢]

أئمة النقل على أمانة مالك بن أنس وأنه محمد لما يرويه اه. قال الحاكم قال الاكمل: سلمنا قوته في الحديث ولكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور. وفي غاية البيان: قوله ومدار ما روياه على زيد بن عياش والمذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش. ورده في البناية بأنه وهم فيه لانه ابن عياش وكنيته أبو عياش وكذلك وهم فيه الشيخ علاء الدين التركماني هكذا. وقال صاحب التنقيح: زيد بن عياش أبو عياش الزلاني ويقال المخزومي ويقال مولى بني زهرة والمدني ليس به بأس اه. وفي العناية: واعترض بأن الترديد المذكور يقتضي جواز بيع المقلية بغير المقلية لان المقلية إما أن تكون حنطة فيجوز بأول الحديث، أو لا فيجوز بآخره. فمنهم من قال ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم والحجة لا تتم به بل بما بيناه من إطلاق اسم التمر عليه فقد ثبت أن التمر اسم لثمرة خارجة من النخلة من حيث تنعقد صورتها إلى أن تدرك والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره اه. وفي يفتح القدير: وقد رد ترديده بين كونه تمرا أو لا بأن هنا قسما ثالثا وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بالآخر كالحنطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما فكذا الرطب بالتمر لا يسويهما الكيل وإنما يسوي في حال اعتدال البدلين وهو أن يخف الآخر، وأبو حنيفة يمنعه ويعتبر التساوي في حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال إذا كان موجبه أمرا خلقيا وهو زيادة الرطوبة بخلاف المقلية بغيرها فإنا في الحال نحكم بعدم التساوي لاكتناز أحدهما في الكيل بخلاف الآخر لتخلل كثير. وأجيب عن حديث زيد بن عياش أيضا بأن المراد النهي عنه نسيئة فإنه ثبت في حديث أبي عياش هذا زيادة نسيئة كما رواه أبو داود: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب التمر نسيئة. وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه. ورواه الطحاوي. وهذه الزايدة بعد صحتها يجب قبولها لان المذهب المختار عند المحدثين قبولها وإن كان الاكثر لم يروها إلا في زيادة تفرد بها بعض الحاضرين في مجلس واحد، ومثلهم لا يغفل عن مثلها فإنها مردودة، لكن يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة أينقص الرطن إذا جف عريا عن الفائدة إذا كان النهي عنه نسيئة، وما ذكروا أن فائدته أن الرطب ينقص إلى أن يحل الاجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفاف فمنعه شفقة مبني على أن السائل كان ولي يتيم ولا دليل عليه اه. وفي شرح الطحاوي: ولو باع الثمار بعضهما ببعض مجازفة لم يجز إلا إذا كان كيلا وعرف تساويهما في الكيل قبل التفرق بالابدان عن

***

[٢٢٣]

مجلس العقد فإنه يجوز البيع، وكذلك إذا كان ثمر بين اثنين اقتسماه مجازفة لا يجوز لان القسمة بمنزلة البيع إلا إذا علم تساويهما في الكيل

قبل الفرق، ولو بيع بعضهما ببعض وزنا متساويا لا يجوز لان من شرط جواز التسوية الكيل ولا يدري ذلك وعن أبي يوسف إذا غلب استعمال الناس بالوزن يصير وزنيا ويجوز ويعتبر التساوي وزنا وإن كان أصله كيليا، وأما بيع الرطب بالرطب فلما روينا أن اسم الثمر يتناوله فيجوز بيعه مثلا، بمثل ولو باع البسر بالتمر لا يجوز التفاضل فيه لانه تمر بخلاف الكفري حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر لانه ليس بتمر، ولذا لا يجوز السلم فيه، والكفري - بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراي مقصورا - اسم لوعاء الطلع وهو كم النخل أول ما ينشق، وأما الثانية وهي بيع العنب بالزبيب فعلى الاختلاف السابق، وقيل لا يجوز اتفاقا كالمقلية بغيرها والمطبوخة بغير المطبوخة. ولو باع حنطة رطبة أو مبلولة أو يابسة جاز، وكذا لو باع تمرا منقعا أو زبيبا منقعا بتمر مثله أو زبيب مثله أو باليابس منهما جاز عندهما خلافا لمحمد. قوله: (واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ولبن البقر والغنم وخل الدقل بخل العنب) لان أصولها أجناس مختلفة حتى لا يضم بعضها إلى بعض في الزكاة، وأسماؤها أيضا مختلفة باعتبار الاضافة كدقيق الشعير والبر والمقصود أيضا يختلف، والمعبر في الاتحاد المعنى الخاص دون العام، ولو اعتبر العام لما جاز بيع شئ بشئ أصلا. قيد بالمختلة لان غيرها لا يجوز متفاضلا كلحم البقر والجاموس أو لبنهما أو لحم المعز والضأن أو لبنها أو لحم العراب والبخاتي لاتحاد الجنيس بدليل الضم في الزكاة للتكميل فكذا أجزائهما ما لم يختلف المقصود كشعر المعز وصوف الضان أو ما يتبدل بالصنعة لاختلاف المقاصد، ولذا جاز بيع الخبز بالحنطة متفاضلا. وكذا بيع الزيت المطبوخ بغير المطبوخ أو الدهن المربى بالبنفسج بغير المربى

***

[٢٢٤]

منه متفاضلا. وإنما جاز بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا وإن كان من جنس واحد لم يتبدل بالصنعة لكونه غير موزون عادة فلم يكن مقدرا فلم توجد العلة، فحاصله أن الاختلاف باختلاف الاصل أو المقصود أو تبدل الصنعة. وفي فتح القدير: وينبغي أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز فإنه يوزن في عادة ديار أهل مصر بعظمه. والدقل ردئ التمر بخل العنب متفاضلا وكذا عصيرهما لاختلاف أصلهما جنسا، وتخصيص الدقل باعتبار العادة لان الدقل هو الذي كان يتخذ خلا في العادة اه. والحاصل أن ما يوجب اختلاف الامور ثلاثة: اختلاف الاصول واختلاف المقاصد وزيادة الصنعة ومنهم جواز بيع إناء صفر أو حديد أحدهما أثقل من الآخر، وكذا قمقمة بقمقمتين، وإبرة بإبرتين، وخوذة بخوذتين، وسيف بسيفين، وداوة بدواتين ما لم يكن شيى من ذلك من أحد النقدين فيمتنع التفاضل وإن اصطلحوا بعد الصباغة على ترك الوزن والاقتصار على العقد والصورة، كذا في فتح القدير قوله: (وشحم البطن بالالية أو باللحم) أي يصح بيعها متفاضلا وإن كانت كلها من الضان لانها أجناس مختلفة لاختلاف الاسماء والصور والمقاصد قوله: (والخبز بالبر أو بالدقيق متفاضلا) لان الخبز بالصنعة صار جنسا آخر حتى يخرج من أن يكون مكيلا والبر والدقيق ميكلان فلم يجمعهما القدر ولا الجنس حتى جاز بيع أحدهما بالآخر نسيئة إذا كانت الحنطة هي المتأخرة لامكان ضبطها. وإن كان الخبز هو المتأخر فالسلم فيه لا يجوز عند أبي حنيفة لانه يتفاوت بالطحن والعجن والنضج. واختلف على قولهما فمنهم من جوزه على قياس السلم باللحم وبه يفتى للتعامل. وفي الحاوي: يجوز بيع اللبن بالجبن اه قوله: (لا بيع البر بالدقيق أو بالسويق) أي لا يجوز بيع الحنطة بأحدهما متفاضلا ولا متساويا لانه جنس من وجه، وإن خص باسم آخر فيحرم لسبهة الربا والمعيار فيهما الكيل وهو غير مسولهما بخلاف بيع دهن السمسم بالسمسم حيث يجوز لان المعيار فيه الوزن وهومسو، والسويق ما يجرش من الشغير والحنطة وغيرهما، ذكره الكرماني في باب من مضمض من السويق. وأشار المؤلف إلى جواز بيع الدقيق بالدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا لاتحاد الاسم والصورة والمعنى، ولا عبرة باحتما التفاضل كما في البر بالبر. وقيده ابن الفضل بما إذا كانا مكبوسين وإلا لا يجوز، وإن باعه بمثله موازنة ففيه روايتان. وبيع المتخول بغير المتخول لا

***

[٢٢٥]

يجوز إلا متساويا كما في الخلاصة. وقيد بالبر لان بيع الدقيق بالسويق لا يجوز مطلقا عنده، وجاز عندهما مطلقا لاختلاف الجنس ولكن يدا بيد لان القدر يجمعهما. وله أنهما جنس واحد من وجه لانهما من أجزاء الحنطة، وبيع المقلية بالمقلية والسويق بالسويق متساويا جائز لاتحاد الاسم. قوله: (والزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم)

أي لا يجوز البيع في ثلاث صور: الاولى أن يعلم أن الزيت الذي في الزيتون أكثر لتحقق الفصل من الدهن والتفل. الثانية أن يعلم التساوي لخلو التفل عن العوض. الثالثة أن لا يعلم أنه مثل أو كثر أو أقل فلا يصح عندنا لان الفضل المتوهم كالمتحقق احتياطا، وعند زفر جاز لان الجواز هو الاصل والفساد لوجود الفضل الخالي فما لم يعلم لا يفسد، ويجوز البيع في صورة بالاجماع أن يعلم أن الزيت المنفصل أكثر ليكون الفضل بالتفل، وكذا بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والتمر بنواه. وكل شئ لتفله قيمة إذا بيع بالخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص أكثر وإن لم يكن لتفله قيمة كتراب الذهب إذا بيع بالذهب أو تراب الفضة إذا بيع بالفضة لا يشترط أن يكون الذهب أو الفضة أكثر مما في التراب لان التراب لاقيمة له فلا يجعل بإزائه شئ حتى لو جعل فسد لربا الفضل. وفي الحاوي: وإن باع حنطة بحنطة في سنبلها لم يجز وإن باع قصيب حنطة بحنطة كيلا وجزافا جاز وإن لم يشترط الترك اه قوله: (ويستقرض الخبز وزنا لا عددا) وهذا عند أبي يوسف، وعند محمد يستقرض بهما، وعند أبي حنيفة لا يستقرض بهما، وذكر الشارح أن الفتوى على قول أبي يوسف. وفي شرح المجمع: القتوى على قول محمد. وفي فتح القدير: وأنا أرى أن قول محمد أحسن. وفي الجوهرة قال محمد: ثلاث من الدناءة: استقراض الخبز والجلوس على باب الحمام والنظر في مرآة الحجام اه. وفي المجتبي: باع رغيفا نقدا برغيفين نسيئة يجوز، ولو كان الرغيفان نقد والرغيف نسيئة لا يجوز، ولو باع كسيرات الخبز يجوز نقدا ونسيئة كيف كان قوله: (ولا ربا بين المولى وعبده) لانه وما في يده ملكه. أطلقه وهو مقيد بما إذا لم يكن عليه دين مستغرق لرقبته وكسبه، وأما إذا كان مستغرقا فيجري الربا بينهما اتفاقا لعدم الملك عنده للمولى في كسبه كالمكاتب، وعندهما لتعلق حق الغير، والتحقيق أنه

***

[٢٢٦]

على إطلاقه ولا ربا بينهما وإن كان مديونا مستغرقا وإنما يرد الزائد لتعلق حق الغرماء به كما لو أخذ منه شيأ بغير عقد، كذا في المعراج. ولو كان عليه دين غير مستغرق فلا ربا. وفي مأذون المحيط إذا أخذ المولى من كسب المأذون شيأ ثم لحقه دين سلم للمولى ما إخذ، وإن كان عليه يوم الاخذ ولو قليلا لم يسلم، وفائدته لو لحقه آخر رد المولى جميع ما أخذه بخلاف ما إذا أخذ منه ضريبة وليس عليه دين فإنها تسلم له استحسانا، والمدبر وأم الولد كالعبد بخلاف المكاتب. وأشار المصنف إلى أنه لا ربا بين المتفاوضين وشريكي العنان إذا تبايعا من مال الشركة وإن كان من غيره جرى بينهما. قوله: (ولا بين الحربي والمسلم ثمة) أي لا ربا بينهما في دار الحرب عندهما خلافا لابي يوسف. وفي البناية: وكذا إذا باع خمرا أو خنزيرا أو ميتة أو قامرهم وأخذ المال كل ذلك يحل له. ولهما الحديث لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح وبعقد الامان منهم لم يصر معصوما إلا أنه التزم أن لا يتعرض لهم بغدر ولا لما في أيديهم بدون رضاهم فإذا أخذ برضاهم أخذ مالا مباحا بلا غدر فيملكه بحكم الاباحة السابقة إلا أنه لا يخفي أنه إنما اقتضى حل مباشرة العقد إذا كان الزيادة ينالها المسلم والربا أعم من ذلك إذ يشمل ما إذا كان الدرهمان من جهة المسلم أو من جهة الكافر وجواب المسألة بالحل عام في الوجهين، كذا في فتح القدير. وحكم من أسلم في دار الحرب ولم يهاجر كالحربي عند أبي حنيفة لان ماله غير معصوم عنده فيجوز للمسلم الربا معه، وأما إذا هاجر إلينا ثم عاد إليهم لم يجز الربا معه لكونه أحرز ماله بدارنا فكان من أهل دار الاسلام، كذا في الجوهرة. وفي المجتبي معزيا إلى الكفاية: مستأمن منا باشر مع رجل مسلما كان أو ذميا في دارهم أو من أسلم هناك شيأ من العقود التي لا تجوز فيما بيننا كالربويات وبيع الميتة جاز عندهما خلافا وأبي يوسف اه. والله تعالى أعلم.

***

[٢٢٧]

باب الحقوق كان من حق مسائل هذا الباب أن تذكر في الفصل المتصل بأول البيوع إلا أن المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير، ولان الحقوق توابع فيليق ذكرها بعدما مسائل البيوع، كذا في المعراج. والحقوق جمع حق. وفي المصباح الحق خلاف الباطل وهو مصدر حق الشئ من بابي ضرب وقتل إذا وجب وثبت ولهذا يقال لمرافق الدار حقوقها اه. وفي البناية: الحق ما يستحقه الرجل وله معان أخر منها الحق ضد الباطل اه. وفي شرح المنار للسيد نكركار: الحق هو الشئ الموجود من كل وجه ولا ريب في وجوده ومنه قوله عليه السلام السحر حق والعين حق اه. وفي شرح البخاري للكرماني: الحق حقيقة هو الله تعالى بجميع صفاته لانه الموجود حقيقة بمعنى لم

يسبق بعدم ولم يلحقه عدم وإطلاق الحق على غيره مجاز ولذا ورد في الحديث اللهم أنت الحق ووعدك الحق وقولك الحق بالتعريف في الثلاثة ثم قال ولقاؤك حوالجنة حق والنار حق والساعة حق بالتنكير اه وذكر الاصوليون أن الاحكام أربعة: حقوق الله تعالى خالصة، وما اجتمعا فيه وحق الله تعالى غالب كحد القذف، وما اجتمعا فيه وحق العباد غالب كالقصاص. قالوا: والمراد من حق الله تعالى ما تعلق نفعه بالعموم وإنما نسب إلى الله تعظيما لانه متعال عن أن ينتفع بشئ ولا يجوز أن يكون حقا له تعالى بجهة التخليق لان الكل سواء في ذلك قوله: (العلو لا يدخل بشراء بيت بكل حق) يعني إذا اشترى بيتا فوقه بيت لا يدخل فيه العلو ولو قال بكل حق هو له ما لم ينص عليه لان البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة والعول مثله والشئ لا يكون تبعا لمثله. وفي المصباح: علو الدار وغيرها خلاف السفل بضم العين وكسرها اه. وأورد المستعير له أن يعير ما لا يختلف والمكاتب له أن يكاتب عبده فأجيب بأن ذلك ليس بطريق الاستتباع بل لما ملك المستعير المنفعة بغير بدل كان له أن يملك ما ملك كذلك، والمكاتب بعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك لان كتابة عبده من أكسابه. قوله: (وبشراء منزل إلا بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه)
***
[٢٢٨]
أي لا يدخل العلو بشراء منزل إلا أن يقول المشتري لفظا من الثلاثة لان المنزل له شبه بالدار وبالبيت لانه اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكن فيه الرجل بأهله مع ضرب قصور فيه فإنه ليس فيه اصطبل، فلشبه الدار يدخل بذكر التوابع، ولشبه البيت لا يدخل من غير ذكر توفيرا عليهما حظهما. وفي الكافي: إن هذا التفصيل مبني على عرف الكوفة وفي عرفنا يدخل العلو في الكل، سواء باع باسم البيت أو المنزل أو الدار، والاحكام تبتني على العرف فيعتبر في كل إقليم وفي كل عصر عرف أهله. وفي الذخيرة: اعلم أن الحق في العادة يذكر فيما هو تبع للمبيع ولا بد للمبيع منه ولا يقصد إلا لاجل المبيع كالطريق والشرب للارض والمرافق عبارة عما يرتفق به ويختص بما هو من التوابع كالشرب ومسيل الماء. وقوله كل قليل وكثير يذكر على وجه المبالغة في إسقاط حق البائع عن المبيع مما يتصل بالمبيع اه. وفي المصباح: المرافق جمع مرفق بكسر الميم وفتح الفاء لا غير كالمطبخ والكنيف ونحوه على التشبيه باسم الآلة بخلاف المرفق في الوضوء فإن فيه لغتين فتح الميم وكسر الفاء كمسجد وبالعكس، وكذا المرفق بمعنى ما ارتفقت به اه. فالحاصل أن المرفق مطلقا فيه لغتان إلا مرفق الدار. وفي جامع الفصولين من الفصل السابع: وما يذكر في دعوى العاقر من قوله بحقوقه ومرافقه فحقوقه عبارة عن مسيل الماء وطريق وغيره وفاقا ومرافقه عند أبي يوسف عبارة عن منافع الدار، وفي ظاهر الرواية المرافق هي الحقوق اه قوله: (ودخل بشراء دار) أي العلو بشراء دار وإن لم يذكر شيأ من ذلك لان الدار اسم لما أدير عليه الحدود من الحائط، ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من أجزائه فيدخل فيه من غير ذكر. وفي البناية: الدار لغة اسم لقطعة أرض ضربت لها الحدود وميزت عما يجاورها بإدارة خط عليها فبني في بعضها دون البعض ليجمع فيها مرافق الصحراء للاسترواح ومنافع الابنية للاسكان وغير ذلك، ولا فرق بين ما إذا كانت الابنية بالماء والتراب أو بالخيام والقباب اه قوله: (كالكنيف) أي كما يدخل بشراء الدار وإن لم يصرح به لان الكنيف منها، وكذا يدخل بئر الماء والاشجار التي في صحنها والبستان الداخل فأما الخارج فإن كان أكبر منها أو مثلها لا يدخل إلا بشرط، وإن كان أصغر منها يدخل لانه
***
[٢٢٩]
يعد من الدار عرفا. والكنيف المستراح وفي المصباح: الكنيف الساتر ويسمى الترس كنيفا لانه يستر صاحبه. وقيل للمرحاض كنيف لانه يستر قاضي الحاجة والجمع كنف مثل نذير ونذر اه. أطلقه فشمل ما إذا كان الكنيف خارجا مبنيا على الظلة لانه يعد منها عادة. قوله: (لا الظلة إلا بكل حق) أي لا تدخل الظلة في بيع الدار إلا إذا قال بكل حق وهي السباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار والآخر على دار الاخرى أو على أسطوانات في السكة، كذا في فتح القدير. وفي الصحاح: والظلة بالضم كهيئة الصفة وقرئ * (في ظلل على الارائك متكئون) * [يس: ٦٥] والظلة أيضا أول سحابة تظل عن أبي زيد وعذاب يوم الظلة قالوا: غيم تحته سموم والمظلة بالكسر البيت الكبير من الشعر اه. وفي المغرب: قول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي تكون فوق الباب. وإنما لا تدخل عند أبي حنيفة لانها مبنية على الطريق فأخذت حكمه. وعندهما إن كان مفتحها في الدار تدخل مطلقا لانها من توابعها كالكنيف.

وليس مراد المصنف بقوله إلا بكل حق القصر على هذا بل إنما المراد به أو بنحوه بأن يقال بمرافقها أو بكل قليل وكثير هو فيه، كذا في البناية. وفي الخانية: ويدخل الباب الاعظم فيما إذا باع بيتا أو دارا بمرافقة لان الباب الاعظم من مرافقها اهـ. قوله: (ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب إلا بنحو كل حق بخلاف الاجازة) أي لا تدخل الثلاث في بيع الارض أو المسكن إلا بذكر كل حق ونحوه بخلاف الاجارة حيث تدخل مطلقا لان كلا منها خارج عن الحدود فكانت تابعة فتدخل بذكر التوتبع وأنا الاجارة وإنما المقصود منها الانتفاع ولا يتحقق إلا بها ولان البيع شرع لتمليك العين لا المنفعة بدليل صحة شراء جحش ومهر صغير وأرض سبخة ولا تصح إجارتها، وكذا لو استأجر علوا واستثنى الطريق فسدت بخلاف
***
[٢٣٠]
البيع، وقد يتجر في العين فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة المطلوبة. وفي المعراج: أراد الطريق الخاص في ملك إنسان أما الطريق إلى سكة غير نافذة أو إلى طريق عام يدخل اهـ. وفي المحيط: وكذا ما كان له من حق مسيل الماء أو القاء الثلح في ملك إنسان لحاجته. وفي الذخيرة بذكر الحقوق: إنما يدخل الطريق الذي يكون عند البيع لا الطريق الذي كان قبل البيع حتى إن من سد طريق منزله وجعل له طريقا آخر وباع المنزل بحقوقه يدخل تحت البيع الطريق الثاني لا الطريق الاول، كذا في البناية. فإن ذكر الحقوق وقال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرى فإن المشتري لا يستحق الطريق من غير حجة لكن له أن يردها بالعيب، وكذا لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة، فإن كانت المبيعة، فإن كانت الجذوع للبائع يؤمر البائن بالرفع، وإن كانت لغيره كان عيبا، كذا لو ظهر في الدار المبيعة طريق أو مسيل ماء لدار أخرى، فإن كانت تلك الدار للبائع لم يكن للبائع أن يمر في الدار المبيعة لانه باعها من غير استثناء، وإن كانت تلك الدار لغير البائع كان عيبا، كذا في شرح الجامع الصغير لقاضيخان. وفي الخلاصة: يدخل الطريق في الرهن والصدقة الموقوفة كالاجارة. وفي الخانية: لو أقر بدار أو صالح على دار أو وصي بدار ولم يذكر حقوقها ومرافقها لم يدخل الطريق اهـ. وأما إذا اقتسما ولم يذكرا طريقا فإن أمكنه فتح باب صحت وإلا فسدت ولا يدخل إلا بذكر الحقوق وفي البيع يدخل بذكر الحقوق وإن أمكنه فتح باب، وبيان الفرق بين القسمة والاجارة بوبينهما وبين البيع في المعراج اهـ.
***
[٢٣١]
باب الاستحقاق وهو طلب الحق. وفي المصباح: استحق فلا الامر استوجبه، قاله الفارابي وجماعة. فالامر مستحق بالفتح اسم مفعول ومنه خرج البيع مستحقا ا هـ. وذكره عقيب الحقوق
***
[٢٣٢]
للمناسبة بينهما لفظا ومعنى قوله: (البينة حجة متعدية لا الاقرار) لان البينة لا تصير حجة إلا بقضاء القاضي وله ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة، والاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه، كذا ذكر الشارح. وظاهره أن معنى التعدي أنه يكون القضاء به قضاء على كافة الناس في كل شئ قضى به بالبينة وليس كذلك، وإنما يكون القضاء على الكافة في العتق. قال في الخلاصة: القضاء بحرية العبد قضاء في حق الناس كافة ا هـ. وفي الصغرى من دعوى النكاح من كتاب الدعوى: إذا قضى القاضي لانسان بنكاح امرأة أو بنسب أو بولاء عتاقة ثم ادعاه الآخر لا تسمع، ذكره في آخر الباب الرابع والمائه من أدب القاضي ا هـ. وأما القضاء بالوقف ففي الخلاصة من القضاء والقضاء بوقفية موضع هل يكون قضاء على الناس كافة؟ اختلف المشايخ فيه. وفي كتاب الدعوى: أرض في يد رجل ادعى أن هذه الدار وقف من جهة فلان على جهة معلومة وأنه متولي ذلك الوقف وذكر الشرائط وأثبت بالبينة وقضى القاضي بالوقفية ثم جاء رجل وادعى أن هذه الارض ملكه وحقه تسمع بخلاف العبد إذا ادعى العتق على إنسان وقضى القاضي بالعتق ثم ادعى رجل أن هذا العبد ملكه لا تسمع لان القضاء بالعتق قضاء على جميع الناس كافة بخلاف الوقف. قال الصدر الشهيد: لم نر لهذا رواية ولكن سمعت أنت فتوى السيد أبي شجاع على هذا. وفي فوائد شمس الائمة الحلواني وركن الاسلام علي السغدي أن الوقف كالعتق في عدم سماع الدعوى بعد قضاء القاضي بالوقفية لان الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يبطل إلا في مواضع مخصوصة وكذا في النوازل ا هـ. وصحح العمادي في الفصول أن القضاء به ليس قضاء على الكافة فتسمع فيه دعوى الملك

فقد ظهر بهذا أن القضاء يكون على الكافة في الحرية والنكاح والنسب والولاء خاصة، وفي الوقف يقتصر على الاصح. وأما القضاء بالملك فقضاء على المدعي عليه وعلى من تلقى الملك منه،
***
[٢٣٣]
كذا في الخلاصة. وفيها قبله: المشتري إذا صار مقضيا عليه هل يصير البائع مقتضيا عليه حتى لا تسمع إن قال المشتري في جواب دعوى المدعي ملكي لاني اشتريته من فلان يعني من البائع صار البائع مقضيا عليه حتى لا تسمع دعوى البائع هذا المحدود ويرجع المشتري عليه بالثمن، أما إذا قال في الجواب ملكي ولم يزد عليه لا يصير البائع مقضيا عليه حتى تسمع دعواه هذا المحدود. والارث كالشراء وهو منصوص في الجامع الكبير وصورتها: دار في يد رجل يدعي أنها له فجاء آخر وادعى أنها له ورثها من أبيه وأقام البينة وقضى القاضي له عليه بها ثم جاء أخو المقضي عليه وادعى أن هذه الدار كانت لابيه مات وتركها ميراثا له بين الاخ المقضي عليه وبينه يقضي للاخ المدعي بنصف الدار لان الاخ المقضي عليه لم يقل في الجواب ملكي لاني ورثتها من أبي فلم يصر الاخ الآخر حينئذ مقضيا عليه فتسمع دعواه، وكذا لو أقر ذو اليد وهو الاخ المقضي عليه أنه ورثها من أبيه بعد ما أنكر وبعد إقامة البينة، ولو أقر أنه ورثها من أبيه قبل إقامة البينة لا تسمع دعوى الاخ ا ه‍. وذكر قبله المورث إذا صار مقضيا عليه في محدود فمات فادعى وارثه ذلك المحدود، إن ادعى الارث من هذا المورث لا تسمع، وإن ادعى مطلقا تسمع، وإن كان على القلب بأن كان المورث مدعيا والمقضي عليه أجنبيا فلما مات المورث ادعى المقضي عليه هذا المحدود مطلقا على وارثه لا تسمع. وذكر فيها معزيا إلى الصغرى في دعوى الدين على إحدى الورثة وقد أقر المدعي أن الميت لم يترك شيأ القضاء عليه قضاء على الميت ا ه‍. وحاصله أن القضاء على المشتري قضاء على البائع بالشرط السابق. وفي فتح القدير: إن القضاء باستحقاق المبيع من يد المشتري قضاء على الكل ولا تسمع دعوى أحدهما أنه ملكه، وعلى الوارث قضاء على المورث بشرطه، وعلى المورث قضاء على الوارث بشرطه، وعلى أحد الورثة قضاء على الباقي بشرطه. وذكر ملاخسر ومن باب الاستحقاق والحكم بالحرية الاصلية حكم على الكافة حتى لا تسمع دعوى الملك من أحد، وكذا العتق وفروعه. وأما الحكم في الملك المؤرخ فعلى الكافة من التاريخ لا قبله يعني إذا قال زيد لبكر إنك عبدي ملكتك منذ خمسة أعوام فقال بكر إني كنت عببشر ملكني منذ ستة أعوام فأعتقني فبرهن عليه اندفع دعوى زيد، ثم إذا قال عمر ولبكر إنك عبدي ملكتك منذ سبعة أعوام وأنت ملكي الآن فبرهن عليه تقبل ويفسخ الحكم بحريته ويجعل ملكا
***
[٢٣٤]
لعمرو، ويدل عليه أن قاضيخان قال في أول البيوع في شرح الزيادات فصارت مسائل الباب على قسمين: أحدهما عتق في ملك مطلق وهو بمنزلة حرية الاصل والقضاء به قضاء على كافة الناس، والثاني القضاء بالعتق في الملك المؤرخ وهو قضاء على كافة الناس من وقت التاريخ ولا يكون قضاء قبله فليكن هذا على ذكر منك الكتب المشهورة خالية عن هذه الفائدة ا ه‍. ومن فروع التعدي إذا قض ء بها دون الاقرار مسألة في الاستحقاق إذا استحق المبيع ببينة رجع المشتري على بائعه بالثمن وبالاقرار لا. وفي مسائل الاستحقاق ما في جامع الفصولين: لو استحق بالبينة فطلب ثمنه من بائعه فقال المبيع لي وشهدا بزور فقال المشتري أنا أشهد بذلك وأنهما شهدا بزور فللمشتري أن يرجع بثمنه على بائعه مع هذا الاقرار إذ المبيع لم يسلم له فلا يحل ثمنه للبائع، ثم قال المرجوع عليه عند الاستحقاق لو أقر بالاستحقاق ومع ذلك برهن الراجع على الاستحقاق كان له أن يرجع على بائعه إذ الحكم وقع ببينة لا بإقرار لانه محتاج إلى أن يثبت عليه الاستحقاق ليمكنه الرجوع على بائعه. وفيه: لو برهن المدعي ثم أقر المدعي عليه بالملك يقضي له بإقرار لا ببينة إذا البينة إنما تقبل على المنكر لا على المقر وفيه اختلاف المشايخ، فقيل يقضي بالاقرار، وقيل بالبينة والاول أظهر وأقرب إلى الصواب ا ه‍. وأورد على أن الاقرار قاصر على المقر مسألتان: الاولى إذا أراد الزوج أن يسافر بامرأته فأقرت بدين لانسان فإنه يمنعها من السفر. الثانية إذا أقر الآجر بدين يصح وتنفسخ الاجارة ولم يقتصر الاقرار على المقر، والجواب أن هذا الاقرار وإن كان على الغير لكنه من ضرورات الاقرار لانه صادف خالص حتى المقر وهو الذمة ثم لزمم منه إتلاف حق الغير بالضرورة ولان المرأة والآجر يقدران على الانشاء بالاستقراض وهذا قول أبي حنيفة. وعندهما لا يصدق المؤجر في حق المستأجر ولا تنتقض الاجار ولا تصدق المرأة في حق الزوج

حتى لا يكون للمقر له حبسها وملازمتها، ولا يبطل حق الزوج في نقلها، كذا ذكره العتابي في شرح الزيادات، وذكر قبله أصلا لابي حنيفة فقال: أصل الباب أن إقرار الانسان على غيره لا يصح
***
[٢٣٥]
وذلك بأن يتضمن إقراره بطلان حق الغير بحيث يضاف البطلان إلى إقراره، ففي مسألة الاجارة إنما يصح إقراره لانه تصرف في ذمة نفسه بالتزام الدين ثم تعدى إلى حق الغير وهو المستأجر وحقه إنما يبطل بعد الاقرار بالبيع والتنفيذ فلا يضاف البطلان إلى إقرار الآجر فلا يكون إقرارا على الغير وكذا في مسألة المرأة ا ه‍. ومن مسائل اقتصار الاقرار مسألة في الذخيرة من الفصل الثالث والعشرين من المتفرقات قبيل الصرف ذكر في الباب الاول من شهادات الجامع: شهدا على رجل بعتق عبد فردت لتهمة فوكل المولى أحدهما ببيعه فباعه من الشاهد الآخر صح البيع لان قولهما لم ينفذ في حق المالك والمتعاقدان وإن تصادقا على فساد البيع لكن قولهما ليس بحجة على غيرهما، وعتق العبد لاقرار المشتري بحريته وولاؤه موقوف، وبرئ المشتري عن الثمن في قياس قولهما ولا يبرأ في قياس قول أبي يوسف بناء على ابراء الوكيل بالبيع عن الثمن وضمنه الوكيل عندهما، وليس للوكيل حق استيفاء الثمن عند أبي يوسف إنما يستوفيه الموكل بخلاف الوكيل بالبيع إذا أبرأ عن الثمن حتى لا يصح الابراء عنده فللوكيل استيفاؤه، وإن باع الوكيل العبد من غير صاحبه جاز ولا عتق ولا براءة وتمامها فيها. قوله: (والتناقض يمنع دعوى الملك) لان القاضي لا يمكنه أن يحكم بالكلام المتناقض إذ أحدهما ليس بأولى من الآخر فسقطا، وهذا أصل لفروع كثيرة مذكورة في الدعوة، بأس بايراد نبذة منها، فمن ذلك ما في الظهيرية: رجل ادعى على رجل مقدارا معلوما بأنه دين له عليه وأنكره المدعى عليه ثم ادعى أن ذلك المقدار عنده من جهة الشركة فإنه لا تسمع دعواه لانه متناقض في كلامه ولو كان الامر بالعكس تسمع لامكان التوفيق لان مال الشركة يجوز أن يكون دينا بالجحود والدين لا يصير مال الشركة. ومنها ما ذكره فيها أيضا: رجل ادعى على آخر أنه أخوه وادعى عليه النفقة فقال المدعى عليه ليس هو بأخي ثم مات المدعي وخلف أموالا كثيرة فجاء المدعي عليه يطلب ميراثه وقال هو أخي لا تقبل ولا يقضي له بالميراث لانه متناقض، ولو كان مكان دعوى الاخوة دعوى البنوة أو الابوة والمسألة بحالها يقبل ذلك منه ويقضي له بالميراث، ومنها ما ذكره فيها: ادعى عينا في يد إنسان أنها لفلان وكلني بالخصومة فيها ثم ادعى أنها له وأقام البينة على ذلك يصير متناقضا فلا تقبل بينته، ولو ادعى أنها له ثم ادعى بعد ذلك أنه لفلان وكله بالخصومة فيه وأقام البينة على ذلك قبلت بينته ولا يصير متناقضا ا ه‍. ومنها ما في البزازية: ادعى شراء دار ررمن أبيه فقبل أن يزكي شهوده
***
[٢٣٦]
برهن على أنه ورثها من أبيه تقبل لوضوح التوفيق لانه يقول بحدني الشراء فملكت بالارث وعلى العكس لا. ومنها ما فيها أيضا: ادعى الصدقة منه منذ سنة ثم ادعى الشراء منه منذ شهر وبرهن لا تقبل إلا إذا وفق كما مر. ومنها ما فيها: لو ادعى أولا الوقف ثم لنفسه لا تسمع كما لو ادعاها لغيره ثم لنفسه، ولو ادعى أنها له ثم ادعى أنها وقف عليه تسمع لصحة الاضافة بالاخصية انتفاعا كما لو ادعاها لنفسه ثم لغيره. ومنها ما فيها أيضا: ادعى أنه لفلان وكله بالخصومة ثم ادعى أنه لفلان آخر وكله بالخصومة لا تقبل إذ الوكيل بالخصومة في عين من جهة زيد مثلا لا يلي إضافته إلى غيره إلا إذا وفق وقال كان لفلان الاول وكان وكلني بالخصومة ثم باعه من الثاني ووكلني الثاني أيضا، والتدارك ممكن بأن غاب عن المجلس ثم جاء بعد مدة وبرهن على ذلك على ما نص عليه الحصيري في الجامع دلنا به أن الامكان لا يكفي. ومنها لو ادعى أنه وكيل عن فلان بالخصومة فيه ثم ادعاه لنفسه لا يقبل لان ما هو له لا يضيفه إلى غيره في الخصومة ولا يحكم له بالملك بعد ما أقر به لغيره، ولو برهن أولا لموكله لعدم الشهادة به له إلا إذا وفق وقال كان لفلان وكلني بالخصومة ثم اشتريته منه وبرهن على ذلك الامر الممكن بخلاف ما إذا ادعاه لنفسه ثم ادعى أنه وكيل لفلان بالخصومة لعدم المنافاة فإن الوكيل بالخصومة قد يضيف إلى نفسه يكون المطالبة له. ومنها ما في الاجناس الصغرى: ادعى محدودا بشراء أو إرث ثم ادعاه ملكا مطلقا لا تسمع إذا كانت الدعوى الاولى عند القاضي، فأما إذا لم تكن عند القاضي فهذا والاول سواء، هذا على الرواية التي ذكروا أن التناقض إنما يتحقق إذا كان كلا الدعوتين عند القاضي، فأما من اشترط أن يكون الثاني عند القاضي يكفي في تحقق التناقض كون الثاني عند

الحاكم. وفيها أيضا: والتناقض كما يمنع الدعوى لنفسه يمنع الدعوى لغيره والتناقض يرتفع بتصديق الخصم وبتكذيب الحاكم أيضا وهو معنى قولهم المقر إذا صار مكذبا شرعا بطل إقراره. وفيها: الايداع والاستعارة والاستئجار والاستيهاب إقرار بأن العين لذي اليد فلا تسمع دعواه بأنها له، وطلب نكاح الامة مانع من دعوى تملكها وطلب نكاح الحرة مانع من دعوى نكاحها ا ه. وذكر الاختلاف في أن إمكان التوفيق يكفي لدفع التناقض أو التوفيق بالفعل، ذكرهما في الخلاصة. وفي البزازية معزيا إلى الخجندي أنه اختار أن التناقض إن كان من المدعي لا بد من التوفيق بالفعل ولا يكفي الامكان، وإن كان من المدعي عليه يكفي الامكان

***

[٢٣٧]

لان الظاهر عند الامكان وجوده ووقوعه والظاهر حجة في الدفع لا في الاستحقاق والمدعي مستحق والمدعى عليه دافع والظاهر يكفي في الدفع لا في الاستحقاق. ويقال أيضا: إن تعدد الوجوه لا يكفي الامكان وإن اتحد يكفي الامكان ا ه. وسيأتي لهذا مزيد إن شاء الله تعالى في مسائل شتى من كتاب القضاء عند قول المصنف ما كان لك علي قط ثم ادعى الايفاء أو الابراء وفي كتاب الدعوى إن شاء الله تعالى. والتناقض في اللغة كما في المصباح: التدافع يقال تناقض الكلامان تدافعا كان كل وحد نقض الآخر، وفي كلامه تناقض إذا كان بعضه يقتضي إبطال بعض ا ه. وفي الصحاح: والمناقضة في القول أن يتكلم بما يتناقض معناه ا ه. وأما في المنطق فقال في الشمسية من الفصل الثالث في أحكام القضايا: وحد والتناقض بأنه اختلاف قضيتين بالسلب والايجاب بحيث يقتضي لذاته أن تكون إحداهما صادقة والاخرى كاذبة فلا يتحقق في المخصوصتين إلا عند اتحاد الموضوع، ويندرج فيه وحدة الشرط والجزاء لكل وعند اتحاد المحمول، ويندرج فيه وحدة الزمان والمكان والاضافة والقوة والفعل والمحصورتين، ولا بد مع ذلك من الاختلاف بالكمية لصدق الجزئين وكذب الكليتين في كل مادة يكون الموضوع فيها أعم، ولا بد من الاختلاف بالجهة في الكل لصدق الممكنتين وكذب الضروريتين في مادة الامكان ا ه. وتوضيحه في شرحها للقطب. والظاهر أن مراد الفقهاء به المعنى اللغوي لا المنطقي كما لا يخفى.
قوله: (لا الحرية والنسب والطلاق) لان مبناها على الخفاء فيعذر في التناقض لان النسب يبتني على العلوق والطلاق والحرية ينفرد بها الزوج والمولى فتفرع على المسألة الاولى ما في المبسوط من باب الاقرار بالرق أن الامة إذا أقرت بالرق فباعها المقر له جاز، فإن ادعت عتقا بعد البيع وأقامت البينة على عتق من البائع أو على أنها حرة من الاصل قبلت بينتها استحسانا. ولو باع عبدا ودفعه إلى المشتري وقبض ثمنه وقبضه المشتري وذهب به إلى منزله والعبد ساكت وهو ممن يعبر عن نفسه فهذا إقرار منه بالرق لانه انقاد للبيع والتسليم ولا يثبت ذلك شرعا إلا في الرقيق فيصدق في دعوى الحرية بعد ذلك لانه يسعى في نقض ما تم من جهته إلا أن تقوم له بينة على ذلك فحينئذ تقبل والتناقض لا يمنع من ذلك، وكذا لو رهنه أو دفعه بجناية كان إقرارار بالرق بخلاف ما لو أجره ثم قال أنا حر فالقول وله لان الاجارة تصرف في منافعه لا في عينه ومنافع الحر تملك بالاحارة كالعبد فلا يكون إقرارا له بالرق والاجارة ليست بإقرار من الخادم بالرق وهو إقرار من المستأجر بأن العبد ليس له حتى لو ادعاه بعد ما استأجره لنفسه لا يصدق ا ه. وأطلق الحرية فشمل الاصلية والعارضة لخفاء حال العلوق فإن الولد انجلب صغيرا من دار إلى دار وينفرد المولى بالاعتاق ولهذا قلنا:

***

[٢٣٨]

المكاتب إذا أدى بدل الكتابة ثم ادعى تقدم إعتاقه على الكتابة تقبل ويؤدي بدل الكتابة، كذا في البزازية. وأما التناقض المعفو في النسب فصورته: لو باع عبدا ولو عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول أنه ابنه فتسمع دعواه ويبطل الشراء الاول والثاني لان النسب ينبني على العلوق فيخفي فيعذر في التناقض، هكذا فصوره العيني في شرح الكنز، وظاهره أن النسب في كلام المصنف خاص بالاصول والفروع، وأما تناقض ما عداهم فإنه يمنع لما قدمناه من أنه إذا أنكر أخوته عند طلب الانفاق عليه فمات فادعى بعده أنه أخوه طالبا ميراثه لم تسمع ورجوعه إلى التناقض في دعوى الملك لكونه لا يصح الدعوى بأنه أخوه إلا إذا ادعى حقا ولذا قال في البزازية من العاشر في النسب والارث من كتاب الدعوى: ادعى على آخر أنه أخوه لابويه إن ادعى إرثا أو نفقة وبرهن تقبل ويكون قضاء على الغائب أيضا حتى لو حضر الاب وأنكر لا تقبل ولا يحتاج إلى إعادة البينة لانه لا يتوصل إليه إلا بإثبات الحق على الغائب، وإن لم يدع مالا بل ادعى الاخوة المجردة لا تقبل لان هذا في الحقيقة إثبات البنوة على أبي المدعى عليه والخصم فيه هو الاب لا

الاخ، وكذا لو ادعى أنه ابن ابنه أو أبو أبيه والابن والاب غائب أو ميت لا يصح ما لم يدع مالا فإن ادعى مالا فالحكم على الحاضر والغائب جميعا كما مر بخلاف ما إذا ادعى على رجل أنه أبوه أو ابنه، أو على امرأة أنها زوجته، أو ادعت عليه أنه زوجها، أو ادعى العبد على عربي أنه مولاه عتاقة، أو ادعى عربي على آخر أنه معتقه، أو ادعت على رجل أنها أمته، أو كان الدعوى في ولاء الموالاة وأنكره المدعي عليه فبرهن المدعي على ما قاله تقبل ادعى به حقا أو لا، بخلاف دعوى الاخوة لانه دعوى الغير ألا ترى أنه لو أقر أبوه أو ابنه أو زوجه أو زوجته صح، أو بأنه أخوه لا لكونه حمل النسب على الغير وتمامه فيها. ولو قال هذا الولد ليس مني ثم تلاعنا ثم قال مني يصدق لخفاء العلوق فاندفع ما لو قال هذه الدار ليست لي ثم ادعاها كما مر، كذا فيها أيضا. وفي جامع الفصولين قال لست وارثا ثم ادعى أنه وارثه وبين الجهة تسمع لان التناقض في النسب معفو عنه ا ه. وعلى هذا أفتيت فيمن أقر أنه ليس ابن فلان ثم ادعى أنه ابنه أنها تسمع، أما الطلاق صوره العيني بما إذا اختلعت من زوجها ثم أقامت بينة أنه كان طلقها ثلاثا قبل الخلع فإنه تقبل بينتها، ولها أن تسترد بدل الخلع وإن كانت متناقضة لاستقلال الزوج بإيقاع الثلاث عليها من غير أن يكون لها علم بذلك. وفي البزازية: ادعت الطلاق فأنكر ثم مات لا تملك مطالبة الميراث ا ه. وليس المراد حصر ما يعفى فيه التناقض بل المراد أن ما كان مبنيا على الخفاء فإنه يعفى فيه التناقض فمن ذلك ما في الظهيرية: اشترى
***
[٢٣٩]
دارا لابنه الصغير من نفسه وأشهد على ذلك شهودا فكبر الابن ولم يعلم بما صنع الاب، ثم إن الاب باع من رجل وسلمها إليه ثم إن الابن استأجر الدار من المشتري ثم علم بما صنع الاب فادعى الدار على المشتري وقال إن أبي اشترى هذه الدار لي من نفسه في صغري وهي ملكي وأقام على ذلك بينة فقال المدعى عليه في دفع دعوى المدعي إنك متناقض في هذه الدعوى لان استئجارك هذه الدار مني اعتراف منك أن الدار ليست لك فدعواك الدار بعد ذلك يكون منك تناقضا قال: الصحيح أن هذا لا يصلح دفعا لدعوى المدعي وإن كان هذا تناقضا لان هذا التناقض لا يمنع صحة الدعوى لما فيه من الخفاء فإن الاب يستقل بالشراء للصغير ومن الصغير لنفسه والابن لا علم له بذلك ا ه. وفي البزازية معزيا إلى الصغرى: اشترى ثوبا في منديل ثم زعم أنه لم يعرفه قال تقبل. وفي الذخيرة: قيل لا يقبل في المسائل كلها. وفي العيون: قدم بلدة واشترى أو استأجر دارا ثم ادعاها قائلا بأنها دار أبيه مات وتركها ميراثا له وكان لم يعرفها وقت الاستيام لا تقبل قال: والقبول أصح. وفي المنية: اثنان اقتسما التركة ثم ادعى أحدهما أن أباه كان جعل له هذا الشئ المعين من الذي كان داخلا تحت القسمة إن قال إنه كان في صغري تقبل وإن مطلقا لا. ذكر الوتار: تولى ولاية وقف أو تولى وصاية تركة بعد تبين كونه تركة أو قسم تركة بين ورثة ثم ادعاه لنفسه لا تسمع. اشترى جارية في نقاب ثم ادعاها وزعم أنه لم يعلمها لا يقبل، ولو اشترى ثوبا في منديل ثم ادعى أنه له لا يقبل قال محمد: النظر إلى ذلك الشئ إن كان مما يمكن أن يعرف وقت المساومة كالجارية القائمة المتنقبة بين يديه لا تقبل الا إذا صدقه المدعى عليه في عدم معرفته إياها فتقبل، وإن كان مم لا يعرف كثوبفي منديل أو جارية قاعدة على رأسها غطاء لا يرى منها شيأ يقبل ولاجل هذا الاختلاف أقاويل العلماء في القبول وعدمه في المسائل ا ه. وفيها أيضا: استأجر دابة من آخر ثم ادعى أنها كانت له اشتراها له أبوه في صغره وبرهن تقبل لان التناقض يعف ء فيما يجري فيه الخفاء فإن الاب ينفرد بالشراء للابن ومن الابن ا ه. ومما يعفى فيه التناقض ما في البزازية: ادعى المالك على الغاصب قيمة العين لهلاكها ثم ادعى أنها باقية وبرهن تقبل لانه موضع الخفاء ا ه. ثم اعلم أن المتناقض الذي لا تسمع دعواه إذا قال تركت أحد الكلامين فإنه يقبل منه. قال في البزازية معزيا إلى الذخيرة: ادعاه مطلقا فدفعه المدعى عليه بأنك كنت ادعيته قبل هذا مقيدا وبرهن عليه فقال المدعي ادعيته الآن بذلك
***
[٢٤٠]
السبب وتركت المطلق يقبل ويبطل الدفع ا ه. وفيها معزيا إلى المحيط، ادعى على آخر عند غير الحاكم بالشراء أو الارث ثم ادعاه عند الحاكم ملكا مطلقا إن ادعى الشراء من معروف لا تقبل، وإن كان ادعاه من رجل مجهول أو قال من رجل ثم المطلق عند الحاكم يقبل، دلت المسألة أنه لا يشترط في التناقض كون المتدافعين في مجلس الحكم بل يكتفي بكون الثاني في مجلس الحكم ا ه. قوله: (مبيعة

ولدت فاستحقت ببينة يتبعها ولدها وإن أقربهما لرجل لا) أي لا يتبعها ولدها تفريع على القاعدة الاولى وهي التعدي وعدمه، والمرد أنها ولدت من غير مولاها. وفي الكافي: ولدت لا باستيلاده ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام لانه تبع لها فيكتفي بها، وقيل يشترط القضاء بالولد وهو الاصح. وفي النهاية: إنهالا يتبعها الولد في الاقرار إذا لم يدعه المقر له، أما إذا ادعاه كان له لان الظاهر أنه له ولا خصوصية للولد بل زوائد المبيع كلها على التفصيل. ولم يذكر المصنف متى ينفسخ البيع إذا ظهر الاستحقاق وفيه أقوال، قيل بقبض المستحق، وقيل بنفس القضاء، والصحيح أنه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى له أو بعد ما قبضه له قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح. وقال شمس الائمة الحلواني: في الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء، وفي ظاهر الروايات لا ينفسخ ما لم يفسخ وهو الاصح ا ه. وتمامه في فتح القدير. وفي البزازية من فصل الاستحقاق: واستحقاق الجارية بعد موت الولد لا يوجب على المشتري شيأ كزوائد المغصوب ا ه. وفيها من التناقض: برهن على جارية أنها له فقضي له بها وولدها في يد المدعى عليه لم يعلم به الحاكم فبرهن المدعي أنه ولدها يقضي به له أيضا، فإن رجع شهود الام بعد ذلك يضمنون قيمة الام والولد لان القضاء بالولد له بواسطة شهود الام فإنهم لو رجعوا بعد القضاء بالام قبل الحكم بالولد أو ارتدوا عن الاسلام أو فسقوا لا يحكم بالولد له إلا أن

***

[٢٤١]

يشهدوا بأنه ملك المدعي ولدته على ملكه جاريته. شهدا على رجل في يده جارية أنها لهذا المدعي ثم غابوا أو ما توا ولها ولد في يد المدعى عليه يدعيه المدعي عليه أيضا أنه له وبرهن المدعى عليه على ذلك لا يلتفت الحاكم إلى كلام المدعي عليه وبرهانه ويقضي بالولد للمدعي، فإن حضر الشهود وقالوا الولد كان للمدعي عليه يقضي بضمان قيمة الولد على الشهود كأنهم رجعوا، فإن كان الشهود حضورا سألهم عن الولد، فإن قالوا أنه للمدعي عليه أو لا ندري لمن الولد يقضي بالام للمدعي ولا يقضي بالولد فهذا يؤيد ما ذكرنا أولا ا ه. قوله: (وإن قال لمشتر اشترني فاني عبد فاشتراه فإذا هو حر فإن كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة فلا شئ على العبد) تفريع على أن التناقض في دعوى الحرية معفو عنه فإن هذا الشخص أقر أولا بالعبودية ثم ظهر بعد ذلك أنه حر بدعواه فكان متناقضا لكنه معفو عنه في دعوى الحرية فتقبل الشهادة، وحينئذ فلا يدل وضعها على أنه لا يشترط الدعوى في الحرية العارضة بل العارضة والاصلية سواء في أنه لا بد من دعوى العبد عند أبي حنيفة وهو قول الجمهور وهو الصحيح لانها حق العبد ولا يمنعها التناقض كما ذكرنا، وإنما لم يلزم العبد في هاتين الصورتين شئ لامكان الرجوع على البائع القابض قوله: (والارجح المشتري على العبد والعبد على البائع) أي وإن كان البائع غائبا غيبة غير معروفة بأن لم يدر مكانه فإنه المشتري يرجع على من قال له اشترني فأنا عبد بما دفع إلى البائع من الثمن ثم يرجع على من باعه بما رجع المشتري به عليه إن قدر. وإنما يرجع به على من باعه مع أنه لم أمره بالضمان عنه لانه أدى دينه وهو مضطر في أدائه بخلاف من أدى عن آخر دينا أو حقا عليه بغير أمره وليس مضطرا فيه فإنه لا يرجع به. وإنما قيد بالقيدين لانه لو قال أنا عبد وقت المبيع ولم يأمره بشرائه أو قال اشترني وزلم يقل أنا عبد لا رجوع عليه بشئ، كذا في فتح القدير، وفي العتابية من فضل الاستحقاق ما يخالفه فلينظر ثمة قوله: (بخلاف الرهن) أي لو قال ارتهني فأنا عبد فظهر حرا لم يرجع عليه بشئ من الاحوال كلها وهو ظاهر الرواية عنهم. عن أبي يوسف أنه لا يرجع في البيع والرهن لان الرجوع بالمعاوضة وهي المبايعة أو بالكفالة ولم يوجدا والموجود هنا مجرد الاخبار كاذبا فصار كما لو قال ذلك أجنبي وكما لو قال ارتهني فأنا عبد. ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمدا على أمره وإقراره فكان مغرورا من جهته والتغرير في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يجعل سببا للضمان دفعا للغرر بقدر الامكان فكان بتغريره ضامنا لدرك الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع كالمولى إذا قال لاهل السوق بايعوا عبدي إني قد أذنت له ففعلوا ثم ظهر أنه مستحق فإنهم يرجعون على المولى

***

[٢٤٢]

بقيمة العبد ويجعل المولى بذلك ضامنا لدرك ما ذاب عليه دفعا للضرر عن الناس بخلاف الرهن فإنه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيق للاستيفاء فلا يجعل الآمر به ضامنا لانه ليس تغريرا في عقد معاوضة كما لو قال لسائل عن أمن الطريق أسلك هذا الطريق فإنه

آمن فسلكه فنهب ماله لم يضمن، وكذا لو قال كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله فمات غير أنه يستحق العقوبة عند الله تعالى، وبخلاف الاجنبي لانه لا بعبأ بقوله لعدم اعتماده على قوله فلا يتحقق له الغرور. وفي النهاية معزيا إلى شرح الجامع الصغيرة لقاضيخان: وهذه المسألة دليل على أن العبد إذا كفل بثمن نفسه عن البائع صحت الكفالة وفي الخانية: المغرور يرجع بأحد أمرين إما بعقد المعاوضة أو بقبض يكون للدافع كالوديعة والاجارة إذا هلكت الوديعة أو العين المستأجرة ثم جاء رجل واستحق العين وضمن المودع والمستأجر فإن المودع والمستأجر يرجع على الدافع بما ضمن، وكذا كل من كان بمعناها وفي الاجارة والهبة لا يرجع على الدافع بما ضمن ا ه. تتمة في الاستحقاق: أقر المشتري بأن المبيع ملك فلان وصدقه أو ادعاه فلان وصدقه هو أو أنكر فحلف فنكل ليس له رجوع على البائع بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب فحلف فنكل يلزم الموكل لان النكول من المضطر كالبينة وهو مضطر في النكول إذا لم يعلم عيبه ولا سلامته، ولو برهن المشتري على أنه ملك فلان لا تقبل لتناقضة بخلاف ما لو برهن على إقرار البائع لعدمه، وبخلاف ما لو برهن على أنها حرة الاصل وهي تدعي ذلك أو أنها ملك فلان هو أعتقها أو دبرها أو استولدها قبل شرائها حيث يقبل ويرجع بالثمن على البائع لان التناقض في دعوى الحرية وفروعها لا يمنع صحة الدعوى، ولو باع عقارا ثم برهن أنه وقف لا تقبل لان مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الاعتاق، ولو برهن أنه وقف محكوم بلزومه قبل، ولو برهنت أمة في يد المشتري أنها معتقة لفلان أو مدبرته أو أم ولده يرجع الكل إلا من كان قبل فلان. ولو اشترى شيأ ولم يقبضه حتى ادعى آخر أنه له لا تسمع دعواه حتى يحضر البائع والمشتري لان الملك للمشتري واليد للبائع والمدعي يدعيهما فشرط القضاء عليهما حضورهما، ولو قضى له بحضرتهما ثم برهن البائع أو المشتري على أن المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشتري قبل ولزم البيع لانه يقرر القضاء الاول ولا ينقضه، ولو فسخ القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه يأخذها وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض. ولو قضى للمستحق بعد إثباته ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقى الامة للبائع عند أبي حنيفة وليس له أن يلزمها المشتري لنفوذ القضاء بالفسخ ظاهرا وباطنا عنده. ولو استحقت من يد مشتر فبرهن الذي بله على بيع

***

[٢٤٣]

المستحق من بائع بائعه قبل لانه خصم، ولو برهن البائع الاول أن المستحق أمره ببيعه وهلك الثمن ف يده تقبل، ولو استهلك أورده لا يقبل، ولو أقر عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك أقام المستحق البينة وأثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له أن يرجع على بائعه لان القضاء وقع بالبينة لا بالاقرار لانه يحتاج إلى أن يثبت بها ليمكنه الرجوع على بائعه. وذكر رشيد الدين أن المدعي لو أقام بينة على دعواه ثم أقر المدعى عليه بالملك فالقاضي يقضي بالاقرار لا بالبينة لانها إنما تقبل على المنكر لا المقر. وذكر في موضع آخر اختلاف المشايخ قال: والاظهر والاقرب إلى الصواب أنه يقضي بالاقرار وهو يناقض مذكره في الاستحقاق إلا أن يخص تلك بعارض الحاجة إلى الرجوع وقصد القاضي إلى القضابإحدى الحجتين يعينها. ولو رد البائع الثمن بعد القضاء ثم ظهر فساد القضاء فليس للمشتري أن يسترد المستحق من البائع لثبوت التقايل، ولو لم يترادا ولكن القاضي قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ، ولو أحب البائع أن يأمن غائلة الرد بالاستحقاق فابرأه المشتري من ضمان الاستحقاق بلا أرجع الثمن ان ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ما قاله لان الابراء لا يصح تعليقه بالشرط قالوا: والحيلة فيه أن يقر المشتري أن بائعي قبل أن يبيعه مني اشتراه مني فإذا أقر على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لانه لو رجع على بائعه فهو أيضا يرجع عليه بإقراره أنه بائعه منه، كذا في فتح القدير بتمامه. وفيي جامع الفصولين: المشتري إذا زكى شهود المستحق قال أبو يوسف: اسأل عن الشاهدين فإن عدلا رجع المشتري بالثمن على بائعه وإلا يقتصر على المشهود عليه ولا يرجع بثمنه كالاقرار، ثم لو ادعى المشتري استحقاق المبيع على بائعه ليرجع بثمنه فلابد أيفسر الاستحقاق ويبين سببه، فلو بينه فأنكر بائعه البيع فبرهن عليه يقبل ورجع بثمنه، وقيل يشترط حضرة المبيع لسماع البينة، وقيل لا وبه أفتى (ظ) بل لو ذكر شبه العبد وصفته وقدر ثمنه كفى شراه عالما بأنه ليس لبائعه ثم استحق رجع بثمن للمستحق عليه تحليف المستحق بالله ما باعه ولا وهبه ولا تصدق به ولا خرج عن ملكبوجه من الوجوه. ولو شرى أرضا فبنى أو زرع أو غرس فاستحق يرجع المشتري بثمنه على بائعه ويسلم بناءه وزرعه وشجره إليه فيرجع بقيمتها مبنيا قائما يوم سلمها إليه، فلو بنى المشتري بناء قيمته عشرة

آلاف مثلا وسكن فيه زمانا حتى خلق البناء وتغير وانهدم بعضه ثم استحق يرجع على بائعه بقيمة البناء يوم تسليمه ولا ينظر
***
[٢٤٤]
إلى ما كان أنفق، وإنما يرجع بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه إلى البائع حتى لا يرجع بقيمة جص وطين. ولو كان البائع غائبا والمستحق أخذ المشتري بهدم بنائه فقال المشتري غرني بائعي وهو غائب قال أبو حنيفة: لا يلتفت إلى قول المشتري فيؤمر بهدمه وتدفع الدار إلى المستحق، فلو حضر البائع بعد هدمه لا يرجع المشتري على البائع بقيمة بنائه وإنما يرجع عليه لو كان البناء قائما فسلمه إليه فهدمه وأخذ النقض، وأما لو هدمه فلا شئ على البائع. وهذا بخلاف ما مر في شجر وجص على البائع قيمة الشجر نابتا في الاستحقاق وللمشتري الرجوع على وكيل البائع بقيمة البناء قائما وبقيمة الولد للغرور. وإن عرف المشتري إن الدار لغير البائع ولم يدع البائع وكالة فبنى فاستحق لم يكن مغرورا، ولو ادعى المشتري أن البناء له وقال البائع لي فالقول للبائع، وإذا رجع المشتري على بائعه بالثمن وقيمة البناء قال أبو حنيفة: لا يرجع البائع على بائعه إلا بثمنه وعندهما يرجع بهما ا ه. وتمامه فيه. وفي البزازية من الاستحقاق: ظهرت المشتراة حرة ومات البائع لا عن وارث وتركه وبائع البائع قائم نصب الحاكم عن البائع الثاني وصيا فيرجع المشتري عليه وهو يخاصم البائع الاول ا ه. قوله: (ومن ادعى حقا في دار) أي مجهولا (فصولح على مائة فاستحق بعضها لا يرجع بشئ) لجواز أن يكون دعواه فيما بقي وإن قل فما دام في يده شئ لم يرجع. قيد باستحقاق بعضها لانها لو استحق كلها رجع بما دفع للتيقن بأنه أخذ عوضا عما لا يملكه فيرده. ودل وضع المسألة على شيئين: أحدهما أن الصلح عن المجهول جائز لانه لا يفضي إلى المنازعة. الثاني أن صحة الصلح لا تتوقف على صحة الدعوى لصحته هنا دونها حتى لو برهن لم يقبل إلا إذا ادعى إقرر المدعي عليه به. قيد بالمجهول لانه لو ادعى قدرا معلوما كربعها لم يرجع ما دام في يده ذلك المقدار، وإن بقي أقل منه رجع بحساب ما استحق وفي جامع الفصولين: شراه فبنى فاستحق نصفه ورد المشتري ما بقي على البائع له أن يرجع على بائعه بثمنه وبنصف قيمة البناء لانه مغرور في النصف، ولو استحق نصفه المعين فلو كان البناء في ذلك النصف حاصة رجع بقيمة البناء أيضا، ولو كان البناء في النصف الذي لم يستحق فله أن يرد البناء ولا يرجع بشئ من قيمة البناء. ولو اشترى نصفه مشاعا فاستحق نصفه قبل القسمة فالمبيع نصفه الباقي، ولو استحق بعد القسمة فالمبيع نصف الباقي وهو الربع. سئل بعضهم عمن اشترى أرضا فيها أشجار حتى دخلت بلا ذكر فاستحق الاشجار هل لها حصة من الثمن؟ قال: لا كما في ثوب قن وقنة وبرذعة حمار فإن ما يدخل تبعا لا حصة له من الثمن إلى آخره وثبت في بعض النسخ كما شرح عليه العيني.
***
[٢٤٥]
فصل في بيع الفضولي ولم تكن ثابتة عند الزيلعي فتركه وهو نسبة إلى الفضولي جمع الفضل أي الزيادة. وفي المغرب: وقد علمت جمعه على مالا خير فيه حتى قيل: فضول بلا فضل وسن بلا سناوطول بلا طول وعرض بلا عرض ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي. وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وبفتح الفاء خطأ اه. وقيل: الفضولي من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي كالاجنبي يزوج أو يبيع ولم يردفي النسبة إلى الواحد وإن كان هو القياس لانه صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى فصار كالانصاري والاعرابي، كذا في النهاية. وفي فتح القدير: غلب في الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية له فيه، فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف فضولي يخشى عليه الكفر اه قوله: (ومن باع ملك غيره فللمالك أن يفسخه ويجيزه إن بقي العاقدان والمعقود عليه وله وبه لو عرضا) يعني أنه صحيح موقوف على الاجازة بالشرائط الاربعة. وعند الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية فيلغو لانها ثبتت بالملك أو بإذن المالك وقد فقد أولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية. ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله العاقل البالغ في محله وهو المال المتقوم فوجب القول بانعقاده إذ لا ضرر فيه مع تخيره بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وحقوق العقد فإنها لا ترجع إلى المالك، وفيه نفع العاقد بصون كلامه عن الالغاء، وفيه نفع المشتري لانه أقدم عليه طائعا ولو لا النفع لما أقدم فتثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه، كيف وأن الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف النافع. واستدل أصحابنا في كتبهم بحديث عروة البارقي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشتري به أضحية فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار وجاء بالشاة والدينار إلى النبي صلى الله عليه وسلم وأخبره بذلك فقال عليه السلام: بارك الله لك في صفقتك. ورواه الترمذي عن عروة وحكيم بن حزام كما بينه في النهاية. وإنما شرط

قيام المبيع والمتعاقدين لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيامها كما في الانشاء، وإن كان الثمن عرضا أي مما يتعين بالتعيين فلا بد من قيامه أيضا لكونه مبيعا، وإنما اشترط قيام المعقود له وهو المالك لان العقد توقف على
***
[٢٤٦]
إجازته فلا ينفذ بإجازة غيره، فلو مات المالك لم ينفذ بإجازة الوارث بخلاف القسمة الموقوفة فإنها تنفذ بإجازة الوارث عند الثاني، كذا في البزازية. ولو لم يعلم حال المبيع وقت الاجازة من بقاء وعدمه جاز البيع في قول أبي يوسف، أو لا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع وقال: لا يصح ما لم يعلم قيامه عندها لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك. وقيد بالبيع لان النكاح الموقوف لا يبطل بموت العاقد، ولو تزوجت أمة بغير إذن مولاها ثم مات المولى فإنه ينفذ بإجازة الوارث إذا لم يحل له وطؤها، وإذا أجاز المالك البيع وكان الثمن نقدا صار مملوكا له أمانة في يد الفضولي بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة. ولو لم يجز المالك وهلك الثمن في يد الفضولي اختلف المشايخ في رجوع المشتري عليه بمثله والاصح أن المشتري إن علم أنفضولي وقت الاداء لا رجوع له وإلا رجع عليه، كذا في القنية. وصرح الشارح بأنه أمانة في يده فلا ضمان عليه إذا هلك سواء هلك قبل الاجازة أو بعدها، وإن كان الثمن عرضا كان مملوكا للفضولي. وإجازة المالك إجازة نقد لا إجازة عقد لانه لما كان العوض متعينا كان شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر إن وجدنفاذا فيكون ملكا له وبإجازة المالك لا ينتقل إليه بل تأثير إجازته في النقد لا في العقد. ثم يجب على الفضولي مثل المبيع إن كان مثليا وإلا فقيمته إن كاقيميا لانه لما صار البدل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له في ضمن الشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير واستقراض غير المثلي جائز ضمانا وإن لم يجز قصدا ألا ترى أن الرجل إذا تزوج امرأة على عبد الغير صح ويجب قيمته عليه، ولا يشترط قيام المبيع في مسألة من مسائل الفضولي مذكورة في الخلاصة من اللقطة قال: الملتقط إذا باع اللقطة بغير أمر القاضي ثم جاء صاحبها بعدما هلكت العين إن شاء ضمن البائع وعند ذلك ينفذ البيع من جهة البائع في ظاهر الرواية وبه أخذ عامة المشايخ اه‍. وهكذا قالوا في وقيد بالمالك الملتقط إذا تصدق فهلكت العين فأجاز المالك بعد الهلاك صحت وقيد بالمالك في قوله فللمالك أن يفسخه أو يجيزه لان للفضولي فسخه فقط حتى لو أجازه المالك لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وإنما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه فإنه بعد
***
[٢٤٧]
الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته. وفي البزازية: وللمشتري فسخ البيع قبل الاجازة تحرزا عن لزوم العقد بخلاف الفضولي في النكاح ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل لانه معبر محض فبالاجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي. وفي النهاية أن الفضولي في النكاح يملك فسخه بالفعل بأن زوج فضولي رجلا امرأة برضاها وقبل إجازته زوجه بأختها فإن ذلك يكون فسخا للنكاح الاول. وفي فتاوي قاضيخان: لا يكون فسخا ويتوقف الثاني أيضا. ثم الاجازة لبيع الفضولي يكون بالفعل وبالقول فمن الاول تسليم المبيع إجازة وكذا أخذه الثمن، ومن الثاني طلب الثمن وقوله أحسنت أو وفقت أو أصبت ليس بإجازة، وكذا كفيتني مؤنة البيع أو أحسنت فجزاك الله خيرا. وفي المنتقى: لو قال بئس ما صنعت كان إجازة كقبض الثمن، ولو وهب المالك الثمن أو تصدق به على المشتري كان إجازة إن كان المبيع قائما والسكوت بعد العلم لا يكون إجازة، ولو قال المالك أنا راض ما دمت حيا كان إجازة بالاول، ولو قال امسكها ما دمت حيا لا لان الامساك لا يدل على الرضا. وفي فروق الكرابيسي: أسأت إجازة. ولو قال لا أجيز يكون ردا للبيع بخلاف المستأجر إذا قال لأجيز بيع الآجر ثم أجازه جاز وفي نوادر هشام ولو قال أجزت إن باع بمائة درهم يجوز إن باع بأكثر، وإن باع بأقل لا يجوز. ولو باع بألف دينار لا يجوز وإنما ينظر إلى النوع الذي وصفه، كذا في البزازية. وفيها: وإذا أجاز المالك بيع الفضولي صار الفضولي كالوكيل حتى صح حطه عن الثمن علم المالك بالثمن أو لم يعلم. وأجاب صاحب الهداية أنه إذا علم بالحط بعد الاجازة فله الخيار إن شاء رضي به وإن شاء فسخ اه‍. وأشار
***
[٢٤٨]

المصنف باشتراط قيام البيع أي باسمه وحاله إلى أنه لو أجازه بعد صبغ الثوب المشتري فإنه لا يجوز ولو ولدت الامة ثم أجاز المالك البيع يكون الولد مع الامة للمشتري، ولو انهدم الدار ثم أجاز المالك البيع يصح لبقاء العرصة. ولم يذكر المؤلف حكم تسليم المبيع من الفضولي فلو سلمه فهلك فللمالك أن يضمن أيهما شاء فأيهما اختار ضمانه برئ الآخر لان في التضمين تمليكا منه فإذا مكله من أحدهما لا يمكن تمليكه من الآخر، فإن اختار تضمين المشتري بطل البيع لان أخذ القيمة كأخذ العين ويرجع المشتري على البائع بالثمن لا بما ضمن، وإن اختار تضمين البائع ينظر، إن كان قبض البائع مضمونا عليه نفذ بيعه بالضمان لان سبب ملكه قد تم عقده، وإن كان قبضه أمانة فإنما صار مضمونا عليه بالتسليم بعد البيع فلا ينفذ بيعه بالضمان لتأخر سبب ملكه عن العقد. وقد ذكر محمد في ظاهر الرواية أنه يجوز البيع بتضمين البائع، ووجهه أنه سلم أولا ثم صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كالمغصوب، كذا في البزازية: وقيد بالبيع لانه إذا اشترى لغيره كان ما اشتراه لنفسه أجاز الذي اشتراه له أم لا. وإن لم يجد نقادا يتوقف على إجازة من المشتري له كالصبي المحجور يشتري شيأ لغيره فيتوقف هذا إذا أضاف العقد إلى نفسه، أما إذا أضافه إلى غيره بأن يقول بع هذا العبد لفلان فقال البائع بعته لفلان يتوقف على أجازته، وأما إذا قال اشتريت منك بكذا لاجل فلان فقال البائع بعت أو قال البائع بعت منك لفلان فإنه يقع الشراء للمخاطب لا لفلان، والصحيح أنه إذا أضيف العقد في أحد الكلامين إلى فلان يتوقف على إجازة فلان. ولو اشترى عبدا وأشهد أنه يشتريه لفلان وقال فلان رضيت فالعقد للمشتري لانه إذا لم يكن وكيلا بالشراء وقع الملك له فلا اعتبار بالاجازة بعد ذلك وهي تلحق العقد الموقوف لا النافذ، فإن دفع المشتري إليه العبد وأخذ الثمن كان بيعا بالتعاطي بينهما، ولو ظن المشتري والمشتري له أن الملك وقع للمشترى له فسلمه له بعد قبض ثمنه لا يسترد بلا رضا المشتري له ويجعل كأنه ولاه، إن علما أن الشراء وقع للمشتري بعده وإن زعم المشترى له أن الشراء كان بأمره ووقع الملك له والمشتري أنه كان بلا أمره ووقع الشراء للمشترى فالقول للمشتري له لان الشراء بإقراره وقع له، كذا في البزازية.

***

[٢٤٩]

وفي فروق الكرابيسي: شراء الفضولي على أربعة أوجه: الاول أن يقول البائع بعت هذا لفلان بكذا والفضولي يقول اشتريت لفلان بكذا أو قبلت ولم يقل لفلان فهذا يتوقف. الثاني أن يقول البائع بعت من فلان بكذا والمشتري يقول اشتريته لاجله أو قبلت يتوقف. الثالث أن يقول البائع بعت هذا منك بكذا فقال اشتريت أو قبلت ونوى أن يكون لفلان فإنه ينفذ على المشتري. الرابع لو قال اشتريت لفلان بكذا والبائع يقول بعت منك بطل العقد في أصح الروايتين. والفرق أنه خاطب المشتري والمشتري يسترد لغيره فلا يكون جوابا فكان شرط العقد بخلاف الفصلين الاولين إذا العقد أضيف إلى فلان في الكلامين، وبخلاف الفصل الثالث لانه وجد نفاذا على العاقد وقد أضيف العقد إليه اه‍. وأشار المؤلف بثبوت الفسخ والاجازة للمالك إلى أن الفضولي لو شرط الخيار للمالك فإن العقد يبطل ولا يتوقف لان الخيار له بدون الشرط فيكون الشرط له مبطلا، كذا في فروق الكرابيسي. وقيد ببيع ملك الغير لانه لو باع ملك نفسه مشغولا بحق الغير كالرهن إذا باعه الراهن والعين المؤجرة إذا باعها المؤجر يتوقف العقد على إجازة المرتهن والمستأجر فيملكانها دون الفسخ على الصحيح كما سيأتي، وفرق بينهما الكرابيسي فجعل للمرتهن الاجازة والفسخ دون المستأجر فلا يملكه فارقا بأن المستأجر حقه في المنفعة، ولذا لو هلكت العين لا يسقط دينه وفي الرهن يسقط وهو استيفاء حكمي. وتفرع على الفرق ما لو تعدد بيع المؤجر فأجاز المستأجر الثاني نفذ الاول، ولو تعدد بيع الرهن فأجاز المرتهن الثاني نفذ لا الاول اه‍. ولو قال المصنف رحمه الله تعالى باع ملك غيره لمالكه لكان أولى لانه لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا كما في البدائع. ولا بد أن يقول بغير إذنه ليكون فضوليولو تعدد تصرف الفضولي كأمة

***

[٢٥٠]

باعها فضولي من رجل وزوجها منه آخر فأجيزا معا يثبت الاقوى فتصير مملوكة لا زوجة. ولو زوجاها كل من رجل فأجيز بطلا، ولو باعها كل من رحل فأجيزا تتنصف بينهما ويخير كل منهما بين أخذ النصف أو الترك. ولو باعه فضولي وأجره آخر أو رهنه أو زوجه فأجيزا معا ثبت الاقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لان البيع أقوى، وكذا تثبت الهبة إذا وهبه فضولي وآجره آخر. وكل من العتق

والكتابة والتدبير أحق من غيرها لانها لازمة بخلاف غيرها، والاجارة أحق من الرهن لافادتها ملك المنفعة بخلاف الرهن، والبيع أحق من الهبة لان الهبة تبطل بالشيوع ففيما لا تبطل بالشيوع كهبة فضولي عبدا وبيع آخر إياه يستويان لان الهبة مع القبض تساوي البيع في إفادة الملك. وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيأخذ كل النصف ولو تبايع غاصبا عرضي لرجل واحد فأجاز المالك لم يجز لان فائدة البيع بثبوت الملك في الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد فلم يلحقه إجازة. ولو عصبا من رجلين وتبايعا وأجاز المالك جاز. ولو عصبا النقدين من واحد وعقد
***
[٢٥١]
الصرف وتقابضا ثم أجاز جاز لان النقود لا تتعين في المعاوضات، وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب، كذا في فتح القدير من آخر الباب. وأما وصية الفضولي كما إذا أوصى بألف من مال غيره أو بعين من ماله فأجاز المالك فهو مخير إن شاء سلمها وإن شاء لم يسلم كالهبة، كذا في القنية من الوصايا. وبه علم حكم هبة الفضولي وسيأتي في الصلح بيان صلح الفضولي. والظاهر من فروعهم أن كل ما صح التوكيل به فإنه إذا باشره الفضولي يتوقف إلا الشراء بشرطه السابق. قوله: (وصح عتق مشتر من غاصب بإجازة بيعه لا بيعه) وهذا عندهما. وقال محمد: لا يجوز عتقه أيضا لانه لم يملكه. وفي الحديث لا عتق لابن آدم فيما لا يملك وهذا لان عقد الفضولي موقوف وهو لا يفيده لعدم النفاذ وثبوته عند الاجازة استنادا فهو ثابت من وجه زائل من وجه فلا يصلح شرطا للاعتاق وهو الملك الكامل لاطلاقه في الحديث وهو للكامل، ولذا لو أعتقه الغاصب ثم أدى الضمان لم يصح العتق مع أن الملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشتري حتى ينفذ بيع الغاصب بأداء الضمان ولا ينفذ بيع المشتري بإجازة المالك الاول، وكذلو أعتقه المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البيع لا ينفذ عتقه، وكذا إذا قبض المشتري من الغاصب ثم باعه ثم أجاز المالك البيع الاول لم ينفذ البيع الثاني مع أن البيع أسرع نفاذا من العتق حتى صح بيع المكاتب والمأذون دون عتقهما، ولذا لو باع الغاصب المغصوب ثم أدى الضمان نفذ بيعه، ولو أعتقه ثم أدى الضمان لم ينفذ، وكذا
***
[٢٥٢]
لو باعه الغاصب فأعتقه المشتري منه ثم أدى الغاصب الضمان صح بيع الغاصب وبطل عتقه. ولهما أن الملك موقوف فيه فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه كإعتاق المشتري من الراهن يتوقف وينفذ بإجازة المرتهن وإعتاق المشتري من الوارث حال استغراق التركة بالدين فأجاز الغرماء البيع، وإعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة به فقضى الدين أو أبرى الغرماء فإنه ينفذ. وهذا لان العتق من حقوق الملك والشئ إذا توقف توقف بحقوق، وإذا نفذ نفذ بحقوقه بخلاف إعتاق الغاصب نفسه لانه لم يوضع للملك وإنما يملكه ضرورة أداء الضمان فلم يكن مثبتا له للحال ولا سببا له، ولذا لا يتعدى إلى الزوائد بخلاف الملك في بيع الفضولي فإنه يتعدى إلى الزوائد المتصلة والمنفصلة، وبخلاف ما إذا كان فيه خيار البائع لانه ليس بمطلق والكلام فيه وهو مانع من انعقاده في الحكم أصلا فلم يوجد الملك فيه. قيد بعتق المشتري لان عتق الغاصب لا ينفذ بأداء الضمان لما بيناه، وقيد بإجازة بيعه لانه لا ينفذ بأداء الضمان من الغاصب ولكن يرد عليه أن المشتري إذا أدى الضمان ينفذ على الصحيح لان ملك المشتري ثبت مطلقا بسبب مطلق وهو الشراء بخلاف الغاصب لانه سبب ضروري فكان الملك فيه ناقصا هكذا ذكر الشارح، فقد فرق بين أداء الغاصب الضمان وبين أداء المشتري منه وصرح في الهداية بأن عتق المشتري ينفذ بأداء الضمان من الغاصب وهو الاصح، فلا فرق بين أداء الضمان من الغاصب أو من المشتري منه، وجرى على ذلك في البناية. فلو قال المؤلف بإجازة بيعه أو أداء الضمان لكان أولى. وكذا لو قال وصح عتق مشتر من فضولي لكان أولى، لانه لا يشترط أن يكون غاصبا لانه لو لم يسلم المبيع فالحكم كذلك، ولعله إنما ذكره لاجل البيع لان بيع العبد قبل قبضه فاسد، وفي فتح القدير: وهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف: ما
***
[٢٥٣]
رويت لك عن أبي حنيفة أن العتق جائز وإنما رويت أن العتق باطل. وقال محمد: بل رويت لي أن العتق جائز وإثبات مذهب أبي

حنيففي صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الاصل الفرع صريحا، وأقل ما هنا أن يكون في المسألة روايتان عن أبي حنيفة. قال الحاكم الشهيد قال أبو سليمان: هذه رواية محمد عن أبي يوسف ونحن سمعنا من أبي يوسف أنه لا يجوز عتقه اهـ. وأما بيع المشتري مت الغاصب فإنما لا يصح لبطلان عقده بالاجازة فإن بها يثبت الملك للمشتري باتا والملك البات إذا ورد على الموقوف أبطله، وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه، فهذا كله يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البات والموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات وإلا فقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف، كذا في فتح القدير. وقيد بالعتق لافي التفويض من الفضولي للمرأة إذا جعل أمرها بيدها فطلقت نفسها ثم أجاز الزوج لم تطلق وإنما ثبت التفويض الآن، فإن طلقت نفسها الآن طلقت وإلا فلا. والاصل في تصرف الفضولي أن كل تصرف جعل شرعا سببا لحكم إذا وجد من غير ولاية شرعية لم يستعقب حكمه، ويتوقف إن كان مما يصح تعليقه جعل معلقا وإلا احتجنا أن نجعله سببا للحال متأخرا حكمه إن أمكن فالبيع ليس مما يتعلق فيجعل سببا في الحال فإذا زال المانع من ثبوت حكم الاجازة ظهر أثره من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد. وأما التفويض فاحتمل التعليق فجعلنا الموجود من الفضولي متعلقا بالاجازة فعندها يثبت التفويض للحال لا مستندا فلا يثبت حكمه إلا من وقت الاجازة، وأما النكاح فلا يتعلق ولا يمكن أن يعتبر في حال التوقف سببا لمطلق الطلاق بل لملك المتعة المستعقب له. ثم اعلم أن ظاهر وقلهم إذا طرأ ملك موقوف أبطله أن بيع

***

[٢٥٤]

المشتري من الغاصب ينعقد موقوفا وإنما يبطل بطرو الملك البات بإجازة بيع الغاصب. وقد قال في النهاية أنه لم ينعقد أصلا لتجرده عرضلا للانفساخ وقد يقال فائدته لو أجاز المالك بيع المشتري من الغاصب لا بيع الغاصب ينبغي أن يصح بخلاف ما إذا أجاز بيع الغاصب وجوابه أن بيع المشتري لم ينعقد أصلا لما قدمناه عن البدائع أن الفضولي إذا باع ملك غيره لنفسه لم ينعقد، وإنما ينعقد إذا باعه لمالكه وهنا باعه المشتري لنفسه فالظاهر ما في النهاية ولذا قال في المعراج: إن المشتري من الغاصب إذا باع لا يتوقف ملكه لان فائدة التوقف النفاذ ففي كل صورة لا يتحقق النفاذ لا يتوقف كبيع الحر. وأورد على الاصل ما إذا باع الغاصب ثم أدى الضمان فإنه ينفذ بيعه مع أنه طرأ ملك بات وهو ملك الغاصب بأداء الضمان على ملك المشتري الموقوف. وأجيب بأن ملك الغاصب ضروري ضرورة أداء الضمان فلم يظهر في إبطال ملك المشتري. قوله: (ولو قطعت يده عند المشتري فأجيز فأرشه لمشتريه) لان الملك ثبت له من وقت الشراء لما قدمناه فتبين أن القطع ورد على ملكه، ولعى هذا كل ما يحدث في المبيع من كسب أو ولد أو عقر قبل الاجازة فهو للمشتري وهذه حجة على محمد، والعذر له أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الزوائد كالمكاتب إذا قطعت يده فأخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارشض للمولى، وكذا إذا قطعت يد المبيع والخيار للبائع فأجاز البيع يكون الارش للمشتري بخلاف الاعتاق لافتقاره إلى كمال الملك. قيد بالمشتري لان يده لو قطعت عند الغاصب ثم

***

[٢٥٥]

ضمن قيمته لا يكون الارش له لان الغصب ليس بسبب موضوع للملك، ولو أعتقه المشتري من الغاصب فقطعت يده ثم أجيز البيع فالارش للعبد، كذا في فتح القدير. وقطع اليد مثال والمراد أرش جراحته للمشتري قوله: (وتصدق بما زاد على نصف الثمن) لان فيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وأرش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في صمانه هو الذي كان في مقابلة الثمن ففيما زاد على نصف الثمن شبهة عدم الملك، وأراد وجوب التصدق بالزائد كما هو ظاهر ما في فتح القدير. وقيد بما زاد لانه لا يتصدق بالكل وإن كان فيه شبهة عدم الملك لكونه مضمونا عليه بخلاف ما زاد ووزع في الكافي فقال إن لم يكن مقبوضا ففيما زاد ربح ما لم يضمن وإن كان مقبوضا ففيه شبهة عدم الملك قوله: (ولو باع عبد غيره بغير أمره فبرهن المشتري على إقرار البائع أو رب العبد على أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد المبيع لم تقبل) أي بينته لبطلان دعواه بالتناقض إذ إقدامهما على العقد وهما عاقلان اعتراف منهما بصحته ونفاذه والبينة لا تبتني إلا على دعوى صحيحة، فإذا بطلت الدعوى لا تقبل. وقوله بغير أمره زائد وإن وقع في الجامع الصغير لانه ليس من صورة المسألة. ولا يشكل هذا بما ذكره في الزيادات أن المبيع إذا ادعاه رجل فصدقه

المشتري فدفع إليه ثم برهن على إقرار البائع بأن العبد للمستحق يريد بذلك لرجوع بالثمن تقبل بينته لانالعبد فيد المشتري هنا وهناك في يد المستحق، وشرط الرجوع بالثمن أن لا تكون العين سالمة للمشتري فلذلك لم يرجع هنا ورجع هناك. وقيل: اختلف الجواب لاختلاف الوضع، فموضوع ما ذكر هنا فيما إذا أقام البينة على أن البائع أقر قبل البيع بأن المبيع للمستحق وإقدامه على الشراء ينفي ذلك فيكون مناقضا، وموضوع ما ذكر في الزيادات فيما إذا برهن أن البائع أقر بعد البيع أنه للمستحق فلا تناقض وهذا هو الاوجه، فإن في مسألة الزيادات العين في يد المشتري أيضا كما في غاية البيان. وأشار المصنف رحمه الله تعالى بعدم قبول البينة إلى عدم قبول قوله لو لم يكن له بينة، فلو ادعى البائع بعد البيع أن صاحبه لم يأمره ببيعه وقال المشتري أمرك أو ادعى المشتري عدم الامر فادعى البائع الامر فالقول لمن يدعي الامر لان الآخر متناقض، وليس له أن يستحلفه لان الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة. واعترض في البناية قولهم إنه متناقض فلا تسمع دعواه ولا بينته بأن التوفيق ممكن لجواز أن يكون المشتري أقدم على الشراء ولم يعلم بإقرار البائع بعدم الامر، ثم ظهر له ذلك بأن قال عدول سمعناه قبل البيع أقر بذلك ويشهدون به ومثل ذلك ليس بمانع، وهذا الموضع موضع تأمل اه. قلت: لا اعتراض ولا تأمل لانه وإن أمكن التوفيق لم تقبل

***

[٢٥٦]

لكونه ساعيا في نقض ما تم من جهته، وكل من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، فقولهم إن إمكان التوفيق يدفع التناقض على أحد القولين مقيد بما إذا لم يكن ساعيا في نقض ما تم من جهته والتقييد بدعوى المشتري مثال لان البائع لو ادعى إقرار المشتري بأن المالك لم يأمره لم يقبل أيضا. قال في الخلاصة والبزازية: عبد معروف لرجل في يد آخر باعه رجل قال البائع بعت بلا أمر المالك وبرهن على إقرار المشتري أنه باعه بغير أمر المالك لا يقبل لتناقض ولا يملك تحليف المالك، وكذا لو ادعى المشتري أيضا فساد العقد دون البائع. وأصله أن من سعى في نقض ما تم من جهته لا يقبل إلا في موضعين: اشترى عبدا وقبضه ثم ادعى أن البائع باعه قبله من فلان الغائب بكذا وبرهن يقبل. الثاني وهب جاريته واستولدها الموهوب له ثم ادعى الواهب أنه كان دبرها أن استولدها وبرهن تقبل ونستردها والعقر اه. وعللوه في الثانية بأنه تناقض فيما هو من حقوق الحرية كالتدبير والاستيلاد والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى. قال في فتح القدير: وعندي أن هذا غير صحيح لانه إنما قبل في الحرية للخفاء ولا خفاء في التدبير والاستيلاء لانه لا يخفي على الفاعل فعل نفسه فيجب أن لا يقبل تناقضه ولا يحكم ببينته اه. والجواب أمنه إنما قبل وإن كان متناقضا حملا على أنه فعل ذلك ثم ندم وتاب إلى الله تعالى فأقر بتدبيره أو استيلادها أو عتقه فقبل حملا لخروجه عن المعصية بخلاف التناقض في دعوى الملك فإنه غير مسموع. وفي البزازية: وقول المشتري بعد القبض أعتقه بائعه أو دبره أو كان حرا لاصل مقتصر على نفسه لا يتعدى إلى بائعه بلا بينة وولاؤه موقوف، فإن برهن رجع بالثمن واستقرار الولاء على البائع، وإن برهن على تحريره إن أقر بالبيه قبله من فلان إن صدقه فلان أخذ العقد لا إن كذبه اه. ومن فصل الاستحقاق لو أقر بعبد أنه ملك البائع واشترى منه ثم استحق منه فإنه يرجع بالثمن على البائع اه. قوله: (وإن أقر البائع عند القاضي بان رب العبد لم بأمره بالبيع بطل البيع إن طلب المشتري ذلك) لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فللمشتري أن يساعده فيه فينتفيان فينتقض في حقهما وهو المراد ببطلان البيع في عبارته لا في حق رب العبد إن كذبهما وادعى أنه كان أمره، فإذا لم ينفسخ في حقه يطالب البائع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له مطالبة المشتري لبراءته بالتصادق. وعند أبي يوسف له أن يطالبه فإذا أدى رجع به على البائع بناء على إبراء الوكيل. ولو كان على العكس بأن أنكر المالك التوكيل وتصادقا أنه وكله، فإن برهن الوكيل لزمه وإلا استحلف المالك، فإن حلف لم يلزمه، وإن نكل لزمه. ولو غاب المالك بعد الانكار وطلب البائع الفسخ فسخ القاضي البيع بينهما لانه ثبت عند

***

[٢٥٧]

القاضي أن البيع كان موقوفا، فإن طلب المشتري تأخير الفسخ ليحلف المالك على أنه لم يأمره لم يؤخر لان سبب الفسخ قد تحقق فلا يجوز تأخيره لاجل اليمين. فلو حضر المالك وحلف أخذ العبد وإن نكل عاد البيع، ولو كان المالك حاضرا وغاب والمشتري لم يأخذ العبد لان البيع صح ظاهرا فلا يصح القضاء على الغائب بفسخه وللبائع أن يحلف رب العبد أنه ما أمره ببيعه، فإن نكل ثبت أمره،

وإن حلف ضمن البائع ونفذ بيعه كالغاصب إذا باع المغصوب ثم ملكه بأداء الضمان. ولو مات المالك قبل حضوره فورثه البائع وأقام البينة على إقرار المالك بأنه لم يأمره لم يقبل لما بيناه من التناقض، ولو أقامها على إقرار مشتريه بذلك بعد موته تقبل بخلاف ما إذا أقامها على هذا الوجه حال حياة المالك فإنها لا تقبل لانه في حياته أصيل فيه فيمتنع بالتناقض، وبعد موته نائب عن الميت والميت لو ادعى حال حياته لا يكون مناقضا بخلاف شريكه البائع حيث يكون مناقضا ولمشتريه أن يحلفه بالله تعالى ما يعلم أن المولى أمره ببيعه، فإن نكل ثبت الامر، وإن حلف أخذ نصف العبد ورجع المشتري على البائع بنصف الثمن، وخير في النصف الآخر لتفرق الصفقة عليه. هذا إذا أقر المشتري بأن العبد ملك الآمر وإن أنكر لغفول الآمر حتى يقيم البينة على ملكه، ولعا توكيل بائعه في خصومته كيلا يصير البائع ساعيا في نقض ما تم من جهته. وقوله عند القاضي ليس بقيد لما في البناية أن إقراره عند القاضي وغيره سواء إلا أن البينة تختص بمجلس القاضي فلذا ذكر قوله عند القاضي اه. وقوله إن طلب المشتري ذلك أي إبطال البيع قوله: (ومن باع دار غيره فادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع) يعني إذا أقر البائع بالغصب وأنكر المشتري لان إقراره لا يصدق على المشتري ولا بد من إقامة البينة حتى يأخذها، فإذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضافا إلى عجزه عن إقامة البينة لا إلى عقد البائع لان الغاصب لا يجوز بيعه فعلى هذا يعلم أن قوله وأدخلها المشتري في بنائه اتفاقي، وإنما ذكره ليعلم حكم غيره بالاولى. وفي الهداية لم يضمن البائع عند أبي حنيفة كمن أقر بالغصب وهو قول أبي يوسف آخرا وكان يقول أولا يضمن وهو قول محمد وهي مسألة غصب العقار. وأراد بالدار العرصة بقرينة أدخلها في بنائه والله أعلم. باب السلم لما كان من أنواع البيوع ولكن شرط فيه القبض كالصرف أخرهما وقدمه على الصرف

***

[٢٥٨]

لان الشرط في الصرف قبضهما وفي السلم قبض أحدهما فقدم انتقالا بتدريج. وخص باسم السلم لتحقق إيجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه أعني تسلم رأس المال، وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم أليق لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم إليه. وهو في اللغة السلف قال في الصحاح: أسلم الرجل في الطعام أسلف فيه. وفي المصباح: السلم في البيع مثل السلف وزنا ومعنى وأسلمت إليه بمعنى أسلفت أيضا اه. وفي المعراج أن الهمزة فيه للسلب أي أزال سلامة الدراهم بتسليمها إلى مفلس في مؤجل. وفي الفقه على ما في السراج والعناية: أخذ عاجل بآجل. وتعقبه في فتح القدير بأنه ليس بصحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل. وعرفه أيضا بأنه بيع آجل بعاجل. والظاهر أن قولهم أخذ عاجل بآجل من باب القلب والاصل أخذ آجل بعاجل وهو أولى مما في البناية من أن قولهم أخذ عاجل بآجل تحريف من الناسخ الجاهل فاستمر النقل على هذا التحريف. وركنه ركن البيع من الايجاب والقبول، وينعقد بلفظ البيع على الاصح اعتبارا للمعنى ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم أيضا ويسمى الآخر المسلم إليه، والحنطة مثلا المسلم فيه، وستأتي شرائطه مفصلة أيضا. وسبب شرعيته شدة الحاجة إليه، وحكمه ثبوت الملك للمسلم إليه في الثمن ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة، أما في العين فلا يثبت إلا بقبضه على أنعقاد مبادلة أخرى والمؤجل المطالبة بما في الذمة ودليله من الكتاب آية

***

[٢٥٩]

المداينة لما صححه الحاكم عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله تعالى في الكتاب وأذن فيه قال الله تعالى * (يا أيها آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) * [البقرة: ٢٨٢] ومن السنة ما رواه الستة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون في التمر السنة والسنتين والثلاثة فقال: من أسلم في شئ فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم وهو على خلاف القياس إذ هو بيع المعدوم ووجب المصير إليه بالنص والاجماع للحاجة، ولا اعتبار بمن قال إنه على وفقه وقد أطال في الرد عليه في فتح القدير. قوله: (ما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه) لانه لا يفضي إلى المنازعة. وفي القنية: السلم في العنب القلابي في وقت كونه حصر ما لا يصح، والسلم في التفاح

الشامي قبل الادراك يصح لانه يسمى تفاحا اهـ. وفي فروق الكرابيسي: بيع السلم يفارق بيع العين في ستة أشياء: خيار الرؤية، وخيار الشرط ولو تفرقا يبطل، وفي إضافة السلم إلى الدراهم، وجعل الحنطة رأس المال على المختار، وفي الاجل قوله: (وما لا فلا) أي وما لا يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره لا يصح السلم فيه لانه يفضي إلى المنازعة. ثم شرع يبين الفصلين بالفاء التفصيلية بقوله: (فيصح في المكيل كالبر والشعير والموزون المثمن كالعسل والزيت) وفي الفروق: الاسلام في الخبز وزنا يجوز اهـ. وفي القنية برقم (مع عك) أسلم زبيبا في كر حنطة لا يجوز وبرقم (حم عك) يجوز فأبو الفضل يجعل الزبيب كيليا وهما جعلاه وزنيا. والثوم والبصل يجوز السلم فيه وزنا لا عددا، واللبن والعصير والخل يجوز كيلا أو وزنا، ولا خير في السلم في الاواني المتخذة من الزجاج، وفي المكسور يجوز وزنا، كذا في البزازية. وفي الظهيرية: ويجوز السلم في الدقيق كيلا ووزنا ولو أسلم فلوسا في صفر أو سيفا في حديد أو قصبا في بوار لا يجوز بخلاف ما لو أسلم قطنا في ثوب حيث يجوز اهـ. وفيها: لو أسلم في اللبن كيلا أو وزنا جاز لانه ليس بمكيل ولا موزون نصا فيجوز كيفما كان. وشرط في الذخيرة رواج الفلوس أما إذا كانت كاسدة فإنه لا يجوز لانه إسلام موزون
***
[٢٦٠]
في موزون. وقيد المثمن احترازا عن الدراهم والدنانير فإنه وإن كانت موزونة لكنها ثمن فلا يجوز الاسلام فيها لان السلم تعجيل الثمن وتأجيل المبيع، ولو جاز فيها انعكس فإذا لم يقع سلما يكون باطلا عند عيسى بن أبان. وقال الاعمش: بكون بيعا بثمن مؤجل اعتبارا للمعنى والاول أصح لانه لا يمكن تصحيحه في غير ما أوجبا العقد فيه. ورجح قول الاعمش في فتح القدير بأنه أدخل في الفقه، وهذا الخلاف فيما إذا أسلم فيهما غير الاثمان كالحنطة، وأما إذا أسلم فيهما الاثمان لم يجز إجماعا ولو أسلم في المكيل وزنا كما إذا أسلم في البر والشعير بالميزان فيه روايتان والمعتمد الجواز لوجود الضبط وعلى هذا الخلاف لو أسلم في الموزون كيلا. قوله: (ويصح في العددي المتقارب كالبيض والجوز) لانه معلوم مضبوط مقدور التسليم وما فيه من التفاوت مهدر عرفا ولا خلاف في جوازه عددا إنما الخلاف فيه كيلا، فعندنا يجوز كيلا ومنعه زفر كيلا، وعنه منعه أيضا عدا للتفاوت وأجبنا عنه. وإنما جاز كيلا لوجود الضبط فيه. وقيد بالتقارب ومنه الكمثرى والمشمش والتين كما في فروق الكرابيسي لان العددي المتفاوت لا يجوز السلم فيه وما تفاوتت ماليته متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والرؤس والاكارع والسفرجل والدر والجواهر واللآلئ والادم والجلود والخشب فلا يجوز السلم في شئ منها عددا للتفاوت إلا إذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول أو غلظ أو غير ذلك. ومن المتفاوت الجوالق والفراء فلا يجوز إلا بذكر مميزات، وأجازوه في الباذنجان
***
[٢٦١]
والكاغد عددا لاهدار التفاوت. وفي فتح القدير: وفيه نظر ظاهر أو يحمل على كاغد بقالب خاص وإلا فلا يجوز. وكون الباذنجان مهدر التفاوت لعله في باذنجان ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك بخلاف بيض النعام وجوز الهند لا يستحق شئ منه بالاسلام بخلاف بيض الدجاج والجوز الشامي والفرنجي لعدم إهدار التفاوت. ويشترط مع العدد بيان الصفة أيضا في شرح الشافي فلو أسلم في بيض النعام أو في جوز الهند جاز كما جاز في الاخيرين، وعن أبي حنيفة أنه منعه عددا في بيض النعام ادعاء للتفاوت في المالية وهو خلاف ظاهر الرواية. والوجه أن ينظر إلى الغرض في عرف الناس، فإن كان الغرض في ذلك العرف حصول القشور ليتخذ في سلاسل القنادى كمفي ديار مصر وغيرها من امصار يجب أن يعمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد إلا مع تعيين المقدار واللون من نقاء البياض أو إهداره اهـ. وفي المعراج: والفاصل بين المتفاوت والمتقارب أن ما ضمن مستهلكه بالمثل فهو متقارب وبالقيمة يكون متفاوتا. وفي البزازية: يجوز السلم في الاواني المتخذة من الخزف عددا إن نوعا يصير معلوما عند الناس، ويجوز في الكيزان الخزفية إذا بين نوع لا يتفاوت آحاده اهـ. ولم يشترط المؤلف للجواز إعلام الصفة أنه جيد أو وسط أو ردئ ومنهم من شرط إعلام الصفة، كذا في الذخيرة وفيها عن أبي يوسف: لو أسلم بيض الاوز في بيض الدجاج أو أسلم بيض النعام في بيض الدجاج جاز، وإن أسلم بيض الدجاج في بيض نعامة أو أسلم بيض الدجاج في بيض الاوز، وإن كان في حين يقدر عليه جاز، فإن كان في حين لا يقدر عليه لا يجوز اهـ. قوله: (والفلس) لانه عددي يمكن ضبطه فيصح السلم فيه، وقيل لا يصح عند محمد لانه ثمن ما دام يروج، وظاهر الرواية

عن الكل الجواز. وإذا بطلت ثمنيتها لا يخرج عن العد إلى الوزن للعرف إلا أن يهدره أهل العرف كما هو في زماننا فإن الفلوس أثمان في زماننا ولاتقبل إلا وزنا فلا يجوز السلم فيها إلا وزنا في ديارنا في زماننا، وقد كانت قبل هذه الاعصار عددية في ديارتا أيضا، كذا في فتح القدير قوله: (واللبن) بكسر الباء وهو الطوب
***
[٢٦٢]
النئ وشرط في الخلاصة ذكر المكان الذي يعمل فيه اللبن، وفي الذخيرة: لو باع آجرة من ملبن لم تجز من غير إشارة لان اللبن من المعدود المتقارب باعتبار قدره ومن المتفاوت باعتبار نضجه فاعتبر الاول في السلم للحاجة واعتبر الثاني في البيع قوله: (والآجر) بضم الجيم وتشديد الراء مع المد أشهر من التخفيف الواحدة آجرة وهو معرب وهو اللبن إذا طبخ، كذا في المصباح قوله: (إن سمى ملبن معلوم) لان آحادها لا تتفاوت إذا عينت الآلة وإذا لم تعين لا يجوز لافضائه إلى المنازعة. وفي المصباح: اللبن بكسر الباء ما يعلم من الطين يبنى به الواحدة لبنة ويجوز التخفيف فيصير مثل حمل اه. والملبن بكسر الباء قالب الطين والمحلب أيضا، كذا في الصحاح والمراد الاول قوله: (والذرعي) أي ويصح السلم في المذروعات لانه يمكن ضبطها بما ذكره، وجوازه فيها بالاجماع كالثياب والبسط والحصر والبواري. وإنما جاز فيها مع أنها لم تذكر في النص وهو مشروع على خلاف القياس في المكيل والموزون فلا يقاس عليهما للاجماع ودلالة النص لان سبب شرعيته الحاجة وهي لا تختلف قوله: (كالثوب إذا بين الذراع) أي من أي جنس كذا ذكر العيني. وفي فتح القدير: أي قدره كذا كذا ذراعا. وفي البزازية: إذا أطلق ذكر الذراع في الثوب فله ذراع وسط. وفي الذخيرة: واختلف المشايخ في تفسير قول محمد ذراع وسط، منهم من قال أراد به المصدر وهو فعل الذرع لا الاسم وهو الخشبة يعني لا يمد كل المد ولا يرخى كل الارخاء، وبعضهم قال أراد به الخشب، والصحيح أنه يحمل عليهما إذا شرط مطلقا فيكون له الوسط منهما نظرا للجانبين قوله: (والصفة) أي قطن أو كتان أو مركب منهما وهو الملحم أو حرير ونحو ذلك قوله: (والصنعة) أي عمل الشام أو الروم أو زيد أو عمر ولانه يصير معلوما بذكر هذه الاشياء فلا يؤدي إلى النزاع. ولم يذكر الوزن لانه ليس بشرط إلا في الحرير إذا بيع وزنا لانه لا يعلم إلا بالوزن. وفي الظهيرية: ولا يشترط ذكر الوزن في الكرباس واختلفوا في الحرير والصحيح اشتراطه، ولو أسلم في ثوب الخزان بين الطول والعرض والرقعة ولم يذكر الوزن جاز، وإن ذكر الوزن فقط لا يجوز. ولو باع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز إلا وزنا لانه لا يباع إلا وزنا اه. وفي البزازية: أسلم قطنا هرويا في ثوب هروي جاز وإن مسحا في شعر مسح إن كان المسح عاد شعرا لا يجوز وإلا يجوز ثم قال في نوع: لو أسلم في ثوب وسط وجاء بالجيد فقال خذ هذا وزدني درهما فستأتي مسائله عند قوله ولا يجوز التصرف في المسلم فيه قبل قبضه قوله: (لا في الحيوان) أي لا يصح السلم فيه لتفاوت آحاده لانه وإن أمكن ضبط ظاهره لا يمكن ضبط باطنه، وكذا استقراضه فاسد ولكنه مضمون بالقيمة مملوك بالقبض
***
[٢٦٣]
حتى لو كان عبدا فأعتقه يجوز لكونه مملوكا له، ذكره الاسبيجابي، وقدمناه قبيل الربا. أطلقه فشمل الآدمي وغيره وقد صح أنه عليه السلام نهى عن السلف في الحيوان. رواه الحالكم وصححه. فشمل العصافير وإن لم يكن فيها تفاوت لان الاعتبار في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى وهو لم يفصل، كذا في الكافي. ولكنه يخرج عنه السمك الطري فإن السلم فيه جائز كما سيأتي ولكن في فتح القدير إن شرطت حياته فلنا إن نمنع صحته. قوله: (ولا أطرافه كالرأس والاكارع) لفحش التفاوت، وقيل عندهما يجوز. والاكارع جمع كراع للشاة والبقرة ويجمع على إكراع أيضا قوله: (والجلود عددا) أي لا يجوز السلم فيها للتفاوت الفاحش إلا أن يبين ضربا معلوما وطولا وعرضا وصفة معلومة من الجودة والرداء فيجوز حينئذ عددا ووزنا قوله: (والحطب حزما والرطبة جرزا) أي لا يجوز السلم فيها للتفاوت الفاحش لانه مجهول لا يعرف طوله وغلظه حتى لو عرف ذلك بأن بين الحبل الذي يشد به الحطب والرطبة وبيه طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدي إلى النزاع جاز، ولو قدر الوزن في الكل جاز، وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الحطب الوزن فيجوز الاسلام فيه وزنا وهو أضبط وأطيب، كذا في فتح القدير. وفي الخلاصة: ولا يجوز السلم في الحطب أوقارا. والرطبة القضب خاصة مادام رطبا والجمع رطاب، كذا في الصحاح. وفي المصباح: الجرزة القصة من القت ونحوه والحزمة والجمع جرز مثل غرفة وغرف،

وأرض جرز بضمتين قد انقطع الماء عنها فهي يابسة لانبات فيها اهـ وفي الذخيرة: وأما الرياحين الرطبة والبقول والقصب والحشيش والخشب فهذه لم تكن مثلية فلا يجوز فيها، ولا بأس بالسلم في الجذوع إذا بين ضربا معلوما والطول والعرض والغلظ، وكذا الساج وصنوف العيدان. وفي البناية: الرطبة الاسفست وهي التي تسميه أهل مصر برسيما، وأهل البلاد الشمالية بنجا. وفي الشامل: لا خير في المسلم في الرطبة ويجوز في القت لانه يباع وزنا قوله: (والجوهر والخرز) لتفاوت آحاده الاصغار للؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم فيها وزنا لانها تباع به فأمكن معرفة قدرها. والخرز بالتحريك الذينظم الواحدة خرزة وخرزان الملك جواهر تاجه، ويقال كان الملك إذا ملك عاما زيدت في تاجه خرزة ليعلم عدد سني ملكه، كذا في الصحاح قوله: (والمنقطع) أي لا يجوز السلم في الشئ المنقطع لفوت شرطه وهو أن يكون موجودا من حين العقد إلى حين المحل - بكسر الحاء - مصدر ميمي من الحلول

***

[٢٦٤]

حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو بالعكس أو منقطعا فيما بين ذلك لم يجز لانه غير مقدور التسليم لتوهم موت المسلم إليه فيحل الاجل وهو منقطع فيتضرر رب السلم. وحد الانقطاع أن لا يوجد في الاسواق التي تباع فيها وإن كان في البيوت، ولو انقطع عن ايدي الناس بعد المحل قبل أن يوفى المسلم فيه فرب السلم بالخيار إن شاء فسخ العقد وأخذ رأس ماله، وإن شاء انتظر وجوده. وفي البناية معزيا إلى مبسوط أبي اليسر: ولو انقطع في إقليم دون إقليم لا يصح السلم في الاقليم الذي لا يوجد فيه لانه لا يمكن إحضاره إلا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو أسلم في الرطب ببخارى لا يجوز وإن كان يوجد بسجستان اهـ وفي البزازية: انقطع المسلم فيه في أوانه يتخير رب السلم. وعن الامام أنه ينفسخ اهـ وفيها: استقرض فاكهة كيلا أو وزنا ثم انقطع يصير إلى أن تدخل الجديدة إلا أن يتراضيا على قيمته كمن استقرض طعاما في بلد فيه الطعام رخيص ثم التقيا في بلد فيه الطعام غال ليس له الطلب بل يوثق المطلوب ليعطيه في تلك البلد اهـ قوله: (ولا في السمك الطري) أي لا يجوز فيه لانه ينقطع عن أيدي الناس في الشتاء لانجماد المياه حتى لو كان في وقت لا ينقطع فيه جاو وزنا لا عددا. والحاصل كما في شرح الطحاوي أنه إما أن يكون طرية أ ومالحا، ولا يخلو إما أن سلم عددا أو وزنا، فإن أسلم فيه عددا لم يجز مطلقا للتفاوت، وإن أسلم فيه وزنا، فإن كان مملوحا يجوز، وإن كان طريا فإن كان العقد في حينه والحلول في حينه ولا ينقطع فيما بينهما جاز وإلا فلا قوله: (وصح وزنا لو مالحا) أي صح السلم في السمك بالوزن لو كان ملحا لا عددا لان الملح منه وهو القديد لا ينقطع وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره بالوزن، وبيان نوعه بأن يقول بوري أوراي وفي أسماك الاسكندرية الشفس والدونيس وغيرها. وفي الايضاح: الصحيح أن في الصغار منه يجوز وزنا وكيلا وفي الكبار روايتان. وفي المغرب: سمك مليح ومملوح وهو القديد الذي فيه الملح ولا يقال مالح إلا في لغة رديئة، والمالح هو الذي شق بطنه وجعل فيه الملح قوله: (ولا يصح السلم في اللحم) أي عند أبي حنيفة. وقالا: يجوز إذا بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه وصفته وقدره كشاة خصي ثني سمين من الجنب، أو الفخذ مائة رطل لانه موزون مضبوط الوصف فصار كالالية والشحم بخلاف لحم الطيور فإنه لا يقدر على وصف موضع منه وله أن يختلف باختلاف كبر العظم وصغره فيؤدي إلى المنازعة. وفي منزوع العظم روايتان والاصح عدمه ولذا أطلقه في الكتاب. وفي الحقائق والعيون: الفتوى على قولهما

***

[٢٦٥]

وهذا على الاصح من ثبوت الخلاف بينهم، وقد قيل لا خلاف فمنع أبي حنيفة فيما إذا أطلقا السلم في اللحم، وقولهما فيما إذا بينا وإذا حكم الحاكم بجوازه صح اتفاقا، كذا في البزازية. واللحم قيمي فيضمن بالقيمة إذا غصب كما في الجامع الكبير من باب الاستحقاق وعزاه في الصغرى إلى وسط المنتقي. وفي فروق الكرابيسي: يضمن اللحم عند الاتلاف بالقيمة والخبز يضمن بالمثل، ولو اشترى باللحم يثبت دينا في الذمة والخبز كذلك، فالحاصل أن اللحم مع الخبز يستويان في ثبوتهما دينا في الذمة ويفترقان في الضمان فيضمن اللحم بالقيمة والخبز بالمثل. والفرق أن كل واحد منهما وإن كان غذاء لكن الخبز أبين غذاء وأحسن كفا فأظهرنا حكم التفرقة في الضمان والتسوية في الدينية عملا بالشبهين اهـ وفي التتمة عن اختيار شيخ الاسلام على الاسبيجابي أن اللحم مضمون بالمثل. وفي الظهيرية: وإقراض

اللحم عندهما يجوز كما يجوز السلم. وعن أبي حنيفة روايتان واللحم مضمون بالقيمة في ضمان العدوان إذا كان مطبوخا بالاجماع، وإن كان نيأ فكذلك وهو الصحيح. وإن اشترى شيأ بلحم في الذمة ذكر في الاجارات أنه إذا استأجر شيأ بلحم في الذمة جاز وما يصلح أجرة في الاجارة يصلح ثمنا في البيع اه. قوله: (وبمكيال أو ذراع لم يدر قدره) أي لا يصح لاحتمال الضياع فيقع النزاع بخلاف البيع به حالا. قيد بكونه لم يدر قدره لانهما لو كانا معلومي القدر جاز، ويشترط أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع. وأما الجراب والزنبيل فلا يجوز الكيل بهما. وعن أبي يوسف الجواز بقرب الماء للتعامل وهو أن يشتري من سقاء كذا وكذا قربة من ماء النيل أوغير ذلك مثلا بهذه القربة وعينها جاز البيع وتقتضي القاعدة المذكورة أن لا يجوز إذا عين هذه القربة ولكن بمقدارها، كذا في فتح القدير. وفي القنية: السلم في الماء مختلف فيه، فإن كان موضعا جرت العادة فيه بالسلم وذكر الشرائط صح اه قوله: (وبر قربة أو تمر نخلة معينة) أي لا يجوز لاحتمال أن يعتريهما أفة فلا يقدر على التسليم وإليه أشار صلى الله عليه وسلم بقوله أرأيت إذا منع الله ثمرة هذا البستان بم يستحل أحدكم مال أخيه؟ فإن معناه أنه لا يستحق بهذا البيع شيأ إن لم يخرج ذلك البستان شيأ فكان في بيع ثمرة هذا البستان غرر الانفساخ فلا يصح بخلاف ما إذا أسلم في حنطة صعيدية أو شامية فإن احتمال أن لا ينبت في الاقليم شئ برمته ضعيف فلا يبلغ الغرر المانع في الصحة، ولذا قيد بالقربة احترازا على الاقليم وتعيين البستان كتعيين النخلة. هذا لو كانت نسبة الثمرة إلى قرية معينة لبيان الصفة لا لتعيين

***

[٢٦٦]

الخارج من أرضها بعينه كالحشراتي ببخارى والسباخي وهي قرية حنطتها جيدة بفرغانة لا بأس به لانه لا يراد خصوص النابت هناك بل الاقليم، ويتوهم انقطاع طعام إقليم بكماله فالسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء كذا في ديارنا قمح الصعيد. وفي الخلاصة وغيرها: لو أسلم في حنطة الهراة لا يجوز، وفي ثوب هراة وذكر شروط السلم يجوز لان حنطتها يتوهم انقطاعها إذا لاضافة لتخصيص البقعة فيحصل السلم في موهوم الانقطاع بخلاف إضافة الثوب لانها لبيان الجنس والنوع لا لتخصيص المكان، وكذا لو أتى المسلم إليه بثوب هروي نسج في غير ولاية هراة من جنس الهروي يعني من صفته ومؤنته يجبر رب السلم على قبوله، فظهر أن المانع والمقتضى العرف، فإن تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز وإلا فلا، كذا في فتح القدير. ثم قال: وفي شرح الطحاوي: لو أسلم في حنطة حديث قبل حدوثها فالسلم باطل لانها منقطعة في الحال وكونها موجودة في وقت العقد إلى وقت المحل شرط اه. وفي الجوهرة: ولو أسلم في حنطة جيدة أو في ذرة جديدة لم يجز لانه لا يدري أيكون في تلك السنة شئ أم لا اه. وعلى هذا فما يكتب في وثيقة السلم جديد عامه مفسد له ولكنه ينبغي حمله على ما إذا كان قبل وجود الجديد، أما بعد وجوده فيصح كما يشير إليه ما في شرح الطحاوي. وفي الخلاصة: وكذا إذا أسلم على صوف غنم بغينها أو ألبانها وسمونها قبل حدوثها أو سمن حديث لانه لا يدري بقاؤه قوله: (وشرط بيان الجنس والنوع والصفة والقدر والاجل) كقوله حنطة سقية جيدة عشرة إكرار إلى شهر لان الجهالة تنتفي بذكر هذه الاشياء فهذه خمسة الاربعة الاول منها تشترط في كل من رأس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل، فإن ما يجوز كونه مسلما فيه

***

[٢٦٧]

يجوز كونه رأس مال السلم ولا ينعكس، فإن النقود تكون رأس مال ولا يسلم فيها. وفي المعراج: إنما يشترط بيان النوع في رأس المال إذا كان في البلد نقود مختلفة وإلا فلا يشترط اه. وأما الاجل فيشترط في المسلم فيه خاصة فلا يصح السلم الحال عندنا لانه جوز رخصة للمفاليس دفعا لحاجاتهم فلا يتحقق محل الرخصة إلا مع ذكر الاجل فلا يجوز في غيره. وقوله حنطة بيان للجنس وقول من قال إن قوله صعيدية أو بحرية بيان للجنس غير صحيح وإنما هو من بيان النوع. وقوله سقية بيان للنوع أي مسقية وهي ما تسقى سيحا، وكذا بخسية وهي ما تسقى بالمطر نسبة إلى النجس لانها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة إلى السيح غالبا. وفي الجوهرة: فأسلما حالا ثم أدخل الاجل قبل الافتراق وقبل استهلاك رأس المال جاز اه. وفي الايضاح للكرماني من كتاب الصرف: لو عقد السلم بلا أجل فهو فاسد فإن جعلا له أجلا معلوما قبل أن يتفرقا جاز إن كانت الدراهم قائمة بعينها لان الدراهم فيه قائمة مقام المبيع فلا بد أن تكون بحيث

يبتدأ فيها العقد، فهذه تسعة شرائط. والعاشر بيان قدر الاجل. والحادي عشر بيان مكان الايفاء فيما له حمل ومؤنة وهو خاص بالمسلم فيه وسيأتي. والثاني عشر قبض رأس المال قبل الافتراق وسنذكره. والثالث عشر أن لا يشمل البدلين إحدى علتي الربا لان انفراد أحدهما يحرم النساء. والرابع عشر أن لا يكون فيه خيار شرط. وفي البزازية: ويبطله شرط الخيار فإن أسقطه قبل الافتراق ورأس المال قائم في يد المسلم إليه صح وإن هالكا لا ينقلب صحيحا. الخامس عشر أن يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في النقدين وفي التبر روايتان. وذكر في المعراج وفتح القدير من شرائط رأس المال كون الدراهم منتقدة عند أبي حنيفة مع إعلام القدر اه. وليس المراد به تعجيل رأس المال لان صاحب المعراج ذكر شرط التعجيل والقبض وحده وذكر الانتقاد وحده شرطا، وإنما المراد به معرفة الجيد من الردئ منه فلو لم ينقدها لم يصح. ويشكل عليه قولهم في تعليل قول الامام أن الاشارة إلى رأس المال لا تكفي لاحتمال أن يجد البعض زيوفا فيحتاج إلى الرد ولا يتيسر الاستبدال إلا بعد المجلس فإن هذا يقتضي عدم اشتراط الانتقاد أو لا فليتأمل. السادس عشر وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين المحل كما في المعراج وقد تقدم مفهومه بقوله والمنقطع. والسابع عشر أن يكون ما يضبط بالوصف وهو أن يكون من الاجناس الاربعة المكيل والموزون والمذروع والمعدود المتقارب وتقدم أول الباب، وقد ذكره في الشرائط في المعراج. الثامن عشر بيان قدر رأس المال في المثليات عنده كما سيأتي.

***

[٢٦٨]

وفي الخانية: ولا بطل الاجل بموت رب السلم ويبطل بموت المسلم إليه حتى يؤخذ المسلم من تركته حالا. قوله: (وأقله شهر) أي أقل الاجل شهر روي ذلك عن محمد رحمه الله تعالى لان ما دونه عاجوالشهر وما فوقه آجل بدليل مسألة اليمين حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه، وقيل أقله ثلاثة أيام، وقيل ما تراضيا عليه، وقيل أكثر من نصف يوم، وقيل المرجع العرف وما في الكتاب هو الاصح وبه يفتى. وفي البناية وقال الصدر الشهيد في طريقته المطولة: والصحيح ما رواه الكرخي أنه مقدار ما يمكن فيه تحصيل المسلم فيه اه. فقد اختلف التصحيح لكن المعتمد ما في الكتاب وفي فتح القدير بعد نقل تصحيح الشهيد وهو جدير أن لا يصح لانه لا ضابط محقق فيه، وكذا ما عن الكرخي من رواية أخرى أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في تأجيل مثله كل ذلك تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان اه. أقول: هو جدير بأن يصحح ويعول عليه فقط لان من الاشياء ما لا يمكن تحصيله في شهر فيؤدي التقدير به إلى عدم حصول المقصود من الاجل وهو القدرة على تحصيله. وفي القنية: لقى رب السلم المسلم إليه بعد حلول الاجل في غير البلد الذي شرط الايفاء فيه فله مطالبته بالمسلم فيه إن كان قيمته في ذلك المكان مثل قيمته في المكان المشروط أو دونه لان شرط المكان حق رب السلم دفعا لمؤنة الحمل. قال رضي الله تعالى عنه: وأفتى بعض مفتي زماننا أنه لا يتمكن من مطالبته لان تعيين المكان حق المسلم إليه دفعا لمؤنة الحمل. وهذا الجواب أحب إلي إلا في موضع الضرورة وهو أن يقيم المسلم إليه في بلد آخر فيعجز رب السلم عن استيفاء حقه ثم قال: هدانا الله إلى الرواية المنصوصة قوله: (وقدر رأس المال في المكيل والموزون والمعدود) أي وشرطه بيان قدر رأس المال إذا كان العقد يتعلق على مقداره عند الامام. وقالا: تكفي الاشارة إليه كالثمن والاجرة والمذروع لان الجهالة مع الاشارة لا تفضي إلى المنازعة. وله أنها قد تفضي إليها بأن ينفق بعضه ثم يجد بالباقي عيبا فيرده ولا يتفق له الاستبدال في مجلس الرد فينفسخ العقد في المردود ويبقى في غيره ولا يدرى قدره ليبقى العقد بحسابه فيفضي إلى جهالة المسلم فيه

***

[٢٦٩]

فيجب التحرز عن مثله وإن كان موهوما لشرعه مع المنافي إذ هو بيع المعدوم، والاولى أن يعلل للامام بأنه ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال فيجب أن يكون معلوما. وأما ما ذكروه فمندفع بما قدمناه من أن الانتقاد شرط عنده، وقد قال بقول ابن عمر رضي الله عنهما وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه والمبيع لا يقابل الاوصاف فلا يتعلق العقد بقدره، ولذا لو سمى عدد الذرعان فوجده المسلم إليه أنقص لا ينتقص من المسلم فيه شئ وإنما يخير المسلم إليه. ومن فروع المسألة إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال أحدهما بأن أسلم مائة درهم في كر حنطة وشعير ولم

يبين حصة واحد منهما من رأس المال لم يصح فيهما لانه ينقسم عليهما باعتبار القيمة وهي تعرف بالحزر، أو أسلم جنسين ولم يبين قدر أحدهما بأن أسلم دراهم ودنانير في مقدار معلوم من البر فبين قدر أحدهما ولم يبين الآخر لم يصح السلم فيهما لبطلان العقد في حصته ما لم يعلم قدره فيبطل في الآخر أيضا لاتحاد الصفقة أو لجهالة حصة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولا، والمراد بالمعدود هنا ما لا يتفاوت آحاده لتعلق العقد بمقداره. قوله: (ومكان الايفاء فيما له حمل من الاشياء) أي وشرطه بيان مكان الايفاء في المسلم إليه إذا كان له حمل ومؤنة أي إذا كان نقله يحتاج إلى أجرة. والحمل بالفتح الثقل. قال في البناية: يعنون به ما له ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر وأجرة حمال. والمؤنة الكلفة وقالا: لا يحتاج إلى تعيينه ويسلمه في موضع العقد لان مكانه مكان الالتزام فيتعين لايفاء ما التزمه في ذمته كموضع الاستقراض والاستهلاك، وكبيع الحنطة بعينها، وكالغصب والقرض وله أن

***

[٢٧٠]

التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد للتسليم بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فإن تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه، فإذا لم يتعين بقي مجهولا جهالة مفضية إلى المنازعة لاختلاف القيم باختلاف الاماكن فلا بد من البيان دفعا للمنازعة وصار كجهالة الصفة ولذا قال البعض: إن الاختلاف في المكان يوجب التحالف عنده كالاختلاف في الصفة. وقيل: لا تحالف عنده فيه، وعندهما يتحالفان لان تعيين المكان قضية العقد. قيد بالمسلم فيه لان مكان العقد يتعين لايفاء رأس مال السلم اتفاقا، وعلى هذا الاختلاف الثمن إذا كان له حمل ومؤنة والاجرة كذلك والقسمة وصورتها: اقتسما دارا وجعلا مع نصيب أحدهما شيأ له حمل ومؤنة فعنده يشترط بيان مكان الايفاء، وعندهما يتعين مكان العقد. وقيل: لا يشترط في الثمن عند الكل، والصحيح أنه شرط إذا كان مؤجلا، وعندهما يتعين مكان العقد، وقيل في الاجرة يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة، ثم إن عين مصرا جاز لانه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة في حق هذا الحكم لعدم اختلاف القيمة، ولهذا لو استأجر دابة ليعمل عليها في المصر فله أن يعمل في أي مكان شاء، وقيل هذا إذا لم يكن المصر عظيما تبلغ نواحيه فرسخا لا يجوز ما لم يبينا ناحية منه لان جهالته مفضية إلى المنازعة. ولو شرط أن يوفيه في مح نزله جاز استحسانا لانه يراد به المنزل حال حلول الاجل عادة والظاهر بقاؤه في منزله، ولو شرط الحمل إلى منزله قيل يجوز لانه اشتراط الايفاء فيه، وقيل لا يجوز لان الحمل لا يقتضيه العقد إنما يقتضي الايفاء وهو يتصور بدون الحمل فيكون مفسدا، وإن شرط أن يوفيه في موضع تم يحمله إلى منزله لا يجوز. والحاصل أن اشتراط الايفاء في مكان مصحح وفي اشتراط الحمل إلى مكان معين قولان، واشتراط الحمل بعد الايفاء مفسد وعكسه لا كالايفاء بعد الايفاء وتمامه في الخلاصة. وفي البزازية: شرط حمله إلى منزل رب السلم بعد الايفاء في المكان المشروط لا يصح لاجتماع الصفقتين الاجارة والتجارة، وشرط الايفاء خاصة أو الحمل خاصة أو الايفاء بعد الحمل جائز لا شرط الايفاء بعد الايفاء على قول عامة المشايخ كشرطه أن يوفيه في محلة كذا ثم يوفيه في منزله. ولو شرط الايفاء أو الحمل بعد الحلم لم يجز. وفي بعض الفوائد: شرط الحمل بعد الحمل يصح لان الحمل لا يوجب الملك لرب السلم فلما شرط الحمل ثانيا

***

[٢٧١]

صار كشرطه مرة، وكذا الايفاء بعد الحمل والايفاء بعد الايفاء، ولما شرط ذلك صار الايفاء الاول منفسخا وإذا شرط الايفاء في مدينة كذا فكل محلاتها سواء حتى لو وفاه في محله ليس له أن يطالبه في محلة أخرى اه، وفي فتح القدير: ولو اشترى طعاما بطعام من جنسه واشترط أحدهما التوفية إلى منزله لم يجز بالاجماع كيفما كان، ولو شرط أن يوفيه إلى مكان كذا فسلمه في غيره ودفع الكراء إلى الموضع المشروط صار قابضا ولا يجوز أخذ الكراء وإن شاء رده إليه ليسلمه إليه في المكان المشروط لانه حقه اه. وفي البدائع: فإن سلم في غير المكان المشروط فلرب السلم أن يأبى، فأعطاه على ذلك أجرا لم يجز له أخذ الاجر عليه وله أن يرد المسلم فيه حتى يسلمه في المكان المشروط بخلاف الشفيع إذا صولح عنها بمال لم يصح وسقط حقه لاعراضه عن الطلب كما لو أسقطه صريحا، وحق رب السلم في التسليم في المكان المشروط لم يسقط بالاسقاط صريحا اه. قيد بما له حمل لان ما لا حمل له كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء. وقيده في فتح القدير بأن يكون قليلا وإلا فقد يسلم في أمناء من الزعفران كثيرة تبلغ أحمالا ويسلمه في المكان الذي أسلم فيه، وكلما قلنا يتعين مكان العقد فهو مقيد بما إذا كان مما يتأتى فيه التسليم وما لا بأن أسلم إليه وهما في

مركب في البحر أو جبل فإنه يجب في أقرب الاماكن التي يمكن فيها، وهذا على رواية الجامع الصغير. وذكر في الاجارا ت أن ما لا حمل له يوفيه في أي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء. ولو عين مكانا قيل لا يتعين، وقيل يتعين وهو الاصح، كذا في فتح القدير. وصحح في المحيط أنه يتعين موضع العقد فيما لا حمل له لان القيمة تختلف باختلاف الاماكن فالكافور أكثر قيمة في المصر لكثرة الرغبة فيه في المصر وقلتها في السواد اه. قوله: (وقبض رأس المال قبل الافتراق) أي وشرطه قبض رأس المال قبل أن يتفرقا لان السلم ينبي عن أخذ عاجل بآجل وذلك بالقبض قبل الافتراق ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه كما في الحوالة والكفالة والصرف. وظاهر كلامه أن القبض شرط انعقاده صحيحا كبقية الشروط وهو قول البعض، والصحيح أنه شرط بقائه على الصحة فينعقد صحيحا بدونه ثم يفسد بالافتراق بلا قبض، وستأتي فائدة الاختلاف في الصرف. وأطلقه فشمل ما إذا كان رأس المال مما لا يتعين أو يتعين لما ذكرناه، وفي الخلاصة: ولو أبى المسلم إليه قبض رأس المال أجبر رعليه اه. وفي الواقعات: باع عبدا بثوب موصوف في الذمة فإن
***
[٢٧٢]
لم يضرب للثوب أجلا لا يجوز لان الثوب لا يجب في الذمة إلا سلما فالاجل شرط فلو ضرب الاجل جاز لوجود شرطه، فلو افترقا قبل قبض العبد لا يبطل العقد لان هذا العقد اعتبر سلما في حق الثوب بيعا في حق العبد، ويجوز أن يعتبر في عقد واحد حكم عقدين كما في الهبة بشرط العوض وكما في قول المولى لعبده إذا أديت إلي ألفا فأنت حر، اعتبر فيه حكم اليمين وحكم المعاوضة اه. وأشار المصنف رحمه الله إلى أنه لا يدخله خيار الشرط لانه يمنع تمام القبض قالوا: ولا يثبت في المسلم فيه خيار رؤية ويثبت فيه خيار العيب، ويثبتان في رأس المال إذا كان مما يتعين وإلا فخيار الرؤية لا يثبت في النقود. ودل قوله قبل الافتراق دون أن يقول في المجلس على أن القبض في المجلس ليس بشرط. وفي البزازية: وإن مكثا إلى الليل أو سافرا فرسخا أو أكثر ثم سلم جاز، وإن نام أحدهما أو ناما لم تكن فرقة، ولو أسلم عشرة في كر ولم تكن الدراهم عنده فدخل المنزل ليخرجه إن توارى عن المسلم إليه بطل، وإن بحيث يراه لا وصحت الكفالة والحواله والارتهان برأس مال المسلم اه. وفي البدائع: ثم إذا جازت الحوالة والكفالة فإن قبض المسلم إليه رأس المال من المحتال عليه أو الكفيل أو من رب السلم فقد تم العقد بينهما إذا كانا في المجلس، سواء بقي الحويل أو الكفيل أو فترقا بعد أن كان العاقدان في المجلس. وإن افترق العاقدان بأنفسهما قبل القبض بطل السلم وبطلت الحوالة والكفالة وإن بقي المحال عليه والكفيل في المجلس العبرة لبقاء العاقدين وافتراقهما لا لبقاء الحويل والكفيل وافتراقهما لان القبض من حقوق العقد وقيام العقد بالعاقدين فكان المعتبر بمجلسهما، وعلى هذا الكفالة والحوالة ببدل الصرف. وأما الرهن برأس لمال فإن هلك الرهن في المجلس وقيمته مثل رأس المال أو أكثر فقد تم العقد بينهما، وإن كانت قيمته أقل من رأس المال تم العقد بقدره ويبطل في الباقي، وإن لم يهلك الرهن حتى افترقا بطل السلم لحصول الافتراق لا عن قبض وعليه رد الرهن على صاحبه، وكذا الحكم في بدل الصرف اه. وفي إيضاح الكرماني من الرهن: ولو أخذ بالمسلم فيه رهنا وسلطه على البيع فباعه بجنس المسلم فيه أو بغير جنسه جاز اه. وفي تلخيص الجامع من باب إقرار المريض لوارث آخر والدينين قضاء لاولهما فلو أسلم ثم استقرض وقعت المقاصصة وفي عكسه لا اه. أي لا تقع المقاصة إلا إذا تقاصا بدليل ما سنذكره عن البدائع ويتفرع على أن القبض شرط ما إذا قبض ثم انتقض القبض لمعنى أوجبه أنه يبطل السلم، وبيانه أن رأس المال إما أن يكون عينا أو دينا، وكل منهما إما أن يوجد مستحقا أو معيبا، وكل إما إن يكون قبل الافتراق أو بعده كله أو بعضه، وكذ بدل الصرف على هذه التفاصيل، فإن كان عينا فوجد مستحقا أو معيبا فإن لم يجز المستحق ولم
***
[٢٧٣]
يرض المسلم إليه بالعيب بطل السلم بعد الافتراق أو قبله، وإن أجاز المستحق ورضي المسلم إليه بالعيب جاز مطلقا، وله أن يرجع على الناقد بمثله إن كان مثليا أو بقيمته إن كان قيميا. وإن كان دينا فإن وجده مستحقا وأجيز مضى السلم مطلقا ولا سبيل للمشتري على المقبوض ويرجع على الناقد بمثله، وإن لم يجز فاستبدل في المجلس صح وإن بعده بطل. وإن وجده زيوفا أو نبهرجة، اوستوقة أو رصاصا فإن كانت زيوفافرضي بها صح مطلقا بخلاف الستوقة لانها ليست من جنس حقه فإن لم يرض فإن كان قبل الافتراق واستبدل في

المجلس صح وان بعده بطل عند الامام مطلقا سواء استبدلها في المجلس أو لا. هذا إذا وجدها زيوفا أو نبهرجه فان وجدها ستوقة أو رصاصا فإن بعد الافتراق بطل سواء تجوز بها أو لا، وإن استبدل في المجلس صح وتمام التفريعات في البدائع. وفي الصغرى: المسلم إليه إذا أتى بشئ من الدراهم وقال وجدته زيوفا فالقول له اه. وفي الايضاح: استحسن أبو حنيفة في اليسير فقال يردها ويستبدل في ذلك المجلس وفي تحديد الكثير روايتان ما زاد على الثلث وما زاد على النصف اه. وفيه: لو وجد البعض نبهرجة أو مستحقة فاختلفا فقال رب السلم هو ثلث رأس المال وقال المسلم إليه نصفه فالقول قول رب السلم مع يمينه، ولو كان ستوقة أو رصاصا فاختلفا في مثل ذلك فالقول قول المسلم إليه وبيانه فيه اه. قوله: (فإن أسلم مائتي درهم في كربر مائة دينار عليه ومائة نقدا فالسلم في الدين باطل) أي في حصته لكونه دينا بدين، وصح في حصة النقد لوجود قبض رأس المال بقدره ولا يشيع الفساد لانه طارئ إذ السلم وقع صحيحا في الكل ولذا لو نقد الكل قبل الافتراق صح. والتقييد بكونه أضاف العقد إلى المائتين اتفاقي بل كذلك إذا أضافه إلى مائتين مطلقا ثم جعل المائة من رأس المال قصاصا بما في ذمته من الدين في الصحيح لان المعنى يجمعهما وهو كون الفساد طارئا إذ الدين لا يتعين بإضافة العقد إليه. وقيد بقوله دينا عليه لانه لو قال أسملت إليك هذه المائة والمائة التي لي على فلان يبطل في الكل، وإن نقد الكل لاشتراط تسليم الثمن على غير العاقد وهو مفسد مقارن فتعدى. وقيد بكون الدين من جنس النقد لان الجنس لو اختلف بأن كان له على آخر مائة درهم فأسلمها إليه وعشرة دنانير في أكرار معلومة لم يجز في الكل، أما الدين فظاهر، وأما عدم حصة العين فلجهالة ما يخصه. وهذا عند الامام رحمه الله تعالى، وعندهما يجوز في حصة العين وهي مبنية على مسألة إعلام قدر رأس المال. وقيد بكونه جعل الدين عليه رأس المال لانه لو لم يجعله وإنما وقعت المقاصة بأن وجب على

***

[٢٧٤]

المسلم إليه دين مثل رأس المال فلا يخلوا إما إن يجب الدين الآخر بالعقد أو بالقبض، فإن كان الاول فإما بعقد سابق على السلم أو متأخر عنه، فإن كان الاول بأن كان رب السلم باع المسلم إليه ثوبا بعشرة دراهم ولم يقبضها حتى أسلم إليه عشرة دراهم في كرفان تراضيا بالمقاصة صار قصاصا، وإن أبى أحدهما لا يصير قصاصا استحسانا لان العقد موجب للقبض حقيقة لو لا المقاصة، فإذا تقاصا تبين أنه انعقد موجبا قبضا بطريق المقاصة وقد وجد، وإن وجب بعقد متأخر عن السلم لا يصير قصاصا وإن جعلاه قصاصا. هذا إذا وجب الدين بالعقد، فإن وجب بالقبض كالغصب والقرض فإنه يصير قصاصا جعلاه أو لا بعد أن كان وجوب الدين متأخرا عن العقد. هذا إذا تساوى الدينان، فإما إذا تفاضلا بأن كان أحدهما أفضل والآخر أدون ورضي أحدهما بالقصاص وأبي الآخر فإنه ينظر، فإن أبي صاحب الافضل لا يصير قصاصا لان حقه في الجودة معصوم محترم فلا يجوز إبطاله عليه من غير رضاه، وإن أبى صاحب الادون يصير قصاصا لانه لما رضي به صاحب الافضل فقد أسقط حقه، وكذلك المقاصة في بدل الصرف على هذه التفاصيل، كذا في البدائع. قال الازهري رحمه الله تعالى: الكرستون قفيزا، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف. وفي الحسامي: الكراسم لاربعين قفيزا. وهذا كله في رأس المال، أما المقاصة بالمسلم فيه فقال في الايضاح: إن وجب على رب السلم دين مثل المسلم فيه بسبب متقدم على العقد أو بعده لم يصر قصاصا، وإن وجب بقبض مضمون كالغصب والقرض صار قصاصا إن كان قبل العقد، وإن كان بعده فجعله قصاصا جاز. وإن كان وديعة عند رب السلم قبل العقد أو بعده فجعله المسلم إليه قصاصا لم يكن قصاصا إلا أن يكون بحضرتهما أو يخلى بينه وبينهما، ولا يصير المغصوب قصاصا إلا إذا كان مثل المسلم فيه فإن كان أجود أو أردأ فلا بدمن رضاهما اه. قوله: (ولا يصح التصرف في رأس المال والمسلم فيه قبل القبض بشركة أو تولية) لان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز ورأس المال مستحق القبض في المجلس والتصرف فيه مفوت له فلم يجز ففي التولية تمليكه بعوض، وفي الشركة تمليك بعضه بعوض فلم يجز. وصورة الشركة فيه أن يقول رب السلم لآخر أعطني نصف رأس المال ليكون نصف المسلم لك فيه. وصورة التولية أن يقول لآخر اعطني مثل ما أعطيت

***

[٢٧٥]

المسلم إليه حتى يكون المسلم فيه لك، كذا في الايضاح. وإنما صرح بالتولية لرد قول من قال بجواز بيع المسلم فيه مرابحة وتولية. وجزم به في الحاوي فقال: ولا بأس ببيع المسلم قبل قبضه مرابحة وتولية وهو قول ضعيف والمذهب منعهما. وقد أشار إلى منع بيع السلم بالاولى سواء كان ممن عليه أو من يغره كما في الحاوي، فلو باع السلم المسلم فيه من المسلم إليه بأكثر من رأس المال لار يصح ولا يكون إقالة، كذا في القنية. ولو وهبه منه قبل قبضه وقبل الهبة لم يصح وكان إقالة فوجب عليه رد رأس المال، وكذا لو أبرأه كلا أو بعضا. وفي التجنيس والواقعات: رجل أسلم إلى رجل كرحنطة فقال رب السلم للمسلم إليه أبرأتك عن نصف السلم وقبل المسلم إليه وجب عليه رد نصف المال إليه لان السلم نوع بيع، وفي البيع من اشترى شيأ ثم قال المشتري للبائع قبل القبض وهبت منك نصفه فقبل البائع كانت إقالة في النصف بنصف الثمن فكذا هذا إذ الحط بمنزلة الهبة اه. وفي الفتاوي الصغرى: إقالة بعض السلم وإبقاؤه في البعض جائز، وأما إقالة المسلم على مجرد الوصف بأن كان المسلم فيه جيدا فتقايلا على الردئ على أن يرد المسلم إليه درهما لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف في رواية لكنه عند أبي يوسف يجوز لا بطريق الاقالة بل بطريق الحط عن رأس المال اه. وفي البدائع الابراء عن رأس المال يتوقف على قبول رب السلم فإن قيل انفسخ العقد فيه بخلاف الابراء عن المسلم فيه فإنه جائز بدون قبول المسلم إليه لانه ليس فيه إسقاط شرط وبخلاف الابراء عن ثمن المبيع فإنه صحيح بدون قبول المشتري لكنه يرتد بالرد ولا يجوز الابراء عن المبيع لانه عين وإسقاط العين لا يصح. وظاهره يخالف ما قدمناه عن التجنيس في الابراء عن المسلم فيه. وفي الظهيرية: لو أن رب السلم وهب المسلم فيه للمسلم إليه كانت إقالة للسلم ولزمه رد رأس المال إذا قبل. وفي المبسوط: إذا أبرأ رب
***
[٢٧٦]
السلم المسلم إليه عن طعام السلم صح إبراؤه في ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه اللتعالى لا يصح ما لم يقبل المسلم إليه، وإذا قبل كان فسخا لعقد السلم، ولو أبر المسلم إليه رب السلم عن رأس المال وقبل الابراء بطل السلم وإن رده لا. والفرق بين رأس المال والمسلم فيه أن المسلم فيه لا يستحق قبضه في المجلس بخلاف رأس المال اه. وذكر في الذخيرة قولين في مسألة الابراء عن بعض المسلم فيه هل هو إقالة فيرد ما قابله، أو حط له فلا يرد، وبه اندفع الاشكال. وذكر القولين أيضا فيما إذا أبرأه عن الكل وقبل فقيل يرد رأس المال كله، وقيل لا يرد شيأ اه. ودل كلام المصنف رحمه الله تعالى على منع الاستبدال بهما، أما الاستبدال برأس مال السلم في مجلس العقد فهو غير جائز بأن يأخذ برأس المال شيأ من غير جنسه لكونيفوت القبض المشروط لان بدل الشئ غيره، وكذا الاستبدال ببدل الصرف فإن أعطا من جنس رأس المال أجود أو أردأ ورضي المسلم إليه بالاردأ جاز لانه قبض جنس حقه وإنما اختلف الوصف، فإن كان أجود فقد قضى حقه وأحسن في القضاء، وإن كان أردأ فقد قضاه ناقصا فلا يكون استبدالا إلا أنه لا يجبر على أخذ الاردأ ويجبر على أخذ الاجود لانه في العادة لا يعد فضلا وإنما هو إحسان في القضاء والايفاء، وأما الاستبدال بالمسلم فيه بجنس الآخر فلا يجوز لكونه بيع المنقول قبل قبضه. وإن أعطى أجود أو أردأ فحكمه حكم رأس المال، كذا في البدائع. وفي البزازية: أسلم في ثوب وسط وجاء بالجيد فقال خذ هذا وزدني درهما فعلى وجوه: إن المسلم فيه كيلي أو وزني أو ذرعي لا يخلو إما أن يكون فيه فضل أو نقصان وذلك في القدر أو في الصفة، فإن كيليا بأن أسلم في عشرة أقفزه فجاء بأحد عشر فقال خذ هذا وزدني درهما جاز لانه باع معلوما بمعلوم، ولو جاء بتسعة وقال خذه وأرد عليك درهما جاز أيضا لانه إقالة البعض وإقالة الكل تجوز فكذا إقالة البعض. ولو جاء بالاجود أالارد أو قال خذ وأعط درهما أو أرد عليك درهما لا يجوز عندهما خلافا للثاني. وفي الثوب إن باع بذراع أزيد وقال زدني درهما جاز لانه بيع ذراع يملك تسليمه بدرها فاندفع بيعه مفردا، وكذا لو زاد في الوصف يجوز عندهم وإن جاء بأنقص ذراعا ورد لا يجوز عندهما لانه إقالة فيما لا يعلم حصته لكون الذراع وصفا مجهول الحصة. ولو جاء بأنقص من حيث الوصف لا يجوز ولو بأزيد وصفا يجوز لانه إقالة فيما لا
***
[٢٧٧]
يعلم وهذا إذا لم يبين لكل ذراع حصة، أما إذا بين جاز في الكل بلا خلاف اه. وقيد بقوله قبل القبض لان بيعه بعده على رأس

المال ومرابحة ووضيعة وشركة جائز، كذا في البناية. وفي القنية: أسلم دينارا في مائتي من من الزبيب فلما حل الاجل وعجز عن أدائه باع رب السلم من المسلم إليه مائة من من ذلك الزبيب الذي على المسلم إليه بدينار وقبض الدينار لا ينفسخ السلم في حصة الدينار اهـ. والحاصل أن التصرف المنفي في الكتاب شامل للبيع والاستبدال والهبة والابراء إلا أن في الهبة والابراء يكون مجازا عن الاقالة فيرد رأس المال كلا أو بعضا ولا يشمل الاقالة فإنها جائزة ولا التصرف في الوصف من دفع الجيد مكان الردئ والعكس. قوله: (فإن تقايلا السلم لم يشتر من المسلم إليه شيأ برأس المال) يعني قبل قبضه بحكم الاقالة لقوله عليه السلام لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك أي سلمك حال قيام العقد أو رأس مالك حال انفساخه فامتنع الاستبدال فصار رأس المال بعد الاقالة بمنزلة السلم فيه قبله فيأخذ حكمه من حرمة الاستبدال بغيره، فحكم رأس المال بعدها كحكمه قبلها إلا أنه لا يجب قبضه في مجلسها كما كان يجب قبلها لكونها ليست بيعا من كل وجه ولهذا جاز إبراؤه عنه وإن كان لا يجوز قبلها. وفي الايضاح للكرماني أن الاقالة فيه بيع جديد في حق ثالث وهو الشرع. وفي البدائع: قبض رأس المال إنما هو شرط حال بقاء العقد فأما بعد ارتفاعه بطريق الاقالة أو بطريق آخر فقبضه ليس بشرط في مجلس الاقالة بخلاف القبض في مجلس العقد، وقبض بدل الصرف في مجلس الاقالة شرط لصحة الاقالة كقبضها في مجلس العقد ووجه الفرق أن القبض في مجلس العقد في البدلين ما شرط لعينه وانما شرط للتعيين وهو أن يصير البدل معينا بالقبض صيانة عن الافتراق عن دين بدين، ولا حاجة إلى التعيين في مجلس الاقالة في السلم لانه لا يجوز استبداله فيعود إليه عينه فلا تقع الحاجة إلى التعيين بالقبض فكان الواجب نفس القبض فلا يراعى له المجلس بخلاف التصرف لان التعيين لا يحصل إلا بالقبض لان استبداله جائز فلا بد من شرط القبض في المجلس للتعيين اهـ. وذكر الشارح من باب التحالف من كتاب الدعوى الاقالة في السلم بعد نفاذها لا تحتمل الفسخ بسائر أسباب الفسخ ألا يرى أنهما لو قالا نقضنا الاقالة لا تنتقض، وكذا لو كان رأس المال عرضا فقبضه المسلم إليه ثم رد عليه بعيب بقضاء ثم هلك قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم والفقه فيه أن المسلم فيه سقط بالاقالة فلو انفسخت الاقالة لكان حكم انفساخها عود المسلم فيه، والساقط لا يحتمل العود بخلاف الاقالة في البيع لانه عين فأمكن عوده إلى ملك المشتري اهـ. ومن هنا يعلم أفسخ الابراء لا يصح بالاولى. وفي الذخيرة من باب السلم: لو اختلفا في رأس المال بعد الاقالة فالقول للمسلم إليه ولا يتحالفان. وذكر ما ذكره الشارح ثم قال: لو

***

[٢٧٨]

تقايلا بعد ما سلم المسلم إليه المسلم فيه ثم اختلفا في رأس المال تحالفا لان المسلم فيه عين قائمة وليس بدين فالاقالة هنا تحتمل الفسخ قصدا اهـ. قيد بالسلم لان الصرف إذا تقايلاه جاز الاستبدال عنه ويجب قبضه في مجلس الاقالة بخلاف السلم، وبيان الفرق في الايضاح للكرماني. قوله: (ولو اشترى المسلم إليه كرا وأمر ر ب السلم بقبضه قضاء لم يصح وصح لو قرضا أو أمره بقبضه له ثم لنفسه ففعل) معناه أيكيله لنفسه بعد القبض ثانيا لانه اجتمع هنا صفقتان صفقة بين المسلم إليه وبين المشتري منه، وصفقة بين المسلم إليه وبين رب السلم كلاهما بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين ولم يوجد في الاولى وهي ما إذا أمر المسلم إليه رب السلم بقبضه من البائع قضاء لحقه فلم يصح، ووجد في الثانية وهي ما إذا أمر رب السلم بقبضه له بأن يكيله ثم يقبضه بنفسه بالكيل ثانيا. والاصل فيه أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري. ومحمله على ما إذا اجتمعت الصفقتان فيه، وأما في صفقة واحدة فيكتفي بالكيل فيه مرة في الصحيح. والدليل على أنه بيع عند القبض ما قال في الزيادات: لو أسلم مائة كرثم اشترى المسلم إليه من رب السلم كرحنطة بمائتي درهم إلى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، كذا في فتح القدير. قيد بالشراء لان المسلم إليه لو ملك كرا بإرث أو هبة أو وصية فأوفاه رب السلم واكتاله مرة جاز لانه لم يوجد إلا عقد واحد بشرط الكيل، وقيد بالكر وهو ستون قفيزا أو أربعون على الخلاف لان المسلم إليه لو اشترى حنطة مجازفة فأوفاها رب السلم فاكتالها مرة جاز لما ذكرنا. وأشار بالكر المكيل إلى أنه لو أسلم في موزون معين واشترى المسلم إليه موزونا كذلك إلى آخره لا يجوز قبض رب السلم إذ لا فرق بين المكيل والموزون في هذا الحكم، وكذا المعدود إذا اشتراه بشرط العد فإنه كالمكيل

والموزون كما قدمناه. وذكر في البناية أن في المعدود روايتين. وإنما فسرنا تكرار الامر في كلام المصنف بتكرار الكيل لان الشرط أن يكيله مرتين وإن لم يتعدد الامر حتى لو قال اقبض الكر الذي اشتريته من فلان عن حقك فذهب فاكتاله ثم أعاد كيله صار قابضا، ولفظ الجامع يفيده فإنه لم يزد على قوله فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه، كذا في فتح القدير. وأما على قوله وصح لو قرضا فصورته: استقرض منه كرا فاشترى المستقرض كرا فأمر المقرض بقبضه قضاء لحقه، وإنما جاز بلا إعادة الكيل لان القرض إعارة حتى ينعقد بلفظها فكان المقبوض عين حقه تقديرا فلم يكن استبدالا، ولو كان استبدالا للزم مبادلة الجنس بجنسه نسيئة فلم يتحقق الصفقتان فيكتفي بكيل واحد للمشتري فيقبضه له ثم لنفسه من غير إعادة الكيل. وأشار بقوله لم يصح إلى أنه لم يدخل في ضمان رب السلم حتى لو هلك في يده هلك من
***
[٢٧٩]
مال المسلم إليه كما في البناية. وللقرض صورة أخرى هي لو كان الدين الاول سلما فلما حل اقترض المسلم إليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا لان عقد القرض عقد مساهلة لا يوجب الكيل بخلاف البيع مكايلة أو موازنة، ولهذا لو استقرض من أخر حنطة على أنها عشرة أقفزة جاز له أن يتصرف فيها قبل القبض. قوله: (ولو أمر رب السلم أن يكيله في ظرفه ففعل وهو غائب لم يكن قضاء بخلاف المبيع) أي لو اشترى مكيلا معينا ودفع المشتري إلى البائع ظرفا وأمره أن يكيله في ظرفه ففعل البائع والمشتري غائب صح. والفرق أن رب السلم حقه في الذمة ولا يملكه إلا بالقبض فلم يصادف أمره ملكه فلا يصح فيكون المسلم إليه مستعيرا للظرف جاعلا فيه ملك نفسه كالدائن إذا دفع كيسا إلى المدين وأمره أن يزن دينه ويجعله فيه لم يصر قابضا بوزنه فيه، وصح الامر في البيع لمصادفته ملكه لكونه صار مالكا للعين بنفس العقد فصار البائع وكيلا عنه في أمساك الغرائر فصارت في يد المشتري حكما، وصار الواقع فيها واقعا في يد المشتري، وأشار المصنف بالفرق إلى مسائل: الاولى لو أمر المشتري البائع بطحن الطعام كان الطحين للمشتري ولو أمر رب السلم كان الطحين للمسلم إليه، فلو أخذ رب السلم الدقيق كان حرما لانه استبدال بالمسلم فيه قبل قبضه، كذا في فتح القدير. الثانية لو أمره المشتري أن يصبه في البحر ففعل هلك من مال المشتري وفي السلم يهلك من مال المسلم إليه وليس ذلك إلا باعتبار صحة الامر وعدمها. الثالثة يكتفي بكيل البائع في الشراء على الصحيح بخلاف السلم. قيدنا بكون الظرف للمشتري لانه لو كان للبائع فأمره المشتري بالكيل فيه ففعل لم يصر قابضا لكون المشتري استعار ظرفه ولم يقبضها فلا يصير في يده، فكذا ما يقع فيه فصار كما لو أمره أن يكيله في ناحية من بيت البائع فإن المشتري لا يكون قابضا، فإن البيت بنواحيه في يد البائع. وفي البدائع: لو استعار المشتري من البائع غرائره وأمره أن يكيله فيها ففعل صار قابضا بالتخلية إجماعا إن كان المشتري حاضرا وإلا لا ما لم يسلمها إليه عند محمد، سواء كانت الغرائر بعينها أو لا. وقال أبو يوسف: إن كانت بعينها صار قابضا وإلا لا ا ه‍. وقيد بقوله وهو غائب لانه إذا كان حاضرا صار المسلم إليه قابضا، سواء كانت الغرائر له أو للبائع، أو كانت مستأجرة، وبه صرح الفقيه أبو الليث، كذا في البناية. والتقييد بظرف الآمر ليفهم منه حكم ما إذا كان أمره بكيله في ظرف المسلم إليه بالاولى وقد سوى بينهما في البدائع. وأشار المؤلف بالفرق بينهما إلى أنه لو اجتمع الدين والعين بأن اشترى كرا معينا وله على البائع كردين والظرف للمشتري فأمره أن يجعلهما فيه، فإن بدأ المأمور بوضع العين صار
***
[٢٨٠]
الآمر قابضا للعين والدين، أما العين فلصحة القبض بصحة الآمر، وأما الدين فلاتصاله بملكه لكون العين صارت في يده حكما وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه صح الامر وصار المستقرض قابضا له، وكمن دفع إلى صانع خاتما وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار صح وصار قرضا. وفي الايضاح: وليس فيه أنه هلك قبل التسليم هل يصير قابضا أم لا. قال: وإن جعلناه قابضا فالوجه فيه أن الخلط استهلاك وهو من أسباب التملك وإن بدأ بالدين ثم بالعين لم يصر قابضا، أما الدين فلعدم صحة الامر به وأما العين فلانه خلطه بملك نفسه قبل التسليم بحيث لا يتميز فصار مستهلكا للبيع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فينتقض البيع، وهذا

الخلط غير مرضي به من جهة المشتري لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين. وعندهما المشتري بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما، كذا في الهداية. وخصه قاضيخان بقول محمد، أما عند أبي يوسف إذا بدأ بالدين يصير قابضا لهما جميعا كما لو بدأ بالعين ضرورة اتصاله بملكه في الصورتين إذ الخلط ليس باستهلاك. وقال محمد: يصير قابضا للعين دون الدين فيشتركان فيه ولم يبرأ عن الدين. وأشار بقوله في ظرفه إلى أنه لا طعام فيه فلو كان في الظرف طعام لرب السلم قبل لا يصير قابضا لما قررنا أن أمره غير معتبر في ملك الغير. قال في المبسوط: والاصح عندي أنه يصير قابضا لان أمره بخلط طعام السلم بطعام على وجه لا يتميز به معتبر فيصير به قابضا، كذا في فتح القدير. وأشار المصنف بمسألة السلم إلى مسألة القرض قال في البدائع: وكذلك لو استقرض من رجل كرا ودفع إليه غرائره ليكيله فيها ففعل وهو غائب لم يكن قابضا لان القرض لا يملك قبل القبض فكان الكر على ملك المقرض فلم يصح الامر ا ه. قوله: (ولو أسلم أمة في كر وقبضت الامة فتقابلا وماتت أو ماتت قبل الاقالة بقي وصح وعليه قيمتها) أي بقي عقد الاقالة فيما إذا تقايلا وهي حية ثم ماتت وصح إنشاء عقد الاقالة فيما إذا تقايلا بعد موتها ووجب على المسلم إليه قيمة الجارية في المسألتين يوم قبضها لان شرط صحة الاقالة بقاء العقد وهو يبقى ببقاء المعقود عليه والمعقود عليه في السلم هو المسلم فيه وهو باق في ذمة المسلم إليه بعد هلاك الجارية، فإذا انفسخ العقد وجب عليه رد الجارية وقد عجز بموتها فيجب عليه قيمتها كما لو تقابضا ثم تقايلا بعد هلاك أحدهما أو هلك أحدهما بعد الاقالة، وإنما اعتبر يوم القبض لانه سبب الضمان كالغصب قوله: (وعكسها شراؤها بألف) أي إذا ماتت الجارية المبيعة لم تصح الاقالة، وإذا تقايلا ثم ماتت بطلت الاقالة لان المعقود عليه الجارية فلا بدمن قيامها لصحة الاقالة وبقائها إلى أن تقبض. وقيد به لان الاقالة في الصرف صحيحة بعد هلاك البدلين أو أحدهما باقية بعد الهلاك لان المعقود عليه
***
[٢٨١]
في الصر ف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة الآخر وهو غير معين فلا يتصور هلاكه والمقبوض عين، ولذا لو كان المقبوض قائما لم يتعين للرد بعد الاقالة. وفي القنية: تقايلا البيع في العبد فأبق من يد المشتري فإن لم يقدر على تسليمه بطلت الاقالة والبيع بحاله ا ه. والحاصل أنه يشترط لصحة إقالة البيع قيام المبيع دون الثمن فلو تقايلا بعد هلاك الثمن ولو معينا صحت ولكن لا بد من عدم الابراء عنه لما في القنية: أبرأ البائع المشتري عن الثمن بعد قبض المبيع ثم تقايلا لا تصح ا ه. وقيد بهلاكها لانها لو قطعت يدها ثم تقابلا صحت ولزمه رد جميع الثمن ولا شئ للبائع من ارش اليد إذا علم وقت الاقالة أنها قطعت يدها وأخذ المشتري أرشها، وإن لم يعلم يخير المشتري بين الاخذ بجميع الثمن أو الترك، كذا في القنية. ثم رقم: الاشجار لا تسلم للمشتري وللبائع أن يأخذ قيمتها منه لانها موجوده وقت البيع بخلاف الارش لانه لم يدخل في البيع أصلا لا قصدا ولا ضمنا. وقال قبله: اشترى أرضا مع الزرع وأدرك الزرع في يده ثم تقايلا لا تجوز الاقالة لان العقد إنما ورد على القصيل دون الحنطة، ولو حصد المشتري الزرع ثم تقايلا صحت الاقالة في الارض بحصتها من الثمن، ولو اشترى أرضا فيها أشجار فقطعها ثم تقايلا صحت الاقالة بجميع الثمن ولا شئ للبائع من قيمة الاشجار وتسلم الاشجار للمشتري. هذا إذا علم البائع بقطع الاشجار، وأما إذا لم يعلم به وقت الاقالة يخير إن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء ترك ا ه. قوله: (والقول لمدعي الرداءة والتأجيل لا لنا في الوصف والاجل) أي إذا اختلفا في اشتراط وصف السلم بأن قال أحدهما شرطناه رديئا وقال الآخر لم نشترط شيأ أو قال أحدهما شرطنا الاجل وقال الآخر لم نشترط شيأ كان القول لمن ادع الاشتراط فيهما لا لمن نفاه فيهما لانه مدعي الصحة إذا لسلم لا يجوز إلا مؤجلا موصوفا فشهد له الظاهر لان الفاسد حرام والظاهر أن المسلم لا يباشره. أطلقه فشمل ما إذا كان رب السلم مدعي الوصف أو المسلم إليه وفي الاول خلافهما، فالامام علل بأنه مدعي الصحة وهما عللا بأن المسلم إليه منكر فالقول له. وشمل أيضا ما إذا كان مدعي الاجل المسلم إليه أو رب السلم وفي الاول خلافهما لانكاره وإذا قبل في الثاني قول رب السلم اتفاقا رجع إليه في مقدار الاجل أيضا فيقبل قوله في أصله ومقداره. والاصل عند الامام أن القول لمدعي الصحة سواء كان الآخر متعنتا أو لا، وعندهما القول للمنكر إن لم يكن متعنتا وهو من أنكر ما ينفعه، وغير المتعنت من أنكر ما يضره. هذا في الشريعة، وأما المتعنت في اللغة فهو من يطلب العنت وهو الوقو فيما لا يستطيع الانسان الخروج عنه، كذا في البناية. ولو قال المصنف والقول لمدعي
***

[٢٨٢]
الوصف الشامل للرداءه والجودة لكان أولى لان أحدهما لو قال شرطناه جيداونفى الآخر الاشتراط أصلا فالقول للمثبت. قيد الاختلاف في أصل التأجيل لانهما لاختلفا في مقداره فالقول للطالب مع اليمين لانكاره الزيادة وأي برهن قبل، وإن برهنا قضي ببينة المطلوب لاثباتها الزيادة. وإن اختلفا في مضيه فالقول للمطلوب لانكاره توجه المطالبة، فإن برهنا قضي ببينة المطلوب لاثباتها زيادة الاجل فالقو قوله أي المسلم إليه والبينة بينته، أما إذا نظرنا إلى الصورة فهو منكر، وإن نظرنا إلى المعنى فمعناه ثبوت الحق في الشهر المستقبل فإذا أقاما البينة فبينة المسلم إليه بمعناها أثبتنا حقا له في شهر لم يتعرض ببينة رب السلم لذلك الشهر فكانت بينته أولى، كذا في إيضاح الكرماني. ثم اعلم أن بين الاجل والوصف فرقا وهو أن الاختلاف في مقدار الاجل يعني أنه ما هو لا يوجب التحالف وفي الوصف يوجبه لكونه يجري مجرى الاصل. وفي الخلاصة: إذا شرط في السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى أنه جيد وأنكر الطالب فالقاضي يرى اثنين من أهل تلك الصنعة وهذ أحوط والواحد يكفي، فإن قالا جيد أجبره على القبول، فإذا اختلفا في السلم يتحالفان استحسانا ويبدأ بيمين المطلوب عند أبي يوسف ثم رجع وقال بيمين الطالب وهو قول محمد، وأي برهن قبل، فإن برهنا قضى ببينة رب السلم بسلم واحد عند أبي يوسف، ويقال هو قول أبي حنيفة والمسألة على ثلاثة أوجه: لان رأس المال إما عين أو دين، وكل وجه على ثلاثة أوجه: اتفقا على رأس المال واختلفا في المسلم فيه أو على القلب أو اختلفا فيهما. فإن كان رأس المال عينا واختلفا في المسلم فيه لا غير فقال الطالب هذا الثوب في كر حنطة وقال الآخر في نصف كر أوفي شعير أو في الحنطة الرديئة وأقاما البينة قضي ببينة رب السلم اجماعا، وإن اختلفا في رأس المال فقال أحدهما هذا الثوب وقال الآخر هذا العبد واتفقا في المسلم فيه أنه الحنطة أو قال أحدهما هذا الثوب في كر حنطة وقال الآخر في كر شعير وأقاما البينة قضي بالمسلمين، فمحمد رحمه الله مر على أصله، وأبو يوسف يقول كل يدعي عقدا غير ما يدعيه الآخر. وإن كان رأس المال دراهم أو دنانير إن اتفقا في رأس المال واختلفا في المسلم فيه وأقاما البينة فالبينة لرب السلم ويقضي بسلم واحد عند أبي يوسف خلافا لمحمد، وإن كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الاختلاف. ولو اختلفا فيهما فقال أحدهما عشرة دراهم في كري حنطة وقال الآخر خمسة عشر في كر وأقاما البينة فعند أبي يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرين ولا يقضي بسلمين، وعند محمد يقضي بسلمين. عقد بخمسة عشر في كر وعقد بعشرة في كرين ولو ادعى أحدهما أن رأس المال دراهم والآخر دنانير لم يذكر هذا وينبغي أن
***
[٢٨٣]
يقضي بسلمين كما في الثوبين، كذا في فتح القدير. والحاصل أنهما إن اختلفا في الجنس والصفة أو المقدار تحالفا، سواء كان في رأس المال أو في المسلم إليه. وإن اختلفا في اشتراط الوصف أو الاجل فالقول لمثبته لا لنا فيه، وإن اختلفا في مقدار الاجل فالقول لرب السلم، وإن اختلفا في مضيه فالقول للمسلم إليه، وإن اختلفا في بيان مكان الايفاء فالقول للمطلوب وفي اشتراطه فلمن أثبته. وفي الظهيرية: إذا اختلفا في جنس المعقود عليه تحالفا وكذا في الصفة بخلاف الاختلاف في الصفة في بيع العين، ولو اختلفا في مكان الايفاء فالقول للمطلوب، وإن برهن فللطالب عنده، وعندهما يتحالفان ويترادان السلم، وقيل على العكس ا ه. وفي الصحاح: الشيئ جرداً رداءة فهو ردئ أي فاسد وأردأته أي أفسدته ا ه. وقد ذكر المصنف رحمه الله تعالى أولا في الدعوى التأجيل وفي النفي الاجل فظاهره أنه لا فرق بينهما عنده وليس كذلك لما في القاموس: الاجل غاية الوقت في الموت وحلول الدين ومدة الشئ والجمع آحال والتأجيل تحديد الاجل ا ه. والتحديد بمعنى التقدير وقدمنا أنهما لو اختلفا في مقداره فالقول للطالب فتعين أن يكون التأجيل في كلامه بمعنى الاجل مجازا بدليل الثاني. قوله: (وصح السلم والاستصناع في نحو خف وطست) أما السلم فلا مكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار فكان سلما باستجماع شرائطه، وأما الاستصناع فالكلام فيه في مواضع: الاول في معناه لغة فهو طلب الصنعة. وفي القاموس: الصناعة ككتابة حرفة الصانع وعمله الصنعة ا ه. فعلى هذا الاستصناع لغة طلب عمل الصانع. وشرعا أن يقول لصاحب خف أو مكعب أو صفارا صنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا أو دستا أي برمة تسع كذا ووزنها كذا على هيئة كذا بكذا وكذا ويعطي الثمن المسمى أو لا يعطي

شيأ فيقبل الآخر منه. الثاني في دليله وهو الاجماع العملي وهو ثابت بالاستحسان، والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لكونه بيع المقدوم وتركناه للتعامل. ولا تلزم المعاملة والمزارعة على قول أبي حنيفة لفسادهما مع التعامل لثبوت الخلاف فيهما في الصدر الاول، وهذا بالاتفاق فلهذا قصرناه
***
[٢٨٤]
على ما فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه رجعنا فيه إلى القياس كان يستصنع حائكا أو خياطا لينسج له أو يخيط له قميصا بغزل نفسه. وفي القنية: دفع مصحفا إلى مذهب ليذهبه بذهب من عنده وأراه الذهب أنموذجا من الاعشار والاخماس ورؤوس الآي وأوائل السور فأمره رب المصحف أن يذهبه كذلك بأجرة معلومة لا يصح. سئل عمر النسقي عمن دفع إلى حائك غزلا لينسج له عمامة من سداه فجاء بها منسوجة فقال صاحب الغزل اشتريت منك ما في هذا المنسوج من الابريسم بكذا وقال الآخر بعت هل يصح؟ فقال بيع ما صار على الآمر للمأمور من الابريسم السد أبا العقد ااول صار ملكا للآمر قال أبو الفضل الابريسم دين على الآمر وأجرة العمل عليه. قال النجار ابن لي بيتا فإذا بنيته يقومه المقومون فما يقولون أدفعه إليك فرضيا به وبناه وقومه رجل باتفاقهما وأبي الصانع فله أجر مثله. وقال أبو حامد وحمير الوبري: هو بمنزلة المقوم لا الحكم فلا يلزمه تفويمه ا ه. الثالث في صفته فقد اختلفوا في كونه مواعدة أو معاقدة فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنشور مواعدة وإنما ينعقد عند الفراغ بالتعاصي ولهذا كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم، وللمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه، والصحيح من المذهب جوازه بيعا لان محمدا ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة، ولان جوازه فيما فيه تعامل خاصة ولو كان مواعدة لجاز في الكل. وسماه أيضا شراء فقال إذ رآه المستصنع فله الخيار لانه اشترى ما لم يره ولان الصانع يملك الدراهم بقبضها ولو كانت مواعدة لم يملكها، وإثبات أبي اليسر الخيار لكل منهما لا يدل على أنه غير بيع كما في بيع المقايضة، وحين لزم جوازه علمنا أن الشارع اعتبر فيه المعدوم موجودا وهو كثير في الشرع كطهارة صاحب العذر وتسمية الذابح إذا نسيها والرهن بالدين الموعود وقراءة المأموم. والرابع في المعقود عليه فاختلف فيه فالمذهب المرضي في الهداية أنه العين دون العمل. وقال البردعي: المعقود عليه العمل دون العين لان الاستصناع ينبئ عنه. والاديم والصرم بمنزلة الصبغ والدليل على المذهب ما ذكرناه من قول محمد لانه اشترى ما لم يره ولذا لو جاء به مفروغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز، وإنما يبطله بموت الصانع لشبهه بالاجارة. وفي الذخيرة هو إجارة ابتداء بيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل قولهم إذا
***
[٢٨٥]
مات الصانع يبطل ولا يستوفي المصنوع من تركته، ذكره محمد في كتاب البيوع. وإنما لم يجبر الصانع على العمل والمستصنع على إعطاء المسمى لانه لا يمكنه إلا بإتلاف عين ماله والاجارة تفسخ بهذا العذر. الخامس حكمه وهو الجواز دون اللزوم لان جوازه للحاجة وهي في الجواز لا اللزوم ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لان العقد غير لازم، وأما بعد ما رآه فالاصح أنه لا خيار للصانع بل إذا قبله المستصنع أجبر على دفعه له لانه بالآخرة بائع له. وتفرع على عدم لزومه ما في فتاوي قاضيخان من الدعوى: رجل استصنع رجلا في شئ ثم اختلفا في المصنوع فقال المستصنع لم تفعل ما أمرتك به وقال الصانع فعلت قالوا: لا يمين فيه لاحدهما على الآخر. ولو ادعى الصانع على رجل أنك استصنعت إلي في كذا وأنكر المدعى عليه لا يحلف ا ه. قوله: (وله الخيار أي للمستصنع الخيار (إذا رأى المصنوع) لما قدمناه أنه اشترى ما لم يره بخلاف السلم لانه لا فائدة في إثبات الخيار فيه لانه كلما رده عليه أعطاه غيره لكونه غير متعين إذا المسلم فيه في الذمة فيبقى فيها إلى أن يقبضه. قيد به لانه لا خيار للصانع لانه باع ما لم يره. وعن أبي حنيفة أن له الخيار لانه يلحقه الضرر بقطع الصرم والصحيح الاول قوله: (وللصانع بيعه قبل أن يراه) أي المستصنع لانه لا يتعين إلا باختياره. قيد بقوله قبل أن يراه لانه إذا رآه ورضي به امتنع على الصانع بيعه لانه بالاحضار أسقط خياره ولزم قوله: (ومؤجله سلم) أي إذا أجله المستصنع صار سلما وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: إن ضرب الاجل فيما فيه تعامل فهو استصناع، وإن ضرب فيما لا تعامل فيه فهو سلم لتعذر جعله استصناعا ويحمل الاجل فيما فيه تعامل على الاستعجال. وله أن يحتمل السلم فحمل عليه وهو أولى لكونه ثابتا

بالكتاب والسنة والاجماع مطلقا. وأما الاستصناع فبالتعامل ومخصوص بما فيه تعامل، ولان الاجل لتأخير المطالبة وذلك باللزوم وهو في السلم دونه. والمراد بالاجل ما قدمه من أن أقله شهر فإن لم يصلح كان استصناعا إن جرى فيه تعامل وإلا ففاسد إن ذكره على وجه الاستمهال، فإن كان للاستعجال بأن قال على أن تفرغ منه غدا أو بعد غد كان صحيحا. وفصل الهندواني فجعله من المستصنع استعجالا ومن الصانع تعجيلا. ثم فائدة كونه سلما أن يشترط فيه شرائطه من القبض قبل الافتراق وعدم الخيار إلى غير ذلك من

***

[٢٨٦]

الاحكام. وفي الصحاح: الطس بلغة طئ أبدل من إحدى السينين تاء للاستثقال فإذا جمعت أو صغرت ردت السين لانك فصلت بينهما بألف أو ياء قلت طساس وطسيس ا ه‍. وفي المغرب: الطست مؤنثة وهي أعجمية والطس تعريبها والجمع طساس وطسوس، وقد يقال الطسوت ذكره في الشين المعجمة. والقمقمة بالضم معروفة. وقال الاصمعي: هو رومي والجمع قماقم، كذا في الصحاح اه والله أعلم. باب المتفرقات هكذا في نسخة الزيلعي. وفي نسخة العيني مسائل متفرقة وعبر عنها في الهداية بمسائل منثورة والمعنى واحد. وحاصلها أن المسائل التي تشذ عن الابواب المتقدمة فلم تذكر فيها إذا استدركت سميت بها أي متفرقة من أبواب أو منثورة عن أبوابها قوله: (صح بيع الكلب والفهد والسباع والطيور) لما رواه أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه صلى الله عليه وسلم رخص في ثمن كلب الصيد، ولانه مال متقوم آلة الاصطياد فصح بيعه كالبازي بدليل أن الشارع أباح الانتفاع به حراسة واصطيادا فكذا بيعا. وهذا على القول المفتي به من طهارة عينه بخلاف الخنزير فإنه نجس العين، وأما على رواية أنه نجس العين كالخنزير فقال في فتح القدير: ولو سلم نجاسة عينه فهي توجب حرمة أكله لا منع بيعه بل منع البيع بمنع الانتفاع شرعا ولهذا أجزنا بيع السرقين والبعر مع نجاسة عينهما لاطلاق الانتفاع بهما عندنا بخلاف العذرة لم يطلق الانتفاع بها فمنع بيعها، فإن ثبت شرعا إطلاق الانتفاع بها مخلوطة بالتراب ولو بالاستهلاك كالاستصباح بالزيت النجس كما قيل جاز بيع ذلك التراب التي هي في ضمنه

***

[٢٨٧]

وبه قال مشايخنا. وإنما امتنع بيع الخمر لنص خاص في منع بيعها وهو الحديث إن الذي حرم شربها حرم بيعها ا ه‍. وفي القنية: اشترى ثورا أو فرسا من خوف لاستئناس الصبي لا يصح ولا يضمن متلفه (طب) صح ويضمن متلفه. يجوز بيع خرء الحمام إن كان كثيرا وهبته أدنى القيمة التي تشترط لجواز البيع فلس ولو كانت كسرة خبز لا يجوز ا ه‍. أطلقه فشمل المعلم وغيره العقور وغيره هكذا أطلق في الاصل فمشى القدوري على هذا الاطلاق. ونص فنوادر هشام عن محمد في جواز بيع العقور وتضمين من قتله قيمته. وعن أبي يوسف منع بيع العقور وذلك في المبسوط أنه لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم وقال: هذا هو الصحيح من المذهب قال: وهكذا نقول في الاسد إذا كان يقبل التعليم ويصطاد به أنه يجوز بيعه وإن كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز. قال: والفهد والبازي يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال ا ه‍. فعلى هذا لا يجوز بيع النمر بحال لانه لشراسته لا يقبل التعليم. وفي بيع القرد روايتان وجه رواية الجواز وهو الاصح كما ذكره الشارح أنه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه إطلاق رواية بيع الكلب والسباع فإنه مبني على أن كل ما يمكن الانتفاع بجلده أو عظمه يجوز بيعه. وصحح في البدائع عدم الجواز لانه لا يشتري للانتفاع بجلده عادة بل للتلهي به وهو حرام ا ه‍. ويجوز بيع الهرة لانها تصطاد الفأرة والهوام المؤذية فهي منتفع بها، ولا يجوز بيع هوام الارض كالخنافس والعقارب والفأرة والنمل والوزغ والقنافذ والضب، ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان، وكذا كل ما كان في البحر الا السمك وما جاز الانتفاع بجاده أو عظمه كذا في البدائع وفي القنية وبيع فير السمك من دواب البحر إن كان له ثمن كالسقنقور وجلود الخز ونحوها يجوز وإلا فلا. وجمل الماء قيل يجوز حيا لا ميتا، والحسن أطلق الجواز، وذكر أبو الليث يجوز بيع الحيات إذا كان ينتفع بها في الادوية فإن لم ينتفع بها لا يجوز. ورده في البدائع بإنه غير سديد لان المحرم شرعا لا يجوز الانتفاع به للتداوي كالخمر فلا تقع الحاجة إلى شرع البيع. ويجوز بيع الدهن النجس لانه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين، أما المعذرة فلا ينتفع بها إلا مخلوطة بالتراب فلا يجوز إلا تبعا. ويجوزع الفهد على فهود، وفهد الرجل إذا أشبه الفهد في كثرة نومه وتمرده. وفي الحديث إن دخل فهد وإن خرج أسد والسبع واحد السباع، كذا في الصحاح. وفي فتح القدير: والانتفاع بالكلب للحراسة والاصطياد جائز إجماعا لكن لا ينبغي أن يتخذ في

داره إلا إن خاف اللصوص أو عدوا وفي الحديث
***
[٢٨٨]
الصحيح من أقتني كلبا إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيرطان وفي البدائع: ويجوز بيع الفيل بالاجماع لانه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق فكان مالا. قوله: (والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير) لانه مكلف محتاج فشرع في حقهم أسباب المعاملات فكل ما جاز لنا من المبيعات من الصرف والسلم وغيرهما جاز له، وما يجوز من الربا وغيره لا يجوز له إلا الخمر والخنزير فإن عقدهم فيها كعقدنا على العصير والشاة فيجوز له السلم في الخمر دون الخنزير. وفي البدائع: لا يمنعون من بيع الخمر والخنزير، أما على قول بعض مشايخنا فلانه مباح الانتفاع به شرعا لهم فكان مالا في حقهم، وعن البعض حرمتهما ثابتة على العموم في حق المسلم والكافر لان الكفار مخاطبون بشرائع هي محرمات وهو الصحيح من مذهب أصحابنا فكانت الحرمة ثابتة في حقهم لكنهم لا يمنعون عن بيعها لانهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولونها وقد أمرنا بتركهم وما يدينون ا ه. قيد بالخمر والخنزير لانا نجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم، وأما المنخنقة والتي قد جرحت في غير موضع الذبح وذبائح المجوس كالخنزير قال في الاصلاح: فالمستثني غير مختص بهما كما يفهم من الهداية ا ه. وفي البزازية: وبيع المجوسي ذبيحته أو ما هو ذبيحة عنده كالخنق من كافر جائز عند الثاني ا ه. فظاهره أنه غير جائز عند الاول والثالث، وحينئذ فالمستثني مختص بالخمر والخنزير لا كما زعم صاحب الاصلاح. وفي البزازية أيضا: بيع متروك التسمية عمدا من كافر يجوز ا ه. وفي القنية من كتاب الشفعة: تأخير اليهودي في السبت لاشتغاله بالسبت مبطل للشفعة. وفيها من الحدود: ويمنع الذمي عما يمنع المسلم إلا شرب الخمر فإن غنوا وضربوا العيدان يمنعوا كالمسلمين لانه لم يستثن عنهم ا ه. وفي ايضاح الكرماني: ولو باح ذمي من ذمي خمرا أو خنزيرا ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض
***
[٢٨٩]
انتقض البيع، والمراد بلفظة الانتقاض إثبات حق الفسخ لتعذر القبض بالاسلام فصار كما لو أبق المبيع، فإن صار خلا قبل القبض خير المشتري إن شاء نقض وإن شاء أخذ في قولهما. وعند محمد العقد باطل. وكذا المسلم إذا اشترى عصيرا فتخمر ولو قبض الخمر ثم أسلما أو أحدهما جاز البيع قبض الثمن أو لا، ولو اشترى الذمي عبدا مسلما جاز وأجبر على بيعه، وكذ إذا اشترى مصحفا. ولو اشترى كافر من كافر عبدا أو مسلما شراء فاسدا أجبر على رده ويجبر البائع على بيعه لان دفع الفساد واجب حقا للشرع فيجبر على الرد لينعدم الفساد، ثم يجبر البائع على بيعه، فإن أعتقه الذمي جاز، وإن دبره جاز ويسعى في قيمته، وكذا لو كانت أمة فاستولدها ويوجع الذمي ضربا لانه وطئ مسلمة وذلك حرام فإن كاتبه جاز ولا يفترض عليه، فإن عجز أجبر على بيعه. وكذا الذمي إذا ملك شقصا من مسلم فهو كالكل، فإذا كان أحد المتعاقدين مسلما والآخر ذميا لم يجز بينهما إلا ما يجوز بين المسلمين. ولو أقرض النصراني نصرانيا خمرا ثم أسلم المقرض سقط الخمر لتعذر قبضها فصار كهلاكها مستندا إلى معنى فيها، وإن أسلم المستقرض فعن أبي حنيفة سقوطها، وعنه أن عليه قيمتها وهو قول محمد لتعذره لمعنى من جهته ا ه. ولم أر حكم وقف الكافر مصحفا. قوله: (ولو قال بع عبدك من زيد بألف على أني ضامن لك مائة سوى الالف فباع صح بألف وبطل الضمان وإن زاد من الثمن فالالف على زيد والمائة على الضامن) لانه في الاول يصير التزاما للمال ابتداء وهو رشوة، وفي الثاني يصير زيادة في الثمن وهي جائزة من الاجنبي ولا رجوع له بها على المشتري، ولا تظهر في حق الشفيع والمرابحة، ولا يحبس البائع
***
[٢٩٠]
المبيع عليها وإنما يحبسه على ألف ويرابح عليها ويأخذ الشفيع بها. ولو تقايلا البيع استردها الاجنبي، وكذا إن ردت عليه بعيب بغير قضاء وبه لا يستردها لكونه فسخا إجماعا. ولو ضمن الزيادة بأمر المشتري صارت كزيادته بنفسه فتلتحق بأصل العقد فتثبت الاحكام كلها إلا أنه لا يطالب البائع بها وإنما يطالب من زاد كأنه وكيله. ولو رد بعيب أو تقايلا يرد الزيادة على الضامن فقط لكونه أخذها منه دون المشتري. وذكر في الكافي أن الشفيع يأخذها بالالف ومائة فجعلها ظاهرة في حقه. وإنما ظهرت في حقه مع أن زيادة المشتري لا تظهر في حقه لانها في العقد فصارت من الثمن بخلافها بعد العقد. قيد بقوله سوى الالف لانه لو قال بعه بألف على أني ضامن

لك مائة من الثمن صار كفيلا بمائة من الثمن ولا تثبت الزيادة، فإن أدى رجع به إن كان بأمره وإلا فلا. وقيد بكون الزيادة في العقد لان الاجنبي إذا زاد بعد العقد فإنه لا يجوز إلا بإجازة المشتري أو يعطي الزيادة من عنده أو يضمنها أو يضيفها إلى نفسه، وإن زاد بأمر المشتري جاز ولا يلزمه شئ والمال لازم للمشتري لكونه سفيرا ومعبرا لاحتياجه إلى إضافته للمشتري فلا يلزمه إلا بالضمان كالخلع والصلح. وقوله بع عبدك كلام أجنبي لاتعلق له بالايجاب والقبول فلا حاجة إلى قوله في فتح القدير إن قوله بع عبدك أمر والامر لا يكون في البيع إيجابا لان الامر المشار إليه إنما يكون من المشتري والقائل هنا ليس هو المشتري ولذا قال المصنف فباع أي بإيجاب وقبول قوله: (ووطئ زوج المشتراة قبض لا عقده) لان الوطئ من الزوج حصل بتسليط المشتري فصار منسوبا إليكأنه فعله بنفسه، وإن لم يطأها لا يكون قبضا استحسانا لانه لم يتصل بها من المشتري فعل يوجب نقصا في الذات وإنما هو عيب من طريق الحكم. ودل وضع المسألة على أن تزويج الامة قبل قبضها جائز بخلاف بيعها لان النكاح لا يبطل بالغرر والبيع يبطل به بدليل صحة تزويج العبد الآبق دون بيعه، فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافا لمحمد. قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى: والمختار قول أبي يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلا. وقيد القاضي الامام أبو بكر بطلان النكاح

***

[٢٩١]

ببطلان البيع قبل القبض بما إذا لم يكن بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وإن بطل البيع، كذا في فتح القدير. قيد بعقد النكاح لان العتق والتدبير قبض وإن لم يكن فعلا حسيا لان العتق إنهاء للملك والتدبير من فروعه، وقدمنا في أول البيوع قبيل خيار الشرط أنه إذا أعتق ما في بطن الجارية لا يصير قابضا لها، وأن المشتري إذا قال للغلام تعال معي كان قبضا، وكذا إذا أمر البائع بطحن الحنطة فطحنها، وأن المشتري إذا وطئ الجارية صار قابضا لها إن حبلت وإلا فللبائع حبسها، فإن منعها البائع فماتت ماتت من ماله ولا عقر عليه. ولو أرسل العبد في حاجته صار قابضا كأمره أن يؤجر نفسه وقوله للبائع احملني معك على الدابة فحمله إلى آخر ما ذكرته هناك. قوله: (ومن اشترى عبد افغاب فبرهن البائع على بيعه وغيبته معروفة لم يبع بدين البائع وإلا بيع بدينه) لانها إذا كانت معروفة يتوصل إلى حقه بدون بيعه بالذهاب إليه فلا حاجة إلى بيعه لان فيه إبطال حق المشتري في العين وإن لم يدر مكانه أجابه القاضي إن برهن لان البينة هنا ليست للقضاء على الغائب وإنما هي لنفي التهمة وانكشاف الحال لان القاضي نصب لكل من عجز عن النظر ونظرهما في بيعه لان البائع يصل به إلى حقه ويبرأ من ضمانه، والمشتري أيضا تبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فإذا انكشف الحال عمل القاضي بموجب إقراره فلا يحتاج إلى خصم حاضر وإنما يحتاج إليه إذا كانت البينة للقضاء، وهذا لان العبد في يده وقد أقر به للغائب على وجه يكون مشغولا بحقه فيظهر الملك للغائب على الوجه الذي أقر به، ولا يقدر البائع أن يصل إلى حقه كالراهن إذا مات مفلسا، والمشتري إذا مات مفلسا قبل القيض وأراد المصنف بكون المشتري غاب قبل القبض، أما إذا غاب بعده فإن القاضي لا يجيبه لان حقه غير متعلق بماليته. وإنما جاز للقاضي بيع المنقول قبل قبضه لان البيع هنا ليس بمقصود وإنما المقصود إحياء حقه وفي ضمنه يصح بيعه لان الشئ قد يصح ضمنا وإن لم يصح قصدا. وأراد بالعبد المنقول عبدا كان أو غيره، واحترز به عن العقار فلا يبيعه القاضي كما في النهاية وجامع الفصولين. ولم يذكر المصنف أنه يدفع الثمن إلى البائع لان القاضي إنما يدفع له بقدر ما باعه فإن فضل شئ عن دينه أمسكه للمشتري الغائب لانه بدل ملكه، وإن لم يف بالدين وبقي شئ يتبعه البائع إذا ظفر به، وقيد بالمبيع لان القاضي إذا قضى بالبينة على إنسان فغاب وله مال على الناس لا يدفع إلى المقضي له حتى يحضر الغائب إلا في نفقة المرأة والاولاد الصغار والوالدين، كذ عن محمد. وكذا لو مات وله ورثه غيب

***

[٢٩٢]

ومال في المصر عند المقرين به للمقضي عليه فالقاضي لا يدفع شيأ منه حتى تحضر ورثته أو يحضر المقضي عليه لو غائبا، كذا في جامع الفصولين. وأشار المصنف رحمه الله تعالى إلى أن من استأجر إبلا إلى مكة ذاهبا وجائيا ودفع الكراء ومات رب الدابة في الذهاب حتى انفسخت الاجارة فإذا أتى مكة ورفع الامر إلى القاضي فرأى أن يبيع الدابة ويدفع بعض الاجر إلى المستأجر جاز وللمستأجر أن

يركبها إلى مكة ولا يضمن وعليه الكراء إلى مكة، وإلى أن المديون لو رهن وغاب غيبة منقطعة فرفع المرتهن الامر إلى القاضي حتى يبيع الرهن بدينه فإنه ينبغي أن يجوز كما في هاتين المسألتين والمسألتان في جامع الفصولين. وفيه أيضا: باع دابة ولم يوقف على المشتري فللحاكم أن يأذن له فيبيعها فيأخذ ثمنه من ثمنه لو كان من جنسه ولو أذن له أن يؤجرها ويعلفها من أجرها جاز ا ه. وبه علم أن في مسألة الكتاب للقاضي أن يأذن للبائع في بيعها كما له أن يبيعها بنفسه أو أمينه، وأن له أن يأذن له في إجارتها لو كان لها أجر. وظاهر كلامهم أن البائع لا يملك البيع بلا إذن القاضي فإن باع كان فضوليا، وإسلم كان متعديا والمشتري منه غاصب. فروع متعلقة بالتصرف في مال الغائب منقولة من جامع الفصولين: للقاضي ولاية إيداع مال غائب ومفقود وله إقراضه وبيع منقوله لو خيف تلفه ولم يعلم مكان الغائب لا لو علم إذا يمكنه البعث إليه إذا خاف التلف فيمكنه حفظ العين والمالية جميعا، ولا بيع القاضي الامة المغصوبة إذا غاب مالكها إنما يبيع مال المفقود. سئل نجم الدين عن أمير وهب أمة من خادمه فأخبرته أنها التاجر قتل في غير فأخذت وتداولتها الايدي حتى وقعت بيد هذا الامير والموهوب له الآن لا يجد ورثة القتيل ويعلم أنه لو خلاها ضاعت وإن أمسكها يخاف الفتنة، هل للقاضي بيعها من ذي اليد نيابة عن الغائب حتى لو ظهر المالك كان له على ذي اليد ثمنها؟ قال: نعم له ذلك. القاضي لا يملك تزويج أمة الغائب والمجنون وقنهما وله أن يكاتبهما ويبيعهما. لا يملك تزويج أمة الغائب وإن لم يكن له مال. للقاضي بيع قن المفقود وأمته لا لو كان غائبا غير مفقود، وللقاضي ولاية بيع مال الغائب. مات ولا يعلم له وارث

***

[٢٩٣]

فباع القاضي داره جاز، ولو علم بموضع الورث جاز ويكون حفظا ألا ترى أنه لو باع الآبق يجوز وتمامه فيه. قوله (ولو غاب أحد المشترين فللحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحبسه حتى ينقد شريكه) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وخالف أبو يوسف في الكل فهذه أحكام: الاول في قبض جميع المبيع على تقدير إيفاء الثمن كله فعنده إذا نقد الثمن لا يأخذ إلا نصيبه لكونه أجنبيا في نصيب الغائب، وهما يقولان: إن الحاضر مضطر إلى أداء كل الثمن لان للبائع حق حبس كل المبيع إلى أن يستوفي كل الثمن فصار كمعير الرهن وصاحب العلو والوكيل بالشراء إذا أدى الثمن من ماله. قيد بغيبته لانه لو كان حاضرا لا يقبضه اتفاقا ويكون متبرعا لانه كالوكيل عنه من وجه من حيث إن ملك الغائب ثبت بقبول الحاضر، غير وكيل من وجه لان كلا منهما لا يطالب بنصيب الآخر فلشبهه بالاجنبي كان متبرعا في حضرته، ولشبهه بالوكيل لم يكن متبرعا حال غيبته. الثاني في حبسه عن الغائب حتى يعطيه ما دفعه عنه وهو فرع أنه ليس بمتبرع عندهما لما قدمناه، ودل أن له الرجوع عليه واستفيد من قوله للحاضر الدفع أن البائع يجبر على قبول ما أداه الحاضر من نصيب الغائب كما يجبر على تسليم نصيب الغائب فهذه خمسة أحكام على الخلاف. وقيد بقوله أحد المشتريين لانه لو غاب أحد المستأجرين قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعا لانه غير مضطر في نقد حصة الغائب إذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة قوله: (ومن باع أمة بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان) لانه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب من كل واحد خمسمائة مثقال لعدم الاولوية فيصير كأنه قال بعت بخمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة. ويشترط بيان الفضة من الجودة وغيرها بخلاف ما لو قال من الدراهم والدنانير فإنه لا يحتاج إلى بيان الفضة وينصرف إلى الجياد، وقيد بقوله بألف مثقال لانه لو باعها بألف من الذهب والفضة فإنه يجب النصف من الذهب مثاقيل، ومن الفضة دراهم العشرة منها وزن سبعة مثاقيل لانه أضاف الالف إليهما فينصرف إلى الوزن المعهود من كل واحد. وأشار المؤلف إلى أنه لو قال لفلان علي كر حنط وشعير وسمسم فإنه يجب لم يستطع شئ من كل جنس ثلث الكر، وهكذا في المعاملات كلها كالمهر والوصية والوديعة والغصب والاجارة وبدل الخلع وغيره في الموزون والمكيل والمعدود والمذروع. وفي فتح القدير: في الدراهم ينصرف إلى الوزن المعهود وزن سبعة، ويجب كون هذا إذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم الدراهم ما يوزن سبعة

***

[٢٩٤]

والمتعارف في بعض البلاد الآن كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم. وأما في عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن إلى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس إلا أن يقيد بالفضة فينصرف إلى درهم بوزن سبعة فإن ما دونه ثقل أو

خفة يسمونه نصف فضة ا ه. وعلى هذا إذا شرط بعض الواقفين بمصر للمستحق دراهم ولم يقيدها تتصرف إلى الفلوس النحاس، وأما إذا قيدها بالنقرة كواقف الشيخونية والصرغتمشية تنصرف إلى الفضة لما في المغرب: النقرة القطعة المذابة من الذهب أو الفضة، ويقال نقرة فضة على الاضافة للبيان اه. وفي المصباح: النقرة القطعة المذابة من الفضة وقبل الذوب هي تبر ا ه. قوله: (وإن قضى زيف عن جيد وتلف فهو قضاء) يعني إذا كان له على آخر دراهم جياد فدفع له زيوفا فهلكت كان قضاء وبرئ ولا رجوع عليه بشئ. أطلقه فشمل ما إذا علم بكونه زيوفا أما إذا لم يعلم وإنما قيد بالتلف ليعلم حكم ما إذا أنفقها بالاولى وهذا عندهما. وقال أبو يوسف: إذا لم يعلم برد مثل زيوفه ويرجع بالجياد لان حقه في الوصف كالقدر وقد تعذر الرجوع بصفة الجودة فتعين رد مثل المقبوض والرجوع بالجياد. ولهما أن المقبوض من جنس حقه بدليل أنه لو تجوز بها في الصرف والسلم الجاز، ولو لم يكن من الجنس لكان استبدالا وهو حرام فلم يبق إلا الجودة ولا قيمة لها وقد حصل الاستيفاء، وذكر فخر الاسلام وغيره أن قولهما قياس، وقولابي يوسف هو الاستحسان فظاهره ترجيح قول أبي يوسف. قيد بتلفها لانها لو كانت قائمة ردها. وفي الجوهرة من كتاب الرهن: إذا علم قبل أن ينفقها فطالبه بالجياد وأخذها كان الجياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض ا ه. وفي الذخيرة: لو كان له عليه جياد فقضاه زيوفا وقال أنفقها فإن لم ترج فردها علي ففعل فلم ترج فله أن يردها استحسانا. فرق بين هذا وبين ما إذا اشترى عينا فوجد بها عيبا فأرادها فقال له البائع بعه فإن لم يشتره أحد فرده علي فعرضه على البيع فلم يشتره أحد منه ليس له أن يرده. والفرق أن المقبوض من الدراهم ليس عين حق القابض بل هو من جنس حقه لو تجوز به جاز وصار عين حقه، فإذا لم يتجوز بقي على ملك الدافع فصح أمر الدافع بالتصرف فيه فهو في الابتداء تصرف للدافع وفي الانتهاء لنفسه بخلاف التصرف في العين لانها ملكه فتصرفه لنفسه فبطل خياره اه. وقدمنا أن الزيوف كالجياد في خمس مسائل كما في الولوالجية، وزدنا في أو كتاب البيوع سادسا عند الكلام على الاثمان. قيدنا الخلاف بعدم

***

[٢٩٥]

العلم لانه لو علم بها وأنفقها كان قضاء اتفاقا وقيد بالزيوف لانها لو كانت ستوقة أو نبهرجة فاتلفها فإنه يرد مثلها ويرجع الجياد اتفاقا. وهما فرقا بأن الزيوف من جنس حقه والستوقة والنبهرجة لا. وفي المصباح: زافت الدراهم تزيف زيفا من باب سارردأت ثم وصف بالمصدر فقيل درهم زيف مثل فلس وفلوس، وربما قيل زائف على الاصل ودراهم زيف مثل راكع وركع، وزيفتها تزييفا أظهرت زيفها. قال بعضهم: الدراهم الزيوف هي المطلية بالزئبق المعقود بمزاوجة الكبريت وكانت معروفة قبل زماننا وقدرها مثل سنج الميزان ا ه. وفي الواقعات الحسامية من البيع تكلموا في معرفة الزيوف والنبهرجة. قال أبو النصر: الزيوف دراهم مغشوشة، أما النبهرجة التي تضرب في غير دار السلطان والستوقة صفر مموه بالفضة. وقال الفقيه أبو جعفر: الزيوف ما زيفه بيت المال يقال في عرفنا غطريفي لا غير والنبهرجة ما لا يقبله التاجر ا ه. وفي الجوهرة من الرهن: من كان له على رجل درهم فأعطاه درهمين صغيرين وزنهما درهم جاز ويجبر على ذلك، ولو كان له دينار فأعطاه دينارين صغيرين وزنهما دينار فأبى لم يجبر على ذلك قبض ه. وفي الواقعات الحسامية من كتاب الصلح وقال أبو يوسف: إذا اقتضى دراهم فأنفقها ثم ردت عليه بعيب الزيافة، فإن كان حين أنفقها يعلم أنها زائفة فله أن يردها سواء قبلها بقضاء أو بغير قضاء. فرق بين هذا وبين المبيع إذا قبله البائع بغير قضاء ليس له أن يرد، والفرق أن هناك الرد إذا كان بغير قضاء جعل عقدا جديدا في حق الثالث وهو البائع، أما هنا لا يمكن أن يجعل بيعا جديدا لانه لم يملك الرد على ما قدمناه. وقال أبو يوسف: من أقرض كرحنطة عفن وقبضها المستقرض واستهلكها ثم قضاه كرحنطة جيدة، فإن كان قال له الطالب لي عليك حنطة طيبة وصدقه المطلوب ثم قضاه ثم تصادقا أن الكر القرض كان عفنا فللمستقرض أن يرجع فيما قضاه ويعطيه كرا عفنا مثل القرض، فإن لم يكن الطالب قال له كري جيد لكن المستقرض قضاه جيدا من غير شرط جاز، وليس له أن يرجع. قلت: ويحتمل أن يكون جواب الوجه الاول

***

[٢٩٦]

قول أبي يوسف خاصة على ما قدمناه ا ه. وفي الذخيرة من آخر كتاب الصرف قال ابو حنيفة لا بأس ببيع المغشوش إذا بين وكان

ظاهرا يرى وهو قول أبي يوسف. وقال في رجل معه فضة نحاس لا يبيعها حتى يبين ولا بأس بن يشتري بستوقة إذا بين، وأرى أن للسلطان أن يكسرها لعلها تقع في أيدي من لا يبين. وبشر في الاملاء عنأبي يوسف أكره للرجل أن يعطي الزيوف والنبهرجة والستوقة والمكحلة والبخارية وإن بين ذلك، ويجوز بها عند الاخذ من قبل أن إنفاقها ضرر على العوام وما كان ضررا عاما فهو مكروه وليس بمعصية، ورضا هذين الحاضرين خوفا من الوقوع في أيدي المدلسة على الجاهل به ومن التاجر الذي لا يتحرج قال: وكل شئ لا يجوز فإنه ينبغي أن يقطع ويعاقب صاحبه إذا أنفقه وهو يعرفه ا ه. قوله: (وإن أفرخ طير أو باض أو تكنس ظبي في أرض رجل فهو لمن أخذه) لانه مباح سبقت يده إليه فكان أولى به لقوله عليه السلاالصيد لمن أخذه والبيض صيد ولهذا يجب على المحرم الجزاء بكسره. أطلقه وهو مقيد بقيدين: الاول ذكره الشارح أن لا تكون أرضه مهيئة لذلك وإن كنت مهيئة للاصطياد فهو له لان الحكم لا يضاف إلى السبب الصالح إلا بالقصد ألا ترى أن من نصب شبكة للجفاف فتعلق بها صيد أو حفر بئرا للماء فوقع فيها صيد لا يملكه ولا يجب عليه الجزاء إن كان محرما، وإن قصد به الاصطياد ملكه ووجب عليه الجزاء إن كان محرما. على هذا التفصيل لو دخل صيد داره أو وقع ما نثر من الدراهم في ثيابه بخلاف معسل النحل في أرضه حيث يملكه وإن لم تكن أرضه معدة لذلك لانه من إنزال الارض حتى يملكه تبعا لها كالاشجار النابتة والتراب المجتمع فيها بجريان الماء وإن لم تكن معدة ولهذا يجب في العسل العشر إذا أخذه من أرض العشر. الثاني في الذخيرة من كتاب الصيد: وهذا إذا كان صاحب الارض بعيدا من الصيد بحيث لا يقدر على أخذه لو مد يده، وأما إذا كان صاحب الارض قريبا من الصيد بحيث يقدر على اخذه لو مد يده فالصيد لصاحب الارض لانه صار أخذا له تقديرا لتمكنه من الاخذ حقيقة إن لم يكن آخذا له بأرضه ا ه. ومثله في شرح الطحاوي. وقوله تكنس ظبي أي دخل في كناسه وهو بالكسر بيته وكنس الظبي كنوسا من باب نزل دخل كناسه كذا في المصباح ولم يذكر تكنس. وفي المغرب: كنس الطبي دخل في الكناس كنوسا من باب طلب وتكنس مثله، ومنه الصيد إذا تكنس في أرض رجل أي استتر، ويروى تكسر وانكسر ا ه. وفي فتح القدير: وفي بعض النسخ تكسر أي وقع فيها فتكسر، ويحترز به عما لو كسره رجل فيها فإنه لذلك الرجل لا

***

[٢٩٧]

للآخذ ولا يختص بصاحب الار ض ا ه. ثم قال: ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ في أرضه حظيرة فدخل الماء والسمك ملكه ولو اتخذت لحاجة أخرى فمن أخذ السمك فهو له، وكذا في حفر الحفير إن حفرها للصيد فهو له أو لغرض آخر فهو للآخذ، وكذا صوف وضع على سطح بيت فابتل بالمطر فعصره رجل، فإن كان وضعه للماء فهو لصاحبه وإلا فالماء للآخذ ا ه. وفي الذخيرة: إن أغلق الباب على الصيد ولم يعلم به لم يصر آخذا مالكا له حتى لو خرج الصيد بعد ذلك فأخذه غيره ملكه. وفي المنتقي: رجل نصب حباله فوقع فيها صيد فاضطرب وقطعها وانفلت فجاء آخر وأخذ الصيد فالصيد للآخذ، ولو جاء صاحب الحبالة ليأخذه فلما دنى منه بحيث يقدر على أخذه فاضطرب وانفلت فأخذه آخر فهو لصاحب الحبالة. والفرق أن فيهما صاحب الحبالة وإن صار آخذا له إلا أنه في الاول بطل الاخذ قبل تأكده، وفي الثاني بطل بعد تأكده. وكذا صيد البازي والكلب إذا نفلت فهو على هذا التفصيل. وفي الاصل: إذا رمى صيدا فصرعه فاشتد رجل وأخذه فهو لمن رماه لانه لما رماه صار آخذا له فصار ملكا، ولو رمى صيدا فأصابه وأثخنه بحيث لا يستطيع براحا فرماه آخر فقتله فالصيد للاول، وإن كان يتحامل ويطير مع ما أصابه من السهم الاول فرماه الثاني فقتله فهو للثاني. وفي الاصل أيضا: لو أرسل كلبه على صيد فاتبعه الكلب حتى أدخله في أرض رجل أو داره كان لصاحب الكلب لان الكلب إنما يرسل للاخذ فيعتبر بما لو أخذه بيده، وكذا لو اشتد على صيد حتى أخرجه فأدخله دار إنسان فهو له لانه أخرجه واضطره فقد أخذه، وعن أبي يوسف: رجل اصطاد طائرا في دار رجل فإن اتفقا على أنه على أصل الاباحة فهو للصائد، وسواء كان اصطاده من الهواء أو على الشجر، لان الصيد إنما يملك بالاستيلاء والاحراز وحصوله على حائط رجل أو شجرة ليس بإحراز فيكون للآخذ. وإن اختلفا فقال رب الدار كنت اصطدته قبلك أو ورثته وأنكر الصائد. فإن كان أخذه من الهواء فهو له لانه لا يد لصاحب الدار على الهواء، وإن أخذه من حائطه أو شجره فالقول لصاحب الدار لاخذه من محل هو في يده، فإن اختلفا في أخذ من الهواء أو من الدار أو الشجرة فالقول لصاحب الدار لان الظاهر أن ما في دار الانسان يكون له ا ه. قوله: (ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط البيع) فإذا باع عبدا وشرط

***
[٢٩٨]
استخدامه شهرا أو دارا على أن يسكنها البائع شهرا فالبيع باطل أي فاسد كما تقدم في بابه. والاصل أن ما كان مبادلة مال بمال فإنه لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد للنهي عن بيع وشرط، وما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبركات فإنه لا يبطل به لان الشروط الفاسدة من باب الربا وهو مختص بالمعاوضات المالية دون غيرها من غير المالية والتبرعات فيبطل الشرط فقط. وأصل آخر أن التعليق بالشرط المحض لا يجوز في التمليكات ويجوز فيما كان من باب الاسقاط المحض كالطلاق والعتاق، وكذا ما كان من باب الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملائم، وكذا التحريضات. أطلق في عدم صحة تعليقه بالشرط وهو محمول على ما إذا علقه بكلمة إن بأن قال بعتك هذا إن كان كذا فيفسد البيع مطلقا ضارا كان أو نافعا إلا في صورة واحدة وهو أن يقول بعت منك هذا إن رضي فلان به فإنه يجوز إذا وقته بثلاثة أيام لانه اشتراط الخيار إلى أجنبي وهو جائز. وفي جامع
***
[٢٩٩]
الفصولين: ولو قال بعته بكذا إن رضي فلان جاز البيع والشرط جميعا ولو قال بعته منك بكذا إن شئت فقال قبلت تم البيع ا ه. وإن كان الشرط بكلمة على فقد قدمنا أنه إن كان مما يقتضيه العقد أو يلائمه أو فيه أثر أو جرى التعامل فيه كشرط تسليم المبيع أو الثمن أو التأجيل أو الخيار لا يفسد ويصح الشرط، وكذا إذا اشترى نعلا على أن يحذوها البائع وإن كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا جرت العادة به، فإن كان فيه منفعة لاهل الاستحقاق فسد وإلا فلا. وفي جامع الفصولين: وتعليق القبول في البيع بعد ما أوجب الآخر هل يصح؟ ذكر أنه لو قال إن أديت ثمن هذا فقد بعت منك صح البيع استحسانا إن دفع الثمن إليه، وقيل هذا خلاف ظاهر الرواية والصحيح أنه لا يجوز ا ه. قوله: (والقسمة) بأن كان للميت دين على الناس فاقتسموا التركة من الدين والعين على أن يكون الدين لاحدهم والعين للباقين فهي فاسدة. وصورة تعليقها أن يقتسموا دارا وشرطوا رضا فلان فسدت أيضا لان القسمة فيها معنى المبادلة فهي كالبيع، كذا ذكر العيني مع أن البيع يصح تعليقه برضا فلان ويكون شرط خيار إذا وقته ولكن شرط الخيار هل يدخلها قال في الولوالجية من القسمة: وأما خيار الرؤية والشرط فيثبت في قسمة لا يجبر الآبي عليها وهو القسمة في الاجناس المختلفة، وأما في كل قسمة يجبر الآبي عليها كالقسمة في ذوات الامثال في الجنس الواحد فإنه لا يثبت ا ه. ومن صور فسادها بالشرط ما إذا اقتسم الشريكان على أن لاحدهما الصامت وللآخر العروض وقماش الحانوت والديون التي على الناس على أنه إن نوى عليه شئ من الديون يرد عليه نصفه فالقسمة فاسدة، وعلى الذي أخذه الصامت أن يرد على شريكه نصف ما أخذه، وعلى شريكه أن يرد نصف ما أخذه أيضا. ومنها أيضا ما إذا اقتسما دارا على أن يشتري أحدهما من الآخر دارا له خاصة بألف درهم فهي فاسدة، وكذا كل قسمة على شرط هبة أو صدقة. وإن شرط أن يزيده شيأ معلوما فهو جائز كالبيع، وإن اقتسما دارا وأخذ كل واحد طائفة على أن يرد أحدهما على الآخر دراهم مسماة فهو جائز، وكذا إن كانت الدراهم إلى آجل، فإن كان له حمل ومؤنة ولم يسم مكان الايفاء فعلى الخلاف المعروف في السلم، الكل في الولوالجية قوله: (والاجارة) أي كان أجر داره على أن يقرضه المستأجر أو يهدي إليه أو إن قدم زيد، كذا ذكره العينين. ومن
***
[٣٠٠]
صورها: استأجر حانوتا احترق كل شهر بكذا على أن يعمره ويحتسب ما أنفقه من الاجرة لان شرط العمارة على المستأجر يفسد العقد فعليه أجر المثل وله ما أنفقه وأجر مثل قيامه عليه، واشتراط تطيين الدار ومرمتها أو تعليق الباب عليها أو إدخال جذع في سقفها على المستأجر مفسد للعقد، وكذا اشتراط كرى النهر أو حفر بئر فيها أو أن يسرقها، وكذا على أن يردها مكروبة، هكذا أطلقه في الكافي. وفصل خواهر زاده فإن شرطه في المدة فسدت وبعد انقضائها، والصحيح أن شرطه في المدة فسدت وإلا فإن قال أجرتك بكذا بأن تكربها بعد انقضاء المدة فتردها على مكروبة فلا تفسد، وإن قال على أن تكربها بعدها فهي فاسدة، الكل من فتاوي الولواجية. ويستثنى من إطلاق قولهم لا يصح تعليقها بالشرط ما صرحوا به في الاجارات لو قال لغاصب داره فرغها وإلا فأجر كل شهر كذا فسكت ولم يفرغها وجب المسمى مع أنه تعليق بعدم التفريع. قوله: (والاجازة) بالزاي المعجمة بأن باع فضولي عبده فقال أجزته بشرط

أن تقرضني أو تهد إلي وعقلها بشرط لانها بيع معنى، كذا ذكر العيني. فظاهره تخصيص إجازة البيع فلو قال المصنف وإجازة البيع لكان أولى فإن ظاهره أن إجازة القسمة والاجارة كذلك بل كل شئ لا يصح تعليقه بالشرط إذا انعقد موقوفا لا يصح تعليق إجازته بالشرط حتى
***
[٣٠١]
النكاح، ويدل عليه ما في جامع الفصولين والبزازية، وتعليق الاجازة بالشر طباطل كقوله إن زاد فلا في الثمن فقد أجزت. ولو زوج بنته البالغة بلا رضاها فبلغها الخبر فقالت أجزت إن رضيت أمي بطلت الاجازة إذ التعليق يبطل الاجاز اعتبارا بابتداء العقد ا ه. قوله: (والرجعة) بأن قال لمطلقته الرجعية راجعتك على أن تقرضيني كذا أو إن قدم زيد لانها استدامة الملك فتكون معتبرة بابتدائه فكما لا يجوز تعليق ابتدائه لا يجوز تعليقها، كذا ذكره العيني وهو سهو ظاهر وخطأ صريح فسيأتي في الكتاب قريبا إن شاء الله تعالى أن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد وإن كان لا يصح تعليقه، والمذكور في الظهيرية والجوهرة والبدائع والتتارخانية من الرجعة لا يصح تعليقها بالشرط ولا إضافتها ولم يذكروا أنها تبطل بالشرط
***
[٣٠٢]
الفساد، وكيف يصح أن يقال به وأصل النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد مع أن المصنف لم ينفرد بذكر الرجعة فيما يبطل بالشرط ولا يصح تعليقه بل ذكره كذلك في الخلاصة والبزازية من البيوع، والعمادي في فصوله وجامع الفصولين وفتح القدير من البيوع، ولم أر أحدا نبه على هذا، وقد توقفت في تخطئة هؤلاء ثم جزمت بها وكا يجب أن تذكر الرجعة مع النكاح في القسم الثاني. ومما يدل على بطلان قول المصنف ومن وافقه ما في البدائع من كتاب الرجعة أنها تصح مع الاكراه والهزل واللعب والخطأ كالنكاح ا ه. فلو كانت تبطل بالشرط الفاسد لم تصح مع الهزل لان ما يصح مع الهزل لا تبطله الشروط الفاسد، وما لا يصح مع الهزل تبطله الشروط الفاسدة، هكذا ذكره الاصوليون في بحث الهزل من قسم العوارض وفي الكافي للحاكم الشهيد: وتعليق الرجعة بالشرط باطل ولم يذكر أنها تبطل بالشروط الفاسدة. قوله: (والصلح عن مال) أي بمال بأن قال صالحتك على أن تسكنني في الدار مثلا سنة أو إن قدم زيد لانه معاوضة مال بمال فيكون بيعا، كذا ذكره العيني. واعلم أنه إنما يكون بيعا إذا كان البدل خلاف جنس المدعي به إما إذا كان على جنسه، فإن كان باقل من المدعى فهو حط وإبراء، وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء، وإن كان بأكثر منه فهو فضل وربا، كذا ذكره الشارح من الصلح، فينبغي أن يخصص هنا. وظاهر ما في البزازية الاطلاق في عدم صحة تعليقه بالشرط قال: له عليه ألف صالح على مائة إلى شهر وعلى مائتين إن لم يعطه إلى شهر لا يصح لجهالة المحطوط لانه على تقدير الاعطاء تسع مائة وعلى تقدير عدمه ثمان مائة ا ه. قوله: (والابراء عن الدين) بأن قال أبرأتك عن ديني على أن تخدمني شهرا أو
***
[٣٠٣]
إن قدم فلان لانه تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وإن كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات فيجوز تعليقه بالشرط، كذا ذكره العيني. قيد بالدين لان الابراء عن الكفالة يصح تعليقه بشرط ملائم كقوله إن وافيت به غدا فأنت برئ فوافاه به برئ من المال وهو قول البعض. واختاره في فتح القدير وقال: إنه الاوجه معللا بأنه إسقاط لا تمليك، ذكره في الكفالة. وعلى هذا يحمل قول المصنف رحمه الله تعالى فيها وبطل تعليق البراءة من الكفالة بشرط على ما إذا كان غير ملائم. وفي فتاوي قاضيخان من فصل في هبة المرأة من الزوج: ولو قال الطالب لمديونه إذا مت فأنت برئ من الدين الذلي عليك جاز وتكون وصية من الطالب للمطلوب، ولو قال إن مت فأنت برئ من ذلك الدين لا يبرأ وهو مخاطرة كقوله إن دخلت الدار فأنت برئ مما لي عليك لا يبرأ ا ه. وفيها أيضا: لو قالت المريضة لزوجها إن مت من مرضي هذا فمهري عليك صدقة أو أنت في حل من مهري فماتت من ذلك المرض كان مهرها على زوجها لان هذه مخاطرة فلا تصح ا ه. وحاصله أن التعليق بموت الدائن صحيح إلا إذا كان المديون وارثا له وعلق في مرض موته فيكون مخصصا لاطلاق الكتاب. وفي البزازية من الدعوى: قال المديون دفعت إلى فلان فقال إن كنت دفعت إليه فقد أبرأتك صح لانتعليق بأمر كائن ا ه. ومن فروع عدم صحة تعليق الابراء ما في المبسوط: لو قال الطالب للخصم إن حلفت فأنت برئ فهذا باطل لانه تعليق

البراءة بخطر وهي لا تحتمل التعليق ا هـ. وفي الخانية من الهبة: امرأة قالت لزوجها وهبت مهري منك على أن كل امرأة تتزوجها تجعل أمرها بيدي، فإن لم يقبل الزوج ذلك بطلت الهبة، وإن قبل ذلك في المجلس جازت الهبة، ثم إن فعل الزوج ذلك فالهبة ماضية، وإن لم فعل فكذلك عند البعض كمن أعتق أمة على أن لا تتزوج فقبلت عتقت تزوجت أولم تتزوج. امرأة قالت لزوجها وهبت
***
[٣٠٤]
مهري إن لم تطلمني فقبل الزوج ذلك ثم طلقها بعد ذلك قال أبو بكر الاسكاف وأبو القاسم الصفار: الهبة فاسدة لانها تعليق الهبة بالشرط، وهذا بخلاف ما لو قالت وهبت منك مهري على أن لا تظلمني فقبصحت الهبة لان هذا تعليق الهبة بالقبول، فإذا قبلت تمت الهبة فلا يعود المهربعد ذلك، وهو نظير ما لو قال لامرأته أنت طالق إن دخلت الدار لا تطلق ما تدخل، ولو قال أنت طالق على دخولك الدار فقال قبلت وقع الطلاق. وقال محمدابن مقاتل في مسألة الظلم: مهرها عليه على حاله إذا ظلمها لان المرأة لم ترضبالهبة إلا بهذا الشرط فإذا فات الشرط فات الرضا: أما الطلاق فالرضا فيه ليس بشرط والدليل على هذا ما ذكر في كتاب الحج إذا تركت المرأة مهرها على الزوج على أن يحج بها فقبل الزوج ذلك ولم يحج بها كان المهر عليه على حاله والفتوى على هذا القول. قال مولانا رضي الله تعالى عنه: ويمكن الفرق بين مسألة الحج وبين مسألة الظلم، ووجه ذلك أن في مسألة الحج لما شرطت الحج بها فقد شرطت نفقة الحح عليه فيكون هذا بمنزلة الهبة بشرط العوض، فإذا لم يحصل العوض لا تتم الهبة. أما في مسألة الظلم شرطت عليه ترك الظلم وترك الظلم لا يصلح عوضا قامولانا رضي الله تعالى عنه: ثم ذكر في بعض النسخ إذا شرطت عليه أن لا يظلمها فقبل الزوج ثم ضربها وأجابا كما ذكر. وعندي إذا ضربها بغير حق، أما إذا ضربها لتأديب مستحق عليها لا يعود المهر لان ما كان حقا لا يكون ظلما. امرأة وهبت مهرها من زوجها ليقطع لها في كل حول ثوبا مرتين وقبل الزوج فمضى حولان ولم يقطع قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل: إن كان ذلك شرطا في الهبة، فهرها عليه على حاله لان هذا بمنزلة الهبة بشرط العوض فإذا لم يحصل العوض لا تصح الهبة وإذالم يكن ذلك شرطا في الهبة سقط مهرها ولا يعود بعد ذلك. وكذا لو وهبت مهرها على أن يحسن إليها ولم يحسن كانت الهبة باطلة ويكون بمنزلة الهبة بشرط العوض. رجل قال لامرأته أبرئيني من مهرك حتى أهب لك كذا فابرأته ثم أبي الزوج أن يهب منها ما قال كان المهر عليه كما كان امرأت وهبت مهرها من زوجها على أن يمسكها ولا يطلقها فقبل الزوج ذلك ثم طلقها قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل: إن لم يكن وقت للامساك وقتا لا
***
[٣٠٥]
يعود مهرها على الزوج، وإن وقت وقتا وطلقها قبل ذلك الوقت كان المهر عليه على حاله فقيل له: إذا لم يوقت لذلك وقتا كان قصدها أن يمسكها ما عاش قال: نعم إلا أن العبرة لاطلاق اللفظ فإنه ذكر في كتاب الوصايا. رجل أوصى لام ولده بثلث ماله إن لم تتزوج فقبلت ذلك ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان فإنها تستحق الثلث بحكم الوصية. امرأة وهبت مهرها من زوجها على أن يطلقها فقبل الزوج قال خلف: صحت الهبة طلقها أو لم يطلقها لان ترك الطلاق لا يكون عوضا بقيت هذه هبة بشرط فاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، وذكر في النوازل: إذا قالت المرأة لزوجها تركت مهري عليك على أن تجعل أمري بيدي ففعل الزوج ذلك قال: مهرها عليه ما لم تطلق نفسها. وو وهبت مهرها الذي على المطلق منه على أن يتزوجها ثم أبي أن يتزوجها قالوا: مهرها عليه على حاله تزوجها أو لم يتزوجها لانها جعلت المال على نفسها عوضا عن النكاح، وفي النكاح العوض لا يكون على المرأة. ا هـ أما في الخانية. فإن قلت: إن هبة الدين إبراء فكيف صح تعليقه بالشرط في بعض هذه المسائل؟ قلت: الابراء يصح تعليقه بالشرط المتعارف وبهذا يجب تقييد كلام المصنف رحمه الله تعالى ومن أطلق ففي المسائل التي قدمناها التي قالوا فيها بصحة التعليق إنما هو في المتعارف. وما قالوا فيها بعدمها فإنما هو في غير المتعارف، ويدل على هذا التقييد أيضا ما في القنية من باب مسائل الابراء بالطلاق من كتاب الطلاق: ولو أبرأته مطلقته بشرط الامهار صح التعليق لانه شرط متعارف وتعليق الابراء بشرط متعارف جائز، فإن قبل الامهار وهم بأن يمهرها فأبت ولم تزوج نفسها منه لا يبرأ لفوت الامهار الصحيح، ولو أبرأته المبتوتة بشرط تجديد النكاح بمهر ومهر مثلها مائة فلو جدد لها نكاحا بدينار فأبت لا يبرأ بدون الشرط. قالت المسرحة لزوجها تزوجني فقال لها هبي لي المهر الذي لك علي فأتزوجك فأبرأته مطلقا غير

معلق بشرط التزوج يبرأ إذا تزوجها وإلا فلا، لانه إبراء معلق دلالة. وقيل: لا يبرأ وإن تزوجها لان هذا الابراء على سبيل الرشوة فلا يصح. أبرأته بشرط أن يمسكها بمعروف ويحسن معاشرتها ولا يؤذيها ولا يطلقها فقبل ثم تزوج عليها وأغار على مالها وأذاها وطلقها فالابراء بهذا الشرط غير صحيح. وساق فيها فروعا كثيرة في بعضها لا
***
[٣٠٦]
يصح التعليق وفي بعضها يصح. وفي جامع الفصولين: لو قال كل حق لي عليك فقد أبرأتك لا يصح، وكذا إضافة الابراء إلى ما يجب في الزمن الثاني لا يصح. ولو قال لمديونه الدنانير العشرة التي لي عليك اعطني منها خمسة ووهبت منك الخمسة صح الابراء، سواء أعطاه الخمسة أو لا، لانه تنجيز الابراء لا تعليقه. ولو قال أبرأتك عن الخمسة على تدفع الخمسة حاله، فإن كانت العشرة حالة صح الابراء لان أداء الخمسة يجب عليه حالا فلا يكون هذا تعليق الابراء بشرط تعجيل الخمسة ولو مؤجلة بطل الابراء إذا لم يعطه الخمسة حالا ا ه‍. ثم اعلم أن الابراء يصح تقييده بالشرط وليس هو تعليقا وعليه فروع كثيرة مذكورة في آخر كتاب الصلح. وذكر الشارح هناك أن الابراء يصح تقييده لا تعليقه والله تعالى أعلم. وهذا التقرير إن شاء الله تعالى من خواص هذا الشرح فاغتنمه واحفظ هذا التفصيل في الابراء قوله: (وعزل الوكيل) بأن قال لوكيله عزلتك على واحفظ هذا التفصيل في الابراء أن تهدي إلى شيأ أو إن قدم فلان لانه ليس مما يحلف به فلا يجوز تعليقه بالشرط، كذا ذكر العيني وتعليله يقتضي عدم صحة تعليقه، وأما كونه يبطل بالشرط الفاسد فلا دليل عليه من هذا، وعندي أن هذا خطأ أيضا وأن عزل الوكيل ليس من هذا القبيل وهو ما يبطل بالشرط الفاسد، وإنما هو من قبيل القسم الثاني وهوما لا يصح تعليقه بالشرط لكن لا يبطل بالشرط الفاسد ولهذا اقتصر في البزازية من كتاب الوكالة على أنه لا يصح تعليقه ولم يذكر أنه يبطل الشرط الفاسد فهو كما قدمناه في الرجعة، وقد ذكر في جامع الفصولين عزل الوكيل من قسم ما لا يصح تعليقه
***
[٣٠٧]
ويبطل بفاسده، وفي البزازية: وتعليق عزل الوكيل بالشرط يصح في رواية الصغرى، ولا يصح في رواية الامام السرخسي لكن قال في رواية: والدليل عليه أنهم قالوا إن الذي يبطل بالشرط الفاسد ما كان من باب التمليك والعزل ليس منه وهذا هو الحق فيجب إلحاقه بالقسم الثاني، وأرجو من كرم الفتاح الظفر بالنقل في الرجعة وعزل الوكيل موافقا لما قلته. وقيد بالوكيل لان في صحة تعليق عزل القاضي اختلافا ففي جامع الفصولين: لو قال الامير إذا أتاك كتابي هذا فأنت معزول ينعزل بوصوله وقيل لا ا ه‍. وسيأتي في الكتاب صريحا أن عزل القاضي مما لا يبطل بالشرط الفاسد. ثم اعلم أن الحجر على العبد كعزل الوكيل لا يصح تعليقه، كذا في الخانية. قوله: (والاعتكاف) بأن قال علي أن أعتكف إن شفى الله تعالى مريضي أو إن قدم زيد لانه ليس مما يحلف به كعزل الوكيل فلا يصح تعليقه بالشرط، كذا ذكر العيني. وهذا يدل على أن المراد بالاعتكاف النذر به والتزامه ليكون قولا يمكن تعليقه. وعندي أن ذكره في هذا القسم خطأ من وجهين: من كونه يبطل بالشروط الفاسدة، ومن كونه لا يصح تعليقه. أما الثاني فقال في القنية باب الاعتكاف: قال لله علي اعتكاف شهر إن دخلت الدار فدخل فعليه اعتكاف شهر عند علمائنا ا ه‍. فإذا صح تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد لما في جامع الفصولين: وما جاز تعليقه بالشرط لا تبطله الشروط الفاسدة ه‍. لكنه ذكر إيجاب الاعتكاف من جملة ما لا يصح تعليقه بشرط ويبطل بفاسده. وذكر في البزازية من هذا القسم إيجاب الاعتكاف فقال: وتعليق وجوب الاعتكاف بالشرط لا يصح ولا يلزم، والعجب من المحقق ابن الهمام في فتح القدير حيث جعل إيجاب الاعتكاف مما لا يصح تعليقه وعزاه إلى الخلاصة في كتاب البيوع ولم يقل في رواية مع أنه قدم في باب الاعتكاف أن الاعتكاف الواجب هو المنذر وتنجيزا أو تعليقا وهو صريح في صحة تعليقه بالشرط، والعجب من العين كيف مشى هنا على أنه لا يصح تعليقه وقال في شرح الهداية من باب الاعتكاف: والواجب أن يقول لله علي أن أعتكف يوما أو شهرا أو يعلقه بشرط فيقول إن شفى الله مريضي ا ه‍. فقد أتى بعين ما مثل به هنا وتناقض، وكيف يصح أن يقال بعدم صحة تعليقه مع الاجماع على صحة تعليق المنذور من العبادات أي عبادة كانت حتى إن الوقف كما سيأتي لا يصح تعليقه بالشرط، ولو علق النذر به بشرط صح التعليق. قافي الواقعات الحسامية
***

[٣٠٨]
من الفصل السابع في النذر بالصدقة: رجل ذهب له شئ فقا إن وجدته فلله علي أن أقف أرضي على أبناء السبيل فوجده وجب عليه أن يقف لان هذا نذر والوفاء بالنذر واجب وقال قبله لو قال إن دخلت هذه الدار فلله على أن أتصدق بهذه المائة فدخل الدار وهو ينوي بدخوله أن يتصدق عن زكاة ماله فدخل ثم تصدق بها لا يجزئه عن الزكاة لان الاول يمين واليمين لازم لا يملك الرجوع عنها، فإذا دخل الدار لزمه التصدق بها بجهة اليمين ا ه‍. فقد أفاد أن المنذور المعلق من باب اليمين وحينئذ صح التعليق، وبهذا ظهر بطلان قول الشارحين أنه ليس مما يحلف به وصرح في النذر بالصوم بصحة تعليقه بالشرط. وفي فتاوي قاضيخان: الاعتكاف سنة مشروعة يجب بالنذر والتعليق بالشرط والشروع فيه اعتبار بسائر العبادات ا ه‍. ثم قال: ولو نذر أن يعتكف رجب فعجل شهرا قبله يجوز في قول أبي يوسف خلافا لمحمد، وأجمعوا أن النذر لو كان معلقا بأن قال إن قدم غائبي أو شفى الله مريضي فلانا فلله علي أن أعتكف شهرا فعجل شهرا قبل ذلك لم يجز ا ه‍. وهذه العبارة بوضعها دالة على صحة تعليقه بالاجماع لان مفهومها أن النذر صحيح وأنه يجب الوفاء به إذا وجد شرطه، وأما تعجيله قبل وجود شرطه فغير جائز، وهذا هو الموضع الثالث مما أخطؤا فيه في بيان ما لا يصح تعليقه، والخطأ هنا أقبح من الاولين وأفحش لكثرة الصرائح بصحة تعليقه، وأنا متعجب لكونهم تداولوا هذه العبارات متونا وشروحا وفتاوي لم يتنبهوا لما اشتملت عليه من الخطأ بتغير الاحكام والله الموفق للصواب. وقد يقع كثيرا أن مؤلفا يذكر شيأ خطأ في كتابه فيأتي من بعده من المشايخ فينقلون تلك العبارة من غير تغيير ولا تنبيه فيكثر الناقلون لها وأصلها لواحد مخطئ كما وقع في هذه الموضع، ولا عيب بهذا على المذهب لان مولانا محمد ابن الحسن ضابط المذهب لم يذكر جملة ما لا يصح تعليقه بالشرط وما يصح على هذا الوجه، وقد نبهنا على مثل ذلك في الفوائد الفقهية في قول قاضيخان وغيره أن الامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل إلا في ثلاث، ثم إني تتبعت كلامهم
***
[٣٠٩]
فوجدت سبعة أخرى زائدة على الثلاثة، ثم إني نبهت على أن أصل هذه العبارة للناطفي أخطأ فيها ثم تداولوها ويرحم الله المحقق صاحب الهداية ليلتفت إلى جمع هذه الاشياء ووضعها في كتابه وهو دليل على كمال ضبطه وإتقانه قوله: (والمزارعة) بأن قال ولو حذفها المصنف رحمه الله تعالى لكان أسلم زارعتك أرضي على أن تقرضني كذا أو إن قدم فلان لانها إجازة فلا يصح تعليقها بالشرط كالاجازة، كذا ذكره العيني. وفي البزازية من المزارعة: شرطا في المزارعة على المزارع أو رب الارض ما ليس من أعمال المزارعة فسدت وما ينبت وما ينمي الخارج أو يزيد في وجود الخارج فهو من عمل المزارعة، وما لا ينبت ولا ينمي ولا يزيد في الخارج فليس من أعمالها، فإذا شرط على المزارع أو ربها الحصاد أو الدياسة فسدت من أيهما كان البذر في ظاهر الرواية اه‍. ثم قال بعد تفريعات كثيرة: هذا كله في الشرط النافع لاحدهما، وإن شرطا لا ينفع كما لو شرط أن لا يسقي أحدهما حصته لا تفسد المزارعة، وفيما إذا كان شرطا مفسدا لو أبطلاه أن الشرط في صلب العقد لا ينقلب جائزا وإلا عاد جائزا إلى آخر ما فيها قوله: (والمعاملة) وهي المساقاة أن قال ساقيتك شجري أو كرمي على أن تقرضني كذا أو إن قدم فلان لانها إجازة أيضا، كذا ذكره العيني. قوله: (والاقرار) بأن قال لفلان على كذا إن أقرضني كذا أو إن قدم فلان لانه ليس مما يحلف به عادة فلا يصح تعليقه بالشرط بخلاف ما إذا علقه بموته أو بمجئ الوقت فإنه يجوز، ويحمل على أنه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود أو دعوى الاجل فيلزمه للحال، ذكره العيني ومن فروع تعليقه ما ذكره في المبسوط والمحيط والولوالجية في كتاب الكفالة: لو ادعى رجل على رجل ما لا فقال له المطلوب إن لم آتك غدا فهو علي لم يلزمه إن لم يأت به غدا لانه تعليق
***
[٣١٠]
الاقرار بالخطر وتعليقه بالشرط باطل اه‍. وفي المبسوط من باب الاقرار بكذا وإلا فعليه كذا لو قال قد ابتعت من فلان هذا العبد بألف درهم وإلا فلفلان علي خمسمائة درهم إن أقر رب العبد بيع العبد لزمه الالف، وإن أنكر ذلك لم يلزمه شئ لانه صار رادا لاقراره حين أنكر ببيع العبد منه وإقراره بالخمسمائة كان معلقا بشرط وهو باطل من أصله اه‍. وقال في باب اليمين والاقرار: رجل

قال لفلان علي ألف درهم إن حلف أو على أن يحلف أو إذا حلف أو متى يحلف أو حين حلف أو مع يمينه أو في يمينه أو بعد يمينه فحلف فلان على ذلك وجحد المقر المال لم يؤخذ بالمال لان هذا اليس بإقراوإنما هو مخاطرة، ومعناه أنه علق الاقرار بشرط فيه خطر وهو بمنزله الخصم والتعليق بالشرط يخرج كلامه من أن يكون إقرارا اهـ. فإن قلت: هل يدخل في الاقرار بالطلاق والعتاق كما لو قال إن دخلت الدار فأنا مقر بطلاقها أو بعتقه ويفرق بين الاقرار بهما وبين الانشاء؟ قلت: طاهر الاطلاق الدخول ولم أره صريحا، ويدل على الفرق بينهما ما نقلناه في كتاب الطلاف من هذا الشرح أنه لو أكره على إنشاء الطلاق فطلق وقع، ولو أكره على الاقرار به فأقر لم يقع. وفي البزازية من الاقرار: ادعى مالا فقال المدعي عليه كلما يوجد في تذكرة المدعي بخطه فقد التزمته لا يكون إقرارا لانه محفوظ عن أصحابنا أنه لو قال كلما أقر فلان علي فأنا مقر به لا يلزما إذا أقربه فلان. وعلى هذا إذا كان بين اثنين أخذ وعطاء فقال المطلوب للطالب ما تقول فهو كذلك أو ما يكون في جريدتك فهو كذلك لا يكون إقرارا إلا إذا كان في الجريدة شئ معلوم أو ذكر المدعي شيأ معلوما فقال المدعي ما ذكرنا يكون تصديقا لان التصديق لا يلحق بالمجهول. وكذا إذا أشار للجريدة وقال ما فيها فهو على كذلك يصبح، ولو لم يكن مشارا إليه لا يصح للجهالة اهـ. وقد حكى الشارح الاختلاف فيما إذا علق الاقرار بشرط في كتاب الاقرار فنقل
***

[٣١١]
عن النهاية كما هنا أن الاقرار المعلق باطل، ونقل عن المحيط أن الاقرار صحيح والشرط باطل، ونقل عن المبسوط ما يشهد للمحيط، فظاهره ترجيحه والحق تضعيفه لتصريحهم هنا بأن الاقرار والوقوف لا يصح تعليقه بالشرط وأنه يبطل باشرط الفاسد. قوله: (والوقوف) بأن قال وقفت دارى أن قدم فلان أو وقفت داري عليك أن أخبرتني بقدوم زيد لانه ليس مما يحلف به أيضا فلا يصح تعليقه بالشرط، كذا ذكره العيني. وفي جامع الفصولين: والوقف في رواية فظاهره أن في صحة تعليقه روايتين، وفي فتح القدبر من كتاب الوقف وشرطه أن يكون منجزا غير معلق. فلو قال إن قدم ولدي فداري صدقة موقوفه على الساكن فجاء ولده لا يصير وقفا اهـ. وفي الاسعاف: ولو قال إذا جاء غدا وإذا جاء رأس الشهر أو قال إذا كلمت فلانا أو إذا تزوجت فلانه وما أشبه ذلك فأرضي هذه صدقه موقوفه يكون الوقف باطلا لانه تعليق والوقف لا يحتمل التعليق بالخطر لكونه مما لا يحلف به بخلاف النذر لانه يحتمل التعليق ويحلف به، فلو قال إن برئت من مرضي هذا فأرضي صدقه موقوفه يلزمه التصدق بعينها إذا وجد الشرط، ولو قال هي صدقة موقوفه إن شئت أو أحببت أو رضيت أو هويت كان باطلا اهـ. ولم يذكر العيني صورة بطلانه بالشرط الفاسد وصورته ما في الاسعاف: وقفها على أن له أصلها أو على أن يزول ملكه عنها أو على أن يبيع أصلها ويتصدق بثمنها كان الوقف بالطلا اهـ. وقدمنا في الوقف أن شرط الاستبدال صحيح على المفتي به قوله: (والتحكيم) بأن يقول المحكمان إذا أهل الشهر أو قالا لعبد أو كافر، إذا أعتقت أو أسلمت فاحكم بيننا، وهذا عند أبي يوسف وعند محمد يجوز تعليقه بشرط وإضافته ألى زمان كالوكالة والامارة والقضاء. وله التحكيم توليه صورة وصلح معنى فباعتبار أنه صلح لا يصح تعليقه ولا إضافته، وباعتبار أنه توليه يصح بالشك والاحتمال، ذكره العيني. وفي فتاوى قاضيخان من القضاء: الفتوى على قول أبي يوسف. وقد فات المصنف إبطال الاجل. قال في البزازية: وإبطال الاجل يبطل بالشرط الفاسد بأن
***

[٣١٢]
قال كلما حل نجم ولم تؤد فالمال حال صح وصار حالا اهـ. وعبارة الخلاصة: وإبطال الاجل يبط بالشرط الفاسد، ولو قال كلما دخل نجم فلم تؤد فالمال حال صح والمال يصير حالا اهـ. فجعلها مسئلتين وهو الصواب. وأما قوله في البزازية بأن قال تصويرا اللاولى فسهو ظاهر لانه لو كان كذلك لبقي الاجل فكيف يقول صح فيتأمل. وفاته أيضا تعليق الرد بالعيب فإنه باطل وله الرد كما في البزازية، وليس هو من القسم الاول لانه لا يبطل بالشرط الفاسد كما ذكره المصنف في القسم الثاني ولا يصح تعليقه فهو كالنكاح. وبهذا أعلم أن المصنف فاته بيان مالا يصح تعليقه ولا يبطل بالشرط الفاسد كما فاته ما يجوز تعليقه. قوله: (ومالا يبطل بالشرط الفاسد القرض) بأن قال أقرضتك هذه المائة بشرط أن تخدمني شهرا امثلا فإنه لا يبطل بهذا الشرط، وذلك لان الشروط الفاسدة من اباب الربا وأنه يختص بالمبادلة المالية، وهذه العقود كلها ليست بمعاوضه مالية فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة، ذكره العيني. فيقال له: فكيف بطل عزل الوكيل والاعتكاف والرجعة بالشروط الفاسدة مع أنها لم تكن من المبادلة المالية؟ وفي البزازية: وتعليق القرض حرام والشرط

لا يلزم قوله: (والهبة) بأن قال وهبتك هذه الجارية بشرط أن يكون حملها لي قوله: (والنكاح) بأن قال تزوجتك على أن لا يكون لك مهر يصبح النكاح ويفسد الشرط ويجب مهر المثل كما عرف في موضعه. ومن هذا القبيل لو قال تزوجتك على أني بالخيار ويجوز النكاح ولا يصح

***

[٣١٣]

الخيار لانه ما علق النكاح بالشرط فيبطل الخيار، كذا في الخانية. وسيأتي أن النكاح لا يجوز تعليقه بالشرط، وعليه تفرع ما في الخانية: تزوجتك إن أجاز أبي أو رضي فقالت قبلت لا يصح لانه تعليق والنكاح لا يقبل التعليق. زاد في الظهيرية: لو كان الاب حاضرا في المجلس فقبل جاز. وفي الخانية: رجل تزوج امرأة على أنه مدني فإذا هو قروي يجوز النكاح إن كان كفؤا ولاخيار لها. رجل طلب من امرأة نكاحا بمحضر من الشهود فقالت المرأة لي زوج فقال الرجل ليس لك زوج فقالت المرإة إن لم يكن لي زوج فقد زوجت نفسي منك وقبل الزوج ولم يكن لها زوج قالوا: يجوز هذا النكاح لان التعليق بشرط كائن تنجيز اه. وفي جامع الفصولين: تعليق النكاح بكائن تنجيز لو قال الاب زجتك ابنتي إن لم أكن زوجتها فقبل صح. قوله: (والطلاق) بأن قال طلقتك على أن لا تتزوجي غيري قوله: (والخلع) بأن قال خالعتك على أن يكون لي الخيار مدة سماها بطل الشر ووقع الطلاق ووجب المال، وإما اشتراط الخلع لها فصحيح عند الامام كما مضى قوله: (والعتق) بأن قال أعتقتك على أني بالخيار قوله: (والرهن) بأن قال رهنت عندك عبدي بشرط أن استخدمه، ومن هذا القبيل ما في رهن البزازية قال: أخذ به رهنا على أنه إن ضاع بغير شئ فقال الراهن نعم صار رهنا وبطل الشرط وهلك بالدين ثم قال: قال إن أوفيتك متاعك إلى كذا وإلا فالرهن لك بمالك بطل الشرط وصح الرهن. وقالالشافعي رحمه الله تعالى: يبطل الرهن أيضا اه. قوله: (والايصاء والوصية) بأن قال أوصيت لك بثلث مالي إن أجاز فلان، ذكره العيني. وفيه نظر لانه مثال تعليقها بالشرط والكلام الآن في أنها لا تبطل بالشرط الفاسد. وفي البزازية: وتعليقها بالشرط جائز لانها في الحقيقة إثبات الخلافة عند الموت اه. ومعنى صحة التعليق أن الشرط إن وجد كان للموصي له المال وإلا فلا شئ له، وقدمنا عن فتاوى قاضيخان في بحث الابراء أنه لو أوصى بثلث ماله لام ولده إن لم تتزوج فقبلت ذلك ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان فإنها تستحق الثلث بحكم الوصية اه. مع أن الشرط لم

***

[٣١٤]

يوجد إلا أن يكون المراد بالشرط عدم تزوجها عقب انقضاء العدة لاعدمه إلى الموت بدليل أنه قال تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان للاحتراز عن تزوجها عقب الانقضاء. وأما الايصاء فقال في البزازية: لك مائة درهم على أن تكون وصيا عني فهو وصي والشرط باطل والمائة له وصية اه. وكأنه من باب القلب كأنه قال جعلتك وصيا على أن يكون لك مائة. ومعنى بطلان الشرط مع قوله والمائة وصية له أنها لا تكون للايصاء فيبطل جعلها له وتبقى وصية إن قبلها كانت له والافلا. وفيها من البيوع: وتعليق الوصية والوصاية جائز اه. قوله: (والشركة) بأن قال شاركتك على أن تهديني كذا، ومن هذا القبيل ما في شركة البزازية: لو شرطا العمل على أكثرهما مالا والربح بينهما نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما إثلاثا اه. وقد وقعت حادثه توهم بعض حنفيه العصر أنها من هذا القبيل وليس كذلك هي. تفاضلا في المال وشرطا الربح بينهما نصفين ثم تبرع أفضلهما مالا بالعمل فأجبت بأن الشرط صحيح لعدم اشتراط العمل على أكثرهما مالا، والتبرع ليس من قبيل الشرط، والدليل عليه ما في بيوع الدخيرة: اشترى حطبا في قرية شراء صحيحا وقال موصولا بالشراء من غير شرط في الشراء احمله إلى منزلي لا يفسد العقد لان هذا اليس بشرط في البيع هو كلام مبتدأ بعد تمام البيع فلا يوجب فساده اه. فعلى هذا لو استأجر قرية أو أرضا للزراعة ثم قال بعد تمامها إن الحرث على المسأجر لا تفسد لانه لم يكن شرطا فيهوانما يكون شرطا لو قال غلى أن الحرث عليه فليحفظ هذا فإنه يخرج عليه كثير من المسائل قوله: (والمضاربة) بأن قال ضاربتك في ألف على النصف في الربح إن شاء فلان أو إن قدم زيد، ذكره العيني وهو مثال لتعليقها بالشرط. وهذا الذي وقع للعيني هنا دليل على كسله وعدم تصفح كلامهم فإنه لو أتى بالامثلة التي ذكروها في الابواب لكان أنسب. وفي البزازية: ولا تبطل الفاسد ولو

***

[٣١٥]

شرط من الربح عشرة دراهفسدت لا لانه شرط بل لقطع الشركة اه. وفيها: دفع إليه ألفا على أن يدفع رب المال إلى الضارب أرضا يزرعها سنة أو دارا للسكنى بطل الشرط وجازت المضاربة، ولو شرط الضارب لرب المال أن يدفع له أرضا أو دارا سنة فسدت لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله وأجرة داره اه. ثم قال: ولو شرط على أن تكون النفقة على المضارب إذا حرج إلى السفر بطل الشرط وجازت اه. وسيأتي بقية الكلام على ذلك في كتابها. قوله: (والقضاء) بأن قال الخليفة وليتك قضاء مكة مثلا على أن لا تعزل أبدا ويصح تعليقه بالشرط. قال في البزازية: لو شرط في التقليد أنه متى فسق ينعزل انعزل اه. وفي البزازية أيضا: استخلف رجلا وشرط عليه أن لا يرتشي ولا يشرب الخمر ولا يمتثل أمر أحد صح التقليد والشرط، وإن فعل شيأ من ذلك انعزل ولا يبطل قضاؤه فيما مضى. قلد السلطان رجلا القضاء وشرط عليه أن لا يسمع قضية رجل بعينه يصح الشرط ولا ينفذ قضاء القاضي في هذا الرجل ويجب على السلطان أن يفصل قضية إن اعتراه قضيته اه. قوله: (والامارة) بأن قال الخليفة وليتك إمارة الشام مثلا على أن لا تركب فهذا الشرط فاسد ولا تبطل أمريته بهذا. والامارة مصدر كالامرة بالكسر يقال فلان أمرو أمر عليه إذا كان واليا وقد كان سوقه أي أنه يجرب، والتأمير تولية الامارة يقال هو أمير مؤمر وتأمر عليهم أي تسلط، كذا في الصحاح. وفي صحيح البخاري إنكم ستحرصون على الامارة وستكون ندامة يوم القيامة ٢ (٢١٢) قوله: (والكفالة) بأن قال كفلت غريمك إن أقرضتني، كذا ذكره العيني. وهو مثال لتعليقها بالشرط. وفي البزازية) لو قال كفلت به على أنه متى طولبت به أو كلما طولبت به فلي أجل شهر صحت، فإذا طالبه به فله أجل شهر من وقت المطالبة الاولى، فإذا تم الشهر من المطالبة الاولى لزم التسليم ولا يكون للمطالبة الثانية تأجيل اه. ثم قال: كفل على أنه بالخيار عشرة أيام أو أكثر يصح بخلاف البيع لان مبناها على التوسع اه. وأما تعليقها بالشرط فسيأتي أنه يصح بشرط ملائم. وفي البزازية من البيوع: وتعليق الكفالة إن متعارفا

***

[٣١٦]

كقدوم المطلوب يصح، وإن شرطا محضا كإن دخل الدار أوهبت الريح لا. والكفالة إلى هبوب الريح جائزة والشرط باطل. ونص النسفي أن الشرط إن لم يتعارف تصح الكفالة ويبطل الشر والحوالة كهي قوله: (والحوالة) بأن قال أحلتك على فلان بشرط أن لا ترجع علي عند التواء، ذكره العيني. يعني تصح الحوالة ويبطل الشرط فيرجع عليه عند التواء ويصح تعليقها بالشرط، ومنه اشتراط الخيار للمحتال وهو جائز كما في البزازية. ثم اعلم أن الحوالة تبطل ببعض الشروط لما في البزازية: ومن صور فساد الحوالة ما إذا شرط في الحوالة أن يعطي المال المحال به المحتال عليه للمحتال من ثمن دار المحيل لانه لا يقدر على الوفاء بالملتزم بخلاف ما إذا التزم المحتال عليه الاعطامن ثمن دار نفسه لانه قادر على بيع نفسه، ولا يجبر على بيع داره كما إذا كان قبولها بشرط الاعطاء عند الحصاد لا يجبر على الاداء قبل الاجل اه. وهذه واردة على إطلاق المصنف وغيره قوله: (والوكالة) بأن قال وكلتك إن أبرأتني عمالك علي، ذكره العيني. وهو مثال تعليقها بالشرط. وفي البزازية: تعليق الوكالة بالشرط جائز وتعليق العزل به باطل، وتفرع على ذلك أنه قال كلما عزلتك فأنت وكيلي أنه صحيح لانه تعليق التوكيل بالعزل، وسيأتي طريق عزله، ولو قال كلما وكلتك فأنت معزول لم يصح لانه تعليق العزل بالشرط. وفي البزازية: الوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة أي شرط كان قوله: (والاقالة) بأن قال أقلتك عن هذا البيع إن أقرضتني، كذا ذكره العيني. وفي القنية: لا يصح تعليق الاقالة بالشرط وتقدم أنهما لو تقايلا بأقل من الثمن الاول أو بجنس آخر لم تفسد ووجب الثمن الاول وهو مثال أنها لا تبطل بالشروط الفاسدة، وأما ما ذكر فثال تعليقها. وفي البزازية: يجوز اشتراط الخيار فيها. قوله: (والكتابة) بأن قال المولى لعبده كتابك على ألف بشرط أن لا تخرج من البلد أو

***

[٣١٧]

على أن لا تعمل في نوع من التجارة، فإن الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط، فله أن يخرج من البلد ويعمل ما شاء من أنواع التجارة مع أي شخص شاء، وذلك لان الشرط غير داخل في صلب العقد، وأما إذا كان داخلا في صلب العقد بأن كان في نفس البدل كالكتابة على خمر ونحوها فإنها تفسد به على ما عرف في موضعه، ذكره العيني، وفي البزازية: كاتبها وهي حامل على أن يدخل ولدها في الكتابة فسدت لانها تبطل بالشرط الفاسد قوله: (وإذن العبد في التجارة) بأن قال لعبده أذنت لك في التجارة على أن تتجر إلى

شهر أو على أن تتجر في كذا، فإن أذنه له يكون عاما في التجارات والاوقات ويبطل الشرط قوله: (وذعوة الولد) بأن قال لامته التي ولدت هذا الولد مني إن رضيت امرأتي بذلك قوله: (والصلح عن دم العمد) بأن صالح ولي المقتول عمدا القاتل على شئ بشرط أن يقرضه أو يهدي إليه شيأ فإن صالح صحيح والشرط فاسد ويسقط الدم لانه من الاسقاطا ت فلا يحتمل الشرط قوله: (وعن الجراحة) بأن صالح وعنها بشرط إقراض شئ أو إهدائة قوله: (وعقد الذمة) بأن قال الامام لحربي يطلب عقد الذمة ضربت عليك الجزية إن شاء فلان مثلا فإن عقد الذمة صحيح والشرط باطل قوله: (وتعليق الرد بالعيب) بأن قال إن وجدت بالمبيع عيبا أرده عليك إن شاء فلان مثلا قوله: (وبخيار الشرط) أي وتعليق الروبة

***

[٣١٨]

بأن قال من له خيار الشرط في البيع رددت البيع أو قال أسقطت خياري إن شاء فلان فإنه يصح ويبطل الشرط قوله: (وعزل القاضي) بأن قال الخليفة للقاضي عزلتك عن القضاء إن شاء فلان فإنه ينعزل ويبطل الشرط لما ذكرنا أن هذه الاشياء ليست بمعاوضه مالية فلا يؤثر

***

[٣١٩]

فيها الشروط الفاسدة. ولم يذكر المصنف رحمه الله تعالى ما يجوز تعليقة بالشرط. قال الشارح رحمه الله تعالى: إنه مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق، وبالالتزامات التي يحلف بها كالحج والصلاة والتوليات كالقضاء والامارة اه. وقد فاته إلاذن في التجارة فإنه يصح تعليقه بالشرط كما في الخانية لكونه من الاسقاطات لكن لا يحلف به، فلو حذف التي يحلف بها الدخل ولدخل تعليق تسليم الشفعة فإن صحيح كما في البزازية لكونه إسقاطا لكن لا يحلف به. وقد فات المصنف الرهن فإنه مما لا يبطل بالشرط الفاسد كما في البزازية، وفاتة أيضا مسألة الاسلام فإنه لا يصح تعليقه بالشرط كما في فتاوى قارئ الهداية. وبرد عليه أن الهبة يجوز تعليقها بالشرط الملائم نحو وهبتك على أن تقرضني

***

[٣٢٠]

كذا، كذا في جامع الفصولين. وعلى هذا فما ذكره الكردي في المناقب معزيا إلى الناصحي لو قال إن اشتريت جارية فقد ملكتهمنك يصح ومعناه إذا قبضه بناء على ذلك اه. مبني على أن الشرط ملائم. وفي البزازية من البيوع: وتعليق الهبة به ان باطل وبه على إن ملائما كهبته على أن يعوض يجوز، وإن مخالفا بطل الشرط وصحت الهبة. ويرد عليه أيضا تعليق دعوة الولد صحيح كقوله إن كانت جاريتي حاملا فني صح، كذا في البزازية وليس مما ذكره. وكذا يرد عليه الكفالة فإنه يصح تعليقها بشرط ملائم كما قدمناه. ولم يذكر المصنف ولا الشارح يجوز تعليقه بالشرط الجائز وما لا يجوز وتقييده بالفاسد يخرجه، وفي البزازية: إن ما يتعلق بذكر الشرط الجائز يفسده الفاسد من الشرط كالبيع والاجارة والصلح على مال والفسمة وعقد لا يتعلق بالجائز. فالفاسد من الشرط لا يبطله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والعتق على مال فالاول لا يصح إلا ببدل منطوق معلوم يجري فيه التمليك والتملك، ولا ثاني يصح ببدل وبدونه وببدل مجهول وحرام وحلال وعقد يتعلق بالجائز منه. والفاسد منه على نوعين: نوع يفسده ونوع لا وهو الكتابة إلى آخر ما فيها. وقد ذكر المصنف رحمه الله تعالى ما يجوز إضافته إلى زمان وما لا يجوز في آخر كتاب الاجارات فإذا وصلنا إليه شرحناه بأتم مما ذكره الشارح هنا وننبه على ما فاتهما إن شاء الله تعالى والله أعلم بالصواب.

***

[٣٢١]

كتاب الصرف تقدم وجه تأخيره والكلام فيه في مواضع: الاول في معناه اللغوي. ذكر في القاموس أن صرف الحديث أن يزاد فيه ويحسن من الصرف في الدراهم وهو فضل بعضه على بعض في القيمة. وكذلك صرف الكلام. وأما الصرف في الحديث لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فالصرف التوبة، والعدل الفدية، أو هو النافلة والعدل الفريضة أو بالعكس، أو هو الوزن والعدل الكيل، أو هو الاكتساب والعدل الفدية أو الحيل اه. وفي الصحاح: يقال صرفت الدراهم بالدنانير وبين الدرهمين صرف أي فضل لجودة فضة أحدهما على الآخر اه. والثاني في معناه في الشريعة وقد أفاده بقوله قوله: (هو بيع بعض الاثمان ببعض) كالذهب والفضة إذا بيع

أحدهما بالآخر أي بيع ما من جنس الاثمان بعضها ببعض. وإنما فسرناه به ولم نبقه على ظاهره ليدخل فيه بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد فإن المصوغ بسبب ما تصل به من الصنعة لم يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين في العقد ومع ذلك بيعه صرف. الثالث في ركنه فما هو ركن كل بيع فهو ركنه من الايجاب والقبول أو التعاطي. والرابع في شرائطه فأربعة: الاول قبض البدلين قبل الافتراق بالابدان. الثاني أن يكون باتا لا خيار فيه فإن شرط فيه خيار وأبطله صاحبه قبل التفرق صح وبعده لا، وأما خيار العيب فثابت فيه، وأما خيار الرؤية فثابت في العين دون الدين وإذا رده بعيب انفسخ العقد، سواء رده في المجلس أو بعده، وإن كان دينا فردها في المجلس لم ينفسخ، فإذا رد بدله بقي الصرف وإن رد بعد الافتراق بطل وتمامه في البدائع. الثالث أن لا يكون بدل الصرف مؤجلا فإن أبطل صاحب الاجل الاجل قبل التفرق ونقد ما عليه ثم افترقا عن قبض من الجانبين انقلب جائزا وبعد التفرق لا الرابع التساوي في الوزن إن كان المعقود عليه من جنس واحد فإن تبايعا ذهبا

***

[٣٢٢]

بذهب أو فضة بفضة مجازفة لم يجز، فإن علما التساوي في المجلس وتفرقا عن قبض صح. وكذا لو اقتسما الجنس مجازفة لم يجز إلا إذا علم التساوي في المجلس لان القسمة كالبيع، كذا في السراج الوهاج. قوله: (فلو تجانسا شرط التماثل والتقابض) أي النقدان بأن بيع أحدهما بجنس الآخر فلا بد لصحته من التساوي وزنا ومن قبض البدلين قبل الافتراق. أما التساوي فقد مناه في باب الربا ولو تصارفا جنسا بجنس مثلا بمثل وتقابضا وتفرقا ثم زاد أحدهما صاحبه شيأ أو حط عنه شيأ وقبله الآخر فسد البيع عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف هما باطلان والصرف صحيح، وعند محمد الزيادة باطلة والحط جائز بمنزلة الهبة المستقلة. واختلافهم هذا فرع اختلافهم في أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد في الذكر إذا ألحق به هل يلتحق أم لا، فمن أصل أبي حنيفة التحاقه ويفسد العقد ومن أصلهما عدم التحاقه فطرده أبو يوسف هنا، ومحمد فرق بين الزيادة والحط. ولو زاد أو حط في صرف بخلاف الجنس جاز إجماعا لكن يشترط قبض الزيادة قبل الافتراق لا لتحاقها بأصل العقد. ولو حط مشتري الدينار قيراطا منها فبائع الدينار يكون شريكا له في الدينار. ولو زاد مشتري السيف المحلى دينار جاز، ولا يشترط قبضه قبل الافتراق لصرف الزيادة إلى النصل والحمائل وتمامه في البدائع. وأما التقابض فالمراد التقابض قبل الافتراق بأبدانهما بأن يأخذ هذا في جهة وهذا في جهة، فإن مشيا ميلا أو أكثر ولم يفارق أحدهما صاحبه فليسا بمتفرقين. ولا يبطل مما يدل على الاعراض بخلاف خيار المخيرة فإنه يبطل بما يدل عليه وتفرع على ماذ كرناه أنه لم كان لكل من رجلين على صاحبه دين فأرسل إليه رسولا فقال بعتك الدنانير التي لي عليك بالدراهم التي لك علي وقال قبلت فهو باطل لان حقوقه العقد لا تتعلق بالرسول بل بالمرسل وهما متفرقان بأبدانهما. وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو ناداه من بعيد لم يجز لانهما مفترقان بأبدانهما. والمعتبر افتراق المتعاقدين سوا كانا مالكين أو نائبين كالاب والوصي والوكيل لان القبض من حقوق العقد وحوقه متعلقه بهما. ولا اعتبار بالمجلس إلا في مسألة وهي ما إذا قال الاب اشهدوا أني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة دراهم ثم قال قبل أن يزن العشرة فهو باطل، كذا روي عن محمد لان الاب هو العاق فلا يمكن اعتبار التفرق بالابدان فيعتبر المجلس، كذا في البدائع. وفي الذخيرة: لوكل وكيلين في الصرف فتصارفا ثم ذهب أحدهما قبل القبض وقبض الآخر بطل في حصل الذاهب فقط كالمالكين إذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر بخلاف الوكيلين بقبض الدين إذا قبض أحدهما دون الآخر لم يجز، كذا في الذخيرة. وتفرع على اشتراط القبض أنه لا يجوز الابراء عن بدل الصرف ولا

***

[٣٢٣]

هبته والتصدق به، فإن فعل لم يصح بدون قبول الآخر، فإن قبل انتقض الصرف وإلا لم يصح ولم ينتقض لانه في معنى الفسخ فلا يصح إلا بتراضيهما، فلو أبى الواهب أن يأخذ ما وهب أجبر على القبض، وتفرع أيضا أنه لا يجوز الاستبدال ببدل الصرف قبل قبضه وسيأتي. وعلى هذا تتخرج المقاصة في ثمن الصرف إذا وجب الدين بعقد متأخر عن عقد الصرف أنه لا يصير قصاصا ببدل الصرف وإن تراضيا بذلك وقد مر في السلم. ولو قبض بدل الصرف ثم انتقض القبض فيه لمعنى أوجب انتقاضه أن يبطل الصرف وقد تقدم في السلم وتمامه في البدائع. ثم إن استحق أحد بلدي الصرف بعد الافتراق فإن أجاز المستحق والبدل قائم أو ضمن الناقد وهو هالك

جاز الصرف، وإن استرده وهو قائم أو ضمن القابض قيمته وهو هالك بطل الصرف، كذا في البدائع. قيدنا التماثل من حيث الوزن لانه لا اعتبار به عددا، كذا في الذخيرة. قوله: (وإن اختلفا جودة وصياغة) لقوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة إلى أن قال مثلا بمثل، سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد رواه مسلم وغيره. ولا فرق في ذلك بين أن يكونا مما يتعين بالتعيين كالمصوغ والتبرأ ولا يتعينان كالمضروب، أو يتعين أحدهما دون الآخر لاطلاق الحديث، وفي الذخيرة من البيوع من الفصل السادس: وإذا باع درهما كبيرا بدرهم صغير أو درهما جيدا بدرهم ردئ يجوز لان لهما فيه غرضا صحيحا، فإما إذا كانا مستويين في القدر والصفة فبيع أحدهما بالآخر هل يجوز وهل يصير مثله دينا في الذمة؟ اختلفوا بعضهم قالوا: لا يجوز وأشار إليه محمد في الكتاب وبه كان بفتي أبو حاتم الامام أبو أحمد اه. قيد إسقاط الصفة بالاثمان لانه لو باع إناء نحاسا بإناء نحاس أحدهما أثقل من الآخر فإنه يجوز وزنا مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الاموال الربوية أيضا، وذلك لان صفة الوزن في النقدين منصوص عليها فلا يتغير بالصنعة ولا يخرج عن كونه موزونا بتعار جعله عدديا لو تعورف ذلك بخلاف غيرهما فإن الوزن فيه بالتعارف فيخرج عن كونه موزونا بتعارف عدديته إذا صيغ وصنع، كذا في فتح القدير. وفي الذخيرة حتقالوا: لو اعتادوا بيع الاواني المتخذة

***

[٣٢٤]

من هذه الاشياء بالوزن لا بالعدد لا يجوز بيعه بغير المصنوع من جنسه إلا متساويا وزنا، وإذا تعاملوا بيعها عددا لا وزنا يجوز بيع الواحد بالاثنين اه. وفي القاموس: الجيد ككيس ضد الردئ والجمع جياد وجيادات وجيايد، وجاد يجوز جودة صار جيدا اه. وفيه: والصياغة بالكسر حرفة الصائغ اه قوله: (وإلا شرط التقابض) أي وإن لم يتجانسا يشترط التقابض قبل الافتراق دون التماثل لما رويناه من الحديث. وفي فتح القدير والمعراج معزيا إلى فوائد القدوري: المراد بالقبض هنا القبض بالبراجم لا بالتخلية يريد باليد اه. ثم اختلفوا في القبض فقيل شرط انعقاده صحيحا فأورد عليه أنه حينئذ لا بد من القران أو التقدم والقبض متأخر فكان حكما له لا شرطا. وأجيب بأن الوجود في المجلس رجعل مقارنا للعقد حكما، والصحيح المختار أنه شرط بقائه على الصحة لا شرط انعقاده، وقد أشار محمد إلى كل منهما كما في لذخيرة. ويدل على الثاني قوله فإن تفرقا قبل القبض بطل فلو لا أنه منعقد لما بطل بالافتراق، كذا في المعراج. وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا ظهر الفساد فيما هو صرف فهل يفسد فيما ليس بصرف عند أبي حنيفة فعلى القول الضغيف يتعدى الفساد وعلى الاصح لا يتعدى، كذا في فتح القدير. وقيد بالذهب والفضة لانه لو باع فضة بفلوس أو ذهب بفلوس فإنه يشترط قبض أحد البدلين قبل الافتراق لا قبضهما، كذا في الذخيرة وقدمناه عند قوله في باب الربا وصح بيع الفلس بالفلسين. وفي الذخيرة: إذا غصب قلب فضة أو ذهب ثم استهلكه فعليه قيمته مصوغا من خلاف جنسه، فإن تفرقا قبل قبض القيمة جاز عندنا خلافا لزفر لانه صرف. وعندنا هو صرف حكما للضمان الواجب بالغصب لا مقصودا فلا يشترط له القبض سواء كان وجوب القيمة بقضاء القاضي أو بالصلح. ولو اشترى المودع الوديعة الدراهم بدنانير وقبض الدنانير وافترقا قبل أن يجدد المودع قبضا في الوديعة بطل الصرف بخلاف ما إذا كانت مغصوبة لان قبض الغصب ينوب عن قبض الشراء بخلاف الوديعة اه قوله: (فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح إن تقابضا في المجلس) لان المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية لما روينا فلا يضره الجزاف. ولو افترقا قبل قبضهما أو قبض أحدهما بطل لفوات الشرط قيد ببيع الجنس بخلاف الجنس لانه لو باع الجنس بالجنس مجازفة فإن علما تساويهما قبل الافتراق صح وبعده لا. قوله: (ولا يصح التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه فلو باع دينارا بدراهم ثم اشترى

***

[٣٢٥]

بها ثوبا فسد البيع في الثوب) أي في أحد بدلي الصرف لان كلا منهما ثمن فلا تجوز هبته ولا صدقته ولا بيع شئ به، وقدمنا أنه إن وهب أو تصدق به أو أبرأه فإن قبل الآخر انفسخ الصرف لتعذر وجود القبض وإفلا. وأما البيع فصورته كما ذكره المصنف باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبضها حتى اشترى بها ثوبا أو مكيلا أو موزونا فالبيع في الثوب فاسد لان قبض العشرة مستحق حقا لله تعالى فلا يسقط بإسقاط المتعاقدين فلم يجز بيع الثوب والصرف على حاله يقبض بدله من عاقده معه. وأورد عليه أن فساد الصرف حينئذ حق الله تعالى وصحة بيع الثوب حق العبد فتعارضا فيقدم حق العبد لتفضل الله بذلك. وأجيب بأن ذلك بعد ثبوت الحقين ولم

يثبت حق العبد بعد لانه يفوت حق الله بعد تحققه فيمتنع لأنه يرتفع، وقد نقل عن زفر صحة بيع الثوب لان الثمن في بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لان العقد لا يتعين فإضافة العقد إلى بدل الصرف كعدم إضافته فيجوز شراءتوب بدراهم لم يصفها. وجوابه أن قبض بدل الصرف واجب والاستبدال يفوته فكاشرط إيفاء ثمن الثوب من بدل الصرف شرطا فاسدا فيمتنع الجواز وقد رجحه في فتح القدير. ثم اعلم أنهم قرروا هنا كما في المعراج أن البدلين في باب الصرف كل منهما ثمن قبل العقد وحالته فلا يشترط وجودها في ملك المتصارفين ولا يتعينان بالاشارة، ومثمن من وجه بعد العقد ضرورة أن العقد لا بد له من مثمن فلا يجوز الاستبدال بأحدهما قبل القبض لكونه بيع المبيع قبل قبضه إلى آخره، وبه اندفع ترجيح ابن الهمام قول زفر كما لا يخفى. وفي الذخيرة: إذا اشترى الرجل ألف درهم بعينها بمائة دينار والدراهم بيض فأعطاه مكانها سودا ورضي بها البائع جاز ذلك لان هذا ليس باستبدال والسود والبيض من الدراهم جنس واحد، وإنما أبرأه عن صفة الجودة حين تجوز بالسود فكان مستوفيا بهذه الطريق لا مستبدلا. قال شمس الائمة السرخسي: ومراده من السود الدراهم المضروبة من النقود السود لا الدراهم البخارية لان أخذ البخارية مكان الدراهم البيض لا يجوز لانه يكون استبدالا لاختلاف الجنس. وكذلك لو قبض مشتري الدراهم الدراهم فأراد أن يعطي ضربا آخر من الدنانير سوى ما شرط لا يجوز إلا برضا صاحبه وإذا رضي به صاحبه كان مستوفيا لا مستبدلا لكون الجنس واحدا. قيل: هذا إذا أعطى ضربا دون المسمى، فأما إذا أعطاه ضربا فوق المسمى فلا حاجة إلى رضا صاحبه اه. وقدمنا جواز الرهن ببدل الصرف فإن هلك وهما في المجلس هلك بما فيه وجاز العقد، وإن

***

[٣٢٦]

هلك بعد الافتراق بطل الصرف ولا يكون مستوفيا، وقدمنا جواز الحوالة والكفالة به فإن سلم الكفيل أو الاصيل أو المحا عليه في المجلس صح، وإن افترق المتعاقدان بطل وإن بقي الكفيل أو المحال عليه لان حقوق العقد إنما تتعلق بالمتعاقدين، كذا في شرح السراج الوهاج قوله: (ولو باع أمة مع طوق قيمة كل ألف بالفين ونقد من الثمن ألفا فهو ثمن الطوق وإن اشتراها بألفين ألف نقد وألف نسيئة فالنقد ثمن الطوق) لان حصة الطوق يجب قبضها في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منهما الاتيان بالواجب فيصرف المتأخر إلى الجارية والمقبوض والحال إلى الطوق إحسانا للظن بالمسلم، وكذا لو قال خذ منهما صرفا إلى الطوق وصح البيع فيهما تحريا للجواز بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذه الالف من ثمن الجارية فإن الظاهر حينئذ عارضة التصريح بخلافه، فإذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما إذا لم يقبضه، كذا في فتح القدير. وقيد بتأجيل البعض لانه لو أجل الكل فسد البيع في الكل عند أبي حنيفة. وقالا: يفسد في الطوق دون الجارية لان القبض ليس بشرط في حصتها فيتقدر الفساد بقدره. ولابي حنيفة أن الفساد مقارن فيتعدى إلى الجميع كما لو جمع بين عبد وحر في البيع بخلاف الفساد في الاولى فإنه طارئ فلا يتعدى إلى غيره. وقد اعترض الشارح على المؤلف بالتسامح في عبارته بأنه ذكر القيمة في كل منهما ولا تعتبر القيمة في الطوق وإنما يعتبر القدر حين المقابلة بالجنس. وكذا لا حاجة إلى بيان قيمة الجارية لان قدر الطوق مقابل به والباقي بالجارية، قلت قيمتها أو كثرت، فلا فائدة في بيان قيمتها إلا إذا قدر أن الثمن بخلاف جنس الطوق فحينئذ يفيد بيان قيمتها لان الثمن ينقسم عليهما على قدر قيمتها اه. وقد أجاب العيني بما لا طائل تحته. وفي فتح القدير: ولقد وقع الافراط في تصوير المسألة حيث جعل طوقها ألف مثقال فضة فإنه عشرة أرطال بالمصري ووضع هذا المقدار في العتق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب، وكون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الاصل أنه إذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضموم إليه اه. قوله: (ومن باع سيفا حليته خمسون بمائة ونقد خمسين فهي حصتها وإن لم يبين أو قال من ثمنهما) أما إذا لم يبين فلما ذكرنا إن أمرهما يحمل على الصلاح، وأما إذا قال خذ هذا من ثمنهما فلان التثنية قد يراد بها الواحد منهما قال الله تعالى * (فنسيا حوتهما) * [الكهف: ١٦] والناسي أحدهما وقال تعالى * (يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان) * (الرحمن: ٢٢] والمراد أحدهما.

***

[٣٢٧]

وفي الحديث فأذنا وأقيما والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر حالهما بالاسلام. ونظيره في الفقه إذا حضتما حيضة أو ولدتما ولدا علق

بأحدهما للاستحالة بخلاف ما إذا لم يذكر المفعول به للامكان. وقد فاته صورتان: الاولى أن يبين ويقول خذ هذا نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف. الثانية أن يجعل الكل من ثمن السيف وفيهما يكون المقبوض ثمن الحلية لانهما شئ واحد فيجعل عن الحلية لحصول مراده، هكذا ذكره الشارح. وفي المعراج معزيا إلى المبسوط: لو قال خذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم أو قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد أو الاضافة، ولا مساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع ثمن السيف خاصة والقول في ذلك وقوله لانه هو الملك فالقول له في بيان جهته اه. وهكذا في العناية. وفي السراج الوهاج: ولو قال هذا الذي عجلته حصة السيف كان عن الحلية وجاز البيع لان السيف اسم للحلية أيضا لانها تدخل في بيعه تبعا. ولو قال هذا من ثمن الجفن والنصل خاصة فسد البيع لانه صرح بذلك وأزال الاحتمال فلم يمكن حمله على الصحة اه. ويمكن التوفيق بأن يحمل ما ذكره الشارح على ما إذا قال من ثمن السيف ولم يقل خاصة فيوافق ما في السراج الوهاج.

***

[٣٢٨]

وأما ما في المبسوط فإنما قال خاصة وحينئذ كأنه قال خذ هذا عن النصف فليتأمل، وسيتضح بعد. قيد بقوله بمائة لانلو باعه بخمسين أو بأقل منها لم يجز الربا وإن باعه بفضة لم يدر وزنها لم يجز أيضا لشبهة الربا نفي ثلاثة أوجه لا يجوز البيع وفي واحد يجوز وهو وما إذا علم أن الثمن أزيد مما في الحلية ليكون ما كان قدرها مقابلا لها والباقي في مقابلة النصل. هذا إذا كان الثمن من جنس الحلية، فإن كان من خلاف جنسها جاز كيفما كان لجواز التفاضل، ولا خصوصية للحلية مع السيف والطوق مع الجارية بل المراد إذا جمع مع الصرف غيره فإن النقد لا يخرج عن كونه صرفا بانضمام غيره إليه وعلى هذا بيع المزركش والمطرز بالذهب أو الفضة. وفي المبسوط: وكان محمد بن سيرين يكره بيعه بجنسه وبه نأخذ لاحتمال الزيادة والاولى بيعه بخلاف جنسه. قوله: (ولو افترقا بلا قبض صح في السيف دونها إن تخلص بلا ضرر وإلا بطلا) أي بطل العقد فيهما لان حصة الصرف يجب قبضها قبل الافتراق فإذا لم يقبضها حتى افترقا بطل فيه لفقد شرطه، وكذا في السيف إن كان لا يتخلص إلا بضرر لتعذر تسليمه بدون الضرر كبيع جذع من سقف، وإن كان يتخلص بدونه جاز للقدرة على التسليم صار كالجارية مع الطوق، وذكر الشارح هنا ما نقلناه عن المبسوط سابقا ثم قال: قال الراجي عفو ربه: ينبغي

***

[٣٢٩]

أن تكون هذه كالمسألة المتقدمة من أنه يصرف إلى الحلية ومن أنه على التفصيل المتقدم ذكره يعني إن كان الحلية تتخلص بغير ضرر صح في السيف خاصة والابطل في الكل. وفي المحيط: لو قال هذا من ثمن النصل خاصة فإن لم يمكن التمييز إلا بضرر يكون المنقود ثمن الصرف ويصحان جميعا لانه قصد صحة البيع ولا صحة له إلا بصرف المنقود إلى الصرف فحكمنا بجوازه تصحيحا للبيع، وإن أمكن تمييزها بغير ضرر بطل الصرف، فعلى هذا ما ذكر في المبسوط محمول على ما إذا كانت الحلية تتخلص من غير ضرر توفيقا بينه وبين ما ذكر في المحيط اه. وفيه نظر لان ما في المحيط إنما هو فيما إذا صرح بالنصل دون السيف، ولا شك في عدم انصرافه إلى الحلية لانه صريح كما قدمناه لكن بشرط أن يتخلص بلا ضرر وإلا صرفناها إلى الحلية، وتركنا الصريح تصحيحا لانه لولا ذلك بطل في الكل، وما في المبسوط إنما هو فيما إذا قال خذ هذا من ثمن السيف خاصة فذكر السيف ولم يذكر النصل. والحاصل أنه إن ذكر السيف ولم يقل خاصة صرف إلى الحلية مطلقا أعني سواء أمكن التمييز بلا ضرر أو لا، وإن زاد خاصة أو لم يذكر السيف وإنما ذكر النصل لا ينصرف إليها ويصرف إلى النصل إن أمكن تخليصه بلا ضرر وإلا صرفناه إلى الحلية. وفي البدائع: إن ذكر أنه من ثمن السيف يقع عن الحلية، وإن ذكر أنه من ثمن النصل فإن أمكن تخليصه بلا ضرر يقع عن المذكور ويبطل الصرف بالافتراق وإلا فالمنقود ثمن الصرف ويصحان اه. وفي المغرب: الحلية الزينة من ذهب أو فضة يقال حلية السيف والسرج وغيره. وفي التنزيل * (وتستخرجون حلية تلبسونها) * [فاطر: ٢١] أي اللؤلؤ والمرجان اه قوله: (ولو باع إناء فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض والاناء مشترك بينهما) يعني إذا باعه بفضة أو ذهب لانه صرف وهو يبطل بالافتراق قبل القبض فيتقدر الفساد بقدر ما لم يقبض ولا يشيع لانه طارئ، ولا يكون هذا تفريق الصفقة أيضا لان التفريق من جهة الشرع باشتراط القبض لا من العاقد، ولا يثبت للمشتري خيار عيب الشركة لانها حصلت منه وهو عدم النقد قبل

***

[٣٣٠]

الافتراق بخلاف ما إذا هلك أحد العبدين قبل القبض حيث ثبت الخيار في أخذ الباقي لعدم الصنع منقوله: (وإن استحق بعض الاناء أخذ المشتري ما بقي بقسطه أو رد) لان الشركة في الاناء عيب لان التشقيص يضره وهذا العيب كان موجودا عند البائع مقارنا له، فأجاز المستحق قبل أن يحكم له بالاستحقاق جاز العقد وكان الثمن له يأخذه البائع من المشتري ويسلمه إليه إذا لم يفترقا بعد الاجازة ويصير العاقد وكيلا للمجيز فتتعلق حقوق العقد بالوكيل دون المجيز حتى لو افترق المتعاقدان قبل إجازة المستحق بطل العقد، وإن فارقه المستحق قبل الاجازة والمتعاقدان باقيان في المجلس بطل العقد، كذا في السراج الوهاج. أطلق الخيار فشمل ما قبل القبض وبعده. قوله: (ولو باعه قطعة نقرة فاستحق بعضها أخذ ما بقي بقسطه بلا خيار) لان الشركة فيها ليست بعيب إذ التشقيص فيها لا يضرها بخلاف الاناء. أطلقه وهو محمول على ما إذا كان بعد قبضها، أما إذا استحق بعض النقرة قبل قبضها فإن له الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام بخلاف ما بعد القبض لتمامها. وفي المغرب: النقرة القطعة المذابة من الذهب أو الفضة، ويقال نقرة فضة على الاضافة للبيان اه‍. وفي النهاية: هي قطعة فضة مذابة، كذا في ديوان الادب. وعلى هذا فما وقع في بعض كتب الاوقاف المصرية كالشيخونية والصرغتمشيه من الدراهم النقرة المراد منها الفضة لكن وقع الاشتباه في أنها فضة خالصة أو مغشوشة، وكنت استفتيت بعض المالكية عنها فأفتى بأنه سمع ممن يوثق به أن الدرهم منها يساوي نصفا وثلاثة فلوس قال: فليعول على ذلك ما لم يوجد خلافه اه‍. وقد اعتبر ذلك في زماننا ولكن الادنى متيقن به وما زاد عليه مشكوك فيه ولكن الاوفق بفروع مذهبنا وجوب درهم وسط لما في جامع الفصولين من دعوى النقرة: لو تزوجها على مائة درهم نقرة ولم يصفها صح العقد، فلو ادعت مائة درهم مهر أوجب لها مائة درهم وسط اه‍. فينبغي أن يعول عليه والله سبحانه وتعالى أعلم قوله: (وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين وكر بر وشعير بضعفهما) أي بأن يبيعهما بكري بر وكري شعير. وإنما جاز لانه يجعل كل جنس

***

[٣٣١]

مقابلا بخلاف جنسه تصحيحا للعقد، ولو صرف إلى جنس مفسد لان العقد يقتضي مطلق المقابلة من غير تعرض لقيد لا مقابلة الكل بالكل شائع ولا فردا معينا فصار كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فإنه ينصرف إلى نصيبه تصحيحا للعقد وكانصراف النقد إلى المتعارف، ولا يرد علينا ما لو اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة بخمسة وعشرين فإنه لا يصح وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب لانا لو صرفناه لصار تولية في القلب وهو خلاف المرابحة فكان إبطالا له. وكذا لا يرد لو اشترى عبدا بألف ثم باعه قبل النقد مع آخر من البائع بألف وخمسمائة فإنه لا يصح في المشتري بألف لان طريق التصحيح غير متعين لامكان صرف الالف ومائة إليه أو مائتين إلى غير ذلك من الصورة. وأورد عليه أن الطرق متعددة في مسألة الكتاب لجواز أن يصرف الدينار إلى الدينار والدرهم إلى الدرهم والدينار إلى الدرهم كما يجوز أن يصرف الدرهمان إلى الدينارين والدينار إلى الدرهم. وأجيب عنه بأنه أقل تغييرا فكان أولى، وكذا لا يرد علينا ما لو جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما فإنه لا يصح للتنكير وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده. وأجيب بأن البيع أضيف إلى منكر فلا ينصرف إلى المعين للتضاد إذ المنكر ليس بمحل للبيع. ورد بأنه يسن بشئ لان المعرفة مما صدقات النكرة فإن زيدا يصدق عليه رجل ولا شك أنه يحتمله فيجب حمله عليه. وقد قال أبو حنيفة في قوله عبدي أو حماري حر أنه يعتق العبد ويجعل استعارة المنكر للمعرف، وكذا ما قيل إن تصحيح العقد يجب في محل العقد وهو لم يضف إلى المعين. وفي فتح القدير: واعلم أن ما أورد على دفع النقوض المذكورة أن لحظ له جواب فذاك وإلا فلا يضرك النقض في إثبات المطلوب إذ غايته أنه خطأ في محل آخر إذا اعترف بخطئه في محل النقض وذلك لا يوجب خطأه في محل النزاع اه‍. وأما مسألة ما إذا باع درهما ثوبا بدرهم وثوب وافترقا بلا قبض فليس مما نحن فيه فإن العقد انعقد صحيحا، وإنما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وقد انعقد بلا فساد، وكلامنا ليس في الفساد الطارئ. وفي الظهيرية معزيا إلى المبسوط: باع عشرة وثوبا بعشرة وثوب وافترقا قبل القبض بطل العقد في الدراهم ولو صرف الجنس إلى خلاف جنسه لم يبطل ولكن قيل في العقود يحتال للتصحيح في الابتداء ولا يحتال للبقاء على الصحة اه‍. وفي الايضاح: الاصل في هذا الباب أن حقيقة البيع إذا اشتملت على إبدال وجب قسمة أحد البدلين على الآخر، وتظهر الفائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة، فإن كان العقد مما لا ربا فيه فإن كان مما لا

يتفاوت فالقسمة على الاجزاء، وإن كان مما يتفاوت فالقسمة على القيمة. وأما ما فيه الربا فإنما تجب القسمة على الوجه الذي يصح به العقد
***
[٣٣٢]
مثاله: باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد فإن الخمسة بالخمسة والخمسة الاخرى بالدينار، وكذا لو قابل جنسين بجنسين كما في مسألة الكتاب اه. ونظير المسألة المسألة التي تلي هذه وهي. قوله: (وأحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) أي صح بيع فتكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم تصحيح للعقد على ما بينا، وإنما ذكر هذه بعد التي قبلها وإن كانت قد علمت مما قبلهالبيان أن الصرف إلى خلاف الجنس لا يتفاوت في الجميع أو جزء واحد، كذا في السراج الوهاج قوله: (ودرهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) أي يصح بيع الاتحاد في الجنس فيعتبر التساوي في القدر دون الوصف. والغلة هي الدراهم المقطعة، وقيل ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ولا تنافي لاحتمال أن تكون هي المقطعة. وفي الهداية: ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب ومع أقلهما شئ آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة، فإن لم تبلغ فمع الكراهة، وإن لم يكن له قيمة لا يجوز البيع لتحقق الربا إذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا اه. وصرح في الايضاح بأن الكراهة قول محمد، وأما أبو حنيفة فقال: لا بأس به. وفي المحيط: إنما كرهه محمد خوفا من أن يألفه الناس ويستعملوه فيما لا يجوز وقيل: لانهما باشرا الحيلة لاسقاط الربا كبيع العينة فإنه مكروه. وفي فتح القدير: اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لانه إن لم يظهر في التراب شئ فظاهر، وإن ظهر فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة لهذا لو اشتراه بتراب فضة لا يجوز لان البدلين هما الفضة لا التراب، ولو اشتراه بتراب ذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس، فلو ظهر أن لا شئ في التراب لا يجوز، وكلما جاز فمشترى التراب بالخيار إذا رأى لانه اشترى ما لم يره اه. قوله: (ودينار بعشرة عليه أو بعشرة مطلقة ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة) أي صح بيع أما إذا قابل الدينار بالعشرة التي عليه ابتداء فلانه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وهو جائز إجماعا لان التعيين للاحتراز عن الربا ولا ربا في دين سقط، وإنما الربا في دين يقع الخطر في عاقبته ولذا لو تصارفا دراهم دينا بدنانير دينا صح لفوات الخطر. وأما الثانية وهو ما إذا باعه بعشرة مطلقة ثم تقاصا فالمذكور هنا إستحسان، والقياس عدم الجواز وهو قول زفر لكونه استبدالا ببدل الصرف، وجه الاستحسان أنهما لما تقاصا انفسخ الاول وانعقد صرف آخر مضافا إلى الدين فتثبت الاضافة اقتضاء كما لو جدد البيع بأكثر من الثمن الاول. وفي فتح القدير: ونحن نقول موجب العقد عشرة مطلقة تصير متعينة بالقبض وبالاضافة بعد العقد إلى العشرة الدين صارت كذلك غير أنه بقبض سابق ولا
***
[٣٣٣]
يبالي به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة. وعلى هذا التقرير لا حاجة إلى اعتبار فسخ العقد الاول بالاضافة إلى العشرة الدين بعد العقد على الاطلاق بخلاف ما إذا باع بألف ثم بألف وخمسمائة فإن الفسخ لازم لان أحدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة مطلقا مع هذه العشرة للصدق لان الاطلاق ليس قيدا في العقد بها وإلا لم يمكن قضاؤها أصلا إذ لا وجود للمطلق بقيد الاطلاق وعلى هذا مشوا، وتقريره أنهما لما غيرا موجب العقد فقد فسخاه إلى عقد آخر اقتضاء اه. أطلق في العشرة الدين فشمل ما إذا كانت عليه قبل عقد الصرف أو حدثت بعده وقيل: لا يجوز التقاص بدين حادث بعده والاول أصح لان التقاص هو المتضمن لفسخ الاول وإنشاء صرف آخر فيكتفي بالدين عند التقاص بخلاف رأس مال السلم حيث لا يجوز جعله قصاصا بدين آخر مطلقا متقدما كان أو متأخرا لان المسلم فيه دين، ولو صحت المقاصة برأس مال السلم لافترقا عن دين بدين ولذا لا يجوز إضافته إلى الدين ابتداء بأن يجعل الدين الذي على المسلم إليه رأس مال السلم بخلاف الصرف. وقال الفقيهأبو الليث في شرح الجامع الصغير: إذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشتري أو غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج إلى التراضي لانه قد وجد منه القبض اه. وقوله وتقاصا راجع إلى الثانية، وأما الاولى فتقع المقاصصة بنفس العقد. والحاصل أن الدين إذا حدث بعد الصرف فإن كان بقرض أو غصب وقعت المقاصة وإن لم يتقاصا، وإن حدث بالشراء بأن باع مشتري الدينار من بائع الدينار ثوبا بعشرة إن لم يجعلاه قصاصا لا يصير قصاصا باتفاق الروايات، وإن جعلاه قصاصا ففيه روايتان، كذا في الذخيرة. ومن مسائل المقاصات وإن لم تكن من الصرف ما في المنتقى: له وديعة وللمودع على صاحبها دين من جنسها لم تصر قصاصا بالدين قبل الاتفاق عليه وإذا اجتمعا عليه لا تصير الوديعة قصاصا ما

لم يرجع إلى أهله فيأخذها، وإن كانت في يده فاجتمعا على جعلها قصاصا لا يحتاج إلى غير ذلك، وحكم المغصوب كالوديعة سواء، والدينان إذا كانا من جنسين لا تقع المقاصة بينهما ما لم يتقاصا، وذكر إذا كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا، وكذا إذا كان أحدهما غلة والآخر صحيحا - كذا في الذخيرة أيضا من كتاب الصرف. وذكر في كتاب المداينات أن الدينين إذا كانا مؤجلين لا تقع المقاصة حتى يتقاصا، وذكر قبله أن التفاوت في الوصف يمنع المقاصة بنفسه ولا يمنع إذا جعلاه قصاصا اهـ. وفي الصحاح: تقاص القوم إذا قاص كل واحد منهما صاحبه في حساب أو غيره اهـ. وإذا اختلف الجنس وتقاصا كأن كان له عليه مائة درهم وللمديون مائة دينار عليه، فإذا تقاصا تصير الدراهم قصاصا بمائة من قيمة

***

[٣٣٤]

الدنانير ويبقى لصاحب الدنانير على صاحب الدراهم ما بقي منها، كذا في الظهيرية. وفي فروق الكرابيسي من النفقات: وإذا طلبت المرأة النفقة وكان للزوج عليها دين فقال الزوج احسبوا لها نفقتها منه كان جائزا لانها من جنس الدراهم والدنانير فتقع المقاصة عند التراضي، فرق بين هذا وبين سائر الديون فإن هناك المقاصة تقع من غير التراضي، وهنا شرط التراضي. والفرق أن دين النفقة أدنى لما ذكرنا فلا تقع المقاصة إلا بالتراضي كما لو كان أحد الدينين جيدا والآخر رديئا بخلاف سائر الديون لانها جنس واحد فلا يشترط التراضي اهـ. وتقدم شئ من فوائد التقاص في باب أم الولد فارجع إليه. قوله: (وغالب الفضة والذهب فضة وذهب) يعني فلا يصح بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساويا وزنا ولا يصح الاستقراض بها إلا وزنا لانهما لا يخلوان عن قليل غش إذ هما لا ينطبعان عادة بدون، وقد يكون خلقيا فيعسر التمييز فصار كالردئ وهو والجيد سواء عند المقابلة بالجنس فيجعل الغش معدوما فلا اعتبار له أصلا بخلاف ما إذا غلب الغش فإن للمغلوب اعتبارا كما سيأتي اهـ. قوله: (وغالب الغش ليس في حكم الدراهم والدنانير فيصح بيعها بجنسها متفاضلا) أي وزنا وعددا لان الحكم للغالب فلا يضر التفاضل لجعل الغش مقابلا بالفضة أو الذهب الذي في الآخر، ولكن يشترط التقابض قبل الافتراق لانه صرف في البعض لوجود الفضة أو الذهب من الجانبين. ويشترط في الغش أيضا لانه لا يتميز إلا بضرر، وكذا إذا بيعت بالفضة الخالصة أو الذهب الخالص لا بد أن يكون الخالص أكثر من الفضة أو الذهب الذي في المغشوش حتى يكون قدره بمثله والزائد بالغش على مثال بيع الزيتون بالزيت فاعتبر الفضة أو الذهب المغلوب بالمغشوش بالغالب حتى لا يجوز بيعه بجنسه إلا على سبيل الاعتبار، ولم يعتبر الغش المغلوب بهما فجعل كأنه كله فضة أو ذهب ومنع بيعه متفاضلا. والفرق أن الفضة أو الذهب المغلوب موجود حقيقة حالا بالوزن ومآلا بالاذابة لكونهما يخلصان منه بالاذابة فكانا موجودين حقيقة وحكما حتى يعتبرا في نصاب الزكاة بخلاف الغش المغلوب لانه يحترق ويهلك ولا لون حتى لو عرف أن الفضة أو الذهب الذي في الغش الغالب يحترق ويهلك كان حكمه حكم النحاس الخالص فلا

***

[٣٣٥]

يعتبران أصلا، ولا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا إن كان موزونا للربا. وفي الهداية: ومشايخنا - يعني مشايخ ما وراء النهر من بخارى وسمرقند - لم يفتوا بجواز ذلك أي ببيعها بجنسها متفاضلا في العدالي والغطارفة مع أن الغش فيها أكثر من الفضة لانها أعز الاموال في ديارنا، فلو أبيح التفاضل فيها ينفتح باب الربا الصريح فإن الناس حينئذ يعتادون في الاموال النفيسة فيتدرجون ذلك في النقود الخالصة. والغطارفة دراهم منسوبة إلى غطريف - بكسر الغين المعجمة وسكون الطاء وكسر الراء بعدها الياء وآخرها الفاء - ابن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد، وقيل هو خال الرشيد. والعدالى بفتح العين المهملة وتخفيف الدال المهملة وباللام المكسورة وهي الدراهم المنسوبة إلى العدال وكأنه اسم ملك نسب إليه درهم فيه غش، كذا في البناية. والغش بمعنى المغشوش وهو غير الخالص، كذا في القاموس قوله: (والتبايع والاستقراض بما يروج عددا أو وزنا أو بهما) لان المعتبر فيما لا نص فيه العادة لانها صارت بغلبة الغش كالفلوس فيعتبر فيها العادة كالفلوس فإن كانت تروج بالوزن فبه وبالعد فبه وبهما فبكل منهما قوله: (ولا يتعين بالتعيين لكونها أثمانا) يعني ما دامت تروج لانها بالاصطلاح صارت أثمانا فما دام ذلك الاصطلاح موجودا لا تبطل الثمنية لقيام المقتضى. قوله: (وتتعين بالتعين إن كانت لا تروج) لزوال المقتضى للثمنية وهو الاصطلاح، وهذا لانها في الاصل سلعة وإنما صارت أثمانا بالاصطلاح فإذا

تركوا المعاملة بها رجعت إلى أصلها، وإن كان يأخذها البعض فهي مثل الدراهم لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها إن كان البائع يعلم بحالها، وإن كان لا يعلم بحالها وباعه بها على ظن أنها دراهم جياد تعلق حقه بالجياد لوجود الرضا بها في الاول وعدمه في الثاني. وأشار بالتعيين عند عدم رواجها وبعدمه عند رواجها إلى أنها إذا هلكت قبل القبض لا يبطل العقد إن كانت رائجة، ويبطل إن لم تكن. وأطلق في تعيينها وهو مقيد بما إذا كانا يعلمان بحالها ويعلم كل من المتعاقدين أن

***

[٣٣٦]

الآخر يعلم، فإن كانا لا يعلمان أو لا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد لا بالمشار إليه من هذه الدراهم التي لا تروج، وإن كان يقبلها البعض ويردها البعض فهي في حكم الزيوف والنبهرجة فيتعلق البيع بجنسها لا بعينها كما هو في المرابحة، لكن يشترط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمرها لانه رضي بذلك وأدرج نفسه في البعض الذين يقبلونها. وإن كان البائع لا يعلم تعلق العقد على الاروج، فإن استوت في الرواج جرى التفصيل الذي أسلفناه في أول كتاب البيع، كذا في فتح القدير قوله: (والمتساوي كغالب الفضة في التبايع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش) يعني فلا يجوز البيع بها ولا إقراضها إلا بالوزن بمنزلة الدراهم الرديئة لان الفضة موجودة فيها حقيقة ولم تصر مغلوبة فيجب الاعتبار بالوزن شرعا. وإذا أشار إليها في المبايعة كان بيانا لقدرها ووصفها، ولا يبطل البيع بهلاكها قبل القبض ويعطيه مثلها لكونها ثمنا لم تتعين، وأما في الصرف فيجب بيعها بجنسها على وجه الاعتبار. ولو باعها بالفضة الخالصة لم يجز حتى يكون الخالص أكثر مما فيه الفضة لانه لا غلبة لاحدهما على الآخر فيجب اعتبارهما. وفي الخانية: إن كان نصفها صفرا ونصفها فضة لا يجوز التفاضل. فظاهره أنه أراد به فيما إذا بيعت بجنسها وهو مخالف لما ذكر هنا، ووجهه أن فضتها لما لم تصر مغلوبة جعلت كان كلها فضة في حق الصرف احتياطا قوله: (ولو اشترى بها أو بفلوس نافقة شيئا وكسدت بطل البيع) أي اشترى بالدراهم التي غلب عليها الغش أو بالفلوس وكان كل منهما نافقا حتى جاز البيع لقيام الاصطلاح على الثمنية، ولعدم الحاجة إلى الاشارة لالتحاقها بالثمن ولم يسلمها المشتري إلى البائع ثم كسدت بطل البيع. والانقطاع عن أيدي الناس كالكساد وحكم الدراهم كذلك، فإن اشترى بالدراهم ثم كسدت أو انقطعت بطل البيع، ويجب على المشتري رد المبيع إن كان قائما، ومثله إن كان هالكا وكان مثليا وإلا فقيمته، وإن لم يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا، وهذا عند الامام. وقالا: لا يبطل البيع لان المتعذر إنما هو التسليم بعد الكساد وذلك لا يوجب الفساد لاحتمال الزوال بالرواج كما لو اشترى شيئا بالرطب ثم انقطع وإذا لم يبطل وتعذر تسليمه وجبت قيمته لكن عند أبي يوسف يوم البيع، وعند محمد يوم الكساد وهو آخر ما يتعامل الناس بها. وفي الذخيرة: الفتوى على قول أبو يوسف. وفي

***

[٣٣٧]

المحيط والتتمة والحقائق: بقول محمد يفتي رفقا بالناس. ولابي حنيفة أن الثمنية بالاصطلاح فتبطل لزوال الموجب فيبقى البيع بلا ثمن، والعقد إنما تناول عينها بصفة الثمنية وقد انعدمت بخلاف انقطاع الرطب فإنه يعود غالبا في العام القابل بخلاف النحاس فإنه بالكساد رجع إلى أصله فكان الغالب عدم العود. والكساد لغة كما في المصباح من كسد الشئ يكسد من باب قتل لم ينفق لقلة الرغبات فهو كاسد، وكسيتعدى بالهمزة فيقال أكسده الله وكسدت السوق فهي كاسد بغير هاء في الصحاح، وبالهاء في التهذيب، ويقال أصل الكساد الفساد اه‍. وفقها أن يترك المعاملة بها في جميع البلاد وإن كانت تروج في بعض البلاد لا يبطل لكنه تعيب إذا لم ترج في بلدهم فتخير البائع إذا شاء أخذه وإن شاء أخذ قيمته. وحد الانقطاع أن لا يوجد في السوق وإن كان يوجد في يد الصيارفة وفي البيوت، هكذا في الرواية. وفي فتح القدير: ما ذكر للكساد ذكره في العيون وقالوا: إنه على قول محمد. وأما على قولهما فلا. وينبغي أن ينتفي البيع بالكساد في تلك البلدة التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين، عندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس، وعند محمد لا يجوز اعتبارا لاصطلاح الكل، فالكاسد يجب أن يكون على هذا القياس أيضا، ومثله في الانقطاع والفلوس النافقة إذا كسدت كذلك اه‍. قيد بالكساد ومثله الانقطاع لانها لو نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع، وعكسه لو غلت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ويتخير المشتري ويطالب بألف بذلك المعيار الذي كان وقت البيع،

كذا في فتح القدير. وفي المصباح نفقت الدراهم نفقا من باب تعب نقدت، ويتعدى بالهمزة فيقال أنفقتها. قيدنا بكونها لم تقبض لان البائع لو قبضها ثم كسدت فلا شئ له. وفي الخلاصة عن المحيط: دلال باع متاع الغير بإذنه بدراهم معلومة واستوفاها
***
[٣٣٨]
فكسدت قبل أن يدفعها إلى صاحب المتاع لا يفسد البيع لان حق القبض له اه‍. وفي البزازية معزيا إلى المنتقى: غلت الفلوس القرض أو رخصت فعند الامام الاول والثاني أولا ليس عليه غيرها. وقال الثاني ثانيا عليه قيمتها من الدراهم يوم البيع والقبض وعليه الفتوى، وهكذا في الذخيرة والخلاصة بالعز وإلى المنتقى. وفي فتاوى قاضيخان: يلزمه المثل. وهكذا ذكر الاسبيجابي قال: ولا ينظر إلى القيمة ولكن صورها بما إذا باع مائة فلس بدرهم، وقولهم عن المنتقي يلزمه قيمتها من الدراهم يوم البيع والقبض لعله بالتوزيع فقوله يوم البيع عائد إلى البيع. وقوله يوم القبض عائد إلى القرض. وفي البزازية: والاجارة كالبيع والدين على هذا، وفي النكاح يلزمه قيمة تلك الدراهم، وإن كان نقد بعض الثمن دون بعض فسد في الباقي قوله: (وصح البيع بالفلوس النافقة وإن لم تتعين) لانها أموال معلومة وصارت أثمانا بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجبت في الذمة كالنقدين ولا تتعين وإن عينها كالنقد إلا إذا قالا أردنا تعليق الحكم بعينها فحينئذ يتعلق العقد بعينها بخلاف ما إذا باع فلسا بفلسين بأعيانهما حيث يتعين من غير تصريح لانه لو لم يتعين لفسد البيع. وهذا على قولهما، وأما على قول محمد لا يتعين وإن صرحا، وأصله أن اصطلاح العامة لا يبطل باصطلاحهما على خلافه عنده، وعندهما يبطل في حقهما كما قدمناه قوله: (وبالكاسدة لا حتى يعينها) لانها سلع فلا بد من تعينها قوله: (ولو كسدت أفلس القرض يجب رد مثلها) أي عددا عند أبي حنيفة. وقالا: عليه رد قيمتها لتعذر ردها كما قبضها لان المقبوض ثمن والمردود لا ففاتت المماثلة فصار كما لو استقرض مثليا فانقطع لكن عند أبي يوسف عليه القيمة يوم القبض، وعند محمد يوم الكساد، وقول محمد أنظر في حق المستقرض لان قيمته يوم الانقطاع أقل. وكذا في حق المقرض بالنظر إلى قول أبي حنيفة، وقول أبي يوسف أيسر لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد لا تعرف إلا بحرج. ولابي حنيفة أن القرض إعارة وموجبها رد العين معنى وذلك يتحقق برد مثله والثمنية زيادة فيه. والاختلاف مبني على الاختلاف فيمن غصب مثليا كالرطب ثم انقطع عن أيدي الناس وجبت قيمته إجماعا لكن عند أبي حنيفة يوم الخصومة، وعند أبي يوسف يوم الغصب، وعند محمد يوم الانقطاع. وفي الخانية والفتاوى الصغرى والبزازية: الفتوى على قول محمد رفقا بالناس. وفي المصباح: الفلس الذي يتعامل به وجمعه في القلة أفلس وفي الكثرة فلوس. وفي فتح القدير: وأما إذا استقرض دراهم غالبة الغش فقال أبو يوسف: في قياس قول أبي حنيفة عليه مثلها ولست أروي ذلك عنه ولكن لروايته
***
[٣٣٩]
في الفلوس إذا أقرضها ثم كسدت. وفي البزازية: وكذا الخلاف إن أقرضه طعاما بالعراق وأخذه بمكة، فعند الثاني عليه قيمته يوم قبضه بالعراق، وعند محمد قيمته بالعراق يوم اختصما، وكذا الخلاف في الفلوس المغصوبة إذا كسدت حال قيام العين، وكذا العدالي. ثم قال: ولو اشترى بالنقد الرائج وتقابضا ثم تقايلا بعد كساده رد البائع المثل لا القيمة عند الامام، ولو اشترى بالنقد الكاسد بلا إشارة وتعيين فالعقد فاسد كالكاسد الطارئ وقالوا: لو كان مكانه نكاح وجب مهر المثل وفيه نظر، ويجب أن يقال لو قيمة الكاسد عشرة أو أكثر فهي لها، وإن أقل فتمام العشرة، وإن طرأ الكساد العام في كل الاقطار ثم راجت قبل فسخ البيع يعود البيع جائزا لعدم انفساخ العقد بلا فسخ اه‍. فعلى هذا قول المصنف سابقا بطل البيع أي انفسخ أن فسخه من له الدراهم لا مطلقا اه‍. قوله: (ولو اشترى شيئا بنصف درهم فلوس صح) وعليه فلوس تباع بنصف درهم وعلى هذا لو قال بثلث درهم أو بربعه أو بدانق فلوس أو بقيراط فلوس لان التبايع بهذا الطريق متعارف في القليل معلوم بين الناس لا تفاوت فيه فلا يؤدي إلى النزاع. قيد بما دون الدرهم لانه لو اشترى بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد، أو بدرهمين فلوس لا يجوز عند محمد لعدم العرف، وجوزه أبو يوسف في الكل للعرف وهو الاصح، كذا في الكافي والمجتبى. والدانق سدس درهم والقيراط نصف السدس قوله: (ومن أعطى صيرفيا درهما فقال أعطني به نصف درهم فلوس ونصفا إلا حبة صح) لان قابل الدرهم بنصف درهم فلوس وبنصف درهم إلا حبة من الفضة فيكون نصف درهم إلا حبة بمقابلة الفضة ونصف درهم وحبة بمقابلة الفلوس. قيد بقوله به لانه لو قال أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا إلا حبة بطل في الكل

على قياس قوله، وعندهما صح في الفلوس وبطل فيما قابل الفضة لان الفساد هما عند التفصيل يتقدر بقدر المفسد، وعنده يتعدى، وأصله أن العقد يتكرر عنده بتكرار اللفظ، وعندهما بتفصيل الثمن حتى لو قال أعطني بنصفه فلوسا وأعطني بنصفه نصفا إلا حبة جاز في الفلوس وبطل في الفضة بالاجماع فهنا صور: الاولى مسألة الكتاب أعطني به نصف درهم فلوس ونصفا إلا حبة صح اتفاقا. الثانية أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا

***

[٣٤٠]

إلا حبة فسد في الكل عنده، وفي الفضة فقط عندهما. الثالثة أعطني بنصفه فلوسا وأعطني بنصفه نصفا إلا حبة جاز في الفلوس فقط. ولم يذكر المصنف القبض قبل الافتراق للعلم به مما قدمه، وحاصله إن تفرقا قبل القبض فسد في النصف إلا حبة لكونه صرفا لا في الفلوس لانها بيع فيكفي قبض أحد البدلين، ولو لم يعطه الدرهم ولم يأخذ الفلوس حتى افترقا بطل في الكل للافتراق عن دين بدين، وقدمنا شيئا من أحكام الفلوس في باب الربا وفي هذا الباب. وإلى هنا ظهر إن الاموال ثلاثة: ثمن بكل حال وهو النقدان، صحبه الباء أولا، قوبل بجنسه أو لا، ومبيع بكل حال كالثياب والدواب، وثمن من وجه مبيع من وجه كالمثليات غير النقدين من المكيل والموزون، فإن كان معينا في العقد كان مبيعا وإلا وصحبه الباء وقوبل بمبيع فهو ثمن وثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الاصل كالفلوس، فإن كانت رائجة فهي ثمن إو إلا فسلعة. ومن حكم الثمن عدم اشتراط وجوده في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل بهلاكه، ويصح الاستبدال به في غير الصرف والسلم وحكم المبيع خلافه في الكل. ومن حكمها وجوب التساوي عند المقابلة بالجنس في المقدرات إلى آخر ما قدمناه في باب الربا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

***

[٣٤١]

كتاب الكفالة ذكرها عقب البيوع لانها غالبا تكون بالثمن أو بالمبيع، ومناسبتها للصرف لانها تكون آخرا عند الرجوع معاوضة عما يثبت في الذمة من الاثمان، وقدمه عليها لانه من البيوع والكلام فيها في عشرة مواضع: الاول في معناها لغة قال في المصباح: كفلت بالمال وبالنفس كفلا من باب قتل وكفولا أيضا والاسم الكفالة، وحكى أبو زيد سماعا من العرب من بابي تعب وقرب، وحكى ابن القطاع كفلت وكفلت به وعنه إذا تحملت به، ويتعدى إلى مفعول ثان بالتضعيف والهمزة فيحذف الحرف فيهما وقد يثبت مع المثقل. قال ابن الانباري: تكفلت بالمال التزمت به وألزمته نفسي. وقال أبو زيد: تحملت به. وقال في المجمع، كفلت به كفلة وكفلت عنه بالمال لغريمه حقوق بينهما، وكفلت الرجل والصغير من باب قتل كفالة أيضا علته وقت به، ويتعدى بالتضعيف إلى مفعول ثان يقال كفلت زيدا الصغير. والفاعل عن كفالة المال كفيل به للرجل والمرأة. وقال ابن الاعرابي: وكافل أيضا مثل ضمين وضامن. وفرق الليث بينهما فقال: الكفيل الضامن والكافل هو الذي يعول إنسانا وينفق عليه. والكفل وزان حمل الضعف من الاجر أو الاثم والكفل بفتحتين العجز اه‍. وفي المغرب: الكفيل الضامن وتركيبه دال على الضم والتضمن والكفالة ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة اه‍. الثاني في معناها شرعا قد اختلف فيه وقد أشار إلى الاصح بقوله: (هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة) الضم الجمع ومن الفقهاء من جعل الضمان مشتقا من الضم وهو غلط من جهة الاشتقاق لان نون الضمان أصلية والضم لا نون فيه فهما مادتان مختلفتان، كذا في المصباح. والذمة العهد والامان والضمان، وقولهم في ذمتي كذا أي في ضماني، والجمع ذمم مثل سدرة وسدر، كذا في المصباح. وقال الاصوليون: إن الآدمي يولد وله ذمة صالحة للوجوب

***

[٣٤٢]

له وعليه. وفي التحرير: والذمة وصف شرعي به الاهلية لوجوب ماله وعليه. وفسرها فخر الاسلام بالنفس والرقبة التي لها عهد، والمراد أنها العهد فقولهم في ذمته أي في نفسه باعتبار عهدها من باب إطلاق الحال وإرادة المحل اه‍. والمطالبة من طالبته مطالبة وطلابا من باب قاتل، كذا في المصباح. وحاصله أن الكفيل والمكفول عنه صارا مطلوبين للمكفول له، سواء كان المطلوب من أحدهما هو المطلوب من الآخر كما في الكفالة بالمال أو لا كما في الكفالة بالنفس فإن المطلوب من الاصيل المال ومن الكفيل إحضار النفس، ولفظ المطالبة بإطلاقه ينتظمهما، هذا على رأي بعضهم، وجزم مسكين بأن المطلوب منهما واحد وهو تسليم النفس فإن المطلوب عليه

تسليم نفسه والكفيل قد التزمه. وقيد بالمطالبة لدفع قول من قال إنها الضم في الدين فيثبت الدين في ذمة الكفيل من غير سقوط عن الاصيل. ولم يرجح في المبسوط أحد القولين على الآخر وما يظن مانعا من لزوم صيرورة الدين الواحد دينين على هذا القول دفعه في المبسوط بأنه لا مانع لانه لا يستوفي إلا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فإن كلا ضامن للقيمة وليس حق المالك إلا في قيمة واحدة لانه لا يستوفي إلا من أحدهما، واختياره تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر فكذا هنا لكن هنا بالقبض لا بمجرد اختياره، ومما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل أنه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع الكفيل به على الاصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا يصح. والحاصل أن ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية فجاز أن يعتبر الشئ الواحد في ذمتين إنما يمتنع في عين تثبت في زمن واحد في طرفين حقيقيين، ولكن المختار ما ذكره المصنف أنه في مجرد المطالبة لا الدين لان اعتباره في ذمتين وإن أمكن شرعا لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن إلا بموجب ولا موجب لان التوثق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم، ولا بد من ثبو ت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل، كذا في فتح القدير. وكذا الوصي والولي والناظر يطالبون بما لزم دفعه ولا شئ في ذمتهم، وكذا كل أمين يطالب برد الامانة ولا شئ في ذمته، وكذا سيد العبد المأذون المديون مطالب ببيعه أو فدائه ولا دين عليه. وأما الجواب عن الهبة والابراء فإنا جعلناه في حكم دينين تصحيحا لتصرف صاحب الحق وذلك عنده، أما قبله فلا ضرورة ولا داعي إلى ذلك.

***

[٣٤٣]

وفي فتح القدير: ولا يخفى أن ما نقل من قول أبي حنيفة أن الدين فعل يقتضي أن يكون في ذمة الكفيل أيضا كما هو في ذمة الاصيل إذ فعل الاداء واجب عليه اه. وقد يقال إنما وجب عليه لاسقاط المطالبة عنه وأبو حنيفة إنما جعله فعلا لسقوطه عن الميت إذ لا يتأتى الفعل منه فلم تصح الكفالة عن ميت مفلس، وليس مراده أن حقيقته الفعل لانه وصف قائم بالذمة، وإنما مراده أن المقصود منه الفعل كما لا يخفى. وقد صرحوا في مواضع بأنه وصف ولذا قالوا: الديون تقضى بأمثالها لان ما في الذمة لا يمكن تسليمه. وفي الايضاح أخذا من الغاية أن تعريفها بالضم في الدين لا ينتظم الكفالة بالنفس والكفالة بالعين والكفالة بالفعل اه. قلت: نعم لا يشمل لكن المعرف لها بذلك إنما أراد تعريف الكفالة بالمال فإن أصل الخلاف نشأ من أن الكفيل هل يثبت في ذمته المال أو لا. ثم رأيت صاحب البدائع أشار إلى ذلك في بيان حكمها ولم يذكر الشارحون لهذا الاختلاف ثم فإن الاتفاق على أن الدين لا يستوفي إلا من أحدهما وأن الكفيل مطالب وأن هبة الدين له صحيحة ويرجع به على الاصيل ولو اشترى الطالب بالدين شيئا من الكفيل صح مع أن الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح. ويمكن أن يقال: إنها تظهر فيما إذا حلف الكفيل أن لا دين عليه فعلى الاصح لا يحنث، وعلى الضعيف يحنث، وجهد المقل دموعه وسيأتي عند قوله وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط ما يقتضي أن يكون ثمرة. وفي الخانية: رجل ادعى على غيره أنه ضمن له عن فلان الغائب كذا كذا درهما قال الشيخ الامام: يحلفه بالله ما له عليك هذا المال من الوجه الذي يدعي. وعن أبي يوسف إن عرض المدعى عليه للقاضي فإنه يحلفه بالله ما له عليك هذا المال من الوجه الذي يدعي، وإن لم يعرض حلفه بالله ما ضمن. والتعريض أن يقول المدعى عليه أن الرجل قد يضمن مالا ثم يؤدي أو يبرئه الطالب أو يؤديه المضمون عنه فيبرأ الضامن اه. وينبغي أن يكون قول الشيخ الامام مفرعا على أنها للضم في الدين، وما عن أبي يوسف مفرع على الاصح كما لا يخفى. ومما يضعف أنها الضم في الدين أن المديون لو دفع الدين ثم كفل به إنسان قالوا: لا يصح مع قولهم ببقاء الدين بعد الدفع وأن الساقط المطالبة بالالفاظ

***

[٣٤٤]

الآتية ولم يجعل أبو يوسف في قوله الاخير القبول ركنا فجعلها تتم بالكفيل وحده في المال والنفس. الثالث في بيان ركنها قالوا: هو الايجاب والقبول بالالفاظ الآتية. ولم يجعل أبو يوسف في قوله الاخير القبول ركنها فجعلها تتم بالكفيل وحده في المال والنفس. واختلف على قوله فقيل يتوقف على إجازة الطالب، وقيل تنفذ وللطالب الرد. وثمرة الخلاف فيما إذا مات المكفول له قبل القبول، فمن قال بالتوقف قال لا يؤاخذ الكفيل. الرابع في شرائطها وهي أربعة. أنواع في الكفيل والاصيل والطالب والمكفول به. ثم منها ما

هو شرط الانعقاد ومنها ما هو شرط النفاذ، أما شرائط الكفيل فالعقل والبلوغ وهما شرطان للانعقاد فلا ينعقد كفالة مجنون وصبي إلا إذا استدان الولي دينا في نفقة اليتيم وأمره بأن يضمن المال عنه فإنه صحيح، ولو أمره بكفالة نفسه عنه لم يجز لان ضمان الدين قد لزمه من غير شرط فالشرط لا يزيده إلا تأكيدا لم يكن متبرعا. فأما ضمان النفس وهو تسليم نفس الاب أو الوصي فلم يكن عليه فكان متبرعا به فلم يجز، والحرية شرط نفاذها

***

[٣٤٥]

فلم ينفذ كفالة العبد ولو مأذونا له في التجارة ويؤاخذ بها بعد العتق بخلاف الصبي لا يؤاخذ بها بعد البلوغ لعدم انعقادها، فإن أذن المولى لعبده فيها فإن كان مديونا لم يجز وإلا جازت وبيع فيها إلا إن فداه. ولم تجز كفالة المكاتب عن أجنبي ولو أذن مولاه ويطالب بها بعد عتقه، وتصح كفالة المكاتب والمأذون عن مولاهما، ولا يشترط أن يكون الكفيل صحيحا فتصح كفالة المريض لكن من الثلث لانها تبرع. وأما شرائط الاصيل فالاول أن يكون قادرا على تسليم المكفول به إما بنفسه أو بنائبه فلم تصح الكفالة عن ميت مفلس. الثاني أن يكون معلوما فلو كفل بما على واحد لم تصح ولا يشترط أن يكون حرا بالغا عاقلا. وأما شرائط المكفول له فالاول أن يكون معلوما. الثاني وجوده في مجلس العقد وهو شرط الانعقاد وقد تقدم في بيان الركن، وتفرع على اشتراط قبوله أنه لا بد من عقله لا حريته. وأما شرائط المكفول به فالاول أن يكون مضمونا على الاصيل دينا أو عينا أو نفسا أو فعلا ولكن يشترط في العين أن تكون مضمونة لنفسها. الثاني أن يكون مقدور التسليم من الكفيل فلا تجوز بالحدود والقصاص. الثالث أن يكون الدين لازما وهو خاص بالكفالة فلا تجوز الكفالة ببدل الكتابة. ولا يشترط أن يكون معلوم القدر، الكل من البدائع مختصرا. الخامس في سببها قالوا: سبب وجودها تضييق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج دفعه عنه إما تقربا إلى الله تعالى أو إزالة للاذى عن نفسه إذا كان المطلوب ممن يهمه ما أهمه، وسبب شرعيتها رفع هذه الحاجة والضرر الذي ذكرناه. السادس في حكمها ففي البدائع لها حكمان: أحدهما ثبوت

***

[٣٤٦]

مطالبة الكفيل بما على الاصيل فإن كان عليه دين طولب بكله الكفيل أن كان واحدا، وإن كانا اثنين طولب كل واحد بنصفه، وفي الكفالة بالنفس يطالب بإحضاره إن أمكن كما سيأتي. والكفيل بالعين يطالب بتسليمها حال قيامها وببدلها حال هلاكها وبالتسليم يطالب لها وبالفعل جميعا، وقدمنا أنه اشتراط الخيار فيها أكثر من ثلاثة فيما يصح تعليقه وما لا يصح قبيل الصرف. السابع في صفتها فهي عقد جائز به لازم، وسيأتي أن له الرجوع عنها في مسألة بايع فلانا فما بايعته فهو علي. الثامن في محاسنها ومساويها، فمحاسنها جليلة وهي تفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه فقد كفاهما مؤنة ما أهمهما وهو نعمة كبيرة عليهما، ولذا كانت من الافعال العالية حتى امتن الله بها حيث قال * (وكفلها زكريا) * [آل عمران: ٧٣] في قراءة التشديد المتضمن للامتنان على مريم إذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها. ومساويها كما في المجتبى قال: الامتناع على التكفل أقرب إلى الاحتياط لانه مكتوب في التوراة والزعامة أولها ملامة، وأوسطها ندامة، وآخرها غرامة اه‍. التاسع في أنواعها سيأتي أنها نوعان: كفالة بالنفس وكفالة بالمال. العاشر في دليلها قوله تعالى * (ولمن جاء به حمل بعير وأنابة زعيم) * [يوسف: ٢٧] وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم رواه أبو داود والترمذي. وفي الدر المنثور: الزعيم الكفيل وغارم من الغرم وهو أداء شئ لازم اه‍. ويحتاج إلى معرفة أسامي أربعة: المكفول عنه وهو المديون، والمكفول له وهو الدائن، والكفيل وهو الملتزم، والمكفول به وهو الدين. ويقال للمكفول بنفسه مكفول به ولا يقال مكفول عنه، كذا في التتارخانية. قوله: (وتصح بالنفس وإن تعددت) أي الكفالة بأن أخذ منه كفيلا ثم كفيلا ثم آخر وجاز رجوع الضمير إلى النفس بأن كفل واحد نفوسا كما يجوز بالديون الكثيرة لاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم من غير فصل بين الكفالة بالمال والكفالة بالنفس. ولا يقال لاغرم في كفالة النفس لانا نقول: الغرم لزوم ضرر عليه ومنه قوله تعالى * (أن عذابها

***

[٣٤٧]

كان غراما) * [الفرقان: ٥٦] ويمكنه العمل بموجبها بأن يخلي بينه وبين المكفول أو يرافقه إذا دعاه أو يكره بالحضور إلى مجلس

القاضي وإن لم يقدر استعان بأعوان القاضي، ولانه التزم ما هو واجب على الاصيل وهو حضوره إلى مجلس القاضي، وسيأتي حكم ما إذا تعدد الكفيل فسلم البعض هل يبرأ الباقي. فإن قلت: هل يجبر أحد على إعطاء الكفيل بالنفس؟ قلت: يجبر المدعى عليه على إعطاء الكفيل بمجرد الدعوى، سواء كان المدعى عليه معروفا أو لا في ظاهر الرواية إلا إذا كان غريبا، وسيأتي في كتاب الدعوى. وفي القنية: ليس للمدعي ولا للقاضي طلب الكفيل بقوله لي عليه دعوى قبل بيان الدعوى وإذا طلب القاضي منه كفيلا وامتنع يحبسه القاضي وإنما يأمره بالملازمة، كذا في البزازية. وفي البزازية: وفي الدين المؤجل إذا قرب الحول وأراد المديون السفر لا يجب إعطاء الكفيل. وفي الصغرى: ليس له مطالبة الكفيل ولم يقيد بالمؤجل. وقال الثاني: لو قيل له طلب الكفيل قياسا على نفقة شهر لا يبعد. وفي المنتقى: قال رب الدين مديوني يريد السفر له التكفيل وإن كان الدين مؤجلا. وفي الظهيرية: قالت زوجي يريد أن يغيب فخذ بالنفقة كفيلا لا يجيبها الحاكم إلى ذلك لانها لم تجب بعد. واستحسن الامام الثاني أخذ الكفيل رفقا بها وعليه الفتوى، ويجعل كأنه كفل بما ذاب لها عليه. وفي المحيط: لو أفتى يقول الثاني في سائر الديون بأخذ الكفيل كان حسنا رفقا بالناس. وفي شرح المنظومة لابن الشحنة: وهذا ترجيح من صاحب المحيط اه. وفي القنية: إن عرف المديون بالمطل والتسويف يأخذ الكفيل وإلا فلا، وجاز أن يكون المراد من تعددها أن يكون للكفيل كفيل ولذا قال في الخانية: الكفيل بالنفس إذا أعطى الطالب كفيلا بنفسه فمات الاصيل برئ الكفيلان، وكذا لو مات الكفيل الاول برئ الكفيل الثاني اه. وأشار بجواز تعددها إلى أن المكفول له إذا أخذ من الاصيل كفيلا آخر بعد الاول لم يبرأ الاول، كذا في الخانية فلقوله وإن تعددت ثلاثة أوجه قوله: (بكفلت بنفسه وبما عبر عن البدن ويجزء شائع) أي تصح الكفالة بالنفس بقوله كفلت بنفس فلان أو برأسه أو وجهه

***

[٣٤٨]

ورقبته وعنقه وكل عضو منه يعبر به عن جميع البدن أو بثلثه أو ربعه، وقد قدمناه في الطلاق. وقد ذكروصحة الكفالة بالروح ولم يذكروه في الطلاق وينبغي الوقوع به، وذكروا في الطلاق الفرج ولم يذكروه هنا وينبغي صحة الكفالة به إذا كانت امرأة، كذا في التتارخانية. ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى ما إذا كفل بعينه قال البلخي: لا يصح كما في الطلاق إلا أن ينوي به البدن. والذي يجب أن تصح الكفالة به كالطلاق إذا تعين مما يعبر به عن الكل يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفا في زمانهم، أما في زماننا فلا شك في ذلك بخلاف ما لو قال بيده أو رجله ويتأتى في دمه ما تقدم في الطلاق، كذا في فتح القدير. قيدنا بكونه جزء الكفيل عنه لان الكفيل لو أضاف الجزء إليه بأن قال الكفيل كفل لك نصفي أو ثلثي فإنه لا يجوز، ذكره في الكرخي في باب الرهن كذا في السراج الوهاج قوله: (وبضمنته) أي تصح بقوله ضمنت لك فلانا لانه تصريح بمقتضاها قيد بقوله ضمنته لانه لو قال أنا ضامن حتى تجتمعا أو تلتقيا لا يكون كفيلا لانه لم يبين المضمون نفسا أو مالا، كذا في الخانية. وفي السراج الوهاج: لو قال علي حتى نجتمعا أو نلتقيا فهو جائز لاقوله هو علي ضمان مضاف إلى العين وجعل الالتقاء غاية له. وفي التتارخانية: هو علي حتى نجتمعا فهو كفيل إلى الغاية التي ذكرها وعلى هذا فلو قال حتى تلتقيا فهو كفيل إلى الغاية اه. قوله: (وبعلى) لان كلمة على للوجوب فهي صيغة التزام. وفي التتارخانية: قال لك عند هذا الرجل أو قال دعه إلي كانت كفالة قوله: (وإلي) بمعناه لقوله صلى الله عليه وسلم من ترك كلا فإلي - أي يتيما فإلي - ومن ترك مالا فلورثته قوله: (وأنا زعيم) لان الكفيل يسمى زعيما قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف * (وأنابه زعيم) * [يوسف: ٢٧] أي كفيل، كذا ذكر الشارحون لكن ذكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي أن من الناس من يظن أن قوله تعالى

***

[٣٤٩]

* (ولمن جاء به حمل بعير وأنابه زعيم) * إن ذلك كفالة وليس منها في شئ لان القائل مستأجر لمن جاء به وهو الذي يلزمه ضمان الاجرة التي عقد عليها لمن جاء به وليس ضمانا عن أحد، وجوابه يحمل على أنه كان رسولا من جهة الملك والرسول سفير فلا تجب الاحكام عليه كأن يقول إن الملك قال لمن جاء به حمل بعير ثم يقول من جهته وأنا بذلك الحمل على الملك كفيل. وذكر الفخر الرازي بعد ما قرر أنها دليل الكفالة إلا أن هذه كفالة لرد مال السرقة وهو كفالة ما لم يجب لانه لا يحل للسارق أن يأخذ شيئا على رد

السرقة ولعل مثل هذه الكفالة كانت تصح عندهم اهـ. وذكر القاضي أن في هذه الآية دليلا على جواز الجعالة وضمان الجعل قبل تمام العمل اهـ. وفي الدر المنثور للاسيوطي عن مجاهد في قوله وأنابه زعيم قال: الزعيم هو المؤذن الذي قال أيتها العير اهـ. قوله: (وقبيل به) أي بفلان لان القبيل هو الكفيل ولذا سمي الصك قبالة لانه يحفظ الحق فمعناه القابل للضمان. وفي الصحاح: القبيل الكفيل والعريف وقد قبل به يقبل به قبالة ونحن في قبالته أي في عرافته، والقبيل الجماعة تكون من الثلاثة فصاعدا من قوم شتى مثل الروم والزنج والعرب والجمع قبل اهـ. وفي التتارخانية: أنا قبيل لك بنفس فلان كان كفيلا كما لو قال علي أن آتيك به سواء قوله: (لا بأنا ضامن لمعرفته) أي لا تصح بهذا القول. وقالابو يوسف: يصير ضامنا للعرف لانهم يريدون به الكفالة. وجه ما في الكتاب أنه التزم معرفته دون المطالبة فصار كالتزامه دلالة عليه أو قال أوقفك عليه. وقال الفقيهأبو الليث: هذا القول عنأبي يوسف غير مشهور والظاهر ما عنهما. وفي خزانة الواقعات: وبه يفتى أي بظاهر الرواية، كذا في فتح القدير. وفي الخلاصة: وعليه الفتوى. قيد بالمعرفة لانه لو قال أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ، والوجه اللزوم لانه مصدر متعد إلى اثنين فقد التزم أن يعرفه الغريم بخلاف معرفته فإنه لا يقتضي إلا معرفة الكفيل للمطلوب، كذا في فتح القدير. ولو قال أنا ضامن لوجهه فإنه يؤخذ به لان الوجه يعبر به عن الجملة فكأنه قال أنا ضامن له، كذا في السراج الوهاج. وأشار إلى أنه لو قال أنا أعرفه لا يكون كفيلا كما في السراج. وفي الخانية: لو قال أنا كفيل لمعرفة فلان لا يكون كفيلا ولو قال معرفة فلان علي قالوا يلزمه أن يدل عليه اهـ. وفي التتارخانية: ألفاظ الكفالة كل ما ينبئ عن العهدة في العرف والعادة ثم قال: لو كفل بنفس رجل وسلمه إليه وبرئ، ثم إن الطالب لزم

***

[٣٥٠]

المطلوب فقال له الكفيل دعه وأنا على كفالتي أو على مثل كفالتي لا شك أنه كفالة مبتدأة. ولم يذكر المصنف الكفالة المقيدة بالوقت. قال في الخانية: رجل كفل بنفس رجل إلى ثلاثة أيام ذكر في الاصل أنه يصير كفيلا بعد الايام الثلاثة وجعله بمنزلة ما لو قال لامرأته أنت طالق إلى ثلاثة أيام فإن الطلاق يقع بعد ثلاثة أيام، وكذا لو باع عبدا بألف إلى ثلاثة إيام يصير مطالبا بالثمن بعد الايام الثلاثة. وعن أبي يوسف يصير كفيلا في الحال، وقال في الطلاق يقع الطلاق في الحال أيضا. وقال الفقيه أبو جعفر: يصير كفيلا في الحال. قال: وذكر الايام الثلاثة لتأخير المطالبة إلى ثلاثة أيام لا لتأخير الكفالة ألا ترى أنه لو سلم المكفول به قبل الايام الثلاثة يجبر الطالب على القبول كتعجيل الدين المؤجل. وما ذكر في الاصل أراد به أن يكون كفيلا مطالبا بعد الثلاثة وغيره أخذ بظاهر الكتاب وقالوا: لا يصير كفيلا للحال فإذا مضت قبل تسليم النفس كان كفيلا أبدا إلى أن يسلم، فإذا قال أنا كفيل بنفس فلان من اليوم إلى عشرة أيام صار كفيلا في الحال، فإذا مضت العشرة خرج عنها. ولو قال أنا كفيل بنفسه إلى عشرة أيام فإذا مضت العشرة فإني برئ قال ابن الفضل: لا مطالبة عليه بها لا فيها ولا بعدها، وذكر في الاصل كفلت بنفس فلان شهرا كان كفيلا أبدا كقوله أنت طالق شهرا، ولو قال علي نفسه إلى شهر عن محمد أنه قال لا سبيل عليه حتى يمضي شهر، ولو قال نفسه علي إلى شهر فإذا مضى شهر فأنا برئ منه قال: هذا لم يضمن شيئا اهـ. وفي التتارخانية: إذا كفل إلى ثلاثة أيام كان كفيلا بعد الثلاثة ولا يطالب في الحال في ظاهر الرواية. وفي السراج: وهو الاصح. وفي الصغرى: وبه يفتى. وفي البزازية: كفل بنفسه إلى شهر على أنه برئ إذا مضى شهر قال الفقيهأبو الليث: الفتوى على أنه لا يصير كفيلا. وفي الواقعات: الفتوى على أنه يصير كفيلا كفل إلى شهر طالبة بعد شهر ويبطل ما قاله البعض أنه كفيل في الحال مؤجلا إلى شهر، دل عليه ما ذكره عصام أنه لو قال أنت طالق إلى شهر يقع بعد الاجل إلا أن ينوي الوقو في الحال دل على أنه لا يصير كفيلا في الحال وبه يفتى بخلاف أمر امرأتي بيدها إلى شهر حيث يصير الامر بيدها في الحال إلى شهر لان الطلاق لا يحتمل التأقيت والامر يحتمله، وكذا الكفالة تحتمل التأقيت، ولا نعني بقوله إنه كفيل بعد شهر أنه ليس بكفيل للحال ألا ترى أن الكفيل لو سلم للحال يجب على الطالب القبول ولو لم يصر كفيلا إلا بعد الشهر لما أجبر في الحال لكن ذكر الشهر تأجيل للكفيل حتى لا يطالب للحال ويطالب بعد الاجل اهـ. قوله: (وإن شرط تسليمه في وقت بعينه أحضره فيه إن طلبه) لانه التزمه بالشرط في الكفالة فيجب عليه الوفاء به إن طلبه في ذلك الوقت أو بعده كالدين المؤجل إذا حل قوله:

***

[٣٥١]

(أحضره وإلا حبسه الحاكم) لامتناعه عن إيفاء ما وجب عليه ولكن لا يحبسه أول مرة حتى يظهر مطله لانه جزاء الظلم وهو ليس بظالم قبل المطل. وذكر الشارح أنه ينبغي أن يفصل كما فصل في الحبس بالدين من أنه إن ثبت الدين بإقراره لم يعجل بحبسه وإلا عجل وظاهره أنه لم يطلع على نقل في المسألة. وفي البزازية: أقر بالكفالة بالنفس أو ثبتت بالبينة عند الحاكم قال الخصاف) لا يحبسه فيهما أول مرة، وفي ظاهر الرواية كذلك في الاقرار وأما في البينة يحبسه ولو أول مرة اه. وهكذا في الخانية وصرح فيها بأنه كالدين. وفي النهاية: هذا إذا لم يظهر عجزه، فإن ظهر فلا معنى لحبسه إلا أن لا يحال بينهما بل يلازمه كالمديون. وفي شرح المنظومة معزيا إلى المبسوط: لو ادعى الكفيل بالنفس أنه دفعه إلى وكيل الطالب وأنكر الطالب حلف على علمه لانه استحلاف على فعل الغير بخلاف ما إذا ادعى الكفيل بالنفس أنه دفع إليه فإنه يستحلف على البتات. وفي السراج الوهاج: ثلاثة كفلوا رجلا بنفسه كفالة واحدة فأحضره أحدهم برؤوا جميعا، وإن كانت الكفالة متفرقة لم يبرأ الباقون لان الكفالة إذا كانت واحدة فالاحضار المستحق واحد، فإذا سلمه واحد لم يبق هناك إحضار أحد، وأما إذا تفرقت فكل عقد أوجب إحضارا على حدة فإحضار واحد لا يسقط إحضار غيره، ولو تكفلوا بمال كفالة واحدة أو متفرقة فأدى واحد جميع المال برئ الباقون لان المكفول به مال واحد، فإذا أداه واحد لم يبق على غيره مال اه. وفي البزازية: كفل بنفس رجل لرجلين فسلمه إلى أحدهما برئ له والآخر على حقه لان كلا منهما ليس نائب الآخر قوله: (وإن غاب أمهله مدة ذهابه وأيابه) يعني لا يحبسه لعدم ظهور مطله وهو مقيد بما إذا أراد الكفيل السفر إليه فإن أبى حبسه للحال من غير إمهال كما في البزازية. وفي التتارخانية: وإن كان في الطريق عذر لا يؤاخذ الكفيل به والاياب بالكسر الرجوع من آب يؤب أوبا وأوبة وإيابا، كذا في الصحاح. وأشار إلى أنه لو كفل بنفس محبوس أو غائب صح كما في البزازية. وقوله وإن غاب أي وإن ثبت عند القاضي أن الكفيل غائب ببلد آخر بعلم القاضي أو ببينة أقامها الكفيل كما في البزازية. أطلقه فشمل المسافة القريبة والبعيدة كمفي فتح القدير قوله: (فإن مضت ولم يحضره حبسه) لانه ظهر مطله إلى أن يظهر للقاضي تعذر إحضاره بشهود أو بدلالة الحال فيطلقه كالمديون المفلس وينظره إلى وقت قدومه، ولا يحول بينه وبين الطالب فيلازمه ولا يمنعه من أشغاله، كذا في فتح القدير، وإن أضرته ملازمته استوثق منه كفيل، كذا في التتارخانية.

***

[٣٥٢]

قوله: (فإن غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به) لانه عاجز ولا بد من ثبوت أنه غائب لم يعلم مكانه، إما بتصديق الطالب وعليه اقتصر الشارح، أو ببينة أقامها الكفيل لما في القنية عن علي السغدي: إذا غاب المكفول عنه فللدائن أن يلازم الكفيل حتى يحضره، والحيلة في دفعه أن يدعي الكفيل عليه أن خصمك غائب غيبة لا تدري فبين لي موضعه فإن أقام بينة على ذلك تندفع عنه الخصومة اه. وفي ملازمة الطالب الكفيل عند عجزه عن إحضار الاصيل اختلاف ذكر السرخسي أنه يلازمه، وذكر شيخ الاسلام إنه لا يلازمه، كذا في التتارخانية. فإن اختلفا ولا بينة فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرفه، فإن كان له خرجة معلومة للتجارة في كل وقت فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع وإلا فالقول للكفيل لتمسكه بالاصل وهو الجهل. وقوله لا يطالب به مقيد بما إذا لم يبرهن الطالب على أنه بموضع كذا، فإن برهن أمر الكفيل بالذهاب إليه وإحضاره لانه علم مكانه، ولو علم أنه ولحق بدار الحرب يؤجل الكفيل مدة ذهابه وأيابه ولا تبطل باللحاق بدار الحرب لانه وإن كان موتا حكما لكن بالنسبة إلى ماله وإلا فهو حي مطالب بالتوبة والرجوع، هكذا أطلقه في النهاية. وقيده في الذخيرة بما إذا كان الكفيل قادرا على رده بأن كان بيننا وبينهم مواعدة أنهم يردون إلينا المرتد وإلا لا يؤاخذ به اه. وهو تقييد لا بد منه ثم في كل موضع قلنا: إنه يؤمر بالذهاب إليه للطالب أن يستوثق بكفيل من الكفيل حتى لا يغيب الآخر. وفي الخانية: الكفيل بالنفس إذا منع المكفول به عن السفر إن كانت الكفالة حالة كان له أن يمنعه حتى يخرجه عند عهدة الكفالة، وإن كانت الكفالة مؤجلة ليس له أن يمنعه من الخروج قبل حلول الاجل اه. ظاهره أن للكفيل ملازمة الاصيل إذا كانت حالة وإن لم يلازمه الطالب قوله: (فإن سلمه بحيث يقدر المكفول له أن يخاصمه كمصر برئ) لانه أتى بما التزمه إذ لم يلتزم تسليمه إلا مرة واحدة وحصل مقصود الطالب فلم تبق الكفالة كما لو تكفل بمال فقضاه. أطلقه فشمل ما إذا كان للتسليم وقت فسلمه قبله أو لا لان الاجل حق الكفيل فلإسقاطه كالدين المؤجل إذا قضاه المديون قبل الحلول والتسليم بالتخلية

بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع فيقول له هذا خصمك فخذه إن شئت، فإن سلمه بعد طلبه برئ مطلقا وإلا فلا يبرأ حتى يقول سلمته إليك بجهة الكفالة. وفي القنية: كان المكفول له جالسا مع قوم في مدرسة فجاء الكفيل بالمكفول عنه وقال له هو المكفول عنه فلم يجلس بل مر وخرج إلى باب آخر فهذا القدر تسليم منه اهـ. قيد بقوله بحيث يقدر للاحتراز عما إذا
***
[٣٥٣]
سلمه في برية أو في سواد فإنه لا يبرأ لعدم قدرته على مخاصمته في ذلك المكان، سواء شرط تسليمه في مجلس القاضي أو لا. وفي الخانية: وهو نظير ما إذا سلم المديون الدين للطالب حين خرج اللصوص فإنه لا يبرأ. وفي القنية: سلم الكفيل بالنفس المكفول عنه إلى الطالب ليلا في مكان لا يمكنه العصمة وفر منه فإن كان التسليم بطلبه يخرج عن العهدة اهـ. قوله: (ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمه ثم) لان الشرط مفيد فإن سلمه في مجلسه برئ. وأفاد بقوله سلمه ثم إلى اشتراط ذلك فإن سلمه في السوق لم يبرأ وهو قول زفر وبه يفتى في زماننا لتهاون الناس في إقامة الحق، ومحل الاختلاف في بلدة لم يعتادوا نزع الغريم من يد خصمه، كذا في التتارخانية. وهذه إحدى المسائل التي يفتى فيها بقول زفر رحمه الله تعالى، ومنها قعود المريض في صلاته كقعود المصلي في التشهد، ومنها سماع البينة من امرأة الغائب ليقرر القاضي لها نفقة، ومنها أن الوكيل بالخصومة لا يلي القبض، ومنها تضمين الساعي إذا سعى به إلى السلطان وغرمه شيئا، ومنها أن رؤية البيت من الصحن لا يكفي بل لا بد من رؤية داخله، ومنها أن رؤية ظاهر الثوب مطويا لا يكفي بل لا بد من نشره فهي سبع، وليس المراد الحصر. وفي القنية: كفل بنفسه في البلد وسلمه في الرساتيق صح إن كان فيها حاكم. وقال العلاء التاجرى والبدر: الظاهر لا يصح. قال رضي الله تعالى عنه: وجوابهما حسن لان أغلب قضاة رساتيق خوارزم ظلمة فلا يقدر على محاكمته على وجه العدل دون رساتيقهم اهـ. وإن سلمه في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة إن كان فيه سلطان أو قاض وكانت الكفالة غير مقيدة بمصر وإلا فلا يبرأ اتفاقا، كذا في التتارخانية لامكان إحضاره إلى محلس القاضي، ولا يبرأ عندهما لاحتمال أن يكون شهودة
***
[٣٥٤]
فيما عينه. وفي فتح القدير: وقولهما أوجه قيل إنه اختلاف عصر وزمان لاحجة وبرهان. وفي البزازية: ضمن نفس رجل وحبس المطلوب في السجن فسلم لا يبرأ، ولو ضمن وهو محبوس فسلمه فيه يبرأ، ولو أطلق ثم حبس ثانيا فدفعه إليه فيه. أن الحبس الثاني من أمور التجارة ونحوها صح الدفع وإن في أمور السلطان ونحوها لاحبس الطالب المطلوب ثم طالب الكفيل به فدفعه وهو في حبسه قال محمد: برئ اهـ. وفي الخانية: ولو كفل بنفس رجل وهو غير محبوس ثم حبس فخاصم الطالب الكفيل إلى القاضي الذي حبسه فقال الكفيل كفلت به وأنت حبسته بدين فلان آخر له عليه عن محمد أن القاضي يأمر بإحضار المطلوب حتى يسلمه الكفيل إلى المكفول له ثم يعاد إلى الحبس اهـ. ولو سلمه وهو مع رسول القاضي وهو ممتنع به لا يبرأ ولو سلمه قدام الحاكم برئ، كذا في البزازية. وفي فتح القدير: ولو قال المطلوب في الحبس دفعت نفسي إليه بالكفالة برئ الكفيل وفي الواقعات: رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز عن إحضاره اهـ. وفي التتارخانية: إذا شرط تسليمه عند القاضي فسلمه عند الامير أو شرط تسليمه عند هذا القاضي فسلمه عند قاض آخر جاز. قوله: (وتبطل بموت المطلوب والكفيل لا الطالب) لعجزه عن إحضاره له بعد موته، وكذا بعد موت الكفيل، ووارثهما لا يقوم مقامهما لان الخلفية فيما له لا فيما عليه، وما له لا يصلح لايفاء هذا الحق وهو إحضار المكفول به، وقد تبع المصنف صاحب الهداية في بطلانها بموت الكفيل، وفي الكرخي في باب الصلح عن الحقوق التي ليست بمال إنها لا تبطل بموت الكفيل ويطالب وارثه بإحضاره، كذا في السراج الوهاج. قيد بالكفالة بالنفس لان الكفيل بالمال إذا مات لا تبطل لان حكمها بعد موته ممكن فيوفي من ماله ثم ترجع الورثة على المكفول عنه إن كانت بأمره وكان الدين حالا، فإن كان مؤجلا لا رجوع لهم حتى يحل الاجل وإلا فلا كأدائه بنفسه، وأما موت الطالب فلا يبطلها لان وصيه ووراثه يخلفونه. أطلق المطلوب فشمل العبد لكن في الخلاصة: لو كفل بنفسه العبد فمات العبد برئ الكفيل إن كان المدعى به المال على العبد، وإن كان المدعى به نفس العبد لا يبرأ وضمن قيمته
***

[٣٥٥]
اهـ. وأشار باقتصاره في بطلانها على موت المطلوب والكفيل إلى أنها لا تبطل بإبراء الاصيل لما في البزازية: ولو كفل بنفس ثم أقر الطالب أنه لا حق له قبل المكفول به له أن يأخذ الكفيل بتسليمه ولا يبرأ، ولو قال الطالب لا حق لي قبل المكفول به لا من جهته ولا من جهة غيره لا بوكالة ولا بوصاية ولا بولاية برئ من الكفالة اهـ. فقولهم براءة الاصيل توجب براءة الكفيل إنما هو في الكفالة بالمال اللهم إلا أن يقال أن صورة براءة الاصيل فيما إذا كانت الكفالة بالنفس أن يقول ما ذكره فحينئذ الكلام على عمومه. وفي السراج الوهاج: إذا مات المكفول له لم تبطل ويسلمه الكفيل إلى ورثته فإن سلمه إلى بعضهم برئ منهم خاصة وللباقين مطالبته بإحضاره، فإن كانوا صغارا فلوصيهم مطالبته بأحضاره فإن سلمه إلى أحد الوصيين برئ في حقه وللآخر مطالبته، كذا في الينابيع اهـ. ومن الغريب ما في منظومة ابن وهبان وعزاه في الشرح إلى النتف أنها تبطل بموت الطالب والمعروف في المذهب خلافه. وفي فروق الكرابيسي: الكفالة على الكفالة جائزة وبموت الاصيل يبطلان وبموت الكفيل الاول يبرأ الثاني. والحوالة بعد الحوالة تبطل الحوالة الاولى لان الكفالة للتوثق والثانية تزيده والحوالة نقل وهما لا يجتمعان اهـ. قوله: (وبرئ بدفعه إليه وإن لم يقل إذا دفعته إليك فأنا برئ) لان موجب الدفع إليه البراءة فتثبت وإن لم ينص عليها كالمديون إذا سلم الدين والغاصب إذا سلم المغصوب والبائع إذا سلم المبيع. وأطلقه فشمل ما إذا قال سلمته إليك بجهة الكفالة أو لا إن طلبه منه، وأما إذا لم يطلبه منه فلا بد أن يقول لك كما قدمناه. وإذا أقر الطالب بقبض المكفول برئ الكفيل ولا يحتاج فيه إلى النص لان الظاهر أنه لا يقر إلا باستيفاء حقه، ولو سلم الكفيل المكفول إلى الطالب فأبى أن يقبله أجبر على قبوله بمعنى أنه ينزل قابضا كالغاصب إذا رد العين والمديون إذا دفع الدين بخلاف ما إذا سلمه فضولي فإنه لا يجبر كما إذا قضى الدين فضولي أي غير مأمور بذلك، والضمير في قوله إليه راجع إلى الطالب. وأطلقه فشمل ما إذا كان غير صاحب الحق كما إذا كان الآخذ للكفيل وكيل الدائن فيبرأ بتسليمه إلى الموكل مطلقا وإلى الوكيل إن أضافه إلى نفسه، وإن أضافه إلى موكله لم يبرأ بتسليمه إلى الوكيل لانه رسول، كذا في التتارخانية. وكما إذا أخذ القاضي من المدعى عليه كفيلا بالنفس بطلب المدعي أو بغير طلبه وسلمه الكفيل إلى القاضي برئ، وإن سلمه إلى المدعي لا يبرأ. هذا إذا لم يضفه القاضي فإن أضافه وقال القاضي إن المدعى يطلب منك كفيلا بالنفس فأعطه كفيلا بنفسك فسلم الكفيل للقاضي لا يبرأ، وإن سلمه إلى المدعى يبرأ، كذا في الخانية والبزازية. ورسول القاضي وأمينه كالقاضي، ولو كفل بنفسه إلى الوصي فسلمه إلى الورثة أو الغريم لا يبرأ، كذا في البزازية. وفي القنية: كفل بنفس رجل على أن
***
[٣٥٦]
يسلمه إلى المكفول له متى طالبه به ثم سلمه إليه قبل أن يطالبه ولم يقبله يبرأ لان حكم الكفالة وجوب التسليم وهو ثابت في الحال. وقوله على أن يسلمه إليه متى طالبه به يذكر للتأكيد لا للتعليق فقد سلمه إليه حال كونه كفيلا فيبرأ اهـ. وإنما ذكروا هذه المسألة أعني مسألة الكتاب مع ظهورها كما قاله الفقيه أبو الليث لدفع توهم أنه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة إلى أن يستوفي حقه لان الكفالة ما أريدت إلا للتوثق لاستيفاء الحق، فما لم يستوفه يجب عليه تسليمه إلى أن يستوفيه فأزال هذا الوهم ببيان أن عقد الكفالة يوجب التسليم مرة لا بقيد التكرار، كذا في فتح القدير. قوله: (وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله) أي يبرأ الكفيل بتسليم هؤلاء لان المطلوب يطالب بتسليم نفسه فإذا سلم نفسه حصل المقصود فلا معنى لبقائها كالمحيل إذا قضى الدين بنفسه فإنه يصح قبل الطالب أو، وفعل نائب الكفيل كفعله. وقيد بقوله من كفالته لانه لا يبرأ الكفيل حتى يقول المكفول سلمت نفسي إليك من الكفالة ولو أخر قوله من الكفالة لكان أولى لان الوكيل والرسول كالمكفول لا بد من التسليم عنها وإلا لا يبرأ. وقيد بتسليم النفس لان المديون لو دفع الدين إلى الكفيل قبل أن يوفي عنه ولم يقل إنه عن كفالتك كان قضاء لانه الغالب وتستحق عليه فانصرف إليه كذا في القنية. وقيد بالوكيل والرسول لانه لو سلمه أجنبي بغير أمر الكفيل وقال سلمت إليك عن الكفيل وقف على قبوله، فإن قبله الطالب برئ الكفيل، وإن سكت لا. وفي السراج الوهاج: ولو سلم المكفول بالنفس نفسه إلى المكفول له بجهة الكفالة فإنه يجبر على القبول حتى يبرأ الكفيل، وهذا إذا كانت الكفالة بالامر، أما إذا كانت بغير الامر لا يبرأ، كذا في الفوائد اهـ. ولم يظهر هذا التفصيل

ثم ظهر لي أن المراد أمر المطلوب وأن الكفالة بالنفس على وجهين: إما أن تكون بأمر المطلوب أو بغير أمره لما في التتارخانية: ولو كفل بنفسه بغير أمره فلا مطالبة للكفيل عليه إلا أن يجده فيسلمه فيبرأ اهـ. فعلى هذا إذا ضمنه بغير أمره لا يأثم بعدم التمكين منه فله الهربخلاف ما إذا كان بأمره، وعلى هذا فما قدمناه من منعه من السفر إنما هو فيما إذا كانت بأمره، وزاد في الاصلاح على رسوله إليه. وقال في الايضاح: وإنما قال إليه لان رسوله إلى غيره كالاجنبي اهـ. وفي التتارخانية: يشترط التسليم عن الكفالة ولا يحتاج أن يقول عن كفالة فلان إنما يحتاج تعيينه إذا كان كفله لرجلين، ولو قال بعد قوله ورسوله وكفيله لكان أولى لان كفيل الكفيل لو سلمه برئ كما في التتارخانية، فلو قال وبتسليم نائب الكفيل عنه لكان أحسن. قوله: (فإن قال إن لم أواف به غدا فهو ضامن لما

***

[٣٥٧]

عليه فلم يواف به أو مات المطلوب ضمن المال) لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهو متعارف يصح تعليقها به فإذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن كفالة النفس لانها كانت ثابتة قبلها ولا تنافيها كما لو كفلهما جملة. والمراد بقوله ولم يواف به مع قدرته عليه فإن عجزلا يلزمه إلا إذا عجز بموت المطلوب أو جنونه وموت المطلوب وإن أبطل الكفالة بالنفس فإنما هو في حق تسليمه إلى الطالب لا في حق المال. وقيد بموت المطلوب لان الكفيل لو مات لم يوجد شرط الكفالة المعلقة لان وارثه يقوم مقامه كموت الطالب فإن الكفيل إذا سلمه إلى وارثه برئ، ولو أبرأه الطالب عن كفالة النفس فلم يواف به لا يجب المال لفقد شرطه، ولو اختلف فقال الكفيل وافيتك وقال الطالب لم توافني به فالقول للطالب والمال لازم على الكفيل لان سبب وجوب المال التزام المال بالكفالة إلا أن الموافاة شرط للبراءة فلا يثبت بقول الكفيل، كذا في الخانية. وفي البزازية: وفيما إذا علق المال بعدم الموافاة لا يصدق الكفيل على الموافاة إلا بحجة وبيانه ما ذكره في نظم الفقه: قال الكفيل دفعته إليك اليوم المشروط وأنكره الطالب فالامر على ما كان في الابتداء ولا يمين على واحد منهما لان كلا منهما مدع الكفيل البراءة والطالب الوجوب ولا يمين على المدعي عندنا اهـ. وفي فروق الكرابيسي: رجل كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غدا فعليه المال فلم يوافه لكن المدعي وجد المدعى عليه ولازمه حتى الليل يلزمه المال، وكذا لو تغيب الطالب فلم يجده لزمه المال. هنا فصول: الثاني لو شرط على الكفيل مكانا فجاء الكفيل بالمكفول به في ذلك المكان وتغيب الطالب لزم المال الكفيل. الثالث لو اشترى بالخيار فتوارى البائع الرابع حلف ليقضين دينه اليوم فتغيب الدائن. الخامس جعل أمر امرأته بيدها إن لم تصل نفقتها فتغيبت، وعند أبي يوسف ينصب القاضي قيما في الفصلين الاخيرين لا في وفي الخلاصة: إذا توارى الاول لان الطالب متعنت فيهما لا في الاول اهـ وفي الخلاصة: إذا توارى الطالب والبائع نصب القاضي وكيلا عن الغائب قال الفقيه أبو الليث: هذا خلاف قول أصحابنا وإنما روي في بعض الروايات عن أبي يوسف ولو فعل القاضي فهو حسن اهـ. وجعل قاضيخان في فتاواه المسائل كلها على الخلاف وأن القاضي ينصب وكيلا عن الغائب على قول المتأخرين وهو قول أبي يوسف ا هـ. ولم يصور المصنف المسألة بالالف كما في الهداية لبيان أن معلومية القدر ليست شرطا لصحتها فإذا قال بما عليه فهما ثبت بالبينة أنه عليه لزمه كما سيأتي، كذا في النهاية. وكذلك لو قال الكفيل بالنفس

***

[٣٥٨]

إن لم أوافك به غدا فعلى ما أقر به المطلوب فلم يواف به غدا فأقر المطلوب أن عليه خمسمائة كان الكفيل ضامنا لما أقر، وليس هذا كما لو قال إن لم أوافك غدا فأنا ضامن لما ادعيت عليه فلو يواف به غدا فادعى الطالب عليه مالا لا يلزمه المال، وكذا لو قال إن لم أوافك به غدا فما ادعيت عليه فهو علي فلم يواف به غدا فادعى الطالب عليه مالا لا يلزمه، كذا في فتاوى قاضيخان بعد مراجعة نسخة صحيحة. وقوله إن لم أدفعه إليك غدا بمنزلة إن لم أوافك به كما في الخانية. ولو قال الكفيل بالنفس إن غاب عنك المكفول فأنا ضامن لما عليه فغاب المكفول إلى الكوفة ولم يطلبه الطالب ثم دفعه الكفيل إليه بعد رجوعه من الكوفة فالكفيل ضامن للمال لانه علقها بالغيبة، ولو قال قد كفلت لك بنفس فلان فإن غاب ولم أوافك فأنا ضامن لما عليه فغاب قبل أن يوافي لزمه المال، وهو بمنزلة ما لو قال إن غاب قبل أن أوافيك به. ولو قال إن غاب فلم أوافك به فأنا ضامن لما عليه فهذا على أن يوافيه بعد الغيبة، كذا في الخانية. وفيها أيضا: ولو كفل بنفس رجل على أن يوافي به إذا جلس القاضي، فإن لم يواف به فعليه الالف التي للطالب عليه فلم

يجلس القاضي أياما وطلب المدعي ولم يأت به فلا شئ على الكفيل من المال لانه علق الكفالة بالمال بعدم الموافاة إذا جلس القاضي ا ه‍. وقوله في الكتاب فأنا ضامن ليس بقيد ففي الخانية: إن لم أواف به فعندي لك هذا المال لزمه لان عندي إذا استعمل في الدين يراد به الوجوب، وكذا لو قال إلى هذا المال. وقيد بعدم الموافاة للاحتراز عما في البزازية: كفل بنفسه على أنه متى طالبه سلمه فإن لم يسلمه فعليه ما عليه ومات المطلوب وطالبه بالتسليم وعجز لا يلزمه المال لان المطالبة بالتسليم بعد الموت لا تصح، فإذا لم تصح المطالبة لم يتحقق العجز الموجب للزوم المال فلا يجب ا ه‍. وفي القنية: كفل بنفسه وقال إن عجزت عن تسليمه إلى ثلاثة أيام فعلي المال ثم حبس بحق أو بغير حق أو مرض مرضا يتعذر إحضاره يلزمه المال بعد الثلاثة ا ه‍. وفي وكالة منية المفتي: قال إن وافيتك به غدا فعلي ما عليه ثم وافى به لم يلزمه المال لانه شرط لزومه إن أحسن إليه ا ه‍. يعني أنه تعليق بغير المتعارف فلم تصح الكفالة. قوله: (ومن ادعى على آخر مائة دينار فقال رجل إن لم أوافك به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة) لوجود الشرط فلزم المال. قيد ببيان المال عند الدعوى لانه لو تعلق رجل بآخر وقال لي عليك دعوى ولم يبينها فكفله إنسان بالنفس على أنه إن لم يواف به غدا
***
[٣٥٩]
فعليه مائة دينار ففيه اختلاف. قالا: إذا لم يوافه به لزمته إذا ادعاها المدعي. وقال محمد: لا تلزمه لانه لما لم يبينها وقت الدعوى لم تصح الدعوى فلم يجب حضوره إلى مجلس القاضي فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح بالمال لانها مبنية عليها. ولهما أنه يمكن تصحيحها لان العادة جرت بالابهام في الدعاوى في غير مجلس القضاء ثم يبينوها عنده دفعا للحيل فصحت الدعوى والملازمة على احتمال البيان، فإذا بين بعده انصرف إلى البيان أولا فظهر به صحة الكفالة بالنفس فصحت بالمال حملا على أن الكفيل كان يعلم خصوص المال المدعى به تصحيحا لكلام العاقل ما أمكن. والحاصل أنا لا نحكم حال صدورها بالفساد بل الامر موقوف على ظهور الدعور بذلك القدر فإذا ظهرت ظهر أنه إنما كفل بالقدر المدعى به. وفي الخلاصة: كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غدا فعليه ألف درهم ولم يقل التي عليه فمضى الغد ولم يواف به وفلان يقول لا شئ علي والطالب يدعي ألفا والكفيل ينكر وجوبه على الاصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الاول، وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا شئ عليه ا ه‍. وهذا يقتضي أن الحاصل أن أبا حنيفة وحده، ويستفاد بها أن الالف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وإن كان الكفيل ينكر وجوبه، كذا في فتح القدير. وقيد بكون المال على المكفول بالنفس لانه لو كان على غيره ففيه اختلاف كما لو كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به في يوم كذا فعليه ما للطالب على فلان آخر جاز ذلك استحسانا وهو قول محمد، وفي القياس لا يجوز وهو قول أبي يوسف، ذكره قاضيخان. وفي المحيط: جعل الخلاف على العكس وجعل أبا حنيفة مع أبي يوسف. وفي السراج الوهاج: وكذا لو كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غدا كان كفيلا بنفس رجل آخر كان على هذا الاختلاف ا ه‍. ولا بدفي مسألة الكتاب من إقرار المدعى عليه
***
[٣٦٠]
بالمائة لما في السراج الوهاج: لو ادعى على رجل ألفا فأنكره فقال له رجل إن لم أوافك به غدا فهو علي فلم يواف به غدا لا يلزمه شئ لان المكفول عنه لم يعترف بوجود المال ولا اعترف الكفيل بها أيضا فصار هذا مالا متعلقا بخطر فلا يجوز ا ه‍. ولم يذكر المصنف حكم ما إذا علق الكفيل بالمال براءته بموافاته غدا بأن قال كفلت لك مما عليه على أني إن وافيتك به غدا فأنا برئ من المال فوافاه به للاختلاف فيه فإن فيه روايتين: في رواية يبرأ، وفي رواية لا، وهما مبنيان على تعليق براءة الكفيل بالشرط وستأتي في الكتاب والمسألة في السراج الوهاج كما ذكرناه قوله: (ولا يجبر على الكفالة بالنفس في حد وقود) وهذا عند الامام، وقالا بالجبر في حد القذف والقصاص دون غيرهما. قيد بالجبر لان أخذه برضاه بلا طلب في حد القذف والقصاص جائز اتفاقا. لهما أنها شرعت لتسليم النفس وهو واجب على الاصيل فصحت به كما في دعوى المال بخلاف الحدود الخالصة لانها محض حق الله تعالى. وله إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة في حد ولانها للاستيثاق ومبناهما على الدرء. والحق التمرتاشي حد السرقة بهما في جواز التكفيل بنفس من عليه إجماعا، وفي الاجبار عليها عندهما، وجعله من حقوق العباد لكون الدعوى فيه شرطا بخلاف غيره لعدم اشتراطها. ولا يجب الحضور بسببها فإذا لم يكفل عنده يلازمه إلى قيام القاضي من مجلسه فإن برهن وإلا خلى سبيله، وليس تفسير الجبر عندهما الجبر بالحبس وإنما هو الامر

بالملازمة. قوله: (ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران أو عدل) أي في الحدود والقود لان الحبس لتهمة الفساد وشهادة المستورين أو الواحد العدل تكفي لاثباتها لان خبر الواحد
***
[٣٦١]
حجة في الديانات والمعاملات فتثبت شهادة العدل التهمة وإن لم تثبت أصل الحق. وظاهر كلامهم أنها لا تثبت بخبر مستور واحد والحبس بتهمة الفساد مشروع لانه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا بتهمة بخلاف دعوى الاموال حيث لا يحبس فيها قبل الثبوت لانه نهاية عقوبتها فلا يثبت إلا بحجة كالحد نفسه، وكلامهم هنا يدل ظاهرا على أن القاضي يعزر المتهم وإن لم يثبت عليه وقد كتبت فيها رسالة وحاصلها أن ما كان من التعزير من حقوقه تعالى فإنه لا يتوقف على الدعوى ولا على الثبوت بل إذا أخبر القاضي عدل بما يقتضيه أحضره القاضي وعزره لتصريحهم هنا بحبس المتهم بشهادة مستورين أو واحد عدل والحبس تعزير، وصرحنا بجواز الهجم على بيت المفسد وجواز إخراجه من البيت وجواز نفيه عن البلد وتخليد حبسه إلى أن يتوب، وأن من ذلك ما إذا سمع صوت غناء في بيته أو أخبر القاضي باجتماعهم على الشراب أو كان يؤذي الناس بيده ولسانه، وجواز التعزير بالقتل وجوازه بأخذ المال. ومعناه على ما في البزازية إمساكه عنه إلى أن يتوب. وفي السراج الوهاج: وأما التعزير فتجوز الكفالة به يعني أنه يجوز للقاضي الابتداء بطلب ذلك لانه من حقوق العباد كالديون ا ه‍. فظاهره أن ما كان من حقوقه تعالى لا يجوز به كالحدود قوله: (وبالمال ولو مجهولا إذا كان دينا صحيحا) أي تصح الكفالة بالمال ولو كان المال مجهولا، وصحتها بالاجماع وصحت مع جهالة المال لبنائها على التوسع ولذا جاز شرط الخيار فيها أكثر من ثلاثة، ويدل عليه إجماعهم على صحتها بالدرك مع أنه لا يعلم كم يستحق من المبيع كله
***
[٣٦٢]
أو بعضه والدين الصحيح ما لا يسقط إلا بالاداء أو الابراء فلم تصح ببدل الكتابة لانه يسقط بدونهما بالتعجيز، وكذا لا يجوز ببدل السعاية عنده خلافا لهما، كذا في السراج الوهاج مع أنه لا يسقط إذ هو لا يقبل التعجيز. وكذا لا تصح الكفالة بدين هو على ابن المكاتب أو عبده لان من دخل في مكاتبته فهو مكاتب لمولاه، كذا في البزازية بخلاف أرش الشجة وقطع الطرف فإنه دين صحيح فصحت به. وفي فتح القدير: وما نوقض به من أنه لو قال كفلت لك ببعض مالك على فلان فإنه لا يصح ممنوع بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزمه أن يبين أي مقدار شاء ا ه‍. وفي البدائع: وأما كون المكفول به معلوم الذات في أنواع الكفالات أو معلوم القدر فليس بشرط حتى لو كفل بأحد شيئين غير عين بأن كفل بنفس رجل أو بمن عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء، وكذا إذا كفل بنفس رجل أو بما عليه أو بنفس رجل جاز آخرا وبما عليه جاز ويبرأ بواحد منهما إلى الطالب، ولو كفل عن رجل بما لفلان عليه أو بما يدركه في هذا البيع جاز ا ه‍ قيد بجهالة المال للاحتراز عن جهالة الاصيل والمكفول له فإنها مانعة حتى لو قال من غصبك من الناس أو بايعك أو قتلك فأنا كفيل لك عنه أو قال من غصبته أنت أو قتلته فأنا كفيل له عنك لا يجوز إلا إذا كانت كفالة يسيرة في المكفول عنه نحو أن يقول كفلت لك بمالك على أحد هذين فيجوز والتعيين للمكفول له لانه صاحب الحق. وفي البزازية: شهدا على رجل أنه كفل بنفس رجل نعرفه بوجهه إن جاء به لكن لا نعرفه باسمه يجوز كما لو قال
***
[٣٦٣]
عند القاضي كفلت لرجل أعرفه بوجهه لان الجهالة في الاقرار لا تمنع صحته ويقال له أي رجل أتيت به وقلت إنه هذا وحلفت عليه برئ ت من الكفالة ا ه‍. وأطلق صحتها فشمل كل من عليه المال حرا كان أو عبدا، مأذونا أو محجورا، صبيا أو بالغا، رجلا أو امرأة، مسلما كان أو ذميا، وكل من له المال لكن في البزازية: الكفالة للصبي التاجر صحيحة لانه تبرع عليه وللصبي العاقل غير التاجر روايتان. ودخل تحت الدين الصحيح بدل العتق فإذا أعتق عبده على مال فكفله به رجل جاز، كذا في البزازية. ومنه ما إذا كان للمكاتب مال على رجل فأمره فضمنه لمولاه من مكاتبته أو دين سوى ذلك جاز لان أصل ذلك المال واجب للمكاتب على الكفيل، وهذا أمر منه أن يدفع ما عليه لمولاه، كذا في البزازية. وخرج عنه كما خرج بدل الكتابة ما لو دفع إلى محجور عشرة لينفقها على نفسه فقال إنسان كفلت بهذه العشرة لا تصح لانه ضمن ما ليس بمضمون، فإن ضمن قبل الدفع بأن قال ادفع العشرة إليه على أني ضامن

لك العشرة هذه يجوز، وطريقه أن يجعل الضامن مستقرضا من الدافع ويجعل الصبي نائبا عنه في القبض، وكذا الصبي المحجور إذا باع شيئا فكفل رجل بالدرك للمشتري إن ضمن بعد ما قبض الصبي الثمن لا يجوز، وإن قبل قبضه يجوز. محجور اشترى متاعا وضمن رجل الثمن للبائع عنه لا يلزم الكفيل الثمن، ولو ضمن المتاع يعينه كان ضامنا، كذا في البزازية. وفي التتارخانية: لو ضمن بدل الكتابة وأدى رجع بما أدى. وفي جامع
***
[٣٦٤]
الفصولين: كفل مسلم عن ذمي بخمر لذمي قيل د لا يصح مطلقا، وقيل لو كانت الخمرة بعينها عند المطلوب يصح على قياس قولابي حنيفة إذ يجوز عنده للمسلم أن يلزمه نقل الخمر كما لو أجر نفسه لنقلها اه. ودخل فيه ما لو صادر الوالي رجلا وطلب منه مالا وضمن رجل ذلك وبذل الخط ثم قال الضامن ليس لك علي شئ لانه ليس للوالي عليه شئ. قال شمس الاسلام: والقاضي يملك المطالبة لان المطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية، كذا في البزازية. فائدة: ذكر الطرسوسي في مؤلف له أن مصادرة السلطان لارباب الاموال لا تجوز إلا لعما بيت المال مستدلا بأن عمر رضي الله تعالى عنه صادر أبا هريرة رضي الله تعالى عنه. وفي الدر المنثورة في تفسير سورة يوسف في قوله تعالى * (اجعلني على خزائن الارض) * [يوسف: ٥٥] قال: اخرج ابن أبي حاتم والحاكم عن أبي هريرة قال: استعملني عمر على البحرين ثم نزعني وغرمني اثني عشر ألفا ثم دعاني بعد إلى العمل فأبيت فقال: لم وقد سأل يوسف العمل وكان خيرا منك؟ فقلت: إن يوسف ابن نبي ابن نبي وأنا ابن أمية وأنا أخاف أن أقول بغير علم وأن أفتي بغير علم وأن يضرب ظهري ويشتم عرضي ويؤخذ مالي ا ه. قوله: (بكفلت عنه بألف) بيان لالفاظها وهو صريح. أطلقه فشمل ما إذا كان الاصيل مطالبا به الآن أو لا، فتصح الكفالة عن العبد المحجور ربما يلزمه بعد عتقه باستهلاك أو قرض، ويطالب الكفيل به الآن كما لو فلس القاضي المديون وله كفيل فإن المطالبة تتأخر عن الاصيل دون الكفيل، كذا في التتارخانية. وفي التتارخانية: رجل له مال على رجل فقال رجل للطالب ضمنت لك ما على فلان أن أقبضه وأن أدفعه إليك قال: ليس هذا على ضمان المال أن يدفعه من عنده إنما هذا على أن يتقاضاه ويدفعه إليه، وعلى هذا معاني كلام الناس. ولو غصب من مال الرجل ألفا فقاتله المغصوب منه وأرا أخذها منه فقال رجل لا تقاتله فأنا ضامن لها آخذها وأدفعها إليك لزمه ذلك، ولو كان الغاصب استهلك الالف وصارت دينا كان هذا الضمان باطلا وكان عليه ضمان التقاضي ا ه. وفي البزازية: ضمن ألفا على أن
***
[٣٦٥]
يؤديها من ثمن الدار هذه فلم يبعها لا ضمان على الكفيل ولا يلزمه بيع الدار ا ه. وفيها قبله: كفل عنه بألف على أن يعطيه من وديعته التي عنده جاز إذا أمره بذلك، وليس له أن يسترد الوديعة منه فإن هلكت الوديعة برئ والقول فيه للكفيل، فإن غصبها المودع أو غيره وأتلفها برئ الكفيل ا ه قوله: (وبما لك عليه) وسيأتي أنه لا بد من البرهان أنه له عليه كذا أو إقرار الكفيل وإلا فالقول له مع يمينه. وفي الخانية: رجل قال لجماعة اشهدوا أني قد ضمنت لهذا الرجل بالالف التي له على فلان ثم إن المديون أقام البينة أنه كان قد قضاه قبل أن يضمنه الكفيل قبلت بينته وبرئ المطلوب عن دين الطالب، ولا يبرأ الكفيل عن دين الطالب لان قول الكفيل كان إقرارا منه بالدين عند الكفالة فلا يبرأ الكفيل، ولو أقام المديون بينة على القضاء بعد الكفالة برئ المديون والكفيل جميعا ا ه. وفي جامع الفصولين: قال دينك الذي على فلان أنا أدفعه إليك أنا أسلمه إليك أنا أقبضه لا يصير كفيلا ما لم يتكلم بلفظ يدل على الالتزام كقوله كفلت ضمنت علي إلي لو أتى بهذه الالفاظ منجزا لا يصير كفيلا ولو معلقا كقوله لو لم تؤد فأنا أؤدي فأنا أدفع يصير كفيلا فهو نظير ما في قول من قال أنا أحج لا يلزمه شئ، ولو قال لو دخلت الدار فأنا أحج لزمه الحج إدا دخل ا ه. وفي القنية: أنا في عهدة ما على فلان كفالة وكتبه الكفالة بالحط بعد طلب الدائن كفالة وإن لم يتلفظ بها ا ه. وفي الملتقط: رجل جاء بكتاب سفتجة إلى رجل من شريكه فدفعه إليه فقرأه ثم قال ما كتبها لك عندي فهو ليس بضامن، وكذا لو قال الدافع اضمنها لي فقال قد أثبتها لك عندي، ولو قال كتبتها لك علي أو قال أثبتها لك علي فهذا ضامن نأخذه به ا ه. وقدمنا عن التتارخانية أنه لو قال للطالب لك عندي هذا الرجل كان كفيلا به، فعلى هذا كلمة عند لا تفيد الكفالة بالمال وتفيدها بالنفس، وعلي هذا وقعت حادثة قال رجل للدائن لا تطالب فلانا

مالك عندي وأفتيت أنه لا يكون كفيلا، وقدمنا عن الخانية في المعلقة بعدم الموافاة أن عندي على فعلى هذا تكون عندي ك " علي في التعليق فقط.
***
[٣٦٦]
قوله: (وبما يدركك في هذا البيع) وهذا هو ضمان الدرك. والدرك لغة بفتحتين وسكون الراء اسم من أدركت الشئ ومنه ضمان الدرك، كذا في المصباح. واصطلاحا الرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع. وفي البزازية من آخر الدعوى في فصل الاستحقاق: وإن استحق المبيع وله كفيل بالدرك لا يرجع على الكفيل ما لم يجب على البائع فبعده هو بالخيار ولا يرجع على الكفيل بقيمة البناء والغرس ا ه. وفي السراج الوهاج: فإذا استحق المبيع كان للمشتري أن يخاصم البائع أولا فإذا ثبت عليه استحقاق المبيع كان له أن يأخذ الثمن من أيهما شاء، وليس له أن يخاصم الكفيل أولا في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أن له ذلك وأجمعوا أنه لو ظهر المبيع حرا كان له أن يخاصم أيهما شاء ا ه. قوله: (وما بايعت فلانا فعلى) من أمثلة الكفالة بالمجهول. وفي المبسوط: ولو قال إذا بعته شيئا فهو علي فباعه متاعا بألف درهم ثم باعه متاعا بعد ذلك بألف درهم لزم الكفيل الاول دون الثاني لان حرف إذا لا يقتضي التكرار بخلاف كلما وما ومثل إذا متى وإن. ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان قبل أن يبايعه ونهاه عن مبايعته ثم بايعه بعد ذلك لم يلزمه شئ لان لزوم الكفالة بعد وجود المبايعة وتوجه المطالبة على الكفيل فأما قبل ذلك هو غير مطلوب بشئ ولا ملتزم في ذمته شيئا فيصح رجوعه، يوضحه أن بعد المبايعة إنما أوجبنا المال على الكفيل دفعا للغرور عن الطالب لانه يقول إنما اعتمدت في المبايعة معه كفالة هذا الرجل وقد اندفع هذا الغرور حين نهاه عن المبايعة ا ه. وفي الولوالجية: لو قال رجعت عن الكفالة قبل
***
[٣٦٧]
المبايعة ثم بايعه لم يلزم الكفيل. فرق بين هذه المسألة وبين الكفالة بالذوب حيث إذا رجع الكفيل قبل الذوب لا يصح، والفرق أن في هذه المسألة هذه الكفالة مبنية على ما هو غير لازم وهو الامر فإنه قال بايعه فما بايعته فهو على إن لم يقل بايعه فهو قائل دلالة فالامر غير لازم، والمبني على الشئ يكون تبعا له وتبع غير اللازم لا يكون لازما، فأما الكفالة بالذوب غير مبنية على ما هو غير لازم ا ه. وفي البزازية: فإن قال الطالب والمطلوب تبايعنا على كذا ولزم على كذا لا يلتفت إلى إنكار الكفيل ويؤاخذ بلا بينة، فإن نهاه الكفيل بعد الكفالة عن المبايعة ورجع عن الضمان صح نهيه ولا يجب عليه ضمان ما لزم بالمبايعة بعده، فإن أنكر الكفيل والمكفول عنه المبايعة بعده فبرهن على أحدهما بالمبايعة والتسليم لزمهما ا ه. قوله: (وما غصبك فلان فعلي) هو كذلك من أمثلة المجهول. وفي البدائع: لو قال إن غصبك فلان ضيعتك فأنا ضامن لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد يجوز بناعلى أن غصب العقار لا يتحقق عندهما خلافا له ا ه. وفي القنية: ما غصبك فلان فعلي يشترط القبول للمال ا ه. يعني لا عند الغصب، وكذا فيما قبله من ما بايعت وما ذاب. قيد بقوله ما بايعت فلانا لانه لو قال بايع فلانا على أن ما أصابك من خسران فعلي لم يصح، كذا في البزازية. وفيها: إن غصب مالك واحد من هؤلاء القوم فأنا ضامن صح بخلاف قوله إن غصب مالك إنسان حيث لا يصح ا ه. وفيها أيضا: طلب من غيره قرضا فلم يقرضه فقال رجل أقرضه فما أقرضته فأنا ضامن فأقرضه في الحال من غير أن يقبل ضمانه صريحا يصح
***
[٣٦٨]
ويكفي هذا القدر قوله: (وطالب الكفيل أو المديون) لانه موجبها ولو قال وطالبهما لكان أولى لبيان ذلك، وليفيد حكم طلب أحدهما بالاولى، وأشار إلى أن له حبس أحدهما. وفي البزازية من القضاء من فصل الحبس: وإذا حبس الكفيل يحبس المكفول عنه معه وإذا لوزم يلازمه لو الكفالة بأمره وإلا لا، ولا يأخذ المال قبل الاداء. دلت المسألة على جواب الواقعة وهو أن المكفول له يتمكن من حبس الاصيل والكفيل وكفيل الكفيل وإن كثروا ا ه. وسيأتي في الكتاب ما يشير إليه. ثم اعلم أنه يطالبهما إذا كان المال حالاعليهما، فإن كان حالا على أحدهما مؤجلا على الآخر طالب من حل عليه فقط كما سنشرحه بعد إن شاء الله تعالى قوله: (إلا إذا شرط البرءاة فحينئذ تكون حوالة كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل كفالة) اعتبارا للمعنى فيهما مجازا لا للفظ، وإذا صارت حوالة جرى فيها أحكامها، وكذا في عكسه تجري أحكام الكفالة. وفي وكالة البزازية: الوصاية حال حياته وكالة والوكالة بعد موته وصاية

لان المنظور المعاني ا هـ. وفي إجارتها وتنعقد بقوله أعرتك هذه الدار شهرا بكذا وكل شهر بكذا ولا تنعقد الاعارة بالاجارة حتى لو قال أجرتك منافعها سنة بلا عوض تكون إجارة فاسدة لا عارية، وكذا لو قال وهبتك منافعها بلا عوض لا تكون عارية ا هـ. فاستعير لفظ العارية للاجارة دون عكسه وليس خارجا عن قولهم الاعتبار للمعاني لان معنى الاجارة وجد في الاعارة لانها من التعاور وهو التناوب وهو معنى الاجارة حيث كان بعوض والاجارة لا تستعار للاعارة لانها تفيد العوض والاعارة تفيد عدمه، وقدمنا في أول البيوع أن شركة المفاوضة يعتبر فيه لفظها لا المعنى وذكرنا الجواب عنه قوله: (ولو طالب أحدهما كان له أن يطالب الآخر) لما ذكرنا - قالوا - بخلاف المغصوب منه إذا اختار أحد الغاصبين لان اختيار أحدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضي به فلا يمكنه التمليك من الآخر بعد ذلك، وأما المطالبة بالكفالة لا تقتضيه ما لم يوجد منه حقيقة الاستيفاء. وفي غصب البزازية: اختار المالك تضمين الغاصب الاول ورضي به الغاصب أو لم يرض لكن حكم له بالقيمة على الاول فليس له أن يرجع ويضمن الثاني، وإن لم يرض به الاول ولم يحكم به كان له أن يرجع ويضمن الثاني، فإن اختاره الاول ولم يعطه شيئا وهو مفلس فالحاكم يأمر الاول بقبض ماله على الثاني ويعطيه له، فإن أبي المالك يحضرهما ثم يقبل البينة على الغاصب الثاني للغاصب الاول ويأخذ ذلك من الثاني فيقبضه.
***
[٣٦٩]
قوله: (ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق كأن استحق المبيع) أي ملائم لمقتضي العقد والملاءمة فيه بكونه سببا لوجوبه عبر عنه بالشرط مجازا لان استحقاقه سبب لوجوب الثمن على البائع للمشتري، ومن هذا القبيل ما في الآية فإن الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو المجئ بالصاع فإنه سبب وجوب الجعل، وقدمنا الكلام على الآية ومنه ما في الخلاصة ناقلا عن الاصل: قال للمودع إن أتلف المودع وديعتك أو بجدك فأنا ضامن لك صح، وكذا إن قتلك أو ابنك فلان خطأ فأنا ضامن للدية صح بخلاف إن أكلك سبع ونحوه مما ليس ملائما ا هـ. والاضافة إلى سبب الوجوب حقيقي كما في الكتاب وحكمي كما إذا كفل بالاجرة فإنها لا تجب على الكفيل إلا باستيفاء الاصيل أو التمكن أو شرط التعجيل كأنه مضاف إلى سبب الوجوب، وتمامه إجارة البزازية. قوله: (أو لامكان الاستيفاء كأن قدم زيد وهو مكفول عنه) فإن قدومه سبب موصل للاستيفاء منه، ولم يذكر الشارحون للمختصر مفهوم قوله وهو مكفول عنه ومفهومه أنه لو علقها بقدوم زيد الاجنبي لم يصح. وظاهر ما في القنية الصحة على الاصح قال فيهما لا يصح التعليق بشرط غير متعارف كدخول الدار أو قدوم زيد إلا أن الاصح ما ذكر أبو نصر أنه يصح بقدوم زيد، ذكره في تحفة الفقهاء ا هـ. وهو بإطلاقه شامل للاجنبي ولكن ينبغي أن يحمل على أنه مكفول عنه لقوله في العناية: قيد بكون زيد مكفولا عنه لانه كان أجنبيا كان التعليق به باطلا كما في هبوب الريح ا هـ. وهكذا في فتح القدير. والحق أنه لا يلزم أن يكون مكفولا عنه. قال في البدائع: لان قدومه وسيلة إلى الاداء في الجملة لجواز أن يكون مكفولا عنه أو مضار به ا هـ. ويدل عليه أيضا ما قدمناه من الاصح وعبارة البدائع أزالت اللبس وأوضحت كل
***
[٣٧٠]
تخمين وحدس. وفي البزازية: قال ضمنت لك عن فلان ألفا فإذا قدم فلان فأنا برئ منه إن كان فلان غريما له بألف جاز شرط البراءة، فإن كان فلان أجنبيا ليس بينه وبين الطالب والمطلوب تعلق في هذا الالف تصح الكفالة ويبطل شرط البراءة ا هـ. فكما يصح تعليقها بقدوم الاصيل يصح تعليق البراءة منها بقدومه قوله: (أو لتعذره كان غاب عن المصر) لان غيبته سبب لتعذر الاستيفاء ومنه ما في المعراج: ضمنت كل مالك على فلان إن توى فهو جائز، وكذا إن مات ولم يدع شيئا فهو ضامن، وكذا إن حل مالك على فلان ولم يوافك به فهو علي أو إن حل مالك على فلان فهو علي وإن مات فهو علي ا هـ. ومنه ما في البزازية: إن غاب ولم أوافك به فأنا ضامن لما عليه فإن هذا على أن يوافي به بعد الغيبة. وعن محمد قال: إن لم يدفع مديونك مالك أو لم يقضه فهو علي، ثم إن الطالب تقاضى المطلوب فقال المديون لا أدفعه ولا أقضيه وجب على الكفيل الساعة. وعنه أيضا إن لم يعطك المديون دينك فأنا ضامن إنما يتحقق الشرط إذا تقاضاه ولم يعطه ذلك. وفي الفتاوى: إن تقاضيت ولم يعطك فأنا ضامن فمات قبل أن يتقاضاه ويعطيه بطل الضمان ولو بعد التقاضي. قا أنا أعطيك فإن أعطاه مكانه أو ذهب به إلى السوق أو منزله أو أعطاه جاز، وإن طال ذلك ولم يعطه من يومه

لزم الكفيل. عبد مأذون مديون طالبه غريمه بكفيل خوفا من أن يعتقه مولاه فقال رجل إن أعتقه مولاه فأنا ضامن جازت الكفالة ا هـ. ومنه ما في القنية: قال للدائن إن لم يؤد فلان مالك عليه إلى ستة أشهر فأنا ضامن له يصل التعليق لانه شرط متعارف ا هـ. قوله: (ولا يصح بنحو إن هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالا) ومثله التعليق بنزول المطر ودخول الدار وقدوم زيد وهو غيمكفول عنه. وذكر الشارح أن المذكور في المختصر مذكور في الهداية والكافي وهو سهو فإن الحكم فيه أن التعليق لا يصح ولا يلزم المال لان الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم، ذكره قاضيخان وغيره. ولو جعل الاصل في الكفالة إلى هبوب الريح لا يصح التأجيل ويجب المال

***

[٣٧١]

حالا ا هـ. وهو سهو منه فإن المصنف لم يقل فتصح الكفالة ويجب المال حالا والموجود في النسخ المعتمدة الاقتصار على قوله: ولا تصح بنحو إن هبت الريح ولذا لم ينسب العيني السهو إلى المصنف وإنما نسبه إلى الهداية، فعلى هذا الانسب أن يقرأ ولا تصح بالتاء أي الكفالة لا بالياء ليكون للتعليق، وكل منهما مخطئ في نسبته إلى الهداية وعبارة الهداية هكذا، فأما ما لا يصح بمجرد الشرط كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر، وكذا إذا جعل كل واحد منهما أجلا إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لم تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق ا هـ. لان قوله إلا أنه تصح الكفالة إنما يعود إلى الاجل بنحو إن هبت الريح لا إلى التعليق بالشرط. وقوله لما صح تعليقها معناه لما صح تأجيلها بأجل متعارف مجازا ومجوزه عد الثبوت في الحال في كل واحد منهما، وانما صحت مع الاجل الغير المتعارف ولم تصح مع التعليق بغير المتعارف لان التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في الاصول والاجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه

***

[٣٧٢]

كما أشار إليه في العناية. وفي فتح القدير: فالحاصل أن الشرط الغير الملائم لا تصح معه الكفالة أصلا ومع الاجل الغير الملائم تصح حالا ويبطل الاجل لكن تعليل المصنف هذا بقوله لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط يقتضي أن في التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالة وانما يبطل الشرط، والمصرح به في المبسوط وفتاوى قاضيخان أن الكفالة باطلة فتصحيحه أن يحمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها بجامع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال. وقلد المصنف في هذا الاستعمال لفظ المبسوط فإنه ذكر التعليق وأراد التأجيل. هذا وظاهر شرح الاتقاني المشي على ظاهر اللفظ. وفي الخلاصة: كفل بماله على أن يجعل له الطالب جعلا فإن لم يكن مشروطا في الكفالة فالشرط باطل، وإن كان مشروطا فيها فالكفالة

***

[٣٧٣]

باطلة ا هـ. وهذا يفيد أنها تبطل بالشروط الفاسدة إذا كانت في صلبها ا هـ. وهكذا في معراج الدراية ونقل في البناية ما في العناية والمعراج ولم يتعقبه، وقد ظهر لي أنه لا حاجة إلى جعل التعليق بمعنى التأجيل بل المراد إنما صحت الكفالة مع هذا التأجيل لان الكفالة لما صح تعليقها بشرط في الجملة وهو الملائم لم تبطل بالشروط الفاسدة والتأجيل بغير المتعارف شرط فاسد فلم تبطل به، ولا يخالفه فرع الخلاصة لانه الاجل بعد العقد كما قدمناه فليس في صلبها. وفي الخانية: كفل عن رجل بدين له على أن فلانا وفلانا يكفلان عنه بكذا وكذا من هذا المال فأبى الآخران أن يكفلا. قال الفقيه أبو بكر البلخي: الكفالة الاولى لازمة ولا خيار له في ترك الكفالة ا هـ. قوله: (فإن كفل بماله عليه فبرهن على ألف لزمه) لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولا يكون قول الطالب حجة عليه كما لا يكون حجة على الاصيل لانه مدع قوله: (وإلا صدق الكفيل فيما أقر بحلفولا ينفذ قول المطلوب على الكفيل) أي وإن لم يبرهن فالقول للكفيل فيما يقر بمع يمينه على نفي العلم لا على البتات كما في الايضاح، ولا يكون قول المطلوب حجة عليه لانه إقرار على الغير وهو معنى قوله ولا ينفذ. قال العيني بالتشديد. قيد بقوله على الكفيل لانه ينفذ على نفسه. قيد بقوله بماله عليه لانه لو كفل بما ذا ب لك على فلان أو بما ثبت فأقر المطلوب بمال لزم الكفيل لان الثبوت حصل بقوله وذاب بمعنى حصل وقد حصل بإقراره بخلاف الكفالة بمالك عليه فإنها بالدين القائم في الحال وما ذاب ونحوه الكفالة بما سيجب والوجوب ثبت بإقراره. وخرج أيضا ما إذا كفل

بما قضى لك عليه فلا يلزمه إلا بقضاء القاضي ومثل مالك عليه ما أقر لك به أمس، فلو قال المطلوب أقررت له بألف أمس لم يلزم الكفيل لانه قبل مالا واجبا عليه لا ما لا يجب عليه في الحال ولم يثبت أنه

***

[٣٧٤]

واجب عليه، فلو قال ما أقربه فأقر به للحال لزمه ولو قامت بينة أنه أقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لانه لم يقل ما كان أقر لك، ولو أبى المطلوب اليمين فألزمه القاضي اليمين فنكل لم يلزم الكفيل لان النكول ليس بإقرار بل بذل. وفي الخلاصة: رجل قال ما أقر به فلان فعلي فمات الكفيل ثم أقر فلان لزم في تركة الضامن وكذا ضمان الدرك، وإذا كفل بهذا اللفظ في صحته ثم مرض الكفيل فأقر المطلوب بألف لزم المريض جميع ما أقر به في جميع ماله، كذا في الخانية. وفي الخلاصة: رجل قال لآخر بايع فلانا فما بايعته من شئ فهو على صح، فإن قال الطالب بعته متاعا بألف وقبضه مني وأقر به المطلوب وجحد الكفيل يؤخذ به الكفيل استحسانا بلا بينة ولو جحد الكفيل والمكفول عنه البيع وأقام الطالب البينة على أحدهما أنه باعه وسلم لزمهما. وفي فتاوى قاضيخان: رجل قال لغيره ما ذاب لك على فلان من حق أو ما قضى لك عليه من حق فهو علي، فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البينة على الكفية أنه له على المكفول عنه ألف درهم لا تقبل بينته حتى يحضر المكفول عنه، ولو أقام المدعي على الكفيل بينة أن قاضي بلد كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بألف درهم قبلت هذه البينة ويقضي على الكفيل بأمر ويكون ذلك قضاء على الغائب، ولو كفل رجل عن رجل بأمره بما للطالب على المكفول عنه فغاب الاصيل فأقام الطالب البينة على الكفيل أن له على فلان الغائب ألف درهم وأنه كفل له بأمر فلا الغائب قبلت هذه البينة ويكون ذلك قضاء على الحاضر وعلى الغائب ا ه‍. قوله: (فإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه) لانه قضى دينه بأمره ومعنى الامر أن يشتم كلامه على لفظة عني كأن يقول اكفل عني أو اضمن عني لفلان، فلو قال اضمن الالف التي لفلان علي لم يرجع عليه عند الاداء لجواز أن يكون القصد ليرجع أو لطلب التبرع فلا يلزم المال، كذا في فتح القدير. وخرج عنه مسألة في الخانية: لو قال ادفع له كل يوم درهما علي على أن ذلك علي فدفع له كل يوم حتى اجتمع مال كثير فالكل على الكفيل ا ه‍. وبه علم أن لفظة عني ليست شرطا بل هي أو ما قام مقامها وهو على أن ذلك علي، وكذا الخليط يرجع بالاجماع وإن لم يقل عني. والخليط هو الذي يعتاد الرجل مداينته والاخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجرار منه، كذا في فتح القدير. وأطلق الامر فشمل الحقيقي كما مثلنا، والحكمي كما إذا كفل الاب عن ابنه الصغير مهر امرأته ثم مات فأخذ من تركته فإن للورثة الرجوع في نصيب الابن لانه كفالة بأمر الصبي حكما لثبوت الولاية بخلاف ما إذا أدى الاب بنفسه ولم يشهد فإنه لا رجوع له لاحتمال أنه أدى تبرعا كما هو العادة بخلاف ما

***

[٣٧٥]

إذا أشهد فإن الصريح يفوق الدلالة، كذا في شرح المجمع للمصنف من المهر. ومن الامر الحكمي مفي تلخيص الجامع الكبير: لو جحد الكفيل الكفالة بعد الدعوى عليه بها فبرهن المدعى عليها بالامر وقضى بها على الكفيل وأدى فإنه يرجع على المديون، وإن كان مناقضا لكونه صار مكذبا شرعا بالقضاء عليه. وقال زفر: لا رجوع لانه أقر أنه لا حق له حين جحدها ا ه‍. وقول المطلوب اضمن عني لفلان كذا إقرار بالمال كما في الخانية وأطلق في قوله كفل بأمره وهو مقيد بمن يصح أمره فلا رجوع على الصبي والعبد المحجورين إذا أدى كفيلهما بالامر لعدم صحته منهما ولكن يرجع على العبد بعد عتقه، وأما الصبي فلا رجوع عليه مطلقا. ولو تكفل الكفيل بإذن وليه كما في المبسوط بخلاف المأذون فيهما لصحة أمره وإن لم يكن أهلا لها. وأطلق في قوله بما أدى وهو مقيد بأن يؤدي ما ضمن، أما إذا أدى خلافه بأن كان المكفول به جيدا فأدى رديئا أو بالعكس فإن رجوعه بما ضمن لا بما أدى لكونه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه الكفيل بالهبة أو بالارث ولا يرد عليه أنه تمليك الدين من غير من عليه الدين لاننا ننقل الدين إليه بمقتضى الهبة للضرورة وله نقله بالحوالة أو بجعل الدين الواحد كدينين بخلاف المأمور بقضاء الدين فإنه يرجع بما أدى إن أدى أردأ من الدين وإن أدى أجود لم يرجع إلا بالدين لان حق رجوعه إنما هو بالاداء بأمره، ولذا لا يملكه لو وهب له فيرجع بما أدى ما لم يخالف أمره بالزيادة أو بجنس آخر. وقوله رجع بما أدى مقيد بما إذا دفع ما وجب دفعه على الاصيل، فلو كفل عن المستأجر بالاجرة

فدفع الكفيل قبل الوجوب لا رجوع له كما في إجارات البزازية. وأطلق فيما أدى فشمل ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الالف المكفول بها على خمسمائة فإنه يرجع بالخمسمائة لا بما ضمن وهو الالف لانه إسقاط أو هو إبراء عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل إلى الكفيل. وفي فتح القدير من بيع الفضولي: إذا كفل بالمسلم فيه وأداه من ماله يصير مقرضا حتى لا يرجع بقيمته إن كان ثوبا لان الثوب مثلي في باب السلم فكذا فيما جعل تبعا له ا ه. وفي رهن الخانية: باع شيئا وأخذ بالثمن كفيلا بأمر المشتري فأدى الكفيل الثمن ثم هلك المبيع عند البائع فإن الكفيل لا يخاصم البائع ولا يرجع عليه بالثمن وإنما يخاصم المشتري ثم المشتري يرجع على البائع بما دفع الكفيل إليه ا ه. قوله: (وإن كفل بغير أمره ثم أجازها لان الكفالة لزمته ونفذت لعيه بغير أمر غير موجبة للرجوع فلا تنقلب
***
[٣٧٦]
موجب له كما في الكافي. وهذا إذا أجاز بعد المجلس، أما إذا أجازفي المجلس فإنها تصير موجبة للرجوع، كذا في فصول العمادية. وفي آخر الولوالجية من الحيل: رجل كفل بنفس رجل ولم يقدر على تسليمه فقال له الطالب ادفع إلي مالي على المكفول عنه حتى تبرأ عن الكفالة فأراد أن يؤديه على وجه يكون له حق الرجوع على المطلو ب، فالحيلة في ذلك أن يدفع الدين إلى الطالب ويهب الطالب مال المطلوب ويوكل بقبضه فيكون له حق المطالبة، فإذا قبضه يكون له حق الرجوع لانه لو دفع إليه المال بغير هذه الحيلة يكون متطوعا، ولو أدى بشرط أن لا يرجع لا يجوز ا ه. وقذكر قاضيخان في هذا الكتاب مسائل الامر بنقد المال وأنها على أربعة أقسام: منهما يرجع المأمور على الآمر سواء قال ادفع عني أو لم يقل، خليطا كان الآمر أو، وهي أن يقول اكفل لفلان بألف درهم علي أو انقده ألف درهم علي أو اضمن له الالف التي علي أو اقضه ماله علي أو اعطه الالف التي له علي أو ادفع كذلك، ففي هذه كلها كلمة علي كعني. ومنها ما يرجع إن كان خليطا وإلا لا لو قال ادفع إلى فلان ألفا ولم يقل عني ولا علي فدفعها رجع إن كان خليطا وإلا لا. ومنها ما لا رجوع فيه في جميع الاحوال إلا إذا شرط الآمر الضمان وقال على أني ضامن وهي ما لو قال هب لفلان عني ألفا فإذا وهب المأمور كانت من الآمر ولا رجوع للمأمور عليه ولا على القابض وللآمر الرجوع فيها والدافع متطوع، ولو قال على أني ضامن ففعل جازت وضمن الآمر للمأمور وللآمر الرجوع فيها دون الدافع، وكذا أقرض فلانا ألفا وكذا عوض عني فلانا فإن قال على أن ترجع علي رجع وإلا فلا، وكذا كفر عن يميني بطعامك أو أد زكاة مالي بمال نفسك أو
***
[٣٧٧]
أحج عني رجلا أو أعتق عني عبدا عن ظهاري. وليس في نسختي بيان القسم الرابع الذي قال فيه أو لا أنه يرجع إن ذكر عني وإلا فلا قوله: (ولا يطالب الكفيل بالمال قبل أن يؤدي عنه) لانه إنما التزم المطالبة وإنميتملك الدين بالاداء فلا يرجع قبل التملك. فإن قلت: هل للكفيل أخذ الرهن من الاصيل قبل أن يؤدي عنه؟ قلت: قال في الخانية: كفل عن رجل بمال ثم إن المكفول عنه أعطى الكفيل رهنا ذكر في الاصل أنه لو كفل بمال مؤجل على الاصيل فأعطاه المكفول عنه رهنا بذلك جاز ا ه. قيد بالكفيل لان الوكيل بالشراء له الرجوع على الموكل قبل الاداء لما بينهما من المبادلة الحكمية حتى تحالفا لو اختلفا في مقدار الثمن وللوكيل حبس المبيع إلى استيفاء الثمن قوله: (فإن لوزم لازمه) أي إن لازم الكفيل الطالب لازم الاصيل ليخلصه من هذه العهدة. وأشار إلى أنه لو حبس الكفيل حبس المطلوب، وقدمنا عن البزازية أنه مقيد بما إذا كانت الكفالة بأمره وإلا فلا يلازم الاصيل لانه ما أدخله ليخلصه، وقدمنا أن للطالب حبسهما. وينبغي أن يقيد أيضا بما إذا كان المال حالا على الاصيل كالكفيل وإلا فليس له ملازمته، وسيأتي بيان الحلول على الكفيل وحده. وقيده في السراج الوهاج أيضا بما إذا لم يكن على الكفيل للمطلوب دين مثله وإلا فلا يلازمه. وأشار المؤلف إلى أن المحال عليه إذا لوزم وكانت الحوالة بأمر المحيل كان له أن يلازم المحيل ليخلصه عن ملازمة المحال له، وإذا حبسه كان له أن يحبسه إلا أن يكون للمحيل على المحال عليه دين مثله وقد احتال بماله عليه مقيدا فليس للمحال عليه أن يلازم المحيل إذالوزم ولا يحبسه إذا حبس ا ه. قوله: (وبرئ بأداء الاصيل) أي برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءته لانه لا
***
[٣٧٨]

دين عليه في الصحيح وإنما عليه المطالبة فيستحيل بقاؤها بلا دين، هكذا ذكر الشارح تبعا للهداية. وظاهره أن القائل بأن الكفيل عليه دين لا يبرأ بأداء الاصيل وليس كذلك بل يبرأ إجماعا لان تعدد الدين عند القائل به حكمي فيسقط بأداء واحد ا ه. قوله: (ولو أبرأ الاصيل أو أخر عنه برئ الكفيل وتأخر عنه) لما قدمناه أنه يلزم من إبراء الاصيل إبراؤه والتأخير إبراء موقت فتعتبر بالابراء المؤيد. وإنما قال أبرأ الاصيل أي أبرأ الطالب ولم يقل لو برئ الاصيل لانه لا يلزم من براءته براءته لما في الخانية: ضمن له ألفا على فلان فرهن فلان أنه كان قضاه إياها قبل الكفالة فإنه يبرأ الاصيل دون الكفيل، ولو برهن أنه قضاه بعدها يبرآن ا ه. فقد برئ الاصيل في الوجه الاول فقط ولكن يخرج عنه حينئذ مسألة في الخانية هي لو مات الطالب والاصيل وارثه برئ الكفيل أيضا لكون المطلوب ملك في ذمته فبرأ وبراءته توجب براءته، فعلى هذا لو عبر ببرئ لشملها. ويجاب عما ذكرناه من فرع الخانية السابق بأنه ليس من باب البراءة وإنمتبين أن لا دين على الاصيل والكفيل عومل بإقراره كما

***

[٣٧٩]

لا يخفى. وخرج عن مسألة الكتاب ما إذا تكفل بشرط براءة الاصيل فإن الاصيل يبرأ دون الكفيل لكونها صارت مجازا عن الحوالة. وفي جامع الفصولين: باع المديون بيع وفاء برئ كفيله فلو تفاسخا لا تعود الكفالة ا ه. وهو يدل على أن الدين إذا عاد إلى الاصيل بما هو فسخ لا يعود على الكفيل، وسيأتي عن التتارخانية بيانه. وفي السراج الوهاج: ويشتر قبول الاصيل البراءة، فإن ردها ارتدت. وهل يعود الدين على الكفيل؟ فيه قولان وموت الاصيل كقبوله وإنما قال أو أخر عنه للاحتراز عما إذا تأخر المطالبة عن الاصيل لا بتأخير الطالب كالعبد المحجور إذا لزمه شئ بعد عتقه فكفل به إنسان فإن الاصيل تتأخر المطالبة عنه إلى إعتاقه ويطالب كفيله للحال، ومنه المكاتب إذا صالح عن دم عمد وكفل به رجل ثم عجز تأخرت المطالبة عن الاصيل دون الكفيل والمسألتان في الخانية معللا بأن الاصيل إنما تأخرت عنه لاعساره، ومفهومه أن الاصيل لو كان معسرا ليس للطالب مطالبته ويطالب الكفيل لو موسرا. وفي التتارخانية: لو أجل الطالب الاصيل فلم يقبل صار حالا عليهما، ولو أجله شهرا ثم سنة دخل الشهر في السنة والآحال إذا اجتمعت انقضت بمرة ا ه. وفي النهاية: ان ابراء الاصيل وتأجيله يرتدان بالرد وإبراء الكفيل يرتد بالرد وأما تأجيله فلا يرتد بالرد ا ه. قوله: (ولا ينعكس) أي براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل ولا التأخير عنه يوجب التأخير عن الاصيل لان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز. قيد بالتأخير أي التأجيل بعد الكفالة بالمال حالا لانه لو كفل بالمال الحال مؤجلا إلى شهر فإنه يتأجل عن الاصيل لانه لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه، أما ها هنا بخلافه، كذا في الهداية. أطلقه في براءة الكفيل فشمل ما إذا قبل أو لم يقبل كما في السراج الوهاج، وأشار باقتصاره على عدم براءة الاصيل إلى أن الكفيل إذا أبرأه الطالب فلا رجوع له عليه بخلاف ما إذا وهبه الدين أو تصدق به عليه فإن له الرجوع على الاصيل. ولا بد من

***

[٣٨٠]

قبول الكفيل في الهبة والصدقة فلو كان الابراء والهبة بعد موته فقبل الوارث صح فإن رد ورثته ارتد في قول أبي يوسف وبطل الابراء لانه إبراء لهم. وقال محمد: لا يرتد بردهم كما لو أبرأه في حياته ثم مات. ويستثنى من قوله براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل ما في السراج الوهاج: لو أحال الكفيل الطالب على رجل فقبل الطالب والمحال عليه برئ الكفيل والاصيل لان الحوالة حصلت بأصل الدين والدين أصله على المكفول عنه فتضمنت الحوالة برأتهما. ولو اشترط الطالب وقت الحوالة براءة الكفيل خاصة برئ الكفيل ولا يبرأ المكفول عنه وللطالب أن يأخذ بدينه أيهما شاء إن شاء الاصيل وإن شاء المحال عليه، ولا سبيل له على الكفيل حتى يتوي المال على المحال عليه ا ه. وكذا يستثنى منه ما في الخانية: إذا مات الطالب والكفيل وارثه برئ الكفيل عن الكفالة وبقي المال على المكفول عنه على حاله، وإن كانت الكفالة بغير أمره برئ المطلوب أيضا لانه لما مات الطالب صار ذلك المال ميراثا لورثته. ولو ملك الكفيل المال في حياة الطالب بالقضاء أو الهبة يرجع على المكفول عنه إن كانت الكفالة بأمره وإن كانت بغير أمره لا رجوع ا ه. ففيما إذا مات الطالب والكفيل وارثه وكانت بغير أمره لزم من براءة الكفيل براءة الاصيل. ثم اعلم أن قول صاحب الهداية فيما قدمناه لو كفل بالمال الحال مؤجلا إلى شهر يتأجل عن الاصيل أيضا محمول على غير القرض لما في التتارخانية: وإذا كفل بالقرض

مؤجلا إلى أجل مسمى فالكفالة جائزة والمال على الكفيل إلى الاجل المسمى وعلى الاصيل حال. وعزاه إلى الذخيرة ثم عزا إلى الغياثية: لو كفل بالقرض فأخر عن الكفيل جاز ولا يتأخر عن الاصيل. ويخالفه ما صرح به في تلخيص
***
[٣٨١]
الجامع من أنه شامل للقرض فإن هذا هو الحيلة في تأجيل القروض وقدمناه في التأجيل. وللطرسوسي في أنفع الوسائل كلام فيه فراجعه. وفيها: ولو كفل بدين مؤجل ثم باعه الكفيل شيئا بالدين قبل حلوله سقط، ولو أقال البيع أو رد بالتراضي عاد الدين ولم يعد الاجل، ولو انفسخت الحوالة بالتوي عاد الاجل، وكذا لو باع الاصيل الطالب بدينه سقط فلو رد عليه بملك جديد عاد الدين على الاصيل ولم يعد على الكفيل، وبالفسخ من كل وجه يعود على الكفيل. ولو كان الاجل لاحد الكفيلين أكثر فحل على الآخر وأدى رجع على الاصيل حتى يحل على الآخر أو يرجع الآخر بنصفه ثم يتبعان الاصيل بالنصف اه. وإذا لم يكن تأجيل الكفيل تأجيلا للاصيل فإذا أدى الكفيل قبل مضي الاجل لا رجوع له على الاصيل حتى يمضي الاجل باتفاق الروايات، وكذا إذا حل على الكفيل بموته لا يحل على الاصيل، وكذا إذا حل على الاصيل بموته لا يحل على الكفيل. وعن أبي يوسف إذا كان على
***
[٣٨٢]
رجلين ألف مؤجل وكل واحد كفيل عن صاحبه فمات أحدهما أخذ ما عليه بالاصالة، وأما ما عليه بالكفالة يبقى مؤجلا هو الصحيح، كذا في التتارخانية. قوله: (ولو صالح أحدهما رب المال عن ألف على نصفه برئ ا) أي صالح الاصيل أو الكفيل الطالب على نفس الدين برئ الكفيل والاصيل، أما إذا صالح الاصيل فظاهر لانه بالصلح يبرأ وبراءته توجب براءة الكفيل، وأما إذا صالح الكفيل فلانه أضافه إلى الالف الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة، فبراءته توجب براءة الكفيل، ثم برئ ا جميعا عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع على الاصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر لكونه مبادلة فملكه فرجع بالالف. أطلقه فشمل ما إذا شرط الكفيل برأتهما أو براءة الاصيل أو لم يشرط شيئا، وأما إذا شرط براءة الكفيل وحده برئ دون الاصيل، هكذا ذكر الشارح. وليس المراد أن الطالب يأخذ البدل في مقابلة إبراء الكفيل عنها، وإنما المراد أن ما أخذه من الكفيل محسوب من أصل دينه ويرجع بالباقي على الاصيل قال في الهداية: ولو كان صالحه عما استوجب من الكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا إبراء الكفيل عن المطالبة اه. قال في النهاية: أي ما وجب بالكفالة وهو المطالبة صورته ما في المبسوط: لو صالحه على مائة درهم على أن إبراء الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل على الاصيل بمائة ورجع الطالب على الاصيل بتسعمائة لان إبراء الكفيل يكون فسخا للكفالة يكون إسقاطا لاصل الدين ا ه. وهكذا في فتح القدير وقال قبله: وإن شرط براءة الكفيل
***
[٣٨٣]
وحده برئ الكفيل عن خمسمائة والالف بتمامها على الاصيل فيرجع الكفيل بخمسمائة إن كان بأمره والطالب بخمسمائة. ا ه وفي التتارخانية: الكفيل إن كان بالنفس إذا صالح الطالب على خمسمائة دينار على أن أبرأه من الكفالة بالنفس يجوز ولا يبرأ عنها، فلو كان كفيلا بالنفس والمال عن إنسان واحد وصالح على خمسين بالشرط برئ. ثم قال: الكفيل بالنفس إذا قضى الدين الذي على الاصيل على أنه يبرئ عن الكفالة ففعل جاز القضاء والابراء، وأما إذا أعطاه عشرة ليبرئ عن الكفالة بالنفس فأبرأه لم يسلم له العوض باتفاق الروايات وفي براءته عنها روايتان ا ه. وفي الخانية: لو صالح الكفيل الطالب على شئ ليبرئ ه عن الكفالة لا يصح الصلح ولا يجب المال على الكفيل ا ه. وهو بإطلاقه شامل للكفالة بالمال والكفالة بالنفس قوله: (وإن قال الطالب للكفيل برئ ت إلي من المال رجع على المطلوب) أي الكفيل على الاصيل معناه إذا ضمن بأمره لان البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها إلى الطالب لا تكون إلا بالايفاء فيرجع فصار كإقراره بالقبض منه أو النقد منه أو الدفع إليه، واستفيد منه براءة المطلوب للطالب لاقراره كالكفيل قوله: (وفي برئ ت أو أبرأتك لا) أي في قول الطالب للكفيل برئ ت - بفتح التاء - أو أبرأتك لا يرجع الكفيل على المطلوب، أما في أبرأتك فلا خلاف فيه لانه إبراء لا ينتهي إلى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن إقرارا بالايفاء. وأنت في حل بمنزلة أبرأتك، وأما في برئ ت فقال محمد: هو مثله لاحتماله البراءة بالاداء إليه والابراء فيثبت الادنى إذ لا رجوع بالشك. وقال

أبو يوسف: هو مثل الاول لانه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب وإليه الايفاء دون الابراء. وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان إليه لانه هو المجمل حتى في برئ ت إلي لاحتمال لاني أبرأتك مجازا وإن كان بعيدا في الاستعمال، كذا في النهاية. وفي فتح القدير: والحوالة كالكفالة في هذا. قيد بقوله برئ ت لانه لكتب في الصك برئ الكفيل من الدراهم التي كفل بها كان إقرارا بالقبض عندهم جميعا كقوله برئ ت إلي بقضية العرف فإن العرف بين الناس أن الصك يكتب على الطالب بالبراءة إذا حصلت بالايفاء، وإن حصلت

***

[٣٨٤]

بالابراء لا يكتب عليه الصك فجعلت الكتابة إقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الابراء، كذا في فتح القدير. واختلف المتأخرون فيما إذا قال المدعى عليه أبرأني المدعي من الدعوى التي يدعي علي، منهم من قال هو إقرار بالمال كما لو قال أبرأني من المال الذي ادعاه، ومنهم من قال لا يكون إقرارا لان الدعوى تكون بحق وبباطل، كذا في فتح القدير. وفي البزازية من الدعوى: دعوى البراءة عن الدعوى لا يكون إقرارا بالدعوى عند المتقدمين وخالفهم المتأخرون، ودعوى البراءة عن المال إقرار وقول المتقدمين أصح اه. قوله: (وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراآت، ويروى أنه يصح لانه عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان إسقاطا محضا كالطلاق، ولهذا لا يرتد إبراء الكفيل بالرد بخلاف إبراء الاصيل، كذا في الهداية. وظاهره ترجيح عدم بطلانه بناء على الصحيح. وذكر الزيلعي الشارح أنه لا يصح التعليق أيضا وإن لم يكن عليه إلا المطالبة لما فيه من تمليك المطالبة وهي كالدين لانها وسيلة إليه والتمليك لا يقبله. وفي الخانية: لو قال للكفيل أخرجتك عن الكفالة فقال الكفيل لا أخرج لم يصر خارجا ا ه. فثبت أن إبراء الكفيل أيضا يرتد بالرد. وفي المعراج: قيل المراد بالشرط الشرط المحض الدي لا منفعة للطالب فيه أصلا كدخول الدار ومجئ الغد لانه غير متعارف، أما إذا كان متعارفا فإنه يجوز كما في تعليق الكفالة لما في الايضاح: لو كفل بالمال والنفس وقال إن وافيتك غدا فأنا برئ من المال فوافاه غدا يبرأ من المال، فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة

***

[٣٨٥]

بالمال، وكذا إذا علق البراءة باستيفاء البعض يجوز أو علق البراءة عن البعض بتعجيل البعض يجوز، ذكره في مبسوط شيخ الاسلام. فعلم أن المراد بالشرط الشرط الغير المتعارف، واختلاف الروايتين في صحة التعليق محمول على هذا، فرواية عدم الجواز فيما إذا كان غير متعارف، ورواية الجواز فيما إذا كان متعارفا ا ه. فعلى هذا فكلام المؤلف محمول على شرط غير متعارف. وأراد من الكفالة الكفالة بالمال احترازا عن كفالة النفس فإنه يصح تعليق البراءة منها على تفصيل مذكور في الخانية قال: إذا علق براءة الكفيل بالنفس بشرط فهو على وجوه ثلاثة: في وجه تجوز البراءة ويبطل الشرط نحو أن يكفل رجل بنفسه رجل فأبرأه الطالب عن الكفالة على أن يعطيه الكفيل عشرة دراهم جازت البراءة ويبطل الشرط، وإن صالح الكفيل المكفول له على مال ليبرئ ه عن الكفالة لاصح الصلح، ولا يجب المال على الكفيل ولا يبرأ عن الكفالة في رواية الجامع وإحدى روايتي الحوالة والكفالة، وفي رواية أخرى يبرأ عن الكفالة. وفي وجه تجوز البراءة والشرط وصورة ذلك: رجل كفل بنفس رجل وبما عليه من المال فشرط الطالب على الكفيل أن يدفع المال إلى الطالب ويبرئ ه عن الكفالة بالنفس جازت الكفالة والشرط. وفي وجه لا يجوز كلاهما وصورة ذلك: رجل كفل بنفس رجل خاصة فشر الطالب على الكفيل أن يدفع إليه المال ويرجع بذلك على المطلوب فإنه يكون باطلا ا ه. قوله: (والكفالة بحد وقود) أي بطل التكفيل بحد وقود لانه يتعذر إيجابه عليه لعدم جريان النيابة في العقوبة لعدم حصول المقصود منها وهو الزجر. قيل الكفالة بنفس الحد والقود لان الكفالة بنفس من عليه يجوز، وصرح به في البناية وأشار إليه في الهداية. وقدمنا أنه لا يجوز بنفس من عليه في الحدود الخالصة فليراجع في شرح قوله ولا يجبر على الكفالة بالنفس في حد وقود قوله: (ومبيع ومرهون وأمانة) أي وبطلت الكفالة بالمبيع والمرهون. أما الكفالة بالمبيع للمشتري فلان المبيع مضمون بغيره وهو الثمن، والكفالة بالاعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لكن إنما تصح بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء أو المغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون لان من شرطها أن يكون المكفول مضمونا على الاصيل بحيث لا يمكنه أن يخرج عنه إلا بدفعه أو دفع مثله، والمبيع قبل القبض ليس بمضمون على البائع حتى لو هلك لا يجب عليه شئ

***
[٣٨٦]
وإنما ينفسخ به البيع، والمرهون غير مضمون على المرتهن بنفسه وإنما يسقط دينه إذا هلك فلا يمكن إيجاب الضمان على الكفيل، وهو ليس بواجب على الاصيل. أطلقه فشمل ما إذا ضمن الرهن عن المرتهن للراهن أو عكسه، كذا في جامع الفصولين. وأما الامانة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية والمستأجر في يد المستأجر فلا يمكن جعلها مضمونة على الكفيل وهي غير مضمونة على الاصيل وقالوا: رد الوديعة ليس بواجب على المودع بل الواجب عدم المنع عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها. قيد بالكفالة بالعين لان الكفالة بتسليمها أمانة أو مضمونة صحيحة، وفائدته حينئذ إلزام إحضار العين وتسليمها، ولو عجز بأن مات العبد المبيع أو المستأجر أو الرهن انفسخت الكفالة وزان الكفالة بالنفس سواء. وما ذكره شمس الائمة السرخسي أن الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل فقد نص في الجامع الصغير أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة، وكذا في المبسوط. ونص القدوري أنها بتسليم المبيع جائزة، ونص في التحفة على جميع ما أوردناه أن الكفالة بالتسليم صحيحة. والوجه عندي أن لا فرق بين الثلاث الاول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية وما معها من الآمانات إذ لا شك في وجوب الرد عند الطلب. فإن قال الواجب التخلية بينه وبينها لا ردها إليه فنقو: فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو أن يحصلها ويخلي بينه وبينها بعد إحضاره إليها. ونحن نعني بوجوب الرد ما هو أعم من هذا ومن حمل المردود إليه. قال في الذخيرة: الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة، كذا في فتح القدير. ورده على شمس الائمة السرخسي مأخوذ من معراج الدراية ويساعده قول الشارح ويجوز في الكل أن يتكفل بتسليم العين مضمونة أو أمانة. وقيل: إن كان تسليمه واجبا على الاصيل كالعارية والاجارة جاز وإلا فلا، فأفاد أن التفصيل بين أمانة وأمانة ضعيف. قوله: (وصح لو ثمنا ومغصوبا ومقبوضا علي سوم الشراء ومبيعا فاسدا) أي صح الضمان لو كان المضمون إلى آخره. أما لثمن فلكونه دينا صحيحا مضمونا على المشتري، وأماما عداه فلكوه مضمونا بنفسه على الاصيل لانه إذا هلك وجبت قيمته وهي كهو.
***
[٣٨٧]
ويستثنى من الثمن ما باع به صبي محجور عليه فكفل به رجل أو كفل بالدرك بعدما قبض الصبي الثمن لم تصح الكفالة لكونه كفل بما ليس بمضمون على الاصيل، وإن كفل بالدرك قبل قبض الصبي صحت، كذا في الخانية. ومما تصح به الكفالة من الاعيا بدل الصلح عن الدم لو كان عبدا فكفل به إنسان صحت، فإن هلك قبل القبض فعليه قيمته، ومنها المهر وبدل الخلع لان هذه الاشياء لا تبطل بهلاك العين، كذا في الخانية. لو كفل بالثمن فاستحق المبيع برئ الكفيل، وكذا لو رده بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو شرط، ولو كفل المشتري بالثمن لغريمه ثم استحق المبيع برئ الكفيل، ولو رده بعيب بقضاء أو بغير قضاء لا. ولو كفل بالمهر عنه ثم سقط عنه كله قبل الدخول أو نصفه قبله برئ الكفيل عن الكل في الاول وعن النصف في الثاني حكما لبراءة الزوج. ولو كفل بالثمن ثم ظهر فساد البيع رجع الكفيل بما دفعه إن شاء على البائع وإن شاء على المشتري، وإن فسد بعد صحته بأن ألحقا به شرطا فاسدا فالرجوع للمشتري على البائع وتمامه في التتارخانية هنا. وذكر في باب خيار الشرط لو كان بالثمن كفيل ففسخ المشتري فلم يرد المبيع إلى البائع فله مطالبة الكفيل بالثمن حتى يرد المشتري المبيع اه. وهو مخالف لقوله هنا إن الكفيل يبرأ بفسخ البيع بخيار الشرط ونحوه فليتأمل. وأما ضمان المغصوب فإن كان المضمون عينا قائما فيلزم الضامن إحضارها وتسليمها لا قيمتها إن هلكت، وإن كالمضمون مستهلكا فالمضمون قيمته لما في السراج الوهاج: ولو ادعى على رجل أنه غصبه ألف درهم وهو في يده أو في منزله أو ادعى شيئا يكون دينا من مكيل أو موزون فضمن له رجل ما ادعى كان على الضامن أن يأتي بذلك الشئ بعينه، فإن لم يأت بذلك الشئ لم يضمن حتى يستحقه المدعي على المدعى عليه، وإن ادعى ألفا مستهلك أو كرا مستهلكا فضمنه رجل فهو ضامن من ساعته وإن لم يقم المدعي بينة لان العين مادامت باقية فالضمان ينصرف إلى إحضارها ولا ينصرف إلى تسليمها إلا بعد الاستحقاق، وإن كانت هالكة فالضمان ينصرف إلى القيمة فصار ضمانه دلالة على الاعتراف بالضمان اه. والمقبوض على سوم الشراء إنما يكون من هذا النوع إذا سمي له ثمن وإلا فهو أمانة كما قدمناه في البيوع قوله: (وحمل دابة معينة مستأجرة وخدمة عبد استؤجر للخدمة) أي وبطلت الكفالة بحمل دابة إلى آخره لانها إذا كانت معينة كان الكفيل عاجزا عن تسليمها لانه لا ولاية له في الحمل على دابة الغير لانه لو أعطى دابة من عنده لا

يستحق الاجرة لانه أتى بغير المعقود عليه. قيد بكونها معينة لانها لو كانت بغير عينها
***
[٣٨٨]
جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق. وقيد بالحمل لانه لو كفل بتسليم الدابة المعينة يجوز كما قدمناه. وفي فتح القدير: والحاصل أنه إن كان الحمل على الدابة بتسليمها فينبغي أن تصح الكفالة لان الكفالة بتسليم المستأجر صحيحة ولم يمنع منه كون المستأجر ملكا لغير الكفيل، وإن كان التحميل ينبغي أن لا يصح فيهما لان التحميل غير واجب على الاصيل. والحق أن الواجب في الحمل على الدابة معينة أو غير معينة ليس مجرد تسليمها بل المجموع من تسليمها والاذن في تحميلها وهو ما ذكر في النهاية من التركيب، وما ذكرنا من الحمل عليها ففي المعينة لا يقدر على الاذن في تحميلها إذ ليس له ولاية عليها ليصح إذنه الذي هو معنى الحمل، وفي غير المعينة يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها اه. قوله: (وبلا قبول الطالب في مجلس العقد) أي وبطلت الكفالة بلا قبول الطالب في مجلس الايجاب أي لم تنعقد أصلا، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يجوز إذا بلغه فأجاز. ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة وهو الاظهر عنه والخلاف في الكفالة في النفس والمال جميعا له أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه الظاهر عنه، ووجه التوقف ما قدمناه في الفضولي في النكاح. ولهما أن فيهما معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس إلا أن يقبل عن الطالب فضولي فإنه يصح ويتوقف على إجازته وللكفيل أن يخرج نفسه عنها قبل إجازته، كذا في شرح المجمع والحقائق. وبه علم أن قبول الطالب بخصوصه إنما هو شرط النفاذ، وأما أصل القبول في مجلس الايجاب فشرط الصحة، فلو حذف الطالب في الكتاب لكان أولى كما فعل في الاصلاح ونبه عليه في الايضاح. وفي البزازية: الفضولي لو فسخ الموقوف لا يصح، كذا في البزازية. وفي البزازية: الفتوى على قول الثاني. قيد بالانشاء لانه لو أخبر عن الكفالة
***
[٣٨٩]
حال غيبة الطالب يجوز إجماعا. ولو اختلفا فقال الطالب أخبرت وقال الكفيل كان إنشاء فالقول للطالب، كذا في البزازية. وفي السراج الوهاج: لو قال ضمنت ما لفلان على فلان وهما غائبان فقبل فضولي ثم بلغهما فأجازا فإن أجاز المطلوب أولا ثم الطالب جازت وكانت كفالة بالامر، وإن كان على العكس جازت وكانت بغير الامر، وإن لم يقبل فضولي عن الطالب لم تجز مطلقا عندهما، وكذا لو كان الطالب حاضرا وقبل ورضي المطلوب فإن رضي قبل قبول الطالب رجع عليه، وإن بعده فلا رجوع اه قوله: (إلا أن يكفل وارث المريض عنه) بأن يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء لان ذلك وصية في الحقيقة ولذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا: إنما تصح إذا كان له مال أو يقال إنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما إذا حضر بنفسه. وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كما إذا كفل بنفسه كالامر بالنكاح. قيد بالوارث لان المريض لو قال ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه، فمنهم من قال بالجواز تنزيلا للمريض منزلة الطالب، ومنهم من قال بعدمه لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام فكان المريض والصحيح سواء والاول أوجه، كذا في فتح القدير. وحقق أنها كفالة لكن يرد عليه توقفها على المال كما قدمناه. وقيد بالمريض لان الصحيح لو قال ذلك لوارثه أو غيره لم يصح ومن هنا يقال إنها ليست كفالة من كل وجه لانها لا تصح إلا إذا كان للمريض مال، فلو كانت كفالة مطلقا لصحت مطلقا وليست وصية من كوجه لانها لو كانت وصية مطلقا لصح الامر من الصحيح ولذا قال في معراج الدراية في تعليل الكتاب بأن ذلك وصية في الحقيقة نظر إذ لو كانت وصية حقيقة لما اختلف الحكم بين حالة الصحة وحالة المرض إلا أن يؤول بأنه في معنى الوصية في الحقيقة وفيه بعد اه. وقد يقال: لا فائدة في هذه الكفالة لان الوارث مطالب بقضاء دين الميت من مال الميت سواء قال له المريض تكفل عني أو لا، وإذا لم يكن له تركة لا مطالبة عليه، سواء قال له ذلك أم لا، فأي فائدة فيها؟ وقد وقع الاشتباه لعدم الاطلاع على نقل فيما إذا تكفل بعض الورثة بأمر المريض وكان له مال غائب، هل يطالب الكفيل بقضاء دين الميت من ماله ثم يرجع في التركة أو لا؟ ولهذا قال في السراج الوهاج: إن الورثة يطالبون بدين مورثهم بلا ضمان والضمان ما زاده إلا تأكيدا. وقيد في الهداية المسألة بأمر المريض لورثته لان الورثة لو قالوا ضمنا للناس كل دين لهم عليك ولم يطلب

***
[٣٩٠]
المريض ذلك منهم والغرماء غيب لم يصح، ولو قالوا ذلك بعد موته صحت الكفالة، وروي عن أبي حنيفة جواز كفالتهم في مرضه وإن لم يطلب المريض منهم ذلك، كذا في السراج الوهاج والخانية. وفي البدائع: وأما مسألة المريض فقد قال بعض مشايخنا: إن جواز الضمان بطريق الايصاء بالقضاء عنه بعد موته لا بطريق الكفالة، وبعضهم أجازوه على سبيل الكفالة. ووجه ما أشار إليه أبو حنيفة في الاصل وقال هو بمنزلة المعبر عن غرمائه وشرح هذه الاشارة والله أعلم أن المريض مرض الموت يتعلق الدين بماله ويصير بمنزلة الاجنبي عنه حتى لا ينفذ منه التصرف المبطل لحق الغريم، ولو قال أجنبي للورثة اضمنو الغرماء فلان عنه فقالوا ضمنا يكتفي به فكذا المريض اه. قوله: (وعن ميت مفلس) أي وبطلت الكفالة عن ميت مفلس وهذا عند أبي حنيفة. وقالا. صحيحة لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة رجل من الانصار فسأل هل عليه دين؟ قالوا: نعم درهمان أو ديناران فامتنع من الصلاة فقال: صلوا على أخيكم. فقام أبو قتادة فقال: هما علي يا رسول الله فصلى عليه. ولانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة.، ولو تبرع به انسان يصح ولذا يبقى إذا كان به كفيل. وله أنه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لانه في الحكم مال لانه يؤول إليه في المآل وقد عجبنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة. والتبرع لا يعتمد قيام الدين. وإذا كان له كفيل أو له مال نخلفه إذا لافضاء إلى الاداء باق. أطلقه فشمل ما إذا كان الكفيل أجنبيا أو وارث الميت ولو ابنه، كذا في المعراج. والجواب عن الحديث أنه يحتمل الاقرار عن كفالة سابقة والانشاء والوعد وحكاية الفعل لا عموم لها. وقيد بالكفالة بعد موته لانه لو كفل في حياته ثم مات مفلسا لم تبطل الكفالة، وكذا لو كان به رهن ثم مات مفلسا لا يبطل الرهن لان سقوط الدين عنه في أحكام الدنيا في حقه للضرورة فتتقدر بقدرها فأبقيناه في حق الكفيل والرهن لعدم الضرورة، كذا في المعراج. وبما قررناه علم أن الميت المفلس من مات ولا تركة له ولا كفيل عنه، ويستثنى من بطلانها مسألة في التحرير من بحث الموت من عوارض الاهلية لو تقوت الذمة بلحوق دين بعد الموت صحت الكفالة به بأن حفر بئرا على الطريق فتلف به حيوان بعد موته فإنه يثبت الدين مستندا إلى وقت الحفر الثابت حال قيام الذمة والمستند يثبت أولا في الحال، ويلزم اعتبار قوتها حينئذ به لكونه محل الاستيفاء اه قوله: (وبالثمن للموكل ولرب المال به) أي وبطلت كفالة الوكيل لموكله بالثمن وكفالة المضارب لرب المال بالثمن فيما باعه
***
[٣٩١]
لان حق القبض لهما بجهة الاصالة في البيع ولهذا لا يبطل بموت الموكل ورب المال وبعزله، ولذا جاز أن يكون الموكل وكيلا عن الوكيل في القبض، ورب المال عن المضارب، وللوكيل والمضارب عزله لرجوع الحقوق إليهما وبر المشتري في حلفه أن لا شئ عليه للموكل ورب المال، وحنث لو حلف أن لا شئ عليه للوكيل والمضارب. قيد بالوكيل لان الرسول بالبيع تصح كفالته بالثمن عن المشتري ومثله الوكيل ببيع الغنائم عن الامام لكونه كالرسول. وقيد بالثمن لان الوكيل بتزويج المرأة لو ضمن لها المهر صح لكونه سفيرا ومعبرا. وقيدنا بأن يكون ثمن ما باعه الوكيل لان البائع لو وكل رجلا بقبض الثمن فكفل به الوكيل صح. وكذا لو أبرأه عنه لم يصح إبراؤه ولو أبرأه الوكيل بالبيع عنه صح إبراؤه وضمن، كذا في وكالة الخانية. وظاهر كلامهم أن الوصي والمتولي على الوقف إذا باع شيئا وضمنا الثمن عن المشتري فهما كالوكيل والمضارب، وسيأتي في كتاب الوكالة من باب الوكالة بالخصومة عند قول المصنف وبطل توكيله الكفيل بالمال. فالحاصل أن توكيله الكفيل باطل وكفالة الوكيل باطلة، وذكر الشارح هنا فرعا: رجل أعتق عبده المدين حتى لزمه ضمان قيمته للغرماء ولزم العبد جميع الدين ثم إن المولى ضمن الدين للغرماء فإنه لا يصح لان المولى متهم فيه بإبراء نفسه اه. قوله: (وللشريك إذا بيع عبد صفقة) أي وبطل كفالة الشريك لشريكه عن المشتري حصته من الثمن فيما إذا باعا شيئا مشتركا عقدا واحدا لانه يصير ضامنا لنفسه لانه ما من جزء يؤديه المشتري أو الكفيل من الثمن إلا وهو مشترك بينهما، ولانه يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه وأنه لا يجوز. قيد بقوله صفقة واحدة لانهما لو باعاه صفقتين بأن سمى كل واحد منهما لنصيبه ثمنا صح ضمان أحدهما نصيب الآخر لامتياز نصيب كل منهما فلا شركة بدليل أن له قبول نصيب أحدهما دون الآخر، ولو قبل الكل ونقد حصة أحدهما كان للناقد قبض نصيبه، ولهذا لو

استوفى أحدهما نصيبه من المشتري فلا شركة للآخر بخلاف ما إذا بيع صفقة فإنيشارك، وقد اعتبروا هنا لتعدد الصفقة تفصيل الثمن وذكروا في البيوع أن هذا قولهما، وأما قول أبي حنيفة فلا بد من تكرار لفظ بعت. ولو قال المصنف وللشريك بدين مشترك وحذف قوله فيما إذا بيع عبد صفقة لكان أولى لما في الخانية: رجلان لهما على رجل دين فكفل أحدهما لصاحبه بحصته من الدين لا تصح كفالته، ولو تبرع أحدهما بأداء نصيب صاحبه من الدين كان جائزا، وكذا الرجل إذا مات وله دين على رجل وترك ابنين فكفل أحدهما لاخيه عن المديون بحصة أخيه لا تصح الكفالة، ولو تبرع أحدهما فأدى حصة صاحبه

***

[٣٩٢]

من الدين صح تبرعه وهو بمنزلة الوكيل بالبيع إذا كفل بالثمن عن المشتري لا تصح كفالته ولو تبرع بأداء الثمن عن المشتري صح تبرعه اه. وفي جامع الفصولين: لهما دين مشترك على آخر فضمن أحدهما نصيب صاحبه لم يجز فيرجع بما أدى بخلاف ما لو أداه من غير سبق ضمان فإنه لا يرجع بما أدى، ولو توى نصيبه على المديون مر في مسائل التركة. وفي صورة الضمان يرجع بما دفع إذ قضاه على فساد فيرجع كما لو أدى بكفالة فاسدة، ونظيره لو كفل ببدالكتابة لم تصح فيرجع بما أدى إذا حسب أنه مجبر على ذلك لضمانه السابق، وبمثله لو أدى من غير سبق ضمان لا يرجع لتبرعه، وكذا وكيل البيع إذا ضمن الثمن لموكله لم يجز فيرحع، ولو أدى بغير ضمان جاز ولا يرجع اه قوله: (وبالعهدة) أي وبطلت الكفالة بالعهدة لاشتباه المراد بها لاطلاقها على الصك القديم وعلى العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى خيار الشرط فتعذر العمل بها قبل البيان فبطل للجهالة بخلاف ضمان الدرك، ولا يقال ينبغي أن يصرف إلى ما يجوز الضمان به وهو الدرك تصحيحا لتصرفه لانا نقول: فراغ الذمة أصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال، وظاهر كلامهم أن الضامن إذا فسرها بغير ضمان الدرك لم يصح، ولو كان الصك القديم لقولهم إنه ملك البائع قوله: (والخلاص) أي وبطلت الكفالة بالخلاص وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: هي صحيحة بناء على تفسيرها بتخليص المبيع إن قدر عليه ورد الثمن إن لم يقدر عليه وهو ضمان الدرك في المعنى، وأبو حنيفة فسره بتخليص المبيع لا محالة ولا قدرة له عليه لان المستحق لا يمكنه منه. ولو ضمن تخليص المبيع أو رد الثمن جاز لامكان الوفاء به وهو تسليمه إن أجاز المستحق أو رده إن لم يجز فالخلاف راجع إلى التفسير قوله: (وببدل الكتابة) لما قدمناه أول الباب. قيد ببدل الكتابة لان بدل العتق تجوز الكفالة به لانه دين وجب عليه بعد الحرية فلا يؤدي إلى التنافي. فصل قوله: (ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطي الكفيل الطالب لا يسترد مثله) لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي، ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر. أطلقه فشمل ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة فلا يسترد لكنه لا يملكه بالقبض لتمحضة أمانة في يده، والفرق

***

[٣٩٣]

بينهما أنه إن دفع له على وجه الاقتضاء كأن قال له إني لا آمن أن يأخذ الطالب حقه منك فأنا أقضيك المال قبل أن تؤديه لم يكن رسالة، وأما إذا قال له ابتداء خذ هذا المال وادفعه إلى الطالب كان رسالة، فالفرق بينهما إنما هو من جهة ملك المدفوع للقابض وعدمه. وأشار المؤلف إلى أن بالكفالة صار للكفيل على الاصيل دين لو كفل بأمره، ولهذا لو أخذ الكفيل منه رهنا قبل أن يؤدي عنه جاز، ولو أبرأه الكفيل أو وهبه قبل الاداء عنه صح حتى لو أدى عنه لم يرجع فثبت أن له دينا عليه لكن لا رجوع له قبل الاداء وقد سئلت عما إذا دفع المديون الدين للكفيل ليؤديه إلى الطالب ثم نهاه عن الاداء هل يعمل نهيه؟ فأجبت إن كان كفيلا بالامر لم يعمل نهيه لانه لا يملك الاسترداد وإلا عمل لانه يملكه قوله: (وما ربح الكفيل له) أي إذا ربح الكفيل في المال الذي قبضه من المطلوب قبل أن يقضي الدين طاب له الربح لانه ملكه بالقبض كما قدمناه فكان الربح بدل ملكه، فظاهره أنه لا يجب عليه التصدق به. وأطلقه فشمل ما إذا قضى الدين هو أو قضاه الاصيل، وقدمنا أن ملكه للمقبوض مقيد بما إذا قبضه على وجه الاقتضاء، وأما إذا قبضه على وجه الرسالة فإنه لا ملك له فلا يطيب له الربح على قولهما، وعند أبي يوسف يطيب له وأصله ربح الدراهم المغصوبة، واستدل أبو يوسف بقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان.

***

[٣٩٤]

قوله: (وندب رده على المطلوب لو شيئا يتعين) أي يستحب رد الربح على الاصيل إذا كان المقبوض شيأ يتعين كالحنطة والشعير، وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير. وقالا: هو له لا يرده وهو رواية عنه. وعنه أنه يتصدق به. لهما أنه ربح في ملكه فيسلم له، وله أنه تمكن الخبث مع الملك إما لانه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه أو لانه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل، فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في أخرى لان الخبث لحقه، وهذا أصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق للكفيل، كذا في الهداية. وظاهر قوله لا جبر أن المراد بالاستحباب عدم جبر القاضي عليه وهو لا يستلزم عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى مع استحبابه في القضاء بالمعنى المذكور، والعبارة المنقولة عن شيخ الاسلام ظاهرها وجوب الرد فيما بينه وبين الله تعالى أو التصدق به غير أنه ترجح الرد، كذا في فتح القدير مختصرا. وقيد بما يتعين لان ربح ما لا يتعين لا يندب رده على المطلوب. ولم يذكر المصنف رحمه الله تعالى أنه لا يطيب للاصيل إذا رده الكفيل أو لا، وحكمه كما في البناية أنه إذا كان الاصيل فقيرا طاب له وإن كان غنيا ففيه روايتان، والاشبه كما قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير إنه يطيب له لانه إنما رده عليه لانه حقه اه. وقيد بالكفيل لان الغاصب إذا ربح وجب رده على المالك ويجبر على الدفع له لانه لا حق للغاصب في الربح، كذا في البناية قوله: (ولو أمر كفيله أن يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح عليه) ومعناه الامر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيأبى فيبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتجمد خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه لما فيه في الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل، كذا في الهداية. وتعقبه في فتح القدير بأنه غير صحيح هنا إذ ليس المراد من قوله تعين عليه حريرا اذهب فاستقرض فإن لم يرض المسؤول أن يقرضك فاشتر منه الحرير بأكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشتر بثمن أكثر من قيمته لتبيعه بأقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالاقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الاقل إلى بائعه فيدفعه بائعه إلى

***

[٣٩٥]

المشتري المديون فيسلم الثوب للبائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الاقل. وإنما وسط الثاني تحرزا عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، فإذا فعل الكفيل ذلك كان مشتريا لنفسه والملك له في الحرير والزيادة التي يخسرها عليه لان هذه العبارة حاصلها ضمان ما يخسر المشتري نظرا إلى قوله علي كأنه أمره بالشراء لنفسه فما خسر فعلي وضمان الخسران باطل لان الضمان لا يكون إلا بمضمون والخسران غير مضمون كما لو قال بايع في السوق على أن كل خسران يلحقك فعلي أو قال لمشتري العبد إن أبق عبدك فعلي لم يصح. وقيل: هو توكيل فاسد ومعنى على منصرف إلى الثمن، فإذا كان الثمن عليه يكون المبيع له فأغنى عن قوله لي فهو توكيل لكنه فاسد لانه غير معين مقداره ولا ثمنه فلا تصح الوكالة كما لو قال اشتر لي حنطة ولم يبين مقدارها ولا ثمنها ولو كان المراد بقدر ما يقع به إيفاء الدين لان قدره إنما هو ثمن الحرير الذي يباع به لا ثمن ما يشتريه الكفيل به اه. والمراد بقوله تعين عليه حريرا اشتر حريرا بطريق العينة وما لم ترجع إليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لانه من العين المسترجعة لا العين مطلقا وإلا فكل بيع بيع العينة. وفي البناية أن الكراهة في هذا البيع حصلت من المجموع فإن الاعراض عن الاقراض ليس بمكروه والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك وإلا لكانت المرابحة مكروهة اه. وفي فتح القدير: ثم ذموا البياعات الكائنة الآن أشد من بيع العينة حتى قال مشايخ بلخ للتجار أن العينة التي جاءت في الحديث خير من بياعاتكم وهو صحيح، فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقر وزنها عليها مظروفة، ثم إسقاط مقدار معين على الظرف وبه يصير البيع فاسدا، ولا شك أن البيع الفاسد في حكم الغصب المحرم فأين هو من بيع جوزه بعضهم اه.

***

[٣٩٦]

قوله: (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المطلوب فبرهن المدعي على الكفيل أن له على المطلوب ألفا لم يقبل) لان المكفول به مال يقضى به وهذا في لفظ القضاء ظاهر، وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو وبالقضاء إذ المضمون مال يقضى به وهذا ماض أريد به المستقبل كقوله أطال الله بقاك. والدعوى على الكفيل غير مقيدة بأن المال وجب على الاصيل

بعد الكفالة بل يحتمل أنه بعدها كما يحتمل أن يكون قبلها فلا تصح. وحاصله أنه قضاء على الغائب وهو الاصيل من غير خصم عنه وجزمهم هنا بعدم القبول ينبغي أن يكون على الرواية الضعيفة، أما على أظهر الروايتين المفتى به من نفاذ القضاء

***

[٣٩٧]

على الغائب فينبغي النفاذ، ولم أر من نبه عليه هنا. وقيد بقوله برهن أن له على المطلوب لانه لو ادعى الوجوب بعد الكفالة بأن قاحكم لي عليه القاضي فلان بكذا بعد الكفالة وبرهن قبل لدخوله تحت الكفالة. وأشا المؤلف إلى أن الكفيل لو أقر على الاصيل بألف لم تجب على الكفيل لان إقراره يوجد على الاصيل شيئا فلم يجب به على الكفيل قوله: (ولو برهن أن له على زيد كذا وأنه كفيل عنه بأمره قضى به عليهما ولو بلا أمر قضى على الكفيل فقط) وإنما قبل البرهان هنا لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وإنما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بالامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء، وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر، وإذا قضى بها بالامر يثبت أمره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا والكفالة بأمر لا تمس جانبه لانه يعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى إليه، وفي الكفالة بأمر يرجع الكفيل بما أدى على الآمر. وقال زفر: لا يرجع لانه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره، ونحن نقول: صار مكذبا شرعا فبطل

***

[٣٩٨]

ما زعمه. قيد بقوله له على زيد كذا وأن هذا كفيل عنه يعني بهذا المقدار لان الكفالة لو كانت مطلقة نحو أن يقول كفلت بمالك على فلان فإن القضاء على الكفيل قضاء على الاصيل، سواء كانت بأمره أو بغير أمره، لان الطالب لا يتوصل إلى إثبات حقه على الكفيل إلا بعد إثباته على الاصيل لما ذكرنا أن القول قول الكفيل أنه ليس للطالب على الاصيل شئ، وإذا كان كذلك صار الكفيل خصما عنه وإن كان غائبا. والمذهب عندنا أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا إذا ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل إليه إلا بإثباته على الغائب. قال مشايخنا: وهذا طريق من أراد إثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الكفيل والغائب اتصال، وكذا إذا خاف الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدعي عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعي البينة على الدين فيقضي به على الكفيل والاصيل ثم يبرئ الكفيل. والحاصل أنها على أربعة أوجه: مطلقة عن المقدار، ومقيدة به. وكل على وجهين إما بالامر أو بعدمه فلا تفصيل في المطلقة وهي الحيلة في القضاء في الغائب والتفصيل في المقيدة، ولا تصلح للحيلة لان شرط التعدي إلى الغائب كونها بأمره والحوالة على هذه الوجوه، وفي فتاو قاضيخان بعد أن ذكر أن الكفالة المطلقة هي الحيلة في الاثبات على الغائب قال: وليس هو قضاء على المسخر لان المدعي صادق في دعواه على الكفيل ثم يبرئ المدعي الكفيل عن المال والكفالة ويبقى المال له على الغائب اه. ومن هنا علم أن ما ذكره الشارح فيما يأتي في شرح قوله ولا يقضى على غائب إلا أن يكون ما يدعي على الغائب سببا لما يدعي على الحاضر أن من الصور الكفالة المقيدة بألف درهم إلى آخره سهو ظاهر، وإنما هو في المطلقة وسيأتي التنبيه عليه في محله إن شاء الله تعالى.

***

[٣٩٩]

قوله: (وكفالته بالدرك تسليم) لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله، ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع وترغيب المشتري فيه إذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع. والمراد بكونها تسليما أنها تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع حتى لو ادعى الكفيل الدار لنفسه على المشتري لم تسمع دعواه لانها لو صحت لرجع المشتري عليه بحكم الكفالة فلا يفيد، كذا في النهاية. وشمل ما إذا كان الكفيل شفيعها فلا شفعة له فلا تسمع دعواه بالملك فيها وبالشفعة وبالاجارة، وقدمنا أن ضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع. والدرك في اللغة التبعة يحرك ويسكن. وفي الحادي عشر من بيوع الخلاصة: من سعى في نقض ما تم من جهته لم يعتبر إلا في موضعين: أحدهما رجل اشترى عبدا وقبضه ونقد الثمن ثم ادعى أن البائع باعه قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت بينته. والثاني إذا وهب جاريته من إنسان فاستولدها الموهوب له ثم أقام الواهب بينة أنه كان دبرها أو استولدها قبلت بينته ويرجع على الموهوب له بالجارية والعقر اه. والحصر المذكور

ليس بصحيح لانه يرد عليه ما ذكره قاضيخان من البيوع: لو ادعى المشتري أن المبيع حر تسمع دعواه، وما لو باع أرضا ثم ادعى أنه كان وقفها وأنها وقف فإن بينته مقبولة على المختار كما ذكره الولوالجي، لكن لا تسمع دعواه للتناقض مع أنه ساع في نقض ما تم من جهته قوله: (وشهادته وختمه لا) أي لا يكون إقرارا بملك البائع والشاهد على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا يكون إقرارا بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره، ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم. قالوا: إذا كتب في الصك باع وهو يملكه أو بيعا باتا نافذا وكتب شهد بذلك كان تسليما إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين، وكذا لو شهد عند الحاكم بالبيع وقضى بشهادته أو لم يقض كان تسليما. والتقييد بالختم لبيان أن مجرد الكتابة بلا ختم لا يكون تسليما بالاولى، وإنما ذكروه بناء على عادتهم فإنهم كانوا يختومنه بعد كتابة أسمائهم على الصك خوفا من التغيير والتزوير والحكم لا يختلف. وفي فتح القدير: الختم أمر كان في زمانهم إذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع نقش خاتمه كيلا يتطرقه التبديل وليس هذا في زماننا. اعلم أن قولهم هنا أن الشهادة لا تكون
***
[٤٠٠]
إقرارا بالملك يدل بالاولى على أن السكوت زمانا لا يمنع الدعوى وسيأتي تمامه في مسائل شتى آخر الكتاب عند قوله باع عقارا وبعض أقاربه حاضر إلى آخره. قوله: (ومن ضمن عن آخر خراجه أو رهن به أو ضمن نوائبه أو قسمته صح) أما الخراج فلكونه دينا مطالبا به. قيد به للاحتراز عن الزكاة في الاموال الظاهرة فإنه لا يجوز الضمان بها عن صاحب المال لانها مجرد فعل، ولهذا لا تؤخذ من تركته إلا بوصيته. وأطلقه فشمل الخراج الموظف وخراج المقاسمة، وخصصه بعضهم بالموظف وهو ما يجب في الذمة ونفي صحة الضمان بخراج المقاسمة لانه لم يكن دينا في الذمة والرهن كالكفالة بجامع التوثق فيجوز في كل موضع تجوز الكفالة فيه، هكذا ذكر الشارح وهو منقوض بالدر ك فإن الكفالة به جائزة دون الرهن، وأما النوائب فجمع نائبة وفي الصحاح: النائبة المصيبة واحدة نوائب الدهر اه‍. وفي اصطلاحهم قيل: أراد بها ما يكون بحق كأجرة الحراس وكري النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى. وقيل: المراد بها ما ليس بحق كالجبايات التي في زماننا يأخذها الظلمة بغير حق. فإن كان مراده هو الاول جازت الكفالة بها اتفاقا لانه واجب مضمون، وإن كان مراده الثاني ففيه اختلاف المشايخ فقال بعضهم: لا تجوز الكفالة منهم صدر الاسلام البزدوي لانها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة أو الدين، وهنا لا مطالبة ولا دين شرعيان على الاصيل فلم يتحقق معناها. وقال بعضهم: تجوز منهم فخر الاسلام علي البزدوي أخو صدر الاسلام المتقدم لانها في المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها والعبرة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها، فالمطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية ولذا قلنا: ومن قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط أي بالعد يؤجر وإن كان الآخذ بالاخذ ظالما، وقلنا من قضى نائبه غيره بأمره رجع عليه وإن لم يشترط الرجوع وهو الصحيح كما في الخانية، كمن قضى دين غيره بأمره. وفي العناية قال شمس الائمة: هذا إذا أمره به لا عن إكراه، أما إذا كان مكرها في الامر فلا يعتبر أمره في الرجوع اه‍. وفي فتح القدير: وينبغي أن كل من قال إنها ضم في الدين يمنع صحتها هنا، ومن قال في المطالبة يمكن أن يقول بصحتها ويمكن أن يمنعها بناء على أنها في المطالبة في الدين أو معناه أو مطلقا اه‍. وقوله بناء على أنها المطالبة في الدين ممنوع لما قدمنا أنها لا تقتصر على المطالبة في الدين إذ لو كان كذلك لم يشمل
***
[٤٠١]
التعريف الكفالة بالنفس لانها ضم في المطالبة بالحضور. وفي قوله أو مطلقا نظر لانه إذا قال بأنها في المطالبة مطلقا لا يمنعها هنا. وفي البزازية: صادر الوالي رجلا وطلب منه مالا وضمن رجل ذلك وبذل الحط ثم قال الضامن ليس لك علي شئ لانه ليس للوالي عليه شئ قال شمس الاسلام: والقاضي يملك المطالبة لان المطالبة الشرعية كالمطالبة الحسية اه‍. ولو قال لان المطالبة الحسين كالمطالبة الشرعية لكان أولى كما لا يخفى، وظاهر كلامهم ترجيح الصحة ولذا قال في إيضاح الاصلاح: والفتوى على الصحة فإنها كالديون الصحيحة حتى لو
***
[٤٠٢]

أخذت من الاكار فله الرجوع على مالك الارض اه. وفي الخانية: الصحيح الصحة ويرجع على المكفول عنه إن كان بأمره، وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصة منها والرواية بأو. وقيل: هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه عن راتب، كذا في الهداية. والحاصل أن المشايخ اختلفوا في معناه فأبو بكر بن سعيد ادعى أن هذه الكلمة غلط لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون، ورد بأن القسمة تجئ بمعنى النصيب قال الله تعالى * (ونبئهم أن الماء قسمة بينهم) * [القمر: ٨٢] والمراد النصيب. والفقيه أبو جعفر الهندواني قال: معناها أن أحد الشريكين إذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن إنسانا ليقوم مقامه في القسمة جاز لان القسمة واجبة عليه. وقال بعضهم: معناها إذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمة بالضمير لا بالتاء، وقد علمت أن القسمة بالتاء تجئ بمعنى القسم بلا تاء. وقيل: هي النوائب بعينها فالعطف للبيان والتفسير. وقيل: ما يخص الرجل منها ولكنه كان ينبغي أن يعطف بالواو لا بأو ليكون من عطف الخاص على العام. وقيل: هي النائبة الموظفة الديوانية كل شهر أو ثلاثة أشهر والنوائب غير الراتبة، كذا في العناية. ثم من أصحابنا من قال: الافضل للانسان أن تساوي أهل محلته في إعطاء النائبة. قال شمس الائمة: هذا كان في ذلك الزمان لانه إعانة على الحاجة والجهاد، وأما في زماننا فأكثر النوائب تؤخذ ظلما، ومن تمكن دفع المظلمة عن نفسه فهو خير له، وإذا أراد الاعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقر ليستعين به الفقير على الظلم وينال المعطي الثواب، كذا في فتح القدير.

***

[٤٠٣]

قوله: (ومن قال لآخر ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر فقال هي حالة فالقول للضامن) لانه لم يقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح إنما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر. قيد بالضمان لانه لو أقر بمائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول للمقر له لان المقر أقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل، وهذا هو الفرق. وفوق آخر أن الاجل في الدين عارض حتى لا يثبت إلا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار. وأما الاجل في الكفالة فنوع حتى يثبت عن غير شرط بأن كان مؤجلا على الاصيل، والشافعي ألحق الدين بالكفالة، وأبو يوسف عكسه، والفرق قد أوضحناه. وذكر الشارح: والحيلة فيها إذا كان عليه دين مؤجل وادعى عليه وخاف الكذب إن أنكر والمؤاخذة في الحال إن أقر أن يقول للمدعي هذا الذي تدعيه من المال حال أم مؤجل، فإن قال مؤجلا فلا دعوى عليه في الحال، وإن قال حال فينكره وهو صدوق فلا حرج عليه. وقيل من عليه الدين مؤجل إذا أنكر الدين وقال ليس له قبلي حق فلا بأس به إذا لم يرد به إتواء حقه ا ه. قوله: (ومن اشترى أمة وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ المشتري الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لانه بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية ويرجع على البائع والكفيل، ولذا قيد بالاستحقاق أي لغير البائع. أشار المؤلف إلى أن البيع لا ينتقض بقضاء القاضي للمستحق بالعين حتى لو كان الثمن عبدا فأعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ إعتاقه، كذا في العناية. وصحح في فصول الاستروشني أن للمستحق أن يجيز بعد قضاء القاضي وبعد قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه بالثمن، والرجوع

***

[٤٠٤]

بالقضاء يكون فسخا، ثم من الاستحقاق المبطل دعوى النسب ودعوى المرأة الحرمة الغليظة ودعوى الوقف في الارض المشتراة أو أنها كانت مسجدا ويشارك الاستحقاق الناقلي في أن كلا منهما يجعل المستحق عليه ومن يملك ذلك الشئ من جهته مستحقا عليه حتى لو أقام واحد منهم البينة على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بينته، ويختلفان في أن كل واحد من الباعة في الناقل لا يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه، ولا يرجع على كفيل الدرك ما لم يقض على المكفول عنه وفي المبطل يثبت لكل منهم الرجوع على بائعه وإن لم يرجع عليه ويرجع على الكفيل وإن لم يقض على المكفول عنه، كذا ففتح القدير. ولو قال المصنف ومن اشترى شيأ لكان أولى كما لا يخفى. وأشار بقوله حتى يقضى له بالثمن على البائع إلى أن القضاء على البائع قضاء على الكفيل وللمشتري أن يأخذ الثمن من أيهما شاء. وأفاد أنه لا يخاصم الكفيل أولا وهو ظاهر الرواية خلافا لما ذكر عنأبي يوسف. وقيد بالاستحقاق لان البيع لو انفسخ بينهما بما

سواه وصار الثمن مضمونا على البائع لم يؤاخذ الكفيل به كما إذا فسخ بخيار رؤية أو شرط أو عيب. وأشار بقوله بالثمن إلى أن المشتري لو بنى في الارض ثم استحقت فإنه لا يرجع على الكفيل بقيمة البناء وإنما يرجع بها على البائع فقط إذا سلم النقض له وهو ظاهر الرواية، وكذا لو كان المبيع حارية فاستولدها المشتري واستحقها رجل وأخذ منه قيمة الجارية والولد والعقر فإن المشتري يأخذ الثمن من أيهما شاء ولا يأخذ قيمة الولد إلا من البائع خاصة، فالكفيل كبائع البائع لا رجوع عليه إلا بالثمن، كذا في السراج الوهاج والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب. باب كفالة الرجلين والعبدين قوله: (دين عليهما وكل كفيل عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع به على شريكه فإن
***
[٤٠٥]
زاد على النصف رجع بالزيادة) لان كل واحد منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل، ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة، ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة، ولانه لو وقع الدفع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع لان أداء نائبه كأدائه فيؤدي إلى الدور. وظاهر الكتاب استواء الدينين صفة وسببا فإن اختلفا صفة بأن كان ما عليه مؤجلا وما كان على صاحبه حالا فإذا أدى صح تعيينه عن شريكه ورجع به عليه، وعلى عكسه لا يرجع لان الكفيل إذا عجل دينا مؤجلا ليس له الرجوع على الاصيل قبل الحلول، ولو اختلف سببهما نحو أن يكون ما على أحدهما قرضا وما على الآخر ثمن مبيع فإنه يصح تعيين المؤدي لان النية في الجنسين المختلفين معتبرة وفي الجنس الواحد لغو كما في فتح القدير. وقيد بكون كل كفيلا عن صاحبه احترازا عما لو كفل أحدهما عن صاحبه دون الآخر وأدى الكفيل لجعله عن صاحبه فإنه يصدق. وقول الشارح وهي واردة على مسألة الكتاب سهو وإنما هي خارجة عنها بمفهوم التقييد كما قررناه، ولم يقيد رحمه الله بالامر في قوله رجع بالزيادة للعلم به مما تقدم من أنه إذا كفل بأمره رجع وإلا فلا قوله: (وإن كفلا عن رجل فكفل كل عن صاحبه فما أدى رجع بنصفه على شريكه أو بالكل على الاصيل) لان ما أداه أحدهما وقع شائعا عنهما إذا لكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه فلا يؤدي إلى الدور لاقضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه، وإن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بأمره. وترك المصنف قيدين للمسألة: الاول أن يتكفل كل واحد منهما عن الاصيل بجميع الدين على التعاقب، فلو تكفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل عن صاحبه فهي كالمسألة الاولى في الصحيح فلا يرجع حتى يزيد على النصف. وكذا لو تكفلا عن الاصيل بجميع الدين معا ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه لان الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن الاصيل بالجميع. الثاني أن يكفل كل عن صاحبه بالجميع، فلو كفل عن الاصيل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف فكالاولى.
***
[٤٠٦]
قوله: (وإن أبرأ الطالب أحدهما آخذ الآخر بكله) لان إبراء الكفيل لا يوجب إبراء الاصيل فيبقى المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله فيأخذه والله أعلم. وفي المحيط: كفالة الرجلين المبسوط مسائله على أربعة أقسام: القسم الاول كفل ثلاثة عن رجل بألف درهم فأدى أحدهما برئوا ولم يرجع على صاحبيه بشئ، ولو كان كل واحد كفيلا عن صاحبه فأداها أحدهم رجع المؤدي عليهما بالثلثين، ولصاحب المال أن يطالب كل واحد منهم بألف. القسم الثاني لرجل على أربعة نفر ألف درهم ومائتان وكل اثنين كفيلان عن اثنين بجميع المال فإنه يأخذ أيهما شاء بسبعمائة وخمسين وأي اثنين شاء بجميع الالف. وذكر في المختصر الصواب أن يأخذ أيهم شاء وحده بنصف المال وأي اثنين شاء بجميع المال. والقسم الثالث لرجل على عشرة أنفس ألف وكل أربعة كفيل عن أربعة بجميع المال يأخذه من أحدهما ثلاثمائة وخمسة وعشرين مائة حصته من الدين ومائتان وخمسة وعشرون حصته من الكفالة. القسم الرابع لو كان أصل المال على ثلاثة وكل واحد كفيل عن صاحبيه فأدى أحدهما شيأ فهو على ثلاثة أوجه: في وجه يكون المؤدي عن نفسه وإن لم يعين، وفي وجه يكون المؤدي عنه وعن صاحبيه، وفي وجه يكون المؤدي عن نفسه إذا لم يعين، فإن عين يكون عن

صاحبه. مثال الاول لو كان المال على ثلاثة وكل واحد منهم كفيل عن صاحبه فأدى أحدهم شيأ يكون إلى تمام الثلث عنه، وما زاد على الثلث يكون عن صاحبيه، ولو قال هذا من كفالة صاحبي لم يصح. الثاني لو كان له على رجل ألف فكفل ثلاثة عنه على أن يكون بعضهم كفيلا عن البعض فأدى أحدهم شييكون مؤديا عن نفسه وعن صاحبيه، وإن عين أحدهما لا يصح. والثالث لو كان الدين على رجلين وأحدهما كفيل عن صاحبه والآخر لم يكفل عنه إن أدى الكفيل شيأ ولم يعين كان المؤدي عنه، وإن عين يكون عن صاحبه وتمامه مع البيان فيه. ثم قال في المنتقى: رجلان كفلا عن رجل بأمره بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ثم أدى أحدهما شيأ فله أن يرجع بجميع ما أدى على المكفول عنه، وإن شاء رجع عليه بنصفه وعلى شريكه بنصفه. وإن ضمنا عنه بغير أمره لم يكن له أن يرجع على شريكه بشئ حتى يؤدي أكثر من النصف فيرجع عليه بالزيادة على النصف. وقالابو يوسف: إذا أقر رجلان لرجل بألف درهم على أن يأخذ بهذا المال أيهما شاء فهذا بمنزلة كفالة كل واحد منهما عن صاحبه بأمره ا ه ملخصا. قوله: (ولو افترق المفاوضان آخذ الغريم أيا شاء بكل الدين) لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة. قيد بالمفاوضين أي الشريكين شركة مفاوضة لان شريك العنان لا يؤاخذ عن شريكه لانها لا تتضمن الكفالة بل

***

[٤٠٧]

الوكالة ولذا قال في البزازية من الشركة: أقر أحدهما بدين في تجارتهما وأنكر الآخر لزم المقر كله إن كان هو الذي تولاه، وإأقر أنهما تولياه لزم نصفه ولا يلزم المنكر شئ، وإن أقر أنه وليه لم يلزمه شئ اه قوله: (ولا يرجع حتى يؤدي أكثر من النصف) لما بينا من الوجهين في كفالة الرجلين. قوله: (وإن كاتب عبديه كتابة واحدة وكفل كل من صاحبه وأدى أحدهما رجع بنصفه) لان هذا العقد جائز استحسانا وطريقة أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما معلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه، وإذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه لاستوائهما، ولو رجع بالكل لم تحقق المساواة. قيد بقوله وكفل لانه لو كاتبهما معا ولم يزد على ذلك لزم كل واحد حصته ويعتق بأداء حصته لان المقابلة المطلقة تقتضي ذلك، فلو كاتبهما على أنهما إن أديا عتقا وإن عجزا ردا في الرق ولم يذكر الكفالة فعندنا لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال إلى المولى لان شرط المولى في العقد تجب مراعاته إذا كان صحيحا شرعا، وقد شرط العتق عند أدائهما جميع المال إلى المولى لان شرط المولى في العقد نص، فلو عتق أحدهما بأداء حصته كان مخالفا لشرطه قوله: (ولو حرر أحدهما آخذا ما شاء بحصة من لم يعتقه) وإنما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرعن النصف لانه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون وسيلة إلى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقيتهما. وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان، وإذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا ينتصف، وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة قوله: (فإن آخذ المعتق رجع على صاحبه وإن آخذ الآخر لا) لان المعتق مؤد عنه بأمره والآخر مؤد عن نفسه. وإنما جازت الكفالة ببدل الكتابة هنا لانه في حال البقاء، وأما في الابتداء فالمال كله عليه قوله: (ومن ضمن عن عبد ما لا يؤاخذ به بعد عتقه فهو حال) كما إذا أقر العبد باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه إنسان أو باعه وهو محجور عليه أو أودعه شيأ فاستهلكه أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى فإنه لا يؤاخذ به في الحال، فإذا ضمنه إنسان ولم يبين أنه حال ولا غيره كان على الضامن حالا لانه حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة إلا أنه لا يطالب لعسرته إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما إذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر، ثم إذا أدى

***

[٤٠٨]

رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه إلابعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه. والتقييد بكونه يؤاخذ به بعد عتقه ليفهم منه حكم ما يؤاخذ به للحال بالاولى كدين الاستهلاك عيانا وما لزمه بالتجارة بإذن المولى، وجعله قيدا احترازيا كما في الشرح سهو كما لا يخفي. وفي فتح القدير: ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعاين ينبغي أن يرجع قبل العتق إذا أدى لانه دين غير مؤجل ولا مؤخر إلى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه، وبحث أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الامر بالكفالة من العبد أو السيد

وقوي عندي كون المعتبر أمر السيد لان الرجوع في الحقيقة عليه ا هـ. وفي البدائع: وأما رجوع الكفيل فله شرائط. منها: أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه. ومنها أن يكون بإذن صحيح وهو إذن من يجوز إقراره على نفسه بالدين حتى إنه لو كفل عن الصبي المحجور بإذنه فأدى لا يرجع لان إذنه بالكفالة لم يصح لانه من المكفول عنه استقراض واستقراض الصبي لا يتعلق به الضمان، وأما العبد المحجور فإذنه بالكفاله صحيح لحق نفسه حتى يرجع عليه بعد العتاق لكن لا يصح في حق المولى فلا يؤاخذ به في الحال ا هـ. وفي الخانية: ولو أن المكاتب صالح عن الدم على مال مؤجل في الذمة والقتل ثابت بإقراره أو بالبينة وكفل إنسان بالبدل ثم عجز المكاتب فرد في الرق لم يكن للمصالح أن يأخذ المكاتب حتى يعتق لانه التزام المال في الذمة عوضا عن الدم فصذلك في حقه لا في حق المولى، فإذا خلص أكسابه بالحرية يؤخذ به وللمصالح أن يؤخذ الكفيل قبل عتق المكاتب لانه كفل بمال واجب للحال، وإنما تأخرت المطالبة عن المكاتب قبل العتق لافلاسه وعجزه فلا تسقط المطالبة عن الكفيل ا هـ. قوله: (ولو ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعي أنه لو ضمن قيمته ولو ادعى على عبد ما لا وكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ الكفيل) لانها تبطل بموت المكفول به إذا كان حرا فكذا إذا كان عبدا لتعذر تسليمه بعد موته، وهذه المسألة الثانية مكررة لانه قدم في الكفالة بالنفس أنها تبطل بموت المطلوب، وفي هذا لافرق بين الحر والعبد ولكن إنما ذكرها هنا ليبين الفرق بينها وبين الاولى وهو ظاهر، لان المكفول به في الاولى رقبة العبد وهي مال وهي لا تبطل بهلاك المال فيلزمه قيمة العبد لان على المولى رد العبد على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل، فالمكفول المدعى عليه بخلاف الثانية. والحاصل أنها كفالة بالعين المغصوبة وهي تستفاد أيضا مما قدمه في الكفالة بالمال. قيد بإقامة البينة لانه وثبت ملك المدعي بإقرار ذي
***
[٤٠٩]
اليد أو بنكوله عند التحليف وقد مات العبد في يد ذي اليد قضى بقيمة المدعي على المدعى عليه، ولا يلزم على الكفيل شئ مما يلزم على الاصيل إلا إذا أقر الكفيل بما أقر به الاصيل لان إقرار الاصيل لا يعتبر حجة في حق الكفيل لما عرف أن الاقرار حجة قاصرة فيقتصر على المقر ولا يعدوه، كذا في الفوائد الظهيرية. وفي الخانية: مكاتب قتل رجلا عمدا فصالح عن الدم على عبد بعينه وكفل رجل بالعبد فهلك العبد قبل التسليم كان لولي الدم أن يأخذ الكفيل بقيمة العبد، وإن شاء طالب المكاتب أيضا بقيمة العبد لان الصلح عند دم العمد لا يبطل بهلاك البدل قبل التسليم، فإذا عجز عن تسليم العبد مع الموجب للتسليم يطالب بقيمة البدل، وكذا لو كان القاتل حرا والمسألة بحالها ا هـ. قوله: (ولو كفل عبد عن سيده بأمره فعتق فأداه أو كفل سيده عنه وأداه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر) بيان المسألتين: الاولى كفالة العبد عن سيده، والثانية عكسه، أما الاولى فشرطه أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى، وإنما صحت لان الحق في ماليته لمولاه وهو يملك أن يجعله بالدين بأن يرهنه أو يقر بالدين، وإن كان عليه دين مستغرق لم تصح كفالته لحق الغرماء وإن كان بإذن المولى، وأما الثانية فهي صحيحة على كل حال وإنما لم يرجع أحدهما على الآخر فيهما لانها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا، وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن عبده بغير أمره فأجازه. ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بإيفاء الدين من سائر أمواله، وفائدة كفالة العبد عن مولاة تعلقه برقبته. قيد بكفالة السيد عن عبده لان كفالة السيد لعبده عن مديونه صحيحة إن كان العبد مديونا، فلو أن هذا العبد قضى وليه دينه الذي كان عليه بطلت كفالة المولى، كذا في الخانية. وفي هذا التفريع أعني قوله فلو أن هذا العبد إلى آخره نظر ا هـ والله أعلم.
***
[٤١٠]
كتاب الحوالة ذكرها بعدها لان كلا منهما عقد التزام ما على الاصيل للتوثق إلا أن الحوالة تتضمن براءة الاصيل براءة مقيدة بخلاف الكفالة فكانت كالمركب مع المفرد والمفرد مقدم فأخر الحوالة عنها. والكلام فيها في مواضع: الاول في معناها لغة ففي المصباح: حولته تحويلا نقلته من موضع إلى موضع، وحول هو تحويلا يستعمل لازما ومتعديا. وحولت الرداء نقلت كل طرف إلى موضع الآخر، والحوالة مأخوذة من هذا فأحلته بدينه نقلته من ذمة إلى غير ذمتك وأحلت الشئ إحالة نقلته أيضا ا هـ. وفي الصحاح: أحال عليه بدينه والاسم الحوالة ا هـ. وفي فتح القدير: يقال أحلت زيدا بماله على عمرو فاحتال أي قبل أنا محيل وزيد محال ويقال محتاج والمال محال به والرجل محال عليه ويقال محتال عليه، فتقدير الاصل في محتال الواقع فاعلا محتول بكسر الواو وفي الواقع مفعولا محتول بالفتح كما يقدر

في مختار الفاعل مختبر بكسر الباء وفتحها في مختار المفعول. وأما صلة له مع المحتال الفاعل فلا حاجة إليها بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهما محتال ومحتال عليه، فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه، ويقال للمحتال حويل أيضا فالمحيل هو المديون والمحال والمحتال رب الدين والمحال عليه والمحتال عليه هو الذي التزم ذلك الدين للمحتال والمحال به نفس الدين ا هـ. الثاني في معناها شريعة فأفاده بقوله: (هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة) أي من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه وهذا قول البعض فقد اتفقوا على أصل النقل، ثم اختلفوا في كيفيته فقيل إنها نقل المطالبة والدين، وقيل نقل المطالبة فقط. وجعل الاختلاف في البدائع بين المتأخرين ونسب الشارح الاول إلى أبي يوسف. والثاني إلى محمد. وجه الاول دلالة الاجماع من أن
***
[٤١١]
المحتال لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهبه منه صح، ولو أبرأ المحيل أو وهبه لم يصح، ولولا انتقاله إلى ذمة المجال عليه لما صح الاول ولصح الثاني. وحكى في المجمع خلاف محمد في الثانية فكأنه لم يعتبره فنقل الاجماع. ووجه الثاني دلالة الاجماع أيضا من أن المحيل إذا قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن ؤدي المحتال عليه لا يكون متطوعا ويجبر على القبول، ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعا فينبغي أن لا يجبر على القبول كما إذا تطوع أجنبي بقضاء دين إنسان على غيره، وكذا المحتار لو أبرأ المحتال عليه عن دين الحوالة لا يرتد برده، ولو وهبه منه ارتد كما لو أبرأ الطالب الكفيل أو وهبه منه. ولو انتقل إلى ذمة المحال عليه لما اختلف حكم الابراء والهبة، وكذا المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لم يرجع على المحيل وإن كانت بأمره كالكفالة. ولو وهب الدين منه فله الرجوع إذا لم يكن للمحيل عليه دين، ولو كان له عليه دين يلتقيان قصاصا كما في الكفالة فدلت هذه الاحكام على التسوية بين الحوالة والكفالة، ثم الدين في باب الكفالة ثابت في ذمة الاصيل فكذا في الكفالة، هكذا قرره في البدائع ولم يرجح. وفي فتح القدير: المصحح من المذهب أنها توجب البراءة من الدين ا هـ. فالمذهب ما في الكتاب. قالوا: وفائدة الاختلاف في أنها نقلهما أو المطالبة فقط تظهر في مسألتين: أحداهما أن الراهن إذا أحال المرتهن بالدين فله أن يستر الرهن عند أبي يوسف، وكذا لو أبرأه عنه. وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن. والثانية إذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة لا يصح عند أبي يوسف لانه برئ بالحوالة، وعند محمد يصح وبرئ المحيل، وقد أنكر هذا الخلاف بينهما بعض المحققين وقال: لم ينقل عن محمد نص بنقل المطالبة دون الدين بل ذكر أحكاما متشابهة، واعتبر الحوالة في بعضها تأجيلا وجعل المحول بها المطالبة لا الدين، واعتبرها في بعض الاحكام إبراء، وجعل المحول بها المطالبة والدين. وإنما فعل هكذا لان اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين إذا الحولة مبنية على النقل، وقد أضيف إلى الدين واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبة لان الحوالة تأجيل معنى ألا ترى أن المحتال عليه إذا مات مفلسا يعود الدين إلى ذمة المحيل، وهذا هو معنى التأجيل فاعتبر المعنى في بعض الاحكام واعتبر الحقيقة في بعضها، نعم يحتاج إلى بيان لمية خصوص الاعتبار في كل مكان، كذا في فتح القدير. وفي تلخيص الجامع بها صار على
***
[٤١٢]
الحويل ما كان على المحيل إذ نقل الدين أو في بمعناها من نقل الطلب وحده وإن عكس أبو يوسف حسب التأثير في عتق المكاتب وبطلان الرهن بعد الاحالة على الغير ولهذا جاز للمحال أن يبرئ الحويل أو يسترهن أيهب منه دون المحيل على المذهب عكس ما قبلها ولم يصر للمحال ما كان للمحيل، وإن قيدها بالدين حذار تمليكه غير المديون بل يلزم الحويل دينان لهذا لو قبل الحال مؤجلا لم يظهر الاجسل في حق المحيل حسب التأثير بعد الموت والابراء ا هـ. ثم اعلم أنه يرد على تعريفها بالنقل المذكور أشياء: الاول أن التعريف لا يصدق على الحوالة المقيدة بالوديعة إذ ليس فيها دين انتقل إلى المحال عليه. ثانيها عود الدين بالتوى ولو انتقل الدين لم يعد. ثالثها جبر المحال على قبول الدين من المحيل بعدها ولو انتقل لم يجبر. رابعها قسمة الدين بين غرماء المحيل بعد موته قبل قبض المحتال ولو انتقل لاختص به المحال. خامسها أن إبراء المحتال المحا عليه لا يرتد بالرد ولو انتقل إليه لارتد. سادسا أن توكيل المحال المحيل بالقبض من المحال عليه غير صحيح ولو انتقل من ذمة المحيل لصح لكونه أجنبيا. سابعها أن المحتال لو وهب الدين للمحال عليه كان له أن يرجع على المحيل، ولو انتقل الدين إلى المحال عليه لكانت الهبة إبراء فلا رجوع. ثامنها أنها تفسخ بالفسخ ولو سقط الدين لم يعد. تاسعها عدم سقوط حق حبس المبيع فيما إذا أحاله المشتري. عاشرها كذلك الرهن والجواب أن موجبها نقل مؤقت لا مؤبد فبرئ المحيل براءة

موقتة إلى التوى فالرجوع به لانه لم يبرأ براءة مؤبدة، وإنما برئ بشرط السلامة للمحتال فخيث توى المال لم يوجد الشرط وصح أداء المحيل للمحتال ليستفيد البراءة المؤبدة التي لم تحصل بالحوالة كما علل به في الذخيرة. ولا يضر في نقل الدين قسمته بين غرماء المحيل بعد موته قبل قبض المحتال لان المحتال لم يملك الدين بالحوالة إذ يلزم عليه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو لا يجوز وإنما ملك المطالبة، فإذا قبضه ملكه. ولا يلزم أن يكون على المحال عليه دينان

***

[٤١٣]

دين للمحيل بدليل قسمته بين غرمائه ودين للمحتال لان الممنوع أن يكون للدين الواحد مطالبان لا أن يكن على واحد دينان باعتبارين لهما مطالب واحد كما في الحولة. وإنما لا يصلح المحيل أن يكون وكيلا عن المحتال بقبض الدين لكون المحيل يعمل لنفسه ليستفيد الابراء المؤبد. والفرق بين الهبة والابراء في الرجوع وعدمه أن الابراء إسقاط والهبة من أسباب الملك كالارث، وإنما قبلت الفسخ لان الدين لم يسقط بالكلية لانها توجب الابراء المؤبد. وفي الذخيرة: إذا أحال المديون المطالب على رجل بألبف أو بجميع حقه وقبل منه ثم أحاله أيضا بجميع حقه على آخر وقبل منه صار الثاني نقضا للاول وبرئ الاول ا ه‍. وإنما لم يبطل حق البائع في الحبس لان المطالبة باقية، ولذا لو كان المحيل هو البائع بطل حقه في الحبس لان مطالبته سقطت كالمرتهن إذا أحال غريمه على الراهن بطل حقه في حبس الرهن بخلاف ما إذا أحاله الراهن. الثالث في ركنها هو الايجاب من المحيل والقبول من المحتال عليه والمحتال. الرابع في شرائطها ففي المحيل العقل فلا تصح إحالة مجنون وصبي لا يعقل، والبلوغ وهو شرط النفاذ دون الانعقاد فتنعقد حوالة الصبي العاقل موقوفة على إجازة وليه كالبيع لان فيها معنى المبادلة. وأما حريته فليست شرطا للصحة فتصح حوالة العبد مأذونا أو محجورا غير أنه إن كان مأذونا رجع المحال عليه للحال وإلا فبعد العقق، وكذا صحته فتصح من المريض ومنها رضى المحيل حتى لو كان مكرها في الحوالة لم تصح لانها إبراء فيه معنى التمليك فيفسده الاكراه. وفي المحتال العقل والبلوغ على أنه شرط نفاذ فينفذ احتياله موقوفا على إجازة وليه إن كان الثاني أصليا من الاول، وكذا الوصي إذا احتال بمال اليتيم لا تصح إلا بهذا الشرط. ومنها الرضا حتى لو احتال مكرها لا تصح. ومنها مجلس الحوالة وهو شرط الانعقاد في قولهما خلافا لابي يوسف فإنه شرط النفاذ عنده فلو كان المحتال غائبا عن المجلس فبلغه الخبر فأجار لم ينعقد عندهما خلافا له، والصحيح قولهما. وأما شرائط المحال عليه فالعقل فلم يصح من مجنون وصبي لم يعقل قبولها، والبلوغ فلم يصح من صبي قبولها مطلقا، سواء كانت بأمر المحيل أو بدونه، لكونها مع الامر تبرعا ابتداء وبدونه تبرعا ابتداء

***

[٤١٤]

وانتهاء، ولو قبل عنه وليه لم يصح لكونه من المضار فلا يملكه الولي. ومنها الرضا فلو أكره على قبولها لم يصح. ومنها المجلس فإنه شرط الانعقاد. وأما شرائط المحتال به فأن يكون دينا لازما فلا تصح ببدل الكتابة فما لا تصح به الكفالة لا تصح به الحوالة فلم تصح إحالة المولى غريمه على مكاتبه إلا إذا قيدها ببدل الكتابة، وأما إذا أحال المكاتب مولاه على رجل فإنما يجوز إذا كان له على الرجل دين أو عين. وقيد بها لان المحتال يكون نائبا عن المكاتب في القبض فيجوز وإن لم يكن له واحد منهما أو كان له ولم يقيده به لا يجوز ولكن إذا أحال المولى عليه رجلا لم يعتق حتى يؤدي بدل الكتابة فإذا أحال مولاه على رجل عتق كما ثبتت الحوالة عكس البائع كما أوضحه الشارح. وتفرع على هذا الشرط أنه لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت الحواله به بأن كان الدين ثمن مبيع فاستحق المبيع تبطل الحوالة، ولو سقط عنه الدين لمعنى عارض بأن هلك المبيع عند البائع قبل التسليم بعد الحوالة حتى سقط الثمن عنه لم تبطل الحوالة ولكن إذا أدى الدين بعد سقوط الثمن يرجع بما أدى على المحيل ولو ظهر طلك في المطلقة لم تبطل وسيأتي الكلام عليها. الخامس في حكمها فلها أحكام منها: براءة المحيل، ومنها ثبوت ولاية المطالبة للمحتال على المحال عليه بدين في ذمته أو في ذمة المحيل على اختلافهم، ومنها ثبوت الملازمة للمحال عليه على المحيل إذا لازمه المحتال فكلما لازمه لازمه، وإذا حبسه حبسه إن كانت بأمر المحيل ولا دين له لانه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فعليه تخليصه، وإن كان بغير أمره أو كان مديونه وقد قيدت به

***

[٤١٥]

فلا ملازمة ولا حبس. السادس في صفتها ذكر في الخلاصة والبزازية أنها على ثلاثة أوجه لازمة وجائزة وفاسدة. فاللازمة أن يحيل

الطالب على رجل وقبل الحوالة، سواء كانت مقيدة أو مطلقة. والجائزة أن يقيدها بأن يعطي المحال عليه الحوالة من ثمن دار نفسه أو ثمن عبده فلا يجبر المحال عليه على البيع وهو بمنزلة ما لو قبل الحوالة على أن يعطي عند الحصاد فإنه لا يجبر على أداء الماء قبل الاجل. والفاسدة أن يقيد بإعطائه من ثمن دار المحيل أو ثمن عبده لانها حوالة بمالا يقدر على الوفاء به وهو بيع الدار والعبد فإن الحوالة بهذا الشرط لا يكون توكيلا ببيع دار المحيل اهـ. السابع في دليلها روى أصحاب الكتب الستة عن أبي هريرة مرفوعا مطل الغني ظلم وإذا اتبع أحدكم على ملئ فليتبع وفي لفظ الطبراني مرفوعا ومن أحيل على ملئ فليتبع ورواه أحمد ومن أحيل على ملئ فليحتل ثم أكثر العلماء على أن الامر للاستحباب وعن أحمد للوجوب، والحق الظاهر أنه أمر إباحة فهو دليل جواز نقل الدين شرعا أو المطالبة والاجماع على جوازها دفعا للحاجة، كذا في فتح القدير. الثامن في أنواعها سيأتي أنها مقيدة ومطلقة. التاسع في سببها. العاشر في محاسنها وهو ما قدمناه في الكفالة قوله: (وتصح في الدين لا في العين) لان النقل الذي تضمنته نقل شرعي وهو لا يتصور في الاعيان بل المتصور فيها النقل الحسي فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين فلا بد أن يكون للمحتال دين على المحيل ولذا قال في الخلاصة: رب الدين إذا أحال رجلا على رجل وليس للمحتال على المحيل دين فهذه وكالة وليست بحوالة ا هـ. وفي القنية: أحال عليه مائة من من الحنطة ولم يكن للمحيل على المحتال عليه شئ ولا للمحتال على المحيل فقبل المحتال عليه ذلك لا شئ عليه ا هـ. وأما الدين على المحال عليه فليس بشرط. وفي السراج الوهاج: لا تصح الحوالة بالاعيان والحقوق ا هـ. ولم يمثلوهما قوله: (برضا المحتال والمجال عليه) لان المحتال هو صاحب الحق وتختلف عليه الذمم فلا بد من رضاه لاختلاف الناس في الايفاء، وأما المحال عليه فيلزمه المال ويختلف عليه الطلب والناس متفاوتون. قيد
***
[٤١٦]
برضاهما لانها لا تصح مع إكراه أحدهما كما قدمناه وأراد من الرضا القبول في مجلس الايجاب لما قدمناه أن قبولهما في مجلس الايجاب شرط الانعقاد وهو مصرح به في البدائع، ولكن في البزازية: لو أحال على غائب فقبل بعد ما علم صحت ولا تصفي غيبة المحتال كالكفالة إلا أن يقبل رجل له الحوالة ا هـ. فجعل القبول من المحتال والرضا منهما مع أنه قال: الحوالة تعتمد قبول المحتال والمحال عليه. ولم يذكر المصنف رضا المحيل فإنه ليس بشرط على ما ذكره محمد في الزيادات، وشرطه القدوري. وإنما شرطه للرجوع عليه فلا اختلاف في الروايات كما في إيضاح الاصلاح. والحاصل أنها إن كانت بغير رضا المحيل وكان له دين على الحال عليه فله مطالبته بدينه، وإن لم يكن له دين عليه فلا رجوع للمحال عليه لانه قضى دينه بغير أمره كما في السراج الوهاج، وكذا حضرته ليست شرطا حتى لو قيل لصاحب الدين لك على فلان ألف فاحتل بها علي ورضي الطالب بذلك وأجاز صحت فليس له أن يرجع بع ذلك بخلاف ما لو قيل للمديون عليك ألف لفلان فأحله بها علي فقال المديون أحلتثم بلغ الطالب فأجاز لا يجوز عند الامام ومحمد، كذا في البزازية. وكذا لو كالمحتال غائبا كما قدمناه. وفيها معزيا إلى المنتقى: قال لآخر أحلني على فلان وسكت ثم قال لم أقبل فالحوالة جائزة ا هـ. ولم يقيد المصنف رحمه الله تعالى بأن يكون الدين المحال به معلوما ولا بد منه لصحتها لما في البزازية، احتال بمال مجهول على نفسه بأن قال احتلت بما يذوب لك على
***
[٤١٧]
فلان لا تصح الحوالة مع جهالة المال، ولا تصح أيضا الحوالة بهذا اللفظ، والحوالة متى حصلت مبهمة يثبت الاجل في حق المحتال عليه كما في الكفالة. ولو كان المال حالا على الذي عليه الاصل من قرض أو غصب فأحاله به على رجل إلى سنة فهو جائز، وإن مات المحتال عليه قبل انقضاء الاجل عاد المال إلى المحيل حالا، فرق بين الحوالة والكفالة، فإن الكفيل إذا كفل بدين وأجل الطالب الدين ولم يضف الاجل إلى الكفيل صار الاجل مشروطا للاصيل حتى لو مات الكفيل كان الدين على الاصيل مؤجلا، وفي الحوالة متى أضاف الاجل إلى الدين ولم يضف إلى المحتال عليه لا يصير الاجل مشروطا في حق الاصيل حتى لو مات المحتال عليه مفلسا لا يعود الدين إلى الاصيل حالا ا هـ. ومن الغريب ما في المجتبى أحال الغريم بغير رضا المحال عليه لا يجوز، وقيل يجوز كالتوكيل بقبض الدين. وفي شروط الظهيرية: رضا من عليه الحوالة ليس بشرط إجماعا. قلت: معناه إذا كان المحال به مثل الدين
***
[٤١٨]

ا هـ. والمذهب المعتمد أنه لا بد من رضاالمحال عليه سواء كان عليه دين أو لا، وسواء كان المحال به مثل الدين أو لا. ثم اعلم أن الحوالة إذا صحت برضا المحال عليه وغاب المحيل فادعى المحال عليه ما يوجب براءة المحيل ليبرأ فهل تسمع دعواه؟ ففي البزازية: غاب المحيل وزعم المحتال عليه أن مال المحتال على المحيل كان ثمن خمر لا تصح دعواه وإن برهن على ذلك كما في الكفالة ا هـ. وفي فروق الكرابيسي: لو أحال امرأته بصداقها على رجل وقبل الحوالة ثم غاب الزوج فأقام المحتال عليه بينة أن نكاحها كان فاسدا وبين لذلك وجها لا تقبل بينته، ولو ادعى أنها كانت أبرأت زوجها عن صداقها أو أن الزوج أعطاها المهر أو باع بصداقها منها شيأ وقبضت قبلت بينته، وإن كان المبيع غير مقبوض لا تقبل بينته، والفرق أن مدعي فساد النكاح متناقض أو لانه يدعى أمرا مستنكرا فلا تسمع دعواه بخلاف دعوى الابراء أو البيع لانه غير مستنكر، وكذا هذا في الكفالة ا هـ. فعلى هذا لو ادعى المحيل أنه أوفاه الدين بعدها تسمع وتقبل بينته لانه غير مستنكر. قوله: (وبرئ المحيل بالقبول من الدين) أي بقبول المحتال الحوالة على الحال عليه لان الاحكام الشرعية تبتنى على وفق المعاني اللغوية فمعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق إلا بفراغ ذمة الاصيل بخلاف الكفالة لانها الضم وهو لا يتحقق مع البراءة. وقوله من الدين رد على من يقول بأنه يبرأ عن المطالبة لا الدين وقدمنا ذلك، ومراده أنه يبرأ براءة موقتة كما قدمناه، فلو أحال الزوج المرأة بصداقها لم تحبس نفسها بخلاف العكس في الثلاثة هذا هو مقتضي براءة المحيل ولكن المنقول في الزيادات عكسه وهو أن البائع والمرتهن إذا أحالا سقط حقهما في الحبس، ولو أحيلا لم يسقط لان المحال عليه قائم مقام المحيل فلم تسقط مطالبتهما والمكاتب على عكس ذلك فإنه إن أحال مولاه على رجل عتق، وإن أحال مولاه عليه لم يعتق حتى يؤدي البدل لانها معلقة ببراءة ذمته وقد برئت إذا كان المكاتب محيلا لا إذا كان محالا عليه. وقوله برئ المحيل من الدين غير شامل لما إذا كان المحيل كفيلا وخصها ببراءة نفسه فإنه يبرأ عن المطالبة لانه لا دين عليه على الصحيح، وأما إذا أطلق الحوالة فإن الاصيل يبرأ أيضا لان الحوالة المطلقة تنصرف إلى الدين وهو على الاصيل فيبرأ ويتبعه الكفيل كصلح الكفيل مع الطالب إن أطلقه برئا، وإن اشترط براءة نفسه خاصة برئ الكفيل وحده، كذا في تلخيص الجامع. فإذا أحال الطالب على الكفيل بمال

***

[٤١٩]

الكفالة صح، وإن أحال على الاصيل فكذلك ولا سبيل للمحتال على الكفيل لانه لم يضمن كذا في البزازية. وفي قوله برى المحيل اشارة إلى براءة كفيله فإذا احال الاصيل الطالب برئا، كذا في المحيط. ولم يشترط المصنف لبراءة المحيل قبض المحال من المحال عليه فلا نتوقف على القبض إلا في مسألتين في تلخيص الجامع قال: وإن كان دينه جيادا أو ذهبا وعليه زيف أو ورق فأحال عنهما بجياد أو ذهب على أن يأخذهما من غريمه جاز إن قبل الغريم ناقدا في مجلس المحيل والمحال إذا تصارفا مقتضى إيجاب الجياد كما ينقل الدين مقتضى هبته من الكفيل وأكدا بدله بضمان الحويل في المجلس كشرط الرهن والكفيل والنقل إلى ذمته توثيق بمنزلة الملاءة عادة لا تفويت للقبض المستحق إلا أن يبرئه المحال فينعكس ويبطل الصرف لانه فسخ مجازا كيلا يلغو إذا لاقى ما له حكم الغير حذار الاستبدال غير مشروط بالقبول لوجود الرضا ضمن الحوالة ضد غيرها، ولو أحاله على الجياد أو الذهب الذي عليه أو على أن يعطيه الجياد أو الذهب الذي عليه لم يجز لان التعريف ضد التنكير بجعل الدين الذي عليه بدلا وفيه تمليكه من غير من عليه أو شرط الثمن على الغير ضد ما لو كانت الجياد والذهب وديعة أو غصبا قائما أو ملك العين والدين اهـ. ولم يذكر المصنف ما إذا اختلفا في الاحالة. قال في البزازية: زعم المديون أنه كان أحال الدائن على فلان وقبله وأنكره الطالب سأل الحاكم من المديون البينة على الحوالة إن أحضرها والمحتال عليه حاضر قبلت وبرئ المديون، وإن غائبا قبلت في حق التوقف إلى حضور المحال عليه، فإن حضرو أقر بما قال المديون برئ وإلا أمر بإعادة البينة عليه، وإن كان لشهود ماتوا أو غابوا حلف المحتال عليه، وإن لم يكن للمديون بينة وطلب حلف الطالب بالله ما احتال على فلان بالمال فإن نكل برئ المطلوب اهـ قوله: (ولم يرجع المحتال على المحيل إلا بالتوى) لان براءته مقيدة بسلامة حقه إذ هو المقصود، أو لفسخ الحوالة لفواته وأنها تحتمل الفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع. وهذا إذا لم يشترط الخيار للمحال، أما إذا جعل للمحال الخيار أو أحاله على أن له أن يرجع على أيهما شاء صح، كذا في البزازية. ومراده إذا كانت الحوالة باقية، أما إذا فسخت الحوالة فإن للمحتال الرجوع بدينه على المحيل ولذا قال في البدائع: إن حكمها ينتهب فسخا وبالتوى. وفي البزازية: والحيل والمحتال

يملكان النقض وبالنقض يبرأ المحتال عليه. وقدمنا عن الذخيرة أن الحوالة إذا تعددت على رجلين كانت الثانية نقضا للاولى. وفيها أيضا: قال محمد في الزيادات: رجل له على رجل ألف درهم وبها كفيل وعلى

***

[٤٢٠]

رب الدين لرجلين ألفا درهم دين لكل واحد منهما ألف درهم أحال رب الدين أحد غريميه على الكفيل حوالة مقيدة بذلك الدين وأحال الغريم الآخر على الاصيل حوالة مقيدة بذلك الدين فهذا على وجهين: إما أن حصلت الحوالتان على التعاقب وهو على وجهين: إما أن بدأ بالحوالة على الاصيل أو بالحوالة على الكفيل، فإن بدأ بالحوالة على الكفيل صحت الحوالتان، أما الحوالة على الكفيل فظاهر، وأما الحوالة على الاصيل فلان ناخير المطالبة عن الكفيل لا يوجب تأخير المطالبة عن الاصيل، ولا تبطل الحوالة الاولى بالحوالة الثانية لان المطالبة قد تأخرت عن الكفيل بالحوالة الاولى. وإن بدأ بالحوالة على الاصيل ثم بالحوالة على الكفيل فالحوالة على الاصيل صحيحة وعلى الكفيل باطلة، ولووقعتا معا جازتا إلى آخر ما فيها. وقوله إلا بالتوى مقيد بأن لا يكون المحيل هو المحتال عليه ثانيا لما في الذخيرة: رجل أحال رجلا له عليه دين على رجل ثم إن المحتال عليه الاول، فإن توى المال على الذي عليه الاصل لا يعود إلى المحتال عليه الاول، فإن توى المال على الذي عليه الاصل لا يعود إلى المحتال عليه الاول اه. وللتوى معنيان لغوي واصطلاحي هنا فالاول ففي المصباح: التوى وزان الحصى وقد يمد هو الهلاك اه. وفي الصحاح: التوى مقصورا هلاك المال يقال توى الما بالكسر يتوى توى أتواه غيره وهذا مال أتو على فعل اه. وأما الثاني فأفاده بقوله: (وهو أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له أو يموت مفلسا) لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى في الحقيقة، ولو فلسه الحاكم بعد ما حبسه لا يكون توى عند أبي حنيفة. وقالا: هو توى لانه عجز عن الاخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما فصار كعجزه عن الاستيفاء بالجحود أو بموته مفلسا. ولابي حنيفة أن الدين باق في ذمته وبتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع ألا ترى أنه لو تعذر بغيبة المحتال عليه لا يرجع على المحيل. وهذا بناء على أن الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله تعالى عزوجل غاد ورائح. وفي البزازية: أحال على رجل فغاب المحتال عليه فزعم المحتال أن المحتال عليه جحد الحوالة وحلف وبرهن على ذلك لا تقبل ولا تصح دعواه لان المشهود عليه غائب اه. وفي المحيط: وإن صدقه المحيل رجع عليه بدون البينة الافلاس للميت بأن لم يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا ووجود الكفيل يمنع موته مفلسا على ما في الزيادات وفي الخلاصة لا يمنع وأن المحتال لو أبرى الكفيل بعد موت المحال عليه فله أن يرجع بدينه على المحيل. وفي البزازية: أخذ المحتال من المحال عليه بالمال كفيلا ثم مات المحال عليه مفلسا لا يعود الدين إلى ذمة المحيل، سواء كفل بأمره أو بغير أمره، والكفالة حالة أو مؤجلة أو كفل حالا ثم أجله المكفول له،

***

[٤٢١]

وإن لم يكن به كفيل ولكن تبرع رجل ورهن به رهنا ثم مات المحال عليه مفلسا عاد الدين إلى ذمة المحيل، ولو كان مسلطا على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحال عليه مفلسا بطلت الحوالة والثمن لصاحب الرهن، ولو قال الطالب مات المحال عليه بلا تركة وقال المحيل عن تركة فالقول للطالب مع حلفه اه. ثم قال فيها: قال المحيل مات المحال عليه بعد أداء الدين إليك وقال المحال عليه بل قبله وتوى حقي فلي الرجوع فالقول للمحتال لتمسكه بالاصل اه. وأورد على قولهم لتمسكه بالاصل وهو العسرة مالو أوصى لفقراء بني فلان وجاء واحد من بني فلان وقال أنا فقير وقالت الورثة إنه غني فالقول للورثة وإن كان الاصل العسرة لان الفقير مدع وليس بدافع شيأ عن نفسه من حيث المعنى، وفي مسألتنا الطالب منكر معنى لان المحيل بدعواه أن المحتال عليه مات عن وفاء يدعي توجه المطالبة على الورثة وأنها لم تكن ثابتة على الوارث، وهذا دعوى على الطالب فإنه متى ثبت ذلك لا يعود الدين على المحيل ولاطالب بدعوى الفقر ينكر ذلك فقد انضم إلى التمسك بالاصل الانكار معنى وفي مثله القول قول المتمسك بالاصل، كذا في الذخيرة قوله: (فإن طالب المحتال عليه المحيل بما أحال فقال المحيل أحلت بدين لي عليك ضمن مثل الدين) لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره إلا أن المحيل يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول للمنكر. وإنما قال مثل الدين ولم يقل بما أداه فلو كان المحال به دراهم فأدى دنانير أو عكسه صرفا رجع بالمحال به، وكذا إذا أعطاه عرضا. وإن أعطاه زيوفا بدل الجياد رجع بالجياد، وكذا لو صالحة بشئ فإنه يرجع بالمحال به إلا إذا صالحه عن جنس الدين بأقل فإنه يرجع بقدر المؤدي بخلاف المأمور بقضاء الدين فإنه يرجع بما أدى إلا إذا

أدى أجود أو جنسا آخر. والكفيل كالحويل يرجع بالدين لا بما أدى إلا في الصلح على الاقل كما قدمناه في الكفالة، ولا بد أن يقول بعد قوله بما أحال بعدما دفع المحال به إلى المحتال ولو حكما لانه قبل الدفع إليه لا يطالبه إلا إذا طولب ولا يلازمه إلا إذا لوزم كما قدمناه، فلو أبرى المحتال المحال عليه فإنه لا رجوع له على المحيل، ولو كان المحال عليه مديونا للمحيل وقد أحاله بدينه مقيدا فللمحيل الرجوع عليه بدينه بعد إبراء المحتال. وإنما قلنا ولو حكما لان المحتال لو وهبه من المحال عليه فله الرجوع ولا رجوع للمحيل بدينه لو كان مديونه وقد أحاله به كالاستيفاء والوراثة من المحتال كالهبة، كذا في البزازية. وفيها عن الثاني: أحال المشتري بالثمن على إنسان فتبرع أجنبي بقضاء الثمن عن المشتري لم يرجع المحتال عليه على المشتري، وإن تبرع على المحتال عليه يرجع، وإن لم يبين فالقول للمتبرع، وإن ميتا أو غائبا فعن المحتال عليه ما لم

***

[٤٢٢]

يعلم خلافه بإقرار الدافع قوله: (وإن قال المحيل للمحتال أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال أحلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل) لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظ الحوالة مستعملة في الوكالة مجازا لما في التوكيل من نقل التصرف من الموكل إلى الوكيل فيكون القول له مع يمينه. فإن قيل: قلتم إن المحيل لا يملك إبطال الحوالة فلو لم يجعل المحتال مستحقا لملك المحيل إبطالها لانه يملك فسخ التوكيل بالقبض قلنا: الحوالة قد صحت وهي محتملة أن تكون بمال هو دين على المحيل، وحتمل أن يكون أقامه مقام نفسه فلا يجوز إبطال الحوالة بالاحتمال، كذا في السراج الوهاج. وفي المحيط: إلا أن يكون المحيل قال للحويل أضمن عني هذا المال لان قوله أضمن عني لا يحتمل الوكالة لانه أمره بالضمان عنه. وإنما يصير ضامنا عنه إذا كان على المحيل دين فكان إقرارا هنا بالمال عليه اه. وفي النوادر: لو غاب المحتال وأراد المحيل أن يقبض المال من المحال عليه وقال أحلته بوكالة لا يصدق على ذلك لانه قضاء على الغائب، هذه رواية بشر خالد بن الوليد. وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى أنه يقبل قول المحيل أنه وكله لان الدين حقه قبل المحال عله وقد أنكر إسقاطه بالحوالة وأقر بحق قبضه للوكيل بالوكالة، وكذا لو قال تدفعه جاز نهيه وأن الآخر عائبا، كذا في الميحط قوله: (ولو أحاله بماله عند زيد وديعة صحت فإن هلكت برئ) بيان للحوالة المقيدة وحاصله أنها نوعان: مطلقة ومقيدة. فالمقيدة أن يقيدها بدين له عليه أو وديعة أو عين في يده وديعه أو غصب أو نحوه. والمطلقة ان يرسلها ارسالاو ولا يقيدها بواحد مما ذكر سواء كان له دين على المحال عليه أو عنده، عين له أو لا بأن قبلها متبرعا، والكل جائز لانه في المقيدة وكيل في الدفع، وفي المطلقة متبرع. وحكم المطلقة أن لا ينقطع حق المحيل من الدين والعين وللمحال عليه الرجوع على الميحل بعد أدائه إن كانت برضاه ولو كان الدين مؤجلا في حق المحيل تأجل في حق المحال عليه ولا يحل بموت الميحل ويحل بموت المحال

***

[٤٢٣]

عليه. وحكم المقيدة أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بما أحال عليه من الدين أو العين لتعلق حق المحتال على مثال الراهن بخلاف المطلقة فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه من الدين أو عنده من العين بخلاف المقيدة، وقدمنا حكم إبراء المحتال وهبته وإرثه. ولو مات المحيل قبل قبض المحتال كان الدين والعين المحال بهما بين غرمائه بالحصص لكونه مال المحيل ولم يثبت عليه يد الاستيفاء لغيره لان المحتال لم يملكه بها للزوم تمليك الدين من غير من هو عليه، وإنما وجب بها دين في ذمة المحال عليه مع بقاء دين المحيل وقد حققناه فيما سلف، وسيأتي حكم ما إذا قبض المحتال به بعد مرض المحيل بخلاف الرهن لان ثابت عليه يد الاستيفاء فاختص به المرتهن بعد موت الراهن مديونا بخلاف المطلقة لبراءة المحيل وصار المحتال من غرماء المحال عليه، وإذا قسم الدين بين غرماء المحيل لا يرجع المحتال على المحال عليه بحصة الغرماء لاستحقاق الدين الذي كان عليه. وظاهر قولهم بقسمته بين غرماء المحيل أنه يقسم بين ورثته أيضا بمعنى أن لهم المطالبة به دون المحتال فيضم إلى تركته، ولم أره الآن. والمراد بالبراءة في قوله برئ بطلان الحوالة لان المودع كما قدمنا وكيل في دفعها فلا دين عليه، أو المراد البراءة عن المطالبة وهو الظاهر وهلاكها بقول المودع، ولذا قال في الخلاصة: لو قال المودع ضاعت بطلت الحوالة اه. ولو لم يعط المحال عليه الوديعة وإنما قضى من ماله كان متطوعا قياسا لا استحسانا وقد مرت في الوكالة، كذا في المحيط. وفي التتارخانية: والاستحسان أن لا يكون متبرعا وله أن يشارك غرماء المحيل في تركته ووديعته

***

[٤٢٤]

بقدر ما أدى واستحقاق الوديعة مبطل لها كهلاكها كما في الخانية. وفي التتارخانية: لو كانت الحوالة مقيدة بالعين الوديعة فوهبها المحتال من المحال عليه صح التمليك وهو مشكل لان المحتال لم يملكها فكيف يملكها. وجوابه أنه لما كان له حق أن يتملكها كان له أن يملكها اهـ. وقيد بالوديعة لان الحوالة بالمغصوب لا تبطل بهلاكه، ذكره الشارح في أول كتاب الرهن. ووجهه أنه لا يبرأ بالهلاك للانتقال إلى بد له مثلا وقيمته. وفي البزازية: لو كانت مقيدة بالغصب لا تبطل لوجود الخلف. وقيبهلاك العين لانها لو كانت مقيدة بدين ثم ارتفع ذلك الدين لم تبطل على تفصيل فيه، فلو أحال المولى غريمه على المكاتب ببدل الكتابة ثم أعتق المولى المكاتب لم تبطل الحوالة عندنا خلافا لزفر. وعلى هذا الخلاف ما إذا باع عبدا من رجل بألف درهم ثم إن البائع أحال غريما بالثمن على المشتري فمات العبد قبل القبض أو رد بخيار من الخيارات الثلاث قبل القبض أو بعده لم تبطل، ولو استحق المبيع أو استحق الدين الذي قيد به الحوالة من جهة الغرماء أو ظهر أن العبد المبيع كان حرابطلت الحوالة إجماعا. والفرق أن في الاول سقط الدين بعد الوجوب مقصودا فلم تبطل الحوالة، وفي الثاني ظهر عدم الوجوب وقت الحوالة فبطلت، وإذا لم تبطل وأدى فإنه يرجع به على المحيل فيرجع المكاتب على سيده إن أداه بعد عتقه لا قبله، كذا في الذخيرة. ثم قال: وفي المنتقي: رجل اشترى عبدا بألف درهم وقبضه ثم أحال المشتري البائع بالثمن على غريمه من المال الذي له عليه ثم رد المشتري العبد بعيب بقضاء فإن القاضي يبطل الحوالة، فإن كان البائع أجل المحتال عليه بالمال فإن الاجل ينتقض أيضا إذا كان الرد بحكم، فإن كان الرد بغير حكم لا يبطل الاجل والمشتري بالخيار إن شاء اتبع البائع به حالا وإن شاء اتبع المحتال عليه إلى أجله اهـ. فقد فرق على رواية المنتقي بين إحالة البائع غريمه على المشتري وبين إحالة المشتري البائع على غريمه حيث لا تبطل في الاولى بالفسخ، وتبطل في الثانية، ولعل وجهه
***
[٤٢٥]
أن في الاولى تبين أن لا دين عليه وهي تصح بدون دين على المحال عليه، وفي الثانية ظهر أن المحيل ليس بمديون فبطلت. ثم قال في الذخيرة: وإن كان البائع أبرأ المحتال عليه من المال، أو وهبه له أو اشترى منه ثوبا وقبضه ثم رد المشتري المبيع بعيب بقضاء أو بغير جازت الهبة والابراء والبائع ضامن للمال، وكذا لو مات العبد في يد البائع قبل القبض، وكذا لو استحق بعده وقد ابرا البائع المحتال عليه من المال أو وهبه له اهـ. وهو مشكل بالنسبة إلى مسألة الاستحقاق لما تقدم من بطلان الحوالة إذا استحق المبيع لانه تبين أن لا دين أصلا فلما بطلت ينبغي أن يبطل ما ابتنى عليها من الهبة والابراء من البائع، وقد وقعت حادثة الفتوى في المديون إذا باع شيأ من دائنه بمثل الدين ثم أحال عليه بنظير الثمن أو بالثمن فهل تصح أو لا؟ فأجبت إذا وقع بنظيره صحت لانها لم تقيد بالثمن ولا يشترط لصحتها دين على المحال عليه، وإن وقعت بالثمن فهي مقيدة بالدين وهو مستحق للمحال عليه لوقوع المقاصة بنفس الشراء، وقدمنا أن الدين إذا استحق للغير فإنها تبطل والله أعلم. فروع مهمة: يجوز قبول الحوالة بمال اليتيم من الاب والوصي على أملا من الاول لان تصرفهما مقيد بشرط النظر، وإن كان مثله في الملآة اختلفوا على قولين. ولو احتالا بدينه إلى أجل لم يجز لكونه إبراء موقتا فيعتبر بالابراء المؤبد. وهذا إذا كان دينا ورثه الصغير، وإن وجب بعقدهما جاز التأجيل عندهما خلافا لابي يوسف، كذا في الميحط. وكذا قبول الحوالة من المتولي على هذا التفصيل. ولم يذكروا فيما رأيت حكم إحالة المستحق بمعلومه على المتولي، وينبغي أن تكون صحيحة إذا كان مال الوقف تحت يده كالاحالة على المودع بجامع أن كلا منهما أمين ولا دين عليه. وأما إذا لم يكن في يدذه مال الوقف فلا لانها لثبوت المطالبة على المحال عليه، ولو قبل الحوالة بالمال الذي للمحيل على المحال عليه ثم مرض المحيل فقضي المحال عليه سلم للمحتال ما أخذه ويؤخذ من المحال عليه ما علم ويقسم بين غرماء المحيل بالحصص ويشاركهم المحتال عليه. ولو كانت الحوالة بوديعة فالمسألة بحالها فلا سبيل لغرماء المحيل على المحال عليه، ولو أحال المحال عليه المحتال على آخر جاز وبرئ الاول والمال على الآخر كالكفالة من الكفيل. ولو قال ضمنت لك ما على فلاعلى أن أحيلك به على فلان فرضي الطالب، إن أحاله وقبله جاز، وإن لم يقبل فلان الحوالة فالكفيل ضامن على حاله.
***
[٤٢٦]
ولو قال على أن أحيلك به على فلان إلى شهر انصرف التاجيل إلى الدين لانه لا يصح تأجيل عقد الحواله وإذا اراد ان يحيله على

فلان فلم يقبل المكفول له الحوالة برئ الكفيل عن الضمان، وإن مات فلان لم يكن للطالب أن يطالبه بالمال حتى يمضي شهر، والكل في المحيط. وفي البزازية: أدى المال في الحوالة الفاسدة فهو بالخيار إن شاء رجع على القابض وهو المحتال، وإن شاء رجع على المحيل، وعلى هذا إذا باع الآجر المستأجر وأحال بالثمن على المستأجر ثم استحق المستأجر من يد المشتري إن شاء رجع بالثمن على المؤجر المحيل، وإن شاء رجع على المستأجر القابض، وكذا في كل موضع ورد فيه الاستحقاق اه قوله: (وكره السفاتج) جمع سفتجة قيل بضم السين، وقيل بفتحها. وأما التاء مفتوحة فيهما فارسي معرب وفسرها بعضهم فقال: هي كتبا صاحب المال لوكيله أن يدفع مالا قرضا يأمن به خطر الطريق، كذا في المصباح. وفي القاموس: السفتجة كقرطقة أن يقطى مالا لآخر وللآخذ مال في بلد المعطى فهو فيه إباها ثم فيستفيد أمن الطريق وفعله السفتجة بالفتح اه. وحاصله عندنا قرض استفاد به المقرض أمن خطر الطريق للنهي عن قرض جر منفعة. وقيل: إذا لم يكن المنفعة مشروطة فلا بأس به. وفي البزازية من كتاب الصرف ما يقتضي ترجيح الثاني قال: ولا بأس بقبول هدية الغريم وإجابة دعوته بلا شرط، وكذا إذا قضى أجود ما قبض يحل بلا شرط، وكذا لو قضى أدون ولو أرجح في الوزن إن كثيرا لم يجز وإن قل جاز، وما لا يدخل في تفاوت الموازين ولا يجري بين الكيلين لا يسلم له بل يرده والدرهم في مائة يرده بالاتفاق. واختلفو في نصفه قيل كثير، وقيل قليل، ولو أن المستقرض وهب منه الزائد لم يجز لانه مشاع يحتمل القسمة اه. والله أعلم.

***

[٤٢٧]

كتاب القضاء لما كان أكثر المنازعات في الديون والبياعات والمنازعات محتاجة إلى قطعها أعقبها بما هو القاطع لها وهو القضاء، والكلام فيه في عشرة مواضع: الاول في معناه لغة وهو بالمد ككساء أو أكسية ففي المصباح أنه مصدر قضيت بين الخصمين وعليهما حكمت اه. وفي الصحاح: القضاء الحكم وأصله قضاي لانه من قضيت إلا أن الياء لما جاءت بعد الالف قلبت همزة، والجمع الاقضية. وقضى أي حكم ومنه قوله تعالى * (وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه) * [الاسراء: ٣٢] وقد يكون بمعنى الفراغ يقول قضيت حاجتي وضربه فقضى عليه أن قتله كأنه فرغ منه وسم قاض أي قاتل وقضى نحبه قضاء أي مات. وقد يكون بمعنى الاداء وإنهاء تقول قضيت ديني ومنه قوله تعالى * (وقضينا إلى بني اسرائيل في الكتاب) * [الاسلااء: ٤] وقوله تعالى * (وقضينا إليه ذلك الامر) * [الحجر: ٦٦] أي أنهيناه إليه أبلغناه ذلك. قال الفراء في قوله تعالى * (ثم اقضوا إلى) * [يونس: ١٧] ألي امضوا لي كما يقال قضى فلان أي مات ومضى وقد يكون بمعنى الصنع والتقدير قال أبو ذؤيب: وعليهما مسرودتان قضاهما داود أو صنع السوابغ تبع يقال قضاه أي صنعه وقدره ومنه قوله تعالى * (فقضاهن سبع سموات في يومين) * [فصلت: ٢١] ومنه القضاء والقدر ويقال استقضى فلان أي صير قاضيا اه. وحاصله أنه يستعمل لغة بمعنى الحكم والفراغ والهلاك والاداء والانهاء والمضي والصنع والتقدير. وفي القاموس: القضاء يمد أو يقصر الحكم قضى عليه بقضي قضيا وقضى وقضية وهي الاسم أيضا إلى آخر ما فيه. الثاني في معناه شرعا فعرفه في فتح القدير بالالزام، وفي المحيط بفصل الخصومات وقطع المنازعات، وفي البدائع الحكم بين الناس بالحق وهو الثابت عند الله تعالى

***

[٤٢٨]

من حكم الحادثة إما قطعا بأن كان عليه دليل قطعي وهو النصر المفسر من الكتاب أو السنة المتواترة أو المشهورة أو الاجماع، وإما ظاهرا بأن أقام عليه دليلا ظاهرا يوجب علم غالب الرأي وأكثر الظن وهو ظاهر الكتاب والسنة ولو خبر واحد والقياس، وذلك في المسائل الاجتهادية التي اختلف فيها الفقهاء أو التي لا رواية فيها عن السلف، فلو قضى بما قام الدليل القطعي على خلافه لم يجز لانه قضى بالباطل قطعا، وكذا لو قضى في موضع الاختلاف بما هو خارج عن أقاويل الفقهاء لم يجز لان الحق لم يعدوهم، ولذا لو قضى الاجتهاد فيما فيه نص ظاهر بخلافه لم يجز لان القياس في مقابلة النص باطل ولو ظاهرا. وأما ما لا نص فيه فإن مجتهدا قضى برأيه لا برأي غيره، وإذا قلد الافقه وسعه عند الامام الاجتهاد خلافا لهما، وقيل الخلاف على العكس. وإن أشكل عليه الحكم استعمل رأيه، والافضل مشاورة الفقهاء، فإن اختلفوا أخذ بما يؤدي إلى الحق ظاهر، وإن اتفقوا على خلاف رأيه عمل برأي نفسه لكن لا يعجل بالقضاء حتى لقضى مجازفا لم يصح فيما بينه وبين الله تعالى، فإذا كان مجتهدا أو لا يدري حاله يحمل على أنه قضى برأيه حملا له على

الصلاح، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد فإن حفت اقاويل الصحابة عمل بمن يعتقد قوله حقا على التقليد وإلا عمل لفتوى أهل الفقه في بلده من أصحابنا، فإن لم يكن فيها إلا واحد وسعه الاخذ بقوله، ولو قضى بمذهب خصمه وهو يعلم بذلك لم ينفذ. ولو كان ناسيا فله أن يبطله، وفي بعض الروايا ت صح قضاؤه عنده خلافا لهما اه. وعرفه العلامة قاسم بأنه إنشاء إلزام في مسائل الاجتهاد المتقاربة فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا، فخرج القضاء على خلاف الاجماع، وخرج ما ليس بحادثة وما كان من العبادات اه. ووقع في الهداية وكثير التعبير بباب أدب القاضي ففي العناية الادب اسم يقع على كل رياضة محمودة يتحرج بها الانسان في فضيلة في الفضائل قال أبو زيد ويجوز أن يعرف بأنه ملكة تعصم مقامت به عما يشينه اه. وفي فتح القدير: الادب الخصال الحميدة فالمراد بها هناما ينبغي للقاضي أن يفعله وما عليه أن ينتهي عنه. والاولى التفسير بالملكة لانها الصفة الراسخة للنفس فما لم يكن كذلك لا يكون أدبا كما لا يخفي. وفي القاموس الادب محركة الظرف وحسن التناول أدب كحسن أدبا فهو أديب والجمع أدباء اه. الثالث في ركنه وهو ما يدل عليه من قول أو فعل فالاول قال في القنية: قول القاضي حكمت أو قضيت ليس بشرط، وقوله بعد إقامة البينة للمعتمد أقمه واطلب الذهب منه حكم منه، وقوله ثبت عندي يكفي، وكذا إذا قال ظهر عندي أو صح عندي أو عملت فهذا كله حكم في المختار. زاد في الخزانة أو أشهد عليه. وحكى في التتمة الخلاف في الثبوت، وصحح في البزازية أنه حكم وذكر في أنفع الوسائل معزيا إلى الكبرى للخاصي أن الفتوى على أن الثبوت حكم، وكذا في الخانية.

***

[٤٢٩]

والتحقيق أنه لا خلاف فمن قال إنه ليس بحكم أراد به إذا لم يكن بعد تقدم دعوى صحيحة، ومن قال إنه حكم أراد إذا كان بعد الدعوى. ثم اعلم أن الثبوت ليس بحكم اتفاقا في مواضع ظفرت بها منها: ثبوت ملك البائع للعين المبيعة عن البيع وهو المسمى ببينة الجريان، قد ذكره ابن وهبان في شرح قوله في المنظومة ودخل شرب الارض من دون ذكره. قال: إذا شهد الشهود بملكية الارض لانسان على ما هو المعتاد في كتب التبايع في بلادنا أنه يقيم المشتري أو البائع بينة بأن البائع لم يزل جائزا مالكا لجميع الارض، وكذلك في الوقف من أجل صحة البيع أو الموقوف أو غيرهما اه. وفائدة بينة الملك للبائع أو الواقف التوصل إلى قضاء القاضي بصحة البيع أو الوقف وإلا لم يقض بالصحة، وإنما بقضي بموجب ما أقر به كما في فتاوى قارئ الهادية. ومنها ما ذكره ابن الغرس من قولهم لا تصح الدعوى في العقار حتى يثبت المدعى أن المدعى عليه واضع يده عليه وهذا الثبوت ليس بحكم قطعا. قال ومنها قول الموثق وثبن عنده أن العين بصفة الاستبدال شرعا ومنها قولهم في خيار العيب لا بد أن يثبت المشتري قيام العيب للحال لتوجه الخصومة إلى البائع فإنه ثبوت مجرد لا حكم. ومنها قولهم أنه ثبت أن لا مال للصغير سوى العقار عند بيع عقاره اه. وفي البزازية: قوله لا أرى لك حقا في هذه الدار بهذه الدعوى لا يكون قضاء ما لم يقل أمضيت أو أنفذت عليك القضاء بكذا. وكذا قوله للمدعي عليه سلم هذه الدار إليه بعد إقامة البرهان. قال: وهذا نص على أن أمره لا يكون بمنزلة قضائه. وذكر شمس الائمة أنه حكم لان أمره إلزام وحكم. وإذا قال القاضي ثبت عندي وقلنا أنه حكم فالاولى أن يبين أن الثبوت بماذا بالاقرار أم بالبينة لمخالفة الحكم بين

***

[٤٣٠]

طريقي الحكمين. وفي الخانية: لو قال القاضي بعدما شهد العدول أرى أن الحق للمشهود له لم يكن قضاء لان قوله أرى أو رأى بمنزلة قوله أظن. ولو قال أظن لم يكن قضاء. ثم قال البزازي: أمر القاضي ليس كقضائه بدليل ما ذكره الظهيري: وقف على الفقراء فاحتاج بعض قرابة الواقف فأمر القاضي بأن يصرف شئ من الوقف إليه فهذا بمنزلة الفتوى حتى لو أراد أن يصرفه إلى فقير آخر صح، ولو حكم بأن لا يصرف إلا إلى أقربائه نفذ حكمه دل هذا أن أمره ليس بحكم اه. والحاصل أنهم اختلفوا في قوله سلم الدار هل هو حكم أو لا ولم يحكوا خلافا في أن أمره بإعطاء بعض قرابته ليس بحكم. وأما قولهم لو حكم القاضي أن لا يعطي غير هذا الرجل نفذ حكمه فقد قال في فتح القدير من الوقف بعد نقله عن الخصاف من غير تقييد بأقارب الواقف: وقد استبعدت صحة هذا الحكم وكيف ساغ بلا شرط حتى ظفر ت في المسألة بقويلة أن هذا الحكم لا يصح ولا يلزم اه. ويمكن أن تجعل له حادثة هي إعطاء المتولي فقيرا

شيأ من وقف الفقراء سنة ثم جاء له في السنة الثانية فمنعه وأراد أن يعطي غيره فترافعا إلى القاضي فرأى القاضي أن الدفع إليه أصلح لعملوصلاحه فحكم على المتولي بأن لا يعطي غيره نفذ لان فيه موافقة للشرط لانه فقير. وكذا علل في أوقاف الخصاف بعد المسألتين أعين ما إذا أعطاه القاضي بلا حكم، وأما إذا حكم بأن لا يعطي غيره بأن في كل منهما تنفيذ شرط الواقف. ولم يحكوا خلافا في أن أمره بحبس الخصم حكم كأمره بالاخذ منه. قال في القنية: وأمر القاضي بحبس المدعي عليه قضاء بالحق اه. وفائدته لو حبسه حنفي في معاملة بفائدة ليس للمالكي إبطالها، كذا في أنفع الوسائل. وأما فعله فعلى وجهين: فما لم يكن موضعا للحكم فليس بحكم قطعا، ومنه ما إذا أذنت بالغة عاقلة في تزويج نفسها فزوجها فإنه وكيل عنها ففعله ليس بحكم كما في القاسمية. وما كان منها موضعا له أي محلا فقد اختلفوا فيه وله صور منها: تزويج الصغار الذين لا ولي لهم، ومنها شراؤه وبيعه مال اليتيم. ومنها قسمة القاضي العقار إلى غير ذلك مما هو في هذا المعنى، فجزم في التجنيس بأنه حكم ولذا لو زوج اليتيم، ومنها قسمة القاضي العقار إلى غير ذلك مما هو في هذا المعنى، فجزم في التجنيس بأنه حكم ولذا لو زوج اليتيمة من ابنه لم يجز. ورده في فتح القدير من كتاب النكاح بأنه ليس بحكم لانتفاء شرطه وهو الاوجه. قال: والالحاق بالوكيل يكفي للمنع يعني أن الوكيل بالنكاح لا يملك أن يزوج من ابنه فكذا القاضي بمنزلة الوكيل. أقول: وكذا ما ذكره في التتمة من أن القاضي لو باع ما اليتيم من نفسه لا يجوز لان بيع القاضي يكون على وجه الحكم وحكمه لنفسه لا يجوز اه. خلاف الاوجه والالحاق بالوكيل للمنع مغن عن كونه حكما لان بيع الوكيل من نفسه باطل، وكذا ما ذكر في الذخيرة من أن

***

[٤٣١]

الامام إذا اشترى شيأ من الغنيمة لنفسه لا يجوز شراؤه وإن كان للغانمين فيه منفعة ظاهرة لان الامام إنما يبيع الغنائم على وجه الحكم بين المسلمين ولهذا لا تلزم العهدة عليه، فلو جاز بيعه من نفسه كان ذلك حكما من نفسه، وحكم الامام والقاضي لنفسه لا يجوز اه. خلاف الاوجه ولكن لما كثر ذلك في كلام أئمتنا فالاول أن يقال: إن الحكم القولي يحتاج إلى الدعوى والفعلي لا كالقضاء الضمني لا يحتاج إلى الدعوى له، وإنما يحتاج القصدي فيدخل الضمني تبعا تصحيحا لكلامهم. فمن نقل أن فعل القاضي حكم صاحب التجنيس والتتمة والذخيرة كما أسلفناه وصرح به في بيوع المحيط والامام شمس الائمة السرخسي وفي بيوع فتاوي قاضيخان وصرح به محمد في الاصل قال: إذا حضر الورثة إلى القاضي فطلبوا القسمة وبينهم وارث غائب أو صغير والتركة عقار قال أبو حنيفة: لا أقسم بينهم بإقرارهم حتى يقيموا بينة على الموت والمواريث. وقال أبو يوسف ومحمد: أقسم ذلك بإقرارهم. وقال أبو حنيفة: لا أقسم ذلك بقولهم ولا أقضي على الغائب والصغير وبقولهم لان قسمة القاضي قضاء منه اه. وما في الاصل من قوله لان قسمة القاضي قضاء منه قاطع للشبهة كلها فتعين الرجوع إلى الحق. وأما شرائطه وهو الرابع ففي الحكم أن يكون بعد تقدم دعوى صحيحة من خصم على خصم فإن فقد هذا الشرط لم يكن حكما. وإنما هو إفتاء صرح به الامام السرخسي قال: وهذا شرط لنفاذ القضاء في المحتهدات، ذكره العمادي في فصوله والبزازي في فتاواه، ونقل الشيخ قاسم في فتاواه الاجماع عليه. وفي فتاوى قاضيخان: إنما ينفذ القضاء عند شرائط القضاء من الخصومة وغيرها فإذا لم يوجد لم ينفذ اه. فإذا حكم شافعي بموجب بيع عقار لا يكون حكما بأن لا شفعة للجار

***

[٤٣٢]

لعدم حادثة الشفعة وقت الحكم به، وهكذا في نظائره كما ذكره العلامة قاسم في فتاواه. والموجب بفتح الجيم هو الحكم، ومن شرائط الحكم أن يكون بحق كالقضاء بالبينة أو اليمين أو النكول أو علم القاضي بشرطه أو كتاب القاضي إلى القاضي بشرطه، وباخبار القاضي يجوز لنائبه القضاء وعكسه كما في البزازية. ولا يشترط له المصر على ظاهر الرواية فالقضاء بالسواد صحيح وبه يفتى، ولا يشترط أن يكون المتداعيان من بلد القاضي إذا كانت الدعوى في المنقول والدين، وأما إذا كانت في عقار لا في ولايته فالصحيح الجواز كما في الخلاصة والبزازية. وإياك أن تفهم خلاف ذلك فإنه غلط. فإن قلت: هل تقرير القاضي للنفقة حكم منه؟ قلت: هو حكم وطلب المرأة التقرير بشرطه دعوى فقد وجد بعد الدعوى والحادثة، ويدل عليه ما في نفقات خزانة المفتيين: وإذا أراد القاضي أن يفرض النفقة يقول فرضت عليه نفقة امرأتك كذا وكذا في مدة كذا، أو يقول قضيت عليك بالنفقة مدة كذا يصح وتجب على الزوج حتى لا تسقط

بمضي المدة لان نفقة زمان المستقبل تصير واجبة بقضاء القاضي حتى لو أبرأت بعد الفرض صح اه. فإن قلت: إذا فرض لها نفقة مدة معينة كان
***
[٤٣٣]
قضاء بجميعها فإذا فرض لها نفقة كل يوم أو كل شهر هل يكون قضاء بواحد أو بالكل؟ قلت: هو قضاء بالجميع ما دامت في عصمته ولم يمنع مانع بدليل ما في الخزانة: فرض كل شهر عشرة دراهم فأبرأت من نفقتها أبدا برئ من نفقة الشهر الاول، فإذا مضى أشهر فأبرأته من نفقة ما مضى وما يستقبل برئ مما مضى ومن شهر مما يستقبل وتمامه فيها. وفي المحكوم عليه وله حضرته أو من يقوم مقامه كوكيل ووصي ومتول على وقف وأحد الورثة أو يكون ما يدعي على الغائب سببا لما يدعي على الحاضر فالقضاء بلا خصم حاضر غير صحيح، وقد صرح بعدم صحته الشارحون عند قولهم لا يقضي على غائب كما سنبينه إن شاء الله تعالى. وصرح به في البدائع هنا أنه من شرائط القضاء، وبهذا يظهر أن قولهم أن القضاء على الغائب ينفذ في أظهر الروايتين عن أصحابنا وعليه الفتوى كما في الخلاصة وغيرها محمول على ما إذا كان القاضي شافعيا وإلا فمشكل. وما وقع في بعض الكتب كالقنية من أنه في حق الحنفي أيضا ضعيف، وسيأتي بيان اختلاف التصحيح. وفي الحاكم: العقل والبلوغ والاسلام والحرية والسمع والبصر والنطق والسلامة عن حد القذف وأن يكون مولى للحكم دون سماع الدعوى فقط كما في الخزانة لا الذكورة والاجتهاد، وأما في المحكوم به فإن يكون معلوما كما في البدائع كما سيأتي في الدعوى، وأما في المحكوم له فدعواه الصحيحة، وأما طلبه الحكم في حقوق العباد من القاضي بعد وجود الشرائط ففي الخلاصة: طلب الحكم ليس بشرط وأن يكون ممن تقبل شهادة القاضي له كما في البدائع، وسيزداد الامر وضوحا إن شاء الله تعالى. وأما صفته وهو الخامس فوجب عند استجماع شرائطه وانتفاء الريبة ولذا قال في جامع الفصولين: القاضي بتأخير
***
[٤٣٤]
الحكم يأثم ويعزل ويعزر اه. ويجوز تأخيره لرجاء الصلح بين الاقارب أو لاستمهال المدعي عليه كما في الولوالجية. وفي شرح باكير أن القاضي إذا أخر القضاء بعد إقامة البينه يفسق وإن أنكره يكفر اه. وأما صفة قبوله للقضاء فسيأتي أنه فرض وحرام ومباح ومستحب. والسادس في طريق ثبوته له وجهان: أحدهما اعترافه حيث كان متوليا وسيأتي أنه إذا قال قاض عالم عدل قضيت على هذا بالقطع أو بالقتل وسعك فعله وإن لم تعاين سببه، وأما إذا كان معزولا فهو كواحد من الرعايا لا يقبل قوله مطلقا إلا فيما إذا كان في يده كما سيأتي. وفي السراج الوهاج: الحاكم إذا حكم بحق ثم قال بعد عزله كنت حكمت لفلان بكذا لم يقبل قوله اه. الثاني أن يشهد شاهد إن على حكمه بعد دعوى صحيحة إن لم يكن القاضي منكرا. قال في البزازية والخلاصة: وإن أرادوا أن يثبتوا حكم الخليفة عند الاصل فلا بد من تقديم دعوى صحيحة على خصم حاضر وإقامة البينة كما لو أرادو إثبات قضاء قاض آخر اه. وفي البزازية أيضا: شهدا على القاضي أنه قضى في غير مجلس القضاء أو خارج المصر تقبل عنده خلافا لهما اه. قيدنا بعدم إنكاره لانهما لو شهدا أنه قضى بكذا وقال لم أقض بشئ لا تقبل شهادتهما خلافا لمحمد، كذا في البزازية اه. ورجح في جامع الفصولين قول محمد قال: وينبغي أن يفتى به لما علم من أحوال قضاة زماننا. ثم نقل أن محمدا قال: لا يقضي القاضي بعلمه. ثم نقل عن عيون المذاهب أن بقوله يفتى. قوله: (وقيد بقوله بعد دعوى صحيحة لانه قبلها إفتاء لا حكم كما قدمناه، وبه علم أن الاتصالات والتنافيذ الواقعة في زماننا المجردة عن الدعاوي ليست حكما وإنما فائدتها تسليم الثاني للاول قضاه. السابع في أحكامه فمنها بالنسبة إلى الحكم اللزوم فليس لاحد نقضه حيث كان مجتهدا فيه ومستوفيا شرائطه الشرعية. وهل يصح رجوع القاضي عنه؟ ففي الخلاصة والبزازية: للقاضي أن يرجع عن قضائه إن كان خطأ رجع ورده، وإن كان مختلفا فيه أمضاه وقضى فيما يأتي بما هو عنده، فإن ظهر له نص بخلاف قضائه نقضه، ثم إن كان في حقوق العباد كالطلاق والعتاق والقصاص أو ظهر أن الشهود عبيد أو محدودون في قذف إن قال القاضي تعمدت فالضمان في ماله ويعزر للجناية، وإن أخطأ يضمن الدية، وفي الطلاق والعتاق ترد المرأة إلى الزوج والرقيق إلى المولى، وفي حقوقه تعالى كالزنا والشرب إذا حد وبان الشهود عبيدا وقال تعمدت الحكم يضمن في ماله الدية، وفي الخطأ يضمن من
***

[٤٣٥]
بيت المال. هذا إذا ظهر الخطأ بالبينة أو بإقرار المقصى له، أما إذا أقر القاضي بذلك لا يثبت الخطأ كما لو رجع الشاهد عن الشهادة لا يبطل القضاء ا ه‍. وإذا أقر المقضي له ببطلانه بطل إلا المقضي بحريته كما في البزازية، وبالنسبة إلى التولية عدمه. وفي الخلاصة والبزازية: للسلطان أن يعزل القاضي لريبة أو لغير ريبة ا ه‍. قلت: ولقاضي القضاة عزل نائبه بجنحة وغيرها، ومنها أن القضاء إذا فوض لاثنين لا يلي القضاء أحدهما فلو شرط أن ينفرد كل منهما بالقضاء لا رواية فيه، وقال الامام ظهير الدين: ينبغي أن يجوز لان نائب القاضي نائب عن السلطان حتى لا ينعزل بانعزال القاضي ويملك التفرد، كذا في البزازية. ومنها صحة تعليقه وإضافته وتقييده بزمان ومكان، ولو لم يقيده ببلد فالمختار أنه يصير قاضيا ببلده الذي هو فيه لا في كل بلاد السلطان، وهذا في تعليق الولاية. وهل يصح تعليق ولاية القضاء؟ قال في نفقات خزانة المفتين: امرأة أقامت على رجل بينة بالنكاح فلا نفقة لها في مدة المسألة عن الشهود، ولو أراد القاضي أن يفرضها النفقة لما رأى من المصلحة ينبغي أن يقول لها إن كنت امرأته قد فرضت لك عليه في كل شهر كذا ويشهد على ذلك، فإذا مضى شهر وقد استدانت وعدلت البينة أخذت نفقتها منذ فرض لها ا ه‍. وعلى هذا فقول القاضي حكمت بكذا إن لم يمنع مانع شرعي صحيح. ومن أحكامه أنه لو قضى فضولي فأجاز القاضي قضاءه جاز، ولو كان مولى في كل أسبوع يومين فقضى في غير اليومين توقف قضاؤه، فإن أجازه في نوبته جاز كما في آخر جامع الفصولين، كذا في البزازية. ولو استثنى حوادث فلان لا يقضي فيها ولو قضى لا ينفذ. ومنها أنها لا يملك الاستخلاف إلا بإذن صريح أو دلالة بأن يقول له جعلتك قاضي القضاة. ومنها أن القاضي لا يبقى أكثر من سنة كي لا ينسى العلم. ومنها أنه يقتصر على المقضي عليه وعلى كل من تلقى الملك منه ولا يتعدى إلى الكافة ويتعدى في القضاء بالحرية والنسب والولاء والنكاح، ولا يتعدى في الوقف على الاصح وقدمناه في باب الاستحقاق من البيوع. الثامن فيما يخرج القاضي عن القضاء ففي البزازية: أربع خصال
***
[٤٣٦]
إذا حل بالقاضي انعزل: فوات السمع أو البصر أو العقل أو الدين. وإذا عزل السلطان القاضي لا ينعزل ما لم يصل إليه الخبر كالوكيل. وعن الثاني أنه لا ينعزل ما لم يأت قاض آخر صيانة للمسلمين عن تعطيل قضاياهم. وهذا إذا لم يعلق عزله بشرط كوصول الكتاب ونحوه وإن معلقا لا ينعزل ما لم يصل إليه الكتاب وإن وصل إليه الخبر. وإذا مات القاضي انعزل خلفاؤه، وإذا عزل القاضي فالفتوى على أن النائب لا ينعزل بعزله لانه نائب السلطان أو العامة، وبعزل نائب القاضي لا ينعزل القاضي ولا ينعزل بموت الخليفة، كذا في البزازية. وفيها: القاضي إذا عزل نفسه وبلغ السلطان عزله ينعزل، وكذا إذا كتب به إلى السلطان وبلغ الكتاب إلى السلطان، وقيل لا ينعزل بعزل نفسه لانه نائب عن العامة فلا يملك إبطال حقهم ا ه‍. وينبغي أن الخصم لو علم بعزله ولم يعلم القاضي أنه لا ينفذ حكمه لعلمه أنه غير حاكم باطنا ولم أره، وكذا لم أر ما إذا بلغ النائب عزل قاضي القضاة، وينبغي أن لا ينعزل حتى يعمل أصله، وكذا لم أر حكم ما إذا بلغ الاصل دون النواب ولم يعلمهم فحكموا، وينبغي أن يصح حكمهم وأن يستحق الاصل ما عين له على القضاء من بيت المال لمباشرة نوابه. وفي البدائع أن القاضي يخرج عن القضاء بكل ما يخرج الوكيل إلا إذا مات الخليفة أو خلع فإنه لا تنعزل قضاته وولاته، وإذا مات الموكل انعزل وكيله ولا ينعزل بأخذ الرشوة والفسق عندنا ا ه‍. وفي البزازية: قلد السلطان رجلا قضاء بلدة ثم بعد أيام قلد القضاء آخر ولم يتعرض لعزل الاول الاظهر والاشبه أنه لا ينعزل ا ه‍. وفي الولوالجية: إذا ارتد القاضي أو فسق ثم صلح فهو على حاله لان المرتد أمره موقوف ولان الارتداد فسق وبنفس الفسق لا ينعزل إلا أن ما قضى في حالة الردة باطل بخلاف الحكم إذا ارتد فإنه يخرج، والفرق مذكور فيها، وما قدمناه عن البزازية من أنه ينعزل بفوات الدين يخالفه إلا أن يقال بالردة ينعزل عن نفاذ قضائه جمعا بينهما. وفي الواقعات الحسامية: الفتوى على أنه لا ينعزل بالردة فإن الكفر لا ينافي ابتداء القضاء في إحدى الروايتين حتى لو قلد الكافر ثم أسلم هل يحتاج إلى تقليد آخر فيه روايتان ا ه‍. وبه علمت أن ما في الخلاصة على خلاف المفتى به، وعلمت أن تقليد الكافر صحيح وإن لم يصح قضاؤه على المسلم حال كفره. وفي الخزانة: إذا عمي القاضي ثم أبصر فهو على قضائه ا ه‍. التاسع في آدابه وستأتي. العاشر في محاسنه منها إنصاف المظلوم من الظالم، وتخليص الحقوق إلى أهلها، والامر بالمعروف والنهي عن المنكر وهو من

أعظم العبادات وبه أمر كل نبي قال الله تعالى * (إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون) * [المائدة: ٤٤] وقال تعالى * (وإن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم) * [المائدة: ٩٤] والحاكم نائب عن الله تعالى في أرضه ولولاه لفسد العباد والبلاد ومع ذلك فله مساو مذكورة في شرح أدب القضاء للخصاف للصدر الشهيد.

***

[٤٣٧]

قوله: (أهله أهل الشهادة) أي أهل القضاء أي من يصح منه أو من تصح توليته له لان كلا منهما يثبت الولاية على الغير والشاهد يلزم الحاكم أن يحكم بشهادته والحاكم والخصم بحكمه فكانا من باب واحد. وليس المراد أن القضاء مبني على الشهادة ليلزم منه بناء القوي على الضعيف، وإنما المراد أنهما يرجعان في شئ واحد وهو أن يكون حرا مسلما بالغا عاقلا عدلا لا أن حكمه مبني على حكمها لكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس فعرف أوصافه بأوصافها وتمامه في النهاية. فلا تصح تولية كافر وصبي فلذا قال في البزازية: قلد القضاء لصبي ثم أدرك لا يقضي به، ذكره في المنتقي. وفي الاجناس: قلد القضاء الكافر ثم أسلم فهو على قضائه ولا يحتاج إلى تحديد ثان ا ه. وفيها قبله: السلطان أمر عبده بنصب القاضي في بلدة ونصب يصح بطريق النيابة عن السلطان، ولو حكم بنفسه لا يصح، ولو جمع بنفسه بعد أمره أو أمر غيره صح. الامام أذن لعبده بالقضاء فقضى بعدما عتق جاز ولا يحتاج إلى تجديد الاذن كما لو تحمل الشهادة في الرق ثم عتق ا ه. وقدمنا أن شرائط القاضي ثمانية وفي منظومة ابن وهبان: وتولية الاطروش الاصح جوازها. وفسرها الشارح بأن يسمع ما قوي من الاصوات والاصم بخلافه وهو من لا يسمع البته. وفي القاموس: قوم طرش والاطرش الاصم. وظاهر كلامهم أن من لا تقبل شهادته لم يصح قضاؤه ولا يرد الفاسق فإنه عندنا أهل لهما لان القاضي لو قضى بشهادته صح وإن كان يأثم كما سيأتي، فعلى هذا لا يصح قضاء العدو على عدوه عدواة دنيوية كالشهادة وإن قلنا بصحته إذا قضى

***

[٤٣٨]

بالبينة أو الاقرار لا بعلمه فهي مستثناة، ولا يصح القضاء لمن لا تقبل شهادته له إلا في مسألة ما إذا ورد عليه كتاب القاضي فإنه يقضي له كما في السراج الوهاج، وكتبناه في فوائد القضاء وسنتكلم عليه إن شاء الله تعالى في الشهادات. ولو ولى السلطان قاضيا مشركا على الكفار فظاهر تعليل الخلاصة الصحة وهو ظاهر لانه أهل للشهادة عليهم، وسألت عن تولية الباشاه بالقاهرة قاضيا ليحكم في حادثة خاصة مع وجود قاضيها المولى من السلطان فأجبت بعدم الصحة لانه لم يفوض إليه تقليد القضاء ولذا لو حكم بنفسه لم يصح كما قدمناه قوله: (والفاسق أهل للقضاء كما هو أهل للشهادة إلا أنه لا ينبغي أن يقلد) لما قدمنا أنهما من باب واحد، ولا ينبغي تقليده لان القضاء من باب الامانة والفاسق لا يؤتمن في أمر الدين لقلة مبالاته به كما لا ينبغي قبول شهادته فإن قبلها نفذ الحكم بها وفي غير موضع ذكر الاولوية عين الاولى أن لا تقبل شهادته وإن قبل جاز. وفي فتح القدير: ومقتضي الدليل أن لا يحل أن يقضي بها فإن قضى جاز ونفذ ا ه. ومقتضاه الاثم وعلى الاول لا يأثم، وظاهر الآية يفيد أنه لا يحل قبولها قبل تعرف حاله وهي قوله * (إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين) * [الحجرات: ٦] وقولهم بوجوب السؤال عن الشاهد سرا وعلانية طعن الخصم أولا في سائر الحقوق على قولهما المفتي به يقتضي أن يأثم بتركه لانه للتعرف عن حاله حتى لا يقبل الفاسق. وصرح في اصلاح الايضاح بأن من قلد فاسقا يأثم وإن قبل القاضي شهادته يأثم، واستثنى أبو يوسف من الفاسق إذا شهد أن يكون ذا جاه ومروءة فإنه يجب قبول شهادته كما في البزازية. فعلى هذا يجوز تقليده القضاء إلا أن يكون أبو يوسف فارقا بينهما. والفسق لغة الخروج عن الاستقامة، كذا في المغرب. وشرعا ارتكا ب كبيرة أو الاصرار على صغيرة كما في الخزانة. والعدالة اجتناب الكبائر والاصرار على صغيرة واجتناب فعل ما يخل بالمروءة كما سيأتي في الشهادات، فإذا ارتكب ما يخلها خرج عن كونه عدلا وإن لم يصر فاسقا به. قوله: (ولو كان عدلا ففسق لا ينعزل ويستحق العزل) أي فسق بأخذ الرشوة أو بغيره من الزنا وشرب الخمر، وما ذكره المؤلف من صحة تولية الفاسق وعدم عزله لو فسق هو ظاهر المذهب كما في الهداية وهو قول عامة المشايخ وهو الصحيح كما في الخانية. وعن علمائنا الثلاثة في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه. وقال بعض المشايخ: إذا قلد الفاسق ابتداء

***

[٤٣٩]
يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق. وفي ايضاح الاصلاح: وعليه الفتوى ا هـ. وهو غريب ولم أره والمذهب خلافه لان المقلد اعقد عدالته فلم يكن راضيا دونها، وهذا مكان فيه الابتداء أسهل من البقاء وله نظير مذكور في المعراج. لو أبق المأذون يحجز ولو أذن للآبق صح. وقيده في الخانية بما في يده عكس السائر على ألسنة الفقهاء وهو أن البقاء أسهل من الابتداء وإنما كان كذلك لوجود دليل يقتضيه وهو أن المقلد اعتمد عدالته فيتقيد التقليد بحال عدالته إلى آخر ما في النهاية. وفي البزازية: ولو شرط في التقليد أنه متى فسق ينعزل انعزل ا هـ. قيد بالقضاء لان الفسق لا يمنع الامامة بلا خلاف ولا ينعزل بالفسق ا هـ. وقوله ويستحق العزل معناه يجب على السلطان عزله، كذا في البزازية. وفي المعراج: يحسن عزله ا هـ. فقد اختلف في معنى الاستحقاق كما اختلف في توليته ابتداء. وفي فتاوي قاضيخان من الردة: والسلطان يصير سلطانا بأمرين: بالمبايعة معه يعتبر في المبايعة مبايعة أشرافهم وأعيانهم. الثاني أن ينفذ حكمه على رعيته خوفا من قهره وجبروته، فإن بايع الناس ولم ينفذ فيهم حكمه لعجزه عن قهرهم لا يصير سلطانا، فإذا صار سلطانا بالمبايعة فجاز إن كان له قهر وغلبة لا ينعزل لانه لو انعزل يصير سلطانا بالقهر والغلبة فلا يفيد، وإن لم يكن له قهر وغلبة ينعزل ا هـ. ومن أول الدعاوي: والوالي إذا فسق فهو بمنزلة القاضي يستحق العزل ولا ينعزل ا هـ. ولم يذكر المؤلف نفاذ قضائه ولا يلزم من عدم عزله نفاذ قضائه لما في الخانية: وأجمعوا على أنه إذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى ا هـ. مع أنه قدم أنه لا ينعزل بالفسق فصار الحاصل إنه إذا فسق لا ينعزل وتنفذ قضاياه إلا في مسألة هي ما إذا فسق بالرشوة فإنه لا ينفذ في الحادثة الذي إخذ بسببها. وذكر الطرسوسي أن من قال باستحقاقه العزل قال بصحة أحكامه ومن قال بعزله قال ببطلانها. قوله: (وإذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا) أي بمال دفعه لتوليته لم تصح توليته
***
[٤٤٠]
وهو الصحيح، ولو قضى لم ينفذ وبه يفتى إذا الامام لو قلد برشوة أخذها وهو أو قومه وهو عالم به يجز تقليده كقضائه برشوة، كذا في جامع الفصولين. ثم رقم لآخر أن من أخذ القضاء برشوة أو بشفعاء فهو كمحكم لو رفع حكمه إلى قاض آخر يمضيه لو وافق رأيه أبطله ا هـ. وهكذا في الخلاصة من أن الفتوى على عدم نفاذه إذا تولى بالرشوة. وأطلقه فشمل ما إذا كان القاضي الدافع أو غيره ليوليه السلطان كما في البزازية. قيد بتوليته القضاء لانه لو أخذ الرشوة وقضى فقدمنا عن الخانية الاجماع على أنه لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى، وهكذا في السراج الوهاج. وفي البزازية: الفتوى على عدم نفاذه. وحكى في فصول العمادي فيه اختلافا فقيل لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما سواه وهذا اختيار شمس الائمة، وقيل لا ينفذ فيهما، وقيل ينفذ فيهما وهو ما ذكره البزدوي ورجحه في فتح القدير بقوله وهو حسن لان حاصل أمر الرشوة فيما إذا قضى بحق إيجابها فسقه وقد فرض أن الفسق لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم ينفذ، وخصوص هذا الفسق غير مؤثر. وغاية ما وجه به أنه إذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده يعني والقضاء عمل لله تعالى ا هـ. قلت: ليس هذا مرادهم وإنما مرادهم أنه قضى لنفسه أو ولده يعني والقضاء لنفسه باطل، وهذا القول أحسن، وظهر أن خصوص هذا الفسق مؤثر في عدم النفاذ. وفي السراج الوهاج معزيا إلى الينابيع قال أبو حنيفة: لو قضى القاضي زمانا بين الناس ثم علم أنه مرتش ينبغي للقاضي الذي يختصمون إليه أن يبطل كل قضاياه ا هـ. وفي البزازية: فإن ارتشى وكيل القاضي أو كاتبه أو بعض أعوانه فإن بأمره ورضاه فهو كما لو ارتشى بنفسه، وإن بغير علمه ينفذ قضاؤه وعلى المرتشي رد ما قبض. قضى ثم ارتشى ثم قضى أو ارتشى ولده أو بعض من لا تقبل شهادته له لا لانه لما أخذ المال أو ابنه يكون عاملا لنفسه أو ابنه. القاضي المولى أخذ الرشوة ثم بعثه إلى شافعي المذهب ليحكم لا يصح لانه عامل لنفسه، وإن كتب إليه ليسمع الخصومة وأخذ أجرة مثل الكتابة ينفذ لانه ليس برشوة ا هـ. والرشوة بكسر الراء وضمها، كذا في البناية. وفي القاموس: إنها بالتثليث الجعل وارتشى أخذها واسترشى طلبها وراشاه حاباه وصانعه وراشاه لاينه وأعطاه الرشوة ا هـ. وفي المصباح: الرشوة بكسر الراء ما يعطيه الشخص للحاكم وغيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد. وجمعها رشا مثل سدرة وسدر، والضم لغة وجمعها رشى بالضم، ورشوته رشوا من باب قتل أعطيته رشوة فارتشى أي أخذ، وأصلها رشا الفرخ إذا مد رأسه إلى أمه لتزقه ا هـ. وفيه البرطيل
***
[٤٤١]

بكسر الباء الرشوة وفي المثل البراطيل تنصر الاباطيل كناية مأخوذ من البرطيل الذي هو المعول لانه يستخر به ما استتر، وفتح الباء عامي لفقد فعليل بالفتح ا ه. وذكر الاقطع أن الفرق بين الهدية والرشوة أن الرشوة ما يعطيه بشرط أن يعينه والهدية لا شرط معها ا ه. وفي الخانية الرشوة على وجوه أربعة نتها ما هو حرام من الجانبين وذلك في موضعين: أحدهما إذا تقلد القضاء بالرشوة حرم على القاضي والآخذ. وفي صلح المعراج: تجوز المصانعة للاوصياء في أموال اليتامى وبه يفتى. ثم قال: من الرشوة المحرمة على الآخذ دون الدافع ما يأخذه الشاعر. وفي وصايا الخانية: قالوا بذل المال لاستخلاص حق له على آخر رشوة. الثاني إذا دفع الرشوة إلى القاضي ليقضي له حرم من الجانبين سواء كان القضاء بحق أو بغير حق ومنها إذا دفع الرشوه خوفا على نفسه أو ماله فهو حرام على الآخذ غير حرام على الدافع، وكذا إذا طمع في ماله فرشاه ببعض المال. ومنها إذا دفع الرشوة ليسوي أمره عند السلطان حل له الدفع ولا يحل للآخذ أن يأخذ، فإن أراد أن يحل للآخذ يستأجر الآخذ يوما إلى الليل بما يريد أن يدفع إليه فإنه تصح هذه الاجارة، ثم المستأجر إن شاء استعمله في هذا العمل وإن شاء استعمله في غيره. هذا إذا أعطاه الرشوة أولا ليسوي أمره عند السلطان، وإن طلب منه أن يسوي أمره ولم يذكر له الرشوة وأعطاه بعدما يسوي اختلفوا فيه، قال بعضهم: لا يحل له أن يأخذ. وقال بعضهم: يحل وهو الصحيح لانه يريد مجازاة الاحسان فيحل ا ه. ولم أر قسما يحيل الاخذ فيه دون الدفع. وأما الحلال من الجانبين فهو الاهداء للتودد والمحبة كما صرحوا به وليس هو من الرشوة لما علمت. وفي القنية قبيل التحري: الظلمة تمنع الناس من الاحتطاب من المروج إلا بدفع شئ إليهم فالدفع والاخذ حرام لانه رشوة ا ه. وفيها ما يدفعه المتعاشقان رشوة يجب ردها ولا تملك ا ه. فهذا يفيد أن الآخذ لا يملكها وقد صرح به في هبة القنية قال: وفي السير الكبير: الرشوة لا تملك إلى أن قال: أبرأه عن الدين ليصلح مهمه عند السلطان لا يبرأ وهو رشوة، ولو أبى الاضطجاع عند امرأته فقال أبرئيني عن المهر فأضطجع معك فأبرأته قيل يبرأ لان الابراء للتودد الداعي للجماع وقال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا بخلاف الابراء في الاول لانه مقصود على إصلاح المهم وأصلاح المهم مستحق عليه ديانة، وبذل المال فيما هو مستحق عليه حد الرشوة ا ه. وفيها: دفع للقاضي أو لغيره سحتا لاصلاح المهم فأصلح ثم ندم يرد ما دفع إليه ا ه. فظاهر أن التوبة من الرشوة يرد المال إلى صاحبه وإن قضى حاجته. وفي صلح المعراج تجوز

***

[٤٤٢]

المصانعة للاوصياء في أموال اليتامى وبه يفتى ثم قال: من الرشوة المحرمة على الآخذ دون الدافع ما يأخذه الشاعر. وفي وصايا الخانية قالو: بذل المال لاستخلاق حق له على آخر رشوة، وليس منه ما تأخذه المرأة لاجل صلحها مع الزوج. قال في الخلاصة والبزازية آخر كتاب الصلح: وقع بين الزوجين مشاقات فقالت لا أصالحه حتى يعطيني كذا لان لها عليه حقا كالمهر والنفقة ا ه. ومنها ما في مهر البزازية: الاخ أبى أن يزوج الاخت إلا أن يدفع له كذا فدفع له أن يأخذه منه قائما أو هالكا لانه رشوة، وعلى قياس هذا يرجع بالهداية أيضا في المسألة المتقدمة إذا علم من حاله أنه لا يزوجه إلا بالهدية وإلا لا ا ه. ومنها لو أنفق على معتدة الغير ليتزوجها فأبت أن تتزوجه إن شرط الرجوع رجع تزوجها أم لا وإلا لكن أنفق على طمع أن يتزوجها اختلف التصحيح في الرجوع وعدمه وقدمناه تمامه فيها. قوله: (والفاسق يصح مفتيا وقيل لا) وجه الاول أنه يحذر النسبة إلى الخطأ، ووجه الثاني أنه من أمور الدين وخبره غير مقبول في الديانات ولم يرجح الشارحون أحدهما، وظاهر ما في التحرير أنه لا يحل استفتاؤه اتفاقا فإنه قال: الاتفاق على حل استفتاء من عرف من أهل العلم بالاجتهاد والعدالة أو رآه منتصبا والناس يستفتونه معظمين: وعلى امتناعه إن ظن عدم أحدهما، فإن جهل اجتهاده دون عدالته فالمختار منع استفتائه بخلاف المجهول من غيره إذا الاتفاق على المنع ا ه. فلا أقل من أن يكون ترجيحا لعدم صلاحيته ولذا جزم به في المجمع واختاره في شرحه وقال: إن أولى ما يستنزل به فيض الرحمة الالهية في تحقق الواقعات الشرعية طاعة الله عزوجل والتمسك بحبل التقوى قال الله تعالى * (واتقوا الله ويعلمكم الله) * [البقرة: ٢٨٢] ومن اعتمد على رأيه وذهنه في استخراج دقائق الفقه وكنوزه وهو في المعاصي حقيق بإنزال الخذلان عليه فقد اعتمد على ما لا يعتمد عليه، ومن لم يجعل الله له نورا فما له من نور ا ه. فشرط المفتي إسلامه وعدالته ولزم منها اشتراط بلوغه وعقله فترد فتوى الفاسق والكافر وغير المكلف إذ لا يقبل خبرهم، ويشترط أهلية اجتهاده كما سيأتي. ولا حاجة إلى اشتراط التيقظ وقوة الضبط كما في الروض للاحتراز عمن غلب

***
[٤٤٣]
عليه الغفلة والسهو لان اشتراط العدالة يغني عنهما. وفي شرح الروض: وينبغي للامام أن يسأل أهل العلم المشهورين في عصره عمن يصلح للفتوى ليمنع من لا يصلح ويتوعده بالعقوبة بالعود وليكن المفتي متنزها عن خوارم المروءة، فقيه النفس، سليم الذهن. حسن التصرف والاستنباط، ولو كان المفتي عبدا أم امرأة أو أعمى أو أخرس بالاشارة وليس هو كالشاهد في رد فتواه لقربة وجر نفع ودفع ضر وعداوة فهو كالراوي لا كالشاهد وتقبل فتوى من لا يكفر ولا يفسق ببدعة كشهادته ا ه. وفي تلقيح المحبوبي أن الاشارة من المفتي الناطق يعمل بها فلا يختص بالاخرس. وفي القنية رامز العين الائمة المكي: أشار المفتي برأسه مكان قوله نعفل لمستفتي أن يعمل به. ورمز للنوازل عن أبي القاسم مثله، ورمز لظهير الدين المرغيناني لا لان إشارة الناطق لا تعتبر ا ه. وسيأتي أنه ينبغي أن يكون المفتي كالقاضي في أوصاف الكمال. وفي الظهيرية: ولا بأس للقاضي أن يفتي من لم يخاصم إليه ولا يفتي أحد الخصمين فيما خوصم إليه ا ه قوله: (ولا ينبغي أن يكون القاضي فظا غليظا جبارا عنيدا) لان المقصود منه وهو إيصال الحقوق إلى أهلها لا يحصل به. وفي المصباح: رجل فظ شديد غليظ القلب يقال منه فظ بفظ من باب تعب فظاظة إذا غلظ حتى يهاب في غير موضعه، وغلظ الرجل اشتد فهو غليظ وفيه غلظة أي غير لين ولاسلس، وأغلظ له في القول إغلاظا عنفه ا ه. والجبار في الخلق الحامل غيره على الشئ قهرا وغلبة وفي أسمائه تعالى الذي جبر خلقه على ما أراد من أمره ونهيه. والعنيد من عاند فلان عنادا من باب قاتل إذا ركب الخلاف والعصيان، وعانده معاندة عارضه وفعل مثل فعله. قال الازهري: المعاند المعارض بالخلاف لا بالوفاق وقد يكون مباراة بغير خلاف ا ه. وفسره في المغرب بمن يظهر له الحق فيأباه. وذكر مسكين أن الفظ هو الجافي سئ الخلق والغليظ قاسي القلب، والجبار من جبره على الامر بمعنى أجبره أي لا يجبر غيره على ما يريه، والعنيد المعاند المجانب للحق المعادي لاهله. قوله: (وينبغي أن يكون موثوقا به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه) ويكون شديدا من غير عنق، لينا من غير ضعف، لان القضاء من أهم أمور المسلمين فكل من كان أعرف وأقدر وأوجه وأهيب وأصبر على ما يصيبه من الناس كان أولى. وينبغي للسلطان أن يتفحص في ذلك ويولي من هو أولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلد إنسانا عملا وفي رعيته من هو أولى فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين والموثوق به من وثقت به أثق بكسرهما ثقة ووثوقا ائتمنته وهو وهي وهم ثقة لانه مصدر، وقد يجمع في الذكور والاناث فيقال ثقات، والعفاف بالفتح من عف عن الشئ يعف من باب ضرب عفة بالكسر امتنع عنه فهو عفيف، كذا في المصباح. وفسره الكرماني شارح البخاري بالكف
***
[٤٤٤]
عن المحارم وخوارم المروءة والعقل على قول الاكثر كما في التحرير قوة بها إدرا ك الكليات للنفس ا ه. والمراد بالوثوق به في عقله أن يكون كامله فلا يولي الاحمق وهو ناقص العقل. قال في المستظرف: الحمق الخفة غريزة لا تنفع فيها الحيلة وهي داء ودواؤه الموت وفي الحديث الاحمق أبغض الخلق إلى الله تعالى إذ حرمه أعز الأشياء عليه وهو العقل. ويستدل على صفته من حيث الصورة بطول اللحية لان مخرجهمن الدماغ فمن أفرط طول لحيته قل دماغه، ومن قل دماغه قل عقله، ومن قل عقلفهو أخف. وأما صفته من حيث الافعال فترك نظره في العواقب، وثقته بمن لا يعرفه، والعجب وكثرة الكلام وسرعة الجواب وكثرة الالتفات والخلو من العلم، والعجلة والخفة والسفه والظلم والغفلة والسهو والخيلاء، إن استغنى بطر، وإن افتقر قنط، وإن قال فحش، وإن سئل بخلال، وءن سأل ألح، وإن قال لم يحسن، وإن قيل له لم يفقه، وإن ضحك قهقه، وإن بكى صرخ. وإذا اعتبرنا هذه الخصال وجدناها في كثير من الناس فلا يكاد يعرف العاقل من الاحمق قال عيسى عليه السلام: عالجت الا كمه والابرص فأبرأتهما وعالجت الاحمق فلم يبرأ ا ه. وأما الصلاح فهو لغة خلاف الفساد كما في المصباح، وذكر الكرماني أنه لفظ جامع لكل خير ولذا وصف الانبياء عليهم الصلاة والسلام نبينا صلى الله عليه وسلم ليلة الاسراء فقال كل من لقيه في السموات مرحبا بالنبي الصالح، ولو كان هناك وصف أجمع منه للخير لوصفوه به ا ه. وفي أوقاف الخصاف: الصالح من كان مستورا ليس بمهتوك ولا صاحب ريبة، وكان مستقيم الطريقة، سليم الناحية، كامن الاذى، قليل السوء، ليس بمعاقر للنبيذ ولا ينادم عليه الرجال، وليس بقذاف للمحصنات ولا معروفا بالكذب، فهذا عندنا من أهل الصلاح ا

ه. والفهم لغة كما في المصباح العلم، والعنف عدم الرفق، والضعف العجز عن احتمال الشئ. وفي فتح القدير قبيل الحبس: ويستحب أن يكون في القاضي عبسة بلا غضب وأن يلتزم التواضع من غير وهن ولا ضعف. والمراد بعلم السنة ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا وفعلا وتقريرا عند أمر يعاينه، ولمراد بوجوه الفقه طرقه وقدمنا تعريفه أول الكتاب. وذكر مسكين هنا أن الفقه عند عامة العلماء اسم لعلم خاص في الدين لا لكل علم وهو العلم بالمعاني التي تعلقت بها الاحكام من كتاب وسنة وإجماع ومقتضياتها وإشاراتها. قوله: (والاجتهاد شرط الاولوية) وهو لغة بذل الطاقة في تحصيل ذي كلفة، واصطلاحا ذلك من الفقه في تحصيل حكم شرعي ظني كما في التحرير. واختلفوا في المجتهد فقيل أن يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها، والمراد بعلمهما علم ما يتعلق به الاحكام منهما من العام والخاص والمشترك والمؤول والنص والظاهر والناسخ والمنسوخ ومعرفة الاجماع والقياس، ولا يشترط حفظه لجميع القرآن ولا لبعضه عن ظهر القلب بل

***

[٤٤٥]

يكفي أن يعرف مظان أحكامها في أبوابها فيراجعها وقت الحاجة، ولا يشترط التبحر في هذه العلوم، ولا بد له من معرفة لسان العرب لغة واعرابا، وأما الاعتقاد فيكفيه اعتقاد جازم، ولا يشترط معرفتها على طريق المتكلمين وأدلتهم لانها صناعة لهم. ويدخل في السنة أقوال الصحابة فلا بد من معرفتها لانه فد يقيس مع وجود قول الصحابي: ولا بد له من معرفة عرف الناس وهو معنى قولهم لا بد أن يكون صاحب قريحة. وفي القاموس: والقريحة أول ماء يستنبط من القرح كالبئر وأول كل شئ ومنك طبعك، والاقتراح ارتجال الكلام واستنبطاط الشئ من غير سماع، والاجتناء والاختيار وابتداع الشئ والتحكم ا ه. وفي مناقب الامام محمد للكردري: كان محمد يذهب إلى الصباغين ويسأل عن معاملاتهم وما يديرونها فيما بينهما، وكان الكسائي يختلف إلى محمد فقال له يوما: ما أكثر ما تقولون وعلى هذا معاني كل الناس ما أنتم وهذا القول لا يعرفه إلا الحذاق من أهل هذه الصناعة، فمن أتقن هذه الجملة فهو أهل للاجتهاد فيجب عليه أن يعمل بإجتهاده ولا يقلد أحدا. وقوله شرط الاولوية يفيد أن تولية الجاهل صحيحة عندنا لان المقصود من القضاء وهو إيصال الحي إلى مستحقه يحصل بالعمل بفتوى غيره. وفي البزازية من كتاب الايمان قبيل الثالث والعشرين: المفتي يفتي بالديانة والقاضي يقضي بالظاهر إلى أن قال: دل أن الجاهل لا يمكنه القضاء بالفتوى أيضا فلا بد من كون القاضي الحاكم من الدماء والفروج عالما دينا كالكبريت الاحمر وأين الكبريت الامر وأين الدين والعلم!؟ اه. وذكر يعقوب باشا: ويعلم من الدليل أن المراد من الجاهل من لا يقدر على أخذ المسائل من كتب الفقه وضبط أقوال الفقهاء كما لا يخفى مع أن لمراد منه المقلد بقرينة جعل الاجتهاد شرط الاولوية ا ه. وهكذا في إيضاح الاصلاح وجوز في العناية أن يراد بالجاهل المقلد لكونه ذكر في مقابلة المجتهد وأن يراد من لا يحفظ شيأ من أقوال الفقهاء وهو المناسب لسياق الكلام لقوله في دليل الشافعي: ولا قدرة بدون العلم ولم يقل بدون الاجتهاد ا ه. وأما معناه لغة واصطلاحا فقدمناهما. وأما حكمه فهو غلبة الظن بالحكم مع احتمال الخطأ، ورأيت في حجج الدلائل أن الظن الغالب ب غير غلبة الظن لتغير الثاني دون الاول، وقد يقال المقلد أيضا يعمل بفتوى غيره ولو أخذها من الكتب. وحاصل شرائط المجتهد على ما في التلويح والتحرير: الاسلام، والبلوغ، والعقل،

***

[٤٤٦]

وكونه فقيه النفس بمعنى شديد الفهم بالطبع، وعلمه باللغة والعربية أي الصرف والنحو والمعاني والبيان والاصول، وكونه حاويا بالعلم كتاب الله تعالى مما يتعلق بالاحكام، وكونه عالما بالحديث متنا وسندا وناسخا ومنسوخا، ولا يشترط فيه بعد صحة العقيدة علم الكلام ولا تفاريع الفقه ولا الذكورة والحرية ولا العدالة فللفاسق الاجتهاد ليعمل بنفسه وأما غيره فلا يعمل به. ويشترط كونه عالما بوجوه القياس وفي الحقيقة اشتراط علمه بالاصول يغني عنه، ولا بد من معرفة الاجماع ومواقعه ومن معرفة عادات الناس، فالحاصل أن الشرائط أربعة عشر شرطا. وأما ركنه فالمجتهد وهو ما قدمناه والمجتهد فيه وهو حكم شرعي ظني عليه دليل. قوله: (والمفتى ينبغي أن يكون هكذا) أي موثوقا به في دينة وعفافه إلى آخره. وأن يكون مجتهدا قال في فتح القدير: واعلم أن ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي فلا يفتي إلا المجتهد، وقد استقر رأي الاصوليين على أن المفتي هو المجتهد فأما غير المجتهد ممن يحفظ أقوال المجتهد فليس مفتيا، والواجب

عليه إذا سئل أن يذكر قول المجتهد كأبي حنيفة على جهة الحكاية فعرف أن ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي. وطريق نقله لذلك عن المجتهد أحد أمرين: إما أن يكون له سند فيه أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الايدي نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهور للمجتهدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر أو المشهور، هكذا ذكر الرازي. فعلى هذا لو وجد بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عز وما فيها إلى محمد ولا إلى أبي يوسف لانها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول، نعم إذا وجد النقل عن النوادر مثلا في كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب فلو كان حافظا للاقاويل المختلفة للمجتهدين ولا يعرف الحجة ولا قدرة له على الاجتهاد للترجيح لا يقطع بقول منها يفتي به بل يحكيها للمستفتي فيختار المستفتي ما يقع في قلبه أنه الاصوب، ذكر في بعض الجوامع. وعندي لا يجب عليه حكاية كلها بل يكفى أن يحكي قولا منها فإن المقلد له أن يقلد أي مجتهد شاء، فإذا ذكر أحدها فقلده حصل المقصود، نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسألتك كذا بل يقول قال أبو حنيفة حكم هذا كذا، نعم لو حكى الكل فالاخذ بما يقع في قلبه أن أصوب أولى وإلا فالعامي لا عبرة بما يقع في قلبه من صواب الحكم

***

[٤٤٧]

وخطئه. وعلى هذا إذا استفتى فقيهين أعني مجتهدين فاختلفا عليه الاولى بأن يأخذ بما يميل إليه قلبه منهما. وعندي أنه لاخذ بقول الذي لا يميل إليه قلبه جاز لان ذلك الميل وعدمه سواء، والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ. وقالوا: المنتقل من مذهب إلى مذهب باجتهاد وبرهان آثم يستوجب التعزير فبلا اجتهاد وبرهان أولى، ولا بد أن يراد بهذا الاجتهاد معنى التحري وتحكيم القلب لان العامي ليس له اجتهاد. ثم حقيقة الانتقال إنما تحقق في حكم مسألة خاصة قلد فيه وعمل به وإلا فقوله قلدت أبا حنيفة فيما أفتى به من المسائل والتزمت العمل به على الاجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد، بل هذا حقيقة تعليق التقليد أو وعد به كأنه التزم أن يعمل بقول أبي حنيفة فيما يقع له من المسائل التي تتعين في الوقائع، فإن أرادو وهذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بالتزام نفسه ذلك قولا أو نية شرعا بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتاج إليه بقوله تعالى * (فاسألوا أهل الذكر أن كنتم لا تعلمون) * [النحل: ٣٤] والسؤال إنما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة، وحينئذ إذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عمله به. والغالب أن مثل هذا إلزامات منهم لكف الناس عن تتبع الرخص وإلا أخذ العامي في كل

***

[٤٤٨]

مسألة بقول مجتهد قوله أخف عليه، وأنا لا أدري ما يمنع هذا من النقل أو العقل وكون الانسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد سوغ له الاجتهاد وما علمت من الشرع ذمه عليه وكان صلى الله عليه وسلم يحب ما خفف عن أمته، إلى هنا ما في فتح القدير. ولم يبسط أصحابنا الكلام على المفتي والمستفتي في المتون والشروح وإنما ذكر أصحاب الفتاوي بعض مسائلهما، وقد بسط الكلام عليهما في الروض في كتاب القضاء فأحببت نقله لان قواعدنا لا تأباه ثم أنبه بعده على نقل البعض لمذهبنا والله تعالى أعلم قال: فصل في المفتي: فإن لم يكن غيره تعين عليه، وإن كان غيره تعين عليه، وإن كان غيره فهو فرض كفاية، ومع هذا لا يحل التسارع إلى ما لا يتحقق. ويشترط إسلام المفتي وعدالته فترد فتوى الفاسق ويعمل لنفسه باجتهاده، ويشترط تيقظه وقوة ضبطه وأهلية اجتهاده، فمن عرف مسألة أو مسألتين أو مسائل بأدلتها لم تجز فتواه بها ولا تقليده، وكذا من لم يكن مجتهدا. ولو مات المجتهد لم تبطل فتواه بل يؤخذ بقوله، فعلى هذا من عرف مذهب مجتهد وتبحر فيه جاز أن يفتي بقول ذلك المجتهد. وليضف إلى المذهب إن لم يعلم أنه يفتي عليه ولا يجوز لغير المتبحر إلا في مسائل معلومة من المذهب. فرع ليس لمجتهد تقليد مجتهد ولو حدثت واقعة قد اجتهد فيها وجب إعادته إن نسي الدليل أو تجدد مشكل. فرع المنتسبون إلى مذهب إمام إما عوام فتقليدهم مفرع على تقليد الميت فقد مر، وإما مجتهدون فلا يقلدون، فإن وافق اجتهاده اجتهادهم فلا بأس وإن خالفه أحيانا، ومن لم يبلغ رتبة الاجتهاد بل وقف على أصول إمامه

***

[٤٤٩]

وتمكن من قياس ما لم ينص عليه على المنصوص فليس بمقلد في نفسه بل هو واسطة، فإن نص صاحب المذهب على الحكم والعلة الحق

بها غير المنصوص، ولو نص على الحكم فقط فله أن يستنبط العلة ويقيس وليقل هذا قياس مذهبه لا قوله، وإن اختلف نص إمامه في مشتبهين فله التخريج من أحدهما إلى الاخرى. فرع للمفتي أن يغلظ للزجر متأولا كما إذا سأله من له عبد عن قتله وخشي أن يقتله جاز أن يقول إن قتلته قتلناك متأولا لقوله صلى الله عليه وسلم من قتل عبده قتلناه وهذا إذا لم يترتب على إطلاقه مفسدة واختلاف المفتين كالمجتهدين والله تعالى أعلم. فصل في المستفتي: يجب أن يستفتي من عرف علمه وعدالته ولو بإخبار ثقة عارف أو باستفاضة وإلا بحث عن ذلك فلو خفيت عدالته الباطنة اكتفي بالعدالة الظاهرة. ويعمل بفتوى عالم مع وجود أعلم جهله فإن اختلفا ولا نص قدم الاعلم، وكذا إذا اعتقد أحدهما أعلم أو أورع ويقدم الاعلم على الاورع. ولو أجيب في واقعة لا تتكرر ثم حدثت لزم إعادة السؤال إن لم يعلم استناد الجواب إلى نص أو إجماع، وإن لم تطمئن نفسه إلى جواب المفتي استحب سؤال غيره ولا يجب. ويكفي المستفتي بعث رقعة أو رسول ثقة، ومن الادب أن لا يسأل والمفتي قائم أو مشغول بما يمنع تمام الفكر وأن لا يقول بجوابه هكذا قلت أنا ولا يطالبه بدليل فإن أراده فوقت آخر وليبين موضع السؤال وينقط المشتبه في الرقعة ويتأملها لا سيما آخرها، ويتثبت ولا يقدح الاسراح مع التحقيق، وأن يشاور فيما يحسن اظهار من حضر متأهلا وإن يصلح لحنا فاحشا وليشغل بياضا بخط كيلا يلحق بشئ ويبين خطه بقلم بين قلمين، ولا بأس بكتبه الدليل لا السؤال، ولا يكتب خلف من لا يصلح، وله أن يضرب عليه إن أمن فتنة وإن سخط المالك وينهي المستفتي عن ذلك، وليس له حبس الرقعة، وينبغي للامام أن يبحث عن أهل العلم عمن يصلح للفتوى ليمنع من لا يصلح، وليكن المفتي متنزها عن خوارم المروءة فقيه النفس سليم الذهن حسن التصرف ولو عبدا أو امرأة أو أخرس تفهم اشارته، وليس هو كالشاهد في رد فتواه لقرابة وجر نفع وتقبل فتوى من لا يكفر، ولا يفسق ببدعة كشهادته. ويفتي ولو كان قاضيا وفي اشتراط معرفة الحساب لتصحيح مسائله وجهان، ويشترط أن يحفظ مذهب إمامه ويعرف قواعده وأساليبه. وليس

***

[٤٥٠]

للاصولي الماهر وكذا البحاث في الخلاف من أئمة الفقه وفحول المناظرين أن يفتي في الفروع الشرعية، ولا يجب افتاء فيما لا يقع. ويحرم التساهل في الفتوى واتباع الحيل إن فسدت الاغراض وسؤال من عرف لذلك، ولا يفتي في حال تغير أخلاقه خروجه عن الاعتدال ولو لفرح، ومدافعة أخبثين، فإن أفتى معتقدا أن ذلك لم يمنعه عن درك الصواب صحت فتواه وإن خاطر. والاولى أن يتبرع بالفتوى فإن أخذ رزقا من بيت المال جاز إلا إن تعينت عليه وله كفاية. ولا يأخذ أجرة من مستفت فإن جعل له أهل البلد رزقا جاز وإن استؤجر جاز والاولى كونها بأجرة مثل كتبه مع كراهة. وله قبول هدية لا رشوة على فتوى لما يريد، وعلى الامام أن يفرض لمدرس ومفت كفايته. ولكل أهل بلد اصطلاح في اللفظ فلا يجوز أن يفتي أهل بلد بما يتعلق باللفظ من لا يعرف اصطلاحهم، وليس له العمل والفتوى بأحد القولين أو الوجهين من غير تعويل عليه في القولين أن يعمل بالمتأخر إن علمه وإلا فبالذي رجحه الشافعي وإلا لزمه البحث عنه، فإن كان أهلا اشتغل به متعرفا لذلك من القواعد والمأخذ وإلا تلقاه من نقلة المذهب فإن عدم الترجيح توقف وحكم الوجهين كالقولين لكن لا عبرة بالمتأخر إلا إذا وقعا من شخص، فإن اختلفوا في الارجح ولم يكن أهلا للترجيح اعتمدما صححه الاكثر والاعلم وإلا توقف. والعمل بالجديد من قولي الشافعي إلا في نحو ثلاثين مسألة. وإن كان في الرقعة مسائل رتب الاجوبة على ترتيبها، ويكره أن يقتصر على فيه قولان إذ لا يفيد. ولا يطلق حيث التفصيل فهو خطأ، ويجيب على ما في الرقعة لا على ما يعلمه، فإن أراده قال إن أراد كذا فجوابه كذا، ويجيب الاول في الناحية اليسرى وإن شاء غيرها لا قبل البسلمة، وليكتب الحمد لله وليختم بقوله والله أعلم. ولا يقبح أن يقول في الجواب عندنا. وإن تعلقت بالسلطان دعا له فقال وعلى السلطان سدده الله أو شد أزره، ويكره أطال الله بقاءه. ويختصر جوابه ويوضح عبارته. وإن سئل عن تكلم بكفر متأول قال: يسئل إن أراد كذا فلا شئ عليه، وإن أراد كذا فيستتاب فإن تاب قبلت توبته وإلا قتل. وإن سئل عمن قتل أو جرح احتاط وذكر شروط القصاص ويبين قدر التعزير، ويكتب على الملصق من الورقة وإن ضاقت كتب في الظهر والحاشية أولى لا ورقة أخرى. ويشافهه بما عليه بل إن اقتضاهما السؤال لم يقتصر على أحدهما، ولا يلقنه على خصمه فإن وجب الافتاء قدم السابق بفتوى ثم أقرع، نعم يجب تقديم نساء ومسافرين تهيؤا أو تضرروا

بالتخلف إلا إن ظهر تضرر غيرهم بكثرتهم. وإن سئل عن الاخوة فصل في جوابه أبو الابوين أو لاب أو لام، وإن كان في الفريضة عول قال الثمن عائلا وإن كان في الورثمن يسقط بحال دون حال بينه. ويكتب تحت الفتوى الصحيحة إن عرف أنها لاهل الجواب صحيح ونحوه. وله أن يجيب إن رأى ذلك ويختصر وإن جهل حاله يبحث عن حاله، فإن لم يظهر له فله أمره بإبدالها، فإن تعسر أجاب بلسانه.
***
[٤٥١]
وإن عدم المفتي في بلده وغيرها ولا من ينقل له حكمها فلا يؤاخذ صاحب الواقعة بشئ يصيبه إذلا تكليف. فرع أفتاه ثم رجع قبل العمل كف عنه، وكذا إذا نكح امرأة بفتواه ثم رجع لزمه فراقها كما في القبلة، وإن رجع بعد العمل وفد خالف دليلا قاطعا نقضه وإلا فلا. وإن كان المفتي يقلد الامام فنص إمامه إن كان اجتهاديا في حقه كالدليل القطعي وعلى المفتي إعلامه برجوعه قبل العمل، وكذا بعده إن وجب النقض وإن أتلف بفتواه لا يغرم ولو كان أهلا ا ه والله تعالى أعلم. فصل يجوز تقليد من شاء من المجتهدين وإن دونت المذاهب كاليوم وله الانتقال من مذهبه لكن لا يتبع الرخص فإن تتبعها من المذاهب فهل يفسق وجهان ا ه. قال الشارح: أوجههما لا والله سبحانه أعلم. وقد عقد في أول التتارخانية فصلين في الفتوى حاصل الاول أن أبا يوسف قال: لا تحل الفتوى إلا لمجتهد، ومحمد جوزها إذا كان صواب الرجل أكثر من خطئه. وعن الاسكاف أن الاعلم بالبلد لا يسعه تركها. واختلفوا في الافتاء ماشيا جوزه البعض ومنعه آخر، واختار الاسكاف أن يفتي إن كان شيأ ظاهرا وإلا لا، وكان ابن سلام إذا ألح عليه المستفتي وقال جئت من مكان بعيد يقول: فلا نحن نادينا ك من حيث جئتناولا نحن عمينا عليك المذاهبا ولكن اختار الفقيه أبو الليث أنه لا يقول له ذلك أول مرة فإن ألح أجابه بذلك. وحاصل الثاني أن اختلاف أئمة الهدى توسعة على الناس فإن كان الامام في جانب وهما في جانب خير المفتي، وإن كان أحدهما مع الامام أخذ بقولهما إلا إذا اصطلح المشايخ على قول الآخر فيتبعهم كما اختار الفقيه أبو الليث قول زفر في مسائل. وإن اختلف المتأخرون أخذ بقول واحد، فلو لم يجد من المتأخرين مجتهدا برأيه إذا كان يعرف وجوه الفقه ويشاور أهله. ولا يجوز له الافتاء بالقول المهجور لجر منفعة ولا يرجو عليه دنيا ورد مفت زرا علي خياط مستفت وقلعه من ثوبه تحررا عن شبهة الرشوة. ومن شرائطها حفظه الترتيب والعدل بين المستفتين لا يميل إلى الاغنياء وأعوان السلطان والامراء بل يكتب جواب السابق غنيا كان أو فقيرا. ومن آدابه أن يأخذ الورقة بالحرمة ويقرأ المسألة بالبصيرة مرة بعد مرة حتى يتضح له
***
[٤٥٢]
السؤال ثم يجيب، وإذا لم يتضح السؤال سأل من المستفتي. ولا يرمي بالكاغد إلى الارض وهو لا يجوز، وكان بعضهم لا يأخذ الرقعة ميد امرأة ولا صبي وكان له تلميذ يأخذ منهم ويجمعها ويرفعها فيكتبها تعظيما للعلم. والاحسن أخذ المفتي من كل أحذ تواضعا. ويجوز للشاب الفتوى إذا كان حافظا للروايات واقفا على الدرايات محافظا على الطاعات مجانبا للشهوات والشبهات، والعالم كبير إن كان صغيرا، والجاهل صغير وإن كان كبيرا. وصحح في السراجية أن المفتي يفتي بقول أبي حنيفة على الاطلاق ثم بقول أبي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول زفر والحسن بن زياد ولا يخير إذا لم يكن مجتهدا. وإذا اختلف مفتيان يتبع قول الافقه منهما بعد أن يكون أورعهما. وينبغي أن يكتب عقب جوابه والله أعلم أو نحوه. وقيل في العقائد يكتب والله الموفق ونحوه، وكره بعضهم الافتاء والصحيح عدم الكراهة للاهل. ولا ينبغي الافتاء إلا لمن عرف أقاويل العلماء من أين قالوا، فإن كان في المسألة خلاف لا يختار قولا يجيب به حتى يعرف حجته، وينبغي السؤال من أفقه أهل زمانه فإن اختلفوا تحرى ا ه. وصحح في الحاوي القدسي أن الامام إذا كان في جانب وهما في جانب فالاصح أن الاعتبار لقوة المدرك. فإن قلت: كيف جاز للمشايخ الافتاء بغير قول الامام الاعظم مع أنهم مقلدون؟ قلت: قد أشكل على ذلك مدة طويلة ولم أر فيه جوابا إلا ما فهمته الآن من كلامهم وهو أنهم نقلوا من أصحابنا أنه لا يحل لاحد أن يفتي بقولنا حتى يعلم من أين قلنا حتى نقل في السراجية أن هذا سبب مخالفة عصام للامام وكان يفتي بخلاف قوله كثيرا لانه لم يعلم الدليل وكان يظهر له دليل غيره فيفتي به فأقول: إن هذا الشرط كان في زمانهم أما في زماننا فيكتفي بالحفظ كما في القنية وغيرها فيحل الافتاء بقول الامام بل يجب وإن لم نعلم من أين قال، وعلى هذا فما صححه في الحاوي مبني على ذلك الشرط. وقد

***
[٤٥٣]
صحوا أن الافتاء بقول الامام فينتج من هذا أنه يجب علينا الافتاء بقول الامام وإن أفتى المشايخ بخلافه لانهم إنما أفتوا بخلافه لفقد شرطه في حقهم وهو الوقوف على دليله، وأما نحن فلنا الافتاء وإن لم نقف على دليله، وقد وقع للمحقق ابن الهمام في مواضع الرد على المشايخ في الافتاء بقولهما بأنه لا يعدل عن قوله ألا لضعف دليله وهو قوي في وقت العشاء لكونه الاحوط، وفي تكبير التشريق في آخر وقته إلى آخرها، وذكره في فتح القدير. ولكن هو أهل للنظر في الدليل ومن ليس بأهل للنظر فيه فعليه الافتاء بقول الامام. والمراد بالاهلية هنا أن يكون عارفا مميزا بين الاقاويل له قدرة على ترجيح بعضها على بعض، ولا يصير الرجل أهلا للفتوى ما لم يصرحوا به أكثر من خطائه لان الصواب متى كثر فقد غلب ولا عبرة بالمغلوب بمقابلة الغالب فإن أمور الشرع مبنية على الاعم الاغلب، كذا في الولوالجية
***
[٤٥٤]
من كتاب القضاء. وفي مناقب الكردري قال ابن المبارك. وقد سئل متى يحل للريفتي ويلي القضاء قال: إذا كان بصيرا بالحديث والرأي، عارفا بقول أبي حنيفة حافظا له. وهذا محمول على إحدى الروايتين عن أصحابنا وقبل استقرار المذاهب، أما بعد التقرر فلا حاجة إليه لانه يمكنه التقليد ا ه. ومن العجب ما سمعت من بعض حنفية عصرنا حين تكلمت قديما معه فيها أن قال لما أفتى المشايخ بشئ علمنا أنه قول الامام فقلت إنه خطأ لانهم يبينون قول الامام في ظاهر الرواية ثم يقولون الفتوى على قول أبي يوسف أو محمد أو زفر، وسمعت من بعضهم أنه يقول الكل عن أبي حنيفة. قلت: نعم لكن ما خرج عن ظاهر الرواية فهو مرجوع عنه لما قرره في الاصول من عدم إمكان صدور قولين مختلفين متساويين من مجتهد والمرجوع عنه لم يبق قولا له كما ذكروه. قوله: (وكره التقليد لمن خاف الحيف) كلا يكون ذريعة إلى مباشرة الظلم هنا نسختان: التقليد أي النصب من السلطان. والتقليد أي قبول تقليد القضاء وهي الاولى. والحيف بمعنى الجور والظلم من حاف عليه يحيف إذا جار وخوف عدم إقامة العدل لعجزه كخوف الجور فلو قال المؤلف لمن خاف الحيف أو العجز لكان أولى لان أحدهما يكفي، نص عليه القدوري. والمراد بالكراهة كراهة التحريم لان الغائب الوقوع في محظوره حينئذ، ومحل الكراهة ما إذا لم يتعين عليه فإن انحصر صار فرض عين عليه وعليه ضبط نفسه إلا أن كان السلطان يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك، كذا في فتح القدير. وإذا لم يمكن السلطان فصل القضايا وفي البلد قوم صالحون له أثموا كلهم، كذا في البزازية. ولم أر هل يفسق الممتنع؟ الظاهر نعم لتركه الفرض إلا أن يقال: إن للمتنع في الغالب تأويلا وهو مانع من الفسق ولم أر الآن هل يحير الممتنع المنحصر فيه؟ الظاهر جواز جبره على القبول لاضطرار الناس إليه كاطعام المضطر وسائر فروض الكفاية عند التعين، وكذا جواز جبر واحد من المتأهلين وغير المتأهل كالمعدوم قوله: (وإن أمنه لا) أي إن أمن الحيف لم يكره
***
[٤٥٥]
التقليد لان كبار الصحابة والتابعين تقلدوه، ولم يتعرض المصنف لكون الدخول فيه عند الامن رخصة فالاولى تركه أو عزيمة فالاولى الدخول فيه للاختلاف. قال في البزازية: وعامة المشايخ على أن التقلد رخصة والترك عزيمة، وقد دخل في القضاء قوم صالحون وتحامى منه قوم صالحون وترك الدخول أصلح دينا ودنيا. وفي فتح القدير: وإن أمن أبيح رخصة والترك هو العزيمة لانه وإن أمن فالغالب خطأ طن من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافا ا ه. فالحاصل أنه فرض عين إن تعين وفرض ض كفاية للمتأهل عند وجود غيره لكن رخصة ومكروه عند خوف العجز أو الحيف، وينبغي أن يكون حراما عند غالب ظنه أنه يجو في الحكم، ومباح وكما قدمناه ففيه الاحكام الخمسة. أما غير الاهل فيحرم عليه الدخول فيه قطعا، ولم أر حكم ما إذا خاف الجور مع التعين، ومقتضى كلامهم في النكاح أن لا يجوز له القبول تقديما للمحرم على المبيح وإن كان فرضا، وقد روي أن أبا حنيفة دعي للقضاء ثلاثة مرات فأبى حتى حبس وجلد كل مرة ثلاثين سوطا حتى قال له أبو يوسف: لو تقلدت لمنفعة الناس؟ فنظر إليه شبه المغضب فقال: لو أمرت أن أقطع البحر سباحة لكنت أقدر عليه فكأني بك قاضيا ونكس رأسه ولم ينظر إليه بعد. وهذا يدل على كراهة الدخول فيه وهو قول البعض وقدمنا أنه لا يكره للقادر عليه. وظاهر كلام الامام أنه عرف من نفسه عدم القدرة ولذا لم يقبل، وبه صرح في

فتح القدير أنه لا يجوز القبول إلا لمن أجبر عليه ولذا ضرب الامام أياما وقيد بضعا وخمسين وامتنع في الاصح من القبول ومات على الاباء، كذا في البزازية. وحاصل ما ذكره البزازية في مناقبه روايات: الاولى أن الامام لما أكرهه المنصور على القضاء وأبى حبسه وضربه ثلاثة أيام ومات في الحبس مبطونا. الثانيه انه حبس مرتين على القضاء والفتيا ثم اخرج ولزم بيته ومنع من الجلوس للنساء ان مات. الثالثة أنهم لما عجزوا منه قتلوه بالسم. الرابعة أنه طيف به في الاسواق. الخامس أنه لما أحس بالسم سجد فخرجت روحه ساجدا سنة خمسين ومائة. ومن غريب ما وقع أنه جئ بجنازته فازدحم الناس فلم يقدروا على دفنه إلا بعد العصر واستمر الناس يصلون عليه على قبره عشرين يوما وحذر من صلى عليه خمسون ألفا ثم قال: والجمهور على أنه لم يقبل القضاء وأنه مات بالسم وقيل قبله يومين أو ثلاثة لاجل بر المنصور في يمينه ثم ترك. ثم اعلم أن واقعة المنصور معه هي الفنة الثانية للامام والاولى أكرهه ابن هبيرة والي الكوفة على قضائها وضربه على رأسه حتى انتفخ وجهه وحبسه فرأى النبي صلى الله عليه وسلم فأمره بإطلاقه وتمامه فيها. ولم يذكر الشارح المولى للقضاة وظاهر كلامهم أنه الخليفة أو السلطان وعند الامام الثاني الامير الذي ولاه
***
[٤٥٦]
السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطلق له التصرف في الرعية وما تقتضيه الامارة له أن يقلد ويعزل بخلاف ما إذا فوض إليه الاموال فقط. وعنه أيضا إذا كان القضاء من الاصل ومات القاضي ليس للامير أن ينصب قاضيا وإن ولى عشرها وخراجها وإن حكم الامير لم يجز حكمه فإذا جاء هذا المولى بكتاب الخليفة إليه من الاصل لا يكون امضاء لقضائه، كذا في البزازية. وللسلطان أن يفوض التولية للقضاء إلى غيره ولو كان المفوض إليه عبدا بطريق النيابة بخلاف ما إذا حكم العبد بنفسه لم يصح. ويشترط للسلطان المولي للقضاة البلوغ لما في البزازية: مات السلطان واتفقت الرعية على سلطنة ابن صغير له ينبغي أن يفوض أمور التقليد إلى وال ويعد هذا الوالي نفسه تبعا لابن السلطان لشرفه والسلطان في الرسم هو الابن وفي الحقيقة الوالي لعدم صحة الاذن والجمعة لا ولاية له ا ه‍. وفيها أيضا: السلطان أو الوالي إذا بلغ يحتاج إلى تقليد جديد، وكذا النصراني إذا استؤمر، وفي العبد روايتان. ولو اجتمع أهل بلدة على تولية واحد القضاء لم يصح بخلاف ما إذا ولو لسلطانا بعد موت سلطانهم فإنه يجوز. منها أيضا: ولا بد في صحة التولية من تعيين القاضي، فلو قال السلطان وليت عالما أو أحد هذين أو فلانا وفلانا لم يصح أخذا مما في البزازية: لو قال السلطان للوالي قلد من شئت يصح ولو قال قلد أحدا لم يصح كقوله لوكيله وكل من شئت يصح وكل أحد لا ا ه‍. والتولية للقاضي إما بالمشافهة للقاضي بقوله وليتك قضاء بلدة كذا أو جعلتك قاضي القضاة ونحو ذلك، أو بإرسال ثقة إليه بذلك أو بكتاب. وفي البزازية: كان الفقيه أو جعفر يقول: كان الفقيه أبو بكر الاسكاف يقول: تولية القضاء في ديارنا غير صحيح لان المولي لا يواجههم بالتقليد وإنما يكتب المنشور ويكتب في كل فصل عادة من تقدم إن شاء الله تعالى فيبطل المقدم ولو محاه بعده لا ينقلب صحيحا كما لو كتب أنت طالق إن شاء الله تعالى ثم محى المبطل لا يقع الطلاق ا ه‍. ولا يشترط لصحة التولية قبوله لها وإنما يشترط عدم رده بشرط بلوغه الرد كالوكالة لما في البزازية: السلطان إذا قلده القضاء فرده مشافهة ثم قبل لا يصح، وإن بعث إليه منشورا أو أرسل إليه فرده ثم قبل إن قبل قبل بلوغ الرد إلى السلطان يصح القبول لابعد بلوغ الرد إليه، وكذا الوكيل يرد الوكالة ثم يقبل، وكذا إذا كتبت المرأة إلى رجل زوجت نفسي منك فبلغ الكتاب إليه فرده ثم قبل والرسالة كالكتابة ا ه‍. ولم أر لاصحابنا مجموعا ما يستفيده القاضي بالتولية وقد جمعته من مواضعه فيملك الحكم الثابت ببينة أو إقرارا ونكول عن اليمين بعد استيفاء الشرائط الشرعية للحكم، ويملك حبس الممتنع عن أداء الحق، ومن وجب عليه تعزير ورأى حبسه لقولهم إنه مفوض إلى رأيه، ويملك إقامة التعازير ما كان حقا لله تعالى بلاطلب أحد وما كان حق عبد بطلبه، ويملك
***
[٤٥٧]
إقامة الحدود كما صرحوا به في بابها. وفي تهذيب القلانسي أنها إلى الامام وأمراء الامصار دون أمراء السواد وعمال الخراج في الرساتيق ا ه‍. ويملك تزويج اليتامى والايتام حيث لا ولي لهم لكن بشرط أيكتب في منشوره ذلك، وظاهر كلامهم في باب الاولياء أنه لا يكفي في هذه توليته له قاضي القضاة. ويملك الاستخلاف بالاذن الصريح أو بقوله جعلتك قاضي القضاة وإلا فلا يملك، ويملك ولاية

أموال غير المكلفين ممن لا ولي له، وأما من له ولي فلا إلا أن يتصرف غير صالح فله نقضه أو كان مبذرا مسرفا فله منعه كما في بيوع الخانية ويملك ولاية الوقوف ولو شرط الواقف أن لا ولاية له في وقفه فشرطه باطل كما قدمناه في الوقف. ويبحث عن ولاتها فيعزل الخائن عنها ولو كان ابن الواقف. ويحاسبهم ويحلف من يتهمه منهم كما قدمناه في الوقف. وله نصب الاوصياء إن لم يكن للميت وصي. وفي البزازية من التاسع في نصب الوصي من كتاب القضاء قال الامام الحلواني: للقاضي أن ينصب الوصي في مواضع إذا كان في التركة دين، مهما كان الدين أو غيره، بشرط امتناع الوارث الكبير من البيع للقضاء أو وصية أو صغير فينصبه القاضي لقضاء الدين أو لتنفيذ الوصية أو لحفظ مال الصغير، وكذا لو كان أبو الصغير مبذرا متلفا لمال الصغير ينصب وصيا لحفظ ماله. ولو اشترى الوارث من مورثه شيأ ثم اطلع بعد موته على عيب نصب القاضي وصيا حتى يرده الا ب عليه. وقيد الخصاف نصب الوصي فيما إذا كان على الميت دين وله وارث كبير غائب بانقطاعه عن بلد المتوفي لا يأتي ولا تذهب القافلة، فإن لم يكن منقطعا لا ينصب، وكذا ينصب وصيا على الصغير عنود غيبة أبيه واحتيج إلى إثبات حق الصغير إن كانت غيبة الاب منقطعة وإلا فلا. وينصب وصيا عن المفقود لحفظ حقوقه ولا ينصب عن الغائب ا ه. فهذه سبعة مواضع يملك فيها نصب الوصي. ثم رأيت ثامنا قال في القنية: إذا كان المدعى عليه أصم أعمى أخرى فالقاضي ينصب عنه وصيا ويأمر المدعي بالخصومة معه إن لم يكن له أب أوجد أو وصيهما ا ه. قال في البزازية بعدها: إنما يلي

***

[٤٥٨]

النصب إذا كان مأذونا بالاستخلاف وينصب عدلا أمينا كافيا لاغريبا لا يعرف، ويثبت ذلك بإخبار عدل. ويشترط في نصب الوصي على اليتيم كونه في ولاية القاضي لا التركة، وفي الوقف كون المدعي عليه في ولايته، هكذا اختار القاضي وفيه اختلاف. ويملك البيع على المديون لايفاء دينه على القول المفتى به كما صرحوا به في الحجر. وله ولاية إقراض اللقطة من الملتقط، وولاية إقراض مال الغائب، وله بيع منقوله إذا خاف عليه التلف إذا لم يعلم مكان الغائب، فإذا علم مكانه بعث إليه لانه يمكنه حفظ العين والمالية دل هذا على أنه يملك بعث مال الغائب إليه إذا خاف التلف. وله نصب وكيل في جمع غلات المفقود. طلب الوارث أو لا. وله إيفاء ديون الغائب بماله بالحصص وبيع ماله لايفاء دينه إذا كان دينه ثابتا عنده. وله الارسال خلف من نسب إلى طلاق زوجته الثلاث إذا أخبره عدلان وإن لم تطلبه المرأة، الكل من البزازية من نوع في ولاية القاضي قال: وليس له أن يزوج أم ولد الغائب وله الاذن بالانفاق على مال الغائب وزوجته وأولاد وأصله من ماله كما قدمناه في النفقات. وله فرض النفقة على الزوج إذا لم يكن صاحب مائدة وطعام كثير. وفي جامع الفصولين: للقاضي إيداع مال الغائب. وله الاذن في بيع شئ باعه مالكه لرجل وغاب المشتري ليأخذ ثمنه لو من ثمنه لو من جنسه، ولو كانت دابة فله الاذن بإجارتها وعلفها من أجرتها. وله الاذن ببيع الجارية المغصوبة لو كان مالكها غائبا ولو من الغاصب فيحل له وطؤها، وإن حضر مالكها كان له علي ذي اليد ثمنها، ولا يملك تزويج أمة الغائب والمجنون وقنهما، وله أن يكاتبهما ويبيعهما، وله أن يقبض دين غائب من محبوسه، وله أن يضعه عند عدل، وله إطلاق محبوسه بكفيل بنفسه، وله الاذن ببيع وديعة خيف فسادها وربها غائب كصوف، وله بيع دار الميت إذا لم يعلم له وارث وإذا علم جاز أيضا حفظا وله بيع الآبق، وله إجارة بيع بيت المفقود لو

***

[٤٥٩]

خيف خرابه لو لم يسكن، وله قبض المغصوب الغائب من غاصبه، وله أخذ وديعة المفقود إيداعها عند من يثق به. ا ما في جامع الفصولين ملخصا. وأما إقامة الجمع والاعياد فيملكها القاضي إن كانت في منشوره وإلا فلا، وقول محمد للقاضي أن يجمع حمله المشايخ على هذا، كذا في البزازية من أول القضاء. وله النظر في الطريق فيمنع متعديا فيها ببناء وإشراع جناح لا يجوز، وله نصب القسام كما ذكروه في كتاب القسمة. وله نصب أئمة المساجد، ولم أر حكم نصبه للمحتسبين وينبغي أن يكون له ذلك إن لم ينصب الامام أحدا. وأما نصب العاشر والجاني للزكوات فإلى الامام كأخذ الجزية والخراج وما يتعلق بأموال بيت المال. قوله: (ولا يسأل القضاء) لقوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل إلى نفسه، ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده أي يلهمه رشده، ذكره الصدر الشهيد. ولان من طلبه اعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه توكل على ربه فيلهم. وعلله في السراج الوهاج بأخرى بأن في طلب القضاء

إذلالا وإهانة بالعلم لان كل معرض مهان ا هـ. وهو يفيد منع العالم من السؤال مطلقا لا لحاجة، وقد جمع القدوري بين النهي عن طلبه والنهي عن سؤاله ففهم الشارحون المغايرة بينهما، فقيل الطلب بالقلب والسؤال باللسان، كذا في المستصفي. وفي الينابيع: الطلب أن يقول للامام ولني والسؤال أن يقول للناس لو ولاني الامام قضاء بلدة كذا لاجبته إلى ذلك وهو يطمع أن يبلغ ذلك إلى الامام ا هـ. والمراد كراهة السؤال أي تحريما أي لا يحل كما في فتح القدير، وليس النهي عن السؤال على إطلاقه بل مقيد بأن لا يتعين للقضاء أما إن تعين بأن لم يكن أحد غيره يصلح للقضاء وجب عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين ودفعا لظلم الظالمين. واستحب بعض الشافعية طلبه لخامل

***

[٤٦٠]

الذكر لينشر العلم كما في المعراج، ولم أر حكم ما إذا تعين ولم يول الا بمال هل يحل بذله؟ وكذا لم أر حكم جواز عزله وينبغي أن يحل بذله للمال كما حل طلبه وأن يحرم عزله حيث تعين وأن لا يصح عزله، وكما لا يجوز طلبه لا تجوز تولية الطالب في الخلاصة والبزازية والخانية من الوقف: طالب التولية لا يولي ا هـ. فمن طلب القضاء أو النظارة أو الوصاية لا يولي، وعللوه بأن الطالب موكول إلى نفسه وهو عاجز فيكون سببا لتضييع الحقوق. وفي وصايا البزازية قال أبو مطيع البلخي أفتي منذ نيف وعشرين سنة فما رأيت قيما عدل في مال ابن أخيه قط فلا ينبغي أن يتقلد الوصاية أحد وقد قيل: اتفوا الواوات الوكالة والوصاية والولاية ا هـ. وظاهر كلامهم أنه لا تطلب التولية على الوقف ولو كانت بشرط الواقف له لاطلاقهم، وقدمنا في كتاب الوقف أن له طلب عودها إذا عزل من قاض جديد. قوله: (ويجوز تقليد القضاء من السلطان العادل والجائر ومن أهل البغي) لان الصحاب رضي الله تعالى عنهم تقلدوه من معاوية والحق كان بيد علي رضي الله تعالى عنهما في نوبته، والتابعين تقلدوه من الحجاج وكان جائرا أفسق أهل زمانه، هكذا قال أصحابنا. وفي فتح القدير: وهذا تصريح بجور معاوية والمراد في خروجه لا في أقضيته، ثم إنما يتم إذا ثبت أنه ولي القضاة قبل تسليم الحسن رضي الله عنه له، أما بعد تسليمه فلا ويسمى ذلك العام عام الجماعة ا هـ. ومن العلماء من قال إن الحسن رضي الله عنه لم يسلم له اختيارا وإنما سلم له لما رأى ما يقع بينهما من قتل المسلمين من كل من الطائفتين فكان مضطرا كما في المسايرة. وفي المعراج: انعقد الاجماع على بيعة معاوية حين سلم له الحسن. وما ذكر المؤلف من جواز التقليد من الجائر مقيد بما إذا كان يمكنه من القضاء بالحق أما إذا لم يمكنه فلا كما في الهداية لان المقصود لا يحصل به. والعادل هو الواضع كل شئ في موضعه، وقيل هو المتوسط بين طرفي الافراط والتفريط، سواء كان في العقائد أو في الاعمال أو في الاخلاق. وقيل: الجامع بين أمهات كمالات الانسان الثلاثة وهي الحكمة والشجاعة والعفة التي هي أوساط القوى الثلاث أعني القوة العقلية والغضبية والشهوانية. وقيل: المطيع لاحكام الله تعالى. وقيل: المراعي لحقوق الرعية، ذكره الكرماني في شرح قوله عليه الصلاة والسلام إمام عادل والعدل في اللغة القصد في الامور وهو خلاف الجور. وذكر الصدر الشهيد في شرح

***

[٤٦١]

أدب القضاء لخصاف أن أبا بكر رضي الله عنه سئل عن العدل وهو على المنبر فقال على البديهة: العدل أن نأتي إلى أخيكا. ما مثله أن يرضيكا. وأطلق في الجائر فشمل المسلم والكافر كما ذكره مسكين معزيا إلى الاصل، وظاهره صحة سلطنة الكافر على المسلمين وصحة توليته للقضاة وفي فتح القدير ما يخالفه قال: وإذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار في بلاد المغرب كقرطبة الآن وبالنسية وبلاد الحبشة وأقروا المسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولي قاضيا ويكون هو الذي يقضي بينهم، وكذا ينصبوا إماما يصلي بهم الجمعة ا هـ. ويؤيده ما في جامع الفصولين: وكل مصرفيه وال مسلم من جهة الكفار يجوز منه إقامة الجمع والاعياد وأخذ الخراج وتقليد القضاء وتزويج الايامي لاستيلاء المسلم عليهم، وأما طاعة الكفرة فهي موادعة ومخادعة، وأما في بلاد عليها ولاة الكفارة فيجوز للمسلمين إقامة الجمع والاعياد ويصير القاضي قاضيا بتراضي المسلمين ويجب عليهم طلب وال مسلم ا هـ. وتصريحه بجواز التقلد من الجائر يدل على أن البغاة إذا وال قاضيا ثم جاء أهل العدل فرفعت قضاياه إلى قاضي أهل العدل فإنه يمضي حيث كان موافقا أو مختلفا فيه كما في سائر القضاة، وهو مصرح به في فصول

العمادي، ويدل بمفهومه على أن القاضي لو كان من البغاة فإن قضاياه تنفذ كسائر فساق أهل العدل لان الفاسق يصلح قاضيا في الاصح. وذكر في الفصول ثلاثة أقوال فيه: الاول ما ذكرناه وهو المعتمد. الثاني عدم النفاذ فإذا رفع إلى العادل يمضيه. الثالث حكمه حكم المحكم يمضيه لو وافق رأيه وإلا أبطله ا ه. وأشار المؤلف بصحة التقليد من الجائر عادلا كان القاضي أو باغيا إلى صحة عزل الباغي لقضاة أهل العدل. وفي الفصول: بمجرد استيلاء

***

[٤٦٢]

الباغي لا تنعزل قضاة العدل ويصح عزل الباغي لهم حتى لو انهزم الباغي بعده لا تنفذ قضاياهم بعده ما لم يقلدهم سلطان العدل ثانيا إذ الباغي صار سلطانا بالقهر والغلبة ا ه. وفي شرح باكير فيما يصح تعليقه وما لا يصح قبيل الصرف: اعلم أنه لا بد أن يكون الامام مكلفا حرا مسلما عدلا مجتهدا دا رأي وكفاية سميعا بصيرا ناطقا وأن يكون من قريش وللامام فيه منع، وإن لم يوجد فمن العجم، وتنعقد بيعة أهل الحل والعقد من العلماء المجتهدين والرؤساء لما عرف ا ه. وتكفي مبايعة واحدة وقيل لا بد من الاكثر. وقيل لا يلزمه عدد وتمامه في المسايرة. وعرف المحقق الامامة العظمى في المسايرة بأنها استحقاق تصرف عام في الدين والدنيا على المسلمين. وظاهره أنه لا بد في الامام من عموم ولايته ولذا قالوا: لا يجوز اجتماع إمامين في زمن واحد وقدمنا أولا عن الخانية بماذا يكون سلطانا. قوله: (فإن تقلد بسال ديوان قاض قبله) شروع فيما يفعله القاضي إذا تقلده، فإن كان في البلد ينبغي أن يقرأ المنشور على أهل البلد إن كتب له، وإن قدم من خارج ينبغي أن يقدم يوم الاثنين أو الخميس لابسا عمامة سوداء وينزل وسط البلد ويقرأ عليهم منشوره، ولم أره صريحا الآن. ثم رأيته في شرح أدب القضاء للخصاف. ثم يطلب ديوان القاضي السابق لانه إنما وضع للحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء لان القاضي يكتب نسختين إحداهما في يده لاحتمال الحاجة إليها، والاخرى في يد الخصم وما في يده لا يؤمن عليه. والديوان لغة جريدة الحساب، ثم أطلق على موضع الحاسب وهو معرب، والاصل دوان فابدلت من إحدى المضعفين ياء بالتخفيف ولهذا يرد في الجمع إلى أصله فيقال دواوين، وفي التصغير دويوين لان التصغير وجمع التكسير يردان الاسماء إلى أصولها. ودونت الديوان أي وضعته وجمعته ويقال إن عمر رضي الله تعالى عنه أول من دون الدواوين في العرب أي رتب الجرائد للعمال وغيرها، كذا في المصباح والمراد به هنا ما ذكره بقوله قوله: (الخرائط التي فيها السجلات والمحاضر وغيرها) أي الديوان والخرائط جمع خريطة مثل كريمة وكرائم وهي شبهة كيس يشرج من أديم وخرق، كذا في المصباح. وهذا مجاز لان الديوان نفس السجلات والمحاضر لا الكيس كما أفاده مسكين. والسجلات جمع سجل وهو لغة كتاب القاضي. والمحاضر جمع محضر، وذكر العلامة خسروفي شرح الدرر والغرر أن المحضر ما كتب فيه خصومة المتخاصمين عند القاضي وما جرى بينهما من الاقرار من المدعى عليه أو الانكار فيه والحكم بالبينة أو النكول على وجه يرفع الاشتباه، وكذا السجل والصك

***

[٤٦٣]

ما كتب فيه البيع والرهن والاقرا وغيرها، والحجة والوثيقة متناولان الثلاثة ا ه. وفي العرف الآن السجل ما كتبه الشاهدان في الواقعة وبقي عند القاضي وليس عليه خط القاضي، والحجة ما نقل من السجل من الواقعة وعليه علامة القاضي أعلاه وخط الشاهدين أسفله وأعطي للخصم. وفي قوله إن دون إذا إشارة إى أن تقلده نادر غير كائن لا يتقلده إلا مغرور بحديث النفس إليه أشار مسكين وأراد بغيرها محاسبات الاوقاف وكل شئ كان فيه مصالح الناس مما يتعلق بالقاضي المعزول. وأطلقه فشمل ما إذا كان الورق من بيت المال أو من مال أرباب القضايا وهو الصحيح، وما إذا كان من مال القاضي في الصحيح لانه أخذه تدينا لحفظ أمور المسلمين لا تمولا، ويبعث المولى اثنين أو واحدا مأمونا ليقبضاها من المعزول أو أمينه ويسألان منه شيأ فشيأ ويجعلان كل نوع في خريطة ليكون أسهل للتناول، وهذا السؤال لكشف الحال لا للزوم العمل بمقتضي الجواب من القاضي فإنه التحق بسائر الرعايا بالعزل، ثم إذا قبضاه ختما عليه خوفا من التغيير. وأما ما قيل يكتبان عدد ضياع الوقوف ومواضعها فلا حاجة إليه فإن كتب الاوقاف تغني عنه. وأشار إلى أن المولى بمجرد توليته لا يتأخر عن النظر فيما فوض له، فإن تأخر لغير عذر عزله الامام ولذا قال الصدر الشهيد: إن عمر رضي الله

عنه استقضى رجلا على الشام يقال له حابس بن سعد الطائي على قضاء حمص قال له: يا حابس كيف تقضي؟ قال: أقضي بما في كتاب الله تعالى. قال: فإن لم يكن في كتاب الله تعالى؟ قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم. قال: فإن لم يكن في سنة رسوله صلى الله عليه وسلم؟ قال: أجتهد برأيي واستشير جلسائي. فقال عمر رضي الله عنه: أصبت وأحسنت. ثم لقي عمر ذلك الرجل فقال: ما منعك أتسير إلى عملك؟ قال: يا أمير المؤمنين إني رأيت رؤياها ليتني أي خوفتني قال: وما هي؟ قال: رأيت كأن الشمس والقمر يقتتلان، رأيت كأن الشمس أقبلت من المشرق في جمع كثير، ورأيت كأن القمر أقبل من المغرب في جمع كثير حتى اقتتلا قال: فمع أيهما كنت؟ قال: مع القمر. فقرأ عمر رضي الله عنه * (وجعلنا الليل والنهار آيتين فمحونا آية الليل وجعلنا آية النهار مبصرة) * كنت مع القمر في مغرب الشمس أردد إلينا عهدنا فقتل بعد بصفين مع معاوية، فيدل على أن للامام عزل القاضي إذا تأخر وعلى التفاؤل وتمامه في شرح أدب القضاء للخصاف. قوله: (ونظر في حال المحبوسين) أي الجديد لانه نصب ناظرا للمسلمين. والمراد المحبوس في سجن القاضي فيبعث القاضي ثقة يحصيهم في السجن ويكتب أساءهم وأخبارهم وسبب حبسهم ومن حبسهم. وفي شرح أدب القضاء يجب على القاضي كتابة اسم

***

[٤٦٤]

المحبوس وأبيه وجده وما حبس بسببه وتاريخه، فإذا عزله بعث النسخة التي فيها أسماؤهم إلى المتولي لينظر فيها، وأما المحبوس في سجن الوالي فيجب على الامام النظر في أحوالهم. وحاصل ما ذكره الامام أبو يوسف في كتاب الخراج أن من حبس من أهل الدعارة والتلصص والجنايات ولا ما لهم أن نفقتهم في بيت المال وكسوتهم، وكذا أسراء المشركين وأن لا يبيت أحد في قيد إلا رجل مطلوب بدم. وينبغي أن يولي على هذا الامر رجلا صالحا يثبت أسماءهم عنده ويدفع نفقتهم وأدمهم شهرا بشهر، ويدعو كل رجل ويدفع إليه بيده ويعفهم عن الخروج في السلاسل يتصدق عليهم فإن هذا شئ عظيم، ومن مات منهم ولا ولي له ولا قرابة فإن تجهيز من بيت المال وأمر بالصلاة عليه ونظر في أحوالهم كل أيام فمن كان عليه أدب أدب وأطلق، ومن لم يكن له قضية خلي سبيله إلى آخر ما ذكره رحمه الله قوله: (فمن أقر بحق أو قامت عليه بينة ألزمه) لان كلا منهما حجة ملزمة. وليس المراد بقوله ألزمه الحكم عليه وإنما المراد ألزمه الحبس كما أشار إليه مسكين أي أدام حبسه، ويصح أن يراد ألزمه بالحق وإليه يشير تقريره في فتح القدير. والظاهر عندي ما قاله مسكين لان الثاني لا يطرد في كل إقرار لان المحبوس إذا أقر بسبب عقوبة خالصة كالزنا وشرب الخمر فقال إني أقررت عند القاضي المعزول أربع مرات في الزنا ولم يقم الحد علي فإن القاضي لا يقيمه عليه لان ما كان منه في مجلس المعزول بطل لكن يستقبل المولى الامر فإذا أقر حده ثم

***

[٤٦٥]

بعد الحد يتأنى وينادي عليه ثم يطلقه بكفيبنفسه، كذا في شرح أدب القضاء للخصاف. وقوله أو قامت عليه بينة أعم من أتشهد بأصل الحق أو بحكم القاضي عليه، وأما المعزول فلا يقبل قوله لو قال حبست بحق عليه، وكذا لو قال كنت حكمت عليه لفلان بكذا كما في السراج الوهاج. وعلله في البداية بأنه كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما إذا كانت على فعل نفسه ا ه‍. فظاهره أنه لو شهد مع آخر لم تقبل شهادته، ورأيت في بعض كتب الشافعية أنه لو شهد مع آخر على حكمه لم تقبل إلا أن يقول إن قاضيا قضى عليه بكذا لفلان ا ه‍. وقواعدنا تأباه لان الشهادة على قضاء القاضي من غير تسميته غير صحيحة. ولم يذكر المؤلف رحمه الله إطلاقه بعد إلزامه لما في شرح أدب القضاء أنه إذا أقر لفلان بن فلان وعرفه القاضي أو شهد الشهود بنسبه وأحضر المال له أطلقه بلا كفيل، وكذا إذا اختار المدعي إطلاقه وإن أشكل على القاضي أمر المدعي أمره بالدفع إليه ولا يطلقه بل يتأنى ثم يطلقه بكفيل خوفا من الاحتيال ا ه‍. قوله: (وإلا نادى عليه) أي من لم يثبت عليه شئ أمر مناديا كل يوم في محلته وقت جلوسه من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليحضر حتى نجمع بينه وبينه، فإن حضر واحد وادعى وهو على إنكاره ابتدأ الحكم بينهما وإلا تأتي في ذلك أياما على حسب ما يرى القاضي فإن لم يحضر أحد أخذ منه كفيلا بنفسه على الصحيح اتفاقا وأطلقه بخلاف مسألة القسمة فإن أبا حنيفة

لم يأخذ من الورثة كفيلا لان احتمال وارث آخر موهوم وهنه القاضي لا يحبسه إلا بحق ظاهر وخلافه موهوم. فإن قال لا كفيل لي وأبى أن يعطي كفيلا وجب أن يحتاط نوعا آخر من الاحتياط فينادي شهرا فإن لم يحضر أحد أطلقه. وقد بحث المحقق في فتح القدير بأنه لو قيل بالنظر إلى أن الظاهر أنه حبس بحق يجب أن لا يطلقه بقوله إني مظلوم حتى تمضي مدة يطلق فيها مدعي الاعسار كان جيدا اهـ. قلت: ليس بجيد لانا عملنا بمقتضى هذا الظاهر بالنداء وأخذ الكفيل ولو أبقيناه في الحبس كما ذكره لسوينا بين

***

[٤٦٦]

الحقق والظاهر فإن المعسر تحققنا ثبوت الحق عليه بخلاف المحبوس بعد عزل القاضي. ثم اعلم أن حاصل ما ذكره الصدر في المحبوسين أنه إن كان بسبب الدين فقد ذكرناه، وإن كان بسبب قصاص أقربه اقتص منه للمقرله في النفس والطرف ولكن لا يطلقه في الطرف إلا بكفيل احتياطا، وإن كان قاحبست بسبب حد الزنا لا يعمل القاضي بإقراره السابق وإنما يستأنف الآن، وإن قال بسبب شهود علي به لا يحده بذلك، وإن قال بسبب سرقة أقررت بها قطع المولى يده وأطلقه بكفيل، وإن قال بينة لا للتقادم وإن أقر أنه حبس بسبب حد الخمر لا يحده سواء قال بإقرار أو ببينة، وإن قال بسبب قذف لفلان وصدقه حد مطلقا وأطلقه بكفيل قوله: (وعمل في الودائع وغلات الوقف ببينة أو إقرار) لان كلا منها حجة والمراد إقرار ذي اليد وأما غيره فلا يقبل إقراره. وفي فتح القدير: والذي في ديارنا من هذا أن أموال الاوقاف تحت أيدي جماعة يوليهم القاضي النظر أو المباشرة فيها وودائع اليتامى تحت يد الذي يسمى أمين الحكم اهـ. وقد انقطع هذا في زماننا فإن أموال اليتامى تحت يد الاوصياء ولم يول في زماننا أمين الحكم. قيد بغلات الوقف لانه لا يعمل بإقرار ذي اليد في أصل الوقف إذا جحده الورثة ولا بينة وقا المعزول إن هذا وقف فلان بن فلان سلمته إلى هذا وأقر ذو اليد وكذبه الورثة لم يقبل قول القاضي وذو اليد ويكون ميراثا بين الورثة، وتمامه في شرح أدب القضاء. قوله: (ولم يعمل بقول المعزول إلا أن يقر ذو اليد أنه سلمه إليه فيقبل قوله فيهما) يعني لو قال من في يده المال لي وقال المعزول إنه مال وقف أو يتيم لم يقبل بقوله لما بينا أنه التحق بواحد من الرعايا بخلاف القاضي لانه هو المخصوص بأن يكتفي بقوله في الالزام حتى الخليفة الذي قلد القضاء لو أخبر القاضى انه شهد عنده الشهود بكذا لا يقضي به حتى يشهد

***

[٤٦٧]

عنده الخليفة مع آخر والواحد لا يقبل قوله. والحاصل أن المسألة على وجوه خمسة: الاول أن يقر بأنه سلمها إليه ومع ذلك يقربها لغيره فإذا بدأ ذو اليد بالاقرار للغير ثم بتسليم القاضي فأقر القاضي بأنها لآخر وحكمه أن تسلم العين للمقر له الاول ويضمن المقر قيمته إن كان قيميا أو مثله إن مثليا للقاضي بإقراره الثاني فيسلمها لمن أقر له القاضي. الثاني أن ينكر التسليم وحكمه أن لا يقبل قول المعزول. الثالث أن يقر بأن المعزول سلمه إليه ثم يقر به للغير عكس الاول وحكمه عدم قبول الثاني. الرابع أن يبدأ بالاقرار بتسليم القاضي ثم يقول لا أدري لمن هو وحكمه قبول قول القاضي. الخاس أن يقر بأنه تسلمه من القاضي وصدق القاضي أنها لفلان فيقبل قولهما ويدفع إلى القاضي ليدفعه إلى فلان فلم يعمل بقوله في وجه وعمل به في الاربعة. وقوله ببينة شامل لما إذا شهدوا أنهم سمعوا القاضي قبل عزله يقول هذا المال لفلان اليتيم استودعته فلانا، وكذا إذا شهدوا لى بيعه مال اليتيم فإنه يقبل ويؤخذ المال لمن ذكره، وكذا لو مات الاول واستقضى غيره فشهد بذلك قوله: (ويقضي في المسجد أو داره) لانه صلى الله عليه وسلم حكم بين المتلاعنين في المسجد وقال للمديون قم فاقضه بعد أمر الدائن بوضع الشرطر وكانا في المسجد وقد ارتفعت أصواتهما وأمر بإقامة الحد وهو في المسجد. وقد لا عن عمر رضي الله عنه عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم كما رواه البخاري. وأما كون المشرك يدخله للقضاء وهو نجس فلا يمنع لان نجاسته نجاسة الاعتقاد على معنى التشبيه، وأما الحائض فتخبر بحالها ليخرج إليها القاضي أو يرسل نائبه كما إذا كانت الدعوى في دابة، وكذا السلطان يجلس في المسجد للحكم. أطلق المسجد فشمل غير الجامع لكنه أولى لانه أشهر، ثم الذي تقام فيه الجماعات وإن لم تصل فيه الجمعة. قال فخر الاسلام: هذا إذا كان الجامع في وسط البلد، أما إذا كان في طرف منها فلا لزيادة المشقة فالاولى أن يختار مسجدا في وسط البلد وفي السوق. ويجوز أن يحكم في بيته وحيث كان إلا أن الاولى ما ذكرناه. ويأذن للناس على العموم ولا يمنع

أحدا لان لكل أحد حقا في مجلسه، والاولى أن يكون بيته في وسط البلد لما ذكرناه. والحاصل أنه يجلس له في أشهر الاماكن ومجامع الناس وليس فيه حاجب ولا بواب وهو الافضل، ولا يحكم وهو ماش ولا راكب ولا بأس بالقعود على الطريق إذا كان لا يضيق على المارة ولا بأس بالحكم وهو متكئ. والقضاء وهو مستو أفضل تعظيما لامر القضاء، ولا يجلس وحده لانه يورث التهمة فينبغي أن يجالسه من كان يجلس

***

[٤٦٨]

معه قبل ذلك، وروي أن عثمان رضي الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربعة من الصحابة. ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم، وكان أبو بكر يحضر عمر وعثمان وعليا رضي الله عنهم حتى قال أحمد: يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه. وفي المبسوط: وإن دخله حصر في قعودهم عنده أو شغله عن شئ من أمور المسلمين جلس وحده فإن طباع الناس تختلف فمنهم من يمنعه من حشمة الفقهاء عن فضل القضاء، ومنهم من يزداد قوة على ذلك، فإن كان ممن يدخله حصر جلس وحده. وفي المبسوط ما حاصله أن ينبغي للقاضي أن يعتذر للمقضي عليه ويبين له وجه قضائه ويبين له أنه فهم حجته ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك أدفع لشكايته للناس ونسبته إلى أنه جار عليه، ومن يسمع يخل فربما تفسد العامة عرضه وهو برأئ. وإذا أمكن إقامة الحق مع عدم إيفاء الصدور كان أولى، كذا في فتح القدير. وفي التتارخانية قال مشايخنا: ينبغي للقاضي إذا أراد الحكم أن يقول للخصمين أحكم بينكما وهذا على وجه الاحتياط حتى إنه إذا كان في التقليد خلل يصير حكما بتحكيمهما. وفي البزازية: قضى القاضي بحق ثم أمره أن يسأل القضية ثانيا بمحضر من العلماء لا يفرض ذلك على القاضي اه. وفيها: وإن رأي أن يقعد معه أهل الفقة قعدوا ولا يشاورهم عند الخصوم اه. فعلى هذا إذا كانت عنده الفقهاء ووقعت الحادثة يخرج الخصوم أو يبعدهم ثم يشاور الفقهاء ولا يسلم عليه إلا إذا كان الداخل الشاهد فله أن يسلم كما في الخانية، ويصلي ركعتين تحية المسجد ويسند ظهره إلى المحراب والناس بين يدين يقفون مستقبلي القلة، فإن اعتراه هم أو غضب أو جوع أو حاجة حيوانية كف عنه حتى يزول، ولا يتعب نفسه في طول الجلوس ولا يقضي وهو يدافع أحد الاخبثين، وإن كان شابا قضى وطره من أهله ثم جلس للقضاء. ولا يسمع من رجل حجتين أو أكثر في مجلس إلا أن يكون الناس قليلا، ولا يقدم رجلا جاء غيره قبله، ولا يضرب في المسجد حدا ولا تعزيرا، كذا في البزازية. والحاصل لا يقضي حال شغل قلبه ولو بفرح أو برد شديد أو حر شديد وأصله لا يقضي القاضي وهو غضبان معلول به. ولا ينبغي أن يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس فيه، كذا في فتح القدير. وفي الظهيرية: ويخرج في أحسن ثيابه وأعدل أحواله،

***

[٤٦٩]

وله أن يتخذ بوابا ليمنع الخصوم من الازدحام. ولا يباح للبواب أن يأخذ شيأ على الاذن في الدخول، وإذا أخذ البواب شيأ وعلم القاضي به فقضى كان كالقضاء بالرشوة لا ينفذ، كذا في شرح أدب القضاء. وإذا جلسوا بين يديه قال أبو يوسف: يقول أيكما المدعي فإذا عرفه يقو له ماذا تدعي. وقال محمد: لا يفعل ذلك. وقول أبي يوسف أرفق دفعا للمهابة عنهم. وإذا جاء رجل أراد إحضار خصمه الغائب دفله طينة عليها ختم القاضي مكتوب فيها أجب خصمك إلى مجلس الحكم، فإن كان في المصر أحضره أو قريبا منه، وإن كان بعيدا فالقاضي لا يعديه بمجرد قوله حتى يقيم البينة. والفاصل بينهما أنه إن أمكنه أن يعود إلى أهله في ذلك اليوم فهو قريب وإلا فلا. وقال محمد: يجب على الامام أن ينصب قضاة على الكور فيما دون مد السفر احترازا عن شقة الاعداء وهو إزالة العدوان. ويسقط الاعداء بعذر المرض أو كانت مخدرة، فإن توارى الخصم في بيته ختم القاضي على بيته وجعل بيته عليه سجنا وسد أعلاه وأسفله حتى يضيق عليه الامر فيخرج. قال الحلواني: وأصحابنا لم يجوزوا الهجوز وصورته أن يبعث القاضي نساء يطلبنه في البيت وأعوانا يأخذون السفل والعلو كيلا يهرب. وهذا هو القياس فعله عمر رضي الله عنه والصالحون من بعده وتركوا فيه القياس. فإن كان المديون يسكن دارا بأجرة وامتنع من الحضور اختلفوا في تسمير الباب، والاصح أنه يسمر. والتسمير الضرب بالمسامير اه. فإن كانت الدار مشتركة

فسمرها الحاكم لاجل أحد الشركاء للباقي أن يرفعوا الامر إليه ليرفع المسامير وليس هذا من العدل، كذا في التتارخانية. وفيها: للسلطان الختم على باب المديون وإن لم يتوار في بيته تضييقا عليه حتى يقضي الدين اه. فعلى هذا له وضعه في الجاويش في زماننا. وفي البزازية: ويستعين بأعوان الوالي على الاحضار وأجرة الاشخاص في بيت المال، وقيل على المتمرد في المصر من نصف درهم إلى درهم، وفي الخارج لكل فرسخ ثلاثة دراهم أو أربعة وأجرة الموكل على المدعي

***

[٤٧٠]

وهو الاصح. وفي الذخيرة: إنه المشخص وهو المأمور بملازمة المدعي عليه. وأطلق بعض المشايخ الذهاب إلى باب السلطان والاستعانة بأعوانه أولا لاستيفاء حقه قبل العجز عن الاستيفاء القاضي لكنه لا يفتي به إلا إذا عجز القاضي. وإذا ثبت تمرده عن الحضور عاقبه بقدره. وذكر الصدر الشهيد لاختلاف في قبول القاضي القصص من الخصوم والمذهب عندنا أنه لا يأخذها إذا جلس للقضاء وإلا أخذها. ثم ذكر الاختلاف في أن القاضي يؤاخذ بما كتب فيها والمذهب لا إلا إذا أقر بلفظه صريحا. وفي السراج الوهاج: وينبغي للقاضي أن يتخذ كاتبا صالحا عفيفا ويقعده بحيث يراه أهلا للشهادة لا ذميا ولا عبدا ولا صبيا ولا ممن لا تجوز شهادته فيكتب الخصومة ويجعلها في قمطره ويجعل لكل شهر قمطرا. قوله: (ويردهدية إلا من قريب أو ممن جرت عادته به) أي لا يقبل القاضي هدية لما رواه البخاري عن أبي حميد الساعدي قال: استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة واسمه عبد الله، فلما قدم قال: هذا لكم هذا أهدي إلي. فقال عليه

***

[٤٧١]

الصلاة والسلام: هلاجلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدي إليه أم لا؟ قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه: كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة. فتعليله دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية ويجب ردها على صاحبها فإن تعذر ردها على مالكها وضعها في بيت المال كاللقطة كما في فتح القدير، فإن كان المهدي يتأذى بالرد يقبلها ويعطيه مثل قيمتها، كذا في الخلاصة. وفي المضمرات: إذا دخلت الهدية له من البا خرجت الامانة من الكوة. وقدمنا عن الاقطع الفرق بين الهدية والرشوة أن الرشوة ما كان معها شرط الاعانة لا بخلاف الهدية. وفي خزانة المفتين: ما ليعطيه ولا يكون معها شرط، والرشوة مال يعطيه بشرط أن يعينه. وذكر الهدية في الكتاب ليس احترازيا إذ يحرم عليه الاستقراض والاستعارة ممن يحرم عليه قبول هديته كما في الخانية. وإنما يقبل هدية القريب لما فيها من صلة الرحم وردها قطعية وهي حرام. وأطلقه وهو مقيد بالمحرم فخرج ابن العم مثلا، ومقيد بأن لا تكون له خصومة وإنما يقبل ممن له عادة للعلم بأنها ليست للقضاء وله شرطان: أن لا يكون له خصومة، وأن لا يزيد على العادة فيرد الكل في الاول وما زاد عليها في الثاني. وقيده فخر الاسلام بأن لا يكون مال المهدي قد زاد فبقدر ما زاد ماله لا بأس بقبوله. وظاهر العطف في كلام المصنف يقتضي أنه يقبل من القريب وإن لم تكن له عادة بالاهداء. وفي كلام بعضهم ما يقتضي أنه كالاجنبي لا بد أن يكون له عادة وإلا فلا يقبلها منه إلا أن يكون لفقره ثم أيسر لان الظاهر أن المانع ما كان إلا الفقر على وزان ما قاله فخر الاسلام في الزيادة. والحاصل أن من له خصومة لا يقبلها مطلقا، ومن لا خصومة له فإن كان له عادة قبل القضاء قبل المعتاد وإلا فلا. وفي تهذيب القلانسي: ولا يقبل هدية إلا من ذي رحم محرم أو من وال تولى الامر منه أو وال مقدم الولاية على القضاء اه. فعلى هذا له أن يقبلها من السلطان ومن حاكم بلده المسمى الآن بالباشاة، واقتصر في التتارخانية على من ولاه. وفي فتح القدير: وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي اه. فظاهره أنه يحرم قبولها على الوالي والمفتي وليس كما قال فقد قال في الخانية: ويجوز للامام والمفتي قبول الهدية وإجابة الدعوة الخاصة لان ذلك من حقوق المسلم على المسلم وإنما يمنع عنه القاضي اه. إلا أن يراد بالامام إمام الجامع. وفي التتارخانية: من خصوصياته عليه الصلاة

***

[٤٧٢]

والسلام أن هداياه له. وفهيا: ضم الواعظ إلى المفتي معللا بأنه إنما يهدي إلى العالم لعلمه بخلاف القاضي. وأشار المصنف إلى أن

القاضي لا يبيع ولا يشتري في مجلس القضاء وغيره وهو الصحيح لان الناس يساهلونه لاجل القضاء، كذا في الخانية. هذا إذا كان يكفي المؤنة من بيت المال أو يعامل من يحابيه وإلا لا يكره، ولو باع مال المديون أو الميت لا يكره، كذا في البزازية. وفي فتح القدير: ويجب أن يكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضي إن كان المستقرض له عادة قبل استقراضه فأهدى إلى المقرض فللمقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة اه. وهو سهو والمنقول كما قدمناه آخر الحوالة أنه يحل حيث لم يكن مشروطا مطلقا. قوله: (ودعوة خاصة) أي يردها فلا يحضرها لانها جعلت لاجاه أطلقه فشمل ما إذا كان الداعي لها القرب وذكر الطحاوي أن هذا قولهما. وقال محمد: يجيبها. وذكر الخصاف أنه يجيبها بلا خلاف واختاره المؤلف في الكافي. وإنما ترك التقييد به في المختصر اعتمادا على ما استثناه في الهدية فالاحسن أن يقال: ولا يقبل هدية ودعى خاصة إلا من محرم أو ممن له عادة فإن للقاضي أن يجيب الدعوة الخاصة من أجنبي له عادة باتخاذها كالهدية، فلو كان من عادتها الدعوة له كل شهر مرة فدعاخه كل أسبوع بعد القضاء لا يجيبه.، ولو اتخله طعاما أكثر من الاول لا يجيبه إلا أن يكون ما له قد زاد، كذا في التتارخانية قيد بالخاصة احترازا عن العامة فإن له أن يحضرها بشرط أن لا يكون لصاحبها خصومة. واختلف في الخاصة والعامة فقيل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة. واختار في الهداية أن الخاصة هي ما لو علم صاحبها أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها، والعامة هي التي يتخذها وإن لم يحضرها. وحكي عن أبي علي النسفي أن العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة. وفي فتح القدير: عندي أنه حسن لان الغالب أن العامة هاتان وربما مضى عمر ولم نعرف من اصطنع طعاما عاما ابتداء لعامة الناس بل ليس إلا هاتين الخصلتين أو بخصوص من الناس أو لكونه أضبط فإن معرفة كون الرجل لو لم يحضر القاضي لم يصنع أو يصنع غير محقق فإنه أمر مبطن وإن كان عليه لوائح ليس كضبط هذا وتكفي عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكر النسفي اه. وعندي أنه ليس بحسن لان العامة عرفا لا تنحصر في هاتين لان العقيقة كذلك، وكذا طعام القدوم من سفر الحج، وفي زماننا يصنع طعام عام ف العيدين فالمعتمد ما في الهداية. وفي السراج الوهاج أنه أصح ما قيل في تفسيرها اه. واختاره شمس الائمة السرخسي كما في المعراج. وفي الخلاصة: وهو الصحيح وجزم به قاضيخان ففتاواه بقوله: وإنما يعرف الخاص من العام إلى آخره. ولم

***

[٤٧٣]

يحك غيره فما قاله النسفي ليس بضابط فضلا عن كونه أضبط وكونها لا يعملها إلا لاجل القاضي ليس يخفي، وبعضه يعلم بالتصريح وبعضه يعلم بالقرائن كالصريح. قوله: (ويشهد الجنازة ويعود المريض) لان هذا من حق المسلم على المسلم ففي الحديث للمسلم على المسلم ست حقوق: إذا دعاه يجيبه، وإذا مرض يعوده، وإذا مات يحضره، وإذا لقيه يسلم عليه، وإذا استنصحه ينصحه، وإذا عطس يشمته كذا في النهاية وهو لا يسقط بالقضاء لكن لا يطيل مكثه في ذلك المكان وإنما يعوده بشرط أن لا خصومة له وإلا فلا قوله: (وليسو بينهما حلوسا) أي يجب على القاضي التسوية بين الخصمين في الجلوس للحديث إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فلسو بينهم في المجلس والنظر والاشارة ولا يرفع صوته على أحد الخصمين دون الآخر رواه اسحق بن راهوية. وبمثله رواه الدار قطني. ولان في عدم التسوية مكسرة لقلب الآخر فيجلسهما بين يديه ولا يجلس واحدا عن يمينه والآخر عن يساره لان لليمين فضلا. أطلق في التسوية بينهما فشمل الشريف والوضيع والاب والابن والصغير والكبير والحر والعبد والسلطان وغيره ولذا قال في النوازل والفتاوي الكبرى: خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضي بينهما اه. وهذا دليل على ان القاضي يقضي يقضي على السلطان الذي ولاه والدليل ليه قصه شريح مع علي رضي الله عنه. وشمل المسلم والذمي فيسوي بينهما كما في فتاوي قارئ الهداية. وقيد بالجلوس لانه لا يجب عليه التسوية بينهما بالقلب وإن كان أفضل فقد حكى في الولوالجية أن أبا يوسف وقت موته قال: اللهم إنك تعلم أني لم أمل إلى أحد الخصمين حتى بالقب إلا في خصومة تصراني مع الرشيد لم أسو بينهما وقضيت على الرشيد ثم بكى. ومما حكي عن أبي يوسف أن خادما من أكبر خدام الخليفة جاء مع خصمه للدعوة فترافع على خصمه فأمره أبو يوسف بالمساواة فلم يمتثل فقال القفا يا غلام ائتني بعمر والنخاس يبيع هذا الخادم وأرسل ثمنه إلى أمير المؤمنين فاستوى وانقضت الدعوى فذهب الخادم إلى الخليفة وقص عليه ما جرى وبكى بكاء شديدا فقال له: لو

باعك لاجزت بيعه ولم أردك إلى ملكي رحمه الله تعالى. وينبغي الخصمين أن يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولا يحتبيان ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيما
***
[٤٧٤]
للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له. ويكون بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحو ذلك من غير أن يرفعا أصواتهما. وتقف أعوان القاضي بين يديه فيكون أهيب. وقدمنا الخلاف بين الشيخين في ابتداء القاضي لهما بالسؤال وفي فتح القدير هنا، والاصح عندنا أنه يستنطقه ابتداء للعلم بالمقصود ولا يتعجل على الخصوم ولا يخوفهم. وينبغي أن يقوم بين يديه إذا جلس للحكم رجل يمنع الناس عن التقدم إليه معه سوطيقال له الجلواز وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود بقرب من القاضي. قوله: (وليتق عن مسارة أحدهما وإشارته وتلقين حجته وضيافته أي وليجتنب عن هذه الاشياء لان فيها تهمة ومكسرة لقلب الآخر والمسارة من ساره في أذنه وتساروا تناجوا، كذا في القاموس. والمعنى أنه يجتنب الكلام معه خفية. قيد بما ذكر لانه لا يلزمه اجتناب ميل قبله إلى أحدهما لانه ليس في وسعه كالقسم. وفي الولواجية: ولا ينبغي للذي يقوم بين يدي القاضي أن يسار أحدا من الخصمين في مجلس الحكم لانه نائب القاضي اه. وأما منعه من ضيافة أحدهما فما رواه الحسن فقال: جاء رجل فنزل على علي رضي الله عنه فأضافه فلما فرغ قال: أني أريد أن أخاصم. قال له: تحول فإن النبي صلى الله عليه وسلم نهانا أن نضيف الخصم إلا ومعه خصمه، قيد بضيافة أحدهما لان له أن يضيفهما معا لما رويناه قوله: (والمزاح) أي وليتق المزاح في المصباح: مزح مزحا من باب نفع مزاحة بالفتح، والاسم المزاح بالضم وهو الدعابة، والزاحة المرة وما زحت مزاحا من باب قاتل قتالا اه. وفي الصحاح: الدعابة بالضم المزاح من دعب لعب اه. فعلى هذا المزاح اللعب. وأشار إلى أنه لا يضحك في وجه أحدهما فلا يقوم له إذا قدم بالاولى فلو قال المصنف والمزح لكان أولى لانه يجتنب المزح سواء مازحه أحد أو لا، وسواء كان مع أحد الخصمين أو مع غيرهما. ومراده إذا كان في مجلس الحكم، وأما في غيره فلا يكثر منه لانه يذهب بالمهابة قوله: (وتلقين الشاهد) أي يجتنبه لان فيه إعانة لاحدهما على الآخر. أطلقه فشمل ما إذا كان في موضع تهمة أو لا، واستحسنه أبو يوسف في غير موضع التهمه لانه قد يقول أعلم مكان أشهد لمهابة المجلس وهو نوع رخصة عنده رجع إليه بعدما تولى القضاء، والعزيمة فيما قالا لانه لا يخلو عن نوع تهمة. وفي فتح القدير: وظاهر الجواب ترجيح ما عن أبي يوسف. وفي القنية من باب المفتي: والفتوى على قول أبي ويسف فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته، وكذا في البزازية من القضاء والتلقين أن يقول له القاضي كلاما يستفيد به علما. وذكر الصدر أن منه أن يقول له كيف تشهد إنما يقول له بم تشهد. وأما إفتاء القاضي فالصحيح أنه لا بأس به في مجلس القضاء وغيره لكن لا يفتي أحد لخصمين، كذا في خزانة الفتاوي. وفي الملتقط: فأما اليوم فقد ظهرت المذاهب إلا إذا كانت مسألة لا يعرف جوابها في مذهب القاضي اه. قيد بالشاهد لبيان أنه لا يلقن
***
[٤٧٥]
المدعي بالاولى. وفي الخانية: ولو أمر القاضي رجلين ليعلماه الدعوى والخصومة فلا بأس به خصوصا على وقول أبي يوسف. فصل في الحبس قدمنا أنه مما يملكه القاضي على الممتنع عن إيفاء الحق وتعزيرا فكان من عمله فذكره فيه. وهو في اللغة المنع وهو مصدر حبسه من باب ضرب ثم أطلق على الموضع وجمع على حبوس مثل فلس وفلوس، كذا في المصباح. ودليله الكتاب * (أو ينفوا من الارض) * [المائدة: ٣٣] والمراد منه الحبس والسنة حبسه عليه الصلاة والسلام رجلا بالتهمة. والاجماع عليه وكان في المسجد إلى زمن علي رضي الله عنه فبنى سجنا وهو أول من بناه في الاسلام وسماه نافعا ولم يكن حصينا لكونه من قصب فانفلت الناس منه فبنى آخر وسماه مخيسا وكان من مدر وفي ألا تراني كيسا مكيسابنيت بعد نافع مخيسا بابا حصينا وأمينا كيسا ذلك يقول علي وفي وراية حصنا حصينا وفي وراية بدلت بدل بنيت، وفي رواية بابا شديدا وفي وراية وأميرا بدل أمينا. والمخيس بالخاء المعجمة والتاء المثناة الفوقية موضع التخييس بيائين وهو التذليل وروي بكسر الياى لانه يذلل من وقع فيه. والكيس حسن التأني في الامو، والكيس المنسوب إلى الكيس المعروف به. وأمينا أراد ونصبت أمينا يعني السجان كقوله متقلدا سيفا ورمحا، كذا في الفائق. وصفة الحبس أن يكون

في موضع ليس فيه فراش ولا وطاء ولا يمكن أحد يدخل عليه للاستئناس إلا أقاربه وجيرانه، ولا يمكثون ولا يخرج لجمعة ولا جماعة ولا لحج فرض ولا لحضور جنازة ولو بكفيل. وفي الخلاصة: يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والاجداد والجدات والاولاد وفي غيرهم لا يخرج وعليه الفتوى اه. وتعقبه في فتح القدير بأنمحمدا نص على خلافه، وقد يدفع بأن نص محمد في المديون أصالة والكلام في الكفيل. لا لمجئ رمضان والعيدين ليضجر قلبه ويوفي. ولا لموت قريبه إلا إذا لم يوجد من يغسله ويكفنه فيخرج لقرابة الولاد، وإن مرض مرضا أضناه فإن وجد من
***
[٤٧٦]
يخدمه لا يخرجه وإلا أخرج بكفيل وإلا لا يطلقه وحضرة الخصم ليست شرطا. ولا يخر للمعالجة لامكانها في السجن، ولا يمنع من الجماع إن احتاج إليه فتدخل امرأته أو جاريته عليه إن كان فيه موضع سترة. واختلفوا في منعه من الكسب والاصح المنع، كذا في الخلاصة. ولا يضرب المديون ولا يقيد ولا يغل ولا يجرد ولا يؤاجر ولا يقام بين يدي صاحب الحق إهانة. وفي المنتقي: إذا خاف فراره قيده، كذا في البزازية وفيها: إذا خيف أنه يفر من السجن يحول إلى سجن اللصوص. وإذا جلس المحبوس في السجن متعنتا لا يوفي المال قال الامام الارسانيدي: يطين الباب ويترك له ثقبة يلقي منها الماء والخبز. وقال القاضي: الرأي فيه إلى القاضي اه. وفي الخانية: إذا كان للمحبوس ديون على الناس فإن القاضي يخرجه ليخاصم ثم يحبس اه. وصرحوا في كتاب الظهار أنه إذا امتنع من التكفير مع قدرته يضرب، وصرحوا في كتاب النفقات أنه لو امتنع من الانفاق على قريبه يضرب بخلاف سائر الديون اه. وعن أبي يوسف أن القاضي يؤجره لقضاء دينه وعليه حمل ما في الحديث من أنه باع حرا في دينه أي أجره. وتعيين مكان الحبس للقاضي إلا إذا طلب المدعي مكانا آخر لما في القنية: ادعى على بنته مالا وأمر القاضي بحبسها فطلب الاب منه أن يحبسها في موضع آخر غير السجن حتى لا يضيع عرضه يجيبه القاضي إلى ذلك، وكذا في كل مدع مع المدعى عليه اه. وفي المحيط: ويجعل للنساء سجن على حدة نفيا لوقوع الفتنة. قوله: (وإذا ثبت الحق للمدعي أمره بدفع ما عليه فإن أبى حبسه في الثمن والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة) لانه جزاء الظلم وقد صار ظالما بمنعه. أطلقه وقيده في الهداية بالقاضي فظاهره أن المحكم لا يحبس ولم أره الآن صريحا. أطلق الثبوت فشمل ما إذا كان بينة أو بإقرار، وفرق بينهما في الهداية بأنه إذا ثبت بالبينة عجل حبسه لظهور المطل بإنكاره وإلا لم يعجل، فإذا امتنع حبسه وهو المذهب عندنا، وعكسه شمس الائمة السرخسي
***
[٤٧٧]
لانه إذا ثبت بالبينة ربما تعلل بأنه لم يعلم به إلا الآن. وقد فرق الحلواني بين ما ثبت بالبينة فيخبره القاضي أنه يريد القضاء ويقول ألك مخرج، وبين ما ثبت بالاقرار فلا يعلمه، وتمامه في شرح أدب القضاء للخصاف. والاحسن إطلاق الكتاب من الامر بالايفاء مطلقا فلا يعجل بحبسه. وذكر الشارح أن الصواب أنه لا يحبسه حتى يسأله فإن أقر أن لمالا أمره بالدفع، فإن أبى حبسه وإلا سأل المدعي عن البينة أن له مالا، فإن برهن أمره بالدفع، فإن أبي حبسه، وإن عجز واختلفا فالقول للمدعي في الاشياء الاربعة وللمدعي عليه في غيرها اه. ونقله في البناية عن الخصاف وهو خلاف المذهب ولكن يسأل المدعي عن ماله إذا طلب المديون إجماعا، كذا في شرح الصدر. أطلق الحق فشمل القليل والكثير ولو دانقا وهو سدس درهم، ولو قال حبسه بطلب المدعي لكان أولى كما ذكره قاضيخان. وقال شريح: يحبسه من غير طلبه، كذا في البناية. ولو قال المديون أبيع عرضي وأقضي ديني أجله القاضي ثلاثة ولا يحبسه، ولو له عقار يحبسه ليبيعه ويقضي الدين ولو بثمن قليل وإن وجد المديون من يقرضه ليقضي به دينه فلم يفعل فهو ظالم، كذا في البزازية. وفي كراهية القنية: ولو كان للمديون حرفة تفضي إلى قضاء دينه فامتنع منها لا يعذر اه. وأطلق الثمن فشمل الاجرة الواجبة لانها ثمن المنافع، وشمل ما على المشتري وما على البائع بعد فسخ البيع بينهما بإقالة أو خيار، وشمل رأس مال السلم بعد الاقالة وما إذا قبض المشتري المبيع أو لا، ولا شك في دخول الاجرة تحت قولهم أو التزمه بعقد إن لم تجعل ثمن المنافع ويتفاوت الحال، فإن دخلت تحت ما كان بدل مال حبسه عليها على فتوى قاضيخان أيضا وإلا لم يحبس عليها على ما أفتى به، ولم أر من صرح بها لكن لم يذكر المؤلف حبسه على العين المغصوبة هنا، وذكره في كتاب الغصب بنفي الامانات إذا امتنع الامين من دفعها غير مدع لهلاكها فإنه يحبس عليها وصارت

مغصوبة، وما في تهذيب القلانسي وهو إذا ثبت الحق بإقرار أو بحكم بنكوله أو ببينة فمطل المطلوب عن تسليمه وطلب الطالب حبسه أمره بحبسه في كل عين يقدر على تسليمها وفي كل دين لزمه بدلا عن مال كثمن البيع وبدل القرض والمغصوب ونحوه أو بالتزامه بعقد كالمهر والكفالة اه. أولى كما لا يخفي ولشموله الحكم بالنكول بخلاف من قيد ثبوت الحق بالبينة أو الاقرار. وأشار المؤلف إلى حبس الكفيل والاصيل معا الكفيل بما التزمه والاصيل بما لزمه بدلا عن مال، وللكفيل بالامر حبس الاصيل إذا حبس، كذا في المحيط. وفي
***
[٤٧٨]
البزازية: يتمكن المكفول له من حبس الكفيل والاصيل وكفيل الكفيل وإن كثروا اه. وإلى تعدد حبسه لتعدد الطالب فلو حبس بدين ثم جاء آخر وادعى الدين عليه أخرجه من الحبس وجمع بينه وبين المدعي، فإن برهن على دعواه كتب اسمه واسم الاول، ثم إن برهن آخر كتب اسمه أيضا وحبسه للكل ويكتب التاريخ أيضا، كذا في البزازية. وأطلقه فأفاد أن المسلم يحبس بدين الذمي والمستأمن وعكسه. وفي البزازية: لهما على رجل دين لاحدهما أقل وللآخر الاكثر لصاحب الاقل حبسه وليس لصاحب الكثير إطلاقه بلا رضاه، وإن أراد أحدهما إطلاقه بعد ما رضيا بحبسه ليس له ذلك. وفي القنية: حبس لصاحب الدين الاقل فلصاحب الدين الاكثر إطلاقه ليكتسب ويؤدي له اه. وإلى أنه لا يحبس مع المديون أحد غير كفيله فإذا لزم حبس المرأة لا يحبسها مع الزوج وتحبس في بيت الزوج، كذا في البزازية. فإذا حبست المرأة زوجها لا تحبس معه، كذا في الخلاصة. وفي مآل الفتاوي: إذا خيف عليها الفساد اختار المتأخرون حبسها معه اه. وفي خزانة الفتاوي: استحسن بعض المتأخرين أن تحبس معه إذا كان مخوفا عليه اه وفي البزازية: واستحسن بعض المتأخرين أن تحبس المرأة إذا حبس فالزوج وكان قاضي شاه لا مش يحبسها معه صيانة لها عن الفجوز اه. وقيد المهر بالمعجل لانه لا يحبس في المأجل ويصدق في الاعسار وعليه الفتوى، وفي الاصل لا يصدق في الصداق بلا فصل بين مؤجله ومعجله، كذا في البزازية. ثم اعلم أن قاضيخان في الفتاوي رجح الاقتصار على الاول فقال وقال بعضهم: وإن كان الدين واجبا بدلا عما هو مال كالقرض وثمن المبيع فالقول قول مدعي اليسار مروي ذلك عن أبي حنيفة وعليه الفتوى لان قدرته كانت ثابته في المبدل فلا يقبل قوله في زوال تلك القدرة، وإن لم يكن الدين بدلا عما هو مال فالقول للمديون. وقال بعضهم: ما وجب بعقده لم يقبل قوله وإن لم يكن بدلا عماهو مال اه. فقد علمت أن الفتوى على الاول وهو أنه لا يحبس إلا فيما كان بدلا عن مال فلا يحبس في المهر والكفالة على المفتى به وهو خلاف مختار المصنف تبعا لصاحب
***
[٤٧٩]
الهداية. وذكر الطرسوسي في أنفع الوسائل أنه المذهب المفتى به فقد اختلف الافتاء فيما التزمه بعقد ولم يكن بدل مال والعمل على ما في المتون لانه إذا تعارض ما في المتون والفتاوي فالمعتمد ما في المتون كما في أنفع الوسائل. وكذا يقدم ما في الشروح على ما في الفتاوي وقيل: القول لمديون في الكل، وقيل للدائن في الكل، وقيل يحكم الزي إلا في الفقهاء والعلوية. والزي كما في القاموس بالكسر الهيئة والجمع أزياء اه. وصححه الكرابيسي في الفروق. وفي المحيط: إنه ظاهر الرواية. وبه علم أن ما في المختصر خلاف ظاهر الرواية والمفتي بعه. وأطلق المديون فشمل المكاتب والعبد المأذون والصبي المحجور فإنهم يحبسون لكن الصبي لا يحبس بدين الاستهلاك بل يحبس والده أو وصية، فإن لم يكونا أمر القاضي رجلا يبيع ماله في دينه، كذا في البزازية قوله: (لا في غيره إن ادعى الفقر إلا أن يثبت غريمه غناه فيحبسه بما رأى) أي لا يحبسه في غير ما ذكرنا مما كان بدلا عن مال أو ملتزما بعقد إن ادعى أنه معسر لان الاصل في الآدمي العسرة والمدعي يدعي أمرا عارضا وهو الغناء فلم يقبل منه إلا ببينة. ويدخل تحت الغير تسع صور: بدل الخلع، وبدل عتق نصيب الشريك، وبدل المغصوب، ونفقة الزوجا ت، ونفقة الاقارب. وأروش الجنايات، وبدل دم العمد وما تأخر من المهر بعد الدخول، وبدل المتلقات. وذكر الطرسوسي: وأخطأ
***
[٤٨٠]
صاحب المختار في نقل الحكم في الخلع فإنه جعله مع ثمن المتاع والقرض وقال القول قول رب الدين ولا يلتفت إلى ما قاله المديون وهو

المرأة أو الاجنبي اه. وقد يقال إن بدل الخلع مما التزم بعقد فإن الخلع بمال عقد بإيجاب وقبول ويشكل بدل الصلح عن دم العمد فإنهم جعلوا فيه القول قول المديون مع أنه التزمه بعقد، وكذا يشكل مؤجل المهر فإنه التزمه بعقد وهو نظير الكفالة بالدرك فإن مقتضى إطلاقهم الكفالة وما التزمه بعقد أن لا يقبل قوله فيها، ومقتضى تقييد المهر بالمعجل قبول قوله لانها كالمهر المؤجل لانها لا تلزمه إلا بعد استحقاق المبيع. وذكر الطرسوسي: فإن ادعى المديون أنه لزمه عما ليس بمال وادعى الدائن أنه ثمن متاع لم يذكرها الاصحاب، وينبغي أن يكون القول فيها قول المديون إلا أن يقيم رب الدين البينة اه. وفي نفقات البزازية: وإن لم يكن لها بينة على يساره وطلبت من القاضي أن يسأل من جيرانه لا يجب عليه السؤال، وإن سأل كان حسنا، فإن سأل فأخبره عدلان بيساره ثبت اليسار بخلاف سائر الديون حيث لا يثبت اليسار بالاخبار، وإن قالا سمعناه إنه موسر أو بلغنا ذلك لا يقبله القاضي اه. ولو قال المديون حلفه أنه ما يعلم أني معسر يجيبه القاضي إلى ذلك ويحلفه أنه ما يعلم إعساره، فإن حلف حبسه بطلبه وإن نكل لا يحبسه، كذا في البزازية معزيا إلى الحلواني. والمراد بقوله غناه قدرته الآن على قضاء الدين فلو كان للمحبوس مال في بلد آخر يطلقه بكفيل فإن علم القاضي عسرته لكن له مال على آخر يتقاضى غريمه، فإن حبس غريمه الموسر لا يحبسه، كذا في البزازية. وقياس الاولى أنه لو كان له مال غائب لا يحبسه وقوله بما رأى أي لا تقدير لمدة حبسه وإنما هو مفوض إلى رأي القاضي لانه للضجر والتسارع لقضاء الدين وأحوال الناس فيه متفاوتة، وقدره في كتاب الكفالة بشهرين أو ثلاثة،

***

[٤٨١]

وفي رواية الحسن بأربعة، وفي رواية الطحاوي بنصف الحول، والصحيح ما ذكره المصنف كما في البزازية، فلو رأى القاضي إطلاقه بعد يوم فظاهر كلامهم أن له ذلك. قال في المحيط: إن شاء يسأل عنه قبل مضي شهر اه. وذكر الصدر الشهيد: إن كان الرجل لينا أو صاحب عيال وشكى عياله إلى القاضي حبسه شهرا ثم سأل عنه، وإن كان وقحا حبسه ستة أشهر ثم سأل عنه، وهذا إذا كان حاله مشكلا عند القاضي وإلا عمل بما ظهر له. قوله: (ثم يسأل عنه) أي يسأل القاضي عن المحبوس بعد حبسه بقدر ما يراه من جيرانه، فإن قامت بينة على إعساره أطلقه ولا يحتاج إلى لفظ الشهادة وشرطه في الصغرى. والعدل الواحد يكفي والاثنان أحوط، وكيفيته أن يقول المخبر أن حاله حالمعسرين في نفقته وكسوته وحالته ضيقة وقد اختبرنا حاله في السر والعلانية ولا يشترط لسماعها حضور رب الدين فإن كان غائبا سمعها وأطلقه بكفيل، كذا في البزازية. قال الطرسوسي: والمستور كالعدل، وأما الفاسق فلا يقبل خبره، وتعقب الزيلعي في ذكر العدالة وأنه من كلامه لا أنه نقل المذهب ا هـ. وفيه نظر لقوله في الخلاصة والبزازية: وإنما يسأل من الثقات ا هـ. وهم العدول فليس ذكرها من كلام. ثم اعلم أن قولهم إن الواحد يكفي مقيد بما إذا لم يكن الحال حال منازعة، أما إذا كان حال منازعة بأن ادعى المطلوب أنه معسر وادعى الطالب أنه موسر فلابد من اقامة البينة، كذا في السراج الوهاج معزيا إلى النهاية. وظاهر إطلاق المصنف أن الحبس أولا ثم السؤال في حق كل أحد ولكن في البزازية: إن كان أمر المديون ظاهر عند الناس فالقاضي يقبل بينة الاعسار ويخليه قبل المدة التي يذكرها، وإن كان أمره مشكلا هل يقبل البينة قبل الحبس؟ فيه روايتان ا هـ. وفي الملتقط قال أبو حنيفة: لا أسأل عن المعسر وأحبسه شهرين أو ثلاثة ثم أسأل عنه إلا إذا كان معروفا بالعسرة فلا أحبسه ا هـ. وفيه أيضا: ولو معسرا عليه دين وله على موسر دين يعلم به القاضي يحبس المعسر حتى يطالب الموسر، فإذا طالبه وحبس الموسر أطلق المعسر ا هـ. وفي البزازية: ولو للمحبوس

***

[٤٨٢]

مال في بلد آخر يطلقه بكفيل وإن علم القاضي عسرته لكن له مال على آخر يتقاضى غريمه فإن حبس غريمه الموسر لا يحبسه هـ. وظاهر كلامه أن القاضي لا يحبس المديون إذا علم أن له مالا غائبا أو محبوسا موسرا وأنه يطلقه إذا علم بأحدهما قوله: (فإن لم يظهر له مال خلاه) أي أطلقه من الحبس لان عسرته ثبتت عنده فاستحق النظرة إلى الميسرة للآية فحبسه بعده يكون ظلما، وظاهره أنه يطلقه بلا كفيل - قلت - إلا في مال اليتيم لما في البزازية ولو للميت على رجل دين وله ورثة صغار وكبار لا يطلقه من الحبس قبل الاستيثاق بكفيل للصغار ا هـ. وقدمنا أنه يطلقه بكفيل إذا كان رب الدين غائبا، وينبغي أن يكون مال الوقف كمال اليتيم فلا يطلقه القاضي

إلا بكفيل فهي ثلاثة مواضع مستثناة والكلام في إطلاقه جبرا على رب الدين، فلو أطلقه رب الدين من غير بينة على إفلاسه ورضي المحبوس جاز ولا يتوقف على حضور القاضي - كما في البزازية - إلا في مال اليتيم فلا يطلقه الوصي. وفي وصايا القنية: حبس الوصي غريما بدين الصبي ليس له أن يطلقه قبل قضائه إذا كان موسرا، وإن رأى أن يأخذ منه كفيلا أو يطلقه فله ذلك. ثم رقم آخر: إذا كان معسرا جاز إطلاقه ا ه. فتحرر أن المعسر يجوز إطلاقه اتفاقا وفي الموسر خلاف. وقيدنا برضا المحبوس لما في القنية: المحبوس بالدين أقام البينة على إفلاسه فأراد رب الدين أن يطلقه قبل القضاء بإفلاسه وأبى المحبوس أن يخرج حتى يقضي بإفلاسه يجب على القاضي القضاء به حتى لا يعيده رب الدين ثانيا قبل ظهور غناه ا ه. وإذا أطلقه بلا بينة فله إعادته إلى الحبس كما في أنفع الوسائل. وأشار بقوله خلاه إلى أنه لا يحبسه مرة أخرى للاول ولا لغيره حتى يثبت غريمه غناه لما في البزازية: أطلق القاضي المحبوس لافلاسه ثم ادعى عليه آخر مالا وادعى أنه موسر لا يحبسه حتى يعلم يسره ا ه. وظهور عدم مال له بالشهادة بأنه لا مال له. وقال

***

[٤٨٣]

الخصاف: يثبت الافلاس بقول الشهود هو فقير لا نعلم له مالاولا عرضا يخرج به عن الفقر. وعن الصفار: يشهدون أنه مفلس معدم لا نعلم مالا سوكسوته وثيابه ليلة واختبرناه سرا وعلنا ا ه. وفي أنفع الوسائل: ولا تكون هذه شهادة على النفي فإن الاعسار بعد اليسار أمر حادث فتكون شهادة بأمر حادث لا بالنفي، نبه عليه السغناقي ا ه. واعلم أن الاخراج بمضي المدة مع إخبار واحد بحال المحبوس لا يكون من باب الثبوت حتى لا يجوز للقاضي أن يقول ثبت عندي أنه معسر، كذا في أنفع الوسائل. وفي النوازل: فقير لا شئ له ولا يجد من يكفله بنفسه لا يحبسه القاضي وخلى بينه وبين الغريم إن شاء لازمه وإن شاء ترك ا ه وفي الخانية: فإن أحضر المحبوس المال ورب الدين غائب بريد تطويل الحبس عليه فإن كان القاضي يعلم بالدين ومقداره وصاحبه فإن شاء أخذ المال وخلاه وإن شاء أخذ منه كفيلا ثقة بالمال والنص وخلى سبيله، ولو مات الطالب والقاضي الذي حبسه وارثه لا غير قال بعضهم: يخلي سبيله كي لا يتهمه الناس. وقال بعضهم: يتركه في السجن حتى يقضي الدين ا ه قوله: (ولم يحل بينه وبين غرمائه) أي لا يمنعهم من ملازمته عند الامام، وقالا بالمنع عنها لكونه منظرا بأنظار الله تعالى وهي أقوى من أنظار العبد بالتأجيل ومعه لا ملازمة. وله منظر إلى قدرته على الايفاء وهو ممكن كل حين فيلازمونه كيلا يخفيه والدين حال بخلاف الاجل لانه لا مطالبة له قبل مضيه. ولو كان المديون قادرا فظهر الفرق وبذل القياس ولذا قال في أنفع الوسائل: إن الصحيح قوله دائما هو الصحيح. وفي المحيط: إنه ظاهر الرواية. وأحسن الاقاويل في الملازمة ما روي عن محمد أنه قال: يلازمه في قيامه وقعوده ولا يمنعه من الدخول على أهله ولا من الغداء ولا من العشاء ولا من الوضوء والخلاء، وله أن يلازمه بنفسه وإخوانه وولده ومن أحب. والصحيح أن الرأي فيه إلى صاحب الدين إن شاء لازمه بنفسه وإن شاء بغيره ولا عبرة بالمديون في رأيه. وفي المحيط قالوا: لا يلازمه بالليالي لان الليالي ليست بوقت الكسب فلا يتوهم وقوع المال في يده في الليالي فالملازمة لا تفيد حتى لو كان الرجل يكتسب في الليالي قالوا يلازمه في الليالي، هكذا قال الفقيه أبو جعفر ا ه. وفي البزازية: لا يلازمه في موضع معين لانه حبس ولا يمنعه من دخول بيته لغائط أو غداء إلا إذا أعطاه الدائن وأعد له مكانا للغائط وإكان عمل المديون السقي، ولا يمنعه اللزوم من ذلك لازمه إلا إذا أعطاه نفقته ونفقة عياله فله إذا منعه من السعي. ولو أبى المديون ملازمة الغريم وقال اجلس مع الدائن له ذلك، وليس للدائن أن

***

[٤٨٤]

يجلسه في الشمس أو على الثلج أو في مكان يتضرر به. ولو طلب المطلوب الحبس والطالب الملازمة لازمه. وملازمة المرأة أن تلازمها امرأة فإن لم يوجد حبسها في بيت مع امرأة وجلس هو على الباب أو المرأة في بيت نفسها وهو على الباب وليس له غير ذلك. وعن محمد: المرأة يلازمهم الرجال بالنهار في موضع لا يخاف عليها الفساد ولا يخلون بها، وبالليل يلازمها النساء. وفي الواقعات: عليها حق له أن يلازمها ويجلس معها ويقبض على ثيابها لان هذا ليس بحرام، فإن هربت إلى خربة إذا كان يأمن على نفسه يدخل عليها ويكون بعيدا منها لحفظ نفسه لان له ضرورة في هذه الخلوة كما قالوا فيمن هرب بمتاع إنسان ودخل داره له أن يدخل عقيبه ليأخذ حقه، ولو ادعى على آخر مالا ولم يجلس القاضي أياما لازم خصمه أياما وإن طال ا ه. وفي الهداية: لو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة

فالخيار للطالب إلا إذا علم القاضي أن بالملازمة يدخل عليه ضرر بين أن لا يمكنه من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر اهـ. وفي البزازية: ويجوز الجلوس في المسجد لغير الصلاة لملازمة الغريم قال القاضي: المذهب عندنا أنه لا يلازمه في المسجد لانه بني لذكر الله تعالى وبه يفتي. وفيها أيضا: إن كان في ملازمة الغريم ذهاب قوته كلف أن يقيم كفيلا بنفسه ثم يخلي سبيله وللطالب ملازمة الغريم بلا أمر القاضي إن كان مقرا بحقه قوله: (ورد البينة على افلاسه قبل حبسه) لانها بينة نفي فلا تقبل ما لم تتأيد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط لا على وجه الوجوب، وما ذكره في الكتاب هوما اختاره عامة المشايخ كما في الهداية وهو الصحيح كما في النهاية، وروي عن محمد قبولها وبه كان يفتي الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل ونصير بن يحيى. وفي الخانية: وينبغي أن يكون مفوضا إلى القاضي إن علم أنه وقح لا تقبل بينته قبل الحبس، وإن علم أنه لين قبلت بينته. وفسر الطرسوسي الوقاحة بالاغلاظ على المدعي في القول، واللين بالتلطف فيه، ونظيره ما قاله الخصاف في تعيين مدة الحبس إن كان المديون سمحا بأخذ القاضي برواية الكفالة من التقدير بشهرين أو بثلاثة، وإن كان مفتيا أخذ بالاكثر، كذا في البزازية قوله: (وبينة اليسار أحق) أي من بينة الاعسار بالقبول عند التعارض لان اليسار عارض والبينة للاثبات. وفي البزازية: كبينة الابراء مع بينة الاقراض. وفي الخانية: فإن شهدوا أنه موسر قادر على قضاء الدين جاز وكفى ولا يشترط تعيين المال ا هـ. واستثنى في فتح القدير من تقديم بينة اليسار ما لو قال المدعي أنه موسر وقال المدعى عليه أعسرت بعد ذلك وأقام بذلك بينة فإنها تقدم لان معها علما بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال ا هـ. والظاهر أنه بحث منه وليس بصحيح لجواز حدوث اليسار

***

[٤٨٥]

بعد إعساره الذي ادعاه. أطلق في قبول بينة اليسار فأفاد قبولها إن لم يذكروا مقدار ما ملكه. وفي البزازية: ولم شترط بيان ما به اليسار لان المقصود منها دوام الحبس عليه ولم يبينوا مقدار ما يملك، ولو بينوا مقدار ما يملك لم يمكن قبولها وتمامه في القنية. وفي العناية فإن قيل: محمد قبل البينة على اليسار وهو لا يثبت إلا بالملك وتعذر القضاء به لانهم لم يشهدوا بمقداره ولم يقبل فيما إذا أنكر المشتري جواز الشفيع وأنكر ملكه في الدار فبرهن الشفيع أن له نصيبا في هذه الدار ولم يبينوا مقداره. وأجيب بأن الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على أداء الدين وهي لا تكون إلا بملك مقدار الدين فثبت بها قدر الملك وفي النصيب لم يشهدوا بشئ معلوم فافترقا ا هـ. قوله: (وأبد حبس الموسر) لانه جزاء الظلم إذا امتنع من ايفاء الحق مع القدرة عليه خلده في الحبس، وأما كونه يعجل القاضي حبسه أو لا يحبسه حتى تظهر مماطلته فقدمناه، ولذا حمل صاحب الهداية قوله في الجامع الصغير أنه يؤبد حبس الموسر إذا أقر على ما إذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة فظهر ت مماطلته قوله: (ويحبس الرجل بنفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع عن الانفاق. قيدنا بالامتناع لانه لا يحبس في النفقة الماضية لانها تسقط بمضي لزمان وإن لم تسقط بأن حكم الحاكم بها أو اصطلح الزوجان عليها فلانها ليست ببدل عن مال ولا لزمته بعقد، كذا ذكر الشارح، ومراده أن النفقة الواجبة المجتمعة داخلة تحت قوله لا في غيره فلا يحبس عليها إن ادعى الفقر إلا أن تثبت المرأة يساره، فإذا

***

[٤٨٦]

ادعت المرأة بنفقة أو كسوة مقررة اجتمعت عليه وقال إني فقير فالقول له مع يمينه ولا يحبس إذا حلف، فإن أقامت بينة على يساره وطلبت حبسه حبسه القاضي قوله: (لافي دين ولده) أي لا يحبس أصل في دين فرعه لانه لا يستحق العقوبة بسبب ولده ولذالا قصاص عليه بقتله ولا بقتل مورثه، ولا يحد بقذفه ولا بقذف أمه الميتة بطلبه وقولهم هنا إنه لا قصاص بقتله يقتضي أن المراد الاصل أبا أو أما أو جدا لاب أو لام لتصريحهم في باب الجنايات أن الجد لام لا قصاص عليه بقتل ولد بنته فكذا لا يحبس بدينه. وفي المحيط: ولا يحبس ا الابوان والجدان والجدتان إلا في النفقة لولدهما اهـ. وظاهر إطلاقهم أنه لا فرق بين الموسر والمعسر ولكن ينبغي أن يتنبه لشئ وهو أنه إذا كان موسرا وامتنع من قضاء دين ولده وقلنا لا يحبس فالقاضي يقضي دينه من ماله إن كان من جنسه وإلا باعه للقضاء كبيعه مال المحبوس الممتنع عن قضاء دينه، والصحيح عندهما بيع عقاره كمنقوله. ولو قال المديون أبيع عرضي وأقضي ديني أجله القاضي ثلاثة ولا يحبسه، ولو له عقار يحبسه ليبيعه ويقضي الدين ولو بثمن قليل كما في البزازية. وسيأتي تمامه في الحجر إن شاء

الله تعالى فيبيع القاضي مال الاب لقضاء دين ابنه إذا امتنع لانه لا طريق له إلا البيع وإلا ضاع. وقيد بدين الولد لان الولد يحبس بدين أصله ويحبس القريب بدين قريبه كما في الخانية، وقد كتبنا في الفوائد الفقهية أن من لا يحبس سبعة: الاول الاصل في دين فرعه. الثاني المولى فدين عبده المأذون غير المديون وإن مديونا يحبس لحق الغرماء. الثالث العبد، لا يحبس بدين مولاه، أطلقه الشارح فظاهره ولو كان مديونا. الرابع المولى لا يحبس بدين مكاتبه إن كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة وإلا يحبس لتوقفها على الرضا. الخامس لا يحبس المكاتب بدين الكتابة وإن كان دينا آخر يحبس به للمولى. ومنهم من منعه لانه يتمكن من إسقاطه بالتعجيز وصححه في المبسوط

***

[٤٨٧]

وعليه الفتوى كما في أنفع الوسائل. السادس لا يحبس صبي على دين الاستهلاك ولو له مال من عروض وعقار إذا لم يكن له أب ولا وصي والرأي إلى القاضي فيأذن في بيع بعض ماله للايفاءب، وإن كان له أب أو وصي فإنه يحبس إذا امتنع من قضاء دينه من ماله ولا يحبس الصبي إلا بطريق التأديب حتى لا يتجاسر إلى مثله إذ باشر شيأ من أسباب التعدي قصدا، أما إذا كان خطأ فلا، كذا في المبسوط من كتاب الكفالة. وفي المحيط: وللقاضي أن يحبس الصبي التاجر على وجه التأديب لا على وجه العقوبة حتى لا يماطل حقوق العباد فإن الصبي يؤدب لينزجر عن الافعال الذميمة. السابع إذا كان للعاقلة عطاء لا يحبسون في دية وأرش ويؤخذ من العطاء وإن لم يكن لهم عطاء يحبسون، كذا في البزازية. ويزاد هنا مسألتان قدمناهما لا يحبس المديون إذا علم القاضي أن له مالا غائبا أو محبوسا موسرا فصارت تسعا. قوله: (إلا إذا امتنع من الانفاق عليه) فيحبس لانها لحاجة الوقت وهو بالمنع قصد إهلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه ألا ترى أن له قتله دفعا عن نفسه، وهكذا حكم الاجداد والجدات وإن علوا لان في ترك الانفاق سعيا في هلاكهم. وقيد في السراج الوهاج الولد بالصغر

***

[٤٨٨]

والفقر فظاهره أنه إذا كان بالغا زمنا فقيرا لا يحبس أبوه إذا امتنع من الانفاق عليه مع أن النفقة واجبة عليه وفيه تأمل لا يخفى. والحاصل أنه إذا امتنع من الانفاق على أصله وإن علا وفرعه وإن سفل وعلى زوجته يحبس. وفي فتح القدير: ويتحقق الامتناع بأن تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وإن كان مقدار النفقة قليلا كالدانق إذا رأى القاضي ذلك، فأما بمجرد فرضها لو طلبت حبسه لم يحبسه لان العقوبة تستحق بالظلم وهو بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق فهذا يقتضي أنه إذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي إذا قدمته في اليوم الثاني أن يأمره بالانفاق، فإن رجع فلم ينفق أو جعه عقوبة، وإن كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فإنه ظالم لها وهو قياس ما أسلفناه في باب القسم من قولهم إذا لم يقسم لها فرفعته يأمره بالقسم وعدم الجور، فإن ذهب ولم يقسم فرفعته أوجعه عقوبة، وإن كان ما ذهب لهاه من الحق لا يقضي ويحصل بذلك ضرر كبير اه. وفي فتاوى قارئ الهداية: إذا لم يكن الزوج صاحب مائدة وعلم القاضي أنه يضارها في الانفاق فرض نفقتها عليه دراهم الصبي التاجر على وجه التأديب لا على وجه العقوبة حتى لا يماطل حقوق العباد فإن الصبي يؤدب لينزجر عن الافعال الذميمة. السابع إذا كان للعاقلة عطاء لا يحبسون في دية وأرش ويؤخذ من العطاء وإن لم يكن لهم عطاء يحبسون، كذا في البزازية. ويزاد هنا مسألتان قدمناهما لا يحبس المديون إذا علم القاضي أن له مالا غائبا أو محبوسا موسرا فصارت تسعا. قوله: (إلا إذا امتنع من الانفاق عليه) فيحبس لانها لحاجة الوقت وهو بالمنع قصد إهلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه ألا ترى أن له قتله دفعا عن نفسه، وهكذا حكم الاجداد والجدات وإن علوا لان في ترك الانفاق سعيا في هلاكهم. وقيد في السراج الوهاج الولد بالصغر

***

[٤٨٨]

والفقر فظاهره أنه إذا كان بالغا زمنا فقيرا لا يحبس أبوه إذا امتنع من الانفاق عليه مع أن النفقة واجبة عليه وفيه تأمل لا يخفى. والحاصل أنه إذا امتنع من الانفاق على أصله وإن علا وفرعه وإن سفل وعلى زوجته يحبس. وفي فتح القدير: ويتحقق الامتناع بأن تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وإن كان مقدار النفقة قليلا كالدانق إذا رأى القاضي ذلك، فأما بمجرد فرضها لو طلبت

حبسه لم يحبسه لان العقوبة تستحق بالظلم وهو بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق فهذا يقتضي أنه إذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي إذا قدمته في اليوم الثاني أن يأمره بالانفاق، فإن رجع فلم ينفق أو جعه عقوبة، وإن كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فإنه ظالم لها وهو قياس ما أسلفناه في باب القسم من قولهم إذا لم يقسم لها فرفعته يأمره بالقسم وعدم الجور، فإن ذهب ولم يقسم فرفعته أوجعه عقوبة، وإن كان ما ذهب لهاه من الحق لا يقضي ويحصل بذلك ضرر كبير اه. وفي فتاوى قارئ الهداية: إذا لم يكن الزوج صاحب مائدة وعلم القاضي أنه يضارها في الانفاق فرض نفقتها عليه دراهم بقدر حالهما، وإذا امتنع من أن يفرض شيأ حبس حتى يفرض اه. وهو مشكل لان القاضي يفرض إذا امتنع فلا حاجة إلى فرض الزوج ليحبس إذا امتنع والله أعلم باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره

٧ البحر الرائق 7-م

البحر الرائق
ابن نجيم المصري ج ٧
***
[١]
تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق للامام العلامة الشيخ محمد بن حسين بن علي الطوري القادري الحنفي المتوفى بعد سنة ١١٣٨ ه ضبطه وخرج آياته وأحاديث الشيخ زكريا عميرات الجزء السابع منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت - لبنان
***
[٢]

***
[٣]
بسم الله الرحمن الرحيم باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره يكتب القاضي إلى القاضي في غير حد وقود فإن شهدا على خصم حاضر حكم باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره هذا أيضا من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق في الوجود إلا بقاضيين فهو كالمركب بالنسبة لما قبله. كذا في فتح القدير وهو أولى مما ذكر الشارح من أن هذا الباب ليس من كتاب القضاء لانه إما نقل شهادة أو نقل حكم، وكل ذلك ليس منه وإنما أورده فيه لانه من عمل القضاة فكان ذكره فيه أنسب اه. وحيث كان من عملهم فهو منه فكيف ينفيه. والمراد بغيره ما ذكره في هذا الباب من قوله وتقضي المرأة إلى آخره قوله: (يكتب القاضي إلى القاضي في غير حد وقود) أي استحسانا، والقياس أن لا يجوز لان كتابته لا تكون أقوى من عبارته، وهو لو أخبر القاضي الآخر في محله لم يعمل بخبره فكتابته أولى لانه قد يزور. وإنما جوزناه لاثر علي رضي الله عنه وللحاجة. ولا يستغنى عنه بالشهادة على الشهادة لان القاضي يحتاج فيها إلى تعديل الاصول وقد يتعذر ذلك، ولم يجز في الحدود والقصاص لما فيه من الشبهة بزيادة الاحتمال. ويدخل تحت قوله وفي غير حد وقود كل شئ من الدين والنكاح والطلاق والشفعة والوكالة والوصية والايصاء والموت والوراثة والقتل إذا كان موجبه المال والنسب من الحي والميت والغصب والامانة المجحودة من وديعة ومضاربة وعارية والاعيان منقولا أو عقارا وهو المروي عن محمد وعليه المتأخرون وبه يفتي للضرورة، وفي ظاهر
***
[٤]
الرواية لا يجوز في المنقول للحاجة إلى الاشارة إليها عند الدعوى والشهادة، وعن الامام الثاني تجويزه في العبد لغلبة الاباق فيه لا في الامة، وعنه تجويزه في الكل. وفي البزازية: والمتقدمون لم يأخذوا بقول الامام الثاني، وعمل الفقهاء اليوم على التجويز في الكل للحاجة. قال الامام الاسبيجابي: وعليه الفتوى، ولو جاء المدعي من القاضي برسول ثقة مأمون عدل إلى قاض آخر لا يقبل لانه لا يزيد على أن يأتي القاضي بنفسه ويخبر وهو في غير ولايته كواحد من الرعايا بخلاف كتابه لانه كالخطاب من مجلس قضائه دلت التفرقة على

مسألتين: الاولى بلدة فيها قاضيان حضر أحدهما مجلس القاضي الآخر وأخبر بحادثة لا يجوز له أن يعمل بخبره وحده، ولو كتب إليه بشرطه له العمل به، وكذا لو حضر قاضيان في مصر ليس فيه مجلس قاض أو أحدهما قاض فيه والآخر ليس بقاض فيه لا يعمل بخبر من ليس بقاض فيه لعدم الولاية كقاض بخاري التقى مع قاض بخوارزم وأخبره بحادثة حكم فيها بخاري لا يعمل بإخباره قاضي خوارزم اهـ. وقد ذكر قاضيخان في فتاواه مسائل: الاولى طلب من القاضي أن يسمع شهوده على الابراء أو إيفاء الدين ويكتب له كتابا بذلك خوفا من رب الدين أن يدعي عليه إذا ذهب إليه، لم يكتب في قول أبي يوسف، ويكتب في قول محمد. الثانية لو كان صاحب الدين حاضرا وطلب من القاضي أن يسأله فإذا أنكر برهن ليكتب له لم يسأله إجماعا وهذه حجة على محمد في السابقة. الثالثة امرأة جاءت إلى القاضي وقالت طلقني زوجي فلان ثلاثا وتزوجت بأخر بعد العدة وأخاف إنكاره فاسأله، فإن أنكر برهنت سأله القاضي إجماعا وهي حجة على أبي يوسف. الرابعة ادعى أنه مشتر دارا لها شفيع سلمها وهي في بلد كذا وطلب أن يسمع شهوده ويكتب لا يكتب، وقال محمد يكتب في هذه المسائل كلها احتياطا احترازا عن تضييع الحقوق، وأجمعوا على أن المديون أو المشتري أو المرأة قال إن صاحب الدين والشفيع والزوج قد تعرض لي فيما ادعى فاسمع شهودي فإن القاضي يسمع ويكتب اهـ. أطلق القاضي فأفاد أن قاضي مصر يكتب إلى قاضي مصر آخر وإلى قاضي السواد والرستاق ولا يكتب قاضي الرستاق إلى قاضي مصر. كذا في السراج الوهاج معزيا إلى الينابيع. ثم قال: وإنما يقبل إذا كان بينهما مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا، أما إذا كان أقل من ذلك لا يقبل. وفي نوادر ابن هشام: إذا كان في المصر قاضيان جاز كتابهما

***

[٥]

إلى بعضهما في الاحكام ثم قال: وإذا كان الكتاب الذي ورد عليه لمن لا تقبل شهادته له كالوالدين والزوجة جاز القضاء به بخلاف ما إذا ترافعوا إليه من غير كتاب اهـ. قوله: (فإن شهدا على خصم حاضر حكم بالشهادة) لوجود الحجة وشرط الحكم وهو حضور الخصم، والمراد بالخصم الحاضر من كان وكيلا من جهة المدعى عليه أو مسخرا وهو من نصبه القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع الدعوى عليه وإلا لو أراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة إلى الكتاب إلى القاضي الآخر لان الخصم حاضر عند القاضي وقد حكم عليه، وإذا حكم كتب بحكمه إلى قاضي البلد التي فيها الموكل ليقتضي منه الحق. كذا في فتح القدير قوله: (وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا) لئلا ينسى الواقعة على طول الزمان وليكون الكتاب مذكرا لها وإلا فلا يحتاج إلى كتابة الحكم لانه قد تم لحضور الخصم بنفسه أو من يقوم مقامة إلا إذا قدر أنه بعد الحكم عليه وجحده، فحينئذ يكتب له ليسلم إليه حقه أو لينفذ حكمه. وفي المصباح: السجل كتاب القاضي والجمع سجلات، وأسجلت للرجل إسجالا كتبت له كتابا، وسجل القاضي بالتشديد قضى وحكم وأثبت حكمه في السجل اهـ. فالسجل الحجة التي فيها حكم القاضي ولكن هذا في عرفهم، وفي عرفنا السجل كتاب كبير يضبط فيه وقائع الناس وما يحكم به القاضي وما يكتب عليه قوله: (وإلا لم يحكم) أي وإن لم يكن الخصم حاضرا لا يحكم لان الحكم على الغائب لا يجوز لما عرف، ولو حكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل إليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمي حيث لا ينفذ خلاف مذهبه لانه الاول محكوم به فلزمه، والثاني ابتداء حكم فلا يجوز له. كذا ذكر الشارح وهو يدل على أن الحاكم على الغائب إذا كان حنفيا فإن حكمه لا ينفذ لقوله يرى ذلك وهو مفيد لان معنى قولهم إن القضاء على الغائب ينفذ في أظهر الروايتين إذا كان القاضي شافعيا قوله: (وكتب الشهادة ليحكم المكتوب إليه بها وهو الكتاب الحكمي) منسوب إلى الحكم باعتبار ما يؤول إليه (وهو نقل الشهادة في الحقيقة) لان الكاتب لم يحكم بها وإنما نقلها للمكتوب إليه ليحكم بها ولهذا يحكم المكتوب إليه برأيه وإن كان مخالفا لرأي الكاتب بخلاف السجل فإنه ليس له أن يخالفه

***

[٦]

وينقض حكمه. وفي منية المفتي: ورد كتاب قاض إلى قاض آخر في حادثة لا يراه القاضي المكتوب إليه وهي مختلف فيها لا ينفذه، وإن ورد فيها سجل نفذه لان السجل محكوم به دون الكتاب، ولهذا له أن لا يقبل الكتاب دون السجل ا هـ. فقد أفاد عدم وجوب قبول الكتاب على المكتوب إليه. وفي كتاب المحاضر والسجلات من الظهيرية قال القاضي الامام ثقة الدين محمد بن علي الحلواني: صحبت كثيرا من القضاة الكبار فما رأيتهم أجابوا إلى شئ من الحوادث المجتهد فيها في الكتابة إلى القاضي الشافعي إلا في اليمين المضافة، فإن

دلائل أصحاب الحديث في ذلك واضحة وبراهينهم فيها لائحة والشبان يتجاسرون إلى هذه اليمين ثم يحتاجون إلى التزوج فيضطرون إلى ذلك، فلو لم يجبهم القاضي إلى ذلك ربما يقعون في الفتنة ا ه قوله: (وقرأ عليهم وختم عندهم وسلم إليهم) أي القاضي الكاتب يفعل ذلك ليعلموا ما فيه ليشهدوا عند الثاني ولا بد لهم من حفظ ما فيه، ولهذا قيل ينبغي أن يكون معهم نسخة أخرى مفتوحة فيستعينوا منها على الحفظ فإنه لا بد من التذكر من وقت الشهادة إلى وقت الاداء عندهما. ولم يذكر العنوان وهو من شرائطه وهو أن يكتب فيه اسمه واسم أبيه وجده، وكذا المكتوب إليه ويكتبه من داخل، فلو كان على الظاهر لم يقبل، وفي عرفنا العنوان يكون على الظاهر فيكتفي به ويكتب فليه اسم المدعي والمدعى عليه على وجه يقع التمييز بذكر جدهما، ويذكر الحق فيه ويذكر الشهود إن شاء وإن شاء اكتفى بذكر شهادتهم. وعن أبي يوسف أنه لا يشترط على الشهود إلا نقل الكتاب والشهادة على أنه كتاب فلان، ولا على القاضي سوى كتابة الحاجة التي لا بد من معرفتها، واختاره شمس الائمة لكونه أسهل. قوله: (فإن وصل إلى المكتوب إليه نظر إلى ختمه ولم يقبله بلا خصم وشهود) لانه للحكم به فلا يقبله إلا بحضور الخصم كالشهادة، ولا بد من إسلام الشهود ولو كان الكتاب لذمي على ذمي لانهم يشهدون على فعل المسلم، وإنما يحتاج إليهم إذا أنكر الخصم كونه كتاب القاضي، أما إذا أقر فلا حاجة إليه بخلاف كتاب الامان إلى أهل الحرب حيث يعمل به بلا بينة لانه ليس بملزم، ومعناه إذا جاء الكتاب من ملكهم بطلب الامان كما في العناية، وقد كتبنا في الفوائد الفقهية أنه لا يعمل بالخط إلا في مسألة كتاب الامان، وفي دفتر البياع والصراف والسمسار فإنه حجة، والمراد بعدم قبوله بلا خصم عدم قراءته لا مجرد قبوله فإنه لا يتعلق به حكم. كذا في فتح القدير. وجوز أبو يوسف قبوله بلا بينة ولكن لا يعمل به

***

[٧]

إلا ببينة. وفي السراجية: يقبل كتاب القاضي إلى القاضي مع كسر الختم كذا عن شمس الائمة الحلواني قوله: (فإن شهدوا أن كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه) يعني إذا ثبتت عدالتهم عنده بأن كان يعرفهم بالعدالة أو وجد في الكتاب عدالتهم أو سأل من يعرفهم من الثقات فزكوا، وأما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به ولا يلزم الخصم، وذكر الخصاف أنه لا يفتحه إلا بعد ظهور العدالة، وصححه في السراج الوهاج. قيد بقوله سلمه إلينا إلى آخره لانهم إذا قالوا لم يسلمه إلينا أو لم يقرأه علينا أو لم يختمه بحضرتنا لم يعمل به. وقال أبو يوسف: إذا شهدوا أن هذا كتاب فلان القاضي قبل وإن لم يقولوا قرأه علينا. وشرط في الذخيرة حضور الخصم لقبول البينة بأنه كتاب فلان لا لقبول الكتاب حتى لو قبله مع غيبة الخصم جاز. والاشبه أن يكون هذا قول أبي يوسف. ولم يشترط المؤلف مسافة بين القاضيين للاختلاف فيها فظاهر الرواية أنه لا بد من مسيرة ثلاثة أيام كالشهادة على الشهادة، وجوزهما محمد وإن كانا في مصر واحد، وعن أبي يوسف إن كان في مكان لو غد الاداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الاشهاد والكتابة، وفي السراجية وعليه الفتوى قوله: (ويبطل الكتاب بموت الكاتب وعزله) يعني قبل وصول الكتاب إلى الثاني أو بعد وصوله قبل القراءة لانه بمنزلة الشهادة على الشهادة. وقال أبو يوسف: لا يبطل، وأما بعدهما فلا يبطل في ظاهر الرواية وجنون الكاتب وردته وحده لقذف وعماه كعزله ذكره الشارح. وإذا قبله المكتوب إليه فيما إذا بطل وحكم به ثم رفع إلى آخر فأمضاه جاز لمصادفته الاجتهاد، وإذا كان الاختلاف في نفس القضاء فإنه ينفذ بالتنفيذ من قاض آخر. ولو فسق الكاتب أو خرج عن أهلية الشهادة، فإن المكتوب إليه لا يقضى به، سواء كان قبل قراءته أو بعدها. كذا في الخانية. وهو بإطلاقه مخالف لما قدمناه عن الشارح. وفي السراج الوهاج: ولو شهد شهود بحق ثم مات القاضي المشهود عنده وولي قاض آخر لم ينفذ تلك الشهادة حتى تعاد ا ه. وقد ذكروا هنا أن مما يبطل كتابه فسقه وهو محمول على ما إذا كان عدلا ففسق عند البعض. قوله: (وبموت المكتوب إليه إلا إذا كتب بعد اسمه وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين) أي يبطل الكتاب لان الكاتب اعتمده إلا إذا عمم لاعتماده الكل. قيد بقوله بعد اسمه لانه لو عمم ابتداء لم يجز أن يحكم به أحد، وأجازه أبو يوسف حين ابتلي بالقضاء واختاره كثير من المشايخ تسهيلا للامر، وفي الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم قوله: (لا بموت الخصم) أي لا يبطل الكتاب بموت الخصم لان وارثه يقوم مقامه. أطلقه فشمل

***

[٨]

المدعي والمدعى عليه، وشمل ما إذا كان تاريخ الكتاب بعد موت المطلوب أو قبله لان وارث المطلوب والوصي قائم مقامه. كذا في الخانية. قيد بموت الخصم لان عدم حضرته عند القاضي الكاتب تبطل كتابته فلا حكم عليه بشهادة أولئك حتى يشهدوا عنده بحضرة الخصم. كذا في السراجية. ولو ردد بين قاضيين كتب إلى فلان أو فلان صح، وشرحه في شرح أدب الخصاف وسيأتي بعد. فروع: يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لانه يثبت مع الشبهات، ولو كتب القاضي إلى الامير الذي ولاه أصلح الله أمر الامير ثم قص القصة وهو معه في المصر فجاء به ثقة يعرفه الامير فالاستحسان أن للامير إمضاءه لانه متعارف، ولا يليق بالقاضي أن يأتي في كل حادثة إلى الامير ليخبره وشرطنا فيه شرط كتاب القاضي إلى القاضي. كذا في فتح القدير. ولو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي البلدة فهرب إلى بلدة أخرى كان للقاضي المكتوب إليه أن يكتب إلى قاضي تلك البلدة بما يثبت عنده من كتاب القاضي، فكما جوزنا للاول الكتابة جوزنا للثاني والثالث وهلم جرا. ولو كتب فلم يخرج من يده حتى رجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود الكتاب بل يعيد المدعي شهادتهم ويكتب القاضي بعلمه كالقضاء بعلمه، والتفاوت هنا أن القاضي يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالاجماع. كذا قال بعضهم: وإذا أقام شاهدا عند القاضي وسأل القاضي أن يكتب بذلك كتابا إلى قاض آخر فعل فإنه قد يكون له شاهد في محل المكتوب إليه. كذا في فتح القدير، والاصح أن الكتابة بعلمه كالقضاء بعلمه. كذا في شرح أدب الخصاف قوله: (وتقضي المرأة في غير حد وقود) لانها أهل للشهادة في غيرهما فكانت أهلا للقضاء لكن يأثم المولى لها للحديث لن يفلح قوم ولو أمرهم امرأة (١) رواه البخاري. وفي فتح القدير: ألا ترى أنها تصلح شاهدة وناظرة في الاوقاف ووصية على اليتامى؟ ا ه. فظاهره صحة تقريرها في النظر والشهادة في الاوقاف وإن لم يكن الواقف، وقد أفتيت فيمن شرط الشهادة في وقفه لفلان ثم من بعده لولده فمات وترك بنتا أنها تستحق وظيفة الشهادة، واستغربه بعض القضاة ولا عبرة به بعد ما ذكرنا. وأما سلطنتها فصحيحة وقد ولي مصر امرأة تسمى شجرة الدر جارية الملك الصالح بن أيوب. وفي الخلاصة: لو قضت في
***
[٩]
الحدود والقصاص فرفع إلى قاض آخر فأمضاه ليس لغيره أن يبطله ا ه. وأشار المؤلف إلى صلاحيتها للنظارة على الوقف والوصاية على اليتامى بالاولى كما في فتح القدير، وأما قضاء الخنثى فيصح بالاولى، وينبغي أن يصح في الحدود والقصاص لشبهة الانوثة ا ه. قوله: (ولا يستخلف قاض إلا أن يفوض إليه ذلك) لانه فوض إليه القضاء دون
***
[١٠]
التقليد به فلا يتصرف في غير ما فوض إليه كالوكيل لا يوكل بدون إذن الموكل. أطلقه فشمل ما إذا كان بعذر أو لا كما في العناية، فلو استخلف بلا إذن فحكم الخليفة فأجازه القاضي جاز حيث كان الخليفة أهلا للقضاء، فإن كان رقيقا أو محدودا في قذف أو كافر لم يجز، وكذا إذا قضى بحضرة القاضي كما في الوكالة لان المقصود حضور رأيه. وفي آخر جامع الفصولين: القاضي لو قضى في كل أسبوع يومين بأن كان له ولاية القضاء في يومين من كل أسبوع لا غير فقضى في الايام التي لم تكن له ولاية القضاء، فإذا جاءت نوبته أجاز ما قضى جازت ا ه. فدخل الفضولي في القضاء وهو أعم من القاضي، وظاهر كلامهم أن إجازة قضاء الفضولي لا تتوقف على كون الفضولي خليفة من قاض ليس له ولاية الاستخلاف، بل لو قضى فضولي بلا استخلاف أصلا فأجازه القاضي جاز. ثم اعلم أن قولهم كما في الوكالة معناه الوكالة بالبيع والنكاح ونحوهما، أما الوكيل بالطلاق والعتاق إذا أجاز أو حضر لم يصح لان المقصود عبارته كما في المنية، وشمل التفويض إليه ما إذا كان صريحا بأن قال له ول من شئت أو دلالة كجعلتك قاضي القضاة، والدلالة هنا أقوى لان في الصريح المذكور يملك الاستخلاف لا العزل، وفي الدلالة يملكهما كقوله ول من شئت واستبدل من شئت فإن قاضي القضاة هو الذي يتصرف فيهم مطلقا تقليدا وعزلا. وإذا قال له ول من شئت واستخلف كان نائبا عن الامام في التولية فلا يملك عزله كالوكيل إذا وكل بإذن ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الموكل بخلاف الوصي حيث يملك الايصاء إلى غيره، ويملك التوكيل والعزل في حياته لرضي الموصي بذلك دلالة لعجزه بخلاف الامام والموكل، وبخلاف المستعير فإن له الاعارة بشرطه لانه لما ملك المنفعة ملك تمليكها. وفي الملتقط: القاضي إذا استخلف خليفة فقضى للقاضي لا يجوز، والطريق فيه أن

***
[١١]
يتحاكما أو ينصب الامام قاضيا آخر لهذه الحادثة ا ه. وفي السراجية: القاضي إذا وقعت له حادثة أو لولده فأناب غيره وكان من أهل الانابة تخاصما عنده وقضى له أو لولده جاز القاضي إذا قضى للامام الذي قلده القضاء أو لولد الامام جاز ا ه. وفي البزازية كما في السراجية. وفي الخلاصة: الخليفة إذا أذن للقاضي في الاستخلاف فاستخلف رجلا وأذن له في الاستخلاف جاز له الاستخلاف ثم وثم ا ه. وفيها: وإن أرادوا أن يثبتوا قضاء الخليفة عند القاضي الاصلي فهو كما لو أثبتوا قضاء قاض آخر عند هذا القاضي، وفي أدب القاضي للصدر الشهيد: النائب يقضي بما شهدوا عند الاصل، وكذا الاصل يقضي بما شهدوا عند النائب ا ه. وفي البزازية: جرى الخلع بين الزوجين عند القاضي مرتين فقال نائبه كان قد جرى عندي مرة أخرى والزوج ينكر فقال القاضي الامام: لا يقضي القاضي بالحرمة الغليظة بكلام النائب، أما النائب يقضي بكلام القاضي إذا أخبره ا ه ثم قال في نوع في الامضاء: والنائب يقضي بما شهدوا عند الاصل، وكذا القاضي يقضي بما شهدوا عند النائب، أمر القاضي الخليفة أن يسمع القضية والشهادة ويكتب الاقرار ولا يقطع الحكم يفعل ما أمره القاضي، وليس له أن يحكم ليس للقاضي أن يحكم بأخبار خليفته بشهادة الشهود عنده لانه ليس بقاض، وكذا لو أخبره بإقرار رجل إلا أن يشهد هو مع آخر، وقد تناطقت أجوبة أئمتنا بخوارزم أن شهادة مسخرة القاضي وشهادة الوكلاء المفتعلة ببابه لا تقبل بخلاف نوابهم، إلا أهل العدل، وقد رأيت بنواحي خوارزم وبها جماعة ممن فوض إليهم القضاء، وكذا ببعض نواحي دشت لا يصح القضاء بشهادتهم فكيف قضاؤهم؟ وسئلت عن شهادة بعضهم أنه تقبل فقلت: نعم تقبل مع عدلين وكل ذلك من تهاون أمر الدشت بالشرع. وقد رأيت من العجائب أن واحدا من أمرائه الذي يدعي أنه لم يمض مثله دينا قلد قضاء مدينة إلى شاب جاهل لا يعرف قرآنا ولا خطا حتى يقضي بأربعة مذاهب فقلت له فيه فقال: أنا أعلم بالمصلحة والله يعلم المفسد من المصلح ا ه. فالحاصل أن القاضي إذا ولي الخليفة القضاء عمل
***
[١٢]
بقوله وإن ولاه سماع الدعوى والشهادة فقط لا يعمل بقوله فلا تناقض كما لا يخفى. وفائدة هذا الاستخلاف أن ينظر الخليفة هل للمدعي شهود أو يكذب فلعل له شهودا إلا أنهم غير عدول، وقد لا تتفق ألفاظهم فيفوض القاضي النظر إلى الخليفة. كذا في الخانية. وقد سئلت عن صحة تولية القاضي ابنه قاضيا حيث كان مأذونا له بالاستخلاف فأجبت بنعم والله أعلم. أطلق في الاستخلاف فشمل ما إذا كان مذهب الخليفة موافقا لمذهب القاضي أو مخالفا. وفي البزازية: ولو فوض إلى غيره ليقضي على وفق مذهبه نفذ إجماعا ا ه. وظاهر إطلاقهم أن المأذون له بالاستخلاف صريحا أو دلالة يملكه قبل الوصول إلى محل قضائه كما يملكه بعده، وقد جرت عادتهم إذا ولوا ببلد السلطان قضاء بلدة بعيدة بإرسال خليفة يقوم مقامهم إلى حضورهم، وقد سألت عنها في سنة تسع وتسعين وتسعمائة فأجبت بذلك والله الموفق. ثم رأيت الاجل الصدر الشهيد في شرح أدب القضاء للخصاف قال في الباب السادس عشر: القاضي إنما يصير قاضيا إذا بلغ الموضع الذي قلد فيه القضاء، ألا ترى أن الاول لا ينعزل ما لم يبلغ هو البلد الذي قلد فيه القضاء فكان هو في ذلك المكان بمنزلة واحد من الرعايا ا ه. وهو يفيد أن القاضي لا يملك الاستخلاف قبل وصوله إلى محل عمله لكنه ذكر في الباب السادس أنه ينبغي للقاضي أن يقدم نائبه قبل وصوله حتى يتعرف عن أحوال الناس ا ه. إلا أن يقال: إن قاضي القضاة مأذون بالاستخلاف قبل الوصول من السلطان فلا كلام، وهذا هو الواقع الآن. وقيد باستخلافه قاضيا لان له التوكيل والايصاء بلا إذن السلطان، وأورد هذا إشكالا على منعه من تقليد القضاء فإن التعليل المذكور يجري فيها. وأجاب عنه في العناية بأن المقلد يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصي فيكون توقع الفساد في القضاء أكثر ا ه.
***
[١٣]
قوله: (بخلاف المأمور في الجمعة) يعني فإن له الاستخلاف وإن لم يفوض إليه ذلك لان الامام الاعظم لما فوضها إليه مع علمه أن العوارض المانعة من إقامتها من المرض والحدث في الصلاة مع ضيق الوقت وغيرهما تعتريه ولا يمكن انتظار الامام الاعظم لانها لا

تحتمل التأخير عن الوقت فكان إذنا له بالاستخلاف دلالة، وتأخير سماع الخصومة إلى وجود الاذن من الامام الاعظم ممكن لانه غير مؤقت بوقت. كذا في المعراج. فظاهره أن الاستخلاف جائز وإن لم يكن لسبق الحدث في الصلاة كما إذا مرض الخطيب أو سافر أو حصل له مانع فاستناب خطيبا مكانه. وفي فروق الكرابيسي ما يفيده أيضا فإنه قال: فرق بين القاضي والامامة فإن القاضي لا يملك الاستخلاف إلا بإذن والامام للجامع يملك بدونه، والفرق أن الضرورة متحققة ها هنا لجواز أن يسبقه الحدث قبل الصلاة فلو توقف على الاذن تفوت الجمعة ولا كذلك في القضاء ا ه وبهذا علم أن ما ذكره في شرح الدرر والغرر من أن الخطيب ليس له الاستخلاف ابتداء إلا بإذن لا أصل له فإنما هو فهم فهمه من بعض العبارات، وقد صرح العلامة محب الدين بن جرباش شيخ شيخنا في النجعة في تعداد الجمعة بأن إذن السلطان بإقامة الخطبة شرط أول مرة فيكون الاذن منسحبا لتولية النظار الخطباء وإقامة الخطيب نائبا، ولا يشترط الاذن لكل خطيب وقد أوضحناه في الجمعة. ثم إن أحدث الخطيب بعد ما خطب قبل الشروع في الصلاة لم يجز له أن يستخلف إلا من شهد الخطبة لانها شرط فيها فلا تنعقد بدونها، وإن كان شرع فيها جاز أن يستخلف من لم يدركها لانعقادها بالاصل فكان الثاني بانيا. وفي العناية: واعترض بمن أفسد صلاته ثم افتتح

***

[١٤]

بهم الجمعة فإنه جائز وهو مفتتح في هذه الحالة لم يشهد الخطبة، وأجيب بأنه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للاول التحق بمن شهد الخطبة، وأرى أن إلحاقه بالباني لتقدم شروعه في تلك الصلاة الاولى فتأمل ا ه. قوله: (وإذا رفع إليه حكم قاض أمضاه إن لم يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع) لترجح الاجتهاد الاول بالقضاء فلا ينقضه. أطلقه فشمل ما إذا كان موافقا لرأيه أو مخالفا لكون لفظ الحكم نكرة في سياق الشرط فتعم، فليس في كلامه ما يوهم أنه إنما يمضيه إذا كان موافقا لرأيه كما زعم الشارح. وفي الجامع الصغير: وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه. وفي المعراج: وإنما ذكر لفظ الجامع بهذا اللفظ المذكور لانه فيه فائدتين: إحداهما أنه قيد بالفقهاء لان القاضي إذا كان غير عالم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه في موضع الاجتهاد فعلى قول عامة المشايخ لا يجب على الثاني تنفيذه. كذا ذكره في فصول الاستروشني محالا إلى المحيط والذخيرة فقال: لو قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك، قيل ينفذ قضاؤه وعامتهم لا ينفذ، وإنما ينفذ إذا علم بكونه مجتهدا فيه. قال شمس الائمة: هذا هو ظاهر المذهب. والثاني أنه قيده بقوله يرى غير ذلك وفي رواية القدوري لم يتعرض لذلك فيحتمل أن قوله أمضاه فيما إذا كان موافقا ا ه. وفي الخلاصة: إن هذا الشرط يعني كونه عالما بالاختلاف وإن كان ظاهر المذهب لكن يفتي بخلافه، والتحقيق المعتمد أن علمه بكون ما حكم فيه مجتهدا فيه شرط، وأما علمه بكون المسألة اجتهادية فلا، ويدل عليه ما في الفتاوى الصغرى. وشمل قوله حكم قاض ما إذا كان الحكم موافقا لرأيه أو مخالفا وما إذا كان القاضي باقيا على قضائه أو مات أو عزل كما

***

[١٥]

في خزانة الاكمل، فلو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة، وفي العامد روايتان، وعندهما لا ينفذ في الوجهين، واختلف الترجيح ففي الخانية أظهر الروايتين عن أبي حنيفة نفاذ قضائه وعليه الفتوى ا ه. وهكذا في الفتاوى الصغرى. وفي المعراج معزيا إلى المحيط: الفتوى على قولهما، وهكذا في الهداية، وفي فتاوى ظهير الدين استحق للسلطان أن ينقضه ا ه. وفي فتح القدير: فقد اختلف في الفتوى والوجه في هذا الزمان أن يفتي بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله إلا لهوى باطل لا لقصد جميل، وأما الناسي فلان المقلد ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره. هذا كله في القاضي المجتهد. فأما المقلد فإنما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة إلى ذلك الحكم ا ه. ثم اعلم أن عبارات المشايخ قد اختلفت في هذه المسألة أعني ما إذا قضى المقلد بخلاف مذهبه موافقا لمذهب مجتهد، ففي البزازية معزيا إلى شرح الطحاوي إذا لم يكن القاضي مجتهدا وقضى بالفتوى ثم تبين أنه على خلاف مذهبه نفذ وليس لغيره نقضه وله أن ينقضه. كذا عن محمد. وقال الثاني: ليس له أن ينقضه أيضا ا ه. وهكذا ذكر العمادي في الفصول. ثم قال: القاضي إذا قضى في محل الاجتهاد وهو يرى خلاف ذلك في بعض المواضع أنه لا ينفذ وفي بعضها أنه ينفذ ولم يذكر فيه خلافا، والصحيح أن فيه خلافا بين أبي حنيفة وصاحبيه. وذكر في المحيط اختلاف الرواية في بعضها في نفاذ القضاء

وفي بعضها في حل الاقدام على القضاء ا ه. وفي عمدة الفتاوى: القاضي إذا قضى بقول مرجوع عنه جاز، وكذا لو قضى
***
[١٦]
في فصل مجتهد فيه ا ه. وكذا في السراجية. وفي مآل الفتاوى: قضى بخلاف مذهبه وهو مختلف فيه قال أبو حنيفة ينفذ، وقالابو يوسف لا ينفذ ا ه. فقد تحرر أن القاضي المقلد إذا قضى بمذهب غيره فإنه ينفذ، وكذا إذا قضى برواية ضعيفة أو بقول ضعيف لاطلاق قولهم إن القول الضعيف يتقوى بقضاء القاضي، وما قيده به في فتح القدير من أن هذا إنما هو في المجتهد ثابت في بعض العبارات ولذا قال في القنية: القاضي المقلد إذا قضى بخلاف مذهبه لا ينفذ ا ه. ويخالفه ما أفتى به شيخه الشيخ عمر قارئ الهداية حين سئل عن وقف لم يحكم به رجع الواقف عنه ووقفه على جهة أخرى وحكم به قاض حنفي، فهل يصح الثاني أم الاول؟ أجاب بأن الثاني هو الصحيح وإن كان الفتوى على خلاف قول أبي حنيفة لكنه تأيد بحكم الحاكم. وفي شرح منظومة ابن وهبان له صورة المسألة: لو حكم الحاكم في واقعة بحكم بخلاف مذهب مقلده - بفتح اللام - يعني الامام الذي يقلده، وهذا إذا كان القاضي مقلدا وليس هو من أهل الاجتهاد كالقضاة الحنفية في زماننا مثلا هل يصح قضاؤه أو لا؟ والجواب أنه إن كان ذاكرا لمذهبه لا يجوز وإلا جاز عنده خلافا لهما ا ه. ومن العجيب أن صاحب البدائع قيد الخلاف بعكس ما في فتح القدير فقال: ما نقل أن القاضي إذا قضى بخلاف مذهبه عمدا وقع باطلا، وإن كان ناسيا عنده يصح، وعندهما لا يصح. وهذا إذا كان القاضي ليس من أهل الاجتهاد، فأما إذا كان من أهل الاجتهاد فينبغي أن يصح قضاؤه في الحكم بالاجماع ولا يكون لقاض آخر أن يبطله لانه لا يصدق على النسيان بل يحمل على أنه اجتهد فأدى اجتهاده إلى مذهب خصمه فقضى به فيكون قضاؤه باجتهاده فيصح ا ه
***
[١٧]
بلفظه. والحق في هذه المسألة أن القاضي إذا حكم على خلاف مذهبه، فإن كان متوهما أنه على وفقه فإنه باطل يجب نقضه وإن وافق مجتهدا فيه، وإن كان معتمدا مذهب غيره فإنه لا ينقض، وهذا التفصيل متعين في حكام زماننا فإنهم لا يعتمدون في أحكامهم على الاجتهاد لا مطلقا ولا مقيدا لكونهم مقلدين، فإذا جرى منهم الحكم بخلاف مذهبهم فهو مقطوع بكونه منه خطأ فينقض. وقولهم لا ينقض الحكم في المجتهدات معلل بأن الاجتهاد لا ينقض بمثله لا مطلقا فإذا كان القاضي متوهما أنه مذهبه فأخطأ فيه لم يكن مجتهدا فيه. ومعنى قوله أمضاه حكم بمقتضاه. وفي السراج الوهاج: المراد من الحاكم القاضي والمراد من الامضاء إلزام الحكم بعد دعوى صحيحة من خصم على خصم ولذا قال في البزازية: وإن أرادوا أن يثبتوا حكم الخليفة عند الاصل لا بد من تقديم دعوى صحيحة على خصم حاضر وإقامة البينة كما لو أرادوا إثبات قضاء قاض آخر ا ه. فالحاصل أن الحكم المرفوع لا بد أن يكون في حادثة وخصومة صحيحة كما صرح به العمادي في الفصول والبزازي في الفتاوى قالا: وهنا شرط لنفاذ القضاء في المجتهدات وهو أن يصير حادثة تجري بين يدي القاضي من خصم على خصم حتى لو فات هذا الشرط لا ينفذ القضاء لانه فتوى ا ه. فلو رفع إلى حنفي قضاء مالكي بلا دعوى لم يلتفت إليه ويحكم بمقتضى مذهبه، ولا بد في إمضاء الثاني لحكم الاول من الدعوى أيضا كما سمعت، ولا يشترط أحضار شهود الاصل بل يكفي على قضاء القاضي. قال في البزازية: قاضي بلدة حكم على رجل بمال وسجل ثم مات القاضي وأحضر المدعي المحكوم عليه عند قاض آخر وبرهن على قضاء الاول أجبره الثاني على أداء المال إن كان الحكم الاول صحيحا، ولو شهدوا أن قاضيا من قضاة البلد قضى بهذا المال لا يحكم به، وفي كل فعل لا بد من تسمية الفاعل ونسبه، فإن قال الشهود إن القاضي الاول غير عدل لا يمضي القاضي الثاني قضاءه ا ه. وكتبنا في الفوائد الفقهية أن القاضي إذا ارتاب في حكم الاول له أن يطلب شهود الاصل، وإذا علمت ذلك ظهر لك أن التنافيذ الواقعة في زماننا غير معتبرة لصدورها بلا دعوى وحادثة. وإنما يقيم صاحب الواقعة بينة يشهدون على حكم القاضي فلان ليكتب له القاضي الثاني أنه اتصل به حكم الاول ونفذه. فإن قلت: القاضي إذا قضى بشئ في حادثة بعد
***
[١٨]
دعوى هل يكون قضاء فيما هو من لوازمه وإن لم يعلم به القاضي؟ قلت: لا لما في قضاء البزازية في فصل فسخ اليمين المضافة: وإن

زوجه رجل امرأة بلا أمره وأجاز بالفعل ثم طلقها ثلاثا ثم تزوجها بنفسه ثم ترافعا إلى القاضي، فإن أعلمه بتقدم نكاح الفضولي فقضى بالنكاح صح ويكون قد قضى ببطلان اليمين وببطلان نكاح الفضولي وببطلان الثلاث بعده، وإن لم يعلم بتقدم النكاح يعلمه حتى يقضي في موضع الاجتهاد، ويقصد بالقضاء اليمين المضافة ونكاح الفضولي ا هـ. ثم قال: وروي عن الامام الثاني فيمن قال كل امرأة يتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة وهو لا يرى الوقوع فرفعته امرأته إلى قاض لا يرى الوقوع فقضى بصحة النكاح ثم تحول رأي الرجل إلى الوقوع فتزوج امرأة أخرى بعدها، فإنه يمسك الاول ويعمل برأيه الحادث في الحادثة فيفارقها لان القاضي إنما قضى بإبطال الطلاق في الاولى بالاجتهاد فنفذ قضاؤه فبعد ذلك بتحول رأيه لا يملك نقض رأيه ذلك، وأما الحادثة فيثبت عليها الحل الآن ولم يجر عليها حكم القاضي فيعمل برأيه. والحيلة فيه أن يتزوج امرأة بعد فسخ ويدعي عند القاضي أنها زوجته بحكم الفسخ على امرأة أخرى وتزعم المرأة أنها عليه حرام أخذا بمذهب الثاني فيترافعان إلى القاضي الحنفي فيحكم القاضي الحنفي بأنها زوجته بمذهب محمد ا هـ. فقد علمت من ذلك كثيرا من المسائل، فإذا قضى شافعي بصحة بيع

***

[١٩]

عقار وموجبه لا يكون حكما منه بأن لا شفعة للجار لعدم حادثتها، وكذا إذا قضى حنفي لا يكون حكما بأن الشفعة للجار وإن كانت الشفعة من مواجبه لان حادثتها لم توجد وقت الحكم لا شهود للقاضي بها، وكذا إذا قضى مالكي بصحة التعليق في اليمين المضافة لا يكون حكما بأنه لا يصح نكاح الفضولي المجاز بالفعل لعدمه وقته فافهم فإن أكثر أهل الزمان عنه غافلون. وشرط أن لا يخالف الكتاب والسنة الاجماع، فإن خالف واحدا منها لم يمضه، وإنما ينقصه لكونه ليس في محل الاجتهاد الصحيح وهو خلاف لا اختلاف، ومثال ما خالف الكتاب القضاء بحل متروك التسمية عامدا لقوله تعالى * (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) * (الانعام: ١٢١) بناء على أنه شامل لذبائح المسلمين كالمشركين بناء على أن الواو في قوله تعالى وأنه لفسق للعطف، وأما إذا كانت للحال كانت مقيدة بما أهل به لغير الله لان الفسق فسر به كذلك في قوله أو فسقا أهل به لغير الله ولذا قال في التحرير: إن الواو تحتمل أن تكون حالا فتكون قيدا للنهي عن أكل ما لم يذكر اسم الله عليه، ويحتمل أن يراد بما لم يذكر اسم الله عليه الميتة أو ما ذكر عليه اسم غير الله تعالى فإن الفسق هو ما أهل به لغير الله تعالى. ومثال ما خالف السنة أي المشهورة القضاء بشاهد ويمين فإنه مخالف للحديث المشهور البينة على من ادعى واليمين على من أنكر (١). ومثال القضاء المخلف للاجماع القضاء ببيع أمهات الاولاد، والمراد من الاجماع ما ليس فيه خلاف يستند إلى دليل شرعي، ومن الغريب ما في الخلاصة: وأما القضاء بحل متروك التسمية عامدا فجائز عندهما وعند أبي يوسف لا يجوز ا هـ. وهو يدل على أنه مما يسوغ فيه الاجتهاد عندهما لانه يفيد الحل كما فهمه ابن الهمام لانه لا خلاف عندنا في عدم الحل، والحق أنه من قبيل ما لا يسوغ فيه الاجتهاد عندنا لنقل الفقهاء والاصوليين بحيث شددوا

***

[٢٠]

النكير على الشافعي في القول بحله حتى قال الاصوليون: إنه جهل لا يصلح عذرا لمخالفته الدليل القطعي. وقد ألفت فيها رسالة مشتملة على بيان الدلائل من الجانبين. وفي الهداية: المعتبر الاختلاف في الصدر الاول وهم الصحابة والتابعون، وعليه فرع الخصاف أن للقاضي أن ينقض القضاء ببيع أم الولد لمخالفته لاجماع التابعين. وقد حكى فيه الخلاف عندنا فقيل هذا قول محمد، أما على قولهما فيجوز قضاؤه وهو مبني على أن الاجماع المتأخر هل يرفع الخلاف المتقدم، فعندهما لا يرفع، وعنده يرفع. وفي التقويم لابي زيد أن محمدا روى عنهم أن القضاء ببيع أم الولد لا يجوز وتفرع على كون الخلاف في الصدر الاول شرطا لكون المحل اجتهاديا ما قال بعضهم أن للقاضي أن يبطل ما قضى به المالكي والشافعي برأيه وفي الاقضية، وأصحابنا لم يعتبروا خلاف مالك والشافعي. وفي فتح القدير: وعندي أن هذا لا يعول عليه فإن صح أن مالكا والشافعي وأبا حنيفة مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهاديا وإلا فلا، ولا شك أنهم أهل اجتهاد ورفعة ولقد نرى في أثناء المسائل جعل المسألة اجتهادية بخلاف بين المشايخ حتى ينفذ القضاء بأحد القولين فكيف لا يكون كذلك إذا لم يعرف الخلاف إلا بين هؤلاء الائمة يؤيده ما في الذخيرة عن الحلواني أن الاب إذا خالع الصغيرة على صداقها ورآه خيرا لها بأن كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فإن على قول مالك يصح ويزول الصداق عن ملكها ويبرأ الزوج عنه فإذا قضى به قاض نفذ.

وفي حيض منهاج الشريعة عن مالك فيمن طلقها فمضى عليها ستة أشهر لم ترد ما فإنها تعتد بعده بثلاثة أشهر فإذا قضى بذلك قاض ينبغي أن ينفذ لانه مجتهد فيه إلا أنه نقل مثله عن ابن عمر قال: وهذه المسألة يجب حفظها فإنها كثيرة الوقوع ا هـ. ويؤيده أيضا ما في الخلاصة: لو قضى في المأذون في نوع أنه لا يكون مأذونا في الانواع كلها نفذ ا هـ. وهو مذهب الشافعي.
***
[٢١]
والحاصل أن كلامهم قد اضطرب في هذا الباب فتارة اعتبروا خلافهما، وأخرى لم يعتبروه. ويمكن أن يقال: إنهم إنما قالوا بالنفاذ في هذه المسائل لاجل خلاف سابق على مالك والشافعي لا بخلافهما خاصة. ثم أعلم أن صاحب الهداية نقل أولا عبارة القدوري وهي: وإذا رفع إليه حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع أو يكون قولا لا دليل عليه، وثانيا ما في الجامع الصغير قال: وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه ا هـ. فقال الشارحون: إنما ذكر عبارة الجامع بعد القدوري لفائدتين ليستا في القدوري: إحداهما تقييده بالفقهاء فأفاد أنه لو لم يكن عالما بالخلاف لا ينفذ، والثانية التقييد بكون القاضي يرى غير ذلك فإن القدوري لم يتعرض لذلك، فيحتمل أن يكون مراده أنه إذا كان رأيه في ذلك موافقا الحكم الاول أمضاه، وإن كان مخالفا له لا يمضيه فأبانت رواية الجامع أن الامضاء عام فيما سوى المستثنيات، سواء كان ذلك موافقا لرأيه أو لا. وتعقبهم في فتح القدير بأنه لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالما بالخلاف وإنما مفاده أن ما اختلف فيه الفقهاء في نفس الامر فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالما بأنه مختلف فيه أولا فإنه أعم من كونه عالما ثم جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذي حكم به هذا أمضاه فربما يفيد أن الثاني عالم بالخلاف وليس الكلام فيه فإن هذا هو المنفذ والكلام في القاضي الاول الذي ينفذ هذا حكمه، وليس فيه دليل على أنه كان عالما بالخلاف بطريق من طرق الدلالة، نعم في الجامع الصغير التنصيص على أنه ينفذه وإن كان خلاف رأيه، وكلام القدوري يفيده أيضا فإنه قال: إذا رفع إليه حكم حاكم وهو أعم ينتظم ما إذا كان مخالفا لرأيه أو موافقا اهـ.
***
[٢٢]
وأقول: لم يفهموا مراد صاحب الهداية أنما ذكر عبارة الجامع بعد القدوري ليفيد أن ما في الجامع لا استثناء فيه بل كل مسألة اختلفت فيها الفقهاء فإنها تصير محل اجتهاد، فإن قضى قاض بقول ارتفع الخلاف، وأما عبارة القدوري فاستثناء كما علمت. وإذا علمت ذلك فما ذكره أصحاب الفتاوى من المسائل التي لا ينفذ فيها قضاء القاضي لمخالفة كتاب أو سنة مشهورة أو إجماع إنما هو على عبارة القدوري، وأما على ما في الجامع فلا. وعلمت من هنا أن من قال لا اعتبار بخلاف مالك والشافعي اعتمد قول القدوري، ومن قال باعتبار خلافهما اعتمد ما في الجامع. وهذا لم أسبق إليه وإنما رأيت في الواقعات الحسامية ما يفيده قال قال الفقيه أبو الليث: رواية محمد أن كل شئ اختلف فيه الفقهاء فقضى القاضي بذلك جاز قضاؤه ولم يكن لقاض آخر أن يبطله ولم يذكر فيه الاختلاف وبه نأخذ. قلت: خذا خلاف ما ذكره في شرح أدب القاضي المنسوب إلى الخصاف أن القضاء في موضع الاختلاف يجوز، وفي موضع الخلاف لا يجوز. أراد بالاول ما كان فيه خلاف معتبر كالخلاف بين السلف، وأراد بموضع الخلاف ما لم يكن معتبرا ولم يعتبر بخلاف الشافعي. قال أستاذنا: الفتوى على تفاصيل أدب القاضي ا هـ. فهذه العبارة أزالت اللبس وأوضحت كل تخمين وحدس. والحاصل أن الفتوى على عبارة القدوري وتفاصيل الخصاف فلهذا السر أورد صاحب الهداية ما في الجامع بعد القدوري، فالآن نذكر المواضع التي نص أهل المذهب على مسائل لا ينفذ القضاء فيها أخذا من كلام الخصاف وقد ذكرناها في الفوائد الفقهية ولا بأس بسردها تكميلا للفائدة هنا قضى ببطلان الدعوى بمضي سنين، أو فرق بين الزوجين لعجزه عن النفقة حال غيبته، أو حكم بصحة نكاح مزنية أبيه أو ابنه أو بصحة نكاح أم مزنيته أو بنتها، أو بصحة نكاح المتعة أو بسقوط المهر بلا بينة أو إقرار أخذا بقول البعض، إن قدم النكاح يوجب سقوط المهر، أو بعدم تأجيل
***
[٢٣]
العنين، أو بعدم صحة الرجعة بلا رضاها، أو بعدم وقوع الثلاث على الحامل، أو بعدم وقوع الثلاث على غير المدخولة، أو بعدم وقوع

الطلاق في طهر جامعها فيه، أو بنصف الجهاز لمن طلق امرأته قبل الدخول بها بعد قبض المهر والتجهيز، أو بالشهادة على خط أبيه أو بشاهد ويمين، أو في الحدود والقصاص بشهادة رجل أو امرأتين، أو بما في ديوانه، وقد نسي وبشهادة شاهد على صك لم يذكر ما فيه إلا أنه يعرف خطه وخاتمه أو بشهادة من شهد على قضية مختومة من غير أن تقرأ عليه، وبقضاء المرأة في حد وقود بقضاء عبد أو صبي أو نصراني، أو في قسامة بقتل، أو فرق بين الزوجين بشهادة واحدة على الرضاع، أو قضى لولده بشهادة الاجانب أو حكم بالحجر على مفسد مستحق له، أو بصحة بيع نصيب الساكت من قن حرره أحد الشريكين معسر. وبجواز بيع متروك التسمية عامدا، أو بجواز بيع أم الولد أو ببطلان

***

[٢٤]

عفو المرأة عن القود بناء على قول البعض أنه لا حق لهن فيه أو بصحة ضمان الخلاص وألزمه تسليم الدار عند الاستحقاق أو بالزيادة في معلوم الامام من أوقاف المسجد، أو بحل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد المحلل بلا دخول عملا بقول سعيد، أو بعدم تملك الكفار مال المسلم المحرر بدارهم أو بجواز درهم بدرهمين أخذا من قول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما، أو بصحة صلاة المحدث أو بالقسامة على أهل المحلة بتلف المال قياسا على النفس، أو بحد القذف بحكم التعريض، أو بقرعة في رقيق أعتق الميت منهم واحدا، أو بعدم جواز تصرف المرأة في مالها بغير إذن زوجها. وهذه المسائل منقولة من البزازية وجامع الفصولين والخانية والقنية والصيرفية. وفي الاشباه والنظائر للاسيوطي معزيا إلى فتاوى السبكي أن قضاء القاضي ينقض عند الحنفية إذا كان حكما لا دليل عليه قال: وما خالف شرط الواقف فهو مخالف للنص وهو حكم لا دليل عليه سواء كان نصه في الوقف نصا أو ظاهرا ا ه. وهذا موافق لقول مشايخنا كغيرهم شرط الواقف كنص الشارع فيجب اتباعه كما صرح به في شرح المجمع للمصنف. وهذا كله إذا كان الاختلاف في المقتضى به، أما إذا كان في نفس القضاء ففيه روايتان: في رواية لا ينفذ ذكره الخصاف وهو الصحيح لان محل الخلاف لا يوجد قبل القضاء فإذا قضى فحينئذ يوجد محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضاء آخر يرجع أحدهما، وذلك مثل القضاء على الغائب وللغائب وقضاء المحدود في القذف وشهادته بعد التوبة. وكذا ذكر الشارح. وفي فتح القدير من باب المفقود: إذا رأى القاضي المصلحة في القضاء على الغائب أو له فحكم فإنه لا ينفذ لانه مجتهد فيه فإن قيل: ينبغي أن لا ينفذ حتى يمضيه قاض آخر لان نفس القضاء مجتهد فيه كما لو كان القاضي محدودا في قذف فإن نفاذ قضائه موقوف على أن يمضيه قاض آخر. أجيب بمنع أنه من

***

[٢٥]

ذلك بل المجتهد سببه وهو هذه البينة هل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر أم لا، فإذا قضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف وفي الخلاصة الفتوى على هذا ا ه. فقد اختلف الترجيح. وفي فتح القدير في شرح قوله ولا يقضى على غائب: والذي يقتضيه النظر أن نفاذ القضاء على الغائب موقوف على تنفيذ قاض أخر لان نفس القضاء مجتهد فيه ا ه. وسيأتي ايضاحه قريبا. وفي الاصلاح: ويمضي حكم قاض. قال في الايضاح: لم يقل حاكم احترازا عن الحكم لان الحكم فيه غير هذا ولم يقيده بقوله آخر ليعم حكم نفسه قبل ذلك ا ه. قوله: (وينفذ القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ ظاهرا وباطنا لا في الاملاك المرسلة) أي المطلقة وهي التي لم يذكر لها سبب معين، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا ينفذ إلا ظاهرا لان شهادة الزور حجة ظاهرا فصار كما لو كان غير أهل لها، وله قول علي رضي الله عنه لتلك المرأة شاهداك زوجاك ولان القضاء لقطع المنازعة بينهما من كل وجه فلو لم ينفذ باطنا كان تمهيدا لها. وفي فتح القدير: وأما الاستشهاد بتفريق المتلاعنين فليس بشئ ا ه. يعني باعتبار أن الكذب ليس هو في الاخبار بالفرقة وإنما هو في الرمي بالزنا أو نفي الولد. وقال الفقيه أبو الليث: الفتوى على قولهما. وفي فتح القدير من النكاح: وقول أبي حنيفة هو الوجه. ومن فروع المسألة: ادعى على امرأة نكاحا وهي جاحدة وأقام بينة زور فقضى بالنكاح بينهما حل للمدعي وطؤها ولها التمكين عنده، وكذا إذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجحد ومنها قضى ببيع أمة بشهادة زور حل للمنكر وطؤها، وكذا في الفسوخ بالبيع والاقالة ومنها: ادعت أنه طلقها ثلاثا وهو ينكر وأقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر بعد العدة حل له وطؤها عند الله تعالى وإن علم بحقيقة الحال

وحل لاحد الشاهدين أن يتزوجها ويطأها ولا يحل للاول وطؤها ولا يحل لها تمكينه. ومن صور التحريم: صبي وصبية سبيا فكبرا وأعتقا ثم تزوج أحدهما بالآخر فجاء حربي مسلما وأقام بينة أنهما ولداه قضى القاضي بينهما بالفرقة، فإن رجع الشهود أو تبين أنهم شهود زور لا يحل للزوج وطؤها عنده لان القضاء بالحرمة نفذ باطنا وظاهرا، ومحمد في هذا الفرع مع أبي
***
[٢٦]
حنيفة لانه لا يعلم حقيقة كذب الشهود. كذا في فتح القدير. وفي الولوالجية: وأثم الشاهدان إثما عظيما وللنفاذ باطنا عنده شرطان: الاول عدم علم القاضي بكذبهم فلو علم القاضي كذب الشهود لم ينفذ، ذكره في فتح القدير من النكاح. الثاني كون المحل قابلا فإذا كانت المرأة تحت زوج أو كانت معتدة أو مرتدة أو محرمة بمصاهرة أو برضاع لم ينفذ لانه لا يقبل الانشاء، وإنما لا يشترط حضور الشهود للنكاح على قول بعض المشايخ. وفي شرح الجامع لقاضيخان: ولم يشترط محمد حضور الشهود. وذكر الزعفراني أنه شرط وبه أخذ عامة المشايخ ا ه. فالمعتمد الاشتراط وإذا قلنا بعدمه وهو أوجه كما في فتح القدير من النكاح فوجهه أنا نجعل حكم الحاكم إنشاء مقتض في ضمن صحة القضاء والثابت اقتضاء لا تراعى فيه شرائطه، وكذا لا يشترط قبض رأس المال وبدل الصرف قبل الافتراق كما في القنية. قيد بشهادة الزور لان القاضي لو قضى بشهادتهم فظهر أنهم عبيد أو كفار أو محدودون في قذق لم ينفذ إجماعا لانها ليست بحجة أصلا بخلاف الفساق على ما عرف، ولامكان الوقوف عليهم فلم تكن شهادتهم حجة. وقيد بالشهادة لان القضاء باليمين الكاذبة لا ينفذ قالوا: لو ادعت أن زوجها أبانها بثلاث فأنكر فحلفه القاضي فحلف والمرأة تعلم أن الامر كما قالت لا يسعها الاقامة معه ولا أن تأخذ من ميراثه شيئا، وهذا لا يشكل إذا كان ثلاثا لبطلان المحلية للانشاء قبل زوج آخر وفيما دون الثلاث مشكل لانه يقبل الانشاء. وأجيب بأنه يثبت إذا قضى القاضي بالنكاح وهنا لم يقض به لاعترافهما به وإنما ادعت الفرقة، كذا ذكر الشارح. وفي الخلاصة: ولا يحل وطؤها إجماعا. وفي البزازية قبيل الايمان: سمعت بطلاق زوجها إياها ثلاثا ولا تقدر على منعه إلا بقتله إن علمت أنه يقربها تقتله بالدواء ولا تقتل نفسها. وذكر الاوزجندي أنها ترفع الامر إلى القاضي فإن لم يكن لها بينة تحلفه فإن حلف فالاثم عليه، وإن قتلته فلا شئ عليها والبائن كالثلاث ا ه. وأطلق في العقود فشمل عقود التبرعات قالوا: وفي الهبة والصدقة روايتان. وكذا في البيع بأقل من قيمته في رواية لا ينفذ باطنا لان القاضي لا يملك إنشاء التبرعات في ملك الغير والبيع بالاقل تبرع من وجه وإطلاق الكتاب يقتضي أن المعتمد النفاذ فيها باطنا أيضا لان النفاذ في ضمن صحة القضاء فلا يشترط فيه شرائطه ولا يختص بمحل والبيع بالاقل يملكه من لا يملك التبرع كالمكاتب والعبد المأذون. وفي ايضاح الاصلاح: أراد بالفسخ إبطال العقود بأي وجه كان فيعم الطلاق ا ه. وليس بصحيح لان الطلاق لا يبطل النكاح وإنما يرفع القيد الثابت بالنكاح فالاولى أن يقال أراد بالفسخ ما يرفع حكم العقد فيشمل الطلاق كما لا يخفى. وفي القنية: ادعى عليه جارية أنه اشتراها بكذا فأنكر فحلف فنكل فقضى عليه بالنكول تحل الجارية للمدعي ديانة وقضاء كما في شهادة الزور ا ه. فعلى هذا القضاء بالنكول كالقضاء بشهادة الزور وظاهر اقتصاره على نفي الاملاك المرسلة أنه لا ينفذ باطنا في النسب وقدمنا أنه ينفذ فيه وصرح به الولوالجي
***
[٢٧]
فقال: إذا شهدوا زورا أنه أقر أن أمته بنت له فجعلها القاضي بنتا له ثبت جميع أحكام البنتية عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الاول، ولا يحل له أن يطأها وترث منه، وهذا بناء على أن القضاء بالنسب بشهادة الزور هل ينفذ باطنا فهو على الاختلاف ا ه. وفي المحيط: ومن مشايخنا من قال القضاء بالنسب بشهادة الزور لا ينفذ باطنا بالاجماع، ونص الخصاف على أنه ينفذ عند أبي حنيفة ففي النسب والهبة عن أبي حنيفة روايتان، وكان هذا حيلة لمن لا وارث له أن يثبت النسب من نفسه بأن يدعي شخصا مجهول النسب أنه ابنه أو ابنته ويقيم على ذلك شاهدي زور فيقضي القاضي بالنسب له ا ه ما في المحيط. وفيه: والشهادة بعتق الامة كالشهادة بطلاق المرأة ا ه. قلت: وينبغي أن يكون الشهادة بالوقف كالعتق ولم أر نقلا في الشهادة بأن الوقف ملك أو بتزوير شرائط الوقف أو بأن الواقف أخرج فلانا وأدخل فلانا زورا إذا اتصل به القضاء، وظاهر ما في الهداية أن ما عدا الاملاك المرسلة فإنه ينفذ باطنا حيث قال: وكل شئ قضى به القاضي إلى آخره بناء على أن التحريم يشمل القصدي والضمني خصوصا إذا قلنا بأن الوقف من قبيل الاسقاط فهو

كالطلاق والعتاق، فعلى هذا فاللقب ليس بعام لخروج النسب عن العقود والفسوخ مع أن في دخول الطلاق والعتاق تحت الفسخ إشكالا لان الطلاق مقابل الفسخ لان الفسخ لا ينقص العدد والطلاق ينقصه، وقدمنا ما في الايضاح. وقولهم إن المسألة ملقبة بالقضاء بالعقود والفسوخ يقتضي أن لا ينظر فيه إلى المعنى لكونه علما فيه ولو حذف الاملاك لكان أولى ليشمل ما إذا شهدوا بزور بدين لم يبينوا سببه فإنه لا ينفذ، وإذا لم ينفذ باطنا في الاملاك المرسلة لم يحل للمقضى له الوطئ والاكل واللبس وحل للمقضى عليه لكن يفعل ذلك سرا لانه لو فعله جهرا فسقه الناس أو عزروه، كذا في الولوالجية. واعلم أن الارث حكمه حكم الاملاك المطلقة فلا ينفذ القضاء بالشهود زورا فيه باطنا اتفاقا وإن كان ملكا بسبب وسيأتي الاختلاف في باب اختلاف الشاهدين في أن الارث مطلق أو بسبب والمشهور أنه مطلق. واختار في الكنز أنه بسبب ولذا قال في البدائع في الجواب عن حديث البخاري مرفوعا إنما أنا بشر فمن قضيت له بشئ من حق أخيه فإنما أقطع له قطعة من النار أنه قاله عليه الصلاة والسلام في مواريث درست والميراث ومطلق الملك سواء في الدعوى وبه نقول ا ه. ثم اعلم أنهما لما قالا بعدم النفاذ باطنا اختلفا فقال محمد: لا يحل للزوج الاول. وقال أبو يوسف: يحل للزوج الاول وطؤها في الظاهر، وأما في الباطن فلا يحل لان قول

***

[٢٨]

أبي حنيفة بوقوع الفرقة باطنا صار شبهة له فيحرم الوطئ احتياطا وصار كما إذا تزوج امرأة ثم طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد ذلك كره محمد له أن يطأها قبل المحلل بقول أبي حنيفة، كذا في الولوالجية. وفيها: ولو تزوجها الثاني ودخل بها وفارقها وانقضت عدتها فلا بأس أن يتزوجها الاول، أما عندهما فلان نكاح الاول قائم لكنهما يجددان النكاح حتى لا يتهما، وأما عند أبي حنيفة فإن الفرقة بالثلاث واقعة فيكون الزوج الثاني مثبتا للحل، هذا إذا فارقها الزوج الثاني بطلاق باختياره، فأما إذا شهدا عليه زورا بالثلاث وقضى القاضي بالفرقة حل لها أن تتزوج من شاءت من الزوج الاول والشاهدين عند أبي حنيفة وأبي يوسف الاول، وعند أبي يوسف الآخر وهو قول محمد لا يحل لانها كانت منكوحة الاول فلا تتزوج إلا من الاول ا ه. وأشار المصنف إلى أن قضاء القاضي يحل ما كان حراما في معتقد المقضى له ولذا قال في الولواجية: ولو قال لها أنت طالق ألبتة فخاصمها إلى قاض يراها رجعية بعد الدخول فقضى بكونها رجعية والزوج يرى أنها بائنة أو ثلاثا فإنه يتبع رأي القاضي عند محمد فيحل له المقام معها. وقيل: إنه قول أبي حنيفة. وعلى قول أبي يوسف لا يسعه المقام معها وإن ترافعا إلى قاض آخر بعد القضاء الاول فإنه لا ينقضه وإن كان على خلاف رأيه. وهذا إذا قضى له فإن قضى عليه بالبينونة أو الثلاث والزوج لا يراه يتبع رأي القاضي اجماعا. وهذا كله إذا كان الزوج عالما له رأي واجتهاد، فإن كان عاميا اتبع رأي القاضي سواء قضى له أو عليه. وهذا إذا قضى له، أما إن أفتى له فهو على الاختلاف السابق لان قول المفتي في حق الجاهل بمنزلة رأيه واجتهاده، كذا في الولواجية. وفي آخر النتف: اعلم أن القضاء لا يهدم القضاء والرأي لا يهدم الرأي والقضاء يهدم الرأي والرأي لا يهدم القضاء مثلا الاول ظاهر، وأما

***

[٢٩]

مثال الثاني فإن يعتقد الثلاث في قوله أنت طالق ألبتة فإنها تحرم عليه فإن تحول رأيه إلى أنها رجعية لم تحل. ومثال الثالث أن يحكم القاضي بكونها رجعية فإن هذا القضاء يهدم رأيه من أنها ثلاث. ومثال الرابع إذا قضى قاض ثم تحول رأيه فإنه لا ينقض ما مضى لان الرأي لا يهدم القضاء وإنما يعمل برأيه في المستقبل ا ه مختصرا. قوله: (ولا يقض على غائب) أي لا يصح القضاء على غير خصم حاضر لقوله عليه الصلاة والسلام لعلي لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فإنك إذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي (١) رواه أحمد وأبو داود والترمذي. ولان القضاء لقطع المنازعة ولا منازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح، كذا ذكره الشارح. وصرح في فتح القدير بأن حضرة الخصم ليتحقق إنكاره شرط لصحة الحكم. وفي البزازية من القضاء: قضى للغائب أو عليه لا يصح إلا أن يكون عنه خصم حاضر ا ه. فلذا فسرنا كلام المصنف بعدم الصحة لا بعدم الحل والاولى أن يفسر بعدم النفاذ لقولهم إذا نفذه قاض آخر يراه فإنه ينفذ، وقدمنا خلاف التصحيح في نفاذ القضاء على الغائب فصحح الشارح عدمه، وفي الخلاصة والبزازية الفتوى على النفاذ ورجح الاول في فتح القدير وأنه لا بد من إمضاء قاض آخر لان الاختلاف في نفس القضاء. وفي البزازية من

القضاء قال الامام ظهير الدين: في نفاذ القضاء على الغائب روايتان ونحن نفتي بعدم النفاذ كيلا يتطرقوا إلى إبطال مذهب أصحابنا ا هـ. والقائل بأن الفتوى على النفاذ خواهرزاده. وفي منية المفتي: القضاء على الغائب بلا خصم فيه روايتان ويفتي بعدم النفاذ، وقيل إن رآه قاض فقضى به ينفذ ا هـ. لكن اشتبه على كثير أن قولهم الفتوى على النفاذ أعم من كون القاضي شافعيا يراه أو حنفيا لا يراه وهو إنما هو فيمن يراه والظاهر أنه في حق من يراه لاجماع الحنفية على أنه لا يقضى على غائب كما ذكره
***
[٣٠]
الصدر الشهيد في شرح أدب القضاء، ولو كان أعم للزم هدم مذهب أصحابنا، والعجب من البزازي حيث قال في الفتاوى من الفقود: وهل ينصب القاضي وكيلا على الغائب وعن الغائب عندنا لا يفعل أما لو فعل بأن حكم على الغائب نفذ إجماعا لان المجتهد سبب القضاء وهو أن البينة هل تكون حجة بلا خصم حاضر للقضاء أم لا؟ فإذا رآها حجة وحكم نفذ كما لو حكم بشهادة الفساق وعليه الفتوى ا هـ. فإن دعوى الاجماع ليست بصحيحة وهو مسبوق بها عن خواهرزاده. وفي قوله فإذا رآها حجة إشارة إلى أنه ممن يرى القضاء على الغائب فخرج الحنفي المقلد ولقد صدق العلامة محمود حيث قال في جامع الفصولين: قد اضطرب آراؤهم وبيانهم في مسائل الحكم للغائب وعليه ولم يصف ولم ينقل عنهم أصل قوي ظاهر يبني عليه الفروع بلا اضطراب ولا إشكال، فالظاهر عندي أن يتأمل في الوقائع ويحتاط ويلاحظ الحرج والضرورات فيفتي بحسبها جوازا أو فسادا ا هـ. والذي ظهر لي من
***
[٣١]
كلامهم أن المذهب عن أصحابنا عدم صحة القضاء على الغائب وأن القاضي الذي يراه إن قضى عليه فإنه يتوقف على الامضاء لان الاختلاف في نفس القضاء، وما عدا هذا من الاقوال من تصرفات بعض المشايخ. ثم ظهر لي بحمد الله ما يجب المصير إليه وهو أنهم إنما قالوا بأن الفتوى على النفاذ فيما إذا قضى على مفقود لا في مطلق الغائب، ويدل على الفرق بين المفقود وغيره ما في فتاوى قاضيخان من باب فصل القضاء في المجتهدات: رجل قدم رجلا إلى قاض وقال إن لابي على هذا الرجل ألف درهم وأبي غائب وإني أخاف أن يتوارى هذا الرجل فجعله القاضي وكيلا لابيه وقبل بينة الابن على المال وحكم بذلك، ثم رفع ذلك إلى قاض آخر فإن الثاني لا يجيز قضاء الاول لان بينة الابن ما قامت بحق على الغائب حتى يكون القضاء على الغائب وإنما قامت لغائب، وهذا بخلاف المفقود إذا أقام القاضي ابنه وكيلا في طلب حقوقه لان المفقود بمنزلة الميت فكان للقاضي التصرف في ماله ا هـ. أطلق في عدم القضاء عليه وهو مقيد بما إذا ثبت الحق ببينة، سواء كان غائبا وقت الشهادة أو غاب بعدها قبل التزكية، وسواء كان غائبا عن المجلس حاضرا في البلد أو غائبا عن البلد، وأما إذا أقر عند القاضي فغاب قبل أن يقضى عليه قضى عليه وهو غائب لان له أن يطعن في البينة دون الاقرار، ولان القضاء بالاقرار قضاء إعانة، وإذا نفذ القاضي إقراره سلم إلى المدعي حقه عينا كان أو دينا أو عقارا إلا أن في الدين يسلم إليه جنس حقه إذا وجد في يد من يكون مقرا بأنه مال الغائب المقر ولا يبيع في ذلك العروض والعقار لان البيع قضاء على الغائب فلا يجوز، كذا في شرح الزيادات للعتابي. والاخبار بالقضاء منه كالانشاء لا بد له من الحضرة. قال في شهادات القنية: أشهد القاضي شهودا أني حكمت لفلان على فلان بكذا فهو إشهاد باطل والحضور شرط. وقال قبله: خرج الحاكم عن المحكمة ثم أشهد على حكمه يصح اشهاده ا هـ. وفي تهذيب القلانسي: إذا قال القاضي حكمت على فلان بكذا وهو غائب لم يصدق ا هـ. وقلنا على غير خصم حاضر لاخراج ما لو قضى على حاضر ليس بخصم وعلى خصم غائب فالخصم من تسمع الدعوى عليه بانفراده شرعا، فخرج ما لو قضى على راهن في غيبة مرتهن وعكسه، وكذا في المؤجر مع المستأجر والمعتبر مع المستعير والموصى له ليس بخصم إلا في إثبات الوصاية أو الوكالة، وغريم الميت ليس بخصم لمدعي الدين على الميت إنما الخصم وارث أو وصي وأحد الورثة خصم عن الباقي فيما للميت وما
***
[٣٢]
عليه، والخصم في دعوى السعاية المأمور لا الآمر إن كان الآمر سلطانا وإلا فالآمر والمستأجر ليس بخصم لمدعي إجارة أو رهن أو شراء كالمستعير والمشتري خصم للكل، وكذا الموهوب له والخصم في دعوى المبيع قبل القبض العاقدان وفي المبيع الفاسد قبل القبض

البائع وحده وبعده المشتري وحده وسيأتي تمامه في كتاب الدعوى. قوله: (إلا أن يحضر من يقوم مقامه كالوكيل والوصي) ذكر المثالين ليبين أن القائم مقامه قد يكون بإنابته أو بإنابة الشرع، فالوصي إن كان من قبل الميت فهو بإنابته، وإن كان منصوب القاضي فهو بإنابة الشرع، وظاهر الاستثناء أن الوكيل أو الوصي إذا حضر فإن القاضي إنما يحكم على الغائب وعلى الميت ولا يحكم على الوكيل أو الوصي ويكتب في السجل أنه حكم على الميت وعلى الغائب بحضرة وكيله وبحضرة وصيه، كذا في جامع الفصولين. وفي البزازية من اليمين: ادعى أنه وكيل الغائب بقبض الدين أو العين إن برهن على الوكالة والمال قبلت، وإن أقر بالوكالة وأنكر المال لا يصير خصما ولا تقبل البينة على المال لانه لم يثبت كونه خصما بإقرار المطلوب لانه ليس بحجة في حق الطالب. وإن أقر بالمال وأنكر الوكالة لا يستحلف على الوكالة لان التحليف يترتب على دعوى صحيحة ولم توجد لعدم ثبوت الوكالة. وذكر الخصاف أنه يحلف على الوكالة والاول أصح، ولو أنكر الكل فهو كإنكار الوكالة وحدها، ولو أقام البينة على المال والوكالة تقبل عند الامام لان الوكيل يقبض الدين خصم. وفصل الوصاية في المال كفصل الوكالة إلا في فصل وهو أنه إذا ادعى أن فلانا الميت أوصى إليه بحفظ ماله وقبضه وله كذا عند هذا الحاضر فأقر الحاضر بالكل يؤمر بتسليم الدين والعين بخلاف الوكالة، وإن أقر بالوصاية والموت وأنكر المال يحلف، وإن أقر بالمال والموت وأنكر الوصاية ينصب القاضي وصيا ولا يحلفه لما ذكرنا أن دعوى الوصاية ليست بلازمة، وإن أقر بالوصاية والمال وأنكر الموت يحلفه على علمه كما في الوارث، وإن أقام بينة على كل ذلك تقبل في الكل ا ه. وفيها من التاسع في نصب الوصي الخصم في إثبات الوصاية الوارث البالغ أو مديون الميت أو الموصى له. واختلفوا في ابن الميت فهو خصم على ما ذكره الخصاف، وخالفه بعض المشايخ، ولا تثبت بإقرار مديون الميت أو مودعه، وإذا ثبتت الوصاية بالبينة لمدعي الدين ثم حضر غريم أخر أو موصى له آخر لا يقضى للثاني ببنية الاول وعند الثاني يقضى، وفي الوصية بأنواع البر يكتفي بتلك البينة بالاجماع ا ه. وأطلق في الوكيل فشمل ما إذا كان وكيلا في الخصومة والدعوى وما إذا كان وكيلا للقضاء كما إذا أقيمت البينة عليه فوكل ليقضي عليه ثم غاب كما في القنية، وفيها من باب القضاء على الغائب: استمهل المدعى عليه بعد البينة العادلة القاضي مدة معينة وغاب ومضت تلك المدة، فإن ظهر تعنته فله القضاء حال غيبته. ومثله عن الجندي قال رضي الله عنه: واشتراطهما التغيب للقضاء عليه اختيار حسن قامت البينة على الوكيل فغاب فحضر

***

[٣٣]

موكله أو على العكس أو قامت البينة على المورث فمات وحضر وارثه أو قامت على وارث فغاب وحضر وارث أخر ففي هذه الصورة يقضي على الذي حضر بتلك البينة ا ه. وفيها من كتاب الوكالة: لا تقبل من الوكيل بالخصومة بينة على وكالته من غير خصم حاضر ولو قضى عليه صح لانه قضاء في المختلف ا ه. وفي جامع الفصولين من الخامس: أراد وكيل البيع إثبات وكالته بحيث لو أنكر موكله لا يسمع إنكاره فله وجهان: أحدهما أن يسلم الوكيل العين إلى رجل ثم يدعي أنه وكيل بقبضه وبيعه فسلمه إلي فيقول ذو اليد لا أعلم وكالته فيبرهن فيأمر القاضي بتسليمه إليه فيبيعه. والثاني أن يقول هذا الفلان فأبيعه منك فإذا باعه وقبض ثمنه يقول المشتجي لا أقبض المبيع لاني أخاف أن ينكر المالك وكالتك وربما يهلك المبيع في يدي أن ينقض فيضمنني فيبرهن الوكيل أنه وكيله بذلك ويجبره على القبض ويثبت بالبينة ولاية الجبر على القبض. وهنا وجه آخر وهو أن يبيع فيقول أني فضولي فلا أسلم المبيع فيبرهن المشتري أنه وكيل فلان بالبيع فهو خصم فيثبت أنه وكيل بالبيع ا ه. وفيه أيضا: وكلهما بقبض دينه فغاب الموكل وأحد الوكيلين فادعى الوكيل الآخر فأقر الغريم بدينه وجحد وكالته فبرهن الوكيل أن الدائن وكله وفلانا الغائب يقبض دينه يحكم بوكالتهما حتى لو حضر الغائب لا يكلف إعادة البينة، وكذا لو جحد الغريم الدين والتوكيل فبرهن عليهما الحاضر يحكم بالدين وبوكالتهما ا ه. وأطلق في الوكيل أيضا فشمل ما إذا نصبه القاضي عن الغائب وهو المسمى بالمسخر وفيه اختلاف. قال في جامع الفصولين: ادعى على غائب دينا بحضرة رجل يدعي أنه وكيل الغائب في الخصومة فأقر المدعى عليه بالوكالة لم يصح إقراره حتى لو برهن على الغائب لم يقبل، وكذا لو ادعى دينا على ميت بحضرة رجل يدعي أنه وصي الميت وأقر المدعى عليه بالوصاية، كذا في آخر فصل الدعاوى. ثم رقم لآخر: القاضي لو علم أن المحضر ليس بخصم لا تسمع الخصومة والحكم على المسخر لم يجز، وتفسير المسخر أن ينصب القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع الخصومة عليه، وإنما يجوز نصب

الوكيل عمن اختفى في بيته بعد ما نادى أمين القاضي على باب داره أياما. ثم رقم لآخر: الحكم على المسخر لا يجوز، وقيل ينبغي أن تكون هذه المسألة على الروايتين إذا حاصله الحكم على الغائب وفيه روايتان عن أصحابنا، وكان ظهير الدين يفتي بأن الحكم على الغائب لا ينفذ كيلا يتطرقوا إلى هدم مذهب أصحابنا ا ه. ثم اعلم أن نصب المسخر عند القائل به شرطه أن يكون الغائب في ولاية القاضي لما في الخزانة: القاضي إذا جعل نائبا عن الغائب حتى يسمع عليه الخصومة ويسمى هذا المسخر، فإذا كان الغائب ليس في ولاية هذا القاضي لا تصح هذه الانابة وليس لهذا طريق عند علمائنا ا ه. والمعتمد أن القضاء على المسخر لا يجوز والمجوز له خواهرزاده لانه أفتى بنفاذ القضاء على الغائب وهو عين القضاء على الغائب إلا لضرورة وهي في مسائل:
***
[٣٤]
الاولى علق المديون العتق أو الطلاق على عدم قضائه اليوم ثم تغيب الطالب وخاف الحالف الحنث فإن القاضي ينصب وكيلا عن الغائب ويدفع الدين إليه ولا يحنث الحالف وعليه الفتوى كما في الخانية. الثانية المشتري بخيار أراد الرد في المدة فاختفي البائع فطلب المشتري من القاضي أن ينصب خصما عن البائع ليرده عليه قبل ينصب نظرا إلى المشتري، وقيل لا لانه لما اشترى ولم يأخذ منه وكيلا مع احتمال غيبته فقد ترك النظر لنفسه فلا ينظر له، وإذا لم ينصب وطلب المشتري من القاضي الاعذار رفعن محمد فيه روايتان يعذر في رواية فيبعث مناديا ينادي على باب البائع أن القاضي يقول إن خصمك فلانا يرد الرد عليك فإن حضرت وإلا نقضت البيع فلا ينقضه القاضي بلا إعذار، وفي رواية لا يعذر القاضي، كذا في جامع الفصولين. الثالث كفل بنفسه على أنه لو يواف به غدا فدينه على الكفيل فغاب الطالب في الغد فلم يجده الكفيل حتى مضى الغد لزمه المال، ولو رفع الكفيل الامر إلى القاضي فنصب القاضي وكيلا عن الطالب وسلم إليه المكفول عنه يبرأ وهو خلاف ظاهر الرواية إنما هو في بعض الروايات عن أبي يوسف، كذا في جامع الفصولين. الرابعة إذا توارى الخصم فالقاضي يرسل أمينا ينادي على بابه ثلاثة أيام ثم ينصب عنه وكيلا للدعوى وهو قول أبي يوسف استحسنه وعمل به ثم قال: الخصم شرط لقبول البينة لو أراد المدعي أن يأخذ من يد الخصم الغائب شيئا أما لو أراد أن يأخذ حقه من ثمن مال كان للغائب في يده لا يشترط حضور الخصم ولا يحتاج القاضي إلى نصب الوكيل لو اشتراه فغاب، وقدمناه في متفرقات البيوع. وإنما أدخل كاف التشبيه في قوله كالوكيل والوصي للاشارة إلى عدم الحصر فالمتولي على الوقف كذلك وأحد الورثة عن الباقين فيما للميت وعليه لكن إن كان في عين فلا بد من كونها في يده، فلو ادعى عينا من التركة على وارث ليست في يده لم تسمع وفي دعوى الدين ينتصب أحدهم خصما وإن لم يكن في يده شئ. وفي جامع الفصولين من الرابع: والحاصل أن أحد شريكي الدين خصم عن الآخر في الارث وفاقا، وفي غيره عند أبي يوسف لا عند أبي حنيفة. وقال محمد: قول أبي حنيفة قياس وقول أبي يوسف استحسان ومحمد مع أبي يوسف ا ه. ومن ذلك من بيده مال الميت وإن لم يكن وصيا ولا وارثا وفيه اختلاف المشايخ ومن ذلك بعض الموقوف عليهم لما في القنية من باب الدعوى والبينات في الوقف: وقف بين أخوين مات أحدهما وبقي في يد الحي وأولاد الميت ثم الحي أقام على واحد من أولاد
***
[٣٥]
الاخ أن الوقف بطن بعد بطن والباقي غيب ولوقف واحد تقبل وينتصب خصما عن الباقي ثم قال: وقف بين جماعة فلواحد منهم أو لوكيله أو على واحد منهم أو على وكيله تصح الدعوى إذا كان الوقف واحدا ثم رقم لا تصح الدعوى على بعضهم إذا كان المحدود في أيدي جميعهم ولا يصح القضاء إلا بقدر ما في يد الحاضرين ا ه. قوله: (أو يكون ما يدعي عن الغائب سببا لما يدعي على الحاضر) بالنصب عطفا على يحضر وفي الحقيقة الحاضر قائم مقام الغائب حكما. أطلقه فشمل ما إذا كان المدعى عليهما شيئا واحدا وما يدعي على الغائب سبب لما يدعي على الحاضر لا محالة فحينئذ يقضى عليهما حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره. وشمل ما إذا كان المدعي شيئين مختلفين وما يدعي على الغائب سبب لما يدعي على الحاضر بكل حال لا ينفك عنه فيكون خصما ويقضى عليهما. أما الاول ففي مسائل: الاولى ادعى دارا في يدر رجل أنها ملكه اشتراها من فلان الغائب ونكر ذو اليد فبرهن على الشراء من فلان الغائب المالك قضى له بها وكان قضاء على الغائب لان الشراء من الملك سبب لا محالة. الثانية ادعى على آخر أنه كفل عن فلان بما

يذوب له عليه فأقر بها وأنكر الحق فبرهن أنه ذاب له على فلان كذا بعد الكفالة قضى عليهما، وكذا إذا ادعى عليه أنه كفل له بجميع ماله على فلان ثم برهن على قدر معلوم كان له قبل الكفالة يقضى عليها، سواء قال إنه كفيل بأمره أو لا، وأما إذا ادعى أنه كفل له بقدر معلوم فلا بد أن تكون الكفالة بأمره، والكفالة المطلقة هي الحيلة في إثبات الدين على الغائب ثم يبرئ المدعي الكفيل عنها ويبقى ماله على الغائب، وكذا إذا ادعى الكفيل بالامر الاداء وأنكر المكفول عنه الاداء والطالب غائب فبرهن عليه يقضى عليهما كما في الخانية. والحوالة كالكفالة بل أولى لتضمنها براءة المحيل. الثالثة ادعى شفعة فأنكر ذو اليد الشراء فبرهن المدعي على الشراء من الغائب يقضي عليهما. وأما الثاني ففي مسائل: الاولى قذف محصنا فقال القاذف أنا عبد وقال المقذوف أعتقك مولاك وبرهن عليه قضى عليهما. الثانية ادعى المشهور عليه أن الشاهد عبد لفلان فبرهن المدعي أن المالك الغائب أعتقه تقبل ويقضى عليهما وهي حيلة إثبات العتق على الغائب. الثالثة قتل عمدا وله وليان أحدهما غائب فادعى الحاضر أن الغائب عفا عن نصيبه وانقلب نصيبه مالا وبرهن يقضى عليهما، وأورد عليه ما إذا كان عبد بين حاضر وغائب ادعى العبد أن الغائب أعتق حصته وصار عند الامام مكاتبا فواجب على الحاضر قصر اليد عنه عنده لا تقبل وإن تحققت السببية. وأجيب بأن عدم القبول عند الامام لا لعدم الخصم بل لجهالة المقضى له بالكتابة لانه إذا اختار الساكت التضمين

***

[٣٦]

يكون مكاتبا للمعتق، وإن اختار السعاية يكون مكاتبا للساكت. ومن هذا النوع مسألتان في تلخيص الجامع: الاولى قال لغيره يا ابن الزانية وأمه ميتة وادعى أنها كانت أمة لفلان فأقام ابنها بينة أن فلانا أعتقها أو أقام بينة أنها فلانة بنت فلان القرشية فإنه يقضي بعتقها في الاولى وبنسبها في الثانية، وإن كان المعتق والمنسوب إليه غائبين ويقضى بالحد على القاذف. الثانية أقام البينة أن نسبه يلتقي مع نسب الميت إلى جد الميت وأنهم لا يعلمون له وارثا غيره فإنه يقضى له بميراثه وإن لم يحضر أباؤهم ولا وكلاؤهم وفيه قضاء على الغائب ا ه. قيدنا بأن يكون سببا لا محالة للاحتراز عما يكون سببا في حال ولا يكون سببا في حال فإنه لا يكون قضاء على الغائب وذلك في مسألتين: الاولى الوكيل بنقل العبد إلى مولاه إذا برهن العبد على أنه حرره يقبل في حق قصر يد الحاضر لا في حق ثبوت العتق على الموكل، فلو حضر الغائب وأنكر لا بد من إعادة البينة. الثانية الوكيل بنقل المرأة إذا برهنت أنه طلقها ثلاثا يقبل في حق قصر يد الوكيل لا في إثبات الطلاق، وقد أنكر بشر المريسي القضاء على الغائب في هذه المسائل. قال في التحرير: وقد كان بعض العلماء يأبى انتصاب الحاضر خصما عن الغائب في هذه المسائل ولا يقضى على الحاضر بشئ ما لم يحضر الغائب وهو القياس الظاهر إلا أنا نقول بأن عامة الخصومات يتصل ظرف منها بالغائب فلو لم يجعل الحاضر خصما لادى إلى إبطال حقوق الناس، كذا في شرح التلخيص للفارسي. وبه اندفع ما اعترض به بعض الحنابلة من أن الحنفية منعوا القضاء على الغائب ثم تحيلوا له بما إذا كان سببا وهو عين القضاء على الغائب ا ه. وقيد بكونه سببا لما يدعي على الحاضر للاحتراز عما إذا كانت السببية باعتبار البقاء فإنه لا يقبل مطلقا وذلك في مسائل: الاولى اشترى جارية وادعى أن البائع كان زوجها من فلان الغائب واشتراها بلا علم بذلك فأنكر البائع فبرهن لم يقبل في حق الحاضر والغائب لانه سبب في البقاء لجواز الطلاق بعده، فلو تعرض الشهود للبقاء لم تقبل أيضا بأن قالوا إنها امرأته للحال لان البقاء تبع للابتداء. الثاني برهن المشتري فاسدا على البيع من غائب حين رام البائع فسخ البيع للفساد لا يقبل مطلقا وإن تعرضوا للبقاء. الثالثة في يده دار فبيعت دار بجنبها فأراد أخذها بالشفعة فزعم المشتري أن ما في يد الشفيع لغائب فبرهن الشفيع على شرائها من الغائب لا تقبل في حقهما. وقيد بالسبب للاحتراز عن الشرط في الجامع الاصغر قال: إن طالق فلان امرأته فأنت طالق فادعت أنه طلقها وفلان غائب وبرهن لا يصح، وقيل يصح وبه أخذ شمس الائمة الاوزجندي، والاول أصح لان فيه ابتداء القضاء على الغائب بخلاف ما إذا قامت البينة أن زوجها قال لها إن دخل فلان الدار فأنت كذا وقد دخل فلان الغائب الدار وبرهنت حيث يقبل اتفاقا، والذي يفعله الناس فيما إذا أرادوا إقامة البينة على الغائب أنه وكله في قبض حقوقه على الناس يدعي واحد عند القاضي أن الغائب علق تلك

***

[٣٧]

الوكالة ببيع هذا الحاضر داره من فلان بكذا وقد باع هذا دار من فلان وتحقق الشرط وصار هو وكيلا عن الغائب في القبض ولموكله

على هذا المحضر كذا فيقول المدعى عليه نعم إنه وكله كما ذكر إلا أنه لم يوجد الشرط فيقيم الوكيل البينة على وجود الشرط فيقضي القاضي عليه بالبيع والوكالة لا تصح إلا على اختيار الامام الاوزجندي لما فيه من إبطال حق الغائب، كذا في البزازية. وفرقهم بين سبب وسبب وبين السبب والشرط على الصحيح أدل دليل على أن قولهم بنفاذ القضاء على الغائب في أظهر الروايتين إنما هو في قضاء الشافعي، وأما الحنفي فلا لانه حينئذ لا معنى للفرق المذكور. ومن مسائل الشرط ما في جامع الفصولين: علق طلاقها بتزوجه عليها فبرهنت أنه تزوج عليها فلانة الغائبة عن المجلس هل تسمع حال غيبة فلانة؟ فيه روايتان والاصح أنها لا تقبل في حق الحاضرة والغائبة فلا طلاق ولا نكاح. ومن فروعه: ادعت عليه أنه كفل بمهرها عن زوجها لو طلقها ثلاثا وأنه طلقها ثلاثا فأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر العلم بوقوع الثلاث فبرهنت أنه طلقها ثلاثا يحكم لها بالمهر على الحاضر لا بالفرقة على الغائب ا ه. وقد علمت حيلة إثبات العتق كما قدمناه. وفي شرح التلخيص: رجل له على عبد مأذون دين أقام البينة على رجل أنك كفلت لي عنه بكذا إن أعتقه مولاه وقد أعتقه فإنه يقضى بالعتق والمال وإن كان المولى والعبد غائبين لان الاعتاق سبب ضمان المولى قيمة العبد المديون لغريمه فكان شرطا ملائما لا تعليقا محضا فصح الالتزام به وناب الحاضر في الخصومة عن الغائب ا ه. وهو من قبيل الشرط فليتأمل. وأما حيلة إثبات طلاق الغائب فكلها على الضعيف من أن الشرط كالسبب فمنها حيلة الكفالة بمهرها معلقة بطلاقه، ومنها دعواها كفالة بنفقة العدة معلقة بالطلاق. قال في جامع الفصولين: ومع هذا لو حكم بالحرمة نفذ

***

[٣٨]

لاختلاف المشايخ ا ه. وفي البزازية من فصل دعوى النكاح: ادعى عليها أن زوجها الغائب طلقها وانقضت عدتها وتزوجها فأقرت بزوجية الغائب وأنكرت طلاقه فبرهن عليها بالطلاق يقضى عليها بأنها زوجة الحاضر ولا يحتاج إلى إعادة البينة إذا حضر الغائب ا ه. وقدمنا حيلتين لاثبات الدين على غائب: الكفالة والحوالة. وأما حيلة إثبات الرهن على الغائب قال في جامع الفصولين معزوا: المرتهن لو أراد أن يحكم به القاضي يقيم رجلا يدعي رقبة الرهن فيبرهن ذو اليد أنه رهن عنده فيحكم به القاضي وفيه روايتان: في رواية لا تقبل إذ فيه حكم على غائب وتقبل في رواية لانه لا رهن عنده فقد استحفظه فصار خصما في إثبات الملك للراهن ا ه. وأما حيلة الحكم بسقوط النفقة والكسوة الماضيتين فالقضاة الآن يجعلونها بصورة إن كانت لها نفقة وكسوة علي فهي طالق بائن فيدعي عليه ذو حسبة عند حنفي بوقوعه لكونها لازمة عليه ويطالبه بالتفريق فيجيب بأنها ليست لازمة لعدم التقرير والرضا فيحلفه القاضي على ذلك فيحكم بعدم الوقوع وبعدم اللزوم، ولا شك الآن في صحته لكن المرأة إذا حضرت وبرهنت على التقرير بطل الحكم كما لا يخفى. وقيد بكون السبب ما يدعي على الغائب لانه لو كان على عكسه بأن كان ما يدعي على الحاضر سببا لما يدعي على الغائب فإنه لا يقضى على الغائب كما إذا كان الحاضر هو الاصيل والكفيل غائب لجواز أن يكون المال على الاصيل لا الكفيل كما قبل الكفالة بخلاف عكسه لا يجوز أن يكون المال على الكفيل دون الاصيل. وجزم في جامع الفصولين بأن القضاء على الاصيل لا يكون قضاء على الكفيل. وتردد في البزازية وأورد على قولهم لا يجوز أن يكون على الكفيل دون الاصيل ما إذا قالت كفلت بمالك على زيد فأقر الكفيل بأن له على زيد كذا وأنكره زيد ولا بينة وجب المال على الكفيل دون الاصيل. ثم نقل عن محمد أن القضاء على المكفول عنه قضاء على الكفيل. وعن ابن سماعة أنه لا يكون قضاء عليه ففيه روايتان، والموافق لمفهوم المتون عدمه

***

[٣٩]

فهو المعتمد. والجواب عما أورد أنه لكون الاقرار حجة قاصرة كما لا يخفى. وفي الخلاصة: الطريق إلى إثبات الرمضانية أن يعلق وكالة بدخوله فيتنازعان في دخوله فيشهد الشهود فيقضي بالوكالة وبدخوله ا ه. وعلى هذا إذا أريد إثبات طلاق معلق بدخول شهر فالحيلة فيه ذلك ولو كان الزوج غائبا وليس هذا من قبيل الشرط لانه لا بد أن يكون فعل الغائب، وعلى هذا إذا أريد إثبات شئ من ملك ووقف ونكاح وطلاق فيعلق وكالة بملك فلان ذلك الشئ ويدعي الوكيل فيقول الخصم وكالتك معلقة بما لم يوجد فيقول الوكيل بل هي منجزة لانها معلقة بأمر كائن ويبرهن على الملك. وكذا في الوقف يعلقها بالوقفية، وفي النكاح بكون فلانة زوجة فلان، وفي الطلاق بكونها محرمة عليه ولا يعلقها بفعل الغائب كإن نكح إن وقف إن طلق إن ملك. هذا ما ظهر لي الآن والله سبحانه وتعالى

أعلم وهذا التقرير في هذا المحل كغيره من خواص هذا الشرح ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. قوله: (ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب الصك لا الوصي والاب) لان القاضي يقدر على تحصيله من المستقرض والوصي والاب لا يقدران على ذلك فيضمنان بالاقراض لكونه تبرعا ابتداء. والمراد ويستحب للقاضي الاقراض ولا يجوز للاب والوصي وإنما استحب منه لان القاضي لكثرة اشتغاله لا يمكن أن يباشر الحفظ بنفسه فلا بد له من الدفع لغيره والدفع بالقرض أنظر لليتيم لكونه مضمونا والوديعة أمانة ولا يقرض إلا من يعرفه بالامانة والديانة ويكتب عليه ذلك ليحفظه خوف النسيان لكثرة اشتغاله. وفي البناية معزيا إلى تاج الشريعة: يقرض القاضي إلى الثقات والثقة الملئ الحسن المعاملة. وفي الاقضية إنما يملك القاضي الاقراض إذا لم تحصل غلة لليتيم أما إذا وجدت فلا يملكه، هكذا روي عن محمد ا ه. وفي المصباح: رجل ملئ على فعيل غني مقتدر ويجوز الابدال والادغام ا ه. وينبغي أن يشترط لجواز إقراض القاضي عدم وصي لليتيم فإن كان له وصي ولو منصوب القاضي لم يجز لانه من التصرف في ماله وهو ممنوع منه مع وجود وصيه كما في بيوع القنية. وسوى المصنف بين الاب والوصي مع أن في الاب روايتين ولكن أظهرهما أنه كالوصي وهو الصحيح كما في جامع الفصولين. وفي خزانة الفتاوى: الصحيح أن الاب كالقاضي فقد

***

[٤٠]

اختلف التصحيح والمعتمد ما في المتون. وأطلق في منع إقراض الاب فشمل ما إذا أخذ مال ولده الصغير قرضا لنفسه وهو مروي عن الامام، وقيل له ذلك، وينبغي للقاضي أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم مال الايتام حتى إذا اختل أحد منهم أخذ منه المال لان القاضي وإن قدر على استخلاصه إنما يقدر من الغني لا من الفقير ولهذا لا يملك قرضه من المعسر ابتداء فكذا لا يتركه عنده انتهاء. وأشار المؤلف إلى أن للقاضي ولاية إقراض مال الوقف كما في جامع الفصولين، وله إقراض اللقطة من الملتقط وإقراض مال الغائب وله بيع منقوله إذا خاف التلف إذا لم يعلم بمكان الغائب أما إذا علم فلا لانه يمكنه بعثه إلى الغائب إذا خاف التلف. قالوا: وله أن يأخذ المال من الاب إذا كان مسرفا معذرا ويضعه على يد عدل، كذا في القنية. وفي جامع الفصولين: إنما يملك القاضي اقراضه إذا لم يجد ما يشتريه له يكون غلة لليتيم لا لو وجده أو وجد من يضارب لانه أنفع وكذا إنما يقرضه من ملئ ا ه. وقيد بالاقراض لان الوصي يملك البيع نسيئة كما ذكروه في الوصايا. وفي جامع الفصولين: ولو أقرض الوصي لا يعد خيانة فلا يعزل به ا ه. وأطلق في الوصي فشمل وصي القاضي كما في جامع الفصولين، وأشار بالوصي إلى أن متولي الوقف ليس له اقراض مال المسجد فلو أقرضه ضمن وكذا يضمن المستقرض، كذا في الخزانة. وليس له إيداعه إلا ممن هو في عياله، كذا في جامع الفصولين. ثم قال بعده: القيم لو أقرض مال المسجد ليأخذه عند الحاجة وهو أحرز من إمساكه فلا بأس به وفي العدة يسع للمتولي إقراض ما فضل من غلة الوقف لو أحرز ا ه. وقدمنا في كتاب الوقف حكم ما إذا أقرض المتولي مال الوقف بأمر القاضي من الامام فمات مفلسا. وفي جامع الفصولين: لو استقرض الوصي مال اليتيم وربح به ثم أنفق عليه مدة يكون متبرعا إذا صار ضامنا فلا يتخلص ما لم يرفع أمره إلى الحاكم والاصح أن الوصي لا يملك أن يستقرض ماله وقيل يملكه لو مليا ا ه. وفي تهذيب القلانسي: ويصدق القاضي فيما قاله من التصرف في الاوقاف وأموال الايتام والغائبين من أداء وقبض ا ه. وفي شرح أدب القضاء: اقراض القاضي أنفع للصبي وأحوط لماله لكونه مضمونا ولتمكنه من الاسترداد وقالوا: الوصي يملك الايداع لا القرض. ولم أر حكم الجد في جواز إقراضه على رواية جوازه للاب، والظاهر أنه كالاب لقولهم الجد أب الاب كالاب

***

[٤١]

إلا في مسائل. ويجب أن يستثنى من عدم جواز إقراض الاب والوصي المعتمد إقراضه للضرورة كحرق ونهب فيجوز اتفاقا. واختلفوا في إعارة الاب مال ولده الصغير وفي الصحيح لا. وفي الخزانة: إذا أجر الاب أو الوصي أو الجد أو القاضي الصغير في عمل من الاعمال التي تليق به فالصحيح جوازها وإن كانت بأقل من إجرة المثل، وقدمنا في أول كتاب القضاء ما يستفيده القاضي بالتولية والله تعالى أعلم. باب التحكيم لما كان من فروع القضاء وكان أحط رتبة من القضاء أخره ولهذا قال أبو يوسف: لا يجوز تعليقه بالشرط

وإضافته إلى وقت بخلاف القضاء لكونه صلحا من وجه. وله معنيان: لغوي واصطلاحي. أما الاول يقال حكمت الرجل تحكيما إذا منعته مما أراد ويقال أيضا حكمته في مالي إذا جعلت إليه الحكم فيه فاحتكم علي في ذلك، واحتكموا إلى الحاكم وتحاكموا بمعنى والمحاكمة المخاصمة إلى الحاكم، كذا في الصحاح. والمراد الثاني فهو في اللغة جعل الحكم في مالك إلى غيرك. وفي المحيط: تفسير التحكيم تصيير غيره حاكما. وأما في الاصطلاح فهو تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما. وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر فلو حكما رجلا فلم يقبل لا يجوز حكمه إلا بتجديد التحكيم، كذا في المحيط. وشرطه من جهة المحكم - بالكسر - العقل لا الحرية فتحكيم المكاتب والعبد المأذون صحيح ولا يشترط الاسلام فيه، فتحكيم الذمي ذميا صحيح، وتحكيم المرتد موقوف عنده فإن حكم ثم قتل المرتد أو لحق بطل الحكم، وإن أسلم نفذ وعندهما جائز بكل حال، كذا في المحيط. ومن جهة المحكم - بالفتح - صلاحيته للقضاء بكونه أهلا للشهادة فلو حكم عبدا أو صبيا أو ذميا أو محدودا في قذف لم يصح. وتشترط الاهلية وقته ووقت الحكم جميعا فلو حكما عبدا فعتق أو صبيا فبلغ أو ذميا فأسلم ثم حكم لم ينفذ كما في المقلد. ولو حكما حرا أو عبدا

***

[٤٢]

فحكم الحر وحده لم يجز، وكذا إذا حكما كما في المحيط. وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد لم ينفذ. ولو حكم ذمي بين مسلمين فأجاز لم يجز لحكمه ابتداء كما في المحيط. ويصح أن يكون كافرا في حق كافر فلو أسلم أحد الخصمين قبل الحكم لم ينفذ حكم الكافر على المسلم وينفذ للمسلم على الذمي وقيل لا يجوز للمسلم أيضا، كذا في المحيط. ولهذا قالوا: لو صلح المحكم قاضيا ولم يقولوا لو صلح شاهدا لان الشاهد لا يشترط صلاحيته وقت التحمل وإنما تشترط وقت الاداء فقط. وأما القاضي والمحكم فتشترط وقت التقليد والقضاء كما علمته وزاد الحكم اشتراطها فيما بينهما كما سيأتي في المسائل المخالفة. ومن جهة المحكوم به أن لا يكون في حد وقود، وصفته قبل الحكم الجواز وبعده اللزوم. وجوازه بالكتاب * (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) * (النساء: ٣٥) وفيه نظر، كذا في فتح القدير من غير بيانه. ووجهه أن كلا من الحكمين لم يتراضيا عليه خصوصا أن الضمير في قوله فابعثوا عائد إلى الحكام العائد إليهم ضمير فإن خفتم ولان الحكم عندنا إنما يصلح فقط وليس له إيقاع الطلاق فهو وكيل فلم يكن من هذا القبيل وبالسنة كما رواه النسائي قال أبو شريح: يا رسول الله إن قومي إذا اختلفوا في شئ فأتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان فقال عليه الصلاة والسلام: ما أحسن هذا. وأجمع على أنه صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم. وروي أنه كان بين عمر وأبي بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت فأتياه فخرج زيد فقال لعمر: هلا بعثت إلي فأتيتك يا أمير المؤمنين فقال عمر: في بيته يؤتى الحكم فدخلا بيته فألقى لعمر وسادة فقال عمر: هذا أول جورك. وكانت اليمين على عمر فقال زيد لابي: لو أعفيت أمير المؤمنين فقال عمر: يمين لزمتني فقال أبي: نعفي أمير المؤمنين ونصدقه. وليعلم أنه لا يظن بأحد منهما في هذه الخصومة التلبيس وإنما هي لاشتباه الحادثة عليهما فتقدما إلى الحكم للتبيين لا للتلبيس، وفيه جواز التحكيم وأن زيدا كان معروفا بالفقه. وظاهر ما ذكره الصدر الشهيد في شرح أدب القضاء أن الحكم من الامام بمنزلة القاضي المولى ا ه‍. فعلى هذا إذا رفع حكمه إلى قاض لا يراه أمضاه فليحفظ. وفي المحيط:

***

[٤٣]

الامام الذي استعمل القاضي أمر رجلا ممن تجوز شهادته أن يحكم بين رجلين جاز وهو بمنزلة القاضي المولى، ولو أمر القاضي رجلا أن يحكم بين رجلين لم يجز إذا لم يكن مأذونا بالاستخلاف إلا أن يجيزه القاضي بعد الحكم أو يتراضى عليه الخصمان، كذا في المحيط. وروي أن ابن عباس رضي الله عنهما كان يختلف إليه ويأخذ بركاته عند ركوبه وقال: هكذا أمرنا أن نصنع بفقهائنا، فقبل زيد يده وقال: هكذا أمرنا أن نصنع بأشرافنا. وفيه أن الامام لا يكون قاضيا في حق نفسه وأنه ينبغي أن من احتاج إلى العلم يأتي إلى العالم في بيته ولا يبعث إليه ليأتيه وإن كان أوجه الناس. وأما القاء زيد الوسادة فاجتهاد من قوله صلى الله عليه وسلم إذا أتاكم كريم قوم

فأكرموه وبسط النبي صلى الله عليه وسلم رداء لعدي بن حاتم. وأن الخليفة ليس كغيره واجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الاول، وأنه لا بأس بالحلف صادقا وامتناع عثمان حين لزمته كان لامر آخر، وأن اليمين حق المدعي على المدعى عليه له أن يستوفيها وتسقط بإسقاطه، كذا في فتح القدير تبعا لما في النهاية. وفي البزازية: وبعض علمائنا كانوا يقولون أكثر قضاة عهدنا في بلادنا أكثرهم مصالحون لانهم تقلدوا القضاء بالرشوة ويجوز أن يجعل حكما بترافع القضية إليهم. واعترض عليه بعضهم بأن الرفع ليس على وجه التحكيم بل على اعتقاد أنه قاض ماض الحكم ورفع الدعوى عليه قد يكون بالاشخاص والجبر فلا يكون حكما ألا ترى أن البيع ينعقد بالتعاطي ابتداء لكن إذا تقدم بيع باطل أو فاسد وترتب عليه التعاطي لا ينعقد البيع لكونه على سبب آخر كذا هنا، ولهذا قال السلف: القاضي النافذ حكمه أعز من الكبريت الاحمر ا ه. وذكر الشيخ عبد القادر في الطبقات أن الامام أحمد الدامغاني تلميذ الطحاوي والكرخي لما تولى القضاء بواسط كان يقول للخصمين أنظر بينكما فإن قالا نعم نظر وتارة يقول أحكم بينكما ا ه. قوله: (حكما رجلا ليحكم بينهما فحكم ببينة أو اقرار أو نكول في غير حد وقود ودية على العاقلة صح لو صلح المحكم قاضيا) لما قدمناه من الدلائل وشرط أن يكون حكمه بحجة من الثلاث ليوافق حكم الشرع وإلا يقع باطلا وظاهره أنه لا يحكم بعلمه ولم أره صريحا، ولم يصح حكمه في الحدود والقصاص لان تحكيمهما بمنزلة صلحهما ولا يملكان دمهما ولذا لا يباح بالاباحة، وكذا لا ولاية لهما على العاقلة فلا ينفذ حكمه عليها ولا على القاتل بالدية وحده لمخالفة النص فكان باطلا، ولم أر حكم التحكيم في اللعان مع أنه قائم مقام الحد ولهذا قالوا: لا تقبل فيه الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي إلى القاضي ولا

***

[٤٤]

التوكيل. وقيد بكونها على العاقلة لانها لو كانت على القاتل بأن ثبت القتل باقراره أو ثبتت جراحة ببينة وأرشها أقل مما تحمله العاقلة خطأ كانت الجراحة أو عمدا أو كانت قدر ما تحمله ولكن الجراحة كانت عمدا لا توجب القصاص نفذ حكمه، وما في الكتاب من منعه في القصاص هو قول الخصاف وهو الصحيح كما في فتح القدير، وما في المحيط من جوازه فيه باعتبار أنه من حقوق العباد ضعيف رواية ودراية لان القصاص لم يتمحض حق العبد بل هو من قبيل ما اجتمع فيه الحقان وإن كان الغالب حق العبد بدليل منع شهادة النساء فيه وكتاب القاضي إلى القاضي، وقد كتبنا في الفوائد إنه كالحدود إلا في مسائل منها أن للقاضي أن يقضى به بعلمه كما في الخلاصة. وأفاد بقوله لو صلح قاضيا جواز تحكيم المرأة والفاسق لصلاحيتهما للقضاء، والاولى أن لا يحكما فاسقا. ولو حكما رجلين فحكم أحدهما لم يجز ولا بد من اتفاقهما على المحكوم به فلو اختلفا لم يجز كما في الولوالجية. وفي أدب القضاء للخصاف: لو قال لامرأته أنت علي حرام ونوى الطلاق دون الثلاث فحكما رجلين فحكم أحدهما بأنها بائن وحكم لآخر بأنها بائن بالثلاث لم يجز لانهما لم يجتمعا على أمر واحد ا ه. فقوله رجلا مثال والمراد إنسانا معلوما فلو حكما أول من يدخل المسجد لم يجز إجماعا لجهالة الصلح عليه، كذا في المحيط. وأشار بصلاحيته للقضاء أن أحدهما لو وكل الحكم في الخصومة وقبل خرج عن الحكومة لتعينه خصما في هذه الحادثة فخرج عن الشهادة فيها، ولو وكل أحدهما ابن الحكم أو من لم تقبل شهادته له لم يجز كما في المحيط وقدمنا شرائطه، وكذا ما اختاره السرخسي من جوازه في حد القذف ضعيف بالاولى لان الغالب فيه حق الله تعالى على الاصح والحكم قال في الولوالجية: الاصح أنه لا يجوز في الحدود كلها. وشمل قوله في غير حد الخ سائر المجتهدات من النكاح والطلاق واليمين المضافة كما سيأتي. قوله: (ولكل واحد من الحكمين أن يرجع قبل حكمه) لانه تقلد من جهتهما فكان لكل منهما عزله وهو من الامور الجائزة فينفرد أحدهما بنقضه كالمضاربة والشركة والوكالة قوله: (فإن حكم لزمهما) لصدوره عن ولاية شرعية فلا يبطل حكمه بعزلهما. وأشار بقوله لزمهما إلى أنه لا يتعدى إلى غيرهما فلو حكماه في عيب مبيع فقضى برده ليس للبائع أن يرده على بائعه إلا أن يرضى البائع الاول والثاني والمشتري على تحكيمه، كذا في فتح القدير. وفي الولوالجية: حكم المحكم في فسخ اليمين المضافة الصحيح أنه ينفذ لانه فيما بينهما بمنزلة القاضي المولى وإن كانا يفترقان في شئ آخر لكن هذا شئ يعلم ولا يفتى به ا ه. وفي السراج الوهاج إلا أن أصحابنا امتنعوا من هذه الفتوى وقالوا لا بد فيها من حكم المولى

***

[٤٥]

كالحدود كي لا يتجاسر العوام ا هـ. واعلم أن معنى قولهم لا يفتي به لا يكتب على الفتوى ولا يجاب باللسان بالحل وإنما يسكت المفتي كما أفاده في الفتاوى الصغرى بقوله نكتم هذا الفصل ولا نفتي به. وظاهر الهداية أن معناه أن المفتي يجيب بقوله لا يحل فليتأمل فيه. وفي القنية: ليس للمحكم أن يحكم بشئ فيه ضرر على الصغير يعني إذا ادعى على وصيه. ثم رقم لآخر أنه لا يحكم. وقال حمير الوبري: إن كان في حكم المحكم نظر للصبي ينبغي أن يجوز وينفذ حكمه ويكون بمنزلة صلح الوصي ولا يجوز استخلاف المحكم غرماء الصبي. مس صهرته بشهوة فانتشر لها فحكم الزوجان رجلا ليحكم بينهما بالحل على مذهب الشافعي يصير حكما بينهما لكن الصحيح أن حكم الحكم في مثل هذه المواضع لا ينفذ قال رضي الله عنه: نفاذ قضائه صحيح لكن حكم المحكم في أمثال هذا الحكم في الطلاق المضاف مختلف نفاذ قضائه وإن كان الاصح هو النفاذ إذا حكماه ليحكم بينهما بما يرى، وإذا كان التحكيم ليحكم على خلاف ما يراه المحكم كان الصحيح عدم نفاذ قضائه. تزوج بامرأة زنى بها ابنه ثم ادعت المرأة عليه نفقة وسكنى فحكم بالحل بينهما حاكم أو حكم تحل ولكن لا يكتب أي لا يفتى به ا هـ. والفرع الاخير ضعيف وقدمنا أنه من المواضع التي لا ينفذ فيها قضاء القاضي فعلى هذا المحكم يستخلف إلا في مسألة ما إذا كان المحكم وصيا والمدعى عليه غريم الميت قوله: (وأمضى القاضي حكمه إن وافق مذهبه) يعني إذا رفعا حكمه إلى القاضي وتداعيا عنده عمل القاضي بموجبه إن وافق مذهبه لانه لا فائدة في نقضه ثم إبرامه. وفائدة هذا الامضاء أن لا يكون لقاض أخر يرى خلافه نقضه إذا رفع إليه إمضاءه بمنزلة قضائه ابتداء، واستفيد من كلامهم هنا وفي مواضع أن التنافيذ الواقعة في زماننا لا اعتبار بها إذا كانت بغير دعوى صحيحة من خصم على خصم حاضر. وفي البزازية: المحكم إذا حلف لا يملك المدعي أن يحلف ثانيا عن القاضي لانه استوفى حقه على التمام ا هـ. وفي المحيط: حكم رجلا فأجاز القاضي حكومته قبل أن يحكم ثم حكم بخلاف رأي القاضي لم يجز لان القاضي أجاز المعدوم وإجازة الشئ قبل وجوده باطل فصار كأنه لم يجز ا هـ قوله: (وإلا أبطله) أي إن لم يوافق مذهبه لم يمضه وهو المراد بإبطاله لانه حكم لم يصدر عن ولاية عامة فلم يلزم القاضي إذا خالف رأيه، فظاهر كلامهم أنه يجب ابطاله أي عدم العمل بمقتضاه. واعلم أن حكمه لو رفع إلى حكم آخر حكماه بعد حكم الاول فإن الثاني كالقاضي يمضيه إن كان يوافق رأيه وإلا أبطله كما في المحيط. وفيه: فلو رجع المحكم عن حكمه فقضى للآخر لم يصح لانها تمت الحكومة بالقضاء الاول. واعلم أن قولهم هنا إن حكم الحكم لا يتعدى إلى العاقلة بخلاف حكم القاضي يفيد أن دعوى القتل خطأ على القاتل وإثباته بغيبة العاقلة صحيح وهو مصرح به في الخزانة.

***

[٤٦]

ثم اعلم أن حكم المحكم يخالف حكم القاضي في مسائل: الاولى هذه. الثانية أنه لا بد من تراضيهما على كونه حكما بينهما بخلاف القاضي. الثالثة لا يجوز تعليقه وإضافته عند أبي يوسف بخلاف القضاء كما قدمناه. وفي المحيط بعده: ولو حكماه على أن يستفتي فلانا ثم يقضي بينهما بما قال جاز كالقضاء، ولو حكماه على أن يحكم بينهما في يومه أو في مجلسه توقت به. الرابعة لا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص والدية على العاقلة بخلاف القضاء كما قدمناه. الخامسة لا يفتى بجوازه في فسخ اليمين المضافة بخلاف القضاء به كما قدمناه. السادسة أن حكمه لا يتعدى إلى الغائب لو كان ما يدعي عليه سببا لما يدعي على الحاضر، وكذا قال في التلخيص وشرحه لا يتعدى حكمه بعتق الشهود من التعديل إلى المولى المالك وصورته: رجلان شهدا عند محكم على حق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدان فقالا كنا عبدين لفلان الغائب إلا أنه أعتقنا وبرهنا على ذلك فحكم بشهادتهما لثبوت عدالتهما عنده جاز، ولا يتعدى حكمه بالعتق من التعديل الثابت عنده إلى حق المولى الغائب لو حضر وأنكر الاعتاق لعدم رضاه بالتحكيم ا هـ. وقال في الولوالجية: ولو أن رجلا ادعى على رجل ألف درهم ونازعه في ذلك فادعى أن فلانا الغائب ضمنها له عن هذا الرجل فحكما بينهما رجلا والكفيل غائب فأقام المدعي شاهدين على المال وعلى الكفالة بأمره أو بغير أمره فحكم المحكم بالمال على المدعى عليه وبالكفالة عنه فحكمه جائز على المدعى عليه دون الكفالة لان المدعى عليه رضي بحكمه والكفيل لم يرض فصح التحكيم في حقهما دون الكفيل. وكذلك إن حضر الكفيل والمكفول عنه غائب فتراضيا الطالب والكفيل على رجل ليحكم بينهما فأقام الطالب شاهدين بالمال على المطلوب وعلى كفالة الكفيل له بذلك بأمر المطلوب أو بغير أمره فحكم المحكم بذلك كان حكمه جائزا على الكفيل دون المكفول عنه ا هـ. السابعة كتاب المحكم إلى القاضي لا

يجوز كما لا يجوز كتاب القاضي إليه. الثامنة لا يحكم المحكم بكتاب قاض إلا إذا رضي الخصمان، كذا في البناية وفتح القدير. التاسعة المحكم إذا ارتد انعزل فإذا أسلم فلا بد من تحكيم جديد بخلاف القاضي كما في الولوالجية. العاشرة لو رد المحكم الشهادة بتهمة ثم اختصما إلى آخر أو قاض فزكيت البينة يقضي لان المحكم لم يكن قاضيا في حق غير الخصمين ولم يتصل بهذه الشهادة قاض من قضاة المسلمين إنما اتصل بها رد واحد من الرعايا فكان للقاضي إبطال هذا الرد بخلاف ما لو رد قاض شهادته للتهمة لا يقبلها قاض آخر لان القضاء بالرد نفذ على الكفاية، كذا في المحيط
***
[٤٧]
الحادية عشر ما في شرح التلخيص أنه لا يتعدى حكمه من وارث إلى الباقي والميت حتى لو ادعى عند المحكم رجل على وارث بدين على الميت وأقام بينة فحكم له بما ادعاه على ذلك الوارث لم يكن حكما على بقية الورثة ولا على الميت لعدم رضاهم بتحكيمه بخلاف حكم القاضي. الثانية عشر لا يتعدى حكمه بالعيب من المشتري على بائعه إلا برضا بائع بائعه كما في المحيط. الثالثة عشر لا يتعدى حكمه على وكيل بعيب المبيع إلى موكله وهما في فتح القدير. الرابعة عشر لا يصح حكمه على وصي صغير بما فيه ضرر عليه لما في البزازية: وإذا حكم الوصي على الصغير ومن يدعي عليه الوصي مال الصغير فحكم بما هو ضرر على الصغير لا يصح لانه بمنزلة صلح الوصي وإن كان في حكمه نفع للصغير يصح حكمه ا ه. ثم اعلم أن حكم المحكم لا يتعدى إلى غير المحكوم عليه إلا في مسألة مذكورة في التلخيص وشرحه: لو حكم أحد الشريكين وغريم له رجلا فحكم بينهما وألزم الشريك شيئا من المال المشترك نفذ حكمه على الشريك وتعدى إلى الغائب لان حكمه بمنزلة الصلح في حق الشريك الغائب والصلح من صنيع التجار فكان كل واحد من الشريكين راضيا بالصلح وما في معناه ا ه. ثم اعلم أنهم قالوا: إن القضاء يتعدى إلى الكافة في أربع: الحرية والنسب والنكاح والولاء، ولم يصرحوا بحكمها من المحكم. ويجب أن لا يتعدى فتسمع دعوى الملك في المحكوم بعتقه من المحكم بخلاف القاضي، وينبغي أن لا يلي المحكم الحبس ولم أره. وكذا لم أر حكم قبوله الهدية وإجابة الدعوى وينبغي أن يجوزا له لانتهاء التحكيم بالفراغ إلا أن يهدي إليه وقته من أحدهما فينبغي أن لا يجوز. الخامسة عشر لا يتقيد ببلد التحكيم وله الحكم في البلاد كلها كما في المحيط. السادس عشر مما خالف فيه المحكم القاض لو اختلف الشاهدان فشهد أحدهما أنه وكله بخصومة فلان إلى قاضي الكوفة والآخر إلى قاضي البصرة تقبل، ولو شهد أحدهما بذلك إلى الفقيه فلان فشهد الآخر به إلى الفقيه فلان آخر لم تقبل كما في أدب القضاء للخصاف من باب الشهادة على الوكالة والفرق في شرحه للصدر الشهيد. السابع
***
[٤٨]
عشر الصحيح أن حكمه بالوقف لا يرفع الخلاف كما في البزازية، وفائدته أنه لو رفع إلى موافق فإنه يحكم ابتداء بلزومه لا أنه يمضيه. قوله: (وبطل حكمه لابويه وولده وزوجته كحكم القاضي بخلاف حكمه عليهم) كالشهادة. قيد بالاصول والفروع لان الحكم للاخوة وأولادهم والاعمام جائز لان شهادته لهم جائزة، وكذا لابي امرأة وزوج ابنته إذا كان حيا لا إن كان ميتا. وأفاد بجواز حكمه بالحجج الشرعية كما سبق أنه يملك الاخبار فلو أخبر بإقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على حالهما يقبل قوله، وإن أخبر بالحكم لم يقبل، كذا في الهداية. وفي المحيط: حكما رجلا ما دام في مجلسه وقالا لم يحكم بيننا وقال المحكم حكمت فالمحكم مصدق ما دام في مجلسه ولا يصدق بعده اعتبار بالانشاء وقال إنه يخرج عن الحكومة بأحد أسباب ثلاثة: بالعزل أو بانتهاء الحكومة نهايتها بأن كان موقتا فمضى الوقت أو بخروجه من أن يكون أهلا للشهادة بأن عمي أو ارتد وإن لم يلحق بدار الحرب، ولو غاب أو أغمي عليه وبرئ منه أو قدم من سفره أو حبس كان على حكمه، وكذا لو ولي القضاء ثم عزل عنه فهو على حكومته لان العزل لم يوجد منهما وإنما وجد من السلطان، وكذا لو حكم بينهما في بلد آخر لاطلاق التحكيم. وفي الولوالجية: حكما رجلين فشهد عندهما رجلان فحكما أو لم يحكما ثم مات الشاهدان أو غابا ليس للمحكمين أن يشهدا على شهادتهما وإن شهدا وفسرا للقاضي لم يقبلهما لعدم اشهاد الاصول على شهادتهم وهو شرط ا ه. وفي البناية: لو حكما رجلا فأخرجه القاضي من الحكومة فحكم بعده جاز، وليس للمحكم أن يفوض التحكيم إلى غيره، ولو فوض وحكم الثاني بغير رضاهما فأجاز الاول لم يجز إلا أن يجيزا بعد الحكم. وقيل ينبغي أن يجوز كالوكيل الاول إذا أجاز بيع الوكيل الثاني. ولو حكما

واحدا فحكم لاحدهما ثم حكما آخر ينفذ حكم الاول إن كان جائزا عنده وإلا أبطله. واعلم أن قولهم هنا إن حكم الحكم لا يتعدى إلى العاقلة بخلاف حكم القاضي يفيد أن دعوى القتل خطأ على العاقلة وإثباته بغيبة العاقلة صحيح وهو مصرح به في الخزانة والله سبحانه وتعالى أعلم.

***

[٤٩]

مسائل شتى أي متفرقات من كتاب القضاء جريا على عادة المؤلفين جمع شتيت كمرضى جمع مريض من أمر شت أي متفرق، وشت الامر شتا وشتاتا تفرق، واشتت مثله، والشتيت المتفرق، وقوم شتى وأشياء شتى وجاؤوا أشتاتا أي متفرقين. وأنكر الاصمعي أن تقول شتان ما بينهما وما ورد منه فمولد وتمامه في الصحاح ومنه قوله تعالى * (إن سعيكم لشتى) * (الليل: ٤) أي إن عملكم لمختلف أي في الجزاء وفي الرازي الكبير أنها أنزلت في أبي بكر وأبي سفيان، وفي الدر المنثور في صاحب نخلة كان غصن منها متدليا في بيت فقير فكان إذا جاء لينثر ثمره وسقط شئ منها في بيت جاره يأخذه الصبيان فكان ينزل إليهم ويأخذه منهم حتى كان يأخذ التمرة من فم الصبي فشكى إلى النبي صلى الله عليه وسلم فدعا صاحب النخلة وقال له اعطني نخلتك المائلة ولك نخلة في الجنة فقال: يا رسول الله ليس لي ثمرة أطيب منها فذهب وكان عندهما رجل يسمع كلامهما فذهب إليه واشترى منه النخله بأربعين نخلة على ساق واحد وأشهد له ثم جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعطاه النخلة فأرسل النبي صلى الله عليه وسلم خلف الفقير وأعطاه النخلة قوله: (لا يتدذ وسفل ولا يثقب فيه كوة بلا رضا ذي العلو) أي عند أبي حنيفة. وقالا: يفعل ما لا يضر بالعلو. وقيل: ما حكي عنهما تفسير لقوله فلا خلاف. وقيل: بل فيه خلاف فعندهما الاصل الاباحة لانه تصرف في ملكه وهو يقتضي الاطلاق، والاصل عنده الحظر لانه تعلق به حق محترم للغير فصار كحق المرتهن والمستأجر في منع المالك عن التصرف فيه والاطلاق يعارضه الرضا فإذا أشكل لا يزول المنع على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين البناء أو نقصه فيمنع عنه ولهذا لا يملك صاحب السفل أن يهدم كل الجدار أو السقف وكذا بعضه، وقول أبي حنيفة قياس كما ذكره فخر الاسلام. وفي المغرب وتد الوتد ضربه بالميتدة وأثبته. وفي البناية أنه كالخازوق وهو القطعة من الخشب أو الحديد يدق في الحائط ليعلق عليه شئ أو يربط به شئ ا ه. والكوة - بفتح الكاف - ثقب البيت والجمع كوى وقد تضم الكاف في المفرد والجمع، ويستعار لمفاتيح الماء إلى المزارع والجداول، كذا في المغرب. وفي الصحاح أن الجمع يمد ويقصر. وأشار المصنف إلى منعه من فتح الباب ووضع الجذوع وهدم سفله. وفي فتح القدير أن فتح الباب ينبغي أن يمنع اتفاقا وإن وضع مسمارا صغيرا أو

***

[٥٠]

وسطا يجوز اتفاقا. ولم يذكر المصنف منع صاحب العلو من التصرف في العلو لاختلاف المشايخ قال الولوالجي في كتاب القسمة: علو لرجل وسفل لآخر اختلف المشايخ على قول أبي حنيفة قال بعضهم لصاحب العلو أن يبني ما بداله ما لم يضر بالسفل، وذكر في بعض المواضع لس له ذلك أضر بالسفل أو لم يضر هكذا ذكر في الجامع الصغير، والمختار للفتوى أنه إذا أشكل أنه يضر أم لا؟ لا يملك وإذا علم أنه لا يضر يملك ا ه. وجعله في الهداية على الخلاف السابق. وقيد المصنف بالتصرف في الجدار بضرب الوتد وفتح الطاق احترازا عن تصرفه في ساحة السفل فذكر قاضيخان: لو حفر صاحب السفل في ساحته بئرا وما أشبه ذلك له ذلك عند أبي حنيفة وإن تضرر به صاحب العلو، وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر ا ه. واتفقوا على منع هدم صاحب السفل الجدار الحامل للعلو كما قدمناه فإن هدمه أجبر على بنائه لانه تعدى على صاحب العلو بهدم ما هو قرار العلو كالراهن إذا قتل المرهون والمولى إذا قتل عبده المديون فرق بين حق التعلي وبين حق التسييل حيث لو هدم في الاول يجبر على البناء، ولو هدم في الثاني لا يجبر. وفي الذخيرة: السفل إذا كان لرجل وعلو لآخر فسقف السفل وجذوعه وهراديه وبواريه وطينه لصاحب السفل غير أن صاحب العلو مسكنه في ذلك ا ه. وذكر الطرسوسي أن الهرادي ما يوضع فوق السقف إما من قصب أو من عريش. وذكر ابن وهبان أنه المكعب. وفي جامع الفصولين: لكل من صاحب السفل والعلو حق في ملك

***

[٥١]
الآخر لذي العلو حق قراره ولذي السفل حق دفع المطر والشمس عن السفل فالملك مطلق والحق مانع وقد اجتمعا فجمعنا بينهما وتمامه فيه. وفي الحائط بين اثنين لو كان لهما عليه خشب فبنى أحدهما للباني أن يمنع الآخر من وضع الخشب حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيا. وفي الاقضية: حائط مشترك أراد أحدهما نقضه وأبى الشريك إن كان بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر، وإن كان بحيث يخاف عن الامام أبي بكر محمد بن الفضل يجبر. وإن هدماه وأراد أحدهما البناء وأبى الآخر إن كان أساس الحائط عريضا يمكنه أن يبني حائطا في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك، وإن كان لا يملك يجبر، كذا عن الامام أبي بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى. وتفسير الجبر أنه إن لم يوافقه الشريك أنفق على العمارة ورجع على الشريك بنصف ما أنفق. وفي شهادات الفضلي: لو هدماه وامتنع أحدهما يجبر ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع من الانتفاع به ما لم يستوف نصف ما أنفق فيه إن فعل ذلك بقضاء القاضي وإن كان بلا قضاء فبنصف قيمة البناء، كذا في فتح القدير. وفي جامع الفصولين: لو هدم ذو السفل سفله وذو العلو علوه أأخذ ذو السفل ببناء سفله إذ فوت عليه حقا ألحق بالملك فيضمن كما لو فوت عليه ملكا ا ه. وظاهره أنه لا جبر على ذي العلو وظاهر ما في فتح القدير خلافه والظاهر الثاني، ويحمل الاول على ما إذا بنى صاحب السفل سفله وطلب من ذي العلو بناء علوه فإنه يجبر. ولو انهدم السفل بغير صنع صاحبه لا يجبر على البناء لعدم التعدي ولصاحب العلو أن يبني إن شاء ويبني عليه علوه ثم يرجع ويمنعه من السكنى حتى يدفع إليه لكونه مضطرا كمستعير الرهن إذا قضى الدين بغير إذن الراهن لا يكون متبرعا، ولو انهدم العلو والسفل فكذلك ثم الرجوع بقيمة البناء أو بما أنفق قيل إن كان صاحب العلو مضطرا يرجع على صاحب السفل بقيمة السفل مبنيا لا بما أنفق، وقيل إن بنى بأمر القاضي رجع بما أنفق وإلا رجع بقيمة البناء وبه يفتى، كذا في قسمة الولوالجية. وإذن الشريك كإذن القاضي فيرجع بما أنفق كما حرره العلامة ابن الشحنة في شرح المنظومة. وإذا قلنا يرجع بقيمة البناء عند عدم الاذن فهل المعتبر قيمته يوم البناء أو وقت الرجوع؟ قولان والصحيح
***
[٥٢]
وقت البناء وهو مبني على أن المبني يبني على ملك الشريك أو على ملك الباني ثم ينتقل منه أيضا. وفي جامع الفصولين: جدار بينهما ولكل منهما حموله فوهى الحائط فأراد أحدهما رفعه ليصلحه وأبى الآخر ينبغي أن يقول مريد الاصلاح للآخر ارفع حمولتك بأسطوانات وعمد ويعلمه أنه يريد رفعه في وقت كذا وأشهد على ذلك فلو فعله وإلا فله رفع الجدار فلو سقط حمولته لم يضمن ا ه. قوله: (زائغة مستطيلة يتشعب عنها مثلها غير نافذة لا يفتح أهل الاولى فيها بابا بخلاف المستديرة) أي سكة كما في المعراج، وفسرها تاج الشريعة بالسكة غير النافذة سميت بذلك لزيغها عن الطريق الاعظم، وفسرها في غاية البيان بالمحلة سميت بها لميلها من طرف إلى طرف من زاغت الشمس إذا مالت. وفي التهذيب الزائغة الطريق الذي حاد عن الطريق الاعظم، والمستطيلة الطويلة من استطال بمعنى طال. ولم يقيد المؤلف الاولى صريحا بكونها غير نافذة تبعا لما في أكثر الكتب، وقيدها في الهداية تبعا للفقيه أبي الليث والتمرتاشي ويمكن أن يفهم كلام المؤلف عليه لقوله مثلها غير نافذة فجعل الثانية كالاولى بقيد عدم النفاذ. وصورة الطويلة هكذا: فالذي يمكنه بأن يفتح بابا في الزائغة لقصوى هو صاحب الدار التي في ركن الزائغة الثانية. وإنما قلنا ليس له ذلك لان فتحه للمرور ولا حق لاهل الزائغة الاولى في المرور في
***
[٥٣]
الزائغة القصوى بل هو لاهلها على الخصوص ولذا لو بيعت دار في القصوى لم يكن لاهل الاولى شفعة بخلاف أهل القصوى فإن لاحدهم أن يفتح بابا في الاولى لان له حق المرور فيها، وبخلاف النافذة فإن المرور فيها حق العامة، ولا خلاف أن له أن يفتح. وقال البعض: إنه لا يمنع من الفتح بل من المرور لان فتح الباب رفع جداره وله رفعه كله فله رفع بعضه والاصح المنع من الفتح نص عليه محمد في الجامع، ولان المنع بعد الفتح لا يمكن لعسر المراقبة وربما على طول الزمان يدعي حق المرور مستدلا بفتح الباب ويكون القول له للظاهر الذي معه وهو فتح الباب. وقوله بخلاف المستديرة معناه لو كانت المتشبعة مستديرة فلهم أن يفتحوا لان لكل منهم حق المرور في كلها إذ هي ساحة مشتركة. غاية الامر أن فيها اعوجاجا ولذا الكل يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار فيها وهذه

صورتها.
***
[٥٤]
وهنا فصول: الاول في تصرف أهل المحلة فيها. الثاني في تصرف الجيران فيما بينهم. الثالث في تعمير المشترك إذا خرب وما يتعلق بالمشترك. أما الاول ففي فتح القدير: زقاق غير نافذ أراد انسان من أهله أن يتخذ طينا إن ترك من الطريق قدر الممر للناس ويرفعه سريعا ويفعل في الاحايين مرة لا يمنع، وكذا لو أراد أن يبني آريا أو دكانا وهو المصطبة ا هـ. وفي الخلاصة: لرجل دار ظهرها إلى سكة غير نافذة مشتركة بينه وبين غيره أراد أن يفتح بابا المختار أنه ليس له ذلك ا هـ. وزاد في البزازية: وإن جعلها مسجدا إن كان الجدار إلى الطريق الاعظم جاز وإلا فهو مسجد ضرار. ثم قال وفي الفتاوى: سكة غير نافذة مشتركة بين عشرة لكل منهم دار غير أن لاحدهم دارا في سكة أخرى لا طريق لها في هذه السكة وليست بحيال داره التي في هذه غير أن حائطها في هذ السكة قال أبو نصر: له فتح باب في هذه السكة لان أهل السكة شركاء فيها من أعلاها إلى أسفلها ا هـ. وفي التتمة: زقاق غير نافذ قد اشترى رجل في القصوى دارا فأراد أن يهدمها ويجعلها طريقا نافذا ليس له ذلك ا هـ. زاد في البزازية: وإن أراد أن يجعلها مسجدا له ذلك ولمن شاء أن يدخله ويصلي فيه وليس لهم أن يتخذوه طريقا يمرون فيه. وفي العمادية: جعل الخان لنزول الناس فيه كالمسجد ولو أراد أن يجعلها طريقا خاصا له قال الفقيه أبو القاسم: يرفع أهل السكة الامر إلى القاضي فيوجه عدلين يصوران له الامر على كاغدة فإن كان ضررا فاحشا منعه وإلا لا، كذا في الذخيرة. ولو كانت له دار في محلة عامرة
***
[٥٥]
فأراد أن يخربها فالقياس أن له ذلك، وأفتى الكرخي بالمنع استحسانا. وقال الصدر الشهيد: الفتوى اليوم على القياس. وإذا تضرر الجيران من ذلك هل لهم جبره على البناء في غصب فتاوى سمرقند لهم ذلك. وقال الصدر الشهيد: المختار أنهم ليس لهم ذلك ا هـ. وفي التتمة قال أبو حنيفة في سكة غير نافذة: ليس لاصحابها بيعها ولا قسمتها بينهم لان الطريق الاعظم إذا كثر فيه الناس كان لهم الدخول للزحام. الثاني في تصرف الجيران أراد الجار أن يعلي حيطانه في هواء مشترك لم يكن للجار منعه، وقال السغدي بالمنع وهو مروي عن محمد ولذا كان الراجح وله صورتان أيضا منها: حائط بين رجلين قدر قامة فأراد أحدهما أن يزيد في طوله وأبى الآخر فله منعه. ومنها نقض الشريكان الجدار الذي بينهما فأراد أحدهما أن يرفعه أطول مما كان ففي التتمة ليس له منعه إلا أن يكون شيئا خارجا عن الرسم بما كان أكثر من ذراعين كما في البزازية. وفي شرح المنظومة: وينبغي أن يكون هذا هو المعتمد. وفي الخلاصة وغيرها: أراد أن يتخذ داره بستانا ليس لجاره منعه إذا كانت الارض صلبة ولا يتعدى ضرر الماء إلى جاره إن كانت رخوة فله منعه، وعلى هذا إذا جعلها طاحونة أو للقصارة أو أراد أن يبنيها حماما أو اصطبلا ا هـ. وذكر الرازي في كتاب الاستحسان أن الدار إذا كانت مجاورة للدور فأراد صاحبها أن يبني فيها تنورا للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين أو رحى للطحين أو مدقات للقصارين لم يجز لان ذلك يضر بجيرانه ضررا فاحشا لا يمكن التحرز عنه فإنه يأتي منه الدخان الكثير الشديد ورحى الطحن ودق القصارين يوهن البناء بخلاف الحمام فإنه لا يضر إلا بالنداوة ويمكن التحرز عنه بأن يبني حائطا بينه وبين جاره، وبخلاف التنور الصغير المعتاد في البيوت. قال الحسام الشهيد: وكان أبو عبد الله الصيمري تارة يفتي بمنع بناء التنور في ملكه للخبز الدائم في وسط البزازين، وتارة يفتي بأن له ذلك. والقياس أن له ذلك في الكل لكن ترك القياس وأخذ بالاستحسان لاجل المصلحة. واختلف أصحابنا فمنهم من فصل ومنهم من لم يفصل على حسب الحال قال: وكان الشيخ الامام الاجل برهان الائمة يفتي بأنه إن كان الضرر بينا يمنع وبه يفتي، هكذا ذكر في كتاب الحيطان للحسام. والظاهر أن برهان الائمة هو والده فقد نقل عنه ذلك البزازي وأن والده كان يفتي به وعليه الفتوى قال: وهذا جواب المشايخ. وجواب الرواية عدم المنع ثم قال: أصابه ساحة في القسمة فأراد أن يبني عليها ويرفع له البناء ومنعه الآخر فقال يسد على الريح والشمس له الرفع وله أن يتخذه حماما أو تنورا، فإن كف عما يؤذي جاره فهو أحسن فقد جاء في الحديث أن من أذى جاره ورثه الله تعالى داره وقد جرب فوجد كذلك. وقال نصير والصفار: له المنع ولو فتح صاحب البناء في علو بنائه بابا أو
***

[٥٦]
كوة لا يلي صاحب الساحة منعه بل له أن يبني ما يستر جهته، ولو اتخذ في ملكه بئرا أو بالوعة تنز إلى حائط جاره وطلب منه تحويله لم يجبر عليه ولا يضمن عليه إلا إذا انهدم من النز، والامام ظهير الدين كان يفتي بجواب الرواية. وفيها وعن أستاذنا أنه يفتي بقبول الامام. وصحح النسفي في الحمام أن الضرر إن كان فاحشا يمنع وإلا فلا. والحاصل أن الذي عليه غالب المشايخ من المتأخرين والاستحسان في أجناس هذه المسائل، وأفتى طائفة بجواب القياس المروي، واختار في العمارية المنع إذا كان الضرر بينا وظاهر الرواية خلافه. وذكر العلامة ابن الشحنة أن في حفظه أن المنقول عن أئمتنا الخمسة أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وزفر والحسن بن زياد أنه لا يمنع عن التصرف في ملكه وإن أضر بجاره قال: وهو الذي أميل إليه واعتمده وأفتى به تبعا لوالدي شيخ الاسلام رحمه الله تعالى ا ه. ورجح في فتح القدير أيضا جواب الرواية وقال إنه ظاهر المذهب قال: وحكي عن أبي حنيفة أن رجلا شكى إليه من بئر حفرها جاره في داره فقال احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل فتنجست البئر فكبسها صاحبها ولم يفته بمنع الحافر بل هداه إلى هذه الحيلة ثم قال: وأما قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فلا شك أنه عام مخصوص للقطع بعدم امتناع كثير من الضرر كالتعازير والحدود إلى آخر ما ذكره. وفي غصب البزازية: هدم بيته وألقى ترابا كثيرا لزيق جدار جاره ووضع فوقه لبنا كثيرا حتى انهدم جدار جاره إن دخل الوهن بسبب ما ألقى وحمل ضمن هدم داره فانهدم من ذلك بناء جاره لا يضمن. وأما الثالث وهو ما يتعلق بالمشترك وفيه نوعان: الاول فيما لاحدهما فعله. والثاني في تعميره إذا خرب. أما الاول ففي وقف النوازل: دار مشتركة بين قوم لبعضهم أن يربطوا الدابة فيها وأن يضعوا الخشبة على وجه لا يضر بصاحبه وأن يتوضؤوا بحيث لا تضيق عليهم الطريق لمرورهم ولو عطب بها أحد لا يضمن، ولو حفر الارض يؤمر أن يسويها فإن نقص الحفر يضمن النقصان، وكذا لو كان الطريق بين قوم وهو غير نافذ غير أن في الطريق لا يضمن نقصان الحفر ا ه. ولو أن لرجل حائطا ووجهه في دار رجل فأراد أن يطين
***
[٥٧]
حائطه ولا سبيل إليه إلا بدخوله دار الرجل أو انهدم الحائط فوقع نقضه في داره فأراد أن يدخل ليشيل الطين وغيره فمنعه صاحب الدار أو له مجرى ماء في داره فأراد حفره وإصلاحه ولا يمكن إلا بدخول دار الرجل وهو يمنعه يقال له إما أن تتركه يدخل ويصلح ويفعل أو تفعل بمالك، كذا روي عن محمد وبه أخذ الفقيه أبو الليث، كذا في فتح القدير. وفي جامع الفصولين من فصل الحيطان: لو لاحدهما عليه خشبة فللآخر وضع مثله إن كان الحائط يحتمل وإلا يؤمر شريكه برفع بعض الخشبة إلى آخره. وأما الثاني فلا جبر على الآبي لان الانسان لا يجبر على اصلاح ملكه، سوء كانت دارا أو حماما أو حائطا، هكذا في أكثر الكتب. وفي خزانة الاكمل من كتاب الشركة، حمام بينهما انهدم فامتنع أحدهما من المرمة لا يجبر أحدهما على البناء مع شريكه ولكن لشريكه أن يبني ثم يؤجره ويأخذ من غلته نفقته فكذا في تحويل آبار القناة أو أنهار آبارها، أما لو احتاجت القناة إلى مرمة من رفع طين وفتح سدد وعيون فإنه يجبر على مساعدة شريكه ا ه. فلا جبر إلى في هذه المسألة ونحوها. وفي تهذيب القلانسي من كتاب الدعوى: وفي البئر المشترك والدولاب ونحوه يجبر الشريك على العمارة وفي حائط ساتر لا بناء عليه أن ظهر تفتته يفتي بالجبر لانه ليس له منفعة تمنعه عنها دون الستر وهو يحصل بالبناء ا ه. هذا إذا لم يكن مال يتيم أو وقف فإن كان مال اليتيم فقال في وصايا الخانية: جدار بين داري صغيرين عليه حمولة يخاف عليه السقوط ولكل صغير وصي فطلب أحد الوصيين مرمة الجدار فأبى الآخر قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل: يبعث القاضي أمينا ينظر فيه، إن علم أن في تركه ضررا عليهما يجبر الآبي أن يبني مع صاحبه وليس هذا كإباء أحد المالكين لان ثم الآبي رضي بدخول الضرر عليه فلا يجبر، أما ها هنا فأراد الوصي إدخال الضرر على الصغير فيجبر على أن يرم مع صاحبه ا ه. قلت: ويجب أن يكون الوقف كمال اليتيم فإذا كانت الدار مشتركة بين وقفين احتاجت إلى المرمة فأراد أحد الناظرين وأبى الآخر يجبر على التعمير من مال الوقف وقد صارت حادثة الفتوى، وإذا علم أنه لا جبر على الشريك فلطالب المرمة الانفاق والتعمير ويرجع إن كان مضطرا بأن كان المشترك لا يمكن قسمته بأن كانت دارا صغيرة لا يمكن قسمتها أو حماما أو حائطا غير عريض، فإن لم يكن مضطرا كالدار الكبيرة التي يمكن قسمة عرصتها والبناء في نصيبه فلا رجوع. وذكر الحلواني ضابطا فقال: كل من أجبر أن يفعل مع شريكه فإذا

فعل أحدهما بغير
***
[٥٨]
أمر الآخر لم يرجع لانه متطوع إن كان يمكنه أن يجبره مثل كري الانهار وإصلاح السفينة المعيبة وفداء العبد الجاني، وإن لم يجبر لا يكون متطوعا كمسألة انهدام العلو والسفل ا ه. ومن ذلك لو أنفق الشريك على الدابة بغير إذن شريكه لم يرجع لتمكنه من رفعه إلى القاضي ليجبره بخلاف الزرع المشترك إذا أنفق عليه بلا إذن فإنه يرجع لانه لا يجبر شريكه كما في المحيط، فكان مضطرا وقدمنا كيفية الرجوع وسيأتي إن شاء الله تعالى تمام مسائل الحيطان في الدعوى والقسمة ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. وفي دعوى الملتقط حائط بين اثنين انهدم فبنى أحدهما بغير إذن صاحبه كان متطوعا إذا لم يكن لصاحبه عليها جذوع ولا له، إن كان له عليها جذوع يمنع صاحبه عن وضع الجذوع حتى يأخذ نصف ما أنفق في الجدار ا ه. قوله: (ادعى دار في يد رجل أنه وهبها له في وقت فسأل البينة فقال جحدنيها فاشتريتها وبرهن على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل وبعده تقبل) لوجود التناقض في الوجه الاول لانه يدعي الشراء بعد الهبة وشهوده يشهدون له به قبلها وهو تناقض ظاهر لا يمكن التوفيق، ومرادهم التناقض بين الدعوى والبينة وإلا فالمدعي لا تناقض منه لانه ما ادعى الشراء سابقا على الهبة، وفي الوجه الثاني أمكن التوفيق بينهما إذا الشراء وجد بعد وقت الهبة. وفي قوله جحدني الهبة إشارة إلى أنه لا بد من توفيقه، وجزم الشارح بعدم اشتراطه للامكان وعدمه ولا خصوصية لهذه المسألة بل في كل موضع حصل التناقض من المدعي أو منه ومن شهوده أو من المدعى عليه فهل يكفي إمكان التوفيق لدفعه أو لا بد منه أو فيه تفصيل؟ أقول أربعة قال في البزازية: اختار شيخ الاسلام أن إمكان التوفيق يكفي، وذكر بكر وفي شرح الجامع الكبير أيضا أن التوفيق بالفعل شرط في الاستحسان والقياس والاكتفاء بإمكانه قال بكر: ومحمد ذكر التوفيق في بعض ولم يذكر في البعض فيحمل السكوت على المذكور. وذكر الخجندي واختار أن التناقض أن من المدعي فلا بد من التوفيق بالفعل ولا يكفي الامكان وأن من المدعى عليه يكفي الامكان لان الظاهر عند الامكان وجوده والظاهر حجة في الدفع لا في الاستحقاق والمدعى مستحق والمدعي عليه
***
[٥٩]
دافع والظاهر يكفي في الدفع لا في الاستحقاق. ويقال أيضا: إن تعدد الوجوه لا يكفي الامكان وإن اتحد يكفي الامكان والتناقض كما يمنع الدعوى لنفسه يمنع الدعوى لغيره والتناقض يرتفع بتصديق الخصم وبرجوع المتناقض عن الاول بأن يقول تركته وادعى بكذا، وبتكذيب الحاكم أيضا كمن ادعى أنه كفل عن مديونه بألف فأنكر الكفالة وبرهن الدائن أنه كفل عن مديونه وحكم به الحاكم وأخذ المكفول له منه المال، ثم إن الكفيل ادعى على المديون أنه كفل عنه بأمره وبرهن على ذلك تقبل عندنا ويرجع على المديون بما كفل لانه صار مكذبا شرعا بالقضاء، وكذا إذا استحق المشتري من المشتري بالحكم يرجع على البائع بالثمن وإن كان كل مشتر مقرا بالملك لبائعه لكنه لما حكم ببرهان المستحق صار مكذبا شرعا باتصال القضاء به ا ه. ثم اعلم أنهم اختلفوا في اشتراط كون الكلامين عند القاضي فمنهم من شرطه، ومنهم من شرط كون الثاني عند القاضي فقط، ذكر القولين في البزازية ولم يرجح وينبغي ترجيح الثاني. ومن التناقض ما إذا ادعاه مطلقا ثم بسبب فإذا برهن على السبب لم
***
[٦٠]
تقبل، ولو ادعاه بالشراء ثم مطلقا ثم ادعى الشراء ثالثا تسمع، كذا في البزازية. وهذا يدل على أن المتناقض إذا ترك الكلام الاول وأعاد دعوى الثاني تقبل. ثم اعلم أن التناقض كما يكون من متكلم واحد يكون من متكلمين كمتكلم واحد حكما كوارث ومورث ووكيل وموكل والاولى في البزازية، ولم أر الآن الثانية صريحا وهي ظاهرة من الاولى. ثم اعلم أن دعوى الهبة من غير قبض غير صحيحة فلا بد من دعواها من ذكر القبض ولهذا صور المسألة شراح الهداية بأنه ادعى أنه وهبها له وسلمها ثم غصبها منه، وذكر العمادي اختلافا في الاقرار بالهبة أيكون إقرارا بالقبض؟ قيل: نعم لانه كقبول فيها والاصح لا، وأشار المؤلف إلى أنه لو ادعى الشراء أولا ثم برهن على الهبة والصدقة فإن وفق فقال جحدني الشراء ثم وهبها مني أو تصدق قبل وإلا فلا كما في خزانة الاكمل. وفي منية المفتي: ادعاها إرثا ثم قال جحدني فاشتريتها وبرهن تقبل ا ه. وقيد بذكر التاريخ لهما لانه لو لم يذكر لهما تاريخ أو ذكر لاحدهما فقط يقبل لامكان التوفيق بأن

يجعل الشراء متأخرا. وأشار المؤلف إلى مسائل من التناقض: إحداها لو ادعى الشراء من أبيه في حياته وصحته فأنكر ولا بينة فخلف ذو اليد فبرهن المدعي أنه ورثها من أبيه تقبل لامكان التوفيق، ولو ادعى الارث أولا ثم الشراء لا تقبل لعدمه. ومنه برهن على أنه له بالارث ثم قال لم يكن لي قط أو لم يزد قط لم يقبل برهانه وبطل القضاء، ومنها ادعى أولا أنها وقف عليه ثم ادعاها لنفسه لا تقبل كما لو ادعاها لغيره ثم لنفسه، ولو ادعى الملك أولا ثم الوقف تقبل كما لو ادعاها لنفسه ثم لغيره، كذا في البزازية وسيأتي إن شاء الله تعالى بقيتها في هذا الباب وفي كتاب الدعوى وقدمنا شيئا منها في باب الاستحقاق من البيوع، وقد أسقط المؤلف من مسائل الهداية هنا مسألة قبل هذه للاكتفاء بذكرها في باب الاستحقاق وكررها في الهداية لاختلاف المقصود في كل موضع يعرف ذلك من نظر في الموضعين. قوله: (ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الامة فأنكر للبائع أن يطأها إن ترك الخصومة) لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته إذ الفسخ يثبت به كما إذا تجاحد، فإذا عزم البائع
***
[٦١]
على ترك الخصومة تم الفسخ بمجرد العزم وإن كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو إمساك الجارية ونقلها وما يضاهيه، ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستقل بفسخه. وفي إقرار منية المفتي: رجل أقر أن هذه الدار لذي اليد أنا بعتها بألف درهم ووصل الكلام وأنكر ذو اليد الشراء فأقام المقر البينة أن الدار له تقبل بينته، ولو سكت بعد الاقرار أن الدار لذي اليد ثم أقام البينة أن الدار له لم تقبل، ولو أقام البينة على البيع منه في المسألتين تقبل بينته لانه كذلك ادعاه ا ه‍. وبه علم أن الاقرار إذا ذكر له سبب ولم يثبت ذلك السبب فإنه يبطل الاقرار إن كان موصولا وإلا لا. أشار بحل وطئ البائع إلى فسخ البيع فدل على أن للبائع أن يردها على بائعه بعيب قديم لانفساخ البيع. وقيده في النهاية بأن يكون بعد تحليف المشتري إذ لو كان قبله فليس له الرد على بائعه لاحتمال نكول المدعى عليه فاعتبر بيعا جديدا في حق ثالث. وقيده الشارح بأن يكون بعد القبض أما قبله فينبغي أن له الرد مطلقا لكونه فسخا من كل وجه في غير العقار إلا بعد حلف فيجب تقييد الكتاب، ودل على أن المشتري لو برهن على الشراء منه لم يقبل واختلف في معنى ترك الخصومة أو العزم عليها فقيل يكتفي بالقلب، وقيل يشهد بلسانه على ما في قلبه ولا يكتفي بالقلب، ذكرهما في المحيط. وفي الهداية: لا بد من الاقتران بالفعل بإمساكها ونقلها واستخدامها فإن من له خيار الشرط إذا فسخ بقلبه لا ينفسخ. وفي الاختيار: أنكر البيع ثم ادعاه لا يقبل وفي النكاح يقبل لان البيع ينفسخ بالانكار والنكاح لا ألا ترى أنه لو ادعى تزويجا على ألف فأنكرت ثم أقامت البينة على ألفين قبلت ولا يكون إنكارها تكذيبا للشهود، وفي البيع لا تقبل ويكون تكذيبا للشهود ا ه‍. ولو ادعت عليه نكاحا وحلف عندهما أو لم يحلف عنده لا يحل لها التزوج بغيره لان إنكاره لا يكون فسخا فيحتاج القاضي بعده أن يقول فرقت بينكما أو يقول الخصم إن كانت زوجتي فهي طالق بائن. وقيد بالبيع لانه لو جحد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها أن تتزوج والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الاسباب، كذا في فتح القدير. وقدمنا في النكاح من خيار البلوغ أنه يحتمله في صور بعد التمام. وفي الخلاصة: امرأة ادعت على رجل أنه تزوجها فأنكر الزوج ثم ادعى أنه تزوجها بعد ذلك وأقامت البينة تقبل بخلاف البيع لان النكاح لا يبطل بجحودهما، ولو ادعى على امرأة أنه تزوجها فأنكرت المرأة ثم مات الزوج فجاءت المرأة تدعي ميراثه لها الميراث كعكسه عندهما، وعند أبي حنيفة لا ميراث له لانه لا عدة عليه ولذا له أن يتزوج بأختها وأربع سواها ا ه‍. واعلم أن إنكار النكاح كما لا يكون فسخا لا يقع به الطلاق وإن نوى بخلاف لست لي بامرأة فإنه يقع به إن نوى عنده خلافا لهما كما في طلاق البزازية. وفي البزازية: ادعت الطلاق فأنكر ثم مات لا تملك مطالبة الميراث ا ه‍. فجحود الطلاق لا يرفعه وفيها: ادعى
***
[٦٢]
عليه البيع فأنكر فبرهن على البيع فادعى المدعى عليه فسخه تسمع ولا يكون متناقضا لان جحود ما عدا النكاح فسخ ا ه‍. قوله: (ومن أقر بقبض عشرة ثم ادعى إنها زيوف صدق) لان اسم الدراهم يقع على الزيوف كما يقع على الجياد والنبهرجة كالزيوف. أطلقه فشمل ما إذا بين موصولا أو مفصولا ولكن عبر بثم ليفيد أن البيان مفصول ليعلم حكم الموصول بالاولى. وقيد بالزيوف للاحتراز عما إذا بين أنها ستوقة فإنه لا يصدق لان اسم الدراهم لا يقع عليها ولذا لو تجوز بالزيوف والنبهرجة في الصرف والسلم جاز وفي الستوقة لا إن كان

مفصولا، وإن كان موصولا صدق كما في النهاية. فالحاصل أنه موصولا صحيح في الكل والتفصيل في المفصول. وقيد بإقراره بقبض عشرة لانه لو أقر أنه قبض حقه أو الثمن أو استوفى لم يصدق للتناقض. وقيد بالدراهم لان المشتري لو أقر أنه قرض المبيع ثم ادعى عيبا به فالقول لبائعه لان المبيع متعين فإذا قبضه فقد أقر بأنه استوفى عين حقه دلالة فبدعواه العيب صار متناقضا. وقيد باقتصاره على قبض الدراهم لانه لو قال قبضت دراهم جيادا لم يصدق في دعواه الزيوف موصولا ومفصولا. وفيها: إذا أقر أنه قبض حقه أو الثمن أو استوفى ثم ادعى أنه كان زيوفا فإن كان مفصولا لم يصدق وإلا صدق وهو المراد بما قدمناه. والفرق أن في هذه المسائل الثلاث أقر بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فإذا استثنى الجودة كان استثناء البعض من الكل فصح موصولا كقوله له علي ألف إلا مائة، أما إذا أقر بقبض عشرة جياد فقد أقر بكل منهما بلفظ على حدة فإذا قال إلا أنها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وهو باطل كقوله له علي مائة درهم ودينار إلا دينارا كان باطلا وإن كان موصولا، كذا في النهاية. والاقرار بقبض رأس المال كالاقرار بقبض حقه كما في البزازية. ولم يذكر المؤلف حكم وزنها عند الاطلاق والدعوى وفي كافي الحاكم: لو أقر بألف درهم عددا ثم قال هي وزن خمسة أو ستة وكان الاقرار منه بالكوفة فعليه مائة درهم وزن سبعة فلا يصدق على النقصان إذا لم يبين موصولا وكذا الدنانير، وإن كانوا في بلاد يتعارفون على دراهم معروفة الوزن بينهم صدق ا ه. والزيوف ما زيفه بيت المال، والنبهرجة ما يرده التجار، والستوقة - بفتح السين - ما غلب غشها فليست دراهم إلا مجازا لان العبرة للغالب وأطلق في الدراهم المقر بها فشمل ما إذا كانت دينا من قرض أو ثمن مبيع أو غصبا أو وديعة - كما في فتح القدير - ورأس المال كذلك - كما في البزازية - وقيد بدعوى المقر لانه لو أقر بقبض دراهم معينة ثم مات فادعى وارثه أنها زيوف لم تقبل، وكذا إذا أقر بالوديعة والمضاربة أو الغصب ثم
***
[٦٣]
زعم الوارث أنها زيوف لم يصدق الوارث لانه صار دينا في مال الميت، كذا في البزازية: وفيها من الرهن: قضى دينه وبعضه زيوف وستوقة فرهن شيئا بالستوقة والزيوف وقال خذه رهنا بما فيه من زيوف وستوق صح في حق الستوق لانها ليست من الجنس ولا يصح في الزيوف لانها من الجنس فلا دين ا ه. وقيد بالاقرار بالقبض لانه لو أقر بألف ولم يبين الجهة ثم ادعى موصولا أنها زيف لم يقض عليه. واختلف المشايخ قيل أيضا على الخلاف، وقيل يصدق بالاجماع لان الجودة تجب في بعض الوجوه لا على البعض فلا تجب بالاحتمال. ولو قال غصبت ألفا أو أودعني ألفا إلا أنها زيوف صدق وإن فصل. وعن الامام أن القرض كالغصب. ولو قال في الغصب والوديعة إلا أنها رصاص أو ستوقة صدق إذا وصل، ولو قال على كر حنطة من ثمن مبيع أو قرض إلا أنه ردئ فالقول له، وليس هذا كدعوى الرداءة لان الرداءة في الحنطة ليست بعيب لان العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة والحنطة قد تكون رديئة بأصل الخلقة فلا يطلق عليه مطلقه على الجيد، ولذا لم يجز شراء البر بدون ذكر الصفة، أقر بقرض عشرة أفلس أو ثمن مبيع ثم ادعى أنها كاسدة لم يصدق وإن وصل. وقالا: يصدق في القرض إذا وصل أما في البيع فلا يصدق عند الثاني في قوله الاول. وقال محمد: يصدق في البيع وعليه قيمة المبيع. وكذا الخلاف في قوله علي عشرة ستوقة من قرض أو ثمن المبيع. ولو قال غصبته عشرة أفلس أود عني عشرة أفلس ثم قال هي كاسدة صدق المسلم إليه، كذا في البزازية. وذكر في القنية مسألة ما إذا أقر بدين ثم ادعى أن بعضه قرض وبعضه ربا أنه يقبل فيه إذا برهن، وذكره عبد القادر في الطبقات من الالقاب عن علاء الدين. قوله: (ومن قال لآخر لك علي ألف فرده ثم صدقه فلا شئ عليه) لان إقراره هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق الخصم بخلاف ما إذا قال اشتريت وأنكر له أن يصدقه لان أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد، والمعنى أنه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق أما المقر له فينفرد برد الاقرار فافترقا، كذا في الهداية. وناقضه في الكافي بأنه ذكر هنا أن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ وفيما تقدم يعني في مسألة التجاحد قال: ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلامه صعب ا ه. وأقره عليه في فتح القدير بقوله بعده وهو صحيح ويقتضي أنه لو تعذر الاستيفاء مع الاقرار بأن مات ولا بينة أن له أن يفسخ ويستمتع بالجارية
***
[٦٤]

والوجه ما قدمه أو لا ا ه. وأجاب عنه في العناية بأن لا مناقضة لانه إنما حكم أولا بكونه فسخا من جهته لا مطلقا أو لان كلامه الاول فيما إذا ترك البائع الخصومة والثاني فيما إذا لم يتركها. وقوله فلا شئ عليه أي بسبب الاقرار أما إذا برهن المقر له أو صدقه خصمه فإنه يلزم المقر كما في الهداية. وسيأتي رده في البزازية. والحاصل أن كل شئ يكون الحق لهما جميعا إذا رجع المنكر إلى التصديق قبل أن يصدقه الآخر على إنكاره فهو جائز كالبيع والنكاح. وكل شئ يكون الحق فيه لواحد كالهبة والصدقة والاقرار لا ينفعه إقراره بعده، كذا في القنية. وقيد بكون التصديق بعد الرد لانه لو قبل الاقرار أولا ثم رده لم يرتد، وكذا الابراء عن الدين وهبته لانه بالقبول قد تم، وكذا إذا وقف على رجل فقبله ثم رده لم يرتد وإن رده قبل القبول ارتد كما في الاسعاف. ثم اعلم أن الابراء يرتد بالرد إلا فيما إذا قال المديون أبرئني فأبرأه فإنه لا يرتد كما في البزازية. وكذا إبراء الكفيل لا يرتد بالرد فالمستثنى مسألتان كما أن قولهم إن الابراء لا يتوقف على القبول يخرج عنه الابراء عن بدل الصرف والسلم فإنه يتوقف على القبول ليبطلا كما قدمناه في باب السلم. ثم اعلم أنه إذا ادعى أنه أقر بالمال الذي أبرأه منه إن قال أبرأني وقبلته لم يصح الاقرار لعدم صحة الرد بعد القبول، وإن لم يقل وقبلته صح الاقرار لجواز رد الابراء فيبطل فيصح الاقرار وتمامه في جامع الفصولين. وأطلق في الرد فشمل ما إذا قال ليس لي عليك شئ أو قال هي لك أو قال هي لفلان كما في فتح

***

[٦٥]

القدير، والاخير محمول على ما إذا لم يصدقه فلان وإلا فهو تحويل. وأشار باتحاد الاقرار إلى أنه لو أقر ثانيا بعد الرد فصدقه الثاني ثبت استحسانا لا قياسا كما في فتح القدير وفي القنية: لو أنكر المقر الاقرار الثاني وادعاه المقر له وأقام بينة لا تسمع ولا يحلف للتناقض بين هذه ورد الاقرار وعدم علم القاضي بما يدفع التناقض وهو رجوع المقر إلى إقراره. قال أستاذنا: ينبغي القبول وهو الاشبه بالصواب إلى آخر ما فيها من الاقرار. وقيد برد المقر له لان المقر لو رد إقرار نفسه كان أقر بقبض المبيع أو الثمن ثم قال لم أقبض وأراد تحليف الآخر أنه أقبضه أو قال هذا لفلان ثم قال هو لي وأراد تحليف فلان أو أقر بدين ثم قال كنت كاذبا لا يحلف المقر له في المسائل كلها عند أبي حنيفة لانه متناقض كقوله ليس لي على فلان شئ ثم ادعى عليه مالا وأراد تحليفه لم يحلف، وعند أبي يوسف يحلف للعادة وسيأتي في مسائل شتى آخر الكتاب أن الفتوى على قول أبي يوسف اختاره أئمة خوارزم، لكن اختلفوا فيما إذا ادعاه وارث للمقر على قولين، ولم يرجح في البزازية منهما شيئا. وقال الصدر الشهيد: الرأي في التحليف إلى القاضي. وفسره في فتح القدير بأنه يجتهد بخصوص الوقائع فإن غلب على ظنه أنه لم يقبض حين أقر يحلف له الخصم، ومن لم يغلب على ظنه فيه ذلك لا يحلفه، وهذا إنما هو في المتفرس في الاخصام ا ه. ولا خصوصية للالف فالعين كالدين. وقيد بالرد لانه لو أقر بمال من جهة وكذبه المقر له فيها وادعى أخرى إن لم يكن بين الجهتين منافاة وجب المال كما إذا قال له ألف بدل قرض فقال بدل غصب، وإن كان بينهما منافاة كأن قال ثمن عبد لم أقبضه وقال قرض أو غصب ولم يكن العبد في يده لزمه الالف صدقه في الجهة أو كذبه عند الامام، وإن كان في يد المدعي فالقول للمقر في يده، وسيأتي في الاقرار وتمامها في أقرار منية المفتي. وقيد بالرد من غير تحويل إلى غيره لانه لو حوله كما لو أقر ذو اليد بأن الدار لفلان فقال المقر له ما كانت لي قط لكنها لفلان وصدقه فلان فهي للثاني بخلاف المقضى له بالدار إذا قال بعد القضاء ما كان لي فيها حق قط لكنها لفلان وتمامه في المنية. وفي التلخيص: قال أودعتني هذه الالف فقال لا بل لي ألف قرض فقد رد لان العين غير الدين إلا أن يتصادقا لان المصر كالمبتدئ، ولو قال أقرضتكها أخذ الالف لان التكاذب في الزوال، ولو قال غصبتها أخذ ألفا لان موجبه

***

[٦٦]

الضمان فاتفقا على الدين واختلفا في الجهة فلغت، وكذا لو أقر بالقرض وهو ادعى الثمن لا يلزم زوجتك بكذا لا بل بعتني لان السبب مقصود لتباين الحلين ولذا لم يصح الاقرار بمطلقه بخلاف المال ا ه. ولم يذكر حكم وزنها عند الاطلاق والدعوى وفي كافي الحاكم: لو أقر بألف درهم عددا ثم قال هي وزن خمسة أو ستة وكان الاقرار منه بالكوفة فعليه مائة درهم وزن سبعة فلا يصدق على النقصان إذا لم يبين موصولا، وكذا الدنانير وإن كانوا في بلاد يتعارفون على دارهم معروفة الوزن بينهم صدق ا ه. وفي البزازية: في يده عبد

فقال لرجل هو عبدك فرده المقر له ثم قال بل هو عبدي وقال المقر هو عبدي فهو لذي اليد المقر، ولو قال ذو اليد للآخر هو عبدك فقال لا بل هو عبدك ثم قال الآخر بل هو عبدي وبرهن لا يقبل للتناقض ا هـ. وهذا بخلاف ما في الهداية من أنه لا بد من الحجة فإنه يقتضي سماع الدعوى وهو مشكل. وقيد بالاقرار بالمال احترازا عن الاقرار بالرق والطلاق والعتاق والنسب والولاء فإنها لا ترتد بالرد. أما الثلاثة الاول ففي البزازية: قال لآخر أنا عبدك فرد المقر له ثم عاد إلى تصديقه فهو عبده ولا يبطل الاقرار بالرق بالرد كما لا يبطل بجحود المولى بخلاف الاقرار بالدين والعين حيث يبطل بالرد، والطلاق والعتاق لا يبطلان بالرد لانه إسقاط يتم بالمسقط وحده ا هـ. وأما الاقرار بالنسب وولاء العتاقة ففي شرح المجمع من الولاء: وأما الاقرار بالنكاح فلم أره الآن وحاصل مسائل رد الاقرار بالمال أنه لا يخلو إما أن يرده مطلقا أو يرد الجهة التي عينها المقر وحولها إلى أخرى أو يرده لنفسه ويحوله إلى غيره، فإن كان الاول بطل، وإن كان الثاني فإن لم يكن بينهما منافاة وجب وإلا بطل، وإن كان الثالث فإن صدقه فلان تحول إليه وإلا فلا، وإن كان بطلاق أو عتاق أو ولاء أو نكاح أو وقف أو نسب أو رق لم يرتد بالرد فيقال الاقرار يرتد برد المقر له إلا في هذه المسائل. قوله: (ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شئ قط فبرهن المدعي على ألف وهو برهن على القضاء أو الابراء قبل) لامكان التوفيق لان غير الحق قد يقضي ويبرأ منه، ولا فرق بين أن يؤكد النفي بكلمة قط أو لا. وأطلقه فشمل ما إذا قضى بالمال ثم ادعى الايفاء كما في الملتقط فالدفع بعد القضاء صحيح إلا في مسألة المخمسة كما سيأتي. وأشار

***

[٦٧]

المؤلف إلى أنه لو ادعى القصاص على آخر فأنكر فبرهن المدعى عليه وأقام البينة على العفو أو على الصلح عنه على مال تقبل، وكذا في دعوى الرق. وقيد بكون المدعى عليه لم يصالح لسكوته عنه والاصل العدم، أما إذا أنكر فصالحه على شئ ثم برهن على الايفاء أو الابراء لم تسمع دعواه، كذا في الخلاصة بخلاف ما إذا ادعى الايفاء ثم صالحه فإنه يقبل منه برهانه على الايفاء كما في الخزانة، وإلى أنه متى أمكن التوفيق فلا تناقض. فمن ذلك: ادعى مالا بالشركة ثم ادعاه دينا عليه تسمع وعلى القلب لا لان مال الشركة ينقلب دينا بالجحود والدين لا ينقلب أمانة ولا شركة، كذا في البزازية. وفي مجموع النوازل: ادعى عليه شيئا فأجاب قائلا إني آبى بالدفع فقيل أعلى الايفاء أو الابراء؟ فقال: على كليهما. يسمع قوله إن وفق بأن قال أوفيت البعض وأبرأني عن البعض أو قال أبرأني عن الكل لكن لما أنكر الابراء أوفيته ا هـ. ولا يخفى أن على القول بأن الامكان كاف يسمع مطلقا. ومن مسائل دعوى الايفاء ما في المحيط من المسألة المخمسة: ادعى على آخر مائتي درهم وأنه استوفى مائة وخمسين وبقي عليه خمسون وأثبتها بالبينة ثم برهن المدعى عليه أنه أوفاه الخمسين لا تسمع حتى يقولا هذه الخمسون التي تدعي لان في مائة وخمسين خمسين ا هـ. وفي دعوى الملتقط: لو أقام البينة أن له على فلان أربعمائة درهم ثم أقر المدعي أن للمنكر عليه ثلاثمائة سقط عن المنكر ثلاثمائة عند أبي القاسم الصفار، وعند أبي أحمد بن عيسى بن النضر أنها لا تسقط وعليه الفتوى ا هـ. وليتأمل في وجه عدم السقوط. وقيد بدعوى الايفاء بعد الانكار إذا لو ادعاه بعد الاقرار بالدين فإن كان كلا القولين في مجلس واحد لم يقبل للتناقض، وإن تفرقا عن المجلس ثم ادعاه وأقام البينة على الايفاء بعد الاقرار تقبل لعدم التناقض، وإن ادعى الايفاء قبل الاقرار لا تقبل، كذا في خزانة المفتين. قوله: (وإن زاد ولا أعرفك لا) أي زاد قوله ولا أعرفك على قوله ما كان لك علي شئ قط لم يقبل برهانه. والمراد هذه الكلمة وما كان معناه نحو ولا رأيتك أو ولا جرى بيني وبينك معاملة أو مخالطة أو خلطة أو ولا أخذ ولا اعطاء أو ما اجتمعت معك في مكان كما في فتح القدير. وإنما لم تقبل لتعذر التوفيق بين كلاميه لان لا يكون بين اثنين معاملة من غير معرفة، وذكر عن أصحابنا القدوري أنه يقبل لامكان التوفيق لان المحتجب من الرجال والمخدرة قد يؤذي بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بإرضاء الخصم ولا يعرفه

***

[٦٨]

ثم يعرفه. وفرع عليه في النهاية تبعا لقاضيخان بأن المدعى عليه لو كان ممن يتولى الاعمال بنفسه لا يقبل ا هـ. فالمحتجب من لا يتولى الاعمال بنفسه، وقيل من لا يراه كل أحد لعظمته. وفي القاموس: الشغب ويحرك وقيل لا تهييج الشر. وفي اصلاح الايضاح: وفيه نظر لان مبني إمكان التوفيق على أن يكون أحدهما ممن لا يتولى الاعمال بنفسه لا على أن يكون المدعي عليه بخصوصه، وتصوير

القدوري إمكان التوفيق فيه لا يدل على ذلك ا هـ. ودفعه ظاهر لان الكلام كله في تناقض المدعي عليه لا المدعي. وأشار المؤلف رحمه الله إلى أنه إذا لم يكن التوفيق لم يندفع التناقض، فمن ذلك ما في المعراج معزيا إلى الشافي: لو قال لم أدفع إليه شيئا ثم ادعى الدفع لم يسمع لانه يستحيل أن يقول لم أدفع إليه شيئا وقد دفعت، أما لو ادعى إقراره بالدفع إليه أو القضاء ينبغي أن يسمع لان المتناقض هو الذي يجمع بين كلامين وههنا لم يجمع ولهذا لو صدقه المدعي عيانا لم يكن مناقضا: ذكره التمرتاشي. ومن هنا أجبت عن حادثة أذن له في دفع المال لاخيه ثم ادعى عليه أنه ما دفع فقال دفعت ثم قال لم أدفع فحكم عليه فجاء الاخ فأقر أنه دفع له فإنه يبرأ لان تصديق الاخ المأذون في الدفع إليه كتصديق المدعي، وقد علمت ما إذا صدق المدعي. وقيل تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لان الابراء يتحقق بلا معرفة. وفي البزازية: ادعى عليه ملكا مطلقا ثم ادعى عليه عند ذلك الحاكم بسبب يقبل ويسمع برهانه بخلاف العكس إلا أن يقول العاكس أردت بالمطلق الثاني المقيد الاول لكون المطلق أزيد من المقيد وعليه الفتوى، نص عليه شمس الائمة. ادعى النتاج أولا ثم الملك المقيد فقياس ما ذكروه أنه إذا ادعى النتاج وشهدا بالمقيد لا يقبل ينبغي أن لا يصح ا هـ. وفي إقرار البزازية: أقر ببيع عبده من فلان ثم جحده صح لان الاقرار بالبيع بلا ثمن إقرار باطل ا هـ. وفي جامع الفصولين: كفل بثمن أو مهر ثم الكفيل برهن على فساد البيع والنكاح لا تقبل لان إقدامه على التزام المال إقرار منه بصحة سبب وجوب المال فلا تسمع منه بعده دعوى الفساد، ولو برهن على إيفاء الاصيل أو على إبرائه تقبل لانه تقرير للوجوب السابق. كفل عنه بألف لرجل يدعيه فبرهن الكفيل أن الالف المدعاة ثمن خمر لا تقبل، ولو قال الكفيل الالف المدعاة قمار أو ثمن خمر أو نحوه مما لا يجب لا يقبل قوله، ولو برهن على إقرار المكفول له وهو يجحد لا يقبل قوله وليس له أن يحلف الطالب، ولو أقر به الطالب عند القاضي برئ الاصيل والكفيل جميعا ا هـ. أقول: لا يقال لما برئا بإقراره ينبغي أن تقبل بينة إقراره لان البينة تسمع عند صحة الدعوى وقد بطلت هنا للتناقض لان كفالته إقرار بصحتها ا هـ. وفي الاختيار: كل قولين متناقضين صدرا من

***

[٦٩]

المدعي عند الحاكم فإن أمكن التوفيق قبل وإلا لم يقبل كما إذا صدر من الشهود، وكل ما أثر في قدح الشهادة أثر في منع استماع الدعوى ا هـ. قوله: (ومن ادعى على آخر أنه باعه أمته فقال لم أبعها منك قط فبرهن على الشراء فوجد بها عيبا فبرهن البائع أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل) للتناقض لان اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيقتضي وجود العقد، وقد أنكره بخلاف ما تقدم من مسألة الدين لان الباطل قد يقضى ويبرأ منه دفعا للدعوى الباطلة، وما في الكتاب هو ظاهر الرواية عن الكل. وحكى الخصاف رواية عن أبي يوسف أنها تقبل لامكان التوفيق بأن باعها وكيله وأبرأه عن العيب، ونظيره ما ذكره أبو يوسف أنه لو ادعى الشراء من شخص وهو منكر فأقام المدعي بينة على الشراء منه فأقام المنكر البينة أنه قد رد المبيع على تقبل لما ذكرناه من إمكان التوفيق، هكذا عزا هذا الفرع الشارح إليه، وجزم به في الخلاصة على أنه نقل المذهب فقال: ادعى على آخر أنه اشترى منه هذه الدار فأنكر الشراء فلما أقام المدعي البينة على الشراء ادعى المدعى عليه أنه ردها عليه يعني أقالها يسمع هذا الدفع. ولو لم يدع الاقالة ولكن يدعي إيفاء الثمن أو الابراء اختلف المتأخرون، ومن هذا الجنس صارت واقعة بسمرقند صورتها: ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها على كذا في المهر وطالبته بالمهر وأنكر الزوج النكاح أصلا، فلما أقامت المرأة البينة على النكاح ادعى الزوج أنه خالعها على المهر تسمع لانه يحتمل أنه زوجها منه أبوه وهو صغير وهو لا يعلم. ومن هذا الجنس رجل ادعى على آخر ألفا وديعة فأنكر فلما أقام البينة على الايداع ادعى المدعى عليه الرد أو الهلاك إن قال أولا ليس لك علي شئ يسمع، وإن قال ما أودعتني أصلا لا يسمع ا هـ. واستشكل مسألة الكتاب في جامع الفصولين بأنه ينبغي أن تقبل البينة فيها وفاقا خلافا لزفر لانه صار مكذبا شرعا ببينة المدعي فلحق إنكاره بالعدم فصار كما في الكفالة من أن رجلا لو برهن أن له على الغائب ألفا وهذا كفيله بأمره يرجع الكفيل على الغائب ولو أنكر الكفالة أصلا لانه صار مكذبا شرعا في إنكاره فلحق بالعدم. قال: ويمكن الفرق بأن الحكم بأدائه ثمة حكم بالرجوع أيضا فلا حاجة إلى إقامة البينة ثانيا على كفالته لثبوتها أولا، وهنا الحكم بالشراء ليس بحكم بالبراءة والايفاء فلا بد من الدعوى فيبطله التناقض فافترقا. ويمكن أن يرد بأن إنكاره لما لحق بالعدم لما مر لا يتحقق التناقض لعدم انكاره البيع والشراء فينبغي أن تصح الدعوى على أصل من العدة. أنكر البيع

فبرهن عليه المشتري فادعى البائع إقالة يسمع هذا الدفع ولو لم يدع الاقالة ولكن ادعى ايفاء الثمن أو الابراء اختلف المتأخرون ا هـ. وقد أجبنا عنه في حاشيتنا عليه بما حاصله أن المقر إنما يصير مكذبا شرعا إذا حكم القاضي بما يخالف
***
[٧٠]
إقراره، وفي مسألتنا لم يقض القاضي بالبيع حتى تناقض الخصم فلم يكن مكذبا شرعا كما لا يخفى. وبما قررناه ظهر أن تقييد المؤلف مسألة الكتاب بدعوى الرد بالعيب بعد الانكار لاصل البيع للاحتراز عن دعوى الاقالة ويحتاج إلى الفرق بينهما كما يحتاج إليه فيما في البزازية: ادعى عليه شراء عبده فأنكر فبرهن عليه فادعى عليه أنه رده عليه بالعيب تسمع لانه صار مكذبا في إنكار البيع فارتفع التناقض بتكذيب الشرع كما ارتفع بتصديق الخصم ا هـ. وفي جامع الفصولين: ولو قال لا نكاح بيني وبينك فلما برهنت على النكاح برهن هو على الخلع تقبل بينته، ولو قال لم يكن بيننا نكاح قط أو قال لم أتزوجها قط والباقي بحاله ينبغي أن يكون هذا ومسألة العيب سواء، وثمة في ظاهر الرواية لا تقبل بينة البراءة عن العيب لان البراءة عن العيب إقرار بالبيع فكذا الخلع يقتضي سابقة النكاح فيتحقق التناقض ا هـ. ثم اعلم أن التناقض بين الدعوتين لا بد أن يكون عند القاضي يدل عليه ما في الاجناس والصغرى: ادعى محدودا بشراء أو إرث ثم ادعاه ملكا مطلقا لا يسمع إذا كانت الدعوى الاولى عند القاضي، فأما إذا لم تكن عند القاضي فهذا والاول سواء. قال البزازي: وهذا على الرواية التي ذكروا أن التناقض إنما يتحقق إذا كان كلا الدعوتين عند القاضي، فأما من اشترط أن يكون الثاني عند القاضي يكفي في تحقق التناقض كون الثاني عند الحاكم. ثم قال في فصل الدفع وفي المحيط: ادعى على آخر عند غير الحاكم بالشراء أو الارث ثم ادعاه عند الحاكم مطلقا إن ادعى الشراء من معروف لا تقبل، وإن ادعاه من مجهول ثم المطلق عند الحاكم تقبل دلت المسألة أنه لا يشترط في التناقض كون المتدافعين في مجلس الحكم بل يكتفي بكون الثاني في مجلس الحكم ا هـ. وقدمنا أنه المعتمد. ثم اعلم أن المتناقض إذا قال تركت الكلام الاول واستقر على الثاني يقبل منه. قال في البزازية وفي الذخيرة: ادعاه مطلقا فدفعه
***
[٧١]
المدعى عليه بأنك كنت ادعيته قبل هذا مقيدا وبرهن عليه فقال المدعي ادعيه الآن بهذا السبب وتركت المطلق يقبل ويبطل الدفع ا هـ. ثم اعلم أن التناقض المانع أما أن يسمع الحاكم الكلامين أو يسمع الثاني فيدفع المدعى عليه أنه قال أولا كذا يريد دفعه فينكر فيبرهن المدعى عليه على قوله الاول فيثبت التناقض وهذا هو طريق دفع الدعوى وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى في المخمسة من الدعوى. وفي الظهيرية: ادعى عليه أن أباك أوصى لي بثلث ماله فأنكر المدعى عليه الوصية فبرهن هي المدعي فقال المدعى عليه إن أبي رجع عن هذ الوصية قيل لا يصح هذا الدفع والصحيح أنه صحيح، وكذا لو برهن على جحود أبيه بناء على أن الجحود رجوع ا هـ. وفيها: ادعت امرأة على ورثة زوجها المهر فأنكروا نكاحها فبرهنت فدفعوا بأنها كانت أبرأت أبانا في حياته إن قالوا أبرأته عن المهر لا يصح للتناقض، وإن قالوا أبرأته عن دعوى المهر صح ا هـ. وفي البزازية: ادعى عليه ألف درهم ثمن جارية بشرائط وعجز عن إثباتها فقال كانت الالف وديعة عنده لا تقبل، ولو ادعى كونها وديعة فعجز فادعى كونها قرضا تقبل ا هـ. قوله: (ويبطل الصك بأن شاء الله تعالى) أي يبطل مكتوب الشراء أو الاقرار ونحوهما إذا كتب في آخره إن شاء الله تعالى فيبطل البيع ونحوه ولكون الاستثناء مبطلا. وفي الصحاح: الصك كتاب فارسي معرب والجمع أصك وصكاك وصكوك ا هـ. أطلقه فشمل ما إذا اشتمل على شئ واحد وأشياء وفي الثاني الاختلاف قال الامام: إذا كتب بيع وإقرار وإجارة وغير ذلك ثم كتب في آخره إن شاء الله تعالى بطل الكل قياسا لان الكل كشئ واحد بحكم العطف، وبطل الاخير عندهما فقط استحسانا لانصراف الاستثناء إلى ما يليه لان الصك للاستيثاق، وكذا الاصل في الكلام الاستيثاق وأشار إلى أن الكتابة كالنطق فلا بد فيها من اتصال المشيئة، فلو ترك فرجة فإن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه اتفاقا كالسكوت. والحاصل أنهم اتفقوا على أن المشيئة إذا ذكرت بعد جمل متعاطفة بالواو كقوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله الحرام إن شاء الله ينصرف إلى الكل فيبطل الكل، فمشى أبو حنيفة على حكمه، وهما أخرجا صورة كتب الصك من عمومه بعارض اقتضى
***
[٧٢]

تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملا متعاطفة للعادة وعليها يحمل الحادث، ولذا كانا قولهما استحسانا راجحا على قوله، كذا في فتح القدير. فظاهره أن الشرط ينصرف إلى الجميع وإن لم يكن بالمشيئة. وفي وكالة البزازية: وعن الثاني قال امرأة زيد طالق وعبده حر وعليه المشي إلى بيت الله إن دخل هذه الدار فقال زيد نعم كان بكله لان الجواب يتضمن إعادة ما في السؤال ا هـ. وأما الاستثناء إلا وإحدى أخواتها فينصرف إلى الاخير عندنا كما علم في آية رد شهادة المحدود في القذف، وعليه فرع في خزانة المفتين من الاقرار. والحاصل أن الشرط إذا تعقب جملا متعاطفة متصلا بها فإنه للكل، وأما الاستثناء إلا فإلى الاخير، فلو أقر لاثنين بمالين واستثنى شيئا كان من الاخير، ولو أقر بمالين كمائة درهم وخمسين دينارا إلا درهما انصرف إلى الاول استحسانا. وأما الاستثناء بإن شاء الله تعالى بعد جملتين ايقاعيتين فإليهما اتفاقا وبعد طلاقين معلقين أو طلاق معلق وعتق معلق فإليهما عند محمد، وعند أبي يوسف إلى الاخير، واتفقوا على انصرافه إلى الاخير في غير العطف وفي المعطوف بعد السكوت كما في إيضاح الكرماني. وفيه من الايمان: إذا عطف على يمينه بعد سكوته ما يوسع على نفسه لم يصح كالاستثناء، وإن كان فيه تشديد على نفسه صح، فلو قال إن دخلت الدار فأنت طالق وسكت ثم قال وهذه الاخرى دخلت الثانية في اليمين بخلاف وهذه الدار الاخرى، ولو قال هذه طالق ثم سكت وقال وهذه طلقت الثانية، وكذا في العتق ا هـ. وفي الهداية: ذكر حق كتب في أسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو وكيلي بما فيه إن شاء الله يبطل الذكر كله عنده، وعندهما بطل التوكيل. والمراد بذكر الحق الصك كما في القاموس، والمراد بمن قام به أن من أخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق وأورد عليه لزوم صحة توكيل المجهول. وأجيب بأن الغرض من كتابته إثبات رضا المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعي فلا يمتنع المديون عن سماع خصومته عند أبي حنيفة، ودفع بأنه لا يفيد على قوله لان الرضا بتوكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله أيضا. والظاهر عندي أن محمدا إنما ذكره ليفيد أنه ينصرف الاستثناء إلى الكل عنده وإن كان فاسدا فكيف إذا كان صحيحا بدليل مسألة ضمان الخلاص مع فساده عنده. وقيل: بل فائدته التحرز عن قول ابن أبي ليلى فإنه لا يصحح التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم إلا إذا وجد الرضا بتوكيل وكيل مجهول فحينئذ يجون لكن المذكور في كتب المذاهب الاربعة أن عند ابن أبي ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم مطلقا ا هـ، كذا في فتح القدير. وفي وكالة البزازية: قال لرجلين أيكما باع هذا فهو جائز أيهما باع جاز قال وكلت هذا أو هذا ببيعه فهو باطل ا هـ.

***

[٧٣]

قوله: (وإن مات ذمي فقالت زوجته أسلمت بعد موته وقال الورثة أسلمت قبل موته فالقول لهم) وقال زفر: القول لها لان الاسلام حادث فيضاف إلى أقرب الاوقات. ولنا أن سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة، وهذا ظاهر نعتبره للدفع وما ذكره هو يعتبره للاستحقاق. وأشار بكون الزوج ذميا إلى أنه لو مات مسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قولهم أيضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة إليه، أما الورثة فهم الدافعون ويظهر لهم ظاهر الحدوث أيضا كما في الهداية. والتعبير بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر فإن ما يثبت به الاستحقاق كثيرا ما يكون ظاهرا كاخبار الآحاد كثيرا ما توجب استحقاقا، كذا في فتح القدير. وفي التحرير: الاستصحاب الحكم ببقاء أمر محقق لم يظن عدمه وكتبنا تفاريعه في الاشباه والنظائر في قاعدة اليقين لا يزول بالشك، وسيأتي في آخر باب التحالف مسائل من الظاهر. وفي خزانة الاكمل: مات ذمي وله ابنان أحدهما مسلم فبرهن على أن أباه مات مسلما والآخر على أنه مات كافرا أقضي بالميراث للمسلم منهما وإن كان شهوده من الذمة وشهود الكافر من المسلمين، وكذا لو قال أحدهما كنت مسلما وكان أبي مسلما فصدقه أخوه وقال وأنا كنت مسلما في حياته فكذبه أخوه وقال أسلمت بعد موته فالميراث للذي اجتمعا على إسلامه قبل موت أبيه، كذا لو اختلفا في الرق والعتق فالميراث لمن اجتمعا على عتقه في حياة أبيه ا هـ. وفيها: ادعى خارجان دارا في يد ذمي وادعيا الميراث وبرهنا قضي به بينهما، وإن كان شهود الذمي مسلمين وإلا قضي به للمسلم وإن كان شهوده كفارا ا هـ. وقيد المؤلف بما ذكر من المسألة لان امرأة الميت المسلمة لو قالت مات زوجي وهو مسلم وهذه داره ميراثا لي وقال ولده وهم كفار مات كافرا وصدق أخو الميت المرأة وهو مسلم قال في الخزانة: قضيت للمرأة وللاخ دون الولد. وفيها: لو مات رجل وأبواه ذميان

فقالا مات ابننا كافرا وقال ولده المسلمون مات مسلما فميراثه للولد دون الابوين ا هـ. وحاصله أنهم إذا اختلفوا في موت الميت على الاسلام أو الكفر فالقول لمن يدعي أنه مات على الاسلام فعلى هذا لا يحتاج إلى تصديق الاخ في المسألة السابقة وتكفي دعوى المرأة أنه مات مسلما كما لا يخفى وإلا فما الفرق.

***

[٧٤]

قوله: (وإن قال المودع هذا ابن مودعي لا وارث له غيره دفع المال إليه) أي وجوبا بالاقرار أن ما في يده ملك الوارث خلافة عن الميت. قيد بإقراره بالبنوة لانه لو قال هذا أخوه شقيقه ولا وارث له غيره وهو يدعيه فالقاضي يتأنى في ذلك، والفرق أن استحقاق الاخ بشرط عدم الابن بخلاف الابن لانه وارث على كل حال وتمامه مع بيان مدة التأني في فتح القدير. وقيد بقوله لا وارث له غيره لانه لو قال له وارث غيره ولا أدري أمات أم لا لا يدفع إليه شئ لا قبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعي بينة تقول لا نعلم له وارثا غيره. وأشار بالوديعة إلى أن المديون إذا قال هذا ابن دائني فإنه يؤمر بالدفع إليه بالاولى. وقيد بالوارث احترازا عما إذا أقر أنه وصيه أو وكيله أو المشتري منه فإنه لا يدفعها إليه لما فيه من إبطال حق المودع في العين بإزالتها عند يده لان يد المودع كيد المالك فلا يقبل إقراره عليه ولا كذلك بعد موته بخلاف ما إذا أقر أنه وكيل الطالب بقبض دينه حيث يؤمر بالدفع إليه لانه إقرار بخالص حقه إذ الديون تقضي بأمثالها، فلو دفع إلى الوكيل في الوديعة قيل لا يستردها لكونه ساعيا في نقض ما أوجبه وكان ينبغي أن يستردها لبطلان إقراره في حق المالك والحفظ واجب عليه فكان بالدفع متعديا ولذا ضمن إذا أنكر المالك التوكيل، ولو لم يسلمها إلى الوكيل حتى ضاعت فقيل لا يضمن، وكان ينبغي أن يضمن عملا بما في زعمه. وقيد بالوديعة للاحتراز عن الملتقط إذا أقر بها لرجل فقيه اختلاف كما ذكره الشارح، والعارية والعين المغصوبة كالوديعة. ومراده من الابن من يرث بكل حال فالبنت والاب والام كالابن وكل من يرث في حال دون حال هو كالاخ. وفي فتح القدير: ولو ادعى أنه أخو الغائب وأنه مات وهو وارثه لا وارث له غيره أو ادعى أنه ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو كانت امرأة وادعت أنها عمة الميت أو خالته أو بنت أخيه وقال لا وارث له غيره وادعى آخر أنه زوج أو زوجة للميت أو أن الميت أوصى له بجميع ماله أو ثلثه وصدقهما ذو اليد وقال لا أدري للميت وارث غيرهما أو لا لم يكن لمدعي الوصية شئ بهذا الاقرار، ويدفع القاضي إلى الاب والام والاخ ومولى العتاقة أو العمة أو الخالة أو بنت الاخت إذا انفرد، أما عند الاجتماع فلا يزاحم مدعي البنوة مدعي الاخوة لكن مدعي هذه الاشياء إذا زاحمه مدعي الزوجية أو الوصية بالكل أو الثلث مستدلا بإقرار ذي اليد فمدعي الاخوة أو البنوة أولى بعد ما يستحلف الابن ما هذه زوجة الميت أو موصى له، هذا إذا لم تكن بينة على الزوجية والوصية فإن أقام أخذ بها ا هـ. وأشار المؤلف إلى أن ذا اليد لو أقر أن الميت أقر بأن هذا ابنه أو أبوه أو مولاه

***

[٧٥]

أعتقه أوصى له بالكل أو ثلثه أو أن هذه زوجته فالمال للابن والمولى كما لو عايناه أقر بخلاف النكاح وولاء الموالاة والوصية لان ذا اليد أقر بسبب ينتقض، كذا في فتح القدير. ومن دعوى المجمع: وإن كانت في يد زيد فجاء أحد الزوجين فصدقه زيد يؤمر بإعطاء أقل النصيبين لا أكثرهما ا هـ. قيد بتصديقه لانه لو برهن وقالا لا نعلم لا وارثا آخر فله أكثر النصيبين اتفاقا، كذا في شرحه لابن الملك.

قوله: (وإن قال لآخر هذا ابنه أيضا وكذبه الاول قضى للاول) أي قال المودع هذا ابنه بعد إقراره للاول بأنه ابنه وكذبه المقر له قضى بالمال للمقر له الاول لان الثاني إقرار على الغير لصحة الاقرار للاول لعدم من يكذبه. ولم يذكر المصنف ضمان المودع للثاني لاختلاف الشارحين فيه ففي غاية البيان أنه لا يغرم المودع للابن الثاني شيئا بإقراره له لان استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف، وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البنوة ثبوت الارث فلا يكون الاقرار بالبنوة إقرارا بالمال ا هـ. وفي البناية: فإن قيل ينبغي أن يضمن المودع هنا للمقر له الثاني كما قلنا في مودع القاضي المعزول إذا بدأ بالاقرار بما في يده لانسان ثم أقر بأن القاضي المعزول سلمه فإنه يضمن للقاضي على ما مر من قبل قلنا: هذا أيضا يضمن نصيبه إذا دفع إلى المقر له الاول بغير قضاء القاضي ا هـ. وهذا هو الصواب كما في فتح القدير. وقيد بإقراره بالولد لانه لو أقر المودع بها لرجل ثم قال لا بل وديعة فلان أو قال غصبت هذا من فلان لا بل من فلان وكذا العارية فإنه يقضي به للاول ويضمن للثاني قيمته، وكذا في الاقرار بالدين، فلو قال هذا لفلان إلا نصفه فلفلان فكما قال، ولو قال هذان لفلان إلا

هذا فلفلان كان مصدقا، فلو قال هذا لفلان وهذا لفلان المقر له إلا الاول فإنه لي لم يصدق وهما للاول، ولو قال هذا لفلان وهذا لفلان المقر له إلا نصفه الاول فإنه لفلان كان جائزا، ولو قال هذه الحنطة والشعير لفلان إلا باكرا من هذه الحنطة إذا كانت الحنطة أكثر من الكر، كذا في الاصل لمولانا محمد من الدعوى. قوله: (ميراث قسم بين الغرماء لا يكفل منهم ولا من وارث) وهذا شئ احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: يأخذ الكفيل منهم. أطلقه فشمل ما إذا ثبت الدين والارث بالبينة أو بالاقرار والخلاف في الاول ولا خلاف في أخذه في الثاني وهي واردة على إطلاقه. وشمل ما إذا قال الشهود لا نعلم له وارثا غيره وهنا لا يؤخذ الكفيل
***
[٧٦]
اتفاقا. وجه قولهما أن في التكفيل نظرا للغائب على تقدير وجوده ولان وجود آخر موهوم فلا يؤخر الثابت قطعا له. وأشار إلى عدم التكفيل في دعوى الشراء على ذي اليد وفي بيع العبد المأذون للدين. وقيد بالميراث لانه يأخذ كفيلا إذا دفع النفقة لامرأة الغائب أو اللقطة أو الآبق إلى صاحبه. وأطلق في الوارث فشمل ما إذا كان ممن يحجب أولا. وقيد بعدم التكفيل لان القاضي يتلوم ولا يدفع إليه حتى يغلب على ظنه أنه لا وارث له غيره ولا غريم له آخر اتفاقا لانه من باب الاحتياط لنفسه بزيادة علم بانتفاء الشريك المستحق معه بقدر الامكان، وقدر مدته مفوض إلى رأي القاضي، وقدره الطحاوي بحول. والمراد بالتأني تأخير القضاء إلى المدة المذكورة كما في غاية البيان لا تأخير الدفع بعد القضاء. وحاصل ما ذكره الصدر الشهيد أن المدعي لو برهن على أنه مات وتركها ميراثا لورثته ولم يذكروا عدد الورثة ولا قالوا لا نعلم له وارثا غيره فإنه لا يقضي له، وإن بينوا عددهم وقالوا لا نعلم له وإرثا غيره وكان ذلك الوارث مما لا يحجب بحال فإنه يقضي ولا يتأنى ولا يكفل، وإن كان ممن يحجب بحال تأنى ثم يقضي. وإن شهدوا أنه ابنه ووارثه وأنه مات وتركها ميراثا له ولم يقولوا لا نعلم له وارثا غيره تلوم القاضي زمانا ثم قضى ولا يأخذ منه كفيلا عنده خلافا لهما. ويدفع لاحد الزوجين أوفر النصيبين عند محمد، وعند أبي يوسف أقلهما. وقوله وهذا شئ احتاط به بعد القضاة بالظلم وهو ظلم كلام أبي حنيفة وعنى به ابن أبي ليلى فإنه كان يفعله بالكوفة. والمراد بالظمل الميل عن سواء السبيل، وفيه دليل على أن المجتهد يخطئ ويصيب، وعلى أن أبا حنيفة برئ من الاعتزال لا كما ظنه البعض بسبب ما نقله يوسف بن خالد السمني عنه أنه قال كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد. وتأويله أن كل مجتهد مصيب بالاجتهاد وإن أخطأ ما عند الله، والدليل على صحة هذا التأويل أنه لو حمل على ظاهره لكان متناقضا فقوله الحق عند الله واحد يفيد أن ليس كل مجتهد أصاب الحق وإلا لكان الحق متعددا فلزم أن معنى قوله كل مجتهد مصيب أي مصيب حكم الله تعالى بالاجتهاد كما في فتح القدير. وفي البزازية من الدعوى بعد نقل عبارة الكتاب عن الامام الاعظم قالوا: هذا كشف عن مذهبه بأن المجتهد يخطئ أيضا قيل إذا قولهما بجواز التكفيل كشف عن الاعتزال، وأنت خبير بأن هذا الايراد باطل فإنهما جوزا بالاجتهاد أخذ الكفيل قياسا على رد الآبق واللقطة فإنى يلزم منه كون كل مجتهد مصيبا، والاستدلال من وصف الامام بالظلم بناء على ملازمة عادية كانت في تلك العصر من عدم تقليد القضاء إلا من المجتهد فكان التكفيل الصادر من القاضي تكفيلا من القاضي المجتهد، ويكون المراد من بعض القضاة القاضي المعهود. وزيف أيضا بأن المجتهد إذا أخطأ فله أجر بلا خلاف. وغايته أنه بالتكفيل أخطأ فلا يكون ظلما فلا يصح الاستدلال. وأجيب عنه بأن الامام قال وهو ظلم وميل فالوصف بالميل دل على أن المراد بالظلم وضع الشئ في غير موضعه والاطلاق ولو بالمجاز دل أنه يخطئ إذ لولاه لما صح
***
[٧٧]
ذلك لحصل الكشف بالوصف الواقع من الامام بالاتصاف في الواقع ا ه‍. وحاصله أن وصفه بأن فعله ظلم لا يقتضي أنه في الواقع ظالم بمعنى مرتكب للحرام وإن صح أن يقال إنه ظالم أي واضع لاخذ الكفيل في غير موضعه والمقصود تأويل العبارة بحيث لا تفيد أن القاضي بأخذه الكفيل آثم لان ثبوت الاجر له في ذلك ينافي الاثم وفي الاصل قال أبو حنيفة: أرأيت لو لم يجد كفيلا كنت أمنعه حقه بشئ أخاف ولم يستبن بعد ولم يجب عليه بعد ا ه‍. والاولى في الجواب عن قول الامام في حق ابن أبي ليلى مع كونه مجتهدا ما قاله في التلويح وعبارته: والمخطئ في الاجتهاد لا يعاقب ولا ينسب إلى الضلال بل يكون معذورا ومأجورا إذ ليس عليه إلا بذل الوسع وقد

فعل فلم ينل الحق لخفاء دليله إلا أن يكون الدليل الموصل إلى الصواب بينا فأخطأ المجتهد لتقصير منه وترك مبالغة في الاجتهاد فإنه يعاتب، وما نقل من طعن السلف بعضهم على بعض في المسائل الاجتهادية كان مبنيا على أن طريق الصواب بين في زعم الطاعون ا ه. وفي مناقب الكردري: ما زال أبو حنيفة يخطئ ابن أبي ليلى وهو قاضي الكوفة حتى عزله الخليفة. واعلم أننا كتبنا في باب النفقة ما يفيد أن المراد بالكفيل الكفيل بالمال لقوله في الذخيرة: فإذا حضر الزوج وأثبت أنه كان دفعها لها فإن شاء رجع عليها وإن شاء رجع على الكفيل إلى آخره، ولم أر حكم الكفالة على قولهما في مسألة الكتاب هل هي بالمال أو بالنفس. قوله: (ولو ادعى دارا أرثا لنفسه ولاخ له غائب وبرهن عليه أخذ نصف المدعي فقط) أي أخذ نصيب نفسه وترك نصيب أخيه الغائب في يد ذي اليد وهذا عند الامام مطلقا، وفصل الشيخان بين جحود ذي اليد فيؤخذ منه ويجعل في يد أمين وإلا ترك في يده لخيانته بجحوده فلا نظر في تركه في يده. وله أن الحاضر ليس بخصم عن الغائب في الاستيفاء وليس للقاضي التعرض بلا خصم كما إذا رأى شيئا في يد إنسان يعلم أنه لغيره لا ينتزعه منه بلا خصم وقد ارتفع جحوده بقضاء القاضي بالكل. قيد بعدم أخذ نصيب الغائب لان القاضي يقضي بالكل إرثا بخصومة الحاضر لانتصاب أحد الورثة خصما للميت فلذا تقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه ولا تعاد البينة إذا حضر الغائب ولا القضاء. ولم يذكر الشارح فيه اختلافا وذكره في جامع الفصولين وصحح أنه لا يحتاج، وكذا ينتصب أحدهم فيما عليه مطلقا إن كان دينا، وإن كان في دعوى عين فلا بد من كونها في يده ليكون قضاء على

***

[٧٨]

الكل، وإن كان البعض في يده نفذ بقدره كما صرح به في الجامع الكبير. وظاهر ما في الهداية والنهاية والعناية أنه لا بد من كونها كلها في يده في دعوى الدين أيضا. وصرح في فتح القدير بالفرق بين العين والدين وهو الحق وغيره سهو. وفي قوله أخذ نصف المدعي فقط إشارتان: الاولى أنه لا يؤخذ من ذي اليد كفيل لان القاضي نصب لقطع الخصومات لا لانشائها. الثانية أن الحاضر يأخذ النصف مشاعا غير مقسوم كما صرح به العمادي في الفصول. وقيد بالعقار لان المنقول يوضع عند عدل إلى حضور صاحبه. وقيل هو كالعقار لا يؤخذ منه ولا شك أنه على قولهما يؤخذ منه ويوضع على يد عدل، وأجمعوا على أنه لا يؤخذ لو مقرا، كذا في جامع الفصولين. الاول إنما ينتصب الحاضر الذي في يده العين خصما عن الباقي إذا كانت العين لم تقسم بين الحاضر والغائب، فإن قسمت وأودع الغائب نصيبه عند الحاضر كانت كسائر أمواله فلا ينتصب الحاضر خصما عنه، ذكره العتابي عن مشايخنا. وفي جامع الفصولين من السابع والعشرين: ولو أودع نصيبه من عين عند وارث آخر فادعى رجل هذا العين ينتصب هذا الوارث خصما إذا ينتصب أحد الورثة خصما عن الباقين لو كان العين بيده بخلاف الاجنبي ا ه. الثاني إنما لا تسمع دعوى الغائب إذا حضر بشرط أن يصدق أن العين ميراث بينه وبين الحاضر، أما لو أنكر الارث وادعى أنه اشتراها أو ورث نصيبه من رجل آخر لا يكون القضاء على الحاضر قضاء عليه فتسمع دعواه وتقبل بينته كما في الفصولين، فالحاصل أنه إنما ينتصب خصما عن الباقي بثلاثة شروط: كون العين كلها في يده، وأن لا تكون مقسومة، وأن يصدق الغائب على أنها إرث عن الميت المعين. الثالث إنما يكفي ثبوت بعض الورثة أن لو ادعى الجميع وقضى به أما لو ادعى حصته فقط وقضى بها فلا يثبت حق الباقين، كذا في جامع الفصولين من السابع والعشرين. الرابع ادعى بيتا فقال ذو اليد إنه ملكي ورثته من أبي فلو قضى عليه يظهر على جميع الورثة فليس لاحد منهم أن يدعيه بجهة

***

[٧٩]

الارث إذ صار مورثهم مقضيا عليه، فلو ادعاه أحدهم ملكا مطلقا تقبل إذ لم يقض عليه في الملك المطلق، فلو ادعاه ذو اليد ملكا مطلقا لا إرثا تصير الورثة مقضيا عليهم فلهم أخذه بدعوى الارث لكن ليس لذي اليد حصة فيه إذ قضى عليه ا ه. الخامس إذا كانت الورثة كبارا غيبا وصغيرا نصب القاضي وكيلا عن الصغير لسماع دعوى الدين على الميت والقضاء على هذا الوكيل قضاء على جميع الورثة. السادس إذا أثبت المدعي دينه على بعض الورثة وفي يده حصة فإنه يستوفي جميع دينه مما في يد الحاضر ثم يرجع الحاضر على الغائب بحصته وهما في خزانة المفتين. السابع يحلف الوارث على الدين إذا أنكره وإن لم يكن للميت تركة وهما في البزازية. الثامن يصح الاثبات على الوارث وإن لم يكن للميت تركة وهما في البزازية. التاسع لو لم يكن للميت وارث فجاء مدع للدين على الميت نصب

القاضي وكيلا للدعوى كما في أدب القضاء للخصاف وظاهره أن وكيل بيت المال ليس بخصم. قوله: (ومن قال مالي أو ما أملك في المساكين صدقة فهو على مال الزكاة ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل شئ) والقياس استواؤهما فيتصدق بالكل وبه قال زفر ولكنا فرقنا بينهما استحسانا باعتبار أن ايجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى بخلافها لانها أخت الميراث تجري في كل مال الزكاة. أطلقه في مال الزكاة فشمل جميع الاجناس كالسوائم والنقدين وعروض التجارة بلغت نصابا أو لا، سواء كان عليه دين مستغرق لها أو لا، لان المعتبر جنس ما تجب فيه الزكاة مع قطع النظر عن قدرها وشروطها فإن قضى دينه لزمه أن يتصدق بعده بقدره، وشمل الارض العشرية عند الثاني لكونها مصرفها مصرف الزكاة، ومنعه محمد لما فيها من معنى المؤنة ولذا وجب العشر في أرض الصبي والمكاتب والاوقاف، وضم أبا حنيفة إليه في النهاية معزيا إلى التمرتاشي. ولا تدخل الخراجية لتمحضها للمؤنة وخرج رقيق الخدمة ودور السكنى وأثاث المنازل وما كان من الحوائج الاصلية وتسوية المصنف بين قوله مالي وبين قوله ما أملك هو الصحيح لانهما يستعملان استعمالا واحدا فكان فيهما القياس والاستحسان خلافا للبعض. واختاره في المجمع وما صححناه تبعا للشارح هو مختار صاحب الهداية. وذكر القاضي الاسبيجابي أن الفرق بين المال والملك إنما هو قول أبي يوسف، وأبو

***

[٨٠]

حنيفة لم يفرق بينهما واختاره الطحاوي في مختصره وقيده بالتنجيز لانه لو كان معلقا بالشرط نحو قاله مالي صدقة في المساكين إن فعلت كذا دخل المال القائم عند اليمين والحادث بعده. وقيد بقوله فهو صدقة لانه لو قال لله علي أن أهدي جميع مالي إن فعلت كذا أو جميع ملكي فإنه يدخل فيه جميع ما يملكه وقت الحلف بالاجماع فيجب أن يهدي ذلك كله إلا قدر قوته، فإذا استفاد شيئا آخر تصدق بمثله، كذا ذكر الاسبيجابي. وفي حيل الولوالجية من آخرها: رجل قال إن فعلت كذا فجميع ما أملكه صدقة في المساكين فأراد أن يفعل ولا يحنث يبيع جميع ما يملكه من رجل بثوب في منديل يقبضه ولم يره ثم يفعل ذلك ثم ينظر إلى الثوب ويرده بخيار الرؤية فلا يلزمه شئ اه‍. وأشار بقوله فهو على مال الزكاة دون أن يقول يتصدق بمال الزكاة إلى أنه إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قدر قوته فإذا أصاب شيئا بعد ذلك تصدق بمثل ما أمسك لان حاجته مقدمة. ولم يبين في المبسوط قدر ما يمسك لان ذلك يختلف باختلاف العيال وباعتبار ما يتجدد له من التحصيل فيمسك أهل كل صنعة قدر ما يكفيه إلى أن يتجدد له شئ. وقيد بالمال والملك من غير تعيين شئ للاحتراز عما إذا قال ألف درهم من مالي صدقة إن فعلت كذا ففعله وهو لا يملك إلا مائة لا يلزمه إلا بقدر ما يملك. رواه ابن سماعة عن محمد. وكذا عن نصير وبه أخذ الفقيه وإن لم يكن له شئ لا يجب عليه شئ كذا في مآل الفتاوى من الايمان. والضمير في قوله فهو عائد إلى المال، وكذا لو أوصى بماله ولا وارث له أو كان له وأجازها فإن الموصى له يستحق جميع ماله. ثم اعلم أنه وقع في الهداية هنا أن الوصية خلافة كالوراثة وهو مشكل فإن المصرح به أن ملك الموصى له ليس بطريق الخلافة كملك الوارث. قال الصدر الشهيد في شرح أدب القضاء: إن الموصى له ليس بخليفة عن الميت ولهذا لا يصح إثبات دين الميت عليه وإنما يصح على وارث أو وصي. ولو أوصى له بعبد اشتراه فوجد به الموصى له عيبا فإنه لا يرده بخلاف الوارث ويصير الوارث مغرورا لو استحقت الجارية بعد الولادة كالمورث بخلاف

***

[٨١]

الموصى له اه‍. ولم أر أحدا من الشارحين بينه وقد ظهر لي أن صاحب الهداية أراد بالخلافة أن ملك كل منهما يكون بعد الموت لا بمعنى أنه قائم مقامه. ومما يدل على عدم الخلافة ما في التلخيص بعد بيان أن ملكه ليس خلافة أنه يصح شراؤه ما باع الميت بأقل مما باع قبل نقد الثمن بخلاف الوارث، وقدمنا تعريف المال أول كتاب البيوع. ولا فرق في مسألة الكتاب بين أن يقول ثلث مالي للفقراء أو لفلان، وكذا لو قال ثلثي لفلان أو سدسي فهو وصية جائزة. وقيد بالوصية لانه لو قال ثلث مالي وقف ولم يزد قال في البزازية من الوصايا: إن ماله دراهم أو دنانير فقوله باطل وإن ضياعا صار وقفا على الفقراء. ولو قال ثلث مالي لله تعالى فالوصية باطلة عندهما، وعند محمد ينصرف إلى وجوه البر. ولو قال ثلث مالي في سبيل الله فهو للغزو فإن أعطوه حاجا منقطعا جاز. وفي النوازل: لو صرف إلى سراج المسجد يجوز اه‍. وسيأتي تمامه في الوصايا إن شاء الله تعالى. وهل يدخل تحت الوصية بالمال ما على الناس من الديون؟

قالوا: إن الدين ليس بمال حتى لو حلف أن لا مال له وله

***

[٨٢]

دين على الناس لم يحنث، ولا شك أن الدين تجب الزكاة فيه بشرط القبض فينبغي أن يدخل تحت النذر بالمال ولكن في الخانية ولا تدخل الديون. وفي كلام الشارح في الوصايا ما يفيد دخول الدين في الوصية بالمال لانه يصير مالا بالاستيفاء فتناولته الوصية خصوصا قالوا: إنها أخت الميراث وهو يجري فيهما. وفي الجامع للصدر: إن اشتريت بهذه الدراهم فهي صدقة واشترى بها يحنث. قال: إن بعث عبدا إلى فثمنه صدقة صح نذره وقبضه شرط فإن مات عنده أو استهلكه قبل قبضه سقط وكذا بعده فيما يتعين رده دون غيره كالزكاة. قال إن بعث هذا الكر وهذه المائة فهما صدقة وباع يتصدق بالكر دون الدراهم للتعين وعدمه وبمثلها لا نظيره إن نكحتهما وأحدهما محرمه أو اشتريتهما وأحدهما حر قالت إن تزوجت فمهري صدقة صح فإن ارتدت أو قبلت سقط قبل قبضه وكذا بعده فيما يتعين رده وعلى هذا الطلاق وفيما يتخير تتصدق بما تقبضه ا ه‍. قوله: (ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية فهو وصي بخلاف الوكيل) حتى لو باع الوصي شيئا من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع، ولو باع الوكيل قبل العلم بها لم يجز. والفرق أن الوصية خلافة فلا تتوقف على العلم كتصرف الوارث ملكا وولاية حتى لو باع الجد مال ابن ابنه بعد موت الاب من غير علم بموته جاز. وأما الوكالة فإثبات ولاية التصرف في ماله لا استخلاف لبقاء ولاية الموكل والاذن للعبد والصبي في التجارة كالوكالة فلا تثبت إلا بعد العلم ولا يجوز تصرف المأذون قبله، هكذا أطلقه الشارح. وفي شرح المجمع لابن فرشته من المأذون: إن كان الاذن خاصا بأن قال أذنت لعبدي فلان ولم يشهد بين الناس فعلم العبد به شرط لصيرورته مأذونا، وإن كان عاما كما إذا قال المولى لاهل السوق بايعوا عبدي فلانا يصير مأذونا قبل العلم ا ه‍. ومثل الوكالة الامر باليد للمرأة حتى لو جعل أمرها بيدها لا يصير أمرها بيدها ما لم تعلم حتى لو طلقت نفسها قبل العلم لا يقع، كذا في الخانية من فصل الامر باليد من الطلاق. وفي وكالة البزازية وفي الجامع الصغير: الوكيل قبل علمه بالوكالة لا يكون وكيلا وعن الثاني خلافه، أما إذا علم المشتري بالوكالة واشترى منه ولم يعلم البائع الوكيل كونه وكيلا بالبيع بأن كان المالك قال للمشتري اذهب بعبدي إلى زيد فقل له حتى يبيعه بوكالته عني منك فذهب به إليه ولم يخبره بالتوكيل فباعه هو منه فالمذكور في الوكالة أنه يجوز وجعل معرفة المشتري كمعرفة البائع. وفي المأذون ما يدل عليه فإن المولى إذا قال لاهل السوق بايعوا عبدي فبايعوه ولم يعلم به العبد يصح. وفي الزيادات أنه لا يجوز إلى آخره وهو حسن. وأشار بقوله فهو وصي إلى أنه لا يتمكن

***

[٨٣]

من إخراج نفسه عن الوصاية بشرط أن يتصرف من بيع أو غيره ليكون ذلك قبولا وإلا فله إخراج نفسه قبل القبول، وعلى هذا فقد ترك المصنف قيدا لا بد منه وهو أن يقول ومن أوصى إليه ولم يعلم فتصرف فهو وصي كما في الهداية. وإن لم يتصرف فليس بوصي لعدم القبول. وفي الخانية: أودعه ألفا ثم قال في غيبة المودع أمرت فلانا أن يقبض الالف التي هي عند فلان ولم يعلم فلان بكونه مأمورا بالقبض ومع ذلك قبضه بدفع المأمور له وتلف عنده فالمالك بالخيار في تضمين أيهما شاء القابض والدافع، وإن سلم الدافع العالم بالاذن والقابض لا يعلم به فتلف عند القابض لا ضمان على واحد منهما لان المستودع دفع بالاذن، ولو لم يعلم أحدهما بالامر فقال المأمور للمودع ادفع إلي وديعة فلان أدفعها إلى صاحبها أو قال ادفعها الي تكون عندي لفلان فدفع فضاعت فلرب الوديعة تضمين أيهما شاء في قول أبي يوسف ومحمد ا ه‍. ثم اعلم أن الوصاية والوكالة يجتمعان ويفترقان فيفترقان في مسألة الكتاب وفي أن الوصاية لا تقبل التخصيص والوكالة تقبلها، وفي أنه يشترط في الوصي أن يكون مسلما حرا بالغا عاقلا بخلاف الوكيل إلا العقل، وفي أن الوصي إذا مات قبل تمام المصلحة نصب القاضي غيره، ولو مات وكيل الغائب لا ينصب غيره إلا عن المفقود للحفظ وفي أن القاضي يعزل الوصي بجناية أو تهمة بخلاف الوكيل عن الحي وتمامه في الاشباه والنظائر في فن الفروق. ثم اعلم أن صاحب الهداية ذكر هنا أن الوصاية خلافة لا نيابة كالوراثة وقال قبله إن الوصية خلافة كهي، وقدمنا ما في الثاني، وأما الاول فالمراد أنه خليفة الميت في التصرف كالوارث لا في الملك بخلاف الخلافة في الوصية فإنها في الملك لا في التصرف، ومما يدل على أن الوصي خليفة الميت ما في خزانة المفتين: لو

مات عن وصي وابن صغير ودين فقبضه الوصي بعد بلوغ الصغير جاز إلا إذا نهاه. ثم اعلم أنهم فرقوا بين الوارث والوصي في مسألة لو أوصى بعتق عبد ملك الوارث إعتاقه تنجيزا وتعليقا وتدبيرا وكتابة ولا يملك الوصي إلا التنجيز وهي في التلخيص. ثم اعلم أنه صرح في التلخيص بأن وصي القاضي نائب عن الميت لا عن القاضي ولم أر نقلا في حكم وصايته قبل العلم، وكذا في حكم تولية الناظر من الواقف، وينبغي أن يكون على الخلاف فمن جعل الناظر

***

[٨٤]

وصيا قال تثبت قبل العلم، ومن جعله وكيلا قال لا وصححوا أنه وكيل حتى ملك الواقف عزله بلا شرط قوله: (ومن أعلمه بالوكالة صح تصرفه) لانه معاملة لا إلزام فيه وإنما هو اطلاق أطلقه فشمل ما إذا كان المخبر عدلا أو غير عدل كبيرا أو صغيرا فلا يشترط فيه إلا التمييز. قوله: (ولا يثبت عزله إلا بعدل أو مستورين كاخبار السيد بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر) وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا يشترط في المخبر بهذا إلا التمييز لكونها معاملة. وله أن فيها إلزاما من وجه دون وجه فيشترط أحد شطري الشهادة، أما العدد أو العدالة أطلقه وهو مقيد بأن يكون المخبر غير الخصم ورسوله فلا يشترط فيه العدالة حتى لو أخبر الشفيع المشتري بنفسه وجب الطلب اجماعا والرسول يعمل بخبره وإن كان فاسقا اتفاقا صدقه أو كذبه كما ذكر الاسبيجابي، وكذا لو كان الرسول صغيرا. وظاهر ما في العمادية أنه لا بد أن يقول له إني رسول يعزلك ويثبت العزل بكتاب الموكل أيضا، ومقيد أيضا بما إذا لم يصدقه أما إذا صدقه قبل ولو كان فاسقا ذكره أيضا، ومقيد أيضا بما إذا بلغه العزل إن كان العزل قصديا، أما إذا كان حكميا كموت الموكل فإنه يثبت وينعزل قبل العلم. ولم يذكر المصنف اشتراط سائر الشروط في الشاهد وجزم في تنقيح الاصول باشتراط سائر الشروط مع العدد أو العدالة على قول الامام الاعظم فلا يثبت بخبر المرأة والعبد والصبي وإن وجد العدد أو العدالة وقل من نبه على هذا. ثم اعلم أن الامام محمد بن الحسن نص على خمسة منها ولم يذكر مسألة البكر وإنما قاسها المشايخ وذكر من الخمسة الحجر على المأذون ولم يذكر المؤلف الحاقا قاله بعزل الوكيل فهي ست، وزدت عليها ثلاثا احداها في الظهيرية من كتاب النكاح قال البيع على الخلاف يريد به إذا قال رجل عدل هذه العين معيبة فأقدم على شرائه كان ذلك رضا بالعيب إن كان المخبر عدلا وإن كان فاسقا فلا ا ه. الثانية في التنقيح فسخ الشركة. الثالثة عزل المتولي على الوقف على القول بصحة عزله بلا شرط أو على قول

***

[٨٥]

الكل إن كان شرطه الواقف ولم أرها، ولكن صرحوا بأنه وكيل الواقف فيستفاد من مسألة عزل الوكيل، وينبغي أن يزاد أيضا عزل القاضي ولم أره. وقد جعل المصنف من هذه المسائل مسألة المسلم الذي لم يهاجر وهو نص محمد في النوادر، واختار السرخسي قبول خبر الفاسق حتى تجب عليه الاحكام بخبره لان المخبر له رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم والعدالة لا تشترط في الرسول كما قدمناه، وصححه الشارح ورده في فتح القدير والتحرير بأن عدم اشتراط العدالة إنما هو في الرسول الخاص بالارسال وإلا فيلزم على قوله أن لا تشترط العدالة في رواية الحديث. وظاهر قوله أو مستورين أنه لا يقبل خبر الفاسقين وهو ضعيف والصحيح قبوله وثبوت هذه الاحكام لان تأثير خبر الفاسقين أقوى من تأثير خبر العدل بدليل أنه لو قضى بشهادة واحد عدل لم ينفذ وبشهادة فاسقين ينفذ، وقوله إلا بعدل أي بخبر عدل ولا يشترط فيه لفظ الشهادة، كذا في فتح القدير قوله: (ولو باع القاضي أو أمينه عبدا للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن) أي البائع الثمن للمشتري لان القاضي قائم مقام الخليفة ولا ضمان عليه فلا ضمان على القاضي، وأمين القاضي كالقاضي وهو من يقول له القاضي جعلتك أمينا في بيع هذا العبد أما إذا قال بع هذا العبد ولم يزد عليه اختلف المشايخ والصحيح أنه لا تلحقه عهدة، ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده كذا في شرح التلخيص للفارسي. وأشار المؤلف رحمه الله إلى أن العبد لو ضاع منه قبل التسليم إلى المشتري لم يضمنا كما ذكره الشارح، وإلى أن أمينه لو قال بعت وقبضت الثمن وقضيت الغريم صدق بلا يمين وعهدة الحاقا بالقاضي، كذا في شرح التلخيص أيضا. وفي البدائع من خيار العيب: إن العيب إذا كان ظاهرا يرد المبيع به ينظر القاضي أو أمينه ا ه. وفي قضاء الملتقط: إذا وجب يمين على مخدرة وجه القاضي لها ثلاثة من العدول يستحلفها واحد وآخران يشهدان

على يمينها أو نكولها ا هـ. فعلى هذا المستحلف ليس بأمينه وإلا قبل قوله في اليمين والنكول وحده. ثم اعلم أن القاضي وأمينه لا ترجع حقوق عقد باشراه لليتيم إليهما بخلاف الوكيل والاب والوصي فلو ضمن القاضي أو أمينه من ما باعاه لليتيم بعد بلوغه صح بخلافهم وتمامه في قضاء العتابية. قوله: (ورجع المشتري على الغرماء) لان المبيع وقع لهم فكانت العهدة عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما تجعل العهدة على الموكل عند تعذر جعلها على الوكيل في المحجور

***

[٨٦]

عليه. قيد برجوع المشتري لانه لو ظهر للميت غريم آخر لا يشارك الاول في الثمن وإن صار مقرا بقبض الامين لان حق المشاركة إنما ثبت بقبض الدين ولم يوجد قبض الدين حقيقة ولا حكما أقصى ما في الباب أنه أقر بقبض الامين ثمن ما باعه من التركة وأمين القاضي ليس بنائب عنه لا في البيع ولا في القبض ليكون إقراره بقبضه إقرارا بقبض نفسه حكما بل هو نائب عن الميت في المبيع لان المقبوض بدل ملك الميت ولهذا لو توى المقبوض في يد الامين لا يسقط بتواه شئ من دين الغريم، كذا في شرح التلخيص من الوكالة. وأشار المؤلف رحمه الله إلى أن الغريم خصم للمشتري في الرد بعيب ولكن في التلخيص منها فإن قال أمينه الذي أمره بالبيع فيه بعت وقبضت الثمن وقضيت الغريم صدق بلا يمين وعهدة الحاقا بالقاضي، ثم الغريم إن أنكر الايفاء دون القبض كان خصما للمشتري في العيب فيغرم الثمن لا لغريم آخر فلا يشاركه إذ العهدة بالعقد وهو له نفعا كما في توكيل المحجور والمكره والشركه بالقبض وهو للميت حتى لم يسقط التوى شيئا، وإن أنكرهما كان الخصم من يأمره القاضي لانتهاء الاول بلا حقوق ويبيع فيما للمشتري هنا أو غرم الغريم في الاولى نظرا للتعين نظرا وسلطة كما مر مهدرا للنقص صارفا للفضل إلى دين الغريم قديما وفاء بقصور السلطة كما لو ظهر مال آخر ا هـ. وتوضيحه في شرحه للفارسي. ثم اعلم أنهم جعلوا النائب كالاصيل في نائب القاضي وهو الامين وفي الوكيل فينبغي أن يجعل نائب الامام أو نائبه كهما بدليل ما قدمناه من أن القاضي إنما قبل قوله بلا يمين لكونه نائبا عن الامام، فعلى هذا يقبل قول أمين بيت المال بلا يمين فليحفظ هذا خصوصا أنهم جعلوا أمين القاضي كهو فأمين الامام كهو بالاولى وسيأتي نقله عن شرح التلخيص نائب الناظر كهو في قبول قوله، فلو ادعى ضياع مال الوقف أو تفريقه على المستحقين وأنكروا فالقول له كالاصيل لكن مع اليمين وبه فارق أمين القاضي فإنه لا يمين عليه كالقاضي. وأشار المؤلف أيضا إلى أن الوكيل لو ادعى ذلك لم يضمن أيضا. وفي التلخيص: إن قال الوكيل بعت وقبضت الثمن وسلمته إلى الآمر أو ضاع صدق وبرئ المشتري للتسليط قصدا أو ضمنا ويحلف على التسليم والضياع إذ نكوله على نفسه دون المشتري ولا يحلف على البيع والقبض للعكس إلا في دعوى الغرم لعكس العكس ألا ترى أن ذا اليد إذا أقر بالمدعي لصغير حلف على الغرم دون العين ويسلم

***

[٨٧]

المبيع إن كان في يده للتسليط يدا لا إن كان في يد الآمر للعدم بل يفسخ المشتري أو ينقد راجعا به على الوكيل لفوت رضا أو سلامة ويسترد المعيب رادا ثمنه وفاء بالعدل والحقوق، ويرجع به على الآمر إن صدقه في القبض إذ يده يده بدليل التلف ويبيعه القاضي فيه إن كذبه إلى آخر ما ذكره في باب ما يصدق فيه الوكيل والوصي والقاضي منها. قيد بعدم ضمانه عند الاستحقاق لانه لو أخطأ في قضائه ضمن لما في المحيط البرهاني من الحدود: ولو شهد أربعة من الرجال على محصن بالزنا فرجمه الامام ثم وجد أحدهم عبدا أو محدودا في قذف فديته على القاضي ويرجع القاضي بذلك في بيت المال بالاجماع الاصل في جنس هذه المسائل أن القاضي متى ظهر خطؤه فيما قضى بيقين فإنه يضمن ما قضى به ويرجع ذلك على المقضى له كالمودع والوكيل. وإن كان الخطأ في المال فإن كان قائما بيد المقضى له أخذه القاضي ورده على المقضى عليه، وإن كان مستهلكا ضمن قيمته ورجع بذلك على المقضي له، وإن كان في رجم أو قطع يد في سرقة ضمن القاضي ورجع بما ضمن في بيت المال، وإن ظهر أن الشهود فسقة لم يضمن القاضي لانه لم يظهر خطؤه بيقين لان خطأ القاضي إنما يظهر إذا ظهر أنه قضى بغير شهادة ولم يظهر لان الفاسق أهل للشهادة عندنا ا هـ. والمنقول في الخلاصة والبزازية والمحيط المذكور من كتاب القضاء عدم ضمان القاضي إذا أخطأ وهو مخالف لما في المحيط من الحدود. قوله: (وإن أمر القاضي الوصي ببيعه لهم فاستحق أو مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي وهو على الغرماء) لانه عاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق

إليه كما إذا وكله حال حياته. أطلقه فشمل وصي الميت ووصى القاضي لانه كوصي الميت في الاحكام كلها إلا في مسائل ذكرناها في الفوائد فهو نائب الميت لا القاضي بدليل أن القاضي لا يملك الشراء لنفسه من مال اليتيم، ولو نصب وصيا فاشترى منه صح، كذا ذكره الامام الحصيري. وشراء من أمينه لا يجوز أيضا والتقييد بأمر القاضي اتفاقي وليعلم حكمه بغير أمره بالاولى ولهذا قال الامام الحصيري: وأمر القاضي وعدم أمره سواء. وإنما يرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم، ولو ظهر للميت بعد ذلك مال رجع الغريم فيه بدينه لان دينه لم يصل إليه ويرجع بما ضمن للوصي أو للمشتري في المسألتين، وقيل لا يرجع به في الثانية والاول أصح. وصحح مجد الائمة السرخكتي عدم الرجوع في الاولى فقد اختلف التصحيح، كذا في فتح القدير. والسرخكتي بضم السين فسكون الراء وفتح الخاء المعجمة

***

[٨٨]

والكاف وفي آخرها التاء ثالث الحروف نسبة إلى سرخكت قرية بثغر حسان سمرقند ينسب إليها محمد بن عبد الله بن فاعل، ذكره عبد القادر في الطبقات. وإنما ذكر المؤلف رحمه الله البيع للغرماء ولم يذكر الوارث مع أنهما سواء فإذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة إن كان وصي الميت، وإن كان القاضي أو أمينه هو العاقد رجع عليه المشتري كما ذكره الشارح لان ولاية البيع للقاضي إذا كانت التركة قد أحاط بها الدين ولا يملك الوارث البيع. وفي تلخيص الجامع من باب بيع الوصي من الوصايا: أوصى بأن يشتري بالثلث ويعتق فبان بعد الائتمار دين يحيط بالثلثين فشراء القاضي عن الموصي كيلا يصير خصما بالعهدة وإعتاقه لغو لتعدي الوصية وهي الثلث بعد الدين وشراء الوصي وعتقه عن نفسه للملك ضمن الخلافة كالوكيل، وقيل يعذره أبو يوسف بالجهل تفريعا على الغبن وإن نصبه القاضي لانه عكس الامين ينوب عن الميت لا القاضي لما مر في بيع الغنائم ويعتق عن الميت بثلث ما اشترى القاضي أو غرم الوصي وفاء بالوصية إلا أن يظهر له مال يخرج الاول من ثلثه فينقلب الوفاق إليه والخلاف إلى الثاني وينعكس الجواب ا ه‍. وفي شرحه هنا مر في باب بيع الغنائم من كتاب البيوع أن تصرف أمين الامام كتصرف الامام بنفسه وتصرف الامام حكم، وكذا تصرف أمينه ولهذا لم يجز لكل واحد منهما أن يشتري من نفسه شيئا لنفسه من الغنيمة. وإن كان فيه منفعة ظاهرة للغانمين بأن اشترى بمثل القيمة وزيادة لا يتغابن الناس في مثله، ومن مشايخنا من قال إن هذا قول محمد، أما عندهما فإن كان فيه منفعة ظاهرة يجوز كوصي القاضي، والصحيح أنه قول الكل، نص عليه في الذخيرة. وهذا بخلاف الوصي لان القاضي أقامه مقام الميت بحكم الولاية العامة عند عجز الميت لا مقام نفسه فصار كأن الميت بنفسه أقامه وتصرف الميت ليس بحكم فكذا تصرف نائبه ا ه‍. وقد ظهر بهذا أن الامام كالقاضي فعله حكم. وفي قضاء الملتقط: إذا قال القاضي جعلتك وكيلا في تركة فلان فهو وكيل بالحفظ فقط، إذا قال جعلتك وصيا فهو وصي عام، كذا روي عن أبي يوسف وبه أخذ القاضي وذكر الحصيري في شرح الجامع الكبير: ولو أوصى أن يباع عبده ويشتري بثمنه نسمة فتعتق عنه فباع الوصي العبد واشترى بثمنه نسمة فأعتقها وهو الثلث ثم رد العبد بعيب ضمن الوصي الثمن ويقال له بع العبد، فإن بلغ ذلك الثمن فالعتق جائز عن الميت كما كان، وإن كان أكثر من الاول أو أقل يعتق عنه لا عن الميت لانه تبين خلافه لان الثمن هو الباقي ولم يشتر بثمنه فصار مخالفا ويشتري بهذا الثمن

***

[٨٩]

نسمة فتعتق عن الميت كما أمره، ولو استحق رجع المشتري على الوصي ويكون العتق عن الوصي ولا يرجع على الورثة في نصيبهم بشئ لان الميت لم يوص في ذلك بشئ إنما أوصى أن يشتري بثمن ذلك العبد وتبين أن العبد لغيره ا ه‍. قوله: (ولو قال قاض عدل عالم قضيت على هذا بالرجم أو بالقطع أو بالضرب فافعله وسعك فعله) لان طاعة أولى الامر واجبة بالآية الشريفة وتصديقه طاعة له. قيد بعدالته وعلمه لتنتفي عنه التهمة فإن كان عدلا جاهلا يستفسر، فإن أحسن الشرائط وجب تصديقه وإلا لا. وكذا إن كان فاسقا إلا أن يعاين الحجة لاحتمال الخطأ أو الخيانة ولا يمين على القاضي، وما ذكره المصنف قول الماتريدي. وفي الجامع الصغير: لم يقيده بهما ثم رجع محمد فقال: لا يأخذ بقوله إلا أن يعاين الحجة أو يشهد بذلك مع القاضي عدل وبه أخذ مشايخنا لفساد أكثر قضاة زماننا والتدارك غير ممكن، كذا في الشرح. وفي العناية: لا سيما قضاة زماننا لان أكثرهم يتولون بالرشا فأحكامهم باطلة. ومعناه أن يشهد القاضي

والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد لا حكم القاضي وإلا كان القاضي شاهدا على فعل نفسه، كذا في فتح القدير. واستثنى في الهداية من هذا الكلي كتاب القاضي إلى القاضي لضرورة إحياء الحقوق ولان الخيانة في مثله قلما تقع ا هـ. فظاهر الاقتصار على كتاب القاضي أن القاضي لا يقبل قوله فيما عداه سواء كان قتلا أو قطعا أو ضربا كما في الكتاب أو غيرها، فلو قال قضيت بطلاقها أو بعتقه أو ببيع أو نكاح أو إقرار لم يقبل قوله. والحاصل أن الامام محمدا لما رجع عن القول بقبول قوله إلا أن يعاين الحجة لم يجره المشايخ على إطلاقه فنهم من

***

[٩٠]

زاد أو يشهد بذلك مع القاضي عدل وهو رواية عنه، وقد استبعده في فتح القدير بكونه بعيدا في العادة وهو شهادة القاضي عند الجلاد، ومنهم من استثنى كتاب القاضي كما قد علمت، والاكتفاء بالواحد على هذه الرواية في حق يثبت بشاهدين، وإن كان في زنا فلا بد من ثلاثة أخر، كذا ذكره الاسبيجابي. وأما الامام أبو منصور الماتريدي فقيده بغير العالم العدل أما من كان متصفا بهما فيقبل قوله لان عدم الاعتماد إنما علل بالفساد والغلط وهو منتف في العالم العدل. وذكر الاسبيجابي أن المسألة مصورة عند أبي حنيفة في القاضي العالم العدل لانه إذا كان غير هذا لا يولي القضاء ولا يؤتمر بأمره بالاتفاق ا هـ. فما قاله أبو منصور كشف عن مذهب الامام فلهذا اختاره في الكتاب. وفي التهذيب: ويصدق القاضي فيما قال من التصرف في الاوقاف وأموال اليتامى والغائبين من أداء وقبض، وإذا رفع إلى القاضي أنك حكمت على فلان بكذا وهو غائب لم يصدق فيه ا هـ. وفي جامع الفصولين من الفصل العاشر: وروى ابن سماعة أن القاضي لا يقضي بعلمه. أقول: ينبغي أن يفتي به في غير كتاب القاضي لمعنى ظاهر في أكثر قضاة الزمان أصلح الله شأنهم. ورأيت في عيون المذاهب أنه لو قال قاض عدل عالم حكمت على هذا بالرجم أو بالقطع فافعله وسعك أن تفعله إلا عند مالك والشافعي في قول ومحمد في رواية وبه يفتي ا هـ. فقد ثبت أن الفتوى على ما رجع إليه محمد لكن رأيت بعد ذلك في شرح أدب القضاء للصدر الشهيد أنه صح رجوع محمد إلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رواه هشام عنه ا هـ. والحاصل المفهوم من شرح الصدر الشهيد أن الشيخين قالا بقبول إخباره عن إقراره بشئ لا يصح رجوعه عنه مطلقا، وأن محمدا أولا وافقهما ثم رجع عنه وقال لا يقبل إلا بضم رجل آخر عدل إليه وهو المراد بقول من روي عنه أنه لا يقبل مطلقا ثم صح رجوعه إلى قولهما، وأما إذا أخبر القاضي بإقراره عن شئ يصح رجوعه عنه كالحد لم يقبل قوله بالاجماع، وإن أخبر عن ثبوت الحق بالبينة فقال قامت بذلك بينة وعدلوا وقبلت شهادتهم على ذلك تقبل في الوجهين جميعا ا هـ. ثم اعلم أن القاضي إذا قضى بشئ ينبغي له أن يشهد على قضائه، سواء كان ببينة أو بإقرار مطلقا إلى آخر ما ذكره الصدر الشهيد. ولا بد من إشهاده عليه في محل ولايته فلو أشهد على قضائه بعد ما خرج من المصر لم يسع الشاهدين الشهادة وإن بينا لم يقبلا كما ذكره الحصيري في شرح الجامع الكبير.

***

[٩١]

قوله: (وإن قال قاض عزل لرجل أخذت منك ألفا ودفعته إلى زيد قضيت به عليك فقال الرجل أخذته ظلما فالقول للقاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق إذا كان المقطوع يده والمأخوذ منه ماله مقرا أنه فعله وهو قاض) لانهما لما توافقا أنه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له إذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي. وأشار المؤلف إلى عدم الضمان على القاطع والآخذ لو أقر بما أقر به القاضي. وقيد بإقراره أنه فعله وهو قاض لان المقطوع يده والمأخوذ ماله لو زعما أنه فعل قبل التقليد أو بعد العزل ففيه اختلاف، والاصح أن القول للقاضي لانه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما إذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون وجنونه معهود. ولو أقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي يضمنان لانهما أقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان عن غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق. ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد أقر بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو لا يؤخذ منه لانه أقر أن اليد كان له فلا يصدق في دعوى التملك إلا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه. ثم اعلم أن الاصل أن المقر إذا أسند إقراره إلى حالة منافية للضمان من كل وجه فإنه لا يلزمه شئ منها ما ذكرناه. ومنها لو قال العبد لغيره

بعد العتق قطعت يدك وأنا عبد فقال المقر له بل قطعتها وأنت حر فالقول للعبد. ومنها ما لو قال المولى لعبد قد أعتقه أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد فقال المعتق أخذتها بعد العتق كان القول للمولى. ومنها الوكيل بالبيع إذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل فالقول للوكيل إن كان المبيع مستهلكا، وإن كان قائما فالقول للموكل لانه أخبر عما لا يملك الانشاء، وكذا في مسألة الغلة لا يصدق في الغلة القائمة لانه أقر بالاخذ وبالاضافة يدعي عليه التمليك. ومنها لو قال الوصي بعد ما بلغ اليتيم أنفقت عليك كذا وكذا مي المال وأنكر اليتيم كان القول للوصي لكونه أسنده إلى حالة منافية للضمان، وأورد في النهاية على هذا الاصل ما إذا أعتق أمته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقالت هي قطعتها وأنا حرة فالقول لها، وكذا في كل شئ أخذه منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكر للضمان

***

[٩٢]

بإسناد الفعل إلى حالة منافية للضمان، فأجاب بالفرق من حيث إن المولى أقر بأخذ مالها ثم ادعى التمليك لنفسه فيصدق في إقراره ولا يصدق في دعواه التمليك له، وكذا لو قال لرجل أكلت طعامك بإذنك فأنكر الاذن يضمن المقر. وذكر الشارح إن هذا الفرق غير مخلص وهو كما قال وقد خرج هذا الفرع ونحوه بما زدناه على القاعدة من قولنا من كل وجه لان كونها أمة له لا ينفي الضمان عنه من كل وجه لانه يضمن فيما لو كانت مرهونة أو مأذونة مديونة فلم يرد. وأصل المسألة في المجمع من الاقرار قال: ولو أقر حربي أسلم بأخذ مال قبل الاسلام أو باتلاف خمر بعده أو مسلم بمال حربي في دار الحرب أو بقطع يد معتقة قبل العتق فكذبوه في الاسلام أفتى بعدم الضمان في الكل. قال المصنف في شرحه وقالا: يضمن لانه أسنده إلى حالة قد يجامعها الضمان في الجملة فلا يبرأ بهذا الاسناد وفي البزازية: صب دهنا لانسان عند الشهود فادعى مالكه ضمانه فقال كانت نجسة لوقوع فأرة فالقول للصاب لانكاره الضمان والشهود يشهدون على الصب لا على عدم النجاسة، وكذا لو أتلف لحم طواف فطولب بالضمان فقال كانت ميتة فأتلفتها لا يصدق، وللشهود أن يشهدوا أنه لحم ذكي بحكم الحال وقال القاضي لا يضمن فاعترض عليه بمسألة كتاب الاستحسان وهي أن رجلا لو قتل رجلا قال كان ارتد أو قتل أبي فقتلته قصاصا أو للردة لا يسمع فأجاب وقال: لانه لو قبل لادى إلى فتح باب العدوان فإنه يقتل ويقول كان القتل لذلك وأمر الدم عظيم فلا يهمل بخلاف المال فإنه بالنسبة إلى الدم أهون حتى حكم في المال بالنكول وفي الدم حبس حتى يقرأ ويحلف واكتفى باليمين الواحدة في المال وبخمسين يمينا في الدم ا ه‍. والله تعالى أعلم.

***

[٩٣]

كتاب الشهادات أخرها عن القضاء لانها كالوسيلة له وهو المقصود وهي سببه. الكلام فيها في مواضع: الاول في معناها لغة وشريعة واصطلاحا فالاول كما في الصحاح خبر قاطع تقول منه شهد الرجل على كذا وربما قالوا شهد الرجل بسكون الهاء للتخفيف، وقولهم أشهد بكذا أي أحلف والمشاهدة المعاينة وشهده شهودا أي حضره فهو شاهد، وقوم شهود أي حضور وهو في الاصل مصدر وشهد أيضا مثل راكع وركع، وشهد له بكذا شهادة أي أدى ما عنده فهو شاهد والجمع شهد كصاحب وصحب وسافر وسفر، وبعضهم ينكره، وجمع الشهد شهود وأشهاد والشهيد الشاهد والجمع الشهداء ا ه‍. وفي المصباح فائدة جرى على ألسنة الامة سلفها وخلفها في أداء الشهادة أشهد مقتصرين عليه دون غيره من الالفاظ الدالة على تحقيق الشئ نحو أعلم وأتيقن وهو موافق لالفاظ الكتاب والسنة أيضا فكان كالاجماع على تعيين هذه اللفظة دون غيرها، ولا يخلو عن معنى التعبد إذ لم ينقل غيره ولعل السر فيه أن الشهادة اسم من المشاهدة وهي الاطلاع على الشئ عيانا فاشترط في الاداء ما ينبئ عن المشاهدة واختصت بشئ يدل على ذلك وهو ما اشتق من اللفظ وهو أشهد بلفظ المضارع ولا يجوز شهدت لان الماضي موضوع للاخبار عما وقع نحو قمت أي فيما مضى من الزمان، فلو قال شهدت احتمل الاخبار عن الماضي فيكون غير مخبر به في الحال وعليه قوله تعالى حكاية عن أولاد يعقوب عليهم الصلاة والسلام * (وما شهدنا إلا بما علمنا) * (يوسف: ٨١) لانهم شهدوا عند أبيهم أولا بسرقته حين قالوا إن ابنك سرق فلما اتهمهم اعتذروا عن أنفسهم بأنهم لا صنع لهم في ذلك فقالوا وما شهدنا عندك سابقا بقولنا إن ابنك سرق إلا بما عايناه

***

[٩٤]
من إخراج الصواع من رحله، والمضارع موضوع للاخبار في الحال فإذا قال أشهد فقد أخبر في الحال وعليه قوله تعالى * (قالوا نشهد إنك لرسول الله) * (المنافقون: ١) أي نحن الآن شاهدون بذلك. وأيضا فقد استعمل أشهد في القسم نحو أشهد بالله لقد كان كذا أي أقسم فتضمن لفظ أشهد معنى المشاهدة والقسم والاخبار في الحال فكأن الشاهد قال أقسم بالله لقد اطلعت على ذلك وأنا الآن أخبر به وهذه المعاني مفقودة في غيره من الالفاظ فلذا اقتصر احتياطا واتباعا للمأثور. وقولهم أشهد أن لا إله إلا الله تعدى بنفسه لانه بمعنى أعلم ا ه. وأما الثاني فما ذكره المؤلف بقوله. قوله: (هي إخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان) أي الشهادة. وصرح الشارح بأن هذا معناها اللغوي وهو خلاف الظاهر وإنما هو معناها الشرعي أيضا كما أفاده في إيضاح الاصلاح. والمشاهدة المعاينة كما قدمناه، والعيان بالكسر المعاينة كما في ضياء الحلوم فهو تأكيد. والتخمين الحدس والحسبان بالكسر الظن. وأورد على هذا التعريف الشهادة بالتسامع فإنها لم تكن عن مشاهدة، وأجاب في الايضاح بأن جوازها إنما هو للاستحسان والتعريفات الشرعية إنما تكون على وفق القياس ولكونها اخبارا عن معاينة قال في الخانية: إذا قرئ عليه صك ولم يفهم ما فيه لا يجوز له أن يشهد بما فيه، كذا في الحظر والاباحة. وفي الملتقط: إذا سمع صوت المرأة ولم ير شخصها فشهد اثنان عنده أنها فلانة لا يحل له أن يشهد عليها وإن رأى شخصها وأقرت عنده فشهد اثنان أنها فلانة حل له أن يشهد عليها ا ه. وتمام مسألة الشهادة بما في الصك في شهادات البزازية. وأما معناها في الاصطلاح فقال في العناية: إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة. فالاخبار كالجنس، وقوله صادق يخرج الاخبار الكاذبة وما بعده يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات ا ه. ويرد عليه قول القائل في مجلس القاضي أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات فالاولى أن يزاد لاثبات حق كما في فتح القدير. ولم يقولوا بعد دعوى لتخلفها عنها في نحو عتق الامة وطلاق الزوجة فلم تكن الدعوى شرطا لصحتها مطلقا، وقول بعضهم إنها إخبار بحق للغير على الغير بخلاف الاقرار فإنه إخبار بحق على نفسه للغير والدعوى فإنها إخبار بحق لنفسه على الغير غير صحيح لعدم شموله لما إذا أخبر بما يوجب الفرقة من قبلها قبل الدخول فإنه شهادة ولم يوجد فيها ذلك المعنى كما أشار إليه في إيضاح الاصلاح، وكأنه لاحظ أنه لم يخبر بحق للغير لان ذلك موجب لسقوط المهر. وجوابه أن سقوطه عن الزوج عائد إلى أنه له فهو كالشهادة بالابراء عن الدين فإنه إخبار بحق للمديون وهو السقوط عنه وكذا هنا، وجعل الاخبار أربعة والرابع الانكار وعزاه إلى شرح الطحاوي. وأما الثاني فركنها لفظ أشهد بمعنى الخبر دون القسم، كذا في الشرح ما لم يأت في آخرها بما يوجب الشك، فلو قال أشهد بكذا فيما أعلم لا تقبل كما لو قال
***
[٩٥]
في ظني بخلاف ما لو قال أشهد بكذا قد علمت، ولو قال لا حق لي قبل فلان فيما أعلم لا يصح الابراء، ولو قال لفلان علي ألف درهم فيما أعلم لا يصح الاقرار كما ذكره الامام الحصيري، ولو قال المعدل هو عدل فيما أعلم لا يكون تعديلا، ذكره في باب أدب القضاء للخصاف. والحاصل أن قوله فيما أعلم بعد الاخبار موجب للشك فيه عرفا فيبطل. وأما الثالث فشرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه، وذلك بالسمع والبصر، هكذا في الشرح وفتح القدير والعناية، ولكن زاد فيها الاسلام إن كان المدعى عليه مسلما وفي كلامهم قصور، لان من الشرائط أن لا يكون بينه وبين المشهود له قرابة الولاد ولا زوجية، وأن لا يدفع عن نفسه مغرما، وأن لا يجلب لنفسه مغنما، وأن لا يكون بينه وبين المشهود عليه عداوة دنيوية كما سيأتي مفصلا. والظاهر أنهم إنما تركوا هذه لان مرادهم بيان شرائط الشهادة في الجملة لا بالنظر إلى المشهود له والمشهود عليه ولذا ترى بعضهم ترك قيد الاسلام لجواز شهادة الكافر على مثله، والاحسن ما في البدائع من أن شرائطها نوعان: ما هو شرط تحملها وما هو شرط أدائها. فالاول ثلاثة: العقل وقت التحمل والبصر فلا يصح تحملها من مجنون وصبي لا يعقل وأعمى، وأن يكون التحمل بمعاينة المشهود به بنفسه لا بغيره إلا في أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالتسامع، ولا يشترط للتحمل البلوغ والحرية والاسلام والعدالة حتى لو كان وقت التحمل صبيا عاقلا أو عبدا أو كافرا أو فاسقا ثم بلغ الصبي وعتق العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا عند القاضي تقبل. وأما شرائط أدائها فأربعة أنواع: منها ما يرجع إلى الشاهد، ومنها ما يرجع إلى نفس الشهادة، ومنها ما يرجع إلى مكانها، ومنها ما يرجع إلى المشهود

به. فما يرجع إلى الشاهد البلوغ والحرية والبصر والنطق والعدالة لكن هي شرط وجوب القبول على القاضي لا جوازه، وأن لا يكون محدودا في قذف، وأن لا يجر الشاهد إلى نفسه مغنما ولا يدفع عن نفسه مغرما، فلا تقبل شهادة الفرع لاصله، والاصل لفرعه، وأحد الزوجين للآخر، وأن لا يكون خصما فلا تقبل شهادة الوصي لليتيم والوكيل لموكله، وأن يكون عالما بالمشهود به وقت الاداء ذاكرا له فلا يجوز اعتماده على خطه من غير تذكر عنده خلافا لهما. وأما ما يخص بعضها فالاسلام إن كان المشهود عليه مسلما، والذكورة في الشهادة بالحد والقصاص، وتقدم الدعوى فيما إذا كان من حقوق العباد، وموافقتها للدعوى فيما يشترط فيها، فإن خالفتها لم تقبل إلا إذا وافق المدعي عند إمكانه، وقيام الرائحة في الشهادة على شرب الخمر ولم يكن سكرانا لا لبعد مسافة، والاصالة في الشهادة بالحدود والقصاص، وتعذر حضور الاصل في الشهادة على الشهادة ما يرجع إلى الشهادة لفظ الشهادة والعدد في الشهادة بما يطلع عليه الرجال واتفاق الشاهدين وما يرجع إلى مكانها واحد وهو مجلس القضاء وما يرجع

***

[٩٦]

إلى المشهود به قد علم من الشرائط الخاصة. فالحاصل أن شرائطها أحد وعشرون: شرائط التحمل ثلاثة، وشرائط الاداء سبعة عشر منها عشر شرائط عامة، ومنها سبعة شرائط خاصة، وشرائط نفس الشهادة ثلاثة، وشرط مكانها واحد. وسيأتي صفة الشاهد الذي ينصبه القاضي شاهدا للناس. والرابع سبب وجوبها طلب ذي الحق أو خوف فوت حقه فإن من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه أن يشهد بلا طلب. الخامس حكمها وجوب الحكم على القاضي. السادس في صفتها تحملا وأداء وسيأتي. السابع في بيان أن القياس عدم قبولها لاحتمال الكذب لكن لما شرطت العدالة ترجح جانب الصدق ووردت النصوص بالاستشهاد جعلت موجبة. الثامن محاسنة كثيرة منها امتثال الامر في قوله تعالى * (كونوا قوامين لله شهداء بالقسط) * (النساء: ١٣٥) وهو حسن. التاسع في دليلها وهو الكتاب والسنة والاجماع. العاشر في أهلها وقد علم من الشرائط. قوله: (وتلزم بطلب المدعي) أي ويلزم أداؤها الشاهد إذا طلبه المدعي فيحرم كتمانها لقوله تعالى * (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه) * (البقرة: ٢٨٣) فهو نهي عن الكتمان فيكون أمرا بضده حيث كان له ضد واحد وهو أخذ من الامر بأدائها ولذا أسند الاثم إلى رأس الاعضاء وهو الآلة التي وقع بها أداؤها لما عرف أن إسناد الفعل إلى محله أقوى من الاسناد إلى كله، فقوله أبصرته بعيني آكد من قوله أبصرته. وفسر الامام الرازي في أحكام القرآن الكتمان بعقد القلب على ترك الاداء باللسان، وفسر البغوي آثم بفاجر وإن الله يمسخ قلبه بالكتمان، وفيه أنه ليس في القرآن وعيد أشد منه. واستدل في الهداية بهذه الآية على فرضيتها مع احتمال أن يراد نهي المدينين عن كتمانها كما احتمل أن يراد نهي الشهود. قال القاضي: ولا تكتموا الشهادة أيها الشهود أو المدينون والشهادة شهادتهم على أنفسهم ا ه‍. فعلى الثاني المراد النهي عن كتمان الاقرار بالدين فالاولى الاستدلال على فرضيتها بالاجماع. واحتمل أن الضمير في قول المؤلف تلزم عائد إلى الشهادة بمعنى تحملها لا بمعنى أدائها فإن تحملها عند الطلب والتعيين فرض كما سيأتي. وعلى هذا فما في فتح القدير من أنه إن أريد بها تحملها فالنهي لكراهة التنزيه التي مرجعها خلاف الاولى مشكل. وذكر الامام الرازي

***

[٩٧]

في أحكام القرآن أن قوله تعالى * (ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا) * (البقرة: ٢٨٢) عام في التحمل والاداء لكن في التحمل على المتعاقدين الحضور إليهما للاشهاد ولا يلزم الشاهدين الحضور إليهما، وفي الاداء يلزمهما الحضور إلى القاضي لا أن القاضي يأتي إليهما ليؤديا ثم قال: إن الشهادة فرض كفاية إذا قام بها البعض سقط عن الباقين، وتتعين إذا لم يكن إلا شاهدان سواء كانت للتحمل أو الاداء ا ه‍. فعلى هذا يقال إنها تلزم أي تفترض كفاية. ثم صرح بأن عليهما الكتابة إذا لم يوجد غيرهما إذا كان الحق مؤجلا وإلا فلا. ثم إنما يلزم أداؤها بشروط: الاول طلب المدعي فيما كان من حقوق العباد حقيقة أو حكما، وإنما قلنا أو حكما ليدخل من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق فإنه يجب عليه أن يشهد بلا طلب كما في فتح القدير لكونه طالبا لادائه حكما. وإنما قيدنا بحقوق العباد لما في القنية أجاب المشايخ في شهود شهدوا بالحرمة المغلظة بعد ما أخروا شهادتهم خمسة أيام من غير عذر أنها لا تقبل إن كانوا عالمين بأنهما يعيشان عيش الازواج. ثم نقل عن العلاء الحمامي والخطيب الانماطي وكمال الائمة البياعي شهدوا بعد ستة أشهر

بإقرار الزوج بالطلقات الثلاث لا تقبل إذا كانوا عالمين بعيشم عيش الازواج، وكثير من المشايخ أجابوا كذلك في جنس هذا وإن كان تأخيرهم بعذر تقبل. مات عن امرأة وورثة فشهد الشهود أنه كان أقر بحرمتها حال صحته ولم يشهدوا بذلك حال حياته لا تقبل إذا كانت هذه المرأة مع هذا الرجل وسكتوا لانهم فسقوا إلى آخر ما فيها. الثاني أن يعلم أن القاضي يقبل شهادته فإنه علم أنه لا يقبلها لا يلزمه. الثالث أن يتعين عليه الاداء فإن لم يتعين بأن كانوا جماعة فأدى غيره ممن تقبل شهادته فقبلت لم يأثم بخلاف ما إذا أدى غيره ولم تقبل فإن من لم يؤد ممن يقبل يأثم بامتناعه. وهذا إذا لم تكن شهادته أسرع قبولا من غيره، فإن كانت أسرع وجب الاداء وإن كان هناك من تقبل شهادته كما في فتح القدير. الرابع أن لا يخبر عدلان ببطلان المشهود به فلو شهد عند الشاهد عدلان أن المدعي قبض دينه أو أن الزوج طلقها ثلاثا أو أن المشتري أعتق العبد أو أن الولي عفا عن القاتل لا يسعه أن يشهد بالدين والنكاح والبيع والقتل كما في الخلاصة، وإن لم يكن المخبر عدولا فالخيار للشهود إن شاؤوا شهدوا بالدين وأخبر والقاضي بخبر القضاء وإن شاؤوا امتنعوا عن الشهادة، كذا في البزازية. وإن كان المخبر واحدا عدلا لا يسعه ترك الشهادة به وكذا لو قالا عاينا ارضاعهما من امرأة واحدة وكذا لو عاينا واحدا يتصرف في شئ تصرف الملاك وشهد عدلان عنده أن هذا الشئ لفلان آخر لا يشهدان أنه للمتصرف بخلاف إخبار
***
[٩٨]
الواحد العدل. ولو أخبره عدلان أنه باعه من ذي اليد له أن يشهد بما علم ولا يلتفت إلى قولهما، كذا في البزازية أيضا. وفيها في الشهادة بالتسامع: إذا شهد عندك عدلان بخلاف ما سمعته ممن وقع في قلبك صدقه لم يسع لك الشهادة إلا إذا علمت يقينا أنهما كاذبان، وإن شهد عندك عدل بخلاف ما وقع في قلبك من سماع الخبر لك أن تشهد بالاول إلا أن يقع في قلبك صدق الواحد في الامر الثاني ا ه. وينبغي أن يكون الاستثناآن في كل شهادة كما لا يخفى. الخامس أن يكون القاضي الذي طلب الشاهد للاداء عنده عدلا لما في البزازية: وأجاب خلف بن أيوب فيمن له شهادة فرفعت إلى قاض غير عدل له أن يمتنع عن الاداء حتى يشهد عند قاض عدل ا ه. وجزم به في السراجية معللا بأنه ربما لا يقبل ويجرح ا ه. فعلى هذا لو غلب على ظنه أنه يقبله لشهرته مثلا ينبغي أن يتعين عليه الاداء، وكذا المعدل لو سأل عن الشاهد فأخبر بأنه غير عدل لا يجب عليه أن يعدله عنده وهي في أدب القضاء للخصاف. السادس أن لا يقف الشاهد على أن المقر أقر خوفا فإن علم بذلك لا يشهد، فإن قال المقر أقررت خوفا وكان المقر له سلطانا، فإن كان في يد عون من أعوان السلطان ولم يعلم الشاهد بخوفه شهد عند القاضي وأخبره أنه كان في يد عون من أعوان السلطان كما في البزازية. السابع أن يكون موضع الشاهد قريبا من موضع القاضي، فإن كان بعيدا بحيث لا يمكنه أن يغدو إلى القاضي لاداء الشهادة ويرجع إلى أهله في يومه ذلك قالوا لا يأثم لانه يلحقه الضرر بذلك، وقال تعالى * (ولا يضار كاتب ولا شهيد) * (البقرة: ٢٨٢) ثم إن كان الشاهد شيخا كبيرا لا يقدر على المشي إلى مجلس الحاكم وليس له شئ للركوب فأركبه المدعي من عنده قالوا لا بأس به وتقبل به شهادته لانه من باب الاكرام للشهود، وفي الحديث أكرموا الشهود وإن كان يقدر وأركبه المدعي من عنده قالوا لا تقبل، كذا ذكره الشارح. وفي القنية: الشهود في الرستاق واحتيج إلى أداء شهادتهم هل يلزمهم كراء الدابة؟ قال: لا رواية فيه ولكني سمعت من المشايخ أنه يلزمهم ا ه. وفي فتح القدير: ولو وضع للشهود طعاما فأكلوا إن كان مهيأ من قبل ذلك تقبل، وإن صنعه لاجلهم لا تقبل، وعن محمد لا تقبل فيهما، وعن أبي يوسف تقبل فيهما للعادة الجارية بإطعام من حل محل الانسان ممن يعز عليه شاهدا أو لا ويؤنسه ما تقدم من أن الاهداء إذا كان بلا شرط ليقضي حاجته عند الامير تجوز، كذا قيل وفيه نظر فإن الاداء فرض بخلاف الذهاب إلى الامير ا ه. وجزم في الملتقط
***
[٩٩]
بالقبول مطلقا. وفي شرح منظومة ابن وهبان للمصنف: الفتوى على قول أبي يوسف. وأشار المؤلف رحمه الله إلى أن الشاهد إذا لزمه الاداء بالشروط المذكورة فيه فلم يؤد بلا عذر ظاهر ثم أدى فإنها لا تقبل، ذكره شيخ الاسلام لتمكن التهمة فيه إذ يمكن أن تأخيره لعذر، ويمكن أنه لاستجلاب الاجرة. وتعقبه في فتح القدير بقوله: والوجه القبول ويحمل على العذر من نسيان ثم تذكر أو غيره ا ه.

وإلى أن التحمل كالاداء فيلزم عند خوف الضياع. وفي البزازية: لا بأس للرجل أن يتحرز عن قبول الشهادة وتحملها طلب منه أن يكتب شهادته أو يشهد على عقد أو طلب منه الاداء إن كان يجد غيره فله الامتناع وإلا لا ا ه. وفي الملتقط: الاشهاد على المداينات والبيوع فرض كذا رواه نصير ا ه. وذكر الامام الرازي في أحكام القرآن أن الاشهاد على المبايعات والمداينات مندوب إلا النزر اليسير كالخبز والماء والبقل، وأطلقه جماعة من السلف حتى في البقل. قوله: (وسترها في الحدود أحب) لقوله عليه الصلاة والسلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك والمخاطب هزال، والضمير في سترته لما عز رضي الله عنه وتعقب الاستدلال بذلك فإن ماعزا أقر بالزنا ولم يشهد عليه أحد وإنما هزال أشار عليه بالاقرار فلما قال النبي صلى الله عليه وسلم لهزال ذلك قال لم أدر أن في الامر سعة، وللحديث من ستر مسلما ستر الله في الدنيا والآخرة (١) وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله تعالى عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية الستر. وأفاد بقوله أحب أن عدمه جائز إقامة للحسبة لما فيه من إزالة الفساد أو تقليله فكان حسنا ولا يعارضه قوله تعالى * (إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا) * (النور: ١٩) الآية. لان ظاهرها أنهم يحبون ذلك

***

[١٠٠]

لاجل إيمانهم وذلك صفة الكافر، ولان مقصود الشاهد ارتفاعها لا إشاعتها، وكذا لا يعارض أفضلية الستر آية النهي عن كتمانها لانها من حقوق العباد بدليل قوله تعالى * (ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا) * (البقرة: ٢٨٢) إذ الحدود لا مدعي فيها، ورد قول من قال إنها في الديون بأن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب كما ذكره الرازي أو لانه عام مخصوص بأحاديث الستر وفي فتح القدير فإن قلت: كيف صح لك القول بتخصيص عام الكتاب بهذه وهي أخبار آحاد؟ وأيضا شرط التخصيص عندكم المقارنة، ومن أين ثبت لك ذلك؟ قلت: هذه الاخبار الواردة في طلب الستر بلغت مبلغا لا ينحط بها عن درجة الشهرة لتعدد متونها مع قبول الامة لها فصح التخصيص بها أو هي مستند الاجماع على تخيير الشاهد في الحدود، فثبوت الاجماع دليل ثبوت المخصص. وأما المقارنة فإنما هي شرط التخصيص في نفس الامر وهذا التخصيص الذي ادعيناه ليس بذلك بل هو جمع للمعارضة على ما كتبناه في التعارض في كتاب تحرير الاصول من أن الجمع بين العام والخاص إذا تعارضا بأن يحمل على تخصيصه به، فإذا وجب حمله على ذلك تضمن الحكم منا بأنه كان مقارنا أو لانها ليست مخصصات أول كما إذا رجحنا في التعارض المحرم على المبيح وثبت صحتها تضمن حكمنا بأن المبيح كان مقدما على المحرم فنسخ حكم الوجوب ترجيح المحرم وإن لم يعلم تقدمه بعلم تاريخه، وكثيرا ما يعترض بعض متأخري الشارحين على كثير من المواضع المحكوم فيها بالتخصيص من أصحابنا بأن المقارنة غير معلومة فلا يثبت التخصيص ومرادهم في تلك الاماكن ما ذكرنا. هذا كله إذا نظرنا إلى مجرد إطلاق قوله تعالى * (ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا) * أما إذا قيدناه بما إذا دعوا للشهادة في الدين المذكور أول الآية فظاهر ا ه. والاخر مردود بما قدمناه. وفيه أيضا من كتاب الحدود: وإذا كان الستر مندوبا إليه ينبغي أن تكون الشهادة به خلاف الاولى التي مرجعها إلى كراهة التنزيه لانها في رتبة الندب في جانب الفعل وكراهة التنزيه في جانب الترك، وهذا يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد بالزنا ولم يتهتك به أما إذا وصل

***

[١٠١]

الحال إلى إشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة أولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من المعاصي والفواحش بالخطابات المفيدة لذلك، وذلك يتحقق بالتوبة من الغافلين وبالزجر لهم فإذا ظهر حال الشهرة في الزنا مثلا والشرب وعدم المبالاة به وإشاعته فإخلاء الارض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها ممن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للاخلاء وهو الحدود خلاف من زنى مرة أو مرارا مستترا متخوفا متندما عليه فإنه محل استحباب ستر الشاهد، وقوله عليه الصلاة والسلام لهزال في ما عز لو كنت سترته بثوبك الحديث وسيأتي، وكان في مثل من ذكرنا. وعلى هذا ذكره في غيره مجلس القاضي، وأداء الشهادة بمنزلة الغيبة فيه فيحرم منه ما يحرم منها ويحل منه ما يحل منها ا ه. قوله: (ويقول في السرقة أخذ لا سرق) إحياء الحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل إحياء حقه. وصرح في غاية البيان بأن قوله أخذ أولى من سرق وعلى هذا فيحمل قول القدوري وجب أن يقول أخذ على معنى ثبت

لا الوجوب الفقهي. وقوله في العناية فتعين ذلك مع قوله لا يجوز أي أن يقول سرق تسامح وإنما الكلام في الافضل وكل منهما جائز. وحكى الفخر الرازي في التفسير أن هارون الرشيد كان مع جماعة الفقهاء وفيهم أبو يوسف فادعى رجل على آخر بأنه أخذ ماله من بيته فأقر بالاخذ فسأل الفقهاء فأفتوا بقطع يده فقال أبو يوسف: لا لانه لم يقر بالسرقة وإنما أقر بالاخذ فادعى المدعي أنه سرق فأقر بها فأفتوا بالقطع وخالفهم أبو يوسف فقالوا له: لم؟ قال: لانه لما أقر أولا بالاخذ وثبت الضمان عليه وسقط القطع فلا يقبل إقراره بعده بما يسقط الضمان عند فعجبوا ا ه قوله: (وشرط للزنا أربعة رجال) لقوله تعالى * (واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) * (النساء: ١٥) ولقوله تعالى * (ثم لم يأتوا بأربعة شهداء) * (النور: ٤) ولفظ أربعة نص في العدد والذكورة، كذا في البناية. وأورد أنكم لا تقولون بالمفهوم فمن أين لكم عدم جواز الاقل؟ فأجاب الزيلعي بأنه بالاجماع وأورد المعارضة بين هذه وبين قوله * (فاستشهدوا شهيدين) * (البقرة: ٢٨٢) الآية. وأجاب في فتح القدير بأنها مبيحة وتلك مانعة والتقديم

***

[١٠٢]

للمانع وقدمنا في الحدود أنه يجوز كون الزوج أحدهم إلا في مسألتين: أن يقذفها الزوج أولا ثم يشهد مع ثلاثة، وأن يشهد معهم على زناها بابنه مطاوعة. ثم اعلم أن العتق المعلق بالزنا يقع بشهادة رجلين وإن لم يحد المولى ويستحلف المولى إذا أنكره للعتق وفيه خلاف ذكره في الخانية وأدب القضاء للخصاف: اعلم أنه يجوز أن يكون من الاربعة ابن زوجها. وحاصل ما ذكره في المحيط البرهاني أن الرجل إذا كان له امرأتان ولاحداهما خمس بنين فشهد أربعة منهم على أخيهم أنه زنى بامرأة أبيهم تقبل إلا إذا كان الاب مدعيا أو كانت أمهم حية. قوله: (ولبقية الحدود والقصاص رجلان) أي وشرط لها شهادة رجلين لقوله تعالى * (واستشهدوا) * الآية. فلا تقبل شهادة النساء فيها الحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص، ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيها تندرئ بالشبهات، كذا في الهداية. وإنما لم يكن فيها حقيقة البدلية لانها إنما تكون فيما امتنع العمل بالبدل مع إمكان الاصل وليست كذلك فإنها جائزة مع إمكان العمل بشهادة الرجلين، كذا في العناية وغيرها. وفي خزانة الاكمل: لو قضى بشهادة رجل وامرأتين في الحدود والقصاص وهو يراه أو لا يراه ثم رفع إلى آخر أمضاه ا ه. ومعنى الآية على ما ذكره الشارح إن لم يشهدا حال كونهما رجلين فليشهد رجل وامرأتان ولولا هذا التأويل لما اعتبر شهادتهن مع وجود الرجال وشهادتهن معتبرة معهم عند الاختلاط بالرجال حتى إذا شهد رجال ونسوة بشئ يضاف الحكم إلى الكل حتى يجب الضمان على الكل عند الرجوع ا ه. وذكر البقاعي في المناسبات معزيا إلى الحراني: وفي عموم معنى الكون إشعار بتطرق شهادة المرأتين مع إمكان طلب الرجل بوجه ما من حيث لم يقل فإن لم تجدوا ا ه. وفي الولوالجية: رجل قال إن شربت الخمر فمملوكي حر فشهد رجل وامرأتان أنه شرب الخمر عتق العبد ولا يحد لان هذه شهادة لا مجال لها في الحدود، ولو قال إن سرقت من فلان شيئا فعلى قياس ما ذكرنا ينبغي أن يضمن المال ويعتق العبد ولا يقطع ا ه. وعزا المسألتين في الخانية إلى أبي يوسف ثم قال: والفتوى فيهما على قول أبي يوسف. وفي خزانة الاكمل في مسألة السرقة: أضمنه ولا أعتقه عن محمد. وفي

***

[١٠٣]

خزانة الاكمل: شهدا أنه أعتق عبده ثم شهد أربعة بأنه زنى وهو محصن فأعتقه القاضي ثم رجمه ثم رجع الكل ضمن شاهدا الاعتاق قيمته لمولاه وشهود الزنا ديته لمولاه أيضا إن لم يكن له وارث غيره. قوله: (وللولادة والبكارة وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه رجل امرأة) أي وشرط امرأة أي شهادتها للحديث شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه والجمع المحلي بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو الواحد وهو حجة على الشافعي في اشتراط الاربع، ولانه إنما سقط الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس أخف فكذا يسقط اعتبار العدد لان المثنى والثلاث أحوط لما فيه من معنى الالزام، ثم حكمها في الولادة شرحناه في باب ثبوت النسب، وفي البكارة شرحناه في باب العنين من أنهن إن شهدن ببكارتها يؤجل العنين سنة ويفرق بعده لانها تأيدت بمؤيد إذ البكارة أصل، وكذا في رد البيع إذا اشتراها بشرط البكارة وإن قلن إنها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله إلى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع، كذا في الهداية. وأورد عليه أنه لو ثبت العيب بقولهن لم يحلف البائع بل نرد عليه الجارية فكيف يكون تحليف البائع نتيجة

لثبوت العيب في الجارية، بل ثبوت العيب بقولهن يثبت الرد لا التحليف. وأجاب عنه في النهاية بأن ثبوته بقولهن لسماع الدعوى وفي حق التحليف إذ لولا شهادتهن لم يحلف البائع وكان القول له بلا يمين لتمسكه بالاصل وهو البكارة ا ه. وظاهر اقتصاره على الثلاثة يفيد أن قول المرأة بل النساء لا يقبل في غيرها ولكن في خزانة الاكمل: لو شهد عنده نسوة عدول أنها امرأة فلان أو ابنته وسعته الشهادة ا ه. وفيها يقبل تعديل المرأة ولا تقبل ترجمتها. وأطلق في الولادة ويستثنى منه الشهادة على استهلال الصبي في حق الارث عند أبي حنيفة لانه مما يطلع عليه الرجال، ويمكن أن يخرج من كلام المصنف بقوله فيما لا يطلع عليه رجل إن كان قيدا في الكل وإن كان الظاهر رجوعه إلى الاخير. وأما في حق الصلاة فتقبل شهادتها اتفاقا لانها من أمور الدين، وعندهما تقبل في حق الارث أيضا وبقولهما قال الشافعي وأحمد وهو أرجح، كذا في
***
[١٠٤]
فتح القدير، وتقدمت في باب ثبوت النسب. وأشار بقوله فيما لا يطلع عليه رجل إلى أن الرجل لو شهد لا تقبل شهادته وهو محمول على ما إذا قال تعمدت النظر، أما إذا شهد بالولادة وقال فاجأتها فاتفق نظري عليها تقبل شهادته إذا كان عدلا كما في المبسوط. وفي خزانة الاكمل: ولا تقبل شهادة الكافرة والمملوكة وإنما تقبل شهادة الحرة المسلمة. قوله: (ولغيرها رجلان أو رجل وامرأتان) للآية. أطلقه فشمل المال وغيره كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية والعتاق والنسب لان الاصل في شهادة النساء القبول وجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهي المشاهدة والضبط والاداء ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى إليها فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة ولهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت بالشبهات، وإنما لا تقبل شهادة الاربع من غير رجل كيلا يكثر خروجهن، وحكي أن أم بشر شهدت عند الحاكم فقال الحاكم: فرقوا بينهما. فقالت: ليس لك ذلك قال الله تعالى * (أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الاخرى) * (البقرة: ٢٨٢) فسكت الحاكم، كذا في الملتقط. وقد حقق الاكمل في العناية هنا تحقيقا حسنا كما هو دأبه فقال لا نقصان في عقلهن فيما هو مناط التكليف، وبيان ذلك لان للنفس الانسانية أربع مراتب: الاولى استعداد العقل ويسمى العقل الهيولاني وهو حاصل لجميع أفراد الانسان من مبدأ فطرتهم. والثانية أن يحصل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات فتتهيأ لاكتساب الفكريات ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف. والثالثة أن تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار إلى اكتساب بالفكرة ويسمى العقل بالفعل. والرابعة هو أن يستحضرها ويلتفت إليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد وليس فيما هو مناط التكليف منها وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالهن في تحصيل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات وبالنسبة إن ثبتت، فإنه لو كان في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الاركان وليس كذلك، وقوله صلى الله عليه وسلم ناقصات عقل المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة ا ه. وهكذا ذكره في آخر التوضيح ومثل الاول في التلويح بقوة الطفل على الكتابة، والثاني باستعداد الرجل الامي للكتابة، والثالث باستعداد القادر على الكتابة، والرابع بقدرته على الكتابة حالة الكتابة. وأوردت على قوله ولغيرها الشهادة بإسلام الكافر فإنه لا
***
[١٠٥]
تقبل فيه شهادة النساء كما صرح به في الخلاصة من ألفاظ التكفير وكأنه لكونها تجر إلى قتله إذا أصر على كفره فصار كالشهاد بالحدود والقصاص، ولم أر من نبه عليه. وقيده في البزازية بالرجل، أما إذا كان المشهود عليه بالاسلام امرأة فإنها تقبل شهادة رجل وامرأتين بإسلامها. والحاصل أن المشهود عليه بالاسلام إذا كان رجلا لا يقبل فيه شهادة النساء ولا الكفار، وأما الشهادة بردة المسلم فلا يقبل فيها شهادة النساء كما ذكره في العناية من السير قوله: (للكل لفظ الشهادة والعدالة) أي وشرط لجميع أنواعها لفظ أشهد بالمضارع فلا يقوم غيره مقامه لما قدمناه أولها، وقدمنا أن لفظها ركن فالمراد بالشرط هنا ما لا بد منه ليشمل الركن والشرط، وقد أفاد أنه لا بد من لفظها في شهادة النساء أيضا وهو المعتمد خلافا للعراقيين لانهم يجعلونها من باب الاخبار لا الشهادة والصحيح الاول لانها شهادة يشترط لها الحرية في مجلس القاضي. ولا بد من شرط آخر لجميع أنواعها وهو التفسير حتى لو قال أشهد بمثل شهادته لا تقبل، ولو قال أشهد مثل شهادة صاحبي لا تقبل عند الخصاف، وعند عامة مشايخنا تقبل. وقيده الاوزجندي بما إذا قال لهذا المدعي على هذا

المدعى عليه وبه يفتي، كذا في الخلاصة. وقال الحلواني: إن كان فصيحا لا يقبل منه الاجمال وإن كان عجميا يقبل بشرط أن يكون بحال إن استفسر بين. وقال السرخسي: إن أحس القاضي بخيانته كلفه التفسير وإلا لا. وفي البزازية وقال الحلواني: لو أقر المدعي أو وكيله فقال الشاهد أشهد بما ادعاه هذا المدعي على هذا المدعى عليه أو قال المدعي في يده بغير حق يصح عندنا اهـ. واعلم أن المصنف تبع صاحب الهداية وغيره في اشتراط العدالة كلفظ الشهادة تسوية منهم بينهما وليس كذلك لان لفظ الشهادة شرط لصحة الاداء بل ركنه كما قدمناه. وأما العدالة فليست شرطا في صحة الاداء وإنما ظهورها شرط وجوب القضاء على القاضي كما قدمناه عن البدائع

***

[١٠٦]

ولهذا قال في الهداية: لو قضى القاضي بشهادة الفاسق صح عندنا. زاد في فتح القدير: وكان القاضي عاصيا قال: وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان وجيها في الناس كمباشري السلطان والمكسة وغيرهم تقبل شهادته لانه لا يستأجر لشهادة الزور لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول أصح لان هذا تعليل لمقابلة النص فلا يقبل ا هـ. وفسر في العناية الوجيه بأن يكون ذا قدر وشرف، وفسر المروءة بالانسانية قال: والهمزة وتشديد الواو فيهما لغتان ا هـ. وعلى هذا فما في القنية شارب الخمر يستحي ويرتدع إذا زجر فللقاضي أن يقبل شهادته إن كان ذا مروءة وتحرى في مقالته فوجده صادقا ا هـ. محمول على ما روي عن أبي يوسف. قوله: (وسأل عن الشهود سرا وعلنا في سائر الحقوق) أي سأل القاضي عنهم في السر والعلانية وهو قولا بي يوسف ومحمد لان القضاء مبني على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة، وفيه صون قضائه عن البطلان. وقال أبو حنيفة: يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل حتى يطعن الخصم لقوله عليه الصلاة والسلام الناس عدول بعضهم على بعض إلا محدودا في قذف ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه، ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية إذ لا وصول إلى القطع إلا في الحدود والقصاص فإنه يسأل عنهم للاحتيال في إسقاطها فيستقصي، ولان الشبهة فيها دارئة. والحاصل أنه إن طعن الخصم سأل عنهم في الكل وإلا سأل في الحدود والقصاص وفي غيرها محل الاختلاف، وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان، كذا في الهداية. ومحل السؤال على قولهما عند جهل القاضي بحالهم ولذا قال في الملتقط: القاضي إذا عرف الشهود بجرح أو عدالة لا يسأل عنهم ا هـ. ولم يذكر المؤلف صفة السؤال وصرح في الهداية بأنه لا بد منه ولم يبين أنه شرط أو لا، وفي الملتقط قال أبو حنيفة: التزكية بدعة. وقال أبو يوسف: لو قضى القاضي بغير تزكية الشهود أجزأت ا هـ. فأفاد أن السؤال

***

[١٠٧]

ليس بشرط صحة عندهما خصوصا قدمنا عن الهداية لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا من غير حكاية خلاف فكيف إذا قضى بشهادة المستور، فلو قضى ثم ظهر أن الشهود فسقة لم ينقض القضاء، وفي المحيط البرهاني من الحدود: لو قضى بالحد ببينه ثم ظهر أنهم فساق بعد ما رجم فإنه لا ضمان على القاضي لانه لم يظهر الخطأ بيقين ا هـ. وهذا يدل على أن القاضي لو قضى في الحدود قبل السؤال بظاهر العدالة فإنه يصح وإن كان آثما، فقوله في الهداية يشترط الاستقصاء معناه يجب، ومعنى قول الامام يقتصر الحاكم يجوز اقتصاره لا أنه يجب اقتصاره. وفي التهذيب للقلانسي: وفي زماننا لما تعذرت التزكية بغلبة الفسق اختار القضاة كما اختار ابن أبي ليلى استحلاف الشهود لغلبة الظن ا هـ. قلت: ولا يضعفه ما في الكتب المعتمدة كالخلاصة والبزازية من أنه لا يمين على الشاهد لانه عند ظهور عدالته والكلام عند خفائها خصوصا في زماننا أن الشاهد مجهول الحال، وكذا المزكي غالبا والمجهول لا يعرف المجهول. وفي الملتقط عن غسان بن محمد المروزي قال: قدمت الكوفة قاضيا عليها فوجدت فيها مائة وعشرين عدلا فطلبت أسرارهم فرددتهم إلى ستة ثم أسقطت أربعة، فلما رأيت ذلك استعفيت واعتزلت. قال الفقيه: لو استقصى القاضي مثل ذلك لضاق الامر ولا يوجد مؤمن بغير عيب كما قيل: فلست بمستبق أخا لا تلمه * على شعث أي الرجال المهذب وقال عمر رضي الله تعالى عنه: إن الله تعالى تولى منكم السرائر وذوى عنكم بالبينات ا هـ. ثم التزكية في السر أن يبعث المستورة إلى المعدل فيها النسب والحلي والمصلي ويردها المعدل كل ذلك في السر كي لا يظهر فيخدع أو يقصد. وفي الخانية: لا بد من أن يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة، ويروى عن محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل:

لا بد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بأصل الدار وهذا أصح كما في الهداية، وفي السراجية: والفتوى على أنه
***
[١٠٨]
يسأل في السر وقد تركت التزكية في العلانية في زماننا كي لا يخدع المزكي ولا يخون ا هـ. فقد علمت أن ما في المتن على خلاف المفتى به وهو الاقتصار على السر، ويدل عليه ما في الهداية أيضا: والمستورة اسم الرقعة التي يكتبها القاضي ويبعثها سرا بيد أمينه إلى المزكي سميت المستورة لانها تستر عن نظر العوام، كذا في النهاية، فمن عرف الشاهد بالعدالة كتب تحت اسمه هو عدل جائز الشهادة، ومن لم يعرفه بشئ كتب هو مستور، ومن عرفه بالفسق لم يصرح بل يسكت احترازا عن هتك الستر أو يكتب الله أعلم به إلا إذا عدله غيره وخاف أنه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بذلك، كذا في غاية البيان. وأراد بقوله ويسأل عن الشهود أي عند عدالتهم على حذف مضاف وإنما قدرناه لانه لا يسأل عن حرية الشاهد وإسلامه ما لم ينازعه الخصم، وما ذكره في الجامع من أن الناس أحرار إلا في الشهادة والحدود والقصاص والعقل فإنه لا يكتفي بظاهر الحرية في هذه المواضع بل يسأل، محمول على ما إذا طعن الخصم بالرق كما قيده القدوري رحمه الله، كذا ذكر الشارح. وثبوت حرية الشاهد إما بإقامة البينة عليها أو بالاخبار للقاضي كالعدالة والاول أحب وأحسن لان الاهلية للشهادة لا تثبت إلا بالحرية وتثبت بدون العدالة، ولان الحرية والرق حقوق العباد تجري فيها الخصومة وطريق الاثبات في مثلها للبينة، فأما العدالة فلا تجري فيها الخصومة فيمكن معرفتها بالسؤال عن حاله، كذا في المبسوط. وفي القنية: قال المدعى عليه في الشاهد إنه كافر بالله تعالى فللقاضي أن يسأله عن الايمان إن اتهمه بذلك وإن كان يشهد بوحدانية الله تعالى ورسالة محمد صلى الله عليه وسلم تقبل شهادته، وكذا لو قال أنا مسلم ولست بكافر، ولو سأله الحاكم فذكر في خلال سؤاله ما لا يجوز على الله للتجربة فهذا جهل من القاضي وحمق وقد أساء فيما فعل، ولو جوز هذا كان وبالا على جميع المسلمين خصوصا في قضاة أهل الرساتيق فلو أنه تحمق وفعل لا يقبل شهادته ا هـ. وأطلق في السؤال عن الشهود فشمل المسلم والكافر فيسأل عن النصراني إذا شهد على مثله. وفي فتاوي عمر قارئ الهداية تزكية الذمي أن يزكيه بالامانة في دينه ولسانه ويده وأنه صاحب يقظة ا هـ. وقد أخذه من فتاوي الولوالجي. وفي الملتقط: نصراني عدل ثم أسلم قبلت شهادته ا هـ. وفيه: إذا سكر الذمي لا تقبل شهادته ا هـ. وشمل السؤال عنه إذا شهد حين بلغ وهو ظاهر الخانية. وفي الملتقط: صبي احتلم لا أقبل شهادته ما لم أسأل عنه ولا بد
***
[١٠٩]
أن يتأنى بعد البلوغ بقدر ما يقع في قلوب أهل مسجده ومحلته كما في الغريب أنه صالح أو غيره ا هـ. وفرق في الظهيرية بينهما بأن النصراني كان له شهادة مقبولة قبل إسلامه بخلاف الصبي، وهذا يدل على أن الاصل عدم العدالة ولم يذكر المؤلف ما يقوله المزكي إذا سئل لانه يختلف باختلاف الناس، وقدمنا أنه يقول هو عدل. وفي البزازية: وينبغي أن يعدل قطعا ولا يقول هم عدول عندي لاخبار الثقات به، ولو قال لا أعلم منهم إلا خيرا فهو تعديل في الاصح. وفي النوازل: التعديل أن يقول هم عدول عندي جازت شهادتهم. وفي المنتقى: إذا قال المزكي أعلم فيه إلا خيرا يكفي وإذا جرح الجارح الشهود يقول القاضي للمدعي زدني شهودا أو يقول لم تحمد شهودك ويكتب القاضي أسماء الشهود أولا ثم اسم من عدل ا هـ. وفي الملتقط عن أبي يوسف: التزكية أن يقول لا أعلم منه إلا خيرا. وعن أبي يوسف أنه لو قال لا بأس به فقد عدله. وعن محمد بن سلمة أن يقول هذا عندي عدل مرضي جائز الشهادة ا هـ. واختار السرخسي أنه لا يكتفي بقوله هو عدل لان المحدود في قذف بعد التوبة عدل غير جائز الشهادة، كذا الاب إذا شهد لابنه فلا بد من زيادة جائز الشهادة كما في الظهيرية، وينبغي ترجيحه. وفي الظهيرية من كتاب الشروط: جواب المزكي على ثلاث مراتب أعلاها جائز الشهادة أو عدل خلافا للسرخسي في الثاني. والثانية ثقة وهو من لا تقبل شهادته لا لفسقه ولكن لغفلة أو نحوها وبعض القضاة يقيمون كل ثقتين مقام عدل، كذا ذكره الشيخ الامام الحاكم السمرقندي. والمرتبة الثالثة مستورة والمستور هو الفاسق وفي عرف مشايخنا من لا يعرف حاله ا هـ. ويكتفي بالسكوت من أهل العلم والصلاح فيكون سكوته تزكية للشاهد لما في الملتقط: وكان

الليث بن مساور قاضيا فاحتاج إلى تعديل شاهد وكان المزكي مريضا فعاده القاضي وسأله عن الشاهد فسكت المعدل ثم سأله فسكت فقال أسألك ولا تجيبني فقال المعدل أما يكفيك من مثلي السكوت، ولما استقضى أبو مطيع أرسل الامير إلى يعقوب القارئ يشاوره فسأله الرسول في الطريق عن أبي مطيع فقال يعقوب أبو مطيع قال محمد بن سلمة: إذا كان المعدل مثل يعقوب القارئ فلا بأس بمثل هذا التعديل ا ه.

***

[١١٠]

وسيأتي في مسائل الطعن في الشاهد عند بيان الجرح المجرد وغيره ولكن يحتاج هنا إلى بيان مسائل تعارض الجرح والتعديل، فإذا سأل القاضي عن الشاهد ولم يزك طلب غيره فإن زكاه واحد وجرحه واحد فقد تعارضا فقال في البزازية: فإن عدله أحدهما وجرحه الآخر تعارضا كأنه لم يسأل أحدا، وإن عدله الثالث فالتعديل أولى، وإن جرحه الثالث فالجرح أولى. وذكر الصدر: إذا جرح واحد وعدل واحد فعند الامامين الجرح أولى كما لو كانا اثنين. وعند محمد ما لم يتم بالواحد توقف الشهادة ولا يجيز حتى يسأل الآخر، فإن جرحه تم الجرح، وإن عدله تم التعديل، فإن جرحه واحد وعدله اثنان فالتعديل أولى عندهم، وإن جرحه اثنان وعدله عشرة فالجرح أولى، فلو قال المدعي بعد الجرح أنا أجئ بقوم صالحين يعدلونهم. قال في العيون قبل ذلك: وفي النوادر أنه لا يقبل وهو اختيار ظهير الدين وعلى قول من يقبل إذا جاء بقوم ثقة يعدلونهم فالقاضي يسأل الجارحين فلعلهم جرحوا بما لا يكون جرحا عند القاضي لا يلتفت إلى جرحهم، هذا ألطف الاقاويل. ولو عدل الشهود سرا فقال الخصم أجئ في العلانية بمن يبين فيهم ما ترد به شهادتهم لا تقبل مقالته إلى أن قال أن الجرح أولى إلا إذا كان بينهم تعصب فإنه لا يقبل جرحهم لان أصل الشهادة لا تقبل عند التعصب فالجرح أولى ا ه. وقد ظهر من إطلاق كلامهم هنا أن الجرح يقدم على التعديل، سواء كان مجردا أو لا عند سؤال القاضي عن الشاهد والتفصيل الآتي من أنه إن كان مجردا لا تسمع البينة به أولا فتسمع إنما هو عند طعن الخصم في الشاهد علانية لكن في الملتقط: فلو عدل فقال قوم إنا رأيناه أمس سكران أو يبايع بالربا أو يشرب الخمر إن كان شيئا يلزمه فيه حق من حد أو مال يرد على صاحبه ردت شهادت وإلا لا ا ه. وينبغي حمله على ما إذا كان علانية، أما إذا أخبروه سرا فلا وسيأتي تمامه إن شاء الله تعالى. وشمل اطلاقه ما إذا كان الشاهد غريبا فإن كان غريبا ولا يجد معدلا فإنه يكتب إلى قاضي بلده ليخبره عن حاله كما في البزازية. وفي كشف الاسرار شرح أصول فخر الاسلام من بحث المجمل أنه

***

[١١١]

على مثال رجل دخل بلدة لا يعرفه أهلها بالتأمل فيه بل بالرجوع إلى أهل بلدته حتى لو شهد لا يحل للقاضي أن يقضي بشهادته ولا للمزكي أن يعدله إلا بالرجوع إلى أهل بلدته ليعرف حاله ا ه. وظاهر إطلاقه أيضا أنه يسأل عنهم في كل حادثة شهدوا فيها لكن قالوا: لو عدل في حادثة وقضى به ثم شهد في أخرى فإن بعدت المدة أعيد وإلا لا، وكذا غريب نزل بين ظهراني قوم لا يعدله قبل مضي ذلك الزمان، وكذا إذا تخللت تلك المدة بين الشهادة والتعديل هل يؤثر في قبول الشهادة الماضية، وكان الامام الثاني يقول ذلك الزمان ستة أشهر ثم رجع إلى سنة، ومحمد لم يقدره بل على ما يقع في القلوب الوثوق وعليه الفتوى، كذا في البزازية. وفيها أيضا وفي المنتقى: شهدوا بمال فلم يعدلوا فطلب المدعى عليه من القاضي أن يكتب وثيقة ويحكم بأنه مردود الشهادة حتى لا يقبله قاض آخر حكم وكتب به، وإذا فعل ذلك لا يقبل القاضي الآخر هذه الشهادة، فإن كان الاول لم يحكم برد شهادتهم للثاني أن يقبل إذا عدلوا ا ه. وفي الملتقط: وإذا أبطل القاضي شهادته في دار فجاء بعد عشرين سنة فشهد بها أيضا الآخر فشهادته باطلة ا ه. وفي الخلاصة: من ردت شهادته في حادثة لعلة ثم زالت تلك العلة فشهد لم تقبل إلا في أربعة: الصبي والعبد والكافر على المسلم والاعمى إذا شهدوا فردت ثم زال المانع فشهدوا تقبل ا ه. ثم اعلم أنه يفرق بين المردود لتهمة وبين المرود لشبهة فالثاني يقبل عند زوال المانع بخلاف الاول فإنه لا يقبل مطلقا: أشار إليه في النوازل. ولو قال المؤلف سرا ثم علنا بثم دون الواو لكان أولى وإن أمكن حملها عليها ليفيد أنه لا بد من تقديم تزكية السر على العلانية لما في الملتقط عن أبي يوسف: لا أقبل تزكية العلانية حتى يزكي في السر ا ه. وشمل الشاهد الاصلي

والفرعي فيسأله عن الكل، كذا عن أبي يوسف. وعن محمد يسأل عن الاولين فإن زكيا سأل عن الآخرين، كذا في الملتقط. تنبيه: لا تجوز التزكية إلا أن تعرفه أنت أو وصف لك أو عرفت أن القاضي زكاه أو زكى عنده. وقال محمد: كم من رجل أقبل شهادته ولا أقبل تعديله يعني أن الشهادة على الظواهر ولا كذلك التعديل، كذا في الملتقط. فيشترط لجوازها شروط: الاول أن تكون الشهادة عند قاض عدل عالم. الثاني أن تعرفه وتختبره بشركة أو معاملة أو سفر. الثالث أن تعرف أنه ملازم للجماعة. الرابع أن يكون معروفا بصحة المعاملة في الدينار والدرهم. الخامس أن يكون مؤديا للامانة. السادس أن يكون صدوق اللسان. السابع اجتناب الكبائر. الثامن أن تعلم منه اجتناب الاصرار على الصغائر وما يخل بالمروءة، والكل في شرح أدب القضاء للخصاف. وفي النوازل: من قال لا أدري أنا مؤمن أم غير مؤمن لا تعدله ولا تصلي خلفه ا ه. وفي البزازية: عرف فسق الشاهد فغلب غيبة منقطعة ثم قدم ولا يدري منه إلا الصلاح لا يجرحه المعدل ولا يعدله، ولو كان معروفا بالصلاح فغاب غيبة منقطعة ثم حضر على العدالة والشاهدان لو عدلا بعد ما تابا يقضى بشهادتهما، وكذا لو غابا ثم عدلا،

***

[١١٢]

ولو خرسا أو عميا لا يقضى. تاب الفاسق لا يعدل كما تاب بل لا بد من مضي زمان يقع في القلب صدقه في التوبة ا ه. تنبيه آخر: ولو زكى من في السر علنا يجوز عندنا، والخصاف شرط تغايرهما، كذا في البزازية. وفي المصباح: علن الامر علونا من باب قعد ظهر وانتشر فهو عالن وعلن علنا من باب تعب لغة فهو علن وعلين والاسم العلانية مخففا ا ه. تنبيه آخر: يسأل القاضي عن الشهود الذمة عدول المسلمين وإلا فيسأل عنهم عدول الكفار، كذا في المحيط والاختيار. قوله: (وتعديل الخصم لا يصح) أي تزكية المدعى عليه الشاهد بقوله هو عدل غير مقبولة لان في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره فلا يصلح معدلا، وموضوع المسألة إذا قال هم عدول إلا أنهم أخطؤوا أو نسوا، أما إذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق، كذا في الهداية. وفي شرح أدب القضاء للصدر الشهيد أن يكون مقرا بقوله صدقوا فيما شهدوا به علي وبقوله هم عدول فيما شهدوا به علي. أطلقه وقيده في البزازية بما إذا كان المدعى عليه لا يرجع إليه في التعديل فإن كان صح قوله وشمل الخصم المدعي والمدعى عليه، وإن أراد به المدعى عليه وهو الظاهر فعدم صحته من المدعي بأولى كتعديل الشاهد نفسه. وأما جرح الشاهد نفسه فمقبول لما في البزازية: وقول الشاهد إنه ليس بعدل إقراره على نفسه جائز عليه وكان ينبغي له أن لا يفعل ا ه. وظاهر ما في الظهيرية أنه يأثم بذلك حيث كان صادقا في شهادته لما فيه من إبطال حق المدعي. ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعديل أحد الشاهدين صاحبه وفيه اختلاف، قال في الظهيرية: شاهدان شهدا لرجل والقاضي يعرف أحدهما بالعدالة ولا يعرف الآخر فعدله الذي عرفه القاضي بالعدالة. قال نصير رحمه الله: لا يقبل القاضي تعديله ولابن سلمة فيه قولان، وعن أبي بكر البلخي في ثلاثة شهدوا والقاضي يعرف اثنين منهم بالعدالة ولا يعرف الثالث فإن القاضي يقبل تعديلهما لو شهد هذا الثالث شهادة أخرى ولا يقبل تعديلهما في الشهادة الاولى وهو كما قال نصير رحمه الله تعالى ا ه. وأطلقه فشمل ما إذا عدله المدعى عليه قبل الشهادة أو بعدها كما في البزازية ويحتاج إلى تأمل فإنه قبل الدعوى لم يوجد منه كذب في إنكاره وقت التعديل وكان الفسق الطارئ على المعدل قبل القضاء كالمقارن. وفي البزازية: ولا يسأل رجلا له على المشهود عليه دين فلسه الحاكم، وهذا دليل على أن الشاهد إذا كان له دين على المشهود عليه وهو مفلس لا تقبل ا ه. وفي المحيط البرهاني من دفع الدعاوى معزيا إلى الاوزجندي: إذا قال المدع ء عليه بعد الشهادة لي دفع لا يكون تعديلا للشهود لجواز أن يكون بالطعن في الشاهد ا ه. قلت: بخلاف قول المدعي عليه في جواب دعوى الوكيل بالدين دفعته إلى الموكل أو أبرأني فإنه يكون إقرارا بالوكالة فإنه يؤمر بالدفع إلى الوكيل كما سيأتي فيها. قوله: (والواحد يكفي للتزكية والرسالة والترجمة) وهذا عندهما. وقال محمد: لا يجوز

***

[١١٣]

إلا اثنان لانهما في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تنبني على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كالعدالة، وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود، ولهما أنه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ومجلس القضاء واشتراط إعدد في الشهادة أمر تحكمي أي تعبدي في الشهادة فلا يتعداها، ومحل الاختلاف ما إذا لم يرض الخصم بتزكية واحد فإن رضي الخصم بتزكية واحد

فزكى جاز إجماعا، كذا في الولوالجية. وأطلق في التزكية والمراد تزكية السر، ولو قال الواحد العدل المسلم لكان أولى لاشتراط العدالة فيها والاسلام في المزكي لو المشهود عليه مسلما كما في البزازية. وأطلق في الواحد فشمل العبد والمرأة والاعمى والمحدود في القذف إذا تاب، والصبي، وأحد الزوجين للآخر، والوالد لولده وعكسه، والعبد لمولاه وعكسه. وخرج من كلامه تزكية الشاهد بحد الزنا فلا بد في المزكي فيها من أهلية الشهادة والعدد الاربعة إجماعا، ولم أر الآن حكم تزكية الشاهد ببقية الحدود ومقتضى ما قالوه اشتراط رجلين لها. وقيدنا بالتزكية السر احترازا عن تزكية العلانية فإنه يشترط لها جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر وغير ذلك إلا لفظ الشهادة إجماعا لان معنى الشهادة فيها أظهر فإنها تختص بمجلس القضاء، وكذا يشترط العدد فيها على ما قاله الخصاف وأطلق في الرسالة فشمل رسول القاضي إلى المزكي ورسول المزكي إلى القاضي كما في فتح القدير لا الاول كما زعمه الشارح. وأطلق في الترجمة فشمل المترجم عن الشهود أو عن المدعي أو المدعى عليه لا الاول كما توهمه الشارح قالوا: والاحوط في الكل اثنان. وفي البزازية: ولا يعلمه أنه يسأل عنه. وعلله الصدر الشهيد بأنه إذا أعلمه ربما خدع المزكي أو أخافه ولا يعلمه أنه سأل عنه سرا إنما يطلب منه تزكية العلانية، وينبغي للقاضي أن يختار في المسألة عن الشهود من هو أخبر بأحوال الناس وأكثرهم اختلاطا بالناس مع عدالته عارفا بما لا يكون جرحا وما يكون جرحا غير طماع ولا فقير كي لا يخدع بالمال فإن لم يكن في جيرانه ولا أهل سوقه من يثق به سأل أهل محلته وإن لم يجد فيهم ثقة اعتبر فيهم تواتر الاخبار، كذا ذكر الشارح. وخص في البزازية: السؤال من الاصدقاء. وأشار المؤلف بقبول قول الواحد في التزكية إلى قبول قوله في الجرح وسيأتي. وليس مراد المؤلف التسوية بين الثلاثة في جميع الوجوه وإنما مراده التسوية في الاكتفاء بالواحد وبين التزكية والترجمة فرق فإن الترجمان لو كان أعمى لا يجوز عند الامام ويجوز عند الثاني، وقدمنا أن تزكية الاعمى جائزة ولا يكون المترجم امرأة كما قدمناه عن الخزانة وتصلح للتزكية. وشرط في الظهيرية في المترجم عن الشاهد أن يكون الشاهد أعجميا وعن الخصم أن يكون كذلك

***

[١١٤]

١١ فظاهره أن القاضي إذا كان عارفا بلسان الشاهد والخصم لم تجز ترجمة الواحد. وفي المصباح: ترجم فرن كلامه إذا بينه وأوضحه، وترجم كلام غيره إذا عبر عنه بلغة غير لغة المتكلم واسم الفاعل ترجمان وفيه لغات أجودها فتح التاء وضم الجيم، والثانية ضمهما معا وتجعل التاء تابعة للجيم، والثالثة فتحهما بجعل الجيم تابعة للتاء والجمع تراجم ا ه. والتزكية المدح. قال في الصحاح: زكى نفسه تزكية مدحها ا ه. تنبيه: يستثنى من قوله أولا وسأل عن الشهود أربعة شهود لا يسأل القاضي عنهم قال الخصاف في أدب القضاء قال اسمعيل بن حماد: أربعة من الشهود لا أسأل عنهم: شاهد رد الطينة، وشاهد تعديل العلانية، وشاهد الغريب ليدعوه القاضي على غير قرعة، وشاهد العدوي. وشرحها في شرحي منظومة ابن وهبان من أول الشهادات، واسماعيل هذا هو حفيد أبي حنيفة وهو من جملة الائمة أخذ عن أبي يوسف وزاحمه في العلم ولو عمر لفاق المتقدمين ولكنه مات شابا. قلت: فيحتاج هنا إلى فهم قولهم لا بد من العدالة في المزكي فإنه لا يسأل عنه فتعين أن يكون المراد بالمزكي العدل من كان معروفا بها عند القاضي فإن لم يكن معروفا بها لم يسأل عنه فلا يقبل تزكيته كما لا يخفى، وليس المراد أنه لا يشترط عدالة المزكي كما فهمه العلامة ابن الشحنة بناء على أنها للاحتياط للاكتفاء بتزكية السر لتصريح الكل باشتراط عدالة المزكي خصوصا في تزكية العلانية، وإنما المراد ما فهمناه عنهم، ولما نظر إلى أن عدم السؤال في المسائل الثلاث لاجل الاكتفاء بالمستور ظن أن المزكي كذلك وليس كما ظنه لما قدمناه من التصريح عنهم وإن كان ما فهمه هو المراد، فما ذكره القاضي اسماعيل ضعيف لنقل الاجماع على أن تزكية العلانية كالشهادة أو هو محمول على ما إذا تقدمت التزكية سرا وهو الظاهر. تنبيه: ذكر بعضهم أن الاولى كون القاضي عارفا باللغة التركية، ورده الطرسوسي وأطال في فوائده، ورد عليه ابن وهبان في شرحه ومن أراد الاطلاع على ذلك فلينظر فيه وقد تركته لانه لا طائل تحته حتى قال ابن وهبان: ولولا قصد مناقشة الطرسوسي لما تكلمت على ذلك. تنبيه آخر: قبول قول الواحد لا ينحصر في الثلاث المذكورة في الكتاب بل ذكر ابن وهبان أنه يقبل قول الواحد العدل في إحدى عشرة مسألة، والرابعة التقويم للمتلفات لكن ذكر في البزازية من خيار العيب أنه يحتاج إلى تقويم عدلين لمعرفة النقصان فيحتاج إلى الفرق بين التقويمين. الخامسة الجرح وقدمناه. السادسة تقدير الارش.

***
[١١٥]
السابعة اختلفا في صفة المسلم فيه بعد إحضاره. الثامنة الاخبار بفلس المحبوس لاطلاقه. التاسعة الاخبار بعيب المبيع. العاشرة الاخبار برؤية هلال رمضان. الحادي عشر الاخبار بالموت. ثم اعلم أن هذا ليس بحاصر لان ما كان من الديانات يقبل فيه قول الواحد العدل كطهارة الماء ونجاسته حل الطعام وحرمته، ولا يختص برؤية هلال رمضان. وأيضا يقبل قول العدل في عزل الوكيل وحجر المأذون وإخبار البكر بإنكاح وليها وإخبار الشفيع بالبيع والمسلم الذي لم يهاجر ونحوها كما قدمنا على قول أبي حنيفة من اشتراط أحد شطري الشهادة أما العدد أو العدالة إلا أن يقال إنهم إنما لم يذكروها معها لان العدل ليس بشرط لجواز العمل به بمستورين والكلام فيما يشترط فيه العدالة حتى لا يقبل خبر مستورين في المواضع الاحد عشر. ثم اعلم أنه يستثنى من الاكتفاء بواحد في التقويم تقويم نصاب السرقة فلا بد فيه من اثنين كما في العناية. قوله: (وله أن يشهد بما سمع أو رأى في مثل البيع والاقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وإن لم يشهد عليه) لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الشرط. وقوله كالبيع مثال لهما فإنه إن عقداه بايجاب وقبول كان من المسموع، وإن بالتعاطي فهو من المرئيات. واختلفوا هل يشهد بالبيع أو بالاخد والاعطاء لكونه بيعا حكميا لا حقيقيا ذكره الشارح لكن مراد الثاني أنه يجوز كل منهما لا أنه يتعين الشهادة بالتعاطي لما في البزازية: وفي بيع التعاطي يشهدون بالاخد والاعطاء ولو شهدوا بالبيع جاز ا ه. ولا بد من بيان الثمن في الشهادة
***
[١١٦]
على الشراء لان الحكم بالشراء بثمن مجهول لا يصح كما في شهادات البزازية. وفي الخلاصة: رجل حضر بيعا ثم احتيج إلى الشهادة للمشتري ليشهد له بالملك بسبب الشراء ولا يشهد له بالملك المطلق قال: ورأيت في موضع آخر أنه يحل والاول أصح لان الملك المطلق ملك من الاصل والملك بالشراء حادث ا ه. وأشار بقوله وإن لم يشهد عليه إلى أنه لا يشترط أن يعلم المقر بالشاهد بالاولى فلو اختفى الشاهد وستر نفسه ويرى وجه المقر ويفهمه والمقر لا يعلمه وسعه أن يشهد، وهكذا يفعل بالظلمة كما في خزانة الاكمل. وأشار بقوله بما سمع إلى أنه لا بد من علم الشاهد بما يشهد به ولهذا قال في النوازل: سئل أبو القاسم عن رجل ادعى على ورثة ميت مالا فأمر بإثبات ذلك فأحضر شاهدين فشهدا أن المتوفى قد أخذ من هذا المدعي منديلا فيه دراهم ولم يعلما كم وزنها أتجوز شهادتهما؟ وهل يجوز للشاهدين أن يشهدا بذلك؟ قال: إن كان الشهود وقفوا على تلك الصرة وفهموا أنها دراهم وحرروها فيما يقع عليه تعيينهم من مقدارها شهدوا بذلك وينبغي أن يعتبرا جودتها فإنها قد تكون ستوقا فإذا فعلوا ذلك جازت شهادتهم ا ه. وفي خزانة الاكمل: رجل في يده درهمان كبير وصغير فأقر بأحدهما لرجل فشهدا أنه أقر بأحدهما لا ندري بأيهما أقر فإنه يؤمر بتسليم الصغير ا ه. والاقرار يصح أيضا أن يكون مثالا لهما، أما كونه من المسموعات فظاهر، وأما كونه من المرئيات فبالكتاب لما في البزازية من كتاب الاقرار: كتب كتابا فيه أقر بين يدي الشهود فهذا على أقسام: الاول أن يكتب ولا يقول شيئا وأنه لا يكون إقرارا فلا تحل الشهادة بأنه إقرار. قال القاضي النسفي: إن كتب مصدرا مرسوما وعلم الشاهد حل له الشهادة على إقراره كما لو أقر كذلك وإن لم يقل اشهد علي به. وعلى هذا إذا كتب للغائب على وجه الرسالة أما بعد فلك علي كذا يكون إقرارا لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر فيكون متكلما، والعامة على خلافه لان الكتابة قد تكون للتجربة. وفي حق الاخرس يشترط أن يكون معنونا مصدرا وإن لم يكن إلى الغائب. الثاني كتب وقرأ عند الشهود لهم أن يشهدوا به وإن لم يقل اشهدوا علي. الثالث أن يقرأ هذا عندهم غيره فيقول الكاتب اشهدوا علي به. الرابع أن يكتب عندهم ويقول اشهدوا علي بما فيه إن علموا بما فيه كان إقرارا وإلا فلا. وذكر القاضي: ادعى عليه مالا فأخرج خطا وقال إنه خط المدعي عليه بهذا المال فأنكر
***
[١١٧]
أن يكون خطه فاستكتب وكان بين الخطين مشابهة ظاهرة دالة على أنهما خط كاتب واحد لا يحكم عليه بالمال في الصحيح لانه لا يزيد على أن يقول هذا خطي وأنا حررته لكن ليس على هذا المال وثمة لا يجب كذا هنا إلا في تذاكر الباعة والصراف والسمسار ا

ه. ذكره أيضا. وفيها أيضا من أول الشهادات بأتم من هذا فلينظر. وقد أوضح ابن وهبان في شرحه مسألة خط السمسار والصراف فليراجعه من أرادها وسنذكرها إن شاء الله تعالى في محلها: والنكاح لا يكن إلا قولا، وكذا لو ادعى التزوج فشهدا له بأنها زوجته تقبل كما في الخلاصة. والاجارة كالبيع وتنعقد بالقول وبالتعاطي، والوقف قول ولا يشترط في الشهادة به بيان الواقف على الصحيح على ما ذكره في وقف البزازية وشرطه لقبولها في كتاب الشهادات. ثم اعلم أنه إذا شهد بالبيع فإن كان المبيع في يد غير البائع فلا بد أن يشهد بملك البائع بخلاف ما إذا كان في يده، وأما الشهادة بالاجارة فلا يشترط أن يشهدوا بأن اعين المؤجرة ملك المؤجر. والفرق أن إجارة الغاصب المغصوب صحيحة بلا إذن المالك ويستحق الاجرة، كذا في دعوى البزازية، وكذا في الشهادة بالشراء والقبض، وكذا الهبة مع القبض لا يحتاجان إلى الشهادة بالملك للبائع والواهب، كذا في الصغرى. والحاصل أنهم إذا شهدوا بالشراء لمدعيه فلا بد من الشهادة بملك المدعي أو البائع أو يد البائع أو أن البائع سلمها للمشتري، وفي الشهادة بالبيع لا بد من ذكر ملك البائع أو يده. وهذا إذا شهدوا بالبيع على غير البائع، فلو شهدوا به عليه لم يشترط شئ منهما كما في منية المفتي. ويشترط في الشهادة بالاقرار رؤية المقر لما في شهادات البزازية. وذكر الخصاف: رجل في بيت وحده ودخل عليه رجل ورآه ثم خرج وجلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع إقراره من الباب بلا رؤية وجهه حل له أن يشهد بما أقر. وفي العيون: رجل خبأ قوما لرجل ثم سأله عن شئ فأقروهم يسمعون كلامه ويرونه وهو لا يراهم جازت شهادتهم وإن لم يروه وسمعوا كلامه لا تحل لهم الشهادة ا ه. وفي الجامع الصغير: شرط رؤية وجه المرأة ورأيت الامام خالي أمرها بكشف الوجه وأمرها بالخروج ويؤيده ما في العيون، كذا في الخلاصة. وفي جامع الفصولين: حسرت عن وجهها وقالت أنا فلانة بنت فلان بن فلان وهبت لزوجي مهري فلا يحتاج الشهود إلى شهادة عدلين أنها فلانة بنت فلان ما دامت حية إذ يمكن الشاهد أن يشير إليها، فإن ماتت فيحينئذ يحتاج الشهود إلى شهادة عدلين بنسبها. وقال قبله: لو أخبر الشاهد عدلان أن هذه المقرة فلانة بنت فلان يكفي هذا للشهادة على الاسم والنسب عندهما وعليه الفتوى

***

[١١٨]

ألا يرى أنهما لو شهدا عند القاضي يقضي بشهادتهما والقضاء فوق الشهادة فتجوز الشهادة بإخبارهما بالطريق الاولى، فإن عرفهما باسمهما ونسبهما عدلان ينبغي للعدلين أن يشهدا الفرع على شهادتهما فيشهد عند القاضي عليها بالاسم والنسب وبالحق أصالة ا ه. وأما حكم الحاكم فيصح أن يكون من قبيل المسموع بأن كان بالقول، ويصح أن يكون من المرئيات إن كان فعلا على ما قدمناه. وأما الغصب والقتل فلا يكونان إلا من المرئيات، ومن قصر البيع والاقرار والحكم على المرئيات فقد قصر والتحقيق ما أسمعتك. ولو قال المؤلف ولو قال له لا تشهد علي بدل قوله وإن لم يشهد عليه لكان أفود لما في الخلاصة: لو قال المقر لا تشهد علي بما سمعت تسعه الشهادة ا ه. فيعلم حكم ما إذا سكت بالاولى وإذا سكت يشهد بما علم ولا يقول أشهدني لانه كذب. في النوازل سئل محمد بن مقاتل عن شريكين يتحاسبان وعندهما قوم وقالا لا تشهدوا علينا بما تسمعونه منا ثم أقر أحدهما لصاحبه بشراء أو باع شيئا فطلب المقر له بعد ذلك منهم الشهادة قال: ينبغي لهم أن يشهدوا بذلك وهو قول محمد بن سيرين. وأما الحسن البصري والحسن بن زياد فإنهما يقولان لا يشهدون به قال الفقيه. وروي عن أبي حنيفة أنه قال: ينبغي لهم أن يشهدوا وبه نأخذ ا ه. ثم قال بعده قال الفقيه: إن كان يخاف على نفسه أنه إذا أقر بشئ صدق وادعى أن شريكه قبض لا يصدقه يقول للمتوسط اجعل كان هذا المال على غيري وأنا أعبر عنه ثم يقول قبض كذا وكذا فيبين الجميع من غير أن يضيف على نفسه كيلا يصير حجة عليه ا ه. ثم اعلم أن المقر إذا قال للشاهد لا تشهد علي بما سمعته فله أن يشهد عليه إلا إذا قال له المدعي لا تشهد عليه، ذكره في حيل التاترخانية من حيل المداينات معزيا إلى الخصاف حملا على أنه مبطل في دعواه لكن نقل بعده الاختلاف فيما لو جاء المدعي بعد النهي وطلب من الشاهد الشهادة فليراجع.

***

[١١٩]

تنبيه: من الفتاوى الصغرى من كتاب القاضي إلى القاضي: إذا كتب الكاتب محضر امرأة وأراد أن يحليها فإنه ينبغي له أن يترك موضع تحليتها حتى يكون القاضي هو الذي يحليها ويكتب تحليتها في المحضر أو يملي حليتها على الكاتب لان الكاتب وإن حلاها لا يستغني القاضي عن النظر في وجهها فيكون فيه نظر رجلين إليها، ولو حلاها القاضي كفي فيكون فيه نظر واحد وذلك أستر لها فكان أولى.

وهل يشترط رؤية وجهها؟ ذكر الفقيه أبو الليث عن نصير بن يحيى قال: كنت عند أبي سليمان فدخل ابن محمد بن الحسن فسأله عن الشهادة على المرأة متى تجوز إذا لم يعرفها قال: كان أبو حنيفة يقول لا تجوز حتى يشهد عنده جماعة أنها فلانة وهو المختار للفتوى وعليه الاعتماد لانه أيسر على الناس ا ه. قوله: (ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد عليه) لانها لا تصير حجة إلا بالنقل إلى مجلس القاضي ولذا لا بد من عدالة الاصول فلا يملك غيره أن يجعل كلامه حجة بلا أمره فلا بد من التحميل، وأفاد أنه لو سمعه يشهد أخر على شهادته لا يسعه أن يشهد لانه إنما حمل غيره. وفي فتح القدير: وهذا الاطلاق يقتضي أنه لو سمعه يشهد في مجلس القاضي حل له أن يشهد على شهادته لانها حينئذ ملزمة ا ه. وفيه نظر لانها لا تكون ملزمة إلا بالقضاء ولم يوجد. وترك المؤلف رحمه الله قيدين آخرين لجوازها على شهادة غيره: الاول أن
***
[١٢٠]
يقبل التحميل فلو أشهده عليها فقال لا أقبل فإنه لا يصير شاهدا حتى لو شهد بعد ذلك لا تقبل كما في القنية، وينبغي أن يكون هذا على قول محمد من أنه توكيل وللوكيل أن لا يقبل، وأما على قولهما من أنه تحميل فلا يبطل بالرد لان من حمل غيره شهادة لم تبطل بالرد. الثاني أن لا ينهاه الاصيل بعد التحميل عنها لما في الخلاصة معزيا إلى الجامع الكبير: لو حضر الاصلان ونهيا الفروع عن الشهادة صح النهي عند عامة المشايخ، وقال بعضهم لا يصح والاول أظهر ا ه. وفي النوازل: النصراني إذا أشهد على شهادته ثم أسلم لم يجز أن يشهد على شهادته ا ه. ويحتمل أن يكون مراده أنه أشهد نصرانيا مثله، ويحتمل أنه أشهد مسلما والاول أظهر كما لا يخفى. وقيد بالشهادة عليها لان الشهادة بقضاء القاضي صحيحة وإن لم يشهدهما القاضي عليه لكن ذكر في الخلاصة خلافا بين أبي حنيفة وأبي يوسف فيما إذا سمعاه في غير مجلس القضاء فجوزه أبو حنيفة وهو الاقيس ومنعه أبو يوسف وهو الاحوط ا ه. وجزم بالجواز في المعراج معللا بأن القضاء حجة ملزمة ومن سمع الحجة حل له أن يشهد بها ا ه. وفي شرح أدب القضاء للصدر من الباب الاربعين: ضاع سجل من ديوان القاضي فشهد كاتباه عنده أنه أمضى ذلك فإن القاضي يقبله، ولو ضاع إقرار رجل فشهد كاتباه عنده بأنه أقر عنده يقضي بشهادتهما، ولو ضاع محضر من ديوانه فيه شهادة شهود بحق لا يذكره القاضي فشهدا عنده أن الشهود شهدوا عنده بكذا لا يقبلها القاضي ولا ينفذه لان الشهود لم يحملاهما ولا بد منه وتمامه فيه. ثم اعلم أن القضاء بشهادة الفروع عندهما وعند محمد بشهادة الكل، كذا في الخزانة. ولو قال المؤلف كما في الهداية ما لم يشهد عليها لكان أولى من قوله عليه لما في الخزانة: لو قال اشهد علي بكذا أو اشهد علي ما شهدت به كان باطلا، ولا بد أن يقول اشهد على شهادتي إلى آخره.
***
[١٢١]
قوله: (ولا يعمل شاهد وقاض وراو بالخط إن لم يتذكروا) أي لا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد حتى يتذكر، وكذا القاضي إذا وجد في ديوانه مكتوبا اشهادة شهود ولا يتذكر، ولا للراوي أن يروي اعتمادا على ما في كتابه ما لم يتذكر وهو قول الامام. وحذف مفعول يتذكر والارادة التعميم فلا بد عنده للشاهد من تذكر الحادثة والتاريخ والمال مبلغه وصفته حتى إذا لم يتذكر شيئا منه وتيقن أنه خطه وخاتمه لا ينبغي له أن يشهد، وإن شهد فهو شاهد زور، كذا في الخلاصة. ولا يكفي تذكر مجلس الشهادة. وفي الملتقط: وعلى الشاهد أن يشهد وإن لم يعرف مكان الشهادة ووقتها ا ه. وجوز محمد للكل الاعتماد على الكتاب إذا تيقن أنه خطه وإن لم يتذكر توسعة للامر على الناس، وجوزه أبو يوسف للراوي والقاضي دون الشاهد. وفي الخلاصة أن أبا حنيفة ضيق في الكل حتى قلت روايته الاخبار مع كثرة سماعه فإنه روى أنه سمع من ألف ومائتي رجل غير أنه يشترط الحفظ من وقت السماع إلى وقت الرواية ا ه. ومحل الخلاف في القاضي إذا وجد قضاءه مكتوبا عنده وأجمعوا أن القاضي لا يعمل بما يجده في ديوان قاض آخر وإن كان مختوما، كذا في الخلاصة. وقال شمس الائمة الحلواني: ينبغي أن يفتي بقول محمد. وهكذا في الاجناس كذا في الخلاصة. وجزم في البزازية بأنه يفتي بقول محمد. وفي المبتغي بالغين المعجمة: من وجد خطه وعرفه ونسي الشهادة وسعه أن يشهد إذا كان في حوزه وبه نأخذ ا ه. وعزاه في البزازية إلى النوازل. وأشار بقوله ولا يعمل إلى أن الشاهد إذا كتب شهادته في نسخة وقرأها لاجل الضبط فإنه يقبل لانه لم يعتمد على خطه، وقد عقد في السراجية لها بابا فقال باب الشهادة من النسخة إلى آخر ما فيها. ويتفرع على الاختلاف السابق مسائل

حاصلها أيجوز الاعتماد على غير الحفظ من إخبار مخبر بقضاء أو شهادة أو رواية أم لا: الاولى لو نسي القاضي قضاءه ولم يكن له سجل فشهدا عنده أنه قضى بكذا. الثانية أخبره قوم يثق بهم أنه كان شاهدا. الثالثة سمع حديثا من غيره ثم نسي راوي الاصل فسمعه ممن روي عنه. ثم اعلم أن الشاهد إذا اعتمد على خطه على القول المفتى به وشهد وقلنا بقبوله فللقاضي أن يسأله هل يشهد عن علم أم عن الخط، إن قال عن علم قبله، وإن قال عن الخط لا كما في البزازية. وفي المعراج: وعلى الاختلاف لو سمع من غيره حديثا ثم نسي الاصل الرواية فعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يعمل به، وعند محمد يعمل به. وعلى هذا المسائل التي اختلف فيها أبو يوسف ومحمد في الرواية في الجامع الصغير وهي ثلاث سمعها محمد من أبي يوسف ثم نسي أبو يوسف الرواية فكان لا يعتمد على رواية محمد وهو لا يدع الرواية ا ه. وهي ست لا ثلاث كما نقلناها مبينة في شرحنا على المنار، وتعقبهم في فتح القدير هنا وفي كتاب الصلاة بأن الحكاية التي جرت بين الشيخين تفيد أنه من باب تكذيب الاصل الفرع ولا خلاف عندهم

***

[١٢٢]

في بطلان الرواية لا أنه من باب النسيان فاعتماد المشايخ على قول محمد مشكل. قوله: (ولا يشهد بما لم يعاينه إلا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي وأصل الوقف فله أن يشهد بها إذا أخبره بها من يثق به) استحسانا دفعا للحرج وتعطيل الاحكام إذ لا يحضرها إلا الخواص. والمراد لا يحل له أن يشهد بشئ لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو السماع إلا في كذا، أما النسب فمن نسبته إلى أبيه نسبا من باب طلب عزوته إليه وانتسب إليه اعتزى ثم استعمل النسب وهو المصدر في مطلق الوصلة بالقرابة فيقال بينهما نسب أي قرابة، وسواء جاز بينهما التناكح أم لا وجمعه أنساب وتمامه في المصباح. وأما ما يتعلق به من الاحكام هنا فأفاد أنه تجوز الشهادة فيه بالتسامع. وفي البزازية من الدعوى العاشر في النسب: وفي دعوى العمومة لا بد أن يفسر أنه عمه لامة أو لابيه أو لهما، ويشترط أيضا أن يقول هو وارثه لا وارث له غيره، فإن برهن على ذلك أو على أنه أخو الميت لابويه لا يعلمون أن له وارثا غيره يحكم له بالمال. ولا يشترط ذكر الاسماء في الاقضية إلى أن قال: ادعى على آخر أنه أخوه لابيه ادعى إرثا أو نفقة وبرهن تقبل ويكون قضاء على الغائب أيضا حتى لو حضر الاب وأنكر لا يقبل ولا يحتاج إلى إعادة البينة لانه لا يتوصل إليه إلا بإثبات الحق على الغائب، وإن لم يدع مالا بل ادعى الاخوة المجردة لا تقبل لان هذا في الحقيقة إثبات البنوة على الاب المدعى عليه والخصم فيه هو الاب لا الاخ. وكذا لو ادعى أنه ابن ابنه أو أبو أبيه والابن والاب غائب أو ميت لا يصح ما لم يدع مالا، فإن ادعى مالا فالحكم على الحاضر والغائب جميعا بخلاف ما إذا ادعى على رجل أنه أبوه أو ابنه أو على امرأة أنها زوجته أو ادعت عليه أنه زوجها أو ادعى العبد على عربي أنه مولاه عتاقة أو ادعى عربي على أخر أنه معتقة أو ادعت على رجل أنها أمته أو كان الدعوى في ولاء الموالاة وأنكر المدعى عليه فبرهن المدعي على ما قال يقبل، ادعى به حقا أو لا، بخلاف دعوى الاخوة لانه دعوى الغير ألا ترى أنه لو أقر أنه أبوه أو ابنه أو زوجته صح أو بأنه أخوه لا لكونه حمل النسب على الغير وتمامه فيها. وحاصل ما ينفعنا هنا أن الشهود إذا شهدوا بنسب فإن القاضي لا يقبلهم ولا يحكم به إلا بعد دعوى مال إلا في الاب والابن.

***

[١٢٣]

وقيد في المحيط معزيا إلى الامام محمد في المبسوط قبولها في النسب بقيد حسن فليراجع من نسخة صحيحة. وأما الموت ففي البزازية: والموت كالقتل ولعله والقتل كالموت كما في الخلاصة وخزانة المفتين، وظاهره أن الشهادة على القتل بالتسامع جائزة وهو بإطلاقه مشكل لترتب القصاص عليها وفيها شبهة فلا يثبت بها ما يندرئ بالشبهة، ولم أر من أوضحه إلى الآن وقد ظهر لي أن التشبيه إنما هو في خاص وهو جواز اعتداد المرأة إذا أخبرت بقتله كموته للتزوج وإن كان السياق يخالفه، وكذا تعارض الخبرين عندنا بقتله وحياته. وأشار المؤلف إلى أن المرأة تعمل بالسماع بالاولى لما في البزازية: قال رجل لامرأة سمعت أن زوجك مات لها أن تتزوج إن كان المخبر عدلا ا ه. ومسائل تعارض الخبرين بموته وحياته فيها هنا، وظاهر إطلاقه في الموت أنه لا فرق بين كون الميت مشهورا أو لا. وقيده في المعراج معزيا إلى فتاوى رشيد الدين بأن يكون عالما أو من العمال، أما إذا كان تاجرا أو مثله فإنه لا تجوز إلا بالمعاينة ا ه.

***

[١٢٤]

وقيد بأصل الوقف احترازا عن شرائطه فإنه لا تقبل فيها بالتسامع. وفي البزازية: وفي الوقف الصحيح أنها تقبل بالتسامع على أصله لا على شرائطه لانه يبقى على الاعصار لا شرائطه، وكل ما تعلق به صحة الوقف وتتوقف عليه فهو من أصله، وما لا تتوقف عليه الصحة فهو من الشرائط. ونص الفضلي على أنه لا يصح في الوقف الشهادة بالتسامع، واختار السرخسي جوازه على أصله لا على شرائطه بأن يقول إنه وقف على المسجد هذا أو المقبرة هذه أما إذا لم يذكرا ذلك لا تقبل ا ه. والمراد من الشرائط أن يقولوا إن قدرا من الغلة لكذا ثم يصرف الفاضل إلى كذا بعد بيان الجهة فلو ذكر هذا لا تقبل ا ه. وفي الفصول العمادية من العاشر: المختار أن لا تقبل الشهادة بالشهرة على شرائط الوقف ا ه. وفي الخانية في أواخر فصل دعوى الوقف من كتاب الوقف ما يوافق هذا، وكذا في الاسعاف. وفي المجتبى: المختار أن تقبل على شرائط الوقف ا ه. واعتمده في المعراج وقواه في فتح القدير بقوله: وأنت إذا عرفت قولهم في الاوقاف التي انقطع ثبوتها ولم يعرف لها شرائط ومصارف أنه يسلك بها ما كانت عليه في دواوين القضاة لم تقف عن تحسين ما في المجتبى لان ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع ا ه. وجوابه أنه إنما عمل فيها بذلك عند الضرورة والمدعي أعم ثم قال أي في فتح القدير: وليس معنى الشروط أن يبين الموقوف عليه بل أن يقول يبدأ من غلتها بكذا وكذا والباقي كذا وكذا ا ه. ومسألة الشهادة بالوقف أصلا وشروطا لم تذكر في

***

[١٢٥]

ظاهر الرواية وإنما قاسها المشايخ على الموت كما في الخلاصة والتقييد بما ذكر من الاشياء الستة يدل على عدم قبولها به في غيرها من الولاء والعتق. واختلف الفحلان في نقل الاختلاف في العتق فنقل الامام السرخسي عدم قبولها فيه اجماعا.، ونقل أستاذه الامام الحلواني أنه على الاختلاف المنقول في الولاء، فعن أبي يوسف الجواز فيهما ومن ذلك المهر فظاهر التقييد أنه لا تقبل فيه به، ولكن في البزازية والظهيرية والخزانة أن فيه روايتين والاصح الجواز ا ه. ووجهه أنه من توابع النكاح فكان كأصله. وذكر في الخلاصة خلافا في الدخول ففي فوائد أستاذنا ظهير الدين لا يجوز لهم أن يشهدوا على الدخول بالمنكوحة بالتسامع ولو أراد أن يثبت الدخول يثبت الخلوة الصحيحة ا ه. وظاهر ما في المعراج أن الامير كالقاضي فيزاد الامرة، وكذا في خزانة المفتين. ثم اعلم أن الخصاف شرط للقبول عند أبي يوسف في العتق أن يكون مشهورا وللمعتق أبوان أو ثلاثة في الاسلام ولم يشترطه محمد في المبسوط، كذا في المعراج. وقوله إذا أخبره يدل على أن لفظة الشهادة ليست بشرط في الكل، أما الذي يشهد عند القاضي فلا بد له من لفظها. وشرط في العناية لفظ الشهادة على ما قالوا، كذا في الخلاصة. وأشار المؤلف رحمه الله تعالى بقوله من يثق به إلى عدم اشتراط عدد وذكورة في المخبر ولكن في الخلاصة في النكاح والنسب لا بد أن يخبره عدلان بخلاف الموت قال:

***

[١٢٦]

وفي الموت مسألة عجيبة هي إذا لم يعاين الموت إلا واحد ولو شهد عند القاضي لا يقضي بشهادته وحده ماذا يصنع؟ قالوا: يخبر بذلك عدلا مثله وإذا سمع منه حل له أن يشهد على موته فيشهد هو مع ذلك الشاهد فيقضي بشهادتهما ا ه. وظاهر ما في السراج أنه لا بد من خبر عدلين في الكل إلا في الموت، وصحح عن الظهيرية أن الموت كغيره. وفي فتح القدير: المختار الاكتفاء بالواحد في الموت، والعدالة إنما تشترط في المخبر في غير المتواتر أما في المتواتر فلا تشترط العدالة ولا لفظ الشهادة كما في الخلاصة. وظاهر كلام المؤلف الاقتصار على الاخبار وهو قصور. قال في الخلاصة: إذا شهد تعريسه وزفافه أو خبره بذلك عدلان حل له أن يشهد أنها امرأته. وذكر الشارح أنه إذا رأى رجلا يدخل على امرأته وينبسطان انبساط الازواج وسمع من الناس أنها زوجته جاز له أن يشهد به وإن لم يعاين النكاح، وكذا إذا رأى شخصا جالسا مجلس الحكم يفصل الخصومات جاز له أن يشهد على أنه قاض ه. فظاهر الهداية الاكتفاء بما ذكر وذكر غيره أنه لا بد من الاخبار، وفي فتح القدير وهو الحق. وفي المحيط: ولو جاء خبر موت إنسان فصنعوا ما يصنع على الميت لم يسعك أن تخبر بموته حتى يخبرك ثقة أنه عاين موته لان المصائب قد تتقدم على الموت إما خطأ أو غلطا أو حيلة لقسمة المال ه. وفي القنية: نكاح حضره رجلان ثم أخبر أحدهما جماعة أن فلانا تزوج فلانة بإذن وليها ثم الآن يجحد هذا التسامع يجوز للسامعين أن يشهدوا على ذلك ا ه. ثم اعلم أن القضاء بالنسب مما لا يقبل النقض لكونه على الكافة كالنكاح والحرية والولاء كما في الصغرى، وكذا كتبنا في

الفوائد أن القضاء على الكافة في هذه الاربعة لكن يستثنى من النسب ما في المحيط من باب الشهادة بالتسامع: شهدا أن فلان بن فلان مات وهذا ابن أخيه ووارثه قضى بالنسب والارث، ثم أقام آخر البينة أنه ابن الميت ووارثه ينقض الاول ويقضى للثاني لان الابن مقدم على ابن الاخ، ولا تنافي بين الاول والثاني لجواز أن يكون له ابن وابن أخ فينقض القضاء في حق الميراث لا في حق النسب حتى يبقى الاول ابن عم له حتى يرث منه إذا مات ولم يترك وارثا آخر أقرب منه، فإنه أقام آخر البينة أن الميت الاول فلان بن فلان ونسبه إلى أب أخر غير الاب الذي نسبه إلى الاول فإنه ينظر، إن ادعى ابن أخيه لا ينقض القضاء الاول لانه لما أثبت نفسه من الاول خرج عن أن

***

[١٢٧]

يكون محلا لاثباته في انسان آخر وليس في البينة الثانية زيادة إثبات إلى آخر ما ذكره. والمراد بقوله من يثق به غير الخصم إذ لو أخبره رجل أنه فلان بن فلان لا يسعه أن يعتمد على خبره ويشهد بنفسه لانه لو جاز له ذلك لجاز للقاضي القضاء بقوله، كذا في خزانة المفتين. وشرط فيها للقبول في النسب أن يخبره عدلان من غير استشهاد الرجل فإن أقام الرجل شاهدين عنده على نسبه لا يسعه أن يشهد، وإذا كان الرجل غريبا لا يسعه أن يشهد بنسبه حتى يلقى من أهل بلده رجلين عدلين فيشهد أن عنده على نسبه. قال الجصاص: وهو الصحيح ا ه‍. قوله: (ومن في يده شئ سوى الرقيق لك أن تشهد أنه له) لان اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفي بها. وعن أبي يوسف أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له قالوا ويحتمل أن يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية. قال في فتح القدير قال الصدر الشهيد: وبه نأخذ فهو قولهم جميعا ا ه‍. فلو رأى درة في يد كناس أو كتابا في يد جاهل لا يشهد بالملك له بمجرد يده، كذا في البزازية. ومن مشايخنا من قال إنها دليل الملك مع التصرف لكونها متنوعة إلى أمانة وملك قلنا: والتصرف يتنوع أيضا إلى أصالة ونيابة، وظاهر كلام المؤلف أنه عاين الملك والملك فإذا رآه في يد آخر فجاء الاول وادعى الملك وسعه أن يشهد أنه له بناء على يده قالوا: وكذا إذا عاين المالك بحدوده دون الملك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع له. وفرع على هذا الناصحي بأن المالك لو كان امرأة لا تخرج ولا يراها الرجال، فإن كان الملك مشهورا أنه لها جاز أن يشهد عليه لان شهرة الاسم كالمعاينة ا ه‍. وأورد عليه لزوم الشهادة بالمال بالتسامع، وأجيب بأنه في ضمن الشهادة بالنسب كما في النهاية، وتعقبه في فتح القدير بأن مجرد ثبوت نسبه بالشهادة عند القاضي لم يوجب ثبوت ملكه لتلك الضيعة لولا الشهادة به، وكذا المقصود ليس إثبات النسب بل الملك في الضيعة ا ه‍. وخرج مسألتان: إحداهما أن لا يعاينهما وإنما سمع أن لفلان كذا. الثانية أن يعاين المالك لا الملك فلا يحل له أن يشهد لكونه مجازفا في الاولى وفي الثانية لم يحصل له العلم بالمحدود. وأشار المؤلف رحمه الله إلى أن من رأى شيئا في يد انسان ولم يره قبل ذلك في يد غيره فإن له أن يشتريه منه، فإن كان رآه قبله في يد غيره فإن أخبره بانتقال الملك إليه أو بالوكالة منه حل الشراء وإلا فلا. وكذا لو رأى جارية في في يد انسان ثم رآها في بلد أخرى وقالت أنا حرة الاصل لا يحل له أن ينكحها وسيأتي تمامه في الكراهية. واستثنى المصنف الرقيق أي العبد والامة وهو مقيد بما إذا كانا كبيرين لان لهما يدا على

***

[١٢٨]

أنفسهما تدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك، وعن أبي حنيفة أنه يحل له أن يشهد فيهما أيضا اعتبارا بالثياب، والفرق ما بيناه. وإن كانا صغيرين لا يعبران عن أنفسهما كالمتاع لا يد لهما فله أن يشهد بالملك لذوي اليد، وعلى هذا فالمراد بالكبير في كلامهم هنا من يعبر عن نفسه، سواء كان بالغا أو لا كما في النهاية. ثم اعلم أنه إنما يشهد بالملك لذي اليد بشرط أن لا يخبره عدلان بأنه لغيره فلو أخبراه لم تجز له الشهادة بالملك له كما في الخلاصة وقدمناه. وأشار المؤلف إلى أن القاضي لو رأى عينا في يد رجل فإنه يجوز له القضاء بالملك له كما في الخلاصة والبزازية، وبه ظهر أن قول الشارح في تقرير أن الشاهد إذا فسر للقاضي أنه يشهد عن سماع أو معاينة يد لم يقبله أن القاضي لا يجوز له أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤية نفسه في يد انسان سهو إلا أن يحمل ما قالوا لو رأى شيئا في يد إنسان ثم رآه في يد غير فإنه لا ينتزعه منه من غيره أن يدعيه الاول، فما في الفتاوى فيما إذا ادعاه المالك وما في الشرح فيما إذا لم يدعه.

قوله: (وإن فسر للقاضي أنه يشهد له بالتسامع أو بمعاينة اليد لا تقبل) وهذا هو الصحيح كما ذكره مسكين في شرحه لكنه استثنى الموت والموقف فتقبل، ولو فسر للقاضي أنه أخبره من يثق به واستثنى العمادي في الفصول الوقف فلو شهدا به وقالا نشهد بالتسامع
***
[١٢٩]
تقبل لان الشاهد ربما يكون عمره عشرين سنة وتاريخ الوقف مائة سنة فيتيقن القاضي أنه يشهد بالتسامع فالافصاح كالسكوت، إليه أشار ظهير الدين المرغيناني. وفي الخلاصة: لو شهدا عند القاضي أن فلانا مات وقالا أخبرنا بذلك من نثق به جازت شهادتهما وهو الاصح، والخصاف أيضا جوز ذلك وفيه اختلاف المشايخ ا ه. ومعنى التفسير للقاضي أنه شهد بالتسامع أن يقولا شهدنا لانا سمعنا من الناس، أما إذا قالا لم نعاين ذلك ولكنه اشتهر عندنا جازت، كذا في الخلاصة والبزازية. وفي الينابيع: تفسيره أن يقول في النكاح لم أحضر العقد وفي غيره أخبرني من أثق به أو سمعت ونحوه. وفي المحيط معزيا إلى المنتقى: إذا شهدوا أنه مات على هذه الدابة فهي ميراث، ولو شهدوا أن أبا هذا المدعي مات وهذه الدار كانت له يوم مات أو شهر مات أو سنة مات فهو جائز له، ولو رآه على حمار يوما لم يشهد أنه له لاحتمال أنه ركبه بالعارية، ولو رآه على حمار خمسين يوما أو أكثر ووقع في قلبه أنه له وسعه أن يشهد أنه له لان الظاهر أن الانسان لا يركب دابة مدة كثيرة إلا بالملك ا ه. وفي البزازية: عاين الشاهد دابة تتبع دابة وترضع له أن يشهد بالملك والنتاج. شهدا أن فلان بن فلان مات وترك هذه الدار ميراثا ولم يدركا الميت فشهادتهما باطلة لانهما شهدا بملك لم يعاينا سببه ولا رأياه في يد المدعي ا ه. والله أعلم.
***
[١٣٠]
باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل يقال قبلت القول إذا حملته على الصدق، كذا في المصباح. والمراد من يجب قبول شهادته على القاضي ومن لا يجب لا من يصح قبولها ومن لا يصح لان من جملة ما ذكره ممن لا يقبل الفاسق وهو لو قضى بشهادته صح بخلاف العبد والصبي والزوجة والولد والاصل لكن في خزانة المفتين: إذا قضى بشهادة الاعمى أو المحدود في القذف إذا تاب أو بشهادة أحد الزوجين مع آخر لصاحبه أو بشهادة الولد لوالده أو عكسه نفذ حتى لا يجوز للثاني إبطاله وإن رأى بطلانه ا ه. فالمراد من عدم القبول عدم حله وذكر في منية المفتي اختلافا في النفاذ بشهادة المحدود بعد التوبة قوله: (ولا تقبل شهادة الاعمى) لان الاداء يفتقر إلى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى إلا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود، والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر وصار كالحدود والقصاص. أطلقه فشمل الاعمى وقت الشهادة قبل التحمل أو بعده وما إذا عمي بعد الاداء قبل القضاء لان المراد بعدم قبولها عدم القضاء بها لان قيام أهليتها شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده، وصار كما إذا خرس أو جن أو فسق بخلاف موت الشاهد غيبته لان الاهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت، كذا في الهداية. وشمل ما كان طريقه السماع خلافا لابي يوسف
***
[١٣١]
كما في فتح القدير ولزفر وهو مروي عن الامام كما في الشرح، واختاره في الخلاصة وعزاه إلى النصاب جازما به من غير حكاية خلاف. وأشار المؤلف إلى عدم قبول شهادة الاخرس بالاولى سواء كانت بالاشارة أو بالكتابة وتمامه في شرح ابن وهبان قوله: (والمملوك والصبي) لانها من الولاية ولا ولاية لهما على نفسهما فالاولى أن لا يكون لهما على غيرهما ولاية وقدمنا وسيأتي أن ثبوت حرية الشاهد إما بظاهر الدار عند عدم طعن المشهود عليه أو ببينة يقيمها الشاهد عند طعن الخصم بخلاف ما إذا طعن بأنه محدود في قذف أو شريك المدعي فإن البينة عليه. وقدمنا أن الصبي إذا بلغ فشهد فإنه لا بد من التزكية، وكذا الكافر إذا أسلم، وأن الكافر إذا عدل في كفره لشهادة ثم أسلم فشهد فإنه يكفي التعديل الاول. وفي المحيط البرهاني: مات وترك عبدا لا مال له غيره وقيمته ألف ولا يعلم عليه دين فأعتقه الوارث ثم شهد العبد شهادات واستقضى بقضايا ثم أقام رجل البينة على الميت بالدين فإن العبد يرد رقيقا وبطل عتقه وما شهد به فإن أبرأ الغريم الميت جاز العتق لا الشهادة والقضاء وتمامه فيه. أطلقه فشمل القن والمكاتب والمدبر وأم الولد كما في الخلاصة. ومعتق البعض كالمكاتب، والمعتق في المرض كالمكاتب في زمن سعايته لا تقبل شهادته كما في البزازية. والمدبر بعد موت مولاه إذا لم

يخرج من الثلث في زمن سعايته كالمكاتب عنده، وحر مديون عندهما كما في جنايات المجمع والكافي، وفي الكافي من الشهادات: رجل مات عن عم وأمتين وعبدين فأعتق العم العبدين فشهدا ببنتية إحداهما بعينها للميت أي أنه أقر بها في حياته وصحته لم تقبل عند أبي حنيفة لان في قبولها ابتداء بطلانها انتهاء لان معتق البعض في حكم المكاتب عنده ولا شهادة له، وعندهما تقبل لانه حر مديون. ولو شهدا أن الثانية أخت الميت قبل الاولى أو بعدها أو معها لا تقبل بالاجماع لانا لو قبلنا لصارت عصبة مع البنت
***
[١٣٢]
فيخرج العم عن الوراثة فيبطل العتق ا ه. ولم يذكر المؤلف المجنون ولا خفاء في عدم قبولها. وفي المحيط: ومن يجن ساعة ويفيق ساعة فشهد في حال الصحة تقبل شهادته لان ذلك بمنزلة الاغماء والاغماء لا يمنع قبول الشهادة. وقدر بعض مشايخنا جنونه بيوم أو يومين حتى لو جن يوما أو يومين ثم أفاق فشهادته جائزة في حال الصحة ا ه. ولم يذكر أيضا المغفل. وفي المحيط: قال محمد في رجل أعجمي صوام قوام مغفل يخشى عليه أن يلقن فيؤخذ به قال: هذا شر من الفاسق في الشهادة. وعن أبي يوسف أجيز شهادة المغفل ولا أجيز تعديله لان التعديل يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير والمغفل لا يستقصى في ذلك ا ه. ولا بد لصحة القضاء من حصول الحرية للشاهد في نفس الامر فلو قضى بشهادتهم ثم ظهروا عبيدا بطل القضاء، وهي مسألة ظهور خطأ القاضي. وفي المحيط البرهاني: قضى القاضي بوصاية ببينة وأخذ ما على الناس من الديون ثم وجدوا عبيدا فقد برئ الغرماء ولو كان مثله في الوكالة لم يبرؤوا ا ه. ولم يذكر الفرق وكأنه لكونهم دفعوا له دين الميت بإذن القاضي وإن لم يثبت الايصاء بمنزلة إذنه لهم في الدفع إلى أمينه بخلاف الوكالة إذ لا يصح إذنه للغريم بدفع دين الحي إلى غيره. قوله: (إلا أن يتحملا في الرق والصغر وأديا بعد الحرية والبلوغ) لانهما أهل للتحمل لان التحمل بالشاهدة والسماع ويبقى إلى وقت الاداء بالضبط وهما لا ينافيان ذلك وهما أهل عند الاداء. وأشار إلى أن الكافر إذا تحملها على مسلم ثم أسلم فأداها تقبل كما في فتح القدير. وأطلقه فشمل ما إذا لم يؤدها إلا بعد الاهلية أو أداها قبلها فردت ثم زالت العلة فأداها ثانيا ولذا قال في الخلاصة: ومتى ردت شهادة الشاهد لعلة ثم زالت العلة فشهد في تلك الحادثة لا تقبل إلا في أربعة: العبد، والكافر على المسلم، والاعمى، والصبي، إذا شهدوا فردت ثم زال المانع فشهدوا في تالك الحادثة فإنها تقبل ا ه. فعلى هذا لا تقبل شهادة الزوج والاجير والمغفل والمتهم والفاسق بعد ردها، وإدخال أحد الزوجين مع الاربعة كما في فتح القدير سهو، ولا بد من حكم القاضي يرد شهادته كما سيأتي. وأطلق في تحمل العبد
***
[١٣٣]
فشمل ما إذا تحملها لمولاه ثم أداها بعد عتقه كما في فتح القدير. وأراد بالحرية الحرية النافذة، وإنما قيدنا به لما في البزازية: أعتق عبده في مرض موته ولا مال له غيره ثم شهد هذا لا تقبل عند الامام لان عتقه موقوف ا ه. وفي السراجية: إذا طعن المدعى عليه في الشهود أنهم عبيد فعلى المدعي إقامة البينة على حريتهم ولو قال هما محدودان في القذف فعلى الطاعن إقامة البينة قوله: (والمحدود في قذف ولو تاب) لا تقبل شهادته لقول تعالى * (ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا) * (النور: ٤) ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كأصله بخلاف المحدود في غيره لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة والاستثناء في الآية ينصرف إلى ما يليه وهو قوله تعالى * (وأولئك هم الفاسقون) * (النور: ٤) أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن، كذا في الهداية. وفي التحرير: الاوجه أنه متصل، وقرره في التلويح بأن المعنى أولئك الذين يرمون المحصنات محكوم عليهم بالفسق إلا التائبين، وأما رجوع الاستثناء إلى الكل في آية المحاربين فلدليل اقتضاه وهو قوله * (من قبل أن تقدروا عليهم) * (المائدة: ٣٤) فإنه لو عاد إلى الاخير أعني قوله لهم عذاب عظيم لم يبق له فائدة لان التوبة تسقطه مطلقا ففائدته سقوط الحد وتمامه في فتح القدير. وفي البدائع: كل فاسق تاب عن فسقه قبلت توبته وشهادته إلا اثنين: المحدود في القذف والمعروف بالكذب، لان من صار معروفا بالكذب
***
[١٣٤]
واشتهر به لا يعرف صدقه من توبته بخلاف الفاسق إذا تاب عن سائر أنواع الفسق فإن شهادته تقبل ا ه. وأشار المؤلف رحمه الله إلى أن شهادته لا تسقط ما لم يضرب تمام الحد وهو صريح المبسوط لان المحدود من ضرب الحد أي تماما لان ما دونه يكون تعزيرا غير

مسقط لها. ولو قال المؤلف إن لم يقم بينة على صدقه لكان أولى لانه لو أقام أربعة بعد ما حد على أنه زنى قبلت شهادته بعد التوبة في الصحيح لانه لو أقامها قبله لم يحد فكذا لا ترد شهادته، كذا ذكر الشارح وتمامه في العتابية. وإنما قيد بقوله على أنه زنى لانه لو أقام بينة على إقرار المقذوف بالزنا لا يشترط أن يكونوا أربعة لما في فتح القدير من باب حد القذف، فإن شهد رجلان أو رجل وامرأتان على إقرار المقذوف بالزنا يدرأ الحد عن القاذف لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة إلى آخره فكذا إذا أقام رجلين بعد حده على إقراره بالزنا تعود شهادته كما لا يخفى. ثم اعلم أن الضمير في قوله لهم عندنا عائد إلى المحدودين، وعند الشافعي إلى القاذفين العاجزين عن الاثبات كما ذكره الفخر الرازي فلو لم يحد تقبل شهادته عندنا خلافا له، ولو قذف رجلا ثم شهد مع ثلاثة على أنه زنى فإذا كان حد لم يحد المشهود عليه وإن لم يحد القاذف حد المشهود عليه، كذا في البزازية. قوله: (إلا أن يحد الكافر في قذف ثم أسلم) يعني فتقبل ولو كان محدودا في قذف لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت شهادة أخرى، وليس المراد أنها تقبل بعد إسلامه في حق المسلمين فقط. قال المؤلف في الكافي: فإن أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين ضرورة وتمامه في العتابية. قيد بالكافر لان العبد إذا حد حد القذف ثم عتق حيث ترد شهادته لانه لا شهادة للعبد أصلا في حال رقه فيتوقف الرد على حدوثها فإذا حدث كان رد شهادته بعد العتق من تمام حده، وظاهر كلام المؤلف أنه أسلم بعد ما ضرب تمام الحد فلو أسلم بعد ما ضرب بعضه فضرب الباقي بعد إسلامه ففيه ثلاث روايات في ظاهر الرواية لا تبطل شهادته على التأبيد فإذا تاب قبلت، وفي رواية تبطل إن ضرب الاكثر بعد إسلامه، وفي رواية ولو سوطا، كذا في السراج الوهاج. ووضع هذه المسألة يدل على أن الاسلام لا يسقط حد القذف. وهل يسقط شيئا من الحدود؟ قال الشيخ عمر قارئ الهداية: إذا سرق الذمي أو زنى ثم أسلم فإن ثبت عليه ذلك بإقراره أو بشهادة المسلمين لا يدرأ عنه، وإن ثبت بشهادة أهل الذمة فأسلم سقط عنه الحد ا ه. وينبغي أن يقال كذلك في حد القذف. وفي اليتيمة من كتاب السير: إن الذمي إذا وجب التعزير عليه فأسلم لم يسقط عنه. ولم أر حكم الصبي إذا وجب التعزير عليه للتأديب فبلغ ونقل الفخر الرازي عن الشافعية سقوطه لزجره بالبلوغ، ومقتضى ما في اليتيمة أنه لا يسقط إلا أن يوجد نقل صريح قوله: (والولد لابويه وجديه وعكسه) أي لم تقبل شهادة الفرع لاصله والاصل لفرعه

***

[١٣٥]

للحديث، ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز أداء الزكاة إليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه. وأطلق الولد فشمل الولد من وجه فلا تقبل شهادة ولد الملاعن لاصوله أو هو له أو لفرعه لثبوته من وجه بدليل صحة دعوته منه وعدمها من غيره، وتحرم مناكحته ووضع الزكاة فيه فأحكام البنوة ثابتة له إلا الارث والنفقة من الطرفين كولد العاهر. ولو باع أحد التوأمين وقد ولدا في ملكه وأعتقه المشتري فشهد البائعة تقبل، فإن ادعى الباقي ثبت نسبهما وانتقض البيع والعتق والقضاء ويرد ما قبض أو مثله إن هلك للاستناد لتحويل العقد، وإن كان القضاء قصاصا في طرف أو نفس فأرشه عليه دون العاقلة وتمامه في تلخيص الجامع من باب شهادة ولد الملاعنة. ولا تقبل شهادة ولد أم الولد المنفي من السيد ولا يعطيه الزكاة كولد الحرة المنفي باللعان، كذا في المحيط البرهاني. وفي فتح القدير: تجوز شهادته لابنه رضاعا. وفي خزانة الاكمل: شهد ابناه أن الطالب أبرأ أباهما واحتال بدينه على فلان لم تجز إذا كان الطالب منكرا، وإن كان المال على غير أبيهما فشهدوا أن الطالب أحال به أباهما والطالب، ينكر والمطلوب يدعي البراءة والحوالة جازت ا ه. وفي المحيط البرهاني: إذا شهدا على فعل أبيهما فعلا ملزما لا تقبل إذا كان للاب فيه منفعة اتفاقا وإلا فعلى قولهما لا تقبل وعن محمد روايتان. فلو قال إن كلمك فلان فأنت حر فادعى فلان أنه كلمه وشهد ابناه به لم تقبل عندهما، وكذا إذا علق عتقه بدخوله الدار، ولو أنكر الا ب جازت شهادتهما. وكذا الحكم في كل شئ كان من فعل الاب من نكاح أو طلاق أو بيع، وإن شهد ابنا الوكيل على عقد الوكيل فهو على ثلاثة أوجه: الاول أن يقر الموكل والوكيل بالامر والعقد وهو على وجهين: فإن ادعاه الخصم قضى القاضي بالتصادق لا بالشهادة، وإن أنكر فعلى قولهما لا تقبل ولا يقضى بشئ إلا في الخلع فإنه يقضى بالطلاق بغير مال لاقرار الزوج به وهو الموكل. وعن محمد يقضى بالعقد إلا بعقد ترجع حقوقه إلى العاقد كالبيع. الثاني أن ينكر الوكيل والموكل فإن جحد الخصم لا تقبل وإلا تقبل اتفاقا. الثالث أن يقر الوكيل بهما ويجحد الموكل العقد فقط فإن ادعاه الخصم يقضي بالعقود كلها إلا النكاح على قول أبي حنيفة وتمامه فيه.

وقيد بالشهادة لهم لان الشهادة على أصله وفرعه مقبولة إلا إذا شهد الجد على ابنه لابن ابنه قلنا إنها لا تقبل لوجود المانع من المشهود له. وفي المحيط قال محمد: رجل شهد لابن ابنه على أبيه تقبل لانه حين شهد عليه لم يصر جدا لولده بل يصير جدا بعد حكم الحاكم بشهادته فحينئذ يصير جدا بموجب الشهادة والشئ لا ينفي موجب نفسه ا ه‍. وهذا التعليل يفيد أن الكلام في شهادة الا ب على إقرار ابنه بأن ما ولدته زوجته ابنه لا

***

[١٣٦]

في الاموال والاول في الاموال. وفي الولوالجية: وتجوز شهادة الابن على أبيه بطلاق امرأته إذا لم تكن لامه أو لضرتها لانها شهادة على أبيه، وإن كان لامه أو لضرتها لا تجوز لانها شهادة لامه، ذكره في فصل الشهادة من الطلاق. وذكر في القضاء من الفصل الرابع: رجل شهد عليه بنوه أنه طلق أمهم ثلاثا وهو يجحد، فإن كانت الام تدعي فالشهادة باطلة، وإن كانت تجحد فالشهادة جائزة لانها إذا كانت تدعي فهم يشهدون لامهم لانهم يصدقون الام فيما تدعي ويعيدون البضع إلى ملكها بعد ما خرج عن ملكها، وأما إذا كانت تجحد فيشهدون على أمهم لانهم يكذبونها فيما تجحد ويبطلون عليها ما استحقت من الحقوق على زوجها من القسم والنفقة وما يحصل لها من منفعة عود بضعها إلى ملكها فتلك منفعة مجحودة يشوبها مضرة فلا تمنع قبول الشهادة ا ه‍. وهذه من مسائل الجامع الكبير، وأورد عليه أن الشهادة بالطلاق شهادة بحق الله تعالى فوجود دعوى الام وعدمها سواء لعدم اشتراطها. وأجيب بأنه مع كونه حقا لله تعالى فهو حقها أيضا لم تشترط الدعوى للاول واعتبرت إذا وجدت مانعة من القبول للثاني عملا بهما. وفي المحيط البرهاني معزيا إلى فتاوى شمس الاسلام الاوزجندي أن الام

***

[١٣٧]

إذا ادعت الطلاق تقبل شهادتهما قال وهو الاصح لان دعواها لغو. قال مولانا: وعندي أن ما ذكره في الجامع أصح ا ه‍. ويتفرع على هذا مسائل ذكرها ابن وهبان في شرحه: الاولى شهدا أن امرأة أبيهما ارتدت وهي تنكر، فإن كانت أمهما حية لم تقبل ادعت أو أنكرت لانتفاعها وإلا فإن ادعى الاب لم تقبل وإلا قبلت. الثانية طلق امرأته قبل الدخول ثم تزوجها فشهد ابناه أنه طلقها في المدة الاولى ثلاثا ثم تزوجها بلا محلل، فإن كان الاب يدعي لا تقبل وإلا قبلت. الثالثة شهد ابناه على الاب أنه خلع امرأته على صداقها فإن كان الاب يدعي لا تقبل دخل بها أو لا وإلا تقبل ادعت أو لا. الرابعة شهد ابنا الجارية الحران أن مولاها أعتقها على ألف درهم فإن كانت تدعي لا تقبل وإلا فتقبل، وإن شهد ابنا المولى وهو يدعي لم تقبل وعتقت لاقراره بغير شئ وإلا تقبل بخلاف ما إذا شهدا على عتق أبيهما بألف فإنها لا تقبل مطلقا لان دعواه شرط عنده، ولو شهدا بنا المولى فإن ادعى المولى لم تقبل وإن جحد وادعى الغلام تقبل ويقضى بالعتق وبوجوب المال، وإن أنكر لم تقبل. الخامسة جارية في يد رجل ادعت أنه باعها من فلان وأن فلانا الذي اشتراها أعتقها والمشتري يجحد فشهد ابنا ذي اليد بما ادعت الجارية فإن ادعى الاب لم تقبل وإلا تقبل ا ه‍. وهذه كلها مسائل الجامع الكبير ذكرها الصدر سليمان الشهيد في باب من الشهادات وزاد: قالت بعتني منه وأعتقني وشهد ابنا البائع إن ادعى لا تقبل وعتقت بإقراره، وإن كذبه قبلت وثبت الشراء والعتق لانه خصم كالشفيع في يده جارية. قال بعتها من فلان بألف وقبضها وباعها مني بمائة دينار وشهد ابنا البائع يقضي بالبيعين وبالثمنين، وعند محمد يشترط تصديقه ولا يحبس به، وإن ادعى الاب لا تقبل ويسلم له بإقراره إلى آخر ما فيه. وفي البزازية وفي المنتقى: شهدا على أن أباهما القاضي قضى لفلان على فلان بكذا لا تقبل والمأخوذ أن الاب لو كان قاضيا يوم شهد الابن على حكمه تقبل، ولو شهد الابنان على شهادة أبيهما تجوز بلا خلاف وكذا على كتابه ا ه‍. ثم قال: قضاء القاضي بشهادة ولده وحافده يجوز. وفي الخانية: ولو ولدت ولدا وادعت أنه من زوجها وجحد زوجها ذلك فشهد على أبيه وابنه أن الزوج أقر أن هذا ولده من هذه المرأة قال في الاصل جازت شهادتهما، ولو ادعى الزوج ذلك والمرأة تجحد فشهد عليها أبوها أنها ولدت وأنها أقرت بذلك اختلف فيه الرواية ا ه‍. قوله: (وأحد الزوجين للآخر) أي لم تقبل شهادته للحديث ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه أو يصير متهما. وفي الخانية: وإن شهد الرجل لامرأة بحق ثم تزوجها بطلت شهادته، ولو شهد لامرأته وهو عدل ولم يرد الحاكم شهادته حتى طلقها بائنا وانقضت عدتها روى ابن شجاع أن القاضي ينفذ شهادته ا ه‍. وبه علم

أن الزوجية
***
[١٣٨]
إنما تمنع منها وقت القضاء لا وقت الاداء ولا وقت التحمل. وفي البزازي: ولو وكلت امرأة القاضي وكيلا بالخصومة ثم طلقها وانقضت عدتها وقضى لوكيلها يجوز، وكذا وكيل مكاتبه إذا عتق قبل القضاء، والحاصل أنه لا بد من انتقاء التهمة وقت القضاء ا ه. وأما في باب الرجوع في الهبة فهي مانعة منه وقت الهبة لا وقت الرجوع، فلو وهب لاجنبية ثم نكحها فله الرجوع بخلاف عكسه كما سيأتي. وفي باب إقرار المريض الاعتبار لكونها زوجة وقت الاقرار فلو أقر لاجنبية ثم نكحها ومات وهي زوجة صح، وفي باب الوصية الاعتبار لكونها زوجة وقت الموت لا وقت الوصية. وأطلق في الزوجة فشمل الامة قال في الاصل: لا تقبل شهادة زوج لزوجته وإن كانت أمة لان لها حقا في المشهود به، كذا في البزازية. وقيد بقوله له لان شهادته عليها مقبولة إلا في مسألتين: الاولى قذفها الزوج ثم شهد عليها بالزنا مع ثلاثة لم تقبل وهي في المحيط الرضوي وقدمناها في الحدود. الثانية شهد الزوج وآخر بأنها أقرت بالرق لفلان وهو يدعي ذلك لم تقبل، ولو قال المدعي أنا أذنت لها في نكاحه إلا إذا كان دفع لها المهر بإذن المولى، كذا في النوازل. وشمل الزوجة من وجه وهي المعتدة عن طلاق ولو ثلاثا كما في القنية والبزازية. ثم اعلم أن من لا تقبل شهادته له لا يجوز قضاؤه فلا يقضى لاصله وإن علا، ولا لفرعه وإن سفل، ولو وكيل من ذكرنا كما في قضائه لنفسه كما في البزازية. ومنها أيضا: اختصم رجلان عند القاضي ووكل أحدهما ابن القاضي أو من لا تجوز شهادته له فقضى القاضي لهذا الوكيل لا يجوز، فإن قضى عليه يجوز. وفي الخزانة: وكذا لو كان ولده وصيا فقضى له ولو كان القاضي وصي اليتيم لم يجز قضاؤه في أمر اليتيم، ولو كان القاضي وكيلا لم يجز قضاؤه لموكله وتمامه فيها وفي تلخيص الجامع قوله: (والسيد لعبده ومكاتبه) لانها شهادة لنفسه من كل وجه إن لم يكن عليه دين، ومن وجه إن كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى. وفي منية المفتي: شهد العبد لمولاه فردت ثم شهد بها بعد العتق تقبل ولو شهد المولى لعبده بالنكاح فردت ثم شهد له بعد العتق لم يجز لان المردود كان شهادة، وكذا الصبي أو المكاتب إذا شهد فردت ثم شهد بها بعد البلوغ والعتق جازت لان المردود لم يكن شهادة ا ه. قوله: (والشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) أي لم تقبل شهادته لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما، قيد بما هو من شركتهما لجوازها بما ليس من شركتهما لانتفاء التهمة. وأطلقه فشمل شركة الاملاك وشركة العقود عنانا ومفاوضة ووجوها وصنائع، وخصصه في النهاية بشريك العنان قال: وأما شهادة أحد المفاوضين لصاحبه فلا تقبل إلا في الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها مشترك بينهما. وتبعه في العناية والبناية، وزاد في فتح القدير على الثلاثة الطلاق والعتاق وطعام أهله وكسوتهم، وتعقبه الشارح بأنه سهو فإنه
***
[١٣٩]
لا يدخل في الشركة إلا الدراهم والدنانير، ولا يدخل فيه العقار ولا العروض ولهذا قالوا: لو وهب لاحدهما مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لان المساواة فيه ليست بشرط ا ه. وما ذكره في النهاية هو صريح كلام محمد في الاصل كما ذكره في المحيط البرهاني ثم قال: وشهادة أحد شريكي العنان فيما لم يكن من تجارتهما مقبولة لا فيما كان منها، ولم يذكر هذا التفصيل في المفاوضة لان العنان قد يكون خاصا وقد يكون عاما، وأما المفاوضة فلا تكون إلا في جميع الاموال وقد عرف ذلك في كتاب الشركة. وعلى قياس ما ذكره شيخ الاسلام في كتاب الشركة أن المفاوضة تكون خاصة يجب أن تكون المفاوضة على التفصيل الذي ذكرنا في العنان ا ه. وشمل كلام المؤلف ما إذا شهدا أن لهما ولفلان على هذا الرجل ألف درهم فهي على ثلاثة أوجه: الاول أن ينصا على الشركة فلا تقبل. الثاني أن ينصا على قطع الشركة بأن قالا نشهد أن لفلان على هذا خمسمائة بسبب على حدة ولنا عليه ضمانه بسبب على حدة فتقبل. الثالث أن يطلقا فلا تقبل لاحتمال الاشتراك. ولو كان لواحد على ثلاثة دين فشهد اثنان أن الدائن أبرأهما وفلانا عن الالف، فإن كانوا كفلاء لم تقبل وإلا فإن شهدوا بالابراء بكلمة واحدة فكذلك وإلا تقبل، كذا في المحيط البرهاني. وأشار المؤلف رحمه الله إلى قاعدة في الشهادات وهي أن كل شهادة جرت مغنما أو دفعت مغرما لم تقبل للتهمة فلا تقبل شهادة المستأجر للاجير بالمستأجر والمستعير للمعير بالمستعار، وشهادة الاجير الخاص كأجير المياومة والمشاهرة لا العام كالخياط لمن استأجره فتقبل. ولا تقبل شهادة ذابح الشاة المأمور

يذبحها لمدعيها على غاصبها، ولا شهادة ابن البائع على أن الشفيع طلب الشفعة من المشتري، ولا شهادة المودع بها، وتقبل شهادة الوكيل بالنكاح بالطلاق، والوكيل بالشراء بالعتق، وشهادة ابن البائع على الشفيع بتسليم الشفعة إلى المشتري، ولا تقبل على أن المشتري سلمها إلى الشفيع، ولا تقبل شهادة البائع على أن المشتري أعتق العبد، ولا شهادة المعتق بقدر الثمن إذا اختلفا، وتقبل إذا شهد بإيفاء الثمن أو إبراء البائع، ولا تقبل شهادة المودع والمستعير والمستأجر للمدعي قبل الرد، وتقبل شهادة المرتهن. ولو شهد المودع أو المستأجر للعبد بإعتاق مولاه أو تدبيره أو كتابته عند دعواه جازت لا ببيعه وتمام تفريعاته في المحيط. وهنا مسائل متفرعة على عدم شهادة الشريك لشريكه: الاولى شهدا أن زيدا أوصى بثلث ماله لقبيله بني فلان وهما من تلك القبيلة صحت ولا شئ لهما منها.. الثانية لو أوصى لفقراء
***

[١٤٠]

جيرانه وهما منهم فالحكم كذلك. الثالث لو أوصى لفقراء بيته أو لاهل بيته وهما منهم لم يصح ولو كانا غنيين صحت، والفرق بين الاولين والثالثة أنه يجوز فيهما تخصيص البعض منهم بخلافه في الثالثة. الرابعة لو أوصى لفقراء جيرانه فشهد من له أولاد محتاجون منهم لم تقبل مطلقا في حق الاولاد وغيرهم، والفرق بينهما وبين أولادهما أن المخاطب لم يدخل تحت عموم خطابه فلم يتناولهما الكلام بخلاف الاولاد فإنهم داخلون تحت الشهادة، وإنما أدخلنا المتكلم في مسألة الشهادة لفقراء أهل بيته باعتبار أنهم يحصون بخلاف فقراء جيرانه وبني تميم، وذكر قاضيخان في فتاواه من الوقف لو شهدا أنها صدقة موقوفة على فقراء جيرانه وهما منهم جازت، ولو على فقراء قرابته لا. قال الناطفي في الفرق: إن القرابة لا تزول والجوار يزول فلم يكن شهادة لنفسه لا محالة ا ه. وأهل بيت الانسان لا يزول عنهم الاسم لانهم أقاربه الذين في عياله فلهذا لم تقبل فيها، ولكن يشكل بمسألة القبيلة فإن الاسم عنهم لا يزول مع قبولها ولكن لا يدخلون، ويمكن الفرق بين الوصية والوقف بما أشار إليه ابن الشحنة. وقال قاضيخان عقب ما نقله عنه: فعلى هذا شهادة أهل المدرسة بوقفها جائزة. وقال في موضع آخر: وأما أصحاب المدرسة إذا شهدوا بالوقف على المدرسة قال بعضهم إن كان الشاهد يطلب لنفسه حقا من ذلك لا تقبل وإلا تقبل قياسا على مسألة الشفعة لو شهد بعض الشفعاء بالبيع فإن كان لا يطلبها تقبل. قال رضي الله تعالى عنه: وعندي هذا يخالف الشفعة لان حق الشفعة مما يحتمل الابطال، أما الوقف على المدرسة من كان فقيرا من أصحاب المدرسة يكون مستحقا للوقف استحقاقا لا يبطل بابطاله فإنه إذا قال أبطلت حقي كان له أن يطلب ويأخذ بعد ذلك فكان شاهدا لنفسه فيجب أن لا تقبل ا ه. وتعقبه الطرسوسي بقوله فيه نظر لان الفقيه من أهل المدرسة يمكنه أن يعزل نفسه فلا تبقى له وظيفة أصلا فكيف يقول لا يمكنه إبطاله؟ ورده ابن وهبان بأن هذا الاعتراض ليس بشئ فإن الواقف إذا وقف على من اتصف بصفة الفقه والفقر مثلا والاقامة استحق من اجتمعت فيه شرائط الوقف، ولا
***

[١٤١]

اعتبار بعزله نفسه بل لو عزل نفسه في كل يوم مائة مرة ثم طلب أخذ كالوقف على الابن إذا عزل نفسه عن الوقف فإنه لا ينعزل، وصاحب الفوائد لم يفهم هذا من كلام قاضيخان بل جرى على عادة أوقاف المدارس في بلادنا فإن الواقف يجعل النظر فيه إلى الحاكم مثلا أو إلى الناظر ويجعل له ولاية العزل والتقرير والاعطاء والحرمان من اتصف بصفة الفقة على مذهب من المذاهب، فحينئذ إذا أبطل ذلك حقه وعزل نفسه صح وليس له العود إلا أن يقرره الحاكم أو من له ولاية التقرير، وليس كلام قاضيخان في ذلك بل كلامه فيمن وقف الواقف عليه وذلك يستحق ما وقف عليه الواقف ولا يبطل بإبطاله له ا ه. وفيما قال نظر لي لان الواقف إذا وقف على الفقهاء مثلا فإن الفقيه لا يستحق في ذلك الريع إلا بالتقرير ممن له ولايته، وكذا على الفقراء لا أنه يستحق من كان فقيها أو فقيرا مطلقا كما توهمه ابن وهبان لان الفقيه والفقير الطالب لم يتعينا ولا يمكن أن ينصرف إلى كل فقيه وكل فقير وإنما هو للجنس ويتعين بالتقرير، فالحق أن من أسقط حقه من وظيفة تقرر فيها فإنه يسقط حقه، سواء كان الوقف على الجنس الفقهاء أو على عدد معين منهم كما هو في أوقاف القاهرة. وإن أسقط حقه من وقف على الفقهاء والفقراء بلا تعيين ولم يقرر في وقفهم لم يصح لعدم تعينه فللناظر أن يقرره بعده ويعطيه ما خصه لانه يطلب ويأخذ بتقرير، فمعنى الاستحقاق الذي لا يبطل بالابطال في كلام قاضيخان جواز أن يقرر بعد إبطاله ويعطي بعده من وقف على الفقهاء، ومعنى قول الطرسوسي أنه يبطل بعزله نفسه إذا كان بعد تقريره وليس

هذا كالوقف على الابن كما توهمه ابن وهبان لان استحقاق الابن لا يتوقف على تقرير بخلاف استحقاق الفقيه كما لا يخفى بقي من جنس المسائل السابقة مسألة لو شهدا على وقف في مكتب فيه أولادهم قيل يصح، وقيل لا، والاظهر الصحة لان كون أولادهم في المكتب غير لازم فلا تكون شهادتهم لهم كشهادة أهل المدرسة. وفي وقف الظهيرية بعد أن ذكر مسألة المدرسة وشهادة أهلها وشهادة أهل المحلة في وقف على المحلة ما نصه: وكذلك الشهادة على وقف مكتب وللشاهد صبي في المكتب لا تقبل قيل وفي هذ المسائل كلها تقبل وهو الصحيح ا ه. وهكذا صحح القبول في البزازية في مسألة المكتب وشهادة أهل المحلة في وقف المسجد وشهادة الفقهاء على وقفية وقف على مدسة كذا وهم من أهل تلك المدرسة والشهادة على وقف المسجد الجامع، وكذا ابناء السبيل إذا شهدوا بوقف على أبناء السبيل إلى آخره، فالمعتمد القبول في الكل. وذكر ابن الشحنة بعده تنبيه ومن هذا النمط مسألة قضاء القاضي في وقف تحت نظره أو هو مستحق فيه ا ه. قلت. تنبيه: الكلام كله في شهادة الفقهاء بأصل الوقف لقولهم شهادة الفقهاء على وقفية

***

[١٤٢]

وقف، أما شهادة المستحق فيما يرجع إلى الغلة كشهادته بإجارة ونحوها لم تقبل لان له حقا في المشهود به فكان متهما فكان داخلا في شهادة الشريك لشريكه فهو نظير شهادة أحد الدائنين لشريكه بدين مشترك بينهما، وقد كتبت في حواشي جامع الفصولين من الفصل الثالث عشر أن شهادة شهود الاوقاف المقررين في وظائف الشهادة بما يرجع إلى الغلة غير مقبولة لما ذكرنا، وكون القاضي قرره شاهدا للوقف موافقا للشرط لا يوجب قبولها. فإن قلت: فحينئذ لا فائدة لوظيفته لان المتولي مقبول القول في الدخل والخرج بلا بيان وقد فرض أنه لا تقبل شهادته فيما يرجع إلى الغلة قلت: فائدته إسقاط التهمة عن المتولي إذا شهد له الشاهد بالدخل والخرج فلا يحلفه القاضي إذا اتهمه ا ه. ويقويه قولهم إن البينة تقبل لاسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى الرد أو الهلاك فالقول له مع اليمين، فإن برهن فلا يمين، وإنما أطلنا في هذا الموضع لكثرة الاحتياج إليه في زماننا والفقه محتاج إليه كله ولا يمله أهل التحصيل. ولم يذكر المؤلف شهادة الاجير والتلميذ وحاصل ما ذكره شارحو الهدية أن شهادة التلميذ لاستاذه لا تقبل، وفسروه بمن يعد ضرر أستاذه ضرره ونفعه نفعه، وفسره في الخلاصة بالذي يأكل مع عياله في بيته وليس له أجرة خاصة، وأما الاجير فإن كان خاصا لم تقبل وإلا قبلت. وفي المحيط: ادعى دارا فشهد له من استأجره للبناء تقبل ولو شهد له بها من استأجره لهدمها لا ا ه. ولم يذكر شهادة الدائن لمديونه وفي الهداية أنها مقبولة وإن كان

***

[١٤٣]

مفلسا. وفي المحيط: لا تقبل بدين له بعد موته. وهنا مسائل أخرى: الاولى ثلاثة قتلوا رجلا فشهد اثنان منهم على أن الولي عفا عن الثالث تقبل عند محمد لا عند أبي يوسف. الثانية ثلاثة عليهم دين شهد اثنان منهم على الدائن بابراء الثالث فعلى الخلاف إن كانا لم يقبضا وإلا فلا اتفاقا. الثالثة شهد اثنان من الورثة على الباقي بأن هذا ابن الميت تقبل. الرابعة شهد الكفيلان بالعهدة على البائع بأنه قبض الثمن أو أبرأ المشتري منه لم تقبل كما في الخانية. واعمل أن في مسألة الشهادة بالعفو لو شهدوا أنه عفا عنا قال الحسن: تقبل إذا قال اثنان منهم عفا عنا وعن هذا الواحد فتقبل في حق الكل. وقال أبو يوسف: تقبل في حق الواحد وهي في الخانية. ونظير هذه ما في الخانية أيضا: لو قال إن دخل داري أحد فعبد حر فشهد ثلاثة أنهم دخلوها قال أبو يوسف: إن قالوا دخلناها جميعا لا تقبل، وإن قالوا دخلنا ودخل هذا تقبل. وسأل الحسن ابن أبي يوسف عنها فقال: إن شهد ثلاثة بأنا دخلناها جميعا تقبل، وإن شهد اثنان لا تقبل. فقال له الحسن: أصبت وخالفت أباك ا ه. قوله: (والمخنث) أي لا تقبل شهادته ومراده المخنث في الرد ئ من الافعال لانه فساق، فأما الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة، كذا في الهداية. وفي المغرب: المخنث في عرف الناس هو الذي يباشر الردئ من الافعال أي أفعال النساء من التزين بزينتهن والتشبه بهن في الفعل والقول فالفعل مثل كونه محلا للواطة، والقول مثل تليين كلامه باختياره تشبيها بالنساء، كذا في البناية. وفي فتح القدير من أبواب الامامة: المخنث بكسر النون وفتحها فإن كان الاول فهو بمعنى المتسكر في أعضائه المتلين في كلامه تشبيها بالنساء، وإن كان الثاني فهو الذي يعمل به لواطة ا ه قوله: (والمغنية والنائحة) لارتكابهما محرما لنهيه عليه الصلاة والسلام عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية أي صوت النائحة والمغنية ووصف الصوت

بصوت صاحبه. أطلق المغنية فشمل ما إذا كانت تغني وحدها لان رفع صوتها حرام بخلاف الرجل، قيده بأن يغني للناس. وأطلق النائحة وهي مقيدة بالتي تنوح في مصيبة غيرها لارتكابها الحرام طمعا في المال فتقبل شهادة النائحة في مصيبتها. وفي القاموس: ناح الرجل بكى واستبكي غيره قوله: (والعدوان كانت عداوة دنيوية) أي لم تقبل شهادة العدو لاجل الدنيا لان المعاداة لاجلها حرام فمن ارتكبها لا يؤمن

***

[١٤٤]

من التقول عليه. قيد بكونها دنيوية للاحتراز عما إذا كانت دينية فإنها لا تمنع لانها تدل على كمال دينه وعدالته، وهذا لان المعاداة قد تكون واجبة بأن رأى فيه منكرا شرعا ولم ينته بنهيه بدليل قبول شهادة المسلم على الكافر مع ما بينهما من العداوة الدينية، والمقتول وليه على القاتل، والمجروح على الجارح، والزوج على امرأته بالزناد ذكره ابن وهبان. وفي خزانة المفتين: والعدو من يفرح بحزنه ويحزن لفرحه وقيل يعرف بالعرف ا ه. ومثال العداوة الدنيوية أن يشهد المقذوف على القاذف والمقطوع عليه الطريق على القاطع، وفي إدخال الزوج هنا نظر فقد صرحوا بقبول شهادته عليها بالزنا إلا إذا قذفها أولا، وإنما المنع مطلقا قول الشافعي، وفي بعض الفتاوى وتقبل شهادة الصديق لصديقه ا ه. ثم اعلم أن المصرح به في غالب كتب أصحابنا والمشهور على ألسنة فقهائنا ما ذكره المصنف من التفصيل، ونقل في القنية أن العداوة بسبب الدنيا لا تمنع ما لم يفسق بسببها أو يجلب منفعة أو يدفع بها عن نفسه مضرة وهو الصحيح وعليه الاعتماد، وما في الواقعات وغيرها اختيار المتأخرين، وأما الرواية المنصوصة فبخلافها. وفي كنز الرؤوس: شهادة العدو على عدوه لا تقبل لانه متهم. وقال أبو حنيفة: تقبل إذا كان عدلا. قال أستاذنا: وهو الصحيح وعليه الاعتماد لانه إذا كان عدلا تقبل شهادته وإن كان بينهما عداوة بسبب أمر الدنيا ا ه. واختاره ابن وهبان ولم يتعقبه ابن الشحنة لكن الحديث شاهد لما عليه المتأخرون كما رواه أبو داود مرفوعا لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه (١) والغمر الحقد. ويمكن حمله على ما إذا كان غير عدل بدليل أن الحقد فسق للنهي عنه، وقد ذكر ابن وهبان رحمه الله تنبيهات حسنة لم أرها لغيره: الاول الذي يقتضيه كلام

***

[١٤٥]

صاحب القنية والمبسوط أنا إذا قلنا إن العداوة قادحة في الشهادة تكون قادحة في حق جميع الناس لا في حق العدو فقط وهو الذي يقتضيه الفقه فإن الفسق لا يتجزأ حتى يكون فاسقا في حق شخص عدلا في حق آخر ا ه. قلت: ولهذا لم يقل المؤلف على عدوه بل أطلقه. الثاني لو ادعى شخص عداوة آخر يكون مجرد دعواه اعترافا منه بفسق نفسه ولا يكون ذلك قادحا في عدالة المدعي أنه عدو ما لم يثبت المدعي أنه عدو له. الثالث لو قضى القاضي بشهادة العدو على عدوه أو على غير عدوه هل يصح أو لا؟ إن قلنا إن المانع من قبول الشهادة هو الفسق فيكون حينئذ صحيحا نافذا لان القاضي إذا قضى بشهادة الفاسق نفذ قضاؤه ويصح، وإن قلنا إنه لمعنى آخر أقوى من الفسق لا يصح في حق العدو ويصح في حق غيره. وذكر ابن الكمال في اصلاح الايضاح أن شهادة العدو لعدوه جائزة عكس شهادة الاصل لفرعه ا ه. وهذا يدل على أنها إنما لم تقبل للتهمة لا للفسق. الرابع قد يتوهم بعض المتفقهة والشهود أن كل من خاصم شخصا في حق وادعى عليه حقا أنه يصير عدوه فيشهد بينهما بالعداوة وليس كذلك، بل العداوة إنما تثبت بنحو ما ذكرت. نعم لو خاصم الشخص آخر في حق لا تقبل شهادته عليه في ذلك الحق كالوكيل لا تقبل شهادته فيما هو وكيل فيه ونحو ذلك لا أنه إذا تخاصم اثنان في حق لا تقبل شهادة أحدهما على الآخر لما بينهما من المخاصمة ا ه. قلت: ويدل له ما في فتاوى قاضيخان من باب ما يبطل دعوى المدعي:

***

[١٤٦]

رجل خاصم رجلا في دار أو في حق ثم إن هذا الرجل شهد عليه في حق آخر جازت شهادته إذا كان عدلا ا ه. واعلم أنه لو شهد على رجل آخر فخاصمه في شئ قبل القضاء لا يمتنع القضاء بشهادته إلا إذا ادعى أنه دفع له كذا لئلا يشهد عليه وطلب الرد وأثبت دعواه ببينة أو إقرار أو نكول، فحينئذ بطلت شهادته وهو جرح مقبول كما صرحوا به وسيأتي في بيان الجرح. الخامس إذا قلنا لا تجوز شهادة العدو على عدوه إذا كانت دنيوية هل الحكم في القاضي كذلك حتى لا يجوز قضاء القاضي على من بينه وبينه عداوة دنيوية؟ لم

أقف عليه في كتب أصحابنا وينبغي أن يكون الجواب فيه على التفصيل، إن كان قضاؤه عليه بعلمه ينبغي أن لا ينفذ، وإن كان بشهادة العدول وبمحضر من الناس في مجلس الحكم بطلب خصم شرعي ينبغي أن ينفذ. وفرق الماوردي من الشافعية بينهما بأن أسباب الحكم ظاهرة وأسباب الشهادة خافية ا ه. قوله: (ومدمن الشرب على اللهو) أي لا تقبل شهادة المداوم على شرب ما لا يحل شربه فأطلق اللهو على المشروب، وظاهره أنه لا بد من الادمان في حق الخمر أيضا. وفي الخانية: إنما شرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فإن من اتهم بشرب الخمر في بيته لا تبطل عدالته وإن كانت كبيرة، وإنما تبطل إذا ظهر ذلك أو يخرج سكران يسخر منه الصبيان لان مثله لا يحترز عن الكذب، واختاره المصنف في الكافي وفي النهاية معزيا إلى الذخيرة: لا يجوز شهادة مدمن الخمر ثم قال: بشرط الادمان. ولم يرد به الادمان في الشرب وإنما أراد به الادمان في النية يعني يشرب ومن نيته أن يشرب بعد ذلك إذا وجده. ولا تجوز شهادة مدمن السكر وأراد به السكر بسائر الاشربة سوى الخمر لان المحرم في سائر الاشربة السكر فشرط

***

[١٤٧]

الادمان على السكر والمحرم في الخمر نفس الشرب فشرط الادمان على الشرب ا ه. والتحقيق خلاف كل من القولين وأن الادمان بالفعل أو النية ليس بشرط في الخمر لان شرب قطرة كبيرة منها وهي مسقطة للعدالة من غير إصرار، وإنما ذكر المشايخ الادمان ليظهر شربه عند القاضي لا أنه شرط كقولهم إن النائحة لا تسقط عدالتها إلا إذا كانت نائحة في مصيبة غيرها مع أن النياحة كبيرة للتوعد عليها لكن لا يظهر إلا في مصيبة غيرها غالبا. وأما في غير الخمر فلا بد من الادمان لان شربه صغيرة والقولان في تفسير الادمان محكيان في تفسير الاصرار عليها. وذكر ابن الكمال أن شرب الخمر ليس بكبيرة فلا تسقط العدالة إلا بإصرار عليه. قال في الفتاوى الصغرى: ولا تسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لان هذا الحد لم يثبت بنص قاطع إلا إذا داوم على ذلك ا ه. وهو غلط من ابن الكمال لما قدمناه عن المشايخ من التصريح بأن شربها كبيرة ولمخالفته للحديث المشهور في الكبائر أنها سبع وذكر منها شرب الخمر، وليس في كلام الصغرى أنها صغيرة كما لا يخفى لكن في تعليله نظر لان الكلام فيها لا في الحد وحرمتها ثبتت بدليل مقطوع به ولذا قالوا: يكفر مستحلها. وسقوط العدالة إنما هو بسبب شربها لا بسبب وجوب الحد عليه. وذكر الصدر الشهيد في شرح أدب القضاء إن الخصاف أسقط العدالة بشرب الخمر من غير إدمان ومحمد شرط الادمان لسقوطها وهو الصحيح ا ه. وفي العتابية: لا تسقط عدالة أصحاب المروآت بالشرب ما لم يشتهر. وفي الظهيرية: من سكر من النبيذ بطلت عدالته في قول الخصاف لان السكر حرام عند الكل. وقال محمد: لا تبطل عدالته إلا إن اعتاد ذلك ا ه. وهو عجيب من محمد لانه قال بحرمة قليله ولم يسقطها بكثيره، وظاهره أنه يقول بأن السكر منه صغيرة فشرط الاعتياد. فإن قلت: هل لشارب الخمر أن يشهد إذا لم يطلع عليه؟ قلت: نعم لما في الملتقط: وإذا كان في الظاهر عدلا وفي السر فاسقا فأراد القاضي أن يقضي بشهادته لا يحل له أن يذكر فسقه لانه هتك السر وإبطال حق المدعي ا ه. ولا فرق في السكر المسقط لها

***

[١٤٨]

بين المسلم والذمي لما في الملتقط: وإذا سكر الذمي لا تقبل شهادته. وفي المصباح: اللهو معروف وأصله ترويح النفس بما لا تقتضيه الحكمة ا ه. وذكر الشارح لا تقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والشرب وإن لم يشرب لانه تشبه بهم ولا يحترز أن يظهر عليه ما يظهر عليهم فلا يحترز عن شهادة الزور ا ه. وفي قوله على اللهو إشارة إلى أنه لو شربها للتداوي لم تسقط عدالته لان للاجتهاد فيه مساغا ذكره ابن الكمال. قوله: (ومن يلعب بالطنبور) أي لا تقبل شهادته وفسره في الهداية بالمغني وفي نسخة أخرى بالطيور لانه يورث غفلة، وهو محمول على ما إذا كان يقف على عورات النساء لصعوده سطحه ليطير طيره، فأما إمساك الحمام في بيته للاستئناس لا يسقطها لان إمساكها في البيوت مباح، كذا في النهاية. وزاد في المعراج أن إمساكها لحمل الكتب كما في ديار مصر والشام مباح إلا إن كانت تجر حمامات أخر مملوكة لغيره فتفرخ في وكرها فيأكل ويبيع لانه ملك الغير ولا يحل له فسقطت عدالته، كذا ذكر الشارح، يعني وإن لم يقف على العورات بصعود السطح كما في المعراج. وأراد المؤلف بالطنبور كل لهو كان شنيعا بين الناس احترازا عما لم يكن شنيعا كضرب القضيب فإنه لا يمنع قبولها إلا أن يتفاحش بأن يرقصوا به فيدخل في حد الكبائر، كذا في المحيط. وقد ذكر المشايخ هنا حديثا

مرفوعا ما أنا من دد ولا الدد مني قال في الصحاح: الدد اللهو واللعب وفيه ثلاث لغات تقول هذا دد وددا مثل نقا وددن ا ه. وذكر القطب في حاشية الكشاف من سورة النساء الدد اللهو واللعب والتنكير في دد للشيوع أي ما أنا في شئ من اللهو، والتعريف في الدد للعهد كأنه قال ولا ذلك النوع مني ا ه. وذكر الكرماني من شركات شرح البخاري أن من في الحديث تسمى اتصالية. وفي الولوالجية: اللاعب بالصولجان يريد به الفروسية جازت شهادته لانه غير محظور ا ه. وفي الخانية: وإن لعب بشئ من الملاهي ولم يشغله ذلك عن الفرائض لا تبطل عدالته، والملاعبة بالاهل والفرس لا تبطل العدالة ما لم يمنعه ذلك عن الفرائض، فإن كان اللعب بالملاهي لا يشغله عنها إلا أنه شنيع بين الناس كالمزامير والطنابير فكذلك، وإن لم يكن شنيعا نحو الحداء وضرب القضيب لا إلا إذا فحش بأن كانوا يرقصون عند ذلك ا ه. قوله: (أو يغني للناس) لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة، كذا في الهداية. وظاهره أن الغناء كبيرة وإن لم يكن للناس بل لاسماع نفسه دفعا للوحشة وهو قول شيخ الاسلام فإنه

***

[١٤٩]

قال بعموم المنع، والامام السرخسي إنما منع ما كان على سبيل اللهو. ومنهم من جوزه للناس في عرس أو وليمة، ومنهم من جوزه لاسماع نفسه دفعا للوحشة، ومنهم من جوزه ليستفيد به نظم القوافي وفصاحة اللسان، والعجب من المصنف في الكافي أنه علل بما علل به في الهداية وجوزه إذا كان لاسماع نفسه إزالة للوحشة، وفي فتح القدير: التغني المحرم هو ما كان في اللفظ ما لا يحل كصفة الذكر والمرأة المعينة الحية ووصف الخمر والمهيج إليها والديريات والحانات والهجاء لمسلم أو ذمي إذا أراد المتكلم هجاءه لا إذا أراد إنشاء الشعر للاستشهاد به أو لتعلم فصاحة وبلاغة إلى أن قال: وفي الاجناس سئل محمد بن شجاع عن الذي يترنم مع نفسه قال: لا يقدح في شهادته وأما القراءة بالالحان فأباحها قوم وحظرها قوم، والمختار إن كانت الالحان لا تخرج الحروف عن نظمها وقدوراتها فمباح وإلا فغير مباح، كذا ذكر وقدمنا في باب الاذان ما يفيد أن التلحين لا يكون إلا مع تغيير مقتضيات الحروف فلا معنى لهذا التفصيل ا ه. وفي المعراج الملاهي نوعان: محرم وهو الآلات المطربة من غير الغناء كالمزمار سواء كان من عود أو قصب كالشبابة أو غيره كالعود والطنبور لما روي أبو إمامة أنه عليه الصلاة والسلام قال إن الله بعثني رحمة للعالمين وأمرني بمحق المعازف والمزامير ولانه مطرب مصد عن ذكر الله تعالى. والنوع الثاني مباح وهو الدف في النكاح وفي معناه ما كان من حادث سرور ويكره في غيره لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه لما سمع صوت الدف بعث فنظر فإن كان فيه وليمة سكت، وإن كان في غيره عمده بالدرة، وهو مكروه للرجال على كل حال للتشبه بالنساء ا ه. ونقله في فتح القدير ولم يتعقبه، ونقل البزازية في المناقب الاجماع على حرمة الغناء إذا كان على آلة كالعود، وأما إذا كان بغيرها فقد علمت الاختلاف، ولم يصرح الشارحون بالمذهب. وفي البناية والعناية: التغني للهو معصية في جميع الاديان. قال في الزيادات: إذا أوصى بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنيين والمغنيات خصوصا إذا كان من المرأة ا ه. فقد ثبت نص المذهب على حرمته فانقطع الاختلاف. وفي ضياء الحلوم: الغناء على وزن فعال صوت المغني والغني كثرة المال ا ه. فالاول ممدود والثاني مقصور.

***

[١٥٠]

قوله: (أو يرتكب ما يوجب الحد) للفسق. ولو قال أو يرتكب كبيرة لكان أولى. واختلف العلماء في الكبيرة والصغيرة على أقوال بيناها في شرح المنار في قسم السنة. وفي الخلاصة بعد أن نقل القول بأن الكبيرة ما فيه حد بنص الكتاب قال: وأصحابنا لم يأخذوا بذلك وإنما بنوا على ثلاثة معان: أحدها ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة. والثاني أن يكون فيه منابذة المروءة والكرم فكل فعل يرفض المروءة والكرم فهو كبيرة. والثالث أن يكون مصرا على المعاصي والفجور ا ه. وتعقبه في فتح القدير بأنه غير منضبط وغير صحيح. وما في الفتاوى الصغرى العدل من يجتنب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته، وفي الصغائر العبرة للغلبة لتصير كبيرة حسن، ونقله عن أدب القضاء لعصام وعليه المعول غير أن الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور فلذا شرط في شرب المحرم الادمان ا ه. ولا بأس بذكر ما اطلعنا عليه من كلامهم فيما يسقطها مما لم يكن في الكتاب في الذخيرة والمحيط الاعانة على المعاصي والحث عليها كبيرة قالوا: ولا تقبل شهادة بائع الاكفان. وقيده شمس الائمة السرخسي بما إذا ترصد لذلك العمل وإلا فتقبل لعدم تمنية الموت والطاعون. ولا تقبل شهادة الصكاكين لانهم يكتبون بخلاف الواقع والصحيح قبولها إذا غلب عليهم الصلاح.

ولا تقبل شهادة الطفيلي والرقاص والمجازف في كلامه والمسخرة بلا خلاف، ولا تقبل شهادة من يشتم أهله ومماليكه كثيرا لا أحيانا، وكذا الشتام للحيوان كدابته، وأما في ديارنا فكثيرا يشتمون بائع الدابة فيقولون قطع الله يد من باعك، ولا من يحلف في كلامه كثيرا، ولا تقبل شهادة البخيل، الكل من فتح القدير. والذي أخر الفرض بعد وجوبه إن كان له وقت معين كالصوم والصلاة بطلت عدالته إلا أن يكون لعذر، وإن لم يكن له وقت معين كالزكاة والحج اختلف الرواية فيه والمشايخ، وذكر الخاصي عن فتاوى قاضيخان الفتوى على سقوطها في تأخير الزكاة من غير عذر بخلاف تأخير الحج ا هـ. وفي خزانة الاكمل: إذا أخر الزكاة والحج من غير عذر بطلت وبه نأخذ ا هـ. وتمامه في شرح

***

[١٥١]

منظومة ابن وهبان له. وفي القنية: ركوب البحر لا يمنع قبول شهادتهم. وفي شرح أدب القاضي للشهيد حسام الدين: أسباب الجرح كثيرة منها ركوب بحر الهند لانه مخاطرة بنفسه ودينه من سكنى دار الحرب وتكثير سوادهم وعددهم لاجل المال ومثله لا يبالي بشهادة الزور، ومنها التجارة في قرى فارس لانهم يطعمونهم الربا وهم يعلمون ولو شهد قبل أن يستشهد تسمع شهادته بعد ذلك ا هـ. وفي البزازية: ولا تجوز شهادة من ترك الصلاة بجماعة إلا إذا تركها بتأويل ولا تارك الجمعة إلا بتأويل ولا تارك الصلاة ا هـ. وفي الملتقط. وعن خلف: من خرج للنظر إلى قدوم الامير فليس بعدل وكذا من شهد على صك مقاطعة النخاسين وهو ملعون، وكذا كل من شهد على باطل إذا عرفوه وإلا فتقبل. وفي الجوهرة: ولا تقبل شهادة النخاس وهو الدلال إلا إذا كان عدلا لم يكذب ولا يحلف ا هـ. ولا تقبل شهادة من يجلس مجالس الغناء أو يتبع صوت المغنية ولا من يسمع الغناء وشهادة الشاعر ما لم يقذف في شعره مقبولة إلا إذا هجا ا هـ. وقد حرر ابن وهبان مسألة الشتم والخروج لقدوم الامير تحريرا حسنا أحببت ذكره هنا. الاولى قال: والفقه في ذلك أن الشتم لا يخلو إما أن يكون بما فيه أو بما ليس فيه في وجهه أو في غيبته، فإن كان بما ليس فيه فهو كذب وافتراء فيفسق به سواء كان في وجهه أو في غيبته، وإن كان بما فيه في غيبته فهو غيبة وأنها توجب الفسق، وإن كان في وجهه ففيه إساءة أدب أنه من صنيع رعاعة الناس وسوقتهم الذي لا مروءة لهم ولا حياء فيهم وأن ذلك مما يسقط العدالة، وكذا إذا كان السب اللعنة والابعاد مما يفعله من لا خلاق لهم من السوقة وغيرهم، ومما يؤيد ذلك ما ورد في الحديث سباب المسلم فسوق وقتاله كفر (١). قال ابن الاثير في النهاية: السب الشتم يقال سبه سبا وسبابا. قيل هذا محمول على من سبه أو قاتل مسلما بغير تأويل، وقيل إنما قال ذلك على جهة التغليظ لا أنه يخرجه إلى الكفر والفسق وأقول: هذا خلاف الظاهر ا هـ. الثانية قال قاضيخان: إذا قدم الامير بلدة فخرج الناس وجلسوا على الطريق ينتظرون قال خلف: بطلت عدالتهم إلا أن يذهبوا للاعتبار فحينئذ لا تبطل ا هـ. وحاصله أنها لا تبطل إلا إذا كان الامير لا يصلح للتعظيم ولم يخرجوا للاعتبار، والفقه فيه أنهم إذا خرجوا

***

[١٥٢]

لغير هذين الامرين يكون طلوعهم من باب العبث واللعب وهو حرام، أو من أجل تعظيم من لا يستحق التعظيم وهو حرام أيضا، والشخص إذا ارتكب حراما قدح في عدالته وينبغي أن يكون ذلك على ما اعتاده أهل البلد، فإن كان من عادة أهل البلد أنهم يفعلون ذلك ولا ينكرونه ولا يستخفونه فينبغي أن لا يقدح ا هـ. وذكر العلامة ابن الشحنة بعده وفي واقعات عمر بن مازة تعليل عدم قبول شهادتهم بأن الطريق حق العامة فلم تعمل للجلوس فإذا جلس فقد شغل حق العامة فصار مرتكبا للحرام فسقطت عدالته. وفي الفتاوى الصغرى: لا تقبل شهادة من وقف على الطريق لانه شغل الطريق، وهذا التعليل يفيد أن الخروج إذا تجرد عن شغل الطريق لا يكون قادحا مطلقا ولا ينافيه ما تقدم إذا تأملته فقول المصنف ينبغي إلى آخره ليس كما ينبغي ا هـ. وشرط في التهذيب لمنع شهادة المغني أن يأخذ جزاء عليه، ولتارك الجماعة أن يتركها مجانا شهرا. وفي خزانة الفتاوى: إذا قدم الامير بلدة فخرج الناس وجلسوا في الطريق ونظروا إليه قال خلف بطلت شهادتهم إلا أن يذهبوا للاعتبار، والفتوى أنهم إذا خرجوا لتعظيم من لا يستحق التعظيم لا للاعتبار تبطل عدالتهم ولا تقبل شهادة أهل السجن بعضهم على بعض فيما يقع في السجن، وكذا شهادة الصبيان بعضهم على بعض فيما يقع في الملاعب،

ومنها شهادة النساء فيما يقع في الحمامات لا تقبل وإن مست الحاجة ا ه. وذكر ابن وهبان معزيا إلى شرح أدب القضاء للحسام الشهيد: لا تقبل شهادة الاشراف من أهل العراق لانهم قوم يتعصبون فإذا نابت أحدا منهم نائبة أتى سيد قومه فيشفع فلا يؤمن أن يشهد له بزور ا ه. وعلى هذا كل متعصب لا تقبل شهادته. وفي المجتبى: من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الاكثر

***

[١٥٣]

الكذب من أعظم الكبائر. وعن شداد أنه رد شهادة شيخ معروف بالصلاح لمحاسبة ابنه في النفقة في طريق مكة. من سمع الاذان فانتظر الاقامة سقطت عدالته ا ه. وصرح في المحيط البرهاني بأن الفرع الاخير مفرع على قول من ضيق في تفسير العدل بأنه من لم يرتكب ذنبا وليس هو المعتمد، وفي حفظي قديما من الكتب أن من ترك الاشتغال بالعلم المفروض عليه لم تقبل شهادته لكن ما رأيته الآن وفي المحيط البرهاني معزيا إلى الاقضية إذا أسلم الرجل وهو لا يقرأ القرآن فشهادته مقبولة يريد بقوله لا يقرأ القرآن لا يتعلم القرآن للحال لانه عدل مسلم فإذا لم يتعلم القرآن للحال لا يصير فاسقا ا ه. وفي خزانة الاكمل وقال بعض أصحابنا: لا تقبل شهادة من ترك ركعتي الفجر قوله: (أو يدخل الحمام بغير إزار) لان كشف العورة حرام ورأى أبو حنيفة رجلا في الحمام بغير إزار فقال: ألا يا عباد الله خافوا إلهكم ولا تدخلوا الحمام من غير مئزر. وعلى هذا فرعوا كما قدمناه عدم قبول شهادة النساء في الحمامات. وذكر الكرخي أن من يمشي في الطريق بالسراويل وحده ليس عليه غيره لا تقبل شهادته لانه تارك للمروءة ا ه قوله: (أو يأكل الربا) لانه من الكبائر أي يأخذ القدر الزائد فالمراد بالاكل الاخذ وإنما ذكره تبعا للآية * (الذين يأكلون الربا) * (البقرة: ٢٧٥) وإنما ذكره في الآية لانه معظم منافع المال ولان الربا شائع في المطعومات، والمراد بالقدر الزائد لا الزيادة وهي المرادة في قوله تعالى * (وحرم الربا) * (البقرة: ٢٧٥) كما بيناه في بابه. وأطلقه المؤلف تبعا لكثير، وقيده في الاصل بأن يكون مشهورا به، وعلله في الهداية بأن الانسان قل ما ينجو عن مباشرات العقود الفاسدة وكل ذلك ربا ا ه. وهو أولى مما قيل لان الربا ليس بحرام محض لانه يفيد الملك بالقبض كسائر البياعات الفاسدة وإن كان غاصبا مع ذلك فكان ناقصا في

***

[١٥٤]

كونه كبيرة بخلاف أكل مال اليتيم ترد شهادته بمرة، والاوجه ما قيل لانه إن لم يشتهر به كان الواقع ليس إلا تهمة أكل الربا ولا تسقط العدالة به كما قدمناه في وجه تقييد شرب الخمر بالادمان ولا يصح قوله إنه ليس بحرام محض بعد الاتفاق على أنه كبيرة والملك بالقبض شئ آخر، وأما أكل مال اليتيم فلم يقيده أحد وأنت تعلم أنه لا بد من الظهور للقاضي فلا فرق بين الربا ومال اليتيم. والحاصل أن الفسق نفسه مانع شرعا من قبولها غير أن القاضي لا يرتكب ذلك إلا بعد ظهوره له فالكل سواء. وفرق الزيلعي بينهما بأن أكل مال اليتيم لم يدخل تحت ملكه ومال الربا دخل فلا يفيد شيئا كما لا يخفى. قوله: (أو يقامر بالنرد والشطرنج أو تفوته الصلاة بسببهما) لان كل ذلك من الكبائر وظاهر تقييده بما ذكر استواء النرد والشطرنج وليس كذلك فإن اللعب بالنرد مبطل للعدالة مطلقا كما في العناية وغيرها للاجماع على حرمته بخلاف الشطرنج لان للاجتهاد فيه مساغا لقول مالك والشافعي بإباحته وهو مروي عن أبي يوسف كما في المجتبي من الحظر والاباحة، واختارها ابن الشحنة إذا كان لاحضار الذهن، واختار أبو زيد الحكيم حله، ذكره شمس الائمة السرخسي كذا في المحيط البرهاني. وفي النوازل سئل أبو القاسم عمن ينظر إلى لاعبيه من غير لعب أيجوز؟ فقال: أخاف أن يصير فاسقا ا ه. وفيه إذا قامر به سقطت عدالته اجماعا، وفي الميسر اسم لكل قمار. والحاصل أن العدالة إنما تسقط بالشطرنج إذا وجد فيه واحد من خمس: القمار، وفوت الصلاة بسببه، وإكثار الحلف عليه، واللعب به على الطريق كما في فتح القدير أو يذكر عليه فسقا كما في السراج الوهاج وإلا فلا بخلاف النرد فإنه مسقط لها مطلقا. والنرد كما في المصباح لعبة معروفة وهو معرب ا ه. وفي القاموس: إنه وضعه اردشير بن بابك ولهذا يقال النردشير ا ه. وفي فتح القدير: ولعب الطاب في بلادنا مثله لانه يرمي ويطرح بلا حساب وإعمال فكر وكلما كان كذلك مما أحدثه الشيطان وعمله أهل الغفلة فهو حرام مطلقا ا ه. وأما الشطرنج فسنتكلم عليه وعلى واضعه في محله من الحظر والاباحة، وأما القمار فقدمنا أنه الميسر. وفي القاموس: قامره مقامرة وقمارا فقمره كنصره وتقمره راهنه فغلبه وهو التقامر ا ه. وذكر النووي أنه مأخوذ من القمر لان ماله تارة يزداد إذا غلب وينتقص إذا غلب كالقمر يزيد وينقص ا ه. وعلى هذا فلا بد في

القمار من الرهان من الجانبين لتسقط العدالة كالسباق بالخيل والاقدام والدرس، وذكر في يتيمة الدهر من الحدود أن اللعب بالشطرنج من القمار. وفي القاموس: الشطرنج ولا يفتح أوله لعبه والسين لغة فيه ا هـ. قوله: (أو يبول أو يأكل على الطريق) لانه تارك للمروءة وإذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم، وقدمنا أن اللعب بالشطرنج على الطريق كذلك. والمراد بالاكل على الطريق والبول بأن يكون بمرأى من الناس ومثله الذي يكشف عورته ليستنجي
***
[١٥٥]
من جانب البركة والناس حضور وقد كثر في زماننا، كذا في فتح القدير. وأشار المؤلف بما ذكره إلى أن ما يخل بالمروءة يمنع قبولها وإن لم يكن محرما ولذا قال في الهداية: ولا تقبل شهادة من يفعل الافعال المستحقرة مثل البول والاكل على الطريق، والمروءة أن لا يأتي الانسان بما يعتذر منه مما يخسه عن مرتبته عند أهل الفضل. وقيل السمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلف دنئ والسخف رقة العقل من قولهم ثوب سخيف إذا كان قليل الغزل، كذا في فتح القدير والمعراج. وفي غاية البيان من فصل التعزير قال محمد: وعندي المروءة الدين والصلاح، وقد ذكر مشايخنا مما يخل بالمروءة أشياء نذكرها فمنها الامور الاربعة المذكورة، ومنها ما في فتح القدير أخذا من المعراج المشي بسراويل فقط، ومد رجله عند الناس، وكشف رأسه في موضع يعد فعله خفة وسوء أدب وقلة مروءة وحياء، مصارعة الشيخ الاحداث في الجامع، ومن ذلك ما حكي أن الفضل بن الربيع شهد عند أبي يوسف فرد شهادته فشكاه إلى الخليفة فقال الخليفة: إن وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته؟ قال: لاني سمعته يوما قال للخليفة أنا عبدك فإن كان صادقا فلا شهادة للعبد، وإن كان كاذبا فكذلك. فعذره الخليفة. زاد في فتح القدير بعده والذي عندي أن رد أبي يوسف شهادته ليس للكذبة لان قول الحر للغير أنا عبدك إنما هو مجاز باعتبار معنى القيام بخدمتك وكوني تحت أمرك ممتثلا له على إهانة نفسي في ذلك إلى آخره. وليس منها الصناعة الدنية كالقنواتي والزبال والحائك فإن الصحيح القبول إذا كان عدلا، ومثله النخاسون والدلالون، والعامة على قبول شهادة الاعرابي والقروي إذا كان عدلا ا هـ. وقد ذكرنا في شرح المنار أن منها سرقة لقمة والافراط في المزح المفضي إلى الاستخفاف وصحبة الاراذل والاستخفاف بالناس ولبس الفقيه قباء ولعب الحمام ا هـ. ثم اعلم أنهم شرطوا في الصغيرة الادمان وما شرطوه في فعل ما يخل بالمروءة فيما رأيت، وينبغي اشتراطه بالاولى وإذا فعل ما يخل بها فقد سقطت عدالته وإن لم يكن فاسقا به حيث كان مباحا ففاعل المخل بها ليس بعدل ولا فاسق، فالعدل من اجتنب الثلاثة والفاسق من فعل كبيرة أو أصر على صغيرة ولم أر من نبه عليه. وفي العتابية: لا تقبل شهادة من يعتاد الصياح في الاسواق. قوله: (أو يظهر سب السلف) لظهور فسقه. قيد بالظهور لانه لو كتمه تقبل، كذا في الهداية. ولو تبرأ من الصحابة تقبل كما في العناية. والسب الشتم كما قدمناه والسلف كما في النهاية الصحابة والتابعون وأبو حنيفة ا هـ. وزاد في فتح القدير وكذا العلماء. ولو قال
***
[١٥٦]
المؤلف كغيره أو يظهر سب مسلم لكان أولى لان العدالة تسقط بسبب مسلم وإن لم يكن من السلف كما في النهاية وغيرها. وقولهم هنا بعدم القبول شامل لما إذا كان السب فسقا أو كفرا فيشمل سب الشيخين رضي الله تعالى عنهما فإنه لا تقبل شهادة من سبهما لكونه كافرا كما في الخلاصة والبزازية وقدمناه في باب الردة. والفرق بين السلف والخلف أن السلف الصالح الصدر الاول من التابعين والخلف بفتح اللام من بعدهم في الخير والسكون في الشر، كذا في مختصر النهاية. وعطف أبي حنيفة على التابعين إما عطف خاص على عام بناء على أنه منهم كما في مناقب الكردري وصرح به في العناية، أو ليس منهم بناء على ما صرح به شيخ الاسلام ابن حجر فإنه جعله من الطبقة السادسة ممن عاصر صغار التابعين ولكن لم يثبت له لقاء أحد من الصحابة، ذكره في تقريب التهذيب قوله: (وتقبل لاخيه وعمه وأبويه رضاعا وأم امرأته وبنتها وزوج بنته وامرأة أبيه وابنه) لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال بعض. وفي المحيط البرهاني: وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا شهد لاخيه والاب ميت وإنما يشكل فيما إذا شهد لاخيه والاب حي، وينبغي أن لا تقبل شهادته لان منافع الاملاك بين أخيه وأبيه متصلة فكأنه شهد لابيه. والجواب أن شهادة الانسان لابيه إنما لا تقبل لان منافع الاملاك بين الاب وابنه متصلة فكانت الشهادة للاب شهاد لنفسه من وجه فلم تقبل وأما شهادته لاخيه

فليست لنفسه أصلا لتباين الاملاك ا ه. وفي القنية: امتدت الخصومة سنين ومع المدعي أخ وابن عم يخاصمان له مع المدعى عليه ثم شهدا له في هذه الخصومة بعد هذ الخصومات لا تقبل شهادتهما ا ه. وذكر ابن وهبان: وقياس ذلك أن يطرد ذلك في كل قرابة وصاحب تردد مع قرابته أو صاحبه إلى المدعي في الخصومة سنين ويخاصم له ومعه على المدعي ثم يشهد له بعد ذلك فإنه ينبغي أن لا تقبل، والفقة فيه أنه لما طال التردد مع المخاصم والمخاصمة له مع المدعى عليه صار بمنزلة الخصم للمدعى عليه ا ه. وفي خزانة الفتاوي: إذا تخاصم الشهود والمدعى عليه تقبل إن كانوا عدولا ا ه. وينبغي حمله على ما إذا لم يساعدوا في الخصومة أو لم يكثر ذلك منهم توفيقا. قوله: (وأهل الاهواء إلا الخطابية) أي تقبل شهادتهم لان فسقهم من حيث الاعتقاد
***
[١٥٧]
وما أوقعه فيه إلا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث أو يأكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي. والهوى مقصورا ميل النفس ما تستلذ به من الشهوات من غير داعية الشرع، كذا في التقرير. وفي المصباح: الهوى مقصورا مصدر هويته من باب تعب إذا أحببته وعلقت به، ثم أطلق على ميل النفس وانحرافها نحو الشئ ثم استعمل في ميل مذموم فيقال اتبع هواه وهو من أهل الاهواء. والهواء ممدودا المسخر بين السماء والارض والجمع أهوية ا ه. أطلقه وقيده في الذخيرة بهوى لا يكفر به صاحبه، وزاد في السراج الوهاج أن لا يكون ماجنا ويكون عدلا في تعاطيه هو الصحيح ا ه. وليس هذا القيد في ظاهر الرواية فإن الحاكم الشهيد في الكافي قال وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى: شهادة أصحاب الاهواء جائزة ألا ترى أن أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم قد اختلفوا واقتتلوا وشهادة بعضهم على بعض كانت جائزة فليس بين أصحاب الاهواء من الاختلاف أشد مما كان بينهم من القتال ا ه. وفي التقرير أن من وجب إكفاره منهم فالاكثر على عدم قبوله ا ه. وفي المحيط البرهاني وهو الصحيح، وما ذكره في الاصل محمول عليه. وفي النهاية أن أصول الهوى ستة: الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل، ثم كل واحد يصير اثني عشر فرقة ا ه. وفي الحديث إن بني اسرائيل تفرقت على اثنتين وسبعين فرقة وستفترق أمتي على ثلاثة وسبعين فرقة كلها في النار إلا فرقة واحدة. قيل: من هي يا رسول الله؟ قال: من كان على ما أنا عليه وأصحابي. والخطابية قوم من الروافض ينسبون إلى أبي الخطاب يدينون بشهادة الزور لمن وافقهم على مخالفيهم، وقيل يشهدون لمن حلف لهم أنه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فتمكنت شبهة الكذب فيها. وفي العتابية: هم قوم من الروافض يكفرون بالصغائر. وفي الينابيع أن الخطابية انقرضوا وفنوا للآية الشريفة * (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) * (النساء: ١٤١) وفي التقرير: ويلحق بهم صاحب الالهام فلا تقبل شهادته، وأما روايته فالمختار في المذهب عدم قبولها لانهم يحتاجون إلى
***
[١٥٨]
الحاجة فيحتاجون إلى التقول والكذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف الشهادة ا ه. والمنقول عند الشافعية عدم قبول شهادة الخطابية إلا من صرح منهم بالمشاهدة ولم أره لاصحابنا قوله: (والذمي على مثله) لانه عليه الصلاة والسلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب عما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان. قيد بالذمي لان المرتد لا شهادة له لانه لا ولاية له، واختلفوا في شهادة مرتد على مثله والاصح عدم قبولها بحال، كذا في المحيط البرهاني. وقيد بقوله على مثله لانها لا تقبل على مسلم للآية * (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) * (النساء: ١٤١) ولانه لا ولاية له بالاضافة إليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره إياه. وفي الولوالجية: نصرانيان شهدا على نصراني بقطع يد أو قصاص ثم أسلم المشهود عليه بعد القضاء بطلت الشهادة لان الامضاء من القضاء في العقوبات ا ه. وفي تلخيص الجامع للصدر سليمان: نصراني مات عن مائة فأقام مسلم شاهدين عليه بمائة ومسلم ونصراني بمثله فالثلثان له والباقي بينهما والشركة لا تمنع لانها بإقراره بخلاف الاقرار لوارثه وأجنبي نظيره أقر لاجنبي في مرضه فأقر لوراثه، وعن أبي يوسف النصف لهما للاستواء،
***

[١٥٩]
ولو كان المنفرذ نصرانيا فالثلث له والباقي لهما يقدم المسلم، وكذا لو كان شهود الشريكين مسلمين وشهودهما نصرانيان أو مسلمان استويا. نصراني مات عن ابنين وأسلم أحدهما فأقام مسلم شاهدين نصرانيين بعد موته وقسمت تركته بدين عليه يؤخذ من نصيب غير المسلم لعدم الحجة عليه كإقراره، ولو أقام المسلم وذمي مثلهما يقدم المسلم، وعن أبي يوسف يستويان. قال محمد: هو قوله الاخير، وعلى هذا لو كان حيا وادعيا عينا في يده وعنه أنها للمسلم وفرق بتعلقه بالمحل ا هـ. وفي المجمع: ولو اشترى ذمي دارا من مسلم فادعاها ذمي أو مسلم بشهادة ذميين يقبلهما في حقه ورداها ا هـ. وفي الخلاصة من ألفاظ التكفير: شهد نصرانيان على نصراني أنه قد أسلم وهو يجحد لم تجز شهادتهما، وكذا لو شهد رجل وامرأتان من المسلمين ويترك على دينه وجميع أهل الكفر في ذلك سواء، ولو شهد نصرانيان على نصرانية أنها أسلمت جاز وأجبرها على الاسلام ولا تقتل وهذا كله قول أبي حنيفة ا هـ. وفي المحيط البرهاني: لو شهد على إسلام النصراني رجل وامرأتان من المسلمين وهو يجحد أجبر على الاسلام ولا يقبل، ولو شهد رجلان من أهل دينه وهو يجحد فشهادتهما باطلة لان من زعمهم أنه مرتد ولا شهادة لاهل الذمة على المرتد ا هـ. وفي المحيط: تقبل شهادة الكافر على
***
[١٦٠]
العبد الكافر التاجر وإن كان مولاه مسلما وعلى العكس لا تقبل لان في الاول قامت على إثبات أمر على الكافر لان الدين يثبت على العبد واستحقاق مالية المولى غير مضاف إلى الشهادة لانه ليس من ضرورة وجوب الدين عليه استحقاق مالية المولى لا محالة بل ينفك عنه في الجملة، وفي الثانية قامت على إثبات أمر على المسلم والوكيل مع الموكل بمنزلة العبد مع المولى. ولا تقبل شهادة كافرين على شهادة مسلمين وعلى العكس تقبل، وتقبل شهادة الذمي بدين على ذمي ميت وإن كان وصيه مسلما بشرط أن لا يكون عليه دين لمسلم فإن كان فقد كتبناه عن الجامع. وفي الخانية: ذمي مات فشهد عشرة من النصارى أنه أسلم لا يصلى عليه بشهادتهم، وكذا لو شهد فساق من المسلمين. ولو كان لهذا الميت ولي مسلم وبقية أوليائه كفار من أهل دينه فادعى الولي المسلم أنه أسلم وأنه أوصى إليه وأراد أن يأخذ ميراثه وشهد اثنان من أهل الكفر بذلك يأخذ المولى المسلم ميراثه بشهادتهما لان شهادتهم على الاسلام في حكم الميراث قامت على أوليائه الكفار، يصلى عليه بشهادة وليه المسلم إن كان عدلا، ولو لم يشهد على إسلامه غير الولي يصلى عليه بقول وليه المسلم ولا ميراث له ا هـ. ثم قال: لو شهد على نصراني أربعة من النصارى أنه زنى بأمة مسلمة فإن شهدوا أنه استكرهها حد الرجل، وإن قالوا طاوعته درئ الحد عنهما ويعزر الشهود لحق المسلمة لقذفهم الامة ا هـ. وفي البدائع من النكاح: لو ادعى مسلم عبدا في يد ذمي أنه عبده وشهد كافران أنه عبده قضى به القاضي فلان لم تقبل لكونها شهادة على القاضي المسلم. وفي خزانة الاكمل: ولو شهد كافران على شهادة مسلمين لكافر على كافر لم تجز، ولو شهد مسلمان على شهادة كافر جازت ا هـ. ثم اعلم أنه لا بد من التزكية في شهادة الذمي قال في الولوالجية: تزكية الذمي إن تزكية بالامانة في دينه ولسانه ويده وأنه صاحب يقظة ا هـ. وأفتى به قارئ الهداية وأصله في النوازل. وفي خزانة الاكمل معزيا إلى العيون: شهد كافران على كافر فعدلا ثم أسلم وأسلما يؤمران أن يعيد الشهادة ويكفي تعديلهما في الكفر وإنما تعديل الكافر إلى المسلمين فإن تعديل الكافر للكافر لا يجوز ثم يسأل أولئك عن الشهود ا هـ. وقدمنا في مسائل التعديل أن تعديل الكافر بالمسلمين إن وجد وإلا فيسأل من عدول الكفار. وفي الملتقط: إذا سكر الذمي لا تقبل شهادته ا هـ.
***
[١٦١]
قوله: (والحربي على مثله) أي وتقبل شهادته على مثله لا على الذمي لانه لا ولاية له على الذمي. والمراد بالحربي المستأمن لانه لا يتصور غيره فإن الحربي لو دخل بلا أمان فهذا استرقاق ولا شهادة للعبيد على أحد، كذا في فتح القدير. ويستثنى من الحربي على مثله ما إذا كانا من دارين مختلفين كالافرنج والحبس لانقطاع الولاية بينهما ولهذا لا يتوارثان والدار تختلف باختلاف المنعة والملك قوله: (ومن ألم بصغيرة إن اجتنب الكبائر) أي تقبل شهادة من ارتكب صغيرة إن اجتنب الكبائر كلها وقد أشار هنا إلى العدالة فإنها شرط قبول الشهادة وهي الاستقامة وهي بالاسلام واعتدال العقل ويعارضه هوى يضله ويصده، وليس لكمالها حد يدرك مداه ويكتفي لقبولها بأدناه كيلا يضيع الحقوق وهو رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة. وأحسن ما قيل فيه ما عن أبي يوسف العدل أن يكون

مجتنبا للكبائر غير مصر على الصغائر وأن تكون مروءته ظاهرة فعدمها مفوت لها. وزاد في المحيط أن يعتاد الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروءته. وفي الولواجية: وينبغي أن يكون الشاهد مسنا عفيفا إذا مال ذا فضل لانه إذا كان كذلك لا يطمع في أموال الناس ويستحي من ارتكاب ما لا يحل في الشرع فكان أولى بالاستشهاد ا هـ. وبه يعلم من ينصبه القاضي شاهدا بين الناس. وفي الخانية: الفاسق إذا تاب لا تقبل شهادته ما لم يمض عليه زمان تظهر التوبة ثم بعضهم قدره بستة أشهر وبعضهم قدره بسنة والصحيح أن ذلك مفوض إلى رأي القاضي والمعدل ا هـ. وفي الخلاصة: ولو كان عدلا فشهد بزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة ا هـ. وقدمنا أن الشاهد إذا كان فاسقا سرا لا ينبغي أن يخبر بفسقه كيلا يبطل حق المدعي وصرح به في العمدة أيضا. وفي العتابية: من أجر بيته لمن يبيع الخمر لم تسقط عدالته قوله: (والاقلف) أي الكبير الذي لم يختتن تقبل شهادته لان العدالة لا تخل بترك الختان لكونه سنة عندنا. أطلقه وقيده قاضيخان بأن يتركه لخوف على نفسه، أما إذا تركه بغير عذر لم تقبل. وقيده في الهداية بأن لا يتركه استخفافا بالدين أما إذا تركه استخفافا لم تقبل شهادته لانه لم يبق عدلا وكما تقبل شهادته تصح إمامته، كذا في فتح القدير. ولم يقدر الامام للختان وقتا معلوما لعدم
***
[١٦٢]
ورود النص به، وقدره المتأخرون واختلفوا والمختار أن أول وقته سبع سنين وآخره اثنتا عشر، كذا في الخلاصة من باب اليمين في الطلاق. وقدمنا في أول الطهارة أنه سنة للرجال مكرمة للنساء إذ جماع المختونة ألذ. قال الحلواني: كان النساء يختتن في زمن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم. وفي النوازل أن ابن عباس كان لا يجيز شهادة الاقلف ولا ذبيحته، وعلماؤنا قالوا تؤكل ذبيحته وتقبل شهادته إن كان لعذر وإلا لا تقبل وبه نأخذ ا هـ. فائدة من كراهية فتاوى العتابي: وقيل في ختان الكبير إذا أمكن أن يختن نفسه فعل وإلا لم يفعل إلا أن يمكنه أن يتزوج أو يشتري ختانة فتختنه. وذكر الكرخي في الكبير يختنه الحمامي وكذا عن ابن مقاتل لا بأس للحمامي أن يطلي عورة غيره بالنورة ا هـ قوله: (والخصي وولد الزنا والخنثى) فإن عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما إذا قطعت يده. والخصي بفتح الخاء على وزن فعيل منزوع الخصا، كذا في البناية. وفسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما. أطلقه فشمل ما إذا شهد بالزنا أو بغيره خلافا لمالك في الاول. والمراد بالخنثى المشكل وهو امرأة في الشهادة، كذا في السراج الوهاج. قوله: (والعمال) أي تقبل شهادتهم، والمراد بهم عمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق إلا إذا كانوا أعوانا على الظلم. وقيل: العامل إذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف في الفاسق لوجاهته لا يقدم على الكذب، كذا في الهداية. يعني ولو كان عونا على الظلم كما في العناية. وقيل: أراد بالعمال الذين يعملون ويؤاجرون أنفسهم للعمل لان من الناس من رد شهادات أهل الصناعات الخسيسة فأفرد هذه المسألة لاظهار مخالفتهم وكيف لا وكسبهم أطيب كسب. وينبغي تقييد القبول بأن تكون تلك الحرفة لائقة به بأن تكون حرفة آبائه وأجداده وإلا فلا مروءة له إذا كانت حرفة دنية فلا شهادة له لما عرف في حد العدالة. وكذا ينبغي تقييد القبول بأن لا يكثر الكذب والخلف في الوعد. وذكر الصدر الشهيد أن شهادة الرئيس لا تقبل، وكذا الجابي والصراف الذي يجمع عنده الدراهم ويأخذها طوعا لا تقبل. وقدمنا عن البزدوي أن القائم بتوزيع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين
***
[١٦٣]
مأجور وإن كان أصله ظلما، فعلى هذا تقبل شهادته. والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى في بلادنا شيخ البلد، ومثله المعرفون في المراكب والعرفاء في جميع الاصناف وضمان الجهات في بلادنا لانهم كلهم أعوان على الظلم، كذا في فتح القدير. وفي السراجية معزيا إلى الفقيه أبي الليث: إن كان العامل مثل عمر بن عبد العزيز فشهادته جائزة، وإن كان مثل يزيد بن معاوية فلا ا هـ. وفي إطلاق العامل على الخليفة نظر والظاهر منه أنه من قبل عملا من الخليفة. وفي شرح المنظومة: أمير كبير ادعى فشهد له عماله ودواوينه ونوابه ورعاياهم لا تقبل كشهادة المزارع لرب الارض ا هـ. وفي إجارات البزازية: لا تقبل شهادة الدلال ومحضر قضاة العهد والوكلاء المفتعلة والصكاك ا هـ. قوله: (والمعتق للمعتق) أي تقبل شهادته كعكسه لانه لا تهمة وقد قبل شريح شهادة قنبر لعلي رضي الله عنه

وكان عتيقه وهو بفتح القاف والباء، وأما قنبر فهو جد سيبويه ذكره الذهبي في مشتبه الاسماء والانساب وفي تقرير التهذيب للحافظ ابن حجر: شريح بن الحادث بن قيس الكوفي النخعي القاضي أبو أمية ثقة، وقيل له صحبة مات قبل الثمانين أو بعدها وله مائة وثمان سنين أو أكثر يقال حكم سبعين سنة ا ه. قيدنا بعدم التهمة لان العتيق لو كان متهما لم تقبل لمن أعتقه ولذا قال في الخلاصة: ولو شهد العبدان بعد العتق على أن الثمن كذا عند اختلاف البائع والمشتري لا تقبل ا ه. لانهما يجران لانفسهما نفعا بإثبات العتق لانه لولا شهادتهما لتحالفا وفسخ البيع المقتضي لابطال العتق ولا يعارضه ما في الخلاصة أيضا معزيا إلى العيون: لو اشترى غلامين فأعتقهما فشهدا لمولاهما على البائع أنه قد استوفى الثمن جازت شهادتهما ا ه. لانهما لا يجران بها نفعا ولا يدفعان مغرما وشهادتهما بأن البائع أبرأ المشتري من الثمن كشهادتهما بالايفاء كما في الخانية. وأشار إلى قبول شهادته على مولاه بالاولى إلا في مسألة ذكرناها عن الكافي عند قوله والمملوك والصبي وذكر في المحيط البرهاني في مسألة المعتقين الثلاث هنا تركناها لكثرة شعبها. وفي العتابية: لو أعتق أم ولده فشهدت له وهي في العدة تقبل ا ه. فعلى هذا يفرق بين المعتدة من طلاق ومن عتق
***
[١٦٤]
وفيها: لو نفى ولد أم ولده ثم أعتقه فشهد له لم يجز، وسئل محمد عن عربي ادعى على رجل أنه مولاه أعتقه فشهد موليان أعتقهما الرجل للمدعي لم تجز لانهما يثبتان أن العربي مولى مولاهما. وقال أبو يوسف: يجوز كما لو شهد أن أباهما أعتق هذا والبنات يجحدون هذا ا ه. قوله: (ولو شهدا أن أباهما أوصى إليه والوصي يدعي جاز وإن أنكر لا كما لو شهدا أن أباهما وكله بقبض ديونه وادعى الوكيل أو أنكر) والقياس عدم القبول في الوصي أيضا لكونها شهادة للشاهد لعود المنفعة إليه. وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي إذا كان طالبا والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا أنه يثبت بها شئ فصار كالقرعة، كذا في الهداية. وتعقبه في فتح القدير بقوله: وإذا تحققت ما ذكر في وجه الاستحسان ظهر أن قبول الشهادة ثابت قياسا واستحسانا إذ ظهر أنه لم يثبت بها شئ وإنما ثبت عندها نصب القاضي وصيا اختاره وليس هنا موضع غير هذا يصرف إليه القياس والاستحسان، ولو اعتبرا في نفس ايصاء القاضي إليه فالقياس لا يأباه فلا وجه لجعل المشايخ فيها قياسا واستحسانا، والمنقول عن أصحاب المذهب الحكم المذكور مع السكوت عن القياس والاستحسان ا ه. وقد ذكر القياس والاستحسان في عامة كتب أصحابنا، ومبهم شرح الجامع الصغير للحسامي والكافي والتبيين والهداية وشروحها والموضع الذي يصرفا إليه أن ظاهرها عدم القبول لان الشاهد يجر نفعا لنفسه فلا يكون المشهود له وصيا عن الميت، وفي الاستحسان جعلناه وصيا عن الميت، ولم يعتبر نفع الشاهد لان للقاضي ولاية النصب والسبب الحامل لاعتراض المحقق أنه فهم أنه وصي من جهة القاضي وحينئذ فلا معنى للقياس والاستحسان وليس كذلك، وإنما هو وصي من جهة الميت، وقد كرنا في وصايا الفوائد من الاشباه والنظائر أن وصي القاضي كوصي الميت إلا في مسائل. وأشار بشهادة الابنين إلى أن شهادة الغريمين لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين بأن الميت أوصى إلى فلان أو الوصيين بأن الميت أوصى إلى فلان معهما كذلك أو الموصى له بأن الميت أوصى إلى فلان ففي الخمس: إن ادعى قبلت وإلا لا. وأورد على الرابعة بأن الميت إذا كان له وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى نصب آخر. وأجيب بأنه يملكه لاقرارهما بالعجز عن القيام بأمور
***
[١٦٥]
الميت، ولا بد من كون الموت معروفا في الكل أي ظاهرا إلا في مسألة الغريمين للميت عليهما دين فإنها تقبل وإن لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على أنفسهما بثبوت ولاية القبض للمشهود له فانتفت التهمة وثبت موت رب الدين بإقرارهما في حقهما. وقيل: معنى الثبوت أمر القاضي اياهما بأداء ما عليهما إليه لابراءتهما عن الدين بهذا الاداء لان استيفاء الدين منهما حق عليهما فيقبل منهما والبراءة حق لهما فلا يقبل فيها، كذا في الكافي. وإنما لا تقبل شهادة الابنين في الوكالة مطلقا لانه ليس للقاضي ولاية نصب الوكيل عن الغائب إلا في المفقود فلو ثبتت هذه الولاية لكانت بشهادتهما وفيها تهمة (١) لانهما يشهدان لابيهما ولاحتمال التواضع على أخذ المال. وقوله بقبض ديونه اتفاقي لانهما لو شهدا في غيبة أبيهما أنه وكله بالخصومة لم تقبل أيضا كما في الخلاصة. وفرق بينهما في المحيط البرهاني من وجه آخر فقال: وإذا شهدا أن أباهما وكل هذا الرجل بقبض ديونه بالكوفة لا تقبل شهادتهما لانهما بشهادتهما يعينان من يقوم

بحقوق الاب واستيفائه فكانا شاهدين لابيهما فلا تقبل شهادتهما، ولكن هذا إن كان المطلوب يجحد الوكالة، فأما إذا أقر المطلوب بها جازت الشهادة. فرق بين هذه المسألة وبين مسألة ذكرها في كتاب الوكالة أن من وكل رجلا بالخصومة في دار بعينها وقبضها وغاب فشهد ابنا الموكل أن أباهما وكل هذا الرجل بالخصومة في هذه الدار وقبضها لا تقبل شهادتهما، سواء جحد المطلوب الوكالة أو أقر بها. ووجه الفرق أن في مسألة الدين المطلوب إذا كان مقرا بالوكالة يجبر على دفع المال بإقراره بدون الشهادة فإنما قامت الشهادة لابراء المطلوب عند الدفع إلى الوكيل إذا حضر الطالب وأنكر الوكالة فكانت هذه الشهادة على أبيهما وشهادته على أبيه مقبولة، أما في مسألة كتاب الوكالة المطلوب وإن كان مقرا لا يجبر على دفع الدار إلى الوكيل بحكم إقراره وإنما يجبر عليه بالشهادة فكانت واقعة لابيهما فلا تقبل ا هـ. وبهذا ظهر أن المؤلف ترك قيدا وهو أن يجحد المطلوب وأشار إلى عدم قبول شهادة ابني الوكيل مطلقا بالاولى، وكذا شهادة أبويه وأجداده وأحفاده كما في الخلاصة. وعلى هذا فالابنان في الكتاب مثال والمراد عدم قبولها في الوكالة من كل من لا تقبل شهادته للموكل وبه صرح في البزازية. ولم يقيد المصنف بغيبة الاب في شهادتهما بالوكالة لانه لو كان حاضرا لا يمكن الدعوى بها ليشهد لان التوكيل لا تسمع الدعوى به لانه من العقود الجائزة لكن يحتاج إلى بيان صورة شهادتهما في غيبته مع جحد

***

[١٦٦]

الوكيل لانها لا تسمع إلا بعد الدعوى، ولم يظهر هنا لها وجه ويمكن أن تصور بأن يدعي صاحب وديعة عليه تسليم وديعته الموكل في دفعها فيجحد فيشهدان به ويقبض ديون أبيهما، وإنما صورناه بذلك لان الوكيل لا يجبر على فعل ما وكل به إلا في رد الوديعة ونحوها كما سيأتي فيه. فروع: شهد الوصي بعد العزل للميت إن خاصم لا تقبل وإلا تقبل، ولو وكله بالخصومة عند القاضي فخاصم المطلوب بألف درهم عند القاضي ثم أخرجه الموكل عنها فشهد الوكيل أن للموكل على المطلوب مائة دينار تقبل، ولو وكله عند غير القاضي فأشهد على الوكالة فخاصم المطلوب بألف درهم وبرهن على الوكالة ثم عزله الموكل منها فشهد له على المطلوب بمائة دينار مما كان له عليه بعد القضاء بالوكالة لا تقبل، كذا في البزازية. ثم قال: وأما شهادة الوصي بحق للميت على غيره بعد ما أخرجه القاضي عن الوصاية قبل الخصومة أو بعدها لا تقبل، وكذا لو شهد الوصي بحق للميت بعد ما أدركت الورثة لا تقبل، ودلت المسألة على أن القاضي إذا عزل الوصي ينعزل، ولو شهد لبعض الورثة على الميت إن كان المشهود له صغيرا لا يجوز اتفاقا، وإن كان بالغا فكذلك عنده، وعندهما يجوز. ولو شهد لكبير على أجنبي تقبل في ظاهر الرواية. ولو شهد للوارث الكبير والصغير في غير ميراث لم تقبل، ولو شهد الوصيان على إقرار الميت بشئ معين لوارث بالغ تقبل ا هـ. وفيها أيضا: ادعى دارا وبرهن وأبطل القاضي ببينة ثم جاء بعد ثلاثين سنة فشهدا أنها لآخر لا تقبل، وكذا لو قال هذه الدار لفلان لا حق لي فيها ثم شهد أنها لفلان آخر لا تقبل ا هـ. وفي العتابية: شهدا أن الميت أوصى لهما ولهذا تقبل في حق هذا ويضم إليه آخران ا هـ. وفيها: ادعى الوكيل بالخصومة دينا بحضرة الموكل فادعى المدعى عليه قضاءه فشهد الوكيل بذلك لا تسمع لان دعواه أبطل شهادته، وكذا وكيلها ادعى المهر على الزوج لا تقبل شهادته للزوج بالخلع. قوله: (ولا يسمع القاضي الشهادة على الجرح) وهو بفتح الجيم لغة من جرحه بلسانه جرحا عابه ونقصه ومنه جرحت الشاهد إذا أظهرت فيه ما ترد به شهادته، كذا في المصباح. وفي الاصطلاح: إظهار فسق الشاهد فإن لم يتضمن ذلك إثبات حق لله تعالى أو للعبد فهو جرح مجرد، وإن تضمن اثبات حق لله تعالى أو للعبد فهو غير مجرد. والاول هو المراد من اطلاقه كما أفصح به في الكافي، وهو غير مقبول مثل أن يشهدوا أن شهود المدعي فسقة أو

***

[١٦٧]

زناة أو أكلة الربا أو شربة الخمر أو على إقرارهم أنهم شهدوا بالزور أو على إقرارهم أنهم أجراء في هذه الشهادة أو على إقرارهم أن المدعي مبطل في هذه الدعوى أو على إقرارهم أنهم لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة. وإنما لم تقبل لان البينة إنما تقبل على ما يدخل تحت الحكم وفي وسع القاضي إلزامه والفسق مما لا يدخل تحت الحكم وليس في وسع القاضي الزامه لانه يدفعه بالتوبة، ولان الشاهد بهذه الشهادة صار فاسقا لان فيها اشاعة الفاحشة بلا ضرورة وهي حرام بالنص، والمشهود به لا يثبت بشهادة الفاسق، ولا يقال إن فيه ضرورة وهي كف الظالم عن الظلم بأداء الشهادة الكاذبة وقال عليه السلام انصر أخاك ظالما أو مظلوما لانا نقول لا

ضرورة إلى هذه الشهادة على ملا من الناس ويمكنه كفه عن الظلم باخبار القاضي بذلك سرا إلا إذا شهدوا على إقرار المدعي أنهم فسقة أو شهدوا بزور أو نحوه لانهم ما شهدوا باظهار الفاحشة وإنما حكوا إظهارها عن غيرهم فلا يصيرون فسقة بذلك. وكذا الاقرار مما يدخل تحت الحكم ويقدر القاضي على الالزام لانه لا يرتفع بالتوبة، ولذا لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجرهم لاداء الشهادة لم تقبل لانه شهادة على جرح مجرد. وأما الاستئجار وإن كان أمرا زائدا على الجرح ولكنه لا خصم في إثباته إذ لا تعلق له بالاجرة حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم لاداء الشهادة وأعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ويثبت الجرح بناء عليه. وكذا إذا أقام المدعى عليه البينة على أني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا علي بهذا الباطل، فإن شهدوا فعليهم أن يردوا ذلك المال علي تقبل بينته لان فيه ضرورة ليصل إلى ماله حتى لو قال لم أعطهم المال لم تقبل لان فيه اظهار الفاحشة من غير ضرورة. وأما الثاني أعني غير المجرد فهو كما لو أقام المدعى عليه البينة أنهم زنوا وصفوا الزنا أو شربوا الخمر أو سرقوا مني كذا ولم يتقادم العهد أو أنهم عبيد أو أحدهم عبد أو شريك المدعي والمدعي مال أو قاذف والمقذوف يدعيه أو محدودون في القذف أو على إقرار المدعي أنه استأجرهم على هذه الشهادة تقبل لمكان الحاجة إلى إحياء هذه الحقوق وفيها: إذا شهدوا أنهم محدودون في قذف ليس فيه اشاعة الفاحشة لان الاظهار حصل بالقضاء وإنما حكوا عن إظهار الفاحشة عن الغير، كذا في الكافي بتمامه.

***

[١٦٨]

وهنا تنبيهات مهمة يجب التنبيه عليها: الاول أن النظر في الجرح المجرد وغيره إنما هو بعد التزكية الشرعية كما في السراج الوهاج، فإذا سأل القاضي عن الشهود سرا وعلنا وثبت عنده عدالتهم فطعن الخصم فإن كان مجردا لم تقبل وإلا قبل، ولكن عدم قبول الشهادة على الجرح المجرد أعم من أن يكون قبل التعديل أو بعده. فإن قلت: أليس الخبر عن فسق الشهود قبل إقامة البينة على عدالتهم يمنع القاضي عن قبول شهادتهم والحكم بها؟ قلت: نعم لكن ذلك للطعن في عدالتهم لا لثبوت أمر يسقطهم عن حيز القبول ولذا لو عدلوا بعد هذا تقبل شهادتهم، ولو كانت الشهادة على فسقهم مقبولة لسقطوا عن حيز الشهادة ولم يبق لهم مجال التعديل، ذكره ابن الكمال. وفي شرح الوقاية: لا تقبل الشهادة على الجرح المجرد إذا أقام البينة على العدالة، أما إذا لم يقم البينة عليها فأخبر مخبر أن الشهود فساق أو أكلوا الربا فإن الحكم لا يجوز قبل ثبوت العدالة لا سيما إذا أخبر مخبران أن الشهود فساق. الثاني أن

***

[١٦٩]

التفصيل إنما هو فيما إذا ادعاه الخصم وبرهن عليه جهرا، أما إذا أخبر القاضي به سرا وكان مجردا طلب منه البرهان عليه فإذا برهن عليه سرا أبطل الشهادة لتعارض الجرح والتعديل عنده فيقدم الجرح، فإذا قال الخصم للقاضي سرا إن الشاهد أكل الربا وبرهن عليه رد شهادته كما أفاد في الكافي كما قدمناه، وظاهر كلامه أن الخصم لا يضره الاعلان بالجرح المجرد وإنما يشترط الاخبار سرا في الشاهد. وفي الخانية: يمكن دفع الضرورة من غير هتك الستر بأن يقول شاهد الجرح ذلك للمدعي سرا أو يقول للقاضي في غير مجلس الحكم فلا يباح إظهار الفاحشة من غير ضرورة ا هـ. الثالث أن قولهم إذا تضمن حقا من حقوق الشرع لم يكن مجردا شامل لما إذا تضمن التعزير حقا لله تعالى. فعلى هذا لو برهن أن الشاهد خلى بأجنبية تقبل لتضمنه إثبات التعزير لكن الظاهر أن مرادهم من الحق الحد فلا يدخل التعزير لقولهم وليس في وسع القاضي الزامه لانه يدفعه بالتوبة لان التعزير حق لله تعالى يسقط بالتوبة بخلاف الحدود لا تسقط بها فوضح الفرق، ويدل عليه أنهم مثلوا للمجرد بآكل الربا مع أنه يوجب التعزير وبإقرارهم بالزور مع أنه يوجب التعزير فتعين إرادة الحدود فقط. الرابع أنهم جعلوا من المجرد هم زناة شربة الخمر ومن غيره أنهم زنوا أو شربوا الخمر فيحتاج إلى الفرق بينهما فقال الشارح: يحمل الاول على ما إذا تقادم العهد، والثاني على ما إذا لم يتقادم وإلا فلا فرق بينهما. الخامس أنه لا يدخل تحت الجرح ما إذا برهن على إقرار المدعي بفسقهم أو أنهم أجراء أو لم يحضروا الواقعة أو على أنهم محدودون في قذف أو على رق الشاهد أو على شركة الشاهد في العين كما قدمناه ولذا قال في الخلاصة: للخصم أن يطعن بثلاثة أشياء: أن يقول هما عبدان أو محدودان في قذف أو

شريكان فإذا قال هما عبدان يقال للشاهدين أقيما البينة على الحرية وفي الآخرين يقال للخصم أقم البينة أنهما كذلك ا ه. فعلى هذا الجرح في الشاهد إظهار ما يخل بالعدالة لا بالشهادة مع العدالة، فإدخال هذه المسائل في الجرح المقبول كما فعل ابن الهمام مردود بل من باب الطعن كما في الخلاصة. وفي خزانة الاكمل: لو برهن على إقرار المدعي بفسقهم أو بما يبطل شهادتهم يقبل وليس هذا بجرح وإنما هو من باب إقرار الانسان على نفسه ا ه. السادس أن الامام الخصاف لم
***
[١٧٠]
يفرق بين المجرد وغيره في القبول إحياء للحقوق، ولما كان مخالفا لصريح المذهب حمله المشايخ على ما إذا برهن على إقرار المدعي به أو على التزكية كما ذكره الشارح. ومعنى قولهم أو على التزكية بأن يجعل كشاهد زكاه نفر وجرحه نفر، ورده في فتح القدير بأن تقدم رده يعني لا ضرورة إلى اظهاره. السابع أن قولهم لو برهن على أن الشاهد شريك المدعي محمول على الشريكة عقدا فهما حصل من هذا الباطل يكون له فيه منفعة لا أن يراد أنه شريك في المدعى به وإلا كان إقرارا بأن المدعى به لهما. الثامن لو طعن الخصم بأنه ابن المدعي أو أبوه أو أحد الزوجين أو مملوكه تقبل كما في العناية. والحاصل أن الطعن بما لا يكون فسقا بل رد الشهادة للتهمة مقبول، ومنه ما إذا برهن أن الشاهد كان وكيلا عن المدعي وخاصم كما في السراج الوهاج. وعلى هذا لو برهن أن الشاهد عدوه بسبب الدنيا تقبل إذا قلنا إن المنع من شهادته عليه للتهمة، وإن قلنا للفسق لا تقبل، وينبغي أن يكون الطعن بما يخل بالمروءة مما لم يكن فسقا مقبول. التاسع أن الجرح المجرد إذا تضمن دفع ضرر عام يقبل ولذا قال في المعراج: فإن قيل أليس أنه عليه الصلاة والسلام قال اذكروا الفاسق بما فيه قلنا: هو محمول على ما إذا كان ضرره يتعدى إلى غيره ولا يمكن دفع الضرر عنه إلا بعد الاعلام ا ه. وعلى هذا يجوز إثبات فسق رجل عند القاضي إذا كان ضرره عاما كرجل يؤذي المسلمين بيده ولسانه ليمنعه من ذلك ويخرجه عن البلد. وفي كراهية الظهيرية: رجل يصلي ويضر الناس بيده ولسانه فلا بأس بإعلام السلطان به ليزجره ا ه. وقد وقعت حادثة بالقاهرة أن ثلاث
***
[١٧١]
إخوة ببولاق شهد جمع كبير عليهم بأنواع من الفسق وإيذاء الناس والتزوير فأفتيت بقبول الشهادة ليزجرهم الحاكم دفعا للضرر العام فزجرهم وكان في شهر رمضان. العاشر من البزازية من فصل التحليف: طعن المدعى عليه في الشاهد بأنه كان ادعاها لنفسه ورام تحليفه لا يحلف وإن برهن تقبل ا ه. فعلى هذا كل طعن يقبل عند البرهان لا تحليف عليه عند عدمه على الشاهد وعلى المدعي. وهل يقبل إقرار الشاهد به ويصير كالبرهان؟ لم أره وينبغي القبول ولذا قال الزيلعي: لو برهن على إقرار الشهود أنهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه الحق تقبل ا ه. ولا يعارضه قوله لو برهن على إقرار الشهود أنهم شهدوا بالزور أو أنهم أجراء في هذه الشهادة أو أن المدعي مبطل في هذه الدعوى أو أنهم لا شهادة لهم فإنها لا تقبل وقدمناه. الحادي عشر أنا قدمنا أن المدعى عليه إذا ادعى أنه دفع لهم مالا لئلا يشهدوا عليه بهذا الباطل وطلب استرداده أو ادعى أن المدعي دفع له من مالي كذا ليشهدوا عليه وطلب رده وبرهن تقبل فقلت: وكذا إذا ادعى أجنبي أنه دفع لهم كذا لئلا يشهدوا على فلان بهذه الشهادة وطلب رده وثبت إما ببينة أو إقرار أو نكول فإنه يثبت به فسق الشاهد فلا تقبل شهادته. وقيد بدفع المال ومفهومه لو ادعى المدعى عليه أنه استأجرهم لئر يشهدوا عليه ولم يدع دفع المال فأقروا لم تسقط العدالة وبه صرح الشارحون. الثاني عشر أن الطعن برقهما لا يتوقف على دعوى سيدهما وأن إثباته لا يحصر في الشهادة بل إذا أخبر القاضي برقهما أسقط شهادتهما، والاحسن أن يكون بالشهادة، وإذا سألهما القاضي فقالا أعتقنا سيدنا وبرهنا ثبت عتق السيد في غيبته، فإذا حضر لا يلتفت إلى إنكاره كما في خزانة الاكمل. وأما الجرح بأنه قاذف فإنه يتوقف على دعوى المقذوف كما أشار إليه في فتح القدير. قوله: (ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي تقبل لو كان عدلا) لانه قد يبتلى بالغلط لمهابة مجلس القاضي فوضح العذر فيقبل إذا تداركه في أوانه وهو عدل أي ثابت العدالة عند القاضي أو لا وسأل عنه فعدل، كذا في فتح القدير. يعني هو احتراز عن
***
[١٧٢]
المستور لا عن الفاسق لان الفاسق لا شهادة له. قيد بقوله ولم يبرح أي لم يفارق مكانه كما في المصباح لانه لو قام لم يقبل منه ذلك

لجواز أنه غره بالدنيا. وترك المؤلف قيدا مذكورا في المحيط البرهاني هو إذا لم يكذبه المشهود له وجعل فيه اطالة المجلس كالقيام عنه وهو رواية هشام عن محمد، وقيد جواب المسألة بأن يكون قبل القضاء أما بعده فإن قالوا بعد القضاء بالدار لا ندري لمن البناء فلا ضمان عليهم للشك، وإن قالوا ليس البناء له ضمنوا قيمته وسيأتي ايضاحه أيضا. ولم يذكر المؤلف معنى القبول للاختلاف فيه ففيه يقضى بجميع ما شهد به لانه صار حقا للمدعي فلا يبطل بقوله أوهمت. واختاره في الهداية لقوله في جواب المسألة جازت شهادته، وقيل يقضي بما بقي إن تدارك بنقصان وإن بزيادة يقضى بها إن ادعاها المدعي لان ما حدث بعدها قبل القضاء يجعل كحدوثه عندها وإليه مال شمس الائمة السرخسي واقتصر عليه قاضيخان، وعزاه إلى الجامع الصغير. وعلى هذا معنى القبول العمل بقوله الثاني فعلى الاول يقرأ المتن بالتاء تقبل أي الشهادة، وعلى الثاني بالياء أي يقبل بقوله أوهمت. وقيد المصنف في الكافي تبعا للهداية بأن يكون موضع شبهة كالزيادة
***
[١٧٣]
والنقصان في قدر المال أما إذا لم يكن فلا بأس بإعاد الكلام مثل أن يدع لفظ الشهادة وما يجري مجراه وإن قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف القبول في غير المجلس في الكل والظاهر الاول، وعلى هذا لو وقع الغلط في ذكر بعض الحدود أو في بعض النسب ثم تذكر ذلك تقبل لانه قد يبتلى به في مجلس القاضي ا ه. وإنما يتصور ذلك قبل القضاء لان لفظ الشهادة وبيان اسم المدعى عليه والاشارة إليها شرط القضاء. وأطلق المؤلف القبول فشمل ما إذا كان بعد القضاء وبه صرح في النهاية معزيا إلى أبي حنيفة وأبي يوسف، وعليه الفتوى كما في الخانية، ولا يضمن إذا رجع بعد القضاء جزما كما في المعراج. ومعنى قوله أوهمت أخطأت بنسيان ما كان يحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة كما في الهداية. وفي المصباح: أو هم من الحساب مائة مثل أسقط وزنا ومعنى، وأوهم من صلاته ركعة تركها ا ه. وقوله الشاهد شككت أو غلطت أو نسيت مثل أوهمت كما في المعراج. وفي البزازية: ولو غلطوا في جد أو جدين ثم تداركوا في المجلس أو غيره يقبل عند إمكان التوفيق بأن يقولوا كان اسمه فلانا ثم صار اسمه فلانا أو باع فلان واشتراه المذكور ا ه. وظاهر قوله بعض شهادتي يفيد أنه لو قال أوهمت الحق إنما هو لفلان آخر لا هذا لم يقبل ولذا قال في السراجية: شهدا أنه سرق من هذا ثم قالا غلطنا سرق من هذا لم يقض بشهادتهما لانهما أقرا بالغفلة، ولم يعلل بأن الحد يدرأ بالشبهة فظاهره أنه في غير السرقة كذلك للتعليل بالغفلة، وظاهر الولوالجية أنه لا قطع ولا ضمان مال قال بخلاف ما إذا أقر أنه سرق من هذا مائة ثم قال غلطت إنما سرقت مائة من هذا فإنه
***
[١٧٤]
لا يقطع ويلزمه المالان. وفي الخانية: ثلاثة شهدوا في حادثة ثم قال أحدهم قبل القضاء أستغفر الله قد كذبت في شهادتي فسمع القاضي ذلك القول ولم يعلم أيهم قال فسألهم القاضي فقالوا: كلنا على شهادتنا قالوا: لا يقضي القاضي بشهادتهم ويقيمهم من عنده حتى ينظروا في ذلك، فإن جاء المدعي باثنين منهم في ذلك اليوم الثاني يشهدان بذلك جازت شهادتهم ا ه. وفي المحيط البرهاني: شهدا أن له عليه درهما أو درهمين جازت على درهم لو كان في يده درهمان صغير وكبير وأقر بإحداهما الرجل ثم جحد فشهدا بذلك جازت على الصغير منهما استحسانا، سواء أقر بإحداهما بغير عينه أو بعينه ثم نسياه، وكذا المكيل كله والموزون كله إذا كان صنفا واحدا يقضى بالاوكس، وإذا اختلف النوعان أبطل الاقرار وكل شئ يضمن فيه القيمة وقد صارت دينا فعليه أوكس القيمتين نحو أن يشهدا أنه غصب منه ثوبا هرويا أو مرويا وأحرقه قالا سمى لنا هكذا أو سمى لنا أحدهما بعينه فنسيناه ا ه. والله تعالى أعلم. باب الاختلاف في الشهادة قال في المصباح: خالفته مخالفة وخلافا وتخالف القوم واختلفوا إذا ذهب كل واحد إلى خلاف ما ذهب إليه الآخر ا ه. واختلاف الشهادة شامل لمخالفتها للدعوى ولاختلاف الشاهدين ولاختلاف الطائفتين قوله: (الشهادة إن وافقت الدعوى قبلت وإلا فلا) لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة فقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها، والمراد بالموافقة والمطابقة أو كون المشهود به أقل من المدعى به بخلاف ما إذا كان أكثر، كذا في فتح القدير. وأطلق الموافقة ولم يقيدها باللفظ والمعنى كما في الموافقة بين الشاهدين ليفيد عدم الاشتراط وأن الموافقة معنى كافية فلو ادعى الغصب أو القتل فشهدا بإقرار المدعى عليه بذلك تقبل، ولو شهد واحد منهما بالغصب أو القتل والآخر بالاقرار به

***
[١٧٥]
لا تقبل، كذا ذكر الشارح. ومن المخالفة المانعة ما إذا شهدت بأكثر. ومن فروعها دار في يد رجلين اقتسماها وغاب أحدهما فادعى رجل على الحاضر أن له نصف هذه الدار مشاعا فشهدوا أن له النصف الذي في يد الحاضر فهي باطلة لانها بأكثر من المدعى به، ولو ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها فشهدوا أنها له ولم يستثنوا شيئا لا تقبل، وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه إلا إذا وفق فقال كنت بعت ذلك البيت منها فتقبل، كذا في فتح القدير. ومن أمثلة كون المشهود به أقل ما في الخلاصة: ادعى النقرة الجيدة وبين الوزن فشهدوا على النقرة والوزن ولم يذكر أجيدة أو رديئه أو وسطا تقبل ويقضي بالرديء بخلاف ما إذا ادعى قفيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة أو منخولا فشهدوا على غير المنخول لا تقبل ا ه. مع أنهم شهدوا بأقل فيما إذا شهدوا به غير منخول والدعوى بالمنخول بدليل عكسه. وفي جامع الفصولين: ادعى الاتلاف وشهدا بقبضه تقبل ولو ادعى أنه قبض مني كذا درهما بغير حق وشهدا أنه قبضه بجهة الربا تقبل، ولو ادعى الغصب وشهدا بقبضه بجهة الربا لا تقبل إذا الغصب قبض بلا إذن والقبض بجهة الربا قبض بإذن، ولو ادعى أنه غصب منه وشهدا أنه ملك المدعي وفي يده بغير حق لا تقبل لا على الملك لانهما لم يقولا غصبه منه ولا على الغصب لانهما شهدا أنه بيده بغير حق، ويجوز أن يكون بيده بغير حق لا من جهة المدعي بأن غصبه من غير المدعي لا منه ا ه. ثم قال: ادعى أنه قبض من مالي كذا قبضا موجبا للرد وشهدا أنه قبضه ولم يشهدا أنه قبض قبضا موجبا للرد تقبل في أصل القبض فيجب رده، ولو شهدا أنه أقر بقبضه ينبغي أن تقبل قياسا على الغصب. ادعى أنه أهلك أقمشتي كذا وعليه قيمتها فشهدا أنه باع وسلم لفلان يقبل لانه اهلاك، ولو ذكرا بيعا لا تسليما لا يكون شهادة بإهلاك ثم قال: ادعى شراء منه شهدا بشراء من وكيله ترد، وكذا لو شهدا أن فلانا باع وهذا المدعى عليه أجاز بيعه ثم قال ادعى أن مولاي أعتقني وشهدا أنه حر ترد لانه يدعي حرية عارضة وشهدا بحرية مطلقة فيصرف إلى حرية الاصل وهي زائدة على ما ادعاه، وقيل تقبل لانهما لما شهدا أنه حر شهدا بنفس الحرية. قال: والامة لو ادعت أن
***
[١٧٦]
فلانا أعتقني وشهدا أنها حرة تقبل إذا الدعوى ليست بشرط هنا فعلى هذا ينبغي أن يكون الخلاف المذكور في القن على قول أبي حنيفة، أما على قولهما ينبغي أن يقبل في القن رواية واحدة كما في الامة إذ الدعوى ليست بشرط في القن عندهما كالامة، ولو ادعى حرية الاصل وشهدا أن فلانا حرره قيل ترد وقيل تقبل لانهما شهدا بأقل ما ادعاه ا ه. وبه علم أن المطابقة بين الدعوى والشهادة إنما هي شرط فيما إذا كانت الدعوى فيه شرطا وإلا فلا، ولذا لو ادعت الطلاق فشهدا بالخلع تقبل كما سيأتي. والحاصل أنهم إذا شهدوا بأقل مما ادعى تقبل بلا توفيق، وإن كان بأكثر لم تقبل إلا إذا وفق، فلو ادعى ألفا فشهدا بألف وخمسمائة فقال المدعي كان لي عليه ألف وخمسمائة إلا أني أبرأته من خمسمائة أو قال استوفيت منه خمسمائة ولم يعلم به الشهود تقبل، وكذا في الالف والالفين ولا يحتاج إلى إثبات التوفيق بالبينة لان الشئ إنما يحتاج إلى اثباته بالبينة إذا كان سببا لا يتم بدونه ولا ينفرد بإثباته كما إذا ادعى الملك بالشراء فشهد الشهود بالهبة فإن ثمة يحتاج إلى إثباته بالبينة، أما الابراء فيتم به وحده. ولو أقر بالاستيفاء يصح اقراره ولا يحتاج إلى إثباته لكن لا بد من دعوى التوفيق هنا استحسانا، والقياس أن التوفيق إذا كان ممكنا يحمل عليه وإن لم يدع التوفيق تصحيحا للشهادة وصيانة لكلامه. وجه الاستحسان أن المخالفة بين الدعوى والشهادة ثابتة صورة فإذا كان التوفيق مرادا تزول المخالفة، وإن لم يكن التوفيق مرادا لا تزول بالشك، فإذا ادعى التوفيق ثبت التوفيق وزالت المخالفة. وذكر الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده أن محمدا شرط في بعض المواضع دعوى التوفيق ولم يشترط في البعض، وذاك محمول على ما إذا ادعى التوفيق أو ذاك جواب القياس فلا بد من دعوى التوفيق، فلو قال المدعي ما كان لي عليه إلا ألف درهم فقط لا تقبل شهادتهم كذا في الخانية. ولا فرق في كون المشهود به أقل بين أن يكون في الدين أو في العين، فلو ادعى كل الدار فشهدا بنصفها قضى بالنصف من غير توفيق، كذا في الخانية. وأشار المؤلف رحمه الله تعالى إلى أن المدعي إذا أكذب شهوده في جميع ما شهدوا به له أو بعضه بطلت شهادتهم، إما لانه تفسيق للشاهد أو لان الشهادة لا تقبل بدون الدعوى، فلو شهد الشهود بدار لرجل فقالوا هذا البيت من هذه الدار لفلان رجل آخر غير المدعي فقال

المدعي ليس هو لي فقد أكذب شهوده، وإن قال هذا قبل القضاء لا يقضى له ولا لفلان بشئ، فإن كان بعد القضاء فقال هذا البيت لم يكن لي إنما هو لفلان قال أبو يوسف أجزت إقراره لفلان وجعلت له البيت وأرد ما بقي من الدار على المقضى عليه ويضمن قيمة البيت للمشهود عليه، ولابي يوسف قول آخر أنه يضمن قيمة البيت للمشهود عليه ويكون ما بقي من الدار للمشهود له،
***
[١٧٧]
كذا في الخانية. ثم اعلم أن المدعي إذا كذب شهوده إنما ترد شهادتهم إذا كذبهم فيما وقعت الدعوى به، أما إذا صدقهم فيها وكذبهم في شئ زادوه فإنها تقبل له فيما ادعاه إن لم يدعه المدعى عليه، وعلى هذا قال في الخانية: شهد الرجل أن فلانا غصب عبده ولكنه قد رده عليه بعده فمات عنده مولاه فقال المغصوب منه لم يرده علي وإنما مات عند الغاصب وقال المشهود عليه ما غصبته عبدا ولا رددته عليه وما كان من هذا من شئ قال: إذا لم يدع شهادتهما ضمنته القيمة. وكذا لو شهدا أنه غصبه عبدا له فجاء مولاه قتله عند الغاصب فقال المغصوب منه ما قتلته ولكنه قد غصبه ومات عنده وقال المشهود عليه ما غصبته عبدا ولا قتل هذا المدعي عبدا له في يدي كان عليه قيمته، وكذا لو شهدا أن لهذا علي هذا ألف درهم ولكنه قد أبرأه منها وقال المدعي ما أبرأته عن شئ وقال المشهود عليه ما كان له علي شئ ولا أبرأني عن شئ قال: إذا لم يدع شهادتهما على البراءة قضيت عليه بالالف ا ه. ثم اعلم أن المدعي إذا تكلم بكلام يحتمل أن يكون تكذيبا فإن كان قبل القضاء لا يقضى له، وإن كان بعده لم يبطل إلا أن يكون تكذيبا للشاهد قطعا، فلو قضى له بالدار بالبينة فأقر أنها لرجل غير المقض عليه لا حق للمدعي فيها وصدقه فلان أو كذبه لم يبطل القضاء لاحتمال النفي من الاصل واحتمال أنه ملكها اياه بعد القضاء، وإن كان في مجلس القضاء فلا يبطل بالشك، فلو قال بعد القضاء هي لفلان لم تكن لي قط فإن بدأ بالاقرار وثنى بالنفي أو عكسه فإن صدقه المقر له في الجميع بطل القضاء ويرد على المقضى عليه ولا شئ للمقر له، وإن كذبه في النفي وصدقه في الاقرار كان للمقر له وضمن المقر قيمة الدار للمقضى عليه، سواء بدأ بالاقرار أو بالنفي، كذا ذكر في الجامع. قالوا: هذا إذا بدأ بالنفي وثنى بالاقرار موصولا، أما إذا كان مفصولا لم يصح وتمامه في الخانية بخلاف المقر له إذا قال هي لفلان ما كان لي قط لان ثمة لا منازع للثالث فيسلم له، وهنا المقضى عليه ينازعه، كذا في التلخيص. وفي المحيط البرهاني: قضى له بالدار ببنائها ببينة ثم قال ليس البناء لي وإنما هو للمدعى عليه بطل القضاء لانه إكذاب للشاهد بخلاف ما إذا قال البناء له فليس بإكذاب هكذا في الاقضية. وفرق بين ما إذا ذكروا البناء في شهادتهم فيكون إكذابا أو لا فلا في شهادات الاصل، وإذا ذكروه فلا فرق بين النفي والاثبات فقط في كونه تكذيبا. ولو ادعى قدرا وبرهن عليه ثم أقر بقبض بعضه فإن أقر بما يدل على قبضه قبل الدعوى والبينة فهو تكذيب لشهوده والا فلا، ولو ادعى أربعمائة درهم وقضى له ببينة ثم أقر أن للمدعى عليه
***
[١٧٨]
مائة سقط عنه مائة اتفاقا. وهل تسقط الثلاثمائة؟ قولان كما في المحيط وغيره، والفتوى على عدمه كما في الملتقط. وفي المحيط: شهدا له على رجل بألف وعلى آخر بمائة فصدقهم في الاول وكذبهم في الثاني بطلتا، وكذا لو شهدا بغصب ثوبين فصدقهما في أحدهما وكذبهما في الآخر بطلت فيهما، ولو قضى لثلاثة بميراث عن أبيهم ثم قال أحدهما مالي فيه حق وإنما هو لاخوي كان الشكل لهما، فإن قال لم يكن لي فيه حق وإنما هو لهما بطلت حصته عن المقضى عليه. ولو ادعى أنه أوصى له بألف درهم وبرهن عليه ثم ادعى أنه ابن الموصي ولم يبرهن فله الاقل من الميراث ومن الالف. وقال محمد: الوصية باطلة ولا شئ له ا ه. وفي البزازية: ادعى المديون الايفاء فشهدا على إبراء الدائن أو على أنه حاله تقبل كما لو ادعى الغصب فشهدا بالاقرار به تقبل. ادعى الكفيل بالامر الايفاء وشهدا على البراءة تقبل. ووضع المسألة على الايفاء ليعلم أن الايفاء غير مقتصر عليه ولهذا لا يرجع الكفيل على الاصيل ويرجع الطالب على الاصيل كأنه إبراء الكفيل وإبراء الكفيل لا يوجب إبراء الاصيل. وإنما ذكره ليؤذن أن المقضى به براءة الكفيل لا الايفاء، وهذا لان دعوى الكفيل تتضمن البراءة مع تمكنه بالرجوع على الاصيل وشاهداه شهدا على القطع ببعض دعواه فيقبل في ذلك لا في الزائد ا ه. وفي السراجية: ادعى عشرة آلاف درهم فشهدا له بمبلغ عشرة آلاف درهم لم تقبل لان مبلغ هذا المال مال آخر. شهدا على دعوى أرض أنها خمسة مكاييل وأصابا في بيان حدودها وأخطأ في المقدار قبلت ا ه. وفي العرف أن المبلغ هو القدر فإنهم يقولون قبض مبلغ كذا أي قدر

كذا لا مال آخر فينبغي أن تقبل الشهادة في عرفنا. وفي القنية: ادعى المديون الايصال إلى الدائن متفرقا وشهد شهوده بالايصال مطلقا أو جملة لا تقبل. ادعت على زوجها أنه وكل وكيلا فطلقني وشهدا أنه طلقها بنفسه يقع الطلاق. ادعت الطلاق فشهدا بالخلع تسمع لان وجه التوفيق ممكن، ولو ادعى المديون الابراء وشهدوا أن المدعي صالح المدعى عليه بمال معلوم تقبل شهادتهم إن كان الصلح بجنس الحق لحصول الابراء عن البعض بالاستيفاء عن البعض بالاسقاط، ولو ادعى عليه خمسة دنانير بوزن سمرقند فشهدوا فسألهم القاضي عن الوزن فقالوا بوزن مكة تقبل شهادتهم إن كان وزن مكة مثل وزن سمرقند أو أقل وإلا فلا. ادعت أنها اشترت هذه الجارية من زوجها بمهرها وشهدوا أن زوجها أعطاها مهرها من غير أن يجري البيع بينهما تقبل ا ه‍. وبما قررناه علم أن المستثنى من قوله وإلا لا ثلاثة عشرة مسألة وسيأتي قريبا ثمانية أخرى في الاقرار والانشاء، واثنان في المقيد بسبب والمطلق فصارت ثلاثة وعشرين فليتأمل. ثم اعلم أن في الحقيقة لا استثناء لان المخالفة المانعة أن يكون المشهود به أكثر ففي كل صورة قالوا بالمنع إنما هو لكونه أكثر من المدعي وفي كل موضع قالوا بالقبول مع صورة المخالفة فإنما هو لكون المشهود به أقل وكان كذلك في عتق الجارية وطلاق المرأة يعرف ذلك بالتأمل في كلامهم.

***

[١٧٩]

قوله: (ادعى دارا إرثا أو شراء فشهدا بملك مطلق لغت) أي لا تقبل البينة لانهما شهدا بأكثر مما ادعاه المدعي لانه ادعى ملكا حادثا وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان فإن الملك في المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق المدعي بزوائده ولا كذلك في الملك الحادث، وترجع الباعة بعضهم على بعض فصارا غيرين والتوفيق متعذر لان الحادث لا يتصور أن يكون قديما ولا القديم حادثا. وقد جعل المؤلف رحمه الله تعالى دعوى الارث كدعوى الشراء والمشهور أنه كدعوى المطلق، كذا في فتح القدير، وجزم به في البزازية. وقيد بالدار للاحتراز عن الدين لان فيه اختلافا. وفي فتح القدير: لو ادعى الدين بسبب القرض فشهدا بملك مطلق لا تقبل. وفي المحيط لا يدل على القبول، وعندي الوجه القبول لان أولية الدين لا معنى له بخلاف العين. ولو ادعى عليه ألفا دينا فشهدا أنه دفع إليه ألفا ولا ندري بأي وجه دفع قيل لا تقبل والاشبه إلى الصواب أن تقبل، كذا في البزازية. وترك المؤلف رحمه الله شرطين في دعوى الشراء: الاول أن يدعيه من رجل معروف بأن قال ملكي اشتريته من فلان وذكر شرائط المعرفة، أما إذا قال ملكي اشتريته من رجل أو قال من محمد والشهود شهدوا

***

[١٨٠]

على الملك المطلق تقبل، كذا في الخلاصة. الثاني أن لا يدعي القبض مع الشراء فإن ادعاهما فشهدوا على الملك المطلق تقبل، كذا في الخلاصة. وقيد بما يكون له أسباب متعددة للاحتراز عما إذا كان للملك سبب واحد فشهدوا بالمطلق تقبل كما لو ادعى أنها امرأته بسبب أنه تزوجها بكذا فشهدوا أنها منكوحته ولم يذكروا أنه تزوجها تقبل ويقضى بمهر المثل إذا كان بقدر المسمى أو أقل، فإن زاد على المسمى لا يقضى بالزيادة كما في الخلاصة. وأشار المؤلف إلى أن الملك المؤرخ أقوى منه بلا تاريخ فلو أرخ في دعوى الملك وأطلق شهوده لا تقبل، وفي عكسه المختار القبول كما في الخلاصة. ولو ادعى الشراء وأرخه فشهدوا له بلا تاريخ نقبل لانه أقل وعلى القلب لا تقبل، ولو كان للشراء شهران فأرخوا شهرا تقبل وعلى القلب لا تقبل، كذا في فتح القدير. وإلى أنه لو ادعاه بسبب فشهدا بسبب آخر كألف من ثمن مبيع فشهدا بألف من ثمن مغصوب هالك لا تقبل كما في الخلاصة. هذا إذا اختلفا فيما هو المقصود، فإن اتفقا فيه كدعوى ألف كفالة عن فلان فشهدا بألف كفالة عن آخر فإنها تقبل كما في الخلاصة أيضا إلا إذا قال الطالب لم يقر كذلك بل أقر أنها كفالة حالة فإنها لا تقبل لانه أكذب شهوده، كذا في البزازية. وكما في أسباب ملك العين كما في البزازية أيضا قال: والملك بسبب الهبة كالملك بالشراء وكذا كلما كان عقدا فهو حادث ا ه‍. فعلى هذا لو ادعى عينا بسبب شراء فشهدا بأنها ملكه بالهبة تقبل. وفيها أيضا: لو وقعت المخالفة بين الدعوى والشهادة ثم أعادوا الدعوى والشهادة واتفقوا تقبل ا ه‍. وإلى أنه لو تحمل الشهادة

***

[١٨١]

على ملك بسبب وأراد أن يشهد بالمطلق فإنه لا يحل له وهو الاصح، وعلله في فتح القدير بأن فيه إبطال حقه أيضا فإنها لا تقبل لو

ادعاه بسبب ا ه. قوله: (وبعكسه لا) أي إذا ادعى ملكا مطلقا فشهدا بملك بسبب معين لا تكون لغوا فتقبل لانهم شهدوا بأقل مما ادعى وهو غير مانع أطلقه. وقيده في الخلاصة بأن يسأل القاضي مدعي الملك ألك بهذا السبب الذي شهدوا أو بسبب آخران قال بهذا السبب يقضي بالملك بهذا السبب، وإن قال بسبب آخر لا يقضي بشئ أصلا ا ه. والحاصل أن الملك بسبب أقل من الملك المطلق لانه يفيد الاولية بخلاف سبب يفيد الحدوث والمطلق أقل من النتاج لان المطلق يفيد الاولية على الاحتمال والنتاج على اليقين. وفي البزازية: ادعى النتاج وشهدا على الشراء لا تقبل ا ه. إلا أن يوافق المدعي فيقول نتجت عندي ثم بعتها منه ثم اشتريتها فتقبل، كذا في الخانية. والحاصل أنهم إذا شهدوا بأكثر مما ادعى فإن وفق المدعي قبلت في المسائل كلها وإلا لا، وهذا مما يجب حفظه وقدمناه عن الخانية. ولم يذكر المؤلف مسألتين: إحداهما ما إذا ادعى شيئا للحال فشهدا به فيما مضى وعكسه. الثانية إذا ادعى الانشاء فشهدا بالاقرار أو عكسه. أما الاولى ففي المحيط نقلا عن الاقضية وأدب القاضي للخصاف: إذا ادعى الملك للحال أي في العين فشهدوا أن هذا العين كان قد ملكه تقبل لانها أثبتت الملك في الماضي فيحكم بها في الحال ما لم يعلم المزيل قال رشيد الدين بعد ما ذكرها أمر وروى

***

[١٨٢]

سيد أنت ا ه. ومعنى هذا لا يحل للقاضي أن يقول أتعلمون أنه ملكه اليوم نعم ينبغي للقاضي أن يقول هل تعلمون أنه خرج عن ملكه فقط، ذكره في المحيط. قال العمادي: فعلى هذا لو ادعى الدين فشهدوا أنه كان له عليه كذا ينبغي أن تقبل كما في العين، ومثله ما لو ادعى أنها زوجته فشهدوا أنه كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل. هذا كله إذا شهدوا بالملك في الماضي، أما وشهدوا باليد له في الماضي لا يقضى به في ظاهر الرواية وإن كانت اليد تسوغ الشهادة في الملك على ما أسلفناه، وعن أبي يوسف يقضى بها. وخرج العمادي على هذا ما في الواقعات لو أقر بدين عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهد أنه قضى دينه أن شاهدي الاقرار يشهدان أنه كان له عليه دين ولا يشهدان أن له عليه فقال هذا أيضا دليل على أنه إذ ادعى العين وشهدوا أنه كان له عليه تقبل وهذا غلط فإنه إنما تعرض لما يسوغ له أن يشهد به لا للقبول وعدمه بل ربما يؤخذ من منعه من إحدى العبارتين دون الاخرى ثبوت القبول في إحداهما دون الاخرى، كيف وقد ثبت بشهادة العدلين عند الشاهدين أنه قضاه فلا يشهدان حتى يخبر القاضي بذلك وأن القاضي حينئذ لا يقضي بشئ، كذا في فتح القدير. وفي البزازية: شهدا أنها زوجت نفسها ولا نعلم أنها في الحال امرأته أو لا أو شهدوا أنه باع منه هذا العين ولا ندري أنه ملكه في الحال أم لا يقضي بالنكاح والملك في الحال بالاستصحاب والشاهد في العقد شاهد في الحال ا ه. والحاصل أن المنصوص عليه في العين ما سمعت، وأما في الدين فالمنصوص عليه عدم القبول. قال في فتح القدير: شهدا على إقرار رجل بدين فقال المشهود عليه أتشهد أن هذا القدر على الآن فقال لا أدري أهو عليك الآن أم لا لا تقبل الشهادة ا ه. وقال قبله: ادعى على آخر دينا على مورثه وشهدوا أنه كان له على الميت دين لا تقبل حتى يشهدا أنه مات وهو عليه ا ه. فموضوع الاولى في الشهادة على الاقرار وأن الشاهد قال لا أدري أهو عليك الآن أم لا وهو ساكت عما إذا شهدوا أنه كان له عليه كذا، وقد بحث العمادي أنه ينبغي القبول وليس بمعارض للمنصوص عليه كما علمت، وفي مسألة دين الميت لا بد في القبول من

***

[١٨٣]

شهادتهما بأنه مات وهو عليه احتياطا في أمر الميت ولهذا يحلف المدعي مع إقامة البينة بخلافه دين الحي فتحرر أنهما إذا شهدا في دين الحي بأنه كان له عليه كذا تقبل إلا إذا سألهما الخصم عن البقاء فقالا لا ندري وفي دين الميت لا تقبل مطلقا. وأما عكسه فقال في جامع الفصولين: ولو ادعى ملكا في الماضي وشهد به في الحال بأن قال كان هذا ملكي وشهدا أنه له قيل تقبل، وقيل لا تقبل وهو الاصح. وكذا لو ادعى أنه كان له وشهدا أنه كان له لا تقبل لان اسناد المدعي يدل على نفي الملك في الحال إذ لا فائدة للمدعي في الاسناد مع قيام ملكه في الحال بخلاف الشاهدين لو أسندا ملكه إلى الماضي لان إسنادهما لا يدل على النفي في الحال لانهما لا يعرفان بقاءه إلا بالاستصحاب، والشاهد قد يحترز عن الشهادة بما ثبت بالاستصحاب الحال لعدم تيقنه بخلاف المالك إذ كما يعلم ثبوت ملكه يقينا يعلم بقاءه يقينا ا ه. وأما الثانية أعني ما إذا ادعى الانشاء فشهدا بالاقرار أو عكسه فقال في جامع الفصولين: ادعى الوديعة

وشهدا أن المودع أقر بالايداع تقبل كما في الغصب، وكذا العارية ادعى نكاحا وشهدا بإقرارهما بنكاح تقبل كما في الغصب، ولو ادعى دينا فشهدا بإقراره بالمال تقبل وتكون إقامة البينة على إقراره كإقامة البينة على السبب، وأفتى بعضهم بعدم القبول. ادعى قرضا وشهدا بإقراره بالمال تقبل بلا بيان السبب ا ه. فتقبل في الايداع والغصب والعارية والديون والنكاح، وأما البيع فقال في جامع الفصولين: ادعى بيعا وشهدا أنه أقر بالبيع واختلفا في زمان ومكان تقبل. وفيه قبله: ادعى مائة قفيز بر بسبب سلم صحيح وشهدا أن المدعى عليه أقر أن له عليه مائة قفيز ولم يزيدا قيل تقبل لانه اختلاف في سبب الدين فلا يمنع، وقيل لا وهو الاصح لانهما لم يذكرا إقراره بسبب السلم. والاختلاف في سبب الدين إنما يمنع قبولها لو لم يختلف الدين باختلاف السبب ودين السلم مع دين آخر يختلفان إذ الاستبدال قبل القبض لم يجز في السلم وجاز في دين البر بلا سبب فلم يشهدا بدين يدعيه فلا تقبل بخلاف ما لو ادعى بسبب القرض وشهدا أنه أقر ولم يذكرا بسبب القرض تقبل ا ه. ثم قال: ادعى قضاء دينه وشهدا أنه أقر باستيفائه تقبل ا ه. وفي القنية:
***
[١٨٤]
ادعى عبدا فشهد أحدهما بملك مرسل والآخر بإقرار ذي اليد بملكيته للمدعي تقبل، ولو كان هذا في دعوى الامة والضيعة لا تقبل والفرق فيها، وأما عكسها أعني ما إذا ادعى الاقرار فهدا بالانشاء فغير متصور شرعا إذ لا تسمع الدعوى بالاقرار لما في البزازية معزيا إلى الذخيرة: ادعى أن له عليه كذا وأن العين الذي في يده له لما أنه أقر له به أو ابتدأ بدعوى الاقرار وقال إنه أقرأن هذا لي أو أقر أن لي عليه كذا قيل يصح، وعامة المشايخ على أنه لا تصح الدعوى لعدم صلوح الاقرار للاستحقاق كالاقرار كاذبا فلا يصح الاقرار لاضافه الاستحقاق إليه بخلاف دعوى الاقرار من المدعى عليه على المدعي بأنه برهن على أنه أقر أنه لا حق له فيه أو بأنه ملك المدعي حيث تقبل وتمامه فيها، وسنتكلم عليها بأوضح من ذلك في الدعوى إن شاء الله تعالى ا ه. قوله: (ويعتبر اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى) أي عند أبي حنيفة رضي الله عنه، ويكفي عندهما الاتفاق في المعنى. والمراد باتفاقهما لفظا تطابق لفظيهما على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن، فلو ادعى على آخر مائة درهم فشهد واحد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر بأربعة وآخر بخمسة لم تقبل عنده في شئ لعدم الموافقة لفظا، وعندهما يقضى بأربعة. وكذا إن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عنده، وعندهما تقبل على الالف إذا كان المدعي يدعي ألفين، وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث، كذا في الكافي. وقد أشار بتفسير الموافقة إلى أنه لا يشترط أن يكون بعين ذلك اللفظ بل إما بعينه أو بمرادفه حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية تقبل، وبه اندفع ما في النهاية من أن المطابقة في المعنى كافية للفرع المذكور لحصول المطابقة لفظا ومعنى بخلاف ما لو شهد أحدهما بأنه قال لها أنت خلية وشهد الآخر بأنه قال لها أنت برية حيث لا تقبل لانهما لفظان متباينان وإن اشتركا في لازم واحد وهو البينونة لان معنى خلية غير معنى برية، وعلى هذا لو شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج فإنها تقبل كما في المحيط. ولو شهد أحدهما بالغصب أو القتل والآخر بالاقرار به لا تقبل، ذكره الشارح. وفي العمدة:
***
[١٨٥]
شهد أحدهما أن له عليه ألف درهم وشهد الآخر أنه أقر له بألف درهم تقبل ا ه. وخرج عن ظاهر قول الامام مسائل وإن أمكن رجوعها إليه في الحقيقة: الاولى ما في العمدة. الثانية ادعى كر حنطة فشهد أحدهما بأنها جيدة والآخر رديئة والدعوى بالافضل يقضى بالاقل. الثالثة ادعى مائة دينار فقال أحدهما نيسابورية والآخر بخارية والمدعى يدعي النيسابورية وهو أجود يقضى بالبخارية بلا خلاف ينقل، ومثله لو شهد أحدهما بألف بيض والآخر بألف سود والمدعى يدعي الافضل تقبل على الاقل. ووجهه في المسائل الثلاثة أنهما اتفقا على الكمية وانفرد أحدهما بزيادة وصف، ولو كان المدعي يدعي الاقل لا تقبل إلا أن وفق بالابراء وتمامه في فتح القدير. الرابعة مسألة الهبة والعطية. الخامسة مسألة النكاح والتزويج وقدمناهما. السادسة شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة أبدا على أن لزيد ثلث غلتها وشهد آخر أن لزيد نصفها تقبل على الثلث والباقي للمساكين، كذا في أوقاف الخصاف. السابعة ادعى أنه باع بيع الوفاء فإذا شهد أحدهما به والآخر بأن المشتري أقر بذلك تقبل كما في فتح القدير، ولا خصوصية لبيع الوفاء فإذا شهد أحدهما بالبيع والآخر بالاقرار به تقبل كما في جامع الفصولين، ولا خصوصية للبيع بل كل قول كذلك بخلاف الفعل كما فيه أيضا والنكاح كالفعل

ا هـ. الثامنة شهد أحدهما أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل كما في الفتح أيضا. التاسعة ادعى ألفا مطلقا فشهد أحدهما على إقراره بألف قرض والآخر بألف وديعة تقبل، وإن ادعى أحد السببين لا تقبل لانه أكذب شاهده، كذا في البزازية بخلاف ما إذا شهد أحدهما بألف
***
[١٨٦]
قرض والآخر بألف وديعة فإنها لا تقبل منها أيضا. العاشرة ادعى الابراء فشهد أحدهما به والآخر على أنه وهبه أو تصدق عليه أو حلله جاز بخلاف ما إذا شهد أحدهما على الهبة والآخر على الصدقة لا تقبل، كذا في البزازية. الحادية عشر ادعى الهبة فشهد أحدهما بالبراءة والآخر بالهبة أو أنه حلله جاز. الثانية عشرة ادعى الكفيل الهبة فشهد أحدهما بها والآخر بالابراء جاز ويثبت الابراء لا الهبة لانه أقلهما فلا يرجع الكفيل على الاصيل وهما في البزازية. الثالثة عشرة شهد أحدهما على إقراره أنه أخذ العبد والآخر على إقراره بأنه أودعه منه هذا العبد تقبل لاتفاقهما على الاقرار بالاخذ. الرابعة عشر شهد أحدهما أنه غصبه منه والآخر أن فلانا أودع منه هذا العبد يقضي للمدعي ولا يقبل من المدعى عليه بينة بعده لان الشاهدين شهدا على إقراره بالملك. الخامسة عشر شهد أحدهما أنها ولدت منه والآخر أنها حبلت منه تقبل. السادسة عشر شهد أحدهما أنها ولدت منه ذكرا وقال الآخر أنثى تقبل، كذا في البزازية. السابعة عشر شهد أحدهما أنه أقر أن الدار له والآخر أنه سكن فيها تقبل. الثامنة عشر أنكر إذن عبده فشهد أحدهما على أنه أذن له في الثياب والآخر على أنه أذن له في الطعام تقبل بخلاف ما إذا قال أحدهما إنه أذنه صريحا وقال الآخر رآه يشتري ويبيع فسكت لا تقبل. التاسعة عشر اختلف شاهدا الاقرار بالمال في كونه أقر بالعربية أو بالفارسية تقبل بخلافه في الطلاق. العشرون شهد أحدهما بأنه قال لعبده أنت حر وقال الآخر قال له آزدي تقبل. الحادية والعشرون قال لامرأته إن كلمت فلانا فأنت طالق فشهد أحدهما أنها كلمته غدوة والآخر عشية طلقت. الثانية والعشرون إن طلقتك فعبده حر فقال أحدهما طلقها اليوم وقال الآخر أنه طلقها أمس يقع الطلاق والعتاق. الثالثة والعشرون شهد أحدهما أنه طلقها ثلاثا البتة والآخر أنه طلقها ثنتين ألبتة يقضى بطلقتين ويملك الرجعة، ذكره في المنتقى عن هشام عن محمد بخلاف ما إذا شهد أحدهما أنه أعتق كله والآخر أنه أعتق نصفه لا تقبل، وعلى هذا ففرق بين الطلقة والطلقتين وبين هذه، والفرق أنهما هنا اتفقا على البينونة لفظا ومعنى وإن اختلفا في العدد بخلاف تلك. وفي العيون لابي الليث هشام عن محمد في رجل تحته أمة فأعتقت فشهد عليه شاهدان فقال أحدهما أشهد أنك طلقتها وهي أمة ثلاثا وشهد الآخر أنه طلقها بعد ما أعتقت ثلاثا قال: هما تطليقتان فيملك الرجعة لان الثلاث التي شهد بها في حال الرق واحدة منهما ليست بشئ. ولو شهد
***
[١٨٧]
شاهد أن فلانا طلق امرأته ثلاثا ألبتة وشهد الآخر أنه طلقها اثنتين ألبتة فهما تطليقتان يملك الرجعة لانه لا يحتاج إلى قوله ألبتة في ثلاث ا هـ. الرابعة والعشرون شهد أحدهما أنه أعتق بالعربي والآخر بالفارسي تقبل للاتفاق في المعنى بخلاف ما إذا شهد أحدهما أنه قذفه بالعربي والآخر بالفارسي لا تقبل لان العبرة في الحدود للصورة والمعنى جميعا احتياطا للدرء، كذا في البزازية. الخامسة والعشرون اختلفا في مقدار المهر يقضى بالاقل كما في البزازية. وفي جامع الفصولين: شهدا ببيع أو إجارة أو طلاق أو عتق على مال واختلفا في قدر البدل لا تقبل إلا في النكاح تقبل ويرجع في المهر إلى مهر المثل. وقالا: لا تقبل في النكاح أيضا ا هـ. السادسة والعشرون شهد أحدهما أنه وكله بخصومة مع فلان في دار سماها وشهدا الآخر أنه وكله بخصومة فيه وفي شئ آخر تقبل في دار اجتمعا عليه إذ الوكالة تقبل التخصيص وفيما اتفق عليه الشاهدان تثبت الوكالة لا فيما تفرد به أحدهما، فلو ادعى وكالة معينة فشهد بها والآخر بوكالة عامة ينبغي أن تثبت المعينة. ولو شهد بوكالة وزاد أحدهما أنه عزله تقبل في الوكالة لا في العزل، ولو شهد أحدهما أنه وكله بطلاقها وشهد الآخر أنه وكله بطلاقها وطلاق فلانة الاخرى فهو وكيل في طلاق التي اتفقا عليه، كذا في جامع الفصولين. السابعة والعشرون شهد أحدهما بأنه وقفه في صحته والآخر بأنه وقفه في مرضه قبلا إذ شهدا بوقف بات إلا أن حكم المرض ينقض فيما لا يخرج من الثلث، وبهذا لا تمنع الشهادة كما لو شهد أحدهما أنه وقف ثلث أرضه والآخر أنه وقف ربعها، كذا في جامع الفصولين من كتاب الوقف من أحكام المرضى. الثامنة والعشرون ولو شهد شاهد أنه أوصى إليه يوم الخميس وآخر أنه أوصى إليه يوم الجمعة جازت لانها كلام لا يختلف بزمان ومكان، كذا في

***

[١٨٨]

وصايا الولوالجية. التاسعة والعشرون ادعى مالا فشهد أحدهما أن المحتال عليه أحال غريمه بهذا المال وشهد الآخر أنه كفل عن غريمه بهذا المال تقبل، كذا في القنية. الثلاثون شهد أحدهما أنه باعه بكذا إلى شهر وشهد الآخر بالبيع ولم يذكر الاجل. الحادية والثلاثون شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام ولم يذكر الآخر الخيار تقبل فيهما كما ذكره الزيلعي في باب التحالف. الثانية والثلاثون من وكالة منية المفتي شهدوا أنه وكله بالخصومة في هذه الدار عند قاضي الكوفة وآخر قال عند قاضي البصرة جازت شهادتهما ا ه. الثالثة والثلاثون في أدب القضاء للخصاف من باب الشهادة بالوكالة: شهد أحدهما أنه وكله بالقبض والآخر أنه جراه تقبل. الرابعة والثلاثون شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر أنه سلطه على قبضه تقبل. الخامسة والثلاثون شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر أنه أوصى إليه بقبضه في حياته تقبل. السادسة والثلاثون شهد أحدهما أنه وكله بطلب دينه والآخر بتقاضيه تقبل. السابعة والثلاثون شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر بتقاضيه أو طلبه تقبل. الثامنة والثلاثون شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر أنه أمره بأخذه أو أرسله ليأخذه تقبل ا ه. وهي في أدب القضاء وما قبلها. التاسعة والثلاثون اختلفا في زمن إقراره بالوقف تقبل الاربعون اختلفا في مكان إقراره به تقبل. الحادية والاربعون اختلفا في وقفه في صحته أو في مرضه تقبل. الثانية والاربعون شهد أحدهما بوقفها على زيد والآخر على عمرو تقبل وتكون وقفا على الفقراء، وهذه الثلاثة من الاسعاف. قوله: (فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل) يعني عند أبي حنيفة، وعندهما تقبل بناء على أن المعتبر لا غير. قال الشارح: والذي يبطل مذهبهما أن الشاهدين لو شهدا بتطليقة وشهد آخران بثلاث وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف الصداق على شاهدي الثلاث دون شاهدي الواحدة، ولو كان كما قالا أن الواحدة توجد في الثلاث لكان الضمان عليهم جميعا ا ه. وأجيب عنهما بأن الكلام فيما إذا كانت كل شهادة لا توجب شيئا بانفرادها فحينئذ قالا بثبوت ما اتفقا عليه وهو الاقل فيثبت الحق بهما، وأما هنا فكل شهادة لو انفردت أوجبت البينونة ومع شهود الثلاث زيادة فأضيفت البينونة إليهم دون شهود الواحدة لعدم الحاجة إليهم، فلما لم يضف الحكم إليهم لم يضمنوا بالرجوع لهذا المعنى لا لما ذكره. قال الشارح: ولا يلزم ما إذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة

***

[١٨٩]

حيث تقع واحدة لان ذلك لكون الثلاثة صار في يدها فلها أن توقع كلها أو بعضها، ولا يلزم ما إذا طلقها الزوج ألفا حيث يقع الثلاث لانه يتصرف عن ملك فله أن يوقع أي عدد شاء إلا أنه لا ينفذ إلا بقدر المحل ا ه. وقدمنا عن الكافي أن المائة والمائتين والطلقة والطلقتين كالالف والالفين، وظاهره أنه لا يقع شئ عند أبي حنيفة، وقدمنا عن البزازية في المسائل المستثناة ما يقتضي أن يقضي في الطلاق بالاقل اتفاقا. وقد صرح قاضيخان في فتاواه بما في الكافي فكان هو المذهب لان ما في البزازية رواية المنتقى إلا أن يفرق بينهما بما قدمناه، وكذا ما في البزازية قبله لو ادعى ألفين فشهد أحدهما بألف والآخر بألفين يقبل على ألف إجماعا سهو كما لا يخفى. قوله: (وإن شهد الآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ذلك قبلت على الالف) لاتفاقهما على الالف لفظا ومعنى وقد انفرد أحدهما بخمسمائة بالعطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه بخلاف الالف والالفين لان لفظ الالف غير لفظ الالفين ولم يثبت واحد منهما، ولا يقال إن الالف موجود في الالفين لانا نقول: نعم موجود إذا ثبت الالفان فتثبت الالف ضمنا فإذا لم يثبت المتضمن لا يثبت المتضمن. ومقتضى تعليلهم أنه لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وألف أن يقضى بالالف اتفاقا إذا ادعى الاكثر. قيد بقوله والمدعي يدعي الاكثر لانه لو لم يدع فهي باطلة للتكذيب إلا أن يوفق فيقول أصل حقي كان كما قال إلا أني استوفيت الزائد أو أبرأته عنه فحينئذ تقبل على الاقل لظهور التوفيق. ونظير مسألة الكتاب الطلقة والطلقة ونصف والمائة والمائة والخمسون. وفي العناية: لا بد من ذكر التوفيق فيما يحتمله على الاصح فلو سكت عنه لم تقبل ا ه. وهكذا في المعراج بخلاف العشرة وخمسة عشر حيث لا تقبل لانه مركب كالالفين إذا ليس بينهما حرف العطف، ذكره الشارح. وفي القنية: شهد أحدهما على خمسة عشر والآخر على عشرة وخمسة والمدعي يدعي خمسة عشر ينبغي أن تقبل ا ه. وفي الخانية: ولو شهد أحدهما على تطليقه والآخر على تطليقة ونصف أو شهد أحدهما على تطليقة والآخر تطليقة وتطليقة جازت شهادتهما على الاقل عند الكل، ولو شهد أحدهما أنه طلقها إن دخلت الدار وقد دخلت وشهد الآخر أنه طلقها إن كلمت وقد كلمت لا تقبل عند الكل، وكذا لو شهد أحدهما أنه طلقها ثلاثا وشهد الآخر أنه قال لها

أنت علي حرام ونوى الثلاث لا تقبل عند الكل، ولو شهد أحدهما أنه طلقها نصف واحدة وشهد الآخر أنه طلقها ثلث واحدة لا تقبل عند أبي حنيفة، وكذا لو شهد أحدهما أنه طلقها ثلاثا وشهد الآخر أنه طلقها فالشهادة باطلة في قول
***
[١٩٠]
أبي حنيفة، وعندهما جازت على الاقل ا ه. قوله: (ولو شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة تقبل بألف ولم يسمع قوله قضاه إلا أن شهد معه آخر) لاتفاقهما على وجوب الالف وانفراد أحدهما بقضاء النصف فلا يقبل لعدم كمال الحجة، ولا يكون ذلك تكذيبا لشاهد القضاء فيما شهد به بأصل المال لانه لم يكذبه فيما شهد له وإنما كذبه فيما شهد عليه وذلك لا يمنع كما إذا شهدا له بشئ ثم شهدا عليه بحق فإن شهادتهما له لا تبطل وإن كذبهما، وقدمنا فروعا مبينة على هذا الاصل في أول الباب عن الخانية. ولا بد من كون المدعي ادعى الالف وأنكر القضاء وإذ لو قال لم يكن لي عليه إلا خمسمائة لم تقبل أصلا لانه أكذب شهوده، كذا في العمدة. وإن اعترف بالقضاء لزمه خمسمائة، كذا في العمدة قوله: (وينبغي أن لا يشهد حتى يقر المدعي بما قبض) كيلا يصير معينا على الظلم. والمراد من ينبغي معنى يجب فلا تحل له الشهادة وقدمنا حكم ما إذا تحمل شهادة ثم أخبر بما يرفعها من دين ونكاح وقتل أول الشهادات وقد ذكرها في فتح القدير هنا. قوله: (ولو شهدا بقرض ألف وشهد أحدهما أنه قضاه جازت الشهادة على القرض) لتمام الحجة في القرض وعدمها في القضاء، وإنما ذكر هذه وإن علم حكمها مما قبلها لاختلاف الموضوع فإنها في القرض وما قبلها في مطلق ألف وهي في انفراد أحدهما بقضاء الكل وما قبلها بقضاء النصف، والاولى مسألة القدوري، والثانية مسألة الجامع الصغير. ومن جهة المعنى فإنه ربما يتوهم عدم القبول في الثانية لانه لما علم بالقضاء انتفت شهادته أصلا فحين شهد كانت باطلة بخلاف قضاء البعض فإنه يقول شهدت لبقاء الخمسمائة وشهدت بالالف أو لا كما تحملت فكان الاداء واجبا علي بخلاف ما إذا علم بقضاء الكل فإن الاداء لم يجب أصلا فذكرها لدفع هذه الشبهة. وإنما قبلت لانه صادق فيما أخبر به من القرض متقدما ولا ينظر القاضي إلى اعتقاده إنما ينظر إلى أداء شهادته، كذا في المعراج. ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعالى اختلاف الشاهدين في الزمان أو المكان. وذكره في الكافي فقال: وإذا اختلف الشاهدان في المكان أو الزمان في البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف تقبل، وإن اختلفا في الجناية والغصب والقتل والنكاح لا تقبل، والاصل أن المشهود به إذا كان قولا كالبيع ونحوه فاختلاف الشاهدين فيه في الزمان أو المكان لا يمنع قبول الشهادة لان القول مما يعاد ويكرر، وإن كان المشهود به فعلا كالغصب ونحوه أو قولا لكن الفعل شرط صحته كالنكاح فإنه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط فاختلافهما في الزمان أو المكان يمنع القبول لان الفعل
***
[١٩١]
في زمان أو مكان غير الفعل في زمان أو مكان أخر فاختلف المشهود به. ثم قال أبو يوسف ومحمد: إذا اختلف شاهدا القذف في مكان أو زمان لا تقبل وإن كان قولا لان كل واحد منهما إن كان انشاء فهو غيران وليس على كل قذف شاهدان، وإن كان أحدهما انشاء والآخر إخبارا فهما لا يتفقان لان الانشاء أن يقول زنيت أو أنت زان، والاخبار أن يقول قذفتك بالزنا، وأبو حنيفة يقول: يحتمل أنه سمع أحدهما الانشاء والآخر الاخبار فيثبت عندهما قذفه فشهدا به ا ه. وفي جامع الفصولين: الشهادة بعقد تمامه بالفعل كرهن وهبة وصدقه يبطلها الاختلاف في زمان ومكان إلا عند محمد ا ه. فعلم به أن ما في الكافي من أن الرهن والهبة والصدقة من قبيل البيع ونحوه قول محمد وقول الشيخين بخلافه. والحاصل كما في جامع الفصولين أن الاختلاف لا يخلو من وجوه ثلاثة: إما في زمان أو مكان أو انشاء أو إقرار، وكل منها لا يخلو من أربعة أوجه: إما في الفعل أو في القول أو في فعل ملحق بالقول أو عكسه. أما الفعل فيمنع قبول الشهادة في الوجوه الثلاثة، وأما القول المحض كبيع ورهن فلا يمنع مطلقا. وأما الفعل الملحق بالقول وهو القرض فلا يمنع، وأما عكسه كنكاح فيمنع ا ه. وهذا موافق لما في الكافي، وفصل قاضيخان في فتاواه في الرهن والهبة والصدقة بأنهم إذا شهدوا على معاينة القبض واختلفا في الايام والبلدان جازت شهادتهم في قولهما خلافا لمحمد، وإن شهدوا على إقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت في قولهم ا ه. وفي شرح ابن وهبان تنبيه الاختلاف في المكان يوجب الاختلاف في الزمان ولا عكس لجواز أن يشهد عليه في وقتين مختلفين في مكان واحد ا ه. وفي الخانية: ولو اختلفا في الثياب التي كانت على الطالب أو المطلوب أو

المركب أو قال أحدهما كان معنا فلان وقال الآخر لم يكن معنا، ذكر في الاصل أنه يجوز ولا تبطل هذه الشهادة ا هـ. ثم اعلم أن ظاهر إطلاقهم من أن الاختلاف في الزمان في الاقوال غير مانع شامل لما إذا تفاحش أو لا لانهم يمثلونه
***
[١٩٢]
بأمس واليوم وهو ليس بمتفاحش. وفي القنية: أقام شاهدين على الصلح فالجأهما القاضي إلى بيان التاريخ فقال أحدهما أظن كان منذ سبعة أشهر أو أقل أو أكثر وقال الآخر أظن منذ ثلاث سنين أو زيد لا تقبل لما اختلفا هذا الاختلاف الفاحش وإن كان لا يحتاجان إلى بيان التاريخ ا هـ. وفي فتح القدير قبيل باب تفويض الطلاق معزيا إلى كل كافي الحاكم: لو ا ختلفا في الوقت أو المكان أو الزمان بأن شهد أحدهما أنه طلقها يوم النحر بمكة والآخر أنه طلقها في ذلك اليوم بالكوفة فهي باطلة لتيقن كذب أحدهما، ولو شهدا بذلك في يومين متفرقين بينهما في الايام قدر ما يسير الراكب من الكوفة إلى مكة جازت شهادتهما، ولو شهد اثنان أنه طلق عمرة يوم النحر بالكوفة والآخر أنه طلق زينب يوم النحر بمكة فشهادتهما باطلة، ولو جاءت إحدى البينتين فقضى بها ثم جاءت الاخرى لم يلتفت إليها ا هـ. وهذا أيضا مقيد لقولهم إن الاختلاف في الزمان لا يضر في الاقوال فيقال إلا إذا ذكرا مكانين متباعدين. قوله: (ولو شهدا أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران أنه قتله بمصر ردتا) أي لم تقبل الشهادتان لان إحداهما كاذبة وليست إحداهما بأولى من الاخرى. وأشار إلى أنهما لو اختلفا في الزمان أو الآلة التي وقع القتل بها لم تقبل لما بينا. وذكر في السراج الوهاج: وفائدة ذلك إذا قال إن لم أحج العام فعبدي حر فأقام العبد شاهدين أنه قتل يوم النحر بالكوفة فأقام الورثة أنه قتل بمكة ا هـ. وقيد بكون المشهود به القتل لانهم لو شهدوا على إقرار القاتل بذلك في وقتين أو مكانين تقبل لانه قول يعاد ويكرر، كذا في السراج الوهاج. وقد ذكر في القنية من باب البينتين المتضادتين وترجيح إحداهما على الاخرى فروعا حسنة محتاجا إليها فنذكرها على وجه الاقتصار في مسائل: الاولى برهن أولياء المجروح أنه مات بسبب الجرح وبرهن الجارح أنه برئ ومات بعد عشرة أيام فبينة المقتول أولى. الثانية ولو تعارضت بينتا
***
[١٩٣]
الغبن ومثل القيمة في مبيع الوصي مال الصبي فبينة الغبن أولى. الثالثة برهنت الامة على أنه دبرها في مرض موته وهو عاقل وبرهنت الورثة على أنه كان مخلوط العقل فبينة الامة أولى، وكذا في الخلع. الرابعة تعارضت بينتا الغبن ومثل القيمة في بيع الاب مال ولده والتنازع بين المشتري والابن بعد بلوغه ففيه قولان. الخامسة تعارضت بينتان أنه باع وهو بالغ أو في صغره فبينة المشتري أولى لاثباتها العارض. السادسة تعارضت بينتا ابراء المرأة زوجها في صحتها أو مرضها قولان. السابعة تعارضت بينتا الاقرار للوارث في صحة المقر أو في مرضه فالبينة بينة المقر له والقول للورثة عند عدمها وله استحلافهم. الثامنة تعارضت بينتا الاكراه والطوع في الاجازة فبينة الطواعية أولى وإن قضى ببينة الاكراه في الاجازة نفذ. التاسعة تعارضت بينتا البيع صحيحا أو مكرها فقولان. العاشرة تعارضت بينتا البيع باتا ووفاء فالبينة بينة مدعي الوفا. الحادية عشر تعارضت بينتا الكره والطوع في البيع والصلح والاكراه فبينة الكره أولى. الثانية عشر تعارضت بينتا كون زوجة الميت حراما قبل موته بستة أشهر أو حلالا وقت الموت فبينة المرأة أولى. له كنيف في طريق العامة فزعم غيره أنه محدث وزعم صاحبه أنه قديم وأقاما البينة فالبينة بينة من يدعي أنه محدث، وقيل القول للمدعي لكونه متمسكا بالاصل. الثالثة عشر تعارضت بينة الخارج على الوقف عليه مطلقا مع بينة ذي اليد أن بائعي اشتراها من الواقف وأرخ فبينة الوقف أولى، وقيل إلا إذا سبق تاريخ ذي اليد. الرابعة عشر تعارضت بينتا صحة الوقف وفساده فإن كان الفساد لشرط في الوقف مفسد فبينة الفساد أولى، وإن كان لمعنى في المحل وغيره فبينة الصحة أولى، وعلى هذا التفصيل إذا اختلف البائع والمشتري في صحة البيع وفساده. الخامسة عشر تعارضت بينتا الملك المطلق من الخارج والشراء من آخر من ذي اليد فبينة مدعي الملك المطلق أولى. السادسة عشر تعارضت بينتا
***
[١٩٤]
الراهن والمرتهن في قيمة الرهن فبينة الراهن أولى. السابعة عشر تعارضت بينتا وجود الشرط وعدمه فبينة المرأة أولى. الثامنة عشرة تعارضت بينتا بيع الوصي بعد عزله أو قبله فبينة المشتري أولى لما فيها من زيادة إثبات نفاذ الشراء أو سبق التاريخ، وقيل بينة العزل

أولى، وكذا الطلاق والعتاق من الوكيل. التاسعة عشرة تعارضت بينتان في حمار وقال المدعي إنه ملكي غاب عني منذ ثمانية أشهر، وقال ذو اليد اشتريته منذ سبعة عشر شهرا وأقاما البينة فبينة المدعي أولى. العشرون ادعت المرأة البراءة من المهر بشرط وادعاها زوجها مطلقة وأقام البينة فبينة المرأة أولى إن كان الشرط متعارفا يصح الابراء معه، وقيل بينة الزوج أولى. الحادية والعشرون أقام أحد الاخوين بينة أن الدار التي في أيدينا كانت لامي تركتها ميراثا بيني وبين أبي، وأقام الآخر بينة أنها كانت لابينا فتركها ميراثا لنا فبينة الاول أولى لاثباته الزيادة. الثانية والعشرون أقامت المرأة البينة على المهر على أن زوجها كان مقرا بذلك إلى يومنا هذا وأقام الزوج البينة أنها أبرأته من هذا المهر الذي تدعي فبينة البراءة أولى، وكذا في الدين لان بينة مدعي الدين بطلت بإقرار المدعى عليه لما ادعى البراءة ولم تبطل بينة البراءة، وهذا كشهود البيع والاقالة فإن بينة الاقالة أولى لبطلان بينة البيع بإقرار مدعي الاقالة، وينبغي أن يحفظ هذا الاصيل فإنه يخرج به كثير من الواقعات. الثالثة والعشرون ادعى على رجل ستة دنانير فقال المدعى عليه إنه أبرأني عن هذه الدعوى فأقام بينة وأقام المدعي بينة أنه كان أقر له بستة دنانير قيل تصح دعوى الاقرار ثانيا، وقيل لا تصح، وقيل إن ذكر الخصم القبول أو التصديق في الابراء لا يصح وإلا يصح. الرابعة والعشرون تعرضت بينة الصحة والفساد في الشراء ففيه قولان. الخامسة والعشرون تعارضت بينتا الاجازة والرد في بيع الفصولي فبينة المشتري أولى. السادسة والعشرون تعارضت بينتا السكوت والرد في نكاح البكر فبينتها أولى بخلاف ما إذا برهن على إجازتها وهي على ردها فبينته أولى. السابعة والعشرون تعارضت بينتا البيع والوقف عليه مسجلا فبينة مدعي البيع أولى إلا إذا عين الواقف فبينة الوقف أولى لانه يصير مقضيا عليه فلا بد من التعيين كبينة الملك مع بينة العتق ا ه.

***

[١٩٥]

قوله: (فإن قضى بإحداهما أو لا بطلت الاخرى) لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنقض بالثانية، ونظيره لو كان مع رجل ثوبان أحدهما نجس فتحرى وصلى في أحدهما ثم وقع تحريه على طهارة الآخر لا تجوز له الصلاة فيه لان الاول اتصل بحكم الشرع فلا ينتقض بوقوع التحري في الآخر قوله: (ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع بخلاف الذكورة والانوثة والغصب) وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا قطع في الوجهين. وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض. وقيل في جميع الالوان. لهما أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى لان أمر الحد أهم وصار كالذكورة والانوثة. وله أن التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان أو يجتمعان فيكون السواد من جانب وهذا يبصره، والبياض من جانب آخر وهذا يشاهده بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار غالبا على قرب منه، والذكورية والانوثة لا يجتمعان في واحد، وكذا في الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه. أطلق في اللون فشمل جميع الالوان وهو الصحيح، كذا في الكافي وقدمنا الاختلاف فيه. وفي القنية: خلاف غير ما قدمناه عن أبي جعفر أن هذا الخلاف فيما إذا

***

[١٩٦]

اختلفا في صفتين متضادتين كالسواد والبياض، فأما في المتقاربتين كما إذا شهد أحدهما على الصفرة والآخر على الحمرة فإنه تقبل لان الصفرة المشبعة تضرب إلى الحمرة والحمرة إذا رقت تضرب إلى الصفرة، وكثير من العوام لا يميزون بينهما، وكذا إذا شهد أحدهما أنها غبراء والآخر أنها بيضاء تقبل بلا خلاف. وعلى هذا الاختلاف بين الامام وصاحبيه لو اختلفا في ثوب بأن قال أحدهما هروي وقال الآخر مروي. وقيد الاختلاف بما ذكر احترازا عما إذا اختلفا في الزمان أو المكان فإنها لا تقبل لانها من قبيل الافعال. وأشار بقوله شهدا بسرقة بقرة إلى أن المدعي ادعى بقرة مطلقة من غير تقييد بوصف، وأما إذا ادعى سرقة بقرة سوداء أو بيضاء لم تقبل إجماعا لان المدعي كذب أحدهما. قوله: (ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف وشهد آخر بألف وخمسمائة بطلت الشهادة) لانهما لم يتفقا على عقد واحد والشراء بألف غير الشراء بألف وخمسمائة والمقصود إثبات العقد فإذا اختلف المشهود به تعذر الحكم لقصور الحجة عن كمال العدد. أطلقه فشمل ما إذا كان المدعي يدعي أقل المالين أو أكثرهما، وأشار إلى أن المدعي لو كان هو البائع واختلف شاهداه لم تقبل أيضا لما ذكرنا. وذكر علاء الدين السمرقندي أن الشهادة تقبل في مسألة الكتاب لان التوفيق ممكن لان الشراء الواحد قد يكون

بألف ثم يصير بألف وخمسمائة بأن يشتريه بألف ثم يزيده عليه خمسمائة فقد اتفقا على شراء واحد ا هـ. وهو عجيب منه فإن المسألة نص محمد في الجامع الصغير. وقد أجاب في العناية عن دليله بأنه إذا اشترى بألف ثم زاد خمسمائة فلا يقال اشترى بألف وخمسمائة ولهذا يأخذ الشفيع بأصل الثمن ا هـ. ولم يزد في المعراج على قوله وفيه نوع تأمل، ونقله عنه في فتح القدير ولم يبينه، ثم رأيت الجامع الصغير فإذا هو لم يذكر إلا مسألة البيع، وكلام السمرقندي فيما قيس عليها وهو الشراء فلذا قال بالقبول فيه بخلاف ما إذا اختلفا في جنس الثمن كألف درهم ومائة دينار فإنها لا تقبل اتفاقا. وأشار المؤلف رحمه الله إلى أنهما لو شهدا بالشراء ولم يبينا الثمن لم تقبل لما في
***
[١٩٧]
البزازية: ادعى محدودا بسبب الشراء من فلان ودفع الثمن إليه وقبض المدعي بالرضا فشهدا بأنه ملكه بالشراء منه لا تقبل الشهادة لانه دعوى الملك بسبب والقاضي أيضا لا بد أن يقضي بذلك السبب، ولم يذكروا الثمن ولا قدره ولا وصفه والحكم بالشراء بثمن مجهول لا يصح قيل المدعي ذكر التقابض وشهدا على موافقة ومع التقابض لا حاجة إلى ذكر الثمن قلنا شهدا بالشراء لا غير والتقابض لا يندرج تحت لفظ الشراء لا صريحا ولا دلالة، وإذا قضى بالشراء لا بد له من القضاء بالثمن أيضا في هذه الصورة والقضاء بالمجهول لا يتحقق ا هـ. قوله: (وكذا الكتابة والخلع) يعني إذا اختلف الشاهدان في مقدار البدل فيهما لم تقبل. أطلقهما فشمل ما إذا كان المدعي هو العبد وهو ظاهر لان مقصوده هو العقد، وما إذا كان المدعي هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود إثبات السبب كما في الهداية وقيل: إن كان المدعي هو المولى لا تفيد بينته لان العقد غير لازم في حق العبد لتمكنه من الفسخ بالتعجيز. وأطلق الخلع وهو مقيد بما إذا كانت المرأة هي المدعية للخلع لان مقصودها إثبات السبب دون المال فلا يثبت مع اختلافهما فيه كالبيع بخلاف دعوى الدين فإن المقصود منه المال، وإن كان المدعي هو الزوج وقع الطلاق بإقراره فيكون دعوى دين فيثبت الاقل وهو ما اتفقا عليه. وأشار بالكتابة والخلع إلى كل عقد شابههما وهو الصلح عن دم العمد والعتق على مال والرهن ففي الصلح لا بد أن يكون المدعي هو القاتل، وفي الاعتاق لا بد من كون المدعي العبد لان المقصود إثبات العقد والحاجة ماسة إليه، فإن كانت الدعوى من الجانب الآخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لثبوت العفو والعتق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين، فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم يقض بشئ عنده، وعندهما يقضي بالاقل، وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة يقضي بألف اتفاقا. وأما في الرهن فإن كان المدعي هو الراهن لم تقبل لانه لا حظ له في الرهن بعدم لزومه في حق المرتهن فعريت الشهادة عن الدعوى، وإن كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى
***
[١٩٨]
الدين. وصوره الشارح بأن يدعي أنه رهنه ألفا وخمسمائة وادعى أنه قبضه ثم أخذه الراهن فطلب الاسترداد منه فأقام بينة فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة فإنه يثبت أقلهما ا هـ. وهذه صورة دعوى العقد فينبغي أن لا تقبل أصلا ولم يذكر صورة دعوى الدين، وصوره في فتح القدير بأن يقول المرتهن أطالبه بألف وخمسمائة لي عليه على رهن له عندي، وظاهر الهداية أن الرهن إنما هو من قبيل دعوى الدين. وتعقبه في العناية تبعا للنهاية بأن عقد الرهن بألف غيره وخمسمائة فيجب أن لا تقبل البينة وإن كان المدعي هو المرتهن لانه كذب أحد شاهديه. وأجيب بأن العقد غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متى شاء فكأنه في حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين لان الرهن لا يكون إلا بدين فتقبل البينة كما في سائر الديون ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا ا هـ. ولم يذكر المؤلف الاجارة لكن أشار بالبيع إليها ولذا قال في الهداية: إن كان ذلك في أول المدة فهو نظير البيع وإن كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين ا هـ. قيد بكون المدعي هو الآجر للاحتراز عما إذا كان المدعي هو المستأجر فهو دعوى العقد بالاجماع لانه معترف بمال الاجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين أو اختلافهما فيه ولا يثبت العقد للاختلاف، كذا في فتح القدير. وحاصله أن بعضهم قال إن كان ذلك اعترافا منه بمال الاجارة فيجب ما اعترف به ولا حاجة إلى الشهود لانه إن أقر بالاكثر فلا يبقى نزاع، وإن أقر بالاقل فالآجر لا يأخذ منه بينة سوى ذلك، كذا في النهاية. وفي بعض الشروح: فإن كان الدعوى من المستأجر فهذا دعوى العقد بالاجماع. قال في العناية: وهو في معنى
***

[١٩٩]
الاول لان الدعوى إذا كانت في العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستأجر باعترافه ا ه. وفي جامع الفصولين: شهدا برهن ولم يعلما قدر الدين لم يجز ا ه. ولم أر صريحا حكم الصلح عن المال وإنما سكتوا للعمل به من الصلح فإنه إن كان بمال عن إقرار كان بيعا وقد علم حكمه، وإن كان بمنافع كان إجارة وقد علم حكمها. ولم يذكروا اختلافهما في الكفالة والحوالة ولا يتصور الدعوى بها إلا من الطالب، والظاهر أنها من قبيل دعوى الدين فإذا اختلفا في مقدار المكفول به قضي بالاقل ولا تتصور في الحوالة إلا من المحتال وهي كالكفالة قوله: (فإما في النكاح فيصح بألف) استحسانا. وقالا: هي باطلة أيضا لانه اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فأشبه البيع. ولابي حنيفة أن المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت، فإذا وقع الاختلاف في البيع يقضى الاقل لاتفاقهما عليه. أطلقه فشمل ما إذا ادعت أقل المالين وأكثرهما وهو الصحيح، وشمل ما إذا كان المدعي الزوج أو المرأة وهو الاصح كما في الهداية. وقيل: الاختلاف فيما إذا كانت هي المدعية وفيما إذا كان المدعي هو الزوج فالاجماع على عدم قبولها لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس إلا العقد وصححه في الفوائد كما في النهاية قوله: (وملك المورث لم يقض لوارثه بلاجر إلا أن يشهدا بملكه أو يده أو يد مستعيره وقت الموت) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف. هو يقول: إن ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة للوارث. وهما يقولان: إن ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل إلا أنه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة، وكذا على قيام يده لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت. والمراد بالمستعير الامين مستعيرا أو مودعا أو مستأجرا لان يده قائمة مقام يده فأغنى ذلك عن الجر والنقل. ولو قال أو يد من يقوم مقامه لكان أولى ليشمل الامين وغيره كالغاصب والمرتهن، فالجر أن يقول الشاهد مات وتركها ميراثا له أو ما يقوم مقامه من إثبات ملكه وقت الموت أو إثبات يده أو يد من قام مقامه، فإذا أثبت الوارث أن العين كانت
***
[٢٠٠]
لمورثه لا يقضى له وهو محل الاختلاف بخلاف الحي إذا أثبت أن العين كانت له فإنه يقضى له بها اعتبارا للاستصحاب إذا الاصل البقاء. وكذا إذا أقام البينة أنه اشتراها من فلان فإنه يكفي ولا يحتاج إلى إثبات ملك البائع وقته لان الشراء موضوع للملك بخلاف الموت فإنه مزيل له، ولذا لم يصح التعليق بقوله للوارث إن مات سيدك فأنت حر. ثم اعلم أن القضاء للوارث لا بد فيه للمشهود من الجر كما قدمناه، ولا بد فيه من بيان سبب الوراثة فإذا شهدوا أنه أخوه فلا بد فيه من بيان أنه أخوه لابيه وأمه أو لاحدهما. وفي البزازية: وكذا إذا شهدوا أنه عمه أو مولاه لم تقبل لان المولى مشترك، فإن قالا هو مولاه أعتقه أو نعلم له وارثا غيره فحينئذ تقبل. وفي الظهيرية: ادعى أنه وارث فلان الميت وأقام شاهدين فشهدا أنه وارث فلان الميت لا وارث له سواه فإن القاضي يسألهما عن النسب ولا يقضي قبل السؤال، ولو أقام المدعي بينة أنه وارث فلان وأن قاضي بلد كذا فلان بن فلان قضى بأنه وارثه لا وارث له غيره وأشهدنا على قضائه ولا ندري بأي سبب قضى، فإن القاضي يسأل المدعي عن النسب الذي قضى له القاضي به فإن بين قضى له بالميراث لان قضاء القاضي يحمل على الصحة والسداد ما أمكن ولا ينقض بالشك، ولا يقضي بالنسب الذي بين المدعي لان هذا القاضي لا يدري أن القاضي الاول هل قضى بذلك النسب أم لا ا ه. وفيها من كتاب الدعوى: والابن إذا ادعى دارا بجهة الوراثة فشهد الشهود أنها كانت دارا لابيه وقت الموت ولم يقولوا في شهادتهم وهو ابنه ووارثه قال بعضهم: لا تصح هذه الشهادة فإن محمدا رحمه الله تعالى ذكر في الزيادات وشهدوا أنه ابنه ووارثه قالوا: إنما ذكر ذلك لازالة وهم الرضاع. والاصح أن قوله ووارثه وقع اتفاقا ولا معول عليه فإنه ذكر في الاب والام وهو أبوه وأمه وجوز الشهادة وإن لم يذكروا وارثه، فإن ادعى أنه عم الميت يشترط لصحة الدعوى
***
[٢٠١]
أن يفسر فيقول عمه لابيه وأمه أو لابيه أو لامه، ويشترط أيضا أن يقول ووارثه وإذا أقام البينة لا بد للشهود من نسبة الميت والوارث

حتى يلتقيا إلى أب واحد وكذا هذا في الاخ والجد ا هـ. وفي البزازية: وكذا إذا شهدوا أنه ابن ابنه أو بنت ابنه لا بد أن يقولوا إنه وارثه. وقيد بالملك لان إثبات شراء المورث لا يتوقف على الجد لما في الظهيرية: ادعى دارا في يد رجل أن أباه اشتراها من ذي اليد بألف درهم ومات أبوه فجحد البائع ذلك صح دعواه وإن لم يذكر في دعواه أن أباه مات وتركها ميراثا له وهو الذي يقال الجر شرط عند أبي حنيفة ومحمد لصحة الدعوى، ثم القاضي يسأل البينة فإذا أقام البينة على ذلك وقالوا لا نعلم له وارثا غيره يقضي القاضي بالبينة ويأمر المدعي أن ينقد الثمن، ولو كانت الدار في يد رجل آخر غير البائع لا بد من الجر لصحة الدعوى ا هـ. وبه ظهر أن الجر شرط صحة الدعوى لا كما يتوهم من كلام المصنف من أنه شرط القضاء بالبينة فقط. ومن شرط قبول الشهادة بالميراث أن يدرك الشاهد الميت ولذا قال في البزازية: شهدا أن فلان بن فلان مات وترك هذه الدار ميراثا ولم يدركا الميت فشهادتهما باطلة لانهما شهدا بملك لم يعاينا سببه ولا رأياه في يد المدعي، كذا في البزازية. ومن الشروط قول الشاهد لا وارث له غيره. وفي البزازية: ويشترط ذكر لا وارث له غيره لاسقاط التلوم عن القاضي. وقوله لا أعلم له وارثا غيره عندنا بمنزلة ولا وارث له غيره، ولو قال لا وارث له غيره بأرض كذا تقبل عنده خلافا لهما ا هـ. ولا يشترط ذكر اسم الميت حتى لو شهدوا أنه جده أبو أبيه ووارثه ولم يسم الميت تقبل بدون ذكر اسم الميت. وفي الاقضية: شهدا بأنه جد الميت وقضى له به ثم جاء آخر وادعى أنه أبو الميت وبرهن فالثاني أحق بالميراث. شهدا أنه أخو الميت وقضى له به شهد هذان لآخر على أنه ابن الميت أيضا لا يبطل القضاء الاول بل يضمنان للثاني ما أخذ الاول من الميراث، كذا في البزازية. قوله: (ولو شهدا بيدجي منذ شهر ردت) وعن أبي يوسف أنها تقبل لان اليد مقصودة كالملك، ولو شهدوا أنها ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما لو شهدا بالاخذ من المدعي ووجه الظاهر وهو قولهما إن الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان فتعذر القضاء بإعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف، وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد. وقوله منذ شهر ليس بقيد فإن الخلاف ثابت فيما لم يذكره فإنه ذكر الامام التمرتاشي: لو شهدوا الحي أن العين كان في يده لم تقبل لان

***

[٢٠٢]

اليد محتملة يد غصب أو يد ملك فإن كانت يد غصب عن ذي اليد لا تجب إعادته، وإن كانت يد ملك تجب فلا تجب بالشك، كذا في النهاية وجامع الفصولين قوله: (ولو أقر المدعى عليه بذلك أو شهد شاهدان أنه أقر أنه كان في يد المدعي دفع إلى المدعي) لان الاقرار معلوم فتصح الشهادة به وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار. وفي البزازية: الاصل في باب الشهادة أن الشهادة بالملك المنقضي مقبولة لا باليد المنقضية لان الملك لا يتنوع واليد تتنوع باحتمال أنه كان له فاشتراه منه ا هـ. قيد بالاقرار باليد مقصودا لانه لو أقر له بها ضمنا لم تدفع إليه كما سيأتي في الاقرار. وإنما قال دفع إليه دون أن يقول إنه إقرار بالملك له لانه لو برهن على أنه ملكه فإنه يقبل لما في جامع الفصولين: أخذ عينا من يد آخر وقال إني أخذته من يده لانه كان ملكي وبرهن على ذلك تقبل لانه وإن كان ذا يد بحكم الحال لكنه لما أقر بقبضه منه فقد أقر أن ذا اليد في الحقيقة هو الخارج، ولو أقر المدعى عليه أني أخذته من المدعي لانه كان ملكي فلو كذبه المدعي في الاخذ منه لا يؤمر بالتسليم إلى المدعي لانه رد إقراره وبرهن على ذي اليد، ولو صدقه يؤمر بتسليمه إلى المدعي فيصير المدعي ذا يد فيحلف أو يبرهن الآخر ا هـ. وقيد بكونه أقر أنه كان بيده لانه لو أقر أنه كان بيد المدعي بغير حق ففيه اختلاف، قيل هو اقرار باليد وهب يفتى، وقيل لا إلا أن يقر أنه كان بيده بحق، كذا في جامع الفصولين. وقيد بالاقرار بكونه في يد المدعي لانه لو ادعى عقارا فأقر المدعى عليه أنه بيده لم تقبل حتى يبرهن المدعي أو يعلم القاضي بخلاف المنقول وسيأتي في الدعوى إن شاء الله تعالى والله أعلم. باب الشهادة على الشهادة لا يخفى حسن تأخير شهادة الفروع عن الاصول قوله: (تقبل فيما لا يسقط بالشبهة)

***

[٢٠٣]

أي يقبل أداء الفروع في حق لا تسقطه الشبهة استحسانا لشدة الحاجة إليها إذ شاهد الاصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهاد على شهادته أدى إلى إتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وإن كثرت إلا أن فيها شبهة من حيث البدلية أو من حيث إن فيها زيادة الاحتمال وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص.

أطلقه فشمل الوقف وهو الصحيح احياء له وصونا عن اندراسه، وشمل التقرير وهو مصرح به في الاجناس وقضاء القاضي وكتابه كما في الخانية، وما في المبسوط من أن الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين أن قاضي بلدة كذا حد فلانا في قذف تقبل حتى ترد شهادة فلان لا يرد نقضا على قولنا لا تقبل في الحدود فإن المشهود به فعل القاضي وهو مما يثبت مع الشبهات. والمراد بالشهادة بالحد الشهادة بوقوع أسبابها الموجبة لها مع أن في المحيط لا تقبل هذه الشهادة وشمل النسب كما في خزانة المفتين. وفي القنية: أشهد القاضي شهودا أني حكمت لفلان على فلان بكذا فهو إشهاد باطل لا عبرة به والحضور شرط ا ه. وفي يتيمة الدهر: وكتبت إلى الحسن بن زياد إذا أشهد القاضي على قضائه الشاهدين اللذين شهدا في تلك الحادثة هل يصح اشهاده اياهما؟ فقال: نعم لكنه ينفصل عن القبول في الحكم ا ه. قوله: (إن شهد رجلان على شهادة شاهدين) أي كل من الشاهدين فعلى كل أصل شاهدن، سواء كانا هما أو غيرهما. وقال الشافعي: لا يجوز الاربع على كل أصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام واحد فصارا كالمرأتين. ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما لو شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل. وقوله رجلان وقع اتفاقا لانه يجوز أن يشهد عليها رجل وامرأتان لتمام النصاب، وكذا لا يشترط أن يكون المشهود على شهادته رجلا لان للمرأة أيضا أن تشهد على شهادتها رجلين أو رجلا وامرأتين، ويشترط أن يشهد على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة، كذا ذكر الشارح. وقد توهم المقدسي في الحاوي أنه قيد احترازي فقال: ولا تقبل شهادة النساء على الشهادة ا ه. وهو غلط. أطلق الرجلين فشمل شهادة الابن على شهادة الاب فإنها جائزة وعلى قضائه لا يجوز، كذا في الخلاصة. وصحح في خزانة المفتين وفي البزازية الجواز على قضائه أيضا. وفي كافي الحاكم: وإن شهد كافران على شهادة مسلمين لكافر على كافر بحق لم تجز، وكذا لو شهد كافران على قضاء قاض لكافر أو لمسلم على كافر ولو شهد مسلمان على شهادة كافر جازت الشهادة ا ه. قوله: (لا شهادة واحد على شهادة واحد) أي لا تقبل. أطلق في الواحد الثاني فشمل المرأة لما قدمناه أنه لا بد من نصاب الشهادة على شهادتها. والمراد من الواحد الاول ما كان أقل من نصاب الشهادة فلذا قال في الخزانة: ولو أن عشرة نسوة شهدن على شهادة واحد أو على شهادة امرأتين أو على شهادة امرأة لا يقبل الحاكم ذلك حتى يشهد معهن رجل ا ه.

***

[٢٠٤]

وأشار إلى أنه لو شهد النصاب على شهادة واحد لم يقض، فلو شهد عشرة على شهادة واحد تقبل ولكن لا يقضي حتى يشهد شاهد آخر لان الثابت بشهادتهم شهادة واحد، كذا في الخزانة. وفي البزازية معزيا إلى الاصل: شهدا على رجل وأحدهما في شهادة فرع عن آخر ثم شهد هذا بعد نقل شهادة الاصل على شهادة نفسه لا تقبل لادائه إلى أن يثبت بشهادة واحد ثلاثة أرباع الحق وأنه خلاف وضع الشهادة، ولو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة غيره يصح ا ه قوله: (والاشهاد أن يقول اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلانا أقر عندي بكذا) لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل ولا بد أن يشهد عند القاضي لينقله إلى مجلس القاضي. ولم يذكر المؤلف بعد قوله أقر عندي بكذا وأشهدني على نفسه لانه ليس بشرط لان من سمع إقرار غيره حل له الشهادة وإن لم يقل له اشهد كما قدمناه. وإنما قالوا الفرع كالنائب ولم يجعلوه نائبا لما قدمناه من أن له أن يقضي بشهادة أصل وفرعين عن أصل آخر، ولو كان الفرع نائبا حقيقة لما جاز الجمع بين الاصل والخلف، كذا في النهاية. وقد يقال إنه فرع عمن تعذر حضوره لا عن الاصل الحاضر فلا يضر الجمع لو جعل نائبا حقيقة إذ هو جمع بين أصل وفرع أصل آخر. قيد بقوله اشهد لانه لو لم يقل له اشهد لم يسعه أن يشهد على شهادته وإن سمعها منه لما قدمناه. وقيد بقوله على شهادتي لانه لو قال اشهد علي بذلك لم تجز له الشهادة لانه لفظ يحتمل لاحتمال أن يكون الاشهاد على نفس الحق المشهود به فيكون أمرا بالكذب. وقيد به على لانه لو قال بشهادتي لم تجز له لاحتمال أن يكون أمرا بأن يشهد مثل شهادته بالكذب. وقيد بالشهادة على الشهادة لان الشهادة بقضاء القاضي صحيحة وإن لم يشهدهما القاضي عليه. وذكر في الخلاصة اختلافا بين أبي حنيفة وأبي يوسف فيما إذا سمعاه في غير مجلس القضاء فجوزه أبو حنيفة وهو الاقيس، ومنعه أبو يوسف وهو الاحوط ا ه. وأشار بعدم اشتراط قبوله إلى أن سكوت الفرع عند تحميله يكفي لكن لو قال لا أقبل قال في القنية: ينبغي أن لا يصير شاهدا حتى لو

***

[٢٠٥]
شهد بعد ذلك لا تقبل ا هـ. وفي الحاوي القدسي: ولا ينبغي أن يشهد الشاهد على شهادة من ليس بعدل عنده ا هـ. قوله: (وأداء الفرع أن يقول أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته إن فلانا أقر عندي بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بكذا) لانه لا بد من شهادته وذكره في شهادة الاصل وذكر التحميل وهو الاوسط وفيه خمس شينات، ولها لفظ أطول من هذا فيه ثمان شينات وأقصر منه أربع شينات بذكر أمرني فلان أن أشهد باسقاط أشهدني، وأقصر من الكل ما فيه شينان بأن يقول أشهد على شهادة فلان بكذا، ذكره محمد في السير الكبير وهو اختيار الفقيه أبي الليث وأبي جعفر وشمس الائمة السرخسي، وهو أسهل وأيسر وأقصر. وروي أن أبا جعفر كان يخالفه فيه علماء عصره فأخرج لهم الرواية من السير فانقادوا إليه. وقوله فلان تمثيل وإلا فلا بد من بيان شاهد الاصل لما في الصغرى: شهود الفرع يجب أن يذكروا أسماء الاصول وأسماء آبائهم وأجدادهم حتى لو قالا نشهد أن رجلين نعرفهما أشهدانا على شهادتهما أنهما يشهدان بكذا وقالا لا نسميهما أو لا نعرف أسماءهما لم تقبل لانهما تحملا مجازفة لا عن معرفة ا هـ. والله أعلم قوله: (ولا شهادة للفرع إلا بموت أصله أو مرضه أو سفره) لان جوازها عند الحاجة وإنما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز به. وإنما اعتبرنا السفر لان العجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى أدير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم. وعن أبي يوسف: إن كان في مكان لو غدا إلى أداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس. قالوا: الاول أحسن وهو ظاهر الرواية كما في الحاوي، والثاني أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث وكثير من المشايخ. وقال فخر الاسلام: أنه حسن. وفي السراجية: وعليه الفتوى. وعن محمد أنه يجوز كيفما كان حتى روي عنه إنه إذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع على شهادته في زاوية أخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم. ودل كلام المصنف أن السلطان والامير لا يجوز إشهادهما في البلد وهي في القنية، وظاهر كلامه الحصر في الثلاثة وليس كذلك فقد صرح في القنية بأن الاصل إذا كانت امرأة مخدرة يجوز إشهادها على شهادتها وهي التي لا تخالط الرجال ولو خرت لقضاء حاجة أو للحام ا هـ. وفي السراج الوهاج: إذا كان شاهد الاصل محبوسا في المصر فأشهد على شهادته هل يجوز للفرع أن يشهد على شهادته؟ وإذا شهدا عند القاضي هل يحكم بها؟ قال في الذخيرة: اختلف فيه مشايخ زماننا قال
***
[٢٠٦]
بعضهم إن كان محبوسا في سجن هذا القاضي لا يجوز لان القاضي يخرجه من سجنه حتى يشهد ومن ثم يعيده إلى السجن، وإن كان في سجن الوالي ولا يمكنه الخروج للشهادة يجوز ا هـ. وأطلق في التهذيب جوازها بحبس الاصل وقيد شهادة الفرع أي عند القاضي لان وقت التحمل لا يشترط له أن يكون بالاصول عذر لما في خزانة المفتين: والاشهاد على شهادة نفسه يجوز وإن لم يكن بالاصول عذر حتى لو حل بهم العذر من مرض أو سفر أو موت يشهد الفروع ا هـ وأطلق في مرضه وقيد في الهداية بأن لا يستطيع الحضور إلى مجلس القاضي. وفي شرح المجمع للمصنف: المرض الذي لا يتعذر معه الحضور لا يكون عذرا ا هـ. وظاهر قوله أو سفره أنه يجوز بمجرد سفر الاصل بأن يجاوز بيوت مصره قاصدا ثلاثة أيام ولياليها وإن لم يسافر ثلاثا، وظاهر كلام المشايخ أنه لا بد من غيبة الاصل ثلاثة أيام ولياليها كما أفصح به في الخانية قوله: (فإن عدلهم الفروع صح) أي قبل تعديلهم لانهم من أهله. وفي الصغرى: وهو ظاهر الرواية وهو الصحيح لان الفرع نائب ناقل عبارة الاصل إلى مجلس القاضي فبالنقل ينتهي حكم النيابة فيصير أجنبيا فيصح تعديله ا هـ. والمراد أن الفروع معروفون بالعدالة عند القاضي فعدلوا الاصول وإن لم يعرفهم بها فلا بد من تعديلهم وتعديل أصولهم. وأشار المؤلف رحمه الله تعالى إلى أن أحد الشاهدين لو عدل صاحبه وهو معروف بالعدالة عند القاضي فإنه يجوز لان العدل لا يتهم بمثله. واختاره في الهداية ونقل فيه قولين في النهاية. والحاصل كما في الخانية أن القاضي إن عرف الاصول والفروع بالعدالة قضى بشهادتهم، وإن عرف أحدهما دون الآخر سأل عمن لم يعرفه، وإذا شهد الفروع على شهادة أصل فردت شهادته لفسق الاصل لا تقبل شهادة أحدهما بعد ذلك ا هـ. قوله: (وإلا عدلوا) أي إن لم يعد لهم الفروع ولم يعرفهم القاضي بالعدالة سأل عنهم وهذا عند أبي يوسف. وقال محمد: لا تقبل لانه لا شهادة إلا بالعدالة فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل. ولابي يوسف أن الواجب عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم، وإذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما إذا حضروا بأنفسهم وشهدوا كذلك في الهداية والكافي، وظاهره أنه يجوز للفرع

التحمل والاداء وإن لم يعرف عدالة الاصل. وفي خزانة المفتين: الفرع إذا لم يعرف الاصل
***
[٢٠٧]
بعدالة ولا غيرها فهو مسئ في الشهادة على شهادته بتركه الاحتياط ا ه‍. وقالوا: الاساءة أفحش من الكراهة. وقوله وإلا صادق بصور: الاولى أن يسكتوا وهو المراد هنا كما أفصح به في الهداية. الثانية أن يقول الفروع للقاضي بعد السؤال لا نخبرك فجعله في الخانية على الخلاف بين الشيخين، فقولهما لا نخبرك بمنزلة قولهما لا نعرف الاصل أعدل أم لا؟ وذكر الخصاف أن عدم القبول جواب ظاهر الرواية كما ذكره القاضي الامام على السغدي في شرح أدب القاضي، وذكر الحلواني أن القاضي يقبل شهادتهما ويسأل عن الاصل وهو الصحيح لان الاصل بقي مستورا. ووجه المشهور أن قولهما لا تخبرك جرح للاصول واستشهد الخصاف قال: ألا ترى أنهما لو شهدا عند القاضي على شهادة رجل وقالا للقاضي إنا نتهمه في الشهادة لم يقبل القاضي شهادتهما على شهادته فكذا إذا قال لا نخبرك. ووجه رواية أبي يوسف أن هذا يحتمل أن يكون جرحا ويحتمل أن يكون توقفا فلا يثبت الجرح بالشك، كذا في الفتاوى الصغرى. الثالثة أن يقول الفرع للقاضي إنا نتهمه في الشهادة فإن القاضي لا يقبله، كذا في الخانية وهو ما قدمناه من شاهد الخصاف. قوله: (وتبطل شهادة الفروع بانكار الاصل الشهادة) أي الاشهاد بأن قالوا لم نشهدهم
***
[٢٠٨]
على شهادتنا فماتوا وغابوا ثم شهد الفروع لم تقبل لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط. قيد بالانكار لانه لو سألوا فسكتوا لم يبطل الاشهاد، كذا في الخلاصة. وفيها معزوا إلى الجامع الكبير: إذا شهدا على شهادة رجلين أنه أعتق عبده ولم يقض بشهادتهما حتى حضر الاصلان ونهيا الفروع عن الشهادة صح النهي عند عامة المشايخ. وقال بعضهم: لا يصح والاول أظهر ا ه‍. وأشار المؤلف رحمه الله تعالى إلى أن المروي عنه إذا أنكر الرواية بطلت الرواية، كذا في الخلاصة وهي مسألة الاصول. واستشكل في فتح القدير عمل المشايخ بالمسائل التي أنكرها أبو يوسف على محمد حين عرض عليه الجامع الصغير وقدمناه في الصلاة وذكرناه في شرح المنار. وفي الخلاصة: لو نهاه عن الرواية وسعه الرواية عنه ا ه‍. فعلى هذا يفرق بين الشهادة والرواية على قول العامة. ومما يبطل الاشهاد خروج الاصل عن أهلية الشهادة لما في خزانة المفتين: وإذا خرس الاصلان أو فسقا أو عميا وارتدا أو جنا لم تجز شهادة الفروع ا ه‍. ومما يبطله أيضا حضور الاصل قبل القضاء. قال في الخانية: ولو إن فروعا شهدوا على شهادة الاصول ثم حضر الاصول قبل اقضاء لا يقضى بشهادة الفروع ا ه‍. وظاهر قوله لا يقضى دون أن يقول بطل الاشهاد أن الاصول لو غابوا بعد ذلك قضى بشهادتهم. وذكر في كتاب القاضي إلى القاضي إذا كتب للمدعي كتابا ثم حضر بلد المكتوب إليه قبل أن يقضي المكتوب إليه بكتابه لا يقضى بكتابه كما لو حضر شاهد الاصل ا ه‍. وفي اليتيمة سئل الخجندي عن قاض قضى لرجل بملك الارض بشهادة الفروع ثم جاء الاصول هل يبطل الفروع؟ فقال: هذا مختلف بين أصحابنا، فمن قال إن القضاء يقع بشهادة الاصول يبطل، ومن قال القضاء يقع بشهادة الفروع لا يبطل ا ه‍. وهذا الاختلاف عجيب
***
[٢٠٩]
فإن القضاء كيف يبطل بحضورهم فالظاهر عدمه قوله: (ولو شهدا على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف وقالا أخبرانا أنهما يعرفانها فجاآ بامرأة فقالا لا ندري أهي هذه أم لا؟ قيل للمدعي هات شاهدين إنها فلانة) لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة فلعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة، نظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على أن المحدود بها في يد المدعى عليه، وكذا إن أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يديه. وأشار المؤلف رحمه الله تعالى بقوله على فلانة إلى آخره إلى أنه يشترط في الاشهادة الاعلام بأقصى ما يمكن ولذا قال في الخانية: رجل أشهد رجلا على شهادته فإن كان الذي له المال والذي عليه المال حاضرين عند الاشهاد بقوله أشهد أن فلان بن فلان هذا أقر عندي أن لفلان بن فلان هذا عليه ألف درهم كان الاشهاد صحيحا، وإن كانا غائبين أو أحدهما حاضر والآخر غائب أو ميت ينبغي له أن ينسب ب الغائب منهما أو الميت منهما إلى أبيه وجده وقبيلته وما يعرف به لان مجلس

الاشهاد بمنزلة مجلس القضاء، فكما يشترط في أداء الشهادة الاعلام بأقصى الامكان يشترط في الاشهاد ا ه. وفي البزازية وفي طلاق شيخ الاسلام أقر أن عليه لفلان بن فلان الفلاني كذا فجاء رجل بهذا الاسم وادعاه وقال أردت به رجلا آخر مسمى بذلك صدق قضاء ولا يقضى عليه بالمال ا ه. وفي وصايا الخانية: قال المريض لرجل علي ألف درهم يعطي المال كله للورثة ولا يوقف شئ، ولو قال لمحمد عليه ألف درهم دين ولا يعرف محمد يوقف مقدار الدين ا ه. وفي المصباح: فلان وفلانه بدون ألف ولام كناية عن الاناسي وبهما كناية عن البهائم يقال ركبت الفلانة وحلبت الفلانة. قوله: (وكذا كتاب القاضي إلى القاضي) لانه في معنى الشهادة على الشهادة إلا أن القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل. ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعالى جواب المدعى عليه ولا بد منه فإنه إن قال لست أنا فلان بن فلان الفلاني كان البيان على المدعى وأنه أقر أنه فلان بن فلان وادعى الاشتراك في الاسم والنسب كان البيان على المدعى عليه ولذا قال في الخانية: القاضي إذا كتب كتابا وكتب في كتابه اسم المدعى عليه ونسبه على وجه الكمال فقال المدعى عليه لست أنا فلان بن فلان الفلاني والقاضي المكتوب إليه لا يعرفه يقول القاضي للمدعي أقم البينة أنه فلان بن فلان، فإن قال المدعى عليه أنا فلان بن فلان وفي هذا الحي أو الفخذ أو في هذه الحارة أو في هذه البلدة رجل غيري بهذا الاسم يقول له القاضي أثبت ذلك، فإن أثبت ذلك تندفع عنه الخصومة كما لو علم القاضي

***

[٢١٠]

بمشارك له في الاسم والنسب لان حال وجود الشريك في الاسم والنسب لا يتعين هو للكتاب، وإن لم يثبت ذلك يكون خصما، وإن أقام المدعي البينة أنه كان باسمه ونسبه رجل آخر ومات ذلك لا يقبل قوله لانه لا حق له في إثبات حياة ذلك الميت، وإن كان يعلم ما قاله المدعى عليه، فإن كان يعلم بموت ذلك الرجل بعد تاريخ الكتاب لا يقبل كتاب القاضي، وإن كان قبل ذلك قبل، وكذا لو كان لا يدري وقت موت ذلك الرجل ا ه قوله: (وإن قالا فيهما التميمية لم يجز حتى ينسباها إلى فخذها) لان التعريف لا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة إلى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة إلى الفخذ لانها خاصة. وفسر في الهداية الفخذ بالقبيلة الخاصة، وفي الشرح بالجد الاعلى. وفي المصباح: الفخذ بالكسر وبالسكون للتخفيف دون القبيلة وفوق البطن، وقيل دون البطن وفوق الفصيلة وهو مذكر لانه بمعنى النفر. والفخذ من الاعضاء مؤنثة والجمع فيها أفخاذ ا ه. وفي المصباح: الفخذ آخر القبائل أولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ. وقال في غيره: الفصيلة بعد الفخذ فالشعب بفتح الشين يجمع القبائل، والقبائل تجمع العمائر، والعمارة بكسر العين تجمع البطون، والبطن يجمع الافخاذ، والفخذ يجمع الفصائل. وفي القاموس: الفخذ ككتف ما بين الورك والساق وحي الرجل إذا كان من أقرب عشيرته ا ه. وذكر الزمخشري أن العرب على ست طبقات: شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفصيلة. فمضر شعب وكذا ربيعة ومذحج وحمير وسميت شعوبا لان القبائل تتشعب منها. وكنانة قبيلة، وقريش عمارة، وقصي بطن، وهاشم فخذ، والعباس فصيلة، فعلى هذا لا يجوز الاكتفاء بالفخذ ما لم ينسبها إلى الفصيلة لانها دونها ولذا قال الله تعالى * (وفصيلته التي تؤويه) * (المعارج: ١٣) ومنهم من ذكر بعد الفصيلة العشيرة وتمامه في فصل الكفاءة من النكاح. والحاصل أن التعريف بالاشارة إلى الحاضر وفي الغائب لا بد من ذكر الاسم، والنسب والنسبة إلى الاب لا تكفي عند الامام ومحمد، ولا بد من ذكر الجد خلافا للثاني فإن لم ينسب إلى الجد ونسبه إلى الفخذ الاب الاعلى كتميمي وبخاري لا يكفي وإن إلى الحرفة لا إلى القبيلة. والجد لا يكفي عند الامام، وعندهما إن كان معروفا بالصناعة يكفي. وإن نسبها إلى زوجها يكفي والمقصود الاعلام. ولو كتب إلى فلان بن فلان الفلاني على فلان السندي عبد فلان بن فلان الفلاني كفى اتفاقا لانه ذكر تمام التعريف، ولو ذكر اسم المولى واسم أبيه لا غير ذكر السرخسي أنه لا يكفي، وذكر شيخ الاسلام أنه يكفي وبه يفتي لحصول التعريف بذكر ثلاثة: العبد والمولى وأبوه. وإن ذكر اسم العبد والمولى أن نسب إلى قبيلة الخاص لا يكفي على ما ذكره السرخسي، ويكفي على ما ذكره شيخ الاسلام لوجوه ثلاثة، وإن لم يذكر

***

[٢١١]

قبيلته الخاص لا يكفي، وإن ذكر اسم العبد ومولاه ونسب العبد إلى مولاه ذكر شيخ الاسلام أنه يكفي وبه أفتى الصدر لانه وجد ثلاثة أشياء، وشرط الحاكم في المختصر للتعريف ثلاثة أشياء: الاسم والنسبة إلى الاب والنسبة إلى الجد أو الفخذ أو الصناعة. والصحيح أن

النسبة إلى جد لا بد منه وإن كان معروفا بالاسم المجرد مشهورا كشهرة الامام أبي حنيفة يكفي، ولا حاجة إلى ذكر الاب والجد. وفي الدار كدار الخلافة وإن مشهورة لا بد من ذكر الحدود عنده، وعندهما هي كالرجل. ولو كنى بلا تسمية لم تقبل إلا إذا كان مشهورا كالامام. ولو كتب من ابن فلان إلى فلان لم يجز إلا أن اشتهر كابن أبي ليلى، ولو كتب إلى أبي فلان لم يجز لان الجزء ينسب إلى الكل لا العكس، كذا في البزازية. ثم قال: ويشترط نظر وجهها في التعريف وإن أراد ذكر حليتها يترك موضع الحلية حتى يكون القاضي هو الذي يكتب الحلية أو يملي الكاتب لانه إن حلاها الكاتب لا يجد القاضي بدا من أن ينظر إليها فيكون فيه نظر رجلين وفيما ذكرنا نظر رجل واحد فكان أولى. وهل يشترط شهادة الزائد على عدلين في أنها فلانة بنت فلان أم لا؟ قال الامام: لا بد من شهادة جماعة على أنا فلانة بنت فلان وقالا: شهادة عدلين تكفي وعليه الفتوى لانه أيسر ا ه‍. وهو ظاهر إلا قوله إن النسبة إلى الفخذ لا تكفي عن الجد ففي الهداية: ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف على ظاهر الرواية، فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى ا ه‍. وكذا تمثيله في البزازية للفخذ بتيمي غير صحيح لما علمته آنفا. وفي خزانة المفتين: ولو ذكر لقبه واسمه واسم أبيه قيل يكفي، والصحيح أنه لا يكفي، فإذا قضى قاض بدون ذكر الجد ينفذ. وفي فتاوى قاضيخان: وإن حصل التعريف باسمه واسم أبيه ولقبه لا يحتاج إلى ذكر الجد، وإن كان لا يحصل إلا بذكر الجد لا يكفي. والمدينة والقرية والكورة ليست بسبب للتعريف ولا تقع المعرفة بالاضافة إليها وإن دامت، فإذا كان الرجل يعرف باسمه واسم أبيه وجده لا يحتاج إلى اللقب، وإن كان لا يحصل إلا بذكر اللقب بأن كان يشاركه في المصر غيره في ذلك الاسم واللقب كما في أحمد بن

***

[٢١٢]

محمد بن عمر فهذا لا يقع التعريف به لان في ذلك المصر يشاركه غيره، فالحاصل أن المعتبر إنما هو حاصل المعرفة وارتفاع الاشتراك ا ه‍. وفي إيضاح الاصلاح: وفي العجم ذكر الصناعة بمنزلة الفخذ لانهم ضيعوا أنسابهم. قوله: (ومن أقر أنه شهد زورا يشهر ولا يعزر) أي لا يضرب. وقالا: يضرب ويحبس لان عمر رضي الله تعالى عنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وسخم وجهه، ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد، وليس فيها حد مقدر فيعزر. وله أن شريحا كان يشهره ولا يضربه ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفي به، والضرب وإن كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا إلى هذا الوجه، وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الاربعين والتسخيم. وفي السراجية: الفتوى على قوله. ورجح في فتح القدير قولهما وقال: إنه الحق. أطلق من أقر فشمل الرجل والمرأة. قال في كافي الحاكم: والرجال والنساء في شهادة الزور سواء. وقيد بإقراره لانه لا يحكم به إلا بإقراره. وزاد شيخ الاسلام أن يشهد بموت واحد فيجئ حيا، كذا في فتح القدير. وظاهره أنه يشهر أيضا فيه. وخرج ما إذا ردت شهادته لتهمته أو لمخالفته بين الشهادة والدعوى أو بين شهادتين فإنه لا يعزر لانا لا ندري من هو الكاذب منهم المشهود له أو الشاهدان أو أحدهما، وقد يكذب المدعي لينسب الشاهد إلى الكذب ولا يمكن إثباته بالبينة لانه من باب النفي والبينة حجة الاثبات في إقراره على نفسه فيقبل إقراره ويجب عليه موجبه من الضمان أو التعزير، ذكره الشارح. وبه علم أنه لا يمكن إثبات الزور بالبينة. وفي كافي الحاكم: ومن التهاتر أن يشهدا أن هذا الشئ لم يكن لفلان فهذا مما لا يقبل، وكذا لو شهدا أنه لم يكن لفلان على فلان دين ومن شهد أن هذا لم يكن فقد شهد بالباطل والحاكم يعلم أنه كاذب ا ه‍. وظاهره أنه من قبيل الزور فيعزر فعلى هذا يعزر بإقراره أو بتيقن كذبه. وإنما لم يذكره المؤلف إما لندرته وإما لانه لا محيص له أن يقول كذبت أو ظننت ذلك أو سمعت ذلك فشهدت وهما بمعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم فجعل كأنه قال ذلك، كذا في البناية.

***

[٢١٣]

وجعل في إيضاح الاصلاح نظير مسألة ظهوره حيا بعد الشهادة بموته أو قتله ما إذا شهدوا برؤية الهلال فمضى ثلاثون يوما وليس في السماء علة ولم يروا الهلال. والزور في اللغة الكذب كما في المصباح، وفي القاموس الزور بالضم الكذب والشرك بالله تعالى، وأعياد اليهود والنصارى، والرئيس، ومجلس الغناء، وما يعبد من دون الله تعالى، والقوة وهذه وفاق بين لغة العرب والفرس، ونهر يصب في

دجلة والرأي والعقل والباطل إلى آخره. وذكر القاضي في تفسير قوله تعالى * (والذين لا يشهدون الزور) * (الفرقان: ٧٢) لا يقيمون الشهادة الباطلة أو لا يحضرون محاضر الكذب فإن مشاهدة الباطل شركة فيه ا ه. وعند الفقهاء الشهادة الباطلة عمدا. وفي فتح القدير: ولو قال غلطت أو ظننت ذلك قيل هما بمعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم ا ه. ويخالفه ما ذكره الشارح فإنه جعلهما كنسيت فلا تعزير وهو الظاهر. والتشهير في اللغة من شهره بالتشديد يد رفعه على الناس كما في القاموس، أو أبرزه كما في المصباح. وعند الفقهاء كما في الهداية ما نقل عن شريح أنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيا وإلى قومه إن كان غير سوقي بعد العصر أجمع ما كانوا أو يقول إن شريحا يقرئكم السلام ويقول إنا وجدنا هذا شاهد الزور فاحذروه وحذروه الناس ا ه. وبعثه مع أعوانه أعم من أن يكون ماشيا أو راكبا ولو على بقرة كما يفعل الآن وأما التسخيم فقال في المصباح: السخام وزان غراب سواد القدر، وسخم الرجل وجهه سوده بالسخام وسخم الله وجهه كناية عن المقت والغضب ا ه. وقدمنا في دليلهما أن عمر رضي الله عنه سخم وجهه وأن الامام حمله على السياسة وهو تأويل شمس الائمة، وأوله شيخ الاسلام بالتخجيل بالتفضيح والتشهير فإن الخجل يسمى سوادا مجازا قال الله تعالى * (وإذا بشر أحدهم بالانثى ظل وجهه مسودا) * (النحل: ٥٨) كذا في البناية وظاهر كلامهم أن للقاضي أن يسخم وجهه إذا رآه سياسة. وفي فتح القدير معزيا إلى المغني: ولا يسخم
***
[٢١٤]
وجهه بالخاء والحاء وإنما فسر قوله لا يعزر بلا يضرب لان التشهير تعزير. والحاصل الاتفاق على تعزيره غير أنه اكتفى بتشهير حاله في الاسواق وقد يكون ذلك أشد من ضربه خفية، وهما أضافا إلى ذلك الضرب كما في فتح القدير. وأطلق في تشهيره فشمل الاحوال كلها، وقيده الامام الحاكم أبو محمد الكاتب بأن لا يعلم رجوعه بأي سبب كان فهو على الاختلاف، أما إن رجع تائبا نادما لم يعزر إجماعا، وإن رجع مصرا على ما كان فإنه يعزر اجماعا أي يضرب. وذكر شمس الائمة أن التشهير قولهما أيضا فهما يقولان بالتشهير والضرب والحبس والكل مفوض إلى رأي القاضي. واختلفوا في قبول شهادته إذا تاب قالوا: إن كان فاسقا تقبل لان الحامل له عليها فسقه فإن تاب وظهر صلاحه تقبل لزوال الفسق، وإن كان عدلا أو مستورا لا تقبل أبدا، وعن أبي يوسف قبولها وبه يفتى. واختلفوا في مقدار مدة توبته والصحيح التفويض إلى رأي القاضي ا ه. والله أعلم. باب الرجوع عن الشهادة مناسبته لشهادة الزور ظاهرة وهو أن الرجوع لا يكون غالبا إلا لتقدمها عمدا أو خطأ. وترجم له بالباب مخلفا للهداية المترجم بكتاب إذ ليس له أبواب متعددة، وهو وإن كان رفعا لشهادة لكنه داخل تحتها كدخول النواقض في الطهارة. والكلام فيه في مواضع: الاول في معناه لغة. قال في المصباح: رجع من سفره وعن الامر يرجع رجوعا ورجعا ورجعى ومرجعا. قال ابن السكيت: هو نقيض الذهاب ا ه. الثاني في معناه اصطلاحا فهو نفي ما أثبته، كذا في المحيط. والثالث في ركنه وهو قول الشاهد رجعت عما شهدت به أو شهدت
***
[٢١٥]
بزور فيما شهدت به أو كذبت في شهادتي فلو أنكرها لم يكن رجوعا كما في خزانة المفتى. الرابع في شرطه مجلس القاضي فلا يصح الرجوع في غيره، وفائدته عدم قبول البينة على رجوعه وعدم استحلافه إذا أنكر كما سيأتي. الخامس في صفته قال في العناية: إنه أمر مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه خلاصا من عقاب الكبيرة ا ه. وذكر الشارح أن شهادة الزور وكتمان الشهادة بالحق سواء فإذا شهد بزور عمدا أو خطأ وجبت عليه التوبة، وهي لا تصح إلا عند الحاكم ولا يمنعه عنها الاستحياء من المخلوقين وفيه تدارك ما أتلف بالزور ا ه. السادس في حكمه وهو شيئان: أحدهما يرجع إلى ماله، والآخر إلى نفسه، فالاول وجوب الضمان ويحتاج إلى بيان ثلاثة: سببه وشرائطه ومقداره. فسببه إتلاف المال أو النفس بها فإن وقعت اتلافا انعقدت سببا لوجوب الضمان وإلا فلا تنزيلا للسبب منزلة المباشرة وسيأتي بيانه مفصلا. وشرطه كونه بعد القضاء ومجلس القضاء وكون المتلف بها عينا فلا ضمان لو رجع عن منفعة كالنكاح بعد الدخول ومنفعة دار شهدا على المؤجر للمستأجر بإجارتها بأقل من أجر مثلها ثم رجعا، وأن يكون الاتلاف بغير عوض لانه بعوض إتلاف صورة لا معنى، وقدر الواجب على قدر الاتلاف لانه السبب، والحكم يتقدر بقدر العلة. وأما ما يرجع إلى نفسه

فنوعان: وجوب الحد في شهادة الزنا سواء كان قبل القضاء أو بعده للقذف منهم ولو بعد الامضاء رجما كان أو جلدا خلافا لزفر في الرجم، ووجوب الضمان وهو الدية عليهم إن رجعوا بعد الرجم لا بعد الجلد وإن مات منه. والثاني وجوب التعزير عليه سوى شهادة الزنا إن تعمد الشهادة بالزور فظهر عند القاضي بإقراره، كذا في البدائع. فلا ضمان لو أتلفا حقا من الحقوق كالعفو عن القصاص لو شهدا به ثم رجعا أو الرجعة أو تسليم الشفعة أو إسقاط خيار من الخيارات، كذا في النتف. ولا فرق في وجوب التعزير بين كونه قبل القضاء أو بعده. وفي فتح القدير: ولا يخلو عن نظر لان الرجوع ظاهر في أنه توبه عن تعمد الزور إن تعمده والتهور والعجلة إن كان أخطأ فيه، ولا تعزير على التوبة ولا عن ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدر ا ه. قلت: إن رجوعه قد يكون لقصد إتلاف الحق والجواز كون المشهود عليه غره بمال لا لما ذكره ولكنه خاص بما قبل القضاء، وأما بعده فقد يظن بجهله أنه إتلاف على المشهود له مع أنه إتلاف لماله بالغرامة. قوله: (ولا يصح الرجوع إلا عند القاضي) لانه فسخ للشهادة فيختص بما يختص به الشهادة من مجلس القاضي، ولان الرجوع توبة وهي على حسب الجناية فالسر بالسر

***

[٢١٦]

والاعلان بالاعلان. أطلقه فشمل القاضي المشهود عنده وغيره فإذا لم يصح الرجوع عند غير القاضي ولو شرطيا - كما في فتح القدير - وادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان، وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو أقام بينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح، ولو أقر عند القاضي أنه رجع عند غير القاضي فإنه صحيح وإن أقر برجوع باطل لانه يجعل إنشاء للحال. وفي خزانة المفتين: إذا رجعا عن شهادتهما وأشهد بمال على أنفسهما لاجل الرجوع ثم جحدا ذلك فشهد عليهم الشهود بالمال من قبل الرجوع والضمان لا تقبل إذا تصادقا عند القاضي أن الاقرار بهذا السبب فالقاضي لا يلزمهما الضمان. وفي المحيط: ولو ادعى رجوعهما عند القاضي ولم يدع القضاء بالرجوع والضمان لا تسمع منه البينة ولا يحلف عليه لان الرجوع لا يصح ولا يصير موجبا للضمان إلا باتصال القضاء به كالشهادة ا ه قوله: (فإن رجعا قبل حكمه لم يقض بها) لان الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض، وقدمنا أنه يعزر قبل الحكم أيضا. أطلقه فشمل ما لو رجعا عن بعضها كما لو شهدا بدار وبنائها أو باتان وولدها ثم رجعا في البناء والولد لم يقض بالاصل كما في جامع الفصولين معللا بأن الشاهد فسق نفسه وشهادة الفاسق ترد. وفي منية المفتي: شهدا على رجل فلم يقض بشهادتهما حتى شهد رجلان عليهما أنهما رجعا عن تلك الشهادة، فإن كان اللذان أخبرا عنهما بالرجوع يعرفهما القاضي ويعدلهما وقف الامر ولم ينفذ شهادتهما. شهد أنه سرق من هذا ثم قالا غلطنا أو وهمنا بل سرق من هذا لم يقض بها أصلا لانهما أقرا بالغفلة. شهد الرجل ثم زادا فيها قبل القضاء بها أو بعده وقالا أوهمنا إن كانا عدلين غير متهمين قبل ذلك منهما ا ه. وشمل ما إذا شهدا بطلاقها ثم تزوجت فرجع أحدهما لم يفرق بينهما وبين زوجها، واختلفوا فيما إذا تزوجها أحدهما ثم رجع ففي الكافي للحاكم أن الشعبي لم يفرق بينهما وبه كان يأخذ أبو حنيفة. وقال محمد: لا يصدق على إبطال شهادته الاولى ولكنه يصدق في حق نفسه، فإن كان تزوجها فرق بينهما ورجع أبو يوسف إلى هذا القول بعد ذلك ا ه. وقد أفاد قوله لم ينقض أن المشهود له وعليه يعملان بمقتضاه وإن علما أن الشهود زور فلو شهدا عليه بالطلاق الثلاث وقضى به ثم رجعا والزوج يعلم أنهما كاذبان لم يسعه أن يقربها، كذا في

***

[٢١٧]

الكافي للحاكم. قيد بالرجوع لانه لو ظهر أن الشاهد عبد أو محدود في قذف يبطل القضاء ويرد المال إلى المقضى له، كذا في كافي الحاكم. قوله: (وبعده لا ينقض) أي إن رجعا بعد الحكم لم ينقض القضاء لان آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض، ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به. أطلقه فشمل ما إذا كان الشاهد وقت الرجوع مثل ما شهد في العدالة أو دونه أو أفضل وهكذا لم يقيد في أكثر الكتب متونا وشروحا وفتاوى. وفي خزانة المفتين معزيا إلى المحيط: إن كان الرجوع بعد القضاء ينظر إلى حال الراجع، فإن كان حاله عند الرجوع أفضل من حاله وقت الشهادة في العدالة صح رجوعه في حق نفسه وفي حق غيره حتى وجب عليه التعزير وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه، وإن كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند

الشهادة في العدالة أو دونه وجب عليه التعزير ولا ينقض القضاء، ولا يرد المشهود به على المشهود عليه، ولا يجب الضمان على الشاهد ا ه. وهو غير صحيح عن أهل المذهب لمخالفته ما نقلوه من وجوب الضمان على الشاهد إذا رجع بعد الحكم، وفي هذا التفصيل عدم تضمينه مطلقا مع أنه في نقله مناقض لانه قال أول الباب بالضمان موافقا للمذهب. ثم كشفت المحيط للامام رضي الدين السرخسي الموجود في ديارنا فوجدته وافق الجماعة من غير تفصيل، فهو وإن احتمل أن يكون في المحيط البرهاني لكن القول به لا يصح عن المذهب فإنهم نقلوا عدم الضمان عن الشافعي. ثم رأيت بعد ذلك في فتح القدير أن هذا قول أبي حنيفة الاول وهو قول شيخه حماد ثم رجع عنه إلى أنه لا ينقض القضاء ولا يرد المال على المقضى عليه على كل حال، ثم رأيته في الكافي للحاكم الشهيد قوله: (وضمنا ما أتلفاه للمشهود عليه إذا قبض المدعي المال) لان التسبب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد وجد سبب الاتلاف تعديا وقد تعذر إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ إلى القضاء، وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبب. وفي المحيط: رجع الشاهدان في المرض وعليهما دين الصحة وماتا بدئ بدين الصحة لان ما وجب عليهما بالرجوع في المرض دين المريض لانه وجب بإقرارهما في المرض ا ه. وإنما قيد بالقبض لان الاتلاف به
***
[٢١٨]
يتحقق ولانه لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين، وقد تبع المصنف صاحب الهداية في تقييده تبعا للامام السرخسي وصاحب المجمع وأصحاب الفتاوى في إطلاقهم، فقد صرح في الخلاصة والبزازية وخزانة المفتين بالضمان بعد القضاء قبض المدعي بالمال أو لا قالوا: وعليه الفتوى. وفي الخلاصة إنه قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما ا ه. وظاهره أنه اشتراط القبض مرجوع عنه. وفرق في المحيط بين العين والدين فقال: شهدا بعين ثم رجعا ضمنا قيمتها قبضها المشهود له أم لا، لان ضمان الرجوع ضمان إتلاف وضمان الاتلاف مقدر بالمثل إن كان المشهود به مثليا، وبالقيمة إن لم يكن مثليا. وإن كان المشهود به دينا فرجع الشهود قبل قبضه لا يضمنون، وإن قبضه المشهود له ثم رجعا ضمنا الانهما أوجبا عليه دينا فيجب في ذمتهما مثل ذلك، ولا يستوفي منهما إلا بعد قبض المشهود به تحقيقا للمعادلة ا ه. وهذا قول شيخ الاسلام. وشمل أيضا قوله ما أتلفاه خمر الذمي وخنزيره لكن في كافي الحاكم: وإذا شهد الذميان لذمي بمال أو خمر أو خنزير فقضى القاضي بذلك ثم رجعا ضمنا المال وقيمة الخنزير ولا يضمنان الخمر ولا قيمته في قول أبي يوسف، ويضمنان قيمة الخمر في قول محمد، ولو لم يسلم الشاهدان وأسلم المشهود عليه ثم رجعا عن الشهادة ضمنا قيمة الخنزير ولم يضمنا قيمة الخمر ا ه.
***
[٢١٩]
ثم اعلم أن تضمين الشاهد لم يحصر في رجوعه لما في تلقيح المحبوبي المعبر عنه تارة بفروق الكرابيسي: شهد شاهدان على رجل أن فلانا أقرضه ألف درهم وقضى القاضي بها ثم أقام المقضي عليه بينة على الدفع قبل القضاء يأمر القاضي برد الالف إليه ولا يضمن الشهود، ولو شهدوا أن له عليه ألف درهم وقضى القاضي بذلك وأخذ الالف ثم أقام المقضى عليه البينة على البراءة قبل القضاء يضمن الشهود. ووجه الفرق أن في الوجه الاول لم يظهر كذبهم لجواز أنه أقرضه ثم أبرأه، وفي الوجه الثاني ظهر كذبهم لانهم شهدوا عليه بالالف في الحال وقد تبين كذبهم فصاروا متلفين عليه، ألا ترى أنه لو قال امرأته طالق إن كان لفلان عليه شئ فشهد الشهود أنه أقرضه ألفا يحكم بالمال ولا يحكم بالوقوع، ولو شهدا أن عليه ألفا حكم بالمال والوقوع جميعا تبين بهذا أن الشهادة على الاقراض ليست شهادة على قيام الحق للحال والشهادة بالدين مطلقا شهادة على الحق في الحلاق ا ه. فقد علم تضمينهما بظهور كذبهما من غير رجوع فتضمينهما إذا تيقن كذبهما بالاولى ولذا قال في تلخيص الجامع في باب بطلان الشهادة، أخذ الدية ثم جاء المشهود بقتله حيا ضمن الولي للقبض ظلما ولا يرجع لسلامة بدله أو الشاهد للالجاء كمكره ويرجع بما أخذ الولي لملكه ذلك، وكذا لو اقتص لكن لا يرجع عنده إذ ليس للدم مالية تملك بخلاف المدبر ولهذا في عتقه يضمن الشاهد والمكره
***
[٢٢٠]
وفي العفو لا. ولو شهد على الاقرار أو الشهادة ضمن الولي لما مر دون الشاهد لانه لم يظهر كذبه إذ لا تنافي بخلاف الاول، ولهذا لو ثبت الابراء ضمن شاهد الدين دون الاقراض. ولو قال إن كان له علي حنث في الاول دون الثاني كما لو وجد المشهود بنكاحها أما

والشاهد عبدا أو مجلودا في قذف ا هـ. وبهذا علمت أن فرع الكرابيسي منقول في التلخيص، واندفع الايراد على القول بالتضمين إذا ظهر كذبه بما لو وجد المشهود بنكاحها أما أو أختا فإنه ظهر الكذب ولا ضمان، وشمل أيضا ما أتلفاه العقار فيضمنه الشاهد برجوعه كما في خزانة المفتين، فهو وإن كان لا يضمن بالغصب عندهما خلافا لمحمد يضمن بالاتلاف وهذا منه. وفي جامع صدر الدين: ادعى عبدا في يده ملكا وقضى به فادعاه آخر وقضى له وادعاه آخر وقضى له ثم رجعوا ضمن كل فريق لمن شهد عليه. قال محمد: ولا يشبه الوصية يعني لا يضمن للورثة لاتحاد المقضى عليه بخلاف الملك دليله وجد شهود الاول عبدا يرد عليه في الملك دون الوصية وتمامه فيه. وشمل كل المشهود به أو بعضهم فلذا قال في جامع الفصولين عند محمد شهدا له بدار وحكم له ثم قالا لا ندري لمن البناء فإني لا أضمنهما قيمة البناء للمشهود عليه كأنهما قالا قد شككنا في شهادتنا، ولو قالا ليس البناء للمدعي أضمنهما قيمة البناء. وعن أبي يوسف شهدا له بدار فقالا قبل الحكم إنما شهدنا بالعرصة أقبل شهادتهما على ذلك ولم يكن هذا رجوعا، ولو قالاه بعد الحكم أضمنهما قيمة البناء ا هـ. ثم اعلم أن الضمان عنهما يسقط بأشياء: الاول ضمنهما نصف المهر ثم أقر به رده إليهما. الثاني ضمنهما قيمة العبد ثم أقر بالاعتاق رده. الثالث ضمنهما قيمة العين ثم وهبها المشهود له للمشهود عليه ردها اليهما. الرابع رجع الواهب في هبته بقضاء بعد ما ضمن الشاهدين رد الضمان. الخامس ورثه المقضى عليه رد الضمان بخلاف ما لو اشتراه الكل من العتابية. وشمل قوله أيضا ما أتلفاه جميع الابواب إلا أن المصنف ذكر بعضها وفاته البعض فذكر الدين والنكاح والبيع والطلاق والعتاق والقصاص وشهود الفرع والمزكي وشاهد اليمين، وسنشرح كل واحد منها. وقد فاته الهبة والابراء والاستيفاء والتأجيل والحد والنسب والولاء والكتابة والتدبير وأمومة الولد والاقالة والوكالة والرهن والاجارة والمضاربة والشركة والشفعة والميراث والوصية والوديعة والعارية. أما الهبة ففي المحيط: شهدوا أنه وهب عبده من فلان وقبضه ثم رجعا بعد القضاء ضمنا قيمة العبد وحق الرجوع لا يمنع التضمين، فإن ضمنهما القيمة لم يرجع فيها لوصول
***
[٢٢١]
العوض ولا يرجع الشاهدان فيها، ولو كان أبيض العين يوم شهدا بالهبة ثم رجعا والبياض زائل ضمنا قيمته أبيض لاعتبار القيمة يوم القضاء ا هـ. وأما الابراء والتأجيل ففي المحيط: شهدا أنه أبرأه عن الدين أو أجله سنة أوفاه فقضى به ثم رجعا ضمنا، ولو شهدا أنه أجله سنة فقضى بها ثم رجعا قبل الحلول أو بعده ضمنا ورجعا به على المطلوب إلى أجله ويبرأ الشاهدان بقبض الطالب الدين بعد مضي الاجل من المطلوب، فإن ضمنا رجعا به على المطلوب إلى أجله وقام مقام الطالب، فإن نوى ما على المطلوب فمن مالهما، ولو أسقط المديون الاجل لم يضمنا، ولو شهدا أن له على آخر ألفا وآخران أنه أبرأه ثم رجعوا كلف مدعي الالف إقامة البينة ثانيا وخصمه في دلك شهود براءة الدين رجعوا فيضمنها الالف، ولا تصح إقامة البينة على الدين إلا بحضرة الشهود لا بحضرة المدعى عليه ولا يرجعان على المشهود له بالبراءة ا هـ. وفي العتابية: شهدوا على أنه أبرأه من الديون ثم مات الغريم مفلسا ثم رجعا لم يضمنا للطالب لانه توى ما عليه بالافلاس ا هـ. وأما الحد فسنذكره مع القصاص، وأما النسب والولاء والكتابة وأخواها فمع العتق، وأما الاقالة فمع البيع، وأما الوكالة ففي المحيط: شهدا أنه وكله بقبض دينه من فلان أو وديعته فقبضه وأنكر الموكل ثم رجعا لم يضمنا لان الشاهد سبب لتفويت إمكان القبض على الموكل والوكيل باشر تفويته فيكونا لضمان على المباشر. وفي العتابية: ولا ضمان على شهود التوكيل بالاعتاق ولا على شهود التفويض ولا على شهود التوكيل بقبض الدين ا هـ. وأما الرهن ففي المحيط: ادعى من له ألف على آخر أنه رهنه عبدا بها قيمته ألف والمطلوب مقر بالدين وشهدا بالرهن ثم رجعا لم يضمنا لانهما أزالا بعوض، ولو كان فيه فضل على الدين لم يضمنا ما دام العبد حيا، فإن مات في يد المرتهن ضمنا الفضل على الدين، ولو ادعى الراهن الرهن وأنكر المرتهن لم يضمنا الفضل ويضمنان قدر الدين للمرتهن، وإن رجعا عن الرهن دون التسليم بأن قالا سلم إليه هذا العبد وما رهنه لا يضمنان ا هـ. وأما الاجارة ففي المحيط: ركب بعير الرجل إلى مكة
***
[٢٢٢]
يدعي الاجارة بخمسين وأقام بينة فعطب وادعى صاحب البعير الغصب ثم رجعا ضمنا قيمة البعير يوم عطب إلا مقدار ما أخذ صاحب البعير من الاجر. شهدا أنه أكراه دابته بمائة إلى موضع كذا وأجر مثلها مائتان فركبها ثم رجعا لم يضمنا الفضل إن ادعى المستأجر الاجارة وجحد صاحب الدابة، وإن ادعاها صاحب الابل وجحد المستأجر ضمنا له ما أداه ما فوق أجر البعير. وأما المضاربة ففي المحيط:

ادعى المضارب نصف الربح فشهدا به ورب المال مقر بالثلث ثم رجعا والربح لم يقبض لم يضمنا، فإن قبضاه واقتسماه نصفين ثم رجعا ضمنا سدس الربح، قيل هذا في كل ربح حصل قبل رجوعهما، فأما ربح حصل بعد رجوعهما فإن كان رأس المال عرضا فكذلك، وإن كان نقدا فرب المال يملك فسخها فكان راضيا باستحقاق الربح ا هـ. وأما الشركة ففي المحيط: شهدا أنهما اشتركا ورأس مال كل واحد منهما ألف على أن الربح أثلاث وصاحب الثلث يدعي النصف وربحا قبل الشهادة فاقتسما أثلاثا ثم رجعا ضمنا لصاحب الثلث ما بين النصف والثلث وما ربحا بعد الشهادة فلا يضمنان عليهما ا هـ. وفي كافي الحاكم في يد رجل مال فشهد الرجل أنه شريكه شركة مفاوضة فقضى له بنصف ما في يده ثم رجعا ضمنا ذلك النصف للمشهود عليه. وأما الشفعة ففي المحيط: ولو شهدا أن الدار التي في يد الشفيع ملكه فقضى له بالشفعة ثم رجعا لم يضمنا، وإن كان الاول قد بنى فأمره القاضي بنقضه يضمنان قيمة بنائه ولهما النقض ا هـ. وأما الميراث ففي المحيط: شهد الرجل مسلم أن أباه مات مسلما وعرف كافرا وللميت ابن آخر كافر ثم رجعوا ضمنوا الميراث للكافر الوارث. وأما الوصية ففي المحيط: ادعى رجل أن فلانا الميت أوصى له بالثلث من كل شئ وأقام البينة فقضى ثم رجعوا ضمنوا جميع الثلث وتمامه فيه. وفي كافي الحاكم: لو شهدا أن الميت أوصى إلى هذا في تركته فقضى القاضي بذلك ثم رجعا فلا ضمان عليهما والضمان على الوصي إن استهلك شيئا ا هـ. وأما الوديعة والعارية ففي كافي الحاكم: شهدا على رجل بوديعة فجحدها فضمنها اياه القاضي ثم رجعا ضمنا له ما غرم وكذلك العارية ا هـ. قوله: (فإن رجع أحدهما ضمن النصف والعبرة لمن بقي لا لمن رجع) يعني وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق ولا يقال لا يجوز أن يثبت الحكم ببعض العلة فوجب أن لا تبقى به أيضا لانا نقول: يجوز أن يبقى الحكم ببعض العلة وإن لم يثبت به ابتداء كالحول المنعقد على النصاب يبقى ببقاء بعض النصاب وإن لم ينعقد به ابتداء. ومن مسائل الجامع الكبير: أربعة

***

[٢٢٣]

شهدوا على آخر بأربعمائة وقضى بها فرجع واحد عن مائة وآخر عن تلك المائة ومائة أخرى والآخر عن تلك المائتين ومائة أخرى فعلى الراجعين خمسون درهما أثلاثا لان الشهادة قائمة بقدر ثلاثمائة وخمسين لان القائم بقي شاهدا بأربعمائة، والرابع بقي شاهدا بثلاثمائة فبقي على ثلاثمائة حجة كاملة فلا يجب ضمانها على أحد، بقي على المائة الزائدة شاهد واحد وهو القائم على الشهادة فبقي من يقوم به نصف الحق فبقي نصفها، فظهر أن التالف برجوعهم نصف المائة فيجب على الراجعين لاستوائهم في إيجابها، فإن رجع الرابع عن الجميع ضمنوا المائة أرباعا وضمنوا سوى الاول خمسين أيضا أثلاثا لانه بقي على الشاهدة من يقوم به مائتان وخمسون، كذا في المحيط قوله: (فإن شهد ثلاثة ورجع واحد لم يضمن) لبقاء من يبقى به كل الحق قوله: (وإن رجع آخر ضمنا النصف) أي الاول والثاني لان لما رجع الاول لم يظهر أثره فلما رجع آخر ظهر أثره لانهم يبق إلا من يقوم به النصف. وفي تلخيص الجامع: لو شهد أربعة بأربعة دراهم وقضى بها ودفعت ثم رجع واحد عن واحد والثاني عن اثنين والثالث عن ثلاثة ضمنوا نصف درهم على كل واحد سدس درهم لبقاء من يبقى به ثلاثة ونصف، ولو رجع الرابع عن الاربعة ضمنوا درهما ونصفا على الاول سدس المضمون الاول وهو ربع درهم وعلى كل واحد من الثلاثة ربع درهم وسدس درهم اهـ قوله: (وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت الربع) لبقاء ثلاثة أرباع الحق ببقاء رجل وامرأة قوله: (وإن رجعا ضمنتا النصف) لبقاء نصف الحق ببقاء الرجل، ولو شهد رجلان وامرأتان فرجع رجلا وامرأة فعليهما الربع أثلاثا، وإن رجع رجلان فعليهما النصف وإن رجعت امرأتان فلا شئ عليهما قوله: (وإن شهد رجل وعشر نسوة فرجعت ثمان لم يضمن) أي الثماني لبقاء النصاب قوله: (فإن رجعت أخرى ضمن ربعه) أي التسع لبقاء رجل وامرأة. قوله: (فإن رجعوا فالغرم بالاسداس) أي رجع الرجل والعشر نسوة فالسدس على الرجل وخمسة الاسداس على النسوة وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد. وله أن كل امرأتين مقام رجل واحد للحديث عدلت شهادة كل اثنين منهن بشهادة رجل واحد وإن رجعت العشر فقط فعليهن نصف الحق اتفاقا كما إذا رجع الرجل وحده، ولو رجع معه ثمان فعليه النصف ولا شئ

***

[٢٢٤]

عليهن، كذا في المحيط وهو سهو، بل يجب أن يكون النصف أخماسا عنده، وعندهما أنصافا. وذكر الاسبيجابي: ولو رجع واحد وامرأة كان النصف بينهما أثلاثا، ولو كان كما في المحيط لم يجب عليها شئ. ولو شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان عليهما دونها، ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجعوا فعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف، وعنده عليه الخمسان وعليهن ثلاثة الاخماس، ولو رجع الرجل وامرأة فعليه النصف كله عندهما ولا شئ على المرأة، وعنده عليهما أثلاثا قوله: (وإن شهد رجلان عليه أو عليها بنكاح بقدر مهر مثلها ورجعا لم يضمنا) لانهما أتلفا شيئا بعوض يقابله والاتلاف بعوض كلا إتلاف قوله: (وإن زاد عليه ضمناها) أي الزيادة للزوج لانهما أتلفاها بلا عوض. وسكت المؤلف عما إذا شهدا بأصل النكاح بأقل من مهر مثلها للاشارة إلى أنهما لا يضمنان ما نقص

***

[٢٢٥]

لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف فلا يضمن من المتقوم إذ التضمين يستدعي المماثلة أو للاختلاف، ففي المنظومة وشرحها أنهما يضمنان ما نقص عندهما خلافا لابي يوسف، وفي الهداية وشروحها أنهما لا يضمنان وهو المعتمد في المذهب. وقيد بكونهما شهدا بالنكاح لانهما لو شهدا عليها بقبض المهر أو بعضه ثم رجعا بعد القضاء ضمنا لها لانهما أتلفا عليها مالا وهو المهر قليلا كان أو كثيرا دون البضع. وأشار بمهر المثل إلى أن الكلام فيما إذا لم يطلقها أو طلقها بعد الدخول للاحتراز عما إذا طلقها قبل الدخول، وحكمه ما ذكره في المحيط: شهدا أنه تزوجها على ألف وهو مهر مثلها وقال الزوج بغير التسمية فقضى بها ثم طلقها ثم رجعا فعليهما فضل ما بين المتعة إلى خمسمائة، فلو شهد آخران على الدخول ثم رجعوا فعلى شاهدي الدخول خمسمائة خاصة وعليهما وشاهدي التسمية فضل ما بين المتعة والخمسمائة نصفان. ولو شهد آخران على الطلاق وقضى ثم رجعوا فعلى شاهدي الدخول خمسمائة وعليهما شاهدي التسمية ما بين المتعة إلى نصف المهر وعلى الفرق الثلاث قدر المتعة

***

[٢٢٦]

أثلاثا اه‍. ولو شهدا عليها أنه تزوجها على ألف ومهر مثلها خمسمائة وأنها قبضت الالف وهي تنكر فقضى بشهادتهما ثم رجعا ضمنا لها مهر المثل لا المسمى، لان حق الاستيفاء لم يثبت لها فيه إذ لم يقض بوجوبه لان القضاء بالنكاح مع قبض المهر قضاء بإزالة ملكها عن المعقود عليه لا قضاء بالمسمى لانه إذا كان مقبوضا لا يحتاج إلى القضاء به فلم تقع الشهادة بالقبض إتلافا للمسمى لعدم وجوبه أصلا بل وقعت إتلافا للبضع فيضمنان قيمته، هكذا ذكره في التحرير وهو وارد على ما ذكرنا من قبل من المذهب من حيث إنه أوجب على الشهود قيمة البضع مع عدم وجوبه بالقضاء. ومقتضى المذهب أن لا يجب شئ على ما بينا وهو أن منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف، وإنما يتقوم على الزوج عند تملكه إياه، هكذا ذكر الشارح رحمه الله. وقلت: التضمين هنا ليس باعتبار إتلاف منافع بضعها بل باعتبار اتلاف المهر لانهما كما شهدا بأصله شهدا بقبضها له وقد ذكر هو أنهما لو شهدا عليها بقبضه ثم رجعا ضمنا. وإنما ضمنا بقدر مهر المثل باعتبار أنها لم تدع المسمى لانكارها الكل فترجع بمهر المثل، ولهذا لو لم يشهد بالقبض وإنما شهدا بالنكاح بألف وقضى به ثم شهدا بقبضها ثم رجعا عن الشهادتين فإنهما يضمنان الالف لانهما أتلفا عليها ذلك. قوله: (ولم يضمنا في البيع إلا ما نقص) أي عن قيمة المبيع فلو شهدا على البائع بمثل القيمة أو أكثر فلا ضمان لانه إتلاف بعوض، وإن شهدا به بأقل من قيمته ضمنا النقصان لانه بغير عوض. أطلقه فشمل ما إذا شهدا به باتا أو بخيار شرط للبائع ومضت المدة لاستناد الحكم عند سقوطه إلى السبب السابق هو البيع بدليل استحقاق المشتري الزوائد، وأما إذا رد البائع البيع فلا إتلاف أو أجازه اختيارا بقول أو فعل فلرضاه به. قيد الشهادة بالبيع أي فقط لانهما لو شهدا به مع قبض الثمن، فإن شهدا بهما متفرقين ثم رجعا عن الشهادتين فإنهما يضمنان الثمن، وإن كان جملة احدة وجبت القيمة عليهما، ولو شهدا بالبيع والاقالة معا فلا ضمان ولو قال المؤلف ولم يضمنا البيع والشراء إلا ما نقص أو زاد لكان أولى ليشمل ما إذا كان المشهود عليه المشتري فلا ضمان لو شهدا بشرائه بمثل القيمة أو أقل. وإن كان بأكثر

***

[٢٢٧]

ضمنا ما زاد عليها ولو كان بخيار له وجاز البيع بمضي الدمة، وأما إذا فسخه أو أجازه اختيارا فلا كما في البائع. وفي خزانة المفتين: وإن شهدا على البائع بالبيع بألفين إلى سنة وقيمته ألف فإن شاء ضمن الشهود قيمته حالا، وإن شاء أخذ المشتري بالثمن إلى سنة وأياما اختار

برئ الآخر، فإن اختار الشهود رجعوا بالثمن على المشتري ويتصدقون بالفضل، فإن رد المشتري المبيع بعيب بالرضا أو تقايلا رجع على البائع بالثمن ولا شئ على الشهود، وإن رد بقضاء فالضمان على الشهود بحاله، وإن أديا رجعا بما أديا اه. وفي منية المفتي: شهدا بالبيع بخمسمائة وقضى القاضي ثم شهدا أن البائع أخر الثمن ثم رجعا عن الشهادتين جميعا ضمنا الثمن خمسمائة عند الامام كما لو شهدا بأجل دين ثم رجعا ضمنا اه. قوله: (وفي الطلاق قبل الوطئ ضمنا نصف المهر) لانهما أكدا ضمانا على شرف السقوط ألا ترى أنها لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلا، ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح، ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما، كذا في الهداية. والتعليل الاول للمتقدمين والثاني للمتأخرين وقالوا: لا نسلم التأكيد بشهادتهم بل وجب متأكدا بالعقد ولم يبق بعده إلا الوطئ الذي بمنزلة القبض، وهذا العقد لا يتعلق تمامه بالقبض، ولئن سلمنا التأكيد فلا نسلم أن التأكيد الواجب سبب للضمان فإن الشهود لو شهدوا على الواهب بأخذ العوض حتى قضى القاضي بإبطال حق الرجوع ثم رجعوا وقد هلكت الهبة لم يضمنوا للواهب شيئا، كذا في الاسرار. فلما كان قول المتأخرين أقرب إلى التحقيق اختاره فخر الاسلام، كذا في شرحه التقرير للاكمل من بحث القضاء. وفي العتابية: لو أقر الزوج بالطلاق بعد التضمين أو السيد بالاعتاق رد الضمان عليهم. وفي المحيط: شهد رجلان وامرأتان بالطلاق قبل الدخول ثم رجع رجل وامرأة فعليهما ثمن المهر أثلاثا. ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة. ولو شهد رجلان بالطلاق

***

[٢٢٨]

ورجلان بالدخول ثم رجع شاهدا الطلاق لا ضمان عليهما لانهما أوجبا نصف المهر وشاهدا الدخول أوجبا جميع المهر وقد بقي من يثبت بشهادته جميع المهر وهو شاهدا الدخول، وإن رجع شاهد الدخول لا غير يجب عليهما نصف المهر لانه يثبت بشهادة شهود الطلاق نصف المهر وتلف بشهادة شاهدي الدخول نصف المهر، وإن رجع من كل طائفة واحد لا يجب على شاهدي الطلاق شئ ويجب على شاهدي الدخول الربع اه. ثم قال: شهدا أنه طلق امرأته ثلاثا وآخران أنه طلقها واحدة قبل الدخول ثم رجعوا فضمان نصف المهر على شهود الثلاث لا غير لانه لم يقض بشهادة شهود الواحد لانه لا يفيد لان حكم الواحدة حرمة خفيفة وحكم الثلاث حرمة غليظة، ولو كان بعد الدخول فلا ضمان على أحد اه. وأشار بالمهر إلى أن الكلام فيما إذا كان مسمى، فلو لم يكن مسمى ضمنا المتعة لانها الواجبة وقد أتلفاها. وفي المحيط: تزوجها بلا مهر وطلقها قبل الدخول فشهدا أنه صالحها من المتعة على عبد وقبضته وهي تنكر ثم رجعا لا يضمنان العبد بل المتعة، وإن كان مهر مثلها عشرة ضمنا لها خمسة دراهم لان القاضي لم يقض لها بالعبد لكونه مقبوضا فقد أتلفا بشهادتهما على المرأة المتعة لا العبد بخلاف ما لو شهدا أنه صالحها عنها بعبد وقضى لها به ثم شهدا بقبضه ثم رجعا ضمنا قيمة العبد لوقوع القضاء بالعبد اه. ولو قال قبل الوطئ والخلوة لكان أولى وإن كانت كالوطئ في إيجاب المهر. وأطلق في ضمانها فشمل ما بعد موت الزوج لما في المحيط: شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا بعد موت الزوج ضمنا لورثته نصف المهر لانهم قائمون مقام المورث ولا ميراث للمرأة ادعت الطلاق أو لا، أقرت الورثة أنه طلقها أو لا وهذا قول أبي حنيفة. وقالا: ترث ولا يضمن الشاهدان ميراثها بناء على أن قضاء القاضي بالطلاق بشهادة الزور ينفذ ظاهرا وباطنا عنده خلافا لهما، ولو شهدا بذلك بعد موت الزوج وادعى ذلك الورثة فقضى لها بنصف المهر ثم رجعا ضمنا للمرأة نصف المهر والميراث اه. قوله: (ولم يضمنا لو بعد الوطئ) لان من شرط الضمان المماثلة ولا مماثلة بين البضع والمال وقد ذكره الاصوليون في بحث القضاء. وفي المحيط: شهدا على الطلاق وآخران على الدخول ولم يفرض لها مهر ثم رجعوا ضمن شاهدا الطلاق نصف المتعة وشاهدا الدخول بقية المهر اه. ومما يناسب هذا النوع مسألتا الشهادة بالخلع والنفقة، أما الاول ففي المحيط: شهدا على امرأة أنها اختلعت من زوجها قبل الدخول على أنها أبرأته من المهر وهي تجحد ضمنا لها نصف المهر لانهما أوجبا عليها ذلك بغير عوض، ولو كان دخل بها يضمنان كل المهر اه. وأما النفقة ففي المحيط: فرض القاضي لها النفقة أو المتعة ثم شهدا بالاستيفاء وقضى ثم رجعا ضمنا للمرأة وكذلك نفقة الاقارب قيل في نفقة الاقارب سهو لانها لا تصير دينا بقضاء فما أتلفا شيئا، وقيل أنها مؤولة وتأويلها أن القاضي قضى له وأمره بالاستدانة عليه حتى يرجع بما استدان على المقضى عليه بالنفقة وقد استدان وصار دينا له على المقضى عليه فقد

***

[٢٢٩]
شهدا عليه باستيفاء دين مستحق له على المقضى عليه فضمنا بالرجوع اه قوله: (وفي العتق ضمنا القيمة) لانهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول إليهما بهذا الضمان وهو لا يصلح عوضا. أطلقه فشمل ما إذا كانا موسرين أو معسرين لانه ضمان إتلاف الملك بخلاف ضمان الاعتاق لانه لم يتلف إلا ملكه ولزم منه فساد ملك صاحبه فضمنه الشارح صلة ومواساة له. أطلق العتق فانصرف إلى العتق بلا مال فلو شهدا أنه أعتق عبده على خمسمائة وقيمته ألف فقضى ثم رجعا إن شاء ضمن الشاهدين الالف ورجعا على العبد بخمسمائة وولاء العبد للمولى، كذا في المحيط. وفي البزازية: شهدا على رجل بإعتاق عبده وأربعة أخر أنه زنى وهو محصن فحكم بالعتق والرجم ورجم ثم رجعوا فالقيمة على شهود العتق للمولى والدية على شهود الزنا للمولى أيضا إن لم يكن له وراث آخر، والمولى إن كان جاحدا للعتق يمنع أخذ الدية لكن زعمه باطل بالحكم وصار كالمعدوم، ووجوب القيمة بدل المالية، ووجوب الدية بدل النفس، ثم الدية للمقتول حتى تقضى بها ديونه فلا يلزم بدلان عن مبدل واحد ا ه. ولو شهدا أنه أعتق عبده عام الاول في رمضان وقضى القاضي بعتقه ثم رجعا ضمنا قيمة العبد يوم أعتقه القاضي وحكمه في حدوده وجزاء جناية فيما بين رمضان إلى أن أعتقه القاضي حكم الحر لان القاضي أثبت حريته من رمضان بالبينة، والثابتة بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة، وفي حق إيجاب الضمان يعتبر حرا يوم القضاء لان التلف حصل يوم القضاء لان المنع والحيلولة بين المولى وعبده حصل يوم القضاء. ولو شهدا أنه طلق امرأته عام أول في رمضان قبل الدخول وقضى به وألزمه نصف المهر ثم رجعا وضمنا ثم شهد آخران أنه طلقها عام أول في شوال قبل الدخول بها لم تقبل ولا يقع الاولان لانها صارت مبانة بالطلاق الاول قبل الدخول فلا يتصور تطليقها بعد ذلك فكانت الشهادة الاخيرة باطلة، وبقي الضمان على الفريق الاول بحاله، ولو أقر الزوج بذلك يرد على الشاهدين ما ضمنا، وكذلك إقرار المولى بالعتق قيل هذا عند أبي يوسف ومحمد خلافا لابي حنيفة بناء على نفاذ القضاء باطنا فمتى نفذ القضاء في رمضان باطنا عنده لم يصح إقراره بالطلاق والعتاق في شوال من هذا العام فبقي التلف مضافا إلى شهادتهما لا إلى إقراره. وعندهما لما لم ينفذ لقضاء باطنا بقي النكاح والرق إلى شوال باطنا فصح إقراره في شوال وكان التلف مضافا إلى إقراره لا إلى الشهادة، كذا في المحيط ثم قال: ولو شهدا بالتدبير وآخران بالعتق فرجعوا فالضمان على شهود العتق لان القضاء بالتدبير مع العتق لا يفيد لان حكم التدبير بقاء الرق إلى وقت الموت، ولا يبقى الرق مع العتق البات فلا يقضى بالتدبير، فإن قضى بشهادة التدبير ثم شهد أخر ان بالعتق البات فقضى به ثم رجعوا ضمن شهود التدبير ما نقصه التدبير وشهود العتق قيمته مدبرا لان القضاء بالتدبير يفيد حكمه لانه ليس حالة القضاء بالتدبير شهادة قائمة بالعتق فأمكن القضاء بالتدبير، وشاهد العتق أزالا المدبر عن ملكه بغير عوض فيضمنان قيمته مدبرا اه.

***

[٢٣٠]
وفي العتابية: ولو شهد واحد بإقراره بالعتق أمس وآخر بإقراره بالعتق من سنة وقضى به ثم أقام الشاهدان بينة على إعتاقه من سنين برئا عن الضمان وهذا قولهما لان عندهما الدعوى ليس بشرط اه. يعني ثم رجعا بعد القضاء ثم برهنا. ولم يذكر المؤلف رحمه الله التدبير والكتابة والاستيلاد والولاء، أما الاول ففي المحيط: لو شهدا أنه دبر عبده فقضى ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير فإنه بالتدبير فات بعض المنافع من حيث التجارة بالاخراج عن ملكه فانتقض ملكه فضمنا نقصانه بتفويتهما، وإن مات المولى والعبد يخرج من ثلثه عتق وضمن الشاهدان قيمته مدبرا لانهما أزالا الباقي عن ملك الورثة بغير عوض، فإن لم يكن له مال غير العبد عتق ثلثه وسعى في ثلثيه وضمن الشاهدان ثلث القيمة بغير عوض ولم يرجعا به على العبد، فإن عجز العبد عن الثلثين يرجع به الورثة على الشاهدين ويرجع به الشاهد على العبد عندهما اه. وبه علم أن ما ذكره الشارح الزيلعي من أن العبد إذا كان معسر فإنهما يضمنان جميع قيمته مدبرا ويرجعان به عليه إذا أيسر سهو لما علمت أنه إنما يرجعان عليه بالثلثين وهو مصرح به لما في المبسوط، وصرح فيه بأنهما يضمنان ثلث قيمته مدبرا، وعليه يحمل ما في المحيط، وقدمنا أن الفتوى أن قيمته مدبرا نصف قيمته لو كان قنا. وأما الثاني ففي المحيط: شهدا أنه كاتب عبده على ألف إلى سنة فقضى ثم رجعا يضمنان قيمته ولا يعتق حتى يؤدي ما عليه إليهما، فإذا أداه عتق والولاء للذي كاتبه، فإن عجز فردفي في الرق كان لمولاه أن يرد ما أخذه على الشهود ا ه. وبه علم أن ما في فتح القدير من أن الولاء للذين شهدوا عليه بالكتابة سهو، والصواب للذي بدل الذين ويطيب لهما ما أخذا من المكاتب إن كان بدل الكتابة مثل قيمته أو أقل، وإن كان أكثر تصدقا بالفضل، وإن أراد

المولى اتباع المكاتب ولا يضمنهم كان له ذلك، ذكره الشارح. وفي المحيط: شهدا أنه كاتب عبده على ألف إلى سنة وقيمته خمسمائة ثم رجعا يخير المولى بين تضمين الشاهدين وبين اتباع العبد بالكتابة إلى أجله، فإن اختار المولى ضمان الشاهدين وقبض منهما القيمة لم يعتق المكاتب حتى يؤدي ألفا إلى الشاهدين ويتصدقان بالفضل، وعند أبي يوسف يطيب له الفضل فإن تقاضي المولى المكاتب وهو يعلم برجوع الشاهدين أو لا يعلم فهو رضا بالكتابة، ولا يضمنان إلا إذا كانت المكاتبة أقل من القيمة فله أن يأخذ المكاتبة ويرجع عليهما بفضل القيمة اهـ. ولم يذكر الشارحون ما إذا شهدا على المكاتب ثم رجعا وفي المحيط: ادعى العبد أن مولاه كاتبه على ألف وأنه قيمته وقال المولى كاتبته على ألفين وأقام البينة وقضى ثم أداها ثم رجعوا ضمنوا ألف درهم للمكاتب، فإن أنكر المكاتب الكتابة وادعاها المولى على ألفين لم تقبل بينته عليه

***

[٢٣١]

ويقال للمكاتب إن شئت فامض عليها أودع اهـ. وأما الثالث ففي البدائع: شهدا على إقرار المولى أن هذه الامة ولدت منه وهو ينكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا، فإن لم يكن معها ولد فرجعا في حياته ضمنا نقصان قيمتها بأن تقوم قنة وأم ولد لو جاز بيعها فيضمنان النقصان، فإن مات المولى عتقت وضمنا بقية قيمتها للورثة، فإن كان معها ولد فرجعا في حياته ضمنا قيمة الولد مع ضمان نقصانها، فإن مات المولى بعده فإن لم يكن مع الولد شريك في الميراث لم يضمنا له شيئا ورجعا على الولد بما قبض الاب منهما من تركته إن كانت وإلا فلا ضمان عليه، وإن كان معه أخ ضمنا له نصف البقية من قيمتهما ويرجعان على الولد بما أخذ الاب منهما لا بما قبض الاخ ولا يضمنان للاخ ما أخذه الولد من الميراث، فإن رجعا بعد وفاة المولى فإن لم يكن مع الولد شريك فلا ضمان عليهما وإلا ضمنا للاخ نصف البقية من قيمتهما ونصف قيمة الولد لا ميراثه ولا يرجعان على الولد هنا، وإن كانت الشهادة بعد موت المولى بأن ترك ولدا وعبدا وأمة وتركة فشهدا أن هذا العبد ولدته هذه الامة من الميت وصدقهما الولد والامة لا الابن وقضى ثم رجعا ضمنا قيمة العبد والامة ونصف الميراث اهـ. قوله: (وفي القصاص الدية ولم يقتصا) أي ضمن شاهد القصاص برجوعهما بعد الاستيفاء دية المشهود عليه ولا يقتص منهما. وقال الشافعي: يقتص منهما لوجود القتل تسببا فأشبه المكره بل أولى لان الولي يعان والمكره يمنع. ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسببا لان السبب ما يفضي إليه غالبا ولا يفضي لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حياته ظاهرا، ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا أقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات. أطلقه فيشمل ما إذا رجع الولي معهما أو لم يرجع لكن إن رجع معهما خير الولي بين تضمين الولي الدية أو الشاهدين كما لو جاء المشهود بقتله حيا، وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه عنده، وعندهما له الرجوع عليه لانهما عاملان له، واتفقوا على رجوعهما عليه في الخطأ وبيان الحجة من الجانبين في الشرح للزيلعي. وشمل ما إذا شهدوا به في النفس أو ما دونه، وقيد بالقصاص لانهما لو شهدا بالعفو عن القصاص ثم رجعا لم يضمنا لان القصاص ليس بمال. ولو شهدا أنه صالحه من دم العمد على ألف ثم رجعا لم يضمنا أيهما كان المنكر للصلح، وقيل إذا كان القاتل منكرا فالصحيح أنهم يضمنون له الالف، والصحيح جواب الكتاب وتمامه في المحيط وفيه: شهدا أنه صالحه على عشرين ألفا والقاتل يجحد فقضى ثم رجعا ضمنا الفضل على الدية، وقيل الصحيح أن يضمنا جميع المال. قال الطالب صالحتك على ألف وقال الخصم لا بل عن خمسمائة فالقول للمدعى عليه

***

[٢٣٢]

مع يمينه لانكاره الزيادة، فإن برهن الطالب وقضى ثم رجعا ضمنا الخمسمائة الواجبة بشهادتهما، وفيه دليل على أن الجواب في المسألة الاولى سهو حيث أجابوا بعدم الضمان. شهدا على العفو عن دم فيه مال أو جرح عمد فيه مال ثم رجعا ضمنا الدية وأرش الجراحة في ثلاث سنين أو سنة اهـ. وفي البدائع: شهدا بالقتل خطأ ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما، وكذا إذا شهدا بقطع يد خطأ ضمنا نصفها، وكذا إذا شهدا بسرقة فقطع ثم رجعا اهـ. وفي السراج الوهاج أن الدية التي على الشاهدين تكون في مالهما في ثلاث سنين ولا كفارة عليهما ولا يحرمان الميراث بأن كانا ولدي المشهود عليه فإنهما يرثانه اهـ قوله: (وإن رجع شهود الفرع ضمنوا) لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا إليهم. وفي المحيط: شهدا على شهادة أربعة وآخران على شهادة شاهدين وقضى ثم رجعوا فعلى

شاهدي الاربعة ثلثا الضمان وعلى الآخرين الثلث عند أبي يوسف. قال محمد: على الفريقين نصفان. الجامع: شهدا على شهادة شاهدين لرجل على آخر بألف وشهد آخران على شهادة واحد عليه بألف فقضى بشهادتهم ثم رجع أحد اللذين شهدا على شهادة الشاهدين وأحد اللذين شهدا على شهادة واحد، فعليهما ثلاثة أثمان الحق ثمنان على الاول وثمن على الآخر، ولو لم يرجع إلا واحد من الفريق الاول ضمن الربع، ولو رجع بعد هذا الفريق الآخر كلهم ضمنا ربعا آخر، ولو شهد كل فريق على شهادة شاهدين ورجع واحد من هذا وواحد من ذلك ضمنا ثمنين ونصفا. وذكر في المبسوط النصف، وعن الكرخي يضمنان الربع، وعن عيسى بن أبان الثلث، والاصح أن المذكور في المبسوط جواب القياس، والمذكور في الجامع جواب الاستحسان اه. قوله: (لا شهود الاصل بلم نشهد الفروع على شهادتنا أو أشهدناهم وغلطنا) أي لا ضمان عليهم فيهما، أما في الاولى فلانهم أنكروا السبب وهو الاشهاد فلا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء، وأما في الثانية فهو قولهما. وقال محمد: يضمنون لان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كأنهم حضروا. ولهما أن القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم، وقدمنا أن

***

[٢٣٣]

الاختلاف مبني على أن الاشهاد على الشهادة إنابة وتوكيل عندهما، وعنده تحميل. وقوله غلطنا اتفاقي إذ لو قالوا رجعنا عنها فلا ضمان أيضا عندهما، ولو قال برجوعهم لكان أولى ليشمل المسألتين وليفهم إنكار الاشهاد بالاولى قوله: (ولو رجع الاصول والفروع ضمن الفروع فقط) أي لا الاصول عندهما لان القضاء وقع بشهادتهم، وعند محمد المشهور عليه بالخيار إن شاء ضمن الاصول وإن شاء ضمن الفروع قوله: (ولا يلتفت إلى قول الفروع كذب الاصول أو غلطوا) لان ما أمضى من القضاء لا ينتقض بقولهم فلا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع قوله: (وضمن المزكون بالرجوع) أي عن التزكية وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا يضمنون لانهم أثنوا على الشهود فصاروا كشهود الاحصان. وله أن التزكية إعمال الشهادة إذ القاضي لا يعمل بها إلا بالتزكية فصارت في معنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانهم شرط محض والخلاف فيما إذا قالوا تعمدنا أو علمنا أنهم عبيد ومع ذلك زكيناهم، أما إذا قال المزكي أخطأت فيها فلا ضمان إجماعا، وقيل الخلاف فيما إذا أخبر المزكون بالحرية بأن قالوا هم أحرار، أما إذا قالوا هم عدول فبانوا عبيدا لا يضمنون إجماعا لان العبد قد يكون عدلا. وأطلق في ضمانهم فشمل الدية لو زكوا شهود الزنا فرجم فإذا الشهود عبيد أو مجوس فالدية على المزكين عنده، ومعناه إذا رجعوا عنها بأن قالوا علمنا أنهم عبيد ومع ذلك زكيناهم، أما إذا ثبتوا عليها وزعموا أنهم أحرار فلا ضمان عليهم ولا على الشهود، ولا تحد الشهود حد القذف لانهم قد قذفوا حيا وقد مات ولا يورث عنه وقالا الدية على بيت المال، كذا في السراج الوهاج قوله: (وشهود اليمين) أي وضمن شهود التعليق لانهم شهود العلة إذ التلف يحصل بسببه وهو الاعتاق أو التطليق وهم أثبتوه. أطلقه فشمل تعليق العتق والطلاق فيضمنون في الاول القيمة وفي الثاني نصف المهر إن كان قبل الدخول. وفي منية المفتي: شهدا أنه أمر امرأته أن تطلق نفسها وآخران أنها طلقت نفسها وذلك قبل الدخول ثم رجعوا فالضمان على شهود الطلاق لانهما أثبتا السبب والتعويض شرط كونه سببا، وعلى هذا إذا شهدوا أنه جعل عتق عبده بيد فلان وآخران أنه أعتقه ثم رجعوا، ولو شهدا أنه أمره بالتعليق وآخران أن المأمور علق وآخران على وجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود التعليق ا ه. قوله: (لا شهود الاحصان) أي لا ضمان عليهم لانه علامة وليس بشرط حقيقة ثم اعلم أن الشرط عند الاصوليين ما يتوقف عليه الوجود وليس بمؤثر في الحكم ولا مفض إليه والعلة المؤثرة في الحكم، والسبب هو المفضي إلى الحكم بلا تأثير، والعلامة ما دل على الحكم وليس الوجود متوقفا عليه، وبهذا ظهر أن الاحصان شرط كما ذكره الاكثر لتوقف وجوب

***

[٢٣٤]

الحد عليه بلا عقلية تأثير ولا إفضاء، وعدم الضمان برجوع شهود الشرط هو المختار وإنما تكلف الاحصان علامة القائل بتضمين شهود الشرط وليس المختار، إليه إشار في التحرير. والحاصل أنهم اتفقوا على عدم تضمين شهود الاحصان، فالقائل بأن شهود الشرط لا يضمنون بالرجوع لا إشكال على قوله، والقائل بأنهم يضمنون تكلف وادعى أن الاحصان علامة وليس بشرط وظاهره أن المصنف

قال به بدليل عطف الشرط عليه، ولو اقتصر على نفي الضمان عن شهود الشرط كما في المجمع لكان أولى، وصرح في البدائع بأنه شرط ولم يذكر غيره قوله: (والشرط) أي لا ضمان على شهود وجود الشرط للعتق والطلاق لما قدمنا أن اليمين هي العلة فأضيف الحكم إلى من أثبتها والشرط لا يعارض العلة. أطلقه فشمل ما إذا رجعوا وحدهم أو مع شهود العلة لكن عدم التضمين في الثاني اتفاق وفي الاول اختلاف، والمختار ما في الكتاب نص عليه في الزيادات واختاره السرخسي، واختار البزدوي ما قابله. وأراد من الشرط ما ليس بعلة فشمل السبب فلا ضمان على شهود التفويض والضمان على شهود الايقاع كما قدمناه. واستشهد الحسامي على عدم تضمين شهود الشرط بما لو قال لعبده إن ضربك فلان فأنت حر فضربه فلان يعتق العبد ولا يضمن الضارب لانه عتق بيمين مولاه لا بالضرب فكذلك هذا والله تعالى أعلم.

***

[٢٣٥]

كتاب الوكالة مناسبتها للشهادة من حيث إن انسان يحتاج في معاشه إلى التعاضد والشهادة منه فكذا الوكالة. والكلام فيها في مواضع: الاول في معناها لغة قال في المصباح: وكلت إليه الامر وكلا من باب وعد، ووكولا فوضته إليه واكتفيت به الوكيل فعيل بمعنى مفعول لانه موكول إليه، ويكون بمعنى فاعل إذا كان بمعنى الحافظ ومنه حسبنا الله ونعم الوكيل والجمع وكلاء. ووكلته توكيلا فتوكيل قبل الوكالة وهي بفتح الواو والكسر لغة، وتوكل على الله تعالى اعتمد عليه ا ه‍. والحاصل أنها في اللغة بمعنى التوكيل وهو تفويض التصرف إلى الغير. الثاني في معناها اصطلاحا فهي: إقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم، كذا في العناية: الثالث في ركنها وهو ما دل عليها من الايجاب والقبول ولو حكما فلو قال وكلتك في هذا كان وكيلا بحفظه لانه الادنى فيحمل عليه، هكذا ذكروا. وقيدوا بقوله في هذا لانه لو قال وكلتك فقال قبلت الوكالة فقال الوكيل طلقت امرأتك ثلاثا أو أعتقت عبدك فلانا أو زوجت بنتك فلانة من فلان أو تصدقت من مالك بكذا على الفقراء فقال الرجل لا أرضى بذلك فهذا الكلام متوجه إلى الذي تحاروا فيه وقليلا ما يكون هذا الكلام والتفويض الابناء على سابقة تجري بينهما، فإن كان كذلك فالامر على ما تعارفوه بما جرت المخاطبة فيه، فإن فعل شيئا خارجا من ذلك النوع لم ينفذ على الموكل دون

***

[٢٣٦]

إنفاذه، كذا في خزانة المفتين. ولو قال أنت وكيلي في كل شئ كان تفويضا للحفظ، والقياس أن لا يكون وكيلا به للجهالة، والاستحسان انصرافها إلى الحفظ، ولو قال أجزت لك بيع عبدي هذا أنه يكون توكيلا بالبيع، ولو زاد على قوله أنت وكيلي في كل شئ جائز أمرك ملك الحفظ والبيع والشراء ويملك الهبة والصدقة حتى إذا أنفق على نفسه من ذلك المال جاز حتى يعلم خلافه من قصد الموكل. وعن الامام تخصيصه بالمعاوضات ولا يلي العتق والتبرع وعليه الفتوى، وكذا إذا قال طلقت امرأتك ووقفت ووهبت أرضك في الاصح لا يجوز. وفي الروضة: فوضت أمري إليك قيل هذا باطل، وقيل هذا والاول سواء في أنه تفويض الحفظ. ولو قال مالك المستغلات فوضت إليك أمر مستغلاتي وكان أجرها من إنسان ملك تقاضي الاجرة وقبضها، وكذا لو قال إليك أمر ديوني ملك التقاضي، ولو قال إليك فوضت أمر دوابي وأمر مماليكي ملك الحفظ والرعي والتعليف والنفقة عليهم. فوضت إليك أمر امرأتي ملك طلاقها واقتصر على المجلس بخلاف قوله ملكتك حيث لا يقتصر على المجلس، كذا في البزازية. وفي كافي الحاكم. لو وكله بالقيام على داره وإجارتها وقبض غلتها والبيع لم يكن له أن يبني ولا أن يرم منها شيئا وليس وكيلا في خصومتها، ولو هدم رجل منها شيئا كان وكيلا في الخصومة لانه استهلك شيئا في يديه، وكذا لو أجرها من رجل فجحد ذلك الرجل الاجارة كان خصما فيها حتى يثبتها، وكذا إذا سكنها وجحد الآجر ا ه‍. وقال في باب الوكالة بالدين: لو وكله بتقاضي كل دين له ثم حدث له دين بعد ذلك فهو وكيل في قبضه، ولو وكله بقبض غلة أرضه وثمرتها كان له أن يقبض ذلك كل سنة ا ه‍. وقال في باب قبض الوديعة والعارية: ولو وكله بقبض عبد عند رجل فقتل العبد خطأ كان للمودع أن يأخذ القيمة من عاقلة القاتل، وليس للوكيل أن يقبض القيمة لانها كالثمن، ولو كان الوكيل قبض العبد فقتل عنده كان له أن يأخذ القيمة وهو الآن بمنزلة الاول، ولو جنى على العبد جناية قبل أن يقبضه الوكيل فأخذ المستودع أرشها فللوكيل أن يقبض العبد دون الارش، وكذا لو كان المستودع آجره بإذن مولاه لم يأخذ الوكيل أجره، وكذا مهر الامة إذا وطئت بشبهة. ولو وكله بقبض أمة أو شاة فولدت كان للوكيل أن يقبض الولد مع الام، ولو كانت ولدت قبل أن يوكله بقبضها لم يكن له أن يقبض الول،

وكذلك ثمرة البستان بمنزلة الولد ا هـ. وفي البدائع: وأما ركن التوكيل فهو الايجاب والقبول، فالايجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه. والقبول من الوكيل أن يقول قبلت وما يجري مجراه فما لم يوجد لم يتم، ولهذا لو وكل انسانا بقبض دينه فأبى أن يقبض ثم ذهب فقبض لم يبرأ الغريم لانه ارتد بالرد. ثم الركن قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا بشرط نحو وإن قدم زيد فأنت وكيلي في بيع هذا

***

[٢٣٧]

العبد. وقد يكون مضافا إلى وقت بأن يوكله في بيع هذا العبد غدا ويصير وكيلا في الغد وما بعده قبله ا هـ. فإن قلت: فما الفرق بين التوكيل والارسال فإن الاذن والامر توكيل كما علمت؟ قلت: الرسول أن يقول له أرسلتك أو كن رسولا عني في كذا وقد جعل منها الزيلعي في باب خيار الرؤية أمرتك بقبضه. وصرح في النهاية فيه معزيا إلى الفوائد الظهيرية أنه من التوكيل وهو الموافق لما في البدائع إذ لا فرق بين افعل كذا وأمرتك بكذا. واعلم أنه ليس كل أمر يفيد التوكيل فيما أمر به ففي الولوالجية، دفع له ألفا وقال اشتر لي بها أو بع أو قال اشتر بها أو بع ولم يقل لي كان توكيلا، وكذا اشتر بهذا الالف جارية، وأشار إلى مال نفسه، ولو قال اشتر جارية بألف درهم كانت مشورة وما اشتراه المأمور فهو له دون الآمر، وكذا لو قال اشتر هذه بألف إلا إذا زاد على أن أعطيك لاجل شرائك درهما لان اشتراط الاجر له يدل على الانابة ا هـ. وفي تهذيب القلانسي: الوكيل من يباشر العقد والرسول من يبلغ المباشرة والسلعة أمانة في أيديهما ا هـ. وإنما قلت في القبول ولو حكما ليدخل السكوت الرابع في شرائطها وهي أنواع: ما يرجع إلى الموكل، وما يرجع إلى الوكيل. وما يرجع إلى الموكل به. فما يرجع إلى الموكل كونه ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه وسنتكلم عليه عند شرح الكتاب. وما يرجع إلى الوكيل فالعقل فلا يصح توكيل مجنون وصبي لا يعقل لا البلوغ، والحرية وعدم الردة فيصح توكيل المرتد ولا يتوقف لان المتوقف ملكه، والعلم للوكيل بالتوكيل فلو وكله ولم يعلم فتصرف توقف على إجازة الموكل أو الوكيل بعد علمه. وحكى في البدائع فيه اختلافا ففي الزيادات أنه شرط، وفي الوكالة أنه ليس بشرط. ويثبت العلم إما بالمشافهة أو الكتاب إليه أو الرسول إليه بإخبار رجلين فضوليين أو واحد عدل أو غير عدل وصدقه الوكيل وإلا فعنده لا، وعندهما نعم. وأما ما يرجع إلى الموكل به فإن لا يكون باثبات حد أو استيفائه إلا حد السرقة والقذف. وعمم أبو يوسف الحد والقصاص على الاختلاف، وأن لا يكون فيه جهالة متفاحشة كما سيأتي.

***

[٢٣٨]

الخامس في حكمها فمنه ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله التوكيل، ومنه أن لا يوكل إلا بإذن أو تعميم، ومنه أنه أمين فيما في يده كالمودع فيضمن بما يضمن به المودع ويبرأ بما يبرأ به والقول قوله في دفع الضمان عن نفسه، فلو دفع له مالا وقال اقضه فلانا عن ديني فقال قضيته وكذبه صاحب الدين فالقول للوكيل في براءته وللدائن في عدم قبضه فلا يسقط دينه، ويجب اليمين على أحدهما فيحلف من كذبه الموكل دون من صدقه. وعلى هذا لو أمر المودع بدفعها إلى فلان فادعاه وكذبه فلان ولو كان المال مضمونا على رجل كالمغصوب في يد الغاصب أو الدين على الطالب فأمر الطالب أو المغصوب منه الرجل أن يدفعه إلى فلان فقال المأمور قد دفعت إليه وقال فلان ما قبضت فالقول قول فلان أنه لم يقبض ولم يصدق الوكيل على الدفع إلا ببينة أو بتصديق الموكل، ولا يصدقان على القابض والقول له مع اليمين وللوكيل تحليف الموكل أنه ما يعلم أنه دفع، فإن نكل سقط الضمان عنه. ولو لم يدفع إليه شيئا وإنما أمره بقضاء دينه من ماله فادعاه وكذبه الطالب والموكل ولا بينة فالقول قولهما مع اليمين ويحلف الموكل على نفي العلم، وإن صدقه الموكل دون الطالب رجع عليه بما ادعاه ويرجع الطالب عليه أيضا بدينه، ذكره القدوري. وفي الجامع: لا رجوع للوكيل على موكله ولو صدقه والاول أشبه كما في البدائع: ولو ادعى المودع أنه أمره بدفعها إلا فلان وكذبه صاحبها فالقول له أنه لم يأمره، وقد وقعت حادثة الفتوى حين تأليف هذا المحل دفع إلى آخر مالا ليدفعه إلى آخر ثم اختلفا في تعيينه فقال الآمر أمرتك بدفعه إلى زيد فقال المأمور إلى عمرو وقد دفعت له، فأجيب بأن القول قول الوكيل لانهما اتفقا على أصل الاذن فكان أمينا ولهذا قال الزيلعي في آخر المضاربة: لو دفع إليه مالا ثم اختلفا فقال الدافع مضاربة وقال المدفوع إليه وديعة فالقول للمدفوع إليه لانهما اتفقا على الاذن ا هـ. ومن أحكامه أنه لا جبر عليه في فعل ما وكل به إلا في رد وديعة بأن قال ادفع هذا الثوب إلى فلان فقبله وغاب الآمر يجبر المأمور على دفعه، فأما سائر

الاشياء فلا يجب عليه التنفيذ، كذا في المحيط وتمامه في فوائدنا. ومنها ما في البزازية: وكله بقبض وديعته وجعل له الاجر صح وإن وكله بقبض دينه وجعل له أجرا لا يصح إلا إذا وقت مدة معلومة، وكذا الوكيل بالتقاضي إن وقت جاز ا ه. وكذا الوكيل بالخصومة كذا في الولوالجية. ومن أحكامها أنها لا تبطل بالشروط
***
[٢٣٩]
الفاسدة ولا يصح شرط الخيار فيها كما في الخانية. ومن أحكامها صحة تعليقها وإضافتها فتقبل التقييد بالزمان والمكان، فلو قال بعه غدا لم يجز بيعه اليوم، وكذا العتاق والطلاق. ولو قال بعه اليوم فباعه غدا فيه روايتان، والصحيح أنها لا تبقى بعد اليوم، ولو وكله بتقاضي دينه بالشام ليس له أن يتقاضاه بالكوفة، الكل من الخانية. السادس في صفتها وهو عدم اللزوم فله أن يعزله متى شاء إلا فيما سنذكره آخرها. قوله: (صح التوكيل) أي تفويض التصرف إلى الغير بالكتاب والسنة والاجماع قال تعالى حكاية عن أصحاب الكهف * (فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة) * (الكهف: ١٩) وكان البعث منهم بطريق الوكالة وشرع من قبلنا شرع لنا إذا قصه الله تعالى ورسوله من غير إنكار ولم يظهر نسخة. ووكل عليه السلام حكيم بن حزام بشراء أضحيته وانعقد الاجماع عليه وهو عام وخاص، فالثاني ظاهر، والاول نحو أن يقول ما صنعت من شئ فهو جائز، أنت وكيلي في كل شئ جائز، أمرك علي ملك جميع أنواع التصرفات من البيع والشراء والهبة والصدقة والتقاضي وغير ذلك، ولو طلق امرأته جاز. قال الصدر الشهيد: وبه يفتي حتى يتبين خلافه. واختار أبو الليث أنه لو طلق أو وقف لم يجز، كذا في الولوالجية. وفي البزازية: ما حكمت فجائز تحكيم لا توكيل وقدمنا فتوى قاضيخان أنه يختص بالمعاوضات قوله: (وهو إقامة الغير مقام نفسه في التصرف) أي الجائز المعلوم حتى إن التصرف إذا لم يكن معلوما ثبت أدنى التصرفات وهو الحفظ فيما إذا قال وكلتك بمالي قوله: (ممن يملكه) أي ذلك التصرف بيان للشرط في الموكل فلا يصح توكيل مجنون وصبي لا يعقل مطلقا وصبي يعقل بنحو طلاق وعتاق وهبة وصدقة من التصرفات الضارة فيصح توكيله بالنافعة بلا ما تردد بين ضرر ونفع كالبيع والاجارة فإن كان مأذونا في التجارة صح توكيله مطلقا وإلا توقف على إجازة وليه. ولا يصح توكيل عبد محجور وصح من مأذون ومكاتب، وأما توكيل المرتد فموقوف إن أسلم نفذ وإلا بأن قتل أو مات أو لحق بطل عنده. وقالا: نافذ. وشمل قوله ممن يملكه الاب والوصي في مال الصبي فلهما أن يوكلا بكل ما يفعلانه، وأورد على هذا الشرط توكيل المسلم ذميا ببيع خمر أو خنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد فإنه صحيح عنده ولا يملكه الموكل. وأجيب بأنه يملكه بأصل التصرف وإن امتنع بعارض النهي، ويرد عليه العبد المأذون في تزويج نفسه لا يملك التوكيل كما في
***
[٢٤٠]
المحيط مع أنه يملك أن يتزوج بنفسه، والجواب أنه بمنزلة الوكيل عن سيده وإن كان عاملا لنفسه والوكيل لا يوكل إلا بإذن أو تعميم. وفي البزازية: والوكالة على اليمين مثل أن يقول وكلتك أن تحلف عني لا يجوز ا ه. وأورد أيضا لو قال بع عبدي هذا بعبد صح، ولو قال اشتريت منك هذا بعبد لم يصح، وأجيب بأن المنع للجهالة في المباشرة للافضاء إلى المنازعة لا لذاتها ولذا لم تمنع في بيع قفيز من صبرة ولا يفضى إليها في الوكالة. وزاد في الهداية فقال: ومن شرطها أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام فقيل هو احتراز عن الوكيل فإنه وإن ملك التصرف لا تلزمه الاحكام بمعنى لا تثبت له فلا يصح توكيله. وقيل احتراز عن المحجور فإنه لا يصح توكيله، كذا في النهاية. واقتصر الشارح على الثاني ولا حاجة إلى هذا القيد فإن المحجور لا يملك التصرف فخرج به، وسيأتي إخراج الوكيل بالضابط وفي الجوهرة: وليس المعتبر أن يكون الموكل مالكا للتصرف فيما وكل به وإنما المعتبر أن يكون ممن يصح منه التصرف في الجملة لانهم قالوا: لا يجوز بيع الآبق ويجوز أن يوكل ببيعه. وفي الولوالجية: لو وكل الدائن عبدا لمديون في قبض دينه من مولاه جاز، ولو أقر العبد بالقبض والهلاك برئ المولى، ولو وكل الغريم مولى العبد المديون بالقبض من عبده لم يجز توكيله ولا قبضه. والحاصل أنه يرد على منطوق قوله ممن يملكه توكيل العبد المأذون بالتزويج فإنه لا يصح مع أنه يملكه، وما لو وكل ببيع عبده بعبد يصح مع أنه لا يملكه ويرد على مفهومه توكيل المسلم ذميا ببيع الخمر وتوكيل المحرم حلالا والتوكيل ببيع الآبق والتوكيل بالاستقراض. قوله: (إذا كان الوكيل يعقل العقد ولو صبيا أو عبدا محجورا) بيان للشرط في الوكيل فلا يصح توكيل غير العاقل. وفي يتيمة الدهر: وذكر السرخسي في الوكالة

في باب البيع والشراء: وإن كان الوكيل مجنونا فبيعه باطل، فإن كان يعقل البيع والشراء فهو بمنزلة الصبي المحجور عليه. وذكر في باب توكيل الزوج بالطلاق: ولو وكل مجنونا بطلاق امرأته فقبل الوكالة في حال جنونه ثم أفاق فهو على وكالته لان بالافاقة يزداد التمكن من التصرف ولا يزول ما كان ثابتا ا هـ. وذكر في الهداية أنه يشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده فقال الشارحون: إن المراد بعقل العقد أن يعرف أن الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه. ويعرف الغبن الفاحش من اليسير، والمراد بقصده أن يقصد ثبوت الحكم أو
***
[٢٤١]
الربح للاحتراز عن بيع المكره والهازل فإنه لا يقع عن الآمر ا هـ. وفيه نظر لانه لا حاجة إلى اشتراط عقلية الغبن الفاحش من اليسير لجواز بيع الوكيل عند الامام بما قل وكثر. نعم إن قيد عليه أن لا يبيعه بغبن فاحش اشتراط، وأما تفسير القصد للاحتراز عن بيع الهازل والمكره فخارج عن المقصود لان الكلام الآن في صحة الوكالة لا في صحة بيع الوكيل ولذا تركه المصنف. وفي الواقعات الحسامية: الوكيل إذا اختلط عقله بشراب نبيذ ويعرف الشراء والقبض جاز على الموكل شراؤه. ولو اختلط ببنج ويعرف الشراء لم يجز وهو بمنزلة المعتوه ا هـ قوله: (بكل ما يعقده بنفسه) بيان لضابط الموكل فيه وليس حدا فلا يرد عليه أن المسلم لا يملك بيع الخمر ولا يملك توكيل الذمي به لان إبطال القواعد بإبطال الطرد لا العكس. ولا
***
[٢٤٢]
يمكن طرده عدم توكيل الذمي مسلما ببيع خمره وهو يملكه لانه يملك التوصل به بتوكيل الذمي به فصدق الضابط لانه لم يقل كل عقد يملكه يملك توكيل كل أحد به بل التوصل به في الجملة، وإنما يرد عليه توكيل الوكيل بلا إذن وتعميم فإنه يملك العقد الذي وكل به ولا يملك التوكيل. وأجابوا بأن المراد لنفسه لكن يرد عليه الاب والجد يملكان شراء مال ولده الصغير ولا يملكان التوكيل به كما في السراج الوهاج، والاستقراض فإنه يباشره بنفسه لنفسه ولا يملك التوكيل به فيقع للوكيل، كذا ذكر الشارح. ولم يجب عنه والجواب منع عدم صحته به لما في الخانية: إن وكل بالاستقراض فإن أضاف الوكيل الاستقراض إلى الموكل كان للموكل وإلا كان للوكيل ا هـ. وفي البزازية: استقرض منه ألفا وأمره أن يعطيه رسوله فلانا
***
[٢٤٣]
وزعم الاعطاء وأقر الرسول وأنكر المستقرض دفع المقرض لا يلزم المستقرض شئ ا هـ. ثم قال بعده: صح التوكيل بالاقراض لا بالاستقراض. وفي القنية: التوكيل بالاستقراض لا يصح، والتوكيل بقبض القرض يصح بأن يقول لرجل أقرضني ثم يوكل رجلا بقبضه يصح ا هـ. ولو قال المصنف بكل ما يباشره لكان أولى ليشمل العقد وغيره فكان يستغني عن أفراد بعض الاشياء. قوله: (وبالخصومة في الحقوق برضا الخصم إلا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مدة السفر أو مريدا للسفر أو مخدرة) أي وصح التوكيل بالخصومة بشرط رضا الخصم وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: يجوز بغير رضاه ولا خلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم، لهما أن التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون، وله أن الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة، فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضا كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ومريده كهو لتحقيق الضرورة، والمخدرة لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها وهذا شئ استحسنه المتأخرون، كذا في الهداية. وظاهره أن المخدرة لا نص عليها في المذهب ولهذا قال في فتح القدير: أما على ظاهر إطلاق الاصل وغيره عن أبي حنيفة فلا فرق بين البكر والثيب والمخدرة والمبرزة والفتوى على ما اختاروه من ذلك ا هـ. والخصومة الجدل، خاصمه مخاصمة وخصومة فخصمه يخصمه غلبه وهو شاذ لان فاعلته ففعلته يرد يفعل منه إلى الضم إن لم تكن عينه حرف حلق فإنه بالفتح كفاخره ففخره يفخره، أما المعتل كوجدت وبعت فيرد إلى الكسر إلا ذوات الواو فإنها ترد إلى الضم كراضيته فرضوته أرضوه وخاوفني فخفته أخوفه، وليس في كل شئ يقال نازعته لانهم استغنوا عنه بغلبته. واختصموا تخاصموا والخصم المخاصم والجمع الخصوم، وقد يكون للجمع والاثنين والمؤنث والخصم المخاصم والجمع خصماء، كذا في القاموس. هذا معناها لغة. وأما شرعا فهو الجواب

بنعم أو لا كما سيأتي. وفسرها في الجوهرة بالدعوى الصحيحة أو بالجواب الصريح. ولو وكله في الخصومة له لا عليه فله
***
[٢٤٤]
إثبات ما للموكل، فلو أراد المدعى عليه الدفع لم تسمع، كذا في منية المفتي. والحاصل أنها تتخصص بتخصيص الموكل وتعمم بتعميمه، والالف واللام في الحقوق للجنس فشمل بعضا معينا وجميعها. وفي القنية: لو رضي ثم مضى يوم فقال لا أرضى له ذلك ا ه. وذكره في شرح المجمع معزيا إليها. والتقييد باليوم اتفاقي وإنما المقصود أن له الرجوع عن الرضا ما لم يسمع القاضي الدعوى لما في القنية أيضا: لو ادعى وكيل المدعى عند القاضي ثم أتى بشهود ليقيمها ولم يرض الخصم أي المدعي عليه بالوكيل ويريد أن يخاصم مع الخصم ليس له ذلك بعد سماع الدعوى على أصل أبي حنيفة. وفي البزازية: ولو وكله بكل حق هو له وبخصومته. في كل حق له ولم يعين المخاصم به والمخاصم فيه جاز ا ه. وإذا وكله بقبض كل حق يحدث له والخصومة فيه جائز أمره فإنه يدخل فيه الدين والوديعة والعارية وكل حق ملكه الموكل، أما النفقة فمن الحقوق التي لا يملكها، كذا في الخزانة. وفي الولوالجية: وكله بالخصومة ولم يبين أي الخصومة لم تجز الوكالة لانها تقع في الاجناس المختلفة. وأطلق في الخصم فشمل الطالب والمطلوب كما شملهما الموكل، والشريف والوضيع كما في البزازية. وأطلق المريض وهو مقيد بما إذا كان لا يقدر على المشي على قدميه إلى مجلس القاضي مدعيا كان أو مدعى عليه، وإن قدر على الحضور على ظهر الدابة أو ظهر انسان فإن زاد مرضه بذلك لزم توكيله، فإن لم يزد قيل على الخلاف والصحيح لزومه، كذا في البزازية. وفي الجوهرة: أما المريض الذي لا يمنعه من الحضور فهو كالصحيح ا ه. وقيد بمدة السفر لان ما دونها كالحاضر، كذا في الجوهرة. وفي المحيط: إن كان الموكل مريضا أو مسافرا فالتوكيل منهما لا يلزم بدون رضا الخصم بل يقال للمدعى إن شئت جواب خصمك فاصبر حتى يرتفع العذر، وإن لم تصبر فسبيلك الرضا بالتوكيل فإذا رضي لزمه برضاه في ظاهر الرواية ا ه. وهو خاص بتوكيل المدعى عليه كما لا يخفي وإرادة السفر أمر باطني فلا بد من دليلها وهو إما تصديق الخصم بها أو القرينة الظاهرة ولا يقبل قوله إني أريد السفر لكن القاضي ينظر في حاله وفي عدته فإنها لا تخفى هيئة من يسافر، كذا ذكره الشارح. وفي البزازية: وإن قال اخرج بالقافلة الفلانية سألهم عنه كما في فسخ الاجارة ا ه. وفي خزانة المفتين: ولو قال إني أريد السفر يلزم منه التوكيل طالبا كان أو مطلوبا لكن يكفل المطلوب ليتمكن الطالب من استيفاء دينه، وإن كذبه الخصم في إرادته السفر يحلفه القاضي بالله أنك تريد السفر ا ه. وأما المخدرة فهي في اللغة كما في القاموس من الخدر كالاخدار والتخدير بفتح الخاء الزام البنت الخدر - بكسر الخاء - وهو ستر يمد للجارية في ناحية البيت وهي
***
[٢٤٥]
مخدورة ومخدرة ا ه. وفي الشرع هي التي لم تجر عادتها بالبروز ومخالطة الرجال قال الحلواني: والتي تخرج في حوائجها برزة. وقال البزدوي: من لا يراها غير المحارم مخدرة إذا لم تخالط الرجال على ما ذكره في الفتاوى. وكلام الحلواني على هذا محمول على المخالطة بالرجال ولو اختلفا في كونها مخدرة، فإن كانت من بنات الاشراف فالقول لها بكرا أو ثيبا لانه الظاهر من حالها وفي الاوساط قولها لو بكرا، وفي الاسافل لا يقبل قولهما في الوجهين. والخروج للحاجة لا يقدح فيه ما لم يكثر بأن تخرج لغير حاجة، كذا في البزازية. وأشار المؤلف بقبول توكيل المخدرة إلى أن الطالب ليس له مخاصمة زوجها ولكن لا يمنعه الزوج من الخصومة مع وكيل امرأته أو معها، كذا في خزانة المفتين. وفيها: امرأة وكلت وكيلا بالخصومة فوجب عليها اليمين وهي لا تعرف بالخروج ومخالطة الرجال في الحوائج يبعث إليها الحاكم ثلاثة من العدول يستحلفها أحدهم ويشهد الآخران على حلفها أو نكولها ا ه. ومراد المؤلف من الاستثناء استثناء الموكل إذا كان له عذر ولا يختص بالاربعة فشمل حيض المدعى عليها إذا كان الحكم في المسجد، كذا ذكره الشارح وهو مقيد بما إذا كان الطالب لا يرضى بالتأخير فيما إذا كان الحكم في غير المسجد، وأما إذا رضي به فلا يكون عذرا، وأما حيض الطالبة فهو عذر مطلقا والنفاس كالحيض، كذا في خزانة المفتين. ومن العذر الحبس إذا كان من غير القاضي الذي ترافعوا إليه، ذكره الشارح. وفي البزازية: وكونه محبوسا من الاعذار يلزمه توكيله. فعلى هذا لو كان الشاهد محبوسا له أن يشهد على شهادته. قال القاضي: إن كان في سجن القاضي لا يكون عذرا لانه يخرجه حتى يشهد ثم يعيده، وعلى هذا يمكن أن يقال في الدعوى أيضا كذلك بأن يجيب عن الدعوى ثم يعاد

ولو مدعيا يدعي إن لم يؤخر دعواه ثم يعاد ا هـ. ثم اعلم أن المؤلف اختار قول الامام كما هو دأبه، وقد اختلف ترجيح المشايخ فأفتى الفقيه بقولهما. وقال الغياثي: وهو المختار وبه أخذ الصفار أيضا. وفي خزانة المفتين: المختار قولهما والشريف وغيره سواء. وفي النهاية: والصحيح قولهما. وقال الحلواني: يخير المفتي قال: ونحن نفتي أن الرأي للحاكم. وفي البزازية: ومن المعلوم المقرر أن تفويض الخيار إلى قضاة عهد الفساد كما هو المقرر من أن علمهم ليس بحجة. قال شمس الائمة:

***

[٢٤٦]

الصحيح أنه إذا علم من الآبي التعنت في اباء الوكيل يفتي بالقبول، وإن علم منه قصده الاضرار بالحيل كما هو صنيع وكلاء المحكمة لا يقبل، وغرض من فوض الخيار إلى القاضي من القدماء كأن هذا لما علموا من أحوال قضاتهم الدين والصلاح ا هـ. وفي غاية البيان: الاولى أن لا يحضر مجلس الخصومة بنفسه عندنا وعند العامة. وقال البعض: الاولى أن يحضر بنفسه لان الامتناع من الحضور إلى مجلس القاضي من علامات المنافقين والجواب الرد من المنافقين والاجابة من المؤمنين اعتقادا ا هـ. وفي خزانة المفتين: وإذا وكله بالخصومة عند القاضي فلان كان للوكيل أن يخاصمه إلى قاض آخر، ولو وكله بالخصومة إلى فلان الفقيه لم يكن له أن يخاصمه إلى فقيه آخر ا هـ. وأطلق الوكيل بها فشمل الصبي العاقل كما في منية المفتي، وعبد المولى في خصومته لما في الخزانة: عبد في يد رجل فقال كنت عبدا لفلان ولدت في ملكه وقد وكلني بخصومتك في نفسي ليس لمولاه أن يمنعه إذا كان للعبد بينة على الوكالة، ولو قال باعني منك ولم يقبض الثمن فوكلني بقبض الثمن منك فلمولاه أن يمنعه من الخصومة ا هـ. والقاضي ولو عزل عن القضاء يبقى على وكالته كما في قضاء الخزانة. ومن أحكام الوكيل بالخصومة أن الحق إذا ثبت على موكله لم يلزمه ولا يحبس عليه ولو كان وكيلا عاما لانها لم تنتظم الامر بالاداء ولا الضمان كما في الخزانة. ثم اعلم أن طريق إثبات الوكالة بالخصومة أن يشهدوا بها على غريم الموكل، سواء كان منكرا للوكالة أو مقرا بها ليتعدى إلى غيره كما في الخزانة، ولا تقبل الشهادة على المال حتى تثبت الوكالة. وفي القنية: لا تقبل من الوكيل بالخصومة ببينة على وكالته من غير خصم حاضر ولو قضى بها صح لانه قضاء في المختلف ا هـ. قوله: (وبإيفائها واستيفائها إلا في حد وقود) أي يصح التوكيل بإيفاء جميع الحقوق واستيفائها إلا بالحدود والقصاص لان كلا منها يباشره الموكل بنفسه فيملك التوكيل به بخلاف الحدود والقصاص فإنها تندرئ بالشبهات. والايفاء من أوفيت به إيفاء وأوفيته حقه

***

[٢٤٧]

ووفيته إياه بالتثقيل، كذا في المصباح. والمراد به هنا دفع ما عليه والاستيفاء والتوفي بمعنى واحد كما في المصباح. والمراد به هنا القبض فكأنه يقول صح التوكيل بدفع ما عليه ويقبض ماله. أما الاول فمن مسائله قالوا: لو وكله بقضاء الدين فجاء الوكيل وزعم قضاءه وصدقه موكله فيه فلما طالبه وكيله برد ما قضاه لاجله قال الموكل أخاف أن يحضر الدائن وينكر قضاء وكيلي ويأخذه مني ثانيا لا يلتفت إلى قول الموكل ويؤمر بالخروج عن حق وكيله، فإذا حضر الدائن وأخذ من الموكل يرجع الموكل على الوكيل بما دفعه إليه وإن كان صدقه بالقضاء. وفي كتاب الحوالة: أمره بقضاء دينه فقال قضيت وصدقه الآمر فيه ثم حلف الدائن على عدم وصوله إليه وأخذه من الآمر لا يرجع المأمور على الآمر لان الآمر كذب في إقراره حيث قضى عليه بالدين لان الاقرار إنما يبطل بالحكم على خلافه إذا كان الحكم بالبينة أما بغيرها فلا، والصحيح أنه يعلل لعدم رجوع المأمور على الآمر بأن المأمور وكيل بشراء ما في ذمة الآمر بمثله ونقد الثمن من مال نفسه وإنما يرجع على الآمر إذا سلم له ما في ذمته كالمشتري إنما يؤمر بتسليم الثمن إلى الآمر إذا سلم للآمر ما اشترى، أما إذا لم يسلم فلا. وذكر القدوري أن رب الدين يرجع على المأمور والمأمور يرجع على المديون بما قضى. قال قضيت دينك بأمرك لفلان فأنكر كونه مديون فلان وأمره وقضاه أيضا والدائن غائب فبرهن المأمور على الدين والامر والقضاء يحكم بالكل لان الدائن وإن كان غائبا لكنه عنه خصم حاضر فإن المدعي على الغائب سبب لما يدعي على الحاضر لانه ما لم يقض دينه لا يجب له عليه شئ وبينهما اتصال أيضا وهو الامر وبعد السببية والاتصال ينتصب خصما، ولو قال لا تدفع الدين إلا بمحضر فلان ففعل بلا محضره ضمن، كذا في البزازية: ولو ادعى الوكيل إنه يدفع بمحضره أو قال لا تدفع إلا بشهود فادعى دفعة بشهود وأنكر الدائن القبض حلف الوكيل أنه دفع بشهود، فإذا حلف لم يضمن، كذا في كافي الحاكم. ولو قال ادفعه بشهود فدفع بغيرهم لم يضمن. وأما الثاني أعني الوكيل بقبض الدين فيقبل قوله

في قبضه وضياعه ودفعه إلى الموكل ويبرأ الغريم ولو كان ممن لا تقبل شهادته للوكيل بخلاف إقراره بقبض الطالب، ولو وجب على الوكيل بالقبض مثله لمديون موكله وقعت المقاصة وكان الوكيل مديون الموكل.
***
[٢٤٨]
ولا يملك الوكيل بقبضه الابراء والهبة وأخذ الرهن وملك أخذ الكفيل بخلاف الوكيل بالبيع حيث ملك الكل، وليس للوكيل بالقبض قبول الحوالة، ويصح التوكيل بالقبض والقضاء بلا رضا الخصم، ولا ينعزل بموت المطلوب وينعزل بموت الطالب، فلو زعم الوكيل قبضه وتسليمه إلى الطالب حال حياته لم يصدق بلا حجة، فإن احتال الطالب بالمال بعد التوكيل على إنسان ليس للوكيل أن يطالب المحيل والمحتال، فلو ترى المال على المحال عليه وعاد الدين على المحيل فالوكيل يملك الطلب، ولو كان بالمال كفيل أو أخذ الطالب كفيلا بعد التوكيل ليس للوكيل أن يتقاضى الكفيل وللوكيل أن يتقاضى الكفيل وللوكيل بالقبض قبض بعضه إلا إذا نص على أن لا يقبض إلا الكل معا. ا ه ما في البزازية. والحاصل أن الوكيل بقبض الدين يخالف الوكيل بالبيع وقبض الثمن في مسائل، فلو كفل الوكيل بقبض الثمن المشتري صحت، ولو كفل الوكيل بالبيع لم تصح كما في الخانية. وتقبل شهادة الوكيل بقبض الدين به على المديون كما في شهادات البزازية بخلاف الوكيل بالبيع، ولو باع الوكيل وقبض الثمن ثم رد المبيع بعيب بعد ما دفع الثمن للموكل فللمشتري مطالبة الوكيل بخلاف الوكيل بقبض الثمن لا مطالبة عليه كما في القنية. ولا يصح إبراء الوكيل بالقبض ولا حطه ولا أخذه الرهن ولا
***
[٢٤٩]
تأجيله ولا قبول الحوالة بخلاف الوكيل بالبيع. وقوله إلا في حد وقود استثناء منهما لكن في الايفاء على إطلاقه، وفي الاستيفاء مقيد بما إذا كان الموكل غائبا، وأما إذا كان حاضرا وأمر باستيفائه فإنه يجوز، كذا في شرح الطحاوي. وعلله في غاية البيان باحتمال العفو المندوب إليه بخلاف حال حضرته لانعدام الشبهة، وبخلاف حال غيبة الشهود حيث يستوفيان حال غيبتهم وإن كان رجوعهم محتملا لان الظاهر عدمه احترازا عن الكذب والفسق. ولم يذكر المؤلف التوكيل بإثباتهما لدخولهما تحت قوله وبالخصومة في الحقوق لان التوكيل بإثباتهما هو التوكل بالخصومة فيهما. واختلف فيه فما ذكرناه من الجواز قول الامام، وخالف أبو يوسف نظرا إلى مجرد النيابة، ورد عليه بأنه لا تأثير لها وإلا لم يجز حكم نائب القاضي فيهما، وقول محمد مضطرب وعلى هذا الاختلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه. وفي غاية البيان: ولكن لا يصح إقرار الوكيل على موكله بأن قال قتل موكلي القتيل الذي يدعيه الولي لشبهة عدم الامر بذلك.
قوله: (والحقوق فيما يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والاجارة والصلح عن إقرار تتعلق بالوكيل إن لم يكن محجورا كتسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن والرجوع عند الاستحقاق والخصومة في العيب) لان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا، وكذا حكما لانه يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ولو كان سفيرا عنه ما استغنى عن ذلك كالرسول، وإذا كان كذلك كان أصيلا في الحقوق فتتعلق به. وفي النهاية:
***
[٢٥٠]
حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه شئ كان بارا في يمينه، ولو حلف ما للوكيل عليه شئ كان حانثا ا ه. والمراد بقوله فيما يضيفه الوكيل في كل عقد لا بد من إضافته إليه لينفذ على الموكل، وليس المراد ظاهر العبارة من أنه قد يضيفه وقد لا يضيفه فإن أضافه إلى نفسه تتعلق بالوكيل وإن أضافه إلى موكله تتعلق بالموكل كما فهمه ابن الملك في شرح المجمع لما في الخلاصة والبزازية: وكيل العبد جاء إلى مالكه فقال بعت هذا العبد من الموكل وقال الوكيل قبلت لا يلزم الموكل لانه خالف حيث أمره أن لا ترجع إليه العهدة وقد رجع قال أبو القاسم الصفار: والصحيح أن الوكيل يصير فضوليا ويتوقف العقد على إجازة الموكل ا ه. وفي الجوهرة: وكله بالبيع والشراء على أن لا تتعلق به الحقوق لا يصح هذا الشرط. وقيد بالوكيل لان الرسول لا ترجع الحقوق إليه، ولو ادعى أنه رسول وقال البائع إنه وكيل وطالبه بالثمن فالقول للمشتري والبينة على البائع، إليه أشير في بيوع الخانية. وشرطه الاضافة إلى مرسله لما في البزازية: والرسول في البيع والطلاق والعتاق والنكاح إذا أخرج الكلام مخرج الوكالة بأن أضاف إلى نفسه بأن قال طلقتك وبعتك وزوجت فلانة منك لا يجوز لان الرسالة لا تتضمن الوكالة لانها فوقها، وإن أخرج مخرج الرسالة جاز بأن يقول إن مرسلي يقول بعت منك ا ه. وفي المحيط: الوكيل بشراء شئ بعينه يقع العقد والملك للموكل وإن لم يضف

***

[٢٥١]

العقد إليه إلا إذا وكل العبد في شراء نفسه له من مولاه. وأطلق في الوكيل فشمل ما إذا كان حاضرا وما إذا كان غائبا لما في الفتاوى الصغرى: لا تنتقل الحقوق إلى الموكل فيما يضاف إلى الوكيل ما دام الوكيل حيا وإن كان غائبا ا ه. وفي المحيط: الوكيل بالبيع باع وغاب لا يكون للموكل قبض الثمن وما إذا مات الوكيل لما في البزازية: إن مات الوكيل عن وصي قال الفضلي: تنتقل الحقوق إلى وصية لا الموكل، وإن لم يكن وصي يرفع إلى الحاكم ينصب وصيا عند القبض وهو المعقول، وقيل ينتقل إلى موكله ولاية قبضه فيحتاط عنده الفتوى ا ه. وما إذا كان الموكل حاضرا وقت عقد الوكيل وما إذا كان غائبا لما في الخلاصة: والوكيل لو باع بحضرة الموكل فالعهدة على الوكيل وحضرة الموكل وغيبته سواء، ولو وكل الوكيل بغير إذن وتعميم فباع بحضرة الوكيل الاول جاز والعهدة على الوكيل الثاني ا ه. وقوله إن لم يكن محجورا شامل للحر الذي لم يحجر عليه بسفه والعبد المأذون والصبي المأذون، ولم يذكر شارحو الهداية المحجور عليه بالسفه هنا

***

[٢٥٢]

وإنما زدته هنا لدخوله تحت المحجور عليه في كلامهم، ولقول قاضيخان في الحجر إن المحجور عليه بالسفه بمنزلة الصبي إلا في أربعة فلا تلزمه عهده كهو، وظاهر كلام المصنف أن العهدة على المأذون مطلقا. وفصل في الذخيرة بين أن يكون وكيلا بالبيع فالعهدة عليه سواء باع بثمن حال أو مؤجل، وبين أن يكون وكيلا بالشراء فإن كان بثمن مؤجل فهي على الموكل لانه في معنى الكفالة، وإن كان بثمن حال فهي على الوكيل لكونه ضمان ثمن ا ه. وخالف في الايضاح فيما إذا اشترى بثمن مؤجل فجعل الشراء له لا للموكل لان الشراء للموكل والعهدة عليه كما في الذخيرة وإيضاحه في الشرح. وقيد بقوله إن لم يكن محجورا لان المحجور تتعلق الحقوق بموكله كالرسول والقاضي وأمينه ولو قبضه مع هذا صح قبضه لانه هو العاقد فكان أصيلا فيه، وانتفاء اللزوم لا يدل على انتفاء الجواز. ثم العبد إذا عتق تلزمه تلك العهدة والصبي إذا بلغ لا تلزمه لان المانع المولى مع أهليته وقد زال وفي الصبي حق نفسه ولا يزول بالبلوغ، ولو وقع التنازع في كونه محجورا أو مأذونا حال كونه وكيلا لم أره. وفي الخانية من الحجر: عبد اشترى من رجل شيئا فقال البائع لا أسلم إليك المبيع لانك محجور وقال العبد أنا مأذون كان القول قول العبد، فإن أقام البائع بينة على أن العبد أقر أنه محجور قبل أن يتقدم إلى القضاء بعد الشراء لم تقبل بينته. ثم قال: عبد باع من رجل شيئا ثم قال هذا الذي بعتك لمولاي وأنا محجور وقال المشتري بل أنت مأذون كان القول قول المشتري ولا يقبل قول العبد ا ه. وحاصلهما أن القول لمن يدعي الاذن لان الاصل النفاذ وإقدامهما يدل عليه، ومن هنا يقع الفرق بينهما وبين ما إذا كان وكيلا فإن النفاذ حاصل بدون الاذن ولزوم العهدة شئ آخر فينبغي أن يقبل قول العبد أنه محجور عليه لتنتفي العهدة عنه. وشمل كلامه المرتد فإن العهدة عليه لكن موقوفة عند الامام فإن أسلم كانت عليه وإلا فعلى الموكل، وعندهما هي عليه مطلقا وهي معروفة. وظاهر كلام المصنف أن للوكيل بالاجارة قبض الاجرة وعليه تسليم العين إلى المستأجر، وفي منية المفتي خلافة قال الوكيل بالاجارة ليس له قبض الاجرة وحبس المستأجر به ولو وهب الاجرة قبل القبض جاز إن لم يكن شيئا بعينه ا ه. وهو سبق قلم والصواب ما في كافي الحاكم أن للوكيل بالاجارة المخاصمة في إثباتها وقبض الاجرة وحبس المستأجر به فإن وهب الاجر للمستأجر أو أبرأه جاز إن لم يكن بعينه ويضمنه وإن

***

[٢٥٣]

بعينه لا. وإن ناقض الوكيل المستأجر الاجارة قبل أن يعمل فيها شيئا جازت دينا كان الاجر أو عينا وبرئ المستأجر إلا أن يكون الوكيل قبض الاجر ا ه. وعلى هذا يطالب الوكيل بالاستئجار بالاجرة كالوكيل بالشراء. وأطلق في تسليم المبيع فشمل ما إذا قبض الوكيل الثمن أو لا، وما إذا قال له الموكل لا تدفع المبيع بعد البيع حتى تقبض الثمن فدفع الوكيل قبل قبض الثمن جاز عندهما خلافا لابي يوسف وهي مسألة الوكيل إذا أقال، كذا في الخلاصة. وفي القنية: لو نهاه عن تسليم المبيع حتى يقبض الثمن كان باطلا ا ه. وفي البزازية: وهذا إذا كان المبيع في يد الوكل، فلو كان في يد الوكيل وأبى الدفع قبل قبض ثمنه له ذلك، وإن باعه نسيئة وأبى الموكل من دفعه قبل قبضه يجبر عليه، وإن كان في يد الوكيل وأخذه الموكل وأراد أن لا يدفع قبل بقبض الثمن فأخذه الوكيل من بيته وهلك في

يد الوكيل أن الاخذ بعد البيع لا يضمن، وإن قبله وق نهاه عن القبض يضمن، ولو لم يهلك حتى باعه جاز، فإن مات قبل أن يسلم إلى المشتري انفسخ البيع ا ه. وقيدنا بالنهي عن تسليم المبيع، سواء كان قبل بيعه أو بعده، لانه لو نهاه عن البيع حتى يقبض الثمن لم يجز بيعه حتى يقبض الثمن من المشتري ثم يقول بعتك بهذه الدراهم التي قبضت منك كذا في البزازية. وأشار المؤلف من كونه أصيلا في تسليم المبيع إلى أن الوكيل بالشراء يطالب بالثمن وإن لم يقبضه من الموكل، وإلى أن وكيل البيع لو دفع المبيع إلى دلال ليعرضه على من يرغب فيه فغاب أو ضاع في يده لم يضمن لكن المختار الضمان كما في البزازية لكونه دفع ملك الغير بغير إذنه وإن كان أصيلا في الحقوق. وفي البزازية: وكيل البيع قال بعته وسلمته من رجل لا أعرفه وضاع الثمن قال القاضي: يضمن لانه لا يملك التسليم قبل قبض ثمنه
***
[٢٥٤]
والحكم صحيح والعلة لا لما مر أن النهي عن التسليم قبل قبض ثمنه لا يصح فلما لم يعمل النهي عن التسليم فلان لا يكون ممنوعا عن التسليم أولى، وهذه المسألة تخالف مسألة القمقمة ا ه. قلت: مراد القاضي أنه لا يملك التسليم ممن لا يعرفه لا مطلقا فصح التعليل أيضا، واستفيد من قوله وقبض الثمن أنه لو ضمن الوكيل الثمن لم يصح ضمانه. ولو أحال المشتري الموكل على وكيله به بشرط براءة المشتري لم يصح، ولو أحال الوكيل موكله بالثمن على المشتري صحت وهي وكالة لا حوالة لانه لا شئ للموكل على وكيله، وأن الوكيل لو منع المشتري من دفع الثمن إلى موكله صح وله الامتناع عن الدفع إليه ولكن لو دفع إليه صح وبرئ استحسانا، وأنه يصح ابراء الوكيل وحوالته على الاملا والمماثل والادون وإقالته وحطه وتأجيله والتجوز بدون حقه عندهما ويضمن خلافا للثاني. هذا قبل قبضه، أما بعد قبضه لا يملك الحط والابراء والاقالة، وبعد ما قبل بالثمن حوالة لا يصح كما بعد الاستيفاء، والوكيل بالاجارة إذا فسخها بعدها صح لا بعد مضي المدة، وبعد قبض الاجرة دينا كان أو عينا لا يصح الفسخ، وأن الوكيل لو وكل موكله بقبض الثمن صح وله عزله إلا إذا خاصم الموكل معه في تأخيره المطالبة فألزم القاضي الوكيل أن يوكل موكله لا يملك عزله. ومن أحكامه أن وكيل البيع لا يطالب بالثمن من مال نفسه بخلاف الوكيل بالشراء، ولا يجبر على التقاضي لانه متبرع بخلاف الدلال والسمسار والبياع لانهم يعملون بالاجر ويقال للوكيل أحل الموكل على المشتري وحق القبض للوكيل، ولو قبضه الموكل صح إلا في الصرف فإنه لا يجوز قبضه إلا للوكيل لان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول، وأن للوكيل أن يوكل بقبض الثمن ومقتضاه أنه لو هلك في يد الثاني لم يضمنا لكن في المنتقى: وكل آخر بقبض الثمن بلا أمر الآمر وهلك في يده قال الامام: يضمن الوكيل لا القابض. وما ذكرته من الاحكام المفرعة على قبض الثمن كلها من البزازية وفيها: وكله بالبيع بشرط أن لا يقبض الثمن فالنهي باطل. وفي المحيط: كتب الوكيل الصك باسم رب العبد لا يسقط حقه في قبضه الثمن وله أن يقبض إلا أن يقر الموكل بقبضه لانه بالكتابة لم يخرج عن كونه وكيلا ا ه. وفيها: لو مات الموكل أو جن بعد البيع بقي للوكيل حق قبض الثمن. وقوله والرجوع بالثمن عند الاستحقاق شامل للمسألتين: الاولى ما إذا كان الوكيل بائعا وقبض الثمن من
***
[٢٥٥]
المشتري ثم استحق المبيع فإن المشتري يرجع بالثمن على الوكيل، سواء كان الثمن باقيا في يده أو سلمه إلى الموكل وهو يرجع على موكله. الثانية ما إذا كان مشتريا فاستحق المبيع من يده فإنه يرجع بالثمن على البائع دون موكله. وفي البزازية: المشتري من الوكيل باعه من الوكيل ثم استحق من الوكيل رجع الوكيل على المشتري منه وهو على الوكيل والوكيل على الموكل وتظهر فائدته عند اختلاف الثمن ا ه. وفي الخانية: وكله بشراء جارية فاشترى فاستحقت لم يضمن الوكيل، ولو ظهر أنها حرة يضمن الوكيل وكذا قوله والخصومة في العيب شامل لمسألتين: ما إذا كان بائعا فيرده المشتري عليه، وما إذا كان مشتريا فيرده الوكيل على بائعه لكن بشرط كونه في يده فإن سلمه إلى الموكل فلا يرده إلا بإذنه كما سيأتي في الكتاب. وأشار المؤلف إلى أن الوكيل لو رضي بالعيب لزمه، ثم الموكل إن شاء قبله وإن شاء ألزم الوكيل، وقبل أن يلزم الوكيل لو هلك يهلك على الموكل، ولو مات الوكيل بالشراء وظفر الموكل بالمشتري عيبا يرده وارثه أو وصيه وإلا فالموكل وكيل البيع إذا مات وظهر مشتريه به عيبا رده على وصي الوكيل أو وارثه وإلا فعلى الموكل، كذا في البزازية. وفي الخانية: الوكيل بالشراء لا يملك إبراء البائع عن العيب عند أبي حنيفة ومحمد، واختلفوا في قول أبي يوسف والوكيل بالشراء إذا اشترى

بالنسيئة فمات الموكل حل عليه الثمن ويبقى الاجل في حق الموكل، وجزمه هنا يدل على أن المعتمد في المذهب ما قال أنه المعقول وقد أفتيت به بعد ما احتطت كما قال فيما سبق، وقد كتبنا في الاشباه والنظائر من قسم الفوائد حكم التوكيل بالتوكيل. ومما فرع على أن الوكيل أصيل في الحقوق ما في كافي الحاكم: ولو وكل القاضي وكيلا ببيع شئ فباعه ثم خاصمه المشتري في عيبه جاز قضاء القاضي للوكيل ا ه. قوله: (والملك يثبت للموكل ابتداء حتى لا يعتق قريب الوكيل بشرائه) دفع لما يتوهم من أن الحقوق لما ثبتت للوكيل أصالة وخلفه الموكل فيها ينبغي أن يكون الحكم كذلك، وقد اختلف أصحابنا فيها فقال الكرخي يثبت للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل، وقال أبو طاهر يثبت للموكل ابتداء وهو الاصح ولهذا لو كان المشتري منكوحة الوكيل لا يفسد نكاحه ولا تعتق عليه. وقال القاضي أبو زيد: الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في الحقوق فوافق الكرخي في الحقوق، وأبا طاهر في حق الحكم وهذا أحسن، كذا في البزازية. وصحح الشارحون ما في الكتاب لكن لم يذكروا لهذا الاختلاف ثمرة الاتفاق على عدم عتق قريب الوكيل لو اشتراه وعدم فساد نكاحها لو اشتراها. والعتق والفساد على الموكل لو اشترى وكيل قريب موكله وزوجته لان الملك للوكيل لم يكن مستقرا والموجب للعتق والفساد الملك المستقر، هكذا أجاب الكرخي. وأشار المؤلف إلى أن الموكل لو أعتق قبل قبض الوكيل فإنه ينفذ إعتاقه لكونه أعتق ملك نفسه، والبائع يأخذ الوكيل بالثمن ولا سبيل له على الموكل، وكذلك في التدبير

***

[٢٥٦]

والاستيلاد، ولو قتله الموكل وضمن قيمته للوكيل فيدفعها إليه لتكون محبوسة عنده إلى أن يأخذ الثمن من الموكل، كذا في بيوع الخانية قوله: (وفيما يضيفه إلى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد أو عن إنكار يتعلق بالموكل فلا يطالب وكيله بالمهر ووكيلها بتسليمها) أي والحقوق في كل عقد لا يستغني الوكيل عن إضافته إلى موكله لان الوكيل فيها سفير محض ألا ترى أنه يستغني عن إضافته العقد إلى الموكل، ولو أضافه إلى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول، وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا. وفي البزازية: الوكيل بالطلاق والعتاق إذا أخرج الكلام مخرج الرسالة بأن قال إن فلانا أمرني أن أطلق أو أعتق ينفذ على الموكل لان عهدتهما على الموكل على كل حال، ولو أخرج الكلام في النكاح والطلاق مخرج الوكالة بأن أضاف إلى نفسه صح إلا في النكاح. والفرق بين وكيل النكاح والطلاق أن في الطلاق أضاف إلى الموكل معنى لانه بناء على ملك الرقبة وتلك للموكل في الطلاق والعتاق فأما في النكاح فذمة الوكيل قابلة للمهر حتى لو كان بالنكاح من جانبها وأخرج مخرج الوكالة لا يصير مخالفا لاضافته إلى المرأة معنى لان صحة النكاح بملك البضع وذاك لها فكأنه قال ملكتك بضع موكلتي فاندفع جانبه ا ه. فعلى هذا معنى الاضافة إلى الموكل مختلف ففي وكيل

***

[٢٥٧]

النكاح من قبل الزوج على وجه الشرط، وفيما عداه على وجه الجواز فيجوز عدمه. وذكر في

***

[٢٥٨]

القنية قولين فيما إذا قال وكيل الطلاق أنت طالق مني وقد فرع على رجوع الحقوق للموكل حكمين، ومنها أن وكيلها لا يلي قبض مهرها والوكيل بالخلع لا يلي قبض البدل كما في البزازية. ومنها أنه يصح ضمانه مهرها وتخير المرأة بين مطالبته أو الزوج فإذا أخذت من الوكيل لا يرجع على الزوج، كذا في البزازية. وفيها: وكيل الخلع خالع وضمن صح وإن لم تأمره المرأة بالضمان وكذا يرجع قبل الاداء ا ه. وأشار بالكاف في قوله كالنكاح إلى بقية أفراد هذا النوع ولذا قال في الهداية: من أخواته العتق على مال والكتابة والصلح على إنكار والهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض لان الحكم فيها يثبت بالقبض وأنه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل أصيلا، وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس، وكذا الشركة والمضاربة إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه ا ه. ومن هذا النوع الوكيل بالقبض وقدمنا أحكامه. وفي المجتبى: وكله أن يرتهن عبد فلان بدينه أو يستعيره له أو يستقرض له ألفا فإنه يضيف العقد إلى موكله دون نفسه فيقول إن زيدا يستقرض منك كذا أو يسترهن عبد ك أو يستعير منك ولو قال هب لي أو أعرني أو أقرضني أو تصدق علي فهو للوكيل ا ه. قوله: (وللمشتري منع الموكل عن الثمن) لكونه أجنبيا عن الحقوق لرجوعها

إلى الوكيل أصالة، وقدمنا أحكام قبض الثمن وأنه لا فرق بين حضرة الوكيل وغيبته وإن وصى الوكيل ترجع الحقوق إليه بعد موته لا إلى الموكل. وأشار المؤلف إلى أن الموكل لو كان دفع الثمن إلى الوكيل فاستهلكه وهو معسر كان للبائع حبس المبيع ولا مطالبة له على الموكل، فإن لم ينقد الموكل الثمن إلى البائع باع القاضي الجارية بالثمن إذا رضيا وإلا فلا، كذا في بيوع خزانة المفتين قوله: (وإن دفع إليه صح ولا يطالبه الوكيل ثانيا) لان نفس الثمن المقبوض حق الموكل وقد وصل إليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم في الدفع إليه، ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة، ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل، وبدين الوكيل إذا كان وحده عند أبي حنيفة ومحمد لكونه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه بضمنه للموكل في الفصلين، كذا في الهداية. ولو أبرآه عن الثمن معا برئ المشتري بإبراء الموكل دون وكيله فلا رجوع على الوكيل، كذا في النهاية. ويستفاد من وقوع المقاصة بدين الوكيل

***

[٢٥٩]

أن الوكيل لو باع من دائنه بدينه صح وبرئ وضمن الوكيل لموكله وهي في الذخيرة. أطلقه فشمل ما إذا نهاه الوكيل عن الدفع إلى موكله ومع ذلك دفع له فإنه يبرأ استحسانا كما في البزازية. وأشار المؤلف إلى أن المسلم إليه لو دفع المسلم فيه إلى الموكل فإنه يبرأ ولو امتنع من دفعه إليه له ذلك كما في البزازية، وإلى أن المأذون كالوكيل كما في البزازية. وذكر أبو بكر لا يملك المولى قبض ديون عبده المأذون إذا غاب لانه فوق الوكيل لانه يتصرف لنفسه والوكيل لغيره، وفي الوكيل إذا غاب لا يملك فالمأذون أولى، ومع ذلك لو قبضه المولى يبرأ المديون استحسانا إن لم يكن على العبد دين، وإن كان عليه دين لا يبرأ لان الحق للغرماء والمولى كالاجنبي ا ه‍. والله تعالى أعلم.

باب الوكالة بالبيع والشراء أفردهما بباب على حدة لكثرة الاحتياج إليهما، وقدم الشراء على البيع لان الشراء ينبئ عن الاثبات والبيع عن الازالة بعد الاثبات، أو الشراء يتحقق بالموجود والمعدوم والبيع لا يتحقق إلا في الموجود، كذا في المعراج قوله: (أمره بشراء ثوب هروي أو فرس أو بغل صح سمى ثمنا أو لا) لانه لم يبق إلا جهالة الصفة وهي محتملة فيها استحسانا لان مبناها على التوسعة لكونها استعانة، وفي اشتراط بيان الوصف بعض الحرج وهو مدفوع. قيد بالفرس والبغل للاختلاف في الشاة فمنهم من جعلها من هذا القبيل، وفي التجريد جعلها من المتوسط وجزم به في الجوهرة فقال: الوكالة باطلة وما اشتراه الوكيل فهو لنفسه. وأما الحمار ففي البزازية: وفي الحمار تصير الصفة معلومة بحال الموكل، وكذا البقر ولو كان الموكل فاليزيا فاشترى حمارا مصريا أو كان واحدا من العوام فاشترى له فرسا يليق بالملوك يلزم المأمور ا ه‍. قوله: (وبشراء دار أو عبد جاز ان سمى ثمنا وإلا فلا) لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما. أطلقه فشمل ما إذا كان ذلك الثمن يخصص نوعا أو لا، وبه اندفع ما في

***

[٢٦٠]

الجوهرة حيث قال: وهذا إذا لم يوجد بهذا الثمن من كل نوع أما إذا وجد لا يجوز عند بعض المشايخ ا ه‍. وقد جعل المؤلف الدار كالعبد موافقا لقاضيخان لكنه شرط مع بيان الثمن بيان المحلة كما في فتاواه مخالفا للهداية لانه جعلها كالثوب قال: وكذا الدار تشمل ما هو في بعض الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فتعذر الامتثال ا ه‍. وذكر في المعراج أن ما في الهداية مخالف لرواية المبسوط قال: والمتأخرون من مشايخنا قالوا في ديارنا لا يجوز إلا ببيان المحال ا ه‍. وبه يحصل التوفيق فيحمل ما في الهداية على ما إذا كانت تختلف في تلك الديار اختلافا فاحشا، وكلام غيره على ما إذا كانت لا تتفاحش. ولو قال المؤلف إن بين نوعا أو سمى ثمنا كان أولى لانها صحيحة ببيان النوع كعبد رومي حبشي وإن لم يسم الثمن والحنطة من هذا القبيل وبيان المقدار كبيان الثمن كما في البزازية. وفي الخانية: اشتر لي حنطة لا يصح ما لم يبين القدر فيقول كذا قفيزا والطيلسان من هذا القبيل أيضا لما في البزازية: اشتر لي طيلسانا بمائة صحت، وأما الدار فعلى ما في الهداية لم يصح التوكيل بشراء دار بألف، وصح عند غيره ويتعين البلد الذي هو فيه كما هو مروي عن الثاني وجزم به في الخانية. وفي الولوالجية: رجل وكل رجلا ليشتري له لؤلؤة لم يجز ما لم يسم الثمن لان التفاوت بين اللؤلؤتين أكثر من التفاوت بين النوعين المختلفين، ولو قال دارا بالكوفة بألف صحة اتفاقا، ولو قال دارا بالكوفة في موضع كذا وسمى موضعا متقاربا، بعضه ببعض جازت ذكر الثمن أو لا كما في البزازية. وفيها: وكله بشراء دار ببلخ فاشترى خارجها، إن الموكل من أهل البلد لا يجوز وإن من الرستاق جاز ا ه‍. واللحم من هذا القبيل أيضا فلو وكله بشراء لحم بدرهم فاشترى لحم ضأن أو بقر أو إبل لزم الآمر، وقيل إن كان الآمر غريبا ينصرف التوكيل إلى المطبوخ والمشوي لا القديد أو لحم الطيور

والوحوش والشاة حية أو مذبوحة غير مسلوخة، وإن اشترى شاة مسلوخة لزم الآمر إلا أن يكون الثمن قليلا، كذا في الخانية. قوله: (وبشراء ثوب أو دابة لا وإن سمى ثمنا) أي لا يصح التوكيل للجهالة الفاحشة فإن الدابة لغة اسم لما يدب على وجه الارض، وعرفا للخيل والبغل والحمار فقد جمع أجناسا، وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس إلى الكساء ولهذا لا يصح تسميته

***

[٢٦١]

مهرا، وإذا اشترى الوكيل وقع الشراء له، كذا في النهاية. قيد بالمنكر لانه لو كان معينا لا يحتاج إلى تسمية الجنس والصفة، كذا في المعراج. وأشار بثوب إلى أن ثيابا كذلك لوجود جهالة الجنس. وفي الكافي: وفرقوا بين ثياب وأثواب فقالوا الاول للجنس، والثاني لا وكأن الفرق مبني على عرفهم ا ه‍. ويمكن أن يقال إنه مبني على أن أثوابا جمع قلة لان أفعالا من جموع القلة وهو لما دون العشرة فلم يدل على العموم بخلاف ثياب فإنه جمع كثرة لا ينحصر في عدد فتفاحشت الجهالة. وفي البزازية: دفع له دراهم وقال اشتر بها شيئا لا يصح، ولو قال على ما تحب وترضى جاز بخلاف البضاعة والمضاربة، ولو وكله بشراء أي ثوب شاء صح، وفي البضاعة لو أمره بشراء ثوب أو ثوبين أو ثياب أو الثياب صح، وبشراء أثواب لا يصح. دفع إليه ألفا وقال اشتر لي به الدواب أو لم يدفعه صح، ولو قال خذ هذا الالف واشتر بها الاشياء جاز وإن لم يسم بضاعة أو مضاربة لانه أدخل اللام ولم يرد المعهود لعدمه ولا كل الجنس لاستحالته. علم أنه أراد به ما ليس من ذلك الجنس حتى لو لم يدخل اللام لم يصح كقوله ثوبا أو دابة بل أولى لان الشئ أعم فكانت الجهالة أفحش ولم يوجد منه ما يدل على تفويض الامر إليه بخلاف ما تقدم. ولو قال اشتر لي الاثواب لم يذكره محمد، وقيلا لا، ولو أثوابا لا يجوز، ولو ثيابا أو الدواب أو الثياب أو دواب يجوز وإن لم يقدر الثمن ا ه‍. قوله: (وبشراء طعام يقع على البر ودقيقه) أي لو وكله والقياس أن يقع على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل إذ الطعام اسم لما يطعم. وجه الاستحسان أن العرف أملك وهو على ما ذكرناه إذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي على الموضع. أطلقه فشمل ما إذا كثرت الدراهم أو قلت، وقيل ينظر إليها فإن كانت كثيرة فعلى البر، وإن كانت قليلة فعلى الخبز، وإن كانت بين الامرين فعلى الدقيق والفارق العرف، ويعرف بالاجتهاد حتى إذا عرف أنه بالكثير من الدراهم يريد به الخبز بأن كان عنده وليمة يتخذها هو جاز له أن يشتري الخبز له. وقال بعض مشايخ ما وراء النهر: الطعام في عرفنا ينصرف إلى ما يمكن أكله يعني المعتاد للاكل كاللحم المطبوخ والمشوي أي ما يمكن أكله من غير إدام دون الحنطة والدقيق والخبز. قال في الذخيرة: وعليه الفتوى كذا في النهاية. ولم

***

[٢٦٢]

يقيد المؤلف رحمه الله تعالى صحة التوكيل بدفع الدراهم ولا بد منه أو بيان مقدار الطعام، فلو قال له اشتر لي طعاما لم يجز على الآمر كما ذكره الشارح. والحاصل أن ما ذكره المؤلف من انصراف الطعام إلى البر ودقيقه إنما هو عرف الكوفة، وفي عرفنا ما ذكرناه من المفتى به، هكذا في البزازية. ولكن عرف القاهرة على خلافهما فإن الطعام عندهم للطبخ بالمرق واللحم. وقيد بالبر لانه لو اشترى شعيرا لم يلزم الآمر استحسانا كما في البزازية. قيد بالوكالة لان الطعام فيما لو أوصى له بالطعام يدخل فيه كل مطعوم، كذا في البزازية من الوكالة. ومن أيمانها. لا يأكل طعاما فأكل دواء ليس بطعام كالسقمونيا لا يحنث ولو به حلاوة كالسكجبين يحنث ا ه‍. قوله: (وللوكيل الرد بالعيب ما دام المبيع في يده) لانه من حقوق العقد وهي كلها إليه ولوارثه أو وصيه ذلك بعد موته فإن لم يكونا فللموكل، وكذا الوكيل بالبيع، كذا في الخلاصة وقدمناه أطلقه فشمل ما إذا كان رده بإذن الموكل أو بغير إذنه، وأشار بكون الرد له إلى أنه لو رضي بالعيب فإنه يلزمه، ثم الموكل إن شاء قبله وإن شاء ألزم الوكيل، وقبل أن يلزم الوكيل إذا هلك يهلك من الموكل، كذا في البزازية. وإلى أن الرد عليه لو كان وكيلا بالبيع فوجد المشتري بالمبيع عيبا ما دام الوكيل حيا عاقلا من أهل لزوم العهدة فإن كان محجورا يرد على الموكل. وفي شرح الطحاوي: وجد المشتري فيما اشتراه عيبا رجع بالثمن على الوكيل إن كان نقده الثمن، وإن كان نقده من الموكل أخذه من الموكل. ولم يذكر ما إذا نقد الثمن إلى الوكيل ثم أعطاه هو إلى الموكل ثم وجد المشتري عيبا يرده على الوكيل أم الموكل، أفتى القاضي أنه يرده على الوكيل، كذا في البزازية. وإلى أن الموكل أجنبي في الخصومة بالعيب فلو أقر الموكل بالعيب وأنكره الوكيل فإنه لا لزم الوكيل ولا الموكل شئ لان الخصومة فيه من حقوق العقد والموجب أجنبي فيه، وإلى أن إقرار الوكيل يوجب رده عليه ولو أنكره

الموكل لكن إقراره صحيح في حق نفسه لا في حق الموكل لانتهاء وكالته بالتسليم فلا يكون قوله ملزما على الموكل إلا أن يكون عيبا لا يحدث مثله في تلك المدة للقطع بقيام العيب عند الموكل، وإن أمكن حدوث مثله في المدة لا يرده على الموكل إلا ببرهان على كونه عند موكله وإلا يحلفه فإن نكل رده إلا لزم الوكيل، كذا في البزازية أيضا. قوله: (ولو سلمه إلى الآمر لا يرده إلا بأمره) لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه إبطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه ولهذا كان خصما لم لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم إلى الموكل لا بعده. وفي جامع الفصولين: الوكيل إذا قبض الثمن لا
***
[٢٦٣]
يملك الاقالة اجماعا ا ه. وقيد بالعيب لانه لو وكله ببيع متاعه فباعه بيعا فاسدا وسلمه وقبض الثمن وسلمه إلى الموكل فله أن يفسخ البيع ويسترد الثمن من الموكل بغير رضاه لحق الشرع، كذا في القنية قوله: (وحبس المبيع بثمن دفعه من ماله) لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا لو اختلفا في الثمن يتحالفان في الثمن ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلمه المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه، ولان الحقوق لما كانت راجعة إليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله. وقال زفر: لا يحبسه لان الموكل صار قابضا بيده فكأنه سلمه إليه. قلنا: هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على أن قبضه موقوف فيقع للموكل إن لم يحبسه ولنفسه عند حبسه. قيد بكونه دفع الثمن لانه لو لم يكن دفعه فله الحبس بالاولى لانه مع الدفع ربما يتوهم أنه متبرع بدفع الثمن فلا يحبسه فأفاد بالحبس أنه ليس بمتبرع وأن له الرجوع على موكله بما دفعه وإن لم يأمره به صريحا للاذن حكما كما قدمناه. وهذا إذا كان الثمن حالا، فإن اشتراه الوكيل بثمن مؤجل تأجل في حق الموكل أيضا فليس للوكيل طلبه حالا بخلاف ما إذا اشتراه بنقد ثم أجله البائع كان للوكيل أن يطالبه به حالا وهي الحيلة كما في الخلاصة. وفي الواقعات الحسامية: ولو أمر رجلا أن يشتري له جارية بألف فاشتراها ثم إن البائع وهب الالف من الوكيل فللوكيل أن يرجع على الآمر، ولو وهب منه بخمسمائة لم يكن له أن يرجع على الآمر إلا بخمسائة، ولو وهب منه خمسمائة ثم وهب منه أيضا الخمسمائة الباقية لم يرجع الوكيل على الآمر إلا بالخمسمائة الاخرى لان الاول حط والثاني هبة، ولو هب منه تسعمائة ثم وهب منه المائة الباقية لا يرجع على الآمر إلا بالمائة الاخرى، وهذا كله قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف والحسن ا ه. وفي وصايا الخانية: الوصي إذا أنفذ الوصية من مال نفسه له أن يرجع في تركه الميت على كل حال أي سواء كان وارثا أو كانت الوصية للعبد أو لم يكن وعليه الفتوى ا ه. وفي الخلاصة: الوكيل بالشراء إذا اشترى ما أمر به ثم أنفق الدراهم بعد ما سلم إلى الآمر ثم نقد البائع غيرها جاز، ولو اشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالشراء للوكيل وضمن للموكل دنانيره للتعدي. وفي الخانية: الوكيل بالشراء إذا لم يكن أخذ الثمن من الموكل يطالب بتسليم الثمن من مال نفسه والوكيل بالبيع لا يطالب بأداء الثمن من مال نفسه ا ه. وفي كفالة الخانية: لو ادعى الوكيل بالشراء دفع الثمن من ماله وصدقه الموكل وكذبه البائع لم يرجع الوكيل على الموكل ا ه. وفي جامع الفصولين من السابع والعشرين:
***
[٢٦٤]
الوكيل لو لم يقبض ثمنه حتى لقي الآمر فقال بعث ثوبك من فلان فأنا أقضيك عنه ثمنه فهو متطوع ولا يرجع على المشتري، ولو قال أنا أقضيكه عنه على أن يكون المال الذي على المشتري لي لم يجز ورجع الوكيل على موكله بما دفع. بياع عنده بضائع لناس أمروه ببيعها فباعها بثمن مسمى فعجل الثمن من ماله إلى أصحابها على أن أثمانها له إذا قبضها فأفلس المشتري فللبائع أن يسترد ما دفع إلى أصحاب البضائع ا ه. قوله: (فلو هلك في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) لان يده كيد الموكل فإذا لم يحبس يصير الموكل قابضا بيده. ولم يذكر المؤلف هنا حكم ما إذا وكله بشراء شئ ودفع الثمن إليه فهلك في يده قال في البزازية وفي جامع الفصولين: دفع إليه ألفا ليشتري به فاشترى وقبل أن ينقده للبائع هلك فمن مال الآمر، وإن اشترى ثم نقده الموكل فهلك الثمن قبل دفعه إلى البائع عند الموكل يهلك من مال الوكيل. وفي الجامع الصغير: وكله به ودفع ألفا فاشترى ولم ينقد رجع به مرة فإن دفع وهلك ثانيا لا يرجع أخرى والمضارب مرارا والكل رأس المال ا ه. وسيزداد وضوحا إن شاء الله تعالى في المضاربة. وفي الخانية: رجل دفع إلى رجل ألف درهم وأمره أن يشتري له بها عبدا فوضع الوكيل الدراهم في منزله وخرج إلى السوق واشترى له عبدا بألف درهم

وجاء بالعبد إلى منزله وأراد أن يدفع الدراهم إلى البائع فإذا الدراهم قد سرقت وهلك العبد في منزله فجاء البائع وطلب منه الثمن وجاء الموكل يطلب منه العبد كيف يفعل؟ قالوا: يأخذ الوكيل من الموكل ألف درهم ويدفعها إلى البائع والعبد والدراهم هلكا على الامانة في يده. قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا علم بشهادة الشهود أنه اشترى العبد وهلك في يده، أما إذا لم يعلم ذلك إلا بقوله فإنه يصدق في نفي الضمان عن نفسه ا ه. وفي بيوع البزازية: الوكيل بالشراء إذا أخذ المشتري على وجه السوم مع قرار الثمن فأراه الموكل ولم يرض به فهلك في يده الوكيل ضمن الوكيل قيمة السلعة للبائع، ثم يرجع على الموكل إن كان أمره بالاخذ على وجه السوم وإلا فلا ا ه قوله: (وإن هلك بعد حبسه فهو كالمبيع) أي عند أبي حنيفة ومحمد. قيد بالهلاك لانه
***
[٢٦٥]
لو ذهبت عينه عنده بعد حبسه لم يسقط شئ من الثمن لانه وصف والاوصاف لا يقابلها شئ لكن يخير الموكل إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك، كذا في زيادات قاضيخان ويكون مضمونا ضمان الرهن عند أبي يوسف، وضمان الغصب عند زفر لانه منع بغير حق. ولهما أنه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه، ولابي يوسف أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد إن لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه، وها هنا لا ينفسخ أصل العقد. قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما إذا رده الموكل بعيب ورضى الوكيل به. أشار المؤلف إلى أن الوكيل له حبس المبيع لاستيفاء الثمن سواء أداه إلى البائع أو لا. وقيد بالوكيل بالشراء لان الوكيل باستئجار الدار إذا استأجر للموكل دارا سنة بمائة درهم وشرط التعجيل أو لم يشترط وقبض الوكيل الدار لا يكون له أن يحبسها من الموكل بالاجر، فإن حبسها حتى مضت المدة ذكر في بعض الروايات أن الاجر على الوكيل، ثم الوكيل يرجع على الموكل ولا يسقط الاجر عن الموكل بحبس الوكيل بخلاف ما إذا غصبها غاصب فإن ثمة لا يجب الاجر على الموكل ولا على الوكيل، وفي بعضها يسقط الاجر عن الموكل بحبس الوكيل، كذا في الخانية إلى هنا. والحاصل في مسألة الاختلاف أن عندهما يسقط الثمن بهلاكه، وعند أبي يوسف يهلك بالاقل من قيمته ومن الثمن حتى لو كان الثمن أكثر من قيمته رجع الوكيل بذلك الفضل على موكله، وعند زفر يضمن جميع قيمته. وفي بيوع البزازية: وإن نقد الوكيل بالشراء الثمن من ماله ثم لقيه الموكل في بلد آخر والمشتري ليس عنده وطلب منه الثمن فأبى إلا أن يسلم المشتري، فإن كان الآمر طالبه بتسليمه حين كان المشتري بحضرتهما ولم يسلمه حتى يقبض الثمن له أن لا يدفع الثمن حتى يقبض المشتري لانه امتنع عن تسليم المشتري حال حضرته فلان يمنع حال غيبته، وإن كان الآمر لم يطلبه منه حال حضرة المشتري ليس له أن يمتنع عن دفع الثمن لانه صار دينا في ذمة الآمر ا ه. قوله: (وتعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم) فيبطل العقد إن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض لوجود الافتراق عن غير قبض، ولا اعتبار بمفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وإن كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه، ولذا أطلقه المؤلف رحمه الله وشمل ما إذا كان الموكل حاضرا أو غائبا، وما في النهاية من تقييده بما إذا كان الموكل غائبا، أما إذا كان حاضرا لم تعتبر مفارقة الوكيل
***
[٢٦٦]
ضعيف لكون الوكيل أصيلا في الحقوق في البيع مطلقا. وقيد بالوكيل لان الرسول فيهما لا تعتبر مفارقته لان الرسالة في العقد لا في القبض. وينتقل كلامه إلى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح، واستفيد من وضع المسألة صحة التوكيل بهما لان كلا منهما مما يباشره الموكل فيوكل فيه وهو في الصرف مطلق من الجانبين، وأما في السلم فيجوز من جانب رب السلم بدفع رأس المال أو بقبول السلم كما في الجوهرة، ولا يجوز من جانب المسلم إليه بأخذ رأس المال لان الوكيل إذا قبض رأس المال بقي المسلم فيه في ذمته وهو مبيع ورأس المال ثمنه، ولا يجوز أن يبيع الانسان ماله بشرط أن يكون ثمنه لغيره كما في بيع العين، وإذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب المسلم فيه في ذمته ورأس المال مملوك له وإذا سلمه إلى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا، فلو قال المؤلف رحمه الله تعالى واسلام كما في المجمع بدل السلم لكان أولى لان الاسلام خاص من رب السلم
***
[٢٦٧]

يقال أسلم في كذا أي اشترى شيئا بالسلم نعم يجوز توكيل المسلم إليه بدفع المسلم فيه. قوله: (ولو وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم) وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: يلزمه العشرون لانه أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين. ولابي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة ولم يأمره بشراء الزيادة فنفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهدا به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له. قيد بالزيادة الكثيرة لان القليلة كعشرة أرطال ونصف رطل لازمه للآمر لانها تدخل بين الوزنين فلا يتحقق حصول الزيادة، كذا في غاية البيان. وقيد بقوله مما يباع إلى آخره لانه لو اشترى ما يساوي عشرين منه بدرهم صار مشتريا لنفسه إجماعا لانه خلاف إلى شر لان الامر تناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر. وقيد بالموزونات لان في القيميات لا ينفذ شئ على الموكل إجماعا فلو وكله بشراء ثوب هروي بعشرة فاشترى له ثوبين هرويين بعشرة مما يساوي كل واحد منهما عشرة لم يلزم الموكل لان ثمن كل واحد منهما مجهول إذ لا يعرف إلا بالحزر بخلاف اللحم لانه موزون مقدر فيقسم الثمن على أجرائه. وفي البزازية: أمره أن يشتري بعشرة دنانير فاشتراه بمائتي درهم وقيمة الدراهم مثل الدنانير لزم الموكل خلافا لزفر ومحمد، ولو بعروض قيمتها مثل الدراهم لا يلزم الآمر إجماعا. وفي الملتقط: مسافر نزل خانا وأمر انسانا أن يشتري له لحما بدرهم وإنما يباع هناك المطبوخ والمشوي فأيهما اشترى جاز.

***

[٢٦٨]

قوله: (ولو وكله بشراء شئ بعينه لا يشتريه لنفسه) أي لا يجوز له ذلك لانه يؤدي إلى تغرير الآمر من حيث إنه اعتمد عليه، ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه إلا بمحضر من الموكل، كذا في الهداية. والتعليل الاول يفيد عدم الجواز بمعنى عدم الحل ولذا فسرناه تبعا للمعراج. وفسره الشارح بأنه لا يتصور شراؤه لنفسه وهو مناسب للتعليل الثاني، ولو اشتراه لنفسه ناويا أو متلفظا وقع للموكل. ولو قال المؤلف ولو وكله بشراء شئ بعينه غير الموكل لا يشتريه لنفسه عند غيبته حيث لم يكن مخالفا لكان أولى. وإنما قيدنا بغير الموكل للاحتراز عما إذا وكل العبد من يشتريه له من مولاه أو رجل وكل العبد بشرائه له من مولاه فاشترى فإنه لا يكون للآمر ما لم يصرح به للمولى أنه يشتريه فيهما للآمر مع أنه وكيل بشراء شئ بعينه لما سيأتي. وقيدنا بغيبة الموكل حتى لو كان الموكل حاضرا وصرح بأنه يشتريه لنفسه كان المشتري له لان له أن يعزل نفسه بحضرة الموكل وليس له العزل من غير علمه. وقيدنا بعدم المخالفة لما سيأتي في الكتاب. وأشار المؤلف بقوله لنفسه إلى أنه لا يشتريه لموكل آخر بالاولى فلو اشتراه للثاني كان للاول إن لم يقبل وكالة الثاني بحضرة الاول وإلا فهو للثاني، وإن كان الاول وكله بشرائه بألف والثاني بمائة دينار فاشتراه بمائة دينار فهو للثاني لانه يملك شراءه لنفسه بمائة فيملك شراءه لغيره أيضا بخلاف الفصل الاول، كذا في البزازية. وقيد بالشراء لانه لو وكله في تزويج معينة فللوكيل التزوج بها للمخالفة حيث أضافه إلى نفسه فانعزل، وقيد بقوله لا يشتريه لانه لو اشتراه وكيله وهو غائب كان الملك للوكيل الاول لانعزاله ضمن المخالفة، وإن اشتراه بحضرته نفذ على الموكل الاول لانه حضر رأيه وهو المقصود فلم يكن مخالفا. وفي كافي الحاكم: وإذا وكل رجل رجلا بشراء جارية بعينها فقال

***

[٢٦٩]

الوكيل نعم فاشتراها لنفسه ووطئها فحبلت منه فإنه يدرأ عنه الحد وتكون الامة وولدها للآمر ولا يثبت النسب ا ه. وفي القنية: أمره بأن يشتري جارية بعينها بعشرة دراهم فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بعشرة وقال المأمور اشتريتها لنفسي بخمسة عشر فالقول للوكيل والبينة بينته ا ه قوله: (فلو اشتراه بغير النقود أو بخلاف ما سمى له من الثمن وقع للوكيل) لانه خالف

***

[٢٧٠]

أمره فنفذ عليه. أطلقه فشمل المخالفة في الجنس وفي القدر كما في البزازية، وقيده في الهداية والمجمع بخلاف الجنس فظاهره أنه إذا سمى له ثمنا فزاد عليه أو نقص عنه فإنه لا يكون مخالفا، وظاهر ما في الكافي للحاكم أنه يكون مخالفا فيما إذا زاد لا فيما إذا نقص فإنه قال: وإن قال اشتر لي ثوبا هرويا ولم يسم الثمن فهو جائز على الآمر، وإن سمى ثمنا فزاد عليه شيئا لم يلزم الآمر، وكذلك إن نقص من

ذلك الثمن إلا أن يكون وصفه له بصفة وسمى له ثمنا فاشترى بتلك الصفة بأقل من ذلك الثمن فيجوز على الآمر ا هـ. وإذا كان معينا فهو كالموصوف فشمل ما إذا كان خلاف الجنس عرضا أو نقدا خلافا لزفر في الثاني. وما إذا كان ما اشترى به مثل قيمة ما أمر به أو أقل كما في البزازية. وفي كافي الحاكم: ولو أمره أن يشتري له عبدا بألف درهم فاشتراه بألف ومائة ثم حط البائع المائة عن المشتري كان العبد للمشتري دون الآمر ا هـ. وفي الواقعات الحسامية: قال الاسير لرجل اشترني بألف فاشتراه بمائة دينار أو بعرض جاز وله أن يرجع على الاسير بألف والوكيل بالشراء بألف درهم إذا اشترى بمائة دينار أو بعرض لا يلزم الموكل شئ ا هـ. وفي خزانة المفتين من الصرف: الاسير إذا أمر رجلا أن يفديه بألف ففداه بألفين يرجع بألفين عليه وليس بمنزلة الوكيل بالشراء. قوله: (وإن كان بغير عينه فالشراء للوكيل إلا أن ينوي للموكل أو يشتريه بماله) هكذا أطلقه المؤلف وفصله في الهداية فقال: هذه المسألة على وجوه: إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر هو المراد عندي بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا، وهذا بالاجماع وهو مطلق. وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا، وإن أضافه إلى دراهم مطلقة فإن نواها للآمر فهو للآمر، وإن نواها لنفسه

***

[٢٧١]

فلنفسه لان له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذ التوكيل. وإن تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا، وإن توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد: هو للعاقد لان الاصل إن أكل أحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت. وعند أبي يوسف يحكم النقد لان ما أوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن أي المالين نقد نفذ فعل ذلك المحتمل لصاحبه، ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه ا هـ. وقول الامام فيما ذكره العراقيون مع محمد وغيرهم ذكروه مع الثاني، وبهذا علم أن معنى الشراء للموكل إضافة العقد إلى ماله لا النقد من ماله، وأن محل النية للموكل ما إذا أضافه إلى دراهم مطلقة، وظاهر ما في الكتاب ترجيح قول محمد من أنه عند عدم النية يكون للوكيل لانه جعله للوكيل إلا في مسألتين، وظاهر ما في الهداية أنه لا اعتبار بنيته لنفسه إذا أضافه إلى مال موكله ولا بنيته لموكله إذا إضافه إلى مال نفسه، وأن نقده الثمن من مال موكله علامة نيته له وإن لم يضفه إلى ماله. وفي كافي الحاكم: ولو وكله أن يشتري له أمة وسمى جنسها ولم يسم الثمن فاشترى أمة وأرسل بها إليه فوطئها الآمر فعلقت فقال الوكيل ما اشتريتها لك فإنه يحلف على ذلك ويأخذها وعقرها وقيمة ولدها للشبهة التي دخلت، وإن كان حين بعث بها إليه أقر أنه اشتراها له أو قال هي الجارية التي أمرتني أن أشتريها لك لم يستطع الرجوع في شئ من أمرها، فإن أقام البينة أنه حين اشتراها أشهد أنه اشتراها لنفسه لم يقبل ذلك منه ا هـ. وبه علم أن الارسال للموكل لا يكون معينا كونه اشتراها له وأنهما إذا تنازعا في كون الشراء وقع له يحلف الوكيل، ومحله أن لم ينقد الثمن وإلا فقدمنا أنه يحكم النقد بالاجماع عند التكاذب، وذكر الشارح أنه إذا نقد من مال الموكل فيما اشتراه لنفسه يجب عليه الضمان ا هـ. وهو ظاهر في أن قضاء الدين بمال الغير صحيح موجب لبراءة الدافع موجب للضمان، وقد

***

[٢٧٢]

ذكر الشارح في بيع الفضولي أن من قضى دينه بمال الغير صار مستقرضا في ضمن القضاء فيضمن مثله إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا ا هـ. وفي منظومة ابن وهبان: وكيل قضى بالمال دينا لنفسه يضمن ما يقضيه عنه ويهدر ومعنى كونه يهدر أنه يكون متبرعا وهي حادثة الفتوى. وأطلق في قوله بغير عينه فشمل ما إذا لم يعينه وأضافه إلى مالكه لما في البزازية: اشتر لي جارية فلان فسكت وذهب واشتراها إن قال اشتريتها لي فله، وإن قال للموكل فله، وإن أطلق ولم يضف ثم قال كان لك إن كانت قائمة ولم يحدث بها عيب صدق، وإن هالكه أو حدث بها عيب لا يصدق ا هـ. وأشار المؤلف بصحة تعيين الوكيل إلى ما في البزازية: وكله بشراء عبد وبين جنسه وثمنه والآخر بمثل ذلك فاشترى فردا بذلك الجنس والثمن وقال كان لفلان يجوز تعيينه، وإن مات فعلى من سمى، وإن اختلف الثمنان وزعم الوكيل المخالفة في ثمن سماه موكله فمن الوكيل ا هـ. وأشار بالنية إلى أنه لو صرح بكونه اشتراه للموكل كان له بالاولى. وفي تهذيب القلانسي: إلا أن ينويه للموكل أو يصرح بذكره أو يشتريه بماله ا هـ. وقدمنا عن الكافي أنه مع التصريح للموكل لا يمكن أن يجعله

لنفسه قال: ولو اشتراه بغير ماله فهو موقوف على إجازة الموكل ا ه. وفي بيوع البزازية: وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى من قطعت يده نفذ على الموكل عند الامام لاطلاق اللفظ، ولو بعينه فقطعت يده لا يلزم لانه يتناول السليم بحكم الاشارة ا ه. وفي الواقعات الحسامية: أمر غيره بأن يشتري له عبد فلان بعبد المأمور ففعل حاز والعبد للآمر وعليه للمأمور قيمة عبد المأمور ا ه. ومن بيوع الخانية: امرأة أمرت زوجها أن يبيع جاريتها ويشتري لها أخرى ففعل ثم قال الزوج اشتريت الجارية الثانية لنفسي وجعلت ثمن جاريتك دينا على نفسي قالوا: الجارية الثانية للمرأة ولا يصدق الزوج أنه
***
[٢٧٣]
اشتراها لنفسه، وكذا لو قال الزوج للمرأة بعد الشراء هذه الجارية التي أمرتني بشرائها اشتريتها لنفسي فالجارية للمرأة ولا يقبل قول الزوج ا ه. وكأنه أولا أضاف الشراء لها وإلا فالنقد من مالها لا يعين كونها لها كما قدمناه. قوله: (وإن قال اشتريت للآمر وقال الآمر لنفسك فالقول للآمر وإن كان دفع إليه الثمن فللمأمور) لانه في الوجه الاول أخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر، وفي الوجه الثاني هو أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله. أطلقه فشمل ما إذا كان العبد ميتا أو حيا، ولا خلاف في الاول أنه على التفصيل المذكور، وفي الثاني اختلاف فقال الامام الاعظم: هو كذلك على التفصيل. وقالا: القول للمأمور وإن لم يكن الثمن منقودا لانه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه. وله أنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر بخلاف ما إذا كان الثمن منقودا لانه أمين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده هنا، وذكره هذه عقيب مسألة التوكيل بغير المعين دليل على أن الاختلاف فيه. قيد به لانه لو وكله بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور، سواء كان الثمن منقودا أو غير منقود إجماعا لانه أخبر عما يملك استئنافة، ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير في المعين على قوله وإن كان ميتا فكما إذا كان غير معين من أنه إذا كان غير منقود فالقول للآمر وإلا فللمأمور. وحاصله كما قاله الشارح أن الثمن إن كان منقودا فالقول للمأمور في جميع الصور، وإن كان غير منقود فإن كان ميتا فالقول للآمر وإلا فللمأمور عندهما، وعنده في غير موضع التهمة وفي موضعها القول للآمر. وفي البزازية معزيا إلى العيون: اشتر لي جارية فلان فذهب وساوم ثم قال المأمور
***
[٢٧٤]
اشتريتها لفلان كان لموكله، وإن قال اشتريتها لنفسي كان له، وإن قال اشتريتها بلا إضافة ثم قال قبل أن يحدث به عيب أو يهلك اشتريتها لفلان فلفلان وإن بعد هلاكها أو تعيبها لم يقبل بلا تصديق الموكل ا ه. ولم يفصل بينهما إذا كان الثمن منقودا أو غير منقود حال موته أو تعيبه، وينبغي حمل حال الهلاك أو التعيب على ما إذا كان غير منقود، سواء قلنا إنه معين للاضافة أو غير معين بالشخص. قوله: (وإن قال بعني هذا لفلان فباعه ثم أنكر الامر أخذه فلان) أي أنكر المشتري أن يكون فلان أمره بالشراء لان قوله السابق إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق قوله: (إلا أن يقول لم آمره به) أي فلان لم آمر المشتري بشرائه فإنه لا يأخذه فلان لان الاقرار ارتد برده، ولم يذكر المؤلف أنه ينفذ الشراء على المشتري لكن قوله بعده (إلا أن يسلمه المشتري إليه) يدل على أنه نفذ الشراء عليه وصار ملكا له، ثم تسليمه بعده لفلان وأخذ فلان له بيع بالتعاطي فتكون العهدة عليه. وفي الهداية: ودلت المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب ا ه. وقلت: ودلت أيضا على أن بعني لفلان ليس إضافة إلى فلان إذ لو كان إضافة الشراء له لتوقف لقولهم إن شراء الفضولي لا يتوقف إلا إذا إضافه إلى غيره، وصورة إضافته إلى غير المشتري أن يقول بع عبدك من فلان كما في فتح القدير من بحث الفضولي فلم يضفه المشتري إلى نفسه، وإنما أضافه إلى الغير بخلاف بعني لفلان فإنه أضافه إلى ياء المتكلم. وقوله لفلان يحتمل بشفاعة فلان كما قال محمد: لو أن أجنبيا طلب من الشفيع تسليم هذه الدار فقال الشفيع سلمتها لك بطلت الشفعة كأنه قال لاجلك لكن إذا أقر فلان بالامر جعلنا اللام للتمليك.. وفي فروق الكرابيسي: شراء الفضولي على أربعة أوجه: الاولى أن يقول البائع بعت هذا لفلان بكذا والفضولي يقول اشتريت لفلان بكذا أو قبلت ولم يقل لفلان فهذا يتوقف. الثاني أن يقول البائع بعت من فلان بكذا والمشتري يقول اشتريته لاجله

أو قبلت يتوقف. الثالث بعت هذا منك بكذا فقال اشتريت أو قبلت ونوى أن يكون لفلان فإنه ينفذ عليه. الرابع أن يقول اشتريت لفلان بكذا والبائع يقول بعت منك بطل العقد في أصح الروايتين ا هـ. قيد بالتسليم لان فلانا لو قال أجزت بعد قوله لم آمره لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري لان الاجازة تلحق الموقوف دون الجائز وهذا عقد جائز نافذ على المشتري، كذا في المعراج. وفي كافي الحاكم: ولو أن رجلا اشترى عبدا وأشهد أنه يشتريه لفلان فقال

***

[٢٧٥]

فلان قد رضيت فأراد المشتري أن يمنعه كان له ذلك، فإن سلمه له وأخذ الثمن كان هذا بمنزلة بيع مستقبل بينهما ا هـ. وفي الواقعات الحسامية: ولو أن رجلا أمر رجلا بأن يشتري له عبد فلان بألف فقال صاحب العبد للوكيل بعت عبدي هذا من فلان الموكل بألف فقال الوكيل قبلت لزم الوكيل لان الموكل أمره أن يقبل على نفسه حتى تلزم العهدة الوكيل دون الآمر وهو قبل على الموكل فصار مخالفا. قلت: يجب أن يعتبر فضوليا لان هذا قبول لغيره لان البائع أوجب البيع للموكل والوكيل قبل ذلك الايجاب فصار كما لو قال قبلت لفلان الموكل، وإذا كان قبولا لغيره تعذر تنفيذه عليه فيتوقف وقد ذكرت ذلك لاستاذنا فصوبني ا هـ قوله: (وإن أمره بشراء عبدين معينين ولم يسم ثمنا فاشترى له أحدهما صح) لان التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع. أطلقه وهو مقيد بما إذا اشتراه بقدر قيمته أو بزيادة يتغابن الناس فيها، أما بما لا يتغابن فيها الناس فلا يجوز إجماعا والعذر له أنه سيقيد شراء الوكيل به فيما يأتي فلذا تركه هنا. ولم يذكر الشارحون فائدة التقييد بالمعينين والظاهر أنه اتفاقي فغير المعين كالمعين إذا نواه للموكل أو اشتراه له. قوله: (وبشرائهما بألف وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما بنصفه أو أقل صح وبالاكثر لا إلا أن يشتري الباقي بما بقي قبل الخصومة) لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة، ثم الشراء بهما موافقة وبأقل منهما مخالفة إلى خير وبالزيادة إلى شر. قلت: الزيادة أو كثرت ولذا أطلق في قوله و

***

[٢٧٦]

بالاكثر لا فلا يجوز إلا أن يشتري الباقي ببقية الالف قبل أن يختصما استحسانا لان شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين وما يثبت الانقسام إلا دلالة والصريح يفوقها. وقال أبو يوسف ومحمد: إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلناه ولكن لا بد أن يبقى من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر. قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: احتمل أن المسألة لا اختلاف فيها لان أبا حنيفة إنما قال لم يجز شراؤه على الآمر إذا زاد زيادة لا يتغابن الناس في مثلها، وهما قالا فيما يتغابن الناس أنه يلزم الآمر فإذا حمل على هذا الوجه لا يكون في المسألة اختلاف واحتمل الاختلاف ففي قوله إذا زاد على خمسمائة قليلا أو كثيرا لا يجوز على الآمر، وفي قولهما يجوز إذا كانت الزيادة قليلة ا هـ قوله: (وبشراء هذا بدين له عليه فاشترى صح ولو غير عين نفذ على المأمور) لان في تعيين المبيع تعين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكر إن شاء الله تعالى. وإن لم يعينهما نفذ الشراء على المأمور، فإن مات في يده قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشتري، وإن قبضه الآمر فهو له بيعا بالتعاطي وهذا عنده. وقالا: هو لازم للآمر إذا قبضه المأمور وعلى هذا الخلاف إذا أمره أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كانت أو عينا ألا ترى لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء، فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده. ولابي حنيفة أنها تتعين في الوكالات ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة، وإذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من دون أن يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما إذا اشترى بدين على غير المشتري أو يكون أمرا بصرف ما لا يملكه إلا بالقبض قبله وذلك باطل كما إذا قال أعط مالي عليك من شئت بخلاف ما إذا عين البائع فإنه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه. قيد بالتوكيل بالشراء لانه لو أمره بالتصدق بما عليه صح لانه جعل المال لله وهو معلوم، ولو أمر المستأجر بمرمة ما استأجره مما عليه من الاجرة صح أو بشراء عبد يسوق الدابة وينفق عليها صح اتفاقا للضرورة لان المستأجر لا يجد الآجر في كل وقت فأقيمت العين مقام المؤجر في القبض. تنبيهان: الاول

في حكم النقود في الوكالات. الثاني فيما إذا ادعى المستأجر المأذون له
***
[٢٧٧]
المرمة هل يحتاج إلى بيان أو لا. أما الاول ففي بيوع خزانة المفتين: ولو قال غيره اشتر لي بهذا الالف الدراهم جارية فأراه الدراهم ولم يسلمها إلى الوكيل حتى سرقت ثم اشترى جارية بألف لزمت الموكل، والاصل أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالة قبل التسليم بلا خلاف، وكذا بعده على الاصح. وفائدة النقد والتسليم على الاصح شيئان: أحدهما توقف بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة، والثاني قطع الرجوع على الموكل فيما وجب للوكيل على الموكل بالثمن، ولو كان الموكل دفع الدراهم إلى الوكيل فسرقت من يده لا ضمان عليه، فإن اشترى بعد ذلك نفذ الشراء عليه، وإن هلكت بعد الشراء فالشراء للموكل ويرجع بمثله، فإن اختلفا في كون الهلاك قبله أو بعده فالقول للآمر مع يمينه ا ه. الثاني إذا ادعى المستأجر أنه عمر لا يقبل منه إلا ببينة، وكذا كل مديون أو غاصب ادعى بعد الاذن بالدفع لم يبرأ إلا ببينة بخلاف الامين المأذون بالفع إذا ادعاه فإنه يقبل قوله كما في فتاوى قارئ الهداية وغيرها، وفي وديعة البزازية ما يخالف مسألة الدين فلينظر ثمة قوله: (وبشراء أمة بألف دفع إليه فاشترى فقال اشتريت بخمسمائة وقال المأمور بألف فالقول للمأمور) لانه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر. أطلقه وهو
***
[٢٧٨]
مقيد بما إذا كانت تساوي ألفا فإن كانت تساوي خمسمائة فالقول للآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر تناول ما يساوي ألفا فيضمن، كذا في الهداية، ولم يذكر ما إذا كانت قيمتها بينهما قوله: (وإن لم يدفع فللآمر) أي وإن لم يكن دفع إليه الالف فالقول للآمر. أطلقه وهو مقيد بما إذا كانت قيمتها خمسمائة لكونه مخالفا، وأما إذا كانت قيمتها ألفا فإنهما يتحالفان لان الموكل والوكيل نزلا منزلة البائع والمشتري وقد اختلفا في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما حكما فتلزم الجارية المأمور. قوله: (وبشراء هذا العبد ولم يسم ثمنا فقال المأمور اشتريته بألف وصدقه البائع وقال
***
[٢٧٩]
الآمر بنصفه تحالفا) للاختلاف في الثمن وقدمناه، وقيل لا تحالف هنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر، وفي المسألة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف. وقيل: يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما وقبله أجنبي عن الموكل إذ لم يجز بينهما عقد فلا يصدق عليه فبقي الخلاف، وهذا قول الشيخ الامام أبي منصور هو أظهر، كذا في الهداية. والحاصل أن التصحيح قد اختلف فصحح قاضيخان عدم التحالف تبعا للفقيه أبي جعفر، وصحح المصنف في الكافي التحالف تبعا للهداية بناء على أن قوله أظهر بمعنى أصح كما في المعراج. وأما الامام محمد فإنما نص في الجامع الصغير على أن القول للمأمور مع يمينه فمنهم من نظر إلى ظاهره فنفى التحالف، ومنهم من قال مراده التحالف بدليل ما ذكره في موضع آخر من جريانه بأنه عند اختلافهما، وإنما نص على يمين الوكيل هنا لانه هو المدعي ولا يمين عليه إلا في التحالف فكان هو المقصود والموكل منكر واليمين عليه ظاهرا فلم يحتج إلى بيانهما. قيد باتفاقهما على أنه لم يسم له ثمنا لانهما لو اختلفا في تسميته فقال الآمر أمرتك أن تشتريه لي بخمسمائة وقال المأمور أمرتني بالشراء بألف فالقول قول الآمر مع يمينه لان ذلك يستفاد من جهته فكان القول قوله. ويلزم العبد المأمور لمخالفته فإن أقاما البينة فالبينة بينة الوكيل لانها أكثر إثباتا، وقدمنا بحثا لو دفع الآمر مالا ليدفعه إلى آخر فدفعه ثم اختلفا فقال الآمر إنما أمرتك بدفعه إلى غيره وقال المأمور أمرتني بالدفع إليه أن القول للمأمور ولا ضمان عليه لكونه أمينا، واستشهدنا له بفرع في المضاربة فربما يشكل عليه ما ذكروه هنا بجامع أن ذلك يستفاد من جهته وكل من الوكيلين أمين لكن الوكيل بالشراء منزل منزلة البائع، فغاية الامر أنه لما لم يثبت الامر خرج عن أن يكون بائعا ونفذ الشراء عليه ولم يلحقه ضمان بخلاف الوكيل بالقبض فإنه يلحقه الضمان لو لم يقبل قوله مع أنه أمين فافترقا إلا أن يوجد نقل فيجب اتباعه. وقولي هنا إنهما اتفقا على عدم تسمية الثمن أولى من قول الشارح، وهذا فيما إذا اتفقا على أنه أمره أن يشتريه له بألف إذا المسألة إنما فرضها المؤلف وغيره فيما إذا لم يسم
***

[٢٨٠]
ثمنا فهو سهو والله تعالى أعلم. وفي الخانية: رجل وكل رجلا بأن يشتري له أخاه فاشترى الوكيل فقال الموكل ليس هذا بأخي كان القول قوله مع يمينه ويكون الوكيل مشتريا لنفسه ويعتق العبد على الوكيل لانه زعم أنه أخو الموكل وعتق على موكله ا ه. قوله: (وبشراء نفس الامر من سيده بألف ودفع فقال لسيده اشتريته لنفسه فباعه على هذا عتق وولاؤه لسيده وإن قال اشتريته فالعبد للمشتري والالف لسيده وعلى المشتري ألف مثله) لان بيع نفس العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه إذ لا ترجع عليه الحقوق فصار كأنه اشترى نفسه بنفسه، وإذا كان إعتاقا أعقب الولاء وإن لم يبين للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقته للمعاوضة وأمكن العمل بها إذا لم يبين فيحافظ عليه بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه متعين، وإذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري ألف مثله ثمنا للعبد فإنه في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هناك على نمط واحد ففي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد، وأما ها هنا أحدهما إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان. وقوله والالف لسيده راجع إلى المسألتين، وكان ينبغي أن يقول بعده وعلى العبد ألف أخرى بدل الاعتاق وعلى المشتري في الثانية ألف ثمن العبد لبطلان الاداء فيهما لاستحقاق المولى ما أداه بجهة أخرى وهو أنه كسب عبده فكان مملوكا له قبل الشراء وقبل العتق. وأشار باحتياج الوكيل إلى إضافته إلى العبد الموكل إلى أنه سفير لا ترجع الحقوق إليه فالمطالبة بالالف الاخرى على العبد لا على الوكيل وهو الصحيح، وحيث علم أن شراء العبد نفسه من مولاه إعتاق معنى وإن كان شراء صورة لم تعتبر فيه أحكام الشراء، ولذا صرح في المعراج بأنه إذا اشترى نفسه إلى العطاء صح ا ه. فعلى هذا لا يبطل بالشرط الفاسد ولا يدخله خيار شرط. وفي بيوع الخانية من الاستحقاق: عبد اشترى نفسه من مولاه ومعه رجل آخر بألف درهم صفقة واحدة، ذكر في المنتفى أنه يجوز في حصة العبد وحصة الشريك باطل ولا يشبه هذا الاب إذا اشترى ولده مع رجل آخر بألف درهم فإنه يجوز العقد في الكل ا ه قوله: (وإن قال لعبد
***
[٢٨١]
اشتر لي نفسك من مولاك فقال للمولى بعني نفسي لفلان ففعل فهو للآمر وإن لم يقل لفلان عتق) بيان لما إذا كان العبد وكيلا بشراء نفسه بعد بيان ما إذا كان العبد موكلا، وإنما كان هكذا لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه أجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث إنه مال إلا أن ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع، فإذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر، وإن عقد لنفسه فهو حر لانه إعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة، والعبد وإن كان وكيلا بشراء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل. وأشار بقوله وإن لم يقل لفلان عتق إلى أنه لو قال بعني نفسك لنفسي فإنه يعتق بالاولى. وأنما عتق في المطلق لانه يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه. ولما قدم المؤلف أول البيوع أن البيع لا ينعقد إلا بلفظين ماضيين علم أن قوله هنا في صورة وقوعه للآمر بعني ليس ايجابا فإذا قال المولى بعت فلا بد من قبول العبد ليحصل الايجاب والقبول بخلافه في صورة وقوعه عتقا فإنه ايجاب ويتم بقول المولى بعت من غير قبول العبد بناء على أن الواحد يتولى طرفي العقد في العتق كالنكاح ولا يتولى الطرفين في البيع. وفي الكتاب إشارة إلى أنه يتم بقول المولى بعت لانه قال ففعل، كذا في المعراج معزيا للفوائد الظهيرية. وسكت المؤلف عن بيان المطالب بالثمن لما قدمه من أن الحقوق في البيع راجعة إلى الوكيل فيطالب العبد بالثمن في صورة وقوعه للآمر لكونه وكيلا كما يطالب بالمال في صورة وقوعه عتقا لكونه أصيلا ويرجع في الاول على الآمر، ولا يقال العبد هنا محجور عليه والوكيل إذا كان محجورا عليه لا ترجع الحقوق إليه لانا نقول: زال الحجر هنا بالعقد الذي باشره مقترنا بأداء المولى والله أعلم. فصل قوله: (الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له) أي عند أبي حنيفة.
***
[٢٨٢]
وقالا: يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده ومكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة إذ الاملاك متباينة والنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى، وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز. وله أن مواضع التهمة مستثناة

من الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة، ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه ودخل في البيع الاجارة والصرف والسلم فهو على هذا الخلاف. قيد بكونه وكيلا بلا تعميم لانه لو أطلق له بأن قال بع ممن شئت فإنه يجوز بيعه لهم بمثل القيمة. وأطلق في منع عقده وهو مقيد بما إذا لم يكن بأكثر من القيمة فإن كان بأكثر جاز بلا خلاف، وإن كان بأقل بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع، وإن كان بغبن يسير لا يجوز عنده خلافا لهما، وإن كان بمثل القيمة فعنه روايتان. وأطلق الوكيل فشمل المضارب إلا أنه إذا كان بمثل القيمة فإنه يجوز عنده باتفاق الروايات، وشمل من ترد شهادته مفاوضة فهو كعبده وشريكه شركة عنان يجوز عقده معه إذا لم يكن ذلك من تجارتهما، كذا في الخانية من السلم. وفي الخلاصة: لو باع من ابنه الصغير لا يجوز بالاجماع ا ه. فعلى هذا كان ينبغي للشارحين أن يقولوا في تقرير قولهما إلا من عبده ومكاتبه ومفاوضه وابنه الصغير فالمستثنى من قولهما أربع. وقيد العبد في المبسوط بغير المديون وفيه إشارة إلى أنه لو كان مديونا فإنه يجوز، كذا في المعراج. وقيد بقوله له لانه لو عقد مع من ترد شهادته للموكل كأبيه وابنه ومكاتبه وعبده المديون جاز، وكذا الوكيل العبد إذا باع من مولاه، كذا في الخلاصة. وأشار المؤلف بمنع عقد الوكيل إلى منع بيعه مرابحة ما اشتراه منهم بلا بيان. قال في المعراج معزيا إلى الكافي: ولو اشترى من هؤلاء عينا بثمن معلوم وأراد بيعه مرابحة لم يجز بلا بيان عنده خلافا لهما بناء على هذا الاصل ا ه. وأشار المؤلف إلى منع بيعه من نفسه بالاولى. قال في البزازية: الوكيل بالبيع لا يملك شراءه لنفسه لان الواحد لا يكون مشتريا وبائعا فيبيعه من غيره ثم يشتريه منه، وإن أمره الموكل أن يبيعه من نفسه أو أولاده الصغار أو ممن لا تقبل

***

[٢٨٣]

شهاته فباع منهم جاز ا ه. وفي السراج الوهاج: لو أمره بالبيع من هؤلاء فإنه يجوز اجماعا إلا أن يبيعه من نفسه أو ولده الصغير أو عبده ولا دين عليه فلا يجوز قطعا وإن صرح له الموكل ا ه. وقيد بالوكيل لان الوصي لو باع منهم بمثل القيمة فإنه يجوز وإن حابا فيه لا يجوز وإن قل والمضارب كالوصي، كذا في السراج الوهاج. وفي جامع الفصولين: لو باع القيم مال الوقف أو أجر ممن لا تقبل شهادته له لم يجز عند أبي حنيفة وفيه: المتولي إذا أجر دار الوقف من ابنه البالغ أو أبيه لم يجز عند أبي حنيفة إلا بأكثر من أجر المثل كبيع الوصي، ولو أجر من نفسه يجوز لو خيرا وإلا لا ا ه. ولو حذف قوله بالبيع والشراء لكان أولى ليدخل النكاح. قال في البزازية: وكله بتزويج فزوج ابنته الصغيرة لا يجوز ولو كبيرة أو ممن لا تقبل شهادته لها لا يجوز عنده خلافا لهما ا ه. وفي السراج الوهاج: ولو اشترى الاب مال ولده الصغير بمثل القيمة أو بأكثر أو بأقل بمقدار ما يتغابن فيه صح الشراء، وبما لا يتغابن فيه لا يصح، وكذا لو باع ماله من ولده الصغير والجد أبو الأب كالاب عند عدمه ووصيه، وأما حكم الوصي فهو كالاب والجد إذا عقد مع أجنبي، وأما مع نفسه فقال الامام: يجوز إن كان خيرا. وذكر الطحاوي قول أبي يوسف معه. وقال محمد: لا يجوز بحال ا ه. وتفسير الخيرية في وصايا الخانية. وقيد بالعقد احترازا عن الوكيل بالقبض. قال الحاكم في الكافي: ولو وكله بقبض دين له على أب الوكيل أو ولده أو مكاتب لولده أو عبده فقال الوكيل قد قبضت الدين وهلك وكذبه الطالب فالقول قول الوكيل، فإذا كان الوكيل عبدا فقال قد قبضت من مولاي أو من عبد مولاي فهلك مني فهو مصدق أيضا، فإن كان الوكيل ابن الطالب أو المطلوب فهو كذلك ا ه. قوله: (ويصح بيعه بما قل وكثر وبالنقد أو النسيئة) يعني عند الامام. وقالا: لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه، ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بمثل الثمن وبالنقود، ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ففي الفحم بالشتاء، وفي

***

[٢٨٤]

الجمد بالصيف، وفي الاضحية بزمانها، ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه، وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع. وله أن التوكيل بالبيع مطلق فيجري على إطلاقه في غيره موضع التهمة، والبيع بالغبن الفاحش أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن، والتبرم من الغبن أي الملال والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة على ما هو المروي عنه، وأنه بيع من كل وجه حتى إن حلف لا يبيع يحنث به غير أن الاب والوصي لا يملكانه مع أنه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة

شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما. وفي البزازية: ويفتى بقولهما في مسألة بيع الوكيل بما عز وهان وبأي ثمن كان ا ه ويستثنى من إطلاق المؤلف الصرف لما في الخلاصة: الوكيل ببيع الدينار والدرهم إذا باع بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز إجماعا ا ه. وأطلق في جواز بيعه نسيئة وهو مقيد عند أبي يوسف بما إذا كان للتجارة، فإن كان للحاجة لا يجوز كالمرأة إذا دفعت غزلا إلى رجل ليبيعه لها فهو على البيع بالنقد وبه يفتى، ومقيد بما إذا باع بما يبيع الناس فإن طول المدة لا يجوز، ولو قال بعه بالنقد فباعه بالنقد أو بالنسيئة يجوز. قال الفقيه أبو الليث: والفتوى على قول أبي يوسف. ولو قال لا تبع إلا بالنقد فباع بالنسيئة لا يجوز، ولو قال بعه بالنسيئة بألف فباعه بالنقد بألف يجوز، فإنه باعه بأقل من ألف لا يجوز، كذا في الخلاصة ثم قال: لو قال بعه إلى أجل فباعه بالنقد قال الامام السرخسي: الاصح أنه لا يجوز بالاجماع ا ه. قلت: ولا مخالفة بين الفرعين لان ما تقدم عين له ثمنا وهذه لم يعينه. وفي البناية: يجوز إلى أجل متعارفا كان أو غير متعارف. وفي خزانة المفتين: أمره ببيع عبده فباعه نسيئة جاز على الاصح إذا باعه بنسيئة يتبايع بها الناس، أما إذا طول المدة لا يجوز ا ه. وهو تصحيح لقول الامام في النسيئة وتقييد له ولا يعارضه فتوى الفقيه لانه في البيع بما قل وكثر كما لا يخفى. وفي البزازية: ومن جوز النسيئة إنما يجوزه بالاجل المتعارف فإن طول لا يجوز، وقيل يجوز عنده وإن طالت المدة ا ه. فإطلاق وإن طالت المدة ضعيف عنده. وفي

***

[٢٨٥]

الخانية من فصل إجارة الوقف: المتولي إذا أجر الوقف بشئ من العروض والحيوان بعينه قيل بأنه يجوز بلا خلاف بخلاف بيع الوكيل، وكذا الوكيل بالاجارة إذا أجر بمكيل أو موزون أو عروض أو حيوان قيل بأنه يجوز بلا خلاف. قال الفقيه أبو جعفر: في زماننا الاجارة تكون على الخلاف أيضا لان المتعارف الاجارة بالدراهم والدنانير ا ه. وفي الخلاصة: الوكيل بالطلاق والعتاق على مال على الخلاف ا ه. ومحل الاختلاف عند عدم التعيين من الآمر فإن عين شيئا تعين إلا فيما قدمناه من تعيين النسيئة مع بيان الثمن فباع حالا فإنه يجوز، وتقدم لو عين له النقد إثباتا أو نفيا. وفي الحاوي القدسي: وإن أمره أن يبيعه بشئ معين فباعه بغيره أو بأقل منه لم يجز في قولهم، وإن باعه بأكثر منه من ذلك الجنس جاز ا ه. وفي كافي الحاكم: فإن باعه بيعا فاسدا ودفعه لم يكن مخالفا، ولو قال بعه نسيئة فباعه إلى القطاف أو الحصاد أو النيروز فالبيع فاسد إلا أن يقول المشتري أنا أعجل المال وأودع الاجل فيجوز، ولو وكله ببيع طعام فقال بعه كل كر بخمسين فباعه كله فهو جائز، وإن قال بعه بمثل ما باع به فلان الكر فقال فلان بعت الكر بأربعين فباع ذلك ثم وجد فلان باع بخمسين فالبيع مردود، فإن كان فلان قد باع كرا بخمسين وباع هذا طعامه بخمسين خمسين ثم باع فلان بعد ذلك بستين فذلك جائز ولا ضمان على الوكيل، فإن كان باع كرا بأربعين وكرا بخمسين فباع الوكيل طعامه كله بأربعين أربعين أجزأه استحسانا اه. وفي البزازية: وكله أن يبيع عبده بألف وقيمته كذلك ثم زادت قيمته إلى ألفين لا يملك بيعه بألف. باعه بالخيار ثلاثة أيام فزادت قيمته في المدة له أن يجيز عنده لانه يملك الابتداء فيملك الامضاء أيضا، وإن سكت حتى مضت المدة بطل البيع عند محمد خلافا للثاني.، وكله ببيع عبده بمائة دينار فباعه بألف وقال بعت عبدك ولم يذكر ما باع به ولم يعلم به الموكل فقال أجزت جاز بألف ا ه. وفي الحاوي القدسي: وإن وكل رجلا ببيع عبد فباعه فضولي فأجاز الوكيل جاز ا ه. وفي التتمة: الوكيل بالقسمة لا يملكها بغبن فاحش والتوكيل بالتأجيل في الثمن مطلقا صحيح حتى لو أجله شهرا أو سنة أو سنتين يجوز عند أبي حنيفة على الاطلاق، وعندهما ينصرف إلى المتعارف ا ه. وفي منية المفتي: قال له بع وخذ رهنا فأخذ رهنا قليلا جاز عند الامام، وعندهما لا إلا فيما يتغابن فيه ا ه. قوله: (وتقيد شراؤه بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فيها وهو ما يدخل تحت تقويم

***

[٢٨٦]

المقومين) لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره على ما مر. أطلقه فشمل ما إذا كان وكيلا بشراء شئ بعينه فلا يملك الشراء بغبن فاحش وإن كان لا يملك الشراء لنفسه لانه بالمخالفة يكون مشتريا لنفسه فكانت التهمة باقية كما ذكره الشارح، وفي الهداية خلافه فإنه قال: حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا ينفذ على الامر لانه لا يملك شراءه لنفسه ا ه. وذكر في البناية أن ما في الهداية قول عامة المشايخ وبعضهم قال لا ينفذ على الآمر ا ه. وفي المعراج معزيا إلى الذخيرة أنه لا نص فيه، وشمل ما كان سعره معلوما شائعا وهو ضعيف قالوا: ما كان معروفا كالخبز واللحم والموز والجبن لا يعفى فيه الغبن وإن قل ولو كان

فلسا واحدا هكذا جزم به الشارح، وفي بيوع التتمة وبه يفتي، كذا في البناية. وفي منية المفتي: أقسام المتصرفين تصرف الاب والجد والوصي ومتولي الوقف لا يجوز إلا بمعروف أو بغبن يسير، ومن الحر جائز كيفما كان، كذا المكاتب والعبد المأذون عند الامام. وقالا: مقيد بمعروف ومن المضارب وشريك العنان والمفاوض والوكيل بالبيع المطلق جاز البيع بغبن فاحش وشراؤهم به عليهم، والمريض المديون المستغرق دين لا يبيع بغبن يسير ويبيع وصيه به لقضاء دينه. وبيع المريض من وارثه لا يصح أصلا عند الامام، وعندهما يصح بقيمته وأكثر، وبيع المديون من مولاه بغبن يسير لم يصح عند الامام، وبيع الوصي وشراؤه من اليتيم لا يجوز إلا إذا كان خيرا لليتيم عند الامام، وعندهما لا يجوز أصلا ا ه. وحاصل مسائل الغبن أن منها ما يعفي فيه يسير الغبن دون فاحشه وهو تصرف الاب والجد والوصي والمتولي والمضارب ووكيل بشراء شئ بغير عينه، وما يعفى فيه يسيره وفاحشه في تصرف الوكيل بالبيع وبشراء شئ بعينه والمأذون له صبيا أو عبدا والمكاتب وشريك العنان والمفاوض، وما لا يعفى فيه يسيره وفاحشه في تصرف الوكيل بالبيع ممن لا تقبل شهادته، وفي بيع رب المال مال المضاربة وفي الغاصب إذا ضمن القيمة مع يمينه ثم ظهرت العين وقيمتها أكثر، وفيما إذا أوصى بثلث ماله وتصرف في مرض موته بغبن فإنه يكون من الثلث ولو يسيرا، وفي تصرف المريض المستغرق بالدين، وفي بيع المريض من وارثه وتمامه في جامع الفصولين. قيد بالشراء لان الوكيل بالنكاح إذا زوجه بأكثر

***

[٢٨٧]

من مهر مثلها فإنه يجوز لعدم التهمة، وقيد بالقيمة لان الوكيل بالشراء لان الوكيل بالشراء لا يتقيد شراؤه بالنقد فله أن يشتري بالنسيئة ويكون التأجيل حقا للوكيل والموكل بخلاف التأجيل بعد الشراء بالنقد فإنه للوكيل دون الموكل كما في البزازية وقدمناه. ولا يتقيد الموكل فيه إلا بما قيد به الموكل فلو وكل فلو وكله بشراء جارية فاشترى أخته رضاعا إن قال جارية لاطأها فعلى المأمور، وإن كان أطلق فعلى الآمر، وأن الملوفة بعتقها إذا ملكها أو أمه أو أخته نفذ على الموكل، وإن قال لاطأها أو استخدمها لزم الوكيل. وإن قال اشتر لي جارية لاطأها فاشترى أخت أم وده أو زوجته أو التي في عدة الغير يجوز، وكذا كل من تحل بحال جاز. وقيل: لا يجوز وهو المأخوذ. وإذا لو اشترى صغيرة لا يوطأ مثلها أو مجوسية أو يهودية أو نصرانية لزم الآمر، والصابئية تلزم عنده خلافا لهما، ولو أخت امرأته أو عمتها نسبا أو رضاعا كان مخالفا. اشترى جارية لها زوج أو في عدة من زوج من بائن أو رجعي يلزم المأمور. ولكه بشراء دابة ليركبها فاشترى مهرا أو عمياء أو مقطوعة اليد لا يلزم الآمر، كذا في البزازية. وفيها: لو وكله بشراء سوداء فاشترى بيضاء لم يجز ولو بعمياء فاشترى بصيرة جاز، وكذا في التوكيل بالنكاح. ولو اشترى رتقاء ولم يعلم بها جاز على الآمر وله حق الرد وإن علم به فهو مخالف، وكذا إذا لم يعلم ب واشتراط براءة البائع من كل عيب. ولو اشترى جارية عمياء وقد قال اشتر جارية أعتقها عن ظهاري لزم المأمور ولو لم يعلم به لزم الآمر وله الرد. ولو قال جاريتين لاطأهما فاشترى أختين أو جارية مع خالفتا أو عمتها رضاعا أو نسبا نخالف عند الثاني خلافا لزفر، وإن في صفقتين لا يكون مخالفا في القولين. ولو اشترى أمة وبنها لا يكون مخالفا لان وطأها حلال له وإنما يحرم وطئ إحداهما بوطئه الاخرى، ذكره في المنتقي ا ه. وفيها: وكله بشراء رقبة لم تجز العمياء لما علم أن الرقبة اسم للكاملة ا ه. فيفرق بين لفظ رقبة وجارية فيتقيد الاول بما يجوز عتقه عن الكفار دون الثاني، وفسر المؤلف ما يتغابن الناس فيه بما يدخل تحت تقويم المقومين فعلم منه أن الغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وهذا هو الاصح كما في المعراج. وفي السراج الوهاج معزيا إلى الخجندي: الذي يتغابن الناس في مثله نصف العشر أو أقل منه، فإن كان أكثر من نصف العشر فهو مما لا يتغابن الناس فيه. وقال نصير بن يحيى: ما يتغابن الناس فيه في العروض نصف العشر، وفي الحيوان العشر، وفي العقار الخمس. وما خرج عنه فهو مما لا يتغابن

***

[٢٨٨]

الناس فيه، ووجهه أن التصرف يكثر وجوده في العروض ويقل في العقار ويتوسط في الحيوان وكثرة الغبن لقلة التصرف ا ه. والمراد بالتغابن الخداع فقولهم لا يتغابن الناس فيه معناه لا يخدع بعضهم بعضا لفحشه وظهوره، وقولهم يتغابن الناس فيه أي يخدع بعضهم بعضا لقلته. قال في القاموس: غبنه في البيع يغبنه غبنا ويحرك خدعه والتغابن أن يغبن بعضهم بعضا ا ه. وعلى هذا فقولهم غبن فاحش أي خداع قوله: (ولو وكل ببيع عبد فباع نصفه صح) أي عند أبي حنيفة لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع ألا ترى أنه

لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فإذا باع النصف أولى. وقالا: لا يجوز لانه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق، وإذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين أنه وقع وسيلة، وإذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز، وهذا استحسان عندهما، كذا في الهداية وهو يفيد ترجيح قولهما ولذا أخره مع دليله كما هو عادته، ولذا استشهد لقول الامام بما لو باع الكل بثمن النصف فإنه يجوز، وقد علمت أن المفتي به خلاف قوله. وفي الخزانة: أمر ببيع عبده بألف فباع نصفه بألف جاز بيعه بألف وقد أحسن وإن باع نصفه بألف إلا درهما وكر حنطة بطل ا ه‍. والمراد من العبد ما في تبعيضه ضرر احترازا عما لا ضرر في تبعيضه كالحنطة والشعير فيجوز بيع البعض اتفاقا، كذا في المعراج. وفي البزازية: وكله ببيع عبدين فباع أحدهما جاز إن لم يكن فيه ضرر، وإن أحدهما أجود فعلى الخلاف. وكله ببيعهما بألف فباع أحدهما بأربعمائة إن كان ذلك حصة من الثمن أو أكثر جاز، وإن أقل فلا عند الامام. وقالا: إن قدر ما يتغابن جاز ا ه‍ قوله: (وفي الشراء يتوقف ما لم يشتر الباقي) يعني لو وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف اتفاقا فإن اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثا بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شقصا شقصا، فإذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين أنه وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق، والفرق لابي حنيفة أن في الشراء تتحقق التهمة على ما مر وآخر أن الآمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه والآمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق.

***

[٢٨٩]

قوله: (ولو رد المشتري المبيع على الوكيل بالعيب ببينة أو نكول رده على الآمر وكذا بإقرار فيما لا يحدث مثله) لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم الآمر، وكذا بإقرار فيما لا يحدث لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج، وتأويل اشتراطها في الكتاب أن القاضي يعلم أنه لا يحدث في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيفتقر إلى هذه الحجج لظهور هذا التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه إلا النساء والاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر إليها في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شئ منها. قيد بما لا يحدث لانه لو رد عليه بإقراره فيما يحدث فإنه يلزم المأمور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر إليه لامكانه السكوت والنكول إلا أن له أن يخاصم الموكل فيلزم ببينة أو بنكوله بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما، والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير أن الحجة القاصرة وهو الاقرار فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصم، ومن حيث القصور لا يلزم الموكل إلا بحجة ولو كان عيبا لا يحدث مثله، والرد بغير قضاء بإقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين، وفي عامة الروايات ليس له أن يخاصم لما ذكرنا. والحق في وصف السلامة ثم ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد. لو قال المؤلف في الجواب فهو رد على

***

[٢٩٠]

الموكل لكان أولى لان الوكيل لا يحتاج إلى خصومة مع الموكل إلا إذا كان غيبا يحدث مثله، ورد عليه بإقرار سواء كان بقضاء أو لا، لكن إن كان بقضاء احتاج إلى خصومة مع الموكل وإلا لا تصح خصومته لكونه مشتريا. وجعل النكول هنا بمنزلة البينة لا الاقرار ولم يجعل في حق البائع كذلك حتى لو رد على البائع بنكوله لا يرده على بائعه لاضطرار الوكيل إلى النكول بخلاف البائع، كذا في النهاية. وفيها: وقضاء القاضي مع إقرار الوكيل متصور فيما إذا أقر بالعيب وامتنع عن القبول فيقضى عليه جبرا على القبول ا ه‍. أطلق في جواز الرد على الوكيل فشمل ما إذا كان قبل قبض الثمن أو بعده كما في البزازية. وأشار إلى أن الخصومة إنما هي مع الوكيل فلا دعوى للمشتري على الموكل، فلو أقر الموكل بعيب فيه وأنكره الوكيل لا يلزم الوكيل ولا الموكل شئ لان الخصومة فيه من حقوق العقد والموكل أجنبي فيه، ولو أقر الوكيل وأنكر الموكل رده المشتري على الوكيل وإقراره صحي في نفسه لا الموكل، كذا في البزازية. ولم يذكر المؤلف الرجوع بالثمن وحكمه أنه يرجع به على الوكيل إن كان نقده الثمن وعلى الموكل إن كان نقده كما في شرح الطحاوي ولم يذكر ما

إذا نقد الثمن إلى الوكيل ثم أعطاه هو إلى الموكل ثم وجد المشتري عيبا يرد على الوكيل أم الموكل؟ أفتى القاضي أنه يرده على الوكيل، كذا في البزازية. وقيد بالوكيل بالبيع لان الوكيل بالاجارة إذا أجر وسلم ثم طعن المستأجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فإنه يلزمه الموكل، ولم يعتبر إجارة جديدة في حق الموكل لان المعقود عليه إن كان المنافع فهي غير مقبوضة فكان نظير الرد على الوكيل بالبيع قبل القبض، وإن كان المعقود عليه العين باعتبار إقامتها مقام المنافع
***
[٢٩١]
فهو حكم ثبت بالضرورة فلا تعد وموضعها، كذا في النهاية. لا وقيد بالعيب لما في كافي الحاكم: وإذا قبل الوكيل العبد بغير قضاء القاضي بخيار شرط أو رؤية فهو جائز على الآمر، وكذا لو رده المشتري عليه بعيب قبل القبض بغير قضاء فهو جائز ا ه. قوله: (إن باع نسيئة فقال أمرتك بنقد وقال المأمور أطلقت فالقول للآمر) لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق. وفي كافي الحاكم: وإذا باع الوكيل العبد بخمسمائة فقال الآمر أمرتك بألف وقال أمرتك بدينار أو بحنطة أو شعير أو باعه بنسيئة فقال أمرتك بالحال فالقول قول الآمر، وكذلك هذا في النكاح والمكاتب والاجارة والعتق على مال ا ه. ثم قال: ولو أمره أن يبيعه من فلان بكفيل فباعه بغير كفيل لم يجز، وإن قال الوكيل لم يأمرني بذلك فالقول للآمر ا ه. فلو قال المؤلف لو اختلفا فيما عينه الموكل فالقول له لكان أولى ليشمل وكيل البيع والنكاح والاجارة والخلع والاعتاق والكتابة والمقدار والصفة من حلول وتأجيل والتقييد المقيد بمشتر ورهن وكفيل ووقت وقولي فيما عينه الموكل شامل لما إذا ادعى الموكل التقييد والوكيل الاطلاق، وما إذا ادعى الموكل تعيين شئ وادعى الوكيل تعيين آخر. قيد الاختلاف في الاطلاق والتقييد لان الوكيل بالبيع إذا ادعى البيع وقبض الثمن وهلاكه وادعاه المشتري وكذبهما الآمر فالوكيل يصدق مع يمينه، فإن كان الآمر قد مات فقال ورثته لم يبعه وقال الوكيل قد بعته من فلان بألف وقبضت الثمن وهلك وصدقه المشتري، فإن كان العبد قائما بعينه لم يصدق الوكيل على البيع إلا أن تقوم بينة أنه باعه في حياة الآمر، فإن لم تكن له بينة رد البيع وضمن الوكيل المال للمشتري، وإن كان العبد مستهلكا فالوكيل مصدق بعد الحلف استحسن ذلك، وإن قال الآمر قد أخرجتك من الوكالة وقال الوكيل قد بعته أمس لم يصدق الوكيل، ولو أقر الوكيل بالبيع لانسان بعينه فقال الآمر قد أخرجتك من الوكالة جاز البيع إذا ادعى ذلك المشتري، كذا في كافي الحاكم. وإنما يصدق الوكيل في البيع وقبض الثمن وهلاكه عنده إذا كان المبيع مسلما في يده، فإن كان في يد البائع فلا وتمامه في البزازية. وفيها أيضا: وكيل العتق قال أعتقته أمس وكذبه موكله لا يعتق. وكيل البيع قال بعته أمس وكذبه موكله فالقول للوكيل الوكيل بالكتابة وقبض بدلها إذا قال كاتبت وقبضت بدلها فالقول له في الكتابة لا في قبض بدلها أما لو قال كاتبته ثم قال قبضت بدلها ودفعت إلى الموكل فهو صحيح مصدق لانه أمين ا ه. وتقدم الاختلاف بين وكيل الشراء وموكله. وفي منية المفتي: أمر رجلا أن يقضي عنه دينه فقال المأمور بعد ذلك قضيت وصدقه
***
[٢٩٢]
الآمر وكذبه رب الدين وحلف رجع رب الدين على الآمر لكن لا يرجع المأمور على الآمر لان المأمور وكيل بشراء ما في ذمة الآمر بمثله وبنقد الثمن من مال نفسه فإنما يرجع على الآمر لو سلم للآمر ما في ذمته كالمشتري إنما يؤمر بدفع الثمن إذا سلم له ما اشترى. وذكر القدوري أنه يرجع رب الدين على المديون بالدين والمأمور على المديون بما قضى أمر غيره بقضاء دينه فقضاه وجاء ليرجع عليه فقال الآمر ما كان لفلان علي شئ أصلا ولا أمرتك أن تقضيه ولا أنت قضيته شيئا ورب الدين غائب فأقام المأمور البينة على الدين والامر بالقضاء والقضاء فإن القاضي يقضي بالمال على الآمر للغائب وبالرجوع للمأمور على الآمر وإن كان رب الدين غائبا لان عنه خصما حاضرا حكما لان ما يدعيه الغائب سبب لثبوت ما يدعيه لنفسه وفي مثله ينتصب الحاضر خصما ا ه. والحاصل أنهما إذا اختلفا في فعل الوكيل بأن ادعى الوكيل الفعل وأنكره موكله، فإن كان إخبار الوكيل بعد عزله فالقول للموكل، وإن كان قبله في حياة الموكل فالقول للوكيل إن كان المبيع مسلما إليه وإلا لا، وإن كان بعد موته حال هلاك العين فكذلك وإلا لم يقبل قوله إذا كذبه الوارث. هذا في الوكيل بالبيع، وأما الوكيل بالشراء فسبق حكمه عند الاختلاف، وأما وكيل العتق فلا يقبل قوله، وأما وكيل الكتابة فيقبل قوله في العقد لا في القبض والهلاك، ولا يقبل قول وكيل النكاح والوكيل بقبض الذين إذا ادعى القبض والهلاك مصدق. وفي خزانة المفتين:

وكل رجلا بأن يشتري أخاه فاشترى فقال الآمر ليس هذا أخي فالقول له مع يمينه لانه ينكر وجوب الثمن عليه ويلزم الشراء للوكيل لكن يعتق بقوله هذا أخوك ا ه. وفي كافي الحاكم في باب الوكالة بالعتق: وإن وكله أن يكاتب عبده يوم الجمعة فقال الوكيل يوم السبت قد كاتبته أمس بعد الوكالة على كذا وكذا وكذبه المولى فالقول للمولى في القياس ولكني أدع القياس وأجيزه، وكذلك البيع والاجارة والعتق على مال والخلع فإن الوكيل مصدق، ولو وكله أن يكاتبه فقال الوكيل وكلتني أمس وكاتبته آخر النهار بعد الوكالة وقال رب العبد إنما وكلتك اليوم فالقول قول رب العبد وتبطل المكاتبة، وكذلك البيع والنكاح والخلع والعتق ا ه. وفي نكاح خزانة الاكمل: أمره بالنكاح ثم قال له ما أشهدت وقال الوكيل أشهدت يفرق بينهما وعليه نصف المهر، أما لو اختلفت مع وكيلها فالقول له. ولو قالت لم تزوجني لم يلزمها إقرار الوكيل بخلاف ما قبل فإنها أقرت بالوكالة والنكاح وأنكرت الصحة، وعلى هذا لو وكل رجل رجلا بتزويجه امرأة بعينها فقال الوكيل فعلت وأنكر الزوج فالقول قول الزوج عند أبي حنيفة، وعندهما القول قول وكيل الزوج على المرأة بالنكاح ا ه. والله أعلم.

***

[٢٩٣]

قوله: (وفي المضاربة للمضارب) أي لو اختلف رب المال والمضارب في الاطلاق والتقييد فالقول للمضارب لان الاصل في المضاربة العموم ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والآخر في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة، ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقد أو نسيئة إلى أي أجل كان عنده، وعندهما يتقيد بأجل متعارف كما قدمناه، وفي مضاربة بالبزازية نوع في الاختلاف مقتضى المضاربة العموم فالقول لمن يدعيها والتخصيص عارض لا يثبت إلا ببينة، وإذا اتفقا أن العقد وقع خاصا واختلفا فيما خص العقد فالقول لرب المال لاتفاقهما على العدول عن الظاهر والاذن يستفاد من قبله فيعتبر قوله أمرتك بالاتجار في البر وادعى الاطلاق فالقول للمضارب لادعائه عمومه. وعن الحسن عن الامام أنه لرب المال لان الاذن يستفاد منه وإن برهنا، فإن نص شهود العامل أنه أعطاه مضاربة في كل تجارة فهي أولى لاثباته الزيادة لفظا ومعنى، وإن لم ينصوا على هذا الحرف فلرب المال. وكذا إذا اختلفا في المنع من السفر لاقتضاء المضاربة إطلاقها على الروايات المشهورة قال المضارب هو في الطعام ورب المال. قال في الكرباس فالقول له. وإن برهنا فللمضارب لان رب المال لا يحتاج إلى الاثبات والمضارب محتاج إلى إثباته لدفع الضمان عن نفسه وإن وقتا فالوقت الاخير أولى ا ه. والبضاعة كالمضاربة إلا أن المضارب يملك البيع والمستبضع لا إلا إذا كان في لفظه ما يعلم أنه قصد الاسترباح أو نص على ذلك، كذا في وكالة البزازية. والظاهر أنها كالوكالة من حيث إن الاصل فيها التقييد إلا أنه لا يملك إلا بضاع والايداع وبيع ما اشتراه إلا بالتنصيص بخلاف المضارب قوله: (ولو أخذ الوكيل بالثمن هنا فضاع أو كفيلا فتوى عليه لا يضمن) لان الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكها بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض إصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه، كذا في الهداية. وهذا مخالف لما في الخلاصة والبزازية من أن الوكيل بقبض الدين له أخذ الكفيل، فيحمل كلام الهداية على أخذ الكفيل بشرط براءة الاصيل فإنها حينئذ حوالة وهو لا يملكها لما في البزازية. ولو أخذ به كفيلا بشرط البراءة فهو حوالة لا يجوز للوكيل بقبض الدين قبولها ا ه. ومن هنا قال صاحب النهاية: المراد بالكفالة هنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة، وقيل الكفالة على

***

[٢٩٤]

حقيقتها لان التوي يتحقق فيها بأن مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين. قال الشارح أخذا من الكافي: وهذا كله ليس بشئ لان المراد هنا توى مضاف إلى أخذه الكفيل بحيث إنه لو لم يأخذ كفيلا لم يتو دينه كما في الرهن، والتوى الذي ذكره هنا غير مضاف إلى أخذه الكفيل بدليل أنه لو لم يأخذ كفيلا أيضا لتوى بموت من عليه الدين. وحمله على الحوالة فاسد لان الدين لا يتوى فيه بموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على المحيل وإنما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة، والاوجه أن يقال المراد بالتوى توى مضاف إلى أخذ الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة إلى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا

مثل أن يكون القاضي مالكيا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا ا هـ. ودل وضع مسألة الكتاب أن أخذه الرهن يقع للموكل لكن لو رده الوكيل جاز ويضمن للموكل الاقل من قيمته ومن الثمن، وعند أبي يوسف لا يصح رده، كذا ذكره التمرتاشي والمحبوبي، كذا في المعراج. والمراد بقوله لا يضمن عدمه للموكل وإلا فالدين قد سقط بهلاك الرهن إذا كان مثل الثمن بخلاف الوكيل بقبض الدين إذا أخذ رهنا فضاع فإنه لا يسقط من دين الموكل شئ ولا ضمان على الوكيل كما في البزازية. قوله: (ولا يتصرف أحد الوكيلين وحده) لان الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما والبدل وإن كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري. أطلقه فشمل ما إذا كان أحدهما حرا بالغا والآخر عبدا أو صبيا محجورا عليه لكنه مقيد بما إذا كان وكلهما بكلام واحد، أما إذا كان توكيلهما على التعاقب فإنه يجوز لاحدهما الانفراد لانه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله فلا يتغير بعد ذلك بخلاف الوصيين فإنه إذا أوصى إلى كل منهما بكلام على حده لم يجز لاحدهما الانفراد في الاصح لانه عند الموت صارا وصيين جملة واحدة، وفي الوكالة يثبت حكمها بنفس التوكيل وشمل ما إذا مات أحدهما أو ذهب عقله فلا يجوز للآخر التصرف وحده لعدم رضاه برأيه وحده. ولو كانا وصيين فمات أحدهما لا يتصرف الحي إلا بأمر القاضي كما في وصايا الخانية. وفي الخانية: رجل قال لرجلين وكلت أحدكما بشراء جارية لي بألف درهم فاشترى أحدهما ثم اشترى الآخر فإن الآخر يكون مشتريا لنفسه، ولو اشترى كل واحد منهما جارية ووقع اشتراؤهما في وقت واحد كانت الجاريتان للموكل، كذا ذكره في النوازل وعليه الفتوى ا هـ. وفي الذخيرة وفي المنتقى عن محمد: رجل وكل رجلا بقبض كل حق له ثم فارقه ثم وكل آخر

***

[٢٩٥]

بقبض كل دين له فقبض الوكيل الاول شيئا من الدين فليس للوكيل الثاني أن يقبضه من الاول لانه الساعة عين وليس بدين، ولو وكل الاول بقبض كل حق له ثم وكل الثاني بقبض كل شئ له وقبض الاول شيئا من الدين فللثاني أن يقبضه من الاول، ولو وكل رجلا بقبض داره التي في موضع كذا التي في يد فلان فمضى الوكيل ثم وكل آخر بعده بمثل ما وكل به الاول في قبض هذه بعينها، فإن كان الاول قد قبض الدار قبل توكيل الثاني فللثاني أن يقبضها لانها صارت مقبوضة لصاحبها ا هـ. والمراد من قوله لا يتصرف عدم نفاذ تصرفه وحده لا عدم صحته كما في الاصلاح، فلو باع أحدهما بحضرة صاحبه فإن أجاز صاحبه جاز وإلا فلا، ولو كان غائبا فأجازه لم يجز في قول أبي حنيفة، كذا في الشرح. قال الحاكم أبو الفضل: هذا خلاف ما ذكر في الاصل. وقال أبو يوسف: جاز ذلك، كذا في الخزانة. ولو باع أحدهما من صاحبه شيئا لم يجز لما في وصايا الخانية: ولو باع أحد الوصيين شيئا من التركة لصاحبه لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد ويجوز عند أبي يوسف ا هـ. قوله: (إلا في خصومة) فإن لاحدهما أن يخاصم وحده لانها وإن كانت تحتاج إلى الرأي إلا أن اجتماعهما على الخصومة والتكلم متعذر لانه يلتبس على القاضي ويصير شغبا، فأما اجتماعهما على البيع فغير متعذر، وظاهر ما في الكتاب أنه خاصم أحدهما لم يشترط حضرة الآخر وهو قول العامة لعدم الفائدة بسماعها وهو ساكت، كذا في الشرح. وبه ظهر أن ما ذكره ابن الملك من اشتراط الحضرة ضعيف ولكن لا يملك القبض إلا مع صاحبه، كذا في الهداية. وفي الذخيرة وفي نوادر ابن سماعة عن ابن يوسف: رجل وكل رجلين بخصومة رجل في دار ادعاها وقبضها منه فخاصماه فيها ثم مات أحد الوكيلين قال أقبل من الحي البينة على الدار وأقضي بها للموكل ولا أقضي بدفع الدار إليه ولكن أجعل للوكيل الميت وكيلا مع هذا الحي ودفعت الدار إليهما، وكذا لو كان الوكيل واحدا فأقام البينة على الدار

***

[٢٩٦]

وقضيت بها للموكل فمات هذا الوكيل قبل أن أدفعها إليه فإني أجعل له وكيلا وآمر المقضى عليه بدفع الدار إليه ولا أتركها في يد الغاصب الذي قضيت عليه ا هـ قوله: (وطلاق وعتاق بلا بدل) لانه مما لا يحتاج إلى الرأي وتعبير المثنى فيه كالواحد، ويستثنى من إطلاق المصنف مسائل: الاولى لو وكلهما بطلاق واحدة بغير عينها أو عتق عبد بغير عينه لا ينفرد أحدهما، كذا في السراج الوهاج، لانه مما يحتاج إلى الرأي بخلاف المعين ا هـ. وفي الخانية: رجل له أربع نسوة قال لرجل طلق امرأتي فقال الوكيل طلقت امرأتك كان الخيار إلى الزوج، وإن طلق الوكيل واحدة بعينها فقال الموكل لا أعني هذه لا يصدق ا هـ. الثانية أن يقول لهما طلقاها إن شئتما.

الثالثة جعل أمرها بأيديهما ففيهما يكون تفويضا فيقتصر على المجلس لكونه تمليكا أو يكون تعليقا فيشترط فعلهما لوقوع الطلاق لان المعلق بشيئين لا ينزل عند وجود أحدهما. الرابعة لو قال طلقاها جميعا ليس لاحدهما أن يطلقها وحده ولا يقع عليها طلاق أحدهما، ولو قال طلقاها جميعا ثلاثا فطلقها أحدهما طلقة واحدة والآخر طلقتين لا يقع وهذه الثلاث في الشرح. الخامسة قال لوكيلي طلاق لا يطلق أحد دون صاحبه. ولو طلق أحدهما ثم الآخر أو طلق واحد ثم أجازه الآخر لا يقع ما لم يجتمعا، وكذا في وكيلي عتاق، كذا في منية المفتي. قيد بقوله بلا بدل لانهما لو كانا ببدل فليس لاحدهما الانفراد لانه مما يحتاج إلى الرأي. وفي الخانية: رجل وكل رجلين بالخلع نخلعها أحدهما لا يجوز، وكذا لو خلعها أحدهما وأجاز الآخر لا يجوز حتى يقول الآخر خلعتها ا ه قوله: (ورد وديعة) لانه مما لا يحتاج إلى الرأي فرد أحدهما كردهما، ولو قال ورد عين لكان أولى فإنه لا فرق بين رد الوديعة والعارية والمغصوب والمبيع فاسدا كما صرح به في الخلاصة. وقيد بالرد احترازا عن الاسترداد فليس لاحدهما القبض بدون صاحبه لامكان اجتماعهما وللموكل فيه غرض صحيح لان حفظ اثنين ليس كحفظ واحد فإذا قبضه أحدهما ضمن كله لانه قبض بغير إذن المالك. فإن قيل: ينبغي أن يضمن النصف لان كل واحد منهما مأمور بقبض النصف قلنا: ذلك مع إذن صاحبه، وأما في حال الانفراد فغير مأمور بقبض شئ منه، كذا في السراج الوهاج.

***

[٢٩٧]

قوله: (وقضاء الدين) فهو كرد الوديعة واقتضاؤه فهو كاستردادها، ولم يذكر المؤلف الهبة في المستثنيات وفي الولوالجية: وكلهما الواهب في تسليم الهبة للموهوب له فلاحدهما أن ينفرد وإذا وكلهما الموهوب له في قبضها من الواهب فليس لاحدهما الانفراد، فالاول كرد الوديعة والثاني كاستردادها. وفي الخانية من باب الوصي: ولو وكل رجل رجلين بأن يهبا هذه العين ولم يعين الموهوب له عندهما لا ينفرد أحدهما بذلك، وعند أبي يوسف ينفرد، وإن عين الموهوب له ينفرد أحدهما عند الكل ا ه. فلو زاد المصنف الهبة للمعين لكان أولى وعبارة المجمع هكذا: وإذا وكل اثنين لم ينفرد أحدهما في كل تمليك أو عقد فيه بدل ا ه. ويرد عليه الهبة لمعين فإنها تمليك وله الانفراد ويرد عليه استرداد العين والاقتضاء فإنه لا ينفرد فيهما ولا تمليك ولا عقد كما ورد على الكنز قضاء الدين ورد ما عدا الوديعة والهبة للمعين والاولى أن يقال لا ينفرد أحدهما إلا في خصومة وعتق معين وطلاق معينة بلا بدل وتعلق بمشيئتهما وتدبير ورد وديعة وعارية ومغصوب ومبيع فاسد وتسليم وهبة وقضاء الدين، ثم اعلم أن الوكالة والوصايا والمضاربة والقضاء والتولية على الوقف، سواء فليس لاحدهما الانفراد، والاولان في الكتاب والمضاربة في السراج الوهاج، وقدمنا حكم القاضيين في القضاء والناظر، إما وكيل أو وصي فلا ينفرد أحدهما قوله: (ولا يوكل إلا بإذن أو اعمل برأيك) لانه فوض إليه التصرف دون التوكيل به، وهذا لانه رضي برأيه والناس مختلفون في الآراء إلا أن يأذن له الموكل لوجود الرضا أو يقول له برأيك لاطلاق التفويض إلى رأيه. وإذا وكل الوكيل بالقبض بلا إذن فدفع له المديون فإنه وصل إلى الوكيل الاول برئ وإلا فإن وكل من في عياله برئ وإلا لا، فإن هلك المال في يد الثاني كان للغريم تضمينه وللثاني الرجوع على الوكيل الاول وتمامه في الذخيرة من الفصل الثاني. وإذا وكل بإذن أو تفويض كان الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول وعزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في أدب القاضي. وفي الخلاصة: رجل وكل رجلا ببيع شئ وشرائه وقال له اصنع ما شئت فوكل الوكيل رجلا بذلك ثم مات الوكيل الاعلى فالوكيل الاسفل على وكالته، ولو أخرجه الوكيل الذي وكله جاز، ولو أخرجه الموكل كان إخراجه جائزا أيضا،

***

[٢٩٨]

سواء كان الوكيل الاول حيا أو ميتا ا ه. فقد صحح عزل الوكيل لوكيله وهو مخالف لما في الهداية من أن الثاني صار وكيل الموكل فلا يملك الوكيل عزله إلا أن يفرق بين قوله اصنع ما شئت فيملك عزله وبين قوله اعمل برأيك فلا يملك عزله، والفرق ظاهر. وعلل في الخانية بأنه لما فوضه إلى صنعه فقد رضي بصنعه وعزله من صنعه وفيها: إذا وكل ثم قال للوكيل وكل فلانا فإن الوكيل لا يملك عزله إلا إذا قال له وكل فلانا إن شئت أو وكل من شئت فيملك عزله ا ه. والمراد لا يوكل فيما وكل فيه فيخرج التوكيل بحقوق العقد فيما ترجع الحقوق فيه إلى الوكيل فله التوكيل بلا إذن لكونه أصيلا فيها، ولذا لا يملك الموكل نهيه عنها وصح توكيل الموكل كما قدمناه. وقيد

بقوله اعمل برأيك احترازا عن قوله ما صنعت من شئ فهو جائز. قال في القنية: قال للوكيل ما صنعت من شئ فهو جائز من بيع أو شراء أو عتق عبده أو طلاق امرأته فوكل هذا الوكيل غيره بعتق عبد موكله أو طلاق امرأته ففعل لا ينفذ لان هذا مما يحلف به فلا يقوم غيره مقامه بخلاف البيع والشراء فإنه لا يحلف بهما فقام غيره مقامه ا ه. وخرج عن قوله لا يوكل إلا بإذن أو اعمل برأيك ما لو وكل الوكيل بقبض الدين من في عياله فدفع المديون إليه فإنه يبرأ لان يده كيده، ذكره الشارح في السرقة. وفي وكالة الخزانة: وما لو وكل الوكيل بدفع الزكاة ثم وثم فدفع الآخر جاز ولا يتوقف كما في أضحية الخانية. وذكر قبله: رجل وكل غيره بشراء أضحية فوكل الوكيل غيره ثم وثم فاشترى الآخر يكون موقوفا على إجازة الاول إن أجاز جاز وإلا فلا ا ه. وما إذا قدر الوكيل لوكيله الثمن كما سيأتي قوله: (فإن وكل بلا إذن الموكل فعقد بحضرته أو باع أجنبي فأجاز صح) لان المقصود حضور رأيه وقد حضر وتكلموا في حقوقه والصحيح رجوعها إلى الثاني لانه هو العاقد وإن عقد بغيبته لم يجز لانه فات رأيه إلا أن يبلغه فأجازه لانه حضر رأيه، وكذا إذا باع غير الوكيل فبلغه فأجازه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج إليه لتقدير الثمن
***
[٢٩٩]
ظاهرا وقد حصل بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقد الثمن لانه لما فوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري، أما إذا لم يقدر الثمن وفوض إلى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن، كذا في الهداية. وفي منية المفتي: وقيل إذا باع الثاني بثمن عينه الموكل جاز بغيبة الاول، وفي الاصح لا إلا بحضرة الاول ا ه. ولا مخالفة بين ما في الهداية وما صححه في المنية لان الاول فيما إذا قدر الوكيل الثمن لوكيله، والثاني فيما إذا قدر الموكل الاول لوكيله كما لا يخفى. ومعنى قوله صح النفاذ
***
[٣٠٠]
على الموكل وفي القنية وكله بأن يشتري له هذا العبد فوكل الوكيل فاشتراه يقع للوكيل الاول، ولو قال له اشتراه لموكلي يقع للثاني ولا يصح توكيله في حق نفسه ولا موكله ا ه. وهو محمول على ما إذا كان الوكيل غائبا وظاهره عدم التوقف على إجازة الموكل لكونه شراء فضولي وهو لا يتوقف، وقدمنا عن أضحية الخانية أنه يتوقف. وفي السراج الوهاج أنه في الشراء ينفذ على الوكيل الاول. وقيد بالعقد احترازا عن الوكيل بالطلاق والعتاق إذا وكل غيره وطلق الثاني بحضرة الوكيل الاجنبي أو طلق الاجنبي فأجاز الوكيل فإنه لا يقع لان الموكل علقه بلفظ الاول دون الثاني وهو يتعلق بالشرط بخلاف البيع ونحوه. واقتصر الشارحون وقاضيخان على الطلاق والعتاق ويزاد الابراء عن الدين لما في القنية: وكله بأن يبرئ غريمه عن الدين فوكل الوكيل فأبرأه بحضرة الاول لم يصح ا ه. وكان ينبغي أن يصح لانه لا يقبل التعليق بالشرط كالبيع وتزاد الخصومة وقضاء الدين فلا تكفي الحضرة كما في شرح المجمع، ويخالفه في الخصومة ما في الخانية: وإن خاصم الوكيل الثاني والموكل حاضر جاز لان الاول إذا كان حاضرا كان الاول خاصم بنفسه كالوكيل بالبيع ا ه. وظاهر ما في الكتاب الاكتفاء بالحضرة من غير توقف على الاجارة وهذا قول البعض، والعامة على أنه لا بد من إجازة الوكيل أو الموكل وإن حضرة الوكيل الاول لا تكفي، والمطلق من العبارات محمول على الاجازة، كذا في النهاية والسراج الوهاج والخانية. وإنما قال باع ولم يقل عقد للاحتراز عن الشراء فإنه لا يتوقف بل ينفذ على الاجنبي كما في السراج الوهاج لكن لا يشمل النكاح والكتابة والخلع مع أنهما كالبيع كما في الخانية، فالعبارة الصحيحة ولا يوكل إلا بإذن إلا في دفع زكاة وقبض دين لمن في عياله وعند تقدير الثمن له والتفويض إلى رأيه كالاذن إلا في طلاق وعتاق، فإن وكل بدونهما ففعل الثاني فأجازه الاول صح إلا في طلاق وعتاق وإبراء وخصومة وقضاء دين، وإن فعل أجنبي فأجاز ه الوكيل جاز إلا في شراء. وفي البزازية: قيل للوكيل اصنع ما شئت له التوكيل ولو قال الوكيل الاول ذلك لوكيله لا يملك الثاني توكيل ثالث. وفي الاقضية: لو قال السلطان استخلف من شئت فاستخلف آخر قال
***
[٣٠١]
القاضي له ذلك استخلف من شئت له ذلك الاستخلاف أيضا ثمة وثمة ا ه. وفيها: ووصية الوكيل إلى آخر عند الموت كالتوكيل، ولو كان قال له اعمل برأيك فوكل آخر فباعه الثاني من الاول لا يجوز ا ه. قوله: (وإن زوج عبد أو مكاتب أو كافر صغيرته الحرة المسلمة أو باع مالها أو اشترى لها لم يجز) لان الرق والكفر يقطعان الولاية ألا ترى أن الموقوف لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح

غيره؟ وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض للقادر المشفق ليتحقق معنى النظر، والرق يزيل القدرة، والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا يفوض إليهما. وشمل الكافر الذمي والحربي المرتد فتصرفه على ولده موقوف إجماعا وإن كان نافذا في ماله عندهما لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع إذا قتل على الردة فتبطل، وبالاسلام يجعل كأنه لم يزل مسلما فيصح. ولو قال المؤلف أو اشترى لها بمالها لكان أولى لانه إذا اشترى لها بمال نفسه كان مشتريا لنفسه وعدم الجواز فيما إذا اشترى لها بما لها كما في المعراج، وبهذا علم أن شرط الولاية على الصغير في نفسه وماله حرية الولي مطلقا وإسلامه إن كان الصغير مسلما وإلا لا، وفي خزانة المفتين من البيوع: الولاية في مال الصغير إلى الاب ووصيه ثم وصي وصيه ثم إلى أب الاب ثم إلى وصيه ثم إلى القاضي ثم إلى من نصبه القاضي، فليس لوصي الام ولاية التصرف في تركه الام مع حضرة الاب أو وصيه أو وصي وصيه أو الجد، وإن لم يكن واحد ممن ذكرنا فله الحفظ وبيع المنقول لا العقار والشراء للتجارة وما استفاده الصغير غير مال الام مطلقا وتمامه فيها ا ه. والله أعلم.

***

[٣٠٢]

باب الوكالة بالخصومة والقبض قدمنا معناها لغة وشرعا وأنها تتخصص وتتعمم فليرجع إليه أول الكتاب قوله: (الوكيل بالخصومة والتقاضي لا يملك القبض) وهذا قول زفر لانه رضي بخصومته والقبض غيرها ولم يرض به، وعندنا هو وكيل بالقبض لان من ملك شيئا ملك إتمامه، وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لانه في معناه وضعا لما في الاساس تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واستقضيته، واقتضيت منه حقي أي أخذته إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع الفتوى على أنه لا يملك، كذا في الهداية. وفي الفتاوى الصغرى: التوكيل بالتقاضي يعتمد العرف إن كان في بلدة كان العرف بين التجار أن المتقاضي هو الذي يقبض الدين كان التوكيل بالتقاضي توكيلا بالقبض وإلا فلا ذكره عن الفصل ا ه. قيد بالوكيل لان الرسول بالتقاضي يملك القبض لانه بمنزلة الرسول في القبض ولا يملك الخصومة اجماعا، كذا في الصغرى أيضا. وأشار المؤلف إلى أن الوكيل بالخصومة لا يصالح وإلى أن الوكيل بالملازمة لا يملك الخصومة والقبض. وفي البزازية وهنا عشر مسائل: الوكيل بقبض الدين أو العين وسيأتي، وبالخصومة أو التقاضي أو بالملازمة وقدمناها، وبالقسمة وبالاخذ بالشفعة وبالرجوع في الهبة يملك الخصومة والقبض وبالرد بالعيب يخاصم ويحلف والوكيل بحفظ العين لا يخاصم، ولو وكله بطلب كل حق له على الناس أو بكل حل له بخوارزم يدخل القائم لا الحادث. وذكر شيخ الاسلام أنه إذا وكله بقبض كل حق له على فلان يدخل القائم والحادث أيضا فليتأمل عند الفتوى. وفي المنتقى: وكله بقبض كل دين له يدخل الحادث أيضا كما لو وكله بقبض غلته يقبض الغلة الحادثة أيضا ا ه. وقد فاته الوكيل بالصلح فإنه لا يخاصم كما في الحاكم من باب الوكالة بالدم. وفي منية المفتي: ادعى أن فلانا وكله بطلب كل حق بالكوفة وبقبضه

***

[٣٠٣]

بالخصومة فيه وجاء بالبينة على الوكالة والموكل غائب ولم يحضر الوكيل أحد قبله للموكل حق فالقاضي لا يسمع من شهوده حتى يحضر خصما جاحدا لذلك أو مقرا به فحينئذ يسمع وينقذ له الوكالة، فإن أحضر بعد ذلك غريما آخر لم يحتج إلى إعادة البينة، ولو ادعى الوكالة بطلب كل حق له قبل إنسان بعينه يشترط حضوره بعينه، وإذا ثبت بحضوره فجاء بخصم آخر يقيم البينة على الوكالة مرة أخرى ادعى أنه وكله بقبض كل حق له ولموكله على هذا كذا وأقام بينة شهدوا على الوكالة والحق على المدعى عليه دفعة واحدة تقبل على الوكالة لا غير ويؤمر بإعادة البينة على الحق عند الامام، وعندهما تقبل على الامرين يقضي بالوكالة أو لا ثم بالمال كذا لو ادعى به وصي الميت ا ه. وفي منية المفتي أيضا: ولو حضر الموكل إلى القاضي ووكل الوكيل وليس معه خصم جاز وكان وكيلا إن كان يعرف القاضي الموكل، وإن لم يعرف القاضي لا يجوز لان الموكل وقت القضاء بالوكالة غائب والغائب إنما يصير معلوما بالاسم والنسب، فإذا كان القاضي يعرف اسم الموكل ونسبه أمكن القضاء بالوكالة وإلا لو قضى بها قضى لمعلوم على مجهول، فإن قال الموكل أنا أقيم البينة على أني فلان بن فلان لم يسمع منه لان شرط سماعها على النسب الخصومة فيه ولم يوجد ا ه. وفي القنية: لا يقبل من الوكيل بالخصومة

بينة على وكالته من غير خصم حاضر، ولو قضى بها صح لانه قضاء في المختلف ا ه. وفي خزانة المفتين: رجل وكل رجلا ببيع عين من أعيان ماله فأراد الوكيل أن يثبت الوكالة بالبيع عند القاضي حتى لو جاء الموكل وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره فله وجوه أحدها أن يسلم الوكيل العين إلى رجل ثم يدعي أنه وكيل من مالكه بالقبض والبيع فسلمه لي فيقول ذو اليد لا علم لي بالوكالة فيقيم البينة على أنه وكيله بالقبض والبيع فيسمع القاضي ذلك ويأمره بالتسليم إليه فيبيعه. وثانيها أن يقول هذا ملك فلان أبيعه منك فإذا باعه منه يأمره بقبض المبيع فيقول المشتري لا أقبض منك لاني أخاف أن يجئ المالك وينكر الوكالة، وربما يكون المقبوض هالكا في يدي أو يحصل منه نقصان فيضمنني فيقيم الوكيل بينة أنه وكيل فلان بالبيع والتسليم ويجبره على القبض ويثبت بإقامة البينة ولاية الجبر على القبض. وثالثها رجل ادعى أن الدار التي في يدك ملك فلان وأنت وكيله بالبيع وقد بعت مني فقال بعت منك ولكن لست بوكيل من فلان ولم يوكلني بالبيع فأقام مدعي الشراء البينة على أنه وكيل فلان بالبيع فهو خصم حتى تقبل البينة عليه ويثبت كونه وكيلا عنه في البيع. قوله: (وبقبض الدين يملك الخصومة) أي الوكيل بقبض الدين يلي الخصومة مع

***

[٣٠٤]

المديون عند أبي حنيفة حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده. وقالا: لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لان القبض غير الخصومة، وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها. ولابي حنيفة أنه وكله بالتملك لان الديون تقضى بأمثالها إذ قبض الدين نفسه لا يتصور إلا أنه جعل استيفاء لغير حقه من وجه فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب، وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء، وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو أصيل فيها فيكون خصما فيها، كذا في الهداية. وفي الذخيرة على قولهما لا تقبل بينته لبراءته وتقبل لقصر يد الوكيل حتى لا يتمكن من قبضه بل يوقف الامر إلى حضور الغائب ا ه. وفي النهاية: فتقبل بينة الشريك على الوكيل بالقسمة أن موكله أخذ نصيبه، وكذا الموهوب له فتقبل بينته على الوكيل في الرجوع أن موكله أخذ عوضها وكذا البائع تقبل بينته على الوكيل بالرد بالعيب أن موكله رضي به ا ه لا يقال لو كان وكيلا بالمبادلة وجب أن تلحقه العهدة في المقبوض لانه استيفاء عين الحق من وجه لان من الديون ما لا يجوز الاستبدال به فلشبهه بالمبادلة جعلناه خصما ولشبهه بأخذ العين لا تلحقه العهدة عملا بهما، كذا في النهاية والذخيرة. وأورد أيضا لو كان وكيلا بالمبادلة لم يجز توكيل المسلم في قبض الخمر كما لا يوكل في تمليكها، وأجيب بأنه تمليك حكما والمسلم يصح أن يملكها حكما، وإن لم يجز عقده، كذا في غاية البيان. وفي كافي الحاكم: يصح توكيل الذمي المسلم في قبض الخمر ويكره للمسلم قبضها. وفي الذخيرة: إن الاختلاف مبني على أن الموكل فيه ملك الموكل أو ملك الغير فقالا بالاول بناء على أن المقبوض عين صاحب الدين حكما حتى كان له الاخذ من غير قضاء ولا رضا كما لو كان عنده وديعة أو غصب وقال الامام: إنه وكيل بقبض ملك الغير بناء على أن المقبوض ليس ملك رب الدين حقيقة بل هو بدله بدليل أن للمديون التصرف فيما في يده وإن لم يرض الدائن ا ه. ثم اعلم أنا قدمنا عن الهداية أن الوكيل بقبض الدين ينتصب خصما للمديون إذا ادعى استيفاء الموكل أو إبراءه. وفرق في

***

[٣٠٥]

الذخيرة بينهما فجعله خصما له في دعوى الايفاء لرب الدين دون الابراء لانه خصم في الاثبات لكونه سببا لقبضه والايفاء إلى الطالب وقبض الوكيل سواء بخلاف الابراء لانه ليس في جعله خصما فيه إحياء لحقه بل فيه إبطال حقه وهو قياس مسألة الوكيل بأخذ الشفعة فإنه يكون خصما في الاثبات، وإذا ادعى عليه تسليم الآخر فإنه لا يصير خصما لما ذكرنا من إبطال حق الموكل. وذكر شيخ الاسلام في شرحه مسألة دعوى الابراء على الوفاق، وذكرها الشيخ الامام الزاهد أحمد الطواويسي على الخلاف الذي ذكرنا في دعوى الايفاء وإليه إشار محمد في أول وكالة الاصل ا ه. والحوالة كالابراء ولم يذكر محمد في الجامع الصغير إلا أنه خصم في دعوى الايفاء وسكت عن الابراء، وكذا سكت عنه في كافي الحاكم الذي هو جمع كلام محمد. وفي البدائع: لو أقام الغريم البينة على الايفاء سمعت عنده خلافا لهما، وعلى هذا الاختلاف لو أقامها الغريم على أنه أعطى الطالب بالدراهم دنانير أو باعه بها عرضا فبينته مسموعة عنده خلافا لهما

لان إيفاء الدين بطريقين بالمقاصة والمبادلة ويستوي فيهما الجنس وخلافه ا هـ. ولم يذكر الابراء. ونقل في المعراج التسوية بين دعوى الايفاء والابراء عن شمس الائمة ولم يذكر غيره. وصرح في الفتاوى الصغرى بأن الوكيل بقبض الدين يصير خصما في إثبات الدين وفي إثبات الابراء والايفاء عليه بالبينة عند أبي حنيفة خلافا لهما ثم قال: والرسول أو المأمور بقبض الدين لا يملك الخصومة. وذكر خواهرزاده في المعقود أن الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة إجماعا إن كان وكيل القاضي كما لو وكل وكيلا بقبض ديون الغائب ا هـ. وظاهره أن الامر ليس بتوكيل وقدمنا ما فيه. وفي جامع الفصولين: وكيل طلب الشفعة والرد بعيب والقسمة تسمع بينته عليه أن موكله سلم الشفعة أو أبرأ عن العيب. ثم رقم: لا تسمع البينة عليه أن موكله سلم الشفعة، وكتب على حاشية

***

[٣٠٦]

هذا الكتاب أنه كتب من نسخة وقد زل قدم في هذه المسألة والصحيح أنه تسمع البينة عليه ا هـ. فعلم أن ما في الذخيرة مبني على ضعيف فالمعتمد ما في الهداية من عدم الفرق بين الايفاء والابراء، وقدمنا شيئا من أحكام الوكيل بالقبض من أنه لا يجوز إبراؤه ولا حطه ولا تأجيله ولا أخذه الرهن ولا الكفيل بشرط براءة الاصيل ولا قبول الحوالة ولا توكيله بغير إذن وتعميم وأنه يقبل قوله في دعوى القبض والهلاك في يده والدفع إلى موكله لكن في حق براءة المديون لا في حق الرجوع على الموكل على تقدير الاستحقاق حتى لو استحق انسان ما أقر الوكيل بقبضه وضمن المستحق الوكيل فإنه لا يرجع الوكيل على موكله، كذا في الفتاوى الصغرى. ويستثنى من قبول إقراره بالقبض على موكله مسألة على المفتى به. قال في الواقعات الحسامية: إذا قال لآخر إن فلانا قد أقرضك ألفا فوكلتك بقبضها منه ثم قال الوكيل قبضت وصدقه المقرض وأنكر الموكل فالقول للموكل. وعن أبي يوسف أن القول للوكيل. وجه الاول أن المقرض يدعي على الموكل ثبوت القرض وهو ينكر، وجه قول أبي يوسف أن الموكل سلط الوكيل على ذلك فينفذ عليه إقراره كما لو وكله بقبض الدين من مديونه فقال قبضت، والفتوى على الاول الوكيل بقبض الدين إذا قال قبضت ودفعت إلى الموكل فالقول له مع اليمين لانه أمين أخبر عن تنفيذ الامانة من حيث لا يلزم الموكل ضمان بخلاف الوكيل بالاستقراض إذا وقع التنازع بينه وبين موكله فالقول للموكل لان الوكيل يريد إلزامه ضمان القرض فلا يلزمه بقوله ا هـ. وفي كافي الحاكم: ولو وكل رجلا في دينه كان وكيلا بقبضه، ولو قال الوكيل قد برئ إلى الغريم كان إقرارا منه بقبضه، وكذا إذا أقيمت عليه البينة بذلك، ولو قال الوكيل بالقبض قبضت في حياة الموكل ودفعت إليه لم يقبل إلا ببينة، ولو احتال الطالب بالمال على آخر لم يكن للوكيل بالقبض أن يقبضه من المحتال عليه ولا من الاول، فإن توى المال ورجع إلى الاول فالوكيل على وكالته، وكذا لو اشترى الموكل بالمال عبدا من المطلوب فاستحق من يده أو رده بعيب بقضاء بعد القبض أو بغير قضاء قبل القبض أو بخيار فالوكيل على وكالته، وكذا لو كان قبض الدراهم فوجدها زيوفا ولو أخذ الطالب منه كفيلا لم يكن للوكيل أن يتقاضي الكفيل، والمقبوض في يد الوكيل بمنزلة الوديعة، ولو وجده الكفيل زيوفا أو ستوقة فرده فإنه ينبغي أن يضمن قياسا ولكن استحسن

***

[٣٠٧]

أن لا أضمنه. أمره بقبض دينه وأن لا يقبضه إلا جميعا فقبرضه إلا درهما لم يجز قبضه على الآمر وله الرجوع على الغريم بكله، وكذا لا تقبض درهما دون درهم ا هـ. وفي الذخيرة: ولو لم يكن للغريم بينة على الايفاء فقضى عليه وقبضه الوكيل فضاع منه ثم برهن المطلوب على الايفاء فلا سبيل له على الوكيل وإنما يرجع على الموكل لان يده يده ا هـ. قوله: (وبقبض العين لا) أي الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه أمين محض والقبض ليس بمبادلة فأشبه الرسول حتى إن من وكل وكيلا بقبض عبد له فأقام ذو اليد البينة أن الموكل باعه إياه وقف الامر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان، والقياس أن يدفع إلى الوكيل لان البينة قامت لا على الخصم فلم تعتبر. وجه الاستحسان أنه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة على البيع وصار كما إذا أقام البينة على أن الموكل عزله عن ذلك فإنها تقبل في قصر يده كذا هذا، وكذا الاعتاق والطلاق وغير ذلك معناه إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد أو الامة على الاعتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يدهم حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق كما إذا ادعى ذو اليد الارتهان من الموكل وبرهن تقصر يد الوكيل عن القبض. وفي كافي الحاكم: ولو وكل رجل عبد

رجل بقبض وديعة له عنده مولاه أو عند غيره فباع المولى العبد أو أعتقه أو كانت أمة فولدت فالوكيل على وكالته، وإذا وكله بقبض عبد له عند رجل فقتل العبد خطأ كان للمستودع أن يأخذ قيمته من العاقلة وليس للوكيل قبضها كالثمن، ولو قتل عند الوكيل كان له أخذها، ولو جنى على العبد قبل أن يقبضه الوكيل فأخذ المستودع أرشها فللوكيل أن يقبض العبد دون الارض، وكذا لو كان المستودع أجره بإذن مولاه لم يأخذ الوكيل أجره، وكذلك مهر الامة إذا وطئت بشبهة، ولو وكله بقبض أمة أو شاة فولدت كان للوكيل أن يقبض الولد مع الام، ولو ولدت قبل أن يوكله بقبضها لم يكن له قبض الولد وثمرة البستان بمنزلة الولد. ولو كان المستودع باع الثمرة في رؤوس النخل بأمر رب الارض لم يكن للوكيل أن يقبضها، وكذلك ولد الجارية إذا كانت الوديعة مما يكال أو يوزن فوكله بقبضها ثم استهلكها رجل فقبض المستودع من المستهلك مثلها لم يكن للوكيل أخذه قياسا، ولكن أستحسن أن يأخذه ولا أراه مثل قيمة العبد، أرأيت لو أكلها المستودع أما كان للوكيل أخذ مثلها منه؟ وإذا وكله بقبض وديعة ثم قبضها الموكل ثم أودعها ثانيا لم يكن للوكيل قبضها علم أو لم يعلم، وكذا لو قبضها الوكيل ودفعها إلى الموكل ثم أودعها الموكل فإن قبضها فلرب المال تضمينه أو تضمني المودع، فإن ضمن الوكيل لم يرجع على المودع، وإن

***

[٣٠٨]

ضمن المودع رجع على الوكيل، وإذا وكله بقبضها اليوم فلا قبضها غدا استحسانا، ولو قال اقبضها بمحضر فلان فقبضها في غيبته جاز، ولو أنكر ربها التوكيل وحلف وضمن المودع فله الرجوع على القابض، إن كانت قائمة، فإن ادعى الوكيل هلاكها أو الدفع إلى الموكل وقد صدقه المودع في الوكالة لم يرجع عليه، وإن كان كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه أو صدقه وضمنه المال كان له أن يضمنه، ولو جعل للوكيل بقبض الوديعة أجرا جاز وعلى تقاضي الدين لا إلا أن يوقت ا ه. قوله: (ولو أقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح وإلا لا) أي وإن أقر على موكله عند غير القاضي لا يصح عندهما استحسانا وخرج به عن الوكالة، وصحح أبو يوسف إقراره مطلقا، وأبطله زفر مطلقا وهو القياس لكونه مأمورا بالخصومة وهي منازعة والاقرار ضدها لانه مسالمة، فالامر بالشئ لا يتناول ضده ولذا لا يملك الصلح والابراء. وجه الاستحسان أن التوكيل صحيح وصحته تتناول ما يملك وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عينا فيصرف إليه تحريا للصحة، فأبو يوسف يقول هو قائم مقام الموكل فلا يختص إقراره بمجلس القضاء، وهما يقولان إن التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة إن أنكر أو مجازا إن أقر، والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا لانه خرج في مقابلة الخصومة أو لانه سبب له لان الظاهر إتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن إذا أقيمت البينة على إقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال إليه لانه صار مناقضا وصار كالاب والوصي إذا أقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال إليهما، كذا في الهداية. أطلقه وهو مقيد بغير الحد والقود فلا يصح إقرار الوكيل على موكله للشبهة. وقيد بالخصومة لان الوكيل بغيرها لا يصح إقراره مطلقا، ومنه الوكيل بالصلح كما في كافي الحاكم كالوكيل بالخصومة لا يملك الصلح والصلح عقد من العقود فالوكيل بعقد لا يباشر عقدا آخر. وقيد بالتوكيل بالخصومة من غير استثناء لانه لو وكله بها إلا الاقرار فعن أبي يوسف لا يصح وصححه محمد، وعنه أنه فصل بين الطالب والمطلوب فلم يصححه في

***

[٣٠٩]

الثاني، كذا في الهداية. وفي النهاية: يصح استثناء الاقرار في ظاهر الرواية. وفي البزازية: ولو وكله بالخصومة غير جائز الاقرار صح ولم يصح الاقرار في الظاهر لو موصولا. وفي الاقضية ومفصولا أيضا: ولو وكله غير جائز الانكار يصح عند محمد، ولو غير جائز الاقرار والانكار قيل لا يصح الاستثناء لعدم بقاء فرد تحته، وقيل يصح لبقاء السكوت ا ه. فالحاصل أنها على خمسة أوجه كما في الذخيرة: الاول أن يوكله بالخصومة فيصير وكيلا بهما. الثاني أن يستثني الاقرار فيكون وكيلا بالانكار فقط. الثالث عكسه فيصير وكيلا بالاقرار فقط في ظاهر الرواية لان الموكل ربما يضره الانكار بأن كان المدعى به أمانة، ولو جحدها الوكيل لا يصح دعوى الرد بعده ويصح قبله ففيه فائدة. الرابع أن يوكله بالخصومة جائز الاقرار ف يكون وكيلا بهما. الخامس أن يوكله بها غير جائز الاقرار والانكار ففيه اختلاف المتأخرين ا ه. وفي الخلاصة: ولو كان التوكيل بسؤال الخصم واستثنى الاقرار موصولا صح ومفصولا لا يصح ا ه. ويصح

التوكيل بالاقرار ولا يصير به مقرا، كذا في النهاية. وفي منية المفتي: إذا استثنى إقراره فأقر خرج عن الوكالة. قوله: (وبطل توكيل الكفيل بالمال) لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في إبراء ذمته فانعدم الركن لان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أمينا، ولو صححناها لا تقبل لكونه مبرئا نفسه فيعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين، فلو وكله الطالب بقبض المال من العبد كان باطلا لما بيناه، كذا في الهداية. وأورد توكيل المديون بإبراء نفسه فإنه صحيح مع كونه عاملا لنفسه، والتحقيق في جوابه ما في منية المفتي من قوله: ولو وكله بإبراء نفسه يصح لانه وإن كان عاملا لنفسه بتفريغ ذمته فهو عامل لرب الدين بإسقاط دينه، وشرط الوكالة كونه عاملا لغيره لا كونه غير عامل لنفسه ا ه. وأما قول الشارح في جوابه إنه تمليك وليس بتوكيل كما في قوله لامرأته طلقي نفسك فسهو ظاهر إذ لو كان تمليكا لم يصح رجوع الدائن عنه قبل إبرائه نفسه مع أنه يصح. وفي تلخيص الجامع: لو قال الدائن لمديون

***

[٣١٠]

سأله الابراء ذلك اليك أو أبرئ نفسك أو حللها فقال أبرأت أو حللت برئ لان لفظه ينتقل إلى الآمر كما في هب لنفسك ذا العبد وأقر علي لزيد وطلقي وأعتقي وسائر ما ينفرد به ا ه. وفي دعوى البزازية من فصل الابراء: إذا لم يضف الابراء الوكيل إلى الموكل لا يصح ا ه. وإذا بطلت الوكالة في مسألة الكتاب وقبضه من المدين وهلك من يده لم يهلك على الطالب. وأشار ببطلانه إلى أن الطالب لو أبرأه عن الكفالة لم تنقلب صحيحة لوقوعها باطلة ابتداء كما لو كفل عن غائب فإنه يقع باطلا، ثم إذا بلغه فأجازه لم يجز. وقيد بكفالة المال لصحة توكيل الكفيل بالنفس، وقيده الشارح بأن يوكله بالخصومة وليس بقيد إذ لو وكله بالقبض من المدين صح. وأشار المؤلف إلى أنه لو وكله بقبض الدين من نفسه أو من عبده لم يصح كما في الخلاصة، وإلى أن المحتال لو وكل المحيل بقبض الدين من المحال عليه لم يصح كما في النهاية، وإلى بطلان توكيل المدين وكيل الطالب بالقبض لما في القنية: ولو وكله بقبض دينه على فلان فأخبر به المديون فوكله ببيع سلعته وإيفاء ثمنه إلى رب الدين فباعها وأخذ الثمن وهلك يهلك من مال المديون لاستحالة أن يكون قاضيا ومقتضيا، والواحد لا يصلح أن يكون وكيلا للمطلوب والطالب في القضاء والاقتضاء ا ه. ولا يخالفه ما في الواقعات الحسامية: المديون إذا بعث الدين على يد وكيله فجاء به إلى الطالب وأخبره ورضي به وقال اشتر لي شيئا فذهب واشترى ببعضه شيئا وهلك منه الباقي قال بعضهم: يهلك من مال المديون. وقال بعضهم: من مال الطالب. وهذا أصح لان أمره بالشراء بمنزلة قبضه ا ه. لان ما في القنية فيما إذا سبق توكيل الطالب، وما في الواقعات الحسامية سبق توكيل المطلوب كما لا يخفى وإلى أن الوكيل بالبيع إذا كفل عن المشتري بثمن ما باعه لم تجز، وتجوز كفالة الوكيل بالقبض والوكيل بالنكاح بالمهر لاندفاع التنافي بصرف الحقوق عنه كما علم في التلخيص، وإذا صحت كفالة الوكيل بالقبض بطلت وكالته كما في المعراج. والحاصل أن الكفالة بالمال مبطلة للوكالة تقدمت الكفالة أو تأخرت لكونها أقوى من الوكالة. وهاهنا ثلاث مسائل لم أرها الآن صريحة وسئلت عنها: الاولى هل تصح كفالة الوصي عن مديون الميت؟ الثانية هل تصح كفالة الناظر مستأجر الوقف بالاجرة؟ الثالث هل يصح توكيل الدائن وصي المديون بالقبض من تركة المديون؟ ومقتضى ما قدمناه أن يفصل في كفالة الوصي والناظر فإن بشئ وجب بعقده لم تصح وإلا صحت لان كلا منهما وكيل وهذا حكم الوكيل. وأما الثالثة فينبغي صحة الوكالة ويقيم القاضي وصيا لسماع الدعوى والبرهان أخذا من قولهم لو ادعى الوصي دينا على الميت قال في الخانية: يقيم القاضي وصيا لسماع البينة فإذا انتهى الامر كان الاول وصيا على حاله وعليه الفتوى ا ه.

***

[٣١١]

قوله: (ومن ادعى أنه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم أمر بدفعه إليه) لانه أقر على نفسه لان ما يقبضه خالص ماله، وسيأتي في الكتاب حكم ما إذا ادعى الايفاء وقد تقدم أن الوكيل بقبض الدين بالمبادلة والتمليك والتملك فلا إشكال في صحة التوكيل به، وبه سقط ما في الذخيرة من السؤال والجواب كما لا يخفى. وقول الشارح هذا سؤال حسن والجواب غير مخلص الخ غفلة عما قدمه والمراد بأمره جبره عليه كما في السراج الوهاج قوله: (فإن حضر الغائب فصدقه وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانيا) لانه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر ذلك والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء إن لم يجز استيفاء الطالب حال قيامه قوله: (ورجع به على الوكيل لو باقيا) أي رجع

الدافع بما قبضه الوكيل إن كان باقيا في يده لانه ملكه وانقطع حق الطالب عنه. أطلقه في البقاء فشمل البقاء الحكمي بأن استهلكه الوكيل فإنه باق ببقاء بدله ولذا قال في الخلاصة: وإن استهلكه ضمن مثله فإن ادعى الوكيل هلاكه أو دفعه إلى الموكل حلفه على ذلك، وإن مات الموكل وورثه غريمه أو وهبه له وهو قائم في يد الوكيل أخذه منه في الوجوه كلها، وإن كان هالكا ضمنه إلا إذا صدقه على الوكالة قوله: (وإن ضاع لا) أي ضاع المقبوض في يد الوكيل فلا رجوع عليه لانه بتصديقه اعترف أنه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره، وأورد عليه أن أحد الابنين إذا صدق المديون في دعواه الايفاء للميت وكذبه الآخر ورجع المكذب عليه بالنصف فإن للمديون الرجوع على المصدق بالنصف إن كان للميت تركة غير الدين مع أنه في زعمه أن المكذب ظالم، وأجيب بأن الرجوع على المصدق لكونه أقر على أبيه بالدين قوله:

***

[٣١٢]

(إلا إذا ضمنه عند الدفع) لان المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان. قالوا: ويجوز في ضمنه التشديد والتخفيف، فمعنى التشديد أن يضمن الغريم الوكيل فالضمير المستتر عائد إلى الغريم، والبارز إلى الوكيل. ومعنى التخفيف أن يضمن الوكيل المال الذي أخذه، وصورته أن يقول الغريم للوكيل أنت وكيله لكن لا آمن أن يجحد الوكالة ويأخذ مني ثانيا ويصير ذلك دينا عليه لانه أخذه مني ظلما فيضمن ذلك المأخوذ فيصح فالضمير المستتر عائد إلى الوكيل والبارز إلى المال. وما في النهاية من أنه عكس ما في التشديد سهو إذ يقتضي أن المستتر للوكيل والبارز للغريم وليس بصحيح، وإذا رجع البارز إلى المال فظاهر الكتاب أن المراد بالمال ما قبضه الوكيل لانه مرجع الضمير في ضاع وما قبله وليس بصحيح لان ما في يد الوكيل أمانة لتصديقه على الوكالة فلا يجوز أن يضمنه إذ ضمان الامانات باطل فتعين أن يكون المراد به ما يأخذه منه الدائن ثانيا، وظاهر الكتاب أن لا رجوع على الوكيل حالة الهلاك إلا إذا ضمن. وفي الخلاصة والبزازية إلا إذا كان الغريم قال أخاف إن حضر الدائن أن يكذبك فيها وضمنه أو قال مدعي الوكالة اقبض منك على أني أبرأتك من الدين كما إذا قال الاب للختن عند أخذ صداق بنته آخذ منك على أني أبرأتك من مهر بنتي فإن أخذت البنت من الختن الصداق رجع الختن على الاب كذا هذا ا ه‍. فللرجوع عند الهلاك سببان. ثم اعلم أنه يصح إثبات التوكيل بالبينة مع إقرار المديون به وله نظائر كتبناها في الفوائد من أن البينة لا تقام إلا على منكر إلا في مسائل ذكرناها في الاقرار. قوله: (أو لم يصدقه على الوكالة ودفعه إليه على ادعائه) معطوف على ضمنه أي إذا لم يصدقه فإنه يرجع عليه لانه إنما دفع له على رجاء الاجازة فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه. أطلقه فشمل ما إذا سكت لان الاصل فيه عدم التصديق، وأما إذا كذبه والرجوع في الثاني أظهر، وفي الوجوه كلها ليس له الاسترداد حتى يحضر الغائب لان المؤدي صار حقا للغائب إما ظاهرا أو محتملا فصار كما إذا دفعه إلى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة، كذا في الهداية. وذكر في جامع الفصولين قولين في الاسترداد من الفضولين، وعلى القول به لو دفع إلى رجل ليدفعه إلى رب الدين فله أن يسترد لانه وكيل المديون، ولان من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه، وكذا

***

[٣١٣]

لو أقام الغريم البينة أنه ليس بوكيل أو على إقراره بذلك لم يقبل ولا يكون له حق الاسترداد، ولو أراد استحلافه على ذلك لا يستحلف لان كل ذلك يبتنى على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعيا في نقض ما أوجبه الغائب. ولو أقام الغريم البينة أن الطالب جحد الوكالة وأخذ مني المال تقبل، ولو ادعى الغريم على الطالب حين أراد الرجوع عليه أنه وكل القابض وبرهن تقبل ويبرأ، وإن أنكر حلفه فإن نكل برئ. وفي البزازية: أقر بالدين وأنكر الوكالة وطلب زاعم الوكالة تحليفه على عدم علمه بكونه وكيلا فالامام رحمه الله لا يحلفه وصاحبه يحلفه ا ه‍. وفيها: وإن أراد الغريم أن يحلفه بالله ما وكلته له ذلك وإن دفع عن سكوت ليس له أن يحلف الدائن إلا إذا عاد إلى التصديق، وإن كان دفع عن تكذيب ليس له أن يحلفه وإن عاد إلى التصديق لكنه يرجع على الوكيل وللوكيل أن يحلف الغريم في الجحود والسكوت بالله ما يعلم أن الدائن وكله، فإن حلف تم الامر وإن نكل لا يرجع على الغريم ا ه‍. قوله: (ولو قال في وكيله بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه) لانه إقرار بمال الغير بخلاف الدين فإذا لم يصدقه لا يؤمر بالاولى وفي كافي الحاكم: وإذا

قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة ما وكلته وحلف على ذلك وضمن المستودع رجع على القابض إن كان بعينه، وإن قال قد هلك مني أو قال دفعته إلى الذي وكلني وقد صدقه المستودع بالوكالة لم يرجع عليه بشئ، فإن كان كذبه بالوكالة أو لم يصدقه ولم يكذبه أو صدقه وضمنه المال كان له أن يضمنه ا هـ. ولو أراد استردادها بعد ما دفعها له لم يملك ذلك لكونه ساعيا في نقض ما تم من جهته، ولو هلكت الوديعة عنده بعد ما منع قيل لا يضمن وكان ينبغي الضمان لانه منعها من وكيل المودع في زعمه، ولو أثبت الوكيل أنه وكيل في قبضها فادعى الامين دفعها إلى الموكل أو إلى الوكيل فالقول له في براءة نفسه، كذا في كافي الحاكم. وفي القنية: واختلفوا في الملتقط لو أقر باللقطة لرجل هل يؤمر بالدفع إليه ا هـ. قوله: (وكذا لو ادعى الشراء وصدقه) أي شراء الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه لانه ما دام
***
[٣١٤]
حيا كان إقرارا بملك الغير لانه من أهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه قوله: (ولو ادعى أن المودع مات وتركها ميراثا له وصدقه دفع إليه) أي أمر بالدفع إليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على أنه مال الوارث، وأشار إلى أن الدين كذلك بالاولى، ولو قال وتركها ميراثا أو وصية له لكان أولى لان الموصى له منزل منزلة الوارث عند عدمه ولا بد من التلوم فيهما لاحتمال أن يكون له وارث آخر، وقد قدم المؤلف هذه المسائل في مسائل شتى من كتاب القضاء فكان تكرارا معنى، وإن اختلفا في الصورة فإنه صورها هناك فيما إذا أقر ذو اليد بأنه وارث، وهنا فيما إذا ادعى أنه وارث وصدقه ذو اليد ولا فرق بينهما، وقدمنا الكلام هناك فلا نعيده فارجع إليها. وقيد بالتصديق لانه لو أنكر موته أو قال لا أدري لا يؤمر بالتسليم إليه ما لم يقم البينة ولو لم يقل في صورة دعوى الوصية لم يترك وارثا لم يكن صاحب اليد خصما. وقيد بدعوى الارث مشيرا إلى الوصية للاحتراز عن دعوى الايصاء إليه فإنه إذا صدقه ذو اليد لم يؤمر بالدفع له إذا كان عينا في يد المقر لانه أقر أنه وكيل صاحب المال بقبض الوديعة أو الغصب بعد موته فلا يصح كما لو أقر أنه وكيله في حياته بقبضها، وإن كان المال دينا على المقر فعلى قول محمد الاول يصدق ويؤمر بالدفع إليه، وعلى قوله الاخير وهو قول أبي يوسف لا يصدق ولا يؤمر بالتسليم إليه وبيانه في الشرح. وقد علم من ذلك أن مودع الميت ومديونه ليس لهما الدفع إلى مدعي الايصاء ولو صدقاه إلا ببينة ولا يبرآن بالدفع قبل ثبوت أنه وصي. وأطلق في دفعها إلى الوارث وهو مقيد بما إذا لم يكن على الميت دين مستغرق لما في جامع الفصولين في التركة. دين فدفع المودع الوديعة إلى الوارث بلا أمر القاضي ضمن (خ) لو مستغرقة ضمن وهذا إذا لم يؤتمن وإلا فله الاخذ وأداء الدين منه لوارثه أن يخاصم من عليه دين للميت فله قبضه لو لم يكن الميت مديونا وله وصي أو لا، ولو مديونا يخاصم ولا يقبض وإنما يقبض وصيه، ولو أدى مديون إلى الوصي يبرأ أصلا ولولا وصي فدفع إلى بعض الورثة يبرأ عن حصته خاصة ا هـ. قوله: (وكله بقبض ماله فادعى الغريم إن رب المال أخذه دفع المال إليه) لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق وقد جعلوا دعواه الايفاء لرب الدين جوابا للوكيل إقرارا بالدين وبالوكالة وإلا لما اشتغل بذلك كما إذا طلب منه الدائن فادعى الايفاء فإنه يكون إقرارا بالدين، وكما إذا أجاب المدعي ثم ادعى الغلط في بعض الحدود فإنه
***
[٣١٥]
لا يقبل فإن جوابه تسليم للحدود كما في دعوى منية المفتي. أشار المؤلف إلى أنه لا يمين على الوكيل على عدم علمه باستيفاء الموكل إلى أن الكلام عند عجز المديون عن إقامة البينة على الايفاء إذ لو برهن عليه تقبل لما قدمه من أن الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة. قيد بالوكيل بقبض الدين لما في جامع الفصولين بعد ذكر مسألة الكتاب: وكيل إجارة الدار وقبض الغلة ادعى بعض السكان أنه عجل الاجرة لموكله وبرهن وقف ولا يحكم بقبض أجر حتى يحضر الغائب ا هـ قوله: (واتبع رب المال واستحلفه) رعاية لجانب الغريم فلو كان رب المال ميتا قال في جامع الفصولين: ادعى للميت وصية دينا على آخر فادعى الايفاء حال حياته فأنكره وصيه لا يحلف لما مر من عدم الفائدة ويدفع الدين إلى الوصي. فإن قلت: فيه فائدة وهي قصر يده قلت: أريد بالفائدة أن يكون نكوله كنكول موكله وليس كذلك، ولكن لا يخلو عن المناقشة لتحقق الفائدة في الجملة ولم يكف هذا القدر في جواز التحليف ا هـ. وأجبت عنه في الحاشية بأن قصر يده مرتب على نكوله وأنه معتبر ونكوله لم يعتبر لانه لو أقر صريحا بأنه استوفى لم يعتبر فلا فائدة أصلا. ولو قال المؤلف فادعى الغريم ما

يسقط حق موكله لكان أولى لشموله ما إذا ادعى إبراء الموكل ولشموله ما في جامع الفصولين: ادعى أرضا وكالة أنه ملك موكلي فبرهن فقال ذو اليد إنه ملكي وموكلك أقر به فلو لم يكن له بينة فله أن يحلف الموكل لا وكيله فموكله لو غائبا فللقاضي أن يحكم به لموكله، فلو حضر الموكل وحلف أنه لم يقر له بقي الحكم على حاله ولو نكل بطل الحكم ا ه. ولم يذكر حكم ما إذا نكل الطالب عن اليمين وحكم ما إذا برهن المديون على الايفاء. وفي جامع الفصولين: وإن نكل عن اليمين لزمه المال دون الوكيل. فإن كان المال عند الوكيل فلا سبيل له عليه إنما هذا مال الطالب الاول ولو قامت البينة على القضاء، فإن شاء أخذ به الموكل وإن شاء أخذ المال من الوكيل إن كان قائما، فإن قال الوكيل قد دفعته إلى الموكل أو هلك مني فالقول قوله مع يمينه، وإن قال أمرني فدفعته إلى وكيل له أو غريم له أو وهبه لي أو قضى من حق كان لي
***
[٣١٦]
عليه لم يصدق وضمن المال ا ه. قوله: (وإن وكله بعيب في أمة وادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري) والفرق أن التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله، وفي الثانية غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وإن ظهر الخطأ عند أبي حنيفة كما هو مذهبه، ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد، فأما عندهما فالواجب أن يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء. وقيل: الاصح عند أبي يوسف أن يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع، فلو ردها الوكيل على البائع بالعيب في مسألة الكتاب فحضر الموكل وصدق على الرضا كانت له لا للبائع عند الكل على الاصح لان القضاء لم يكن عن دليل موجب للنقض وإنما كان لجهل بالدليل المسقط للرد وهو الرضا ثم ظهر الدليل بخلافه فلا ينفذ باطنا، كذا في النهاية. قوله: (ومن دفع إلى رجل عشرة ينفقها على أهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة) لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء وحكمه كذلك، وقيل هذا استحسان، والقياس لا ويصير متبرعا، وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء، فأما الانفاق فيضمن الشراء فلا يدخلا منه، وظاهر كلامه أنه أنفق دراهمه مع بقاء دراهم الموكل ولذا قال في النهاية: هذا إذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت الانفاق وكان يضيف العقد إليها أو يطلق، أما إذا كانت مستهلكة أو أضاف العقد إلى عشرة نفسه يصير مشتريا لنفسه متبرعا بالانفاق لان الدراهم تتعين في الوكالة ا ه. والاهل ليس بقيد احترازي لانه لا فرق بين الوكيل بالانفاق في البيت والوكيل بالانفاق في البناء كما في الخلاصة. والوكيل بالانفاق ليس احترازيا أيضا لان الوكيل بقضاء الدين كذلك. وفي الخلاصة: الوكيل ببيع الدينار إذا أمسك الدينار وباع ديناره لا يصح، والوكيل بالشراء إذا اشترى ما أمر به ثم أنفق الدراهم
***
[٣١٧]
بعد ما سلم إلى الآمر ثم نقد البائع غيرها جاز، ولو اشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالشراء للوكيل وضمن للموكل دنانيره للتعدي ا ه. ولو قال المصنف والوكيل بالانفاق أو القضاء أو الشراء أو التصدق إذا أمسك المدفوع إليه ونقد من ماله حال قيامه لا يكون متبرعا إذا لم يضف إلى غيره لكان أولى. وأما مسألة التصدق ففي القنية: أعطاه دراهم ليتصدق بها عن زكاته فتصدق المأمور بدراهم نفسه يجزئه إذا تصدق بها على نية الرجوع كالقيم والوصي. وقيدنا بقيام المدفوع لما في البزازية: أنفق الوكيل بالشراء الدراهم على نفسه ثم اشترى ما أمر من عنده بدراهم فالمشتري للوكيل لا للآمر في المختار ا ه. ثم قال وفي العيون: أمره بصدقة ألف وأعطاه فأنفقه وتصدق بألف من عنده لا يجوز ويضمن، وإن باقية عنده وتصدق بألف من عنده جاز استحسانا. وفي المنتقى: أمره أن يقبض من مديونه ألفا ويتصدق فتصدق بألف ليرجع على المديون جاز استحسانا ا ه. وفي جامع الفصولين من السابع والعشرين: نقد من ماله ثمن شئ شراءه لوالده ونوى الرجوع يرجع ديانة لا قضاء ما لم يشهد، ولو ثوبا أو طعاما وأشهد أنه يرجع فله أن يرجع لو له مال وإلا فلا لوجوبهما عليه حينئذ، ولو قنا أو شيئا لا يلزمه رجع، وإن لم يكن له مال لو أشهد وإلا لا، ولو أنفق عليه الوصي من ماله ومال اليتيم غائب فهو متطوع إلا أن يشهد أنه قرض عليه أو أنه يرجع ا ه. والله سبحانه وتعالى أعلم. باب عزل الوكيل قد علم أنها من العقود الغير اللازمة ولهذا لا يدخلها خيار شرط، ولا يصح الحكم بها مقصودا وإنما يصح الحكم بها ضمن الدعوى على الغريم كما في جامع الفصولين

فكان للموكل العزل متى شاء بشرط علم الوكيل ولو كان وكيلا بالنكاح والطلاق لانه وإن لم
***
[٣١٨]
يلحقه الضرر يصير مكذبا شرعا فيكون غرورا، ويثبت عزله بالمشافهة به أو بكتابته له كتابا بعزله أو بإرساله رسولا عدلا أو غير عدل حرا أو عبدا صغيرا أو كبيرا إذا قال له الموكل أرسلني إليك لابلغك عزله عن الوكالة، فلو أشهد على العزل حال غيبة الوكيل لم ينعزل، ولو أخبره فضولي فقد تقدم أنه لا بد عنده من أحد شطري الشهادة إما العدد أو العدالة، ولها أخوات في مسائل شتى من كتاب القضاء وهي غير لازمة من الجانبين فللوكيل عزل نفسه بشرط علم الموكل كما في عزل الموكل والوكيل بقبض الدين لا بحضرة المديون له عزله وإن بحضوره لا ما لم يعلم به المديون، فلو دفع المديون دينه إلى هذا الوكيل قبل علمه بعزله يبرأ. وعزل العدل بحضرة المرتهن لا يصح ما لم يرض به المرتهن. هذا لو بالتماس الطالب، أما لو بالتماس القاضي حال غيبة الطالب يصح بحضرة القاضي وبحضرة الطالب أيضا. وقول الوكيل بعد القبول بمحضر الموكل ألغيت توكيلي أو أنا برئ من الوكالة لا يخرجه عنها، وجحود الموكل بقوله لم أوكلك لا يكون عزلا كما في الشرح إلا أن يقول والله لا أوكلك بشئ فقد عرفت تهاونك فيعزل كما في الخلاصة والبزازية. ثم يطرأ على الوكالة اللزوم في مسائل ولذا قال في المجمع: ويملك الموكل عزله ما لم يتعلق بها حق الغير ا ه‍. فمنها الوكالة ببيع الرهن سواء كانت مشروطة في الرهن أو بعده على الاصح فتلزم كالرهن، ومنها الوكالة بالخصومة بالتماس الطالب عند غيبة المطلوب لانه إنما خلى سبيله اعتمادا على أنه يتمكن من إثبات حقه متى شاء، فلو جاز عزله لتضرر به الطالب عند اختفاء المطلوب بخلاف ما إذا كان المطلوب حاضرا أو كانت الوكالة من غير التماس الطالب أو كانت من جهته لتمكنه من الخصومة مع المطلوب في الوجه الاول، ولعدم تعلق حقه بالوكالة في الوجه الثاني إذ هو لم يطلب، وفي الوجه الثالث العزل إلى الطاا ب وهو صاحب الحق فله أن يعزله
***
[٣١٩]
ويباشر الخصومة بنفسه، وله أن يتركها بالكلية، وعلى هذا قال بعضهم إذا وكل الزوج وكيلا بطلاق زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وليس بشئ بل له عزله في الصحيح لان المرأة لا حق لها في الطلاق، وعلى هذا قالوا: لو قال الموكل للوكيل كلما عزلتك فأنت وكيلي لا يملك عزله، وسيأتي في آخر الكتاب في مسائل شتى أنه يقول له رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة وهو الصحيح كما في الشرح، وبه يفتي كما في الخلاصة. وفي العمدة: لو قال الموكل كلما أخرجتك عن الوكالة فأنت وكيلي فله أن يخرجه منها بمحضر منه ما خلا الطلاق والعتاق لانهما مما يتعلقان بالشرط، والاخطار بمنزلة اليمين ولا رجوع عن اليمين ا ه‍. وفي الخلاصة: المختار أنه يملك عزله بمحضر منه إلا في الطلاق والعتاق والتوكيل بسؤال الخصم ا ه‍. وفي منية المفتي قال مشايخنا: يملك عزله في الفصول كلها ا ه‍. وهذا إن شاء الله تعالى هو المعتمد. وفي الفتاوى الصغرى قال أستاذنا: إذا أراد أن يقول ذلك ينبغي أن يقدم قوله رجعت عن الوكالة المعلقة ثم قول وعزلتك عن الوكالة المنفذة، كذا ذكره الفقيه أبو جعفر. طريق العزل لانه إذا قدم العزل عن المنفذة قارنه تنجز وكالة أخرى من الوكالات المعلقة فلا ينعزل بعد ذلك عنها بقوله ورجعت عن الوكالة المعلقة لانه حين قال ذلك كانت تلك وكالة منجزة، وإنما صار وإلى ما ذكر من تخصيص لفظ الرجوع بالمعلقة من الوكالات احترازا عن خلاف أبي يوسف فإن الاخراج عن الوكالة المعلقة
***
[٣٢٠]
بلفظ العزل لا يصح ا ه‍. ثم اعلم أنه لو قال كلما وكلتك فأنت معزول لم يصح، والفرق أن التوكيل يصح تعليقه بالشروط والعزل لا كما صرح به في الصغرى والصيرفية فإذا وكله لم ينعزل. قوله: (وتبطل الوكالة بالعزل إذا علم به الوكيل) ولو قال كما في المجمع لكان أولى كما قدمناه. وأطلق في الوكالة فشمل المنجزة والمعلقة فيملك عزله عن المعلقة قبل وجود الشرط وعليه الفتوى، وفي الصغرى وبه يفتى. وفي القنية: لو قال الوكيل عزلني موكلي وهو غائب وكذبه المدعي لا يقبل قوله. وفي شهادات العتابية: وبينة العزل أولى من بينة البيع من الوكيل، وكذا الطلاق والعتاق، وإذا شهدوا ببيع الوكيل يجب أن يسألهم القاضي عن بيعه قبل العزل أو بعده، فإن ماتوا أو غابوا قضى بشهادتهم ا ه‍. ولو قال المؤلف إلا إذا لم يعلم بها فلا يشترط علمه به لكان أولى لما في البزازية: إذا وكله ولم يعلم بها فله عزله

وإن لم يعلم به. وقيد بالوكيل لان عزل الرسول يصح بلا علمه. وقدمنا أنه يستثنى من صحة عزله الوكيل ببيع الرهن وبالخصومة بالتماس الطالب عند غيبة الموكل، وفيما إذا قال كلما عزلتك فأنت وكيلي على قول ضعيف. ويستثنى ما إذا وكل وكيل البيع موكله بالثمن من المشتري بأمر القاضي فإنه لا يملك إخراجه عنها وأن لا يأمر الحاكم له عزله، كذا في البزازية. وما في المحيط. وكله ببيع عين له عزله إلا أن يتعلق به حق الوكيل بأن يأمره بالبيع واستيفاء الثمن بإزاء دينه اه. فالمستثنى خمسة. ثم اعلم أن الوكالة إنما يتوقف بطلانها على العزل إذا لم ينته الامر، فإن بلغ نهايته العزل بلا عزل كما لو وكله بقبض الدين فقبضه أو بالنكاح فزوجه فإنه ينعزل كما في البزازية. قوله: (وموت أحدهما وجنونه مطبقا ولحوقه مرتدا) أي تبطل بهذه الاشياء لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام

***

[٣٢١]

الامر وقد بطل بهذه العوارض. وفي القنية: بلغ المستبضع موت المبضع وهو في الطريق وقد اشترى رقيقا بمال البضاعة ليس له أن ينفق على الرقيق من بقية مال البطاعة إلا بأمر القاضي ا ه. وفي التجنيس من باب المفقود: رجل غاب وجعل دارا له في يد رجل ليعمرها فدفع إليه مالا ليحفظه ثم فقد الدافع فله أن يحفظ، وليس له أن يعمر الدار إلا بإذن الحاكم لانه لعله قد مات، ولا يكون الرجل وصيا للمفقود حتى يحكم بموته ا ه. وبهذا علم أن الوكالة تبطل بفقد الموكل في حق التصرف لا الحفظ، وظاهر إطلاق المؤلف رحمه الله تعالى أن كل وكالة تبطل بموت الموكل وجنونه وليس كذلك ففي البزازية: قولهم ينعزل بجنون الموكل وموته مقيد بالموضع الذي يملك الموكل عزل وكيله، فأما في الرهن فإذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الاجل أو الوكيل بالامر باليد لا ينعزل، وإن مات الموكل أو جن والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بجنون الموكل وموته، والوكيل بالطلاق ينعزل بموت الوكيل استحسانا لا قياسا ا ه. وعلى هذا يفرق في الوكالة اللازمة بين وكالة ووكالة، فالوكالة ببيع الرهن لا تبطل بالعزل حقيقيا أو حكميا، ولا بالخروج عن الاهلية بالجنون والردة، وفيما عداها من اللازمة تبطل بالحقيقي وتبطل بالحكمي وبالخروج عن الاهلية وقيد بالمطبق لان قليله بمنزلة الاغماء، وحده شهر عند أبي يوسف اعتبارا بما يسقط به الصوم، وعنه أكثر من يوم وليلة لسقوط الصلوات الخمس فصار كالميت، وقدره محمد بحول كامل لسقوط جميع العبادات به فقدر به احتياطا وهو الصحيح كما ذكره الشارح. والمطبق - بكسر الباء - أي

***

[٣٢٢]

الدائم، والحمى المطبقة هي التي لا تفارق ليلا ونهارا، كذا في النهاية والبناية. وزاد في البناية: وقيل مستوعبا من قولهم أطبق الغيم إذا استوعب. وفي المصباح: أطبقت عليه الحمى فهي مطبقة الكسر على الباب، وأطبق عليه بالجنون فهو مطبق أيضا، والعامة تفتح الباء على معنى أطبق الله تعالى عليه الحمى والجنون أدامهما كما يقال أحمه الله وأجنه أي أصابه بهما. وعلى هذا فالاصل مطبق عليه فحذفت أيضا تخفيفا ويكون الفعل مما استعمل لازما ومتعديا ا ه. وقيد بلحاق المرتد لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته، فإن أسلم نفذ، وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة. فأما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه. وفي ايضاح الاصلاح: والمراد بلحوقة ثبوته بحكم الحاكم ا ه. ولا تبطل وكالة المرأة بارتدادها ما لم تلحق بدار الحرب ويحكم الحاكم بلحاقها، وكذا يجوز توكيلها بعد ارتدادها أيضا لانها تبقى بعد الردة مالكة للتصرف بنفسها وردتها لا تؤثر في عقودها إلا إذا وكلته بالتزويج ثم ارتدت فإن ذلك يبطل لانها لا تملكه بنفسها فكذا وكيلها، وإذا بطلت باللحاق من أحدهما لا تعود بعوده مسلما على

***

[٣٢٣]

المذهب الظاهر موكلا كان أو وكيلا، ومقتضاه أنه لو أفاق بعد جنونه مطبقا لا تعود وكالته. ثم اعلم أن الوكالة تبطل بموت الموكل إلا في بيع الوفاء. قال في جامع الفصولين: باعه جائزا بوكالة ثم مات موكله ينعزل بموته الوكيل ا ه. والبيع الجائز هو بيع الوفاء اصطلاحا. قوله: (وافتراق الشريكين) أي تبطل بافتراقهما وإن لم يعلم الوكيل لانه عزل حكمي والعزل الحكمي لا يشترط فيه العلم. أطلقه فشمل

ما إذا افترقا ببطلان الشركة لهلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء فتبطل الوكالة الضمنية، وما إذا وكل الشريكان أو أحدهما وكيلا للتصرف في المال، فلو افترقا انعزل هذا الوكيل في حق غير الموكل منهما إذا لم يصرحا بالاذن في التوكيل. وذكر الحاكم في الكافي: إذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا ثم تفرقا واقتسما المال وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لا يعلم جاز ذلك عليهما جميعا، وكذا لو كان وكلاه جميعا لان وكالة أحدهما جائزة على الآخر، وليس تفرقهما نقضا للوكالة لان أثر النقض لا يظهر في توابع عقود باشرها أحدهما قبل ذلك، وإذا وكل أحد شريكي العنان وكيلا ببيع شئ من شركتهما جاز ذلك عليه وعلى صاحبه استحسانا، وإذا وكله يبيع أو شراء أو إجارة أو تقاضي دين ثم أخرجه الشريك الآخر من الوكالة فإنه يخرج عنها إلا في تقاضي الدين، فإن كان الموكل هو الذي أدانه فإخراج هذا إياه باطل، وإن كان الموكل لم يدنه لم يجز توكيله هذا في تقاضيه الشريك ا ه قوله: (وعجز موكله لو مكاتبا وحجره لو مأذونا) لما ذكرنا أن قيام الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز علم أو لم يعلم. أطلقه وهو مقيد بما إذا كان وكيلا في العقود والخصومات، وأما الوكيل في قضاء الدين واقتضائه فلا ينعزل بهما لانهما يوجبان الحجر عن إنشاء التصرف لا عن قضاء الدين واقتضائه فكذا لا يوجب عزل وكيله، وكذا الوكيل بقبض
***
[٣٢٤]
الوديعة لم يتعزل بعجزه وحجره كما في كافي الحاكم، ولا تعود الوكالة بكتابة موكله وإذنه. وقد حصر المؤلف عزل وكيلهما بهما وبعزل الموكل أخذا من عموم بطلانها بعزل الموكل، فأفاد أن المولى لو عزل وكيل العبد المأذون له لم ينعزل لانه كالحجر الخاص. ولو أعتق العبد بعد ما وكله سيده أو طلقها ثلاثا بعد ما وكلها لم ينعزلا، وإن باع العبد فإن رضي المشتري أن يكون العبد على وكالته فهو وكيل، وإن لم يرض بذلك لم يجبر على الوكالة، كذا في كافي الحاكم. وهو يقتضي أن توكيل عبد الغير موقوف على رضا السيد وقد سبق إطلاق جوازه لانه لا عهدة عليه في ذلك إلا أن يقال إنه من باب استخدام عبد الغير وقد سئلت عن ناظر وكل وكيلا في أمر الوقف ثم عزله القاضي هل ينعزل وكيله بعزله؟ فأجبت بأنه ينعزل أخذا من قولهم هنا يشترط لدوامها ما يشترط لابتدائها والله أعلم. قوله: (وتصرفه بنفسه) أي يبطل بتصرف الموكل فيما وكل فيه لانقضاء الحاجة. أطلقه وهو مقيد بتصرف يعجز الوكيل عن التصرف معه كما لو وكله بإعتاق عبده أو بكتابته فأعتقه أو كاتبه الموكل بنفسه أو بتزويج امرأة أو بشراء شئ ففعل بنفسه أو بطلاق فطلقها الزوج ثلاثا أو واحدة فانقضت عدتها أو بالخلع فخالعها بنفسه، وأما ما لا يعجز عنه فلا تبطل به كما لو طلقها واحدة والعدة باقية فللوكيل أن يطلقها أخرى. ولو ارتد الزوج وقع طلاق الوكيل عليها ما دامت في العدة ولحوقه بمنزلة موته، ولو وكله بطلاقها فخالعها الزوج وقع طلاق الوكيل في عدتها، ولو وكل بالبيع فباعه الموكل ثم رد عليه بما هو فسخ فالوكيل على وكالته، وإن رد بما لا يكون فسخا لا تعود الوكالة كما لو وكله في هبة شئ ثم وهبه الموكل ثم رجع في هبته لم يكن للوكيل الهبة، ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل أو آجره فسلمه فهو على وكالته في ظاهر الرواية، ولو وكله أن يؤجر داره ثم أجرها الموكل بنفسه ثم انفسخت الاجارة يعود على وكالته، كذا في القنية. وفي البزازية: ولو وكله ببيع داره ثم بنى فيها فهو رجوع عنها عند الامام ومحمد لان التجصيص والوصية بمنزلة الوكالة، وكذا لو وكله ببيع أرضه ثم غرس فيها بخلاف ما إذا وكله ببيع أرض وزرع فيبيع الوكيل الارض دون الزرع لان البناء والغرس يقصد بهما القرار لا الزرع. أمره بشراء دار وهي أرض بيضاء فبنى فيها ليس له أن يشتريها بعده، ولو كانت مبنية فزاد فيها حائطا أو جصصها له البيع. وكله ببيع وصيفة وهي شابة فصارت عجوزا فالوكالة على حالها بخلاف ما إذا أمره بشراء
***
[٣٢٥]
سويق فلته أو سمسم فعصره فصار دهنا حيث تبطل الوكالة وفي البيع لا ا ه. وفي وصايا الخانية: ولو قال أوصيت بهذه الكفري الذي في نخلتي فصار بسرا قبل موت الموصي بطلت الوصية، ولو قال أوصيت بهذا في نخلتي فصار تمرا قبل موت الموصي في القياس تبطل الوصية ولا تبطل استحسانا، ولو قال أوصيت بزرعي هذا لفلان وهو بقل فصار حنطة أو زبيبا قبل موت الموصي بطلت الوصية، ولو قال أوصيت بعنبي هذا لفلان فصار حنطة أو شعيرا قبل موت الموصي وفي الوكالة في هذا كله بطلت الوكالة، وفي البيع بشرط الخيار إذا تغير في أيام الخيار لا يبطل البيع ولا الخيار ا ه. وفي البدائع: إذا باع الموكل ببيعه ولم يعلم الوكيل فباعه وقبض الثمن فهلك في يده

ومات العبد قبل التسليم ورجع المشتري على الوكيل رجع الوكيل على الموكل، وكذا لو دبره أو أعتقه أو استحق أو كان حر الاصل لانه صار مغرورا من جهة، ولو مات الموكل أو جن لا يرجع لعدم الغرور والوكيل بقبض الدين لو قبضه وهلك في يده بعد ما وهبه الموكل للمديون ولم يعلم الوكيل لم يضمن وتمامه فيه ا ه. والله أعلم.

***

[٣٢٦]

كتاب الدعوى مناسبتها ظاهرة لان الوكيل بالخصومة وغيرها يحتاج إليها. والكلام فيها في مواضع: الاول في معناها لغة ففي المصباح: ادعيته طلبته لنفسي والاد الدعوى ودعوى فلان كذا أي قوله. والدعوة المرة وبعض العرب يؤنثها بالالف فيقول الدعوى. وقد يتضمن الادعاء معنى الاخبار فتدخل الباء جوازا فيقال فلان يدعي بكرم فعاله أي يخبر بذلك عن نفسه. وجمع الدعوى الدعاوى بكسر الواو وفتحها، وبعضهم قال الفتح أولى، وبعضهم الكسر أولى، ومنهم من سوى بينهما ومثله الفتوى والفتاوى وتمامه فيه. وفي القاموس: ادعى بكذا زعم له حقا أو باطلا والاسم الدعوة والدعاوة ويكسران، والدعوة الحلف والدعاء إلى الطعام ويضم كالمدعاة، وبالكسر الادعاء في النسب ا ه. وفي الكافي: يقال ادعى زيد على عمرو مالا فزيد المدعي وعمرو المدعى عليه والمال المدعي والمدعى به خطا والمصدر الادعاء افتعال من دعا والدعوى على فعلى اسم منه وألفها للتأنيث فلا تنون، يقال دعوى باطلة وصحيحة وجمعها دعاوى بفح الواو لا غير كفتوى وفتاوى. والدعوى في الحرب أن يقول الناس يا لفلان وأما قوله تعالى * (دعواهم فيها سبحانك اللهم) * (يونس: ١٠) فمعناها الدعاء وحقيقتها في جميع المواضع أن تدعو إلى نفسك أو لنفسك والدعوى بالفتح المدعاة وهي المأدبة، وبالكسر في النسب، والمدعي من يقصد ايجاب الحق على نفسه ولا حجة له ا ه. الثاني في معناها شرعا وهو ما أفاده المؤلف بقوله: (هي إضافة الشئ إلى نفسه حالة المنازعة) فخرج الاضافة حالة المسالمة فإنها دعوى لغة لا شرعا، ونظيره ما في البزازية: عين في يد رجل يقول هو ليس لي وليس هناك منازع لا يصح نفيه، فلو ادعاه بعد ذلك لنفسه صح، وإن كان

***

[٣٢٧]

ثمة منازع فهو إقرار بالملك للمنازع، فلو ادعاه بعده لنفسه لا يصح، وعلى رواية الاصل لا يكون إقرارا بالملك له ا ه. والتعريف المذكور في الكتاب خاص بدعوى الاعيان والديون فخرج عنه دعوى ايفاء الدين والابراء منه. الثالث في ركنها ففي البدائع: قوله لي عليه كذا أو قضيته أو أبرأته ونحوه. وفي غاية البيان: ركنها معناها اللغوي إضافة الشئ مطلقا وفيه نظر. وفي خزانة المفتين: ولو كان المدعي عاجزا عن الدعوى عن ظهر القلب يكتب دعواه في صحيفة ويدعي منها فتسمع دعواه ا ه. الرابع في شروطها المصححة لها فمنها عقل المدعي والمدعى عليه، ومنها معلومية المدعي كما سيأتي بيانه. ومنها كون المدعي مما يحتمل الثبوت فدعوى ما يستحيل وجوده باطلة كقوله لمن لا يولد مثله لمثله هذا ابني أو قال ذلك لمعروف النسب، ولم أر حكم المستحيل عادة كدعوى فقير أموالا عظيمة على غني أنه غصبها منه، والظاهر عدم سماعها ثم كتبت بعد ذلك في آخر باب التحالف ما يفيده فليراجع. ومنها كونها بلسان المدعي فلا تصح بلسان وكيله إلا برضا خصمه عند الامام إذا لم يكن به عذر. ومنها مجلس القضاء فلا تسمع هي والشهادة إلا بين يدي الحاكم. ومنها حضرة الخصم فلا يسمعان إلا على خصم حاضر إلا إذا التمس المدعي ذلك بالكتاب الحكمي للقضاء. ومنها عدم التناقض في الدعوى إلا في النسب والحرية وهو أن لا يسبق منه ما يناقض دعواه كما لو أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه قبله لا بعده أو مطلقا، وهذه السبعة في البدائع. ومنها كون المدعي ملزما على الخصم فلا تصح دعوى التوكيل على موكله الحاضر لامكان عزله كما في العناية. الخامس في حكمها وهو وجوب الجواب على المدعي عليه، واقتصر عليه في الكافي وزاد الشارح وجوب الحضور على الخصم وفيه نظر، لان حضوره شرطها كما قدمناه فكيف يكون وجوبه حكمها المتأخر عنها؟ وحاصله كما في منية المفتي أن المدعي إذا طلب من القاضي إحضار الخصم أحضره بمجرد الدعوى إن كان في المصر أو كان قريبا بحيث لو أجاب يبيت في منزله، وإن كان أبعد منه قيل يأمره بإقامة البينة على موافقة دعواه لاحضار خصمه والمستور في هذا يكفي، فإذا أقام يأمر إنسانا ليحضر خصمه، وقيل يحلفه القاضي، فإن نكل أقامه عن مجلسه، وإن حلف يأمر بإحضاره ا ه. وقدمنا في أدب القاضي حكم ما إذا امتنع عن الحضور وأجرة الرسول لاحضاره وما إذا اختفى في بيته وحكم الهجوم عليه. السادس في سببها قال في العناية: إنه تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات لان المدعي إما أن يكون راجعا

إلى النوع أو
***
[٣٢٨]
إلى الشخص. السابع في المقصود من شرعيتها قال في العناية: وشرعيتها ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالقضاء دفعا للفساد المظنون ببقائها ا ه. ولم يذكر الشارحون هنا حكم استيفاء ذي الحق حقه من الغير بلا قضاء، وأحببت جمعه هنا من مواضعه تكثيرا للفوائد وتيسيرا على طالبيها فإن كان الحق حد قذف فلا يستوفيه بنفسه لان فيه حق الله تعالى اتفاقا، والاصح أن الغالب فيه حقه تعالى فلا يستوفيه إلا من يقيم الحدود ولكن بطلب المقذوف كما بيناه في بابه. وإن كان قصاصا فقال في جنايات البزازية: قتل الرجل عمدا وله ولي له أن يقتص بالسيف قضى به أو لا، ويضرب علاوته، ولو رام قتله بغير سيف منع، وإن فعل عزر لكن لا يضمن لاستيفائه حقه ا ه. وإن كان تعزيرا ففي حدود القنية: ضرب غيره بغير حق وضربه المضروب أيضا أنهما يعزران ويبدأ بإقامة التعزير بالبادئ منهما لانه أظلم والوجوب عليه أسبق ا ه. وأما إذا شتمه فله أن يقول له مثله والاولى تركه كما قدمناه في محله وقالوا الزوج أن يؤدب زوجته. وفي جامع الفصولين من التحليف: ومن عليه التعزير لو مكن صاحب الحق منه أقامه ا ه. وإن كان عينا ففي إجارة القنية: ولو غاب المستأجر بعد السنة ولم يسلم المفتاح إلى الآخر فله أن يتخذ له مفتاحا أخر، ولو أجره من غيره بغير إذن الحاكم جاز ا ه. وقد صارت حادثة الفتوى مضت المدة وغاب المستأجر وترك متاعه في الدار فأفتيت بأن له أن يفتح الدار ويسكن فيها، وأما المتاع فيجعله في ناحية إلى حضور صاحبه ولا يتوقف الفتح على إذنه القاضي أخذا مما في القنية. وفي غصب منية المفتي: أخذت أغصان شجرة انسان هواء دار آخر فقطع رب الدار الاغصان، فإن كانت الاغصان بحالة يمكن لصاحبها إن يشدها بحبل ويفرغ هواء داره ضمن القاطع، وإن لم يمكن لا يضمن إذا قطع من موضع لو رفع إلى الحاكم أمر بالقطع من ذلك الموضع ا ه. وإن كان دينا ففي مداينات القنية: رب الدين إذا ظفر من جنس حقه من مال المديون على صفته فله أخذه بغير رضاه ولا يأخذ خلاف جنسه كالدراهم والدنانير، وعند الشافعي له أخذه بقدر قيمته، وعن أبي بكر الرازي له أخذ الدنانير بالدراهم، وكذا أخذ الدراهم بالدنانير استحسانا لا
***
[٣٢٩]
قياسا. ولو أخذ من الغريم غيره ودفعه إلى الدائن قال ابن سلمة: هو والغريم غاصب، فإن ضمن الآخذ لم يصر قصاصا بدينه، وإن ضمن الغريم صار قصاصا. وقال نصير بن يحيى: صار قصاصا بدينه والآخذ معين له وبه يفتى. ولو غصب جنس الدين من المديون فغصبه منه المديون فالمختار هنا قول ابن سلمة ا ه. وظاهر قول أصحابنا أن له الاخذ من جنسه مقرا كان أو منكرا، له بينة أو لا، ولم أر حكم ما إذا لم يتوصل إليه إلا بكسر الباب ونقب الجدار وينبغي أن له ذلك حيث لا يمكنه الاخذ بالحاكم، وإذا أخذ غير الجنس بغير إذنه فتلف في يده ضمنه ضمان الرهن كما في غصب البزازية، ولم أر حكم ما إذا ظفر بمال مديون مديونه والجنس واحد فيهما، وينبغي أن يجوز. الثامن في دليلها الكتاب والسنة والاجماع وهي شهيرة. والتاسع في أنواعها. العاشر في وجوده دفعها وسيأتيان. قوله: (المدعي من إذا ترك ترك والمدعى عليه بخلافه) أي المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة إذا تركها، ومعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتني عليه مسائل الدعوى. وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما في الكتاب وهو حد عام صحيح، وقيل المدعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج، والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد، وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر، والمدعي عليه من يتمسك بالظاهر. وقال محمد في الاصل: المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا لان الاعتبار للمعاني دون الصور فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فالقول قوله من اليمين، وإن كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان، كذا في الهداية. وحاصله أن المدعي يدعي فراغ ذمته عن الضمان ولهذا تقبل بينته اعتبارا للصورة ويجبر على الخصومة ويحلف اعتبارا للمعنى، كذا في الكافي. وفي المجتبى: الصحيح ما في الكتاب والمراد أن المدعى عليه يجبر على أصل الخصومة، ولا ينافيه قول محمد إن الخيار للمدعى عليه في تعيين القاضي كما لا يخفى. وفي الخانية: ولو كان في البلدة قاضيان كل واحد منهما في محلة على حدة فوقعت الخصومة بين رجلين أحدهما من

***
[٣٣٠]
محلة والآخر من محلة أخرى والمدعي يريد أن يخاصمه إلى قاضي محلته والآخر يأبى ذلك اختلف فيها أبو يوسف ومحمد، والصحيح أن العبرة لمكان المدعى عليه. وكذا لو كان أحدهما من أهل العسكر والآخر من أهل البلدة فأراد العسكري أن يخاصمه إلى قاضي العسكر فهو على هذا ا هـ. وعلله في المحيط بأن أبا يوسف يقول إن المدعي منشئ للخصومة فيعتبر قاضيه، ومحمد يقول إن المدعي عليه دافع لها. وفي البزازية: قاضيان في مصر طلب كل واحد منهما أن يذهب إلى قاض فالخيار للمدعى عليه عند محمد وعليه الفتوى ا هـ. وهو بإطلاقه شامل كما إذا أراد المدعى قاضي محلة المدعى عليه وأراد المدعي عليه قاضي محلة المدعي، وما إذا تعدد القضاة في المذاهب الاربعة وكثروا كما في القاهرة فأراد المدعي قاضيا شافعيا مثلا وأراد الآخر مالكيا مثلا ولم يكونا من محلتهما فإن الخيار للمدعى عليه وهذا هو الظاهر وبه أفتيت مرارا كثيرة. ثم اعلم أنه سئل قارئ الهداية عن الدعوى بقطع النزاع بينه
***
[٣٣١]
وبين غيره فأجاب: لا يجبر المدعي على الدعوى لان الحق له ا هـ. ولا يعارضه ما نقلوه في الفتاوى من صحة الدعوى بدفع التعرض وهي مسموعة كما في البزازية والخزانة، والفرق بينهما ظاهر فإنه في الاول إنما يدعي أنه إن كان له شئ عليه يدعيه وإلا يشهد على نفسه بالابراء، وفي الثاني إنما يدعي عليه أنه يتعرض له في كذا بغير حق ويطالب بدفع التعرض فافهم ا هـ. ولا بد من بيان من يكون خصما في الدعوى ليعلم المدعى عليه، وقد أغفله الشارحون وهو مما لا ينبغي فأقول في دعوى الخارج ملكا مطلقا في عين في يد مستأجر أو مستعير أو مرتهن فلا بد من حضرة المالك وذي اليد إلا إذا ادعى الشراء منه قبل الاجارة، فالمالك وحده يكون خصما، وتشترط حضرة المزارع إن كان البذر منه أو كان الزرع نابتا وإلا لا. وفي دعوى الغصب عليه لا تشترط حضرة المالك، وفي البيع قبل التسليم لا بد في دعوى الاستحقاق والشفعة من حضرة البائع والمشتري، والمشتري فاسدا بعد القبض خصم لمن يدعي الملك فيه، وقيل القبض الخصم هو البائع وحده وأحد الورثة ينتصب خصما عن الكل، فالقضاء عليه قضاء على الكل وعلى الميت، وقيده في الجامع بكون الكل في يده وأن البعض في يده فبقدره والموصى له ليس بخصم في إثبات الدين إنما هو خصم في إثبات
***
[٣٣٢]
الوصاية أو الوكالة إلا إذا كان موصى له بما زاد على الثلث ولا وارث فهو كالوارث واختلف المشايخ في إثبات الدين على من في يده مال الميت وليس بوارث ولا وصي ولا تسمع دعوى الدين على الميت على غريم الميت مديونا أو دائنا. والخصم في إثبات النسب خمسة: الوارث، والوصي، والموصى له، والغريم للميت أو على الميت وقف على صغير له وصي ولرجل فيه دعوى يدعيه على متولي الوقف لا على الوصي لان الوصي لا يلي القبض، ولا تشترط حضرة الصبي عند الدعوى عليه وتكفي حضرة وصيه دينا أو عينا، باشره الوصي أو لا، ولا يشترط حضرة العبد والامة عند عدوى المولى أرشه ومهرها، ولو ادعى على صبي محجور عليه استهلاكا أو غصبا وقال لي بينة حاضرة تسمع دعواه وتشترط حضرة الصبي مع أبيه أو وصيه وإلا نصب القاضي له وصيا. وتشترط حضرته عند الدعوى مدعيا أو مدعى عليه، والصحيح أنه لا تشترط حضرة الاطفال الرضع عند الدعوى. والمستأجر خصم لمن يدعي الاجارة في غيبة المالك على الاقرب إلى الصواب وليس بخصم على الصحيح لمن يدعي الاجارة أو الرهن أو الشراء، والمشتري خصم للكل كالموهوب له. وفي دعوى العين المرهونة تشترط حضرة الراهن والمرتهن وتصح الدعوى على الغاصب وإن لم تكن العين في يده فلذا كان للمستحق الدعوى على البائع وحده وإن كان المبيع في يد المشتري لكونه غاصبا، والمودع أو الغاصب إذا كان مقرا بالوديعة أو الغصب لا ينتصب خصما للمشتري وينتصب خصما لوارث المودع أو المغصوب منه، ومن اشترى شيئا بالخيار فادعاه آخر يشترط حضرة البائع والمشتري والمشتري باطلا لا يكون خصما للمستحق، وإذا استحق المبيع بالملك المطلق وقضى به فبرهن البائع على النتاج وبرهن على المشتري في غيبة المستحق ليدفع عنه الرجوع بالثمن اختلف المشايخ فيه، والاصح أنه لا تشترط حضرته، ومنهم من قال: المختار اشتراطها.
***

[٣٣٣]
وأفتى السرخسي بالاول وهو الاظهر والاشبه الموصى له ينتصب خصما للموصى له فيما في يده فإن لم يقبض ولكن قضى له بالثلث فخاصمه موصى له آخر فإن إلى القاضي الذي قضى له كان خصما وإلا فلا. وإذا ادعى نكاح امرأة ولها وزوج ظاهر يشترط حضرته لسماع الدعوى والبينة، ودعوى النكاح عليها بتزويج أبيها صحيحة بدون حضرة أبيها، ودعوى الواهب الرجوع في هبة العبد عليه صحيحة إن كان مأذونا وإلا فلا بد من حضرة مولاه، والقول للواهب أنه مأذون ولا تقبل بينة العبد أنه محجور فإن غاب العبد لم تصح دعوى الرجوع على مولاه إن كانت العين في يد العبد وتمامه في خزانة المفتين. قوله: (ولا تصح الدعوى حتى يذكر شيئا علم جنسه وقدره) لان فائدتها الالزام بواسطة إقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق. ويستثنى من فساد الدعوى بالمجهول دعوى الرهن والغصب لما في الخانية معزيا إلى رهن الاصل: إذا شهدوا أنه رهن عنده ثوبا ولم يسموا الثوب ولم يعرفوا عينه جازت شهادتهم والقول للمرتهن في أي ثوب كان وكذلك في الغصب ا ه. فالدعوى بالاولى ولم أر اشتراط لفظ مخصوص للدعوى وينبغي اشتراط ما يدل على الجزم والتحقيق، ولو قال أشك أو أظن لم تصح الدعوى. ولم يشترط المصنف بيان السبب وفيه تفصيل، فإن كان المدعي دينا لم يشترط وللقاضي أن يسأله عن سببه فإن لم يبين لم يجبر كما في الخانية: ولو كان المدعي مكيلا فلا بد من ذكر سبب الوجوب لاختلاف الاحكام باختلاف الاسباب حتى إن من سلم يحتاج إلى مكان الايفاء ويمنع الاستبدال قبل قبضه وثمنه المبيع بخلافه فيهما وإن من قرض لا يلزم التأجيل ا ه. ثم قال: وفي دعوى اللحم لا بد من بيان السبب وكذا في دعوى الكعك ا ه. وأشار المؤلف رحمه الله باشتراط معلومية الجنس والقدر إلى أنه لا بد من بيان الوزن في الموزونات، وفي دعوى وقرومان أو سفرجل لا بد من ذكر الوزن للتفاوت في الوقر، ويذكر أنه حلو أو حامض أو صغير أو كبير، وفي دعوى الكعك يذكر أنه من دقيق المغسول أو من غيره وما عليه من السمسم أنه أبيض أو أسود وقدر السمسم، وقيل لا حاجة إلى السمسم وقدره وصفته. وفي دعوى الابريسم بسبب السلم لا حاجة إلى ذكر الشرائط، والمختار أنه لا بد من ذكر الشرائط، وفي القطن يشترط بيان أنه بخاري أو خوارزمي، وفي الحناء لا بد من بيان أنه مدقوق أو ورق، وفي الديباج إن سلما يذكر الاوصاف والوزن، وإن عينا لا حاجة إلى ذكر الوزن ويذكر
***
[٣٣٤]
الاوصاف. ولا بد من ذكر النوع والوصف مع ذكر الجنس والقدر في المكيلات، ويذكر في السلم شرائطه من إعلام جنس رأس المال وغيره ونوعه وصفته وقدره بالوزن إن كان وزنيا وانتقاده بالمجلس حتى يصح، ولو قال بسبب بيع صحيح جرى بينهما صحت الدعوى بلا خلاف، وعلى هذا في كل سبب له شرائط كثيرة يكتفي بقوله بسبب كذا صحيح. وإن ادعى ذهبا أو فضة فلا بد من بيان جنسه ونوعه إن كان مضروبا كبخاري الضرب وصفته جيد أو وسط أو رديئ إذا كان في البلد نقود مختلفة. وفي العمادي: إذا كان في البلد نقود وأحدها أروج لا تصح الدعوى ما لم يبين، وتمامه في البزازية وخزانة المفتين. قوله: (وإن كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير إليها بالدعوى وكذا في الشهادات والاستحلاف) لان الاعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة أبلغ في التعريف حتى قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر الحاكم عندها أو بعث أمينا، وفي المجتبى معزوا في مسألة الشاهدين: إذا شهدوا على سرقة بقرة واختلفا في لونها تقبل الشهادة خلافا لهما، وهذه المسألة تدل على أن إحضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى، ولو شرط لاحضرت ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة في لونها ثم قال: وهذه المسألة الناس عنها غافلون ا ه. قلت: لا تدل لانها إذا كانت غائبة لا يشترط إحضارها والقيمة كافية كما سيأتي فليتأمل. وفي جامع الفصولين: وفي دعوى إحضار المدعي مجلس الحكم لا بد أن يقول فواجب عليه إحضاره مجلس الحكم لاقيم البينة عليه إن كان جاحدا، ولا بد من ذكر هذا اللفظة في الدعوى لان ذا اليد لو كان مقرا لا يلزم الاحضار لانه يأخذ من المقر والامر بالاحضار إنما يصح لو منكرا، أما لو كان
***
[٣٣٥]
مودعا عنده لا يصح الامر بإحضاره إذ الواجب فيه التخلية لا نقلها، فلو أنكر ذو اليد الاحضار يكون محقا. ادعى عينا في يده وأراد

احضاره مجلس الحكم فأنكر المدعى عليه كونه في يده فبرهن المدعي أنه كان بيد المدعى عليه قبل هذا التاريخ بسنة، هل يقبل ويجبر المدعى عليه على إحضاره بهذه البينة أم لا؟ كانت واقعة الفتوى وينبغي أن تقبل إذا ثبت في يده في الزمان الماضي ولم يثبت خروجه من يده فتبقى ولا تزول بشك ا ه. أطلق في لزوم إحضارها وهو مقيد بما لا حمل له ولا مؤنة، أما ماله حمل ومؤنة فإن المدعى عليه لا يجبر على إحضاره، وتفسير الحمل والمؤنة بحال يحمل إلى مجلس القاضي بأجر لا مجانا فهذا مما له حمل ومؤنة، وذكر بعد بورقتين أن ما لا يمكن حمله بيد واحدة فهو مما له حمل ومؤنة. وقيل: ما يحتاج إلى نقله إلى مؤنة كبر وشعير فهو مما له حمل ومؤنة لا ما لا يحتاج في نقله إلى المؤنة كمسك وزعفران قليل. قيل: ما اختلف سعره في البلدان فهو مما له حمل ومؤنة لا ما اتفق ا ه. ثم ذكر فيه مسائل فيما إذا وصف المدعي المدعى فلما حضر خالف في البعض، وحاصله أنه إن ترك الدعوى الاولى وادعى الحاضر تسمع لانها مبتدأة وإلا فلا. وبما قررناه علم أن في كلام المصنف وغيره تساهلا إذ في دعوى عين وديعة لا يكلف إحضارها إنما يكلف التخلية. قوله: (فإن تعذر ذكر قيمتها) أي بهلاكها أو غيبتها فلا بد من ذكر قيمتها ليصير المدعى به معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين. وإنما قيدنا التعذر بالهلاك أو الغيبة لئلا يرد الرحى وصبرة الطعام ونحو ذلك مما يتعذر إحضاره مع بقائه فإن القاضي يبعث أمينه كما قدمناه، ولا يكتفي بذكر القيمة. وفي الدابة يخير القاضي إن شاء خرج وإن شاء بعث إليها من يسمع الدعوى والشهادة بحضرتها كما في جامع الفصولين وفيه: ادعى أعيانا مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل جملة ولم

***

[٣٣٦]

يذكر قيمة كل عين على حدة اختلف فيه المشايخ فقيل لا بد من بيان التفصيل، وقيل يكتفي بالاجمال وهو الصحيح ا ه. وفي السراجية: ادعى عبيدا يبين جنسهم وسنهم وصفتهم وحليتهم وقيمتهم وإن كان المدعي حاضرا كفت الاشارة، وظاهر كلام المصنف وغيره أن اشتراط ذكر القيمة إنما هو عند تعذر احضار العين، أما قبل ظهور التعذر فلا قال في الخانية: إنما يشترط ذكر القيمة في الدعوى إذا كانت دعوى سرقة ليعلم أنها نصاب أو لا، فأما فيما سوى ذلك فلا حاجة إلى بيانها ا ه. وأطلق في وجوب بيان القيمة عند التعذر واستثنوا منه دعوى الغصب والرهن ففي جامع الفصولين: لو ادعى عينا غائبا لا يعرف مكانه بأن ادعى أنه غصب منه ثوبا أو قنا ولا يدري قيامه وهلاكه، فلو بين الجنس والصفة والقيمة تقبل دعواه، ولو لم يبين قيمته أشار في عامة الكتب إلى أنها تقبل فإنه ذكر في كتاب الرهن: لو ادعى أنه رهن عنده ثوبا وهو ينكر تسمع دعواه. وذكر في كتاب الغصب: ادعى أنه غصب منه أمة وبرهن تسمع وبعض مشايخنا قالوا: إنما تسمع دعواه إذا ذكر القيمة. وهذا تأويل ما ذكر في الكتاب أن الشهود شهدوا على إقرار المدعى عليه بالغصب فيثبت غصب القن بإقراره في حق الحبس والحكم جميعا، وعامة المشايخ على أن هذه الدعوى والبينة تقبل ولكن في حق الحبس وإطلاق محمد في الكتاب يدل عليه. ومعنى الحبس أن يحبسه حتى يحضره ليعيد البينة على عينه فلو قال لا أقدر عليه حبس قدر ما لو قدر أحضره ثم يقضى عليه بقيمته ا ه. والحاصل أنه في دعوى الغصب والرهن لا يشترط بيان الجنس والقيمة في صحة الدعوى والشهادة ويكون القول في القيمة للغاصب والمرتهن. ثم اعلم أنه

***

[٣٣٧]

إنما يكتفي بالقيمة عند التعذر فيما إذا ادعى العين، أما إذا ادعى قيمة شئ مستهلك فلا بد من بيان جنسه ونوعه. واختلفوا في بيان الذكورة والانوثة في الدابة كما في الخزانة وجامع الفصولين. وفي البزازية: ودعوى قيمة الاعيان المشتركة لا تصح بلا بيان الاعيان لجواز أن يكون مثليا ويطالب بالقيمة. وقال في النصاب: لا يحتاج إلى ذكر الاعيان لان الظاهر المطالبة بالواجب فلا ترد الدعوى بالاحتمال. قال بعض المشايخ: لا بد أن يذكر أن القبض كان بغير إذن المالك أو بغير حق، وقيل لا حاجة إليه لاغناء الطلب عن ذلك ا ه. ولم يفرق المؤلف بين دعوى عين وعين مع أن دعوى بعض الاعيان له شرط آخر. قال في البزازية: وفي دعوى الايداع لا بد من بيان مكان الايداع، سواء كان له حمل أو لا، وفي الغصب إن كان له حمل ومؤنة لا يصح بلا بيان المكان، وإن لم يكن له حمل يصح ا ه. قوله: (وإن ادعى عقارا ذكر حدوده) لانه تعذر التعرف بالاشارة لتعذر النقل فيصار إلى التحديد، وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة. وفي الملتقط: وإذا عرف الشهود الدار بعينها جاز وإن لم يذكروا حدودها ا ه. أطلقه فشمل

ما إذا كان العقار مشهورا فلا بد من تحديده عنده خلافا لهما، كذا في منية المفتي: ولم يشترط المؤلف لدعوى العقار غير التحديد وفي جامع الفصولين في دعوى العقار: لا بد أن يذكر بلدة فيها الدار ثم المحلة ثم السكة فيبدأ أولا بذكر الكورة ثم المحلة اختيارا لقول محمد فإن مذهبه أن يبدأ أولا بالاعم ثم بالاخص فالاخص. وقيل: يبدأ بالاخص ثم بالاعم فيقول دار في سكة كذا في محلة كذا في كورة كذا، وقاسه على النسب فيقال فلان ثم يقال ابن فلان ثم ذكر الجد فبدأ بما هو أقرب فيترقى إلى الابعد، وقول محمد أحسن إذا العام يعرف بالخاص لا بالعكس وفصل النسب حجة عليه إذ الاعم اسمه فإن أحمد في الدنيا كثير فإن عرف وإلا ترقى إلى الاخص فيقول ابن محمد فإن عرف وإلا ترقى في الجد ا ه. ثم قال: يكتب في الحد ثم ينتهي إلى كذا

***

[٣٣٨]

أو يلاصق كذا أو لزيق كذا ولا يكتب أحد حدوده كذا. وقال أبو حنيفة: لو كتب أحد حدوده دجلة أو الطريق أو المسجد فالبيع جائز ولا تدخل الحدود في البيع إذ قصد الناس به اظهار ما يقع عليه البيع لكن قال أبو يوسف: البيع فاسد إذا الحدود فيه تدخل في البيع فاخترنا ينتهي أو لزيق أو يلاصق تحرزا عن الخلاف، ولان الدار على قول من يقول يدخل الحد في البيع هي الموضع الذي ينتهي إليه فأما ذلك الموضع المنتهي إليه فقد جعل حدا وهو داخل في البيع، وعلى قول من يقول لا يدخل الحد في البيع فالمنتهي إلى الدار لا يدخل تحت البيع ولكن عند ذكر قولنا بحدوده يدخل في المبيع وفاقا ا ه. ثم قال: الطريق يصلح حدا ولا حاجة فيه إلى بيان طوله وعرضه إلا على قول فإنه شرط أن يبينها بالذرع، والنهر لا يصلح حدا عند البعض وكذا السور وهو رواية عن أبي حنيفة، وظاهر المذهب أنه يصلح حدا. والخندق كنهر ولو حد بأنه لزيق أرض فلان ولفلان في هذه القرية التي فيها المدعاة أراض كثيرة متفرقة مختلفة تصح الدعوى والشهادة ثم قال: لا بد من تحديد المستثنيات من المساجد والمقابر والحياض العامة للتمييز وما يكتبون في زماننا وقد عرف المتعاقدان جميع ذلك وأحاطا به علما فقد استرذله بعض مشايخنا وهو المختار إذ المبيع لا يصير به معلوما للقاضي عند الشهادة فلا بد من التعيين ا ه. ثم قال: بين حدوده ولم يبين أنه كرم أو أرض أو دار وشهدا كذلك، وقيل لا تسمع الدعوى ولا الشهادة، وقيل تسمع ولو بين المصر والمحلة والموضع ثم قال: ادعى سكني دار ونحوه وبين حدوده لا يصح إذ السكنى نقلي فلا يحد بشئ، وإن كان السكنى نقليا لكن لما اتصل بالارض اتصال تأبيد كان تعريفه بما به تعريف الارض إذ في سائر النقليات إنما لا يعرف بالحدود لامكان إحضاره فيستغنى بالاشارة إليه عن الحد، أما السكنى فنقله لا يمكن لانه مركب في البناء تركيب قرار فالتحق بما لا يمكن نقله أصلا. شرى علو بيت ليس له سفل يحد السفل لا العلو إذ السفل مبيع من وجه من حيث إن قرار العلو عليه فلا بد من تحديده وتحديده يغني عن تحديد العلو إذا العلو عرف بتحديد السفل ولان السفل أصل والعلو تبع فتحديد الاصل أولى. هذا إذا لم يكن حول العلو حجرة، فلو كانت ينبغي أن يحد العلو لانه هو المبيع فلا بد من إعلامه وهو بحده وقد أمكن ا ه. وفي المصباح: العقار كسلام كل ملك ثابت له أصل كالدار والنخل، وربما أطلق على المتاع والجمع عقارات ا ه. وفي المغرب: العقار الضيعة وقيل كل مال له أصل كالدار والضيعة ا ه. وفي جامع الفصولين: ادعى

***

[٣٣٩]

طاحونة وحدها وذكر أداواتها العامة إلا أنه لم يسم الادوات ولم يذكر كيفيتها فقد قيل لا تصح الدعوى، وقيل تصح إذا ذكر جميع ما فيها من الادوات القائمة والاول أصح ا ه. وقد صرح مشايخنا في كتاب الشفعة بأن البناء والنخل من المنقولات وأنه لا شفعة فيهما إذا بيعا بلا عرصة فإن بيعا معها وجبت تبعا وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى فيها. وقد غلط بعض العصريين فجعل النخيل من العقار وأفتى به ونبه فلم يرجع كعادته. وقيد بدعوى المحدود إذ لو ادعى ثمن محدود لم يشترط بيان حدوده، كذا في السراجية. وفي جامع الفصولين: ولو ادعى ثمن مبيع لم يقبض لا بد من إحضار المبيع مجلس الحكم حتى يثبت البيع عند القاضي بخلاف ما لو ادعى ثمن مبيع قبض فإنه لا يجب احضاره لانه دعوى الدين حقيقة ا ه. قوله: (وكفت ثلاثة) لوجود الاكثر خلافا لزفر، وعند أبي يوسف يكتفي باثنين كما في الخانية، بخلاف ما إذا غلط في الرابع لانه يختلف المدعى به ولا كذلك بتركه. وفي جامع الفصولين: وإنما يثبت الغلط بإقرار الشاهد أني غلطت فيه، أما لو ادعاه المدعى عليه تسمع ولا تقبل بينته لان دعوى غلط الشاهد من المدعى عليه إنما يكون

بعد دعوى المدعي عليه لا تسمع ولا تقبل بينته لان دعوى غلط الشاهد من المدعى عليه إنما يكون بعد دعوى المدعي وجواب المدعى عليه والمدعي عليه حين أجاب المدعي فقد صدقه أن المدعي بهذه الحدود فيصير المدعي بدعوى الغلط مناقضا بعده. أو نقول: تفسير دعوى الغلط في أحد الحدود أن يقول المدعى عليه أحد الحدود ليس ما ذكره الشاهد أو يقول صاحب الحد ليس هذا بالاسم الذي ذكره الشاهد، وكل ذلك نفي والشهادة على النفي لا تقبل ا ه.

***

[٣٤٠]

وفي الملتقط قال الخصاف: إذا قضيت بثلاثة حدود أجعل الحد الرابع بمضي بإزاء الحد الثالث حتى يحاذي الحد الاول يعني على الاستقامة ا ه. ثم قال: ولو شهد على دعوى أرض أنها خمسة مكاييل وأصاب في بيان حدودها وأخطأ في المقدار قبلت هذه الشهادة ا ه. قوله: (وأسماء أصحابها) أي إن كان المدعي عقارا ذكر أسماء أصحابها لان التعريف يحصل بذلك وأسماء أنسابهم ليتميزوا عن غيرهم. قوله: (ولا بد من ذكر الجدان لم يكن مشهورا) لان تمام التعريف به فإن كان مشهورا اكتفى بذكره وقدمنا أنه لا يكتفي بشهرة الدار عن تحديدها عنده خلافا لهما. أطلقه فشمل ما إذا كان الحد لزيق أرض وقف فلا بد من ذكر الواقف وحده، ولا بد أن يذكر المصرف وأن يذكر أنه في يد من، ولو قال على مسجد كذا يجوز ويكون كذكر الواقف. وقيل: لا. ولو

***

[٣٤١]

قال لزيق ملك ورثة فلان لا يكفي إذ الورثة مجهولون منهم ذو فرض ومنهم ذو رحم فجهلت فاحشة ألا ترى أن الشهادة بأن هذا وارث فلان لا تقبل لجهالته في الوارث، وقيل يصح. لو كتب لزيق أرض ورثة فلان قبل القسمة قيل يصح، وقيل لا. كتب لزيق دار من تركة فلان يصح حدا، كذا في جامع الفصولين. ثم قال: لو جعل أحد حدوده أرضا لا يدري مالكها لا يكفي ما لم يقل هو في يد فلان حتى تحصل المعرفة، ولو جعل أحد الحدود أرض المملكة يصح ولو لم يذكر أنه في يد من لان أرض المملكة في يد السلطان بواسطة يد نائبه المختار أنه لو ذكر اسم ذي اليد يكفي لو كان الحد أرضا لا يدري مالكه ا ه. وأشار المؤلف إلى أن ذكر الكنية بالاب أو الابن لا تكفي عن الجد إلا إذا كان مشهورا كأبي حنيفة وابن أبي ليلى ا ه. وفي البزازية من كتاب القاضي إلى القاضي أن التعريف بالحرفة لا يكفي عند الامام، وعندهما إن كان معروفا بالصناعة كفى، وإن نسبها إلى زوجها يكفي والمقصود الاعلام، ولو ذكر اسم المولى واسم أبيه لا غير ذكر السرخسي أنه لا يكفي، وذكر شيخ الاسلام أنه يكفي وبه يفتي لحصول التعريف بذكر ثلاثة العبد والمولى وأبوه ا ه. وقياسه في بيان أسماء أصحاب الحدود أن يكون كذلك. وفي الملتقط: وربما لا يحصل إلا بذكر الجد وإذا لم يعرف جده لا يميز عن غيره إلا بذكر مواليه أو ذكر حرفته أو وطنه أو دكانه أو حليته فإن التمييز هو المقصود فليحصل بما قل أو كثر ا ه. وأما حكم الشهادة بالمحدود ففي دعوى الخانية عن شمس الائمة الحلواني أنه على ثلاثة أوجه في فصل دعوى الدور والاراضي فليراجع من أراده في شهادة الخزانة: رجل أشهد على ملك دار بعينها إلا أنه لا يعرف حدودها يجوز له أن يسأل الثقات عن حدودها للشهادة ولكن يشهد بالدار على إقراره ولا يشهد بذكر الحدود على إقراره حتى لا يكون كاذبا ا ه. قوله: (وأنه في يده) أي وذكر المدعي أن المدعى به في المدعى عليه لانه إنما يصير خصما بكونه في يده فإن لم يكن في يده فلا خصومة بينهما. وإنما جعلت الضمير عائدا إلى المدعي الشامل للمنقول والعقار ولم أخصصه بالعقار كما فعل الشارح لكونه شرطا فيهما، وفي المنقول يجب أن يقول في يده بغير حق إذ الشئ قد يكون في يد غير المالك بحق كالرهن في يد المرتهن. وفي جامع الفصولين: غصب قنا فبرهن آخر أنه له وقضى له به ثم برهن المغصوب منه على الغاصب أنه له لا تقبل إذ دعوى الملك لا تصح إلا على ذي اليد لكن لو ادعى على غير ذي اليد أنك غصبت مني تسمع دعواه في حق الضمان ألا ترى أن دعواه الضمان على الغاصب الاول تصح. وإن كان العين في يد غاصب الغاصب وفي دعوى غاصب نصف الدار شائعا هل

***

[٣٤٢]

يشترط أن يبين كون جميع الدار في يد المدعى عليه؟ قيل يشترط إذ غصب نصفه شائعا لا يكون إلا بكون كله بيده، وقيل غصب نصفه شائعا يتصور بأن تكون الدار بينهما فغصب من أحدهما يكون غصبا لنصفه شائعا ا ه. قيد بالدعوى لانهم إذا شهدوا بمنقول أنه

ملك المدعي تقبل وإن لم يشهدوا أنه في يد المدعى عليه بغير حق لانهم لما شهدوا بالملك وملك الانسان لا يكون في يد غيره إلا بعارض والبينة تكون على مدعي العارض ولا تكون على صاحب الاصل. وقال بعضهم: ما لم يشهدوا أنه في يد المدعى عليه بغير حق لا تقطع يد المدعى عليه والاول أصح، وفيما سوى العقار لا يشترط أن يشهدوا أنه في يد المدعى عليه لان القاضي يراه في يده فلا حاجة إلى البيان، كذا في المحيط والخانية. قوله: (ولا تثبت اليد في العقار بتصادقهما بل ببينة أو علم القاضي بخلاف المنقول) نفيا لتهمة المواضعة إذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة. قيد بالدعوى لما في شهادات البزازية: شهدوا أنه ملكه ولم يقولوا في يده بغير حق يفتي بالقبول. قال الصدر الاجل الحلواني: اختلف فيه المشايخ والصحيح أنه لا يقبل لانه إن لم يثبت أنه في يده بغير حق لا يمكنه المطالبة بالتسليم وبه كان يفتي أكثر المشايخ. وقيل: يقضي في المنقول ولا يقضى في العقار حتى يقولوا إنه في يده بغير حق والصحيح الذي عليه الفتوى أنه يقبل في حق القضاء بالملك لا في حق المطالبة بالتسليم حتى قالوا: لو سأل القاضي الشاهد أهو في يد المدعى عليه بغير حق فقال لا أدري يقبل على الملك نص عليه في المحيط. وفي دعوى البزازية معزيا إلى الصغرى: ادعى على أخر ضيعة أنها له فأقر المدعى عليه أنها في يده وبرهن المدعي على أنها ملكه فحكم الحاكم بالملك له لا يصح ما لم يثبت اليد بالبينة أو يعلم الحاكم، وفيه قال المدعى عليه ليس العقار في يدي يحلفه حتى يقر فإذا أقر باليد يحلفه أنها ليست ملكه حتى يقر بالملك للمدعي، فإذا أقر له به يأمره بترك التعرض لكن إن أراد أن يبرهن أنها ملكه لا بد من تقديم البينة على أنها في يده لان المالك قد يبعد عن العقار عادة فأمكن أن يتواضع اثنان ويقر أحدهما باليد ويبرهن الآخر عليه بالملك ويسامح في الشهود ثم يدفع المالك معللا بحكم الحاكم وهذه التهمة في المنقول منتف لان يد المالك لا تنقطع عن المنقول عادة بل يكون في يده فاندفع به ما قيل في شرح الوقاية تهمة المواضعة ثابتة في الموضعين على السواء فيقضى في المنقول بإقراره باليد كما صرح به جميع الكتب ا ه. وهكذا في الخانية. وبه علم أن ثبوت اليد بالبينة أو العلم في العقار إنما هو لصحة القضاء بالملك

***

[٣٤٣]

بالبينة لا لصحة الدعوى كما هو ظاهر المتون ولو كان لها لم يحلف قبله كما لا يخفى. ثم ذكر في الخامس عشر من أنواع الدعاوى الدعوى في العقار: إنما يحتاج إلى إثبات يد المدعى عليه في العقار إذا ادعاه بالملك المطلق، أما إذا ادعى الشراء منه وإقراره بأنه في يده فأنكر الشراء وأقر بكونه في يده لا يحتاج إلى إعاد البينة على كونه في يده. والفرق أن دعوى الفعل كما تصح على ذي اليد تصح على غيره أيضا فإنه يدعي علته التمليك والتملك وهو كما يتحقق من ذي اليد يتحقق من غيره أيضا فعدم ثبوت اليد بالاقرار لا يمنع صحة الدعوى. أما دعوى الملك المطلق فدعوى ترك التعرض بإزالة اليد وطلب إزالتها لا يتصور إلا من صاحب اليد، وبإقراره لا يثبت كونه ذا يد لاحتمال المواضعة كما قررناه من قبل ا ه. والحاصل أن اشتراط ثبوت اليد في العقار إنما هو في دعوى الملك المطلق، أما في دعوى الغصب والشراء فلا. وفي الخانية: فالحاصل أن دعوى الملك في العقار لا تسمع إلا على صاحب اليد، ودعوى اليد تقبل على غير صاحب اليد إذا كان ذلك الغير ينازعه في اليد فيجعل مدعيا لليد مقصودا ومدعيا للملك تبعا لملك اليد ا ه. وقد ظهر بما ذكرناه. وأطلقه أصحاب المتون أنه يصح دعوى الملك المطلق في العقار بلا بيان سبب الملك. وفي دعوى البزازية من فصل التناقض: واعلم أن مشايخ فرغانة ذكروا أن الشرط في دعوى العقار في بلاد قدم بناؤها بيان السبب ولا تسمع فيه دعوى الملك المطلق لوجوه: الاول أن دعوى الملك المطلق دعوى الملك من الاصل بسبب الخطة ومعلوم أن صاحب الخطة في مثل تلك البلاد غير موجود فيكون كذبا لا محالة فكيف يقضى به؟ والثاني أنه لما تعذر القضاء بالمطلق لما قلنا فلا بد من أن يقضى بالملك بسبب وذلك إما سبب مجهود أو معلوم، فالمجهول لا يمكن القضاء به للجهالة والمعلوم لعدم تعيين المدعي إياه. والثالث أن الاستحقاق لو فرض بسبب حادث يجوز أن يكون ذلك السبب شراء ذي اليد من آخر ثم يجوز أن يكون السبب سابقا على تملك ذي اليد فيمنع الرجوع، ويجوز أن يكون لاحقا فلا يمنع الرجوع فيشتبه، وكل هذه الرواية غير متحقق في المنقول لعدم المانع من الحمل على التملك من الاصل ا ه. قوله: (وأنه يطالبه) أي وذكر المدعي أنه يطالب المدعى عليه بالمدعي لان المطالبة حقه فلا بد من طلبة، ولانه يحتمل أن يكون مرهونا في يده أو محبوسا بالثمن في يده وإنما يزول هذا الاحتمال بالمطالبة. قوله: (وإن كان دينا ذكر وصفه) لانه لا بد من تعريفه وهو بالوصف. أطلقه فشمل

***
[٣٤٤]
المكيل والموزون نقدا وغيره، وقدمنا أنه في دعوى المثليات لا بد أن يذكر الجنس والنوع والصفة والقدر وسبب الوجوب ولذا قال في الخزانة: وإذا عليه عشرة أقفزة حنطة دينا عليه ولم يذكر بأي سبب لا تسمع ولا بد من بيان السبب لانها إذا كانت بسبب السلم فإنما يكون له حق المطالبة في الموضع الذي عيناه، وإن كانت بسبب القرض أو بسبب كونها ثمن المبيع يتعين مكان القرض والبيع مكان الايفاء، وإن كانت بسبب الغصب والاستهلاك فيكون له حق المطالبة لتسليم الحنطة في مكان الغصب والاستهلاك اه‍. وفيها: وفي دعوى القرض يذكر أن المقرض أقرضه كذا من مال نفسه لجواز ن يكون وكيلا بالاقراض والوكيل بالاقراض سفير ومعير لا يطالب بالاداء، ويذكر أيضا وصرف المستقرض ذلك إلى حاجة نفسه ليصير ذلك دينا عليه إجماعا لان عند أبي يوسف المستقرض لا يصير دينا في ذمة المستقرض إلا بصرفه في حوائج نفسه، وفي القرض لا يشترط بيان مكان الايفاء ويتعين مكان العقد اه‍. وأما الدعوى بسبب الاقرار في العين والدين فالمفتي به عند المشايخ أنها إن كانت في طرف الاستحقاق لا تسمع. وإن في طرف الدفع تسمع والبيان مع التمام في البزازية والخزانة قوله: (وأنه يطالبه به) لما قلنا ولان صاحب الذمة في حضر فلم يبق إلا المطالبة هكذا جزم به في المتون والشروح. وليس المراد لفظ وأطالبه به بل هو أو ما يفيده من قوله مرة ليعطني حقي كما في العمدة، وأما أصحاب الفتاوى كما في الخلاصة والبزازية فجعلوا اشتراطه قولا ضعيفا. قال في الخلاصة: رجل ادعى على آخر عشرة دراهم عند القاضي وقال لي عليه عشرة دراهم ولم يزد على هذا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم: الدعوى صحيحة. وقال بعضهم لا يصح ما لم يقل مرة ليعطني حقي، هذا في النوازل. قال أبو نصر: الصحيح أنه تسمع الدعوى اه‍. ومثله في البزازية ولم أر أحدا نبه عليه. ثم اعلم في كلام أصحاب المتون والشروح في الدعوى قصورا فإنهم لم يبينوا بقية شرائط دعوى الدين ولم يذكروا دعوى العقد، أما الاول ففي دعوى البضاعة والوديعة بسبب الموت مجهلا لا بد أن يبين قيمته يوم موته إذ الواجب عليه قيمته يوم موته، وفي دعوى مال المضاربة بموت المضارب مجهلا لا بد من ذكر أن مال المضاربة يوم موته نقد أو عرض لانه لو عرضا فله ولاية دعوى قيمة العرض، وفي دعوى مال الشركة بموته مجهلا لا بد من ذكر أنه مات مجهلا لمال الشركة أم للمشتري بمال الشركة إذ مال الشركة مضمون بالمثل والمشتري بمال الشركة مضمون بالقيمة، ولو ادعى مالا بكفالة لا بد من بيان المال أنه بأي سبب لجواز بطلانها إذ الكفالة بنفقة المرأة إذا لم تذكر مدة معلومة لا تصح إلا أن يقول ما عشت أو ما دمت في نكاحه والكفالة بمال الكتابة لا تصح، وكذا بالدية على العاقلة، ولا بد أن يقول وأجاز المكفول له الكفالة في

***
[٣٤٥]
مجلس الكفالة حتى لو قال في مجلسه لم يجز. ولو ادعت امرأة مالا على ورثة الزوج لم يصح ما لم تبين السبب لجواز أن يكون دين النفقة وهي تسقط بموته، وفي دعوى الدين على الميت لو كتب توفي بلا أدائه وخلف من الترك بيد هذا الوارث ما يفي تسمع هذه الدعوى وإن لم يبين أعيان التركة وبه يفتى لكن إنما يأمر القاضي الوارث بأداء الدين لو ثبت وصول التركة إليه، ولو أنكر وصولها إليه لا يمكن إثباته إلا بعد بيان أعيان التركة في يده بما يحصل به الاعلام. ولو ادعى الدين بسبب الوراثة لا بد من بيان كل ورثته، وفي دعوى السعاية لا يجب ذكر قابض المال ولكن في محضر دعواها لا بد أن يفسر السعاية لننظر أنه هل يجب الضمان عليه لجواز أنه سعى بحق فلا يضمن. ولو ادعى الضمان على الآمر أنه أمر فلانا وأخذ منه كذا تصح الدعوى على الآمر لو سلطانا وإلا فلا، وأما دعوى العقد من بيع وإجارة ووصية وغيرها من أسباب الملك لا بد من بيان الطوع والرغبة بأن يقول باع منه طائعا وراغبا في حال نفاذ تصرفه لاحتمال الاكراه. وفي ذكر التخارج والصلح من التركة لا بد من بيان أنواع التركة وتحديد العقار وبيان قيمة كل نوع ليعلم أن الصلح لم يقع على أزيد من قيمة نصيبه لانهم لو استهلكوا التركة ثم صالحوا المدعي على أزيد من نصيبه لم يجز عندهم كما في الغصب، وفي دعوى البيع مكرها لا حاجة إلى تعيين المكره، هذا ما حررته من كلامهم. قوله: (فإذا صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها) لينكشف وجه الحكم ومفهومه أنها إذا لم تصح لا يسأله القاضي عنها لعدم وجوب الجواب عليه لها بخلاف الصحيحة فإنه يجب عليه جوابها، وظاهره أن القاضي يسأله وإن لم يطلب المدعي. وفي السراجية: إذا حضر الخصمان لا بأس أن يقول ما لكما وإن شاء سكت حتى يبتدآه بالكلام وإذا تكلم المدعي يسكت الآخر ويسمع مقالته فإذا فرغ يقول للمدعى عليه بطلب المدعي ماذا تقول، وقيل

إن المدعي إذا كان جاهلا فإن القاضي يسأل المدعى عليه بدون طلب المدعي اهـ. وفي شهادات الخزانة: يجوز للقاضي أن يأمر رجلا يعلم المدعي الدعوى والخصومة إذا كان لا يقدر عليها ولا يحسنها اهـ. وفي القنية: ليس للقاضي أن يمنع ذا اليد عن التصرف في الضيعة بالدعوى وطلب المدعي ذلك اهـ. وسيأتي قوله: (فإن أقر أو أنكر فبرهن المدعي قضى عليه) لوجود الحجة الملزمة للقضاء. وفي المعراج: ولفظ القضاء في الاقرار مجاز للزومه بإقراره فلا حاجة إلى القضاء لكونه حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء فكان الحكم إلزاما للخروج عن موجبه بخلاف البينة فإن الشهادة خبر محتمل وبالقضاء يصير حجة ويسقط احتمال الكذب اهـ. ولم يشترط المؤلف رحمه الله تعالى طلب الخصم القضاء بعد الحجة لما في البزازية: ويعلم المدعى عليه أنه يريد القضاء وهذا أدب غير لازم وكذا قول القاضي أحكم أدب غير لازم اهـ.

***

[٣٤٦]

وظاهر ما في الكتاب أن القاضي لا يمهل المدعى عليه إذا استمهله وليس بشئ ففي البزازية: ويمهله ثلاثة أيام إن قال المطلوب لي دفع، وانما يمهله هذه المدة لانهم كانوا يجلسون في كل ثلاثة أيام أو جمعة، فإن كان يجلس في كل يوم ومع هذا يمهله ثلاثة أيام جاز فإن مضت المدة ولم يأت بالدفع حكم اهـ. ولذا كتبنا في الفوائد: لا يجوز للقاضي تأخير الحكم بعد وجود شرائطه إلا في ثلاثة، وظاهر ما في الكتاب أن البينة لا تقام إلا على منكر فلا تقام على مقر، وكتبنا في فوائد كتاب القضاء أنها تقام على المقر في وارث مقر بدين على الميت فتقام عليه للتعدي، وفي مدعى عليه أقر بالوصاية فبرهن الوصي، وفي مدعى عليه أقر بالوكالة فيثبتها الوكيل. ثم زدت الآن رابعا من جامع الفصولين من فصل الاستحقاق قال: المرجوع عليه عند الاستحقاق لو أقر بالاستحقاق ومع ذلك برهن الراجع على الاستحقاق ليمكنه الرجوع على بائعه وفيه: لو برهن المدعي ثم أقر المدعى عليه بالملك له يقضى له بإقرار لا ببينة إذ البينة إنما تقبل على المنكر لا على المقر اهـ. وقال في موضع آخر: هذا يدل على جواز إقامتها مع الاقرار في كل موضع يتوقع الضرر من غير المقر لولاها فيكون هذا أصلا اهـ. ولم يذكر المؤلف حكم ما إذا سكت عن الجواب وفي الخلاصة معزيا إلى الاقضية: رجل ادعى على آخر مالا فلزم السكوت فلم يجب أصلا يؤخذ منه كفيل ثم سأل جيرانه عسى به آفة في لسانه أو سمعه، فإن أخبروا أنه لا آفة به يحضر مجلس الحكم، فإن سكت ولم يجب ينزله منكرا. قال الامام السرخسي: هذا قولهما، أما عند أبي يوسف فيحبس إلى أن يجيب اهـ. وفي روضة الفقهاء: لو سكت عن الجواب لا يكون منكرا بلا خلاف اهـ. والفتوى على قول أبي يوسف فيما يتعلق بالقضاء كما في القنية والبزازية فلذا أفتيت بأن يحبس إلى أن يجيب. وفي المجمع: ولو قال لا أقر ولا أنكر فالقاضي لا يستحلفه. قال الشارح: بل يحبس عند أبي حنيفة حتى يقر أو ينكر. وقالا: يستحلف. وفي البدائع: الاشبه أنه إنكار اهـ. وهو تصحيح لقولهما كما لا يخفى فإن الاشبه من ألفاظ التصحيح كما في البزازية. ثم اعلم أن الساكت لا تقام عليه البينة إلا فيما إذا وكله بالخصومة غير جائز الاقرار والانكار كما قدمناه في الوكالة بالخصومة.

قوله: (وإلا حلف بطلبه) أي وإن لم يكن للمدعي بينة حلف القاضي المدعى عليه بطلب المدعي لقوله عليه السلام للمدعي: ألك بينة؟ فقال: لا. فقال: لك يمينه. سأل ورتب اليمين على فقدان البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف، ولا بد من طلبه اليمين لان اليمين حقه. قيد بتحليف القاضي لان المدعى عليه لو حلف بطلب المدعي يمينه بين يدي القاضي من غير استحلاف القاضي فهذا ليس بتحليف لان التحليف حق القاضي، كذا

***

[٣٤٧]

في الخلاصة. ولو اصطلحا على أن يحلف عند غير القاضي ويكون بريا فهو باطل، فلو برهن عليه يقبل وإلا يحلف ثانيا عند القاضي، كذا في البزازية. وأشار إلى أن إبراء المدعي عن التحليف غير صحيح لكونه حق القاضي كما في البزازية أيضا. وفي منية المفتي: حلفه في مجلس قاض ليس له أن يحلفه ثانيا، ولو حلفه عند قوم له أن يحلفه ثانيا عند القاضي، ولو قال المدعى عليه حين أراد القاضي تحليفه أنه حلفني على هذا المال عند قاض آخر أو أبرأني عنه إن برهن قبل واندفع عنه الدعوى وإلا قال الامام البزدوي: انقلب المدعي مدعى عليه، فإن نكل اندفع الدعوى. وإن حلف لزم المال لان دعوى الابراء عن المال إقرار بوجوب المال عليه بخلاف دعوى الابراء عن دعوى المال، كذا في البزازية. ثم اعلم أنه لا تحليف إلا بعد طلب المدعي عندهما في جميع الدعاوى، وعند أبي يوسف

يستحلف بلا طلب في أربعة مواضع: في الرد بالعيب يحلف المشتري بالله ما رضيت بالعيب، والشفيع بالله ما أبطلت شفعتك، والمرأة إذا طلبت فرض النفقة على زوجها الغائب تحلف بالله ما خلف لك زوجك الغائب شيئا ولا أعطاك النفقة، والرابع يحلف المستحق بالله ما بعت. وهذا بناء على جواز تلقين الشاهد، وأجمعوا على أن من ادعى دينا على الميت يحلفه القاضي بلا طلب الوصي والوارث بالله ما استوفيت من المديون ولا من أحد أداه إليك عنه ولا قبضه لك قابض بأمرك ولا أبرأته منه ولا شيئا منه ولا أحلت بشئ من ذلك أحدا ولا عندك به ولا بشئ منه رهن، كذا في البزازية. وظاهر كلام المؤلف أنه لا يحلف مع وجود البرهان قلت إلا في مسائل: الاولى تحليف مدعي الدين على الميت إذا برهن فإنه يحلف كما وصفنا وهي في الخلاصة. ولا خصوصية لدعوى الدين بل في كل موضع يدعي حقا في التركة وأثبته بالبينة فإنه يحلف من غير خصم أنه ما استوفى حقه وهو مثل حقوق الله تعالى يحلف من غير دعوى، كذا في الولوالجية. ولم أر حكم من ادعى أنه دفع للميت دينه وبرهن هل يحلف، وينبغي أن يحلف احتياطا. الثانية المستحق للمبيع بالبينة للمستحق عليه تحليفه بالله ما باعه ولا وهبه ولا تصدق به ولا خرجت العين عن ملكه بوجه من الوجوه كما في جامع الفصولين من فصل الاستحقاق. الثالثة يحلف مدعي الآبق مع البينة بالله أنه باق على ملكك إلى الآن لم يخرج ببيع ولا هبة كما في إباق فتح القدير. وفي منية المفتي: الصبي العاقل المأذونة له يستحلف ويقضى عليه بنكوله، ولا يستحلف الاب في مال الصبي ولا الوصي في مال اليتيم والمتولي في مال الوقف. وتحليف الاخرس أن يقال له عليك عهد الله وميثاقه أنه كان كذا فيشير

***

[٣٤٨]

بنعم. ادعى على آخر دينا مؤجلا فأنكر لا يحلف في أظهر القولين. ادعى على عبد محجور حقا يؤاخذ به بعد العتق فإن أنكر يحلف اه‍. وفي خزانة المفتين: من عليه دين مؤجل وأراد أن يحلفه عند القاضي ينبغي للمدعى عليه أن يسأل القاضي أن المدعي يدعي نسيئة أم حالة، فإن قال حالة يحلف بالله ما له على هذه الدراهم التي يدعيها ويسعه ذلك اه‍. وفي المحيط: ذكر محمد في الاستحلاف لو قال المغصوب منه كانت قيمة ثوبي مائة وقال الغاصب ما أدري ما قيمته ولكن علمت أن قيمته لم تكن مائة فالقول قول الغاصب مع يمينه ويجبر على البيان لانه أقر بقيمة مجهولة، فإذا لم يبين يحلف على ما يدعي المغصوب منه في الزيادة، فإن حلف يحلف المغصوب منه أيضا أن قيمة ثوبه مائة ويأخذ من الغاصب مائة، فإذا أخذ ثم ظهر الثوب فالغاصب بالخيار إن شاء رضي بالثوب وسلم القيمة للمغصوب منه، وإن شاء رد الثوب وأخذ القيمة، وهذه من خواص هذا الكتاب وغرائب مسائله فيجب حفظها اه‍. بلفظه. قوله: (ولا ترد يمين على مدع) لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شئ. وفي البزازية: برهن على دعواه فطلب من القاضي أن يحلف المدعي أنه محق في الدعوى أو على أن الشهود صادقون أو محقون في الشهادة لا يجيبه. قال علامة خوارزم: الخصم لا يحلف مرتين فكيف الشاهد فإن قول الشاهد أشهد يمين لان لفظ اشهد عندنا وإن لم يقل بالله يمين فإذا طلب منه الشهادة في مجلس القضاء فقال أشهد فقد حلف ولا يكرر اليمين لانا أمرنا بإكرام الشهود. وفي التحليف تعطيل الحقوق، وأن الشاهد إذا علم أن القاضي يحلفه بالمنسوخ له الامتناع عن أداء الشهادة لانه لا يلزم عليه، ومن أقدم على الشهادة الباطلة يقدم على الحلف أيضا غالبا لترويج الباطل، وإذا لم يحلف ورد شهادته فقد ظلم بخلاف اليمين في باب اللعان لان كلمات اللعان جارية مجرى الحد فناسب التغليظ اه‍. وفي

***

[٣٤٩]

الواقعات الحسامية قبيل الرهن وعن محمد: من قال لآخر لي عليك ألف درهم فقال له الآخر إن حلفت أنها لك علي أديتها إليك فحلف فأداها إليه المدعى عليه إن كان أداها إليه على الشرط الذي شرطا فهو باطل، وللمؤدي أن يرجع فيما أدى لان ذلك الشرط باطل لانه على خلاف حكم الشرع لان حكم الشرع أن اليمين على من أنكر دون المدعي اه‍. وفي القنية: لو أن ذا اليرى طلب من القاضي استحلاف المدعي ما تعلم أني بنيت بناء هذه الدار لا يجيبه القاضي اه‍. قوله: (ولا بينة لذي اليد في الملك المطلق وبينة الخارج أحق) وقال الشافعي: يقضي ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور فصار كالنتاج والنكاح وذي الملك مع الاعتاق

والاستيلاد أو التدبير. ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتا وإظهارا لان قدر ما أثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد إذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه، وكذا على الاعتاق وأختيه وعلى الولاء الثابت بها. قيد بالملك المطلق لما سيأتي وأطلقه وهو مقيد بما إذا لم يؤرخا أو أرخا وتاريخ الخارج مساو أو أسبق، أما إذا كان تاريخ ذي اليد أسبق فإنه يقضى له كما سيأتي في الكتاب بخلاف ما إذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الشراء من فلان وبرهنا وأرخا وتاريخ ذي اليد أسبق فإنه يقضى للخارج كما في الظهيرية. قوله: (وقضى له إن نكل مرة بلا أحلف أو سكت) لان النكول دل على كونه بإذلا أو مقرا إذ لولا ذلك لا قدم على اليمين إقامة للواجب دفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب، ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه. واللام في له بمعنى على أي قضى القاضي على المدعى عليه والسكوت لغير آفة دلالة النكول، وذكر الشارح من باب التحالف أن النكول لا يوجب شيئا إلا إذا اتصل القضاء به وبدونه لا يوجب شيئا، أما على اعتبار البدل فظاهر، وأما على اعتبار أنه إقرار فلانه إقرار فيه شبهة البدل فلا يكون موجبا بانفراده اه‍. وذكر بعده أن المكاتب إذا نكل لا يلزمه شئ ليتمكنه من الفسخ بالتعجيز اه‍. أي إذا نكل عن دعوى السيد

***

[٣٥٠]

الكتابة وذكر هنا ولا بد أن يكون النكول في مجلس القاضي، وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه خلاف اه‍. ولم يبين الفور بماذا يكون. ولو قضى عليه بالنكول ثم أراد أن يحلف لا يلتفت إليه ولا يبطل القضاء، كذا في الخانية. وفيها: ولو أن المدعى عليه بعد ما عرض عليه اليمين مرتين استمهله ثلاثة أيام ثم مضت وقال لا أحلف فإن القاضي لا يقضي عليه حتى ينكل ثلاثا ويستقبل عليه اليمين ثلاثا ولا يعتبر نكوله قبل الاستمهال اه‍. ثم اعلم أنه قد ظهر من كلام المؤلف أن طرق القضاء ثلاثة: بينة وإقرار ونكول. وصرحوا بأن منها علم القاضي بشئ ينفذ القضاء في غير الحدود. وأما القصاص فله القضاء به بعلمه كما في الخلاصة، وتركه المصنف للاختلاف، وظاهر ما في جامع الفصولين أن الفتوى على أن القاضي لا يقضي بعلمه لفساد قضاة الزمان، وسيأتي أن القسامة من طرق القضاء بالدية فهي خمس، وزاد ابن الغرس سادسا لم أره إلى الآن لغيره فقال: والحجة إما البينة أو الاقرار أو اليمين أو النكول عنه أو القسامة أو علم القاضي بما يريد أن يحكم به أو القرائن الدالة على ما يطلب الحكم به دلالة واضحة بحيث تصيره في حيز المقطوع به فقد قالوا: لو ظهر إنسان من دار ومعه سكين في يده وهو متلوث بالدماء سريع الحركة عليه أثر الخوف فدخلوا الدار في ذلك الوقت على الفور فوجدوا بها إنسانا مذبوحا لذلك الحين وهو متضمخ بدمائه ولم يكن في الدار غير ذلك الرجل الذي وجد بتلك الصفة وهو خارج من الدار أنه يؤخذ به إذ لا يمتري أحد في أنه قاتله، والقول بأنه ذبح نفسه أو أن غير ذلك الرجل قتله ثم تسور الحائط فذهب إلى غير ذلك احتمال بعيد لا يلتفت إليه إذ لم ينشأ عن دليل اه‍. قيدنا السكوت لغير آفة لان سكوته لخرس أو طرش عذر، كذا في الاختيار. ثم اعلم أن القضاء بالنكول لا يمنع المقضى عليه من إقامة البينة بما يبطله لما في الخانية من باب ما يبطل دعوى المدعي: رجل

***

[٣٥١]

اشترى من رجل عبدا فوجد به عيبا فخاصم البائع فأنكر البائع أن يكون العيب عنده فاستحلف فنكل فقضى القاضي عليه وألزمه العبد ثم قال البائع بعد ذلك قد كنت تبرأت إليه من هذا العيب وأقام البينة قبلت بينته اه‍. وفي البزازية: إذا شك فيما يدعي عليه ينبغي أن يرضي خصمه ولا يحلف احترازا عن الوقوع في الحرام، وإن أبى خصمه إلا حلفه إن أكبر رأيه إن المدعي محق لا يحلفه، وإن أنه مبطل ساغ له الحلف. ادعى عليه عند القاضي مالا فلم يقر ولم ينكر وقال أبرأني المدعي عن هذه الدعوى وعن حلفه ينظر، إن كان المدعي برهن على عدواه حلف هو على عدم الابراء، وإن لم يكن له بينة يحلف المدعى عليه عند المتقدمين، وخالفهم بعض المتأخرين، وقول المتقدمين أحسن. وإذا قال المدعى عليه بعد الانكار أبرأني المدعي وطلب حلفه على عدم الابراء يحلف المدعى عليه أولا، فإن نكل يحلف المدعي، ذكرهما الفضلي اه‍. ثم اعلم أن حكم أداء اليمين انقطاع الخصومة للحال وموقتا إلى غاية إحضار البينة عند العامة، وقيل انقطاعها مطلقا، فلو أقام المدعي البينة بعد يمين المدعي عليه قبلت عند العامة لا عند البعض، والصحيح قول العامة لان البينة هي الحجة في الاصل، فأما اليمين فكالخلف عن البينة لانها كلام الخصم صير إليها للضرورة فإذا جاء الاصل انتهى حكم الخلف كأنه

لم يوجد أصلا. ولو قال المدعي للمدعى عليه احلف وأنت برئ من هذا الحق الذي ادعيت أو أنت برئ من هذا الحق ثم أقام البينة قبلت لان قوله أنت برئ يحتمل البراءة للحال أي برئ عن دعواه وخصومته للحال، ويحتمل البراءة عن الحق فلا يجعل إبراء بالشك، كذا في السراج الوهاج. وذكر الشارح وهل يظهر كذب المنكر بإقامة البينة؟
***
[٣٥٢]
والصواب أنه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه أنه كان لفلان على ألف فادعى عليه فأنكر فحلف ثم أقام المدعي البينة أن له عليه ألفا، وقيل عند أبي يوسف يظهر كذبه، وعند محمد لا يظهر اه. وفي الخانية من الطلاق: والفتوى على أنه يحنث وهو قول أبي يوسف وإحدى الروايتين عن محمد اه. وفي الولوالجية من فصل الاقرار بالطلاق: رجل ادعى على آخر ألف درهم فقال المدعى عليه امرأته طالق إن كان له علي ألف فقال المدعي امرأتي طالق إن لم يكن لي عليك ألف وأقام المدعي البينة على حق وقضى القاضي، فرق بين المدعى عليه وبين امرأته عند أبي يوسف، وعن محمد روايتان، في رواية يفرق بينهما، وفي رواية لا يفرق، ويفتى بأنه يفرق. ولو أقام المدعى عليه البينة بأنه قد أوفاه ألفا قبل دعواه وكان تفريق القاضي بينه وبين امرأته باطلا لانه تبين أنه أخطأ فيه، وتطلق امرأة المدعي إن زعم أنه لم يكن له على المدعى عليه إلا هذا الالف لانه تبين أنه حانث. هذا إذا أقام المدعي البينة على الالف، أما إذا أقام البينة على إقرار المدعى عليه بالالف لم يفرق القاضي بين المدعى عليه وبين امرأته لان شرط الحنث كون الالف عليه وهذا محتمل والقاضي يقضي بالاقرار بالالف والاقرار محتمل، هكذا ذكر في بعض المواضع اه. وفي جامع الفصولين: والفتوى في مسألة الدين أنه لو ادعاه بلا سبب فحلف ثم برهن ظهر كذبه، ولو ادعاه بسبب وحلف أنه لا دين عليه ثم برهن علي السبب لا يظهر كذبه لجواز أنه وجد
***
[٣٥٣]
القرض ثم وجد الابراء والايفاء اه. فإن قلت: هل يقضي بالنكول عن اليمين لنفي التهمة كالامين إذا ادعى الرد أو الهلاك فحلف فنكل وعن اليمين التي للاحتياط في مال الميت كما قدمناه؟ قلت: أما الاول فنعم كما في القنية وأما الثانية فلم أره اه. قوله: (وعرض اليمين ثلاثا ندبا) أي وعرض القاضي على وجه الاستحباب بأن يقول له القاضي إني أعرض عليك ثلاثا فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعاه، وهذا الانذار لاعلامه بالحكم إذ هو موضع الخفاء وتكرار العرض لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبداء العذر، وأما المذهب فإنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز وهو الصحيح والاول أولى. قوله: (ولا يستحلف في نكاح ورجعه وفئ واستيلاد ورق ونسب وولاء وحد ولعان) وقالا: يستحلف في الكل إلا في الحدود واللعان لان النكول إقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فكان إقرارا أو بدلا عنه، والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه إقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات، واللعان في معنى الحد. ولابي حنيفة أنه بدل لان معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وإنزاله باذلا أولى كيلا يصير كاذبا في الانكار، والبذل لا يجري في هذه الاشياء. وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب، والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه، والبذل معناه ههنا ترك المنع وأمر المال هين، كذا في الهداية. وفي القنية: يستحلف في دعوى الاقرار بالنكاح اه. وظاهره بأنه اتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه فليتأمل. وفي الظهيرية: تفسير البذل عنده ترك المنازعة والاعراض عنها، ثم الدعوى في هذه المسائل تتصور من إحدى الخصمين أيهما كان إلا بالحد واللعان والاستيلاد فإنه لا يتصور أن يكون المدعي فيها إلا المقذوف والمولى، كذا في الشرح وهو سبق قلم الصواب والامة دون المولى. وفي الهداية: وصورة الاستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد
***
[٣٥٤]
لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد بإقراره ولا يلتفت إلى إنكارها اه. وفي جامع الفصولين: وصورة النكاح أنكر هو أو هي نكاحا والرجعة ادعى على امرأة رجعة ففي العدة تثبت بقوله وإن كذبته لان ادعى أمرا يملك استئنافه للحال وبعدها لو صدقته ثبت بتصادقهما، ولو كذبته ولا بينة فعلى قولهما يحلف لا على قوله، وكذا لو ادعت أنه راجعها وكذبها. وصورة

الفيء في الايلاء قال فئت وأنكرت فلو ادعاه في مدة الايلاء يثبت بقوله ولو بعد مضيها، فإن صدقته ثبت وإلا ولا بينة أو ادعت أنه فاء إليها في المدة أو بعدها وأنكر الزوج. وصورة الرق ادعى على مجهول الحال أنه قنه أو ادعى مجهول الحال على رجل أنه عبده وأنكر المولى. وصورة النسب الدعى مجهول النسب أنه أبوه أو ابنه. وصورة أمية الولد أن تدعي أم الولد أنها ولدته من سيدها. وصورة الولاء أن يدعي أنه مولاه الاسفل أو الاعلى اه. أطلق في الولاء فشمل ولاء العتاقة وولاء الموالاة كما في الكافي وفيه: فالحاصل أن كل محل يقبل الاباحة بالاذن ابتداء يقضى عليه بنكوله وما لا فلا اه. وإذا لم يستحلف في النكاح عنده فلا يخلو إما أن يكون المدعي له الزوج أو المرأة، فإن كان الزوج وقال أنا أريد أن أتزوج أختها أو أربعا سواها فإن القاضي لا يمكنه من ذلك لانه أقر أن هذه امرأته فيقول له إن كنت تريد ذلك فطلق هذه ثم تزوج أختها أو أربعا سواها، وإن كانت الدعوى من المرأة فعنده لو قالت إني أريد أن أتزوج فإن القاضي لا يمكنها من ذلك لانها قد أقرت أن لها زوجا فلا يمكنها التزوج بآخر. فإن قلت ما الخلاص عن هذا وقد بقيت في عهدته الدهر ولا بينة لي وهذه تسمى عهدة أبي حنيفة فإنه يقول القاضي للزوج طلقها فإن أبى أجبره القاضي عليه، فإن قال الزوج لو طلقتها الزمني المهر فلا أفعل ذلك، يقول القاضي له قل لها إن كنت امرأتي فأنت طالق فتطلق لو كانت امرأته وإلا فلا ولا يلزمه شئ، فإن أبى أجبره القاضي، فإن فعل تخلص عن تلك العهدة، كذا في البدائع. ثم إذا لم يستحلف المنكر عنده في النسب هل تقبل بينة المدعي؟ ينظر، فإن كان نسبا يثبت بالاقرار تقبل بينته مثل الولد والوالد، وإن لم يثبت بإقراره لا تقبل بينته مثل الجد وولد الولد والاعمام والاخوة وأولادهم لان فيه حمل النسب على الغير بخلاف دعوى المولى الاعلى أو الاسفل حيث يقبل، وإن ادعى أنه معتق جده ونحو ذلك وتمامه في الشرح. وقوله قال

***

[٣٥٥]

القاضي الامام فخر الدين الفتوى على أنه يستحلف المنكر في الاشياء الستة المراد به مولانا قاضيخان كما صرح به مسكين وعزاه المصنف له في شرح الجامع الصغير مع أنه صرح به في فتاواه أيضا، وصرح الشارح بأن فخر الاسلام علي البزدوي اختار قولهما للفتوى على ما ذكره في المختصر، واختار المتأخرون من مشايخنا على أن القاضي ينظر في حال المدعى عليه، فإن رآه متعنتا يحلفه أخذا بقولهما، وإن رآه مظلوما لا يحلفه أخذا بقول أبي حنيفة. وفي الولوالجية: الفتوى على قولهما وهو اختيار الفقيه أبي الليث. وصورة الاستحلاف على قولهما ما هي بزوجة لي وإن كانت زوجة لي فهي طالق بائن لانها لو كانت صادقة لا يبطل النكاح بجحوده فإذا حلف تبقى معطلة. وقال بعضهم: يستحلف على النكاح فإن حلف يقول القاضي فرقت بينكما، كذا في الخانية. وفي الاختيار: ثم عندهما كل نسب يثبت من غير دعوى المال كالبنوة والزوجية والمال يستحلف عليه، وكل نسب لو أقر به لا يثبت إلا بدعوى المال كالاخ والعم لا يستحلف إلا إذا ادعى بسببه مالا أو حقا كدعوى الارث ودعوى عدم الرجوع في الهبة ونحوه اه. وظاهره صحة الدعوى بنسب الاخ ونحوه وإن لم يدع المال لانه إنما نفي الاستحلاف فقط، وظاهر ما في البزازية من الفصل العاشر في النسب والارث عدم صحة الدعوى بالاخوة المجردة ولهذا لو برهن لا يقبل لانه في الحقيقة إثبات البنوة على أب المدعى عليه والخصم فيه هو الاب لا الاخ اه. وفي شرح مسكين فإن قيل: كيف تكون هذه المسائل ستة وهي سبعة؟ قلنا: أمومية الولد تابعة لثبوت النسب اه. وعبر عنها في جامع الفصولين بالاشياء السبعة وفيه: ادعى نكاحها فحيلة دفع اليمين عنها على قولهما أن تتزوج فلا تحلف لانها لو نكلت لا يحكم عليها لانها لو أقرت بعد ما تزوجت لم يجز إقرارها، وكذا لو أقرت بنكاح لغائب قيل صح إقرارها لكن يبطل بالتكذيب ويندفع عنها اليمين، وقيل لا يصح إقرارها فلا تندفع عنها اليمين اه. وفي الولوالجية: رجل تزوج امرأة بشهادة شاهدين ثم أنكرت وتزوجت بآخر ومات شهود الاول ليس للزوج الاول أن يخاصمها لانها للتحليف والمقصود منه النكول، ولو أقرت صريحا لم يجز إقرارها لكن يخاصم الزوج الثاني ويحلفه، فإن حلف برئ، وإن نكل فله أن يخاصمها ويحلفها، فإن نكلت يقضى بها للمدعي وهذا الجواب على قولهما المفتى به اه. قوله: (ويستحلف السارق فإن نكل ضمن ولم يقطع) لان المنوط بفعله شيئان: الضمان ويعمل فيه النكول، والقطع ولا يثبت به فصار كما إذا شهد عليها رجل وامرأتان. قيد بحد السرقة لانه لا يستحلف في غيره من الحدود إجماعا ولو كان حد القذف إلا إذا تضمن حقا بأن علق عتق عبده بالزنا وقال إن زنيت فأنت حر فادعى العبد أنه قد زنى ولا بينة عليه يستحلف المولى حق إذا نكل ثبت العتق دون الزنا، كذا في الشرح. وصححه الحلواني خلافا للسرخسي وهي في الخانية. والضمير في زنيت للمتكلم ولهذا قال في الخانية: وهل يصير

***
[٣٥٦]
العبد قاذفا لمولاه بهذا الكلام؟ ذكر الخصاف في أدب القضاء ما هو إشارة إلى أنه يصير قاذفا فإنه قال: وقد أتى الذي حلف عليه ولم يقل إنه زنى تحرزا عن ذلك. وذكر في الحدود: رجل قذف غيره فقال رجل آخر للقاذف هو كما قلته يصير الثاني قاذفا، ثم إذا حلف المولى ها هنا كما هو المختار يحلف على السبب بالله ما زنيت بعدما حلفت بعتق عبدك هذا اه. ثم اعلم أن المصنف اقتصر على عدم الاستحلاف عنده في الاشياء السبعة، وفي الخانية أنه لا استحلاف في احد وثلاثين خصلة بعضها مختلف فيه وبعضها متفق عليه فنذكرها سردا اختصارا: السبعة، وفي تزويج البنت صغيرة أو كبيرة وعندهما يستحلف الاب في الصغيرة، وفي تزويج المولى أمته خلافا لهما، وفي دعوى الدائن الايصاء فأنكره لا يحلف، وفي دعوى الدين على الوصي، وفي الدعوى على الوكيل في المسألتين كالوصي، وفيما إذا كان في يد رجل شئ فادعاه رجلان كل الشراء منه فأقر به لاحدهما وأنكر الآخر لا يحلفه، وكذا لو أنكرهما فحلف لاحدهما فنكل له وقضى عليه لم يحلف للآخر، وفيما إذا ادعيا الهبة مع التسليم من ذي اليد فأقر لاحدهما لا يحلف للآخر، وكذا لو نكل لاحدهما لا يحلف للآخر، وفيما إذا ادعى كل منهما أنه رهنه وقبضه فأقر به لاحدهما أو حلف لاحدهما فنكل لا يحلف للآخر، وفيما إذا ادعى أحدهما الرهن والتسليم والآخر الشراء فأقر بالرهن وأنكر البيع لا يحلف للمشتري، وفيما إذا ادعى أحد رجلين الاجارة والآخر الشراء فأقر بها وأنكره لا يحلف لمدعيه ويقال لمدعيه إن شئت فانتظر انقضاء المدة وفك الرهن وإن شئت فافسخ، وفيما إذا ادعى أحدهما الصدقة والقبض والآخر الشراء فأقر لاحدهما لا يستحلف للثاني، وفيما إذا ادعى كل منهما الاجارة فأقر لاحدهما أو نكل لا يحلف للآخر بخلاف ما إذا ادعى كل منهما على ذي اليد الغصب منه فأقر لاحدهما أو حلف لاحدهما فنكل يحلف للثاني كما لو ادعى كل منهما الايداع فأقر لاحدهما يحلف للثاني، وكذا الاعارة ويحلف ما له عليك كذا ولا قيمته وهي كذا وكذا، وفيما إذا ادعى البائع رضا الموكل بالعيب لم يحلف وكيله، وفيما إذا أنكر توكيله له في النكاح، وفيما اختلف الصانع والمستصنع في المأمور به لا يمين على واحد منهما، وكذا لو ادعى الصانع على رجل أنه استصنعه في كذا فانكر لا يحلف. الحادية والثلاثون لو ادعى أنه وكيل عن الغائب بقبض دينه وبالخصومة فأنكر لا يستحلف المديون على قوله خلافا لهما هكذا ذكر بعضهم. وقال الحلواني: يستحلف في قولهم جميعا اه. وبه علم أن ما في الخلاصة تساهل وقصور حيث قال: كل موضع لو أقر لزمه فإذا أنكره يستحلف إلا في ثلاث مسائل منها: الوكيل بالشراء إذا وجد بالمشتري عيبا فأراد أن يرده
***
[٣٥٧]
بالعيب وأراد البائع أن يحلفه بالله ما يعلم أن الموكل رضي بالعيب لا يحلف، فإن أقر الوكيل لزمه ذلك ويبطل حق الرد، الثانية لو ادعى على الآمر رضاه لا يحلف وإن أقر لزمه. الثالثة الوكيل بقبض الدين إذا ادعى المديون أن الموكل أبرأه عن الدين وطلب يمين الوكيل على العلم لا يحلف وإن أقر به لزمه اه. وزدت على الواحدة والثلاثين السابقة البائع إذا أنكر قيام العيب للحال لا يحلف عند الامام، ولو أقر به لزمه كما قدمناه في خيار العيب، والشاهد إذا أنكر رجوعه لا يستحلف، ولو أقر به ضمن ما تلف بها، والسارق إذا أنكرها لا يستحلف للقطع ولو أقر بها قطع، وذكر الاسبيجابي: ولا يستحلف الاب في مال الصبي ولا الوصي في مال اليتيم ولا المتولي للمسجد والاوقاف إلا إذا ادعى عليهم العقد يستحلفون حينئذ اه. قوله: (والزوج إن ادعت المرأة طلاقا قبل الوطئ فإن نكل ضمن نصف المهر) لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما إذا كان المقصود هو المال. أشار المؤلف إلى أن الاستحلاف في المواضع السابقة يجري عند دعوى المال فيحلف في النكاح إذا ادعت هي الصداق لانه دعوى المال، ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح، وبه علم أنه لا فائدة في تقييد المؤلف المسألة بالطلاق قبل الدخول إذ لا فرق بين أن يكون قبل الطلاق أو بعده قبل الدخول أو بعده في الاستحلاف كما في النهاية، ولا فرق بين أن تدعي المهر أو نفقة العدة كما في الخانية، وكذا في النسب إذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود في هذه الحقوق هو المال وبيان صور هذه الاربعة في النهاية قوله: (وجاحد القود فإن نكل في النفس حبس حتى يقر أو يحلف وفيما دونه يقتص) وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لزمه الارش فيهما لان النكول إقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت فيه القصاص ويجب به المال خصوصا إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما إذا أقر

بالخطأ والولي يدعي العمد، وله أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البدل
***
[٣٥٨]
بخلاف الانفس فإنه لو قال اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان وهذا إعمال للبذل إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة، وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع، وإذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة. وفي الخانية: ثم في كيفية التحليف في القتل روايتان في رواية يستحلف على الحاصل بالله ما له عليك دم ابنه فلان ولا دم عبده فلان ولا دم وليه فلان ولا قبلك حق بسبب هذا الدم الذي يدعي، وفي رواية يحلف على السبب بالله ما قتلت فلان بن فلان ولي هذا عمدا، وفيما سوى القتل من القطع والشجة ونحو ذلك يحلف على الحاصل بالله ما له عليك قطع هذه اليد ولا له قبلك حق بسببها، وكذلك في الشجاج والجراحات التي يجب فيها القصاص. وإذا ادعى قتل أبيه خطأ أو وليا له أو قطع يده أو شجه خطأ إذا ادعى شيئا فيه دية أو أرش يستحلف بالله ما لفلان عليك هذا الحق الذي يدعي من الوجه الذي ادعى ولا شئ منه ويسمي الدية والارش عند اليمين لانه ادعى مالا فيحلف على الحاصل كما في سائر الاموال. وقال أبو يوسف: كل حق يجب على غير المدعى عليه كالدية في الخطأ يحلف على السبب بالله ما قتلت ابن فلان هذا، وفي الشجة بالله ما شججت هذا هذه الشجة التي يدعي، وكل جناية يجب فيها الارش أو الدية على المدعى عليه يستحلف كما يستحلف في القصاص اه‍. قوله: (ولو قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف) أي عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فإذا طالبه به يجيبه. ولابي حنيفة أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة بما رويناه فلا يكون حقه دونه، ومحمد مع أبي يوسف فيما ذكره الخصاف، ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي. أطلق في حضورها فشمل حضورها في مجلس الحكم ولا خلاف أنه لا يحلف وحضورها في المصر وهو محل الاختلاف وحضورها في المصر بصفة المرض، وظاهر ما في خزانة المفتين خلافه فإنه قال: الاستحلاف يجري في الدعاوى الصحيحة إذا أنكر المدعى عليه ويقول المدعي لا شهود لي أو شهودي غيب أو مرضى اه‍. وقيد بحضورها لانها لو كانت خارج المصر فإنه يحلف اتفاقا. وفي المجتبى: وقدرت الغيبة بمسيرة السفر اه‍. وقيد بقوله المدعي لانه لو كان له بينة عادلة حاضرة ولم يخبر القاضي بها فهو مخير بين الاستحلاف وبين إقامة البينة، كذا في القنية. ثم رقم بعده لآخر: إن غلب على ظنه أنه ينكل فله أن يحلفه، وإن غلب على ظنه أنه يحلف كاذبا لا يعذر في التحليف. وفيها أيضا: ادعى المديون الايصال فأنكر المدعي ولا بينة له فطلب يمينه فقال المدعي اجعل حقي في الختم ثم استحلفني فله ذلك في زماننا
***
[٣٥٩]
اه‍. ولو قال لا بينة لي وطلب يمين خصمه فحلفه القاضي فقال لي بينة فإن القاضي يقبل ذلك منه، وقيل لا يقبل، كذا في خزانة المفتين وقدمناه قوله: (وقيل لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسانا عندنا لان فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه، وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وين أشغاله فصح التكفيل بإحضاره، والتقدير بثلاثة أيام يروى عن أبي حنيفة وهو الصحيح، كذا في الكافي وصحح في الخانية أنه إلى جلوس القاضي مجلسا آخر وهو مروي عن الثاني وفاعله قيل القاضي بطلب المدعي كما في الخانية وإلا فلا يطلب القاضي منه كفيلا. وفي الصغرى: هذا إذا كان المدعي عالما بذلك، أما إذا كان جاهلا فالقاضي يطلب، رواه ابن سماعة عن محمد اه‍. أطلق في الخصم فشمل ما إذا كان خاملا أو وجيها وما إذا كان ما عليه حقيرا أو خطيرا، كذا في الهداية. وفي المصباح: خمل الرجل خمولا من باب قعد فهو خامل أي ساقط النباهة لا حظ له اه‍. والوجيه إذا كان له حظ ورتبة منه أيضا. وقيد بقوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة، كذا في الهداية. وفي المجتبى: لو قال المشتري لي بينة على الايفاء لا يجبره على الايفاء بل يمهله ثلاثة أيام بشرط أن يدعي حضور الشهود، ولو قال شهودي غيب يقضى عليه بغير إمهال، ولو ادعى الابراء وقال لي بينة حاضرة يمهله ثلاثة أيام. وقال الطواويسي: يؤجله إلى آخر المجلس. ادعى القاتل أن له بينة حاضرة على العفو أجل ثلاثة أيام فإن مضت ولم يأت بالبينة أو قال لي بينة غائبة يقضى بالقصاص قياسا كالاموال، وفي الاستحسان

يؤجل استعظاما لامر الدم اهـ. وأطلق الكفيل وقيده في البزازية وغيرها بالثقة، وفسره في البزازية بأن يكون له دار وحانوت ملكا له اهـ. وفسره في الصغرى بأن لا يخفى نفسه ولا يهرب من البلد بأن تكون له دار معروفة وحانوت معروف لا يسكن في بيت بكراء يتركه ويهرب وهذا شئ يحفظ جدا اهـ. وينبغي أن يكون الفقيه ثقة بوظائفه بالاوقاف وإن لم يكن له ملك في دار وحانوت لانه لا يتركها ويهرب. وفسره في شرح المنظومة بأن يكون معروف الدار معروف التجارة ولا يكون لحوحا معروفا بالخصومة وأن يكون من أهل المصر لا غريب اهـ. وفي كفالة الفتاوى الصغرى: القاضي إذا أخذ كفيلا من المدعى عليه بنفسه بأمر المدعي أو لا بأمره فالكفيل إذا سلم إلى القاضي أو إلى رسوله يبرأ، وإن سلم إلى المدعي لا يبرأ. هذا إذا لم يضف الكفالة إلى المدعي بأن قال القاضي أو رسوله أعط كفيلا بنفسك ولم
***

[٣٦٠]

يقل للطالب فترجع الحقوق إلى القاضي أو إلى رسوله الذي أخذ الكفيل حتى لو سلم إليه الكفيل يبرأ، ولو سلم إلى المدعي لا يبرأ، وإن أضاف إلى المدعي بأن قال أعط كفيلا بالنفس للطالب كان الجواب على العكس ا هـ. وفي قضائها ثم تأقيت الكفالة بثلاثة أيام أو نحوها ليس لاجل أن يبرأ الكفيل عن الكفالة بعد ذلك الوقت فإن الكفيل إلى شهر لا يبرأ بعد مضي شهر لكن التكفيل إلى شهر لتوسعة الامر على الكفيل حتى لا يطالب الكفيل إلا بعد مضي شهر لكن لو عجل الكفيل يصح، وهذا لتوسعة المدعي حتى لا يسلم الكفيل المدعى عليه للحال فيبرأ الكفيل فيعجز المدعي عن إقامة البينة متى أحضر البينة فإنما يسلم إلى المدعي بعد وجود ذلك الوقت حتى لو أحضر المدعي بينة قبل وجود ذلك الوقت يجب أن يطالب الكفيل، هذا هو الظاهر ينظر في باب كفالة القاضي من كفالة عصام ا هـ. ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعالى طلب المدعي وكيلا من المدعى عليه وذكره في الكافي فقال: وله أن يطلب وكيلا بخصومته حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضى عليه، وإن أعطاه وكيلا له أن يطالبة بالكفيل بنفس الوكيل، وإذا أعطاه كفيلا بنفس الوكيل له أن يطالبه كفيلا بنفس الاصيل لو كان المدعي دينا لان الدين يستوفى من ذمة الاصيل دون الوكيل، فلو أخذ كفيلا بالمال له أن يطلب كفيلا بنفس الاصيل لان الاستيفاء من الاصيل قد يكون أيسر وإن كان المدعى منقولا له أن يطلب منه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها ولا يغيبه المدعى عليه، وإن كان عقارا لا يحتاج إلى ذلك لانه لا يحتمل التغييب، وصح أن يكون الواحد كفيلا بالنفس ووكيلا بالخصومة لان الواحد يقوم بهما، فلو أقر وغاب يقضي لانه قضاء إعانة، ولو أقيمت البينة فلم ترك فغاب المشهود عليه فزكيت لا يقضى عليه حال غيبته في ظاهر الرواية لان له حق الجرح في الشهود، وعن أبي يوسف أنه يقضى ا هـ بلفظه. ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعالى ما لو طلب المدعي الحيلولة بين العين والمدعى عليه. وفي الصغرى: طلب المدعي بنفس الدعوى من القاضي المنقول على يد عدل ولم يكتف بكفيل النفس والمدعي، فإن كان المدعى عليه عدلا لا يجيبه القاضي، ولو كان فاسقا يجيبه، وفي العقار لا يجيبه إلا في الشجر الذي عليه الثمر لان الثمر نقلي ا هـ. وظاهره أن الشجر من العقار وقدمنا خلافه، وفي خزانة المفتين فيما إذا أقام البينة ولم تزك في الجارية قال: يضعها القاضي على يد امرأة ثقة مأمونة تحفظها حتى يسأل عن الشهود ولا يتركها في يد المدعى عليه، سواء كان عدلا أو
***

[٣٦١]

لا، وهذا إذا سأل المدعي من القاضي أن يضعها ا هـ. وأشار المؤلف إلى أن المدعي لو أقام البينة ولم تزك فالحكم بالاولى كما لا يخفى ويشير إليه قوله فإن أبى، فالحاصل أن أخذ الكفيل والوكيل إنما هو برضا الخصم. قوله: (فإن أبى لازمه أي دار معه حيث دار) أي بمقدار مدة التكفيل المذكورة. أشار إلى تفسير الملازمة بالدوران إلى أنه لا يلزمه في مكان معين. وفي الصغرى: المذهب عندنا أنه لا يلازمه في المسجد لان المسجد بني لذكر الله تعالى وبه يفتى ثم قال فيها: وتفسير الملازمة أن يدور معه حيثما دار ويبعث معه أمينا حتى يدور معه. ورأيت في زيادات بعض المشايخ أن الطالب لو أمر غيره بملازمة مديونه فللمديون أن لا يرضى عند أبي حنيفة خلافا لهما، وجعله فرعا لمسألة التوكيل بغير رضا الخصم لكنه لا يحبسه في موضع لان ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفسه الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعي يدور معه، وإذا انتهى المطلوب إلى داره فإن الطالب لا يمنعه من الدخول إلى أهله بل يدخل

المطلوب إلى أهله والملازم يجلس على باب داره، هكذا ذكر هنا. وفي الزيادات أن المطلوب إذا أراد أن يدخل بيته فإما أن يأذن للمدعي في الدخول معه أو يجلس معه على باب الدار لانه لو تركه حتى يدخل الدار وحده فربما يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود منها. وفي تعليق أستاذنا: لو كان المدعى عليه امرأة فإن الطالب لا يلازمها بنفسه بل يستأجر امرأة فتلازمها. وفي أول كراهية الواقعات: رجل له على امرأة حق فله أن يلازمها ويجلس معها ويقبض على ثيابها لان هذا ليس بحرام، فإن هربت ودخلت خربة فلا بأس بذلك إذا كان الرجل يأمن على نفسه ويكون بعيدا منها يحفظها بعينه لان في هذه الخلوة ضرورة ا ه. وأشار بملازمته إلى ملازمة المدعى على لما في خزانة المفتين: إذا كان المدعى عليه متلافا وأبى إعطاء الكفيل بالمدعي فللمدعي أن يلازم ذلك الشئ إلى أن يعطيه كفيلا، وإن كان المدعي ضعيفا عن ملازمته يضع ذلك الشئ على يد عدل ا ه. وظاهر ما في السراج الوهاج أنه لا يلازمه إلا بإذن القاضي وذكر فيه أن منها أن يسكن حيث سكن. وفي المصباح: دار حول البيت يدور دورا ودورانا طاف به، ودوران الفلك تواتر حركاته بعضها إثر بعض من غير ثبوت ولا استقرار ومنه قولهم دارت المسألة أي كلما تعلقت بمحل توقف ثبوت الحكم على غيره فتنتقل إليه ثم بتوقف على الاول وهكذا ا ه. قوله: (ولو كان غريبا لازمه مقدار مجلس القاضي) وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس، فلو قال إلا أن يكون غريبا فإلى انتهاء مجلس القضاء لكان أولى ليرجع إلى الملازمة والتكفيل. وعلله في الهداية بأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا. أطلق في مقدار مجلس القاضي فشمل ما إذا كان يجلس في كل خمسة عشر يوما مرة، كذا في البزازية. والمراد بالغريب المسافر لما في البزازية: لو كان المدعى عليه مسافرا وعرف ذلك منه لا يؤخذ منه كفيل وأجله
***
[٣٦٢]
إلى آخر المجلس، فإن برهن في المجلس وإلا خلى سبيله، ولو قال أنا أخرج غدا أو إلى ثلاثة أيام يكفله إلى وقت الخروج، وإن أنكر الطالب خروجه نظر إلى زيه أو بعث من يثق به إلى رفقائه، فإن قالوا أعد للخروج معنا يكفله إلى وقت الخروج ا ه. قوله: (واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعتاق إلا إذا ألح الخصم) لقوله عليه السلام من كان حالفا منكم فيحلف بالله أو ليذر (١). وفي خزانة المفتين: واليمين بالله تعالى ذكر اسمه تعالى وهو أن يقول والله ا ه. وظاهره أنه لا تحليف بغير هذا الاسم، فلو حلفه بالرحمن أو الرحيم لا يكون يمينا ولم أره صريحا فلا يحلف بغيره من طلاق وعتاق، وقيل في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى، كذا في الهداية. وظاهره أنه خارج عن ظاهر الرواية فما كان ينبغي للمؤلف ذكره في المتن لانه موضوع لظاهر الرواية مع أنه ضعيف أيضا لما في الخلاصة: والتحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه أكثر مشايخنا ا ه. وفي الخانية: وإن أراد المدعي تحليفه بالطلاق والعتاق في ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي إلى ذلك لان التحليف بالطلاق والعتاق حرام، ومنهم جوزة في زماننا والصحيح ما في ظاهر الرواية ا ه. وفي كتاب الحظر والاباحة من التتارخانية: والفتوى على عدم التحليف بالطلاق والعتاق ا ه. وفي منية المفتي: لم يجزه أكثر مشايخنا وإن مست إليه الضرورة يفتى أن الرأي فيه للقاضي اتباعا للبعض ا ه. وفي خزانة المفتي كما في منية المفتي وزاد: فلو حلفه القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه على قول الاكثر ا ه. وظاهره أنه مفرع على قول الاكثر من أنه لا تحليف بهما فلا اعتبار بنكوله عنهما، وأما من قال بالتحليف بهما فيعتبر نكوله ويقضى به لان التحليف بهما لرجاء النكول
***
[٣٦٣]
فيقضى به وإلا فلا فائدة، وظاهر كلام الشارح خلافه. قيد باليمين بالطلاق والعتاق لان الخصم لو طلب تحليف الشاهد أو المدعي ما يعلم أن الشهود كذبه لا يلتفت إليه كما قدمناه قوله: (ويغلظ بذكر أوصافه) مثل قوله والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شئ منه، وله أن يزيد في التغليظ على هذا وينقص منه إلا أنه يحتاط كيلا تتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة. وإن شاء القاضي لم يغلظ ويقتصر على بالله أو والله، وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح، وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير، وقدمنا أن التغليظ لم يجوزه أكثر مشايخنا، وذكر الشارح أنه لو حلف بالله ونكل عن التغليظ لا يقضى عليه بالنكول لان المقصود الحلف بالله تعالى

وقد حصل. وفي خزانة المفتين: والاختيار في صفة التغليظ أن القضاة يزيدون فيه ما شاؤوا وينقصون ما شاؤوا ا ه قوله: (لا بزمان ومكان) أي لا يغلظ القاضي بهما لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي إيجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع. وظاهر ما في الهداية أن المنفي وجوب التغليظ بهما فيدل على مشروعيته وإن لم يجب، وظاهر ما في الكتاب عدم المشروعية، وظاهر قوله في الكافي لان في التغليظ بالزمان تأخير حق المدعي في اليمين إلى ذلك الزمان أنه غير مشروع ولذا قال الشارح: فلا يشرع. وظاهر ما في المحيط أن التغليظ به ليس بحسن عندنا أصلا فيفيد الاباحة ولكن ذكر بعده أنه لا يجوز التغليظ بالمكان. قوله: (ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى عليه السلام والمجوسي بالله الذي خلق النار والوثني بالله

***

[٣٦٤]

تعالى) لقوله عليه السلام لابن صوريا الاعور أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا في كتابكم هذا، ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى عليه السلام، والنصراني نبوة عيسى فيغلظ على كل واحد بذكر المنزل على نبيه، وما ذكره من صورة تحليف المجوسي مذكور في الاصل، ويروى عن الامام الاعظم أنه لا يستحلف أحد إلا بالله تعالى خالصا. وذكر الخصاف أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله وهو اختيار بعض المشايخ لان ذكر النار مع اسمه تعالى تعظيم لها، وما ينبغي أن تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله تعالى معظمة. والوثني لا يحلف إلا بالله تعالى لان الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى * (ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله) * (لقمان: ٢٥) وظاهر ما في المحيط أن ما في الكتاب قول محمد، وما ذكره الخصاف قولهما فإن قلت: إذا حلف الكافر بالله فقط ونكل عما ذكر هل يكفيه أم لا؟ قلت: لم أره صريحا وظاهر قولهم أنه يغلظ به أنه ليس بشرط وأنه من باب التغليظ فيكتفي بالله، ولا يقضى عليه بالنكول عن الوصف المذكور وفي العناية: ابن صوريا بالقصر اسم أعجمي وأنشدك أي أحلف بالله ا ه. وذكر ابن الكمال أن الكفرة بأسرهم لا يعتقدون الله تعالى فإن الدهرية منهم لا يعتقدونه ولا دلالة في قوله تعالى * (ولئن سألتهم) * الآية. على ذلك بل لان الوثني يعبد غير الله تعالى ويعتقد أن الله تعالى خالقه ا ه. واليهودي نسبة إلى هود وهو اسم نبي عربي وسمي بالجمع وبالمضارع من هاد إذا رجع، ويقال هم يهود وهو غير منصرف للعلمية ووزن الفعل وجاز تنوينه، وقيل نسبة إلى يهود ابن يعقوب عليهما السلام وتمامه في المصباح. وفيه: رجل نصراني بفتح النون وامرأة نصرانية وربما قيل نصران ونصرانة ويقال هو نسبة إلى قرية اسمها نصرة؟ قاله الواحدي. ولهذا قيل في الواحد نصري على القياس والنصارى جمعه مثل مهري ومهارى، ثم أطلق النصراني على كل من تعبد بهذا الدين ا ه. وفيه: المجوس أمة من الناس وهي كلمة فارسية وتمجس دخل في دين المجوس كما يقال تهود أو تنصر إذا دخل في دين اليهود والنصارى ا ه. وفيه: الوثن الصنم سواء كان من خشب أو حجر أو غيره، والجمع وثن مثل أسد وأسد وأوثان وينسب إليه من يتدين بعبادته على لفظه فيقال رجل وثني ا ه قوله: (ولا يحلفون في بيوت عبادتهم) لان القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك، كذا في الهداية. ولو قال المسلم لا يحضرها لكان أولى لما في التتارخانية: يكره للمسلم الدخول في البيعة والكنيسة، وإنما يكره من حيث إنه مجمع الشياطين لا من حيث إنه ليس له حق الدخول، والظاهر أنها تحريمية لانها المرادة عند إطلاقها وقد أفتيت بتعزير مسلم لازم الكنيسة مع

***

[٣٦٥]

اليهود. قوله: (ويحلف على الحاصل أي بالله ما بينكما نكاح قائم وبيع قائم وما يجب عليك رده وما هي بائن منك الآن في دعوى النكاح والبيع والغصب والطلاق) يعني ولا يحلف بالله ما بعت لانه قد تباع العين ثم يقال فيها، ولا يحلف في النكاح ما نكحت لانه يطرأ عليه الخلع، ولا في الغصب ما غصبت لانه ربما رده، وفي الطلاق ما طلقت لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه. وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، أما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب إلا إذا عرض لما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وله معنيان: لغوي واصطلاحي هنا فالاول كما في القاموس:

الحاصل من كل شئ ما بقي وثبت وذهب ما سواه حصل حصولا ومحصولا ا هـ. والثاني تحليفه على صورة إنكار المنكر عندهما، وعند أبي يوسف يحلف على السبب وهو صورة دعوى المدعي، وبيانه إذا ادعى عنده وديعة أو قرضا أو غصبا أو بيعا فهو ينكر ويقول ليس لك علي شئ، فعلى قولهما يحلف على صورة إنكاره بالله ليس له عندك شئ ولا عليك دين، وعنده بالله ما أودعه ولا باعه ولا أقرضه: ذكره الاسبيجابي. وقوله الآن متعلق بالجمع كما أفاده مسكين. ومعنى قوله ويحلف على الحاصل أن الاصل هذا إذا كان سببا يرتفع إلا إذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع، وذلك مثل أن يدعي مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها أو ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي، وإن كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لانه يكرر الرق عليها بالردة واللحاق بدار الحرب وعليه ينقض العهدة واللحاق ولا يكرر على العبد المسلم، كذا في الهداية. وفي قول المؤلف بالغصب وما يجب عليك رده قصور والصواب ما في الخلاصة ما يجب عليك رده ولا مثله ولا بد له ولا شئ من ذلك ا هـ. وكذا في قوله ما هي بائن منك الآن لانه خاص بالبائن، وأما الرجعي فيحلف بالله ما هي طالق في النكاح الذي بينكما، وأما إذا كانت الدعوى بالطلاق الثلاث فقال الاسبيجابي: يحلف بالله ما طلقتها ثلاثا في النكاح الذي بينكما ا هـ. كما أن ادخال النكاح في المسائل التي يحلف فيها على الحاصل عندهما غفلة من صاحب الهداية والشارحين لان أبا حنيفة لا يقول بالتحليف في النكاح ولذا قال الاسبيجابي: إنه يحلف في النكاح على قولهما لا على قوله. ثم اختلفا فقال محمد يحلف على صورة إنكار

***

[٣٦٦]

المنكر، وقال أبو يوسف على صورة دعوى المدعي ا هـ. إلا أن يقال إن الامام فرع على قولهما وإن كان لا يقول به كتفريعه في المزارعة على قولهما والمذهب في التحليف قولهما وهو ظاهر الرواية كما في خزانة المفتين ولذا اختاره أصحاب المتون لكن قال فخر الاسلام: إنه مفوض إلى رأي القاضي. وعن أبي يوسف إن القاضي ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر ا لسبب كالبيع يحلف على السبب، وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل وعليه أكثر القضاة، ذكره مسكين. ولم يستوف المؤلف رحمه الله تعالى المسائل المفرعة على هذا الاصل فمنها الامانة والدين وقد ذكرناهما. وفي منية المفتي: المدعى عليه الالف يحلف بالله ماله قبلك ما يدعي ولا شئ منه لانه قد يكون عليه الالف إلا درهما فيكون صادقا ا هـ. وفيما ذكره الاسبيجابي في التحليف على الوديعة قصور، والصواب ما في خزانة المفتين: وفي دعوى الوديعة إذا لم تكن حاضرة يحلف بالله ماله هذا المال الذي ادعاه في يديك وديعة ولا شئ منه ولا له قبلك حق منه لانه متى استهلكها أو دل انسانا عليها لا تكون في يديه ويكون عليه قيمتها فلا يكتفي بقوله في يديك بل يضم إليه ولا له قبلك حق منه احتياطا ا هـ. ومنها دعوى الملك المطلق فإن كان في ملك منقول حاضر في المجلس يحلف بالله ما هذا العين ملك المدعي من الوجه الذي يدعيه ولا شئ منه، وإن كان غائبا عن المجلس إن أقر المدعى عليه أنه في يده وأنكر كونه ملك المدعي كلف إحضاره ليشير إليه، وإن أنكر كونه في يده فإنه يستحلف بعد صحة الدعوى ما لهذا في يديك كذا ولا شئ منه ولا شئ عليك ولا قبلك ولا قيمته وهي كذا ولا شئ منها، كذا في خزانة المفتين. ومنها دعوى إجارة الضيعة أو الدار أو الحانوت أو العبد أو دعوى مزارعة في أرض أو معاملة في نخل بالله ما بينك وبين هذا المدعي إجارة قائمة تامة لازمة اليوم في هذا العين المدعي ولا له قبلك حق بالاجارة التي وصفت، كذا في الخزانة. ومنها. ما لو ادعت امرأة على زوجها أنه جعل أمرها بيدها وأنها اختارت نفسها وأنكر الزوج فالمسألة على ثلاثة أوجه: إما أن ينكر الزوج الامر والاختيار جميعا وفيه لا يحلف على الحاصل بلا خلاف لانه لو حلف ما هي بائن منك الساعة ربما تأول قول بعض العلماء أن الواقع بالامر باليد رجعي فيحلف على السبب، ولكن يحتاط فيه للزوج بالله ما قلت لها منذ آخر تزوج تزوجتها أمرك بيدك وما تعلم أنها اختارت نفسها بحكم ذلك الامر، وإن أقر بالامر

***

[٣٦٧]

وأنكر اختيارها يحلف بالله ما تعلم أنها اختارت نفسها، وإن أقر بالاختيار وأنكر الامر يحلف بالله ما جعلت أمر امرأتك هذه بيدها قبل أن تختار نفسها في ذلك المجلس، وكذا إن ادعت أن الزوج حلف بطلاقها ثلاثا أن لا يفعل كذا وقد فعل فهو على التفصيل،

كذا في خزانة المفتين. ومنها أن ما ذكره في حلف البيع قاصر والحق ما في الخزانة من التفصيل فإن المشتري إذا ادعى الشراء، فإن ذكر نقد الثمن فادعى عليه يحلف بالله ما هذا العبد ملك المدعي ولا شئ منه بالسبب الذي ادعى ولا يحلف بالله ما بعته، وإن لم يذكر المشتري نقد الثمن يقال له أحضر الثمن فإذا حضر استحلفه القاضي بالله ما عليك قبض هذا الثمن وتسليم هذا العبد من الوجه الذي ادعى، وإن شاء حلف بالله ما بينك وبين هذا شراء قائم الساعة. والحاصل أن دعوى الشراء مع نقد الثمن دعوى المبيع ملكا مطلقا وليست بدعوى العقد ولهذا تصح مع جهالة الثمن فيحلف على ملك المبيع، ودعوى البيع مع تسليم المبيع دعوى الثمن معنى وليست بدعوى العقد ولهذا تصح مع جهالة المبيع فيحلف على ملك الثمن اه. ومنها في دعوى الكفالة إذا كانت صحيحة بأن ذكر أنها منجزة أو معلقة بشرط متعارف وأنها كانت بإذنه أو أجازها في المجلس، وإذا حلفه يحلفه بالله ما له قبلك هذه الالف بسبب هذه الكفالة التي يدعيها حتى لا يتناول كفالة أخرى، وكذا إذا كانت كفالة يعرض بالله ما له قبلك هذا الثوب بسبب هذه الكفالة وفي النفس بالله ما له قبلك تسليم نفس فلان بسبب هذه الكفالة التي يدعيها، كذا في خزانة المفتين. ومنها تحليف المستحق قال في خزانة المفتين: رجل أعار دابة أو أجرها أو أودعها فجاء مدع وأقام بينة أنها له لا يقضى له بشئ حتى يحلف بالله ما بعت ولا وهبت ولا أذنت فيها ولا هي خارجة عن ملكك للحال. ومنها إذا ادعى غريم الميت إيفاء الدين له وأنكر الوارث يحلف ما تعلم أنه قبضه ولا شيئا منه ولا برئ إليه منه كذا في خزانة المفتين. وقدمنا كيفية تحليف مدعيه على الميت. وفي جامع الفصولين أقول: قوله ولا برئ إلى آخر لا حاجة إليه لانه يدعي الايفاء لا البراءة فلا وجه لذكره في التحليف اه. وأجبت عنه فيما كتبناه عليه بجواز أن الميت أبرأه ولم يعلم المديون لانه لا يتوقف على قبوله. ومنها في دعوى الاتلاف قال في الخزانة: ادعى على آخر أنه خرق ثوبه وأحضر الثوب معه إلى القاضي لا يحلفه ما خرقت ثم ينظر في الخرق، إن كان يسيرا وضمن

***

[٣٦٨]

النقصان يحلف ما له عليك هذا القدر من الدراهم التي تدعي ولا أقل منه، وإن لم يكن الثوب حاضرا كلفه القاضي بيان قيمته ومقدار النقصان ثم يترتب عليه اليمين، وكذلك هذا في هدم الحائط أو فساد متاع أو ذبح شاة أو نحوه اه. ثم اعلم أنه تكرر منهم في بعض صور التحليف تكرار لا في لفظ اليمين خصوصا في تحليف مدعي دين على الميت فإنها تصل إلى خمسة، وفي الاستحقاق إلى أربعة مع قولهم في كتاب الايمان أن اليمين تتكرر بتكرار حرف العطف مع قوله لا كقوله لا آكل طعاما ولا شرابا، ومع قولهم هنا في تغليظ اليمين يجب الاحتراز عن العطف لان الواجب يمين واحدة فإذا عطف صارت أيمانا ولم أر عنه جوابا بل ولا من تعرض له وقد ظهر لي في الجمع. قوله: (وإن ادعى شفعة بالجوار أو نفقة المبتوتة والمشتري أو الزوج لا يراهما يحلف على السبب) يعني بأن كان كل منهما شافعيا مثلا لما قدمنا من أنه لو حلف من الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي، وقد استفيد منه أنه لا اعتبار بمذهب المدعى عليه، وأما مذهب المدعي ففيه اختلاف، فقيل إنه لا اعتبار به أيضا وإنما الاعتبار لمذهب القاضي، فلو ادعى شافعي شفعة الجوار عند حنفي سمعها، وقيل لا، وقيل يسأله القاضي هل يعتقد وجوبها أو لا. وفي شرح الصدر الشهيد أن الاخير أوجه الاقاويل وأحسنها اه. وهذا تصحيح فكان هو المعتمد، وذكر الصدر حكاية عن القاضي أبي عاصم أنه كان يدرس والخليفة يحكم فاتفق أن امرأة ادعت على زوجها نفقة العدة فأنكر الزوج فحلفه بالله ما عليك تسليم النفقة من الوجه الذي تدعي، فلما تهيأ ليحلف نظرت المرأة إليه فعلم لماذا نظرت إليه فنادى خليفته سل الرجل من أي المحلة هو حتى إن كان من أصحاب الحديث حلفه بالله ما هي معتدة منك لان الشافعي لا يرى النفقة للمبتوتة، وإن كان من أصحابنا حلفه بالله ما عليك تسليم النفقة إليها من الوجه الذي تدعي نظرا لها اه. فإن قلت: قدر اعيتم جانب المدعي وتركتم النظر للمدعى عليه لجواز أنه اشترى ولا شفعة له بأن سلم أو سكت عن الطلب. قلت: أشار الصدر إلى جوابه بأن القاضي لا تجديدا من إلحاق الضرر بأحدهما فكان مراعاة جانب المدعي أولى وأوجب لان السبب الموجب للحق له وهو الشراء إذا أثبت ثبت الحق له وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضية فيصح التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض اه. ولا خصوصية لمسألتي الكتاب فمسألة الايلاء كذلك كما ذكره الصدر فيخلف

***
[٣٦٩]
على نفس الايلاء إذا قالت إنه لا يرى الوقوع بمضي المدة. ثم اعلم أن ظاهر ما ذكره الخصاف وتبعه الصدر الشهيد أن معرفة كون المدعي شافعيا ونحوه إنما هي بقول المدعي، ولم أر حكم ما إذا تنازعا في ذلك وظاهر كلامهما أنه لا اعتبار بقول المدعى عليه قوله: (وعلى العلم لو ورث عبدا فادعاه آخر) لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات. أطلقه فشمل ما إذا ادعاه ملكا مطلقا أو بسبب من المورث. قوله: (وعلى البتات لو وهب له أو اشتراه) لوجود المطلق لليمين إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا، وكذا الهبة ومراده وصوله إليه بسبب اختياري ولو كان غير الشراء والهبة. ولو قال المؤلف لو ادعى الوارث عينا أو دينا لكان أولى ليشمل دعوى الدين على الميت. وحاصل ما ذكره الصدر في دعوى الدين على الوارث أن القاضي يسأله أولا عن موت أبيه ليكون خصما، فإن أقر بموته سأله عن الدين، فإن أقر به يستوفيه المدعي من نصيبه فقط، وإن أنكر فبرهن المدعي استوفاه من التركة وإلا وطلب يمينه استحلفه القاضي على العلم، فإن حلف انتهت وإلا قضى عليه فيستوفي من نصيبه إن أقر بوصوله إليه وإلا فإن صدقه المدعي فلا شئ عليه وإلا استحلف على البتات ما وصل إليه قدر المال المدعي ولا بعضه، فإن نكل لزمه القضاء وإلا لا. هذا إذا حلف على الدين أولا، فإن حلفه على الوصول أولا فحلف فله تحليفه على الدين ثانيا لاحتمال ظهور مال فكان فيه فائدة منتظرة. ولو أراد المدعي استحلافه على الدين والوصول معا فقيل له ذلك، وعامتهم أنه يحلف مرتين ولا يجمع، وإن أنكر موته حلفه على العلم فإن نكل حلفه على الدين اه‍. مختصرا. ودعوى الوصية على الوارث كدعوى الدين فيحلف على العلم لو أنكرها، وإذا تنازعا في كونها ميراثا فقال المدعى عليه ورثتها فأحلف على العلم وكذبه المدعي حلف على البتات لان سبب الاستحقاق قد تقرر وهو ظهور الدار في يده وهو يريد إسقاط يمين البتات فالقول للمدعي، فإذا أراد المدعى عليه تحليفه أنه ما يعلم أنها وصلت إليه بالميراث فله ذلك، فإن نكل حلف على العلم وإلا فعلى البتات وتمامه في شرح الصدر. ثم اعلم أن مدعي الدين على الميت إذا ادعى على واحد من الورثة به وحلفه فله أن يحلف الباقي لان الناس يتفاوتون في اليمين، وربما لا يعلم
***
[٣٧٠]
الاول به ويعلم به الثاني. ولو ادعى أحد الورثة دينا على رجل للميت وحلفه ليس للباقي تحليفه لان الوارث قائم مقام المورث وهو لا يحلفه إلا مرة، كذا في الخانية. وأشار المؤلف رحمه الله إلى أنه يحلف على نفي العلم في فعل الغير وعلى البتات في فعل نفسه ولهذا حلف عليه السلام اليهود بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا. قال الامام الحلواني: هذا الاصل مستقيم في المسائل كلها إلا في الرد بالعيب فإن المشتري إذا ادعى الاباق ونحوه فإن البائع يحلف على البتات مع أنه فعل الغير لان البائع ضمن له المبيع سالما عن العيوب، فالتحليف يرجع إلى ما ضمن بنفسه فحلف على البتات ألا ترى أن المودع إذا قال إن الوديعة قبضها صاحبها يحلف على البتات، وكذا الوكيل بالبيع إذا ادعى قبض الموكل الثمن فإنه يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك، كذا ذكر الشارح. وفي الخلاصة: لو قال إن لم يدخل فلان الدار اليوم فامرأته طالق ثم قال إنه دخل يحلفه على البتات بالله أنه دخل الدار اليوم اه‍. مع أنه فعل الغير لكونه ادعى علما به. وفي القنية: باع الوصي عبدا فادعى المشتري به عيبا ولا بينة له يحلف الوصي على البتات والوكيل على العلم لان العبد في يد الوصي فيعلم بالعيب ظاهرا بخلاف الوكيل اه‍. ومما يحلف فيه على نفي العلم ما في القنية: ولو اشترى جارية من رجل فادعت امرأته أنها اشترتها قبل هذا ولا بينة فلها أن تحلف المشتري على العلم اه‍. ومنه ما فيها أيضا: قال في حال مرضه ليس لي شئ من دار الدنيا ثم مات عن زوجة وبنت وورثة فللورثة أن يحلفوا زوجته وابنته على أنهما لا يعلمان شيئا من تركة المتوفى بطريقه اه‍. وفي البزازية: في يده جارية يقول أودعنيها فلان الغائب وبرهن فقال المدعي باعها أو وهبها بعد الايداع منك وأنكره المدعى عليه يحلف بالله ما باعها أو وهبها منك. في يده عبد ورثه من أمه ادعى آخر أنه كان أودعه من أبيه يحلف على العلم اه‍. ثم في كل موضع وجبت اليمين فيه على العلم فحلف على البتات كفى وسقطت عنه وعلى عكسه لا، ولا يقضى بنكوله عما ليس واجبا عليه. والبتات بمعنى البت بمعنى القطع وكان اليمين على نفي العلم لا قطع فيها بخلاف الاخرى. وفي بعض كتب الفقه البت بدل البتات ولم أر فيما عندي من كتب

اللغة أن البتات بمعنى القطع، وإنما ذكر في القاموس أن البت بمعنى القطع وأن البتات الزاد والجهاز ومتاع البيت والجمع أبتة ولم يذكره في المصباح والمغرب.

***

[٣٧١]

قوله: (ولو افتدى المنكر يمينه أو صالحه منها على شئ صح ولم يحلف بعده) أما الجواز فلما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه ادعى عليه أربعون درهما فأعطى شيئا وافتدى بيمينه ولم يحلف. وعن حذيفة أنه افتدى بيمينه بمال ولانه لو حلف يقع في القيل والقال فإن الناس بين مصدق ومكذب، فإذا افتدى بيمينه فقد صان عرضه وهو حسن قال عليه السلام ذبوا عن أعراضكم بأموالكم وذكر الصدر الشهيد أن الاحتراز عن اليمين الصادقة واجب اه‍. ومراده ثابت بدليل جواز الحلف صادقا وإنما لا يحلف بعده لانه أسقط خصومته بأخذ البدل عنه. قيد بالفداء والصلح لانه لو اشترى بيمينه لم يجز وكان له أن يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال، كذا في النهاية. وظاهر ما قرره الشارح أن أخذ المال في الفداء والصلح عن اليمين إنما يحل إذا كان المدعي محقا ليكون المأخوذ في حقه بدلا كما في الصلح عن الانكار، فلو كان مبطلا لم يحل، والضمير في منها عائد إلى يمينه أي بدلها. وفي شرح مسكين: ثم الافتداء قد يكون بمال بمثل المدعي وقد يكون بأقل منه، وأما الصلح فإنما يكون منه على مال هو أقل من المدعي غالبا، كذا في النهاية اه‍. قيد بالاسقاط ضمن الافتداء والصلح لان إسقاطها قصدا غير صحيح لما في دعوى البزازية آخر الرابع عشر: قال المدعي برئت من الحلف أو تركت عليه الحلف أو وهبت لا يصح وله التحليف بخلاف البراءة عن المال لان التحليف للحاكم اه‍. والله أعلم. باب التحالف لما ذكر حكم يمين الواحد ذكر حكم يمين الاثنين إذا الاثنان عبد الواحد والتحالف

***

[٣٧٢]

قال في القاموس تحالفوا تعاهدوا اه‍. وفي المصباح: الحليف المعاهد يقال منه تحالفا إذا تعاهدا أو تعاقدا على أن يكون أمرهما واحدا في النصرة والحماية اه‍. وليس بمراد هنا وإنما المراد حلف المتعاقدين عند الاختلاف قوله: (اختلفا في قدر الثمن أو المبيع قضى لمن برهن) أي اختلف البائع والمشتري في قدر أحدهما وأقام أحدهما بينة قضي له لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها. وفي المصباح: البرهان الحجة وإيضاحها قيل النون زائدة وقيل أصلية، وحكى الازهري القولين فقال في باب الثلاثي النون زائدة. وقوله برهن فلان مولد والصواب أن يقال أبره إذا جاء بالبرهان كما قال ابن الاعرابي. وقال في باب الرباعي برهن إذا أتى بحجته اه‍. اعلم أنه يدخل في الثمن رأس المال في المبيع المسلم فيه وقدمنا في بابه أنهما يتحالفان إذا اختلفا في جنسه أو نوعه أو صفته أو قدر رأس المال أو المسلم فيه ويتحالفان ويفسخ السلم، ويدخل أيضا ما في الكافي: عبد قطع عند البائع فقال البائع قطعه المشتري قبل البيع ولي عليه نصف القيمة وكل الثمن وقال المشتري قطعه البائع بعد البيع ولي الخيار بين أخذه بنصف الثمن أو تركه ولا بينة تحالفا، فإن حلفا أخذه المشتري بكل ثمنه أو ترك، وإن برهنا فلمشتريه، وإن اتفقا إن قاطعه بائعه أو مشتريه أو أجنبي وادعاه البائع قبل البيع والمشتري بعده فالقول والبينة لمشتريه اه‍. ويدخل في الاختلاف في المبيع ما في الكافي: ادعى أنه باعه هذا العبد بمائة دينار وقال المشتري ما اشتريت إلا نصفه بخمسمائة درهم فالقول لمشتريه في النصف وتحالفا في النصف فيحلف المشتري في النصفين يمينا واحدة، فإن نكل لزمه البيع بمائة دينار، وإن حلف لم يثبت البيع في أحد النصفين ويحلف بائعه، فإن نكل لزمه البيع بخمسمائة، وإن حلف فسخ البيع وتمامه فيه قوله: (وإن برهنا فللمثبت الزيادة) لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة. وأشار المؤلف إلى أنهما لو اختلفا في الثمن والمبيع فبينة البائع أولى في الثمن، وبينة المشتري أولى في المبيع نظرا إلى زيادة الاثبات، ولو حذف القدر لكان أولى لان الاختلاف في وصف الثمن والجنس كذلك كما في الهداية في بيان الاختلاف في الاجل وسيأتي له مزيد اه‍. اختلفا في جنس الثمن وأقاما البينة فالبينة بينة من لا اتفاق على قوله، فلو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة فبينة البائع أولى، كذا في النهاية.

***

[٣٧٣]

قوله: (وإن عجزا ولم يرضيا بدعوى أحدهما تحالفا) أي استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى صاحبه، فإن كان قبل القبض فهو قياسي لان كلا منهما منكر، وأما بعده فاستحساني فقط لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له بقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فيكتفي بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا. قيد بعدم رضاهما للاشارة إلى أن القاضي يقول لكل منهما إما أن ترضى بدعوى صاحبك وإلا فسخناه لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فإذا علما به يتراضيان. ولو قال ولم يرض واحد منهما بدعوى صاحبه بدل قوله ولم يرضيا لكان أولى لان شرط التحالف عدم رضا واحد لا عدم رضا كل منهما كما لا يخفى. وأشار بعجزهما إلى أن البيع ليس فيه خيار لاحدهما ولهذا قال في الخلاصة: إذا كان للمشتري خيار الرؤية أو خيار عيب أو خيار شرط لا يتحالفان اه. والبائع كالمشتري فالمقصود أن من له الخيار متمكن من الفسخ فلا حاجة إلى التحالف ولكن ينبغي أن البائع إذا كان يدعي لزيادة الثمن وأنكرها المشتري فإن خيار المشتري يمنع التحالف، وأما خيار البائع فلا. ولو كان المشتري يدعي زيادة المبيع والبائع ينكرها فإن خيار البائع يمنعه لتمكنه من الفسخ، وأما خيار المشتري فلا. هذا ما ظهر لي تخريجا لا نقلا. وفي الخلاصة معزيا إلى الفتاوى: رجل اشترى عبدا ثم اختلف البائع والمشتري في الثمن فقال البائع إن كنت بعته إلا بألف درهم فهو حر، وقال المشتري إن كنت اشتريته إلا بخمسمائة درهم فهو حر، فالبيع لازم ولا يعتق العبد ويلزمه من الثمن ما أقر به المشتري لانه منكر للزيادة لان البائع أقر أن العبد قد عتق فلا يمكن نقضه بعد العتق ولا يعتق لان المشتري منكر للعتق اه. وقيد بالاختلاف في القدر لانهما لو اختلفا فقال البائع بعته بالميتة وقال المشتري اشتريته بالدراهم فالقول قول البائع لانه إنكار للبيع كما لو قال طلقت وأنا صبي، كذا في الخلاصة. ومن الاختلاف في القدر ما في الخلاصة معزيا إلى المحيط قال أبو سليمان: سمعت أبا يوسف فيمن باع طعاما بعينه بعشرة وقال بعتك جزافا بعشرة وقال المشتري اشتريت مكايلة يتحالفان، وكذا كل ما يكال أو يوزن. ولو كان هذا في ثوب فقال بعت ولم أسم ذرعا وقال المشتري اشتريت مذارعة القول قول البائع، ولو قال اشتريت على أنه كذا وكذا ذراعا كل ذراع بدرهم وقال البائع لم أسم ذراعا فالقو قول المشتري ويتحالفان ويترادان على قول أبي يوسف ومحمد اه. وفي البزازية: اشترى مزبلة بخمسمائة ثم ادعى أنه اشترى الارض أيضا والبائع يدعي أنه باع الكاسة فقط يحكم الثمن إن صلح لهما قضى بهما، وإن مثله لا يكون إلا ثمن الكاسة قضى بها فقط لا الارض، وكذا الحكم في الرواية مع الماء. وعن محمد فيمن له أجمة تساوي ألفا وفيها قصب يساوي ألفا فباع الاجمة بعشرة

***

[٣٧٤]

آلاف ثم ادعى المشتري وقوع العقد على الاصل والبائع وقوع العقد على القصب أن العقد يفسد. ولو اشترى سرجا وادعى أنه اشتراه بركابه أو خاتما وادعى أنه بفصه وأنكر البائع يتحالفان ويترادان والبقالي. اختلفا في الثياب والجراب والنخلة والرطب وادعى البائع أحدهما والمشتري كليهما يحكم الثمن، فإذا استويا في العادة لم يجز، وعن الامام فيمن اشترى عبدا بألف وقبضه وقبض البائع الثمن ثم زعم المشتري أنه كان مع العبد أمة بعينها دخلت في البيع وأنكره البائع يحلف بالله ما باعه الامة معه ولا يرد شيئا من الثمن. وقال الثاني بعد الحلف يرد عليه حصة الامة من الثمن في الاستحسان، وكذا في كل ما يكون مثله في البيع فإذا كان شيئا لا يكون مثله في البيع لا يصدق اه. وبهذا ظهر أن التحالف عند اختلافهما في قدر المبيع عند عدم تحكيم الثمن، أما إذا حكم الثمن فلا تحالف، والظاهر أن تحكيم الثمن خارج عن ظاهر الرواية فلا يعتمد عليه في المذهب. ثم اعلم أن التحالف في البيع لم ينحصر في الاختلاف في الثمن أو المبيع بل يجري في كل موضع يكون كل منهما مدعيا أو منكرا لما ذكره في الكافي: باع أمة وتقابضا فقال البائع هي لزيد أمرني ببيعها، وقال زيد بعتها منك بمائة دينار وقبضتها وبعت ملكك فهي للمشتري وتحالفا لان البائع يدعي الامر بالبيع والمقر له ينكر والمقر له يدعي عليه الثمن وهو ينكر، وإن حلفا فإن جهلت أنها للمقر له وكذبهما المشتري ضمن المقر قيمتها للمقر له، وإن كانت معروفة أنها للمقر له لا ضمان اه. قوله: (وبدأ بيمين المشتري) وهذا قول محمد وأبي يوسف آخرا وهو رواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح، لان المشتري أشدهما إنكارا لانه يطالب أولا بالثمن أو لانه يتعجل فائدة النكول وهو إلزام الثمن. ولو بدأ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن، وكان أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول أولا يبدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصمه

بالذكر وأقل فائدته التقديم. أطلقه وهو مقيد ببيع العين بالدين، أما في بيع العين بالعين أو الدين بالدين فالقاضي مخير للاستواء. وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله تعالى ما باعه بألف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين. وقال في الزيادات: يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف يضم الاثبات إلى النفي تأكيدا، والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا. وفي شرح التلخيص من باب الاختلاف فيما يجب للبائع على المشتري وبالعكس مسألة الاصح فيها تقديم يمين البائع قوله: (وفسخ القاضي بطلب أحدهما فلا ينفسخ البيع بحلفهما) لانه لم
***
[٣٧٥]
يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة، أو يقال إذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد، ولا بد من الفسخ في فاسد البيع فلو كان المبيع جارية فللمشتري وطؤها، ولو فسد بنفس التحالف لم يحل له، كذا في النهاية معزيا إلى المبسوط. وقيد بطلب أحدهما لانه لا يفسخه بدون طلب أحدهما، كذا في المعراج. وظاهر ما ذكره الشارحون أنهما لو فسخاه انفسخ بلا توقف على القاضي وإن فسخ أحدهما لا يكتفي وإن اكتفى بطلب أحدهما قوله: (ومن نكل لزمه دعوى الآخر) لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته، وهذا كله إذا كان الاختلاف في البدل مقصودا، فإن كان في ضمن شئ كاختلافهما في الزق فلا تحالف والقول للمشتري في أنه الزق لانه اختلاف في المقبوض والقول فيه قول القابض وتقدم بيانه في البيع الفاسد. ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعالى حكم الاختلاف في الوصف وفيه تفصيل، فإن كان في وصف الثمن تحالفا، وإن كان في وصف المبيع كما لو قال المشتري اشتريت هذا العبد على أنه كاتب أو خباز فقال البائع لم أشترط فالقول للبائع ولا تحالف، كذا في الظهيرية. قوله: (وإن اختلفا في الاجل أو في شرط الخيار أو في قبض بعض الثمن أو بعد هلاك المبيع أو بعضه أو في بدل الكتابة أو في رأس المال بعد إقالة السلم لم يتحالفا والقول للمنكر مع يمينه) أما الاختلاف في الاجل والشرط والقبض فلانه اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فأشبه الاختلاف في الحط والابراء، هذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن أو جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع إلى نفس الثمن فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه فالقول لمنكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض فقد جزموا هنا بأن القول لمنكر الخيار كما علمت. وذكروا في خيار الشرط فيه قولين قدمناهما في بابه والمذهب ما ذكروه هنا. ويستثنى من الاختلاف في الاجل ما لو اختلفا في الاجل في السلم بأن ادعاه أحدهما ونفاه الآخر فإن القول فيه لمدعيه عند الامام لان فيه شرط وتركه فيه مفسد للعقد، وإقدامهما عليه يدل على الصحة فكان القول لمدعيه لان الظاهر يشهد له بخلاف ما نحن فيه
***
[٣٧٦]
لانه لا تعلق له بالصحة والفساد فيه فكان القول لنا فيه، ولهذا لو شهد أحدهما بالبيع بألف إلى شهر وشهد الآخر أنه باعه بألف ولم يذكر الاجل تقبل كما لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار إلى ثلاث ولم يذكر الآخر الخيار، ولو كان وصفا للثمن لما قبل، كذا ذكر الشارح. أطلق الاختلاف في الاجل فشملا الاختلاف في أصله وفي قدره فالقول لمنكر الزائد بخلاف ما لو اختلفا في مقدار الاجل في السلم فإنهما يتحالفان كما قدمناه في بابه. وخرج الاختلاف في مضيه فإن القول فيه للمشتري لانه حقه وهو منكر استيفاء حقه، كذا في النهاية. وفي الظهيرية من البيوع من الفصل الثالث قال محمد بن الحسن في رجلين تبايعا شيئا واختلفا في الثمن فقال المشتري اشتريت هذا الشئ بخمسين درهما إلى عشرين شهرا على أن أؤدي إليك كل شهر درهمين ونصفا وقال البائع بعتكه بمائة درهم إلى عشرة أشهر على أن تؤدي إلي كل شهر عشرة دراهم وأقاما البينة قال محمد: تقبل شهادتهما ويأخذ البائع من المشتري ستة أشهر كل شهر عشرة، وفي الشهر السابع سبعة ونصفا، ثم يأخذ بعد ذلك كل شهر درهمين ونصفا إلى أن تتم له مائة لان المشتري أقر له بخمسين درهما على أن يؤدي إليه كل شهر درهمين ونصفا وبرهن دعواه بالبينة وأقام البائع البينة بزيادة خمسين على أن يأخذ من هذه الخمسين مع ما

أقر له به المشتري في كل شهر عشرة فالزيادة التي يدعيها البائع في كل شهر سبعة ونصف، وما أقر به المشتري له في كل شهر درهمان ونصف، فإذا أخذ في كل شهر عشرة فقد أخذ في كل ستة أشهر مما ادعاه خمسة وأربعين، ومما أقر به المشتري خمسة عشر بقي إلى تمام ما يدعيه من الخمسين خمسة فيأخذها البائع مع ما يقر به المشتري في كل شهر وذلك سبعة ونصف، ثم يأخذ بعد ذلك في كل شهر درهمين ونصفا إلى عشرين شهرا حتى تتم المائة، وهذه مسألة عجيبة يقف عليها من أمعن النظر فيما ذكرناه اهـ. وفي كافي المصنف: اشترى عبدين صفقة أو صفقتين أحدهما بألف حال والآخر بألف مؤجل إلى سنة فرد أحدهما يعيب فقال المشتري ثمن المردود حال وقال البائع مؤجل فالقول للبائع ولم يتحالفا لانه اختلاف في الاجل، وكذا لو اشتراهما بمائة في صفقة وقبضهما ومات أحدهما في يده ورده الآخر بعيب واختلفا في قيمة المردود فالقول للبائع، ولو كان ثمن أحدهما دراهم وثمن الآخر دنانير وقبضهما البائع واختلفا في ثمن الباقي بعد رد أحدهما بالعيب فقال المشتري ثمنه دراهم فرد لي الدنانير وعكس البائع فالقول للمشتري مع يمينه إن ماتا ولا تحالف خلافا لمحمد، وإن كانا قائمين تحالفا إجماعا. وكذا إذا اختلفا في الصفقة فادعى البائع اتحاد الثمن والمشتري تعدده فالقول للمشتري. وفي القنية: لو اختلفا في خيار الشرط وأقاما البينة فبينة مدعي خيار الشرط أولى اهـ. والاختلاف في قدره كالاختلاف في أصله، كذا في المعراج. والتقييد بقبض بعض الثمن اتفاقي إذ الاختلاف في قبض كله كذلك وهو قبول قول البائع، وإنما لم يذكره باعتبار أنه مفروغ عنه بمنزلة سائر الدعاوى، كذا في

***

[٣٧٧]

النهاية. وأشار بالاجل والخيار إلى الاختلاف في شرط الرهن أو شرط الضمان أو العهدة بالمال فلا تحالف والقول للمنكر كما في المعراج، وبالاختلاف في قبض الثمن إلى الاختلاف في حط البعض أو إبراء الكل كما في المعراج أيضا. وأما إذا اختلفا بعد هلاك المبيع فلا تحالف عندهما والقول قول المشتري إلا إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري كما سنذكره عند قوله وإن اختلفا في مقدار الثمن بعد الاقالة. وقال محمد: يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك، وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب له أن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره، وأنه يفيد دفع زيادة

***

[٣٧٨]

الثمن فيتحالفان كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة. ولهما أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما أنه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي إلى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه، ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود، وإنما يراعى من الفائدة ما يوجب العقد، وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته. وهذا إذا كان الثمن دينا، فإن كان عينا يتحالفان لان المبيع كل منهما فكان قائما ببقاء المعقود عليه فيرده ويرد الآخر مثل الهالك إذا كان مثليا وقيمته إن كان قيميا بخلاف ما إذا اختلفا في جنس الثمن بأن ادعى أحدهما أنه دراهم والآخر أنه دنانير لانهما لم يتفقا على ثمن فلا بد من التحالف للفسخ، وهنا اتفقا عليه وهو كاف للصحة. وبهذا علم أن الاختلاف في جنس الثمن كالاختلاف في قدره إلا في مسألة هي ما إذا كان المبيع هالكا. وفي الظهيرية ابراهيم عن محمد في رجل اشترى تبنا في موضعين بكذا درهما وقبض تبن أحد الموضعين وذهب الريح بتبن الموضع الآخر واختلفا في مقدار ما قبض وما ذهب، فإن كان ما قبض قائما تحالفا أو ترادا، وإن كان مستهلكا فالقول قول المشتري في قياس قول أبي حنيفة. وقال محمد: يتحالفان ويرد المشتري مثل ما أخذ من التبن والقول فيه قوله اهـ. وفي إيضاح الكرماني: لو اختلفا بعد هلاك الجارية في يد المشتري فادعى البائع أن الثمن عين وهو هذا العبد أو ادعى المشتري أن الثمن عين وادعى البائع أن الثمن دين لم ينظر إلى دعوى البائع وإنما ينظر إلى دعوى المشتري لان المبيع في جانب البائع هالك فكان القول في الثمن قول المشتري، فإن أقر بالدين فالقول قوله، وإن أقر بالعين يتحالفا لان المبيع في جانبه قائم. ولو تحالفا وقد هلك أحد العوضين من يد الآخر رد مثله إن كان مثليا، وقيمته إن لم يكن له مثل لان العقد قد انفسخ فبقي مقبوضا من غير عقد فصار كالغاصب اهـ. وفي كافي المصنف: ادعى شراء أمة قبضها وماتت بألف وبهذا الوصيف وقيمته خمسمائة وقال البائع

***

[٣٧٩]

بعت بألفين حلف المشتري في ثلثي الامة وتحالفا في ثلثها، وبعكسه حلف المشتري. وفيه: اختلفا في موت المبيع عند أحدهما فبرهن البائع أنه مات عند المشتري بعد القبض وبرهن المشتري أنه مات في يد البائع قبل القبض فالبينة لبائعه، وإن وقتا فلا سابق والقتل كالموت، لو برهن المشتري أن البائع قتله بعد البيع بيوم فبرهن البائع أن المشتري قتله بعد البيع بيومين فالبينة للمشتري للسبق اه. وأما إذا اختلفا أي المولى والمكاتب في بدل الكتابة أي في قدره فعدم التحالف في قول الامام الاعظم، والقول للعبد مع يمينه. وقالا: يتحالفان وتفسخ الكتابة كالبيع بجامع قبول الفسخ. وله أن التحالف في المعاوضات اللازمة وبدل الكتابة غير لازم على المكاتب مطلقا فلم تكن في معنى البيع، ولان فائدته النكول ليقضى عليه والمكاتب لا يقضى عليه به، وإن أقام أحدهما بينة قبلت، وإن أقاماها فبينة المولى أولى لاثباتها الزيادة لكن يعتق بأداء قدر ما برهن عليه ولا يمنع وجوبه بدل الكتابة بعد عتقه كما لو كاتبه على ألف على أنه إن أدى خمسمائة عتق، وكما لو استحق البدل بعد الاداء. وأما إذا اختلفا أي رب السلم والمسلم إليه بعد إقالة عقد السلم في مقدار رأس المال لم يتحالفا والقول للمسلم إليه مع يمينه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لانه إسقاط فلا يعود بخلاف البيع كما سيأتي. وينبغي أخذا من تعليلهم أنهما لو اختلفا في جنسه أو نوعه أو صفته بعدها فالحكم كذلك ولم أره صريحا. واعلم أن حكم رأس المال بعد الاقالة كحكمه قبلها فلا يجوز الاستبدال به بعدها إلا في مسألتين لا تحالف إذا اختلفا فيه بعدها بخلاف ما قبلها، ولا يشترط لصحتها قبضه قبل الافتراق بخلاف ما قبلها وهذه قدمناها في بابه. وقيد بالاختلاف بعدها لانهما لو اختلفا قبلها في قدره تحالفا كالاختلاف في جنسه ونوعه وصفته كالاختلاف في المسلم فيه في الوجوه الاربعة على ما قدمناه. وقد علم من تقريرهم هنا أن الاقالة تقبل الاقالة إلا في إقالة السلم وأن الابراء لا يقبلها وقد كتبناه في الفوائد. قوله: (وإن اختلفا في مقدار الثمن بعد الاقالة تحالفا) أي اختلف البائع والمشتري في مقداره بأن قال المشتري كان الثمن ألفا وقال البائع خمسمائة ولا بينة لهما فإنهما يتحالفان ويعود البيع الاول. أطلقه وهو مقيد بما إذا كان كل من المبيع والثمن مقبوضا ولم يرده المشتري إلى بائعه، فأما إذا رد المشتري المبيع إليه بحكم الاقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد لانه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا، وهما قالا: كان ينبغي أن لا تحالف مطلقا لانه إنما ثبت في البيع المطلق بالسنة والاقالة فسخ في حقهما إلا أنه قبل القبض على وفق القياس فوجب القياس عليه كما قسنا الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري قوله: (وإن اختلفا

***

[٣٨٠]

في المهر قضى لمن برهن) أي الزوجان لو اختلفا في المهر قضى لمن برهن لانه نور دعواه بالحجة قوله: (وإن برهنا فللمرأة) فإنها تثبت الزيادة. أطلقه وهو مقيد بما إذا كان مهر المثل يشهد للزوج بأن كان مثل ما يدعي الزوج أو أقل لان بينتها أثبتت خلاف الظاهر، وأما إذا كان يشهد لها بأن كان مثل ما تدعيه أو أكثر فبينته أولى لاثباتها الحط وهو خلاف الظاهر، وإن كان لا يشهد لكل منهما بأن كان بينهما فالصحيح التهاتر ويجب مهر المثل. وأطلق الاختلاف في المهر فشمل ما إذا اختلفا في قدره كألف وألفين أو في جنسه كقوله هو هذا العبد وقالت هذه الجارية إلا في فصل واحد وهو أنه إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر فلها قيمة الجارية لا عينها كما في الظهيرية والهداية. ولم يذكر حكمه بعد الطلاق قبل الدخول وحكمه كما في الظهيرية أن لها نصف ما ادعاه الزوج، وفي مسألة العبد والجارية لها المتعة إلا أن يتراضيا على أن تأخذ نصف الجارية اه. قوله: (وإن عجزا تحالفا ولم يفسخ النكاح) لان أثر التحالف في انعدام التسمية وأنه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ. ولم يذكر المؤلف البداءة بيمين من وفي الظهيرية: ويبدأ بيمين الزوج لان أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه اه. قوله: (بل يحكم مهر المثل فيقضى بقوله لو كان كما قال أو أقل وبقولها لو كان كما قالت أو أكثر وبه لو بينهما) وهذا أعني التحالف أولا ثم التحكيم قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار به مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها، وأما على تخريج الرازي فالتحكيم قبل التحالف وقد قدمناه في المهر مع بيان اختلاف التصحيح وخلاف أبي يوسف قوله: (ولو اختلفا في الاجارة قبل الاستيفاء تحالفا) لان التحالف في البيع قبل القبض على وفق القياس والاجارة قبل الاستيفاء نظيره. أطلقه فشمل الاختلاف في

البدل أو المبدل كما في الهداية، ومع القصار كما في منية المفتي، ولا يشمل ما إذا ادعى المالك الاجر ونفاه الساكن والقول للمستأجر، وكذا إذا نزل الخان واختلفا والفتوى على وجوب الاجر إلا إذا عرف بخلافه وتمامه في البزازية. وفي التهذيب: الاختلاف في قدر المدة يوجب التحالف اه. فإن وقع الاختلاف في الاجرة بدأ بيمين المستأجر لكونه منكرا وجوبها، وإن وقع في المنفقة بدأ بيمين المؤجر، وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه، وأيهما برهن قبل، فإن برهنا فبينة المؤجر أولى في الاجرة، وبينة المستأجر أولى في المنافع. وإن كان
***
[٣٨١]
الاختلاف فيهما قبلت بينة كل منهما فيما يدعيه من الفضل نحو أن يدعي هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة فيقضى بشهرين بعشرة. قوله: (وبعده لا والقول قول المستأجر) أي لو اختلفا بعد الاستيفاء فلا تحالف وهذا عندهما ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما، وكذا على أصل محمد لان الهلاك إنما لا يمنع عنده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها. ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد، وتبين أنه لا عقد، وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه، ونظير هذه المسألة في التفصيل إجارة الفضولي إن أجازها المالك قبل الاستيفاء فالاجرة له، وإن بعده فللعاقد، وإن في بعض المدة فالماضي للعاقد والمستقبل للمالك كما في منية المفتي قوله: (والبعض معتبر بالكل) يعني لو اختلفا بعد استيفاء البعض تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأنه ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة، فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل. وفي إجارات البزازية المستأجر إن كان هو المدعي فهو يدعي العقد قبل مضي المدة وبعدها، وإن الآجر فهو مدع قبل قبضها وبعد المضي فهو مدعي العين اه. ثم اعلم أن المراد بالاستيفاء التمكن منه في المدة وبعدمه عدمه لما عرف أنه قائم مقامه في وجوب الاجر. ومن فروع التنازع في الاجارة ما في منية المفتي: ادعى اثنان عينا أحدهما إجارة والآخر شراء فأقر المدعى عليه للمستأجر فلمدعي الشراء أن يحلفه على دعوى الشراء، ولو ادعيا إجارة فأقر لاحدهما ليس للآخر أن يحلفه. أجر دابة بعينها من رجل ثم من آخر فأقام الاول بينة، فإن كان الاجر حاضرا تقبل عليه البينة، وإن كان مقرا بما يدعي عليه هذا المدعي وإن كان غائبا لا تقبل اه. قوله: (وإن اختلف الزوجان في متاع البيت فالقول لكل واحد منهما فيما يصلح له) لان الظاهر شاهد له. والمتاع لغة كل ما ينتفع به كالطعام والبر وأثاث البيت، وأصله ما ينتفع به من الزاد وهو اسم من متعته بالتثقيل إذا أعطيته ذلك والجمع أمتعة، كذا في المصباح. ومرادهم من المتاع هنا ما كان في البيت ولو ذهبا أو فضة كما سيأتي في الشكل. قالوا: والصالح له العمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب والفرس والدرع
***
[٣٨٢]
الحديد. فالقول في ذلك له مع يمينه، وما يصلح لها الخمار والدرع والاساورة وخواتم النساء والحلي والخلخال ونحوها فالقول لها فيها مع اليمين قالوا: إلا إذا كان الزوج يبيع ما يصلح لها فالقول له لتعارض الظاهرين، وكذا إذا كانت تبيع ما يصلح له لا يقبل قوله لما ذكرنا. وفي الخانية: ولو اختلفا في متاع النساء وأقاما البينة يقضى للزوج. أطلق الزوجين فشمل المسلمين والمسلم مع الذمية والحرين والمملوكين والمكاتبين كما في البدائع، والزوجين الكبيرين والصغيرين إذا كان الصغير يجامع كما في خزانة الاكمل، وأما إذا كان أحدهما حرا والآخر مملوكا فسيأتي. وشمل اختلافهما حال بقاء النكاح وما بعد الفرقة كما في الكافي، وما إذا كان البيت ملكا لهما أو لاحدهما خاصة كما في خزانة الاكمل لان العبرة لليد لا للملك، كذا في البدائع. وفي القنية من باب ما يتعلق بتجهيز البنات: افترقا وفي بيتها جارية نقلتها مع نفسها واستخدمتها سنة والزوج عالم به ساكت ثم ادعاها فالقول له لان يده قد كانت ثابتة ولم يوجد المزيل اه. وبه علم أن سكوت الزوج عند نقلها ما يصلح لهما لا يبطل دعواه وفي البدائع:
***
[٣٨٣]
هذا كله إذا لم تقر المرأة أن هذا المتاع اشتراه، فإن أقرت بذلك سقط قولها لانها أقرت بالملك لزوجها ثم ادعت الانتقال إليها فلا يثبت الانتقال إلا بالبينة اه. وكذا إذا ادعت أنها اشترته منه كما في الخانية، ولا يخفى أنه لو برهن على شرائه كان كإقرارها بشرائه منه فلا بد من بينة على الانتقال إليها منه بهبة أو نحو ذلك، ولا يكون استمتاعها بمشريه ورضاه بذلك دليلا على أنه ملكها ذلك كما تفهمه

النساء والعوام، وقد أفتيت بذلك مرارا. وقيد باختلاف الزوجين للاحتراز عن اختلاف نساء الزوج دونه فإن متاع النساء بينهن على السواء أن كن في بيت واحد، وإن كانت كل واحدة منهن في بيت على حدة فما في بيت كل امرأة بينها وبين زوجها على ما وصفنا ولا يشترك بعضهن مع بعض، كذا في خزانة الاكمل والخانية، وللاحتراز عن اختلاف الاب مع بنته في جهازها وقد بيناه في النكاح. وحاصله أن المفتى به أن العرف إن كان مستمرا أن الاب يجهزها ملكا لا عارية فالقول لها ولورثتها من بعدها، وإن كان العرف مشتركا كعرف مصر فالقول للاب ولورثته من بعده، وللاحتراز عن اختلاف الاب وابنه فيما في البيت. قال في الخزانة قال أبو يوسف: إذا كان الاب في عيال الابن في بيته فالمتاع كله للابن في بيت الاب وعياله فمتاع البيت للاب اهـ. ثم قال قال محمد: رجل زوج بنته وهي وختنه في داره وعياله ثم اختلفوا في متاع البيت فهو للاب لانه في بيته وفي يده ولهم ما عليهم من الثياب اهـ. وجزم في الخانية بما قاله أبو يوسف، وللاحتراز أيضا عن اسكافي وعطار اختلفا في آلة الاساكفة أو آلة العطارين وهي في أيديهما فإنه يقضى به بينهما ولا ينظر إلى ما يصلح لاحدهما لانه قد يتخذه لنفسه أو للبيع فلا يصلح مرجحا، وللاحتراز عما إذا اختلف المؤجر والمستأجر في متاع البيت فإن فالقول فيه للمستأجر لكون البيت مضافا إليه بالسكنى وهما في شرح الزيلعي، وللاحتراز عن اختلاف الزوجين في غير متاع البيت وكان في أيديهما فإنهما كالاجنبيين يقسم بينهما قوله: (وله فيما يصلح لهما) أي القول له في متاع يصلح للرجل وللمرأة لان المرأة وما في يدها في يد

***

[٣٨٤]

الزوج، والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر أقوى منه. ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف حال قيام النكاح أو بعدما وقعت الفرقة وما يصلح لهما الفرش والامتعة والاواني والرقيق والمنزل والعقار والمواشي والنقود كما في الكافي. وبه علم أن البيت للزوج إلا أن يكون لها بينة وعزاه في خزانة الاكمل إلى الامام الاعظم. وفي الخانية: ولو أقاما البينة يقضى ببينتها لانها خارجة معنى. وشمل كلام المؤلف ما إذا كانت المرأة في ليلة الزفاف وهو خلاف المتعارف في الفرش ونحوها ولهذا قال في خزانة الاكمل: لو ماتت المرأة في ليلتها التي زفت إليه في بيته لا يستحسن أن يجعل متاع الفرش وحلي النساء وما يليق بهن للزوج والطنافس والقماقم والاباريق والصناديق والفرش والخدم واللحف للنساء، وكذا ما يجهز مثلها إلا أن يكون الرجل معروفا بتجارة جنس منها فهو له اهـ. وبه علم أن أبا يوسف استثنى في حال موتها من كون ما يصلح لهما له ما إذا كان موتها ليلة الزفاف فكذا إذا اختلفا حال الحياة فيما يصلح لهما فالقول له إلا إذا كان الاختلاف ليلة الزفاف فالقول لها في الفرش ونحوها لجريان العرف غالبا من أن الفرش وما ذكر من الصناديق والخدم تأتي به المرأة، وينبغي اعتماده للفتوى إلا أن يوجد نص في حكمه ليلة الزفاف عن الامام بخلافه فيتبع. واعلم أن قاضيخان في الفتاوى جعل الصندوق مما يصلح لها فقط وينبغي أن يجعل مما يصلح لهما قوله: (فإن مات أحدهما فللحي) أي مات أحد الزوجين واختلف وارثه مع الحي فيما يصلح لهما لان اليد للحي دون الميت. قيد بكونهما زوجين للاحتراز عما إذا طلقها في المرض ومات الزوج بعد انقضاء العدة كان المشكل لوارث الزوج لانها صارت أجنبية لم يبق لها يد، وإن مات قبل انقضاء العدة كان المشكل للمرأة في قول أبي حنيفة لانها ترث فلم تكن أجنبية فكان هذا بمنزلة ما لو مات الزوج قبل الطلاق كما في الخانية. وفي خزانة الاكمل: ولو مات الزوج فقالت الورثة قد كان الزوج طلقك في حياته ثلاثا لم يصدقوا في حق الامتعة، والقول قولها مع يمينها بالله ما تعلم أنه طلقها ثلاثا في صحته أو مرضه وقد مات بعد انقضاء عدتها فما كان من متاع الرجال والنساء فهو لورثة الزوج، وإن مات في عدة المرأة فهو للمرأة كأنه لم يطلق اهـ. قوله: (ولو أحدهما مملوكا فللحر في الحياة وللحي في الموت) لان يد الحر أقوى ولا يد للميت نخلت يد الحر عن المعارض. أطلق المملوك فشمل المأذون والمكاتب وجعلاهما

***

[٣٨٥]

كالحر لان لهما يدا معتبرة. وفي خزانة الاكمل: وإن أعتقت الامة فاختارت نفسها فما في البيت قبل عتقها فهو للرجل، وما بعد العتق قبل أن تختار نفسها فهو على ما وصفنا في الطلاق اهـ. وفي مسألة اختلاف الزوجين تسعة أقوال مذكورة في الخانية اجمالا: الاول ما في الكتاب وهو قول الامام. الثاني قول أبي يوسف للمرأة جهاز مثلها والباقي للرجل يعني في المشكل في الحياة والموت. الثالث قول ابن

أبي ليلى المتاع كله له ولها ما عليها فقط. الرابع قول ابن معن وشريك هو بينهما. الخامس قول الحسن البصري كله لها وله ما عليه، السادس قول شريح البيت للمرأة. السابع قول محمد في المشكل للزوج في الطلاق والموت ووافق الامام فيما لا يشكل الثامن قول زفر المشكل بينهما. التاسع قول مالك الكل بينهما. هكذا حكى الاقوال في خزانة الاكمل. ولا يخفى أن التاسع هو الرابع. ثم اعلم أن هذا إذا لم يقع التنازع بينهما في الرق والحرية والنكاح وعدمه فإن وقع قال في الخانية: ولو كانت الدار في يد رجل وامرأة فأقامت المرأة البينة أن الدار لها وأن الرجل عبدها وأقام الرجل البينة أن الدار له والمرأة امرأته تزوجها بألف درهم ودفع إليها ولم يقم البينة أنه حر يقضى بالدار والرجل للمرأة، ولا نكاح بينهما لان المرأة أقامت البينة على رق الرجل والرجل لم يقم البينة على الحرية فيقضى بالرق، وإذا قضى بالرق بطلت بينة الرجل في الدار والنكاح ضرورة، وإن كان الرجل أقام البينة أنه حر الاصل والمسألة بحالها يقضى بحرية الرجل ونكاح المرأة، ويقضى بالدار للمرأة لانا لما قضينا بالنكاح صار الرجل في الدار صاحب يد والمرأة خارجة فيقضي بالدار لها كما لو اختلف الزوجان في دار في أيديهما كانت الدار للزوج في قولهما. ولو اختلفا في المتاع والنكاح فأقامت البينة أن المتاع لها وأنه عبدها وأقام أن المتاع له وأنه تزوجها بألف ونقدها فإنه يقضى به عبدا لها وبالمتاع أيضا لها، وإن برهن على أنه حر الاصل قضي له بالحرية وبالمرأة والمتاع إن كان متاع النساء، وإن كان مشكلا قضي بحريته وبالمرأة والمتاع لها اه. وأما مسألة اختلافهما في الغزل والقطن فمذكورة في الخانية عقب ما ذكرناه عنها تركتها طلبا للاختصار. ثم اعلم أن أصحابنا عملوا بالظاهر في مسائل منها: مسألة اختلافهما في متاع البيت فرجحوه فيما يصلح له وهي فيما يصلح لها عملا بالظاهر. وفي خزانة الاكمل من آخر الدعاوى قال ظاهر ثم قال في نوادر هشام عن محمد: رجل يعرف بالحاجة والفقر ليس ببيته إلا بورية ملقاة صار بيده غلام عرف باليسار وعلى عتق العبد بدرة فيها عشرون ألف دينار فادعاه رجل عرف باليسار وادعاه صاحب الدار فهو للذي عرف

***

[٣٨٦]

باليسار، وكذا كأس في منزل رجل وعلى عنق الكأس قطيفة فقال هي لي وادعاها صاحب المنزل أيضا فهي لصاحب المنزل. وفي نوادر معلى عن أبي يوسف: رجلان في سفينة فيها دقيق فادعى كل واحد السفينة وما فيها وأحدهما يعرف ببيع الدقيق والآخر يعرف بأنه ملاح معروف، فالدقيق للذي يعرف ببيعه والسفينة من يعرف أنه ملاح. وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: دخل رجل في منزل يعرف الداخل أنه مناد يبيع الذهب أو الفضة أو المتاع ومعه شئ من ذلك فادعياه فهو لمن يعرف ببيعه ولا يصدق رب المنزل، وإن لم يكن كذلك فالقول قول رب المنزل. وفي نوادر ابن رستم عن محمد: رجل خرج من دار إنسان على عنقه متاع رآه قوم وهو يعرف ببيع مثله من المتاع فقال صاحب الدار ذلك المتاع متاعي والحامل يدعيه فهو للذي يعرف به، وإن لم يعرف فهو لصاحب الدار. سفينة فيها راكب وآخر يتمسك وآخر يجذب وآخر يمدها وكلهم يدعونها فهي بين الراكب والممسك والجاذب أثلاثا ولا شئ للماد. رجل يقود قطارا من الابل ورجل راكب بعيرا منها فادعياها كلها ينظر، إن كان على الكل حمل الراكب ومتاعه فكلها للراكب والقائد أجيره، وإن لم يكن على الابل شئ فللراكب البعير الذي عليه، وما بقي فهو للقائد، أما لو كان بقرا أو غنما عليها رجلان أحدهما قائد والآخر سائق فهي للسائق إلا أن يقود شاة معه فيكون له تلك الشاة وحدها، هكذا في نوادر معلى اه. وفي الملتقط من الدعوى مسائل منها، وقد استنبط من فرع الغلام أن من شرط سماع الدعوى أن لا يكذب المدعي ظاهر حاله كما هو مصرح به في كتب الشافعية، فلو ادعى فقير ظاهر الفقر على رجل أموالا عظيمة قرضا أو ثمن مبيع لا تسمع فلا جواب لها. ثم رأيت ابن الغرس في الفوائد الفقهية في أطراف القضايا الحكمية صرح به والله أعلم. هل هو منقول أو قاله تفقها كما وقع لي فقال: ومن شروط صحة الدعوى أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت بأن لا يكون مستحيلا عقلا أو عادة فإن الدعوى والحال ما ذكر ظاهرة الكذب لان المستحيل العادي كالمستحيل العقلي. مثال المستحيل عادة دعوى من هو معروف بالفقر والحاجة وهو يأخذ الزكاة من الاغنياء على آخر أنه أقرضه مائة ألف دينار ذهبا نقدا دفعة واحدة، وأنه تصرف فيها لنفسه، وأنه يطالبه برد بدلها فمثل هذه الدعوى لا يلتفت إليها القاضي لخروجها مخرج الزور والفجور ولا يسأل من المدعى عليه عن جوابها اه. قلت: اللهم إلا إذا ادعى أنه غصب له مالا عظيما كان ورثه من مورثه المعروف بالغنى فحينئذ تسمع. ثم قال ابن الغرس وفي المبسوط: رجل ترك الدعوى ثلاثة وثلاثين سنة ولم يكن

له مانع من الدعوى ثم ادعى لم تسمع دعواه لان ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهرا اهـ. وقدمنا عنهم أن من القضاء الباطل القضاء بسقوط الحق بمضي سنين لكن ما في المبسوط لا يخالفه فإنه ليس فيه قضاء بالسقوط وإنما فيه عدم سماعها، وقد كثر السؤال بالقاهرة عن ذلك مع ورود النهي

***

[٣٨٧]

من السلطان أيده الله بعدم سماع حادثة لها خمسة عشر، وقد أفتيت بعدم سماعها عملا بنهيه اعتمادا على ما في خزانة المفتين والله أعلم.

فصل يعني في دفع الدعوى قوله: (قال المدعى عليه هذا الشئ أودعنيه أو آجرنيه أو أعارنيه فلان الغائب أو رهنه أو غصبته منه وبرهن عليه دفعت خصومة المدعي) لانه أثبت ببينة أن يده ليست بيد خصومة وهذه مخمسة كتاب الدعوى لان صورها خمس: وديعة وإجارة وإعارة ورهن وغصب، أو لان فيها خمسة أقوال للعلماء: الاول ما في الكتاب وهو قول أبي حنيفة. الثاني قول أبي يوسف واختاره في المختار أن المدعى عليه إن كان صالحا فكما قال الامام، وإن كان معروفا بالحيل لم تندفع عنه لان قد يدفع ماله إلى مسافر يودعه إياه ويشهد فيحتال لابطال حق غيره، فإذا اتهمه به القاضي لا يقبله. الثالث قول محمد إن الشهود إذا قالوا نعرفه بوجهه فقط لا تندفع فعنده لا بد من معرفته بالوجه والاسم والنسب. وفي البزازية: وتعويل الائمة على قول محمد. وفي العمادية: لو قالوا نعرفه باسمه ونسبه لا بوجهه لم يذكره محمد في شئ من الكتب وفيه قولان. وعند الامام لا بد أن يقولوا نعرفه باسمه ونسبه وتكفي معرفة الوجه، واتفقوا على أنهم لو قالوا أودعه رجل لا نعرفه لم تندفع. الرابع قول ابن شبرمة إنها لا تندفع عنه مطلقا لانه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه. قلنا: مقتضى البينة شيئان: ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت، ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة وإقامة البينة على الطلاق. الخامس قول ابن أبي ليلى تندفع بدون بينة لاقراره بالملك للغائب، وقلنا صار خصما بظاهر يده فهو بإقراره يريد أن يحول مستحقا على نفسه فلا يصدق إلا بالحجة كما لو ادعى تحول الدين من ذمته إلى ذمة غيره، ولم يذكر المؤلف رحمه الله صورة دعوى المدعي وأراد بها أن المدعي ادعى ملكا مطلقا في العين ولم يدع على ذي اليد فعلا بدليل ما سيأتي من المسائل المقابلة لهذه. وحاصل جواب المدعى عليه أنه ادعى أن يده يد أمانة أو مضمونة والملك للغير ولم يذكر برهان المدعي ولا بد منه لما عرف أن الخارج هو المطالب بالبرهان ولا يحتاج المدعى

***

[٣٨٨]

عليه إلى الدفع قبله. وحاصله أن المدعي لما ادعى الملك المطلق فيما في يد المدعى عليه أنكره فطلب من المدعي البرهان فأقامه ولم يقض القاضي به حتى دفعه المدعى عليه بما ذكر وبرهن على الدفع. وبما قررناه علم أن الصور لا تنحصر في الخمس فكذا الحكم لو قال وكلني صاحبه بحفظه كما في المبسوط، وكذا الحكم لو قال أسكنني فيها فلان الغائب كما في الخلاصة، وكذا الحكم لو قال سرقته منه أو أخذته منه أو ضل منه فوجدته كما في الخلاصة، والاولان راجعان إلى الامانة، والثلاثة الاخيرة إلى الضمان إن لم يشهد في الاخيرة وإلا فإلى الامانة، فالصور عشر. وبه علم أن الصور لم تنحصر في الخمس فالاولى أن تفسر الخمسة بالثاني. وفي البزازية: ويلحق بها دعوى كونها مزارعة بأن ادعى عليه أرضا فبرهن على أنها في يده بالمزارعة من فلان بن فلان الفلاني الغائب، وتلحق المزارعة بالاجارة أو الوديعة فلا يزداد على الخمس، نص على ذلك في كتاب الدعوى والبينات اهـ. وهو ذهول عما ذكرناه. وأطلق في قوله هذا الشئ فشمل المنقول والعقار كما في البزازية. وظاهر قوله هذا الشئ أنه قائم لان الاشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود في الخارج فمهومه أنه لا تندفع لو كان المدعي هالكا وبه صرح في العناية أخذا من خزانة الاكمل فقال: عبد هلك في يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده وأقام الذي مات في يده أنه أودعه فلان أو غصبه أو آجره لم يقبل وهو خصم فإنه يدعي إيداع الدين عليه وإيداع الدين لا يمكن، ثم إذا حضر الغائب وصدقه في الايداع والاجارة والرهن رجع عليه بما ضمن للمدعي، أما لو كان غصبا لم يرجع، وكذا في العارية والاباق مثل الهلاك ههنا، فإن عاد العبد يوما يكون عبدا لمن استقر عليه الضمان. جارية في يده ذهبت عينها فأقام رجل البينة أنها له وطلب أرش العين وأخذ الجارية وأقام ذو اليد البينة على الوديعة وغيرها فلا خصومة بينهما، ولو كان ولدت ثم ماتت والمسألة بحالها جعله القاضي خصما في حق القيمة ولا يقضى بالولد ويقف فيه ويجعله تبعا للام بخلاف الارش. أمة في يد رجل قتلها عبد خطأ وذو

اليد زعم أنها وديعة لفلان عندي يقال لمولى العبد افده أو ادفعه، فإن دفعه ثم جاء رجل وأقام البينة أن الجارية كانت له وأقام ذو اليد بينة على الايداع وغيره على ما ذكرنا فإنه يقال للمدعي إن طلبت العبد فلا حق لك، وإن طلبت القيمة قضينا بها عليه لك، فإن اختار القيمة وأخذها منه ثم حضر الغائب وصدق المقر فإنه يرجع عليه بما ضمن لا في الغصب والعارية، وإن أنكر الغائب فله أن
***
[٣٨٩]
يحلفه أو يقيم عليه البينة في فصل الوديعة والاجارة والرهن، فإن حلف لم يرجع قطعا ومع القتل لا خصومة بينهما لا في الرقبة ولا في الارش حتى يح المالك اه. وظاهر قوله أودعنيه وما بعده يفيد أنه لا بد من دعوى إيداع الكل وليس كذلك لما في الاختيار أنه لو قال النصف لي والنصف وديعة عندي لفلان وأقام بينة على ذلك اندفعت في الكل لتعذر التمييز اه. وأفاد بقوله فلان أنه عينه باسمه وقدمنا أنه لو قال أودعنيه رجل لا أعرفه لم تندفع فلا بد من تعيين الغائب في الدفع والشهادة، فلو ادعاه من مجهول وشهدا بمعين أو عكسه لم تندفع، وقدمنا أن معرفة الشهود الغائب بوجهه فقط كافية عند الامام خلافا لمحمد. وفي البزازية: لو قال الشهود أودعه من نعرفه بالطرق الثلاث لكن لا نقوله ولا نشهد به تندفع، ومقتضاه أن المدعى عليه لو أجاب بذلك لا يكفي، وكذا لو قال أعرفه إلا أني نسيته. ومحل الاختلاف بينهما وبين محمد إنما هو فيما إذا ادعاه الخصم من معين بالاسم والنسب فشهدا بمجهول لكن قالا نعرفه بوجهه، أما لو ادعاه من مجهول لم تقبل الشهادة إجماعا وهو الصحيح، كذا في شرح أدب القضاء للخصاف. وفي خزانة الاكمل والخانية: ولو أقر المدعي أن رجلا دفعه إليه أو شهدوا على إقراره بذلك فلا خصومة بينهما. وأطلق في الغائب فشمل ما إذا كان بعيدا معروفا يتعذر الوصول إليه أو قريبا كما في الخلاصة والبزازية. وظاهر قوله وبرهن عليه أنه لا بد من البرهان على ما ادعاه مطابقة. وفي خزانة الاكمل: لو شهدوا أن فلانا دفعه إليه ولا ندري لمن هو فلا خصومة بينهما اه. وبه علم أنه لا تشترط المطابقة لعين ما ادعاه. وأشار بقوله وبرهن عليه أي على ما قاله إلى أنه لو برهن على إقرار المدعي أنه لفلان ولم يزيدوا فالخصومة بينهما قائمة كما في خزانة الاكمل والفصول. ومعنى قوله دفعت خصومة المدعي دفعها القاضي أي حكم بدفعها فأفاد أنه لو أعاد المدعي الدعوى عند قاض آخر لا يحتاج المدعى عليه إلى إعادة الدفع بل يثبت حكم القاضي الاول كما صرحوا به. وأراد بالبرهان وجود حجة على ما قال سواء كانت بينة أو علم القاضي أو إقرار المدعي كما في الخلاصة: ولو علم القاضي أنها لرجل ثم وجدها في يد آخر فقال الاول إنها لي وأقام صاحب اليد بينة على الوديعة فلا خصومة بينهما، وكذا إذا علم القاضي إيداع هذا الآخر كما علم ملك الاول أقره في يده، أما لو
***
[٣٩٠]
علم القاضي أن الغائب غصبها من هذا الذي كانت له ثم أودعها هذا أخذها وردها فإن علمه بمنزلة البينة اه. ولو لم يبرهن المدعى عليه وطلب يمين المدعي استحلفه القاضي، فإن حلف على العلم كان خصما، وإن نكل فلا خصومة كما في خزانة الاكمل. وظاهر قوله دفعت أن المدعى عليه لا يحلف المدعي أنه لا يلزمه تسليمه إليه ولم أره الآن. وأطلق في اندفاعها فيما ذكر فشمل ما إذا صدق ذو اليد على دعوى الملك ثم دفعه بما ذكر فإنها تندفع كما في البزازية. وفي البزازية: وإن ادعى ذو اليد الوديعة ولم يبرهن عليها وأراد أن يحلف أن الغائب أودعه عنده يحلف الحاكم المدعى عليه بالله تعالى لقد أودعها إليه على البتات لا على العلم لانه وإن كان فعل الغير لكن تمامه به وهو القبول، وإن طلب المدعى عليه يمين المدعي فعلى العلم بالله ما يعلم إيداع فلان عنده لانه فعل الغير ولا تعلق له به. وفي الذخيرة: لا يحلف ذو اليد على الايداع لانه يدعي الايداع ولا حلف على المدعي، ولو حلف أيضا لا يندفع ولكن له أن يحلف المدعي على عدم العلم اه. وقيدنا بكون المدعي ادعاه ملكا مطلقا يعني فقط للاحتراز عما إذا ادعى عبدا أنه ملكه وأعتقه فدفعه المدعى عليه بما ذكرو برهنا فإنه لا تندفع ويقضى بالعتق على ذي اليد، فإن جاء الغائب وادعى أنه عبده وأنه أعتقه يقضى به، فلو ادعى آخر أنه عبده لم يسمع، وكذا في الاستيلاد والتدبير. ولو أقام العبد بينة أن فلانا أعتقه وهو يملكه فبرهن ذو اليد على إيداع فلان الغائب بعينه يقبل وبطلت بينة العبد فإذا حضر الغائب قيل للعبد أعد البينة عليه، فإن أقامها قضينا بعتقه وإلا رد عليه. ولو قال العبد أنا حر الاصل قبل قوله، ولو برهن ذو اليد على الايداع، ولا ينافيه دعوى حرية الاصل فإن الحر قد يودع، وكذا الاجارة والاعارة. وأما في

الرهن قال بعضهم الحر قد يرهن، وقال بعضهم لا يرهن فتعتبر العادة، كذا في خزانة الاكمل. ولم أر حكم ما إذا ادعى
***
[٣٩١]
أن الدار وقف عليه فدفعه ذوا اليد بما ذكر، ومقتضى قولهم أن دعوى الوقف من قبيل دعوى الملك المطلق أن تندفع إذا برهن. وقيدنا بكون القاضي لم يقض ببينة المدعي لان القاضي لو قضى ببينة المدعي ثم برهن ذو اليد على ما ذكر لم تسمع، كذا في خزانة الاكمل والفصول. وسواء كان بعد دعوى الايداع قبل البرهان أو قبل دعواه كما في البزازية. وقيد بكون المدعى عليه اقتصر على الدفع بما ذكر للاحتراز عما إذا زاد وقال كانت داري بعتها من فلان وقبضها ثم أودعنيها أو ذكر هبة وقبضا لم تندفع إلا أن يقر المدعي بذلك أو يعلمه القاضي، ولو ادعى المدعي ثم قاما إلى إحضار البينة فقال المدعى عليه إني وهبتها من فلان فسلمتها إليه ثم أودعنيها وغاب لم يسمع، وكذا في البيع إلا أن يقر المدعي أو يعلم القاضي، فلو برهن المدعي ثم صنع المدعى عليه بيعا أو هبة قبل القضاء لم تندفع، سواء أقر به المدعي أو علمه القاضي أو قامت به بينة، كذا في خزانة الاكمل. ثم اعلم أنه في المسائل الخمسة لو شهدوا أنها لفلان الغائب فقط لم تقبل، ولو شهدوا على إقرار المدعي أنه لفلان الغائب اندفعت كما في البزازية. وأفاد المؤلف بجواب المدعى عليه أنه لو أجاب بأنها ليست لي أو هي لفلان ولم يزد لا يكون دفعا. ولم يذكر المؤلف دفع الدفع فلو برهنا على ما ادعياه فدفعه المدعي بأنه ملكه غصبه منه تسمع دعواه ولا تندفع الخصومة كما في الخلاصة، وفي الاختيار: لو قال المدعي أودعنيها ثم وهبها منك أو باعها وأنكر يستحلفه القاضي أنه ما
***
[٣٩٢]
وهبها منه ولا باعها له، فإن نكل صار خصما لانه أقر أن يده يد ملك فكان خصما اه. وفي البزازية: الدفع الصحيح للدعوى الفاسدة التي اتفقت الائمة على فسادها صحيح في الاصح، وقيل الدفع أيضا فاسد لانه مبني على فاسد والبناء على الفاسد فاسد، وكما يصح الدفع قبل البرهان يصح بعد إقامته أيضا، وكذا يصح قبل الحكم كما يصح بعده، ودفع الدفع ودفعه وإن كثر صحيح في المختار، وقيل لا يسمع بعد ثلاث بأن ادعى الملك المطلق فقال اشتريته منك فدفعه قائلا بالاقالة فدفع قائلا بأنك أقررت ما اشتريته مني يسمع في المختار كما لو كان الشهود عدولا والدفع من غير المدعى عليه لا يسمع ودفع أحد الورثة يسمع، وإن ادعى على غيره لقيام بعضهم مقام الكل حتى لو ادعى مدع على أحد الورثة دارا فبرهن الوارث الآخر أن المدعي أقر بكونه مبطلا في الدعوى يسمع اه. فإن قلت: ما فائدة دفع الدعوى الفاسدة مع أن القاضي لا يسمعها قلت: تفقها ولم أره فائدته لو ادعاها على وجه الصحة كان الدفع الاول كافيا. ثم اعلم أن قولهم أن الدفع بعد الحكم صحيح مخالف لما قدمناه من أن القاضي لو قضى للمدعي قبل الدفع ثم دفع بالايداع ونحوه فإنه لا يقبل إلا أن يخص من الكلي فافهم. ولم يذكر المؤلف حكم جواب الغائب إذا حضر وفي الخانية: فإن حضر فلان وسلم المدعى عليه الدار إليه فأعاد المدعي الاول دعواه على المقر له فأجاب أنها وديعة عنده لفلان آخر تقبل بينته وتندفع عنه خصومة المدعي اه. وفي البزازية: لو لم يبرهن المدعى عليه وبرهن الطالب وحكم له به ثم حضر الغائب وادعى بأنه ملكه إن أطلق الملك تقبل، وإن قال بالشراء من المدعى عليه المقضي عليه لا لان القضاء على ذي اليد بالبينة بعد دعوى الملك المطلق قضاء على كل من تلقى الملك إليه منه فكان المشتري مقضيا عليه، وإن حضر قبل الحكم وبرهن على مطلق الملك فهما كخارجين برهنا على الملك المطلق. ثم اعلم أن مسألة الرهن من المسائل الخمسة تصلح حيلة لاثبات الرهن في غيبة الراهن كما في حيل الولوالجية. ثم اعلم أن القاضي في هذه المسائل لو لم يسمع دفع ذي اليد وقضى ببينة المدعي كان قضاء على غائب، وقدمنا أن في نفاذه روايتين فليكن هذا على ذكر منك، ولم أر من نبه عليه، وفي العباب للشافعية أنه حكم على غائب ويحلف على بقاء ملكه اه.
***
[٣٩٣]
قوله: (وإن قال ابتعته من الغائب أو قال المدعي غصبته أو سرق مني وقال ذو اليد أودعنيه فلان وبرهن عليه لا) أي لا تندفع بيان للمسألتين، وحاصل أن المدعي ادعى في العين ملكا مطلقا وأنكره المدعى عليه فبرهن المدعي على الملك فدفعه ذو اليد بأنه اشتراها من

فلان الغائب وبرهن عليه لم تندفع عنه الخصومة يعني فيقضي القاضي ببرهان المدعي لانه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما فالضمير في قال عائد على المدعى عليه. وفي البزازية وذكر الوتار: قال في غير مجلس الحاكم إنه ملكي ثم قال في مجلسه إنه وديعة عندي أو رهن عندي من فلان يندفع إذا برهن على ما ذكره، ولو برهن عليه المدعي أنه أقر بكونه ملكا له في غير مجلس الحاكم يجعله خصما ويحكم عليه بسبق إقراره ويمنع من الدفع ا ه. وبه علم أن دعوى الشراء عن الغائب مثال، والمراد أن ذا اليد ادعى ملكا لنفسه، سواء أطلقه أو قيده بشراء وهبة مع قبض أو صدقة كذلك. وأطلق في الشراء فشمل الفاسد مع القبض كما في أدب القضاء للخصاف، ولهذا قال في البزازية أيضا: لو قال إنه ملكي ثم برهن على الوديعة لا يسمع اهـ. وأشار المؤلف بهذه المسألة إلى ما في البزازية في يده دار زعم شراءها من فلان الغائب أو صدقة مقبوضة أو هبة كذلك منذ شهر أو أمس وبرهن أولا وبرهن آخرا أن هذا الغائب رهنها منه منذ شهر أو آجرها منه أو أعارها منه وقبضها وبرهن، يحكم بها للمستأجر والمستعير والمرتهن ولا تندفع الخصومة عن ذي اليد، ثم ذو اليد بالخيار إن شاء سلم إلى المدعي وتربص إلى انقضاء المدة أو فك الرهن، وإن شاء نقض البيع. وإن اختار

***

[٣٩٤]

عدم النقض فأدى البائع الدين وفك الرهن قبل قبضه ثم البيع، وإن كان المدعي برهن أن الدار له أعارها أو أجرها أو رهنها من الغائب أو اشتراها الغائب منه ولم ينقد الثمن قبل أن يشتريها منه ذو اليد يقضى بها للمدعي في الوجوه كلها. أما في الاعارة فلعدم اللزوم، وأما في الاجارة فلانه عذر في الفسخ لانه يريد إزالتها عن ملكه. وأما في الشراء فلان له حق الاسترداد لاستيفاء الثمن، فإن دفع الحاكم الدار إلى المدعي فإن كان أجرها ولم يقبض الاجرة أخذ منه كفيلا بالنفس إلى انقضاء المدة، وإن كان قبض الاجرة أو كان ادعى رهنا لا يدفع إلى المدعي ويضعها على يد عدل ا ه. وبه علم أن دعوى الرهن أو الاجارة أو الاعارة من الغائب كدعوى الملك المطلق على ذي اليد. وقيد بدعوى الشراء من الغائب من غير أن يدعي أن المدعي باعها من الغائب، فلو ادعى ذو اليد أن المدعي باع العين من الغائب ففيه اختلاف قال في القنية: ادعى عليه عبدا وأثبته بالبينة فأقام المدعى عليه البينة أنك بعته من فلان الغائب فعلى ما عليه إشارات الجامع والزيادات لا تقبل، وذكر الناطفي في أجناسه أنها تقبل وتندفع الدعوى، ثم إذا قبلت فإن لم يدع تلقي الملك من المشتري فأولى أن تقبل إذا ادعاه ا ه. وفيها قبله: ادعى عليه دارا أنها ملكه وأثبته بالبينة ثم أقام المدعي عليه بينة أن المدعي باعها من زوجته وباعتها هي مني تسمع ا ه. وإذا لم تندفع في المسألة الاولى وأقام الخارج البينة فقضى له ثم جاء المقر له الغائب وبرهن تقبل بينته لان الغائب لم يصر مقضيا عليه وانما قضى على ذي اليد خاصة، ذكره الشارح. وحاصل الثانية أن المدعي ادعى فعلا على ذي اليد فدفعه الايداع من الغائب وبرهن فإنها لا تندفع لانه إنما صار خصما بدعوى الفعل عليه إلا بيده بخلاف عوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا تصح دعواه على غير ذي اليد وتصح دعوى الفعل. وقد بنى فعل الغصب للفاعل وفعل السرقة للمفعول نخرج ما إذا بني الاول للمفعول بأن قال غصب مني كما في البزازية. وانما قيد في السرقة للمفعول ليعلم حكم ما إذا بناه للفاعل بالاولى وهو اتفاق وفي المبني للمفعول الاختلاف فقال محمد: هو كبناء فعل الغصب للفاعل وهو القياس، واستحسنا وجعلاه من دعوى الفعل عليه لان في ذكر الفاعل إشاعة الفاحشة بخلاف الغصب. ولو ادعاه بالمصدر لم يذكره الشارحون. وفي البزازية: ادعى أنه ملكه وفي يده غصب وبرهن ذو اليد على الايداع قيل تندفع لعدم دعوى الفعل عليه، والصحيح أنه لا تندفع ا ه. وأراد بالبرهان إقامة البينة نخرج الاقرار لما في البزازية معزيا إلى الذخيرة: من

***

[٣٩٥]

صار خصما لدعوى الفعل عليه إن برهن على إقرار المدعي بإبداع الغائب منه تندفع، وإن لم تندفع بإقامة البينة على الايداع لثبوت إقرار المدعي أن يده ليست يد خصومة ا ه. وذكر الغصب والسرقة تمثيل والمراد دعوى فعل عليه، فلو قال المدعي أودعتك إياه أو اشتريته منك وبرهن ذو اليد كما ذكرنا على وجه لا يفيد ملك الرقبة له لا تندفع، كذا في البزازية. ولو قال المدعي ملكي وفي يده بغير حق لا يكون دعوى الغصب فتندفع لو برهن على الايداع بالطريق المذكور، كذا في البزازية أيضا. وقيد بدعوى الفعل على ذي اليد للاحتراز عن دعواه على غيره فدفعه ذو اليد بواحد مما ذكرناه وبرهن فإنها تندفع كدعوى الملك المطلق كما في البزازية. وذكر الشارح:

لو ادعى أنه اشتراها من ذي اليد وقبضها ونقد الثمن وأقام ذو اليد البينة أن فلانا أودعها إياه اندفعت الخصومة، وإن ادعى على ذي اليد فعلا لان المدعي عقد استوفى أحكامه فصار كالعدم فكان كدعوى ملك مطلق حتى لو لم يشهدوا على قبضه لم تندفع ا هـ. ولم يذكر في الخلاصة نقد الثمن وإنما ذكر الشراء مع القبض. وفي البزازية بعد ما ذكر أنه مع القبض كدعوى ملك مطلق قال: وجماعة من مشايخنا قالوا: لا تندفع أيضا لان دعوى الشراء بقي معتبرا ولهذا لا يحكم القاضي بالزوائد المنفصلة ولا يكون للباعة أن يرجع بعضهم على بعض، ولو كان كدعوى الملك المطلق لكان الامر بخلافه ا هـ. والظاهر ما عليه هؤلاء لاطلاق المتون الشراء. وأفاد المؤلف رحمه الله بما ذكره من دعوى الفعل ودفعها أن المدعى عليه بعد دعوى الفعل عليه لا يقدر على التحويل إلى غيره، فلو دفع بأنه لابنه الصغير بعد دعوى الغصب عليه لم تندفع كما في البزازية، أو دفع بإنه ملك والده أودعه عنده كما في الخانية. قوله: (وإن قال المدعي ابتعته من فلان وقال ذو اليد أودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة) أي بغير برهان. وحاصلها أن المدعي ادعى الملك بسبب من جهة الغائب فدفعه ذو اليد بأن يده من الغائب فقد اتفقا على أن أصل الملك فيه للغائب فيكون وصولها إلى يد ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم المدعي بينة أن فلانا وكله بقبضه لانه أثبت ببينته كونه أحق بإمساكها، ولو صدقه ذو اليد في شرائه منه لا يأمره القاضي بالتسليم إليه حتى لا يكون قضاء على الغائب بإقراره وهي عجيبة. قيد بتلقي اليد من الغائب للاحتراز عما إذا قال ذو اليد أودعينه وكيل فلان ذلك لم تندفع إلا ببينة لانه لم يثبت تلقي اليد ممن

***

[٣٩٦]

اشترى هو منه لانكار ذي اليد، ولا من جهة وكيله لانكار المدعي، وكذا لو ثبت بالبينة أنه دفعها إلى الوكيل ولم يشهدوا أن الموكل دفعها إلى ذي اليد، ذكره الشارح. وظاهر قوله سقطت السقوط بلا بينة ويمين. وفي البناية: ولو طلب المدعي يمينه على الايداع يحلف على البتات ا هـ. وتقييد المؤلف بدعوى الشراء من الغائب اتفاقي ففي البزازية معزيا إلى الذخيرة: ادعى أنه له غصبه منه فلان الغائب وبرهن عليه وزعم ذو اليد أن هذا الغائب أودعه عنده تندفع لاتفاقهما على وصول العين من غيره وأن صاحب اليد ذلك الرجل بخلاف ما لو كان مكان دعوى الغصب دعوى السرقة فإنه لا يندفع بزعم ذي اليد إيداع ذلك الغائب في الاستحسان ا هـ. وقد سئلت بعد تأليف هذا المحل بيوم عن رجل أخذ متاع أخته من بيتها ورهنه وغاب فادعت الاخت به على ذي اليد فأجابه بالرهن، فأجبت إن ادعت المرأة غصب أخيها وبرهن ذو اليد على الرهن اندفعت، وإن ادعت السرقة لا. وفي البزازية قبله معزيا إلى الذخيرة أيضا: برهن على أنه وديعة عنده من جهة الميت الذي يدعي الوصية منه أو من غصبه منه فلا خصومة بينهما لانهما تصادقا على وصول المال من جهة الميت إما غصب وإما أمانة فلا تكون يده يد الخصومة في حق من يدعي تلقي الملك منه، وفرق بين الوصية والوراثة فلو برهن في دعوى الوراثة أنه وديعة عنده من قبل المورث الذي يدعي منه الوارثة لا يندفع، في دعوى الوصية كما ذكرنا يندفع حتى يحضر الوارث أو الوصي ا هـ. وقيدنا باتحاد الغائب لانه لو ادعى الشراء من فلان الغائب المالك وبرهن ذو اليد على إيداع غائب آخر منه لا تندفع كما لو ادعى الايداع من غير الوصي أو الغصب منه فإنه خصم إلا أن يبرهن على مقاله. وقال البلخي: لا تندفع وإن برهن كمسألة الشراء، كذا في البزازية والله أعلم بالصواب.

***

[٣٩٧]

باب دعوى الرجلين لما فرغ من بيان دعوى الواحد ذكر دعوى ما زاد عليه قوله: (برهنا على ما في يد واحد آخر قضى لهما) لحديث تميم بن طرفة أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة أقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين. وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ، ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما يحتمل الوجوه بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما أمكن وقد أمكن بالتنصيف إذ المحل يقبله، وإنما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق. والضمير في قوله برهنا عائد على الرجلين أي الخارجين بقرينة على ما في يد أخر، والمعنى على ملك ما في يد الآخر فالكلام في دعوى الخارجين الملك المطلق نخرج ما إذا ادعيا ملكا بسبب معين أو مقيد بتاريخ وسيأتي. ومن هذا القبيل ما في منية المفتي: أقاما بينة على عبد في يد رجل أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما ا هـ. وأطلقهما فشمل ما إذا ادعيا الوقف في يد ثالث فيقضى

بالعقار نصفين لكل وقف النصف وهو من قبيل دعوى الملك المطلق باعتبار ملك الواقف ولهذا قال في القنية: دار في يد رجل أقام رجل عليه بينة أنها وقفت عليه وأقام قيم المسجد بينة أنها وقف المسجد، فإن أرخا فهي للسابق منهما، وإن لم يؤرخا فهي بينهما نصفان ا هـ. ولا فرق في ذلك بين أن يدعي ذو اليد الملك فيها أو الوقف على جهة أخرى. والحاصل أن دعوى الوقف من قبيل دعوى الملك المطلق ولهذا لو ادعى وقفية ما في يد آخر وبرهن فدفعه ذو اليد بأنه مودع فلان ونحوه وبرهن فإنها تندفع خصومة المدعي كما في الاسعاف، فدعوى الوقف داخل في المسألة المخمسة، وكما يقسم الدار بين الواقفين كذلك لو برهن كل على أن الواقف جعل له الغلة ولا مرجح فإنها تكون بينهما نصفين لما في الاسعاف من باب إقرار الصحيح بأرض في يده أنها وقف لو شهد اثنان على إقرار رجل بأن أرضه وقف على زيد ونسله وشهد آخران على إقراره بأنها وقف على عمرو ونسله تكون وقفا على الاسبق وقتا إن علم، وإن لم يعلم أو ذكروا وقتا واحدا تكون الغلة بين الفريقين إنصافا، ومن مات من ولد زيد فنصيبه لمن بقي منهم وكذلك حكم أولاد عمرو، وإذا انقرض أحد الفريقين رجعت إلى الفريق الباقي لزوال المزاحم ا هـ. وقيد بالبرهان منهما إذ لو برهن أحدهما فقط فإنه يقضى له

***

[٣٩٨]

بالكل فلو برهن الخارج الآخر يقضى له بالكل لان المقضي له صار ذا يد بالقضاء له، وإن لم تكن العين في يده حقيقة فتقدم بينة الخارج الآخر عليه كما سنذكره قريبا في دعوى الرجلين النكاح. ولو لم يبرهنا حلف صاحب اليد فإن حلف لهما تترك في يده قضاء ترك لا قضاء استحقاق حتى لو أقام البينة بعد ذلك يقضى بها، وإن نكل لهما جميعا يقضى به بينهما نصفين ثم بعده إذا أقام صاحب اليد البينة أنه ملكه لا تقبل. وكذا إذا ادعى أحد المستحقين على صاحبه وأقام بينة أنها ملكه لا تقبل لكونه صار مقضيا عليه، كذا في النهاية. ومن أهم مسائل هذا الباب معرفة الخارج من ذي اليد. وفي جامع الفصولين: ادعى كل أنه في يده فلو برهن أحدهما يقبل ويكون الآخر خارجا، ولولا بينة لهما لا يحلف واحد منهما، ولو برهن أحدهما على اليد وحكم بيده ثم برهن على الملك لا تقبل إذ بينة ذي اليد على الملك لا تقبل. أخذ عينا من يد آخر وقال إني أخذته من يده لانه كان ملكي وبرهن على ذلك تقبل لانه وإن كان ذا يد بحكم الحال لكنه لما أقر بقبضه منه فقد أقر أن ذا اليد في الحقيقة هو الخارج. ولو غصب أرضا وزرعها فادعى رجل أنها له وغصبها منه، فلو برهن على غصبه وإحداث يده يكون هو ذا يد والزارع خارجا، ولو لم يثبت إحداث يده فالزارع ذو يد والمدعي هو الخارج. بيده عقار أحدث الآخر عليه يده لا يصير به ذا يد، فلو ادعى عليه أنك أحدثت اليد وكان بيدي فأنكر يحلف ا هـ. وبه علم أن اليد الظاهرة لا اعتبار بها. ثم اعلم أنه قال في العمادية: اعلم أن الرجلين إذا ادعيا عينا وبرهنا فلا يخلو إما أن يدعيا ملكا مطلقا وارثا أو شراء، وكل قسم على ثلاثة إما أن يكون المدعي في يد ثالث أو في يدهما أو في يد أحدهما، وكل وجه على أربعة أقسام لانه إما أن لا يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق أو أرخ أحدهما لا الآخر وجملة ذلك ستة وثلاثون فصلا ا هـ. أقول: إن هذا التقسيم ليس بحاصر، والصواب أن يقال: إذا ادعيا عينا فإما أن يدعيا ملكا مطلقا أو ملكا بسبب متحد قابل للتكرار أو غير قابل له، أو مختلف أحدهما أقوى من الآخر، أو مستويان من واحد أو من متعدد، أو يدعي أحدهما الملك المطلق والآخر الملك بسبب، أو أحدهما ما يتكرر والآخر ما يتكرر فهي تسعة. وكل منهما إما أن يبرهن أو يبرهن أحدهما فقط، أو لا برهان لواحد منهما ولا مرجح أو لاحدهما مرجح فهي أربعة صارت اثنين وثلاثين. وكل منها إما أن يكون المدعي في يد ثالث أو في يدهما أو في يد أحدهما فهي أربعة

***

[٣٩٩]

صارت مائة وثمانية وعشرين. وكل منها على أربعة أما إذا لم يؤرخا أو أرخا واستويا أو سبق أحدهما أو أرخ أحدهما صارت خمسمائة واثني عشر. قوله: (وعلى نكاح امرأة سقطا) أي لو برهنا على نكاح امرأة تهاتر التعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك، وإذا تهاترا فرق القاضي بينهما حيث لا مرجح كما في القنية. وإذا تهاترا وكان قبل الدخول فلا شئ على كل واحد منهما، كذا في منية المفتي. أطلقه وهو مقيد بحياتهم أي المدعيين والمرأة، أما لو برهنا عليه بعد موتها ولم يؤرخا أو أرخا واستوى تاريخهما فإنه يقضى بالنكاح بينهما وعلى كل واحد منهما نصف المهر، وهما يرثان ميراث زوج واحد، فإن جاءت بولد يثبت النسب منهما ويرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل، وهما يرثان من الابن ميراث أب واحد كما في الخلاصة. وفي منية المفتي: ولا يعتبر فيه الاقرار واليد فإن سبق تاريخ

أحدهما يقضى له، ولو ادعيا نكاحها وبرهنا ولا مرجح ثم ماتا فإن لها نصف المهر ونصف الميراث من كل واحد منهما، ولو ماتت قبل الدخول فعلى كل واحد منهما نصف المسمى، ولو مات أحدهما فقالت المرأة هو الاول لها المهر والميراث، كذا في الظهيرية. وأطلق في النكاح فشمل ما إذا برهن أحدهما على العقد والآخر على إقرارها به فلا ترجيح لكن بعد التهاتر لو برهن أحدهما على إقرارها بالنكاح يحكم له كما لو عاينا اعترافها لاحدهما به بعد التهاتر، كذا في الظهيرية. وفي العباب للشافعية: وترجح بينة العقد على بينة إقرارها كبينة غصب على بينة إقرار ا ه. ولم أر الآن المشبه به عندنا. وفي منية المفتي: ادعيا نكاح امرأة فأقرت لاحدهما ثم أقاما البينة لا يقضى لاحدهما كما لو لم تقر ا ه. وفي الهداية: إذا أقرت لاحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما، فإن أقام الآخر البينة قضى بها لان البينة أقوى من الاقرار ا ه. وقيد ببرهانهما معا لانه لو برهن مدعي نكاحها وقضى له به ثم برهن الآخر على نكاحها لا تقبل كما في الشراء إذا ادعاه من فلان وبرهن عليه وحكم له به ثم ادعى الآخر شراءه من فلان أيضا وبرهن لا تقبل ويجعل الشراء المحكوم به سابقا كذا هنا. ولو برهن على نسب مولود وحكم له به ثم ادعاه آخر وبرهن على ذلك لا يقبل، وفي الملك المطلق لو برهن عليه أحد وحكم له به ثم ادعاه آخر وبرهن على ذلك يقبل ويحكم للثاني، كذا في البزازية. وهذا ما وعدنا به في مسألة الخارج إذا حكم له ثم ادعاه آخر، وهذا ما قدمناه عن الفتاوى الصغرى من أن القضاء لا يكون على الكافة إلا في القضاء بالحرية والنسب والولاء والنكاح، ولكن في النكاح شرط هو أن لا يؤرخا فإن أرخ المحكوم له ثم ادعاها آخر بتاريخ أسبق فإنه يقضي له ويبطل القضاء الاول، وسبق منا أيضا اشتراط ذلك في الحرية الاصلية أيضا في باب الاستحقاق فكن على ذكر منه ينفعك كثيرا. وقيد بدعوى الرجلين للاحتراز عما إذا أقام رجل البينة على امرأة أنه تزوجها وأقامت هي بينة على رجل أنه تزوجها فالبينة بينة الرجل، كذا في الظهيرية.

***

[٤٠٠]

واعلم أنه إذا ادعى نكاح صغيرة بتزويج الحاكم له لم تسمع إلا بشروط أن يذكر اسم الحاكم ونسبه، وأن السلطان فوض إليه التزويج، وأنه لم يكن لها ولي كما في البزازية. ثم اعلم أن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء ويوم القتل يدخل هكذا في العمادية والظهيرية والولوالجية والبزازية وغيرها. وفرعوا على الاول ما لو برهن الوارث على موت مورثه في يوم ثم برهنت امرأة على أن مورثه كان نكحها بعد ذلك اليوم يقضى لها بالنكاح، وعلى الثاني لو برهن الوارث على أنه قتل يوم كذا فبرهنت المرأة على أن هذا المقتول نكحها بعد ذلك اليوم لا يقبل، وعلى هذا جميع العقود والمداينات. وكذا لو برهن الوارث على أن مورثه قتل يوم كذا فبرهن المدعى عليه أنه مات قبل هذا بزمان لا يسمع، ولو برهن على أن مورثه قتل يوم كذا فبرهن المدعى عليه أنه قتله فلان قبل هذا بزمان يكون دفعا لدخوله تحت القضاء، هذه عبارة البزازية. وزاد الولوالجي موضحا للثانية بقوله: ألا ترى أن امرأة لو أقامت البينة أنه تزوجها يوم النحر بمكة فقضى بشهودها ثم أقامت أخرى بينة أنه تزوجها يوم النحر بخراسان لا تقبل بينة المرأة الاخرى لان النكاح يدخل تحت القضاء فاعتبر ذلك التاريخ، فإذا ادعت امرأة أخرى بعد ذلك التاريخ بتاريخ لم يقبل ا ه. وفي الظهيرية: ادعى ضيعة في يد رجل أنها كانت لفلان مات وتركها ميراثا لفلانة لا وارث له غيرها، ثم إن فلانة ماتت وتركتها ميراثا لي لا وارث لها غيري وقضى القاضي له بالضيعة فقال المقضي عليه دفعا للدعوى إن فلانة التي تدعي أنت الارث عنها لنفسك ماتت قبل فلان الذي تدعي الارث عنه لفلانة اختلفوا فيه بعضهم قالوا: إنه صحيح. وبعضهم قالوا: إنه غير صحيح بناء على أن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء ا ه. وفيها قبله بعد ما ذكر الفرق بين يوم الموت ويوم القتل قال: غير أن مسألة أخرى ترد إشكالا على هذا وهي أن الرجل إذا ادعى على رجل أنه قتل أباه عمدا بالسيف منذ عشرين سنة وأنه وارثه لا وارث له سواه وأقام البينة على ذلك فجاءت

***

[٤٠١]

امرأة ومعها ولد وأقامت البينة أن والد هذا تزوجها منذ خمسة عشر سنة وأن هذا ولده منها ووارثه مع ابنه هذا قال أبو حنيفة: أستحسن في هذ أن أجيز بينة المرأة وأثبت نسب الولد ولا أبطل بينة الابن على القتل. وكان هذا الاستحسان للاحتياط في أمر النسب بدليل أنها لو أقامت البينة على النكاح ولم تأت بالولد فالبينة بينة الابن وله الميراث دون المرأة، وهذا قول أبي يوسف ومحمد ا ه. فقد علمت مما في الظهيرية استثناء مسألة من قولهم يوم الموت لا يدخل تحت القضاء على قول البعض، واستثناء مسألة من قولهم يوم القتل

يدخل فافهم. وفي القنية من باب دفع الدعوى: ادعى عليه شيئا أنه اشتراه من أبيه منذ عشر سنين والاب ميت للحال فأقام ذو اليد البينة أنه مات منذ عشرين سنة تسمع وقال عمر الحافظ: لا تسمع. قال أستاذنا رضي الله عنه: والصواب جواب الحافظ فينبغي أن يحفظ فإنه كان يحفظ أن زمان الموت لا يدخل تحت القضاء ا ه. وهي ثانية تستثنى على قول البعض من قولهم يوم الموت لا يدخل أن زمان الموت لا يدخل. وفي خزانة الاكمل بعد ما ذكر أن يوم الموت لا يدخل ويوم القتل يدخل قال: ولو أقام رجل البينة أن هذا قتل أبي يوم النحر بمكة وأقام أخو هذا المدعي بينة على رجل آخر أنه قتل أبي يوسف النحر بالكوفة جازت ويحكم لكل واحد منهما بنصف الدية، أما لو كان القاتل واحدا والمقتول اثنين لم تقبل، ذكره في نوادر ابن رستم عن محمد ا ه. ثم قال: ولو أقام رجل البينة أنه قتل أبي منذ سنة وأقام المشهود عليه بينة أن أباه صلى بالناس الجمعة الماضية قال أبو حنيفة: الاخذ بالاحدث أولى أن كان شيئا مشهورا ا ه.

***

[٤٠٢]

قوله: (وهي لمن صدقته أو سبقت بينته) لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين والتعبير ب " أو " يفيد أن التصديق معتبر مرجح عند عدم التاريخ منهما أو مع استواء تاريخهما أو مع تاريخ أحدهما، فإن السبق إنما هو فيما إذا أرخا وسبق تاريخ أحدهما. وأطلق في اعتبار التصديق عند عدم السبق وهو مقيد بما إذا لم تكن في يد من كذبته ولم يكن دخل بها، أما إذا كانت في يد الآخر أو دخل بها فلا اعتبار بالتصديق لانه دليل على سبق عقده ولا يعتبران مع سبق تاريخ الآخر لكونه صريحا وهو يفوق الدلالة، وقد علم بما قررناه أن أحدهما لو أرخ فقط فإنها لمن أقرت له وهو مصرح به في الخلاصة والبزازية كما لو أرخ أحدهما وللآخر يد فإنها لذي اليد كما في البزازية بخلاف ما إذا برهنا وأرخ أحدهما فقط ولا إقرار فهي لصاحب التاريخ كما فيهما أيضا، فالحاصل كما في الخلاصة أنه لا يترجح أحدهما إلا بسبق التاريخ أو باليد أو بإقرارها له أو دخول أحدهما ا ه. وكان ينبغي أن يزيد أو بتاريخ من أحدهما فقط كما علمته. والحاصل أن أحدهما إذا أرخ فقط قدم إن لم يكن إقرار للآخر ولا يد، فإن وجد إقرار لاحدهما ويد للآخر قدم ذو اليد. وفي الظهيرية: لو دخل بها أحدهما وهي في بيت الآخر فصاحب البيت أولى. والحاصل أن سبق التاريخ أرجح من الكل ثم اليد ثم الدخول ثم الاقرار ثم ذو التاريخ. وأطلق في التصديق فشمل ما إذا سمعه القاضي أو برهن عليه مدعيه بعد إنكارها له كما في الخلاصة. ولو قالت زوجت نفسي من زيد بعد ما زوجت نفسي من عمرو وهما يدعيان فهي امرأة زيد عند أبي يوسف وعليه الفتوى كما هو في الخلاصة، وهو نظير ما لو قال لاختين تزوجت فاطمة بعد خديجة فامرأته فاطمة عند أبي يوسف، وخديجة عند محمد كما في الظهيرية. ثم اعلم أن بعضهم عبر بإقرارها وبعضهم بتصديقها فالظاهر أنهما سواء هنا، ولكن فرقوا بينهما فقال الشارح في باب اللعان: فإن أبت حبست حتى تلاعن أو تصدقه. وفي بعض نسخ القدوري أو تصدقه فتحد وهو غلط لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة وهو لا يجب بالتصديق أربع مرات لان التصديق ليس بإقرار قصدا فلا يعتبر في حق وجوب الحد ويعتبر في درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد ا ه. وقدمنا في باب حد القذف أنه لو قال لرجل يا زاني فقال له

***

[٤٠٣]

غيره صدقت حد المبتدئ دون المصدق، ولو قال صدقت هو كما قلت فهو قاذف أيضا ا ه. وإنما وجب في الثانية للعموم في كاف التشبيه لا للتصديق فعلم بهذا أن الحد لا يجب بالتصديق. فإن قلت: لو قال لي عليك ألف فقال صدقت أيكون اقرارا ملزما للمال؟ قلت: نعم لما في التلخيص: لو قال عليك ألف فقال الحق أو الصدق أو اليقين فهو إقرار لانه للتصديق عرفا، وكذا لو أنكر إلى آخر ما فيه. فإن قلت: إذا شهد عليه واحد فقال هو صادق أو شهد اثنان فقال صدقتما أو فهما صادقان هل يكون إقرارا؟ قلت: لم أرها الآن وينبغي أن لا يكون إقرارا إلا إذا قال فيما يشهد به أو شهدا به للاحتمال، أما لو قال إن شهد علي اثنان فهو علي صرحوا بأنه لا يصح تعليق الاقرار، وأنه لو قال إن حلف فعلي ما ادعى به فحلف لا يلزمه شئ فكذا هنا. وفي الخانية إن شهد فلان فعلى لا يلزمه ا ه. ثم رأيته في شرح أدب القضاء للصدر الشهيد من باب المسألة عن الشهود عند الكلام على تعديل الخصم: لو قال المدعى عليه بعد ما شهد الشاهد هو عدل صادق كان إقرارا بخلاف ما لو قال الذي يشهد به على صدق لا يكون إقرارا وتمامه فيه. قوله: (وعلى الشراء منه

لكل نصفه ببدله إن شاء) أي لو برهن الخارجان على الشراء من ذي اليد خير كل منهما إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن، وإن شاء ترك لان القاضي يقضى به بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كفضوليين باع كل منهما من رجل وأجاز المالك البيعين فإن كلا منهما يخير لانه تغير عليه شطر عقده فلعل رغبته في تملك الكل. أشار المؤلف رحمه الله تعالى إلى أن الخارجين لو برهن كل منهما على ذي اليد أنه أودعه الذي في يده فإنه يقضي به بينهما نصفين، ثم إذا أقام أحدهما البينة على صاحبه أنه عبده لم تسمع، ولو أقام أحدهما البينة على دعواه ولم يقم الآخر وأقام شاهدا واحدا أو شاهدين لم يزكيا فقضى بالعبد لصاحب البينة ثم أقام الآخر بينة عادلة على أنه عبده أودعه

***

[٤٠٤]

الذي في يده أو لم يذكروا ذلك فإنه يقضى به للثاني على المقضى له وتمامه في خزانة الاكمل. ويستفاد منه أحكام مسألة الكتاب فيما إذا أقام أحدهما بينة على الشراء وقضى له ثم أقام الآخر فإنه يقضى له على المقضى له بخلاف ما إذا برهنا وقضى بالتنصيف فبرهن أحدهما لم تسمع. وقيد بكون كل منهما مدعيا للشراء فقط للاحتراز عما إذا ادعى أحدهما شراء وعتيقا والآخر شراء فقط فإن مدعي العتق أولى فإن العتق بمنزلة القبض، كذا في خزانة الاكمل. وقيد بقوله منه لانهما لو ادعيا الشراء من غير ذي اليد فسيأتي. وقوله ببدله أي بنصف الثمن الذي عينه فإن ادعى أحدهما أنه اشتراه بمائة والآخر بمائتين أخذ الاول نصفه بخمسين والآخر نصفه بمائة. ولم يذكر المؤلف رحمه الله أن الثمن منقود أولا لانه لا فرق لكن إن برهن كل منهما على الشراء والنقد استرد نصف ما دفعه كما في خزانة الاكمل. وظاهر إطلاقه أنه لا اعتبار بتصديق ذي اليد أحدهما. وفي العمادية: وإقرار صاحب اليد لاحدهما لا يعتبر لانه شهادة على قوله. وفي فوائد جدي شيخ الاسلام برهان الدين: إذا شهد البائع بالملك لمشتريه والعين في يد غيره بأن قال هذه العين ملكه لاني بعته منه أو قال كان ملكا لي وبعته منه فإن كان المدعي في دعواه ادعى الشراء منه لا تقبل لانه شهادة على قول نفسه ا ه. وأفاد بإشارة كلامه مسألة التنازع في الميراث فلو ادعى كل من خارجين الميراث عن أبيه

***

[٤٠٥]

وبرهن قضى بها بينهما ولذا قال في خزانة الاكمل: دار في يد رجل ادعاها رجلان أحدهما ابن أخ الذي في يده وأقام كل بينة أنها له ورثها عن أبيه فلان لا وارث له غيره فقبل أن يقضي القاضي مات العم ولم يترك وارثا غير ابن أخيه دفعت إليه ولم تبطل بينته فيقضي القاضي بالدار بينهما ثم إن أقام الاجنبي بينة بعده على أنها داره ورثها عن أبيه لم يصح، فإن زكيت شهود الاجنبي ولم يزك شهود ابن الاخ فقضى بها للاجنبي، فإن زكيت بينة ابن الاخ بعده لم يقض بشئ وتمامه فيها قوله: (وبإباء أحدهما بعد القضاء لم يأخذ الآخر كله) لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه. قيد بقوله بعد القضاء لانه قبل القضاء له أخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم يفسخ سببه والعود إلى النصف للمزاحمة ولم يوجد، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء ونظير الاول تسليمه بعد القضاء. قوله: (وإن أرخا فللسابق) لانه أثبت الشراء في زمن لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به، فإن كان البائع قبض الثمن منه رده إليه كما في السراج الوهاج. قيد بكونهما أرخا لانه لو أرخ أحدهما فقط فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت. واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك. وقيد بدعوى الشراء من واحد لانه لو اختلف بائعهما لم يترجح أسبقهما تاريخا ولا المؤرخ فقط لان ملك بائعهما لا تاريخ له، ولانهما لو ادعيا الملك المطلق ولم يدعيا الشراء من ذي اليد فلا ترجيح لصاحب التاريخ عند الامام كما سيأتي قوله: (وإلا فلذي القبض) أي والاسبق تاريخ أحدهما ومع أحدهما قبض قدم برهانه لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا في الاثبات فلا تنقضي اليد الثابتة بالشك، وظاهر الكتاب كما صرح به في المحيط تقديم صاحب القبض سواء أرخا واستوى تاريخهما أو لم يؤرخا وأرخت إحداهما فقط، وإنما يتأخر صاحبه إذا سبق تاريخ غيره لان الصريح يفوق الدلالة فاقتصار الشارح في قوله وإلا على ما إذا لم يؤرخا قصور. ولي إشكال في عبارة الكتاب هو أن أصل المسألة مفروضة في خارجين ينازعان فيما في يد ثالث فإذا كان مع أحدهما قبض كان ذا يد تنازع مع خارج فلم تكن المسألة، ثم رأيت في المعراج ما يزيله من جواز أن يراد أنه أثبت بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان وهو الآن في يد البائع ا ه. إلا أنه يشكل ما ذكره بعده

عن الذخيرة بأن ثبوت اليد لاحدهما بالمعاينة ا هـ. والحق أنها مسألة أخرى وكان ينبغي إفرادها وحاصلها أن
***
[٤٠٦]
خارجا وذا يد ادعى كل الشراء من ثالث وبرهنا قدم ذو اليد في الوجوه الثلاثة والخارج في وجه واحد. قوله: (والشراء أحق من الهبة) أي لو برهن خارجان على ذي يد أحدهما على الشراء منه والآخر على الهبة منه كان الشراء أولى من الهبة لان الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين، ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض. قيد باتحاد الملك لهما إذ لو اختلفا استويا لان كلا منهما خصم عن مملكه في إثبات ملكه وهما فيه سواء بخلاف ما إذا اتحد لاحتياجهما إلى إثبات السبب وفيه يقدم الاقوى.
قال في البزازية: ادعى الشراء من رجل وادعى آخر هبة وقبضا من غيره والثالث إرثا من أبيه والرابع صدقة وقبضا من آخر غيره فهو بينهم أرباعا عند استواء الحجة إذ تلقوا الملك من مملكهم فكأنهم حضروا وبرهنوا على الملك المطلق ا هـ. وأطلقه وهو مقيد بأن لا تاريخ لهما إذا لو أرخا مع اتحاد الملك كان للاسبق بخلاف ما إذا اختلف المملك، ولو أرخت إحداهما فقط فالمؤرخة أولى. وقيد بكونهما خارجين للاحتراز عما إذا كانت في يد أحدهما والمسألة بحالها فإنه يقضى للخارج إلا في أسبق التاريخ فهو للاسبق، وإن أرخت إحداهما فقط فلا ترجيح لها كما في المحيط، وإن كانت في أيدهما يقضى بينهما إلا في أسبق التاريخ فهي له كدعوى ملك مطلق. وهذا إذا كان المدعى به مما لا يقسم كالعبد والدابة، وأما فيما يقسم كالدار فإنه يقضى لمدعي الشراء لان مدعي الهبة أثبت بالبينة الهبة في الكل ثم استحق الآخر نصفه بالشراء، واستحقاق نصف الهبة في مشاع يحتمل القسمة تبطل الهبة بالاجماع فلا تقبل بينة مدعي الهبة فكان مدعي الشراء منفردا بإقامة البينة، كذا في المحيط. وفي العمادية: والصحيح أنهما سواء لان الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة والصدقة ويفسد الرهن ا هـ. وأطلق في الهبة وهي مقيدة
***
[٤٠٧]
بالتسليم كما في المحيط، ومقيدة بأن لا تكون بعوض إذ لو كانت بعوض كانت بيعا كما في المحيط فإنه قال: الهبة بعوض أولى من الرهن لان الشراء يفيد الملك بعوض للحال والرهن لا يفيد الملك للحال فكان الشراء أقوى ا هـ. ومقتضاه استواء الشراء والهبة بعوض، ولم أر حكم الشراء الفاسد مع القبض والهبة مع القبض فإن الملك في كل منهما متوقف على القبض، وينبغي تقديم الشراء للمعاوضة. وأشار المؤلف رحمه الله تعالى إلى أن الشراء أحق من الصدقة وإلى استواء الصدقة المقبوضة بالهبة المقبوضة للاستواء في التبرع ولا ترجيح للصدقة باللزوم لان أثر اللزوم يظهر في ثاني الحال وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل والترجيح يكون بمعنى قائم في الحال والهبة قد تكون لازمة بأن كانت لمحرم والصدقة قد لا تلزم بأن كانت لغني، وهذا فيما لا يحتمل القسمة اتفاقا وفيما يحتملها عند البعض لان الشيوع طارئ، وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشارع فصار كإقامة البينتين على الارتهان وهذا أصح، كذا في الهداية. وحاصله أن الصدقة أولى من الهبة فيما يحتمل القسمة، وهذا عند عدم التاريخ القبض كما سنبينه، وأما إذا أرخا قدم الاسبق، وإن لم يؤرخا ومع أحدهما قبض كان أولى، وكذا إذا أرخ أحدهما فقط كما قدمناه في الشراء من ذي اليد. وفي الخلاصة: ولو كان كلاهما هبة أو صدقة أو أحدهما هبة والآخر صدقة فما لم يذكر الشهود القبض لا يصح، وإن ذكروا القبض ولم يؤرخوا أو أرخوا تاريخا واحدا فهو بينهما إذا كان لا يحتمل القسمة كالعبد ونحوه، وإن كان يحتمل القسمة كالدار ونحوها فلا يقضى لهما بشئ عند أبي حنيفة، وعندهما يقضى بينهما نصفين، ولو كان في يد أحدهما يقضى له بالاجماع ا هـ. قوله: (والشراء والمهر سواء) يعني لو ادعى أحدهما الشراء من ذي اليد وامرأة أنه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فإن كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه، وهذا عند أبي يوسف. وقال محمد: الشراء أولى ولهما على الزوج القيمة لانه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء إذ التزويج على عين مملوك للغير صحيح فيجب قيمته عند تعذر
***
[٤٠٨]
تسليمه. وأفاد باستوائهما أنها بينهما فيكون للمرأة نصفها ونصف قيمتها على الزوج لاستحقاق نصف المسمى وللمشتري نصفها ويرجع بنصف الثمن إن كان أداه وله فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه. وفي البناية: هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا واستوى تاريخهما فإن سبق تاريخ

أحدهما كان أولى ا هـ. وفي العمادية: ولو اجتمع نكاح وهبة أو رهن أو صدقة فالنكاح أولى ا هـ. وفي جامع الفصولين أقول: لو اجتمع نكاح وهبة يمكن أن يعمل بالبينتين لو استويا بأن تكون منكوحة لذا وهبة للآخر بأن يهب أمته المنكوحة فينبغي أن لا تبطل بينة الهبة حذرا عن تكذيب المؤمن وحملا على الصلاح، وكذ الصدقة مع النكاح، وكذا الرهن مع النكاح ا هـ. وقد كتبت في حاشيته أنه وهم لانه فهم أن المراد لو تنازعا في أمة أحدهما ادعى أنها ملكه بالهبة وآخر أنه تزوجها وليس مرادهم، وإنما المراد من النكاح المهر كما عبر به في الكتاب ولذا قال في المحيط: والشراء أولى من النكاح عند محمد، وعند أبي يوسف هما سواء، لمحمد أن المهر صلة من وجه إلى آخره فقد أطلق النكاح وأراد المهر، ومما يدل على ما ذكرناه أن العمادي بعد ما ذكر أن النكاح أولى قال: ثم إن كانت العين في يد أحدهما فهو أولى إلا أن يؤرخا وتاريخ الخارج أسبق فحينئذ يقضى للخارج، ولو كانت في أيديهما يقضى بها بينهما نصفين إلا أن يؤرخا وتاريخ أحدهما أسبق فيقضى له ا هـ. فكيف يتوهم عاقل أن الكلام في المنكوحة بعد قوله تكون بينهما نصفين فيما إذا كانت في أيديهما فآخر الكلام أزال اللبس وأوضح كل تخمين وحدس وحكم بغلط الجامع عفا الله عنه. وينبغي أنهما لو تنازعا في الامة ادعى أحدهما ملكه والآخر أنها منكوحته وهما من رجل واحد وبرهنا ولا مرجح أن يثبتا لعدم المنافاة فيكون ملكا لمدعي الملك هبة أو شراء منكوحة للآخر كما بحثه الجامع ولم أره صريحا. والغصب والايداع سواء لما في الخلاصة: عبد في يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده غصبه الذي في يديه وأقام آخر البينة أنه عبده أودعه الذي في يديه يقضى به بينهما اهـ. قوله: (والرهن أحق من الهبة) يعني لو ادعى أحدهما رهنا مقبوضا والآخر هبة وقبضا وبرهنا فالرهن أولى وهذا استحسان، والقياس أن الهبة أولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته. ووجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى. أطلق الهبة وهي مقيدة بأن لا عوض فيها فإن كانت بشرط العوض فهي أولى من الرهن لانها بيع انتهاء، والبيع أولى من الرهن لانه ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض. قيد بكون العين في يد ثالث إذ لو كانت في يد أحدهما فإنه أولى إلا أن يؤرخا وتاريخ الخارج أسبق فهو أولى، ولو كانت في أيديهما يقضى بها بينهما نصفين إلا أن يؤرخا وتاريخ أحدهما أسبق فيقضى له. قال العمادي: هذا في الشراء والهبة والصدقة مستقيم لان الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة والصدقة على ما عليه الفتوى، أما في الرهن لا يستقيم لان

***

[٤٠٩]

الشيوع الطارئ يفسد الرهن فينبغي أن يقضي بالكل لمدعي الشراء إذا اجتمع الرهن والشراء لان مدعي الرهن أثبت رهنا فاسدا فلا تقبل بينته فصار كأن مدعي الشراء انفرد بإقامة البينة ولهذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده: إنه إنما يقضى به بينهما فيما إذا اجتمع الشراء والهبة إذا كان المدعي مما لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة، أما إذا كانت شيئا يحتملها يقضي بالكل لمدعي الشراء قال: لان مدعي الشراء قد استحق النصف على مدعي الهبة. واستحقاق نصف الهبة في مشاع يحتمل القسمة يوجب فساد الهبة فلا تقبل بينة مدعي الهبة غير أن الصحيح ما أعلمتك من أن الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة والصدقة ويفسد الرهن والله أعلم ا هـ. قوله: (ولو برهن الخارجان على الملك والتاريخ أو على الشراء من واحد فالاسبق أحق) لانه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه. وأطلق الواحد فشمل ذا اليد، وقيده في الهداية بغير ذي اليد وتعقبه الشارحون بأنه لا فائدة فيه فإنه الحكم لا يتفاوت أن يكون دعواهما الشراء من صاحب اليد أو غيره بعد أن يكون البائع واحدا ولا يعلم فيه خلاف اهـ. ويتأتى التفريع فيها كالتي قبلها من أن أحدهما إذا ادعى شراء والآخر هبة وقبضا إلى آخره. وحاصل المسألتين أن الخارجين ادعيا تلقي الملك من واحد سواء كان ذلك الواحد ذا يد أو غيره. قلت: إنما قيده به لانهما لو ادعيا الشراء من ذي اليد فقد تقدمت فلا فائدة في التعميم مع تقدم تلك المسألة. وقيد بالبرهان على التاريخ منهما في الاولى لانه لو أرخت إحداهما دون الاخرى فهما سواء كما لو لم يؤرخا عنده. وقال أبو يوسف: المؤرخ أولى. وقال محمد: المبهم أولى بخلاف ما إذا أرخت إحداهما فقط في الثانية فإن المؤرخ أولى. والحاصل أنهما إذا لم يؤرخا أو أرخا واستويا فهي بينهما في المسألتين، وإن أرخا وسبق إحداهما فالسابق أولى فيهما، وإن أرخت إحداهما فقط فهي الاحق في الثانية لا في الاولى، وقدمنا أن دعوى الوقف كدعوى الملك المطلق فيقدم الخارج والاسبق تاريخا. وفي السراج الوهاج: فإن

كان المدعي دابة أو أمة فوافق سنها أحد التارخين كان أولى لان سن الدابة مكذب لاحد البينتين فكان من صدقه أولى قوله: (وعلى الشراء من آخر وذكرا تاريخا استويا) أي برهن كل واحد منهما على الشراء من آخر وذكر تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كأنهما حضرا. أطلق في قوله وذكرا تاريخا فشمل ما إذا استوى
***
[٤١٠]
تاريخهما أو سبق تاريخ أحدهما بخلاف ما إذا كان الملك لهما واحدا حيث يكون الاسبق أولى، كذا ذكره الشارح تبعا للكافي وهو سهو بل يقدم الاسبق هنا أيضا. والمراد بقوله كما في الهداية وذكرا تاريخ التساوي فيه أي تاريخا واحدا ولذا قال في غاية البيان: وإن كان تاريخ أحدهما أسبق كان أولى على قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف آخرا، وهو قول محمد في رواية أبي حفص، وعلى قول أبي يوسف الاول يقضى به بينهما نصفين وذلك لانهما يثبتان الملك لبائعهما فصار كان البائعين حضرا وادعيا ملكا مطلقا لانفسهما والحكم في دعوى الملك المطلق ذلك فكذا هنا اه‍. وفي خزانة الاكمل: وذكر في الكتاب لو وقتا وقتين فصاحب الوقت الاول أولى اه‍. والعجب من الشارح أنه جعله من قبيل دعوى الملك المطلق ونسي ما قاله في الكتاب قريبا من قوله ولو برهن الخارجان على الملك والتاريخ فالاسبق أحق فقط ولو قال المؤلف وذكرا تاريخا أو أحدهما فقط لكان أولى فلا يترجح صاحب التاريخ على غيره لان توقيت أحدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما إذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته فإذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره. ثم اعلم أن البينة على الشراء لا تقبل حتى يشهدوا أنه اشتراها من فلان وهو
***
[٤١١]
يملكها كما في خزانة الاكمل. وفي السراج الوهاج: لا تقبل الشهادة على الشراء من فلان حتى يشهدوا أنه باعها منه وهو يومئذ يملكها أو يشهدوا أنها لهذا المدعي اشتراها من فلان بكذا ونقده الثمن وسلمها إليه لان الانسان قد يبيع ما لا يملك لجواز أن يكون وكيلا أو متعديا يستحق المشتري الملك بذلك فلا بد من ذكر ملك البائع أو ما يدل عليه اه‍. قلت: إذا كان البائع وكيلا فكيف يشهدون بأنه باعها وهو يملكها فليتأمل. وفي البزازية: إن كان المبيع في يد البائع تقبل من غير ذكر ملك البائع، وإن كان في يد غيره والمدعي يدعيه لنفسه إن ذكر المدعي وشهوده أن البائع يملكها أو قالوا سلمها إليه وقال سلمها إلي أو قال قبضت وقالوا قبض أو قال ملكي اشتريتها منه وهي لي تقبل، فإن شهدوا على الشراء والنقد ولم يذكروا القبض ولا التسليم ولا ملك البائع ولا ملك المشتري لا تقبل الدعوى ولا الشهادة، ولو شهدوا باليد للبائع دون الملك اختلفوا اه‍. وإذا استويا في مسألة الكتاب يقضى به بينهما نصفين ثم يخير كل واحد منهما إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك. وأشار المؤلف إلى أن أحدهما لو ادعى الشراء من رجل وهو يملكه وادعى الآخر الهبة من آخر وقبضها منه وهو يملكها فإنها تكون بينهما ولذا قال في الهداية: ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والآخر الصدقة والقبض من آخر قضى بينهم أرباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق ا ه‍. قوله: (ولو برهن الخارج على ملك مؤرخ وتاريخ ذي اليد أسبق أو برهنا على النتاج أو سبب ملك لا يتكرر أو الخارج على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد أحق) بيان لثلاث مسائل تقدم فيها بينة ذي اليد على الخارج: الاولى برهنا على ملك مؤرخ وسبق تاريخ ذي اليد وهذا عندهما، ورواية عن محمد وعنه عدم قبولها رجع إليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء. ولهما أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة، وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما والمعنى ما بينا. قيد بسبق تاريخ ذي اليد لانه لو لم يكن لهما تاريخ أو استوى تاريخهما أو أرخت إحداهما فقط كان الخارج أولى، وكذا لو كانت في أيديهما فإنها تقدم المؤقتة على غيرها
***
[٤١٢]
بخلاف ما إذا كانت في يد ثالث فإنهما سواء عنده، وعند الثاني تقدم المؤقتة، وعند الثالث المطلقة وهو المراد بقوله ولا بينة لذي اليد

في الملك المطلق ومراده وتاريخ ملك ذي اليد أسبق، وإنما قرناه للاحتراز عما في خزانة الاكمل: أمة في يد رجل أقام آخر البينة أنها له منذ سنتين وأقام البينة أنها في يده منذ سنتين ولم يشهدوا أنها له قضيت بها للمدعي اه. لان بينة ذي اليد إنما شهدت باليد لا بالملك ولا بد من تحقق سبق تاريخ ذي اليد لما في الخزانة أيضا: لو أقام المدعي البينة أنها له منذ سنة أو سنتين شك الشهود فيه وأقام ذو اليد أنها له منذ سنتين قضى بها لذي اليد، ولو وقت شهود المدعي سنة ووقت شهود ذي اليد سنة أو سنتين فهي للمدعي اه. والشهادة بأنها له عام أول مقدمة على أنها له منذ العام كما فيها أيضا. الثانية أقام كل من الخارج وذي اليد بينة على النتاج فصاحب اليد أولى لان البينة قامت على ما لا يدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح، ودليله من السنة ما روى جابر بن عبد الله أن رجلا ادعى ناقة في يد رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجت وأقام الذي في يديه البينة أنها ناقته نتجها فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هي في يده، وهذا حديث صحيح مشهور فصارت مسألة النتاج مخصوصة، كذا في المحيط. وأشار إلى أن أحدهما لو برهن على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان لان بينته على أولية الملك فلا يثبت الآخر إلا بالتلقي من جهته، وكذا إذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج أولى لما ذكرنا. وفي الهداية: ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يكن مقضيا عليه بتلك القضية، وكذا المقضى عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة النص اه. وأطلق في قوله ولو برهنا فشمل ما إذا برهن الخارج فقط على النتاج وقضى له ثم برهن ذو اليد فإنه يقضى له ويبطل القضاء الاول كما في خزانة الاكمل. وفي جامع الفصولين معزيا إلى العدة: ادعى ذو اليد نتاجا أيضا ولم يبرهن حتى حكم بها للمدعي بالنتاج ثم برهن المدعى عليه على النتاج لا ينقض الحكم اه. ثم اعلم أن المقضى عليه في حادثة لا تسمع دعواه بعده إلا إذا برهن على إبطال القضاء أو على تلقي الملك من المقضى له أو على النتاج كما في العمادية والبزازية. وأطلقه فشمل ما إذا أرخا واستوى تاريخهما أو سبق أحدهما أو لم يؤرخا أصلا أو أرخت إحداهما فلا اعتبار بالتاريخ من النتاج إلا من أرخ تاريخا مستحيلا بأن لم يوافق سن المدعي لوقت ذي اليد ووافق وقت الخارج فيحنئذ يحكم للخارج، ولو خالف سنة للوقتين لغت البينتان عند عامة المشايخ ويترك في يد ذي اليد على ما كان، كذا في رواية. وهو بينهما

***

[٤١٣]

نصفان في رواية، كذا في جامع الفصولين. والنتاج ولادة الحيوان ووضعه عنده من نتجت عنده بالبناء للمفعول ولدت ووضعت كما في المغرب. والمراد ولادته في ملكه أو في ملك بائعه أو مورثه ولذا قال في خزانة الاكمل: لو أقام بينة أن هذه الدابة نتجت عنده أو نسج هذا الثوب عنده أو أن هذا الولد ولدته أمته ولم يشهدوا بالملك له فإنه لا يقضى له اه. وكذا لو شهدوا أنها بنت أمته لانهم إنما شهدوا بالنسب، كذا في الخزانة. وإنما قلت أو ملك بائعه لما في جامع الفصولين: برهن كل من الخارج وذي اليد على نتاج في ملك بائعه حكم لذي اليد إذ كل منهما خصم عن بائعه فكان بائعهما حضر أو ادعيا ملكا بنتاج فإنه يحكم لذي اليد، ولو برهن أنه له ولد في ملكه وبرهن ذو اليد أنه له ولد في ملك بائعه حكم به لذي اليد لانه خصم عمن تلقى الملك منه ويده يد المتلقي منه فكأنه حضر ويرهن على النتاج والمدعي في يده يحكم له به كذا هذا اه. وبه ظهر أنه لا يترجح نتاج في ملكه على نتاج في ملك بائعه، ولا يشترط أن يشهدوا بأن أمه في ملكه لكن لو شهدت بينة بذلك دون أخرى قدمت عليها لما في الخزانة: عبد في يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده ولد في ملكه وأقام آخر البينة أنه عبده ولد في ملكه من أمته هذه قضى للذي أمه في يده، فإن أقام صاحب اليد البينة أنه عبده ولد في ملكه من أمة أخرى فصاحب اليد أولى. عبد في يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده ولد من أمته هذه من عبده هذا وأقام رجل آخر البينة بمثل ذلك فهو بينهما نصفان فيكون ابن عبدين وأمتين، وقال صاحباه لا يثبت نسبه منهما اه. وفي جامع الفصولين: برهن الخارج أن هذه أمته ولدت هذا القن في ملكي وبرهن ذو اليد على مثله يحكم بها للمدعي لانهما ادعيا في الامة ملكا مطلقا فيقضى بها للمدعي ثم يستحق القن تبعا اه. وبهذا ظهر أن ذا اليد إنما يقدم في دعوى النتاج على الخارج أن لو لم يتنازعا في الام، أما لو تنازعا فيها في الملك المطلق وشهدوا به وبنتاج ولدها فإنه لا يقدم وهذه يجب حفظها. وإنما قلت أو ملك مورثة لما في القنية كما تقدم بينة ذي اليد إذا ادعى أولية الملك بالنتاج عنده فكذا إذا ادعاه عند مورثه، فإذا أقاما بينة على عمارة دار أن أباه بناها منذ ستين سنة وقالا

مات وتركها ميراثا لنا فبينة ذي اليد أولى اهـ. وقيد بكون كل منهما مدعيا للملك والنتاج فقط إذ لو ادعى الخارج الفعل على ذي اليد كالغصب والاجارة والعارية فبينة الخارج أولى، وإن ادعى ذو اليد النتاج لان بينة الخارج في
***
[٤١٤]
هذه الصور أكثر إثباتا لاثباتها الفعل على ذي اليد إذ هو غير ثابت أصلا كما ذكره الشارح. وفي المحيط: الخارج وذو اليد إذا أقاما البينة على نتاج العبد والخارج يدعي الاعتاق أيضا فهو أولى، وكذا إذا ادعيا وهو في يد ثالث وأحدهما يدعي الاعتاق فهو أولى لان بينة النتاج مع العتق أكثر إثباتا لانها أثبتت أولية الملك على وجه لا يستحق عليه أصلا، وبينة ذي اليد أثبتت الملك على وجه يتصور استحقاق ذلك عليه بخلاف ما إذا ادعى الخارج العتق مع مطلق الملك وذو اليد ادعى النتاج فبينة ذي اليد أولى لانهما لم يستويا في إثبات أولية الملك لان الخارج ما أثبت الملك فلم يعتبر العتق للترجيح. وكذا لو ادعى الخارج التدبير أو الاستيلاد مع النتاج أيضا وذو اليد مع النتاج عتقا باتا فهو أولى، ولو ادعى ذو اليد التدبير أو الاستيلاد مع النتاج والخارج ادعى عتقا باتا مع النتاج فالخارج أولى اهـ. وقيد بتنازع الخارج مع ذي اليد إذ لو كانا خارجين ادعى كل دابة في يد آخر وبرهنا على النتاج فإنهما يستويان ويقضى بها بينهما كما في كافي الحاكم. وفي شهادات البزازية: عاين الشاهد دابة تتبع دابة وترتضع له أن يشهد بالملك والنتاج اهـ. وفي الخلاصة: وعلى هذا لو شهد شاهدان على النتاج لزيد وآخران على النتاج لعمرو ويتصور هذا بأن رأى الشاهدان أنه ارتضع من لبن أنثى كانت له في ملكه وآخران رأيا أنه ارتضع من لبن انثى في ملك آخر فتحل الشهادة للفريقين اهـ. وألحقوا بالنتاج ما لا يتكرر سببه لكونه في معناه لانه دعوى أولية الملك كالنسج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة كالثياب القطنية وغزل القطن وحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزي وجز الصوف، وإن كان سببا يتكرر لا يكون في معناه فيقضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق مثل الجز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب، فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة، فإن أشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء ببينة هو الاصل، وإنما عد لنا عنه بخبر النتاج فإذا برهن الخارج أنه ثوبه نسجه وبرهن ذو اليد كذلك، فإن علم أنه لا ينسج إلا مرة فهو لذي اليد، وإن علم تكرار نسجه فهو للخارج كالخز. وكذا إذا أشكل، وكذا إذا اختلفا في صوف وبرهن كل أنه صوفه جزه من غنمه فإنه يقضى به لذي اليد. وأورد كيف يكون الجز في معناه وهو ليس بسبب لاولية الملك لان الصوف كان مملوكا له قبله.
***
[٤١٥]
وأجاب عنه في الكافي بأنه كوصف الشاة ولم يكن مالا إلا بعد الجز ولذا لم يجز بيعه قبله. ونصل السيف يسأل عنه فإن أخبروا أنه لا يضرب إلا مرة كان لذي اليد وإلا فللخارج. والغزل في معنى النتاج لانه لا يتكرر وهو سبب لاولية الملك في المغزول والحنطة مما يتكرر فإن الانسان قد يزرع في الارض ثم يغربل التراب فيميز الحنطة منها ثم تزرع ثانية، وكذا كل ما يكال أو يوزن والجبن لا يصنع إلا مرة وهو سبب لاولية الملك، وكذا اللبن إذا تنازعا في كونه حلب في ملكه والنخل يغرس غير مرة، فإذا تنازعا في أرض ونخيل في يد رجل فإنه يقضى للخارج بهما، وكذا في أرض مزروعة، أما إذا كان الزرع مما يتكرر فظاهر وإلا كان تبعا للارض، كذا في الخلاصة. وفيها: لو أقام البينة على شاة في يد غيره أنها شاته وجز هذا الصوف منها وأقام ذو اليد أن الشاة التي يدعيها له وجز الصوف منها فإنه يقضى بالشاة للمدعي لانهما ادعيا في الشاة ملكا مطلقا فيقضى بالشاة للخارج ثم يتبعها الصوف لان الجز ليس من أسباب الملك اهـ. والحاصل أن المنظور إليه من كونه يتكرر أولا إنما هو الاصل لا التبع. وفي خزانة المفتين: شاتان في يد رجل إحداهما بيضاء والاخرى سوداء فادعاهما رجل وأقام البينة أنهما له وأن هذه البيضاء ولدت هذه السوداء في ملكه وأقام ذو اليد البينة أنهما له وأن هذه السوداء ولدت هذه البيضاء في ملكه فإنه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي ذكرت شهوده أنها ولدت في ملكه. وإن كان في يد رجل حمام أو دجاج أو طير مما يفرخ أقام رجلا البينة أنه له فرخ في ملكه وأقام صاحب اليد البينة على مثل ذلك قضى به لصاحب اليد، ولو ادعى لبنا في يد رجل ضربه في ملكه وبرهن ذو اليد يقضى به للخارج، ولو كان مكان اللبن آجر أو جص أو نورة يقضى به لصاحب اليد وغزل القطن لا يتكرر فيقضى به لذي اليد بخلاف غزل الصوف وورق الشجر وثمرته مع النتاج بخلاف غصن الشجرة والحنطة، ولا بد من الشهادة بالملك مع السبب الذي لا يتكرر كالنتاج، ولو برهن الخارج على أن البيضة التي تعلقت من هذه الدجاجة

كانت له لم يقض له

***

[٤١٦]

بالدجاجة ويقضى على صاحب الدجاجة ببيضة مثلها لصاحبها لان ملك البيضة ليس بسبب لملك الدجاجة، فإن من غصب بيضة وحضنها تحت دجاجة له كان الفرخ للغاصب وعليه مثلها بخلاف الامة فإن ولدها لصاحب الام وجلد الشاة يقضى به لصاحب اليد، والجبة المحشوة والفرو وكل ما يقطع من الثياب والبسط والانماط والثوب المصبوغ بعصفر أو زعفران يقضى بها للخارج اهـ. الثالثة برهن الخارج على الملك المطلق وذو اليد على الشراء منه فذو اليد أولى لان الاول وإن كان يدعي أولية الملك فهذا تلقي منه، وفي هذه لا تنافي كما إذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه. وأشار المؤلف رحمه الله إلى أن الخارج لو برهن أن فلانا القاضي قضى له بهذه الامة بشهود أنها له وبرهن ذو اليد على النتاج فإنه يقدم الخارج وهو قولهما لان القضاء صح ظاهرا فلا ينقض ما لم يظهر خطؤه بيقين ولم يظهر لاحتمال أنه اشتراها من ذي اليد. وعند محمد يقضى بها لذي اليد، كذا في الكافي. وهذا إذا لم يبينوا سبب القضاء فإن بينوه فإن شهدوا أن القاضي أقر عندهم أنه قضى بشهادة شهود أنها له أو بالنتاج فإنه ينقض القضاء اتفاقا، وإن شهدوا أنه قضى له بالنتاج ببينة ولم يشهدوا على إقرار القاضي لا ينقض القضاء لاحتمال القضاء بالشراء من ذي اليد، كذا في خزانة المفتين. قوله: (ولو برهن كل على الشراء من الآخر ولا تاريخ سقطا وتترك الدار في يد ذي اليد) وهذا عندهما، وعلى قول محمد يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع لان القبض دلالة السبق، ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده. ولهما أن الاقدام على الشراء إقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا هنا، ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وأنه لا يفيده، ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص

***

[٤١٧]

عندهما إذا استويا لوجود قبض المضمون من كل جانب، وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده. ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاتر بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول، وإن وقتت البينتان في العقار ولم يثبتا قبضا ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما. وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه، وإن بينتا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين. وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كأنه اشتراها ذو اليد وقبض. ثم باع ولم يسلم أو سلم ووصل إليه بسبب آخر، كذا في الهداية. وفي المبسوط ما يخالفه كما علم من الكافي وفيه: دار في يد زيد برهن عمرو على أنه باعها من بكر بألف وبرهن بكر على أنه باعها من عمرو بمائة دينار وجحد زيد ذلك كله قضى بالدار بين المدعيين ولا يقضى بشئ من الثمنين لانه تعذر القضاء بالبيع لجهالة التاريخ. ولم يتعذر القضاء بالملك، وعند محمد يقضى بها بينهما ولكل واحد نصف الثمن على صاحبه لانه لم يسلم لكل واحد إلا نصف المبيع. ولو ادعت امرأة شراء الدار من عمرو بألف وعمرو ادعى أنه اشتراها منها بألف وزيد وهو ذو اليد يدعي أنها له اشتراها من عمرو بألف وأقاموا البينة قضى لذي اليد لتعارض بينتي غيره فبقيت بينته بلا معارض. وعند محمد يقضى بالدار لذي اليد بألف عليه للخارج ويقضى لها على الخارج بألف لان ذا اليد والمرأة ادعيا التلقي من الخارج فيجعل كأنها في يده اهـ. وقيد بقوله ولا تاريخ لانهما لو أرخا يقضى به لصاحب الوقت الآخر، كذا في خزانة الاكمل. وأشار المؤلف رحمه الله تعالى إلى أنه لو برهن كل على إقرار الآخر أن هذا الشئ له فإنهما يتهاتران ويبقى في يد ذي اليد، كذا في الخزانة أيضا قوله: (ولا يرجح بزيادة عدد الشهود) فلو أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء، وكذا لا ترجيح بزيادة العدالة لان الترجيح لا يقع بكثرة العلل حتى لا يترجح القياس بقياس آخر ولا الحديث بحديث آخر، وشهادة كل شاهدين علة تامة فلا تصلح للترجيح والعدالة ليست بذي حد فلا يقع الترجيح بها. قوله: (دار في يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها وبرهنا فللاول ربعها والباقي للآخر) عند أبي حنيفة اعتبارا الطريق المنازعة فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينتصف بينهما. وقالا: هي بينهما أثلاثا

***
[٤١٨]
فاعتبر طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم أثلاثا. وذكر في الهداية أن لهذه المسألة نظائر وأضدادا لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات اه. وذكر المؤلف في الكافي بعضها وقال: وسيجئ في كتاب الديات على الاستقصاء مع الاصول إن شاء الله تعالى اه. واختصر الشارح مسائلها وقال: وبيان طرق هذه المسائل وتخريجها على هذه الاصول وتمام تفريعها مذكور في شرح الزيادات لقاضيخان اه. وقد يسر الله تعالى لي بشرح الزيادات لقاضيخان قبيل تأليف هذا المحل فأجبت أن أنقلها منه بألفاظه فأقول مستعينا بالله: قال قاضيخان في هذا الشرح من كتاب الجنايات من باب جناية أم الولد على مولاها وعلى غيره: وجنس مائل القسمة أربعة، منها ما يقسم بطريق العول والمضاربة عند الكل، ومنها ما يقسم بطريق المنازعة عندهم، ومنها ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة وعندهما بطريق العول والمضاربة، ومنها ما يقسم على عكس ذلك. أما ما يقسم بطريق العول عندهم ثمانية: إحداها الميراث إذا اجتمعت سهام الفرائض في التركة وضاقت التركة عن الوفاء بها تقسم التركة بين أرباب الديون على طريق العول. والثانية إذا اجتمعت الديون المتفاوتة وضاقت التركة عن الوفاء بها تقسم التركة بين أرباب الديون بطريق العول. والثالثة إذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بربع ماله ولآخر بسدس ماله ولم تجز الورثة حتى عادت الوصايا إلى الثلث يقسم الثلث بينهم على طريق العول. والرابعة الوصية بالمحاباة إذا أوصى أن يباع العبد الذي قيمته ثلاثة آلاف درهم من هذا الرجل بألفي درهم وأوصى لآخر أن يباع منه العبد الذي يساوي ألفي درهم بألف درهم حتى حصلت المحاباة لهما بألفي درهم كان الثلث بينهما بطريق العول. والخامسة الوصية بالعتق إذا أوصى بأن يعتق من هذا العبد نصفه وأوصى بأن يعتق من هذا الآخر ثلثه وذاك لا يخرج من الثلث يقسم ثلث المال بينهما بطريق العول ويسقط من كل واحد منهما حصته من السعاية. والسادسة الوصية بألف مرسلة إذا أوصى لرجل بألف ولآخر بألفين كان الثلث بينهما بطريق العول. والسابعة عبد فقأ عين رجل وقتل آخر خطأ فدفع بهما يقسم الجاني بينهما بطريق العول ثلثاه لولي القتيل وثلثه للآخر. والثامنة مدبر جنى على هذا الوجه ودفعت القيمة إلى أولياء الجناية كانت القيمة بينهما بطريق العول. وأما ما يقسم بطريق المنازعة عندهم مسألة واحدة ذكرها في جامع الفصولين: فضولي باع عبدا من رجل بألف درهم وفضولي آخر باع نصفه من آخر بخمسمائة فأجاز المولى البيعين جميعا يخير المشتريان، فإن اختارا الاخذ أخذا بطريق المنازعة ثلاثة أرباعه لمشتري الكل وربعه لمشتري النصف عندهم جميعا. وأما ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة وعندهما بطريق العول ثلاث مسائل: إحداها دار تنازع فيها رجلان أحدهما يدعي كلها والآخر يدعي نصفها وأقاما البينة عند أبي حنيفة تقسم الدار بينهما بطريق المنازعة ثلاثة أرباعها لمدعي الكل والربع لمدعي النصف،
***
[٤١٩]
وعندهما أثلاثا ثلثاها لمدعي الكل وثلثها لمدعي النصف. والثانية إذا أوصى بجميع ماله لرجل ونصفه لآخر وأجازت الورثة عند أبي حنيفة المال بينهما أرباعا وعندهما أثلاثا. والثالثة إذا أوصى بعبد بعينه لرجل وبنصفه لآخر وهو يخرج من ثلثه أولا يخرج وأجازت الورثة كان العبد بينهما أرباعا عند أبي حنيفة، وعندهما أثلاثا. وأما ما يقسم بطريق العول عند أبي حنيفة وعندهما بطريق المنازعة خمس مسائل، منها ما ذكره في المأذون: عبد مأذون بين رجلين أدانه أحد المولِيين مائة يعني باعه شيئا بنسيئة وأدانه أجنبي مائة فبيع العبد بمائة عند أبي حنيفة يقسم ثمن العبد بين المولى المدين وبين الاجنبي أثلاثا ثلثاه للاجنبي وثلثه للمولى لان إدانته تصح في نصيب شريكه لا في نصيبه. والثانية إذا أدانه أجنبي مائة وأجنبي آخر خمسين وبيع العبد عند أبي حنيفة يقسم الثمن بينهما أثلاثا وعندهما أرباعا. والثالثة عبد قتل رجلا خطأ وآخر عمدا وللمقتول عمدا وليان فعفا أحدهما يخير مولى العبد بين الدفع والفداء فإن هذا المولى يفدى بخمسة عشر ألفا خمسة آلاف لشريكه العافي وعشر آلاف لولي الخطأ، فإن دفع يقسم العبد بينهما أثلاثا عند أبي حنيفة، وعندهما أرباعا. والرابعة لو كان الجاني مدبرا والمسألة بحالها ودفع المولى القيمة. والخامسة مسألة الكتاب أم ولد قتلت مولاها وأجنبيا عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد ولي كل واحد منهما على التعاقب سعت في ثلاثة أرباع قيمتها كان للساكت من ولي الاجنبي ربع القيمة ويقسم

نصف القيمة بينهما بطريق العول أثلاثا عند أبي حنيفة، وعندهما أرباعا بطريق المنازعة. والاصل لابي يوسف ومحمد أن الحقين متى ثبتا على الشيوع في وقت واحد كانت القسمة عولية، وإن ثبتا على وجه التمييز أو في وقتين مختلفين كانت القسمة نزاعية. والمعنى فيه أن القياس يأبى القسمة بطريق العول لان تفسير العول أن يضرب كل واحد منهما بجميع حقه أحدهما بنصف المال والآخر بالكل والمال الواحد لا يكون له كل ونصف آخر ولهذا قال ابن عباس: من شاء باهلته إن الله لم يجعل في المال الواحد ثلثين ونصفا ولا نصفين وثلثا. وإنما تركنا القياس في الميراث بإجماع الصحابة فيلحق به ما كان في معناه، وفي الميراث حقوق الكل بنيت على وجه الشيوع في وقت واحد وهو حالة الموت، وفي التركة إذا اجتمعت حقوق متفاوتة حق أرباب الديون ويثبت في وقت واحد وهو حالة الموت أو المرض فكانت في معنى الميراث، وكذلك في الوصايا. وفي العبد والمدبر إذا فقأ عين إنسان وقتل آخر خطأ حق أصحاب الجناية ثبت في وقت وهو وقت دفع العبد الجناية أو قيمة المدبر لان موجب جناية الخطأ لا يملك قبل الدفع. ولهذا لا يجب فيه الزكاة قبل القبض ولا تصح به الكفالة وإنما يملك عند التسليم ووقت الدفع واحد. وفي مسألة دعوى الدار الحق إنما ثبت بالقضاء ووقت القضاء واحد فكانت في معنى الميراث، وفي مسألة بيع الفضولي وقت ثبوت الحقين مختلف لان الملك ثبت عند الاجازة

***

[٤٢٠]

مستندا إلى وقت العقد ووقت العقد مختلف. وفي القسم الرابع وقت ثبوت الحقين مختلف، أما في مسألة الادانة فلان الحق ثبت بالادانة ووقت الادانة مختلف. وفي العبد إذا قتل رجلا عمدا وآخر خطأ وللمقتول عمدا وليان فعفا أحدهما واختار المولى دفع العبد أو كان الجاني مدبرا والمسألة بحالها فدفع المولى القيمة عندهما يقسم بطريق المنازعة لان وقت ثبوت الحقين مختلف لان حق الساكت من ولي الدم كان في القصاص لانه مثل، والمال بدل عن القصاص ووجوب البدل مضاف إلى سبب الاصل وهو القتل فكان وقت ثبوت حقه القتل وحق ولي الخطأ في القيمة إذ العبد المدفوع يثبت عند الدفع لا قبله لانه صلة معنى والصلات لا تملك قبل القبض فكان وقت الحقين مختلفا فلم يكن في معنى الميراث وكانت القسمة نزاعية. وفي جناية أم الولد وجوب الدية للذي لم يعف مضاف إلى القتل لما قلنا، والقتلان وجدا في وقتين مختلفين فكانت القسمة نزاعية عندهما والاصل لابي حنيفة أن قسمة العين متى كانت بحق ثابت في الذمة أو بحق ثبت في العين على وجه الشيوع في البعض دون الكل كانت القسمة عولية، ومتى وجبت قسمة العين بحق ثبت على وجه التمييز أو كان حق أحدهما في البعض الشائع وحق الآخر في الكل كانت القسمة نزاعية، والمعنى فيه أن الحقوق متى وجبت في الذمة فقد استوت في القوة لان الذمة متسعة فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه في العين. كذا إذا كان حق كل واحد في العين لكن في الجزء الشائع فقد استوت في القوة لان ما من جزء ثبت فيه حق أحدهما إلا وللآخر أن يزاحمه فكانت الحقوق مستوية في القوة. والاصل في قسمة العول الميراث كما قالا وثمة حق كل واحد منهم ثبت في البعض الشائع، وإذا ثبت الحقان على وجه التمييز لم يكن في معنى الميراث. وكذا إذا كان حق أحدهما في البعض الشائع وحق الآخر في الكل لم يكن في معنى الميراث لان صاحب الكل يزاحم صاحب البعض في كل شئ، أما صاحب البعض لا يزاحم صاحبه في الكل فلم يكن في معنى الميراث، ولان حق كل واحد منهما إذا كان في البعض الشائع وما يأخذ كل واحد منهما بحكم القسمة غير مفرز وأنه غير الشائع كان المأخوذ بدل حقه لا أصل حقه فيكون في معنى الميراث والتركة التي اجتمعت فيها الديون. وفي مسائل القسمة إنما وجبت بحق ثابت في الذمة لان حق كل واحد منهما في موجب الجناية وموجب الجناية يكون في الذمة فكانت القسمة فيها عولية، فعلى هذا تخرج المسائل. هذا إذا لم يكن لها ولد من المولى، فإن كان لها ولد من المولى يرثه فلا قصاص عليها بدم المولى لان الولد لا يستوجب القصاص على والديه ولهذا لو قتلت المرأة ولدها لا يجب عليها القصاص لان الوالدة سبب لوجوده فلا يستحق قتلها ولهذا لا يباح له قتل واحد من أبويه وإن كان حربيا أو مرتدا أو زانيا محصنا، فإذا سقط حق ولدها سقط حق الباقي وانقلب الكل مالا لان القصاص تعذر استيفاؤه لا لمعنى من جهة القاتل بل حكما من جهة الشرع فانقلب الكل مالا بخلاف ما تقدم لان ثمة العافي أسقط حق نفسه فلا ينقلب نصيبه مالا.

***

[٤٢١]

فإن قيل: إذا لم تكن هذه الجناية موجبة للقصاص عليها بدم المولى فينبغي أن تكون هدرا كما لو قتلته خطأ قلنا: الجناية وقعت موجبة

للقصاص لانه يجب للمقتول والمولى يستوجب القصاص على مملوكه، وإنما سقط القصاص ضرورة الانتقال إلى الوارث هي حرة وقت الانتقال فتنقلب مالا وتلزمها القيمة دون الدية اعتبارا الحالة القتل، هذا كمن قتل رجلا عمدا وابن القاتل وارث المقتول كان لابن المقتول الدية على والده القاتل كذلك هنا، ولورثة الاجنبي القصاص كما كان لان حقهما يمتاز عن حق ورثة المولى فكان لهما القصاص إن شاآ أخرا حتى يؤدي القيمة إلى ورثة المولى، وإن شاء عجل القتل لانهما لو أخرا إلى أن يؤدي السعاية ربما لا يؤدي مخافة القتل فيبطل حقهما فكان لهما التعجيل، فإن عفا أحد وليي الاجنبي وجب للساكت منهما نصف القيمة أيضا وجنايات أم الولد، وإن كثرت لا توجب إلا قيمة واحدة فصارت القيمة مشتركة بين ورثة المولى ووراث الاجنبي، ثم عند أبي حنيفة رحمه الله تقسم قيمتها بينهما أثلاثا، وعندهما أرباعا لما ذكرنا. فإن كانت سعت في قيمتها لورثة المولى ثم عفا أحد وليي الاجنبي إن دفعت القيمة إلى ورثة المولى بقضاء القاضي لا سبيل لوارث الاجنبي عليها لان الواجب عليها قيمة واحدة وقد أدت بقضاء القاضي فتفرغ ذمتها ويتبع وراث الاجنبي ورثة المولى ويشاركهم في تلك القيمة لانهم أخذوا قيمة مشتركة، وإن دفعت بغير قضاء عندهما كذلك، وعند أبي حنيفة وارث الاجنبي بالخيار إن شاء يرجع على ورثة المولى وإن شاء يرجع على أم الولد. لهما أنها فعلت عين ما يفعله القاضي لو رفع الامر إليه فيستوي فيه القضاء وعدمه كالرجوع في الهبة لما كان فسخا بقضاء لو حصل بتراضيهما يكون فسخا، ولابي حنيفة أن موجب الجناية في الذمة فإذا أدت فقد نقلت من الذمة إلى العين فيظهر أثر الانتقال في حق الكل إن كان بقضاء، ولا يظهر إذا كان بغير قضاء فكان له الخيار إن شاء رضي بدفعها ويتبع ورثة المولى، وإن شاء لم يرض ويرجع عليها بحقه وهو ثلث القيمة عند أبي حنيفة وترجع هي على ورثة المولى. هذا إذا دفعت القيمة إلى ورثة المولى ثم عفا ولي الاجنبي، فإن عفا أحد وليي الاجنبي ثم دفعت القيمة قال بعضهم: إن كان الدفع بغير قضاء يتخير وارث الاجنبي عندهم، وإن كان بقضاء عند أبي

***

[٤٢٢]

حنيفة يتخير، وعندهما لا يتخير، والصحيح أن هنا يتخير عند الكل، سواء كان الدفع بقضاء أو بغير قضاء لان قضاء القاضي يدفع الكل إلى ورثة المولى بعد تعلق حق الاجنبي وثبوته لا يصح بخلاف الوصي إذا قضى دين أحد الغريمين بأمر القاضي حيث لا يضمن لان للقاضي أن يضع مال الميت حيث شاء، أما هنا بخلافه، وإذا لم يصح قضاء القاضي هنا لان لا يصح فعلها بغير قضاء أولى قوله: (ولو كانت في أيديهما فهي للثاني) أي فالدار كلها لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء لان دعوى مدعي النصف منصرفة إلى ما في يده لتكون يده يدا محقة في حقه لان حمل أمور المسلمين على الصحة واجب، فمدعي النصف لا يدعي شيئا مما في يد صاحب الجميع فيسلم النصف لمدعي الجميع بلا منازعة فبقي ما في يده لا على وجه القضاء إذ لا قضاء بدون الدعوى واجتمع بينة الخارج وذي اليد فيما في يد صاحب النصف فتقدم بينة الخارج، ولو كانت في يد ثلاثة فادعى أحدهم كلها وآخر ثلثيها وآخر نصفها وبرهنوا فهي مقسومة عنده بطريق المنازعة وعندهما بالعول وبيانه في الكافي والله أعلم.

***

[٤٢٣]

كتاب الاقرار (هو إخبار) بحق عليه من وجه إنشاء من وجه فللاول يصح إقراره بمملوك للغير ويلزمه تسليمه إذا ملكه، ولو أقر بالطلاق والعتاق مكرها لا يصح، ولو أقر المريض بجميع ماله لاجنبي يصح ولا يتوقف على إجازة الوارث. وصح إقرار المأذون بعين في يده والمسلم بخمر، وصح الاقرار بنصف داره مشاعا، وإقرار المريض بالزوجية من غير شهود ولا تسمع دعواه عليه بأنه أقر له بشئ معين من غير أن يقول وهو ملكي. ولو علم المقر له أنه كاذب في إقراره لا يجوز له أخذه منه جبرا ديانة كإقراره لامرأته بجميع ما في منزله وليس لها عليه شئ، وإذا أقر بالمدعى به ثم أنكر إقراره لا يحلف على إقراره بل على المال. والثاني لو رد إقراره ثم قبل لا يصح إلا إذا أضافه إلى غيره متصلا بالرد كان له، وكذا الملك الثابت بالاقرار لا يظهر في حق الزائد المستهلكة فلا يملكها المقر له. وشرطه التكليف والطوع مطلقا والحرية للتنفيذ للحال لا مطلقا فصح إقرار العبد للحال فيما لا تهمة فيه كالحدود

***

[٤٢٤]

والقصاص، ويؤخر ما فيه تهمة إلى ما بعد العتق. والمأذون بما كان من التجارة للحال وتأخر بما ليس منها إلى العتق كإقراره بجناية

ومهر موطوأة بلا إذن. والصبي المأذون كالعبد فيما كان للتجارة لا فيما ليس منها كالكفالة، وإقرار السكران بطريق محظور صحيح إلا في حد الزنا وشرب الخمر لا يقبل الرجوع وإن بطريق مباح لا. وصح بالمجهول ولزمه البيان كشئ وحق والقول له مع يمينه في تعيين المجهول وتعيين العبد المغصوب إن كان قائمًا وقيمته إن كان هالكا، فإن بين سببا تضره الجهالة كالبيع والاجارة لا يصح ولا يلزمه شئ، وإن بين ما لا يضره صح ويبين ما له قيمة فلا يصح في حبة حنطة وصبي حر وزوجة وجلد ميتة. وقوله أردت حق الاسلام في له على حق لا يصدق لانه خلاف العرف. وجهالة المقر له مانعة من صحته إن تفاحشت كلواحد من الناس على كذا أو لا كلاحد هذين على كذا لا، ولا يجبر على البيان ولكل منهما أن يحلفه. وكذا جهالة المقر عليه مانعة نحو لك على أحدنا كذا، فلو قيل بعده أهو هذا قال لا لا يجب المال على الآخر وصح بالعام كما في يدي من قليل أو كثير أو عبد أو متاع أو جميع ما يعرف لي أو جميع ما ينسب لي لفلان، وإذا اختلفا في عين أنها كانت موجودة في يده وقت الاقرار أو لا فالقول قول المقر إلا أن يقيم المقر له البينة أنها كانت موجودة في يده وقته. ولو قال جميع مالي أو ما أملكه لفلان كان هبة لا يجوز إلا بالتسليم، ولو قال لفلان على دار أو عبد لا يلزمه شئ أو مال أو مال قليل أو درهم عظيم أو دريهم لزمه درهم (ومال عظيم

***

[٤٢٥]

نصاب وأموال عظام ثلاثة نصب) من أي مال فسره به (ودارهم) أو دريهمات أو شئ من الدراهم أو من دراهم (ثلاثة ودراهم كثيرة) أو ثياب كثيرة أو وصائف كثيرة أو دنانير كثيرة أو أكثر الدراهم ف (- عشرة) ودراهم مضاعفة ستة وأضعاف مضاعفة أو عكسه ثمانية عشرة ومال نفيس أو خطير أو كريم أو جليل أو لا قليل ولا كثير مائتان (كذا درهما درهم كذا أحد عشر كذا وكذا أحد وعشرون ولو ثلث بالواو يزاد مائة ولو ربع زيد ألف) ولو خمس زيد عشرة آلاف، ولو سدس يزاد مائة ألف، ولو سبع يزاد ألف ألف، وكل ما زاد عددا معطوفا بالواو زيد عليه ما جرت العادة به إلى ما لا يتناهى، ولو ثلث بلا واو لزمه أحد عشر، ولو قال كذا كذا درهما ودينارا فعليه أحد عشر بالسوية بخلاف ما إذا قال كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا لزمه من كل واحد أحد عشر. والمعتبر الوزن المعتاد في كل زمان أو مكان، والنيف مجهول يرجع إليه فيه والبضعة للثلاثة (على وقبلي إقرار بالدين) إلا إذا فسره بالامانة متصلا وأقرضني كذا لزمه واستقرضت لا وليس لي قبله حق إبراء عن الدين والامانة (عندي معي في بيتي في صندوقي في كيسي أمانة) وعندي عارية ألف درهم قرض له قبلي كذا دين وديعة أو وديعة دين فهو دين مطلق، والاصل أن أحد اللفظين إذا كان للامانة والآخر للدين

***

[٤٢٦]

وجمع بينهما يرجح الدين (لو قال لي عليك ألف فقال اتزنه أو انتقده أو أجلني به أو قضيتكه) أو أعدها أو أرسل غدا من يأخذها يعني يقبضها أو يتزنها أولا أزنها لك اليوم أو لا تأخذها مني اليوم أو حتى يدخل على مالي أو يقدم على غلامي أو أبرئني عنها أو تصدق علي بها أو وهبها لي مدعيا ذلك أو أحلته بها (فهو إقرار) إلا إذا تصادقا أنه على وجه السخرية (وبلا كتابة لا) كقوله ما قبضت بغير حق جوابا لدعواه أنه قبض منه بغير حق. وقوله أبرئني عن هذه الدعوى أو صالحني عنها، وقوله ما استقرضت من أحد سواك أو غيرك أو قبلك أو بعدك وقضيتك مائة بعد مائة بعد دعوى المائتين بخلاف دفعت إلى أخيك بأمرك وعليه إثبات ذلك وضمانه للآجر ما يجب له على المستأجر إقرار بملك العين للآجر بخلاف ضمانه للمستأجر مال الاجارة في الاجارة الطويلة لا يكون إقرارا بالملك للآجر بخلاف قوله فلان ساكن هذه الدار فإقرار له بها بخلاف كان يسكنها، وفلان زرع هذه الارض أو غرس هذا الكرم أو بنى هذه الدار وهي في يد القائل مدعيا أنه معين أو مستأجر فليس بإقرار بالعين له. وكذا هذا الدقيق من طحين فلان بخلاف هذا الطعام من زرع فلان، أو هذا التمر من نخله أو أرضه أو بستانه أو هذا الصوف من غنمه فهو إقرار كقوله قبضت من أرضه عدل ثياب وشراؤه متنقبة إقرار بالملك للبائع كثوب في جراب. وكذا الاستيام والاستيداع والاستعارة والاستيهاب والاستئجار ولو من وكيل، وكذا قبول الوديعة. وقوله نعم بعد كلام إقرار مطلقا، والايماء بالرأس بعد الاستفهام لا يكون إقرارا بمال وعتق وطلاق وبيع ونكاح وإجارة وهبة بخلاف الكفر والاسلام والنسب والفتوى (وإن أقر بدين مؤجل وادعى المقر له أنه حال لزمه حالا) كإقراره بعبد في يده أنه

لرجل وأنه استأجره منه (ويستحلف المقر له فيهما) بخلاف ما لو أقر بالدراهم السود فكذبه في صفتها يلزمه أما أقر به فقط كإقرار الكفيل بدين مؤجل ولمن عليه دين مؤجل إذا خاف لو اعترف به لا يصدقه انكار أصل الدين إذا لم يرد توى حقه ومن أقر بعدد مبهم وعطف موزونا أو مكيلا كان بيانا له (كمائة ودرهم) أو درهمان أو ثلاثة دراهم (فهي دراهم) عطف عليه قيميا واحدا (لا كمائة وثوب) أو وثوبان وإن متعددا فبيان (كمائة وثلاثة أثواب) ولو قال نصف درهم ودينار وثوب فعليه نصف كل

***

[٤٢٧]

منها، وكذا نصف هذا العبد وهذه الجارية بخلاف نصف هذا الدينار ودرهم فدرهم تام وعشرة دراهم ودانق وقيراط فضة ولو (أقر بتمر في قوصرة) أو طعام في الجوالق أو سفينة أو ثوب في منديل أو ثوب (لزمه) الظرف كالمظروف ومن قوصرة لا كدابة في اصطبل وثوب في عشرة وطعام في بيت (وبخاتم له الحلقة والفص وبسيف له النصل والجفن والحمائل وبحجلة له العيدان والكسوة بخمسة في خمسة وعنى الضرب خمسة وعشرة إن عنى مع ومن درهم إلى عشرة أو) ما بين تسعة وكر حنطة إلى كر شعير لزماه إلا قفيزا من شعير وعشرة دراهم إلى عشرة دنانير لزماه إلا دينارا له من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط له ما بينهما فقط (وصح الاقرار بالحمل) المحتمل وجوده وقته ولو غير آدمي مطلقا بخلاف الاقرار للرضيع يصح وإن بين سببا غير صالح منه حقيقة كالاقراض، وله إن بين سببا صالحا وإلا فلا كما إذا أبهم أو بين سببا غير صالح كالقرض. وإنما يصح له إذا علم وجوده وقته أو احتمل بأن تضعه لاقل من مدتة إن كانت متزوجة، ولاقل من سنتين من وقت الفراق إن كانت معتدة. ثم إن ولدته حيا كان له ما أقر به، وإن ولدته ميتا يرد على ورثة الموصي أو ورثة أبيه، وإن ولدت ولدين فإن كانا ذكرين أو أنثيين فهو بينهما نصفان وإلا فكذلك في الوصية وفي الارث * (للذكر مثل حظ الانثيين) * (ولو قر بشئ على أنه بالخيار لزمه بلا خيار) وإن صدقه المقر له إلا أن أقر بعقد بيع وقع بالخيار له إلا أن يكذبه المقر له كإقراره بدين بسبب كفالة على أنه بالخيار في مدة ولو طويلة ا ه‍. والله أعلم.

***

[٤٢٨]

باب الاستثناء وما في معناه لا حكم فيما بعد إلا بل مسكوت عند عدم القصد كمسألة الاقرار في قوله له علي عشرة إلا ثلاثة لفهم أن الغرض الاثبات فقط فنفي الثلاثة إشارة لا عبارة، وإثبات السبعة عكسه، وعند القصد يثبت لما بعدها نقيض ما قبلها كلمة التوحيد نفي وإثبات قصدا فالاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا باعتبار الحاصل من مجموع التركيب، ونفي وإثبات باعتبار الاجزاء. ويشترط فيه الاتصال إلا لنفس أو سعال أو أخذ فم، والنداء بينهما لا يضر كقوله لك علي ألف درهم يا فلان إلا عشرة بخلاف لك ألف فاشهدوا إلا كذا ونحوه. والمستغرق باطل ولو فيما يقبل الرجوع كالوصية إن كان بلفظ الصدر أو مساويه وإن بغيرهما كعبيدي أحرار إلا هؤلاء أو إلا سالما وغانما راشدا وهم الكل، وكذا نسائي طوالق إلا فلانة وفلانة وفلانة. ولا فرق بين استثناء الاقل والاكثر ولا بين ما يقسم وما لا يقسم كهذا العبد إلا ثلاثة، وإذا استثنى عددين بينهما حرف الشك كان الاقل مخرجا نحو له علي ألف درهم لا مائة أو خمسين لزمه تسعمائة وخمسون على الاصح (وصح استثناء الكيلي والوزني) والمعدود الذي لا تتفاوت آحاده كالفلوس والجوز (من الدراهم) والدنانير ويكون المستثنى القيمة وإن استغرقت جميع ما أقر به بخلاف دينار إلا مائة درهم فإن الاستثناء باطل لانه مستغرق بالمساوي، وإذا كان المستثنى مجهولا يثبت الاكثر نحو له مائة درهم إلا شيئا قليلا أو بعضا لزمه أحد وخمسون قوله: (ولو وصل إقراره بإن شاء الله بطل إقراره) وكذا بمشيئة فلان وإن شاء، وكذا كل إقرار علق بشرط على خطر ولم يتضمن دعوى أجل كان حلفت فلك ما ادعيت به وإن بشرط كائن فتنجير كعلي ألف درهم إن مت لزمه قبل الموت، وإن تضمن دعوى الاجل كإذا جاء رأس الشهر فلك علي كذا لزمه للحال ويستحلف المقر له في الاجل.

***

[٤٢٩]

ومن التعليق المبطل له ألف إلا أن يبدو لي غير ذلك أو أرى غيره أو فيما أعلم، وكذا اشهدوا أن له علي كذا فيما أعلم. والحلية في السيف والظهارة، والبطانة في الجبة لا يلزمه شئ واستثناء البيت من الدار صحيح (ولو استثنى البناء من الدار فهما للمقر له) والطوق في الجارية، والفص في الخاتم، والنخلة في البستان نظير البناء، والاقرار بالحائط والاسطوانة إقرار بما تحتهما من الارض إلا إذا كانت

من خشب (وبناؤها لي والعرصة لفلان فهو كما قال) وبناؤها لي وأرضها لفلان فهما لفلان. وبناؤها لزيد وأرضها لعمرو فلكل ما أقر له به، وفي عكسه الكل للاول كقوله هذه الدار لفلان وهذا البيت لي وأرضها لي وبناؤها لفلان فعلى ما أقر ويؤمر المقر له بنقل البناء من أرضه. والاصل أن الدعوى قبل الاقرار لا تمنع صحة الاقرار بعده، والدعوى بعد الاقرار في بعض ما دخل تحته غير صحيحة وأن إقراره حجة عليه فقط. (ولو قال علي ألف من ثمن عبد لم أقبضه) فإن كان العبد معينا فإما أن يصدقه ويسلمه أولا، فإن صدقه وسلمه لزمه ألف، وكذا إن صدقه على بيع عبد غيره فإن المعين ملك المقر، سواء كان في يده أو في يد المقر له كإقراره بألف غصبا فقال هي قرض، وإن لم يصدقه على بيع العبد لا يلزمه شئ وإن صدقه على أن المبيع غيره وأن المعين ليس ملك المقر يتحالفان ويسقط المال والعبد لمن هو في يده، وإن لم يكن العبد معينا لزمه الالف مطلقا ولا يقبل قوله إن لم يقبضه (كقوله من ثمن خمر أو خنزير) أو مال القمار أو حر أو ميتة أو دم وإن وصل إلا

***

[٤٣٠]

إذا صدقه أو أقام بينة. ولو قال إني اشتريت منه مبيعا إلا أني لم أقبضه قبل قوله كما قبل قول البائع بعته هذا ولم أقبض الثمن والمبيع في يد البائع. ولو قال له علي ألف درهم حرام أو ربا فهي لازمة مطلقا، لو قال زورا أو باطلا لزمه إن كذبه المقر له وإلا فلا. والاقرار بالبيع تلجئة على هذا التفصيل، ولو أقر بالشراء أو الاجارة أو الهبة أو الصدقة وقال لم أقبض صدق موصولا كان أو مفصولا، ولو أقر بالمسلم ثم قال لم أقبض رأس المال لا يصدق إلا إذا كان موصولا كالوديعة والقرض بخلاف دفعت إلي أو نقدتني وقال لم أقبض لا يصدق مطلقا بخلاف أعطيتني إن وصل (ولو أقر بثمن مبيع أو قرض) من النقود أو الفلوس ثم ادعى أنها (زيوف أو نبهرجة) أو ستوقة أو رصاص أو كاسدة (لزمه الجياد) وإن وصل ويتحالفان في البيع حال قيام السلعة (بخلاف الغصب والوديعة) والمضاربة فإنه يصدق في الزيوف والنبهرجة مطلقا، وفي الستوقة إن وصل وكان حيا ولا يصدق وارثه بعد موته ويصدق في دعوى الرداءة في المكيل والموزون الثمن أو القرض. ولو قال له علي ألف درهم زيوف فهي كما قال على الاصح كقوله له علي كذا إلا أنها وزن خمسة ونقد البلد وزن سبعة (أو إلا أن ينقص كذا متصلا) ولو قال له علي عشرة جياد إلا خمسة زيوفا لزمه خمسة جياد ويصير مستثنيا من العشرة خمسة جيادا (ومن أقر بغصب ثوب وجاء بمعيب صدق وإن قال أخذت منك ألفا وديعة وهلكت وقال أخذتها غصبا فهو ضامن) بخلاف أخذتها قرضا أو بيعا أو قال أعطيتنيها وديعة فقال غصبتنيها لا يضمن المقر (ولو قال هذا كان وديعة لي عندك فأخذته فقال هو لي أخذه) إن كان قائما وقيمته إن كان هالكا، وكذا أقرضتك ألفا ثم أخذتها منك (ولو قال

***

[٤٣١]

أجرت) أو أعرت (بعيري أو ثوبي هذا فلانا فركبه أو لبسه فرده) وكذبه فلان (فالقول للمقر) بخلاف اقتضيت من فلان ألفا كانت لي فكذبه (ولو قال هذا الالف وديعة فلان لا بل وديعة لفلان فالالف للاول وعلى المقر مثله للثاني) بخلاف ما إذا قال هي لفلان لا بل لفلان بلا ذكر إيداع لا يجب عليه للثاني شئ إن كانت معينة، وإن كانت غير معينة لزمه أيضا بأن قال لفلان علي ألف لا بل لفلان كقوله غصبت فلانا مائة درهم ومائة دينار وكر حنطة لا بل فلانا لزمه لكل واحد منهما كله، ولو كانت بعينها فهي للاول وعليه للثاني مثلها. ولو كان المقر له واحدا يلزمه أكثرهما قدرا وأفضلهما وصفا نحو له علي ألف درهم لا بل ألفان أو ألف درهم جياد لا بل زيوف أو عكسه. ولو قال الدين الذي لي على فلان لفلان أو الوديعة التي لي عند فلان هي لفلان فهو إقرار له وحق القبض للمقر ولكن لو سلم إلى المقر له برئ ا ه والله أعلم. باب إقرار المريض اقراره بدين نافذ من كل ماله وأخر الارث عنه (ودين الصحة وما لزمه في مرضه بسبب معروف قدم على ما أقر به في مرض موته) ولو وديعة والسبب المعروف كالنكاح المشاهد بمهر المثل، والبيع المشاهد والاتلاف كذلك وغيرها مما ليس من التبرعات، وليس له أن يقضي دين بعض الغرماء دون بعض ولو أعطاء مهر وإيفاء أجرة إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فيه وقد علم ذلك بالبينة بخلاف ما إذا لم يؤد حتى مات فإن البائع أسوة فالغرماء إذا لم تكن العين في يده. وإذا أقر بدين ثم بدين تحاصا وصل أو فصل.

***

[٤٣٢]

ولو أقر بدين ثم بوديعة تحاصا وعلى القلب الوديعة أولى إقراره ببيع عبده في صحته وقبض الثمن مع دعوى المشتري ذلك صحيح في البيع دون قبض الثمن إلا بقدر الثلث بخلاف إقراره بأن هذا العبد لفلان فإنه كالدين. ولو أقر بقبض دينه إن كان دين الصحة يصح مطلقا، سواء كان عليه دين الصحة أو لا. وإن كان دين المرض إن كان عليه دين الصحة لا يصح وإلا نفذ من الثلث إلا في إقراره باستيفاء بدل الكتابة فنافذ بخلاف إقراره باستيفاء ثمن ما باعه في صحته من وارثه فإنه لا يصح. وتبيينه العتق المبهم في صحته في كثير القيمة نافذ من جميع ماله كتبيينه ما أقر به في صحته وهو مبهم، ولو اشترى في صحته بغبن فاحش بشرط الخيار ثم أجاز أو سكت وهو مريض حتى مضت المدة ثم مات كانت المحاباة من الثلث وإبراؤه مديونه وهو مديون غير جائز إن كان أجنبيا، وإن كان وارثا لا يجوز مطلقا. وقوله لم يكن لي على هذا المطلوب شئ صحيح في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقبل من ورثته بينة على هذا المطلوب (ولو أقر المريض لوارثه بطل إلا أن يصدقه الورثة) ولو كان إقرارا بقبض دين عليه، ولو ادعى المقبر له أن الاقرار كان في الصحة وكذبه بقية الورثة فالقول لهم، ولو أقاما البينة فبينة المقر له أولى، وإن لم تكن له بينة له يحلف الورثة والعبرة لكونه وارثا وقت الموت لا وقت الاقرار إلا إذا صار وارثا بسبب جديد كالتزويج وعقد الموالاة، فلو أقر لها ثم تزوجها صح بخلاف إقراره لاخيه المحجوب إذا صار غير محجوب. ولو وهب لاجنبية أو أوصى لها ثم نكحها بطلت، ولو أقر لوارثه ثم مات المقر له ثم المريض وورثة المقر له من ورثة المريض. إقراره بعبد لاجنبي فقال الاجنبي هو لفلان وارث المقر وإقراره لمكاتب وارثه إقرار لوارثه فلا يصح بخلاف إقراره لمكاتب نفسه بدين فإنه صحيح، وإقراره لامرأته بدين المهر صحيح إلى مهر المثل، فلو أقامت الورثة بينة بعد موته أنها وهبته له في حياته هبة صحيحة لا تقبل، وإقرارها لزوجها بأن لا مهر لي عليك في مرضها صحيح، وإقراره لوارثه ولاجنبي بدين باطل تصادقا على الشركة أو تكاذبا (ولو أقر لمن طلقها ثلاثا) وهي في العدة (فلها الاقل من الارث والدين) وإن كان بسؤالها وإلا فلها الميراث بالغا ما بلغ، ولا يصح الاقرار والوصية على هذا التفصيل. (وإن أقر بغلام مجهول يولد لمثله إنه ابنه وصدقه الغلام) إن كان يعبر عن نفسه (ثبت نسبه ولو مريضا ويشارك الورثة) وإن كان له نسب معروف لا يصح إقراره، وكذا إذا لم يولد لمثله أو لم يصدقه وهو يعبر والاصح. وتشترط هذه الشرائط الثلاثة في صحة الاقرار بالولد

***

[٤٣٣]

خلا أن لا يكون المقر ثابت النسب من الغير فكان المقر له بتلك الصفة هناك (وصح إقراره بالولد والوالدين) بالشرائط المتقدمة (والزوجة) إن كانت خالية عن الزوج وعدته وليس تحت المقر أختها ولا أربع سواها (وبالمولى) من جهة العتاقة إذا لم يكن ولاؤه ثابتا من جهة الغير (و) صح (إقرارها بما عدا الولد وبه إن شهدت قابلة أو صدقها الزوج) إن كان لها زوج أو كانت معتدة ومطلقا إن لم تكن كذلك أو كانت وادعت أنه من غيره (ولا بد من تصديق المقر له) في الجميع إلا في الولد إذا كان لا يعبر عن نفسه، ولو كان المقر له عبدا لغيره يشترط تصديق المولى (وصح التصديق بعد موت المقر إلا تصدق الزوج بعد موتها وإن أقر بنسب على غيره كالاخ والعم والجد وابن الابن لا يصح) في حق غيره ويصح في حق نفسه حتى تلزمه الاحكام من النفقة والحضانة والارث إذا تصادقا عليه (فإن لم يكن له وارث غيره) قريب أو بعيد (ورثه وإلا لا) والفرق بين الموضعين من وجهين: الاول أن النسب يثبت في الاقرار بنحو الولد على العموم فيتعدى الاقرار إلى غير المقر حتى إذا أقر بابن ورثه وشارك ورثته وإن جحدوه، ويرث من أب المقر وهو جد المقر له وإن كان الجد يجحد بنوته لابنه، ويفسد النكاح لو أقرت مجهولة النسب أنها بنت أبي زوجها إذا صدقها الاب، وفي الاقرار بنحو الاخ على الخصوص فلا مشاركة للاخ المقر له مع ورثته إذا جحدوا، ولا يرث من أب لتقر. وأما الثاني عدم صحة رجوع المقر بنحو الولد وصحته بنحو الاخ حتى لو أقر بأخ وصدقه ثم رجع عما أقر به ثم أوصى بماله كله لانسان كان كله للموصى له (ومن مات أبوه فأقر بأخ شاركه في الارث ولم يثبت نسبه) فيستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقا، فلو أقر بأخت تأخذ ثلث ما في يده، ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن وبنت يقسم نصيب المقرين أخماسا، ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما في يده، وإقرار أحد الورثة باستيفاء الميت دينه صحيح في حصته فقط ويحلف المنكر على نفي العلم بخلاف إقراره باستيفاء البعض قدر ميراثه فإنه لا يحلف المنكر والله أعلم.

***

[٤٣٤]

كتاب الصلح (هو عقد يرفع النزاع) وسببه سبب المعاملات تعلق المقدور بتعاطيه، وركنه الايجاب والقبول الموضوعان له، شرطه كون المصالح عليه معلوما إن كان يحتاج إلى قبضه والمصالح عنه حقا يجوز الاعتياض عنه ولو غير مال كالقصاص معلوما كان أو مجهولا لا ما لا يجوز الاعتياض عنه كحق الشفعة وحد القذف والكفالة بالنفس. وطلب الصلح كاف عن القبول من المدعى عليه إن كان المدعى به مما لا يتعين بالتعيين، وإن كان مما يتعين فلا بد من قبول المدعى عليه. ويشترط شرائط ذلك العقد الملحق به من بيع وإجارة. وحكمه في جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعى، سواء كان المدعى عليه مقرا أو منكرا. وفي المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه إن كان يحتمل التمليك كالمال وكان المدعي عليه مقرا به، وإن كان مما لا يحتمل التمليك كالقصاص ووقوع البراءة كما إذا كان منكرا مطلقا. والجهالة فيه إن كانت تقضي إلى المنازعة كوقوعها فيما يحتاج إلى التسليم منعت صحته وإلا لا فبطل إن كان المصالح عليه أو عنه مجهولا يحتاج إلى التسليم كصلحه بعد دعواه مجهولا على أن يدفع له مالا ولم يسمه (وهو جائز بإقرار وسكوت وإنكار) فلو أنكر ثم صالح ثم أقر لا يلزمه ما أقر به، وكذا لو أقام بينة بعد صلحه لا تقبل، ولو أقام بينة على إقرار المدعي أنه لا حق له قبله قبل الصلح أو قبل القبض والصلح بعد الحلف لا يصح كالصلح مع المودع بعد دعوى الاستهلاك، وصلح الاب عند مال الصبي جائز كيفما كان إن لم يكن له بينة وإلا لا قوله: (فإن وقع عن مال بمال بإقرار اعتبر بيعا) إن كان على خلاف الجنس إلا في مسألتين: الاولى إذا صالح من الدين على عبد وصاحبه مقر بالدين وقبض العبد ليس له المرابحة من غير بيان.

***

[٤٣٥]

الثانية إذا تصادقا على أن لا دين بطل الصلح كما لو استوفى عين حقه ثم تصادقا أن لا دين، فلو تصادقا على أن لا دين لا يبطل الشراء، وإن وقع على جنسه فإن كان بأقل من المدعي فهو حط وإبراء، وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء، وإن كان بأكثر فهو ربا، وإذا اعتبر بيعا ثبتت أحكامه (فيثبت به الشفعة والرد بالعيب وخيار الرؤية ويفسده جهالة الاجل والبدل) إن كان مما يحتاج إلى التسليم (وإن استحق بعض المصالح عنه أوكله رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض أو كله ولو استحق المصالح عليه أو بعضه رجع بكل المصالح عنه أو ببعضه وإن وقع عن مال بمنفعة اعتبر إجارة) فثبت أحكامها (فيشترط التوقيت) فيما يحتاج إليه كخدمة العبد وسكنى الدار بخلاف صبغ الثوب وركوب الدابة وحمل الطعام فالشرط بيان تلك المنفعة (وتبطل بموت أحدهما) إن عقدها لنفسه، وكذا بفوات المحل قبل الاستيفاء، ولو كان بعد استيفاء البعض بطل فيما بقي ويرجع بالمدعي بقدره، ولو كان الصلح على خدمة عبد فقتل إن كان القاتل المولى بطل وإلا ضمن قيمته واشترى بها عبدا يخدمه إن شاء كالموصى بخدمته بخلاف المرهون حيث يضمن المولى بالاتلاف والعتق. وإنما يعتبر إجارة إذا وقع على خلاف المدعى به، فإن ادعى دار فصالحه على سكناها شهرا فهو استيفاء لبعض حقه لا إجارة فتصح إجارته للمدعى عليه (والصلح عن سكوت وإنكار فداء في حق المنكر ومعاوضة في حق المدعي) فبطل الصلح على دراهم بعد دعوى دراهم إذا تفرقا قبل القبض (فلا شفعة إن صالحا عن داريهما ويجب لو صالحا على داريهما) ولا يحل للمدعي ما أخذه إن كان كاذبا ولا يبرأ المدعى عليه كذلك مما عليه وإن برئ قضاء إلا إذا أبرأه المدعي عما بقي (ولو استحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة) مع المستحق (ورد البدل ولو بعضه فبقدره ولو استحق المصالح عليه أو بعضه رجع إلى الدعوى في كله أو بعضه) إلا إذا كان مما لا يتعين بالتعيين وهو من جنس المدعى به فحينئذ يرجع بمثل ما استحق ولا يبطل الصلح كما إذا ادعى ألفا فصالحه على مائة وقبضها فإنه يرجع عليه بمائة عند استحقاقها، سواء كان الصلح بعد الاقرار أو

***

[٤٣٦]

قبله، كما لو وجدها ستوقة أو نبهرجة بخلاف ما إذا كان من غير الجنس كالدنانير هنا إذا استحقت بعد الافتراق فإن الصلح يبطل، وإن كان قبله رجع بمثلها ولا يبطل الصلح كالفلوس (وهلاك بدل الصلح قبل التسليم كاستحقاقه في فصل الاقرار وفصل الانكار والسكوت) وإن ادعى حقا في دار مجهولا فصولح على شئ ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض، وإن ادعى دارا فصالحه على قطعة منها لم يصح حتى يزيد درهما في بدل الصلح أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي والله أعلم. فصل (الصلح جائز عن دعوى المال) مطلقا (والمنفعة) كصلح المستأجر مع المؤجر عند إنكاره الاجارة أو مقدار المدة المدعى بها أو الاجرة، وكذا الوراثة إذا صالحوا الموصى له بالخدمة على مال مطلقا أو المنافع إن اختلف جنسها فإنه يجوز لا إن اتحد. وإن صالحوه على ثوب فوجد به عيبا

كان له رده والرجوع بالموصى به، وليس له بيع المصالح عليه قبل قبضه وله الاستبدال به قبل قبضه إن كان مما لا يتعين بالتعيين. ولو اشترى الوارث منه الخدمة لم يجز، ولو قال أعطيتك هذه الدراهم مكان خدمتك أو عوضا عنها أو بدلا أو على أن تتركها جاز صلحا كقوله أهب لك هذه الدراهم على أن تهب لي خدمتك بشرط قبض الدراهم. ولو كان الوارث اثنين فصالحه أحدهما على عشرة دراهم على إن جعل له خدمة هذا الخادم خاصة دون شريكه لم يجز، ولو باع الورثة العبد فأجاز صاحب الخدمة البيع بطلت خدمته ولم يكن له في
***
[٤٣٧]
الثمن حق كدفعه بجناية بخلاف المرتهن إذا أجاز بيع الراهن كان الثمن رهنا. ولو قتل العبد وأخذوا قيمته كان عليهم أن يشتروا بها عبدا للخدمة، وصلحهم معه على شئ قبل الشراء جائز كصلحهم بعد ما قطعت إحدى يديه وأخذ أرشها، ولو كان الموصى به غلة العبد فصولح على دراهم جاز، وإن كانت غلته أكثر وصلح أحدهم على أن الغلة له غير جائز، وإن كانت الوصية له بغلة مدة معينة وله هنا الاجازة بخلاف الموصى له بالسكنى أو الخدمة. وصلحهم مع الموصى له بغلة نخلة بعد ما خرجت جائز بشرط القبض إن كان إحدى علتي الربا موجودة ويحرم الفضل إن وجد العلتان، وصلحهم هنا معه على غلة أخرى أو غلة عبده مدة معلومة غير جائز، وصلحهم مع الموصى له بما في بطن أمته الحامل على دراهم معلومة جائز بخلاف بيعه وصلح أحدهم على أن يكون له خاصة. وإذا ولدت ميتا هنا بطل الصلح بخلاف ما لو ضرب انسان بطنها فألقت جنينا ميتا والارش لهم. ومضي أكثر مدة الحمل قبل وضعها مبطل للصلح كصلح الاجنبي على أن يكون له. والصلح في كل جناية فيها قصاص على ما قل من المال وأكثر جائز، ولو صالحه من الجراح أو الجراحة أو الضربة أو القطع أو الشجة أو اليد على شئ ثم برئ فهو جائز، وإن مات بطل وعليه الدية في ماله، وإن كان الجرح خطأ فعلى عاقلته إلا إذا صالحه عنه وما يحدث منه فهو ماض عاش أو مات. وصلح المريض المجروح عن العمد نافذ مطلقا. وعن الخطأ من الثلث إن كان فيه حط. وصلحه عن أصبع قطعه عمدا أو خطأ على شئ لا يوجب براءته عن أصبع أخرى شلت كصلحه عن موضحة فصارت منقلة فإنه يجب أرشها وهو عشر ونصف من الدية. وصلح أحد الورثة من حصته مع القاتل عمدا على شئ صحيح ولا شئ للبقية منه، وكل ما يصلح أن يكون صداقا في النكاح يصلح أن يكون عوضا في الصلح عن القصاص، وله التصرف في بدله قبل قبضه وتجب قيمته لو هلك كما لو استحق. ولا يبطل الصلح ويرده بالعيب الفاحش ويرجع بقيمته لا باليسير كالصداق. ولو ظهر البدل حرا وجب على القاتل الدية في ماله كوجوب مهر المثل في الصداق، ولو اختلفا في البدل فالقول للقاتل مع يمينه بخلاف الصداق يرجع فيه إلى مهر المثل، ونظير الاول الخلع وصلح أحد الورثة مع القاتل خطأ يوجب شركة البقية معه إن شاؤوا إلا أن يشاء المصالح أن يعطيهم ما خصهم من الارش كالدين المشترك، ولو صالحه من الخطأ على عوض بغير عينه لم يجز، وكذا المكيل والموزون. وهلاك بدل الصلح هنا قبل قبضه أو استحقاقه موجب نسخة وله رده بالعيب ولو يسيرا، وليس له التصرف فيه قبل قبضه كالبيع وصلحه عن دم العمد على منفعة كالسكنى والخدمة لمدة معلومة جائز كالصداق بخلاف ما في بطن أمته أو غلة نخلة ولو لمدة معلومة بخلاف الخلع عليه فإنه صحيح. وتجب الدية إذا فسدت التسمية لا القود بخلافه على خمر أو خنزير لا يجب شئ. والصلح عن القود على عفو عن
***
[٤٣٨]
القود صحيح، ولا يصلح العفو عنه أن يكون صداقا فالكلية المتقدمة غير منعكسة. وللاب أن يصالح عن دم عمد واجب لابنه الصغير أو المعتوه على الدية ولا يجوز حطه منها ولو يسيرا بخلاف البيع بالغبن اليسير، وكذلك الوصي فيما دون النفس له الصلح كالاستيفاء وليس له الامران في النفس، والامام كالاب لا الوصي، وصلح المولى عن عبده القاتل عمدا مع أحد الورثة على دفع النفس العبد يوجب شركة البقية أو الفداء، وصلحه عن أمته القاتلة خطأ مع أحدهما على دفع ولدها الحادث اختيار من المولى للفداء فترجع البقية عليه بحصتهم من الدية، وصلحه مع القاطعة يده عمدا على أن يتزوجها صحيح إن لم يمت منها، فإن مات بطل وعليها الدية في مالها ولها مهر المثل، وإن خطأ فعلى عاقلتها ولا ترث منه، وصلحها مع زوجها الجارح لها عمدا على أن يخلعها صحيح إلا إذا ماتت فعليه الدية ولا شئ له من مهر المثل وعلى أن يطلقها كذلك والطلاق رجعي. وصلح المكاتب القاتل عمدا على شئ صحيح إن لم يرد في الرق، وإن رد

بطل المال عنه إلا إذا أعتق، ولو كان به كفيل أخذ للحال. ولو كان للمقتول وليان فصالح المكاتب أحدهما ثم عجز تأخر نصيب المصالح إلى عتقه ولغيره مطالبة المولى بالدفع بحصته أو بالفداء، وصلح المأذون القاتل عمدا عن نفسه غير صحيح وعن عبده صحيح وسقط القود في الكل وتأخر في الاول إلى ما بعد العتق (والصلح عن الحدود لا يصح) ولو عن حد القذف ولو عن الابراء عنه بخلاف صلحه بعد دعوى السرقة عليه على أن أبرأه عنها فإنه صحيح وعلى أن يقر له بها فأقر، فإن كانت العين قائمة تتعين بالتعيين فالصلح جائز، وإن كانت مستهلكة أو دراهم لا تتعين فباطل إن كان المسروق دراهم، وإن اختلف الجنس فصحيح ولو في حالة الاستهلاك، وصلحه بعد دعواها أن هذا ولده لتتركها باطل كصلح رجل مع من تعدى على طريق العامة كبناء ظلة إلا إذا كان إماما بخلاف الطريق الخاص ولا يسقط به حق الباقين إلا برضاهم. (وجاز الصلح عن دعوى النكاح) سواء كان هو المدعي أو هي ولو صالحها على أن تقر به جاز ويجب المال ويكون ابتداء نكاح فيحتاج إلى الشهود (و) صح عن دعوى (الرق وكان) في حق المدعي (عتقا على مال) وفي حق الآخر دفعا للخصومة فصح على جوازه في الذمة إلى أجل كالكتابة، ولا ولاء للمدعي إلا أن يقيم بينة بعده فتقبل في ثبوت الولاء لا في كونه رقيقا، وكذا في كل موضع أقام بينة بعد الصلح لا يستحق المدعى به كما قدمناه، وتصح الكفالة ببدل الصلح هنا بخلافها ببدل الكتابة، ولو أقامت بينة بعد صلحها معه على أنه

***

[٤٣٩]

أعتقها قبل الصلح أو أنها حرة الاصل رجعت عليه بما أخذه، ولو أقامتها أن فلانا أعتقها قبله لا تقبل. ولا يصح الصلح عن دعوى العتق من العبد على المولى، ويصح لو دفع العبد للمولى على إمضاء العتق كما تقدم. وتقبل بينة العبد بعده على العتق والامة كالعبد، وإذا ادعى المكاتب أن مولاه أعتقه قبل الاداء فصالحه على حد النصف من بدل الكتابة ثم أقام بينة أنه كان أعتقه قبل ذلك فالصلح باطل. والصلح عن المغصوب الهالك على أكثر من قيمته قبل القضاء بالقيمة جائز، فلا تقبل بينة الغاصب بعده على أن قيمته أقل مما صالح عليه ولا رجوع للغاصب لو تصادقا بعده على أنها أقل (ولو أعتق موسر عبدا مشتركا فصالح الشريك على أكثر من نصف قيمته لا) يجوز كالصلح في الاول بعد القضاء بالقيمة. وصلح رب العين مع الغاصب بعد استهلاك آخر على أقل من القيمة صحيح، وللغاصب الرجوع على المستهلك بجميع القيمة ويتصدق بالفضل، وللمالك صلح المستهلك على الاقل ولا يتصدق بشئ. وصح تأجيل بدل المغصوب المصالح عليه بعد إباقه إذا كان مما لا يتعين إلا إذا كان مكيلا أو موزونا موصوفا مؤجلا فهو فاسد كما لو لم يكن مؤجلا وفارقه قبل التعيين، وإن كان بعينه لم يبطل بالافتراق قبل القبض. وإن كان المصالح عنه المغصوب قائما جاز تأجيل بدله مطلقا وكان بيعا. ولو ادعى الغاصب عدم إباقه وأنه في بيته والمولى إباقه ثم صالحه على طعام مؤجل جاز عملا بقول الغاصب لكون العوض مستحقا عليه ولدعواه الصحة كشرائه عبدا أقر بحريته نظرا إلى زعم البائع وقبول قوله في مقداره. ولو كان المغصوب مكيلا قائما فالصلح على موزون مؤجل صحيح، وعلى مكيل نسيئة لا، وإن كان مستهلكا لا يجوز نسيئة مطلقا إلا على طعام مثله فيجوز. ولو مؤجلا مطلقا إلا على أكثر منه فلا ولو حالا. ولو غصب مكيلا أو موزونا ولو مما لا يتعين فصالحه منه على نصفه أو نصف مثله والمغصوب قائم جاز إن كان المغصوب غائبا كهلاكه، ويجب على الغاصب رد الباقي على المغصوب منه، وإن كان حاضرا وهو مقر به فصالحه على نصفه بشرط البراءة من الباقي لا يجوز ويلزمه دفع الكل لان المغصوب القائم بعد الابراء منه يكون أمانة ولا يكون ملكا للغاصب، وإن كان عرضا كعبد وثوب فصالحه على نصفه وهو غائب لا يجوز مقرا كان الغاصب أو منكرا، وأحد الشريكين في العرض إذا صالح الغاصب له من نصيبه على دراهم أو دنانير بعد استهلاكه شركه فيه الآخر كالدين المشترك وعلى عرض خير القابض إن شاء أعطاه نصفه أو ربع قيمة العرض بخلاف ما لو اشترى بنصيبه ثوبا فإنه يخير بين دفع نصيبه أو دفع نصف القيمة لكونه مبنيا على الاستقصاء والصلح على المماكسة. وإن كان قائما حاضرا أو غائبا لا يشاركه الآخر كما لو باع أحدهما حصته، ولا يكون الغاصب مقرا بهذا الصلح للمصالح معه فلا يكون

***

[٤٤٠]

مقرا للشريك بالطريق الاولى. وإن كان المغصوب مكيلا أو موزونا فصالحه أحدهما على غير جنسه وهو غائب شاركه الآخر كالمستهلك،

وإن كان حاضرا مقرا به لا أو منكرا لا. ولو ادعيا أن هذه الدار ميراث أبيهما فصالح رب الدار أحدهما لم يشاركه الآخر سواء كان المصالح منكرا أو مقرا (ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه) والمال لازم للموكل إذا كان عن دم عمدا أو على بعض ما يدعيه من الدين ولو بعد الاقرار إلا أن يضيفه الوكيل، أو كان عن مال بمال على إقرار وعلى إنكار لا يلزمه مطلقا. والامر بالصلح أمر بالضمان فله الرجوع عليه إن أدي بغير أمره كالخلع بخلاف الامر بالنكاح لصحتهما من الاجنبي بلا أمر بخلافه وهو على أوجه: إن صالح بمال وضمنه ثم وهو متبرع لا شئ له من المصالح عنه بل هو للذي في يده مقرا كان أو منكرا إلا إذا كان عن عين والمدعى عليه مقر فهي للمصالح، وكذا إن صالحه على مال نفسه كألفي هذا وعبدي صح ولزمه التسليم، وكذا لو قال صالح فلانا على ألف وسلمها وإن لم يسلمها فهو موقوف إن أجازه المدعى عليه جاز ولزمه الالف وإلا بطل إلا إذا قال صالحني ففرق بينه وبين صالح فلانا. والخامس أن يقول صالح فلانا على هذه الالف أو على هذا العبد من غير نسبة له فهو كالاضافة إلى نفسه. وفي صالحتك على ألف اختلف المشايخ منهم من جعله موقوفا، ومنهم من جعله نافذا، والاول أولى. ولو استحق العوض في الوجوه كلها أو وجده زيوفا أو ستوقة لم يرجع على المصالح ويرجع بالدعوى إلا إذا ضمن المصالح ا ه والله أعلم. باب الصلح في الدين وكل شئ وقع عليه (الصلح) وهو من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه (بعقد المداينة) أي البيع بالدين لم يحمل على المعاوضة وإنما هو (أخذ لبعض حقه واسقاط للباقي فلو صالح عن ألف على نصفه أو على ألف مؤجل) أو خمسمائة مؤجلة أو عن ألف جياد على خمسمائة زيوف حالة أو مؤجلة أو عن ألف مؤجلة على ألف حالة مقبوضة أو عن

***

[٤٤١]

ألف سود على ألف بيض مقبوضة أو عن ألف درهم ومائة دينار على مائة درهم حالة أو مؤجلة أو عن ألف مؤجلة بدل الكتابة على خمسمائة حالة (جاز) وعن ألف مؤجلة على خمسمائة حالة في غير المكاتب أو عن ألف درهم على دنانير مؤجلة أو عن ألف سود على خمسمائة بيض أو عن ألف على طعام موصوف في الذمة مؤجل أو غير مؤجل غير مقبوض لم يجز. والاصل أنه متى كان الذي وقع عليه الصلح أدون من حقه قدرا أو وصفا أو في إحداهما فهو إسقاط للبعض واستيفاء للباقي، وإن كان أزيد منه بمعنى أنه دخل فيه ما لا يستحق من وصف أو ما هو بمعنى الوصف كتعجيل المؤجل وعن اختلاف الجنس فهو معاوضة. ويجوز الصلح بدراهم عن دراهم مجهولة في الذمة (ومن له على آخر ألف فقال أد غدا نصفه على إنك برئ من الفضل ففعل برئ وإلا لا) وكذا لو قال وأنت برئ من الزيادة على أنك إن لم تدفعها إلي غدا فلا تبرأ عن الباقي، ولو قال أبرأتك عن كذا على أن تعطيني كذا فإنه يبرأ وإن لم يؤد غدا، وكذا لو قال أد الي كذا على أنك برئ من باقيه ولم يوقت، ولو قال إن أديت إلى خمسمائة أو إذا أديت أو متى أديت فأنت برئ من الباقي لم يصح مطلقا لعدم صحة تعليق البراءة بصريح الشرط بخلاف ما إذا كان بمعناه (ومن قال لآخر لا أقر لك حتى تؤخره عني أو تحط) بعضه (ففعل صح) إن قال ذلك سرا وإن قال علانية يؤخذ به. ولو ادعى ألفا فجحده فقال اقرر لي بها على أن أحط منها مائة أو على أن حططت منها مائة فأقر جاز بخلاف قوله على أن أعطيك مائة لان الاقرار لا يستحق به البدل، ولو قال إن أقررت لي حططت منها مائة فأقر صح الاقرار لا الحط، كذا في المجتبى والله أعلم. فصل في الدين المشترك الدين المشترك بسبب متحد كثمن مبيع بيع صفقة واحدة عينا واحدة أو أعيانا بلا

***

[٤٤٢]

تفصيل ثمن أو قيمة عين مشتركة مستهلكة أو بدل قرض أو دين موروث صالحه أحدهما عن نصيبه، فإن كان على غير جنس الدين خير الشريك إن شاء اتبع المديون بحصته أو شريكه، فإن اختار اتباع شريكه خير المصالح إن شاء دفع له حصته من المصالح عليه وإن شاء ضمن له ربع الدين. ولا فرق بين كون الصلح عن إقرار أو سكوت أو إنكار والحيلة في اختصاصه به دون رجوع الشريك عليه أن يهبه الغريم قدر دينه وهو يبرئه عن دينه أو يبيعه الطالب شيئا يسيرا بقدر نصيبه ثم يبرئه عن الدين ويأخذ ثمن المبيع. وإن صالحه على جنسه خير الشريك إن شاء اتبع المديون أو شاركه ثم يرجعان بالباقي على الغريم كما لو قبض، فلو اختار متابعة الغريم ثم توى نصيبه بأن مات الغريم مفلسا رجع على القابض بنصف ما قبض ولو من غيره، ولو اشترى بنصيبه شيئا ضمنه ربع الدين إن شاء كالاستئجار

بنصيبه وحدوث دين للمطلوب علي أحدهما حتى التقيا قصاصا كالقبض كتزوجه المديونة بدراهم مطلقة، وكغصب أحدهما منه عينا وهلكت عنده أو شراء فاسدا كذلك بخلاف الدين المتقدم على أحدهما قبل وجوب المشترك إذا صار قصاصا لا يكون قبضا كتزوجه المديونة على نصيبه وكإتلاف أحدهما متاع المطلوب وصلحه عليه عن جناية عمد. وكإبراء أحدهما عن نصيبه أو عن بعضه واقتسما ما بقي بالحصة فليس بقبض فلا يضمن لشريكه شيئا. ولو أجله أحدهما فإن لم يكن واجبا بعقد كل واحد منهما بأن ورثا دينا مؤجلا فالتأجيل باطل، وإن كان واجبا بإدانة أحدهما، فإن كانا شريكين شركة عنان فإن أخر الذي ولي الادانة صح تأجيله في جميع الدين، وإن أخر الذي لم يباشرها لم يصح في حصته أيضا، وإن كانا متفاوضين وأجل أحدهما أيهما أجل صح تأجيله كتأجيل الوكيل بالبيع الثمن، وإن حط أحدهما إن كان عاقدا جاز حطه بعضا وكلا ويضمن نصيب شريكه إن حط الكل وإن صالح أحدهما عن عين اختص به وإن لم يكن عاقدا يجوز في نصيبه لا في نصيب شريكه، كذا في فتاوى قاضيخان. وإذا صالح أحد ربي السلم عن المشترك
***
[٤٤٣]
بينهما شركة خاصة عن نصيبه على ما دفع من رأس المال توقف على إجازة شريكه، فإن رد بطل أصلا وبقي المسلم فيه على حالة، وإن أجا نفذ عليهما فيكون نصف رأس المال بينهما وباقي الطعام بينهما سواء كان رأس المال مخلوطا أو لا، وإن كانا شريكين مفاوضة جاز ولو في الجميع وعنانا توقف أيضا إن لم يكن من تجارتهما والله أعلم. فصل في صلح الورثة (ولو أخرجت الورثة أحدهم عن عرض أو عقار بمال أو عن ذهب بفضة أو على العكس صح قل أو كثر) حملا على المبادلة لا إبراء إذ هو عن الاعيان باطل، كذا أطلق الشارحون هنا والذي تعطيه عبارات الكتب المشهورة التفصيل، فإن كان الابراء عنها على وجه الانشاء فإما أن يكون عن العين أو عن الدعوى بها، فإن كان عن العين فهو باطل من جهة أن له الدعوى بها على المخاطب وغيره صحيح من جهة الابراء عن وصف الضمان ولهذا قال في الذخيرة قالوا: إن عبدا في يد رجل لو قال له رجل برئت منه كان بريئا منه، ولو قال له أبرأتك منه كان له أن يدعيه وإنما أبرأه من ضمانه اه. وإن كان عن الدعوى فإن كان بطريق الخصوص كما إذا أبرأه عن دعوى هذه العين فإنه لا تسمع دعواه بالنسبة إلى المخاطب وتسمع بالنسبة إلى غيره ولهذا قال الولوالجي في فتاواه قبيل كتاب الاقرار: رجل ادعى على رجل دارا أو عبدا ثم قال المدعي للمدعى عليه أبرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتي في هذه الدار أو في دعوى في هذه الدار فهذا كله باطل حتى لو
***
[٤٤٤]
ادعى ذلك تسمع، ولو لم أقام البينة تقبل بخلاف ما إذا قال برئت لا تقبل بينته بعده. وكذلك إذا قال أنا برئ من هذا العبد أو خرجت فليس له أن يدعي بعده لان قوله أبرأتك عن خصومتي في هذه الدار خاطب الواحد فله أن يخاصم غيره بخلاف قوله برئت لانه أضاف البراءة إلى نفسه مطلقا فيكون هو بريئا اه. وإن كان بطريق التعميم فله الدعوى المخاطب وغيره ولهذا قال في القنية: افترق الزوجان وأبرأ أكل واحد منهما صاحبه عن جميع الدعاوى وللزوج أعيان قائمة لا تبرأ المرأة منها وله الدعوى لان الابراء إنما ينصرف إلى الديون لا الاعيان اه. وإن كان الابراء على وجه الاخبار كقوله هو برئ مما لي قبله فهو صحيح متناول للدين والعين فلا تسمع الدعوى، وكذا إذا قال لا ملك لي في هذه العين، ذكره في المبسوط والمحيط. فعلم أن قوله لا أستحق قبله حقا مطلقا ولا
***
[٤٤٥]
استحقاقا ولا دعوى يمنع الدعوى بحق من الحقوق قبل الاقرار عينا كان أو دينا. قال في المبسوط: ويدخل في قوله لا حق لي قبل فلان كل عين أو دين وكل كفالة أو جناية أو إجارة أو حد، فإن ادعى الطالب بعد ذلك حقا لم تقبل بينته عليه حتى يشهدوا أنه
***
[٤٤٦]
بعد البراءة لان بهذا اللفظ استفاد على العموم اه. ولا يشترط في صلح أحد الورثة المتقدم أن تكون أعيان التركة معلومة لكن إن وقع الصلح عن أحد النقدين بالآخر يعتبر التقابض في المجلس غير أن الذي في يده بقية التركة إن كان جاحدا يكتفي بذلك القبض لانه

قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح، وإن كان مقرا غير مانع يشترط تجديد القبض، ولو صالحوه عن النقدين وغيرهما بأحد النقدين لا يصح الصلح ما لم يعلم أن ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس إن كانوا متصادقين، وإن أنكروا وراثته جاز مطلقا بشرط التقابض فيما يقابل النقد منه، وإن لم يعلم قدر نصيبه من ذلك الجنس فالصحيح أن الشك إن كان في وجود ذلك في التركة جاز الصلح، وإن علم وجود ذلك في التركة لكن لا يدري أن بدل الصلح من حصتها أقل أو أكثر أو مثله فسد، كذا في فتاوى قاضيخان. ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا، ولو كان نقدين جاز مطلقا بشرط التقابض في المجلس، ولو كان في التركة دين على الناس فأخرجوه ليكون الدين لهم بطل، وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه صح، ولو كان على الميت دين يحيط بطل الصلح والقسمة إلا أن يضمن الوارث الدين بشرط أن لا يرجع في التركة أو يضمن أجنبي بشرط براءة الميت أو يؤدوا دينه من مال آخر، وإن لم يكن مستغرقا صح الصلح والقسمة ويرفعون منها قدر الدين حتى لا يحتاجون إلى نقض القسمة، والاولى أن لا يفعلوا ذلك حتى يقضوا الدين، فإذا أخرجوا واحدا فحصته تقسم بين البقية على السواء إن كان ما أعطوه من مالهم غير الميراث، وإن كان مما ورثوه فعلى قدر ميراثهم. وقيده الخصاف بأن يكون عن إنكار، أما إذا كان عن إقرار فهو بينهم على السواء مطلقا. وصلح أحدهم عن بعض الاعيان صحيح، وصلح أحدهم عن دعوى أجنبي حقا في التركة مع غيبة البقية جائز، ويكون متبرعا في حصة شركائه كالاجنبي. وإن كان صالح على أن يكون حق المدعى له دون غيره فهو جائز، فإن أثبته سلم له وإلا بطل الصلح في حصة الشركاء ويرجع على المدعي بحصة ذلك من البدل، والموصى له يمنزلة الوارث فيما قدمناه. وإذا صالحوا أحدهم ثم ظهر للميت دين أو عين لم يعلموها هل يكون داخلا في الصلح؟ فيه قولان مذكوران في فتاوى قاضيخان. قدم أنه لا يكون داخلا ويكون ذلك الدين والعين بين جميع الورثة وقد ذكر في أول الفتاوى أنه يقدم ما هو الاشهر فكان هو المعتمد. وعلى قول من يقول بالدخول فإن كان الظاهر دينا فله الصلح كأنه وجد في الابتداء، وإن كان عينا لا. ولو ادعت الزوجة ميراثها صح الصلح على أقل من نصيبها أو مهرها ولا يطيب لهم إن علموا ذلك، فإن أقامت بينة بطل الصلح. فروع: ادعى أرضا أنها وقف ولا بينة له فصالحه المنكر لقطع الخصومة جاز ويطيب له

***

[٤٤٧]

إذا كان صادقا. وفي الاجناس لا يصح لان فيه معنى البيع وبيع الوقف لا يصح وكل صلح بعد صلح فالثاني باطل، وكذا الصلح بعد الشراء والشراء بعد الشراء جائز. ولو أقام بينة بعد الصلح عن إنكار أن المدعي قال قبله ليس لي قبل فلان حق فالصلح ماض، ولو قال بعده ما كان لي قبله حق بطل ادعى مالا أو غيره فجاء رجل واشترى ذلك من المدعي يجوز الشراء في حق المدعي ويقوم مقامه في الدعوى، فإن استحق شيئا من ذلك كان له وإلا فلا. فإن جحد المطلوب ولم يكن له بينة فله أن يرجع على المدعي والصلح عن الدعوى الفاسدة يصح وعن الباطلة لا. والفاسدة ما يمكن تصحيحها والصلح عن دعوى حق الشرب أو حق الشفعة أو حق وضع الجذوع ونحوه يجوز على الاصح لان الاصل متى توجهت اليمين نحو الشخص في أي حق كان فافتدى اليمين بدراهم يجوز، وكذا لو ادعى قبله تعزيرا بأن قال كفرني أو أضلني أو رماني بسوء ونحوه حتى توجهت اليمين ونحوه فافتداها بدرهم يجوز على الاصح، وكذا لو صالحه من يمينه على عشرة أو من دعواه، الكل في المجتبى. ولو قال المدعى عليه إن حلفت أنها لك دفعتها فحلف المدعي ودفع المدعى عليه الدراهم إن كان دفع إليه بحكم الشرط فهو باطل وللدافع أن يسترد، ولو استقرض من رجل دراهم بخارية بخارى أو اشترى سلعة بدراهم بخارية ببخارى فالتقيا ببلدة لا يوجد فيها البخارية قالوا: يؤجل قدر المسافة ذاهبا وجائيا ويستوثق منه بكفيل. والصلح مع المودع على أقسام: أحدها أن ينكر الاستيداع ثم تصالحا على معلوم جاز الصلح. ثانيها أن يقربه فطالبه بها وادعى أنه استهلكها فسكت المدعى عليه ثم تصالحا جاز أيضا. ثالثها أن يدعي عليه الاستهلاك والآخر يدعي الرد أو الهلاك لا يجوز الصلح وعليه الفتوى كصلحه بعد حلفه. ورابعها إذا ادعى المودع الرد أو الهلاك وصاحب المال ساكت لا يصدقه ولا يكذبه فيه قولان: لا يجوز في قول أبي يوسف، ويجوز في قول محمد، كذا في فتاوى قاضيخان. وفي الخلاصة من آخر الدعوى: لو استعار من آخر دابة فهلكت فأنكر رب الدابة الاعارة فصالحه المستعير على مال جاز، فلو أقام المستعير بينة بعد ذلك على العارية وقال إنها هلكت قبلت بينته وبطل الصلح. وفيها من آخر الصلح: إذا أقر الوصي أن عنده ألف درهم للميت وللميت ابنان فصالح أحدهما من حقه على أربعمائة لم يجز، وإن كان

استهلكها ثم صالح جاز. وفي مجموع النوازل: امرأة وقعت بينها وبين زوجها مشاجرة فتوسط المتوسطون بينهما للمصالحة فقالت المرأة لا أصالحه حتى يعطيني خمسين درهما يحل لها ذلك لان لها عليه حقا من المهر وغيره والله أعلم.

***

[٤٤٨]

كتاب المضاربة (هي شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب) فلو شرط كل الربح لاحدهما لا يكون مضاربة. ويجوز التفاوت في الربح وإذا كان المال من اثنين فلا بد من تساويهما فيما فضل من الربح حتى لو شرط لاحدهما الثلثان وللآخر الثلث فيما فضل فهو بينهما نصفين لاستوائهما في رأس المال. وركنها اللفظ الدال عليها كقوله دفعت إليك هذا المال مضاربة أو مفاوضة أو معاملة أو خذ هذا المال واعمل به على أن لك من الريح نصفه أو ثلثه، أو قال ابتع به متاعا فما كان من فضل فلك كذا، أو خذ ذلك بالنصف بخلاف خذ هذه الالف واشتر بها هرويا بالنصف ولم يزد عليه فليس بمضاربة بل إجارة فاسدة له أجر مثله إن اشترى وليس له البيع إلا بأمر. وشرطها أن يكون رأس المال من الاثمان وهو معلوم ويكفي الاعلام بالاشارة، فإن اختلفا في مقدار رأس المال عند قسمة الربح فالقول للمضارب مع يمينه والبينة لرب المال. وأما المضاربة بدين فإن كان على المضارب فلا يصح وما اشتراه له والدين في ذمته، وإن كان على غيره بأن قال اقبض مالي على فلان ثم اعلم به مضاربة فهو جائز وإن كان مكروها لانه شرط لنفسه منفعة قبل العقد كما في المبسوط. ولو قال اقبض ديني على فلان ثم اعمل به مضاربة فعمل قبل أن يقبض كله ضمن، ولو قال فاعمل به لا يضمن. وكذا بالواو لان ثم للترتيب فلا يكون مأذونا بالعمل إلا بعد قبض الكل بخلاف الفاء والواو فإنه يكفي قبل القبض. ولو قال اقبض ديني لتعمل به مضاربة لا يكون مأذونا ما لم يقبض الكل. ولو قال اشتر لي عبدا بنسيئة ثم بعه واعمل بثمنه مضاربة فاشتراه ثم باعه وعمل فيه جاز. ولو قال رب المال للغاصب أو المستودع أو المبضع اعمل بما في يدك

***

[٤٤٩]

مضاربة بالنصف جاز. الثالث أن يكون رأس المال مسلما إلى المضارب بخلاف الشركة. الرابع أن يكون الربح بينهما شائعا كالنصف والثلث لا سهما معينا يقطع الشركة كمائة درهم أو مع النصف عشرة. الخامس أن يكون نصيب كل منهما معلوما فكل شرط يؤدي إلى جهالة الربح فهي فاسدة وما لا فلا مثل أن يشترط أن تكون الوضيعة على المضارب أو عليهما فهي صحيحة وهو باطل. السادس أن يكون المشروط للمضارب مشروطا من الربح حتى لو شرطا له شيئا من رأس المال أو منه ومن الربح فسدت. وحكمها أنه أمين بعد دفع المال إليه، ووكيل عند العمل، وشريك عند الربح، وأجير عند الفساد فله أجر مثله والربح كله لرب المال إلا في الوصي إذا أخذ مال الصغير مضاربة وشرط لنفسه عشرة دراهم فإنه لا أجر له إذا عمل، كذا في أحكام الصغار. ولا ضمان عليه إذا فسدت بالهلاك بغير صنعه، وغاصب عند الخلاف، ومستقرض عند اشتراط كل الربح له، ومستبضع عند اشتراطه لرب المال فلا ربح له ولا أجر ولا ضمان عليه بالهلاك وإنما تصح بما تصح به الشركة وهي الدراهم والدنانير إلا الفلوس النافقة. وأما التبر فإن كان في موضع بروج به كالاثمان تجوز به وإلا فلا كالمكيل والموزون. ولو دفع إليه عرضا وقال بعه وأعمل بثمنه مضاربة جاز، وشرط العمل على رب المال لا يصح سواء كان المالك عاقدا أو غير عاقد كالصغير والمعتوه، وكذا أحد الشريكين إذا دفع لمال مضاربة بشرط أن يعمل شريكه مع المضارب إن كان المال من شركتهما وإلا فهي جائزة إن كانت شركة عنان، وإن كانت مفاوضة لا تصح مطلقا. وإذا شرط أن يتصرف في المال مع المضارب فإن كان العاقد ليس أهلا للمضاربة في ذلك المال تفسد كالمأذون إذا دفع ماله مضاربة وشرط عمله مع المضارب، وإن كان العاقد ممن يجوز أن يأخذ ماله مضاربة لم تفسد كالاب والوصي إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا عملهما معه بجزء من الربح، وإن شرط المأذون عمل مولاه فسدت إن لم يكن عليه دين وإلا صحت كالمكاتب إذا شرط عمل مولاه فإنه يصح مطلقا (ويبيع) المضارب في المضاربة الصحيحة (بالنقد والنسيئة ويشتري ويوكل ويسافر) برا وبحرا. ولو دفع إليه في بلدة على الظاهر ويأذن لعبد المضاربة في التجارة ولا يزوج عبدا ولا أمة كالشريك عنانا ومفاوضة بخلاف الاب والوصي يملكان تزويج الامة (وله الابضاع والايداع) واستئجار العمال للاعمال واستئجار المنازل لحفظ الاموال واستئجار

***

[٤٥٠]

السفن والدواب، وله أن يرهن ويرتهن لها، وله أن يستأجر أرضا بيضاء ويشتري ببعض المال طعاما ليزرعها أو ليغرس فيها نخلا أو شجرا. ولو أخذ نخلا أو شجرا معاملة على أن ينفق في تلقيحها أو تأبيرها من المال لم يجز عليها، وإن قال له اعمل برأيك ولا يملك الاستدانة فإن رهن شيئا من المضاربة ضمن، ولو أذنه رب المال في ذلك كان الدين عليهما نصفين، ولو أخر المضارب الثمن جاز على رب المال ولا يضمن بخلاف الوكيل الخاص، ولو حط بعض الثمن إن كان لعيب طعن فيه المشتري وكان ما حط حصته أو أكثر يسيرا جاز، وإن كان لا يتغابن الناس في الزيادة يصح ويضمن ذلك من ماله لرب المال وكان رأس المال ما بقي على المشتري. ويحرم على المضارب وطئ جارية المضاربة والدواعي ولو أذن له رب المال في ذلك، ولو تزوج المضارب جارية بتزويج صاحب المال إياه إن لم يكن في المال ربح جاز، وإن كان فيه ربح لا يجوز، ومتى جاز خرجت الجارية عن المضاربة. وليس له أن يشارك إلا أن يقول له اعمل برأيك ولو عقد مضاربة، وكذا ليس له أن يخلط مال المضاربة بماله ولا بمال غيره إلا أن يقول له اعمل برأيك. وليس له أن يعمل ما فيه ضرر ولا ما لا يعمله التجار ولا أن يبيع إلى أجل لا يبيعه التجار، وليس لاحد المضاربين أن يبيع أو يشتري بغير إذن صاحبه. ولو اشترى بيعا فاسدا مما يملك بالقبض فليس بمخالف وما اشتراه على المضاربة. ولو اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله يكون مخالفا سواء قيل له اعمل برأيك أو لا. ولو باع بهذه الصفة فهو جائز في قول أبي حنيفة خلافا لهما كالوكيل بالبيع المطلق، وليس له أن يقرض ولا أن يأخذ سفتجة، كذا في الفتاوى الظهيرية. وله أن يحتال وإن كان الثاني أعسر من الاول، كذا في فتاوى قاضيخان. فالقرض والاستدانة لا يملكهما إلا بصريح الاذن. ولا يكفي قوله اعمل برأيك وإذا صرح بالاستدانة كانت شركة وجوه، وإذا اشترى بأكثر من المال كانت الزيادة له ولا يضمن بهذا الخلط الحكمي، ولو كان المال دراهم فاشترى بغير الاثمان كان لنفسه وبالدنانير للمضاربة لانهما جنس هنا. ولو كان في يده عرض لها فاشترى شيئا لها لبيع العرض وينقد الثمن لم يجز حالا كان الثمن أو مؤجلا لانه استدانة، ولا بد أن يشتري متاعا في يده مثله من جنسه وصفته وقدره. ولا يملك المضارب في الفاسدة شيئا من ذلك إلا الايداع، كذا في الفوائد التاجية. ولم يتعد عما عينه إن كان التعيين مقيدا من بلد وسلعة ووقت ومعامل كما في الشركة، فإن تعدى صار ضامنا، فإذا اشترى بعده كان له، ولو لم يشتر حتى عاد إلى الوفاق برئ من الضمان وعاد المال مضاربة، ولو عاد إليه في البعض كان مضاربة فيه اعتبارا للجزء بالكل، ولو كان التقييد غير مفيد

***

[٤٥١]

كسوق من مصر لا يتقيد به إلا إذا صرح بالنهي وكان مفيدا في الجملة كالسوق بخلاف ما إذا لم يكن مفيدا أصلا كنهيه عن بيع الحال فلا يعتبر. (وقوله) خذ مضاربة تعمل به في مصر أو لتعمل به أو فاعمل به أو بالنصف بمصر أو في مصر أو على أن تعمل بمصر تقييد فلا يتجاوزه كقوله على أن تشتري به الطعام أو فاشتر به الطعام أو لتشتري به الطعام أو خذه بالنصف مضاربة في الطعام أو على أن تشتري من فلان وتبيع منه بخلاف واعمل به في مصر أو على أن تشتري به من أهل الكوفة أو من الصيارفة وتبيع منهم ليس بتقييد بالنسبة إلى أهل الكوفة فله البيع من غير أهلها ومن غير الصيارفة تقييد بالنسبة إلى المكان والصرف، فليس له أن يخرج من الكوفة ولا أن يعمل في غير الصرف، وليس له أن يشتري من يعتق على رب المال بقرابة أو يمين، فلو اشتراه كان لنفسه بخلاف الوكيل بالشراء له أن يشتريه إلا إذا قامت قرينة على خلافه كقوله اشتر لي عبدا أبيعه أو أستخدمه أو جارية أطؤها، ولا من يعتق عليه إذا كان في المال ربح وضمن إن فعل. والمراد من الربح هنا أن يكون قيمة العبد المشتري أكثر من رأس المال، سواء كان في جملة مال المضاربة ربح أو لم يكن، حتى لو كان المال ألفا فاشترى بها المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما ألف فأعتقهما المضارب لا يصح عتقه. وأما بالنسبة إلى استحقاق المضارب فأن يظهر في الجملة ربح حتى لو أعتقهما رب المال في هذه الصورة صح وضمن نصيب المضارب منهما وهو خمسمائة موسرا كان أو معسرا، كذا في الفتاوى الظهيرية. وإن لم يظهر ربح بالمعنى المذكور جاز شراؤه لعدم ملكه، فإن إزدادت قيمته عن رأس المال عتق نصيب المضارب ولم يضمن لرب المال وسعى المعتق في قيمة نصيب رب المال. ولو اشترى الشريك من يعتق على شريكه أو الاب أو الوصي من يعتق على الصغير نفذ على العاقد والمأذون إذا اشترى من يعتق على المولى فإنه يصح ويعتق عليه إن لم يكن مستغرقا بالدين وإلا لا. فإن كان مع المضارب ألف بالنصف واشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة نفذت دعوة المضارب فيه لظهور الربح فيه وقبله لا لعدم ظهوره

إذ قيمة كل لا تزيد على رأس المال ولزمه عقرها لاقراره بوطئها ويكون في مال المضاربة، كذا في المحيط بخلاف ما إذا عتق الولد ثم ظهرت الزيادة حيث لا ينفذ إعتاقه

***

[٤٥٢]

السابق لانه إنشاء فيشترط وجود الملك وقته كما لو أعتق عبد الغير ثم ملكه لا ينفذ عتقه، أما الدعوة فإخبار لا يشترط وجوده وقته كما لو أقر بحرية عبد الغير ثم ملكه يعني اشتراه فإنه ينفذ، وإذا نفذت لا ضمان على المضارب في حصة رب المال من الولد، سواء كان موسرا أو معسرا لان النفوذ بالملك ولا صنع له فيه وعتق من الولد حصة المضارب عند أبي حنيفة فقط، وولاء الولد بين المضارب ورب المال بالحصة، وخير رب المال إن شاء استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين، وإن شاء أعتقه. ثم إذا قبض رب المال الالف له أن يضمن المضارب نصف قيمة الام لظهور أن الجارية ربح فنفذت دعوة المضارب فيها أيضا وصارت أم ولد له. ولا فرق بين كونه موسرا أو معسرا لانه ضمان تملك وهو لا يختلف بهما ولا يتوقف على التعدي لانه ضمان تمليك بخلاف ضمان الولد فإنه ضمان عتق وهو يعتمد التعدي ولم يوجد، ولو لم تزد قيمة الولد على ألف وزادت قيمة الام حتى صارت ألفا وخمسمائة صارت الجارية أم ولد للمضارب ويضمن لرب المال ألفا ومائتين وخمسين إن كان موسرا، وإن كان معسرا فلا سعاية عليها لان أم الولد لا تسعى وما لم يصل إلى رب المال رأس ماله فالولد رقيق ثم يأخذ منه مائتين وخمسين على أنه نصيبه من الربح. ولو زادت قيمتهما بأن صارت قيمة كل واحد ألفي درهم عتق الولد وصارت أم ولد له ويؤخذ رأس المال منه وهو ألف وما بقي من قيمة الجارية وهو ألف درهم ويضمن له عقر مائة درهم، وإذا استوفى ذلك من المضارب فللمضارب أن يستوفي من ربح الولد مقدار ألف ومائة فعتق الولد منه بذلك المقدار، وبقي من الولد مقدار تسعمائة ربح بينهما لكل واحد أربعمائة وخمسون فما أصاب المضارب عتق، وما أصاب رب المال سعى فيه الولد، كذا في البدائع. ولو ادعى رب المال أنه ابنه لا المضارب فهو ابنه والجارية أم ولد له ولا يضمن للمضارب شيئا من عقر وقيمة والله سبحانه وتعالى أعلم.

***

[٤٥٣]

باب المضارب يضارب قوله: (فإن ضارب المضارب بلا إذن لم يضمن ما لم يعمل الثاني) يعني ربح أو لا حتى لو ضاع في يده قبل العمل لا ضمان على أحد، وكذا لو غصب من الثاني فالضمان على الغاصب فقط، ولو استهلك الثاني المال أو وهبه كان الضمان عليه دون الاول، وإذا عمل الثاني خير رب المال إن شاء ضمن الاول رأس ماله وإن شاء ضمن الثاني، وإن اختار رب المال أن يأخذ الربح ولا يضمن ليس له ذلك، كذا في المبسوط. فإن ضمن الاول صحت المضاربة بينه وبين الثاني وكان الربح على ما شرطا، وإن ضمن الثاني رجع بما ضمن على الاول وصحت بينهما وكان الربح بينهما وطاب للثاني ما ربح دون الاول، وإن كانت إحداهما فاسدة أو كلاهما فلا ضمان على واحد منهما وللعامل أجر المثل على المضارب الاول ويرجع به الاول على رب المال والوضيعة على رب المال والربح بين الاول ورب المال على الشرط بعد أخذ الثاني أجرته إذا كانت المضاربة الاولى صحيحة وإلا فللمضارب الاول أجر مثله. ولو دفع الثاني مضاربة إلى ثالث وربح الثالث أو وضع، فإن قال الاول للثاني اعمل فيه برأيك فلرب المال أن يضمن أي الثلاثة شاء ويرجع الثالث على الثاني والثاني على الاول والاول لا يرجع على أحد إذا ضمنه رب المال وإلا لا ضمان على الاول وضمن الثاني والثالث، كذا في المحيط. قوله: (فإن دفع بإذن بالثلث وقيل ما رزق الله بيننا نصفان فللمالك النصف وللاول السدس وللثاني الثلث) يعني ضارب بإذن رب المال وإنما كان له النصف بشرطه فبقي النصف وقد شرط المضارب للثاني الثلث فكان له السدس وطاب الربح للجميع لان عمل الثاني عمل عن المضارب كالاجير المشترك إذا استأجر آخر بأقل مما استؤجر. ونظير ما في الكتاب لو قال ما كان في ذلك من رزق فهو بيننا نصفان أو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف، كذا في الهداية والنهاية قوله: (ولو قيل ما رزق الله تعالى بيننا نصفان فللثاني ثلثه والباقي بين الاول والمالك نصفان) أي لو قال رب المال ذلك والمسألة بحالها لان المشروط ما رزق الله المضارب وهو هنا الثلثان فيقسم بينهما وللثاني الثلث الباقي بالشرط، ونظيره ما ربحت في هذا من شئ أو ما كان لك فيه

***

[٤٥٤]

من فضل الربح أو ما كسبت فيه من كسب أو ما رزقت فيه من شئ أو ما صار لك فيه من ربح، وكذا لو شرط للمضارب الثاني أكثر من الثلث أو أقل منه فما بقي بعدما يأخذ منه فهو بين رب المال والاول. والفرق بينهما أن في الاول شرط نصف الربح جميعه لانه أضاف الرزق إلى المال، وفي الثاني أضافه إلى المضارب قوله: (ولو قال له ما ربحت بيننا نصفان ودفع بالنصف فللثاني النصف واستويا فيما بقي) ولافرق بين هذه الصورة وما قبلها إلا من حيث اشتراط المضارب للثاني فإن في الاولى شرط له الثلث فكان ما بقي بينهما، وفي الثانية شرط له النصف فكان النصف الباقي بينهما قوله: (ولو قيل ما رزق الله فلي نصفه أو ما كان من فضل فبيننا نصفان فدفع بالنصف فللمالك النصف وللثاني النصف ولا شئ للاول ولو شرط للثاني ثلثيه) والمسألة بحالها (ضمن الاول للثاني سدسا) ظاهر حكما وتعليلا. قوله: (وإن شرط للمالك ثلثه ولعبده ثلثه على أن يعمل منه ولنفسه ثلثه صح) أي لعبد المالك على أن يعمل مع المضارب، واشتراط الثلث للعبد اشتراط لمولاه وكان العبد مأذونا له فتكون حصته من الربح للمولى إن لم يكن على العبد دين وإلا فهو لغرمائه إن شرط عمله وإلا فهو للمولى. وقوله على أن يعمل معه عادي وليس بقيد بل يصح الشرط ويكون لسيده وإن لم يشترط عمله وقيد برب المال لان عبد المضارب لو شرط له شئ من الربح ولم يشترط عمله لا يجوز، ويكون ما شرط له لرب المال إن كان على العبد دين وإلا لا يصح سواء شرط عمله أو لا ويكون للمضارب. وقيد بكون العاقد المولى لان المأذون لو عقدها مع أجنبي وشرط عمل مولاه لا يصح إن لم يكن عليه دين وإلا صح. وشمل قوله العبد ما لو شرط للمكاتب بعض الربح فإنه يصح، وكذا لو كان مكاتب المضارب لكن بشرط أن يشترط عمله فيهما وكان المشروط للمكاتب له لا لمولاه، وإن لم يشترط عمله لا يجوز. وعلى هذا غيره من الاجانب فتصح المضاربة وتكون لرب المال ويبطل الشرط، والولد والمرأة كالاجانب هنا، كذا في النهاية. وقيد باشتراط عمل العبد لان اشتراط عمل رب المال مع المضارب مفسد لها، وكذا اشتراط عمل المضارب مع مضاربه أو عمل رب المال مع الثاني، كذا في المحيط: بخلاف المكاتب إذا دفع ماله مضاربة وشرط عمل مولاه معه لا يفسد مطلقا، فإن عجز قبل العمل ولا دين عليه فسدت، ولو دفع المكاتب ماله مضاربة إلى مولاه يصح، كذا في
***
[٤٥٥]
المحيط. وإذا كان الاشتراط للعبد اشتراطا لمولاه فاشتراط بعض الربح لقضاء دين المضارب أو لقضاء دين رب المال جائز بالاولى ويكون المشروط للمشروط له قضاء دينه، كذا في النهاية. ولا يجبر على دفعه لغرمائه ولو شرط بعض الربح للمساكين أو للحج أو في الرقاب لم يصح ويكون لرب المال، ولو شرط البعض لمن شاء المضارب فإن شاءه المضارب لنفسه أو لرب المال صح الشرط، وإن شاءه لاجنبي لم يصح، كذا في المحيط. واشتراط أن يكون للعبد ربح في مقابلة عمله اتفاقي لانه لو شرط عمل رب المال مع المضارب ولم يذكر له شئ من الربح فإنه صحيح، سواء كان على العبد دين أو لا يكون العبد مضاربا في حق المولى، فإن كان العبد مديونا فحصته من الربح لغرمائه، وإن لم يكن فحصته لمولاه وكذلك مكاتبه ومن لم تقبل شهادته قوله: (وتبطل بموت أحدهما) لكونها وكالة وهي تبطل بالموت قوله: (وبلحوق المالك مرتدا) لانه بمنزلة الموت. وإنما لم يجعل المضارب بمنزلة الوكيل فيما لو دفع إليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعد الشراء فإن الوكيل يرجع به على الموكل، ثم لو هلك ما أخذه منه ثانيا لا يرجع به مرة أخرى بخلاف المضارب يرجع به على رب المال مرة بعد أخرى إلى أن يصل الثمن إلى البائع لان شراء الوكيل يوجب الثمن عليه للبائع وله على الموكل، فإذا رجع على الموكل بعد الشراء صار مقتضيا ما استوجبه دينا عليه وصار مضمونا عليه بالقبض فيهلك من ضمانه. وأما المضارب إذا رجع على رب المال فما يقبضه يكون أمانة، فإذا هلك كان على رب المال فيرجع مرة بعد أخرى، وفيما إذا اشترى بمال المضاربة عروضا ثم عزل لا ينعزل وإن علم والوكيل ينعزل وسيأتي الفرق بينهما، وفيما إذا عاد رب المال بعد اللحوق مسلما فالمضارب على مضاربته بخلاف الوكيل، والفرق أن محل التصرف خرج عن ملك الموكل ولم يتعلق به حق الوكيل بخلاف المضارب. قيد بلحوق المالك لان المالك لو ارتد ولم يلحق فتصرفه موقوف. وأشار إلى أن المضارب لو ارتد فالمضاربة على حالها اتفاقا حتى لو اشترى وباع وربح أو خسر ثم قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب فإن التصرف جائز والربح بينهما على ما شرطا، والعهدة في جميع تصرفه على رب المال في قول أبي حنيفة. قوله: (وينعزل بعزله أن علم) أي ينعزل المضارب بعزل رب المال إن علم به لانه وكيل، وإن لم يعلم لا. والمراد بالعلم ما يستفاد من

خبر رجلين مطلقا أو واحد عدل إن كان فضوليا وإلا فخبر مميز قوله: (وإن علم والمال عروض باعها ثم لا يتصرف في ثمنها ولا يملك المالك فسخها في هذه الحالة) لان للمضارب حقا في الربح. قيد بالمضاربة لان أحد
***
[٤٥٦]
الشريكين إذا فسخ الشركة وما لها أمتعة قالوا يصح فسخه بخلاف المضاربة، كذا في فتاوى قاضيخان من الشركة. والمراد من العرض هنا أن يكون خلاف جنس رأس المال والدراهم والدنانير جنسان هنا، فإذا كان رأس المال دراهم وعزله ومعه دنانير له بيعها بالدراهم استحسانا، وله بيع العروض بعد العزل بالنقد والنسيئة وإن نهاه رب المال عن النسيئة كما لا يصح نهيه عن المسافرة في الروايات المشهورة، وكما لا يملك عزله لا يملك تخصيص الاذن لانه عزل من وجه، كذا في النهاية. وشمل كلامه العزل الحكمي حتى لو كان له بيع العروض بعد موت رب المال حقيقة أو حكما، ولا ينعزل في الحكمي إلا بالعلم بخلاف الوكيل حيث ينعزل في الحكمي وإن لم يعلم لانه حق له بخلاف المضارب قوله: (ولو افترقا وفي المال ديون وربح أجبر على اقتضاء الديون) لانه كالاجير والربح كالاجرة وطلب الدين من تمام تكملة العمل فيجبر عليه قوله: (وإلا لا يلزمه الاقتضاء) أي وإن لم يكن في المال ربح لكونه وكيلا متبرعا ولا جبر عليه قوله: (ويوكل المالك عليه) أي على الاقتضاء لانه لا يتمكن من المطالبة إلا بتوكيله لكونه غير عاقد والوكيل بالبيع والمستبضع كالمضارب يجبران على التوكيل قوله: (والسمسار يجبر على التقاضي) وهو بكسر الاول المتوسط بين البائع والمشتري وجمعه سماسرة يبيع ويشتري للناس بأجر من غير أن يستأجر، ولو استؤجر على البيع والشراء لا يجوز لعدم قدرته عليه. والحيلة في جوازها أن يستأجره يوما للخدمة فيستعمله في البيع والشراء إلى آخر المدة، ولو عمل من غير شرط وأعطاه شيئا لا بأس به وبه جرت العادة. وإنما أجبر على طلب الثمن من المشتري واستيفائه لانه من جملة عمله قوله: (وما هلك من مال المضاربة فمن الربح فإن زاد الهالك على الربح لم يضمن المضارب) لكونه أمينا سواء كان من عمله أو لا قوله: (وإن قسم الربح وبقيت المضاربة ثم هلك المال أو بعضه ترادا الربح ليأخذ المالك رأس ماله وما فضل فهو بينهما وإن نقص لم يضمن) لان قسمة الربح قبل قبض رأس المال موقوفة فإذا قبض رب المال رأس ماله نفذت القسمة، وإن هلك ما أعد لرأس المال كانت القسمة باطلة وتبين أن المقسوم كان رأس المال قوله: (وإن قسم الربح وفسخت ثم عقداها فهلك المال لم يترادا) وهذه مفهوم قوله وبقيت المضاربة لان الاولى قد انتهت بالفسخ وهي الحيلة النافعة للمضارب والله أعلم.
***
[٤٥٧]
فصل قوله: (ولا تفسد المضاربة بدفع المال إلى المالك بضاعة) لان رب المال معين للمضارب في إقامة العمل والمال في يده على سبيل البضاعة. وأطلق المال فشمل الكل والبعض وبه صرح في الذخيرة والمبسوط. وما وقع في الهداية من التقييد بالبعض فاتفاقي صرح به في النهاية. وأشار بالدفع إلى أن المضارب لا بد أن يسلم المال أولا حتى لو جعل المال بضاعة قبل أن يتسلمه لا يصح لان التسليم شرط فيها كما لو شرط عمل رب المال ابتداء. وقيد بدفعه لان رب المال لو أخذ مال المضاربة بغير أمر المضارب وباع واشترى فإن المضاربة تبطل إن كان رأس المال نقدا، وإن صار عرضا لا لانه في الاول عامل لنفسه لا معين فانتقضت، وفي الثاني لا يملك النقض صريحا فكذا دلالة، فلو باع العروض بنقد ثم اشترى عروضا كان للمضارب حصته من ربح العروض الاولى لا الثانية لانه لما باع العروض وصار المال نقدا في يده كان ذلك نقضا للمضاربة، فشراؤه به بعد ذلك يكون لنفسه، فلو باع العروض بعروض مثلها أو بمكيل أو موزون وربح كان بينهما على ما شرطا لان رب المال لا يتمكن من نقض المضاربة ما دام المال عروضا. والحاصل أن كل تصرف صار حقا للمضارب على وجه لا يملك رب المال منعه فرب المال في ذلك يكون معينا له، سواء باشره بأمره أو بغير أمره. وكل تصرف يتمكن رب المال أن يمنع المضارب منه فرب المال في ذلك التصرف عامل لنفسه إلا أن يكون بأمر المضارب فحينئذ يكون معينا له، كذا في المبسوط. وتقييده بالبضاعة اتفاقي لانه لو دفع المال إلى رب المال مضاربة لا تبطل المضاربة الاولى لكن تبطل الثانية لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا، فلو جوزناه يؤدي إلى قلب الموضوع، وإذا لم تصح بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى، كذا في الهداية. وبه علم أنها بضاعة وإن سميت مضاربة لان

المراد بالبضاعة هنا الاستعانة لان الابضاع الحقيقي لا يتأتى هنا وهو أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر ولا ربح للعامل، وفهم من مسألة الكتاب جواز الابضاع مع الاجنبي بالاولى. وحاصل ما يملكه
***
[٤٥٨]
المضارب ثلاثة أنواع: نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما كان معتادا بين التجار، ونوع لا يملكه إلا إذا قال له اعمل برأيك كالمضاربة والشركة والخلط، ونوع لا يملكه إلا بالصريح كالاستدانة والعتق مطلقا والكتابة والاقراض والهبة والصدقة وقد قدمنا تفاصيلها أول الكتاب. قوله: (فإن سافر فطعامه وشراؤه وكسوته وركوبه في مال المضاربة وإن عمل في المصر فنفقته في ماله) أي إن سافر المضارب. والركوب بفتح الراء ما يركب سواء كان بشراء أو كراء. والفرق أن النفقة تجب جزاء الاحتباس كنفقة القاضي والمرأة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلي وإذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة. قيد بالمضارب لان الاجير والوكيل والمستبضع لا نفقة لهم مطلقا لان الاجير يستحق البدل لا محال والوكيل والمستبضع متبرعان، وكذا الشريك إذا سافر بمال الشركة لا نفقة له لانه لم يجر التعارف به، ذكره المصنف في الكافي، وصرح في النهاية بوجوبها في مال الشركة. وأطلق المضاربة فانصرفت إلى الصحيحة لان المضارب في الفاسدة أجير لا نفقة له. ولما كانت العلة في وجوب النفقة حبس نفسه لاجلها علم أن ليس المراد بالسفر السفر الشرعي المقدر بثلاثة أيام بل المراد أن لا يمكنه أن يبيت في منزله، وإن خرج من المصر وأمكنه أن يعود إليه في ليلته فهو كالمصر لا نفقة له. وأطلق المصر فشمل مصره الذي ولد فيه والمصر الذي اتخذه دارا، أما لو نوى الاقامة بمصر ولم يتخذه دارا فله النفقة، كذا في شرح المجمع. فلو أخذ مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قدم الكوفة مسافرا فلا نفقة له في المال ما دام بالكوفة، فإذا خرج منها مسافرا فله النفقة حتى يأتي البصرة لان خروجه لاجل المال. ولا ينفق من المال ما دام بالبصرة لان البصرة وطن أصلي له فكان إقامته فيه لاجل الوطن لا لاجل المال، فإذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال إلى أن يأتي الكوفة لان خروجه من البصرة لاجل المال، وله أن ينفق أيضا ما أقام بالكوفة حتى يعود إلى البصرة لان وطنه بالكوفة كان وطن إقامة وأنه يبطل بالسفر، فإن عاد إليها وليس له بها وطن فكان إقامته فيها لاجل المال، كذا في البدائع والمحيط والفتاوى الظهيرية. وأشار بالطعام وما بعده إلى أنه ينفق على نفسه في السفر ما لا بد منه في عادة التجار بالمعروف فدخل فيه غسل ثيابه وأجرة من يخدمه من الخبز والطبخ وعلف دابة الركوب والحمل ونفقة غلمانه الذين يعملون معه والدهن في موضع يحتاج إليه كالحجاز وأجرة الحمام والحلاق وقص الشارب، وما أسرف فيه ضمنه لانتفاء الاذن، وما فضل من النفقة بعد رجوعه إلى بلده رده إلى مال المضاربة كالحاج عن الغير يرد الفاضل عن المحجوج عنه إن كان حيا وإن كان ميتا إلى ورثته، والغازي إذا خرج من دار الحرب رد ما معه من النفقة، وكالامة إذا رجع المولى في تبوئتها ترد ما معها من النفقة على الزوج. وأشار
***
[٤٥٩]
بنفي وجوب الدواء من مالها مطلقا إلى أن أجرة الحجام والفصاد لا تجب من مالها لانها من الدواء كما في المحيط. وإنما لم يجب الدواء لانه من العوارض كدواء المرأة فإنه لا يجب على الزوج. وأطلق في وجوب النفقة في السفر فشمل ما إذا اتفق له شراء شئ أو لا كما صرح به في الخلاصة، ولما كان المعتبر عادة التجار كان له أكل الفاكهة وإن لم تكن من النفقة وله الخضاب، كذا في الخلاصة. وأشار بقوله فطعامه إلى أنه يأكل ما كان يعتاده كما هو مصرح به في الخلاصة. وإشار بالنفقة إلى أنه ليس له أن يشتري جارية للوطئ ولا للخدمة فإن اشترى كان من ماله خاصا، كذا في الفتاوى الظهيرية. وعلله في المحيط بأن الوطئ قد يأتي بدون الجارية والحاجة إلى الخدمة ترتفع بالاستئجار. وقيد بنفقة المضارب لان نفقة عبيد رب المال ودوابه إذا سافر بهم ليست من مال المضاربة بل على رب المال، فإن أنفق المضارب من مال المضاربة عليهم فهو ضامن لما أنفق تؤخذ مما خصه من الربح إن وفى وإلا يرجع عليه بالزيادة، وإن أنفق بأمر رب المال حسب ذلك من مال رب المال، كذا في الذخيرة والفتاوى الظهيرية. وإذا رد شيئا من مال المضاربة على عبيد رب المال لا يضمن فهو كالمودع، كذا في المحيط. وأفاد بذكر الكسوة وجوب الفراش الذي ينام عليه كما صرح به في المحيط. وأشار بقوله في مال المضاربة إلى أنه لا يشترط الانفاق من عينه حتى لو أنفق من مال نفسه أو استدان على المضاربة لنفقته يرجع في مال

المضاربة لان التدبير في الانفاق إليه كالوصي إذا أنفق على الصغير من مال نفسه، وإن لم يرجع فيه حتى توى مال المضاربة لا يرجع على رب المال لفوات محل النفقة بخلاف ما إذا اشترى شيئا للمضاربة أو استأجر دابة ليحمل عليها مال المضاربة فضاع المال قبل أن ينقد منه يرجع بذلك على رب المال لانه عامل لرب المال بخلاف نفقته لانه عامل لنفسه، كذا في المحيط. وأطلق السفر فشمل السفر للتجارة ولطلب الديون فيرجع بما أنفق لطلبه إلا إذا زاد على الدين فلا يرجع بالزيادة كما صرح به في المحيط. وأطلق عمله في المصر فشمل عمله للتجارة ولاقتضاء الديون ولا رجوع له فيما أنفقه في الخصومة لتقاضي الدين كما في المحيط. وأطلق المضارب ليفيد أنه لا فرق بين المضارب ومضاربه إذا كان إذنه في المضاربة وإلا فلا نفقة للثاني كما في المحيط. قوله: (فإن ربح أخذ المالك ما أنفق من رأس المال) أي ما أنفقه المضارب فإذا استوفى رأس ماله وفضل شئ اقتسماه لان ما أنفقه يجعل كالهالك. وأشار المصنف إلى أن للمضارب أن ينفق على نفسه من مال المضاربة في السفر قبل الربح، وإلى أنه لو لم يظهر ربح لا شئ على المضارب. قيد بالنفقة لانه لو كان في المال دين غيرها قدم إيفاؤه على رأس المال، ولو أنفق المضارب من ماله ثم هلك مال المضاربة لم يرجع على رب المال بشئ كما قدمناه. قوله:

***

[٤٦٠]

(فلو باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع) من الحملان وأجرة السمسار والقصار والصباغ ونحوه ويقول قام علي بكذا، والاصل أن ما يوجب زيادة في رأس المال حقيقة أو حكما يضمه إلى رأس المال، وكذا ما اعتاده التجار كأجرة السمسار، كذا في النهاية قوله: (لا على نفسه) أي لا يحسب نفقة نفسه إذا باع مرابحة، والفرق أن الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قوله: (ولو قصره أو حمله بماله وقيل له اعمل برأيك فهو متطوع) يعني إذا قال له رب المال اعمل برأيك فاشترى بمال المضاربة كله متاعا قصره أو حمله بماله يكون متطوعا لا رجوع له على رب المال لانه استدانه على رب المال وهو لا يجوز، وعلم منه أنه لو زاد على الثمن بأن اشترى بأكثر من رأس المال يكون متطوعا. قيد بقوله وقيل له اعمل برأيك أنه لو أذن له صريحا بذلك لا يكون تطوعا، ولو لم يقل اعمل برأيك وسكت يكون متطوعا بالاولى. وإذا كان متطوعا يكون له حصة من الربح، فلو اشترى بكل رأس المال وهو ألف ثيابا واستقرض مائة للحمل عليها ثم باعها بألفين قسمت الالف الربح على أحد عشر سهما فعشرة منها للمضاربة على شرطهما وسهم للمضارب خاصة في مقابلة ما تبرع به من الكراء، ويرابح في هذه الصورة على ألف ومائة عند أبي حنيفة لانها قامت عليه بذلك، وعندهما على ألف لا غير والثمن كله على المضاربة قوله: (وإن صبغه أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) لانه عين مال قائم حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قائم به، ولهذا إذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع إذا صبغ المغصوب، وإنما لا يضمن لان رب المال قال له اعمل برأيك فيملك الخلط بخلاف ما إذا لم يقل له اعمل برأيك فإنه لا يكون شريكا بل يضمن كالغاصب. والقصارة بفتح القاف مصدر من قصر الثوب فعل القصار، وبكسرها حرفته. وخص المصنف الحمرة لان السواد نقصان عند أبي حنيفة أما سائر الالوان فمثل الحمرة، كذا في النهاية قوله: (معه ألف بالنصف فاشترى به بزا وباعه بالفين واشترى بهما عبدا فضاعا غرما ألفا والمالك ألفا) أي غرم المضارب ورب المال ألفا ثم غرم رب المال وحده ألفا أخرى فيغرم المضارب خمسمائة والمالك ألفا وخمسمائة البز الثياب. وقال محمد في السير: البز عند أهل الكوفة ثياب الكتان أو القطن لا ثياب الصوف والخز، كذا في المغرب قوله: (وربع العبد للمضارب وباقية على المضاربة ورأس المال ألفان وخمسمائة ويرابح على ألفين) لانه لما نض المال ظهر الربح وله منه خمسمائة فإذا اشترى بألفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على

***

[٤٦١]

حسب انقسام الالفين، فإذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته، ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافاة ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة لانه دفع مرة ألفا ومرة ألفا وخمسمائة، ولا يبيعه مرابحة إلا على ألفين لانه اشتراه بهما، ويظهر ذلك فيما إذا بيع العبد باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما والالف يختص بها المضارب. قوله: (وإن اشترى من المالك عبدا

بألف اشتراه بنصفه رابح بنصفه) أي لو اشترى المضارب من رب المال بألف المضاربة عبدا قيمته ألف وقد كان اشتراه رب المال بنصف الالف يبيعه المضارب مرابحة بما اشتراه رب المال، ولا يجوز أن يبيعه مرابحة على الالف لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه، وكذا لو اشتراه رب المال بألف وقيمته ألف وباعه من المضارب بخمسمائة ومال المضاربة ألف فإنه يبيعه مرابحة على خمسمائة قيدنا بكونه لا فضل في قيمة المبيع والثمن على رأس مال المضاربة لانه لو كان فيهما فضل بأن اشترى رب المال عبدا بألف قيمته ألفان ثم باعه من المضارب بألفين بعد ما عمل المضارب في ألف المضاربة وربح فيها ألفا فإنه يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة وكذا إذا كان في قيمة المبيع فضل دون الثمن بأن كان العبد يساوي ألفا وخمسمائة فاشتراه رب المال بألف فباعه من المضارب بألف يبيعه المضارب مرابحة على ألف ومائتين وأما إذا كان في الثمن فضل على رأس المال ولا فضل في قيمة المبيع بأن اشترى رب المال عبدا بألف قيمته ألف فباعه من المضارب بألفين فإنه يبيعه مرابحة على ألف فهو كمسألة الكتاب فالحاصل أن هذه المسألة على أربعة أقسام قسمان لا يرابح فيهما إلا على ما اشترى به رب المال وهما إذا كان لا فضل فيهما أو لا فضل في قيمة المبيع فقط وقسمان يرابح على ما اشترى به رب المال وحصة المضارب وهما إذا كان فيهما فضل أو في قيمة المبيع فقط. وهذا إذا كان البائع رب المال وأما إذا كان البائع المضارب فهو على أربعة أقسام أيضا الاول أن لا يكون فضل فيهما بأن كان رأس المال ألفا فاشترى منها المضارب عبدا بخمسمائة قيمته ألف وباعه من رب المال بألف فإن رب المال يرابح على ما اشترى به المضارب الثاني أن يكون الفضل في قيمة المبيع دون الثمن فإنه كالاول الثالث أن يكون فيهما فضل فإنه يرابح على ما اشترى به المضارب وحصة المضارب الرابع أن يكون الفضل في الثمن فقط وهو كالثالث، كذا في المحيط مختصرا، وقال الشارح الزيلعي: ولو كان بالعكس بأن اشترى المضارب عبدا بخمسمائة فباعه من رب المال بألف يبيعه مرابحة على خمسمائة، ولا شك أن هذه الصورة هو القسم الاول في كلام المحيط فليس كلامه هنا مخالفا

***

[٤٦٢]

لما ذكره هو بنفسه في باب المرابحة أنه يضم حصة المضارب، وقد اشتبهت هذه المسألة على كثير حتى زعموا أنه وقع منه تناقض وليس كذلك بل ما ذكره هنا هو الوجه الاول في كلام المحيط وهو أنه لا فضل في الثمن وقيمة المبيع على رأس المال، وما ذكره في باب المرابحة هو القسم الثالث أو الرابع في كلام المحيط كما لا يخفى. ولهذا صوروا المسألة هناك بأن معه عشرة بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر قالوا يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف، ولو ملكه رب المال بغير شئ فباعه من المضارب لا يبيعه مرابحة حتى يبين أنه اشتراه من رب المال، كذا في المحيط. قوله: (معه ألف بالنصف فاشترى به عبدا قيمته ألفان فقتل رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على المالك وربعه على المضارب والعبد يخدم المالك ثلاثة أيام والمضارب يوما) لان الفداء مؤنة الملك وقد كان الملك بينهما أرباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال، فإذا فدياه خرج العبد عن المضاربة لان نصيب المضارب صار مضمونا عليه ونصيب رب المال صار له بقضاء القاضي بالفداء عليهما، وإذا خرج عنها بالدفع أو بالفداء يخدمهما على قدر ملكهما. قيد بقوله قيمته ألفان لانه لو كان قيمته ألفا فتدبير الجناية إلى رب المال لان الرقبة على ملكه لا ملك للمضارب فيها، فإن اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفداء مع ذلك فله ذلك لانه يستبقي بالفداء مال المضاربة وله ذلك لان الربح يتوهم، كذا في الايضاح. ثم اعلم أن العبد المشتري في المضاربة إذا جنى خطأ لا يدفع بها حتى يحضر المضارب ورب المال سواء كان الارش مثل قيمة العبد أو أقل أو أكثر، وكذا إذا كانت قيمته ألفا لا غير لا يدفع إلا بحضرتهما لان المضارب له فيه حق ملك حتى ليس لرب المال أن يأخذه ويمنعه عن بيعه كالمرهون إذا جنى خطأ لا يدفع إلا بحضرة الراهن والمرتهن. والحاصل أنه يشترط حضرة رب المال والمضارب للدفع دون الفداء إلا إذا أبى المضارب الدفع والفداء وقيمته مثل رأس المال فلرب المال دفعه لتعنته، فإن كان أحدهما غائبا وقيمة العبد ألفا درهم ففداه الحاضر كان متطوعا لانه أدى دين غيره بغير أمره وهو غير مضطر فيه، فإنه لو أقام البينة على الشركة لا يطالب بحصة صاحبه لا بالدفع ولا بالفداء، كذا في النهاية. وذكر قاضيخان أن المضارب ليس له الدفع والفداء وحده لانه ليس من أحكام المضاربة فلهذا كان إليها قوله: (معه ألف فاشترى به عبدا وهلك الثمن قبل النقد دفع المالك ألفا آخر ثم وثم ورأس المال جميع ما دفع) لان المال أمانة في يده والاستيفاء إنما يكون

***

[٤٦٣]
بقبض مضمون وحكم الامانة تنافيه فيرجع مرة بعد أخرى بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الامرة لانه أمكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا وكل ببيع المغصوب، ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه المال فهلك بعده لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده، أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فإذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء. قوله: (معه ألفان فقال دفعت إلي ألفا وربحت ألفا وقال المالك دفعت ألفين فالقول للمضارب) لانهما اختلفا في المقبوض والقول في مقداره للقابض ولو ضمينا اعتبارا بما لو أنكره أصلا فإن القول له، ولو كان الاختلاف مع ذلك في قدر الربح فالقول لرب المال في مقدار الربح فقط، وأيهما أقام البينة تقبل بينته، وإن أقاماها فتقبل بينة رب المال في دعواه الزيادة في رأس المال والمضارب في دعواه والزيادة في الربح. قيد الاختلاف بكونه في المقدار لان الاختلاف إذا وقع في صفة المقبوض فالقول قول رب المال كما سيأتي قوله: (معه ألف فقال هو مضاربة بالنصف وقد ربح ألفا وقال المالك هو بضاعة فالقول للمالك) لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله أو شرطا من جهته أو يدعي الشركة وهو ينكر، والتقييد بالمضاربة والبضاعة ليس احترازا مطلقا بل لو قال المضارب هي قرض وقال رب المال هي بضاعة أو وديعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التمليك وهو ينكر، بل احتراز عما لو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة كان القول للمضارب لان رب المال يدعي عليه ضمانا وهو ينكر وأيهما أقامها قبلت، وإن أقاماها فبينة رب المال أولى. قيد الاختلاف بكونه في الصفة لانه لو كان في النوع بأن ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب مع يمينه لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض. وتقبيل بينة من أقامها فإن أقاماها فإن وقتا وقتا قبل صاحبها يقضى بالمتأخرة، وإن لم يوقتا وقتا على السواء أو وقتت أحدهما دون الاخرى قضى ببينة رب المال، كذا في الذخيرة. ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة، ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى لان آخر الشرطين ينقض الاول، كذا في الهداية. وإن كان رب المال يدعي العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا، كذا في الذخيرة والله تعالى أعلم.

***

[٤٦٤]
كتاب الوديعة لا خفاء في اشتراكها مع ما قبلها في الحكم وهو الامانة. وهي في اللغة مشتقة من الودع وهو الترك، وفي الشريعة ما ذكره المصنف قوله: (الايداع هو تسليط الغير على حفظ ماله) يعني صريحا أو دلالة. وإنما قلنا أو دلالة لان المنقول في المحيط أنه لو انفتق زق رجل فأخذه رجل ثم تركه ولم يكن المالك حاضرا يضمن لانه لما أخذه فقد التزم حفظه دلالة وإن لم يأخذه ولم يذق منه لا يضمن، وإن كان المالك حاضرا لم يضمن في الوجهين قوله: (والوديعة ما تترك عند الامين) وركنها الايجاب قولا صريحا أو كناية أو فعلا والقبول من المودع صريحا أو دلالة في حق وجوب الحفظ. وإنما قلنا صريحا أو كناية ليشمل ما لو قال الرجل أعطني ألف درهم أو قال لرجل في يده ثوب أعطنيه فقال أعطيتك فهذا على الوديعة، نص عليه في المحيط. لان الاعطاء يحتمل الهبة والوديعة والوديعة أدنى وهو متيقن فصار كناية. وإنما قلنا في الايجاب أو فعلا ليشمل ما لو وضع ثوبه بين يدي رجل ولم يقل شيئا فهو إيداع. وإنما قلنا في القبول أو دلالة ليشمل سكوته عند وضعه بين يديه فإنه قبول دلالة حتى لو قال لا أقبل لا يكون مودعا لان الدلالة لم توجد ولهذا قال في الخلاصة: لو وضع كتابه عند قوم فذهبوا وتركوه ضمنوا إذا ضاع وإن قاموا واحدا بعد واحد ضمن الاخير لانه تعين للحفظ فتعين للضمان ا ه‍. ولهذا إذا وضع ثيابه في الحمام بمرأى من الثيابي كان ايداعا وإن لم يتكلم، ولا يكون الحمامي مودعا ما دام الثيابي حاضرا فإن كان غائبا فالحمامي مودع، وكذلك إذا قال لصاحب الخان أين أربطها فقال هناك كان ايداعا، كذا في فتاوى قاضيخان.

***

[٤٦٥]
وقال في الخلاصة في الاجارات في الجنس الرابع في الحمامي لبس ثوبا بمرأى عين الثيابي فظن الثيابي أنه ثوبه فإذا هو ثوب الغير ضمن

هو الاصح، وإنما قلنا في حق وجوب الحفظ لانها تتم بالايجاب وحده في حق الامانة حتى لو قال للغاصب أودعتك المغصوب برئ عن الضمان وإن لم يقبل، كذا في الاختيار. وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه حتى لو أودع الآبق أو الطير الذي في الهواء والمال الساقط في البحر لا يصح وكون المودع مكلفا شرط لوجوب الحفظ عليه حتى لو أودع صبيا فاستهلكها لم يضمن، ولو كان عبدا محجورا ضمن بعد العتق، كذا في المحيط. ولو كانت الوديعة عبدا فقتله ضمن عاقلة الصبي قيمته وخير مولى العبد بين دفعه أو فدائه. وحكمها كون المال أمانة عنده مع وجوب الحفظ عليه والاداء عند الطلب واستحباب قبولها قوله: (وهي أمانة فلا تضمن بالهلاك) سواء أمكن التحرز عنه أو لا، هلك معها للمودع شئ أو لا. والفرق بين الوديعة والامانة من وجهين: أحدهما أن الوديعة خاصة بما ذكرناه والامانة خاصة بما لو وقع في يده شئ من غير قصده بأن هبت الريح بثوب إنسان وألقته في حجر غيره. وحكمها مختلف في بعض الصور لان في الوديعة يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق، وفي الامانة لا يبرأ عن الضمان بعد الخلاف. الثاني أن الامانة علم لما هو غير مضمون فيشمل جميع الصور التي لا ضمان فيها كالعارية والمستأجر والموصى بخدمته في يد الموصى له بها، والوديعة ما وضع للامانة بالايجاب والقبول فكانا متغايرين. واختاره صاحب الهداية والنهاية ونقل الاول عن الامام بدر الدين الكردري، وعلم من كلامه أن اشتراط الضمان على الامين باطل ولهذا لو شرط على الحمامي الضمان إن ضاعت ثيابه كان باطلا ولا ضمان عليه وهو اختيار الفقيه أبي ا لليث. قال في الخلاصة: وبه يفتى. قوله: (وللمودع أن يحفظها بنفسه وبعياله) لانه يحفظها بما يحفظ به ماله. والمراد بالعيال من يسكن معه حقيقة أو حكما لا من يمونه فدخل فيهم الزوجة فإن لها أن تدفعها إلى زوجها، وخرج الاجير الذي لا يسكن معه. وإنما قلنا أو حكما لانه لو دفعها إلى ولده الصغير وزوجته وهما في محلة والزوج يسكن في محلة أخرى لا يضمن. ولو كان لا يجئ إليهما ولا ينفق عليهما لكن يشترط في الصغير أن يكون قادرا على الحفظ، كذا في الخلاصة. ويشترط أن يكون من في عياله أمينا لانه لو دفع إلى زوجته وهي غير أمينة وهو عالم بذلك أو تركها في بيته الذي فيه ودائع الناس وذهب فضاعت ضمن، كذا في الخلاصة

***

[٤٦٦]

والنهاية. وظاهر المتون أن كون الغير في عياله شرط واختاره في الخلاصة وقال: والابوان كالاجنبي حتى يشترط كونهما في عياله. واختار صاحب النهاية تبعا لغيره عدم الاشتراط وقال: وعليه الفتوى حتى جوز الدفع إلى وكيله أو أمين من أمنائه وليس في عياله أو شريكه مفاوضة أو عنانا. وفي الخلاصة: لمن في عياله أن يدفع إلى من في عياله ولو نهاه عن الدفع إلى بعض من في عياله فدفع إن لم يجد بدا من الدفع لا يضمن وإلا ضمن. ولو قاله له احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت أخر من تلك الدار لا يضمن إلا إذا كان ظهر البيت المنهي عنه إلى السكة فحينئذ يضمن كما لو قال له احفظها في هذه الدار فحفظها في دار أخرى فإنه يضمن إلا إذا كانت الدار الاخرى مثل الدار الاولى أو أحرز منها فإنه لا يضمن وسيأتي تمامه قوله: (وإن حفظها بغيرهم ضمن) أي إن حفظها بغير من في عياله ضمن فأفاد أن المودع لا يودع، فإن أودع فهلكت عند الثاني إن لم يفارق الاول لا ضمان على واحد منهما، وإن فارقه ضمن الاول عند أبي حنيفة ولا يضمن الثاني. وإن أودع بلا إذن ثم أجاز المالك خرج الاول من البين، كذا في الخلاصة. والرد إلى عيال المالك كالرد إلى المالك فلا يكون إيداعا بخلاف الغاصب إذا رد إلى من في عيال المالك فإنه لا يبرأ، كذا في فتاوى قاضيخان. وفي الخلاصة: المودع إذا رد الوديعة إلى منزل المودع أو إلى أحد ممن في عياله فضاعت لا يضمن كما في العارية. وفي رواية القدوري: يضمن بخلاف العارية والفتوى على الاول، وهذا إذا دفع إلى المرأة للحفظ أما إذا أخذت لتنفق على نفسها وهو دفع يضمن ا ه. والوضع في حرز غيره من غير استئجار له إيداع حتى يضمن به. وفي الخلاصة: مودع غاب عن بيته ودفع مفتاح البيت إلى غيره فلما رجع إلى بيته لم يجد الوديعة لا يضمن، وبدفع المفتاح إلى غيره لم يجعل البيت في يد غيره. ولو أجر بيتا من داره ودفعها إلى المستأجر إن كان لكل واحد منهما غلق على حدة يضمن، وإن لم يكن وكل منهما يدخل على صاحبه من غير حشمة لا يضمن. ولو استأجر رجلا ليحمل له شياله حمل ومؤنة إلى بغداد ليوصله إلى رجل فوجد الرجل غائبا فترك الاجير المحمول على يد رجل ليوصلها إلى ذلك الرجل ينبغي أن لا يضمن، فلو وجد الرجل لكنه لم يقبل يدفع إلى القاضي ولو طلب منه القاضي وهو لم يدفع لم يجبر ا ه. وفي فتاوى قاضيخان: عشرة أشياء إذا ملكها انسان ليس له أن يملك غيره لا قبل القبض ولا بعده: المرتهن لا يملك أن يرهن، والمودع لا يملك

الايداع، والوكيل بالبيع لا يملك أن يوكل غيره، ومستأجر الدابة أو الثوب لا يؤجر غيره، والمستعير
***
[٤٦٧]
لا يعير غيره ما يختلف بالمستعمل، والمزارع لا يدفع الارض مزارعة إلى غيره، والمضارب لا يضارب، والمستبضع لا يملك الابضاع، والمستبضع لا يملك الايداع، ولم يذكر العاشر. وفي الخلاصة: والوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤجر ولا ترهن وإن فعل شيئا منها ضمن، والمستأجر يؤجر ويعار ويودع، ولم يذكر حكم الرهن وينبغي أن يرهن. وفي التجريد: وليس للمرتهن أن يتصرف بشئ في الرهن غير الامساك لا يبيع ولا يؤجر ولا يعير ولا يلبس ولا يستخدم فإن فعل كان متعديا ولا يبطل الرهن قوله: (إلا أن يخاف الحرق أو الغرق فيسلمها إلى جاره أو فلك آخر) لان هذا تعين حفظا فلا يضمن به ولهذا قال في الخلاصة: امرأة حضرتها الوفاة وعندها وديعة فدفعتها إلى جارة لها فهلكت عندها إن لم يكن وقت وفاتها بحضرتها أحد من عيالها لا تضمن ا ه‍. لانه تعين طريقا للحفظ ولهذا قالوا أيضا: لو أمكنه أن يحفظها في وقت الحرق والغرق بعياله فدفعها لاجنبي ضمن. وفي قوله وسلمها إلى فلك آخر إشارة إلى أنه لو ألقاها في سفينة أخرى وهلكت قبل أن تستقر فيها بأن وقعت في البحر ابتداء أو بالتدرج يضمن لان الاتلاف حصل بفعله. وأشار بقوله إلا أن يخالف الحرق إلى أن الحريق لا بد أن يكون غالبا محيطا بمنزلة المودع، وأما إذا لم يكن محيطا يضمن بالدفع إلى الاجنبي، كذا في الخلاصة. لانه لا يخاف عليها في هذه الصورة. وفي الهداية: ولا يصدق على ذلك إلا ببينة لانه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما إذا ادعى الاذن في الايداع ا ه‍. وفي الخلاصة: إذا علم أنه وقع الحريق في بيته قبل قوله وإلا فلا ا ه‍. وفي الفوائد التاجية: فلو أودعها وهلكت فقال المالك هلكت عند الثاني وقال بل رده إلي وهلكت عندي لا يصدق لان إيداع الغير موجب للضمان بخلاف ما لو غصب من المودع وهلكت فأراد المالك أن يضمن الغاصب فقال المودع قد رده إلي فهلكت عندي وقال لا بل هلكت عنده فالقول قول المودع لانه أمين ا ه‍. قوله: (وإن طلبها ربها فحبسها قادرا على تسليمها فمنعها) يعني لو منع صاحب الوديعة بعد طلبه وهو قادر على تسليمها يكون ضامنا لانه ظالم بالمنع حتى لو لم يكن ظالما بالمنع لا يضمن ولهذا قال قاضيخان في فتاواه: لو كانت الوديعة سيفا فأراد صاحبه أن يأخذه
***
[٤٦٨]
من المودع ليضرب به رجلا ظلما فإنه لا يدفعه إليه لما فيه من الاعانة على الظلم، ولو أودعت كتابا فيه إقرار منها للزوج بمال أو بقبض مهرها من الزوج فللمودع أن لا يدفع الكتاب إليها لما فيه من ذهاب حق الزوج ا ه‍. ومن المنع ظلما موته مجهلا ولهذا قال قاضيخان: الامانات تنقلب مضمونة عن تجهيل إلا في ثلاث: أحدها متولي المسجد إذا أخذ من غلات المسجد ومات من غير بيان لا يكون ضامنا. والثانية السلطان إذا خرج إلى الغزو وغنموا وأودع بعض الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه. والثالثة القاضي إذا أخذ مال اليتيم وأودع غيره ثم مات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه، ولو أن قاضيا قبل مال اليتيم ووضعه في بيته ثم مات القاضي ولم يبين ذكر هشام عن محمد أنه يضمن ا ه‍. وذكر الولوالجي في فتاواه أن الامانات تنقلب مضمونة بالتجهيل إلا في ثلاثة ولم يذكر مسألة القاضي وذكر بدلها ما ذكره محمد في كتاب الشركة أحد المتفاوضين إذا مات ولم يبين حال المال الذي في يده لم يضمن نصيب شريكه ا ه‍. فتحصل أن المسائل المستثناة أربعة. وقيد في الخلاصة ضمان المودع بموته مجهلا بأن لا يعرفها الوارث، أما إذا عرفها والمودع يعلم أنه يعرف فمات ولم يبين لم يضمن. ولو قال الوارث أنا علمتها وأنكر الطالب إن فسر الوديعة وقال الوديعة كذا وأنا علمتها وقد هلكت صدق هذا، وما لو كانت الدراهم عنده فقال هلكت سواء إلا في خصلة وهي أن الوارث إذا دل السارق على الوديعة لا يضمن والمودع إذا دل ضمن. وقيد بقوله قادرا على تسليمها لانه لو منعها للعجز عن التسليم لا يضمن فلو طلبها منه فقال لا يمكنني أن أحضرها الساعة فتركها وذهب إن ترك عن رضا وذهب لا يضمن لانه لما ذهب فقد أنشأ الوديعة، وإن كان عن غير رضا يضمن، كذا في الخلاصة. وينبغي أن يكون محل هذا التفصيل ما إذا كان المودع يمكنه وكان كاذبا في قوله، أما إذا كان صادقا فلا يضمن مطلقا لما قلنا. ولو كان الذي طلبها وكيلا يضمن لانه ليس له
***
[٤٦٩]

إنشاء الوديعة بخلاف المالك، ولو قال له بعد طلبه اطلبها غدا ثم ادعى ضياعها، فإن قال ضاعت بعد الاقرار لا ضمان وإلا ضمن، ولو قال له احملها إلى اليوم فمضى ولم يحملها لا يضمن لان مؤنة الرد على المالك، ولو منعها من رسول المالك وقال لا أدفعها إلا إلى الذي جاء بها لا يضمن على ظاهر الرواية كمنعه بعد قوله من جاءك وبين علامة كذا فادفعها إليه فبين رجل تلك العلامة ولم يدفع إليه حتى هلكت لا يضمن ومنعه منه وديعة عبده لا يكون ظلما لان المولى ليس له قبض وديعة عبده مأذونا كان أو محجورا ما لم يحضر ويظهر أنه من كسبه لاحتمال أنه مال الغير وديعة فإذا ظهر أنه للعبد بالبينة فحينئذ يأخذ، كذا في الخلاصة. قوله: (أو خلطها بماله بغير الاذن حتى لا تتميز ضمنها) لانه صار مستهلكا لها وإذا ضمنها ملكها ولا تباح له قبل أداء الضمان ولا سبيل للمالك عليها عند أبي حنيفة، ولو أبرأه سقط حقه من العين والدين. أطلق المصنف فشمل خلط الجنس بجنسه أو بغير جنسه كخلط الزيت بالشيرج، والحنطة بالشعير وبالحنطة، والفضة بالفضة بعد الاذابة. قيد بكون المودع هو الخالط لان الخالط لو كان أجنبيا أو من في عياله لا يضمن المودع والضمان على الخالط
***
[٤٧٠]
صغيرا كان أو كبيرا، ولا يضمن أبوه لاجله، كذا في الخلاصة. وقيد بكونها لا تتميز لانه لو كان يمكن الوصول إليه على وجه التيسير كخلط الجوز باللوز والدراهم السود بالبيض فإنه لا ينقطع حق المالك إجماعا، واستفيد منه أن المراد بعدم التميز عدمه على وجه التيسير لا عدم إمكانه مطلقا كما لا يخفى، وإن خلطها بإذنه كان شريكا له قوله: (وإن اختلط بغير فعله اشتركا) يعني وكانت شركة ملك ولا ضمان عليه لعدم الصنع منه فإن هلك بعضها هلك من مالهما جميعا ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما كالمال المشترك قوله: (ولو أنفق بعضها فرد مثله فخلطه بالباقي ضمن الكل) أي البعض بالانفاق والبعض بالخلط لانه متعد بالانفاق منها ورد مثله باق على ملكه وقد خلطه بما بقي من الوديعة فضمن الجميع. والمراد بالخلط هنا خلط لا تتميز معه، أما لو جعل على ماله علامة حين خلطه بها بحيث يتأتى التمييز لا يضمن إلا ما أنفق، كذا في الخلاصة. وقيد بالانفاق ورد المثل لانه إذا أخذ بعض الوديعة لينفقه في حاجته فرده إلى موضعه ثم ضاعت الوديعة فلا ضمان عليه لوجهين: الاول أن رفعه حفظ فلا يضمن به ولا بمجرد النية. الثاني أنه وإن صار ضامنا بالرفع فقد عاد إلى الوفاق برد العين إلى مكانها فبرئ عن الضمان بخلاف ما إذا رد مثله لانه إنما جاء بملك نفسه فلا يكون عودا إلى الوفاق وهو أولى من الاول، فإنهم قالوا بأنه لو باعها وضمن قيمتها نفذ البيع من جهته واستند ملكه بالضمان إلى وقت وجوب الضمان فلو لم يكن الرفع للبيع موجبا للضمان عليه قبل البيع والتسليم لم يستند ملكه إلى تلك الحالة، كذا في النهاية. وقيد بقوله فرد مثلها لانه لو لم يرد كان ضامنا لما أنفق خاصة لانه حافظ للباقي ولم يتعيب لانه مما لا يضره التبعيض لان الكلام فيما إذا كانت الوديعة دراهم أو دنانير أو أشياء من المكيل والموزون فهو كما لو أودعه وديعتين فأنفق إحداهما لا يكون ضامنا للاخرى، كذا في النهاية قوله: (وإن تعدى فيها ثم أزال التعدي زال الضمان) أي تعدى في الوديعة بأن كانت دابة فركبها أو ثوبا فلبسه أو عبدا فاستخدمه أو أودعها غيره ثم أزال التعدي فردها إلى يده برئ عن الضمان لانه مأمور بالحفظ في كل الاوقات، فإذا خالف في البعض ثم رجع أتى بالمأمور به كما إذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي استحق
***
[٤٧١]
الاجرة بقدره، وقد قدمنا في باب الجنايات على الاحرام عن الظهيرية أنه يزول الضمان عنه بشرط أنه لا يعزم على العود إلى التعدي حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلا ومن عزمه أن يلبسه نهارا ثم سرق ليلا لا يبرأ عن الضمان فراجعه. قوله: (بخلاف المستعير والمستأجر) إذا تعديا ثم أزالاه لا يزول الضمان لان البراءة عنه إنما تكون بالاعادة إلى يد المالك حقيقة أو تقديرا ويدهما لهما لانهما عاملان لانفسهما بخلاف المودع فإن يده كيد المالك. ويستثنى من إطلاق المصنف تبعا لغيره من استعار شيئا ليرهنه فتعدى فيه كما إذا استعار عبدا ليرهنه أو دابة فاستخدم العبد وركب الدابة قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمال بمثل قيمتهما ثم قضى المال ولم يقبضهما حتى هلكت عند المرتهن لا ضمان على الراهن لانه قد برئ عن الضمان حين رهنهما، فإن كان أمينا خالف فقد عاد إلى الوفاق. وإنما كان مستعير الرهن كالمودع لان تسليمه إلى المرتهن يرجع إلى تحقيق مقصود المعير حتى لو هلك بعد ذلك يصير دينه مقضيا فيستوجب المعير الرجوع على الراهن بمثله فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكما فلهذا برئ من الضمان، كذا في المبسوط من باب الاعارة في الرهن قوله: (وإقراره

بعد جحوده) يعني أن المودع إذا جحد الوديعة بأن قال لم يودعني عند مالكها بعد طلب ردها ونقلها من مكانها وقت الانكار وكانت منقولا ولم يكن هناك من يخاف منه عليها ولم يحضرها بعد الجحود لمالكها ثم أقر بها لا يزول الضمان لان الجحود رفع للعقد فيفسخ به العقد فلا يعود إلا بعقد جديد كجحود الوكيل الوكالة وجحود أحد المتبايعين البيع. قيدنا بكونه أنكر الايداع لان المودع لو ادعى أن المالك وهبها منه أو باعها له وأنكر صاحبها ثم هلكت لا ضمان على المودع، كذا في الخلاصة. وقيدنا بكون الانكار عند المالك لان جحودها عند غيره لا يوجب الضمان، وقيدنا بكونه بعد الطلب لانه لو قال له ما حال وديعتي عندك ليشكر على حفظها فجحدها لا ضمان عليه، وقيدنا بكونه نقلها لانه لو لم ينقلها من مكانها حال جحوده فهلكت لا ضمان عليه، كذا في الخلاصة عن الاجناس. وقيدنا بكونه منقولا لانها لو كانت عقارا لا يضمن بالجحود عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا

***

[٤٧٢]

لمحمد في الاصح، ذكره الشارح في الغصب. وقيدنا بكونه لم يكن من يخاف عليها منه لانه لو جحدها في وجه عدو يخاف عليها التلف إن أقر ثم هلكت لا يضمنها لانه إنما أراد حفظها. وقيدنا بكونه لم يحضرها لانه لو جحدها ثم أحضرها فقال له صاحبها دعها وديعة عندك فهلكت فإن أمكنه أخذها فلم يأخذها لم يضمن لانه إيداع جديد، وإن لم يمكن أخذها ضمن لانه لم يتم الرد، كذا في الاختيار. ولو جحدها ثم ادعى ردها بعد ذلك وأقام البينة قبلت، وإن أقام البينة أنه ردها قبل جحوده وقال غلطت في الجحود أو نسيت أو ظننت أني دفعته فأنا صادق في قولي لم يستودعني ثم ادعى الرد أو الهلاك لا يصدق، ولو قال ليس له علي شئ ثم ادعى الرد أو الهلاك يصدق، كذا في الخلاصة. وقيد بالوديعة لان المضارب لو قال لرب المال لم تدفع إلي شيئا ثم قال بلى قد دفعت إلي ثم اشترى بالمال كان على المضاربة وبرئ عن الضمان، وإن جحد ثم اشترى ثم أقر فهو ضامن والمتاع له، وكذا الوكيل بشراء شئ بغير عينه بألف ودفع المال إلى الوكيل، وإن كان العبد معينا فاشتراه في حال الجحود أو بعدما أقر فهو للآمر، ولو دفع رجل إلى رجل عبدا ليبيعه فجحد المأمور ثم أقر به فباعه قال محمد بن سلمة: جاز ويبرأ عن الضمان وقال غيره من المشايخ في قياس قوله لو باع بعد الجحود ثم أقر جاز أيضا، كذا في فتاوي قاضيخان من كتاب المضاربة. وإذا ضمنها المودع بالجحود تعتبر قيمتها يوم الايداع لا يوم الجحود ويدل عليه ما ذكره في الخلاصة: رجل أودع رجلا عبدا فجحده المودع فمات في يده ثم أقام المودع البينة على قيمته يوم الجحود ولكن قيمته يوم الايداع كذا قضى عليه بقيمته يوم الايداع ا ه‍. قوله: (وله أن يسافر بها عند عدم النهي والخوف) أي للمودع أن يسافر بالوديعة إذا لم ينهه المودع ولم يخف عليها بالاخراج لان الامر مطلق فلا يتقيد بالمكان كما لا يتقيد بالزمان. قيد بعدم النهي لانه لو نهاه عن السفر ليس له ذلك، وقيد بعدم الخوف لان الطريق لو كان مخيفا وله بد من السفر كان ضامنا، وكذا الاب والوصي وإن لم يكن له بد منه إن سافر بأهله

***

[٤٧٣]

لا يضمن وإن سافر بنفسه يكون ضامنا، كذا في فتاوى قاضيخان. ومن المخوف السفر في البحر لان الغالب فيه العطب، كذا في الاختيار. وأطلق المصنف فشمل ماله حمل ومؤنة طال الخروج أو قصر وهو قول الامام، كذا في النهاية. واستثنى منه الشيخ أبو نصر في شرح القدوري الطعام الكثير فإنه يضمن إذا سافر به استحسانا. وفي فتاوى قاضيخان: وللمودع أن يسافر بمال الوديعة عندنا إذا لم يكن لها حمل ومؤنة. وقيد بالوديعة لان الوكيل بالبيع إذا سافر بما وكل ببيعه إن قيد الوكالة بمكان بأن قال بعه بالكوفة فأخرجها من الكوفة يصير ضامنا عندنا، وإن أطلق الوكالة فسافر به إن كان شيئا له حمل ومؤنة يكون ضامنا، وإن لم يكن له حمل ومؤنة لا يصير ضامنا عندنا إذا لم يكن له بد من السفر، وإن كان له بد من السفر لا يكون ضامنا عند أبي حنيفة طال الخروج أم قصر. وقال محمد: يكون ضامنا طال الخروج أم قصر. وقال أبو يوسف: إن طال الخروج يكون ضامنا، وإن قصر لا يكون ضامنا، كذا في فتاوى قاضيخان قوله: (ولو أودعا شيئا لم يدفع المودع إلى أحدهما حظه حتى يحضر الآخر) يعني في غيبة صاحبه. أطلقه فشمل ذوات الامثال والقيم وخلافهما في الاول قياسا على الدين المشترك. وفرق أبو حنيفة بينهما بأن المودع لا يملك القسمة بينهما فكان تعديا على ملك الغير، وفي الدين يطالبه بتسليم حقه إذ الديون تقضي بأمثالها فكان تصرفا في مال نفسه. وأشار بقوله لم يدفع إلى أنه لا يجوز ذلك حتى لو خاصمه إلى القاضي لم يأمره بدفع نصيبه إليه في قول أبي حنيفة، وإلى أنه لو دفع إليه لا يكون قسمة اتفاقا حتى لو هلك الباقي

رجع صاحبه على الآخذ بحصته، وإلى أن لاحدهما أن يأخذ حصته منها إذا ظفر بها، وإلى أنه لو دفع وارتكب الممنوع لا يضمن. وفي فتاوى قاضيخان ما يفيده ولفظه: ثلاثة أودعوا رجلا مالا وقالوا لا تدفع المال إلى أحد منا حتى نجتمع فدفع نصيب أحدهم قال محمد في القياس يكون ضامنا وبه قال أبو حنيفة. وفي الاستحسان لا يضمن وهو قول أبو يوسف. فقد جعل عدم الضمان هو الاستحسان فكان هو المختار قوله: (فإن أودع رجل عند رجلين مما يقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه ولو دفعه إلى الآخر ضمن بخلاف ما لا يقسم) وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لاحدهما أن يحفظ بإذن الآخر مطلقا لانه رضي بأمانتهما، وله إنما رضي بحفظهما لا بحفظ أحدهما. قيد بضمان الدافع لان القابض لا ضمان عليه لانه مودع المودع. وقيد بقوله اقتسماه لان فيما يقسم لو أبيا القسمة وأودعاه فهلك ضمناه لتركهما ما التزماه، وكذلك الجواب في المرتهنين والمستبضعين والوصيين والعدلين في الرهن والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر، وإذا لم يكن لهما القسمة فيما لا يقسم كان

***

[٤٧٤]

لهما التهايؤ في الحفظ، كذا في الخلاصة قوله: (ولو قال له لا تدفع إلى عيالك أو احفظ في هذا البيت فدفعها إلى من لا بد له منه أو حفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن) لانه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة شرطه فلم يكن مفيدا. وأشار إلى أنه لا بدأن تكون الوديعة مما تحفظ في يد من منعه حتى لو كانت فرسا فمنعه من دفعها إلى امرأته أو عقد جوهر فمنعه من دفعه إلى غلامه فدفع ضمن، وإلى أن بيوت الدار لا بد أن تكون مستوية في الحفظ حتى لو منعه من وضعها في بيت فيه خلل فوضعها فيه ضمن، وكذا إذا كان ظهر البيت على السكة. قوله: (ولو كان له بدأ وحفظها في دار أخرى ضمن) فالاولى صادقة بصورتين: الاولى أن تكون الوديعة شيئا خفيفا يمكن المودع استصحابه بنفسه كالخاتم فدفعها إلى عياله ضمن. الثانية أن يكون له عيال سوى من منعه من الدفع إليه والثانية محمولة على ما إذا لم تكن الدار الاخرى مثلها في الحرز، أما لو كانت مثلها أو أحرز منها لا يضمن، كذا في الخلاصة قوله: (وضمن مودع الغاصب لا مودع المودع) والفرق بينهما على قول أبي حنيفة أن مودع الغاصب غاصب لعدم إذن المالك ابتداء وبقاء وفي الثاني ليس بغاصب لانه لا يضمن المودع بمجرد الدفع ما لم يفارقه، وإذا ضمن مودع الغاصب رجع على الغاصب مطلقا علم أنه غاصب أو لا. وإذا ضمن مودع الغاصب ضمن غاصب الغاصب والمشتري منه بالاولى، وقد تقدم في المضاربة أن المضارب لو دفع المال مضاربة بلا إذن لا يضمن واحد منهما قبل عمل الثاني قوله: (معه فادعى رجلان كل أنه له أودعه اياه فنكل لهما فالالف لهما وغرم ألفا آخر بينهما) أشار بقوله نكل إلى أن المودع يحلف إذا أنكر الايداع كما يحلف إذا ادعى ردها أو هلاكها إما لنفي التهمة أو لانكاره الضمان. ولو حلف لا يثبت الرد بيمينه حتى لا يضمن الوصي لو ادعى الرد عليه وحلف، كذا في المبسوط. وإلى أنه لو حلف لا شئ لهما عليه وإلى أنه لو حلف لاحدهما ونكل للآخر قضى به لمن نكل له فقط، وإلى أن للقاضي أن يبدأ لايهما شاء بالتحليف والاولى القرعة، وإلى أنه لو نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضى بالنكول بخلاف ما إذا أقر لاحدهما لان الاقرار حجة بنفسه فيقضي به. أما النكول فإنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء فإن حلف للثاني فالكل

***

[٤٧٥]

للاول، وإن نكل فهي بينهما، فإن قضى للاول حين نكل قبل أن يحلف للثاني لا ينفذ قضاؤه خلافا للخصاف. وذكر الالف في الكتاب ليس احترازا كما أن العبد في كلام الخصاف ليس احترازا. وفي التحليف للثاني يقول بالله ما هذه العين له ولا قيمتها لانه لما أقر بها للاول ثبت الحق فيها له فلا يفيد إقراره بها للثاني، فلو اقتصر على الاول كان صادقا. قيد المصنف بهذه الصورة لانه لو أقر بها لانسان ثم قال بل هي لهذا اختص بها الاول وضمن للآخر قيمتها إن دفعها بغير قضاء، وإن كان بقضاء لا يكون ضامنا عند أبي يوسف خلافا لمحمد. ولو قال أودعنيها أحدكما ولا أدري أيكما فإن اصطلحا على أخذها بينهما فلهما ذلك ولا ضمان عليه وليس له الامتناع من التسليم بعد الصلح وإلا وادعاها كل وأراد أخذها ليس له ذلك لان المقر له مجهول ولكل أن يستحلفه، فإن حلف قطع دعواهما، وإن نكل فكمسألة الكتاب، وكذا لو قال علي ألف ألف لهذا أو لهذا ا ه‍. والله سبحانه وتعالى أعلم.

***

[٤٧٦]
كتاب العارية أخرها عن الوديعة لان فيها تمليكا وإن اشتركا في الامانة، ومحاسنها النيابة عن الله تعالى في إجابة المضطر لانها لا تكون إلا لمحتاج كالقرض فلذا كانت الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر. وهي بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار لان طلبها عار وعيب، كذا في المصباح. وفي المغرب أنها منسوبة إلى العارة اسم من الاعارة وأخذها من العار العيب خطأ. وفي النهاية أن ما في المغرب هو المعول عليه لانه صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة فلو كان العار في طلبها لما باشرها ا ه‍. وفي المبسوط: إنها مشتقة من التعاور وهو التناوب قوله: (هي تمليك المنافع بغير عوض) وهذا تعريفها شرعا وأشار به إلى الرد على الكرخي القائل بأنها إباحة وليست بتمليك، ويشهد لما في المتن الاحكام من انعقادها بلفظ التمليك وجواز أن يعبر ما لا يختلف بالمستعمل، ولو كان إباحة لما جاز لان المباح له ليس له أن يبيح لغيره وإنما لا يفسد هذا التمليك الجهالة لكونها لا تفضي إلى المنازعة لعدم لزومها، كذا قال الشارحون. والمراد بالجهالة جهالة المنافع المملكة لا جهالة العين المستعارة بدليل ما في الخلاصة: لو استعار من آخر حمارا فقال ذلك الرجل لي حماران في الاصطبل فخذ أحدهما واذهب فأخذ أحدهما وذهب به يضمن إذا هلك، ولو قال له خذ أحدهما أيهما شئت لا يضمن ا ه‍. وانعقادها بلفظ الاباحة لانه استعير للتمليك وقد قالوا: علف الدابة على المستعير مطلقة كانت أو موقتة، وكذ نفقة العبد أما كسوته فعلى المعير، كذا في الخلاصة. وحكمها كونها أمانة. وأشار بقوله تمليك المنافع إلى أنه لا بد من الايجاب والقبول ولو فعلا فلو قال لآخر خذ عبدي واستعمله واستخدمه من غير أن يستعيره المدفوع إليه لا يكون عارية حتى تكون نفقته على مولاه، كذا في الخلاصة. ولو استعار من رجل شيئا فسكت لا يكون إعارة، كذا في
***
[٤٧٧]
فتاوى قاضيخان. وشرطها كون المستعار قابلا للانتفاع وخلوها عن شرط العوض في الاعارة حتى لو شرط العوض في الاعارة تصير إجارة، كذا في المحيط. قوله: (وتصح باعرتك وأطعمتك أرضي) لان الاول صريح حقيقة والثاني صريح مجازا لان الاطعام إذا أضيف إلى ما لا يؤكل عينه يراد به ما يستغل منه مجازا لانه محله قوله: (ومنحتك ثوبي وحملتك على دابتي) وهو صريح أيضا فيفيد العارية أيضا من غير توقف على نية لكن إذا نوى به الهبة كان هبة ومنحتك بمعنى أعطيتك قوله: (وأخدمتك عبدي) لانه إذن له في الاستخدام قوله: (وداري لك سكنى) أي من جهة السكنى لان داري مبتدأ أو لك خبره وسكنى تميز عن النسبة إلى المخاطب قوله: (وداري لك عمرى سكنى) يقال عمره الداراي قال له هي لك مدة عمرك، والعمرى اسم منه فيصير معناه جعلت سكناها لك مدة عمرك، ولو قال لغيره أجرتك هذه الدار شهرا بغير عوض كانت إعارة. ولو لم يقل شهرا لا تكون إعارة، كذا في فتاوى قاضيخان قوله: (ويرجع المعير متى شاء) لعدم لزومها. أطلق المصنف رحمه الله تعالى فشمل ما إذا كان في رجوعه ضرر بين بالمستعير فإن الاعارة تبطل وتبقى العين بأجرة المثل قال قاضيخان في فتاواه: رجل استعار من رجل أمة لترضع ابنا له فأرضعته فلما
***
[٤٧٨]
صار الصبي لا يأخذ إلا منها قال المعير أردد علي خادمي قال أبو يوسف: ليس له ذلك وله مثل أجر خادمه إلى أن تفطم الصبي. وكذا لو استعار من رجل فرسا ليغزو عليه فأعاره الفرس أربعة أشهر ثم لقيه بعد شهرين في بلاد المسلمين فأراد أخذ الفرس كان له ذلك، وإن لقيه في بلاد الشرك في موضع لا يقدر على الكراء والشراء كان للمستعير أن لا يدفعه إليه لان هذا ضرر بين وعلى المستعير أجر مثل الفرس من الموضع الذي طلب صاحبه إلى أدنى المواضع الذي يجد فيه شراء أو كراء ا ه‍ قوله: (ولو هلكت بلا تعد لا يضمن) أطلقه فشمل ما إذا هلكت في حال الاستعمال وما إذا شرط عليه الضمان فإنه شرط باطل كشرط عدم الضمان في الرهن إذا هلك، كذا في المحيط. وهذا إذا لم يتبين أنها مستحقة للغير، فإن ظهر استحقاقها أنها للغير ضمنها ولا رجوع له على المعير لانه متبرع وللمستحق أن يضمن المعير، وإذا ضمنه لا رجوع له على المستعير بخلاف المودع إذا ضمنها للمستحق حيث يرجع على المودع لانه عامل له. ولا يملك والد الصغير إعارة مال ولده، والعبد المأذون يملك أن يعير، والمرأة إذا أعارت شيئا من ملك الزوج فهلك إن كان شيئا داخل البيت وما يكون في أيديهن عادة فلا ضمان على أحد، أما في الفرس أو الثور فيضمن المستعير والمرأة، كذا في النهاية. قيد بقوله بلا تعد

لانه لو تعدى ضمنها كما لو كبحها باللجام أو فقأ عينها بالضرب أو حملها ما يعلم أن مثلها لا يحمله أو استعملها ليلا ونهارا مما لا يستعمل مثلها في الدواب. وكذا لو نزل عن الدابة ودخل المسجد وتركها في السكة فهلكت يضمن على الاصح، وكذا إذا استعار دابة ليركبها في حاجته إلى ناحية مسماة فأخرجها إلى النهر ليسقيها وهي غير تلك الناحية ضمن إذا هلكت وكذا إذا استعار ثورا ليكرب به أرضه فكرب أرضا أخرى يضمن إذا عطب، وكذا إذا قرنه بثور لاعلى منه ولم تجر العادة به فهلك، وكذا إذا نام في المفازة ومقود الدابة في يده فسرقت إن كان مضطجعا، وإن كان جالسا لا يضمن في غير السفر، وإن كان في السفر لا يضمن، سواء نام قاعدا أو مضطجعا إذا كان المستعار تحت رأسه أو موضوعا بين يديه أو حواليه بحيث يعد حافظا عادة. ولو تركه في المرج يرعى إن كانت العادة هكذا لا يضمن، وإن لم يعلم أو كانت العادة مشتركة يضمن. ولو جعله في القرية وليس للقرية باب مفتوح لا يضمن

***

[٤٧٩]

إن نام مضطجعا أو قاعدا. وفي فتاوى قاضيخان: لو استعار دابة للذهاب فأمسكها في بيته فهلكت كان ضامنا لانه أعارها للذهاب لا للامساك في البيت. قوله: (ولا تؤجر) لان الاجارة أقوى لانها لازمة فلو ملكها لزم لزوم ما لا يلزم وهو العارية أو عدم لزوم ما يلزم وهو الاجارة قوله: (ولا ترهن كالوديعة) لان الرهن إيفاء وليس له أن يوفي دينه بمال غيره بغير إذنه وله أن يودع على المفتى به وهو المختار، وصحح بعضهم عدمه ويتفرع عليه ما لو أرسلها على يد أجنبي فهلكت يضمن على الثاني لا الاول وسيأتي قريبا قوله: (فإن أجر فعطبت ضمن) لانه متعد بالتسليم فصار غاصبا، وله أن يضمن المستأجر كالمستأجر من الغاصب وإذا ضمنه رجع على المستعير إذا لم يعلم أنه كان عارية في يده بخلاف ما إذا علم، وبخلاف المستعير إذا ضمن ليس له الرجوع على المستأجر لانه بالضمان تبين أنه آجر ملك نفسه ويتصدق بالاجرة عندهما خلافا لابي يوسف، كذا في الخلاصة. قوله: (ويعير ما لا يختلف بالمستعمل) لكونه ملك المنفعة فلك أن يملكها. قيد بما لا يختلف وهو الحمل والاستخدام والسكنى لان ما يختلف ليس له فيه أن يعير كاللبس والركوب لكن بشرط أن تكون مقيدة، أما لو كانت مطلقة كما لو استعار دابة للركوب أو ثوبا للبس له أن يعيرهما ويكون ذلك تعيينا للراكب واللابس، فإن ركب هو بعد ذلك قال الامام علي البزدوي: يكون ضامنا. وقال السرخسي وخواهر زاده: لا يضمن، كذا في فتاوى قاضيخان. وصحح الاول في الكافي قوله: (فلو قيدها بوقت أو منفعة أو بهما لا يتجاوز عما سواه وأن أطلق له أن ينتفع أي نوع شاء في أي وقت شاء) يعني أنها على أربعة أوجه لان الاطلاق والتقييد دائر بين شيئين: الوقت والانتفاع. وأشار بقوله لا يتجاوز إلى أنه لا يتعدى المسمى فأفاد أنه لا بد أن تكون المخالفة إلى شر، فلو خالف إلى مثل المسمى بأن استعار دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة من حنطة معينة فحمل عليها هذا القدر من حنطة أخرى أو ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره أو خالف إلى خير من المسمى بأن حمل هذا القدر من الشعير لا يكون ضامنا لانه إنما يعتبر من تقييده ما يكون مفيدا حتى لو سمى مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير يضمن لانه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة، كذا في النهاية. وصحح الولوالجي عدم الضمان. وفي المحيط: إذا استعار دابة ليركبها فركبها واركب غيره فعطبت ضمن نصف قيمتها اه. وإذا قيدها بوقت فهي مطلقة إلا في حق الوقت حتى لو لم يردها بعد مضي الوقت مع الامكان ضمن إذا

***

[٤٨٠]

هلكت، سواء استعملها بعد الوقت أو لا. ولو كانت مقيدة بالمكان فهي مطلقة إلا من حيث المكان حتى لو جاوزه ضمن، وكذا لو خالفه ضمن وإن كان هذا المكان أقرب إليه من المكان المأذون، كذا في الخلاصة. وإن قيدها بالمستعير بأن قال لا تدفع إلى غيرك فدفع فهلك ضمن فيما يتفاوت، وفيما لا يتفاوت والتفصيل عند عدم النهي، كذا في الخلاصة. وفي فتاوى قاضيخان: إذا استعار دابة إلى موضع كذا كان له أن يذهب عليها ويجئ، وإن لم يسم له موضعا ليس له أن يخرج بها من المصر اه. قوله: (وعارية الثمنين والمكيل والموزون والمعدود قرض) ومراده أن إعارة ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء العين قرض ولو كان قيميا حتى لو قال أعرتك هذه القصعة من الثريد فأخذها وأكلها فعليه مثله أو قيمته وكان قرضا إلا إذا كان بينهما مباسطة فيكون ذلك دلالة الاباحة كذا في الخلاصة وفي المحيط لو استعار رقعة ليجعلها على قميصه أو خشبة يدخلها في بنائه فهو ضامن لانه قرض هذا إذا لم يقل لا ردها عليك فإن قال فهو عارية لان القرض لا يكون عينه واجب الرد فصار إعارة قيدنا بكونه لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه لانه لو أمكن

بأن استعار درهما ليعاير به ميزانه كان عارية فليس له الانتفاع بعينه كعارية الحلي وإذا كان عارية ما ذكرنا قرضا كان قرض الحيوان للاستعمال عارية لا قرضا فسادا لان القرض الفاسد أن يأخذ الحيوان ليستهلكه وينتفع به ثم يرد عليه مثله وهذا فاسد وهو مضمون بالقيمة كذا في فتاوى قاضيخان قوله: (وإن أعار أرضا للبناء أو الغراس صح) لان المنفعة معلومة اه قوله: (وله أن يرجع) لانها غير لازمة قوله: (ويكلف قلعهما) أي قلع البناء والغرس وهو بفتح الغين وكسرها كذا في المغرب ويجبر المستعير على القلع إلا إذا كان فيه مضرة بالارض فإن كان يترك بقيمته مقلوعا كذا في النهاية قوله: (ولا يضمن إن لم يوقت) أي لا ضمان على المعير إذا رجع إن لم يوقت لها وقتا لانها غير لازمة ولم يغره قوله: (وإن وقت فرجع قبله ضمن ما نقص بالقلع) بأن يقوم قائما غير مقلوع يعني بكم يشتري بشرط قيامه إلى المدة المضروبة كذا في النهاية وتعتبر القيمة يوم الاسترداد كما في فتاوى قاضيخان لانه صار مغرورا من جهته فإن قلت إذا لم يضر بالارض وإن كان القلع يضر بالارض لا يقلع إلا برضا صاحبها ويضمن له قيمته مقلوعا اه. وظاهره مع ما قبله أن القلع إذا لم يضر بالارض كان الخيار للمستعير بين قلعه وبين تضمين جميع القيمة وهو مخالف لما في الكتاب حيث جعل له تضمين ما نقصه القلع لا تضمين جميع القيمة.

***

[٤٨١]

قوله: (ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت) لان له نهاية معلومة فيترك بأجر المثل إلى وقت الادراك إذا رجع لان فيه مراعاة الحقين كما في الاجارة إذا انقضت المدة والزرع لم يدرك بعد فإنه يترك بأجر المثل مراعاة للجانبين. فإن قال رب الارض أعطيك البذر ونفقتك وأخرجك ويكون ما زرعت لي ورضي به المزارع، فإن كان لم يطلع من الزرع شئ لا يجوز لان المزارع يصير بائعا الزرع وبيع الزرع قبل النبات لا يجوز وبعدما خرج فيه كلام. وأشار المؤلف في المغني إلى الجواز، كذا في النهاية. ولو بنى حائطا في الدار المستعارة استرد المعير الدار، فإذا أراد المستعير أن يرجع عليه بما أنفق ليس له ذلك، وليس له أن يهدم الحائط إن كان البناء من تراب صاحب الارض، كذا في الخلاصة. وفي المحيط: لو استعار أرضا ليبني ويسكن وإذا خرج فالبناء لرب الارض فلرب الارض أجر مثلها مقدار السكنى والبناء للمستعير لان هذه إجارة معنى لان الاعارة تمليك المنافع بغير عوض، ولما شرط البناء له كانت إجارة فاسدة لجهالة المدة والاجرة لان البناء مجهول فوجب أجر المثل قوله: (ومؤنة الرد على المستعير) لان الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مؤنة الرد فتكون عليه، وفائدة كونها على المستعير تظهر أيضا فيما لو كانت العارية مؤقتة فمضى الوقت فأمسكها المستعير فهلكت ضمنها لان مؤنة الرد عليه، كذا في النهاية. ويستثنى من إطلاقهم ما ذكره قاضيخان في فتاواه في فصل من يرهن مال الغير: رجل أعار شيئا له حمل ومؤنة ليرهنه فرهنه قالوا: إن رد العارية يكون على المعير، وفرق بينها وبين غيرها من العواري في غير هذا يكون الرد على المستعير لان هذه إعارة فيها منفعة لصاحبها فإنها تصير مضمونة في يد المرتهن وللمعير أن يرجع على المستعير بقيمته فكانت بمنزلة الاجارة اه. فقد حصل الفرق بين العارية للرهن وغيرها من وجهين: الاول ما ذكرناه أن المستعير للرهن لو خالف ثم عاد إلى الوفاق برئ عن الضمان بخلاف غيره. الثاني ما ذكرناه هنا ويدخل في المستعير الموصى له بالخدمة فإن مؤنة رد العبد عليه كما في المستعير، كذا في النهاية قوله: (والمودع) أي مؤنة الرد على مالك الوديعة لان منفعة القبض حاصلة له لانه يحفظ العين ومنفعته عائدة إليه قوله: (والمؤجر) أي مؤنة الرد على المؤجر لا المستأجر لانها مقبوضة لمنفعة المالك لان الاجر سلم له به فإذا أمسكها المستأجر بعد مضي المدة لا يضمنها ما لم يطالبه صاحبها بالرد. وفي الفصل السادس من إجارة الفتاوى البزازية قال صاحب المحيط

***

[٤٨٢]

قال مشايخنا: هذا إذا كان الاخراج بإذن صاحب المال ولو بلا إذنه فمؤنة الرد مستأجرا أو مستعيرا على الذي أخرج اه. وفي الخلاصة: الاجير المشترك كالخياط ونحوه مؤنة الرد عليه لا على رب الثوب قوله: (والغاصب) أي مؤنة الرد على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة إلى يد المالك دفعا للضرر عنه قوله: (والمرتهن) أي مؤنة الرد على المرتهن لا الراهن لان الغنم حصل له ولهذا اختص به من بين سائر الغرماء حتى يستوفي دينه منه أولا فكان الغرم عليه. قال في الخلاصة: إن مؤنة الرد على الراهن وفيه كلام لا يخفى، وقد قدمنا حكم نفقة العين المستأجرة وكسوتها. قوله: (وإن رد المستعير الدابة إلى اصطبل مالكها أو العبد إلى دار المالك برئ) عن الضمان

استحسانا لانه أتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري إلى دار الملاك معتاد كآلة البيت. قيد بالدابة والعبد لانها لو كانت عقد جوهر لا يردها إلا إلى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف، كذا في الهداية. وقيدنا بالاصطبل لانه لو ردها إلى أرض مالكها لا يبرأ، كذا في المحيط قوله: (بخلاف المغصوب والوديعة) حيث لا يبرأ إلا بالرد إلى المالك لان الواجب على الغاصب نسخ فعله وذلك بالرد إلى المالك دون غيره والوديعة ليس فيها عرف لعدم رضاه بالرد إلى الدار أو من في عياله لانه لو ارتضاه لما أودعها إياه والمستأجر كالوديعة، كذا في المحيط قوله: (وإن رد المستعير الدابة مع عبده أو أجيره مشاهرة أو مع عبد رب الدابة أو أجيره برئ بخلاف الاجنبي) للعرف. قيد بالمستعير لان المودع لو رد مع عبد رب الدابة أو أجيره لا يبرأ لعدم العرف، ولو رد مع عبده لا يضمن لان له أن يستحفظ به. وقيد بالدابة لانه لو كان شيئا نفيسا فردها إلى يد غلام صاحبها ضمن لعدم العرف به. وأطلق في عبد رب الدابة فشمل عبدا يقوم عليها أولا وهو الاصح. وفي قوله بخلاف الاجنبي إشارة إلى أن المستعير ليس له الايداع من الاجنبي، وقد تقدم أن المختار المفتى به جوازه فتعين أن تكون هذه المسألة محمولة على ما إذا كانت العارية مؤقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الاجنبي لانه بالامساك بعد المدة يصير متعديا قوله: (ويكتب المعار أطعمتني أرضك) أي إذا استعار أرضا بيضاء للزراعة يكتب المستعير أنك أطعمتني أرضك لازرعها ما أشاء من غلة الشتاء أو الصيف عند أبي حنيفة. وقالا: يكتب أنك أعرتني لان لفظ الاعارة موضوعة له. وله أن لفظ الاطعام أدل على المراد لانها تخص الزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها أولى. قيد بالارض لان في إعارة الثوب والدار يكتب أعرتني ولا يكتب ألبستني ولا أسكنتني اه. والله أعلم.

***

[٤٨٣]

كتاب الهبة هي لغة التفضل على الغير بما ينفعه ولو غير مال واصطلاحا ما أشار إليه المصنف قوله: (هي تمليك العين بلا عوض) فخرجت الاباحة والعارية والاجارة والبيع وهبة الدين ممن عليه فإنه إسقاط وإن كان بلفظ الهبة. وفي الاختيار أن الهبة نوعان: تمليك وإسقاط وعليهما الاجماع، وأما هبة الدين من غير من هو عليه فصحيحة بشرط أن يأمره بقبضه، كذا في المنتقي وغيره. وظاهره أنه ليس بوكيل عنه في قبضه فيملكه ويكون هبة وقد صرح به في المحيط فقال: ولو وهب دينا له على رجل وأمره أن يقبضه فقبضه جازت الهبة استحسانا فيصير قابضا للواهب بحكم النيابة، ثم يصير قابضا لنفسه بحكم الهبة، وإن لم يأذن في القبض لم يجز. وسببها إرادة الخير للواهب دنيوي كالعوض وحسن الثناء والمحبة من الموهوب له، وأخروي وشرائط صحتها في الواهب العقل والبلوغ والملك فلا تصح هبة المجنون والصغير والعبد ولو مكاتبا أو أم ولد أو مدبرا أو مبعضا وغير المالك، وفي الموهوب أن يكون مقبوضا غير مشاع متميزا غير مشغول على ما سيأتي تفصيله. وركنها هو الايجاب والقبول، وحكمها ثبوت الملك للموهوب له غير لازم حتى يصح الرجوع والفسخ وعدم صحة خيار الشرط فيها فلو وهبه على أن الموهوب له بالخيار ثلاثة أيام صحت الهبة إن اختارها قبل أن يتفرقا، ولو أبرأه على أنه بالخيار ثلاثة أيام صح الابراء وبطل الخيار، كذا في الخلاصة. وأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة حتى لو وهب لرجل عبده على أن يعتقه صحت الهبة وبطل الشرط. ومحاسنها كثيرة حتى قال الامام أبو منصور: يجب على المؤمن أن يعلم ولده الجود والاحسان كما يجب عليه أن يعلمه التوحيد والايمان إذ حب الدنيا رأس كل خطيئة، كذا في النهاية قوله: (وتصح بإيجاب كقوله وهبت ونحلت وأطعمتك هذا الطعام)

***

[٤٨٤]

لانها صريحة فيها. أطلقها فشمل ما إذا كان على وجه المزاح فإن الهبة صحيحة، كذا في الخلاصة. وشمل ما إذا أضاف الهبة إلى جزء يعبر به عن الكل كما إذا قال وهبت لك فرجها كان هبة، كذا في الخلاصة أيضا. وشمل ما لو قال لقوم قد وهبت جاريتي هذه لاحدكم فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهم ملكها، وكذا بقوله أذنت الناس جميعا في ثمر نخلي من أخذ شيئا فهو له فبلغ الناس من أخذ شيئا يملكه، كذا في المنتقى. وظاهره أن من أخذه ولم يبلغه مقالة الواهب لا يكون له كما لا يخفى. وقيد بالطعام لانه لو قال أطعمتك أرضي كان عارية لرقبتها وإطعاما لغلتها، كذا في المحيط قوله: (وجعلته لك) لان اللام للتمليك ولهذا لو قال هذه الامة لك كان هبة، ولو قال هي لك حلال لا تكون هبة إلا أن يكون قبله كلام يستدل به على أنه أراد به الهبة، كذا في الخلاصة. قيد بقوله

لك لانه لو قال جعلته باسمك لا يكون هبة ولهذا قال في الخلاصة: لو غرس لابنه كرما إن قال جعلته لابني تكون هبة، وإن قال باسم ابني لا تكون هبة. ولو قال أغرس باسم ابني فالامر متردد وهو إلى الصحة أقرب اه. قوله: (وأعمرتك هذا الشئ) لان العمرى تمليك للحال فتثبت الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع، وكذلك لو شرط الرجوع صريحا يبطل شرطه أيضا كما لو قال وهبتك هذا العبد حياتك وحياته أو أعمرتك داري هذه حياتك أو أعطيتها حياتك أو وهبت هذا العبد حياتك فإذا مت فهو لي أو إذا مت فهو لورثتي هذا تمليك صحيح وشرط باطل لما تقدم أنها لا تبطل بالشروط الفاسدة. قوله: (وحملتك على هذه الدابة ناويا الهبة) لان الحمل على الدابة إركاب وهو تصرف في منافعها لا في عينها فتكون عارية إلا أن يقول صاحبها أردت الهبة لانه نوى محتمل كلامه وفيه تشديد عليه، ومثله أخدمتك هذه الجارية قوله: (وكسوتك هذا الثوب) لانه يراد به

***

[٤٨٥]

التمليك قال تعالى * (أو كسوتهم) * (المائدة: ٨٩) ويقال كسا الامير فلانا ثوبا إذا ملكه لا إذا أعاره. وفي الخلاصة: لو دفع إلى رجل ثوبا وقال ألبس نفسك ففعل يكون هبة، ولو دفع إليه دراهم وقال أنفقها تكون قرضا اه. ولو قال متعتك بهذا الثوب أو بهذه الدراهم فهي هبة، كذا في المحيط قوله: (وداري لك هبة تسكنها) لان قوله تسكنها مشورة بضم الشين وليس بتفسير لان الفعل لا يصلح تفسيرا للاسم فقد أشار عليه في ملكه بأن يسكنه، فإن شاء قبل مشورته وإن شاء لم يقبل كقوله هذا الطعام لك تأكله أو هذا الثوب لك تلبسه، وقد تقدم أن العمرى كالهبة فقوله هنا هبة ليس بقيد بل لو قال داري لك عمرى تسكنها كان كذلك، نص عليه في النهاية قوله: (لا هبة سكنى أو سكنى هبة) بنصب هبة فيهما على الحال ويحتمل انتصابهما على التمييز لما في قوله داري لك من الابهام يعني أنها عارية فيهما لان السكنى محكم في تمليك المنفعة فكان عارية قدم لفظ الهبة أو أخره. ولو ذكر بدل سكنى عارية كان عارية بالاولى، ولو قال هي لك هبة إجارة كل شهر بدرهم أو إجارة هبة فهي إجارة غير لازمة فيملك كل فسخها بعد القبض ولو سكن وجب الاجر، كذا في المحيط قوله: (وقبول) أي صحت الهبة بالايجاب والقبول في حق الموهوب له لانه عقد فينعقد بهما كسائر العقود. قيدنا بكونهما في حق الموهوب له لانها تصح بالايجاب وحده في حق الواهب لما ذكروا في الايمان أنه لو حلف أن يهب عبده لفلان فوهب فلم يقبل بر في يمينه بخلاف البيع. والقبول تارة يكون بالقول وتارة بالفعل. ومن الثاني ما قدمناه من قوله لو قال قد وهبت جاريتي هذه لاحدكم فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهم تكون له وكان أخذه قبولا. وما في المحيط من أنها تدل على أنه لا يشترط في الهبة القبول مشكل وفيه: رجل

***

[٤٨٦]

دفع ثوبين إلى رجل فقال أيما شئت لك والآخر لابنك فلان، فإن بين الذي له قبل أن يتفرقا جاز، وإن لم يبين لم يجز لان الجهالة لم ترتفع قوله: (وقبض بلا إذن في المجلس وبعده به) يعني وبعد المجلس لا بد من الاذن صريحا فأفاد أنه لا بد من القبض فيها لثبوت الملك لا للصحة والتمكن من القبض كالقبض ولهذا قال في الاختيار: ولو وهب من رجل ثوبا فقال قبضته صار قابضا عند أبي حنيفة، وجعل تمكنه من القبض كالقبض كالتخلية في البيع. وقال أبو يوسف: لا بد من القبض في يده اه. وأشار المصنف إلى أنه لو نهاه عن القبض لا يصح قبضه لا في المجلس ولا بعده لان صحة قبضه في المجلس لاجل أنه أذن به دلالة لتسليطه عليه بها فإذا نهاه كان صريحا وهو يفوقها، ولو وهب لرجل ثيابا في صندوق مقفل ودفع إليه الصندوق لم يكن قبضا، وإن كان الصندوق مفتوحا كان قبضا لانه يمكنه القبض، كذا في المحيط. قوله: (في محوز مقسوم ومشاع لا يقسم) أي تجوز الهبة فيما ذكر. قيد بالمحوز لان المتصل كالثمرة على الشجر لا تجوز هبته، وقيد المشاع بما لم يقسم لان هبة المشاع الذي تمكن قسمته لا يصح. وأطلقها فشمل الهبة من الشريك مشاعا يقسم. قيد بالهبة لان بيع الشائع جائز فيما يقسم وما لا يقسم، وأما إجارته فإن كان من الشريك فهو جائز، وإن من أجنبي لا يجوز مطلقا عند أبي حنيفة، وهي فاسدة على قوله فيجب أجر المثل على الاصح خلافا لمن قال ببطلانها فلم يوجب شيئا. وأما الشيوع الطارئ ففي ظاهر الرواية لا يفسد الاجارة، وأما إعارته فجائزة إن كانت من شريكه وإلا فإن سلم الكل فهي إعارة مستأنفة للكل وإلا لا يجبر. وأما رهنه فهو فاسد فيما ينقسم أولا من شريكه أو من أجنبي بخلاف الرهن من اثنين فإنه جائز، وأما

وقفه فهو جائز عند أبي يوسف خلافا لمحمد فيما يحتملها، وإن كان مما
***
[٤٨٧]
يحتملها فجائز اتفاقا، وأفتى الكثير بقول محمد، واختار مشايخ بلخ قول أبي يوسف. وأما وديعته فجائزة وتكون مع الشريك، وأما قرضه فجائز كما إذا دفع إليه ألفا وقال خمسمائة قرضا وخمسمائة شركة، كذا في النهاية هنا. وأما غصبه فمتصور قال البزازي: وعليه الفتوى وذكر له في الفصول صورا. وأما صدقته فكهبته إلا إذا تصدق بالكل على اثنين فإنه يجوز على الاصح. وإذا عرف هذا فهبة المشاع فيما لا ينقسم تفيد الملك للموهوب له على وجه لا يستحق المطالبة بالقسمة لانها لا تمكن. وأما المهايأة فلا تجب في ظاهر الرواية لانها إعارة فإن كل واحد منهما يصير معيرا نصيبه من صاحبه والجبر على الاعارة غير مشروع، وفي رواية تجب. ثم الحد الفاصل بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها أن كل ما كان مشتركا بين اثنين فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فإن كان للقاضي أن يجبر الآبي على القسمة فهو مما يحتملها كالدار والبيت الكبير، وإن كان مما لا يجبره فهو مما لا يحتملها كالعبد والحمام والبيت الصغير والحائط. ويشترط في صحة هبة المشاع الذي لا يحتملها أن يكون قدرا معلوما حتى لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلمه به لم يجز لانها جهالة توجب المنازعة، ومما لا يحتملها الدرهم الصحيح حتى لو وهب درهما صحيحا لرجلين صح. ولو كان معه درهمان فقال لرجل وهبت لك درهما منهما، فإن كانا مستويين لم تجز الهبة إلا أن يفرز أحدهما، وإن كانا مختلفين يجوز لعدم احتمالهما، فأما في المقطعة فلا تجوز إلا بالافراز. ولو كان عبد بين رجلين فوهب أحدهما لهذا العبد شيئا، فإن كان يحتمل القسمة لا تصح أصلا، وإن كان لا يحتملها صحت في نصيب صاحبه. ولو وهب أحد الشريكين حصته من الربح لآخر، فإن كان المال قائما لم يصح لاحتماله القسم، وإن كان مستهلكا صح لان الدين لا يحتملها، كذا في المحيط. وفي الصحاح: يقال سهم شائع أي غير مقسوم. وأراد المصنف بالشيوع المانع الشيوع المقارن للعقد لا الطارئ كأن يرجع الواهب في بعض الهبة شائعا فإنه لا يفسدها، أما الاستحقاق فيفسد الكل لانه مقارن لا طارئ. قيدنا بالهبة لان الرهن يبطله الشيوع الطارئ كالمقارن، كذا في النهاية قوله: (فإن قسمه وسلمه صح) أي لو وهب مشاعا يقسم ثم قسمه وسلمه صح وملكه لان التمام بالقبض وعنده لا شيوع فأفاد أنه لو قبضه مشاعا لا يملكه فلا
***
[٤٨٨]
ينفذ تصرفه فيه لانها هبة فاسدة مآلا وهي مضمونة بالقبض، ولا تفيد الملك للموهوب له وهو المختار فلو باعه الموهوب له لا يصح، كذا في المبتغى بالمعجمة. وأفاد أنه لو دفع درهمين إلى رجل وقال أحدهما هبة لك والآخر أمانة عندك فهلكا جميعا يضمن درهم الهبة وهو في الآخر أمين، كذا في فتاوى قاضيخان وأفاد أنه لو وهب نصف الدار من رجل ولم يسلم ثم وهب النصف الباقي لذلك الرجل فسلم جميع الدار منه جملة يجوز، وأفاد أنه لو وهب نصف الدار لرجل فسلم ثم وهب النصف الباقي لذلك الرجل فسلم فكلا العقدين فاسد كما صرح به الاسبيجابي. وبما ذكره هنا علم أن قوله تصح في محوز مقسوم معناه أنها تملك بهذه الشروط لا أن الصحة متوقفة على القسمة لانه لو وهب شائعا يقسم تصح الهبة من غير ملك ولهذا لو قبضه مقسوما ملكه، ولو كان شرطا للصحة لاحتيج إلى تجديد العقد كما لا يخفى. قوله: (وإن وهب دقيقا في بر لا وإن طحن وسلم) أي لا تصح الهبة وأشار به إلى أن هبة المعدوم تقع باطلة فلا تعود صحيحة بالتسليم فدخل فيه ما لو وهب دهنا في سمسم أو سمنا في لبن أو حمل جارية، وخرج عنه اللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم، والزرع والنخل في الارض، والتمر في النخل، والدار التي فيها متاع الواهب، والجولق الذي فيه الدقيق، أو السرج أو اللجام دون الدابة، أو حلي الجارية دونها، أو دابة وله عليها حمل، أو قمقمة فيها ماء دونه، فإنه كالمشاع يصح، ويملك إذا فصله وسلمه. ويعتبر الاذن بالقبض بعد الفراغ ولا يعتد بالاذن قبله كما لا يعتد بالتسليم قبله بخلاف ما لو وهب المتاع الذي في الدار وسلمها معه، أو الدقيق في الجوالق وسلمها، أو دابة مسرجة ملجمة دونهما، أو جارية عليها حلي دونه، أو حملا على دابة دونها وسلمهما، أو ماء في قمقمة دونها، أو دارها ولها فيها أمتعة وهو ساكن فيها حيث يجوز. وإن وهب دارا فيها متاع وسلمها كذلك ثم وهب المتاع منه أيضا جازت في المتاع خاصة، وإن بدأ فوهب له المتاع وقبض الدار والمتاع ثم وهب الدار جازت الهبة فيهما لانه حين هبة الدار لم يكن للواهب فيها شئ وحين هبة

***
[٤٨٩]
المتاع في الاول زال المانع عن قبض الدار لكن لم يوجد بعد ذلك فعل في الدار ليتم قبضه فيها فلا ينقلب القبض الاول صحيحا في حقها، كذا في المحيط. وقيدنا بكون الدار الموهوبة مشغولة بمتاع الواهب لانه لو تبين أن المتاع مستحق للغير صحت الهبة لان يد غيره قاصرة عنها فلم يظهر أنها مشغولة بمتاع الواهب كما لو كان فيها متاع غصبه الواهب أو الموهوب له، فلو هلك المتاع ثم ظهر الاستحقاق إن شاء المستحق ضمن الواهب، وإن شاء ضمن الموهوب له عوضه عنها أولا في قولهم جميعا وهو الصحيح، كذا في المحيط قوله: (وملك بلا قبض جديد لو في يد الموهوب له) يعني يملك الموهوب له العين من غير اشتراط تجديد القبض إذا كانت في يده لحصول الشرط، أطلقه فشمل ما إذا كانت في يده أمانة أو مضمونة ولو وديعة لانه بعد الهبة لم يكن عاملا للمالك فاعتبرت يده الحقيقية، والاصل أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر، وإذا تغايرا ناب الاعلى عن الادنى لا عكسه فناب قبض المغصوب والمبيع فاسدا عن قبض البيع الصحيح ولا ينوب قبض الامانة عنه. وفي الكافي من باب المتفرقات: تقابضا فتقايلا فاشترى أحدهما ما أقال صار قابضا بنفس العقد لان العرضين قائمان فكان كل واحد مضمونا بقيمة نفسه كالمغصوب ولو هلك أحدهما فتقايلا ثم جدد العقد في القائم لا يصير قابضا بنفس العقد لانه يصير مضمونا بقيمة العرض الآخر فشابه المرهون اه. وذكر فروعا تتعلق بالقبضين فراجعها قوله: (وهبة الاب لطفله تتم
***
[٤٩٠]
بالعقد) لان قبض الاب ينوب عنه. وشمل كلامه ما إذا كانت في يد مودع الاب لان يده كيده بخلاف ما إذا كانت في يد الغاصب أو المرتهن أو المستأجر حيث لا تجوز الهبة لعدم قبضه لان قبضهم لانفسهم. وشمل ما إذا لم يشهد، فإن الاشهاد ليس بشرط لصحتها، وما في الكافي للحاكم من إشهاد الاب عليها فللاحتياط للتحرز عن جحوده أو جحود ورثته. وشمل ما إذا لم يقبل الاب لان الاب يتولاه فاكتفى فيه بالايجاب كبيع ماله من ابنه الصغير. وشمل ما إذا كان عبدا آبقا أو أرسله في حاجته فوهبه له قبل عوده فإنها صحيحة، وشمل ما إذا كانت دارا مشغولة بمتاع الاب فإنه لا يمنع كما إذا كان ساكنا فيها. وأراد بالاب من له ولاية عليه في الجملة فشمل الام إذا وهبت ولا ولي له ولا وصي وكل من يعوله لوجود الولاية في التأديب والتسليم في الصناعة فدخل الاخ والعم عند غيبة الاب غيبة منقطعة إذا كان في عيالهم، وإذا علم الحكم في الهبة علم في الصدقة بالاولى. وقيد بالطفل لان الهبة للولد الكبير لا تتم إلا بقبضه ولو كان في عياله، كذا في المحيط. وأطلق الهبة فانصرفت إلى الاعيان فاستفيد منه أن الام لو وهبت مهرها لولدها قبل أن تقبضه لا يتم إلا بقبض الولد بعد أن تسلطه عليه، كذا في فتاوى قاضيخان. فروع: يكره تفضيل بعض الاولاد على البعض في الهبة حالة الصحة إلا لزيادة فضل له في الدين، وإن وهب ماله كله لواحد جاز قضاء وهو آثم، كذا في المحيط. وفي فتاوى قاضيخان: رجل أمر شريكه بأن يدفع إلى ولده مالا فامتنع الشريك عن الاداء كان للابن أن يخاصمه إن لم يكن على وجه الهبة، وإن كان على وجهها لا لانه في الاول وكيل عن الاب، وفي الثاني لا وهي غير تامة لعدم الملك لعدم القبض. وفي الخلاصة: المختار التسوية بين الذكر والانثى في الهبة، ولو كان ولده فاسقا فأراد أن يصرف ماله إلى وجوه الخير ويحرمه عن الميراث هذا خير من تركه لان فيه إعانة على المعصية، ولو كان ولده فاسقا لا يعطى له أكثر من قوته، ولو اتخذ لولده ثيابا ثم أراد أن يدفع إلى آخر ليس له ذلك إلا أن يبين وقت الاتخاذ أنه عارية، وكذا لو اتخذ لتلميذه ثيابا فأراد أن يدفع إلى غيره، وإن أراد الاحتياط يبين أنها عارية حتى يمكنه أن يدفع إلى غيره اه. وفي المبتغى بالغين المعجمة من آخره: من صنع
***
[٤٩١]
لولده ثيابا قبل أن يولد ليوضع عليها نحو الملحفة والوسادة ثم ولدته امرأته ووضع عليها ثم مات الولد لا تكون الثياب ميراثا ما لم يقر أن الثياب ملك الولد بخلاف ثياب البدن فإنه يملكها إذا لبسها كمن قال إن فلانا كان لابسا فهو إقرار له بخلاف ما إذا قال كان قاعدا على هذا البساط أو نائما عليه لا يكون مقرا له بذلك اه قوله: (وإن وهب له أجنبي يتم بقبض وليه) لان للولي ولاية التصرف في ماله وقبضها منه. أراد بالولي هنا واحدا من أربعة وهو الاب ووصيه، والجد ووصيه على هذا الترتيب. وأطلقه فشمل ما إذا كان

في حجره أو لا. ولا يجوز قبض غير هؤلاء الاربعة مع وجود واحد منهم، سواء كان الصغير في عيال القابض أو لم يكن، وسواء كان ذا رحم محرم أو أجنبيا. والمراد بالوجود الحضور فلو غاب غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه إلى الولاية، كذا في الخلاصة. ويباح للوالدين أن يأكلا من المأكول الموهوب للصغير، كذا في الخلاصة أيضا فأفاد أن غير المأكول لا يباح لهما إلا عند الاحتياج كما لا يخفى. وأشار المؤلف إلى أن ما علم أنه وهب للصغير يكون ملكا له، أما لو اتخذ الاب وليمة للختان فأهدى الناس هدايا ووضعوا بين يدي الولد، فإن كانت الهبة تصلح للصبي مثل ثياب الصبيان أو شئ يستعمله الصبيان فالهدية للصبي، وإن كانت غير تلك كالدراهم والدنانير والحيوان ومتاع البيت ينظر إلى المهدي: إن كان من أقرباء الاب أو معارفه فهو للاب، وإن كان من أقرباء الام أو معارفها فهو للام، وسواء كان المهدي يقول عند الهدية هذا للصبي أو لم يقل. وكذا لو اتخذ الوليمة لزفاف بنته إلى بيت زوجها فأهدى أقرباء الزوج أو المرأة. وهذا إذا لم يقل المهدي أهديت للاب أو للام وتعذر الرجوع إلى قوله، أما إذا قال شيئا فالقول قوله، كذا في الخلاصة اه. قوله: (وأمه وأجنبي لو في حجرهما) أي وتتم الهبة بقبض الام أو الاجنبي بشرط أن يكون في حجر القابض لان للام الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله وللاجنبي يد معتبرة ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده فيملك ما تمحض نفعا في حقه. وليس مراد المصنف رحمه الله قصر الحكم على الام والاجنبي بل كل غريب غير الاب والجد ووصيهما كالام يتم بقبضه إن كان الصغير في عياله وإلا فلا. ودخل الملتقط في الاجنبي فإن له أن يقبض هبة اللقيط إن كان في عياله وليس له أحد سواه، كذا في فتاوى قاضيخان. وأشار المصنف إلى أن للاجنبي أن يسلم الولد الذي في حجره في صناعة كقبضه ما وهب له وإن لم يكن وصيا، كذا في الخلاصة. وقيد بقبض الهبة لانه إذا قبضها الاجنبي أو غيره غير الاربعة المتقدمة ليس له الانفاق منها، كذا في

***

[٤٩٢]

الخلاصة من الاجارات. قوله: (وبقبضه إن عقل) أي تتم هبة الاجنبي للصغير بقبض الصغير إن كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من أهله، والمراد من العقل هنا أن يكون مميزا يعقل التحصيل. أطلق المصنف رحمه الله تعالى فشمل ما إذا كان الاب حيا أو ميتا كما صرح به في الخلاصة. وأشار إلى أنه كما يتم بقبضه يصح رده ولهذا قال في المبتغى بالمعجمة، من وهب لصغير يعبر عن نفسه شيئا فرده يصح كما يصح قبوله، وفي المبسوط: من وهب للصغير شيئا له أن يرجع فيه وليس للاب التعويض من مال الصغير اه. وفي فتاوى قاضيخان: ويبيع القاضي ما وهب للصغير حتى لا يرجع الواهب في هبته اه. وقيد بالهبة لان المديون لو دفع ما عليه للصبي ومستأجره لو دفع الاجرة إليه لا يصح، وأفاد أنه تصح الهبة للصغير الذي لا يعقل ويقبضه وليه. وأشار بإطلاقه إلى أن الموهوب لو كان مديونا للصغير تصح الهبة ويسقط الدين كما صرح به قاضيخان في فتاواه. قوله: (ويجوز قبض زوج الصغيرة ما وهب بعد الزفاف) لتفويض الاب أمورها إليه دلالة. قيد بالصغيرة لانه لا يملك قبض ما وهب لزوجته البالغة كما لا يملكه الاب. وقيد بكونه بعد الزفاف لانه لا يملكه قبله، وعلل الشارح له بأنه لا يعولها قبله فاستفيد منه أنها لو كانت ممن تقدر على الجماع وكان المانع من الدخول من قبله جاز قبضه قبله لانه حينئذ يعولها، لكن ذكر صاحب النهاية علة مركبة من شيئين وهو أنه بعد الزفاف يعولها وله عليها يد مستحقة ففي المسألة المفروضة وإن كان يعولها ليس له عليها يد مستحقة فانتفى الحكم مطلقا كما لا يخفى. وأطلق المصنف فأفاد أنه يملك القبض بعد الزفاف حال حياة الاب أيضا بخلاف الام ومن بمعناها كما تقدم. وأشار إلى أنه لا فرق بين كونها ممن تجامع أو لا وهو الصحيح، وأشار بقوله يجوز إلى أن الاب لو قبضها جاز، وإلى أنه لو قبضتها جاز أيضا إن كانت عاقلة. وقيد بقوله ما وهب لانه لا يملك قبض ديونها مطلقا، وقيد بالصغير والصغيرة لان ما وهب للعبد المحجور لا يملك المولى قبضه وإنما يملكه العبد وإذا قبضه ملكه المولى لانه كسب عبده، وكذا المكاتب لكن لا يملكه المولى لانه أحق بإكسابه، كذا في المحيط. قوله: (ولو وهب اثنان دار الواحد صح) لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع قوله: (لا عكسه) وهو أن يهب واحد من اثنين كبيرين ولم يبين نصيب كل واحد عند أبي حنيفة لانه هبة النصف من كل واحد منهما بدليل أنه لو قبل أحدهما فيما لا يقسم صحت في حصته دون الآخر فعلم أنها عقدان بخلاف البيع فإنه لو قبل أحدهما فإنه لا يصح لانه عقد واحد. وقالا: يجوز نظرا إلى أنه عقد واحد فلا شيوع. قيد بالهبة لان الرهن من رجلين والاجارة من اثنين جائز اتفاقا. وقيد بكون الواهب واحدا لان الواهب لو كان اثنين

***
[٤٩٣]
والموهوب له كذلك على أن يكون نصيب أحدهما لاحدهما بعينه ونصيب الآخر للآخر لا يجوز اتفاقا، كذا في النهاية. وقيدنا بكون الموهوب لهما كبيرين لانه لو وهب دارا من اثنين أحدهما صغير والآخر كبير والصغير في عياله لم تجز الهبة اتفاقا لانه حين وهب صار قابضا حصة الصغير فبقي النصف الآخر شائعا، كذا في المحيط. وقيدنا بعدم البيان لانه لو بين بأن قال لهذا ثلثها ولهذا ثلثاها أو لهذا نصفها ولهذا نصفها لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وإن قبضه. وقال محمد: يجوز إن قبضه. وقيدنا بالدار ومراده منها ما يحتمل القسمة لان ما لا يحتملها كالبيت يجوز اتفاقا. وقيد بكون الموهوب له اثنين لانه لو كان واحدا فوكل اثنين بقبضها فقبضاها جاز، كذا في فتاوى قاضيخان قوله: (وصح تصدق عشرة وهبتها لفقيرين لا لغنيين) أي لا يجوز التصدق بها على غنيين ولا هبتها لهما. والفرق أن الصدقة يراد بها
***
[٤٩٤]
وجه الله وهو واحد فلا شيوع، والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان، والصدقة على الغني مجاز عن الهبة كالهبة من الفقير مجاز عن الصدقة لان بينهما اتصالا معنويا وهو إن كل واحد منهما تمليك بغير بدل فيجوز استعارة أحدهما للآخر، فالهبة للفقير لا توجب الرجوع، والصدقة على الغني تجوز الرجوع. وصحح في الهداية ما ذكره المصنف من الفرق وهو رواية الجامع الصغير وقد علم بما قدمناه أن المراد من نفي الصحة هنا نفي الملك فلو قسمها وسلمها لهما صحت وملكاها كما لا يخفى والله أعلم. باب الرجوع في الهبة لا خفاء في حسن تأخيره قوله: (صح الرجوع فيها) يعني صح الرجوع في الهبة بعد القبض إذا لم يمنع مانع من الموانع الآتية. والمراد من الهبة الموهوب لان الرجوع إنما يكون في حق الاعيان لا في حق الاقوال. وأشار بذكر الصحة دون الجواز إلى أنه يكره الرجوع فيها، وظاهر كلام المبسوط وتبعه في النهاية أنها كراهة تنزيه فإنه قال: إنه غير مستحب. ومقتضى دليل الشافعي القائل بعدم الرجوع إلا فيما يهب الوالد لولده أنها كراهة تحريم وهو ما رواه أصحاب السنن الاربعة مرفوعا لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يرجع في قيئه فإنه يأكل حتى يشبع، فإذا شبع قاء ثم عاد في قيئه (١) ونقل تصحيحه الحافظ
***
[٤٩٥]
الزيلعي. فإن بهذا يحصل الجمع بين هذا وبين ما استدل به أئمتنا لصحته وهو ما رواه الحاكم وصححه مرفوعا من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثب منها أي لم يعوض. ويدل على أنها كراهة تحريم قول الشارح إن الرجوع قبيح ولا يقال للمكروه تنزيها قبيح لانه من قبيل المباح أو قريب منه. وقد يقال: إن الحديث المفيد لعدم الحل محمول على ما إذا كان بغير قضاء ولا رضا كما أشار إليه في المحيط. وشمل كلامه ما إذا قال الواهب أسقطت حقي من الرجوع فإنه لا يسقط حقه وله الرجوع، كذا في فتاوى قاضيخان. وشمل كلامه ما إذا قال الواهب أسقطت حقي من الرجوع فإنه لا يسقط حقه وله الرجوع، كذا في فتاوى قاضيخان. وشمل ما إذا قال لآخر هب لفلان عني ألف درهم فوهب المأمور كما أمر كانت الهبة من الآمر ولا يرجع المأمور على الآمر ولا على القابض، وللآمر أن يرجع في الهبة والدافع يكون متطوعا. ولو قال هب لفلان ألف درهم على أني ضامن ففعل جازت الهبة ويضمن الآمر للمأمور والآمر أن يرجع في الهبة ولا يرجع الدافع، كذا في فتاوى قاضيخان من باب الكفالة بالمال. وأطلق الهبة فانصرفت إلى الاعيان فلا رجوع في هبة الدين للمديون بعد القبول بخلافه قبله لكونها إسقاطا كما قدمناه. وشمل كلامه ما إذا وهبا عبدا فلاحدهم الرجوع في نصيبه مع غيبة صاحبه لان الشيوع لا يمنع فسخها بدليل أن للواهب أن يرجع في بعضها، كذا في المحيط. وفي فتاوى قاضيخان: الواهب إذا اشترى الهبة من الموهوب له قالوا: لا ينبغي له أن يشتري لان الموهوب له يستحي من المالك فيصير مشتريا بأقل من قيمته إلا الوالد إذا وهب لولده شيئا لان شفقته على ولده تمنعه من الشراء بأقل من قيمته قوله: (ومنع الرجوع دمع خزقه) أي ومنع الرجوع في الموهوب الموانع السبعة الآتي تفصيلها. قوله: (فالدال الزيادة المتصلة كالغرس والبناء والسمن) أي حرف الدال إشارة إلى أن الزيادة المتصلة تمنع ولو زالت قبل الرجوع كما إذا شب الصغير ثم شاخ لانه لا وجه إلى

***
[٤٩٦]
الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان، ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد. قيد بالزيادة لان النقصان كالحبل وقطع الثوب بفعل الموهوب له أولا غير مانع. وقيد بالمتصلة لان المنفصلة كالولد والارش والعقر غير مانع من الرجوع في الاصل والزيادة للموهوب له بخلاف الرد بالعيب حيث يمتنع بزيادة الولد. ومراده الزيادة في العين الموجبة لزيادة القيمة فدخل الجمال والخياطة والصبغ وزيادة القيمة بالنقل من مكان إلى مكان وإسلام العبد وعفو ولي الجناية عنه وسماع الاصم وإبصار الاعمى، وخرج الزيادة من حيث السعر فله الرجوع، والزيادة في العين فقط كطول الغلام وفداء الموهوب له لو كان الموهوب جنى خطأ وتعليمه القرآن أو الكتابة أو الصنعة والبناء والغرس إذا كان لا يوجب زيادة في الارض كبناء تنور الخبز في غير محله، وإن كان يوجب في قطعة منها امتنع فيها فقط. هذا حاصل ما ذكره الشارح هنا، وقد ذكر قاضيخان في فتاواه ما يخالف بعضه فذكر أن الزيادة لو ذهبت كان للواهب أن يرجع في هبته. ولو علمه القرآن أو الكتابة أو القراءة أو كانت أعجمية فعلمها الكلام أو شيئا من الحروف لا يرجع الواهب في هبته لحدوث الزيادة في العين. وذكر في المحيط الاولى بلا خلاف والثانية على خلاف، والمسألة الاولى مذكورة في الكافي للحاكم الشهيد ثم قال: ولو وهب جارية في دار الحرب فأخرجها الموهوب له إلى دار الاسلام ليس له الرجوع وقصارة الثوب زيادة بخلاف غسله وقتله إن لم يزد في الثمن. ولو قطعت يده وأخذ الموهوب له أرشه كان للواهب أن يرجع ولا يأخذ الارش، ولو مرض عنده فداواه لا يمتنع الرجوع بخلاف ما لو كان مريضا فداواه فإنه يمتنع، كذا في المحيط. وذكر الشارح أنهما لو اختلفا في الزيادة كان القول للواهب لانه ينكر لزوم العقد. وذكر في فتاوى قاضيخان تفصيلا حسنا وهو أن الزيادة المتولدة ككبر الجارية الصغيرة إذا أنكر الواهب وجودها عند الموهوب له كان القول قوله. وأما في البناء والخياطة ونحوها كان القول قول الموهوب له، وهكذا في المحيط إلا أنه استثنى ما إذا كان لا يبنى في مثل تلك المدة قال:
***
[٤٩٧]
وكذلك في الصبغ ولت السويق بسمن لانها مما يقبل الانفكاك والمدعي يدعي أنه وهب له هذه الزيادة والموهوب له منكر فيكون القول قوله. ونقط المصحف بإعرابه زيادة مانعة من الرجوع، وقطع الشجرة من مكانها غير مانع كجعلها حطبا بخلاف جعلها أبوابا وجذوعا، وذبحها عن أضحية أو هدي أو غيرهما لا يمنع. وفي المحيط: وهب ثوبا فشقه نصفين وخاط نصفه قباء له أن يرجع في النصف الباقي لانه لا مانع في النصف الباقي، ولو وهب حلقة فركب فيها فصا إن كان لا يمكن نزعه إلا بضرر لا يرجع، وإن كان يمكن بغير ضرر يرجع، وإن وهب له ورقة فكتب فيها سورة أو بعض سورة يرجع لانه لا يزيد في ثمنه، وإن قطعه مصحفا وكتب لا يرجع لانه يزيد في الثمن، وإن كانت دفاتر ثم كتب فيها فقها أو حديثا أو شعرا إن كان يزيد في ثمنه لا يرجع وإن نقص يرجع. قوله: (والميم موت أحد المتعاقدين) يعني حرف الميم إشارة إلى أن موت أحدهما مانع إذا كان بعد التسليم لان بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة فصار كما إذا انتقل في حال حياته، وإذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد إذ هو ما أوجبه وهو مجرد خيار فلا يورث كخيار الشرط بخلاف خيار العيب كما عرف. قيدنا بكونه بعد التسليم لانه لو مات أحدهما قبله بطلت لعدم الملك ورجوع المستأمن إلى دار الحرب بعد الهبة قبل القبض مبطل لها كالموت، فإن كان الحربي أذن للمسلم في قبضه وقبضه بعد رجوعه إلى دار الحرب جاز استحسانا بخلاف قبضه بعد موت الواهب، كذا في المبسوط. وفي المحيط: ولو قال رجل وهب لك وارثي هذا العبد فلم تقبضه في حياته وإنما قبضته بعد وفاته وقال الموهوب له بل قبضت في حياته والعبد في يد الوارث فالقول قول الوارث لان القابض قد علم الساعة والميراث قد تقدم القبض قوله: (والعين العوض فإن قال خذه عوض هبتك أو بدلها أو بمقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لما تقدم في الحديث من قوله ما لم يثب عنها. وأشار بقوله خذه إلى آخره إلى أن الشرط في كونه عوضا أن يذكر لفظا يعلم الواهب أنه عوض، فأفاد أنه لو وهب له شيئا أو تصدق عليه ولم يذكر أنه عوض لا يسقط الرجوع بل لكل منهما أن يرجع في هبته. وأشار بقوله فقبضه إلى أنه يشترط في العوض شرائط الهبة من القبض والافراز فأفاد أنه تمليك جديد وإن سمى عوضا فدل على أنه يجوز بأقل من الموهوب من جنسه في المقدرات، ولا يجوز للاب أن يعوض عما وهب للصغير من ماله،
***

[٤٩٨]
ولو وهب العبد التاجر ثم عوض فلكل منهما الرجوع، كذا في المحيط. ولا يصح تعويض المسلم للنصراني من هبة خمرا أ خنزيرا لما أنه لا يصلح تمليكا من المسلم، كذا في المبسوط. ودل ذكر العوض على أنه يشترط أن لا يكون بعض الموهوب فلو عوضه البعض عن الباقي فله أن يرجع في الباقي ولو كان الموهوب شيئين فعوضه أحدهما عن الجميع إن كانا في عقد واحد لم يكن ذلك عوضا، وإن كانا في عقدين مختلفين في مجلس أو مجلسين فعوضه أحدهما عن الآخر فهو عوض في ظاهر الرواية لان اختلاف العقد كاختلاف العين. ودقيق الحنطة يصلح عوضا عنها لكونه حادثا بالطحن، كذا لو صبغ ثوبا من الثياب الموهوبة أو خاطه أو لت بعض السويق ثم عوضه لان حقه في الرجوع قد انقطع بهذا الصنع، كذا في المبسوط. والمشهود عليه بالهبة إذا ضمن شهوده بعد رجوعهم لا رجوع له على الموهوب له لحصول العوض، وإن لم يضمنهم فله الرجوع، ذكره في فتح القدير من الشهادات. ولو وهبه جاريتين فولدت إحداهما فعوضه الولد امتنع الرجوع لانه ليس له الرجوع في الولد فصلح عوضا قوله: (وصح من أجنبي) أي جاز العوض من أجنبي وسقط حق الواهب في الرجوع إذا قبضه لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح عن إنكار. أطلقه فشمل ما إذا كان بأمر الموهوب له أو بغير أمره ولا رجوع للمعوض على الموهوب له، ولو كان شريكه سواء كان بإذنه أو لا، لان التعويض ليس بواجب عليه فصار كما لو أمره بأن يتبرع لانسان إلا إذا قال على أني ضامن بخلاف المديون إذا أمر رجلا بأن يقضي دينه حيث يرجع عليه وإن لم يضمن لان الدين واجب عليه فهو كقوله أنفق من مالك على عيالي أو أنفق في بناء داري أو أمر الاسير رجلا ليشتريه ويخلصه أو ليدفع الفداء ويأخذ منه فإنه يرجع وإن لم يشترط الرجوع، ذكره قاضيخان من الكفالة بالمال. وتمامه في كتاب الزكاة. وقد ذكر في الفتاوى الظهيرية هنا أصلا حسنا لهذه المسائل وهو الاصل في جنس هذه المسائل أن كل ما يطالب به الانسان بالحبس والملازمة يكون الامر بأدائه سببا للرجوع من غير اشتراط الضمان، وكل ما لا يطالب به الانسان بالحبس والملازمة لا يكون الامر بأدائه سببا للرجوع إلا بشرط الضمان ا ه. لكن ربما يخرج عنه الامر بالانفاق على البناء والامر بشراء الاسير فليتأمل قوله: (وإن استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه. قوله: (وعكسه لا حتى يرد ما بقي) أي إذا استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع لانه صلح عوضا للكل من الابتداء، وبالاستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هو أنه يتخير لانه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم له
***
[٤٩٩]
فله أن يرده ومراده العوض الذي ليس بمشروط، فأما المشروط فهو مبادلة كما سيأتي فتوزع البدل على المبدل، كذا في النهاية. ودل كلامه على أنه لو استحق جميع العوض فللواهب أن يرجع في هبته كأنه لم يعوضه أصلا إن كانت قائمة، ولا يضمنه إن كانت هالكة. ويشترط أن لا تزاد العين الموهوبة فلو استحق العوض وقد ازدادت الهبة لم يرجع، كذا في الخلاصة. وإن استحق جميع الهبة كان للموهوب له أن يرجع في جميع العوض إن كان قائما وبمثله إن هلكت إن كان مثليا، وبقيمته إن كان قيميا، كذا في غاية البيان قوله: (ولو عوض النصف رجع بما لم يعوض) لان المانع قد خص النصف غاية ما فيه أنه يلزم منه الشيوع في الهبة لكنه طارئ فلا يضره كما قدمناه قوله: (والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له) أي حرف الخاء إشارة إلى ذلك لانه حصل بتسليط الواهب فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه وهو كتجدد العين بدليل قصة بريرة رضي الله عنها. وأطلق في الخروج فشمل ما إذا وهب لانسان دراهم ثم استقرضها منه فإنه لا يرجع فيها لاستهلاكها، كذا في فتاوى قاضيخان. وشمل أيضا ما إذا وهبها الموهوب له فإنه لا رجوع للواهب الاول إلا إذا رجع الثاني فللواهب الاول حينئذ الرجوع، سواء كان بقبض أو تراض، كذا في المبسوط. وشمل أيضا ما لو وهب لمكاتب إنسان ثم عجز المكاتب لم يرجع المالك في الهبة عند محمد لانتقالها من ملك المكاتب إلى ملك مولاه خلافا لابي يوسف. وفي المحيط: ولو تصدق به الثالث على الثاني أو باعها منه لم يكن للاول أن يرجع لان هذا ملك جديد لانه عاد إليه بسبب جديد وحق الرجوع لم يكن ثابتا في هذا الملك فلا يرجع ا ه. فأفاد أن العين إذا عادت إلى ملك الموهوب له بفسخ كان للاول الرجوع، وإن كان بسبب جديد فلا. وأطلق في الخروج عن الملك فانصرف إلى الخروج من كل وجه، فلو ضحى الموهوب له بالشاة الموهوبة أو نذر

التصدق بها وصارت لحما فأنه لا يمتنع الرجوع في الهبة عند أبي حنيفة ومحمد لعدم الخروج عن الملك، وقال أبو يوسف بامتناعه لانها خرجت عن ملكه إلى الله تعالى، كذا في شرح المجمع. ولو ذبحها من غير أضحية يبقى حق الرجوع اتفاقا قوله: (وببيع نصفها رجع بالنصف كعدم بيع شئ) لان المانع وجد في البعض فيمتنع بقدره كما كان له أن يرجع في النصف، والعين كلها لم تخرج عن ملك الموهوب له لان له حق الرجوع في الكل فله أن يستوفيه أو بعضه قوله: (والزاي الزوجية) أي الزوجية مانعة من الرجوع لان المقصود فيها الصلة أي الاحسان كما في القرابة. وفي فتاوى قاضيخان من المهر: بعث إلى امرأته متاعا وبعثت أيضا ثم افترقا بعد الزفاف وادعى أنه عارية وأراد الاسترداد وأرادت الاسترداد أيضا يسترد كل ما أعطى لان المرأة زعمت أن الاعطاء كان عوضا عن الهبة لم تثبت الهبة فلا يثبت

***

[٥٠٠]

العوض ا ه. وفي فتاوى قاضيخان: ولو وهبت المرأة شيئا لزوجها وادعت أنه استكرهها في الهبة تسمع دعواها قوله: (فلو وهب ثم نكح رجع وبالعكس لا) أي لو نكح ثم وهب لا يرجع لان المعتبر حالة الهبة، وفي الاول لم تكن منكوحة بخلاف الثاني ولهذا لو أبانها بعد الهبة لم يكن له أن يرجع فيها، وقدمنا في باب الصرف من الزكاة ما يخالف الهبة من المسائل المتعلقة بالزوجية كالشهادة والوصية. قوله: (والقاف القرابة فلو وهب لذي رحم محرم منه لا يرجع) لحديث الحاكم مرفوعا إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها وصححه وقال على شرط الشيخين. ومفهوم شرطه أنها إذا كانت لغير محرم فله الرجوع فهو حجة على الشافعي لانه قائل بالمفاهيم وأئمتنا وإن لم يعتبروه لكن صرح به في أثر ابن عمر على ما رواه عبد الرزاق في مصنفه من وهب هبة لغير دي رحم فله أن يرجع فيها إلا أن يثاب منها خرجه الحافظ الزيلعي. ولانه قد حصل مقصوده وهو صلة الرحم. أطلقه فشمل المحرم المسلم والذمي والمستأمن، كذا في المبسوط. وقيد بالرحم لان المحرم بلا رحم كأخيه من الرضاع وأمهات النساء والربائب وأزواج البنين والبنات لا يمنع الرجوع. وقيد بالمحرم لان الرحم بلا محرم كابن عمه لا يمنع الرجوع. وفي ذكر القرابة ثم تفسيرها بالرحم المحرم إشارة إلى أنه لو وهب لرحم محرم لا من جهة القرابة كان له الرجوع كما لو وهب لابن عمه وهو أخوه رضاعا، وخرج ما لو وهب لعبد أخيه أو لاخيه وهو عبد لاجنبي فإنه يرجع فيها عند أبي حنيفة لان الملك لم يقع فيها للقريب من كل وجه بدليل أن العبد أحق بما وهب إليه إذا احتاج إليه. وقالا: لا يرجع في الاولى ويرجع في الثانية، ولو كان ذا رحم محرم من الواهب فلا رجوع فيها اتفاقا على الاصح لان الهبة لايهما وقعت تمنع الرجوع، كذا في المبسوط. ولو عجز قريبه المكاتب فعند محمد لا يرجع خلافا لابي يوسف، وإن عتق لا رجوع، وإن كان مولاه قريبا للواهب رجع عجز المكاتب أو عتق عند الامام. وفي فتاوى قاضيخان: ولو وهب لاخيه ولاجنبي شيئا فقبضاه كان له أن يرجع في نصيب الاجنبي قوله: (والهاء الهلاك) يعني هلاك العين الموهوبة مانع، وأما هلاك أحد العاقدين فقد قدمه لتعذر الرجوع بعد الهلاك قوله: (فلو ادعاه صدق) أي لو ادعى الموهوب له هلاك الموهوب يصدق لانه منكر لوجوب الرد عليه. قيد بدعوى الهلاك لان الموهوب له لو ادعى أنه أخوه وأنكره الواهب يستحلف الواهب عند الكل لانه ادعى بسبب النسب مالا لازما فكان المقصود إثبات دون النسب، ذكره قاضيخان في فتاواه من باب الاستحلاف. وأشار بقوله صدق إلى أن القول قوله بغير يمين ولهذا قال في

***

[٥٠١]

الخلاصة: لو قال الموهوب له هلكت فالقول قوله ولا يمين عليه فإن قال الواهب هي هذه حلف المنكر أنها ليست هذه ا ه قوله: (وإنما يصح الرجوع بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لانه مختلف بين العلماء وفي أصله وهي وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ، ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه، وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء لان أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه لانه تعدى. وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع. وللواهب أن يرده على بائعه، سواء كان بقضاء أو رضا لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء فإنه لا يرده على بائعه الاول لان الحق هنالك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا. وأما رد المريض الهبة في مرض موته فمعتبر من

الثلث، وإن كان بقضاء فلا شئ لورثة المريض على الواهب، كذا في فتاوى قاضيخان. وأشار المصنف إلى أن الواهب بعد التسليم لو استهلكها ضمنها، ولو كان عبدا فأعتقه الواهب لم يصح عتقه، كذا في فتاوى قاضيخان. واعلم أن مرادهم بالفسخ من الاصل هو أن لا يترتب على العقد أثر في المستقبل لا أن يبطل أثره في كل وجه فيما مضى وإلا لعاد الزوائد المنفصلة المتولدة إلى ملك الواهب برجوعه، ويحرم قبل الرد انتفاع المشتري بالمبيع قبل الرد إذا رد بعيب بقضاء وليس كذلك، كذا ذكره في جامع الفصولين. وفي فتاوى قاضيخان: لو كان على العبد جناية خطأ فوهبه لولي الجناية بطلت الجناية ويكون للواهب أن يرجع في هبته استحسانا، وإذا رجع مولى العبد في هبة العبد لا يعود الدين والجناية في قول محمد ورواية عن أبي حنيفة، وفي القياس لا يصح رجوعه في الهبة وهو رواية عن الثلاثة. ولو كان المولى وهب الامة من زوجها بطل النكاح فإن رجع في الهبة بعد ذلك صح رجوعه ولا يعود النكاح كما لا يعود الدين والجناية وفي رواية يعود النكاح، ا ه مختصرا. قوله: (فإن تلفت الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن) لانها عقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق السلامة ولا يثبت به الغرور. قيد بالهبة لان عقود المعاوضات يثبت بها الغرور فللمشتري الرجوع على بائعه، وكذا بكل عقد يكون للدافع كالوديعة والاجارة إذا هلكت الوديعة أو العين المستأجرة ثم جاء رجل واستحق
***
[٥٠٢]
الوديعة أو المستأجر وضمن المودع والمستأجر فإن المودع والمستأجر يرجع على الدافع بما ضمن، وكذا كل من كان في معناهما، فالحاصل أن المغرور يرجع بأحد الامرين إما بعقد المعاوضة أو بعقد يكون للدافع والاعارة كالهبة هنا لان قبض المستعير كان لنفسه، كذا في فتاوى قاضيخان من فصل الغرور من البيوع. قوله: (والهبة بشرط العوض هبة ابتداء فيشترط فيها التقابض في العوضين وتبطل في الشيوع بيع انتهاء فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة) لاشتمالها على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم، وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما. وقال زفر: هو بيع ابتداء وانتهاء. وفي الحقائق: وصورته أن يقول وهبتك ذا على أن تعوضني كذا إذا لو قال وهبتك بكذا فهو بيع إجماعا ا ه. وكذا في غاية البيان وظاهره أنه بيع ابتداء وانتهاء. وفي فتاوى قاضيخان: المكره على الهبة بشرط العوض إذا باع يكون مكرها، والمكره بالبيع إذا وهب بشرط العوض كان مكرها فيه، والاكراه بأحدهما يكون إكراها بالآخر ا ه. فالظاهر أن في هذه المسألة تكون الهبة بشرط العوض بيعا ابتداء وانتهاء وقد صرح به في الفتاوى الظهيرية. وقال الناصحي في الجمع بين وقفي هلال والخصاف في باب ما يجوز من الوقف وما لا يجوز: ولو وهب الواقف الارض التي شرط الاستبدال به ولم يشترط عوضا لم يجز ولو شرط عوضا فهو كالبيع ا ه. وفي المجمع: وأجاز محمد هبة الاب مال ابنه الصغير بشرط عوض مساو قيمته يعني وقالا: لا يجوز فيحتاج على قولهما إلى الفرق بين الوقف ومال الصغير. وأراد بالعوض العوض المعين إذا في اشتراط العوض المجهول تكون هبة ابتداء وانتهاء لبطلان اشتراطه كما سيأتي والله أعلم. فصل هذا الفصل بمنزلة مسائل شتى تذكر في آخر الكتاب قوله: (ومن وهب أمة إلا حملها
***
[٥٠٣]
أو على أن يردها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو دارا على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه منها شيئا صحت الهبة وبطل الاستثناء والشرط) لان الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد، والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا فانقلب شرطا فاسدا، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فدخل فيه كل عقد لا يبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح والخلع والصدقة والصلح عن دم العمد والعتق فيصح. ويبطل الاستثناء. وخرج كل ما يبطله كالبيع والاجارة والرهن والكتابة وما يصح مع الاستثناء كالوصية والخلع. فهذا ظهر أن استثناء الحمل في العقود على ثلاثة مراتب. وأما ايراد العقد عليه بانفراده فلا يصح كالبيع والكتابة وإن قبلت الام والهبة والصدقة وإن سلم الام إلى الموهوب له أو المتصدق عليه والنكاح ويجب مهر المثل، ولو صالح عن القصاص على ما في البطن فهو صحيح مبطل للقصاص وتجب الدية وعتقه منفردا صحيح إذا علم وجوده وقته كالوصية والخلع، وإن لم يكن موجودا وقته فلا يرجع عليها بما ساق لها من المهر إن قالت اخلعني على ما في بطن جاريتي من ولد، وإن لم تقل من ولد فلان، كذا في غاية البيان مختصرا. وأشار المصنف إلى أنه لو عتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء. ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على

ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء، ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع أو هبة شئ هو مشغول بملك المالك بخلاف البيع حيث لا يجوز في الفصول كلها للنهي عن بيع وشرط، وقد تقدم أن العوض لا يصح أن يكون بعض الموهوب فلهذا بطل قوله على أن يرد عليه شيئا منها، سواء كان الشرط بهذه العبارة أو كان الشئ معينا كالثلث والربع. وأما قوله أو يعوضه عنها شيئا فلا يصح أيضا لان اشتراط التعويض في الهبة لا بد أن يكون العوض معلوما لما تقدم أنه تمليك مبتدأ وهذا مجهول، وبهذا اندفع إشكال الشارح رحمه الله تعالى تبعا لصاحب النهاية وهو أنه إذا أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط، وإن أراد به أن يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيئا منها ا ه. فإن كلامه لا يتم إلا إذا كان العوض معينا. وليس مراد المصنف هذا ما ظهر لي قبل الاطلاع على كلام صدر الشريعة، ثم رأيته صرح به فقال: أقول إن مرادهم ما إذا كان العوض مجهولا وإنما يصح العوض إذا كان معلوما ا ه. قوله: (ومن قال لمديونه إذا جاء غد فهو لك أو أنت منه برئ أو إن أديت إلي نصفه فلك نصفه أو أنت برئ من النصف الباقي فهو باطل) لان هبة الدين ممن عليه ابراء وهو تمليك من وجه فيرتد بالرد ولو بعد المجلس على خلاف فيه كما في النهاية، وإسقاط من وجه
***
[٥٠٤]
فلا يتوقف على القبول. والتعليق بالشروط مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يصح تعليق التمليكات ولا الاسقاطات من وجه دون وجه، ولا الاسقاطات من كل وجه، ولا يحلف بها كالعفو عن القصاص. وقيد بقوله إن أديت لانه لو قال أنت برئ من النصف على أن تؤدي إلي النصف صح لانه ليس بتعليق بل تقييد، ولما قدمناه من باب التعليق أن المعلق به على هو ما بعدها لا ما قبلها. وأشار المصنف بقوله لمديونه أن هبة الدين للكفيل تمليك من كل وجه حتى يرجع بالدين على المكفول عنه ولا يتم إلا بقبوله، وإبراء الكفيل عن الدين اسقاط من كل وجه حتى لا يرتد بالرد، كذا في النهاية. ثم قولهم إن الابراء لا يتوقف على القبول يستثنى منه ما إذا أبرأ رب الدين بدل الصرف والسلم أو وهبه له يتوقف على القبول لان البراءة عنه توجب انفساخه لفوات القبض المستحق بعقد الصرف والسلم ولا ينفرد أحدهما بفسخه فلا بد من قبوله. وفرع قاضيخان على كون البراءة لا يصح تعليقها ما لو قال لمديونه إن مت - بفتح التاء - فأنت برئ من ذلك الدين لا يبرأ وهو مخاطرة بخلاف ما لو قال إن مت - بضم التاء - فأنت برئ من الدين الذي لي عليك جاز ويكون وصية. ولو قال لمديونه إن لم تقض ما لي عليك حتى تموت فأنت في حل فهو باطل بخلاف أما إذا قال إذا مت فأنت في حل كان وصية قوله: (وصح العمرى للمعمر له حال حياته ولورثته بعده) وهي أن يجعل داره له عمره فإذا مات يرد عليه لحديث الشيخين مرفوعا العمرى لمن وهبت له قوله: (لا الرقبى) أي إن مت قبلك فهي لك لحديث أحمد وأبي داود النسائي مرفوعا من أعمر عمرى فهي لمعمره محياه ومماته لا ترقبوا من أرقب شيئا فهو سبيل الميراث فهي باطلة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وأجازها أبو يوسف وأبطل الشرط قياسا على العمرى قوله: (والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض ولا في مشاع يحتمل القسمة) لانها تبرع كالهبة. فإن قلت: قد تقدم أن الصدقة لفقيرين جائزة فيما يحتمل القسمة بقوله وصح تصديق عشرة لفقيرين قلت: المراد هنا من المشاع أن يهب بعضه لواحد فقط فحينئذ هو مشاع يحتمل القسمة بخلاف الفقيرين فإنه لا شيوع كما تقدم قوله: (ولا رجوع فيها) أي في الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل، ولو اختلفا
***
[٥٠٥]
فقال الواهب كانت هبة وقال الموهوب له صدقة فالقول للواهب، كذا في فتاوى قاضيخان. وأطلقه فشمل ما إذا تصدق على غني واختاره في الهداية مقتصرا عليه لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب لكثرة عياله، وكذا إذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل. وفي المحيط: رجل تصدق بصدقة وسلمها إليه ثم تقايلا الصدقة لم يجز حتى يقبض لانها هبة مستقبلة مستأنفة لانه لا رجوع فيها، وكذلك الهبة إذا كانت لذي رحم محرم قال أبو يوسف: لو تناقضا الصدقة فمات المتصدق عليه قبل أن يقبضها المتصدق فالمناقضة باطلة، ولو كان ذلك في هبة كانت المناقضة جائزة لان له الرجوع فيها، فإذا فعلا شيئا لو تقدما إلى القاضي فعله أجزأته وإن لم يقبض ا ه.

***

[٥٠٦]

كتاب الاجارة لما اشتركت الهبة والاجارة في معنى التمليك وكانت الهبة تمليك عين والاجارة تمليك منفعة قدم تلك وأخر هذه لكون العين أقوى. وهي في اللغة اسم للاجرة وهي ما يستحق على عمل الخير وتمامه في المغرب. وفي الاصطلاح ما ذكره المصنف. وركنها الايجاب والقبول، سواء كان بلفظ الاجارة أو بما يدل عليها، فتنعقد بلفظ العارية حتى لو قال لغيره أعرتك هذه الدار شهرا بكذا أو قال كل شهر بكذا وقبل المخاطب كانت الاجارة صحيحة لانها مأخوذة من التعاور والتداول، وهو كما يكون بغير عوض يكون بعوض، والتعاور بعوض إجارة بخلاف العارية حيث لا تنعقد بلفظ الاجارة حتى لو قال آجرتك هذه الدار بغير عوض كانت إجارة فاسدة ولا تكون عارية لانها عقد خاص لتمليك المنفعة كما لو قال بعتك هذا العين بغير عوض كان باطلا أو فاسدا ولا تكون هبة، كذا في فتاوى قاضيخان. ولو قال وهبتك منافع هذه الدار شهرا بكذا يجوز وتكون إجارة. وفي الفتاوى: لو قال لآخر اشتريت منك خدمة عبدك هذا شهرا بكذا فهي إجارة فاسدة. وعن محمد: لو قال أعطيتك هذا العبد ستة يخدمك بكذا جاز وتكون إجارة. وفي المحيط: ولو قال بعت منك منافع الدار شهرا بكذا ذكر في العيون أن الاجارة فاسدة لان المنافع معدومة وهي ليست بمحل للبيع. وذكر شيخ الاسلام أن فيه اختلاف المشايخ وقال: الحر إذا قال لغيره بعتك نفسي شهرا بكذا لعمل كذا فهو إجارة. وعن الكرخي أن الاجارة لا تنعقد بلفظ البيع ثم رجع وقال: تنعقد.

***

[٥٠٧]

ولا تنعقد الاجارة الطويلة بالتعاطي لان الاجرة غير معلومة قد يجعلون لكل سنة دانقا وقد يجعلون طسوجا، وفي غير الطويلة الاجارة تنعقد بالتعاطي، الكل من الخلاصة من الفصل الثاني في صحة الاجارة وفسادها. وشرطها أن تكون الاجرة والمنفعة معلومتين لان جهالتهما تفضي إلى المنازعة. وحكمها وقوع الملك في البدلين ساعة فساعة وهي مشروعة بالكتاب وهو قوله تعالى * (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) * (الطلاق: ٦) وغيره. والسنة حديث البخاري ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره والاجماع قوله: (هي بيع منفعة معلومة أجر معلوم) يعني الاجارة شرعا تمليك منفعة بعوض فخرج البيع والهبة والعارية والنكاح فإنه استباحة المنافع بعوض لا تمليكها. وأشار المصنف رحمه الله تعالى إلى أن عقد الاجارة ينعقد بإقامة العين مقام المنفعة في حق الانعقاد لا في حق الملك لان العقد لا بد له من محل لانه شرط لصحة لقول الفقهاء المحال شروط ومحل العقد هنا المنافع وهي معدومة والمعدوم لا يصلح محلا فجعلت الدار محلا بإقامتها مقام المنافع، ولهذا لو أضاف العقد إلى المنافع لا يجوز بأن قال أجرتك منافع هذه الدار شهرا بكذا، وإنما يصح بإضافته إلى العين. والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها في المحل ساعة فساعة لا ارتباط الايجاب والقبول كل ساعة وإن كان ظاهر كلام مشايخنا يوهم ذلك. والحكم تأخر من زمان انعقاد العلة إلى حدوث المنافع ساعة فساعة لان الحكم قابل للتراخي كما في البيع بشرط الخيار، ثم عقد الاجارة على ما عرف في أصول الفقه علة اسما لاضافة الحكم إليه ومعنى لكونه مؤثرا لا حكما لتراخي الحكم عنه، كذا في غاية البيان. وبهذا تبين أن تعريف المصنف أولى من تعريف القدوري بقوله عقد على المنافع بعوض لما علمت أنها عقد على العين وإنما المملوك المنافع. والمراد من المنفعة المقصودة من العين حتى لو استأجره ثيابا ليبسطها ولا يقعد عليها ولا ينام أو دابة ليربطها في فنائه ويظن الناس أنها له أو ليجعلها جنيبة بين يديه أو آنية يضعها في بيته يتجمل بها ولا يستعملها أو دارا لا يسكنها لكن ليظن الناس أنها له ملكا أو عبدا على أن لا يستخدمه أو دراهم يضعها فالاجارة في جميع ذلك فاسدة ولا أجرة له، كذا في الخلاصة من الجنس الثالث في الدواب. وعلل البزازي في فتاواه بأنها منفعة غير مقصودة من العين، وذكر في الخلاصة في كتاب العارية أنه لو استعار دارهم ليتجمل بها كانت عارية لا قرضا ا ه. فأفاد أن العارية تخالف الاجارة في اشتراط

***

[٥٠٨]

كون المنفعة مقصودة. وأشار بقوله بيع منفعة إلى أنه لو استأجر خياطا ليخيط له هذا القميص والكم منه أو بناء على أن الآخر منه فهي فاسدة لانها ليست ببيع عين، كذا في المحيط. واحترز بقوله بأجر معلوم عما إذا كان مجهولا كما إذا استأجر عبدا بأجر معلوم

وبطعامه لا يجوز، وكذا لو استأجر دابة بعلفها لا يجوز للجهالة بخلاف الظئر كما سيأتي، كذا في الخلاصة. وفيها أيضا: رجل استأجر من آخر غلاما فقال صاحب الغلام بعشرين وقال المستأجر بعشرة فافترقوا على ذلك قال هو بعشرين إلا أن يرضى الذي أجره بعشرة. قوله: (وما صح ثمنا صح أجرة) أي ما جاز أن يكون ثمنا في البيع جاز أن يكون أجرة في الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع. ومراده من الثمن ما كان بدلا عن شئ فدخل فيه الاعيان فإن العين تصلح بدلا في المقايضة فتصلح أجرة. وأشار المصنف إلى أنها لو كانت الاجرة دراهم أو دنانير انصرفت إلى غالب نقد البلد، فإن كانت الغلبة مختلفة فالاجارة فاسدة ما لم يبين نقدا منها، فإن بين جاز فإنها لو كانت كيليا أو وزنيا أو عدديا متقاربا فالشرط فيه بيان القدر والصفة ويحتاج فيه إلى بيان مكان الايفاء إذا كان له حمل ومؤنة عند أبي حنيفة، وإن لم يكن له حمل ومؤنة فلا يحتاج إلى بيان مكان الايفاء. وعندهما ليس بشرط ولا يحتاج إلى بيان الاجل، فإن بين جاز وثبت، وأنها لو كانت ثيابا أو عروضا فالشرط فيه بيان القدر والاجل والصفة لانه لا يثبت دينا في الذمة إلا من جهة السلم فكان لثبوته أصل واحد وهو السلم فلا يجوز إلا على شرائط السلم بخلاف الكيلي والوزني لان لثبوتهما أصلين: القرض والسلم. والاجل في القرض ليس بشرط فإن بين جاز كالسلم وإن لم يبين جاز كالقرض. وهذا كله إذا لم يشر إليها فإن أشار فهي كافية ولا يحتاج إلى بيان القدر والوصف والاجل، وأنها لو كانت حيوانا فلا يجوز إلا أن يكون معينا، كذا ذكر الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي. وأشار أيضا إلى أن هذا الضابط لا ينعكس كليا فلا يقال ما لا يجوز ثمنا لا يجوز أجرة لان المنفعة يجوز أن تكون أجرة للمنفعة إذا كانت مختلفة الجنس كاستئجار سكنى الدار بزراعة الارض وإن اتحد جنسهما لا يجوز كاستئجار الدار للسكنى بالسكنى، وكاستئجار الارض للزراعة بزراعة أرض أخرى لان الجنس بانفراده يحرم للنساء قوله: (والمنفعة تعلم ببيان المدة كالسكنى والزراعة فتصح على مدة معلومة أي مدة كانت) لان

***

[٥٠٩]

المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما فأفاد أنها تجوز ولو كانت المدة لا يعيش إلى مثلها عادة، واختاره الخصاف ومنعه بعضهم. وأفاد أنها تجوز مضافا كما لو قال أجرتك هذه الدار غدا وللمؤجر بيعها اليوم وتنتقض الاجارة كما في الخلاصة. وفي فتاوى قاضيخان: الوصي إذا أجر أرض اليتيم أو استأجر لليتيم أرضا بمال اليتيم إجارة طويلة رسمية ثلاث سنين لا يجوز ذلك، وكذلك أبو الصغير ومتولي الوقف لان الرسم في الاجارة الطويلة أن يجعل شئ يسير من مال الاجارة بمقابلة السنين الاول ومعظم المال بمقابلة السنة الاخيرة، فإن كانت الاجارة لارض اليتيم أو الوقف لا تصح الاجارة في السنين الاول لانها تكون بأقل من أجر المثل فلا تصح، فإن استأجر أرضا لليتيم أو الوقف بمال الوقف ففي السنة الاخيرة يكون الاستئجار بأكثر من أجر المثل فلا يصح، فإذا فسدت الاجارة في البعض في الوجهين هل يصح فيما كان خيرا لليتيم والوقف على قول من يجعل الاجارة الطويلة عقدا واحدا لا يصح، وعلى قول من يجعلها عقودا يصح فيما كان خيرا لليتيم، ولا يصح فيما كان شرا له والظاهر هو الفساد في الكل اه‍. قوله: (ولا تزاد في الاوقاف على ثلاث سنين) كيلا يدعي المستأجر ملكها. قال في الهداية: وهو المختار. أطلقه فشمل الضياع وغيره. وقد أفتى الصدر الشهيد بعدم الزيادة على ثلاث سنين في الضياع وعلى سنة في غيرها إلا إذا كانت المصلحة في غيره. قال في المحيط: هو المختار للفتوى اه‍. ومراد المصنف عند عدم شرط الواقف فإن نص على شئ فآجره الناظر أكثر منه لا يجوز إلا إذا كانت إجارتها أكثر أنفع للفقراء والناس لا يرغبون في استئجارها فللقيم أن يرفع الامر إلى القاضي حتى يؤاجرها أكثر لان للقاضي ولاية النظر على الفقراء وعلى الميت أيضا، وليس للقيم أن يؤاجرها بنفسه، كذا في فتاوى قاضيخان. والمراد بعدم الجواز عدم الصحة يعني لو أجر الناظر الوقف أكثر من ثلاث سنين لا تصح الاجارة كما صرح به صدر الشريعة، وقيل تصح وتنفسخ، ذكره الشمني. واعلم أن إجارة الوقف لا تجوز إلا بأجرة المثل أو أكثر فلو أجر الناظر بدون أجرة المثل لا تصح الاجارة ويلزم المستأجر تمام أجر المثل، وقد وقع في الخلاصة عبارة أوهمت أن الناظر يضمن تمام أجر المثل فقال: متولي الوقف أجر بدون أجر المثل يلزمه تمام أجر المثل اه‍. وقد رده الشيخ قاسم في فتاواه بأن الضمير يرجع إلى المستأجر يدل عليه ما ذكره في تلخيص الفتاوى الكبرى وعبارته:

***

[٥١٠]

ومتولي الوقف أجرها بغير أجر المثل يلزم مستأجرها تمام أجر المثل عند بعض علمائنا وعليه الفتوى ا هـ. وقال في الذخيرة: وإذا أجر القيم دارا بأقل من أجر المثل قدر ما لا يتغابن الناس حتى لم تجز الاجارة لو تسلمها المستأجر كان عليه أجر المثل بالغا ما بلغ على ما أجازه المتأخرون من المشايخ ا هـ. وذكر الاسبيجابي في المزارعة إذا كانت الارض أرض وقف استأجرها من المتولي إلى طويل المدة ينظر إن كان السعر بحاله لم يزدد ولم ينقص كما كان وقت العقد فإنه يجوز. وإن غلا أجر مثلها فإنه يفسخ ذلك العقد يحتاج إلى تجديد ذلك العقد ثانيا، وكذلك إذا استأجرها بأجرة معلومة إلى سنة فلما مضى نصف السنة غلا سعرها وازداد أجر مثلها فإنه يفسخ ذلك العقد ويعقد ثانيا على أجرة معلومة، ولو كانت الارض بحال لم يمكن فسخها نحو ما إذا كان فيها زرع لم يحصد بعد ولم يدرك بعد فلا يمكن فسخها ولكن إلى وقت زيادته يجب المسمى بقدره وبعد الزيادة إلى تمام السنة يجب أجر مثلها. وأما إذا كان ينتقص من أجرتها يعني رخص أجرتها وسعرها قبل مضي المدة فإن الاجارة لا تبطل ولا تنفسخ لان المستأجر قد رضي بذلك حيث عقد عليها وزيادة الاجرة إنما تعتبر إذا زادت عند الكل، فأما إذا زاد واحد في أجرتها تعنتا على المستأجر الاول فلا يعتبر ذلك ولا يبطل العقد ولا يفسخ ما لم تمض المدة، وكذلك حكم الحانوت والطاحونة وجميع ما يكون وقفا استؤجر من المتولي ا هـ. وكذا ذكر قاضيخان في فتاواه ورجحه العلامة قاسم في فتاواه بأنه أنفع للوقف قوله: (أو بالتسمية كالاستئجار على صبغ الثوب وخياطته) يعني تعرف المنفعة بالتسمية كالصبغ ونحوه، ومنه استئجار الدابة للحمل أو للركوب والاجارة على العمل كاستئجار القصار ونحوه، ولا بد أن يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك، وأما الاجير الواحد فمن النوع الاول، ولا بد فيه من بيان الوقت، كذا في الهداية. وصرح في تحفة الفقهاء بأنه من نوع الاستئجار على العمل لكن لا بد فيه من بيان الوقت واختاره في غاية البيان. وأشار بقوله على صبغ الثوب إلى أنه لا بد أن يعين الثوب الذي يصبغ، ولون الصبغ بأنه أحمر أو نحوه، وقدر الصبغ إذا كان مما يختلف. وأشار بقوله وخياطته إلى أنه لا بد أن يكون الثوب معلوما ولهذا قال في المحيط: لو استأجره لقصر عشرة أثواب ولم يرها فالاجارة فاسدة وإن سمى جنسها لانه يختلف بغلظه ورقته. واعلم أن استئجار الدابة للركوب لا بد فيه من بيان الوقت أو الموضع حتى لو خلا عنهما فهي فاسدة، ذكره البزازي في فتاواه. وبه يعلم فساد إجارة دواب العلافين الواقعة في زماننا لعدم بيان الوقت والموضع.

***

[٥١١]

قوله: (أو بالاشارة كالاستئجار على نقل هذا الطعام إلى كذا) يعني تعرف المنفعة بالاشارة لانه إذا أراه ما ينقله والموضع الذي يحمل إليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد قوله: (والاجرة لا تملك بالعقد) لان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنفعة على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في جانب البدل الآخر فلا يعتق قريب المؤجر لو كان أجرة ولا يملك المطالبة بتسليمها للحال، ولا يلزم علينا صحة الابراء عن الاجرة والكفالة والرهن بها لانا نقول: ذاك بناء على وجود السبب فصار كالعفو عن القصاص بعد وجود الجرح، كذا في غاية البيان. لكن في المحيط أن جواز الابراء قول محمد خلافا لابي يوسف. وأشار المصنف إلى أنهما لو تصارفا بالاجرة فأخذ بالدراهم دنانير لا يجوز وهو قول أبي يوسف خلافا لمحمد، وإن كانت الاجرة نقرة بعينها لا تجوز المصارفة بها بالاجماع والابراء عن بعض الاجرة صحيح اتفاقا لانه بمنزلة الحط، كذا ذكره الولوالجي قوله: (بل بالتعجيل أو بشرطه أو بالاستيفاء أو بالتمكن) يعني لا يملك الاجرة إلا بواحد من هذه الاربعة، والمراد أنه لا يستحقها المؤجر إلا بذلك كما أشار إليه القدوري في مختصره لانها لو كانت دينا لا يقال إنه ملكه المؤجر قبل قبضه، وإذا استحقها المؤجر قبل قبضها فله المطالبة بها وحبس المستأجر عليها وحبس العين عنه وله حق الفسخ إن لم يعجل له المستأجر، كذا في المحيط. لكن ليس له بيعها قبل قبضها. وأشار المصنف رحمه الله تعالى إلى أن المستأجر لو باع المؤجر بالاجر شيئا وسلم جاز لتضمنه اشتراط التعجيل فتقع المقاصة بينهما، فإن تعذر ايفاء العمل رجع بالدراهم دون المتاع. والمراد من التمكن تسليم المحل إلى المستأجر بحيث لا مانع من الانتفاع، فلو سلمه بعد مضي المدة فليس لاحدهما الامتناع من التسليم والتسلم في الباقي إذا لم يكن في مدة الاجارة وقت يرغب في الاجارة لاجله، فإن كان في المدة وقت كذلك كحانوت يستأجر سنة لزواج السوق في بعضها أو دار بمكة تستأجر سنة لاجل الموسم فلم يسلم في الوقت الذي يرغب لاجله فإنه يتخير في قبض الباقي كما في البيع. وفي الذخيرة من الفصل السابع والعشرين في الاختلاف: لو اختلف المستأجر

والآجر بعد شهر والمفتاح مع المستأجر وقال لم أقدر على فتحه وقال المؤجر بل قدرت على فتحه وسكنت ولا بينة لهما يحكم الحال، وإن أقاماها فالبينة لرب المنزل لانه لا عبرة لتحكيم الحال متى جاءت البينة بخلافه. وفي القنية: تسليم المفتاح في المصر مع التخلية بينه وبين الدار تسليم للدار حتى يجب الاجر بمضي المدة وإن لم يسكن، وتسليم المفتاح في السواد ليس بتسليم الدار وإن حضر المصر والمفتاح في يده ا ه. وفي فتاوى الولوالجية: ولو استأجر دارا على عبد بعينه ثم وهب العبد من المستأجر قبل القبض
***
[٥١٢]
فإذا قال المستأجر قبلت كان هذا إقالة كالمشتري إذا قال للبائع وهبت منك العبد قبل القبض انتقض البيع كذا هنا ا ه. ومراد المصنف رحمه الله تعالى الاجارة المنجزة إذ الاجارة المضافة لا تملك فيها الاجرة بشرط التعجيل قوله: (فإن غصب منه سقط الاجر) لان تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فإذا فات التمكن فات التسليم. وأشار بقوله سقط الاجر إلى أن العقد ينفسخ بالغصب كما صرح به في الهداية خلافا لقاضيخان. وأطلقه فشمل ما إذا غصب في جميع المدة فيسقط جميع الاجر وما إذا غصب في بعضها فبحسابه، وشمل العقار وغيره ومراده من الغصب هنا الحيلولة بين المستأجر والعين لا حقيقته إذ الغصب لا يجري في العقار عندنا، وشمل ما إذا حال بينه وبين الساكن الاول، فلو ادعى ذلك المستأجر وأنكره المؤجر ولا بينة يحكم الحال، فإن كان المستأجر هو الساكن في الدار حال المنازعة فالقول للمؤجر، وإن كان فيها غير المستأجر فالقول للمستأجر ولا أجر عليه كمسألة الطاحونة وهي لو وقع الاختلاف بين مستأجر الطاحونة والاجر بعد انقضاء المدة في جريان الماء وانقطاعه فإنه يحكم الحال، فإن كان جاريا حال المنازعة فالقول قول من يدعي دوام التسليم وإلا فالقول لمدعي زواله، ولا يقبل قول الساكن في المسألة الاولى على غيره لانه فرد، كذا في الذخيرة. وشمل ما إذا حال بينه وبين العين المؤجر أيضا وكذا لو سلمه إلا بيتا فإنه يسقط عنه بحسابه، كذا في المحيط. وكذا لو سكن معه في الدار، كذا في الخلاصة. قوله: (ولرب الدار والارض طلب الاجر كل يوم) لانه منفعة مقصودة وما دون اليوم لا حد له فصار كالنفقة لها طلبها عند المساء في كل ساعة أراد به ما إذا أطلقه، أما إذا بين وقت الاستحقاق في العقد تعين لانه بمنزلة التعجيل كما إذا قال أجرتك هذه الدار سنة على أن تعطي الاجرة بعد شهرين قوله: (وللجمال كل مرحلة) لان سير كل مرحلة مقصود قوله: (وللقصار والخياط بعد الفراغ من عمله) لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر، وأراد به ما إذا سلمه فأفاد أنه لو هلك في يده قبل التسليم فلا أجر له، وكذا كل من لعمله أثر وإن لم يكن لعمله أثر فكما فرغ منه استحق الاجر، وإن لم يسلمها كالجمال والملاح فلا يسقط الاجر في الهلاك بعده. وأطلقه فشمل ما إذا كان الخياط في بيت المستأجر فإنه لا يستحق ببعض العمل شيئا لما قدمناه واختاره في الهداية. ويتفرع عليه أيضا ما إذا استأجره لبناء داره فبنى البعض ثم انهدم فلا أجر له، ولا يستحق الاجر على البعض إلا في سكنى الدار وقطع المسافة، واختار جماعة من مشايخنا خلافه. ومسألة البناء منصوص عليها في الاصل أنه يجب الاجر بالبعض لكونه مسلما إلى المستأجر، ونقله الكرخي عن أصحابنا وجزم به في غاية البيان ردا على الهداية فكان هو المذهب ولهذا اختاره المصنف في المستصفى وإن كانت عبارته هنا مطلقة. وفي الفتاوى الظهيرية: الخيط والمخيط على الخياط
***
[٥١٣]
وهذا في عرفهم، أما في عرفنا فالخيط على صاحب الثوب، وفي المخيط الخياط إذا خاطه بأجر ففتقه رجل قبل أن يقبضه رب الثوب فلا أجر للخياط ولا يجبر على الاعادة، وإن كان الخياط هو الذي فتقه فعليه الاعادة كأنه لم يعمل بخلاف ما إذا فتقه الاجنبي ألا ترى أنه يلزمه الضمان وفي الخياط لا يلزمه اه. ولا يخفى أن ما ضمنه الاجنبي يكون للخياط لكونه بدل ما أتلفه عليه حتى سقطت أجرته. وفي الخلاصة: رجل دفع إلى خياط ثوبا ليخيطه فقطعه ومات لا يجب شئ من الاجرة لان الاجر في العادة للخياطة لا للقطع وهو الاصح اه. وفي الفتاوى الصغرى: إذا دفع ثوبا لقصار ليقصره ولم يسم له أجرا قال أبو حنيفة: لا أجر له. وقال محمد: إن انتصب القصار لقبول ذلك من الناس بالاجر كما هو المعتاد يجب وإلا فلا. قال في الخلاصة معزيا إلى الصدر الشهيد: والفتوى على قول محمد قوله: (وللخباز بعد إخراج الخبز من التنور) لان تمام العمل بالاخراج. أطلقه فأفاد أنه يستحق بإخراج البعض بقدره لان العمل في ذلك القدر صار مسلما إلى صاحب الدقيق، كذا في غاية البيان والجوهرة. ومراده إذا كان الخبز في بيت المستأجر لانه صار مسلما إليه

بمجرد الاخراج كما صرح به في مستصفاه، أما إذا كان خارجا عن بيت المستأجر سواء كان في بيت الخباز أو لا فلا يستحق الاجرة إلا بالتسليم حقيقة. وفي الجوهرة: فإن سرق الخبز بعدما أخرجه فإن كان يخبز في بيت صاحب الطعام فله الاجرة، وإن كان يخبز في بيت الخباز فلا أجرة له لعدم التسليم ولا ضمان عليه فيما سرق عند أبي حنيفة لانه في يده أمانة خلافا لهما وهي مسألة الاجير المشترك. قوله: (فإن أخرجه فاحترق فله الاجر ولا ضمان عليه) لانه صار مسلما بالوضع في بيته فاستحق المسمى ولم يوجد منه جناية فلا ضمان عليه إجماعا فأفاد أنه لو كان الخبز في غير بيت المستأجر فاحترق فلا أجر له ولا ضمان عند أبي حنيفة، وعندهما إن شاء ضمنه دقيقا مثل دقيقه ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمة الخبز وأعطاه الاجر ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح. وقيد بكونه احترق عقيب الاخراج لانه إذا احترق قبل الاخراج فعليه الضمان في قول أصحابنا جميعا لانه مما جنته يداه بتقصيره في القلع من التنور فإن ضمنه قيمته مخبوزا أعطاه الاجر، وإن ضمنه دقيقا لم يكن له أجر، كذا في غاية البيان قوله: (وللطباخ بعد الغرف) أي بعد وضع الطعام في القصاع اعتبارا للعرف. أطلقه فشمل كل طعام كما أطلقه في الفتاوى الظهيرية، وقيده القدوري بأن يكون طعام الوليمة. قال في
***
[٥١٤]
الجوهرة: إذ لو كان لاهل بيته فلا غرف عليه اه. وإنما لم يقيده المصنف به لانه يرد عليه بقية أنواع الاطعمة فإن الوليمة طعام العرس، والوكيرة طعام البناء، والخرس طعام الولادة، وما تطعم النفساء نفسها خرسة، وطعام الختام إعذار، وطعام القادم من سفره نقيعة، وكل طعام صنع لدعوة مأدبة ومادية جميعا ويقال فلان يدعو النقرى إذا خص، وفلان يدعو الجفلى والا جفلا إذا عم، كذا في غاية البيان معزيا إلى القتبي. ولا يرد على المصنف طعام أهل بيته لان العرف أنه لا يحتاج إلى طباخ، وإن أفسد الطباخ الطعام أو أحرقه أو لم ينضجه فهو ضامن، وإذا دخل الخباز أو الطباخ بنار ليخبز بها أو يطبخ بها فوقعت منه شرارة فاحترق بها البيت فلا ضمان عليه لانه لم يصل إلى العمل إلا بإدخال النار وهو مأذون له في ذلك، ولا ضمان على صاحب الدار إذا احترق شئ من السكان في الدار لانه لم يكن متعديا في هذا السبب كمن حفر بئرا في ملكه، كذا في الجوهرة قوله: (وللبان بعد الاقامة) يعني من استأجر إنسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر إذا أقامه عند أبي حنيفة. وقالا: لا يستحقها حتى يشرجه لان التشريج من تمام عمله إذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كالاخراج من التنور. وله أن العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريج بالنقل إلى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج. وفائدة الخلاف فيما إذا تلف اللبن قبل التشريج فعند أبي حنيفة تلف من مال المستأجر. وعندهما من مال الاجير. وأما إذا تلف قبل الاقامة فلا أجرة إجماعا. ومراده ما إذا كان ضرب اللبن في بيت المستأجر أما إذا كان في أرض الاجير فلا يستحقها إلا بتسليمه وهو بالعد بعد الاقامة عنده، وبالعد بعد التشريج عندهما، كذا ذكر الشارح. وعبارة المصنف في المستصفى: فأما إذا لم يكن في ملكه لم يكن له الاجر حتى يسلمه منصوبا عنده ومشرجا عندهما، كذا في الايضاح والمبسوط اه. فلم يشترط العد وهو الاولى لانه لو سلمه بغير عد كان له الاجر كما لا يخفى. والاقامة النصف بعد الجفاف، والتشريج أن يركب بعضه على بعض بعد الجفاف، كذا في الجوهرة. وفي فتاوى قاضيخان والظهيرية: الملبن على اللبان، والتراب على المستأجر، وإدخال الحمل المنزل على الحمال ولا يكون عليه أن يصعد به على السطح أو الغرفة إلا أن يشترط ذلك عليه، وكذلك صب الطعام في الجفنة لا يكون عليه إلا بشرط، ولو تكارى دابة ليحمل عليها صاحب الدابة الحمل فإنزال الحمل عن الدابة يكون على المكاري، وإدخال الحمل في المنزل لا يكون عليه إلا أن يكون في
***
[٥١٥]
موضع يكون ذلك عرفا لهم. وفي استئجار الدابة الحمل والا كاف يكون على المكاري، وكذلك الحبال والجوالق والحبر على الكاتب واشتراط الورق عليه فاسد اه. قوله: (ومن لعمله أثر في العين كالصباغ والقصار يحبسها للاجر) لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع. أطلقه فشمل ما إذا لم يكن لعمله إلا إزالة الدرن بالغسل فقط على الاصح لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله فكأنه أحدثه فيه، كذا ذكر قاضيخان في شرحه، وصححه المصنف في مستصفاه معزيا إلى الذخيرة أن ليس له حق الحبس فاختلف التصحيح وينبغي ترجيح المنع، وقد جزم به صاحب الهداية بقوله: وغسل الثوب نظير الحمل. ومراده

إذا كان الاجر حالا، أما إذا كان مؤجلا فليس له الحبس عليها لان التسليم ليس بواجب عليه للحال فلا يملك الحبس كما لو باع شيئا بثمن مؤجل ليس له الحبس. وأشار بقوله يحبسه إلى أنه عمله في بيته أو دكانه فأفاد أنه إذا خاطه أو صبغه في بيت المستأجر فليس له حق الحبس لان المتاع وقع مسلما إلى المالك لكون المحل في يده، كذا في الخلاصة. وهو ضامن لما جنت يده عند الامام وإن كان في بيت المستأجر بخلاف الملاح إذا غرقت السفينة بمده وصاحب المتاع فيها حيث لا يضمن المتاع لانه في يد مالكه حقيقة والمد تصرف في السفية دون المتاع فمتى كان مأذونا فيه من قبل المالك لم يكن متعديا في السبب فلا يؤاخذ بالضمان، كذا في غاية البيان قوله: (فإن حبس فضاع فلا أجر ولا ضمان) وهذا عند الامام لانه غير متعد في الحبس فبقي أمانة كما كان عنده، ولا أجر له الهلاك المعقود عليه قبل التسليم. وعندهما العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار إن شاء ضمنه غير معمول ولا أجر له، وإن شاء معمولا وله الاجر قوله: (ومن لا أثر لعمله كالحمال والملاح لا يحبس للاجر) لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس فأفاد أنه لو حبسها ضمنها ضمان الغاصب وصاحبها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها محمولة وله الاجر، وإن شاء غير محمولة فلا أجر له، كذا في الجوهرة. واختلفوا في المراد من الاثر فقيل أن تكون الاثرة متصلة بمحل العمل كالنشار والصبغ، وقيل أن يرى ويعاين في محل العمل، وثمرته تظهر في كسر الحطب وطحن الحنطة وحلق رأس العبد فليس له الحبس على الاول، وله الحبس على الثاني. وظاهر ما في القنية ترجيح الثاني، والذي يظهر من كلامهم ترجيح الاول لما عللوا به في حق الحبس من أن المعقود عليه وصف في الثوب، ومنهم من ضبط الحمال بالحاء المهملة، ومنهم من ضبطها بالجيم والاولى الاول لان الحمل يجوز أن يقع على الظهر
***

[٥١٦]
وعلى الدابة فيكون أعم من لفظ الجمال بالجيم. ولا يرد الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا أثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد أحياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس، كذا في الهداية. قوله: (ولا يستعمل غيره أن شرط عمله بنفسه) لان المعقود عليه العمل في محل بعينه كالمنفعة في محل بعينه. واستثنى في الخلاصة الظئر فإن لها أن تستعمل غيرها. والمراد من اشتراط العمل بنفسه أن يقول له اعمل بنفسك أو بيدك ولا تفعل بيد غيرك كما في الخلاصة. أما إذا قال على أن تعمل فهو من قبيل ما إذا أطلق، كذا في المستصفى وغاية البيان. وفي الخلاصة: رجل استأجر رجلين ليحملا له خشبة إلى منزله بدرهم فحمل أحدهما دون الآخر فله نصف درهم وإن لم يكونا شريكين في العمل قبل ذلك، وكذا لو استأجر أحدهما لبناء حائط أو حفر بئر ولو كانا شريكين يجب كل الاجر بينهما. وقيد باشتراط العمل لانه لو اشترط عليه أن يعمل اليوم أو غدا فلم يفعل فطالبه صاحبه مرات ففرط حتى سرق لا يضمن، وأجاب شمس الاسلام بالضمان، كذا في الخلاصة قوله: (وإن أطلق كان له أن يستأجر غيره) لان المستحق عمل في ذمته ويمكن استيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين. وأشار بكونه له الاستئجار إلى أنه ليس له الدفع إلى غيره ولهذا قال في الخلاصة: رجل دفع غزلا إلى رجل لينسجه كرباسا فدفع هو إلى آخر لينسجه فسرق من يده إن كان الثاني أجيرا للاول لا يضمن واحد منهما، وإن كان الثاني أجنبيا ضمن الاول دون الآخر عند أبي حنيفة، وعندهما في الاول ضامن مطلقا، وفي الاجنبي إن شاء ضمن الاول وإن شاء ضمن الاخر قوله: (وإن استأجره ليجئ بعياله فمات بعضهم فجاء بما بقي فله أجره بحسابه) لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق الاجر بقدره. ومراده إذا كانوا معلومين ليكون الاجر مقابلا بجملتهم، وإن كانوا غير معلومين يجب الاجر كله إليه أشار في الهداية والله أعلم.
***

[٥١٧]
باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها قوله: (صح إجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها) لان العمل المتعارف فيه السكنى فينصرف إليه وأنه لا يتفاوت فصح العقد، والحوانيت الدكاكين، كذا في الجوهرة. وأشار إلى أنه لا يشترط أيضا بيان من يسكنها فله أن يسكنها بنفسه ويسكنها غيره بإجارة وغيرها، وكذا من استأجر عبدا للخدمة له أن يؤجره لغيره بخلاف الدابة والثوب، كذا في القنية. وقيد بالدور والحوانيت لان الثوب لا بد من بيان لابسه، وكذا كل ما يختلف باختلاف المستعمل فله الوضوء والاغتسال

وغسل الثياب وكسر الحطب المعتاد والاستنجاء بحائطه والدق المعتاد اليسير وأن يتد وتدا وربط الدواب في موضع معتاد له لا إن لم يكن معتادا، وله ربطها على باب الدار، وليس للآجر أن يدخل دابته الدار المستأجرة، كذا في الخلاصة. وفي القنية: لمستأجر الدار المسبلة القاء ما اجتمع من كنس الدار من التراب إن لم يكن له قيمة وله أن يتد فيه وتدا ويستنجي بجداره ويتخذ فيه بالوعة إلا إذا كان فيه ضرر بين، ولو استأجر حانوتا مسبلا لدق الارز له ذلك إن لم يضر بالبناء، وليس لمستأجر الدار المسبلة أن يجعلها اصطبلا اهـ. وفي الخلاصة: ولو كان فيها ماء توضأ منها وشرب ولو فسدت البئر لا يجبر أحدهما على اصلاحها، ولو بنى المستأجر التنور في الدار المستأجرة فاحترق شئ من الدار لم يضمن المستأجر قوله: (إلا أنه لا يسكن حدادا أو قصارا أو طحانا) فيه وجهان: الاول أن يكون بفتح الياء من الثلاثي المجرد فيكون انتصاب حدادا وما بعده على الحال ويفهم منه عدم إسكانه غيره دلالة بالاولى. الثاني أن يكون بضم الياء وكسر الكاف وإنتصاب ما بعده على المفعولية، ويفهم منه عدم سكناه بنفسه بالاشارة لانه إنما لم يجز أن يسكن غيره لان ذلك يوهن البناء وفي سكنى نفسه ملتبسا بهذه الاشياء هذا المعنى حاصل، كذا في غاية البيان. وهذا إذا لم يرض به المالك أو لم يشترطه في الاجارة، فإن استأجره لذلك كان له ذلك، ولو اختلفا في الاشتراط فالقول للمؤجر كما لو أنكر أصل العقد، وإن أقاما البينة فالبينة بينة المستأجر، كذا في الخلاصة. وفي القنية: استأجر حانوتا مسبلا لدق الارز له ذلك إن لم يضر بالبناء اهـ. وفي الخلاصة: وإذا استأجر ليقعد قصارا فله أن يقعد حدادا إذا كان مضرتهما واحدة. والمراد من الرحى غير رحى اليد، أما رحى اليد فلا يمنع

***

[٥١٨]

من الطحن عليها وإن كان يضر وعليه الفتوى، كذا في الخلاصة. ولو فعل ما لا يجوز له وجب عليه الاجر، وإن انهدم البناء بعمله وجب عليه الضمان ولا أجر لما علم أنهما لا يجتمعان. قيد بالدور والحوانيت لان استئجار البناء وحده لا يجوز في ظاهر الرواية لانه لا ينتفع بالبناء وحده. وفي القنية يفتى برواية جواز استئجار البناء إذا كان منتفعا به كالجدر ان مع السقف اهـ. وفي الجوهرة: المستأجر إذا أجر بأكثر مما استأجر تصدق بالفضل إلا إذا أصلح فيها شيئا أو أجرها بخلاف جنس ما استأجر والكنس ليس بإصلاح. وفي الجوهرة: وإن أجرها من المؤجر لم يجز سواء كان قبل القبض أو بعده، وهل هو نقض للعقد الاول؟ فيه اختلاف المشايخ والاصح أن العقد ينفسخ. قوله: (والاراضي للزراعة أن بين ما يزرع فيها أو قال على أن يزرع فيها ما شاء) أي صح ذلك للاجماع العملي عليه ولا بد من البيان لانها تستأجر للزراعة وغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة وترتفع بتفويض الخيرة إليه أيضا وإلا فهي فاسدة للجهالة وتنقلب صحيحة بزرعها، ويجب المسمى لارتفاعها كاستئجار ثوب لم يبين لابسه إذا ألبس شخصا انقلبت صحيحة، وكذا الدابة والقدر للطبخ وللمستأجر الشرب والطريق لانها تنعقد للانتفاع ولا انتفاع إلا بهما فيدخلان تبعا بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحالا حتى جاز بيع الجحش والارض السبخة دون إجارتها إلا بذكر الحقوق والمرافق كما عرف في البيوع. وفي القنية: استأجر أرضا سنة على أن يزرع فيها ما شاء فله أن يزرع فيها زرعين ربيعيا وخريفيا. وفي الجوهرة: ولا بأس باستئجار الارض للزراعة قبل ريها إذا كانت معتادة للري في مثل هذه المدة التي عقد الاجارة عليها، وإن جاء من الماء ما يزرع به بعضها فالمستأجر بالخيار إن شاء نقض الاجارة كلها، وإن شاء لم ينقضها وكان عليه من الاجر بحساب ما روى منها اهـ. وفي القنية: ولو استأجرها ولا يمكنه الزراعة في الحال لاحتياجها إلى السقي أو كري الانهار أو مجئ الماء فإن كان بحال تمكن الزراعة في مدة العقد جاز وإلا فلا كما لو استأجرها في الشتاء تسعة أشهر ولا يمكن زراعتها في الشتاء جاز لما أمكن في المدة، أما إذا لم يمكن الانتفاع بها أصلا بأن كانت سبخة فالاجارة فاسدة، وفي مسألة الاستئجار في الشتاء يكون الاجر مقابلا بكل المدة لا بما ينتفع به فحسب. وقيل: بما ينتفع به اهـ. واعلم أن الارض لا ينحصر استئجارها للزراعة للبناء والغرس كما يوهمه المتون فقد صرح في الهداية بأن الارض تستأجر للزراعة وغيرها. وقال في غاية البيان: أراد بغير الزراعة البناء والغرس وطبخ الآجر والخزف ونحو ذلك من سائر الانتفاعات بالارض اهـ. فإذا عرفت ذلك ظهر لك صحة الاجارات الواقعة في زماننا من أنه تستأجر الارض مقيلا ومراحا قاصدين بذلك الزام الاجرة بالتمكن منها مطلقا، سواء شملها الماء وأمكن زراعتها أو

***

[٥١٩]

لا، ولا شك في صحته لانه لم يستأجرها للزراعة بخصوصها حتى يكون عدم ريها فسخا لها. وفي الولوالجية: استأجر أرضا ليلبن فيها فالاجارة فاسدة. ثم هي على وجهين: إن كان للتراب قيمة ضمن قيمته ويكون اللبن له، وإن لم يكن له قيمة فلا شئ عليه واللبن له وضمن نقصان الارض أن نقصت. وفي فتاوى قارئ الهداية أن إجارة الارض المشغولة بزرع الغير إن كان الزرع بحق بأن كان بإجارة لا يجوز أن تؤجر ما لم يستحصد الزرع إلا أن يؤجرها مضافة إلى المستقبل، وإن كان الزرع بغير مستند شرعي صحت الاجارة لان الزرع في هذه الصورة واجب القلع فإن المؤجر في هذه الصورة قادر على تسليم ما أجره بأن يجبر صاحب الزرع على قلعه، سواء أدرك أم لا، لانه لا حق لصاحبه في إبقائه اه. والدار المشغولة بمتاع الساكن الذي ليس بمستأجر تصح إجارتها، وابتداء المدة من حين تسليمها فارغة، كذا في القنية. وفي الخلاصة: ولو أجر الارض المزروعة ثم سلمها بعدما فرغ وحصد ينقلب جائزا، ولو قال المستأجر استأجرت منك الارض وهي فارغة وقال المؤجر لا بل هي مشغولة بزرعي يحكم الحال، كذا في المنتقى. وفي فتاوى الفضلي: القول قول الآجر اه. قوله: (وللبناء والغرس) أي وصح استئجار الارض للبناء والغرس وهو بفتح الغين بمعنى المغروس وقد جاء فيه الكسر، كذا في المغرب. لانها منفعة تقصد بالاراضي. وفي القنية: ولا يجوز لمستأجر السبيل أن يبني فيه غرفة لنفسه إلا أن يزيد في الاجرة ولا يضر بالبناء وإن كان معطلا غالبا ولا يرغب المستأجر إلا على هذا الوجه جاز من غير زيادة في الاجرة إذا قال القيم أو المالك لمستأجرها أذنت لك في عمارتها فعمرها بإذنه يرجع على القيم والمالك، وهذا إذا يرجع معظم منفعته إلى المالك، أما إذا رجع إلى المستأجر وفيه ضرر بالدار كالبالوعة أو شغل بعضها كالتنور فلا ما لم يشترط الرجوع ذكره في الوقف قوله: (فإن مضت المدة قلعهما وسلمها فارغة) لانه لا نهاية لهما ففي إبقائهما إضرار بصاحب الارض فوجب
***
[٥٢٠]
القلع. وفي القنية: استأجر أرضا وقفا وغرس فيها أو بنى ثم مضت مدة الاجارة فللمستأجر أن يستبقيها بأجر المثل إذا لم يكن في ذلك ضرر، ولو أبى الموقوف عليهم إلا القلع ليس لهم
***
[٥٢١]
ذلك اه. وبهذا يعلم مسألة الارض المحتكرة وهي منقولة أيضا في أوقاف الخصاف قوله: (إلا أن يغرم له المؤجر قيمته مقلوعا ويتملكه) يعني بأن تقوم الارض بدون البناء والشجر ويقوم بها بناء أو شجر لصاحب الارض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما، كذا في الاختيار. وهذا الاستثناء راجع إلى لزوم القلع على المستأجر فأفاد أنه إذا رضي المؤجر يدفع القيمة لا يلزم المستأجر القلع وهذا صحيح مطلقا، سواء كانت الارض تنقص بالقلع أو لا، فلا حاجة إلى حمل كلام المصنف على ما إذا كانت الارض تنقص بالقلع كما فعل الشارح تبعا لغيره لكن لا يتملكها المؤجر جبرا على المستأجر إلا إذا كانت الارض تنقص بالقلع، وأما إذا كانت لا تنقص فلا بد من رضاه قوله: (أو يرضى بتركه فيكون البناء والغرس لهذا والارض لهذا) يعني إذا رضي المؤجر بترك البناء أو الغرس لا يلزم المستأجر القلع فلا حاجة إلى جعل الضمير في يرضى عائدا إلى كل منهما ولا إلى التصريح برضاهما كما وقع في المجمع كما لا يخفى. وهذا الترك من المؤجر يكون عارية لارضه إن كان بغير أجر وإجارة، وإن كان بأجر فقصره في غاية البيان على الاول مما لا ينبغي، وعلى الاول لهما أن يؤجراهما من أجنبي فإن فعلا فلهما أن يقسما الاجر على قيمة الارض من غير بناء، وعلى قيمة البناء من غير أرض
***
[٥٢٢]
فيأخذ كل واحد منهما حصته، كذا في شرح الاقطع. وفي القنية من الوقف: بنى في الدار المسبلة بغير إذن القيم ونزع البناء يضر بالوقف يجبر القيم على دفع قيمته للباني، ويجوز للمستأجرين غرس الاشجار والكروم في الموقوفة إذا لم يضر بالارض بدون صريح الاذن من المتولي دون حفر الحياض. وإنما يحل للمتولي الاذن فيما يزيد الوقف به خيرا وهذا إذا لم يكن لهم حق قرار العمارة فيها، أما إذا كان يجوز الحفر والغرس والحائط من ترابها لوجود الاذن في مثلها دلالة اه قوله: (والرطبة كالشجر) ولهذا قال في الجامع الصغير: وإذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة فإنها تقلع لان الرطاب لا نهاية لها فأشبه الشجر. قوله: (والزرع يترك بأجر المثل إلى أن يدرك) لان له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين إذا انقضت مدة الاجارة بخلاف موت أحدهما قبل إدراكه فإنه يترك بالمسمى

على حالة إلى الحصاد وإن انفسخت الاجارة لان إبقاءه على ما كان أولى ما دامت المدة باقية، ويلحق بالمستأجر المستعير فيترك إلى إدراكه بأجرة المثل وخرج الغاصب فإنه يؤمر بالقلع مطلقا لان ابتداء الفعل ظلم وهو واجب الهدم لا التقرير. وفي التقرير: المراد بقول الفقهاء إذا انتهت الاجارة والزرع لم يستحصد يترك بأجر أي بقضاء أو بعقدهما حتى لا يجب الاجر إلا بأحدهما اه. وهو مما يجب حفظه قوله: (والدابة للركوب والحمل والثوب للبس) أي صح استئجار الدابة والثوب لان المنفعة مقصودة معهودة معلومة. قيد بالركوب والحمل لانه لو استأجر دابة ليجنبها ولا يركبها أو ليربطها على باب داره ليرى الناس أن له فرسا فالاجارة فاسدة ولا أجر له. وقيد باللبس في الثوب لانه لو استأجر ثوبا ليزين بيته به أو حانوته فالاجارة فاسدة، ومن هذا النوع ما إذا استأجر آنية يصفها في بيته يتجمل بها ولا يستعملها أو دارا لا يسكنها لكن ليظن الناس أن له دارا أو عبدا على أن لا يستخدمه أو دراهم يضعها، كذا في الخلاصة. ووجهه أن هذه المنفعة ليست مقصودة من العين كما قدمناه أول الكتاب، وخرج أيضا ما إذا استأجر فحلا لينزيه على أنثى فإنه لا يجوز. وفي الخلاصة: معاوضة الثيران في الكراب لا خير فيها، أما إذا أعطى البقر ليأخذ الحمار جاز ويكفي في استئجار الثوب للبس التمكن منه وإن لم يلبس لما في الخلاصة: رجل استأجر ثوبا ليلبسه كل يوم بدانق فوضعه في بيته سنين ولم يلبسه رد لكل يوم دانق إلى الوقت الذي لو لبسه إلى ذلك الوقت لتخرق فحينئذ سقط الاجر بعد ذلك اه. وهو كالسكنى قال في المجمع: ويجب بنفس القبض وإن لم يسكنها، وفي الدابة لا يكفي التمكن لما في فصول العمادي من الفصل الثاني والثلاثين: ولو استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم فأمسكها في منزله في المصر لا يجب الاجر ويضمن لو

***

[٥٢٣]

هلك اه. وفي الخلاصة: لو حبس الدابة ليلة حتى أصبح فردها ولم يركب عليها لا أجر عليه اه. وفيها أيضا: رجل استأجر دابة ليحمل عليها له أن يركبها، وإن استأجرها ليركبها ليس له أن يحمل عليها، ولو حمل عليها فلا أجر عليه لان الركوب يسمى حملا يقال ركب فلان وحمل معه غيره ولا يسمى الحمل ركوبا أصلا اه. وفي فصول العمادي معزيا إلى الذخيرة: استأجر دابة ليحمل عليها حنطة من موضع إلى منزله يوما إلى الليل وكان يحمل الحنطة إلى منزله وكلما رجع كان يركبها فعطبت الدابة قال أبو بكر الرازي: يضمن لانه استأجرها للحمل دون الركوب فكان غاصبا للركوب. وقال الفقيه أبو الليث: في الاستحسان لا يضمن لان العادة جرت فيما بين الناس بذلك فصار مأذونا فيه دلالة وإن لم يأذن بالافصاح اه. فالحاصل أنهم اتفقوا على أن من استأجرها للحمل له أن يركبها لكن الرازي قيده بأن لا يجمع بينهما والفقيه عممه. قوله: (وإن أطلق اركب والبس من شاء) أراد بالاطلاق التعميم بأن يأتي بلفظ دال على العموم من غير تقييد براكب ولابس معين لا الاطلاق المصطلح عليه عند الاصوليين، فلو قال على أن تركب من شئت أو تلبس من شئت صح العقد، ولو استأجرها للركوب ولم يسم من يركبه لا تصح الاجارة. والفرق أن في الثانية صار الركوبان مثلا من شخصين كالجنسين فيكون المعقود عليه مجهولا فلا يصح، وفي الاولى رضي المالك بالقدر الذي يحصل في ضمن الركوب فصار المعقود عليه معلوما، وإذا فسدت فلو أركبها أو أركب بنفسه وجب المسمى استحسانا وتنقلب صحيحة ولا ضمان عليه عند الهلاك، وإذا صحت عند التعميم تعين أول راكب أو لابس لتعينه مرادا من الاصل فصار كالنص عليه ابتداء. وفي الخلاصة: وإذا تكارى قوم مشاة إبلا على أن المكاري يحمل من مرض منهم أو من عي منهم فهذا فاسد قوله: (وإن قيد براكب أو لابس فخالف ضمن) يعني إذا عطبت لان الناس يتفاوتون في العلم بالركوب واللبس ولا أجر عليه لانه مع الضمان ممتنع، وكذا لا أجر عليه إن سلم لانه لما سلم تبين أنه لم يخالف وأنه مما لا يوهن الدار، كذا في غاية البيان. واستفيد من كلامه أنه إذا قيد ليس له الاجارة والاعارة كما أنه إذا عمم له ذلك وليس له الايداع في الاول ولو لضرورة دون الثاني، ذكره في فصول العمادي في مسألة ما إذا عي الحمار في الطريق فأرسله إلى صاحبه مع آخر قوله: (ومثله ما يختلف) باختلاف المستعمل في كونه يضمن إذا عطبت مع المخالفة والتقييد لما قدمناه قوله: (وفيما لا يختلف به بطل تقييده به كما لو شرط سكنى واحد له أن يسكن غيره) لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء كالحدادة والقصارة خارج على ما قدمناه فلا يملكه إلا بالتنصيص قوله: (وإن سمى نوعا وقدرا ككر بر

***

[٥٢٤]

له حمل مثله وأخف لا آضر كالملح) لان الاصل أن من استحق منفعة مقدرة بالعقد فاستوفى تلك المنفعة أو مثلها أو أقل منها جاز، وإن استوفى أكثر منها لم يجز فله أن يحمل كر حنطة لغيره لو استأجرها لحمل كر حنطة لانه مثله ولو حمل كر شعير لانه دونه وغلط من مثل بالشعير للمثل لانه يلزم عليه أنه لو استأجرها لحمل كر شعير له أن يحمل كر حنطة وليس كذلك لانه فوقه، وعلى هذا زراعة الاراضي لو عين نوعا للزراعة له أن يزرع مثله وأخف منه لا أضر. ومنه ما لو استأجرها لحمل قطن معلوم فحمل مثل وزنه حديدا أو مثل وزن الحنطة قطنا أو تبنا أو حطبا. وأشار بالكاف في قوله ككر بر أنه لو سمى مقدارا من الحنطة فحمل عليها من الشعير مثل ذلك بالوزن لا يضمن وهو الاصح به وكان يفتي الصدر الشهيد لانه أخف من ضرر الحنطة. قوله: (وإن عطبت الدابة بالارداف ضمن النصف) ولا اعتبار بالثقل لان الدابة يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناية في الجنايات. وقيده المصنف في الكافي بكون الدابة تطيق حمل الاثنين، أما إذا كانت لا تطيق ضمن جميع قيمتها. وقيده الشارح بما إذا كان الرديف يستمسك بنفسه وإن كان صغيرا لا يستمسك يضمن بقدر ثقله. وقيد بكون العطب بالارداف لانه لو حمله على عاتقه ضمن جميع قيمتها لكونه يجتمع في مكان واحد فيشق على الدابة وإن كانت تطيق حملها، ذكره في النهاية. وأطلق الارداف فشمل ما إذا أردف خلفه ولد الناقة الذي ولدته بعد الاجارة وإن كان ملك صاحبها لعدم الاذن كما لو حمل على دابته شيئا آخر من ملك صاحبها، ذكره في المحيط. ولم يعين المصنف الضامن لان المالك بالخيار إن شاء ضمن الرديف، وإن شاء ضمن الراكب فالراكب لا يرجع بما ضمن، والرديف يرجع إن كان مستأجرا من المستأجر وإلا فلا. ولم يتعرض المصنف لوجوب الاجر والمنقول في النهاية والمحيط أنه يجب جميع الاجر إذا هلكت بعد بلوغ المقصد مع تضمين النصف. ولا يقال كيف اجتمع الاجر والضمان لانا نقول: إن الضمان لركوب غيره والاجر لركوبه بنفسه. وقيد بكونها عطبت لانها لو سلمت فلا شئ عليه غير الاجر المسمى، كذا في غاية البيان. وقيد بكونه أردفه حتى صار الاجنبي كالتابع له أما إذا أقعده في السرج صار غاصبا ولم يجب عليه شئ من الاجر لانه رفع يده عن الدابة وأوقعها في يد متعدية فصار ضامنا والاجر لا يجامع الضمان، كذا في غاية البيان. وقيد بالارداف لانه لو ركبها وحمل عليها شيئا يضمن قدر الزيادة إن عطبت الدابة، وليس المراد أن الرجل يوزن ويوزن الحمل لتعرف الزيادة لان الرجال لا يوزنون بالقبان بل المراد أن يرجع إلى أهل البصيرة فيسأل منهم أن هذا الحمل كم يزيد على ركوبه في الثقل. وهذا إذا لم يركب موضع الحمل بل يكون

***

[٥٢٥]

ركوبه في موضع والحمل في موضع آخر، أما إذا ركب على موضع الحمل ضمن جميع القيمة، ذكره خواهرزاده قوله: (وبالزيادة على الحمل المسمى ما زاد) أي إذا استأجرها ليحمل عليها مقدارا فحمل عليها أكثر منه فعطبت يضمن ما زاد الثقل حتى لو كان المأذون مائة من وزاد عليه عشرين منا يضمن سدس الدابة، ذكره المصنف في المستصفى. قيد بكون المستأجر هو الذي حملها أما إذا حملها صاحبها بيده وحده فلا ضمان على المستأجر لما في فصول العمادي: استكرى إبلا على أن يحمل كل بعير مائة رطل فحمل مائة وخمسين رطلا إلى ذلك الموضع ثم أتى الجمال بإبله وأخبره المستكري أنه ليس كل حمل إلا مائة رطل فحمل الجمال إلى ذلك الموضع وقد عطبت بعض الابل لا ضمان على المستكري لان صاحب الجمل هو الذي حمل فيقال له كان ينبغي لك أن تزن أولا ا ه‍. وإن حملاه معا وجب النصف على المستأجر، ذكره في المحيط. ولو حمل كل واحد جولقا وحده لا ضمان على المستأجر ويجعل حمل المستأجر ما كان مستحقا بالعقد، ذكره في غاية البيان. وقيده الشارح بأن تطيق الدابة مثله أما إذا كانت لا تطيق ضمن جميع القيمة. وأشار بالزيادة إلى أنها من جنس المسمى فلو حمل جنسا آخر غير المسمى وجب جميع القيمة. وأشار بها إلى أنه حمل الزيادة مع المسمى معا فلو حمل المسمى وحده ثم حمل الزيادة وحدها فهلكت ضمن حميع القيمة ولم يتعرض المصنف للاجر إذا هلك. وفي غاية البيان: إن عليه الكراء كاملا ا ه‍. ولا يقال كيف اجتمع الاجر والضمان لانا نقول: الاجر في مقابلة الحمل المسمى والضمان في مقابلة الزائد كما تقدم نظيره، وكذا لم يتعرض للاجر إذا سلمت ولم أره صريحا والقواعد تقتضي أن يجب المسمى فقط، وأما إن حمله الجمال بنفسه وحده فلا كلام، وإما إذا حمله المستأجر زائدا على المسمى فمنافع الغصب لا تضمن عندنا، ومن هنا يعلم حكم المكاري في طريق مكة وإن كان لا يحل للمستأجر الزيادة على المسمى إلا برضا صاحب الدابة ولهذا قالوا: ينبغي أن يرى المكاري جميع ما يحمله. قوله: (وبالضرب والكبح)

أي يضمن بهما إذا هلكت. وفي المغرب: كبح الدابة باللجام إذا ردها وهو أن يجذبها إلى نفسه لتقف ولا تجري. وقالا: لا يضمن إذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا بإذنه فلا يضمنه، لابي حنيفة

***

[٥٢٦]

أن الاذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بدونه وإنما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق. قيد بالضرب والكبح لانه لا يضمن بالسوق اتفاقا، وظاهر ما في الهداية أن للمستأجر الضرب ولا إثم عليه للاذن العرفي فيه وإن كان مقيدا بشرط السلامة. وفي غاية البيان: إن ضربه للدابة يكون تعديا موجبا للضمان بخلاف العبد المستأجر فإنه ليس له ضربه ويضمن به اتفاقا لانه يؤمر وينهى لفهمه فلا ضرورة إلى الضرب. وللسيد ضرب عبده تأديبا وللاب والوصي ضرب الصغير للتأديب لكن مقيد عند أبي حنيفة بشرط السلامة حتى يضمنان لو هلك بضربهما لان التأديب قد يقع بالزجر والتعريك. وفي غاية البيان عن التتمة: الاصح أن أبا حنيفة رجع إلى قولهما، والمعلم والاستاذ ليس لهما ضرب الصغير إلا بإذن الاب أو الوصي فإن مات لا ضمان عليهما إذا كان بإذن وإلا ضمنا. وأما ضربه دابة نفسه فقال في القنية: وعند أبي حنيفة لا يضربها أصلا ولو كانت ملكه، وكذا حكم كل ما يستعمل من الحيوانات ثم قال: لا يخاصم ضارب الحيوان فيما يحتاج إليه للتأديب ويخاصم فيما زاد عليه. ولا يجوز ضرب أختها الصغيرة التي ليس لها ولي بترك الصلوات إذا بلغت عشرا ثم قال: له أن يضرب اليتيم فيما يضرب ولده به وردت الاخبار والآثار. وفي الروضة: له أن يكره ولده الصغير على تعلم القرآن والادب والعلم لان ذلك فرض على الوالدين، ولو أمر غيره بضرب عبده حل للمأمور ضرب عبده بخلاف الحر قال رضي الله عنه: فهذا تنصيص على عدم جواز ضرب ولد الآمر بأمره بخلاف المعلم لان المأمور بضربه نيابة عن الاب لمصلحته والمعلم يضربه بحكم الملك بتمليك أبيه لمصلحة العلم. وأما ضرب الزوجة فجائز في مواضع أربعة وما في معناها: على ترك الزينة لزوجها وهو يريدها، وترك الاجابة إلى الفراش، وترك الغسل، والخروج من المنزل. وفي ضرب أمرأته وولده على ترك الصلاة روايتان، كذا قالوا. ومما في معناها ما إذا ضربت جارية زوجها غيرة ولا تتعظ بوعظه فله ضربها، كذا في القنية. ويلحق به ما إذا ضربت الولد الذي لا يعقل عند بكائه لان ضرب الدابة إذا كان ممنوعا فهذا أولى. ومنه ما إذا شتمته أو مزقت ثيابه أو أخذت لحيته أو قالت له يا حمار يا أبله أو لعنته، سواء شتمها أو لا على قول العامة. ومنه ما إذا شتمت أجنبيا. ومنه ما إذا كشفت وجهها لغير محرم أو كلمت أجنبيا أو تكلمت عامدا مع الزوج أو شاغبت معه ليسمع صوتها الاجنبي. ومنه ما إذا اعطت من بيته شيئا من الطعام بلا إذنه إن كانت العادة لم تجربه، وإن كانت العادة مسامحة المرأة بذلك بلا مشورة الزوج فليس

***

[٥٢٧]

له ضربها. ومنه ما إذا ادعت عليه، وليس منه ما إذا طلبت نفقتها أو كسوتها وألحت لان لصاحب الحق يد الملازمة ولسان التقاضي، كذا في البزازية من النوع الثالث في الضرب من الاختيار. قوله: (ونزع السرج والايكاف والاسراج بما لا يسرج بمثله) يعني لو اكترى حمارا بسرج فنزع السرج فأسرجه سرجا لا يسرج بمثله الحمر أو أوكفه مطلقا أو نزع الاكاف وأسرجه بسرج لا يسرج بمثله فعطب ضمن جميع قيمته لان الاكاف يستعمل لغير ما يستعمل له السرج وهو الحمل وأثره يخالف أيضا لانه لا ينبسط انبساط السرج فكان في حق الدابة خلافا إلى جنس غير المسمى فلم يصر مستوفيا شيئا من المسمى فيضمن الكل كما لو أبدل الحديد مكان الحنطة. وقيد بكونه لا يسرج بمثله لانه إذا استأجرها بإكاف فأوكفها بإكاف مثله أو أسرجها مكان الاكاف لا يضمن، كذا في الخلاصة. وإنما قلنا في الاكاف مطلقا لان المنقول في الخلاصة أيضا أنه لو استأجرها بسرج فأوكفها بإكاف يوكف مثلها فهلكت ضمن كل القيمة عند أبي حنيفة. وفيها أيضا: لو استأجرها عريانة فأسرجها وركبها ضمن قال مشايخنا: إن استأجرها من بلد إلى بلد لا يضمن، وإن استأجرها ليركبها في المصر إن كان المستكري من الاشراف لا يضمن، وإن كان من العوام الذي يركبون عريانا ضمن، ولو تكارى دابة ولم يذكر السرج والاكاف وسلمها عريانة فركبها بهذا أو بهذا إن كان مثله يركب بسرج يضمن إذا ركبها بإكاف، وإن كان يركب بكل واحد منهما لا يضمن إذا ركبها بهذا أو بهذا قال تأويله إذا ركب من بلد إلى بلد ا ه‍. واعلم أن المنقول في الكافي للحاكم الشهيد الضمان مطلقا من غير تفصيل المشايخ فكان هو المذهب لانه ظاهر الرواية كما لا يخفى. وصحح قاضيخان في شرح الجامع الصغير أنه يضمن

جميع القيمة لانه ذكر الضمان مطلقا فينصرف إلى الكل لانه خلافه صورة ومعنى. وقال في غاية البيان قلت: ينبغي أن يكون الاصح ضمان قدر الزيادة. وفي الخلاصة: ولو استأجرها بغير لجام فألجمها لا يضمن إلا إذا ألجم بلجام لا يلجم مثلها ا هـ. وكذا إذا أبدله لان الحمار لا يختلف باللجام وغيره، كذا في

***

[٥٢٨]

غاية البيان قوله: (وسلوك طريق غير ما عينه وتفاوتا) أي يجب الضمان إذا عين للمكاري طريقا أو لمستأجر الدابة طريقا وسلك غيره وكان بينهما تفاوت بأن كان المسلوك أبعد أو أوعر أو أخوف بحيث لا يسلك لصحة التقييد لكونه مفيدا، وأما إذا كان بحيث يسلك فظاهر الكتاب أنه إن كان بينهما تفاوت ضمن وإلا فلا. وأشار إلى أنهما لو تساويا لا ضمان، وقيد بالتعيين لانه لو لم يعين لا ضمان. وفي الخلاصة: الحمال إذا نزل في مفازة وتهيأ له الانتقال فلم ينتقل حتى فسد المتاع بمطر أو سرقة فهو ضامن إذا كانت السرقة والمطر غالبا قوله: (وحمله في البحر الكل) أي يضمن بحمله في البحر إذا قيد بالبر لان التقييد مفيد بخطر البحر وبندرة السلامة فيه. أطلقه فشمل ما إذا كان مما يسلكه الناس أو لا، وقيدنا بكونه قيد بالبر لانه لو لم يقيد به لا ضمان قوله: (وإن بلغ فله الاجر) قال الاتقاني: السماع بالتشديد أي وإن بلغ الحمال المتاع ذلك الموضع الذي اشترطه، ويجوز بالتخفيف على اسناد الفعل إلى المتاع أي إذا بلغ المتاع إلى ذلك الموضع وإنما وجب الاجر لارتفاع الخلاف ولا يلزم اجتماع الاجر والضمان لانهما في حالتين قوله: (وبزرع رطبة وأذن بالبر ما نقص ولا أجر) أي ضمن ما نقص من الارض إذا زرع رطبة وقد أذن له بزرع الحنطة لان الرطاب أكثر ضررا بالارض من الحنطة، ولا يجب الاجر المسمى ولا غيره لانه غاصب. قيد بكون ما زرعه أشد ضررا لانه لو كان أنقص ضررا لا ضمان ويجب الاجر.

***

[٥٢٩]

قوله: (وبخياطة قباء وأمر بقميص قيمة ثوبه وله أخذ القباء ودفع أجر مثله) لانه لما كان يشبه القميص من وجه لان الاتراك يستعملونه استعمال القميص كان موافقا من وجه مخالفا من وجه، فإن شاء مال إلى جانب الوفاق وأخذ الثوب، وإن شاء مال إلى جانب الخلاف وضمنه القيمة. وإنما وجب أجر المثل دون المسمى لان صاحبه إنما رضي بالمسمى عند حصول المقصود من كل وجه ولم يحصل. أطلقه فشمل ما إذا كان يستعمل استعمال القميص وما إذا شقه وجعله قباء خلافا للاسبيجابي في الثاني حيث أوجب فيه الضمان من غير خيار، وسيأتي أنهما لو اختلفا في المأمور به فالقول لرب الثوب، والتقييد بالقباء اتفاقي إذ لو خاطه سراويل وقد أمره بالقباء كان الحكم كذلك على الاصح. وفي الخلاصة: والصباغ إذا خالف فصبغ الاصفر مكان الاحمر إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض، وإن شاء أخذه وأعطاه ما زاد الصبغ فيه ولا أجر له، ولو صبغ رديئا إن لم يكن فاحشا لا يضمن. وإن كان فاحشا بحيث يقول أهل تلك الصنعة إنه فاحش يضمن قيمة ثوب أبيض. وفيها أيضا: رجل دفع إلى خياط ثوبا وقال له اقطعه حتى يصيب القدم وكمه خمسة أشبار وعرضه كذا فجاء به ناقصا إن كان قدر أصبع ونحوه فليس بشئ، وإن كان أكثر يضمنه. وفيها أيضا: ولو قال للخياط انظر إلى هذا الثوب إن كفاني قميصا فاقطعه بدرهم وخيطه ثم قال إنه لا يكفيك يضمن الثوب، ولو قال انظر أيكفيني قميصا فقال نعم فقال اقطعه ثم قال لا يكفيك لا يضمن والله سبحانه وتعالى أعلم. باب الاجارة الفاسدة وهي كل عقد كان مشروعا بأصله دون وصفه. وبين الفاسد والباطل هنا فرق أيضا فإن الباطل ما ليس بمشروع أصلا وحكمه أنه لا يجب فيه بالاستعمال أجر بخلاف الفاسد فإنه يجب فيه به أجرة المثل، صرح به في الحقائق شرح المنظومة في مسألة إجارة المشاع، وهكذا في جامع الفصولين لكن بين الاجارة والبيع فرق فإن الفاسد من البيع يملك بالقبض

***

[٥٣٠]

والفاسد من الاجارة لا يملك المنافع بالقبض حتى لو قبضها المستأجر ليس له أن يؤاجرها، ولو أجرها وجب أجر المثل ولا يكون غاصبا وللآجر الاول أن ينقض هذه الاجارة، كذا في الخلاصة قوله: (يفسد الاجارة الشرط) أي الشروط المعهودة المتقدمة في باب البيع الفاسد التي ليست من مقتضى العقد لا كل شرط لان الاجارة عقد معاوضة محضة تقال وتفسخ فكانت كالبيع، فكل ما أفسد البيع أفسدها. وقد ضبطه الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره فقال: إذا كان ما وقع عليه عقد الاجارة مجهولا في نفسه أو في أجرة أو في

مدة الاجارة أو في العمل المستأجر عليه فالاجارة فاسدة، وكل جهالة تدخل في البيع فتفسده من جهة الجهالة فكذلك هي في الاجارة ا ه. والشروط التي تفسدها تفصيلا كاشتراط تطيين الدار ومرمتها أو تعليق باب عليها أو إدخال جذع في سقفها على المستأجر، وكذا اشتراط كري نهر في الارض أو ضرب مسناة عليها أو حفر بئر فيها أو أن يسرقنها على المستأجر، وكذلك اشتراط رد الارض مكروبة، وكذا لو شرط إن انقطع الماء عن الرحى فالاجر عليه، وكذا إن تكارى دابة إلى بغداد أو على أنه إن رزق شيئا أعطاه وإن بلغت بغداد فله كذا وإلا فلا شئ له فهي فاسدة وعليه أجر مثل ما سار عليها، وكذا لو استأجر عبدا شهرا على أنه إن مرض فيه عمل في الشهر الذي بعده بقدر الايام التي مرض فيها، كذا في غاية البيان. فخرج ما يقتضيه العقد كاشتراط أن يدفع له الاجر إذا رجع من السفر، واشتراط أن يفرغ له اليوم. وفي الخلاصة معزيا إلى الاصل: لو استأجر دارا على أن يعمرها ويعطي نوائبها تفسد لانه شرط مخالف لمقتضى العقد ا ه. فعلم بهذا أن ما يقع في زماننا من إجارة أرض الوقف بأجرة معلومة على أن المغارم وكلفة الكاشف على المستأجر أو على أن الجرف على المستأجر فاسد كما لا يخفى قوله: (وله أجر مثله لا يجاوز به المسمى) لان الفاسد ملحق بالصحيح فوجد في قدر المسمى شبهة العقد وفيما زاد عليه لم يوجد فيه عقد ولا شبهة فبقي على الاصل. وأشار بعدم مجاوزته للمسمى إلى أن الكلام فيما إذا كان المسمى معلوما غير محرم لانه لو كان الفساد لجهالة المسمى كله أو بعضه أو لعدمه ليس فيه مسمى حتى يصح أن تنتفي المجاوزة عنه فلهذا وجب أجر المثل بالغا ما بلغ، وكذا لو كان الاجر خمرا أو خنزيرا فإنه يجب أجر المثل بالغا ما بلغ. واستثنى الشارح أيضا ما إذا استأجر دارا على أن لا يسكنها فالاجارة فاسدة ويجب أجر المثل بالغا ما بلغ إن سكنها وفيه نظر، لان الاجرة إن لم تكن
***
[٥٣١]
مسماة فهي المسألة المتقدمة، وإن كانت مسماة ينبغي أن لا يجاوز به المسمى كغيرها من الشروط، وقد ذكرها في الخلاصة ولم يتعرض للاجرة ثم قال: وإن شرط أن يسكنها المستأجر وحده يجوز والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب. وهذا آخر ما نظمه بنان التحقيق في سمط الدراري وتحلى به عقود البيان ففاق اللآلئ في جيد الجواري، ونهاية ما يسر الله تأليفه للعلامة الفاضل والاستاذ الكامل الشيخ زين الدين الشهير بابن نجيم رحمه الله تعالى وغفر الله لنا وله ولكل المسلمين أجمعين آمين والحمد لله رب العالمين. وقد بين حال كيفية تلك الحاشية وما بيضه منها المؤلف وما جمعه هو حتى ظهرت للعيان غانية، حضرة العلامة الفاضل، والاستاذ الكامل، من هو لدرر الآدب عقد فريد، ولمحاسن الصفات قامة وجيد، حضرة مبيض حاشية البحر العلامة السيد أحمد بن السيد عبد الغني بن عمر عابدين أدام الله عليه رضاه ونفع به الانام وبلغه من الخيرات مناه فقال: بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله الذي جعلنا من أشرف الامم، ووفقنا للسلوك في الطريق الامم، نحمده حمد شاكر لنعمه، ذاكر لفضله وكرمه. والصلاة والسلام على سيدنا محمد أشرف الرسل، الهادي إلى أقوم السبل، وعلى آله الائمة الاعلام، الناشرين لواء الاسلام، وعلى أصحابه الابرار وتابعيهم الاخيار. وبعد، فيقول الفقير أحمد بن عبد الغني بن عمر عابدين: إن شيخنا سيدي المرحوم العم مؤلف هذه الحاشية المسماة منحة الخالق على البحر الرائق شرح كنز الدقائق قد كان علقها على هامش نسخته البحر حين قراءته له على شيخه العلامة فقيه العصر ويتيمة الدهر السيد سعيد الحلبي، وكتب على عبارات هذا الشرح ما يحل عقالها ويدفع إشكالها من كلام أخي الشارح في شرحه المسمى بالنهر، ومن كلام الشيخ خير الدين الرملي في حاشيته على هذا الكتاب، ومن كلام غيرهما مما رآه مسطورا في الكتب أو استخرجه بفكره المضاهي لثواقب الشهب، وقد ذكر ذلك على ظهر نسخته البحر المذكورة ثم قال: وإذا تم ذلك بمعونة الله تعالى أجمعه في سفر ليكون كحاشية مستقلة لعله يكون به النفع لي ولغيري من المتعلمين بفضل أكرم الاكرمين. وإن اخترمتني المنية قبل جمع ما سطرته في الهوامش فقد أذنت لمن اطلع على حقيقة هذا الامر أن يجمع ذلك ويكون شريكي في إيصال هذا الخير فقد أجهدت نفسي في جمع ذلك مع التأمل والمراجعة لشيخنا أطال الله بقاءه ومراجعة كثير من كتب المذهب اجتمعت عندي ولله الحمد والمنة. أسأله سبحانه وتعالى أن يتمم فضله وإحسانه. بحرمة نبيه النبيه وأصحابه وتابعيه آمين ا ه. ثم إنه بعد أن أتمها جعل لها خطبة وجرد منها كراسين بخطه ثم أتته دعوى ربه لنيل الحسنى بلقائه وقربه فأجاب داعيه ولبى مناديه في سنة ١٢٥٢. فقصد هذا الفقير تجريدها وجمعها في سفر خوفا عليها من
***

[٥٣٢]
الضياع وحرصا على حصول النفع بها في سائر البقاع وخدمة لشيخنا العم خصوصا ولسائر المسلمين عموما، وجاءت في اثنين وتسعين كراسا وأصبحت في دجنات المشكلات نبراسا وكانت ولادته سنة ١١٩٨ هجرية. يقول راجي غفران المساوي رئيس لجنة التصحيح بدار الكتب العربية الكبرى محمد الزهري الغمراوي: الحمد لله الذي استمد العالم من بحر عطائه: واستنارت البصائر بسطور آيات وحدانيته على ذرات أرضه وسمائه، والصلاة والسلام على المنتقى من أفضل جرثومة، والدال على أحسن طريقة وأسمى صراط مستقيمة، سيدنا محمد المبعوث هداية للانام، والمؤيد بالبراهين الدالة على أنه للانبياء ختام، وعلى آله كنز أسراره، وأصحابه المنتخبين لانتصاره (أما بعد) فقد تم بحمده تعالى طبع شرح البحر الرائق لكنز الدقائق للعلامة الامام والفهامة الذي يستند إليه تم بحمده تعالى طبع شرح البحر الرائق لكنز الدقائق للعلامة الامام والفهامة الذي يستند إليه عند مزالق الاقدام، من أضات شموس تحقيقاته آفاق الاذهان، وستبصرت بنبراس تدقيقاته في معالم الخير العينان، اللوذعي الفاضل وملذ الكامل الشيخ زين الدين المشهور بابن نجيم لا زالت مواطر الاحسان تتولى عليه، وأدعية المنتفعين باثاره واصلة إليه، وكتابه البحر هو الحمد لله الذي استمد العالم من بحر عطائه: واستنارت البصائر بسطور آيات وحدانيته على ذرات أرضه وسمائه، والصلاة والسلام على المنتقى من أفضل جرثومة، والدال على أحسن طريقة وأسمى صراط مستقيمة، سيدنا محمد المبعوث هداية للانام، والمؤيد بالبراهين الدالة على أنه للانبياء ختام، وعلى آله كنز أسراره، وأصحابه المنتخبين لانتصاره (أما بعد) فقد تم بحمده تعالى طبع شرح البحر الرائق لكنز الدقائق للعلامة الامام والفهامة الذي يستند إليه تم بحمده تعالى طبع شرح البحر الرائق لكنز الدقائق للعلامة الامام والفهامة الذي يستند إليه عند مزالق الاقدام، من أضات شموس تحقيقاته آفاق الاذهان، وستبصرت بنبراس تدقيقاته في معالم الخير العينان، اللوذعي الفاضل وملذ الكامل الشيخ زين الدين المشهور بابن نجيم لا زالت مواطر الاحسان تتولى عليه، وأدعية المنتفعين باثاره واصلة إليه، وكتابه البحر هو الكتاب الذي جمع من أشتات المسائل ما يفوق الدر في الصدف، ومن التحقيقات وحسن السبك ما بهر الافكار، وله المنصف أقر واعترف، وقد تزينت طرره بما هو أزهي من الجواهر الغوالي، وأسمى من النجوم إذا انتظمن في العقود لالي، وهو ما جادت به قريحة علامة عصره وخاتمة المحققين باجماع من نبل في علمه وقدره، العلامة السيد محمد بن عابدين رحمه الله وأثابه رضاه من الحواشي الرقيقة، والدرر التي نظمت في خيوط من التحقيق دقيقه فجاء كتابا جمع من مسائل المذهب كل شارده، وأروى من رحيق كشفه للمدلهمات كل نفس وارده، فرحم الله تلك النفوس التي جادت بتلك الاثار، وأعان من تصدى لنشر تلك الانوار باعادة طبعه وتحسين وضعه بمطبعة دار الكتب العربية الكبرى بمصر الحائزة من محاسن المزايا ما يفوق الحصر. وكان حسن تمامه واستكمال نظامه في الحجة الحرام التي هي لسنة ١٣٣٣ تمام من هجرة من هو للانبياء ختام عليه وعلى آله وصحبه أفضل الصلاة والسلام آمين. ويليه تكملة العلامة الفاضل والهمام الكامل الشيخ محمد الشهير بالطوري رحمه الله تعالى وهي الجزء الثامن وأولها كتاب الاجارة حيث إنه رحمه الله ابتدأ التاليف من أول الاجارة لا من محل ما وقف عليه العلامة ابن نجيم وهو الاجارة الفاسدة رحمهما الله تعالى آمين.

٨ البحر الرائق 8-م

البحر الرائق
ابن نجيم المصري ج ٨
***
[١]
تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق للامام العلامة الشيخ محمد بن على الطوري القادري الحنفي المتوفي بعد سنة ١١٣٨ هـ ضبطه وخرج آياته واحاديثه الشيخ زكريا عميرات الجزء الثامن منشورات محمد على بيضون دار الكتب العلمية بيروت - لبنان
***
[٢]

***

[٣]

[بسم الله الرحمن الرحيم كتاب الاجارة] كتاب الاجارة لما فرغ من بيان تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة، وقدم الاول على الثاني لان الاعيان مقدمة على المنافع، ولان الاولى فيها عدم العوض والثانية فيها العوض، والعدم مقدم على الوجود. ثم لعقد الاجارة مناسبة خاصة بفعل الصدقة من حيث أنهما يقعان لازمين فلذلك أورد كتاب الاجارة متصلا بفعل الصدقة. وقال صاحب العناية: وإنما جمعها إشارة إلى أنها حقيقة وذات أفراد فإن لها نوعين: نوع يرد على الاعيان كاستئجار الدور والاراضي، ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للاعمال نحو الخياطة والقصارة اه. وسيبين المؤلف أن المنفعة تارة تصير معلومة ببيان المدة، وتارة تصير معلومة بالتسمية، وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة. ولو قال المؤلف كتاب الايجار لكان أولى لان الذي يعرف هو الايجار الذي هو بيع المنافع لا الاجارة التي هي الاجرة. قال رحمه الله تعالى: (هي بيع منفعة معلومة بإجرة معلومة) فقوله (بيع) جنس يشمل بيع العين والمنفعة وهو وإن كان جنسا كما يكون مدخلا يكون مخرجا كما تقرر في المعقولات، فخرج به العارية لانها تمليك المنافع، والنكاح لانه تمليك البضع ليس بمنفعة. وخرج بقوله (منفعة) بيع العين وقوله بإجرة معلومة تمام التعريف. ولا يخفى أن بيع مصدر باع والمصدر هو المعنى القائم بالذات، وجاز أن يراد به اسم المفعول وهو المبيع، وسواء أريد المصدر أو اسم المفعول لا يصلح ما ذكر تعريفا للايجاب لان الايجاب والقبول والارتباط غير المعنى المصدري واسم المفعول فهذا تعريف ببعض الخواص، ولو أراد التعريف بالحقيقة لقال: هو عقد يرد على بيع إلى آخره. وا حترز بذكر المعلوم عما إذا اشتمل العقد على بيع معلوم وأجرة معلومة وشئ مجهول بأن استأجر عبدا مائة معلومة بأجرة معلومة وطعامه وكسوته، وهذا لا يجوز للجهالة، كذا في الخلاصة. وإنما لا يصح البيع من غير أن يملك الرقبة ولو ملك المنفعة. قال في الذخيرة: وقف على قوم معينين فأجرهم القيم الوقف جاز لانهم لا حق لهم في الرقبة وإنما حقهم في الغلة فصاروا في حق الرقبة كالاجانب إلا أنه يسقط

***

[٤]

حصة المستأجر لانه لو أخذ منه يسترد له. وفي القينة: لو أجر القيم نفسه للعمل في الوقف فعمل يستحق الاجرة وبه يفتى، ولو عمل من غير عقد يستحق الاجرة وعليه العمل. والكلام في الاجارة في مواضع: الاول في معناها لغة. قيل هي بيع المنافع قال العيني وفيه نظر قال قاضي زاده: قولهم الاجارة في اللغة بيع المنافع قال الشارح العيني فيه نظر لان الاجارة اسم للاجرة وهي ما أعطيت من كراء الاجير كما صرحوا به. قال قاضي زاده: والنظر المذكور وارد لان المذكور في كتب اللغة إنما هو الاجارة التي هي اسم الاجرة، والذي هو بيع المنافع الايجار لا الاجرة. قال العيني: وتجوز أن تكون الاجارة مصدرا. قال قاضي زاده: ولم يسمع في اللغة أن الاجارة مصدر. وفي المضمرات: يقال أجره إذا أعطاه أجرته والاجرة ما يستحق على عمل الخير ولهذا يدعي به يقال آجرك الله وعظم الله أجرك. وفي كتاب العيني: أجره مملوكي وآجره إيجارا فهو مؤجر. وفي الاساس: أجرني داره فاستأجرتها وهو مؤجر ولا يقال مؤاجر فإنه خطأ وقبيح. قال: وليس آجر هذا فاعل بل هو أفعل اه. وأما دليلها من الكتاب فهو قوله تعالى حكاية عن شعيب * (على أن تأجرني ثماني حجج) [القصص: ٢٧] وشريعة من قبلنا شريعة لنا إذا قصها الله علينا من غير إنكار. ومن السنة قوله عليه الصلاة والسلام أعطوا الاجير أجرته قبل أن يجف عرقه. ومن الاجماع فإن الامة الامة أجمعت على جوازها. وسبب المشروعية الحاجة لان كل إنسان لا يجد ما يشتري به العين فجوزت للضرورة. وأما ركنها فهو الايجاب والقبول والارتباط بينهما. وأما شرط جوازها فثلاثة أشياء: أجر معلوم وعين معلوم وبدل معلوم. ومحاسنها دفع الحاجة بقليل المنفعة. وأما حكمها فوقوع الملك في البدلين ساعة فساعة. وأما ألفاظها فتنعقد بلفظين ماضيين أو يعبر بأحدهما عن الماضي والآخر عن المستقبل كقوله أجرتك وأعرتك منفعة داري سنة بكذا. وتنعقد بالتعاطي كما في البيع. وفي التتارخانية: وتنعقد الاجارة بغير لفظ كما لو استأجر دارا سنة فلما انقضت المدة قال ربها للمستأجر

فرغها لي اليوم وإلا فعليك كل شهر بألف درهم فتجعل في قدر ما ينقل متاعه بأجرة المثل، فإن سكن شهرا فهي بما قال المالك إلى آخر ما ذكر. وصفتها أنها عقد لازم. وفي العناية: ويثبت في الاجارة خيار الشرط والرؤية والعيب كما في البيع اه. وأفاد المؤلف أن عقد الاجارة ينعقد بإقامة العين مقام المنفعة ولهذا لو أضاف العقد إلى المنافع فلا تجوز بأن قال أجرتك منافع داري بكذا شهرا وإنما يصبح إضافته إلى العين. والمراد من المنفعة أن تكون مقصودة من العين فلو استأجر ثيابا ليبسطها ولا يجلس عليها ولا ينام أو دابة ليربطها في داره ويظن الناس أنها له أو ليجعلها أجنبية بين يديه أو آنية يضعها في بيته يتجمل بها ولا يستعملها فالاجارة في جميع ذلك فاسدة، ولا أجرة له لان هذه المنفعة غير مقصودة، كذا في الخلاصة في الجنس الثالث من الدواب كما في البيع اه.

***

[٥]

[هي بيع منفعة معلومة بإجرة معلومة وما صح ثمنا صح أجرة والمنفعة تعلم ببيان قال رحمه الله: (وما صح ثمنا صح أجرة) لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع، ثم إن كانت الاجرة عينا جاز أن يكون كل عين بدلا عن المبيع ولا ينعكس حتى صح أجرة ما لا يصح ثمنا كالمنفعة فإنها لا تصح ثمنا، وتصح أجرة إذا كانا مختلفي الجنس كما سيأتي. وفي الجوهرة: لو كان عبد بين اثنين فأجر أحدهما نصيبه من شريكه على أن يخيط معه شهرا على أن يخدم الآخر في الشهر الثاني لم يجز من جهة أن النصيبين في العبد الواحد متفقان في الصفقة، ولو كان في العبدين جاز اه. وإن كانت الاجرة دراهم أو دنانير لا بد من بيان القدر والصفة وأنه جيد أو ردئ، وإن كانت النقود مختلفة انصرفت إلى غالب نقد البلد، وإن كانت الاجرة مكيلا أو موزونا يحتاج إلى بيان القدر والصفة ومكان الايفاء. هذا إذا كان له حمل ومؤنة عند الامام وإلا فلا يحتاج إلى بيان مكان الايفاء. وإن كانت ثيابا أو عروضا فالشرط بيان القدر والاجل الصفة لانه لا يثبت في الذمة إلا بهذا. هذا إذا لم يكن مشارا إليه. وفي الهداية: وما لا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالاعيان التي ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا فإنها إذا كانت معينة تصلح أجرة ولا تصلح ثمنا كما إذا استأجر دارا بثوب معين فإنه لا يصلح ثمنا لما تقرر في كتاب البيوع إذ الاموال ثلاثة: ثمن محض كالدراهم والدنانير، ومبيع محض كالاعيان التي ليست من ذوات الامثال، وما كان بينهما كالمكيل والموزون. قال في العناية: وفيه نظر لان المقايضة بيع وليس فيها إلا العين من الجانبين فإذا لم تصلح العين ثمنا كان بيعا بلا ثمن وهو باطل. وأجيب بأن المراد بالثمن ما ثبت في الذمة وإذا كانت الاجرة فلسا فغلا أو رخص قبل القبض فالاجرة الفلس لا غير، وإن كسدت فعليه قيمة المنفعة، كذا عن أبي يوسف. وكذا إذا كان الثمن مكيلا أو موزونا فانقطع عن أيدي الناس اه. وأما إذا كانت حيوانا لا يجوز إلا إذا كان معينا. قال رحمه الله: (والمنفعة تعلم ببيان المدة كالسكنى والزراعة فتصح على مدة معلومة) أي مدة كانت لان المدة إذا كانت معلومة كانت المنفعة معلومة فيجوز، طالت المدة أو قصرت أو تأخرت بإن كانت مضافة أو تقدمت بأن كانت متصلة بوقت العقد، ولان المنافع لا تصير معلومة إلا بضرب المدة. وقال بعضهم: لا يجوز أن يضرب إلى مدة لا يعيش إليها عادة لان الغالب كالمتحقق في حق الاحكام فصار كالثابت بعد فلا تجوز وبه كان يفتي القاضي أبو عصمة. وبعض العلماء، فيجوز ضرب المدة التي لا يعيش إلى مثلها، ومنهم الخصاف. قال في الخانية: رجل قال لآخر أجرتك دابتي غدا بدرهم ثم أجرها اليوم وغدا وبعد غد من غيره ثلاثة أيام فجاء الغد وأراد المستأجر الاول أن يفسخ الاجارة الثانية اختلف أصحابنا في رواية يفسخ الاجارة الثانية وبه أخذ نصير، وفي رواية ليس له أن يفسخ وبه أخذ الفقيه أو جعفر والفقيه أو الليث وشمس الائمة الحلواني وعليه الفتوى، فيستوفي الاول مدته والثاني ما بقي له. وفي

***

[٦]

[المدة كالسكنى والزراعة فتصح على مدد معلومة ولم تزد في الاوقات على ثلاث سنين] الولوالجية: أجر داره إجارة مضافة بأن قال أجرتك داري مدة شوال وهما في رمضان ثم باعها من آخر فالبيع موقوف على إجارة المستأجر. وفي الخلاصة: أجرتك داري غدا فللمؤجر بيعها اليوم وتنتقض الاجارة. قال رحمه الله: (ولم تزد في الاوقاف على ثلاث سنين) يعني لا يزاد على هذه المدة خوفا من دعوى المستأجر أنها ملكه إذا تطاولت المدة. وذكر بعضهم الحيلة في جواز الزيادة على ثلاث سنين أن يعقد عقودا كل عقد على سنة ويكتب في الكتاب أن فلان بن فلان استأجر وقف كذا كذا سنة في كذا كذا عقدا. وذكر صدر الاسلام أن الحيلة فيه أن يرفع

الامر إلى الحاكم حتى يجيزه. هذا إذا لم ينص الواقف على مدة، فلو نص الواقف على مدة فهو على ما شرط، قصرت المدة أو طالت، لان شرط الواقف يراعي، كذا نقله الشارح. وفي الخانية: وإن كان الواقف شرط أن لا يؤجر أكثر من سنة يجب مراعاة شرطه، لا يفتي بجواز هذه الاجارة أكثر من سنة. زاد في الذخيرة إلا إذا كانت إجارتها أكثر من سنة أنفع للفقراء فحينئذ تؤجر أكثر من سنة إن لم يشترط الواقف شيئا. قال الفقيه أبو جعفر: أجوزها في الثلاثة ولا أجوزها في أكثر من ذلك، والصدر الشهيد حسام الدين كان يقول: يفتي في الضياع بالجواز في ثلاث سنين إلا إذا كانت المصلحة في عدم الجواز، وفي غير الضياع يفتى بعدم الجواز فيما زاد على سنة إلا إذا كانت المصلحة في الجواز وهذا أمر يختلف باختلاف الزمان والمواضع. والمراد بعدم الجواز عدم الصحة، وقيل تصح وتفسخ، ذكره النسفي. وإجارة الوقف ومال اليتيم لا يجوز إلا بأجر المثل، فلو أجر بدون أجرة المثل يلزم المستأجر تمام الاجرة وعليه الفتوى، كذا في قاضيخان. وإذا استأجر الوقف فرخصت الاجرة لا تفسخ الاجارة، وإن زادت أجرة مثلها بعد مضي بعض المدة ذكر في فتاوي أهل سمرقند أنه لا يفسخ العقد، وذكر في شرح الطحاوي أنه يفسخ العقد ويحدد على ما زاد. ولو كانت الارض بحال لا يمكن فسخها بأن كانت مزروعة لم تحصد فمن وقت الزيادة تجب إلى انتهاء المدة. هذا إذا زادت عند الكل. قال في شرح الطحاوي: أما في الاملاك لا يفسخ العقد برخص أجرة المثل ولا بزيادته باتفاق الروايات. وفي التتارخانية في باب من يجب الاجر الجاري سئل عمن آجر منزلا لرجل والمنزل وقف على الآخر وعلى أولاده فأنفق المستأجر في عمارة المنزل بأمر المؤجر قال: إن كان للمؤجر ولاية على الوقف كان على المستأجر أجرة مثله ولا يرجع بما أنفق، وإن لم يكن له ولاية على الوقف كان متطوعا ولا يرجع بشئ اه. وقد وقعت حادثة الفتوى في واقف شرط في كتاب وقفه أن لا يؤاجر وقفه من متجوه ولا من ظالم ولا من حاكم فأجر الناظر الوقف منهم. وعجلوا الاجرة قدر أجرة المثل هل يجوز هذا العقد لان الواقف إنما منع خوفا على الاجرة من الضياع وعدم حصول النفع للفقراء أو لا

***

[٧]

[أو بالتسمية كالاستئجار على صبغ الثوب وخياطته أو بالاشارة كالاستئجار على نقل هذا الطعام إلى كذا والاجرة لا تملك بالعقد بل بالتعجيل أو بشرطه أو بالاستيفاء أو] يجوز؟ فأجيب بالجواز أخذا من قول صاحب الوجيز إذا شرط الواقف مدة وإن كان نفع الفقراء في غيره يخالف شرط الواقف ويؤجره بخلافه. قال رحمه الله: (أو بالتسمية كالاستئجار على صبغ الثوب وخياطته) يعني المنفعة تعلم بالتسمية فيما ذكر من الصبغ والخياطة كما ذكر المؤلف، وكذلك استئجار الدابة للحمل والركوب، ولانه إذا بين المصبوغ والصبغ وقدر ما يصبغ به وجنسه وجنس الخياطة والمخيط ومن يركب على الدابة والقدر المحمول عليها والمسافة صارت المنفعة معلومة بلا شبهة فصح العقد، ومن هذا النوع الاستئجار على العلم كالقصارة ونحوه، وبه يعلم فساد إجارة دواب العلافين في ديارنا لعدم بيان الوقت والموضع. قال رحمه الله: (أو بالاشارة كالاستئجار على نقل هذا الطعام إلى كذا) يعني تكون المنفعة معلومة بالاشارة كما ذكر لانه إذا علم المنقول والمكان المنقول إليه صارت المنفعة معلومة، وهذا النوع قريب من النوع الاول. قال رحمه الله: (والاجرة لا تملك بالعقد بل بالتعجيل أو بشرطه أو بالاستيفاء أو بالتمكن منه) يعني الاجرة لا تملك بنفس العقد، سواء كانت عينا أو دينا، وإنما تملك بالتعجيل أو بشرطه أو باستيفاء المعقود عليه وهي المنفعة، أو بالتمكن من الاستيفاء بتسليم العين المستأجرة في المدة، اه كلام الشارح. والظاهر من إطلاق الماتن والشارح أن الاجرة تملك بالتمكن من الاستيفاء في المدة، سواء استعلمها في المدة أو لا، ويخالفه ما في الخلاصة حيث قال: استأجر دابة ليركبها إلى مكان كذا مثلا فحبسها في بيته لم تجب الاجرة اه. والظاهر من إطلاق المؤلف رحمه الله تعالى أن الاجرة تجب باستيفاء المنفعة، سواء كان ذلك في مدة الاجارة أو بعد مدة الاجارة، وسواء استأجرها ليركبها في المصر أو خارجه. ويخالفه ما ذكره بعض العلماء حيث قال: ولو ذكر مدة ومسافة فركبها إلى ذلك المكان بعد مضي المدة لم تجب الاجرة اه. وفي العتابية: هذا إذا استأجرها ليركبها خارج المصر، ولو كان ليركبها في المصر وحبسها في بيته تجب الاجرة. قال في المحيط: والتمكن من الاستيفاء في غير المدة المضاف إليها لا يكفي لوجوب الاجرة، وكذا التمكن في غير المكان لا يكفي لوجوب الاجرة، فلو قال رحمه الله تعالى (أو بالتمكن منه في المدة واستوفى) لكان أولى. وقال الامام الشافعي: تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم العين المستأجرة لانها عقد معاوضة. ولنا أنه عقد معاوضة فيقتضي المساواة بينهما وذلك بتقابل البدلين في الملك والتسليم وأحد البدلين وهو المنفعة لم يصر

مملوكا بنفس العقد لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم. ولو ملك الاجرة لملكها من غير بدل وهو ليس من قضية المعاوضة فتأخر الملك فيه ضرورة جواز العقد لان المنفعة عوض لا يبقى زمانين، والمنفعة إنما جعلت موجودة في حق الايجاب والقبول، وما ثبت للضرورة يتقدر بقدرها. لا يقال لو
***
[٨]
لم يجعل المعدوم موجودا في حق العقد والاجرة لما جاز الايجار بالدين لانا نقول: إنما جاز الايجار بالدين لان العقد لم ينعقد في حق المنفعة فلم يصر دينا في المدة وإنما ينعقد في حق الارتباط، وعند انعقاد العقد وهو زمان حدوثها تصير هي مقبوضة فلا يكون دينا بدين أصلا. ولو كان العقد ينعقد في حق المنفعة لما جازت الاجارة بالدين المؤجل أصلا كما لا يجوز السلم به، ولو جاز أن يجعل المعدوم كالمستوفي لجاز ذلك في السلم أيضا. وإذا عجلها أو اشترط تعجيلها فقد التزمه بنفسه وأبطل المساواة التي اقتضاها العقد. قال في العناية: واعترض بأن شرط التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد. والجواب أن كونه مخالفا إما أن يكون من حيث كونه إجارة أو من حيث كونه معاوضة، والاول مسلم وليس شرط التعجيل باعتباره. والثاني ممنوع فإن تعجيل البدل واشتراطه لا يخالف من حيث المعاوضة. وفي المحيط: وحينئذ فللمؤجر حبس المنافع حتى يستوفي الاجرة ويطالبه بها ويحبسه وحقه الفسخ أن الحاكم يعجل اه. ولو أجر إجارة مضافة واشترط تعجيل الاجرة حيث يكون الشرط باطلا ولا يلزم للحال شئ لان امتناع وجوب الاجرة ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالاضافة إلى وقت في المستقبل، والمضاف إلى وقت لا يكون موجودا قبل ذلك الوقت فلا يتغير هذا المعنى بالشرط، وفيما نحن فيه إنما لا يجب لاقتضاء العقد المساواة وقد بطل بالتصريح، لا يقال يصح الابراء عن الاجرة بعد العقد ولو لم يملكها لما صح. وكذا يصح الارتهان والكفالة بها، وهذا لو تزوج امرأة بسكنى داره سنة وسلم ليس لها أن تمنع نفسها ولو لم تملك المنفعة لمنعت نفسها لانا نقول: لا يصح الابراء عن الثاني لعدم وجوبه كالمضاف بخلاف الدين المؤجل لانه ثابت في الذمة فجاز الابراء عنه. والجواب على قول محمد أنه وجد سببه فجاز الابراء عنه كالابراء عن القصاص بعد الجرح والرهن والكفالة للوثيقة فلا يشترط فيه حقيقة الوجوب، ألا ترى أنهما جائزان في البيع المشروط فيه الخيار وبالدين الموعود وجازت الكفالة بالدرك. وإنما لم يكن للمرأة أن تحبس نفسها بعد تسليم الدار إليها لانه أوفى ما سمى لها برضاها. وفي المحيط: ولو وهب المؤجر أجرة رمضان هل يجوز؟ قال محمد: إن استأجره سنة لا يجوز، وإن استأجره مشاهرة يجوز إذا دخل رمضان ولا يجوز قبله. وعن أبي يوسف لا يجوز إلا بعد مضي المدة، ولو مضى من السنة نصفها ثم أبرأه عن الجميع أو وهبها منه فإنه يبرأ عن الكل في قول محمد، وعند أبي يوسف برئ عن النصف ولا يبرى عن النصف اه. وعبر المؤلف بقوله (لا تملك) لان لفظ محمد في الجامع الاجرة لا تملك بنفس العقد. قال صاحب النهاية: الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي الملك كالمبيع فإنه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب أن يقال معناه لا تمليك لان محمدا ذكر في الجامع الصغير أن الاجرة لا تملك وما لا يملك لا يجب إيفاؤه. فإن قلت فإذا لم يستلزم
***
[٩]
نفي الوجوب نفي الملك كان أعم منه وذكر العام وإرادة الخاص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الاعم على الاخص أصلا. وقال صاحب الهداية: الاجرة لا تجب بالعقد. قال تاج الشريعة: أي وجوب الاداء، أما نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد. وقال صاحب الكفالة، المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك إجمالا وتفصيلا. أما إجمالا فلان الاجرة لو كانت عبدا فأعتقه المؤجر قبل وجود أحد المعاني الثلاثة لا يعتق، فلو كان نفس الوجوب ثابتا لصح الاعتاق كما في البيع اه. وإذا لم يتملك بنفس العقد ليس له أن يطالبه بالاجرة. وفي المحيط: لو طالبه بالاجرة عينا وقبض جاز لتضمينه تعجيل الاجرة. وقال أيضا: وإذا لم يوجد أحد هذه الامور يأخذ الاجرة يوما فيوما في العقار، وفي المسافات كل مرحلة. وفي المنتقى: رجل استأجر دابة بالكوفة إلى الري بدراهم أي النقدين يجب على المستأجر - قال - نقد الكوفة لانه مكان العقد فينصرف مطلق الدراهم إلى المتعارف فيها. وفي العتابية: وإذا عجل الاجرة إلى ربها لا يملك الاسترداد، ولو كانت الاجرة عينا فأعارها ثم أودعها إلى رب الدار فهو كالتعجيل اه. وفي شرح الطحاوي: الاجرة لا تخلو إما أن تكون معجلة أو مؤجلة أو منجمة أو مسكوتا عنها، فإن كانت معجلة فإن له أن يتملكها وله أن يطالب بها، وإن

كانت مؤجلة فليس له أن يطالب إلا بعد الاجل، وإن كانت منجمة فله أن يطالب عند كل نجم، وإن كانت مسكوتا عنها تقدم بيان ذلك في العقار وفي المسافة إذا امتنع من الحمل فيما بقي يجبر عليه اهـ. بالمعنى. وفي النفية: استأجر حانوتا مدة معلومة بأجرة معلومة وسكن فخرب الحانوت في بعض المدة وتعطل وكان يمكنه الانتقال فلم يفعل وسكن المدة تلزمه جميع الاجرة، ولو استأجره ليحمل هذا إلى موضع كذا فحمل نصف الطريق وأعاده إلى مكانه الاول فلا أجر له استأجر دابة إلى مكة فلم يركبها ومضى راجلا، إن كان بغير عذر في الدابة فعليه الاجرة، وإن كان لعذر في الدابة لا أجر عليه. طالبه بالاجرة بعد المدة فقال قصرت في العمل فلك بعض الاجرة وقال لم أقصر فله الاجرة كاملة. استأجره ليحمل له العصير فحمله فإذا هو خمر قال أبو يوسف: لا أجر له. وقال محمد: إن علم أنه خمر فلا أجر له، وإن لم يعلم فله الاجر. وفي الذخيرة من الفصل السابع والعشرين في الاختلاف: لو اختلف المستأجر والآجر بعد شهر والمتفاح مع المستأجر وقال لم أقدر على فتحه وقال المؤجر بل قدرت على فتحه وسكنت ولا بينة لهما يحكم الحال، وإن أقاما بينة فالبينة بينة رب المنزل اهـ. وفي القنية: تسليم المفتاح في المصر مع التخلية قبض، وفي السواد ليس بقبض. وفي فتاوي الولوالجي: ولو استأجر دارا على عبد بعينه ثم وهب العبد من المستأجر قبل القبض وقال المستأجر قبلت كان ذلك إقالة. ومراد المصنف الاجارة المنجزة لان المضافة لا تملك الاجرة فيها بشرط التعجيل. وقوله (أو بالاستيفاء أو بالتمكن منه) يعني يجب الاستيفاء للمنفعة أو بالتمكن وإن لم يستوف. وفي الهداية: وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجرة وإن لم يسكن.

***

[١٠]

[بالتمكن منه فإن غضبها غاصب منه سقطت الاجرة ولرب الدار والارض طلب] قال في النهاية: وهذه مقيدة بقيود: أحدها التمكن فإذا لم يتمكن بأن منعه المالك أو الاجنبي أو سلم الدار مشغولة بمتاعه لا تجب الاجرة. الثاني أن تكون الاجارة صحيحة فإن كانت فاسدة فلابد من حقيقة الانتفاع. والثالث أن التمكن إنما يجب أن يكون في مكان العقد حتى لو استأجرها للكوفة فسلمها في بغداد حين مضت المدة فلا أجر عليه. والرابع أن يكون متمكنا من الاستيفاء في المدة لو استأجر دابة إلى الكوفة في هذا اليوم وذهب بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لم يجب الاجر لانه إنما تمكن بعد مضي المدة. وفي المحيط: أمر رجلا أن يستأجر له دارا سنة كاملة فاستأجرها وتسلمها الوكيل وسكنها هو سنة قال أبو يوسف: لا أجر على المؤجر والاجرة على المأمور. وقال محمد: الاجر على الموكل لان قبض وكيله كقبض نفسه والمأمور غاصب للسكنى فلا يجب عليه أجر. قال رحمه الله: (فإن غصبها غاصب منه سقطت الاجرة) يعني إذا غصب العين المستأجرة في جميع المدة غاصب سقطت الاجرة ولو في بعضها فبقدره لزوال التمكن من الانتفاع وهو شرط لوجوب الاجرة كما بين. وهل تنفسخ بالغصب؟ قال صاحب الهداية: تنفسخ. وقال فخر الاسلام في فتاواه والفضلي: لا ينفسخ. فإذا أراد المستأجر أن يسكن بقية المدة ليس للمؤجر منعه اهـ. وفي قاضيخان أيضا: جاء المغصوب منه إلى الغاصب وقال الدار داري إن لم تخرج منها فهي عليك كل شهر بمائة درهم وقال محمد إن كان الغاصب منكر أو يقول الدار لي ويسكن مدة فأقام المغصوب منه البينة أنها داره فقضى له بها لا أجر عليه، وإن كان مقرا يلزمه المسمى اهـ. وفي الولوالجية: رجل دفع ثوبا إلى قصار ليقصره بأجرة معلومة فجحد القصار الثوب ثم جاء به مقصورا وأقر قال هذا على وجهين: إن قصره قبل الجحود له الاجر، وإن قصره بعد الجحود لا أجر له. ولو كان صباغا والمسألة بحالها إن صبغه قبل الجحود فله الاجر، وإن صبغه بعده فرب الثوب بالخيار إن شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة ما زاد فيه، وإن شاء ترك الثوب وضمنه قيمة ثوب أبيض اهـ. وفي التتارخانية: رجل استأجر دابة إلى مكان معلوم فلما بلغ نصف المدة أنكر الاجارة لزمه من الاجرة ما قبل الانكار ولا يلزم ما بعده وهو قول الثاني. وقال محمد: لا تسقط عنه الاجرة بنفس الانكار. ولو كان عبدا والمسألة بحالها وقيمة العبد يوم العقد ألفان ويوم الجحود ألف فهلك العبد في يده بعد ما مضت السنة فالاجرة لازمة وتجب كل الاجرة ويجب عليه قيمة العبد، وينبغي أن يكون هذا على قول محمد، وعلى قول الثاني لما جحد فقد أسقط الاجر. وفي المحيط: لو غرقت الارض أو انقطع عنها الشرب أو مرض العبد سقط من الاجر بقدره لفوات التمكن من الانتفاع في المدة، ولو استأجر دارا سنة فلم يسلمها الآجر حتى مضى شهر لم يكن لاحدهما الامتناع عن التسليم في الثاني لان الاجارة وإن كانت عقدا واحدا حقيقة لكنها عقود متفرقة

***
[١١]
[الاجرة كل يوم وللجمال كل مرحلة وللخياط والقصار بعد الفراغ من عمله وللخباز] مضافة إلى ما يوجد من المنفعة. ومن المشايخ من قال: هذا إذا لم يكن في مدة الاجارة وقت يرغب في الاجارة لاجله، فإن كان وقت يرغب في الاجارة لاجله زيادة رغبة كحانوت في سوق رواجه في بعض السنة أو دار بمكة تستأجر سنة لاجل الموسم فلم تسلم في الوقت الذي يرغب لاجله فإنه يخير في بعض الباقي دفعا للضرر عنه اه. قال رحمه الله: (ولرب الدار والارض طلب الاجرة كل يوم وللجمال كل مرحلة) يعني إذا وقعت الاجارة مطلقة ولم يتعرض فيها لوقت وجوب الاجرة فللمؤجر ما ذكره. والاصل فيه أن الاجارة معاوضة والملك في المنافع يمتنع ثبوته زمان العقد فكذا الملك في الاجرة على ما بينا، وكان الامام أولا يقول في جميع أنواع الاجارة لا تجب الاجرة حتى يستوفي المنفعة ثم رجع لما ذكر هنا، وكان القياس أن تجب الاجرة ساعة فساعة إلا أنه يفضي إلى الحرج فتركناه لهذا. وفي الخلاصة: امرأة أجرت دارها من زوجها ثم أسكنها فيها لا تجب الاجرة، ولو استأجر دارا شهرا وسكن فيها مع صاحب الدار إلى آخر الشهر فقال المستأجر لا أدفع الاجرة لعدم التخلية فعليه من الاجرة بقدر ما في يده لوجود التخلية فيها اه. ولو عبر بالفاء التفريعية لكان أولى ليفيد أنه متفرع على الاستيفاء والتمكن. قال رحمه الله: (وللخياط والقصار بعد الفراغ من عمله) يعني إذا وقعت الاجارة مطلقة عن وقت وجوب الاجرة فللعامل أن يطالب بعد ما ذكر المؤلف. وأطلق في قوله بعد الفراغ فأفاد أنه لا فرق بينهما إذا عمل في بيت نفسه أو في بيت المستأجر كما ذكره صاحب الهداية وصاحب التجريد، وذكر في المبسوط والفوائد الظهيرية والذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي: إذا خاط في بيت المستأجر تجب الاجرة له بحسابه حتى إذا سرق الثوب بعد ما خاط بعضه يستحق الاجرة بحسابه، واستشهد في الاصل لهذا بما إذا استأجر إنسانا ليبني له حائطا فبنى بعضه ثم انهدم فله أجر ما بنى، فهذا يدل على أنه يستحق الاجرة ببعض العمل إلا أن يشترط فيه التسليم إلى المستأجر. ونقل هذا عن الكرخي وجزم به في غاية البيان فكان هو المذهب، ففي سكنى الدار وقطع المسافة صار مسلما له بمجرد تسليم الدار، وقطع المسافة وفي الخياطة ونحوها لا يكون مسلما إليه إلا إذا سلمه إلى صاحبه حقيقة، وفي الخياطة في منزل المستأجر يحصل التسليم بمجرد العمل إذ هو في منزله والمنزل في يده فلا يحتاج إلى تسليم ليده. ويعرف توزيع الاجرة بقول أهل الخبرة بها والخيط والابرة على الخياط حيث كان العرف ذلك. قال رحمه الله: (وللخباز بعد إخراج الخبز من التنور) يعني إذا أطلق الاجرة ولم يبين وقتها فللخباز أن يطالب بها بعد إخراج الخبز من التنور لانه بأخراجه قد فرغ من عمله فيملك المطالبة كالخياط إذا فرغ من العمل حتى إذا أخبزه في بيت المستأجر لانه صار مسلما إليه بمجرد الاخراج فيستحق الاجرة، وإن كان في منزل الخباز لم يكن مسلما بمجرد
***
[١٢]
[بعد إخراج الخبز من التنور فإن أخرجه فاحترق فله الاجر ولا ضمان عليه وللطباخ بعد الغرف وللبان بعد الاقامة ومن لعمله أثر في العين كالصباغ والقصار يحبسها] الاخراج من التنور فلابد من التسليم إلى يده. وفي المحيط: استأجر دابة ليطحن عليها كل يوم عشرة أقفزة فوجدها لا تطيق إلا خمسة فله الخيار وعليه الاجر بحساب ما عمل من الايام ولا يحط من الاجر شيئا لان الاجارة وقعت على الوقت لا على العمل فلا توزع الاجرة على العمل، وفي المسألة إشكال على قول الامام لانه إذا استأجر خبازا ليخبز له اليوم بدرهم يكون فاسدا. والفرق أن مقدار العمل في باب الطحن في العرف والعادة لا يذكر لتعليق العقد بالعمل وإنما يذكر لبيان قوة الدابة فبقيت الاجارة على الوقت، وفي الخبز يذكر مقدار العمل لتعليق العقد بالعمل لا لبيان قوة الخباز فيصير العقد مجهولا فيفسد. قال رحمه الله: (فإن أخرجه فاحترق فله الاجر ولا ضمان عليه) يعني إذا أخرج الخبز من التنور ثم احترق هذا إذا خبز في منزل المستأجر لانه بمجرد الاخراج صار مسلما ولا يجب عليه الضمان إذا هلك بعد ذلك بالاجماع لانه هلك بعد التسليم ولو احترق في التنور قبل الاخراج قال في النهاية: يضمن لانه جناية يده، وإن كان الخباز يخبز في منزل نفسه لا يستحق الاجر بالاخراج ولا يجب عليه الضمان عند الامام، وعندهما يجب الضمان. وإذا صار ضامنا فالمالك بالخيار إن شاء ضمنه دقيقا مثل دقيقه ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمة الخبز وأعطاه الاجر ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحين ما وجب عليه الضمان كان رمادا.

قال رحمه الله: (وللطباخ بعد الغرف) يعني للطباخ أن يطالب بالاجرة بعد الغرف لان الغرف عليه وهذا إذا طبخ للوليمة أو للعرس، فإن كان يطبخ قدرا خاصا فليس عليه الغرف لان العادة لم تجربه والمعتبر هو العرف. وفي التتارخانية: وإن استأجر دابة للحمل ففي الاكاف والجوالق يعتبر العرف، ولو للركوب ففي اللجام والسرج يعتبر العرف، وفي إدخال الطعام المنزل وإخراج الحمل يعتبر العرف، وإحثاء التراب على القبر على الحفار وحمل الثوب على القصار. قال رحمه الله: (وللبان بعد الاقامة) يعني إذا استأجره ليضرب له لبنا في أرضه يستحق الاجرة إذا أقامه عند الامام. وقالا: لا يستحق حتى يشرحه لان التشريج من تمام عمله لانه لا يؤمن عليه الفساد إلا به، ولانه هو الذي يتولاه عادة والمعتاد كالمشروط وقولهما استحسان. وللامام أن العمل قد تم بالاقامة والانتفاع به ممكن. وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا أفسده المطر ونحوه بعد الاقامة فعنده تجب الاجرة، وعندهما لا تجب. هذا إذا لبن في أرض المستأجر لانه يصير مسلما إليه بالاقامة أو بالتشريج على اختلاف الاصلين، ولو لبن في أرض نفسه لا تستحق الاجرة حتى يسلمه إليه. وفي الجوهرة: وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا أتلف اللبن قبل التشريج فعند الامام هلك من مال المستأجر، وعندهما من مال الاجير. والتشريج أن يركب بعضه على بعض بعد
***

[١٣]

[للاجر وإن حبس فضاع فلا ضمان عليه ولا أجر ومن لا أثر لعمله كالحمال والملاح لا] الجفاف. قال رحمه الله: (ومن لعمله أثر في العين كالصباغ والقصار يحبسها للاجر) يعني لمن ذكر أن يحبس العين إذا عمل حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف في المحل فكان له حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع. قال في النهاية: القصار إذا ظهر عمله باستعمال النشأ كان له حق الحبس، وإن لم يكن لعمله إلا إزالة الدرن اختلفوا فيه، والاصح أن له الحبس على كل حال لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله بعد أن كان هالكا. وقال زفر: ليس له الحبس لانه صار متصلا بملك الآخر كما لو أمر شخصا بأن يزرع له أرضه ببذر من عنده قرضا فزرعها المأمور صار قابضا باتصاله بملكه فصار كما إذا صبغ في بيت المستأجر. قلنا: اتصال العمل بالمحل ضرورة إقامة العمل فلم يكن راضيا بهذا الاتصال من حيث أنه تسليم بل رضاه في تحقيق عمل الصبغ ونحوه من الاثر في المحل إذ لا وجود للعمل إلا به فكان مضطرا إليه، وليس هذا كصبغه في بيت المستأجر لان العين في يد المستأجر فيكون راضيا بالتسليم لانه كان يمكنه التحرز عنه بأن يعمل في غير بيته. وفي الخلاصة: إلا إذا كانت الاجرة مؤجلة وقبل العمل فليس له الحبس اه. والمراد بالاثر أن يكون الاثر متصلا بمحل العمل كالنشاء والصبغ وقبل أن يرى ويعاين في محل العمل، وثمرة الخلاف تظهر في كسر الحطب وحلق رأس العبد فليس له الحبس على الاول وله الحبس على الثاني. قال رحمه الله: (وإن حبس فضاع فلا ضمان عليه ولا أجر) أما عدم الضمان فلان العين أمانة في يده وله حبس العين شرعا فلم يكن به متعديا فلا يجب عليه الضمان ولا يجب الاجر لان المعقود عليه هلك قبل التسليم وهو يوجب سقوط البدل كما في البيع وهو قول الامام أحمد. وعندهما يضمن العين لانها كانت مضمومة عليه قبل الحبس فلا يسقط ذلك بالحبس، وصاحب العين بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له لان العمل لم يسلم إليه، وإن شاء ضمنه قيمته معمولا وله الاجر لان العمل صار مسلما إليه بتسليم بدله. ولو أتلف الاجير الثوب ويتخير صاحب الثوب في التضمين كما تقدم. وفي المضمرات: فإن حبس العين من ليس له حق الحبس فهلكت ضمنها ضمان الغاصب والمؤاجر يخير إن شاء ضمنه قيمتها معمولا وأعطاه الاجير أجرته، وإن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا يغطى الاجير اه. وفي فتاوي أبي الليث: نساج نسج ثوبا جاء به ليأخذ الاجرة فقال له صاحب الثوب إذهب به إلى منزلك فإذا فرغنا من الجمعة دفعت لك الاجرة فاختلس الثوب من يد النساج في المزاحمة قال: إن كان الحائك دفع الثوب لربه فدفعه للحائك على وجه الرهن وهلك الثوب هلك بالاجرة، وإن دفعه إليه على وجه الوديعة فهلك هلك على الامانة والاجر على حاله لانه سلم العمل إلى صاحبه فيقرر عليه الاجر. وفي المنتقى: حائك عمل ثوبا لآخر فتعلق الامر فيه ليأخذه فأبى الحائك أن يدفعه حتى يأخذ الاجرة فتخرق من يد صاحبه لا
***

[١٤]

[يحبس للاجر ولا يستعمل غيره إن شرط عمله بنفسه وأن أطلق له يستأجر غيره وإن استأجره ليجئ بعياله فمات بعضهم فجاء بمن بقي

فله الاجر بحسابه ولا أجر لحامل] ضمان على الحائك، وإن تخرق من يدهما فعلى الحائك نصف ضمان الخرق اهـ. وفي الخانية: لو جاء الحائك بالثوب إلى صاحبه فقال له رب الثوب أمسك حتى أفرغ من العمل وأعطيك الاجر فسرق منه لا يضمن اهـ. وفي الخانية: السمسار إذا باع شيئا من الثياب بأمر ربها وأمسك الثمن حتى ينقد الاجرة فسرق منه الثمن لا يضمن اهـ. وفي الحاوي: رجل أقرض آخر دراهم فاستأجر منه داره مدة معلومة بأجرة معلومة وجعل الاجر ببعض الدين قصاصا ومضت مدة الاجارة هل للمقرض أن يحبس العين بعد انقضاء المدة؟ قال: ليس له المنع وفي السغناقي: لو تزوج امرأة على سكني دار سنة فسلم الدار إليها ليس لها أن تحبس نفسها عنه اهـ. وفي الولواجية: إذا أجر داره سنة وعجل الاجرة ولم يسلم إلى المستأجر حتى مات الآجر وانفسخ العقد لا يكون للمستأجر ولاية الحبس في الاجرة المعجلة، ولو كانت الاجارة فاسدة وفسخا العقد بسبب الفساد ليس للمستأجر أن يحبس العين بالدين السابق. وفي الخلاصة: وفي الاجارة الفاسدة للمستأجر حق الحبس لاستيفاء الاجرة المعجلة. قال رحمه الله: (ومن لا أثر لعمله كالحمال والملاح لا يحبس للاجر) يعني ليس له أن يحبس للاجر لان المعقود عليه نفس العمل وهو عرض يفنى ولا يتصور بقاؤه، واختلفوا في غسل الثوب حسب اختلافهم في القصار بلا نشاء كما تقدم، وفي شرح القدوري قال أبو يوسف في الحمال إذا طلب الاجرة ما بلغ المنزل قبل أن يضعه ليس له ذلك اهـ. وفي الفتاوي: استأجر جمالا ليحمل له إلى بلدة كذا بكذا فحمله فقال له صاحب الحمل امسكه عندك فهلك فلا ضمان عليه بلا خلاف. قال رحمه الله: (ولا يستعمل غيره إن شرط عمله بنفسه) يعني ليس للاجير أن يستعمل غيره إذا شرط عليه أن يعمل بنفسه لان المعقود عليه العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه كما إذا كان المعقود عليه المنفعة كما إذا استأجر رجلا للخدمة شهرا لا يقوم غيره مقامه في الخدمة ولا يستحق به الاجر. قال رحمه الله: (وإن أطلق له أن يستأجر غيره) لان الواجب عليه عمل مطلق في ذمته ويمكن الايفاء بنفسه وبغيره كالمأمور بقضاء الدين. قال رحمه الله: (وإن استأجره ليجئ بعياله فمات بعضهم فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه) لانه أوفى ببعض المعقود عليه فيستحق الاجر بحسابه. قال الفقيه أبو جعفر الهندواني: هذا إذا كانوا معلومين حتى يكون الاجر مقابلا لجملتهم، وإن كانوا غير معلومين يجب الاجر اهـ. وفي الخلاصة: وإذا كانوا غير معلومين فالاجارة فاسدة. وفي النهاية نقلا عن الفضلي: إذا استأجره في المصر ليحمل له الحنطة من القرية فذهب فلم يجد الحنطة فعاد، إن كان قال استأجرت منك من المصر حتى أحمل الحنطة من القرية يجب نصف الاجر بالذهاب، وإن قال استأجرت منك حتى أحمل الحنطة من القرية لا يجب شئ لان الاجارة على الحمل لا غير وفي

***

[١٥]

[الكتاب للجواب ولا لحامل الطعام إن رده للموت] الاول على الذهاب والحمل، وعزاه إلى الذخيرة. وروى هشام عن محمد لا أجر ومثله في السفينة اهـ. كلام الشارح. وفي التتارخانية من باب ما يستحق الفارس: استأجره ليحمل له كذا كذا من المطمورة فذهب فلم يجد المطمورة استحق نصف الاجرة اهـ. فظهر أنه لا فرق كما ذكره الشارح. قال رحمه الله: (ولا أجر لحامل الكتاب للجواب ولا لحامل الطعام إن رده للموت) يعني إذا استأجره ليذهب بطعامه إلى فلان بمكة أو ليذهب بكتابه إليه ويجئ بجوابه فذهب ووجد فلانا ميتا ورده فلا أجر له لانه نقض المعقود عليه بالرد فصار كأنه لم يفعل فلا يستحق الاجر. وقال زفر: له الاجر في الطعام لان الاجرة بمقابلة حمل الطعام إلى مكة وقد وفى بالمشروط عليه فاستحقت الاجرة وقال محمد: له الاجر للذهاب في نقل الكتاب لانه أوفى ببعض المعقود عليه. قلنا الاجرة مقابلة بالجواب والنقل ولم يوجد ولم يأت بالمعقود عليه فلا أجر له كما لو نقض الخياط الخياطة بعد الفراغ من العمل فلو وجده غائبا فهو كما لو وجده ميتا لتعذر الوصول إليه، ولو ترك الكتاب هناك ليوصله إليه أو إلى ورثته فله الاجر في الذهاب لانه أتى بأقصى ما في وسعه. قال في المحيط: لو استأجر رسولا ليبلغ رسالته إلى فلان ببغداد فلم يجد فلانا وعاد فله الاجر لان الاجر بقطع المسافة لانه أتى بما في وسعه، وأما الاجتماع فليس في وسعه فلا يقابله الاجر. وفي الخلاصة: ولو استأجره ليبلغ الرسالة إلى فلان بالبصرة فذهب الرجل فلم يجد المرسل إليه أو وجده لكن لم يبلغ الرسالة ورجع فله الاجر اهـ. أقول: لعله لم يبلغ الرسالة لعدم تمكنه من التبليغ فعذره. قال في الخلاصة: والفرق بين الرسالة والكتاب أن الرسالة قد تكون سرا لا يرضى المرسل أن يطلع عليها غيره، أما الكتاب فمختوم. قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني: لا نسلم الفرق بل هما سواء في الحكم اهـ. وفي المحيط: استأجر خياطا

ليخيط قميصا فخاطه ففتقه رجل قبل أن يقبضه رب الثوب فلا أجر له لانه تلف قبل التسليم، ولا يجبر الخياط على أن يعيده، فإن كان الخياط فتقه يجبر على عوده، استأجر ملاحا لحمل طعام إلى موضع كذا فرد السفينة إنسان فلا أجر للملاح وليس له أن يعيد السفينة، وإن ردها الملاح بنفسه لزمه الرد، ولو استأجر سفينة مدة معلومة فانقضت المدة في أثناء البحر تترك السفينة في يدة إلى بلوغ ذلك المكان ولو استأجر سفينة لحمل طعام إلى موضع كذا فلما بلغت السفينة الموضع أو بعضه ردها الريح إلى الموضع الذي اكتراها منه. قال محمد: إن كان صاحب الطعام معه فعليه الاجر كله أو بعضه بقدر ما بلغ. وإن لم يكن صاحب الطعام معه فلا أجر عليه لانه انتقض الحمل بالرد فلم يستوف المعقود عليه، وكذا لو اكترى بغلا إلى موضع كذا فلما سار بعض الطريق جمع فرده إلى الموضع الذي خرج منه فعليه من الكراء بقدر ما سار لانه صار مستوفيا للمنفعة بنفسه فلا يسقط عنه البدل بعد التسليم. قيد بقوله (للجواب) لانه لو لم يشترط الرد للجواب. قال الحدادي: ولو تركه حتى يوصله إليه حيث كان غائبا أو إلى قريبه حيث كان
***

[١٦]

[باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها صح إجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها وله أن يعمل فيها كل شئ إلا أنه] ميتا استحق الاجر كاملا قال: فلو شرط عليه الجواب فدفعه إليه فلم يقرأه حتى عاد من غير جواب له الاجر كاملا لانه أتى بما في وسعه، ولو لم يجده أو وجده ولم يدفع له بل رد الكتاب فلا أجر له، ولو نسي الكتاب هناك لا يستحق أجرة الذهاب اه. والله تعالى أعلم. باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها قال في النهاية: لما ذكر مقدمات الاجارة ذكر في هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الاجارة وما لا يجوز. وفي غاية البيان: لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجرة ذكر ما يجوز من الاجارة بإطلاق اللفظ وتقيده، وذكر أيضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير للمؤجر وما لا يعد خلافا. قال رحمه الله: (صح إجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها) والقياس أن لا تجوز هذه الاجارة حتى يبين ما يعمل فيها لان الدار تصلح للسكنى ولغيرها، وكذا الحوانيت تصلح لاشياء مختلفة فينبغي أن لا تجوز حتى يبين ما يعمل فيها كاستئجار الارض للزراعة والثياب للبس. وجه الاستحسان أن العمل المتعارف فيها السكنى والمتعارف كالمشروط ولان إجارتها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز إجارتها مطلقا بخلاف الاراضي والثياب لانهما يختلفان، وعبارة المؤلف أحسن من عبارة صاحب الهداية حيث زاد للسكنى لسلامته عما أورد على هذا اللفظ. قال تاج الشريعة: قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستئجار يعني ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لا أن يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى لانه لو نص على هذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى اه. كلامه. قال صاحب غاية البيان: ويجوز أن يتعلق قوله (للسكنى) بالاستئجار أي يجوز استئجار الدور والجوانيت للسكنى وله أن يعمل فيها كل شئ لا يوهن البناء ولا يفسده وهو الظاهر من كلام القدوري اه. وقول تاج الشريعة لو نص على السكنى ليس له أن يعمل غيرها كما سيأتي ليس بظاهر لانه لو عمل غيرها بما هو أنفع من المسكنى بأن خزن فيها برا أو غيره يجوز لان التقييد فيما لا يتفاوت لا يعتبر، ولو استحق المستأجر من يد المستأجر وقد هلك عنده وضمنه يرجع على الذي أجره ولا أجر عليه فيما استعلمه لان الاجرة والضمان لا يجتمعان. قال رحمه الله: (وله أن يعمل فيها كل شئ) لما ذكرنا من أنها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز له أن يعمل فيها ما شاء عند الاطلاق، وله أن يسكن غيره معه أو ينفرد ولان كثرة السكان لا يضر بها بل يزيد في عمارتها لان خراب المسكن بترك السكان، وله أن يضع فيها ما بدا له حتى الحيوان، وله أن يعمل فيها ما بدا له من العمل كالوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر
***

[١٧]

[لا يسكن حدادا أو قصارا أو طحانا والاراضي للزراعة أن بين ما يزرع فيها أو قال] الحطب لان ذلك كله من توابع السكنى. وذكر في النهاية أنه لا يدخل الحيوان في عرفنا لان المنازل ضيقة اه. ويربطها على الباب فإن أجره صحن الدار ربطها في الصحن. وليس للمؤجر أن يدخل دابته الدار بعدما أجرها، ولو كان فيها بئر أو بالوعة فسدت لا يجبر على إصلاحها، ولو بنى المستأجر التنور في الدار المستأجرة فاحترق شئ من الدار لم يضمن، كذا في الخلاصة. وفي المحيط: وله أن يربط الدابة إن كان في الدار سعة أما إن كانت ضيقة فلا، ولو استأجر دارا على أن يسكنها وحده فله أن يترك امرأته معه لانه شرط لا فائدة فيه اه. وفي الخلاصة: وإذا ربط الدابة

فضربت إنسانا أو هدمت الحائط لم يضمن اه. قال رحمه الله: (إلا أنه لا يسكن حدادا أو قصارا أو طحانا) لان في نصب الرحى واستعمالها في هذه الاشياء ضرارا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد وراءها دلالة. والمراد بالرحى رحى الماء والثور، وأما رحى اليد فلا يمنع منها لانها لا تضر بالبناء. وفي الحدادي: رحى اليد إذا بنيت في الحائط يمنع منها، وله أن يكسر فيها الحطب الكسر المعتاد، وله أن يطبخ فيها الطبخ المعتاد وإن زاد على العادة بحيث يوهن البناء فليس له ذلك إلا برضا صاحب الدار، وينبغي أن يكون الدق على هذا التفصيل، فظهر أن الحاصل كل ما يوهن البناء أو فيه ضرر ليس له أن يعمل فيها إلا بإذن، وكل ما لا ضرر فيه جاز بمطلق العقد واستحقه به. ولم يتعرض المؤلف لبيان ما يجب عليه إذا فعل ذلك ونحن نبينه، فلو أقعد حدادا فهدم البناء بعمله وجب الضمان لانه متعدي ولا أجر لان الضمان والاجر لا يجتمعان، ولو لم ينهدم وجب عليه الاجر استحسانا، والقياس أن لا يجب لان هذا العلم غير داخل تحت العقد. ووجه الاستحسان أن المعقود عليه هو السكنى وفي الحدادة وأخواتها السكنى وزيادة فيصير مستوفيا للمعقود عليه فيجب عليه الاجر بشرط السلامة فصار نظير ما لو استأجر دابة ليحمل عليها قدرا معلوما فزاد عليها وسلمت الدابة فإنه يجب عليه الاجر. ولو اختلف المؤجر والمستأجر في اشتراط ذلك كان القول للمؤجر لانه أنكر الاجارة، ولو أقاما البينة كانت بينة المستأجر أولى. وفي الخلاصة: ولو استأجر ليقعد قصارا فله أن يقعد حدادا إن كان ضررهما واحدا. وفي المحيط: أو كان ضرر الحداد أقل وإن كان أكثر فليس له ذلك وكذلك الرحى اه. قيد بالدور لان استئجار البناء وحده لا يجوز في ظاهر الرواية لانه لا ينتفع به وحده. وفي القنية: ويفتى بجواز استئجار البناء وحده إذا كان ينتفع به كالجدار للسقف ولو أجره المستأجر من المؤجر لم يجز، والاصح أن العقد ينفسخ بالاجارة. قال رحمه الله: (والاراضي للزراعة أن بين ما يزرع فيها أو قال على أن يزرع ما شاء) يعني يجوز استئجار الارض للزراعة إن بين ما يزرع فيها أو قال على أن يزرع فيها ما يشاء

***

[١٨]

لان منفعة الارض مختلفة باختلاف ما يزرع فيها لانه منه ما ينفع كالبرسيم في ديارنا وما يضر كالقمح مثلا فلابد من بيانه أو يقول له ازر فيها ما شئت كي لا يفضي إلى المنازعة. ولو لم يبين ولم يقل له ازرع فيها ما شئت فسدت الاجارة للجهالة، ولو زرعها لا تعود صحيحة في القياس، وفي الاستحسان يجب المسمى وتنقلب صحيحة لان المعقود صار صحيحا معلوما بالاستعمال، وصار كما لو استأجر ثوبا ولم يبين اللابس ثم ألبس إنسانا عادت صحيحة لما ذكرنا. وفي القنية: استأجر أرضا سنة على أن يزرع فيها ما شاء فله أن يزرع فيها زرعين ربيعيا وخريفيا. وفي الجوهرة: ولا بأس باستئجار الارض للزراعة قبل ريها إن كانت معتادة للري في مثل هذه المدة لتي عقد الاجارة عليها، وإن جاء من الماء ما يزرع به البعض فالمستأجر بالخيار إن شاء نقض الاجارة كلها، وإن شاء لم ينقض وكان عليه من الاجر بحساب ما روي منها اه. وفي القنية: ولو استأجرها ولا يمكنه الزراعة في الحال لاحتياجها إلى السقي وكري الانهار أو مجئ الماء، فإن كان بحال تمكنه الزراعة في مدة العقد جاز وإلا فلا كما لو استأجرها في الشتاء تسعة أشهر ويمكنه زراعتها في الشتاء جاز لما أمكن من المدة، أما إذا لم يمكن الانتفاع بها أصلا بأن كانت سبخة فالاجارة فاسدة، وفي مسألة الاستئجار في الشتاء يكون الاجر مقابلا بكل المدة لا بما ينتفع به فحسب، وقيل بما ينتفع به اه. واعلم أن الارض لا ينحصر استئجارها للزراعة والبناء والغرس كما توهمه المتون فقد صرح في الهداية بأن الارض تستأجر للزراعة وغيرها. وقال في غاية البيان: أراد بغير الزراعة البناء والغرس وطبخ والآجر والخزف ونحو ذلك من سائر الانتفاعات بالارض اه. فإذا عرفت ذلك ظهر لك صحة الاجارات الواقعة في زماننا من أنه يستأجر الارض مقيلا ومراحا قاصدا بذلك إلزام الاجرة بالتمكن منها مطلقا، سواء شملها الماء وأمكن زراعتها أولا، ولا شك في صحته لانه لم يستأجرها للزراعة بخصوصها حتى يكون عدم ريها عيبا تنفسخ به. وفي الولوالجية: استأجر أرضا ليلبن فيها فالاجارة فاسدة ثم هي على وجهين: إن كان للتراب قيمة ضمن قيمته ويكون اللبن له، وإن لم يكن له قيمة فلا شئ عليه واللبن له وضمن نقصان الارض إن نقصت. وفي فتاوي قارئ الهداية: إن إجارة الارض المشغولة بزرع الغير إن كان الزرع بحق بأن كان بأجرة لا يجوز أن يأجر ما لم يستحصد الزرع إلا أن يؤجرها مضافة إلى المستقبل، وإن كان الزرع بغير مستند شرعي صحت الاجارة لان الزرع في هذه الصورة واجب القلع فإن المؤجر في هذه الصورة قادر على تسليم ما أجره ويجب صاحب الزرع على قلعه سواء أدرك أم لا لانه لا حق لصاحبه في إبقائه اه.

والدار المشغولة بمتاع الساكن الذي ليس بمستأجر تصح إجارتها وابتداء المدة من حين تسليمها فارغة، كذا في القنية. وفي الخلاصة: ولو أجر الارض المزروعة ثم سلمه بعد ما فرغ وحصد ينقلب جائزا، ولو قال المستأجر أجرت منك الارض وهي فارغة وقال المؤجر لا بل هي مشغولة
***
[١٩]
[على أن يزرع ما شاء وللبناء والغرس إن بين مدة فإن مضت المدة قلعهما وسلمها فارغة] بزرعي يحكم الحال، كذا في المنتقى. وفي فتاوي الفضلي: القول قول الآجر اه. وللمستأجر الشرب والطريق لانه لا ينتفع بعقد الاجارة إلا بهما بخلاف المبيع لان المقصود ملك الرقبة لا الانتفاع ولهذا صح بيع الجحش الصغير والارض السبخة. وفي شرح الطحاوي: وإن أجر المستأجر بأكثر مما استأجر فإن كانت الاجرة من جنس ما استأجر به ولم يزد في الدار شيئا لا تطيب له الزيادة ويتصدق بها، فإن زاد شيئا آخر طابت له الزيادة أو أجر بخلاف جنس ما استأجر به والكنس ليس بزيادة. قال رحمه الله: (وللبناء والغرس إن بين مدة) يعني جاز استئجار الارض للبناء والغرس إن بين مدة لان المنفعة معلومة والمدة معلومة فتصح كما لو استأجرها للزراعة. وفي المحيط: دفع أرضه لرجل ليغرس أشجارا على أن تكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز والشجر لرب الارض وعليه قيمة الشجر وله أجر ما عمل ولا يؤمر بقلعه، وهذه إجارة فاسدة لانه جعل أجرة ما يخرج من العمل وعلى رب الارض قيمة الاشجار لانه صار مستقرضا للاشجار منه وتقابضا لها حكما واستقراض الاشجار لا يجوز فيكون قرضا فاسدا فيوجب الملك إذا اتصل به القبض. وفي القنية من الوقف: ولا يجوز استئجار السبيل ليبني به غرفة لنفسه إلا أن يزيد في الاجرة ولا يضر بالبناء، وإن كان لا يرغب المستأجر إلا على هذا الوقف جاز من غير زيادة في الاجرة إذا قال القيم أو المالك أذنت له في عمارتها فعمر بإذنه يرجع عليه وعلى الوقف. هذا إذا كان يرجع نفعه إلى الوقف والمالك، وإن كان يرجع إلى المستأجر وفيه ضرر كالبالوعة والتنور فإنه لا يرجع إلا إذا شرط الرجوع. قال رحمه الله: (فإن مضت المدة قلعهما وسلمها فارغة) يعني إذا مضت مدة الاجارة قلع البناء والغرس وسلم الارض إلى المؤجر فارغة لان يجب عليه تفريغها وتسليمها إلى صاحبها فارغة وذلك بقلعها في الحال لانه ليس له غاية تعلم بخلاف ما إذا كانت للزراعة وانقضت المدة والزرع لم يدرك حيث يترك على حاله إلى الحصاد بأجر المثل لان له غاية معلومة فأمكن مراعاة الجانبين، وبخلاف ما إذا مات أحد المتعاقدين في المدة والزرع لم يدرك بحيث يترك بالاجرة على حاله إلى الحصاد وإن بطلت الاجارة فكان تركه بالمسمى وإبقاء العقد على ما كان أولى من النقض وإعادته، وبخلاف ما إذا غصب أرضا وزرعها حيث يأمر بالقلع وإن كان له نهاية لان ابتداء فعله وقع ظلما والظلم يجب إعدامه لا تقريره. والقياس أن يقلع في الامور كلها لان الارض ملكه فلا تؤجر بغير إذنه. ووجه الاستحسان وهو الفرق بين البناء والغرس والزرع ما تقدم. وفي القنية والخصاف: استأجر أرضا وقفا ليبني فيها أو يغرس ثم مضت مدة الاجارة فللمستأجر أن يستبقيها بأجرة المثل إذا لم يكن في ذلك ضرر، ولو أبى الموقوف عليه إلا القلع فليس له ذلك اه. ومن هنا علم حكم الاستحكار وهذا وارد على إطلاق المؤلف. وفي المحيط: وإذا
***
[٢٠]
[إلا أن يغرم المؤجر قيمته مقلوعا ويتملكه أو يرضى بتركه فيكون البناء والغرس لهذا والارض لهذا والرطبة كالشجر والزرع يترك بأجرة المثل إلى أن يدرك والدابة للركوب والحمل والثوب للبس فإن أطلق أركب وألبس من شاء وأن قيد براكب ولابس مخالف] انقضت المدة وفي الارض غراس أو رطبة يؤمر بالقلع لانه ليس لها نهاية. قال رحمه الله: (إلا أن يغرم المؤجر قيمته مقلوعا ويتملكه) يعني إذا مضت المدة يجب عليه قلع البناء والغرس إلا أن يغرم المؤجر قيمة ذلك إلى آخره. هذا إذا كانت الارض تنتقص بالقلع لان الواجب دفع الضرر عنهما فيدفع الضرر عن صاحب الغرس والبناء بدفع القيمة له وعن صاحب الارض بالتملك بالقيمة، وإن كانت لا تنتقص فليس له ذلك إلا برضا صاحبه لاستوائهما في ثبوت الملك وعدم المرجح. وليس لرب الارض أن يتملك الغراس جبرا على صاحبه إذا لم يكن في قلعهما ضرر فاحش. قال رحمه الله: (أو يرضى بتركه فيكون البناء والغرس لهذا والارض لهذا) لان الحق لرب الارض فيترك ذلك بأجرة أو بغير أجرة، فإن تركها عارية فله أن يؤاجرها لاجنبي. وفي القنية من الوقف: بنى في الدار بغير

إذن القيم ونزع البناء يضر بالوقف يجبر القيم على دفع القيمة للباني ويجوز لمستأجر الوقف غرس الاشجار والكرم بغير إذن إذا لم يكن يضر بأرض الوقف، ويجوز للمتولي الاذن في أرض الوقف فيما يزيد فيها خيرا قال رحمه الله: (والرطبة كالشجر) وقد تقدم بيانه. قال رحمه الله: (والزرع يترك بأجرة المثل إلى أن يدرك) وقد تقدم بيانة بخلاف موت أحدهما قبل إدراك الزرع فإنه يترك بالمسمى على حاله إلى الحصاد والمستعير كالمستأجر. وفي القنية: والمراد بقول الفقهاء يترك بأجرة المثل إلى الحصاد بعقد أو بقضاء فلا يجب الاجر إلا بأحدهما وهذا يجب حفظه اه. قال رحمه الله: (والدابة للركوب والحمل والثوب للبس) يعني يجوز استئجار هذه الاشياء لما ذكر إذا عين الراكب والحمل أو أطلق لان لها منافع معلومة. قيد بالركوب ليحترز عما إذا استأجرها كما تقدم، وباللبس ليحترز عما إذا استأجر الثوب ليزين به دكانه كما تقدم. وفي الذخيرة: استأجر دابة ليحمل عليها حنطة من موضع كذا إلى منزله وكان كلما رجع يركبها فعطبت الدابة قال أبو بكر الرازي: يضمن لانه استأجرها للحمل دون الركوب فكان غاصبا بالركوب. وقال الفقيه أبو الليث: في الاستحسان لا يضمن لان العادة جرت بين الناس بذلك فصار مأذونا فيه. ثم شرع يبين أنها تارة تكون مطلقة وتارة تكون مقيدة. قال رحمه الله: (فإن أطلق أركب وألبس من شاء) يعني إذا أطلق له الركوب واللبس جاز له أن يركب الدابة ويلبس الثوب من شاء، والمراد بالاطلاق أن يقول على أن تركب من تشاء وتلبس من تشاء اه. كلام الشارح. وفسر الاطلاق بهذا تاج الشريعة وصاحب العناية والغاية، وفسر صاحب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الاطلاق بأن يقول استأجرتها للركوب ولم يزد عليه أو اللبس ولم يزد عليه. اعلم أن

***

[٢١]

[ضمن ومثله ما يختلف بالمستعمل وفيما لا يختلف بطل تقييده كما لو شرط سكنى] استئجار الدابة والثوب على ثلاثة أضرب: الاول أن يقول عند العقد استأجرتها للركوب أو للبس ولم يزد عليه. والثاني أن يزيد في قوله على أن أركب من أشاء وألبس من أشاء، والثالث أن يقول على أن أركب أنا أو فلان أو ألبس أنا أو فلان. ففي الوجه الاول يفسد العقد لان الركوب واللبس مختلفان اختلافا فاحشا، فإن أركب شخصا ومضت المدة تنقلب صحيحة ويجب المسمى استحسانا لانه ارتفع الموجب للفساد وهو الجهالة ولا ضمان عليه إن هلكت لانه غير متعد. وفي الوجه الثاني يصح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من يركب، سواء كان المستأجر أو غيره لانه تعين من الاصل فصار كأنه نص عليه ابتداء. وفي الثالث ليس له أن يتعداه لان التعيين مفيد فإذا تعدى صار ضامنا وحكم الحمل حكم الركوب في جميع ما ذكرنا. وفي قاضيخان: استأجرت المرأة درعا لتلبسه ثلاثة أيام إن كان الثوب بدله كان لها أن تلبسه في الايام والليالي، وإن كانت صيانة تلبسه في النهار وفي أول الليل وآخره وليس لها أن تلبسه كل الليل، فإن لبسته كل الليل وباتت فيه حتى جاء النهار برئت من الضمان إن لم يتخرق اه. وفي البقالي: استأجر دابة ليحمل عليها فحمل عليها رجلا لا يضمن، ولو استأجر دابة ليطحن عليها وما بين مقدار ما يعمل به فإنه يجوز وله أن يعمل عليها مقدار ما تحمل. وفي المحيط: ينعقد فاسدا فإذا عمل عليها مقدار ما يحمل يعود جائزا ويجب المسمى استحسانا، فظهر أن المشيئة في قوله ما شاء مقيدة بقدر حملها. وفي المحيط: استأجر ثوبا ليلبسه ليذهب إلى مكان كذا فلم يذهب إلى ذلك الموضع ولبسه في غير ذلك الموضع يكون مخالفا ولا أجر عليه. وقال الفقيه أبو الليث: عندي أنه غير مخالف ويجب الاجر الان هذا خلاف إلى خير وليس هذا كمن استأجر دابة ليذهب إلى موضع كذا فركبها في المصر في حوائجه فهو مخالف لان الدابة لا يجوز إيجارها إلا إذا بين المكان وفي الثوب لا يحتاج إلى بيان المكان اه. وفي الخلاصة: وإذا تكارى قوم مشاة ابلا على أن المكاري يحمل عليها من مرض منهم أو من أغمى عليه منهم فهذا فاسد. قال رحمه الله: (وإن قيد براكب ولابس فخالف ضمن) يعني إذا عطبت لان التقييد مقيد فتعين فإذا خالف صار ضامنا بالتعدي لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس ولا أجر عليه لان الاجر والضمان لا يجتمعان، وكذا الاجرة عليه إن سلم بخلاف ما إذا استأجر حانوتا وأقعد فيه قصارا أو حدادا حيث يجب الاجر لانه لما سلم تبين أنه لم يخالف، كذا في غاية البيان. واستفيد من كلامه أنه إذا قيد ليس له الاجارة والاعارة كما إذا عمم وليس له الايداع في الاول ولا ضرورة دون الثاني، كذا في فصول العمادي. كما إذا عمي الحمار في الطريق. قال رحمه الله: (ومثله ما يختلف بالمستعمل) يعني يضمن مثله في كل شئ يختلف باختلاف المستعمل إذا كان مقيدا وخالف لما ذكرنا من المعنى. قال رحمه

الله: (وفيما لا يختلف
***
[٢٢]
[واحد له إن يسكن غيره وإن سمى نوعا وقدرا ككر بر له حمل مثله وأخف لا أضر] بطل تقييده كما لو شرط سكنى واحد له أن يسكن غيره) يعني فيما لا يختلف باختلاف ا لمستعمل كالدور للسكنى لا يعتبر تقييده حتى إذا شرط سكنى واحد له أن يسكن غيره لان التقييد لا يفيد لعدم التفاوت وما يضر بالبناء كالحداد والقصار والطحان خارج كما مر. والفسطاط كالدار عند محمد، وعند أبي يوسف مثل اللبس لاختلاف الناس في نصبه وضرب أوتاده واختيار مكانه. قال رحمه الله: (وإن سمى نوعا وقدرا ككرير له حمل مثله وأخف لا أضر كالملح) يعنى لو سمى النوع والقدر فله أن يحمل على الدابة ما هو مثله وأخف كما لو استأجر ليحمل هذه الحنطة وهي قدر معلوم فحمل مثل قدرها وما هو أخف منه كالشعير والسمسم، وليس له أن يحمل عليها ما هو أضر منه كالملح لان الرضا بالشئ يكون رضا بما هو مثله أو دونه عادة لا بما هو أضر منه لانه لا فائدة في إجازة كر حنطة ومنع كر شعير بل الشعير أخف منه فكان أولى بالجواز حتى لو سمى قدرا من الحنطة فحمل عليها من الشعير مثله وزنا ضمن لان الشعير يأخذ من ظهر الدابة أكثر ما تأخذ الحنطة فصار كما لو حمل عليها قربة ماء أو حطب، كذا في النهاية. وقال شيخ الاسلام في شرحه: لا يضمن استحسانا. وقال: وهو الاصح لان ضرر الشعير عند استوائهما في الوزن أخف من ضرر الحنطة لانه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذ الحنطة فكان أخف عليها بالانبساط، وبه كان يفتي الصدر الشهيد، ولو حمل عليها مثل وزنة حديدا أو ملحا يضمن لانه يجتمع في مكان واحد من ظهر الدابة فيضر بها أكثر، وكذا لا يضمن إذا حمل عليها مثل وزنها قطنا لانه يأخذ من ظهر الدابة أكثر وفيه حرارة، وما ذكرناه وجه الاستحسان. والقياس أنه يضمن في الشعير ونحوه. والحاصل أن الشيئين متى كان في كل واحد منهما ضرر فوق ضرر الآخر من وجه لا يستفاد من الاذن في أحدهما الاذن في الآخر وإن كان هو أخف ضررا من وجه آخر. وفي الاصل: إذا تكارى من رجلا إبلا مسماة بغير عينها إلى مكة فالاجارة جائزة. قال شيخ الاسلام: ليس تفسير المسألة ما ذكرنا بل تفسيرها استأجر المكاري على الحمل فالمقصود عليه الحمل في ذمة المكاري وأنه معلوم والابل آلة وجهالة الآلة لا توجب فساد الاجارة كما في الخياط والقصار وما أشبهة. واستدل على تفسير المسألة بما ذكر أنه لو استأجر عبدا للخدمة لا بعينه لا يجوز. قال الصدر الشهيد: ونحن نفتي بالجواز كما ذكر في لكتاب من غير تأويل. وفي الذخيرة: استأجر دابة إلى كذا ودفع له الدابة لا يجبر رب الدابة أن يرسل غلامه معها. قال محمد: يؤمر بأن يرسل غلامه معها. قال شيخ الاسلام: إن شاء لانه لا يجبر عليه. وفي الصيرفية: استأجر دابة بعينها للحمل فحمل المكاري على غيرها لا يستحق الاجرة ويكون متبرعا. وفي الفتاوي: تكارى دابة إلى موضع معلوم بأربعة دراهم على أن يرجع في يومه فلم يرجع إلى خمسة أيام قال: يجب درهمان أجرة الذهاب لانه مخالف في الرجوع. ولو استأجر دابة إلى مكة
***
[٢٣]
[كالملح وإن عطبت بالارداف ضمن النصف وبالزيادة على الحمل المسمى ما زاد] فهو على الذهاب، وفي الغاية على الذهاب والرجوع. وفي فتاوي: هو استأجر دابة ليحمل عليها مائة من الحنطة فمرضت فلم تطق إلا خمسين فحمل عليها هل يرجع على المكاري بحصة ذلك؟ قال القاضي بديع الدين: لا يرجع لانه رضي بذلك. وفي جامع الفتاوي: استأجر دابة يوما وانتفع بها فأمسكها وقد ورم بطنها أو اعتلت فتركت في الدار الذي هو فيما فماتت غرم. وفي العتابية: تكارى قوم مشاة إبلا على أن المكاري يحمل من مرض منهم أو من أعيا منهم فالاجارة فاسدة. وفي الاصل: ولو شرطوا عليه أن يركب واحد منهم فيه ثم يركب الآخر وهكذا فذلك جائز. وفي الخلاصة: تكاري على دخول عشرين يوما إلى موضع كذا فما دخل إلا في خمسة وعشرين يوما قال: يحط عنه من الاجرة بحساب ذلك ويستقيم على قول أبي يوسف ومحمد اه. وفي الخلاصة: رجل اكترى إبلا للحج ثم اختلفوا في وقت الخروج فالقول في ذلك قول من يريد الخروج في الوقت المعروف للخروج اه. وفي المحيط: تكارى دابة بغير عينها إلى موضع كذا لم يجز لان هذا عقد واحد والمعقود عليه في كل مجهول جهالة تؤدي إلى النزاع. استأجر دابة إلى موضع كذا وضعفت قبل الوصول فعليه أن يأتي بغيرها لان العقد لا ينفسخ في هذه الحالة، وإن كانت بعينها فليس عليه أن يأتي بغيرها فيفسخ العقد، ولو استأجر رجل دابتين بعشرة صفقة واحدة ليحمل عليها عشرين

قفيزا فحمل على كل دابة عشرة يقسم الاجر على أجر مثل كل دابة اهـ. قال رحمه الله: (وإن عطبت بالارداف ضمن النصف) يعني إذا استأجر دابة فأردف عليها غيره ضمن نصف القيمة ولا يعتبر بالثقل لان الدابة يعقرها الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية، ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فيتعلق الحكم بالعدد كالجناية في باب الجناية. هذا إذا كانت الدابة تطيق حمل الاثنين، وإن كانت لا تطيق ضمن جميع قيمتها، ذكره في الكافي. قالوا: هذا إذا كان الرديف يستمسك بنفسه، وإن كان صغيرا لا يستمسك بنفسه يضمن بقدر ثقله. قال في النهاية: قيد بالرديف احترازا عما إذا حمله على عاتقه فإنه يضمن جميع القيمة لان ثقله مع الذي حمله يجتمعان في مكان واحد فيكون أشق على الدابة. وقال الحدادي: الرديف مثال وليس بقيد حتى لو جعل المستأجر نفسه رديفا وغيره أصيلا فالحكم واحد. وفي غاية البيان: قيد بكونه رديفا لانه لو أقعد الاجنبي في السرج صار غاصبا ولم يجب عليه شئ من الاجرة. قال قاضيخان: استأجر دابة ليركبها إلى موضع كذا فحمل عليها صبيا صغيرا فعطبت ضمن قيمتها كما لو حمل عليها حملا. وأطلق في ضمان النصف فشمل ما إذا هلكت قبل الوصول أو بعده قال وعليه جميع الاجرة إذا هلكت بعدما بلغ مقصده ونصف القيمة إذا هلكت قبله. وفي المحيط: إذا عطبت بعد البلوغ من الركوب فعليه الاجر كاملا ونصف القيمة كان الرديف أخف أو أثقل، أما الاجرة فلانه استوفى المعقود

***

[٢٤]

عليه، وأما الضمان فلان التلف حصل بركوبهما ولم يبين من عليه الضمان فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الرديف وإن شاء ضمن المستأجر، فإن ضمن المستأجر لا يرجع بما ضمن، وإن ضمن الرديف يرجع إن كان مستأجرا وإلا فلا. وفي الخانية: فإذا أراد صاحب الدابة أن يضمن الرديف نصف القيمة كان له ذلك. وفي التتارخانية: استأجر دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة فأجرها من غيره فحمل عليها عشرين فتلفت يخير المالك في التضمين إن شاء ضمن الثاني ويرجع على الاول لانه غره، وإن ضمن الاول لا يرجع على الثاني اهـ. وأقول: ينبغي أن يفصل بأنه إن علم أنه مستأجر لما ذكر ينبغي أن لا يرجع على الاول، وإن علم أنه مالك أو لم يعلم ينبغي أن يرجع. وأطلق المؤلف في الارداف فشمل ما إذا أردف في كل المدة أو بعضها. وفي المحيط: استأجر دابة ذاهبا وراجعا بعلفها فركبها ذاهبا وحمل عليها متاعا وأردف آخر راجعا فعليه أجرة مثلها في الذهاب لان الاجارة وقعت فاسدة لجهالة العلف، وفي الرجوع ركبها اثنان فهلكت فعليه نصف القيمة ولما زاد من الحمل ويعرف ذلك بالرجوع إلى أهل الخبرة. وهذا إذا لم يركب على الحمل، إما إذا ركب عليه يضمن جميع قيمتها لانه يحتمل ثقله وثقل الحمل عليها. ولو استأجر محمل الولد معها فتلفت ضمن بقدر الولد، وكذا لو ولدت الناقة فحمل ولدها عليها. وقيد بالعطب لانها لو سلمت يجب عليه الاجر تماما. قال رحمه الله: (وبالزيادة على الحمل المسمى ما زاد) يعني إذا استأجر دابة ليحمل عليها قدرا فحمل عليها أكثر منه فعطبت يضمن ما زاد بالثقل لانها هلكت بمأذون وغيره فانقسم عليهما. هذا إذا كانت الدابة تطيق ذلك، فلو كانت لا تطيق مثله يضمن جميع القيمة لعدم الاذن فيه. هذا إذا حمل المسمى وزاد عليه، وإن حمل عليها غيره فهلكت وجب عليه جميع القيمة لعدم الاذن. قال الاكمل: ونوقض بما إذا استأجر ثورا ليطحن عليه مقدارا فزاد فهلك يضمن جميع القيمة وإن كانت الزيادة من جنسه، وفرق بينهما بأن الطحن يكون شيئا فشيئا فإذا طحن القدر المسمى فقد انتهى الاذن وبطحن غيره معه فقد تعدى فيضمن جميع القيمة. قيد بكونه زاد على المعتاد لانه إن زاد على المسافة فهلكت يضمن جميع القيمة لعدم الاذن في الزيادة. وقيد بكونه حمل عليها لان رب الدابة لو كان هو الذي حمل عليها فلا ضمان على المستأجر. قال في الذخيرة: استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم من الحنطة فجعل في الجوالق عشرين من الحنطة وأمر المكاري أن يحمل هو عليها فحمل هو ولم يشاركه المستكري فهلكت لا ضمان عليه أصلا، ولو حمل ذلك عليها رب الدابة والمستكرى جميعا ووضعاه على ظهر الدابة فهلكت الدابة ضمن المستكري ربع القيمة. هذا إذا كان في جولق واحد، ولو جعلها في جولقين وحمل كل واحد منهما جولقا ووضعا على الدابة جميعا لا يضمن المستأجر شيئا ويجعل حمل المستأجر ما كان مستحقا له بالعقد اهـ. وفي الخلاصة: هذا إذا حمل المستأجر أولا، وإن حمل رب الدابة أولا ثم المستأجر فهلكت ضمن نصف القيمة. وفي الاصل: إذا استأجر دابة ليركبها فلبس من الثياب

***

[٢٥]

[وبالضرب والكبح ونزع السرج والاكاف أو الاسراج بما لا يسرج بمثله وسلوك طريق] أكثر مما كان يلبس وركب الدابة فهلكت،

إن لبس ما يلبس الناس فلا ضمان عليه، وإن لبس ما لا يلبسه الناس ضمن ما زاد بحسابه. وفي الخانية: استأجر دابة ليركبها إنسانا فأركبها امرأة بآلة أو رجلا بسرج فهلكت لا ضمان عليه ولا على الراكب إلا أن يعلم أن مثل الدابة لا تطيق ذلك فيضمن جميع القيمة. وفي الاصل: استأجر حمارا بسرج فأسرجه بسرج لا يسرج به مثله فهو ضامن مقدار ما زاد باتفاق الروايات، وإن كان أخف من الاول أو مثله فلا ضمان عليه. هذا إذا كانت الدابة توكف بمثله، وإن كانت لا توكف بمثله يضمن جميع القيمة. وفي قاضيخان: وإن تلفت فله الاجرة تماما، ولو علم أنها تطيق فبلغ فله تمام الاجرة، وإذا هلكت يضمن ولا تجب الاجرة. هذا إذا جعل الاقل والزيادة في جولق واحد، ولو جعل الزيادة في جولق منفردة وحملها ضمن القيمة. وفي المحيط: استأجر دابة ليحمل عليها امرأة فولدت فحمل ولدها معها عليها يضمن بقدر الولد. قال رحمه الله: (وبالضرب والكبح) أي يضمن إذا هلكت منهما. وفي المغرب: الكبح ضرب الدابة باللجام وهو أن يجذبها إلى نفسه. وهذا عند الامام. وقالا: لا يضمن إذا فعل فعلا معتادا لان المطلق يدخل تحت المتعارف فكان هالكا بالمأذون به. وللامام أن المتعارف مقيد بشرط السلامة لان السوق يتحقق بدونه وإنما تضرب للمبالغة، وهذا بخلاف ما إذا ضرب العبد المستأجر للخدمة حيث يضمن بالاجماع. والفرق لهما أنه يؤمر وينهى لفهمه فلا ضرورة إلى ضربه. وظاهر ما في الهداية أن للمستأجر الضرب ولا إثم عليه. وفي غاية البيان: إن ضرب الدابة يكون متعديا للضمان وفيها موجبا أن الامام رجع إلى قولهما. وأما ضرب دابة نفسه فقال في القنية: لا يضربها أصلا وإن كانت ملكه ثم قال: لا يخاصم ضارب الحيوان فيما يحتاج إليه للتأديب ويخاصم فيما زاد عليه، وعلى هذا الخلاف المذكور ضرب الاب أو الوصي للصغير إذا لم يجاوز ضرب مثله للتأديب حيث تجب الدية والكفارة عنده، وعندهما لا تجب الدية لان الضرب لاصلاح الصغير متعارف وفيه منفعة له فكان كضرب المعلم بل أولى بخلاف ضرب الزوج لانه لمنفعة نفسه فيشترط فيه السلامة. وللامام أن منفعة الصغير كالواقع له لقيام البعضية بينهما ألا ترى أن الشهادة له جعلت كشهادته لنفسه، وبخلاف ضرب المعلم بإذن الاب لان الاذن من الاب صحيح لما له من الولاية، وإذا صح كان الاب معينا ولا ضمان على المعين. وليس له أن يضرب أخيه الصغير على ترك الصلاة. وأطلق في الضرب والكبح وهو محمول على ما إذا كان بغير إذن صاحبها ففي التتارخانية: استأجرها ليركبها فضربها فماتت. فإن كان بإذن صاحبها وأصاب الموضع لا يضمن بالاجماع. وفي العتابية: فإن عنف في السير ضمن إجماعا، والمعلم والمؤدب واستاذ الحرفة يضمن بالضرب فإن كان بإذن لم يضمن اه. وفي جامع الفصولين: استأجر حمارا لحمل متاع ولم يكن صاحب المتاع معه فمرض الحمار في

***

[٢٦]

[غير ما عينه وتفاوتا وحمله في البحر الكل وإن بلغ فله الاجر وبزرع رطبة وإذن بالبر ما] الطريق فترك الحمار صاحبه وترك المتاع لم يضمن للضرورة والعذر. قال رحمه الله: (ونزع السرج والاكاف أو الاسراج بما لا يسرج بمثله) يعني لو استأجر حمارا مسرجا فنزعه وأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمير أو أوكفه بذلك فتلف يضمن جميع القيمة لان الاذن يتناول ما يسرج بمثله دون ما لا يسرج بمثله فيكون متعديا فيضمن، وإن أسرج بسرج يسرج مثله به لا يضمن. وقوله بما لا يسرج بمثله قيد بالسرج لا للاكاف لانه يضمن مطلقا، سواء كان يوكف بمثله أو لا، وهذا قول الامام. وقالا: الاكاف كالسرج مطلقا لا يضمن إذا كان يوكف بمثله إلا إذا كان زائدا على السرج الذي عليه فيضمن بقدر الزيادة كما في السرج لانه هو والسرج سواء. والجواب أن الجنس يختلف لان الاكاف للحمل والسرج للركوب، وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط الآخر فصار كاختلاف الحنطة والشعير. قال في النهاية: ذكر في الاجارة أنه يضمن بقدر ما زاد وهو قولهما، فمن المشايخ من قال ليس في المسألة روايتان عن الامام، ومنهم من قال عن الامام روايتان: في رواية يضمن بقدر ما زاد، وفي رواية يضمن جميع القيمة وهو الاصح. وتكلموا في معنى قولهما يضمن بحسابه قال بعضهم إذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر أربعة أشبار فيضمن بحسابه، وقيل يعتبر بالوزن. قال قاضيخان: وهذا إذا استأجر الحمار مسرجا، فلو استأجره عريانا فالمسألة على وجوه: إن استأجره من البلد إلى البلد لا يضمن لان الحمار لا يركب بينهما إلا بسرج أو إكاف، فإن استأجره ليركب في المصر، فإن كان من ذوات المقامات فكذلك فإنه من عادته أن لا يركب عريانا، وإن كان من العوام الذين يركبون في المصر عريانا ففعل يضمن اه. أقول: ينبغي أن يقال فيما إذا استأجر من القرية إلى القرية إن كان المستأجر

ممن جرت العادة أن يركب من القرية إلى القرية عريانا كما يشاهد في ديارنا، فإذا أسرجه يضمن وإلا فلا. وفي المحيط: استأجر حمارا بغير لجام فألجمه بلجام مثله لا يضمن لان اللجام وضع للحفظ فلابد للراكب منه فيصير مأذونا للجام دلالة إلا إذا كان الحمار لا يلجم بمثله اهـ. وفي التتارخانية: ولو هلكت المستأجرة عند المستأجر فاستحقها رجل يضمن المستأجر قيمة ذلك ويرجع على المؤجر كما ضمن اهـ. قال رحمه الله: (وسلوك طريق غير ما عينه وتفاوتا) يعني يجب الضمان إذا عين للمكاري طريقا وسلك هو غيرها وكان بينهما تفاوت بأن كان المسلوك أوعر أو أبعد أو أخوف بحيث لا يسلك لان التقييد حينئذ مقيد، فإذ ا خالف حينئذ فقد تعدى فيضمن قيمته إن هلك، وإن لم يهلك وبلغ فله الاجر استحسانا لارتفاع الخلاف، ولا يلزم اجتماع الضمان والاجرة لانها في حالتين. ونظيره العبد المحجور عليه إذا أجر نفسه، فإن تلف في العمل يجب على المستأجر الضمان، وإن سلم يجب عليه الاجر، وإن كان الطريق يسلكه الناس وهلك المتاع

***

[٢٧]

[نقص ولا أجر له وبخياطة قباء وأمر بقميص فله قيمة ثوبه وله أخذ القباء ودفع أجرة مثله.] فلا ضمان عليه لان الظاهر فيما يسلكه الناس عدم التفاوت. قال في الهداية والكافي: هذا إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند عدم التفاوت لا يصح التعيين لعدم الفائدة، أما إذا كان بينهما تفاوت يضمن لصحة التقييد فجعلاه كالطريق الذي لا يسلكه الناس. فإن قلت: ما الفرق بين هذا حيث إذا سلم يجب الاجر وبين ما إذا استأجر دابة لركوب معين. فإن ركب غيره وسلمت حيث لا أجر عليه كما في الخلاصة والحدادي والفتاوي العتابية قلت: الفرق أنه هنا وافق من وجه لان المقصود وصول المتاع إلى ذلك المكان، وهناك لم يحصل المقصود لان المقصود ركوب المعين ولم يحصل، ولا يخفي أن قوله وتفاوتا ليس بقيد احترازي لانه لو ذهب إلى مكان غير ما عينه يضمن ولو كان أقرب. قال في الينابيع: استأجر دابة إلى موضع كذا فركبها إلى مكان أقرب منه فعطبت ضمن قيمتها اهـ. زاد في المحيط في باب الراعي: ولو سلم فلا أجر له لان رب طريق يفسد الدابة السير فيها يوما لصعوبتها وطريق لا يفسد الدابة السير فيها شهرا لسهولتها فاختلف جنس المنفعة فاستوفى جنس آخر فلا يجب الاجر. فهذه رواية تخالف ما تقدم. وفي الخلاصة: ولو نزل وتهيأ له الارتحال فلم يرتحل حتى أفسد المطر المتاع يضمن إلا إذا كان المطر عاما. وفي الخلاصة: إذا أفسد المطر المتاع على ظهر الدابة أو سرق لا يضمن. قال رحمه الله: (وحمله في البحر الكل وإن بلغ فله الاجر) يعني لو عين عليه أن يحمله في البر فحمله في البحر إن هلك القماش ضمن، وإن سلم فله الاجر. وفي الخلاصة: ولو كان البحر يسلكه الناس ولهذا أطلقه المؤلف قال الاتقاني: السماع بلغ بالتشديد وقوله الكل عائد إلى المسائل التي تقدمت كلها من قوله وبالضرب اهـ. قال رحمه الله: (وبزرع رطبة وإذن بالبر ما نقص) يعني إذا قيد عليه بأن يزرع حنطة فزرع رطبة يجب عليه ضمان نقصان الارض لان الرطبة أكثر ضررا من الحنطة لانتشاب عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافا إلى شر لاختلاف الجنس فيجب عليه النقصان بخلاف ما إذا استأجر دابة للركوب أو الحمل فأردف غيره أو زاد حيث يجب عليه من الضمان بحسابه لانه تلف بما هو مأذون فيه وبما هو غير مأذون فيه. قال رحمه الله: (ولا أجر) يعني ولا يجب الاجر لانه لما خالف صار غاصبا واستوفى المنفعة بالغصب فلا تجب الاجرة لان الضمان والاجرة لا يجتمعان، وإن زرع فيها ما هو أقل ضررا من الحنطة لا يجب الضمان وتجب الاجرة لانه خلاف إلى خير فلا يصير به غاصبا. وأقول: ينبغي أن يرجع قوله ولا أجر لجميع المسائل التي قيد فيها، والتقييد مقيد إذا خالف. قال رحمه الله: (وبخياطة قباء وأمر بقميص فله قيمة ثوبه وله أخذ القباء ودفع أجرة مثله) يعني إذا أمره أن يخيط ثوبه قميصا فخاطه قباء فرب الثوب بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوبه، وإن شاء أخذه ودفع له أجرة مثله أي مثل القباء. القباء القرطف الذي يلبسه

***

[٢٨]

[باب الاجارة الفاسدة] الاتراك مكان القميص وهو ذو طاق واحد. قال ظهير الدين: القميص إذا قد من قبل كان قباء طاق إذا خيط جانباه كان قميصا. قيد بالقباء لانه لو خاطه غير قباء لا يثبت له خيار بل يضمنه القيمة حتما، وقيل: له الخيار في الكل. ووجه ما ذكر أنه قميص من وجه لانه يمكنه سده والانتفاع به انتفاع القميص فصار موافقا من هذا الوجه وهو مخالف من حيث

القطع فيخير كما ذكرنا. وإذا أخذ القباء يدفع أجرة مثله لا يتجاوز به المسمى ولو خاطه قميصا مخالفا لما وصفه له يخير فإذا أخذه فله أجر مثله لا يتجاوز به المسمى، ولو خاطه سراويل وقد أمره بالقباء يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والهيئة وقيل يخير وهو الاصح لوجود الاتحاد في أصل المنفعة وهو الستر فصار كما لو دفع لرجل نحاسا وأمره أن يضرب له شيئا من الاواني فضربه له بخلافه فإنه يخير. وفي التتارخانية: إذا أمر إنسانا أن ينقش اسمه في فص خاتمه فغلط فنقش اسم غيره ضمن الخاتم. وفي الغياثية: وإن شاء صاحب الخاتم أخذه وأعطاه مثل أجر عمله لا يزاد على المسمى، ولو دفع إلى نجار بابا وأمره أن ينقشه كذا ففعل غير ما أمره به فله الخيار كما تقدم، وإن وافق أمره إلا قليلا فلا. وإن أجره أن يحمر له بيتا فخضر فالمالك بالخيار إن شاء أعطاه ما زادت الخضرة فيه ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمته. ولو دفع ثوبه إلى صباغ ليصبغه بزعفران فصبغه بغير ما سمى فصاحب الثوب بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وسلمه إليه، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجرة مثل عمله لا يتجاوز به المسمى. وفي الغياثية: لو اختلف في كيفية الصبغ قبل العمل مخالفا ويفسخ العقد، وإن بعد العمل فالقول لرب الثوب. ولو دفع إلى حائك غزلا لينسجه كذا فخالف فإما أن يكون الخلاف من حيث القدر أو من حيث الصفة، ولا يخلو إما أن يكون إلى زيادة أو نقصان، وفي الفصول كلها صاحب الثوب بالخيار إن شاء ترك الثوب وضمنه غزلا، وإن شاء ضمنه الثوب وأعطاه أجرة المثل إلا يتجاوز به المسمى. وفي الخلاصة: رجل دفع إلى خياط ثوبا فقال اقطعه حتى يصل القدم وكمه خمسة أشبار وعرضه كذا فجاء به ناقصا، فإن كان قدر أصبع ونحوه فليس بنقصان، وإن كان أكثر يضمنه. ولو قال للخياط انظر إلى هذا الثوب إن كفاني قميصا أقطعه وخطه بدرهم فقطعه ثم قال لا يكفيك يضمن الثوب، ولو قال انظر يكفيني قيمصا قال نعم قال اقطعه فقطعه ثم قال لا يكفيك لا يضمن والله أعلم. باب الاجارة الفاسدة لما فرغ من بيان الاجارة الصحيحة شرع في بيان الفاسدة وفي بيان ما يكون مفسدا، ولا يخفى أن ذكر الاجارة الفاسدة بعد صحيحها لا يحتاج إلى معذرة فهي في محلها كما لا يخفى. وعبر بالفاسد دون الباطل لكثرة فروعه، وذكر خلاف ما ترجم له فكان عليه أن

***

[٢٩]

[يفسد الاجارة الشرط وله أجر مثله لا يتجاوز به المسمى فإن أجر دارا كل شهر بدرهم] يقول الفاسدة العقد المشتمل على منفعة لاحد المتعاقدين أو جهالة لان الفقيه نظير للاحكام والفاسد ما كان مشروعا بأصله دون وصفه. وبين الفاسد والباطل فرق ههنا، فالباطل ما ليس مشروعا أصلا وحكمه أن لا يجب فيه بالاستعمال أجر بخلاف الفاسد فإنه يجب فيه بالاستعمال الاجر، كذا في الحقائق. وفي جامع الفصولين: بين البيع الفاسد والاجارة الفاسدة فرق، فإن الفاسد من البيع يملك بالقبض والفاسد من الاجارة لا يملك بالقبض حتى إذا قبضها المستأجر لا يملكها، ولو أجرها يجب أجر المثل ولا يكون غاصبا، وليس للاول أن ينقض هذا العقد، كذا في الخلاصة. قال رحمه الله: (يفسد الاجارة الشرط) قال في المحيط: كل جهالة تفسد البيع تفسد الاجارة لان الجهالة المتمكنة في البدل أو المبدل تفضي إلى المنازعة، وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين يفضي إلى المنازعة فيفسد الاجارة. وفي الغياثية: الفساد قد يكون لجهالة قدر العمل بأن لا يعين محل العمل، وقد يكون لجهالة قدر المنفعة بأن لا يبين المدة، وقد يكون لجهالة البدل أو المبدل، وقد يكون لشرط فاسد مخالف لمقتضى العقد، فالفاسد يجب فيه أجرة المثل لا يزاد على المسمى إن سمى وإلا فأجر المثل بالغا ما بلغ، وفي الباطل لا تجب الاجرة والعين غير مضمونة في يد المستأجر، سواء كانت صحيحة أو فاسدة أو باطلة اه. قال الشارح: لانها بمنزلة البيع ألا ترى أنها تقال وتفسخ فتفسد بالشروط. وفي الخلاصة: رجل استأجر دارا شهرا بعشرة على أنه إن سكن فيها يوما فبعشرة فسدت الاجارة، وكذ لو استأجر دابة إلى بغداد على أنه إن حمل كذا فبأجرة كذا، وإن حمل كذا فبأجرة كذا، وكذا لو استأجر أرضا على أنه إن زرع كذا فبإجرة كذا اه. وفي المحيط: لو استأجر دارا بكذا على أن يعمرها فالاجارة فاسدة. ولا يخفى أن المراد بالشرط الفاسد هو الذي لا يلايم العقد كما مر في البيع. أما الشرط الملايم فإنه لا يفسد العقد. وبهذا ظهر أن الاجارة الواقعة في مصر في الوقف في زماننا على أن المغارم وكلفة الكاشف على المستأجر فاسدة كما لا يخفي. قال رحمه الله: (وله أجر مثله لا يتجاوز به المسمى) لا يخفي أن العقد الفاسد في الاجارة له حكمان: وجوب الدفع والضمان إذا انتفع، ووجوب الدفع مقدم على وجوب أجرة المثل فكان عليه أن يقدم الحكم المتقدم على المتأخر ولكن اهتم بالضمان فقدمه وترك قيدا وهو أن يقول فإن انتفع فله

الاجر. وأشار بقوله لا يتجاوز به المسمى إلى أن الفساد ليس لجهالة المسمى أو لعدم التسمية، فلو كان الفساد لواحد منهما يجب أجر المثل بالغا ما بلغ، وكذا إذا كان بعضه معلوما وبعضه مجهولا مثل أن يسمى دابة أو ثوبا أو عشرة دراهم. والظاهر من كلام الماتن والشارح أن الفساد إذا كان لغير جهالة المبدل لا يجب أجر المثل بالغا ما بلغ بل لا يزاد على المسمى وليس كذلك، لانه إذا كان البدل معلوما وفيه منفعة لاحد

***

[٣٠]

[صح في شهر واحد إلا أن يسمي الكل وكل شهر سكن ساعة منه صح فيه وإن] المتعاقدين يجب أجر المثل بالغا ما بلغ كذا في قاضيخان وغيره. قالوا: لو استأجر حماما أو غيره بمال معلوم بشرط أن يرمه، وكذا إذا استأجر دارا بشرط أن لا يسكنها فالاجارة فاسدة، ويجب عليه إن سكنها أجرة المثل بالغا ما بلغ. وقال زفر والشافعي: يجب أجر المثل بالغا ما بلغ في الكل إذا كان الفساد لجهالة البدل أو لعدم التسمية، ولنا أن المنافع غير متقومة بنفسها لان التقوم يستدعي سابقة الاحراز وما لا بقاء له لا يمكن إحرازه فلا يتقوم وإنما يتقوم بالعقد الشرعي للضرورة، فإذا فسدت الاجارة وجب أن لا تجب الاجرة لعدم العقد الشرعي إلا أن الفاسد من كل عقد ملحق بصحيحه لكونه تبعا له ضرورة فيكون له قيمة في قدر ما وجد فيه شبهة العقد وهو قدر المسمى فيجب فيه المسمى بالغا ما بلغ، وفيما زاد على المسمى لم يوجد فيه عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم ويبقى على الاصل. قوله وله أجر الظاهر من قول المؤلف وله أجر مثله أنه هو الواجب وليس كذلك. قال جمهور الشارحين: الواجب الاجارة في الفاسدة الاقل من أجرة المثل ومن المسمى، وهو في الذخيرة وفتاوي قاضيخان. قال رحمه الله: (فإن أجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر واحد إلا أن يسمى الكل) لان كلمة كل إذا دخلت على مجهول وأفراده غير معلومة انصرف إلى الواحد لكونه معلوما وفسد في الباقي للجهالة كما إذا باع صبرة من طعام كل قفيز بدرهم فإنه يجوز في قفيز واحد وهذا قول الامام ومهما وافقاه في الشهور وأجازاه العقد في الكل في الصبرة. والفرق لهما أن الشهور لا نهاية لها والصبرة متناهية فترتفع الجهالة بالكيل، وإذا تم الشهر الاول لكل واحد منهما نقض الاجارة بشرط حضور الآخر، وإن كان غائبا لا يجوز بالاجماع، وقيل يجوز عند أبي يوسف. قال تاج الشريعة: لو كان فاسدا فيما بقي من الشهور لجاز الفسخ في الحال قال: قلت الاجارة من العقود المضافة وانعقاد الاجارة في أول الشهر فقبل الانعقاد كيف تفسخ اه. ولقائل أن يقول أنتم قررتم في الاجارة الصحيحة أنها تنعقد ساعة فساعة وجاز الفسخ فيها بقدر ما بقي من المستقبل ينبغي أن يكون هنا كذلك. واختلف المشايخ في كيفية الفسخ لكل واحد منهما في رأس الشهر لان رأس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال، ولا يمكن الفسخ بعد ذلك لمضي وقت الخيار، والصحيح في هذا أحد الطرق الثلاث: أن يقول الذي يريد الفسخ قبل مضي الوقت فسخت الاجارة فيتوقف هذا الفسخ إلى انقضاء الشهر، فإذا انقضى الشهر وأهل الهلال عمل الفسخ حينئذ عمله ونفذ لانه لا يجد نفاذا في وقته لان الفسخ إذا لم يجد نفاذا يتوقف إلى وقته، وبه كان يقول أبو النصر محمد بن سلام. أو يقول الذي يريد الفسخ في هلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فينفسخ العقد إذا هل الشهر أو يفسخ الذي يريد الفسخ في الليلة التي يهل الهلال في يومها،

***

[٣١]

[استأجرها سنة صح وإن لم يسم أجرة كل شهر وابتداء المدة وقت العقد فإن كان حين] كذا في النهاية مختصرا. وظاهر الرواية أن لكل واحد منهما الخيار في الليلة الاولى ويومها وبه يفتى، لان في اعتبار الساعات حرجا بينا، والمقصود هو الفسخ في رأس الشهر وهو عبارة عن اليلة الاولى ويومها لان محمدا قال: لو حلف ليقضي فلانا دينه في رأس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها لم يحنث استحسانا. وظاهر قوله صح في شهر واحد الفساد في الباقي كما تقدم. قال في المحيط: وهذا قول بعضهم والصحيح أن الاجارة كل شهر جائزة، وإطلاق محمد يدل على هذا فيجوز العقد في الشهر الاول والثاني والثالث. وإنما يثبت خيار الفسخ لكل واحد منهما في أول الشهر الثاني لان الاجارة في الشهر الثاني مضافة إلى وقت في المستقبل، ولكن واحد فسخ الاجارة المضافة إلى وقت في المستقبل. وقوله دارا مثال لانه لو استأجر ثورا ليطحن عليه كل يوم بدرهم فالحكم كذلك. قال رحمه الله: (وكل شهر سكن ساعة منه صح فيه) لانه صار معلوما فتم العقد فيه بتراضيهما وهو قول بعض المشايخ وهو القياس. وعلى ما في الاصل إذا سكن يوما أو يومين صح وليس

لواحد منهما الفسخ وهو ظاهر الرواية على ما قدمنا. ولو قدم أجرة شهر أو أكثر وقبض المعجل يوما لا يكون لكل واحد منهما الفسخ فيما عجل لان بالتقديم زالت الجهالة في ذلك القدر فصار كالمسمى في العقد. قال في المحيط: الاجارة الطويلة التي تفعل ببخارى صورتها أنهم يؤجرون الدار والارض سنين مدة معلومة متوالية غير ثلاثة أيام في آخر كل سنة على أن كلا منهما بالخيار في ثلاثة أيام من آخر كل سنة ويجعلون لكل سنة أجرة قليلة ويجعلون بقية الاجرة للسنة الاخيرة، الصحيح أن هذا العقد جائز لان هذا ليس بشرط الخيار في الاجارة بل استثناء ثلاثة أيام. قال رحمه الله: (وإن استأجرها سنة صح وإن لم يسم أجرة كل شهر) يعني إذا بين الاجرة جملة جاز العقد لان المنفعة صارت معلومة ببيان المدة والاجرة معلومة وإن لم يبين القسط كل شهر فإذا صح وجب أن يقسم الاجرة على الشهور على السواء، ولا يعتبر تفاوت الاسعار باختلاف الزمان، ولما كانت السنة منكرة أفاد أن هذا المنكر يتعين بقرينة الحال. قال رحمه الله: (وابتداء المدة وقت العقد) يعني ابتداء أول مدة الاجارة الوقت الذي يلي العقد لان في مثله يتعين الزمان الذي يلي العقد كالاجل واليمين لا يكلم فلانا شهرا. ولانه لو لم يتعين عقيب العقد لصارت مجهولة وبه تبطل الاجارة. والظاهر من حالهما أنهما يعقدان العقد الصحيح فتعين عقيب العقد بخلاف الصوم حيث لا يتعين ابتداؤه عقيب اليمين ولا عقيب النذر لان الاوقات في حقه ليست سواء فإنه لا يجوز في الليل ولا يصير شارعا فيه إلا بالعزيمة فلا يتعين عقيب التسبب. هذا إذا كان العقد مطلقا من غير تعيين المدة، وإن بين مدة تعين ذلك وهو ظاهر. قال رحمه الله: (فإن كان حين يهل يعتبر بالاهلة وإلا فالايام) قال
***
[٣٢]
[يهل يعتبر بالاهلة وإلا فالايام وصح أخذ أجرة الحمام والحجام لا أجره عسب التيس] صاحب النهاية: بضم الياء وفتح الهاء على صيغة البناء للمفعول أي يبصر الهلال وقال: أراد به اليوم الاول اه‍. قال ابن قاضي زاده: وليس المراد بقوله اليوم الاول تفسير معنى حين يهل إذ قد علم معناه من التفسير السابق قطعا بل مراده بذلك بيان أثر قوله حين يهل. وليس المراد معناه الحقيقي بل المراد معناه العرفي وهو اليوم الاول من الشهر اه‍. يعني إذا وقع عقد الاجارة في ليلة الهلال أو في يومها تعتبر المدة بالاهلة، وإن كان بعدما مضي شئ من الشهر يعتبر بالايام وهو أن يعتبر كل شهر ثلاثون يوما، وهذا قول الامام وهو رواية عن الثاني. وقال محمد: يعتبر الاول بالايام ويكمل من الاخير ويبقى غيره على الاصل، وللامام أنه لما تعذر اعتبار الشهر الاول بالاهلة فكذا البقية اه‍. قال رحمه الله: (وصح أخذ أجرة الحمام) لقوله صلى الله عليه وسلم (ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن) (١) قال الاكمل: وإنما ذكر هذه في الفاسدة مع أنها جائزة لان بعض العلماء خالف في ذلك قال الشارح وبعض العلماء كره الحمام لما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه سماه شر بيت. وقال عثمان: إنه ببيت الشيطان. ومن العلماء من كرهه للنساء لا للرجال والصحيح أنه لا بأس بالحمامات للرجال والنساء وفي الخلاصة: استأجر حماما في قرية فوقع الجلاء في القرية ونفر الناس سقطت الاجرة، أو نفر بعض الناس لا تسقط. وفي المحيط: إذا كان حمام للرجال وحمام للنساء فأجرهما جميعا وسمي حماما جاز استحسانا إذا كان باب الحمامين واحدا، وإن كان لكل واحد باب على حدة لا يجوز العقد اه‍. وفي الخلاصة: استأجر حماما ببدل على أن عليه الاجرة حال جريان الماء وانقطاعه فالاجارة فاسدة. وفي الخانية: شيل الرماد والسرقين وتفريغ موضع البالوعة وغيرها على المستأجر فإن شرط على المؤجر فسدت اه‍. وقال في المحيط: ولو امتلا مسيل ماء الحمام فعلى المستأجر تفريغه. ولو امتلات البالوعة فعلى الآجر تفريغها، والفرق أن تفريغ مسيل الماء يمكن من غير نقض البناء، وأما البالوعة فلا يمكن تفريغها بنفسه إلا بنقض شئ من البناء ولا يملك المستأجر نقض شئ من البناء وإنما يملكه رب الارض فجعل تفريفه عليه. وفيه أيضا: استأجر حمامين سنة فانهدم أحدهما قبل القبض فله ترك الباقي لان الصفقة تفرقت عليه قبل التمام بخلاف ما لو استأجر حماما سنة فلم يسلمه إلى المستأجر حتى مضى شهران ولم ينتفع وامتنع المستأجر من القبض فإنه يجبر على القبض ولا يخير لان الصفقة هنا تفرقت في حق المنافع فلا يوجب ثبوت الخيار وهناك في القبض، وإذا انهدم الحمام قبل القبض فله الخيار، ولو انهدم أحد الحمامين بعد القبض فالباقي لازم بحصته لان الصفقة تفرقت بعد التمام. استأجر حماما وعبدا ليقوم عليه فانهدم الحمام بعد قبضهما فله
***
[٣٣]

[والاذان والحج والامامة وتعليم القرآن والفقه والفتوى اليوم على جواز الاستئجار] ترك العبد لانه عجز عن استعمال العبد فيما استأجره له. وإن هلك العبد فليس له ترك الحمام لان هلاك العبد لا يوجب خللا في منفعة الحمام. استأجر الحمام ودخل بنورة أو أخذه من رب الحمام يجوز استحسانا. استأجر حماما بغير قدر واستأجر القدر من آخر فانكسر القدر بعد شهر فأجرة الحمام لازمة دون أجرة القدر لانه يمكنه أن يستأجر قدرا غيره ويستعمله في الحمام استأجر حماما شهرا فعمل فيه من الشهر الثاني فلا أجر عليه في الشهر الثاني، وروي عن أصحابنا أن عليه أجرة الشهر الثاني للعرف. قال رحمه الله: (والحجام) أي جاز أخذ أجرة الحجام لما روي أنه عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى أجرته وبه جرى التعارف بين الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا فانعقد إجماعا. وقالت الظاهرية: لا يجوز لما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن عسب التيس وكسب الحجام وقفيز الطحان. قلنا: هذا الحديث منسوخ لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال له رجل: إن لي عيالا وغلاما حجاما أفأطعم عيالي من كسبه؟ قال: نعم. وإنما فسرنا الصحة بالجواز لان العادة جارية هنا وفيما بعده لعدم جريان عقد فيه. قال رحمه الله: (لا أجرة عسب التيس) يعني لا يجوز أخذ أجرة عسب التيس لقوله عليه الصلاة والسلام إن من السحت عسب التيس ومهر البغي. ولانه عمل لا يقدر عليه وهو الاحبال فلا يجوز أخذ الاجرة عليه ولا أخذ المال بمقابلة الماء وهو نجس لا قيمة له فلا يجوز. والمراد هنا استئجار التيس لينزو على الغنم ويحبلها بأجر، أما لو فعل ذلك من غير أجر لا بأس به لان به يبقى النسل. وفي المحيط: ومهر البغي في الحديث وهو أن يؤاجر أمته على الزنا وما أخذه من المهر فهو حرام عندهما، وعند الامام إن أخذه بغير عقد بأن زنى بأمته ثم أعطاها شيئا فهو حرام لانه أخذه بغير حق، وإن استأجرها ليزني بها ثم أعطاها مهرها أو ما شرط لها لا بأس بأخذه لانه في إجارة فاسدة فيطيب له وإن كان السبب حراما. قال رحمه الله: (والاذان والحج والامامة وتعليم القرآن والفقه) يعني لا يجوز استئجار هذه الاشياء. وقال الامام الشافعي: يجوز لانه استئجار على عمل غير متعين عليه وكونه عبارة لا ينافي ذلك ألا ترى أنه يجوز الاستئجار على بناء المسجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به وقال عليه الصلاة والسلام لعثمان بن أبي وقاص: لا تأخذ على الاذان أجرا. ولان القربة تقع للعامل فلا يجوز أخذ الاجر على عمل وقع له كما في الصوم والصلاة، ولان التعليم مما لا يقدر عليه المعلم إلا بمعنى من جهة المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز بخلاف بناء المسجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه فإنه يقدر عليها الاجير وكذا الاجير يكون للآمر لوقوع الفعل عنه نيابة، ولهذا لا تشترط أهلية المأمور فيهما بل أهلية الآمر حتى جاز أن يستأجر الكافر فيهما ولا يجوز
***
[٣٤]
[لتعليم القرآن ولا يجوز على الغناء والنوح والملاهي وفسد إجازة المشاع إلا من الشريك] فيما نحن فيه، كذا قالوا. وينتقض هذا بما ذكروا في باب الحج عن الغير أن الحج يقع عن الآمر وأن للانسان أن يجعل ثواب عمله لغيره. قيد بأفعال الطاعة لانه لو استأجره ليعلم ولده الكتابة أو النحو أو الطب أو التعبير يجوز بالاتفاق، كذا في التتارخانية. وفي الكبرى: تعليم الفرائض والحساب والوصايا بأجر يجوز. وفي الذخيرة: لو استأجره ليعلم ولده الشعر والادب إذا بين له مدة جاز ويستحق المسمى إذا سلم نفسه تعلم أو لم يتعلم، وإذا لم يذكر له مدة فالعقد فاسد ويستحق أجرة المثل إذا تعلم اه. وفيها أيضا: ويجوز الاستئجار على تعليم الصنعة والتجارة والهدم والبناء والحفر وأشباه ذلك، فإذا أجره عبده لعلمه كذا على إعطاء المولى شيئا معينا فهو جائز، وإن شرط المعلم على المولى أن يعطيه في كل شهر كذا ويقوم على غلامه في تعليم كذا فهو جائز، وإذا لم يشترط كل واحد منهما شيئا فلما فرغ وتعلم قال المعلم لي الاجرة على رب العبد كذا وقال سيد العبد لي الاجرة على المعلم ينظر في ذلك إلى عرف تلك البلدة، فإن كان سيد العبد هو الذي يعطي فالاجرة عليه، وإن كان المعلم هو الذي يعطي فالاجرة على المعلم اه. قال رحمه الله: (والفتوى اليوم على جواز الاستئجار لتعليم القرآن) وهذا مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ، استحسنوا ذلك وقالوا بنى أصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم، ولان الحفاظ والمعلمين كان لهم عطايا في بيت المال وافتقادات من المتعلمين في مجازات التعليم من غير شرط، وهذا الزمان قل ذلك واشتغل الحفاظ بمعائشهم فلو لم يفتح لهم باب التعليم بالاجر لذهب القرآن فأفتوا بالجواز، والاحكام تختلف باختلاف الزمان،

وكان محمد ابن الفضل يفتي بأن الاجرة تجب ويحبس عليها. وفي الخلاصة: إذا أخذ المعلم من الصبي شيئا من المأكول أو دفع الصبي ذلك إلى ولد المعلم لا يحل له بخلاف ثمن الحصر لان ذلك تمليك من أب الصغير اه. وفي الحاوي للكرابيسي: إذا استأجره ليختم عنده القرآن ولم يسم له أجرا ليس له أن يأخذ أقل من خمسة وأربعين درهما شرعا، أما إذا سمى أجرا لزم ما سمى لكن يأثم المستأجر إذا عقد على أقل من خمسة وأربعين درهما إلا أن يهب المتسأجر ما بقي من تمام القدر أو يشترط أن يكون ثواب ما فوقه لنفسه فلا يأثم. وكذا إذا قال اقرأ بقدر ما قدرت عليه فله من الاجر بقدر ما قرأ وهذا يجب حفظه كما في المبسوط. أقول: وهذا في عرفهم، أما في عرفنا فيجوز ذلك. وفي الخلاصة: رجل استأجر قوما يحملون جنازة ويغسلون ميتا إن كان في موضع لا يجد من يغسله غيرهم ولا من يحمله فلا أجر لهم، وإن كان هناك غيرهم فلهم الاجر اه. وفي المحيط: استأجر الامام رجلا ليقتل مرتدا أو أسيرا أو لاستيفاء القصاص في النفس لم يجز عندهما، ولو استأجره لاستيفاء القصاص فيما دون النفس يجوز، ولو استأجر

***

[٣٥]

مصحفا ليقرأ فيه لم يجز، وإن قرأ فيه فلا أجر عليه، والقاضي كالامام. لو استأجر القاضي رجلا ليقوم عليه في مجلس القضاء شهرا جاز، ولو استأجر من له القصاص رجلا ليقتص له فلا أجر له لا يجوز هذا العقد عند الاول والثاني ويجوز عند الثالث. وفي قاضيخان: أهل الذمة إذا استأجروا ذميا ليصلي بهم أو ليضرب الناقوس لهم لا يجوز، ولو استأجر المجوسي مسلما ليقيم له النار لا بأس به لان الانتفاع بالنار مباح اه. وفي النهاية: يعني يجوز الاستئجار على تعلم الفقه. وفي الروضة: وفي زماننا يجوز للامام والمؤذن والمعلم أخذ الاجرة. ومثله في الذخيرة. ولا يجوز استئجار كتب الفقه والتفسير والحديث لعدم التعارف. قال ابن قاضي زاده: أقول وفيما ذكروا من وجه الاستحسان نظر قوي بيان ذلك هو أن مقتضى الدليل الاول أنه لا يمكن تحقيق ماهية الاجارة وهي تمليك المنافع بعوض في الاستئجار على تعليم القرآن ونظائره بناء على عدم القدرة على تسليم ما التزمه المؤجر من المنفعة فكيف يصح استحسانا والاستحسان فرع تحقق ماهية الاجارة كما لا يخفي، وهذا محل تسكب فيه العبرات. أقول: والجواب أن الاجارة في تعلم القرآن والفقه على أمرين، على التلقين والتعليم. ففي القياس نظروا إلى التعليم وجعلوا التلقين تابعا له فقالوا: لا يمكن. وفي الاستحسان نظروا إلى التلقين وجعلوا التعليم تابعا له فقالوا بالجواز فاختلفت الجهة. والاذان والامامة دخلا تبعا فتدبره فإنه جيد. وفي الظهيرية: ومشايخ بلخ أفتوا بجواز ذلك إذا ضرب له مدة وعند عدم الاستئجار أصيبجب أجر المثل اه. وفي الملتقط: ولو امتنع أبو الصبي من دفع الوظيفة جبر عليه وحبس عليه اه. قال رحمه الله: (ولا يجوز على الغناء والنوح والملاهي) لان المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الاجر من غير أن يستحق عليه لان المبادلة لا تكون إلا عند الاستحقاق، وإن أعطاه الاجر وقبضه لا يحل له ويجب عليه رده على صاحبه. وفي المحيط من كتاب الاستحسان: إذا أخذ المال من غير شرط يباح له. وفي المحيط: ذمي استأجر من مسلم أو ذمي بيعة يصلي فيها لم يجز لان صلاة الذمي معصية وإن كانت طاعة في زعمه، ولو استأجر المسلم من المسلم مسجدا ليصلي فيه لم يجز لان المسجد لا يملك، ولو استأجر ذمي دارا من مسلم فاتخذ فيها مصلى لنفسه لم يمنع فإن جمع الجماعة وضرب الناقوس فلصاحبها منعه، ولو أراد بيع الخمر فيها فإن كان في السواد لا يمنع، وأما في سواد خراسان، فإنهم يمنعون من ذلك لان الغالب فيها المسلمون. مسلم يشرب الخمر في داره ويجمع القوم يمنع من ذلك ولا يخرج من داره، وكذا الذمي لو استأجر مسلما ليرعى له الخنازير ويجوز عند الامام خلافا لهما. استأجر ذمي مسلما ليحمل له ميتا أو دما يجوز لان نقل الميت والدم لاماطة الاذى عن الناس مباح. مات ميت من المشركين فاستأجروا مسلما ليحمله إلى بلدة أخرى قال أبو يوسف: لا أجر له. وقال محمد: إن علم الاجير أنها جيفة لا أجر له لانه نقل

***

[٣٦]

ما لا يجوز له، وإن لم يعلم فله الاجر. وفي الخانية: الفتوى على قول محمد اه. ولو استأجره لينقل الميت المشرك إلى المقبرة يجوز، كذا في المحيط. وفي المضمرات: الغناء حرام في جميع الاديان، وكذا إذا أوصى بما هو معصية عندنا، وعند أهل الكتاب لا يجوز وذكر منها الوصية للمغنيين والمغنيات. وقال ظهير الدين: من قال لمقرئي زماننا أحسنت عند قراءته يكفر. وفي الكبرى: رجل جمع المال وهو كان

مطربا مغنيا هل يباح له ذلك؟ إن كان من غير شرط يباح له ذلك؟ وإن كان بالشرط يرده على أصحابه. وإن لم يعرف يتصدق به. وفي العتابية: وأما المعصية نحو أن يستأجر نائحة أو مغنية أو لتعليم الغناء وفي فتاوي أهل سمرقند: استأجر رجلا لينحت له مزمارا أو طنبورا أو بربطا ففعل يطيب له الاجر إلا أنه يأثم. في الاعانة على المعصية، ولو استأجر المسلم ليبني له بيعة أو كنيسة جاز ويطيب له الاجر. ولو استأجرة امرأة ليكتب لها قرآنا أو غيره جاز ويطيب له الاجر إذا بين الشرط وهو إعداد الخط وقدره، ولو استأجر مسلما ليحمل له خمرا ولم يقل لاشربه جازت الاجارة على قول الامام خلافا لهما. وفي المحيط: السارق أو الغاصب لو استأجر رجلا يحمل المغصوب أو المسروق لم يجز لان نقل مال الغير معصية اه. وفي شرح الكافي: ولا يجوز الاجارة على شئ من الغناء واللهو والنوح والمزامير والطبل ولا على الحداء وقراءة الشعر ولا غيره ولا أجر في ذلك. هذا في الطبل إذا كان للهو، أما إذا كان لغيره فلا بأس به كطبل القراءة وطبل العرس. وفي الاجناس: ولا بأس أن يكون ليلة العرس دف يضرب به لشهرة العرس. وفي الولوالجية: رجل استأجر رجلا ليضرب الطبل إن كان للهو لا يجوز. وإن كان للغزو والقافلة يجوز. قال رحمه الله: (وفسد إجارة المشاع إلا من الشريك) أطلق في قوله وفسد إلى آخره فشمل مشاعا يحتمل القسمة أو لا يحتملها وهو قول الامام. وقالا: يجوز بشرط بيان نصيبه وإن لم يبين لا يجوز في الصحيح. لهما أن المشاع منفعة وتسليمه ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ فصار كما إذا استأجر من شريكه أو من رجلين، وكالشيوع الطارئ بأن مات أحد المستأجرين وكالعارية، وإذا جاز إعارة المشاع فأولى أن تجوز إجارته فإن تأثير المشاع في منع التبرع أقوى من تأثيره في منع المعاوضة ألا ترى أن هبة المشاع لا تجوز وبيع المشاع جائز. وللامام أن المقصود من الاجارة الانتفاع والانتفاع بالمشاع لا يمكن ولا يتصور تسليمه بخلاف المبيع فإن المقصود فيه الملك ألا ترى أنه يجوز بيع الجحش ونحوه ولا يجوز إجارته والتخلية اعتبرت تسليما في محل يتمكن من الانتفاع وفي المشاع لا يتمكن من الانتفاع ولا من القبض فيكف يجعل تسليما ولا يعتبر بالتهايؤ لانه يستحق حكما بملك المنفعة يصار إليه عند الحاجة إلى القسمة بعد الملك، وبخلاف ما إذا أجره من شريكه لانه لا شيوع في حقه إذ الكل في يده، ولا عبرة لاختلاف السبب عند اتحاد الحاجة على أنه روي عن الامام أنه لا يجوز أن استيفاء

***

[٣٧]

[وصح استئجار الظئر بأجرة معلومة وبطعامها وكسوتها ولا يمنع الزوج من وطئها فإن] المنفعة التي تناولها العقد لا يتأتى إلا بعيرها وهو منفعة نصيب شريكه وذلك مفسد للعقد كمن استأجر أحد زوجي المقراض لقرض الثياب، وبخلاف ما لو أجر من رجلين لان العقد أضيف إلى الكل ولا شيوع فيه وإنما الشيوع يظهر لتفرق الملك فيما بينهما وفيما إذا مات أحدهما انفسخ العقد في نصيبه وبقي في نصيب الآخر فطرأ الشيوع بعد القبض فلا يضر. والعارية ليست بلازمة فلا يجب التسليم وعند التسليم جاز الانتفاع بجميعه لوجود إذنه في ذلك فصار كله عارية ولا شيوع. وفي المغنى: الفتوى في إجارة المشاع على وقولهما. وقال ابن فرشة: الفتوى في إجارة المشاع على قول الامام وفي الخانية: إجارة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم فاسدة في قول الامام وعليه الفتوى اه. وفي التهذيب: وإذا سكن يجب أجر المثل على قول الامام. وفي التهذيب: والشيوع الطارئ لا يفسدها إجماعا كما إذا أجر كلها ثم تفاسخا في النصف أو مات أحدهما أو استحق بعضها يبقى في الباقي. وفي الصغرى: وطريق جوازها في المشاع أن يلحقها حكم لتصير متفقا عليها بعد المرافعة أو بعد العقد، فإذا مات أحد المؤجرين بطلت الاجارة في نصيبه وتبقى في نصيب الحي صحيحة. وفي الخانية: فإن رضي وارث الميت وهو كبير أن يكون حصته على الاجارة ورضي المستأجر جاز وإن كانت إجارة المشاع لكنها من الشريك. وفي الغياثية. رجلان أجرا دارهما من رجل جاز، وإن فسخ أحدهما برضا المستأجر أو مات لا تبطل في النصف الآخر. وفي الاصل: ولو استأجر علو منزل ليمر فيه إلى حجرته لم يجز في قول الامام، وعندهما يجوز. قال الطواويسي: ينبغي أن لا يجوز بالاجماع. وفي النوازل: إنه يجوز. قال القاضي أبو علي النسفي: وبه كان يفتي شيخنا. وفي العتابية: ولو كان البناء لرجل والعرصة لرجل آخر أجر صاحب البناء بناء من صاحب العرصة اختلف المشايخ فيه والفتوى على أنه يجوز. وفي الخلاصة: لو استأجر العرصة دون البناء يجوز. وفي المحيط: لو استأجر نخلا أو شجرا ليبسط عليه ثيابا أو يشهد بها الدابة ذكر القدوري أنه يجوز، وذكر الكرخي في مختصره أنه لا يجوز لان هذه ليست منفعة مقصودة من الشجر. ولو استأجر شاة ليحلب لبنها أو صوفها لا ينعقد. وفي المحيط: لو استأجر حائطا ليضع عليها جذعا أو يبني عليها سترة أو

يضع فيه وتدا لا يجوز والحائط اسم للبناء فقد استأجر ما لا ينتفع به فلا يجوز إجارة البناء وحده، ولو استأجر طريقا ليمر فيه لم يجز عند الامام، ويجوز عندهما. قال رحمه الله: (وصح استئجار الظئر بأجرة معلومة) والقياس أن لا تصح لانها ترد على استهلاك عين وهو اللبن فصار كاستئجار البقرة والشاة لشرب لبنها والبستان ليأكل ثمرته. والاستحسان أنه يجوز ودليله قوله تعالى (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) [الطلاق: ٦] والاجماع في ذلك وجرى التعامل به في الاعصار. وتحقيقها عقد يرد على التربية واللبن تابع
***
[٣٨]
لها. وقال بعضهم: العقد يرد على اللبن والتربية والخدمة تابعة لها وإليه مال شمس الائمة. وقال: هو الاصح والاول أشبه بالفقه وأقرب إليه. وقال في الكافي: وهو الصحيح. والظئر المرأة ذات اللبن سواء كانت مسلمة أو كافرة، حرة أو أمة أو مدبرة أو أم ولد أو مكاتبة، كذا في قاضيخان. وفي ابن فرشه: فلو عجزت المكاتبة وردت في الرق يحكم أبو يوسف ببقاء العقد، وأبطله محمد. وفي المحيط: وأجرت الامة الفاجرة أو الكافرة نفسها ظئرا جاز لان الاجارة من التجارة، ولو رضع الصبي جارية الظئر أو خادمها فلها الاجر كاملا لان الظئر بمنزلة الاجير المشترك، ولو استأجرت الظئر ظئرا فارضعته فلها الاجر استحسانا، ولو شرط عليها أن ترضع الصبي بنفسها فأرضعته بمن ذكر فلها الاجر لان اشتراط الرضاع عليها بنفسها لا يفيد. ولو اختلفا فقال أهل الصغير أرضعتيه بلبن شاة فلا أجر لك وقالت أرضعته بلبن آدمية فلي الاجر فالقول قولها مع يمينها لان الظاهر يشهد لها، وإن أقاما البينة فالبينة بينتها لانها مثبتة. وإن شرطوا عليها ارضاع الصبي في منزل الاب فليس للظئران تخرج به منه لان الارضاع في منزل الاب أجود للصبي، وليس لهم أن يحبسوا الظئر في منزلهم إن لم يشترطوا ذلك اه. ولا يخفى أنه لا بد من أن تكون المدة معلومة ولهذا قال في التجريد: ولا بد أن تكون المدة معلومة، وما جاز في استئجار العبد للخدمة جاز في الظئر، وما بطل هناك بطل هنا. وفي الاصل: وإذا جازت هذه الاجارة ينظر بعد ذلك إن شرط في عقد الاجارة أنها ترضع الصبي في منزل الاب اعتبر، ولو لم يكن هناك شرط ينظر للعرف، إن كانت ترضع في منزل الاب اعتبر، ولو لم يكن هناك شرط ينظر للعرف، إن كانت ترضع في منزل الاب أو في منزلها يعمل به وإلا فلها الخيار إن شاءت أرضعت الصبي في منزل الاب أو في منزلها اه. قال الاكمل: فإن قلت الظئر أجير خاص أو مشترك؟ قلت: هو أجير خاص يدل عليه لفظ المبسوط قال: لو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلي الصبي أو ثيابه شئ لم تضمن الظئر لانها بمنزلة الاجير الخاص. وذكر في الذخيرة ما يدل على أنه كما يكون مشتركا يجوز أن يكون خاصا قال: لو أجرت نفسها لقوم غير الاول ولو لم يعلم الاول فأرضعت كلا منهما صح وتصير المرضعة أمينة وهذه خيانة منها ولها الاجر كاملا في الفريقين، وهذا يدل على أنها تحتملهما معا فقلنا تجب الاجرة كاملا نظرا إلى أنها مشترك ويأثم نظرا إلى أنها خاص. قال رحمه الله: (وبطعامها وكسوتها) وهذا عند الامام. وقالا: لا يجوز وهو القياس. وجه قولهما أن الاجرة مجهولة فصار كما إذا استأجرها للطبخ والخبز والجهالة لا تفضي إلى المنازعة لان العادة جرت بالتوسعة عليها شفقة على الاولاد بل يعطيها ما طلبت ويوافقها على مرادها، والجهالة إنما تمنع إذا أفضت إلى المنازعة. أطلق في طعامها أو كسوتها فشمل ما إذا بين جنسها أو لم يبين. قال الحدادي: إذا لم يوصف ذلك فلها المتوسط. وفي الخلاصة: وإذا
***
[٣٩]
[مرضت أو حبلت فسخت وعليها إصلاح طعام الصبي فإن أرضعته بلبن شاة فلا أجر] بين جنس الثياب أو صفتها وعرضها وبين كيل الطعام وصفته جاز بالاتفاق اه. وفي المحيط: لو اشترطت طعامها وكسوتها عند ستة أشهر وسمت دراهم مسماة عند الفطام ولم تضف شيئا من ذلك جاز استحسانا عند الامام. وقالوا: معنى تسميته الدراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكان الدراهم فيكون معناه على التقدير سما بدل الدراهم طعاما، وإذا بين كيل الطعام وصفته جاز بالاتفاق، سواء كان حالا أو مؤجلا. ولا يشترط أن يذكر أجلا، وفي الكسوة يشترط بيان الاجل لانها لا تثبت موصوفة في الذمة إلا مؤجلا، كذا في الشارح وغيره. ولم يذكر المؤلف لمن تجب عليه أجرة الظئر ونحن نبين ذلك قال في قاضيخان: استأجر ظئرا لترضع ولده شهورا فمات الاب فقال عم الصغير أرضعيه وأنا أعطيك الاجر فأرضعته شهرا بعد ذلك قالوا: إن لم يكن للصغير مال حين استأجرها كانت الاجرة عليه من ماله، وإذا مات بطلت،

فإذا قال العم ذلك بعد موته ولم يكن وصيا كان ذلك على العم. ولو كان للصغير مال حين استأجرها الاب لا تبطل الاجارة بموت الاب، وإذا امتنع الظئر من الرضاع والصغير لا يأخذ ثدي غيرها تخير على أن ترضعه بأجرة مثلها. قالوا: هذا إذا عقدت بإذن الزوج، وإذا عقدت بغير إذنه فللزوج منعها. وإذا استأجر القاضي ظئرا لليتيم كان حسنا، وإذا كان للرضيع أم وليس له مال فأجرة أرضاعه على أقاربه بقدر ميراثهم منه، ويجوز للاب أن يستأجر أمه لترضع ولده وبنته وأخته اه. قال رحمه الله: (ولا يمنع الزوج من وطئها) لانه حقه فلا يمكن المستأجر من إبطاله ولهذا كان للزوج أن يفسخ هذا العقد إذا لم يعلم به، سواء كان يشينه إجارتها بأن كان وجيها بين الناس أو لم يشنه وهو الاصح، كما له أن يمنعها من الخروج وأن يمنع الصبي من الدخول عليها لان الارضاع والسهر يذهب جمالها فكان له أن يمنعها من ذلك كما يمنعها من الصيام تطوعا لكن إذا ثبتت الزوجية بإقرارهما ليس لها أن تفسخ لانهما لا يصدقان في حق المستأجر كما إذا أقرت المنكوحة بالرق لا تصدق في حق بطلان النكاح، وللمستأجر أن يمنع زوجها من دخول بيته. وفي الاصل: إذا عقدت بغير إذن الزوج والزوج لا يشينه ذلك فليس له حق الفسخ في الصحيح، والمرأة إذا كانت من الاشراف وأجرت نفسها ظئرا فللاولياء حق الفسخ لدفع العار عنهم. وفي الظهيرية: ولولي الصبي أن يمنع أقارب الظئر من المكث في منزله، وأما الزيارة إذا كان يؤدي ذلك إلى الاخلال بالقيام بمصالح الصغير له حق المنع وإلا فلا. قال رحمه الله: (فإن مرضت أو حبلت فسخت) يعني إذا حبلت المرضعة أو مرضت فتفسخ الاجارة لان لبن الحبلى والمريضة يضر الصغير وهي أيضا يضرها الارضاع فكان لها ولهم الخيار. ولو تقايأ الصبي لبنها لاهله الفسخ، وكذا إذا كانت سارقة، وكذا إذا كانت فاجرة ظاهر فجورها بخلاف ما إذا كانت كافرة. قال في النهاية: ولا يبعد أن يقال عيب الفجور

***

[٤٠]

في هذا فوق عيب الكفر لان كفرها في اعتقادها ألا ترى أنه كان في نساء بعض الرسل كامرأتي نوح ولوط عليهما الصلاة والسلام وما بغت امرأة نبي قط، هكذا قال عليه الصلاة والسلام. ولم يتزوج نبي فاجرة. وكذا إذا كان الصبي لا يأخذ لبنها كان لهم أن يفسخوا ولها ذلك أيضا، وكذا إذا عيرت به. ولو مات الصبي أو الظئر انقضت الاجارة. وفي الخانية: إذا ظهر الظئر كافرة أو زانية أو مجنونة أو حمقاء كان لهم الفسخ. وفي الاصل: أرادوا سفرا وأبت الخروج فلهم الفسخ، وكذا إذا كانت سيئة بذيئة اللسان، وكذا إذا أذاها أهله باللسان كان لها الفسخ، وكذا إذا كان ألفها الصبي ولم يأخذ لبن غيرها وهي تعير بذلك كان لها الفسخ في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف ليس لها الفسخ. قال شمس الائمة الحلواني: الاعتماد على رواية أبي يوسف. وفي المحيط: انتهت مدة إرضاع الظئر والصغير لا يأخذ إلا ثديها تبقى الاجارة بأجرة المثل جبرا عليها لان الاجارة كما لا تفسخ بالاعذار تبقى بالاعذار. ولو مات أبو الصغير لم تنقض الاجارة سواء كان للصغير مال أو لم يكن له مال، ولو استأجرها لترضع صبيين كل شهر بكذا فمات أحدهما سقط نصف الاجرة لانها لا يمكنها الوفاء بهذا فانفسخت الاجارة. ولو استأجر ظئرين فمات أحدهما بقي العقد في أحدهما وانفسخ في الاخرى بحصتها. والفرق بين هذا وبين ما إذا مات أحد الصبيين أن في الظئر يقسم الاجر عليهما باعتبار قيمته لانهما متفاوتان في الارضاع، وفي الصبي الايجار وقع لهما واستحق كل واحد منهما نصف البدل وهو لبن الظئر فيجب المبدل عليهما نصفان اه. وفي المنتقى: استأجر إمرأته لترضع ابنه من مال الصغير فهو جائز، ولو استأجر شاة لترضع ولده لا يجوز لان لبن البهائم له قيمة فوقعت الاجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز بخلاف لبن المرأة لانه لا قيمة له والاجارة على الخدمة. ولو التقط صبيا فاستأجر له ظئرا حالا فالاجرة عليه وهو متطوع لانه لا ولاية له على الصبي اه. قال رحمه الله: (وعليها إصلاح طعام الصبي) لان خدمة الصبي واجبة عليها وهذا منه عرفا وهو معتبر فيما لا نص فيه، وغسل ثيابه منه والطعام والثياب على الوالد والدهن والريحان على الظئر كما هو عادة أهل الكوفة، وفي عرف ديارنا ما يعالج به الصبي على أهل. وفي المضمرات: والفتوى على أنه ليس على الظئر الدهن والريحان وطعام الصبي على أهله إذا كان الصبي يأكل الطعام وعلى الظئر أن تهيئه له. وفي الينابيع: وعليها طبخه وعليها أن تمضغ الطعام للصبي ولا تأكل شيئا يفسد لبنها وتضمن به. قال رحمه الله: (فإن أرضعته بلبن شاة فلا أجر) لانها لم تأت بالواجب عليها من العمل وهو الارضاع وهذا إيجار وليس بإرضاع. قال في

الصحاح: الوجور الدواء يؤجر في وسط الفم أي يصب يقال له منه وجرت الصبي وأوجر بمعنى واحد اه. أقول: لقائل أن يقول إن كان هذا إيجار لا إرضاع فلا معنى لقول فإن أرضعته بل عليه أن يقول فإذا وجرته بدله، وإن كان إرضاع
***
[٤١]
[ولو دفع غزلا لينسجه بنصفه أو استأجره ليحمل طعامه بقفيز منه أو ليخبز له كذا اليوم بدرهم لم يجز وإن استأجر أرضا على أن يكر بها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها صح وإن] فكيف يقول الشارح هذا إيجار لا إرضاع؟ والجواب أن هذا من باب المشاكلة وهو ذكر الشئ بلفظ الشئ غيره لوقوعه في صحبته كقوله قلت اطبخوا لي جبة وقميصا فذكر المؤلف الايجار بلفظ الارضاع لوقوعه في صحبته. قيد بلبن الشاة لانها لو أرضعته بلبن خادمها أو جاريتها أو بلبن ظئر استأجرتها بلا عقد فلها الاجرة كما تقدم. قال رحمه الله: (ولو دفع غزلا لينسجه بنصفه أو استأجره ليحمل طعامه بقفيز منه أو ليخبز له كذا اليوم بدرهم لم يجز) لانه في المسألة الاولى والثانية جعل الاجرة بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان، ولان المستأجر عاجز عن تسليم الاجرة لانه بعض ما يخرج والقدرة على التسليم شرط لصحة العقد وهو لا يقدر على ذلك بنفسه وإنما يقدر بغيره فلا يعد قادرا، فإذا نسج أو عمل فله أجر مثله لا يجاوز به المسمى بخلاف ما لو استأجره ليحمل له نصف هذا الطعام بنصفه الآخر حيث لا يجب له شئ من الاجر لان الاجير ملك فيه النصف في الحال بالتعجيل فصار الطعام مشتركا بينهما في الحال. ومن حمل طعاما مشتركا بينه وبين غيره لا يستحق الاجر. هذا لانه لا يعمل شيئا لشريكه عما لا يقع بعضه لنفسه فلا يستحق الاجر، هكذا قالوا. قال الشارح: وفيه إشكالان: أحدهما أن الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك إلا في الصحيحة منها بالعقد، سواء كانت عينا أو دينا على ما بينا، فكيف تملك هنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل. الثاني أنه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي الملك لانه لا يملك إذا ملك بطريق الاجارة فإذا لم يستحق فكيف يملك وبأي سبب يملك؟ والجواب عن الاول أنه ملك هنا بالتعجيل والتسليم كما صرح هو به في تقريره وصرح به صاحب النهاية ومعراج الدراية حيث قالا: ودفع إليه. والجواب عن الثاني أنه لا منافاة بين قوله ملكه في الحال وبين قوله لا يستحق الاجرة ولا يجب لان معنى ملكه في الحال يعني ابتداء بموجب العقد وتسليم الاجر إلى الاجير بالتعجيل، ومعنى لا يستحق الاجر لبطلان العقد قبل العلم بعد أن ملك الاجر بالتسليم بسبب أنه صار شريكا في الطعام. قال في النهاية: لو قال احمل لي هذا الكر إلى بغداد بنصفه فإنه لا يكون شريكا وتفسد الاجارة لانه في معنى قفيز الطحان وللاجير أجر مثله إن وصل إلى بغداد لا يتجاوز المسمى، ومشايخ بلخ والنسفي جوزوا حمل الطعام ببعض المحمول ونسج الثوب ببعض المنسوج لتعامل أهل بلادهم بذلك، والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع، ومشايخنا رحمهم الله لم يجوزوا ذلك وقالوا: هذا التخصيص تعامل أهل بلدة واحدة وبه لا يخص الاثر. والحيلة في جوازه أن يشترطا قفيزا مطلقا فإذا عمل استحق الاجرة. وفي الغياثية: دفع إلى
***
[٤٢]
حائك ثوبا لينسجه بنصفه أو بثلثه أو ربعه فالاجارة فاسدة عند علما ئنا وبه أفتى الامام السرخسي والسيد الامام الشهيد. ومشايخ بلخ يفتون بالجواز لعرف بلادهم. وفي الظهيرية: وبه أخذ الفقيه أبو الليث وشمس الائمة الحلواني والقاضي أبو علي النسفي اه. وفي التتارخانية: لو استأجر ثورا ليطحن له أردبا ببعض منه أو حمارا ليحمل له أردبا ببعض منه فالاجارة فاسدة، ولو استأجر حانوتا بنصف ما ربح فيه فالاجارة فاسدة. وفي المحيط: لو استأجر حائكا لينسج هذا الثوب بنصفه على أن يزيد رطلا من عنده فنسج وزاد فله أجر مثل عمله ويضمن صاحب الثوب للحياك رطلا من الغزل. وأما الثالث وهو ما إذا استأجره ليخبز له طول النهار بدرهم فلان ذكر الوقت يوجب كون المعقود هو المنفعة، وذكر العمل يوجب كون العمل هو المعقود عليه ولا ترجيح لاحدهما على الآخر، فإن وقع على المنفعة استحق الاجر بمضي الوقت عمل أو لم يعمل، وإن وقع على العمل لا يتسحق إلا بالعمل فيفسد العقد وهو قول الامام. وقالا: العقد جائز ويكون العقد على العلم دون اليوم حتى إذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر، وإن لم يعمل في اليوم فعليه أن يعلم في الغد وذكر اليوم للتعجيل فصار كما إذا استأجره للعمل على أن يفرغ منه في هذا اليوم يجوز بالاجماع. والفرق للامام هنا أن اليوم لم يذكر هنا إلا لاثبات صفة في العمل والصفة تابعة للموصوف غير مقصودة بالذات، وفي مسألة الكتاب ذكر اليوم قصدا. وفي الغياثية: لو استأجره

ليخيط له هذا الثوب قميصا اليوم بدرهم لم يجز عند الامام. ولو قال ليخيط ولم يذكر الوقت يجوز، ولو قال ليخيطه قميصا ويفرغ في اليوم جاز، ولو قال بشرط أن يفرغ أو على أن يفرغ في اليوم لم يجز. فإن قلت: ورد في باب الراعي إذا جمع بين المدة والعمل يعتبر الاول. قال في المحيط: لو استأجره شهرا ليرعى غنمه بدرهم أوقع العقد على العمل لما قدم ذكر العمل على الوقت والعلة التي اقتضت فساد العقد في مسألة الجمع بين المدة والعمل فمقتضى النظر أن يفسد في الراعي كما في مسألة الكتاب، ويجوز في مسألة الكتاب كما جاز في مسألة الراعي ترجيحا للمقدم في الذكر. وما الفارق بينهما؟ أقول: الفارق بينهما قال في الاصل: والاصل عند الامام أنه إذا جمع بين الوقت والعمل إنما يفسد العقد إذا ذكر كل واحد منهما على وجه لا يصلح أن يكون معقودا عليه لان ذكر الوقت والعمل على وجه لا يجوز إفراد العقد عليه لا يفسد العقد بيانه: إذا استأجر رجلا يوما ليبني له بالجص والآجر جاز بلا خلاف، وإن جمع بين الوقت والعمل فكان ذكر البناء لبيان نوع العمل وهذا العمل في هذه المسألة لا يجوز إفراد العقد عليه حتى لو ذكر العمل على وجه يجوز إفراد العقد عليه، فإن بين قدر البناء لا يجوز ذلك عند الامام اه. فعلى مسألة الخبز بين قدر المحل تفسد، وفي مسألة الراعي لم يبين قدر الغنم المرعى فلا يفسد والحمد لله الذي هدانا لهذا. وعن محمد إذا استأجره ليحمل له هذا اليوم ومعلوم

***

[٤٣]

[شرط أن يثنيها أو يكري أنهارها أو يسرقنها أو يزرعها بزراعة أرض أخرى لا كإجارة] أنه لا يمكن حمله اليوم فهو على المحل دون الوقت اه. قال رحمه الله: (وإن استأجر أرضا على أن يكر بها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها صح) لانه شرط يقتضيه العقد وهو ملائم له فلا يفسد العقد. قال رحمه الله: (وإن شرط أن يثنيها أو يكرى أنهارها أو يسرقنها أو يزرعها بزراعة أرض أخرى) لا يعين لا يجوز لان أثر التثنية وكري الانهار والسرقنة يبقى بعد مضي عقد الاجارة فيكون عقد فيه نفع لصاحب الارض وهو شرط لا يقتضيه العقد فيفسد، لان مؤجر الارض يصير مستأجرا منافع الاجر بعد مضي المدة فتصير صفقة في صفقة فلا يجوز حتى لو كانت بحيث لا تبقى بأن كانت المدة طويلة لو كان البيع لا يحصل إلا به لا يفسد اشتراطه لانه مما يقتضيه العقد. واختلفوا في التثنية قال بعضهم هو أن يردها مكروبة، وقال بعضهم هو أن يكربها مرتين. وذكر شيخ الاسلام: إذا اشترط على المستأجر أن يردها مكروبة بعد الاجارة فالمسألة على وجهين: إن قال صاحب الارض أجرتك بكذا بأن تردها مكروبة بعد مضي العقد فالعقد جائز، وأما إذا قال أجرتك على أن تكربها بعد العقد ففي هذا الوجه العقد فاسد. وإن أطلق الكراب ينصرف إلى ما بعد العقد ويصح العقد، وأما إذا شرط أن يكري أنهارها يفسد العقد، ومن المشايخ من فرق بين الجداول والانهار فقال: اشتراط كرى الجداول صحيح. قال في الكافي: الصحيح لا يفسد بهذا العقد بخلاف اشتراط كري الانهار. وأما إذا شرط عليه أن يسرقنها فلا يخلو إما أن يكون السرقين من عند المستأجر فقد شرط عليه عينا هو مال فإن كان تبقى منفعته إلى العام الثاني لا يفسد، كذا في الاصل. ومقتضى النظر أن يفصل فيها بأن يقال: إن كان الارض لا يظهر ريعها إلا بالسرقين فهو شرط ملائم للعقد فلا يفسد، وإن كان يظهر ريعها من غير سرقنة فهو شرط فيه منفعة لاحد المتعاقدين فيفسد، وأما استئجار الارض بأرض أخرى ليزرعها الآخر يكون بيع الشئ بجنسه نسيئة وهو حرام كما عرف في موضعه. قال رحمه الله: (لا كإجارة السكنى بالسكنى) يعني لا يجوز إجارة السكنى بالسكنى لان الجنس بانفراده يحرم النسأ وإليه أشار محمد حين كتب له محمد بن سماعة لم لا يجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار أخرى بقوله في جوابه: أطلت الفكرة وأصابتك الحيرة وجالست الحيارى أي فكان منك ذلة وما علمت أن إجارة السكنى بالسكنى بالدين كبيع الدين بالدين بنسيئة. قال صاحب العناية: في هذا الاستدلال بحث من وجهين: الاول أن النسأ ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك. والثاني أن النسا إنما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك. وما نحن فيه ليس كذلك فإن كل واحد منهما ليس بموجود وإنما يحدثان شيئا فشيئا. وأجيب عن الاول بأنه لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئا فشيئا كان ذلك أبلغ في

***

[٤٤]

[السكنى بالسكنى وإن استأجره لحمل طعام بينهما فلا أجر له كراهن استأجر الرهن من] وجوب التأخير من المشروط فلحق به دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة. وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء تقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه

لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكما وعدم الآخر فيتحقق النسا. وفي الشارح: والاولى أن يقال: إن الاجارة أجيزت على خلاف القياس للحاجة ولا حاجة إلى استئجار المنفعة بمنفعة من جنسها، ولو استوفى أحدهما المنفعة في المسألة فعليه أجر المثل في ظاهر الرواية. وذكر الكرخي عن أبي يوسف: لا شئ عليه. وجه ظاهر الرواية أنه استوفى المنفعة بعقد فاسد فيجب أجر المثل، وعند الشافعي يجوز هذا العقد اه. قال رحمه الله: (وإن استأجره لحمل طعام بينهما فلا أجر له) يعني لو استأجر أحد الشريكين صاحبه لحمل طعام بينهما لا يستحق المسمى ولا أجر المثل لان العقد ورد على ما لا يمكن تسليمه لان المعقود عليه حمل النصف شائعا وذلك غير متصور لان الحمل فعل حسي لا يمكن وجوده في الشائع، ولهذا يحرم وطئ الجارية المشتركة وضربها، وإذا لم ينعقد لم يجب الاجر أصلا، ولانه ما من جزء يحمله إلا وهو شريكه فيه بخلاف ما لو استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام حيث يجوز لان المعقود عليه المنفعة ويستحق بتحقق تسليمها بدون وضع الطعام، وبخلاف العبد المشترك حيث يجوز استئجاره ليخيط له قميصا لكن المعقود عليه إنما هو نصيب الاجر وهو أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع، وبخلاف إجارة المشاع عند الامام حيث يجب فيها أجر المثل لان فساد العقد للعجز عن التسليم وإذا سكن تبين عدمه. وقال الامام الشافعي: يجوز وفي العيون والكبرى: كل شئ استأجره أحدهما من صاحبه مما يكون العمل فيه لهما فإنه لا يجوز، فإن عمل فلا أجر له، وذلك مثل الدابة يعني لو استأجر دابة مشتركة لحمل طعام بينهما فلا أجر له. وكل شئ استأجره أحدهما من صاحبه مما لا يكون العمل فيه لهما فهو جائز نحو الجوالق والسفينة والدار. قال فخر الدين: والفتوى على ما ذكر في العيون. وفي النوادر: استأجر رجلين ليحملا له هذه الحنطة إلى منزله بدرهم فحملها أحدهما فله نصف الدرهم وهو متطوع إذا لم يكونا شريكين قبل العمل، وكذا إذا استأجرهما لبناء حائط أو حفر بئر، فلو كانا شريكين في العمل يجب الاجر كله ويكون بينهما. وفي الاصل: استأجر قوما ليحفروا له سردابا إجارة صحيحة فعملوا وتعاونوا في العمل، إن كان يسيرا قسم الاجر بينهما على عدد الرؤوس، وإن كان فاحشا يقسم على قدر العمل وإن لم يعمل أحدهما لمرض أو عذر سقطت حصته. وفي الغياثية: لرجل بيت على نهر فجاء آخر بحجر ومتاعها فوضعهما في البيت واشتركا على أن يطحنا حبوب الناس، فما حصل قسماه نصفين جاز وهو شركة التقبل وليس للبيت والمتاع أجر. قال رحمه الله: (كراهن استأجر الرهن من المرتهن) يعني لا يجوز استئجار الشريك هنا

***

[٤٥]

[المرتهن ومن استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شئ يزرعها فزرعها فمضى الاجل فله المسمى وإن استأجر حمارا إلى مكة ولم يسم ما يحمل فحمل ما يحمل الناس فنفق لم يضمن وإن بلغ مكة فله المسمى] كما لا يجوز في مسألة الراهن لانه ملكه والمرتهن ليس لمالك حتى يؤجره فلا يتأتى منه تمليك المنافع بعوض لان التمليك من غير المالك محال، والراهن إنما يمكن من الانتفاع من حيث أنه ملكه، ومن انتفع بملك نفسه لا أجرة عليه. قال رحمه الله: (ومن استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شئ يزرعها فزرعها فمضى الاجل فله المسمى) لان الارض تؤجر للزراعة ولغيرها من البناء والمراح ونصب الخيم، وكذا ما يزرع فيها يختلف كما تقدم فلا يجوز العقد حتى يبين ما يزرع ويبين جنسه. وإذا زرع ومضى الاجل جاز استحسانا لان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا. قال صاحب العناية في حل قوله قبل تمام العقد ينقض الحكم أقول لا يخفى على ذي تأمل أن جعل العقد تاما ينقض الحكم مما لا تقبله الفطرة السليمة فإن العقد ينفسخ من الاصل بنقض الحاكم إياه فيكيف يتصور أن تتم به وتمام الشئ من أثر بقائه به؟ والحق أن المراد بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد. قال في النهاية: فإن قيل إذا ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال أن يزرع فيها ما يضر بالارض، فكيف ينقلب إلى الجواز بتحقق شئ احتماله مفسد للعقد؟ ولان المعقود عليه إذا كان مجهولا لا يتعين إلا بتعيينهما صونا عن الاضرار بالآخر ولا ينفرد به أحدهما؟ قلت: الاصل إجازة العقد عند انتفاء المانع لان العقود تصح بقدر الامكان والمانع الذي فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما وعند استيفاء المنافع يزول هذا اه. وفي غاية البيان: ويجب المسمى إذا لم يكن ذلك بعد نقض القاضي العقد اه. وفي بعض النسخ قيل: وهذا تحريف من الكاتب يعني إذا كان بعده فله أجر المثل، لا يقال هذه المسألة متكررة مع قوله والارض للزراعة أن بين ما يزرع لانا نقول: الاول باعتبار ما يصح من العقود وذكرها هنا باعتبار ما يفسد من العقود. قال الاكمل: لا يقال هذه المسألة متكررة مع ما ذكره أول الباب لان ذلك وضع القدوري

وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة قوله فله يشير إلى أنه انعقد فاسدا وزال الفساد بالزرع على ما فيه. قال رحمه الله: (وإن استأجر حمارا إلى مكة ولم يسم ما يحمل فحمل ما يحمل الناس فنفق لم يضمن) لان العين أمانة في يده وإن كانت الاجارة فاسدة لان الفاسد يعتبر بالصحيح لكونه مشروعا من وجه فلا يضمن ما لم يتعدى، فإذا تعدى ضمن ولا أجر عليه. قال رحمه الله: (وإن بلغ مكة فله المسمى) لان الفساد كان لجهالة ما يحمل فإذا حمل عليه شيئا تعين ذلك فانقلب صحيحا لزوال الموجب للفساد. ولو استأجر دابة وجحد الاجارة في أثناء الطريق وجب عليه أجر ما ركب قبل الانكار، ولا يجب الاجر لما بعده عند أبي يوسف لانه بالجحود صار غاصبا والاجر والضمان لا يجتمعان. وقال محمد:

***

[٤٦]

[وإن تشاحا قبل الزرع والحمل نقضت الاجارة دفعا للفساد. باب ضمان الاجير إلا ضمير المشترك من يعمل لغير واحد ولا يستحق الاجرة حتى يعمل كالقصار] يجب الاجر كله اه. قال رحمه الله: (وإن تشاحا قبل الزرع والحمل نقضت الاجارة دفعا للفساد) إذ الفساد باق قبل أن ترتفع الجهالة بالتعيين بالزرع والحمل. فإن قلت: حكم الاجارة الفاسدة نقضها قبل تمام المدة ووجوب الاجرة بعد الاستعمال فكان ينبغي أن يقدم على وجوب الاجرة بعد الاستعمال قلنا: قدم الاجرة لكثرة وقوعها فتأمل. ولا يخفى أن رفع الفاسد واجب سواء تشاحا أو لم يتشاحا فكان عليه أن لا يقيده بذلك، ولو قال عليهما أن يرفعا العقد لكان أولى لان رفعه واجب عليهما تشاحا أو لا. والله تعالى أعلم. باب ضمان الاجير لما فرغ من ذكر أنواع الاجارة صحيحها وفاسدها شرع في بيان الضمان لانه من جملة العوارض التي تترتب على عقد الاجارة فيحتاج إلى بيانها، كذا في غاية البيان. ولا يخفى أن الاجير على ضربين: خاص ومشترك، فشرع المؤلف يبين ذلك، ولا يخفى أن معنى ضمان الاجير إثباتا ونفيا ولو لو لم يكن معناه ذلك بل معناه إثبات الضمان فقط لزم أن لا يصح عنوان الباب على قول الامام أصلا لانه لا ضمان عنده على أحد من الاجير المشترك والخاص. قال رحمه الله: (إلا ضمير المشترك من يعمل لغير واحد) قال الاكمل: والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري اه. يعني أن السؤال عن توجيه تقديم المشترك يتوجه على تقدير العكس فلا مرجح سوى الاختيار. قال صاحب النهاية: فإن قلت: تعريف المشترك بقوله (من يعمل لغير واحد تعريف) يدل على عاقبته إلى الدور لان هذا حكم لا يعرفه إلا من يعرف الاجير المشترك، ولو كان عارفا بالاجير المشترك لا يحتاج إلى هذا التعريف، ولو لم يكن عارفا به قبل ذلك لا يحصل له تعريف الاجير المشترك لانه يحتاج إلى السؤال عمن لا يستحق الاجر حتى يعلم من هو فلا بد للمعرف أن يقول هو الا جبر المشترك وهو عين الدور. قلت: نعم هو كذلك إلا أن هذا تعريف للخفي بما هو أشهر منه في مفهوم المتعلمين أو هو تعريف لما لم يذكر بما قد سبق ذكره لانه ذكر قبل هذا استحقاق الاجير بالعمل بقوله (أو باستيفاء المعقود عليه) في باب الاجرة متى تستحق فصار كأنه قال وما عرفته بأن الاجير هو الذ يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك إلى هنا كلامه. واعترض بأن الجواب فيه خلل من أوجه: أما أولا فلان قوله في أول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور، وما يستلزم الدور يتعين فساده ولا يمكن إصلاحه. وأما ثانيا فلان كون الاجير

***

[٤٧]

[الصباغ والخياط والنساج والمتاع في يده غير مضمون بالهلاك وما تلف من عمله] المشترك خفيا وما ذكره في التعريف أشهر منه فممنوع، ولو كان كذلك فأصح الجواب إذا سئل عمن يستحق الاجرة حتى يعلم. وأما ثالثا فلان المذكور في باب الاجير حتى يستحق غير مختص بالاجير المشترك. قال الاكمل: تعريف الاجير المشترك يستلزم الدور لانا لا نعلم من يعلم لغير واحد حتى يعرف الاجير المشترك فتكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف به وهو الدور. وأجيب بأنه قد علم مما سبق متى يستحق الاجير بالعمل فلم نتوقف معرفته على معرفة المعرف. وقال بعضهم: الاجير المشترك من يعمل لغير واحد كالخياط والصباغ اه. وبيان ذلك أن معنى الاجير المشترك من لا يجب عليه أن لا يختص بواحد عمل لغيره أو لم يعمل، ولا يشترط أن يكون عاملا لغير واحد بل إذا عمل لواحد فهو مشترك إذا كان بحيث لا يمتنع، ولا يبعد عليه أن يعمل لغير واحد. قال الشارح: والاولى أن يقال: الاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محله ليسلم من النقض، والخاص من يكون العقد واردا على منفعته ولا تصير منافعه معلومة إلا بذكر المدة

والمسافة ومنافعه معلومة في حكم العين، ففي المشترك المعقود عليه الوصف الذي يحدث في العين بفعله فلا يحتاج إلى ذكر المدة ولا يمتنع عليه التقبل، وحكم الاجير المشترك أن يتقبل العمل لغير واحد، والخاص لا يمكنه أن يعمل لغير واحد. وفي الاصل ما معناه: المشترك من يقع العقد على العمل المعلوم فيصح بدون بيان المدة والاجارة على المدة لا تصح إلا ببيان نوع من العمل، وإذا جمع بين العمل والمدة يعتبر الاول. فلو استأجر راعيا ليرعى له غنمه المعلومة بدرهم شهرا فهو أجير مشترك إلا إذا صرح في آخر كلامه بما يدل على أنه خاص بأن قال لا يرعى غنم غيري. وإذا ذكر المدة أولا نحو أن يستأجر راعيا شهرا يرعى غنمه المعلومة بدرهم فهو أجير خاص إلا إذا صرح في آخر كلامه بما يدل على أنه مشترك بأن يقول أرع غنمي وغنم غيري. قال رحمه الله: (ولا يستحق الاجرة حتى يعمل كالقصار والصباغ والخياط والنساج) لان الاجارة عقد معاوضة فيقتضي المساواة بينهما كما تقدم. أقول: لا يخفى أن هذا اختاره القدوري في تعريف المشترك ولم يزد عليه. قال صاحب العناية: وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين. والحق أن يقال: إنه من التعريفات اللفظية، وفي العتابية: المشترك الحمال والملاح والحائك والخائط والنداف والصباغ والقصار والراعي والحجام والبزاغ والبناء والحفار اه. قال رحمه الله: (والمتاع في يده غير مضمون بالهلاك) يعني لا يضمن ما ذكر سواء هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالسرقة أو بما لا يمكن كالحريق الغالب والفارة المكابرة وهذا عند الامام. وقالا: لا يضمن إذا هلك بما يمكن التحرز عنه لان عليا وعمر ضمناه ولان المعقود عليه الحفظ وبما ذكر لم يوجد
***

[٤٨]
[كتحريق الثوب من دقه وزلق الجمال وانقطاع الحبل الذي يشد به الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون ولا يضمن به بني آدم وإن انكسر دن في الطريق ضمن الحمال قيمته] الحفظ التام كما في الوديعة إذا كانت بأجر وكما إذا هلك بفعله. ولابي حنيفة أن القبض حصل بإذنه فلا يكون مضمونا عليه كالوديعة والعارية ولهذا لا يضمن فيما لا يمكن التحرز عنه كالموت والغصب ولو كان مضمونا عليه لما اختلف الحال، ولا نسلم أن المعقود عليه هو الحفظ بل العمل والحفظ تبعا بخلاف الوديعة بأجرة لان الحفظ وجب مقصودا، وبخلاف ما إذا تلف بعمله لان العقد يقتضي سلامة المعقود عليه وهو العمل فإذا لم يكن سليما ضمن، وقد روي عن عمر وعلي أنهما كانا لا يضمنان الاجير المشترك وهو قول إبراهيم النخعي فيتعارض عنهما الرواية فلا تلزم حجة. وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان ورد بأن الاختلاف موجود بين الصحابة وبين أئمتنا رضي الله عنهم، ومبنى الاختلاف أن عندهما الحفظ معقود عليه وما لا يتوصل إلى الواجب إلا به يكون واجبا لوجوبه فيكون العقد واردا عليه، وعنده لا يكون واردا عليه، وقد تقدم أن بقولهما يفتى في هذا الزمان لتغير أحوال الناس، وإن شرط الضمان على الاجير، فإن كان فيما لا يمكن التحرز عنه لا يجوز بالاجماع لانه شرط لا يقتضيه العقد، وإن كان فيما يمكن التحرز عنه يجوز عندهما خلافا للامام. وفي الدراية: أخذ الفقيه أبو الليث في الاجير المشترك بقول الامام وبه أفتى. وفي المزارعة والمعاملة الفتوى على قولهما لمكان الضرورة. وفي السراجية: وأفتى بعضهم بالصلح على نصف القيمة فيما هلك في يد الاجير المشترك فيما يمكن الاحتراز عنه في عمله، وقيد بالهلاك ليحترز عن الخطأ قال في المحيط: دفع إلى قصار ثوبا ليقصره فجاء ليطلب ثوبه فدفع إليه القصار ثوبا ظانا أنه له فهو ضامن له وكل من أخذ شيئا على أنه له ولم يكن له فهو ضامن، ولو كان صاحب الثوب أرسل رجلا ليأخذ ثوبه فلا ضمان على الرسول وإن أخذ الرسول الثوب بغيبة القصار فرب الثوب بالخيار إن شاء ضمن القصار أو الرسول وأيهما ضمن لم يرجع على الآخر اه. وفي المضمرات: وإذا ضمن عندهما إن كان الهلاك قبل العمل ضمن قيمته غير معمول ولا أجر عليه، وإن كان بعد العمل فرب الثوب إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر عليه، وإن شاء أعطاه قيمته معمولا ويعطيه أجرته. قال في شرح الطحاوي: معناه يحط عنه قدر الاجرة، ولو ادعى الرد على صاحبه وصاحبه ينكر القول قول الاجير عند الامام ولكن لا يصدق في دعوى الاجر، وعندهما القول قول صاحب الثوب. قال رحمه الله: (وما تلف من عمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الجمال انقطاع الحبل الذي يشد به الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون) هذا جوا ب المسائل كلها. وقال الامام الشافعي وزفر: لا يضمن لانه مأذون فيه فصار كالمعين للدقاق والامر المطلق ينتظم العمل بنوعيه المعيب والسليم ولا يمكن التحرز عن الدق المعيب. ولنا أن التلف حصل بفعل غير
***

[٤٩]
مأذون فيه هو السليم دون غيره عرفا وعادة فيضمن. وفي المحيط: ولو تخرق لتقصيره في العمل ولعدم معرفته بالعمل يضمن عندنا وعند زفر. وقيد بقوله بعمله فشمل عمله بنفسه وعمل أجيره لانه عمله حكما قال في المحيط: ثم الاجير لمشترك إنما يضمن ما تلف في يده بشرائط ثلاثة: الاول أن يكون في قدرته دفع ذلك الفساد فلو لم يكن له قدرة على ذلك كما لو غرقت السفينة من موج أو ريح أو جبل صدمها لا ضمان على الملاح. الثاني أن يكون محل العمل مسلما إليه بالتخلية فلو لم يكن محل العمل مسلما إليه بأن كان رب المتاع في السفينة أو وكيله فانكسرت السفينة بجذب الملاح لم يضمن. وأما الثالث وهو أن يكون المضمون مما يجوز أن يضمن بالعقد فلو استأجر دابة لحمل عبد صغير أو كبير فلا ضمان على المكاري فيما عطب من سوقه أو قوده. قال في المحيط: لو تلف من فعل أجير القصار لا متعمدا فالضمان على القصار لا على الاجير لان التلف حصل من عمل القصارة، ولو وطئ ثوبا فتخرق ينظر، إن كان يوطأ مثله لا ضمان عليه لانه مأذون دلالة، وإن كان لا يوطأ بأن كان رقيقا ضمن. ولو وقع من يده سراج فاحرق ثوبا من القصارة أو حمل شيئا فوقع على ثوب القصارة فتخرق فالضمان على الاستاذ. ولو استأجر رجلا ليخدمه فوقع شئ من يده من متاع البيت ففسد لا يضمن، ولو وقع الاجير على ثوب وديعة عند الاستاذ فتخرق ضمن الاجير لانه ليس بمأذون فيه. وذكر في الاصيل: انفلتت المدقة من يد الاجير فأصابت شيئا فضمانه على القصار، ولم يفصل بين ثوب القصارة وغيره، ومشايخنا فصلوا فقالوا: إن وقع على ثوب الوديعة ابتداء وخرقة ضمن الاجير، وإن وقع على ثوب القصارة ابتداء يضمن الاستاذ دون الاجير لانها انفلتت ابتداء على ثوب الوديعة فهذا عمل غير مأذون فيه فيضمن، فأما إذا انفلتت على ثوب القصارة ابتداء فهو عمل مأذون فيه الاجير فيضمن الاستاذ، وعلى هذا التفصيل إذا أصاب آدميا وقالوا: لو مشى الضيف على بساط المضيف فتخرق من مشيه لم يضمن لانه مأذون فيه وكذا لو نقلبت الاواني فانكسرت بخلاف ما إذا وطئ آنية من الاواني فأفسدها يضمنها لانه ليس بمأذون فيه. لو جفف القصار ثوبا على حبل فمرت حمولة فخرقته فالضمان على الحمال. والراعي إذا ساق الغنم فماتت أو وطئ بعضها بعضا فمات إن كان أجيرا مشتركا ضمن، وإن كان أجيرا خاصا فلا ضمان عليه ا ه مختصرا. وقوله من دقه أي دقه حقيقة أو حكما كدق أجيره. وقوله كزلق الحمال قال في الجامع الصغير: استأجر حمالا ليحمل له كذا إلى موضع كذا فزلق الجمال في أثناء الطريق، إن حصل بجناية يده ضمن وإن حصل بما لم يمكن الاحتراز عنه لا يضمن عند الامام، وعندهما يضمن. وفي الذخيرة: هذا إذا تلف في وسط الطريق، ولو زلقت رجله بعد ما انتهى إلى المكان المشروط فله الاجر ولا ضمان عليه وهو قول محمد أخيرا، وعلى قوله أولا يضمن هنا أيضا. وفي الولواجية: ولو مطرت السماء فأفسدت الحمل أو أصابته الشمس ففسد فلا

***

[٥٠]
ضمان على قول الامام، وعند أبي يوسف يضمن. وفي الاصل: استأجر دابة ليحمل عليها شيئا فعثرت الدابة فوقع الحمل أو المملوك لا يضمن المملوك ويضمن الحمل قالوا: إنما يضمن المتاع إذا كان الصبي لا يصلح لحفظ المتاع لانه لو كان يصلح له لا يضمن المتاع، ولو مر بالدابة على قنطرة وفيها جحر أو ثقب فوقع فيه حمله فتلف يضمن. وقيد بزلق الحمال المستأجر لانه لو لم يستأجره. قال في المحيط: استأجر قدرا فلما فرغ حمله على حمار فزلق رجل الحمار فوقع فانكسر القدر، فإن كان الحمار يطيق حمل ذلك فلا ضمان عليه، وإن كان لا يطيق فإنه يضمن ا ه. قوله وانقطاع الحبل الذي يشد به الحمل قال محمد في الاصل: إذا انقطع حبل الحمال وسقط الحمل وتلف ضمن. قيد بقوله يشد به الحمل لانه لو كان الحبل لصاحب المتاع لا يضمن. قال في العناية: ولو حمل بحبل صاحب المتاع فتلف لم يضمن. وقال في الهداية: وقطع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنعه. ولقائل أن يقول: تقدم أن الاجير المشترك لا يضمن ما تلف في يده إن كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز وفرق بأن التقصير هنا في نفس العمل فيضمن وهناك في نفس الحفظ فلا يضمن. ولو قال رب المتاع للحمال احمله فحمله فسقط لم يضمن لان التسليم إليه لم يتم، ولو حمله ثم استعان في موضعه برب المتاع فوضعه فتلف ضمن عند أبي يوسف ولم يضمن عند محمد، ولو قال احمل أيهما شئت هذا بدرهم وهذا بنصف درهم فحملهما فله نصف أجرهما ونصفهما إن هلكا، ولو حمل أحدهما أولا فهو متطوع في الثاني ويضمنه إن هلك لانه حمله بغير إذن. ولو استأجره ليحمل له جلود ميتة فوقعها وأتلفها فلا أجر ولا ضمان لانه ليس بمال، ولو استأجره ليحمل هذه الدراهم إلى فلان فأنفقها في نصف الطريق ثم دفع مثلها إلى فلان فلا أجر له لانه ملكها بأداء الضمان. وفي الواقعات: استأجره ليحمل كذا في طريق كذا فأخذ في طريق آخر تسلكه الناس

فتلف لم يضمن قوله وغرق السفينة من مدها. أطلق في قوله من مدها فظاهره أنه يضمن سواء كان رب المتاع معه أو لم يكن وليس كذلك. قال في الاصل: الملاح إذا أخذ الاجرة وغرقت السفينة في موج أو ريح أو مطر أو فزع. وفي الخانية: أو من شئ وقع عليها أو من شئ ليس في وسعه دفعه فلا ضمان عليه، وإن حصل الغرق من أمر يمكن التحرز عنه فكذلك عند الامام، وعندهما يضمن وإن حصل الغرق من مده وصاحب المتاع معه لم يضمن. وفي الاصل: وإن كان صاحب المتاع في السفينة أو وكيله وغرقت السفينة من مده ومعالجته فلا ضمان إلا أن يخالف بأن يضع فيها شيئا أو يفعل فيها فعلا متعمدا الفساد، وهذا بخلاف ما إذا أجرت الدابة فسقط المتاع فهلك وصاحب المتاع معه فإن الاجير يضمن ا ه. والمراد بالمد حبل السفينة التي تمد به. وفي التتمة: استأجر سفينة ليحمل عليها الامتعة هذه فأدخل الملاح عليها أمتعة أخرى بغير رضاه وغرقت وهي كانت تطيق ذلك لم يضمن الملاح ا ه. قال

***

[٥١]

[في محله ولا أجر أوفى موضع الانكسار وأجره بحسابه ولا يضمن حجام أو فصاد أو بزاغ لم يتعد الموضع المعتاد والخاص يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل] رحمه الله: (ولا يضمن به بني آدم) ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة ولو كان بسوقه وقوده لان الآدمي لا يضمن بالعقد وإنما يضمن بالجناية، وقيل هذا إذا كان كبيرا ممن يستمسك بنفسه ويركب وحده وإلا فهو كالمتاع والصحيح أنه لا فرق. قال رحمه الله: (وإن انكسر دن في الطريق ضمن الحمال قيمته في محل حمله ولا أجر أوفي موضع الانكسار وأجره بحسابه) أما الضمان فلانه تلف بفعله لان الداخل تحت العقد عمل غير مفسد والمفسد غير داخل فيضمن على ما بينا، وأما الخيار فلانه إذا انكسر في الطريق شئ واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه، وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بأمره فلم يكن متعديا وإنما صار تعديا عند الكسر فيميل إلى أي الجهتين شاء، فإن مال إلى كونه متعديا من الابتداء ضمنه قيمته ولا أجر له، وإن مال إلى كونه مأذونا فيه في الابتداء وإنما حصل التعدي عند الكسر ضمنه قيمته في موضع الكسر وأعطاه الاجر بحسابه. قال في شرح الطحاوي: معناه أسقط قدر الاجرة هذا إذا انكسر بصنعه بأن زلق وعثر، فإن عثر بغير صنعه بأن زحمه الناس لا يضمن عند الامام ولا أجر له، وعندهما يضمن قيمته في موضع ما انكسر ولا يخير لان العين مضمونة عندهما على ما بينا. قال في التتارخانية: هذا إذا انكسر الدن بجناية يده، أما إذا حصل لا بجناية يده، فإن كان بأمر لا يمكن التحرز عنه لا ضمان عليه بالاجماع، وإن هلك بأمر يمكن التحرز عنه فكذلك عند الامام، وعندهما يجب الضمان وللمالك الخيار. وقوله في الطريق قال في الذخيرة. قيد احترازي فإذا انكسر الدن بعد ما انتهى به إلى بيته فله الاجر ولا ضمان عليه وهذا قول محمد أخرا، أما على قول أبي يوسف وهو قول محمد أولا يجب أن يكون ضامنا ا ه. وقد تقدم. قال رحمه الله: (ولا يضمن حجام أو فصاد أو بزاغ لم يتعد الموضع المعتاد) لانه التزمه بالعقد فصار واجبا عليه والفعل الواجب لا يجامعه الضمان كما إذا حد القاضي أو عزر ومات المضروب بذلك إلا إذا كان يمكنه التحرز عن ذلك كدق الثوب فأمكن تقييده بالسليم بخلاف الفصد ونحوه فإنه ينبني على قوة الطبع وضعفه ولا يعرف ذلك بنفسه ولا ما يحتمله الجرح فلا يمكن تقييده بالسليم وهو غير الساري فسقط اعتباره إلا إذا جاوز المعتاد فيضمن الزائد. وهذا كله إذا لم يهلك، وإن هلك يضمن نصف دية النفس لانه هلك بمأذون وغير مأذون فيضمن بحسابه حتى لو أن الختان قطع الحشفة وعهو عضو كامل يجب عليه الدية كاملة، وإن مات وجب نصف الدية وهي من أندر المسائل وأغربها حيث يجب الاكثر بالبرء وبالهلاك الاقل. وفي شرح الطحاوي: لو قطع الحشفة فعليه القصاص، ولو قطع بعض الحشفة فلا قصاص عليه، ولم يذكر ما يجب عليه. وفي الصغرى: تجب حكومة عدل. وفي

***

[٥٢]

[كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعي الغنم ولا يضمن ما تلف في يده أو يعمله وصح] الخلاصة: الكحال إذا صب الدواء في عين رجل فذهب ضوءه لم يضمن كالختان إلا إذا غلط، فإن قال رجلان إنه ليس بأهل وقال رجلان هو أهل لم يضمن، فإن كان في جانب الكحال واحد في جانب الآخر اثنان ضمن، ولو قال رجل للكحال داو بشرط أن لا يذهب بصره فذهب لم يضمن أمر رجلا أن يقلع سنة فقلعه ثم اختلفا قال أمرتك أن تقلع غيره وقال الحجام أمرتني بقلع هذا القول قول الآمر ا ه. وفي الظهيرية: ولو بزغ واختلفا

فالقول للآمر ويضمن القالع أرش السن. وفي الخلاصة: ولو قلع ما أمره ولكن سن آخر متصل بهذا السن سقط ضمنه. وظاهر عبارة المؤلف أن الضمان ينتفي بعدم المجاورة، وذكر في الجامع الصغير: وحجامة العيد بأمر المولى حتى إذا لم يكن بأمر المولى يجب الضمان. قال في الكافي: عبارة المختصر ناطقة بعدم التجاوز وساكتة عن الاذن وعبارة الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به هذا بيانا لما سكت عنه الآخر، ويستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى إذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان ا ه. قال رحمه الله: (والخاص يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعي الغنم) يعني الاجير الخاص يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة عمل أو لم يعمل. قال الاكمل: وما يرد على تعريف الاجير المشترك يرد مثله على تعريف الخاص ا ه. وسمى الاجير خاصا وحده لانه يختص بالواحد وليس له أن يعمل لغيره ولان منافعه صارت مستحقة للغير والاحر مقابل بها فيستحقه ما لم يمنع مانع من العمل كالمرض والمطر ونحو ذلك مما يمنع التمكن، ولم يتعرض المؤلف لما إذا عمل لمتعدد ونحن نبين ذلك. قال في المحيط: ولو أجر نفسه من غيره وعمل للاول والثاني استحق الاجر كاملا على كل واحد منهما ولا يتصدق بشئ ويأثم اهـ. قال صاحب الهداية: والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يستحق الاجر عليه وإن نقض العمل. قال صاحب النهاية: نقض على البناء للمفعول بخلاف الاجير المشترك فإنه روي عن محمد في خياط خاط ثوب رجل فنقضه رجل قبل أن يقبضه رب الثوب فلا أجر للخياط لانه لم يسلم العمل إلى رب الثوب، ولا يجبر الخياط أن يعيد العمل لانه لو أجير لكان بحكم العقد الذي وقع في ذلك قد انتهى بتمام العمل، وإن كان الخياط هو الذي نقض فعليه أن يعيد العمل لانه لما نقضه صار كأنه لم يحصل منه عمل، ومثله الاسكافي والملاح حتى إذا أراد الملاح رد السفينة منع من ذلك. وإنما يكون أجيرا خاصا إذا شرط عليه أن لا يرعى لغيره أو ذكر المدة أولا فإنه جعله خاصا بأول كلامه حيث ذكر المدة أولا. وقوله لرعي غنمه يحتمل أن يكون لا يقاع العقد على العمل فيصير مشتركا، ويحتمل أن يكون لبيان نوع العمل فإن الاجارة على المدة لا تصح ما لم يبين نوع العمل فلم

***

[٥٣]

يعتبر حكم الكلام الاول بالاحتمال. ولو قدم ذكر العمل وأخر المدة بأن قال ارع غنمي بدرهم شهرا كان أجيرا مشتركا لانه جعله مشتركا بأول كلامه بإيقاع العقد على العمل. وقوله شهرا يحتمل أن يكون لايقاع العقد على المدة فيكون خاصا، ويحتمل أن يكون لتقدير العمل في المدة فلا يتغير أول كلامه بالاحتمال ما لم يصرح بخلافه. وفي المحيط: فإذا كان خاصا فماتت شاة أو أكلها سبع أو غرقت في نهر فلا ضمان على الراعي لانه أمين ولا ينقص من الاجر بحسابها لان المعقود عليه تسليم نفسه وقد وجد. ولهذا لو سلم نفسه ولم يأمره بالرعي تجب الاجرة وهو يصدق فيما يدعيه من الهلاك مع اليمين، ولو سلم إلى الراعي عددا فأراد أن يزيد عليه والراعي يطيقه فله ذلك استحسانا لان المستحق عليه الرعي بقدر ما يطيق لا رعي أغنام بعينها حتى قلنا في الظئر: لو استأجرها لارضاع صبي فأراد أن يرضع صبيا آخر ليس له لان العقد وقع على العمل وفيه زيادة عمل. ولو كان الراعي أجيرا مشتركا لكان حكمه حكم الظئر لتعلق العقد بالمسمى فلا يزيد عليه ويلزمه رعي الاولاد وما بيع منها سقط من الاجر بحسابه، ولو شرط عليه رعي الاولاد صح استحسانا لان هذه الجهالة غير مفضية إلى المنازعة. راع مشترك خلط الاغنام فالقول في التمييز للراعي مع يمينه إن جهل صاحبه، وإن جهل الراعي يضمن قيمة الكل لان الخلط استهلاك شرط على المشترك أن يأتي بعلامة الميت إن لم يأت فهو ضامن، وليس للراعي أن ينزي على الغنم إلا بإذن مالكها، فإن فعل فعطب ضمن لان هذا ليس من الرعي فإن نزى الفحل بدون فعله لم يضمن عند الامام، وعندهما يضمن لانه مما يمكن الاحتراز عنه. ندت واحدة فخاف على الباقي إن تبعها فلا ضمان عليه عند الامام لانه ترك حفظها بعذر، وعندهما يضمن. ولو سرق غنم وهو نائم لم يضمن عند الامام، وعندهما يضمن. ولو ذبح الراعي شاة خوفا عليها ضمن قيمتها يوم الذبح. قال مشايخنا: هذا إذا كان يرجى حياتها، وإن كان لا يرجى لا يضمن لانه مأذون فيه في هذه الحالة. عطب بعض الغنم فقال المالك شرطت عليك أن ترعى في مكان كذا غير هذا المكان وقال الراعي شرطت هذا المكان فالقول قول المالك والبينة للراعي، وهذا عند الامام. وعندهما يضمن ولا يأخذ المصدق من الراعي، فإن أخذ منه فلا ضمان لانه ليس في وسعه دفع السلطان والهلاك إذا كان بأمر لا يمكن التحرز عنه لا يضمن بالاجماع جعل الاجر لبنها وصوفها فالاجارة فاسدة للجهالة في اللبن والصوف والراعي ضامن لما أصاب من لبنها وصوفها. ا هـ مختصرا. قال رحمه الله: (ولا يضمن ما تلف في يده أو بعمله) أما الاول فلان العين أمانة

في يده لانه قبضها بإذن مالكها فلا يضمن بالاجماع وهذا ظاهر على قول الامام، وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك كان نوع استحسان وقد تقدم وجهه، والاجير الخاص يعمل في بيت المستأجر ولا يقبل الاعمال من غيره أخذا فيه بالقياس. وأما الثاني فلان المنافع صارت مملوكة

***

[٥٤]

[ترديد الاجير بترديد العمل في الثوب نوعا وزمانا في الاول وفي الدكان والبيت] للمستأجر وأمره بالصرف إلى ملكه فصح وصار نائبا عنه وصار فعله منقولا إليه لانه فعله بنفسه، ولان البدل ليس بمقابلة العمل بدليل أنه يستحق الاجر وإن لم يعمل، وهذا لان المبيع منفعته وهي سليمة وإنما الخرق في العمل الذي هو تسليم المنفعة وذلك غير معقود عليه فلم يكن يضمن شيئا ما هو عليه فلا يشترط فيه السلامة فلا يضمن ما تلف إلا إذا تعمد الفساد فيضمن بالتعدي كالمودع. وفي المحيط: وعلى هذا التفصيل أما في الضمان تلميذ القصار وأجيره سائر الصنائع. قال رحمه الله: (وصح ترديد الاجير بترديد العمل في الثوب نوعا وزمانا في الاول) يعني يجوز أن يجعل الاجر مترددا بين تسميتين ويجعل العمل مترددا في الثوب بين نوعي العمل بأن يقول إن خطت فارسيا فبدرهم أو روميا فبدرهمين أو صبغته بعصفر فبدرهم ويزعفران فبدرهمين. أو يجعل العمل مترددا بين زمانين بأن يقول إن خطته اليوم فبدرهمين وإن خطته غدا فبنصف درهم يجوز في الاول دون الثاني وهو معنى قوله وزمانا في الاول. ويجوز التردد بين ثلاثة أشياء ولا يجوز بين أكثر كما تقدم. ولو قال المؤلف رحمه الله تعالى وصح ترديد الاجر بترديد العمل نوعا وزمانا في الاول فيما دون الاربعة لكان أولى لانه يفهم من الاطلاق أنه يصح في أكثر من الاربعة وهذا خيار التعين إلا أنه لا بد في البيع من اشتراط الخيار. وفي الاجارة لا يشترط ذلك، والفرق أن تحقيق الجهالة في البيع لا يرتفع إلا بإثبات الخيار بخلاف الاجارة. واستشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال أقول: الجهالة التي في طرف الاجرة ترتفع كما ذكر، أما التي في طرف العين المستأجرة فهي ثابتة وتفضي إلى المنازعة فينبغي أن لا يصح بدون شرط اليقين ا ه. وهذا التفصيل في الزمان قول الامام. وقالا: الشرطان جائزان. وقال زفر: الشرطان فاسدان لان الخياطة شئ واحد وقد ذكر لمقابلته بدلان فيكون مجهولا. ولهما أن ذكر اليوم للتوقيت وغدا للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان وللامام في الاول قال فارسيا وروميا فسمى نوعين معلومين من العمل وسمى لكل منهما بدلا معلوما فيجوز للامام أيضا إذا كان الترديد في الزمان إن ذكر اليوم للتعجيل والعد للاضافة والكلام لحقيقته حتى يقوم دليل المجاز وقد قام الدليل على إرادة المجاز في ذكر اليوم وهو التعجيل لان مرادهما الصحة وهو متعين في المجاز لان تعين العمل مع التوقيت مفسد، فإن تعين العمل يوجب كونه أجيرا مشتركا وتعين الوقت يوجب كونه خاصا وبينهما تفاوت فلا تجتمعان فتعين المجاز كي لا يفسد فحملاه على التعجيل، وفي الغد لم يقم الدليل على إرادة المجاز بل قام الدليل على إرادة الحقيقة وهو الاضافة يعني في التعليق فتركاه على حقيقته، فإذا كان ذكر اليوم للتعجيل وذكر غد للاضافة لم يجتمع في اليوم إلا تسمية واحد فلم يفسد، فإذا خاطه اليوم فله الدراهم، واجتمع في غد تسميتان فوجب حمله على الاضافة، وهذا يناقض ما قدمه من أنه إن كان العمل أولا فالزمان لغو أو الزمان أولا فالعمل لغو فهو في الاول أجير مشترك

***

[٥٥]

وفي الثاني أجير خاص، فإذا خاطه في غد فله أجر مثله لا يزاد على نصف درهم بخلاف الفارسية والرومية لانهما عقدان مختلفان لم يجتمعا فافترقا. ويشكل على ما علل به في اليوم والغد مسألة الراعي فإنها جمع فيها بين ذكر الوقت والعمل وتصح الاجارة بالاتفاق، ولا يحمل الوقت على غير معناه الحقيقي في قول أحد بل يعتبر أجيرا مشتركا إن وقع ذكر العمل أولا وأجيرا وحده إن وقع ذكر الوقت أو لا كما ذكر في الذخيرة والمحيط. قال صاحب الكافي: وفي المسألة إشكال على قول الامام حيث جعل ذكر اليوم للتعجيل ههنا حتى أجاز العقد، وفي مسألة الخياط جعله للتوقيت وأفسد العقد. والجواب أن ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة ولم نعمم هناك وكان التوقيت مرادا ففسد العقد. وقوله ترديد الاجرة قيد اتفاقي لانه لا فرق بين ترديد الاجرة ونفيها لما قال في المحيط البرهاني: لو قال إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غدا فلا أجر لك قال محمد في الاملاء: إن خاطه في اليوم الاول فله درهم، وإن خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزاد على درهم في قولهم جميعا

لان إسقاط الاجر في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الاول، ونفي التسمية في اليوم الاول لا ينفي أصل العقد فكان في اليوم الثاني عقد لا تسمية فيه فيجب أجر المثل ا ه بلفظه. وفي التتارخانية بعد أن ذكر هذا الفرع، هذا إذا جمع بين الامرين فلو أفرد العقد على اليوم بأن قال إن خطته اليوم فلك درهم ولم يزد على هذا فخاطه في الغد لم يذكر محمد هذا في شئ من الكتب، وكان الفقيه أبو بكر البلخي يقول على قولهما يستحق أجر المثل إذا خاطه في غد. وعلى قول الامام لقائل أن يقول يجب، ولقائل أن يقول لا يجب ذلك وإن يقول هذا العقد هنا فاسد على قول الامام لانه جمع بين الوقت والعمل ولم تقم قرينة على أنه أراد بالوقت التعجيل فما وجه القول بالصحة؟ وفي العتابية: إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته في غد فلا شئ لك فسد العقد لانه شرط القمار وقيل يصح في اليوم ويفسد في الغد، ولو قال ما خاطه اليوم فبحساب درهم وما خاطه غدا فبحساب نصف درهم يفسد لانه مجهول. ولو قال ما خاطه من هذه الثياب روميا فبكذا وفارسيا فبكذا يفسد للجهالة وهذا التفصيل في صورة المتن هو المذكور في الجامع الصغير وحكى الفقيه عن أبي القاسم الصفار: ينبغي أن يفسد العقد في اليوم الغد بلا خلاف فإن خاطه في الغد فله أجر مثله لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم، وهذا يشير إلى أنه يجوز أن يزيد على نصف درهم وهو رواية الاصل. وفي المسألة روايتان، وصحح القدوري رواية ابن سماعة وهو الصحيح وهو المذكور في المتن ولم يتعرض لما إذا خاط بعضه في اليوم وبعضه في غد ونحن نبين ذلك قال في العناية: ولو خاطه نصفه في اليوم ونصفه في الغد يجب في اليوم نصف درهم وفي الغد أجرة مثله لا يزاد على نصف درهم ولا ينقص عن ربع درهم. وقوله زمانا في الاول قيد اتفاقي لانه لو ردد في الاجرة كذلك. وأطلق في قوله زمانا في

***

[٥٦]

[والدابة مسافة وحملا ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة بلا شرط ولا ياخذ المستأجر من] الاول فشمل ما إذا قدم الاول وآخر الغد وقدم الغد وأخر اليوم يصح العقد في الغد ويفسد في اليوم. قال في الغياثية: ولو بدى بالغد ثم اليوم فعند الامام الصحيح هو الاول. وفي إجارة الاصل: لو قال إن خطته اليوم فلك درهم وإن لم تفرغ منه اليوم فلك نصف درهم ذكر الخلاف على نحو ما ذكر في المتن. قال رحمه الله: (وفي الدكان والبيت والدابة مسافة وحملا) يعني يجوز أن يجعل الاجر مترددا في الدكان بأن يقول إن سكنت حدادا فبدرهمين وإن سكنت عطار فبدرهم، أو يتردد بين مسافتين في الدابة أو بين حملين بأن يقول إن ذهب إلى بغداد بكذا وإلى الكوفة بكذا، أو إن حملت قطنا فبكذا وإن حملت حديدا فبكذا وهذا قول الامام. وعندهما لا تجوز هذه الاجارة. لهما أن الاجرة والمنفعة مجهولتان لان الاجر في الاجير الخاص يجب بالتسليم من غير عمل ولا يدري أي العملين يقدر ولا أي التسميتين تجب وقت التسليم بخلاف خياطة الرومية والفارسية لان الاجارة لا تجب فيه إلا بالعمل وبه ترفع الجهالة، وبخلاف الترديد في اليوم والغد لانه عندهما كمسألة الرومية أو الفارسية فلا يجب الاجر إلا بعد العمل، فعند ذلك هو معلوم هذا هو القاعدة. فإن قلت: فما الفرق على قولهما بين الترديد في العمل والزمان حيث جوزاها ومعناه في البيت والدكان والامام جوز هنا ومنع في الزمان؟ قلت: قالا: التفاوت في السكني فاحشة فمنعاه والامام قال: هو رضي بإدخال الضرر على نفسه فأجازه وللامام أنه خيره بين شيئين متغايرين وجعل لكل واحد منهما أجرا معلوما فوجب أن يجوز كما في الرومية والفارسية والاجارة تعقد للانتفاع، فالظاهر أن يستوفي المنافع وعند الاستيفاء ترفع الجهالة بخلاف الترديد في اليوم والغد على ما تقدم وهنا يجوز الترديد بين شيئين بأن يقول أجرتك هذه الدار كل شهر بمائة أو هذه الدار بمائتين أو هذه الدار بثلاثمائة، ولا يجوز بين أكثر من ذلك لما تقدم. وفي الكبرى: واختلف المشايخ على قول الامام في مسألة الدابة والدار إذا سلم ولم يسكن ولم يحمل عليها ولم يركبها، قال بعضهم يجب أقل الاجرين وهو المقابل بأدنى العملين والزائد مشكوك فيه فلا يجب بالشك، وقال بعضهم إذا وجد التسليم ولم توجد المنفعة جعل التسليم لهما إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فيجب نصف آجر كل من الحداد والقصار ونصف أجر الحمل ونصف أجر الركوب. وفي التتارخانية: وذكر الكرخي من استأجر دابة من بغداد إلى البصرة بخمسة وإلى الكوفة بعشرة، فإن كانت المسافة إلى البصرة نصف المسافة إلى الكوفة فالعقد جائز، وإن كان أقل أو أكثر لا يجوز على قول محمد. وقال الامام: يجوز. وفي نوادر هشام عن محمد: إذا قال لغيره إن حملت هذه الخشبة إلى موضع كذا فبدرهم، وإن حملت هذه الاخرى إلى موضع كذا فبدرهمين فحملهما إلى ذلك الموضع فله درهمان وهو يخالف رواية ابن سماعة اه. قال رحمه الله: (ولا

***

[٥٧]
يسافر بعبد استأجره للخدمة بلا شرط) لان مطلق العقد تناول الخدمة في الاقامة وهو الاعم الاغلب وعليه عرف الناس فانصرف إليه فلا يكون له أن ينقله إلى خدمة السفر لانه أشق، ولان مؤنة الرد على المولى فيلحقه ضرر بذلك فلا يملكه إلا بإذنه بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لا يتقيد بالحضر لان مؤنة الرد عليه ولم يوجد العرف في حقه. لا يقال لما ملك المنفعة ملك أن يسافر به كالمولى لانا نقول: المولى إنما ملك ذلك لانه ملك الرقبة. قيد بقوله (ولا يسافر) فأفاد أن له أن يستعمل فيما دون السفر ففي المحيط: استأجر عبدا ليخدمه ولم يبين مكان الخدمة له أن يستخدمه بالكوفة دون خارج الكوفة. قال شمس الائمة: يعني لا يسافر بالعبد وله أن يخرجه إلى القرى وأفنية المصر ويستخدمه إلى العشاء الاخيرة، وليس له أن يضربه، وله أن يكلفه أنواع الخدمة ويخدم ضيفانه وامرأته. وأطلق في قوله ولا يسافر وهو مقيد بما إذا لم يكن متهيئا للسفر وقد عرف بذلك لان المعروف كالمشروط. ولو سافر به صار غاصبا ولا أجر عليه إن سلم لان الضمان والاجر لا يجتمعان. وفي المحيط: لا يكلفه الخبز والطبخ والخياطة وعلف الدواب قال: تفسيره أن يعقده خياطا ليخيط للناس أو خبازا ليخبز للناس لانه ليس من الخدمة بل من التجارة، وأما إذا خاط له وخبز له فله ذلك لانه من أنواع الخدمة. ولو دفع عبده إلى حائك ليعلمه النسخ واشترط عليه أن يحذقه في ثلاثة أشهر ولم يجز لان التحديق ليس بعلم معلوم، ولو أجر عبده سنة فأعتق العبد في خلال السنة جاز عتقه والعبد بالخيار إن شار أجاز العقد فيما بقي وله أجر ما بقي من السنة، وإن شاء فسخ: وليس للعبد أن يقبض الاجرة إلا بوكالة من المولى فإن كان المولى قبض الاجرة معجلا فأعتق العبد في خلال السنة، فإن أجاز العبد العقد فيما بقي سلم ذلك للسيد، ولو كان العبد هو الذي أجر نفسه بإذن المولى ثم أعتق العبد فله الخيار كما تقدم إلا أن العبد هو الذي يقبض الاجرة. وفي الغياثية: وإن قبض المولى جميع الاجرة قبل عتقه فذلك له إن لم يكن على العبد دين وإن كان صرف إلى غرمائه والفضل له لانه كسب عبده. وأفاد قوله استأجر عبدا أن كلا منهما ذكر لانه لو استأجر أمة لا بد فيه من تفصيل، أو استأجر المرأة ذكر التخدمه لا بد فيه من تفصيل، أو استأجرت حرا لابد فيه من تفصيل، ولو أجر عبده سنة فأقام العبد بينة أن مولاه أعتقه قبل الاجارة فالاجرة للعبد، ولو قال العبد أنا حر وقد فسخت الاجارة فلم يقم بينة ودفعه القاضي إلى مولاه فأجبر على العمل فأقام بينة أنه حر وإن المولى أعتقه قبل الاجارة فلا أجر للعبد لانه لو لم يقل فسخت كان الاجر للعبد، ولو كان غير بالغ وادعى العتق وقد أخره وقال فسخت ثم عمل فالاجر للغلام اه مختصرا. وفي التتارخانية: ويكره للرجال أن يستأجر امرأة للخدمة حرة كانت أو أمة، وإن كان له عيال فلا بأس بذلك إذا كان ثقة وبه يفتي. ولو استأجر الرجل امرأته للخدمة لا يجوز ولا أجر لها ولو لغسيل الثياب والخياطة يجوز. ولو استأجرت المرأة زوجها للخدمة لا يجوز ولا أجر عليها لو خدم ولو

***

[٥٨]
[عبد محجور عليه أجرا دفعه لعمله ولا يضمن غاصب العبد ما أكل من أجره ولو] استأجر أباه للخدمة لا يجوز ولا أجر له لا فرق بين الكافر والمسلم. ولو استأجر أباه لرعي غنمه يجوز، ولو استأجر أمه أو جدته للخدمة لا يجوز، ولو خدم فله المسمى. ولو استأجر عمه وهو أكبر منه أو أخاه وهو أكبر منه لا يجوز. وفي فتاوي الفضلي: لا يجوز إجارة المسلم نفسه من كافر في الخدمة وفيما غير الخدمة يجوز. وذكره في صلح الاصل: ادعى على آخر دارا فصالحه على خدمة عبده سنة كان له أن يخرج بالعبد إلى أهله. قال شمس الامة الحلواني: لم يرد بإخراجه إلى أهله السفر وإنما أراد القرية وأفنية المصر. وقال شمس الائمة السرخسي: له في مسألة الصلح أن يسافر بخلاف مسألة الاجارة اه. ويطلب الفرق. قال رحمه الله: (ولا يأخذ المستأجر من عبد محجور عليه أجرا دفعه لعمله) يعني لو استأجر رجل عبدا محجورا عليه من نفسه فعمل وأعطاه الاجر ليس للمستأجر أن يأخذ منه، والقياس له أن يأخذه منه لان عقد المحجور عليه لا يجوز فيبقى عل ملك المستأجر لانه بالاستعمال صار غاصبا له ولهذا يجب عليه ضمان قيمته إذا هلك ومنافع المغصوب لا تضمن عندنا فيبقى المدفوع على ملكه فله أن يسترده قياسا. وفي الاستحسان لا يسترد لان التصرف من العبد في هذه الحالة نافع على تقدير السلامة صار على تقدير الهلاك والنافع مأذون فيه فيملكه العبد فيخرج الاجر عن ملكه فبعد ما سلم تمحض نفعا في حق المولى لانه إذا جاز تحصل للمولى الاجر ولو لم يجز ضاعت منافع العبد فتعين القول بالجواز وصح قبض العبد الاجرة فلا يسترد بخلاف ما إذا هلك

العبد في حالة الاستعمال فإنه يجب على المستأجر قيمته، وإذا ضمن صار غاصبا من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه الاجرة للصبي المحجور عليه إذا استأجر نفسه وسلم فإن الاجرة له لانه غير ممنوع عما ينفعه. وفي النهاية: الاجر الذي يجب في هاتين الصورتين هو أجر المثل فإن أعتقه المولى في نصف المدة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد وأجر ما مضى للمولى والاجرة في المستقبل للعبد. وفي قاضيخان: الاب والجد ووصيهما إذا أجر عبدا لصبي سنين ثم بلغ الغلام لم يكن له أن يفسخ، والصبي إذا أجر نفسه وسلم ثم بلغ له أن يفسخ الاجارة ا ه‍. وفي المحيط: المكاتب إذا أجر عبده ثم عجز المكاتب رد في الرق فالاجارة باقية في قول أبي يوسف، وقال محمد: تنتقض ا ه‍. وفي التتارخانية: ولو أجر الرجل عبدا ثم استحق وأجاز المستحق الاجارة فإن كانت الاجارة قبل استيفاء المنفعة جاز وكانت الاجرة للمالك، وإن أجاز بعد استيفاء المنفعة لم تعتبر الاجارة ولا أجر للعاقد، وإن أجاز في بعض المدة فالماضي له والباقي للمالك عند أبي يوسف. وقال محمد: أجرة ما مضى للغاصب وما بقي فهو للمالك ا ه‍. قال رحمه الله: (ولا يضمن غاصب العبد ما أكل من أجره) معناه إذا غصب رجل عبدا فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب من يد العبد الاجرة
***

[٥٩]

[وجده ربه أخذه وصح قبض العبد أجره ولو أجر عبده هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة صح والاول باربعة ولو اختلفا في اباق ومرضه حكم الحال] فأكلها فلا ضمان عليه عند الامام. وقالا: عليه ضمانه لانه أتلف مال الغير بغير إذنه ولا تأويل له. وللامام أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز متقوم وهذا ليس بمحرز لان الاحراز يكون بيده أو بيد نائبه وهذا ليس في يده ولا يد نائبه لان الغاصب ليس بنائب عنه ولا العبد بل العبد وما في يده في يد الغاصب فلم يكن محرزا فلا ضمان فصار نظير المال المسروق في يد السارق بعد القطع ولان الاجرة بدل المنفعة والبدل حكمه حكم المبدل، ولو أتلف الغاصب المنفعة لا يضمن فكذا بدلها، وما تردد بين أصلين توفر فيه حظهما فرجحنا جانب المالك عند بقاء الاجر في يده فقلنا المالك أحق به، ورجحنا جانب الغاصب في حق الضمان وقلنا لا ضمان عليه إذا أكل الاجرة بخلاف ولد المغصوب حيث يجب على الغاصب ضمانه بالاتلاف تعديا لانه ليس ببدل المنفعة بل هو جزء الام فيضمنه بالتعدي كالام، ولهذا لو استولدها الغاصب لا يكون الولد، له ولو أجر العبد كان الاجر له. قال رحمه الله: (ولو وجده ربه أخذه) يعني لو وجد رب العبد ما في يد العبد من الاجرة أخذه لانه أخذ عين ماله، ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك كما في المسروق بعد القطع فإنه لم يبق متقوما حتى لا يضمن بالاتلاف ويبقى الملك فيه حتى يأخذه المالك. قال رحمه الله: (وصح قبض العبد أجره) يعني لو قبض العبد الاجرة من المستأجر جاز قبضه بالاجماع لانه المباشر للعقد وحقوق العقد إليه فيصح لكونه مأذونا في التصرف النافع وهذه مكررة مع قوله ولا يأخذ مستأجر من عبد محجور إلى آخره لانه أفاد صحة القبض ومنع الاخذ فهي تكرار بلا فائدة فتأمل. قال رحمه الله: (ولو أجر عبده هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة صح والاول بأربعة) لانه لما قال أولا شهرا بأربعة انصرف إلى ما يلي العقد تحريا للصحة كما لو سكت عليه لان الاوقات في حق الاجارة بمنزلة الاوقات في حق اليمين أن لا يكلم فلانا لان تنكرها مفسد فتعين عقبها، فإذا انصرف الاول إلى ما يليه انصرف الثاني تحريا للاخير لانه أقرب الاوقات إليه فصار كما لو صرح به. قال تاج الشريعة: فإن قلت: هذا التعليل إنما يستقم إذا أنكر الشهر وهنا عرف بقوله هذين قلت: رأيت في المبسوط وغيره: استأجر عبدا شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله هذين الشهرين إلى الشهرين المنكرين اه‍. وقال صاحب العناية: قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكرا مجهولا والمذكور في الكتاب ليس كذلك. وأجيب بأن المذكور في الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما في كلام المؤجر من التنكير فكان الاولى أن يقول ولو قبل إجارة عبد إلى آخره فلو قال ذلك لكان أولى وكان يسلم من الاعتراض فتأمل.
***

[٦٠]

قال رحمه الله: (ولو اختلفا في اباق العبد ومرضه حكم الحال) يعني لو استأجر عبدا شهرا مثلا ثم قال المستأجر في آخر الشهر أبق أو مرض في المدة وأنكر المولى ذلك أو أنكر استناده إلى أول المدة فقال أصابه قبل ن تأتيني بساعة يحكم الحال فيكون القول قول من شهد له الحال مع يمينه لان القول في الدعاوي قول من يشهد له الظاهر ووجوده في الحال يدل على وجوده في الماضي فيصلح الظاهر مرجحا،

وإن لم يصلح حجة كما إذا اختلفا في جريان ماء الطاحون. وهذا إذا كان الظاهر يشهد للمستأجر فظاهر لانه لا إشكال فيه لانه ليس فيه إلا دفع الاستحقاق والظاهر يصلح له، فإن كان يشهد للمؤجر ففيه إشكال من حيث إنه يستحق الاجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق، وجوابه أنه يستحق بالسبب السابق وهو العقد وإنما الظاهر يشهد على بقائه واستمراره إلى ذلك الوقت فلم يكن مستحقا بمجرد الظاهر، وهذا لانهما لما اتفقا على وجود سبب الوجوب فقد أقر بالوجوب عليه، وإذا أنكره يكون متعرضا لنفيه فلا يقبل إلا بحجة. وعلى هذا لو أعتق جارية ولها ولد فقالت أعتقتني قبل ولادتي فهو حر وقال المولى أعتقتها بعده فهو رقيق فالقول قول من الولد في يده لان الظاهر يشهد له، وكذا لو باع نخلا فيه ثمرة واختلفا في الثمرة معها كان القول قول من في يده الثمرة. وهذا كله إذا اتفقا على قدر الاجرة واختلفا في الوجوب، فلو اختلفا في قدر الاجرة واتفقا في الوجوب قال في فتاوي قاضيخان: ولو اختلفا في الاجر فقال الصباغ عملته بدرهم وقال صاحب الثوب بدانقين فأيهما أقام البينة قبلت بينته، وإن أقاماها فبينة الصباغ، وإن لم يكن لهما بينة ينظر ما زاد الصبغ في قيمة الثوب، فإن كان درهما أو أكثر يؤخذ بقول الصباغ فيعطى درهما بعد يمينه بالله ما صبغه بدانقين، وإن كان ما زاد الصبغ فيه أقل من دانقين كان القول قول رب الثوب مع يمينه على ما ادعى الصباغ، فإن كان يزيد في قيمة الثوب نصف درهم يعطى لصباغ نصف درهم مع يمينه كما تقدم، وإن كان ينقص الصبغ الثوب كان القول قول صاحب الثواب ا ه. قال في المحيط وغيره: وإذا اختلف شاهد الاجرة في مقدارها إن كانت الحاجة إلى القضاء بالعقد قبل استيفاء المعقود عليه فالشهادة باطلة، سواء كان يدعي أقل المالين أو أكثرهما، فإن كانت الحاجة إلى القضاء بالدين بأن وقع الاختلاف بعد الاستيفاء وقد تقدم. ولو اختلفا في نفس المنفعة فشهد أحدهما بالركوب والآخر بالحمل أو قال أحدهما بزعفران وقال الآخر بعصفر لم تقبل الشهادة. هذا إن اتفقا على العين المؤجرة، فلو اختلفا فيها قال في المحيط: لو اختلفا في العين المؤجرة بأن قال المؤجر أجرتك هذه الدابة وقال المستأجر بل هذه يتحالفان، ولو اختلفا في جنس الاجرة وأقاما البينة وكل بينة تثبت الزيادة تقبل بينة كل فيما يدعيه، ولو اختلفا في المسافة فقال أحدهما مثلا في ديارنا إلى الخانكا وقال الآخر إلى بلبيس يتحالفان، وأيهما أقام البينة تقبل بينته، وإن أقاماها جميعا أخذ بينة رب البداية في إثبات الاجرة وبينة المستأجر في إثبات زيادة المسافة.

***

[٦١]

[والقول لرب الثوب في القميص والقباء والحمرة والصفرة والاجر وعدمه. باب فسخ الاجارة وتفسخ بالعيب وخراب الدار وانقطاع ماء الضيعة والرحى وتفسخ بموت أحد] قال رحمه الله: (والقول لرب الثوب في القميص والقباء والحمرة والصفرة والاجر وعدمه) يعني إذا اختلف رب الثوب والخياط في المخيط بأن قال ر ب الثوب أمرتك أن تعمل قباء وقال الخياط قميصا، أو في لون الصبغ بأن قال رب الثوب أحمر وقال الصباغ أصفر، أو في الاجرة بأن قال صاحب الثوب عملته بغير أجرة وقال الصباغ بأجرة كان القول قول رب الثوب، وظاهر العبارة أنه لا فرق بين كون رب الثوب معروفا بلبس ما نفاه أو لا، والذي يقتضيه النظر إن كان معروفا بلبس ما نفاه أن يكون القول قول الخياط وإن لم يكن معروفا أو جهل الحال يكون القول قول رب الثوب، أما إذا اختلفا في الخياطة والصبغ فلان الاذن يستفاد منه فهو أعلم بكيفيته لانه إذا أنكر الاذن أصلا كان القول قوله فكذا إذا أنكر وصفه لان الوصف تابع للاصل لكنه يحلف لانه ادعى عليه شيئا لو أقر به لزمه فإذا أنكره يحلف، فإذا حلف فالخياط ضامن وصاحب الثوب ضمير إن شاء ضمنه ثوبا غير معمول ولا أجر له أو قيمته معمولا وله أجر مثله لا يجاوز به المسمى على ما بينا. وعن محمد: إنه يضمن ما زاد الصبغ فيه، لا يقال هذه مكررة مع قوله ولو اختلفا في الاجارة قبل الاستيفاء إلى آخره لانا نقول: هناك اتفقا على نوع العمل واختلفا في الاجرة وهنا اتفقا على الاجرة واختلفا في نوع العمل فلا تكرار، وأما إذا اختلفا في الاجرة فلان المستأجر ينكر تقوم عمله ووجوب الاجر والصباغ يدعيه فكان القول للمنكر وهذا قول الامام. وقال الثاني: إن كان الصابغ حريفا له أي معاملا له بأن وكان يدفع إليه شيئا للعمل ويقاطعه عليه فله الاجر وإلا فلا. وقال محمد: إن كان الصابغ معروفا بهذه الصنعة بالاجرة كان القول قوله وإلا فلا، لانه لما فتح الدكان لذلك جرى ذلك مجرى التنصيص عليه اعتبارا بظاهر المقاصد. وقولهما استحسان والقياس قول الامام والفتوى على قول محمد، فإن قلت: هذه متكررة مع قوله وبخياطة قباء وأمر بقميص فالجواب أن تلك باعتبار الضمان وهذا باعتبار أن القول لرب الثوب عند الاختلاف فلا تكرار. وفي التتارخانية: ولو اختلف هو والقصار في أجر الثوب فقال القصار بربع درهم وقال رب الثوب عملته بقيراط، فإن اختلفا

قبل الشروع في العمل تحالفا وترادا، وإن كان بعد الفراغ من العمل فالقول قول رب الثوب ولم يحكم مقدار ما زادت القصارة فيه اهـ والله أعلم. باب فسخ الاجارة ذكر الفسخ آخرا لان فسخ العقد بعد وجوده لا محالة فناسب ذكره آخرا. قال رحمه

***

[٦٢]

الله: (وتفسخ بالعيب) أي تفسخ الاجارة بالعيب، وظاهر قوله. وظاهر قوله تفسخ أفاد أنها لا تتوقف على رضا الآخر ولا على القضاء، وفي التتارخانية: وإذا تحقق العذر هل ينفسخ بنفسه أو يحتاج إلى الفسخ؟ إشارات الكتب متعارضة ففي بعضها ينفسخ بنفس العذر وبه أخذ بعض المشايخ، وفي عامتها يحتاج إلى الفسخ وعليه عامة المشايخ وهو الصحيح، وقيل العقد ينفسخ بدون الرضا قيل هو الصحيح وبعض المشايخ قال: إن كان العذر يمنع المضي ينفسخ بنفسه ولا يحتاج إلى القضاء، وإن كان لا يمنع المضي يحتاج إلى القضاء اهـ وفي الزيادات: يرفع الامر إلى القاضي ليفسخ الاجارة. قال شمس الائمة: رواية الزيادات أصح، كذا في الخلاصة. وفي الجامع الصغير: يشترط لصحة الفسخ الرضا أو القضاء اهـ وأطلق المؤلف في العيب وقال في البدائع: هذا إذا كان العيب مما يضر بالانتفاع بالمستأجر، فإن زمان لا يضر بالانتفاع به بقي العقد لازما ولا خيار للمستأجر كالعبد المستأجر ذهبت إحدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة أو سقط شعره أو سقط في الدار المستأجرة حائط لا ينتفع به في سكناها إلى آخره بخلاف ما إذا كان العيب الحادث مما يضر بالانتفاع لانه إذا كان يضر بالانتفاع فالنقصان يرجع إلى المعقود عليه فأوجب له الخيار فله أن يفسخ، ثم إنما يلي الفسخ إذا كان المؤجر حاضرا، فإن كان غائبا فحدث بالمستأجر ما يوجب حق الفسخ فليس للمستأجر أن يفسخ لان فسخ العقد لا يجوز إلا بحضور العاقدين أو من يقوم مقامهما، فلو كان لا يضر بها فليس له الفسخ كالعبد المستأجر إذا ذهب إحدى عينيه وهي لا تضر بالخدمة أو الدار إذا سقط منها حائط لا ينتفع به في سكناها، وإن كان يؤثر في السكنى أو الخدمة كالعبد إذا مرض أو الدابة إذا دبرت أو الدار فإذا سقط منها حائط ينتفع به في السكنى. ولو استأجر دارين فسقط من أحدهما حائط أو منع مانع من أحدهما أو وجد في أحدهما عيب ينقص السكنى فله أن يتركهما جميعا إذا كان عقد عليهما عقد واحد. اهـ. قال الشارح: لان العقد يقتضي سلامة البدل فإذا لم يسلم فات رضاه فله أن فسخ كما في البيع. والمعقود عليه هنا المنافع وهي تحدث ساعة فساعة فما وجد من العيب يكون حادثا قبل القبض في حق ما بقي من المنافع فيوجب خيار الفسخ، فإذا فعل المؤجر ما زال به العيب فلا خيار للمستأجر لان الموجب للرد قد زال قبل الفسخ والعقد يتجدد ساعة فساعة فلم يوجد فيما يأتي بعد فسقط اختيار الفسخ، وإذا استوفى المستأجر المنفعة مع العيب يلزمه جميع البدل. وفي الظهيرية: وذلك إما أن يكون من قبل أحد العاقدين أو من قبل المعقود عليه. وفي التجريد: إما أن يمنع الانتفاع أو ينقص الانتفاع بالمنفعة. ولما تنوع العيب إلى هذه الانواع شرع يبين الانواع. قال رحمه الله: (وخراب الدار وانقطاع ماء الضيغة والرحى) يعني تنفسخ الاجارة بهذه الاشياء ولو بين المؤجر الدار وأراد المستأجر أن يسكنه في بقية المدة فليس له أن يمنعه من

***

[٦٣]

[المتعاقدين إن عقدها لنفسه وإن عقدها لغيره لا كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف] ذلك، وكذا ليس للمستأجر أن يمنع منه. وفي النوادر: بني المؤجر الدار كلها قبل الفسخ فللمستأجر أن يفسخ العقد إن شاء مخالف لما تقدم، ولو انقطع ماء الرحى والبيت وبقي ما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه بقي شئ من المعقود عليه إذا استوفاه لزمه حصته. وقوله وخراب الدار إلى آخره يفيد أن الاجارة تنفسخ بهذه الاشياء. وفي الذخيرة: الاجارة في الرحى لا تنفسخ بانقطاع الماء. وفي الخانية: فإن بني الدار بعد الفسخ فليس للمستأجر أن يسكنها. وفي التتارخانية: والسفينة المستأجرة إذا نقضت وصارت ألواحا ثم أعيدت سفينة أخرى لم يجز تسليمها للمستأجر اهـ. ومثل انقطاع ماء الرحى انكسار الحجر. وفي التتارخانية: ولو استأجره ليزرع أرضه ببذره ثم بدا له أن لا يزرع كان عذرا، ولو استأجر أرضا ليزرعها فغرقت أو تربت أو سبخت كان ذلك عذرا في فسخها. وفي الاصل: استأجر أرضا ليزرعها شيئا سماه فزرعها ذلك وأصاب الزرع آفة وذهب وقت الزراعة لذلك الزرع فأراد أن يزرع ما هو أقل منه ضررا أو مثله فله ذلك وإلا فسخت ولزمه ما مضى من الاجرة. قيد بانقطاع الرحى ليحترز عن النقصان في الرحا، فإن كان النقصان فاحشا فله حق الفسخ، وإن كان غير فاحش

فليس له حق الفسخ. قال القدوري: إذا صار الطحن أقل من نصف الحنطة أو لا فهو فاحش. قال رحمه الله: (وتفسخ بموت أحد المتعاقدين إن عقدها لنفسه) قال الشارح: وفيه إشارة إلى أنه لا يحتاج إلى حكم الحاكم ا ه. والظاهر أن فيه إشارة إليه. قال في المفيد والمزيد: وقال بعضهم لا لكن يرفع الامر إلى القاضي ويقضي بالفسخ ولا يحتاج في ذلك إلى دعوى. وللعلماء في ذلك طريقان: أحدهما أن يرفع الامر إلى القاضي بالفسخ. الثانية أن يبيع العين المؤجرة ويحكم القاضي فيها بالصحة وانفساخ الاولى وهي طريقة ما وراء النهر. وقال الشافعي: لا تبطل بموت أحدهما. ولنا أن العقد ينعقد ساعة فساعة حسب حدوث المنفعة فإذا مات المؤجر انتقل الملك إلى الوارث ومنفعته إليه والمنافع المستحقة بالعقد هي المملوكة للمؤجر وقد فات بموته فتنفسخ. قال في العتابية: ونوقض بما إذا استأجر دابة إلى مكان معين فمات صاحب الدابة وسط الطريق كان للمستأجر أن يركبها إلى المكان المسمى وقد مات أحدهما أو عقدها لنفسه. وأجيبت بأن ذلك للضرورة وأنه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجدد دابة أخرى في وسط المفازة ولا يكون ثمة قاض يرفع الامر إليه حتى قال بعض مشايخنا: إن وجد ثمة دابة أخرى يحمل عليها متاعه ينتقض أو وجد قاض ينتقض ا ه. وفي المحيط: إذا مات رب الدابة نظر القاضي ما هو الاصلح للورثة، إن رأى بيع الجمل وحفظ الثمن أنفع للورثة فعل، وإن رأى إبقاء الاجارة فإن كان بقية فالافضل الابقاء، وإن كان غير بقية والافضل فسخها، فإن فسخها وأقام البينة أنه أوفاه الكراء رد عليه بحساب ما بقي، ولو أنفق المستأجر على الدابة شيئا لم يحسب له إلا
***
[٦٤]
[وتفسخ بخيار الشرط وبخيار الرؤية وتفسخ بالعذر وهو عجز أحد العاقدين عن المضي] إذا كان بإذن القاضي اه. وفيه أيضا: وإذا مات أحدهما وفي الارض زرع يترك إلى الحصاد ويكون على المستأجر أو على ورثته ما بقي من الاجر لانها كما تفسخ بالاعذار تبقى بالاعذار ا ه. وأطلق في الموت فشمل الموت الحكمي كالارتداد وكذا في المحيط. وفي الذخيرة: وإذا سكن بعد الانفساخ بغير عقد فالاصح إن كانت معدة للاشتغال تلزمه أجرة المثل وإلا فلا لانه غاصب. قال رحمه الله: (وإن عقدها لغيره لا كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف) يعني لا تفسخ بموت أحدهما إذا كان عقدها لغيره كما ذكرنا لبقاء المستحق عليه، والمستحق لو مات المعقود له بطلت لما ذكرنا. وإذا مات أحد المستأجرين أو المؤجرين بطلت الاجارة في نصيبه وبقيت في نصيب الحي. وقال زفر: بطلت في نصيب الحي أيضا لان الشيوع مانع من صحة الاجارة. قلنا ذلك في الابتداء لا في البقاء لانه يتسامح في البقاء ما لا يتسامح في الابتداء. وأطلق في الوكيل فشمل الوكيل بالايجار والوكيل بالاستئجار. قال في الذخيرة: وأما الوكيل بالاستئجار إذا مات تبطل الاجارة لان التوكيل بالاستئجار توكيل شراء المنافع فيصير مشتريا لنفسه ثم يصير مؤجرا من الموكل اه. أقول: لعل هذا إذا لم يسلم إلى الموكل، أما لو سلم لا تبطل فتدبره. وفي الظهيرية: أمر رجلا أن يستأجر دارا بعينها سنة للموكل فاستأجرها المأمور وتسلمها وأبى أن يدفعها للآمر حتى مضت السنة قال أبو يوسف: لا أجر عليه ولا على الآمر. وقال محمد: يجب الاجر على الآمر. ولم يتعرض لما إذا قبض الناظر الاجرة معجلة أو غيره ثم مات فنقول: إذا كان الوقف أهليا والغلة للقابض فآجر وقبض الاجرة معجلة ثم مات قبل انتهاء المدة ففي الفتاوي وغيرها: للذي انتقل له الحق أن يأخذ من المستأجر أجرة ما آل إليه بالموت، فإن كان الميت ترك مالا رجع بذلك على ما له، وإن لم يترك مالا لا يرجع المستأجر بشئ وضاع عليه، وإن كان الناظر في وقف غير أهلي فمات بعد القبض قبل انتهاء المدة لا يضع ذلك عليه ويرجع على جهة الوقف وفي مال الميت المتروك. قال رحمه الله: (وتفسخ بخيار الشرط) يعني إذا شرط المؤجر أو المستأجر خيار الشرط أو شرط كل منهما خيار الشرط ثلاثة أيام فله أن يفسخ الاجارة به عندنا. وقال الامام الشافعي: لا يصح شرط الخيار في الاجارة لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله إن كان الخيار له، وإن كان المشروط له الخيار المؤجر لا يمكنه التسليم أيضا على الكمال لان المنافع تحدث ساعة فساعة. ولنا أنه عقد معاوضة ولا يجب قبضه في المجلس، ويحتمل الفسخ بالاقالة فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع. ولان الخيار شرط في البيع للتروي فكذا في الاجارة لانها تقع بغتة من غير سابقة تأمل. فيمكن أن يقع غير موافق فيحتاج إلى الاقالة فيجوز اشتراط الخيار فيها بخلاف النكاح لانه ليس بمعاوضة فلا يصح شرط الخيار فيه، وبخلاف الصرف والسلم فلا يصح شرط
***
[٦٥]

[في موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به كمن اسأجر رجلا ليقلع ضرسه فسكن] الخيار فيهما لانه يمنع تمام القبض المستحق بالعقد والعقد فيهما موجب للقبض في المجلس وفوات بعض المعقود عليه لا يمنع الرد بالعيب فكذا بخيار الشرط للضرورة بخلاف البيع لانه يمكن فسخ البيع في جميع المبيع فلا ضرورة ألا ترى أن المستأجر يجبر على القبض بعد مضي بعض المدة من غير شرط الخيار للضرورة، وفي المبيع لا يجبر عليه بعد هلاك بعضه لعدم الضرورة وقد تقدم في البيع أنه يشترط حضور الآخر في الفسخ وقد تقدم الصحيح هناك. قال رحمه الله: (وبخيار الرؤية) أي وتفسخ بخيار الرؤية. وقال الامام الشافعي: لا يجوز استئجار ما لم يره للجهالة قلت: الجهالة إنما تمنع الجواز إذا كانت مفضية للنزاع وهذه لا تفضي إليه لانه إن لم يوافق يرده فلا يمنع الجواز، فإذا رآه ثبت له خيار الفسخ لان العقد لا يتم إلا بالرضا ولا رضا بدون العلم، وقال عليه الصلاة والسلام من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه ولان الاجارة شراء المنافع فتناولها الحديث. قال رحمه الله: (وتفسخ بالعذر وهو عجز أحد العاقدين عن المضي في موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به كمن استأجر رجلا ليقلع ضرسه فسكن الوجع) يعني تفسخ الاجارة بالعذر الذي هو العجز عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد أي بنفس العقد كمن استؤجر الخ. وقال الامام الشافعي: لا تفسخ بالاعذار إلا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان كما تقدم، وقد فسر العذر في التجريد حيث قال: والعذر أن يحدث في العين ما يمنع الانتفاع به أو ينقض المنفعة. وفسره في الهداية كما فسره المؤلف. وفي المحيط: وكل عذر يمنع المضي في موجبه شرعا كمن استأجر رجلا ليقع ضرسه فسكن الوجع تنقض الاجارة من غير نقض لانه لا فائدة في بقائه فتنتقض ضرورة، وكل عذر لا يمنع المضي في موجب العقد شرعا ولكن لا يمكنه المضي إلا بضرر زائد يلزمه فإنه لا ينتقض إلا بالنقض. وهل يكون قضاء القاضي والوصي شرطا في النقض؟ ذكره في الزيادات وجعل قضاء القاضي شرطا. قال شمس الائمة السرخسي: هو الاصح. وذكر في المبسوط والجامع الصغير أنه ليس بشرط وينفرد العاقد بالنقض وهو الصحيح وقد تقدم الكلام عليه. وفي الخلاصة: وإن انهدم منزل المؤجر وليس له منزل آخر وأراد أن يسكن البيت المؤجر ويفسخ الاجارة ليس له ذلك، ولو استأجر دكانا ليبيع فيه ويشتري فأراد أن يترك هذا العمل ويعمل غيره فهذا عذر اه. وفي المحيط ذكر في فتاوي الاصل: إن تهيأ له العمل الثاني على ذلك الدكان ليس له النقض. وفيها: لو استأجر ليبيع الطعام ثم بدا له أن يأخذ في عمل آخر فهذا ليس بعذر في الاصل. وقال في الاصل: إذا استأجر حانوتا ليبيع فيه الطعام ثم بدا له أن يعقد في سوق الصيارف فهو عذر. وفي التجريد: لو أجر نفسه في عمل أو صناعة ثم بدا له أن يترك ذلك العمل، فإن كان ذلك العمل ليس من عمله وهو مما

***

[٦٦]

[الوجع أو ليطبخ طعاما للوليمة فاختلعت منه أو حانوتا ليتجر فيه فأفلس أو أجره ولزمه دين بعيان أو بيان أو بإقرار ولا مال له غيره أو استأجر دابة للسفر فبدا له منه رأي لا للمكاري ولو أحرق حصائد أرض مستأجرة أو مستعارة فاحترق شئ في] يعاب به كان له أن يفسخ اه. ومن الاعذار الموجبة للفسخ شرعا لو استأجره ليقطع يده لاكلة فيها فبرئ منها. وفي التتارخانية: ولو استأجره للحجامة أو الفصد ثم بدا له أن لا يفعل كان عذرا، ولو امتنع الاجير عن العمل في هذه الحالة يجبر عليه. قال رحمه الله: (أو ليطبخ له طعاما للوليمة فاختلعت منه) يعني يجوز له أن يفسخ العقد في هذه المسألة لانه لا يمكنه المضي إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد، ويلحق به ما لو استأجر ليطبخ له طعاما لقدوم الامير أو الحاج فلم يقدم الامير والحاج. وفي التتارخانية: استأجر رجلا ليخيط له أو ليقطع قميصا أو يبني بيتا ثم بدا له أن لا يفعل كان عذرا. قال رحمه الله: (أو حانوتا ليتجر فيه فأفلس أو أجره ولزمه دين بعيان أو بيان أو بإقرار ولا مال له غيره) يعني لو استأجر حانوتا ليتجر فيه فأفلس كان عذرا في الفسخ. ولم يذكر الشارح الذي يتحقق به الافلاس وسنذكر ذلك. وقوله حانوتا مثال. قال في الجامع الصغير: استأجر الخياط غلاما ليخيط معه فأفلس الخياط أو مرض وقام من السوق فهو عذر يفسخ به. وتأويل المسألة إذا كان يخيط لنفسه، أما إذا كان يخيط بأجر فرأس مال الخياط الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه. وقال محمد في الخياط الذي يخيط لغيره بأجرة لا يتحقق إفلاسه إلا بأن تظهر خيانته للناس فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه اه. فظاهره أن الافلاس في التاجر بأن يظهر ذلك فيه فيمتنع الناس من معاملته. قوله أو أجره ولزمه دين بعيان الخ يعني له أن يفسخ في هذه الحالة. وإنما جمع بين هذه الامور ليبين أنه لا فرق في ثبوت الدين بين العيان والبيان والاقرار فإنه يلزم الدين في

الكل فيحبس عليه ويلازم عليه كما تقرر في كتاب الدعوى. قال الشارح: ويحصل الفسخ بالرفع إلى القاضي والقضاء به، وقيل يبع أو لا فيحصل الفسخ في ضمن البيع. قال رحمه الله: (أو استأجر دابة للسفر فبدا له منه رأى لا للمكاري) يعني لو استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له أن لا يسافر فهو عذر يفسخ به، ولو بدا للمكاري لا يعذر لان المستأجر يلزمه ضرورة ومشقة وربما يفوته ما قصد كالحج وطلب الغريم والمكاري لا يلزمه ذلك الضرر، ولانه يمكنه أن يقعد ويرسل غيره، وكذا لو مرض لما ذكرنا. وروى الكرخي أنه عذر في حق المكاري لانه لا يعرو عن ضرر ولان غيره لا يشفق على دوابه مثله. وقوله دابة وبدا له منه مثال. قال في الاصل: استأجر عبدا ليخدمه في المصر ودارا يسكنها ثم بدا له السفر فهو عذر له أن يفسخ به، ولو بدا لرب العبد أو الدار فليس بعذر فلا يفسخ، فإن قال المؤجر للقاضي أنه لا يريد السفر وقال المستأجر أنا أريد السفر فالقاضي يقول

***

[٦٧]

للمستأجر مع من تسافر، فإن قال مع فلان وفلان فالقاضي يسألهما هل يخرج معكم المستأجر وهل استعد للسفر، فإن قالا نعم ثبت العذر، وإن قالا لا فإن القاضي يحلف المستأجر بالله إنك عزمت على السفر، وإليه مال الكرخي والقدوري، فلو خرج من المصر ثم عاد يحلف بالله قد خرجت قاصدا للسفر الذي ذكرت، كذا في الخلاصة وغيرها. وفي الخلاصة: فإن لم يترك السفر ولكن وجد أرخص منها فهذا ليس بعذر، ولو اشترى منزلا وأراد التحول فيها فهذا ليس بعذر، ولو اشترى إبلا فهو عذر. قال رحمه الله: (ولو أحرق حصائد أرض مستأجرة أو مستعارة فاحترق شئ في أرض غيره لم يضمنه) حصد الزرع جزه والحصائد جمع حصيدة وحصيدوهما الزرع المحصود. والمراد هنا ما يبقى من أصل الزرع في الارض، ولا يخفي أن هذه المسألة حقها أن تذكر في الجنايات ولهذا ذكر في الهداية مسائل منثورة. وإنما لم يضمن لان هذه الاشياء تسبب وشرط الضمان التعدي ولم يوجد فصار كما لو حفر بئرا في ملك نفسه فتلف به إنسان بخلاف ما إذا رمى سهما في ملكه فأصاب إنسانا حيث يضمن لانه مباشر فلا يشترط فيه التعدي لان المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر والسبب ليس بعلة فلابد من التعدي ليلتحق بالعلة وإحراق الحصائد في مثله مباح فلا يضاف التلف إليه. قال شمس الائمة السرخسي: هذا إذا كانت الرياح غير مضطربة، فلو كانت مضطربة يضمن لانه يعلم أنها لا تستقر فلا يعذر فيضمن. وفي الخانية: لو كانت الريح غير ساكنة يضمن استحسانا. وذكر في النهاية معزيا إلى التمرتاشي: لو وضع جمرة في الطريق فأحرقت شيئا ضمن لانه متعد بالوضع، ولو رفعته الريح إلى شئ فأحرقته لا يضمن لان الريح نسخت فعله، ولو أخرج الحداد الحديد من النار في مكانه فوضعه على ما يطرق عليه وضربه بالمطرقة وخرج شرار النار إلى طريق العامة وأحرق شيئا ضمن، ولو لم يضربه ولكن أخرج الريح شيئا فأحرق شيئا لم يضمن. ولو سقى أرضه سقيا لا تحتمله الارض فتعدى إلى أرض غيره ضمن لانه لم يكن منتفعا بما فعله بل متعديا فقال خواهر زاده وشمس الائمة السرخسي: إذا أوقد نارا عظيما في أرضه بحيث لا تحتمله وتعدى إلى زرع غيره وأفسده يضمن لا محالة اه‍. وفي السفينة فرق أصحابنا بين الماء والنار فقال: إذا أوقد نارا عظيمة في أرض نفسه فتعدى فأحرق شيئا لا يضمن لان النار من شأنها الخمود بخلاف ما إذا ملا أرضه ماء بحيث لا تحتمله فإنه يضمن لان الماء من شأنه السيلان. وفي فتاوي أهل سمرقند: أوقد في التنور نارا لا يحتمله فأحرق بيته وتعدى إلى بيت جاره فأحرقه ضمن. وفي فتاوي الفضلي: رجل يمر في ملكه أو في ملك غيره بنار فوقعت شرارة من ناره على ثوب إنسان فأحرقته ضمن. وفي النوادر عن أبي يوسف: إن من مر بالنار في موضع له المرور فهبت الريح فأوقعت شرارة في مال إنسان لا يضمن، وإن مر بها في موضع ليس له حق المرور ينظر، إن هبت بها الريح لا يضمن، وإن وقعت منه شرارة ضمن. وفي التتمة سألت والدي عن القصار يدق الثياب في

***

[٦٨]

[أرض غيره لم يضمنه ولو أقعد خياط أو صباغ في حانوته من يطرح عليه العلم بالنصف صح ولو استأجر حملا ليحمل عليه محملا وراكبين إلى مكة صح وله المحمل] حانوته وانهدم حائط جاره هل يضمن؟ فقال: يضمن لانه مباشر. قال رحمه الله: (ولو أقعد خياط أو صباغ في حانوته من يطرح عليه العلم بالنصف صح) وهذا استحسان، والقياس أن لا يصح، وحق هذه المسألة أن تذكر في كتاب الشركة، ووجه الاستحسان أن هذه شركة الصنائع وليست بإجارة لان تفسير شركة الصنائع أن يكون العمل عليهما وإن كان أحدهما

متولي العمل بحذاقته والآخر متولي القبول لوجاهته وإذا وجد ما له سبيل إلى الجواز وهو متعارف يوجب القول بصحته فيكون العمل واجبا عليهما والاجر بينهما على ما عرف في موضعه. قال الشارح: وقول صاحب الهداية هذه شركة الوجوه فيه نوع إشكال فإن شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا وليس في هذه الشركة بيع وشراء وإنما هي شركة صنائع. قال في الغياثية: شركة التقبيل هي أن يشتركا على أن يتقبل الاعمال وهنا ليس كذلك بل هما اشتركا في الحاصل من الاجر وليست شركة صنائع. وأجبت بأن الشركة في الخارج تقتضي الشركة في التقبيل فثبت فيه اقتقضاء إذ ليس في كلامهما إلا تخصيص أحدهما بالتقبل والآخر بالعمل، وتخصيص الشئ بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه فأثبتنا الشركة في التقبل اقتضاء اه. وفي التتارخانية: دفع الآخر بقرة بالعلف ليكون الخارج بينهما نصفين فالحادث كله لصاحب البقرة وعليه أجرة مثل المدفوع إليه وثمن العلف، ومثله لو دفع الدجاجة إلى آخر بالنصف، ولو دفع بذر العليق إلى امرأ بالنصف فقامت عليه حتى أدركت فالعليق لصاحب الذرو على صاحب البذر قيمة العلف وأجرة مثلها. وفي فتاوي أبي الليث: دفع إلى امرأة دود التقوم عليها بنفقتها على أن العليق بينهما نصفان فهو بمنزلة المضارب وكل العليق لصاحب الدود وعليه أجر المثل وثمن الاوراق، ولو غصب من آخر دود القز وبيض الدجاج فأمسكه حتى خرج العليق والفرخ. قال شمس الائمة الحلواني: إن خرج بنفسه فهو لصاحبه. رجل له غريم في مصر آخر فقال لرجل اذهب إليه وطالبه بالدين وإذا قبضت فلك عشرة ففعل فله أجر مثله اه. ولقائل أن يقول: هذه مكررة مع قوله فيما سبق وتقبل إن اشترك خياطان أو خياط وصباغ قلنا: ذكر هناك شركة لا الصنائع قصدا وهنا بين ما إذا وقع العقد على شركة الصنائع ضمنا فبهذا الاعتبار لا تكرار. قال رحمه الله: (ولو استأجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين إلى مكة صح وله المحمل المعتاد) والقياس أن لا يجوز للجهالة وهو قول الامام الشافعي ووجه الاستحسان أن هذه الجهالة تزول بالصرف إلى المتعارف، وله المتعارف من الحمل والزاد والغطاء وغير ذلك مما هو معلوم عند أهل العرف، لا يقال هذه متكررة مع قوله وإن استأجر حمارا ولم يسم ما يحمل

***

[٦٩]

[المعتاد ورؤيته أحب ولمقدار زاد فأكل منه رد عوضه وتصح الاجارة وفسخها والزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية والقضاء والامارة والطلاق والعتق والوقف مضافا لا البيع وإجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح] قلنا: هناك لم يبين ما يحمل فكانت الجهالة فاحشة، وهنا بين ما يحمل فكانت يسيرة لانه بين الحمل ولم يبين قدره. قال رحمه الله: (ورؤيته أحب) يعني رؤية المكاري المحمل والراكب وما يتبعهما أحب لانه أبعد من الجهالة أقرب للعلم لتحقق الرضا. قال رحمه الله: (ولمقدار زاد فأكل منه رد عوضه) يعني إذا استأجر رجلا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فأكل منه في الطريق رد عوضه. وقال بعض الشافعية: لا يرد لان عرف المسافرين أنهم يأكلون الزاد ولا يردون والمطلق يحمل على المتعارف بخلاف الماء حيث يكون له الرد لان العرف جرى برده. ولنا أنه استحق عليه حمل مقدار معلوم في جميع الطريق فله أن يستوفيه فصار كالماء والعرف مشترك فإن بعض المسافرين يردون فلا يلزمنا عرف البعض، أو يحمل فعل من لا يرد على أنهم استغنوا فلا يلزم حجه ويرد بعضهم وهم المحتاجون إليه. قال رحمه الله: (وتصح الاجارة وفسخها) لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة وهذا معنى الاضافة وفسخها يعتبر بها كما إذا أضاف الاجارة إلى رمضان وهو في شعبان، وكذا إذا أضاف الفسخ إلى شوال وهو في رمضان. وفي القنية: إذا قال أجرتك هذه الدار غدا يجوز، ولو قال إذا جاء غد قد أجرتك هذه الدار باطل لانه تعليق. وقال أبو بكر: تجوز في اللفظين ولا خطر في هذا في الاجارة وبه يفتي. وعن ابن سماعة عن أبي يوسف: أجرتك داري بكذا إذا هل كذا يجوز في الاجارة ولا يجوز في البيع. قال رحمه الله: (والمزارعة والمعاملة) يعني وتصح المزارعة أيضا بالاضافة إلى المستقبل كما إذا قال وهو في شعبان زارعتك أرضي من أول رمضان بكذا، وتصح أيضا المعاملة وهي المساقاة بأن قال ساقيتك بستاني من أول رمضان وهو في شعبان بكذا لان المزارعة والمعاملة إجارة فتعتبر بالاجارة. قال رحمه الله: (والمضاربة والوكالة) لانهما من باب الاطلاق وكل ذلك تجوز إضافته. قال رحمه الله: (والكفالة) لانها التزام للمال ابتداء فتجوز إضافتها وتعليقها بالشرط كالبذر لكن فيها تمليك المطالبة فلا يجوز تعليقها بالشرط المطلق بل بالشرط المتعارف. قال رحمه الله: (والايصاء والوصية) والايصاء إقامة الشخص مقام نفسه، والوصية هي التمليك وكلاهما مضاف إلى ما بعد الموت لانهما لا يكونان

إلا مضافين إذ الايصاء في الحال لا يتصور إلا إذا جعل مجازا عن الوكالة. قال رحمه الله: (والقضاء والامارة) يجوز تعليقهما بالشرط وإضافتهما إلى الزمان لانهما تولية وتفويض محض فجاز تعليقهما بالشرط، والاصل في ذلك أنه عليه الصلاة والسلام أمر زيد بن حارثة ثم قال: إن قتل زيد فجعفر وإن قتل جعفر فعبد الله ابن رواحة. قال رحمه الله: (والطلاق والعتق والوقف مضافا) لا يخفي أن قوله (مضافا) نصب على الحال وهو قيد للمذكورات كلها، وتقدير الكلام ويصح كل
***
[٧٠]
[والرجعة والصلح عن مال وإبراء الدين.] واحد منها حال كونه مضافا إلى الزمان المستقبل. قال رحمه الله: (لا البيع وإجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وإبراء الدين) يعني هذه الاشياء لا يجوز إضافتها إلى الزمان المستقبل لانها تمليك وقد أمكن تنجيزها للحال فلا حاجة إلى الاضافة وقد تقدم والله تعالى أعلم.
***
[٧١]
[كتاب المكاتب] كتاب المكاتب قال في النهاية: أورد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة إن كل واحد منها عقد يستفاد منه المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة، وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق وهذا مستدرك لانه يرد عليه أن يقال: إنه وقع الاحتراز بهذا الذي ذكره من غير تلك الاشياء الثلاثة أيضا فما معنى تخصيص تلك الثلاثة بالذكر؟ وقدم الاجارة لان المنافع ثبت لها حكم المال لضرورة بخلاف الكتابة. والكلام في المكاتب من أوجه: الاول في معناها لغة. الثاني في معناها شرعا. والثالث في ركنها. والرابع في شرط جوازها. والخامس في دليلها. والسادس في حكم حكمها. والسابع في صفتها. والثامن في حقيقتها. والتاسع في سببها. والعاشر في حكمها. فهي لغة مشتقة من الكتب وهو الضم والجمع وسمي الخط كتابة لما فيه من ضم الحروف بعضها إلى بعض، وهو اسم مفعول من كاتب أو كتب كتابة ومكاتبة والمولى مكاتب بكسر التاء. وشرعا فهي جمع مخصوص وهو جمع حرية الرقيق في المال إلى حرية اليد في الحال. وركنها الايجاب والقبول وارتباط أحدهما بالآخر. وشرط جوازها قيام الرق وكون المسمى معلوما ودليلها من القرآن قوله تعالى * (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا) * [النور: ٣٣] واختلف في الخير قيل هو أن لا يضر بالمسلمين، وقيل الوفاء والامانة، وقيل المال. ومن الحديث قوله صلى الله عليه وسلم من كاتب عبدا على مائة أوقية فأداها إلا عشر أوقية فهو عبد وصفتها أنه عقد مندوب إلهي مع الصالح والطالح. وحكمها انفكاك الحجر وثبوت حرية اليد، وحكمها في جانب المولى ثبوت حق المطالبة بالبدل على ما وقع عليه. وسببها رغبة المولى في بدل الكتابة عاجلا وفي ثواب
***
[٧٢]
[هي تحرير المملوك يدا في الحال ورقبة في المال كاتب مملوكة ولو صغيرا يعقل بمال حال أو مؤجل أو منجم وقبل صح وكذا لو قال جعلت ألفا تؤدية نجوما] العتق آجلا ورغبة العبد في الحرية وأحكامها آجلا وعاجلا. قال رحمه الله: (هي تحرير المملوك يدا في الحال ورقبة في المآل) فقوله تحرير جنس دخل فيه تحرير الرقبة وتحرير اليد فقوله يدا أخرج تحرير الرقبة وأفاد أن له يدا معتبرة، فلو كاتب صغيرا لا يعقل لم يجز كما سيأتي. وقوله في الحال يتعلق بيد وأخرج بقوله ورقبة في المآل العتق المنجز والمعلق وهذا تعريف بالحكم، ولو أردا التعريف بالحقيقة لقال هي عقد يرد على تحرير اليد. وأما ألفاظها ففي الجامع الصغير: قال لعبده قد جعلت عليك ألف درهم تؤديه إلي نجوما أول النجم كذا وآخره كذا فإن أديت فأمنت حر وإن عجزت كنت رقيقا فقبل فهو مكاتب. وفي الينابيع: قال لعبده أدالي ألف درهم كل مائة درهم إلى سنة وأنت حر فقبل فهو مكاتب، وإن عجز عن سنة وأدى في الشهر الاخير جاز في رواية أبي سليمان، وفي رواية أبي حفص ليس بمكاتب، قال فخر الاسلام: وهو الاصح فإن عجز بطلت اه. قال رحمه الله: (كاتب مملوكه ولو صغيرا يعقل بمال حال أو مؤجل أو منجم وقبل صح) أما جوازها مع الصغير فلانه تصرف نافع والصغير الذي يعقل من أهل التصرف النافع، وأما جوازها بمال حال أو مؤجل أو منجم فلاطلاق الدليل الصادق بالثلاث حالات، ولان البدل في الكتابة معقود به كالثمن في البيع والقدرة على تسليم الثمن ليس بشرط لصحة العقد، ألا ترى أن من ليس عنده شئ جاز أن يشتري ما شاء بما شاء، ولان الكتابة

عقد إرفاق فالظاهر أنه يسامحه ولا يضيق عليه. قال في المبسوط: كاتب عبدا صغيرا لا يعقل لم يجز فإن أدى عنه أجنبي لم يعتق لان الكتابة إيجاب وقبول وقبول من لا يعقل لا يصح. ولو كاتب عن عبد لرجل رضيع وقبل عنه أجنبي آخر ورضي به المولى لم يجز، وإن أدى الولد الكتابة عتق استحسانا لا قياسا. وجه الاستحسان أن الكتابة انعقدت بقبول من عقد الايجاب إلا أنه لم يظهر وجوب المال على العبد بهذه الكتابة في حق المطالبة نفيا للضرورة ولكن اعتبر المال واجبا عليه في حق صحة الاداء من المتبرع لانه لا ضرر عليه بل له منفعة مختصة لانه يعتق بغير مال يلزمه وذلك أن نقول: أنتم قلتم لو وكل مجنونا صح لانه لما وكل في هذه الحالة صار راضيا بقبوله فينبغي أن يعتق فيما إذا قبل الصغير الذي لا يعقل وأدى عنه الاجنبي. وأطلق في قوله بمال ولم يقيده بالمعلوم قدرا وصفة ونوعا لان الاصل أن مبادلة ما ليس بمال بالمال كالنكاح والكتابة جهالة الجنس والقدر لا يمنع صحته وجهالة وصفه لا يمنع صحة تسميته، بيان ذلك: لو كاتب عبده على مكيل أو موزون جاز وله الوسط، وعلى دابة وثوب لا يجوز حتى يبين الجنس لان جهالة الجنس متفاحشة فتمنع صحة التسمية، وفي الاول جهالة وصف وهي لا تمنع صحة التسمية، ولو كاتبه على لؤلؤة أو دار

***

[٧٣]

[أول النجم كذا وآخره كذا فإذا أديت فأنت حر وإلا فقن فيخرج من يده دون ملكه] ولم يعين لم يجز لان جهالة الوصف هنا متفاحشة بمنزلة جهالة الجنس، ولو كاتبه على أن يخدمه شهرا جاز استحسانا، ولو كاتبه على أن يخدمه غيره يجوز لان البدل يجوز للمولى وقد أقام غيه مقام نفسه. ولو كاتبه على ألف على أن يؤديها إلى غريم من غرمائه جاز، ولو كاتبه على ألف وخدمته سنة أو وصف جاز، ولو كاتبه على ألف وخدمته أبدا فهي فاسدة ويعتق بأداء قيمته دون خدمته. وقوله عبده ليس بقيد قال في المحيط: ولو كاتب نصف عبده جاز فنصفه مكاتب ونصفه مأذون في التجارة وعتق بأداء نصفه، وما وصل في يده من الكسب نصفه له ونصفه للمولى ويسعى في نصف قيمته لان الكتابة تقبل التجزي لان أحكامها قابلة للتجزي اه‍. وفي المبسوط: كاتب عبده على ألف درهم منجمة على أن يؤدي مع كل نجم ثوبا قد سمى جنسه أو على أن يؤدي مع كل نجم عشرة دراهم ذلك جائز بمنزلة ما لو كاتبه على كذا وكذا وقال على أن تؤدي مع كتابتك ألف درهم، وإذا ظهر أن جميع ذلك بدل الكتابة، فإذا عجز عن شئ من بعد أحله رد إلى الرق اه‍. ولو كاتبه على ما في يده من الكسب في رواية كتاب الشراء يجوز، وفي رواية المكاتب لا يجوز. ولو كانت على ألف درهم معينة جاز ويعتق بأداء غيرها بخلاف ما لو قال له إن أديت إلي هذه الالف فأدى غيرها لا يعتق، وإذا شرط في الكتابة شرطا لا يقتضيه العقد لا يفسدها اه‍. وفي المبسوط: وإذا أدى إليه المال واستحق من يده فهو على الحرية ويرجع عليه السيد ببدله اه‍. ولو كاتب على ألف درهم عن نفسه وما له فهو جائز، فإن كان في يده مال السيد لم يدخل ويدخل كسبه من رقيق ومال وغير ذلك اه‍. وفي الظهيرية: لو كاتب عبده المأذون المديون ودينه يحيط برقبته فللغرماء أن يردوا الكتابة كما لو باعه المولى، ولو مات المكاتب عن وفاء وعليه دين وله وصايا من تدبير وغيره بدئ من تركته بدين الاجانب ثم بدين الموالي إن كان دين الكتابة وما بقي فهو ميراث وتبطل وصاياه. قال رحمه الله: (وكذا لو قال جعلت عليك ألفا تؤديه نجوما أول النجم كذا وآخره كذا فإذا أديت فأنت حر وإلا فقن) يعني يصير مكاتبا بهذه المقالة استحسانا، والقياس أن لا يصير مكاتبا لان النجوم فصول الاداء وله أن يكاتب عبده على ما شاء من المال في أي مدة شاء. وقوله بعد ذلك إن أديت فأنت حر تعليق العتق بأداء المال وهو لا يوجب الكتابة. وجه الاستحسان أن العبرة للمعاني دون الالفاظ كما تقرر. وقد أتى بمعنى الكتابة هنا مفسرا فتنعقد به كما إذا أطلق الكتابة بل أولى لان المفسر أقوى. وقوله فإن أديت فأنت حر لا بد منه لان ما قبله يحتمل الكتابة ويحتمل الضربة وبه يترجح جانب الكتابة. وقوله وإلا فأنت قن فضلة غير محتاج إليها كما لا يحتاج إليه في الكتابة. وفي المحيط: ولو كاتب على ألف وعبد مثله في الخياطة وهو خياط جاز استحسانا ويجبر المولى على قبول الالف وعبد مثله في أصل

***

[٧٤]

[وغرم إن وطئ مكاتبته أو جنى عليها أو على ولدها أو أتلف مالها وأن كاتبه على خمر] الخياطة لا مثله في الخياطة اه‍. ولو قال إذا أديت إلي ألفا كل شهر مائة فهو مكاتبة في رواية أبي سليمان، وفي رواية أبي حفص ليست بمكاتبة بل يكون إذنا اعتبارا بالتعليق بالاداء بدفعة واحدة وهو الاصح. وفي المبسوط: ولو كاتب عبده على ألف يضمنها لرجل عن سيده فالكتابة والضمان جائزان، ولو

ضمن عن سيده لغريم عليه مال على أن يؤدي من الكتابة أو قبل الحوالة فهو جائز، ولو كاتب على ألف إلى نجم ثم صالحه على أن يحط بعضها وبقبض بعضها أو صالحه على شئ فهو جائز. وفيه أيضا: ولو خص عليه التصرف في نوع دون نوع فالشرط باطل به لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة. وفيه أيضا: ولو كاتبه على ألف مؤجلة فصالحه على بعضه ويحط البعض جاز، ولو استأجر المولى مكاتبه سنة بما عليه للخدمة صحت الاجارة وعتق المكاتب للحال، ولو استحق بدل الكتابة من المولى رجع بمثله عليه اه. قال رحمه الله: (فيخرج من يده) يعني إذا صحت الكتابة يخرج المكاتب من يده لان موجب الكتابة مالكية في حق المكاتب ولهذا لا يكون للمولى منعه من الخروج والسفر، ولو شرط في الكتابة أن لا يخرج لا يصح لان المقصود من الكتابة التمكن من أداء المال وقد لا يتمكن من ذلك إلا بالخروج فيطلق له الخروج. قال في العناية: أما الخروج من اليد فيحلق معنى الكتابة لغة وهي الضم فيضم مالكية اليد الحاصلة له في الحال إلى مالكية الرقبة الحاصلة له في المآل. فإن قيل ضم الشئ إلى الشئ يقتضي وجودها ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة، فكيف يتحقق بالضم؟ أجيب بأن مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا إذا جنى المولى عليه وجب عليه الارش، ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر اه. قال رحمه الله: (دون ملكه) يعني لا يخرج عن ملك المولى لقوله عليه الصلاة والسلام هو قن ما بقي عليه درهم ولانه عقد معاوضة فيقتضي المساواة، فإذا تم للمولى الملك بالقبض تم المالكية للعبد أيضا وتمام الملك لا يكون إلا بالقبض ولو أعتقه المولى عتق بعتقه لبقاء ملكه وسقط عنه البدل لانه التزمه بمقابلة العتق وقد حصل له بدونه وفي المحيط. ولو أبرأه المولى عن البدل عتق. وفي المنتقي وقال الباني:: ولو وهب المولى الكتابة للمكاتب عتق قبل أو لم يقبل لان هبة الدين ممن عليه الدين صحيحة قبل أو لم يقبل، فإن قال المكاتب لا أقبل كانت المكاتبة دينا عليه وهو حر لان هبة الدين ترتد بالرد والعتق لا يرتد بالرد. قال رحمه الله: (وغرم إن وطئ مكاتبته أو جنى عليها أو على ولدها أو أتلف ما لها) لانها بعقد الكتابة خرجت من يد المولى وصار المولى كالاجنبي وصارت أحق بنفسها وكسبها لتتوصل به إلى المقصود بالكتابة وهي حصول الحرية لها والبدل للمولى ولولا ذلك لاتلف المولى ما في يدها فلم يحصل لها الغرض من الكتابة. ومنافع البضع ملحقه بالاجزاء فيجب عليه عوضه وهو العقر عند إتلافه بالوطء وانتفى الحد للشبهة. ولو قال فغرم إلى أخره بدل
***
[٧٥]
[أو خنزير أو على قيمته أو عين لغيره أو بمائة ليرد عليه سيده وصيفا فسد فإن أدى] الواو لكان أولى لافادة الفاء التفريع. وفي المحيط: ولو كاتبها على ألف على أن يطأها مدة الكتابة لم يجز لانه محظور عليه كما لو كاتبها على ألف ورطل من الخمر فإن أدت ألفا عتقت لانه يتعلق بأداء ما يصلح بدلا والوطئ لا يصلح عوضا لا في حق الانعقاد ولا في حق الاستحقاق، وعليها فضل قيمتها في قول الآخر وهو قول محمد لان المستحق في العقد الفاسد قيمة المعقود عليه لا المسمى. هذا إذا كان المؤدى أقل من قيمتها، فإن كان أكثر من قيمتها فإنها لا ترجع بالزيادة على المولى خلافا لزفر، فإن وطئت ثم أدت ألفا فعليه عقرها لان العقد الفاسد ملحق بالصحيح. فإن قيل: الكتابة الفاسدة غير لازمة في جانب المولى بل له الفسخ فلم لا يجعل إقدامه على الوطئ دليلا على الفسخ تنزيها له عن الوطئ الحرام؟ قلنا: اشتراط الوطئ لنفسه في الكتابة تنصيص على أنه يطؤها مستوفيا لما شرطه عليها فيكون نصا على تقرير العقد لا على فسخه وحاله دليل على الفسخ ولا قوام للدلالة مع الصريح والنص حتى لو فسدت الكتابة بسبب آخر لا باشتراط الوطئ فيها ثم وطئها يجعل ذلك فسخا اه. ولو جنى المكاتب على إنسان خطأ فإنه يسعى في الاقل من قيمته ومن أرش الجناية لتعذر الدفع، فإن أعتقه المولى من غير علم بالجناية فعليه الاقل من قيمته ومن أرش الجناية، فلو عجز ورد في الرق فحكمه كالرقيق كما علم في مكانه. وإن جنى جناية خطأ قبل أن يحكم عليه بالجناية الاولى لا يجب عليه إلا قيمة واحدة، وإن حكم عليه بالجناية الاولى ثم جنى ثانيا فإنه يلزمه قيمة أخرى أنه لما حكم عليه بالجناية الاولى فقد انتقلت الجناية: من رقبته إلى ذمته فصارت الثانية بمنزلة الجناية المبتدأة، فرق بين هذا وبين ما إذا حفر المكاتب بئرا على قارعة الطريق فوقع فيها إنسان فوجب عليه أن يسعى في قيمته يوم حفره، فإذا وقع فيه آخر لا يلزمه أكثر من قيمة واحدة، سواء حكم الحاكم بالاولى أو لم يحكم. ووجه الفرق أن هنا الجناية واحدة وهي حفر البئر بخلاف ما تقدم، ولو سقط حائطه المائل على إنسان بعد الاشهاد عليه بنقضه فقتل فعليه أن يسعى في قميته، وإذا وجد في دار المكاتب قتيل فعليه أن يسعى في قميته إذا

كانت قيمته أكثر من الدية فينقص منها عشرة دراهم فإن جنى جناية عمدا بأن قتل إنسانا قتل به، فإن جنى غير المكاتب عليه فإن كان خطأ فالارش له والارش أرش العبيد، أما كون أرشه له فلان أجزاءه فهو أحق بمنافعه، وأما كون أرشه أرش العبيد فلانه عبد ما بقي عليه درهم، كذا في البدائع مختصرا. قال رحمه الله: (وإن كاتبه على خمر أو خنزير) شروع في الكتابة الفاسدة بعد الصحيحة لان الفاسدة تتلو الصحيحة يعني لو كاتب المسلم عبده المسلم أو الكافر في دار الاسلام على خمر أو خنزير فالكتابة فاسدة لان الخمر والخنزير ليس بمال في حق المسلم فلا يصلح عوضا فيفسد العقد لان تسمية ما ليس بمتقوم في حق ما يحتاج فيه إلى تسمية البدل توجب فساد

***

[٧٦]

العقد كالبيع، ولو أدى الخمر لا يعتق، ولو أدى القيمة عتق اه‍. والظاهر أن المسلم باشر فلو وكل ذميا في كتابة عبده المسلم على خمر أو خنزير فالكتابة فاسد ة لانه لو كان كافرا وأسلم تفسد فإذا فسدت بالاسلام في البقاء ففي الابتداء أولى. ولو كاتب عبده الكافر على خمر أو خنزير فالظاهر أنها صحيحة ويعتق بأداء ذلك ولا سعاية عليه أخذا من قولهم يملك أن يوكل فيما لا يملكه. وقيدنا بقولنا على خمر أو خنزير لانه لو كاتبه على ميتة أو دم فالكتابة باطلة، فإن أدى لا يعتق إلا إذا قال إن أديت إلي فأنت حر فيعتق لاجل اليمين لا لاجل الكتابة، كذا في شرح الطحاوي أيضا. وفي المحيط: لو كاتب على خمر أو خنزير عتق بأداء القيمة قبل إبطال القاضي لان الكتابة إذا فسدت لفساد التسمية لكونه ليس بمال انعقدت الكتابة على القيمة فيتعلق العتق بأدائها اه‍. وفي المنتقي: لو كاتب على ألف ورطل من الخمر فهي فاسدة. وفي المبسوط: لو كاتبها على ألف على أن كل ولد تلده لك يد فهي فاسدة، وإن ولدت في الفاسدة ثم أدت عتق ولدها معها. وفي شرح الطحاوي: والفرق بين الجائزة والفاسدة أن في الفاسدة للمولى أن يرده إلى الرق ويفسخ الكتابة بغير رضاه، وفي الجائزة لا يفسخ إلا برضا العبد وللعبد أن يفسخ في الجائزة والفاسد جميعا بغير رضا المولى. وفي المبسوط: ولو كاتبه كتابة فاسدة ثم مات المولى فأدى المكاتب إلى ورثته عتق استحسانا اه‍. قيدنا بدار الاسلام لان المسلم الذي كان في دار الاسلام لو دخل دار الحرب فكاتب عبده المسلم والكافر على خمر أو خنزير فالحكم كما لو كان في دار الاسلام وكاتب من يعلم بالاحكام ولو تقديرا، فلو أسلم في دار الحرب ولم تبلغه الاحكام فكاتب على خمر أو خنزير فالظاهر أنها صحيحة ويعتق بأداء ذلك ولا سعاية لانه يعذر بالجهل في هذه الحالة. قال رحمه الله: (أو على قيمته أو عين لغيره) يعني الكتابة فاسدة إذا كاتبه على قيمة نفسه أو على عين لغيره، أما على قيمة نفسه فإنها مجهولة القدر لانها تختلف باختلاف المقومين وجنسها كذلك مجهول فصار كما لو كاتب على ثوب أو دابة لان الثوب والدابة أجناس مختلفة، وما هو مجهول الجنس لا يثبت في الذمة حتى في النكاح، ولان موجب الكتابة الفاسدة القيمة بالتنصيص عليها، ولا يقال لو كاتبه على عبده يجوز ويجب عليه عبد وسط أو قيمة ولو أبى أخذ القيمة يجبر عليها ولو كانت الكتابة على القيمة فاسدة لما صح ذلك لانا نقول: القيمة في مسألة الكتاب ثبت قصدا وفيما ذكرت ثبت ضمنا ويتسامح في الضمني ما لم يتسامح في القصدي. وفي المحيط: وإن أدى القيمة عتق لانها وإن فسدت يبقى تعليق العتق بالاداء فمتى تصادقا في أن المؤدي قيمته ثبت ذلك بالتصادق وإن اختلفا، فإن اتفق اثنان من المقومين على شئ يجعل ذلك قيمة له، وإن اختلفا فقوم أحدهما بألف والآخر بالاكثر لا يعتق ما لم يؤد أقصى قيمته. ولو كاتب أمة على حكمه أو حكمها لم يجز ولا يعتق بأداء قيمتها خلافا لزفر. قوله أو على عين لغيره كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل والموزون غير

***

[٧٧]

النقدين، والمراد به شئ يتعين بالتعيين حتى لو كاتب على دراهم أو دنانير وهي لغيره تجوز الكتابة لانها لا تتعين بالتعيين. وعن الحسن تجوز الكتابة على مال الغير. وجه ظاهر الرواية أن العين في المعاوضات معقود عليها والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط للصحة في العقود التي تحتمل الفسخ، وتسليم تلك العين ليست في قدرته فلا تصح تسميته بخلاف ما إذا كان البدل غير معين لانه معقود عليه فلا يشترط القدرة عليه، ولو أجاز صاحب العين ذلك روي عن محمد أنه لا يجوز وهو ظاهر الرواية، كذا في العتابية. وعن الامام أنه يجوز أجاز أو لم يجز غير أنه عند الاجارة يجب تسليم العين، وعند عدم الاجارة يجب تسليم القيمة. وروي الثاني عن الامام أنه لو ملك القيمة فأدى لم يعتق إلا أن يكون قال له المولى إن أديت فأنت حر. وذكر صاحب الاملاء أنه يعتق بالدفع قال المولى إن

أديت إلي فأنت حر أو لم يقل كما لو كاتب على خمر. وجه ما ذكر عن الامام أن العين لم يصر بدلا في هذا العقد بتسميته لانه لا يقدر على تسليمه فلا ينعقد بالعقد أصلا. قال رحمه الله: (أو بمائة ليرد عليه سيده وصيفا وصيفا فسد) قوله فسد هذا خبر لقوله وإن كاتب يعني لو كاتبه على مائة ليرد عليه سيده وصيفا فالكتابة فاسدة على قول الامام ومحمد. وقال أبو يوسف: الكتابة صحيحة وتقسم المائة على قيمة المكاتب والوصيف الوسط فما أصاب الوصيفة الوسط يسقط عنه ويكون مكاتبا وتقسم المائة بما بقي لان كل ما جاز إيراد العقد عليه جاز استثناؤه من العقد والكتابة. ولهما أن بدل الكتابة مجهول القدر فلا يصح كما إذا كاتبه على قيمة الوصيف هذا لان الاصل المذكور صحيح فيما إذا صح الاستثناء من غير أن يؤدي إلى فساد العقد، وهنا استثناء العبد من الدراهم غير صحيح لان الوصيف لا يمكن استثناؤه من الدنانير إلا باعتبار القيمة وتسمية القيمة تفسد العقد، ولان هذا عقد يشتمل على الكتابة والبيع لان ما كان من الدنانير بأداء الوصيف الذي يرده المولى بيع وما كان بمقابلة رقبة المكاتب هو مكاتبة فيبطل لجهالة الثمن والثمن فهو صفقة في صفقة فلا يجوز للنهي عنها، وإذا كاتبه على حيوان وبين جنسه كالعبد والفرس ولم يبين أنه تركي أو هندي ولا الوصف أنه جيد أو ردئ جازت الكتابة ويصرف إلى الوسط. وقدر الامام الوسط بما قيمته أربعون. وقالا: هو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب ويجبر على قبول قيمته، وإنما يصح العقد مع الجهالة لانها يسيرة فصار كما لو كاتب وجعل الاجل الحصاد، ولقائل أن يقول: مقتضى هذا التعليل أن لا تصح الكتابة فيما إذا كاتبه على مائة على أن يرد عليه عبدا معينا لان قيمة المعين مجهولة جهالة فاحشة ولهذا لو كاتبه عليها لم يصح وقد صرحوا فيما إذا شرط على أن يرد عليه عبدا معينا أن يصح بالاتفاق، نقله في الكافي والدرر والغرر، وفي المبسوط: ولو كاتبه على خمر أو خنزير فسد فإن أداه قبل أن

***

[٧٨]

[الخمر عتق وسعى في قيمته ولم ينقص عن المسمى وزيد عليه وصح على حيوان غير] يترافعا إلى القاضي وقد قال له إن أديت فأنت حر ولم يقل فإنه يعتق وتلزمه قيمة نفسه، وإذا جاء المكاتب بالمال قبل حلول الاجل فأبى المولى أن يقبله يجبر على القبول اه. قال رحمه الله: (فإن أدى الخمر عتق) لان العقد ينعقد وإن كان فاسدا فيعتق بالاداء يعني إذا كان قبل إبطال القاضي. وفي العتابية: فإن أدى الخمر والخنزير عتق. وقال زفر: لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر. وأطلق في قوله يعتق فشمل ما إذا قال إن أديت فأنت حر أو لم يقل. وعن أبي حنيفة يعتق إن قال إن أديت وإن لم يقل لا يعتق. ونظيره ما إذا كاتبه على ميتة أو دم فإنه لا يعتق إلا في صورة التعليق نصا، وفي ظاهر الرواية يعتق بأداء الخمر، وكذا الخنزير. والفرق بين الخمر والخنزير والميتة والدم أن الخمر والخنزير مال في الجملة والميتة والدم ليسا بمال أصلا عند أحد فلم ينعقد العقد أصلا فاعتبر فيهما معنى الشرط لا غير ذلك بالتعليق. قال ابن فرشته: هذا إذا كان السيد مسلما لان الكافر إذا كاتب عبده الكافر ثم أسلم لا يعتق بأداء الخمر اتفاقا اه. وفي شرح الطحاوي: فإذا أسلم أو أسلم أحدهما يعتق بأداء القيمة ولا يعتق بأداء الخمر. والفرق بين المسلم والكافر حيث قلنا في المسلم العقد فاسد ويعتق بأداء الخمر وفي الكافر صحيح فأقول المسلم لا يعتق بأداء الخمر إذ المسلم لما كان الخمر في حقه ليس بمال، فالظاهر من حاله إرادته التعليق على الاداء فيعتق الاداء والكافر لما كان في حقه مالا فالظاهر انتفاء التعليق في حقه بل إرادة العرض وبالاسلام انتفى كونه عرضا والتعليق منتف فلا يعتق بأداء قيمة الخمر. قال رحمه الله: (وسعى في قيمته) يعني إذا عتق بأداء الخمر وجب عليه أن يسعى في قميته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر الرد للعتق فيجب عليه كما في البيع الفاسد إذا أعتق المشتري العبد أو أتلفه قال رحمه الله: (ولم ينقص عن المسمى وزيد عليه) هذه المسألة لا تعلق لها بمسألة الخمر بل مسألة مبتدأة ومعناها: كاتب عبده على ألف وخدمته أبدا أو على ألف وهدية فالخدمة أبدا والهدية لا تصلح بدلا فالعقد فاسد، فإذا أدى الالف عتق، فإن كان الالف قدر قيمته لم يبق للمولى عليه سبيل، وإن كان قيمته أكثر رجع عليه السيد بالزيادة، وإن كانت الالف أكثر من قيمته فلا يعتق إلا بدفعها، ولو كاتبه على ألف ورطل من الخمر لا يعتق حتى يدفع الالف والرطل من الخمر، كذا في المحيط مختصرا. قال الشارح: لانه عقد فاسد فيجب عليه قيمته بالغة ما بلغت غير أن المولى لم يرض أن يعتقه بأقل مما سمى فلا ينقص منه إن نقصت قميته عن المسمى، والعبد يرضى بالزيادة حتى ينال شرف الحرية فيزاد عليه إذا زادت قيمته لينال الشرف، وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأدائها لانه هو البدل في الفاسد ذكرها أو لم

يذكرها فأمكن اعتبار معنى العتق فيه وأثر الجهالة في الفاسد لا في إبطال العقد بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب لانه يختلف اختلافا فاحشا، ولو أدى قيمة الثوب لا يعتق إلا إذا علقه بأن قال إذا أديت

***

[٧٩]

[موصوف أو كاتب كافر عبده الكافر على خمر وأي أسلم فله قيمة الخمر وعتق بقبضها.] إلي ألفا فأنت حر فيعتق بأداء الثوب لصريح التعليق. وفي التتارخانية: ولو كاتبه على ثوب ولم يقل هروي أو غيره فهي فاسدة. وفي الولوالجية: لو كاتبه على قيمة ثوب فهي فاسدة. قال رحمه الله: (وصح على حيوان غير موصوف) يعني يصح عقد الكتابة على حيوان إذا بين جنسه لا نوعه وصفته. لو قال وصح على حيوان بين نوعه كان أولى كما لا يخفى، ولو قال وصح على عبد كان أولى ولكن كان أخصر وينصرف إلى الوسط ويجبر المولى على قبول القيمة كما يجبر على قبول العين لان كل واحد منهما أصلا، ولا يخفي أن اللفظ والوصف يجمع أجناسا فالجهالة فاحشة كالحيوان والدابة والثوب فلا تصح الكتابة إن كان يجمع أنواعا كالعبد فإنه يشمل الحبشي والهندي والتركي والاسود فتصح الكتابة إذا ذكره فلذا فسرنا الحيوان بالعبد بقرينة قوله صح فظهر أن الجنس عندنا هو المقول على كثيرين اختلف المقصود منهم والنوع المقول على كثيرين اتحد المقصود منهم. وفي التتارخانية: الاصل أن جهالة الجنس تمنع صحة التسمية في العقود كلها كان معاوضة مال بمال أو لم يكن وذلك كالثوب والدابة والحيوان، وفي هذا لا يعتق إذا دفع ثوبا أو دابة أو حيوانا، وجهالة الوصف تمنع صحة التسمية في عقد المعاوضة ولا تمنع صحة التسمية في عقد غير المعاوضة كالنكاح والكتابة، وذلك كعبد أو ثوب هروي. انتهى بالمعنى. وقال الامام الشافعي: لا يجوز في هذه الوجوه. فإن قلت: إذا كاتبه على قيمة نفسه أو قيمة العبد تفسد الكتابة وإذا كاتبه على عبد تصح الكتابة، فما الفرق؟ قلنا: الفرق بينهما أن الجهالة في القيمة جهالة في القدر والجنس والوصف في الحال، والجهالة في العبد جهالة في الوصف دون القدر والجنس نخفت الجهالة، ولو كاتبه على وصف أو عبد مؤجلا جاز استحسانا لان العبد يجب في الذمة بدلا عما ليس بمال كالنكاح، ولو كاتبه على ثوب وبين صفته فأتى بقيمته يجبر على القبول، وقد تقدم أن الامام قدر الوسط بأربعين دينارا، وقال أبو يوسف ومحمد: على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب. ولو قال وصح على فرس لكان أولى ولم يحتج للتأويل. قال رحمه الله: (أو كاتب كافر عبده الكافر على خمر) يعني يصح هذا العقد للآخر إذا سمى قدرا من الخمر معينا لان الخمر عندهم مال متقوم كالعصير في حق المسلم فيصح تسميته إذا كان معلوما. واحترز بقوله عبده الكافر عن عبده المسلم فإنه يقع فاسدا وتجب القيمة على ما بينا فيما إذا كان المولى مسلما. أطلق في الكلام فشمل الذمي والمستأمن والحربي، ولا فرق في الذمي بين أن يكون في دارنا أو في دار الحرب حيث دخل غير مهاجر لانه من أهل دارنا فتجري عليه أحكامنا والمستأمن ما دام في دارنا تجري عليه أحكامنا. وإنما محل النظر لو كاتب الحربي عبده المسلم في دار الحرب على خمر أو خنزير فأدى ذلك فالظاهر أنه يعتق أخذا من قولهم لنا أن نحتال على مال الحربي بأي وجه كان

***

[٨٠]

يرضاه، ولا يخفى أن الخنزير هنا كالخمر في الحكم فيه. قال رحمه الله: (وأي أسلم فله قيمة الخمر) لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكه وفي تسليم عين الخمر تمليكها وتملكها إذا كان المولى يمكلها قبل التسليم لكونها موصوفة في الذمة والقبض يرد على معين فيكون غير ما ورد عليه العقد فيكون تمليكا من العبد وتملكا من المولى في الحال عوضا عما في الذمة فلا يجوز في حق المسلم فعجز عن تسليم الخمر فوجب المصير إلى القيمة لقيامها مقام المسمى والكتابة باقية على حالها بخلاف ما إذا باع ذمي من ذمي بخمر ثم أسلم أحدهما قبل القبض حيث يفسد البيع عند البعض لان العقد يقع على ما يصلح بدلا ففي الكتابة تصلح القيمة بدلا فيما إذا كاتبه على وصف أو نحوه، ولهذا يجبر المولى على قبول القيمة والبيع لا ينعقد على القيمة صحيحا أصلا فكذا لا يبقى عليها. قيدنا أصل المسألة بأن الخمر غير معين لانه لو كان الخمر معينا فقد ملكه بمجرد العقد والتسليم نقل من يد إلى يد والمسلم غير ممنوع من وضع يده على الخمر، ألا ترى أن المسلم إذا غصب خمرا من ذمي فأسلم الذمي فله أن يسترد الخمر من الغاصب ولا يمنع منه في هذه الحالة، فإذا أسلم لا ينتقل إلى

القيمة وله الخمر لا غير. قيد المسألة بالخمر ولم يتعرض للخنزير فنقول: لو كاتبه على خنزير معين ملكه بمجرد العقد فإذا أسلم أحدهما قبل القبض لا ينتقل إلى القيمة بل له الخنزير المعين والمسلم لا يمنع من وضع يده عليه كما لو غصب الذمي خنزيرا فأسلم فله أن يرده من يد الغاصب، فلو كان الخنزير غير معين فأسلم أحدهما ينتقل إلى قيمة نفس المكاتب أخذا من قولهم قيمة القيمي تقوم مقام عينه، وهذا من خواص هذا الكتاب والحمد لله الذي هدانا لهذا قال رحمه الله. (وعتق بقبضها) يعني يعتق بقبض قيمة الخمر لان الكتابة عقد معاوضة وسلامة أحد العوضين لاحدهما توجب سلامة العوض للآخر، وإذا أدى الخمر عتق أيضا لتضمن الكتابة تعلق بأداء الخمر كما إذا كاتب المسلم عبده على خمر كما تقدم. قال في الكافي: هذا ذكره بعض المشايخ كالقاضي ظهير الدين الشيرازي ونجم الدين الافطسي والسرخسي والنيسابوري وفي شرح الجامع الصغير. وفي شرح الطحاوي والتمرتاشي: ولو أدى الخمر لا يعتق، ولو أدى القيمة يعتق لان الكتابة انتقلت إلى القيمة ولم يبق الخمر بدلا في هذا العقد لان العقد صحيحا وقع صحيحا على الخمر ابتداء وبقي بعد الاسلام على قيمته صحيحا على حاله فخرج الخمر عن كونه بدلا فيه ضرورة، وبأداء غير البدل لا يعتق بخلاف مسألة المسلم حيث يعتق بأداء الخمر لان العقد فيه انعقد فاسدا فيعتق بأداء البدل المشروط لما فيه من معنى التعليق ويضمن لمولاه قيمة نفسه وقد تقدم فرق آخر. وفرق في النهاية بفرق ثالث حيث قال: فإن قلت: ما الفرق بين هذا وبين ما إذا كاتب المسلم عبده إلى الخمر ابتداء حيث يعتق العبد بأداء الخمر وإن وقع العقد فاسدا وفيما نحن فيه هو ما إذا كاتب النصراني عبده الكافر على خمر ثم أسلم أحدهما ثم أدى الخمر لا يعتق مع أن القياس ينبغي أن يعتق بأداء الخمر بالطريق الاولى

***

[٨١]

[باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر وإن شرط أن لا يخرج من المصر وتزويج أمته] لان العقد في الابتداء تأكد انعقاده على الخمر؟ قلت: الفرق بينهما هو أن الكتابة في عقد المسلم على الخمر انعقدت مع الفساد فيعتق بأداء البدل المشروط لما فيه من معنى التعليق لما ذكرنا ويكون عليه قيمة نفسه، وأما ههنا فالكتابة انعقدت صحيحة على تقدير إذا بدل يصح أداؤه وقامت القيم مقام الحجة ولم يوجد ههنا معنى التعليق بأداء الخمر حتى تعتق بأداء الخمر، إلى هذا أشار الامام التمرتاشي في الجامع الصغير اه. والله تعالى أعلم. باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز الظاهر أن اكتفاء المصنف في عنوان هذ الباب بما يجوز للمكاتب أن يفعله لكونه المقصود بالذات وإلا فقد ذكر في هذا الباب كثيرا ما لا يجوز للمكاتب أن يفعله. قال صاحب العناية: لما ذكر أحكام الكتاب الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب وما لا يجوز فإن جواز التصرف ينبني على العقد الصحيح اه. قال رحمه الله: (للمكاتب البيع والشراء والسفر) لان مقصود السيد من العقد الوصول إلى بدل الكتابة ومقصود العبد به الوصول إلى الحرية وذلك إنما يحصل بالبيع والشراء وقد لا يتفقان في الحضر فاحتاج إلى السفر ويملك البيع بالمحاباة لان عادة التجار يفعلونه إظهارا للمسامحة واستجلابا لقلوب الناس وقد يخابي في صفقة ليربح في أخرى. وأفاد إطلاقه أنه يملك أن يبيع بالنقد والنسيئة الغبن الفاحش واليسير عند الامام، وعندهما لا يملك بالغبن الفاحش كالعبد المأذون له، ولو زاد في الثمن أو حط بسبب عيب جاز، ولو حط من غير عيب لا يجوز، وشراء المكاتب وبيعه من مولاه جائز. وإذا اشترى شيئا من مال المضاربة ولا ربح فيه جاز ولا يبيع المولى ما اشترى من مكاتبه مرابحة ما لم يبين لقيام شبهة الملك له فيه. ولو أوصى بعين من ماله ثم عتق فأجاز الوصية جازت، كذا في المحيط. وفي المبسوط: ولو باع من مكاتبه درهما بدرهمين لا تجوز لان هذا صريح الربا والمكاتب في كسبه بمنزلة الحر، والمكاتب في حق الشفعة فيما يستحقه أو استحق عليه كالحر ا ه. ولا يقال هذه الاحكام علمت من قوله خرج من يده دون ملكه فيكون تكرارا لانا نقول: علمت هناك وإن رهن أو ارتهن أو أجرأ أو استأجر فهو جائز ليس له أن يقرض ضمنا لا تصريحا ما علم ضمنا لا يكون مكررا فتأمله. وفي المبسوط. ولو زنى المكاتب أو سرق منه يجب القطع لانه يخاطب ا ه. قال رحمه الله: (وإن شرط أن لا يخرج من المصر) أن هذه وصلية وهذا الكلام متصل بما قبله يعني له أن يسافر وإن شرط المولى عليه أن لا يخرج من البلد كما لو خص له نوعا من التصرف دون غيره كان ذلك باطلا لان هذه الشروط مخالفة لما إقضتى عقد الكتابة لان مقتضاها فك حجر

***

[٨٢]

اليد عفى وجه الاستمداد والاختصاص بنفسه ومنافع نفسه واكتسابه وأن لا يتحكم عليه أحد ويحصل المال بأي وجه شاء فكانت هذه الشروط باطلة والسفر مظنة تحصيل المال. قال الله تعالى * (وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله) * [المزمل: ٢٠] والكتابة لا تبطل بالشروط الفاسدة كما تقدم إلا إذا كان داخلا في صلب العقد وهو أن يكون في البدل مثل أن يشترط خدمته أو مكاتبته على خمر أو خنزير فيفسد العقد لان الكتابة تشبه البيع من حيث إنها تحتمل الفسخ قبل أداء البدل فيفسد العقد إذا وجد الشرط في صلب العقد، وتشبه النكاح من حيث إنها لا تحتمل الفسخ بعد الاداء لانها مبادلة مال بمال في حق المولى ومبادلة مال بغير مال في حق العبد لانه لا يملك نفسه فلا يفسد العقد بالشروط إذ لم يكن في صلب العقد كما هنا. قال في العتابية: والتمكن في صلب العقد هو أن يدخل في أحد البدلين والذي ليس في صلب العقد هو الذي ليس في بدل الكتابة ولا فيما يقابله، وقد رد عليه بعض العلماء بأن قوله ولا فيما يقابله ممنوع فإن مقابلة فك الحجر وحرمة المنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فتأمل. أقول: ليس ذلك بشئ لان كون المنع من الخروج تخصيصا للفك والحرية لا يقتضي كونه داخلا فيها فإن تخصيص الشئ قد يكون بأمر خارج عنه أخص منه كما إذا عرفنا الانسان بالحيوان الضاحك فتأمل ا ه. قال رحمه الله: (وتزويج أمته) يعني للمكاتب أن يزوج الامة لانه من الاكتساب فيملكه ضرورة بخلاف تزويج المكاتبة نفسها حيث لا يجوز لها وأن كان فيه اكتساب لان ملك المولى باق فيها فمنعها من الاستبداد بنفسها وفيه تعيبها، وربما يعجز فيبقى هذا العيب فيكون على المولى ضرر. وليس مقصودها بتزويج نفسها المال وإنما هو التحصين والاعفاف بخلاف تزويج أمتها فإن المقصود منه كسب المال فيجوز لها كما يجوز للاب والوصي بخلاف العبد المأذون له في التجارة والمضارب والشريك لانهم لا يملكون إلا ما يكون من باب التجارة والتزويج ليس منها فلا يملكونه. وبهذا التقرير ظهر الفرق بين تزويج المكاتبة نفسها حيث لا يجوز وإن كان فيه اكتساب المهر ودفع النفقة كما في تزويج المكاتب أمة نفسه لان العلة في تزويج المكاتبة نفسها مركبة بما ذكرناه فتأمل. قيد بالامة لان المكاتب لا يملك أن يزوج نفسه وولده لانه ليس من التجارة ولا فيه اكتساب مال بل فيه شغل رقبته بالمهر والنفقة. وفي المحيط: زوج عبده امرأة فأعتق فأجاز لم يجز لان هذا العقد لا مجيز له حال وقوعه لان الكتابة توجب فك الحجر في الاكتساب وهذا ليس منها بخلاف ما لو كفل مالا ثم أعتق نفذت كفالته، وكذا لو وكل فعتق جاز وكذا لو أوصى لعبد فأعتق فأجاز لان هذه العقود لها مجيز حال وقوعها وإنما يمنع ظهورها في حق غيره فسقط حق الغير بالعتق فظهر النفاذ مطلقا. ولا تجوز هبة المكاتب وصدقته ووصيته وكفالته في الحال، ولو أعتق ترد له الهبة والصدقة لانها وقعت فاسدة. ولو دفع مضاربة أو أخذ مالا مضاربة جاز، ويجوز له شركة العنان لا

***

[٨٣]

[وكتابة عبده والولاء له إن أدى بعد عتقه وإلا لسيده لا التزوج بلا إذن والهبة] المفاوضة، ويجوز إقرار المكاتب بالدين والعين والاستيفاء لانه لا بد للتجار منه. ولو أقر المكاتب على ولده المولود في الكتابة بجناية لم يجز إقراره لانه إقرار على غيره، إن مات الولد وترك مالا كان ذلك لابيه وأخر إقراره وصار هو الخصم في الجناية لانه ظهر المقر له في حقه بإقراره، وكذا لو أقر على ولده بدين لم يجز فإن اكتسب الولد مالا وأخذه الاب نفذ إقراره عليه في المال مكاتب أو مأذون في يده أمة ادعى رجل أنها أم ولده أو مكاتبته فصدقه المكاتب أو المأذون فيه جاز ويدفعها إليه، وكذلك إن كان معها ولد دفعه إليه لان إقراره بالوديعة لغيره يصح ا ه. قال رحمه الله: (قال رحمه الله: (وكتابة عبده) يعني يملك المكاتب أن يكاتب عبده لان الكتابة عقد اكتساب للمال فيملكها كما يملك البيع، وقد يكون الكتابة أنفع من البيع إذ البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيل إلا بعد وصول البدل، فإذا جاز البيع فأولى أن تجوز الكتابة. وقال الشافعي: لا يملك لان العقد لا يتضمن مثله ولانه يؤول إلى العتق وليس له أن يعتق على مال. قلنا: إنما ملكه على أن الكتابة بيع من نفس العبد وإنما لا يملك الاعتاق على مال وتعليق العتق على أداء المال لان فيه إثبات الحرية مقصودة. وفي الزيادات: رجل مجهول النسب اشترى عبدا فكاتبه فاشترى المكاتب أمة فكاتبها ثم أقر المولى الاعلى المجهول النسب أنه عبد للمكاتب فهي مكاتبة على حالها للمكاتب الاعلى والمكاتب الاعلى للمكاتب الاسفل لانه يصح إقراره على نفسه بالرق لان حريته لم تثبت بدليل إلا أنه غير مصدق في حق المكاتب لما فيه من إبطال حق المكاتب فبقي حرا في حق المكاتب مكاتبا للحر لا لعبد مكاتبه وهذا كمجهولة النسب إذا أقرت

بالرق لانسان لم يبطل نكاحها ويؤدي المكاتب الاعلى بدل الكتابة إلى المكاتب الاسفل لان مجهول النسب لما أقر بالرق لها صار هو وجميع أكسابه مملوكا لها وبدل الكتابة من جملة أكسابه ومتى صار مجهول النسب عبدا في حق هذا الحكم لا يبرأ المكاتب إلا بالاداء إلى المكاتبة والمكاتبة تؤدي مكاتبتها إلى المكاتب الاعلى. ثم المسألة لا تخلو إما أن يؤديا متعاقبا أو معا، فإن أديا متعاقبا فأيهما أدى أولا إلى صاحبه عتق ولا يكون ولاؤه لاحد لان ما عداه إما عبد أو مكاتب وهما ليسا من أهل الولاية، وأيما أدى آخرا عتق وولاؤه للاول لانه لما صار حرا صار أهلا للولاء وإن أديا معا عتقا ولا ولاء لاحدهما على الآخر لان عتق كل واحد منهما قرن بعتق صاحبه فلا يكون أحدهما أهلا للولاء حال عتق صاحبه، وإن عجز أحدهما صار مملوكا للآخر لانه إن عجز المكاتب صار مملوكا للمكاتبة لانه من كسب مجهول النسب، وإن عجزت المكاتبة فقد صارت أمة للمتكاتب والمقر عبدهما فصارا جميعا للمكاتب، وإن عجزا معا عتقت المكاتبة وصار المجهول مع المكاتب عبدين لها لان المكاتب أقر برقبته لمجهول النسب ومجهول النسب أقر برقبته وجميع أكسابه للمكاتبة فقد صار المكاتب مقرا برقبته للمكاتب، والمكاتبة لما قبلت المكاتبة من المكاتب فقد أقرت برقبتها
***
[٨٤]
للمكاتب فقد اجتمع إقرارها وإقرار المكاتب سابق على إقرار مجهول النسب وآخر إلا قرارين ناسخ لاولهما لان للآخر رد الاول ولم يوجد الرد للثاني فصح فصار الاعتبار لاقرار مجهول النسب لانه آخرهما، وهذا كرجل مجهول النسب أقر بأنه مملوك لعبد رجل وأقر مولى العبد وهو مجهول النسب أنه مملوك لهذا المقر فهما جميعا مملوكان لعبد مجهول النسب أقر بالرق للمكاتبة والمولى للمكاتبة وهو المكاتب أقر للمكاتب بالرق لمجهول النسب صارا مملوكين للمكاتبة ا ه مختصرا. قال رحمه الله: (والولاء له إن أدى بعد عتقه لان الولاء لمن أعتق وعتيقة المكاتب الاول وهو أهل للولاء عند عتق الثاني وكان ملكه تاما فيه عند ذلك فثبت له ضرورة. وفي شرح الطحاوي: وإن أديا معا عتقا وثبت ولاؤهما من المولى. وفي الاصل: وإن عجز الاول ورد في الرق ولم يؤد الثاني مكاتبته بعد بقي الثاني مكاتبا على حاله، ونظيره العبد المأذون له إذا أذن لعبده في التجارة ثم حجر على الاول بقي الثاني يصير مملوكا للمولى على الحقيقة، فلو أعتقه نفذ عتقه، ولو كان الاول لم يعجز ولكن مات قبل الاداء ولم يؤد الثاني مكاتبته أيضا فهو على وجهين: إن ترك الاول مالا كثيرا سوى ما على المكاتب الثاني وبه وفاء ببدل الكتابة وفي هذا الوجه لا تنفسخ كتابته فيؤدي كتابته ويحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي يكون لورثته الاحرار، وإن لم يكن له وارث فلمولاه ويؤدي الثاني مكاتبته إلى وارث المكاتب الاول، وإذا أدى وعتق كان ولاؤه لابن المكاتب حيث يرث ورثته المذكور. الثاني إذا مات ولم يترك وفاء سوء ما ترك على المكاتب الثاني وهو لا يخلو من وجهين: إن كان مكاتبة الثاني أقل من مكاتبة الاول ففي هذا الوجه تنفسخ مكاتبة الاول ويكون عبدا ويبقى الثاني مكاتبا للمولى، وإن كان مكاتبة الثاني مثل مكاتبة الاول أو أكثر منه وهذا الوجه لا يخلو إما أن حل مكاتبه الثاني وقت موت الاول فتنفسخ كتابة الاول فيؤدي الثاني إلى المولى ويحكم بحرية الثاني للحال وبحرية الاول في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي من مكاتبة الثان تكون لورثة المكاتب الاول إن كان له وارث حر ويكون ولاء الثاني للمكاتب الاول لا لمولى المكاتب الاول، وإن حل المكاتب للثاني بعد موت المكاتب الاول إن كان له وارث وإن لم يطلب المولى الفسخ من القاضي حتى حلت فالجواب فيه كالجواب فيما إذا مات الاول وقد حل ما على الثاني، وإن طلب من القاضي الفسخ تفسخ كتابة الاول فظهر قول المؤلف لو قال أو عتقا معا بأداء مكاتبتهما لكان أولى ليفيد أن الولاء له في الحالتين. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: إذا مات الاول وقد حل ما على الثاني وقد ترك وفاء إلا أنه دين على الناس ولم يخرج الدين حتى أدى الاسفل إلى الاعلى ينظر في الولاء والميراث إلى يوم أدى الكتابة ا ه. وفي المحيط: فإن مات الاول عن ابن ولم يترك إلا ما على الثاني ومات الثاني وترك ولدا مولودا في الكتابة يسعى فيما بقي على أبيه ويؤدي إلى المولى من كتابة الاول، فإن فضل
***
[٨٥]
[والتصدق إلا بالسير والتكفل والاقراض واعتاق عبده ولو بمال وبيع نفسه منه] شئ يكون لابن الاول ويحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته وعتق الولد الاول مع عتق أبيه وولاء الثاني لابن الاول. ولو اشترى المكاتب امرأته فكاتبها جاز لانها مملوكة، فإن ولدت فهو معها في الكتابة ومع الاب أيضا بخلاف ما لو كاتب أمه وعبدا هو زوجها كتابة واحدة فولدت فالولد يتبع الام كالحر.

قال رحمه الله: (وإلا لسيده) يعني إذا أدى الثاني قبل أن يعتق الاول كان الولاء لسيد الاول لا للمكاتب لانه يقدر جعل المكاتب معتقا لكونه رقيقا فيلحقه فيه أقرب الناس إليه وهو مولاه كما لو اشترى العبد المأذون له شيئا فإنه لا يملك لعدم الاهلية ويلحقه فيه مولاه لانه أقرب الناس إليه، ولو أدى الاول بعد لا يتحول عتق المعتق إلى غيره بخلاف جر الولاء في ولد الجارية فإن مولى الجارية هناك ليس بمعتق مباشرة بل تسببا باعتبار إعتاق الاصل وهي الام، والاصل أن الحكم لا يضاف إلى السبب إلا عند تعذر الاضافة إلى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب، وإذا أعتق زالت الضرورة فيحول الولاء إلى قوم الاب، وقال في المحيط: وولاء العتاقة متى ثبت على أحد لا يحتمل النقل إلى غيره كالنسب. قال رحمه الله: (لا التزوج بلا إذن) يعني لا يملك التزوج بلا إذن لانه يعيب نفسه لما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة ولم يطلق له إلا عقود توصله إلى تحصيل مقصوده وهو عقد فيه اكتساب مال على ما بينا. ويملك التزوج بإذن المولى لان الحجر لاجله لان ملكه باق فيه فجاز باتفاقهما لثبوت ملكه في رقبته. وفي الخانية: المكاتب لا يملك وطئ أمته فإن وطئها ثم استحقت يؤاخذ المكاتب بعقرها في الحال. قال رحمه الله: (والهبة والتصدق إلا باليسير) لانه نوع تبرع وهو ليس من أهله إلا أن اليسير منه من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة وإعارة ليجتمع عليه المهاجرون فيملكه لان من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يهب بعرض لانه تبرع ابتداء، وكذا لا تجوز وصيته. ولم يبين المؤلف رحمه الله تعالى مقدار اليسير وقال في الذخيرة: إنه يتصدق ويهب بقدر الفلس ورغيف وفضة أقل من درهم ويأخذ الضيافة اليسيرة ويهدي الطعام المهيأ للاكل بقدر دانق، ولو وهب أو أهدي درهما فصاعدا لا يجوز. قال رحمه الله: (والتكفل والاقراض) لانهما تبرع وليسا من ضرورة التجارة ولا من باب الاكتساب فلا يملكه، ولا فرق في الكفالة بين المال والنفس بإذن أو بغيره لان الكل تبرع، ولا يجوز كفالة المكاتب بمال أذن المولى فيها أو لا، وكذا الحوالة، وكذا الكفالة بالنفس لانها متى صحت تتعدى ضرورة إلى المال بأن يعجز عن إحضاره فكان بمنزلة الكفالة بالمال وهو تبرع والمكاتب لا يملك التبرع ويؤخذ منه بعد العتق كالعبد القن إذا كفل، فإن كان صغيرا لم يؤخذ منه بعد العتق لان الكفالة وقعت باطلة، فإن كفل بمال بإذن المولى لم يلتزم المولى الكفالة، ولو أدى المكاتب فعتق لزمته الكفالة كما تقدم، وإن كفل عبده لآخر رجع السيد على المكفول عنه إن

***

[٨٦]

[وتزويج عبده والاب والوصي في رقيق الصغير كالمكاتب ولا يملك مضارب وشريك شيئا منه ولو اشترى أباه أو ابنه تكاتب عليه ولو أخاه ونحوه لا ولو اشترى أم ولده] كفل بأمره، وبغير أمره بطل المال عنها لان المولى ملك ما في ذمة المكفول عنه لعجز المكاتب والكفيل أدى ما كفل به رجع على الاصل إن كفل بأمره، وبغير أمره لا يرجع ولو أدى المولى رجع أيضا. قال رحمه الله تعالى: (واعتاق عبده ولو بمال وبيع نفسه منه) لانه ليس بأهل للاعتاق لانه لا يتصور إلا ممن يملك الرقبة فلا ينفذ عتقه ولو على مال لانه فيه إسقاط عن العبد بمقابلة دين في ذمة المفلس فلا يكون من باب الاكتساب فلا يملكه وبيع العبد من نفسه إعتاق كما بينا فلا يملكه. (قال رحمه الله: (وتزويج عبده) يعني لا يملك تزويج عبده، وكذا لا يملك أن يوكل به لانه تعيب له ونقص في المال لكونه شاغلا للرقبة بالمهر والنفقة وليس هو من باب الاكتساب في شئ بخلاف تزويج الامة على ما بينا. قال رحمه الله: (والاب والوصي في رقيق الصغير كالمكاتب) لان الاب والوصي كالمكاتب فيملكان ما يملكه المكاتب، والاصل فيه أن من كان تصرفه عاما في التجارة وغيرها يملك تزويج الامة كالمكاتب والاب والجد والوصي والقاضي وأمينه فكل من كان تصرفه خاصا بالتجارة كالمضارب والشريك والمأذون فلا يملك تزويج الامة لا الكتابة عند الامام ومحمد. وقال الثاني: يملك تزويج الامة لان فيه منفعة على ما بينا. وجوابه أنه ليس من باب التجارة فلا يملكه، وجعل في النهاية شريك المفاوضة كالمكاتب، وجعله في الكافي كالمأذون له في التجارة ولكل وجه. قال الشارح: جعله كالمأذون أشبه بالفقه. قال رحمه الله: (ولا يملك مضارب وشريك شيئا منه) يعني لا يملك تزويج الامة والكتابة لانهما ليسا من التجارة وقد بيناه. قال رحمه الله: (ولو اشترى أباه أو ابنه تكاتب عليه) لما ذكر ما هو داخل في الكتابة بطريق الاصالة وأنهاه شرع يذكر ما هو داخل بطريق التبع والتبع يتلو الاصل، وإنما يكاتب عليه لان المكاتب يملك الكتابة وإن لم يملك العتق فيجعل مكاتبا معه تخفيفا للصلة بقدر ا لامكان لانه لما تعذر الاعتاق صار مكاتبا مثله للتعذر بخلاف الحر فإنه يملك الرقبة ولا تعذر في حقه

فيعتق عليه كما تقدم في بابه بيانه. وذكر الابن والاب وقع اتفاقا لان هذا الحكم لا يختص بهما بل جميع من له قرابة الولادة يدخلون في كتابه تبعا له. وأقواهم دخولا المولود في الكتابة يكون حكمه حكم أبيه حتى إذا مات أبوه ولم يترك شيئا يسعى على نجوم أبيه، والولد المشتري يؤدي البدل حالا والايرد في الرق، وإنما كان كذلك لان المولود في الكتابة تبعيته ثابتة بالملك والبعضية الثابتة حقيقة وقت العقد بخلاف المشتري فإن تبعيته ثابتة بالملك والبعضية فيهما حكما في حق العقد لا حقيقة في حقه لانه لا بعضية بينهما حقيقة بعد الانفصال. قال الاكمل: وتقديم الاب في الذكر للتعظيم. وأما في الترتيب فيقدم الابن على

***

[٨٧]

[معه لم يجز بيعها وإن ولد له ولد من أمته تكاتب عليه وكسبه له وإن زوج عبده من] الاب سواء كان مولودا أو مشتري في الكتابة، والمولود مقدم على المشتري فالمولود يظهر حاله في الحياة وبعد الممات كما تقدم، والمشتري في حال الحياة فقط كما تقدم، والاب يحرم بيعه حال حياة ولده ولم يقبل منه البدل بعد موته حالا ولا مؤجلا ا ه. وإنما قال تكاتب عليه ولم يقل صار مكاتبا لانه لو صار مكاتبا لصار أصلا ولقيت الكتابة بعد موت المكاتب الاصلي وليس كذلك، بل إذا مات المكاتب يباع الاب. فإن قيل: ما الفرق بين المشتري في الكتابة من الاولاد وبين ما إذا كاتبه على نفسه وولده الصغير فإنه إذا عتق المشتري لم يسقط من البدل شئ، وأما إذا عتق الصغير الذي تكاتب عليه يسقط من البدل ما يخصه؟ أجيب بأن المشتري تبع من كل وجه فلا يعتبر به في أصل البدل لتقرره قبل دخوله في الكتابة بخلاف الصغير فإنه مقصود بالعقد والبدل في مقابلته فسقط ما يخصه منه. وفي الينابيع: لو ملك الاجداد والجدات أو أولاد الاولاد تكاتب عليهم. وفي الخلاصة: ولو اشترى واحدا من أولاده، وإن سفلوا أو واحدا من أجداده وإن علوا تكاتب عليه. قال رحمه الله: (ولو أخاه ونحوه لا) يعني لو اشترى أخاه أو غيره من محارمه لا يكاتب عليه عند الامام. وقالا: يكاتب عليه لان وجوب الصلة تشمل القرابة المحرمة للنكاح ولهذا يعتق على الحر كل ذي رحم محرم منه وتجب نفقتهم عليه ولا يرجع فيما وهب لهم ولا يقطع يده إذا سرق منهم إلى غير ذلك من الاحكام فكذا هذا الحكم. وللامام أن للمكاتب كسبا وليس له ملك حقيقة لوجود ما ينافيه وهو الرق، ولهذا لو اشترى أمة ولده لا يفسد نكاحه ويجوز دفع الزكاة إليه ولو وجد كنزا والكسب يكفي للصلة في الاولاد، ألا ترى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الولد والوالد ولا يكفي في غيرها حتى لا يخاطب الاخ بنفقة أخيه إلا إذا كان موسرا والدخول في الكتابة بطريق الصلة فتختص بقرابة الولاد، ولان هذه قرابة تشبه بني الاعمام في حق بعض الاحكام كحل الحلية وجريان القصاص من الجانبين وقبول الشهادة ودفع الزكاة إليه، وتشبه الولاد في حق حرمة المناكحة ووجوب النفقة وحرمة الجمع بين اثنين ممنهم فألحقناها بالولاد في العتق وبني الاعمام في الكتابة توفيرا على الشبهين حظهما، والعمل على هذا الوجه أولى من العمل على العكس. وفي الذخيرة: لو اشترى العم والعمة فالقياس أن يصيرا مثله في الكتابة وفي الاستحسان لا يكاتب عليها ا ه. قال رحمه الله: (ولو اشترى أم ولده معه لم يجز بيعها) يعني لو اشترى زوجته مع ولده منها لم يجز له بيعها لان الولد لما دخل في الكتابة امتنع بيعه لما ذكرنا فتتبعه أمه فامتنع بيعها لانها تبع له ولا تدخل في كتابته حتى لا يعتق بعتقه ولا ينفسخ النكاح لانه لم يملكها، وكذا المكاتبة إذا اشترت زوجها غير أن لها أن يتبعه كيفما كان لان الحرية لم تثبت من جهتها على ما بينا. قيد بقوله معه لانه لو ملكها بدون الولد جاز له بيعها عند الامام. وقالا: ليس له

***

[٨٨]

أن يبيعها لانها أم ولده كالحر إذا اشترى أم ولده وحدها بدونه، وللامام أن القياس أن يجوز البيع وإن كان معها الولد لان كسب المكاتب موقوف بين أن يؤدي فيكون للمكاتب وبين أن يعجز فيكون للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو أمومية الولد إلا أن بيعها امتنع تبعا للولد وما ثبت تبعا يثبت بشرائط المتبوع. ولو ثبت بدون الولد لثبت ابتداء والقياس ينفيه، ولا يخفي أن هذا في حال الحياة. وأما في حالة الموت قال في الينابيع: فإذا مات المكاتب وقد اشتراها مع ولدها فلا سعاية عليهما لكن إن أدى ما على المكاتب عند الموت عتقا، وإذا لم يكن معها ولد فقالت أنا أؤدي جميع المال حالا لم يقبل منها وللمولى بيعها عند الامام. وفي نوادر بشر عن أبي يوسف: مكاتب اشترى امرأته فدخل بها وولدت ولدا بعد الشراء فمات المكاتب عن غير وفاء فالولد يسعى فيما على أبيه.

وفي المضمرات: وإذا مات الولد في حياة المكاتب ثم مات المكاتب فإن أدت بدل الكتابة حين موته عتقت وإلا ردت في الرق ولا سعاية عليها. وفي الهداية: وإذا ولد له ولد من أمته دخل في كتابته فكان حكمه كحكمه وكسبه له. وفي الينابيع: اشترى جارية فوطئها فجائت بولد فاعترف به ثم مات عنه فإن ترك معه أبوه ولدا آخر اشتركا في الكتابة. قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا مات المكاتب ليس للمولى بيعهم ولا سعايتهم فإن أدى الولد المولود في الكتابة البدل عتق وعتقوا جميعا، وإن عجز رد في الرق وردوا في الرق إلا أن يقولوا نحن نؤدي المال الساعة فيقبل ذلك منهم قبل قضاء القاضي لعجز المولود في الكتابة، وإن أدى مال الكتابة وللمكاتب مال كثير كان المتروك في قياس قول الامام للمولود في الكتابة، وفي قياس قول زفر يرثون الجميع منه. وفي الولوالجية: ولدت مكاتبة ولدا فاشتريت ولدا آخر ثم ماتت يسعى المولود في الكتابة على النجوم وما كسبه الولد المشتري أخذه أخوه، فما أدى من كتابته وما بقي فهو بينهما نصفان وللمولود له أن يؤاجر المشتري بأمر القاضي، وإن لم يكن لها إلا المشتري أدى الكتابة حال موتها حالا وإلا ردت في الرق في قول الامام. وقالا: كسب كل واحد منهما له خاصة ويسعيان على النجوم وإن ترك الولد المشتري دون المولود في الكتابة يسعى على نجومه على قولهما، وعلى قول الامام إما أن يؤدي حالا أو يرد في الرق ا هـ. قال رحمه الله: (وإن ولد له ولد من أمته تكاتب عليه وكسبه له) لانه بالدعوى ثبت النسب له فيتبعه في الكتابة وكان كسب الولد له لانه في حكم مملوكه فكان كسبه له، وكذا لو ولدت المكاتبة ولدا دخل في كتابتها كما سنذكره. قال في العناية: واعترض عليه بأن المكاتب لا يملك التسري فمن أين له ولد من الامة حتى يدخل في الكتابة؟ وأجيب بأن معنى قولنا لا يملك لا يحل له وطئ أمة لكن إن وطئ وادعى النسب ثبت. قال في المبسوط: جارية بين حر ومكاتب ولدت ولدا فادعاه المكاتب قال: الولد ولده والجارية أم ولده ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها، ولا يضمن من قيمة الولد شيئا لان المكاتب كالحر ولا يضمن، ولو ولدت
***

[٨٩]

[أمته وكاتبهما فولدت دخل في كتابتها وكسبه لها مكاتب أو مأذون نكح بإذن حرة] المكاتبة من زوجها دخل الولد في كتابتها لان الاوصاف الغارة الشرعية في الامهات كالتدبير والاستيلاد والحرية والرق تسري إلى الاولاد. قيد بقوله تكاتب عليه ليفيد أن الام لم تصر مكاتبة. قال تاج الشريعة: فإن قلت: إذا ثبت للولد حقيقة الحرية يثبت للام حقها وهنا ثبت للولد حق الحرية فيسعى إن ثبت للام حقها لانحطاط رتبتها عن الولد. قلت: للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع فثبت للام هذا الحكم دون الكتابة لانحطاط رتبتها. فإن قلت: لم لا تصير مكاتبة تبعا للولد؟ قلت: لان العقد ما ورد عليها واعترض عليه بأن عدم ورود العقد عليها لا يقتضي أن لا تصير مكاتبة تبعا للولد وإنما يقتضي أن لا تصير مكاتبة أصالة ألا ترى أنه لو اشترى أباه وابنه تكاتب عليه وإن لم يرد العقد عليه، فالصواب في الجواب الثاني عن السؤال أن يقال إنها لا تصير مكاتبة تبعا للولد لانحطاط رتبتها عن الولد. وفي الخانية: المكاتب لا يملك وطئ أمته فإن وطئها ثم استحقت الامة يؤاخذ المكاتب بعقرها في الحال. وفي الزيادات: مكاتبان بينهما جارية جاءت بولد فادعياه ثبت النسب منهما ويصير الولد مكاتبا معهما، فإذا أدى أحدهما ما عليه عتق لوجود شرط العتق في حقه وعتق الجزء من الولد تبعا له وبقي نصيب الآخر مكاتبا للآخر عند الامام، وعندهما إذا أدى أحدهما عتق فحين عتق نصيبه من الولد عتق نصيب الثاني من الولد ولا ضمان على الولد ولا سعاية عليه وصارت الجارية كلها أم ولده وعليه قيمة نصيب الآخر، سواء كان موسرا أو معسرا، لو قال المؤلف دخل في كتابته كما سيأتي كان أولى من قوله تكاتب عليه لان هذا أقوى دخولا من المشتري في الكتابة لانه يقوم مقامه ويسعى على نجومه والدخول يفيد قوة على مكاتب قيده كما سيأتي. قال رحمه الله: (وإن زوج عبده من أمته وكاتبهما فولدت دخل في كتابتها وكسبه لها) لان الولد يتبع الام في الاوصاف الحكمية فكان مكاتبا تبعا لها فكانت أحق بكسبه من الاب لانه جزءها فصار كنفسها وهي نظير المسألة الاولى. ولو قتل هذا الولد تكون قيمته للام دون الاب لما ذكرنا بخلاف ما إذا قبلا الكتابة على أنفسهما وعلى ولدهما الصغير فقتل الولد حيث تكون قيمته بينهما ولا تكون الام أحق به لان دخوله في الكتابة هنا بالقبول عنه والقبول وجد منهما فلا يكون أحدهما أولى من الآخر. وفي بعض نسخ الهداية دخل في كتابتهما وكسبه لهما والاوجه دخل في كتابتها لان فائدة الدخول هو الكسب، كذا في العناية. قال بعض الفضلاء: فيه تأمل إذ يجوز أن يقال فائدته أن يعتق بعتقهما سواء اكتسب أو لا. قيل: هذا ليس بشئ لان المراد أن فائدة دخول الولد في كتابة الاب هو كون الكسب له لا غير لانه لا يتبع الاب في الرق والحرية فتأمل.

وعدل عن قوله تكاتب عليها إلى قوله دخل في كتابتها ليفيد أن هذا أقوى حالا من المشتري في الكتابة لانه لو مات المكاتب مفلسا سعى هذا في الكتابة على نجومها.
***
[٩٠]
[بزعمها فولدت فاستحقت فولدها عبد وإن وطئ أمة بشراء فاستحقت أو بشراء فاسد فردت فالعقر في المكاتبة ولو بنكاح أخذ به مذ عتق.] قال رحمه الله: (مكاتب أو مأذون نكح بإذن حرة يزعمها فولدت فاستحقت فولدها عبد) يعني لو تزوج مكاتب أو عبد مأذون له في التجارة حرة بزعمها بإذن المولى فولدت فاستحقت فالولد رقيق وليس له أن يأخذه بالقيمة عند الامام والثاني. وقال الثالث: ولدها حر بالقيمة يعطيها للمستحق في الحال إذا كان تزوج بإذن المولى، وإذا كان بغير إذنه يعطيها بعد العتق ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة الولد على الامة المستحقة بعد العتق إذا كانت هي الغارة له، وكذا إذا غره عبد مأذون أو غير مأذون له في التجارة أو مكاتب رجع عليه بعد العتق فلا ينفذ في حق المولى وإن غره حر رجع عليه في الحال، وكذا لو كان مكاتبا، وكذا حكم المهر فإن المستحق يرجع به في الحال إن كان التزوج بإذن المولى وإلا فبعد الحرية، وليس له أن يرجع على أحد بالمهر كما علم في موضعه، وحكم الغرور يثبت بالتزوج دون الاخبار بأنها حرة. لمحمد أنه تزوجها رغبة لحرية الاولاد معتمدا على قولها وصار مغرورا كالحر، ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا لان الولد يتبع الام في الرق والحرية كما تقدم وترك هذا في الحر بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم والعبد ليس في معنى الحر لان حق المولى وهو المستحق في الحر مجبور بقيمة واجبة في الحال، وفي العبد بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق فتعذر الالحاق لعدم المساواة، هكذا ذكروا هنا وهذا مشكل جدا لان دين العبد إذا لزمه بسبب أذن فيه المولى يظهر في حق المولى ويطالب به في الحال، والمذكور ههنا أنه تزوجها بإذن المولى وإنما يستقيم هذا إذا كان التزوج بغير إذن المولى فلانه لا يظهر الدين في حق المولى فلا يلزمه المهر ولا قيمة الولد في الحال ويشهد لهذا المعنى ما سنذكره. والجواب أن المكاتب ثبت له حرية اليد والمأذون فك السيد حجره فثبت له ما يثبت للحر وأعطيناهما حكم الاحرار ولم يتضمن ما أذن فيه المولى النكاح فتوقف صحة ذلك على إذنه لانه التوقف للحل لا لان يضمن ذلك السيد لانهما صار فيه كالحر بخلاف مسألة البيع لان إذن السيد فيه تناول البيع ولو كان فاسدا فافترقا. قيد بقوله بزعمها لان المكاتب لو كان عالما بحال المرأة لا يصير معزورا بالاجماع. قال رحمه الله: (وإن وطئ أمة بشراء فاستحقت أو بشراء فاسد فردت فالعقر في المكاتبة) كما لو اشترى المكاتب أمة شراء فاسدا فوطئها ثم ردها بحكم الفساد على البائع وجب عليه العقر في الحال، وكذا العبد المأذون له في التجارة لان هذا من باب التجارة والتصرف تارة يقع صحيحا وتارة فاسدا، والكتابة والاذن ينتظمان البيع والشراء بنوعيهما فكانا مأذونين فيهما كالوكيل بهما فيظهر في حق المولى فيؤاخذ به في الحال. قال رحمه الله: (ولو بنكاح أخذ به مذ عتق) يعني لو تزوج المكاتب امرأة بغير إذن المولى فوطئها يؤاخذ بالعقر بعد العتق،
***
[٩١]
[فصل ولدت مكاتبة من سيدها مضت على كتابتها أو عجزت وهي أم ولد وإن كاتب أم] وكذا المأذون له في التجارة لان التزوج له ليس من الاكتساب ولا من التجارة لان الكتابة كالكفالة فلا يظهر في حق المولى فلا يؤاخذ به في الحال بخلاف الفصل الاول، وبخلاف ما إذا اشترى أمة فوطئها فاستحقت حيث يؤاخذ بالعقر في الحال وفيما نحن فيه وجب العقر باعتبار شبهة النكاح وذلك ليس من التجارة في شئ ولا من الكسب ولا يتناول الاذن ولا عقد الكتابة فيؤخر ما وجب فيه إلى ما بعد العتق لعدم ولاية التزامه بهذه الطريق. وفي الاصل: إذا وقع المكاتب على امرأة كان عليه الحد وهذا ظاهر، فإن ادعى شبهة فسقط عنه الحد فإذا سقط الحد وجب العقر كما في الحر ثم أخذ بهذا المهر في الحال ولا يتأخر إلى ما بعد العتق، وإن كانت مطاوعة لا يؤاخذ بالمهر للحال. ونظير هذا ما قالوا في المجنون إذا وقع على امرأة فوطئها فإن كانت مكرهة فإنه يجب عليه المهر، وإن كانت مطاوعة لا يجب عليه المهر. هذا إذا ادعى نكاحا وأنكرت فإن صدقته لا يؤاخذ بالمهر في الحال سواء كانت مكرهة أو مطاوعة. فصل ذكر هذه المسائل في فصل على حدة لاختصاصها بأحكام تخالف ما سبق. قال رحمه الله: (ولدت مكاتبة من سيدها مضت على كتابتها أو عجزت وهي أم ولد) لان المولى لما ادعاه صارت أم ولد منه فتلقاها جهتا حرية عاجلة ببدل وهي الكتابة وآجلة بغير بدل وهي أمومية الولد فتختار أيهما شاءت، ولا

يحتاج إلى تصديقها لانها مملوكة له رقبة بخلاف ما إذا ادعى ولد جارية المكاتبة حيث لا يثبت نسبه من المولى إلا بتصديق المكاتبة لانه لا ملك له حقيقة في ملك المكاتبة وإنما له حق الملك فيحتاج فيه إلى تصديقها، فإذا مضت على الكتابة أخذت عقرها من سيدها، وإذا مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة لان العتق حصل لها بغير بدل بالاستيلاد. وقال تاج الشريعة: فإن قلت: ينبغي أن لا يسقط عنها لان الاكتساب تسلم لها وكذا أولادها التي اشتراها بعد الكتابة وهذا آية بقاء الكتابة قلنا: الكتابة تشبه المعاوضة وبالنظر إلى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط وبالنظر إليه يسقط. قلنا بسلامة الاكتساب عملا بجهة المعاوضة، وقلنا بسقوط البدل عملا بجهة الشرط، ورد بأنه قد تقرر مرارا أن العمل بالشبهين إنما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين وهنا ليس كذلك لان جهة كون الكتابة معاوضة تستلزم عدم سقوط البدل، وجهة كونه شرطا يستلزم السقوط والسقوط وعدمه متنافيان قطعا لا يمكن اجتماعهما في محل واحد وتنافي اللازمين يوجب تنافي الملزومين فلا يمكن اجتماعهما. والصواب في الجواب أنه إنما سلم لها البدل لان الكتابة

***

[٩٢]

انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكتساب والاولاد لان الفسخ للنظر لهما والنظر فيما ذكرناه وإن ماتت وتركت مالا يؤدي كتابتها منه وما بقي لولدها ميراثا لانه ثبت عتقها في آخر جزء من أجزاء حياتها، وإن لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر. وإن ولدت ولدا آخر لم يثبت نسبه من غير دعوى لحرمة وطئها عليه، وولد أم الولد إنما يثبت نسبه من غير دعوى إذا كان وطؤها حلالا، وإذا عجزت نفسها وولدت بعد ذلك ولدا في مدة يمكن العلوق بعد التعجيز يثبت نسبه من غير دعوى إلا إذا نفاه صريحا. ولو لم يدع الولد الثاني وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد في بدل الكتابة لانه مكاتب تبعا لها، ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد. وأطلق في قوله مكاتبة فشمل ما إذا كانت مفردة بالعقد أو مكاتبة مع أخرى وما ذكره خاص بالاولى. قال في المحيط: رجل كاتب جاريتين مكاتبة واحدة ثم استولد أحدهما فالولد حر والام مكاتبة كما كانت ولا خيار لها لان الاستيلاد حصل في ملكه فعلق حرا. وإنما قلنا لا خيار لها لانه لا يمكن ردها إلى الرق بدون الاخرى، ولو ولدت إحداهما بنتا فاستولد المولى البنت صارت أم ولد له والولد حر بغير القيمة، وليس لها أن تعجز نفسها وتبطل الكتابة لانها تابعة لامها وإذا تعذر فسخ الكتابة تصير أم ولد له اه. فلو قال بعقد مفرد لسلم. وفي المبسوط: إذا ادعى المولى حبل المكاتبة فضرب إنسان بطنها بعد ذلك بيوم فألقت جنينا ميتا فإن في الولد غرة لابيه لانه عتق بدعوته فكان ميراثا له ولا ترث شيئا ولكنها تأخذ العقر إن اختارت المضي على المكاتبة اه. فلو قال ولو ادعى حبلها فضرب آخر بطنها فألقت جنينا ميتا مضت إلى آخره. لكان أولى لانه يعلم حكم ما إذا ولدته فادعاه بالاولى. وفي المبسوط أيضا: ولدت مكاتبة من مولاها ثم أقر المولى أنها أمة لفلان لم يصدق وإن صدقته في ذلك لان حق أمومية الولد قد ثبت لها فلا يصدقان في إبطالها. فإن قال المدعي بعتها منك بألف ولم ينقد الثمن وقال المولى زوجتني والامة معروفة للمدعي فعلى المولى المهر لمستوفيه قصاصا من الثمن، وليس عليه قيمة في الام ولا في الولد وإن لم تكن معروفة أنها للمدعي ضمن القيمة، ألا ترى أنه لو أنكر البيع لم يتمكن من استردادها فيضمن قيمتها بعد أن يحلف بالله ما اشتراها منه بما يدعيه من الثمن اه. وقيد بقوله مكاتبة من سيدها ليحترز عن أمة المكاتب فإن صدقه ثبت النسب ويضمن قيمة الولد وتعتبر قيمته يوم الولادة. هذا إذا جاءت به لستة أشهر من حين اشتراها، فلو جاءت به لاقل فادعاه المولى لا تصح دعوته، وكذا إذا اشترى المكاتب غلاما من السوق لا تصح دعوته إلا بتصديق المكاتب عبد كاتبه وكاتب العبد أمة ثم ولدت المكاتبة ولدا فادعاه مولى المكاتب فالمسألة على وجوه: إما إن صدقاه في ذلك أو كذباه أو صدقه أحدهما وكذبه الآخر، فإن جاءت بالولد لستة أشهر فأكثر فصدقاه في ذلك أو صدقه المكاتب ثبت النسب منه، وإن كذباه في ذلك أو كذبته المكاتبة لا يثبت النسب، والعبرة هنا بتصديق المكاتبة دون

***

[٩٣]

[ولده أو مدبره صح وعتت مجانا بموته وسعى المدبر في ثلثي قيمته أو كل البدل بموته] المكاتب، والعبرة فيما تقدم لتصديق المكاتب دون المكاتبة ويجب العقر لها. قال رحمه الله: (وإن كاتب أم ولده أو مدبره صح) لان ملكه ثابت في كل واحد منهما وإن كانت أم الولد غير متقومة عند الامام. وعقد إثبات هذه المكاتبة لها بالبدل ولان ملكه فيها محترم وإن لم يكن متقوما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، فكان أخذ العوض عنه كالقصاص وعقد الكتابة ليرد على المملوك لحاجته إلى التوصل إلى ملك السيد في الحال والحرية في المآل

وأم الولد في هذا لغيرها لانها مملوكة يدا ورقبة فإنها تملك ما يملكه المكاتب في الحال والمال وكسبها للولي. قال في الهداية: وتنافي بينهما لانها تلقاها جهتا حرية. قال صاحب الغياثية: لا يقال أحدهما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق لا يثبت لهما فكانا متنافيين لانا نقول: لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقاها على سبيل البدل، وعورض بأنه إن أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفي العتق بالكتابة تسلم لها الاكساب؟ وإن أراد النوعية فلا تنافي. وفي المحيط: ومن كاتب أم ولده على خدمتها أو رقبتها جاز فأراد بقوله على خدمتها ورقبتها أن تصير أحق بخدمتها أو رقبتها بأن كاتبها بألف على أن تصير أحق بخدمتها أو برقبتها فهو الصحيح لان ذكر الخدمة بدون المدة لا يصح. وكذا الرقبة لا يتصور أن تكون بدلا لان الشئ الواحد لا يصلح أن يكون بدلا ومبدلا، ولو وطئها بعدما كاتبها يجب العقر لان العقر والارش بمنزلة الكسب. قال رحمه الله: (وعتقت مجانا بموته) أي عتقت بموت المولى بغير شئ يلزمها وسقط عنها بدل الكتابة لانها عتقت بالاستيلاد وتسلم لها الاولاد والاكساب لانها عتقت وهي مكاتبة، وملكه يمنع من ثبوت ملك الغير فصار فيه كما إذا أعتقها المولى في حال حياته، ولئن انفسخت الكتابة في حقها بقيت الحرية في حق الاولاد والاكساب لان الفسخ للنظر والنظر فيما ذكرنا. ولو أدت البدل قبل موت المولى عتقت بالكتابة كبقائها إلى وقت الاداء، وبالاداء تقرر ولا يبطل. قال صاحب غاية البيان: ولقائل أن يقول: النظر في إيفاء حقها وحقها حصل لا في إبطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم يعتق قبل موت المولى بل حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لا لها. قال رحمه الله: (وسعي المدبر في ثلثي قيمته أو كل البدل بموته فقيرا) يعني لو مات من كاتبه ولا مال له غيره فهو بالخيار أن يسعى في ثلثي قيمته أو جميع بدل الكتابة وهذا عند الامام. وقال الثاني: يسعى في الاقل منهما. وقال الثالث: يسعى في الاقل من ثلثي قيمته وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الموضعين في الخيار وفي المقدار، وأبو يوسف مع أبي حنيفة مع المقدار ومع محمد في نفي الخيار، والكلام في الخيار مبني على تجزئ الاعتاق وعدمه، فعنده لما كان متجزئا بقي ما وراء الثلث عبدا وبقيت الكتابة فيه كما كانت قبل عتق الثلث فتوجه لعتقه جهتان: كتابة مؤجلة وسعاية معجلة فيتخير للتفاوت بين

***

[٩٤]

[فقيرا وإن دبرا مكاتبه صح وإن عجز بقي مدبر الوجود السبب الموجب له وإلا سعى في ثلثي قيمته أو ثلثي البدل بموته معسرا وإن أعتق مكاتبه عتق وسقط بدل الكتابة] الامرين. وعندهما العتق لا يتجزي لانه عتق كله بعتق ثلثه فبطلت الكتابة فلم يثبت الخيار، والدليل ما مر في كتاب العتق. واعترض عليه بأن الاعتاق لما لم يتجزأ عندهما لما عتق ثلثه عتق كله فانفسخت الكتابة فوجبت السعاية في ثلثي قيمته لا غير. وأجيب بأنا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فيقبضاها كذلك فلربما يكون لها أقل فيحصل النظر بوجوبه لها. وأما المقدار فعندهما لا يسقط عنه من بدل الكتابة شئ، وعند محمد يسقط عنه ثلثه لان الكتابة صادفت ثلثه وعتق ثلثه بالتدبير فيبطل ما بإزائه من البدل. ولهما أن المال قوبل بما تصح مقابلته به وبما لا تصح فانصرف كله إلى ما لا تصح والتدبير يوجب استحقاق ثلث رقبته لا محالة فلا يتصور استحقاقه بالكتابة، وهذا بخلاف ما لو دبر مكاتبته لان البدل هناك مقابل بكل الرقبة إن لم يستحق شئ من الرقبة عند الكتابة، فإذا أعتق بعض الرقبة نفذ ذلك بالتدبير وسقط حصته من بدل الكتابة بقدره، أما هنا فالكتابة وقعت بعد التدبير ومالية الثلث قد سقطت فكان البدل بأداء الثلثين ضرورة، وليس هذا كما إذا أدى في حياته لان استحقاق الثلث قد سقط بالتدبير. وفي المبسوط: لو كاتب عبده المأذون المديون فللغرماء بعضها لانها تضمنت إبطال حقهم، فإذا أخذ المولى الكتابة ثم علموا فلهم أخذها من المولى لانه كسب عبد مأذون مديون والغرماء أحق بإكسابه قبل الكتابة فكذا بعدها بخلاف ما لو ضرب على عبده المأذون المديون ضريبة مال صح، وما يأخذ المولى من الضريبة مسلم له لان الضريبة بدل المنفعة وللمولى أن يستوفي المنفعة بالاستخدام فكذا له الضريبة بدلا عنه. وإن بقي من دينهم شئ ضمن له المولى قيمته ويسعى في بقية دينهم ولا يرجع المولى على العبد بما أدى، وكذا لو قضى المولى دينهم جازت الكتابة ولم يرجع على العبد بما أدى من دينهم. أمة مأذونة في التجارة وعليها دين فولدت فكاتب السيد الولد وعتقه فللغرماء رد الكتابة وفي العتق يضمن المولى قيمة الولد. قال رحمه الله: (وإن دبر مكاتبه صح) لانه يملك تنجيز العتق فيملك التعليق بشرط وهذا التصرف نافع له لاحتمال أن يموت المولى قبل أداء بدل الكتابة فيعتق مجانا أو يعجز عن أداء بدل الكتابة فيبقى مدبرا. قال رحمه الله: (وإن عجز بقي مدبر الوجود السبب الموجب له) قال رحمه الله: (وإلا سعى في ثلثي قيمته أو ثلثي البدل بموته معسرا) يعني إن لم يعجز

ومات المولى معسرا فهو بالخيار بين أن يسعي في ثلثي قيمته أو ثلثي بدل الكتابة عند الامام. وقالا: يسعى في الاقل منهما فالخلاف في الخيار مبني على تجزي الاعتاق وعدمه وقد مر بيانه. وأما المقدار هنا فمتفق عليه لان بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة إن لم يستحق شئ من الحرية قبل ذلك فإذا عتق بعض الرقبة مجانا بعد ذلك سقطت حصته من بدل الكتابة بخلاف ما إذا تقدم
***
[٩٥]
[وإن كاتبه على ألف مؤجلة فصالحه على نصف حال صح مات مريض كاتب عبده على] بالتدبير لانه سلم له تدبير الثلثين فيكون بدل الكتابة مقابلا لما لم يسلم وهو الثلث على ما بينا. قوله: (وإن أعتق مكاتبه عتق) لان ملكه قائم فيه وهو الشرط لنفوذ العتق. قال رحمه الله: (وسقط بدل الكتابة) لان التزمه ليحصل العتق وقد حصل بدونه وكذا المولى كان يستحقه مقابلا بالتحرير وقد فات ذلك بالاعتاق مجانا، والكتابة وإن كانت لازمة من جانب المولى لكنها تفسخ بالتراضي الاجماع وقد وجد من المولى بالاقدام على العتق ومن العبد بحصول غرضه بلا عوض. قال رحمه الله: (وإن كاتبه على ألف مؤجلة فصالحه على نصف حال صح) والقياس أن لا يجوز لانه اعتياض عن أجل وهو ليس بمال والدين مال ولهذا لا يجوز مثله بين الحرين ولا في مكاتب الغير وإن لم يجز كان ربا وذلك في عقد المعاوضة غير جائز، وعقد المكاتبة عقد معاوضة لا ينتقض بالمهر والطلاق المقابل وبالمال. وأجيب بأن ذلك على خلاف القياس بالنص، وكذا أن تقول قوله والدين مال منقوض بقوله لو حلف بأنه ليس له مال وله دين على ملي أو معسر لم يحنث إلا أن يقال ذلك في الايمان فتأمل. ووجه الاستحسان أن الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء إلا به فأعطي له حكم المال وبدل الكتابة من وجه غير مال حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من وجه فكان ربا، ولان الصلح أمكن جعله فسخا للكتابة السابقة وتجديد العقد على خمس مائة حالة. قال بعض الافاضل في قوله الاجل في حق المكاتب مال: فيه مناقشة ظاهرة إذ قد سبق أن الاستقراض جائز، وبهذا الاعتبار صحت الكتابة حالا. وأقول: هذه المناقشة إنما تظهر أن لو أرادوا نفي القدرة على الاداء إلا به نفي القدرة الممكنة وهي أداء ما يتمكن به من الاداء، وأما إذا أرادوا بذلك نفي القدرة الميسرة وهو ما يوجب اليسر على الاداء كما هو الظاهر فلا يكون للمناقشة مجال لظهور أن اليسر على الاداء لا يكون إلا بالاجل فتأمل. قال في المحيط: ولو صالحه من الكتابة على عين جاز لان بدل الكتابة منزلة الثمن والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز ولا يشترط قبضها في المجلس - كذا في المنتقى عن محمد - لانهما افترقا عن عين بدين. ولو كاتبه على وصف أبيض فصالحه على وصفين أبيضين يدا بيد جاز لانه صالحه على دين بعين فيجوز، ولو استأجر المولى مكاتبه بما عليه سنة بخدمه صحت الاجارة وعتق العبد للحال لان مولاه ملك بدل الكتابة بالتعجيل فبرئت ذمته عنه، فإن خدمه المكاتب شهرا ثم مات انقضت الاجارة وبرئ المكاتب من صحة ما خدم والباقي دين عليه اه. فروع: إذا اختلف المولى والعبد فقال العبد كاتبتني على ألف وقال على ألفين، أو اختلفا في جنس المال القول قول العبد مع يمينه وعلى المولى البينة، وإذا جعل القاضي القول قول العبد مع يمينه وألزمه المال وأقام المولى البينة بعد ذلك على ألفين لزمه ألفان ويسعى فيهما،
***
[٩٦]
[ألفين إلى سنة وقيمته ألف ولم تجز الورثة أدى ثلثي البدل حالا والباقي إلى أجله أورد] وإن لم يقم البينة فأدى الالف وعتق ثم أقامها بعد ذلك ففي الاستحسان عتق وعليه ألف أخرى. وفي الظهيرية: ولو أقاما البينة فالبينة بينة المولى لانها تثبت الزيادة لان المكاتب إذا أدى مقدار ما أقام به البينة يعتق. وفي الولوالجية: ولو ادعى كتابة فاسدة والآخر جائزة فالقول قول من يدعي الجائزة والبينة بينة من يدعي الفاسدة، وفي الذخيرة: إذا ادعى المكاتب أنها وقعت فاسدة بأن قال كاتبتني على ألف ورطل خمر وأنكر المولى ذلك القول قول المولى ويلزم المكاتب الكتابة، وكان ينبغي أن لا يقضي بجواز الكتابة بقول الآمر لان للمكاتب أن يعجز نفسه ويفسخ الكتابة ألا ترى إلى ما ذكر في الشهادة إذا قام المولى البينة على العبد أنه كاتبه بألف وأنكر العبد ذلك فالقاضي لا يقضي بينة المولى، وجواب ما ذكر هنا محمول على الرواية التي تقول إنه ليس للمكاتب أن يعجز نفسه من غير قضاء القاضي. قال رحمه الله: (مات مريض كاتب عبده على ألفين إلى سنة وقيمته ألف ولم تجز الورثة أدى ثلثي البدل حالا والباقي إلى أجله أورد رقيقا) يعني المريض إذا كاتب عبده على ألفين إلى سنة وقيمته ألف درهم فمات المولى ولا مال له غيره فإنه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي إلى أجله أو يرد رقيقا، وهذا

عند الامام وأبي يوسف. وقال محمد: يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي إلى أجله أو يرد رقيقا لان للمولى أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فكان له أن يؤخر الزيادة وهي ألف درهم بطريق الاولى فصار كما لو خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز، وإن لم يكن له مال آخر فصار كله مؤجلا كما مر في باب الخلع. ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى جرى عليها أحكام الابدال من الاخذ بالشفعة وغيرها، وحق الورثة متعلق بالمبدل كله فكذا بالبدل بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال وإن لم نتعلق الورثة بالمبدل فكذا لا نتعلق بالبدل. وحاصله أن المحاباة بالاجل فيعتبر في جميع الثمن وصية من الثلث عندهما، وعنه الاجل فيما زاد على القيمة يصح من رأس المال ويعتبر في قدر القيمة من الثلث. قيدنا وقيمته ألف لانه لو كان بالعكس ففي العتابية: وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلث القيمة حالا أورد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة في القدر وهو إسقاط ألف درهم والتأخير وهو تأجيله الالف فلم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في الاسقاط ولا في حق التأخير اه. وفي المحيط: مريض كاتب عبده على قدر قيمته فمات ولا مال غيره يقال عجل لي ثلثي البدل والثلث مؤجلا كما هو، فإن لم يفعل يرد في الرق. وفيه أيضا: لو كاتب عبده في الصحة ثم أقر في مرضه باستيفاء بدلها فصدق لان حق الورثة لم يكن متعلقا بالعقد فصح إقراره بالاستيفاء كما لو باع أجنبيا في الصحة في ثم أقر باستيفاء الثمن في المرض، ولو كان عليه دين محيط لم يقبل في شئ ويعتق العبد يزعمه ويؤخذ بالكتابة، ولو قال إن مت فكاتبوا هذا العبد تصح الوصية لانه يملك عتقه فيملك

***

[٩٧]

الايصاء، ومن كاتب عبده في مرضه ولا مال له غيره فأجازه الورثة في حياتهم فلهم الابقاء بعد موته. ولو كاتب عبده في صحته على ألف وقيمته خمسمائة فأعتقه عند الموت ولم يقبض شيئا حتى مات سعى في ثلثي قيمته عندهما وتبطل الكتابة. وقال الامام: يسعى في ثلثي قيمته وإن شاء سعى في ثلثي ما عليه من الكتابة، فإن قبض المولى خمسمائة ثم أعتقه في مرضه، فإن كان المقبوض هالكا لم يحسب له شئ مما أدى وصار مال الكتابة ما بقي فيسعى في ثلثي كتابته لان ثلثي كتابته وثلثي ما بقي من كتابته سواء. وعندهما يسعى في ثلث قيمته، ولو أدى المكاتب المائة ثم أعتقه في مرضه سعى في ثلثي المائة بالاجماع اه. وفي شرح الطحاوي: من أعتق مكاتبه وهو مريض ينظر، إن كان يخرج من الثلث عتق مجانا، وإن كان لا يخرج من الثلث ولم تجز الورثة ينظر إلى ثلثي قيمته وإلى ثلثي بدل الكتابة وله الخيار يسعى في أيهما شاء عند الامام. وظاهر قوله عبده أن ملكه كامل له وإنما باشر العقد بنفسه ليحترز عما إذا كان بين صحيح ومريض. قال في المحيط: وإن كان العبد بين رجلين مرض أحدهما وكاتبه الصحيح بإذنه جاز وليس للوارث إبطاله، وكذا إذا أذن له في القبض وقبض بدل الكتابة ثم مات المريض لم يكن للوارث أن يأخذ منه شيئا. وفي الجامع: مكاتب أقر لمولاه في صحته بألف درهم وقد كان المولى كاتبه على ألف وأقر المكاتب في صحته لاجنبي بألف درهم فمرض المكاتب وفي يده ألف فقضاها المولى من المكاتب فمات من ذلك المرض وليس له مال غيرها فالالف تقسم بين المولى والاجنبي على ثلاثة أسهم: سهمان للمولى وسهم للاجنبي. ولو أن المكاتب أدى الالف إلى المولى من الدين الذي أقر به ثم مات فالاجنبي أحق بهذه الالف وبطل دين المولى ومكاتبته، وإن مات عن غير وفاء فرد في الرق ومات على ملك المولى ويبطل دين المولى وكتابته، ولو لم يقبض المولى الالف ومات وتركها فهي للاجنبي. ولو ترك المكاتب ابنا ولد له في الكتابة فالاجنبي أحق بهذه الالف أيضا ويبيع المولى ابن المكاتب بالدين والمكاتبة، وإذا أدى الابن الكتابة والدين لا ينقض القضاء للاجنبي. ولو أن رجلا كاتب عبده على ألف درهم في صحته وأقرضه أجنبي ألف درهم ثم مرض المكاتب وأقرضه المولى ألف درهم بمعاينة الشهود فسرقت من المكاتب وفي يد المكاتب ألف درهم أخرى فقضاها المولى فالمولى أحق بها من الاجنبي بخلاف ما لو اشترى المكاتب في مرضه عبدا من المولى بألف درهم ولرجل أجنبي على المكاتب ألف فهلك العبد وفي يد المكاتب ألف درهم لا غير فقضاها المولى من ثمن العبد فمات المكاتب من مرضه ذلك ولم يترك وفاء، فما قبض المولى من ثمن العبد لا يسلم للمولى، وإن كان البيع وقبض الثمن بمعاينة الشهود فيسترد الالف ويدفع إلى الاجنبي. والفرق أن صورة القرض المماثلة ظاهرة فيقدم المولى ولم تظهر في صورة البيع فقدم الاجنبي فتأمل. وفيه أيضا: كاتب عبده على ألفين وله ابنان حران وهما وارثاه فمرض المكاتب وأقر لاحد الابنين بألف درهم وأقر للمولى بدين ألف درهم فمات

***
[٩٨]
[رقيقا وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلثي القيمة حالا وإلا رد رقيقا حر كاتب عن عبد على ألف وأدى عتق وإن قبل العبد فهو مكاتب وإن] وترك ألفي درهم فامولى أحق بالالفين يستوفي أحدهما من الكتابة والاخرى من الدين، فإن ترك أقل من الالفين يبدأ بدين الابن اه. والفرق هو أنه إذا ترك ألفين أمكن تصوره بعد موته حرا نظرا إلى صورة المؤدي، وإن اختلف بوجه الدفع فقدم المولى لانه عقد الكتابة على صورة ألفين بخلاف ما إذا ترك الاقل لم يمكن ذلك فقدم الابن فتأمل. قال رحمه الله: (وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلثي القيمة حالا وإلا رد رقيقا) وهذا بالاجماع وقد تقدم بيانه. قال رحمه الله: (حر كاتب عن عبد على ألف وأدى عتق وإن قبل العبد فهو مكاتب) اختلف الشارحون في صورتها قال بعضهم: قال حر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني إن أديت لك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط، فإذا قبل العبد صار مكاتبا يعني هذا العقد له جهتان نافذ في حق ما ينتفع العبد وهو أن يعتق عند أداء الشرط وموقوف على إجازة من له الاجازة فإذا قبله صار مكاتبا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء. وقال بعضهم صورتها: أن يقول كاتب عبدك على ألف درهم ولم يقل على أني إن أديت لك ألف درهم فهو حر، فإذا أدى لا يعتق قياسا لان العقد موقوف والموقوف لا حكم له ولم يوجد التعليق، وفي الاستحسان يعتق. وجه الاستحسان أنه لا ضرر على العبد في عتقه بأداء الاجنبي ولا يرجع الدافع على العبد لانه حصل له مقصوده وهو عتق العبد، وقيل يرجع على المولى ويسترد ما أداه إن أداه بضمان لان ضمانه كان باطلا كما لو ضمن في الصحيحة فإنه يرجع بما أدى فهذا أولى، وإن أداه بغير ضمان لا يرجع لانه تبرع به. هذا إذا أدى عنه بدل الكتابة كلها، وإن أدى عنه البعض فله أن يرجع سواء أداه بضمان أو بغير ضمان لانه لم يحصل له غرضه وهو العتق فكان حكم الاداء موقوفا فيرجع، ولو أدى قبل إجازة العبد ثم أجاز ليس له أن يرجع سواء أدى البعض أو الكل إلا إذا أداه عن ضمان لان الضمان فاسد فيرجع بحكم فساده. فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين البيع فإن بيع الفضولي لا يتوقف على إجازة المجيز فيما له وفيما عليه وهنا لم يتوقف فيما له. والجواب أن ما له هذا إسقاط محض وهو لا يتوقف على القبول. وفي الشارح: ولو قال العبد لا أقبل فأدى عنه الاجنبي الذي كاتب عنه لا يجوز لانه ارتد برده، ولو ضمن الرجل لم يلزمه شئ لان الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز. وفي المحيط: ولو كان هذا العبد ابنا لهذا القائل وكذا لو كان ابن صغير عبدا لرجل واحد فكاتبه عن أبيه لم يجز لانه لا ولاية له على ابنه الصغير إذا كاتب عبدا للغير وإن أدى عتق العبد في الفصول كلها لانا اعتبرنا الكتابة نافذة في حق ما له. وفي التتارخانية: رجل كاتب عبد الغير بأمر صاحب العبد على ألف درهم ثم حط عنه خمسمائة فبلغ المولى فأجاز فالكتابة بخمسمائة، ولو

***
[٩٩]
[كاتب الحاضر والغائب وقبل الحاضر صح وأيهما أدى عتقا ولا يرجع على صاحبه] كان وهب له الالف ثم بلغ المولى فأجاز فالهبة باطلة. ولو أن رجلا كاتب عبدالغير بغير إذنه على ألف درهم فأدى العبد الالف إليه ثم بلغ المولى فأجاز جازت الكتابة ولا يجوز الدفع ولا يعتق بذلك الدفع، فإن أجاز المولى الكتابة والدفع فذلك جائز في قول أبي يوسف ويعتق المكاتب بدفعه، ولا تجوز إجازة القبض في قول الامام، وما اكتسبه بعد الكتابة قبل الاجازة فذلك للمكاتب على كل حال اه. وفي شرح الطحاوي: ولو كان لرجل عبد غائب فخاطب رجل مولاه فقال كاتب عبدك الغائب على ألف فهذا على وجهين: إما أن يشترط الضمان أو لم يشترط، أما إذا لم يضمن فالكتابة جائزة ويتوقف على إجازة العبد، فإن أجازه جاز ولزمه الالف، وإن رده بطل، فلو أن هذا الرجل أدى قبل أن يجيز العبد وقبل أن يفسخ جاز وعتق العبد، وليس له أن يسترد ذلك في الاستحسان اه. قال رحمه الله: (وإن كاتب الحاضر والغائب وقبل الحاضر صح) يعني إذا كاتب عبدين أحدهما حاضر والآخر غائب بأن قال العبد لمولاه كاتبني بألف عن نفسي وعن فلان الغائب فكاتبهما فقبل الحاضر جاز. وفي المحيط: ولو كاتب عبدا حاضرا وآخر غائبا وقبل الحاضر جاز استحسانا اه. فظهر أنه لا فرق في البداية بين أن تكون من السيد أو من العبد. والقياس أن يصير الحاضر مكاتبا وحده لانه عقد الكتابة على نفسه وعلى الغائب فينفذ عليه ويتوقف في حق الغائب على أجازته كما إذا باع ماله ومال غيره أو كاتب عبده وعبد غيره، وجه الاستحسان أن المولى خاطب

الحاضر قصدا وجعل الغائب تبعا له والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة إذا كوتبت دخل في كتابتها ولدها المولود في الكتابة أو المشتري فيها أو المضموم إليها في العقد تبعا لها حتى يعتقوا بأدائها وليس عليهم شئ من البدل، ولان هذا تعليق العتق بأداء الحاضر والمولى ينفرد به في حق الغائب فينفذ من غير توقف ولا قبول من الغائب كما لو كاتب الحاضر بألف ثم قال إن أديته إلي ففلان حر فإنه يصح من غير قبول الحاضر فكذا هذا، فإذا أمكن جعل الغائب تبعا استغنى عن شرط رضاه وينفرد به الحاضر ويطالب الحاضر بكل البدل، ولا عبرة بإجازة الغائب ولا رده ولا يؤاخذ الغائب بالبدل ولا بشئ منه. ولو اكتسب شيئا ليس للمولى أن يأخذه من يده، ولو أبرأه المولى أو وهب له مال الكتابة لا يصح لعدم وجوبه عليه، ولو أبرأ الحاضر أو وهبه مال الكتابة عتقا، ولو أعتق الغائب سقط عن الحاضر حصته بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث لا يسقط عن الام شئ من البدل بعتقه، وكذا ولدها المشتري. ولو أعتق الحاضر لم يعتق الغائب وسقط عن الحاضر حصته من البدل ويؤدي الغائب حصته حالا أو يرد رقيقا لان الاجل لم يثبت في حق الغائب. وفي المحيط: وإن مات الغائب لم يدفع عن الحاضر شئ. وذكر عصام لا يبيع الغائب ما لم يعجز الحاضر اه. قال رحمه الله تعالى: (وأيهما أدى عتقا) أي أيهما أدى بدل

***

[١٠٠]

[بشئ ولا يؤاخذ الغائب بشئ وقبوله لغو وإن كاتب الامة عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها صح وأي أدى لم يرجع.] الكتابة عتقا لوجود شرط عتقهما ويجبر المولى على القبول، أما إذا دفع الحاضر فلان البدل عليه، وأما إذا دفع الغائب فلانه ينال به شرف الحرية فيجبر المولى على القبول لكونه مضطرا كما إذا أدى ولد المكاتبة فإنه يجبر على القبول وإن لم يكن البدل عليه، وكمعير الرهن إذا دفع الدين إلى المرتهن يجبر على القبول لحاجته إلى استخلاص حقه وإن لم يكن عليه دين. وفي الميحط: ولو كاتب عبدين كتابة واحدة فارتد أحدهما قيل لا يعتق الحي ما لم يؤد جميع الكتابة كما لو مات أحدهما حتف أنفه أو قتل وإن ترك المقتول كسبا في ردته أخذ المولى منه جميع البدل وعتقا لان كسبه تعلق به حق الورثة فلم يصر فيئا، وإذا التحق بدار الحرب أخذ الحاضر بجميع البدل ويرجع على المرتد بحصته إذا عاد. قال رحمه الله: (ولا يرجع على صاحبه بشئ) يعني لا يرجع واحد منهما بما أدى من البدل على الآخر، أما الحاضر فلانه قضى دين نفسه، وأما الغائب فلكونه أدى بغير أمره وليس بمضطر فيه لانه يطلب نفعا مبتدأ بخلاف معير الرهن فلانه مضطر من جهته قال في المحيط: كاتب عبدين على ألف منجمة كتابة واحدة فزاد أحدهما مائة درهم ولم يقبل الآخر الزيادة فإنه يلزم الزائد نصف الزيادة ويكون عليه حالا ويعتقان بأداء الالف لان الزيادة لم تلتحق بأصل العقد لان الكتابة المنجمة تعليق والتعليق لا يحتمل التغير فإذا أدى أحدهما لا يرجع بها على الآخر لانه تبرع. ولو زاد أحدهما مائة وضمها فالزيادة كلها عليه نصفها بالاصالة ونصفها بالكفالة. قال رحمه الله: (ولا يؤاخذ الغائب بشئ) يعني لا يطالب المولى الغائب ببدل الكتابة لانه لا دين عليه لانه لم يلتزم له بشئ وإنما دخل في الكتابة تبعا فصار نظير ولد المكاتبة. قال رحمه الله: (وقبوله لغو) يعني قبول الغائب ورده لغو لان الكتابة قد نفذت وتمت من غير قبوله فلا يعتبر بعد ذلك قبوله لا رده كمن كفل دينا عن غيره بغير أمره فبلغه فإجازته باطلة ولا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع. قال رحمه الله: (وإن كاتب الامة عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها صح) وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجهه في مسألة الغائب لان هذه مثلها في جميع ما ذكرنا من الاحكام لما أن الام والاب الرقيق لا ولاية له على ولده فيكون دخول الوالد في كتابتهما بالشرط لا بالولاية كدخول الغائب في كتابة الحاضر وقبول الاولاد وردهم لا يعتبر. وفي المحيط: كاتب عبده وامرأته على أنفسهما وأولادهما الصغار، ثم إن إنسانا قتل الولد فقيمته للابوين ولو غاب الاب فأراد المولى استسعاء الولد في شئ من الكتابة لم يكن له ذلك ولا سبيل للابوين على كسب الولد لانه مكاتب أصلا بخلاف المولود في الكتابة لانه دخل تبعا فكان كسبه تبعا. ويدفع حصته عن الابوين إن أعتقه السيد، وإن مات الابوين أدى حالا

***

[١٠١]

[باب كتابة العبد المشترك عبد لهما إذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب حصته بألف ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعضه فعجز فالمقبوض للقابض أمة بينهما كاتباها فوطئها أحدهما فولدت فادعاه] وإلا رد في الرق إن وقعت الكتابة وهو كبير، وإن وقعت وهو

صغير يسعى على نجومهما فيثبت الاجل في حقه تبعا لهما ولا كذلك الكبير اه. وذكر الام مثال وليس بقيد. قال في المحيط: كاتب عبده على نفسه وولده الصغير جاز استحسانا، وإن رد في الرق رد الولد في الرق، وإن مات الاب سعى الاولاد، وإن كانوا صغارا عاجزين ردوا في الرق لتحقق العجز عن الاداء، فإن قالوا نسعى لا يلتفت إلى قولهم، ولو لم يعجزوا وسعى بعضهم وأدى لم يرجع على إخوته بشئ لانه أدى عن أبيه لا عن إخوته، فإن ظهر للمكاتب مال لم يكن له أن يأخذ ما أدى لانه أدى ما لم يكن مطالبا بأدائه وللمولى أخذ كل واحد منهما بأداء جميع بدل الكتابة لانه قائم مقام أبيه، وإن أعتق المولى بعضهم رفعت حصته عن الباقين ولو كانوا كبارا فكاتبه على نفسه وعليهم بغير إذنهم وادي عتقوا ولا يرجع عليهم كما ذكرنا في الصغار اه. قارحمه الله: (وأي أدى لم يرجع) لما ذكرنا في مسألة الغائب، ولو أعتق الام بقي عليهم من بدل الكتابة بحصتهم يؤدونها في الحال بخلاف المولود في الكتابة والمشتري حيث يعتق بعتقها ويطالب المولى الام بالبدل دونهم، ولو أعتقهم سقط عنها حصتهم وعليها الباقي على نجومها وليس له أن يبيعهم، ولو أبرأهم عن الدين أو وهبهم لا يصح ولها يصح ويعتقون معها لما ذكرنا في كتابة الحاضر مع الغائب والله تعالى أعلم. باب كتابة العبد المشترك لما فرغ من كتابة عبد غير مشتر ك شرع في كتابة العبد المشترك لان الاصل عدم الاشتراك، قاله في غاية البيان. وقال أكثر الشراح: ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لان الاثنين بعد الواحد. قال رحمه الله: (عبد لهما إذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب حصته بألف ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعضه فعجز فالمقبوض للقابض) يعني إذا كان العبد بين اثنين إذن أحدهما لصاحبه إن يكاتب حظه. وتعبير المؤلف بقوله لهما أولى من تعبير صاحب الهداية حيث قال بين رجلين لان المثنى يستوي فيه المذكر المؤنث فيشمل ما إذا كان بين رجلين أو امرأتين أو رجل وامرأة. وقال في العناية: وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن. وفي الاصل: وعامة المشايخ لم يشترطوا لصحة الفسخ القضاء أو الرضا، والامام العلامة نجم الدين النسفي شرط له القضاء أو الرضا اه. وهذا هو قول الامام. وقالا: هو مكاتب لهما والمقبوض بينهما، وأصله أن الكتابة تتجزى عند الامام، وعندهما لا تتجزى كما ذكر في الاعتاق. وفي الشارح: وفائدة إذنه بالقبض أن ينقطع حقه

***

[١٠٢]

فيما قبضه ويختص به القابض لان إذنه بالقبض إذن لعبده بالاداء إليه إلا إذا نهاه قبل الاداء فيصح نهيه لانه تبرع لم يتم بعد اه. وجه قول الامام أن المكاتب نصف كسبه له فإذا أذن للمكاتب أن يصرفه بدينه صح إذنه وتم بقضاء دينه به فكان المقبوض للقابض، فإن عجز المكاتب لا يرجع الآذن بذلك وإن لم يحصل مقصوده وهو الحرية لان المتبرع عليه هو العبد، ولو رجع يرجع على العبد والمولى لا يستوجب على عبده دينا بخلاف ما إذا تبرع شخص بقضاء الثمن ثم استحق أو هلك قبل القبض أو انفسخ البيع أو تبرع بقضاء مهره وحصلت الفرقة من جهة المرأة حيث يرجع بالمهر والثمن لان ذمة البائع والمرأة صلحت لوجوب الدين المتبرع عليها فأمكن الرجوع. ولو كان الشريك بالاذن مريضا وأدى من كسبه قبله صح من الثلث لانه تبرع بعين ما له وفي الاول بالمنافع فالمتبرع بالمنافع يعتبر من جميع المال وبالعين من الثلث. وجه قولهما أن الاذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة كله فإذا كاتبه صار كله مكاتبا نصيبه بالاصالة ونصيب شريكه بالوكالة فهو مكاتب لهما والمقبوض بينهما. قيد بقوله إذن لانه لو كاتبه بغير إذن شريكه صار نصيبه مكاتبا وللساكت أن يفسخ بالاجماع قبل أن يؤدي بدل الكتابة دفعا للضرر عن نفسه بخلاف ما إذا باع نصيبه حيث لا تفسخ لانه لا ضرر فيه لانه لم يخرج نصيبه من يده وبخلاف العتق وتعليق العتق بالشرط حيث لا يفسخ لانه لا يقبل الفسخ. وفي العتابية: اعترض بأن الكتابة إما أن يعتبر فيها معنى المعاوضة أو معنى الاعتاق أو معنى تعليق العتق بأداء المال، ولو وجد شئ من ذلك من أحد الشريكين بغير إذن شريكه ليس للآخر ولاية الفسخ فمن أين ذلك في الكتابة؟ وأجيب بأن الكتابة ليست عينا لكل واحد منهما وإنما يشتمل عليها فيجوز أن يكون فيها ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو إلحاق الضرر، ولو أدى بدل الكتابة عتق نصيبه خاصة عند الامام لما مر، وللساكت أن يأخذ من الذي كاتبه نصف ما قبض لانه كسب عبد مشترك بينهما ثم ينظر، إن كاتب كله بألف لم يرجع على المكاتب بشئ مما أخذه منه شريكه لانه مسلم له بدل نصيبه، وإن كاتب نصيبه فقط بألف رجع على المكاتب بما أخذه منه شريكه لان الكل كان بدل نصيبه ولم يسلم له بعضه فيرجع عليه به. وعندهما بالاداء عتق كله ورجع الساكت على شريكه إن كان موسرا وإلا فعلى العبد كما لو أعتقه وله

أن يأخذ نصف ما بقي من الاكساب لانه كسب عبد مشترك، ولو كاتبه الساكت بمائة دينار بعد الاول صار مكاتبا لهما. أما عند الامام فظاهر لانها تتجزى، وأما عندهما فلان الساكت كان له أن يفسخ فإذا كاتبه كان فسخا منه في نصيبه وأيهما قبض شيئا من بدل نصيبه لا يشاركه الآخر فيه وتعلق نصيب كل واحد منهما بجميع بدل الكتابة المسمى في كتابته، فإن أدى لهما معا فالولاء لهما عندهم، وإن قدم أحدهما صار كمكاتبهما أعتقه أحدهما عتق نصيبه عند الامام ويبقى نصيب صاحبه مكاتبا ولا ضمان ولا سعاية إلا أن يعجز المكاتب فيخير الساكت بين تضمين المعتق
***
[١٠٣]
[ثم وطئ الاخر فولدت فادعاه فعجزت فهي أم ولد للاول ويغرم لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها وضمن شريكه عقرها وقيمة الولد وهو ابنه وأي دفع العقر إلى المكاتبة] الاعتاق واستسعاء العبد إن كان المعتق موسرا وإن كان معسرا بين الاعتاق والاستسعاء. وعند الثاني يضمن المعتق إن كان موسرا ويستسعي العبد في نصف قيمته إن كان معسرا، وعند الثالث يضمن الاقل من قيمة نصيبه ومن بدل الكتابة في اليسار ويسعى في الاعسار. وإن كاتباه كتابة واحدة لا يعتق بإداء نصيب أحدهما إليه ويعتق بإعتاقه وإبرائه وهبة نصيبه لانه لم يبق له قبله حق فيكون حكمه حكم المسألة الاولى في التضمين والسعاية والعتق والاختلاف فيها. وباستيفاء نصيبه لم يبرأ لان المقبوض حقهما ولهذا يرجع عليه شريكه به فلا يعتق حتى يؤدي الكل وحكمه ظاهر، وفي المحيط: وإن كاتب نصيبه بغير إذن شريكه فلم يعلم شريكه حتى كاتب نصيبه بإذن الاول ثم علم فليس له الفسخ لان حق الفسخ إنما يثبت للساكت لدفع الضرر عنه والضرر هنا يندفع بالفسخ لانه يبقى نصيبه مكاتبا وما يأخذه أحدهما بعد هذا يسلم له لا يشاركه صاحبه فيه ونصيب كل واحد منهما مكاتب كتابة على حدة، وإذا كاتب كله بإذن شريكه إلى أن قال فوهب له نصف بدل الكتابة لم يعتق نصيبه، ولو وهب جميع نصيبه عتق نصيبه. والفرق أن بدل الكتابة دين واحد فمتى وهب النصف مطلقا ينصرف إلى النصف شائعا من النصيبين فلا تقع البراءة للعبد عن جميع حصته وإنما تقع البراءة عن نصف حصته، ومتى وهب حصته وحصته لا تحتمل إلا نصيبه خاصة فيبرأ العبد عن جميع حصته فيعتق بخلاف سائر الديون إذا وهب أحد الشريكين نصف الدين مطلقا ينصرف إلى نصيبه لان الدين ثمة وجب بإيجابه، وبخلاف ما لو باع أحد الشريكين جميع العبد ثم وهب النصف حيث ينصرف إلى نصيبه خاصة لان إيجاب نصيب شريكه لم يصح في حقه فصار وجود الايجاب في نصيب شريكه وعدمه بمنزلة واحدة اه‍. قيد بقوله ويضمن لانه لو لم يأذن بالقبض قال في التتارخانية: كاتب نصيبه بإذن شريكه ولم يأذن له بالقبض، فعلى قول الامام الجواب فيه كما إذا لم يأذن له أن يكاتب نصيبه في جميع ما ذكرنا من الاحكام إلا في فصلين: أحدهما لا يكون للآذن تضمين المكاتب أن يفسخ الكتابة في نصيب المكاتب، والثاني أنه متى أدى عتق نصيب المكاتب. وأما على قولهما فقد صار العبد مكاتبا بينهما اه‍. قال رحمه الله: (أمة بينهما كاتباها فوطئها أحدهما فولدت فادعاه ثم وطئ الآخر فولدت فادعاه فعجزت فهي أم ولد للاول ويغرم لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها وضمن شريكه عقرها وقيمة الولد وهو ابنه) وهذا قول الامام. وعندهما هي أم ولد للاول وهي مكاتبته كلها وعليه نصف قيمتها لشريكه عند الثاني، وعند الثالث الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة، ولا يثبت نسب الولد الآخر من الآخر ولا يكون له الولد بالقيمة ويغرم العقر لها، وهذا الاختلاف مبني على تجزئ الاستيلاد في المكاتبة فعنده يتجزئ،
***
[١٠٤]
وعندهما لا يتجزئ، واستيلاد القنة لا يتجزئ بالاجماع واستيلاد المدبرة يتجزئ بالاجماع، فإذا عرف هذا فنقول عنده: إذا ادعى أحدهما الولد صحت دعوته في نصيبه وهي تكفي لصحة الاستيلاد وصار نصيب أم ولده له ولم يتملك نصيب صاحبه فيبقى نصيب الآخر مكاتبا على حاله. وقالا: يتملك نصيب صاحبه وصارت كلها أم ولد له لان الاستيلاد يجب تكميله ما أمكن لكونه قابلا للنقل وقد أمكن هنا كما في الامة المشتركة لان الكتابة تحتمل الفسخ والاستيلاد لا يحتمل فرجحنا الاستيلاد فكملناه وفسخنا الكتابة في حق التمليك والكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وتبقى فيما وراءه لهذا جاز عتقه في الكفارة بخلاف ما إذا استولد مدبرة مشتركة فإنه لا يكمل ويقتصر على نصيبه لانه لا يملك تمليكها إذ التدبير يمنع النقل. وللامام أن الاستيلاد يقبل التجزئ إذا وقع في محل لا يقبل النقل

كالمدبرة بين اثنين إذا استولدها أحدهما فإنه يتجزئ ويقتضي الاستيلاد على نصيبه والكتابة عقد لازم كالتدبير، فإذا جاءت بولد بعد ذلك وادعاه الآخر ادعى نسب ووليديه له نصفها فتصح دعوته ويثبت نسبه منه، فإذا عجزت بعد ذلك جعل كأن الكتابة لم تكن وتبين به أن الامة كلها أو ولد للاول لان المقتضي للتكميل قائم والمانع من التكميل الكتابة وقد زالت فيعمل المقتضي عمله من وقت وجوده فيضمن للآخر نصف قيمتها لانه يتملك نصيبه لتكميل الاستيلاد ونصف عقرها وضمن الآخر قيمة الولد والولد حر بالقيمة لكونه وطئ أمة الغير فلزمه كمال العقر. قال في العناية: ينبغي أن لا يضمن شريكه قيمة الولد عند الامام لان حكم الولد حكم أمه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا لابنها. وأجيب بأن هذا على قولهما، أما على قول الامام فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس هذا الجواب بشئ ا ه. ولا يخفى أن قوله فكاتباها ليس بقيد احترازي لانه لو كاتبها أحدهما فولدت فادعاه فالحكم كذلك عندهما. قال في المحيط: ولو كاتب نصيبه بغير إذن شريكه ثم علقت منه فهي أم ولد له وهي مكاتبة على حالها عندهما لان كلها صارت أم ولد له ويتملك نصيب شريكه بالضمان لان الكتابة لا تتجزئ عندهما فيضمن نصف قيمتها أو نصف عقرها لشريكه ونصف عقرها لها. واختلف على قول الامام قيل لا يصير الكل أم ولد لان الاستيلاد لم يفد حق العتق في نصيب المستولد للحال فلا يضمن شيئا لشريكه ويضمن جميع العقر للمكاتبة، وقيل يصير الكل أم ولد له لان الاستيلاد في نصيبه عامل للحال لقيام ملكه فيه فيمتلكه المستولد فيضمن نصف قيمتها ونصف العقر لشريكه ونصفه للمكاتبة، ولو وطئها الذي لم يكاتب فعلقت به فهي أم ولده والمكاتبة جائزة ولا يتملك نصيب المكاتب بالاستيلاد عنده. وقيل: ينبغي أن تنفسخ الكتابة بنفس الاستيلاد. وعندهما يتملك نصيب صاحبه مكاتبة لان كلها صار مكاتبا بكتابة الاول وصارت كلها أم ولد، ولو كاتبها بغير إذن شريكه واكتسبت مالا وأدت فعتقت ثم اكتسبت مالا ثم حضر غير المكاتب فله نصف كسبها قبل أداء البدل وكسبها بعد الاداء لها. وعندهما

***

[١٠٥]

[صح وأن دبر الثاني ولم يطأها فعجزت بطل التدبير وهي أم ولد للاول وضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها والولد للاول وأن كاتباها فحررها أحدهما موسرا فعجزت] هي حرة فيكون لها وتأخذ نصف المؤدي من المكاتب. ولو ولدت المكاتبة بنتا فولدت البنت ولدا فادعاه أحدهما صح الاستيلاد منه، فإن عجزت المكاتبة صارت البنت أم الولد للواطئ ويضمن لشريكه نصف قيمتها يوم علقت لان بعجز الام صارت قنة فيمتلكها المستولد من وقت العلوق، فإن لم تعجز وأعتق الشريك الآخر البنت بعد العلوق صح ولا سعاية عليها وولدها حر عند الامام، وعندهما إن أدت البنت عتقت ولا ضمان ولا سعاية، وإن عجزت البنت فالام فالبنت كأم الولد بين شريكين أعتقها أحدهما مكاتبة بينهما ولدت فأعتق أحدهما الولد عتق نصيبه، وإن أعتق الام عتق نصفه الآخر تبعا للام، وإن عجزت فلشريكه في الولد الخيارات الثلاث. مكاتبة بينهما ولدت بنتا فعلقت منهما ثم ماتا عتقت البنت وحدها والام مكاتبة على حالة، ولو كانت الام هي التي ولدت منهما فماتا عتقت ولدها، وإن عجزت ثم ولدت منهما فالولد الاول رقيق لان الكتابة انفسخت بالعجز في حقهما وصارا قنين ثم صارت أم ولد والاول من فصل فلا يسري حق الحرية ا ه. قال رحمه الله: (وأي دفع العقر إلى المكاتبة صح) يعني وأي دفع العقر إلى المكاتبة جاز لانه حقها حال قيام الكتابة فإذا عجزت ترده إلى المولى. قال في العناية. يعني إذا دفع قبل العجز وهذا قول الامام، وعندهما صارت أم ولد للاول ولزمه كل المهر لان الوطئ في دار الاسلام لا يخلو عن الضمان الجائز أو الحد الزاجر وانتفى الحد للشبهة فيجب العقر، ولو عجزت فردت في الرق ترد إلى المولى لظهور اختصاصه بها اه. وفي المبسوط: كاتب جاريته ثم مات عن ابنين فاستولدها أحدهما فهي بالخيار إن شاءت عجزت نفسها وهي أم ولد له ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه، وإن شاءت مضت على كتابتها وأخذت عقرها وسقط الحد لشبهة حق الملك. قال رحمه الله: (وإن دبر الثاني ولم يطأها فعجزت بطل التدبير وهي أم ولد للاول) وهذا بالاجماع. أما عندهما فلان المستولد يملكها قبل العجز، وأما عنده فلانه بالعجز ظهر أن كلها أم ولد للاول وأنه لم يكن له فيها ملك كما مر والملك شرط لصحة التدبير بخلاف ثبوت النسب لان الملك من حيث الظاهرب كاف، ولهذا لو اشترى أمة فدبرها ثم استحقت بطل التدبير، ولو استولدها فاستحقت لم يبطل وكان الولد حرا بقيمته فكذا هنا وهي أم ولد للاول لانه يملك نصيب شريكه ويكمل الاستيلاد للامكان. قال رحمه الله: (وضمن لشريكه نصف قيمتها) لانه يملك نصفها بالاستيلاد على ما بينا قبل ذلك. قال رحمه الله: (ونصف عقرها) لانه وطئ جارية مشتركة بينهما فيجب عليه العقر بحسابه وقد بيناه من قبل. قال رحمه الله:

(والولد للاول) لان دعواه قد صحت على ما مر وهذا بالاجماع وهذا متكرر مع قوله وهي أم ولد. وأجيب بأن ذلك في ذات الامة وهذا في الاولاد فلا
***
[١٠٦]
[ضمن لشريكه نصف قيمتها ورجع به عليها عبد لهما دبره أحدهما ثم حرره الاخر موسرا للمدبر أن يضمن المعتق نصف قيمته.] تكرار. واعترض باختلاف الموضوع بأن هذا يوهم أن الثاني وطئ وادعى والموضوع خلافه فلو قال وتم الاستيلاد للاول لسلم. قال رحمه الله: (وإن كاتباها فحررها أحدهما موسرا فعجزت ضمن لشريكه نصف قيمتها ورجع به عليها) وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا يرجع المعتق عليها ويستسعيها الساكت إن كان المعتق معسرا، والاصل في هذا أن الاعتاق لا يتجزئ عندهما والكتابة لا تمنع العتق فعتقت كلها للحال وانفسخت الكتابة، فالحكم عندهما ما تقدم. ومن أصل الامام أن العتق عنده يتجزئ فجاز إعتاق النصف فلا يؤثر الفساد في نصيب الساكت فلا يضمن العتق قبل العجز لعدم ظهور أثر الاعتاق فيها، فإذا عجزت ظهر أثر العتق وكان للساكت الخيارات المذكورة في العتق وهي إن كان موسرا فله أن يعتق أو يستسعي أو الضمان، فإذا ضمن كان للمعتق أن يرجع على العبد، وإن كان المعتق معسرا كان له خيار العتق أو الاستسعاء على ما بينا في العتق، وعلى هذا الخلاف لو دبرها واستولدها فإذا عجزت ظهر أثرهما فيضمن قيمتها موسرا كان أو معسرا لان هذا ضمان تملك. وعندهما لا يتجزئان فصارت كلها أم الولد أو مدبرة ويضمن لشريكه نصف قيمتها في الحال موسرا كان أو معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف بين اليسار والاعسار ويضمن العقر في الاستيلاد. قال رحمه الله: (عبد لهما دبره أحدهما ثم حرره الآخر موسرا للمدبران يضمن المعتق نصف قيمته) وهذا عند الامام. ووجهه أن التدبير يتجزئ عنده فيقتصر التدبير على نصيب المدبر لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت خيار التضمين أو الاعتاق أو الاستسعاء على ما عرف من مذهبه، فإذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء فيقتصر على نصيبه لانه يتجزئ عنده لكن يفسد نصيب الآخر فله أن يضمنه نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء، فإذا ضمنه يضمنه قيمة نصيبه مدبرا وقد عرف قيمة المدبر في بابه وإذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل النقل من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبرا وأبق وضمن الغاصب قيمته فإنه لا يتملكه كذا هذا. قيد بقوله ثم حرره الآخر فعلم أنه قن لانه لو لم يكن قنا قال في المحيط: مكاتب بين رجلين دبر أحدهما صار الكل مدبرا له وهو مكاتب له عندهما ويمتلكه بالقيمة للشريك موسرا كان أو معسرا، لان التدبير لا يتجزئ عندهما فتدبيره لا في نصيب شريكه، فإذا تملكه يتملك بضمان القيمة وضمان القيمة لا يختلف باختلاف اليسار والاعسار. واختلفوا أنه يضمن قيمته مكاتبا أو قنا، قيل يغرم نصف قيمته قنا لانه تنفسخ الكتابة في نصيب شريكه لان فسخ الكتابة لا يتجزئ، وقيل يضمن قيمته مكاتبا لان الفسخ إنما لا يحتمل التجزئ لضرورة تضاد الاحكام في محل واحد وذلك لا يوجد هنا فإن الكل قد صار مدبرا من جهة المدبر. وعند أبي حنيفة التدبير يتجزئ فيصير نصفه مدبرا فقد اجتمع في النصف سببا الحرية
***
[١٠٧]
[وإن حرره أحدهما ثم دبره الاخر لا يضمن المعتق. باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى مكاتب عجز عن نجم وله مال سيصل لم يعجزه الحاكم إلى ثلاث أيام وإلا عجزه] الكتابة والتدبير، وفي النصف سبب واحد وهو الكتابة فإذا أدى عتق، فإن مات المدبر عتق. وعندهما في الكل اجتمعا سببا الحرية الكتابة والتدبير، لان من قال تنفسخ يقول بالفسخ في حق التملك لضرورة صحة التدبير فلا يظهر الفسخ في حق حكم آخر وهو العتق بأداء بدل الكتابة، ولا يخفي أن هذه المسألة تتكرر مع قوله عبد لموسرين دبر أحدهما وحرر الآخر ومثل هذا لا يليق بهذا المختصر. وأيضا محل هذه المسائل باب العتق فتدبره. وفي المحيط: أنت تكاتب بألف يا فلان ويا فلان فالكتابة والقبول للاول، ولو قال أنت تكايب يا فلان وفلان بألف فالكتابة والقبول للثاني. قال رحمه الله: (وإن حرره أحدهما ثم دبره الآخر لا يضمن المعتق) لان المدبر كان له الخيارات السابقة فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار العتق والاستسعاء وهذا عند الامام. وعندهما تدبير الثاني باطل لان الاعتاق لا يتجزئ عندهما فيعتق كله فلم يصادف التدبير الملك ويضمن قيمته إن كان موسرا لان هذا ضمان إعتاق فيختلف بين اليسار والاعسار والله تعالى أعلم. باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى تأخير باب أحكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لان هذه الاشياء متأخرة عن عقد الكتابة فكذا بيان أحكامها. قال رحمه الله: (مكاتب عجز عن نجم وله مال سيصل

لم يعجزه الحاكم إلى ثلاث أيام) نظرا للجانبين والثلاثة هي المدة التي ضربت لامهال الاعذار كإمهال الخصم للدفع والمدين للقضاء فلا يزاد عليه. قال صاحب العناية: والمدين بالجر عطفا على كإمهال. أقول: هذا بحسب الظاهر غير صحيح قطعا لانا لا نشك أن المديون معطوف على الخصم والمعنى وكإمهال المديون لاجل القضاء ويقبل قوله في الامهال بمجرد قوله. قال في البدائع: فإن عجز عن نجم فإن كان له مال حاضر أو غائب بأن قال لي مال على إنسان أو قال يجئ في القافلة يمهله القاضي إلى الثلاثة أيام إذ انتظار المدة مندوب. قال في البدائع: ينتظر يومين أو ثلاثة استحسانا والواجب لا يجبر فيه، ولا يخفي أن النجم هو الطالع وسمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدى من الوظيفة. قال رحمه الله: (وإلا عجزه وفسخها أو سيده برضاه) يعني إذا لم يكن له مال سيصل في ثلاثة أيام فسخ القاضي الكتابة أو فسخ المولى برضا المكاتب وهذا عند الامام ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يعجزه حتى يتوالا عليه نجمان لقول علي رضي الله تعالى عنه: إذا تولى على المكاتب نجمان يرد في الرق. والامر فيما لا

***

[١٠٨]

[وفسخها أو سيده برضاه وعاد أحكام الرق وما في يده لسيده وإن مات وله مال لم] يدرك بالقياس كالخبر ولانه عقد إرفاق حتى كان التأجيل فيه سنة. ولهما ما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه فسخها بعجز المكاتب عن نجم ورده إلى الرق. والاثر فيه كالمرفوع. وما رواه عن علي: لا ينفي الفسخ إذا عجز عن نجم بل هو سكوت عنه. وأفاد بقوله أو سيده برضاه أن الكتابة لازمة من جانب المولى غير لازمة من جانب العبد، فلو أراد العبد أن يعجز نفسه ويفسخ الكتابة وأبى المولى ذلك فللعبد ذلك في الرواية الصحيحة، والرواية الثانية أنها لازمة من جانب العبد أيضا فليس له أن يفسخها بغير رضا المولى. والمراد بقوله فسخها يعني الحاكم يحكم بعجزه لانه واجب عند طلب المولى وله ولاية ذلك وإن لم يرض العبد فلا بد من القضاء كالرد بالعيب. وظاهر قوله مكاتب عجز عن نجم صادق بما إذا كاتبه وحده أو مع غيره وليس كذلك بل هو خاص بما إذا كاتبه وحده. قال في المحيط: ولو كاتب عبدين كتابة واحدة فعجز أحدهما فرده القاضي في الرق والقاضي لا يعلم بمكاتبة الآخر معه ثم أدى الآخر الكتابة عتقا جميعا لانه لم يصح رد الاول في الرق ما دام الآخر قادرا على أداء بدل الكتابة، ولهذا لو علم القاضي بكتابة الآخر لا يرد حتى يجتمعا، ولو كاتب المولیان عبدا لهما كتابة واحدة فعجز لم يرد في الرق حتى يجتمع المولیان لانه إذا غاب أحدهما كان الفسخ في نصيب الآخر متعذرا، ولو مات المولى عن ورثة فلبعضهم الرد في الرق بقضاء وليس له ذلك بغير قضاء لان بعض الورثة ينتصب خصما عن الميت فيما له وفيما عليه. وفي المحيط: كاتب عبديه كتابة واحدة فارتد أحدهما ولحق بدار الحرب فعجز الحاضر لم يرده القاضي في الرق وإن رده لم يكن ردا للآخر حتى لو رجع مسلما لم يرد إلى مولاه، فلو قال في كتابة واحدة لكان أولى ا ه. قال رحمه الله: (وعاد أحكام الرق) يعني إذا عجز عاد إلى أحكام الرق لان الكتابة قد انفسخت وفك الحجر كان لاجل عقد الكتابة فلا يبقى بدون العقد، ولا يخفي أن المؤلف قال وعاد أحكام الرق ولم يقل عاد إلى الرق لانه فيه باق. قال رحمه الله: (وما في يده لسيده) لانه ظهر أنه كسب عبده إذا كان موقوفا عليه أو على المولى على تقدير الاداء كان له وعلى تقدير العجز كان للمولى وقد تحقق العجز فكان لمولاه. قال رحمه الله: (وإن مات وله مال لم تفسخ) وهذا قول ابن مسعود وبه أخذ علماؤنا. وقال زيد بن ثابت: تنفسخ الكتابة بموته وبه أخذ الامام الشافعي. له أن العقد لو بقي لبقي لتحصيل العتق بالاداء وقد تعذر إثباته فبطل، وهذا لان العتق لا يخلوا إما أن يثبت العتق قبل الموت أو بعده مقتصرا أو مستندا لا وجه إلى الاول لعدم شرطه وهو الاداء والشئ لا يسبق شرطه، ولا إلى الثاني لان الميت ليس بمحل لنزول العتق عليه لان العتق إثبات قوة الميت وهو لا يتصور في المالكية بخلاف ما إذا مات المولى لانه ليس بمعقود عليه بل عاقد والعقد يبطل بموت المعقود عليه لا بموت العاقد، ولان المولى يصلح أن يكون معتقا بعد الموت كما

***

[١٠٩]

[تفسخ وتؤدي كتابته من ماله وحكم بعتقه في آخر حياته وإن ترك ولدا في كتابته] إذا قال أنت حر بعد موتي. ولنا أن الكتابة عقد معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فلا ينفسخ بموت الآخر وهو العبد كالبيع، ولان قضية المعاوضة المساواة فإذا بقي العقد بعد موت المولى لحاجته إلى الولاء وغيره جاز أن يبقى بعد موت العبد لحاجته إلى الحرية ليتوصل إلى حرية أولاده، ولو مات

عاجزا تفسخ الكتابة، ولو قذفه إنسان بعد الاداء يلزمه الحد، وقيل الاداء لا يلزمه الحد لان العتق ثبت مستندا إلى آخر جزء من أجزاء حياته فلا يظهر الاستناد في حق هذا الحكم. قال رحمه الله: (وتؤدى كتابته من ماله) يعني يؤدي من خلفه فيكون أداء الخليفة كأدائه بنفسه. فإن قيل: الاداء فعل والاستناد يكون في أحكام الشريعة قلنا: نعم لكن فعل الثابت مضافا إلى حسي الثبوت وهذه الاضافة شرعية ألا ترى أن من رمى صيدا فمات قبل أن يصيبه ثم أصابه صار مالكا له حتى يورث عنه والمالك ليس بأهل لكن لما صح السبب والملك يثبت بعد تمام السبب وتمامه بالاضافة إليه وهو ليس أهلا له ثبت الملك من حين الامكان وهو آخر جزء من أجزاء حياته فكذا هنا. وفي الاصل: إذا مات المكاتب عن وفاء وعليه ديون لاجنبي سوى بدل الكتابة وله مال يوفي وله وصايا يبدأ من تركته بدين الاجنبي ثم بدل الكتابة وتبطل وصاياه، وما بقي يقسم بين ورثته، وإن لم يبق بعد قضاء الدين شئ يبدأ ببدل الكتابة ولا يبدأ بالدين، وإن لم يترك مالا إلا دينا على الناس فاستسعى المولود في الكتابة فعجز يرد في الرق فإذا خرج الدين بعد ذلك فذلك للمولى ا ه. قال رحمه الله: (وحكم بعتقه في آخر حياته) بأن يقام الترك الموجود منه في آخر حياته مقام التخلية بين المال والمولى وهو الاداء المستحق عليه وما بقي فهو لورثته. قال في نوادر بشر عن الثاني: مات مكاتب عن وفاء وله أولاد أمته فمات بعض قبل الاداء فأدى ما عليه وبقي مال فهو ميراث ولا يرث الابن الميت وما تركه الابن الميت فهو لامه وإخوته، ولو كان الولد معه في عقد الكتابة ثم مات بعد أبيه ثم أديت الكتابة لم يرث أباه. وفي نوارد ابن سماعة عن محمد: مكاتب مات وترك ابنا ولد له في الكتابة وترك ألفي درهم دينا على الناس فاكتسب الابن ألف درهم وأداها في كتابة أبيه ثم خرج دين الاب وله أخ فإن الالفين ميراث بينهما ولا يرجع الابن بما أدى في الالفين، وإن لم يؤد الابن ذلك من ماله فله أن يؤدي ذلك من مال الاب. وفي المنتقى: مكاتب مات وله دين على الناس وله مولود في الكتابة يسعى في الكتابة على نجومها. وله ابنان حران أيضا ثم مات أحد الابنين الحرين ثم خرج ما للمكاتب على الناس فأديت من ذلك بدل الكتابة فالفاضل بين الولد الحر والمولود في الكتابة ويرث الابن الحر أخاه الذي مات بعد موت الاب، والابن المولود في الكتابة لا يرث من أخيه الذي مات بعد موت الاب. وفي التتارخانية: مات الرجل عن مكاتبه وله ورثه ذكور وأناث ثم مات المكاتب عن وفاء يؤدي من ذلك بدل الكتابة ويكون بين الورثة الذكور والاناث،

***

[١١٠]

[ولا وفاء سعى كأبيه على نجومه فإن أدى حكم بعتقه وعتق أبيه قبل موته ولو ترك] وما فضل بعد ذلك وليس للمكاتب وارث فهو للذكور من ورثة المولى دون الاناث. وفي المحيط: مات المكاتب عن وفاء يبدئ بالذين ثم ببدل الجناية ثم ببدل الكتابة ثم بمهر امرأة تزوجها بغير إذن مولاه ثم الباقي ميراث بين أولاده الدين عتقوا بعتقه والذين كانوا أحرارا قبله لان الديون متى اجتمعت يبدئ بالاقوى، ودين المداينة أقوى من دين الجناية لانه عوض من كل وجه، ودين الجناية عوض من وجه لان مبدله ليس بمال ولهذا لا يملك قبل القبض، ودين الجناية أقوى من بدل الكتابة لانه لا يسقط بالعجز، ودين الكتابة أقوى من دين المهر لانه وجب بإذن السيد والمهر وجب بعقد محجور عليه. وإن مات عن وفاء دين المولى يبدئ بدين المولى ثم بالكتابة والباقي ميراث، فإن لم يوف بالدين والكتابة بدأ بالكتابة لانه إذا بدأ بها يموت حرا والولد المولود في الكتابة والولد المكاتب معه كتابة واحدة سيأتي في الارث لانهما يعتقان معه في آخر جزء من أجزاء حياته، فإن كان الولد منفردا بالكتابة فأدى بعد موت الاب بعد قضاء مكاتبه الاب أو قبله لم يرث لانه كان عبدا يوم مات الاب فلم يعتق بعتقه، وإنما عتق بعد موت أبيه. كاتب عبدا مشتركا بغير إذن شريكه فمات العبد وترك كسبا فقد مات عاجزا عند الامام لان نصفه يصير مكاتبا فلا سبيل لواحد منهما على كسبه. وعندهما كله مكاتب ويكون كل الكسب ملكا له فيؤدي من كسبه ويضمن المكاتب نصف قيمته لشريكه ا ه. قال رحمه الله: (وإن ترك ولدا ولد في كتابته ولا وفاء سعى كأبيه على نجومه فإن أدى حكم بعتقه وعتق أبيه قبل موته) وظاهر إطلاق المتن أنه لا فرق بين ما إذا ولد في كتابته من أمته أو أمة الغير، وظاهر العلة تقييده بالاول لان الولد دخل في كتابته وكسبه له فيخلفه في الاداء وصار أداؤه كأداء أبيه فجعل كأنه ترك وفاء مع الولد. والظاهر من قوله يسعى أن الولد المولود فيها لا بد أن يكون قادرا على السعي وليس كذلك. قال في الكافي: لو كاتب أمته على أنه بالخيار ثلاثة أيام فولدت في مدة الخيار وماتت وبقي الولد يبقي خياره وعقد الكتابة عند الامام والثاني، وله أن يجيزها، وإذا أجاز يسعى الولد على نجوم الام وإذا أدى عتقت الام في آخر جزء من أجزاء حياته وعتق ولدها وهذا استحسان، وعند الثالث تبطل الكتابة

ولا يصح إجازة المولى وهو القياس. وفي المحيط: ولو ترك أم ولده معها ولد لا تباع واستسعت في الكتابة على نجوم المكاتب وإن لم يكن معها ولد باعها عند الامام لان حرية أو الولد لاجل الولد فإذا لم يكن ولد تباع. وعندهما لا تباع وتبؤدي بدل الكتابة بعد موت المكاتب كما لو كان معها ولد. ولو حل على أولاده المولودين في الكتابة نجم ولم يؤدوا وبعضهم غائب لم يرد الحاضر في الرق حتى يرجع الغائب لان الفسخ على الحاضر فسخ على الغائب وقد تعذر في حق الغائب فتعذر في حق

***

[١١١]

[ولدا مشتري عجل البدل حالا أو رد رقيقا وأن اشترى ابنه فمات وترك وفاء ورثه ابنه وكذا لو كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة وأن ترك ولدا من حرة ودينا فيه وفاء] الحاضر أيضا. وفي الولواجية: وإذا مات المكاتب عن ولد مولود في الكتابة وولد مشتري معها فعندهما يسعيان في نجوم الام فما اتصل في يد كل واحد منهما بعد موت الام فهو له خاصة، وعند الامام المولود يسعى على نجوم الام ويؤدي بدل الكتابة وهو المطالب ويسعى الولد المشتري ويأخذ من كسبه ويؤجره بأمر القاضي، وما فضل يكون ميراثا عن الام فيكون بينهما. وفي الاصل: الولد المولود في الكتابة يسعى في ديون الاب. قال رحمه الله: (ولو ترك ولدا مشتري عجل البدل حالا أو رد رقيقا) وظاهر إطلاق المتن أنه لا فرق في المشتري بين أن يكون ولد بعد الكتابة أو قبلها وسيأتي البيان، وهذا عند الامام. وعندهما يسعى على نجومه كالمولود في الكتابة لانه صار بمنزلته حتى جاز للمولى إعتاقه كما يجوز إعتاق المكاتب بنفسه بخلاف سائر أكساب المكاتب فإنه لا يملك إعتاقه. وللامام أن الاجل يثبت بالشرط في العقد فيثبت في حق من دخل تحت الكتابة والمشتري لم يدخل تحت العقد لانه لم يضف إليه العقد ولم يسر حكمه إليه لكونه منفصلا وقت الكتابة، وأورد عليه أنه قد مر في أول فصل المكاتب أن المكاتب إذا اشترى أباه أو ابنه دخل في كتابته، وأيضا لو لم يسر حكمه إليه لما عتق عنده بأداء بدل الكتابة حالا. وأجيب أن المراد بدخول الولد المشتري في كتابه أبيه ليس لسراية حكم عقد الكتابة الذي جرى بين المكاتب ومولاه إليه بل يجعل المكاتب مكاتبا لولده باشترائه اياه تحقيقا للصلة وبأن عتق الولد المشتري عنده بأداء بدل الكتابة حالا ليس لاجل السراية أيضا بل لضرورة المكاتب إذا ذاك بمنزلة من مات عند وفاء، وقد أفصح عنه في الكافي حيث قال: وكان ينبغي أن يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن إذا عجل وأعطى من ساعته صار كأنه مات عن وفاء بخلاف المولود في الكتابة لانه من مائه بعد الكتابة. قال رحمه الله: (وإن اشترى ابنه فمات وترك وفاء ورثه ابنه) لانه لما أدى بدل الكتابة حكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته فيتبعه ولده في ذلك فيكونان حرين فظهر أنه مات حر عن ولد حر وقد بيناه. قال رحمه الله: (وكذا لو كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) لانهما صارا كشخص واحد فإذا حكم بعتق أحدهما في وقت يعتق الآخر في ذلك الوقت ضرورة اتحاد العقد على ما بيناه فيصير حرا، مات عن ابن حر، ولو مات المكاتب وترك ثلاثة أولاد حر ومولود في الكتابة ومكاتب معه بعقد واحد ووصيا ترثه أولاد لما ذكرناه وبينا ويملك الوصي بيع العروض دون العقار والدراهم والدنانير لان بيع العروض من باب الحفظ دون العقار والدراهم والدنانير. ولو مات الابن قبل أداء الكتابة لا يرثانه لان أرثه ليس من حقوق كتابة أبيه فلا يظهر الاستيلاد في حقه.

***

[١١٢]

[بكاتبته لجنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وإن اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضى به لموالي الام فهو قضاء بالعجز وما أدى المكاتب من الصدقات وعجز طاب لسيده وأن جنى عبد فكاتبه سيده جاهلا بها] قال رحمه الله: (وإن ترك ولدا من حرة ودينا فيه وفاء بكاتبته لجنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب) لان القضاء بموجب الجناية على موالي الام لان المكاتب وإن ترك مالا وهو الدين لا يحكم بعتقه إلا عند أداء بدل الكتابة فكانت الجناية عليهم، فإذا قضى به القاضي عليهم كان القضاء تقريرا للكتابة فتبقى الكتابة على حالها، فإذا أدى بعد ذلك بدل الكتابة عتق الكاتب وظهر للابن ولاء في جانب الاب فينجر إليه ولاؤه. ولانه فرع ظهور العتق وكانوا مضطرين فيما علقوا فلهم الرجوع بذلك على موالي الاب ولا يرجعون بذلك على ولي الجناية. قال رحمه الله: (وإن اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضى به لموالي الام فهو قضاء بالعجز) لانه إذا كانت الخصومة في نفس الولاء بأن مات الولد بعد موت الاب قبل خروج الدين وقضى بميراثه لمولى الام بطلت الكتابة لان

القاضي يقضي بكون الولاء لمولى الام لان الخصومة وقعت في الولاء ومن ضرورة القضاء فسخ الكتابة لان الولاء من جانب الام لا يثبت إلا إذا تعذر إثباته من جانب الاب، وإنما يتعذر بفسخ الكتابة لانها لو كانت باقية يمكن أن يثبت من جانبه بالاداء، ولو خرج الدين بعد ذلك يكون لمولى المكاتب ميراثا عن عبده لان صيانة القضاء عن الانتقاض واجب بالاجماع، وفسخ الكتابة بعد موت المكاتب مختلف فيه فكان فسخ الكتابة أولى من نقض القضاء لان القضاء بالفعل لا ينفسخ وبالقضاء ظهر العجز مطلقا حتى لو ظهر مال مقدار البدل وأخذه المولى لا يكون بدلا عن الكتابة بخلاف ما قبل القضاء. قال في المحيط: وإذا مات المكاتب عاجزا وترك ولدا حرا فظهر للمكاتب وديعة أديت منها كتابته ولا يتحول ولاء الولد إلى مولي الاب لان المودع أقر بشيئين، أقر بأنه ملك المكاتب، وأقر أن ولاءه تحول، فإقراره على نفسه صحيح فيصدق فيه، وإقراره بتحول الولاء إلى غيره لا يصدق فيه، ألا ترى أن المولى لو أقر أنه استوفى منه بدل الكتابة قبل موته لا يصدق في حق تحول الولاء إلى موالي الاب فكذا هنا. وأما إذا مات لا عن وفاء ولا ولد فاختلفوا في بقاء الكتابة، قال الاسكافي: تنفسخ حتى لو تطوع له إنسان بأداء بدل الكتابة عنه لا تقبل منه. وقال أبو الليث: لا تنفسخ ما لم يقض القاضي بعجزه حتى لو تطوع إنسان عنه قبل القضاء بالفسخ جاز ويحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته. قال رحمه الله: (وما أدى المكاتب من الصدقات وعجز طاب لسيده) لان الملك يتبدل وتبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى وإليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله في حق بريره: هي لها صدقة ولنا هدية، حين أهدي إليها وكانت مكاتبة. فإن قيل: إن ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك؟ قلنا: ملك الرقبة مغلوبا في مقابلة ملك اليد حتى لو

***

[١١٣]

[فعجز دفع أو فدى وكذا إن جني مكاتب ولم يقض به فعجز فإن قضى عليه في] كان للمكاتب أن يمنع المولى من التصرف في ملكه ولم يكن للمولى أن يمنع المكاتب من التصرف وبالعجز ينعكس الحال وليس هذا إلا تبدل الملك للمولى ولئن كان فلا يسلم مثله بمنزلة تبدل العين فصار كالفقير يموت عن صدقة أخذها يطيب ذلك لوارثه الغني لما ذكرنا، وكذا إذا استغنى الفقير يطيب له ما أخذ من الزكاة، وكذا ابن السبيل إذا وصل إلى بلده وفي يده مال من الصدقة لان المحرم عليه ابتداء الاخذ لما فيه من الذل فلا يرخص من غير ضرورة. ولو أباح الفقير للغني أو الهاشمي عين ما أخذ من الزكاة لم يحل له لان الملك لم يتبدل، ولك أن تقول المحرم ابتداء الاخذ إلى آخره. فعلى هذا لو أباح الفقير للغني أو الهاشمي ينبغي أن يطيب له لانه لم يوجد منهما ابتداء الفعل المحرم المقترن بالاذلال. قلنا: إن لم يوجد منهما الاخذ من يد المتصدق وجد منهما الاخذ من يد الفقير فقد تحقق في حقهما سبب الخبث، ولك أن تقول ليس المحرم نفس الاخذ فقط بل نفس الاخذ المقرون بالاذلال فينبغي أن لا يكون خبيثا، ونظيره المشتري شراء فاسدا لا يطيب بالاباحة ولو ملكه يطيب، ولو عجز المكاتب قبل الاداء إلى المولى يطيب للمولى عند محمد لان المولي يملك ما في يده ملكا مبتدأ حتى تنتقض إجارته، وعند أبي يوسف لا يطيب له لانه إذا عجز لا يملك المولى إكسابه ملكا مبتدأ أو إنما له فيه نوع ملك فيتأكد بالعجز ولم يتجدد له ملك، ولهذا لا ينتقض إجارته بالعجز كما في العقد المأذون إذا حجر عليه، والصحيح أنه يطيب له بالاجماع لما ذكرنا أن المحرم ابتداء الاخذ ولم يوجد من المولى الاخذ ا ه‍. قال رحمه الله: (وإن جنى عبد فكاتبه سيده جاهلا بها فعجز دفع أو فدى) يعني المولى بالخيار إن شاء دفع العبد وإن شاء فداه بالارش لانه لو كاتبه وهو لا يعلم بالجناية لزمه قيمته لانه لم يصر مختارا للفداء بالمكاتبة من غير علم وقد امتنع الدفع بفعله من غير أن يصير مختارا للفداء فيجب عليه الاقل من قيمته ومن الارش كما إذا أعتقه أو دبره أو استولد الامة أو باعه بعد ما جنى من غير علم بها إلا أن المانع من الدفع على شرف الزوال فلم ينتقل حق ولي الجناية من العبد إلى القيمة، فإذا عجز زال المانع فيتخير بين الدفع والفداء على القاعدة ا ه‍. قال رحمه الله: (وكذا إن جنى مكاتب ولم يقض به فعجز) حكمه كالاول لانه لما عجز صار قنا وجناية القن يخير فيها المولى بين الدفع والفداء على ما عرف وقبل أن يعجز يجب الاقل من قيمته ومن الارش لان دفعه متعذر وهو أحق بكسبه من المولى وموجب الجناية عند تعذر الدفع يجب على من يكون له الكسب، ألا ترى أن جناية المدبر وأم الولد توجب على المولى الاقل من قيمته ومن الارش لما أنه أحق بكسبهما، ولو جنى جناية بعد الحكم عليه بالاولى فهي كالاولى. وإذا اجتمعت الجنايات في وقت قبل القضاء لم يلزمه إلا قيمة واحدة كذا في المبسوط. وفيه: وإذا جنى العبد المكاتب ثم عتق فهو

على خياره، وإن عجز فالخيار للمولى،
***
[١١٤]
[كتابته فعجز فهو دين يباع فيه وإن مات السيد لم تنفسخ الكتابة ويؤدي المال إلى الورثة] وإن كان العبد وامرأته مكاتبين كتابة واحدة فولدت فقتله المولي وقيمته أكثر من الكتابة فهو على المولي في ثلاث سنين أو قتل المكاتب فالمال يجب في ثلاث سنين وإن كانت الكتابة قد حلت. قال رحمه الله: (فإن قضى به عليه في كتابته فعجز فهو دين يباع فيه) يعني إذا قضى بموجب الجناية على المكاتب في حال كتابته وهو الاقل من قيمته ومن الارش فهو دين عليه يباع فيه لان الحق انتقل من الرقبة إلى القيمة بالقضاء، وهذا عند علمائنا الثلاثة. وقال زفر: تجب عليه قيمته ولا يباع وهو قول أبي يوسف أولا لان المانع من الدفع وقت الجناية موجود وهو الكتابة فلا تتغير كجناية المدبر وأم الولد. ولنا أن الاصل في جناية العبد الدفع وإنما يصار إلى القيمة عند تعذر الدفع والمانع هنا متردد لاحتمال انفساخ الكتابة فلا يثبت الانتقال عن الموجب الاصلي إلا بالقضاء والصلح عن الرضا وبالموت عن الوفاء، وهو نظير المغصوب إذا أبق لا يجب عليه القيمة إلا بالقضاء حتى لو رجع قبل القضاء يكون لمولاه، وإن رجع بعد القضاء يكون للغاصب، وكذا المبيع إذا أبق قبل القبض لا يبطل البيع إلا بالقضاء، وكذا إذا قتل لان القيمة تقوم مقامه بخلاف المدبر وأم الولد لانهما لا يقبلان الفسخ. قال رحمه الله: (وإن مات السيد لم تنفسخ الكتابة) لانها حق العبد فلا تبطل بموت السيد كالتدبير وأم الولد والدين وكالاجل فيه إذا مات الطالب، ولان الكتابة لا تقبل الانتقال إلى ملك الوارث فتبقى على حكم ملك المولى. قال رحمه الله: (ويؤدي المال إلى الورثة على نجومه) لان النجوم حقه لانه أجل وهو حق المطلوب فلا يبطل بموت الطالب. هذا إذا كاتبه وهو صحيح، ولو كاتبه وهو مريض لا يصح تأجيله إلا من الثلث وقد ذكرناه. والوارث ينوب مناب المورث ويقوم مقامه فيكون قبضه بمنزلة قبض المورث ويقع على ملكه ثم يصير الوارث قابضا عن نفسه فيملكه بالارث كما في الدين. وفي المحيط: ولو أدى المكاتب بدل الكتابة إلى الورثة دون الوصي وعلى الميت دين يحيط به أو لا يحيط به لا يعتق لان حق القبض للموصى لا للوارث لان الوارث وإن ملك ما قبض إذا لم يكن الدين مستغرقا وللوصي والغرماء أن يقبض ملكهم بقدر الدين فلم يدفع الحق له لمن له حق القبض فلا يبرأ عن بدل الكتابة كما لو دفع إلى أجنبي وإن أدى إلى الوصي عتق وإن لم يكن في التركة دين لانه قائم مقام الميت، وإن لم يكن على الميت دين ودفع إلى الورثة وتقاسموا جاز لان لهم حق القبض، وإن أدى إلى بعضهم لم يعتق ما لم يصل إلى الكل بخلاف الدفع إلى الوصي يوجب العتق وصل إلى الورثة حقهم أم لا، لانه ثابت عن الميت بالتفويض، ولو أدى المكاتب إلى الغرماء وعليه دين محيط جاز وعتق لانه دفع الحق إلى من له حق القبض، ولو أوصى المولى لانسان بما على المكاتب فدفع المكاتب إليه يعتق لانه دفع الحق إلى مستحقه. قال رحمه الله: (وإن حرروه عتق مجانا) يعني لو أعتقه جميع الورثة عتق والقياس أن لا يعتق لانهم لم يملكوه. وجه الاستحسان أن
***
[١١٥]
[على نجومه وأن حرروه عتق مجانا وإن حرره بعض لم ينفذ عتقه.] يجعل إبراء عن بدل الكتابة لانه حقهم وقد جرى فيه الارث فيكون الاعتاق منهم إبراء وإقرارا بالاستيفاء فلم يبق عليه دين فيعتق لبراءة ذمته كما إذا أبرأه المولى عن بدل الكتابة، ويشترط أن يعتقوه في مجلس واحد حتى إذا أعتقه بعضهم في مجلس لم يعتق، وقيل يعتق إذا أعتقه الباقون ما لم يرجع الاول وهو رواية هشام عن محمد. قال رحمه الله: (وإن حرره بعض لم ينفذ عتقه) يعني لو أعتقه بعض الورثة لا يعتق منه شئ لانه لم يملكه ولا عتق فيما لم يملك ولا يملك أن يجعل إبراء واستيفاء لان إبراء البعض واستيفاءه لا يوجب عتقه لتعذر ثبوت العتق من جهته ولا يبرأ من الدين أيضا لان البراءة لم تثبت الاقتضاء، فإذا بطل المقتضي بطل المقتضى، ولو قبض واحد نصيب الكل بغير أمرهم لا يعتق إلا إذا أجازوا قبضه أو قبض ما أمرهم. وفي المحيط: لو وهب أحدهم للمكاتب نصيبه في رقبته جاز ولا يعتق لانه لو أدى نصيبه لا يعتق فكذا إذا أبرأه عنه بالهبة، فإن عجز رد رقيقا فنصيب الواهب في رقبته ثابت لانه عاد قنا فانفساخ الكتابة فصار كله ميراثا لهم من المولى ألا ترى أنه إذا وهبه المولي بعض الكتابة ثم عجز صار كله رقيقا للمولي فكذا هنا والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.
***

[١١٦]
[كتاب الولاء] كتاب الولاء أورد كتاب الولاء عقب المكاتب لان الولاء من آثار المكاتب لزوال ملك الرقبة عند أداء بدل الكتابة، وهو وإن كان من آثار العتق إلا أن موجبات ترتيب الكتب السابقة ساقت المكاتب إلى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الاثر على المؤثر. والكلام فيه من وجوه: الاول في اشتقاقه، والثاني في بيان دليله، والثالث في سببه، والرابع في معناه لغة، والخامس في معناه عند الفقهاء، والسادس في ركنه، والسابع في شرطه، والثامن في حكمه. أما الاول فهو مشتق من الولاء وهو القرب وهو حصول الثاني عقيب الاول من غير فصل، أو من الموالاة يقال ولي الشئ إذا حصل بعده من غير فصل، وهو مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة ودليله قوله صلى الله عليه وسلم (الولاء لمن أعتق) (١) وقوله عليه الصلاة والسلام (الولاء لحمة كلحمة النسب) (٢). وسببه الاعتاق لان المولى أنعم على عبده بالاعتاق. قال الشارح: والاصح أن سببه العتق على ملكه لانه يضاف إليه والاضافة دليل الاختصاص، ولان من ورث قريبه عتق عليه وولاؤه له ولا إعتاق من جهته. وأما معناه لغة وهو عبارة عن المعاونة والنصرة أو عبارة عن المواصلة والمصادقة وسمي الولي وليا لتناصره وتعاونه لحبيبه وصديقه. وعند الفقهاء عبارة عن التناصر سواء كان بالاعتاق أو بعقد الموالاة ولهذا قال في المبسوط: والمطلوب بكل منهما التناصر، كذا في النهاية. وأورد عليه بأن المذكور في المبسوط يدل على كون التناصر غيرهما إلا أنفسهما إذ لا يخفي على الفطن

***

[١١٧]
[الولاء لمن أعتق بتدبير وكتابة وايتيلاد وملك قريب وشرط السائبة ولو أعتق] أن المطلوب بالشئ لا يكون نفسه بل يكون أمرا مغايرا له. قال في العناية: وهو في عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل ا ه‍. وأما ركنه فقوله أعتقته أو ملك القريب أو عقدت الموالاة، ويشترط كون المعتق أهلا للولاء وهو أن يكون أهلا للارث وهو كونه حرا مسلما وأولاده يكونوا أهلا بالعصوبة لا بالقرابة. وحكمه أن يعقل الجناية حال حياة معتقه والارث منه بعد مماته. قال رحمه الله: (الولاء لمن أعتق ولو بتدبير وكتابة واستيلاد وملك قريب) لما روينا وهو بعمومه يتناول الكل لان الرقيق هالك حكما ألا ترى أنه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تختص بالاحياء نحو القضاء والشهادة والملك في الاموال وكثير من العبادات فكان الاعتاق احياء له لثبوت أحكام الاحياء به كالاحياء بالايلاد فيرث به كما يرث الاب ولده ولهذا سمى ولاء نعمة لقوله تعالى * (وإذ تقول للذي أنعم الله عليه بالهدي وأنعمت عليه) * (الاحزاب: ٣٧) بالاعتاق، والمرأة في هذا كالرجل. وقوله الولاء لمن أعتق صادق بما إذا أعتق في دار الاسلام أو في دار الحرب وخلى سبيله في دار الحرب أو لم يخل وليس كذلك لانه إذا أعتق في دار الحرب وخلاه لم يكن له عليه ولاء حتى إذا خرجا إلينا مسلمين لا يرثه ولم يكن له عليه ولاء. وعند أبي يوسف يرثه ويكون عليه له الولاء، فلو قال مسلما ولو رقيقا كافرا في دارنا لكان أحسن. ولو أدى المكاتب بعد موت المولى فعتق فولاؤه للمولى فيكون لعصبته الذكور. وقوله لمن أعتق يعني ولو حكما فدخل العبد الموصى بعتقه وبشرائه وأعتقه الوصي بعد موته فولاؤه لعصبة المولى، وكذا مدبروه وأمهات أولاده بعد موته ويكون ولاؤهم له. وفي شرح الطحاوي: إذا أمر غيره بإعتاق عبد فأعتق في حال حياته أو بعد وفاته يكون عن الآمر والولاء له، ولو قال لغيره أعتق عبدك عني على ألف درهم فأعتق فالعتق يكون عن الآمر استحسانا والولاء له. ولو قال أعتق عبدك عني ولم يذكر البدل فأعتق عتق عن المأمور والولاء له في قولهما، وفي قول أبي يوسف عن الآمر والولاء له. ولو قال أعتق عبدك على ألف درهم ولم يقل عني فأعتق فإنه يتوقف على قبول العبد، فإن قبل في المجلس الذي علم به لزمه المال وإلا فلا والولاء يورث ا ه‍. وشمل قوله لمن أعتق الذمي لان الذمي أهلا للولاء كالمسلم. وفي المحيط: حربي أعتق عبده فلا يخلو إما أن أعتقه في دار الحرب أو في دار الاسلام، فإن أعتقه في دار الحرب وكان العبد مسلما فولاؤه له لانه لا يسترق وإن كان كافرا فلا ولاء له عليه لان الولاء نتيجة العتق وإعتاق الحربي عبده المسلم يصح بالاجماع وعبده الكافر لا يصح عند الامام ومحمد إذا لم يخل سبيله، وإن خلى سبيله صح العتق لكنه لم يتم العتق في حق زوال الرق وإن صح في حق إزالة الملك لان كون الحربي في داره سبب لرقه فإذا أعتق الحربي عبده الكافر في دار الاسلام صح عتقه، وكل معتق جرى عليه الرق بعد العتق انتقض به ولاؤه.

***

[١١٨]

[حاملا من زوجها القن لا ينتقل ولاء الحمل عن موالي الام أبدا فإن ولدت بعد عتقها لاكثر من سنة أشهر فولاؤه لمولى الام فإن أعتق العبد جر ولاء ابنه لمواليه عجمي تزوج] حربي أعتق عبدا في دار الحرب ثم خرجا مسلمين للعبد أن يوالي من شاء لان العتق لم يصح. مسلم مستأمن في دار الحرب أو أسلم هناك أعتق عبد اشتراه هناك ثم أسلم عبده لم يكن مولاه قياسا وله أن يوالي من شاء عندهما. وقال أبو يوسف: أجعله مولاه استحسانا. حربي اشترى عبدا في دار الاسلام فاعتقه ثم رجع فاسترق فاشتراه العبد فأعتقه فولاء الاول للآخر وولاء الآخر للاول. قال رحمه الله: (وشرط السائبة لغو) يعني لو أعتق المولى عبده وشرط أن لا يرثه كان الشرط لغوا لكونه مخالفا لحكم الشرع فيرثه كما في النسب إذا شرط أن لا يرثه. قال رحمه الله: (ولو أعتق حاملا من زوجها القن لا ينتقل ولاء الحمل عن موالي الام أبدا) لان الجنين عتق بعتق أمه وعتق أمه مقصود فكذا هو يعتق مقصود ا لانه هو جزء الام والمولى أوقع الاعتاق على جميع أجزائها، وأورد أن هذا مخالف لما ذكر في كتاب الاعتاق فإنهم هناك قالوا: وإن أعتق حاملا عتق حملها تبعا لها إذ هو متصل بها، فأوردوا أنه يعتق تبعا لا قصدا وهذا مناف لما ذكروه هنا، والاصل في هذا قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق وإنما يعرف كون الحمل موجودا عند العتق بأن تلده لاقل من ستة أشهر من وقت العتق، وكذا إذا ولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر والآخر لاكثر منه وبينهما أقل من ستة أشهر لانا تيقنا أن الاول كان موجودا عند العتق فإذا تناول الاعتاق الاول تناول الآخر ضرورة وصار معتقا لهما، والولاء لا ينتقل من المعتق. وقوله من زوجها القن مثال، وكذا لو كان زوجها مكاتبا أو مدبرا. وقوله من زوجها صادق بحال قيام النكاح أو بعده وما بعد النكاح لا يتأتى فيه هذا التفصيل فكان عليه أن يقول ولو أعتق حاملا من زوجها القن حال قيامه وجاءت به لاقل من ستة أشهر. قال رحمه الله: (فإن ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر فولاؤه لمولى الام) لان الولد جزؤها فيتبعها في الصفات الشرعية ألا ترى أنه يتبعها في الحرية وغيرها فكذا الولاء عند تعذر جعله تبعا للاب لرقه. وفي التتارخانية: ولدت فقالت المرأة ولدت بعد عتقي بخمسة أشهر وولاؤه لموالي الام وقال الزوج بعد عتقك بستة أشهر فولاؤه لموالي فالقول قول الزوج ا ه. قال رحمه الله: (فإن أعتق العبد) وهو الاب (جر ولاء ابنه لمواليه) لان موالي الام لم يعتق الولد ههنا لحدوثه بعد إعتاقها، وإنما نسب إليه تبعا للامام لتعذر نسبته إلى الاب فإذا أعتق الاب أمكن نسبته إليه فجعله تبعا له أولى من جعله تبعا للام لان الولاء كالنسب قال عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب إلى الآباء فكذا الولاء ينتقل إلى موالي الاب إذا زال المانع كولد الملاعنة يثبت نسبه من قوم الام، فإذا أكذب نفسه ينتقل إلى الاب لزوال المانع. وفي الكافي: قلتم الولاء كالنسب

***

[١١٩]

[معتقه فولدت فولاء ولدها لمواليها وإن كان له ولاء الموالاة والمعتق مقدم على ذوي] والنسب لا يقبل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء لا يقبل الفسخ بعد ثبوته قلنا: لا ينفسخ ولكن حدث ولاء أولى منه فقدم عليه كما تقول في الاخ إنه عصبة فإذا حدث من هو أولى منه كالابن لا تبطل عصوبته ولكن يقدم عليه أورد هل إذا قلتم لم ينفسخ ولكن قدم عليه لزم أن يرث مولي الام عند انقطاع مولى الاب بعد انتقال الولاء عن مواليها إلى مواليه، ولم يرو عن أحد أنهم يرثون بعد انتقال الولاء عنهم. هذا إذا لم تكن معتدة، فإن كانت معتدة فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر من وقت العتق ولاقل من سنتين من وقت الفراق لا ينتقل ولاؤه إلى موالي الاب لانه كان موجودا عند إعتاق الام فصادفه الاعتاق ضرورة فلا ينتقل إلى موالي الاب. وفي التتارخانية: بخلاف ما إذا أعتق الام حال قيام النكاح ثم جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدا وباقي المسألة بحالها كان ولاء الولد لموالي الام، وكذا إذا كانت عن طلاق رجعي وقد جاءت بالولد لستة أشهر كان ولاء هذا الولد لموالي الام، وهذا الذي ذكرناه إذا لم تقر بانقضاء العدة ثم جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر بعد الاقرار ولتمام السنتين منذ طلقها فإن ولاء الولد لموالي الام، وإن جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها فإن ولاء الولد لمولى الاب. وفي الجامع الصغير: إذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لانهم عاقلة لامهم ولهم، فإن عتق الاب بعد ذلك جر ولاء الاولاد على نفسه ولا يرجعون على عاقلة الاب بخلاف ولد الملاعنة إذا عقل عنه قوم الام ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون على عاقلة الاب. والفرق أن النسب من وقت العلوق لا من وقت الاكذاب وبالاكذاب تبين أن عقله كان على قوم الاب وقد أجبر قوم الام على الدفع فيرجعون عليهم. وفي المولي حين عقل قوم الام كان ثابتا لهم وإنما ثبت لقوم الاب

مقصورا على زمان الاعتاق فلا يرجعون به. قال أسلمت كافرة على يد رجل فأعتقت عبدا فارتدت ولحقت بدار الحرب فسبي أبوها فاشتراه رجل فأعتقه لم يجر ولاؤه ولاءها لانها بمنزلة الميت، ولو لم ترتد والمسألة بحالة فولاء المرأة لمعتق العبد. رجل مسلم أعتق مسلما فرجعا عن الاسلام فامتنعوا فأسلم العبد دون المولى فولاء العبد لمولاه على حاله وإن كان له عشرة من المسلمين فعقله عليهم وميراثه لهم وإن لم يكن فميراثه لبيت المال وعقله عليه، وقيل عقله على نفسه. قال رحمه الله: (عجمي تزوج معتقة فولدت فولاء ولدها لمواليها وإن كان له ولاء الموالاة) يعني وإن كان للاب ولاء الموالاة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: حكم الاب حكم أبيه في الوجهين. وقوله عجمي مثال بالنسبة إلى المولى. وفي المحيط: معتقة تزوجت برجل فلا يخلو من خمسة أوجه: إما أن يكون عبدا أو مكاتبا أو معتقا أو موليا لموالاة أو عربيا أو عجميا. فإن كان عبدا أو مكاتبا فولاء ولدها لمولي الام لانه تعذر إثبات الولاء من الاب لفقد الاهلية وألحق ولاؤه بالام كنسب ولد الملاعنة، وإن أعتق الاب جر

***

[١٢٠]

[الارحام ومؤخر عن العصبة النسبية فإن مات المولى ثم المعتق فميراثه لاقرب عصبة] ولاء ولده إلى مواليه لانه صار أهلا للولاء وزال المانع، وإن كان معتقا فولاء الولد لمولي الاب لانه استوى الجانبان وترجح جانب الابوة. وإن كان مولي الموالاة فولدت منه فهو مولي لموالي الام عندهما. وقال أبو يوسف: الولد مولي لموالي الاب. لهما أن ولاء العتق أقوى من موالي الموالاة لان ولاء العتق لا يحتمل الفسخ وولاء الموالاة يحتمل الفسخ فرجح الآكد الاقوى على الاضعف، وإن كان أعجميا وهي مسألة المتن قال إن كان العجمي له أب في الاسلام فعند أبي يوسف ولاء الولد لموالي الاب. واختلف المشايخ على قولهما قيل ولاؤه لموالي الاب عندهم جميعا. وقيل لمولى الام وهو الاصح ولا يجر الجد الولاء ا ه‍. قيد بكونها معتقة لان العجمي لو تزوج بعربية فولدت له ولدا فإنه ينسب إلى قوم أبيه دون أمه. وقيدنا بكون الزوج عجمي فإن العربي إذا تزوج معتقة فإن ولده منها ينسب إلى قومه دونها. وقيد القدوري بمعتقة العرب وأطلق المصنف وهو الصواب لان ولاء العتق قوي معتبر شرعا فلا يختلف بين أن يكون من العرب أو من العجم. ولو كانا معتقين أو عجميين أو عربيين فالولد تابعا للاب بالاجماع. وثمرة الخلاف على ما ذكر المصنف تظهر فيما إذا ما ت الولد وترك عمته أو غيرها من ذوي الارحام ومعتق أمه أو عصبة معتقها كان المال لمعتق أمه أو عصبتها عندهما، وعند أبي يوسف يكون لذوي الارحام لان حكمه حكم أبيه. وفي شرح الطحاوي: امرأة بني همدان تزوجت برجل من بني أسد فولد منها فأعتقت عبدا فالولاء يثبت منها وولدها يكون تبعا للاب من بني أسد، فإذا ماتت ثم مات المعتق فميراثه لابن المعتقة وهو من بني أسد، وإن جنى جناية تكون على عاقلتها من بني همدان فالميراث لبني أسد والعقل على بني همدان، ويجوز مثل هذا أن يكون الضمان على الغير والميراث للغير ألا ترى أن رجلين مثل الخال وابن العم فنفقته على الخال وميراثه لابن العم ا ه‍. وإذا علم أن العجمي الذي له أب في الاسلام ولاؤه لموالي الام علم بطريق الاولى إذا لم يكن له أب بالاولى. قال رحمه الله: (والمعتق مقدم على ذوي الارحام ومؤخر عن العصبة النسبية) وكذا هو مقدم على الرد على ذوي السهام وهو آخر العصبات وهو قول علي رضي الله عنه وبه أخذ علماء الامصار، وكان ابن مسعود يقول بأنه مؤخر عن ذوي الارحام بقوله تعالى * (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) * (الانفال: ٧٥) وقال عليلاة والسلام للمعتق في معتقه وإن مات ولم يدع وارثا كنت أنت عصبته ولنا ما روينا من حديث حمزة أنه جعل لها النصف الباقي بعد فرض بنت معتقها حين مات عنها فعلم بقوله عليه الصلاة والسلام ولم يدع وارثا بيعني وارثا وعصبته. وفي المحيط: أقام مسلم بينة عادلة أنه أعتقه وأنه مات مسلما لا وارث له غيره فأقام الذمي شاهدين مسلمين أنه أعتقه وأنه مات كافرا لا وارث له غيره فللمسلم نصف الميراث ونصف الميراث لاقرب الناس من المسلمين إلى الذمي لاستوائهما في الحجة، ولو شهدا أن الميت مولى

***

[١٢١]

[المولى وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من] فلان عتاقة لم يجز القضاء حتى يقولوا إن هذا الحي أعتق هذا الميت وهو يملكه وهو وارثه لا يعلم له وارثا غيره. مات رجل وأخذ آخر ماله وادعى أنه وارثه لم يؤخذ منه المال

لانه يده ثابتة على المال، فإن خاصمه انسان طلب منه البينة لانه يدعي استحقاق ما في يده. ادعى أن أباه أعتقه فشهد ابنا أخيه لم تقبل لانها شهادة للجد. ادعى رجلان ولاءه بالعتق فأقاما البينة جعل الميراث بينهما لاستوائهما في الحجة، ولو قضى القاضي لاحدهما بالولاء والارث ثم شهد آخران لآخر بمثله لا تقبل إلا أن يشهدا أنه اشتراه من الاول قبل أن يعتقه فيبطل القضاء للاول. أقام أحدهما البينة على ولاء العتاقة والآخر على أنه حر الاصل أسلم على يده ووالاه والغلام يدعيه فهو أولى. ادعى رجل أن أباه أعتق فلانا الميت وآخر أن أباه أعتقه وأقرت بينة الميت به فالاقرار باطل والشهادة جائزة، ولو شهد للآخر ابن وبنتان فالولاء بينهما. ادعى آخر أنه أعتق الميت وأقام البينة من في يده المال البينة على مثل ذلك فالمال والولاء بينهما. قال رحمه الله: (فإن مات المولى ثم المعتق فميراثه لاقرب عصبة المولى) لان الولاء يجر الارث وإنما يثبت للعصبة بطريق الخلافة فيقدم الاقرب فالاقرب حتى لو ترك أبا مولاه وابن مولاه كان الولاء للابن، ولو ترك جد مولاه وأخا مولاه كان الولاء للجد لانه أقرب في العصبة. وفي الاول خلاف أبي يوسف فإنه يعطي الاب السدس والباقي للابن، والثاني خلاف من يرى توريث الاخوة مع الجد، وكذا الولاء لابن المعتقة دون أخيها وعقل جنايتها على أخيها لانه من قوم أبيها لما روي أن علي بن أبي طالب والزبير بن العوام اختصما إلى عثمان في معتق صفية بنت عبد المطلب حين مات فقال علي: مولى عمتي فأنا أحق بإرثه لاني أعقل عنها. وقال الزبير: هو مولى أمي فأنا أرثها فكذا أرث معتقها. فقضى عثمان بالارث للزبير وبالعقل على علي. ولو ترك المعتق ابن مولاه وابن ابن مولاه كان الولاء للابن دون ابن الابن لما روي عن عمر وعلي وابن مسعود أنهم قالوا: الولاء للكبير أي لاكبر الاولاد. والمراد أقربهم نسبا لا أكبرهم سنا. ولو مات المعتق ولم يترك إلا ابنة المعتق فلا شئ لبنت المعتق في ظاهر الرواية عن أصحابنا ويوضع ماله في بيت المال، وبعض المشايخ كانوا يفتون بالدفع إليها بطريق الارث بل لانها أقرب الناس إلى الميت، وليس في زماننا بيت مال منتظم. ولو دفع إلى السلطان أو القاضي لا يصرفه إلى المستحق ظاهرا، وكذا ما فضل عن فرض الزوجين يرد عليهما، وكذا ولد الابن والبنت من الرضاع يصرف إليهما إذا لم يكن هناك أقرب منهما، ذكر هذه المسائل في النهاية. والذميون يتوارثون كالمسلمين لانه أحد أسباب الارث. وفي المحيط: مات المعتق عن ابنين فمات أحدهما عن ابن والآخر عن ابنين ثم مات المعتق فالميراث على عدد رؤوسهم لانهم سواء في كونهم عصبة الميت، ولو أعتقت المرأة ثم ماتت عن زوج عبد وابن وبنت ثم مات المعتق فميراثه لابن المعتقة لانه عصبتها لا غير،

***

[١٢٢]

[كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن أو جر ولاء معتقهن أو معتق معتقهن. فصل] أعتق أمه ومات عن ابن والابن عن أخ لامه ثم ماتت المعتقة فالميرا ث للعصبة ولا شئ للاخ لانه ليس بعصبة أخرى. وفيه أيضا: ارتد ولحق بدار الحرب وله معتق فمات المعتق ورثه الرجال من ورثته اه. قال رحمه الله: (وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن أو جر ولاء معتقهن أو معتق معتقهن) لقوله صلى الله عليه وسلم (ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن) (١) الحديث يعني المرأة تساوي الرجل في ولاء العتاقة النسبية بسبب إثبات القوة الحكمية للمعتق وهي تساوي الرجل فيه كما أنها تساويه في ملك المال فينسب إليها كما ينسب إلى الرجل، ولهذا جعلت عصبة فيه كالرجل. وفي الذخيرة: ولو أن امرأة اشترت أباها حتى عتق عليها ثم مات الاب عن هذه الابنة وبنت أخرى فالثلثان لهما بحكم الفرض والباقي للمشترية بحكم الولاء، ولو كان الاب بعدما عتق على بنتيه أعتق عبدا ثم مات الاب ثم مات معتق الاب ويقيت الابنة المشتراة كان الميراث للمشتراة ويرث ابن المعتق من ولد المعتق اه. والله تعالى أعلم. فصل قال في الهداية في ولاء الموالاة: أخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة أقوى لانه غير قابل للتحول والانتقال في جميع الاحوال بخلاف ولاء الموالاة فإن للمولى أن ينتقل قبل العقد ولانه يوجد في ولاء العتاقة الاحياء الحكمي ولا يوجد في ولاء الموالاة الاحياء أصلا، ولان ولاء العتاقة متفق عليه في أنه سبب للارث ولانه مقدم على ذوي الارحام. والكلام فيه من وجوه: الاول في دليله، والثاني في ركنه، والثالث في تفسيره لغة وشرعا، والرابع في شرطه، والخامس في حكمه. أما دليله فلقوله عليه الصلاة والسلام لمن سأله عمن أسلم على يد رجل فقال: هو أحق الناس بمحياه ومماته أي بميراثه. وحديث تميم الداري أن رجلا أسلم على يد رجل ووالاه فقال عليه الصلاة والسلام: هو أخوك ومولاك تعقل عنه وترث منه. وأما ركنه فقوله أنت مولاي

على كذا. وأما الولاء لغة فهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل ويسمى ولاء العتاقة وولاء الموالاة، وأما تفسيره شرعا على ما ذكر في الذخيرة وغيرها هو أن يسلم رجل على يد رجل فيقول للذي أسلم على يده واليتك على أني إن مت فيراثي لك وإن جنيت فعقلي عليك وعلى
***
[١٢٣]
[أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو على يد غيره ووالاه صح وعقله على مولاه وارثه له وإن لم يكن له وارث وهو آخر ذوي الارحام وله أن يتحول] عاقلتك وقبل الآخر هذا. قال في العناية والنهاية: وأما شرطه فله ثلاث شرائط: أحدها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى شخص بل ينسب إلى غيره، وأما نسبة غيره إليه فغير مانعة. والثاني أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء الموالاة مع أحد وقد عقل عنه. والثالث أن لا يكون عربيا اه. وفي الكافي: إنما تصح ولاية الموالاة بشرائط منها: أن يشترط الارث العقل. قال في العناية: فإن قيل من شرط العقل عقل الاعلى أو حريته فإن موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثة؟ وأجيب بأن المذكور إنما هي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحد من الصور، وأما ما ذكرت فإنه نادر فلم يذكره. وفي الشارح: ولو ذكر الارث من الجانبين كان كذلك لانه يمكن أن يتوارثا بخلاف ولاء العتاقة بحيث لا يرث إلا الاعلى ويدخل فيه الاولاد الصغار ومن ويلد بعد عتق الموالاة. وفي البدائع: ومن شرائط عقد الموالاة فمنها عقل العاقدين وحرية الاسفل أيضا اه. وفي المبسوط: وإذا عقد العقد العبد عقد الموالاة بإذن مولاه كان عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى اه. وأما حكمه شرعا فالارث والعقل عنه. واعترض بأن الارث والعقل شرط لصحة العقد فكيف يكون حكما والشرط متقدم والحكم متأخر؟ وأجيب بأنه يجوز أن يعتبر له حالتان، فباعتبار التقديم شرطا وباعتبار التأخير حكما. قال رحمه الله: (أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو على يد غيره ووالاه صح وعقله على مولاه وارثه له وإن لم يكن له وارث) وقوله أسلم إلى آخره ظاهره أن حدوث الاسلام لا بد منه وأن الاسلام أيضا لا بد منه لانه موالاة مجهول الحال ولو لم يعلم حدوث إسلامه صحيحة، ويصح موالاة الذمي للمسلم فلو قال غير عربي إلى آخره لكان أولى ليشمل المسلم والذمي ومن أحدث الاسلام وغيره. فإن قلت: قال في المحيط ذمي من نصارى العرب ليس له أن يوالي غير قبيلته اه. فهذا يدل على أن غير المجهول يصح معه عقد الموالاة قلنا: لا يقبل ذلك لانه إنما قال ذلك لان عقد الموالاة ثابت له مع قبيلته فأغناه عنها مع الغير ولو عقد مع قبيلته كان فيه تحصيل الحاصل وهو محال. وقال مالك والشافعي: لا اعتبار بهذا أصلا وقد بين الدليل من الجانبين في المطولات. واعترض صاحب غاية البيان على وجوب اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة حيث قال قال الحاكم الشهيد: إذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه فإنه يرثه ويعقل عنه، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، وهذا يدل على أن اشتراط الارث والعقل ليس بشرط بل مجرد العقل كاف. وأجيب بأن عدم وقوع التصريح بذكرهما بناء على ظهورهما فضمن عقد الموالاة ذلك ولو لم يذكر. وفي المحيط: أسلمت ذمية فوالت رجلا ولها ولد صغير من ذمي لم يكن ولاء ولدها لمولاها
***
[١٢٤]
في قولهما، وفي قياس قول الامام يكون له. أسلم رجل على أن يكون ولاؤه لاول ولد له لا يجوز لان عقد الموالاة لا يجوز تعليقه بالاخطار، فلو قال إن واليتك إن فعلت كذا لم يصح، وإن كان لمن عقد عقد الموالاة ولد كبير فإذا أسلم ابنه الكبير على يد رجل ووالاه فولاؤه له لانه أولى بنفسه لانقطاع ولاية الاب، وإن أسلم ولم يوال احدا فولاؤه موقوف بخلاف ولاء العتاقة فإن الولد الكبير يتبع الاب في ولاء العتاقة لان الكبير يستنصر من يوالي أبيه. رجل والى رجلا ثم ولد له من امرأته ولد فوالت رجلا فولاء الولد لمولى الاب، وإذا والى رجلا وابنه الكبير رجلا كان كل واحد لمولاه ولا يجر بعضهم بعضا، فإن سبي ابنه وأعتق لم يجر ولاء أبيه، فإن سبي أبوه وأعتق جر ولاء الابن لان الابن ينسب إلى الاب فكذا في الموالاة. فإن كان له ابن ابن والابن لم يسب لكن أسلم فوالاه رجل فسبي الجد فأعتق لم يجر الجد ولاءه إلا أن يجر ولاء ابنه فينجر حتى لو كان الاسفل مواليا حربيا والجد معتق لا يجر إلا أن يسلم

الاوسط فيجره الجد فينجر بجره. أسلم الحربي ولم يوال أحدا ثم أعتق أبوه جر ولاءه، ولو أسلم أبوه ووالى رجلا لم يجر. والى ذمي مسلما أو ذميا جاز وهو مولاه لانه يجوز أن يكون للذمي على المسلم ولاءه العتاقة فكذا ولاء الموالاة. فإن قلت: قال في المحيط ذمي والى مسلما فمات لم يرثه لان الارث باعتبار التناصر والتناصر في غير القرب إنما هو بالدين، فهذا يفد أن الموالاة لا تكون بين المسلم والذمي. قلنا: هي تكون بينهما لكن الارث إنما يكون حيث لا مانع وحينئذ المانع هنا وهو اختلاف الدين. وإن أسلم على يد حربي ووالاه لم يذكره في الكتاب، واختلفوا فيما إذا أعتق الحربي عبده المسلم، قيل يصح لانه يجوز أن يكون للحربي على المسلم ولاء العتاقة فكذا ولاء الموالاة، وقيل لا يصح لانه عقد المولاة مع الحربي للتناصر وقد نهينا عن ذلك بخلاف الذمي اهـ. وفي المبسوط: رجل اشترى من رجل عبدا ثم شهد أن البائع كان أعتقه فهو حر وولاؤه موقوف إذا جحد البائع ذلك فإن صدقه البائع بعد ذلك ظهر أنه المولى، وكذا إن صدقه الورثة بعد موته. وفي التتارخانية: رجل من أهل الذمة أعتق عبدا فنقض الذمي العهد ولحق بدار الحرب فأخذ واسترق فصار عبدا لرجل وأراد معتقه أن يوالي رجلا لم يكن له ذلك لان مولى العتاقة لا يملك أن يوالي أحدا، فإن أعتق مولاه يوما من الدهر فإنه يرثه، وإن جنى جناية عقل عن نفسه ولا يعقل عنه مولاه، هكذا ذكر في عامة الروايات. وفي بعضها قال: يرثه ويعقل عنه. وإذا أقر الرجل بالولاء لآخر وصدقه يصير مولى له يعقل عنه ويرثه، فإن كان له أولاد كبار فكذبوا الاب فيما أقر وقالوا أبونا مولى لفلان اخر وصدقهم فلان في ذلك فهم مصدقون في حق أنفسهم، وإن قال أعتقني فلان أو فلان وكل منهما يدعي أنه المعتق لا يلزم العبد شئ، وإن أقر بعد ذلك لاحدهما بعينه أو لغيرهما يجوز إقراره على قولهما، وعلى قول الامام لا يجوز. إذا أقر الرجل أنه مولى امرأة أعتقته فقالت المرأة لم أعتقك لكن أسلمت على

***

[١٢٥]

[منه إلى غيره بمحضر من الاخر ما لم يعقل عنه وليس للمعتق أن يوالي أحدا ولو والت أمراة فولدت تبعها فيه] يدي وواليتني فهو مولاها، فإذا أراد التحول عنها إلى غيرها ففي قياس قول الامام ليس له ذلك، وفي قولهما له ذلك. أقر أن فلانا أعتقه وأنكر فلان وقال ما أعتقتك ولا أعرفك فأقر المقر لانسان آخر لا يصح إقراره عند الامام، وعندهما يصح. وفي المحيط: ولا يجوز بيع ولاء الموالاة ولا ولاء العتق لانه ليس بمال. قال رحمه الله: (وهو آخر ذوي الارحام) إذا لم يكن له وارث غير ذوي الارحام فإرثه له وفي المحيط: ولو ادعى رجل ولاء الموالاة وأقام البينة وادعى آخر مثل ذلك وأقام البينة فالمتأخر أولى لانه يحتمل الفسخ بخلاف ولاء العتاقة اهـ. قال رحمه الله: (وله أن يتحول منه إلى غيره بمحضر من الآخر ما لم يعقل عنه) لان العقد غير لازم كالوصية والوكالة ولكل واحد منهما أن يفسخه بعلم الآخر، فإن كان الآخر غائبا لا يملك فسخه وإن كان غير لازم لان العقد تم لهما كما في الشركة والمضاربة والوكالة ولا يعرى عن ضرر لانه ربما يموت الاسفل فيأخذ الاعلى ميراثه فيكون مضمونا عليه، أو يعقل الاسفل عبيدا على حسبان أن عقل عبيده على المولى الاعلى فيجب عليه وحده فيتضرر بذلك فلا يصح الفسخ إلا بمحضر من الآخر بخلاف ما إذا عقد الاسفل الموالاة مع غير بغير محضر من الاول حتى يصح وينفسخ العقد الاول لانه فسخ حكمي فلا يشترط فيه العلم كما في الوكالة والمضاربة والشركة لان الموالاة كالنسب إذا ثبت من شخص ينافي كونه مع غيره فينفسخ ضرورة، والمرأة في هذا كالرجل. وقوله ما لم يعقل عنه لانه إذا عقل عنه ليس له أن يتحول إلى غيره لتأكده بتعلق حق الغير به لحصول المعقود به ولاتصال العصوبة ولان ولاية التحول قبل أن يعقل عنه باعتبار أنه عقد تبرع، فإذا عقل عنه صار كالعوض في الهبة، وكذا لا يتحول ولده بعد ما تحمل الجناية عن أبيه، وكذا إن عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول إلى غيره لانهما كشخص واحد في حكم الولاء. قال رحمه الله: (وليس للمعتق أن يوالي أحدا) لان ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقض بعد ثبوته فلا ينفسخ ولا ينعقد معه لانه لا ينقل لان الارث بولاء العتاقة مقدم على الارث بولاء الموالاة، ألا ترى أن شخصا لو مات وترك مولى عتقه ومولى موالاته كان المال للمعتق. قال في المبسوط: ولو مات الاعلى ثم مات الاسفل فإنما يرثه المذكور من أولاد الاعلى دون الاناث على نحو ما بينا في ولاء العتاقة. قال رحمه الله: (ولو والت امرأة فولدت تبعها فيه) يعني ولدت ولدا لا يعرف له أب وكذا لو أقرت أنها مولاة فلان ومعها ولد صغير لا يعرف له أب صح إقرارها على نفسها ويتبعها ولدها فيه، وهذا عند الامام. وقالا: لا يتبعها ولدها فيه في الصورتين وقد تقدم بيان ذلك. (فروع) عبد

لحربي خرج مستأمنا في تجارة لمولاه
***
[١٢٦]
فأسلم يبيعه الامام ويمسك ثمنه على مولاه، وكذا لو أسلم العبد في دار الحرب وخرج تاجرا لمولاه لانه لم يعتق عليه لما خرج بإذن المولى، وإن خرج مراغما فهو حر ويوالي من شاء إلا إذا عقل عنه بيت المال اه. والله أعلم بالصواب.
***
[١٢٧]
[كتاب الاكراه] كتاب الاكراه أورد الاكراه عقيب ولاء الموالاة لان في كل منهما تغير حال المخاطب من الحزمة إلى الحل، فإن ولاء الموالاة يغير حال المخاطب الذي هو المولى الاعلى من حرمة تناول مال المولى الاسفل بعد موته إلى حله بالارث، فكذلك الاكراه يغير حال المخاطب الذي هو المكره من حرمة المباشرة إلى حلها، كذا في عامة المواضع. والكلام فيه في مواضع: الاول في معناه لغة، والثاني عند الفقهاء، والثالث في ركنه، والرابع في دليله، والخامس في شرطه، والسادس في حكمه. فهو في اللغة عبارة عن حمل إنسان على شئ يكره يقال أكرهت فلانا إكراها أي حملته على أمر يكرهه. وهو عند الفقهاء ما سيأتي. وركنه اللفظ الذي يفيده ودليله من الكتاب قوله تعالى * (إلا من أكره) * (النحل: ١٠٦) الآية. ومن السنة ما ورد أن صفوان الطائي كان نائما مع امرأته وأخذت المرأة سكينا وجلست على صدره وقالت لاذبحنك أو تطلقني فناشدها بالله فأبت فطلقها ثلاثا فبلغ ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: لا إقالة في الطلاق. وشرطه سيأتي في الكتاب. وحكمه إذا حصل به إتلاف أن ينتقل إلى المكره فيما يصلح أن يكون آلة للمكره ويجعل كأنه فعله بنفسه كما سيجئ. والاكراه نوعان: ملجئ وغير ملجئ. فالملجئ هو الكامل بما يخاف على نفسه أو عضوه فإنه يعدم الرضا ويوجب الالجاء ويفسد الاختيار. وغير الملجئ هو القاصر وهو أن يكره بما لا يخاف على نفسه ولا على تلف عضو من أعضائه كالاكراه بالضرب الشديد أو القيد أو الحبس فإنه يعدم الرضا ولا يوجب الالجاء ولا يفسد الاختيار، وهذا النوع من الاكراه لا يؤثر إلا في تصرف يحتاج فيه إلى الرضا كالبيع والاجارة والاقرار، والاول يؤثر في الكل فيضاف فعله إلى المكره فيصير كأنه فعله، والمكره آلة له فيكون فعله بنفسه من غير إكراه أحد، وذلك مثل الاقوال والاكل لان الانسان لا يأكل بفم غيره ولا يتكلم بلسان غيره فلا يضاف إلى غير المتكلم، والاكل إذا كان فيه إتلاف فيضاف إليه من حيث إنه إتلاف بصلاحيته
***
[١٢٨]
[هو بفعل يفعله الانسان بغيره فيزول به الرضا وشرطه قدرة المكره على تحقيق ما هدد به سلطانا كان أو لصا أو خوف المكره وقوع ما هدد به فلو أكره على بيع أو شراء أو] آلة له فيه حتى إذا أكره على العتق يقع كأه أوقعه باختياره ويكون الولاء له ويضاف إلى المكره من حيث الاتلاف فيرجع إليه بقيمته. ثم اعلم أن الاكراه لا ينافي أهلية المكره ولا يوجب وضع الخطاب عنه بحال لان المكره مبتلى والابتلاء يحقق الخطاب، والدليل عليه أن أفعاله مترددة بين فرض وحظرو إباحة ورخصة، ويأثم تارة ويؤجر أخرى، فيحرم عليه قتل النفس وقطع الطرق والزنا، ويفترض عليه أن يمنع من ذلك ويثاب عليه إن امتنع، ويباح له بالاكراه أكل الميتة وشرب الخمر ويرخص له بإجراء كلمة الكفر وإتلاف مال الغير وإفساد الصوم والجناية على الاحرام، وهذا دليل على أنه مخاطب. قال رحمه الله: (هو فعل يفعله الانسان بغيره فيزول به الرضا) زاد في المبسوط: أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الاهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب. وذكر في الايضاح أن الاكراه فعل يوجد من المكره يحدث في المحل معنى يصير به مدفوعا إلى الفعل الذي طلب منه. وذكر في الوافي أنه عبارة عن تهديد غيره على ما هدد بمكروه على أمر بحيث ينتفي به الرضا. وقوله فيزول به الرضا أعم مع كونه مع فساد اختياره أو مع عدمه وهو إشارة إلى نوعي الاكراه. ثم إن الشائع في عامة الكتب من الاصول والفروع هو أن الاكراه نوعان. وذكر فخر الاسلام البزدوي فقال: الاكراه ثلاثة أنواع: نوع يعدم الرضال ويفسد الاختيار وهو الملجئ، ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو الذي لا يلجئ. وهو نوع آخر لا يعدم الرضا وهو أن يهدد يحبس أبيه أو ابنه وولده، وهذا النوع الثالث أخرجه المؤلف. وذكر شيخ الاسلام في المبسوط أن القسم الثالث غير داخل في هذا المعنى شرعا لعدم ترتب أحكام الاكراه عليه شرعا. وذكر غيره أن القسم الثالث داخل في معنى الاكراه لغة. وأطلق في الانسان فشمل الصبي والمجنون والمعتوه، كذا في قاضيخان. وقال فيه

أيضا: ولو أكره الصبي أو المجنون أو المعتوه رجلا على قتل آخر فقتله فالدية على عاقلة الصبي والمجنون والمعتوه في ثلاث سنين. قال رحمه الله: (وشرطه قدرة المكره على تحقيق ما هدد به سلطانا كان أو لصا أو خوف المكره وقوع ما هدد به) يعني شرط الاكراه الذي هو فعل كما تقدم لان الاكراه اسم لفعل يفعله الانسان بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء الاهلية، ولا يتحقق ذلك إلا من القادر عنده خوف المكره لانه يصير به ملجأ، وبدون ذلك لا يصير ملجأ، وما روي عن الامام أن الاكراه لا يتحقق إلا من السلطان فذلك محمول على ما شهد في زمانه من أن القدرة والمنعة منحصرة في السلطان وفي زمانهما كان لكل مفسد له قوة ومنعة لفساد الزمان فأفتيا على ما شهدا وبه يفتى لانه ليس فيه اختلاف يظهر في حق الحجة. وفي المحيط: وصفة المكره وهو أن يغلب على ظنه أنه يوقع ذلك به لو لم يفعل

***

[١٢٩]

[إقرار أو إجارة بقتل أو ضرب شديد أو حبس مديد خير بين أن يمضي البيع أو يفسخ ويثبت به الملك عند القبض للفساد وقبض الثمن طوعا إجازة كالتسليم طائعا وإن هلك] ولو شك أنه لا يفعل ما توعد به لم يكن مكرها لان غلبة الظن معتبرة عند فقد الادلة اه. لا يقال الشرطية تنافي كون ذلك وصفا لانا نقول: لا منافاة لان الشرطية باعتبار الحاصل من الفاعل والوصف باعتبار الفاعل. وفي الخانية إذا غاب المكره عن بصر المكره يزول الاكراه ونفس الامر من السلطان من غير تهديد إكراه:. وعندهما إن كان المأمور يعلم أنه لو لم يفعل ما أمر به يفعل فيه كذا كان إكراها. وفي العتابية: وإذا أخذه واحد في الطريق لا يقدر فيه على غوث يكون إكراها اه. قال رحمه الله: (فلو أكره على بيع أو شراء أو إقرار أو إجارة بقتل أو ضرب شديد أو حبس مديد خير بين أن يمضي البيع أو يفسخ) ولما كان الاكراه تارة يقع في حقوق العباد وأخرى في حقوق الله تعالى وحق العبد مقدم لحاجة العبد إليه قدمه. ولما كان الاكراه على نوعين ملجئ وغير ملجئ وكل منهما يفسد الرضا الذي هو شرط الصحة لهذه العقود فكذا ذكر القتل والضرب، ولما كان لا فرق بين أن يكره على بيع هذا أو بيع ولم يعين جاء بالعبارة منكرة. قيد بضرب شديد وحبس مديد لانه لو قال أضربك سوطا أو سوطين أو أحبسك يوما ويومين فإنه لا يكون إكراها. قال في الميحط: إلا إذا قال له لاضربنك على رأسك أو عينك أو مذاكرك فإنه يكون إكراها لان مثل هذا إذا حصل في هذه الاعضاء قد يفضي إلى التلف. وفي المحيط قال مشايخنا: إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يتضرر بضرب سوط أو حبس يوم فإنه يكون إكراها وقد يكون فيه ما يكون في الحبس من الاكراه لما يجئ به من الاغتمام البين ومن الضرب ما يجد به الالم الشديد وليس في ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه لانه يختلف باختلاف أحوال الناس، فمنهم لا يتضرر إلا بضرب شديد وحبس مديد، ومنهم من يتضرر بأدنى شئ كالشرفاء والرؤساء يتضررون بضرب سوط أو بفرك أذنه لا سيما في ملا من الناس أو بحضرة السلطان. وفي الخانية: ولو أكره على بيع جارية ولم يعين فباع من إنسان كان فاسدا، والاكراه بحبس الوالدين والاولاد لا يعد إكراها لانه ليس بإكراه ولا يعدم الرضا بخلاف حبس نفسه. وفي المحيط ولو أكره بحبس ابنه أو عبده على أن يبيع عبده أو يهبه ففعل فهو إكراه استحسانا، وكذا في الاقرار. ووجهه أن الانسان يتضرر بحبس ابنه أو عبده ألا ترى أنه لا يؤثر حبس نفسه على حبس ولده. فإن قلت بهذا نفى الاول قلنا: لا فرق بين الوالدين والولد في وجه الاستحسان وهو المعتمد كما لا فرق بينهما في وجه القياس. وقوله خير بين أن يمضي أو يفسخ تقديره وإذا زال الاكراه إلى آخره دفعا للضرر عن نفسه. قال رحمه الله: (ويثبت به الملك عند القبض للفساد) يعني يثبت بالشراء الملك للمشتري لكونه كسائر البياعات الفاسدة. وظاهر عبارة المصنف فساد البيع مطلقا والذي يظهر أن البيع

***

[١٣٠]

[المبيع في يد المشترى وهو غيره مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع وللمكره أن] إنما يكون فاسدا إذا قال المكره تلفظت بالبيع طبق ما أردت فإذا قال أردت الاخبار به كاذبا أو قال أردت إنشاء البيع فهو بيع صحيح لا خيار فيه ولا فساد أخذا من التفصيل في حالة العتق. وقال زفر: لا يثبت به الملك لانه موقوف. ولنا أن ركن البيع وهو الايجاب والقبول صدر من أهله مضافا إلى محله فيكون مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه فيفيد الملك بالقبض حتى لو قبضه وتصرف فيه تصرفا لا يحتمل النقض كالاعتاق والتدبير جاز

تصرفه، وإنما لا تفسد بالاجارة لان المفسد يرتفع بها وهو عدم الرضا فصار كسائر البياعات لفساده. وفي المحيط: لو أكره على البيع بألف فباع بخمسمائة لم يجز، وإن باع بأكثر من الالف جاز لان في الاول خالف مقصود المكره لان مقصود المكره لحاق الضرر بالمكره والبيع بخمسمائة أضربه من البيع بألف فكان الاكراه على البيع بألف إكراها له على الاقل وفي الثاني خالف إلى غير رأي المكره لانه اكتسب نفعا لنفسه. ولو باع بدنانير قيمتها ألف لم يجز لان الدراهم والدنانير جعلا لجنس واحد في التجارات عرضا ومقصودا، ولو باعه بعرض أو بمكيل أو موزون بأقل من قيمته جاز لانه غير جنس ما أكره عليه أو أكره على بيع جائز فباع فاسدا لم يجز، فإذا هلك إن شاء ضمن المشتري أو المكره وعلى عكسه يكون رضا بالبيع. والفرق أن المكره على البيع الفاسد متى باع جائزا فقد أتى بغير ما أكره عليه لان الجائز ضد الفاسد ويفيد من الاحكام ما لا يفيده الفاسد، والمكره على البيع الجائز متى باع فاسدا فقد أتى بما هو أنقص لان الفاسد أنقص من الجائز، ولو أكره على البيع فوهب جاز لانه غير جنس ما أكره عليه اه. قال رحمه الله: (وقبض الثمن طوعا إجازة كالتسليم طائعا) لانهما دليل الرضا وهو الشرط بخلاف ما إذا أكره على الهبة دون التسليم وسلم حيث لا يكون إجازة ولو سلم طائعا لان مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا صورة العقد، والاستحقاق في البيع يتعلق بنفس العقد فلا يكون الاكراه به إكراها على التسليم فيكون التسليم أو القبض عن اختيار دليل الاجازة وفي الهبة يقع الاستحقاق، فالقبض لا بمجرد الهبة فيكون الاكراه بها إكراها بالتسلم نظرا إلى مقصود المكره ويعتبر ذلك في أصل الوضع لان البيع وضع لافادة الملك في الاصل وإن كان في الاكراه لا يفيدل كونه فاسدا والهبة لا تفيد الملك قبل القبض بأصل الوضع وتفيده بعدها، سواء كانت صحيحة أو فاسدة، فينصرف الاكراه في كل واحد منهما إلى ما يستحقه منه في أصل وضعه، وإن قبض مكرها فليس ذلك بإجازة وعليه رد الثمن إذا كان قائما في يده لفساد العقد، وإن كان هالكا لا يأخذ منه شيئا لان الثمن كان أمانة في يد المكره لانه أخذه بإذن المشتري لا على سبيل التمليك فلا يجب الضمان. وفي المحيط: ومن هو مكره من المتعاقدين أو مشروط له شرط فاسد فله أن ينقض العقد من غير رضا صاحبه، ومن ليس بمكره ولا مشروط له شرط فاسد فليس له نقضه إلا بالقضاء أو الرضا حتى لو
***

[١٣١]

[يضمن المكره وعلى أكل لحم خنزير وميتة ودم وشرب خمر يحبس أو ضرب أو قيد لم] أجاز الآخر العقد فنقض القاضي نفذ وألزم، ع وإن كان كلاهما مكرها أو مشروطا له شرطا فاسدا فلكل واحد منهما نقضه من غير قضاء ولا رضا لانه قبل القبض لا يفيد شيئا. ولو باع المشتري المكره من آخر باعه الثاني من آخر حتى تداولته الايدي فله أن يفسخ العقود كلها وأي عقد جاز جازت العقود كلها إلا أنه لما أجاز بعض العقود فقد زال الاكراه وصار طائعا راضيا فجاز العقد الاول فجازت العقود ويأخذ هو الثمن من المشتري الاول ولو لم يجز لكن ضمن، فإن ضمن الاول نفذ الكل بتضمينه، وإن ضمن غيره جازت البياعات التي بعده وبطل ما قبله. والفرق بين الاجازة والتضمين أن البيع كان موجودا والمانع من النفوذ حقه وقد زال بالاجازة، وأما إذا ضمن لم يكن مسقطا حقه بخلاف ما إذا أجاز أحد بيوع الفضولي حيث لا يجوز إلا الذي أجازه المالك ولا يجوز ما قبله وما بعده لان كل واحد منهم باع ملك غيره فلا يفيد الملك فعند الاجازة يملكه من أجيز شراؤه وتبطل البقية، فإن أعتق المشتري الثاني فللمكره أن يضمن أي الثلاث شاء لان كل واحد منهم أحدث سبب الضمان بإزالة يده عن ملكه والمشتريان قبض كل واحد منهما ماله بغير إذنه. وفي الخانية: لو أعتق المشتري الآخر قبل إجازة البيع جاز العتق على الذي أعتقه، فإن أجاز البائع البيع الاول بعد ذلك لا يصح إجازته. وفي الخانية: لو أعتق المشتري الاخير أو كان له الخيار إن شاء ضمن المشتري الاول وإن شاء ضمن غيره، فإن ضمن المشتري الاول جازت البياعات كلها، وإن ضمن غيرها يجوز كل بيع بعده ويبطل كل بيع كان قبله اه. وفي قاضيخان: ولو كان البائع مكرها والمشتري غير مكره فقال المشتري بعد القبض نقضت البيع لا يصح، ولو قال قبل القبض صح نقضه، ولو كان المشتري مكرها والبائع غير مكره فلكل واحد منهما النقض قبل القبض وبعد القبض يكون للمشتري دون البائع. قال رحمه الله: (وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غيره مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع) لانه قبضه بحكم عقد فاسد فكان مضمونا عليه بالقيمة. قيد بقوله والمشتري غير مكره قال قاضيخان: ولو كان المشتري مكرها دون البائع فهلك المشتري عنده من غير تعد منه يهلك أمانة اه. ولو قال ضمن بدله كان أولى لانه يشمل المثلي والقيمي. قال

رحمه الله: (وللمكره أن يضمن المكره) لانه آلة له فيما يرجع إلى الاتلاف وإن لم يكن له آلة في حق المتكلم لعدم الصلاحية لان التكلم بلسان الغير لا يمكن فصار كأنه دفع مال البائع إلى المشتري فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب، فإن ضمن المكره رجع المكره على المشتري بالقيمة لانه بأداء الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره فيكون مالكا له من وقت وجود السبب بالاستناد، ولو ضمن المشتري ثبت ملك المشتري فيه ولا يرجع على المكره لانه ملكه بالشراء والقبض غير أنه توقف نفوذه على سقوط حق المكره من الفسخ فإذا ضمنه قيمته

***

[١٣٢]

[يحل وحل بقتل وقطع وأثم بصبره وعلي الكفر وإتلاف مال المسلم بقتل وقطع لا] نفذ ملكه فيه كسائر البياعات الفاسدة. قال رحمه الله: (وعلى أكل لحم خنزير وميتة ودم وشرب خمر حبس أو ضرب أو قيد لم يحل وحل بقتل وقطع) يعني لو أكره على هذه الاشياء بما لا يخاف على نفسه أو عضوه كالضرب لا يسعه أن يقدم عليه وبما يخاف يسعه ذلك لان حرمة هذه الاشياء مقيدة بحالة الاختيار وفي حالة الضرورة مبقات على أصل الحل لقوله تعالى * (إلا ما اضطررتم إليه) * (الانعام: ١١٩) فاستثنى حالة الاضطرار لانه فيها مباح والاضطرار يحصل بالاكراه الملجئ وهو أن يخاف على نفسه أو عضوه ولا يحصل ذلك بالضرب بالصوت ولا بالحبس حتى لو خاف ذلك منه وغلب على ظنه يباح له ذلك. أقول: في قوله يباح له ذلك إشكال قوي فإن المباح ما استوى طرفاه فعله وتركه كما تقرر في علم الاصول، وفيما نحن فيه إذا خيف على النفس أو على عضو كان طرف العقل راجحا بل فرضا كما صرح به في لب الاصول من كون ذلك فرضا فتأمل. فلو قال بغير ما يخاف منه على تلف عضو أو نفسه لم يفترض وإلا افترض إلى آخره لكان أولى. وقدره بعضهم بأدنى الحد وهو أربعون سوطا فإن هدد به وسعه أن يقدم، وإن هدد بدونه لا يسعه لانه ما دون ذلك مشروع بطريق التعزير. قلنا: لا وجه للتعزير بالرأي وأحوال الناس مختلفة فمنهم من يحمل الضرب الشديد، ومنهم من يموت بأدنى منه فلا طريق سوى الرجوع إلى رأي المبتلى، فإن غلب على ظنه أن تلف النفس أو العضو يحصل به وسعه وإلا فلا، وإذا قلنا لا يسعه شرب الخمر هل يحد أم لا؟ قال في المحيط: وإذا شرب الخمر لا يحد لان بأغلظ الاكراهين تثبت حقيقة إباحة الشرب حالة الضرورة وبأخفهما ثبت شبهة الاباحة والشبهة كافية لدرء الحدود اه. وفي المبسوط: الاكراه على المعاصي أنواع: نوع يرخص له فعله ويثاب على تركه، وقسم حرام فعله مأثوم على إتيانه، وقسم يباح فعله ويأثم على تركه. الاول الاكراه على إجراء كلمة الكفر وشتم محمد صلى الله عليه وسلم أو على ترك الصلاة أو كل ما ثبت بالكتاب. الثاني كما لو أكره بالقتل على أن يقتل مسلما أو يقطع عضوه أو يضربه ضربا يخاف منه التلف أو يشتم مسلما أو يؤذيه أو على الزنا. والثالث لو أكره على الخمر وما ذكر معه. قال رحمه الله: (وأثم بصبره) يعني إذا أكره على ما تقدم بقتل وقطع فلم يفعل حتى قتله أو قطع عضوا منه أثم لان التناول في هذه الحالة مباح وإتلاف النفس أو العضو بالامتناع عن المباح حرام فيأثم إلا أنه إذا لم يعلم الاباحة في هذه الحالة لا يأثم لانه موضع الخفاء وقد دخله اختلاف العلماء فلا يأثم كالجهل بالخطاب في دار الحرب أو في أول الاسلام في حق من أسلم فيها. وعن أبي يوسف لا يأثم مطلقا لانه رخصة إذ الحرمة قائمة فيكون أخذا بالعزيمة. قلنا: حالة الاضطرار مستثناة فلا يكون الامتناع عزيمة بل معصية. قال في العناية: فإن قيل: إضافة الاثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد، فالجواب أن المباح إنما يجوز تركه

***

[١٣٣]

[بغيرهما يرخص ويثاب بالصبر وللمالك أن يضمن لمكره وعلى قتل غيره بقتل لا] والاتيان به إذا لم يترتب عليه محرم وههنا ترتب عليه محرم وههنا ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لان ما أفضى إلى الحرام حرام اه. أقول: والذي يظهر أن الاثم ليس على ترك المباح بل على ترك الفرض كما تقدم تقريره اه. قال في المحيط: والاصل أن من ابتلى ببليتين يختار أهونهما أو إيسرهما. والمسائل على أربعة أوجه: الاول لو أكره بقتل على أن يقطع يد نفسه فهو في سعة من قطعها لان القطع أهون من القتل لان الظاهر أن القطع يقتصر ولا يسري، ولهذا يباح القطع عند الاكراه إذا خاف الهلاك على نفسه. الثاني لو أكره على قتل نفسه لا يباح له. الثالث لو

أكره. على إلقاء نفسه في النار أو في الماء أو من سطح إن كان لا يرجو الخلاص والنجاة من ذلك يباح له وإلا فلا، وذكر أن الاحراق بالنار أشد من السيف. والرابع على إكراهه بالقتل بالسياط على قتل نفسه بالسيف يباح له القتل بالسيف لان القتل بالسياط أشد من القتل بالسيف. قال رحمه الله: (وعلى الكفر وإتلاف مال المسلم بقتل وقطع لا بغيرهما يرخص) يعني لو أكره على كلمة الكفر وإتلاف مال إنسان بشئ يخاف على نفسه أو على أعضائه كالقتل وقطع الاطراف يرخص له إجراء كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان، ولحديث عمار بن ياسر حين ابتلي به أنه عليه الصلاة والسلام قال له: كيف وجدت قلبك؟ قال: مطمئنا بالايمان. قال: فإن عادوا فعد. أي عد إلى الاطمانينة، ولان بهذا الاظهار أنه لا يفوت حقيقة الايمان لان التلفظ في هذه الحالة لا تدل على تبدل الاعتقاد لقيام التصديق به فرخص له إحياء لنفسه. وفي المحيط وغيره: وهذه المسألة على ثلاثة أوجه: أحدها أن يكون قلبه مطمئنا ولم يخطر على باله شئ سوى ما أكره عليه. والثاني أن يخطر بباله الخبر بالكفر عما مضى بالكذب بأن لم يكن كفر قط فيما مضى وقال أردت الخبر عما مضى كاذبا ولم أرد كفرا مستقبلا فهذا يكفر قضاء ولا يكفر ديانة. الثالث أن يقول لم يخطر ببالي كفر في الماضي وأردت الكفر مستقبلا فهذا يكفر قضاء وديانة اه. وفي المحيط: على هذا التفصيل أنه إذا أكره على أن يصلي للصليب أو يسجد. وفي الظهيرية: لو أكره على أن يسجد للصليب فالمسألة على ثلاثة أوجه: الاول إذا خطر بباله أن يصلي لله تعالى لا للصليب، وفي هذا الوجه لا يكفر في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى، سواء كان مستقبل القبلة أو لم يكن مستقبلا.، الثاني أن يقول لم أصل لله تعالى وصليت للصليب، وفي هذا يكفر في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى. الثالث أن يقول لم يخطر ببالي وصليت للصليب مكرها في هذا لا يكفر في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى. وفي الاصل: لو أكره على شتم محمد صلى الله عليه وسلم فهي على ثلاثة أوجه: الاول أن يقول لم يخطر ببالي شئ وشتم محمدا مكرها وفي هذا لا يكفر قضاء ولا ديانة. الثاني أن يقول خطر ببالي رجل من النصارى يقال له محمد فشتمته ولم أشتم

***

[١٣٤]

الرسول فهذا كالاول. قال الكرخي: أطلق محمد في العبارة وحيث لم يقل من المسلمين لان شتم النصراني دون المسلم في الحرمة. الثالث أن يقول خطر ببالي رجل من النصارى فيه فتركته وسميت الرسول وفي هذا يكفر قضاء وديانة اه. قال رحمه الله: (ويثاب بالصبر) أي يكون مأجورا إن صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل لان خبيبا صبر حتى صلب وسماه النبي صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال: هو رفيقي في الجنة. ولان الحرمة قائمة والامتناع عزيمة فإذا بذل نفسه لاعزاز الدين كان شهيدا. ولا يقال الكفر مستثنى في حالة الاكراه فكيف يكون حراما في تلك الحالة لانا نقول: الاستثناء راجع إلى العذاب لان المذكور قبله دون الحرمة بخلاف الخمر وأخواته فإن المذكور فيه الحرمة فينتفي في تلك الحالة وهنا لا تنتفي فتبقى على حالها، ولكن لو ترخص جاز. واعترض عليه بأن إجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله * (إلا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان) * (النحل: ١٠٦) من قوله * (من كفر بالله بعد إيمانه) * (النحل: ١٠٦) فينبغي أن يكون مباحا كأكل الميتة وشرب الخمر. وأجيب بأن في الآية تقديما وتأخيرا أو تقديره من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح وبالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم إلا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان فالله تعالى ما أباح أجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وإنما دفع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهو الحرمة فلم تثبت إباحة إجراء كلمة الكفر، كذا في النهاية وعزاه إلى مبسوط شيخ الاسلام اه. قال رحمه الله: (وللمالك أن يضمن لمكره) لانه هو المتلف لماله والمكره آلة له فيما يصلح آلة. قال رحمه الله: (وعلى قتل غيره بقتل لا يرخص) يعني لو أكره على قتل غيره بالقتل لا يرخص له القتل لاحياء نفسه لان دليل الرخصة خوف التلف والمكره والمكره عليه سواء في ذلك فسقط المكره، ولان قتل المسلم بغير حق مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بالاكراه وهذا لا نزاع فيه. وأطلق في قوله غيره فشمل الحر والعبد وعبده وعبد غيره. وفي المحيط: لو أكره بقتله أن يقتل عبده أو يقطع يده لم يسعه ذلك فإن قتل يأثم ويقتل المكره في القتل ويضمن نصف قيمته لان دمه حرام بأصل الفطرة،

ولو أكره بقتل على أن يقتل أباه أو ابنه فقتله لم يحرمه عن الميراث، ولو كان المكره أبا المقتول أو ابنه يحرم عن الميراث لان المباشر للقتل هو المكره، ولو أكره بقتل على أن يضرب رجلا بحديدة فضربه وثنى بغير إكراه فمات قتلا جميعا لان إحدى الضربتين بغير إكراه فصارت منقولة إليه والاخرى منقولة إلى المكره، ولو كانت إحدى الضربتين بعصاة غرم عاقلة كل واحد منهما نصف الدية في ثلاث سنين، وإن كان الاكراه بحبس أو قيد فالضمان على الضارب قودا كان أو دية لان الاكراه بالحبس لا يعتبر إكراها في حق هذه الاحكام. وفيه أيضا: ولو أكره بقتل على أن يأمر رجلا بقتل عبده

***

[١٣٥]

[يرخص وإن قتله إثم ويقتص من المكره فقط وعلى إعتاق وطلاق ففعل وقع ورجع] فقتله عمدا يقتل القاتل لان الاذن بالقتل لم يصح مع الاكراه ولانه قول لا يؤثر فيه عدم الرضا فيكون التلف مضافا إلى القتل دون الاذن بخلاف المأمور بالعتق حيث لا يضمن لان المأمور لا يملك الاعتاق إلا بالاذن فصار المعتق متلفا بسبب الاذن فيصير التلف محالا إلى الاذن. ولو أكره المولى بحبس أو قتل فقتله يضمن قيمته استحسانا ويقتص القاتل قياسا. وجه الاستحسان أن الاذن إذا فسد بالاكراه لفوات الرضا معتبر من وجه وفعل المأذون كفعل الآذن فأورث شبهة فلم يجب القصاص فأوجبنا الدية صونا لدمه عن الهدر، ولو أكره المولى بقتل على بيع عبده وتسليمه والمشترى بالقتل على الشراء والقبض ثم أكره المشتري من على قتله بقتل فللمولى أن يقتل المكره قياسا لان المشتري مكره على القتل فصار فعله منقولا إلى المكره، ويضمن قيمته استحسانا لان العبد مملوك للمشتري وللبائع فيه حق الاسترداد فكان القصاص للبائع من وجه وللمشتري من وجه فكان المستحق للقصاص مجهولا فلا يكون لاحدهما حق استيفاء القصاص فأوجبنا القيمة على المكره في ماله للبائع لان للبائع حق الاسترداد وقد أبطل المشتري هذا الحق عليه بالقتل بغير رضاه، فلو أكره بحبس أو قيد على البيع والقبض والمشتري على الشراء بقتل ثم أكره المشتري على قتله بقتل فقتله يضمن قيمته لمولاه ثم يقتل المكره بالعبد قصاصا لان المشتري طائع في القبض مكره في الشراء فملك المشتري العبد بعقد فاسد فكان مضمونا عليه بالقيمة وقتله صار منقولا إلى المكره فصار المكره قاتلا عبدا عمدا فيجب القصاص. ولو أكره المشتري على الشراء بحبس وللبائع بقتل ثم أكره المشتري على القتل بقتل فقتله فالولي بالخيار إن شاء ضمن المكره قيمة عبده، وإن شاء ضمن المشتري لانه طائع في القبض وقد قتله المكره بقتل المشتري فيجب القصاص اه. قوله بالقتل يشمل ما إذا صرح بذلك بأن قال إن لم تقتل قتلتك أو دل الحال عليه بأن غلب على ظنه قتله ولم يصرح له بذلك لما في جامع الفتاوي: لو قال له اقتل فلانا أو غلب على ظنه القتل فقتله هو إكراه فإذا قتله يقتص من المكره. قال رحمه الله: (وإن قتله إثم) لان الحرمة باقية لما ذكرنا وأثم بمباشرته لان الاثم يكون بذمته والمكره لا يصلح أن يكون آلة له في حقه، وكذا لو أكره على الزنا لا يرخص له لان فيه قتل النفس بالضياع لانه يجئ منه ولد ليس له أب ولان فيه إفساد الفراش بخلاف جانب المرأة حيث يرخص لها بالاكراه الملجئ لان نسب الولد لا ينقطع فلم يكن في معنى القتل في جانبها بخلاف الرجل ولهذا وجب الاكراه القاصر درء الحد في حقها دون الرجل. قال رحمه الله: (ويقتص من المكره فقط) وهذا قول الامام ومحمد. وقال زفر: يجب القصاص على المكره دون المكره لان القصاص يجب على القاتل والقاتل هو المكره حقيقة لانه المباشر ولهذا يتعلق الاثم به، ولان القتل فعل حسي وهذا لا يجزئ فيه الاستناد لغير الفاعل.

***

[١٣٦]

وقال الشافعي: يجب القصاص عليهما. وقال أبو يوسف: لا يجب القصاص على واحد منهما. ولهما أنه محمول على القتل بطبعه إيثارا لحياة نفسه فيصير آلة لنفسه للمكره فيما يصلح أن يكون آلة له وهو الاتلاف فيقتص منه بخلاف الاثم لانه باعتبار الجناية على ديته وهو لا يصلح أن يكون آلة له فيه فيأثم المكره. قال في النهاية: سواء كان الآمر بالغا عاقلا أو معتوها أو مجنونا أو صبيا فالقود عليه وعزاه إلى المبسوط، ونسبه شيخ الاسلام علاء الدين عبد العزيز إلى السهو، ونقل عن أبي اليسر في مبسوطه لو كان الآمر صبيا أو مجنونا لم يجب القصاص لان الفاعل في الحقيقة هو الصبي والمجنون وهو ليس بأهل للعقوبة، كذا في الاكمل. وفي المحيط: لو أكره على أن يقتل رجلا أو يكفر بالله تعالى وسعه الكفر دون القتل لان الكفر يرخص في حالة الاضطرار دون القتل فإنه لا يرخص بحال، ولو قتل ولم يكفر المكره دون القتل قياسا لانه قتل نفسا مختارا طائعا ويضمن الدية استحسانا في ماله في ثلاث سنين إن لم يكن عالما بأن الكفر

يسعه يقتل به، وقيل لا يقتل به لان الدليل المورث للشبهة قائم وهو حرمة الكفر، ولو أكره على أن يقتل أو يأكل الميتة أو يشرب الخمر فقيل يقتل القاتل دون المكره لان أكل الميتة وشرب الخمر يرخص حالة الاضطرار. قال رحمه الله: (وعلى إعتاق وطلاق ففعل وقع) يعين لو أكره على إعتاق وطلاق فأعتق وطلق وقع العتق والطلاق لان الاكراه لا ينافي الاهلية على ما بينا وعدم صحة بعض الاحكام كالبيع والاجارة والاقارير لمعنى راجع إلى التصرف وهو كونه يشترط فيه الرضا ومع الاكراه لا يوجد الرضا، فأما العتق والطلاق فلا يشترط فيهما الرضا فيقع ألا ترى أن العتق والطلاق يقعان مع الهزل لعدم اشتراط الرضا فيهما بخلاف البيع وأخواته. وفي المبسوط: وكل تصرف يصح مع الهزل كالطلاق والعتاق والنكاح يصح مع الاكراه، ولو أكره الرجل على الاكراه يصح، فإن كان المسمى مثل مهر المثل أو أقل جاز ولا يرجع على المكره بشئ لانه عوضه مثل ما أخرج عنه، وإن كان المسمى أكثر من مهر المثل فالزيادة باطلة ويجب مقدار مهر المثل لانه فات الرضا في الزيادة بالاكراه. وإن أكره المرأة على النكاح فلا شئ على المكره لانه أتلف عليه منفعة البضع ولا ضمان على متلف المنفعة ولانه عوض المهر فلا يعد إزالة وإتلافا، فإن كان الزوج كفؤا والمهر مهر المثل جاز، وإن كان أقل فالزوج بالخيار إن شاء أتم لها مهر مثلها، وإن شاء فارقها إن لم يدخل بها ولا شئ عليه، وإن دخل بها وهي مكرهة فلها مهر مثلها، وإن دخل بها وهي طائعة فهو رضا منها بالمسمى إلا أن يكون للمولى حق تكميل مهر مثلها عند الامام خلافا لهما، وإن فارقها قبل الدخول لا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها. وقيد بقوله على إعتاق لانه لو أكره على العتق من إعتاق كما لو أكره على شراء ذي رحم محرم منه فاشترى يعتق عليه كما سيأتي فإنه لا يرجع بشئ، كذا لو أكره على شراء من حلف بعتقه، وكذا لو أكره على

***

[١٣٧]

شراء أمة ولدت منه بالنكاح فاشترى فعتقت عليه بشئ لانه عتق من غير اعتاق. قال رحمه الله: (ورجع بقيمته) يعني يرجع المكره على المكره بقيمة العبد لان الاتلاف منسوب إليه والمكره آلة له فيه فيرجع بقيمة العبد عليه موسرا كان أو معسرا لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار بخلاف ضمان الاعتاق على ما تقدم، ولا سعاية على العبد لان السعاية إنما تجب عليه للخروج للحرية كما في معتق البعض أو لتعلق حق الغير به كعتق الراهن المرهون وهو معسر أو عتق المريض عبده وعليه دين ولم يخرج من الثلث، ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لانه ضمان وجب عليه بفعله فلا يرجع به على غيره. وأطلق المؤلف في الرجوع وهو مقيد بما إذا قال أردت بقولي عتقا مستقبلا كما طلب مني أو قال لم يخطر ببالي سوى الاتيان بمطلوبه، أما لو قال خطر ببالي الاخبار فأخبرته فيما مضى كاذبا وأردت ذلك لانشاء الحرية عتق العبد قضاء لا ديانة ولا يضمن المكره المكره شيئا لانه عدل عما أكره عليه فكان طائعا في الاقرار فلا يصدق في دعواه الاخبار كاذبا. فإن قيل: ينبغي أن لا يضمن المكره لانه أتلف بعوض وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا إتلاف. وأجيب بأن الولاء سببه العتق على ملك المولى فيكف المكره معوضا ولكن لا يكون عوضا إلا إذا كان العوض مالا كما إذا أكره على أكل طعام الغير فأكله فلا ضمان على المكره إذ عوضه ما هو في حق حكم المال كما في منافع البضع والولاء ليس بمال لانه بمنزلة النسب، ألا ترى أن شاهدي الولاء إذا رجعا لا يضمنان. ورد هذا بما إذا أكره المولى على شراء ذي محرم رحم منه فعتق عليه فإن المكره لا يرجع هناك بقيمة العبد على المكره لانه حصل له عوض وهو صلة الرحم، كذا في البدائع. ولا يخفي أن الرحم صلة ليست بمال كالولاء، أما حقيقة فظاهر، وأما حكما فلانه لم يقل به أحد كما قالوا في منافع البضع عند الدخول. وفي المحيط: ولو أكره على أن يعتق على أقل من قيمته على مائة وقيمته ألف والعبد غير مكره يقع بتمام قيمته، ثم إن شاء ضمن المكره قيمته ثم يرجع هو على العبد بمائة السعاية لانه بأداء الضمان قام مقام المولى، وإن شاء المولى ضمن المكره تسعمائة ثم يرجع بتسعمائة وأخذ من العبد مائة لان السيد طائع في التزام المال والمكره يتلف عليه تسعمائة بغير عوض فيأخذ منه. ولو أكره على أن يعتق عبده على ألفين إلى سنة وقيمته ألف ففعل، فإن شاء ضمن المكره قيمته للحال وهي ألف ويرجع المكره على العبد بألفين إلى سنة ويتصدق بالفضل، وإن شاء اختار العتق وكان له ألفان إلى سنة. ولو أكره العبد على قبول العتق على مال لم يلزمه شئ ويضمن للمكره لما بينا. عبد بين رجلين أكره أحدهما على عقته فأعتقه جاز والولاء كله للمعتق عندهما، فإن كان المكره موسرا ضمن قيمته بينهما، وإن كان معسرا ضمن نصف قيمته للمكره ويسعى العبد للآخر في نصف قيمته لان المكره في حق المكره متلف وفي حق الساكت بمنزلة العتق. وعند الامام يعتق نصيب المكره

لا غير ولا ضمان على المكره للساكت
***
[١٣٨]
وإن كان موسرا، فإن اختار الساكت تضمين شريكه فالولاء كله له، وإن اختار الاعتاق أو السعاية فالولاء بين الشريكين. ولو قتل عبد رجلا وأكره على عتقه وهو يعلم بالجناية ضمن المكره قيمته ويأخذها المولى فيدفعها إلى ولي الجناية لانه مضطر في هذا الاعتاق ولو كان الاكراه بحبس أو قيد بضمن المولى الجناية دون الدية ولا يضمن المكره شيئا لان هذا الاكراه لا يعد إكراها في حق إتلاف المال ويعتبر إكراها في حق التزام المال. ولو أكره على أن يعتق عبده عن رجل بألف درهم وقيمته ألف فأعتق وقبل المعتق عنه طائعا، فإن شاء ضمن المكره، وإن شاء ضمن المعتق عنه، فلو ضمن الاول يرجع على المعتق عنه والولاء للمعتق. وقال الكرخي: ينبغي أن يقع العتق عن المعتق عنه لانه بمعنى البيع وبيع المكره قبل التسليم لا يفيد الملك. وأجيب بأن الاكراه ورد على العتق لا على البيع الذي في ضمن طلب الاعتاق ولو ورد على البيع إنما يرد ضمنا وتبعا والاكراه لا يؤثر، فما ثبت ضمنا وتبعا ويعتقد في الضمني بما لا يعتقد في القصدي. ولو أكره بحبس تجب القيمة على المعتق عنه دون المكره، ولو أكره المعتق بالقتل والمعتق عنه بالحبس فالمعتق عنه غير مكره، ولو كان الاكراه على عكس هذا ضمن المكره قيمته للمولى ولم يضمن المعتق عنه شيئا والولي للمعتق عنه لان الاكراه بوعيد تلف صير الفاعل هو المكره، والاعتاق وإن وجد في ملك المعتق فقد أتلف المكره بالاعتاق عليه حق الاسترداد بغير رضا، ولو أكره على أن يدبر عبده عنه بألف فدبر فالمولى بالخيار إن شاء ضمن المكره قيمته قنا ورجع المكره على قابل التدبير بقميته مدبرا، وإن شاء ضمن القابل قيمته مدبرا ورجع على المكره بنقصان التدبير، ولا يرجع المكره به على القابل. ولو أكره على الاعتاق بحبس أو قيد لم يضمن المكره شيئا ويضمن القابل قيمته قنا لان هذا الاكراه غير معتبر في حق إتلاف المال، ولو أكره المولى بالقتل والقابل بالحبس ضمن القابل قيمته قنا ولا يرجع على المكره بشئ، فإن ضمن المكره رجع به على القابل. ولو وهب المولى من الكره قيمته أو أبرأه منها كان للمكره أن يرجع على القابل بقيمته، ولو أكره المولى بحبس والقابل بوعيد تلف فللمولى أن يضمن المكره ما نقص بالتدبير ويضمن القابل قيمته مدبرا لما عرف. ولو أكره بقتل على أن يقبل من رجل عتق عبده على ألف وقيمته خمسمائة ورب العبد طائع ففعل كان الولاء للقابل ولا ضمان عليه ولا على المكره لان قبول العتق عنه بألف يتضمن شراء وقبضا وإعتاقا والمشتري مكره في جميع ذلك والمكره لا يضمن شيئا للمولى، ولو أكره على أن يعتق نصف عبده فأعتق كله لم يضمن عند الامام، وعندهما يضمن لان عنده العتق يتجزئ وعندهما لا يتجزئ فالاكراه على إعتاق النصف إكراه على إعتاق الكل. ولو أكره على أن يعتق كله فأعتق نصفه يضمن عندهما، وعند الامام يسعى في نصف قيمته ويضمن المكره نصف قيمته اه‍. مختصرا بتأمل. هذا ما تقدم في البيع إذا أكره على بيع الكل فباع النصف كان مكرها حيث عللوا بأن بيع النصف أشد ضررا من بيع الكل وإعتاق الكل
***
[١٣٩]
[بقيمته ونصف المهر إن لم يطأوعلى الردة لم تبن امرأته وحرمة طرف الانسان كحرمة نفسه.] أشد ضررا من عتق النصف ويطلب الفرق. قال رحمه الله: (ونصف المهران لم يطأ) يعني لو أكره على أن يطلق امرأته فطلقها قبل الوطئ ضمن المكره نصف المهر لان ما عليه كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها بمعصية كالارتداد وتقبيل ابن الزوج وقد تأكد ذلك بالطلاق فكان تقريرا بالمال فيضاف تقريره إلى المكره وكان متلفا له فيرجع به عليه. أطلق في الرجوع وهو مقيد بما إذا قال أردت به الانشاء في الحال كاطلب مني أو قال أردت الاتيان بمطلوبه، أما إذا قال أردت الاخبار كاذبا فيقع قضاء لا ديانة ولا يضمن المكره شيئا لانه عدل عما أكره عليه فكان طائعا في ذلك فلا يصدق قضاء ولا يضمن المكره لانه خالفه. هذا إذا كان المهر مسمى، وإن لم يكن مسمى فيه فيرجع عليه بما لزمه من المتعة. ولو أكره على أنه يعتق عبده أو يطلق امرأته ففعل رجع بالاقل من قيمة العبد ومن نصف المهر لان الضرر كان يندفع بالاقل، ولو كان ذلك بعد الدخول لا يجب على المكره شئ لانه لم يتلف عليه شيئا. ولو أكره على التوكيل بالطلاق أو العتاق فأوقع الوكيل وقع استحسانا، والقياس أن لا يصح التوكيل لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه كالبيع وأمثاله. وجه الاستحسان أن الاكراه لا يمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده فكذا التوكيل ينعقد مع الاكراه والشروط الفاسدة لا تؤثر في الوكالة

لانها من الاسقاطات، ويرجع الموكل على المكره بما أتلف عليه ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه إكراه. ولو أكره على النذر صح ولزم لانه لا يحتمل الفسخ فلا يعمل فيه الاكراه ولا يرجع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا، وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لانهما لا يحتملان الفسخ، وسواء كان اليمين على الطاعة أو على المعصية. وكذا الرجعة والايلاء والفئ فيه با للسان لان الرجعة استدامة النكاح فألحقت بالنكاح، والايلاء يمين فألحق باليمين. ولو بانت بمضي أربعة أشهر ولم يكن دخل بها لزمه نصف المهر وليس له أن يرجع به على المكره لانه كان متمكنا من الفئ في المدة، وكذا الخلع لانه طلاق. ولو أكره على أن يجعل كل مملوك يملكه حرا في المستقبل ففعل ثم ملك مملوكا عتق عليه ولا ضمان على المكره لان العتق حصل باعتبار صنع من جهته. وإن أكره على أن يعلق عتق عبده بفعل لا بد له منه نحو أن يقول إن صليت فعبدي حر أو أكلت أو شربت ثم فعل المكره هذه الاشياء عتق العبد وغرم المكره قيمته لانه لا بد له من هذه الافعال وكان ملجأ. ولو أكره على أن يكفر ففعل لم يرجع بذلك على الذي أكره لانه أمره بالخروج عن حق لزمه. ولو أكره على عتق عبد عن كفارة ففعل عتق وعلى المكره قيمته لانه لمن لم يجب عليه أن يعتق عبدا معينا عن كفارة معينة فهو بالاكراه معتديا عليه ولا يجزيه عن الكفارة لانه في معنى العتق بعوض. ولو قال أنا أبرئه عن القيمة حتى يجزئ عن الكفارة لم يجز ذلك لان العتق نفذ غير مجزئ عن
***
[١٤٠]
الكفارة والموجود بعد ذلك إبراء عن الدين وهو لا يتأدى به الكفارة. ولو قال اعتقه حين أكرهني وأنا أريد به عن الكفارة ولو أعتقه بإكراه أجزأه عن الكفارة وليس له أن يرجع بقيمة العبد على المكره. ولو أكره على الزنا فزنى يجب عليه الحد في قول الامام أولا وهو قول زفر ثم رجع وقال لا يجب عليه الحد إذا أكرهه السلطان، وإن أكرهه غيره يجب. وقالا: لا يجب عليه الحد في الوجهين، وهذا اختلاف عصر وزمان على ما بيناه من قبل وفي موضع سقط الحد ووجب المهر سواء كانت مكرهة على الفعل أو أذنت له بذلك. أما الاول فظاهر لانها لم ترض بسقوط حقها، وأما الثاني فلان إذنها لغو لكونها محجورة عن ذلك شرعا. قال رحمه الله: (وعلى الردة لم تبن امرأته) يعني لو أكره على الردة وأجرى كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان لم تبن امرأته لانه لم يكفر به. ولو قال عند قوله على الردة لم يرخص ولو فعل لم تبن به امرأته لكان أولى وأخرى، ولان الكفر يتعلق بتبدل الاعتقاد ولم يتبدل اعتقاده حيث كان قلبه مطمئنا بالايمان حتى لو ادعت المرأة ذلك وأنكر كان القول قوله استحسانا. والقياس أن يكون القول قولها حتى يفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب لحصول البينونة بها فيستوي الطائع والمكره كلفظة الطلاق. ووجه الاستحسان هذا اللفظ غير موضوع للفرقة وإنما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم التغير فلا تقع الفرقة، ولهذا لا يحكم عليه بالكفر بخلاف ما إذا أسلم مكرها حيث يحكم عليه بالاسلام لانه وجد منه أحد الركنين وفي الركن الآخر احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطا لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه، ونظيره السكران فإن إسلامه يصح ولا تصح ردته لعدم القصد. هذا البيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى فإذا لم يعتقد فليس بمؤمن. وعدم إبانة الزوجية إذا قال لم يخطر ببالي شئ ونويت ما طلب مني وقلبي مطمئن بالايمان، ولو قال نويت الاخبار باطلا ولم أنو ما أمرت به بانت امرأته في الحكم لانه مخالف لما طلب منه باعتبار الظاهر فلا يصدق أنه نوى ذلك في حق المرأة. ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر على الباطل بانت امرأته ديانة وقضاء لانه كفر حقيقة. والاكراه على الصلاة أو سب النبي صلى الله عليه وسلم في أمانة المرأة وعدمه على هذا التفصيل، ولو قال خطر ببالي أنه لو أكره العدو على كلمة الكفر لا جرى على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان كفر. قال رحمه الله: (وحرمة طرف الانسان كحرمة نفسه) حتى لو أكره على قطع يد إنسان يقطع يده لا يرخص له ذلك فإن فعل ذلك يأثم ويجب القصاص على المكره لو كان حرا، ويضمن نصف القيمة لو كان رقيقا، وهذا لا ينافيه ما نقله قاضيخان إذا قال لرجل اقطع يد هذا وإلا قتلتك وسعه أن يقطع، وإذا قطع كان على الآمر القصاص على قول الامام. وفي التاتارخانية: إذا قال إن لم تقطع يدك وإلا قطعتها لا يسعه أن يقطع يد نفسه ا ه‍. فظهر بما نقلنا إذا كان أحدهما أغلظ من القطع وسعه وإن كان قطع بقطع لا يسعه. ولو أكره على قطع طرف نفسه حل له قطعه بخلاف ما إذا أكره على قتل
***
[١٤١]

[باب الحجر] نفسه حيث لا يحل له قتلها لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال في حق صاحب الظرف حتى يحل له قطعها إذا أصابتها أكلة. ولو أكره على أن يلقي نفسه في النار أو على الالقاء من الجبل بالقتل وكان الالقاء بحيث لا ينجو ولكن فيه نوع تخفيف فله الخيار إن شاء فعل وإن شاء لم يفعل عند الامام، فلو ألقى نفسه في النار فاحترق فعلى المكره القصاص، وعندهما لا يصبر ولا يفعل. ولو قال له لتلقين نفسك من رأس الجبل أو لاقتلنك بالسيف فألقى نفسه فمات فعند أبي حنيفة تجب الدية على عاقلة المكره لانه لو باشر لا يجب عليه القصاص لانه قتل بالمثقل بل فيه الدية على العاقلة فكذا إذا أكره عليه. وعند الثاني تجب الدية على المكره في ماله. وعند محمد يجب القصاص. ولو قال لآخر اقتلني تجب الدية في ماله في الصحيح. ولو أكرهت المرأة على التزويج بمهر فيه غبن فاحش ثم زال الاكراه فرضيت المرأة ولم يرض الولي فللولي الفراق عند أبي حنيفة أو يتم مهر المثل. وقالا: ليس له ذلك لان المهر خالص حقها حتى تملك إسقاطه والله تعالى أعلم بالصواب. باب الحجر أورد الحجر عقيب الاكراه لان في كل واحد منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب الاختيار إلا أن الاكراه لما كان أقوى تأثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر. والحجر في اللغة المنع من قولك حجر عليه القاضي يحجر حجرا إذا منعه من التصرف في ماله ولهذا سمي الحطيم حجرا لانه منع من البيت، ومنه قوله تعالى * (هل في ذلك قسم لذي حجر) * (الفجر: ٥) أي لذي عقل. وفي الشرع عبارة عن مبيع مخصوص في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون وهذه الثلاثة سبب الحجر، وألحق بهذه الثلاثة ثلاثة أخر المفتي الماجن والطبيب الجاهلي والمكاري المفلس. ومن محاسن الحجر أن فيه شفقة على خلق الله وهي أحد طرفي الديانة والآخر التعظيم لامر الله، وتحقيق ذلك أن الله تعالى خلق الورى وفرق بينهم في النهى فجعل بعضهم أولي النهي والرأي ومنهم أعلام الهدى ومصابيح الدجى، وبعضهم مبتلى بأساليب الردى فيما يرجع إلى المعاملات كالمجنون والمعتوه والرقيق والصغير، وركب الله في البشر العقل والهوى، وركب في الملائكة العقل دون الهوى، وركب في البهائم الهوى دون العقل، فمن غلب عقله على هوائه كان من أفضل الخلق، ومن غلب هواه على عقله كان أردى من البهائم. ودليله ما روي أنه عليه الصلاة والسلام حجر على معاذ وقسم ماله لغرمائه ولان تصرفه لا يشمل توفير النظر والمصلحة فلذا يحجر عليه. قال رحمه الله: (هو منع عن التصرف

***

[١٤٢]

[هو منع عن التصرف قولا لا فعلا بصغر ورق وجنون فلا يصح تصرف صبي وعبد بلا إذن ولي وسيد ولا يصح تصرف المجنون المغلوب بحال ومن عقده منهم وهو يعقله] قولا لا فعلا بصغر ورق وجنون) يعني يحجر عليه بهذه الاسباب المذكورة. واعترض عليه بأن هذه العبارة تفيد حصر المنع في هذه الثلاثة لان ذكر الافراد يفيده وليس كذلك بل يحجر على المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس بالاتفاق، والسفيه والمغفل والمديون على قولهما وعليه الفتوى كما في البزازية فقوله في دليل التعريف بصغر إلى آخره تفسير زائد وتقييد فاسد فالتعريف فيه قصور من حيث تقييد المطلق وأصل التعريف لمطلق الحقيقة وهو لا يخلو إما إن أراد أن يعرف المنع المتفق عليه فعله أن يسقط الزيادة أو يزيد ومجانة وجهل وإفلاس ليكون سببا للمتفق عليه، أو يقول بسبب يوجبه، ولا يخفى أن الرق ليس سببا للحجر في الحقيقة لانه مكلف محتاج كامل الرأي والعقل وإنما حجر عليه لحق المولى. قوله لا فعلا أراد فعلا لم يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات، أما إذا كان الفعل يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات فهو محجور عليه في حكم ذلك الذي يندرئ بالشبهات كالصبي والمجنون إذا زنى أو قتل فهو محجور عليه بالنسبة لحكم الزنا وهو الحد وبالنسبة بحكم القتل وهو القصاص، كذا في الجوهرة. وقوله قولا نكره في سياق الاثبات وهي تختص عندنا قالوا: المراد بالاقوال هنا ما تردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء ويوجب الحجر من الاصل بالاعدام في حكم قول تمحض ضررا كالطلاق والعتاق في حق الصبي والمجنون دون العبد فإن طلاقه يقع ولم يجب الحرج فيما تمحض نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة. قوله لا فعلا نكرة في سياق النفي فيعم ما تقدم ذكره. فإن قيل: الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر كلها من الاقوال المعتبرة في الشرع والقصد ليس بشرط لاعتبارها شرعا كما صرحوا به في مواضع لا سيما في مباحث الهزل في الاصول فكيف حكمت بأنها عدم من الصبي والمجنون مع أن القصد ليس بشرط في اعتبارها إذا صدرت مع تمام الاهلية؟ وأجيب بأن من ذكر له قصد وما يقصد وما ذكر ليس له قصد معتبر فافترق الحال اه‍. قال رحمه الله: (فلا يصح تصرف صبي وعبد بلا إذن ولي وسيد) لان الصبي عديم العقل إذا كان غير مميز وإن كان مميزا فعقله ناقص لعدم الاعتدال وهو البلوغ

فيحتمل فيه الضرر فلا يجوز إلا إذا أذن له المولى فيصح حينئذ لترجح جانب المصلحة للمولى، فإذا أذن له بعد ذلك فيتصرف بأهليته إذا كان بالغا عاقلا وإن كان صغير فبأهلية الولي. وفي السراجية: للصغير الذي لا يعقل البيع إذا باع أو اشترى فأجاز الولي لم يصح ولو أذن القاضي للصبي بالتصرف صح تصرفه. قال رحمه الله: (ولا يصح تصرف المجنون المغلوب بحال) يعني لا يجوز تصرفه بحال ولو أجازه الولي لان صحة العبارة بالتمييز وهو لا تمييز له فصار كبيع الطوطي، وإن كان يجن تارة ويفيق أخرى فهو في حال إفاقته كالعاقل والمعتوه كالصبي العاقل في تصرفاته

***

[١٤٣]

[يجيزه الولي أو يفسخه وأن أتلفوا شيئا ضمنوا ولا ينفذ إقرار الصبي والمجنون وينفذ] وفي رفع التكليف عنه وهو الناقص العقل، وقيل هو المدهوش من غير جنون. واختلفوا في تفسيره اختلافا كثيرا وأحسن ما قيل فيه هو من كان قليل الفهم فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون. قال رحمه الله: (ومن عقد منهم وهو يعقله يجيزه الولي أو يفسخه) يعني من عقد البيع والشراء من هؤلاء المحجورين وهو يعقله أي وهو يعقل أن البيع سالب والشراء جالب ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة فالولي بالخيار إن شاء أجازه وإن شاء رده. فإن قيل: هذا في البيع يستقيم وأما في الشراء فلا يستقيم لانه لا يتوقف بل ينفذ على المشتري. قلنا: إنما ينفذ على المشتري إذا وجد نفاذا كشراء الفضولي وهنا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية أو لتضرر المولى فيتوقف الكل. قال في العناية: الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فإما لها شروط في اعتبارها شرعا لقصد دون العقل أجيب بوجهين: أحدهما الاقوال الموجودة حسا ليست عين مدلولها بل دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فإن الموجود منها هو عينها، فبعد ما وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة. الثاني القول قد يقع صدقا وكذبا ويقع جدا وهزلا فلا بد من القصد بخلاف الفعل قال: فإن قيل قوله تصرف صبي وعبد الخ يفيد أن عقدهما لا ينعقد وقوله ومن عقد منهم وهو يعقله يجيزه الولي أو يفسخ يفيد أن ينعقد موقوفا وبينهما منافاة، فالجواب أن المراد بقوله لا يصح لا ينفذ وهو شائع في عبارة الفقهاء. فإن قيل: كان يمكنه أن يقول ومن عقد منهما بلفظ التثنية دون الجمع يعني الصبي والعبد. قلنا: فهم من قوله المغلوب غير المغلوب الذي بمنزلة الصبي والعبد فلذا عبر بلفظ الجمع. قال في العناية: أراد الصبي والمجنون الذي هو يجن ويفيق فإنه بمنزلة الصبي. قال ابن فرشته: الولي هو القاضي والولي الذي يلي التجارة في مال الصبي كالاب والجد والوصي ولا يجوز بإذن العم والام والاخ ا ه. وإذا رفع الامر إلى القاضي لا يخلو إما أن يكون الثمن قائما أو هالكا، ولا يخلو إما أن يكون بيع رغبة أو غبينة وإذا رد المبيع والثمن قائم في يده رده، وإن كان المحجور استهلك الثمن ينظر إن استهلكه في النفقة وما يجوز له فإن القاضي يعطى الدافع مثله، وإن استهلكه فيما لا يحتاج إليه فإن صرفه في وجوه الفساد يضمن المحجور مثله عند الثاني، وعند محمد لا يضمن، كذا في التتارخانية. والظاهر أن الولي إذا علم بالبيع كالقاضي. قال رحمه الله: (وإن أتلفوا شيئا ضمنوا) لانهم غير محجور عليهم في الافعال إذ لا يمكن أن يجعل القتل غير القتل والقطع غير القطع فاعتبر في حقه فثبت عليه موجبه لتحقق السبب ووجود أهلية الوجوب وهي الذمة لان الانسان يولد وله ذمة صالحة لوجوب الحق إلا أنه لا يطالب بالاداء إلا عند القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين إلا إذا أيسر وكالنائم لا يطالب

***

[١٤٤]

[العبد في حقه لا في حق مولاه فلو أقر بمال لزمه بعد الحرية ولو أقر بحد أو قود لزمه] بالاداء إلا إذا استيقظ، هكذا قاله الشارح، فظاهره أن الوجوب يتأخر إلى البلوغ والعتق وفي الحدادي يضمن كما يضمن الحر البالغ العاقل، فظاهره أنه يضمن في الحال ويؤيده ما قال في العناية: جنين ابن يوم لو انقلب على قارورة إنسان فكسرها يجب عليه الضمان في الحال ا ه. فلو أن الصبي أو المجنون أو العبد استهلكوا مالا ضمنوا المال في الحال. وفي التتارخانية: إذا أودع صبيا أو عبدا مالا فاستهلكه لا يضمن الصبي ولا العبد في الحال على قول محمد. وقال أبو يوسف: يضمن إلا أن العبد يؤاخذ بعد العتق والصبي يؤاخذ بعد زوال الحجر لانه لما أودعهم سلطهم عليه، وفي الاول لم يسلطهم فيضمن في الحال الصبي في ماله والعبد يدفعه المولى أو يفديه. قال رحمه الله: (ولا ينفذ إقرار الصبي والمجنون) لان

اعتبار الاقوال في الشرع منوطة بالاهلية وهي معدومة فيهما حتى لو تعلق بإقرارهما حكم شرعي كالحد لا يعتبر أيضا إلا من حيث إنه إتلاف فيجب الضمان، لا يقال هذا علم من قوله قولا لانا نقول بطريق التضمين والتصريح أبلغ منه فلذا ذكره. قال رحمه الله: (وينفذ إقرار العبد في حقه لا في حق مولاه فلو أقر بمال لزمه بعد الحرية) لانه إقرار على غيره وهو المولى لما أنه وما في يده ملكه وإقرار الرجل على غيره لا يقبل فإذا عتق زال المانع فتبيع به لوجوب سبب الاهلية. وظاهر لعبارة نفوذ الاقرار مطلقا سواء سكت بعد ذلك أو قال باطلا أو حقا ولذلك قال في المحيط: ولو أقر باستهلاك وديعة ثم صلح فصار أهلا للاقرار فأقر أنه استهلكها في حال فساده لم يضمن عند محمد بخلاف ما لو أقر بقتل على هذا الوجه حيث يلزمه في ماله كما لو شوهد ذلك منه. والفرق أن استهلاك الوديعة لم يثبت بمعاينة وبالبينة لم يصدق عند محمد فكذا إذا ثبت بالاقرار، والقتل لو صدر منه بالمعاينة وجبت الدية على العاقلة، وكذا إذا ثبت بالاقرار يجب في ماله. ولو أقر لرجل بمال ثم صلح بأن صار أهلا وقال أقررت بها باطلا لم يلزمه وإن قال كان حقا يلزمه، وإن قال كان باطلا لم يوجد منه إقرار بعد الصلاح فلا يلزمه، وكذا الصبي المحجور عليه لو أقر أنه استهلك مال إنسان بغير إذنه ثم قال بعد البلوغ كان حقا أو باطلا. ولو قال لرجل بعد الصلاح أقرضني في حال فسادي وقال الآخر لا بل في صلاحك واستهلكتها فالقول قول رب المال إلا أن يقيم المحجور البينة على ذلك. والفرق أن في الاول أقر أن الاستهلاك وجد منه وادعى الاذن والتسليط وأنكر رب المال ذلك لما قال أقرضتك فيكون القول قول المحجور عليه وعلى رب المال البينة بخلاف الثانية. قال رحمه الله: (ولو أقر بحد أو قود لزمه في الحال) لانه يبقى على أصل الحرية في حقهما لانهما من خواص الانسانية وهو ليس بمملوك من جهة أنه آدمي بل من جهة أنه مال ولهذا لا يصح إقرار المولى بهما عليه لانه يبقى على أصل الحرية في حقهما. فإن قيل قال صلى الله عليه وسلم لا يملك العبد والمكاتب شيئا إلا الطلاق و

***

[١٤٥]

[في الحال لا بسفه فإن بلغ غير رشيد لم يدفع له ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة] شيئا نكرة في سياق النهي فتعم فيقتضي أن لا يملك الاقرار بالحدود والقصاص قلنا: لما بقي على أصل الحرية في حقهما يكون إقراره بهما إقرارا بالحرية لا بالعبدية، ولان قوله تعالى * (بل الانسان على نفسه بصيرة) * (القيامة: ١٤) يقتضي أن يصح إقراره فينفذ أو يقال إن النص يحمل أنه روي على غير هذه الصورة دفعا للتعارض. قال رحمه الله: (لا بسفه) يعني لا يحجر عليه بسبب السفة عند الامام. وقال أبو يوسف ومحمد: يحجر عليه. للامام ما روى ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام ذكر له رجل يخدع في البيع فقال: من بايعت فقل لا خلابة. رواه البخاري ومسلم. وفي رواية غيرهما قيل له احجر عليه ولانه عاقل كامل العقل ألا ترى أنه مطلق فلا يحجر عليه كالرشيد. ولهما قوله تعالى * (فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل) * (البقرة: ٢٨٢) وهذا نص في إثبات الولاية على السفيه، وما روي أنه عليه الصلاة والسلام حجر على معاذ في الغياثية والمراد بالفساد هنا السفه وهو خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير وإتلاف على خلاف مقتضى الشرع والعقل ا ه. وفي الاصل: والحجر بسبب الفساد والسفه فهو نوعان: أحدهما لخفة في العقل وكان سببه القلب لا يهتدي إلى التصرفات فيحجر عليه القاضي على قولهما. والثاني أن يكون سفيها مضيعا لماله إما في الشر بأن يجمع أهل الشر والفساد في داره ويطعمهم ويسقيهم ويصرف في النفقة ويفتح باب الجائزة والعطاء عليهم، أو في الخيرات بأن جميع ماله في بناء مسجد وأشباهه فيحجر القاضي عند صاحبيه صيانة لما له. واتفقا على أن الحجر عليه بالدين لا يثبت إلا بقضاء القاضي، واختلفوا في الحجر بسبب الفساد والسفه، قال أبو يوسف: لا يثبت إلا بقضاء القاضي. وعندهما يثبت بنفسه السفه ولا يتوقف على قضاء القاضي. قال في المحيط: القضاء بالحجر ليس بقضاء بل فتوى لعدم شرائط القضاء وهي الدعوى والانكار حتى لو وجد الدعوى والانكار بأن وهب السفيه ماله من إنسان وسلم إليه وصار فقيرا تجب نفقته على محارمه فيرفعوا أمرهم إلى القاضي وأخبروه بأنه يفني ماله سفها وطلبوا منه الحجر عليه فالقاضي يحضر السفيه والموهوب له فادعى عليه من وجبت عليه النفقة أن ماله في يد هذا الرجل فأمره برده عليه فقضى القاضي بالرد عليه يفسد قضاء ا ه. وفي التهذيب: وإذا وجد شرط الدعوى وقضاء القاضي صار متفقا عليه فلا تنفذ تصرفاته بعد القضاء عندهما والامام أيضا ا ه. وفي المنتفي: لو حجر

عليه قاض فرفع ذلك إلى قاض آخر وأطلقه جاز إطلاقه لان الحجر من الاول فتوى لتقدم شرطه كما تقدم. قال صاحب الهداية: ولو قضى القاضي فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من إمضاء قاض حتى آخر يلزم لان الاختلاف إذا وقع في نفس
***
[١٤٦]
[ونفذ تصرفه قبله ويدفع إليه ماله إن بلغ المدة معسرا وفسق وغفلة ودين وإن طلب] القضاء لا يلزم ولا يصير مجمعا عليه حتى يمضيه قاض آخر بخلاف ما إذا كان الاختلاف موجودا قبل القضاء فإنه بالقضاء الاول وجد شرطه فيكون مجمعا عليه ا ه‍. قال الشارح: وفيه نظر فإن محمدا يقول بأنه يصير محجورا بنفس السفه قبل قضاء القاضي. وفي الاصل: الحجر بسبب السفه يقارن الحجر بالدين من ثلاثة وجوه: الاول أن الحجر على السفيه لمعنى في ذاته أما الحجر بسبب الدين فلحق الغرماء. الثاني المحجور عليه بسبب السفه إذا أعتق عبدا ووجب عليه السعاية فإذا أدى لا يرجع به على المولى بعد زوال الحجر والمقضي عليه بالافلاس إذا أعتق عبدا بما في يده وجبت عليه السعاية، فإذا أدى يرجع بما أدى على المولي بعد زوال الحجر. الثالث المحجور عليه بالدين يزول إقراره بعد زوال الحجر، وكذا حال قيام الحجر فيما يحدث في المال والمحجور عليه بالسفه لا يجوز إقراره لا في حال الحجر ولا بعد زوال الحجر لا في المال القائم ولا الحادث. وإذا صار السفيه مصلحا لماله هل يزول الحجر من غير قضاء القاضي؟ فعند أبي يوسف لا يزول إلا بالقضاء، وعند محمد يزول من غير قضاء. وفي نوادر هشام عن محمد: السفيه المحجور إذا زوج ابنته الصغيرة أو أخاه الصغير لم يجز. وفي البزازية: والفتوى على قولهما. قال رحمه الله: (فإن بلغ غير رشيد لم يدفع له ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة ونفذ تصرفه قبله ويدفع إليه ماله إن بلغ المدة معسرا) وهذا عند الامام، وعندهما لا يرفع إليه حتى يؤنس منه الرشد ولا يجوز تصرفه فيه أبدا لقوله تعالى * (فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم) * (النساء: ٦) علق الدفع بوجود الرشد فلا يجوز قبله. وللامام قوله تعالى * (وآتوا اليتامى أموالهم) * (النساء: ٢) والمراد منه بعد البلوغ ولان حال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الصباء فقدرناه بخمس وعشرين سنة. وما روي عن ابن عمر أنه قال: ينتهي لب الرجل إذا بلغ خمسا وعشرين سنة. وقد قال أهل الطبائع: إذا بلغ خمسا وعشرين سنة فقد بلغ رشده لانه بلغ سنا يتصور أن يصير فيه جدا لان أدنى ما يبلغ فيه الغلام اثنا عشر سنة فيولد له ولد لستة أشهر ثم الولد يبلغ اثني عشر سنة فيولد له ولد لستة أشهر فقد صار بذلك جدا. والآية الثانية فيها تعليق الشرط والتعليق بالشرط لا يوجب العدم عند عدم الشرط على أصلنا على ما عرف في موضعه. والتفريع لا يتأتى على قول الامام ويتأتى على قولهما. وإذا باع لا ينفذ بيعه وإن كان فيه مصلحة أجازه الحاكم لانه مكلف عاقل، وينفذ فيما يضره كالاعتاق والطلاق. ولو باع قبل حجر القاضي عليه جاز عند أبي حنيفة لان السفيه ليس بمحبوس وإنما يستدل عليه بالعيون في تصرفاته، وذلك يحتمل لانه يجوز أن يكون للسفيه ويجوز أن يكون حيلة عنه لاستجلاب قلوب المجاهدين فإذا تردد لا يثبت حكمه إلا بقضاء القاضي بخلاف الجنون والصغر والعتة. وعند محمد لا يجوز لان علة الحجر
***
[١٤٧]
السفه وقد تحقق في الحال فيترتب عليه موجبه بغير قضاء كالصبا والجنون والعتة بخلاف الحجر بالدين لانه لحق الغير لانه من طلبهم. ولو قضى قاض في بيع سفيه بإبطال أو إجازة ثم رفع ذلك إلى قاض آخر لا يرى ما يراه الاول فينبغي أن يجيز القضاء الاول، فإذا أبطله ورفع إلى ثالث أبطل قضاء الثاني لان قضاء الاول قضاء فيما هو مختلف فيه فنفذ قضاؤه بالاجماع ويصير متفقا عليه والثاني قضاء بخلاف الاجماع فلا ينفذ، ولو كان الاول قضى بالحجر عليه ثم رجع وقضى بإطلاقه جاز قضاء الثاني لان قضاء الاول بالحجر كان أقوى وإذا أجاز القاضي بيع المفسد ولم ينه المشتري عن دفع الثمن عليه يبرأ المشتري بالدفع إليه، وإن نهاه فدفع لم يبرأ ويدفع الثمن ثانيا. وإذا قال المشتري أجزت بيعه ونهاه المشتري عن الدفع إليه فدفع قبل العلم برئ وبعد العلم لا يبرأ كالوكيل إذا عزله الموكل بخلاف ما إذا أجاز بشرط أن لا يدفع له الثمن لانه لم يصر مأذونا بالدفع، فإذا دفع لا يبرأ علم أو لم يعلم. وإذا أذن له القاضي أن يبيع ويشتري جاز بيعه وقبضه بخلاف الاب إذا أذن له لا يصح إذنه لانه بعد البلوغ انقطعت ولايته. وإذا باع بما لا يتغابن فيه لا يجوز لان المحاباة تبرع وبما يتغابن فيه يجوز فلو قال القاضي لاهل السوق أجيز ما يثبت منه بالبينة ولا أجيز ما يثبت منه بالاقرار يعمل بهذا التخصيص في حقه. ولو أذن للصبي على هذا الوجه يصير مأذونا في الانواع كلها، ولو أذن له في البر تعدى إلى سائر التجارات لان التخصيص

إنما يصلح إذا كان مفيدا أو إنما يكون مفيدا إذا كان يحصل به صيانة المال وبهذا التخصيص لا يحصل. ولو قال لاهل السوق أذنت له ولا أجيز من بيعه وشرائه إلا ما قامت عليه البينة ولا أجيز إقراره فهو كما قال في الصبي والعبد المأذون له أجيز ما أقيمت عليه البينة ولا أجيز إقرارهما يلزمهما بالاقرار كالبينة. والفرق أن المفسد في التخصيص يفيد صيانة المال فكان التخصيص مفيدا، وفي الصبي المصلح والعبد المصلح التخصيص غير مفيد لانهما حافظان لمالهما فلم يقدر، محيط. قال في التتارخانية: ويثبت حكمه في النهي في حقه بخبر واحد، سواء كان عدلا أو غير عدل عندهما. وعند الامام لا يثبت حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان ا ه. وإذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها فهو على هذا الخلاف، وإذا أعتق عبدا عندهما. وقال الشافعي: لا يعتق. لنا أن كل كلام لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه السفه. وكل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر السفه فيه كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر السفه فيه. قال في العناية: وفيه بحث من أوجه: الاول أن السفيه إذا حنث في يمينه وأعتق رقبة لا ينفذه القاضي، وكذا لو نذر بهدي أو غيره لم ينفذ. فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل وقد أثر فيه الحجر بالسفه. والثاني أن الهازل إذا أعتق عبده عتق ولم يجب عليه سعاية والمحجور عليه بخلافه. والجواب عن الاول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذر لان

***

[١٤٨]

في تنفيذهما إضاعة المقصود من الحجر ا ه. وإذا نفذ عندهما فعلى العبد أن يسعى في قيمته عند محمد وهو الصحيح، ولو جوز في الظهار نفذ ويسعى العبد في قيمته وهو قول أبي يوسف أولا، وفي قول أبي يوسف الاخير وهو رواية عن محمد ليس عليه سعاية لانه لو سعى يسعى لمعتقه والمعتق لا يلزمه السعاية لحق معتقه بحال ما، وإنما تلزمه السعاية لاجل الغير. ولو دبر جاز تدبيره عنده إلا أن المدبر لا تجب عليه السعاية ما دام المولي حيا، فإذا مات المولي ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا، وإن جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكانت الامة أم ولد له والولد حر لانه في إلحاقه بالمصلح في الاستيلاد توفير النظر لاحتياجه إليه ويلحق هذا الحكم بالمريض المديون وتعتق من جميع ماله بموته ولا تسعى ولا ولدها في شئ بخلاف ما إذا أعتقها من غير أن يدعي الولد. ولو لم يكن معها ولد فقال المحجور هذه أم ولدي كانت بمنزلة أو الولد لا يقدر على بيعها، فإذا مات المولى سعت في كل قيمتها بمنزلة المريض إذا قال لامته هذه أم ولدي وليس معها ولد لانها إذا كانت معها ولد فثبوت نسب الولد بمنزلة الشاهد بخلاف ما إذا لم يكن مها ولد لانه شاهد معها. وإن تزوج امرأة جاز النكاح لانه لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه السفه، فإذا سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها وبطل الفضل، وإذا طلقها قبل الدخول وجب نصف مقدار مهر المثل من المسمى. وكذا لو تزوج أربع نسوة أو تزوج كل يوم واحدة وطلقها. وفي الاصل: وللاب ووصيه أن يتصرف في مال السفيه بإذن القاضي، وفي قاضيخان سئل أبو بكر البلخي عن محجور وقف عليه ضيعة فقال: وقفه باطل إلا أن يأذن له القاضي. وقال أبو القاسم: لا يجوز وقفه وإذا أذن له القاضي ا ه. قال في المحيط: امرأة مسرفة سفيهة طلقها زوجها على مال وقبلت وقع الطلاق رجعيا ولا يلزمها المال أصلا لان السفيه محجور عن المال، وإذا وقع بلفظ الخلع وقع بائنا. وفي المنتقي: وإذا دفع الوصي إلى الوارث حين أدرك وهو فاسد فهو جائز وهو برئ عن الضمان ويخرج الزكاة عن مال السفيه وينفق عليه وعلى ولده وعلى زوجته ومن تجب النفقة من ذوي أرحامه من ماله لان إحياء ولده وزوجته من حوائجه الاصلية والانفاق على ذوي الارحام واجب عليه حقا لقريبه، والسفه لا يبطل حقوق الناس ولا حقوق الله تعالى إلا أن القاضي يدفع إليه قدر الزكاة ليفرقها بنفسه على الفقراء لان الواجب عليه الايتاء وهو عبارة عن فعل يفعله وهو عبادة ولا يحصل ذلك إلا بنيته، ويدفع القاضي معه أمينا كيلا يصرفها إلى غير المصرف ويسلم القاضي النفقة إلى أمينه ليصرفها إلى مستحقيها لانه لا يحتاج فيها إلي النية فاكتفي فيها بفعل الامين. وفي المحيط: ولا يصدق أنه قريبه إلا ببينة إلا الوالد والولد والزوج والمولى، وكذا المرأة في سوى الولد لان نفقة الوالدين والمولودين تجب بالنسب وهو مصدق فيه، ونفقة غيرهم تجب باعتبار القرابة والعسر والحاجة فلا يثبت بالاقرار. ولو حلف وحنث أو نذر نذرا من هدي أو صدقة أو ظاهر من امرأته يكفر عن يمينه وغيرها

***

[١٤٩]

بالصوم، وإذا أراد حجة الاسلام لا يمنع منها لانها واجبة بإيجاب الله تعالى ابتداء وليس له فيها صنع، وفي الفرائض هو ملحق بالصلح

إذ لا تهمة فيها، وكذا العمرة واجبة بإيجاب الله تعالى. وإن اصطاد في إحرامه أو حلق أو فعل ما يجب به الصوم صام ولم يدفع فيه مالا، ولو رأى القاضي أن يأمر إذا ابتلي بأذى لحلق أو لبس أن يذبح أو يتصدق عنه فلا بأس بذلك ولا يفعله الامير بغير إذن القاضي وإن تطيب في إحرامه أو فعل ما لا يجوز فيه الصوم فهذا لازم ولا يؤديه حتى يصلح لانه بمنزلة العبد عليه والعبد إذا أحرم بإذن مولاه فارتكب شيئا من محظورات الاحرام، فإن كان جزاؤه بالصوم فإنه يصوم، وإن كان بالمال يتأخر والكفارة في ذمته لا تدفع إلا أن يصلح. ولو جامع بعد الوقوف قبل الطواف يلزمه بدنة ويتأخر إلى أن يصلح، ولو قضى حجه إلا طواف الزيارة فرجع إلى أهله ولم يطف طواف الصدر لا يمنع نفقة الرجوع للطواف، وإن طاف جنبا ثم رجع لم تدفع إليه نفقة العود وعليه بدنة بطوافه جنبا وشاة لطواف الصدر، فإذا حصر في حجة الاسلام بسبب هدي ليتحلل به كالعبد المأذون لانه لا صنع له فيه. ولو أحرم بحجة تطوع دفع إليه من النفقة مقدار ما لو كان في منزله ويقال له إن شئت فأخرج ماشيا إلا أن يكون القاضي وسع في النفقة فقال أنا أكري بذلك الفضل وأنفق على نفسي فلا يمنع من ذلك لانه ليس فيه إسراف، وإذا مرض يزاد في نفقته لزيادة الحاجة. ولو حصر في حجة التطوع لا يبعث بهدي إلا أن يبلغ موضع الضرورة، ولا يمنع من القران ولا من المتعة، أراد سوق هدي أو لا، لانه أخف في النفقة ولا يسلم القاضي النفقة إليه بل يسلمها إلى ثقة لينفقها عليه في الطريق كيلا يبذر ويسرف في النفقة. وإن أوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك من ثلث ماله يعني إذا كان له وارث استحسانا، والقياس أن لا تجوز وصيته كما لا تجوز تبرعاته. وجه الاستحسان أن الحجر عليه لمعنى النظر له لكيلا يتلف ماله ويبقى كلا على غيره وذلك في حياته لا فيما ينفذ من الثلث بعد وفاته حال استغنائه عنه. هذا إذا كان الموصى به موافقا لوصايا أهل الخيرية والصلاح نحو الوصية بالحج أو للمساكين أو بناء المساجد والاوقاف والقناطر والجسور، وأما إذا أوصى بغير القرب عندنا لا ينفذ. قال محمد رحمه الله تعالى: المحجور عليه بمنزل الصبي إلا في أربعة: أحدها أن تصرف الوصي في مال الصبي جائز وفي مال المحجور عليه باطل. الثاني إعتاق المحجور عليه وتدبيره وطلاقه ونكاحه جائز ومن مال الصبي لا تجوز. قال في المحيط: وإذا دبره عبده صح ولا يسعى في نقصان التدبير ما دام حيا، وإذا مات يسعى في قيمته مدبرا. قال مشايخنا: هذا إذا كان أهل الصلاح يعدون هذه الوصية إسرافا، فإن كانوا لا يعدونها إسرافا بل معهودا حسا لا يسعى في قيمته إذا كان يخرج من الثلث ا ه. قال رحمه الله تعالى: (وفسق) يعني لا حجر عليه بسبب فسق وهو معطوف على قوله لا بسفه. وقال

***

[١٥٠]

[غرماؤه وحبس ليبيع ماله في دينه ولو ماله دراهم ودينه دراهم قضى بلا أمره ولو] الامام الشافعي: يحجر عليه بالفسق كالسفه زجرا له وعقوبة له. وعندهما الحجر على السفيه صيانة لماله والفاسق مصلح لماله فيدخل تحت قوله تعالى * (فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم) * (النساء: ٦) لان رشدا نكرة فتعم فتتناوله الآية إذ الرشد المذكور في الآية المراد به الاصلاح في المال لا الدين لان الكافر لا يحجر عليه والفسق الاصلي والطارئ سواء. قال رحمه الله: (وغفلة) يعني لا يحجر على الغافل وهو ليس بمفسد ولا يقصده لكن لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة وهذا قول الامام. وقال أبو يوسف ومحمد والامام الشافعي: يحجر عليه كالسفيه صيانة لماله ونظرا له لان أهل منقذ طلبوا من النبي صلى الله عليه وسلم الحجر عليه فأقرهم على ذلك ولم ينكر عليهم فدل على أنه مشروع. قلنا: الحديث دليل للامام لانه عليه الصلاة والسلام لم يجبهم لذلك وإنما قال: قل لا خلابة الحديث. ولو كان مشروعا لاجابهم إليه. قال رحمه الله: (ودين وإن طلب غرماؤه) يعني لا يحجر عليه بسبب الدين ولو طلب غرماؤه الحجر عليه وهذا عند الامام لان في الحجر عليه إهدار أهليته وإلحاقه بالبهائم وذلك ضرر عظيم فلا يجوز، وعندهما يجوز عليه بسبب الدين وعلى قولهما الفتوى، كذا في قاضيخان من باب الحيطان. وفي الكافي: والكلام في الحجر بالدين في موضعين: أحدهما أن يركبه دين مستغرق لماله أو يزيد على أمواله وطلب الغرماء من القاضي أن يحجر فيحجر عليه ويمنع من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء، وفي النوادر: مسألة الحجر بسبب الدين بناء على مسألة القضاء بالافلاس والافلاس عندهما يتحقق في حال حياته فيمكن القاضي القضاء بالافلاس. وفي العناية: وإذا قضى بالحجر بسبب الدين يختص بالمال الموجود في الحال دون ما يحدث من الكسب أو غيره حتى لو تصرف في الحادث نفذ، وإذا صح الحجر بسبب الدين صار حال هذا المحجور عليه كحال مريض عليه ديون الصحة، وكل تصرف يؤدي إلى إبطال حق الغرماء فالحجر يؤثر فيه. وفي التتارخانية:

يشترط علم المحجور عليه حتى يصير محجورا عليه. وفي النوادر: وإذا حبس الرجل في الدين ينبغي للقاضي أن يشهد أنه قد حجر عليه في ماله حتى يقضي ديونه التي حبس فيها. قال رحمه الله: (وحبس ليبيع ماله في دينه) لان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه الحاكم دفعا لظلمه وإيصالا للحق إلى مستحقه، ولا يكون ذلك إكراها على البيع لان المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدين بأي طريق كان عند أبي حنيفة. وقالا: إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر عليه القاضي وباع ماله إن امتنع من بيعه وقسم ماله بين الغرماء ومنعه من تصرف يضر بالغرماء كالاقرار وبيعه بأقل من قيمته لما روي أن معاذا ركبه دين فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص، ولان في الحجر عليه نظرا للغرماء لئلا يلحقهم الضرر بالاقرار والتلجئة وهو أن يبيعه من إنسان عظيم القدر لا يمكن الانتزاع منه أو بالاقرار له ثم

***

[١٥١]

[ماله دراهم وله دنانير أو بالعكس بيع من دينه ولم يبع عرضه وعقاره وإفلاس وإن] ينتفع به من جهته على ما كان ولان البيع واجب عليه لايفاء دينه، فإذا امتنع ناب القاضي منابه، وإن كان معسرا لا يؤجره ليقضي من أجرته دينه أو كانت امرأة لا يزوجها ليقضي دينها من مهرها وتحبس ليقضي الدين من مهرها أو بأي طريق كان والفتوى على قولهما ا ه. قال رحمه الله: (ولو ماله دراهم ودينه دراهم قضى بلا أمره) وكذا إذا كان كلاهما دنانير لان للدائن أن يأخذه بيده إذا ظفر بجنس حقه فكان القاضي معينا له. قال رحمه الله: (ولو ماله دراهم وله دنانير أو بالعكس بيع من دينه) وهذا بالاجماع. أما عندهما فظاهر، وأما عند الامام فاستحسان به. والقياس أن لا يجوز للقاضي بيعه لما ذكرنا أن هذا الطريق غير متعين لقضاء الدين فصار كالعروض. وجه الاستحسان أنهما يتحدان جنسا في الثمنية والمالية ولذا يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة يختلفان في الصور حقيقة وحكما. أما حقيقة فظاهر، وأم حكما فلانه لا يجري بينهما ربا الفضل لاختلافهما فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف، وبالنظر إلى الاختلاف يسكت عن الدائن فله الاخذ عملا بالشبهين. قال رحمه الله: (ولم يبع عرضه وعقاره) وهذا عند الامام وهو بإطلاقه صادق بحال الحياة والموت. قال في الجوهرة: وبيع القاضي عرضه وعقاره بعد الموت بالاجماع. وعندهما بيع القاضي ذلك وعليه الفتوى، كذا في البزازية: فعندهما يبدأ القاضي ببيع النقود لانها مفيدة للتقليب ولا ينتفع بعينها، فإن فضل شئ من الدين بيع العروض فيها لانها مفيدة للتقليب والاسترباح فإن لم يف ثمنها بالدين بيع العقار لان العقار مفيد للنفي عادة فلا يبيعه إلا عند الضرورة، هذه الطريقة إحدى الروايتين عندهما، وفي الرواية الاخرى عندهما يبدأ القاضي ببيع ما يخشى عليه التوي من عروضه، ثم مالا يخشى عليه التلف منه، ثم بيع العقار ويترك عليه دست ثياب من ثياب بدنه ويبيع الباقي لانه به كفاية. وقيل: يترك دستان لانه إذا غسل ثيابه لا بد من ثياب يلبسها. قالوا: إذا كان للمديون ثياب يلبسها ويكتفي بدونها يبيع ثيابه ويقضي الدين ببعض ثمنها ويشتري بما بقي ثوبا يلبسه لان قضاء الدين فرض عليه فكان أولى من التجمل. وعلى هذا إذا كان له مسكن ويمكنه أن يجتزي بدون ذلك يبيع ذلك المسكن ويوفي ببعض ثمنه الدين ويشتري بالباقي مسكنا يسكن فيه، وعن هذا قال مشايخنا: يبيع مالا يحتاج إليه في الحال حتى يبيع اللبد في الصيف والنطع في الشتاء. وإن أقر في حال حجره بمال لزمه ذلك بعد قضاء الدين بخلاف ما إذا استهلك مالا لغيره وحيث يزاحم صاحب المال المستهلك أرباب الديون لانه فعل حسي وهو مشاهد ولذا لو قلنا لو كان سبب وجوب الدين الذي أقر به ثانيا عند القاضي بعلمه أو بشهادة الشهود شارك الغرماء ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه لان حق الغرماء تعلق بالمال الموجود وقت الحجر دون الحادث، وينفق على المحجور

***

[١٥٢]

[أفلس مبتاع عين فبائعه أسوة الغرماء] وعلى زوجته وأولاده الصغار وذوي أرحامه من ماله لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء. وفي التتارخانية: إذا غاب الزوج وطلبت زوجته من القاضي أن يبيع ببيع القاضي عندهما. وفي الخانية: ولو حجر القاضي على رجل وعليه ديون مختلفة فقضى المحجور دين البعض يشاركه الباقون في ذلك ويقسم عليهم، فإن كان المحجور أسرف في الطعام والكسوة أمر القاضي أن ينفق بالمعروف. وفي الينابيع: المحجور عليه إذا تزوج امرأة وزاد في مهر مثلها جاز في مهر مثلها لانه من الحوائج الاصلية. وفي الذخيرة: إذا باع القاضي مال المديون أو أمينه بالدين الذي ثبت عليه ببينة أو إقرار وضاع الثمن أو استحق العين

المعينة فالعهدة على من باع لاجله لاا على القاضي وأمينه ا ه. قال رحمه الله: (وإفلاس) يعني لا يحجر عليه بسبب الافلاس بل يحبس حتى يظهر له مال، فإن لم يظهر له أخرجه من الحبس، وقد ذكرنا الحبس وما يحبس فيه من الديون وكيفية الحبس وقدره وبدين من يحبس والملازمة وصفتها في كتاب القضاء. وإذا أخرجه من الحبس لا يحول بينه وبين غرمائه بعد الاخراج بل يلازمونه عند أبي حنيفة لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق اليد واللسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي. ويأخذون فضل كسبه ويقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة. ولو قدم البعض على البعض في القضاء جاز لانه تصرف في خالص ملكه ولم يتعلق لاحد حق في ماله وإنما حقه في ذمته فله أن يؤثر من يشاء من غرمائه، ذكره في النهاية. وقال أبو يوسف ومحمد: إذا فلسه الحاكم حال بينه وبين غرمائه إلا أن يقيموا البينة أن له مالا لقوله تعالى * (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) * (البقرة: ٢٨٠) وقد ثبت عسرته فوجب انتظاره. وفي الهداية قال محمد: للمدعي أن يحبسه في بيته أو يتخذ حبسه، وفي رواية أخرى لرب الدين أن يلزم مديونه المعسر حيث أحب وإن كان الملزوم لا معيشة له إلا من يده لم يكن له أن يمنعه من الذهاب والمجئ. قال رحمه الله: (وإن أفلس مبتاع عين فبائعه أسوة الغرماء) يعني لو اشترى متاعا فأفلس والمتاع في يده فالذي باعه المتاع أسوة الغرماء فيه مراده بعد قبض المشتري المتاع بإذن البائع، وإن كان قبل القبض فللبائع أن يحبس المتاع حتى يقبض الثمن، وكذا إذا قبضه بغير إذن البائع كان له أن يسترده أو يحسبه بالثمن. وقال الامام الشافعي: للبائع فسخ العقد وأخذ متاعه قبل القبض وبعده لما أخرجه الامام مسلم عن أبي هريرة قال عليه الصلاة والسلام (من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس أو عند إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره) (١). ولان المشتري قد عجز عن تسليم إحدى بدلي العقد وهو الثمن فيثبت للبائع حق الفسخ كما إذا عجز عن تسليم المبيع. والجامع بينهما أنه

***

[١٥٣]

[فصل في حد البلوغ بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال وإلا فحتى يتم له ثمانية عضرة سنة والجارية بالحيض والاحتلام والحبل وإلا فحتى يتم لها سبع عشرة ويفتي باليلوغ فيهما] عقد معاوضة فيقتضي المساواة وإنما قوله تعالى * (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) * (البقرة: ٢٨٠) فاستحق النظر إلى الميسرة بالآية. فليس له المطالبة قبلها ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن، وهذا لان الدين صار مؤجلا إلى الميسرة بتأجيل الشارع وبالعجز عن الدين المؤجل من المتعاقدين لا يجب له خيار الفسخ قبل مضي الاجل فكيف يثبت ذلك في تأجيل الشارع وهو أقوى من تأجيلهما. والجواب عن الحديث أنه قال من وجد ماله وهذا مال المشتري لا مال البائع. وإنما يصلح أن يكون حجة أن لو قال فأصاب رجل عين مال قد كان باعه من الذي وجده في يده ولم يقبض ثمنه فهو أحق به من كل الغرماء، وهو نظير ما روي عن سمرة أن عليه الصلاة والسلام قال من سرق ماله أو ضاع له متاع فوجده في يد رجل بعينه فهو أحق به ويرجع المشتري على بائعه بالثمن رواه الطحاوي. وقوله عقد معاوضة فيقتضي المساواة قلنا: يقتضي التسوية بينهما في الملك وهو لكل واحد منهما ولئن سلمنا أنه يفيد التسوية في القبض فقد بطل ذلك بالتأجيل إلى الميسرة ولو قال ولو تسلم متاعا بإذن بائعه إلى آخره كان أولى ولا فائدة شرط التسليم والاذن فتأمل والله تعالى أعلم. فصل في حد البلوغ البلوغ في الغة الوصول. وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر. ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر وجب بيان النهاية بهذا الفصل. قال رحمه الله: (بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال وإلا فحتى يتم له ثمانية عشر سنة) الحلم بالضم ما يراه النائم، أما الاحتلام فلما روي عن علي ابن أبي طالب قال: حفظت من رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد احتلام ولا قوم إلى الليل رواه أبو داود. والحبل والاحبال لا يكون إلا مع الانزال. وأما السن فلما روي عن ابن عمر قال: عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني. وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني. فالظاهر أن عدم الاجازة لعدم البلوغ والاجازة للبلوغ وهذا قول أبي يوسف ومحمد، وهو قول الامام الشافعي ورواية عن أبي حنيفة. وعن الامام في الغلام تسع عشرة سنة قيل المراد أن يطعن في التاسع عشرة فلا اختلاف بين الروايتين لانه لا يتم ثمانية عشر سنة وإلا ويطعن في التاسع عشرة، وقيل فيه اختلاف الروايتين حقيقة لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة. ولما كان الذكر أشرف قدم ما يتعلق به قال رحمه الله: (والجارية بالحيض والاحتلام والحبل وإلا فحتى يتم لها سبع عشرة سنة) أما الحيض فلانه يكون في أوان الحبل عادة فجعل ذلك علامة

***
[١٥٤]
[بخمسة عشر سنة وأدنى المدة حقه اثنتا عشرة سنة وفي حقها تسع سنين فإن راهقا وقالا قد بلغنا صدقا وأحكامها أحكام البالغين.]
البلوغ، وأما الحبل فلانه دليل على الانزال لان الولد يخلق من ماء الرجل والمرأة غير أن النساء نشوهن وإدراكهن أسرع فزدنا سنة في حق الغلام لاشتمالها على الفصول الاربع التي منها ما يوافق المزاج لا محالة فيقوي فيه. قال رحمه الله: (ويفتى بالبلوغ فيهما بخمسة عشر سنة) عند أبي يوسف ومحمد وهذا ظاهر لا يحتاج إلى الشرح. قال رحمه الله: (وأدنى المدة في حقه اثنتا عشرة سنة وفي حقها تسع سنين) يعني لو ادعيا البلوغ في هذه المدة تقبل منهما ولا تقبل فيما دون ذلك لان الظاهر تكذيبه. قال في العناية: ثم قيل إنما يعتبر قوله بالبلوغ إذا بلغ اثنتي عشرة سنة فأكثر وقد أشار إليه بقوله أدنى المدة وهذه المدة مذكورة في النهاية وغيرها ولا يعرف إلا سماعا أو بالتتبع. قال رحمه الله: (فإن راهقا وقالا قد بلغنا صدقا وأحكامهما أحكام البالغين) يقال رهق من كذا أي دنا منه، وصبي مراهق دنا من البلوغ لانه أمر لا يوقف عليه إلا من جهتهما فيقبل فيه قولهما كما يقبل قول المرأة في الحيض والله تعالى أعلم.
***
[١٥٥]
[كتاب المأذون] كتاب المأذون تأخير كتاب المأذون عقيب كتاب الحجر ظاهر لان الاذن يقتضي سبق الحجر، ولما ترتب وجودا ترتب أيضا ذكرا للتناسب. والكلام هنا من وجوه: الاول في معناه لغة. الثاني في دليل المشروعية. الثالث في سببه. الرابع في ركنه. الخامس في شرطه. السادس في تفسيره. السابع في حكمه. أما معناه لغة قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطة: الاذن هو الاطلاق لغة لانه ضد الحجر وهو المنع فكان إطلاقا عن شئ إلى شئ كان اه. وفي النهاية: أما اللغة فالاذن في الشئ رفع المانع لمن هو محجور عنه وإعلام بإطلاقه فيما حجر عليه من أذن له في الشئ اذنا. وأبعد الامام الزيلعي حيث قال: والاذن في اللغة الاعلام ومنه الاذان وهو الاعلام لان الاذن من أذن في كذا إذا أباحه وأذان من أذن بكذا إذا أعلم وبينهما فرق. وأما دليل المشروعية فهو قوله تعالى * (وابتغوا من فضل الله) * (الجمعة: ١٠) وإذن الصبي والعبد في التجارة ابتغاء من فضل الله. وأما سبب المشروعية فهو الحاجة لان الانسان قد لا يتفرغ لذلك بنفسه لكثرة اشتغاله فيحتاج أن يستعين بالعبد والصغير. وأما ركنه فقول المولى لعبده أذنت لك في هذا. وأما شرائطه ففي المحيط: شرائط جوازه فولاية الاذن على المأذون حجرا وإطلاقا منعا وإسقاطا، كون المأذون عاقلا مميزا عالما عارفا بما يؤذن له وأن يعلم العبد بالاذن. وفي السغنافي: دخل في قولنا من له ولاية الاذن في التجارة المكاتب والمأذون والمضارب والشريك مفاوضة والاب والجد والقاضي والولي ا ه. وأما حكمه قال في غاية البيان: فملك المأذون كل ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وعدم ملكه ما لم يكن كذلك وعزاه إلى التحفة. وأبعد صاحب النهاية والامام الزيلعي حيث قالا: وأما حكمه فهو تفسيره الشرعي لان حكم الشئ ما يثبت به. ولا يذهب على ذي مسكة أن ما يثبت بالشئ ويصير أثرا مرتبا عليه لا يصلح أن يكون تفسيرا لذلك الشئ محمولا عليه بالمواطأة. وأما
***
[١٥٦]
[هو فك الحجر وإسقاط الحق فلا يتوقف ولا يتخصص ويثبت باسكوت بأن رأى] تفسيره شرعا فهو ما أشار إليه قال رحمه الله: (هو فك الحجر وإسقاط الحق) لان العبد أهل للتصرف بعد الرق لان ركن التصرف كلام معتبر شرعا من مميز ومحل التصرف ذمة صالحة لالتزام الحقوق وهما لا يقومان بالرق لانهما من كرامات البشر إلا أنه حجر عليه عن التصرف لحق المولى لئلا يبطل حقه بتعلق الدين برقبته لضعف ذمة الرقيق، فإذا أذن له المولى فقد أسقط حقه فكان متصرفا بأهليته الاصلية ولهذا لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة. أطلق في فك الحجر فشمل الكل والبعض. وقال في المبسوط: وإذا أذن أحد الشريكين لعبده في التجارة جاز في نصيبه خاصة، وليس للشريك الآخر أن يبطل الاذن وما لحقه من دين التجارة فهو على نصيبه خاصة، ولو لحقه دين التجارة وفي يده مال التجارة قضى من ذلك دينه والباقي بينهما نصفين لان حصل من كسب العبد. ولو وهب له أو اكتسب قبل الاذن أو تصدق عليه أو بعد الاذن فهو بينهما نصفين، ولو اختلفا في الكسب الذي في يده فقال الآذن والعبد إنه استفاده بالتجارة وقال الساكت إنه استفاده

بالهبة، فالقول قول الآذن والعبد ويصرفه في دينه استحسانا لان العبد هو الكاسب وهو أعلم بحال كسبه. ولو استهلك مالا كان عليهما إذا ثبت بالبينة أو بالمعاينة ويتعلق بجميع رقبته ولو أقر باستهلاك ما كان على الآذن خاصة. ولو أذن رجل بنصف عبده كان مأذونا في كله لان الاذن لا يتجزئ، ولو أذن أحد الشريكين ثم اشترى نصيب الآخر فتصرف وهو لا يعلم فالدين كله في النصف الاول، ولو علم بتصرفه ففي جميع الرقبة. ولو أذن لعبد لا يملكه ثم ملكه فإنه لا يصير مأذونا، ولو أخبر شريكه أهل السوق أنه لا يرضى بإذن شريكه ثم رأي العبد يتصرف لم يصر مأذونا استحسانا. قال أحدهما لشريكه ائذن لنصيبك فأذن له فهو مأذون كله لان الاذن مما لا يتجزئ فصار كأنه قال لصاحبه ائذن لجميع العبد. قال في الكفاية: إسقاط الحق وهو حق المولى في مالية الكسب والرقبة فإنه ممتنع تعلق حق الغير بهما صونا لحق المولى وبالاذن أسقط حقه. قال صاحب الاصلاح والايضاح: المراد بالحق ههنا حق المنع فلا ينافي كونه حق المولى بل يقتضيه لان حق المنع التعلق بالعبد وهو حق المولى لا حق غيره فإن معنى حق المنع هو منع التصرف على أن تكون الاضافة بيانية، ومعنى حق المولى هو حق للمولى على أن تكون الاضافة بمعنى اللام، وبيان الحق الذي هو منع العبد عن التصرف إنما يكون للمولى لا لغيره فكان حقا له قطعا. وأما ثانيا فلانه إن أراد بقوله لان حق المولى لا يسقط بالاذن أنه لا يسقط به أصلا ممنوع، وإن أراد بذلك أنه لا يسقط به في الجملة كما إذا لم يحط الدين بما في يده ورقبته فمسلم ذلك إلا أنه لا يجدي نفعا لانه ليس المراد بالاسقاط إسقاط بالكلية بل المراد إسقاطه في الجملة. وأما اختصاص حق المولى بإذن العبد فلا يضر لان المقصود بالذات في

***

[١٥٧]

كتاب المأذون بيان أذن العبد، وأما بيان إذن الصبي فعلى سبيل التبعية، ويجوز أن يكون مدار ما ذكر في تفسير المأذون في الشرع على ما هو المقصود بالذات في كتاب المأذون وهو إذن العبد. ولقائل أن يقول: إن أريد إسقاط الحق بجملته وفك الحجر برقبته فهو ممنوع ولو كان كذلك تصح هبته وإقراضه ونحوهما من التبرعات وليس كذلك قطعا، وإن أراد أنه إسقاط وفك في الجملة فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعي إذ لا يلزم منه إسقاط وفك في جميع التصرفات حتى يكون مأذونا في جميعها. قيل: المراد إسقاط وفك في بعض معين من التصرفات فلا يرد النقض بالتبرعات فلو قال فك الحجر ومنع إسقاط في نوع لكان أولى فتأمل. قال رحمه الله: (فلا يتوقت ولا يتخصص) يعني لا يتوقت بزمان ولا مكان ولا يتخصص بنوع من أنواع التجارة عندنا لما ذكرنا من تفسيره. وقال الامام الشافعي وزفر: هو عبارة عن توكيل وإنابة فينفذ عندهما ويتخصص، وعندهما يتصرف بأهلية نفسه وحق المولى قد أسقطه والساقط لا يعود كما إذا رضي المستأجران يؤجر عبده من شخص بعينه دون غيره والاسقاط لا يقبل التقييد دون غيره كالطلاق والعتاق. ولو أسلم البائع المبيع إلى المشتري قبل نقد الثمن على أن يتصرف فيه نوعا من التصرف دون غيره فإنه لا يعتبر تقييده لانه إسقاط لحقه فلا يقبل التقييد بخلاف إذن القاضي فإنه بمنزلة الوكيل، ذكره قاضيخان في فتاواه كذا ذكره الشارح. وفي المحيط: يجوز الاذن للصبي العاقل في التجارة من الاب والقاضي ولا يجوز تخصيصه بنوع دون نوع كالعبد، لا يقال لو كان إسقاطا لما ملكه بهبة لانا نقول ليس بإسقاط في حق ما لم يوجد فيكون النهي امتناعا فيما لم يوجد. لا يقال هو وليس بأهل لحكم التصرف وهو الملك فكيف يكون أهلا لنفس التصرف والسبب غير مشروع لذاته بل لحكمه فإذا لم يترتب عليه حكمه لا يكون مشروعا كطلاق الصبي لانا نقول: حكمه ملك اليد وهو أهل لذلك كالمكاتب. قال في العناية: وصحح المصنف كونه إسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التأقيت ثم قال: فإن قيل قوله فك الحجر وإسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه؟ وأجيب بوجهين: أحدهما أن حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه ليس بالاستدلال وانما هو الصحيح للنقل بما يدل على أنه عندنا تعرف بذلك كما أشرنا إليه. الثاني أن من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا. قال في المحيط: فيبيع من المولي ويشتري منه ويطالبه بإيفاء الثمن على وجه لو امتنع يحبس. ولو قال أذنت لك في الخياطة أو الصباغة أو في عمل آخر فهو مأذون في جميع الاوقات ما لم يحجر عليه، ولو قال اتجر في البر ولا تتجر في البحر لا يصح نهيه. ولقائل أن يقول: إن أريد بقوله فلا تخصيص بنوع دون نوع أنه لا يتخصص بذلك. أطلقه ولم يقيده بنوع فهو يسلم لكن لا يجدي طائلا لان ما نحن صورة التقيد وإن أريد أنه لا يتخصص بنوع دون نوع وإن قيده بذلك فهو ممنوع، كيف وهذا يتوقف تمامه على أول المسألة هو أن يكون الاذن في نوع من

***
[١٥٨]
[عبده يبيع ويشترى قال رحمة الله: فإن أذن له عاما لا بشراء شئ بعينه يبيع ويشتري] التجارة اذنا في جميعها فيؤدي إلى المصادرة على المطلوب. قال صاحب العناية: ونوقض بالاذن في النكاح رعاية الحجر وإسقاط الحق، وإذا أذن له أن يتزوج فلانة ليس له أن يتزوج غيرها. وأجيب أن النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز إلا بولي والرق أخرج العبد من أهل الولاية فلان يجيزه المولى على النكاح مخصص بخلاف البيع. والاذن على نوعين: عام وخاص. فالعام أن يقول لعبده أذنت لك في التجارة أو قال اتجر، ولو قال أد الي ألفا وأنت حر يصير مأذونا في التجارة، وكذا لو قال اكتسب وأد ذلك. وقوله أد ألفا وأنت حر بمنزلة ما إذا قال إن أديت ألفا فأنت حر لان جواب الامر بالواو كالفاء بخلاف ما إذا قال أد ألفا أنت حر. ولو أذن لعبده ولم يعلم العبد بالاذن ولا أحد من الناس فتصرف ثم علم لم يجز لعدم علمه. ولو قال لقوم بايعوه فبايعوه ولم يعلم العبد بذلك فهو مأذون. وذكر في الزيادات: لو قال لرجل بع عبدك هذا من ابني الصغير فباعه منه وقبل الابن إن علم بأمر الاب جاز، وإن لم يعلم لم يجز قبل الاذن على الروايتين. والفرق بين الروايتين إن إذن الصبي توكيل وليس بإذن في التجارة لانه فوض إليه عقد واحد وبتفويض عقد واحد لا يثبت الاذن، وفي مسألة المأذون إذن لا توكيل لانه فوض إليه عقودا متكررة فيجوز أن يثبت الاذن ضمنا للامر بالمبايعة في عقود متكررة بدون علمه وإن لم يثبت مقصودا بخلاف العقد الواحد، ولو لم يبايعه أحد منهم وبايعه من لم يأمره المولى لم يصر مأذونا لان الاذن إنما يثبت في ضمن أمره بالمبايعة. ولو دفع له حمارا ليكريه ويبيع عليه صار مأذونا والاذن يصح تعليقه بلا شرط وإضافته إلى الزمان كالطلاق والحجر والعزل لا يصح تعليقهما ولا إضافتهما كالنكاح، وأما الاذن الخاص فلا يكون به مأذونا كما لو أمره بشراء ثوب للكسوة أو لحم للاكل لان هذا استخدام فلا بد من فاصل بين الاستخدام والتجارة وهو أن الامر بعقد مرة بعد مرة استخدام والامر بعقود متعدده يعد تجارة لانه يدل على أنه للربح. ولما بين المؤلف الاذن الصريح شرع في الاذن دلالة ا ه. قال رحمه الله: (ويثبت بالسكوت بأن رأى عبده يبيع ويشتري) يثبت الاذن للعبد بسكوت المولى عندما يراه يبيع ويشتري ولم يتقدم قرينة بنفيه. ولا فرق بين ذلك أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لغيره بإذنه أو بغير إذنه بيعا صحيحا أو فاسدا، كذا في الهداية وغيرها. وقال قاضيخان في فتاواه: إن رآه يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن إذنا، وكذا المرتهن إذا رأى الراهن يبيع فسكت لا يبطل الرهن. وروى الطحاوي عن أصحابنا أنه رضا ويبطل الرهن، كذا نقله الامام الزيلعي. وظاهر كلامه أنه فهم المخالفة بين كلام الهداية وقاضيخان وليس كذلك، فقول قاضيخان لا يصير إذنا أي في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت ويصير إذنا فيما بعده ويدل عليه ذكر المرتهن. قال في البدائع: والاذن بطريق الدلالة كما إذا رأى عبده يبيع
***
[١٥٩]
ويشتري يصير مأذونا في التجارة عندنا إلا في البيع الذي صادفه السكوت. وقال محمد رحمه الله: وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشتري الخمر أو الخنزير فسكت يصير مأذونا في التجارة وإن كان لا يجوز هذا الشراء فكذا هنا، فكيف يجوز حمل كلام قاضيخان على خلاف ما ذكره محمد في الاصل؟ وفي المحيط البرهاني قال محمد في الاصل: إذا نظر الرجل إلى عبده وهو يبيع ويشتري ولم ينهه عن ذلك يصير العبد مأذونا في التجارة عند علمائنا الثلاثة، وإذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان ماله يصير مأذونا في التجارة ولكن لا يجوز بيعه مال المولى. وفي قاضيخان: إذن الصغير في التجارة وأبوه يأبى صح إذن القاضي إذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت لم يكن إذنا اه. فهم بعض أهل العصر أن سكوت القاضي إذا رأى عبده يبيع ويشتري لا يكون اذنا بخلاف سكوت المولى كما فهم الامام الزيلعي كما تقدم وليس كذلك، بل المراد يكون إذنا في الذي سكت عنده ويكون إذنا في الذي بعده كما تقدم، ولو أمره المولى أن يبيع متاع غيره يصير مأذونا، ولو رأى عبده يشتري شيئا ويبيع في حانوته فسكت حتى باع متاعا كثيرا من ذلك كان إذنا ولا ينفذ على المولى بيع العبد ذلك المتاع. ولو رأى المولى عبده يشتري شيئا بدراهم المولى أو دنانيره فلم ينهه يصير إذنا، فإن كان هذا الثمن من مال المولى كان للمولى أن يرده ولا يبطل البيع بالاسترداد، ولو أن رجلا أجنبيا دفع إلى عبده مالا ليبيعه فباعه والمولى يراه ولم ينهه

كان إذنا ويجوز ذلك البيع على صاحب المتاع. واختلفوا في عهدة البيع، قيل يرجع إلى الآمر، وقيل إلى العبد. وفي المحيط: وإن لم يره المولي جاز البيع والعهدة عل صاحب المتاع لان عهدة العبد المحجور متى توكل عن غيره يكون على الموكل. ولو اشترى عبداً على أنه بالخيار فرآه يتصرف فلم ينهه فإن لحقه دين فهو نقض للبيع وإلا فلا، وإن تم البيع فهو محجور عليه. والفرق أن الاذن لا ينافي في خيار البائع لان الاذن مع خيار البائع يجتمعان ويفترقان، فمن باع عبدا مأذونا على أنه بالخيار بقي العبد مأذونا له في مدة الخيار فلم يكن إذن البائع منافيا خياره فبقي خياره، وأما الاذن مع خيار المشتري لا يجتمعان فإن من اشترى مأذونا على أنه بالخيار بطل الاذن، وإن أذن المشتري بالخيارة سقط خياره، وإن كان العبد اكتسب شيئا فهو للمشتري، فإن اكتسب بعد القبض طاب، وقبل القبض يتصدق به، قيل هذا قولهما، وعند الامام الكسب للبائع ا ه. وقال الامام الشافعي وزفر: لا يثبت الاذن بسكوت المولى فيما ذكرنا لان السكوت يحتمل الرضا والرد فلا يثبت بالشك كما لو رأى أجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينهه أو رأى القاضي الصبي والمعتوه ولم يكن لهما ولي أو عبدهما، وكذا إذا رأى العبد يتزوج أو الامة تتزوج، وكذا لو تلف مال غيره وهو ينظر لم يكن ذلك إذنا. قلنا: هذه التصرفات مبنية على عادات الناس وقد جرت العادة أن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه ويؤدبه فإذا سكت دل على رضاه به وصار إذنا ل لاجل دفع الضرر فصار كسكوت النبي عليه الصلاة والسلام

***

[١٦٠]

عند أمر يعاينه، وكسكوت البكر والشفيع والمولى العديم عند ما يرى ما له يقسم بين الغانمين بخلاف ما إذا أكره لانا لو جعلناه إجازة حصل ضرر عظيم، وبخلاف القاضي فإنه لا حق له في مالهما فلا يكون سكوته إذنا فلا بد من التصريح. قال في العناية: فإن قيل: عين هذا التصرف الذي يراه يبيع فيه غير صحيح فكيف يصح غيره؟ أجيب بأن الضرر في التصرف الذي يراه يبعه محقق بإزالة ملكه عن بائعه في الحال فلا يثبت، وفي غيره ليس محققا لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فصح فيه النهي. قيدنا بقولنا ولم يتقدم قرينة تنفيه قال في المحيط: لو قال لاهل السوق إذا رأيتم عبدي هذا يتجر فإني لا آذن له ثم رآه يتجر فسكت لا يصير مأذونا له لانه متى أعلمهم بالنهي لم يصر مأذونا له بالسكوت ا ه. ولو عبر بأن قال بعد السكوت لكان أولى. قال رحمه الله: (فإن أذن له عاما لا بشراء شئ بعينه يبيع ويشتري) وعبر بالفاء دون الواو لانها تقيد التفسير، ولو قال فإن أذن بعقود لا يعقد لكان أولى لانه يفيد الاذن العام والخاص والفارق بينهما ولانه علم من الاول ضمنا لانه إذا قال لعبده أذنت لك في التجارة يكون عاما لان التجارة اسم جنس محلى بالالف واللام فكان عاما فيتناول جميع الاعيان كما لو أعطى العبد ثوبا وأمره مولاه ببيعه كان إذنا لانه لا يمكن حمله على الاستخدام، فإذا صار مأذونا له في جميع التجارات كان له أن يبيع ويشتري وإن كان فيه غبن فاحش عند الامام. وقالا: لا يجوز بما لا يتغابن فيه لانه تبرع ولهذا لا يجوز من الاب والوصي والقاضي، ولان المقصود من التجارة الاسترباح وهذه خاسرة. وللامام أن هذه تجارة لا تبرع لانه وقع في ضمن عقد التجارة والواقع في ضمن شئ له حكم ذلك الشئ بخلاف الاب والوصي والقاضي لان تصرفهم مقيد بالنظر، ولان البيع بالغبن الفاحش من صنع التجارة لاستجلاب قلوب الناس ليربحوا في صفقة أخرى، وعلى هذا الخلاف بيع الصبي والمعتوه المأذون لهما. ولو مرض العبد المأذون له وحابا فيه يعتبر من جميع المال إذا لم يكن عليه دين، وإن كان عليه دين فمن جميع ما بقي بعد الدين لان الاقتصار في الحر على الثلث لاجل الورثة ولا وارث للعبد ولا يقال المولى بمنزلة الوارث لانا نقول: رضي بسقوط الاذن فصار كالوارث إذا سقط حقه بخلاف غرمائه لانهم لم يرضوا بسقوط حقهم فلا ينفذ محاباته في حقهم، وإن كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري أد جميع المحاباة وإلا فرد البيع كما في الحر. هذا إذا كان المولى صحيحا، وإن كان مريضا لا تصح محاباة العبد إلا من ثلث مال المولى كتصرفات المولى بنفسه لان المولى باستدامة الاذن بعد ما رضي أقامه مقام نفسه فصار تصرفه كتصرف المولى، والفاحش من المحاباة وغير الفاحش فيه سواء، فلا ينفذ الكل إلا من الثلث. قال في المحيط: لو اشترى المأذون عبدا شراء فاسدا فأغل عبده كانت الغلة له ولا يتصدق بها، ولو رده على بائعها رده مع الغلة ويتصدق البائع بها. وقيل: عند الامام لا يرد

***

[١٦١]

الغلة لان الاصل يكون عنده الكسب لمن كان له الملك في الاصل، وعندهما الكسب متى حدث قبل تقرر الملك يدور النماء بدوران

الاصل بخلاف تلك المسألة لانه حين حدث الكسب في يد البائع لم يكن له حق الملك وهو حق الاسترداد حتى يسدي الحق إلى الكسب. والفرق بين البائع والمأذون وإن استفاد كل واحد منهما الكسب بملك خبيث أن العبد ليس من أهل الصدقة فلا يتصدق، والبائع من أهلها فيتصدق. اشترى من العبد بيعا فاسدا ثم باعه من مضارب العبد جاز ولم يكن فسخا للبيع الاول كما لو باع من أجنبي فلا يثبت النقص بالشك. ولو باع جارية بعبد ودفع الجارية ولم يقبض العبد حتى حدث بها عيب فلا يخلو إما أن تعيب قبل هلاك العبد أو بعده، وكل وجه لا يخلوا من ثلاثة أوجه: إما إن تعيب بآفة سماوية أو بفعل المشتري أو بفعل أجنبي، أما إذا حدث بها عيب بآفة سماوية بأن ذهبت عينها ثم هلك العبد فالمأذون بالخيار إن شاء قبض جاريته ولا يتبع بنقصانها، وإن شاء ضمنه قيمة جاريته يوم قبضها لان الجارية حين قبضت كانت مضمونة بالعبد لا بالقيمة لان النقصان حدث في ملك صحيح للمشتري، والملك متى كان صحيحا كان مضمونا على القابض ضمان عقد وهو الثمن والاوصاف لا تفرد بالعقد فلا تفرد بضمان العقد لانه وجب على مشتري الجارية رد الجارية كما قبض سليمة عن العيب، وكان عليه رد قيمتها يوم قبضها لانها دخلت في ضمانه يوم القبض. ولو هلك العبد ثم ذهبت عينها فإن أخذها ضمنه نصف قيمتها لان العبد لما هلك صارت الجارية مضمونة على مشتريها بالقيمة، ولان النقصان إنما حدث بعد فساد الملك فيها لان الملك قد فسد في الجارية بهلاك العبد، والملك الفاسد مضمون على القابض بالقبض لا بالعقد، والاوصاف تفرد بالقبض فيفرد بضمان القبص كما في الرهن والغصب. وأما إذا تعيب بفعل المشتري بأن قطع يدها أو فقأ عينها فهو كما لو تعيب بآفة سماوية في التضمين لان المشتري جنى على ملكه وجناية المالك على مملوكه هدر فلم يخلف بدلا فصار كأنه مات بآفة سماوية، وإن تعينت بفعل أجنبي بأن قطع يدها أو وطئها بشبهة فأخذ أرشها وعقرها أو ولدت من غير سيدها، فإن كان قبل هلاك العبد لم يكن للعبد إلا قيمتها يوم العقد لانه لما هلك العبد فسد البيع في الجارية فوجب على مشتري الجارية ردها للفساد وقد عجز عن ردها حكما لانه حدث بعد القبض زيادة منفصلة من الجارية في ملك صحيح، ومثل هذه الزيادة تمنع انفساخ الملك في الاصل، فإذا تعذر فسخ البيع في الجارية صار المشتري عاجزا عن رده قيمتها. وإن كان بعد هلاك العبد أخذ الجارية وعقرها وولدها وأرشها إن شاء من المشتري، وإن شاء من الجاني لان الزيادة المنفصلة لا تمنع انفساخ البيع في ملك فاسد كما لو وقع البيع في الجارية فاسدا في الابتداء ثم حدث منها زيادة منفصلة كان للبائع حق الاسترداد في الاصل فسرى ذلك الحق إلى الزوائد، ثم إن شاء ضمن المشتري لان النقصان لو حدث بآفة سماوية كان له تضمينه فإذا حدث بفعله أولى، فإن شاء ضمن الجاني

***

[١٦٢]

لان الجاني صار جانيا على ملكه لاعادة الجارية إلى قديم ملكه بالفسخ. ولو حدث بها عيبان أحدهما قبل هلاك العبد والثاني بعد هلاكه فعلى هذا القياس لان العيبين لو حدثا قبل هلاك العبد يتخير المأذون حتى لو اختار أخذ الجارية لا يكون له ضمان النقصان، ولو حدثا بعد هلاك العبد متى أخذ الجارية فله تضمين نقصان العيبين جميعا، فإذا حدث أحدهما قبل هلاكه والآخر بعد هلاكه كان لكل واحد منهما حكم نفسه. هذا كله إذا تعيبت الجارية في يد مشتريها، وأما إذا حدث فيها زيادة فلا يخلو إما أن كانت الزيادة منفصلة كالولد والارش، أو كانت متصلة كالسمن والجمال. فإن كانت منفصلة، فإن ولدت قبل هلاك العبد ثم مات العبد ينظر، إن كان الولد قائما ليس للمأذون أخذ الجارية لان الزيادة المنفصلة الحادثة بعد القبض في ملك صحيح تمنع انفساخ العقد في الاصل، وإن هلك الولد والارش كان للعبد أن يأخذ الجارية ولا يتبعه بنقصان الولادة والجناية إن شاء وإن شاء ضمنه قيمتها لان المانع من انفساخ العقد قد ارتفع وهو الزيادة فصارت كأنها لم تكن والنقصان قائم لان الولادة في بنات آدم سبب النقصان وأنه عيب على كل حال فله أن يضمنه قيمة الجارية. ولو كان مكان الجارية شاة فنتجت في يده قبل هلاك العبد لم يكن للعبد خيار ويأخذ الشاة لانه لا نقصان لان الولادة في البهائم ليست بعيب. وإن هلكت الزيادة بفعل أجنبي فهو كما كان الولد قائما لان الولد مات وأخلف بدلا، والفائت إلى خلف كالقائم حكما. وإن هلكت بفعل المشتري بأن أعتق المشتري أو ولد الجارية ثم هلك العبد لم يكن للمأذون على الجارية سبيل لان الولد يسلم للمشتري من وجه فإنه مولى له يرث منه إذا مات ولم يكن له عصبة أقرب منه فيؤدي إلى الربا فلا يجوز فسخ العيب في الجارية، فإن مات الولد المعتق وترك ولدا كان للعبد أن يأخذ الجارية إن شاء ولا يتبعه بنقصانها، وكذلك إن ترك ولدا لا يخير ولاؤه المشتري بأن كان المعتق تزوج بأمة لرجل وحدث منها ولد ثم أعتق مولى الامة الولد لان المانع من فسخ

العقد في الجارية هو الولد وقد زال هذا المانع بخلف وهذه الزيادة من خصائص مسائل هذا فيجب حفظها. وكذلك إذا قتل الولد المتشري فله الخيار بين الفسخ والتضمين، وهذا لا يشكل على الرواية التي قال بأن الولادة عيب لازم في بنات آدم وذلك لان القتل بمنزلة الموت لان المقتول ميت بأجله، ولو مات الولد في يد مشتري الجارية يتخير المأذون فكذا هذا. وإنما يشكل على الرواية التي قال بأن الولادة ليست بعيب إذا لم توجب نقصانا لان الولد مات ولم يخلف بدلا لان المشتري جنى على ملكه الصحيح وجناية المالك على ملكه هدر فصار كما لو مات الولد حتف أنفه. والجواب عنه أن الولد مات وأخلف بدلا من دمه لان جناية المشتري على الولد إنما تكون ملاقيا ملكه ما دام ملكه في الجارية متقررا، فأما إذا انفسخ ملكه في الجارية بأن أخذ الجارية ولم يضمنه النقصان كانت الجناية على الولد ملاقيا ملك المأذون من وجه لان الولد تبع

***

[١٦٣]

للجارية لانه متولد ومتفرع عنها، ولهذا ملك بسبب ملك الجارية وانفساخ الملك في الاصل يوجب انفساخ الملك في التبع فصار جانيا على ملك المأذون على هذا الاعتبار فيضمن قيمة الولد من وجه فصح أن الولد مات وأخلف بدلا من وجه فيتخير، وإن شاء أبرأه عن قيمة الولد ويأخذ الجارية، وإن شاء لم يبره وضمنه قيمة الجارية. وأما إذا كانت الزيادة متصلة بأن ازدادت الجارية حسنا وجمالا أو ذهب البياض الذي في عينها قبل هلاك العبد أو بعده أخذها بزيادتها، وقيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لا يجوز استردادها قبل هلاك الغلام لما عرف من اختلافهم في الصداق زاد في يده بعد القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يكون للزوج رد نصف الصداق إلا برضا المرأة عندهما، وقيل هذا قولهم جميعا، فهما فرقا بين هذه المسألة ومسألة الصداق. والفرق أن في الصداق حق المرأة في الزيادة ولو بطل فإنما يبطل قصدا بإيقاع الزوج بالطلاق وهو لا يملك إبطال حقها قصدا، فأما حق مشتري الجارية في الزيادة لو بطل فإنما يبطل حكما لا بقصد المأذون لان بطلان حقه في الزيادة مضاف إلى موت الغلام، وموت الغلام ما كان بصنع المأذون وقد ثبت حكما للشئ وضرورة ثبوته وإن كان لا يثبت قصدا. والاصح أن هذا على الخلاف لانه ذكر بعد هذا أن العبد لو لم يمت لكن حدث به عيب فرد العيب كان للمأذون أن يسترد الجارية وإن كانت الزيادة المنفصلة حدثت قبل الرد فحق الرد وحق مشتري الجارية في الزيادة، هذا لو بطل إنما يبطل قصدا لانه يبطل برد العبد ورد العبد كان بقصده، وبين أن الرد بخيار الرؤية والرد بالعيب قبل القبض بمنزلة الموت من حيث منع فسخ العقد لان العقد ينفسخ بهذا الرد كما ينفسخ بموت العبد قبل القبض. ولو كان العبد المأذون باع بالخيار ثلاثة أيام في الذي اشتراه وولدت الجارية في يد المشتري منه أو من غيره أو قطع يدها، فإن رد العبد بخياره أخذ الجارية وأرشها وعقرها وولدها لان اشتراط الخيار في العبد اشتراط الخيار في الجارية لان الخيار إنما يشترط للفسخ ولا يمكنه فسخ العقد في أحد البدلين دون الآخر فيكون اشتراط الخيار في أحد البدلين اشتراطا للخيار في الآخر، ولهذا لو أعتق مشتري الجارية بعد القبض لا ينفذ عتقها لان للبائع خيار شرط في الجارية والمشتري متى قبض المتشري وللبائع فيه خيار شرط يكون المشتري مضمونا عليه بالقيمة، ولو لم يقبض الجارية حتى أعتقها قبل هلاك العبد جاز عتقه، فإن أعتقها بعد هلاك العبد لم يجز عتقه لان قبل هلاك العبد عتق ملك نفسه لان البيع صحيح في الجارية وبعد هلاك العبد فسد البيع في الجارية، والبيع الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك. ولو قبض الجارية ووجد المأذون بالعبد المبيع عيبا قبل القبض أو بعده فرده بقضاه أو رضا أو خيار رؤية أو شرط ثم أعتق الجارية لم يجز عتقه، وكذا لو تقايلا انفسخ العيب من كل وجه فزالت الجارية عن ملكه فصار معتقا ما لم يملك فإذا بهلاك العبد لا ينفسخ وإنما يفسد، فمتى

***

[١٦٤]

[ويوكل بهما ويرهن ويسترهن ويستأجر ويضارب ويؤجر نفسه ويقر بدين وغصب] كانت الجارية في يده صار معتقا ما يملكه فنفذ، وقيل القبض لا يمكله فلا ينفذ والله تعالى أعلم. قال محمد في الاصل: وإذا اشترى المأذون جارية بألف درهم وقبضها ووهب البائع ثمنها من العبد وقبل العبد ذلك فهي جائزة. وأراد بقوله قبل أي لم يرد. وكذا لو وهب من المولى فإن باع العبد المأذون عبدا بجارية وقبض بائع العبد الجارية ثم وهب العبد من المأذون ثم وجد المأذون بالجارية عيبا ليس له أن يردها بالعيب عند علمائنا استحسانا، فلو وهب المأذون العبد قبل أن يقبض المأذون الجارية وقبل البائع فهو جائز وكان إقالة للبيع، هكذا ذكر في الكتاب. قال الفقيه أبو

بكر البلخي: هذا قول الامام ومحمد. وعلى قول أبي يوسف لا يكون إقالة فإن لم يقبل المشتري الهبة فهبة العبد باطلة، ولو كان مشتري الجارية هو الذي وهب الجارية من المأذون قبل أن يقبضها وقبلها المأذون فالهبة جائزة، وكذا إذا وهب الجارية من مولى المؤذون قبل القبض، أما إذا وهب الجارية من مولى المأذون قبل القبض فأمره بالقبض فقبض هل تصح الهبة؟ هذا على وجهين: إما أن يكون على العبد دين أو لا، فإن لم يكن على العبد دين فالهبة جائزة ويكون إقالة للبيع، أما إذا كان على العبد دين فإنه لا تجوز الهبة ولا يكون إقالة حتى كان للعبد أن يأخذ الغلام من المشتري. قال رحمه الله: (ويوكل بهما) أي يجوز أن يوكل بالبيع والشراء لانهما من توابع الاجارة فلعله لا يتمكن من مباشرة الكل فيحتاج إلى المعين. وأطلق في قوله يوكل فشمل ما إذا كان عليه دين أو لا، كان الدين مستغرقا أو لا، وكل المولى أو غريم العبد مع أن الظاهر إذا لم يكن عليه دين لا يصح توكيل المولى لان المولى أصيل في التصرف ولا ينفذ توكيل غريم العبد لانه ربما يقبض لنفسه فيتضرر البقية، فلو قال ويوكل غير غريم ومولى حيث لا دين لكان أولى. قال في المبسوط: مسائل توكيل المأذون على وجوه: أحدها في توكيل المأذون. الثاني في توكيل غريم مولاه بالخصومة، والثالث في توكيل الغريم عبدا لمولى المأذون في قبض ما على المولى من الدين. الاول وللعبد أن يوكل غيره بالبيع والشراء بنقد أو نسيئة لانه من صنيع التجار، وإن وكل عبدا مأذونا حرا ببيع متاعه فباعه من رجل له على المأمور دين صار قصاصا عندهما خلافا لابي يوسف، لان عندهما الوكيل يملك إبراء المشتري عن الثمن وعنده لا. والوكيل مع الموكل إذا باعاه معا فبيع الموكل أولى. الثاني إذا كان على العبد دين فوكل الغريم مولاه بقبضه لم يجز ولم يبرأ العبد من الدين لان المولى في قبض الدين من عبده عامل لنفسه. والاصل أن العامل لنفسه لا يصلح أن يكون نائبا عن غيره. وذكر في كتاب الوكالة أنه يصح قبضه، فإن عاين الشهود قبضه رده إن كان قائما، وإن هلك لم يضمن لان قبضه بإذن المديون والغريم. الرابع في توكيل الشريك العبد والاجنبي المولى في دينهما فالاول للعبد التاجر

***

[١٦٥]

ولرجل آخر على رجل ألف درهم فوكل الشريك العبد بقبضه لم تجز الوكالة وما قبضه يكون بينهما نصفين، ولو هلك المقبوض في يده هلك من مالهما. الثاني من الثالث إذا كان للمأذون ولشريكه على رجل ألف درهم مجحدها فوكلا المولى بالخصومة مع غريمها جاز كما لو وكل المأذون مولاه بالخصومة، وإن أقر المولى في مجلس القاضي بإيفاء الخصم لهما جاز إقراره كان على العبد دين أو لا لان إقرار الوكيل على الموكل بالخصومة على مولكه جائز. ثم هل يرجع أحد الشريكين على صاحبه؟ لا يخلو إما إن كذبا الوكيل في إقراره أو صدقاه أو كذبه أحدهما وصدقه الآخر، فإن صدقاه في إقراره فلا يرجع أحدهما على صاحبه بشئ، وكذا إن كذباه. وإن صدقه أحدهما وادعى على العبد دينا رجع الشريك في رقبته بنصف حصته، وإن كان على دين لم يرجع على العبد ولا على مولاه حتى يقضي دينه، فإن فضل فيصح فيما يفضل عن دين الغريم. وإن صدقه الشريك وكذبه العبد لم يرجع أحدهما على صاحبه بشئ، سواء كان على العبد دين أو لا. ولو وكل الشريك العبد بالخصومة فأقر أن الشريك قد استوفى حقه برئ الغريم من نصف الدين ولا ضمان على العبد ويقبض العبد نصف الدين ويكون بينه وبين شريكه. ولو ادعى شريك العبد أن العبد قبض حقه فوكل العبد مولاه بخصومته أو بعض غرمائه فأقر الوكيل باستيفاء العبد فللشريك أن يأخذ العبد بربع الدين ويرجع على المديون بربعه، وكذا لو أقر العبد بذلك. وإذا وكل مأذونا يشتري له بالنسيئة لم تجز الوكالة ولو لم يذكر النسيئة جاز استحسانا، فإذا حل الاجل يكون للبائع أن يأخذ الثمن من العبد ثم يرجع العبد بما أدى على الموكل ولو كان الوكيل صبيا أو محجورا أو معتوها ثم أدرك أو أفاق لم تعد العهدة إليه لانهما وقت العقد ليس من أهل العهدة بخلاف الوكيل إذا جن فأفاق أو أسلم المرتد تعود العهدة عليهما لانهما وقت العهدة من أهلها. الخامس لو كان على المولى دين لرجل فوكل عبده بقبض ذلك جاز، فإن أقر بقبض ذلك والهلاك في يده صدق لان العبد فيما يقبض عامل لغيره لا لنفسه، لرجل على عبدين مأذونين في التجارة دين فوكل أحدهما بقبضه جازت الوكالة لان العبد يصلح وكيلا للاجنبي بقبض الدين من مولاه، ولو أقر بقبضه صدق فيه مع يمينه، وإن نكل عن اليمين لزمه ذلك. على العبد دين فوكل الغريم ابن العبد أو أباه أو عبد أبيه أو مكاتبه فأقر الوكيل بقبض ذلك صدق لانه لو وكل عبده بذلك جاز، فلو وكل ابنه بذلك لكان أولى. قال رحمه الله: (ويرهن ويسترهن) لانهما من توابع التجارة لانهما إيفاء واستيفاء ويتقرر ذلك بالهلاك. قال في الاصل: إذا كان على العبد دين فرهن به رهنا

ووضعاه على مولاه وهلك في يده لم يبطل دين الغريم وهلك الرهن من مال العبد لان المولى لا يصلح وكيلا بقبض الدين من عبده فكذا لا يصلح عبده، ولو لحق المأذون دين فأراد أن يرهن عبدا من بعض الغرماء فللباقين المنع لان الرهن إيفاء حكما اه. وأطلق قوله يرهن فشمل ما إذا كان
***
[١٦٦]
عليه دين أو لا، كان مستغرقا أو لا. رهن عند المولى أو عند بعض الغرماء. أما إذا لم يكن عليه دين لا يصح أن يرهن من المولى، وكذا لو لم يكن عليه دين لانه إذا لم يصلح أن يكون عدلا لا يصلح أن يكون مرتهنا، فلو رهن من بعض الغرماء يتوقف كما ذكر في الاصل. قال رحمه الله: (ويستأجر ويضارب) لانه من صنيع التجار فيجوز له المضاربة أخذا ودفعا، وكذا الاجارة بأن يؤجر غلمانه ويستأجر أحرارا وله أن يدفع الارض مزارعة ويأخذها ومساقاة لان كل ذلك من عمل التجار قال عليه الصلاة السلام الزارع تاجر ربه وله أن يشتري طعاما ويزرعه فيها ويستأجر البيوت والحوانيت ويؤجرها لما فيه من تحصيل المال ويشارك شركة عنان ولا يشارك شركة مفاوضة لانها تنعقد على الوكالة والكفالة، والكفالة لا تدخل تحت الاذن فلو فعلا ذلك كانت عنانا لان المفاوضة عنان وزيادة فصحت بقدر ما يتملكه المأذون وهو الوكالة. قال رحمه الله: (ويؤجر نفسه) يعني المأذون يؤجر نفسه وقد قدمناه. وقال الامام الشافعي: لا يملك ذلك لان الاذن لم يتناول التصرف في نفسه ولهذا لا يملك أن يبيع نفسه ولا أن يرهنها. قلنا الاذن يتضمن اكتساب المنافع والاجارة منه بخلاف البيع أو الرهن لانه يبطل الاذن. قال رحمه الله: (ويقر بدين وغصب ووديعة) لان الاقرار من توابع التجارة لانه لو لم يصح إقراره لم يعامله أحد فلا بد من قبول إقراره فيما هو من باب التجارة والاقرار بالدين منه، وكذا بالغصب لان ضمان الغصب ضمان معاوضة عندنا لانه يملك المغصوب بالضمان فكان من باب التجارة ومن باب المعاوضة، وكذا لو أقر به أحد المتعاوضين كان شريكه مطالبا به. ولو اشترى جارية شراء فاسدا فأقر أنه وطئها يجب عليه العقر للحال لان لزومه باعتبار الشراء إذ لولاه لوجب الحد دون العقر بخلاف ما إذا أقر أنه وطئها بالنكاح حيث لا يظهر وجوب العقر في الحال في حق المولى ويؤخذ به بعد الحرية لانه ليس من باب التجارة لانه لا يجد بدا منه فكان من توابعها ولوازمها. وأطلق في قوله أقرو وما بعده فشمل ما إذا أقر للمولى أو لغيره. وما إذا كان عليه دين أو لا، وما إذا كان في صحته أو مرضه أو الاول وهو ما إذا أقر للمولى. قال في المبسوط: إذا أقر المأذون بعين في يده لمولاه إن لم يكن عليه دين جاز، وكذا لعبد مولاه وإلا فلا لان الاقرار لم يلاق حق أحد وقد يفيد المولى فائدة إذا لحق للعبد دين لا يتعلق به حق الغرماء. ولو أقر بدين لمولاه لا يجوز كان عليه دين أو لا، لان المولى لا يستحق عليه دين، ومثله لو أقر لعبد مولاه المحجور. ولو أقر لعبد مولاه المأذون بدين، إن كان على المقر له دين لا يصح إقراره لانه إقرار للمولى، ولو أقر بألفين لمكاتب مولاه ولا دين عليه يصح كما لو أقر للمولى، ولو كان عليه دين لا يصح. ولو أقر بالدين لمكاتب مولاه صح كان على المقر له دين لان المكاتب يصح أن يثبت له دين على مولاه فعلى عبد مولاه أولى. ولو أقر لابن مولاه أو لابيه بوديعة أو دين وعليه دين صدق، ولو أقر لابن نفسه أو لابيه أو لمكاتب أبيه لم يصح، عليه دين أو لا عند الامام.
***
[١٦٧]
وقالا: يصح وبيان الدليل من الجانبين مذكور فيه، وأما إذا أقر لغير المولى فهو صحيح كان عليه دين أو لا. قال في المحيط: ولو صدقه مولاه في الاقتصاص بنكاح فاسد بدأ بدين الغرماء، فإن فضل شئ أخذه سيد الامة من عقرها لان ضمان العقر بمنزلة ضمان الجناية، وفي ضمان الجناية لا يصدق العبد في حق الغرماء كما لو أقر بقطع يد أو رجل. ولو أقر بحرية الجارية التي في يده لا يصح لانه لا يملك إنشاء حرية طارئة للحال فلا يملك الاقرار بها، ومتى أقر بحرية أصلية يصح لان الحرية الاصلية غير ثابتة بإقراره بل مضافة إلى الذات. ولو اشترى عبدا من رجل وقبضه ثم أقر أن البائع أعتقه أو دبره أو استولدها ولو أمة لم يصدق ويبيعها لانه أقر بحرية طارئة، فإن صدقه البائع انتقض البيع ويرد عليه الثمن لان التصديق من البائع إقرار منه بإنشاء هذه الاشياء وهو يملك إنشاء هذه التصرفات فيملك الاقرار بها، ويصدق العبد في نقض البيع لانه يملك نقض البيع. ولو قال باعها من فلان قبل أن يبيعها مني صدق ولا يرجع بالثمن على البائع إلا أن يأبى اليمين أو يقيم عليه البينة أو يصدقه. وذكر في الزيادات أنه لا يصح دعواه ولا تقبل بينته ولا يتسحلف البائع إذا أنكر لانه ينتاقض. ولو أقر بألفين لاجنبي جاز إذا أقر مطلقا، ويحمل على المعاوضة. ولو باع المأذون عبده فقال المشتري إنه

حر وصدقه المأذون لا يصدق ونفذ عتقه على المشتري إذا أقر المأذون المديون أو غير المديون بدين كان عليه وهو محجور من غصب أو وديعة استهلكها أو مضاربة أو عارية خالف فيها، فإن كذبه رب المال وقال هذا كله في حال إذنك لم يصدق العبد في شئ منه ولزمه كله، وإن صدقه رب المال لزمه الغصب خاصة لان الغصب يوجب الضمان للحال بخلاف غيره لانه أضاف الاقرار إلى حالة تمنعه. ولو أذن له ثم حجر ثم أذن، فإن كان عبدا أو صبيا حرا فقال استهلكه كله في حال أذني الاول لزمه كله، صدقه المقر له أو كذبه، لان الاقرار بهذه الاشياء في الاذن معتبرة بالاذن الاول. ولو حجر على عبده ولا مال في يده ثم أقر بعد ذلك كله أنه فعله في حال إذنه لم يلزمه إلا بعد العتق لانه محجور أقر على نفسه، وإن أذن له مرة أخرى سئل عما أقر به، فإن قال كان حقا لزمه، وإن قال كان باطلا تأخر حتى يعتق، ومثله الصبي والمعتوه. وأما إذا كان عليه دين أو في صحته أو مرضه فقد بيناه في ضمن التقرير. وأما إذا أقر المأذون في مرض مولاه قال في المبسوط: وهو على وجهين: أحدهما أن يقر العبد، والثاني في إقرارهما. فالاول إذا أقر العبد في مرض المولى وعلى المولى دين إن كان عليه دين الصحة محيط بجميع ماله ورقبة العبد لا يصح إقرار العبد وإن كان على المولى دين المرض صح إقراره. ثم المسائل على أقسام: أما الاول إذا كان على المولى دين الصحة ولا دين على

***

[١٦٨]

[ووديعة ولا يتزوج ولا يزوج مملوكه ولا يكاتب ولا يعتق ولا يقرض ولا يهب ويهدي] العبد، أو على العبد ولا دين على المولى، أو على كل واحد منهما دين. الاول لو أقر المأذون في مرض مولاه بدين ولا دين عليه وعلى المولى دين الصحة جعل كأن المولى أقر في مرضه ويبدأ بدين الصحة كإقرار المولى على نفسه في هذه الحالة، وإن لم يكن على المولى دين في صحته فتداين في مرضه تخلصا لان إقرار العبد بالدين صحيح في حق غرمائه وإن تضمن إبطال حقه. الثاني لو كان على العبد دين ولا دين على المولى في صحته فإقرار العبد بذلك صحيح لان المأذون إنما يصير محجورا عليه في مرض سيده إذا كان على السيد دين في الصحة يحيط بماله ورقبة العبد وما في يده فيصير العبد محجورا حينئذ. الثالث إذا كان على كل واحد منهما دين للصحة فأقر العبد بدين في مرض مولاه فلا يخلو إما أن يكون رقبة العبد وما في يده لا يفضل عن دينه أو يفضل عن دينه ولا يفضل عن دين المولى أو يفضل عنهما، فإن لم يفضل عن دينه لا يصح إقراره لان شغل ما في يده ورقبته يمنع صحة إقراره، فإن فضل عن دينه وعلى المولى دين الصحة يكون الفاضل لغرماء صحة المولى، وأما إذا فضل عن دينهما فإنه يصح إقراره في ذلك الفاضل، ولو لم يكن على أحدهما دين فأقر المولى في مرضه بألف على نفسه ثم أقر العبد بألف تحاصا في ثمن العبد، ولو أقر العبد أولا ثم المولى بدئ بدين العبد. وفي المحيط قال أبو يوسف: إذا أبق العبد المأذون أو حجر عليه أو باعه سيده حل الدين الذي عليه مؤجلا، وإن أعتقه لم يحل عليه الدين وكان إلى أجله لان بالعتق لم تنقطع ولاية التجارة بل استفادها. قال رحمه الله: (ولا يتزوج) لانه ليس من باب التجارة ولانه فيه ضرر على المولى لوجوب المهر والنفقة في رقبته. وفي المحيط: حجر المأذون ولو اشترى المأذون أمة فتسري بها وولدت له ثبت نسبه منه ولا يخرج الامة وولدها من التجارة، وكذا لو تزوج أمة بغير بينة بإذن المولى لم تخرج الامة وولدها من التجارة، فإن كان النكاح ببينة خرجت من التجارة. قال الحاكم أبو الفضل: يحتمل أن يكون هذا الجواب في أمة بأجرة اه. قال رحمه الله: (ولا يزوج مملوكه) أطلقه فشمل ما إذا كان عليه دين أو لا زوجها من المولى ولا دين عليه أو من غيره. وقال الثاني: يزوج الامة دون العبد لان فيه تحصيل النفقة والمهر فأشبه إجارتها ولهذا جاز للمكاتب ووصي الاب والاب. ولهما أن الاذن يتناول التجارة والتزويج ليس منها ولهذا لا يملك تزويج العبد بالاتفاق والاب والوصي تصرفهما بالنظر إلى الصغير وفي تزويج الامة النظر المذكور، وعلى هذا الخلاف الصبي والمعتوه المأذون لهما والمضارب والشريك عنانا ومفاوضة، وما في الهداية من أن الاب والوصي على هذا الخلاف سبق قلم من الكاتب فإنه ذكر المسألة بنفسها في كتاب المكاتب مثل ما ذكرنا ولم يذكر فيهما خلافا بل جعلهما كالمكاتب، وكذا في عامة كتب أصحابنا كالمبسوط ومختصر الكافي والتتمة. قيدنا بقولنا

***

[١٦٩]

[طعاما يسيرا ويضيف من يطعمه ويحط من الثمن بعيب ودينه متعلق برقبته يباع فيه أن] زوجها من المولى ولا دين عليه لما قال في المنتقي: اشترى المأذون جارية ولا دين عليه فزوجها من المولى جاز وقد خرجت الجارية من التجارة، وليس له أن يبيعها ولا تباع

للغرماء لو لحقه دين لان المولى يملك إكساب عبده وإن كان عليه دين لم يجز النكاح، وله أن يبيعها ويبيع ولدها لانهما ملك للعبد، وإن قضى دينه بعد التزويج فهو بمنزلة تزويجة ولا دين عليه اهـ. قال رحمه الله: (ولا يكاتب) لانه ليس من باب التجارة إذ هي مبادلة المال بالمال والبدل في الحال مقابل بفك الحجر فلم يكن من باب التجارة، ولان الكتابة أقوى من الحجر لان الكتابة توجب حرمة اليد في الحال وحرية الرقيق في المآل والاذن لا يوجب شيئا من ذلك والشئ لا يتضمن ما هو فوقه إلا إذا أجازه المولى ولم يكن على العبد دين لان الامتناع لحقه، فإن أجازه المولى جاز. وذكر في النهاية أنه إذا كان على العبد دين قليل أو كثير فكتابته باطلة وإن أجازهما لان قيام الدين يمنعه من ذلك قل أو كثر وهذا مشكل، لان الدين إذا لم يكن مستغرقا لما في يده ورقبته لا يمنع الدخول في ملك المولى، وإنما الخلاف فيما إذا كان الدين مستغرقا فعند الامام يمنع من دخوله في ملك المولى، وعندهما لا يمنع. وإذا أدى المكاتب الدل إلى المولى قبل الاجازة ثم أجاز المولى لا يعتق ويسلم المقبوض للمولى لانه كسب عبده. قال رحمه الله: (ولا يعتق) أطلقه فشمل ما إذا كان على مال أو لا لانه فوق الكتابة فكان أولى بالامتناع، وإن أجازه المولى ولم يكن عليه مال دينا جاز وكأنه قبل العوض إليه إن كان العتق على مال فإن كان عليه دين مستغرق لم ينفذ عند الامام، وينفذ عندهما بناء على أنه يملك ما في يده أم لا، وقدمنا لو أقر بحرية طارئة أو أصلية فراجعه. قال رحمه الله: (ولا يقرض) لان تبرع ابتداء وهو لا يملك وينبغي أن يقال إذا كان درهما فصاعدا فأما ما دونه فيجوز أن يقرض كما في الهبة. قال رحمه الله: (ولا يهب) أطلقه فشمل ما إذا كان بعوض أو لا لانه تبرع ابتداء وانتهاء. أطلق في منع الهبة فشمل ما قيمته درهم وما دونه. وفي المحيط: ولا يهب هذا إذا بلغت قيمته درهم فصاعدا ويجوز هبة ما دون الدرهم لانه من صنيع التجارة لانه لا بد للتجارة منه لعيرف ويميل قلب الناس إليه اهـ. قال رحمه الله: (ويهدي طعاما يسيرا ويضيف من يطعمه) لان التجار يحتاجون إليه لاستجلاب قلوب المهاجرين، وعن الثاني المحجور عليه إذا دفع إليه المولى قوت يومه فدعى بعض رفقائه عليه فلا بأس به بخلاف ما إذا دفع قوت شهر لانهم إذا أكلوه يضر بحال المولى ولا يمكن أن يقدر الضيافة بتقدير لانه يختلف باختلاف الناس واختلاف المال، ولا بأس للمرأة أن تتصدق من بيت زوجها بالرغيف بدون إذن الزوج لانه مأذون فيه عادة. قال محمد: ويتصدق المأذون بالرغيف ونحوه واستحسنوا ذلك في الطعام وفيما إذا أعار رجلا دابة ليركبها أو ثوبا يلبسه لا بأس به. ولم يذكر في الكتاب الضيافة اليسيرة وقدرها محمد بن

***

[١٧٠]

سلمة البلخي فقال: إن كان مال التجارة عشرة آلاف فالضيافة عشرة دراهم، وإن كان مال التجارة عشرة فالضيافة بدانق، كذا في المحيط. قال رحمه الله: (ويحط من الثمن بعيب) أطلقه فشمل ما إذا كان قدر العيب أو أكثر أو أقل وهو مقيد بما إذا كان قدره فلو قال بقدره لكان أولى لانه من صنيع التجار. وقيدنا بكون الحط أنظر له من قبول العيب بخلاف الحط من غير عيب أو الحط أكثر من العادة لانه تبرع محض بعد تمام العقد وهو ليس من صنيع التجار فلا ضرورة إليه بخلاف المحاباة ابتداء لانه قد يحتاج إليه التاجر، وله أن يؤجل في دين وجب له لانه من عادة التجار، وفي المحيط: فأما إذا كان المحطوط أكثر مما يخص العيب من الثمن بحيث لا يتغابن في مثله هل يجوز؟ لم يذكره في الكتاب واختلفوا فيه، فقيل يجوز عند الامام، وعندهما لا يجوز لان الحط بمنزلة البيع والشراء وهو لا يملكه بالغبن الفاحش عندهما، وعنده يملكه. وقيل لا يجوز بالاجماع لان الحط ليس بتجارة اهـ. أطلق في قوله فشمل قبل الحجر وبعده، وأطلق العيب فشمل ما إذا أقر به أو ثبت. قال في المنتقى: باع العبد المأذون عبدا في تجارته ثم حجر عليه مولاه ثم وجد المشتري بالعبد عيبا فالخصم في الرد بالعيب هو العبد، وإن أقر العبد بالعيب لم يلزمه، وإن نكل عن اليمين فقضى عليه جاز اهـ. فإذا كان خصما ملك الحط. وفي المحيط قال محمد في الاصل: إذا باع العبد المأذون عينا واطلع المشتري على عيب يحدث مثله وخاصم المأذون في ذلك فقبله من غير قضاء بلا يمين ولا بينة فقبوله جائز، ولو أن عبدا مأذونا باع من رجل جارية فقبضها المشتري فوجد بها عيبا فرد القاضي الجارية على العبد وأخذ منه الثمن ثم إن العبد بعد وجد بالجارية عيبا حدث عند المشتري ولم يعلم به العبد وقت الرد ولا علم القاضي بذلك فالمأذون بالخيار إن شاء نقض البيع ورد الجارية على المشتري وأخذ منه الثمن إلا مقدار العيب الذي كان عنده، وإن شاء أجاز البيع وأمسك الجارية ولم يرجع على المشتري بنقصان العيب اهـ. ولو قال ويحط من العوض لكان أولى لانه يشمل ما

إذا باع سلعة بسلعة كان يحط منه إذا كان مكيلا أو موزونا، ومن القيمة إذا كان قيميا. قال رحمه الله: (ودينه متعلق بقربته) وهذا عندنا. وقال الامام الشافعي وزفر: يتعلق بالكسب لا بالرقبة فلا تباع رقبته ويباع كسبه بالاجماع. ولنا أن هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجات. وفي تعليقه برقبته دفع الضرر عن الناس وحامل لهم على المعاملة وبه يحصل مقصود المولى، وتعلقه بكسبه لا ينافي تعليقه برقبته فيتعلق بهما جميعا، ويبدأ ببيع كسبه لانه أهون على المولى مع بقاء حق الغرماء. قال في العناية: فإن لم يكن له كسب تعلق الدين برقبته اهـ. فلو قال المؤلف وديونه متعلقة بكسبه ورقبته لكان أولى وأكثر فائدة لانه يفيد تأخر تعلقه بالرقبة عن الكسب إن كان ويفيد تعليقين. قال في المحيط: وإذا أخذ المولى شيئا من كسب عبده المأذون ثم لحقه دين سلم لمولاه ما أخذه وإن كان عليه دين يوم أخذ قليلا أو كثيرا يسلم للمولى ما أخذه،

***

[١٧١]

[لم يفده السيد وقسم ثمنه بالحصص وما بقي طولب به بعد عتقه ويحجر بحجر وإن] ويظهر ذلك فيما إذا لحقه دين آخر يرد المولى جميع ما كان أخذه لانا لو جعلنا بعضه مشغولا بقدر الديون وجب على المولى رد قدر المشغول على الغريم الاول، فإذا أخذه كان للغريم الثاني أن يشاركه فيه إن كان دينهما سواء، وكان للغريم الاول أن يرجع بما أخذه منه على السيد، وإذا أخذ منه ثانيا كان للغريم الآخر أن يشاركه ثم وثم إلى أن يأخذ منه جميع ما أخذ من كسبه. ولو أخذ المولى من المأذون ضريبة مثله وعليه دين سلمت للمولى استحسانا لان للمولى أن يستخدم المأذون لان المنافع باقية على ملكه، فإذا شرط عليه غلة المثل فقد ترك عليه الخدمة عوضا عنها فكان ما أخذه عوضا بخلاف ما إذا على غلة المثل لانه أخذه بغير عوض، عليه دين خمسمائة وفي يده عبد قيمته ألف فأخذ مولاه ثم لحقه دين ألف ثم أراد إبراء الاول العبد عن دينه لم يسلم للمولى ما أخذه أو لو أبرأه قبل لحوق الدين سلم للمولى ما أخذه كله وكان كسبه فارغا عن الدين فملك المولى كسبه وخرج المأخوذ عن كونه كسب العبد بخلاف ما إذا أبرأه قبل لحوق الدين فقد أبرأه بعدما تعلق به حق الغرماء فصار مشغولا، ولو لم يبرئه الاول ولكن قال لم يكن لي على العبد دين قليل ولا كثير بعدما لحقه الدين الثاني يسلم للمولى ما أخذه كله لانه لما قال لم يكن لي عليه دين وأقر بذلك كاذبا فقد كذب العبد في إقراره فبطل إقراره من الاصل فظهر أنه لم يكن عليه دين فصح أخذ المولى وبالابراء لم يظهر أنه لم يكن عليه دين لان الابراء إسقاط بعد الوجوب فلم يصح أخذه، ولو كان المولى صدق عبده حيث أقر للاول بالدين ثم لحقه دين الثاني ثم قال الاول لم يكن لي له عليه شئ لم يسلم للمولى ما قبض لان المولى لما صدق عبده في الدين فقد أقر أن ما أخذه كان مشتركا بين الاول والثاني فقد أقر لرجلين بخلاف ما إذا صدق المولى الغريم في قوله لا دين وكذبه العبد لا يصح إقرار العبد في حق ما في يد المولى لانه إقرار بما ليس في يده. وقوله وديونه متعلقة صادق بدين للمولى أو لابنه أو لابيه أو لابن العبد الحر أو لابيه أو لاجنبي وقد قدمنا بيانه. قال رحمه الله: (يباع فيه إن لم يفده السيد) يعني إذا تعلق الدين برقبته حيث لا كسب له يباع فيه رقبته دفعا للضرر عن الغرماء، ولا يعجل القاضي بيعه بل يتلوم لاحتمال أن يكون له مال يقدم أو دين بقبضه فإذا مضت مدة التلوم ولم يظهر له وجه باعه لان القاضي نصب ناظرا للمسلمين. ولم يقدر مدة التلوم، قيل هو مفوض إلى رأي القاضي، وقيل يقدر بثلاثة أيام ولا يبيعه القاضي إلا بحضرة مولاه أو نائبه فإذا خرج العبد إلى مصر وتصرف ولحقه ديون وفي يده أموال وقال أنا محجور علي وكذب الغرماء باع القاضي كسبه استحسانا ولا يبيع رقبته حتى يحضر المولى، كذا في المحيط. قال في العناية: فإن قيل: فما وجه البيع على قول الامام وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير رضا مولاه حجر عليه؟ أجيب بأن ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا وأعيد

***

[١٧٢]

بيعه إذ لا يجوز للمولى أن يبيع العبد المأذون بغير رضا الغرماء وحجر المحجور عليه متصور، وقوله إن لم يفده سيده إشارة إلى أن البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضرا فأما إذا كان غائبا فإنه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فإن الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز بيعه إلا بحضرة المولى أو نائبه بخلاف الكسب فإنه يباع بالدين، وإن كان المولى غائبا فإن الخصم فيه هو العبد فالشرط حضور العبد اهـ. قال الشارح: والمراد بالدين ما يظهر في حق المولى، وأما ما لا يظهر في حقه فلا يباع فيه ويطالبه المولى به بعد الحرية. وفي

المحيط: ولا يجوز بيع العبد المأذون بأمر بعض الغرماء إلا برضا الباقين أو يكون القاضي هو الذي باعه ويعزل نصيب الغائب عنهم لان للمولى في العبد حق ملك وللغرماء حق الاستسعاء فيباع ليصل إليهم كمال حقهم وهذا الحق مفوت عليهم ببيع المولى فشرط إذنهم فيه اهـ. وفيه أيضا: وإذا ولدت المأذونة المديونة بعد لحوقها دين لزم الدين الولد والام ويباعان فيه لان دين الام حق ثبت في رقبتها فيسري إلى الولد، وإن لحقها بعد الولادة لا يباع الولد وهو للمولى لان الدين إنما تعلق برقبتها حال انفصاله فلا يتعلق بالولد، وأما الهبة والكسب فيباعان في الدين وإن استفادهما قبل الدين. والفرق أن الكسب يتبع المكاتب حقيقة وحكما بكل حال لانه حدث بكسبه وفعله والولد يتبع الاتصال ويصير أصلا حال الانفصال، ولو كان عليها ألف قبل الولادة وألف بعد الولادة فالولد للاول خاصة ولا يدفع الولد بجناية الام وإن ولدت بعد الجناية لان موجب الجناية لا تجب في رقبة الجاني بل يخير المولى بين الدفع والفداء والولد ليس بجان فلم يجب دفعه. قال رحمه الله: (وقسم ثمنه بالحصص) أي بين الغرماء لان ديونهم متعلقة لان ديونهم متعلقة برقبته فيتحاصصون من الاستيفاء وفاء من البدل كما في التركة، وإن لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة إذا ضافت فإن فضل شئ من ديونه طولب به بعد الحرية ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع الناس عن شراء المأذون ودفعها للضرورة عن المشتري لانه لما لم يؤذن في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه. ولا يلزم ما لو اشتراه الاذن فإنه لا يباع ثانيا وإن كان راضيا للبيع لان الملك قد تبدل وتبدل الملك لا يبدل العين، كذا في العناية. قال في المبسوط: الاصل أن دين العبد أقوى من دين المولى ولهذا يقدم دين العبد على دين المولى في الايفاء من رقبة العبد. وهنا مسائل: أحدها في دين الوارث على عبد الميت مع دين الميت. والثاني في دين الميت ودين العبد الموصى له. والثالث في هبة المريض عبده لرجل وللموهوب له على العبد دين. الاول إذا هلك الرجل وعليه دين ألف درهم وترك ابنين وعبدا قيمته ألف لا مال له غيره ولاحد الابنين على العبد خمسمائة يباع العبد ويستوفي الابن دينه ثم يستوفي الاجنبي خمسمائة ثانية لان دين الوارث دين العبد ودين الاجنبي دين عى المولى ودين العبد متقدم على دين المولى، وإن كان دين الميت خمسمائة والمسألة بحالها يسقط نصف دين الابن ويستوفي نصفه أولا ثم يستوفي الاجنبي دينه

***

[١٧٣]

خمسمائة، بقي مائتان وخمسون ثلثاها للابن المدين وثلثها للابن الآخر لان الدين غير محيط وصار العبد ميراثا بين الابنين وسقط نصف دين الابن الذي في نصيبه لان المولى لا يستوجب على عبده دينا. الثاني هلك عن دين خمسمائة وابنين وعبد قيمته ألف وأوصى لرجل له على العبد دين خمسمائة بثلث ماله بطل ثلث الدين الموصى له ويستوفي ثلثيه والاجنبي خمسمائة دينه لان الدين غير محيط بالتركة ويملك الموصى له ثلث دينه وبقي ثلث دينه في نصيب الورثة فيوفوا ذلك من قيمة العبد وهي ألف ثم يأخذ الغريم كمال حقه خمسمائة والباقي بين الاجنبي والموصى له نصفان، ولو كان دين الميت ألف يستوفي الموصى له تمام دينه أولا ثم غريم امليت خمسمائة. الثالث لو كان له عبد وهبه في مرضه ممن له على العبد دين ألف درهم ولا دين له غيره، فإن أجازت الورثة سلم العبد كله له وسقط دينه، وإن أبت ردت ثلثي العبد بغير دينه وسلم له ثلثه. وفي المبسوط: شريكان أذنا لعبدهما في التجارة فلا يخلو إما أن يكونا شريكين شركة ملك أو مفاوضة أو عنان، فإن كانا شريكي ملك أذنا لعبدهما في التجارة فأدانه كل واحد منهما مائة درهم وأدانه الاجنبي مائة فاشترى عبدا فبيع العبد بمائة أو مات العبد عن مائة كان نصفها للاجنبي والنصف بينهما، فالامام قال تعتبر القسمة في هذه المسائل على طريق العول، وفيها القسمة عندهما على طريق المنازعة وسيأتي بيان ذلك في كتاب الوصايا. ولو كانا شريكين مفاوضة أو عنانا وبينهما عبد ليس من شركتهما فأدانه أحدهما مائة من شركتهما وأجنبي مائة فبيع العبد بمائة فثلثاها للاجنبي وثلثها بينهما عند الامام لان دين الاجنبي وجب كله ودين المولى ثبت نصفه. وعندهما قيل يقسم كما قال الامام، وقيل يجب أن يقسم على ثمانية أسهم ثلاثة أرباعها للاجنبي وربعها بين المولبين، ويطلب بيان التعليل في المبسوط. فإن كان العبد من شركتهما والمسألة بحالها فالمائة كلها للاجنبي لان الدين للشركة والعبد للشركة. بينهما عبد مأذون فأدانه أحدهما مائة وأجنبي مائة وغاب الذي لم يدن وحضر الاجنبي فإن نصيب الذي أدان في دينه ويؤاخذ كله للاجنبي ولا يباع نصيب الغائب. قال في المحيط: وإذا شهد لمسلم مسلمان على عبد كافر تاجر بألف ومولاه مسلم ولمسلم كافران بألف بيع العبد وبدئ بدين الذي شهد له المسلمان فإن بقي شئ كان للآخر. وإنما بدئ بدين المسلم لانه

حجة في حق المولى والعبد وحجة الثاني قاصرة لانها حجة في حق العبد دون المولى، ولو كان الاول كافرا فإنهما يتحاصان، ولو صدق أن العبد الذي شهد له الكافر اشتركا جميعا، ولو شهد لمسلم كافران ولكافر مسلمان تحاصا لان بينة كل واحد منهما استوت في كونها حجة في حق العبد، ولو كان أرباب الدين ثلاثة مسلمان وكافر فشهد للكافر مسلمان ولاحد المسلمين كافران وللآخر مسلمان بدئ بدين المسلم الذي شهد له المسلمان وما بقي يستويان فيه لاستواء حجتهما. عبد كافر مأذون له مولاه مسلم فأقام
***
[١٧٤]
[علم به أكثر سوقه بموت سيده وجنونه ولحوقه بدار الحرب مرتدا والإباق] عليه مسلم أو كافر كافرين بدين ألف كانت له فيسترد من المقضى له ويدفع إلى المسلم لانهما لو اقترنا أو أقاما معا قدمت حجة المسلم الذي شهد له مسلمان عليهما فكذا إذا تأخرت، وإن كان الثاني كافرا شارك المقضى له الاول. ولو شهد لمسلم حربيان بدين ألف على عبد تاجر حربي دخل دارنا بأمان وشهد لمسلم ذميان بدين ألف وشهد مسلمان بدين ألف فبيع العبد بألف يكون الحربي والذمي نصفين ويأخذ المسلم نصف ما أخذ الحربي لان البينة الحربية ليست بحجة في حق المسلم والذمي أصلا فصار كأن المسلم لم يقم بينة في حقهما وبينة الذمي حجة في حق المسلم من وجه دون وجه لان الذمي منا دارا فلا بد من تقديم الذمي على المسلم في الاستحقاق لزيادة حجته، ثم المسلم مع الذمي استويا في الحجة لان بينة الحربي حجة في حق الحربي والبينة المسلمة حجة في حق المسلم. ولو شهد لذمي حربيان وشهد لمسلم ذميان وشهد لحربي مسلمان كان الثمن للحربي والمسلم ثم يشارك الذمي الحربي فيما خصه لان شهادة المسلم للذمي حجة في حق الحربي وشهادة الحربي للمسلم حجة في حق المسلم فقد استويا في الحجة فيقضى بينهما نصفان ولا يدخل في نصيب المسلم. ولو شهد المسلمان للذمي والذميان للحربي والحربيان للمسلم كان بين الذمي والحربي نصفان ثم يأخذ المسلم نصف ما أخذه الحربي. قال رحمه الله: (وما بقي طولب به بعد عتقه) يعني ما بقي من الدين بعد قسمة الثمن يطالب به بعد الحرية لان الغرماء بالخيار إن شاؤا استسعوا العبد، وإن شاؤا باعوه لم يبق لهم تعلق به لان من هو مخير بين شيئين أو أشياء فاختار أحدهما بطل خياره في غيره، ولما كان الاذن تارة يكون شائعا فلا يحجر إلا بالحجر الشائع وتارة يكون غير شائع فينجبر بالحجر غير الشائع. قال رحمه الله: (ويحجر بحجر وإن علم به أكثر أهل سوقه) وقال الشافعي: الحجر صحيح وإن لم يعلم به أحد من أهل سوقه. ولنا أن حجره لو صح بدون علمهم لتضرروا به لانه إذا اكتسب شيئا فالمولى يأخذه فيتأخر حقهم إلى ما بعد العتق وهو موهوم لانه قد يعتق وقد لا يعيق. وقيد بالاكثر وهو الاستحسان لان إعلام الكل متعذر أو متعسر. ولو حجر عليه بحضرة الاقل لم يصر محجورا عليه حتى لو باعه من علم منه ومن لم يعلم جاز البيع لانه لما صار مأذونا له في حق من لم يعلم صار مأذونا له في حق من علم أيضا لان الاذن لا يتجزئ ويشترط علم العبد أيضا وبقي مأذونا له حتى يعلم بالحجر. وفي المحيط: أصله أن الحجر الخاص لا يرد على الاذن العام ويرد على الاذن الخاص بأن أذن له بمحضر رجل أو رجلين وثلاثة فحجر بمحضر هؤلاء يصح. ولو رآه المولى يبيع ويشتري بعدما حجر عليه قبل أن يعلم العبد فلم ينهه ثم علم العبد بالحجر يبقى مأذونا استحسانا. ووجهه أن سكوت المولى إجازة حال رؤية عبده يبيع ويشتري يرفع الحجر الثابت فلان يرفع الموقوف أولى. ولو أرسل إليه صبيا يخبره بحجره أو كتب إليه صار
***
[١٧٥]
محجورا لان الرسالة والكتابة من الغائب بمنزلة المشافهة من الحاضر، سواء كان الرسول عدلا أو فاسقا، حرا أو عبدا. وإن أخبره بالحجر رجل أو صبي من غير رسالة لم يكن حجر حتى يخبره رجلان أو رجل عدل يعرفه العبد عند الامام، وعندهما يصير محجورا عليه كان المخبر حرا أو عبدا عدلا أو فاسقا أو صبيا. وفي الخانية: فرق الامام بين الاذن والحجر، فعنده لا يثبت الحجر بخبر الواحد إلا إذا كان عدلا أو اثنان ويثبت الاذن بقول الفضولي الواحد على كل حال. وذكر الشيخ خواهر زاده عن الفقيه أبي بكر البلخي أنه لا فرق بنيهما وإنما يصير مأذونا إذا كان الخبر صادقا عند العبد وكذا الحجر والفتوى على هذا القول اهـ. هذا إذا حضر المولى وصدقه، فلو حضر المولى وكذبه لا يصير محجورا عليه، وإذا أذن العبد المأذون لعبده في التجارة ثم حجر المولى على الاول إن كان عليه دين يحجر على الثاني، ومثله لو مات الاول وعليه دين، وإن لم يكن على الاول دين لم يحجر على الثاني في الوجهين لانه متى كان على الاول دين لا يملك المولى

إذن العبد الثاني، وإن لم يكن عليه دين فالمولى يملك أن يأذن للثاني فصار المولى آذنا للثاني حكما، والمولى لو أذن للثاني حقيقة ثم حجر على الاول لم يحجر على الثاني فكذا حكما ولم يجز حجر المولى على مأذون مكاتبه وينحجر بموت المكاتب وعجزه. ولو مات المكاتب عن ولد فأذن الولد للعبد في التجارة فإذنه باطل لان التركة ما دامت مشغولة لا يملكها الوارث، فلو أدى بدل الكتابة من كسب المأذون صح الاذن وإن كان الاذن قبل مضي الدين لانه تبين أنه ملك من وقت الموت متى قضى الدين وأطلق في قوله ينحجر بحجره فشمل المنجز والمعلق وهو صحيح في المنجز غير صحيح في المعلق. قال في المحيط: لو قال القاضي لرجل قد حجرت عليك إذا سفهت لم يكن حجرا. وإذا قال لسفيه قد أطلقتك إذا صلحت جائز لان الاذن والاطلاق إسقاط للحجر وتعليق الاسقاط بالشرط جائز كالطلاق والعتاق، وأما الحجر عزل وتعليق العزل بالشرط لا يصح وروى ابن سماعة عن أبي يوسف ومحمد جاز الحجر كما جاز الاذن لان الحجر منع وتعليق المنع بالخطر جائز اه. وفي المحيط في باب إقرار المأذون بعد الحجر: وإذا حجر على المأذون وله ديون على الناس كان الخصم فيها العبد حتى لو قبضها العبد برئ الغريم لان الحجر لا يعمل فيما ثبت للعبد قبل الحجر ولان قبض الثمن من حقوق العقد، ولو مات العبد أو باعه فالخصم فيها هو المولى وإن كان على العبد دين لان المولى أقرب الناس إليه فإذا عجز العبد عن قبض حقه والخصومة فيه يقوم المولى مقامه كالوارث يقوم مقام المورث إلا أنه لا يقبض الدين إذا كان له دين عليه. وإذا أقر العبد بعد الحجر عند القاضي بعيب لا يحدث مثله في متاع باعه حال إذنه يرد عليه لا بإقرار لكن القاضي بوجود عقد البيع أو أقام المشتري البينة، وإن كان عيبا يحدث مثله لم يصدق العبد على الغرماء والخصم فيه هو المولى يحال فيه على علمه. والضمير في قوله بحجره يشمل السيد والأب والوصي والقاضي لان الكل سواء في العزل

***

[١٧٦]

القصدي، ولو زاد ضمير فيه ليرجع للاذن ولحوقه بدار الحرب العام وليفيد الفرق بين العام في الحجر والخاص. قال رحمه الله تعالى: (وبموت سيده وجنونه ولحوقه بدار الحرب مرتدا) يعني يصير محجورا عليه بهذه الاشياء علم العبد أو لم يعلم لان الاذن غير لازم، وبما ذكر بطلت أهلية الآذن فينعزل وينحجر عليه لانه حجر حكمي ولهذا يعتق بما ذكر مدبروه وأمهات أولاده ويقسم ماله بين ورثته فصار محجورا في ضمن بطلان الاهلية فلا يشترط علمه ولا علم أهل السوق أيضا. قيد بلحوقه بدار الحرب والظاهر أنه قول الامام، وعندهما ينحجر بنفس الارتداد لحق أو لا. قال في المحيط: وإن ارتد فتصرف ثم أسلم جاز تصرفه فإن قتل على ردته بطل عند الامام. وقالا لا يبطل ولو كاتب أمة جاز بالاجماع. وأفاد بتوسط الجنون بين الموت الحقيقي والحكمي أنه الجنون المطبق قال في المحيط: فإن كان يجن ويفيق فهو على إذنه لان ولايته لا تزول بغير المطبق الذي يستوعب السنة، وموت الاب والوصي حجر على الصبي المأذون وعلى عبده وموت القاضي وعزله لا يوجب عزل المأذون من جهته. والفرق أن إذن القاضي قضاء من وجه لان باعتبار ولايته القضاء لا باعتبار ولاية الملك والنيابة فمن حيث إنه قاض لا يبطل بموته وعزله. وأما إذن الاب فمن حيث النيابة فيبطل بهما وأذن القاضي الصبي جائز وإن أبى أبوه أو وصيه وحجرهما عليه لا يصح لا في حياة القاضي ولا في موته، وإن حجر عليه بعد عزله لا يصح حجره وإنما الحجر للقاضي الثاني فلو أذن الاب لعبد ابنه الصغير ثم ملكه الاب فهو حجر عليه لان الاذن صح باعتبار ملك الابن فيزول بزواله. وإذا أدرك الصغير فمأذون أبيه على إذنه، ولو مات الاب بعدما أدرك الابن فالعبد على إذنه ولو باع المولى العبد صار محجورا عليه وإن لم يعلم أهل سوقه. هذا إذا لم يكن عليه دين، فإن كان عليه دين فباعه بغير إذن الغرماء لا يصير محجورا عليه وهذا الحجر ثبت ضمنا للبيع، وكذا لو زال عن ملكه بالهبة أو غيرها فإن عاد إلى قديم ملكه بالرد بالعيب أو بالرجوع في الهبة لا يعود الاذن بخلاف الوكيل إذا باع الموكل فيه ثم عاد إلى ملكه تعود الوكالة. والفرق أو المعقصود من الاذن فك الحجر والحجر يسقط والساقط لا يعود. المقصود من الوكالة بيع العين فجاز أن تعود الوكالة كما عاد إليه. ولو باعه مولاه بخمر أو خنزير فما لم يقبضه المشتري لا يصير محجورا عليه، وإن باعه بميتة أو دم فهو على إذنه وإن قبضه لان البيع بهما لم ينعقد بخلاف الخمر والخنزير، ولو قبضه المشتري في البيع بخمر أو خنزير بحضر البائع بغير إذنه صار محجورا عليه، ولو صرفا ثم قبضه بغير إذن لم يصير محجورا عليه. ثم إيجاب البيع إذن بالقبض في المجلس دلالة وبعده لا يكون إذنا، ولو أمره بقبضه فقبضه بعدما تفرقا صار محجورا عليه، وإن باعه بيعا صحيحا على أن البائع بالخيار لا يصير محجورا عليه

ما لم يتم البيع. وهل يصير محجورا عليه من وقت البيع أو من وقت الاجازة؟
***
[١٧٧]
قال مشايخ بلخ: يصير محجورا عليه من وقت الاجازة وهو الاصح وإن كان الخيار للمشتري صار محجورا عليه من وقت البيع لان خيار المشتري لا يمنع خروج الملك عن البائع. ولو أسقط لفظ سيده وذكر مكانه وموت غير القاضي أو أراد فيه كتاب الشبهة لكان أولى وأسلم لانه يشمل السيد والاب والوصي وأخرج موت القاضي. ولو قال المؤلف وجنون أحدهما ولحوقه بدار الحرب لكان أولى لانه يفيد جنون العبد ولحوقه بدار الحرب لانه أكثر فائدة. قال رحمه الله: (والإباق) يعني بالاباق أيضا يصير محجورا عليه حكما علم أهل السوق أو لا. وقال زفر والشافعي: لا يصير محجورا عليه بالاباق لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن ألا ترى أنه إذا أذن لعبده المحجور عليه الآبق صح وجاز له أن يتجر إذا بلغه فلان لا يمنع الاباق أولى وصار كما إذا غصب. ولنا أن المولى لم يرض بتصرف عبده المتمرد عن طاعته عادة فصار محجورا عليه دلالة والحجر يثبت دلالة كالاذن والاباق يمنع ابتداء الاذن عندنا، ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده، ولنا أن نمنع ولئن سلمنا فالدلالة ساقطة لغيره مع التصريح بخلافها. ولقائل أن يقول: إذا لم يكن للدلالة اعتبار عند وجود التصريح بخلافه ينبغي أن لا يصير الآبق محجورا عليه في الباقي أيضا لوجود التصريح من المولى بالاذن في الابتداء فكان دلالة الحجر في البقاء مخالفة لدلالة التصريح فينبغي أن لا تعتبر. والجواب بأن وجود التصريح بالاذن في الابتداء لا يقتضي وجوده إلى حال الاباق وإنما يعرف في البقاء باعتبار استصحاب الحال وهي حجة ضعيفة ولهذا تكون دافعة لا مثبتة فيجوز أن تترجح الدلالة عليها، وأما الغصب فإن كان المولى يتمكن من أخذه بأن كان الغاصب مقرا بالغصب أو كان للمالك بينة يمكنه أن ينزعه بها فيجوز أن يأذن ابتداء فكذا بقاء، ولو عاد من الاباق فالصحيح أن الاذن لا يعود. قال في المحيط: فإن قال المشتري لم يأبق ولكن بعثه المولى في حاجة وجحد المولى فالقول للمشتري والبينة له أيضا لان المشتري متمسك بما هو ثابت في الاصل باتفاقهما والمولى ادعى أمرا عارضا فكان القول قول المتمسك بالاصل. وأما البينة فلانها أكثر إثباتا لانها تثبت جواز البيع وبينة المولى تنفي جوازه والبينة على المنفي لا تقبل. ولو غصب رجل عبدا محجورا ولا إذن للمولى وحلف الغاصب فتصرف العبد ومولاه ساكت ثم قامت له بينة فاسترده لم يجز تصرف العبد ولا يصير مأذونا له لان سكوت المولى إذن حكمي، ولو أذن له صريحا والغاصب جاحد ولا بينة له لا يصح الاذن فالحكمي أولى. وإن أسر العبد وأحرز بدار الحرب صار محجورا عليه وإن كان في دار الاسلام فهو على إذنه. وفي الخانية: العبد المأذون إذا غصبه غاصب لم يذكره في الكتاب والصحيح أنه لا يصير محجورا اه. قال رحمه الله: (والاستيلاد) يعني الامة المأذون لها تصير محجورة باستيلاد المولى لها. وقال زفر: لا تصير محجورا عليها به وهو القياس لان المولى لو أذن لام ولده ابتداء يجوز فالنفي أولى وقد تقدم ما فيه. وجه الاستحسان أن العادة جرت بتحصين أمهات الاولاد أنه
***
[١٧٨]
[والاستيلاد لا بالتدبير ويضمن بهما قيمتها للغرماء وإن أقر بما في يده بعد حجره] لا يرضى بخروجها واختلاطها بالرجال في المعاملة والتجارة ودليل الحجر كصريحه بخلاف ما لو أذن لام ولده صريحا كما تقدم، ونظيره إذا قدم لآخر طعاما ليأكله حل له التناول فإذا نهاه صريحا حرم عليه التناول لقوة الصريح. قال في المنتقى: رجل وطئ جارية عبده المأذون فجاءت بولد فإنه يأخذها وعليه قيمتها لان للمولى فيها حق الملك وذلك يكفي لصحة الاستيلاد كالاب إذا وطئ جارية ابنه وادعاه فإن استحقها مستحق أخذها وعقرها وقيمة الولد ولا يرجع المولى بالضرر لانه ليس بشراء ولكن يرجع بقيمتها على عبده، ولو وطئ جارية عبده المأذون ولا دين عليه فإن استحقت رجع العبد على البائع بالثمن وبقيمة الولد. قال رحمه الله: (لا بالتدبير) يعني المأذون لها لا تصير محجورا عليها بالتدبير لان العادة لم تجر بتحصين المدبرة ولم يوجد دليل الحجر فبقيت على ما كانت إذ لا تنافي بين حكمي التدبير والاذن لان حكم التدبير انعقاد حق الحرية في الحال وحقيقة الحرية في المآل وحكم الاذن فك الحجر وحق الحرية لا يمنع فك الحجر. وفي الجامع الصغير للحسامي: جارية أذن لها مولاها في التجارة فاستدانت أكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذونة والمولى ضامن لقيمتها للغرماء، ولو وطئها فجاءت بولد فادعاه حجر عليها ويضمن قيمتها للغرماء ا ه. قال رحمه الله: (ويضمن بهما قيمتهما للغرماء) يعني ضمن المولى بالتدبير والاستيلاد قيمتها

لانه أتلف بالتدبير والاستيلاد تعلق حق الغرماء لانه بفعله امتنع بيعها وبالبيع يقضي حقهم. قال في المحيط: فإذا ضمن المولى القيمة لا سبيل لهم على العبد حتى يعتق، وإن شاؤا لم يضمنوا المولى القيمة واستسعوا العبد في جميع دينهم عليه دين لثلاثة لكل ألف اختار اثنان ضمان المولى فضمناه ثلثي قيمته. واختار الثالث استسعاء العبد في جميع دينه جاز ولا يشارك أحدهما الآخر فيما قبض بخلاف ما إذا كان الغريم واحدا، فإذا اختار أحدهما بطل حقه في الآخر كما تقدم. وظاهر قوله وضمن أن يضمن القيمة مطلقا مع أن الضمان يتوقف على اختيار الغرماء فلو زاد إن شاؤوا لكان أولى. قال رحمه الله: (وإن أقر بما في يده بعد حجره صح) وهذا عند الامام سواء أقر أنه أمانة عنده أم غصب، أو أقر بدين قيقضيه منه وقالا: لا يصح إقراره وهو القياس لان المصحح لاقراره الاذن وقد زال بالحجر ويده عن إكسابه قد بطلت بالحجر لان يد المحجور غير معتبرة فصار كما لو أخذه المولى من يده بعد الحجر قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع وكان عليه دين مستغرق لما في يده بعد الحجر فأقر بعده أو كان الذي في يده من المال حصل بعد الحجر بالاحتطاب ونحوه ولهذا لا يصح إقراره في رقبته بعد الحجر حتى لا تباع رقبته بالدين بالاجماع، ولا يلزم على هذا عدم أخذ المولى ما أودعه عبده الغائب المحجور عليه لانه منع المولى من أخذه هنا ك فيما إذا لم يعلم أنه كسب العبد، فلو علم أنه كسب عبده كان له أن

***

[١٧٩]

يأخذه. ووجه الاستحسان أن المصحح للاقرار بعد الحجر هو اليد ولهذا لا يصح إقراره قبل الحجر فيما أخذه المولى واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر فراغ ما في يده من الاكساب عن حاجته وإقراره دليل على حاجته بخلاف ما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار وبخلاف إقراره بعد ما باعه المولى من غيره لانه بالدخول في ملكه صار كعين أخرى ولما عرف أن تبدل الملك كتبدل العين، وبخلاف ما إذا كان عليه دين مستغرق لان حق أصحاب الدين تعلق بما في يده فلا يقبل إقراره في إبطال حقهم فيقدمون كالمريض إذا أقر وبخلاف رقبته فإنها ليست في يده. وفي المحيط: لو أقر بعد ما حجر عليه وكانت في يده ألف أخذها مولاه فأقر أنها وديعة لفلان ثم عتق لم يلزمه شئ لانه محجور أقر بعين وليس في يده من كسب الاذن شئ فلا يصح إقراره، ولو أقر أنها كانت غصبا في يده لزمه إذا أعتق ولو لم يأخذ منه الوديعة ولكن كان عليه دين فقضاه لزمه إذا عتق. ولو حجر عليه وفي يده ألف فأقر بها لرجلين لاحدهما دين ألف وللآخر ألف وديعة فلا يخلو إما أن يقربهما منفصلا أو متصلا، وكل وجه إما أن يقر بالدين أو لا، ثم بالوديعة أو بالوديعة ثم بالدين فإن أقر بهما منفصلا بأن قال علي ألف درهم وسكت ثم قال هذه الالف وديعة لفلان فعند الامام الالف كلها للمقر له بالدين لانه لما أقر بالدين أولا تعلق بها حق صاحب الدين وصارت الالف مشغولة بها فإقراره بالوديعة بعد ذلك يتضمن إبطال إقراره بالدين فلا يقبل. وعندهما يكون بينهما. وإن أقر بالوديعة أولا ثم بالدين فالالف كلها للمقر له بالوديعة، وأما إذا أقر بها متصلا بأن قال بادئا بالدين لفلان علي ألف دين وهذه الالف وديعة لفلان تكون الالف بينهما نصفين، ولو بدأ بالوديعة ثم بالدين فالالف كلها لصاحب الوديعة عند الامام. بيان ذلك إذا أقر بالدين أولا ثم بالوديعة فالبيان وجد والمحل في ملكه صح البيان منه فيتنصف الالف بينهما وهذا بيان بعين لا تقدير فيصرح موصولا لا مفصولا. وإذا أقر بالوديعة أولا ثم بالدين فالبيان وجد والالف ليست في ملكه ولا يتعلق حق المقر له بالدين بتلك الالف. ولو ادعيا عليه فقال صدقتما كانت الالف بينهما نصفين عند الامام، وعندهما الاقرار باطل ويؤخذ العبد بالدين بعد العتق. ولو وهب رجل لعبد محجور ألفا فلم يأخذها المولى حتى استهلك لرجل آخر ألفا ثم استهلك لرجل آخر ألفا كانت الالف للمولى والدينان في رقبته، ولو استهلك ألفا ثم وهب له الالف ثم لحقه دين آخر تصرف الهبة إلى الدين الاول وهو الذي استهلكه دون الثاني لان الدين الثاني لزمه وليس له كسب ولم يعين المؤلف المقر له فشمل المولى. وفي الاصل: وإذا أقر العبد المأذون لمولاه، إن أقر بالدين لم يصح إقراره سواء كان يمكنه دين أو لا، وإن أقر له بعين في يده إن كان عليه دين لا يصح إقراره، وإن لم يكن عليه دين صح إقراره. وفي الذخيرة: العبد المأذون إذا التقط لقيطا ولا يعرف ذلك إلا بقوله فقال المولى كذبت بل هو عندي فالقول للمأذون لانه إقرار على نفسه ألا ترى أنه لو أقر بعين في

***

[١٨٠]

[صح ولا يملك سيده ما في يده لو أحاط دينه في يده ورقبته وبطل تحريره عبدا] يده لغير المولى صح إقراره وإن كذبه المولى في قوله.

قوله وإن أقر الخ صادق بما إذا لم يكن عليه دين مستغرق أو لا، وصادق بما في يده كسبه قبل الحجر أو بعده، وصادق بما إذا ثبت الحجر بالبيع أو بغيره وليس كذلك، فلو قال وإن أقر غير مستغرق بعد حجره بما في يده قبله مع بقائه للآذن حق فيخرج المستغرق فإن إقراره لا يصح وبقولنا قبله يخرج ما حصل بعده وبقولنا مع بقائه يخرج ما إذا حجر عليه بالبيع، وأفاد أن الاقرار المذكور لا يتعلق به فيه لقوله بما في يده. قال رحمه الله: (ولا يملك سيده ما في يده لو أحاط دينه بما في يده ورقبته) وهذا عند الامام. وقالا: يملك ذلك لان ملك الرقبة سبب لملك كسب اليد واستغراقها بالدين لا يوجب خروج المأذون عن ملكه ولهذا ملك وطئ المأذونة فكذا كسبه الذي في يده لانه يتبع أصله فيكون مثله. ولابي حنيفة أن ملك المولى إنما يثبت في ملك العبد التاجر عند فراغه عن حاجته والمحيط خلافه عند مشغول بحاجته فلا يملك. قال في العناية: الدين لا يخلو إما أن يحيط بماله ورقبته أو لا يحيط أو أحاط بماله دون رقبته أو برقبته دون ماله. وأطلق في دين العبد فشمل ما إذا كان حالا أو مؤجلا. وفي العتابية: ولو باع المولى المأذون أو كسبه والدين مؤجل جاز ويضمن إذا حل الاجل. وفي المحيط: عبد عليه دين إلى أجل فباعه مولاه جاز ونفذ لان العبد ما به حق الغريم ولا منفعة فإذا حل الاجل ضمن المولى قيمته. وفيه أيضا: ولا يجوز هبة مال عبده المأذون المديون وإن أجازه الغرماء لانه تعلق الدين بماليته، ولو وهب عبده المأذون المديون ذكر في بعض الروايات أنه لا يجوز، وفي بعضها يجوز، قيل ما ذكر أنه يجوز محمول على ما إذا لم يقض المولى دينه أو لم تبره الغرماء. وفيه أيضا: وهب عبده المأذون المديون من رجل وعليه ألف حالة وألف مؤجلة فلصاحب الحال أن ينقض البيع في الكل ولو عيب الموهوب له العبد ضمن المولى لرب الدين نصف قيمته. وظاهر قوله ولصاحب الحال النقض وما قبله أن الدين إذا كان مؤجلا ملك المولى ولو كان الدين مستغرقا ولو قيد به لكان أولى. قال رحمه الله: (وبطل تحريره عبدا من كسبه) وهذا عند الامام ولما كان العتق أقوى نفاذا من غيره صرح به ليفيد أن تصرف المولى في غيره باطل بالطريق الاولى. وعندهما ينفذ عتقه وهو نظير المكاتب فإن المولى يملك رقبته حتى يعتق بإعتاقه ولا يملك ما في يده من إكسابه حتى لا ينفذ إعتاقه فيه فإذا نفذ عتقه في رقبه المأذون له عنده وعندهما فيه وفي كسبه يضمن للغرماء قيمته لانه أتلف بالاعتاق ما تعلق به حقهم، وكذا لو أتلف المولى ما في يده من العبيد بالقتل يضمن لما ذكرنا لكن يضمن قيمته للحال عندهما لانه ملكه لتعلق كسب العبد كذلك وعندهما ينفذ ويضمن حق الغير به، وعنده في ثلاث سنين لانه ضمان حياته لعدم ملكه. ولو اشترى ذا رحم محرم من المولى لم يعتق عنده لعدم الملك، وعندهما يعتق،

***

[١٨١]

[من كسبه وإن لم يحط صح ولم يصح بيعه من السيد إلا بمثل القيمه وإن باع سيده منه] ولو استولد جارية عبده المأذون له وعليه دين مستغرق وصارت أم ولد له ويضمن قيمتها ولا يضمن عقرها ولا قيمة ولدها، وهذا بإتفاق لان عندهما ملكه ثابت حقيقة وعنده صادف حق الملك ولهذا يجوز للمولى أن يتزوجها. ولو أعتقها المولى وعلى العبد دين مستغرق ثم وطئها فولدت عتقت بالاستيلاد وعليه العقر لها ويثبت نسب الولد منه عند أبي حنيفة لان العتق توقف عنده على أن ينفذ عند تملك الجارية ألا ترى أنه لو قضى دين الغرماء أو أبرأ الغرماء العبد من ديونهم حتى ملك الجارية نفذ عتقه فكذا إذا ملك الجارية بالاستيلاد. ولو تزوج جارية عبده المأذون المديون لا يجوز، ذكره في المحيط. وذكر المولى مثال فإن العبد المأذون المديون إذا باعه المولى من غير إذن الغرماء وأعتقه المشتري قبل قبضه ينفذ عتقه إن أجاز الغرماء البيع أو قضى المولى دين الغرماء، وإن أبرأ الغرماء العبد عن الدين ينفذ عتق المشتري، فإن أبى الغرماء أن يجيزوا البيع والمولى لم يقض دينه فإنه يبطل عتقه ويباع العبد للغرماء بدينهم، هكذا ذكر في الاصل مطلقا. وهذا الجواب الذي قالوا لا يشكل على قول أبي حنيفة وأبي يوسف، أما على قول محمد رحمه الله تعالى فمنهم من قال لا يقف عتق المشتري على قول محمد، ومنهم من قال ما ذكر قولهم جميعا وعلى قول محمد يحتاج إلى الفرق بين هذا وبين المشتري من الغاصب. هذا إذا أعتق المشتري قبل القبل، وأما إذا قبض العبد ثم أعتقه فإنه ينفذ عتقه، وإذا تقدم عتق المشتري بعد القبض فالغرماء بعد هذا بالخيار إن شاؤا أجاز البيع وأخذوا الثمن، وإن شاؤا ضمنوه القيمة. هذا إذا أجازوا بيع المولى، وإن ضمنوا قيمته للمولى فبيع المولى ينفذ ويسلم الثمن للمولى، ولو كان المشتري باع العبد بعد ما قبضه أو وهبه وقبضه الموهوب له ثم حضر الغرماء وأجازوا بيع المولى ينفذ بيع المشتري وهبته من غيره. ولو قال المؤلف فيتوقف تحريره لكان أولى لان غايته تصرف فضولي. وقد أفاد في المحيط في مسألة الامة المستولدة أنه موقوف فالعتق كذلك

قال رحمه الله: (وإن لم يحط صح) يعني وإن لم يحط الدين برقبته وبما في يده جاز عتقه وهذا بالاجماع، أما عندهما فظاهر وكذا عنده في قوله الآخر، وفي قوله الاول لا يملك فلا يصح إعتاقه لان الدين يتعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن. ووجه قول الآخر أن الشرط هو الفراغ وبعضه فارغ وبعضه مشغول فلا يجوز أن يمنع الملك في الحال لان شرط عدم الملك لم يوجد ولا يجوز أن يمنع بقدره لان البعض ليس بأولى من البعض الآخر، كذا نقله الشارح. وفي الهداية: وإن لم يكن محيطا بماله جاز عتقه ولم يذكر رقبته وهذا هو القسم الثالث من الاقسام التي ذكرناها. قال في العناية: وإذا لم يكن محيطا بماله ورقبته جاز عتق المولى عبدا من كسبه. قال في بيوع الجامع الصغير عن يعقوب في رجل أذن لعبده في التجارة فاشترى عبدا يساوي ألفا وعلى الاول ألف دين فأعتق المولى العبد المشتري فعتقه
***
[١٨٢]
جائز، وإن كان الدين ألفي درهم مثل قيمته لم يجز عتقه اه. ولا يخفي أن إنفاذ العتق على قول الامام فيما لو أحاط بكسبه إشكال لان حاصل مذهبه أنه ملك المولى بطريق الخلافة عند الفراغ وهذا ليس بفارغ فظهر أن ذكر الرقبة لا فائدة فيه والمراد بالصحة النفاذ. قال رحمه الله: (ولم يصح بيعه من السيد إلا بمثل القيمة) لانه لا تهمة في البيع بمثل القيمة فيجوز وبأقل منه فيه تهمة فلا يجوز سواء كان النقصان كثيرا أو قليلا. والمراد بعدم الصحة عدم النفاذ لاجل الغرماء لان حق الغرماء تعلق بالمالية فليس له أن يبطل حقهم. وقيد بالسيد لانه لوحا بالاجنبي عند الامام جاز لانه لا تهمة فيه، وبخلاف ما لو باع المريض عينا من وارثه بمثل القيمة حيث لا يجوز عند الامام لان المريض ممنوع من إيثار بعض الورثة بها وفي حق غيرهم ممنوع عن إبطال المالية حتى كان له أن يبيع جميع ماله بمثل من القيمة وبأقل منه إلى ثلثي القيمة إذا لم يكن عليه دين وهذا عند الامام. وعندهما إن باع من المولى جاز فاحشا كان الغبن أو يسيرا، ولكن يخير بين أن يزيل الغبن أو ينقض البيع لان في المحاباة إبطال حق الغرماء في المالية فيتضررون به بخلاف البيع من الاجنبي بالغبن اليسير حيث يجوز وبخلاف ما إذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما، ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة المحاباة ولا يجوز من العبد المأذون على أصلهما إلا بإذن المولى ولا إذن. وفي الكافي: وإن باعه من المولى بنقصان لم يجز فاحشا كان أو يسيرا ولكن يخير المولى بين أن يزيل الغبن أو ينقض البيع وهذا قول بعض مشايخنا. وقيل إن الصحيح أن قول الامام في هذه كقولهما. وفي المحيط: قول الكل وقيل قولهما ولو استهلك المولى المبيع في هذه الحالة لزمه تمام القيمة. وفي التتارخانية: برقم ومما يتصل بهذا الفصل: إذا باع العبد المأذون بعض ما في يده من تجارة أو اشترى شيئا ببعض المال من تجارة وحابا في ذلك وكان ذلك في مرض المولى ثم مات المولى من مرضه ذلك فعلى قول أبي حنيفة البيع جائز سواء حابا في البيع بما يتغابن الناس في مثله أو لا ما لم تجاوز المحاباة ثلث مال المولى، فإذا جاوز ثلث مال المولى فإنه يخير المشتري وإن شاء نقض البيع ولم يرد ما زاد على الثلث بخلاف ما لو كان المولى صحيحا وحابا العبد بما يتغابن في مثله أو يتغابن الناس في مثله فإنه يجوز عند أبي حنيفة كيفما كان، جاوزت المحاباة ثلث المال أم لم يتجاوز، وهذا بخلاف المكاتب إذا باع أو اشترى وحابا في مرض موت المولى فإنه يجوز إذا لم يجاوز ثلث ماله فكذا العبد، وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى إن باع واشترى بما يتغابن الناس في مثله فإنه يجوز ويسلم المشتري، ولو باع واشترى وحابا بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز البيع عندهما حتى إذا قال المشتري أنا أؤدي قدر المحاباة ولا ينقض البيع لا يكون له ذلك على قولهما. هذا الذي ذكرنا إذا لم يكن على العبد دين، فأما إذا كان عليه دين يحيط برقبة
***
[١٨٣]
أو بما في يده أو لا يحيط فباع واشترى وحابا محاباة يسيرة أو فاحشة، فالجواب فيه عندهم جميعا كالجواب فيما إذا لم يكن على العبد دين. قال الفقيه أبو بكر البلخي: لا يوجد عن أصحابنا رواية في كتبهم أن المحاباة اليسيرة في المريض إذا لم يكن عليه دين تعتبر من ثلث ماله إلا في هذا الكتاب خاصة فهذه المسألة من خصائص هذا الكتاب، ولو كان الدين على المولى ولا دين على العبد فهذا على وجهين: إما أن يكون محيطا بجميع مال المولى أو لا يكون محيطا بجميع ماله. فإن كان محيطا بجميع ماله فباع العبد واشترى وحابا محاباة فاحشة والمسألة على الخلاف يخير عند أبي حنيفة وعندهما لا يخير المشتري. وإن كان على المولى دين لا يحيط بجميع ماله فالبيع من

المأذون جائز بالمحاباة اليسيرة والفاحشة ويسلم ذلك المشتري إن لم تجاوز المحاباة ثلث ماله بعد الدين، وإن جاوز ثلث ماله بعد الدين يخير المشتري ويجعل بيع العبد كبيع المولى وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما إن كانت المحاباة يسيرة يجوز البيع والشراء ويسلم المشتري المحاباة إن لم يجاوز ثلث ماله بعد الدين، وإن لم تجاوز لم يسلم ويخير، وإن كانت المحاباة فاحشة لا يخير المشتري عندهما. ولو كان على المولى دين يحيط برقبة العبد وبما في يده وعلى العبد دين كثير يحيط برقبة العبد وبما في يده فالمحاباة لا تسلم المشتري يسيرة كانت أو فاحشة. هذا الذي ذكرنا إذا حابا المأذون، فأما إذا حابا بعض ورثة المولى فإن باع من بعض ورثة المولى وحابا وقد مات من مرضه ذلك كان البيع باطلا عند أبي حنيفة ولا يخير الوارث، وعندهما البيع جائز ويخير الوارث فيقال: إن شئت نقضت البيع، وإن شئت بلغت الثمن تمام قيمته ولا يسلم له شئ من المحاباة. وفي السغناقي: وإن كان على المولى دين يحيط برقبة العبد وبما في يده ولا مال له غيره لحابا في مرض المولى لم تجز محاباة العبد بشئ وقيل للمشتري إن شئت أنقض البيع وإن شئت أدفع المحاباة كلها، وإن لم يكن على المولى دين جاز. وفي المحيط: الصبي المأذون باع من أبيه بما يتغابن فيه جاز ولو باع الاب ماله من ابنه بما يتغابن فيه جاز فأما بما لا يتغابن فيه الصحيح أنه لا يجوز. وفيه أيضا: وإذا وكل العبد ببيع عبده فباعه من مولاه بأكثر من قيمته ثم حجر على عبده فأقر الوكيل بالقبض لم يصدق، ولو باعه للغرماء وأقر صدق. والفرق أن إقرار العبد بقبض الثمن من مولاه لا يصح للتهمة ومن الغرماء يصح لانه لا تهمة فيه ا هـ. وقوله من سيده يصدق بما إذا باع لوكيل سيده أو لابن سيده الذي يشتري للسيد فالظاهر أن الحكم كذلك بخلاف ما إذا كان يشتري الصغير لنفسه، ولم أر من نبه على ذلك وهذا التنبيه من خصائص ذلك الكتاب. وأطلق في قوله من سيده فشمل ما إذا كان أصيلا أو وكيلا، والظاهر فيما إذا كان وكيلا الجواز بغير قيد. قال في المنتقى: ولو اشترى المولى من عبده شيئا لغيره بوكالة جاز الشراء ولم يجز قبضه وإن صدقه الآمر في القبض فقبضه المولى فمات في يده ضمن الثمن للعبد وبطل البيع على الآمر،

***

[١٨٤]

[بمثل قيمتة أو أقل صح ويبطل الثمن لو سلم قبل قبضه وله حبس بالثمن وصح] وكذا شراء رب المال من المضارب عبدا لغيره بوكالة وقيمة العبد ألف ورأس المال ألف يجوز البيع ولم يجز قبضه. قال رحمه الله: (وإن باع سيده منه بمثل قيمته أو أقل صح) لان المولى أجنبي عن كسب عبده إذا كان عليه دين كما هنا وهذا ظاهر الرواية وهو الصحيح، وقيل هذا بيع لا يجوز لانه تعذر تجويزه لانه لا بد للمبيع من ثمن والمولى لا يستوجب دينا على عبده فصار بيعا بلا ثمن فلا يجوز. وجه ظاهر الرواية أنه أمكن تجويزه بيعا من غير ثمن يجب على العبد للحال بل يتأخر إلى وقت تسليم المبيع كما قلنا لو اشترى شيئا على أنه بالخيار انعقد البيع ويتأخر وجوب الثمن إلى سقوط الخيار، وكذا إذا قبض الثمن ثم سلم المبيع يجب الثمن في ذمة العبد بعد المبيع ثم سقط عنه. قيد بقوله بمثل القيمة أو أقل قال في المحيط: ولو باع من عبده بأكثر من قيمته فالمولى بالخيار إما أن يأخذ مقدار قيمته أو ينقض البيع لانه رضي بزوال ملكه عن البيع بالمسمى، وإذا لم يسلم له المسمى كان له نقض البيع. قال الشارح: وقوله يؤمر بإزالة المحاباة يدل على أن البيع يقع جائزا يجوز أن يكون على الروايتين عند أبي حنيفة على ما بينا. وفي المحيط: ولو أقرض المولى عبده المأذون المديون ألفا فالمولى أحق بها، وكذلك إن أودعه وديعة فاشترى العبد بها متاعا فالمولى أحق بالمتاع لانه بدل ماله، والظاهر أن قوله من سيده مثال فلو باع وكيل سيده منه كان الحكم كذلك. قال رحمه الله: (ويبطل الثمن لو سلم قبل قبضه) أي لو سلم المولى المبيع قبل قبض الثمن بطل الثمن فلا يطالب بشئ لانه بتسليم المبيع سقط حقه في الحبس ولا يجب له على عبده دين نخرج محاباة. وفي الابانة: ولهذه المسألة زيادة ذكرها في المنتقي فقال: عبد مأذون عليه دين باع المولى منه ثوبا في يد المولى كان الثمن دينا للمولى على العبد في الثوب يباع الثوب فيستوفي المولى دينه من ثمنه والفضل للغرماء، وإن كان فيه نقصان بطل ذلك القدر ا هـ. بخلاف ما إذا كان الثمن عرضا حيث يكون المولى أحق به من الغرماء لانه تعين بالعقد فملكه به عنده، وعندهما تعلق بعينه فكان أحق به من الغرماء إذ هو ليس بدين يجب في ذمة العبد، ويجوز أن يكون عين ملكه في يد عبده وهو أحق من الغرماء كما لو غصب العبد شيئا من ماله أو ودع ماله عند عبده أو قبض المبيع بغير إذن المولى، وبخلاف ما إذا باع العبد من سيده فسلم إليه المبيع قبل قبض الثمن حيث لا يسقط الثمن لانه يجوز أن يثبت للعبد المأذون المديون دين على مولاه ألا ترى أنه لو استهلك المولى شيئا من اكتساب عبده المأذون ضمن للعبد، هذا جواب ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أن للمولى أن

يسترد المبيع إن كان قائما في يد العبد ويحبسه حتى يستوفي الثمن إلا أن المولى لم يسقط حقه من العين إلا بشرط أن يسلم له الثمن ولم يسلم فبقي حقه في العين على حاله فيتمكن من استرداده ما بقي العين قائما في يده لانه يجوز أن تكون العين
***
[١٨٥]
[إعتاقه وضمن قيمتة لغرمائه وطولب لغرمائه بعد عتقه وإن باعه سيده وغيبه المشترى] المملوكة للمولى في يد عبده فكذا يجوز أن يكون له ملك اليد فيه، وأما بعد الاستهلاك فقد صار دينا فلا يمكن ايجابه من عبده ا ه. قال رحمه الله: (وله حبس المبيع بالثمن) أي للمولى حبس المبيع حتى يستوفي الثمن من العبد لان البيع لا يزيل ملك اليد ما لم يصل إليه الثمن فيبقى ملك اليد على ما كان عليه حتى يستوفي الثمن، ولهذا كان أخص به من سائر الغرماء، ولان للدين تعلقا بالعين لانه يقابله ويسلم بسلامتها فكان له شبهة بالعين المقابل له فيكون للمولى حق فيه لتعلق حقه بالعين ولهذا يستوجب بدل الكتابة على المكاتب لما أنه مقابل برقبته مع أنه لا يجب له على عبده دين بخلاف ما إذا سلم المولى المبيع أولا حيث يسقط دينه لذهاب تعلق حقه بالعين فيصير الثمن دينا مطلقا فيسقط ا ه. قال رحمه الله: (وصح إعتاقه) أي جاز إعتاق المولى عبده المأذون المديون المستغرق بالدين وهذا بالاجماع لقيام ملكه فيه، وإنما الخلاف في أكسابه بعد الاستغرق بالدين وقد تقدم بيانه. وفي المحيط: ولو دبر المأذون المديون صح فإن شاء الغرماء ضمنوا المولى قيمته ولا سبيل لهم على العبد حتى يعتق فإذا أعتق فلهم أن يبيعوه بما بقي من دينهم رهن عبده المأذون المديون أو أجره وعليه دين إلى أجل جاز، وإذا حل الاجل ضمنوا المولى قيمته في الرهن دون الاجارة، فإن بقيت منها مدة فلهم أن يفسخوا الاجارة لانها تفسخ بالاعذار بخلاف الرهن. ولو باعه المولى ثم اشتراه أو استقاله ثم حل الاجل لم يكن لهم على العبد سبيل وضمنوا المولى قيمته إلا أن يرده عليه بعيب بقضاء القاضي أو بخيار لان حقهم قد بطل عن رقبته بالبيع وبرئ العبد عن الدين والبيع بالتراضي بيع جديد في حق ثالث. قال رحمه الله: (وضمن قيمته لغرمائه) يعني المولى يضمن قيمة المعتق لغرمائه لانه أتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه ولا وجه لرد العتق لانه لا يقبل الفسخ فأوجب الضمان دفعا لضرر الغرماء بخلاف ما إذا كان المأذون له مدبرا أو أم ولد حيث لا يجب الضمان بإعتاقهما لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلم يضمن شيئا، فلو قال ولو قنا لكان أولى. وإن كان الدين أقل من القيمة ضمن قدر الدين لا غير، وإن كان الدين أكثر من القيمة ضمن قيمته بالغة ما بلغت لتعلق حقهم بماليته كما إذا أعتق الراهن المرهون بخلاف ضمان الجناية على العبد بحيث لا يبلغ به دية الحر لان القيمة هناك بدل الآدمي من وجه فلا يبلغ به دية الحر، وكذا لا يختلف بين ما إذا علم المولى بالدين أو لم يعلم بمنزلة إتلاف مال الغير لما تعلق به حقهم، وبخلاف إعتاق العبد الجاني حيث يجب على المولى جميع الارش إن كان إعتاقه بعد علمه بالجناية لانه الواجب فيها على المولى وهو يخير بين الدفع والفداء فيكون مختارا للفداء بالاعتاق عالما أو لا كذلك هنا لان المولى ليس له شئ وإنما يضمن باعتبار تفويت حقهم كإتلاف مال الغير وذلك لا يختلف بين العلم وعدمه، وكذلك
***
[١٨٦]
[ضمن الغرماء البائع قيمته وإن رد عليه رجع بقيمته وحق الغرماء في العبد أو] إذا كان الجاني مدبرا أو أم ولد يجب على المولي قيمته لعجزه عن دفعه بفعله من غير أن يصير مختارا وهنا لا يجب لما بينا ا ه. وقوله وضمن شمل ما إذا أعتق بإذن الغرماء فللغرماء أن يضمنوا مولاه القيمة وليس هذا كعتق الراهن بإذن المرتهن وهو معتبر لانه قد خرج من الراهن بإذن المرتهن والمأذون المديون لا يبرأ من الدين بإذن الغرماء ا ه. ولو قال لغرمائه تضمينه قيمته لكان أولى ليفيد أن الضمان باختيار الغرماء اتباع المولى. قال رحمه الله: (وطولب لغرمائه بعد عتقه) يعني لغرمائه أن يطالبوه بعد الحرية إن بقي من دينهم شئ ولم توف به القيمة لان الدين مستقر في ذمته لوجود سببه وعدم ما يسقطه والمولى لا يلزمه إلا قدر ما أتلف وهو القيمة والباقي عليه فيرجعون به عليه، وإذا اختار واتباع أحدهما لا يبرئ الآخر كالكفيل والاصيل بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب لان هناك الضمان واجب على أحدهما، وإذا اختار تضمين أحدهما برئ الآخر ضرورة وهنا واجب على كل واحد منهما دين على حدة. وفي المحيط: هذا إذا اختاروا الاتباع ولم يبرؤه من الضمان

فإذا اختاروا اتباع المولى وأبرؤه من الضمان لم يكن لهم عليه سبيل. قال في المحيط: وما قبضه أحدهم من العبد بعد العتق لا يشاركه فيه الباقون، وما قبضه أحدهم من القيمة التي على المولى يشاركه فيه الباقون لان القيمة وجبت لهم على المولى بسبب واحد وهو العتق والدين متى وجب بسبب واحد لجماعة كان مشتركا بينهم. قال رحمه الله: (وإن باعه سيده وغيبه المشتري ضمن الغرماء البائع قيمته) قيد بالتغييب. قال في العناية: وإنما لم يكتف بمجرد البيع والشراء لانه لا يضمن بهما بل لا بد من التغييب. وفيها أيضا: معناه باعه بثمن لا يوفي ديونهم بدون إذن الغرماء والدين حال ا ه. فلو كان الثمن يوفي بديونهم فلا ضمان، وكذا لو كان بإذنهم، وكذا لو كان الدين مؤجلا فباعه المولى بأكثر من قيمته أو بأقل منهما جاز بيعه وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم، فإذا حل ضمنوا المولى قيمته. وأفاد المؤلف أن البيع موقوف فيه كالبيع بخيار. قال في المحيط: ولو وهب عبده المأذون المديون ذكر في بعض الروايات أنه يجوز وفي بعضها أنه لا يجوز، قيل ما ذكر أنه يجوز محمول على قضاء دينه أو إبراء الغرماء، وما قيل إنه لا يجوز محمول على ما قبل قضاء دينه. وفي المحيط: عبد عليه دين إلى أجل فباعه أو وهبه مولاه جاز وتعذر لانه لا حق للغريم في النقض لان العبد ملك المولى ولم يتعلق حق الغريم به لا يدا ولا منفعة ولا له حق استيفاء الدين من رقبته لان الدين المؤجل غير مطالب بإيفائه، وإذا حل الدين ضمن المولى قيمته لان بيع المولى وجد بعد وجود سبب ثبوت حقه في المطالبة بالبيع أو الاستسعاء وفي الدين، وإذا كان الدين واجبا قبل البيع لكن تأخرت المطالبة بالاجل ولولا بيع المولى لثبت حقهم في رقبة العبد وبسبب بيعه السابق عجزوا عن استيفاء حقهم من

***

[١٨٧]

رقبة العبد فصار البيع السابق مانع العبد عنهم للحال فيضمن قيمته لهم كالعبد إذا لحقته ديون ثم دبره المولى فالمولى يضمن قيمته للغرماء. هذا وإن رجع المولى في هبته لم يكن لهم على العبد سبيل لان هبة المولى لما نفذت ولم يكن للغرماء حق النقض كان بمنزلة ما نفذ بإذنهم وانتقل حقهم من العبد إلى القيمة، وإن أذن له مرة بعد ما رجع في الهبة فلزمه دين يباع ويقسم ثمنه بين الآخرين دون الاولين لان الثمن بدل الرقبة والرقبة بالاذن الثاني صارت مشغولة بدين آخر خاصة لانها فرغت عن شغل الاولين لان المولى ضمن القيمة للاولين فقد برئ العبد عن حقهم ما دام رقيقا لانه وصل إليهم بدل الرقبة فكانت الرقبة مشغولة بدين الآخر خاصة وكان ثمنها لهم خاصة والقيمة للاولين خاصة، فإن مات المولى ولا مال له غير العبد بيع وبدئ بدين الآخرين، فإن فضل شئ كان للاولين لان الثمن قام مقام الرقبة وقد اجتمع فيه دين العبد وهو دين الآخرين ودين المولى وهو القيمة للاولين فيقدم فيه دين العبد في القضاء، وإن كان على المولى دين سوى ذلك ضرب فيه غرماء المولى بدينهم وللاولين بقيمة العبد لان الكل دين المولى وقد اجتمع فيما بقي من الثمن وضاق عن إيفاء الكل فيضرب كل واحد بحقه. ولو وهب العبد وعليه ألف حالة وألف مؤجلة فلصاحب الدين الحال أن ينقضه في الكل لان حقه وإن كن في نصف الرقبة ولكن له حق النقض في الكل نفيا للضرر عنه لانه متى نقض في النصف شائعا يباع بدينه نصف العبد، وثمن نصف العبد متى بيع بانفراده أنقص من ثمن نصفه متى بيع جملة لان الاشقاص لا تشتري بمثل ما تشتري الاشخاص. ولو غيبه الموهوب له ضمن المولى لصاحب الحالة نصف قيمته لان حقه في نصف العبد وبالتغييب عجز عن الوصول إلى حقه، فإن لم يحل دين الآخر حتى رجع في هبته باع له نصفه لان برجوع المولى في الهبة عاد إلى قديم ملكه. ولو اعور قبل أن يضمن المولى ربع حصته لصاحب الاجل يباع نصفه في دينه لان نصفه تلف عند الموهوب له فإن العين من الآدمي نصفه، ولو تلف كل العبد يضمن له نصف القيمة، فإذا تلف عنده نصفه بالاعوار يضمن له ربع القيمة ويباع نصفه في دينه لانه له النصف، وإن اعور بعد ما رجع في هبته لم يضمن المولى شيئا لصاحب الاجل ويباع نصفه معورا لان بالرجوع عاد العبد إلى قديم ملكه فقد ارتفع السبب الموجب للضمان لانه عاد حق الغريم في البيع والاستسعاء كما كان، ولهذا لو هلك الكل في يد الواهب بعد الرجوع لم يضمن فكذا إذا هلك بعضه. قال رحمه الله تعالى: (وإن رد عليه بعيب رجع بقيمته وحق الغرماء في العبد) لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد المغصوب على المالك ويرجع عليه بالقيمة التي دفعها إليه. هذا إذا رده عليه قبل القبض مطلقا أو بعده بقضاء لانه فسخ من كل وجه، وكذا إذا رده عليه بخيار الرؤية أو الشرط، وإن رده بعيب بعض القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ولا

***

[١٨٨]

[مشتريه أو أجازوا البيع وأخذوا الثمن وإن باعه سيده وأعلم بالدين فللغرماء رد البيع] للمولى على القيمة لان الرد بالتراضي إقالة وهو بيع في حق غيرهما، وإن فضل من دينهم شئ رجعوا به على العبد بعد الحرية. وفي المحيط: إذا باع القاضي وهلك الثمن في يده ثم وجد المشتري به عيبا فرده فباعه مرة أخرى وقضى المشتري ثمنه، وكذا لو باعه مولاه بأمره إلا أن الامين لا يضمن النقصان والمولى يضمن النقصان ثم يرجع به على الغرماء لان المولي عليه عهدة. ولو باعه مولاه وضمن قيمته للغرماء ثم وجد به عيبا فلم يرده عليهم ثم حدث به عيب آخر رجع على البائع بنقصان العيب الاول من الثمن ولم يكن على البائع شئ من تلك القيمة ولا يرجع بالنقصان على الغرماء وهذا قول الامام. وعندهما يرجع على الغرماء بحصة العيب وهذه فروع المسألة المذكورة في الصلح وهي أن من اشترى عبدا فباعه من غيره ثم إن المشتري الثاني وجد فيه عيبا فمات في يد رجع على بائعه بنقصان العيب ولا يرجع بائعه على بائعه بذلك عند الامام خلافا لهما. وقيل: هذا قولهما جميعا وهو الظاهر. والفرق بين هذه ومسألة الصلح أنهم هنا الغرماء يقولون للمشتري إنك التزمت هذه الغرامة بطيب من نفسك فإنك كنت ممكنا من رد العبد علينا فلا يلزمك هذا النقصان، فلما لم تفعل فقد التزمت هذه الغرامة. ولو ادعى المشتري عيبا يحدث مثله فصالحه من دعواه مع المشتري على شئ ليس له أن يرجع على بائعه لانه رضي بالتزامه هذه الغرامة ا ه. قال رحمه الله: (أو مشتريه) وهو معطوف على البائع لان كل واحد منهما متعد في حق الغرماء البائع لما ذكرنا والمشتري بالشراء والقبض والتعييب. قال رحمه الله: (أو أجازوا البيع وأخذوا الثمن) أي الغرماء إن شاؤوا أجازوا البيع وأخذوا ثمن العبد ولا يضمنوا آخذ القيمة لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما إذا باع الراهن الرهن ثم أجاز المرتهن البيع بخلاف ما إذا كفل عن غيره بغير أمره ثم أجاز لانهم وقعت غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له، ولا كذلك ما نحن فيه، فحاصله أن الغرماء يخيرون بين ثلاثة أشياء: إجازة البيع وتضمين أيهما شاؤوا، ثم إن ضمنوا المشتري رجع المشتري بالثمن على البائع لان أخذ القيمة منه كأخذ العين، وإن ضمنوا البائع سلموا المبيع للمشتري ولزم البيع لزوال المانع وأيهما اختار تضمينه برئ الآخر حتى لا يرجعوا عليه، وإن تويت القيمة عند الذي اختاره لان المخير بين شيئين: إذا اختار أحدهما تعين حقه فيه وليس له أن يختار الآخر، ولو ظهر العبد بعد ما اختاروا تضمين أحدهما ليس لهم عليه سبيل إن كان القاضي قضى لهم بالقيمة ببينة أو باليمين لان حقهم تحول إلى القيمة بالقضاء وإن قضى لهم بالقيمة. وإن شاؤا ردوهما وأخذوا العبد فيبيع لهم لانه لم يصل إليهم كمال حقهم بزعمهم وهو نظير المغصوب في ذلك، كذا ذكره في النهاية وعزاه إلى المبسوط. قال الشارح: الحكم المذكور في المغصوب مشروط بأن تظهر العين وقيمتها أكثر مما ضمن ولم يشترط هنا ذلك، وإنما شرط أن تدعي الغرماء أكثر مما ضمن وإن

***

[١٨٩]

كمال حقهم لم يصل إليهم بزعمهم وبينهما تفاوت كثير لان الدعوى قد تكون غير مطابقة فيجوز أن تكون قيمته مثل ما ضمن أو أقل فلا يثبت لهم الخيار إذا ظهر وقيمته أكثر مما ضمن فلا يكون المذكور هنا ملخصا ا ه. ويجاب عنه أنه لما كانت السعاية بها يحصل لهم كمال ماله لم يظهر ما ذكره الشارح وشرطوا دعواهم ولم يتعرضوا لحكم الثمن إذا ضاع. وفي العناية: ولو هلك الثمن في يد المولى وقد أجازوا الغرماء البيع لا ضمان عليه، ولو أجاز بعض الغرماء البيع وضمن البعض جاز. قال رحمه الله: (وإن باعه سيده وأعلم بالدين فللغرماء البيع) لان حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة وكان لهم رده، وفائدة الاعلام بالدين سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين حتى يلزم البيع في حق المتعاقدين وإن لم يكن لازما في حق الغرماء. هذا إذا كان الدين حالا وكان البيع من غير طلب الغرماء والثمن لا يوفي بديونهم، وإن كان دينهم مؤجلا فالبيع جائز لانه باع ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حق لغيره لان حق الغرماء يتأخر بخلاف الحال. وفي النهاية: زاد أو رضي الغرماء بالبيع فلا يكون لهم الرد، وهذا بخلاف الرهن بالدين المؤجل حيث لا يجوز له أن يبيعه لان المرتهن ملك الرقبة فلا يقدر على تسليمه ولا يد للغرماء في العبد المأذون ولا في كسبه، وإذا لم يوجد شئ مما ذكرنا من تأجيل الثمن وطلب الغرماء وفاء الثمن بالدين فالبيع موقوف حتى يجوز بإجازة الغرماء وهي مسألة الكتاب على ما بينا. لا وذكر محمد في الاصل أنه باطل واختلفوا في معناه، فقال بعضهم معناه إنه سيبطل لان للغير حق ابطاله، وقال بعضهم معناه إنه فاسد بدليل ما قال في الاصل: إنه إذا أعتقه المشتري بعد القبض أو دبره صح ذلك ويلزمه قيمته. وفي العناية: فإن قيل: إذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجناية

كان مختارا الفداء فما باله ههنا لا يكون مختارا لقضاء الدين من ماله؟ الجواب بأن موجب الجناية الدفع على المولي فإذا تعذر عليه بالبيع طولب به لبقاء الواجب عليه، وأما الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتى يؤخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة أن يقال أنا أقضي دينه وذلك عدة بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لان قوله أنا أقضي دينه ويحتمل الكفالة فلا يتعين عدة. والجواب أن العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به لانه لا دليل على غيره، وإذا جنى العبد المأذون طولب المولى بالدفع أو الفداء لان الخصم في رقبة العبد المأذون هو المولي لانها كسب المولى لا كسب المأذون، ولهذا لو ادعى إنسان في رقبته حقا ينتصب المولى خصما للمدعي لا للمأذون، وكذا لاتباع رقبة المأذون المديون إلا بحضرة المولي لعله يختار الفداء لان الاذن للعبد لا يعجز الملك عن الدفع لانه باق على ملكه، وكل تصرف أصابه المالك في العبد فلا يعجزه عن الدفع لا يصير به مختارا لما بين في كتاب الجنايات. وإن

***

[١٩٠]

دفعه بالجناية فلحقه دين بيع في الدين ويرجع أصحاب الجناية بقيمته على مولاه لان حقهم ثبت في عبد فارغ عن الدين، وإنما صار مشغولا من جهة المولى بعد ثبوت حقهم فصار ضامنا بخلاف ما لو جنى العبد بعد لحوق الدين ودفعه المولى إلى أصحاب الجناية ثم تبع العبد بعد الدفع بدين الغرماء لا يرجع أصحاب الجناية على المولى بشئ لانه وصل إليهم قدر حقهم فإن حقهم في عبد مشغول بالدين يباع فيه وقد وصل إليهم كذلك، وكذلك لو أذن له ولم يلحقه دين حتى قتل رجلا خطأ ثم لحقه دين ألف درهم فدفع بالجناية وبيع في الدينين رجع صاحب الجناية الاخيرة على مولاه بنصف قيمته حصته من الدين الباقي لانه لو وجب الدينان قبل الجناية لا يرجع أصحاب الجناية على المولى بشئ، ولو وجب الدينان بين الجناية يرجع أصحاب الجناية على المولى بجميع قيمة العبد، وإذا وجب أحدهما قبل الجناية والآخر بعدها كان لكل دين حكم نفسه أقر على عبده بجناية ثم بجناية دفع إليهما نصفين ثم يرجع صاحب الجناية الاولى على المولى بنصف قيمته إذا تكاذبا الاولياء لان الاقرار بالجناية الثانية إقرار بتملك العبد من أولياء الجناية، وصحة تمليك العبد من أولياء الجناية لا يمنع صحة الاقرار بالجناية الثانية، وبالاقرار بالجناية لا يصير مختارا للفداء ولا ضامنا قيمة العبد لانه لا يعجز عن الدفع ويمكنه دفع جميع العبد إلى أصحاب الجناية الاولى. على عبده المأذون دين معروف أو أقر به المولى ثم أقر عليه بجناية لم يصدق إلا أن يقضي دينه، ولو كان عليه جناية معروفة وأقر المولى على عبده بالجناية الثانية صح إقراره. والفرق أن دين العبد يمنع المولى من تمليك العبد من غيره إلا برضا الغرماء ألا ترى لو باعه أو وهبه كان لهم أن ينقضوا فكذا يمنع صحة الاقرار بما يوجب تمليكه من غيره، فأما جناية العبد لا تمنع المولى من تمليك العبد من غيره ألا ترى لو باعه أو وهبه من غيره صح ولم يكن لولي الجناية نقضه وفقهه أن دين العبد واجب في ذمة العبد لا في ذمة المولى وتعلق بماليته والمالية في العبد والحق الثابت في العين عجز المالك من تمليكه من غيره لا يتضمن إبطال حق الغير كحق المرتهن في الرهن، فأما موجب جناية العبد تجب في ذمة المولى وهو الدفع أو الفداء إلا أنه يتعلق بالعبد وهو دفعه ولا يتعلق بماليته، وإذا كان موجب الجناية يتعلق بذمة المولى فلا يحجزه عن التصرف فيه لانه تصرف في محل خالص له لا حق للغير فيه إلا أنه إذا استهلكه ضمن قيمته لان العبد محل إقامة حقهم وهو الدفع فصار كنصاب الزكاة وجبت فيه الزكاة ولا يحجر المالك عن التصرف فيه، وإذا استهلكه ضمن فكذا هذا. ولو قتل رجلا عمدا وعليه دين فصالح المولى على أن جعل العبد لاصحاب الجناية بحقهم لم يجز وليس لهم أن يقتلوه وقد سقط القصاص ويباع في الدين، فإن فضل شئ كان لصاحب الجناية وإلا فلا شئ له على أحد أبدا لان تملك المولى العبد من ولي القصاص بالصلح لو صح يؤدي إلى إبطال حق الغرماء وفي المحيط: محجور اشترى ثوبا ولم يعلم مولاه بذلك حتى باع العبد

***

[١٩١]

[وإن غاب البائع فالمشتري ليس بخصهم لهم ومن قدم مصرا وقال عبد زيد فاشترى] ثم أجاز شراءه لم يجز الشراء أبدا، ولو باع ثوبا من رجل ثم إن المولى باع العبد وأجاز البيع جاز لان بيع العبد لم يفسخ البيع الموقوف فالاجازة صادفت عبدا موقوفا فصحت. عبد محجور أدان رجلا فنهى مولاه من عليه الدين أن يدفع إلى العبد فقضى الغريم عين ما أخذه برئ عند الامام في الوجهين لان

الادانة من المحجور عليه موقوفة وحقوق العقد ترجع إلى العاقد في الثابت والموقوف جميعا كما في الفضولين إذا أدان ماله غيره فقضاه المديون برئ فكذا هذا. وفي المحيط: عبد محجور عليه دين اكتسب دراهم بغير إذن السيد واشترى بها ثوبا والسيد ينظر إليه فسكت صار العبد مأذونا في التجارة وللمولى أن يرجع بالدراهم على البائع ويرجع البائع بالدراهم دينا على العبد. محجور اشترى دارا وباعها ثم بلغ المولى فأجاز البيع والشراء قال يجوز الشراء ولا يجوز البيع لانه لما أجاز الشراء فقد ظهر ملك المولى باتا على موقوف فأبطله. وفي المحيط: أسروا العبد المأذون وأحرزوه ثم ظهر المسلمون عليهم أخذه مولاه بغير شئ قبل القسمة وبعدها بقيمته، فإن كان جنى جناية وكان عليه دين لزماه. قال رحمه الله: (وإن غاب البائع فالمشتري ليس بخصم لهم) يعني لو باع المولى عبده المأذون المديون وقبض الثمن وتسلمه المشتري ثم غاب البائع لا يكون المشتري خصما للغرماء إذا أنكر المشتري الدين وهذا عند الامام ومحمد. وقال أبو يوسف: يكون المشتري خصما ويقضي لهم بدينهم، وعلى هذا الخلاف إذا اشترى دارا وهبها وسلمها إليه ثم غاب المشتري والواهب ثم حضر الشفيع فالموهوب له لا يكون خصما عندهما خلافا له هو يقول: إن ذا اليد يدعي الملك لنفسه في العين فيكون خصما فيها كما لو ادعى ملك العبد. ولهما أن الدعوى تقتضي فسخ العقد وهو قائم بالبائع والمشتري فيكون الفسخ قضاء على الغائب والحاضر ليس بخصم عنه بخلاف ما إذا ادعى الملك لان صاحب اليد يظهر في الانتهاء أنه كان غاصبا منهم والغاصب يكون خصما، وبخلاف دعوى الرهن لان فيه فائدة لان الرهن لا يباع. ولو صدق المشتري في الدين كان للغرماء أن يردوا المبيع بالاجماع لان إقراره حجة عليه فيفسخ بيعه إذا لم يوف الثمن بديونهم، ولو كان البائع حاضرا والمشتري غائبا فلا خصومة بينهم وبين البائع بالاجماع حتى يحضر المشتري لان الملك واليد للمشتري ولا يمكن وهو غائب إبطالهما لكن لهم أن يضمنوا البائع قيمته لانه صار ملزما بحقهم بالبيع والتسليم، فإذا ضمنوه القيمة جاز البيع وكان الثمن للبائع، وإن اختاروا إجازة البيع أخذوا الثمن، ولو قال إذا غاب أحدهما فالحاضر ليس بخصم إذا أنكر لكان أولى. قال رحمه الله: (ومن قدم مصرا وقال أنا عبد زيد فاشترى وباع لزمه كل شئ من التجارة) يعني يقبل قوله في الاذن في حق كسبه حتى تقضى بها ديونه والمسألة على وجهين: أحدهما أن يخبر أن المولى أذن له فيصدق استحسانا عدلا كان أو غير عدل، والقياس أن لا يصدق.

***

[١٩٢]

[وباع لزمه كل شئ من التجارة فإن حضر وأقر بالاذن بيع وإلا فلا وإن أذن للصبي أو المعتوه الذي يعقل البيع والشراء وليه فهو في الشراء والبيع كالعبد المأذون له.] وجه الاستحسان أن الناس يعاملونه منغير اشتراط شئ من ذلك وإجماع المسلمين حجة يخص بها الاثر ويترك بها القياس، ولان في ذلك ضرورة وبلوى فإن الاذن لا بد منه لصحة تصرفه وإقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن، وما ضاق على الناس أمره اتسع بحكمه، وما عمت بليته اتسعت قضيته. والثاني أن يبيع ويشتري ولا يخبر بشئ ففي الاستحسان يثبت إذنه لان الظاهر أنه مأذون لان عقله ودينه يمنعه عن ارتكاب المحرم لان الظاهر هو الاصل فيعمل به فصح تصرفاته، وإن لم يوف الكسب بالدين لا تباع رقبته لانها ملك المولى فلا يصدق فيه ولا يلزم من وجوب الدين عليه أن تباع فيه كما لو كان المديون مدبرا أو أم ولد بخلاف الكسب. فإن المولى لا يملكه. وفي المحيط: لو جاء بأمة فقال هذه أمتي فبايعوها فولدت ثم استحقت ضمن لهم قيمتها وقيمة أولادها ولا يضمن ما وهب لها وما اكتسب ويضمن القيمة في كل يوم الاستحقاق لا يوم الغرور. ولو قال لاهل السوق بايعوه ثم نهى واحدا أو اثنين عن مبايعته ثم استحق لم يضمن لمن نهاه لان التخصيص في الحجر عن المبايعة صحيح، ولو دخل رجل بعبده من السوق وقال هذا عبدي وقد أذنت له في التجارة وقد لحقه دين ثم وجد حرا لم يكن غارا، ولو قال بايعوه ضمن لهم الاقل من القيمة ومن الدين. والفرق أن الامر بالمبايعة لا ينفك عن وجوب الدين والاذن ينفك. ولو قال هذا عبدي فبايعوه وقد أذنت له في التجار ولو لم يقل أذنت فهو غار. ولو قال هذا مدبري قد أذنت له في التجارة فلحقه دين فاستحقه رجل لم يضمن الذي غرهم شيئا. ولو قال بايعوه في البر ضمن إذا بايعوه في كل نوع. ولو قال أذنت له في التجارة لاقوام بأعيانهم فبايعوه وغيرهم فوجد حرا أو مستحقا للغير ضمن لمن أمره خاصة. فإن قلت: قد تقدم أن العبد يباع في الدين إذا أذن له ولو لم يقل بايعوه وهنا لا يضمن إلا إذا قال أذنت وبايعوه. قلنا: هذا ضمان غرور فلهذا ضمن لم أمره خاصة قدر حصتهم لان الناس يتفاوتون في المعاملات. ولو قال بايعوه ولم يقل إنه عبدي لم يكن غارا ولم يضمن لاحد شيئا، ولو كان الذي قال هذا عبدي صبيا أو مكاتبا أو مدبرا لا تجوز كفالته لم يضمن شيئا ا

ه. وفيه: لو قال هذا ابني وقد أذنت له في التجارة فبايعوه وقد كان ابن غيره فهو غار لانه أطمعهم أن ديونهم تجب في ذمة الصبي وتستوفي من ماله بسبب إذنه وقد ظهر الامر بخلافه اه. قال رحمه الله: (فإن حضر وأقر بالاذن بيع وإلا فلا) يعني إذا حضر المولي وأقر بإذنه بيع في الدين لظهور الدين في حقه بإقراره، وإن قال هو محجور عليه كان القول قوله لتمسكه بالظاهر إلا إذا أثبت الغرماء الاذن منه بالبينة كالثابت عيانا إذ هي مثبتة كاسمها. قال رحمه الله: (وإن أذن للصبي أو المعتوه الذي يعقل البيع والشراء وليه فهو في الشراء
***
[١٩٣]
والبيع كالعبد المأذون له) في جميع ما ذكرناه من الاحكام فلا يتقيد بنوع من التجارات دون نوع ويكون مأذونا بالسكوت حين يراه يبيع ويشتري وصح إقراره بما في يده من كسبه ويجوز بيعه بالغبن الفاحش عند الامام خلافا لهما إلى غير ذلك من الاحكام التي ذكرها في العبد المأذون. والمراد بكونه يعقل البيع أن يعلم أن البيع سالب للملك والشراء جالب وأن يقصد به الربح ويعرف الغبن اليسير من الفاحش وقال: لا تنفذ تصرفاته، وبيان الدليل من الجانب بين مذكور في المطولات. فإن قلت: كيف يستقيم تعميم قوله أن ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في الصبي المأذون مع التخلف في بعضها وهو أن المولى محجور عن التصرف في مال الصبي وإن كان عليه دين محيط بماله والرواية في المبسوط؟ قلت: الجواب من وجهين: إن ما ذكره في الكتاب من التعميم في تصرفات العبد في ماله وتصرفات الصبي في ماله لا في تصرف المولى وعدمه فلا يرد نقضا. والثاني وهو الفرق المذكور في المبسوط إنما ملك الاب والوصي التصرف في مال الصبي سواء كان عليه دين أو لا، لان دين الحرية في ذمته لا تعلق له بماله بخلاف العبد فإن دينه يتعلق بماله. والمراد بالولي ولي له التصرف في المال وهو أبوه أو وصي الاب ثم جده ثم القاضي أو وصي القاضي، وأما ما عدا الاصول من العصبة كالعم والاخ أو غيرهما ووصيهم وصاحب الشرطة لا يصح إذنهم له لانهم ليس لهم أن يتصرفوا في ماله تجارة فكذا لا يملكون الاذن له فيها والاولون يملكون التصرف في ماله فكذا يملكون الاذن له في التجارة وكذا للصبي، والمعتوه أن يأذن لعبده أيضا لان الاذن في التجارة تجارة معنى وليس لابن المعتوه أن يأذن لابيه المعتوه ولا أن يتصرف في ماله، وكذا إذا كان الابن مجنونا لان ولاية التصرف في المال للقريب لا تثبت إلا إذا كان المتصرف كامل الرأي ووصيهما قائم مقامهما فيكون معتبرا بهما فيملك الاذن للصغير والمعتوه الذي بلغ معتوها، وإذا بلغ رشيدا ثم عته كان الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله يقول: لا يصح الاذن له قياسا وهو قول أبي يوسف رحمه الله، ويصح استحسانا وهو قول محمد رحمه الله تعالى. وليس للصبي والمعتوه المأذون: ولهما أن يتزوجا ولا يزوجا مماليكهما لانه ليس من باب التجارة إلا أن يأذن لهما المولى بالتزوج أو بتزويج الامة لان الولي يملك ذلك فيملك تفويضه إليها بخلاف المولى فإنه يملك تزويج عبده المأذون له فيملك العبد أيضا إذا فوض إليه وإن كان لا يملك عند إطلاق الاذن. فحاصله أن الصبي والمعتوه المأذون لهما كالعبد المأذون له في جميع ما ذكرنا من الاحكام إلا أن الولي لا يمنع من التصرف في مالهما وإن كان عليهما دين، ولا يقبل إقراره عليهما وإن لم يكن عليهما دين بخلاف المولى. والفرق أن إقرار المولى عليهما شهادة لانه إقرار على غيره فلا يقبل ودينهما غير متعلق بما لهما وإنما هو في الذمة لانهما حران فكان للمولى عليهما أن يتصرف فيهما بعد الدين كما كان قبله. فإن قيل: إذا لم يملك المولى الاقرار عليهما فكيف يملكانه وولايتهما مستفادة منه؟ قلنا: لما انفك عنهما صار
***
[١٩٤]
[فصل] كما إذا انفك بالبلوغ فيقبل إقرارهما على أنفسهما بخلاف المولى لانه إقرار على غيره فلا يقبل على ما بينا، ولانهما لو لم يقبل إقرارهما تمتنع الناس عن معاملتهما فلا يحصل المقصود بالاذن فالجأت الضرورة إلى قبوله فيما هو من التجارة لان التجارة فيها حتى لو أقر بعين موروثة في ملكهما لا يقبل إقرارهما فيما روي عن أبي حنيفة لعدم الحاجة إلى القبول لانه ليس من باب التجارات، وفي ظاهر الرواية يقبل لما ذكرنا أن انفكاك حجره بالاذن كانفكاكه بالبلوغ والله تعالى أعلم. فصل وغير الاب والجد لا يتولى طرفي عقد المعاوضة المالية لان حقوق العقد ترجع إلى العاقد فيصير الواحد طالبا مطالبا ومستلما ومتسلما وهكذا الحال. وكذا الاب والجد قياسا وهو قول زفر رحمه الله ويجوز استحسانا وهو أن لكمال شفقته قام مقام شخصين وعبارته مقام عبارتين ورأيه مقام رأيين فجعل كأنه

باعه منه وهو بالغ وهو يتحمل لحق الابوة لحقوق العقد نيابة عنه حتى إذا بلغ الصغير كانت العهدة على الصغير، وفيما إذا باع ما له لاجنبي فبلغ الصغير كانت العهدة على الاب بطريق التحمل لا بحكم العقد لا يؤدي إلى الاستحالة. ولو اشترى مال ولده الصغير أو باع ما له منه بغبن يسير صح ويكفيه أن يقول بعته منه أو اشتريته له لان كلامه قائم مقام كلامين، ولان نفس القبول لا يعتبر وإنما يعتبر الرضا ولهذا ينعقد بالتعاطي من غير إيجاب وقبول وقد وجدت دلالة الرضا. ولو وكل رجلا بأن يبيع عبده من ابنه الصغير أو يشتري عبده الصغير له ففعل لا يصح العقد كمال هذه الشفقة فلا يمكن إلحاقه بالاب فبقي على أصل القياس إلا إذا كان حاضرا. وقيل: إنه يجوز وتكون العهدة من جانب الابن على أبيه أو من جانب الاب على الوكيل لان تصرف الاب لنفسه فإنه مباح وللصغير فرض لانه من باب النظر فيجعل الاب متصرفا للصغير تحقيقا للنظر. ولو وكل رجلا ببيع مال ولده فباع من موكله أو باع الوالد مال أحد ولديه بمال الآخر أو أذن لهما فيه أو لعبديهما أو جعل لكل واحد منهما وكيلا ووصيا صح، ولو أذن لهما أو لعبديهما أو وصيهما فتبايعا لم يجز لانهما استفادا ولاية التصرف عنه وهو لا يملك بنفسه فكذا الصبيان بخلاف ما لو أذن الاب لانه لو فعل بنفسه صح فإذا فعل بإذنه وصح بيع الوصي ما له من الصبي وشراؤه منه بشرط نفع ظاهر وهو أن يبيع ما يساوي درهمين بدرهم، وقيل ما يساوي ألفا بثمانمائة، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وعندهما لا يجوز لما مر من الاستحالة. وله أن الوصي مختار الاب ولكنه قاصر الشفقة فعند أبي حنيفة النظر يلحق بالاب ويروى رجوع أبي يوسف رحمه الله إلى قول أبي حنيفة رحمه الله. وفي الجامع الكبير: وإن باع

***

[١٩٥]

بمثل القمية أو بأقل من قيمته بحيث يتغابن في مثله جاز. وفي الخانية: العبد والوصي إذا باع بغبن فاحش يجوز بيعه في قول الامام. وفي جامع الفتاوى: الاب إذا أذن لابنيه في التجارة ثم أمر رجلا أن يشتري من أحدهما شيئا للآخر لا يصح إذا كان هو المعبر عنهما، وإن عبر عن أحدهما والآخر عن نفسه جاز. وفي الخانية: وليس للصبي أن يزوج أمته في قول الامام، والثالث لا يزوج أمته من عبده عند الكل. وفي الذخيرة: وإذا حجر عليه القاضي أو الاب أو الوصي صار محجورا وكذا إذا مات الاب أو الوصي صار محجورا عليه، وإذا أذن لعبده ابنه ثم مات الابن ورثه الاب صار محجورا عليه. وفي المحيط: وإذا باع صبي محجور عبده بألف درهم وضمن رجل للمشتري الدرك ثم دفع الثمن فاستحق العبد رجع المشتري بالثمن على الكفيل، ولو دفع الثمن ثم ضمن لم يرجع لان الكفالة قبل قبض الثمن صحيحة وبعده فاسدة لان الثمن بعد قبض الصبي أمانة عنده لانه قبضه بإذن المالك قال ادفع الثمن للصبي ليكون أمانة عنده على أني ضامن لك فيصير مستقرضا للمال من المشتري ثم أمر بدفعه إلى الصبي فينوب قبض الصبي عن قبض الضامن أولا ثم يصير قابضا لنفسه اه. والله سبحانه وتعالى أعلم.

***

[١٩٦]

[كتاب الغصب هو إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة في مال متقوم محترم قابل للنقل والاستخدام] كتاب الغصب أورد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين: أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة مآلا حتى صح إقرار المأذون به ولم يصح بدين المهر من أنواع التجارة دون الثاني إذ المغصوب ما دام قائما بعينه لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فإنه غير مالك لرقبته وما في يده من مال التجارة إلا أنه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع، كذا في النهاية. ونظر في هذه المناسبة بأن الغصب عبارة عن إزالة اليد والازالة ليست من أنواع التجارة والذي أرى أن وجه المناسبة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال: المأذون يتصرف في الشئ بالاذن الشرعي والغاصب يتصرف لا بالاذن الشرعي فبينهما مناسبة المقابلة. والكلام في الغصب من وجوه: الاول في معناه لغة، والثاني في ركنه، والثالث في شرطه، والرابع في صفته، والخامس في حكمه، والسادس في أنواعه، والسابع في دليله، والثامن في معناه عند الفقهاء هو في اللغة عبارة عن أخذ الشئ على وجه الغلبة والقهر، سواء كان متقوما أو غيره. يقال غصبت زوجة فلان وولده ويطلق على حمل الانسان على فعل ما لا يرضاه يق غصبني فلان على فعال كذا. وركنه إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة، وشرطه كون الغاصب قابلا للنقل وللتحويل، وصفته أنه حرام محرم على الغاصب ذلك، وحكمه وجوب رد المغصوب إن كان قائما ومثله إن كان هالكا أو قيمته. وأنواعه وهو على نوعين: نوع يتعلق به المأثم وهو ما وقع عن علم أنه مال

الغير، ونوع لا يتعلق به المأثم وهو ما وقع عن جهل كمن أتلف مال غيره وهو يظن أنه له ودليله قوله تعالى * (وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا) * (الكهف: ٧٩) ومعناه عند الفقهاء ما سيذكره المؤلف قال رحمه الله: (هو إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة في مال متقوم محترم قابل للنقل) فقوله هو إزالة اليد المحقة إخرج زوائد المغصوب فإنها غير مضمونة لانه ليس فيها
***
[١٩٧]
إزالة، وكذا لو غصب دابة فتبعتها أخرى أو ولدها لا يضمن لعدم الازالة. وقوله في مال شمل المال المتقوم وغير المتقوم، وبقوله محترم أخرج الخمر والخنزير إذا كان لمسلم فإنه لا يكون غاصبا، وبقوله محترم أخرج مال الحربي فإنه غير محترم وقوله قابل للنقل أخرج العقار، ولا يخفي أن هذا التعريف غير جامع ولا مانع، أما كونه غير جامع فإنه لا يشمل ما إذا قتل إنسان إنسانا في معاركة وترك ماله ولم يأخذه فإنه يكون غاصبا إذ لم تزل يد المالك ولم تثبت يده، ولانه لا يشمل ما إذا غصبها من يد المستأجر أو المستعير أو المرتهن أو المودع أو غصب مال الوقف مع أنه لم تزل اليد المحقة. وأفتى الامام ظهير الدين أنه لا يضمن فإن الغاصب في هذه الحالة لم تزل يده يد المالك هنا بناء على عدم كونه في يده وقت الغصب وإزالة اليد فرع تحققها فيزاد في التعريف وبعضه ولذا قال في المحيط البرهاني الغصب شرعا أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يد المالك إن كان في يده أو تقصير يده إن لم يكن في يده، وأما كونه غير مانع فإنه يصدق على السرقة فيزاد في التعريف على سبيل المجاهرة ولهذا قال في البدائع: على سبيل المجاهرة أخرج السرقة. قال في الهداية: بغير إذن المالك. قال صاحب الاصلاح والايضاح: بغير إذن. قال في شرحه: وإنما لم يقل بإذن مالكه لان كون المأخوذ ملكه ليس بشرط لوجوب الضمان فإن الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك أصلا، كصرح به في البدائع. قال رحمه الله: (والاستخدام والحمل على الدابة غصب) لانه باستخدام عبد الغير أو الحمل على دابة الغير بغير إذن المالك أثبت فيه اليد المتصرفة، ومن ضرورة إثبات اليد إزالة يد المالك عنه فيتحقق الغصب فيضمن. أطلق في الاستخدام فشمل ما إذا استخدمه في حاجة نفسه أو غيره وإنما يكون غاصبا في الاول. قال في فتاوي أهل سمرقند: هذا إذا استعمله في أمر من أمور نفسه أما إذا استعمله لا في أمر نفسه لا يصير غاصبا اه. واستعمال عبد الغير غصب علم أنه للغير أو لم يعلم فلو جاءه وقال أنا حر فاستعمله كان غاصبا له. وفي فتاوي أهل سمرقند: إذا قال لعبد الغير ارق هذه الشجرة فات بالمشمش لتأكل أنت فوقع من الشجرة فمات لم يضمن الآمر. وفي السراجية: وقيل يضمن. ولو قال لآكل أنا وباقي المسألة بحالها يضمن. وفي الخانية: رجل أرسل غلاما صغيرا في حاجة بغير إذن أهله فرأى الغلام غلمانا يلعبون فانتهى إليهم وارتقى شجرة فوقع ومات ضمن الذي أرسله لانه غاصب له بالاستعمال. وفي الينابيع: لو استخدم عبد غيره أو قاد دابته أو ساقها أو ركبها أو حمل عليها شيئا بغير إذن المالك ضمن سواء عطبت في تلك الخدمة أو غيرها، ولو أبق العبد في حال الاستخدام ضمنه. وفي أجناس الناطفي: إذا استعمل العبد المشترك بغير إذن شريكه روي عن محمد لا يصير غاصبا، وروى هشام أنه يصير غاصبا نصيب صاحبه، وفي الدابة يصير غاصبا نصيب صاحبه بالحمل والركوب، وفي الروايتين فظاهر عبارة المتن أنه يصير غاصبا
***
[١٩٨]
[والحمل على الدابة غصب لا الجلوس على البساط ويجب رد عينه في مكان غصبه أو] بنفس الحمل حولها عن مكانها أو لا. قال في فتاوي أبي الليث: ركب دابة بغير إذن مالكها ثم نزل عنها وتركها في مكانها ذكر في آخر كتاب اللقطة أنه يضمن، والصحيح أنه لا يضمن حتى يحولها، وفي الغياثية هو المختار، وفي المنتقى لا ضمان عليه. رجل تعدى على ظهر دابة ولم يحولها عن موضعها وجاء رجل آخر وعقرها فالضمان على الذي عقرها. وفي أجناس الناطفي: رجل يكسر الحطب فجاء غلام وقال اعطني القدوم حتى أكسر أنا مكانك فأبى صاحب الحطب فأخذ الغلام القدوم فكسر فضرب فوقع بعض المكسور على عين الغلام لا يكون على صاحب الحطب شئ، ولو وجه جارية إلى النخاس ليبيعها فبعثتها امرأة النخاس في حاجتها فهربت فالضمان على المرأة. وفي فتاوي أبي الليث: جارية جاءت إلى النخاس وطلبت البيع ثم ذهبت ولا يدري أين ذهبت وقال النخاس رددتها على مولاها فالقول له، والمعنى أن النخاس لم يأخذ الجارية ومعنى الرد أمرها بالذهاب إلى منزل السيد فلو أخذها النخاس أو ذهب بها إلى منزل مولاها فلا يصدق في قوله رددتها، فلو قال رحمه الله وبالاستخدام له والحمل والتحويل لكان أولى لما علمت. قال رحمه الله: (لا الجلوس على البساط) لان الجلوس على

بساط الغير ليس بتصرف فيه ولهذا لا يرجح به لمتعلق به عند التنازع ما لم يصر في يده والبسط فعل المالك فبقي أثر يد المالك فيه ما بقي فعله لعدم ما يزيله من النقل والتحويل. قال رحمه الله: (ويجب رد عينه في مكان غصبه) لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد أي على صاحب اليد وقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لاحد أن يأخذ مال أخيه لاعبا ولا جادا وإن أخذه فليرده عليه والمعنى أنه لا يزيد أن يأخذه سرقة ولكن يريد إدخال الغيظ عليه، ولانه بالاخذ فوت عليه اليد وهي مقصودة لان المالك يتوصل بها إلى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع والتصرف ولهذا شرعت الكتابة والاذن مع أنها لا تفيد سوى اليد فيجب عليه نسخ فعله دفعا للضرر عنه، أتم وجوهه رد عينه في مكان غصبه لان المال يختلف باختلاف الاماكن ورد العين هو الموجب الاصلي لانه أعدل ورد القيمة أو المثل مخلص فيصار إليه عند تعذر رد العين، ولهذا لو أتى بالمثل أو القيمة عند القدرة على العين لا يعتد به، ولو رد العين من غير علم المالك برئ منها ولو لم يكن هو الموجب الاصلي لما برئ إلا إذا علم وقبضه كما في قبض المثل أو القيمة وقبل الموجب الاصلي هو المثل أو القيمة ورد العين مخلص، ولهذا لو أبرأه عن الضمان حين قيام العين يصح حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك والابراء عن العين لا يصح. ولو كان للغاصب نصاب ينتقص به كما ينتقص بالدين فدل على أن الواجب المثل أو القيمة ووجوب رده في مكان غصبه مقيد بما إذا لم يتعين بزيادة أو نقصان كما سيأتي، وكذلك

***

[١٩٩]

[مثله أن هلك وهو مثلي وإن انصرم المثلي فقيمته يوم الخصومة وما لا مثل له فقيمته يوم] يجب أداء القيمة في مكان غصبه ففي الخانية: رجل غصب عبدا حسن الصوت فتغير صوته عند الغاصب كان له النقصان، ولو كان العبد مغنيا فنسي ذلك عند الغاصب لا يضمن الغاصب، وفي المنتقي: غصب من آخر دواب بالكوفة فالمغصوب منه بالخيار إن شاء أخذها وإن شاء قيمتها بالكوفة قال: وكذا الخادم وكذا ما له حمل ومؤنة إلا الدراهم والدنانير فإنه يأخذها حيث وجدها وإن اختلف السعر لانها أثمان، وليس له أن يأخذ القيمة. وإن كان المغصوب مثليا وقد هلك في يد الغاصب، فإن كان السعر في المكان الذي التقيا فيه مثل السعر في مكان الغصب أو أكثر برئ برد المثل، وإن كان في المكان الذي التقيا فيه أو أقل فهو بالخيار إن شاء أخذ قيمة العين حيث غصبه، وإن شاء انتظر. وفي الخانية: فإن كانت القمية في المكانين سواء كان للمغصوب منه أن يطالبه بالثمن. وفيها عن أبي يوسف: رجل غصب حنطة بمكة وحملها إلى بغداد قال عليه قيمتها بمكة، ولو غصب غلاما بمكة فجاء به إلى بغداد فإن كان صاحبه من أهل مكة عليه قيمته، وإن كان من غير أهل مكة أخذ غلامه. وفي الينابيع قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف في رجل غصب عبدا فذهب به إلى قرية فلقيه المغصوب منه فخاصمه فهي بالخيار إن شاء أخذ عبده بعينه، وإن شاء أخذ قيمته يوم غصبه اه‍. فلو زاد المؤلف ومكان غصبه حيث لا يتغير ولا يقل لكان أولى. قال رحمه الله: (أو مثله أن هلك وهو مثلي) يعني يجب عليه مثل المغصوب إن هلك عنده لقوله تعالى * (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) * (البقرة: ١٩٤) ولان حق المالك ثابت في الصورة والمعنى وقد أمكن اعتبارهما بإيجاب المثل فكان أعدل وأتم فكان إيجابه أولى من القيمة. وأطلق في المثل فشمل الناطف المبذر والدهن المربى. وفي التتارخانية برقوم: ومشايخنا استثنوا من الموزونات الناطف المبذر والدهن المربى فقالوا: الواجب القيمة فيهما. وفي السير الكبير: ومن أتلف على آخر جبنه فعليه قيمة الجبن مع أنه مثلي موزون، والمراد بالمثلي المكيل والموزون الذي ليس في تبعيضه ضرر والعدد المتقارب والبيض والفلوس الرائجة وما أشبه ذلك من العددي الذي لا يتفاوت. قال رحمه الله: (وإن انصرم المثلى فقيمته يوم الخصومة) يعني إذا انقطع المثلي عن أيدي الناس يجب على الغاصب قيمته يوم الخصومة وهذا قول الامام. وقال الثاني: يوم الغصب. وقال محمد: يوم الانقطاع لان المثل هو الواجب والقيمة إنما يصار إليها للعجز عنه والعجز في يوم الانقطاع فيعتبر فيه، وللثاني أن المثل لما انقطع التحق بالقيمي وفيه يعتبر القيمة يوم الغصب. وللامام أن المثل هو الواجب بالغصب وهو باق في ذمته ما لم يقض القاضي بالقيمة ولهذا لو صبر إلى أن يعود المثل كان له ذلك وحد الانقطاع أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت، ذكره في النهاية. وقال في النهاية فإن قلت:

***

[٢٠٠]

ولم قدم قول أبي يوسف في التعليل ولم يوسطه كما هو حقه؟ قلت: لعله أن يكون هو المختار لانه أعدل الاقوال. قال رحمه الله: (وما لا مثل له فقيمته يوم غصبه) وهذا بالاجماع وهو المذروع والحيوان والمعدودات المتفاوتة، والوزني الذي يضره التبعيض لانه تعذر اعتبار المثل صورة ومعنى وهو الكامل فوجب اعتبار المثل معنى وهو القيمة لانها تقوم مقامه ويحصل بها مثله واسمها ينبئ عنه. وقال الامام مالك: يضمن مثله صورة لما روي عن أنس رضي الله عنه قال: كنت في حجرة عائشة رضي الله عنها قبل أن يضرب الحجاب فأتى بقصعة من ثريد بعض أزواجه عليه الصلاة والسلام فضربت عائشة القصعة بيدها فكسرتها وجاءت بقصعة مثل تلك القصعة في يدها فاستحسن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك منها الحديث. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في عبد بين رجلين يعتق أحدهما نصيبه فإن كان موسرا ضمن نصيب الآخر، وإن كان معسرا سعى العبد في قيمة نصيب شريكه. وهذا نص صريح في اعتبار القيمة فيما لا مثل له والآية شاهده لنا لانه هو المثل المتعارف بين الناس، وفعل عائشة رضي الله تعالى عنها كان على طريق المروءة ومكارم الاخلاف لا على طريق الواجب إذ كانت القصعتان للنبي صلى الله عليه وسلم. قال صاحب النهاية: وتحقيقه أن معناه الشئ الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى اه. فعلى هذا كان على المؤلف رحمه الله تعالى أن يغير العبارة فيقول وما لا مثل له من جنسه. وأطلق في قوله يوم غصبه فشمل ما إذا زادت قيمته بعده أو نقصت أو استمرت على حالة واحدة. وفي شرح الطحاوي: ولو غصب من رجل عبدا أو جارية ثمنها ألف درهم فازدادت قيمته أو نقصت ثم هلك عنده ضمن قيمته يوم غصبه بالاجماع ولو لم يهلك ورده على صاحبه، فإن كان النقصان في القدر ضمن قيمة النقصان، وإن كان النقصان في السعر لا يضمن. وشمل ما إذا هلك أو استهلكه بعد زيادة القيمة أو نقصانها أو استمرارها على حالة واحدة، وأما إذا هلك أو استهلكه في يد الغاصب أو المشتري من الغاصب. وفي شرح الطحاوي: ولو هلك بعد الزيادة نحو أن يبيعه ويسلمه إلى المشتري فهلك في يد المشتري فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب وجاز البيع والثمن للغاصب، وإن شاء ضمن المشتري قيمته وقت القبض وبطل البيع ويرجع المشتري على الغاصب بالثمن، ولو زادت قيمة العبد فقتله الغاصب ضمن عاقلته قيمة العبد يوم الغصب زائدة في ثلاث سنين وليس له أن يضمن الغاصب قيمته وقت التسليم على قول الامام، وفي قولهما له أن يضمن الغاصب قيمته يوم الغصب حالا وإن شاء ضمن العاقلة قيمته يوم القتل زائدة في ثلاث سنين. ولو كان المغصوب حيوانا سوى بني آدم فقتله الغاصب بعد الزيادة عند الأمام لا يضمن إلا قيمة يوم الغصب، وعندهما المغصوب منه بالخيار. وفي الفتاوي العتابية: ولو زاد العبد ثم قتل

***

[٢٠١]

[غصبه وإن ادعى هلاكه حبسه الحاكم حتى يعلم أنه لو بقي لا ظهره ثم قضى عليه ببدله والغصب فيما ينقل ويحول فإن غصب عقارا وهلك في يده لم يضمنه وما نقص] نفسه لم يضمن الغاصب الزيادة اه. قال رحمه الله: (وإن ادعى هلاكه حبسه الحاكم حتى يعلم أنه لو بقي لاظهره ثم قضى عليه ببدله) لان حق المالك ثابت في العين فلا يقبل قوله فيه حتى يغلب على ظنه أنه صادق فيما يقول كما إذا ادعى المديون الافلاس وليس لحبسه حد مقدر بل موكول إلى رأي القاضي كحبس الغريم بالدين، ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد وعكس المالك وأقاما البينة فبينة الغاصب أولى عند محمد لانه تثبت الرد وهو عارض والبينة لمن يدعي العوارض، وعند أبي يوسف بينة المالك أولى لانها تثبت وجوب الضمان والآخر منكر والبينة للاثبات. وأطل في قوله حبسه ومحله ما إذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة. فإن قلت: قال في الذخيرة إن الغاصب إذا عيب المغصوب فالقاضي يقضي بالقيمة من غير تلوم فما وجه قوله؟ قيل في المسألة روايتان، وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواب والمذكور في الكتاب جواب الاصل، كذا في العناية. قال رحمه الله: (والغصب فيما ينقل ويحول) لانه إزالة يد المالك بإثبات يد وذلك يتصور في المنقول، قيل النقل والتحويل واحد، وقيل التحويل النقل من مكان والاثبات في مكان آخر والنقل يشتمل عليه بدون الاثبات في مكان آخر. المقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا بيان مجرد تحققه في المنقول فالقصر معتبر في التركيب المذكور وأداة القصر في هذا التركيب وتعريف المسند إليه بلام الجنس يفيد قصر المسند إليه على السمند كما صرحوا به في علم الادب ويتلوه نحو التوكل على الله، والكرم في العرب، والامام من قريش. قال رحمه الله: (فإن غصب عقارا وهلك في يده لم يضمنه) وهذا عند الامام وأبي يوسف. وقال محمد وزفر والشافعي: يضمنه وهو قول أبي يوسف أولا. وفي العيني: ويفتى بقول محمد في عقار الوقف. ولان الغصب يتحقق بوصفين بإثبات اليد العادية

وإزالة اليد المحقة وذلك يمكنه في العقار لان إثبات اليدين المتدافعتين على شئ واحد لا يمكن لتعذر اجتماعهما فيه فإذا ثبت اليد العادية للغاصب انتفت اليد المحقة للمالك ضرورة ولهذا يضمن العقار المودع بالجحود والاقرار به لغير المالك وبالرجوع عن الشهادة بعد القضاء ولقوله عليه الصلاة والسلام (من غصب شبرا من أرض ط وقه الله يوم القيامة من سبع أرضين) (١). ولنا أن الغاصب تصرف في المغصوب بإثبات يده وإزالة يد المالك ولا يكون ذلك إلا بالنقل والعقار لا يمكن نقله وأقصى ما يكون فيه إخراج المالك منه وذلك تصرف في المالك لا في العقار فلا يوجب الضمان، ومسائل الوديعة على الخلاف على الاصح فلا يزلمه ولئن سلم

***

[٢٠٢]

[بسكناه وزراعته ضمن النقصان كما في النقلي وإن استغله تصدق بالغلة كما لو تصرف] فالضمان فيما ذكر بترك الحفظ الملتزم. وإطلاق لفظ الغصب عليه لا يدل على تحقق غصب موجب للضمان كإطلاق لفظ البيع على بيع الحر لقوله عليه الصلاة والسلام من باع حرا الحديث. لا يدل على تحقق بيع الحر وهذا لما عرف أن في لسان الشرع حقيقة ومجازا. وفي هذا سؤال تقديره كيف جمع بين لفظ غصب وعدم الضمان مع أن الغصب موجب للضمان؟ وعلى هذا الخلاف لو باع العقار بعد الغصب وأقر بذلك وكذبه المشتري لا يقبل إقراره في حق المشتري لان ملكه ظاهر ولا يضمن البائع عندهما لانه لم يتلفه وإنما إتلافه مضاف إلى عجز المالك عن إقامة البينة. وفي الكافي: ولو غصب عقارا وهلك في يده بأن غلب السيل عليه فهلك تحت الماء أو غصب دارا فهدمت بآفة سماوية أو سيل فذهب بالبناء لم يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد والشافعي وزفر وهو قول أبي يوسف أولا: يضمن. وفي البزازية: والصحيح قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وفي الينابيع: فإن حدثت هذه الاشياء بفعل أحد من الناس فضمانه على المتلف عندهما، وعند محمد هو مخير بين ضمان الغاصب والمتلف، فإن ضمن الغاصب يرجع على المتلف، وإن حدثت هذه الاشياء بفعل الغاصب وسكناه فالمضان عليه بالاجماع. وفي الكافي: وعلى هذا أي على غصب العقار لا ينعقد موجبا للضمان إذا باع دار الرجل وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف آخرا، وعند محمد يضمن قيمتها، ومعنى المسألة إذا باعها واعترف بالغصب وكذبه المشتري، كذا ذكره فخر الاسلام. قال رحمه الله: (وما نقص بسكناه وزراعته ضمن النقصان كما في النقلي) وهذا بالاجماع. قال القدوري: كما إذا انهدمت أو ضعف البناء كما لو عمل فيها حداد فانهدمت أو ضعف البناء. والفرق لهما أنه أتلفه بفعله كما لو نقل ترابه والعقار يضمن بالاتلاف ولا يشترط لضمان الاتلاف أن يكون في يده ألا ترى أن الحر يضمن به بخلاف ضمان الغصب حيث لا يضمن إلا بالحصول في اليد فعلى هذا لو ركب دابة الغير بغير إذنه ولم يسيرها حتى نزل ثم هلكت لم يضمن لعدم النقل، وإن تلفت بركوبه يضمن لوجود الاتلاف بفعله وهو نظير ما لو قعد على بساط الغير بغير إذنه. وفي فتاوى أبي الليث: غصب أرضا وزرعها ونبت فلصاحبها أن يأخذ الارض ويأمر الغاصب بقلع الزرع تفريغا لملكه، فإن أبى أن يفعل فللمغصوب منه أن يفعل. وفي الذخيرة: وإن لم يحضر المالك حتى أدرك الزرع فالزرع للغاصب وللمالك أن يرجع على الغاصب بنقصان الارض بسبب الزراعة، وإن حضر المالك والزرع لم ينبت، فإن شاء صاحب الارض يتركها حتى ينبت الزرع ثم يأمر بقلع الزرع، وإن شاء أعطاه قيمة بذره لكن مبذورا في أرض غيره وهو أن تقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فيضمن فضل ما بينهما والبذر له. وفي العيون: غصب من آخر أرضا وزرعها حنطة ثم اختصما وهي بذر لم تنبت بعد فصاحب الارض

***

[٢٠٣]

بالخيار إن شاء تركها حتى تنبت ثم يقول له اقلع زرعك، وإن شاء إعطاه ما زاد البذر فيه، وطريق معرفة ذلك أن تقوم مبذورة وغير مبذورة فيه فيضمن فضل ما بينهما. وفي الحاوي: وروي عن أبي يوسف أنه يقوم الارض غير مبذور فيها وتقوم وهي مبذور فيها بذر مستحق القلع فيضمن فضل ما بينهما وهو قيمة بذر مبذور في أرض الغير فيضمن الفضل. وفي الفتاوى: غصب حنطة فزرعها تصدق بالفضل إلا على قول أبي يوسف. وفي المنتقى للمعلى وفي نوادره عن أبي يوسف: أرض بين رجلين زرعها أحدهما بغير إذن شريكه فتراضيا على أن يعطي غير الزارع نصف البذر ويكون الزرع بينهما نصفين قال: إن كان ذلك منهما بعدما نبت الزرع فهو جائز، وإن كان قبل أن ينبت لا يجوز، وإن كان الزرع قد نبت وأراد الذي لم يزرع أن يقلع الزرع فإن الارض تقسم بينهما نصفين، فما أصلب الذي لم يزرع من الزرع فله ويضمن له الزراع ما دخل أرضه من نقصان الزراعة. وقوله بسكناه أو زراعته ليس بقيد فلو غصب عقارا

وحبس عن صاحبه حتى نزت أرضه أو أرضا حتى غلب عليها ما يمنع من الزراعة يضمن النقصان لظهور العيب عنده كما لو غصب عبدا وسرق ما في يده وهي حادثة الفتوى. وأجاب الفقير عنها بما ذكر أخذا من مسألة العبد. وفي الاسبيجابي: رجل غصب أرضا فأجادها وأخذ غلتها أو زرع الارض كرا نخرج منه ثلاثة أكرار قال: يأخذ رأس ماله الكر ويتصدق بالفضل ويضمن الغلة يضمن النقصان وهذا في قولهم جميعا. وفي الكافي: ويأخذ الغاصب رأس ماله أي البذر وما أنفق وما غرم من النقصان ويتصدق بالفضل وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وعند الثاني لا يتصدق. غصب تالة من أرض إنسان وزرعها في ناحية أخرى من تلك الارض فكبرت التالة وصارت شجرة فالشجرة للغارس وعليه قيمة التالة لصاحبها يوم غصبها ويأمر الغارس بقلع الشجرة، وكذلك لو غرس رجل تالة نفسه في أرض غيره فلصاحب الارض أن يأخذه بقلعها، وإن كان القلع يضر الارض أعطاه صاحب الارض قيمة شجرته مقلوعة، كذا قيل، وفي التتمة يوم يختصمان. وعلى قياس مسألة الزرع الذي تقدم ذكرها يمكن أن يقال: أعطاه صاحب الارض قيمة شجرة مستحقة القلع وفي التتمة سئل عمن غرس في أرض الغير غرسا فكبر هل لصاحب الارض أن يقول ادفع لك قيمته ولا تقلعه؟ فقال: لا إنما للغارس أن يقلعه ويضمن النقصان إن ظهر في الارض نقصان، وإنما لصاحب الارض الامر بالقلع فحسب، وسئل عنها علي بن أحمد فقال: للغارس قيمة الاغصان حين غرسها إذا كان في قلعها ضرر بالارض ولم يتعرض هل يضمن القيمة وقت الغرس أو وقت القلع. وسئل الجندي عمن غرس في أرض غيره فنبت هل للغارس أن يقلعها؟ فقال: له أن يقلعها إن لم تنقص الارض. وفي الفتاوى: رجل زرع أرض نفسه فجاء رجل وألقى بذره في تلك الارض وقلب الارض قبل أن تنبت بذر صاحب الارض أو لم يقلب وسقى الارض حتى نبت البذر فالنابت
***
[٢٠٤]
يكون للثاني عند أبي حنيفة ويكون على الثاني قيمة بذره ولكن مبذورا في أرض نفسه فتقوم الارض ولا بذر فيها وتقوم وبها بذره فيرجع بفضل ما بينهما، فإن جاء الزارع الاول وهو صاحب الارض وألقى فيها بذر نفسه مرة أخرى وقلب الارض قبل أن ينبت البذران أو لم يقلب وسقى الارض فنبتت البذور كلها فجميع ما نبت لصاحب الارض وعليه للغاصب مثل بذره ولكن مبذورا في أرض غيره، وهكذا ذكر ولم يسمع الجواب. والجواب المشبع أن الغاصب يضمن لصاحب الارض قيمة بذره مبذورا في أرض نفسه ويضمن صاحب الارض للغاصب قيمة البذرين لكن مبذورا في أرض الغير. وهذا كله إذا لم يكن الزرع نابتا بها، فأما إذا نبت زرع المالك فجاء رجل وألقى بذره وسقى فإن لم يقلب حتى نبت الثاني فإن كان الزرع النابت إذا قلب ينبت مرة أخرى فالجواب كما قلنا، وإن كان لا ينبت مرة أخرى فما نبت فهو للغاصب ويضمن الغاصب للمالك قيمة زرعه نابتا. وفي الظهيرية سئل نصير رحمه الله عمن زرع أرض نفسه برا فجاء رجل وزرعها شعيرا قال: على صاحب الشعير قيمة بذره مبذورا، روى ذلك محمد بن سماعة عن محمد بن الحسين رحمه الله تعالى. قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: هذا إذا رضي صاحب البذر، وأما إذا لم يرض فهو بالخيار إن شاء ترك حتى ينبت فإذا نبت يأخذه بالقلع وإن شاء أبرأه عن الضمان، فإذا استحصد الزرع وحصداه فهو بينهما على مقدار نصيبهما. وسئل أبو جعفر عمن دفع كرما معاملة فأثمر الكرم أو كان الدافع وأهل داره يدخلون الكرم ويأكلون منه ويحملون والعامل لا يدخل إلا قليلا هل على الدافع ضمان؟ قال: إن أكلوا وحملوا بغير إذن الدافع فلا ضمان عليه والضمان على الذين أكلوا وحملوا، وإن كانوا أكلوا بإذنه فإن كانوا ممن تجب نفقتهم عليه فهو ضامن نصيب العامل فصار كأنه هو الذي أكله، وإن كانوا أخذوا بإذنه وهو ممن لا تلزمه نفقتهم فلا ضمان عليه فصار كأنه دل على استهلاك مال الغير. وسئل الشيخ عطاء بن حمزة رحمه الله تعالى عمن زرع أرض إنسان ببذر نفسه بغير إذن صاحب الارض هل لصاحب الارض أن يطالب بحصة الارض؟ قال: نعم إن جرى العرف في ذلك أنهم يزرعون الارض بثلث الخارج أو ربعه أو نصفه أو شئ مقدر شائع يجب ذلك القدر الذي جرى به العرف. قيل له: هل فيه رواية؟ قال: نعم رجل غصب أرضا وبنى فيها حائطا فجاء صاحب الارض وأخذ الارض وأراد الغاصب أن يأخذ الحائط، فإن كان الغاصب يبني الحائط من تراب هذه الارض ليس له النقض ويكون الحائط لصاحب الارض، فإن بنى الحائط لا من تراب هذه الارض فله النقض، ولم يتعرض المؤلف لما إذا نقص في يده بغير صنعه قال القدوري رحمه الله تعالى في كتابه: غصب من آخر عبدا أو جارية فأبق في يد

الغاصب ولم يكن أبق قبل ذلك أو زنت أو سرقت ولم تكن فعلت ذلك قبل فعلي الغاصب ما انتصت بسبب السرقة والاباق وعيب الزنا، وكذلك ما حدث في يد الغاصب مما تنقص به القيمة من عور أو شلل
***
[٢٠٥]
[في المغصوب والوديعة وربح وملك بلا حل انتفاع قبل أداء الضمان بطحن وطبخ] أو ما أشبه ذلك يكون مصمونا فيقوم العبد صحيحا ويقوم وبه العيب فيأخذه ويرجع بفضل ما بينهما. وإن أصابه حمى في يد الغاصب أو أصابه بياض في عينه ثم رد على المولى ورد معه الارش ثم ذهبت الحمى وزال البياض فللغاصب أن يرجع على المولى بالارش. وفي شرح الطحاوي: وإذا ولدت الجارية المغصوبة ولدا فالولد عندنا غير مضمون، وعند الشافعي مضمون. ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته بالاجماع ويتخير بنقصان الولادة عندنا، وعند زفر لا يتخير. وإذا حبلت عند الغاصب من الزنا فأراد ردها على المولى كذلك فإنه يردها مع النقصان فينظر إلى أرش عيب الزنا وإلى ما نقصها الحبل فيضمن الاكثر من ذلك، ويدخل الاقل في الاكثر وهذا استحسان أخذ به أبو يوسف، والقياس أن يضمن الامرين جميعا وهو قول محمد، فإن ولدت في يد المالك وسلمت من الولادة فالمروي عن أبي يوسف أنه ينظر إلى أرش الحبل وإلى أرش عيب الزنا، فإن كان عيب الزنا أكثر لا يرد شيئا، وإن كان عيب الحبل أكثر رد الفضل من أرش عيب الزنا. وفي الينابيع: فإن حبلت من الزنا فولدت زال عيب الحبل بالولادة وبقي عيب الزنا، فإن كان عيب الزنا أكثر من عيب الحبل وقد غرم الغاصب عيب الحبل يجب عليه أن يتم أرش عيب الزنا، وإن كان عيب الحبل أكثر فقدار عيب الزنا يستحق وما زاد عليه زال. وإن ماتت من الولادة وبقي ولدها ففي قول أبي حنيفة يضمن الغاصب جميع قيمتها، وعلى قولهما بضمن نقصان الحبل خاصة، هكذا ذكره القدوري. وفي الخانية: الجارية تقوم غير حامل ولا زانية وتقوم وهي حامل زانية فيرجع بفضل ما بينهما. وفي الخانية: ولو ماتت في نفاسها ومات الولد أيضا كان على الغاصب قيمتها في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: ليس عليه إلا نقصان الحبل. وفي الينابيع: وكذا قطعت يدها في سرقة عند الغاصب أو ضربت فيما زنت عنده فعند أبي حنيفة يضمن ما نقصها الزنا والضرب فيدخل الاقل في الاكثر وفي السرقة يضمن نصف قيمتها، وعندهما يضمن السرقة والزنا ولا يضمن ما نقصها القطع والضرب. ولو ماتت في الولادة وبقي ولدها ضمن جميع قيمتها عند أبي حنيفة يوم الغصب ولا جبر للنقصان بالولد عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: لا يضمن إلا ما نقصها الحبل وهو قول محمد. ولو مات الولد ردها ورد معها ما نقصتها الولادة ولا شئ عليه بموت الولد ولكن نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح أن تكون جابرة لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئا. قال رحمه الله: (وإن استغله تصدق بالغلة كما لو تصرف في المغصوب والوديعة وربح) أي استغل المغصوب بأن كان عبدا مثلا فأجره فنقصه الاستعمال وضمن النقصان تصدق الغاصب بالغلة كما يتصدق بالربح فيما إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة بأن باعه وربح فيه لان المنافع لا تقوم إلا بالعقد والعاقد هو الغاصب فتكون الاجرة له بخلاف ما إذا
***
[٢٠٦]
غصب جارية وغصبها ووطئها الزوج فالعقر للمالك دون الغاصب لان العقر يجب باستيفاء منفعة البضع عند قيام الشبهة لا بالعقد. أما الاول وهو الاستعمال فالمذكور هنا قولهما وهو التصدق، وعند أبي يوسف لا يتصدق به وقد ذكرنا الوجه في الجانبين في المسألة التي قبلها. وكان ينبغي أن يتصدق بما زاد على ما ضمن عندهما لا بالغلة كلها كما في المسألة الاولى، ثم إنما يضمن الغاصب النقصان إذا كان النقصان في العين وكان غير زيوف لانه دخل جميع أجزائه في ضمانه فيجب عليه قيمة ما تعذر رده ما أجزائه كلا أو بعضا بخلاف المبيع حيث لا يوجب النقصان الحادث فيه قبل القبض إلا بالخيار ولا يوجب حط شئ من الثمن لان الاوصاف لا تضمن بالعقد وتضمن بالفعل، وإن كان لتراجع السعر لا يضمن بعد أن رده في مكان الغصب لان ذلك لقلة الرغبات فيه لا لنقصان في العين بفوات جزء. وإن كان ربويا لا يمكنه أن يضمنه النقصان مع استرداد العين لانه يؤدي إلى الربا إذ الجودة لا قيمة لها في الاموال الربوية ولكنه يخير بين أن يأخذه ولا شئ له، وبين أن يتركه على الغاصب ويضمنه مثله من الربويات أو قيمته. ولك أن تقول: عدم إمكان ذلك مسلم فيما إذا كان نقصان الربويات في الاوصاف كما إذا غصب حنطة فعفنت في يده لانه لا اعتبار للوصف عندنا، وأما إذا كان نقصانها في الاجزاء كما إذا غصب كيليا أو وزنيا فتلف بعض أجزائه فنقص فرده كيلا أو وزنا فيكون لصاحب المال

تضمين النقصان مع استراد الباقي ولا يؤدي إلى الربا كما لا يخفى. وفي العناية: فسر الربويات بما إذا غصب حنطة فعفنت عنده أو إناء فضة فانهشم في يده أقول: في كون إناء الفضة من الربويات عندنا فيه نظر ظاهر فإنهم صرحوا في شرح الهداية ومنهم صاحب العناية بأن الوزني الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والعلث ليس هو بمثلي بل هو من ذوات القيم، ولا شك أن إناء الفضة منه فكيف مثل به؟ ولاستغلال العبد المستعار بالايجار كاستغلال المغصوب حتى يجب عليه ضمان النقصان ويتصدق بالغلة عندهما خلافا لابي يوسف، والوجه قد بيناه. ولو هلك في يده بعدما استعمله فضمنه المالك كان له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان لان الخبث لاجل المالك، فإذا أخذه المالك لا يظهر الخبث في حقه ولهذا لو أسلم الغلة إليه مع العبد يباح له التناول فيزول الخبث بالتسليم وتبرأ ذمته عن القيمة بقدره بخلاف ما إذا باعه الغاصب بعدما استغله وهلك في يد المشتري وضمنه المالك قيمته ثم رجع المشتري على الغاصب بالثمن حيث لا يكون للغاصب أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إلى المشتري لان الخبث كان لحق المالك والمشتري ليس بمالك فلا يزول الخبث بالاداء إليه فلا يؤديه إليه إلا إذا كان لا يجد غيره فيرجح هو على غيره من الفقراء باعتبار أنه ملكه وهو محتاج إليه كما أن للملتقط أن يصرف الغلة على نفسه إذا كان محتاجا، ثم إذا أصاب ملا يتصدق بمثله إن كان غنيا وتعذر الاستغلال، وإن كان فقيرا فلا شئ عليه لما ذكرنا من ترجيحه على غيره من الفقهاء. وأما

***

[٢٠٧]

الثاني وهو ما إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وربح فهو على وجوه: إما إن يكون مما يتعين بالتعيين كالعرض أو لا يتعين كالنقدين، فإن كان مما يتعين لا يحل له التناول منه قبل ضمان القيمة وبعده يحل إلا فيما زاد على قدر القيمة وهو الربح المذكور هنا فإنه لا يطيب له ويتصدق به لان العقد يتعلق فيما لا يتعين بالتعيين حتى تنفسخ بالهلاك قبل القبض فتمكن الخبث فيه. وإن كان مما لا يتعين فقد قال الكرخي: إنه على أربعة أوجه: إما إن أشار ونقد منه أو أشار إليه ونقد من غيره أو أشار إلى غيره ونقد منه أو أطلق إطلاقا ونقد منه، وفي كل ذلك يطيب له إلا في الوجه الاول وهو ما إذا أشار إليه ونقد منه لان الاشارة إليه لا تفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها إلا إذا تأكدت بالنقد منهما. وقال مشايخنا رحمهم الله تعالى: لا يطيب له بكل حال وهو المختار، وإطلاق الجواب في الجامعين يدل على ذلك. ووجهه أنه بالنقد منه استفاد سلامة المشتري وبالاشارة استفاد جواز العقد لتعلق العقد في حق الوصف والقدر فيثبت فيه شبهة الحرمة لمالكه بسبب خبيث، واختار بعضهم الفتوى على قول الكرخي في زماننا لكثرة الحرام. وهذا كله على قولهما، وعند أبي يوسف لا يتصدق بشئ منه والوجه ما بينا. وهذا الاختلاف منهم فيما إذا صار بالتقلب من جنس ما ضمن بأن غصب دراهم مثلا وصار في يده من ثمن المغصوب دراهم كان في يده من بدله بخلاف جنس ما ضمن بأن غصب دراهم وفي يده من بدله طعام أو عروض لا يجب عليه التصدق بالاجماع لان الربح إنما يتعين عند اتحاد الجنس وما لم يصر بالتقلب من جنس ما ضمن لا يظهر الربح ولو اشترى بثمن المبيع بيعا فاسدا شيئا وأشار إليه ونقد منه يطيب الربح لان الثمن صار ملكا بالقبض بتراضيهما، ولانه متى نقض البيع واسترد الثمن يرد مثل الثمن لا عينه ولكن هذا لا يوجب بينهم الخبث في التصرف للحال، ولو اشترى بالدراهم المغصوبة طعاما حل التناول، ولو اشترى بالدراهم المغصوبة دنانير لم يجز له أن يتصرف في الدنانير لان الدراهم لو استحقت بعد ما افترقا انتقض البيع في الدنانير فوجب عليها ردها، فأما البيع في الطعام لا ينقض باستحقاق الدراهم لانه يجب عليه رد مثلها لا عينها. ولو اشترى بالثوب المغصوب جارية يحرم عليه أن يطأها حتى يدفع قيمة الثوب إلى صاحبه لان بالاستحقاق تبين أن البيع فاسد لان البيع يتعلق بعين الثوب. ولو اشترى بالدراهم المغصوبة جارية حل له وطؤها لان البيع لا يتعين بتلك الدراهم، ولو تزوج بالثوب المغصوب جارية امرأة حل له وطؤها لان النكاح لا ينتقض باستحقاق المهر، ولو أخذ المالك القيمة بقول الغاصب في الجارية المغصوبة لم يحل له وطؤها واستخدامها ولا بيعها إلا إذا أعطاه قيمتها بتمامها لانها من غير رضا المالك، ولهذا لا يملك الفسخ إن ظهرت مستحقة. ولو اعتق الغاصب العبد بعد القضاء عليه بالقيمة الناقصة جاز عنده وعليه تمام القيمة، كذا في المحيط مختصرا.

***

[٢٠٨]

[وشي وزرع واتخاذ سيف أو أناء لغير الحجرين وبناء على ساجة ولو ذبح شاة أو خرق] قال رحمه الله: (وملك بلا حل انتفاع قبل أداء الضمان بطحن وطبخ وشي وزرع واتخاذ سيف أو أناء لغير الحجرين) لانه لو لم يملكه بذلك لحقه ضرر وكان ظلما والظالم لا يظلم

بل ينصف. ثم الضابط فيه أنه متى تغيرت العين المغصوبة بفعل حتى زال اسمها وعظم منافعها واختلطت بملك الغاصب حتى لا يمكن تميزها أصلا زال ملك المغصوب منه وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها. قال في العناية وغيرها: وقوله بطحن إلى آخره يعني بفعل الغاصب احترازا عما إذا تغير بغير فعله مثل إن صار العنب زبيبا بنفسه أو خلا أو الرطب تمرا فإن الغاصب لا يملكه والمالك فيه بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه وضمنه مثله. وقوله زال اسمها يحترز عما إذا لم يزل اسمها كما لو ذبح الشاة فإنه يقال شاة حية وشاة مذبوحة. وقوله عظم منافعها تأكيد يتناول الحنطة إذا طحنها فإنه يزول بالطحن عظم منافعها كجعلها هريسة وكشكا ونشاء وغير ذلك. قال صاحب العناية: وقوله وعظم منافعها تأكيد لقوله زال اسمها والظاهر أنه تأسيس لا تأكيد لانه احتراز عما إذا غصب شاة وذبحها فإنه لا يزول بالذبح ملك مالكها كما سيأتي مصرحا به، وما ذكره من الطحن وما بعده يحصل به ما ذكرنا في الضابط فيملكها الغاصب إلا الذهب والفضة فإنه لا يملكه باتخاذهما أواني أو دراهم أو دنانير عند الامام لانها بهذا الفعل لا يزول التمييز. وقال الامام الشافعي: لا ينقطع حق المالك بما ذكر وهي رواية عن أبي يوسف غير أنه إذا أختار أخذ العين لا يضمن النقصان في الربويات لان الملك نعمة فلا يحصل بالحرام وهو الغصب وصار كما وقعت الحنطة في الطاحونة وانطحنت بفعل الماء أو الهواء من غير صنع أحد. ولنا أنه لما ستهلك العين من وجه بالاستحالة حتى صار له اسم آخر وقد أحدث فيه الصنعة وهي حق الغاصب وهي قائمة من كل وجه فترجحت لذلك والمحظور لغيره لا يمتنع أن يكون سببا لحكم شرعي ألا ترى أن الصلاة في الارض المغصوبة لا تجوز وتكون سببا لحصول الثواب الجزيل فما ظنك بالملك غير أنه لا يجوز له الانتفاع بها قبل الاداء لا ينفتح باب الغصب، ولقوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة بغير إذن مالكها أطعموها الاسارى ولو لم يملكه لما قال ذلك. والقياس أنه يجوز الانتفاع به وهو قول الحسن وزفر ورواية عن أبي حنيفة، ولهذا ينفذ تصرفه فيها كالتمليك للغير. ووجه الاستحسان ما ذكرناه ونفاذ تصرفه لوجود الملك ألا ترى أن المشتري شراء فاسدا ينفذ تصرفه فيه مع أنه لا يحل له الانتفاع به. فإذا دفع المثل أو القيمة إليه وأخذه بحكم الحاكم أو تراضيا على مقدار حل الانتفاع به لوجود الرضا من المغصوب منه لان الحاكم لا يحكم إلا بطلبه فحصلت المبادلة بالتراضي. وقال أبو يوسف في الحنطة المزروعة والنواة المزروعة يجوز الانتفاع بها قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه. وقيد بقوله واتخاذ سيف ليفيد أنه بعده صار يباع

***

[٢٠٩]

عددا لا وزنا وهو إنما يملكه بما ذكر من الاتخاذ إذا كان يباع عددا. وفي المحيط: ولو غصب حديدا وصفرا فجعله إتاء فإن كان يباع وزنا لا ينقطع حق المالك كما في الفضة، وإن كان يباع عددا انقطع حق المالك لانه لما أخرجه عن كونه موزونا يكون مستهلكا له من وجه. قال في شرح الطحاوي: وقال شمس الائمة الكرخي: الصحيح أنه لا فرق بين الصفقة أن يباع عددا أو وزنا. ولو غصب فلوسا وضاع منها إناء ضمن الفلوس لانه أخرجها عن كونها ثمنا فيصير مستهلكا من وجه وقوله لغير الحجرين يعني أن الحجرين لو اتخذ مصاغا أو حليا أو إناء أو ضربة دراهم أو دنانير فللمالك أن يأخذه ولا يعطيه شيئا عند الامام، وعندهما هو للغاصب ويضمن مثله للمالك لانه أحدث فيه صنعة متقومة فصار كما لو غصب حديدا أو صفرا فضربه. وللامام أن العين باقية من كل وجه ولم تهلك من وجه ما ألا ترى أن الاسم لم يتغير ومعناه الثمنية وهو باق أيضا. وكذا كونه موزونا باق أيضا حتى يجري فيه الربا. وأطلق في الحجرين فشمل ما إذا صار بعد الاتخاذ أصلا أو تبعا. قال في الميحط: ولو غصب فضة أو دراهم فجعلها عروة أو قلادة لا أواني انقطع حق المالك لانه صار تبعا للاواني والتبعية استهلاك من وجه اه. وفي فتاوى سمرقند: غصب من آخر طعاما فمضغه حتى صار بالمضغ مستهلكا فلما ابتلعه كان حلالا في قول الامام. وقالا: لا يكون حلالا إلا إذا أدى البدل. وأنكر الشيخ الامام نجم الدين النسفي هذه الرواية عن الامام وقال: الصحيح أن قول الامام كقولهما. وفي الخانية: وقولهما احتياط اه. وفي المتقى عن أبي يوسف: لو غصب أرضا وبنى فيها حوانيت ومسجدا وحماما فلا بأس بالصلاة في ذلك المسجد، وأما الحمام فلا يدخل ولا تستأجر الحوانيت. وقال هشام: أنا أكره الصلاة فيه حتى يطيب اربابه وأكره شراء المتاع من أرض غصب أو حوانيت غصب اه. وأشار المؤلف إلى أن التغيير بعدما وضع اليد في المثلي فلو كان قبله تجب القيمة. قال القدوري: صب ماء في طعام فأفسده وزاد في كيله فلصاحب الطعام أن يضمنه قيمته

قبل أن يصب فيه الماء وليس له أن يضمنه مثله، وكذا لو صب ماء في دهن أو زيت لا يجوز أن يغرم مثل كيله قبصب الماء لانه لم يكن منه غصب متقدم حتى لو غصب ثم صب الماء فعليه مثله اهـ. وفي الذخيرة: وإن باع رجل شيئا ثم إن البائع فعل بعض ما وصفنا فكل شئ كان الغاصب فيه مستهلكا للعين ولم يكن للمغصوب منه أن يأخذه فكذا ليس للمشتري أن يأخذه وكل شئ لم يكن الغاصب فيه مستهلكا وكان للمغصوب منه أن يأخذه فللمشتري أن يأخذه اهـ. وفي الفتاوى: لو غصب حنطة فاتخذها كشكا فلصاحبها أخذها ورد ما زاد فيها من اللبن واستشكله بعض أهل العصر وهو الصحيح لانه زال اسمها وعظم منافعها، وأجيب بأن المراد إذا سقى الحنطة اللبن من غير طحن أما إذا طحنها فقد ملكها ويرد مثلها. قال رحمه الله: (وبناء على ساجة) يعني إذا بنى على الساجمة
***

[٢١٠]

زال ملك مالكها عنها، وأطلق في العبارة فشمل ما إذا كانت قيمة الساجة أكثر أو قيمة البناء. وقال في الذخيرة: هذا فيما إذا كان قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة. وأما إذا كان قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء فلا يملكها وله أخذها، والظاهر من التقييد بالبناء على الساجة أنه لو بنى على الارض التي لا يتصور غصبها لا يملكها. وفي المضمرات: ولو غصب أرضا وبنى فيها وقيمة البناء أكثر من قيمة الارض لا سبيل للمغصوب منه على الارض ويضمن الغاصب قيمة أرضه، وهكذا روي عن أبي القاسم الدباسي، وفي الحاوي: غصب من آخر دارا أو أرضا وبنى فيها بناء أو زرع فقلع صاحبها الزرع وهدم البناء لا يضمن بشرط أن لا يكسر خشب الغاصب ولا آجره. وفي الاصل: غصب أرضا وبنى فيها فجاء صاحب الارض وأخذ الارض فأراد الغاصب أن يأخذ الحائط، فإن كان الغاصب بنى الحائط من تراب هذه الارض ليس له النقض والحائط لصاحب الارض، وإن بنى الحائط لا من تراب هذه الارض فله النقض، وفي فتاوى سمرقند: رجل بنى حائطا في كرم رجل من تراب كرمه بغير أمره فإن لم يكن للتراب قيمة فهي لصاحب الارض، وإن كان للتراب قيمة فالحائط للباني وعليه قيمة البناء اهـ. ولم يذكر في الاصل ما إذا أراد الغاصب أن ينقض البناء ويرد الساجة هل يحل له ذلك وهذا على وجهين: إن كان القاضي قضى عليه بالقيمة لا يحل له ذلك وإن نقض لم يستطع رد البناء وإن كان القاضي لم يقض عليه بالقيمة اختلف المشايخ، قال بعضهم لا يملك النقض، وقال بعضهم لا يحل له لما فيه من تضييع المال من غير فائدة. وفي فتاوى النسفي سئل عمن غصب ساجة فأدخلها في بنائه أو تالة فغرسها في أرضه أو غصنا فوصله بشجرة فوهبها الغاصب من المغصوب يبرئ عن الضمان بهذه الهبة؟ قال: نعم. قيل: ولو قال المغصوب منه للغاصب وهبت لك الساجة أو التالة أو الغصن؟ قال: نعم. قيل: كيف وقد وهب المغصوب منه للغاصب ما لا يملكه الواهب لان حقه قد انقطع ووجب لضمان على الغاصب؟ قال: بلى وهذا في المعنى إبراء له عن الضمان الواجب عليه بسبب هذه العين وفي الخانية: كسر غصنا لرجل ضمن النقصان ولو كان الكسر فاحشا بأن صار حطبا أو وتدا. وفي الاصل: غصب من آخر دارا ونقشها بعشرة آلاف ثم جاء رب الدار قيل له إن شئت نخذ الدار وأعط الغاصب ما زاد فيها. وفي الذخيرة: مشتري الدار من الغاصب إذا هدمها وأدخلها في بنائه ثم حضر المالك فإن كان البناء قليلا يتيسر رفعه برفعه ويرده على المالك، وإن كان كثيرا يتعذر رفعه، وإن شاء لا يرفعه بل يتركه ويضمن المشتري قيمة البناء الاول. وفي القدوري: ولو غصب من آخر دار وجصصها ثم ردها قيل لصاحبها أعط ما زاد التجصيص فيها إلا أن يرضى صاحب الدار أن يأخذ الغاصب ما جصصه. قال هشام قلت لمحمد في رجل وثب على باب مقلوع ونقشه بالاصابع قال: سبيله سبيل الدار. قلت: وإن كان نقشه بالنقر وليس بالاصابع؟ قال: فهذا مال مستهلك بالباب
***

[٢١١]

[ثوبا فاحشا ضمن القيمة وسلم المغصوب أو ضمن النقصان وفي الخرق اليسير ضمن] وعليه قيمته والباب له، وكذا لو نقش إناء فضة بالنقر، وذكر الكرخي أنه موضوع مسألة الساجة إذا بنى الغاصب حول الساجة. أما لو بنى على نفس الساجة لا يبطل ملك المالك بل ينقض وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهندواني لانه إذا بنى حولها لم يكن متعديا، وإذا بنى عليها كان متعديا، والصحيح أن الجواب في الموضعين على حد واحد، كذا في البدائع. قوله: (ولو ذبح شاة أو خرق ثوبا فاحشا ضمن القيمة وسلم المغصوب أو ضمن النقصان) وكذا لو ذبح وقطع اليد أو الرجل لان هذه الاشياء إتلاف من وجه باعتبار فوات بعض الاغراض من الحمل والدار والنسل وفوات بعض المنفعة في الثوب فيخير بين تضمين جميع قيمته وتركه له وبين تضمين نقصانه وأخذه. وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه ليس

له أن يضمنه النقصان إذا أخذ اللحم لان الذبح والسلخ زيادة فيها لانقطاع احتمال الموت حتف أنفها وأمكن الانتفع بلحمها يتعين والاول هو الظاهر لانه نقصان باعتبار فوات بعض الاغراض على ما بينا. ولو كانت الدابة غير مأكولة اللحم يضمن قاطع الطرف جميع قيمتها لانه استهلاك من كل وجه بخلاف قطع الطرف لانه بعد القطع صالح لجميع ما كان صالحا قبله من الانتفاع ولا كذلك الدابة فإنها لا تصلح للحمل ولا للركوب بعد القطع. قيد التخيير بذبح الشاة وما يوكل لحمه احترازا عما لا يؤكل لحمه قال في الخانية: ولو ذبح حمار غيره فليس له أن يضمن النقصان في قول الامام ولكن يضمنه جميع القيمة، وعلى قول محمد له أن يمسك الحمار ويضمنه النقصان، وإن شاء ضمنه كل القيمة ولا يمسك الحمار، وإن قتله قتلا فهو على الخلاف السابق والاعتماد على قول الامام. ولو قطع يد حمار أو بغل أو قطع رجله أو فقأ عينه قال الامام: إن شاء سلم الجسد وضمنه جميع القيمة وليس له أن يمسك الجسد ويضمنه النقصان. وفي المنتقى هشام عن محمد: رجل قطع يد حمار أو بغل أو رجله وكان لما بقي منه قيمة فله أن يمسكه ويأخذ النقصان. وفي النوازل: إذا قطع أذن الدابة أو بعضه يضمن النقصان، ولو قطع أذنيها يضمن النقصان. وعن شيخه رضي الله عنه: إذا قطع ذنب حمار القاضي يضمن جميع قيمته، وإن كان لغيره يضمن النقصان اه. أقول: ويلحق بحمار القاضي حمار المفتي والعالم والامير. وفي التجريد: والصحيح في الحد الفاصل بين الخرق الفاحش واليسير أن الخرق الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير مما لا يفوت به شئ من المنفعة وإنما تفوت الجودة. قال شمس الائمة الحلواني: القطع أنواع ثلاثة: فاحش غير مستأصل وهو ما بينا، وقطع يسير وهو أن يقطع طرفا من أطراف الثوب ولا يثبت فيه الخيار للمالك ولكن يضمنه النقصان، وقطع فاحش مستأصل للثوب وهو أن يقطع الثوب قطعا لا يصلح لما يراد منه ولا يرغب في شرائه، فعن الامام المالك بالخيار إن شاء ترك المقطوع وضمنه القيمة، وإن شاء أخذ المقطوع ولا شئ له.

***

[٢١٢]

[نقصانه ولو غرس أو بنى في أرض الغير قلعا وردت فإن نقصت الارض بالقلع ضمن] وعندهما له أن يأخذ القيمة ويضمنه النقصان اه. فظهر أن ما أطلقه المؤلف في الخرق الفاحش إنما يتأتى على قولهما لا على قول الامام وفي المنتقى بشر عن أبي يوسف: غصب شاة فحلبها ضمن قيمة اللبن اه. قال رحمه الله: (وفي الخرق اليسير ضمن نقصانه) يعني مع أخذ عينه وليس له غير ذلك لان العين قائمة من كل وجه وإنما دخله عيب فنقص بذلك وكان له أن يضمنه النقصان وقد بينا الفرق بين الفاحش واليسير. وقال الشارح: وختلفوا في الخرق اليسير والفاحش، قيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فاحش وما دونه يسير، وقيل ما ينقص به نصف القيمة. والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة، واليسير مالا يفوت به شئ من المنفعة وإنما يدخل فيه نقصان في المنفعة لان الاستهلاك المطلق من كل وجه عبارة عن إتلاف جميع المنفعة والاستهلاك من وجه عبارة عن تفويت بعض المنفعة، والنقصان عبارة عن تفويت المنافع مع بقائها وهو تفويت الجودة لا غير، ولا عبرة بقيام أكثر المنافع لان الرجحان إنما يطلب إذا تعذر العمل بأحدهما ومتى أمكن العمل بهما لا يضر الترجيح ولا يشتغل به. قال شمس الائمة السرخسي: الحكم الذي ذكرناه في الخرق في الثوب إذا كان فاحشا هو الحكم في كل عين من الاعيان إلا في الاموال الربوية فإن التعيب فيها سوءا كان فاحشا أو يسيرا فالمالك فيهما يخير بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشئ وبين أن يسلم العين ويضمنه مثله أو قيمته لان تضمين النقصان متعذر لانه يؤدي إلى الربا. هذا إذا قطع الثوب ولم يجدد فيه صنعة، وأما إذا جدد فيه صنعة فيأتي في المتن. وفي الاصل: غصب ثوبا فعفن عنده أو أصفر أخذه المالك وما نقص منه إذا كان النقصان يسيرا ولو فاحشا خير بين الاخذ والترك اه. قال رحمه الله تعالى: (ولو غرس أو بنى في أرض الغير قلعا وردت) أي قلع البناء والغرس وردت الارض إلى صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق أي ليس الذي عرق ظالم وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم وهو من المجاز كما يقال صائم نهاره وقائم ليله قال الله تعالى * (فيها يفرق كل أمر حكيم) * (الدخان: ٤) ولان الارض باقية على ملكه إذا لم تكن مستهلكة ولا مغصوبة حقيقة ولم يوجد فيها شئ يوجب الملك للغاصب فيؤمر بتفريغها وردها إلى مالكها كما إذا أشغل ظرف غيره بالطعام. هذا إذا كانت قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء، وإن كانت قيمة البناء أكثر فللغاصب أن يضمن له قيمة الساحة ويأخذها ذكره في النهاية.

وعلى هذا لو بلعت دجاجة لؤلؤة ينظر أيهما أكثر قيمة فلصاحبه أن يأخذ ويضمنه قيمة الاخرى. وعلى هذا التفصيل لو أدخل فصيل غيره في داره وكبر فيها ولم يمكن إخراجه إلا بهدم الحائط، وعلى هذا التفصيل لو أدخل البقر رأسه في قدر من النحاس فتعذر إخراجه وقد استوعبنا هذه المسألة بفروعها في مسألة نقصان الارض فلا نعيده. وفي
***
[٢١٣]
[له البناء والغرس مقلوعا ويكونان له وإن صبغ أو لت السويق بسمن ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق أو أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن] التتارخانية: لو غصب حنطة فزرعها تصدق بالفضل اه. قال رحمه الله: (فإن نقصت الارض بالقلع ضمن له البناء والغرس مقلوعا ويكونان له) أي إذا كانت الارض تنقص بالقلع كان لصاحب الارض أن يضمن للغاصب قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكونان له لان فيه دفع الضرر عنهما فتعين فيه النظر لهما، وإنما يضمن قيمتها مقلوعا لانه مستحق للقلع وليس له أن يستديم فيها فتعتبر قيمته في ذلك الوقت مقلوعا. وكيفية معرفتها أنه يقوم الارض وبها بناء أو شجر ويستحق قلعه أي أمر بقلعه وتقوم وحدها ليس فيها بناء ولا غرس فيضمن فضل ماب ينهما، كذا قالوا. وهذا ليس بضمان لقيمته مقلوعا بل هو ضمان لقيمته قائما مستحق القلع، وإنما يكون ضمانا لقيمته مقلوعا أن لو قدر البناء أو الغرس مقلوعا موضوعا في الارض بأن يقدر الغرس حطبا والبناء آجرا أو البناء حجارة مكومة على الارض فيقوم وحده من غير أن يضم إلى الارض فيضمن له قيمة الحطب والحجارة المكومة دون المبنية. قال رحمه الله: (وإن صبغ أو لت السويق بسمن ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق أو أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن) يعني إذا غصب ثوبا وصبغه أو سويقا فلته بسمن فالمالك بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق، وإن شاء أخذ المصبوغ والملتوت وغرم ما زاد الصبغ والسمن. وقال الامام الشافعي: يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الامكان ويسلمه لصاحبه، وإن انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان بخلاف السمن لتعذر التمييز. ولنا أن الصبغ مال متقوم كالثوب وبجنايته لا يسقط تقوم ماله فيجب ضمانه حقهما ما أمكن فكان صاحب الثوب أولى بالتخيير لانه صاحب الاصل والآخر صاحب وصف وهو قائم بالاصل، وكذا السويق أصل والسمن تبع بخلاف البناء لان التمييز ممكن بالنقض وله وجود بعد النقض فأمكن إيصال حق كل واحد منهما إليه والصبغ يتلاشى بالغسل فلا يمكن إيصاله إلى صاحبه وبخلاف ما إذا انصبغ من غير فعل أحد كإلقاء الريح حيث لا يثبت فيه لرب الثوب الخيار بل يؤمر صاحب الثوب بتملك الصبغ بقيمته، وظاهر العبارة انحصار الحكم فيما ذكر. وقال أبو عصمة في مسألة الغصب: إن شاء رب الثوب باعه فيضرب كل واحد منهما بقيمة ماله، وهذا وجه حسن في وصول حق كل واحد منهما إلى صاحبه وتتأتى بغرامة يضمن فيها مثل هذا فيما إذا كان انصبغ بنفسه أيضا. والجواب في اللت كالجواب في الصبغ أنه يضمن مثل السويق وفي الصبغ قيمته لان السويق والسمن من ذوات الامثال بخلاف الصبغ والثوب. وقال في الكافي قال في المبسوط: يضمن قيمة سويقه لانه يتفاوت القلي فلم يكن مثليا كالخبز، وما روي عن الامام أنه إذا صبغ الثوب اسود فهو نقصان، وعندهما زيادة كالحمرة والصفرة راجع إلى اختلاف عصر وزمان فإن بني أمية في زمانه كانوا
***
[٢١٤]
يمنعون عن لبس السواد، وفي زمانهما بنو العباس كانوا يلبسون السواد ولا خلاف في الحقيقة ولهذا لم يتعرض في المختصر للون الصبغ لان من الثياب ما يزاد بالسواد ومنها ما ينقص والمعتبر هو الزيادة والنقصان حقيقة، فلو صبغه فنقصه الصبغ بأن كانت قيمته ثلاثين درهما فرجعت بالصبغ إلى عشرين، فعند محمد ينظر إلى ثوب يزيد فيه ذلك الصبغ، فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمسة لان صاحب الثوب وجب له على الغاصب ضمان نقصان قيمة ثوبه عشرة ووجب عليه للغاصب قيمة صبغة خمسة فالخمسة بالخمسة قصاصا ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة، رواه هشام عن محمد: قال الشارح: وهو مشكل من حيث إن المغصوب منه لم يصل إليه المغصوب كله وإنما وصل إليه بعضه وكان من حقه أن يطالب إلى تمام حقه فكيف يتوجه عليه الطلب وهو لم ينتفع بالصبغ شيئا ولم يحصل به إلا تلف ماله؟ وكيف يسقط عن الغاصب بعض قيمة المغصوب بالاتلاف والاتلاف مقرر لوجوب جميع القيمة فكيف صار مسقطا له هنا؟ ولك أن تقول: لا إشكال لان الشارع ناظر إلى حق كل منهما فلو ألزمناه أن يدفع العشرة ضاع مال الغاصب وهو الصبغ مجانا وذلك ظلم والظالم لا يظلم فأوجبناها على رب الثوب فوصل إلى المغصوب منه كما ذكر كل حقه ما عليه

وما يقي له، وكون الاتلاف مقررا لا ينافي كونه مسقطا لان الاتلاف بالنظر إلى النقصان والاسقاط بالنظر إلى عين الصبغ فتأمل. قال في المحيط: ولو غصب صاحب الثوب عصفرا وصبغ به ثوبه فعليه مثله لانه مثلي، ولو غصب من رجل ثوبا ومن آخر عصفرا ضمن مثل عصفره وخير رب الثوب كما ذكرنا، ولو غصب ثوبا وعصفرا من رجل واحد وصبغه به كان لربهما أن يأخذه مصبوغا وبرئ الغاصب من الضمان، وإن شاء ضمنه قيمة ثوبه ومثل عصفره. ولو كان العصفر لرجل والثوب لآخر فرضيا أن يأخذ الثوب مصبوغا كما لو كان لواحد ليس لهما ذلك لانه لما اختلف المالك كان خلط المالين استهلاكا من كل وجه، وإذا اتخذ المالك يكون الخلط استهلاكا من وجه دون وجه. ولو صبغ الراهن الثوب بعصفر خرج عن الرهن وضمن قيمته، ولو كان الثوب والعصفر رهنا كان للمرتهن أن يضمنه قيمة الثوب ومثل عصفره، وإن شاء رضي بأن يكون الثوب المصبوغ رهنا في يده، في المنتقي قال هشام: سألت محمدا عن رجل غصب من رجل ألف درهم وخلط بها دراهم من ماله قال: مذهب أبي يوسف في هذا الباب أن دراهم المخالط إذا كانت أكثر فهو مستهلك وضمن الدراهم المغصوب. وإن كانت دراهم الخالط أقل فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمنه دراهمه، وإن شاء شاركه بالمخلوط بقدر دراهمه. قلت: فإن كانا سواء فما مذهب أبي يوسف؟ قال: لا أدري، وأما في قولهما فالمغصوب منه بالخيار على كل حال إن شاء ضمن الغاصب دراهمه، وإن شاء كان شريكا فيهما. وأفاد بقوله وإن صبغ أن ذلك حصل بصنعه فلو حصل بغير صنعه لا يكون
***
[٢١٥]
[فصل غيب المغصوب وضمن قيمته ملكه والقول في قيمته للغاصب مع يمينه والبينة] الحكم كذلك، ولهذا روى هشام عن محمد فقال: إذا كان مع رجل سويق ومع رجل آخر سمن أو زيت فاصطدما فانصب زيت هذا أو سمنه في سويق هذا، فإن صب السويق يضمن لصاحب السمن أو الزيت مثل سمنه أو زيته لان صاحب السويق استهلك سمن هذا ولم يستهلك صاحب السمن سويق هذا أو سمنه في سويق هذا فإن صاحب السويق يضمن لصاحب السمن، ولان هذا زيادة في السويق. وإن كان مع أحدهما سويق ومع الآخر نورة فاصطدما فانصب سويق هذا في نورة هذا، فإن شاء صاحب السويق أخذ سويقه ناقصا وأعطى الآخر مثل النورة، وإن شاء ضمن صاحب النورة مثل كيل سويقه وسلم سويقه إليه أو ضمن صاحب السويق لصاحب النورة مثل كيل نورته. وفي الذخيرة: وإذا فعل ذلك غيرهما وذهب فليس لصاحب النورة على صاحب السويق شئ والسويق لصاحب السويق. وفي الخانية: ولو اختلط نورة رجل بدقيق آخر بغير صنع أحد يباع المختلط ويضرب لكل واحد منهما بقيمة نصيبه مختلطا لان هذا نقصان حصل لا بفعل أحد فليس أحدهما بإيجاب النقصان عليه بأولى من الآخر. وفي جامع الجوامع: صب رديئا على جيد ضمن مثل الجيد وإن كان قليلا وكان شريكا بقدر ما صب من الجنس فيه. وفي التجريد عن أبي يوسف فيمن صب طعاما على طعام إن كان طعامه أكثر كان ضامنا، وإن كان طعامه أقل لم يكن ضامنا ولم يصر مستهلكا. وفي الخانية: رجل جاء إلى خل إنسان وصب فيها خمرا وهما نصفان قال: لصاحب الخمر أن يأخذ نصف الخل وعن أبي القاسم رحمه الله تعالى: رجل غصب خمرا وجعلها في حبه وصب فيها خلا من عنده فصار الخمر خلا قال: يكون الخمر للغاصب قياسا. وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: قيل الخل يكون بينهما على قدر حقهما لانه صار كأنهما خلطا خلهما قال: وبه نأخذ، كذا في الاصل. وفي المنتقى عند محمد: رجل معه دراهم ينظر إليها فوقع بعضها في دراهم رجل فاختلط كان ضامنا لها والله تعالى أعلم. فصل لما فرغ من بيان كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب. قال رحمه الله: (غيب المغصوب وضمن قيمته ملكه) وقال الامام الشافعي رحمه الله: لا يملكه لان الغصب محظور فلا يكون سببا للملك كما في المدبر، وهذا لان الملك مرغوب فيه فلا ينال بالمحرم لانه منهي عنه لقوله تعالى * (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) * (النساء: ٢٩) والغصب ليس فيه تراض. ولنا أن المالك ملك بدل المغصوب رقبة ويدا فوجب أن يزول ملكه عن المبدل إن كان يقبله دفعا
***
[٢١٦]
للضرر عن الغاصب وتحقيقا للعدل حتى لا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد، ولان الفائت بفعل الغاصب هو اليد دون الملك

إذ ملكه قائم في العين فلا يكون بدلا عن العين ولهذا قلنا: لو كسر قلب غيره وقضى القاضي عليه بالقيمة وأخذ القلب ثم افترقا قبل القبض لا يبطل القضاء، ولو كان بدلا عن العين لبطل كونه صرفا ولا تقول لو كان بدلا عما فات من اليد مع بقاء العين في ملكه لكان إجحافا بالغاصب بإزالة ملكه وإثبات الملك فيه للمغصوب منه بمقابلة عين في ملكه مع إمكان تحقيق العدل بينهما وهذا خلف لان هذا من ضرورة القضاء بقيمة العين زوال ملكه عنها. والجواب عن الآية أن الرضا قد وجد منه لما طلب القيمة، ولا يقال لو غصب مدبرا وغيبته لا يملكه لانا نقول: المدبر لا يقبل النقل من ملك إلى آخر. ولم يتعرض المؤلف لما إذا غاب المغصوب بغير صنع من الغاصب بأن كان عبدا فأبق عنده فإنه إذا ضمن قيمته ملكه كما ذكر، فلو قال غاب مكان غيب لكان أولى لانه إذا ملكه فيما إذا غاب بغير صنعه علم الحكم فيما إذا كان بصنعه بطريق الاولى. ولم يتعرض لما إذا غاب المغصوب منه وترك العين روى ابن سماعة عن محمد: للقاضي أن يأخذ المال من الغاصب والسارق إذا كان المالك غائبا ويحفظ عليه فإن ضاع ثم خاصم صاحب المال فله أن يضمن الغاصب ولا يبرئ بأخذ القاضي اهـ. وفي الخانية: غاب المغصوب منه فطلب الغاصب من القاضي أن يأذن له بالانفاق ليرجع بذلك على المالك لا يجيبه القاضي إلى ذلك والنفقة تكون على الغاصب، ولو قضى بالانفاق على المغصوب منه لا يجب عليه منه شئ، وإن رأى القاضي أن يبيع العبد أو الدابة ويمسك الثمن فلو فعل ذلك صح ا هـ. غصب جارية قيمتها ألف فغصبها منه آخر فأبقت الجارية يضمن الغاصب الثاني للغاصب الاول لان للاول أخذها لو كانت قائمة ليتمكن من ردها إلى المالك فيبرأ عن الضمان، فإن أخذ القيمة فلا سبيل للمالك عن الغاصب الثاني لانه خرج عن عهدة الضمان يرد القيمة لان رد القيمة حال عجزه عن رد العين كرد العين، فإن كانت القيمة قائمة عنده فللمالك أخذها لانها نزلت منزلة العين، فإن كانت هالكة يلزمه الضمان لولي الجارية لانه بمنزلة ما لو استرد الجارية وهلكت عنده لانه لا يخرج عن عهدة الضمان ما لم يردها إلى المالك، وإن كانت قيمتها ألفا عند الاول فقبضها الثاني وقيمتها ألفان فأبقت من يد الثاني وأخذ الاول من الثاني الفي درهم وهلكت من يد الاول لم يكن للمالك أن يضمن الاول ألفي درهم وإنما يضمنه قيمتها يوم الغصب ألف درهم لان الالف الثانية أمانة في يده لانها حدثت بعد الغصب الاول والزيادة الحادثة في يد الغاصب أمانة كالزيادة في عين المغصوب، فإن ظهرت الجارية والقيمة في الاول فالمولى بالخيار إن شاء أخذ الجارية وإن شاء أخذ القيمة وإن شاء ضمن الاول قيمتها يوم غصبها منه. أراد بالتضمين أن يأخذ القيمة من الاول برضاه فيكون بمنزلة المبيع منه لان الجارية لما عادت من الاباق فقد قدر الاول على رد المغصوب والغاصب ما دام قادرا على رد

***

[٢١٧]

[للمالك وإن ظهر وقيمته أكثر وقد ضمنه بقول المالك أو ببينة أو بنكول الغاصب فهو] المغصوب ليس للمالك أن يضمنه قيمته إلا برضاه، والغاصب الاول لما ضمن الثاني القيمة فقد ملك الجارية منه حكما فصار كما لو غصب الجارية من الثاني بغير أمر المولي فيتوقف البيع على إجازته إن شاء رده وأخذ الجارية، وإن شاء أجازه وأخذ بدلها، فإذا أخذ المولى الجارية رجع الثاني على الاول بالقيمة لانه بدل لم يسلم له، كذا في المحيط. قال رحمه الله: (والقول في القيمة للغاصب مع يمينه والبينة للمالك) لان الغاصب منكر والمالك مدع، ولو أقام الغاصب البينة لا تقبل لانها تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل، ذكره في النهاية ثم قال: وقال بعض مشايخنا: ينبغي أن تقبل بينة الغاصب ألا ترى أن المودع إذا ادعى رد الوديعة يقبل وكان أبو علي النسفي يقول: هذه المسألة عدت مشكلة. ومن المشايخ من فرق بين هذه المسألة وبين مسألة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه إلا اليمين وبإقامة البينة أسقطها فارتفعت الخصومة، وأما الغاصب فعليه اليمين والقيمة وبإقامة البينة لم يسقط إلا اليمين فلا يكون في معنى المودع، كذا في العناية. قال رحمه الله: (وإن ظهر وقيمته أكثر وقد ضمنه بقول المالك أو ببينة أو بنكول الغاصب فهو للغاصب ولا خيار للمالك) لانه رضي به وتم ملكه برضاه حيث سلم له ما ادعاه ولم يتعرض كثير لقدر الزيادة. وفي المجتبي: لو ظهر وقد زادت قيمته دانقا فللمالك ما ذكر من الاحكام. وقوله وقيمته أكثر قيد في هذه المسألة لا في التي بعدها كما سيأتي. قال رحمه الله: (وإن ضمنه بيمين الغاصب) فالمالك يمضي الضمان أو يأخذ المغصوب ويرد العوض لعدم تمام رضاه بهذا القدر من الضمان. وإنما أخذ دون القيمة لعدم الحجة لا للرضا به ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه به أو أقل من هذه الصورة وهي ما إذا ضمنه بقول الغاصب مع يمنيه. قال الكرخي رحمه الله: لا خيار له لانه توفر عليه مالية ملكه بكمالة، وفي ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو الاصح لان ثبوت الخيار لفوات الرضا وقد فات هنا حيث لم يحصل

له ما يدعيه، وله أن لا يبيع ماله إلا بثمن يختاره ويرضى به وكان له الخيار، ثم إذا اختار المالك أخذ العين فللغاصب أن يحبس العين حتى يأخذ القيمة التي دفعها إليه لانها مقابلة بالعين بخلاف المدبر لانه غير مقابل به بل بما فات من البدل على ما بينا. قال في المحيط: ولو اختلفا في عين المغصوب أو في صفته أو في قيمته وقت الغصب فالقول للغاصب لان المالك يدعي عليه زيادة مقدار أو زيادة ضمان وهو منكر فيكون القول للمنكر. ولو غصب من رجل ثوبا فضمن عنه رجل قيمته واختلفوا في القيمة فقال الكفيل عشرة وقال الغاصب عشرون وقال المالك ثلاثون فالقول للكفيل ولا يصدق واحد منهما عليه لان المكفول له يدعي على الكفيل زيادة وهو ينكر والغاصب يدعي زيادة عشرة وإقرار المقر يصح في حقه ولا يصح في حق غيره فيلزمه عشرة أخرى دون الكفيل، ولو قال الغاصب رددت المغصوب عليه وقال المالك
***

[٢١٨]

[للغاصب ولا خيار للمالك وأن ضمنه بيمين الغاصب وأن باع المغصوب فضمنه المالك نفذ بيعه وإن بيعه وإن حرره ثم ضمنه لا وزوائد النغصوب أمانة فتضمن بالتعدي وما نقصت] لا بل هلك عندك فالقول للمالك لانه أقر بسبب الوجوب ثم ادعى ما يبرئه فلا يصدق إلا بحجة كما لو قال أخذت مالك بإذنك أو أكلت مالك بإذنك وأنكر صاحب المال الاذن. ولو أقام الغاصب البينة أنه رد الدابة المغصوبة وأقام المالك البينة بأن الدابة تعيبت من ركوبه أو أتلفها الغاصب ضمن الغاصب لانه لا تناقض ولا تنافي بين البينتين لجواز ردها إليه ثم ركبها بعد الرد وتعيبت من ركوبه ويكون هذا غصبا مستأنفا فيعمل بالبينتين على هذا الوجه توفيقا وتلفيقا بينهما. ولو أقام الغاصب البينة أنه ردها ونفقت عنده وأقام المالك البينة أنها أنفقت عند الغاصب ولم يشهدوا أنها نفقت من ركوبه لا ضمان عليه لانا متى جعلنا أن الغاصب ردها ثم نفقت بعد الرد فلا يثبت منه غصبا مستأنفا ولو أقام المالك البينة أنه مات المغصوب عند الغاصب وأقام الغاصب البينة أنه مات عند المالك فبينة الغاصب أولى لان بينة المالك قامت على الموت لا على الغصب لانه ثابت بإقرار الغاصب والضمان يجب بالغصب لا بالموت فلا يفيد إقامة البينة على الموت وبينة الغاصب مثبتة للرد لانها مثبتة للموت في يد المالك ويتعلق به الرد وكانت أولى. ولو أشهد الغاصب بأنه مات في يد مولاه قبل الغصب لم تقبل هذه الشهادة لان موته في يد مولاه قبل الغصب لم يتعلق به حكم لانه لا يفيد الرد وإنما يفيد نفي الغصب وبينة المولى تثبت الغصب والضمان فكانت أولى. وفي النوادر: ولو أقام المالك البينة أنه كان يوم النحر بمكة فالضمان واجب على الغاصب لانه كونه بمكة لا يتعلق به حكم فسقطت بينته وبينة المالك تثبت الغصب والضمان. رجل في يده جبة ادعى آخر أنه غصبها منه فأقر له بالظهارة وبالبطانة فالقول قوله مع يمينه لانه أقر بغصب أحدهما وأنكر غصب أحدهما ويضمن قيمة الظهارة لانه أحدث في الظهارة صفة متقومة وهو التضريب على البطانة وقد استهلكها من وجه لان الظهارة صارت تابعة لملك الغاصب وهو الحشو والبطانة لانهما أكثر من الظهارة فيصير الاقل تابعا للاكثر صيانة لحق الغاصب كما في الساحة يدخلها في بنائه. قال رحمه الله: (وإن باع المغصوب فضمنه المالك نفذ بيعه وإن حرره ثم ضمنه لا) أي لو باع الغاصب المغصوب أو أعتقه ثم ضمنه المالك قيمته نفذ بيعه ولا ينفذ عتقه. وفرق بينهما أن ملك الغاصب ناقص لانه يثبت مستندا أو ضرورة وكل ذلك ثابت من وجه دون وجه ولهذا لا يظهر الملك في حق الاولاد، ويظهر في حق الاكساب لان للولد أصلا من وجه قبل الانفصال وبعده أصل من كل وجه والكسب تبع من كل وجه لكونه بدل المنفعة وهو نفع محض والملك الناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق ألا ترى أن البيع ينفذ من المكاتب بل من المأذون دون عتقهما، ولا يشبه هذا عتق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بإجازة المالك
***

[٢١٩]

[الجارية بالولادة مضمون ويجبر بولدها ولو زني بمغصوبة فردت فماتت بالولادة ضمن] البيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وكذا بضمان الغاصب القيمة في الاصح لان العتق ترتب على سبب ملك قام بنفسه موضوع له فينفذ العتق بنفوذ السبب، والدليل على أنه أقام أن الاشهاد يشترط في النكاح الموقوف عند العقد لا عند الاجازة ولو لم يكن قام لاشترط عند الاجازة، ولهذا لو تصارف الغاصبان وتقابضا وافترقا وأجاز المالكان بعد الافتراق جاز الصرف، وكذا البيع يملك عند الاجازة بزوائده المتصلة والمنفصلة ولو لم يكن تاما بنفسه لما كان كذلك، ولا يشترط قيام الثمن وقت الاجازة أو لو لم يكن عالما بقيام المبيع بأن كان قد أبق العبد من يد المشتري، ذكره في

ظاهر الرواية. قيد بإعتاق الغاصب ثم يضمنه احترازا عن إعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب فإنه في رواية يصح وهو الاصح، وفي رواية لا يصح، كذا في العناية. قال رحمه الله: (وزوائد المغصوب أمانة فتضمن بالتعدي) أي بالمنع بعد طلب المالك. وقال الشافعي: هي مضمونة على الغاصب، ولا فرق بين أن تكون الزيادة متصلة أو منفصلة أو كانت بالعسر. ولنا أن الغصب إزالة يد المالك عنه وإثبات يد الغاصب ولا يتحقق ذلك في الزيادة لانها لم تكن في يد المالك فلا تضمن إلا بالتعدي أو بالمنع عند طلبه لانه يصير متعديا به. وإنما ضمن ولد الظبية التي أخرجها من الحرم فولدت لوجود المنع من الرد لان الرد واجب عليه إلى الحرم لحق الشرع حتى لو ردها وهلكت قبل تمكنه من الرد لا يضمن لعدم المنع، على هذا أكثر مشايخنا. ولو قلنا بوجوب الضمان مطلقا تمكن من الرد أو لم يتمكن فهو ضمان إتلاف لان الصيد كان في الحرم أمينا ببعده عن أيدي الناس وقد فوت الامن بإثبات اليد عليه فتحققت الجناية عليه لذلك، ولهذا لو أخرج جماعة محرمون صيدا واحدا من الحرم يجب على كل واحد منهم جزاء كامل ولو كان ضمان الغصب لوجب عليهم قيمة واحدة. وفي العناية: واعترض على الدليل بأنه يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية كاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فإنه لا فرق بينه وبين ما إذا غصبها غير حامل فحبلت في يده فولدت والرواية في الاسرار. وأجيب بأن الحبل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الامة فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن لازالة ظاهرا. وفي الكافي: ولو باع الغاصب الاصل والزوائد وسلم والزيادة متصلة، فإن كان قائما أخذه صاحبه وإن كان هالكا فهو بالخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب، وإن شاء ضمن المشتري قيمته يوم القبض وليس له أن يضمن البائع. وفي العناية: لو كفل إنسان عن الغاصب بغير أمره وأدى الضمان فالعبد له. وفي الينابيع: ولو أبق العبد من الغاصب فالجعل على المولى عند أبي يوسف ولا يرجع به الغاصب. وقال محمد: يرجع على الغاصب اه. قال رحمه الله: (وما نقصت الجارية بالولادة مضمون ويجبر بولدها) يعني إذا ولدت

***

[٢٢٠]

الجارية المغصوبة فنقصت بالولادة فهو مضمون على الغاصب ويجبر بولدها إذا كان في قيمته وفاء بالنقصان وإن لم يكن يسقط بقدره. وقال زفر والشافعي: لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فكيف يجبر ملكه فصار كولد الظبية المخرجة من الحرو وكما لو هلك الولد قبل الرد أو هلكت الام بالولادة أو غيرها من الاسباب. ولنا أن سبب النقصان والزيادة واحد وهو الولادة لانها أوجبت فوات جزء من مالية الام وجددت مالية الولد لان الولد إنما صار مالا بالانفصال وقبله لا يعتد به ألا ترى أنه لا يجوز التصرف فيه بيعا وهبة ونحوه، فإذا صار مالا به انعدم ظهور النقصان به فانتفى الضمان فصار كما إذا شهد الشهود بالبيع بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعوا عن الشهادة لا يضمنون لانهم اختلفوا بالشهادة قدر ما أتلفوا بها فلا يعد إتلافا لاتحاد السبب كذا هذا، وكما إذا قطعت يده عند الغاصب فرده مع أرش اليد فإنه يجبر نقصانه بالارش لما ذكرنا من اتحاد السبب لان السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان، ولان الواجب على الغاصب أن يرد ما غصب أو ماليته كما لو غصب من غير نقصان، فإن فعل ذلك برئ من الضمان ألا ترى أنه لو غصب جارية سمينة فرضت عنده وهزلت ثم تعافت وسمنت ثم عادت مثل ما كانت فردها لا ضمان عليه، ولو كان مطلق الفوات يوجب الضمان لضمن. وكذا إذا سقط سن منها أو قلعه الغاصب فنبتت مكانه أخرى فردها سقط، ضمانها. وقولها كيف يجبر ملكه بملكه؟ قلنا: ليس هذا جبرا في الحقيقة وانما هو اعتبار الملك منفصلا بعضه عن بعض بعد أن كان متحدا كما إذا غصب نقرة فضة فقطعها فإنه يردها ولا شئ عليه غيرها إذا لم ينقص بالقطع ولد الظبية ممنوع فإن نقصانها يجبر بولدها عندنا فلا يرد علينا. وكذا إذا ماتت الام ممنوعة في رواية عند أبي حنيفة فإنه روي عنه أن الام إذا ماتت وفي الولد وفاء بقيمتها برئ الغاصب برده عليه. وفي رواية عنه أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام، وفي ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب. وتخريجه أن الولادة ليست سببا لموت الام إذ لا يفضي إليه غالبا فيكون موتها بغير الولادة من العوارض وهي ترادف الام وضيق المخرج فلم يتحد سبب النقصان والزيادة، وكلامنا فيما إذا اتحد، وأما إذا مات الولد قبل الرد فلانه لم يحصل للمالك مالية المغصوب ولا بد منه لبراءة الغاصب والخصاء ليس بزيادة لانه غرض لبعض الفسقة، ولذا لو غصب الخصي وهلك عنده لا تجب عليه قيمته خصيا وإنما يجب عليه قيمته غير خصي. وكذا لو رده الغاصب بعد ما خصاه لا يرجع على المالك بما زاده بالخصاء ولو كانت الزيادة معتبرة لرجع عليه بالزيادة كما يرجع بما زاد الصبغ المصبوغ كذا ذكروه، وهذا يفيد أنه يجب عليه ضمان ما نقص بالخصاء مع

رده وإن زادت قيمته به وهو مشكل فإن الغاصب إذا خصاه وازدادت به لا يجب عيه ضمان ما فات بالخصاء مع رد المخصي بل يجبر المالك إن شاء ضمنه قيمته يوم غصبه وترك المخصي للغاصب، وإن شاء
***
[٢٢١]
[قيمتها ولا يضمن الحرة ومنافع الغصب وخمر المسلم وخنزيره بالاتلاف ويضمن لو كانا] أخذه ولا شئ له غيره، ذكره في النهاية معزيا إلى التتمة وقاضيخان. وكان الاقرب هنا أن يمنع فلا يلزمنا ولا اتحاد في السبب فيما عدا ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجزء، وسبب الزيادة النمو، وسبب النقصان التعليم، وسبب الزيادة الفطنة من العبد وفهمه. أطلق في قوله وما نقصت الجارية بالولادة فشمل ما إذا حبلت في يد الغاصب من وجه حلال أو حرام، وموضوع المسألة في الثاني فكان عليه أن يقيد به. أما الثاني فقال في المحيط: ولو جعلت في يد الغاصب من زوج كان لها عند المالك أو أحبلها المولي لا يضمن الغاصب لان النقصان بسبب من جهة المولي وهو إحباله أو تسليط الزوج عليها فصار كما لو قتلها في يد الغاصب. ولو غصب جارية حاملا أو محمومة أو مجروحة فماتت في يده من ذلك يضمن قيمتها وبها ذلك العيب، ولو همت في يد الغاصب أو ابيضت عيناها فردها فضمان النقصان على الغاصب، فإن زال في يد المالك ما كان بها من حمى أو بياض العين برد المالك على الغاصب النقصان فصار كما لو حلق شعر إنسان وأخذ بدله ثم نبت. ولو غصب جارية فولدت عند الغاصب ثم غصبها وولدها من الغاصب رجل آخر فضمن المالك الغاصب الاول قيمة الام فللغاصب أن يضمن الثاني قيمة الام والولد ويتصدق بقيمة الولد، ولو ولدت في يد الغاصب فجحدها وولدها يضمن قيمتها يوم غصبها وولدها يوم الجحود وفي المنتقى: ولو حمت في يد الغاصب ثم ردها على المولى فماتت من ذلك ضمنه المولى قيمة النقصان. قال رحمه الله: (ولو زنى بمغصوبة فردت فماتت بالولادة ضمن قيمتها ولا يضمن الحرة) وهذا قول الامام أبي حنيفة. وقالا: لا يضمن الامة ويضمن نقصان الحبل لان الرد قد صح مع الحبل والحبل عيب فيجب عليه نقصان العيب، وهلاكها بعد ذلك بسبب حادث عند المالك فلا يبطل به الرد كما إذا حمت في يد الغاصب فردها وماتت في تلك الحمى أو زنت عند الغاصب فردها وجلدت بعد الرد عند المالك وماتت من ذلك فإنه لا يضمن إلا نقصان البيع. وكذا إذا سلم البائع الجارية للمشتري حبلى ولم يعلم المشتري بالحبل وماتت من الولادة لم يرجع المشتري على البائع بشئ من الثمن اتفاقا. وللامام أن يردها كما أخذها لانه أخذها وليس فيها عيب التلف وردها وفيها ذلك فلم يصح الرد فصار كما جنت جناية في يد الغاصب فعلت بها بعد الرد ودفعت بها بعد الرد فإنه يرجع بقيمتها على الغاصب بخلاف الحرة فإنها لا تضمن بالغصب، وفي فصل الشراء الواجب التسليم وبموتها بالولادة لا ينعدم التسليم، وفي الغصب السلامة شرط لصحة الرد فما لم يرد مثل ما أخذ لا يعتد به فافترقا على أنه ممنوع. وفي فصل الحمى الموت يحصل بزوال القوي وأنه يزول بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد في يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون
***
[٢٢٢]
الزيادة. أقول: يرد عليهم في الظاهر أنهم جعلوا الولادة ها هنا سببا للهلاك وقد صرح فيما مر بأنها ليست سببا للموت فكان بين الكلامين تدافع. وفي المحيط: ولو سرق عند الغاصب أو سرقت العبد فرد فقطع عند المالك فعند الامام يضمن الغاصب نصف القيمة، وعندهما يضمن نقصان السرقة. قال رحمه الله: (ومنافع الغصب) هذا معطوف على الحرة في قوله ولا يضمن الغاصب منافع الغصب. وقال الشافعي: يضمن منافع الغصب لانها مال متقوم مضمون بالعقد كالاعيان. ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في يده إذ هي لم تكن ح ادثة في يد المالك لانها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا للحاجة والانسان لا يضمن ملك نفسه. قال ابن قاضي زاده: وهنا سؤال لم أر كثيرا من الشارحين تعرض له وهو أن يقال لقائل أن يقول: مقتضي هذا الدليل أن لا تجب الاجرة على المستأجر فيما إذا حدث المنافع في يده كما في استئجار الدور والاراضي والدواب ونحوها لان الانسان كما لا يضمن ملكه لا يجب عليه الاجرة بمقابلة ملكه مع أنه تجب عليه الاجرة بالاجماع. وأجاب عنه في غاية البيان أن الاجرة عندنا لا تجب بمقابلة المنافع بل بالتمكن منها من جهة المالك وهذا السؤال ساقط من أصله لان الغاصب يزعم حدوث المنافع على ملك نفسه، والمستأجر يعتقد حدوثها على ملك المؤجر فافترقا. وقوله بالاتلاف متعلق أيضا بالمنافع يعني وكذا منافع الغصب لا تضمن بالاتلاف لانه لا يخلو إما أن يرد عليها الاتلاف

قبل وجودها أو حال وجودها أو بعد وجودها وكل ذلك محال، أما قبل وجودها فلان إتلاف المعدوم لا يمكن، وأما حال وجودها فلان الاتلاف إذا طرأ على الموجود رفعه فإذا قاربه منعه، وأما بعد وجودها فلانها تنعدم كما وجدت فلا يتصور إتلاف المعدوم، ولانا لو ضمناه المنافع لا يخلو إما أن يكون مضمونة بمثلها من المنافع لانه لا قائل بذلك ولا بالدراهم لعدم المماثلة والمماثلة شرط في ضمان العدوان للآية. قال صاحب العناية: واعترض بما إذا أتلف ما يتسارع إليه الفساد فإنه يضمنه بالدراهم وهي لا تماثله فدل على أن المماثلة ليست بمعتبرة لا يقال منافع الغصب مضمونة عندكم في الوقف ومال اليتيم وما كان معدا للاستغلال وهذا التعليل جار فيه. قلنا: العلل على وفق القياس والقول بضمان المنافع فيما ذكر وجه الاستحسان. قال رحمه الله: (وخمر المسلم وخنزيره بالاتلاف) أي لا يضمنهما لانهما ليسا بمتقومين في حق المسلم وإنما يصير متقوما باعتبار دين المغصوب منه بأنه متقوم أو بتعين بنفسه إلى التقوم. وفي شرح الطحاوي: لا يضمن سواء أتلفه مسلم أو ذمي. قال رحمه الله: (ويضمن لو كانا لذمي) يعني يضمن إذا أتلف خمرا لذمي أو خنزيره. وقال الامام الشافعي: لا يضمن لقوله عليه الصلاة والسلام فإذا قبلوا عبد الجزية فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم ولان حقهم لا يزيد على حق المسلم. ولنا أن أمرنا أن نتركهم وما يدينون ولقول عمر لما سأل عما له ماذا يصنع بما يمر به أهل الذمة من الخمور

***

[٢٢٣]

فقالوا: نعشرها. قال: لا تفعلوا وولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها. فلولا أنها متقومة وبيعها جائز لهم لما أمرهم بذلك من غير إنكار فكان إجماعا. وأورد على هذا الدليل في العناية فقال: لم لا نتركهم وما يدينون في بعض الامور كإحداث بيعة وكنيسة وكركوب الخيل وحمل السلاح فإنهم يمنعون منها، ولان الامر باجتناب الرجس يتناول المسلم فبقي في حق الكافر على ما كان بخلاف الميتة والدم لان أحدا لا يعتقد تقومهما وبخلاف الربا فإنه مستثنى من عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي فإنا نقتله لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض لما فيه من الاستحقاق بالدين وبخلاف متروك التسمية عمدا فإذا كان الذابح من المسلمين لان ولاية السيف والمحاجة ثابتة فيمكن إلزامه فلا يجب على متلفه الضمان، وأما إذا أتلف المسلم خمر الذمي تجب عليه قيمته وإن كان مثليا لان المسلم ممنوع من تملكه وتمليكه بخلاف الذمي إذا استهلك خمر الذمي حيث يجب عليه مثله لقدرته عليه، ولو أسلم الطالب بعد ما قضى عليه بمثلها فلا شئ له على المطلوب لان الخمر في حقه ليس بمتقوم فكان بإسلامه مبرأ عما كان في ذمته من الخمر، وكذا لو أسلما لان في إسلامهما إسلام الطالب. ولو أسلم المطلوب ثم أسلم الطالب بعده قال أبو يوسف: لا يجب عليه شئ. وقال محمد: يجب عليه قيمة الخمر وهي رواية عن الامام لان الاسلام الطارئ بعد تقرر السبب كالاسلام المقارن للسبب وهو لا يمنع وجوب قيمة الخمر على المسلم، ولابي يوسف أن قبض الخمر المستحق في الذمة فقد تعذر استيفاؤه بسبب الاسلام ولا يمكن إيجاب قيمتها أيضا لانه ممنوع منها وصار كما لو كسر قلبا لغيره ثم تلف المكسور في يد صاحبه ليس لصاحبه أن يضمن الكاسر شيئا لان شرط تضمين قيمته تمليك المكسور وذلك قد فات. ودليله مذكور في المطولات. وفي التتارخانية: ولو أتلف موقودة المجوسي مسلم الصحيح أنه يضمنها. ولم يتعرض الشارح لما يلزمه في إتلاف خنزير الذمي، والظاهر أنه يضمن قيمته كما لو كان شاة كما في موقوذة المجوسي أخذا من قولهم الخنزير في حقهم كالشاة في حقنا، والتفصيل المتقدم في الاسلام في خمر الذمي يجري كذلك في خنزيره وقد قال الفقير: هذا من غير أن يجد نقلا ثم ظفرت بالنقل. وفي التتارخانية: وإن كان الخمر والخنزير لذمي يجب على متلفهما، سواء كان المتلف مسلما أو ذميا، غير أن المتلف إن كان ذميا فإنه يجب عليه مثل الخمر، وإن كان المتلف مسلما يجب عليه قيمة الخمر، وفي الخنزير يجب عليهما القيمة لان الخنزير لا مثل له من جنسه. وفي التتاخانية: أو كسر بيضة أو جوزة فوجد داخلها فاسدا فلا ضمان عليه، وكذا لو كسر دراهم إنسان ثم ظهر أنها ستوقة فلا ضمان عليه، وإذا أفسد تأليف حصر إنسان فإن أمكن إعادته كما كان أمرناه بها فصار كما لو غصب سلم إنسان وفرق سياهها، وإن لم يمكن الاعادة كما كان سلم المنقوض سياها وضمن قيمة الحصر صحيحا. وفي أن العيون غصب من آخر عبدا قيمته خمسمائة

***

[٢٢٤]

[لذمي وإن غصب خمرا من مسلم نخلله أو جلد ميته ودبغ فللمالك أخذهما ورد ما زاد] نخصاه فصار يساوي ألفا نص محمد أن صاحب الغلام بالخيار إن شاء ضمنه قيمته يوم خصائه وإن شاء أخذ الغلام ولا شئ له. وقال بعض مشايخنا: يقوم الغلام بكم يشترى للعمل قبل الخصاء ويقوم بعد الخصاء فيرجع بفضل ما بينهما. قال الصدر الشهيد هشام الدين: وهذا خلاف ما حفظناه من مشايخنا والمحفوظ المتقدم. قال رحمه الله: (وإن غصب خمرا من مسلم نخلله أو جلد ميته ودبغ فللمالك أخذهما ورد ما زاد الدباغ فيه) يعني يأخذ الخل بغير شئ والجلد المدبوغ يأخذه ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه. والمراد بالاول إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومن الظل إلى الشمس، وبالثاني إذا دبغه بماله قيمة كالعفص والقرظ ونحو ذلك. والفرق أن التخليل مطهر لها بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملك المغصوب منه لان المالية لا تثبت بفعله، وبالدباغ اتصل بالجلد مال متقوم كالصبغ في الثوب فلهذا يأخذ الخل بغير شئ ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه. وطريق معرفته أن ينظر إلى قيمة الجلد غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغا فيضمن ما فضل بينهما، وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحبس المبيع بالثمن والرهن بالدين والعبد الآبق بالجعل. وأطلق في التخليل فشمل ما إذا خللها بماله قيمة أو لا لكن قال في القدوري: أما لو ألقى فيها ملحا أو خلل بماله قيمة فعند الامام يصير الخل ملكا للغاصب ولا شئ عليه، وعلى قولهما إن ألقى فيه الملح فللمالك أخذه ودفع ما زاد فيه. قالوا: أن يعطيه مثل وزن الملح من الخل هكذا ذكروا وكأنهم اعتبروا الملح مائعا. وإن ألقى فيه الخل فهو بينهما، وإن استهلكه ضمن الخل. وإن غصب عصيرا فصار عنده خلا فله أن يضمنه مثله إن كان في حينه، وقيمته إن كان في غير حينه، ولو أراد رب العصير أن يأخذ القيمة الصحيح أنه ليس له ذلك. وعن الثاني: لو غصب عصيرا فصار عنده خمرا أو لبنا حليبا فصار عنده مخيضا أو عنبا فصار زبيبا فالمغصوب منه بالخيار إن شاء أخذ ذلك ولا شئ له غيره، وإن شاء ضمنه مثله وسلم إليه. وأطلق في الدباغ فشمل ما إذا دبغه بماله قيمة أو لا لكن قال في الاصل: وإن غصب جلد ميتة ودبغه، فإن دبغه بما لا قيمة له فإنه يأخذه مجانا. وفي الكافي: فإن دبغه بماله قيمة له أخذه وأعطاء ما زاد الدباغ، وأطلق في الجلد فشمل ما إذا أخذه من منزل صاحبه أو أخذه من الطريق بعد ما ألقاه صاحبه فيه لكن قال القدوري: هذا إذا أخذه من منزلة، أما إذا ألقى صاحبه الميتة في الطريق وأخذها رجل ودبغها فليس له أن يأخذ الجلد. وفي الذخيرة عن الثاني: له أن يأخذ الجلد وإن ألقاه صاحبه في الطريق، ولو كان المدبوغ جلدا مذكى كان له ذلك. قال مشايخنا: لا يفرق بين جلد الميتة وجلد المذكى ذهب إليه الحاكم الشهيد فالجواب في الميتة والمذكاة واحد. قال رحمه الله: (وإن أتلفهما ضمن الخل فقط) يعني لو أتلف الغاصب الخل والجلد

***

[٢٢٥]

[الدباغ فيه وإن أتلفها ضمن الخل فقط ومن كسر معزفا أو أراق سكرا أو منصفا] المدبوغ في يده قبل أن يردهما إلى صاحبهما ضمن الخل ولا يضمن الجلد المدبوغ، وهذا قول الامام. وقالا: يضمن قيمة الجلد مدبوغا أيضا ويعطي ما زاد الدباغ فيه لان ملكه باق فيه ولهذا يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه له مدبوغا بالاستهلاك. وللامام أن ماليته وتقويمه حصل بفعل الغاصب وفلعه متقوم لاستعماله مالا متقوما فيه، ولذا كان له حبسه والجلد تبع للملك وملكه باق فيه. ثم قيل: يضمن قيمة جلد مدبوغ ويعطي ما زاد الدباغ. قال نخر الاسلام وغيره في شرح الجامع الصغير: قولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على ما إذا قوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير، أما إذا قومهما بالدراهم أو بالدنانير فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي وهو قيمة جلد مذكى غير مدبوغ. وفي الكافي: وإن استهلكه يضمن قيمته طاهرا غير مدبوغ، والجمهور على أنه يضمن قيمته مدبوغا. ولو جعل الجلد فروا أو جرابا أو زقا لم يكن للمغصوب منه عليه سبيل، وإن خللها بصب الخل فيها قيل يكون للغاصب بغير شئ عند أبي حنيفة، سواء صارت خلا من ساعتها أو بمرور الزمان عليها لان خلط الخل استهلاك واستهلاك الخمر لا يوجب الضمان. وعندهما إن صارت خلا من ساعتها فكما قال أبو حنيفة أنه استهلاك، وإن صارت بمرور الزمان كان الخل بينهما على قدر حقوقهما كيلا. وفي التتارخانية: وإذا غصب ترابا فأو لبنة أو جعله آنية، فإن كان له قيمة فهو مثل الحنطة إذا طحن، فإن لم يكن له قيمة فلا شئ عليه من الضمان. وفي القدوري: المغصوب منه يكون أسوة للغرماء في الثمن ولا يكون أخص بشئ من ذلك. وفي الذخيرة: اتخذ كوزا من طين غيره كان الكوز له، فإن قال رب الطين أنا أمرته به فهو أحق به. وفي نوادر ابن سماعة: رجل هشم طشتا لغيره وهو مما يباع وزنا فربه بالخيار إن شاء أمسك الطشت ولا شئ له، وإن شاء

دفعه وأخذ قيمته، وكذا كل مصنوع. قيد بقوله أتلفهما لانهما لو هلكا لا يضمن بالاجماع والمجمع عليه لا يحتاج إلى دليل لان دليله الاجماع ولم يظهر لهذا الاختلاف في التقويم فائدة عندي فإن قيمة جلد مدبوغ بعد أن يطرح عنه قدر ما زاد الدباغ فيه هي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ بعينها، وقولهم لم ينظر إلى قيمته ذكيا غير مذبوح بعينها وإلى قيمته مذبوحا فيضمن فضل ما بينهما صريح في ذلك، فما فائدة الاختلاف والمال واحد؟ ولهذا لو دبغه بما لا قيمة له يضمنه بالاستهلاك. وفي السغناقي: ومن أتلف الشاة المذبوحة المتروكة التسمية عمدا لا يضمن اه. قال رحمه الله: (ومن كسر معزفا أو أراق سكرا أو منصفا ضمن) وهذا قول الامام. وقالا: لا يضمنها لانها معدة للمعصية فيسقط تقومها كالخمر ولانه فعله بإذن الشارع لقوله عليه الصلاة والسلام بعثت لكسر المزامير وقتل الخنازير ولقوله عليه الصلاة والسلام إذا

***

[٢٢٦]

[ضمن وصح بيع هذه الاشياء ومن غصب أم ولد أو مدبرة فمات ضمن قيمة المدبرة لا] رأى أحدكم منكرا فلينكره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الايمان والكسر هو الانكار باليد ولهذا لو فعله بإذن ولي الامر وهو الامام لا يضمن فبإذن الشارع أولى. وللامام أنه كسر ما لا ينتفع به من وجه آخر سوى اللهو فلا تبطل قيمته لاجل اللهو كاستهلاك الامة المغنية لان الفساد مضاف إلى فعل الفاعل مختار والامر باليد فيما ذكر هو في حق الامام وأعوانه لقدرتهم عليه وليس لغيرهم إلا باللسان على أنه يحصل بدون الاتلاف كالاخذ، ثم يضمن قيمتها صاحلة لغير اللهو كما في الامة المغنية والكبش النطوح والحمام الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي، ويضمن قيمة السكر والمنصف لا المثل لان المسلم ممنوع من تملك عينه وإن جاز فعله بخلاف الصليب حيث يضمن قيمته صليبا لانه مال متقوم وقد أمرنا بتركهم وما يدينون. قيل الخلاف في الدف والطبل الذان يضربان للهو، أما الدف والطبل اللذان يضربان في العرس والغزو فيضمن اتفاقا. ولو شق زقا فيه خمر يضمن عندهما لامكان الاراقة بدونه، وعند أبي يوسف لا يضمن لانه قد لا تتيسر الاراقة إلا به. وفي العيون: يضمن قيمة الزق. وذكر في النهاية أنه لا يضمن الدنان إلا إذا كسر بإذن الامام، والفتوى في زماننا على قولهما لكثرة الفساد. وذكر في النهاية عن الصدر الشهيد يهدم البيت على من اعتاد الفسوق وأنواع الفساد وقالوا: لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين، وقيل يراق العصير أيضا قبل أن يتنبذ ويقذف بالزبد على من اعتاد الفسق، وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه مر على نائحة في منزلها فضربها بالدرة حتى سقط خمارها قالوا: يا أمير المؤمنين قد سقط خمارها فقال: لا حرمة لها. وتكلموا في معنى قوله لا حرمة لها قيل معناه لما اشتغلت بالمحرم فقد أسقطت حرمة نفسها. وروي أن الفقيه أبا الليث البلخي خرج على بعض نهر فكان النساء على شاطئه كاشفات الرؤس والاذرع فقيل له كيف تفعل؟ فقال: لا حرمة لهن إنما الشك في إيمانهن. ثم الامر بالمعروف فرض إن كان يغلب على ظنه أنه يقبل منه ولا يسعه تركه، ولو علم أنه يهان ويضرب ولا يصبر على ذلك أو تقع الفتن فتركه أفضل. ولو علم أنه يصبر على ذلك ولا يصل إلى غيره ضرر فلا بأس به، ولو علم أنهم لا يقبلون ذلك منه ولا يخاف منهم ضرر فهو بالخيار والامر أفضل. وفي التتارخانية: يضمن قيمته خشبا منحوتا. وفي المنتقى: يضمن قيمته ألواحا. أحرق بابا منحوتا عليه تماثيل منقوشة يضمن قيمته غير منقوش بتماثيل، فإن كان صاحبه قطع رؤس التماثيل ضمن قيمته منقوشا بمنزلة منقوش شجر. أحرق بساطا فيه تماثيل رجال ضمن قيمته مصورا. هدم بيتا مصورا بأسباع وتماثيل الرجال والطير ضمن قيمة البيت والاسباع غير مصور. فإن قلت: لماذا ضمن في الباب غير منقوش وفي البساط مصورا؟ قلت: لان التصوير في البساط بالصوف وهو مال في ذاته بخلاف الخشب. قال رحمه الله: (وصح بيع هذه الاشياء) وهذا قول

***

[٢٢٧]

[أم الولد.] الامام. وقالا: لا يجوز بيع هذه الاشياء لانها ليست بمال متقوم وجواز البيع ووجوب الضمان مبنيان على المالية. قال رحمه الله: (ومن غصب أم ولد أو مدبرة فمات ضمن قيمة المدبرة لا أم الولد) وهذا عند الامام. وقالا: يضمن أم الولد أيضا لانها متقومة عندهما كالمدبرة وقد ذكرناه والدليل من الجانبين في كتاب العتق لا يقال قد علم مما ذكر المؤلف رحمه الله تعالى في كتاب العتق أن أم الولد لا قيمة لها عند الامام حيث قال: وما لام ولد تقوم فذكر أم الولد هنا لا فائدة له لانا نقول: بل فيه فائدة لانه ثمة بين

الحكم فيما إذا أعتقها الشريك فربما يتوهم شخص أن الحكم في الغصب يخالف ما تقدم فبين المؤلف رحمه الله أنه لا يخالف والله سبحانه وتعالى أعلم.
***
[٢٢٨]
[كتاب الشفعة هي تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه وتجب للخيط في نفس المبيع وتجب] كتاب الشفعة وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما، والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه ولكن توفر الحاجة إلى معرفته لكثرة الاحكام المتعلقة به أوجبت تقديمه. والكلام فيها من وجوه: الاول في معناها لغة، والثاني شرعا، والثالث في بيان دليلها، والرابع في بيان سببها، والخامس في ركنها، والسادس في شرطها، والسابع في حكمها وصفتها، فهي لغة مأخوذة من الشفع الذي هو ضد الوتر، وشرعا ما يذكره المؤلف، ودليلها ما روي أن عليه الصلاة والسلام قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعه أو حائطه وقال عليه الصلاة والسلام الجار أحق بشفعة جاره وسببها دفع الضرر الذي ينشأ من سوء المجاورة على الدوام من حيث إيقاد النار وإعلاء الجدار وإثارة الغبار. وركنها هو الاخذ من المشتري أو من البائع. وشرطها كون المحل عقارا علوا كان أو سفلا مملوكا ببدل هو مال. وأما حكمها فهو جواز طلب الشفعة عند تحقق سببها. وصفتها أن الاخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ حتى يثبت ما يثبت بالشراء نحو الرد بخيار الرؤية والشرط. قال رحمه الله: (هي تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه) هذا في الشرع وزاد بعضهم شركة أو جوار. فقوله تمليك جنس شمل تمليك العين والمنافع، وقوله البقعة فصل أخرج به تمليك المنافع. وقوله جبرا أخرج به البيع فإنه يكون بالرضا، وقوله بما قام عليه يعني حقيقة أو حكما كما سيأتي في الخمر وغيره والمراد تمليك البقعة أو بعضها ليشمل ما إذا اشتراها أحد شفعائها لها ففي التتارخانية: اشترى الجار دارا ولها جار آخر من جانب آخر وطلب الشفعة تقسم الدار بين المشتري والجار نصفين. وفي التتارخانية: وإنما تجب في الاراضي التي يملك رقابها حتى لا تجب في الاراضي التي حازها الامام لبيت المال وتدفع للناس مزارعة فصار لهم فيها بناء وأشجار فإن بيع هذه الاراضي باطل، وإنما تجب بحق الملك في الاراضي حتى لو بيعت دار
***
[٢٢٩]
[للخيط في نفس المبيع ثم في حق المبيع كالشرب والطريق إن كان خاصا ثم للجار] بجنبها دار الوقف فلا شفعة للوقف ولا يأخذها المتولي. قال ابن قاضي زاده: إذا كان حقيقة الشفعة التمليك لزم أن لا يكون لقوله الشفعة تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد صحة إذ الثبوت لا يتصور بدون التحقق وحين عقد البيع والاشهاد لم يوجد الاخذ بالتراضي ولا بقضاء القاضي ولم يوجد التمليك أيضا فعل تقدير أن تكون الشفعة نفس ذلك التمليك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالاشهاد. وأيضا قد صرحوا بأن حكم الشفعة جواز الطلب وثبوت الملك بالقضاء أو بالتراضي فلو كان نفس التمليك لما صلح شئ من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء أو بالتراضي لان يكون حكما للشفعة. أما الاول فلانه لا شك أن المقصود من طلب الشفعة إنما هو الوصول إلى ملك المنفعة المشفوعة، وعند حصول تملكها الذي هو الشفعة على الفرض المذكور لا يبقى جواز طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل وحكم الشئ يقارنه أو يعقبه، فالاظهر عندي في تعريف الشفعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال: ثم الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار اه. والجواب أن المراد بالوجوب والاستقرار استقرار حق الاخذ لا نفسه، وقولهم حكم الشفعة جواز الطلب يعني حكم حق الاخذ فلا إيراد. قال رحمه الله: (وتجب للخليط في نفس المبيع) يعني تثبت للشريك في نفس المبيع لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالشفعة في كل الشركة لم تقسم ربعه، واعترض بأن الحديث وإن دل على بعض المدعي وهو ثبوت حق الشفعة للشريك الآخر إلا أنه يبقى بعضه الآخر وهو ثبوتها لغير الشريك أيضا كالجار الملاصق لان اللام في الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد، وتعريف المسند إليه بلام الجنس يفيد قصر المسند إليه على المسند فاقتضى انتفاء حق الشفعة من غير الشريك كالجار. والجواب أن ثبوت حق الشفعة للجار أفاده حديث آخر فظهر أن القصر غير حقيقي. قال رحمه الله: (وتجب للخليط في نفس المبيع ثم في حق المبيع كالشرب والطريق إن كان خاصا ثم للجار الملاصق) يعني يثبت بعد الاول للشريك في حق المبيع كالشرب والطريق أما الطريق فقد تقدم دليله، وأما الجار فلقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بشفعة جاره وإنما وجبت مرتبة على الترتيب الذي ذكره هنا لانها وجبت لدفع الضرر

الدائم الذي يلحقه، وكل ما كان أكثر اتصالا كأن أخص ضررا وأشد فكان أحق بها لقوة الموجب لها فليس للاضعف أن يأخذه مع وجود الاقوى إلا إذا ترك فله أن يأخذ إن شهد. وقال الشافعي: لا تجب للجار. وقوله إن كان خاصا يعني الشرب والطريق وإن لم يكن خاصا لا يستحق به الشفعة. والطريق الخاص أن يكون غير نافذ وإن كان نافذا فليس بخاص، وإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة فبيعت دار في السفلي فلاهلها الشفعة لا

***

[٢٣٠]

[الملاصق والشريك في خشبة وواضح الجذوع على الحائط جار على عدد الرؤوس بالبيع] غير، وإن بيعت في العليا كان لهم وللعليا جميعا لان في العليا حقا لاهل السكتبين حتى كان لهم كلهم أن يمروا فيها وليس في السفلى حق لاهل العليا حتى لا يكون لهم أن يمروا فيها ولا لهم فتح باب. والشرب الخاص عند الامام ومحمد أن يكون نهرا صغيرا لاتمر فيه السفن، فإن كانت تمر فيه السفن فليس بخاص، فإذا بيعت أرض من الاراضي التي تسقى منه لا يستحق أهل النهر الشفعة والجار أحق منهم بخلاف النهر الصغير، وقيل إن كان أهله يحصون فهو صغير، وإن كانوا لا يحصون فهو كبير وعليه عامة المشايخ لكن اختلفوا في حد ما يحصى وما لا يحصى فقدر ما يحصى بخمسمائه، وقيل هو مفوض إلى رأي المجتهدين في كل عصر، فإن رأوه كثيرا كان كثيرا، وإن رأوه قليلا كان قليلا وهو أشبه الاقاويل بالفقة. والجار الملاصق وهو الذي ظهر بيته إلى ظهر بيت هذا وبابه في سكة أخرى. وفي شرح الطحاوي: صورته: دار فيها منازل وباب الدار إلى سكة وغير نافذة وأبواب هذه المنازل إلى هذه الدار وكل منزل لرجل على حدة إلا منزلا منها لرجلين، ولهذا المنزل المشترك جار ملاصق على ظهره فباع أحد الشريكين نصيبه، فالشفعة أولا للذي لم يبع فإن أسلم أو لم يطلب فالشفعة لارباب المنازل ولو لم يطلبوا وسلمها فالشفعة لاهل السكة ويستوي في ذلك الملاصق وغيره، والجار الذي له الشفعة عندنا الملازق الذي داره لزيق الدار الذي وقع فيها الشراء والجار الذي هو مؤخر عن الشريك هو أن لا يكون شريكه في الارض لا في الطريق والمسيل. وفي المحيط: سكة غير نافذة فيها عطف فإن كان مربعا فأهل العطف أولى بما بيع فيه لان المربع كالمنفصل ولهذا لهم أن ينصبوا الدرب في أعلاه، وإن كان العطف مدورا فالكل سواء لان المدور كالمتصل. وفي نوادر ابن هشام قال أبو يوسف: المدور والمربع والمستطيل سواء. درب غير نافذ في أسفله مسجد ظهره إلى الطريق الاعظم خطه الامام فباع رجل من أهل الدرب داره فلا شفعة لاهل الدرب إلا من جاورها، وإن كان حول المسجد بيوت تحول بينه وبين الطريق فالشفعة لكل أهل الدر ب إلا من جاورها لان الامام لما خط المسجد للطريق كان له أن يفتح إلى الطريق ويدخل الناس منه إلى الصلاة وإمكان الفتح الآن كالفتح السابق. وفي التتارخانية: ولو كان المبيع بعضه يلازقه وبعضه لا يلازقه فالشفعة له فيما يلازقه أرضا كان أو بستانا أو غيره. ولم يتعرض المؤلف لما إذا كان شريكا في الطريق والآخر في المسيل من يقدم. وفي التتارخانية: وصاحب الطريق أولى بالشفعة من صاحب المسيل إذا لم يكن المال مسيل الماء لكاله اهـ. قال رحمه الله: (والشريك في خشبة وواضع الجذوع على الحائط جار) لا يكون شريكا لان الشركة المعتبرة هي الشركة في العقار لا في المنقول والخشبة منقولة وواضع الجذوع على الحائط لا يصير شريكا بل جار ملاصق لوجود اتصال بقعة أحدهما ببقعة الآخر فيستحق

***

[٢٣١]

الشفعة على أنه جار ملاصق، ولا يرجح بذلك على غيره من الجيران، وكذا إذا كان بعض الجيران شريكا في الجدار لا يقدم على غيره من الجيران لان الشركة في البناء المجرد بدون الارض لا يستحق به الشفعة. ولو كان البناء والارض الذي عليها البناء مشتركا بنيهما كان هذا أولى لانه شريك في بعض المبيع ويتأتى ذلك فيما بينا أولا على وجه الشركة ثم تقسما الارض غير موضع البناء فيبقى البناء وموضعه مشتركا فهو شريك فيقدم على الجار، هذا رواية، وفي رواية هو والجار سواء في غير موضع الجدار لان الشفعة في غير موضع الجدار بالجوار وهو فيه سواء. وفي الجامع الصغير الحسامي: ولو كان خليطا من وجه كان مقدما على الجار. وفي أدب القاضي للخصاف: الجار الذي هو مؤخر عن الشريك في الطريق هو من لا يكون شريكا في الارض فلو كان شريكا في منزل في الدار أو بيت منها فبيعت الدار كان هو أحق في المنزل لما ذكرنا، واستويا في البقعة في رواية لانهم كلهم جيران في حق البقعة. ولو كان دار بين رجلين ولاحدهما فيها منزل مشترك بينه وبين آخر غير شريكه في الدار فباعها كان الشريك في الدار أولى بشفعة الدار لانه شريك فيها.

والشريك في البئر أولى بالبئر لانه شريك فيها والآخر جار، وعلى هذا لو كان سفل بين رجلين وعليه علو لاحدهما مشترك بينه وبين الآخر فباع هو السفل والعلو كان العلو لشريكه في العلو والسفل لشريكه في السفل لان كل واحد منهما شريكه في نفس المبيع وجار في حق الآخر، كذا في الشارح وغيره. قال ابن قاضي زاده: في هذا التمثيل قصور لان المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت وأقله بيتان أو ثلاثة، نص عليه في المغرب وقد تقدم ذلك في بيان الحقوق فتمثيل الشريك في المنزل بشركة في بيت يخالف ما تقدم ولا ضرورة تدعو إليه اهـ. والجواب أنه تقدم أن الفرق بين المنزل والبيت اصطلاح طائفة وعند طائفة أخرى لا فرق فهذا على عدم الفرق فلا قصور. وفي المحيط: دار بيعت ولها بابان في زقاقين ينظر، إن كانت في الاصل دارين باب كل منهما في زقاق اشتراهما رجل واحد في رفع الحائط من بنيهما وصارت دارا واحدة ولها باب فالشفعة لاهل الزقاقين في الدار جميعا على السواء فكان العبرة للاصل دون العارض، ونظير هذين الزقاقين إذا كان أسفله زقاق إلى جانب آخر فرفع الحائط من بينهما فصار الكل سكة واحدة كان لاهل كل زقاق الشفعة في الذي يليهم خاصة ولا شفعة في الجانب الآخر. قوم اقتسموا دارا ورفعوا طريقا بينهم فجعلوها نافذة ثم بنوا دورا وجعلوا أبواب الدور مشارعة إلى سكة فباع بعضهم داره فالشفعة بينهم بالسواء لان هذه السكة وإن كانت نافذة فكأنها غير نافذة، وإذا بيع السفل فلصاحب العلو الشفعة، فإن لم يأخذ حتى انهدم البناء أو كان مهدوما حين البيع فلا شفعة له عند الثاني. قال الثالث: له الشفعة لان الشفعة تستحق بسبب إقرار البناء وهو حق التعلي وهو قائم. ولابي يوسف أن الشفعة إنما تجب بما هو مملوك له وهو البناء والهواء وحق التعلي ليسا بمملوكين. قال رحمه الله: (على

***

[٢٣٢]

[وتستقر بالاشهاد.] عدد الرؤس بالبيع) يعني تجب الشفعة بالبيع وتقسم على عدد الرؤس إذا كانوا كثيرين. والباء في قوله بالبيع تتعلق بتجب في قوله تجب للخليط معناه تجب الشفعة لا بعقد البيع أي بعده لانه سبب له لان السبب هو الاتصال على ما بيناه، وأورد عليه أن مجئ الباء معنى بعد لم يذكر في مشاهير كتب العربية فالاظهر أن تكون الباء للمصاحبة والمقارنة فإنه كثير مذكور في كتب العربية. قال في العناية: لو كان السبب هو الاتصال لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب كالابراء بعد وجود الدين. وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للمشروط بعده، ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب. وقال الشافعي: على مقدار الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك ألا ترى أنها لتكميل المنفعة فأشبهت العلة والربح والولد والثمرة. ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو علة استحقاق الكل في حق كل واحد منهم ولهذا لو انفرد واحد أخذ الكل، والاستواء في العلة يوجب الاستواء في الحكم ولا ترجيح بكثرة العلل بل بقوتها، وما استشهد به من الولد وغيره متولد من الملك فيستحق بقدر الملك بخلافه هنا. ولو أسقط أحدهم حقه قبل القضاء فإن لمن بقي أن يأخذ الكل لان التشقيص للمزاحمة وقد زال بخلاف ما إذا أسقط حقه بعد القضاء حيث لا يكون له أن يأخذ نصيب الآخر لانه بالقضاء قطع كل واحد منهما عن نصيب الآخر. ولو كان بعضهم غائبا يقضي بالشعفة بين الحاضرين لان الغائب يحتمل أن لا يطلب فلا يؤخر بالشك، وكذا لو كان الشريك غائبا فطلب الحاضر يقضي بالشفعة لما ذكرنا، ثم إذا حضر الغائب فطلب قضي له لتحقق طلبه غير أن الغائب إذا كان يقاسم الحاضر لا يقضي له بالكل إذا أسقط الحاضر حقه لتحقق انقطاع حقه عن الباقي بالقضاء، وهو نظير ما إذا قضى للشريك ثم ترك ليس للجار أن يأخذه لانه بالقضاء للشريك انقطع حقه. ولو أراد أخذ البعض وترك البعض فليس له ذلك إلا برضا المشتري، ولو جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لا يصح ويسقط حقه لاعراضه ويقسم على عدد الرؤس، ولو كان أحد الشفعاء حاضرا والآخر غائبا وطلب الحاضر الشفعة في النصف على حساب أنه يستحق في النصف بطلت شفعته لانه يستحق الكل والقسمة للمزاحمة. ولو كانا حاضرين وطلب كل واحد منهما النصف بطلت شفعتهما، ولو طلب أحدهما النصف والآخر الكل بطل حقه من طلب النصف وللآخر أن يأخذ الكل. قال في المحيط: ولو كانت دار بين ثلاثة لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس فباع صاحب النصف نصيبه فإنه يقسم ما باع بين الشريكين نصفين لانهما استويا في علة الاستحقاق وهو الاتصال والضرر، ولهذا لو كانت الدار بين اثنين لاحدهما الاكثر وللآخر الاقل فإذا باع صاحب الكثير أخذ صاحب القليل كله، ولو كان باعتبار الملك لاخذ بقدر ملكه. قال رحمه الله: (وتستقر بالاشهاد) لانها حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من

***

[٢٣٣]
[وتملك بالاخذ بالتراضي أو قضاء القاضي. باب طلب الشفعة فإن علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه على الطلب ثم على البائع لو في يده أو على] الاشهاد بعد طلب المواثبة للاستقرار ولانه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه ذلك إلا بالاشهاد نظرا إلى إثباته وهو أن الاحتياج إلى إثباته إذا أنكر المشتري طلبه، وأما إذا لم ينكر فلا يحتاج، فعلى هذا ينبغي أن لا تبطل بترك الاشهاد إذا لم ينكر مع أن الظاهر من كلامهم بطلانها بترك ذلك مطلقا. قلت: وقت الاشهاد متقدم على وقت الخصومة ففي إنكار وقت الاشهاد إنكار الخصم طلبه، وعدم إنكاره غير معلوم فإذا ترك الاشهاد في ذلك الوقت لم تعلم رغبته فيه بل يحتمل إعراضه فلذا تبطل الشفعة بترك الاشهاد مطلقا. قال رحمه الله: (وتملك بالاخذ بالتراضي أو قضاء القاضي) قوله أو قضاء القاضي معطوف على الاخذ لا على التراضي لانه بالقضاء ثبت الملك فيها قبل الاخذ يعني يملك الدار بأحد هذين الامرين إما بالاخذ إذا سلمها المشتري برضاه أو بحكم الحاكم من غير أخذ لان ملك المشتري قد تم بالشراء فلا يخرج عنه الشفيع إلا برضاه أو بحكم الحاكم لان للحاكم ولاية عامة إلا إن أخذ الشفعة بقضاء القاضي أحوط حتى كان للشفيع أن يمنع عن الاخذ إذا سلم المشترى له بغير قضاء لان في القضاء زيادة فائدة وهي صيرورة الحادثة معلومة للقاضي وتبين ملكه له، فإذا كانت تملك بأحد الامرين لا يثبت له فيها شئ من أحكام الملك قبله حتى لا تورث عنه إذا مات في هذه الحالة لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه فيها والله تعالى أعلم. باب طلب الشفعة لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه زاد في الهداية والخصومة فيها، ووجهه لما كان للخصومة في الشفعة شأن مخصوص وتفاصيل زائدة على سائر الخصومات شرع في بيانها أيضا. قال رحمه الله: (فإن علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه على الطلب) وهو طلب المواثبة وسمي به لقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها ولا بد منه لما بينا، والشرط أن يطلب إذا علم على الفور من غير تأخير ولا سكوت لان سكوته بعد علمه يدل على رضاه بالمشتري فتبطل شفعته إذا كان بعد العلم بالمشتري والثمن لان السكوت إنما يكون دليل الرضا بالعلم بها، فإذا أخبر بحضرة شهود يشهدهم عليه وإن لم يكن بحضرته أحد يطلب من غيره إشهاد والاشهاد لمخالفة الجحود، والطلب لا بد منه كيلا يسقط حقه فيما بينه وبين الله تعالى ولتمكنه من الحلف إذا حلف، ولئلا يكون معرضا عنها وراضيا، وكون الطلب متصلا يعني على الفور، هذا عند عامة المشايخ. وروى هشام عن
***
[٢٣٤]
[المشتري أو عند العقار ثم لا تسقط بالتأخير فإن طلب عند القاضي سأل المدعى عليه] محمد أن له التأمل إلى آخر المجلس كالمخير لانه تملك ولابد من التأمل وهو اختيار الكرخي. وبعض المشايخ. وفي التجريد: وهو أصح الروايتين. وفي الفتاوي العتابية: ولو سكت مكرها لا يبطل. وكيفية الطلب على الصحيح أن يكون بلفظ الماضي أو المستقبل إذا كان لفظه يفهم منه طلب الشفعة. وفي الظهيرية: شفعته لي كان ذلك طلبا. ومن الناس من لو قال طلبت وأخذت بطلت شفعته لان كلامه وقع كذا في الابتداء. والصحيح أنه لا يبطل لانه أنشأ عرفا. ولو قال بعد ما بلغه الخبر الحمدلله أو لا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم أو سبحان الله تبطل شفعته على ما اختاره الكرخي لان الاول حمد على الخلاص، والثاني تعجب، والثالث لافتتاح الكلام، ولا يدل شئ منها على الاعراض. وكذا إذا قال من ابتاعها أو بكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن، وكذا لو قال خلص الله ولا يجب الطلب حتى يخبره رجلان غير عدلين أو واحد عدل أو رجل وامرأتان لانه فيه التزام من وجه فيشترط له أحد شطري الشهادة، هذا قول الامام. وعندهما يجب عليه الطلب إذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا، صغيرا كان أو كبيرا، إذا كان الخبر حقا، ولو أخبر المشتري بنفسه يجب عليه الطلب بالاجماع كيفما كان لانه خصم والعدد والعدالة لا تعتبر في الخصم. قال رحمه الله: (ثم على البائع لو في يده أو على المشتري أو عند العقار) وهذا طلب التقرير وفيه طلب ثالث وهو طلب الاخذ ولابد من هذه الثلاثة، ولا بد من الاشهاد في هذا لانه يحتاج إليه لاثباته عند القاضي كما تقرر. ولا يمكنه الاشهاد على طلب المواثبة ظاهرا حتى لو أمكنه ذلك وأشهد عند طلب المواثبة بأن بلغه بحضرة الشهود والمشتري والبائع حاضر وكان ذلك عند العقار يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين، ذكره شيخ الاسلام. وفي العناية: ولو باع إلى أجل فاسد فعجل المشتري الثمن جاز البيع وثبتت الشفعة، وكذا إذا باع الارض وفيها زرع وفي الخيار المؤبد والاجل إلى القطاف جاز أخذه بالشفعة

فإن لم يطلب بطلت. وإذا اشترى رجل من أهل البغي دارا من رجل في عسكر أهل العدل فإن كان لا يقدر أن يبعث وكيلا ولا يدخل بنفسه وهو على شفعته ولا يضره ترك طلب الاشهاد، وإن كان يقدر على ذلك فلم يطلب طلب المواثبة بطلت شفعته. وكيفية هذا الطلب أن ينهض من المكان الذي سمع فيه ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده أو على المشتري أو عند العقار، فإذا فعل ذلك استقرت شفعته. وإنما صح الاشهاد عند هؤلاء الثلاثة لان المشتري والبائع خصم فيه بالملك باليد، وأما عند العقار فلتعلق الحق به ولا يكون البائع خصما بعد تسليم المبيع إلى المشتري لعدم الملك واليد فلا يصح الاشهاد عليه بعده، هكذا ذكره القدوري والناطفي. وذكر شيخ الاسلام أنه يصح استحسانا. ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكين من الاشهاد مع القدرة على أحد هؤلاء الثلاثة حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته، وإن قصد الابعد من هذه الثلاثة وترك الاقرب فإن
***
[٢٣٥]
كانوا جميعا في مصره جاز استحسانا لان نواحي المصر جعلت كناحية واحدة حكما كأنهم في مكان واحد، ولو كان بعضهم فيه والبعض في مصر آخر. أو في الرستاق: وقصد الابعد وترك الذي في مصره بطلت شفعته قياسا واستحسانا لتباين المكانين حقيقة وحكما، وإن كان الشفيع غائبا يطلب طلب المواثبة حين يعلم ثم يعذر في طلب التقدير بقدر المسافة إلى أحد هذه الثلاثة. وصورة هذا الطلب أن يقول إن فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك. وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان طلبه غير معلوم لا يصح فإذا لم يبين المطلوب لم تكن المطالبة لها اختصاص بالبيع فلم يكن لها حكم حتى يتبين المطلوب. وأما الثالث وهو طلب الاخذ والتملك فلا بد منه أيضا لانه لا يحكم له به بدون طلبه ونبين كيفية هذا الطلب من قريب إن شاء الله تعالى. وفي الهداية: ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح فلو ترك الطلب قبله لم تبطل شفعته. وفي الخانية: لو عجز عن طلب الاشهاد بأن كان البائع أو المشتري في البغاة أو دار الحرب فإن أمكنه أن يوكل بالطلب أو يكتب كتابا به ولم يفعل بطلت شفعته، فإن لم يمكنه التوكيل والكتاب لا تبطل. وفي فتاوى أبي الليث: إن كانت شفعته عند القاضي فطلب إلى السلطان الذي يولى القضاة بطلت شفعته، وإن كانت شفعته عند الباشاة والسلطان وامتنع القاضي من إحضاره فهو على شفعته. وفي النوادر: إذا أراد أن يفتتح الصلاة بجماعة فلم يذهب للطلب بطلت شفعته. وفي الاصل: الشفيع إذا علم بالبيع نصف الليل ولم يقدر على الخروج للاشهاد فإن أشهد حين أصبح صح، وإن ترك الاشهاد حين أصبح بطلت. اليهودي إذا علم يوم السبت وترك الطلب بطلت شفعته. وفي فتاوي أهل سمرقند: الشفيع بالجوار إذا خاف أن يطلب الشفعة والقاضي لا يراها فترك الطلب لا تبطل شفعته إذا اتفق البائع والمشتري أن الشفيع علم بالشراء منه أياما ثم اختلفا بعد ذلك في الطلب فقال الشفيع طلبت منذ علمت وقال المشتري ما طلبت القول قول المشتري. وفي الظهيرية: لو قال المشتري علمت قبل ذلك ولم تطلب فالقول قول الشفيع. وفي نوادر أبي يوسف رحمه الله: إذا قال الشفيع طلبت الشفعة حين علمت فالقول قوله، ولو قال علمت أمس وطلبت أو كان البيع أمس وطلبتها في ذلك الوقت لم يصدق إلا ببينة، وهكذا ذكر الخصاف في أدب القاضي حكى عن الشيخ عبد الواحد الشيباني رضي الله تعالى عنه أنه قال: إذا قال الشفيع علمت بالشراء وطلبت طلب المواثبة لا يقبل بلا بينة منه لكن إذا قال بعد ذلك علمت منذ كذا وطلبت لا يصدق على الطلب. ولو قال ما علمت إلا الساعة يكون كاذبا. فالحيلة في ذلك أن يقول الانسان أخبرني بالشراء ثم يقول الآن أخبر ت فيكون صادقا، وإن أخبر قبل ذلك كما في الصغيرة إذا بلغت في نصف الليل واختارت نفسها وأرادت أن تشهد على ذلك تقول حضت الآن ولا
***
[٢٣٦]
[فإن أقر بملك ما يشفع به أو نكل أو برهن الشفيع سأله عن الشراء فإن أقر أو نكل أو] تقول حضت نصف الليل واخترت نفسي فإنها لا تصدق في اختيارها نفسها ولكن تقول على نحو ما سبق وتكون صادقة في قولها الآن حضت. وذكر محمد بن مقاتل في نوادره: إن كان الشفيع قد طلب الشفعة من المشتري في الوقت المتقدم ويخشى أنه إذا أقر بذلك يحتاج إلى البينة فقال أخبرت وأنا أطلب الشفعة يسعه أن يقول ذلك ويحلف على ذلك ويستثني في يمينه، وإن قال الشفيع كنت طلبت الشفعة حين علمت بالبيع وأنكر المشتري ذلك وطلب الشفيع يمين المشتري ذكر في الهاروني وأدب القاضي للخصاف أنه يحلف المشتري على نفي العلم أنه ما طلب شفعته وأنه ما

طلب ولم يذكر فيه خلافا. وذكر الفقيه أنه قول أبي يوسف. وقال محمد رحمه الله تعالى: أحلفه على البنت بالله تعالى ما طلبت شفعته حين بلغك الشراء فإن قال المشتري للقاضي حلفه بالله لقد طلب هذه الشفعة طلبا صحيحا ساعة علم بالشراء من غير تأخير حلفه القاضي على ذلك، وإن أقام المشتري بينة أن الشفيع علم بالبيع منذ زمان ولم يطلب الشفعة وأقام الشفيع بينة أنه طلب الشفعة حين علم بالمبيع فالبينة بينة الشفيع في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: البينة بينة المشتري. وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: المشتري إذا أنكر طلب الشفعة فالقول قوله مع يمنيه فبعد ذلك ينظر عند سماع البيع يحلف على العلم بالله ما تعلم أن الشفيع حين سمع البيع طلب الشفعة، وإن أنكر طلبه عند اللقاء يحلف على البتات في سماعه. قال رحمه الله: (ثم لا تسقط بالتأخير) يعني لا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب وهو طلب الاخذ بعد ما استقرت شفعته بالاشهاد وهذا قول الامام وأبي يوسف في ظاهر الرواية. وفي العيني: الفتوى على قول الامام. وعن الثاني: إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي من غير عذر بطلت شفعته. وقال محمد: إن أخر إلى شهر من غير عذر بطلت شفعته لتغير أحوال الناس في قصد الاضرار بالغير، ومحل الخلاف إذا أخبر بغير عذر، ولو كان بعذر من مرض أو حبس ولم يمكنه التوكيل أو قاض لا يرى الشفعة بالجوار في بلدته لا تسقط بالاجماع وإن طالت المدة لكونه لا يتمكن من الخصومة في مصره. وجه قول الامام أن حقه قد تقرر فلا يسقط بالتأخير بعد ذلك، وما ذكره من الضرر يمكن دفعه بأن يرفع المشتري الامر إلى الحاكم فيؤمر الشفيع بالاخذ أو الترك على أنه مشكل فيما إذا كان الشفيع غائبا حيث لا يسقط بالتأخير، ولو كان ضرورة تراعى لسقطت إذ لا فرق في الضرر بين أن يكون حاضرا أو غائبا، وفي الكافي: لو لم يكن في البلدة قاض لا تبطل بالتأخير بالاجماع. قال رحمه الله: (فإن طلب عند القاضي سأل المدعي عليه فإن أقر بملك ما يشفع به أو نكل أو برهن الشفيع سأله عن الشراء فإن أقر أو نكل أو برهن الشفيع قضى بها) يغني إذا تقدم الشفيع وادعى الشراء وطلب الشفعة عند القاضي سأل القاضي المشتري عن الدار التي

***

[٢٣٧]

[برهن الشفيع قضى بها ولا يلزم الشفيع احضار الثمن وقت الدعوى وخاصم البائع لو] يشفع بها الشفيع هل هي ملك الشفيع أم لا، وإن أقر بأنها ملكه أو أنكر أو نكل عن اليمين أو أقام الشفيع بينة أنها ملكه سأل القاضي المدعي عن الشراء فيقول له هل اشتريت أو لا، فإن أقر بأنه اشترى أو نكل عن اليمين أو أقام الشفيع بينة فقضى بالشفعة لثبوته عنده وهذا هو طلب الاخذ الموعود به فذكر هنا سؤال القاضي المدعي عليه عن ملك الشفيع أولا عقيب طلب الشفعة وليس كذلك، بل القاضي يسأل أولا المدعي قبل أن يقبل على المدعي عليه عن موضع الدار من مصر ومحلتها وحدودها لانه ادعى فيها حقا فلا بد أن يكون معلوما لان دعوى المجهول لا تصح، فإن بين ذلك سأله هل قبض المشتري الدار أو لا لانه إذا لم يقبضها لم تصح دعواه على المشتري حتى يحضر البائع، فإذا بين ذلك سأله عن سبب شفعته وعن حدود ما يشفع به لان الناس يختلفون فيه فلعله ادعاه بسبب غير صحيح أو يكون محجوبا بغيره، فإن بين سببا صالحا ولم يكن محجوبا بغيره سأله متى علم وكيف صنع حين علم لانها تبطل بطول الزمان وبالاعراض وبما يدل عليه فلا بد من كشف ذلك، وسأله عن طلب التقرير كيف كان وعمن أشهد وهل كان الذي استشهد عنده أقرب من غيره أو لا، فإذا بين ذلك كله ولم يخل بشئ من شروطه تمت دعواه وأقبل على المدعي عليه وسأل كما ذكر المؤلف، فإذا عجز الشفيع عن البينة وطلب يمين المشتري استحلفه القاضي بالله ما تعلم أنه مالك للذي ذكره مما يشفع به، وهذا قول أبي يوسف لان الدار في يد غيره وعند محمد يحلف على البتات لانه يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب وبعد ذلك سأل القاضي المدعي عليه فيقول هل اشتريت أم لا، فإن أنكر الشراء قال للشفيع أقم البينة أنه اشتراه لان الشفعة لا تجب إلا بالشراء فلا بد من إثباته بالحجة، فإن عجز عن أقامة البينة وطلب يمين المشتري استحلفه بالله ما اشترى أو بالله ما يستحق في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا تحليف على الحاصل وهو قول الامام ومحمد، والاول على السبب وهو قول أبي يوسف. وإنما يحلف على البتات لانه تحليف على فعل نفسه، فإن نكل أو أقر أو أقام الشفيع بينة قضى به لظهور الحق بالحجة، وفي الجوهرة: قال المدعي عليه هذه الدار في يده ولكنها ليست ملكه قال الاول والثالث: لا يقضى لهم حتى يقيم البينة أنها ملكه. وعن الثاني: إذا أقر باليد كان القول قول الشفيع أنها ملكه. قال رحمه الله: (ولا يلزم الشفيع احضار

الثمن وقت الدعوى) بل يجوز له المنازعة وإن لم يحضر الثمن إلى مجلس القاضي، فإن قضى له بالشفعة يأمره بإحضار الثمن وهو ظاهر الرواية. وعن محمد أنه لا يقضى له بالشفعة حتى يحضر الثمن احترازا طلب الشفيع الشفعة ورافعه إلى القاضي والقاضي يؤجله ثلاثة أيام لنقد الثمن، فإن جاء به إلى هذه المدة إلا أبطل شفعته. وفي فتاوى أبي الليث: الشفيع إذا طلب الشفعة فقال المشتري هات الدارهم وخذ شفعتك فإن أمكنه احضار الدراهم في ثلاثة أيام وإلا بطلت

***

[٢٣٨]

[في يده ولا تسمع البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهده والعهده على البائع] شفعته. قال الصدر الشهيد: والمختار أنها لا تبطل. وفي الحاوي: أنها تبطل. وفي جامع الفتاوي: الفتوى اليوم على قول الحاوي ا ه. ثم إذا قضى القاضي بالشفعة قبل إحضار الثمن فللمشتري أن يحبس العقار عنه حتى يدفع الثمن إليه وينفذ القضاء عند القاضي محمد، ولو أخر دفع الثمن بعد ما قال له ادفع لا تبطل بالاجماع لتأكده بالقضاء بخلاف ماذا أخر قبل القضاء بعد الاشهاد عند محمد حيث يبطل لعدم تأكده وفي الجوهرة: فإن طلب تأجيلا في الثمن يؤجله يوما أو يومين أو ثلاثا، فإن سلم وإلا حبسه القاضي حتى يدفع الثمن ولا ينقض القضاء بالشفعة. وفي شرح الطحاوي: اختصما إلى القاضي يؤجل الشفيع قدر ما يرى لاحضار الثمن فإن أحضر في المدة قضى له وإلا بطلت شفعته، كذا في الخلاصة. وفي ابن فرشه: باع المشتري الدار أو وهبها من غيره ثم غاب الاول فادعى الشفيع على الحاضر الذي هو المشتري الثاني أو الموهوب له فأنكر الحاضر فأراد الشفيع إقامة البينة قال أبو يوسف: هو خصمه فتقام البينة عليه. وقالا: لا يكون خصما ولا تقام البينة عليه. لهما أن القضاء على الغائب قصدا لا يجوز وفي جعله خصما إبطال حق الغائب قصدا فلا يجوز بخلاف ما إذا صدقه لان الاقرار حجة قاصرة فلا تعدو عن نفسه. قال رحمه الله: (وخاصم البائع لو في يده) يعني للشفيع أن يخاصم البائع إذا كان المبيع في يده لان له يدا محقة أصالة فكان خصما كالمالك بخلاف المودع والمستعير ونحوهما لان يدهم ليست أصالة فلا يكون خصما. قال رحمه الله: (ولا تسمع البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهده والعهدة على البائع) لان الشفيع مقصوده أن يستحق الملك واليد فيقضي القاضي بهما له فيشترط حضور البائع والمشتري للقضاء عليهما بهما لان لاحدهما يدا وللآخر ملكا فلا بد من اجتماعهما لان القضاء على الغائب لا يجوز، ولان أخذه من يد البائع يوجب فوات المبيع قبل القبض وفواته قبل القبض يوجب الفسخ لكونه قبل تمامه كما إذا هلك قبل القبض ولا يجوز الفسخ عليهما إلا بحضرتهما بخلاف ما بعد القبض حيث لا يشترط حضور البائع لان العقد قد انتهى بالتسليم وصار البائع أجنبيا عنهما. ثم وجه هذا الفسخ المذكور هنا أن يجعل فسخا في حق الاضافة إلى المشتري لان البيع قد فات بالاخذ قبل القبض وهو يوجب الفسخ فقلنا بأنه انفسخ بالاضافة إلى المشتري وبقي أصل العقد مضافا إلى الشفيع قائما مقام المشتري كأن البائع باعه له وخاطبه بالايجاب فجعل العقد متحولا إلى الشفيع فلم ينفسخ أصله وإنما انفسخ إضافته إلى المشتري. ونظيره في المحسوسات من رمى سهما إلى شخص فتقدم غيره فأصابه فالرمي بنفسه لم ينقض وإنما انتقض التوجه إلى الاول بتخلل الثاني. وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار. وقال بعض المشايخ: تنتقل الدار من المشتري إلى الشفيع بعقد جديد.

***

[٢٣٩]

[والوكيل بالشراء خصم ما لم يسلم إلى الموكل وللشفيع خيار الرؤية والعيب وإن شرط] ولو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية إذا كان المشتري رآها، ولما كان له الرد بالعيب إذا كان المشتري أبرأ البائع من ذلك العيب. والجواب أن العقد يقتضي سلامة المعقود عليه للشفيع ولم يوجد من الشفيع ما يبطل خيار الرؤية والعيب فله ذلك، والمراد بالعهدة ضمان الثمن عند الاستحقاق. وفي التتارخانية عن الثاني: إذا كان المشتري نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضى القاضي للشفيع بالشفعة فينقد الشفيع الثمن للمشتري فالعهدة على المشتري، وإن كان لم ينقد الثمن ودفع الشفيع الثمن إلى البائع فالعهدة على البائع. وإذا رد الشفيع الدار في هذه الصورة بعيب فرده على البائع أو على المشتري بقضاء فأراد المشتري أن يأخذ بشرائه صح له، وإذا أراد البائع أن يردها على المشتري بحكم ذلك الشراء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها، وإن شار تركها. وحكى في كتاب الشفيع شراء المشتري أولا ثم رتب عليه الاخذ بالشفعة. قال رحمه الله: (والوكيل بالشراء خصم ما لم يسلم إلى الموكل) لان الخصومة فيه من حقوق العقد وهي إلى العاقد أصيلا كان أو وكيلا

ولهذا لو كان البائع وكيلا كان للشفيع أن يخاصمه ويأخذها منه بحضور المشتري كما إذا كان البائع هو المالك إلا أنه إذا سلمها إلى الموكل لا يد للوكيل ولا ملك له ولا يكون خصما بعده فصار كالبائع فإنه يكون خصما ما لم يسلمه إلى المشتري، فإذا سلمها إليه لم يبق له يد ولا ملك فيخرج من أن يكون خصما غير أنه لا يشترط للقضاء حضور الموكل لان الوكيل نائب عنه والاب والوصي كالوكيل. وظاهر العبارة أنه خصم ما لم يسلم أقام البينة على الوكالة أو لا، أشهد أنه اشتراها لفلان أو لا. وفي جامع الفتاوى عن الثاني فيمن اشترى دارا فقال عند عقد البيع اشتريتها لفلان وأشهد على ذلك ثم جاء الشفيع يطلبها فهو خصم إلا أن يقيم البينة أن فلانا وكله فحينئذ لا يكون خصما. وفي الاصل: إذا قال المشتري قبل أن يخاصم في الشفعة اشتريت هذه لفلان وسلمها إليه ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينهما، ولو أقر بذلك بعد ما خاصمه لم يقبل منه، ولو أقام البينة لم تقبل. وفي المنتقى مثل ما في جامع الفتاوي. وفي السراجية: وكيل باع دارا وقبضها المشتري فوكل الشفيع البائع في أخذها في الشفعة لم يصح. وفي الكافي: إذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع أخذها منه إذا كانت في يده، ولو سلمها إلى الموكل لا يطلب ولا يأخذها منه. وفي فتاوى سمرقند: إذا وكل رجلا ببيع داره فباعها بألف درهم ثم حط المشتري مائة درهم وضمن ذلك الامر فليس للشفيع أن يأخذها بالشفعة إلا بألف ا ه. وفي التتارخانية: لو اشترى لغيره بغير أمره فهو خصم ما لم يسلم العين لمن اشتراها له فلو قال المؤلف والمشتري لغيره خصم ما لم يسلم لكان أولى لانه يشمل الفضولي والاب والوصي ويفيد أن الوكالة ليست بقيد. قال رحمه الله: (وللشفيع خيار الرؤية والعيب وإن شرط المشتري البراءة منه) لان الاخذ بالشفعة شراء من المشتري إن كان الاخذ

***

[٢٤٠]

[المشتري البراءة منه وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول للمشتري وإن برهنا] بعد القبض، وإن كان قبله فهو من البائع ليحول الصفقة إليه فيثبت له الخيار إن كما إذا اشترى منهما، ولا يسقط خياره برؤية المشترى ولا تشترط البراءة منه لان المشتري ليس بنائب عن الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته في حقه ا ه. قال رحمه الله: (وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول للمشتري) لان الشفيع يدعي عليه استحقاق الاخذ عند نقد الاقل والمشتري ينكر ذلك والقول للمنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان التحالف عرف بالنص فيما إذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئا فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون في معنى ما ورد به النص فامتنع القياس ا ه. وفيه نظر من وجوه: الاول قوله لان التحالف عرف بالنص فيما إذا وجد الانكار فيه ولا دعوى إلا من جانب واحد كما إذا اختلف المتبايعان بعد القبض كما صرحوا به في كتاب الدعوى. الثاني قوله فامتنع القياس لا يخفى أن امتناع القياس ههنا لا يتم المطلوب فحق العبارة أن يقول فلا يلحق به ليعم القياس والدلالة. وأطلق المؤلف رحمه الله فشمل ما إذا وقع الاختلاف قبل قبض الدارهم ونقد الثمن أو بعدهما قبل التسليم إلى الشفيع أو بعده لكن في التتارخانية: اشترى دارا وقبضها ونقد الثمن ثم اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول للمشتري ا ه. ولو قال في بدل الدار لكان أولى لانه يشمل الثمن والعروض لانه لا فرق بينها إذا كان ثمن الدار دراهم أو عروضا كما أشار إلى ذلك في شرح الطحاوي حيث قال: اختلف الشفيع والمشتري في قيمة العروض الذي هو بدل الدار فالقول قول المشتري، وإن أقاما جميعا البينة فالبينة بينة المشتري أيضا. وفي المنتقى : رجل اشترى دارا وقبضها فجاء الشفيع يطالب الشفعة فقال المشتري اشتريت بألفين وقال الشفيع بألف ولا بينة فحلف المشتري وأخذها الشفيع بألفين ثم قدم شفيع آخر وأقام البينة على أنه اشتراها بألف فيأخذ نصف الدار بخمسمائة ويرجع الشفيع الاول على المشتري بخمسمائة نصيب حصة لنصف الذي أخذه الثاني ويقال للشفيع الاول أن شئت فأعد البينة على المشتري من قبل النصف الذي في يدك وإلا فلا شئ لك، ولو كان لهما شفيعان فقال المشتري اشتريتها بألف وصدقة الشفيع في ذلك بألف ثم جاء الشفيع الثاني وأقام البينئة أنه اشتراها بخمسمائة فالشفيع الثاني يأخذ من الشفيع الاول نصفها مائتين وخمسين ويرجع الشفيع الاول على المشتري بخمسمائة. وفي العتابية: اشترى دارا فجاء الشفيع وأخذها من المشتري بقوله إنها بألف درهم ثوجد بينة أنه اشتراها بخمسمائة قبلت بينته، ولو صدق المشتري أولا فبينته على خلاف ذلك لا تقبل إذا وقع بعد تسليم المبيع إلى الشفيع. قال في الحاوي: سئل علي بن أحمد تنازع في الثمن المشتري والشفيع بعد ما سلم المشتري إلى الشفيع قال: لا يأخذها إلا برضا المشتري وأن يثبت ما قاله الشفيع ثم يأخذ بذلك. وفي قاضيخان:

***

[٢٤١]
اشترى دارا بالكوفة بكر حنطة تغير عينه نخاصم الشفيع إلى القاضي بمرو وقضى له بالشفعة ذكر في النوادر أنه إن كان قيمة الكوفي في الموضعين سواء أعطاه الشفيع الكر حيث قضى له القاضي، وإن كان القيمة متفاضلة، فإن كان الكر في الموضع الذي يريد الشفيع أن يعطيه أعلى القيمة فذلك إلى الشفيع يعطيه حيث شاء، وإن كان أرخص ورضي المشتري بذلك أعطاه الشفيع في الموضع الذي يكون قيمته مثل قيمته في موضع الشراء ا هـ. قال رحمه الله: (وإن برهنا فللشفيع) يعني ولو قاما فالبينة بينة الشفيع وهذا قول الامام ومحمد. وقال أبو يوسف والشافعي: البينة بينة المشتري لانها تثبت الزيادة والبينة المثبتة للزيادة أولى كما إذا اختلف المشتري والبائع والوكيل بالشراء مع الموكل في مقدار الثمن أو المشتري من العد ومن المالك القديم في ثمن العبد المأسور وأقاما البينة فالبينة بينة مثبت الزيادة. فإن قلت: البينة إنما تسمع من المدعي والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئا ولهذا لا يتحالفان بالاتفاق فلزم أن لا تصح بينته فضلا أن ترجح على بينة الشفيع كما قال أبو يوسف قلت: الجواب أن المشتري وإن كان مدعى عليه في الحقيقة إلا أنه مدع صورة حيث يدعي زيادة الثمن، ومن كان مدعيا صورة تسمع بينته إذا أقامها كما في المودع إذا ادعى رد الوديعة وأقام عليه بينة على ما عرف في محله، وأما الحلف فلا يجب إلا على مدعي عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعي عليه صورة ألا ترى المودع إذا ادعى رد الوديعة على المودع وعجز عن إقامة البينة عليه وإنما يجب الحلف على المودع لكونه منكرا للضمان حقيقة ولا يجب على المودع مع كونه في صورة المدعي عليه برد الوديعة. ولهما أن بينة الشفيع أكثر إثباتا لانها ملزمة للمشتري وبينة المشتري ليست بملزمة للشفيع لتخيره بين الاخذ والترك، ولانه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع لانه أمكن أن يعمل بهما بأن ثبت العقدان فيأخذ المشتري بأيهما شاء فلا يصار إلى الترجيح إلا عند تعذر العمل بهما، وهو نظير ما إذا اختلف المولى والعبد فقال المولى قلت لك إذا أديت إلى ألفين فأنت حر وقال العبد قلت لي إذا أديت ألفا فأنت حر فأقاما البينة فالبينة بينة العبد إما لانها تلزمه أو لانه لا تنافي ويثبت التعليقان ويعتق العبد بإعطاء أي المالين شاء بخلاف المسائل المستشهد بها فإن كل واحدة من البينة تلزمه حتى يخير كل منهما ولا يمكن الجمع بينهما حتى يأخذ بأيهما شاء لان العقد الثاني يكون فسخا للاول في حقهما، فلما تعذر الجمع صرفا إلى الترجيح بالزيادة، وفيما نحن فيه لا يتعذر الجمع لانه لا ينفسخ الاول بالعقد الثاني في حق الشفيع فيأخذ بأي العقدين شاء، ولهذا لو باعه المشتري من غيره كان له أن يأخذه بالبيع الثاني، وإن شاء بالاول، وأما الوكيل مع الموكل فقد روى ابن سماعة عن محمد أن البينة بينة الموكل فلا يرد. والفرق على الظاهر أن الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري ولهذا يجري التحالف بينهما، وأما المالك القديم مع المشتري فقد ذكر في السير أن البينة بينة المالك القديم ولا يرد، ولئن سلمنا ففيها العمل بالبينتين غير ممكن لان البيع الاول
***
[٢٤٢]
[فللشفيع ولو ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع] نفسخ بالثاني فوجد التعارض فصرنا إلى الترجيح بالزيادة. فإن قلت: ما وجه ظهور الفسخ في الملك القديم وعدم ظهوره في حق الفسخ؟ وما الفرق بينهما؟ قلت: حق الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود البيع الاول، وأما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور إلا بعد الاخراج إلى دار الاسلام والاخراج إليها لم يكن إلا بالبيع الثاني فافترقا، وهذا يجب حفظه هنا. ولم يذكر المؤلف والشارح الاختلاف بينهما في نفس المبيع أو البيع ففي المحيط: قال المشتري اشتريت البناء ثم العرصة فلا شفعة لك في البناء وقال الشفيع اشتريتهما جميعا فالقول للشفيع مع يمينه على العلم لان المشتري يدعي عليه سقوط الشفعة بعد ما أقر بثبوت حقه بالشراء، وإن أقاما البينة فالبينة بينة المشتري عند الثاني، وعند الثالث البينة بينة الشفيع كما مر. ولو قال المشتري باع لي الارض ثم وهب لي البناء وقال الشفيع بل اشتريتهما جميعا فالقول للمشتري ويأخذ المبيع بلا بناء إن بناه لانه لم يقر بشراء البناء أصلا. ولو قال وهب هذا البيت بطريقه ثم باع مني بقية الدار وصدقه البائع وقال الشفيع بل اشتريت الدار كلها فالبينة بطريقه للمشتري ويأخذ الشفيع بقية الدار لانه لم يقر بالشراء في ذلك البيت أصلا. اشترى دارا وقبضها فقال المشتري أحدثت فيها هذا البناء وكذبه الشفيع فالقول للمشتري لان المشتري لم يعترف بشراء البناء والبقعة للشفيع، وكذا الحرث والزرع فإن قال المشتري أحدثت فيها النخل أمس لم يصدق، وكذا فيما لا يحدث مثله من البناء لانه ظهر كذبه بيقين. ولو اشترى

دارين ولهما شفيع ملازق فقال المشتري اشتريت دارا بعد دار فأنا شريك في الثانية وقال الشفيع بل اشتريتهما دفعة واحدة فلي فيهما الشفعة فالقول قول الشفيع لان المشتري أقر بالشراء ثم ادعى ما يسقط الشفعة فلا يقبل قوله. ولو قال المشتري اشتريت الجميع وقال الشفيع بل اشتريت نصفا فنصفا فالقول للمشتري ويأخذ الشفيع الكل أو يدع. وفي النوادر عن أبي يوسف: تصادق البائع والمشتري إن البيع كان فاسدا وقال الشفيع كان جائزا فالقول للشفيع كما لو اختلف المتعاقد ان في الصحة والفساد القول قول مدعي الصحة. وهذا إذا ادعيا الفساد بأجل مجهول أو شرط فاسد، أما إن ادعيا الفساد بأن الثمن خمر أو خنزير فالقول قول مدعي الفساد، وعلى قول الامام ومحمد لا تجب الشفعة اه. وفي المنتقى: لو اشتراها بألف درهم ورطل من الخمر فهو على هذا الاختلاف. وفي فتاوى الفضلي: رجلان تبايعا دارا فطلب الشفيع الشفعة بحضرتهما فقال البائع كان البيع بيننا مواضعه وصدقه المشتري على ذلك لا يصدقان على الشفيع إلا إذا كان الحال يدل عليه بأن كان المنزل كبيرا وبيع بثمن لا يباع به مثله فحينئذ يكون القول قولهما ولا شفعة للشفيع اه. قال رحمه الله: (ولو ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قال البائع) لان الامر كان كما قال

***

[٢٤٣]

[بما قال البائع وإن كان قبض الثمن أخذها بما قال المشتري وحط البعض يظهر في حق الشفيع لا حط الكل والزيادة وإن اشتري دارا بعرض أو عقار أخذها الشفيع] البائع فالشفيع يأخذها به، وإن كان كما قال المشتري يكون حطا عن المشتري بدعواه الاقل وحط البعض يظهر في حق الشفيع كما بينا، ولان تملك المشتري بإيجاب البائع فكان القول قوله في مقدار الثمن ما دامت مطالبته باقية فيأخذها الشفيع. ولو كان ما ادعاه البائع أكثر مما ادعاه المشتري تحالفا، وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك، وإن فسخ القاضي العقد بينهما يأخذ الشفيع بما يقوله البائع لان الفسخ لا يوجب بطلان حق الشفيع ألا ترى أن الدار إذا ردت على البائع بعيب لا يبطل حقه وإن كان الرد بقضاء. قال رحمه الله: (وإن كان قبض الثمن أخذها بما قال المشتري) يعني لو كان البائع قبض الثمن أخذها الشفيع بما قال المشتري إذا ثبت ذلك بالبينة أو بيمينه على ما بينا لان البائع بالاستيفاء خرج من البين والتحق بالاجانب لانتهاء حكم العقد به فبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري والقول فيه للمشتري، ولو كان قبض الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به لانه إقرار بمقدار الثمن صحيح قبل قبض الثمن وبعده لا يصح والثمن غير مقبوض ظاهرا لان الاصل عدم القبض فيبقى حتى يوجد ما يبطله. وبقوله بعد ذلك قبضت الثمن ويريد إبطال حق الشفيع لانه إذا قبض الثمن يخرج من البين فيكون أجنبيا فلا يقبل إقراره بمقدار الثمن على ما بينا فلا يقبل قوله قبضت في حق الشفيع لانه يريد بذلك أن يجعل نفسه أجنبيا حتى لا يقبل قوله بمقداره فيرد عليه فيأخذها الشفيع بألف، ولو بدأ بقبض الثمن قبل بيان القدر بأن قال بعت الدار وقبضت الثمن وهو ألف درهم لم يلتفت إلى قوله في مقدار الثمن لانه لما بدأ بقبضه أولا خرج من البين فصار أجنبيا. قال في النهاية: نظيره ما إذا قال الموصي اشتريت مال الميت على غريمه فلان وهو ألف درهم وقال الغريم بل كان علي ألفا درهم وقد أوفيتك جميع ذلك فالوصي يضمن الالف ولا شئ له على الغريم، ولو قال استوفيت منه ألف درهم وهو جميع مال الميت عليه فقال الميت بل كان علي ألفا درهم وقد أوفيتك الكل فللوصي أن يرجع عليه بألف درهم أخرى لانه لما بين قوله في قبض الجميع صار أجنبيا فلا يقبل قوله بين قبض القدر بعد ذلك، وما لم يبين أنه قبض الجميع لا يكون أجنبيا فيقبل قوله في بيان القدر. وفي المحيط: ولو هدم رجل بناء الدار فاختلفا الشفيع والمشتري في قيمة البناء فالقول للمشتري مع يمينه، ولو أقاما بينة فالبينة للمشتري على قياس قوله، وعلى قول محمد بينة الشفيع أولى. ولو استحق بعض الدار أو عرف فقال المشتري بنى نصفها وقال الشفيع لثلثها فالقول للمشتري. قال رحمه الله: (وحط البعض يظهر في حق الشفيع لا حط الكل والزيادة)

***

[٢٤٤]

حتى يأخذه بما بقي فلا يظهر حط الكل في حقه ولا الزيادة على الثمن بعد عقد البيع حتى لا تلزمه الزيادة ولا يسقط عنه شئ من الثمن فيأخذه بجميع المسمى عند العقد لان الحط لما التحق بأصل العقد صار الباقي هو الثمن. ولا فرق في ذلك بين أن يكون الحط قبل أخذه بالشفعة أو بعده لوجود الالتحاق في الصورتين فيرجع الشفيع على المشتري بالزيادة إن كان أوفاه الثمن، ولو حط بعض الثمن بعد

تسليمه الشفعة كان له أن يأخذها بالباقي لانه تبين أن الثمن أقل فلا يصح تسليمه بخلاف حط الكل حيث لا يلتحق بأصل العقد لانه لو التحق به كان هبة أو بيعا بلا ثمن وهو فاسد فلا شفعة فيهما، وكذلك الزيادة تلتحق بأصل العقد وإنما لا تظهر في حق الشفيع لانه استحق أخذها بالمسمى قبل الزيادة فلا يملك إبطاله بالزيادة فلا يتغير العقد كما لا يتغير بتجديد العقد لما يلحقه بذلك من الضرر. قال في العناية: حط بعض الثمن والزيادة يستوفيان في باب المرابحة دون الشفعة لان المرابحة ليس في التزام الزيادة إبطال حق مستحق بخلاف الشفعة فإن في الزيادة إبطال حق ثبت للشفع بأقلهما، فظاهر عبارة المؤلف أن الحط يصح لمن باشر العقد ولو وكيلا في حالة الصحة أو المرض كان الشفيع وارثا أو لا. وفي المحيط خلافه قال: ولو وكل رجلا ببيع داره فباعها بألف ثم حط عن المشتري مائة درهم وضمن ذلك للآمر ليس للشفيع أن يأخذها إلا بالالف لان حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد. وفيه أيضا: لو طلب الشفيع الشفعة فسلمها المشتري إليه ثم نقد المشتري للبائع الثمن فوهب له البائع خمسة دراهم من الثمن وقد قبض المشتري من الشفيع جميع الثمن فعلم الشفيع بالهبة فليس له أن يسترد شيئا لان الهبة ليست بحط لان الثمن صار عينا بالتسليم. ولو وهب البائع خمس دراهم قبل قبض الثمن كان للشفيع أن يستردها منه لانها هبة الدين والثمن دين في ذمته، ولو باع دارا بثلاثة آلاف وتقابضا فأخذها ورثة البائع بالشفعة فحط البائع عن المشتري في مرضه ألفا فالحط باطل لان المشتري نزل منزل الشفيع لان الحط يظهر في حقه فكان وارثه. ولو حط قبل الاخذ توقف على أخذ المشتري فإن أخذ بطل، وإن ترك صح. ولو لم يكن الوارث شفيعا ولكن أخذها من المشتري تولية أو مرابحة ثم حط عن المشتري في مرض موته صح الحط ويحط المشتري عن الوارث ما حط عنه وحصته من الربح في المرابحة لان الحط وقع في بيع الاجنبي لا حق للوارث فيه. باع دارا بمائة درهم وكر حنطة فأخذها الشفيع بهما ثم حط البائع النقد فوجد البائع بالكر عيبا رده وأخذ مثله، وللمشتري أن يعطيه الكر الذي قبضه الشفيع. وإن كان المشتري ولاها رجلا بمائة درهم وبمثل ذلك الكر فحط البائع وحط هو عن الثاني ثم وجد البائع الاول بالكر عيبا فرده رجع بقيمة الدار على المشتري الاول. والفرق أن البيع وإن انفسخ يرد الكر في الموضعين إلا أنه تعذر في الاول إيجاب قيمة الدار بأخذ الشفيع فأوجبنا الكر، وفي التولية لم يتعذر فأوجبنا قيمة الدار.

***

[٢٤٥]

[بقيمته ويمثله لو مثليا وبحال لو مؤجلا أو يصبر حتى يمضي الاجل فيأخذها وبمثل الخمر وقيمة الخنزير إن كان الشفيع ذميا وبقيمتها لو مسلما وقيمة البناء والغرس لو] قال رحمه الله: (وإن اشترى دارا بعرض أو عقار أخذها الشفيع بقيمته ويمثله لو مثليا) لان الشفعة يتملكها بمثل ما يملكها المشتري به، ثم المثل لا يخلو إما أن يكون مثلا له صورة ومعنى كالمكيل والموزون والعددي المتقارب، أو معنى لا صورة وهو ما عدا ذلك فيعتبر ذلك المثل كما في ضمان العدوان فيأخذ به لانه بدل لها، ولهذا لو اشترى عقارا بعقار يأخذ كل واحد منهما بقيمة الآخر وقدمنا لو اختلفا في قيمة العروض. قال رحمه الله: (وبحال لو مؤجلا أو يصبر حتى يمضي الاجل فيأخذها) يعني يأخذها الشفيع من المشتري بثمن حال إذا كان الثمن مؤجلا أو يصبر حتى يمضي الاجل فيأخذها عند ذلك، وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل. وقال زفر والشافعي ومالك: له ذلك لانه يأخذ بمثل ما أخذ المشتري بصفته والاجل صفة الدين. ولنا أن الاجل يثبت بالشرط وليس من لوازم العقد فاشتراطه في حق المشتري لا يكون اشتراطا في حق الشفيع لتفاوت الناس فيه، ولان الاجل حق المطلوب والدين حق الطالب ولهذا لو باع ما اشتراه بثمن مؤجل مرابحة أو تولية لا يثبت الاجل من غير شرط، ولو كان صفة له لثبت. ثم إن أخذها من البائع بثمن حال سقط الثمن عن المشتري لتحول الصفقة إلى الشفيع على ما بينا ورجع البائع على الشفيع، وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل، وإن اختار الانتظار كان له ذلك. وقوله أو يصبر عن الاخذ أما الطلب فلا بد منه في الحال حتى لو سكت ولم يطلب بطلت شفعته عند أبي حنيفة ومحمد وبه كان يقول أبو يوسف أولا، ثم رجع عنه وقال: لا تبطل شفعته بالتأخير إلى حلول الاجل. قال رحمه الله: (وبمثل الخمر وقيمة الخنزيران كان الشفيع ذميا وبقيمتها لو مسلما) يعني إذا اشترى ذمي من ذمي عقارا بخمر أو خنزير فإن كان شفيعها ذميا أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع بهذا الثمن صحيح فيما بينهم، فإذا صح رتب عليه أحكام البيع ومن جملة الاحكام وجوب الشفعة فيستحقه ذميا كان أو مسلما، غير أن الذمي لا يتعذر عليه تسلم الخمر فيأخذها به لانه من ذوات الامثال والمسلم لا يقدر على ذلك لكونه ممنوعا من تمليكه وتملكه فيجب عليه قيمته كما ذكرنا في

ضمان العدوان الخنزير من ذوات القيم فيجب عليهما قيمته، ولا يقال قيمة الخنزير تقوم مقام عينه لانه قيمي فوجب أن يحرم على المسلم تمليكه بخلاف قيمة الخمر على ما عرف في موضعه لانا نقول: إنما يحرم عليه إذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير، وأما إذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم وههنا بدل عن الدار لا عن الخنزير، وإنما الخنزير مقدر بقيمة بدل الدار فلا يحرم عليه تمليكها، فإن أسلم المشتري قبل الاخذ بالشفعة فإن الشفيع يأخذها بقيمة الخنزير، ولو كان شفيعها مسلما وذميا أخذ كل واحد منهما النصف بما ذكرنا من قيمة الخنزير اعتبارا للبعض بالكل. ولو أسلم الذمي صار

***

[٢٤٦]

حكمه حكم المسلم من الابتداء فيأخذها بقيمة الخنزير والخنزير كما إذا كان الثمن مثليا فانقطع قبل الاخذ بالشفعة فإنه يأخذها بقيمته للتعذر كذا هذا. والمستأمن كالذمي في جميع ما ذكرنا من الاحكام لالتزامه أحكامنا مدة مقامه في دارنا، ولا فرق بين أن يكون المشتري دارا أو بيعة أو كنيسة فإن الشفيع يأخذها بالشفعة لان ملك الذمي فيها ثابت إذا كان يعتقد أن ملكه لا يزول بجعله بيعة أو كنيسة، وإن كان يعتقد أنه يزول فكذلك أيضا لانه بالاقدام على البيع صار معتقدا الجواز. والذمي إذا أدان بديننا ينفذ تصرفه على مقتضى ديننا وإن كان في دينهم لا يجوز ولهذا لو ترافعا إلينا نحكم بديننا، والمرتد لا شفعة له. وطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير تقدم مرارا. ولو أسلم أحد المتعاقدين والخمر غير مقبوض انتقض البيع لان الاسلام يمنع قبضها ولكن لا تبطل الشفعة لانها وجبت بالبيع فلا تبطل بانتقاضه كما إذا اشترى دارا بعبد فهلك العبد قبل القبض فإن البيع ينتقض بهلاكه ولكن لا تبطل الشفعة فيأخذها الشفيع بقيمة العبد. قيد بكون الثمن خمرا أو خنزيرا لانه لو كان ميتة أو دما فلا شفعة له لما في الاصل: اشترى نصراني من نصراني دارا بميتة أو دم فلا شفعة للشفيع اه. ولم يتعرض المؤلف لما إذا صار خلا ثم أسلم البائع أو المشتري ثم استحق نصف الدار وحضر الشفيع فيأخذ النصف بنصف الخمر ولا يأخذ بنصف الخل ثم يرجع المشتري على البائع بنصف الخل إن كان قائما، وإن كان هالكا رجع عليه بنصف قيمة الخل. وفي المبسوط: باع المرتد دارا فمات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب بطل البيع ولا شفعة للشفيع. وفي السغناقي: ولو أسلم البائع قبل اللحوق بدار الحرب جاز البيع وللشفيع الشفعة، ولو كان الشفيع مرتدا فمات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب فلا شفعة لوارثه، ولو كان المرتد لم يلحق بدار الحرب ثم بيعت الدار كان لوارثه الشفعة. وإن اشترى المستأمن دارا ولحق بدار الحرب فالشفيع على شفعته حتى يلقاه، وإن كان الشفيع هو الحربي ودخل دار الحرب بطلت شفعته، وإن كان الشفيع مسلما أو ذميا فدخل دار الحرب إن لم يعلم بالبيع فهو على شفعته، وإن علم ودخل ولم يطلب بطلت شفعته. وإن اشترى المسلم دارا في دار الحرب وشفيعها مسلم ثم أسلم أهل الدار فلا شفعة للشفيع، وههنا أصل تنبني عليه هذه المسائل يجب العلم به وهو أن كل حكم لا يفتقر إلى قضاء القاضي فدار الاسلام ودار الحرب في ذلك الحكم على حد سواء، وكل حكم مفتقر إلقضاء القاضي لا يثبت ذلك في حق من كان من المسلمين في دار الحرب بمباشرة ذلك الحكم في دار الحرب، نظير الاول البيع والشراء وصحة الاستيلاء ونفوذ العتق ووجوب الصوم والصلاة فإن هذه الاحكام كلها من أحكام المسلمين وتجري على من كان في دار الحرب من المسلمين. ونظير الثاني الزنا فإن المسلم إذا زنى في دار الحرب ثم دخل دار الاسلام لا يقام عليه الحد. قال رحمه الله: (وقيمة البناء والغرس لو بنى المشتري أو غرس أو

***

[٢٤٧]

[بنى المشتري أو غرس أو كلف قلعهما وإن قلعهما الشفيع فاستحقت رجع بالثمن فقط] كلف قلعهما) يعني إذا بنى المشتري أو غرس في الارض المشفوعة ثم قضى للشفيع بالشفعة فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعا، وإن شاء كلف المشتري قلعه فيأخذ الارض فارغة. وعن أبي يوسف أنه لا يكلف بالقلع ولكنه بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس، وإن شاء ترك وبه قال الامام الشافعي ومالك لانه ليس متعديا في البناء والغرس لثبوت ملكه فيه بالشراء فلا يعامل بأحكام العدوان فصار كالموهوب له المشتري شراء فاسدا عند الامام، وكما إذا زرعها المشتري فإن كل واحد منهم لا يكلف بالقلع لتصرفه في ملكه،

وهذا لان ضرر الشفيع بالزام قيمة البناء والغرس أهون من ضرر المشتري بالقلع لان الشفيع يحصل له بمقابلة الثمن عوضان وهو البناء والغرس فلا يعد ضررا، ولم يحصل للمشتري بمقابلة القلع شئ فكان الاول أهون فكان أولى بالتحمل. ووجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد لغيره من غير تسليط منه فينتقض كالراهن إذا بنى في المرهون ولهذا تنتقض جميع تصرفات المشتري حتى الوقف والمسجد والمقبرة بخلاف الموهوب على قول أبي حنيفة والمشتري شراء فاسدا لانه فعل بتسليط من المالك ولهذا لا ينتقض تصرفهما. وفي الزرع القياس أن يقلع إلا أننا استحسنا ولذا قلنا لا يقلع لان له نهاية، وليس على الشفيع كبير ضرر بالتأخير لانه يترك بأجرته. فإن قلت: الاسترداد عندهما بعد البناء فإن جواز الاسترداد ينافي أنه لا يكلف القلع بل يقتضي القلع كما في الشفيع قلت: يجوز أن يكون مراده بقوله والمشتري شراء فسادا احتجاج من أبي يوسف عن أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة كما أفصح به صاحب غاية البيان وهذا بعيد، والاوجه أن يقال: إن لابي يوسف في البناء بعد الشراء الفاسد القول المذكور والثاني كما قال الامام ذكره في الايضاح. قيد بما ذكر احترازا عن الزخرفة. وفي قاضيخان: ولو اشترى الرجل دارا وزخرفها بالنقوش شئ كثير كان للشفيع الخيار إن شاء أخذها وأعطاه ما زاد فيها وإن شاء ترك اه‍. قال في المحيط: لان نقص صفته لا يمكن وفيه نظر لان المشتري إذا بنى على الدار المشفوعة كان للشفيع أن ينقض البناء ويأخذ الدار ويعطيه ما زاد فيها. وأجيب بأن البناء إذا قلع له قيمة في الجملة بخلاف الزخرفة. قوله أو بنى أو غرس مثال وليس بقيد لما في الميحط: ولو أن المشتري زرعها رطبة أو كرما يؤمر بقلعه كالبناء. قول رحمه الله: (وإن قلعهما الشفيع فاستحقت رجع بالثمن فقط) يعني أن الشفيع إذا أخذ الارض بالشفعة فبنى أو غرس ثم استحقت فكلف المستحق الشفيع بالقلع فقلع البناء والغرس رجع الشفيع على المشتري إن أخذها منه أو على البائع إن أخذها منه بالثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس. وعن أبي يوسف أنه يرجع بذلك كالمشتري. والفرق بينه وبين المشتري أن المشتري مغرور ومن جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط

***

[٢٤٨]

[وبكل الثمن أن خربت الدار وجف الشجر وبحصة العرصة أن نقض المشتري البناء والنقض له وبثمرها إن ابتاع أرضا ونخلا وثمرا أو أثمر في يده] للشفيع من جهة المشتري ولا البائع لان الشفيع أخذها منه جبرا، ونظيره الجارية المأسورة إذا استردها المالك القديم من مالكها الجديد بقيمتها أو بالثمن فاستولدها ثم استحقت من يده وضمن قيمة الولد رجع عليه بما دفع له من القيمة أو الثمن ولا يرجع بقيمة الولد لانه لم يغره بخلاف ما لو كان مشتريا حيث يرجع بهما على البائع لانه مغرور من جهته. قال رحمه الله: (وبكل الثمن ان خربت الدار وجف الشجر) يعني لو اشترى أرضا فيها بناء أو غرس فانهدم البناء من غير صنع أحد يأخذها الشفيع بكل الثمن ولا يسقط من الثمن شئ لانهما تابعان للارض يدخلان في بيعها من غير ذكر فلا يقابلها شئ من الثمن ولهذا يبيعها في هذه الحالة مرابحة من غير بيان بخلاف ما إذا تلف بعض الارض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته لان الغالب بعض الاصل. هذا إذا انهدم البناء ولم يبق له نقض ولا من الشجر شئ من حطب أو خشب، وأما إذا بقي شئ من ذلك وأخذه المشتري فلا بد من سقوط بعض الثمن بحصته ذلك لانه عين مال قائم بقي يحبس عند المشتري فيكون له حصة من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدرا يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ. قيد بقوله حق الشجر ليخرج الثمر إذا هلك من غير صنع. قال في التتارخانية: ولو هلك الثمر من غير صنع أحد ولم يبق منه شئ سقط حصته من الثمن بخلاف البناء وسيأتي ما يخالفه. قال رحمه الله: (وبحصة العرصة إن نقض المشتري البناء) يعني يأخذ الشفيع العرصة بحصتها من الثمن إن نقض المشتري البناء لانه صار مقصودا بالاتلاف ويقابله شئ من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الارض والبناء يوم العقد، ونقض الاجنبي البناء كنقض المشتري. وفي التتارخانية: لو لم يهدم المشتري البناء ولكن باعه من غيره من غير إرضاء ثم حضر الشفيع فله أن ينقض البيع ويأخذ لكل وكذا النبات والنخل. قال رحمه الله: (والنقض له) يعني النقض للمشتري لان الشفيع إنما كان يأخذه بطريق التبعية للعرصة وقد زالت بالانفصال. قال رحمه الله: (وبثمرها إن ابتاع أرضا ونخلا وثمرا أو أثمر في يده) يعني يأخذها الشفيع مع ثمرها إن كان المشتري اشترى الارض مع الثمر بأن شرطه في البيع أو أثمر عند المشتري بعد الشراء لان الثمر لا يدخل في البيع إلا بالشرط بخلاف النخل. والقياس أن لا يكون له أخذ الثمر لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها.

وجه الاستحسان أن الاتصال خلقة صار تبعا من وجه ولا يتولد من البيع فيسري إليه الحق الثابت في الاصل كالمبيعة إذا ولدت قبل القبض فإن المشتري يملك الولد تبعا للام، كذا هنا. وفي الخانية: لو اشترى قرية فيها أشجار ونخل فقطع المشتري بعض الاشجار وهدم بعض البناء فحضر الشفيع يأخذ الارض وما لم يقطع من الاشجار وما لم يهدم من البناء، وليس له أن يأخذها بالشفعة ويقسم الثمن على قيمة البناء
***
[٢٤٩]
[وإن جذه المشتري سقط حصته من الثمن باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب إنما تجب الشفعة في عقار ملك بعوض هو مال لا في عرض وفلك وبناء ونخل بيعا] والارض، فما أصاب البناء سقط، وما أصاب العرصة يأخذها به وينقض بناء المشتري الذي أحدثه وهذا القول ظاهر الرواية. قال رحمه الله: (وإن جذه المشتري سقط حصته من الثمن) يعني في الفصل الاول وهو ما اشتراها بثمرها بالشرط فكان له فيسقط من الثمن بحصته، وإن هلك بآفة سماوية فكذلك لانه لما دخل في البيع صار أصلا فسقط حصته من الثمن بفواته. وأما في الاصل الثاني فيأخذ الارض والنخل بجميع الثمن لان الثمن لم يكن موجودا عند العقد فلا يقابله شئ من الثمن، وكان أبو يوسف يقول أولا إنه يحط من الثمن في الفصل الثاني لان حال المشتري مع الشفيع كحال البائع مع المشتري قبل القبض. ولو أكل البائع الثمر الحادث بعد القبض سقط حصته من الثمن فكذا هنا، ثم رجع إلى ما ذكر في الكتاب من أنه لا يسقط شئ من الثمن لان الشفيع يأخذ بما قام على المشتري وهو قائم عليه المبيع بدون الثمن بجميع الثمن بخلاف ما إذا كانت موجودة عند العقد لانه دخل في البيع قصدا، وبخلاف الحادث عند البائع قبل القبض لانه حدث على ملك المشتري فيكون له حصة من الثمن بالاستهلاك، وليس للشفيع أن يأخذ الثمن بعد الجذاذ في الفصلين لزوال التبعية بالانفصال قبل الاخذ والله تعالى أعلم. باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال أوقع في النفس، كذا في العناية. قال رحمه الله: (إنما تجب الشفعة في عقار ملك بعوض هو مال) قوله في عقار يتناول ما يقسم وما لا يقسم. وقال الشافعي: لا تجب فيما لا يقسم كالبئر والرحا والحمام والنهر والطريق، وهذا مبني على أصل عنده وهو أن الشفعة تجب لدفع ضرر أجرة القسام عنده، وعندنا لدفع ضرر سوء العشرة. واحترز بقوله بعوض عما إذا ملك بالهبة فإن الشفعة لا تجب فيها، وقوله هو مال عما إذا ملك بعوض غير مال كالمهر والخلع والصلح عن دم عمد والعتق فإن الشفعة لا تجب في هذه الاشياء على ما بينه قريبا، والعقار لغة الضيعة، وقيل ما له أصل من دار وضيعة نقله الامام الطرزي. ونقل الشراح هنا العقار كل ما له أصل من دار وضيعة اه. فهو مطابق للتفسير الثاني. ونقل الجوهري في فصل العين من باب الراء: العقار بالفتح الارض والضياع والنخل ومنه قولهم ما له دار ولا عقار والجمع ضياع. وفي فصل الضاد من باب العين: الضيعة
***
[٢٥٠]
[بلا عرصة ودار جعلت مهرا أو أجرة أو بدل خلق أو بدل صلح عن دم عمد أو عوض عتق أو وهبت بلا عوض مشروط وإن بيعت بخيار البائع أو بيعت فاسدا ما لم] العقار اه. وفي كلامه اختلال لانه فسر العقار أولا بما يشمل الاقسام الثلاثة الارض والضياع والنخل، ثم فسر الضيعة بالعقار فلزم تفسير الاخص بالاعم كما ترى. وفي المحيط: ويدخل في الحمام ما كان مركبا في بنيانه دون المنفصل كالقصعة، ويدخل في الرحا الحجر الاسفل دون الاعلى لانه مبني في الارض، ولو اشترى أجمة فيها قصب وسمك يوجد بلا صيد استحق الاجمة والقصب بالشفعة دون السمك لانه منقول والقصب يشعب في الارض. وفي التتارخانية: وإنما تجب في الاراضي التي تملك رقابها حتى لا تجب في الاراضي التي جازها الامام للمسلمين يدفعها بزراعة، وإنما تجب لحق الملك في الاراضي حتى لو بيعت دار بجنبها دار الوقف فلا شفعة للواقف ولا للمتولي لعدم الملك، كذا في الميحط وغيره. وفي السراجية: رجل له دار في أرض الوقف فلا شفعة له، ولو باع هو عمارته فلا شفعة لجاره. وفي التجريد: ولو جعل داره مسجدا وأفرزه وجعل بابه إلى الطريق فبيعت دار إلى جنب المسجد لم يكن للواقف ولا للمتولي شفعة لعدم الملك. وفي المحيط وغيره: ما لا يجوز بيعه في العقارات كالاوقاف والحانوت المسبل فلا شفعة في ذلك عند من يرى جواز الوقف. وفي المبسوط: لو اشترى أرضا فيها شجر صغار فأثمرت أو فيها زرع فأدرك فللشفيع أن يأخذ ذلك بجميع الثمر لاتصاله بالارض اه. قال رحمه الله: (لا في عرض وفلك) يعني لا تجب الشفعة في عرض وفلك.

وقال مالك: تجب في السفينة لانها تسكن كالعقار. ولنا ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا شفعة إلا في ربع أو حائط ولان الاخذ بالشفعة ثبت على خلاف القياس فلا يجوز إلحاق المنقول به لانه ليس في معنى العقار، وهذا الاستدلال فيه شئ فإن ظاهره حصر ثبوت الشفعة في الربع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن، فيرد عليه أن مقتضى الحصر أن لا تثبت الشفعة في عقار غير ربع وحائط كضيعة خالية مثلا وليس كذلك قطعا فكيف يتمسك به؟ قلت: يمكن حمل القصر على القصر الاضافي دون الحقيقي فالقصر بالنسبة إليهما لا بالنسبة إلى جميع ما عداهما فتأمل. قال في العناية: الربع الدار والحائط البستان وأصله ما أحاط به اه. قال رحمه الله: (وبناء ونخل بيعا بلا عرصة) لانهما منقولان فلا تجب فيهما إذا بيعا بلا أرض، وإن بيعا معها تجب فيها الشفعة تبعا لها بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة وتستحق به الشفعة على أنه مجاوره وذلك إذا لم يكن طريقه غير طريق السفل، وإن كان طريقهما واحدا يستحق بالطريق الشفعة على أنه خليط في الحقوق. قال رحمه الله: (ودار جعلت مهرا أو أجرة أو بدل خلع أو بدل صلح عن دم عمد أو عوض عتق أو وهبت بلا عوض مشروط) لان الشارع لم يشرع التملك بالشفعة إلا بما يملك
***

[٢٥١]

به المشتري صورة ومعنى أو معنى بلا صورة ولا يمكن ذلك إذا تملك العقار بهذه الاشياء لانها ليست بأموال ولا مثل لها حتى يأخذها الشفيع بمثلها فلم يمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بما يملك به المشتري فلم يكن مشروعا. وقال الامام الشافعي: تجب فيهما الشفعة فيأخذها بقيمتها عند تعذر الاخذ بمثلها بخلاف الهبة بلا عوض لتعذر الاخذ بلا عوض إذ هو غير مشروع. ولنا ما تقدم ولان الشفيع يتملك بما يملك به المشتري من السبب لا بسبب آخر، وههنا لو أخذه كان يأخذه بسبب آخر. ولو تزوجها بغير مهر ثم فرض لها عقارا مهرا لم يكن فيها الشفعة لانه تعين بمهر المثل وهو مقابل بالبضع بخلاف ما لو باعها العقار بمهر المثل أو بالمسمى عند العقد أو بعده حيث تجب فيه الشفعة لانه مبادلة مال بمال لان ما أعطاه من العقار بدل عما في ذمته من المهر. ولو تزوجها على دار على أن يرد عليه ألف درهم فلا شفعة في جميع الدار عند الامام. وقالا: تجب الشفعة في حصة الالف لانه مبادلة مال بمال في حقه ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح وهو يقول معنى البيع فيه تابع فلا شفعة في الاصل فكذا في البيع ألا ترى أن المضارب إذا كان رأس ماله ألفا فاتجر وربح ألفا ثم اشترى بالالفين دارا في جوار رب المال ثم باعها بألفين فإن رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب تبعا لرأس المال لان المضارب وكيل في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة، وكذا في حق المضارب وهو البيع، كذا في العتابية. قوله جعلت الدار مهرا مثال. قال في العتابية: ولو قال صالحتك على أن تجعل هذه الدار مهرا لك وأعطيتك هذه الدار مهرا فلا شفعة للشفيع فيها. وقوله جعلت مهرا محترز عن البيع ولو باعها دارا بمهر مثلها أو صالحها على دار أو صالحها من دعوى حق على دار ففيهما الشفعة والقول قول المصالح في قيمة ذلك أو في قدره. وفي السراجية: صالح في دار ادعاه على مائة درهم وهو جاحد لا شفعة فيها، فإن أقام الشفيع البينة أنها التي ادعاها فله الشفعة. وفي شرح الطحاوي: رجل تزوج امرأة ولم يسم مهرا ثم دفع لها دارا مهرا فهو على وجهين: إن قال الزوج جعلتها مهرك فلا شفعة فيها، وإن قال جعلتها بمهرك ألفا ففيها الشفعة. وفي المحيط: لو خلع امرأته على ذلك على أن ترد عليه ألفا فهو كما لو تزوج على دار لى أن ترد عليه ألفا كما تقدم. وفيه أيضا: أسلم دارا لرجل في مائة قفيز حنطة واستلم الدار فللشفيع أخذها بالشفعة، ولو افترقا قبل أن يقبض الدار بطل السلم ولا شفعة للشفيع اه. وفي العتابية: لا شفعة في دار هي بدل عن سكنى دار وخدمة عبد. وقيد بقوله عن دم عمد احترازا عن الخطأ. قال في المبسوط: ولو كان عن جناية خطأ تجب الشفعة، لو صالح بها عن جنايتين أحدهما عمدا والاخرى خطأ فلا شفعة فيها على قول الامام، وعندهما تجب فيها الشفعة فيما يخص جناية الخطأ، ولو صالح عن كفالة رجل بنفسه على دار فلا شفعة فيها لان هذا صلح باطل اه. قيد يقوله بلا عوض مشروط لانه لو شرط في العقد تجب الشفعة
***

[٢٥٢]

ففي الخانية: وهب دارا من إنسان بشرط أن يعوضه كذا فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا، وبعد التقابض تجب الشفعة بمثل العوض

إن كان مثليا وإلا فبقيمته إن كان قيميا. وفي السغناقي: وهب له عقارا من غير عوض مشروط في العقد ثم عوضه عن الدار دارا فلا شفعة في الهبة ولا في العوض. وفي الاصل: لو وهب سقصا مسمى في دار غير محجور ولا مقسوم على أن يعوضه كذا فهو باطل ولا شفعة للشفيع والجواب في الصدقة بألفاظها والعطية نظير الجواب في الهبة، وأما الوصية على هذا الشرط إذا قبل الوصي له ثم مات فإنه تجب فيه الشفعة. قال في الكتاب: إذا قال أوصيت بداري لفلان بألف درهم فقال الموصى له قبلت ثبت للشفيع الشفعة، وإن قال أوصيت أن يوهب له على عوض ألف درهم فهو مثل الهبة بالشرط. وإن ادعى حقا على إنسان وصالحه المدعى عليه على الدار فللشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة كان الصلح عن إقرار أو انكار. وفي الفتاوي العتابية: والقول للمدعي في مقدار الدين في حق الشفيع، وكذا لو صالحه عن عيب على دار بعد القبض فالقول للمصالح في نقصان العيب. ولو ادعى دارا في يد رجل وصالحه المدعى عليه على أن يعطيه المدعي دراهم وترك الدار ينظر إن كان الصلح عن إنكار فلا شفعة للشفيع اهـ. قال رحمه الله: (وإن بيعث بخيار البائع) لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه وبقاء ملكه يمنع وجوب الشفعة لان شرط وجوبها الخروج عن ملكه فإذا أسقط الخيار أو سقط الخيار عند سقوط الخيار، ولان البيع إنما صار سببا لافادة الحكم في ذلك الوقت ووجوب الشفعة تنبني على انقطاع حق الملك بالبيع وهو ينقطع حينئذ. وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة، أما عندهما فظاهر لان المشتري تملكها، وأما عنده فلخروجه عن ملك البائع ألا ترى أن البائع إذا أقر بالبيع وأنكر المشتري تجب الشفعة فإذا أخذها الشفيع في الثالث لزم البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لان خيار الشرط لا يثبت إلا بالشرط وهو كان للمشتري دون الشفيع. وإذا بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما كان له الاخذ بالشفعة لان البائع لم يخرج المبيع عن ملكه إذا كان الخيار له ويلزم البيع لان الاخذ بالشفعة نقض منه للبيع، وكذلك المشتري عندهما إن كان الخيار له لان المبيع دخل في ملكه عندهما لانه يصير بالاخذ مختارا للبيع فيصير إجازة وتملك به المبيع، ولانه صار أحق به من غيره وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة كالمأذون له والمكاتب إذا بيعت دار بجنب دراهما وكذا إذا اشترى دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها كان له أن يأخذها بالشفعة لان ملكه فيها ثابت، وإذا أخذ المشفوعة لم يسقط خياره لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فبدلالته أولى، فإذا حضر شفيع الاولى وهي التي اشتراها المشتري كان له أن يأخذها بالشفعة لانه أولى بها من المشتري، وليس له أن يأخذ الثانية وهي التي أخذها المشتري بالشفعة إذا لم تكن متصلة بملكه لانعدام سبب الشفعة في حقه، واتصاله لا يفيد لعدم ملكه فيها وقت بيع الاخرى،

***

[٢٥٣]

[يسقي حق الفسخ بشئ يسقطه كالبناء أو قسمت بين الشركاء أو سلمت شفعته ثم] وإن كانت متصلة بملكه كان له أن يشاركه فيها بالشفعة، فإذا جاء الشفيع الاول بعدما أخذ المشتري الثاني بالشفعة كان لهذا الذي جاء أن يأخذها بالشفعة وليس له أن يأخذ الثانية بالشفعة. وفي التجريد: ولو كان المشتري شرط الخيار لغيره فأجاز وهو شفيعها فله الشفعة، ولو باع عقار أو شرط الخيار لغيره فأمضى ذلك الغير البيع وهو شفيعها فلا شفعة له. وفي الفتاوى: ولو باعه بخيار ثلاثة أيام ثم زاده ثلاثة أخرى يأخذها الشفيع إذا انقضت المدة الاولى. قال رحمه الله: (أو بيعت فاسدا ما لم يسقط حق الفسخ بشئ يسقطه كالبناء) لان البيع الفاسد بعد القبض لا يفيد الملك للمشتري فلا يثبت للشفيع فيه حق مع بقاء ملكه، وبعد القبض وإن كان يفيده لكنه حق البائع باق فيها ألا ترى أنه واجب الدفع لدفع الفساد ولهذا يحرم على المشتري التصرف فيه، وفي إثبات الحق له تقريره فلا يجوز، وإذا سقط حق الفسخ زال المانع من وجوب الشفعة فتجب. وقوله بالبناء مثال لانه ينقطع حق البائع بإخراج المشتري المبيع عن ملكه بالبيع أو غيره على ما تقرر في البيع الفاسد، فإذا أخرجه عن ملكه بالبيع كان للشفيع أن يأخذها بأي البيعين. فإن أخذها بالبيع الاول أخذها بالقيمة، وإن أخذها بالبيع الثاني أخذها بالثمن لان البيع الثاني صحيح، وإذا أخرجها عن ملكه بالهبة أو جعلها مهرا وغير ذلك نقض تصرفه وأخذ بقيمته لما ذكرنا. وإذا بيعت دار بجنبها قبل القبض فللبائع الشفعة في المبيع لبقاء ملكه فيها، وإن سلمها بعد الحكم له لا تبطل، فإذا بيعت بعد القبض فاستردها بالبائع منه قبل أن يقضي له بالشفعة بطلت شفعته لخروجها عن ملكه قبل الاخذ فصار كما إذا باعها قبله، وإذا استرها بعد الحكم له بقيت على ملكه لما ذكرنا. وقيد بقوله بيعت فاسدا ليفيد أن الفساد قارن العقد واستمر بعده. قيدنا به لان الفساد إذا كان بعد

انعقاده صحيحا لحق الشفعة على حاله، كذا في العناية. واعترض على هذا بأنه لم لا يجوز أن لا يثبت المفسد في حق الشفيع كي لا يلزم تقرير الفساد وإذا ثبت في حق المشتري كما قلنا في خيار الشرط لا يثبت في حق الشفيع وإن ثبت في حق المشتري؟ وأجيب أن فساد البيع إنما يثبت لمعنى راجع إلى العوض فلو أسقطنا العوض بقي بيع بلا عوض وهو فاسد أيضا، والخيار ثبت لمعنى خارج عن العوضين فلو أسقطنا الخيار بقي بيع بلا خيار وهو مشروع. قال رحمه الله: (أو قسمت بين الشركاء) يعني لو قسمت الدار بين الشركاء لا تجب الشفعة لجارهم بالقسمة بينهم لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الخيار، والشفعة لم تشرع إلا في المبادلة المطلقة وهي المبادلة من كل وجه. قال في العناية: ولانها لو وجبت لوجبت للقاسم لكونه جارا بعد استحقاق الشفعة وهو غير صحيح لان سببه الافراز وهو متأخر وهو لا بد أن يكون متقدما على زوال الملك القائم كما تقدم وكونه جارا متأخر. وقول صاحب غاية البيان ولانها لو وجبت لوجبت للقاسم لانه شريك والشريك أولى من الجار فيه

***

[٢٥٤]

[ردت بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء وتجب لو ردت بلا قضاء أو تقايلا. باب ما تبطل به الشفعة] نظر لانه شريك قبل القسمة لا بعدها والكلام فيما بعدها. قال رحمه الله: (أو سلمت شفعته ثم ردت بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء) يعني إذا أسلم الشفيع الشفعة ثم ردت إلى البائع بخيار رؤية أو شرط كيفما كان أو بيعت بقضاء القاضي لا تجب الشفعة فيها لانه فسخ من كل وجه فلا يمكن أن يجعل عقدا جديدا فعاد إليه قديم ملكه والشفعة تجب في الانشاء لا في الاستمرار والبقاء على ما كان، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده، وفي الجامع الصغير: ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية بالجر معناه لا شفعة في الرد بخيار رؤية وليس معناه أن خيار الرؤية لا يثبت في القسمة لان المذكور في كتاب القسمة أن خيار الرؤية يثبت في القسمة وخيار الشرط أيضا لان ثبوتها لخلل في الرضا بالعقد الذي لا ينعقد لازما إلا بالرضا والقسمة منه لما فيها من معنى المبادلة، والمبادلة أغلب في غير الكيلي والوزني فيجوز فيه خيار الرؤية والشرط ولا يجوز في المكيل والموزون لان الاقرار فيهما هو الغالب. وقال في الكافي: وصحح شمس الائمة السرخسي أن خيار الرؤية لا يثبت في القسمة سواء كانت بقضاء أو رضاء، قاله المشايخ. وقلنا: لا فرق بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده، كذا في العناية. ولا عبرة بقول من قال المراد بعد القبض لانه لو كان هذا مرادا كان مناقضا لقولهم في غير هذا المحل ولا فرق بين أن يكون قبل القبض أو بعده، كذا في العناية اه‍. قال رحمه الله: (وتجب لو ردت بلا قضاء أو تقايلا) يعني تجب الشفعة إن ردها المشتري بعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع. وقال زفر: لا تجب لان شفعته بطلت بالتسليم والرد بالعيب بغير قضاء إقالة والاقالة فسخ لقصدهما ذلك والعبرة بقصد العاقدين. قلنا: الاقالة سبب للملك بتراضيهما كالبيع غير أنهما قصدا الفسخ فيصح فيما لا يتضمن إبطال حق الغير لان لهما ولاية على أنفسهما فيكون فسخا في حقهما ولا ولاية لهما على غيرهما فيكون بيعا جديدا في حق الشفيع فيتجدد له به حق الشفعة. قال الشارح قال صاحب الهداية: ومراده بالرد بالعيب الرد بعد القبض. قال رحمه الله: وهذا إنما يستقيم على قوله محمد لان بيع العقار عنده قبل القبض لا يجوز كما في المنقول، وأما على قولهما يجوز بيعه قبل القبض فلا يفيد القيد المذكور والله أعلم. باب ما تبطل به الشفعة لما كان بطلان الشئ يقتضي سابقه وجوده ذكر ما تبطل به الشفعة بعد ذكر ما تثبت به

***

[٢٥٥]

[وتبطل بترك المواثبة أو التقرير وبالصلح عن شفعته على عوض وعليه رده وبموت] الشفعة. قال رحمه الله: (وتبطل بترك المواثبة أو التقرير) حين علم مع القدرة عليه بأن لم يمنعه أحد ولم يكن في الصلاة لانها تبطل بالاعراض وترك الطلبين أو أحدهما مع القدرة إعراض على ما تقدم. والاصل في هذا الباب أن تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح وإن من ثبت له الحق إذا أسقطه بعد ثبوته له سقط علم بثبوته له أو لم يعلم. وتعبير المؤلف بترك الطلب أولى من تعبير صاحب الهداية بترك الاشهاد لانه يرد على صاحب الهداية أن الاشهاد ليس بشرط وترك ما ليس شرطا في الشئ لا يبطله. وفي المحيط: لو سلم الشفعة للوكيل صح وسقطت ويصح تعليق الاسقاطه بشرط، ولو قال سلمت لك إن اشتريت لنفسك لم تبطل إذا كان اشتراها لغيره، ولو قال لاجنبي سلمت شفعة هذا سقطت شفعته

لانه سلم مطلقا فصرفناه إلى المشتري حملا لكلام العاقل على الصحة. ولو قال سلمت لك لا يصح لان الاجنبي بمعزل عن هذا العقد، ولو قال له أجنبي سلم للمشتري فقال سلمت لك صح استحسانا كأنه قال سلمت الشفعة للمشتري لشفاعتك. قال رحمه الله: (وبالصلح عن شفعته على عوض وعليه رده) يعني تبطل الشفعة إذا صالح المشتري الشفيع على عوض وعلى الشفيع رد العوض لان حق الشفيع ليس بمقرر في المحل وإنما هو مجرد حق التملك فلا يجوز أخذ العوض عنه، ولا يتعلق إسقاط بالجائز من الشرط فيما إذا قال الشفيع أسقطت شفعتي فيما اشتريت على أن تسقط حصتك فيما اشتريت أو على أن لا تطلب الثمن مني لكونه ملائما حتى لو تراضيا سقط حق كل واحد منهما، ومع هذا لا يتعلق إسقاط الشفعة بهذا الشرط بل يسقط بمجرد قوله أسقطت، تحقق الشرط أو لم يتحقق، فأولى أن لا يتعلق بالشرط الفاسد وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال بل هو رشوة محضة فيصح الاسقاط ويبطل الشرط، وكذا إذا باع شفعته بمال لما بينا. ونظير ما نحن فيه إذا قال للمخيرة اختاري بألف أو قال ألفين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت المال والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية، وفي أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال. قال في شرح الجامع الكبير: إذا لم يجب العوض يجب أن لا تبطل شفعته كما في الكافلة. والفرق أن حق الشفيع قد سقط بعوض معنى فإن الثمن سلم له والمكفول له لم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له بعوض معنى فإن الثمن سلم له عوضا أصلا فلا يسقط حقه في الكفالة اهـ. قال الشارح: والاصح أن الكفالة والشفعة يسقطان ولا يجب المال. قيد بقوله صالح عن شفعته لانه لو صالح على أخذ نصيب الدار بنصف الثمن يجوز، ولو صالح عن أخذ بيت بحصته من الثمن لا يجوز الصلح ولا تسقط شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض غير أن الثمن مجهول ومثله من الجهالة يمنع صحة البيع ابتداء والاخذ بالشفعة بيع. وفي المبسوط: ساوم الشفيع المشتري أو سأله أن يوليه إياها بذلك الثمن فقال نعم فهو تسليم منه

***

[٢٥٦]

[الشفيع لا المشتري وبيع ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة ولا شفعة لمن باع أو بيع له] اهـ. وفي المحيط: وهذه على ثلاثة أوجه: أحدها ما ذكره المؤلف. الثاني أن يصالح على أن يأخذ نصف الدار بنصف الثمن أو ثلث الدار بثلث الثمن فالصلح جائز لانه أخذ بعوض معلوم بثمن معلوم. المسألة الثالثة أن يأخذ بعضها غير معلوم أو شيئا معلوما يبطل الصلح ولا تبطل شفعته لان هذا لا يدل على الاعراض. وفي الجامع: صالح أجنبي أن يسلم الشفعة على مال بطلت الشفعة بلا مال، فإن قال المصالح على أن تكون الشفعة لي لم تبطل الشفعة لانه لم يسقط حقه بل أقام الاجنبي مقام نفسه في طلب الشفعة. وفي ابن فرشه: ولو استأجر الشفيع الدار أو أخذها منه مزارعة أو معاملة مع علمه بالشراء بطلت شفعته اهـ. والله تعالى أعلم. قال رحمه الله: (وبموت الشفيع لا المشتري) يعني بموت الشفيع قبل الاخذ بعد الطلب أو قبله تبطل الشفعة ولا تورث عنه ولا تبطل بموت المشتري. وقال الامام الشافعي: لا تبطل بموت الشفيع أيضا لانه حق معتبر كالقصاص وحق الرد بالعيب. ولنا أنه مجرد حق وهو حق التمليك وأنه مجرد رأي وهو الصفقة فلا يورث عنه بخلاف القصاص لان من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص، ولهذا جاز له أخذ العوض عنه وملك العين يبقى بعد الموت فأمكن إرثه بخلاف الشفعة لانه مجرد رأي ولهذا لا يجوز الاعتراض عنها، ولان ملك الشفيع فيما يأخذ به الشفعة يشترط أن يكون باقيا من وقت البيع إلى وقت الاخذ بالشفعة ولم يوجد في حق الميت وقت الاخذ ولا في حق الوارث وقت البيع فبطلت لانها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالزائل بعد الاخذ، وإنما لا تبطل بموت المشتري لان المستحق باق ولم يتغير بسبب حقه وإنما حصل الانتقال إلى الوراث فصار كما إذا انتقل إلى غيره فيأخذها. قيدنا قولنا قبل الاخذ قال في العناية: إذا مات بعد قضاء القاضي له بالشفعة أو سلم المشتري الدار له فهي لورثته يأخذونها ولا تباع الدار في دين المشتري لان حق الشفيع مقدم على حق المشتري، فإن باعها القاضي أو وصيه في دين الميت فللشفيع أنه ينقضه كما لو باعها المشتري في حياته، لا يقال بيع القاضي حكم منه فكيف ينقض لانه قضاء منه مخالف للاجماع اهـ. قال رحمه الله: (وبيع ما يسفع به قبل القضاء بالشفعة) يعني تبطل الشفعة ببيع الدار التي يشفع بها قبل الاخذ بالشفعة لان سبب استحقاقه قد زال قبل القضاء بالشفعة، ولا فرق بين أن يكون عالما وقت بيع الدار بشراء المشفوعة أو لم يكن عالما. وكذا إبراء الغريم لان كل ذلك إسقاط فلا يتوقف على العلم كالطلاق والعتاق ألا ترى أنه لا يرتد برد المشتري، ولو

باع التي يشفع بها بشرط الخيار لا تبطل شفعته، ولو اشتراها الشفيع من المشتري بطلت شفعته لانه بالاقدام على الشراء أعرض عن الشفعة، ولمن هو بعده من الشفعاء أو مثله أن يأخذها منه بالشفعة بالعقد الاول وإن شاء بالثاني بخلاف ما إذا اشتراها ابتداء من
***
[٢٥٧]
[ولو شرط البائع الخيار لثالث فأجاز فهو كالبائع أو ضمن الدرك عن البائع ومن ابتاع أو ابتيع له فله الشفعة فإن قيل للشفيع أنها بيعت بألف فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل] غير أن يثبت له فيها حق الاخذ لان شراءها هناك لم يتضمن إعراضا اه‍. قال رحمه الله: (ولا شفعة لمن باع أو بيع له) يعني بيع له بالوكالة والاصل فيه أن من باع أو بيع له فلا شفعة له، ومن اشترى أو اشتري له كان له الشفعة لان الاخذ بالشفعة في الاول يلزم منه نقض ما تم من جهته وهو بالبيع لان البيع تمليك والاخذ تملك وبينهما منافاة، وفي الثاني لا يلزم ذلك بل فيه تقريره لان الاخذ بالشفعة مثل الشراء، ولا فرق بين أن يكون ذلك صدر من الاصيل أو الوكيل حتى لا تكون له الشفعة في الاول ولا لموكله، وفي الثاني لهما ذلك، فلو باع المضارب أو العبد المأذون العقار ليس للمولى ولا لرب المال الاخذ بالشفعة، ولو اشترياها كان لرب المال الشفعة لما ذكرنا. وكذا للمولى إن كان على العبد دين، وإن لم يكن عليه دين فلا فائدة بالاخذ لانه ملكه. والمخير للعقد الذي باشره الفضولي كالموكل لما عرف. وفائدة قوله أن المشتري لا تبطل شفعته إن شارك غيره من الشفعاء إن لم يتقدموا عليه، وإن تقدم هو على من هو بعده من الشفعاء فهي تسلم له عند ترك غيره من الشفعاء، والبائع ليس له أن يطلب المبيع بالشفعة في دار أخرى غيرها بلزقها لانه لما باعها رغب عنها والاخذ رغبة فيها فتنافيا بخلاف المشتري. وفي التجريد: ومن باع دراهم وهو شفيعها فله الشفعة اه‍. والظاهر أنه ومن اشترى دارا ولا يخفي أن قوله ولا شفعة لمن باع متكرر مع قوله وبيع ما يشفع كما تقدم. قال رحمه الله: (ولو شرط البائع الخيار لثالث فأجاز فهو كالبائع) فإن كان المشتري هو الذي فعل ذلك فأجاز فهو كالمشتري وقد بيناه. قال رحمه الله: (أو ضمن الدرك عن البائع) يعني إذا ضمن الشفيع الدرك عن البائع فلا شفعة له لان تمام المبيع إنما كان من جهته فليس له أن ينقض ما تم من جهته وقد بينا. قال رحمه الله: (ومن ابتاع أو ابتيع له فله الشفعة) وقد بينا وجهه فيما تقدم. وفي فتاوى الفضلي: الوكيل بشراء الدار إذا قبض الدار وهي في يده يطلب الشفيع منه ويأخذها منه، فإن كان سلم الدار إلى الموكل يطلب من الموكل ويأخذ منه ولا يطلب من الشفيع. وفي جامع الفتاوي: اشترى الوكيل فحضر الشفيع يأخذها من الوكيل ولا يلتفت إلى حضرة الموكل ولو كان وكيلا بالبيع فباع فحضر الشفيع يأخذها من الشفيع. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: الوكيل بالشراء لا يملك الاخذ ا ه‍. وفي الجامع: دار لها شفيعان قال المشتري لاحدهما اشتريت الدار لك فصدقه لا يبطل حقه وإن أقر بعد ذلك أنه لم يأمره لانا تيقنا ثبوت الشفعة له بالشراء سواء اشترى المشتري الدار لنفسه أو اشتراها للمقر له بأمره لان من اشترى أو اشترى له كان له الشفعة ولم يوجد منه ما يبطلها لان تملكه الدار بالشراء طلب منه للشفعة وزيادة، ولان من يطلب الشفعة يتملك الدار بالشفعة في الطلب الثاني فإذا ملكها
***
[٢٥٨]
للحال قام ذلك منه مقام الطلب والزيادة. ولو قال المشتري هذه الدار كلها كانت لك ولم تكن لي ولا للبائع أو قال كنت اشتريتها قبل أو قال البائع وهبها لك فصدقه بطلت شفعته، ولو لم يصدقه على ذلك للشفيع الاخذ فله أن يأخذ كلها بالشفعة لان الشراء قد صح من حيث الظاهر وجبت الشفعة للشفيعين بعد ما ثبت لهما من حيث الظاهر فبطل حق المصدق لتصديقه ولم يبطل حق المكذب لانهما يصدقان عليه. وفي النوادر: ولو أقر الشفيع قبل القضاء له بالشفعة أن هذه الدار لفلان الغائب وأنه لم يأمره بالبيع وقال المشتري بل هو للبائع لم تبطل شفعته، وكذلك لو قال البائع وكلني صاحبها بالبيع وقال الشفيع لم يأمره صاحبها بالبيع فله الشفعة لان قول الشفيع لا يصدق في حق المتبايعين فكان المبيع محكوما بصحته في حقهما فجاز للشفيع أن يطالب بحقوقه، وكذلك لو ادعى هذه الدار رجل فشهد له هذا الشفيع فلم يعدل ثم باعها ذو اليد فللشفيع أن يأخذها بالشفعة، ذكره ابن سماعة. ولو قال الشفيع هذه الدار لي فإن أقمت البينة وإلا أخذتها بالشفعة فلا شفعة لانه ادعى ملكها والشفعة للتملك ويمتنع أن يملك ما هو على ملكه والشفعة حقه فلا يجوز أن يتملك بالعوض ما هو على ملكه، ذكره ابن سماعة عن أبي يوسف. وفي المسائل المقتدمة اعترف بكون الشئ على ملك غيره فجاز أن يتملكه

بعوض، هذا إذا علم أنه وكيل بالشراء فقد قدمنا حكمه، وأما إذا لم يعلم ذلك إلا بقوله وأنكر الشفيع الوكالة فهو خصم. ولا فائدة في هذه الخصومة لانا لو علمنا بالوكالة كان خصما لان حقوق العقد تتعلق به فكذا إذا لم تكن معلومة. ولو قال المشتري قبل أن يخاصمه الشفيع اشتريت لفلان وسلم ثم حضر الشفيع فلا خصومه بينه وبين المشتري لان إقراره قبل الخصومة لفلان صحيح كما لو كانت الوكالة معلومة، ولو أقر بذلك بعد ما خاصمه الشفيع لم تسقط الخصومة عنه لانه صار خصما للشفيع وهو بهذا الاقرار يريد إسقاط حقه فلا يملكه. ولو أقام بينة أنه قال قبل شرائه أنه وكيل فلان لم تقبل بينته لانه يدفع بهذه البينة الخصومة عن نفسه، وروى عن محمد أنه تقبل بينته لدفع الخصومة حتى يحضر المقر له والوكيل بطلب الشفعة خصم لان الاخذ بالشفعة يتضمن للشراء والخصومة والوكيل بهما جائز إلا عند أبي حنيفة لانه لا يصح إلا برضا الخصم، وعندهما جائز بغير رضا الخصم. ولو طلب وكيل الشفيع فقال المشتري قد سلم الشفيع لا يقبل قوله، وكذلك لو أراد يمينه أنه لم يفرط في طلب الشفعة ولكن يؤمر بتسليم الدار إلى الوكيل ثم يتبع الموكل ويستحلفه وصار كالوكيل بقبض الدين إذا ادعى المديون الابراء من الموكل فإنه يؤمر بدفع الدين للوكيل ثم يتبع الموكل ويستحلفه على ذلك، ولو سلم الوكيل الشفعة أو أقر بالتسليم عند القاضي جاز تسليمه لان من ملك الاخذ بالشفعة ملك التسليم كما في الاب والوصي ولا يجوز عند غير القاضي عندهما. وقال أبو يوسف: يجوز بناء على أن الوكيل إذا أقر على موكله بالتسليم في غير مجلس الحاكم يقبل لما يأتي في الوكالة للدار شفيعان فوكلا رجلا فقال سلمت شفعة
***
[٢٥٩]
[أو ببرأ وشعير قيمته ألف أو أكثر فله الشفعة ولو بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا] أحدهما ولم يبين أيهما هو وقال أطلب الآخر ليس له ذلك حتى يبين لان القاضي يحتاج إلى أن يقضي بالشفعة لاحدهما وبالتسليم على الآخر ولا يمكنه ذلك إلا بعد البيان. وكل الشفيع المشتري فأخذها لم يصح لان الاخذ بالشفعة شراء والواحد لا يصلح وكيلا بالشراء من الجانبين، وكذلك لو وكل البائع استحسانا لانه يصير أخذا من نفسه فيؤدي إلى التضاد في الحقوق إن كان المبيع في يده، وبعد التسليم يصير ساعيا في نقض ما قدتم من جهته لانه بأخذه ينفسخ العقد بينه وبين المشتري ولا يجوز لاحد المتعاقدين السعي في نقض ما تم به. وكله بأن يأخذ الشفعة بكذا وكان المشتري اشترى بأكثر لا يأخذ لان الوكيل بالشفعة وكيل بالشراء والوكيل بالشراء لا يملك الشراء بأكثر مما بين له الموكل من الثمن، وكذلك لو قال اشترها من فلان فاشتراها من غيره لا ينفذ لانه خالف نخاصمه في أخرى ليس له ذلك إلا إذا عمم في التوكيل لان الوكيل بشراء دار بعينها لا يملك شراء دار أخرى. لو طلب المشتري من الوكيل بطلب الشفعة أن يكف عنه مدة على أنه على خصومته وشفعته جاز لان الشفيع لو أخر وأمهل المشتري بعد الاشهاد بدون طلبه جاز فكذا بطلب وكيله، ولا تبطل الشفعة بموت الوكيل وتبطل بموت الموكل ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان الحق ثابت للموكل لا للوكيل. وفي المنتقى: ولو وكل رجلا بطلب له حق له وبالخصومة والقبض ليس له أن يطلب شفعته لان الشفعة شراء والوكيل بالخصومة لا يملك الشراء وكل أن يقبض شفعة قد قضى بها. قال رحمه الله: (فإن قيل للشفيع أنها بيعت بألف فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو ببرأ وشعير قيمته ألف أو أكثر فله الشفعة) لان تسليمه كان لاستكثار الثمن أو لتعذر الجنس ظاهرا فإذا تبين له خلاف ذلك كان له الاخذ للتيسير وعدم الرضا على تقدير أن الثمن غيره لان الرغبة في الاخذ تختلف باختلاف الثمن قدرا وجنسا، فإذا سلم على بعض الوجوه لا يلزم منه التسليم في الوجوه كلها، وكذا كل موزون أو مكيل أو عددي متفاوت بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعروض قيمتها ألف أو أكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير يظهر فيه التيسير فلا يكون له الاخذ، وكذا لو أخبر أن الثمن عروض كالثياب والعبيد فظهر أنه مكيل أو موزون أو أخبر أن الثمن مكيل أو موزون فظهر من خلاف جنسه من المكيل والموزون فهو على شفعته لما ذكرنا، وإن ظهر أنه جنس آخر من العروض قيمته مثل قيمة الذي بلغه أو ظهر أنه ذهب أو فضة قدره مثل قيمة ذلك فلا شفعة له لعدم الفائدة لان في غير المكيل والموزون الواجب القيمة فلا يظهر التفاوت. قال صاحب النهاية: تقييده بقوله قيمته ألف أو أكثر غير مفيد فإنه لو كان قيمته أقل من ألف فتسلمه باطل لاطلاق المبسوط والايضاح حيث قالا: ثم ظهر له مكيل أو موزون فهو على شفعته. وأجيب بأنه مفيد لانه
***
[٢٦٠]

[شفعة له وإن قيل له أن المشتري فلان فسلم ثم ظهر أنه غيره فله الشفعة وإن باعها إلا] إذا علم أن الشفعة لا تبطل إذا ظهر أنه أكثر علم بطريق الاولى أنها لا تبطل إذا ظهر أنه أقل. وفي المحيط: ولو بلغه أن الثمن عبد فظهر أنه جارية ينظر إن كان قيمة الجارية كقيمة العبد أو أكثر بطلت، وإن كان أقل من قيمة العبد لا تبطل فهو كما لو أخبر بالثمن ألف وظهر أقل. ولو أخبر أن الثمن ألف درهم فسلم فإذا هو مائة دينار لم يذكره في الاصل أيضا. وذكر الكرخي ينظر، إن كان قيمة الدنانير ألف درهم أو أكثر صح التسليم وهو قول شيخ الاسلام، كذا في التجريد. وروي عن زفر له في الوجهين الشفعة وهو قول الامام. ولو أخبر أنه باع نصفها فسلم ثم علم أنه باع كلها فله الشفعة لان من رغب عن البعض لعيب الشركة لا يكون راغبا عن الكل وليس فيه عيب، ولو أخبر أنه باع الكل فسلم ثم علم أنه باع نصفها بطلت شفعته لان من رغب عنها وليس بها عيب الشركة كان راغبا عنها وبها عيب الشركة بالطريق الاولى. قالوا: وتأويلها أن يكون ثمن النصف ثمن الكل فلو أخبر أنه باع الكل بألف ثم علم أنه باع النصف بخمسمائة فإنه يجب أن يكون على شفعته لانه إذا رغب في الاول لعجزه عن الالف فلا يكون راغبا عن الخمسمائة، ولو أخبر أنها بيعت بألف فسلم الشفيع الشفعة ثم حط البائع عن المشتري شيئا من الثمن وقبل الحط فله الشفعة لانه يلتحق بأصل العقد فصار كما لو أخبر أنها بيعت بألف فظهر أنها بيعت بأقل منه، ولو زاد البائع مشتري الدار عليها عبدا أو أمة بعد ما سلم الشفيع الشفعة كان للشفيع أن يأخذ الدار بحصتها من الثمن لانه تبين أن حصة الدار من الثمن أقل، ولو قضى القاضي له بالشفعة ولم يعلم بالثمن ثم علم فله الخيار لان رضاه بالاخذ إنما يتم إذا علم بالثمن ا ه. وفي التجريد وغيره: أخبر أن الثمن عبد أو جارية فظهر أنه مكيل أو موزون فهو على شفعته اه. قال رحمه الله: (ولو بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له) وهو قول أبي يوسف. وقد بينا المسألة بفروعها فيما تقدم. وفي المحيط: سلم الشفيع الشفعة فقال المشتري للبائع كان تلجئة لا يتجدد شفعته لانه بعد ما سلم لم يبق له حق فصح إقرارهما بأن البيع تلجئة فكان فاسدا، ولو ثبت معاينة أن البيع تلجئة لا يتجدد للشفيع حق الشفعة بخلاف ما لو كان قبل التسلم لان حق الشفيع ثبت من حيث الظاهر فإقرارهما يتضمن إبطال حقه فلا يقبل تسلم الشفيع في هبة بعوض فظهر أنه بيع لم تعد الشفعة، ولو سلم في هبة بغير شرط العوض ثم تصادقا أنه كان بشرط العوض فله الشفعة. وفي النوادر: ولو سلم الشفعة ثم جعل المشتري للبائع خيار يوم جاز فإن نقض البائع البيع في ذلك اليوم لا يتجدد للشفيع حق الشفعة، رواه ابن سماعة عن محمد، وروي ابن سماعة عن أبي يوسف أن له الشفعة ا ه. قال رحمه الله: (وإن قيل له أن المشتري فلان فسلم ثم ظهر أنه غيره فله الشفعة) لتفاوت الناس في الاخلاق فمنهم من يرغب في معاشرته، ومنهم من يجتنب مخافة شره

***

[٢٦١]

[ذراعا في جانب الشفيع فلا شفعة له وإن ابتاع منهما سهما بثمن ابتاع بقيمتها فالشفعة للجار في السهم الاول فقط وإن ابتاعها بثمن ثم دفع ثوبا عنه فالشفعة بالثمن] فالتسليم في حق البعض لا يكون تسليما في حق غيره، ولو علم أن المشتري هو مع غيره كان له أن يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه. قال محمد في الجامع الصغير: ولو قال الشفيع سلمت الشفعة في هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط، وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة إسقاط الحق كالطلاق فصح تعليقه بالشرط ولا يترك إلا بعد وجوده. قال صاحب العناية بعد ما نقل كلام محمد هذا. وهذا كما ترى يناقض قوله ولا يتعلق إسقاطه بالشرط الجائز فبالفاسد أولى ا ه. وقد يجاب بأنه فرق بين شرط وشرط، فما سبق كان من الشروط التي تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا، وما ذكر هنا من الشروط التي لا تدل على الاعراض ولا على الرضا فتأمل. قال رحمه الله: (وإن باعها إلا ذراعا في جانب الشفيع فلا شفعة له) يعني إذا باع الدار إلا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لان الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الاتصال بالمبيع، وكذا لو وهب هذا القدر للمشتري لعدم الاتصال وهو حيلة. وفي التتارخانية: الحيلة في هذا الباب نوعان: نوع لاسقاطه بعد الوجوب وذلك بأن يقول للشفيع أنا أبيعها منك فقال الشفيع نعم فتبطل شفعته وهو مكروه بالاجماع، كذا ذكره شيخ الاسلام. وذكره شمس الائمة أنه لا يكره إذا لم يقصد المشتري الاضرار بالشفيع وفي الينابيع: قيل الاختلاف قبل المبيع، أما بعده فمكروه بالاجماع وهو الاصح. وفي العتابية: ونوع منه يمنع وجوبه وقد اختلف المشايخ قالوا على قول

أبي يوسف وعلى قول محمد مكروه. وفي الذخيرة: ومنهم من قال في الشفعة لا تكره الحيلة لمنع وجوبها بلا خلاف. وفي الخلاصة: الحيلة لابطال الشفعة إن كان قبل الوجوب لا بأس به، سواء كان الشفيع عدلا أو فاسقا فهو المختار. وفي فتاوى الفضلي عن أبي بكر بن سعيد فقال: الحيلة بعد المبيع مكروهة في الاحوال كلها، وقبل البيع إن كان الجار فاسقا يتأذى به فلا يكره، وقيل يكره في جميع الاحوال ا ه. قال رحمه الله: (وإن ابتاع منهما سهما بثمن ثم ابتاع بقيمتها فالشفعة للجار في السهم الاول فقط) لان الشفيع جار في السهم الاول والمشتري شريك في السهم الثاني وهو مقدم على الجار، ولو أراد الحيلة يشتري السهم الاول بجميع الثمن إلا درهما والسهم الثاني بدرهم فلا يرغب الجار في أخذه لكثرة الثمن، وكذا في المسألة الاولى ما يأتي مثل هذه الحيلة بأن يبيع ما يلي الجار بجميع الثمن إلا درهما ثم يشتري الباقي بدرهم، فإن أخذه بالشفعة أخذ قدر الذراع بجميع الثمن وليس له أن يأخذ الباقي بدرهم، فإن أخذه بالشفعة أخذ قدر الذراع بجميع الثمن وليس له أن يأخذ الباقي لانه ليس بجار فأيهما خاف أن لا يوفي صاحبه شرط الخيار لنفسه، وإن خافا شرط كل منهما

***

[٢٦٢]

[لا بالثوب ولا تكره الحيلة لاسقاط الشفعة والزكاة وأخذ حظ البعض بتعدد المشتري] الخيار لنفسه ثم يخيران معا، وإن خاف كل منهما إذا أجاز لا يجيز صاحبه وكل منهما وكيلا ويشترط عليه أن يجيز بشرط أن يجيز صاحبه. وفي الفتاوى: ومن جملة ذلك أن يتصدق بطبقة معينة على المشتري من الدار بطريقها ويسلمها إليه ثم يبيع الباقي منه فلا يكون للجار شفعه. وفي الخانية: أو المشتري يتصدق بمثل الثمن على البائع وهي والهبة سواء إلا أن في الهبة من الاجنبي يملك الرجوع، وفي الصدقة لا يملك الرجوع. ومنها أن يهب جزأ شائعا ثم يترافعا إلى حاكم يرى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فيحكم بجواز الهبة ثم يبيع بقيمة الدار منه فيكون الموهوب له مقدما على الجار، ومن جملة ذلك أن يهب قدر ذراع من الجانب الذي هو متصل بملك الجار ا ه. قال رحمه الله: (وإن ابتاعها بثمن ثم دفع ثوبا عنه فالشفعة بالثمن لا بالثوب) لان الثوب عوض عما في ذمة المشتري فيكون البائع مشتريا للثوب بعقد آخر غير العقد الاول، وهذه الحيلة تمنع الجار والشريك لانه يبتاع العقار بأضعاف قيمته ويعطيه بها ثوبا قدر قيمة العقار غير أنه يخاف أن يتضرر البائع بذلك لانه لو استحقت الدار تبقى الدراهم كلها في ذمة البائع لوجوبه عليه بالبيع وبراءته حصلت بطريق المقاصة بثمن العقار، فإذا استحق تبين أنه ليس عليه ثمن العقار فبطلت المقاصة فيجب على البائع الثمن كله. والحيلة فيه أن يدفع إليه بدل الدراهم الثمن الدنانير بقدر قيمه العقار فيكون صرفا بما في ذمته من الدارهم، ثم إذا استحق العقار تبين أن لا دين على المشتري فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير، والحيلة الاولى تختص بالجوار وهذه لا وحيلة أخرى تعم الجار والشريك أن يشتريه بأضعاف قيمته من الدراهم ثم يوفيه من الدراهم قدر قيمة العقار لا قدر قيمة الدنانير مثلا ثم يعطيه الدنانير بالباقي فيصير صرفا فيه، فإذا استحق المشفوع يرد ما قبض كله فغير الدنانير على أنه بدل عن العقار المستحق والدينار لبطلان الصرف، وإن كان الشفيع خليطا في نفس المبيع فأراد أن يبيعها من أحدهم وتسقط الشفعة من الباقين فالحيلة فيه أن يجعل الثمن مجهولا. والصبي والمجنون بمنزلة البالغ في هذه المسألة بعد أن يكون مثل القيمة أو بنقصان يتغابن فيه وهذه حيلة عامة. وذكر الخصاف حيلة لم يذكرها محمد وهو أن يدعي أن الدار لابن صغير له في يد هذا الرجل ثم إن المدعي يدعي له مائة دينار ولا يقول إنها من مال ابنه الصغير على أنه يسلم الذي في الدار فيجوز ولا شفعة فيها لان الاب لم يأخذ الدار بطريق المعاوضة، ومن جملة الحيل أن يقر البائع بجزء معلوم من الدار للمشتري ثم يبيع الباقي منه. ومن الحيل أن يوكل المشتري وكيلا بالشراء فيشتري الوكيل ويغيب ولا يكون الموكل خصما للشفيع فهذا على قول محمد، وعلى قول أبي يوسف يكون خصما له ا ه. قال رحمه الله: (ولا تكره الحيلة لاسقاط الشفعة والزكاة) هذا عند أبي يوسف، وعند محمد يكره لان الشفعة وجبت لدفع

***

[٢٦٣]

[لا بتعدد البائع وإن اشترى نصف دار غير مقسوم أخذ الشفيع حظ المشتري بقيمته] الضرر وهو واجب وإلحاق الضرر به حرام فكانت مكروهة ضرورة، ولابي يوسف أنه يحتاج لدفع الضرر عن نفسه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مشروع وإن كان غيره يتضرر

بذلك، وقد قدمنا هذه المسألة بفروعها. قال في النهاية: قيل هذا الاختلاف بينهم قبل الوجوب. وأما بعده فمكروه بالاجماع. ولقائل أن يقول: إما أن يراد بالاجماع والاختلاف إجماع المجتهدين واختلافهم في نفس المسألة أو يراد إجماع المشايخ واختلافهم في الرواية أيما كان لا يخلو عن اضطراب لان الاختلاف بين المجتهدين مقرر وبين المشايخ أيضا مقرر. قال رحمه الله: (وأخذ حظ البعض بتعدد المشتري لا بتعدد البائع) يعني أن المشتري إذا تعدد بأن اشترى جماعة عقارا والبائع واحد يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى كان للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي، وإن تعدد البائع بأن باع جماعة عقارا مشتركا بينهم والمشتري واحد لا يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى لا يكون للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم دون بعض. والفرق أن الشفيع في الوجه الثاني لو أخذ نصيب بعضهم تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر بعيب الشركة وهي شرعت على خلاف القياس لدفع لضرر عن الشفيع فلا تشرع على وجه يتضرر المشتري ضررا زائدا على الاخذ بالشفعة، وفي الاول لا تتفرق الصفقة على أحد، ولا فرق في هذا بين أن يكون قبل القبض أو بعده في الصحيح إلا أن الشفيع إذا اختار الجميع لا يمكنه أن يأخذ نصيب أحدهم إذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع لئلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة المشترين أنفسهم لانه كواحد منهم، وكما إذا كان المشتري واحدا فنقد البعض من الثمن، وسواء سمى لكل ثمنا أو سمى الكل جملة لان العبرة في هذا لاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن واختلافه، والعبرة في التعدد والاتحاد للعاقد دون المالك حتى لو وكل واحد جماعة بالشراء فاشتروا له عقارا واحدا بصفقة واحدة يتعدد وأخذه يتعدد وكان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم، ولو وكل جماعة واحد ليس للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وهو أصل فيه فيتحد باتحاده ويتعدد بتعدده. قيدنا بقولنا لا فرق بين أن يكون الاخذ قبل القبض أو بعده في الصحيح وروى الحسن عن الامام أنه فصل فقال: إن أخذ قبل القبض نصيب أحدهم ليس له ذلك وبعده كان له ذلك لانه قبل القبض يتضرر البائع بأخذ البعض منه بتفريق اليد عليه وبعده لا يتضرر لانه لم يبق له يد. وجوابه أن له أن يحبس الجميع إلى أن يستوفي جميع الثمن فلا يؤدي إلى تفريق اليد عليه، وإذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة وشفيعها واحد فأراد أن يأخذ أحدهما دون الآخر فليس له ذلك. وفي فتاوى العتابية: ولو كانا متلاصقين وشفيع أحدهما خاصة ولو كانا أرضين أو قرية أو أرضها أو قريتين وأرضهما وهو شفيع ذلك كله فإنما له أن يأخذ جميع ذلك كله فإنما له أن يأخذ جميع ذلك أو يدعه سواء كانا متلاصقين أو في مصرين أو قريتين

***

[٢٦٤]

وللعبد المأذون الاخذ بالشفعة من سيده كعكسه وصح تسليمهم الشفعة من الاب] بعد أن يكون ذلك صفقة. وذكر شيخ الاسلام في شرحه أن له أن يأخذ الدار الذي هو شفيعها في ظاهر الرواية. ولو اشترى الدار بمتاع فيها صفقة واحدة فالشفيع يأخذ الدار مع المتاع أو يدع الكل. وذكر شمس الائمة السرخسي في شرحه كان أبو حنيفة يقول أولا هذا ثم رجع وقال يأخذ واحد منهما ثم رجع وقال يأخذ الذي هو شفيعها خاصة. وفي الفتاوى العتابية: ولو اشترى دارين ورفع الحائط من الدار الاخرى وجعلها دارا واحدة أخذ الشفيع كلها وإن كان ذلك الباب بحاله لانه دار لها بابان، ولو فتح باب البيت التي اشتراها إلى داره وسد الباب الاول وصار معروفا بهذا البيت معها أخذها بالشفعة. قال رحمه الله: (وإن اشترى نصف دار غير مقسوم أخذ الشفيع حظ المشتري بقيمته) يعني لو اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسم المشتري البائع يأخذ الشفيع نصيب المشتري الذي حصل له بقيمته وليس له أن ينقض القسمة، سواء كانت بقضاء أو تراض، لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع والشفيع لا ينقض القبض ليجعل العهدة على البائع، ولهذا لو باع أو أجر يطيب له الثمن والاجرة وليس للشفيع فيه ملك وإنما له حق الاخذ بالشفعة وذلك لا يمنع نفوذ تصرفاته غير أنه ينقض تصرفا يبطل حقه لدفع الضرر عن نفسه ولا ضرر في القسمة فيبقى على الاصل في حق البيع الاول وفي حق ماله حكمه وهو القبض بجهته، فظاهر عبارة الشارح أنه يأخذه سواء وقع في جانب الدار المشفوع بها أو لا. وفي التجريد عن الامام أن الشفيع إنما يأخذ النصيب الذي أصاب المشتري إذا وقع في جانب الدار المشفوع بها. وفي واقعات الناطفي أن القسمة إذا كانت بحكم ففي نقض القسمة روايتان. قال الصدر الشهيد في واقعاته والمختار لا نقض بخلاف ما إذا أخذ أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لا يبيع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد لم يقع من الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض

الذي هو حكم البيع الاول بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته وفي التجريد: رجلان اشتريا دارا وهما شفيعان ولهما شفيع ثالث اقتسماها ثم جاء الثالث فله أن ينقض القسمة، سواء اقتسماها بقضاء أو بغير قضاء ا هـ. وأما إذا لم يكن للشفيع نقض القسمة في مسألة الكتاب فيأخذ نصيب المشتري في أي جانب كان لانه استحقه بالشراء والمشتري لا يقدر على إبطاله فيأخذه وهو قول أبي يوسف، وإطلاق الكتاب يدل عليه. وقدمنا قول الامام وإطلاق الماتن صادق على ما إذا قاسم البائع أو غيره وليس كذلك، فلو زاد أو قاسم البائع لسلم من الاعتراض ا هـ. قال رحمه الله: (وللعبد المأذون الاخذ بالشفعة من سيده كعكسه) يعني إذا باع رجل دارا وللبائع عبد مأذون له في التجارة وعليه دين يحيط برقبته وماله فللعبد أن يأخذ الدار بالشفعة، وكذا عكسه وهو ما إذا كان العبد المأذون هو البائع فلمولاه الاخذ بالشفعة
***
[٢٦٥]
[والوصي والوكيل والوكيل.] لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء، وشراء أحدهما من صاحبه جائز إذا كان على العبد دين لانه يفيد ملك اليد للعبد لكون المولى لا يملك ما في يد عبده المديون أو لكون العبد أحق به بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين والعبد بائع لانه بيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له بخلاف ما إذا اشترى لانه ابتيع له، وقد بينا أن من ابتاع أو ابتيع له لا تبطل شفعته، ولو قيد بالمديون لكان أولى. قال رحمه الله: (وصح تسليمهم الشفعة من الاب والوصي والوكيل) يعني أن الحمل والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهما في سببه فيقوم بالطلب والاخذ والتسلم من يقوم مقامهما وهو الاب ثم وصيه ثم أب الاب ثم وصيه ثم الوصي الذي نصبه القاضي، فإن لم يكن أحد فهو على شفعته حتى يدرك، وهذا قول الامام وأبي يوسف. وقال محمد وزفر: هو على شفعته إذا بلغ. وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الاب والوصي عند العلم بالشراء للامام محمد وزفر أن هذا إبطال لحق الصبي فلا يصح كالعفو عن القود وإعتاق عبده وإبراء عن يمينه، ولان تصرفهما نظري والنظر في الاخذ يتعين ألا ترى أنه شرع لدفع الضرر فكان في إبطاله إلحاق الضرر به فلا يملك. ولهما أن الاخذ بالشفعة في معنى التجارة بل هو عينها ألا ترى أنه مبادلة المال بالمال وترك الاخذ بها ترك التجارة فيملكه كما يملك ترك التجارة يوضحه أنه لو أخذه بالشفعة ثم باعه من ذلك الرجل بعينه جاز فكذا إذا سلمه إليه بل أولى لانه إذا أخذه ثم باعه من ذلك الرجل بعينه جاز كانت العهدة على الصبي، وفي الاول على البائع أو المشتري ولان هذا تصرف دائر بين النفع والضرر فيتحمل أن يكون الترك أنفع بايفاء الثمن على ملك الصبي بخلاف العفو عن القود وما ذكر معه لانه ضرر محض غير متردد، ولانه إبطال بغير عوض. هذا إذا بيعت بمثل قيمتها، وإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس في مثله، قيل جاز التسليم بالاجماع لان النظر متعين فيه، وقيل لا يجوز التسليم بالاجماع وهو الاصح لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي، وإن بيعت بأقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعند الامام لا يصح تسليم الاب والوصي ولا رواية عن أبي يوسف. قال في النهاية: ولما لم يصح التسليم على قول الامام لا يصح على قول محمد وزفر بالاولى، ولو كان المشتري هو الاب لنفسه كان له أن يأخذه بالشفعة ما لم يكن فيه ضرر ظاهر على الصغير، وكذا لو اشترى لابنه الصغير كان له أن يأخذ بالشفعة ما لم يكن فيه ضرر ظاهر وهو أن لا يكون فيه غبن فاحش فكذا في الاخذ، والوصي كالاب في هذا إلا أنه يشترط في حقه أن يكون فيه نفع بالصغير ظاهر حتى إذا كان بمثل القيمة لا يجوز. وكذا إذا باع من نفسه بمثل القيمة لا يجوز حتى يكون أكثر، وفي الاب يجوز إذا كان بمثل القيمة فيهما. ثم كيفية طلبه أن يقول اشتريت وأخذت بالشفعة
***
[٢٦٦]
متصلا، ولو باع كل وحد منهما مال الصغير أو مال نفسه ليس له أن يأخذه بالشفعة لا لنفسه ولا للصغير لما ذكرنا أن من باع أو بيع له الخ. وإن كان في الشراء غبن فاحش كان للصغير أن يطلب الشفعة. إذا بلغ. وفي الاصل: الحمل فإن وضعت لاقل من ستة أشهر منذ وقع الشراء فإنه لا شفعة لها إلا أن يكون أبوه مات قبل البيع ورث الحمل عنه حينئذ يستحق الشفعة وإن جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدا وفي السغناقي: وإذا كانت الشفعة لكبير وصغير وحمل وقد ثبت نسبه من الميت شركهم في الشفعة وإن جاءت لاكثر من

ستة أشهر ا هـ. وفي التتمة: وإذا بيعت بأقل من قيمتها فتسليم الاب والوصي لا يصح والصغير على شفعته إذا بلغ. وفي الاصل: إذا اشترى الاب لنفسه دارا وابنه الصغير شفيعها فلم يطلب الشفيع للصغير حتى بلغ، قياس قول أبي حنيفة لا شفعة للصغير، أما الوصي فهو على شفعته ويجب أن يكون الجواب في شراء الاب دارا وابنه الصغير شفيعها على التفصيل إن لم يكن فيه ضرر فلو وقع بأكثر من القيمة بما يتغابن الناس فيه لا يكون للصغير شفعة إذا بلغ، وإن وقع شراء الاب بأكثر من القيمة بما لا يتغابن الناس فيه كان للصغير الشفعة إذا بلغ ا هـ. قال رحمه الله: (والوكيل) بالجر عطفا على الاب يعني الوكيل بالشراء تسليم الشفعة منه صحيح والمراد بالوكيل ههنا الوكيل بطلب الشفعة. وأما الوكيل بالشراء فتسليمه الشفعة صحيح بالاجماع، وكذا سكوته إعراض بالاجماع. والوكيل بطلب الشفعة إنما يصح تسليمه في مجلس القاضي عند الامام وعند أبي يوسف يصح في مجلس القاضي وغيره، وعند محمد وزفر لا يصح تسليمه أصلا لانه أتى بضد ما أمر به فصار كما لو وكله باستيفاء الدين فأبرأه منه. ولهما أنه توكيل بالشراء له لان الاخذ بها شراء والوكيل بالشراء له أن يشتري فله أن يترك الشفعة غير أن أبا يوسف يقول هو وكيل مطلق فينفذ تصرفه مطقا، والامام يقول الوكيل بطلب الشفعة وكيل بالخصومة ولا تعتبر الخصومة في غير مجلس القاضي فلا يكون وكيلا في غير مجلس الحاكم. ولو أقر الوكيل بطلب الشفعة على موكله بأن سلم الشفعة جاز إقراره عليه عند الامام ومحمد إذا كان في مجلس القاضي، وإن كان في غيره فلا يجوز إلا أنه يخرج من الخصومة ا هـ. وقال أبو يوسف: يجوز مطلقا. وقال زفر: لا يجوز مطلقا وقد قدمنا بعض هذه والله سبحانه وتعالى أعلم.

***

[٢٦٧]

[كتاب القسمة هي جمع نصيب شائع في معين وتشتمل على الافراز والمبادلة وهو في المثلى فيأخذ حظه حال غيبه صاحبه وهي في غيره فلا يأخذ ويجبر في متحد الحنس عند] كتاب القسمة مناسبة القسمة بالشفعة من حيث إن كلا منهما من نتائج النصيب الشائع لما أن أقوى أسباب الشفعة الشركة فأحد الشركين إذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة، ومع عدم البقاء باع فوجب عنده الشفعة. وقدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان أصل. وهنا يحتاج إلى معرفة شرعية القسمة وتفسيرها وركنها وشرطها وحكمها وسببها ودليلها. أما دليل المشروعية فهو قوله تعالى * (ونبئهم أن الماء قسمة بينهم) * (القمر: ٢٨) وقوله تعالى * (هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم) * (الشعراء: ١٥٥) ومن السنة ما روي أنه عليه الصلاة والسلام فتح خيبر وقسمها بين الغانمين وعليه إجماع الامة. وأما تفسيرها لغة فهو عبارة عن الاقتسام كالقدرة للاقتدار والاسوة للائتساء. وأما شرعا فسيذكرها المؤلف. وأما ركنها فالفعل الذي يقع به الاقرار. وأما شرطها فمتاع لا تتبدل منفعته بالقسمة ولا يفوت. وأما حكمها فتعين نصيب كل واحد منهما من نصيب الآخر ملكا وانتفاعا وسببها طلب كل واحد من الشريكين الانتفاع بنصيبة على الخصوص. وأما محاسنها أن أحد الشريكين يحصل له من صاحبه سوء الخلق وضيق الفطن وقوة الرأس وليس له مخرج من هذه الامور إلا الركون إلى الاقتسام. وأما صفتها فهي واجبة على الحاكم عند طلب بعض الشركاء. قال رحمه الله: (هي جمع نصيب شائع في معين) هذا معناه شرعا لان ما من جزء معين إلا وهو مشتمل على النصيبين فكان ما يقبضه كل وحد منهما نصفه ملكه ونصفه ملك صاحبه، فإذا وقعت القسمة صار حصة صاحبه فيما وقع في نصيبه عوضا عما فاته في نصيب صاحبه. قال رحمه الله: (وتشتمل على الافراز والمبادلة وهو الظاهر في المثلى فيأخذ حظه حال غيبة صاحبه وهي في غيره فلا يأخذ) يعني القسمة تشتمل على تمييز الحقوق والمبادلة، والتمييز هو الظاهر من

***

[٢٦٨]

[طلب أحد الشركاء لا في غيره وندب نصب قاسم رزقه في بيت المال ليقسم بلا أجر] ذوات الامثال حتى كان لاحد الشريكين أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه، والمبادلة هي الظاهر في غير المثلي كالثياب والعقار والحيوان حتى لا يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه وإن كان معنى الافراز ظاهرا في المثلي لان ما يأخذ كل واحد منهما مثل حقه صورة ومعنى فأمكن أن يجعل عين حقه في القرض والصرف والسلم لانه لو كان مبادلة لما صح في القرض قبض للافتراق قبل أحد العوضين ولا في الصرف والسلم لحرمة الاستبدال فيهما. قال في النهاية: فإن قلت ليس أن محمدا ذكر كتاب القسمة إذا كان وصي الذمي مسلما في التركة خمور أنه يكره قسمتهما، ولو كان

الرجحان في هذه القسمة للافراز ينبغي أن يجوز من غير كراهية فإن الذمي إذا وكل مسلما أن يقبض خمرا له جاز قبضها من غير كراهة. قلت: ذكر شمس الائمة الحلواني إذا كان في التركة خمور لا يكر للوصي المسلم قسمتها لان هذا إفراز محض ليس فيه شبهة المبادلة وإنما تكره القسمة إذا كان مع الخمر الخنازير لان القسمة حينئذ تكون مبادلة، وغيره من المشايخ قالوا: لا بل يكره قسمة الخمور وحدها لان العمل بالشبهين في قسمة الخمور وحدها يمكن بإثبات الكراهة، ومعنى الكراهة هنا هو ما بين الحلال المطلق والحرام المحض، وإنما كان معنى المبادلة في غير المثلي أظهر للتفاوت فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما بيقين. ولو اشترى دارا فاقتسماها لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة، ولك أن تقول إن القسمة لا تعرى عن معنى الافراز والمبادلة في جميع الصور سواء كانت في ذوات الامثال أو في غيره لانها بالنظر إلى البعض إفراز بالنظر إلى البعض الآخر مبادلة وإذا كان كذلك فغاية الامر ان البعض الذي يأخذه كل منهما عوض مما في يد صاحبه وليس بمثل له بيقين فلم يتحقق معنى الافراز فيه بالنظر إلى ذلك البعض فلا يلزم منه أن لا يتحقق الافراز فيه بالنظر إلى البعض الآخر وهو كونه بعض حقه في الجملة فثبتت المساواة بين المبادلة والافراز غير أن الظهور للمبادلة. قال رحمه الله: (ويجبر في متحد الجنس عند طلب أحد الشركاء لا في غيره) يعني إذا طلب بعض الشركاء القسمة يجبر الآبي على القسمة في متحد الجنس، سواء كان من ذوات الامثال أو لا، ولا يجبر في غير متحد الجنس كالغنم مع الابل لما بينا من المعنى. وفي غاية البيان قال في الفتاوى الصغرى: القسمة ثلاثة أنواع: قسمة لا يجبر الآبي عليها كقسمة الاجناس المختلفة، وقسمة يجبر عليها الآبي كقسمة ذوات الامثال كالمكيل والموزون، وقسمة يجبر الآبي في غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم. والخيارات ثلاثة: خيار شرط، وخيار رؤية، وخيار عيب. ففي قسمة الاجناس المختلفة تثبت الخيارات الثلاث، وفي قسمة ذوات الامثال كالمكيل يثبت خيار العيب دون خيار الشرط والرؤية، فخيار الرؤية والعيب يثبتان من غير شرط بخلاف خيار الشرط. وفي قسمة الثياب من نوع واحد والبقر

***

[٢٦٩]

[وإلا نصب قاسما يقسم بأجرة بعد الرؤوس ويجب أن يكون عدلا أمينا عالما بالقسمة] والغنم يثبت خيار العيب. وهل يثبت خيار الرؤية؟ على رواية أبي سليمان يثبت وهو الصحيح وعليه الفتوى، ويثبت فيه خيار العيب من غير خلاف ا ه. وفي الذخيرة: القاضي لا يقسم الاجناس المختلفة قسمة جمع إذا أبى بعض الشركاء بأن كان بينهم إبل وغنم وطلب أحدهم من القاضي أن يجمع نصيبه في الابل والبقر والغنم فالقاضي لا يقسم على هذا الوجه، وفي الجنس المتحد يقسم قسمة جمع عند طلب البعض بأن كان بينهم غنم كثيرة أو إبل كثيرة وطلب أحدهم من القاضي أن يجمع نصيبه في طائفة منها فعل القاضي ذلك ا ه. وفي النهاية: اعترض على قوله يجبر بأن المبادلة معتبرة فيها فكيف يجبر؟ وأجيب بأنه يجبر لدفع الضرر عن غيره كالغريم يحبس حتى يباع ماله لبعض الدين ولهذا لا يثبت حكم الغرور فيها حتى لو أخذ أحدهما الدار وبنى في نصيبه فاستحق الدار التي بنى فيها لا يرجع على صاحبه بقيمة بنائه إذا نقض ا ه. وظاهر العبارة صادق بطلب صاحب القليل والكثير وسيأتي تقييده. قال رحمه الله: (وندب نصب قاسم رزقه في بيت المال ليقسم بلا أجر) يعني يستحب نصب قاسم ورزقه في بيت المال لان القسمة من جنس القضاء من حيث إنه يتم به قطع المنازعة فأشبه رزق القاضي، ولان منفعته تعود إلى العامة كمنفعة القضاء والمقاتل والمفتي فتكون كفايته في بيت المال لانه أعد لمصالحهم كمنفعة هؤلاء. وفي العتابية وغيرها: وينصب القاضي قاسما ويجوز للقاضي أن يقسم بنفسه ويأخذ على ذلك من المتقاسمين أجرة، وهذا لان القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وإنما الذي يفترض عليه جبر الآبي على القسمة إلا أن لها شبها بالقضاء لانها تستفاد منه اه. قال رحمه الله: (وإلا نصب قاسما يقسم بأجرة بعد الرؤوس) يعني إن لم ينصب قاسما رزقه في بيت المال نصبه وجعل رزقه على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص وليس بقضاء حقيقة حتى جاز للقاضي أن يأخذ الاجرة على القسمة وإن كان لا يجوز له على القضاء ألا ترى أنه لا يفترض عليه أن يقسم عليهم بالمباشرة ومباشرة القضاء فرض عليه ويقدر له القاضي أجرة مثله كي لا يطمع في أموالهم ويتحكم بالزيادة، والافضل أن رزقه من بيت المال لانه أرفق وأبعد من التهمة. وقوله بعدد الرؤوس يعني يجب عليهم الاجرة على عدد الرؤوس ولا يتفاوت بتفاوت الانصباء، وهذا عند الامام كما سيجئ بيانه عن قريب. قال رحمه الله:

(ويجب أن يكون عدلا أمينا عالما بالقسمة) لانه من جنس عمل القضاء لانه لا بد من الاعتماد على قوله والقدرة على القسمة وذلك بما ذكرنا. قال تاج الشريعة: ذكر الامانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمه لجواز أن يكون غير ظاهر الامانة، ورد بهذا ما به يلزم من ظهور العدالة ظهور الامانة، ورد عليه بأن المذكور العدالة لا ظهورها فاستلزم ظهورها ظهور الامانة لا يقتضي استدراك ذكر الامانة. فإن قلت: لا يجوز أن يراد بالعدالة ظهورها كما أريد الامانة

***

[٢٧٠]

[ولا يتعين قاسم واحد ولا يشترك القسام ولا يقسم العقار بين الورثة بإقرارهم حتى يبرهنوا على الموت وعدد الورثة ويقسم في المنقول والعقار المشتري ودعوى الملك ولو] حتى يستغنى بذكر العدالة عن ذكر الامانة بالكلية قلت: ظهور العدالة من لفظ العدالة غير ظاهر لا يفهم من لفظها وحده بدون القرينة، وإرادة ظهور الامانة من لفظ الامانة الواقعة في الكتاب ابتداء ظاهر العدالة لا غنى عن ذكر الامانة. قال رحمه الله: (ولا يتعين قاسم واحد) لانه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجرة مثله ولهذا المعنى لا يجبرهم الحاكم على أن يستأجروه، ولان القسمة فيها معنى المبادلة وهي تشبه القضاء على ما بينا ولا جبر فيهما، ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز لما ذكرنا أنه فيها معنى المبادلة إلا إذا كان فيهم صغير لان تصرفهم عليه لا ينفذ ولا ولاية لهم عليه. قال رحمه الله: (ولا يشترك القسام) يعني يمنعهم القاضي من الاشتراك كي لا يتضرر الناس لان الاجرة تصير بذلك غالية لانهم إذا اشتركوا يتواكلون وعند عدم الاشتراك يتبادرون إليها خشية الفوات فيرخص الاجر بسبب ذلك. والاجرة على عدد الرؤوس على قول الامام. وقالا: على قدر الانصباء لانها مؤنة الملك فتتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان وحافر البئر وحمل الطعام وغسل الثوب المشترك، وكبناء الدار والجدار لان المقصود بالقسمة أن يتوصل كل واحد منهما إلى الانتفاع بنصيبه ومنفعة صاحب الكثير أكثر فكانت مؤنة القسمة عليه أكثر. وللامام أن الاجرة بمقابلة التمييز وأنه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل، وقد ينعكس الامر باعتبار المكسور فيتعذر اعتباره ألا ترى أنه لا يتصور تمييز القليل من الكثير إلا بما يفعله فيهما فيتعلق الحكم بأصل التمييز لان عمل الافراز واقع لهم جملة بخلاف ما ذكراه لان الاجرة مقابلة بالعمل وهو يتفاوت فتتفاوت الاجرة بتفاوته. وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الاجرة على الطالب للقسمة لانه هو المنتفع بالقسمة دون الآخر ا ه. قال رحمه الله: (ولا يقسم العقاربين الورثة بإقرارهم حتى يبرهنوا على الموت وعدد الورثة) وهذا عند الامام. وقالا: يقسم باعترافهم لان اليد دليل الملك والاقرار دليل الصدق فصار كالمنقول والعقار المشترى، وهذا لانه لا منكر لهم ولا بينة إلا على المنكر فلا تفيد البينة بلا إنكار لكنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمه باعترافهم ليقتصر عليه ولا يتعداه حتى لا تعتق أمهات أولاده ومدبره لعدم ثبوت موته بخلاف ما إذا كانت القسمة بالبينة. وللامام أنها قضاء على الميت لان التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة ينفذ فيها وصاياه بخلاف ما بعد القسمة، وإذا كان قضاء على الميت فلا بد من البينة وقد يمكن بأن يجعل أحدهم خصما عن الميت وغيره عن أنفسهم، وأورد بأنه لا أولوية لاحدهم أن يكون مدعيا والآخر أن يكون مدعى عليه فكلاهما مجهول ولا قضاء مع الجهالة. وأجيب بأن للقاضي ولاية التعين تحصيلا لمقصوده فترتفع الجهالة بتعينه ولان الوارث نائب عنه وإقرار الخصم لا يمنع من قبول البينة

***

[٢٧١]

[برهنا أن العقار في أيديهما لم يقسم حتى يبرهنا أنه لهما ولو برهنا على الموت وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب أوصى قسم ونصب وكيل أو وصي] ألا ترى أنه لو ادعى إنسان على الميت دينا فأقر به الوارث فأقام المدعي البينة تقبل لانها تثبت الدين على الورثة كلهم ويزاحم الغرماء ولا كذلك إذا كان ثبوته بإقرار الوارث فإنه لا يثبت إلا في حصته خاصة وكذلك الجواب. ولو قال مكان الوارث وصي بخلاف المنقول لان في قسمته نظرا لانه يخشى عليه التلف وبخلاف العقار المشترى لان البيع زال عن ملك البائع قبل القسمة فلم تكن القسمة قضاء عن الغير. قال رحمه الله: (ويقسم في المنقول والعقار المشترى ودعوى الملك) يعني يقسم في الموروث المنقول والعقار المشترى وفيما إذا ادعو الملك ولم يذكروا كيفية انتقاله إليهم قسم بقولهم من غير إقامة بينة، أما في المنقول والعقار المشترى فلما بينا من المعنى والعرف، وأما إذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيفية الانتقال إليهم فلانه ليس في القسمة قضاء على الغير فإنهم لم يقروا بالملك لغيرهم ويكون مقتصرا عليهم فيجوز. ثم قيل هذا قول الامام، وقيل قول الكل وهو الاصح، ولفظ الجامع

الصغير يفيد أن لا يقسم حتى يقيموا البينة على الملك لاحتمال أن يكون الملك في يد غيرهم ا ه. قال رحمه الله: (ولو برهنا أن العقار في أيديهما لم يقسم حتى يبرهنا أنه لهما) يعني لو أقام رجلان بينة أن العقار في أيديهما لم يقسم حتى يبرهنا وطلبا من القاضي أن يقسمه بينهما لا يقسمه بينهما حتى يقيما البينة بأن العقار ملكهما لاحتمال أن يكون هو لغيرهما، وهذه عبارة الجامع الصغير، وما تقدم رواية القدوري، وكلاهما في دعوى الملك المطلق ومثل هذا لا يليق بهذا المختصر. قال رحمه الله: (ولو برهنا على الموت وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب أوصى قسم ونصب وكيل أو وصي يقبض نصيبه) يعني يقبض الوكيل نصيب الغائب والوصي نصيب الصغير لان في نصبه نظرا للصغير والغائب إن حضر ولا بد من إقامة البينة عند الامام لما بينا لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير. وعندهما يقسم بقوله لما ذكرنا، ويشهد أنه قسمها باعتراف الحاضرين فإن الصغير والغائب على حجته. قال في العناية: قولهم في أيديهم وقع سهو من الكاتب والصحيح وأيديهما لانه لو كان في أيديهم لكان في الغائب والصغير وسيأتي أنه لا يقسم. وأجيب بأنه أطلق الجمع وأراد به المثنى. وفي الخانية: هذا إذا كان العقار كله في يد الحاضرين، فإن كانت الدار كلها أو شيئا منهما في يد الغائب أو الصغير وطلب هؤلاء من القاضي القسمة فإنه لا يقسم حتى يحضرا أو يقيما البينة على الموت. وفي الجامع: انه لا يقسمه ولو أقاما البينة ما لم يحضرا ا ه. وأفاد بقوله قسم أن القاضي فعل ذلك. قال في المحيط: فلو قسما بغير قضاء لم تجز القسمة إلا أن يحضر فيجيز أو يبلغ فيجيز، فإن مات الغائب أو الصغير فأجاز ورثته جاز عند الامام. وقال محمد: لا يجوز لانه مات من له الاجازة فبطلت. وللامام أنا لو أبطلنا القسمة بالموت احتجنا

***

[٢٧٢]

[يقبض نصيبه ولو كانوا مشترين وغاب أحدهم أو كان العقار في يد الوارث الغائب أو حضر وارث واحد لم يقسم وقسم القاضي بطلب أحدهم لو انتفع كل بنصيبه وإن] إلى إعادة مثلها فإجازتها أولى ا ه. وفيه أيضا: ولو قسموا بأمر صاحب الشرطة لم يجز لان القسمة لم تفوض إليه لانه فوض إليه أمر الجنايات ا ه. قال رحمه الله: (ولو كانوا مشترين وغاب أحدهم أو كان العقار في يد الوارث الغائب أو حضر وارث واحد لم يقسم) يعني لا يقسم المال المشترك مع غيبة بعضهم، أما في الشراء فلان الملك الثابت ملك جديد بسبب مباشرة ولهذا لا يرد بالعيب على بائعه فلا يصلح الحاضر أن يكون خصما على الغائب بخلاف الارث لان الملك الثابت فيه ملك خلافه حتى يرد بالعيب فيما اشتراه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين فيصح القضاء بقيام البينة على خصمه. وفي الشراء قامت على خصم غائب فلا يقبل. وأما إذا كان العقار في يد الوارث الغائب فلان القسمة قضاء على الغائب بإخراج الشئ من يده من غير خصم عنه فلا يجوز، وكذا إذا كان بعضه في يده والباقي في يد الحاضر، وكذا إذا كان في يد مودعه أو مستعيره أو في يد الصغير لان المودع والصغير ليسا بخصم، ولا فرق في هذا بين إقامة البينة وعدمها في الصحيح ا ه. فإن قلت: التعليل في قولهم إذا كان شئ منه في يد الصغير أو الغائب يكون قضاء بإخراجه من يده لك أن تقول هذا يستقيم إذا كان كله أو كان البعض الذي في يد الصغير أو الغائب زائدا على قدر حصته ما إذا كان قدر حصته من الدار أو أقل فلا يظهر أن فيه قضاء على الصغير والغائب بإخراج شئ مما كان في يده بل يلزم إبقاء ما كان في يده في صورة التساوي وزيادة شئ عليه فيما كان في يد الحاضرين في صورة النقصان ا ه. وأما إذا حضر وارث واحد فلانه لا يصلح أن يكون مخاصما ومخاصما فلا يصلح أن يكون مقاسما ومقاسما فلا بد من حضور شخصين على ما بينا، هذا هو ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أن القاضي ينصب عن الغائب خصما وتقام البينة، ولو حضر صغير وكبير نصب وصيا عن الصغير وقسم إذا أقيمت البينة، وكذا إذا حضر وارث وموصى له بالثلث في الدار وطلب القسمة وأقاما البينة على الارث والوصية يقسم لان الموصى له شريك في الدار فصار كواحد من الورثة فانتصب عن نفسه والوارث عن الميت وبقية الورثة فصار كما إذا حضر وارثان، ولو حضر الموصى له وحده لا يقسم، ذكره في الذخيرة. وفي النهاية: إنما ينصب القاضي وصيا عن الصغير إذا كان حاضرا بخلاف الغائب. وفي المحيط: ولو كانت مشتركة بالشراء فجرى فيها الميراث بأن مات واحد منهم لا يقسم إذا حضر البعض لان الوارث لم يقم مقام المورث في الشركة الاولى بالشراء فينظر في هذا إلى الشركة الاولى، فإن كانت بالميراث يقوم الثاني مقام الاول، وإن كانت بالشراء لا يقوم.

***
[٢٧٣]
ضيعه بين خمسة واحد صغير واثنان غائبان واثنان حاضران فاشترى رجل نصيب أحد الحاضرين وطالب شريكه الحاضر بالقسمة عند القاضي وأخبراه عن القضية فالقاضي يأمر شريكه بالقسمة وجعل وكيلا عن الغائبين والصغير لان المشتري قائم مقام البائع وكان للبائع أن يطالب شريكه فكذا من قام مقامه. أرض بين رجلين فطلب أحدهما القسمة وقدمه إلى القاضي فأتى شريكه وقال بعت نصيبي وأقام البينة على البائع لا تقبل البينة لدفع القسمة عنه لانه يريد إبطال حق القسمة بإثبات فعل نفسه بالبيع فلا يقدر على الاثبات، ولو كان على الميت دين لغائب غير مستغرق حبس القاضي قدر الدين وقسم الباقي لان التركة ملك للورثة إذا لم يكن الدين مستغرقا إلا أنه لا يقسم قدر الدين حتى لا يحتاج إلى نقص قضائه، وإن كان الدين مستغرقا لا يقسم لانهم لا ملك لهم وفي التركة في هذه الحالة ا ه. وفي التجريد: ولو بنى رجلان في أرض لرجل بإذنه ثم أرادا قسمة البناء ومؤاجر الارض غائب فلهما ذلك، فإن أبى أحدهما لم يجبر على القسمة. وفي النوازل سئل أبو بكر عن قرية مشاع بين أهلها ربعها وقف وربعها مقبرة ونصفها ملك يريدون أن يتخذوه مقبرة قال: إن قسمت القرية كلها على مقدار كل نصيب جازت، وإن أرادوا أن يقتسموا موضعا منها لا يجوز. وعن الحسن: رجل اشترى من آخر نصف دار ثم قاسمه قبل أن يقبضها جازت القسمة، فإن استحق النصف الذي في يد المشتري بطل البيع فيه والمشتري بالخيار إن شاء أخذ نصف ما في يد البائع بحصته من الثمن، وإن شاء ترك. وإن استحق نصف البائع بطل البيع فيه والمشتري بالخيار إن شاء أخذ النصف من النصف الذي صار له بالحصة من الثمن، وإن شاء ترك. ولو لم يستحق شيئا حتى باع المشتري النصف الذي صار له ثم استحق النصف الذي صار للمشتري يبطل البيع فيه وكان للمشتري أن يأخذ نصف ما باع البائع ويبطل البيع في نصفه، وكذا إن باع كل واحد منهما نصيبه ثم استحق أحد النصيبين فالجواب فيه كالجواب فيما باع أحدهما، وهذا كله على قياس قول أبي يوسف وزفر رحمهما الله تعالى وبه أخذ الحسن قال: وفي قول أبي حنيفة أي النصفين استحق جاز البيع في الآخر وله أن يبيع من والذي اشتراها منه قبل القبض ومن الاجنبي. في المنتقي عن أبي يوسف: إذا اشترى رجل من أحد الورثة بعض نصيبه ثم حضرا يعني الوارث والمشتري وطلب القسمة فالقاضي لا يقسم بينهما حتى يحضر وارث آخر غير البائع. ولو اشترى منه نصيبه ثم ورث البائع شيئا بعد ذلك أو اشترى لم يكن خصما للمشتري في نصيبه الاول في الدار حتى يحضر وارث آخر غيره، ولو حضر المشتري من الوارث ووارث آخر وغاب الوارث والبائع وأقام المشتري البينة على شرائه وقبضه وعلى الدار وعدد الورثة فإن هذا على وجهين: أحدهما إن كانت الدار في أيدي الورثة ولم يقبض المشتري لم تقبل بينة المشتري على الشراء من الغائب، وإن كان المشتري قبض وسكن الدار معهم ثم طلب القسمة هو ووارث آخر غير البائع فأقام البينة على ما ذكرنا
***
[٢٧٤]
[تضرر الكل لم يقسم إلا برضاهم وإن انتفع البعض وتضرر البعض لقلة حظه قسم بطلب ذي الكثير فقط ويقسم العروض من جنس واحد ولا يقسم الجنسين والجواهر] فالقاضي يقسم الدار، وكذلك إن طلبت الورثة القسمة دون المشتري فالقاضي يقسم الدار بينهم بطلبهم ويجعل نصيب الغائب في يد المشتري ولا يقضي بالشراء، وإن لم يكن المشتري قبض الدار عزل نصيب الوارث الغائب ولا يدفع إلى المشتري، وإن كان المشتري هو الذي طلب القسمة وأبى الورثة لم أقسم لاني لا أعلم ما لكل ولا أقبل بينة على الشراء والبائع غائب. وفيه أيضا عن أبي يوسف: دار بين رجلين باع أحدهما نصيبه وهو مشاع من رجل، ثم إن المشتري أمر البائع أن يقاسم صاحب الدار ويقبض نصيبه فقاسمه لم تجز القسمة، وإذا كان بين رجلين دار ونصف دار اقتسما على أن يأخذ أحدهما الدار ويأخذ الآخر نصف الدار جاز، وإن كان الدار أقل قيمة من نصف الدار. قال رحمه الله: (وقسم القاضي بطلب أحدهم لو انتفع كل بنصيبه) لان فيه تكميل المنفعة إذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة وكانت القسمة حقا لهم فوجب على القاضي إجابتهم. قال في العناية: يعني يقسم جبرا ومراده إذا كان من جنس واحد لان فيه معنى الاقرار لتفاوت المقاصد. قال رحمه الله: (وإن تضرر الكل لم يقسم إلا برضاهم) وذلك كما لو طلبوا قسمة البئر والرحى والحائط والحمام لان القسمة لتكميل المنفعة، وفي قسمة هذا تفويت فيعود على موضعه بالنقص، ولان الطالب للقسمة متعنت ويريد إدخال الضرر على غيره فلا يجبه الحاكم إلى ذلك لانه

اشتغال بما لا يفيد بل بما يضر ويجوز بالتراضي لان الحق لهم وهم أعرف بحاجتهم لكن القاضي لا يباشر ذلك وإن طلبوه منه لان القاضي لا يشتغل بما لا فائدة فيه لا سيما إذا كان فيه إضرار وإضاعة مال لان ذلك حرام ولا يمنعهم منه. اه‍. كلام الشارح. لكن ظاهر المتن أن القاضي يقسم عند رضاهم. وفي الينابيع والذخيرة: ذكر شيخ الاسلام أن القاضي لا يقسم وبعض المشايخ قال يقسم فظهر أن في المسألة روايتين. قال رحمه الله: (وإن انتفع البعض وتضرر البعض لقلة حظه قسم بطلب ذي الكثير فقط) يعني يقسم بطلب صاحب الكثير، كذا ذكره صاحب الخصاف، ووجهه أن صاحب الكثير يطلب من القاضي أن يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره عن الانتفاع بملكه وهذا منه طلب الحق والانصاف فإن له أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه فوجب على القاضي أن يجيبه إلى ذلك، ولا يعتبر ضرر الآخر لانه يريد أن ينتفع بملك غيره فلا يمكن من ذلك ولو طلب صاحب القليل مع أنه لا ينتفع بحقه مع أنه متعنت في طلب القسمة فلا يشتغل القاضي بما لا يفيد. وذكر الجصاص أنه إن طلب صاحب القليل قسم، وإن طلب صاحب الكثير لا يقسم وذكر الحاكم أيهم طلب القسمة يقسم القاضي. والاصح ما ذكر الخصاف لان القاضي يجب عليه إيصال الحق إلى مستحقه ولا يلزمه أن يجيبهم إلى إضرار أنفسهم. ولم

***

[٢٧٥]

[والرقيق والحمام والبئر والرحى إلا برضاهم ويصور القاسم ما يقسمه ويعد له ويذرعه] يتعرض المؤلف لما إذا كان كل واحد منهم لا ينتفع قال في المبسوط: بيت بين رجلين أراد أحدهما القسمة وامتنع الآخر وهو صغير لا ينتفع به واحد منهما لا يجيبهما القاضي إلى ذلك، والاصح أنه لا يقسم إلا إذا طلب صاحب الكثير خاصة، ومنهم من صحح ما ذكره الحاكم والاول أصح اه‍. قال رحمه الله: (ويقسم العروض من جنس واحد) لان اعتبار المبادلة في المنفعة المالية ممكن عند اتحاد الجنس لاتحاد المقصود فيه فيقع تمييزا فيملك القاضي الاجبار عليهما. قال رحمه الله: (ولا يقسم الجنسين والجواهر) أما الجنسان فلعدم الاختلاط بينهما فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة فيعمل التراضي دون جبر القاضي ولهذا قيد بالتراضي. وأما الجواهر فلان جهالتها متفاحشة ألا ترى أنه لا يصلح غير المعين منها عوضا عما ليس بمال كالنكاح والخلع. وقيل: لا يقسم الكبار منها لفحش التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت، وقيل إن اختلف جنسهما لا يقسم، وإن اتحد يقسم كسائر الاجناس. وفي العتابية: والقمقم والطشت المتخذة من صفر ملحقة مختلفة الجنس فلا يقسمها جبرا، وكذلك الاثواب المتخذة من القطن والكتان إذا اختلف بالصنعة كالقباء والجبة والقميص كذلك، وفي مختصر خواهر زاده: ولا يقسم السرج ولا الفرس ولا المصحف وفي التجريد: لو أوصى لهما بصوف على ظهر غنم أو لبن في ضرع أو بما في بطون الغنم لا يقسم قبل الجز والحلب والولادة. وفي الخانية: إذا كان بين رجلين ثوب مخيط لا يقسم القاضي بينهم ولو غير مخيط فاقتسماها طولا أو عرضا جازت القسمة. قال رحمه الله: (والرقيق والحمام والبئر والرحى إلا برضاهم) أما الرقيق فالمذكور هنا قول الامام. وعندهما يجوز لاتحاد الجنس والتفاوت في الجنس الواحد لا يمنع القسمة كما في الابل والغنم ولهذا يقسم الرقيق في الغنيمة بين الغانمين. وللامام أن التفاوت بينهما فاحش لتفاوت المعاني الباطلة كالدهن والكياسة بخلاف سائر الحيوانات لان الانتفاع بهما لا يختلف إلا شيئا يسيرا وذلك مغتفر في القسمة ألا ترى أن الذكر والانثى من بني آدم جنسان مختلفان، ومن الحيوانات جنس واحد فلا يجوز القياس، وقسمة الغنائم تجري في الاجناس فلا تلزم، وهذا الخلاف فيما إذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم شئ آخر من العروض وهم ذكور فقط أو أناث فقط، وأما إذا كانوا مختلطين بين الذكور والاناث لا يقسم بالاجماع لان الذكور والاناث من بني آدم جنسان لاختلاف المقاصد. وإن كان مع الرقيق شئ آخر مما يقسم جازت القسمة في الرقيق تبعا لغيرهم بالاجماع ويجبرهم القاضي بطلب البعض، وكم من شئ يدخل تبعا وإن لم يجز دخوله قصدا. وأما الحمام والبئر والرحى فلما ذكر من إلحاق الضرر بالكل. ولو اقتسما الحمام أو البئر بأنفسهم جاز ولكل واحد نوع منفعة بأن يتخذ نصيبه من الحمام بيتا، وإن طلبا جميعا القسمة من القاضي هل يقسم؟ فيه روايتان: في رواية

***

[٢٧٦]

[ويقوم البناء ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه ويلقب الانصباء بالاول والثاني والثالث ويكتب أسماءهم ويقرع فمن خرج اسمه أو

لا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله] لا يقسم لانها تضمنت تفويت منفعة وليس للقاضي ذلك لانه يكون سفها يمكنه، وفي رواية يقسم لانهم رضوا بذلك وإليه أشار في الكتاب لانه فيه نوع منفعة، كذا في المحيط. وفي التتارخانية: وإذا كانت قناة أو بئر أو نهر وليس معه أرض فأراد بعض الشركاء القسمة فإنها لا تقسم، وإذا كانت أرض لها شرب قسم الارض وترك الشرب والقناة والبئر كالشركة. وفي الخلاصة: ولكل منهما شربة فإن كان يقدر كل واحد منهما أن يجعل أرضه شربا من موضع آخر قسم ذلك كله فيما بينهم. وفي الاصل: لو كانت أنهارا وآبار الارض مختلفة قسم الآبار والعيون والاراضي اه. وفي النوادر: ولو قسم البئر بالجبال جاز لان التفاوت فيها قليل اه. قال رحمه الله: (دور مشتركة أو دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل على حدة) أما الدور المشتركة فالمذكور ههنا قول الامام. وقالا: تقسم الدور بعضها في بعض إذا كانت في مصر واحد وكانت القسمة أصلح لهم لانهم جنس واحد نظرا إلى اتحاد الاسم والصورة وأصل السكنى جنسان نظرا إلى اختلاف الاغراض وتفاوت السكنى. وإذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر لقلة نصيبه. وللامام أن الدور أجناس مختلفة لاختلاف المقصود باعتبار المحال والجيران والقرب من المسجد فكان اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة فلا يجوز جمع نصيب كل واحد في دار إلا بالتراضي، والابل والبقر والغنم يقسم كل جنس منه بانفراده ولا يجمع بين الاجناس كما ذكرنا بخلاف الدور والمنازل المتلازقة كالبيوت والساحة كالدور لانه بين البيت والدار فأخذ حظه من كل واحد منهما. والدور في مصرين لا تقسم بالاجماع، وأما الدور والضيعة والدار والحانوت فلاختلاف الجنس، ذكره الخصاف. وفي رواية الاصل ما يشير إلى أنه يجوز اه. قال رحمه الله: (ويصور القاسم ما يقسمه) أي يكتب على قرطاس ليمكنه حفظه. قال في العناية: يكتب أن نصيب فلان كذا وفلان كذ إن أرادوا رفع تلك الكاغضة إلى القاضي ليتولى الاقراع بينهم بنفسه. قال رحمه الله: (ويعد له) أي يسويه على سهام القسمة ويروي ويعزله حتى يقطعه بالقسمة عن غيره. قال رحمه الله: (ويذرعه ويقوم البناء) لان قدر الساحة يعرف بالذرع والمالية بالتقويم ولا بد من معرفتها ليمكنه التسوية في المالية ولا بد من ذرع الارض وتقويم البناء. قال رحمه الله: (ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه) لان القسمة تكميل المنفعة وبه يكمل لانه إذا لم يفرز يبقى نصيب بعضهم متعلقا بنصيب الآخر فلم يحصل الانفصال من كل وجه، وهذا بيان الافضل فإذا لم يفرزه أو لم يمكن جاز. قال رحمه الله: (ويلقب الانصباء بالاول والثاني والثالث ويكتب أسماءهم ويقرع فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) والقرعة لتطييب قلوبهم، فلو أقسم الامام بلا قرعة جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام

***

[٢٧٧]

[السهم الثاني ولا تدخل في القسمة الدراهم إلا برضاهم وإن قسم ولاحدهم مسيل أو] فيه. وكيفيته أن ينظر إلى أقل الانصباء فقدر به آخر السهام حتى إذا كان العقار بين ثلاث لاحدهم النصف وللآخر الثل وللآخر السدس جعلها أسداسا لانه أقل الانصباء فيكتب أسماء الشركاء في بطاقات ويجعلها شبه البندقة ثم يخرجها حتى إذا نشفت وهي مثل البندقة يدلكها ثم يجعلها في كمه أو وعاء فيخرجها واحدا بعد واحد، فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول، ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني، ومن خرج ثالثا فله السهم الثالث إلى أن ينتهي إلى الاخير، فإن خرج أولا في المثال الذي ذكرناه اسم صاحب النصف فإن له ثلاثة أسداس من الجانب الملقب بالاول، وإن خرج ثانيا كان له كذلك من الجانب الذي يلي الاول، وإن خرج ثالثا كان له كذلك من الجانب الذي يلي الثاني، وعلى هذا كل واحد منهم. لا يقال تعليق الاستحقاق بالقرعة قمار وهو حرام ولهذا لم يجز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى الملك وتعين العتق والمطلقة لانا نقول: لا يحصل الاستحقاق لان الاستحقاق كان ثابتا قبله وكان للقاضي ولاية الزام كل واحد منهم، وإنما القمار على زعمهم اسم لما يستحقون به ما لم يكن لهم قبل لا مثل هذه بل هذه مشروعة كما أخبر الله سبحانه وتعالى عن يونس وزكريا عليهما الصلاة والسلام كما قال الله تعالى * (إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل) * (آل عمران: ٤٤) الآية وقوله تعالى * (فساهم فكان من المدحضين) * (الصافات: ١٤١) الآية. ولقائل أن يقول: بين أول كلامهم وآخره تدافع لانهم صرحوا أولا بأن مشروعية استعمال القرعة هنا جواب استحسان والقياس يأبى ذلك، وقالوا آخرا أن هذا ليس بقمار وبينوا الفرق بينه وبين القمار وذكروا له نظائر في

الكتاب والسنة فقد دل على أنه لا يأباه القياس أصلا بل هو يقتضيه القياس أيضا فتدافعا اهـ. قال رحمه الله: (ولا تدخل في القسمة الدراهم إلا برضاهم) يعني جماعة في أيديهم عقار فطلبوا القسمة وفي أحد الجانبين فضل عن الآخر فأراد أحدهم أن يدفع عوضه من الدراهم والآخر لم يرض بذلك لم تدخل الدراهم في القسمة لانه لا شريك له فيها ويفوت به التعديل في القسمة لان بعضهم يصل إلى عين المال المتشرك في الحال ودراهم الآخر في الذمة فيخشى عليها التوى، وإذا كان أرض وبناء فعن الثاني أنه يقسم باعتبار القيمة لانه يمكن اعتبار التعديل فيه إلا بالتقويم لان تعديل البناء لا يمكن إلا بالمساحة والمساحة هي الاصل في الممسوحات، ثم يرد من وقع البناء في نصيبه قيمة البناء أو من كان أجود دراهم على الآخر فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة صحة التزويج. وعن محمد أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة، وإذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية فيه بأن لم تف العرصة بقيمة البناء فحينئذ ترد الدراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل وهو القسمة بالمساحة إلا

***

[٢٧٨]

[طريق في ملك الاخر لم يشترط في القسمة صرف عنه إن أمكن وإلا فسخت القسمة] بالضرورة، وهذا يوافق رواية الاصل. وفي المحيط: ولو رفع القسمة على أن يزيد أحدهما شيئا معلوما فلا يخلو إما أن يكون المشروط دراهم أو دنانير أو مكيلا أو موزونا أو عروضا أو حيوانا، فإن كان المشروط دراهم معلومة جاز بأن كانت مشروطة لتعديل الانصباء فيجوز بالتراضي، وإن كانت الزيادة مشروطة لتقع القسمة على المفاضلة فيكون بيعا من كل وجه وهو جائز بتراضيهما، وإن كانت الزيادة مكيلا أو موزونا ولم يسم مكان الايفاء لم تجز عند الامام، وعندهما تجوز ويسلمها عند الدار كما في السلم، وإن كانت الزيادة عرضا يجوز السلم فيها كالثوب جاز مؤجلا ولا يجوز حالا، وإن كان عروضا لا يجوز السلم فيه، وإن كان حيوانا بعينه جاز، وبغير عينه لا يجوز. ثلاثة بينهم دور صغرى وكبرى فأخذ أحدهم الكبرى على أن يرد على الآخرين دراهم مسماة جاز، وكذلك لو أخذ الكبرى بنصيبين والصغرى بنصيب جاز. ولو اقتسموا الباب على أن من أصابه هذا رد ردهما، ومن أصابه هذا رد درهمين جاز. ولو اقتسموا الاراضي على أن من أصابه شجر ونبت في أرضه فعليه بقيمته دراهم جاز، ولو اقتسما على أن لاحدهما الصامت وللآخر العروض والنحاس والدين على أنه إن بقي عليه شئ من الدين يرد عليه نصفه فالقسمة فاسدة اهـ. قال رحمه الله: (وإن قسم ولاحدهم مسيل أو طريق في ملك الآخر لم يشترط في القسمة صرف عنه إن أمكن وإلا فسخت القسمة) لان المقصود من القسمة تكميل المنفعة باختصاص كل بنصيبه وقطع أسباب تعلق حق الغير فإذا أمكن حصل المقصود وإلا لم يحصل فتعين الفسخ والاستئناف لنفي ضرر الاختلاط بخلاف البيع حيث لا يفسخ ولا يفسد فيما إذا لم يتمكن المشتري من الاستطراق ومن مسيل الطريق الماء لان المقصود ملك الرقبة ولا يشترط فيه الانتفاع في الحال ولا كذلك القسمة. ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول وهو ما إذا أمكن صرفه عن الآخر بأن قال هذا لك بحقوقه كان الجواب فيه مثل ما إذا لم يقل بحقوقه فيصرف عنه إن أمكن كما تقدم إلا إذا قال خذ هذا بطريقه وشربه ومسيله فحينئذ لا يصرف عنه لانه أثبت له بأبلغ وجوه الاثبات بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان من الطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص. واختلفوا في إدخال الطريق في القسمة بأن قال بعضهم لا يقسم الطريق بل يبقى مشتركا مثل ما كان قبل القسمة ينظر فيه الحاكم، فإن كان يستقيم أن يفتح كل في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم تكميلا للمنفعة وتحقيقا للافرار من كل وجه، وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم لتحقق تكيمل المنفعة فيما وراء الطريق. ولو اختلفوا في مقدار عرضه يجعل على قدر عرض الباب بطوله أي ارتفاعه حتى يخرج كل واحد منهم جناحا في نصيبه إن كان فوق الباب لا فيما دونه لان باب الدار طريق متفق عليه والمختلف فيه يرد إلى المتفق عليه، وفي هذا القدير كفاية في الدخول. ولو شرطوا أن يكون

***

[٢٧٩]

[سفل له علو وسفل مجرد وعلو مجرد قوم كل على حدة وقسم بالقيمة ويقبل شهادة] الطريق في الدار على التفاوت جاز وإن سهامهم في الدار متساوية لان القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الاموال الربوية جائزة، وإن كان ذلك أرضا يرفع قدر ما يمر به نور لوقوع الكفاية به في المرور. ولم يذكر حكمه فيما إذا لم يكن له طريق وفي المحيط: ولو اقتسموا دارا فإذا لا طريق لاحدهم وقدر على أن يفتح

في نصيبه طريقا يمر فيه الرجل دون الحمولة جازت القسمة لانها لم تتضمن تفويت منفعة، وإن لم يقدر، ينظر إن لم يعلم أنه لا طريق له فالقسمة فاسدة، وإن علم أنه لا طريق له جازت القسمة لانه رضي بهذه القسمة. دار في سكة غير نافذة اقتسموها على أن يفتح كل واحد بابا إلى السكة جاز ولا يمنعون منه لانهم تصرفوا في خالص حقهم وهو الجدار ولا ضرر على غيرهم في ذلك. مقصورة بين قوم طريقها في دار الآخر فاقتسموها فليس لكل واحد أن يفتح بابا من المقصورة إلى الدار، وإنما لهم طريق على مقدار الباب ولا يكون لهم حق المرور فيما سوى الطريق، وإن كان بجنب المقصورة دار لهم وقعت في قسمة رجل فأراد أحدهم أن يجعل الطريق إلى داره في هذه المقصورة لم يكن له ذلك. طريق مشترك بين جماعة ليس لواحد منهم أن يفتح بابا لدار أخرى لا حق لها في هذه الطريق. ولو اقتسموا قرية فأصاب أحدهم قراح والآخر كرم والآخر بيوت جاز بتراضيهم، وإذا اقتسما كرم وفيه عنب وثمر ينظر، إن قالا على أن النصف لفلان بكل قليل وكثير وما فيه من الاعشاب والثمار فهي مقسومة وإلا فهي على الشركة بينهما. دار وفيها طريق لآخر لا يمنعها عن قسمتها ويترك طريقه على عرض الباب العظمى، فإن باعوا الدار والطريق برضاهم ضرب صاحب الدار على مثلي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لان الطريق بينهم أثلاثا إذا لم يعلم قدر الانصباء فيكون الثمن بينهم أثلاثا، وكذا إذا كان رقبة الطريق لاثنين وللآخر حق المرور. ومن مات منهم وتعددت ورثته اعتبر حقه كحق واحد، وإن لم يعرف أن الدار ميراث بينهم فالطريق على عدد الرؤوس وقسمة الطريق على عدد الرؤوس. ولو كان فيها طريق من ناحية وطريق لآخر من ناحية أخرى يعزل لهما طريق واحدة والطريق الواحد يكفي للمرور. ولو اقتسموا دارا وفيها كنيف شارع إلى الطريق أو ظلة لم يحسب في ذرع الدار لان الظلة والكنيف ليس لهما حق القرار على طريق العامة بل مستحق النقض، ومستحق النقض كالمنقوض ولكنهما يقومان على من وقعا في حيزه، ولا يحسبان في ذرعان الدار بعد قسمه الوالي وترك طريقا للعامة فرأى الوالي بعد ذلك أن يعطي الطريق لواحد فينتفع بها ولا يضر بأهل الطريق جاز إن كانت المدينة له، وإن كانت للمسلمين لم يجز اهـ. قال رحمه الله: (سفل له علو وسفل مجرد وعلو مجرد قوم كل على حدة وقسم بالقيمة) وهذا قول محمد وعليه الفتوى. وقال الامام والثاني: يقسم بالذرع لان القسمة بالذرع هي

***

[٢٨٠]

الاصل في المذروع والكلام فيه والعبرة للتسوية في أصل السكنى كما في المرافق. قال في العناية: وصورتها علو مشترك بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشترك بينهما وعلو لآخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل في دار واحد أو في دارين. قيدنا بهذا لئلا يقال قسمة العلو مع السفل قسمة واحدة إذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند الامام، لمحمد أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبئر والاصطبل والسرداب وغيره فصار كالجنسين فلا يمكنه التعديل إلا بالقسمة. وكيفية القسمة على قول الامام ذراع سفل بذراعين من العلو. وقال أبو يوسف: ذراع بذراع قيل أجاب كل منهما على عادة أهل عصره، وقيل هو اختلاف حجة بينهم. قال الامام: لصاحب السفل منافع كثيرة ولصاحب العلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى. وأبو يوسف قال: هما سواء في الانتفاع. وتفسير المسألة على قول الامام أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل فثلاثة وثلاثون وثلث لمن العلو الكامل في مقابلة مثله من العلو المجرد وثلاثة وثلاثون وثلث من السفل الكامل في مقابلة ست وستين وثلاثين من العلو المجرد فذلك تمام مائة، ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستين وثلثا ذراع من البيت الكامل لان علوه مثل نصف سفله فستة وستون وثلثان من سفل الكامل في مقابلة مثله من السفل المجرد وستة وستون وثلثان من العلو الكامل في مقابلة ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة. وتفسير قول الامام أبي يوسف أن يجعل بمقابلة شئ من السفل المجرد أو من العلو المجرد قدر نصفه من البيت الكامل. ويقابل نصف العلو بنصف السفل لاستواء العلو والسفل عنده ويجعل بمقابلة شئ من السفل المجرد قدره من العلو الجرد. وقال محمد: يقسم على قيمة السفل والعلو، فإن كان قيمتها على السواء يحسب ذراع بذراع، وإن كان قسمة أحدهما أعلى من الآخر يحسب الذي قيمته أعلى على النصف ذراع بذراعين من الآخر حتى يستويا في القيمة. وفي الذخيرة فإن قيل: كيف يقسم العلو من السفل قسمة واحدة عند الامام ومن مذهبه أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة إن لم تكن في دار واحدة قلنا: موضوع المسألة أنهما كانا في دار واحدة والبنيان في دار واحدة، وإنما يقسم عند الامام رضي الله تعالى عنه وإن كان في دارين بطريق التراضي فلهذا قيد في النهاية بما سبق. وعلم من قوله قوم كل على حدة أن البناء لا يقسم بالذراع قال: وإن قسما دارا فإنه يقسم العرصة بالذراع

ويقسم البناء بالقيمة. ثم هذا على ثلاثة أوجه: فتارة يقسما الارض نصفين ويشترطا أن من وقع البناء في نصيبه يعطي لصاحبه نصف قيمة البناء وقيمة البناء معلومة أو اقتسموا ذلك وقيمة البناء غير معلومة بأن اقتسموا الارض ولم يقتسموا البناء، فإن اقتسموا الارض وشرطا في البناء كما تقدم فيكون بيعا مشروطا في القسمة، وهذا البيع من ضرورات القسمة فيكون له حكم القسمة فيجوز وإن لم تعرف قسمة البناء واقتسموا كذلك جاز استحسانا ويفسد قياسا لجهالة
***

[٢٨١]

[القاسمين أن اختلفوا ولو ادعى أحدهم أن من نصيبه شيئا في يد صاحبه وقد أقر] ثمن البناء. وجه الاستحسان أن القسمة لاقت العرصة ولا جهالة فيها، ومن وقع في نصيبه يتملك على صاحب نصف البناء القيمة فيها ضرورة. وإن اقتسما الارض ولم يقتسما البناء جازت القسمة ثم يتملك من وقع البناء في نصيبه نصف البناء فالقيمة لانه لا وجه لابقاء البناء مشتركا لان صاحب الارض يتضرر به، ولا وجه لدفع الضرر إلا بتملك الارض وتملك بالبناء بالقيمة لانه أقل ضررا من تملك الارض بالقيمة من غير رضا صاحبها كالغاصب إذا صبغ الثوب يتملك صاحب الثوب الصبغ دون صاحب الصبغ، كذا في المحيط. هذا إذا اقتسما الارض، فلو وقع القسم في الارض لواحد والبناء لآخر قال: دار بين رجلين فاقتسما على أن يأخذ أحدهما الارض والآخر البناء ولا شئ له من الارض فهذا على ستة أوجه: إذا شرطا في القسمة على أن من له البناء يكون مشتريا نصيب صاحبه من البناء بما تركه على صاحبه من الارض فإن سكتا عن القلع أو شرطا ذلك جازت القسمة، وإن شرطا الترك فالقسمة فاسدة، كذا في الكافي، وفي الذخيرة: يجب بأن يعلم أن الملك لا يقع لواحد من الشركاء بنفس القسمة بل يتوقف ذلك على أحد معان إما القبض أو قضاء القاضي أو الفرقة اه‍. وفي المحيط: أرض ودار بين اثنين فأحدهما أخذ الدار والآخر الارض على أن يرد صاحب الارض عليه عبدا قيمته ألف وقيمة الدار ألف وقيمة الارض ألفان فباع صاحب الدار داره فاستحق علو بيت والبيت والعلو عشر الدار يرجع المشتري على البائع بنصف عشر الدار ومسك الباقي، فإن صاحب الدار يرجع بستة عشر درهما وثلثي درهم من قيمة الارض على صاحب الارض عند الامام. وقال أبو يوسف: يرجع بذلك في رقبتها. قال رحمه الله: (ويقبل شهادة القاسمين أن اختلفوا) يعني إذا أنكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه فشهد القاسمان أنه استوفى نصيبه تقبل شهادتهما، سواء كانا من جهة القاضي أو غيره، وهذا عند الامام والثاني. وقال محمد: لا تقبل وهو قول الثاني أولا به قال الشافعي. وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده على فعل فلان فشهد ذلك الغير على فعله. ولهما أنهما شهدا على الاستيفاء والقبض وهو فعل غيرهما لان فعلهما التميز لا غير ولا حاجة إلى الشهادة على التمييز. وقال الطحاوي: إن اقتسما الاجرة لا تقبل شهادتهما بالاجماع وإليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان إيفاء عمل استؤجر عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل. قلنا هنا لم يجرا بهذه الشهادة إلى أنفسهما نفعا لان الاخصام يوافقاهما على إيفاء العمل وهو التمييز، وإنما الخلاف في الاستيفاء فانتهت التهمة، ولو شهد قاسم واحد لا تقبل شهادته لان شهادة الفرد غير مقبولة، ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال فيقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر إذا كان منكرا. قال رحمه الله: (ولو ادعى أحدهم
***

[٢٨٢]

[بالاستيفاء لا يصدق إلا ببينة وإن قال استوفيت وأخذت بعضه كان القول قول الخصم] أن من نصيبه شيئا في يد صاحبه وقد أقر بالاستيفاء لا يصدق إلا ببينة) لان القسمة من العقود اللازمة والمدعي للغلط يدعي حق الفسخ لنفسه بعد تمامها فلا يقبل إلا بحجة، وإن لم يقم ببينة استحلف الشركاء لانهم لو أقروا بذلك فإذا أنكروا حلفوا عليه. ولقائل أن يقول: لو صح هذا الدليل لوجب تحليف المقر له إذا ادعى المقر أنه كذب في إقراره مع أنه لا يحلف عند الامام ومحمد. الجواب أن يقال: أن هذا إذا أقر المقر له أن المقر كذب في إقراره فلو لم يقر المقر له أنه كذب في إقراره لزمه ذلك ولا يظهر فيه أنه لو أنكر استحلف كما لو قالوا فيما نحن فيه لا أنه إذا أنكر كان مصدقا في إقراره فافترقا، ومن حلف منهم لم يكن عليه سبيل، ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه مع نصيب الآخر المدعي فيقسم على قدر حقوقهما فيه. قالوا: وينبغي أن لا يقبل دعواه أصلا لانه متناقض وإليه أشار من بعد حيث شرط التحالف إن لم يشهد على نفسه بالاستيفاء، ويشير بذلك إلى أنه لو شهد على نفسه بذلك لا يتحالفان لان دعواه لم تصح للتناقض، فإذا منع التحالف لعدم صحة

الدعوى للتناقض فكذا هنا. قال صدر الشريعة في شرح الوقاية بعد أن نقل ما نقل صاحب الهداية: وينبغي إلى آخره. وفي المبسوط وقاضيخان ما يؤيد هذا ا هـ. وقال: وأما ما لا يوجب التحالف ويكون القول قول المدعى عليه مع يمينه وهو ما إذا أقر كل واحد منهما بالاستيفاء ثم ادعى أحدهما على الآخر أنه غصب شيئا من نصيبه إلى آخر ما ذكرناه أولا قال: وهكذا المكيل والموزون والمذروعات إلا أن يكون في المكيل والموزون متى ثبت الغلط بالبينة لا تعاد القسمة بل يقسم الباقي على قدر حقهم لانه لا ضرر في قسمة الباقي، فأما في الاشياء المتفاوتة تعاد للقسمة ولا يقسم الباقي. وفي التجريد والاصل: وأما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة وهو نوعان: نوع يوجب التحالف، ونوع لا يوجب التحالف، فالذي يوجب التحالف أن يدعي أحدهما غلطا في القسمة على وجه لا يكون مدعيا للغصب بدعوى الغلط كمائة شاة بين رجلين اقتسماها ثم قال أحدهما لصاحبه صابك خمس وخمسون غلط وأنا خمس وأربعون ولم تقم لواحد منها بينة، وهذا كله إذا لم يسبق منهما إقرار بالاستيفاء، أما إذا سبق منهما إقرار بالاستيفاء لم تسمع إلا من حيث دعوى الغصب وهي التي لا توجب التحالف ا هـ. قال رحمه الله: (وإن قال استوفيت وأخذت بعضه كان القول قول الخصم مع اليمين) لان يدعي عليه الغصب وهو ينكر والقول قول المنكر قال: ولو اقتسما مائة شاة وقبضا ثم ادعى أحدهما على صاحبه أنك أخذت خمسة من نصيبي غلطا وأنكر الآخر وقال اقتسمنا على أن يكون لي خمسة وخمسون ولك خمسة وأربعون فالقول قوله مع يمينه لان القسمة قد تمت ثم ادعى أحدهما على الآخر أنه أخذ خمسة غلطا وأنكر الآخر، فإن قامت بينة عمل بها وإلا استحلف المدعي عليه، كذا
***

[٢٨٣]

[مع اليمين وإن لم يقر بالاستيفاء وادعى أن ذا حظه ولم يسلم إليه وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة ولو ظهر غبن فاحش في القسمة تفسخ ولو استحق بعض شائع من] في المحيط: ففي المسألة الاولى خو مدعي الاخذ بطريق الغصب وفي هذه الاخذ بطريق الغلط فافترقا. قال رحمه الله: (وإن لم يقر بالاستيفاء وادعى أن ذا حظه ولم يسلم إليه وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة) لان الاختلاف فيما يحصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في البيع والثمن ا هـ. ولا يخفى أنه يبدأ بيمين أيهما شاء. ولقائل أن يقول: التحالف في البيع فيما إذا كان قبل القبض على وفاق القياس كما علم في محله، وأما بعد القبض فمخالف للقياس لان أحدهما لا يدعي على الآخر شيئا حتى ينكره الآخر فيحلف عليه والآخر يدعي ولكنا عرفناه في البيع بالنص، وفيما نحن فيه بالتحالف مخالف للقياس لان كلا منهما ليس مدعيا وهو وارد في البيع بعد القبض على خلاف القياس، وقد تقرر أن ما ورد على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس ولا يمكن إلحاقه بطريق دلالة النص لان القسمة ليست في معنى البيع من وجه إذ فيها معنى الاقرار والمبادلة معا فليتأمل في الجواب قال: فإن أراد أحدهما القسمة بعد التحالف فليس له ذلك لانه لا يمكن لانها لا تكون إلا بالقرعة وقد يقع نصيب أحدهما في جانب الآخر فيتضرر. وقال في موضع آخر: ولو أقام أحدهما بينة عمل بها، ولو أقاما بينة عمل بالبينة التي هي أكثر إثباتا، كذا في المحيط. وقيد أيضا قسم القسام الدار فأعطى أحدهما أكثر من حقه غلطا وبنى فيها فإنهم يستقبلون القسمة، فإن وقع البناء في قسم غيره دفع نقصه ولا يرجع على القاسم بقيمة البناء ويرجعون عليه بالآجر الذي أخذه، وإذا قسما دورا وأخذ أحدهما دارا والآخر أخرى ثم ادعى أحدهما غلطا وجاء بالبينة فإنه ينقص القسمة ا هـ. قال رحمه الله: (ولو ظهر غبن فاحش في القسمة تفسخ) وهذا إذا كانت بقضاء القاضي فظاهر لان تصرفه مقيد بالعدل والنظر، وأما إذا كان بالتراضي فقد قيل لا يلتفت إلى قول مدعيه لان دعوى الغبن لا تعتبر في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي وفيه يفسخ هو الصحيح، ذكره في الكافي. وفي العناية: وهو الصحيح وعليه الفتوى. وإذا اقتسما دارا وأصاب كل واحد منهما جانبا وادعى أحدهما بيتا في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة، وإن أقاما البينة فبينة المدعي مقدمة لانه الخارج، وإن كان قبل الاشهاد تحالفا وتفسخ، ولو اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضي لكل واحد منهما بالجزء الذي في يد صاحبه لانه خارج فيه وبينة الخارج مقدمة، وإن أقام أحدهما بينة يقضي بها وإن لم يقم لواحد منهما بينة تحالفا وترادا كما في البيع. قال: دعوى الغلط في القسمة نوعان: ما يصح وما لا يصح. ما يصح نوعان: ما يوجب التحالف وما لا يوجب التحالف. أما ما لا يصح وهو أن يدعي أحدهم الغلط في التقويم بغبن يسير وهو ما لا يدخل تحت تقويم
***

[٢٨٤]
[حظه رجع بقسطه في حظ شريكه ولا تفسخ القسمة ولو تهايا في سكنى دار أو دارين] المقومين ولا تعاد القسمة به لانه لا يمكن الاحتراز عنه، والذي يصح فيه الدعوى هو أن يدعي الغلط بغبن فاحش وهو مالا يدخل تحت تقويم المقومين، كذا في المحيط اهـ. قال رحمه الله: (ولو استحق بعض شائع من حظه رجع بقسطه في حظ شريكه ولا تفسخ القسمة) وهذا عند الامام، وظاهر عبارة المؤلف أن هذا محتم لكن قال في العناية: إن شاء رجع بذلك إلى نصيب صاحبه، وإن شاء رد ما بقي واقتسما ثانيا عند الامام. وقوله بقسطه يعني لو كان قيمة نصيبه ستمائة وقيمة الآخر مثله فاستحق نصف ما في يده رجع بنصف النصف وهو الربع وهو مائة وخمسون. وقال الثاني: تفسخ كذا ذكر الاختلاف في الجزء الشائع في الاسرار وغيره، قيد بالشائع يحترز عن المعين. وذكر القدوري إذا استحق بعض نصيب بعض أحدهما بعينه فالصحيح أن الاختلاف في الشائع، وفي استحقاق البعض المعين لا تفسخ بالاجماع، ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاجماع فهذه ثلاثة أوجه، ومحمد مع الامام فيما حكاه أبو حفص، ومع الثاني فيما حكاه أبو سليمان والاول أصح. للثاني أن يأخذ بالاستحقاق ظهر شريك آخر والقسمة بدونه لا تصح فصار كما لو استحق بعض الشائع في الكل بخلاف المعين لان ما وراء المستحق بقي مقررا على حاله ليس للغير فيه حق. ولهما أن المقصود بالقسمة التميز والافراز ولا ينعدم باستحقاق جزء شائع من نصيب الواحد ولهذا جازت القسمة في الابتداء على هذا الوجه بأن كان البعض المتقدم مشتركا بين ثلاثة نفر والبعض المؤخر بين اثنين فاقتسم الاثنان على أن لاحدهما ما لهما من المقدم وللآخر المؤخر أو اقتسما على أن لاحدهما مالهما من المقدم وبعض المؤخر مفرزا يجوز فكذا هذا بخلاف استحقاق الشائع في الكل لان معنى الافراز والتميز لم يتحقق مع بقاء نصيب البعض. ولو استحق نصيب أحدهم كله يرجع به على الشركاء، لو باع بعضهم بفضل نصيبه شائعا ثم استحق بعض ما بقي شائعا كان له أن يرجع على الشركاء بحسابه وسقط خيار الفسخ ببيع البعض. وعند أبي يوسف يرجع على ما في أيديهم بحسابه ويضمن حصتهم مما باع لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالفاسد مملوك وينفذ بيعه وهو مضمون بالقيمة فيضمن لهم، ولو قسم الورثة التركة ثم ظهر فيها دين محيط قيل للورثة اقضوا دين الميت، فإن قضوه صحت القسمة وإلا فسخت لان الدين مقدم على الارث فيمتنع وقوع الملك لهم إلا إذا قضوا الدين أو أبرأهم الغرماء فيصح لزوال المانع، ولو كان الدين مستغرقا فكذا الجواب إلا إذا بقي من التركة ما يفي بالدين فحينئذ لا تفسخ لعدم الحاجة. ولو ادعى أحد المتقاسمين للتركة دينا في التركة صح دعواه ولا تناقض لان الدين يتعلق بالذمة والقسمة تصادف الصورة، ولو ادعى عيبا بأي سبب كان لم تسمع دعواه لان الاقدام على الشركة اعتراف بأن المقسوم مشترك. قال: ولو كان بينهما مائة شاة أخذ أحدهما أربعين

***

[٢٨٥]
[أو خدمة أو عبدين أو غلة دار أو دارين صح وفي غلة عبد وعبدين أو بغل] قيمتها خمسمائة والآخر ستين قيمتها خمسمائة فاستحقت شاة من الاربعين قيمتها عشرة فإنه يرجع بخمسة دراهم في الستين ولا خيار له في نقض الامام عند القسمة بخلاف الارض، وإن كان بينهما أربعون قفيزا ثلاثون رديئة وعشرة جيدة أخذها وعشرة جيدة أخذها الآخر لم يجز، فإن أخذ العشرة الجيدة وثوبا جاز لان الزائد في مقابلة الثوب فإن استحق من الثلاثين عشرة رجع عليه بنصف الثوب. وفي الزيادات: يرجع عليه بثلث الثوب وقفيز وثلثي قفيز قيل هذا قياس والاول استحسان، كذا في المحيط. وفي المنتقى: ويستوي في هذا الحكم ما إذا وقعت القسمة بالقضاء أو بالرضا ا هـ. وفي السراجية: دار بين اثنين اقتسماها نصفين وبنى كل واحد في نصيبه ثم استحقت لم يرجع واحد منهما على صاحبه بقيمة البناء. وفي المحيط: دار وأرض فيها القسمة فإذا بنى أحدهما أو غرس ثم استحق أحد النصيبين لم يرجع بقيمة البناء والغرس على الآخر لانه لم يصر مغرورا من جهته. هذا إذا كانت القسمة لو امتنع أحدهما يجبر، فلو كانت القسمة لو امتنع أحدهما لم يجبر كقسمة الاجناس المختلفة يرجع بقيمة البناء عند الاستحقاق لان كل واحد منهما مغرور من جهة صاحبه لانه ضمن له سلامة نصيبه. وفي التجريد: وكل قسمة وقعت باختيار القاضي أو باختيارهما على الوجه المذكور ويخيرهما القاضي عليه إذا بنى أحدهما بناء أو غرس ثم استحق أحد النصيبين لم يرجع بقيمة البناء والغرس على الآخر ا هـ. قال رحمه الله: (ولو تهايأ في سكنى دار أو دارين أو خدمة عبد أو عبدين أو غلة دار أو دارين صح) يحتاج إلى تفسيرها لغة وشرعا وشرطها وصفتها ودليلها وحكمها. أما دليلها فقوله تعالى * (هذه ناقة لها شرب

ولكم شرب يوم معلوم) * (الشعراء: ١٥٥) ومن السنة فما روي أنه عليه الصلاة والسلام قسم في غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة نفر وكانوا يتناوبون في الركوب. واجتمعت الامة على جوازها ولان التهايؤ قسمة المنافع فيصار إليها لتكميل المنفعة لتعذر الاجتماع على عين واحدة فكان التهايؤ هنا جمعا للمنافع في زمان واحد. وتفسيرها لغة فهي مأخوذة من التهيؤ وهو أن يهئ كل واحد منهما لصاحبه ما شرط له. وفي الشارح: هي مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للتهيؤ للشئ وإبدال الهمزة ألفا فيها، والتهايؤ تفاعل منها وهو أن يتوافقوا على أمر فيتراضوا به. وحقيقته أن كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها. وأما تفسيرها شرعا فهي مبادلة معنى وليست بإقرار من كل وجه لانها لا تجري في المثليات كالمكيل والموزون، وأم شرطها أن تكون العين يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها. وصفتها أنها واجبة إذا طلبها بعض الشركاء ولم يطلب الشريك الآخر قسمة الاصل، وقد يكون بالزمان. وقد يكون بالمكان، وتكلم العلماء فقالوا: إن جرت في الجنس الواحد والمنفعة متساوية أو تفاوتا تفاوتا يسيرا فهي إقرار، وإن جرت في الجنس المختلف كالدار

***

[٢٨٦]

والعبيد يعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز من غير رضاهم. وفي الكافي: ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما ا ه. ولو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لانه أبلغ، ولو وقع التهايؤ فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم ويبطل التهايؤ لانه أبلغ، أما إذا تهايأ في سكنى دار واحدة على أن يسكن أحدهما بعضها والآخر البعض أو أحدهما العلو والآخر السفل جازت لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا التهايؤ وهو إقرار لا مبادلة لانها لا تجوز في الجنس الواحد الربا. وقيل: هو إقرار من وجه عارية من وجه. ولا يخفى أن كلا القولين مشكل لان كل واحد منهما يترك ماله من المنفعة فيما أخذه صاحبه بعوض وهو الانتفاع بنصيب صاحبه فكيف يتصور أن يكون إقرارا في الكل أو عارية في البعض والعارية غير لازمة والمهايأة لازمة؟ فإن قيل جمع المنافع الشائعة في السن في بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل إلى محل آخر فكيف يمكن القاضي جمعها؟ فالجواب أن المراد ليس للقاضي أن يجمعها حقيقة حتى يتوجه ما ذكر، بل المراد أن القاضي يعتبرهما جميعا ضرورة اه. والاوجه أنه إقرار من كل وجه في التهايؤ في المكان ولهذا لا يشترط التأقيت، وفي المهايأة في الزمان إقرار من كل وجه. ولو أشغل أحدهما نصيبه جاز شرط في المهايأة أو لم يشترط لانه يجوز المهايأة في الاشتغال حال الانفراد فيجوز تبعا للمهايأة في السكني، كذا في المحيط. ولو تهايأ في دارين جاز ويجبر لآبي عنها ويعتبر إفرازا كالاعيان المتفاوتة، فلو وضع أحدهما في داره شيئا أو ربط فيها دابة فعثر به إنسان ومات لا يضمن، ولو بنى أو حفر فيها بئرا ضمن لان الاول من مرافق السكني حتى يملكه المستعير فلا يكون متعديا في نصيب شريكه فلا يضمن، وفي البناء والحفر يكون متعديا في مقدار نصيب شريكه فيضمن ولا يضمن مقدار نصيبه. ولو تهايأ في دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا أو يؤجرها وإن زادت غلة أحدهما لا يشارك الآخر في الفضل. والفرق أن في الدارين أمكن تصحيح قسمة المنفعة حقيقة، ولو تهايأ في الزمان في الخدمة عبدا جاز لانها متعينة فيه لتعذر التهايؤ في المكان والبيت الصغير كالعبد. ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهم القاضي بالاتفاق، فإن اختاروا من حيث الزمان يقرع في البداية تطييبا لقلوبهما ونفيا للتهمة عن نفسه، ولو تهايأ في عبدين على الخدمة جاز، أما عندهم فظاهر لان قسمة الرقيق جائزة عندهما فكذا المنفعة. وأما عند الامام فروي عنه أنها لا تجوز إلا بالتراضي لان قسمة الرقيق لا يجري فيها الجبر عنده فكذا المهاياة. والاصح أن القاضي يهايؤ بينهما جبرا بطلب أحدهما لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما بينا، ولو تهايأ على أن نفقة كل عبد على من يخدمه جاز استحسانا لان العادة جرت بالتسامح فيها بخلاف كسوة المماليك لانها لا تسامح فيها عادة، وقيد بقوله خدمة عبد لانه لا يجوز التهايؤ في غلة عبد واحد، كذا في

***

[٢٨٧]

[وبغلين أو ركوب بغل أو بغلين أو ثمر شجرة أو لبن شاة لا.] المحيط. وقيد بقوله خدمة عبدين لانهما لو تهايأ في غلتهما لم يجز عند الامام، وعندهما يجوز إذا استوت الغلتان. لهما أن تفاوت العبدين في الغلة يسير فيجوز عند الاستواء بخلاف العبد الواحد فإنها فاحشة فإن العبد المستأجرة في الشهر الاول لا يستأجر في الشهر الثاني بمثل ما استؤجر في الاول بل بزيادة. وفي السراجية: تحل بين شريكين

اقتسما على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة ويثمرها جاز ا هـ. وفي المنتقى: جاريتان بين رجلين تهايأ على أن ترضع هذه ابن هذه سنتين وترضع هذه ابن هذه سنتين جاز قالوا: ولا يشبه هذا لبن البقر والابل وعلل فقال: ألبان الانسان لا قيمة لها ولا تقسم وألبان البهائم تقسم ولها قيمة. وفي الخانية: رجلان تواضعا في بقرة على أن تكون عند كل واحد منهما خمسة عشر يوما يحلب لبنها كان باطلا ولا يحل فضل اللبن لاحدهما، وإن جعله صاحبه في حل لان هذا هبة المشاع فيما يقسم إلا أن يكون صاحب الفضل استهلك الفضل، فإذا جعله صاحبه في حل كان إبراء عن الضمان فيجوز، أما حال قيام الفضل يكون هبة أو إبراء عن العين وهو باطل. وفي الكافي: غنم بين اثنين واتفقا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يرعاها وينتفع بألبانها لم يجز، والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع باللبن بالوزن المعلوم ا هـ. وفي الكافي: ولو تهايأ في مملوكين استخداما فمات أحدهما أو أبق انتقضت المهايأة بخلاف ما إذا استخدمه شهرا إلا ثلاثة أيام لو أبق فيه ثلاثة أيام فإنه ينتقض، ولو أبق أحد الخادمين في خدمة من شرط له الخادم أو انهدم الحائط فلا ضمان عليه ا هـ. ولو ولدت منه صارت أم ولد وانقضت المهايأة، كذا في المحيط. ولو كان بينهما عبد وأمة فتهايأ فيهما صح ذلك، كذا في الاصل. والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة لا يجوز عند الامام، وعندهما يجوز وظاهر عبارة المؤلف أنه يشترط لصحة التهايؤ اتحاد المنفعة، وفي المحيط ما يخالفه قال في المحيط: ولو تهايأ في دار ومملوك على أن يسكن هذا الدار سنة والآخر يخدمه العبد سنة جاز استحسانا ا هـ. قال رحمه الله: (وفي غلة عبد وعبدين أو بغل وبغلين أو ركوب بغل أو بغلين أو ثمر شجرة أو لبن شاة لا) يعني لا يجوز في هذه الاشياء التهايؤ. أما في عبد واحد أو بغل واحد فيجوز فلان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء فالظاهر التغير في الحيوان فتفوت المعادلة بخلاف التهايؤ في استغلال دار واحدة حيث يجوز في ظاهر الرواية، وقد مر بيانه. ولو زادت غلة الدار في نوبة أحدهما يشتركان في الزيادة تحقيقا للمساواة بخلاف التهايؤ في المنافع فتعتبر المعادلة فيها إلا في الغلة، وبخلاف ما لو تهايأ في الاستغلال في الدارين وفضلت غلة أحدهما حيث لا يشتركان لان معنى الاقرار راجح في الدارين فلا تعتبر الغلة، وأما لو تهايأ في استغلال عبدين أو بغلين فالمذكور هنا قول الامام، وعندهما يجوز لامكان المعادلة فيها.

***

[٢٨٨]

وللامام أن التهايؤ في الخدمة جوز للضرورة لعدم إمكان قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانه يمكن قسمتها لانه عين مال ولانه يتغير بالاستغلال بخلاف الدارين لان الظاهر عدم التغير في العقار. وجملة مسائل التهايؤ اثنى عشر مسألة: ففي استخدام عبد جائز بالاتفاق، وكذا في استخدام العبدين على الاصح، وفي استغلال عبد واحد لا يجوز بالاتفاق، وكذا في غلتها، وكذا في سكنى دارين وفي غلتهما خلاف والاظهر أنه يجوز بالاتفاق، وفي ركوب بغل أو بغلين على الخلاف، ولا يجوز في استغلال عبد واحد بالاتفاق وفي بغلين على الخلاف، أما التهايؤ في ثمر شجرة أو لبن غنم فإنها أعيان باقية ترد عليهما القسمة عند حصولها فلا حاجة إلى التهايؤ لان التهايؤ في المنافع ضرورة بخلاف لبن بني آدم حيث يجوز التهايؤ فيه كما تقدم، وتقدم بيان الحيلة في ذلك قال: ولم يذكر في الكتاب المهايأة على لبس الثوبين قال بعض مشايخنا: لا يجوز عند الامام خلافا لهما لان الناس يتفاوتون في اللبس تفاوتا فاحشا، كذا في المحيط. لو كان عبدان بين رجلين غاب أحدهما فجاء أجنبي وقاسم الشريك وأخذا عبدا للغائب فقدم الغائب وأجاز فمات العبد في يد الاجنبي ضمان عليه، وإن مات قبل الاجارة بطلت القسمة وللغائب نصف العبد الباقي، وإن شاء ضمن حصته في الميت لشريكه أو للاجنبي القبض، كذا في الاصل. (فروع) قال في نوادر بن رستم: إذا كان لاحدهما شجرة أغصانها مطلة على قسمة الآخر فله أن يطالبه بقطع أغصانه، رواه عن محمد. وروي ابن سماعة عن محمد ليس له ذلك. وفي الذخيرة: وبه يفتى. وإذا أراد أحدهما أن يرفع بناءه ويسد الريح والشمس على الآخر قال نصر بن يحيي وأبو القاسم الصفار: لصاحبه أن يمنع من ذلك. وقال في الفتاوي: ليس له منعه وعليه الفتوى. وإذا أراد أن يجعل داره طاحونا أو مدقا للقصارين لم يجز له ولو تنور صغيرا جاز والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

***

[٢٨٩]

[كتاب المزارعة هي عقد الزرع ببعض الخارج وتصح بشرط صلاحية الارض للزراعة وأهلية العاقدين وبيان المدة ورب البذر وجنسه وحظ الاخر والتخلية بين الارض والعامل والشركة في الخارج وإن تكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لاخر أو تكون] كتاب

المزارعة لما كان الخارج من الارض في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقب القسمة، فهي لغة مفاعلة من الزراعة، وشريعة ما ذكر المؤلف، وسببها سبب المعاملات، وركنها الايجاب والقبول، وشرائط جوازها كون الارض صالحة للزراعة وكون رب الارض والمزارع من أهل العقد وبيان المدة، فلو ذكر مدة لا يخرج الزرع فيها لم تجز المزارعة. وصفتها أنها فاسدة عند الامام جائزة عندهما، ودليلها ما روي أنه عليه الصلاة والسلام دفع الارض لاهل خيبر مزارعة. قال رحمه الله: (هي عقد على الزرع ببعض الخارج) فقوله عقد جنس وقوله على الزرع يشمل المزروع حقيقة وهو الملقى في الارض قبل الادراك، قاله خواهر زاده أو باعتبار ما يؤول إليه بأن كانت فارغة. وقوله ببعض الخارج فصل أخرج سائر العقود والمساقاة لانها عقد على بعض الثمرة. وأطلق في العقد فشمل مع الاجنبي أو الشريك قال في فتاوي الفضلي: أرض بين رجلين دفعها أحدهما للآخر مزارعة على أن الخارج ثلثه للدافع وثلثان للعامل جاز في أصح الروايتين ا ه. قال رحمه الله (وتصح بشرط صلاحية الارض للزراعة وأهلية العاقدين وبيان المدة ورب البذر وجنسه وحظ الآخر والتخلية بين الارض والعامل والشركة في الخارج) وهذا قول الثاني والثالث. وقال الامام: لا تجوز المزارعة. لهما ما روى أنه عليه الصلاة والسلام دفع الارض مزارعة لاهل خيبر على نصف ما خرج منها من ثمر أو زرع ولانها عقد شركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر فتجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فإن صاحب المال قد لا يهتدي إلى العمل والمهتدي إليه قد لا يجد المال فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد. وللامام ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الخابرة وهي المزارعة بالثلث والربع، والذي ورد في خيبر هو خراج مقاسمة لا يقال هذا مخالف لما تقدم في باب العشر
***
[٢٩٠]
والخراج من أن أرض العرب كلها عشرية لانا نقول: أرض خيبر ليست من أرض العرب لانها لا يقر فيها على الكفر. فإن قلت: هم يهود قلنا: خيبر ليست داخلا في حدود أرض العرب، وإذا فسدت المزارعة عنده يجب على صاحب البذر أجرة مثل الارض أو العمل والغلة له لانها نماء ملكه. قال في العناية: وهذا منقوض بمن غصب بذر آخر وزرعه في أرض فإن الزرع له وإن كان نماء ملك صاحب البذر. وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان إضافة الحادث إلى عمله أولى، والمزارع عامل بأمر غيره فجعل الامر مضافا إلى الآمر اه. ولقائل أن يقول: السؤال غير وارد والجواب غير صحيح أما أولا فقد تقرر أن الغاصب ملك البذر بالمزارعة فالبذر نماء ملك الغاصب فلا إبرد والجواب لم يصادف محلا وقالوا: الفتوى اليوم على قولهما لحاجة الناس إليها وللتعامل والقياس يترك بمثل هذا والنص ورد نص بخلافه فيعمل به لانه هو الظاهر عندهما. ثم شرط في المختصر لجوازها عندهما أن تكون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل بدونه، وأن يكون رب الارض والمزارع من أهل العقد لان العقد لا يصح إلا من الاهل، وأن يبين المدة لانه عقد على منافع الارض أو العامل وهي تعرف. ويشترط أن تكون المدة قدر ما يتمكن فيها من المزارعة أو أكثر، وأن لا يكون قدر من لا يعيش إليه مثلها أو أحدهما غالبا. وعند محمد بن سلمة: لا يشترط بيان المدة ويقع على سنة واحدة وفي الخانية قال المشايخ: يشترط بيان الوقت وتكون الزراعة على أول سنة والفتوى على بيان المدة وإن بقي بعد تمام السنة ما يمكن فيه الزراعة لا تبقى الزراعة وفي العتابية: ولو ذكر مدة أن يخرج فإن خرج ظهر أنه صحيح وإلا فلا، وأن يبين من عليه البذر لان المعقود وهو منافع العامل أو منافع الارض ولا يعرف إلا ببيان من عليه البذر، وأن يبين جنس البذر لان الاجرة منه فلا بد من بيان جنس الاجرة. وفي الذخيرة. وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط، فوض الرأي إلى المزارع أو لم يفوض، بعد أن ينص على المزارعة لان ذلك يصير معلوما بأعلام الارض ومثله في الخانية. وإن بين نصيب من لا بذر من جهته وهو المراد بالاجر لانه أجرة عمله وأرضه فلا بد أن يكون معلوما، وأن يخلي بين الارض والعامل لانه بذلك يتمكن من العمل، وعمل رب الارض مع العامل لا يصح. وأن يكون الخارج مشتركا بينهما لانه هو المقصود بها فتنعقد إجارة في الابتداء وتقع شركة في الانتهاء، ولهذا لو شرط لاحدهما قفيزا مسماة فسدت لانه يؤدي إلى قطع الشركة في البعض المسمى أو في الكل أو لم تخرج الارض أكثر من ذلك، وكذا إذا شرط أن يدفع قدر بذره لما ذكرنا بخلاف ما إذا شرط أن يرفع عشر الخارج أو ثلثه والباقي بينهما لانه يؤدي إلى قطع الشركة وهو يحصل أن يكون حيلة للوصول إلى رفع البذر. وقيدنا بقولنا ببعض الخارج لانه إذا كان الخارج كله لواحد منهما فليست بمزارعة قال رب الارض

***
[٢٩١]
[الارض لواحد والباقي لاخر أو يكون العمل لواحد والباقي لاخر فإن كانت الارض والبقر لواحد والعمل والبذر لاخر إن كان لاحدهما والباقي لاخر أو كان البذر والبقر] للمزارع ازرع أرضي ببذرك على أن الخارج كله لي فهذا الشرط جائز ويصير العامل مقترضا للبذر من رب الارض ويكون العامل معينا له. وفي العتابية: ازرع لي في أرضك ببذرك جاز ولو لم يقل لي والمسألة بحالها لم يجز. وقال عيسى بن أبان: يجب أن يكون كالاول، ولو قال في المسألة على أن الخارج نصفين جاز. قال رحمه الله: (وأن تكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر أو تكون الارض لواحد والباقي لآخر أو يكون العمل لواحد والباقي لآخر) وهذه الجمل من جملة الشروط وإنما كان كذلك لان من جوزها إنما جوزها على أنها إجازة ففي الصورة الاولى يكون صاحب البذر والارض مستأجرا للعامل والبقر تبع له لاتحاد المنفعة لان البقر آلة له فصار كمن استأجر خياطا ليخيط له قميصا بإبرة من عنده أو صباغا ليصبغ له بصبغ من عنده ولآخر يقابل عمله دون الآلة له فيجوز. والاصل فيها أن صاحب البذر هو المستأجر فتخرج المسائل على هذا كما رأيت وفي الصورة الثانية يكون صاحب البذر مستأجرا للعامل وحده بلا بقر بأجرة معلومة من الخارج فيجوز كما إذا استأجر خياطا لخيطه له قميصا بأجرة بإبرة من عند صاحب الثوب أو طنا أو بالنظير تمر له من المستأجر. قال في العتابية: الاصل أن المزارعة تنعقد إجارة وتتم شركة على منفعة الارض والعامل، إما في الارض فأثر عبد الله بن عمر وتعامل الناس، وأما في العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر وتعامل الناس اه. وفي الفتاوى: دفع الزرع المدرك مزارعة بالنصف للحفظ لا يجوز وفي غير المدرك يجوز، كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده اه. قال رحمه الله: (فإن كانت الارض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر ان كان لاحدهما والباقي لآخر أو كان البذر والبقر لواحد والباقي لآخر) سيأتي الخبر. لما بين شروط الجواز في المزارعة شرع يبين الشروط المفسدة لها. أما الاول وهو ما إذا كانت الارض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر فلان صاحب البذر استأجر الارض واشترط البقر على صاحب الارض ففسدت لان البقر لا يمكن أن يجعل تبعا للارض لان منفعة البقر الشق ومنفعه الارض الانبات وبينهما اختلاف وشرط التبعية الاتحاد. وروي في الامالى عنأبي يوسف أنها جائزة. وفي الخانية: والفتوى على الاول. وأما الثاني وهو ما إذا كان البذر لواحد والباقي لآخر وهو العمل والبقر والارض فلان العامل أجير ولا يمكن أن تكون الارض تبعا له لاختلاف منفعتهما ووجه ما تقدم، وعن أبي يوسف أنه جائز وفي الخانية: لو كانوا أربعة البقر من واحد والبذر من واحد والارض من واحد والعمل من واحد فهي فاسدة. وفي الشرح الطحاوي: لو دفع البذر لمزارعه ليزرعه المزارع في أرضه على أن الخارج بينهما لا
***
[٢٩٢]
يجوز. والحيلة أن يأخذ أرضه ثم يستعين صاحب البذر بصاحب الارض في العمل فيجوز. وفي النوازل: رجل له أرض أراد أن يأخذ بذرا من الارض حتى يزرعه في أرضه ويكون الزرع بنهما، فالحيلة في ذلك أن يشتري نصف البذر بثمن معلوم ثم يقول له ازرعها بالبذر وهذه الحيلة تجري في كل صورة وقعت فاسدة اه. وأما الثالث وهو ما إذا كان البذر والبقر لواحد والباقي لآخر وهو العمل والارض فلما ذكرنا أن الارض لا يمكن جعلها تبعا لعمله لاختلاف المنافع ففسدت المزارعة. قال الشارح وهنا وجه آخر لم يذكره في الكتاب وهو أن يكون البقر من واحد والباقي من اخر قالوا: هذا فاسد وينبغي أن يجوز بالقياس على العامل وحده أو على الارض وحدها. والجواب عنه أن القياس أن لا تجوز المزارعة وإنما تركناه بالاثر وفي هذا لم يرد أثر اه. قال: ولو دفع أرضا على أن يزرع ببذر الزارع وبقره ويعمل معه ثالث والخارج أثلاث فالعقد فاسد بينهما وبين أجنبي جائز بينهما ولرب الارض من العامل ببعض الخارج، فلو كان المزارع الاول مالكا لمنفعة الارض بالاستئجار فصار كما لو كانت الارض مملوكة ودفعها إلى العامل على أن يعمل معه لا يجوز لفوات التخلية بين الارض والمزارع وفسادها في حق الثاني لا يوجب فساد المزارعة في حق الاول لان المزارعة الثانية غير مشروطة في الاول والعطف لا يقتضي الاشتراط، فإن كانت الثانية مشروطة في الاول بأن قال على أن يعمل الثاني معه بالثلث هل تجوز المزارعة في حق الاول؟ قال بعض المشايخ: تفسد لان الثانية صارت مشروطة لرب الارض فإنه لا منفعة له في عمل الثاني مع الاول، ولو كان البذر من رب الارض والمسألة بحالها صحت في حق الكل لانه استأجر العاملين ببعض الخارج وذلك جائز، كذا

في المحيط. ولو دفع أرضه إلى رجل ليزرعها على أن الخارج بينهما نصفان فالمسألة على وجهين: الاول أن يكون البذر من قبل العامل. الثاني أن يكون من قبل صاحب الارض. وعلى كل وجه يكون على ثلاثة أوجه: إما أن يسكتا على شرط البقر أو شرط البقر على العامل أو على رب الارض فإن سكتا فالبقر على العامل كان البذر منه أو من صاحب الارض لان البقر آلة للعمل، وإن شرطا البقر على صاحب الارض فإن كان البذر من قبله يجوز، وإن كان من قبل الآخر فسدت، كذا في الظهيرية. وفي العتابية: ولو قال رب الارض ازرع لي أرضي ببذرك على أن يكون الخارج كله لك فهذا فاسد، والخارج لرب الارض، وللزارع على رب الارض مثل بذره وأجر مثل عمله. ولو قال رب الارض ازرع أرضي ببذرك على أن يكون الخارج كله لك فهذا جائز ويكون الخارج لصاحب البذر، ويكون صاحب الارض معيرا له أرضه، وفيها أيضا: لو دفع البذر إلى رجل وقال ازرع على أن الخارج لك أو لي أو نصفين فهو فاسد اه. قال رحمه الله: (أو اشترطا لاحدهما قفزانا مسماة أو ما على الماذيات والسواقي أو أن
***

[٢٩٣]
[لواحد والباقي لاخر أو اشترطا لاحدهما قفزانا مسماة أو ما على الماذيات والسواقي أو أن يرفع رب البذر بذره أو يرفع من الخارج الخراج والباقي بينهما فسدت فإن صحت] يرفع رب البذر بذرة أو يرفع من الخارج الخراج والباقي بينهما بينهما فسدت) يعني لو شرطا لاحدهما قفزانا معلومة تفسد لانه يؤدي إلى قطع الشركة في المسمى كما تقدم أو مطلقا لاحتمال ما يخرج إلا هو. والمراد بأحدهما هو أو من يعود نفعه إليه بالشرط. هذا إذا شرط لاحدهما، فلو شرطا لغيرهما قالوا: ولو شرطا بعض الخارج لعبد أحدهما فلا يخلو إما أن يكون مشروطا لمن يملك رب الارض وللعامل كسبه كالغائب والقريب وكل قسم على وجهين: إما أن يكون البذر من قبل رب الارض أو من قبل المزارع، أما القسم الاول ولو دفع أرضا أو بذرا على أن ثلث الخارج لرب الارض وثلثه لعبده وثلثه للعامل جاز وشرط عمل العبد أو لم يشترطا لان ما شرطا للعبد شرط لسيده، وإن شرط عمل العبد فالمشروط للعبد حتى يقضي منه ديونه والمولى ممنوع من أخذه فكان العبد كالاجنبي، فإن البذر من المزارع، فإن شرطا ثلث الخارج لعبد رب الارض فالمزارعة جائزة إذا لم يكن على العبد دين ولم يشترط عمل العبد والمشروط للعبد مشروط لمولاه، وإن شرطا عمل العبد لمولاه، وإن شرطا عمل العبد ولادين عليه فالمزارعة فاسدة في ظاهر الرواية، وإن كان على العبد دين ولم يشترط عمل العبد فالمزارعة جائزة، وإن شرطا عمل العبد مع ذلك فالمزارعة فاسدة في ظاهر الرواية، وأما إذا شرطا الثلث لمكاتب أحدهما أو قريبة أو لاجنبي، فإن كان البذر من قبل رب الارض إن شرط عمله جاز وقد تقدم بيانه. هذا إذا شرطا قفزانا، فإذا شرطا كله قال: فلو شرط الخارج كله لاحدهما فإن كان البذر من قبل رب الارض جاز والخارج كله للمشروط له فيكون العامل متبرعا بعمله، وإن شرطاه للعامل جاز ويكون رب الارض أعاره أرضه واستقرض بذره، فإن كان البذر من المزارع وشرطا جميع الخارج لاحدهما فهو على أربعة أوجه: الاول أن يقول ازرع أرضي ببذرك فيكون الخارج كله لي فهو فاسد والخارج كله لرب البذر وعليه أجر مثل الارض. الثاني أن يقول كله لك والمسألة بحالها جاز وصار معيرا أرضه منه. الثالث أن يقول ازرع أرضي ببذرك على الخارج بيننا نصفان والبذر قرض على رب الارض. والرابع أن يقول ازرع أرضي ببذرك على أن يكون كله لك فهي فاسدة والخارج كله لرب الارض وصار مستقرضا للبذر وكذا في المحيط. وأما إذا شرطا لاحدهما ما على الماذيات وهي مجرى الماء والسواقي أو يدفع رب البذر بذره أو يدفع الخراج فلانه يؤدي إلى قطع الشركة في البعض أو الكل وشرط صحتها أن يكون الخارج مشتركا بينهما. والمراد بالخراج الخراج الموظف نصفا أو ثلثا أو نحو ذلك، أما الجزء الشائع فلا يفسد اشتراطه لانه لا يؤدي إلى قطع الشركة وهي حيلة لدفع قدر بذره. ولو شرطا لاحدهما التبن وللآخر الحب فسدت لاحتمال أن يصيب الزرع آفة فلا يخرج إلا التبن، فلو شرطا الحب نصفين ولم يتعرض
***

[٢٩٤]
[فالخارج على الشرط فإن لم يخرج شئ فلا شئ للعامل ومن أبى عن المضي أجبر إلا] للتبن صحت لانه هو المقصود والتبن نصفان. ولو شرطا الحب نصفين والتبن لرب الارض صحت لانه شرط لا يخالفه العقد لانه نماء ملكه، ولو شرطا التبن للعامل فسد فلانه شرط مخالف لمقتضى العقد فربما يؤدي إلى قطع الشركة بأن يصيب الزرع آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج إلا التبن قال: والعشر عليهما

عندهما، وعند الامام على صاحب الارض، فإن لم يأخذ الامام العشر فهو لصاحب الارض عند الامام، وعندهما لهما. ولو قال صاحب الارض للعامل لا أدري ما يأخذ الامام العشر أو النصف لان النصف لي بعدما يأخذ جازت عندهما، كذا في المحيط قال رحمه الله: (فإن صحت فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام. قال في المحيط: وأما الزيادة والحط في المزارعة والمعاملة فالافضل إن كان المعقود عليه بحال يجوز ابتداء المزارعة والمعاملة جازت الزيادة فيهما، وإذا أدى أحدهما الآخر في الخارج فإن كان حال الزيادة قبل الاستحصاد وعظم التناهي تجوز الزيادة لانه يجوز ابتداء العقد ما دام قابلا للزيادة وإلا فلا، والحط جائز في الحالين حال قبول الزيادة وبعدها لانه إسقاط. ولو باع الارض المدفوعة مزارعة أو معاملة فالبيع موقوف على إجازة المزارع والعامل، فإن يجز تبقى إلى انتهاء المزارعة والمعاملة ويخير المشتري إن شاء انتظر أو فسخ. ولم يتعرض المؤلف لما إذا وقع في العقد أو علق ونحن نبين ذلك قال وفيه أيضا: لو دفع الارض والبذر سنة على أن يزرعها بغير كراب فللعامل ربع الخارج وإن كربها فثلثه، وإن كرب وبنى فنصفه جاز ما شرطاه، وكذا لو كان البذر من جهة المزارع القسم الثاني دفع الارض على أن يزرعها حنطة فالخارج كذا، وإن زرعها شعيرا فكذا وإن زرعها سمسما فكذا فهذا على أربعة أوجه: أما إن قال ازرعها أو زرعت فيها أو زرعت منها أو زرعت بعضا منها فالمزارعة في الاولين جائزة لانه خيره بين العقود الثلاثة، فإن زرع شيئا من الاصناف الثلاثة فالخارج على ما شرطاه، ولو قال ما زرعت منها أو بعضا منها فالمزارعة فاسدة لانه إن زرع البعض حنطة والبعض شعيرا وسمسما فذلك البعض مجهول، ولو كان البذر من قبل العامل وشرطا إن زرعها حنطة فبينهما نصفان وإن زرعها شعيرا فذلك للعامل جاز استحسانا وهو في الاول مزارعة وفي الثاني إعارة الارض. ثم ذكر محمد التخيير بين ثلاثة ولم يذكر هل يجوز التخيير في أكثر من ذلك؟ روى هشام أنه لا يجوز. القسم الثالث دفع الارض على أن زرعها ببذره في أول جمادى الاولى فالخارج نصفان وإن أخر فالثلث للمزارع فالشرطان جائزان عندهما وبيان الدليل يطلب فيه اه. قال رحمه الله: (فإن لم يخرج شئ فلا شئ للعامل) لانها إما اجارة أو شركة، فإن كانت اجازة فالواجب في العقد الصحيح منها المسمى وهو معدوم فلا يستحق غيره، وإن كانت شركة فالشركة في الخارج دون غيره فلا يستحق غيره بخلاف ما إذا فسدت المزارعة ولم

***

[٢٩٥]

[رب البذر وتبطل بموت أحدهما فإن مضت المدة والزرع لم يدرك فعلى الزراع أجر مثل] تخرج الارض حيث يستحق أجر المثل في المدة وعدم الخروج لا يمنع وجوبه. قال في العناية: واستشكل بمن استأجر أرضا بعين ففعل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فإنه على المستأجر أجرة المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك الاجر. وأجيب بأن الاجر ههنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفروعه والآخر المعين إلى الاجر لا يجب للآخر شئ فكذا هنا. ولقائل أن يقول: هذا الجواب غير مستقيم في صورة استئجار الارض فإن رب الارض لا يقبض البذر الذي يتفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبضا لفرعه. قال رحمه الله: (ومن أبى عن المضى أجبر الا رب البذر) لانها انعقدت اجارة والاجارة عقد لازم غير أنها تنفسخ بالعذر، فإن امتنع صاحب البذر عن المضي فيها كان معذورا لانه لا يمكنه المضي إلا باتلاف ماله وهو إلقاء البذر على الارض ولا يدري هل يخرج أم لا فصار نظير ما لو استأجره لهدم داره ثم امتنع، وإن امتنع العامل أجبر على العمل، وإن امتنع رب البذر والارض من قبله بعدما كرب الارض فلا شئ له في عمل الكراب في القضاء لان عمله إنما يتقوم بالعقد وقد فوته بجزء من الخارج فلا خارج، ويلزمه فيما بينه وبين الله تعالى أجر مثله له كيلا يكون مغرورا من جهته لانه يتضرر به وهو مدفوع فيكتفي بإرضائه بأن يوفيه أجر مثله. قال رحمه الله: (وتبطل بموت أحدهما) لانها إجارة وهي تبطل بموت أحد المتعاقدين إذا عقدها لنفسه وقد بيناه في الاجارة، وهذا الاطلاق جواب القياس. وفي الاستحسان إذا مات وقد نبت الزرع يبقى عقد الاجارة حتى يحصد الزرع ثم يبطل في الباقي لان في ابقائه هذه المدة مراعاة الحقين فيعمل العامل أو وارثه على حالة، فإذا حصد يقسم على ما شرطاه ولا ضرورة في الباقي. ولو مات رب الارض قبل الزرع بعدما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس في ذلك إتلاف مال على الزارع ولا شئ للعامل بمقابلة العمل لانه يقوم بالخارج ولا خارج، ولا يجب شئ بخلاف المسألة الاولى حيث يقضى بإرضائه لانه مغرور من جهته باختياره، وإذا كان على رب الارض دين ولم يقدر على قضائه إلا ببيع الارض فسخت المزارعة قبل الزرع وبيعت بالدين ولا شئ للعامل عليه في الكرب وحفر الانهار. ولو نبت الزرع ولم يحصد لم يبع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع إبطال

حق المزارع والتأخير أهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس إن كان حبسه به لانه لم يمنع بيع الارض لم يكن مماطلا والحبس جزاء المماطلة. وفي الذخيرة: ولو مات رب الارض بعد الزرع قبل النبات هل تبقى المزارعة؟ قال بعضهم تبقى. وقال بعضهم لا تبقى فتنفسخ. وفيها أيضا: وهل يحتاج في فسخ المزارعة إلى قضاء القاضي؟ قيل: وفي رواية الزيادات يحتاج إلى القضاء والرضا، وفي رواية كتاب المزارعة لا يحتاج إلى القضاء أو الرضا اه. ولو مات
***
[٢٩٦]
[أرضه حتى يدرك ونفقة الزرع عليهما بقدر حقوقهما كاجرة الحصاد والرفاع والدياس] المزارع والزرع بقل فلورثته القيام عليه حتى يدرك صيانه لحقهم، فإن أبوا على ذلك لم يجبروا لانهم لم يلتزموا بالعقد ذلك ورب الارض بالخيار إن شاء أعطى قيمة نصيبهم، وإن شاء قلع. وإن شاء أنفق عليه حتى يستحصد ويرجع بحصة الزارع في النفقة فيه، كذا في المحيط. قال رحمه الله: (فإن مضت المدة والزرع لم يدرك فعلى الزارع أجر مثل أرضه حتى يدرك) يعني يجب على العامل أجر مثل أرض الآخر حتى يستحصد، وظاهر العبارة أنه يجب عليه جميع الاجرة وليس كذلك فلو قال في نصيبه لكان أولى وأسلم لان العقد قد انتهى بمضي المدة وفي القلع ضرر فبقيتاه بأجر المثل إلى أن يستحصد فيجب على غير صاحب الارض بحصته من الاجرة لانه استوفى منفعة الارض بقدره بخلاف ما لو مات قبل ادراك الزرع حيث يترك إلى الحصاد ولا يجب على المزارع شئ لانا أبقينا عقد الاجارة هنا استحسانا فأمكن استمرار العامل على ما كان من العمل، أما هنا لا يمكن إلا بانقضاء المدة فتعين ايجاب أجر المثل بالايفاء وكان العمل ونفقة الزرع وموته بالحفظ وكري الانهار عليهما بخلاف ما إذا مات قبل الادراك حيث يكون الكل على العامل. ولو أنفق أحدهما على الزرع بغير أمر القاضي وبغير أمر صاحبه فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه وهو غير مضطر إلى ذلك لانه يمكنه أن ينفق بأمر القاضي فصار نظير ترميم الدار المشترك. ولو أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقلا ليس له لما فيه من الاضطرار بالآخر، ولو أراد الزارع أن يأخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع إن شئت فيكون بينكما أو اعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وارجع عليه بما أنفقت عليه دفعا للضرر عنه قال: ولا يضمن المزارع أجر مثل الارض لانه لما رضي بإبطال حقه لم تبق الاجارة بينهما. ولو غاب المزارع بعد ما زرع فأنفق رب الارض إلى الادراك بأمر القاضي رجع ولا سبيل للزارع على الزرع حتى يعطيه النفقة كلها لان الزارع لو كان حاضرا كان الكل عليه فكذا لو غاب. ولو اختلفا في النفقة فالقول قول الزارع مع يمينه لانه ينكر وإذا انقضت المدة قبل الادراك فمن أنفق منهما بغير إذن القاضي فهو متطوع، وإن أنفق بأمر القاضي رجع بنصف ما أنفق. زرع المزارع ونبت فاستحقت الارض للمستحق القلع لانه ظهر أنهما غاصبان ثم الزارع إن شاء ضمن الدافع نصف قيمة الزرع نابتا، وإن شاء قلع معه، وإن استحقت مكروبة قبل الزرع لا شئ للعامل. هذا إذا كان البذر من جهة العامل، فإن كان البذر من جهة رب الارض لم يذكره محمد. وقالوا: ينظر إن كان الاستحقاق قبل الزراعة فلا شئ للعامل، وإن استحقت بعد الزراعة إن شاء قلع معه، وإن شاء رجع على الدافع، قيل بأجرة مثل عمله كما لو دفع نخلا معاملة ثم استحق يرجع عليه بأجر مثل عمله. وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني: يرجع عليه بقيمة نصيبه من الزرع فلو أجار المستحق المزارعة هل يصح؟ قالوا: إن كان البذر من جهة رب الارض لا تصح لان
***
[٢٩٧]
[والتذرية فإن شرطاه على العامل فسدت.] العقد لم يرد على المستحق، وإن كان البذر من جهة العامل تصح إجارته قبل الزراعة وبعدها فلا تصح، كذا في المحيط. قال رحمه الله: (ونفقة الزرع عليهما بقدر حقوقها كاجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية) تجب عليهما نفقة الزرع على قدر ملكهما بعد انقضاء مدة المزارعة كما يجب عليهما أجرة الحصاد والرفاع والدياسة والتذرية مطلقا من غير قيد بانقضاء مدة المزارعة، أما نفقة الزرع بعد انقضاء المدة فلما بينا، وأما وجوب الحصاد دوما ذكر فلان عقد المزارعة يوجب على العامل عملا يحتاج إليه إلى انتهاء الزرع ليزداد الزرع بذلك فيبقى ذلك باشتراك بينهما يجب عليهما قال رحمه الله: (فإن شرطاه على العامل فسدت) يعني شرطا العمل الذي يكون بعد انتهاء الزرع كالحصاد وما ذكرناه على العامل أو النفقة فسدت لانه شرط لا يقتضيه العقد. وإنما قلنا ذلك لان العقد يقتضي عمل المزارع وهذه الاشياء ليست من أفعال المزارعة فكانت أجنبية فيكون شرطها مفسدا كشرط

الحمل والطحن على العامل. قال في الذخيرة: وهو ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أنها تصح مع اشتراط ذلك على العامل، ومشايخ بلخ كانوا يفتون بهذه الرواية ويزيدون على هذا ويقولون: ويجوز شرط التنقية والحمل إلى منزله على العامل لان المزارعة على هذه الشروط متعاملة بين الناس وبجوز ترك القياس بالتعامل واختار شمس الائمة رواية أبي يوسف وقال: وهو الاصح في ديارنا. ولو شرط الجذاذ على العامل والحصاد على غير العامل لا يجوز الاجماع لعدم التعامل، ولو أراد فصل الفصيل أوجد التمر بسرا أو التقاطه الرطب كان ذلك كله عليهما. وفي الاصل: وإذا أدرك الباذنجان أو البطيخ فالتقاط ذلك عليهما والحمل والبيع عليهما وكذا الحصاد عليهما اه. وفي التتارخانية: وكل عمل يزيد في الزرع ولا بد للمزارع منه يجب على المزارع شرط عليه ذلك أو لم يشرط عليه ذلك كالسفر وغيره اه. والله أعلم.

***

[٢٩٨]

[كتاب المساقاة هي معاقدة دفع الاشجار إلى من يعمل فيها على أن الثمرة بينهما وهي كالمزارعة] كتاب المساقاة قال في غاية البيان: كان من حق الوضع أن يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة لان المساقاة جائزة بلا خلاف ولهذا قدم الطحاوي في مختصره كتاب المساقاة على كتاب المزارعة إلا أن المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد كانت الحاجة إليها أكثر من المساقاة فقدمت على المساقاة اه. ولك أن تقول: وجه المناسبة أن في كل منهما دفعا إلا أن في المزارعة دفع الارض وهي الاصل، وفي المساقاة المقصود دفع الاشجار وهي فرع فقدم الاصل وهو دفع الارض. وهي في اللغة مفاعلة من السقي وسبب جوازها حاجة الناس إليها. وركنها الايجاب والقبول والارتباط، ودليلها ما تقدم في المزارعة، وشرطها كون العاقد والساقي من أهل العقد، وشرط صحتها كون الثمرة تزيد بالعمل، وصفتها أنها جائزة، وحكمها وجوب الشركة في الخارج وعند الفقهاء ما سنذكره. قال رحمه الله: (هي معاقدة دفع الاشجار إلى من يعمل فيها على أن الثمرة بنيهما) فقوله معاقدة جنس وقوله دفع الاشجار أخرج البيع لانه عقد تمليك العين لا دفعها، وقوله إلى من يعمل فيها أخرج الاجارة لانها وإن كانت فيها دفع للانتفاع لا ليعمل فيها. وقوله على أن الثمرة بينهما أخرج المزارعة. وأطلق من يعمل فشمل الشريك وغيره ولو زاد الاجنبي ليعمل فيها الخ لكان أولى لانه لو دفع أحدهما للآخر وهما مالكان لا يصح. قال في فتاوي الفضلي: إذا كان النخل بين اثنين فدفع أحدهما لصاحبه معاملة على أن يقوم عليه ويسقيه ومهما خرج فهو بينهما أثلاثا ثلثه للدافع وثلثاه للعامل فهذه المعاملة فاسدة، ولو كان مكانها مزارعة بأن كانت أرض بين اثنين ودفعها أحدهما لصاحبه مزارعة على أن الخارج ثلثه للدافع وثلثاه للعامل جاز على أصح الروايتين اه. قال رحمه الله: (وهي كالمزارعة) يعني لا يجوز عند الامام ويجوز عندهما، وشرطها عندهما شروط المزارعة في جميع ما ذكرنا إلا في أربعة أشياء: أحدها إذا امتنع

***

[٢٩٩]

[وتصح في الكرم والشجر والرطب وأصول الباذنجان فإن دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة] أحدهما يجبر لانه لا ضرر عيه في المضي بخلاف المزارعة على ما تقدم. الثاني إذا انقضت المدة تترك بلا أجرة على ما تبين بخلاف المزارعة. الثالث إذا استحق النخل يرجع العامل بأجرة مثله والزارع بقيمة الزرع. والرابع في بيان المدة فإذا لم يبين المدة فيها يجوز استحسانا لان التيقن وقت إدراك الثمرة معلوم وقل ما يتفاوت فيه فيدخل ما هو المتيقن به، وإدراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمار لان لها نهاية معلومة فلا يشترط فيها بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف والانتهاء ينبني عليه فتدخله الجهالة الفاحشة، وبخلاف ما إذا دفع إليه غرسا قد نبت ولم يثمر بعد معاملة حيث لا يجوز إلا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الارض وضعفها تفاوتا فاحشا فلا يمكن صرفه إلى أول ثمر يخرج منه، وبخلاف ما إذا دفع نخلا أو أصولا رطبة على أن يقيم عليها حتى يذهب أصولها ونبتها لانه لا يعلم متى ينقطع النخل أو الرطب لان الرطب ثمر ما دامت أصولها فتكون مجهولة فتفسد المساقاة. وكذا إذا أطلق في الرطبة ولم يرد في قوله حتى يذهب بخلاف ما إذا أطلق في النخل حيث يجوز وينصرف إلى أول ثمرة تخرج منه. والفرق أن ثمر النخل لادراكه وقت معلوم فينصرف إليه ولا يعرف في الرطبة أول جزء منه حتى لو عرف جاز لعدم الجهالة. ولو أطلق في النخل ولم يثمر في تلك السنة انقطعت المعاملة فيها لانتهاء مدتها، فإن سمى فيها مدة يعلم أن الثمرة لا تخرج في المدة فسدت المساقاة لفوات المقصود وهو الشركة في الثمار، وإن ذكرا مدة يحتمل الطلوع

فيها جازت لعدم التيقن بفوات المقصود. ثم إن خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد، وإن تأخر فللعامل أجر مثله لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة فصار كما لو علم ذلك ابتداء بخلاف ما إذا لم يخرج أصلا لان الذهاب بآفة سماوية فلا يتبين أن العقد كان فاسدا فبقي العقد صحيحا، ولا شئ لكل واحد منهما على صاحبه. وفي الخلاصة: وإن ذكرا مدة قد يخرج وقد لا يخرج فهي موقوفة إن أخرجت في المدة صحت، وإن لم تخرج فسدت. وهذا إذا خرجت في المدة المضروبة ما يرغب في مثله، فإن أخرجت في شئ لا يرغب في مثله فهي فاسدة اه. وفي المحيط: ولو دفع إليه رطبه ثابتة في الارض وقد انتهى جوازها لكن بذرها لم يخرج ليقوم ليخرج البذر على أن البذر بينهما نصفان ولم يسميا وقتا جاز لانه جعل الاجرة بعض ما يخرج من عمله، ولو شرطا أن الرطبة بينهما نصفان لم تجز لانه استأجره ببعض ما أوجد قبل عمله مقصودا. وفي جامع الفتاوي: ولو دفع أرضا معاملة خمسمائة سنة لم يجز، وإن شرط مائة سنة وهو ابن عشرين سنة جاز، وإن كان أكثر من عشرين سنة لم يجز اه. قال رحمه الله: (وتصح في الكرم والشجر والرطب وأصول الباذنجان) وقال الشافعي رحمه الله تعالى في الجديد: لا تجوز إلا في الكرم والنخل. ولنا ما روي عن ابن عمر أن

***

[٣٠٠]

[والثمر يزيد بالعمل صحت وإن انتهت لا كالمزارعة فإذا فسدت فللعامل أجر مثله] النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على ما يخرج من ثمر. وهذا مطلق فلا يجوز قصره على بعض الاشجار دون بعض لانه تقييد فلا يجوز بالرأي. وفي فتاوي أبي الليث: دفع كرما معاملة وفيه أشجار لا تحتاج إلى عمل سوى الحفظ، فإن كان بحال لو لم تحفظ يذهب ثمرها قبل الادراك لا تجوز المعاملة في تلك الاشجار ولا نصيب للعامل فيها. وفي التجريد: رجل دفع نخلا إلى رجلين معاملة على أن لاحدهم السدس وللآخر النصف ولرب الارض الثلث فهي جائزة، ولو شرط الصاحب النخل الثلث وللآخر الثلثين وللثالث أجر مائة على العامل فهذا فاسد، والخارج كله لرب النخل ويرجع العامل الذي شرط له الثلثين على رب النخل ولرب النخل الثلثان وللثالث الثلث فهي جائزة. وفي جامع الفتاوي: لو دفع إلى رجلين جاز عند أبي يوسف ولا يجوز عند الامام. وفي شرح الطحاوي: ولو أن رجلا دفع أرضه معاملة على أن يغرس العامل فيها أغراسا والغراس يكون بينهما فهذا يجوز، فإذا انقضت المدة فلرب الارض أن يطالبه بقلع الاشجار وليس له أن يتملكها بغير رضا المستأجر إذا لم يضر القلع بالارض، فإن كان يضرها ضررا فاحشا فله أن يتملكها بغير رضاه. وفي الفتاوي العتابية: إذا دفع أرضه للغرس على أن الغراس بينهما، فإن كان الغراس من جانب صاحب الارض فغرس فالغراس كله لصاحب الارض، وإن كان للعامل وقال له اغرسها فالغراس لصاحب الارض وللعامل عليه قيمتها اه. وفي فتاوي أبي الليث: لو غرس حافتي نهر فقال رجل غرست لي لانك كنت خادمي وفي عيالي وقال الغارس لنفسي، فإن عرف أن الغارس كان وقت الغراس في عياله يعمل له مثل هذا العمل فالشجر له، وإن لم يعرف ذلك فللغارس ذلك اه. قال رحمه الله: (فإن دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة والثمر يزيد بالعمل صحت وإن انتهت لا كالمزارعة) لان العامل لا يستحق إلا بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهي فلو جاز بعد الادراك لا يستحق إلا بلا عمل ولم يرد به الشرع، ولا يجوز الحاقه بما قبل التناهي لان جوازه قبل التناهي للحاجة على خلاف القياس ولا حاجة إلى مثله فبقي على الاصل. قال رحمه الله: (فإذا فسدت فللعامل أجر مثله) لانها في معنى الاجارة كالمزارعة إذا فسدت وقد تقدم بيانه. قال رحمه الله: (وتبطل بالموت) لانها في معنى الاجارة كالمزارعة فإن مات رب الارض والخارج بسرا فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم عليه قبل ذلك إلا أن تدرك الثمرة، وليس لورثته أن يمنعوه من ذلك استحسانا كما في المزارعة لان في منعه إلحاقا الضرر به فيبقي العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر على الورثة. ولو التزم العامل الضرر يخير ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يدرك فيرجعون على المعامل بحصته من الثمر لانه ليس له إلحاق الضرر به كما في المزارعة، هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره. وفي رجوعه في حصته إشكال،

***

[٣٠١]

[وتبطل بالموت وتفسخ بالعذر كالمزارعة.] وكان ينبغي أن يرجعو عليه بجميعه لان العامل إنما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا إذ اختار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي إلى أن العمل يجب عليهما حتى يستحق

المؤنة بحصته فقط وهذا خلف لانه يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في عمل بعض المدة، وهذا الاشكال وارد في المزارعة أيضا، كذا في الشارح. وأجاب بعض الافاضل بأن المعنى يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بحصته كما فهمه فيرد على هذا المجيب أن المنقول في الكافي للعلامة النسفي. وفي الحاكم الشهيد ما نص عبارته: ويرجعون بنصف نفقتهم في حصة العامل كما في المزارعة اه. فحمله غير صحيح. ونقل في التتارخانية في فصل الموت في المزارعة إذا أنفق ورثة رب الارض بأمر القاضي يرجعون على المزارع بجميع النفقة مقدرا بالحصة، وإذا أنفق رب الارض بإذن القاضي يرجع بنصف النفقة اه. ولا يخفى أن المعاملة والمزارعة من باب واحد فما قاله الشارح ظهر منقولا. ولو مات العامل فلورثته أن يقيموا عليه وليس لرب الارض أن يمنعهم من ذلك لان فيه النظر من الجانبين فإذا أرادوا أن يضربوه يسيرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاث التي ذكرناها، وإن ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه، وهذا خيار في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار إلى وقت الادراك فيورث بخلاف خيار الشرط فإن أبي ورثة العامل أن يقيموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما ذكرنا، وإذا انقضت مدة العامل وكان الخارج بسرا أخضر فهو كالمزارعة إذا انقضت مدتها فللعامل أن يقيم عليها إلى أن تنتهي الثمار كما أن ذلك للمزارع لكن هنا لا يجب على العامل أجرة حصته إلا أن يدرك لان الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة حيث يجب على المزارع أجر مثل الارض إلى أن يدرك الزرع لان الارض يجوز استئجارها. وكذا العمل كله على العامل هنا وفي المزارعة عليهما لانه لما وجب أجر مثل الارض بعد انتهاء المدة في المزارعة لا يستحق العمل عليه كما كان يستحق قبل انتهائها. قال رحمه الله: (وتفسخ بالعذر كالمزارعة) بأن يكون العامل سارقا أو مريضا لا يقدر على العمل لانها في معنى الاجارة وقد بينا أنها تفسخ بالاعذار وكونه سارقا عذر ظاهر لانه يسرق الثمر والسعف ويحلق الآخر الضرر ولو أراد العامل ترك العمل في الصحيح، وقيل يمكن، وقيل لا يمكن بالاتفاق. قال: أصله أن المزارعة لازمة من جهة من لا بذر منه غير لازمة من جهة رب البذر، ثم مسائله على ثلاثة أقسام: قسم في الموت، وقسم في فسخ العقد من قبله بالدين، وقسم في انقضاء المدة. وإذا أراد رب الارض أن يفسخ العقد وليس من قبله البذر قبل العمل ليس له ذلك إلا أن يكون عليه دين لا وفاء إلا منه، فإن باعها بالدين لم يكن عليه من نفقة العامل شئ في حفر الانهار وإصلاحها لان المنافع لا تتقوم إلا

***

[٣٠٢]

بالعقد أو شبهه ولم يوجد ذلك ومتى كان البذر من قبله بأن يكون مستأجرا للارض فإن نبت الزرع لا يباع حتى يستحصد لكن القاضي يخرجه من الحبس ولا يحول بينه وبين الغرماء لان في البيع إبطال حق العامل وفي ترك البيع تأخير حق رب الدين والتأخير أهون من الابطال، فلو زرع ولم ينبت فقد اختلفوا فيه، قيل لصاحب الارض بيعها بالدين لانه ليس للزرع في الارض حق قائم لان إلقاء البذر استهلاك، وقيل ليس له البيع لان القاء البذر من الاستنماء وليس باستهلاك. وأما القسم الثاني وهو ما لو دفعها إليه ثلاث سنين ثم مات رب الارض في الاولى قبل الحصاد يبقى الزرع حتى يستحصد استحسانا فإذا حصد ينفسخ في السنتين الباقيتين، ولو مات قبل الزرع بطلت المزارعة فإن مات بعد الزراعة قبل النبات اختلفوا فيه على نحو ما ذكرنا في الدين، ولو مات المزارع والزرع بقل فقد قدمنا بيانه، وهذه فروع ذكرناها تتميما للفائدة. ولو دفع أرضا بيضاء على أن يغرس فيها نخلا وشجرا على أن ما خرج من شجر أو نخل فهو بينهما نصفان وعلى أن الارض بينهما نصفين فهذا فاسد، فإن فعل فما خرج من الارض فجميعه لرب الارض وللغارس أجر مثل عمله. دفع أرضا على أن يغرسها المدفوع إليه لنفسه ما بدا له ويزرعها من عنده ما بدا له على أن الخارج نصفان بينهما وللعامل على رب الارض مائة درهم فهو فاسد. والخارج للغارس ولرب الارض أجر أرضه، ولو كان البذر والغراس من رب الارض على أن يغرس ويبذرهما بهما والخارج نصفان بينهما ولرب الارض على العامل مائة درهم فهو فاسد والخارج لرب الارض وللعامل أجر مثله وتوجيهه يطلب من المحيط. واشتراط العمل في المعاملة والمزارعة على أقسام: أحدها أن يشترط البعض على العامل وسكتا عن الباقي أو شرطا بعضه على الدافع وسكتا عن الباقي أو شرطا بعضه على الدافع وبعضه على العامل، وكل قسم على قسمين: الاول لو شرطا البعض على العامل وسكتا عن الباقي فإن كان المسكوت عنه لا يخرج من ذلك شئ إلا به أو يخرج شئ لا يرغب في مثله فالمعاملة فاسدة، والثاني لو شرطا على نفسه السقي والحفظ لا غير فالمزارعة فاسدة إلا إذا علم أن السقي لا يزيد فيه. الثالث لو شرط السقي على رب

النخل والحفظ والتلقيح على العامل لم يجز، والزارعة كالمعاملة في هذه الاحكام إذا كان البذر من رب الارض وتوجيهه يطلب من المحيط. وأما المزارعة إذا شرط فيها المعاملة فالمعاملة متى شرطت في المزارعة بأن دفع أرضا فيها نخل على أن يزرعها من بذره بالنصف وعلى أن يعمل في النخل ويسقيه ويلحقه بالنصف فإنه ينظر، إن كان البذر من قبل العامل فسدت لانهما عقدان اشترط أحدهما في الآخر، وإن كان البذر من قبل رب الارض جاز لانه عقد واحد لانه استأجره ليعمل في أرضه ونخله وتوجيهه يطلب من المحيط. وأما لو دفع المزارع أو العامل الارض أو النخل لغيره مزارعة أو معاملة فهي على وجهين: إما أن يكون البذر من قبل رب الارض وفي هذا لا يملك أن يدفع الارض مزارعة أو معاملة إلا أن
***
[٣٠٣]
يأذن له رب البذر في ذلك أو يقول له اعمل برأيك ولكن له أن يستأجر أجيرا من ماله لاقامة عمل المزارعة، وإن قال رب البذر اعمل لله تعالى برأيك جاز له أن يدفعها لغيره مزارعة، وإذا لم يأذن له ولم يقل اعمل برأيك فدفعها لغيره مزارعة فصار مخالفا غاصبا وبطلت المزارعة بينه وبين رب الارض ولرب الارض أن يضمن أيهما شاء أجرة الارض، فإذا ضمن الاول لم يرجع على صاحبه، وإن ضمن الثاني رجع على الاول لانه مغرور من جهته، كذا في الفتاوي الكبرى. وأما لو أذن له رب الارض أو قال له اعمل برأيك فدفعها جاز، وإن كان رب الارض شرط للمزارع النصف فدفعها للثاني بالنصف فمهما خرج منها فنصفه لرب الارض ونصفه للمزارع الثاني، وإن شرط المزارع الاول للثاني الربع وللاول الربع وحكمهما حكم المضاربة. وفي فتاوي الخلاصة: وإن كان البذر من قبل العامل له أن يدفع إلى آخر مزارعة وإن لم يأذن له رب الارض أصلا، ولو دفع صار الزارع الاول مؤجرا ما إذا استأجره إجارة فاسدة صار الاول مستأجرا للمزارع الثاني ببعض الخارج ويعمل في الارض اه‍. وفي المحيط: إذا عمل صاحب الارض مع العامل بأمره أو بغير أمره فهو على قسمين: أما أن يكون البذر من قبل رب الارض أو من قبل العامل، فلو كان من قبل رب الارض بأن دفع أرضه وبذره مزارعة بالنصف فزرع العامل وسقى فلما نبت قام عليه رب الارض حتى استحصد بغير أمر العامل فالخارج على الشرط ورب الارض متطوع بعمله كما لو قام عليه أجنبي، ولو بذر المزارع ولم ينبت ولم يسقه فسقاه رب الارض وقام عليه حتى استحصد فالخارج لرب الارض قياسا، وفي الاستحسان على الشروط ورب الارض متطوع كما لو قام عليه أجنبي، ولو لم يزرع العامل حتى زرعه رب الارض وسقاه ثم قام عليه المزارع حتى استحصد فالخارج لرب الارض والمزارع متطوع، وإن بذره رب الارض بغير إذن الزارع ولم يسقه ولم ينبت فسقاه المزارع وقام عليه حتى استحصد فالخارج على الشرط. القسم الثاني لو كان البذر من قبل المزارع فبذر ولم يسقه ولم ينبت فقام عليه رب الارض حتى استحصد فالخارج بينهما، وكذا لو بذره رب الارض ولم ينبت ولم يسقه حتى قام عليه المزارع فالخارج على الشرط، ولو كان رب الارض سقاه حتى نبت ثم قام عليه المزارع وسقاه فهو لرب الارض ويضمن البذر لربه والمزارع متطوع في سقيه، وما عملته من الجواب في المزارعة فهو الجواب في المعاملة، كذا في المحيط. وأما لو اختلفا في المزارعة أو المعاملة فلا يخلو إما أن يختلفا في العقد أو الشروط أو في جواز العقد وفساده، فلو اتفقا على جواز واختلفا في المشروط والبذر من قبل رب الارض إن كان قبل المزارعة وأقاما بينة فبينة الزارع أولى لانها أكثر إثباتا، وإن لم تقم لاحدهما بينة تحالفا وترادا، وإن اختلفا بعد الزراعة والنبات فالقول لرب الارض مع يمينه والبينة للآخر، وإن كان البذر من قبل العامل فالقول له والبينة للآخر بعد عقد المزارعة وقبلها
***
[٣٠٤]
يتحالفان وبدئ بيمين رب الارض، وأما لو اختلفا في الجواز والفساد فهو على ثلاثة أوجه: إما إن اختلفا قبل الزراعة فالقول لمدعي الفساد، وإن اخلتفا بعد الزراعة القول لصاحب البذر. هذا إذا كان البذر من قبل العامل، فإن كان من قبل رب الارض فاختلفا فالقول للعامل والبينة لرب الارض، سواء اختلفا قبل الزرع أو بعده، وأما لو اختلفت ورثتهما بعد موتهما فإما أن يختلفا في مقدار الانصباء والبذر من قبل العامل فالقول لورثة صاحب الارض والبينة للآخر، وإن كان البذر من رب الارض فالقول لورثة صاحب البذر والبينة للآخر، وإن أقاما معا بينة فبينة صاحب البذر أولى، وإن اختلفا في صاحب البذر كان القول قول ورثة المزارع والبينة للآخر، وإن اختلفا في البذر وفي شرط وأقاما بينة فالبينة بينة رب الارض. ولو مات المزارع بعد الاستحصاد ولم يدر ما فعل بحصة

المزارع فضمان حصة المزارع في ماله لانه مات مجهلا للوديعة، ولو مات العامل بعدما انتهت الثمرة فلم يوجد في النخل شئ إن علم خروج الثمرة ضمن حصة الآخر وإلا فلا، كذا في المحيط. وتفاصيله تطلب منه اهـ. والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

***

[٣٠٥]

[كتاب الذبايح هي جمع ذبيحه وهي اسم لما يذبح والذبح قطع الاوداج وحل ذبيحه مسلم وكتابي] كتاب الذبائح قال جمهور الشراح: المناسبة بين المزارعة والذبائح كونها إتلافا في الحال للانتفاع في المآل، فإن المزارعة إتلاف الحب في الارض للانتفاع بما ينبت منها، والذبح إتلاف الحيوان بإزهاق روحه للانتفاع به بعد ذلك. قيل هذا إنما يقتضي تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة، وأجيب بأن المساقاة كالمزارعة في غالب الاحكام فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح لدخول المساقاة في المزارعة ضمنا فاكتفي بذلك. ويحتاج إلى معرفة تفسير الذكاة لغة وشرعا وركنها وشرط جوازها وحكمها. أما تفسيرها لغة فهي إما مشتقة من الحدة يقال سراج ذكي إذا كان يراه في غاية الحدة، ويقال فلان ذكي إذا كان سريع الفهم والادراك لحدة خاطره وفهمه، ويقال مسك ذكي إذا كان طيب الرائحة يقوم منه الريح. وإما مشتقة من الطهارة قال عليه الصلاة والسلام دباغ الاديم ذكاة أي طهارته وقال ذكاة الارض يبسها أي طهارتها وكلا المعنيين موجود في الذكاة فإن فيها حدة من حيث إنها مسرعة إلى الموت وتطهر الحيوان عن الدماء المسفوحات والرطوبات السائلة النجسة. وأما ركنها فهو القطع والجرح. وأما شرطها فأربعة: آلة قاطعة جارحة، والثاني كون الذبح ممن له ملة حقيقة كالمسلم أو ادعاء كالكافر، والثالث كون المحل من المحللات إما من كل وجه كمأكول اللحم أو من وجه كغيره وهو ما يباح الانتفاع بجلده وشعره، والرابع التسمية عندنا لما سيأتي. وأما حكمها فطهارة المذبوح وحل أكله إن كان من المأكولات، وطهارة عينه للانتفاع إذا كان لا يؤكل، كذا في المحيط. وأما شرعا فهو قوله والذبح إلى آخره. وترجم بالذبائح والظاهر أنه أراد بالذبائح الذبح الذي هو الذكاة والمؤلف أبقاه على ظاهره فلذا قال: (هي جمع ذبيحة وهي اسم لما يذبح) يعني الذبائح جمع ذبيحة والذبيحة اسم للشئ المذبوح ولا يخفى أن المناسب أن يترجم بالذبح لانه فعل والمكلف إنما يبحث عن الافعال أولا بالذات لا عن

***

[٣٠٦]

[وصبي وامراة وأخرس وأقلف لا مجوسي ووثني ومرتد ومحرم وتارك التسمية عمدا] الاعيان إلا بطريق التبع. وقوله جمع ذبيحة الاولى تركه لان الفقية لا يبحث عن الافراد والجمع وإنما يبحث عن الاحكام. قال رحمه الله: (والذبح قطع الاوداج) لقوله عليه الصلاة والسلام أفر الاوداج بما شئت والمراد الحلقوم والمرئ والودجان، وإنما عبر عنه بالاوداج تغليبا وبه يحل المذبوح لقوله تعالى * (إلا ما ذكيتم) * (المائدة: ٣) ولان المحرم هو الدم المسفوح وبالذبح يقع التمييز بينه وبين اللحم فيطهر به إن كان غير مأكول. ويقال ذكاء السن بالمد لنهاية الشباب، وذكاة النار بالقصر لتمام اشتعالها وهي اختيارية واضطرارية فالاول الجرح ما بين اللبة واللحيين، والثاني الجرح في أي موضع كان من البدن وهذا كالبدل عن الاول لانه لا يصار إليه إلا عند العجز عن الاول، وإنما كان كذلك لان الاول أبلغ في إخراج الدم من الثاني فلا يترك إلا بالعجز عنه، ويكتفى بالثاني للضرورة لان التكليف بحسب الوسع. وذهب العراقيون من مشايخنا إلى أن الذبح محظور عقلا لما فيه من إيلام الحيوان ولكن الشرع أحلة. قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط: وهذا عندي باطل لانه عليه الصلاة والسلام كان يتناول اللحم قبل البعثة ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لذبحهم بأسماء آلهتهم فعرفنا أنه كان يصطاد ويذبح بنفسه وما كان يفعل ما هو المحظور عقلا كالكذب والظلم والسفه. قال رحمه الله: (وحل ذبيحة مسلم وكتابي) لقوله تعالى * (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) * (المائدة: ٥) والمراد به ذبائحهم لان مطلق الطعام غير المذكى يحل من أي كافر ولا يشترط أن يكون من أهل الكتاب، ولا فرق في الكتابي بين أن يكون ذميا أو حربيا، ويشترط أن لا يذكر فيه غير الله تعالى حتى لو ذكر الكتابي المسيح أو عزيرا لا يحل لقوله تعالى * (وما أهل به لغير الله) * (البقرة: ١٧٣) وهو كالمسلم في ذلك فإنه لو أهل به لغير الله لا يحل. قال في العناية: الكتابي إذا أتى بالذبيحة مذبوحة أكلنا فلو ذبح بالحضور فلا بد من الشرط وهو أن لا يذكر عليها غير اسم الله. ولا فرق في الذابح بين أن يكون صبيا أو مجنونا. قال في النهاية: المراد بالمجنون المعتوه لان المجنون لا قصد له ولا بد من التسمية وهي

القصد وهو أن يعقلها. قال رحمه الله: (وصبي وامرأة وأخرس وأقلف) يعني تحل ذبيحة هؤلاء. والمراد بالصبي الذي يعقل التسمية ويضبط وإن لم يكن كذلك لا يحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالعقد وصحة العقد بالمعرفة. والضبط هو أن يعلم شرائط الذبح من فري الاوداج والتسمية. والمعتوه كالصبي إذا كان صابطا والقلفة ولا الفراسة لا تحل بذلك فيحل والاخرس عاجز عن الذكر فيكون معذورا وتقوم الملة مقامه كالناسي بل أولى لانه ألزم. قال رحمه الله: (لا مجوسي ووثني ومرتد ومحرم وتارك التسمية عمدا) يعني لا تحل ذبيحة هؤلاء، أما المجوسي فلقوله عليه الصلاة والسلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا
***
[٣٠٧]
آكلي ذبائحهم لانه ليس له دين سماوي فانعدم التوحيد اعتقادا ودعوى. والوثني كالمجوسي فيما ذكرنا لانه مشرك مثله، وأما المرتد فلانه لا يقر على ما انتقل إليه ولهذا لا يجوز نكاح بخلاف اليهودي إذا تنصر وبالعكس أو تنصر المجوسي أو تهود لانه يقر على ما انتقل إليه عندنا فتؤكل ذبيحته. ولو تمجس اليهودي لا تؤكل ذبيحته، ولا فرق في المرتد بين أن يرتد إلى دين اليهودية أو النصرانية أو إلى غير ذلك، كذا في شرح الطحاوي والمتولد بين الكتابي والمجوسي يعتبر كتابيا. وأما المحرم فالمراد به في حق الصيد لان ذبيحته في حق الصيد لا تؤكل لان فعله فيه غير مشروع، وكذا الحلال في حق صيد الحرم، وكذا الكتابي لو ذبح صيدا في الحرم لا يحل أكله. وأما تارك التسمية عمدا فلقوله تعالى * (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) * (الانعام: ١٢١) ولقوله عليه الصلاة والسلام إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل الحديث. وقال الشافعي: تؤكل. قيدنا بقولنا عمدا لانه لو ترك التسمية ناسيا يحل أكلها وهو مذهب علي وابن عباس. وقال أبو يوسف والمشايخ: إن متروك التسمية عمدا لا يسوغ فيه الاجتهاد حتى لو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ قضاؤه لكونه مخالفا للاجماع. ولو ذبح شاتين فسمى على الاولى دون الثانية تحل الاولى دون الثانية، ولو رمى سهما إلى صيود فأثخن الكل يكفيه تسمية واحدة وإن حصل بها ذكاة صيود كثيرة، فأما ذبح الشاة الثانية فلا بد له من تسمية ثانية حتى لو أضجع شاتين إحداهما على الاخرى وذبحهما بحديدة يحلان بتسمية واحدة، ولو أضجع شاة ليذبحها ثم ألقى تلك السكين وأخذ سكينا أخرى لا بأس به بخلاف ما لو أخذ سهما وسمى فوضع ذلك ورفع آخر ولم يسم لم يحل أكله لان التسمية في الذكاة الاختيارية مشروعة على الذبح لا على آلته والذبيحة لم تتغير، وفي الذكاة الاضطرارية التسمية على الآلة لا على الذبيحة والآلة قد تغيرت. وعن أبي يوسف: ولو أضجع شاة وسمى فأرسلها وأخذ غيرها وذبحها بتلك التسمية لم تجز، ولو رمى إلى صيد فأصاب آخر يحل لما بينا. سمى واشتغل بآخر إن كان قليلا كما لو كلم إنسانا أو شرب ماء يحل وإن كان طويلا فلا لان إيقاع الذبح متصل بالتسمية بحيث لا يتخلل بينهما شئ ولا يمكن إلا بجرح فأقيم المجلس مقام الاتصال والعمل القليل لا يقطع المجلس فيكون مذبوحا على التسمية والكثير يقطع فيفصل بينهما فيكون مذبوحا بغير تسمية. ولو قال بسم الله جاز نوى أو لم ينو لانه صريح في التسمية، وظاهر حاله يدل على أنه أراد به التسمية على الذبيحة فيقع عنها ما لم يوجد منه الصرف عنها حتى لو أراد به التسمية على غيره كمن قال الله أكبر وأراد به إجابة الاذان لا افتتاح الصلاة ولم يصر شارعا فيها. ولو سبح أو حمد الله أو كبر يريد به التسمية على الذبيحة تحل وإلا فلا لان هذه الالفاظ كناية عن التسمية والكناية إنما تقوم مقام الصريح بالنية. ولو قال بسم الله بغير هاء الله إن أراد به التسمية يحل وإلا فلا لان العرب قد تحذف حرفا ترخيما، كذا في المحيط. وفي التتمة: رجل ذبح
***
[٣٠٨]
[وحل لو ناسيا وكره أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره وإن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وإن قال قبل التسمية والاضجاع جاز والذبح بين الحلقة واللبة والمذبح المرئ] للضيف شاة فذكر اسم الله عليها فقال يحل أكله، ولو ذبح لاجل قدوم الامير أو قدوم واحد من العظماء وذكر اسم الله يحرم أكله لانه ذبحها لاجله تعظيما له. وفي جامع الفتاوي: ذبح شاة مجوسي لاجل بيت نارهم أو ذبح كافر لآلهتهم لا تؤكل ذبيحتهم، ولا فرق في الذابح بين أن يكون ذكرا أو أنثى حرا أو عبدا صبيا أو بالغا ناطقا أو أخرس أو أقلف اه. قال رحمه الله: (وحل لو ناسيا) يعني حل المذكى لو ترك التسمية ناسيا. وقال مالك رحمه الله تعالى: لا تحل لما ذكرنا من الدليل لانه

لا فصل فيه. قلنا إن النسيان مرفوع الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان (١) وفي اعتباره حرج والحرج مرفوع بالنص والنص غير مجرى على إطلاقه لانه لو أريد به مطلقا لما جرت المحاججة بين السلف وارتفع الخلاف بينهم وإقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي لانه معذور لا يدل على إقامتها في حق العامد لعدم عذره، ولا يقال الآية مجملة لانه لا يدري هل أريد به حالة الذبح أو حالة الطبخ أو حالة الاكل لانا نقول: أجمع السلف على أن المراد بها حالة الذبح فتكون مفسرة فتم الاحتجاج بها. ثم التسمية في ذكاة الاختيار يشترط أن تكون عند الذبح قاصدا التسمية على الذبيحة. وفي الينابيع: ولو سمى بالفارسية جاز. وفي الاصل: ولو ذبح الشاة وسمى فهو على ثلاثة أوجه: إن لم يكن له نية أو أراد التسمية على الذبيحة وفي هذين الوجهين يجوز، وإن أراد غير التسمية على الذبيحة لا يجوز. وفي الحاوي سئل أبو القاسم عمن قال بسم الله ولم يذكر الهاء قال: لا يجوز. وقال الفقيه: إن لم يقصد ترك الهاء يجوز اه. قال رحمه الله: (وكره أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وإن قال قبل التسمية والاضجاع جاز) وهذا النوع على ثلاثة أوجه: أحدها أن يذكره موصولا من غير عطف فيكره ولا تحرم الذبيحة مثل أن يقول بسم الله محمد رسول الله بالرفع لان اسم الرسول غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدأ لكن يكره لوجود الوصل صورة، وإن قال بالخفض لا يحل، ذكره في النوادر. وقال بعضهم: هذا إذا كان يعرف النحو والاوجه أن لا يعتبر الاعراب بل يجزم مطلقا، ومن هذا النوع أن يقول اللهم تقبل من فلان لان الشركة لم توجد ولم يكن الذبح واقعا عليه ولكن يكره لما ذكرنا. والثاني أن يكون موصولا على سبيل العطف والشركة نحو أن يقول باسم الله واسم فلان أو باسم الله ومحمد بالجر تحرم الذبيحة لانه أهل به لغير الله لقوله تعالى * (وما أهل به لغير الله) * (البقرة: ١٧٣) ولقوله عليه الصلاة والسلام موطنان لا أذكر فيهما عند العطاس والذبح ولو رفع المعطوف

***

[٣٠٩]

على اسم الله يحل لانه مبتدأ. واختلفوا في النصب قيل يكره فيهما بالاتفاق لوجود الوصل صورة. الثالث أن يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل أن يضجع الشاة أو قبل التسمية أو بعد الذبح اللهم تقبل هذا مني أو من فلان وهذا لا يكره لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال بعد الذبح: اللهم تقبل هذا من أمة محمد صلى الله عليه وسلم ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ، وكان عليه الصلاة والسلام يقول إذا أراد الذبح: اللهم هذا منك ولك إن صلاتي ونسكي الخ. والشرط هو الذكر الخالص حتى لو قال اللهم اغفر لي واكتفى لا يحل لانه دعاء وسؤال. ولو قال الحمد صلى الله عليه وسلم أو سبحان الله وأراد به التسمية حل، ولو عطس عند الذبح وقال الحمد صلى الله عليه وسلم لا يحل في الاصح لانه أراد بذلك الحمد على النعمة دون التسمية. وذكر الحلواني أن المستحب أن يقول باسم الله الله أكبر ثلاثا. وفي النوازل: إذا قال بسم الله ومحمد بالخفض قال بعضهم على قياس ما روي عن محمد في باب الصلاة تحرم الذبيحة، وكذا لو قال بسم الله وصلى الله على سيدنا ومحمد بالواو، ولو قال بغير واو حلت الذبيحة ولكن يكره. وفي خزانة الفقه: رجلان ذبحا صيدا وسمى أحدهما وترك الآخر التسمية لم يحرم أكله. وفي الذخيرة والينابيع: ولو ذبح شاة فسمى ثم ذبح أخرى فظن أن التسمية الاولى تجزيه عنها لم تؤكل. وفي الحاوي: جمع العصافير فذبح واحدة وسمى وذبح أخرى على أثره بتلك التسمية لا تؤكل، ولو أمر السكين عليهم بتسمية واحدة جاز. وفي شرح الطحاوي: وذبيحة أهل الكتاب إنما تؤكل إذا أتى بها مذبوحة، وإن ذبح بين يديك فإن سمى الله تعالى لا بأس بأكلها، وكذا إذا لم يسمع منه شئ، وإن سمى باسم المسيح وسمعه منه فلا يؤكل. وفي جامع الجوامع: من اشترى لحما وعلم أنه ذبيحة مجوسي وأراد الرد فقال البائع الذابح مسلم لا يرد ويحل أكله مع الكراهية. وفيه عن أبي يوسف: ذئب أخذ حلقوم شاة وأوداجها فذبحها فأكلها إذا كانت تضطرب إذا سمى تحل ولو انفلتت الشاة أو البقرة من يده وقامت من مضجعها ثم أعادها إلى مضجعها اكتفى بتلك التسمية، وإن ذبح الذابح وسمى صاحب الاضحية أو غيره لم يجز اه. قال رحمه الله: (والذبح بين الحلقة واللبة) بفتح اللام وتشديد الباء الموحدة وفي الجامع الصغير: لا بأس بالذبح في الحلق كله وأعلاه وأسفله والاصل فيه ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال الذكاة في الحلق ولانه مجمع مجرى النفس ومجرى الطعام ومجرى العروق فيحصل بقطعه المقصود على أبلغ

الوجوه وهو أنهار الدم. والتقييد بالحلق واللبة يفيد أنه لو ذبح أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم لانه أهل في غير محل الذكاة، ذكره في الواقعات. وفي فتاوي السمرقندي: ونقل في النهاية عن الامام الرستغفني رحمه الله تعالى سئل عمن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر وكان يجب أن يبقى غير ما يلي الرأس أيؤكل أم لا؟ قال: هذا قول العوام من الناس وليس هذا بمعتبر ويجوز أكلها، سواء كانت العقدة مما يلي الصدر أو مما يلي الرأس قال: لان المعتبر عندنا قطع الاوداج وقد

***

[٣١٠]

[والحلقوم والودجان وقطع الثلاث كاف ولو بظفر وقرن وعظم وسن منزوع وليطة ومروة وما أنهر الدم إلا سنا وظفرا قائمين وندب حد شفرته وكره النخع وقطع الرأس] وجد، وذكر أن شيخه كان يفتي به وهذا مشكل فإنه لم يوجد فيه قطع الحلقوم ولا المرئ وأصحابنا رضي الله عنهم وإن شرطوا قطع الاكثر فلا بد من قطع أحدهما عند الكل. وإذا بقي شئ من عقدة الحلقوم مما يلي الرأس لم يحصل قطع واحد منهما فلا يؤكل بالاجماع. وفي الواقعات: لو قطع الاعلى أو الاسفل ثم علم بها فقطع مرة أخرى الحلقوم من قبل أن يموت ينظر، فإن قطع بتمامه لا يحل لان موته بالاول أسرع منه بالقطع الثاني وإلا حل. وذكر في فتاوي أهل سمرقند قصاب ذبح شاة في ليلة مظلمة فقطع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم أكلها اه. قال رحمه الله: (والمذبح المرئ والحلقوم والودجان) لما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال أفر الاوداج بما شئت وهي عروق الحلق في المذبح والمرئ مجرى الطعام والشراب والحلقوم مجرى النفس، والمراد بالاوداج كلها وأطلق عليه تغليبا. وإنما قلنا ذلك لان المقصود يحصل بقطعهن وهو إزهاق الروح وإخراج الدم لانه بقطع المرئ والحلقوم يحصل الازهاق، وبقطع الودجين يحصل إنهار الدم. ولو قطع الاوداج وهي العروق من غير قطع المرئ والحلقوم لا يموت فضلا عن التوجه فلا بد من قطعهما ليحصل التوجه، ولا بد من قطع الودجين أو أحدهما ليحصل إنهار الدم. وفي المحيط: والمرئ وهو مجرى النفس، والودجان مجرى الدم، والحلقوم مجرى الطعام والشراب. ولو خر عنق شاة بسيف من قبل الاوداج وسمى يحل لانه أتى بالذكاة وزيادة وقد أساء لانه جاوز النخاع اه. قال رحمه الله: (وقطع الثلاث كاف) والاكتفاء بالثلاث مطلقا هو قول الامام وقول أبي يوسف أولا، وعن أبي يوسف أنه يشترط قطع الحلقوم والمرئ واحد الودجين، وعن محمد لا بد من قطع الاكثر من كل واحد من هذه الاربعة، وأجمعوا أنه يكتفي بقطع الاكثر من هذه العروق الاربعة، فأما الحلقوم والمرئ فمخالفان للاوداج ولك واحد منهما مخالف للآخر فلا بد من قطعهم، وأبو حنيفة يقول الاكثر يقوم مقام الكل. وفي التتمة سئل أبو علي عن انتزاع السبع رأس الشاة وفيها حياة هل تحل بالذكاة وإن كانت تتحرك قال رحمه الله: (ولو بظفر وقرن وعظم وسن منزوع وليطة ومروة وما أنهر الدم إلا سنا وظفرا قائمين) يعني يكفي في الحل بما ذكر لقوله عليه الصلاة السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ولقوله عليه الصلاة والسلام أفر الاوداج بما شئت وما روي من المنع في الظفر والسن محمول على غير المشروع فإن الحبشة كانوا يفعلون ذلك إظهارا للجلد والمشروع آلة جارحة فيحصل به المقصود وهو إنهار الدم. والليطة القصب الفارسي، والمروة الحجر الذي له حد، والدليل على جواز الذبح بهما ما روي عن عدي بن حاتم قال قلت: يا رسول الله نجد الصيد وليس معنا سكين إلا المروة

***

[٣١١]

[والذبح من القفاء وذبح صيد استأنس وجرح نعم توحش أو تردى في بئر وسن نحر] وسقبة العصا فقال عليه الصلاة والسلام: أفر الاوداج بما شئت واذكر اسم الله. رواه البخاري. والظفر والسن المنزوع آلة جارحة بخلاف غير المنزوع لان الذبح به يكون بالثقل لا بالآلة اه. قال رحمه الله: (وندب حد شفرته) لقوله عليه الصلاة إن الله كتب الاحسان على كل شئ فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته رواه مسلم وغيره. ويكره أن يضجعها ثم يحد الشفرة لقوله عليه الصلاة والسلام لمن أضجع الشاة وهو يحد شفرته لقد أردت أن تميتها موتتين هلا حددتها قبل أن تضجعها الحديث. والآلة على ضربين: قاطعة وغير قاطعة، والقاطعة على ضربين: حادة وكليلة، فالحادة اختيارية وضرورية، فالحادة يجوز الذبح بها من غير كراهة، والكليلة يجوز الذبح بها ويكره لما مر من الابطاء في الاراقة، كذا في المحيط. قال رحمه الله: (وكره النخع وقطع الرأس والذبح من القفاء) النخع

هو أن يصل إلى النخاع وهو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة وهو بالفتح والضم لغة فيه. قال في النهاية: ومن قال هو عرق أبيض فقدسها. واعترضه صاحب العناية أن من سمى بما ذكر لم يغلط لان أهل اللغة ذكروه بلفظ الخيط وإنما كره لنهيه عليه الصلاة والسلام عن أن تنخع الشاة إذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا. وقيل: أن يمد رأسها حتى يظهر مذبحها، وقيل أن يكسر رقبتها قبل أن تسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه. وفي قطع الرأس زيادة تعذيب فيكره، ويكره أن يجر ما يريد ذبحه وأن يسلخ قبل أن يبرد ويؤكل في جميع ذلك لان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم فلا يوجب الحرمة. ويكره أن يذبحها موجهة لغير القبلة لمخالفة السنة في توجيهها لغير القبلة وتؤكل وفي الذبح من القفا زيادة ألم فيكره، ويحل لما ذكرنا إذا بقيت حية حتى يقطع العروق لتحقق الموت بالذكاة، وإن ماتت قبل قطع العروق لا تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة. قال رحمه الله: (وذبح صيد استأنس وجرح نعم توحش أو تردى في بئر) الواو عاطفة على قوله وحل ذبيحة مسلم وذبح صيد يعني وحل أكل صيد استأنس بالذبح وهو الذكاة الاختيارية لقدرته عليها، وحل أكل نعم توحش أو تردى بالجرح لعجزه عن الذكاة الاختيارية. هذا إذ علم أنه مات من الجرح، وإن علم أنه لم يمت من الجرح لم يؤكل فإن أشكل ذلك أكل لان الظاهر الموت به، وكذا الدجاجة إذا تعلقت على شجرة وخاف موتها صارت ذكاتها بالجرح. وفي الكتاب: أطلق فيما توحش من النعم وكذا فيما تردى فشمل ما إذا كان في المصر والصحراء، وعن محمد أن الشاة إذا ندت في المصر لا تحل بالعقر وإن ندت في الصحراء تحل بالعقر لتحقق العجز عن الذكاة الاختيارية، وفي البقر والابل يتحقق العجز سواء ندت في المصر أو في الصحراء فتحل بالعقر. والصائل كالناد إذا كان لا يقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد ذكاته وسمى حل أكله خلافا لمالك. ولنا ما روي

***

[٣١٢]

[الابل وذبح البقر والغنم وكره عكسه وحل ولم يذك جنين بذكاة أمة] أنه عليه الصلاة والسلام كان في سفر فند بعير من الابل ولم يكن معهم حبل فرماه رجل منهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما فعل منها فافعلوا به هكذا. رواه البخاري ومسلم. ولانه قد تحقق العجز عن الذكاة الاختيارية فصار إلى البدل. وفي النوازل: لو أن بقرة تعسر عليها الولادة فأدخل صاحبها يده وذبح الولد حل أكله، وإن جرحها في غير موضع الذبح إذا كان لا يقدر على ذبحه يحل، وإن كان يقدر لا يحل اه. وفي المحيط: فإن أصاب قرنه أو ظفره أو حافره فإن أدماه ووصل للحم حل أكله وإلا فلا لان الذكاة تصرف في محل الحياة، وإن أبان عنه غير الرأس فمات يؤكل كله إلا ما أبان من الحي فهو ميت ولا يظهر فيه حكم الذكاة ولا كذلك إذا بان الرأس لانه لا يتصور حياة الجسد مع إبانة الرأس. وإن تعلق منه جلدة فإن كان يلتئم ويتدبل لو تركه حل أكله وإلا فهو مبان، ولو قطع الصيد نصفين طولا وعرضا حل، ولو أبان طائفة من الناس البدن إن كان أقل من النصف لا يحل المبان، وإن كان النصف يصح كلاهما اه. قال رحمه الله: (وسن نحر الابل وذبح البقر والغنم وكره عكسه وحل) وإنما كان هذا الفعل مسنونا لانه هو المنقول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم. قال الله تعالى * (إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة) * (البقرة: ٦٧) وقال تعالى * (فصل لربك وانحر) * (الكوثر: ٢) قالوا: المراد نحر الجزور، وفي البقر والغنم الذبح أيسر، وفي الابل النحر أيسر وإنما كره العكس لترك السنة. والنحر قطع العروق في أسفل العنق عند الصدر، والذبح قطع العروق من أعلى العنق تحت اللحيين. وفي الجامع الصغير: والسنة في النحر أن ينحر قائما. وفي الشاة والبقر أن تذبح مضطجعة اه. وفيه أيضا: ولا بأس بالذبح في الحلق كله أسفله وأوسطه وأعلاه لان ما بين اللبة واللحيين وهو الحلق ولان كله مجتمع العروق فصار حكم الكل واحدا. فإن قلت: هذا ينافي في ما تقدم من التقييد قلنا: لا لان النحر في أسفله. قال رحمه الله: (ولم يذك جنين بذكاة أمه) يعني لا يصير الجنين مذكى بذكاة أمه حتى لا يحل أكله بذكاتها وهذا عند الامام زفر والحسن رحمهما الله تعالى. وقال أبو يوسف ومحمد وجماعة أخر: إذا تم خلقه حل أكله بذكاتها لقوله عليه الصلاة والسلام ذكاة الجنين ذكاة أمه (١) ولقوله عليه الصلاة والسلام لما قيل له إنا نحر الناقة ونذبح الشاة وفي بطنها الجنين أنلقيه أم نأكله؟ قال: كله إن شئت فإن ذكاته ذكاة أمه. ولانه جزء من أمه حقيقة لكونه متصلا بها وحكما حتى يدخل في الاحكام الواردة على الام من البيع

والهبة والعتق. وللامام قوله تعالى * (إن الله حرم الميتة) * (البقرة: ١٧٣) وهو اسم لحيوان مات من غير ذكاة والجنين مات حتف أنفه فيحرم بالكتاب. ويكره ذبح الشاة إذا
***
[٣١٣]
[فصل فيما يحل ولا يحل ولا يؤكل ذو ناب ولا مخلب من سبع وطير وحل غراب الزرع لا الابقع الذي يأكل الجيف والضبع والضب والزنبور والسلحفاة والحشرات والحمر والاهلية والبغل وحل] تقارب ولادتها لانه يضيع ما في بطنها. الدجاجة إذا تعلقت فرماها وأصابها ينظر، إن كان لا يهتدي إلى منزله حل أكله لانه عجز عن الذكاة الاختيارية، وإن كان يهتدي ذكر الفقيه أبو الليث إن أصاب المذبح حل وإن أصاب غيره فعند محمد لا يحل وعن غيره يحل اه. والله تعالى أعلم. فصل فيما يحل ولا يحل لما ذكر أحكام الذبائح شرع في تفصيل المأكول منها وغير المأكول إذ المقصود الاصل من شرع الذبائح التوصل إلى الاكل، وقدم الذبح لانه وسيلة الشئ تقدم عليه في الذكر. قال رحمه الله: (ولا يؤكل ذو ناب ولا مخلب من سبع وطير) يعني لا يحل أكل ذي ناب من سباع البهائم وذي مخلب من سباع الطير لما روى ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل ذي ناب ومخلب من سبع وطير. رواه مسلم والجماعة. والسباع جمع سبع وهو كل مختطف منتهب جارح قاتل عادة، والمراد بذي المخلب ما له مخلب هو سلاح وهو مفعل من الخلب وهو مزق الجلد، ويعلم بذلك أن المراد بذي مخلب هو سباع الطير لان كل ماله مخلب وهو الظفر كما أريد به في ذي ناب من سباع البهائم لا كل ما له ناب، ولان طبيعة هذه الاشياء مذمومة شرعا فيخشى أن يتولد من لحمها شئ من طباعها فيحرم إكراما لبني آدم، وهو نظير ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا ترضع لكم الحمقاء فإن اللبن يغذي ويدخل في الحديث الضبع والثعلب لان لهما نابا، وما روي أنه عليه الصلاة والسلام أباح أكلها محمول على الابتداء. ويدخل فيه الفيل أيضا لانه ذو ناب ولليربوع وابن عرس من سباع الهوام والرخمة والبغاث لانهما يأكلان الجيف. والرخم جمع رخمة وهو طائر أبقع يشبه النسر في الخلقة يقال له الانوف. والبغاث طائر إلى الغبرة دون الرخم بطئ الطيران، كذا في الصحاح. قال: والسباع الاسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والفيل والقرد واليربوع وابن عرس والنسور الاهلي والبري ومن الطير الصقر والباز والعقاب والنسر والشاهين اه. قال رحمه الله: (وحل غراب الزرع) لانه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولا من الخبائث. قال رحمه الله: (لا الابقع الذي يأكل الجيف والضبع والضب والزنبور والسلحفاة والحشرات والحمر الاهلية والبغل) يعني هذه الاشياء لا تؤكل، أما الغراب الابقع فلانه يأكل الجيف فصار كسباع الطير. والغراب ثلاثة أنواع: نوع يأكل الجيف فحسب فإنه لا يؤكل، ونوع يأكل الحب فحسب فإنه يؤكل، ونوع يخلط بينهما وهو أيضا يؤكل عند
***
[٣١٤]
[الارنب وذبح ما لا يؤكل لحمه يطهر لحمه وجلده إلا الادمي والخنزير ولا يؤكل مائي] الامام وهو العقعق لانه يأكل الدجاج. وعن أبي يوسف أنه يكره أكله لانه غالب أكله الجيف والاول أصح. قال في النهاية: ذكر في بعض المواضع أن الخفاش يؤكل، وذكر في بعضها أنه لا يؤكل لان له نابا. وأما الضبع فلما روينا وبينا ولانه يأكل الجيف فيكون لحمه خبيثا. وأما الضب والزنبور والسلحفاة والحشرات فلانها من الخبائث وقد قال تعالى * (ويحرم عليكم الخبائث) * (الاعراف: ١٥٧) وما روي من الاباحة محمول على ما قبل التحريم ثم حرم الخبائث لانه لم يكن محرما في الابتداء إلا ثلاثة أشياء على ما قال الله تعالى * (قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما) * (الانعام: ١٤٥) إلى آخر الآية. ثم حرم بعد ذلك أشياء. وأما الحمر الاهلية فلما روى البخاري رحمه الله تعالى حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الحمر الاهلية. وأما البغل فلانه من نسل الحمار فكان كأصله حتى لو كانت أمه فرسا فعلى الخلاف المعروف في الخيل لان المعتبر هو الام. قال رحمه الله: (وحل الارنب) لانه عليه الصلاة والسلام أمر أصحابه أن يأكلوه حين أهدى إليه مشويا. رواه أحمد والنسائي. ولانه ليس من السباع ولا يأكل الجيف فأشبه الظبي. قال رحمه الله: (وذبح ما لا يؤكل لحمه يطهر لحمه وجلده إلا الآدمي والخنزير) وقال الشافعي رحمه الله تعالى: الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لان أثر الذكاة في إباحة اللحم أصل وفي طهارته وطهارة الجلد

تبع ولا تبع بدون الاصل فصار نظير ذبح المجوس. ولنا أن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبات النجسة فإذا زالت طهرت كما في الدباغ، وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي غير معتد به فلا بد من الدباغ، وكما يطهر لحمه شحمه أيضا حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده. وهل يجوز الانتفاع به لغير الاكل؟ قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل، وقيل يجوز كالزيت إذا خالطه شحم الميتة والزيت غالب فإنه ينتفع به في غير الاكل. والخنزير لا يؤثر فيه الدباغ لنجاستة والآدمي لكرامته، وفي رواية لا يطهر بالذكاة لحم ما لا يؤكل لحمه والجلد يطهر هو الصحيح وقد مر في كتاب الطهارة اهـ. قال رحمه الله: (ولا يؤكل مائي السمك غير طاف) وقال مالك رحمه الله تعالى: يؤكل جميع حيوان الماء واستثنى بعضهم الخنزير والسباع والكلب والآدمي، وعن الشافعي رحمه الله تعالى أباح ذلك كله. وقال صاحب الهداية: والخلاف في الاكل والبيع واحد وينبغي أن يجوز بيعه بالاجماع لطهارته. لهم قوله تعالى * (أحل لكم صيد البحر) * (المائدة: ٩٦) من غير فصل ولانه لا دم في هذه الاشياء لان الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبه السمك. وروى جابر أنهم أصابهم جوع شديد في الغزو فألقى البحر حوتا ميتا يقال له العنبر فأكلنا منه نصف شهر قال: فلما قدمنا المدينة وذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: كلوا رزقا أخرجه الله لكم أطعمونا إن كان معكم الحديث. ولنا قوله تعالى * (ويحرم عليكم الخبائث) * (الاعراف: ١٥٧) وهذا منها. قال في النهاية: إن كراهة الخبائث تحريمية وما سوى السمك

***

[٣١٥]

[السمك غير طاف وحل بلا ذكاة كالجراد ولو ذبح شاة فتحركت أو خرج الدم حلت] حبيث. ونهى عليه الصلاة والسلام عن دواء اتخذ فيه الضفدع، ونهى عن بيع السرطان. والميتة المذكورة فيما تلي محمولة على حالة الاضطرار وهو مباح فيما لا يحل أكله والميتة والمذكاة فيهما سواء، وقوله عليه الصلاة والسلام أحل لنا ميتتان السمك والجراد ودمان الكبد والطحال لا دليل لهم في هذا الحديث لان بالميتة ما ألقاه البحر حتى يكون موته مضافا إلى البحر ولا يتناول ما مات فيه بمرض أو نحوه. وأما الطافي فيكره أكله لقول جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوه وهو حجة على مالك في إباحة الطافي فالاصل في هذا ما عرف سبب موته كلفظ البحر أو يحبسه في مكان كالحظيرة الصغيرة بحيث يمكن أخذه من غير حيلة أو ابتلاع سمكة أو بقتل طير الماء إياها أو إجماد الماء عليها حل أكلها لان سبب موتها معلوم. ولو ماتت من شدة حر الماء أو برده أو انحسر الماء عن بعضه ومات روى هشام عن محمد إن كان رأسه على الماء لا يؤكل، وإن كان ذنبه في الماء ورأسه انحسر عنه الماء أكل لان خروج رأسه من الماء سبب لموته فكان معلوما بخلاف خروج ذنبه، فحاصله أن الشرط فيه أن يعلم سبب موته حتى لو أبان عضوا يضره فإنه يؤكل ويؤكل العضو أيضا. قال رحمه الله: (وحل بلا ذكاة كالجراد) يعني يحل السمك بلا ذكاة كالجراد لما روينا. قال رحمه الله: (ولو ذبح شاة فتحركت أو خرج الدم حلت والالم يدر حياته) لان الحياة أو خروج الدم لا يكونان إلا من الحي لان الميت لا يتحرك ولا يخرج منه الدم فيكون وجودهما أو وجود أحدهما دليل الحياة فيحل، وعدمهما علامة الموت فلا يحل. وذكر محمد بن مقاتل: إن خرج الدم ولم تحرك لا تحل لان الدم لا يجمد عند الموت فيجوز بخروج الدم وهذا سيأتي في المنخنقة والمتردية والنطيحة والتي بقر الذئب بطنها لان ذكاة هذه الاشياء تحلل وإن كانت حياته خفية في ظاهر الرواية لقوله تعالى * (إلا ما ذكيتم) * (المائدة: ٣) وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنها تحل إذا كانت بحال تعيش يوما لولا الذكاة. وعن الثاني: إن كان لا يعيش مثلها لا تحل. وعن محمد: إن كانت بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح حل وإلا فلا. ولو ذبح شاة مريضة ولم يتحرك منها إلا فرهها قال محمد بن سلمة: إن فتحت فاها لا تؤكل وإن ضمته تؤكل، وإن فتحت عينها لا تؤكل، وإن ضمت عينها أكلت، وإن مدت رجلها لا تؤكل وإن ضمتها تؤكل، وإن قام شعرها تؤكل وإن نام لا تؤكل، وهذا صحيح لان الحيوان يسترخي بالموت ففتح الفم والعين ومد الرجل ونوم الشعر علامة الموت لانها استرخاء، وضم الفم وتغميض العين وقبض الرجل وقيام الشعر ليس باسترخاء بل حركات تختص بالحي فتدل على الحياة. وفي السراجية: إذا شق الذئب بطن الشاة ولم يبق فيها من الحياة إلا بقدر ما يبقى في المذبوح بعد الذبح فذبحت حلت وعليه الفتوى ا هـ. ولو ذبحت شاة على سطح فوقعت فماتت تحل لانها صارت مذكاة بقطع محل

***

[٣١٦]

[والالم يدر حياته وإن لم تتحرك ولم يخرج الدم.] الذكاة، كذا في المحيط. وفيه أيضا: إذا شق الذئب بطن الشاة إن كان فيها حياة مستقرة حلت بالاجماع وإلا لا، سواء عاش أو لم يعش عند الامام وهو الصحيح وعليه الفتوى ا ه. قال رحمه الله: (وإن علم حياته وإن لم تتحرك ولم يخرج الدم) يعني إذا علم حياة الشاة وقت الذبح حلت بالذكاة تحركت أو لا، خرج منها دم أو لا، كذا في المحيط والله تعالى أعلم بالصواب.

***

[٣١٧]

[كتاب الاضحية] كتاب الاضحية أورده عقب الذبائح لانها ذبيحة خاصة والذبائح عام والخاص بعد العام، وتعقب بأنهم إن أرادوا أن الخاص بعد العام في الوجود فهو ممنوع لانه تقرر أن لا وجود للعام إلا في ضمن الخاص، وإن أرادوا في التعقل فهو إنما يكون إذا كان العام ذاتيا للخاص وكان الخاص معقولا كما عرف وكون الامر كذلك فيما نحن فيه ممنوع. ويمكن أن يقال: تميز الذاتي من العرضي إنما يتعسر في الحقائق النفسانية، وأما في الامور الوضيعة والاعتبارية كما نحن فيه فكل من اعتبر داخلا في مفهوم شئ يكون ذاتيا له ويكون تصور ذلك الشئ تصورا له بالكلية، ولا شك أن معنى الذبح داخل في معنى الاضحية فتوقف تعقلها على تعقل معنى الذبح فيتم التعريف على اختيار الشق الثاني. وهو في اللغة كما في النهاية شاة نحرها تذبح في يوم الاضحية. ولا يخالفه ما في القاموس والصحاح من أنها شاة من غير لفظ نحرها لان لفظ النحر مراد بدليل الاضحية. وتجمع على أضاحي بالتشديد ويقال أضحية وضحايا كهدية وهدايا. ويقال أضحاة وتجمع على أضحى. وعند الفقهاء كما في النهاية اسم لحيوان مخصوص وهي الشاة فصاعدا من هذه الانواع الاربعة. والجذع من الضأن تذبح بنية القربة في يوم مخصوص ا ه. ولها شرائط وجوب وشرائط أداء وصفة، فالاول كونه مقيما موسرا من أهل الامصار والقرى والبوادي والاسلام شرط، وأما البلوغ والعقل فليسا بشرط حتى لو كان للصغير والمجنون مال فإنه يضحي عنه أبوه. وأما شرائط آدابها فمنها الوقت في حق المصري بعد صلاة الامام، والمعتبر مكان الاضحية لا مكان المضحي. وسببها طلوع فجر يوم النحر، وركنها ذبح ما يجوز ذبحه وسيأتي الكلام في صفتها. واعلم أن القربة المالية نوعان: نوع بطريق التمليك كالصدقات، ونوع بطريق الاتلاف كالاعتاق والاضحية، وفي الاضحية اجتمع المعنيان فإنه يتقرب بإراقة الدم وهو إتلاف ثم بالتصدق باللحم فيكون تمليكا ا ه.

***

[٣١٨]

[تجب على حر مسلم موسر مقيم على نفسه لا عن طفلة شاة أو سبع بدنة فجر يوم] قال رحمه الله: (تجب على حر مسلم موسر مقيم على نفسه لا عن طفله شاة أو سبع بدنة فجر يوم النحر إلى آخر أيامه) يعني صفتها أنها واجبة، وعن أبي يوسف أنها سنة. وذكر الطحاوي أنها سنة على قول أبي يوسف ومحمد وهو قول الشافعي، لهم قوله صلى الله عليه وسلم إذا رأيتم هلال ذي الحجة وأراد أحدكم أن يضحي فليمسك عن شعره وأظفاره (١) رواه مسلم وجماعة أخر. والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر كالزكاة وصدقة الفطر لانهما لا يختلفان بالعبادة المالية. ودليل الوجوب قوله صلى الله عليه وسلم من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا (٢) رواه أحمد وابن ماجه. ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب، ولانه عليه الصلاة والسلام أمر بإعادتها من قوله من ضحى قبل الصلاة فليعد الاضحية (٣) وإنما لا تجب على المسافر لان أداءها مختص بأسباب تشق على المسافر وتفوت بمضي الوقت فلا يجب عليه شئ لدفع الحرج عنه كالجمعة بخلاف الزكاة وصدقة الفطر لانهما لا يفوتان بمضي الزمان فلا يخرج. وأما العتيرة فذبيحة تذبح في رجب يتقرب بها أهل الجاهلية والاسلام في الصدر الاول ثم نسخ في الاسلام، كذا في الاصل. وفي المحيط: لو اشترى الفقير شاة فضحى بها ثم أيسر في آخر أيام النحر قيل عليه أن يعيدها، وقيل لا. ولو افتقر في أيام النحر سقطت عنه، كذا لو مات ولو بعدها لم تسقط، كذا في المحيط. قيد بالحر لانه عبادة مالية فلا تجب على العبد لانه لا يملك ولو ملك، وبالاسلام لانها عبادة والكافر ليس بأهل لها، وباليسار لانها لا تجب إلا على القادر وهو الغني دون الفقير. ومقداره مقدار ما تجب فيه صدقة الفطر وقد مر بيانه. قال في العناية أخذا من النهاية: وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن الموسر إذا اشترى شاة للاضحية في أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية، فلو كانت بالقدرة الميسرة

لكان دوامها شرطا كما في الزكاة والعشر والخراج حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أدنى ما يتمكن به المرء من إقامتها تملك قيمة ما يصلح للاضحية ولم يجب إلا بملك النصاب فدل أن وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر، وهذا لانها وظيفة مالية نظرا إلى شرطها وهو والحرية فيشترط فيها الغنى كما في صدقة الفطر، لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لان
***
[٣١٩]
القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحي إذا تصدق باللحم فقد حصل النوعان أعني التمليك والاتلاف بإراقة الدم، وإن لم يتصدق حصل الاخير إلى هنا لفظ العناية. وفي المحيط: لو زكى نصابه ثم مر عليه أيام النحر ونصابه ناقص عليه الاضحية ولا يعد فقيرا بأداء الزكاة في هذ السنة لان قدر المؤدى يعد قائما شرعا، ولو انتقص في أيام النحر بغير الزكاة سقطت عنه الاضحية لان المؤدى لا يعد قائما حكما فيعد فقيرا. وقوله عن نفسه لانه أصل في الوجوب عليه وقوله لا عن طفله يعني لا يجب عليه عن أولاده الصغار لانها عبادة محضة بخلاف صدقة الفطر، والاول ظاهر الرواية. وإن كان للصغير مال يضحي عنه أبوه من ماله أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة. وقال محمد وزفر والشافعي رحمه الله تعالى: من مال الاب لان الاراقة إتلاف والاب لا يملكه في مال الصغير كالاعتاق، والاصح أنه يضحي من ماله ويأكل منه ما أمكن ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه، كذا ذكره صاحب الهداية. وفي الكافي: الاصح أنه لا يجب ذلك وليس للاب أن يفعله من مال الصغير. وقوله شاة أو سبع بدنة بيان للقدر الواجب والقياس أن لا يجوز إلا البدنة كلها إلا عن واحد لان الاراقة قربة لا تتجزئ إلا أنا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله تعالى عنه قال: نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على أصل القياس، وتجوز عن ستة أو خمسة أو أربعة أو ثلاثة، ذكره في الاصل لانه لما جاز عن سبعة فما دونها أولى. ولا يجوز عن ثمانية لعدم النقل فيه، وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من سبع بدنة لا يجوز عن الكل لان بعضه إذا خرج عن كونه قربة خرج كله، ويجوز عن اثنين نصفا في الاصح، وإذا جاز عن الشركة يقسم اللحم بالوزن لانه موزون. وإذا قسموا جزافا لا يجوز إلا إذا كان معه شئ آخر من الاركاع والجلد كالبيع لان القسمة فيها معنى المبادلة. ولو اشترى بقرة يريد أن يضحي ثم اشترك فيها معه ستة أجزأه استحسانا، والقياس لا يجزئ وهو قول زفر لانه أعدها قربة فيمتنع بيعها. وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سمينة وقد لا يظفر بالشركاء وقت الشراء فيشتريها ثم يطلب الشركاء، ولو لم يجز ذلك لحرجوا وهو مدفوع شرعا، والاحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء، وعن الامام مثل قوله زفر. قال القدوري: الواجب على مراتب بعضها آكد من بعض، ووجوب سجدة التلاوة آكد من وجوب صدقة الفطر، وصدقة الفطر وجوبها آكد من وجوب الاضحية. وفي الخانية: الموسر في ظاهر الرواية من له مائتا درهم أو عشرون دينارا أو ما بلغ ذلك سوى سكنه ومتاعه ومركبه وخادمه الذي في حاجته. وفي الاصل: ولو جاء يوم الاضحية ولا مال ثم استفاد مائتي درهم ولا دين عليه فعليه الاضحية. ولو كان له عقار ملك قيمة العقار مائة درهم، والزعفراني والفقيه علي الرازي اعتبر القيمة وأوجبا الاضحية. ولو كان له أرض يدخل عليه منها قوت السنة فعليه الاضحية حيث كان القوت يكفيه ويكفي عياله، وإن كان
***
[٣٢٠]
لا يكفيه فهو معسر. وإن كان العقار وقفا ينظر، إن وجب له في أيام النحر قدر مائتي درهم فعليه الاضحية وإلا فلا. رواه ابن سماعة عن محمد عن الامام. وعنه أنه لا يجب إذا زاد على مائتين. والمرأة تعتبر موسرة بالمهر إذ الزوج مليا عندهما، وعند الامام لا تعتبر ملية بذلك. وإن كان خباز عنده حنطة قيمتها مائتا درهم فعليه الاضحية، وإن كان عنده مصحف قيمته مائتا درهم وهو ممن يحسن القراءة فيه فلا أضحية عليه، سواء كان يقرأ فيه أو لا يقرأ فيه، وإن كان لا يحسن أن لا يقرأ فيه فعليه الاضحية. وفي الكافي عن الحسن عن الامام يجب عليه أن يضحي عن ولده وولد ولده الذي لا أب له، والفتوى على أنه لا يجب عليه. وذكر الصدر الشهيد في شرح الاضاحي عن الزعفراني فيما إذا ضحى الاب عن الصغير من ماله فعلى قول محمد وزفر يجب الضمان عليه، وعلى قول الامام أبي يوسف لا يضمن ومثله الوصي. وفي الينابيع: والمعتوه والمجنون بمنزلة الصبي، والذي يجن ويفيق كالصحيح، ولو كان المجنون موسرا

يضحي عنه وليه من ماله في الروايات المشهورة، وروي أن الاضحية قبل أن يضحي بها لا تجب في مال المجنون. وفي المنتقى: اشترى شاة ليضحي بها فمات في أيام الاضحية قبل أن يضحي بها فله أن يبيعها، ومن كان غائبا عن ماله في أيام الاضحية فهو فقير، ولا يخفى أن الاضحية تصير واجبة بالنذر، فلو قال كلاما نفسيا لله علي أن أضحي بهذه الشاة ولم يذكر بلسانه شيئا فاشترى شاة بنية الاضحية إن كان المشتري غنيا لا تصير واجبة باتفاق الروايات فله أن يبيعها ويشتري غيرها، وإن كان فقيرا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في ظاهر الرواية تصير واجبة بنفس الشراء، وروى الزعفراني عن أصحابنا لا تصير واجبة. وأشار إليه شمس الائمة السرخسي في شرحه وإليه مال شمس الائمة الحلواني في شرحه وقال: إنه ظاهر الرواية. ولو صرح بلسانه والمسألة بحالها تصير واجبة بشراء نية الاضحية إن كان المشتري فقيرا. وفي الخانية: اشترى شاة للاضحية ثم باعها واشترى أخرى في أيام النحر فهذا على وجوه ثلاثة: الاول اشترى شاة ينوي بها الاضحية لا تصير أضحية ما لم يوجبها بلسانه وبه أخذ أبو يوسف وبعض المتأخرين. وفي الكبرى: قال إن فعلت كذا فلله علي أن أضحي لا يكون يميتا. رجل اشترى أضحيته وأوجبها فضلت ثم اشترى أخرى فأوجبها ثم وجد الاولى، إن كان أوجب الثانية بلسانه فعليه أن يضحي بهما، وإن أوجبها بدلا عن الاولى فعليه أن يذبح أيهما شاء ولم يفصل بين الفقير والغني، وفي فتاوي أهل سمرقند: الفقير إذا أوجب شاة على نفسه هل يحل له أن يأكل منها؟ قال بديع الدين: نعم. وقال القاضي برهان الدين: لا يحل. وفي فتاوي أهل سمرقند: الفقير إذا اشترى شاة للاضحية فسرقت فاشترى مكانها ثم وجد الاولى فعليه أن يضحي بهما، ولو ضلت فليس عليه أن يشتري أخرى مكانها، وإن كان غنيا فعليه أن يشتري أخرى مكانها. وفي الواقعات: له مائتا درهم فاشترى بعشرين درهما أضحية يوم الثلاث وهلكت يوم الأربعاء وجاء يوم

***

[٣٢١]

[النحر إلى آخر أيامه ولا يذبح مصري قبل الصلاة وذبح غيره ويضحي بالجماء والخصي] الخميس الاضحى ليس عليه أن يضحي لفقره يوم الاضحى. وفي الفتاوي العتابية: إذا انتقص نصابه يوم الاضحى سقط عنه الزكاة. وعن ابن سلام: وكل رجلين أن يشتري كل منهما أضحية فاشتريا يجب عليه أن يضحي بهما. وفي المحيط: ولو اشترى شاتين للاضحية فضاعت إحداهما فضحى بالثانية ثم وجدها في أيام النحر فلا شئ عليه لانه لم يتعين أحدهما وأيهما ضحى بها فهي المعينة، ولو ضحى الفقير ثم أيسر أعاد. وفي رواية وإذا اشترى شاة للاضحية ثم باعها جاز البيع. وفي الاصل: رجل أوجب على نفسه عشر أضاح قالوا لا يلزمه إلا شاتان. قال الصدر الشهيد في واقعاته: والظاهر أنه يجب الكل. وفي الظهيرية: والصحيح أنه يجب الكل. وفي الحاوي: ولو اشترى شاة ولم يرد أن يضحي بها بل للتجارة ثم نوى أن يضحي بها ومضى أيام النحر لا يجب عليه أن يتصدق بها. وعن محمد بن سلمة: لو ضحى بشاتين لا تكون الاضحية إلا واحدة. وفي المحيط: الاصح أن تكون الاضحية بهما. وعن الحسن عن أبي حنيفة: لا بأس بالاضحية بالشاة أو بالشاتين. قال الفقيه: وبه نأخذ.. وفي الاصل: الناذر لا يأكل مما نذره ولو أكل فعليه قيمة ما أكل. وفي أضاحي الزعفراني: إن قال لله علي أن أضحي بشاة في أيام النحر، فإن كان موسرا فعليه أن يضحي بشاتين إلا أن يعين بالايجاب ما يجب عليه، فإن كان فقيرا فعليه شاة. وفي السراجية: إذا قال لله علي أن أضحي بشاة فضحى ببدنة أو ببقرة جاز اه‍. وفي الشارح: إذا نذر وأراد بها الواجب عليه لا يلزمه غيرها، وإن أراد الواجب بسبب الغنى يلزمه غيرها اه‍. قال رحمه الله: (ولا يذبح مصري قبل الصلاة وذبح غيره) يعني لا يجوز لاهل المصر أن يذبحوا الاضحية قبل أن يصلوا صلاة العيد ويجوز لاهل القرى والبادية أن يذبحوا بعد صلاة الفجر قبل أن يصلي الامام صلاة العيد، والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم من ذبح قبل صلاة الامام فليعد ذبيحته، ومن ذبح بعد صلاة الامام فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين قال صاحب النهاية: هذا يشير إلى ما ذكر في المبسوط حيث قال: لا يجزيه لعدم الشرط لا لعدم الوقت. وقال عليه الصلاة والسلام أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية وهذا ظاهر في حق من عليه الصلاة فبقي غيره على الاصل فيذبح بعد طلوع الفجر وهو حجة على الشافعي ومالك في نفيهما الجواز بعد صلاة العيد قبل نحر الامام. والمعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر، وفي العكس لا يجوز إلا بعد الصلاة. وحيلة المصري إذا أراد التعجيل أن يبعث بها إلى خارج المصر

في موضع يجوز للمسافر أن يقصر فيضحي فيه كما طلع الفجر لان وقتها من طلوع الفجر وإنما أخرت في حق المصر لما ذكرنا، ولانها تشبه الزكاة فيعتبر في الاداء مكان المحل وهو المال لامكان الفاعل بخلاف صدقة الفطر حيث يعتبر فيها مكان الفاعل لانها تتعلق بالذمة والمال
***
[٣٢٢]
ليس بمحل لها. ولو ضحى بعدما صلى أهل المسجد قبل أن يصلي أهل الجبانة أجزأه استحسانا لانها صلاة معتبرة، ولو ذبح بعدما قعد الامام قدر التشهد قبل أن يسلم لم يجز خلافا للحسن. وفي المراد: لو ضحى بعد أن تشهد قبل أن يسلم الامام جازت الاضحية. وفي العتابية: وهو الاصح من غير إساءة. وفي غيره: وهو المختار. ولو ضحى بعد أن يتشهد الامام لم يجز عندنا. وفي رواية جاز وقد أساء والاول أصح. وفي الاجناس: لو صلى الامام صلاة العيد على غير طهارة لم يعلموا حتى عاد وذبح الناس جاز عن أضحيتهم، ولو علموا قبل أن يتفرقوا تعاد الاضحية، وقيل لا تعاد والاول هو المختار والمأخوذ به، ومتى علم الامام ذلك ونادى بالصلاة ليعيدها فمن ذبح قبل أن يعلم ذلك الامام أجزأه، ومن ذبح بعد العلم قبل الزوال لا يجوز، وإن ذبح بعد الزوال جاز، ولو لم يصل الامام صلاة العيد في اليوم الاول أخروا الاضحية إلى الزوال ثم ذبحوا، ولا تجزيهم التضحية إذا لم يصل الامام إلا بعد الزوال وكذا في اليوم الثاني الحكم كالاول كذا في المحيط. وذكر فيه أيضا أن التضحية في الغد تجوز قبل الصلاة لانه فات وقت الصلاة بزوال الشمس في اليوم الاول والصلاة في الغد تقع قضاء لا أداء فلا يظهر هذا في حق الاضحية. وقال: هكذا ذكر القدوري في شرحه. ولو صلى ثم تبين أنه صلى بغير طهارة تعاد الصلاة دون الاضحية، ولو وقع أنه في بلد فتنة ولم يبق فيها وال ليصلي بهم العيد فضحوا بعد طلوع الفجر أجزأهم، ولو شهدوا عند الامام أنه يوم العيد فضحى بعد الصلاة ثم انكشف أنه يوم عرفة أجزأهم الصلاة والتضحية لانه لا يمكن الاحتراز عن مثل هذا. ووقتها ثلاثة أيام أولها أفضلها ويجوز الذبح في لياليها إلا أنه يكره لاحتمال الغلط في الظلمة. وأيام النحر ثلاثة. وأيام التشريق ثلاثة والكل تمضي بمضي أربعة أيام أولها نحر لا غير، وآخرها تشريق لا غير، والمتوسطان نحر وتشريق. والتضحية فيها أفضل من التصدق بثمنها لانها تقع واجبة إن كان غنيا، وسنة إن كان فقيرا. والتصدق بالثمن تطوع محض فكانت هي أفضل لانها تفوت بفوات أيامها، ولو لم يضح حتى مضت أيامها وكان غنيا وحب عليه أن يتصدق بالقيمة، سواء اشتراها أو لم يشترها. وإن كان فقيرا فإن كان اشتراها وجب عليه التصدق بها، ولو ذبح بعد الزوال يوم عرفة وهو يرى أنه يوم عرفة ثم ظهر أنه يوم النحر يجزيه، وفي سائر الاوقات جعل الليل سابق على النهار إلا في يوم عرفة فهي متأخرة عنها وليلة النحر الاول هي ليلة النحر الثاني، وليلة النحر الثاني هي ليلة النحر الثالث، وليلة النحر الثالث هي ليلة الفجر الثالث عشر حتى يجوز الذبح فيها قبل طلوع الفجر، كذا في المحيط. وفي النوازل: الامام إذا صلى العيد يوم عرفة وضحى الناس فهذا على وجهين: أما إن شهد عند الشهود أولا بأنه يوم النحر ففي الاول تجوز الصلاة والاضحية. وفي الثاني لا تجوز. ولو شكوا في يوم النحر فصلى بهم الامام وضحوا ثم علموا في الغد أنه يوم عرفة فإنه عليه إعادة الصلاة والاضحية جميعا. وفي
***
[٣٢٣]
[والتولاء لا بالعمياء والعوراء والعجفاء والعرجاء ومقطوعة أكثر الاذان أو الذنب أو] العتابية، شهدوا بعد الزوال أنه يوم النحر ضحوا وإن شهدوا قبل الزوال لم يجز إلا إذا زالت. وفي التجريد: لو صلى ولم يخطب جاز الذبح. وفي الكبرى: مصري وكل وكيلا بأنه يذبح شاة له وخرج إلى السواد فأخرج الوكيل الاضحية إلى موضع لا يعد من المصر وذبحها هناك، فإن كان الموكل في السواد جازت الاضحية، وإن كان عاد إلى المصر وعلم الوكيل بقدومه لم تجز الاضحية عن الموكل بلا خلاف، وإن لم يعلم بعود الموكل إلى المصر فكذا عن محمد، وعند أبي يوسف يجوز وهو المختار ا ه. وفي المحيط: ولو ذبح بعد ما صلى أهل الجبانة قبل أن يصلي أهل المسجد يجوز قياسا واستحسانا ا ه. قال رحمه الله: (ويضحي بالجماء) التي لا قرن لها يعني خلقة لان القرن لا يتعلق به مقصود، وكذا مكسورة القرن بل أولى. قال رحمه الله: (والخصي) وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى هو أولى لان لحمه أطيب وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام ضحى بكبشين أملحين موجوأين. الاملح الذي فيه ملحة وهو البياض الذي فيه شعيرات سود وهو من لون الملح، والموجوء المخصي من الوج ء وهو أن يضرب عروق الخصية بشئ. وفي المحيط: وتجوز الجرباء وفي وتجوز الحاوي: الجرباء إذا كانت سمينة ا ه. قال رحمه الله:

(والتولاء) وهي المجنونة لانه يخل بالمقصود إذا كانت تعتلف، فإن كانت سمينة ولم يتلف جلدها جاز لانه لا يخل بالمقصود قال: ولا يجوز بالهتماء التي لا أسنان لها إن كانت لا تعتلف، وإن كانت تعتلف جاز وهو الصحيح، ولا الجلالة التي تأكل العذراء ولا تأكل غيرها، ولا مقطوعة الضرع ولا التي لا تستطيع أن ترضع ولدها، ولا التي ييبس ضرعها، ولا مقطوعة الانف والذنب والطرف، كذا في المحيط. قال رحمه الله: (لا بالعمياء والعوراء والعجفاء والعرجاء) أي التي لا تمشي إلى المنسك أي إلى المذبح لما روي عن البراء بن عازب أنه عليه الصلاة والسلام قال أربع لا تجوز في الاضاحي: العوراء البين عورها، والمريضة البين مرضها، والعجفاء البين ضلعها، والكسيرة التي لا تنقى (١) رواه أبو داود والنسائي وجماعة أخر وصححه الترمذي. وفي الحاوي قال مشايخنا: العرجاء التي تمشي بثلاثة قوائم وتجافي الرابع عن الارض لا تجوز الاضحية بها، وإن كانت تضع الرابع على الارض وتستعين به إلا أنها تمايل مع ذلك وتضعه وضعا خفيفا يجوز، وإن كانت ترفعه رفعا أو تحمل المنكسر لا تجوز. وفي الخانية: وكذا الحولاء التي في عينها حول، ولا تجوز المنفسخة العين وهي التي غارت عينها ا ه. قال رحمه الله: (ومقطوعة أكثر الاذان أو الذنب أو العين أو الالية) لقول علي
***
[٣٢٤]
[العين أو الالية والاضحية من الابل والبقر والغنم وجاز للثني من الكل والجذع من] رضي الله تعالى عنه: أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والاذن وأن لا نضحي بمقابلة ولا مدابرة ولا شرقاء ولا خرقاء. رواه أبو داود والنسائي وغيرهما وصححه والترمذي. المقابلة قطع من مقدم ذنبها، والمدابرة قطع من مؤخر أذنها، والشرقاء أن يكون الخرق في أذنها طويلا، والخرقاء أن يكون عرضا إن بقي أكثر الاذن جاز، وكذا أكثر الذنب لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا، وهذا لان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا. وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الثلث إذا ذهب وبقي الثلثان يجوز، وإن ذهب أكثر من الثلث لا يجوز لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير إجازة الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا ينفذ إلا برضاهم فاعتبر كثيرا، ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية الكل. وقال أبو يوسف ومحمد: إذا بقي أكثر من النصف أجزأه اعتبارا للحقيقية وهو اختيار أبي الليث. وقال أبو يوسف: أخبرت بقولي أبا حنيفة فقال: قولي هو قولك. قيل هو رجوع إلى قول أبي يوسف، وقيل معناه قولي قريب من قولك. وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما، وتأويل ما روينا إذا كان بعض الآذان مقطوعا على اختلاف الروايتين لان مجرد الرد الشق من غير ذهاب شئ من الاذن لا يمنع، ثم في معرفة مقدار الذاهب والباقي يتيسر في غير العين وفي العين قال: تسد عينها المعيبة بعد أن جاعت ثم يقرب إليها العلف قليلا قليلا فإذا رأته في موضع علم ذلك الموضع ثم تسد عينها الصحيحة ويقرب العلف إليها شيئا فشيئا حتى إذا رأته من مكان علم عليه، ثم ينظر ما بينهما من التفاوت فإن كان نصفا أو ثلثا أو غير ذلك فالذاهب هو ذلك القدر. وفي الشرح: ولو أوجب الفقير على نفسه أضحية بغير عينها فاشترى أضحية صحيحة ثم تعيبت عنده فضحى بها لا يسقط عنه الواجب لانه وجب عليه أضحية كاملة بالنية من غير تعيين كالموسر، ولو كانت معينة وقت الشراء جاز ذبحها لما ذكرنا، ولو أضجعها ليذبحها في يوم النحر فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها أجزأته استحسانا، ولو بقيت في هذه الحالة فانقلبت ثم أخذها من فورها، وكذا بعد فورها عند محمد خلافا لابي يوسف. وفي الخانية: عشرة من الرجال اشتروا من رجل عشرة شياه جملة واحدة فضارب العشرة شركة بينهم فأخذ كل واحد منهم شاة وضحى بها عن نفسه جاز، فإذا ظهر منها شاة عوراء وأنكر كل واحد من الشركاء أن تكون العوراء له لا تجوز أضحيتهم ا ه. قال رحمه الله: (والاضحية من الابل والبقر والغنم) لان جواز التضحية بهذه الاشياء عرفت شرعا بالنص عل خلاف القياس فيقتصر على ما ورد، وتجوز بالجاموس لانه نوع من البقر بخلاف بقر الوحش حيث لا تجوز الاضحية به لان جوازها عرف بالشرع، وفي البقر الاهلي دون الوحشي، والقياس ممتنع وفي المتولد منها تعتبر الام وكذا في حق المحل تعتبر الام ا ه. قال رحمه الله: (وجاز للثني من الكل والجذع من الضان) لقوله عليه الصلاة
***
[٣٢٥]
[الضأن وإن مات أحد السبعة وقال الورثة اذبحوا عنه وعنكم صح وإن كان شريك] والسلام لا تذبحوا إلا مسنة إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن (١) راوه البخاري ومسلم وأحمد وجماعة أخر. وقال عليه الصلاة والسلام نعمت الاضحية الجذع من الضأن

رواه أحمد. وقال عليه الصلاة والسلام يجوز الجذع من الضأن أضحية رواه أحمد وابن ماجه. وقالوا: هذا إذا كان الجذع عظيما بحيث لو خلط بالثنيات ليشتبه على الناظرين، والجذع من الضأن ما تمت له ستة أشهر عند الفقهاء، وذكر الزعفراني أنه ابن سبعة أشهر. والثنى من الضأن والمعز ابن سنة، ومن البقر ابن سنتين، ومن الابل ابن خمس سنين، وفي المغرب: الجذع من البهائم قبل الثني إلا أنه من الابل قبل السنة الخامسة ومن البقر والشاة في السنة الثانية، ومن الخيل في الرابعة. وعن الزهري: الجذع من المعز لسنة. ومن الضأن لثمانية أشهر وفي الظهيرية: ولو أن رجلين ضحيا بعشر من الغنم بينهما لم تجز، ولو اشترك سبعة نفر في خمس بقرات جاز، وإن اشترك ثمانية نفر في سبع بقرات لم يجز وكذا عشرة وأكثر ا ه. قال رحمه الله: (وإن مات أحد السبعة وقال الورثة اذبحوا عنه وعنكم صح وإن كان شريك الستة نصرانيا) ومريد اللحم لم تجز عن واحد منهم أو ووجه الفرق أن البقرة تجوز عن سبعة بشرط قصد الكل القربة واختلاف الجهات فيما لا يضر كالقران والمتعة والاضحية لايجاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان الاضحية من الغير عرفت قربة لانه صلى الله عليه وسلم ضحى عن أمته، ولم توجد القربة في الوجه الثاني لان النصراني ليس من أهلها، ولو اشترك اثنان في بقرة أو بعير لا يجوز في الاضحية لانه يكون لواحد منهم ثلاثة أسهم ونصف والنصف لا يجوز في الاضحية، والاصح أنه يجوز لان النصف يصير قربة بطريق التبع لغيره. شاتان بين رجلين ذبحاهما عن نسكهما أجزأهما بخلاف العبدين بين اثنين أعتقاهما عن كفارتيهما لا يجوز لان في الشاتين أمكن جمع كل واحد منهما في شاة ولا كذلك الرقيق. اشترك ثلاثة في بقرة لواحد ثلاثة أسباعها ومات وترك ابنا وبنتا صغارا وترك ستمائة درهم مع حصة البقرة فضحى الوصي عنهم بحصة الميت من البقرة لا يجوز عنه لان نصيب البنت لحم لانها فقيرة أصابها من ميراث الاب أقل من مائتي درهم، ولو اشترك خمسة في بقرة فأشرك أربعة منهم رجلا في البقرة تجوز الاضحية عنهم لان الشركاء أربعة لكل واحد منهم خمسة فتصير الاربعة عشرين وقد جعلوا من أنصبائهم أربعة والاربعة من عشرين أكثر من السبع، ولو كانوا ستة فأشرك خمسة واحدا وأبى الواحد لم تجز أضحيتهم لان نصيبه أقل من السبع لان أصل حسابه ستة وثلاثون كل واحد ستة فيكون للخمسة ثلاثون وقد جعلوها ستة لكل واحد خمسة وخمسة من ستة وثلاثين أقل من السبع، كذا في المحيط. وكذا

***

[٣٢٦]

[الستة نصرانيا ويؤكل من لحم الاضحية ويؤكل ويدخر وندب أن لا ينقص الصدقة من] قصد اللحم من المسلم ينافيها وإذا لم يقع البعض قربة خرج الكل من أن يكون قربة لان الاراقة لا تتجزأ وهذا استحسان. والقياس أن لا تجوز وهو رواية عن أبي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يتجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت. قلنا القربة تقع عن الميت كالتصدق لما روينا بخلاف الاعتاق لان فيه إلزام الولاء للميت، ولو كان بعض الشركاء صغيرا أو أم ولد بأن ضحى عن الصغير أبوه أو عن أم الولد مولاها ولم يجب عليهما جاز لان كلها وقعت قربة، ولو ذبحوها بغير إذن الورثة فيما إذا مات أحدهم لا تجزيهم لان بعضها لم يقع قربة بخلاف ما تقدم لوجود الاذن من الورثة. وفي فتاوي أبي الليث: إذا ضحى بشاة عن غيره بأمره أو بغير أمره لا يجوز، ولو ضحى ببدنة عن نفسه وعن أولاده فإن كانوا صغارا أجزأه وأجزأهم، وإن كانوا كبارا فإن فعل ذلك بأمرهم فكذلك، وإن كان بغير أمرهم لم يجز على قولهم، وعن أبي يوسف أنه يجوز استحسانا، وفي الكبرى: لو ضحى عن الميت بغير أمره لا يجوز وهو المختار، وفي رواية تجوز. واختلفوا هل الاضحية عن الميت أفضل أو التصدق أفضل؟ ذهب بعضهم إلى أن التصدق أفضل، وذهب بعضهم إلى أن الاضحية أفضل. وفي الظهيرية: رجل اشترى أضحية شراء فاسدا فذبحها عن أضحيته جاز والبائع بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها حية، وإن شاء استردها ولا شئ على المضحي ويتصدق بقيمتها مذبوحة. وفي الخانية: اشترى سبع بقرة فنوى بعضهم الاضحية عن نفسه في هذه السنة ونوى بقيتهم عن السنة الماضية قالوا: تجوز الاضحية عن هذا الواحد ونية أصحابه عن السنة الماضية باطلة وصاروا متطوعين. قيدنا بالسبعة لانهم لو كانوا ثمانية لم تجز عن الواحد منهم كما تقدم. وفي أضاحي الزعفراني: اشترى ثلاثة بقرة على أن يدفع أحدهم ثلاثة دنانير والآخر أربعة والآخر دينارا على أن تكون البقرة بينهم على قدر رأسه مالهم فضحوا بها لم تجز، ولو كانت البقرة أو البدنة بين اثنين فضحيا بها اختلف المشايخ قال بعضهم يجوز وبه أخذ الفقيه أبو الليث والصدر الشهيد ا ه. قال رحمه الله: (ويأكل من لحم الاضحية ويؤكل ويدخر) لما روي أنه

عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل لحم الضحايا بعد ثلاثة ثم قال: كلوا وتزودوا وادخروا. رواه مسلم وأحمد. والنصوص فيه كثيرة وعليه إجماع الامة، ولانه لما جاز أن يأكل منه وهو غني فأولى أن يجوز له إطعام غيره وإن كان غنيا. قال رحمه الله: (وندب أن لا ينقص الصدقة من الثلث) لان الجهات ثلاثة الاطعام والاكل والادخار لما روينا ولقوله تعالى * (واطعموا القانع والمعتر) * (الحج: ٣٦) أي السائل والمعترض للسؤال فانقسم عليه أثلاثا وهذا في الاضحية الواجبة والسنة سواء. ولك أن تقول الامر لمطلق الوجوب عند أكثر العلماء كما تقرر في علم الاصول. والظاهر من قوله واطعموا وجوب الاطعام والمدعى استحبابه فليتأمل في
***
[٣٢٧]
[الثلث ويتصدق بجلدها أو يعمل منه نحو غربال أو جراب ولا يعطي أجرة الجزار منها] الجواب. وإذا لم تكن واجبة وإنما وجبت بالنذر فليس لصاحبها أن يأكل منها شيئا ولا أن يطعم غيره من الاغنياء، سواء كان الناذر غنيا أو فقيرا لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق أن يأكل من صدقته ولا أن يطعم الاغنياء. وفي الظهيرية: اشترى شاة للاضحية وهو فقير فضحى بها ثم أيسر في أيام النحر قال بعضهم عليه غيرها، وقال بعضهم ليس عليه غيرها وبه تأخذ. في العتابية: وهو المختار. ولو أوصى بأن يضحى عنه ولم يسم ينصرف إلى الشاة. أوصى بأن يشترى بماله أضحية ولم تجز الورثة فالوصية جائزة في الثلث ويشتري به شاة يضحي بها، ولو أوصى بأن يشتري بقرة بعشرين درهما ويضحي ولم يبلغ ثلث ماله ذلك فإنه يشتري بقدر ما بلغ، وكذا لو لم يعين قدرا يشتري بقدر الثلث ا ه‍. قال رحمه الله: (ويتصدق بجلدها أو يعمل منه نحو غربال أو جراب) لانه جزء منها وكان له التصدق والانتفاع به ألا ترى أن له أن يأكل لحمها ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به إلا بعد الاستهلاك نحو اللحم والطعام، ولا يبيعه بالدراهم لينفق الدراهم على نفسه وعياله والمعنى فيه أنه لا يتصدق على قصد التمول، واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلا يبيعه بما لا ينتفع به إلا بعد الاستهلاك، ولو باعها بالدراهم ليتصدق بها جاز لانه قربة كالتصدق بالجلد واللحم، وقوله عليه الصلاة والسلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له يفيد كراهية البيع، وأما البيع فجائز لوجود الملك والقدرة على التسليم. قال رحمه الله: (ولا يعطي أجرة الجزار منها شيئا) والنهي عنه نهي عن البيع لانه في معنى البيع لانه يأخذه بمقابلة عمله فصار معاوضة كالبيع. ويكره أن يجز صوفها قبل الذبح فينتفع به لانه التزم إقامة القربة بجميع أجزائها بخلاف ما بعد الذبح لان القربة قد أقيمت بها والانتفاع بعدها مطلق له. ويكره بيع لبنها كما في الصوف، ومن أصحابنا من أجاز الانتفاع به يعني بلبنها وصوفها لان الواجب في حقه في الذمة فلا يتعين. ويكره ركوب الدابة واستعمالها، ولو اكتسب مالا من لبنها يتصدق بمثل ذلك، وذكر محمد في النوادر: ولا يشتري بالجلد الخل والزيت فلو ماتت أضحيته فحلب لبنها وجز صوفها وسلخ جلدها فله ذلك ولا يتصدق بشئ، كذا في المحيط. وفي التتمة سئل علي بن أحمد عن رجل دفع لحم الاضحية عن زكاة ماله هل تسقط عنه الاضحية؟ قال: نعم. وسئل الوبري عن هذا فقال: يقع الموقع ولكنه يأثم. وسئل علي أيضا لو كان لرجل دين على مقر هل تحل له الزكاة؟ فقيل له هل عليه أضحية؟ قال: لا لان ماله مستقرض لم يصل إليه. وسئل أيضا عن رجل له ديون مؤجلة أو غير مؤجلة على رجل وهو مقر حتى جاء يوم النحر وليس في يده شئ وعليه شراء الاضحية هل عليه أن يستقرض ويشتري أضحية؟ فقال: لا. قيل له: هل يجب على رب الدين أن يسأل المديون إذا
***
[٣٢٨]
[شيئا وندب أن يذبح بيده إن علم ذلك وكره ذبح الكتابي ولو غلطا وذبح كل أضحية صاحبه صح وبل يضمنان.] غلب على ظنه أنه لو سأله أعطاه ثمن الاضحية وإن كان مؤجلا؟ قال: نعم. وفي مجموع النوازل: أربعة نفر اشترى كل واحد منهم شاة ولبنها وسمنها واحد فحبسوها في بيت فلما أصبحوا وجدوا واحدة منها ميتة ولا يدري لمن هي فإنها تباع هذه الاغنام جملة ويشتري بقيمتها أربع شياه لكل واحد منهم شاة، ثم يوكل كل واحد منهم صاحبه بذبح كل واحدة منها ويحلل كل واحد منهم صاحبه لتجوز عن الاضحية ا ه‍. قال رحمه الله: (وندب أن يذبح بيده إن علم ذلك) لان الاولى في القرب أن يتولاها الانسان بنفسه وإن أمر به غيره فلا يضر لانه عليه الصلاة والسلام ساق مائة بدنة فنحر بيده نيفا وستين ثم أعطى الحربة عليا فنحر الباقي، وإن كان لا يحسن ذلك فالاحسن أن يستعين

بغيره كيلا يجعلها ميتة ولكن ينبغي أن يشهدها بنفسه لقوله عليه الصلاة والسلام لفاطمة رضي الله عنها: قومي فاشهدي أضحيتك فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنبه. وفي فتاوي الفضلي: شاة ندت وتوحشت فرماها صاحبها ونوى الاضحية فأصابها أجزأه عن الاضحية. وفي الذخيرة: وكله أن يشتري له كبشا أقرن أعين للاضحية فاشترى كبشا ليس بأقرن ولا أعين لم يلزم الآمر ا ه. قال رحمه الله: (وكره ذبح الكتابي) لانه قربة وهو ليس من أهلها، ولو أمره فذبح جاز لانه من أهل الذكاة والقربة أقيمت بإنابته بخلاف ما إذا أمر المجوسي لانه ليس من أهل الذكاة فكان فسادا لا تقربا. قال رحمه الله: (ولو غلطا وذبح كل أضحية صاحبه صح ولا يضمنان) وهذا استحسان، والقياس أنه لا تجوز الاضحية ويضمن كل واحد منهما لصاحبه وهو قول زفر رحمه الله تعالى لانه متعد بالذبح بغير أمره فيضمن كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب والتضحية قربة فلا تتأدى بنية غيره. وجه الاستحسان أنها تعينت للذبح لتعينها بالاضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر، ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بمن يكون أهلا للذبح فصار مأذونا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام ويخاف أن يعجز عن إقامتها لعارض يعتريه فصار كما إذا ذبح شاة وشد القصاب رجليها وكيف لا يأذن له وفيه مسارعة إلى الخير وتحقيق ما عينه ولا يبالي بفوات مباشرته وشهوده لحصول ما هو أعظم من ذلك وهو ما بيناه فيصير اذنا دلالة وهو كالصوم، ومن هذا الجنس مسائل استحسانية لاصحابنا ذكرناها في الاحرام عن الغير. ثم إذا جاز ذلك عنهما يأخذ كل واحد منهما أضحيته، إن كانت باقية ولا يضمنه لانه وكيله، فإن كان كل واحد منهما أكل ما ذبحه تحلل كل واحد منهما صاحبه فيجزئه لانه لو أطعمه الكل في الابتداء يجوز، وإن كان غنيا فكذا له أن يحلل في الانتهاء، وإن تشاحا كان لكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانه بدل عن اللحم

***

[٣٢٩]

فصار كما لو باع أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه. وذكر في المحيط مطلقا من غير قيد فقال: ذبح أضحية غيره بلا أمره جاز استحسانا ولا يضمن لانه في العرف لا يتولى صاحب الاضحية ذبحها بنفسه بل يفوض إلى غيره فصار مأذونا دلالة كالقصاب إذا شد رجل شاة للذبح فذبحها إنسان بغير أمره لا يضمن ولو باع أضحية واشترى بثمنها غيرها فإن كان الثاني أنقص من الاول تصدق بالفضل، ولو غصب شاة وضحى بها جاز عن أضحيته لانه ملكها بالغصب السابق بخلاف ما لو كانت وديعة لانه يضمنها بالذبح فلم يثبت له الملك إلا بعده. ولو ذبح أضحية غيره بغير أمره عن نفسه، فإن ضمنه المالك قيمتها تجوز عن الذابح دون المالك لانه ظهر أن الاراقة حصلت على ملكه على ما بينا في المغصوبة، وإن أخذها مذبوحة أجزأت المالك عن التضحية لانه قد نواها فلا يضره ذبحها غيره على ما بينا. وفي فتاوي أهوار: رجلان ربطا أضحيتهما في مربط ثم غلطا فتنازعا في واحدة كل منهما مدعيها ولا يدعي الاخرى يقضي بالتي تنازعا فيها بينهما نصفين ولا تجوز الاضحية عنهما بهما. وقال بعضهم: تجوز عنهما جميعا. والصحيح الاول، والذي لم يتنازعا فيها لبيت المال لانها مال ضائع، ولو كانت إبلا وبقرا جازت الاضحية عنهما جميعا، وإذا ربطوا ثلاثة أضحية في رباط واحد ثم وجدا بواحد عيبا يمنع جواز الاضحية وأنكر كل واحد منهم أن تكون له المعيبة وتنازعوا في الاخريين فالمعيبة لبيت المال لانها مال ضائع ويقضى بينهم بالاخريين أثلاثا ا ه. الله سبحانه وتعالى أعلم.

***

[٣٣٠]

[كتاب الكراهية المكروه إلى الحرام أقرب] كتاب الكراهية أورد كتاب الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحد منهما لم يخل من أصل أو فرع يرد فيه الكراهة ألا ترى أن الاضحية في ليالي أيام النحر مكروهة، وكذا في التصرف في الاضحية يجز صوفها وحلب لبنها، وكذا ذبح الكتابي وغيره ذلك كما أن الامر في كتاب الكراهية لذلك. وترجم المؤلف بالكراهية لان بيان المكروه أهم من غيره لوجوب الاحتراز عنه وترجم محمد في الاصل بالاستحسان لما فيه مما استحسنه الشارع وقبحه. وترجم القدوري في مختصره بالحظر والاباحة لما فيه مما منع عنه الشارع وأباحه. والكراهية مصدر كره لشئ كرها وكراهة وكراهية. قال في الميزان: هي ضد المحبة والرضا قال الله تعالى * (وعسى أن تكرهوا شيئا وهو خير لكم) * (البقرة) الخ. فالمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة وليس بضد الارادة كما توهمه الشارح وجعل الكراهة ضد الارادة بل هو كما تقدم لك عن الميزان لان الله تعالى يريد الكفر المعاصي ولا يحبهما كما قرر

في علم الكلام. وهي في الشريعة ما سيذكره المؤلف. قال رحمه الله: (المكروه إلى الحرام أقرب) ونص محمد أن كل مكروه حرام وإنما لم يطلق عليه لفظ الحرام لانه لم يجد فيه نصا قطعيا فكان نسبة المكروه إلى الحرام عند محمد كنسبة الواجب إلى الفرض. وعن الامام وأبي يوسف أنه إلى الحرام أقرب، وهذا الحد للمكروه كراهة تحريم، وأما المكروه كراهة تنزيه فإلى الحلال أقرب، هذا خلاصة ما ذكروه في الكتب المعتبرة. ولبعض المتأخرين كلمات هنا طويلة الذيل لا حاصل لها تركناها عمدا. وذكر في الفتاوي السراجية في هذا الكتاب بابا في مسائل الاعتقاديات وقدمه وهو أولى بالذكر والتقديم قال: الايمان هو الاقرار باللسان والاعتقاد بالجنان وذلك أن يقروا بوحدانية الله تعالى وصفاته الازلية وبجميع ما جاء من عنده من كتب، ويعتقد بقلبه ذلك. والاقرار باللسان شرط في حق القادر على النطق على ظاهر الجواب. وقيل: الايمان هو
***
[٣٣١]
الاعتقاد بالقلب والايمان بالتفاصيل ليس بواجب بل إذا آمن بالجملة كفى. والايمان لا يزيد ولا ينقص لان الايمان عندنا ليس من الاعمال إيمان اليائس غير مقبول وتوبة اليائس مقبولة، الايمان غير مخلوق عند أئمة بخارى وعند أئمة سمرقند مخلوق، وقيل لا خلاف بينهم في الحقيقة لان أئمة بخارى قالوا الايمان هداية الرب لعبده إلى معرفته وذلك غير مخلوق، وأئمة سمرقند قالوا الايمان فعل العبد وأنه مخلوق، وعن هذا تعرف جواب من سأل أن الايمان عطائي أو كسبي. أيمان المقلد صحيح وهو الذي اعتقد جميع أركان الاسلام بلا دليل. وفي جامع الجوامع قال أبو القاسم: من تعلم في الصغر آمنت بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والقدر خيره وشره من الله تعالى وتعلم أنه إيمان لكن لا يحسن تعبره لا يحكم بإسلامه. وقال أبو الليث: إن سأل فارسيا فقال هذا عرفت يحكم بإسلامه قال: وإن كان لا يحسن أن يعبر وإلا يعرض عليه الاسلام. وفي النوازل قال الفقيه: إذا كان الرجل لا يحسن العبارة وهو بحال لو سئل بالفارسية يعرف أن الله واحد وأن الانبياء رسل الله عزوجل وأن الساعة آتية لا ريب فيها وأن الله يبعث من في القبور ويقول كنت عرفت أن الامر هكذا كان هذا مؤمنا، وإن كان لا يحسن أن يعبر عنه وإذا سئل عن هذا قال لا أعلم بذلك فلا دين له ويعرض عليه الاسلام، فإن أسلم وكانت له امرأة يجدد نكاحها، وفي السراجية: المؤمن لا يخرج عن الايمان بارتكاب الكبيرة، وإذا مات بغير توبة فهو في مشيئة الله تعالى إن شاء غفر له وإن شاء عذبه بقدر جنايته أو أقل ثم يدخله الجنة. والقرآن كلام الله تعالى غير مخلوق ولا محدث، والمكتوب في المصاحف دال على كلام الله تعالى وأنه مخلوق. رؤية الله تعالى في الآخرة حق يراه أهل الجنة في الآخر بلا كيفية ولا تشبيه ولا محازاة، أما رؤية الله تعالى في المنام أكثرهم قالوا لا تجوز والسكوت في هذا الباب أحوط. القدر خيره وشره من الله تعالى بمشيئته وإرادته القديمة إلا أن المعاصي ليست برضا الله تعالى. وفي الحاوي وعن أبي سلمة الفقيه أنه قال: هذه عشرة مسائل التي وجدت عليها مشايخ السلف من أهل الهداية والجماعة من آمن بها كان منهم، ومن لم يؤمن بها فهو صاحب هوى وبدعة، ثم عد هذه العشرة وقال قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن أحمد القاضي: إن الله تعالى خلق أفعال العباد وأفعالهم بقضاء الله تعالى ومشيئته، وأن الله تعالى خالق لم يزل، وأن الله تعالى له علم موصوف في الازل، وأن الله تعالى يفعل ما يشاء ويحكم ما يريد إذا كان أصلح للعباد أو لم يكن لا يسأل عما يفعل وهو يسألون، وأن شفاعة محمد صلى الله عليه وسلم حق لاهل الكبائر من أمته، وأن عذاب القبر حق، وأنه يرجى من الله تعالى أن يعطي العباد ما يسألونه من دعائهم. وفي السراجية: صفات الله تعالى قديمة كلها من غير تفصيل بين صفات الذات وصفات الفعل وأنها قائمة بذات الله تعالى لا هو ولا غيره كالواحد من العشرة، والله تعالى ليس بجسم ولا جوهر ولا عرض ولا حال بمكان، ثم إن الله تعالى
***
[٣٣٢]
موصوف بصفات الكمال ويوصف بأن له يدا وعينا ولكن لا كالايدي ولا كالاعين ولا يشتغل بالكيفية. وهل يجوز وصف الله تعالى بهذين الصفتين بالفارسية؟ قال اليسد الامام أبو شجاع: باليد يجوز وبالعين لا. وفي الحاوي قال بعض السلف: الجملة الصحيحة أن يقول العبد عند الامكان مع التسمية آمنت بجميع ما جاء به رسول الله صلى الله عليه وسلم على معنى ما أراد به رسول الله صلى

الله عليه وسلم، والجنة والنار لا يفنيان عند أهل السنة والجماعة، وفي الحاوي سئل أبو حنيفة عمن قيل له أمؤمن أنت عند الله فقال عندي أني عند الله مؤمن. وذكر بعض المناظرين من المتكلمين أن الذي يجب على الانسان أحد الامرين، إما أن يقبل على تحصيل هذا الفن حتى يبلغ منه في غاية فيصير إلى حدة من يصلح للمناظرة والمحاجة أو يلزم الذي قد اجتمع عليه أهل الملة ويجتنب المعصية والحمية لغير الدين ويؤدي فرائض الله تعالى. والجمل التي ذكرناها أن الله تعالى واحد لا شريك له ولا مثيل له ولا شبيه له، وأنه لم يزل قبل المكان والزمان وقبل العرش والهواء وقبل ما خلق من ذلك موجودا، وأنه القديم وما سواه محدث، وأنه العادل في قضائه الصادق في أخباره، ولا يحب الفساد، ولا يرضى لعباده الكفر، وأنه لا يكلفهم ما لا يطيقون وأنه حكيم وحسن في جميع أفعاله في كل ما خلق وقضى وقدر، وأنه يريد بهم اليسر ولا يريد بهم العسر، أنه إنما بعث إليهم المرسلين وأنزل عليهم الكتب ليذكر ما وقع في سابق علمه أنه يذكر ويخشى ويلزم الحجة على من علم منه أنه لا يؤمن ويأبى، وأن الخيرة فيما قضاه الله وقدره، وأنه يقضي بالحق، وأن الرضا بقضائه واجب والتسليم لامره لازم، وأن ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن، وأن ما قضى فهو ماض في خلقه، وما قدر فهو لازم لهم، وأن تأويل ذلك هو تأويل المسلمين، وأنه لا مرد له، وأن أمره نافذ في خلقه دأبهم الحاجة إليه في أداء ما كلفهم به وهو غني عنه لا يضره بذله ولا ينفعه منعه، وأنه ما خلق الخلق من الجن والانس إلا ليعبدوه، وأنه يضل من يشاء ويهدي من شاء، وأن إضلاله لي كإضلال الذي علم به الشيطان وحزبه، وأنه يضل الظالمين ولا يضل الفاسقين. وفي السراجية: نبينا صلى الله عليه وسلم أكرم الخلق وأفضلهم، ومعراجه إلى العرش إلى ما أكرمه الله تعالى، ورؤية الجنة والنار حق، ورسالة الرسل لا تبطل بموتهم، ورسل بني آدم أفضل من جملة الملائكة، وعوام بني آدم من الاتقياء أفضل من عوام الملائكة، وخواص الملائكة أفضل من عوام بني آدم. كرامة الاولياء حق، والولي لا يكون أفضل من النبي، وشفاعة الانبياء والصالحين لبعض العصاة من المسلمين حق، وأفضل الخليقة من هذه الامة أبو بكر بن أبي قحافة التيمي، ثم عمر بن الخطاب العدوي، ثم عثمان بن عفان الاموي، ثم علي بن أبي طالب الهاشمي رضوان الله تعالى عليهم أجمعين. الشرط أن يكون الخليفة قرشيا ولا يشترط أن يكون هاشميا. العدالة ليست شرطا لحصة الامامة والامارة والقضاة إنما هي شرط الاولوية. والعلم أفضل من العقل عندنا خلافا للمعتزلة. أهل الجنة آمنون عن العزل غير آمنين من خوف الجدال. أطفال المشركين قيل هم في

***

[٣٣٣]

الجنة وقيل هم في النار وأبو حنيفة توقف فيهم. وقال الشيخ الامام الرضي: إن ولد الكافر كافر. الكلام في الروح قال بعضهم يجوز، وقال بعضهم لا يجوز، ثم قيل هي الحياة، وقيل هي عرض، وقيل إنها جسم لطيف وهي ريح مخصوص. سؤال منكر ونكير حق وسؤالهما الانبياء قيل بهذه العبارة على ماذا تركتم أمتكم. وفي بستان الفقيه باب ما جاء في ذكر الحفظة قال الفقيه: اختلف الفقهاء في أمر الحفظة الكرام الكاتبين، قال بعضهم يكتبون جميع أقوال بني آدم وأفعالهم، وقال بعضهم لا يكتبون إلا ما فيه أجر أو إثم. ثم قال بعضهم: يكتبون الجميع فإذا صعدوا السماء حذفوا ما لا أجر فيه ولا إثم وقال هو معنى قوله تعالى * (يمحو الله ما يشاء ويثبت) * (الرعد) قال ابن جريج: هما ملكان أحدهما عن يمينه والآخر عن شماله، فالذي عن يمينه يكتب بغير شهادة صاحبه، والذي عن يساره لا يكتب إلا بشهادة منه إن قعد قعد الحفظة واحد عن يمينه والآخر عن يساره، وإن مشى فأحدهما أمامه والآخر خلفه، وإن نام فأحدهما عند رأسه والآخر عند رجليه. وقال بعضهم أربعة، اثنان بالنهار واثنان بالليل والخامس لا يفارقه ليلا ولا نهارا. واختلف الناس في الكفرة قال بعضهم عليهم حفظة، وقال بعضهم لا يكون عليهم حفظة لان أمرهم فرط وعليهم واحد. قال الفقيه: لا يؤخذ بهذا القول والآية نزلت بذكر الحفظة في شأن الكفار. تتمة: سئل بعضهم هل على الصبي حفظة يكتبون له؟ فقال: رفع القلم عن ثلاث. قيل له: هل يكون معذورا بترك النظر؟ قيل: استكمال المدة التي يتعلق بها أحكام الشرع فقال: إن كمل شرائط تكليفه قبل البلوغ وخطر بباله الخوف من ترك النظر لا يعذر. وفي السراجية: عذاب القبر للكافرين أو لبعض العصاة حق يؤمن به ولا يشتغل بكيفيته. ومما يتصل به فصل يشتمل على السنة والجماعة المضمرات وروي عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه أنه قال: المؤمن إذا أوجب

السنة والجماعة استجاب الله دعاءه وقضى حوائجه وغفر له الذنوب جميعا وكتب له براءة من النار وبراءة من النفاق. وفي خبر عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: من كان على السنة والجماعة استجاب الله دعاءه وكتب له بكل خطوة يخطوها عشر حسنات ورفع له عشر درجات فقيل له: يا رسول الله متى يعلم الرجل أنه من أهل السنة والجماعة؟ فقال: إذا وجد في نفسه عشرة أشياء فهو على السنة الجماعة: أن يصلي الصلوات الخمس بالجماعة، ولا يذكر أحدا من الصحابة بسوء وينقصه، ولا يخرج على السلطان بالسيف، ولا يشك في إيمانه، ويؤمن بالقدر خيره وشره من الله تعالى، ولا يجادل في دين الله تعالى، ولا يكفر أحدا من أهل التوحيد بذنب، ولا يدع الصلاة على من مات من أهل القبلة، ويرى المسح على الخفين جائزا في السفر والحضر، ويصلي خلف كل إمام بر أو فاجر. وفي الحاوي: من أهل النسة والجماعة من فيه عشرة أشياء،: الاول أن لا يقول

***

[٣٣٤]

شيئا في الله تعالى لا يليق بصفاته. والثاني يقر بأن القرآن كلام الله تعالى وليس بمخلوق. والثالث يرى الجمعة والعيدين خلف كل بر وفاجر. والرابع يرى القدر خيره وشره من الله تعالى. والخامس يرى المسح على الخفين جائزا. والسادس لا يخرج على الامير بالسيف. والسابع يفضل أبا بكر وعمر وعثمان وعليا على سائر الصحابة. والثامن لا يكفر أحدا من أهل القبلة بذنب. والتاسع يصلي على من مات من أهل القبلة. العاشر يرى الجماعة رحمة والفرقة عذابا. قال صاحب الكشاف: في هذا الفصل شروط وزيادات لاصحابنا يجب أن تراعى. وسئل أبو النصر الدبوسي عن معنى قوله عليه الصلاة والسلام كل مولود يولد على الفطرة (١) قال: أي يولد على دلالة الخلقة على معنى أن الله تعالى خلقه على خلقة لو نظر إليها وتفكر فيها على حسب ما يجب لدلته على ربوبيته ووحدانيته. ومعنى قوله يهودانه أي ينقلانه إلى حكم اليهودية وأحوالها بالتلقين لكونه في أيديهم لذلك ظهر العلم في المسألتين خلفا عن سلف أن الولد يكون تابعا للوالدين من غير من أن يكون منه كفر أو إسلام على الحقيقة. وسئل أبو النصر الدبوسي فقيل: ما معنى الاخبار التي رويت عن النبي صلى الله عليه وسلم وروي في بعضها صلوا خلف كل بر وفاجر وفي بعضها القدرية مجوس هذه الامة إن مرضوا فلا تعودوهم وإن ماتوا فلا تشيعوا جنائزهم (٢) وفي بعضها إن أمتي ستفترق على كذا وكذا كلهم في النار إلا واحدة (٣) فقال المشايخ: إن من شرائط السنة والجماعة أن لا يكفر أحدا من أهل القبلة. وسئل بعضهم عن الفاجر والبر فقال: الفاجر هو الفاسق من أهل الاسلام. والبر هو العدل من أهل الاسلام وقد جاء مفسرا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يخرج أحد من أهل الاسلام بذنب وذكر افتراق الاديان بالاهواء فمن كان من أهل الاسلام فالصلاة خلفه جائزة وإن كان يعمل الكبائر. وأهل الاهواء على ضربين: منهم من يخرج عن الاسلام، ومنهم من لا يخرج. فمن خرج عن الاسلام لا تجوز الصلاة خلفه وقد سبق الكلام فيه مستوفا في تتمة كلمات الكفر في آخر كلمات الكفر في آخر كتاب السير وفي باب الجماعة: ومن لا يخرج منه فالصلاة خلفه جائزة، ومن خرج من الاسلام فهو في النار خالد، ومن لم يخرج منه فهو في جملة أهل المشيئة قال الله تعالى * (إن الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء) * (النساء: ٤٨) وأما ما جاء في حق أهل الاهواء أنهم لا يعادون ولا تشيع

***

[٣٣٥]

[فصل في الاكل والشرب كره لبن الاتان والاكل والشرب والادهان والتطيب في إناء] جنائزهم فهذا تغليظ وتشديد كان في الزمان الاول حيث كان المسلمون أمة واحدة في عهد أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم أجمعين، ولما قتل عثمان وقعت الفرقة وظهرت الاهواء وغلبت الاحزاب أهل الاهواء ولم يمكن إمضاء الامر على السبيل الاول وقد كانوا يجالسون علي بن أبي طالب رضي الله عنه ويزاحمون، وكذا العلماء والفقهاء من بعده إلى يومنا هذا، والدليل على ذلك ما جاء أن شهادة أهل الاهواء جائزة، وسئل أبو بكر القاضي عن الرجل هل يعلم أنه على مذهب أهل السنة والجماعة فقال: إذا رجع علمه إلى كتاب الله وإلى ما قاله السلف الصالح فهو على مذهب السنة والجماعة. فصل في الاكل والشرب قدم فصل الاكل والشرب على غيره لان الاحتياج إلى بيان مسائله أهم من غيره. قال رحمه الله: (كره لبن الاتان) لان اللبن يتولد من اللحم فصار مثله، وكذا لبن الخيل يكره عند الامام كلحمه عنده، واختلف

في كراهة لحم الخيل عندهما، كذا في فتاوي قاضيخان. ولا تؤكل الجلالة ولا يشرب لبنها لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكلها وشرب لبنها. والجلالة هي التي تعتاد أكل الجيف ولا تخلط فيكون لحمها منتنا، ولو حبست حتى يزول النتن حلت. ولم يقدر لذلك مدة في الاصل، وقدر في النوادر بشهر، وقيل بأربعين يوما في الابل، وبعشرين يوما في البقر، وبعشرة أيام في الشاة، وثلاثة أيام في الدجاجة. والتي تخلط بأن تتناول النجاسة والجيف وتتناول غيرها على وجه لا يظهر أثر ذلك في لحمها فلا بأس بحلها ولهذا يحل أكل جذع تغذي بلبن الخنزير لان لحمه لا يتغير وما تغدى به يصير مستهلكا لا يبقى له أثر ولهذا قالوا: لا بأس بأكل الدجاج لانها تخلط ولا يتغير لحمه، وما روي أن الدجاج يحبس ثلاثة أيام ثم يذبح ذلك على وجه القربة لا على أنه شرط. وفي المحيط: ولا بأس بأكل شعير يوجد في بعر الابل والشاة فيغسل ويؤكل، وإن في أحشاء البقر وروث الفرس لا يؤكل لان البعر صلب فلا تتداخل النجاسة في أجزاء الشعير والحنطة. ولا بأس بأكل دود الزيتون قبل أن تنفخ فيه الروح لان إسم الميت إنما يطلق على من له روح. ويكره دفع الجهد من السقاية وحمله إلى المنزل لانه وضع للشرب لا للحمل، والحطب الذي يوجد في الماء إن كان لا قيمة له فهو حلال لانه مأذون في أخذه، وإن كان له قيمة فلا. ولا بأس بمضع العلك للنساء لان سنهن أضعف من سن الرجال فأقيم العلك لهن مقام السواك، ولا بأس للنساء بخضاب اليد والرجل ما لم يكن خضاب فيه تماثيل، ويكره للرجال والصبيان لان ذلك تزين وهو مباح للنساء دون الرجال. ولا بأس بخضاب

***

[٣٣٦]

الرأس واللحية بالحناء والوشمة للرجال والنساء لان ذلك سبب لزيادة الرغبة والمحبة بين الزوجين. ويجوز رفع الثمار من نهر جار وأكلها وإن كثر لانه مما يفسد الماء إذا ترك فيكون مأذونا بالرفع دلالة. رجل نثر السكر فوقع في حجر رجل فأخذه رجل آخر منه إن كان فتح حجره ليقع فيه السكر لا يجوز لانه أحرزه وإلا فيجوز لانه ما أحرزه، ونظيره رجل وضع طشتا على سطح فاجتمع فيه ماء المطر فجاء رجل ورفعه إن كان وضعه صاحبه لذلك فهو له، وإن لم يضعه لذلك فهو للرافع لانه لم يحرزه. وفي الظهيرية: وإن أكل أكثر من حاجته ليتقايأ قال الحسن البصري: رأيت أنس بن مالك يأكل ألوانا من الطعام ويكثر ثم يتقايأ وينفع ذلك وهو المذهب عند أصحابنا. روي عن بعض الاطباء أنه قيل له هل يجد الطبيب في كتاب الله دليل تطب؟ قال: نعم قد جمع الله الطب في هذه الآية وهو قوله * (كلوا واشربوا ولا تسرفوا) * (الاعراف: ٣١) يعني الاسراف في الاكل والشرب هو الذي منه الامراض. وقيل: كان الرجل قليل الاكل كان أصح جسما وأجود حفظا وأذكى فهما وأقل نوما وأخف نفسا. ذكر محمد كل واحد منهما من إفساد الطعام قال: ومن الافساد الاسراف في الطعام وهو أنواع، فمن ذلك أن يأكل فوق الشبع فهو حرام. وفي الينابيع: وإذا أكل الرجل فوق الشبع فهو حرام في كل مأكول. ومن المتأخرين من استثنى حالة ما إذا كان له غرض صحيح في الاكل فوق الشبع فيحنئذ لا بأس به، فإن أتاه ضيف بعدما أكل قدر حاجته فليأكل لاجله حتى لا يخجل أو يريد صوم الغد فليتناول فوق الشبع. ومن الاسراف في الطعام الاسراف في المباحات والالوان فذلك منهي عنه إلا عند الحاجة بأن يمل من ناحية واحدة فليستكثر من المباحات ليستوفي من أي لون شاء فيحصل له مقدار ما يتقوى به على الطاعة، وكذلك إذا كان من قصده أن يدعو الاضياف قوما بعد قوم إلى أن يأتوا إلى آخر الطعام فلا بأس بالاستكثار في هذه الصورة. ومن الاسراف أن يأكل وسط الخبر ويدع حواشيه ويأكل ما انتفخ من الخبز كما يفعله بعض الجهال ويزعمون أن ذلك ألذ، ولكن هذا إذا كان لا يأكل غيره ما ترك من حواشيه فأما إذا كان غيره يتناول ذلك فلا بأس بذلك كما لا بأس أن يتناول رغيفا دون رغيف. ومن الاسراف التمسح بالخبز. وفي الذخيرة: ومن الاسراف مسح السكين والاصبع بالخبز عند الفراغ من الاكل من غير أن يأكل ما يتمسح فيه، فأما إذا أكل فلا بأس به. وفي التتمة سئل عمن مسح اليد على ثيابه فقال: لا يجوز. وسئل عن مسح اليد بدستار ورق فقال: لا يجوز. وفي الكافي: ولا بأس بخرقة الوضوء والمخاط. وفي الجامع الصغير: وتكره الخرقة التي تحمل ويمسح بها العرق إلا إذا كان شيئا لا قيمة له، وكذا الخرقة التي يمخط بها، وكذا التي يمسح بها الوضوء. وإنما يكره إذا فعل ذلك للتكبر، أما من فعل ذلك للحاجة فلا يكره، ومن الاسراف إذا سقط من يده لقمة أن يتركها بل ينبغي أن يبدأ بتلك اللقمة، وينبغي أن لا

***
[٣٣٧]
ينتظر الادام إذا حضر الخبز ويأخذ في الاكل قبل أن يأتي الادام. ويتسحب غسل اليدين قبل الطعام فإن فيه بركة. وفي البرهانية: والسنة أن يغسل الايدي قبل الطعام وبعده. وفي واقعات الناطفي: الادب في غسل الايدي قبل الطعام أن يبدأ بالشبان ثم بالشيوخ، وإذا غسل لا يمسح بالمنديل لكن يترك ليجف ليكون أثر الغسل باقيا وقت الاكل. والادب في الغسل بعد الطعام أن يبدأ بالشيوخ ويمسح بالمنديل ليكون أثر الطعام زائلا بالكلية. وفي التتمة سئل والدي عن غسل الفم للاكل هل هو سنة كغسل اليد؟ فقال: لا وإذا غسل يده للاكل بنخالة أو غسل رأسه بذلك وأحرقها إن لم يكن فيها شئ من الدقيق وهي نخالة تعلف بها الدواب فلا بأس. وفي الذخيرة وفي نوادر هشام سألت محمدا عن غسل اليدين بالدقيق بعد الطعام هل هو مثل الغسل بالاشنان؟ فأخبرني أن أبا حنيفة وأبا يوسف لم يريا بأسا لتوارث الناس ذلك من غير نكير. وفي الخانية: ويكره للجنب رجلا كان أو امرأة أن يأكل طعاما وشرابا قبل غسل اليدين والفم، ولا يكره ذلك للحائض، ويستحب تطهير الفم من جميع المواضع، وينبغي أن يصب من الآنية على يده بنفسه ولا يستعين بغيره في وضوء، حكي ذلك عن مشايخنا رحمهم الله تعالى في أنه قال: هذا كالوضوء ولا يستعين بغيره في وضوء ولا يأكل طعاما حارا به ورد الاثر. ولا يشم الطعام فإن ذلك عمل البهائم، ولا ينفخ في الطعام والشراب، ومن السنة أن لا يأكل الطعام من وسطه ويأكل من ابتداء الاكل، ومن السنة لحس القصعة وأن يلعق أصابعه قبل أن يمسحها بالمنديل وتركه من أثر العجم والجبابرة. وفي الخلاصة: ومن السنة لعق القصعة. وفي البرهانية: رجل أكل الخبز مع أهله واجتمع كسيرات الخبز ولا يشتهي أكلها فله أن يطعمه الدجاجة والشاة والهرة وهو الافضل، ولا ينبغي أن يلقيه في النهر والطريق إلا إذا وضع لاجل النمل ليأكل النمل فحينئذ يجوز، هكذا فعل بعض السلف. ومن السنة أن يأكل ما سقط من المائدة، ومن السنة أن يبدأ بالملح ويختم بالملح. وفي السراجية: الاكل على الطريق مكروه، وأكل الميتة حالة المخمصة قدر ما يدفع به الهلاك عن نفسه لا بأس به، ولا بأس بطعام المجوسي إلا الذبيحة. رجل قال من تناول من مالي فهو مباح فتناول رجل من غير أن يعلم إباحته جاز، ولا ينبغي للناس أن يأكلوا من طعام الظلمة وليقبح والامر عليهم زجرهم عما يرتكبونه وإن كان يحل طعامهم. أكل دود القز قبل أن ينفخ فيه الروح لا بأس به. وفي الخانية: الجدى إذا ربي بلبن الاتان قال ابن المبارك: يكره أكله. وأخبرني رجل عن الحسن أنه قال: إذا ربي الجدي بلبن الخنزير لا بأ س به فقال: معناه إذا اعتلف أياما فهو بعد ذلك كالجلالة. وبول ما لا يؤكل لحمه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجوز التداوي به، وعند محمد يجوز التداوي وغيره. وذكر في عيون المسائل إذا مر الرجل بالثمار في أيام الصيف وأراد أن يتناول منها الثمار الساقطة تحت الاشجار، فإن كان ذلك في المصر لا يسعه التناول إلا إذا علم أن صاحبها قد أباح إما نصا أو دلالة أو عادة، وإذا كان
***
[٣٣٨]
في القيظ فإن كان من الثمار التي تبقى مثل الجوز وغيره لا يسعه الاخذ إلا إذا علم الاذن. وفي الغياثية: هو المختار. وإن كان من الثمار التي لا تبقى اختلفوا فيه، قال الصدر الشهيد: والمختار أنه لا بأس بالتناول ما لم يتبين النهي إما صريحا أو عادة. وفي العتابية: والمختار أنه لا يأكل منهما ما لم يعلم أن صاحبها رضي بذلك وإن كان ذلك في الوسواس التي يقال لها بالفارسية هراسية، فإن كان من الثمار التي لا تبقى فالمختار أنه لا بأس بالاكل ما لم يتبين النهي. وفي جامع الجوامع: ولا يحل حمل شئ منه، وأما إذا كان الثمار على الاشجار فالافضل أن لا يؤخذ في موضع ما إلا أن يأذن أو يكون موضع كثير الثمار يعلم أنه لا يشق عليه أكل ذلك فيسعه الاكل ولا يسعه الحمل. وأما أوراق الاشجار إذا سقط على الطريق في أيام العيلق وأخذ إنسان شيئا من ذلك بغير إذن صاحب الشجر، فإن كان هذا ورق شجر ينتفع بورقه نحو التوت وما أشبه ذلك ليس له أن يأخذ وإن أخذ بضمن، وإن كان لا ينتفع به له أن يأخذ وإن أخذ لا يضمن. وفي الفتاوي الخلاصية: ولو مر بسوق العامدين فوجد فيه سكرا لا يسعه أن يتناول منه، ولو أن قوما اشتروا فلاة من أرز فقالوا من أطهر الفلاة فعليه أن يشتري منه فيأكله فأطهر واحد واشترى ما أوجبوه عليه يكره للكل لان فيه تعليقا بالشرط، وفي الخانية: شجرة في مقبرة قالوا: إن كانت نابتة في الارض قبل أن يجعلها مقبرة فمالك الارض أحق بها يصنع بها ما شاء، وإن كانت الارض

مواتا ولا مالك لها فجعلها أهل تلك المحلة أو القرية مقبرة فإن الشجرة موضعها من الارض على ما كان حكمها في القديم، وإن نبتت الشجرة بعدما جعلت مقبرة، فإن كان الغارس معلوما كانت له وينبغي أن يتصدق بثمن ثمرها. وإن كانت الشجرة نبتت بنفسها فحكمها يكون للقاضي، إن رأى قلعها أو إبقاءها على المقبرة فعل. رفع الكمثري من نهر جار ورفع التفاح وأكلها جائز وإن كثر، وفي الجوز الذي يلعب به الصبيان يوم العيد لا بأس بأكله إذا لم يكن الاكل على وجه القمار، وفي الظهيرية وهو المختار. وفي الخلاصة: والاكل مكشوف الرأس والاكل يوم الاضحى قبل الصلاة فيه روايتان والمختار أنه لا يكره، وأكل الطين مكروه. وفي فتاوي أبي الليث ذكر شمس الائمة إذا كان يخاف على نفسه من أكل الطين بأن كان يورث علة لا يباح له أكل الطين، وكذا كل شئ أكله يورث ذلك، إن كان يتناول منه قليلا ويفعل أحيانا لا بأس به. وأكل الطين البحاري لا بأس به ما لم يسرف وكراهة أكله لا لحرمته بل لانه يهيج الدم، والمرأة إذا اعتادت أكل الطين تمنع من ذلك إذا كان يوجب النقصان في جمالها. ولا بأس بأكل الفالوذج والاطعمة النفيسة، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أكل الرطب مع البطيخ، وأكل عمر رضي الله عنه البطيخ مع السكر. وفي التتمة: وضع الملح على القرطاس ووضعه على الخبز يجوز، وتعليق الخبز بالخوان مكروه، ويكره وضع الخبز تحت القصة، وكان الشيخ ظهر الدين المرغيناني لا يفتي بالكراهة في وضع المملحة على الخبز ولا مسح السكين بالخبز

***

[٣٣٩]

والاصبع، ومن المشايخ من أفتى بالكراهة. وفي التتمة سئل أبو يوسف بن محمد والحسن بن علي عن مريض قال له طبيب لا بد لك أكل لحم الخنزير حتى يدفع عنك العلة قالا: لا يحل له أكله. وقيل هو يفرق الامر بينهما إذا أمره بأكله أو جعله في داره فقالا: لا. قيل: ولو كان الحلال أكثر قالا: وقياس الافتاء في شرب الخمر للتداوي أنه يجوز في لحم الخنزير. وسئلالحسن بن علي عن أكل الحية والقنفذ أو أكل الدواء الذي فيه الحية إذا أشار الطبيب الحاذق بأنه يدفع العلة هل يحل أكله؟ قال: لا. وسئل علي ابن أحمد عن خبز الخبز على نوعين نوع للجواري ونوع لنفسه ويأكل ما يجعل لنفسه هل يأثم؟ قال: يكره له ذلك. وسئل عن سؤر الهرة إذا عجن فيه الدقيق وخبز هل يكره أكله؟ قال: لا. وسئل عن الخبز إذا عجن بالحليب قال: لا يكره ولا بأس به. وعن قطع اللحم بالسكين قال: لا بأس به. وسئل عن عرق الآدمي ونخامته ودمعه إذا وقع في المرقة أو في الماء هل يأكل المرقة ويشرب الماء؟ قال نعم ما لم يغلب ويصير مستقذرا طبعا. وسئل عن سن الآدمي إذا طحن في الحنطة فالمنصوص عليه أن لا يؤكل، وهل تدفن الحنطة أو تأكلها البهائم؟ قال: لا تأكلها البهائم. وسئل عن الفأرة تأكل الحنطة هل يجوز أكلها؟ قال: نعم لاجل الضرورة. وسئلابو الفضل عن إشعال التنور بأخثاء البقر هل يجوز إذا خبز بها الخبز؟ قال: يجوز أكل ذلك الخبز. وسئل أبو حامد عن شعل التنور بأرواث الحمر هل يخبز بها؟ قال: يكره ولو رش عليه ماء بطلت الكراهة، وعليه عرف أهل العراق ورماده طاهر. وفي العتابية: يكره الاكل والشرب متكئا أو واضعا شماله على يمينه أو مستندا. ولا يسقي أباه الكافر خمرا ولا يناوله القدح ويأخذه منه، ولا يذهب به إلى البيعة ويرده منها، ويوقد تحت قدره إذا لم يكن فيه ميتة. وفي النوازل قال محمد بن مقاتل: البطنة بطنتان: أحدهما أن يتعمد الرجل السمن وعظم البطن فإن هذا مكروه، فأما من رزقه الله بطنا عظيما وكان ذلك خلقا من غير أن يتعمد السمن فلا شئ عليه. قال الفقيه: التأويل في الخبز الذي ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم إن الله يبغض الحبر السمين معناه إذا تعمد السمن، أما إذا خلقه الله سمينا فهو غير داخل في الخبر اه. وفي السراجية: ويكره أن يلبس الرجل ثوبا فيه كتابة بذهب وفضة روي أنه قولابي يوسف، وعلى قياس قول الامام لا يكره فلا بأس بلبسه اه. قال رحمه الله: (والاكل والشرب والادهان والتطيب في إناء ذهب وفضة للرجال والنساء) لما روي حذيفة أنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تلبسوا الحرير ولا الديباج ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا في صحافها وإنها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة (١) رواه البخاري ومسلم وأحمد. وروي عن أم سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم

***

[٣٤٠]

قال إن الذي يشرب في إناء الفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم (١) فإذا ثبت في الشرب فالاكل كذلك والتطيب لاستوائهم في

الاستعمال فيكون الوارد فيها يكون واردا فيما هو في معناها دلالة، ولانها تنعم بتنعم المترفهين والمسرفين وتشبه بهم وقد قال الله تعالى فيهم * (اذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا) * (الاحقاف: ٢٠) وقال عليه الصلاة والسلام من تشبه بقوم فهو منهم (٣) والمراد بقوله كره كراهة التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لاطلاق ما روينا، وكذا الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميلها وما أشبه ذلك من الاستعمالات. ومعنى يجرجر يردد من جرجر الفحل إذا ردد صوته في حنجرته. قال في النهاية: قيل صورة الادهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب الدهن على الرأس، أما إذا أدخل يده وأخذ الدهن ثم يصب على الرأس لا يكره، وعزاه إلى الذخيرة. وظاهر عبارة النهاية حيث عبر بقيل أنه ضعيف قال في الجامع الصغير قالوا: وهذا إذا كان يصب من الآنية على رأسه أم بدنه أما إذا أدخل يده في الاناء وأخرج منها الدهن ثم استعمل فلا يكره اه. وهو يفيد صحته، قال في العتابية: وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف في المكحلة والميل ولا بد أن ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكر في المحرمات. واعترض صاحب التسهيل على ما قيل في صورة الادهان وهو يقتضي أنه لا يكره إذا أخذ الطعام من آنية الذهب والفضة بملعقة ثم أكل منها، وكذا إذا أخذ بيده ثم أكل منها. وأجاب عنه صاحب الدرر والغرر بما يصلح جوابا عما أورده صاحب العناية قال حيث قال بعد ذكر الاعتراض أقول: منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ وعدم الوقوف على مرادهم، أما الاول فلان من في قولهم من إناء ذهب ابتدائية، وأما الثالث فلان مرادهم أن الادوات المصنوعة من المحرمات إنما يحرم استعمالها فيما صنعت له بحسب متعارف الناس فإن الاواني الكبيرة المصوغة من الذهب والفضة لاجل أكل الطعام إنما يحرم استعمالها إذا أكل منها باليد أو الملعقة، وأما إذا أخذ منها ووضع على موضع مباح فأكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها، وكذا الاواني الصغيرة المصنوعة لاجل الادهان ونحو إنما يحرم استعمالها إذا أخذت وصب منها الدهن على الرأس لانها صنعت لاجل الادهان منها بذلك الوجه. وأما إذا أدخل يده وأخذ الدهن وصبه على الرأس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها، فظهر أن مرادهم أن يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك على العرف المحرم ا ه. وأورد عليه بأن الموجود في عبارة المتقدمين كالجامع الصغير والمحيط والذخيرة

***

[٣٤١]

[ذهب وفضة للرجال والنساء لا من رصاص وزجاج وبلور وعقيق وحل الشرب في إناء مفضض والركوب على سرج مفضض والجلوس على كرسي مفضض ويتقي] وإنما وقف كله في عبارة بعض المتأخرين. والثاني أن العرف المتعارف فيه التناول باليد والمعرفة فيما ذكره لا تصلح فارقا. وفي الفتاوي الغياثية: ويكره أن يدهن رأسه بدهن من إناء فضة وكذا إذا صب الدهن على رأسه ثم مسح رأسه أو لحيته. وفي الغالية: لا بأس به ولا يصب الغالية على الرأس من الدهن. وفي المنتقى: يكره أن يستجمر بمجمر ذهب أو فضة وهو مروي عن الامام وأبي يوسف. وفي السراجية: ويكره أن يكتب بقلم ذهب أو فضة أو دواه كذلك. قال رحمه الله: (لا من رصاص وزجاج وبلور وعقيق) يعني لا تكره الاواني من هذه الاشياء. وقال الامام الشافعي: تكره لانها في معنى الذهب والفضة. قلنا: لا نسلم ذلك ولان عادتهم لم تجز بالتفاخر بغير الذهب والفضة فلم تكن هذه الاشياء في معناها فامتنع الالحاق بهما. ويجوز استعمال الاواني من الصفر لما روي عند عبد الله بن يزيد قال: أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخرجنا له ماء في تور من صفر فتوضأ. رواه البخاري وأبو داود وغيرهما. ويستدل به على إباحة غير الذهب والفضة لانه في معناه بل عينه. قال رحمه الله: (وحل الشرب في إناء مفضض والركوب على سرج مفضض والجلوس على كرسي مفضض ويتقي موضع الفضة) يعني يتقي موضعها بالفم، وقيل بالفهم واليد في الاخذ والشرب وفي السرج والكرسي موضع الجلوس، وكذا الاناء المضبب بالذهب والفضة، وكذا الكرسي المضبب بهما، وكذلك إذا جعل ذلك في نصل السيف والسكين أو في قبضتهما ولم يضع يده في موضع الذهب والفضة، وكذا إذا جعل ذلك في المسجد أو حلقة للمرأة أو جعل المصحف مذهبا أو مفضضا، وكذا اللجام والركاب المفضض، وهذا كله عند الامام. وقال أبو يوسف: يكره ذلك كله. وقول محمد يروى مع الامام ويروي مع الثاني، وهذا الخلاف فيما إذا كان يخلص، وأما المموه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لانه مستهلك فلا عبرة به. قال الشارح: للثاني ما روي عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من شرب من إناء ذهب أو فضة أو إناء فيه شئ من ذلك فإنما يجرجر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني. ورد عليه بعض حيث قال: لو ثبت

هذه الزيادة كان حجة قاطعة على الامام لكن لم نجده في رواية البخاري وغيره إلا خاليا عن هذه الزيادة ا ه. أقول: عدم وجدان تلك الزيادة فيما ذكر لا يدل على عدم وجودها في رواية أخرى لم ير محلها مع أن هذا القائل من فرسان ميدان علم الحديث فليتأمل. وللامام ما روي من الاخبار مطلقا من غير قيد بشئ ولما روي عن أنس أن قدح رسول الله صلى الله عليه وسلم كان فيه ضبة فضة ولان الاستعمال هو القصد للجزء الذي يلاقي العضو وما سواه تبع له في الاستعمال فلا يكره فصار كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في فص الخاتم كالعمامة المعلمة بالذهب. وروي أن هذه المسألة

***

[٣٤٢]

[موضع الفضة ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة والمملوك والصبي في الهدية والاذن] وقعت في مجلس أبي جعفر الدوانقي والامام حاضر وأئمة عصر حاضرون فقالت الائمة يكره والامام ساكت فقيل له: ما تقول؟ قال: إن وضع فمه في موضع الفضة يكره وإلا فلا. قيل له: من أين لك؟ قال: أرأيت لو كان في أصبعه خاتم فضة فشرب من كفه يكره ذلك فوقفت الكل وتعجب ابن جعفر من جوابه. وفي نوادر هشام في قارورة ذهب أو فضة يصب منها الدهن على رأسه والاشنان أكرهه ولا أكره الغالية، وفرق بينهما بأن في الغالية يدخل الانسان يده فإذا أخرجه إلى الكف لم يكن استعمالا فأما الدهن فإنه يستعمل ولا يشد الاسنان بالذهب. ولو جدع أنفه لا يتخذ أنفا من ذهب ويتخذه من الفضة عند الامام، وعند الثالث يتخذ من الذهب لما روي عن عرفجة أنه أصيب أنفه فاتخذ أنفا من الفضة فأنتن فأمر النبي عليه الصلاة والسلام بأن يتخذ أنفا من الذهب، ولان الفضة والذهب مستويان في الحرمة. وإذا سقطت ثنيته فإنه يكره أن يعيدها ويشدها بذهب أو فضة ولكن يأخذ سن شاة مذكاة فيجعلها مكانها عند الامام. وقال أبو يوسف: يشدها بالذهب والفضة في مكانها، كذا في المحيط مع بيان الدليل ا ه. وفي العتابية: وسلاسل الخيل من الفضة فيها الخلاف المتقدم ا ه. قال رحمه الله: (ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة) قال الشارح: وهذا سهو لان الحل والحرمة من الديانات ولا يقبل قول الكافر في الديانات وإنما يقبل قوله في المعاملات خاصة للضرورة لان خبره صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة إلى قبول قوله لكثرة وقوع المعاملات ا ه. أقول: إن أصل عبارة المؤلف في الحل والحرمة لضمني فأسقط بعض الكتبة لفظ الضمني فشاع ذلك واشتهر حتى إذا كان خادم كافر أو أجير مجوسي فأرسله ليشتري له لحما فقال اشتريت من يهودي أو نصراني أو مسلم وسعه أكله، وإن قال اشتريت من مجوسي لا يسعه فعله لانه لما قبل قوله في حق الشراء منه لزم قبوله في حق الحل والحرمة ضرورة لما ذكرنا، وإن كان لا يقبل قوله فيه قصدا بأن قال حلال أو هذا حرام ألا ترى أن بيع الشرب وحده لا يجوز وتبعا للارض يجوز وكم من شئ يصح ضمنا وإن لم يصح قصدا، كذا صرحوا به قاطبة، ولو قال اشتريته من غير المسلم والكتابي فإنه يقبل قوله في ذلك ويتضمن حرمة ما اشتراه كما صرحوا به أيضا. قال رحمه الله: (والمملوك والصبي في الهدية والاذن) والاصل أن المعاملات يقبل فيها خبر كل مميز حرا كان أو عبدا مسلما كان أو كافرا، صغيرا كان أو كبيرا لعموم الضرورة الداعية إلى ذلك وإلى سقوط اشتراط العدالة فإن الانسان قلما يجد المستجمع لشرائط العدالة ولا دليل مع السامع يعمل به سوى الخبر فلو لم يقبل خبره لامتنع باب المعاملات ووقعوا في حرج عظيم وبابه مفتوح، ولان المعاملات ليس فيها إلزام واشتراط العدالة للالزام فلا معنى لاشتراطها فيها فاشترط فيها التمييز لا غير فإذا قبل فيها قول المميز وكان في ضمن قبوله فيها قبوله في الديانات يقبل قوله في الديانات ضمنا لما

***

[٣٤٣]

[والفاسق في المعاملات لا في الديانات ولو أخبر مسلم ثقة حرا أو عبدا ذكرا أو أنثى] ذكرنا حتى إذا قال المميز أهدى إليك فلان هذه الجارية أو بعثني مولاي بها إليك وسعه الاخذ والاستعمال حتى جاز له الوطئ بذلك لان الديانات دخلت تبعا للمعاملات كما تقدم بخلاف الديانات المقصودة لانه لا يكثر وقوعها كالمعاملات، ولا حرج في اشتراط العدالة ولا حاجة إلى قبول قول الفاسق لانه متهم فيها، وكذا الكافر والصغير لانهما متهمان فيها. وأطلق في الهدية والاذن فشمل ما إذا أخبر بإهداء المولى نفسه أو غيره بأن يقول أهداني إليك سيدي، وشمل أيضا ما إذا أخبر المملوك بإهداء الجواري والمتاع وغيره، كذا في الهداية وغيرها. وفي المحيط: والمعتوه كالصبي ا ه. قال في الهداية: وفي الاذن بأن جعل المولى عبده مأذونا له في التجارة قال: لو أن رجلا قد علم أن جارية لرجل يدعيها رجل

فرآها في يد رجل آخر يبيعها فقال الذي في يده الجارية قد كانت كما قلت إلا أنها لي وصدقه في ذلك وكان مسلما ثقة فلا بأس بأن يشتريها منه. وفي الخانية: ولا تقبل هدية ولا صدقة حتى يتحرى، فإن وقع في قلبه أنه صادق يقبل منه، وإن لم يقع تحريه على شئ من ذلك بقي ما كان على ما كان، وإن كان وقع تحريه على أنه كاذب لا يقبل منه. قال في التلويح: قيل ذكر فخر الاسلام أن خبر المميز غير العدل يقبل في الوكالة والهدايا من غير تحر، وفي موضع آخر أنه يشترط التحري وهو المذكور من كلام السرخسي ومحمد فقيل يجوز أن يكون المذكور في كتاب الاستحسان تفسير الهدية فيشترط، ويجوز أن يشترط استحسانا، ويجوز أن يكون في المسألة روايتان. قال رحمه الله: (والفاسق في المعاملات لا في الديانات) يعني يقبل قول الفاسق فيما ذكر لقوله تعالى * (يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) * (الحجرات: ٦) التبيين التثبت وهو طلب البيان وذلك بالتحري وطلب الصدق في خبره لان الفاسق قد يكون ذا مروءة فيستنكف عن الكذب وقد يكون ذا خسة لا يبالي عن الكذب فوجب طلب التحري، فإن وقع تحريه على أنه صادق يقبل قوله وإلا فلا، والاحوط والاوثق أن يريقه ويتيمم. وفي المحيط: ولو أخبر بذلك فاسق أو من لا تعرف عدالته فإن غلب على ظنه صدقه قد يسمع قوله وإلا فلا ا ه. ولا يقبل قول الذمي. وفي الخانية: أي لان الكافر يعتقد أن المسلم على دين باطل فيقصد الاضرار به للعداوة فترجح الكذب في خبره فلا يجب التحري بل يستحب لان احتمال الصدق قائم بخلاف ما لو أخبره فاسق فإن التحري يجب لاستواء الصدق والكذب فيه، كذا في المحيط. قال الشارح: ولا يقبل في الديانات قول المستور في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة أنه يقبل. ويقبل في الديانات قول العبد والاماء إذا كانوا عدولا لترجح جانب الصدق في خبرهم والوكالة من المعاملات والاذن في التجارة من المعاملات وكل شئ ليس فيه الزام ولا ما يدل على النزاع فهو من المعاملات، فإن كان فيه شئ من ذلك لا يقبل فيه خبر الواحد. ومن الديانات الحل والحرمة إذا لم يكن فيه زوال ملك قال

***

[٣٤٤]

[أنه ذبيحة مجوسي وقال الباقون بل حلال وهو عدول أخذ بقولهم ومن دعي إلى وليمة] السغناقي: لا يقبل خبر العدل في الديانات إذا كان فيه زوال ملك حتى لو أخبر رجل عدل أو امرأة الزوجين بأنهما ارتضعا على فلانة لا يقبل بل لا بد من الشهادة ا ه. فإن قلت: لماذا اشترط في قبول خبر العدل عدم زوال الملك ولم يشترط ذلك في قبول خبر الصبي والمملوك حتى لو قال الصبي أو العبد سيدي أهدى اليك هذه الجارية قبل قوله وفيه زوال الملك مع أن العبد أدنى حالا من الحر العدل؟ قلنا: لان ملكة للرقبة أدنى حالا من ملك النكاح بدليل اشتراط الشهادة في ملك النكاح دون ملك الرقبة فلهذا اشترط في خبر الحر ما ذكر دون خبر الصبي فتأمل ا ه. وحاصله أن الخبر أنواع: أحدها خبر الرسول فيما ليس فيه عقوبة فيشترط فيه العدالة لا غير. والثاني خبره فيما فيه عقوبة فهو كالاول عند الثاني وهو اختيار الجصاص خلافا لابي الحسن الكرخي حيث يشترط فيه الثواب عنده وشهر رمضان من القسم الاول. والثالث حقوق العباد فيما فيه إلزام من وجه دون وجه فيشرط فيه إحدى شرطي الشهادة إما العدد أو العدالة خلافا لهما حيث يقبل فيها خبر كل مميز. والرابع العلامات وقد بينا حكمها ا ه. وفي التتارخانية: وشرط أن يكون الخبر عدلا مسلما، والحاكم الشهيد ذكر في المختصر العدالة ولم يذكر الاسلام وتبين بما ذكر الحال وأن ذكر الاسلام اتفاقي وليس بشرط ا ه. قال رحمه الله: (ولو أخبر مسلم ثقة حرا أو عبدا ذكرا أو أنثى أنه ذبيحة مجوسي وقال الباقون بل حلال وهم عدول أخذ بقولهم) وكذا لو أخبره عدلان الصدق يترجح بزيادة العدد في المخبر بخلاف الشهادة فإن كانوا متهمين أخذ بقول الواحد لانه لا يجوز إبطال خبر العدل بخبرهم، وإن كان فيهم واحد عدل يتحرى كما لو أخبره عدلان أحدهما بالحل والآخر بالحرمة يجب ترجيح أحدهما بالتحري، وإن لم يكن له رأي واستويا عنده فلا بأس بأن يأكل بخلاف ما إذا روى أحدهما خبرا بحرمة وروى أحدهما بحل ترجح الحرمة على الحل بجعل الحرمة ناسخا. ولو أخبره اثنان بالحل وواحد بالحرمة فلا بأس بأكله، ولو أخبره حران بحرمة وعبدان بحل يترجح خبر الحرين بالحرمة، ولو أخبره حران عدلان يحل وأربعة عبيد بحرمة أو رجل بحل وامرأتان بحرمة ترجح بالذكورية والحرية. ومن اشترى جارية فأخبره مسلم ثقة أنها حرة الاصل أو أخته من الرضاع فله أن يطأها وإن تنزه فهو حسن لان شهادة الواحد لا تبطل الملك ولا توجب حرمة الرضاع. ولو ملك طعاما أو جارية بسبب فشهد مسلم ثقة أن المملك غصبه من فلان تنزه عن أكلها ووطئها، ولو أخبره عدل أنه ذبيحة مجوسي وأخبره القصاب بأنه

ذبيحة مسلم والقصاب عدل تنزه عن ذلك، ولو فعل لا شئ عليه. ولو عرف جارية لزيد ورآها في يد غيره لم يسعه أن يشتريها ما لم يعرف أنها ملك الذي في يده أو مأذون في بيعها. رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها فغاب عنها وأخبره ثقة حرا أو عبدا أو محدودا في قذف أنها ارتدت عن الاسلام وسعه أن يتزوج أربعة سواها إذا كان أكبر

***

[٣٤٥]

[وثمة لعب وغناء يقعد ويأكل.] رأيه أنه صادق، وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لا يتزوج إلا ثلاثا. امرأة غاب عنها زوجها فأخبرها مسلم ثقة بأنه مات أو طلقها ثلاثا وكان غيره ثقة أو أتاها كتاب بالطلاق ولا تدري أهو كتابه أو لا إلا أن أكبر رأيها أنه حق فلا بأس أن تعتد وتتزوج، ولو أخبرها رجل أن أصل النكاح كان فاسدا أن تتزوج بقوله وإن كان ثقة. ولو شهدا للمرأة أن زوجها طلقها ثلاثا أو مات وهي تجحد ثم ماتا أو غابا قبل الشهادة عند القاضي لم يسع المرأة أن تقيم معه ولا أن تمكنه من نفسها ولا أن تتزوج بغيره، وكذا إذا سمعت الطلاق منه وهو يجحد فحلفه القاضي وردها إليه لم يسعها المقام عنده ولا أن تعتد وتتزوج بغيره، ولو شهد عند الامة عدلان أن مولاها أعتقها وهو يجحد تمنعه من القربان وغيره، كذا في المحيط مختصرا. قال رحمه الله: (ومن دعي إلى وليمة وثمة لعب وغناء يقعد ويأكل) يعني إذا أحدث اللعب والغناء بعد حضوره يقعد ويأكل ولا يترك ولا يخرج، ولا يخفى أن قوله وثم إلى آخره جملة حالية عن نائب فاعل دعي فيفيد وجود ذلك حال الدعوة، فلو قال فحضر لعب لكان أولى فتأمل. وعللوا ذلك بأن إجابة الدعوة سنة لقوله عليه الصلاة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم (١) فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة كصلاة الجنازة لاجل النائحة فإن قدر على المنع منع من غيره. قال في العناية أخذا من النهاية: قيل عليه أنه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فإنه لا يلزم من تحمل المحذور لاجل الفرض تحمله لاجل السنة. أجيب بأنها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تركها لقوله فقد عصى أبا القاسم الحديث. فأورد على أن هذا بأنهم أرادوا بقولهم في قوة الواجب مثل الواجب في الاحكام فهو مشكل لوجوب الفرق بينهما في الاحكام بأن تارك الواجب يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل حرمان الشفاعة، وإن أرادوا بأنها في قوة الواجب مجرد بيان تأكيد السنة فلا يجدي نفعا. وأجيب بأن إجابة الدعوة وإن كانت سنة عندنا ابتداء إلا أنها تنقلب إلى الواجب بقاء بعد الحضور حيث يلزمه حق الدعوة بالتزامه فصار نظير الصلاة النافلة تنتقل إلى الواجب بل إلى الفرض بالتزامه بالمشروع، أشار إليه صاحب الهداية فيكون قوله كصلاة الجنازة قياس واجب على واجب. وبيان تقريب الدليل ببيان الدعوة على ثلاثة أوجه: الاول إذا دعي إلى وليمة أو طعام ولم يكن ثمة شئ من البدع أصلا، والثاني إذا دعى إلى ذلك ولم يذكر حين الدعوة أن ثمة شئ من البدع أصلا ولم يعلمه المدعو قبل الحضور ولكن هجم عليه، الثالث إذا دعى إلى ذلك وذكر إن ثمة شئ من البدع فعلمه المدعو قبل الحضور ففي الوجهين الاولين كانت الدعوى على وجه السنة فلا تكون الاجابة لازمة للمدعو ا ه‍. وهذا

***

[٣٤٦]

كله بعد الحضور، ولو علم قبل الحضور لا يقبله. ولقائل أن يقول الحديث المذكور يشمل ما بعد الحضور وما قبله لانه قد تقرر في الاصول أن المعرف بالالف واللام إذا لم تكن للعهد الخارجي فهو للاستغراق فيعم كل دعوة، وقد يجاب عنه بأنه وإن كان عاما من حيث اللفظ فهو مخصوص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب عن اقتراب تلك البدع ا ه‍. فإن كان ممن يقتدى به فلم يقدر على منعهم خرج ولم يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين، وما حكي أن الامام وقع له ذلك كان قبل أن يصير قدوة. وإن كان ذلك على المائدة فلا يقعد، وإن كان هناك لعب وغناء قبل أن يحضر فلا يحضر لانه لا يلزمه الاجابة إلا إذا كان هناك منكر لما روي عن علي قال: صنعت للنبي صلى الله عليه وسلم طعاما فدعوته له فحضر فرأى في البيت تصاوير فرجع. وعنابن عمر قال: نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن مطعمين عن الجلوس على مائدة يشرب عليها الخمر وأن يأكل وهو منسطح. رواه أبو داود. ودلت المسألة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القصب قال عليه الصلاة والسلام ليكونن من أمتي أقوام يستحلون الحر والحرير والخمر والمعازف (٢) أخرجه البخاري. وفي لفظ آخر ليشربن اناس من أمتي الخمر يسمونها بغير اسمها يعزف على رؤوسهم

بالمعازف والمغنيات يخسف الله بهم الارض ويجعل منهم القرد والخنازير (٣) واختلفوا في التغني المجرد قال بعضهم إنه حرام مطلقا والاستماع إليه معصية لاطلاق الحديث وهو اختيار شيخ الاسلام، ومنهم من قال لا بأس به ليستفيد به فهم المعاني والفصاحة، وفهم من جوز التغني لدفع الوحشة إذا كان وحده ولا يكون على سبيل اللهو وإليه ذهب شمس الائمة السرخسي لانه روى ذلك عن بعض الصحابة. ولو كان في الشعر حكم أو قصة لا يكره. وكذا لو كان فيه ذكر امرأة غير معينة، وكذا لو كانت معينة وهي ميتة ولو كانت حية يكره، كذا في الشارح. وفي المحيط: ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام إلا ملاعبة الرجل زوجته وقوسه وفرسه لانه يصد عن الجمع والجماعات وسبب للوقوع في فواحش الكلام وغيره. واستماع صوت الملاهي حرام كالضرب بالقصب وغير قال عليه الصلاة والسلام استماع الملاهي معصية، والجلوس عليها فسق، والتلذذ بها كفر وهذا خرج على وجه التشديد لا أنه يكفر. وعن الحسن بن زياد: لا بأس بأن يكون في العرس دف يضرب به ليشتهر ويعلن النكاح. وسئل أبو يوسف أيكره للمرأة أن تضرب في غير فسق للصبي؟ قال: لا أكره. ولا تركب امرأة مسلمة على السرج لقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله الفروج على السروج هذا إذا ركبت متلهية أم متزيتة لتعرض نفسها على الرجال،

***

[٣٤٧]

فصل في اللبس حرم للرجل لا للمرأة الحرير إلا قدر أربع أصابع وحل توسده وافتراشه ولبس ما] فإن ركبت لحاجة كالجهاد والحج فلا بأس به. رجل أظهر الفسق في داره فللامام أن يتقدم عليه فإن لم يمتنع فالامام بالخيار إنشاء ضربه أسواطا وإن شاء أخرجه من داره لان الكل يصلح للتعزير. قال أبو يوسف في داره يسمع مزامير ومعازف أدخل عليهم بغير إذنهم لا أمنع الناس عن إقامة هذا الفرض، ولو رأى منكرا وهو ممن يرتكب هذا المنكر له أن ينهي عنه لان الواجب عليه ترك المنكر والنهي عن المنكر فإذا ترك أحدهما لا يترك الآخر ا ه. وفي الذخيرة وغيرها: لا بأس بضرب الدف في العرس والوليمة والاعياد. وكذا لا بأس بالغناء في العرس والوليمة والاعياد حيث لا فسق. وفي الخلاصة: وعن عمر أنه أحرق بيت الخمار. وعن الامام الزاهد الصفار أنه أمر بتخريب دار الفسق بسبب الفسق. وفي الظهيرية: لا بأس بالمزاح بعد أن لا يتكلم بكلام فيه مأثم ويقصد به إضحاك جلسائه. وفي الجامع الصغير للعتابي: وكل لعب غير الشطرنج فهو حرام. وفي الحاوي سئل عمن رأى رجلا سرق مال إنسان قال: إن كان لا يخاف الظلم منه يخبر به، وإن كان يخاف رك. وفي الظهيرية: الامر بالمعروف باليد على الآمر أو باللسان على العلماء وبالقلب على عوام الناس وهو اختيار الزندويسي. وفي الخانية: رجل دعاه الامير فسأله عن أشياء إن تكلم بما يوافق الحق لا يرضيه فإنه لا ينبغي له أن يتكلم بما يخالف الحق، وهذا إذا كان لا يخاف القتل على نفسه ولا إتلاف عضوه ولا يخاف على ماله وإذا خاف ذلك منه فإنه لا بأس به ا ه. والله أعلم. فصل في اللبس لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الانسان مما يحتاج إليه فقدم فصل الاكل والشرب لان احتياج الانسان إلى الاكل والشرب أشد من احتياجه إلى النظر لتحقق الاول. وفي جميع الاوقات دون الثاني ا ه. قال رحمه الله: (حرم للرجل لا للمرأة لبس الحرير الا قدر أربع أصابع) يعني يحرم على الرجل لا على المرأة لبس الحرير واللام تأتي بمعنى على قال الله تعالى * (وإن أساتم فلها) * أي فعليها. وإنما حرم لبس الحرير على الرجال دون النساء لما روى أبو موسى الاشعري إن النبي صلى الله عليه وسلم قال أحل الذهب والحرير للاناث من أمتي وحرم على ذكورها رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه. ولما روي عنه عليه الصلاة والسلام قال من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة إلا أن اليسير معفو عنه وهو مقدار أربع أصابع لما روى أحمد ومسلم البخاري نهى عن لبس الحرير إلا موضع أصبعين أو ثلاثة أو أربع الحديث. قال رحمه الله: (وحل توسده وافتراشه) يعني للرجال والنساء وهذا عند الامام. وقال مالك: يكره له ذلك، كذا في الجامع الصغير: وذكر

***

[٣٤٨]

[سداه حرير ولحمته قطن أو خز وعكسه حل في الحرب فقط ولا يتحلى الرجل بالذهب] القدوري قول أبي يوسف مع محمد، وذكره أبو الليث مع أبي حنيفة. لمحمد ما روي عن أبي حنيفة أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس الحرير والديباج وأن يجلس عيله.

رواه البخاري. وقال سعد بن أبي وقاص لئن أتكئ على جمر الغضا أحب إلى من أن اتكئ على مرافق الحرير. وللامام ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام جلس على مرقعة من حرير، ولان القليل من الملبوس يباح فكذا القليل هنا، ولان النوم والافتراش والتوسد إهانة ولان المحرم اللبس والافتراش والنوم علة الجلوس وجعله ستارة وتعليقه وجعله بيتا ليس عرفا فلا يحرم ولا يكره تكة الحرير وتكة الديباج. ولو جعل الحرير بيتا أو علقه قال الامام: لا يكره. وقال محمد: يكره، كذا في المحيط. قال الشراح: يعني الرجل والمرأة جميعا في هذا الحكم يعني في عدم كراهة توسده إلى آخر أو كراهته عند محمد ا ه. ولك أن تقول تعميم قول أبي يوسف رحمه الله في الكراهة للنساء مشكل فإن قوله عليه الصلاة والسلام حلال لاناثهم يعم التوسد والافتراش والجلوس والستارة وجعله بيتا كيف يتركان العمل بعموم هذا الحديث فليتأمل. وقد يجاب بأن الحل للنساء لاجل التزين للرجال وترغيب الرجل فيها وفي وطئها وتحسينها في منظره فالعلة النقلية منظور فيها إلى هذه العقلية والدليل على ذلك تحريمه على الرجل والحل للنساء والعلة العقلية لم توجد في التوسد وغيره فلهذا قالا يكره ذلك للنساء فتأمل. وفي النصاب: ويكره اتخاذ الخلخال في رجل الصغير ا ه. قال رحمه الله: (ولبس ما سداه حرير ولحمته قطن أو خز) يعني حل للرجال لبس هذا لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز وهو اسم للمسدي بالحرير، ولان الثوب لا يصير ثوبا إلا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة أو تقول لا يكون ثوبا إلا بهما فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر التي تظهر في المنظر وهي اللحمة فتكون العبرة لما يظهر دون ما يخفي. والديباج لغة وعرفا ما كان كله حريرا قال في المغرب: الديباج الذي سداه ولحمته ابريسم: قال في النهاية وغيرها: وجوه هذه المسألة ثلاثة: الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق، وأما في الحرب فعند الامام لا يجوز، وعندهما يجوز. والثاني ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره ولا بأس به بالحرب وغيره. والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب دون غيره كما سيأتي والخز وبردابة تخرج من البحر يؤخذ وينسج. قال رحمه الله: (وعكسه حل في الحرب فقط) يعني ولو عكس المذكور وهو أن تكون لحمته حريرا وسداه غيره وهو لا يجوز إلا في الحرب لما ذكرنا أن العبرة باللحمة، ولا يجوز لبس الحرير الخالص في الحرب عند الامام، وعندهما يجوز لما روي أنه عليه الصلاة والسلام رخص في لبس الحرير الخالص في الحرب ورخص في لبس الخز والديباج في الحرب فلان فيه ضرورة لان الخالص منه أرفع لعدة السلاح وأهيب في عين العدو وليريعه. وللامام إطلاق

***

[٣٤٩]

[والفضة إلا باخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة والافضل لغير السلطان والقاضي] النصوص الواردة في النهي عن لبس الحرير من غير تفصيل والضرورة اندفعت بالمخلوط فلا حاجة إلى الخالص. وقال أبو يوسف: أكره ثوب القز يكون بين الظهارة والبطانة ولا رأى محشو القز لان الحشو غير ملبوس فلا يكون ثوبا قال: هذا الجواز في الحرب إذا كان الثوب صفيقا يجئ منه بأس إلى ارتهاب العدو في الحرب، وأما إذا كان رقيقا لا يجئ منه الارتهاب للعدو فإنه يكره بالاجماع، ولو جعل ظهارة أو بطانة فهو مكروه لان كليهما مقصود وتقدم لو جعل محشوا، كذا في المحيط. وفي التتارخانية: وإنما يكره اللبس إذا لم تقع الحاجة في لبس فلو كان به جرب أو حكة كثيرا ولا يجد غيره لا يكره لبسه. وفي السراجية: ويكره أن يلبس الذكور قلنسوة الحرير ويكره لبس الثوب المعصفر. وفي المنتقى عن الامام: يكره للرجال أن يلبسوا الثوب المصبوغ بالعصفر أو الورس أو الزعفران. وفي الذخيرة عن محمد: النهي عن لبس المعصفر قيل المراد به أن يلبس المعصفر ليحبب نفسه للنساء وورد وإياكم والاحمر فإنه زي الشيطان ولا يكره اللبد الاحمر للسرج. وفي الذخيرة وسئل عن الزينة والتجمل في الزينة فقال: ورد عنه عليه الصلاة والسلام أنه خرج وعليه رداء قيمتها أربعة آلاف درهم فقال إذا أنعم الله على العبد بنعمة يجب أن يظهر أثرها عليه (١) قال الامام بالجواز. وفي الخلاصة: لا بأس بلبس الثياب الجميلة إذا كان لا ينكر عليه فيه، ولا بأس بجمع المال من الحلال إذا كان لا يضيع الفرائض ولا يمنع حقوق الله تعالى. وفي التتمة: إرخاء الستر في البيوت مكروه. وفي الظهيرية: يجوز للانسان أن يبسط في بيته ما شاء من الثياب المتخذة من الصوف والقطن والكتان المصبوغة وغير المصبوغة والمنقشة وغير المنقشة، وله أن يستر الجدار باللبد وغيره، ويجوز أن يبسط ما فيه صورة. وفي الفتاوى العتابية: ويكره أن يتخذ للجواري ثيابا كالرجل ويتخذ لهن ثيابا كثياب النساء، ويكره للرجال السراويل التي تقع على ظهر القدم. وفي الملتقط: ولا بأس بجلود النمر وسائر السباع. وفي الابانة: يجوز لبس النعل المسمر بالمسامير الحديد. وفي الذخيرة: الثوب المتنجس بنجاسة تمنع جواز الصلاة

هل يجوز للبسه في غير الصلاة؟ عن أبي يوسف لا يجوز لبسه في غير الصلاة بلا ضرورة. قال رحمه الله: (ولا يتحلى الرجل بالذهب والفضة إلا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة) لما روينا غير أن الخاتم وما ذكر مستثنى تحقيقا لمعنى النموذج والفضة لانهما من جنس واحد وكان للنبي صلى الله عليه وسلم خاتم من فضة وكان في يده إلى أن توفى ثم في يد أبي بكر إلى أن توفى ثم في يد عمر إلى أن توفي ثم في يد عثمان إلى أن وقع في البئر فأنفق مالا عظيما في طلبه فلم يجده، ووقع الخلاف بين الصحابة والتشويش من ذلك الوقت إلى أن استشهد. والسنة في
***
[٣٥٠]
[ترك التختم وحرم التختم بالحجر والحديد والصفر والذهب وحل مسمار الذهب يجعل في حجر الفص وشد السن بالفضة وكره إلباس ذهب وحرير صبيا كالخرقة لوضوء أو مخاط والرتم.] حق الرجل أن يجعل فص الخاتم في باطن كفه، وفي حق المرأة أن تجعله في ظاهر كفها لانها تزين به دون الرجل. ولا بأس بالتختم بالفضة إذا كان له حاجة إليه كالقاضي والسلطان ولغير ذلك مكروه لما روي أنه عليه الصلاة والسلام رأى في يد رجل خاتما أصفر فقال: مالي أجد منك رائحة الاصنام. ورأى في يد آخر خاتم حديد فقال: مالي أرى عليك حلية أهل النار. وروي عن ابن عمر أن رجلا جلس إلى النبي صلى الله عليه وسلم وعليه خاتم ذهب فأعرض عنه. والتختم بالذهب حرام، ومن الناس من أطلق التختم بحجر يقال له يشب لانه ليس بحجر إذ ليس له ثقل الحجر والحلقة هي معتبرة لان قوام الخاتم بها. ولا يعتبر بالفص لانه يجوز من الحجر والاولى أن لا يختم إذا كان لا يحتاج إليه. ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص يعني في ثقبه لانه تابع كالعلم فلا يعد لابسا ولا يزيد وزنه على مثقال لقوله عليه الصلاة والسلام اتخذه من ورق ولا تزده على مثقال ورد النص بجواز التختم بالعقيق وقال عليه الصلاة والسلام تختموا بالعقيق فإنه مبارك الحديث. وفي الحاوي: ولا بأس أن يتخذ الرجل خاتم فضة، فإن جعل فصه من عقيق أو ياقوت أو فيروزج أو زمرد فلا بأس به، وإن نقش عليه اسمه أو اسم أبيه أم اسما من أسماء الله فلا بأس به، ولا ينبغي أن ينقش عليه تماثيل من طير أو هوام الارض، ولا بأس بأن يشرب من كفه وفي خنصره خاتم ذهب، ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في الفضة، وفي الينابيع: كان صلى الله عليه وسلم يتختم باليمين وأبو بكر وعمر بالشمال وفي الفتاوى: وينبغي أن يلبس الخاتم في خنصره اليسرى دون سائر أصابعه ولا ينبغي أن يخضب يد الصغير أو رجله. قال رحمه الله: (والافضل لغير السلطان والقاضي ترك التختم وحرم التختم بالحجر والحديد والصفر والذهب وحل مسمار الذهب يجعل في حجر الفص) وقد تقدم بيانه. قال رحمه الله: (وشد السن بالفضة) يعني يحل شد السن المتحرك بالفضة ولا يحل بالذهب، وقال محمد: يحل بالذهب أيضا وقدمنا بيان ذلك. قال رحمه الله: (وكره إلباس ذهب وحرير صبيا) لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها للصبي. قال رحمه الله: (كالخرقة لوضوء أو مخاط والرتم) يعني لا تكره الخرقة لوضوء ولا لرتم. وفي الجامع الصغير: يكره حمل الخرقة التي يمسح بها العرق لانها بدعة ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك ولا أحد من الصحابة ولا من التابعين وإنما كانوا يتمسحون بأرديتهم وفيها نوع تجبر، والصحيح أنه لا يكره والرتم لان عامة المسلمين قد استعملوا في عامة البلدان مناديل للوضوء والخرق لمسح العرق والمخاط ولحمل شئ يحتاج إليه، وما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن، حتى لو حملها لغير
***
[٣٥١]
[فصل في النظر واللمس لا ينظر إلى غير وجه الحرة وكفيها ولا ينظر من اشتهى إلى وجهها إلا الحاكم والشاهد] حاجة يكره. والرتم هو الرتيمة وهي الخيط للتذكر ليعقد في الاصابع وكذا الرتمة فقيل الرتم ضرب من الشجر. وقال: معناه كان الرجل إذا خرج إلى سفر عمد إلى هذه الشجرة فعقد بعض أغصانها ببعض فإذا رجع وأصابه بتلك الحالة قال لم تخن امرأتي، وإن أصابه قد انحل قال خانتني. ثم الرتيمة قد تشبه بالتميمة على بعض الناس وهو خيط كان يربط في العنق أو في اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم. وذكر في حدود الايمان أنه كفر. والرتيمة مباح لانها تربط للتذكير عند اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم. وذكر في حدود الايمان أنه كفر. والرتيمة مباح لانها تربط للتذكير عند للنسيان وقد ورد أنه عليه الصلاة والسلام أمر بعض أصحابه بها وتعلق غرض صحيح فلا

يكره بخلاف التميمة فإنه عليه الصلاة والسلام قال فيها أن الرقي والتمائم والنودة شركة على ما يجئ إن شاء الله تعالى. فصل في النظر واللمس ولما أنهى الكلام على مسائل اللبس وقدمه لشدة الاحتياج إليه ذكر بعده مسائل النظر لانها أكثر وقوعا من مسائر الاستبراء فلذا قدمها. ومسائل النظر أقسام أربعة: نظر الرجل إلى المرأة، ونظر المرأة إلى الرجل، ونظر الرجل إلى الرجل، ونظر المرأة إلى المرأة. والقسم الاول منها على أربعة أقسام: نظر الرجل إلى الاجنبية، ونظره إلى زوجته وأمته، ونظره إلى ذوات محارمه، ونظره إلى أمة الغير. والدليل على جواز النظر ما روي أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رقاق فأعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا وأشار إلى وجهه وكفيه. قال رحمه الله: (لا ينظر إلى غير وجه الحرة وكفيها) قال الشارح: وهذا الكلام فيه خلل لانه يؤدي إلى أنه لا ينظر إلى شئ من الاشياء إلا إلى وجه الحرة وكفيها فيكون تحريضا إلى النظر إلى هذين العضوين وإلى ترك النظر إلى كل شئ سواهما اه‍. ولا يخفى على متأمل عدم هذا الخلل لان حرف إلى بدل عن من الابتدائية التي إلى غايتها فهو في قوة المنطوق، فالتقدير لا يجوز له النظر من المرأة إلى غير الوجه وكفيها فقد أفاد منع النظر منها غير الوجه وكفيها إلا التحريض فتدبره. واستدل الشارح على جواز النظر إلى ما ذكر بقوله تعالى * (ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها) * (النور: ٣١) قال علي وابن عباس: ما ظهر منها الكحل والخاتم لا الوجه كله والكف فلا يفيد المدعي فتأمل. والاصل في هذا أن المرأة عورة مستورة لقوله عليه الصلاة والسلام المرأة عورة مستورة إلا ما استثناه الشرع وهما عضوان، ولان المرأة لا بد لها من الخروج للمعاملة مع الاجانب فلا بد لها من إبداء الوجه لتعرف فتطالب بالثمن ويرد عليها

***

[٣٥٢]

[وينظر الطبيب إلى موضع مرضها وينظر الرجل إلى الرجل إلا العورة والمرأة للمرأة] بالعيب، ولا بد من إبداء الكف للاخذ والعطاء، وهذا يفيد أن القدم لا يجوز النظر إليه، وعن الامام أنه يجوز ولا ضرورة في إبداء القدم فهو عورة في حق النظر وليس بعورة في حق الصلاة، كذا في المحيط. وعن الثاني يجوز النظر إلى ذراعيها أيضا لانه يبدو منها عادة، وما عدا هذه الاعضاء لا يجوز النظر إليها لقوله عليه الصلاة والسلام من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة. الحديث. وهو الرصاص المذاب. وقالوا: ولا بأس بالتأمل في جسدها وعليه ثياب ما لم يكن ثوب بيان حجمها فلا ينظر إليه حينئذ لقوله عليه الصلاة والسلام من تأمل خلف امرأة من ورائها ثيابها حتى تبين له حجم عظامها لم يرح رائحة الجنة وإذا كان الثوب لا يصف عظامها فالنظر إلى الثوب دون عظامها فصار كما لو نظر إلى خيمة فيها فلا بأس به. قيدنا بالنظر لانه يكره له أن يمس الوجه والكف من الاجنبية، كذا في قاضيخان. وشمل كلامه الحر المسلم البالغ والرقيق البالغ والصبي المراهق والكافر، كذا في الغياثية. وفيها: ولا بأس بالنظر إلى شعر الكافرة. اه‍. قال رحمه الله: (ولا ينظر من اشتهى إلى وجهها إلا الحاكم والشاهد وينظر الطبيب إلى موضع مرضها) والاصل أنه لا يجوز أن ينظر إلى وجه الاجنبية بشهوة لما روينا إلا للضرورة إذا تيقن بالشهوة أوشك فيها، وفي نظر من ذكرنا مع الشهوة ضرورة فيجوز، وكذا نظر الحاقن والحاقنة فيجوز، وكذا نظر الخاتن إذا أراد أن يداوي مع الختان، وكذا يجوز النظر للهزال الفاحش لانه امارة البرص. ويجب على القاضي والشاهد أن يقصد أداء الشهادة والحكم لا قضاء الشهوة تحرزا عن القبح بقدر الامكان. هذا وقت الاداء، وأما وقت التحمل فلا يجوز أن ينظر إليها مع الشهوة لانه يوجد غيره مما لا يشتهي فلا حاجة إليه. قال في الغياثية: واختلف المشايخ فيما إذا دعي إلى التحمل وهو يعلم أنه إذا نظر إليها يشتهي، فمنهم من جوز ذلك بشرط أن يقصد تحمل الشهادة لاقضاء الشهوة، والاصح أنه لا يجوز زله ذلك. قال بعض شراح الهداية: وقد تنور هذا إباحة النظر إلى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه ولا يقال الشاهد مخير هنا بين حسنتين إقامة الحد والتحرز عن التملك وهو أفضل، فإذا كان أفضل فكيف جاز النظر لاقامة الشهادة لانا نقول: الضرورة والحاجة محققة في النظر إلى العورة الغليظة عند التحمل بالنسبة لارادة إقامة الحد وإن لم تكن الضرورة والحاجة محققة بالنظر إلى الستر فالاباحة بالنظر إلى الاول فإن قلت: لماذا جاز لشاهد الزنا النظر عند التحمل ولو اشتهى ولم يجز لغيره وقت التحمل؟ قلنا: إنما جاز لة لان مقصوده إقامة الشهادة فلهذه الضرورة جاز قالوا: لانه يوجد غيره ممن لا يشتهي. فإن قيل: يمكن هنا أيضا أن يوجد غيره ممن لا يشتهي قلنا: لو طلب غيره ممن لا يشتهي لفرغ من فعل الزنا فلهذا اجاز هنا ولو اشتهى فتدبره. والطبيب إنما يجوز له ذلك إذا لم يوجد

امرأة طبيبة فلو
***
[٣٥٣]
وجدت فلا يجوز له أن ينظر لان نظر الجنس إلى الجنس أخف. وينبغي للطبيب أن يعلم امرأة إن أمكن وإن لم يكن ستر كل عضو منها سوى موضع الوجع ثم ينظر ويغض بصره عن غير ذلك الموضع إن استطاع لان ما ثبت للضرورة يتقدر بقدرهما، وإذا أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس أن ينظر إليها وإن خاف أن يشتهي لقوله عليه الصلاة والسلام انظر إليها لانه أحرى أن يدوم بينكما ولا يجوز له أن يمس وجهها ولا كفها وإن أمن الشهوة لوجود المحرم ولانعدام الضرورة وقال عليه الصلاة والسلام من مس كف امرأة ليس له فيها سبيل وضع على كفه جمر يوم القيامة قال في التتارخانية: أصاب امرأة قرحة في موضع لا يحل للرجل النظر إليه، فإن لم يوجد امرأة تداويها ولم يقدر أن يعلم امرأة تداويها يستر منها كل شئ إلا موضع القرحة ويغض بصره ما أمكن ويداويها. وفي المحيط أيضا: ويجوز للمرأة إذا كانت تولد أخرى أن تنظر إلى فرجها وأن تمس فرجها اه‍. وقيد واجواز النظر دون المس عند إرادة الزوج إذا كانت شابة تشتهي، وأما إذا كانت عجوزا لا تشتهي فلا بأس بمصافحتها ومس بدنها لانعدام خوف الفتنة. وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه كان يصافح العجائز فإذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها يحل له المصافحة، وإن كان لا يأمن عليها ولا على نفسه لا تحل له مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة. فحاصله أنه يشترط لجواز المس أن كانا كبيرين مأمونين في رواية، وفي أخرى يكفي أن يكون أحدهما مأمونا كبيرا لان أحدهما إذا كان لا يشتهي لا يكون اللمس سببا للوقوع في الفتنة كالصغير. ووجه الاولى أن الشاب إذا كان لا يشتهي بمس العجوز فالعجوز تشتهي الشاب لانها علمت بملاذ الجماع فيؤدي إلى الانتهاء من أحد الجانبين وهو حرام بخلاف ما إذا كان أحدهما صغيرا لانه لا يؤدي إلى الانتهاء من الجانبين لان الكبير لايشتهي بمس الصغير، ولهذا إذا مات صغير أو صغيرة تغسله المرأة والرجل ما لم تبلغ حد الشهوة، وكذا يجوز النظر إلى الصغير والصغيرة والمس إذا كان لا يشتهي. قال رحمه الله: (وينظر الرجل إلى الرجل إلا العورة) وهي ما بين السرة والركبة، والسرة ليست من العورة والركبة منها، وإنما لم ينبه المؤلف هنا لما قدم في كتاب الوضوء وقد بينا الدليل هناك. وحكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ، وفي الفخذ أخف منه في السرة حتى ينكر عليه في كشف الركبة برفق وفي الفخذ بعنف وفي السرة بضرب. وفي التتمة والإبانة: كان أبو حنيفة لا يرى بأسا بنظر الحمامي إلى عورة الرجل، وفي الكافي: وعظم الساق ليس بعورة. وفي الذخيرة: وما جاز النظر إليه جاز مسه. قال محمد بن مقاتل: لا بأس أن يتولى صاحب الحمام عورة إنسان بيده عند التنور إذا كان يغض بصره. قال الفقيه: وهذه في حال الضرورة لا في غيرها، وينبغي لكل إنسان أن يتولى عورته بنفسه عند التنور. وفي التتمة: البيت الصغير في الحمام يدخله الرجل يحلق عانته هل يحل له أن يكون فيه عريانا حتى يعصر إزارة؟ فقال في المدة اليسيرة يجوز. وقال أبو الفضل: لا يأس به. وقال غيره: يأثم به
***
[٣٥٤]
[والرجل للرجل وينظر الرجل إلى فرج امته وزوجته ووجه محرمه ورأسها فصدرها] وقالوا: كشف العورة في بيت بغير حاجة فقالوا يكره اه‍. قال رحمه الله: (والمرأة للمرأة والرجل للرجل) وهذا هو القسم الرابع من التقسيمات، ومعناه المرأة للمرأة والرجل للرجل يعني نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل ألى الرجل حتى يجوز للمرأة أن تنظر منها إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل إذا أمنت الشهوة والفتن لان ما ليس بعورة لا يختلف فيه الرجال والنساء فكان لها أن تنظر منه ما ليس بعورة، وإن كان في قلبها شهوة أو أكبر رأيها أنها تشتهي أو شكت في ذلك يستحب لها أن تغض بصرها، ولو كان الرجل هو الناظر إلى ما يجوز له منها كالوجه والكف لا ينظر إليه حتما مع الخوف لانه محرم عليه. والفرق أن الشهوة عليهن أغلب وهي كالمتحقق حكما فإذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة من الجانبين، وإذا اشتهت لم توجد إلا منها فكانت من جانب واحد، والموجود من الجانبين أقوى في الافضاء إلى الوقوع وإنما جاز ما ذكرنا للمجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل إلى الرجل، وكذا الضرورة قد تحققت فيما بينهن. وعن الامام أن تنظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه فلا يجوز لها أن تنظر إلى الظهر والبطن في هذه الرواية بخلاف نظرها إلى الرجل لان الرجل يحتاج إلى زيادة الانكشاف، وفي الرواية الاولى يجوز وهو الاصح ما جاز للرجل أن ينظر إليه من الرجل جاز مسه لانه ليس بعورة ولا يخاف

منه الفتنة. قال في النهاية: وهذا دليل على أنهن لا يمنعن دخول الحمام لان العرف ظاهر به في جميع البلدان وبناء الحمامات للنساء وحاجة النساء إلى الحمام فوق حاجة الرجال لان المقصود من دخوله الزينة والمرأة إلى هذا أحوط من الرجال ويمكن للرجل دخول الانهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك غالبا اه. وحكي أن الامام دخل الحمام فرأى رجلا مكشوف العورة يقال له بطرطا وكان رجلا متكلما فغض أبو حنيفة بصره فقال له العاصي: مذكم أعمى الله بصرك؟ قال: مذ هتك الله سترك اه. وفي الكافي: وعظم الساق ليس بعورة اه. قال رحمه الله: (وينظر الرجل إلى فرج امته وزوجته) يعني عن شهوة وغير شهوة قال عليه الصلاة والسلام غض بصرك إلا عن زوجتك وأمتك وما روي عن عائشة قالت: كنت أغتسل أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم في إناء واحد. ولانه يجوز له المس والغشيان فالنظر أولى إلا أن الاولى أن لا ينظر كل منهما إلى عورة صاحبه لقوله عليه الصلاة والسلام إذا أتى أحدكم زوجته فليستتر ما استطاع ولا يتجرد ان تجرد البعير لان النظر إلى العورة يورث النسيان وكان ابن عمر يقول: الاولى النظر إلى عورة زوجته عند الجماع ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة. وعن أبي يوسف سألت الامام عن الرجل يمس فرج أمته أو هي تمس فرجه ليحرك آلته أليس بذلك بأس؟ قال: أرجو أن يعظم الاجر. والمراد بالامة التي يحل وطؤها وأما إذا كانت لا تحل كأمته المجوسية أو المشركة أو أخته رضاعا أو أم امرأته

***

[٣٥٥]

[وساقها وعضدها لا إلى ظهرها ويطنها ونخذها ويمس ما يحل له النظر إليه وأمة غيره] أو بنتها فلا يحل له النظر إلى فرجها. وفي الينابيع: ولا يحل له أن يأتي زوجته في الدبر إلا عند أصحاب الظاهر وهو خلاف الاجماع قال رحمه الله: (ووجه محرمه ورأسها فصدرها وساقاها وعضدها لا إلى ظهرها وبطنها ونخذها) يعني يجوز النظر إلى وجه محرمه إلى آخره، ولا يجوز إلى ظهرها إلى آخر ما ذكر. والاصل فيه قوله تعالى * (ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن) * (النور: ٣١) الآية. ولم يرد به نفس الزينة لان النظر إلى عين الزينة مباح مطلقا ولكن المراد موضع الزينة، فالرأس موضع التاج والشعور، والوجه موضع الكحل، والعنق والصدر موضع القلادة، والاذن موضع القرط، والعضد موضع الدملج، والساعد موضع السوار، والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال، والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست بمواضع الزينة، ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان ولا احتشام والمرأة تكون في بيتها في ثياب بذله ولا تكون مستورة عادة، فلو أمرت بالستر من محارمها لحرجت حرجا عظيما والشهوة فيهن منعدمة من المحارم بخلاف الاجنبي والمحرم نكاحها على التأبيد بنسب ولا سبب كالرضاع والمصاهرة وإن كان بالزنا، وقيل إن كانت حرمة المصاهرة ثابتة بالزنا لا يجوز له النظر إلى ما ذكر كالاجنبي لان الحرمة في حقه بطريق العقوبة لا بطريق النعمة فلا يظهر فيما ذكرنا، الاول أصح اعتبارا للحقيقة. ولك أن تقول: الانسب أن لا يذكر الفخذ هنا لانه علم عدم جواز نظر المحرم إلى هذا من عدم جواز نظر الرجل إلى الرجل فيه بطريق الاولى لان نظر الجنس إلى خلاف الجنس فيه أغلظ. فإن قلت: المقصود من ذكر الفخذ بيان الواقع والتصريح بما علم مما تقدم التزاما قلت: إن كان هذا هو المراد فالانسب أن يذكر الركبة بدل الفخذ لان حكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه في السوأة فبذكر الفخذ لا يعلم حكم الركبة بكونها أخف، وإما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسوأة بالاولى لانهما أقوى منها في حرمة النظر. واستدل الشارح وصاحب النهاية والمجتبى على الحل والحرمة لملابسة الآية التقدير، واعترض بأن الآية إنما تدل على الحل لا الحرمة والاولى كما في البدائع الاستدلال بقوله تعالى * (قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم) * (النور: ٣٠) إلا أنه رخص للمحارم النظر إلى موضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى * (ولا يبدين زينتهن) * الآية. واعترض بعض المتأخرين على الدليل العقلي وهو قولنا يدخل من غير استئذان لما ذكرنا في البدائع أن المحارم لا تدخل عليهن من غير استئذان ربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكره له ذلك وهذا غفلة منه لان المراد أن لا يجب عليه الاشتئذان لا الندب. قال في البدائع: لا يحل للرجل أن يدخل بيت غيره من غير استئذان وإن كان من محارمه فلا يدخل من غير استئذان إلا أن الامر في الاستئذان على المحارم أيسر وأسهل، فتخلص من عبارته أن الدخول في

***

[٣٥٦]

بيت الاجنبي من غير استئذان حرام وفي بيت محارمه من غير استئذان مكروه والله الموفق. ثم قال تاج الشريعة: فإن قلت: إذا جاز الدخول من غير استئذان فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع إذا سرق من بيت أمه من الرضاع لجواز ما ذكرنا لنقصان الحرز في حقه قلت: لا يقطع عند البعض، وأما جواز الدخول عليها من غير استئذان ممنوع، ذكره خواهر زاده أن المحارم من حيث الرضاع لا يكون لهم الدخول عليها من غير استئذان ولهذا يقطعون بسرقة بعضهم من بعض اه كلامه. ولك أن تقول: ليس هذا الجواب بتمام أما كونه لا يقطع عند البعض فهو قول أبي يوسف، وعلى قولهما يقطع وهو المختار بظاهر الرواية، وقد تقدم السارق في باب السرقة لان الحرز في حقهم كامل اه. قال رحمه الله: (ويمس ما يحل له النظر إليه) يعني يجوز أن يمس ما حل له النظر إليه من محارمه الرجل لا من الاجنبية لتحقق الحاجة إلى ذلك من المسافرة والمخالطة، وكان عليه الصلاة والسلام يقبل رأس فاطمة ويقول أجد منها ريح الجنة وقال من قبل رأس أمه فكانما قبل عتبه الجنة ولا بأس بالخلوة معها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يخلون رجل بأمرأة ليس منها سبيل فإن ثالثهما الشيطان والمراد إذا لم تكن محرما لان المحرم بسبيل منها إلا إذا خاف على نفسه أو عليها الشهوة فحينئذ لا يمسها ولا ينظر إليها ولا يخلو بها لقوله عليه الصلاة والسلام العينان يزنيان وزناها النظر، واليدان يزنيان وزناهما البطش، والرجلان يزنيان وزناهما المشي، والفرج يصدق ذلك أو يكذبه فكان في كل واحد منها زنا والزنا محرم بجميع أنواعه وحرمه الزنا بالمحارم أشد وأغلظ فيجتنب الكل. ولا بأس بالمسافرة بهن لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام إلا بزوج أو محرم وإن احتاجت إلى الا ركاب والانزال فلا بأس أن يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها من وراء إذا أمنا الشهوة، وإن خاف عليها أو على نفسه أو ظنا أو شكا فليجتنب ذلك بجهده، فإن أمكنها الركوب بنفسها بتمتنع من ذلك أصلا، وإن لم يمكنها تتلفف بالثياب كي لا تصل حرارة عضوها إلى عضوه، وإن لم تجد الثياب فليدفع عن نفسه بقدر الامكان. ولا بأس بأن يدخل على الزوجين محارمهما وهما في الفراش من غير وطئ باسئذان، وكذا الخادم حين يخلو الرجل بأهله، وكذا الامة ويكره أن يأخذها بيده ويدخلها ويعلم الناس أنه يريدها اه. فروع قال في الجامع الصغير: ويكره تقبيل غيره ومعانقته ولا بأس بالمصافحة لما روي أنه عليه الصلاة والسلام سئل أيقبل بعضنا بعضا؟ قال: لا. قالوا: ويعانق بعضنا بعضا؟ قال: لا. قالوا: أيصافح بعضنا بعضا؟ قال: نعم. قال مشايخنا: إن كان يأمن على نفسه من الشهوة وقصد البر والاكرام وتعظيم المسلم فلا بأس به والحديث محمول على هذا التفصيل المصافحة سنة قديمة متوارثة. وفي النوادر: وتقبيل يد العالم والسلطان العادل لا

***

[٣٥٧]

[كمحرمة وله مس ذلك إذا أراد الشراء وإن اشتهى ولا تعرض الامة إذا لبغت في إزار] بأس به لما روي عن سفيان أنه قال: تقبيل يد العالم والسلطان العادل سنة. وفي جامع الجوامع: ولا بأس أن تمس الامة الرجل وتغمزه وتدهنه ما لم يشته إلا ما بين السرة والركبة. وفي التتارخانية: ولم يذكر محمد في شئ من الكتب الخلوة والمسافرة بإماء الغير وقد اختلفوا فيه، فمنهم من قال لا يحل وإليه مال الحاكم الشهيد، ومنهم من قال يحل وبه قال الامام شمس الائمة السرخسي، والذين قالوا بالحل اختلفوا فيما بينهم بعضهم قال ليس له أن يعالجها في النزول والركوب، وبعضهم قال له ذلك إن أمن على نفسه الشهوة عليها. وفي الغياثية: والغلام الذي بلغ الشهوة كالبالغ، والكافر كالمسلم، هذا الذي ذكرناه إذا كانت شابة، فإن كانت عجوزا قال في التتارخانية: فإن كانت عجوزا لا تشتهي فلا بأس بمصافحتها ومس يدها وأن تغمز رجله، وكذا إذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها. وفي الغياثية: ولا بأس أن يعانقها من وراء الثياب إلا أنت تكون ثيابها رقيقة تصل حرارة بدنها إليه وفيما إذا كان الماس هو المرأة قال: إن كانت ممن لا يجامع مثلها ولا يجامع مثله فلا بأس بالمصافحة فليتأمل عند الفتوى، فإن كانت صغيرة لا تشتهي أو لا يشتهي مثلها فلا بأس بالنظر إليها ومسها. قال رحمه الله: (وأمة غيره كمحرمه) لانها تحتاج ألى الخروج لحوائج مولاها في ثياب بذلة وحالها مع جميع الرجال كحال المرأة مع محارمها، كان عمر رضي الله عنه إذا رأى أمة متقنعة علاها بالدرة وقال: ألقي عنك الخمار أتتشبهين بالحرائر يا دفار. واعترض كيف عزرها على الستر الذي هو جائز والتعزير إنما يكون على ارتكاب المحظورات والمحرمات؟ وأجيب بأنه إنما فعل ذلك لان الفساق إذا تعرضوا للحرائر كان ذلك أشد فسادا و التعرض للاماء دون ذلك في الفساد ففعل ذلك لئلا يجب الاول فيكون فيه تقليل الفساد. قال في المحيط: ويحل

للامة النظر إلى الرجل الاجنبي إلى كل شئ منه ومسه وغمزه ما خلا تحت السرة إلى الركبة اه. ولا يجوز أن ينظر إلى بطنها وظهرها كالمحارم خلافا لمحمد بن مقاتل فإنه يقول بالجواز. قال رحمه الله: (وله مس ذلك إذا أراد الشراء وإن اشتهى) يعني جاز له أن يمس كل موضع يجوز له أن ينظر إليه كالصدر والساق والذراع والرأس ويقلب شعرها إذا أراد الشراء وإن خاف على الشراء فيباح له النظر والمس للضرورة وهو إرادة الشراء. وفي الشارح: أمة الرجل تكبس رجل زوجها ويخلو بها ولا يمنع من ذلك أحد، وأم الولد والمدبرة والمكاتبة كالامة لقيام الرق فيهن ووجود الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند الامام. قال رحمه الله: (ولا تعرض الامة إذا بلغت في إزار واحد) يعني إذا أراد أن يعرض أمته للبيع فلا يعرضها في إزار واحد إذا كانت بالغة. والمراد بالازار ما يستر ما بين السرة إلى الركبة لان ظهرها وبطنها عورة ولا يجوز كشفها، والتي بلغت حد الشهوة فهي كالبالغة لا تعرض في إزار واحد، روي ذلك عن محمد لوجود الاشتهاء. قال رحمه الله: (والخصي
***
[٣٥٨]
[واحد والخصي والمجبوب والمخنث كالفحل وعبدها كالاجنبي من الرجال ويعزل عن أمته بلا إذنها وعن زوجته بإذنها.] والمجبوب والمخنث كالفحل) لقوله تعالى * (قال للمؤمنين يغضوا من أبصارهم) * (النور: ٣٠) وهم ذكور فيدخلون تحت الخطاب العام. وقالت عائشة: الخصي مثله ولا يبيح ما كان حراما قبله ولان الخصي ذكر يشتهي ويجامع وهو أشد جماعا لان آلته لا تفتر فصار كالفحل، والمجبوب ذكر يشتهي ويسحق وينزل. قال بعض المتأخرين: يسحق بفتح الياء ويسحق بضمها قالالعيني: أي ينزل الماء وحكمه كأحكام الرجال في كل شئ، وقطع تلك الآلة كقطع عضو منه فلا يبيح شيئا كان حراما. وإن كان المجبوب قد جف ماؤه فقد رخص له بعض أصحابنا الاختلاط مع النساء لوقوع الامن من الفتنة قال الله تعالى * (والتابعين غير أولى الاربة من الرجال) * (النور: ٣١) فقيل هو المجبوب الذي قد جف ماؤه والاصل أنه لا يحل له لعموم النصوص، وكذا المخنث وهو الذي يأتي الردئ من الافعال لا يحل له بالاتفاق لانه كغيره من الفساق فيبعد عن النساء. وإن كان مخنثا بأقواله وأفعاله متكسرا في أعضائه ولينا في لسانه وهو لا يشتهي النساء فقد رخص له بعض مشايخنا الاختلاط بالنساء. وفي الابانة: الاصح أنه لا يحل له. وقالوا: الابله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء وإنما همه بطنه يرخص له الخلوة بالنساء والاصح له المنع. ولا بأس بدخول الخصي على النساء ما لم يبلغ حد الحلم وهو خمسة عشر سنة. قال رحمه الله: (وعبدها كالاجنبي من الرجال) حتى لا يجوز لها أن تبدي زينتها له إلا ما يجوز أن تبديه للاجنبي، ولا يحل له أن ينظر من سيدته إلا ما يجوز له أن ينظر إليه من الاجنبية. قال الامام مالك والشافعي: نظره إليها كنظر الرجل إلى محارمه لقوله تعالى * (أو ما مكلت أيمانكم) * (النساء: ٣) ولنا أنه محل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والآية واردة في الاماء. قال سعيد بن جبير وسعيد بن المسيب والحسن: لا يغرنكم سورة النور فإنها واردة في الاناث لا في الذكور ولهذا لا يجوز لها أن تسافر معه لانه أجنبي عنها. وفي المحيط: والعبد في النظر إلى سيدته التي لا قرابة بينة وبينها بمنزلة الرجل الاجنبي سواء كان العبد خصيا أو مجبوبا أو فحلا. وفي قاضيخان: وللعبد أن يدخل على سيدته بغير إذنها بالاجماع. قال رحمه الله: (ويعزل عن أمته بلا إذنها وعن زوجته بإذنها) يعني لو وطئ أمته فله إذا أراد الانزال أن ينزل خارج فرجها بغير إذنها، أما الزوجة فليس له ذلك إلا بإذنها لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن العزل عن الحرة إلا بإذنها، ولان الحرة لها حق في الوطئ حتى كان لها المطالبة به قضاء لشهوتها وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولاحق للامة في الوطئ والعزل لما ذكرنا. ولو كانت تحته أمة غيره فقد ذكرنا حكمه في النكاح. لا يقال هذه مكررة مع قوله في النكاح والإذن في العزل لسيد الامة لانا نقول: ذاك في الامة المتزوجة وهذا في الامة الموطوءة بملك
***
[٣٥٩]
[فصل في الاستبراء وغيره] اليمين. لا يقال حق المرأة في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال وهو الانزال ألا ترى أن من الرجال من يجامع ولا ماء له ينزله في فرجها ولا يكون لها حق الخصومة معه فيما ذكر لعدم الصنع من الرجل أما ههنا إذا كان له ماء فله الصنع في العزل فلها أن تطالبه بذلك والله تعالى أعلم. فصل في الاستبراء وغيره قال الشارح: أخر الاستبراء لانه احتراز عن ملك

مقيد والمقيد بعد المطلق. وقال بعض الفضلاء: قلت: أين الاحتراز عن الوطئ المطلق فيما سبق؟ قلت: فهم ذلك بطريق الدلالة أو الاشارة فإنه يضمن اللمس فالنهي عن المسمى نهى عنه فلذا عنوا به الوطئ فتأمل اهـ. أقول: لا السؤال شئ ولا الجواب. أما الاول فلانهم ما قالوا لان الاحتراز من الوطئ المطلق فيما سبق بل مرادهم أن الوطئ المقيد نفسه بعد الوطئ المطلق نفسه فأخر ما يتعلق بالوطئ المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق بالوطئ المطلق، وانتفاء المقيد لا يستلزم انتفاء المطلق كما لا يخفى فإنه يتصور أن يكون الاحتراز عن الوطئ المقيد بعد الاحتراز عن الوطئ المطلق، وأما تحقق المقيد فيستلزم تحقق المطلق في ضمنه فيصح أن يقال الوطئ المقيد بعد الوطئ المطلق بناء على أن المركب بعد المفرد كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية. وأما الثاني فلان بناءه على أن يكون المراد أن الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت ما فيه. وأيضا لا معنى لقوله فلهذا عنوا به الوطئ لان النهي عن المس إذا كان نهيا عن الوطئ وكان العنوان بالمس عنوانا بالوطئ أيضا فكان ينبغي أن لا يعنون الفصل السابق بالوطئ استقلالا كما لم يذكر فيه النهي عن الوطئ استقلالا. ثم أقول: الظاهر أن مرادهم بالوطئ المطلق المذكور فيما تقدم في مسألة العزل المذكورة قبيل فصل الاستبراء فإن العزل أن يطأ الرجل فإذا قرب الانزال فينزل خارج الفرج وإن مرادهم بالوطئ المقيد ههنا ما قيد بزمان الوطئ فإن الاستبراء مقيد بالزمان كما ستعرفه، وفي العزل مطلق عنه فإن المراد بالوطئ المذكور في عنوان الفصل السابق أيضا ما في ضمن تلك المسألة كما نبهت عليه في صدر ذلك الفصل. فروع تتعلق بالنساء: رجل له امرأة لا تصلي يطلقها حتى لا يصحب امرأة لا تصلي، فإن لم يكن له ما يعطي مهرها فالاولى أن لا يطلقها. قال الامام أبو جعفر الكبير صاحب محمد بن الحسن: لان ألقى الله ومهرها في عنقي أحب إلي من أن أطأ امرأة لا تصلي. غمز الاعضاء في الحمام من غير ضرورة مكروه. وفي الذخيرة وفي مجموع النوازل أنه يباح ذلك فيما فوق السرة ودون الركبة ويباح فيما بينهما، وبعض مشايخنا قالوا: لا بأس بذلك بشرطين:

***

[٣٦٠]

أحدهما أن لا يغسل الخادم لحيته لان فيه إهانة صاحب اللحية، ولا يعمز رجله لان فيه إهانة بالخادم. قال الفقيه أبو جعفر: سمعت الشيخ الامام أبا بكر يقول: لا بأس بأن يغمز الرجل إلى الساق ويكره أن يغمز الفخذ ويمسه من وراء الثوب، وكان الامام أبو بكر يقول: لا بأس بأن يغمز الرجل رحل والديه ولا يغمز نخذ والديه. وفي السراجية: ولا بأس أن يغمز الاجنبية الرجل فوق الثياب إذا لم يكن فيه خوف الفتنة. وفي التتمة: وسئل الجندي عمن له أم هل يجوز له أن يغمز بطنها وظهرها من رواء الثياب؟ قال: إن أمسكه يعتقد حرمته كالخمر يمسكه المسلم للمسلم لا يكره، وإن أمسك يعتقد الاباحة كما لو أمسك للكافر يكره. سئل أنس بن أنس عن قوم أرادوا الخروج على سلطانهم لجوره هل يحل لهم ذلك؟ فأجاب وقال: إن كانوا اثني عشر ألفا وكلمتهم واحدة يسعهم ذلك، وإن كانوا أقل من ذلك لا يسعهم ذلك. وسئل الفقيه أبو بكر عن قراءة القرآن أهو أفضل للفقيه أم دراسة الفقه؟ قال: حكي عن الفقيه أبي مطيع أنه قال: النظر في كتب أصحابنا من غير سماع أفضل من قيام ليلة. وفي النوازل عن أبي عاصم أنه قال: طلب الاحاديث حرفة المفاليس يعني به إذا طلب الحديث ولم يطلب فقها. وفي النسفية: اجتمع قوم يوما من الاتراك والامراء وغيرهم في مواضع الفساد فنهاهم شيخ الاسلام عن المنكر فلم ينزجروا فاستدعى المحتسب وقوما من باب السيد الامام الاجل ليعرفوهم وليريقوا خمورهم فذهبوا مع جماعة من الفقهاء فظفروا ببعض الخمور فأراقوها وجعلوا الملح في بعض الدنان للتخلل فأخبر الشيخ بذلك فقال: لا تدعوا واكسروا الدنان كلها وأريقوا ما بقي. وإن جعلوا الملح فيها قال: وقد ذكر في عيون المسائل من أراق خمور المسلمين وكسر دنانهم وشق زقاقهم إذا ظهر فيما بين المسلمين بطريق الامر بالمعروف فلا ضمان عليه. وسئل عن قوم من اليهود اشتروا دارا وبستانا من دور المسلمين في مصر واتخذوها مقبرة هل يمنعون من ذلك؟ فقال: لا لانهم ملكوها فيفعلون ما شاؤوا كالمسلمين. وقد صحت الرواية في المبسوط أن صاحب الدار لو رفع بناء فمنع جاءه الشمس أو الريح أو نقب جداره أو فتح أبوابا لم يمنع من ذلك وإن لحق جاره نوع ضرر لانه لم يتصرف إلا في ملك نفسه. وسئل عن دارين لرجلين سطح أحدهما أعلى من الآخر ومسيل ماء العليا على الاخرى فأراد صاحب سطح السفلي أن يرفع سطحه ألا يبني على سطحه علوا هل يحل له ذلك قال نعم وفي التتمة سألت أبا حامد عن رجل له ضيعة أرضها مرتفعة هل يجوز له أن يسد النهر يوما أو بعض يوم بغير رضا الاسافل حتى يسقيها؟ قال: نعم. وسئل عن الرجل يبني على حائط نفسه

بناء أزيد مما كان هل لجاره أن يمنعه؟ قال: لا وإن بلغ عنان السماء. وسئل أبو الفضل عمن يأخذ خراج القرية عن حفر النهر العظيم فيحفرونه بأمسحتهم من غير أن يصرف شيئا من الخراج إلى الحفر وهناك من الاقوياء من لا يحفر ولا يبعث أحدا هل له أن يسقي منها أم لا؟ قال: يمنع من الماء. الاستبراء لغة طلب البراءة مطلقا، سواء كان في الفروج أو في غيرها. وفي الشرع: طلب براءة رحم
***
[٣٦١]
[من ملك أمة حرم عليه وطؤها. لمسها والنظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها. له أمتان] المرأة المملوكة. وصفته أنه واجب، وسبب وجوبه ملك الامة، ودليله قوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس إلا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن، ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة، وهو يفيد وجوب الاستبراء. وأما حكمه فهو التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة اه. قال رحمه الله: (من ملك أمة حرم عليه وطؤها ولمسها والنظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) لقوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة (١) وهذا يفيد وجوب الاستبراء بسبب إحداث الملك واليد لانه هو الموجود في هذه الصورة، وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن اختلاط الانساب والاشتباه والولد عن الهلاك لان من لا نسب له هالك لعدم من يربيه ومن ينفق عليه. قال صاحب الايضاح والاصلاح: يرد عليه أنهم ينكرون انعلاق الولد الواحد من ماءين لعدم إمكان الاختلاط بنهما فكيف يقول حكمه الاستبراء؟ وأجيب بأن المنفي الاختلاط حقيقة والذي بنوا عليه هنا الاختلاط حكما وهو أن يبين الولد من أي ماء هو. قال تاج الشريعة: وانما قيدنا بالماء المحترم وإن كان الحكم في غير الماء المحترم كذلك كالحامل من الزنا حملا لحال المسلم على الصلاح. وتعبير المؤلف بملك أولى من تعبير صاحب الهداية بالشراء لعموم الملك والشراء من أسباب الملك كما سيأتي. وأقول في إطلاق قوله ملك نظر لان من ملك جارية وهو زوجها لا يجب عليه الاستبراء أو كانت تحت غيره بنكاح ولكن طلقها زوجها بعد أن استبرأها وقبضها لم يلزمه الاستبراء في شئ من هذه الصور فكان المناسب أن يخرج هذه الصورة، ولما كان السبب إحداث ملك الرقبة المؤكد باليد نفذ الحكم إلى سائر أسباب الملك من الشراء والهبة والصدقة والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك حتى يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوكة ومن لا يحل له وطؤها، وكذا إن كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب المذكور وإدارة الحكم على الاسباب دون الحكم لعدم الاطلاع عليها لحقائقها. ولا يعتد بالحيضة التي اشتراها في أثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء قبل القبض ولا بالولادة التي ولدتها بعد الاسباب قبل القبض خلافا لابي يوسف، وكذا لا يعتد بالحيضة التي حاضتها قبل الاجازة في بيع الفضولي وإن كانت في يد المشتري، ولا يعتد بالحيضة التي بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها صحيحا، وتجب إذا اشترى نصيب شريكه من جارية مشتركة بينهما لان السبب قد تم في ذلك الوقت والحكم يضاف إلى تمام العلة. ويعتد بالحيضة التي حاضتها وهي مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها
***
[٣٦٢]
بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهذا استحداث الملك واليد، ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الآبقة أو ردت المغصوبة أو المستأجرة أو فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد. وفي الاكمل هنا: إذا أبقت في دار الاسلام ثم رجعت، فإن أبقت في دار الحرب ثم عادت إلى مولاها بوجه من الوجوه فكذا عند الامام، وعندهما يجب الاستبراء لانهم يملكونها. ولو أقال البائع المشتري قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء، وكان أبو حنيفة يقول أولا بالوجوب ثم رجع وقال لا يجب وهو قولهما لان الاقالة فسخ في الاصل فصار كأنه لم يكن. ولو اشترى من عبده المأذون له بعدما حاضت عند العبد، فإن لم يكن على العبد دين اعتد بتلك الحيضة لانها دخلت في ملك المولى من وقت الشراء، وإن كان عليه دين مستغرق فكذلك عندهما، وعند الامام لا يعتد بتلك الحيضة بناء على أن المولى لا يملكه وقد تقدم. ولو باع جارية على أنه بالخيار وقبضها ثم أبطل البيع في مدة الخيار لا يلزمه الاستبراء إن كان المشتري لم يطأ، وإن كان قد وطئ فعليه الاستبراء. ولو زوجها بعد الشراء فطلقها الزوج قبل الدخول لا يلزمه الاستبراء في ظاهر الرواية، ولو زوجها قبل الاستبراء بعد القبض فالمختار أنه يجب. وإذا حرم الوطئ قبل الاستبراء حرم الدواعي أيضا لانها تفضي إلى الوطئ أو يحتمل وقوعه في غير الملك. قال في العناية: واستشكل حيث تعدى الحكم من الاصل

وهي المسة إلى الفرع وهو غيرها حتى حرمت الدواعي في المسة دونها، وأجيب بأن ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المفيد لذلك وهو الرغبة في المشتراة دون غيرها والاستبراء في الحامل بوضع الحمل كما تقدم في الحديث، وفي الاستبراء في ذوات الاشهر بالشهر لانه قائم في حقهن مقام الحيض، فإن حاضت في أثناء الشهر بطل الاستبراء بالشهر وتستبرئ بالحيضة لانها صارت قادرة على الاصل، فإذا ارتفع حيضها يتركها حتى إذا تبين أنها ليست بحامل واقعها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية، وقيل يتبين بشهرين أو بثلاث، وعن محمد بأربعة أشهر وعشرة أيام. قال في الخلاصة: وعليه عمل الناس الآن. وفي الاكمل: والاصح أنه يتركها شهرين أو ثلاثة. وعن محمد يتركها شهرين وخمسة أيام، ولا بأس بالاحتيال في إسقاط الاستبراء عند أبي يوسف خلافا لمحمد وقد بينا ذلك في كتاب الشفعة. والمأخوذ به قول أبي يوسف فيما إذا علم أن البائع لم يقربها في طهرها ذلك، ويؤخذ بقول محمد فيما إذا قربها. والحيلة إذا لم تكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها، هكذا ذكره في الهداية. قال الشارح: وهذا لا يفيد إذا كان القبض بعد الشراء لانه بالشراء ينفسخ النكاح فيجب الاستبراء بالقبض بحكم الشراء، وإنما يفيد لو كان القبض قبل الشراء لكيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح. وقال ظهير الدين: وعندي يشترط أن يدخل بها قبل الشراء لان ملك النكاح يفسد عند الشراء سابقا على الشراء ضرورة أن ملك النكاح لا يجامع ملك اليمين

***

[٣٦٣]

[أختان قبلهما بشهوة حرم وطء واحدة منهما ودواعيه حتى يحرم فرج الاخرى بملك أو] فلم تكن عند الشراء منكوحة ولا معتدة بخلاف ما إذا دخل بها بعد الشراء لانها تبقى معتدة منه بعد فساد النكاح فلا يلزمه الاستبراء، ذكره قاضيخان في فتاواه. ولو كان تحته حرة فالحيلة أن يتزوجها البائع قبل الشراء أو المشتري قبل القبض ممن يثق به أو يزوجها بشرط أن يكون أمرها بيده ثم يشتريها ويقبضها ثم يطلقها الزوج لانه عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا له فلا يجب عليه الاستبراء وإن دخل بعد ذلك لان العبرة لاوان السبب. قال في الاكمل في هذه الصورة: هذا إذا طلقها الزوج بعد القبض لانه لو طلقها قبل القبض كان على المشتري الاستبراء إذا قبضها في أظهر الروايتين اه. قال رحمه الله: (له أمتان أختان قبلهما بشهوة حرم وطئ واحد منهما ودواعيه حتى يحرم فرج الاخرى بملك أو نكاح أو عتق) قال الشارح: ولو قال حرمتا حتى يحرم فرج إحداهما كان أحسن لانهما يحرمان عليه لا أحدهما فحسب اه. ولا يخفى أن أحد الدائر بين الشيئين أو أشياء يفيد حرمتهما لا حرمة أحدهما فحسب كما توهم الشارح. قال في العناية: وهذه على ثلاثة أوجه: إما أن يقبلهما أو لا يقبلهما أو يقبل أحدهما، فإن لم يقبلهما أصلا كان له أن يقبل أو يطأ أيهما شاء، سواء اشتراهما معا أو متعاقبا، وإن قبل أحدهما كان له أن يقبل المقبلة وأن يطأها دون الاخرى، وإن قبلهما بشهوة فهي مسألة المتن. قيد بقوله بشهوة لانها إذا لم تكن بشهوة لا تكون معتبرة أصلا وإنما حرمتا لان الجمع بينهما نكاحا وطئ لا يجوز لاطلاق قوله تعالى * (وأن تجمعوا بين الاختين) * (النساء: ٢٣) والمراد به الجمع بينهما على ما ذكرنا ولا يعارضه قوله تعالى * (أو ما ملكت إيمانكم) * (النساء: ٣) لان الترجيح للمحرم روي ذلك عن علي قال: احلتهما آية وحرمتهما آية والمحرم مقدم. وكذا يحرم الجمع بينهما في الدواعي لان الدواعي للوطئ بمنزلة الوطئ لان النص مطلق فيتناولهما. ومسهما بشهوة أو النظر إلى فرجها كتقبيلها حتى يحرما عليه إلا إذا حرم فرج أحدهما لما ذكرنا لزوال الجمع لتحريم فرج أحدهما عليه. وتمليك البعض كتمليك الكل، وإعتاق البعض كإعتاق الكل. أما عندهما فظاهر لانه لا يتجزئ، وكذا عند الامام وإن كان يتجزئ لكنه يحرم الوطئ، وكتابة أحدهما كإعتاقهما لان فرجها يحرم بالكتابة ورهن أحدهما وإجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لان فرجها لا تحرم بهذه الاشياء. قال تاج الشريعة فإن قلت: الاصل في الدلائل الجمع فأمكن هنا بأن يحمل قوله وإن تجمعوا على النكاح أو ما ملكت أيمانكم على ملك اليمين قلت: المعنى الذي يحرم الجميع بين الاختين نكاحا وجد ههنا وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم وقوله بملك أراد به التمليك بأن يملك رقبتها من إنسان بأي سبب من أسباب الملك كالبيع والهبة والصدقة والصلح والخلع والمهر. وأراد بقوله أو نكاح النكاح الصحيح فإذا زوج أحدهما نكاحا فاسدا لا

***

[٣٦٤]

[نكاح أو عتق وكره تقبيل الرجل ومعانقته في إزار واحد.] تحل له الاخرى لان فرجها لم يصر حراما عليه بهذا العقد إلا إذا دخل

بها الزوج فلم يصر جامعا بوطئ الاخرى ولا بوطئ الموطوءة، وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا بمنزلة الاجنبي. قال رحمه الله: (وكره تقبيل الرجل ومعانقته في إزار واحد) ولو كان على قميص جاز كالمصافحة. وفي الجامع الصغير: يكره تقبيل الرجل فم الرجل أو يده أو يعانقه. وذكر الطحاوي أن هذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قبل جعفر حين قدم من الحبشة، وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: أول من عانق إبراهيم خليل الرحمن كان بمكة فقدم ذو القرنين إليها فقيل له بهذه البلدة خليل الرحمن فنزل ذو القرنين ومشى إلى إبراهيم الخليل فسلم عليه إبراهيم واعتنقه فكان أول من عانق. ولهما ما روي عن أنس قال قلنا يا رسول الله: أينحني بعضنا لبعض؟ قال: لا. قلنا: أيعانق بعضنا بعضا؟ قال: لا. قلنا: أيصافح بعضنا بعضا؟ قال: نعم. وروي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المكامعة وهي التقبيل. وما روي بخلافه منسوخ به وقال: الخلاف فيما إذا لم يكن عليهما غير الازار، وإن كان عليهما قميص أوجبة فلا بأس به بالاجماع وهو الذي اختاره الشيخ في المختصر. والشيخ الامام أبو منصور الماتريدي وفق بين الاحاديث فقال: المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة، وما كان على وجه المبرة والكرامة فجائز. ورخص السرخسي وبعض المتأخرين في تقبيل يد العالم المتورع والزاهد على وجه التبرك وقد تقدم، وما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه إذا لقي غيره فمكروه، وما يفعله من السجود بين يدي السلطان فحرام والفاعل والراضي به آثمان لانه أشبه بعبدة الاوثان وذكر الصدر الشهيد أنه لا يكفر بهذا السجود لانه يريد به التحية. وقال شمس الائمة السرخسي: السجود لغير الله على وجه التعظيم كفر. وذكر الفقيه أبو الليث التقبيل على خمسة أوجه: قبلة الرحمة كقبلة الوالد لولده، وقبلة التحية كتقبيل المؤمنين بعضهم لبعض، وقبلة الشفقة كقبلة الولد لوالديه، وقبلة المودة كقبلة الرجل أخاه على الجبهة، وقبلة الشهوة كقبلة الرجل امرأته وأمته. وزاد بعضهم قبلة الديانة كقبلة الحجر الاسود. وأما القيام للغير فقد جاء في الحديث أنه عليه الصلاة والسلام خرج متكأ على عصا فقمنا له فقال عليه الصلاة والسلام: لا تقوموا كما تقوم الاعاجم يعظم بعضهم بعضا. وعن الشيخ أبي قاسم كان إذا دخل عليه أحد من الاغنياء يقوم له ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال: إن الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم يتضررون، والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني في ذلك وإنما يطمعون في رد السلام والكلام في العلم. ولا بأس بالمصافحة لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال من صافح أخاه المسلم وحرك يده في يده تناثرت ذنوبه وفي حديث آخر ما من مسلمين

***

[٣٦٥]

[فصل في البيع كره بيع العذرة لا السرقين وله شراء أمة زيد قال بكر وكلني زيد ببيعها وكره لرب] التقيا فتصافحا إلا غفر لهما قبل أن يتفرقا (١) ولا بأس بمصافحة العجوز التي لا تشتهى ولا يمس الرجل المرأة وهما شابان سواء كانت الصغيرة ماسة أو البالغ ماسا اه. والله تعالى أعلم. فصل في البيع قدم فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللمس والوطئ لان أثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم. قال رحمه الله: (كره بيع العذرة لا السرقين) لان المسلمين يتمولون السرقين وانتفعوا به في سائر البلاد والامصار من غير نكير فإنهم يلقونه في الاراضي لاستكثار الريع بخلاف العذرة لان العادة لم تجر بالانتفاع بها إلا مخلوطة برماد أو تراب غالب عليها فحينئذ يجوز بيعها. والصحيح عن الامام أن الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز بغلبة يجوز بيع الخالصة. وفي المحيط: رجل يبيع ويشتري على الطريق فأراد إنسان أن يشتري منه شيئا، فإن لم يكن في قعوده ضرر بالناس وسعه أن يقعد في الطريق ويشتري منه، وإن كان فيه ضرر يكره له أن يشتري منه وهو المختار لانه يكون معينا له على الاثم والعدوان. صبي جاء إلى سوق بخبز أو بلبس أو بعدس فلا بأس بأن يبيع منه البصل والثوم وغير ذلك لانه مأذون فيه عادة، ويكره أن يبيع منه الجوز والفستق حتى نسأله هل أذن له بذلك أبوه أم لا لانه غير مأذون في ذلك عادة. وفيه: وأما المغني والنائحة والقوال. إذا أخذ المال هل يباح له. إن كان من غير شرط يباح لانه أعطاه المال عن طوع من غير عقد. وإن كان من عقد لا يباح له لانه أجر على المعصية ا ه. وفي السراجية: يكره بيع الغلام الامرد ممن عرف باللواطة. رجل اشترى عبدا مجوسيا فأبى أن يسلم وقال إن بعتني من مسلم قتلت نفسي جاز له أن يبيعه من المجوسي، ولا بأس بأن يبيع الزنار من النصارى والقلنسوة من اليهود. وفي جامع الجوامع عن الثاني: باع ثورا من

المجوسي لينحره في عيدهم يقتلوه بالعصا لا بأس به. وفي التتمة سئل علي بن أحمد أهل بلده زادوا في موازينهم فيما يوزن بزيادة فوق الزيادة في سائر البلدان وبعضهم يوافق وبعضهم لا يوافق أتحل لهم تلك الزيادة؟ فقال: لا. قالوا: ولو أنفق الكل على ذلك؟ قال: لا. وفي السراجية: رجل اشترى لحما أو سمكا أو شيئا من الثمار فذهب المشتري ليأتي بالثمن وأبطأ فخشي البائع أن
***
[٣٦٦]
يفسد فإنه يبيعه من غيره ويحل شراء ذلك منه، وإذا مرض الرجل فاشترى له ابنه أو ولده جاز ا ه. قال رحمه الله: (وله شراء أمة زيد قال بكر وكلني زيد ببيعها) يعني أن جارية لانسان فرآها في يد آخر يبيعها فقال له وكلني مولاها بالبيع حل له أن يشتريها منه ويطأ لانه أخبره بخير صحيح لا منازع له فيه، وقول الواحد في المعاملات مقبول كما تقدم، وكذا إذا قال اشتريتها منه أو وهبني أو تصدق علي فله الشراء. ولا فرق بين أن يعلم أنها له أو لم يعلم لان خبره هو المعتمد عليه إذا كان ثقة، فإن كان المخبر غير ثقة فيما إذا ادعى الملك أو غيره، فإن كان أكبر رأيه أنه صادق وسعه الشراء على ما تقدم، وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لا يتعرض لشئ من ذلك لان أكبر رأيه يقوم مقام اليقين، وإن لم يخبره صاحب اليد من الوكالة وانتقال الملك إليه، فإن كان يعرف أنها لغيره لا يشتري حتى يعرف أن الملك انتقل إليه لان يد الاول دليل الملك، فإن كان لا يعرف أنها لغيره وسعه أن يشتريها. وإن كان ذو اليد فاسقا إلا أن مثله لا يملك مثلها كدرة في يد كناس فحينئذ يستحب له أن يتنزه عنها، لو اشتراها مع ذلك صح لاعتماده على الشرعي وهو اليد. وإن كان الذي أتاه بها عبدا فإنه لا يقبلها ولا يشتريها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم أن الملك فيها لغيرة، فلو قال له أذنني مولاي في بيعها وهو ثقة قبل قوله. قال صاحب العناية: فإن قبل: قوله وهو ثقة يناقض قوله يقبل على أي صفة. وأجيب بأن معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وإن كان فاسقا لجواز أن لا يكذب لمروءته ولوجاهته. بقي أن يقال مما ذكر هنا أن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة ولا بد في قبول قوله إذا كان غير عدل أن يكون أكبر رأي السامع أنه صادق، وقد مر في أول هذا الكتاب أن يقبل في المعاملات خبر الفاسق مطلقا ولا يقبل في الديانات قول الفاسق ولا المستور إلا إذا كان أكبر رأي السامع أنه صادق، فما ذكر هنا مخالف لما تقدم لان الذي اعتبر في الديانات دون المعاملات اعتبر هنا في المعاملات أيضا. والجواب أن خبر الفاسق إنما يقبل في الديانات إذا حصل بعد التحري، وفي المعاملات ذكر فخر الاسلام خبر العدل يقبل فيها من غير تحرر وهو المذكور في الجامع الصغير، وفي موضع آخر يشترط فيها التحري وهو المذكور في كتاب الاستحسان، فيشترط التحري في المعاملات استحسانا ولا يشترط التحري فيها رخصة، فما ذكر في أوله لبيان الرخصة وهو عدم التحري، وما ذكر هنا بيان الاستحسان كما في التلويح. قال في الخانية: فلو لم يقل صاحب اليد وكلني ولكن قال قد كان ظلمني وغصبني الجارية فأخذتها منه لا ينبغي له أن يشتريها منه وإن كان عدلا. وفي الخزانة: وإن قال كان غصبها مني فلان فارتجعتها منه بلا رضا ولا قضاء لا يصدق وكذا إذا قال قضى القاضي لي بالجارية فأخذها منه ودفعها لي فلا بأس أن يشتريها منه
***
[٣٦٧]
إن كان عدلا، وإن قال قضى بها القاضي فجحدني قضاءه فأخذتها فلا ينبغي له أن يشتريها منه ولو كان عدلا. وفي الخانية: قال اشتريت هذه الجارية من فلان ونقدته الثمن ثم جحد البائع البيع فأخذتها منه لا ينبغي له أن يقبل قوله. وفي فتاوي العتابية: ولو لم يذكر الجحود على الشراء منه ينبغي له أن يقبل قوله إذا كان عدلا، وإن كان المخبر على الجحود فاسقا يعتبر فيه أكبر رأيه كما تقدم. وفي الفتاوي الغياثية: ولو ورثه أو أبيح له فأخبره عدل بأنه غصبه وكذبه ذو اليد فهو متهم فيجوز له أن يشتريها. قال محمد: هذا إذا لم يجئ التشاجر والتجاحد من الذي كان يملك، فإن جاءت المشاجرة والانكار من المالك لا يقبل خبر المخبر، سواء كان فاسقا أو عدلا. ولو شهد شاهدان عدلان عند البيع أن مولاها قد أمر البائع ببيعها فاشتراها بقولهما ونقد الثمن وقبضها وحضر مولاها فأنكر الوكالة كان المشتري في سعة من إمساكها. وفي الخانية: وكان له أن يتصدق بها حتى يخاصمه المولى إلى القاضي بخلاف ما لو كان المخبر واحدا قال: إلا أن يكون خاصم عند القاضي وقضى القاضي بالملك فإن استحلف المالك على الوكالة فإنه لا يسعه إمساكها ما لم يجدد الشاهدان الشهادة على الوكالة بين يدي القاضي حتى يقضي القاضي بالوكالة. وفي الخزانة: خمسة أشياء لا يقبل قول الواحد فيها: إذا اشترى شيئا فأخبره

رجل أنه لغير البائع وباعه بغير أمره لا يصدقه وجاز تصرفه فيه، وإذا تزوج فأخبره رجل أنها أخته من الرضاع ويتنزه عنها، وإذا اشترى طعاما شراء فأخبره ثقة أنه حرام أو غصبه البائع لا يصدق في الغصب ويصدق في الحرام. رأى رجلا قتل ولدا له بالسيف وجحد قتله لا يصدق ووسع من عاين ذلك أن يعينه على قتله. قال محمد: ولو أن رجلا تزوج امرأة فلم يدخل بها حتى غاب عنها فأخبره مخبر أنها قد ارتدت عن الاسلام والعياذ بالله تعالى، فإن كان المخبر بذلك عدلا. وفي الفتاوي الغياثية وهو حر أو مملوك أو محدود في قذف. وسعه أن يصدقه وأن يتزوج بأختها أو أربع سواها، وإن كان فاسقا تحرى في ذلك. وفي الخانية: وإن لم يكن المخبر ثقة وفي البزازية: فإن كان أكبر رأيه أنه صادق فكذلك، وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يتزوج أكثر من ثلاث، هكذا ذكر المسألة في كتاب الاستحسان وتلك المسألة في السير الكبير أنه لا يسعه أن يتزوج بأختها وأربع سواها ما لم يشهد عنده رجلان أو رجل وامرأتان. وذكر شيخ الاسلام في شرح كتاب الاستحسان اختلاف الروايتين في رواية ولم يذكر ردة المرأة، وذكر شمس الائمة السرخسي اختلاف الروايتين، ردة الرجل لا يثبت عند المرأة إلا بشهادة رجلين أو شهادة رجل وامرأتين على رواية السير الكبير. ردة المرأة تثبت عند الزوج بخبر الواحد باتفاق الروايات. قال شمس الائمة الحلواني: والصحيح أن في المسألة روايتين على رواية السير لا يثبت ردة المرأة عند الزوج ولا ردة الزوج عند المرأة إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين. وفي الذخيرة: ثم فرق على رواية كتاب الاستحسان بينهما إذا أخبر عن ردتهما

***

[٣٦٨]

قبل النكاح فقال: إذا قال للزوج تزوجتها وهي مرتدة لا يسعه أن يأخذ بقوله وإن كان عدلا، وإذا أخبر عن ردتها بعد النكاح وسعه أن يصدقه فيما قال ويتزوج بأختها وأربع سواها، وكذلك لو أن رجلا تزوج جارية رضيعة ثم غاب عنها فأتاه رجل وأخبره أنها أمه أو بنته أو أخته أو رضيعة امرأته الصغيرة، فإن كان المخبر عدلا وسعه أن يصدقه ويتزوج بأختها وأربع سواها، وإن كان فاسقا يتحرى في ذلك. قال في الهداية: لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على إقدامه فلم يثبت المنازع. اعترض عليه بأنه إن قبل خبر الواحد في إفساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول. وأجيب بأن ذلك إذا كان ثابتا بدليل موجب ودليل ملك الزوج فيها في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال، وخبر الواحد أقوى من استصحاب الحال. وأجيب بأنه إذا تضمن إبطال الملك الثابت قال شيخ الاسلام: رواية السير تحتاج إلى الفرق بين الرضاع وبين الردة وإن لم يقل هكذا ولكنه قال كنت تزوجتها يوم تزوجتها وهي أختك من الرضاعة فإنه لا يسعه أن يتزوج أختها ولا أربعا سواها، إن كان المخبر عدلا، وإذا غاب الرجل عن امرأته فأتاها مسلم عدل وأخبرها أن زوجها طلقها ثلاثا أو مات عنها فلها أن تعتد وتتزوج بزوج آخر، وإن كان المخبر فاسقا يتحرى. وفي الفتاوي الغياثية: وكذلك إذا جاءها كتاب بطلاق أو موت وغلب في ظنها ذلك. وفي فتاوي أبي الليث: إذا شهد شاهدان عند المرأة بالطلاق فإن كان الزوج غائبا وسعها أتعتد وتتزوج بزوج آخر، وإن كان حاضرا ليس لها أن تمكن نفسها من زوجها، وكذلك إن سمعته طلقها وجحد الزوج ذلك وحلف فردها القاضي عليه لم يسعها المقام معه، وينبغي لها أن تفتدي بمالها وتهرب منه، وإن لم تقدر على ذلك قتلته، وإذا هربت منه لم يسعها أن تعتد وتتزوج بزوج آخر. قال شمس الائمة السرخسي: ليس لها أن تعتد وتتزوج بزوج آخر جواب القاضي أما فيما بينها وبين الله تعالى فلها أن تتزوج بعد ما اعتدت ا ه‍. ثم إذا أخبرها عدل مسلم أنه مات زوجها كذا إنما تعتمد خبره إذا قال عاينته ميتا وقال شهدت جنازته، أما إذا قال أخبرني مخبر لا يعتمد على خبره. وإن أخبر واحد بموته ورجلان آخران أخبر بحياته، فإن كان الذي أخبرها بموته قال عاينته ميتا وشاهدت جنازته يحل لها أن تتزوج، وإن كان اللذان أخبرا بحياته ذكرا أنهما رأياه حيا فقولهما أولى. وفي السراجية: إن كان عدلا. وفيه: لو شهد اثنان بموته وقتله وشهد آخران أنه حي فشهادة الموت أولى، ولو أن امرأة قالت لرجل إن زوجي طلقني ثلاثا وانقضت عدتي، فإن كانت عدلة وسعه أن يتزوجها، وإن كانت فاسقة تحرى وعمل بما وقعت تحريته عليه. ولو أخبرها أن أصل نكاحها فاسد وأن زوجها أخوها من الرضاعة أو كان مرتدا فإنه لا يسعها أن تقبل وتتزوج بزوج آخر، وإن كان المخبر عدلا قال محمد: إنما هو بمنزلة رجل في يده جارية يدعي أنها

***

[٣٦٩]

[الدين أخذ خمر باعها مسلم لا كافر واحتكار قوت الادميين والبهائم في بلد لم] رقيقته وهي تقر بالملك فوجدها في يد رجل وقد علم بحالها فأراد شراءها فسأله عنها فقال الجارية جاريتي وقد كان الذي يدعي الجارية كانت في يده كاذبا فيما ادعى من ملكها لا ينبغي لهذا الرجل أن يشتريها منه وإن كان عدلا. ولو قال كنت اشتريتها منه وسعه أن يشتريها منه، وكذلك جارية في يد رجل يدعي أنها جاريته وهي صغير لا تعبر عن نفسها بجحود ولا إقرار فكبرت فلقيها رجل وقد علم بذلك في بلد آخر فأراد أن يتزوجها فقالت له أنا حرة الاصل ولم أكن أمة للذي كنت في يده فلهذا لا يسعه أن يتزوجها، ولو قالت كنت أمة للذي كنت في يده فأعتقني وسعه أن يتزوجها إن كانت خالية. وفي الخانية: إن كانت ثقة أو وقع في قلبه أنها صادقة لا بأس أن يتزوجها، ولو أن حرة تزوجت رجلا ثم أتت غيره وقالت إن نكاحي الاول كان فاسدا أو الزوج على غير الاسلام لا ينبغي لهذا الرجل أن يصدقها ولا أن يتزوجها، ولو قالت إن زوجي طلقني بعد ذلك أو قالت ارتد عن الاسلام فبنت منه وسعه أن يصدقها وأن يتزوجها إذا كانت عدلة ا ه. قال رحمه الله: (وكره لرب الدين أخذ ثمن خمر باعها مسلم لا كافر) يعني إذا كان لشخص مسلم دين على مسلم فباع الذي عليه الدين خمرا وأخذ ثمنها وقضى الدين لا يحل للمدين أن يأخذ ذلك بدينه، وإن كان البائع كافرا جاز له أن يأخذ. والفرق أن البيع في الوجه الاول باطل فلم يملك البائع الثمن وهو باق على ملك المشتري فلا يحل له أن يأخذ مال الغير بغير رضاه، والبيع في الوجه الثاني صحيح فملك البائع الثمن لان الخمر مال متقوم في حق الكافر فجاز له الاخذ بخلاف المسلم. وفي النهاية عن محمد: هذا إذا كان القضاء والاقتضاء بالرضا، فإن كان بقضاء القاضي فقضى عليه بهذا الثمن ولم يعلم القاضي بكونه ثمن خمر يطيب له ذلك بقضائه. واستشكل بالامام الزيلعي حيث قال: إنه مال الغير فكيف يطيب له بقضاء القاضي ومحمد لا يرى نفوذ قضاء القاضي باطنا وإنما ينفذ عنده ظاهرا. ولو مات مسلم وترك ثمن خمر باعها لا يحل لورثته أن يأخذوا ذلك لانه كالمغصوب. قال في النهاية قال بعض مشايخنا: كسب المغنية كالمغصوب لم يحل لاحد أخذه. قالوا: وعلى هذا لو مات رجل وكسبه من ثمن الباذق والظلم أو أخذ الرشوة تعود الورثة ولا يأخذون منه شيئا وهو الاولى لهم ويردونه على أربابه إن عرفوهم وإلا يتصدقوا به لان سبيل الكسب الخبيث التصدق إذا تعذر الرد. وظاهر هذا أن المعتبر اعتقاد البائع سواء باعه من مسلم أو كافر، فإن كان البائع مسلما لا يملك ذلك الثمن. اشتراه منه مسلم أو كافر. وإن كان كافرا ملك الثمن سواء اشتراه منه مسلم أو كافر ا ه. فإن قيل: هذا ظاهر إذا باع الخمر المسلم للمسلم أو الكافر للكافر، وأما إذا باع المسلم للكافر أو الكافر للمسلم فلم لم يقبل اعتقاد الكافر فنقول بالجواز أو باعتقاد المسلم فنقول بعدم الجواز؟ قلنا: الاصح ترجيح المحرم.

***

[٣٧٠]

[يضر بأهلها لا غلة ضيعته وما جلبه من بلد آخر ولا يسعر السلطان إلا أن يتعدى أرباب الطعام عن القيمة تعديا فاحشا وجاز بيع العصير من خمار وإجارة بيت ليتخذ] قال رحمه الله: (واحتكار قوت الآدميين والبهائم في بلد لم يضر بأهلها) يعني يكره الاحتكار في بلد يضر بأهلها لقوله عليه الصلاة والسلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون (١) ولانه تعلق به حق العامة، وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره. هذا إذا كانت البلدة صغيرة يضر ذلك بأهلها، أما إذا كانت كبيرة فلا يكره لانه حابس ملكه. وتخصيص الاحتكار بالاقوات قول الامام والثالث. وقال أبو يوسف: كل ما يضر العامة فهو احتكار بالاقوات كان أو ثيابا أو دراهم أو دنانير اعتبارا لحقيقة الضرر لانه هو المؤثر في الكراهة، وهما اعتبر الحبس المتعارف وهو الحاصل في الاقوات في المدة فإذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر إذا طالت يكون مكروها. ثم قيل: هو مقدر بأربعين ليلة لقوله عليه الصلاة والسلام من احتكر طعاما أربعين ليلة فهو برئ من الله والله برئ منه (٢) وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل وهو ما فوقه كثير آجل، ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتربص العسرة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله. وقيل المدة المذكورة للمراقبة في الدنيا وأما الاثم فيحصل وإن قلت المدة. فحاصله أن التجارة في الطعام غير محمودة. وفي المحيط: الاحتكار على وجوه: أحدها حرام وهو أن يشتري في المصر طعاما ويمتنع عن بيعه عند الحاجة إليه، ولو اشترى طعاما في غير المصر ونقله إلى المصر وحبسه قال الامام: لا بأس به لان حق العامة إنما يتعلق بما جمع من المصر أو جلب من فنائه. وقال الثاني: بكره وقال محمد: كل بقعة يمتد منها إلى المصر في العادة فهي بمنزلة فناء المصر يحرم

الاحتكار منه وهذا في غاية الاحتياط ا هـ. قال رحمه الله: (لا غلة ضيعته وما جلبه من بلد آخر) يعني لا يكره احتكار غلة أرضه وما جلبه من بلد آخر لانه خالص حقه فلم يتعلق به حق العامة فلا يكون احتكارا ألا ترى أن له أن لا يزرع ولا يجلب فكذا له أن لا يبيع. وهذا في المجلوب قول الامام خاصة فإن حق العامة لا يتعلق بما جلب فصار كغلة ضيعته والجامع تعلق حق العامة به، وقدمنا قول محمد وقول أبي يوسف عن المحيط ا هـ. قال رحمه الله: (ولا يسعر السلطان إلا أن يتعدى أرباب الطعام عن القيمة تعديا فاحشا) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق (٣) ولان الثمن حق البائع وكان إليه تقديره فلا ينبغي للامام أن يتعرض لحقه إلا إذا كان أرباب الطعام يحتكرون على المسلمين ويتعدون
***
[٣٧١]
[بيت نار أو بيعة أو كنيسة أو يباع فيه خمرا بالسواد وحمل خمر الذمي يأجر وبيع بناء] في القيمة تعديا فاحشا وعجز السلطان عن منعه إلا بالتعسير بمشاورة أهل الرأي والنظر، فإذا فعل ذلك على رجل فتعدى وباع بثمن فوقه أجازه القاضي، وهذا لا يشكل على قول الامام لانه لا يرى الحجر على الحر، وكذا عندهما إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم. وينبغي للقاضي وللسلطان أن لا يعجل بعقوبة من باع فوق ما سعر بل يعظه ويزجره وإن رفع إليه ثانيا فعل به كذلك وهدده، وإن رفع إليه ثالثا حبسه وعزره حتى يمتنع عنه ويمتنع الضرر عن الناس. وفي العتابي: ولو باع شيئا بثمن زائد على ما قدره الامام فليس على الامام أن ينقضه. والغبن الفاحش هو أن يبيعه بضعف قيمته، وإذا امتنع أرباب الطعام عن بيعه لا يبيعه القاضي أو السلطان عند الامام، وعندهما يبيع بناء على أنه لا يرى الحجر على الحر البالغ العاقل وهما يريانه. امتنع المحتكر من بيع الطعام للامام أن يبيعه عليه عندهم جميعا على مسألة الحجر، وقيل يبيع بالاجماع لانه اجتمع ضرر عام وضرر خاص فيقدم دفع الضرر العام كما بينا في كتاب الحجر، قال في المحيط قال بعض مشايخنا: إذا امتنع المحتكر عن بيع الطعام يبيعه الامام عليه عندهم جميعا ا هـ. ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع، كذا في الهداية وفي المحيط: إن كان البائع يخاف إذا زاد في الثمن على ما قدره أو نقص في البيع يضربه الامام أو من يقوم مقامه لا يحل للمشتري ذلك لانه في معنى المكره، والحيلة في ذلك أن يقول تبيعني بما تحب. ولو اصطلح أهل بلدة على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك عندهم فاشترى منهم رجل خبزا بدرهم أو لحما بدرهم وأعطاه البائع ناقصا والمشتري لا يعرف ذلك كان له أن يرجع بالنقصان إذا عرفه لان المعروف كالمشروط، وإن كان من غير أهل تلك البلد كان له أن يرجع بالنقصان في الخبز دون اللحم لان سعر الخبز يظهر عادة في البلدان وسعر اللحم لا يظهر إلا نادرا فيكون شارطا في الخبز مقدارا معينا دون اللحم. ولو خاف الامام على أهل مصر الهلاك أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه، فإذا وجدوه ردوا مثله وليس هذا من باب الحجر وإنما ومن باب دفع الضرر عنهم كما في حال المخمصة، ذكره في شرح المختار. قال رحمه الله: (وجاز بيع العصير من خمار) لان المعصية لا تقوم بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة لان المعصية تقوم بعينه فيكون إعانة لهم وتسببا وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية، ولان العصير يصلح للاشياء كلها جائزة شرعا فيكون الفساد إلى اختياره. وبيع المكعب المفضض للرجال إذا علم أنه يشتريه ليلبسه يكره لانه إعانة له على لبس الحرام، ولو أن اسكافيا أمره إنسان أن يتخذ له خفا على زي المجوس أو الفسقة أو خياطا أمره إنسان أن يخيط له قميصا على زي الفساق يكره له أن يفعل ذلك، كذا في المحيط. قال رحمه الله: (وإجارة بيت ليتخذ بيت نار أو بيعة أو كنيسة أو يباع فيه خمر بالسواد)
***
[٣٧٢]
[بيوت مكة أو أراضيها وتعشير المصحف ونقطة وتحليه ودخول ذمي مسجدا وعيادته] يعني جاز إجارة البيت لكافر ليتخذ معبدا أو بيت نار للمجوس أو يباع فيه خمر في السواد وهذا قول الامام. وقالا: يكره كل ذلك لقوله تعالى * (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان) * (المائدة: ٢) وله أن الاجارة على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه، وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك إلى المؤجر وصار كبيع الجارية لمن لا يستبرئها أو يأتيها في دبرها أو بيع الغلام ممن يلوط به، والدليل عليه أنه لو أجره للسكنى جاز ولا بد فيه من عبادته. وإنما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من ذلك في الامصار ولا يمكنون من إظهار بيع الخمر والخنزير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فلا يعارض بظهور شعائر الكفر، قالوا في هذا سواد الكوفة

لان غالب أهلها أهل ذمة، وأما في غيرها فيها شعائر الاسلام ظاهرة فلا يمكنون فيها في الاصح. وفي التتارخانية: مسلم له امرأة من أهل الذمة ليس له أن يمنعها من شرب الخمر وله أن يمنعها من إدخال الخمر بيته ولا يجبرها على الغسل من الجنابة. وفي كتاب الخراج لابي يوسف: المسلم يأمر جاريته الكتابية بالغسل من الجنابة ويجبرها على ذلك قالوا: يجب أن تكون المرأة الكتابية على هذا القياس أيضا. قال القدوري في النصرانية تحت المسلم: لا تنصب في بيته صليبا وتصلي في بيته حيث شاءت، ومن سأل من أهل الذمة المسلم طريق البيعة لا ينبغي له أن يدله عليها ا ه. قال رحمه الله تعالى: (وحمل خمر الذمي بأجر) يعني جاز ذلك وهذا عند الامام. وقالا: يكره لانه عليه الصلاة والسلام لعن في الخمر عشرة وعد منها حاملها. وله أن الاجارة على الحمل وهو ليس بمعصية وإنما المعصية بفعل فاعل مختار فصار كمن استأجره لعصره خمر العنب وقطفه. والحديث يحمل على الحمل المقرون بقصد المعصية وعلى هذا الخلاف إذا أجر دابة ليحمل عليها الخمر أو نفسه ليرعى له الخنازير فإنه يطيب له الاجرة عنده، وعندهما يكره. وفي التتارخانية: ولو أجر المسلم نفسه لذمي ليعمل في الكنيسة فلا بأس به. وفي الذخيرة: إذا دخل يهودي الحمام هل يباح للخادم المسلم أن يخدمه قال: إن خدمه طمعا في فلوسه فلا بأس به، وإن خدمه تعظيما له ينظر، إن فعل ذلك ليميل قلبه إلى الاسلام فلا بأس به، وإن فعله تعظيما له كره ذلك، وعلى هذا إذا دخل ذمي على مسلم فقام له طمعا في إسلامه فلا بأس به، وإن قام له تعظيما له كره له ذلك. قال رحمه الله: (وبيع بناء بيوت مكة أو أراضيها) يعني يجوز ذلك، أما البناء فظاهر لانه ملك لبنائه ألا ترى أنه لو بنى في المستأجر أو الوقف جاز البناء وكان له ملكا له، وأما بيع أراضيها فالمذكور هنا قول أبي يوسف ومحمد وهو إحدى الروايتين عن الامام لان أراضيها مملوكة لاهلها لظهور التصرف والاختصاص ولقوله عليه الصلاة والسلام هل ترك لنا عقيل من رباع الحديث. فيه دليل على أن أراضيها تملك وتقبل الانتقال من ملك إلى ملك وقد تعارف الناس ذلك من أول

***

[٣٧٣]

الاسلام إلى الآن من غير نكير وهو من أقوى الحجج. وقال الامام: لا يجوز بيع أراضيها لقوله عليه الصلاة والسلام إن الله حرم مكة وحرم بيع أراضيها وإجارتها ولانه وقف الخليل عليه الصلاة والسلام ولان الاراضي بمكة كانت تدعى في زمن النبي صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده بالسوائب من احتاج إليها سكنها ومن استغنى عنها تركها. قال الشارح: ومن وضع عند بقال درهما يأخذ منه ما شاء كره له ذلك لانه إذا ملكه الدرهم فقد أقرضه إياه وقد شرط أن يأخذ منه من القبول وغيرها ما شاء وله في ذلك بقاء الدرهم وكفايته للحاجات، ولو كان في يده لخرج من ساعته ولم يبق فصار في معنى قرض جر نفعا وهو منهي عنه، وينبغي أن يودعه عنده ثم يأخذ منه شيئا فشيئا، وإن ضاع فلا شئ عليه لان الوديعة أمانة ا ه. قال رحمه الله: (وتعشير المصحف ونقطه) يعني يجوز لان القراءة والآية توقيفية ليس للرأي فيها مدخل، فالتعشير حفظ الآيات، والنقط الاعراب فكانا حسنين، ولان العجمي الذي لا يحفظ القرآن لا يقدر على القراءة إلا بالنقط فكان حسنا، وما روي عن ابن مسعود من قوله جرد والقرآن فذلك في زمانهم لانهم كانوا ينقلونه عن النبي صلى الله عليه وسلم كما أنزل. وعلى هذا لا بأس بكتابة أسامي السور وعد الآي وإن كان محزبا فهو حسن، وكم من شئ يختلف باختلاف الزمان والمكان. وفي العتابية: ويكره التعاشير وهو كتابة لعلامة عشر منتهى عشر آيات ا ه. قال رحمه الله: (وتحليته) يعني ويجوز تحلية المصحف لما فيه من تعظيمه كما في نقش المسجد وزينته وقد تقدم في بابه. قال رحمه الله: (ودخول ذمي مسجدا) يعني جاز إدخال الذمي جميع المساجد عندنا. وقال مالك: يكره في كل المساجد. وقال الشافعي: يكره في المسجد الحرام لقوله تعالى * (إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام) * (التوبة: ٢٨) ولان الكافر لا يخلو عن النجاسة والجنابة فوجب تنزيه المسجد عنه. ولنا أنه عليه الصلاة والسلام أنزل وفد ثقيف في المسجد وضرب لهم خيمة في المسجد فقال الصحابة: المشركون نجس. فقال عليه الصلاة والسلام: ليس على الارض من نجاستهم شئ وإنما نجاستهم على أنفسهم. والنجاسة المذكورة في الآية الخبث فاعتقادهم لان كل خبيث رجس وهو النجس والمراد بالمنع في الآية منعهم عن الطواف، ولما أعلا الله كلمة الاسلام منعهم صلى الله عليه وسلم من الدخول للطواف. والتعميم المذكور ههنا هو المذكور في الجامع الصغير وذكره الكرخي في مختصره وذكر محمد في السير الكبير أنهم

يمنعون من دخول المسجد الحرام. فإن قلت: الدليل ليس بنص في المسألة لان المذكور دخول الذمي والدليل يفيد جواز دخول الذمي بالاولى فأفاد المطلوب وزيادة بالنص، وظهر أن يقول المؤلف ذمي مثال وليس بقيد ولهذا عبر محمد في كتبه بلفظ الكافر ليفيد العموم. وفي الذخيرة: إذا قال الكافر من أهل الحرب أو من أهل الذمة علمني القرآن فلا بأس بأن يعلمه ويفقهه في الدين. قال القاضي علي السغدي: إلا أنه لا يمس
***
[٣٧٤]
المصحف فإن اغتسل ثم مسه فلا بأس به. وعلم من هذه المسألة أن المسلم الطاهر من الجنابة إذا اعتاد المرور في المسجد لينظر ما فيه من العبادة أو قرآن أو ذكر أو ليذكره بالصلاة لا يأثم ولا يفسق. وقولهم معتاد المرور يأثم ويفسق محمول على ما إذا اعتاد ذلك من غير استحلال الدخول أو جعله طريقا من غير ضرورة والدليل على هذا التفصيل وصفه بالاثم والفسق اه. قال محمد رحمه الله تعالى: يكره الاكل والشرب في أواني المشركين قبل الغسل ومع هذا لو أكل أو شرب فيها جاز إذا لم يعلم بنجاسة الاواني، وإذا علم حرم ذلك عليه قبل الغسل، والصلاة في ثيابهم على هذا التفصيل. ولا بأس بطعام اليهود والنصارى من أهل الحرب، ولا فرق بين أن يكونوا بني إسرائيل أو من نصارى العرب، ولا بأس بطعام المجوس كلها إلا الذبيحة. وفي التتمة: يكره للمسلم دخول البيعة والكنيسة لانها مجمع الشياطين اه. قال رحمه الله: (وعيادته) يعني تجوز عيادة الذمي المريض لما روي أن يهوديا مرض بجوار النبي صلى الله عليه وسلم فقال: قوموا بنا نعود جارنا اليودي فقاموا ودخل النبي صلى الله عليه وسلم وقعد عند رأسه وقال له: قل أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله فنظر المريض إلى أبيه فقال: أجبه. فنطق بالشهادة فقال صلى الله عليه وسلم: الحمد لله الذي أنقذ بي نسمة من النار الحديث. ولان العيادة نوع من البر وهي من محاسن الاسلام فلا بأس بها. ويرد السلام على الذمي ولا يزده على قوله وعليك لانه عليه الصلاة والسلام لم يزده على ذلك. ولا يبدؤه بالسلام لان فيه تعظيما له فإن كان له إليه حاجة فلا بأس ببداءته. ولا يدعو له بالمغفرة ويدعو له بالهدى، ولو دعاله بطول العمر قيل يجوز لان فيه نفعا للمسلمين بالجزية، وقيل لا يجوز، وعلى هذا الدعاء بالعافية. وهذا إذا كان من أهل الكتاب، ولو كان مجوسيا لا يعوده لانه أبعد عن الاسلام، وقيل يعوده لان فيه إظهار محاسن الاسلام وترغيبه فيه. واختلفوا في عيادة الفاسق والاصح أنه لا بأس به لانه مسلم والعيادة في حق المسلمين. وإذا مات الكافر قيل لوالده أو لقريبه في تعزيته أخلف الله عليك خيرا منه وأصلحك ورزقك ولدا مسلما لان الجزية تطهر. ويقول في تعزية المسلم أعظم الله أجرك وأحسن عزاءك ورحم ميتك وأكثر عددك. وفي النوازل: ولا بأس بأن يصل الرجل المسلم المشرك قريبا كان أو بعيدا، محاربا كان أو ذميا. وأراد بالمحارب المستأمن فأما إذا كان غير مستأمن فلا ينبغي له أن يصله بشئ. وفي الذخيرة: إذا كان حربيا في دار الحرب وكان الحال حال صلح فلا بأس بأن يصله. واختلفوا هل يكره لنا أن نقبل هدية المشرك أو لا نقبل؟ ذكر فيه قولان. وفي فتاوي أهل سمرقند: مسلم دعاه نصراني إلى داره ضيفا حل له أن يذهب معه. وفي النوازل: المجوسي أو النصراني إذا دعا رجلا إلى طعام تكره الاجابة وإن قال اشتريت اللحم من السوق فإن كان الداعي يهوديا فلا بأس. قال رحمه الله: (وخصى البهائم) يعني يجوز لانه عليه الصلاة والسلام ضحي بكبشين
***
[٣٧٥]
أملحين موجو أين والموجوء هو الخصي ولان لحمه يطيب به ويترك النكاح فكان حسنا. ولك أن تقول الدليل لا يفيد جواز الفعل وإنما يفيد جواز التضحية به ولا يلزم من جواز التضحية جواز الفعل، والجواب أن البهائم كانت تكثر في زمنه صلى الله عليه وسلم فتكوى بالنار لاجل المنفعة للمالك فكذا يجوز هذا الفعل لتعود المنفعة للمالك. وفي الصحاح: جمع خصي هو خصا بكسر الخاء والرجل خصي وخصية اه. قال العيني: والخصيان بضم الخاء جمع خصي. وفي المحيط: أن الاصل إيصال الالم إلى الحيوان لمصلحة تعود إلى الحيوان يجوز، ولا بأس بكي البهائم للعلامة، ويكره كسب الخصي من بني آدم. وقتل النملة قيل لا بأس به مطلقا. وقيل إن بدأت بالاذى فلا بأس به، وإن لم تبتدئ يكره وهو المختار، ويكره إلقاؤها في الماء. وقتل القملة يجوز بكل حال. قرية فيها كلاب كثيرة ولاهل

القرية منها ضرر يؤمر أرباب الكلاب بأن يقتلوا كلابهم لان دفع الضرر واجب وإن أبوا ألزمهم القاضي. ولا ينبغي أن يتخذ في بيته كلبا إلا كلب الحراسة. الهرة إذا كانت مؤذية يذبحها بالسكين ويكره ضربها وفرك أذنها اه‍. وأطلق المؤلف في البهائم فشمل الخيل. وفي الخانية: ويكره خصي الفرس. وذكر شمس الائمة في شرحه أن خصي الفرس حرام اه‍. وفي الخانية: لا بأس بثقب أذن الطفل اه‍. وفي النوازل: يقلم الظفر يوم الجمعة لقوله عليه الصلاة والسلام من قلم أظافيره يوم الجمعة أعاذه الله من البلاء إلى الجمعة الاخرى وزيادة ثلاثة أيام ولو قلم أظافيره أو جز شعره يجب أن يدفن وإن رماه فلا بأس به، وإن رماه في الكنيف أو المغتسل فهو مكروه، وفي الفتاوي لعتابية: يدفن أربعة: الظفر والشعر وخرقة الحيض والدم. وينبغي للرجل أن يأخذ من شاربه حتى يوازي الطرف العليا من الشفة ويصير مثل الحاجب. وهذا كله إذا لم يكن في دار الحرب، فإن كان في دار الحرب يندب تطويل الاظفار ويندب تطويل الشعر ليكون أهيب في عين العدو. وفي التتمة: حلق شعر صدره وظهره فيه ترك الادب. وفي الملتقط: يقبض على لحيته فإن زاد على قبضه جزه، ولا بأس إذا طالت لحيته أن يأخذ من أطرافها. وفي المضمرات: ولا بأس بأن يأخذ الحاجبين وشعر وجهه ما لم يشبه المخنث. وفي الذخيرة: ولا بأس للرجل أن يحلق وسط رأسه ويرسل شعره من غير أن يفتله، فإن فتله فهو مكروه لانه يشبه بعض الكفرة. وإذا حلقت المرأة شعر رأسها فإن كان لوجع أصابها فلا بأس به، وإن حلقت تشبها الرجال فهو مكروه. وإذا وصلت شعرها بشعر غيرها فهو مكروه، واختلفوا في جواز الصلاة منها في هذه والمختار أنه يجوز. وإن لم يكن للعبد شعر في لحيته فلا بأس للتجار أن يشعروا على جبهته لانه يوجب زيادة في القيمة. وفي جامع الجوامع: حلق العانة بيده وإن حلق الحجام جاز إذا غض بصره، ويجوز للمرأة أن تلقي الاذى عن وجهها اه‍. وفي النوادر: امرأة حامل اعترض الولد في بطنها ولا يمكن إلا بقطعه أرباعا ولو لم يفعل ذلك يخاف على أمه من الموت، فإن كان الولد ميتا في البطن فلا بأس به، وإن

***

[٣٧٦]

كان حيا لا يجوز لان إحياء نفس بقتل نفس أخرى لم يرد في الشرع. امرأة حامل ماتت فاضطرب الولد في بطنها، فإن كان أكبر رأيه أنه حي يشق بطنها لان ذلك تسبب في إحياء نفس محترمة بترك تعظيم الميت فالاحياء أولى ويشق بطنها من الجانب الايسر، ولو لم يشق بطنها حتى دفنت ورؤيت في المنام أنها قالت ولدت لا ينبش القبر لان الظاهر أنها ولدت ولدا ميتا. امرأة عالجت في إسقاط ولدها لا تأثم ما لم يستبن شئ من خلقه. وعن محمد: رجل ابتلع درة أو دنانير لآخر فمات المبتلع ولم يترك مالا فعليه القيمة ولا يشق بطنه لانه لا يجوز إبطال حرمة الميت لاجل الاموال، ولا كذلك المسألة المتقدمة. ونقل الجرجاني شق بطنه للحال لان حق الآدمي مقدم على حق الله تعالى إن كان حرمة الميت حقا لله تعالى، وإن كان حق الميت فحق الآدمي الحي مقدم على حق الميت لاحتياج الحي إلى حقه. نعامة ابتلعت لؤلؤة للغير أو دخل قرن شاة في قدر الباقلاني وتعذر إخراجه ينظر إلى أيهما أكثر قيمة فيقدم على غيره، ولذا لو دخلت دابة في دار ولا يمكن إخراجها إلا بهدم الدار ينظر إلى أيهما أكثر قيمة فيقدم على غيره فيهدم الآخر أو تذبح. ولا بأس بإلقاء النيلق في الشمس لتموت الديدان التي فيه لان فيه منفعة الناس. قال محمد في السير الكبير: لا بأس بالتداوي بالعظم إذا كان عظم شاة أو بقر أو بعير أو فرس أو غيره من الدواب إلا عظم الخنزير والآدمي فإنه لا يمكن التداوي بهما. ولا فرق فيما يجوز بين أن تكون ذكيا أو ميتا رطبا أو يابسا. وفي الذخيرة: رجل سقط سنة فأخذ سن الكلب فوضعه في موضع سنة فثبتت لا يجوز ولا يقطع، ولو أعاد سنه ثانيا وثبت قال ينظر، إن كان يمكن قلع سن الكب بغير ضرر يقلع، وإن كان لا يمكن إلا بضرر لا يقلع. في التتمة: يتخذ الدواء من الضفدع، ولو أكلت المرأة شيئا لسمن نفسها لزوجها لا بأس به. وفي النوازل: مرض الرجل فقال له الطبيب أخرج الدم فلم يخرجه حتى مات لا يكون مأجورا، ولو ترك الدواء حتى مات لا يأثم. وفي الخلاصة: صام وهو غير قادر على الصيام حتى مات أثم. وفي الخانية: جامع ولم يأكل وهو قادر على الاكل كان آثما. فرض عليه أن يأكل مقدار قوته. التداوي بالخمر إذا أخبره طبيب حاذق أن الشفاء فيه جاز فصار حلالا وخرج عن قوله صلى الله عليه وسلم لم يجعل الله شفاء أمتي فيما حرم عليهم لانه صار كالمضطر. وفي النوازل: رجل أدخل المرارة في أصابعه للتداوي قال أبو حنيفة: يكره. وقال أبو يوسف: يجوز. والفقيه أبو الليث اختار قول أبي يوسف. وفي الخانية: وعلى هذا الخلاف شرب بول ما يؤكل لحمه للتداوي. وفي النوازل: العجين إذا وضع على الجرح

للتداوي وعرف أن التداوي به لا بأس به. وفي السراجية: وتعليق الحجاب لا بأس به وينزعه عند الخلاء والقربان، وأفتى بعضهم بأن هذا فعل العوام والجهال. الاكتحال في يوم عاشوراء لا بأس به. ضرب الدفاف على الابواب أيام النيروز لا يحل بل هو مكروه. وفي الغياثية: الحجامة بعد نصف الشهر حسن نافع جدا ويكره قبل

***

[٣٧٧]

[وخصي البهائم وانزاء الحمير على الخيل وقبول هدية العبد التاجر وأجابة دعوته واستعارة دابته وكره كسوته الثوب وهديته النقدين واستخدام الخصي والدعاء بمعقد] نصف الشهر. وفي فتاوي أهل سمرقند: إذا عزل الرجل عن امرأته بغير رضاها في هذا الزمن لخوف سوء الولد لا بأس به. قال رحمه الله: (وانزاء الحمير على الخيل) لانه عليه الصلاة والسلام ركب البغل واقتناه ولو حرم لما فعل، ولان فيه فتح بابه وما ورد فيه من النهي كان لاجل تكثير الخيل، ولا يخفى أن الدليل لا يفيد المدعي لان غايته أن يفيد جواز الركوب ولا يلزم منه جواز الانزاء، والجواب لما كان هذا الفعل في زمنه ظاهرا والظاهر أنه بلغه ولم ينه عنه دل على الجواز. قال رحمه الله: (وقبول هدية العبد التاجر وأجابة دعوته واستعارة دابته وكره كسوته الثوب وهديته النقدين) يعني يجوز قبول هديته إلى آخر ما ذكر، ويكره كسوته الثوب وهديته النقدين وهذا هو الاستحسان. والقياس أن لا يجوز الكل لانه تبرع والعبد ليس من أهله لكن جوز ما ذكر لتعامل الناس به وقبوله صلى الله عليه وسلم هدية سلمان الفارسي قبل عتقه وقبل هدية بربرة وقال: هو لها صدقة ولنا هدية. لا يقال هذا الحكم قد علم مما ذكر في كتاب المأذون لانا نقول هو كذلك لكن ذكر هنا بطريق الاستطراد لان هذا محل بيان ما يجوز وما يكره. ويكره للمقرض أن يقبل هدية من أقرضه إذا كانت مشروطة في القرض أو يعلم أنما أهداها لاجل القرض، ولو لم يكن مشروطا ولم يعلم أنه لاجل الدين لم يكره. وأما هدايا الامراء في زماننا. قال الشيخ محمد بن الفضل: ترد على أربابها. وقال الامام أبو بكر محمد بن حامد: توضع في بيت المال. وذكر محمد بن الفضل أن المذهب وضعها في بيت المال لكن تركت ذلك خوفا أن يصرفها الامراء إلى شهوات ولهوات، وكان الشيخ أبو القاسم الحكيم يقبل هدية السلطان ويأخذها فقيل له: أيحل أن نقبل هديته؟ قال: إن خلطتها بدراهم أخر فلا بأس به، وإن كان غير المغصوب من غير خلط لم يجز. وفي النوازل: إذا ناول لقمة من الطعام لغيره يعتبر في ذلك تعامل الناس، فإن علم أن رب الطعام يرضى بذلك حل، وإن علم أنه لا يرضى بذلك حرم. وفي الخلاصة: لو ناول الخادم الذي على رأس المائدة جاز، وأما رفع الطعام من بيته لمكان آخر فلا يحل إلا أن يأذن له صاحب الطعام في ذلك. ويستحب للضيف أن يجلس حيث يجلس ويرضى بما قدم له وأن لا يقوم إلا بإذن صاحب البيت، وأن يدعو له إذا خرج من بيته ولا يكثر صاحب المنزل السكوت عن الاضياف، ويستحب أن يخدم الضيف بنفسه لما روي عن قصة إبراهيم عليه السلام. وفي الخانية: لاب الصغير أن يهدي لمعلمه شيئا في الاعياد، ويستحب أن يأكل ما سقط من المائدة. قال رحمه الله: (واستخدام الخصي) أي يكره استخدامه لان فيه تحريض الناس على الخصي وهو مثلة وحرام وقد نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم، وقدمنا شيئا من أحكامه في الكلام على خصي البهائم. قال رحمه الله: (والدعاء بمعقد العز من عرشك) وفيها عبارتان بمعقد وبمقعد، فالاولى

***

[٣٧٨]

من العقد، والثانية من القعود تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا فإنه يوهم أن عزه متعلق بالعرش والعرش حادث وما تعلق به يكون حادثا ضرورة والله سبحانه وتعالى عال عن صفات الحدوث بل عزه قديم. وأورد عليه بعض المتأخرين أن حدوث تعلق صفته تعالى بشئ حادث لا يوجب حدوث تلك الصفة لعدم توقفها على ذلك التعلق فإن صفة العز ثابتة لها أزلا وأبدا وعدم تعلقه بالعرش الحادث قبل خلقه لا يستلزم انتفاء عزه ولا نقصان فيه كما أن تعلق كمال قدرته في هذا العالم العجيب الصنع قبل خلقه لا يوجب عدم قدرته أو نقصا فيه. وبالجملة التعلقات الحادثة بظاهر الصفات لا مبادى لها، ولك أن تجيب عن ذلك بأن مشايخنا إنما هربوا عنه ليس إلا لايهام مطلق تعلق عزه بالمحدث إذ قد تقرر في أصول الدين أن ظهور المحدثات كلها وبروزها من العدم إلى دائرة الوجود بحسب تعلق إرادة الله وقدرته بذلك، والحدوث إنما هو في التعلقات دون أصل الصفات، وإنما مرادهم بما هربوا عنه إيهام تعلق عز الله تعالى بالمحدث

تعلقا خاصا وهو أن يكون ذلك المحدث مبتدأ أو منشأ لعزة الله تعالى كما يوهم كلمة من في عرشه، ولا شك أن التعلق بالمحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصور في عزة الله تعالى ولا في صفة من صفات الله تعالى أصلا. قال أبو يوسف: لا بأس أن يقول ذلك في دعائه وبه أخذ الفقيه أبو الليث لانه ورد أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول: أسألك بمقعد العز من عرشك. والاحتياط الامتناع عن ذلك لكونه خبرا واحدا واحدا مخالفا للقطعي. رجل ذكر الله في مجلس الفسق وأراد بذلك أن يشتغل بالتسبيح عما هم فيه فهو أحسن وأفضل. وفي الخلاصة: ويثاب كمن سبح الله تعالى في السوق وأراد بذلك أن الناس يشتغلون بأمر الدنيا وهو يشتغل بالتسبيح. ولو فتح التاجر السلعة فصلى على النبي صلى الله عليه وسلم وأراد بذلك إعلام المشتري جودة ثوبه فذلك مكروه بخلاف العالم إذا قال في علمه صلوا على النبي صلى الله عليه وسلم أو قال قارئ القوم كبروا حيث يثاب وفي الخلاصة: الفقيه هل يصلي صلاة التسبيح؟ قال: ذلك طاعة العامة. قيل له: فلان الفقيه يصليها قال: هو عندي من العامة. وفي الغياثية: وردت الاخبار بتفضيل بعض السور والآيات على بعض كآية الكرسي ونحوها واختلفوا في معنى الافضل، قال بعض: إن ثواب قراءتها أفضل. وقيل بأنها للقلب أيقظ وهذا أقرب إلى الصواب. والافضل أن لا يفضل بعض القرآن على بعض. كره بعض المشايخ التصدق على الذي يقرأ القرآن في الاسواق زجرا له، والتسبيح والتهليل من الذي يسأل في الاسواق نظير القرآن. ويكره التصدق على الذي يسأل الناس في المساجد زجرا له، ويكره أن يقرأ القرآن في المخرج والمغتسل والحمام موضع النجاسات وفي المسلخ والمذبح إلا حرفا. وفي النوازل: قراءة القرآن عند المقابر إذا أخفاها لا يكره. وإن جهر بها يكره، والشيخ محمد بن إبراهيم قال: لا بأس أن يقرأ سورة الملك على المقابر سواء أخفاها أو جهر بها، أما غيرها فلا يقرؤها لورود الآثار بسورة الملك. وعن أبي بكر وابن أبي سعيد: يستحب

***

[٣٧٩]

[العز من عرشك وبحق فلان واللعب بالشطرنج والنرد وكل لهو وجعل الراية في عنق] زيادة القبر وقراءة سورة الاخلاص سبع مرات، فإن كان الميت غير مغفور له غفر له، وإن كان مغفورا له غفر لهذا القارئ ووهبت ذنوبه للميت. وفي التتارخانية: رجل مات فأجلس وارثه رجلا على قبره يقرأ القرآن قال بعضهم يكره، والمختار أنه لا يكره والاشبه أنه ينتفع الميت. وفي الخانية: إن قراءة القرآن عند القبور إن نوى أن يؤانسهم بصوته يقرأ، وإن لم يقصد ذلك فالله سبحانه وتعالى يسمع القرآن حيث كان قوم يقرؤون القرآن في المصاحف أو رجل دخل عليه واحد فقام له فإن كان عالما أو أباه أو استاذه الذي علمه القرآن جاز أن يقوم له وغير ذلك لا يجوز. وفي فتاوي أهواز: لا بأس بأن يقرأ القرآن إذا وضع جنبه على الارض، وينبغي أن يضم رجليه عند القراءة وأن يخرج رأسه، إذا غطى رأسه باللحاف، وإذا قرأ آية أو سورة فعليه أن يستعيذ بالله وأن يتبع ذلك بالبسملة قبل القراءة. وفي فتاوي أهل سمرقند: إذا كان يقرأ القرآن فسمع المؤذن أنه يرد عليه بقلبه، وعن محمد أنه يمضي إلى قراءته ولا يلتفت إليه. وفي التتمة سئل الخجندي عن إمام يقرأ مع جماعة كل غداة بعد فراغ صلاته جاهرا آية الكرسي وشهد الله وآخر سورة البقرة هل يجوز ذلك؟ قال: يجوز وافضل الاخفاء. قال السغناقي ابن الحنفية قال: الدعاء أربعة: دعاء رغبة، ودعاء رهبة، ودعاء تضرع، ودعاء خفية. ففي دعاء الرغبة يجعل بطون كفيه إلى السماء، وفي دعاء الرهبة يجعل ظهورها إلى وجهه كالمستغيث من الشئ، وفي دعاء التضرع يعقد الخنصر والبنصر ويحلق الابهام والوسطى ويشير بالسبابة، وفي دعاء الخفية يفعل ما يفعل المرء في نفسه. وفي التتمة: لا يقول الرجل استغفر الله وأتوب إليه ولكن يقول استغفر الله وأسأله التوبة. قال أبو جعفر الطحاوي: لا بأس به. وفي الفتاوي الغياثية: وما جاء في الحديث اتقوا دعوة المظلوم وإن كان كافرا والمراد والله أعلم كافر النعمة لا كافر الديانة. قال الصدر الشهيد: وهو الصحيح. وفيها قال أبو نصر الدبوسي: وعليه الفتوى. ولو أراد أن يصلي ويقرأ القرآن وخاف أن يدخل عليه الرياء لا يترك الصلاة والقراءة لاجل ذلك. وكذا في جميع الفرائض، وفي التتارخانية: وإذا سال الدم من الانف فكتب الفاتحة بالدم على الفم والوجه جاز للاستشفاء والمعالجة، ولو أراد أن يكتب ذلك بالبول لم ينقل ذلك عن المتقدمين، وقيل لا بأس به إذا علم به الشفاء. قال رحمه الله: (وبحق فلان) يعني لا يجوز أن يقول بحق فلان عليك وكذا بحق أنبيائك وأوليائك ورسلك والبيت والمشعر الحرام لانه لا حق للمخلوق على الخالق وإنما يخص برحمته من يشاء

من غير وجوب عليه، ولو قال رجل لغيره بحق الله أو بالله افعل كذا لا يجب عليه أن يأتي بذلك شرعا ويستحب أن يأتي بذلك. وفي التتارخانية: وجاء في الآثار ما يدل على جواز ذلك. قال رحمه الله: (واللعب بالشطرنج والنرد وكل لهو) يعني لا يجوز ذلك

***

[٣٨٠]

لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب ابن آدم حرام إلا ثلاثا: ملاعبة الرجل أهله وتأديبه لفرسه ومناضلته لقوسه (١) وأباح الشافعي الشطرنج من غير قمار ولا إخلال بالواجبات لانه يذكي الافهام والحجة عليه ما روينا والاحاديث الواردة في ذلك هي كثيرة شهيرة فتركنا ذكرها لشهرتها. وفي المحيط: ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر لانها لعب اليهود، ويكره استماع صوت اللهو والضرب به، والواجب على الانسان أن يجتهد ما أمكن حتى لا يسمع، ولا بأس بضرب الدف في العرس. وسئل أبو يوسف عن الدف في غير العرس بأن تضرب المرأة في غير فسق للصبي قال: لا بأس بذلك. وفي الذخيرة: لا بأس بالغناء في الاعياد. وفي السراجية: وقراءة الاشعار إذا لم يكن فيه ذكر الفسق والغلام لا يكره. وفي الكافي: مستأجر الدار إذا ظهر منه الفسق بأن يجمع الناس على شرب الخمر يمنع فإذا لم يمتنع يخرج. ولم ير الامام رحمه الله بالسلام عليه بأسا ليشغله عما هو فيه وكره أبو يوسف السلام تحقيرا له اه. رجل يدعوه الامير فيسأله عن أشياء فيتكلم بما يوافق الحق يناله منه المكروه لا ينبغي له أن يتكلم إلا بالحق إلا أن يخاف القتل أو إتلاف عضو وأن يأخذ ماله. ولو مر على قوم وفيهم أهل الذمة أو كافر قال بعضهم يقول السلام على من اتبع الهدى، والصحيح أنه يقول السلام عليكم وينوي المسلمين في قلبه. وفي التتارخانية: إذا استقبل المسلم أخاه فسلم عليه يخرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه، وفي النوازل: إذا أتى بيت غيره لا يدخل حتى يؤذن له، فإن أذن له يدخل ويسلم عليه. ورد السلام واجب واختلفوا في أيهما أفضل البادئ أو الراد الراد أكثر أجرا والافضل أن يأتي بالواو بأن يقول وعليكم السلام ورحمه الله وبركاته. وفي فتاوي أهواز: السلام سنة على الراكب للراجل في طريق عام أو مفازة فإذا التقيا فأفضلهما الاسبق بالسلام، فإذا التقى الرجل بالمرأة يبدأ الرجل بالسلام، وإن بدأت فيرد عليها السلام إن كانت عجوزا فبلسانه، وإن كانت شابة فبالاشارة. قالالفقيه أبو الليث: إذا دخل الفقيه على غيره ولم يسلم أثموا. وفي الغياثية: يكره السلام بالسبابة والسنة أن يسلم عليهم بلفظ الجمع، ولو كان المسلم عليه واحدا واختلفوا في السلام على الصبيان قال بعضهم لا يسلم وهو قول الحسن، وقال بعضهم يسلم هو الافضل وبه أخذ الفقيه أبو الليث، وإذا رد واحد من القوم السلام سقط عن الباقين. وفي الصيرفية: دخل على زوجته لا يسلم عليها بل هي تسلم عليه فإن لم يكن في البيت أحد فيقول السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ولو مر على المقابر يقول السلام عليكم أنتم لنا سلف ونحن لكم تبع اه. وفي الخانية: ويكره أن يسلم على من هو في الخلاء ولا يرد عليه السلام. وكذا الآكل والقارئ والمشتغل بالعلم. وكذا في الحمام إن كان مكشوف العورة.

***

[٣٨١]

[العبد وحل قيده والحقنة ورزق القاضي وسفر الامة. أم الولد بلا محرم وشراء ما لا بد] وقال البقالي: إذا قال لآخر أقرئ فلانا عني السلام يجب عليه أن يفعل. تشميت العاطس إذا كان خارج الصلاة السنة في حق العاطس أن يقول الحمد لله رب العالمين أو على كل حال، ولمن حضر أن يقول يرحمك الله فيرد عليه العاطس فيقول يغفر الله لك أو يهديك. وإذا عطست المرأة فلا بأس بتشميتها إلا أن تكون شابة، وإذا عطس الرجل فشمتته المرأة، فإن كانت عجوزا يرد عليها، وإن كانت شابة يرد في قلبه، والجواب في هذا كالجواب في السلام. قال رحمه الله: (وجعل الراية في عنق العبد) أي لا يجوز ذلك. قال الشارح: وصورته أن يجعل في عنقه طوقا مسمرا بمسمار عظيم يمنعه أن يحول رأسه وهو معتاد بين الظلمة وهو حرام لان عقوبة الكافر تحرم كالاحراق بالنار وقال عليه الصلاة والسلام كل محدث بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار (١). قال في العيون: رجل اغتاب أهل قرية لم تكن غيبة حتى يسمي قوما بأعيانهم. وفي فتاوي أهل سمرقند: ذكر مساوي أخيه المسلم على وجه الاهتمام به ليس بغيبة، وعلى وجه النقص يكون غيبة، وإذا كان الرجل يصلي ويؤذي الناس بيده ولسانه لا غيبة في ذكر ما فيه، وإذا أعلم السلطان ليزجره فلا إثم عليه. واختلف أصحابنا في معنى قوله صلى الله عليه وسلم لا حسد إلا في اثنتين رجل آتاه الله تعالى مالا فهو ينفقه في طاعة الله، ورجل آتاه الله علما فهو يعلم الناس

ويقضي به (٢). قال شيخ الاسلام: ظاهر الحديث. إباحة الحسد في هذين الامرين لانه استثناء من المحرم فيكون مباحا. وقال غيره: الحسد حرام في هذين كما هو حرام في غيرهما، وإنما معنى الحديث لو كان الحسد جائزا لجاز في هذين الامرين، ومعنى الحسد المذموم أن يرى على غيره نعمة فيتمنى زوال تلك النعمة عن ذلك الغير وتمني ذلك لنفسه، أما لو تمنى لنفسه مثلها لا يكون حسدا بل يسمى غبطه ا ه. وفي النهاية: الراية علامة أنه آبق ولا بأس به في زماننا لغلبة الاباق خصوصا في الهنود وكان في زمانهم مكروها لقلة الاباق ا ه. وفي السراجية: ويكره أن يغل يديه ولو كان الرجل يقوم ويوزع المظالم من الامام بالعدل والانصاف كان مأجورا، وإن خاف الرجل على نفسه لا بأس به. قال رحمه الله: (وحل قيده) يعني جاز قيد العبد احترازا من الاباق والتمرد وهو سنة المسلمين في الفساق. قال رحمه الله: (والحقنة) يعني تجوز للتداوي وجاز أن يظهر إلى ذلك الموضع للضرورة لقوله صلى الله عليه وسلم لكل داء دواء وإذا أصبت دواء لداء برئ بإذن الله تعالى (٣) رواه مسلم وأحمد. وقال

***

[٣٨٢]

عليه الصلاة والسلام لكل داء دواء إلا الهرم فإنه لا دواء له (١) وراه الترمذي وصححه. ومن الناس من كره التداوي لما روي ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يدخل من أمتي سبعون ألفا الجنة بغير حساب وهم الذين لا يسترقون ولا يتطيرون ولا يكتوون وعلى ربهم يتوكلون (٢) رواه البخاري. ولنا ما قدمنا من الاحاديث. ولا جناح على من يتداوى إذا كان يعتقد أن الشافعي هو الله تعالى، وما ورد من النهي عن الدواء إذا كان يعتقد أن الشفاء من الدواء وهو محل الكراهة. قال الشارح ونحن نقول: لا يجوز لمثل هذا التداوي، ولا فرق بين الرجل المرأة. وإنما يجوز التداوي بالاشياء الطاهرة ولا يجوز بالنجس كالخمر وغيره كما قدمنا، والتداوي لا يمنع التوكل. ولا بأس بالرقيا لانه عليه الصلاة والسلام كان يفعله، وما روي من النهي كان محمولا على رقي الجاهلية لانهم كانوا يرقون بألفاظ كفر، وما رواه ابن مسعود أنه عليه الصلاة والسلام قال الرقي والتمائم والتؤدة شرك (٣) محمول على ما ذكرنا. قال الاصمعي: التؤدة ضرب من السحر يحبب المرأة إلى زوجها. وعن عائشة رضي الله تعالى عنها كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا مرض أحد من أهله نفث عليه بالمعوذتين، فلما مرض صلى الله عليه وسلم المرض الذي مات فيه جعلت أنفث عليه وأمس جسده بيده لانه أبرك من يدي. قال رحمه الله: (ورزق القاضي) يعني وحل رزق القاضي من بيت المال لانه بيت المال أعد لمصالح المسلمين ورزق القاضي منهم لانه حبس نفسه لنفع المسلمين. وفرض النبي صلى الله عليه وسلم لعلي لما بعثه إلى اليمن، وكذا الخلفاء من بعده. هذا إذا كان بيت المال جمع من حل، فإن جمع من حرام وباطل لم يحل لانه مال الغير يجب رده على أربابه. ثم إذا كان القاضي محتاجا فله أن يأخذ ليتوصل إلى إقامة حقوق المسلمين لانه لو اشتغل بالكسب لما تفرغ لذلك، وإن كان غنيا فله أن يأخذ أيضا وهو الاصح لما ذكرنا من العلة ونظرا لمن يأتي بعده من المحتاجين، ولان رزق القاضي إذا قطع في زمان يقطع الولاة بعد ذلك لمن يتولى بعده. هذا إذا أعطوه من غير شرط، فلو أعطاه بالشرط كان معاقدة وإجارة لا يحل أخذه لان القضاء طاعة فلا يجوز أخذ الاجر عليه كسائر الطاعات ا ه. ولك أن تقول: يجوز أخذ الاجرة عليه كما قالوا الفتوى على جواز أخذ أجرة على تعليم القرآن وغيره كما تقدم في كتاب الاجارة، ولا يقال هذا مكرر مع قول المؤلف وكفاية القضاة في باب الجزية لانا نقول: ذلك باعتبار ما يجوز للامام دفعه وهذا باعتبار ما يجوز للقاضي تناوله فلا تكرار. قال الشارح: وتسميته رزقا يدل على أنه

***

[٣٨٣]

[للصغير منه وبيعه للعم والام والملتقط لو في حجرهم.] يأخذ منه مقدار كفايته وعيلته وليس له أن يأخذ أزيد من ذلك. وقد جرى الرسم بالاعطاء في أول السنة لان الخراج كان يؤخذ في أول السنة وهو يعطي منه، وفي زماننا يؤخذ الخراج في آخر السنة والمأخوذ عن السنة الماضية في الصحيح وعليه الفتوى. ولو أخذ الرزق في أول السنة ثم عزل قبل مضي السنة رد ما بقي من السنة، وقيل هو على الخلاف في الزوجة على ما بينا ا ه. قال رحمه الله: (وسفر الامة وأم الولد بلا محرم) يعني يجوز لهما السفر بغير محرم لان الامة بمنزلة المحرم لسائر الرجال فيما يرجع إلى النظر والمس على ما بينا، وأم الولد والمكاتبة والمدبرة كالامة لقيام الرق فيهم، وكذا

معتقة البعض عند الامام لانها كالمكاتبة عنده. وفي الكافي قالوا: هذا في زمانهم لغلبة أهل الصلاح، أما في زماننا فلا يجوز لغلبة أهل الفساد، ومثله في النهاية معزيا إلى شيخ الاسلام. قال رحمه الله: (وشراء ما لا بد للصغير منه وبيعه للعم والام والملتقط لو في حجرهم) يعني يجوز لهؤلاء الثلاثة أن يشتروا للصغير ويبيعوا ما لا بد منه وذلك مثل النفقة والكسوة ولانه لو لم يكن لهم ذلك لتضرر الصغير وهو ممنوع، وأصله أن التصرفات على الصغير على ثلاثة أقسام: نفع محض فيملكه كل واحد هو في عياله وليا كان أو أجنبيا كالهبة والصدقة ويملكه الصبي بنفسه إذا كان مميزا، ونوع هو ضرر محض كالعتاق والطلاق فلا يملكه عليه أحد، ونوع متردد بين النفع والضرر مثل البيع والاجارة للاسترباح فلا يملكه إلا الاب والجد ووصيهما، سواء كان الصغير في أيديهم أو لم يكن لانهم يتصرفون عليه بحكم الولاية، هكذا في الكافي. واستئجار الظئر من النوع الاول، وفيه نوع رابع وهو الانكاح فيجوز لكل عصبة ولذوي الارحام عند عدم العصبات، وقد تقدم بيان ذلك في كتاب النكاح. قال في الهداية: وإنما يجوز للملتقط أن يقبض الهبة للصغير إذا كان لا أب له. قال في النهاية: قوله لا أب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها جاز ولزوجها أن يقبض الهبة لقيام ولايته عليها بالعول فثبت أن الاب ليس بلازم، كذا ذكره فخر الاسلام. وإنما هو قيد اتفاقي ولك أن تقول: إن قول الكل ليس بصحيح إذا الثابت في كتاب الهبة إنما هو ليس بلازم في جواز قبض زوج الصغير الهبة لها إذا كانت عنده يعولها لتفويض الاب ذلك له لا أن عدم الاب ليس بلازم مطلقا فيما نحن فيه وهو جواز قبض الملتقط الهبة والصدقة لتحقق الفرق بين زوج الصغيرة الذي فوض له الاب أمرها وبين غيره فلا يملكون ذلك إلا بعد موت الاب. وقال بعض المتأخرين: المراد بقول صاحب الهداية لا أب له يعني أبا معروفا وإن كان له أب في قيد الحياة فالحق عندي أن قوله لا أب له قيد احترازي عن اللقيط إذا كان له أب حاضر لا يجوز للملتقط أن يقبض الهبة للصغير ا ه.

***

[٣٨٤]

[وتؤ جره أمه فقط.] قال رحمه الله: (وتؤجره أمه فقط) معناه أن الصغير لا يؤجره أحد من هؤلاء الثلاثة إلا الام فإنها تؤجره إذا كان في حجرها ولا يملكه هؤلاء وهي رواية الجامع لا صغير. وفي رواية القدوري: يجوز أن يؤجره الملتقط ويسلمه في صناعة فجعله من النوع الاول وهذا أقرب، فلو أجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر إلا إذا فرغ من العمل لانه نفع محض بعد الفراغ فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور إذا أجر نفسه وقد ذكرناه من قبل، فإن كان الصغير في يد العم فأجرته أمه يجوز لانه من الحفظ وهو قول أبي يوسف. وقال محمد: لا يجوز ا ه. والله تعالى أعلم.

***

[٣٨٥]

[كتاب إحياء الموات هي أرض تعذر زراعتها لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها غير مملوكة بعيدة من العامر] كتاب إحياء الموات مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن يكون من حيث إن هذا الكتاب مشتمل على ما يكره وما لا يكره ويكفي فيها أدنى المناسبة. والكلام هنا في وجوه: الاول في معناه لغة. والثاني في معناه شرعا. والثالث في شرطه. والرابع في سببه. والخامس في دليله. والسادس في حكمه. أما دليله فقوله عليه الصلاة والسلام من أحياء أرضا ميتة فهي له (١) وأما معناه لغة قال في الصحاح: والموت بالفتح ما لا روح فيه، والموات أيضا الارض التي لا مالك لها من الآدميين. وفي القاموس: الموات كغراب وسحاب ما لا روح فيه والارض لا ملك لها من الآدميين ا ه. وشرعا ما سيأتي في عبارة المؤلف. وسبب المشروعية تعلق البناء المقرر على الوجه الاكمل وشرطه سيأتي في حكم تملك المحيي ما أحياه. قال رحمه الله: (هي أرض تعذر زراعتها لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها غير مملوكة بعيدة من العامر) فقوله هي أرض بمنزلة الجنس يشمل ما تعذر وغيره، وقوله تعذر أخرج غيره فلا يكون مواتا، وقوله لانقطاع الماء عنها أو غلبته عليها بيان السبب التعذر، وقوله غير مملوكة أخرج ما كان كذلك وهو مملوك فلا يكون مواتا، وقوله بعيدة عن العامر أخرج القريبة فلا تكون مواتا. قال الشارح: وهذا تفسير لموات الارض. وإنما سميت مواتا إذا كانت بهذه الصفة لبطلان الانتفاع بها تشبيها بالميت. قال الشارح: وأما تفسير الحياة فظاهر. قال في العناية: والاحياء شرعا أن يكرب الارض ويسقيها فإن كربها ولم يسقها أو سقاها ولم يكربها فليس بإحياء، وفي الكافي: لو فعل أحدهما يكون إحياء. وعن أبي يوسف: الاحياء البناء

***
[٣٨٦]
[ومن أحياها بإذن الامام ملكها وإن حجر لا ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر ومن] والغراس أو لكرب أو السقي. وعن محمد: الكرب الاحياء. وفي الغيائية عن محمد: الكرب ليس بإحياء إلا أن يبذرها. وعن شمس الائمة: الاحياء أن يجعلها صالحة للزراعة. وفي الخانية: لو بنى في بعض أرض الموات أو زرع فيها كان ذلك إحياء لذلك البعض دون غيره إلا أن يكون ما عمر أكثر من النصف في قول أبي يوسف. وقال محمد: إذا كان الموات في وسط الاحياء يكون إحياء للكل ا ه. والاحياء لغة الانبات سواء كان بفعل فاعل من شراء وغير ذلك، ولا يقال لماذا عرف المؤلف الموات دون الاحياء والمناسب أن يعرفهما معا لانا نقول: أراد بيان الاكمل وإنما ترك تعريف الاحياء. قال الشارح: لانه ظاهر. وقوله غيره مملوكه يعني في دار الاسلام لان الميت الاطلاق ينصرف إلى الكامل وكماله بأن لا يكون مملوكا لاحد لانها إذا كانت مملوكة لمسلم أو ذمي كان ملكه باقيا لعدم ما يزيله فلا يكون مواتا، فإذا عرف المالك فهي له، وإن لم يعرف كانت لقطة يتصرف فيها الامام كما يتصرف في اللقطة، ولو ظهر لها مالك بعد ذلك أخذها وضمن من زرعها إن نقصت بالزراعة وإلا فلا شئ عليه، وقولالقدوري فما كان منها عاديا مراده بالعادي قدم خرابه كأنه منسوب إلى عاد لخراب عهدهم. وجعل المملوك في دار الاسلام إذا لم يعرف له مالك من الموات لان حكمه كالموات لانه لا يعرف له مالك بعينه، وليس هو مواتا حقيقة على ما بينا. وقوله بعيدة عن العامر هو قولابي يوسف والبعيدة أن تكون بحيث لو وقف إنسان في أقصى العامر وصاح بأعلى صوته لم يسمع منه فهو موات، وإن كان يسمع فليس بموات لانه أهل العامر يحتاجون إليه لرعي مواشيهم وطرح حصائدهم فلم يكن انتفاعهم به منقطعا. وعند محمد يعتبر حقيقة الانتفاع حتى لا يجوز إحياء ما ينتفع به أهل القرية وإن كان بعيدا، ويجوز إحياء ما لا ينتفعون به وإن كان قريبا، وشمس الائمة اعتمد قول أبي يوسف: وفي التتارخانية: إذا عرف أنها كانت مملوكة في الاول ولم يعرف مالكها الآن قال القاضي أبو علي السغدي عن استاذه الحكم: إنه يجوز للامام أن يدفعها إلى رجل ويأذن له في الاحياء فتصير لمن أحياها. وفي نوادر هشام: إذا كان بها آثار عمارة من بناء وبئر ولا يعرف مالكها الآن لا يسع لاحد أن يحييها أو يمتلكها أو يأخذ منها ترابا. وفي رسالة أبي يوسف لهارون الرشيد: هي لمن أحياها وليس للامام أن يخرجها من يده وعليه فيها الخراج وروى هشام عن محمد في الكفور الخربة والاماكن الخربة إذا رفع الرجل منها التراب وألقاه في أرضه قال: إذا كان القصور والخراب تعرف أنه من بناء قبل الاسلام فهي بمنزلة الموات لا بأس بذلك، وإن خربت بعد الاسلام وكان لها أرباب لكن لا يعرفون لا يسع لاحد أن يأخذ منها شيئا لانها بمنزلة دورهم ا ه. قال رحمه الله: (ومن أحياها بإذن الامام ملكها) وهذا قول الامام. وقالا: يملك من أحيا ولا يشترط فيه إذن الامام لقوله صلى الله عليه وسلم من أحيا أرضا ليست لاحد فهو أحق بها رواه
***
[٣٨٧]
البخاري ومسلم. ولانه مباح سبقت إليه يده كالاحتطاب والاصطياد. وللامام قوله صلى الله عليه وسلم ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه فإن قلت: اعتبر عموم هذا الحديث يلزم أن لا يملك أحد شيئا من الاملاك بغير إذن الامام مع أن الظاهر خلافه كالبيع وغيره. قلت: عمومه غير معتبر بل هو مختص بما يحتاج فيه إلى رأي الامام وما نحن فيه من ذلك. فإن قلت: كون ما نحن فيه يحتاج إلى إذن الامام هو أول المسألة فيلزم المصادرة ولان هذه الاراضي كانت في أيدي الكفار فصارت في أيدي المسلمين فكانت فيئا ولا يختص أحد بالفئ بدون إذن الامام كالغنائم بخلاف المستشهد به فلم يكن فيئا وإذا أحياها فهي له خراجيه أو عشرية على ما بينا في السير وبينا الخلاف فيه. قال في الهداية: ملكها خراجية أو عشرية قال: والواجب فيها العشر لان ابتداء وظيفة المسلم بالخراج، إلا إذا استقاها بماء الخراجي لانه حينئذ يكون فيها الخراج على اختلاف الماء، ولو تركها بعد الاحياء وزرعها غيره قيل الثاني أحق بها لان الاول ملك استغلالها دون رقبتها، والاصح أن الاول أحق بها لانه ملك رقبتها بالاحياء فلا تخرج عن ملكه بالترك. ولو أحيا أرضا مواتا ثم أحاط الاحياء بجوانبها الاربعة أربعة نفذ على التعاقب تعين طريق الاول في الارض الرابعة في المروي عن محمد لانه لما أحيا الجوانب الثلاثة تعين الجانب الرابع للاستطراق. وفي الظهيرية: فإن جاء أربعة معا ولم يتقدم أحدهما وأحيا كل واحد منهم جانبا منها

وأحاطوا بالاربعة جوانب معا فله أن يستطرق من أي أرض شاء إذا كانوا أحيوا جوانبها الاربعة معا، هكذا قال والدي ا ه. ويملك الذمي بالاحياء كالمسلم لانهما لا يختلفان في سبب الملك. قال تاج الشريعة: فإن قلت: ما رواه عام خص منه الحطب والحشيش وما رويناه لم يخص فيكون العمل به أولى قلت: ما ذكر لبيان أنه لا يجوز الافتيات على رأي الامام والحشيش والحطب لا يحتاج فيهما إلى رأي الامام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصر مخصوصا، والارض مما يحتاج فيها إلى رأي الامام لانها صارت من الغنائم بإيجاف الخيل وإرضاع الكلاب كسائر الاموال فكان ما قلنا أولى. وفي الخانية في كتاب الزكاة ذكر الناطقي القاضي في ولايته بمنزلة الامام في ذلك ا ه. قال رحمه الله: (وإن حجر لا) يعني وإن حجر الارض لا يملكها به. واختلف في كون التحجير يفيد التمليك فمنهم من قال يفيد ملكا مؤقتا إلى ثلاث سنين، ومنهم من قال لا يفيد ملكا وهو مختار المصنف وهو الصحح. وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا جاء إنسان آخر قبل مضي ثلاث سنين وأحياها فإنه يملكها على الثاني ولا يملكه على الاول. وجه الاول قول عمر رضي الله تعالى عنه ليس للمحجر حق بعد ثلاث سنين نفي الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين. وجه الثاني أن الاحياء جعلها صالحة للزراعة. والتحجر للاعلام مشتق من الحجر وهو المنع بوضع حجر أو بحصاد ما فيها من الحشيش والشوك أو بإحراق ما فيها من الشوك، وكل ذلك لا يفيد الملك فبقيت مباحة على حالها لكنه هو أولى

***

[٣٨٨]

[حفر بئرا في موات فله حريمها أربعون ذرعا من كل جانب وحريم العين خمسمائة] بها ولا تؤخذ إلا بعد مضي ثلاث سنين، فإذا لم يعمرها أخذها منه ودفعها إلى غيرها لانه إنما كان دفعها إليه ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين بالعشر أو الخراج، فإذا لم يحصل المقصود فلا فائدة في تركها في يده نظير الاستباح وهو بناء السبيل وحفر المعدن في هذا الحكم. فإن قلت: إذا كان الدفع لاجل العشر أو الخراج فيقتضي هذا الدليل أن للامام أن يأخذها ويدفعها إلى غيره بعد الاحياء أيضا إذا كان لم يزرعها تحصيلا لمنفعة المسلمين بالعشر أو الخراج قلنا: قد ملكها بالاحياء دون التحجر والامام لا يملك أن يدفع مملوك أحد إلى غيره لانتفاع المسلمين ويقدر أن يدفع غير المملوك إليه لذلك فافترقا. وفي المحيط: إذا حفر فيها بئرا أو ساق إلها ماء فقد أحياها زرع أو لم يزرع، ولو حفر فيها أنهارا لم يكن إحياء إلا أن يجري فيها، ولو حفر فيها ولم يبلغ الماء لم يكن إحياء ويكون تحجيرا ا ه. وقناة بين رجلين أحيا أحدهما أرضا ميتة ليس له أن يسقيها من القناة أو يجعل شربه منها لان هذه الارض ليس فيها حق في هذا الشرب فليس له ذلك بغير إذن شريكه، فإذا حفر رجلان بنفقتهما بئرا في الارض موات على أن يكون البئر لاحدهما والحريم للآخر لم يجز للاصطلاح على غير موجب الشرع فإن الشرع جعل الحريم تبعا للبئر ليتمكن صاحب البئر من الانتفاع وكان الحريم لمالك البئر، فإن كان البئر لواحد فالحريم له، وإن كان البئر بينهما فالحريم بينهما ولو شرطا على أن يكون البئر لواحد والحريم له. وإن كان البئر بينهما على أن ينفق أحدهما أكثر ولا يرجع به فالشرط باطل ويرجع بالزائد لان الشركة تقتضي المساواة في الاصل والنفقة. وفي الغياثية: لو أقطع الامام رجلا أرضا فتركها ثلاث سنين لا يعمر فيها بطل الانتفاع ا ه. قال رحمه الله: (ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر) لتحقق حاجتهم إليه تحقيقا عند محمد، وتقديرا عند أبي يوسف على ما تقدم فصار كالنهر والطريق ولهذا قالوا: لا يملك الامام أن يقطع ما لا غني للمسلمين عنه كالملح والآبار يستسقي منها الناس ا ه. قال رحمه الله: (ومن حفر بئرا في موات فله حريمها أربعون ذرعا من كل جانب) لقوله صلى الله عليه وسلم من حفر بئرا فله ما حولها أربعون ذراعا عطنا لماشيته (١). ولان حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع بالبئر إلا بما حولها. ولو غرس شجرا في أرض الموات هل يستحق لها حريم؟ لم يذكر محمد في الاصل. وقال مشايخنا: لها حريم بقدر خمسة أذرع حتى لم يكن لغيره أن يغرس فيها شجرة وللاول منعه. وقدر الشارع حريم البئر بأربعين ذراعا ثم قيل الاربعون من الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة أذرع لان ظاهر اللفظ بجميع الجوانب الاربعة، والصحيح أن المراد أربعون ذراعا من كل أذرع من كل جانب فيتقدر بأربعين كيلا يتعطل

***

[٣٨٩]

[ذراع ومن حفر حريمها يمنع منه وللقناة حريم بقدر ما يصلحه وما عدل عنه] عليه المصالح، ولا فرق في ذلك بين أن تكون البئر للعطن أو للناضح عند أبي حنيفة. وعندهما إن كان للعطن فأربعون ذراعا، وإن كان للناضح فحريمها ستون ذراعا لقوله صلى الله عليه

وسلم حريم العين خمسمائة ذراع، وحريم بئر العطن أربعون ذراعا، وحريم بئر الناضح ستون ذراعا (١) ولان استحقاق الحريم باعتبار الحاجة وحاجة بئر الناضح أكثر لانه يحتاج إلى موضع يسير فيه الناضح وهو البعير وقد يطول الرشا، وفي بئر العطن يستسقي بيده ولا بد من التفاوت بينهما. وله ما روينا من غير فصل ومن أصله العام المتفق على قبوله والعمل به يرجح على الخالص المختلف في قبوله والعمل به. وبهذا قوله عليه الصلاة والسلام ما أخرجته الارض ففيه العشر على قوله وليس فيما دون خمسة أوسق صدقة لا يقال: المراد بذكر العطن ساقية عطنا للمناسبة لانا نقول: ذكر العطن فيه للتغليب لا للتقييد ولانه يستسقي من بئر العطن بالناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ولانه يمكن أن يدبر البعير حول البعير فلا يحتاج إلى الزيادة. والتقدير بالاربعين قول الامام، وعندهما بقدر ستين ذراعا وبه يفتى. وفي الينابيع: ومن احتاج إلى أكثر من ذلك يزاد عليه ا هـ. قال رحمه الله: (وحريم العين خمسمائة ذراع) لما روينا ولان العين تستخرج للزارعة فلا بد من وطن يستقر فيه الماء ومن موضع يجري فيه إلى الزراعة وقدر الشارع بخمسمائة ولا مدخل للرأي في المقادير، ثم قيل الخمسمائة من الجوانب الاربعة من كل جانب مائة وخمسون ذراعا، والاصح أن الخمسمائة ذراع من كل جانب والذراع هو المكسر وهو ست قبضات وكان ذراع الملك سبع قبضات فكسر منه قبضة. وفي الكافي: قيل إن التقدير في البئر والعين بما ذكرنا لصلابتهما وفي أرضينا يزاد على ذلك لرخاوة الارض كيلا يتحول الماء إلى الثانية فتعطل الاولى. قال رحمه الله: (ومن حفر في حريمها يمنع منه) لانه صار ملكا لصاحب البئر ضرورة لتمكنه من الانتفاع فكان الحافر متعديا بالحفر في ملك غيره فإذا حفر كان للاول أن يمنعه لما ذكرنا والحفر ليس بقيد. قال في الخانية: ولو بنى الثاني في حريم الاول كان له يمنعه، ولو أراد الاول أن يأخذ الثاني بحفره كان له ذلك لانه أتلف ملكه بالحفر. ثم اختلفوا فيما يؤاخذ به قيل بكسبه لانه أزاله بتعديه كما لو وضع شيئا في ملك غيره، وقيل يضمنه النقصان ويكنس الاول محفره بنفسه كما إذا هدم جدار غيره كان لصاحبه أن يؤاخذه بقيمته لا ببناء الجدار وهو الصحيح. وفي العناية: طريق معرفة النقصان أن يقوم الاول قبل حفر الثاني وبعده فيضمن نقصان ما بينهما وما عطب في البئر الاول فلا ضمان عليه لانه غير متعد في حفره، أما إذا كان بإذن الامام فظاهر، وكذا إذا

***

[٣٩٠]

[الفرات ولم يحتمل عوده إليه فهو موات وإن احتمل عوده إليه لا ولا حريم للنهر] كان بغير إذنه عندهما، وأما عنده فيجعل الحفر تحجيرا وله ذلك بغير إذن الامام وإن لم يثبت له الملك إلا بإذنه، وما عطب في الثانية فهو مضمون على الثاني لانه متعد في حفره في ملك غيره، ولو حفر الثاني بئرا في منتهى حريم الاول بإذن الامام فذهب ماء البئر الاولى وتحول إلى الثانية فلا شئ عليه لانه غير متعد في ذلك والماء الذي تحت الارض غير مملوك لاحد فلا يكون له المخاصمة بسببه كمن بنى حانوتا في جنب حانوت غيره فكسد الاول بسببه، وللثاني في الحريم من الجوانب الثلاثة دون الاول بسبق ملك الاول فيه. قال رحمه الله: (وللقناة حريم بقدر ما يصلحه) والقناة مجرى الماء تحت الارض ولم يقدر حريمه بشئ يمكن ضبطه، وعن محمد هو بمنزلة البئر في استحقاق الحريم، وقيل هذا قولهما، وعند الامام لا حريم له ما لم يظهر على وجه الارض لانه نهر في الحقيقة فتعتبر بالنهر قالوا عند ظهور الماء بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع ا هـ. قال رحمه الله: (وما عدل عنه الفرات ولم يحتمل عوده إليه فهو موات) لانه ليس في ملك أحد وجاز إحياؤه إذا لم يكن حريما لعامر. قال رحمه الله: (وإن احتمل عوده إليه لا) يعني لا يكون مواتا لتعلق حق العامة فيه على تقدير رجوع الماء إليه لان الماء حقهم لحاجتهم إليه اهـ. قال رحمه الله: (ولا حريم للنهر) وهذا قول الامام. وقالا: له حريم من الجانبين لان استحقاق الحريم للحاجة وصاحب النهر يحتاج إليه كصاحب البئر والعين لانه يحتاج إلى الشئ على حافتي النهر ليجري الماء إذا حبس بشئ وقع فيه إذ لا يمكنه المشي في وسط الماء، وكذا يحتاج إلى موضع يلقي عليه الطين عند الكرب. وفي الكبرى: والفتوى على قول أبي يوسف. وهذا إذا حفر النهر في أرض الموات. وفي الكافي: ومن كان له نهر في أرض غيره فليس له حريم عند الامام إلا أن يقيم البينة على ذلك. وقالا: له مشاة النهر ويمشي عليها ويلقي عليها طينه. وفي السراجية قال حسام الدين: والصحيح أنه يستحق الحريم. وفي الفتاوي: نهران بين قريتين وقع الاختلاف في حريمهما فما كان مشغولا بتراب أحد النهرين فهو في أيدي أهل ذلك النهر والقول في ذلك القدر لهم فلا يصدق الآخرون إلا ببينة، وما كان بين النهرين ولم يكن مشغولا بتراب أحدهما فهو بين أهل القريتين إلا أن يقيم أحدهما البينة أنه له خاصة. قال الشارح: دليل الامام أن استحقاق الحريم في البئر والعين ثبت نصا بخلاف القياس فلا يلحق بهما ما ليس في

معناهما ألا ترى أن من بنى قصرا في الصحراء لا يستحق حريما وإن كان يحتاج إليه لالقاء الكناسة لانه يمكن الانتفاع بالقصر دون الحريم. وفي الجامع الصغير: نهر لرجل إلى جنبه مسناة وأرض لآخر والمسناة في يد أحدهما فإن لم يكن لاحدهما غرس ولا طين ملقى فادعى صاحب الارض المسناة وادعاه صاحب النهر

***

[٣٩١]

[مسائل الشرب وهو نصيب الماء الانهار العظام كدجلة الفرات غير مملوكة ولكل أن يستقي أرضه ويتوضا به ويشرب وينصب الرحا عليه ويكري نهرا منها إلي أرضه إن لم يضر بالعامة وفي الانهار المملوكة والابار والحياض لكل شربه وسقي دوابة لا أرضه] أيضا فهي لصاحب الارض عند الامام. وقالا: هي لصاحب النهر جرى الملقى عليه طينه وغير ذلك فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف وهو أن يكون الحريم موازيا للارض لا فصل بينهما وأن لا يكون الحريم مشغولا بحق أخدهما معينا معلوما، وإن كان فيه أشجار ولا يدري من غرسها فهو على الخلاف أيضا، وكذا قبل إلقاء الطين على الخلاف، والصحيح أنه لصاحب النهر ما لم يفحش. ثم إذا كان الحريم لاحدهما أيهما كان لا يمنع الآخر من الانتفاع على وجه لا يبطل حق مالكه كالمرور فيه وإلقاء الطين ونحو ذلك مما جرت به العادة ولا يغرس فيه إلا المالك لانه لا يبطل حقه. قال الفقيه أبو جعفر: أخذ بقوله في الغرس وبقولهما في إلقاء الطين. ثم عند أبي يوسف حريمه قدر نصف بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الحاوي، وعند محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الكرخي. وذكر في كشف الغوامض أن الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في نهر كبير لا يحتاج فيه إلى الكري في كل حين أما الانهار الصغار يحتاج فيه إلى كربها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق ا ه. (مسائل الشرب) لما فرغ من ذكر إحياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان إحياء الموات يحتاج إليه. وقدم فصل المياه على غيره لان المقصود هو الماء، لا يقال إذا كان الشرب مما يحتاج إليه إحياء الموات كان اللائق تقديم مسائل الشرب على مسائل احياء الموات قلنا لاصالته وكثرة فروعه يستحق التقديم على الشرب. قال في المحيط: يحتاج إلى معرفة مشروعية حق الشرب وتفسيره لغة وشرعا وركنه وشرطه وحكمه. أما مشروعيته فلقوله صلى الله عليه وسلم إذا بلغ الوادي الكعبين لم يكن لاهل الاعلى أن يحبسوه عن أهل الاسفل وأما تفسيره لغة فهو عبارة عن النصيب من الماء لقوله تعالى * (كل شرب محتضر) * (القمر: ٢٨) أراد بالشرب النصيب من الماء ولقوله تعالى * (لها شرب) * (الشعراء: ١٥٥) أي ينصيب. وفي الشرع النصيب من الماء للاراضي لا لغيرها. وأما ركنه فهو الماء لان الشرب يقوم به. وأما شرط حله أن يكون ذا حظ من الشرب. وأما حكمه فالارواء لان حكم الشئ ما يفعل لاجله وإنما شرب الارض لتروي ا ه. قال رحمه الله: (وهو نصيب الماء) قال الشارح: أي الشرب بالكسر هو النصيب والماء والصواب هو النصيب من الماء، ولك أن تقول ما ذكره المؤلف المعنى اللغوي وهو لا يليق، ذكره في المتون. قال رحمه الله: (الانهار العظام كدجلة الفرات غير مملوكة ولكل أن يستقي أرضه ويتوضأ به ويشرب وينصب الرحا عليه ويكرى نهرا منها إلى أرضه إن لم يضر بالعامة) لقوله عليه الصلاة والسلام الناس

***

[٣٩٢]

[وإن خيف تخريب النهر لكثرة البقور يمنع والمحرز في الكوز والحب لا ينتفع فيه إلا] شركاء في ثلاث. في الماء والنار والكلا (١) ولان هذه الانهار ليس لاحد فيها يد على الخصوص لان قهر الماء يمنع قهر غيره فلا يكون محرزا في الملك بالاحراز، فإذا لم يكن مملوكا كان مشتركا. والمراد بالماء في الحديث ما ليس بمحرز فإن المحرز قد ملكه نخرج عن كونه مباحا كالصيد إذا أحرزه لا يجوز لاحد أن ينتفع به إلا بإذنه. وشرط لجواز الانتفاع أن لا يضر بالعامة فإن كان ضر بالعامة فإن كان يضر بالعامة ليس له الكري ونصب الرحا لان الانتفاع بالمباح لا يجوز إلا إذا كان لا يضر بالعامة كالشمس والقمر والهواء. والمراد بالكلا الحشيش الذي ينبت بنفسه من غير أن ينبته أحد ومن غير أن يزرعه ويسقيه فيملكه من قطعه وأحرزه، وإن كان في أرض غيره. والمراد بالنار الاستضاءة بنورها والاصطلاء بها والإيقاد من لهبها فليس لاحد أن يمنع من ذلك. إذا كان في الصحراء بخلاف ما لو أراد أن يأخذ جمرة لانه ملكه ويتضرر بذلك فكان له منعه كسائر أملاكه ا ه. قال رحمه الله: (وفي الانهار المملوكة والآبار والحياض لكل شربه وسقي دوابه لا أرضه وإن خيف تخريب النهر لكثرة البقور يمنع) وإنما كان له حق الشرب وسقي الدواب لما روينا ولان الانهار والآبار والحياض لم توضع للاحراز والمباح لا يملك إلا بالاحراز ولكن المسافر لا يمكنه أن يأخذ ما يوصله إلى مقصده فيحتاج أن يأخذ مما يمر عليه مما

ذكر ما يحتاج إليه لنفسه ودوابه وصاحبه، فلو منع من ذلك لحقه ضرر عظيم وهو مدفوع شرعا بخلاف سقي الاراضي حيث يمنع وإن لم يكن فيه ضرر لان في إباحة ذلك إبطال حق صاحب الانهار إذ لا نهاية لذلك فتذهب منفعة صاحب الانهار فيلحقه بذلك ضرر بخلاف سقي الدواب لانه مثله لا يلحقه به ضرر حتى لو تحقق فيه الضرر يمنع وهو المراد بقوله وإن خيف تخريب النهر لكثرة البقور لان الحق لصاحبه على الخصوص، وإنما أثبتنا ما ذكرنا لغيره للضرورة فلا معنى لابقائه على وجه يضر بصاحبه. قال في الهداية: ولهم الشرب وإن شربوا الماء كله ا هـ. وفي المحيط: ولو أراد صاحب الارض أن يغرف بالجرة فلصاحب الملك أن يمنعه من الدخول وإن لم يقال لصاحب الملك إما أن يعطيه الماء وإما أن تمكنه من الدخول بشرط أن لا يكسرها في النهر. قالوا: هذا إذا كان في أرض مملوكه، فأما إذا حفر في أرض موات لم يكن لصاحب النهر منعه من الدخول إذا كان لا يكسر مسناة النهر لان الارض كانت مشتركة بين الناس كافة، فأما إذا أحياها إنسان لم تنقطع الشركة في الدخول لاهل الشفعة، ويجوز أن تكون رقبة الشي لانسان وللآخر فيه حق الدخول ا هـ. وفيه
***
[٣٩٣]
[بإذن صاحبه وكري نهر غير مملوك من بيت المال فإن لم يكن فيه شئ يجبر الناس على] أيضا: رجل له ماء يجري إلى ري مزرعته فيجئ رجل ويسقي دوابه حتى ينفذ الماء كله هل لصاحب النهر أن يمنعه؟ ليس له ذلك ا هـ. قال رحمه الله: (والمحرز في الكوز والحب لا ينتفع فيه إلا بإذن صاحبه) لانه ملكه بالاحراز فكان أحق به كالصيد إذا أخذه لكن فيه شبهة الشركة لظاهر ما روينا فيعمل فيما يسقط بالشبهة، ولو سرق الماء في موضع يعز فيه الماء وهو يساوي نصابا لا يقطع. واعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في شئ من الاشياء كلها لان قوله تعالى * (هو الذين خلق لكم ما في الارض جميعا) * (البقرة: ٢٩) يورث الشبهة بهذا الطريق. وأجيب بأن العمل بالحديث يوافق قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا ولا يلزم من العمل به إبطال الكتاب خلاف قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا فإن العمل به على الاطلاق يبطل العمل بقوله تعالى * (والزانية والزاني) * (النور: ٢) * (والسارق والسارقة) * (المائدة: ٣٨) وغير ذلك، فدل على أن المراد به غير ما دل عليه الخصوصيات، كذا في العناية. واعترض بأنه وإن لم يلزم من العمل بالحديث إبطال الكتاب لكن يلزم به إبطال دليل شرعي آخر فإنكم حكمتم بأن الماء المحرز في الاواني يصير مملوكا بالاحراز وينقطع حق الغير عنه وهو حكم شرعي لا بد له من دليل شرعي لا محالة، فلو عملنا بالحديث المذكور على الاطلاق لزم إبطال ذلك الدليل الشرعي فدل على أن المراد بالحديث المذكور غير ما دل عليه بخصوص الدليل الشرعي الدال على أن الماء المحرز في الاواني ملك مخصوص لمحرزه، ولو كانت البئر أو الحوض أو النهر في ملك رجل فله أن يمنع من يريد الشفعة من الدخول، وقد قدمنا عن المحيط بتفاصيله، وحكم الكلا حكم الماء على التفاصيل المتقدمة. ولو منع رب النهر من يريد الماء وهو يخاف على نفسه أو على دابته العطش فإنه له أن يقاتله بالسلاح لاثر عمر، ولانه قصد إتلافه. وإن كان الماء محرزا في الاواني فليس للذي يخاف العطش أن يقاتل بالسلاح. وله أن يقاتله بغير السلاح إذا كان فيه فضل عن صاحبه فصار نظير الطعام حالة المخمصة. وفي الكافي: قيل في البئر ونحوه والاولى أن يقاتله بغير السلاح لانه ارتكب معصية فصار بمنزلة التعزير، هذا يشير إلى أن له أن يقاتله بالسلاح حيث جعل الاولى أن لا يقاتله به وأهل الشفعة بأن كانوا يشربون الماء كله بأن كان نهرا صغيرا وفيما يرد عليه من المواشي كثرة ينقطع الماء اختلفوا فيه، قال بعضهم ليس لربه أن يمنع وأكثرهم على أن له أن يمنع لانه يلحقه الضرر بذلك فصار كسقي الارض. وله أن يأخذ منه الماء للوضوء وغسل الثياب في الاصح، وقيل ينقلهما في النهر. ولو أراد أن يسقي شجرا أو خضرا في داره فحمل الماء إليه بالجرة كان له ذلك. وقال بعض أئمة بخارى: ليس له ذلك إلا بإذن صاحب النهر، والاول أصح لان الناس يتوسعون في ذلك. وليس له أن يسقي نخله وشجره وأرضه
***
[٣٩٤]
[كربه وكري ما هو مملوك على أهله ويجبر الابي علي كربه ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من أعلاه فإذا جاوز أرض برئ ولا كراء على أهل الشفعة ونصح دعوى] من نهر غيره إلا بإذن صاحبه، وله أن يمنع من ذلك. فالحاصل المياه ثلاثة: الانهار العظام التي لا

تدخل في ملك أحد، ولانهار التي هي مملوكة، وما صار في الاواني وقد ذكرنا حكم كل واحد بتوفيق الله تعالى. قال رحمه الله: (وكري نهر غير مملوك من بيت المال) لأن ذلك لمصلحة العامة وبيت المال معد لها. قال في الهداية: ويصرف ذلك من الجزية والخراج دون العشر والصدقات لان الثاني للفقراء ولاول للنوائب. قال رحمه الله: (فإن لم يكن فيه شئ يجبر الناس على كربه) يعني إذا لم يكن في بيت المال شئ أجبر الامام الناس على كربه لان الامام نصب ناظرا وفي تركه ضرر عظيم على الناس وقلما يتفق العوام على المصالح باختيارهم فيجبرهم عليه لما روي أن عمر أجبر في مثل هذا فكلموه فقال: لو تركتم لبعتم أولادكم إلا أنه يخرج للكري من كان يطيق الكري منهم ويجعل مؤنه على الاغنياء الذي لا يطيقون الكري بأنفسهم. قال في الهداية: فإن أراد أن يحصص النهر خوف الانتشاف وفيه ضرر عظيم يجبرهم على ذلك ا ه. قال رحمه الله: (وكرى ما هو مملوك على أهله ويجبر الآبي على كربه) لانه منفعة لهم على الخصوص فتكون مؤنته عليهم ولان الغرم بالغنم ومن أبى منهم يجبر، وقيل إن كان خاصا لا يجبر. والفاصل بين الخاص والعام أن ما يستحق به الشفعة خاص وما لا يستحق به الشفعة عام. وبيان الفرق أنه إذا كان عاما فيه دفع ضرر عام فيجبر الآبي بخلاف الخاص، وفي الضرر الخاص يمكن الدفع بأن يرفع الامر إلى القاضي فينفق ويرجع على المتمتع بحصته، وبه أخذ الفقيه أبو جعفر، وصار كزرع بين شريكين امتنع أحدهما من الانفاق فلصاحبه أن ينفق عيه بأمر القاضي ويرجع عليه بما أنفق فكذا هذا، كذا في المحيط بخلاف ما إذا كان عاما لا يمكن الرجوع لكبرهم فيجبر الممتنع، ولا يقال في كراء النهر الخاص إحياء له حقوق أهل الشفعة فيكون في تركه ضرر عام لانا نقول: لا جبر لاجل أهل الشفعة ألا ترى أن أهل النهر لو امتنعوا عن كربه لا يجبرهم في ظاهر الرواية لانهم امتنعوا عن عمارة أراضيهم. ولو كان حق أهل الشفعة معتبرا لا جبر. وفي التتارخانية: معناه أن ينقلوا نصيب الآبي من الشرب مقدار ما يبلغ قيمة ما أنفق. قال رحمه الله: (ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه فإذا جاوز أرض رجل برئ) وهذا عند الامام. وقالا: المؤنة عليهم جميعا من أول النهر إلى آخره بالحصص لان كل واحد منهم ينتفع بالاسفل كما ينتفع بالاعلى لانه يحتاج إلى مسيل الفاضل من الماء فإنه إذا سد عليه فاض الماء إلى أرضه فيفسد زرعه، ولان كل واحد منهم ينتفع بالنهر من أوله إلى أسفله. وفي الخانية: الفتوى على قول الامام. واختلف أئمتنا في الطريق الخاص إذا احتاج الاصلاح، قيل هو على هذا الاختلاف عند الامام عليه المؤنة إلى أن يجاوز أرضه، وعندهما من أوله إلى

***

[٣٩٥]

[الشرب بغير أرض نهر بين قوم اختصموا في الشرب بينهم على قدر أراضيهم] آخره، قال الهندواني: ورأيت في بعض الكتب إذا انتهى إلى دار رجل يدفع له مؤنة الاصلاح بالاجماع فيحتاج إلى الفرق بين الطريق والنهر. والفرق أن صاحب الدار لا يحتاج إلى النظر فيما جاوز داره بوجه من الوجوه بخلاف صاحب الارض. وللامام أن مؤنة الكرب على من ينتفع به ويسقي منه أرضه فإذا جاوز أرضه برئ فلا يلزم شئ في مؤنة ما بقي ألا ترى أن من له الحق يسيل الماء على سطح جاره لا يلزمه شئ من عمارته باعتبار مسيل الماء فيه، ولانه يتمكن من دفع الضرر عنه بسد فوة النهر من أعلاه إذا استغنى عنه. وزعم بعضهم أن الكرب إذا انتهى إلى فوه أرضه من النهر فليس عليه شئ من المؤنة، والاصح أنه يمكنه مؤنة الكرب إلى أن يجاوز أرضه لان له أن يأخذ الفوه من أي موضع شاء من أرضه من أعلاها أو أسفلها. قال رحمه الله: (ولا كراء على أهل الشفعة) لانهم لا يحصون. قوله لا يحصون لان أهل الدنيا كلهم لهم حق الشفعة ومؤنة الكرى لا تجب على قوم لا يحصون. ولان المراد من حفر الانهار ونحوها سقي الاراضي وأهل الشفعة اتباع والمؤنة تجب على الاصول دون الاتباع ولهذا لا يستحقون به الشفعة. قال رحمه الله: (وتصح دعوى الشرب بغير أرض) وهذا استحسان. والقياس أن لا يصح لان شرط صحة الدعوى إعلام المدعي به في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام، ولانه يطلب من القاضي أن يقضي له بالمدعي به إذا ثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التملك بدون الارض فلا يستمع القاضي فيه الدعوى والخصومة كالخمر في حق المسلمين. وجه الاستحسان أن الشرب مرغوب فيه ويمكن أن يملكه بغير الارض بالارث والوصية وقد تباع الارض ويبقى الشرب وحده فإذا استولى عليه رجل ظلما كان له أن يرفع يده عنه بإثبات حقه بالبينة. رجل له أرض

وللآخر نهر يجري فيها فأراد رب الارض أن يمنع النهر أن يجري في أرضه لم يكن له ذلك ويترك على حاله لان موضع النهر في يد رب النهر، وعند الاختلاف القول قوله في أنه ملكه، فإذا لم يكن في يده ولم يكن جاريا فيها فعليه البينة أن هذا النهر له وأن مجراه في هذه الارض بسوقه إلى أرض له ليسقيها فيقضي له لاثباته بالحجة ملك الرقبة إذا كانت الدعوى فيه أو حق الآخر في إثبات المجرى من غير دعوى الملك وهذا نصيب الماء في كل نهر أو مجرى على سطح أو الميزاب أو المشي في دار غيره فالحكم فيه كالشرب كما قدمنا ا ه. قال رحمه الله: (نهر بين قوم اختصموا في الشرب فهو بينهم على قدر أراضيهم) لان المقصود بالشرب سقي الارض والحاجة إلى ذلك تختلف بقلة الاراضي وكثرتها، والظاهر أن حق كل واحد مقدار أراضيه بخلاف الطريق إذا اختلف فيه الشركاء حيث يستوون في ملك رقبة الطريق. ولا يعتبر في ذلك سعة الدار وضيقها لان المقصود الاستطراق وذاك لا يختلف باختلاف الدار، لا يقال استويا في إثبات اليد على النهر فوجب

***

[٣٩٦]

[وليس لاحدهم أن يشتق نهرا أو ينصب عليه رحى أو دالية أو جسرا أو يوسع فم النهر أو يقسم بالايام وقد وقعت القسمة بالكوى أو يسوق نصيبه إلى أرض له أخرى ليس] أن يستويا في الاستحقاق لانا نقول: الماء لا يمكن إثبات اليد عليه حقيقة ولا يمكن إحرازه وإنما ذلك بالانتفاع به. والظاهر أن الانتفاع متفاوت بتفاوت الارض فتتفاوت الاجزاء في ضمن الانتفاع فيكون كل واحد منهما بحسب ذلك وليس لاحدهما أن يسكر النهر على الاسفل ولكن يشرب حصته لان في السكر إحداث شئ لم يكن في وسط النهر ورقبة النهر مشترك بينهم فلا يجوز لاحدهم أن يفعل ذلك بغير إذن الشركاء، فإن تراضوا على أن الاعلى يسكر النهر حتى يشرب بحصته واصطلحوا أن يسكر كل واحد في نوبته جاز لان المنع حقهم وقد زال ذلك بتراضيهم، ولكن إن أمكنهم أن يسكر بلوح أو باب فليس له أن يسكر ذلك بالطين والتراب لان به ضررا بالشركاء، ولو كان الماء في النهو بحيث لا يجري إلى أرض كل واحد منهم إلا بالسكر فإنه يبدأ بالاعلى حتى يروي ثم بالذي بعده كذلك وليس لاهل الاعلى أن يمنعوه من أهل الاسفل ا ه. قال رحمه الله: (وليس لاحدهم أن يشتق نهرا أو ينصب عليه رحى أو دالية أو جسرا أو يوسع فم النهر أو يقسم بالايام وقد وقعت القسمة بالكوى أو يسوق نصيبه إلى أرض له أخرى ليس لها فيه شرب بلا رضاهم) لان في شق النهر ونصب الرحا كسر صفة النهر المشترك وشغل المشترك بالبناء بغير إذن الشركاء لا يجوز إلا أن يكون الرحا لا تضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في أرض صاحبها فيجوز لان ما يحدثه من البناء في خالص ملكه وبسبب الرحا لا ينقص الماء، والمانع من فعل ذلك الاضرار بالشركاء ولم يوجد. وبالقنطرة والجسر اشغال الموضع المشترك بغير إذن الشركاء فلا يجوز. والدالية جذع طويل يركب تركيب مداق الارز في رأسه مغرفة كبيرة ليسقي بها. وقيل: هو الدولاب والسانية للبعير يسقي عليها من البئر. والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون بين الالواح وغيره. والقنطرة ما يتخذ من الآجر؟ والحجر. والكوى نقب البيت والجمع كوى. وإذا كان نهر خاص لرجل يأخذ من نهر بين القوم فإذا أراد أن يقنطر عليه أو يسده من جانبيه كان له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه برفع بنائه، وإن كان يزيد في أخذ الماء كان للشركاء منعه. وإنما لا يكون له أن يوسع فم النهر لان فيه كسر صفته ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء وهذا ظاهر فيما إذا لم تكن القسمة بالكري، وكذا إن كانت بالكري لانه إذا وسع فم النهر يحبس الماء في ذلك الموضع فيدخل في ملكه أكثر مما كان له أو لا، وكذا إذا أراد أن يؤخر فم النهر فيجعلها في أربعة أذراع من فم النهر لانه يحبس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه وليس له ذلك إلا بإذن الشركاء بخلاف ما إذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعه من حيث العمق في مكانه حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل وقع باعتبار سعة الكوى وضيقها من غير اعتبار

***

[٣٩٧]

[لها فيه شرب بلا رضاهم ويورث الشرب ويوصي بالانتفاع بعينه ولا باع ولا يوهب] السفل والرفع في العمق هو العادة فلا يؤدي إلى غير موضع القسمة فلا يمنع. وإنما لم يكن له أن يقسم بالايام بعدما وقعت القسمة بالكوى لان القديم يترك على حاله لظهور أن الحق فيه، ولو كان لكل واحد منهم كوى مسماة في نهر خاص لم يكن لواحد منهم أن يزيد كوة، وإن كان لا يضر بأهله لان الشركة

خاصة بخلاف ما إذا كان الكوى في النهر الاعظم لان لكل واحد منهم أن يشق نهرا منه ابتدا فالكوي بطريق الاولى. وإنما لم يكن له أن يسوق شربه إلى أرض أخرى ليس لها فيه شرب لانه إذا فعل ذلك يخشى أن يدعي حق الشرب لها من هذا النهر مع الاولى إذا تقادم العهد، ويستدل على ذلك بالحفر وإجراء الماء فيه إليها. وكذا لو أراد أن يسوق شربه إلى أرض الاولى حتى ينتهي إلى الاخرى لانه يسوق زيادة على حقه إذ الارض الاولى تشرب الماء قبل أن يسقي الاخرى وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار مفتحها في هذا الطريق بخلاف ما إذا كان ساكن الدارين واحدا حيث لا يمنع لان المارة لا تزداد وله حق المرور ويتصر في خالص ملكه وهو الجدار بالرفع. ولو أراد الاعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوة بينهما أن يسد بعضهما دفعا لفيض الماء عن أرضه لكيلا ينز ليس له ذلك لما فيه من الاضرار بالاخرى، وكذا إذا أراد أن يقسم النهر مناصفة لان القسمة في الكوة تقدمت إلا أن يتراضيا لان الحق وبعد لهما الرضا لصاحب السفل أن ينقض ذلك، وكذا لورثته من بعده لانه إعارة للشرب لا مبادلة لان مبادلة الشرب بالشرب باطلة. وكذا إجارة الشرب لا تجوز فتعينت الاعارة فيرجع فيها، وكذا ورثته في أي وقت شاؤوا لان الاعارة غير لازمة ا ه. قال رحمه الله: (ويورث الشرب ويوصي بالانتفاع بعينه ولا يباع ولا يوهب) لان الورثة خلف الميت يقومون مقامه وجاز أن يقوموا مقامه فيما لا يجوز تمليكه كالمعاوضات والتبرعات كالدين والقصاص والخمر، وكذا الشرب والوصية أخت الميراث فكانت مثله بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز للغرور والجهالة ولعدم الملك فيه للحال لانه ليس بمال متقوم حتى لو أتلف شرب إنسان بأن سقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل، وكذا لا يصلح مسمى في النكاح ولا في الخلع ولا في الصلح عن دم العمد وهذه العقود صحيحة ولا تبطل بهذا الشرط فيها، ويجب على الزوج مهر المثل على المرأة رد ما أخذت من المهر، وعلى القاتل الدية. وكذا لا يصلح بدلا في دعوى حق وللمدعي أن يرجع في دعواه. وذكر صاحب الهداية في البيع الفاسد أن الشرب يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ في الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن. قال صاحب الخلاصة: رجل له نوبة ماء في يوم معين في الاسبوع فجاء رجل فسقى أرضه في نوبته ذكر الامام علي البزدوي أن غاصب الماء يكون

***

[٣٩٨]

[ولو ملا أرضه ماء فنزت أرض جاره أو غرقت لم يضمن.] ضامنا، وذكر في الاصل أنه لا يكون ضامنا. وفي الفتاوي الصغرى: رجل أتلف شرب رجل بأن سقى أرضه بشرب غيره قال الامامعلي البزدوي: يضمن. وقال الامام خواهر زاده: لا يضمن وعليه الفتوى. فتوهم بعضهم أن صاحب الهداية تناقض حيث قال هنا لا يضمن إن سقى من شرب غيره وقال هناك ولهذا يضمن بالاتلاف وليس كذلك، بل ما ذكر في كتاب البيوع على رواية مشايخ بلخ وما ذكر ههنا على رواية الاصل. قال الشارح: لو مات وعليه ديون لا يباع الشرب بدون الارض على رواية الاصل فإن لم يكن للشرب أرض قيل يجمع الماء في نوبة في حوض فيباع إلى أن يقضى الدين من ذلك، وقيل ينظر الامام إلى أرض لا شرب لها فيضم هذا الشرب إليها فيبيعها برضا صاحبها، ثم ينظر إلى قيمة الارض بدون الشرب وإلى قيمتها معه فيصرف تفاوت ما بينهما من الثمن إلى قضاء دين الميت. والسبيل في معرفة قيمة الشرب إذا أراد قسمة الثمن على قيمتهما أن يقوم الشرب على تقدير ان لو كان يجوز بيعه وهو نظير ما قال بعضهم في العقر الواجب بشبهة ينظر إلى هذه المرأة بكم كانت تستأجر للزنا فذلك القدر هو عقدها في الوطئ بالشبهة، وإن لم يجد اشترى على تركة الميت أرضا بغير شرب ثم يضم إلى هذا الشرب فيبيعها فيؤدي من الثمن قيمة الارض المشتراة والفاضل للغرماء. قال رحمه الله: (ولو ملا أرضه ماء فنزت أرض جاره أو غرقت لم يضمن) لانه متسبب وليس بمتعد. فلا يضمن لان شرط وجوب الضمان في السبب أن يكون متعديا ألا ترى أن من حفر بئرا في أرض لا يضمن ما عطب فيه وإن حفر في الطريق يضمن. وإنما قلنا إنه ليس بمتعد لان له أن يملا أرضه ويسقيه قالوا: هذا إذا سقى أرضه سقيا معتادا بأن سقاها قدر ما تحتمله عادة، أما إذا سقاها سقيا لا تحتمله أرضه فيضمن وهو نظير ما لو أوقد نارا في داره فاحترق دار جاره فإن كان أوقدها مثل العادة لم يضمن، وإن كان بخلاف العادة يضمن، وكان الشيخ اسمعيل الزاهد يقول: إنما لم يضمن بالسقي المعتاد إذا كان محقا فيه بأن سقى أرضه في نوبته مقدار حقه، وأما إذا سقاها في غير توبته أو في توبته زيادة على

حقه فيضمن لوجود التعدي في السبب اهـ. والله أعلم.
***
[٣٩٩]
[كتاب الاشربة الشراب ما يسكر والمحرم منها أربعة الخمر وهي النئ من ماء العنب إذا غلا واشتد] كتاب الاشربة ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرف واحد لفظا ومعنى، فاللفظي هو الشرب مصدر شرب، والعرف المعنوي هو معنى لفظ الشرب الذي هو مصدر شرب فإن كلا منهما مشتق من ذلك المصدر. ولا بد في الاشتقاق من التناسب بين المشتق والمشتق منه في اللفظ والمعنى. قال في العناية: ومن محاسن ذكر الاشربة بيان حرمتها إذ الشبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي يحصل به معرفة شكر المنعم. فإن قيل: لماذا حل للامم السابقة مع احتياجهم إلى العقل؟ أجيب بأن السكر حرام في جميع الاديان وحرم شرب القليل من الخمر علينا كرامة من الله علينا لئلا يؤدي إلى المحظور بأن يدعو القليل إلى الكثير ونحن مشهود لنا بالخيرية. فإن قيل: هلا حرمت علينا النبيذ والداعي المذكور موجود؟ أجيب بأن الشهادة بالخيرية لم تكن إذا ذاك وإنما يتدرج الضارى لئلا يتعداه من الاسلام - كذا في العناية - بأن ينفر من الاسلام اهـ. وأضيف هذا الكتاب إلى الاشربة والحال أن الاشربة جمع شراب وهو اسم في اللغة لكل ما يشرب من المائعات حراما كان أو حلالا. وفي استعمال أهل الشرع اسم لما هو حرام منه وكان مسكرا لما في هذا الكتاب من بيان حكم الاشربة كما سمى كتاب الحدود لما فيه من بيان حكم الحدود. وفي التلويح: وفي أوائل القسم الثاني أن إضافة الحل والحرمة إلى الاعيان حقيقة لا مجاز، ولا يخفي أنه يحتاج إلى تفسير الاشربة لغة وشرعا وقد تقدم، وإلى بيان الاعيان التي تتخذ منها الاشربة وأسمائها وسيأتي بيان ذلك اهـ. قال رحمه الله: (الشراب ما يسكر) هذا في إصلاح الفقهاء لقوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر حرام (١) وهذا معناه قال
***
[٤٠٠]
[وقذف بالزبد وحرم قليلها وكثيرها والطلاء وهو العصير إن طبخ ذهب أقل من] رحمه الله: (والمحرم منها أربعة الخمر وهي النئ من ماء العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد وحرم قليلها وكثيرها) وقال بعضهم كل مسكر خمر لقوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر خمر (١) رواه مسلم. ولقوله عليه الصلاة والسلام الخمر من هاتين النخلة والعنبة (٢) رواه مسلم وأبو داود. ولانها سميت خمرا لمخامرة العقل وكل مسكر يخامر العقل. ولنا إجماع أهل اللغة على حقيقته في النئ من ماء العنب وتسمية غيرها بالخمر مجازا وعليه يحمل الحديث المتقدم، كذا في الشارح وفيه نظر، لانه نقل في القاموس الخمر ما يسكر من عصير العنب أو عام قال: والعموم أصح. وأيضا الحديث محمول على بيان الحكم لانه عليه الصلاة والسلام بعث لبيان الاحكام لا لبيان الحقيقة اللغوية. والتعريف المذكور للخمر هو قول الامام، وعندهما إذا اشتد صار خمرا ولا يشترط فيه القذف بالزبد لان اللذة تحصل به وهو المؤثر في إيقاع العداوة والصد عن الصلاة، وله أن الغليان بداية الشدة وكماله بقذف بالزبد. والكلام فيه في مواضع: أحدهما في بيان ماهيته، والثاني وقت ثبوت هذا الاسم وقد تقدما، والثالث أن عينه حرام غير معلول بالسكر بخلاف غيره من الاشربة فإنه معلول بالسكر، ومن الناس من يقول غير المسكر منها ليس بحرام كغيره من الاشربة فإنه معلول بالسكر لان الفساد لا يحصل إلا به وهذا كفر لانه مخالف الكتاب والسنة الاجماع. والرابع أنها نجسة العين نجاسة غليظة كالبول والغائط. والخامس أن مستحلها يكفر لانكاره الدليل القطعي. والسادس سقوط تقويمها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها السابع لا يجوز بيعها لقوله صلى الله عليه وسلم إن الذي حرم شربها حرم بيعها (٣) رواه مسلم. والثامن أنه يحد شاربها وإن لم يسكر. والتاسع أن الطبخ لا يؤثر فيها لانه لا يمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها. والعاشر جواز تخليلها على ما يجئ من قريب إن شاء الله تعالى. وفي الكافي: ولا يحل أن يستقيه ذميا أو صبيا أو دابة. وفي الخانية: ويكره الاكتحال بالخمر وأن يجعله في السعوط. وفي الاصل: لو عجن الدقيق بالخمر كره أكله، والحنطة إذا وقعت في الخمر يكره أكلها قبل الغسل، ولو انتفخت الحنطة في الخمر قال محمد: لا تطهر قبل الغسل. وقال أبو يوسف: تغسل ثلاثة مرات وتجفف في كل مرة فتطهر، وعلى هذا الخلاف إذا طبخ اللحم في الخمر فهو على هذا الخلاف. وفي الخلاصة: لو طبخ الخمر بالماء والماء أقل أو سواء يحد شاربه وإن
***
[٤٠١]

[ثلثيه والسكر وهو النئ من ماء الرطب ونقيع الزبيب وهو النئ من ماء الزبيب] كان الماء أكثر لا يحد إلا إذا سكر. وفي الكافي: واختلفوا في سقوط ماليتها والصحيح أنها مال اه. قال رحمه الله: (والطلاء وهو العصير أن طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه) وهذا النوع الثاني. قال في المحيط: الطلاء اسم للمثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وصار مسكرا وهو الصواب، وإنما سمي طلاء لقول عمر ما أشبه هذا بطلاء البعير وهو النفط الذي يطلى به البعير إذا كان أجرب. ونجاسته قيل مغلظة، وقيل مخففة وهو ظاهر الرواية. وإن طبخ حتى ذهب أكثر من نصف فحكمه حكم الباذق والمنصف في ظاهر الرواية. وفي الظهيرية: ويجوز بيع الباذق والمنصف والمسكر ونقيع الزبيب ويضمن متلفهم في قول الامام خلافا لهما والفتوى على قولهما اه. وفي الينابيع: الطلاء ما يطبخ من عصير العنب في نار أو شمس حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وهو عصير محض، فإن كان فيه شئ من الماء حتى ذهب ثلثاه بقي المجموع من الماء والعصير اه. وفي الهداية: ويسمى الطلاء بالباذق أيضا سواء كان الذاهب قليلا أو كثيرا، والمنصف ما ذهب نصفه وبقي نصفه وكل ذلك حرام اه. وعندنا إذا غلا واشتد بالزبد وإذا اشتد ولم يقذف بالزبد فهو على الخلاف بين الامام وصاحبيه كما تقدم. قال رحمه الله: (والسكر وهو النئ من ماء الرطب) وهذا هو النوع الثالث من الاشربة المحرمة مشتق من سكرت الريح إذا سكنت، وإنما يحرم إذا قذفت بالزبد وقبله حلال. وقال شريك بن عبد الله. وهو حلال وإذا قذف بالزبد لقوله تعالى * (تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا) * (النحل: ٦٧) امتن علينا به والامتنان لا يكون بالمحرم ولنا ما روينا، والآية محمولة على الابتداء حين كانت الاشربة مباحة، وقيل أريد بها التوبيخ ومعناها والله أعلم تتخذون منه سكرا وتدعونه رزقا حسنا. والثاني الفضيخ وهو النئ من البسر المذنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد فإنه اسم مشتق من الفضخ وهو الكسر، يقال انفضخ سنام البعير أي انكسر من الحمل فلما كان البسر ينكسر لاستخراج الماء منه سمي الماء المستخرج بعد الفضخ، كذا في المحيط. قال رحمه الله: (ونقيع الزبيب وهو النئ من ماء الزبيب) وهو الرابع من الاشرية المحرمة إذا اشتد لما قدمنا. ثم حرمة هذه الاشياء دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يجب الحد بشربها، ونجاستها خفيفة ويضمن متلفها عند الامام على ما بينا في الغصب، وعن أبي يوسف يجوز بيعها إذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف. ولقائل أن يقول: من هذه الاشربة نقيع التمر وهو السكر وقد استدللنا على حرمته بإجماع الصحابة وقد تقررت أن الاجماع دليل قطعي فيكفر مستحلها فكيف قلتم لا يكفر مستحلها؟ ويجاب بأنه قد يكون نقل الاجماع بطريق الآحاد فلا يفيد القطع والمنقول في حرمة السكر من هذا القبيل. وفي المحيط: ونقيع الزبيب نوعان وهو أن ينقع الزبيب في الماء حتى

***

[٤٠٢]

[والكل حرام إذا غلا واشتد وحرمتها دون حرمة الخمر فلا يكفر مستحلها بخلاف الخمر والحلال منها أربعة نبيذ التمر والزبيب إذا طبخ أدنى طبخه وإن اشتد إذا شرب ما لا يسكر بلا لهو وطرب والخلبطان وينبذ العسل والتين والبر والشعير والمثلث وحل] خرجت حلاوته إلى الماء ثم اشتد وغلا وقذف بالزبد، والثاني وهو النئ من ماء العنب إذا طبخ أدنى طبخة وغلا واشتد. وفي الخانية: نقيع الزبيب ما دام حلوا يحل شربه، وإن غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم قليله وكثيره وهو قول محمد وبه أخذ الفقيه أبو الليث. وفي السراجية: وإذا أراد الرجل إن يشرب النبيذ أو يشرب السكر فأول قدح منه حرام والنفوذ حرام والمشي إليه حرام. قال رحمه الله: (والكل حرام إذا غلا واشتد وحرمتها دون حرمة الخمر فلا يكفر مستحلها بخلاف الخمر) وقد بينا أحكامها فيما تقدم. قال رحمه الله: (والحلال منها أربعة نبيذ التمر والزبيب إذا طبخ أدنى طبخة وإن اشتد إذا شرب ما لا يسكر بلا لهو وطرب) يعني هذيان وهذا المعنى ما رواه مسلم نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التمر والزبيب أن يخلط بينهما ما في الانتباذ الحديث إلى أن قال: من شربه منكم فليشربه زبيبا أو تمرا فردا أو بسرا فردا وهذا محمول على المطبوخ منه لان غير المطبوخ منه حرام بالاجماع. قال رحمه الله: (والخليطان) وهو أن يجمع بين التمر والزبيب في الماء ويشرب ذلك وهو حلو يعني حلالا لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: كنا ننتبذ لرسول الله صلى الله عليه وسلم القبضة من التمر والقبضة من الزبيب ثم نصب عليه الماء فننبذه غدوة فيشربه عشية وعشية فيشربه غدوة. قال رحمه الله: (وينبذ العسل والتين والبر والشعير) يعني هو حلال لقوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين يعني العنب والنخل. ولا

يشترط فيه الطبخ لان قليله لا يفضي إلى كثيره كيفما كان. قال رحمه الله: (والمثلث) وهذا هو الرابع وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه، والقول بالحل في هذه الاربعة قول الامام والثاني. وقال محمد: كل ما يسكر كثيره قليله حرام لقوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر وكل خمر حرام رواه مسلم. فعلى قولهم لا يحد شاربه وإذا سكر منه وطلق لا يقع طلاقه بمنزلة النائم وذاهب العقل بالبنج ولبن الرماك، وعلى قول محمد لكثرة الفساد فيحد الشارب إذا سكر من هذه الانبذة المذكورة والمتخذ من لبن الرماك لا يحل شربه. وفي الهداية: الاصح أنه يحد على قولهما إذا سكر في هذه الانبذة المذكورة اعتبارا للخمر. وفي المجتبى: على قول محمد إذا شرب من هذه الاشربة ولم يسكر يعزر تعزيرا شديدا اه. المثلث إذا صب عليه الماء وطبخ فحكمه حكم المثلث لان صب الماء فيه لا يزيده إلا ضعفا بخلاف ما إذا صب الماء على العصير ثم طبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب منهما ولا يدري أيهما ذهب أكثر فيحتمل الذاهب من العصير أقل من ثلثه. ولو طبخ العنب قبل العصير اكتفى بأدنى طبخة في رواية عن الامام، وفي رواية لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ لان العصير موجود فيه من غير تعمير فصار كما

***

[٤٠٣]

[الانتباذ في الدباء والحنتم والمزقت والنقير وخل الخمر سواء خللت أو تخللت وكره] لو طبخ فيه بعد العصير. لو جمع بين العنب والتمر أو بين العنب والزبيب فطبخ لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر والزبيب وإن كان يكتفى فيه بأدنى طبخه فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا للحرمة. وكذا إذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا، ولو طبخ نقيع التمر أو نقيع الزبيب أدنى طبخة ثم نقع فيه تمرا أو زبيبا إن كان ما نقع فيه شيئا ما يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله فلا بأس به، وإن كان يتخذ النبيذ من مثله لا يحل كما إذا صب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط والاحتياط في الحد في دريئه. ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى ذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقرر فلا ترتفع بالطبخ. وفي الظهيرية: الفضيخ الشراب المتخذ من التمر فإذا أفضح التمر وقذف ثم ينقع في الماء حتى تخرج حلاوته ثم يترك حتى يشتد فإذا اشتد حرم. وفي التهذيب عن الثاني والثالث: البسر المذنب إذا طبخ أدنى طبخة فإذا حلي يحل شربه بلا خلاف. فإذا اشتد فحكمه كالمثلث. وفي الجامع: السكران الذي يحد هو الذي لا يعقل مطلقا قليلا كان أو كثيرا ولا يعرف الرجل من المرأة ولا الارض من السماء عند الامام، وفي شربه الاصل إذا ذهب عقله وكان كلامه مخبطا يعتبر الغالب، وإن كان النصف مستقيما والنصف غير مستقيم لا يقام عليه الحد. وفي القدوري: إذا غلب عليه الماء حتى زال طعمها وريحها فلا حد في شربها. وفيه أيضا عن الثاني: إذا بل في الخمر خبزا فأكل الخبز إذا كان الطعم يوجد حد، وإن كان لا يرى أثرها في الخبز لا، وإذا شرب الخمر لضرورة مخافة العطش فشرب مقدار ما يرويه فسكر فلا حد، وإن ادعى الاكراه لم يصدق لان الاكراه لا يتحقق إلا بالبينة اه. تصرفات السكران كلها نافذة إلا الردة والاقرار بالحدود الخالصة اه. قال رحمه الله: (وحل الانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير) قوله عليه الصلاة والسلام كنت نهيتكم عن الاشربة في ظروف ألا فاشربوا في كل وعاء غير أنكم لا تشربوا مسكرا (١) رواه مسلم وأحمد وغيرهما. ولان الظرف لا يحل حراما ولا يحرم حلالا. والدباء هو القرع والنقير هو أصل النخلة ينقر نقرا وينسج نسجا، والمزفت وهو النقير، والحنتم الجرار الخضر. قيل الحنتم الجرار الحمر. ثم إن انتبذ في هذه الاوعية قبل استعمالها في الخمر فلا إشكال في حله وطهارته، وإن استعمل فيها الخمر ثم انتبذ فيها ينظر، إن كان الوعاء عتيقا يطهر بغسله ثلاث مرات، وإن كان جديدا لا يطهر عند محمد، وعند أبي يوسف يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة بعد مرة أخرى حتى إذا خرج الماء صافيا غير متغير لنا أو

***

[٤٠٤]

[شرب دردي الخمر والامتشاط به ولا يحد شاربه إلا إذا سكر.] طعما أو ريحا حكم بطهارته اه. قال رحمه الله: (وخل الخمر سواء خللت أو تخللت) يعني خل الخمر فلا فرق في ذلك بين أن يتخلل بنفسه أو تخلل بإلقاء شئ فيه كالملح أو الخل أو النقل من الظل إلى الشمس أو بإيقاد النار بالقرب منها خلافا للشافعي إذا تخلل بالقاء شئ فيها كالملح. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام نعم الادم الخل (٢) مطلقا فيتناول جميع صورها ولان بالتخليل إزالة الوصف المفسد وثبات صفة الصلاح كالذبائح فالتخليل أولى لما فيه من إحراز

مال يصير حلالا ثم فعل ذلك غير حكمه من الحرمة إلى الحل ومن النجاسة إلى الطهارة ألا ترى أن ظرفها كان طاهرا تنجس بها فإذا طهر بالتخليل طهر جميع أجزائه وأجزاء إنائه هو الصحيح. وقيل: لا يطهر لانه تنجس بإهانة الخمر ولم يوجد ما يوجب طهارته فيبقى على ما كان. ولو غسل بالخل فتخلل من ساعته طهر للاستحالة، وكذا إذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال. وفي المحيط: ولو كان الخل فيه حموضة غالبة وطعم المرارة فإنه لا يحل ما لم تزل من كل وجه، وعندهما يحل واعتبر الغالب منها. ولو صب في المرقة خمر فطبخ لم يحل لانه تنجس قبل الطبخ فلا يحل بالطبخ ولا يحد شاربه لانه شرب المرق النجس، ولو عجن الدقيق بالخمر صار نجسا. قال رحمه الله: (وكره شرب دردي الخمر والامتشاط به) لان فيه أجزاء الخمر فكان حراما نجسا والانتفاع بمثله حرام ولهذا لا يجوز أن يداوي به جرحا ولا أن يسقي ذميا ولا صبيا والوبال على من سقاه، وكذا لا يسقيه الدواب، وقيل لا يحمل الخمر إلى من يفسدها ويصيرها خلا ويحمل ما يفسدها إلى الخمر كما لا يحمل الميتة إلى الكلب، وكذا الدردي في الخل فلا بأس به لانه يصير خلا لكنه يباح حمل الخمر إليه لا عكسه. قال رحمه الله: (ولا يحد شاربه إلا إذا سكر) يعني لا يحد شارب دردي الخمر إلا إذا سكر. وقال الشافعي: يحد شاربه سكر أو لم يسكر لان الحد يجب في الخمر بشرب قطرة وفي الدردي قطرات. قلنا: وجوب الحد للزجر فيما ترغب النفس فيه وتميل إليه والنفس لا ترغب في شرب الدردي ولا تميل إليه فكان ناقصا فأشبه غير الخمر من الاشربة فلا حد ما لم يسكر، ودردي الخمر هو التفل. ويكره الاحتقان بالخمر واقطاره في الاحليل لانه انتفاع بالنجس المحرم، وتقدم الكلام فيما إذا أخبر به طبيب حاذق. وفي المحيط: ولو سقى شاة خمرا لا يكره لحمها ولبنها لان الخمر وإن كانت باقية في معدتها فلم يختلط بلحمها، وإن استحالت الخمر لحما فيجوز كما لو استحالت خلا إلا إذا سقاها كثيرا بحيث يؤثر في رائحتها الخمر فإنه يكره لحمها.

***

[٤٠٥]

[فصل] فصل في طبخ العصير: الاصل فيه أن ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد لا يعتقد به حتى يذهب ثلثاه فيجل الثلث الباقي بعده، ولو صب فيه الماء قبل الطبخ ثم طبخ بماء ينظر، إن كان الماء أسرع ذهابا للطافته ولرقته يعتبر ذهاب ثلثيه بعد الماء الذي صب فيه كله وبعد ذهاب الزبد فيحل الثلث الباقي من العصير وإن كانا يذهبان معا فيطبخ حتى يذهب الجميع بعد ذهاب الزبد فيحل ثلث الباقي لذهاب الثلثين وبقاء الثلث ماء وعصيرا. ولو طبخ العصير فذهب أقل من الثلث ثم أهرق لثلثين وبقي الثلث ماء وعصيرا ولو طبخ العصير فذهب أقل من الثلث ثم أهرق بعضه لا يحل الباقي حتى يذهب ثلثاه بالطبخ. وطريق معرفته أن يؤخذ ثلث الجميع فيضرب به في الباقي ثم يقسم الخارج على ما بقي بعد ذهاب ما نقص منه بالطبخ قبل أن ينصب منه شئ، فما أصاب الواحد بالقسمة فذاك القدر هو الحلال ويطبخ الباقي إلى أن يبقى قدره فيحل مثاله: إثنا عشر رطلا من العصير طبخ حتى ذهب أربعة أرطال ثم أهرق رطلين يؤخذ ثلث العصير كله وهو أربعة فيضرب فيما بقي بعد الانصاب وهو ستة فيصير أربعة وعشرين فيقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب منه بالطبخ قبل أن يهراق منه وذلك ثمانية فيصيب كل واحد منهم ثلاثة فيكون ذلك القدر هو الحلال فيطبخ الباقي إلى أن يبقى قدره فيحل. وإن شئت قسمت ما ذهب بالبطبخ على المنصب وعلى ما بقي بعد الانصباب فما أصاب المنصب يجعل مع المنصب كأنه لم يكن وكان جميع العصير هو الباقي، وما أصابه من الذاهب بالطبخ فقد ذهب منه ذلك القدر فيطبخ حتى يذهب إلى تمام الثلثين. وإن شئت قلتإن الباقي بعد الطبخ قبل الانصباب بعضه حلال وهو قدر ثلث المجموع، فإذا أهريق بعضه أهريق من الحلال بحسابه فيطبخ الباقي حتى يبقى قدر ما فيه من الحلال. وفي المحيط عن أبي يوسف: طبخ ثم ألقى فيه تمرا فغلى قال: ما ألقى فيه لو نبذه على حدة كان منه نبيذا فلا خير فيه لان هذا مطبوخ ويعتبر، وإن كان يسيرا لا ينتبذ منه لا يعتد به لانه لا يحد فيه الشارب لانفراده، ولو صب قدح في خابية مطبوخ أفسده. وعن الامام: إذا وضع في الشمس حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فلا بأس به فهو بمنزلة طبخه بالنار، وكذا إذا ملا الخابية بالخردل وخلط فيها العصير ومضى على ذلك مدة ولم يشتد ولم يسكر فلا بأس به في قول أصحابنا. ولو طبخ عصيرا حتى ذهب ثلثه وتكره حتى يرد ثم أعاد الطبخ حتى ذهب نصف ما بقي، فإذا أعاد الطبخ قبل أن يغلي وتغير عن حالة العصير فلا بأس به لان الطبخ وجد قبل ثبوت الحرمة بالغليان والشدة، وإن عاد بعد أن غلى وتغير فلا خير فيه لان طبخة وجد بعد ثبوت الحرمة فلا ينتفع به اهـ.

***

[٤٠٦]
[كتاب الصيد هو الاصطياد ويحل بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة ولابد] كتاب الصيد قال في العناية: مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة من حيث إن كل واحد من الاشربة والصيد يورث السرور إلا أنه قدم الاشربة لحرمتها اعتبارا بالاحتراز عنها اه. قال في المحيط: يحتاج إلى معرفة إباحة الصيد وتفسيره لغة وشرعا وركنه وشرط إباحته ودليلها وحكم مشروعيته. أما دليل الاباحة من الكتاب قوله تعالى * (أحل لكم صيد البحر) * (المائدة: ٩٦) * (وإذا حللتم فاصطادوا) * (المائدة: ٢) وأما تفسيره لغة فالصيد هو الاصطياد ويطلق على ما يصاد مجازا إطلاقا لاسم المصدر على المفعول وهو المتوحش الممتنع بأصل الخلقة عن الآدمي مأكولا كان أو غير مأكول. والذي يظهر أنه عند الفقهاء الارسال بشروطه لاخذ ما هو مباح من الحيوان المتوحش الممتنع عن الآدمي بأصل خلقته. وأما ركنه فهو على الاخذ بشروطه. وأما شرطه المتعلق بالصيد فكون الصيد غير آمن بالاحرام والحرم وغير مملوك. وأما حكمه فصيرورة المأخوذ ملكا للآخذ. قال رحمه الله: (هو الاصطياد) قال الشارح: أي الصيد هو الاصطياد في اللغة اه. ولا يخفى أن هذا لا يناسب أن يذكر في المتن فلا ينبغي أن يذكرها. قال رحمه الله: (ويحل بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة) يعني يحل الاصطياد بهذه الاشياء وبغيرها من الجوارح كالشاهين والباشق والعقاب والصقر. وفي الجامع الصغير: وكل شئ علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك إلا أن تدرك ذكاته فتذكيه. قال في العناية: وإنما أورد هذه الرواية لان رواية القدوري تدل على الاثبات والنفي جميعا اه. واعترض بأنهم قد صرحوا في النهاية وغيرها بأن تخصيص الشئ بالذكر في الرواية يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق، فرواية القدوري تدل على إثبات الصيد بما ذكرنا ونفي جوازه بما سواه فلم يتم ما ذكره، والاصل فيه قوله تعالى * (أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح) * (المائدة: ٤) والجوارح
***
[٤٠٧]
[التعليم وإذا ترك الاكل ثلاثا في الكلب وبالرجوع إذا دعوته في البازي ولا بد من] الكواسب والجرح الكسب. وقيل هي أن تكون جارحة بنابها ومخلبها حقيقة. ومعنى مكلبين معلمين الاصطياد ولانه اجتمع في الحيوان الصائد ما يوجب أن يكون آلة للذبح وهو كونه جارحا قاطعا بطبعه غير عاقل كالسكين وما يمنع أن يكون آلة للذبح وهو كونه مختارا في فعله كالآدمي. والشرع جعل التعليم فيه بترك الاكل فيجري على موجب اختيار صاحبه فيعمل له لا لنفسه فيصير آلة محضة لصاحبه كالسكين. واسم الكلب يقع على كل سبع حتى الاسد، واستثنى الثاني من الجواز اصطياد السبع والدب لانهما لا يعملان لغيرهما، الاسد لعلو همته والدب لخساسته، كذا في الهداية. وذكر في النهاية الذئب بدل الدب ولان التعلم يعرف بترك الاكل وهما لا يأكلان الصيد في الحال فلا يمكن الاستدلال بترك الاكل على التعليم حتى لو تصور التعليم منهما وعرف ذلك جاز، ذكره في النهاية. وألحق بعضهم الحدأة بهما لخساستها. والخنزير مستثنى من ذلك لانه نجس العين. وفي المحيط قالوا: لا يجوز الاصطياد بالاسد والذئب لان الاسد لا يعمل لغيره وإنما يعمل لنفسه، والذئب مثله أيضا. قال في الخلاصة: وإنما يحل الصيد بخمسة عشر شرطا، خمسة في الصائد وهو أن يكون من أهل الذكاة، وأن يوجد منه الارسال ولا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده. وأن لا يترك التسمية عمدا، ولا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل. وخمسة في الكلب منها أن يكون معلما، وأن يذهب على سنن الارسال، وأن لا يشاركه في الاخذ من لا يحل صيده، وأن يقتله جرحا، وأن لا يأكل منه. وخمسة في الصيد منها أن لا يكون متقويا بأنيابه أو بمخلبه، وأن لا يكون من الحشرات، وأن لا يكون من بنات الماء سوى السمك، وأن يمنع نفسه بجناحة أو مخلبه، وأن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه اه. وذكر صاحب النهاية والعناية وغاية البيان نقلا عن الخلاصة واعترض بأن قوله وإن يموت قبل أن يصل إلى ذبحه مستدرك بعد قوله وإن يقتله جرحا. وأجيب بأن لا استدراك لان الشرط الذي أريد بقوله وأن يقتله جرحا ليس مجرد قتله بل قتله جرحا والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقا. والشرط الذي أريد بقوله وأن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه لجواز أن يقتله الكلب جرحا بعد أن يصل المرسل إلى ذبحه فحينئذ لا يحل أكله فلا بد من بيان الشرط الآخر أيضا على الاستقلال. قال صاحب العناية: فيما نقله صاحب الخلاصة تسامح لان هذا شرط الاصطياد للاكل بالكلب لا غيره على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل غيره لكن أدركه حيا فذبحه، وكذا لو لم يمت بهذا لكن ذبحه فإنه

صيد وهو حلال اهـ. وأجيب بأن هذه الشروط في الصيد المحض وهو الذي لم يدركه حيا، أما الذي أدركه فذكاه بالذكاة الاختيارية فليس صيدا محضا بل يلحق به اهـ. والمراد بقول صاحب العناية شرط الاصطياد أي حال الاصطياد وفي التعبير بما يدل على ظهور المراد لا يبالي بمثله. قال رحمه الله: (ولا
***
[٤٠٨]
[التسمية عند الارسال ومن الجرح في أي موضع كان من أعضائه فإن أكل منه البازي] بد من التعليم) لقوله تعالى * (وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن) * (المائدة: ٤) ولقوله عليه الصلاة والسلام لابي ثعلبة: ما صدت بكلبك المعلم فذكرت اسم الله عليه فكل وما صدت بكلبك غير الملعم فأدركت ذكاته فكل. رواه البخاري ومسلم وأحمد. ولذا لا بد أن يكون المرسل أهلا للذكاة بأن يكون مسلما أو كتابيا ويعقل التسمية ويضبط على نحو ما ذكرنا في الذبائح. قال رحمه الله: (وإذا ترك الاكل ثلاثا في الكلب وبالرجوع إذا دعوته في البازي) أي التعليم في الكلب يكون بترك الاكل ثلاث مرات، وفي البازي في الرجوع إذا دعي. روي ذلك عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما. ولان بدن الكلب يحتمل الضرب فيمكن ضربه حتى يترك الاكل وبدن البازي لا يحتمل الضرب فلا يمكن تحقيق هذا الشرط فيه فاكتفى بغيره مما يدل على التعليم، ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة وعادة البازي التوحش والاستنفاد وعادة الكلب الانتهاب والاستلاب لائتلافه بالناس، فإذا ترك كل واحد منهما مألوفة دل على تعليمه وانتهاء علمه. وهذا الفرق لا يتأتى إلا في الكلب خاصة لانه هو الالوف دون غيره من ذوات الانياب فإنها ليست بألوفة. والفرق الاول يتأتى في الكل لان بدن كل ذي ناب يحتمل الضرب فأمكن تعليمه بالضرب إلى أن يترك الاكل. قال صاحب النهاية: وهذا الفرق لا يتأتى في الفهد والنمر فإنه متوحش كالباز. ثم الحكم فيه للكلب سواء فالمعتمد هو الاول، كذا في المبسوط. وأجيب بأن الكلب في اللغة يقع على كل سبع، وليس المراد مما ذكره المؤلف الكلب المعهود بل الكلب بالمعنى اللغوي فلهذا استووا فيما يقع به التعليم وإنما شرط ترك الاكل ثلاث مرات وهو قولهما ورواية عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لان عمله يعرف بتكرار التجارب والامتحان هو مدة ضربت لذلك كما في قصة السيد موسى وكما في شرط الخيار، وكذا قال صلى الله عليه وسلم: إذا استأذن أحدكم ثلاثا فلم يؤذن له فليرجع. وعن الامام أنه لم يثبت التعليم ما لم يغلب على ظنه أنه قد تعلم ولا يقدر بشئ لان المقادير تعرف بالنص لا بالاجتهاد لا نص هنا فيفوض إلى رأي المبتلى كما هو عادته. ثم إذا ترك الاكل ثلاثا لا يحل الاول ولا الثاني على قول من قال بالثلاث، وكذا الثالث عندهما لانه لا يصير معلما إلا بعد تمام الثلاث وقبله غير معلم. قال رحمه الله: (ولا بد من التسمية عند الارسال ومن الجرح في أي موضع كان من أعضائه) أما التسمية لقوله تعالى: * (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) * ولقوله صلى الله عليه وسلم: فإذا ذكرت الله تعالى عليه وجرح فكل وأطلق في قوله ولا بد من التسمية فشمل ما إذا كان المرمي إليه يحتاج إلى التسمية أو لا كالسمك، وقد شرط في الاول دون الثاني حتى لو رمى إلى السمك وترك التسمية عمدا فأصاب يحل أكله، فلو قال في صيد البر لكان أولى وسيأتي عن قاضيخان. ولا
***
[٤٠٩]
[أكل وإن أكل منه الكلب أو الفهد لا وإن أدركه حيا ذكاه وإن لم يذكه حتى مات أو] بد أن يكون المسمي يعقل التسمية فلا يأكل صيد صبي ومجنون إذا كانا لا يعقلان التسمية، أما إذا كانا يعقلانها أكل. ويأكل صيد الاخرس والكتابي لان الملة تكفي عن التلفظ عند العجز. ولو سمى النصراني باسم المسيح لم يؤكل، والصابئة إن أقروا بكتابي وإن يؤكل صيدهم وإلا فلا. وظاهر عبارة المؤلف الاكتفاء بالجرح سالما أولا لكن قال في المحيط: إن جرحه لم يدمه اختلفوا فيه، قيل لا يحل، وقيل يحل، وقيل إن كانت الجراحة صغيرة لا يحل إذا لم يرم وإن كانت كبيرة يحل. وأما الجرح فالمذكور هنا ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يشترط، رواه الحسن عنهما وهو قول الشعبي لقوله تعالى: * (فكلوا مما أمسكن عليكم) * (المائدة: ٤) مطلقا من غير قيد بالجرح فمن شرطه فقد زاد على النص وهو نسخ ما عرف في موضعه، وكذا ما روينا من حديث عدي وثعلبة يدل على ذلك لانه مطلق فيجري على إطلاقه وإلا لزم نسخة بالرأي وهو لا يجوز. الظاهر قوله تعالى: وما علمتم من الجوارح وهو يشير إلى ما قلنا ولان المقصود إخراج الدم المسفوح

وهو يخرج بالجرح عادة ولا يختلف عنه إلا نادرا فأقيم الجرح مقامه كما في الذكاة الاختيارية والرمي بالسهم، لانه إذا لم يجرحه صار موقوذه وهي محرمة بالنص وما تلي مطلق، وكذا ما روي فحملناه على المفيد لاتحاد الواقعة. وإنما لم يحمل المطلق على المقيد فيما إذا اختلفت الحوادث أو كان التقييد والاطلاق من جهة السبب، وأما إذا كان من جهة الحكم والحادثة واحدة فيحمل عليه. ولو سمى حالة الارسال فقتل الكل حلت، ولو قتل الكل واحدا بعد واحد حل بخلاف ما إذا ذبح شاتين بتسمية فإنه لا يحل. والفرق أن الحل في باب الصيد يحصل بالارسال فتشترط التسمية وقت الارسال والارسال وجد وقت تسمية واحدة كما لو رمى سهما إلى صيد فنفذ وأصاب صيدا آخر بخلاف ما لو ذبح شاة أخرى لان الثانية صارت مذبوحة بفعل غير الاول فلا بد من تسمية أخرى، ولو اضجع شاتين وذبحها بتسمية واحدة حلا. قال رحمه الله: (فإن أكل منه البازي أكل وإن أكل منه الكلب أو الفهد لا) وقال مالك والشافعي في القديم: يؤكل وإن أكل منه الكلب كالبازي لما روي عن عبد الله بن عمر أن ثعلبة قال: يا رسول الله إن لي كلابا مكلبة فأفتني في صيدها فقال: إن كانت لك كلاب مكلبة فكل ما أمسكت عليك الحديث. إلى أن قال للنبي صلى الله عليه وسلم: وإن أكل منه؟ قال عليه الصلاة والسلام: وإن أكل منه. وفعل الكلب إنما صار ذكاة لعلمه وبالاكل لا يعود جاهلا فصار كالبازي. ولنا ما روينا من حديث عمر بن عدي وقوله تعالى: * (وما أكل السبع إلا ما ذكيتم) * (المائدة: ٣) وقوله عليه الصلاة والسلام إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله تعالى فكل ما أمسكن عليك إلا أن يأكل الكلب فلاتا كل فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه رواه البخاري ومسلم. وعن ابن عباس أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أرسلت كلبك

***

[٤١٠]

المعلم فأكل من الصيد فلا تأكل فإنما أمسكه على نفسه، وإذا أرسلته فقتل ولم يأكل فكل أمسك على صاحبه رواه أحمد. ومرويها غريب فلا يعارض الصحيح المشهور، ولئن صح فالمحرم أولى على ما عرف في موضوعه. والفرق بين البازي والكلب قد بيناه. ولو صاد الكلب صيودا ولم يأكل منها شيئا ثم أكل من صيد بعد ذلك لا يؤكل من الذي أكل منه لان أكله علامة جهله، ولا مما يصيده بعده حتى يصير معلما على الاختلاف الذي بيناه في الابتداء. وأما الصيود التي أخذها من قبل فيما أكل منه لا تظهر الحرمة عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما لا يحرم لان الاكل لا يدل على جهله لان الحرفة قد تنسى وقد يشتد عليه الجوع فيأكل مع عمله، ولان ما أحرزه قد أمضى الحكم فيه الاجتهاد فلا ينتقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لان المقصود لم يحصل فيه من كل وجه لبقاء الصيدية فيه من وجه لعدم الاحتراز فيحرم احتياطا. ولابي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن أكله آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا ينسى أصلها فبالاكل تبين أن تركه الاكل كان بسبب الشبع لا للتعلم وقد تبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود يحصل بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء، ولان عمله لا يثبت إلا ظاهرا فبقي جهله موهوما والموهوم في باب الصيد يلحق بالمتحقق احتياطا ما أمكن والامكان في حق القائم جميعا دون الفائت. قال بعض المشايخ: إنما تحرم تلك الصيود عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا كان العهد قريبا، أما إذا تطاول العهد بأن أتى عليه شهرا وأكثر وصاحبه قد قدر تلك الصيود لا تحرم تلك الصيود في قولهم جميعا لان في المدة الطويلة يتحقق النسيان فلا يعلم أنه لم يكن معلما في الماضي من الزمان، وفي المدة القصيرة لا يتحقق النسيان فيظهر أنه لم يكن معلما حين اصطياد تلك الصيود فتحرم تلك الصيود. وقال شمس الائمة السرخسي: الصحيح أن الخلاف في الفصلين، ولو أن صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم رجع إلى صاحبه فأرسله فصاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به معلما فيحكم بجهله كالكلب إذا أكل من الصيد فيبقى حكمه كحكم الكلب فيما ذكرنا. ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل من لحمه شيئا أكل لانه ممسك عليه، وهذا من غاية عمله حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له. ولو أخذ الصائد الصيد من الكلب وقطع له منه قطعة وألقاها إليه فأكلها يؤكل ما بقي لانه أمسك على صاحبه وسلمه إليه وأكله بعد ذلك مما ألقى إليه صاحبه لا يضره لانه لم يؤكل من الصيد وهو عادة الصيادين فصار كما إذا ألقى إليه طعاما آخر. وكذا إذا خطف الكلب منه وأكله لانه لم يؤكل من الصيد إذ لم يبق صيدا في هذه الحالة والشرط ترك الاكل من الصيد وقد وجد فصار كما إذا افترس شاة

بخلاف ما إذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لبقاء جهة الصيدية وسيأتي الفرق فيه. ولو نهش الصيد فقطع منه
***
[٤١١]
بعضه فأكلها ثم أدرك الصيد فقتلته ولم يأكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد، ولو ألقى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه حتى أخذه صاحبه ثم ذهب إلى تلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد، لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لا يضره، فإذا أكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه أولى بخلاف الوجه الاول لانه أكل في حالة الاصطياد فتبين بهذا أنه جاهل ممسك على نفسه، ولان نهش البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حالة الاصطياد ليضعفه بالقطع منه ليتمكن منه، فإن أكلها قبل الاخذ يدل على الوجه الاول، وبعده على الوجه الثاني. وفي الهداية: ولو أخذ المرسل الصيد ووثب الكلب على الصيد فأخذ من الصيد وأكل يؤكل الصيد لانه ما أكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد قال في النهاية: وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا أكل منه بعد ما قتله فإن يحرم لان الصيد كما خرج من الصيدية بإذن صاحبه جاز أن يخرج عن الصيدية بقتله. وأجيب بأنه إذا لم يتعرض بالاكل حتى أخذه صاحبه دل على أنه ممسك على صاحبه وانتهاشه منه يدل على جهله، وأما إذا أكل بعد قتله قبل أن يأخذه صاحبه دل على أنه ممسك على نفسه فدل على جهله فلهذا حرم. واعترض أيضا بأن عبارة المؤلف شاملة للصورتين فيما إذا وجد افتراقه في الحكم واجيب بما تقدم. وفي المحيط: وإن قتله فأخذه صاحبه ثم وثب عليه فأنهش منه قطعة أو رمى صاحبه بها إليه يؤكل الصيد، ولو أكل قبل أن يأخذه صاحبه يكره أكله اه. ثم الارسال على أقسام: الاول يجب أن يكون الارسال على صيد ولو أرسل على ما ليس بصيد من الابل والبقر والغنم والاهل فأصاب صيدا لا يحل أكله لان الارسال على ما ليس بصيد لا يكون ذكاة شرعا، ولو سمع حسا وظنه فارسل ملبه فأصاب صيدا ثم تبين أن المسموع حس آدمي أو ما ليس بصيد لم يؤكل وكذا لو سمع حسا ولم يعلم أنه حس صيد أو غيره. ولو ظنه حس صيد غير مأكول أو مأكولا فأصاب صيدا آخر يحل أكله، فلو أرسل كلبه على صيد بعينه وهو غير مأكول فأصاب غيره يحل أكله لان تعيين الصيد غير معتبر في الارسال. ولو سمع حسا فظن أنه حس آدمي فأرسل كلبه فإذا هو صيد يحل أكله لان تعيين الصيد غير معتبر. وفي المنتقى: ولو رمى ظبيا أو طيرا فأصاب غيره وذهب المرمي إليه ولم يعلم أنه متوحش أو مستأنس أكل الصيد لان الاصل في الصيد التوحش فتمسكوا بالاصل. وقال محمد: لو ظن حين رآه أنه صيد ثم تحول رأيه أنه ليس بصيد يحل الصيد لان الاول عندنا صيد بحكم الاصل حتى يعلم أنه غير صيد، ولو رمى إلى بعير ناد أو غير ناد لم يؤكل حتى يعلم أنه ناد لان الاصل في البعير الالفة والاستئناس. ولو رمى إلى ظبي مربوط وظن أنه صيد فأصاب ظبيا آخر لم يؤكل، وكذا لو أرسل كلبه على صيد موثق في يده فصادف غيره لم يؤكل، ولو أرسل فهذا على فيل وأصاب ظبيا لم يؤكل، ولو رمى سمكا أوجرا فأصاب صيدا فعن أبي يوسف في رواية لا يؤكل لان السمك والجراد لا تقع عليه الذكاة، وفي رواية يؤكل لان
***
[٤١٢]
[خنقه الكلب ولم يجرحه أو شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم الله عليه عمدا حرم وإن أرسل مسلم كلبه فزجره مجوسي قوله: فانزجر حل ولو] لمرمى إليه صيد. والقسم الثاني أن يكون فور الارسال باقيا كما سيأتي. ومن شرائط الارسال أن لا يوجد بعد الارسال بول ولا أكل فإن وجد وطال قطع الارسال حتى لو قتله لا يحل أكله. وفي الروضة: ولو حبس الكلب على صدر الصيد طويلا ثم أمر به آخر فأخذه وقتله لم يؤكل لانه انقطع فور الارسال. وفي الغياثية: ولو أرسل كلبين فأخذه أحدهما وقتله الآخر يحل أكله. والقسم الثالث أن يلحقه المرسل أو من يقوم مقامة قبل انقطاع الكلب كما سيأتي. قال رحمه الله: (وإن أدركه حيا ذكاه) لقوله عليه الصلاة والسلام لعدي إذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله تعالى عليه فإن أمسك عليك وأدركته حيا فاذبحه (١) رواه البخاري ومسلم. ولانه قدر على هذا الاصل قبل حصول المقصود بالبدل إذا المقصود هو الحل والباز والسهم في هذا كالكلب. وفي المحيط: فإذا أدركه حيا لم يحل إلا بالذبح قدر على الذكاة أو لم يقدر لفقد الآلة وضيق الوقت بأن كان في آخر الرمق. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف إذا لم يقدر على التمكن كما ذكرنا يحل وهو اختيار لبعض المشايخ لانه إذا لم يتمكن لم يقدر على الاصل. وذكر الكرخي في مختصره لو أدركه ولم يأخذه فإن كان في وقت أمكنه ذبحه لم يأكل، وإن كان لا يمكنه ذبحه بعد أخذه أكل لان اليد لم تثبت على

الذبح والتمكن من الذبح لم يوجد والله أعلم وسيأتي بيانه. قال رحمه الله: (وإن لم يذكه حتى مات أو خنقه الكلب ولم يجرحه أو شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم الله عليه عمدا حرم) وأما إذا لم يذكه فلانه لما أدركه حينا صار ذكاته ذكاة الاختيار لما روينا وبينا من المعنى فبتركه يصير ميتة، وهذا إذا تمكن من ذبحه، أما إذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة قدر ما يكون في المذبوح بأن يقد بطنه ونحو ذلك ولم يبق إلا مضطربا اضطراب المذبوح فحلال لان هذا القدر من الحياة لا يعتبر فكان ميتا حكما ألا ترى أنه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما إذا وقع بعد موته لان موته لا يضاف إليه والميت ليس محلا للذكاة. وذكر الصدر الشهيد أن هذا بالاجماع، وقيل هذا قولهما. وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يحل إلا إذا ذكاه بناء على أن الحياة الخفية معتبرة عنده، وعندهما غير معتبرة حتى حلت المتردية والنطيحة والموقوذة ونحوها بالذكاة إذا كان فيها حياة وإن كانت خفية عنده، وعندهما لا تحل إلا إذا كانت حياتها بينه وذلك بأن تبقى فوق ما يبقى المذبوح عند محمد، وعند أبي

***

[٤١٣]

يوسف رحمه الله تعالى أن تكون بحال يعيش مثلها فيكون موتها مضافا إلى الذكاة والسهم مثله. وإن كان فيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح فكذلك في رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لانه لم يقدر يقدر الاصل فصار كالمتيمم إذا رأى الماء ولم يقدر على استعماله، ولا يؤكل في ظاهر الرواية لانه قادر حكما لثبوت يده عليه وهو قائم مقام التمكن من الذبح إذ لا يمكن اعتبار الذبح بعينه حقيقة لان الناس يختلفون فيه على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أول الذبح ولا يمكن ضبطه فأدير الحكم على ثبوت اليد لانه هو المشاهد المعاين فلا يحل الاكل إلا بالذكاة، سواء كانت حياته خفية أو بينة لجرح المعلم أو غيره من السباع وعليه الفتوى لقوله تعالى: * (وما أكل السبع إلا ما ذكيتم) * (المائدة: ٣) استثناء مطلقا من غير تفصيل فيتناول كل حي مطلقا. وكذا قوله عليه الصلاة والسلام لعدي فإذا أمسك عليك فأدركته حيا فاذبحه مطلق فيتناول كل حي مطلقا، والحديث صحيح رواه البخاري ومسلم وأحمد. وفصل الشافعي رحمه الله تعالى تفصيلا آخر غير ما ذكرنا فقال: إن لم يتمكن من الذبح لفقد الآلة لم يؤكل لان التقصير من جهته، وإن كان لضيق الوقت أكل لعدم التقصير، والحجة عليه ما تلونا وما روينا. وأما إذا خنقه الكلب ولم يجرحه فلما بيننا عند قوله لا بد من التعليم والتسمية والجرح، وذكرنا اختلاف الرواية. والكسر كالخنق حتى لا يعتد به لانه لا يفضي إلى خروج الدم. وأما إذا شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم الله تعالى عليه عمدا فلما روينا عن عدي بن حاتم رضي الله تعالى عنه أنه قال قلت: يا رسول الله إني أرسل كلبي فأسمي قال: إذا أرسلت كلبك وسميت فأخذ فقتل فكل، فإن أكل منه فلا تأكل فإنما أمسك على نفسه قلت: إني أرسل كلبي فأجد معه كلبا آخر غيره لا أدري أيهما أخذ فقال: لا تأكل فإنما سميت على كلبك. فإن وجدت مع كلبك كلبا غيره وقد قتل فلانا كل لانك لا تدري أيهما قتله. رواهما البخاري ومسلم وأحمد رحمهم الله تعالى. وهذا صحيح فيكون حجة على مالك والشافعي في قوله القديم لانه لا يحرم بأكل الكلب الصيد وعلى الشافعي في متروك التسمية عمدا أيضا ولانه اجتمع فيه المبيح والمحرم فيغلب فيه جهة الحرمة لقوله عليه الصلاة والسلام ما اجتمع الحلال والحرام إلا وقد غلب الحرام الحلال وإن الحرام واجب الترك والحلال جائز الترك فكان الاحتياط في الترك. ولو رده عليه الكلب ولم يجرحه معه ومات بجرحه الاول يكره أكله لوجود المعاونة في الاخذ وفقدها في الجرح. ثم قيل: الكراهة كراهة تنزيه لان الاول لما انفرد بالجرح والاخذ غلب جانب الحل فصار حلالا وأوجب إعانة غير المعلم الكراهة دون الحرمة. وقيل: كراهة تحريم وهو اختيار الحلواني لوجود المشاركة من وجه بخلاف ما إذا رده عليه المجوسي نفسه حيث لا يحرم ولا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلم

***

[٤١٤]

[أرسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر حرم وإن لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر حل] تتحقق المشاركة من وجه ولو لم يرد الكلب الثاني عليه لكن اشتد على الاول فاشتد الاول على الصيد بسببه فأخذه فقتله فلا بأس بأكله لان فعل الثاني أثر في الكلب الاول حتى ازداد طلبا ولم يؤثر في الصيد فكان تبعا لفعله لانه بناه عليه فلا يضاف الحكم إلى التبع بخلاف ما إذا رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف إليهما.

ولو رده سبع أو ذو مخلب من الطير مما يجوز أن يعلم فيصاد به فهو كما لو رده عليه الكلب فيما ذكرنا لوجود المجانسة في الفعل بخلاف ما إذا رده عليه ما لا يجوز الاصطياد به كالجمل والبقر. والبازي في ذلك كالكلب في جميع ما ذكرنا من الاحكام. وفي الفتاوى العتابية: حلال رمى صيدا فأصابه في الحل ومات في الحرم أو رماه في الحرم وأصابه في الحل ومات في الحل لا يحل وعليه الجزاء في الوجه الثاني دون الاول، وكذا إذا أرسل كلبه في الحرم وقتله خارج الحرم لا يحل وعليه الجزاء. وفي الذخيرة: يجب أن يعلم من رمى سهما إلى صيد أن العبرة في حق الملك لوقت الإصابة وفي حق الاكل لوقت الرمي، هذا هو المذكورة في عامة الكتب ولهذا قلنا: المسلم إذا رمى سهما إلى صيد ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ثم أصابه السهم حل تناوله والمرتد إذا رمى إلى صيد أسلم ثم أصابه لا يحل تناوله. قال رحمه الله: (وإن أرسل مسلم كلبه فزجره مجوسي قوله: فانزجر حل ولو أرسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر حرم) والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار يحصل زيادة الطلب للصيد، كذا في الهداية. وأطلق في قوله فزجره مجوسي إلى آخر فشمل ما إذا زجره في حال طلبه أو بعد وقوفه فانزجر والمراد الاول. وذكر شمس الائمة في شرح كتّاب الصيد فيما إذا أرسل مسلم كلبه فزجره مجوسي إنما يحل إذا زجره المجوسي في ذهابه، أما إذا وقف الكلب عن سنن الارسال ثم زجره مجوسي بعد ذلك فانزجر لا يؤكل. والفرق أن إرسال المسلم قد صح وصيحه المجوسي لا تفسده لانه تقوية للارسال وتحريض للكلب وليس بابتداء إرسال منه فلا ينقطع الارسال بالزجر فبقي صحيحا، فأما الارسال من المجوسي فإنه وقع فاسدا فلا ينقلب صحيحا بالزجر، وكذا إذا أرسل وترك التسمية عمدا فزجره مسلم وسمى لم يحل. ولو وجدت التسمية من المرسل فزجره من لم يسم حل، وكذا المسلم إذا ذبح فأمر المجوسي السكين بعد الذبح لم يحرم، ولو ذبح المجوسي وأمر المسلم بعده لم يحل لما ذكرنا أن أصل الفعل متى وقع صحيحا لا ينقلب فاسدا ومتى وقع فاسدا لا ينقلب صحيحا، وكذا محرم دل حلالا على الصيد فقتله يحل له، نص عليه في الزيادات لان ذبحه حصل بفعل الحلال لا بدلالة المحرم. ونص في المنتقى عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أنه لا يحل لحديث قتادة حين قال رسول الله صلى صلى الله عليه وسلم: هل أعنتم؟ هل أشرتم؟ فقالوا: لا. فقال: إذن فكلوا. علق الاباحة بعدم الإعانة وفي الدلالة نوع إعانة. ولو أرسل مسلم كلبه

***

[٤١٥]

فرد عليه الصيد كلب غير معلم أو معلم لم يرسله أحد ولم يزجره بعد انبعاثه وأخذه الاول وقتله لم يؤكل، وقدمنا ما فيه من الخلاف. ولو لم يرد عليه ولكن اشتد عليه بأن كان يتبع أثر المرسل حتى قتله الاول حل أكله لان فعل الثاني أثر في الكلب المرسل لا في الصيد فصار فعله تبعا لفعل المرسل فانضاف الاخذ إلى المرسل لا إلى المحرض والمشد بخلاف ما لو رده عليه لان فعله أثر في الصيد لا في الكلب فصار الاخذ مضافا إليهما. مجوسي أرسل ثم أسلم فاصطاد كلبه لم يؤكل، وكذلك لو زجره بعد الاسلام فانزجر لزجره، ولو كان مسلما حالة الارسال فصار مرتدا حالة الاخذ يحل لان المعتبر وقت الارسال والرمي لا حالة الاخذ لان الارسال والرمي فعل الذكاة بمنزله الذبح فيعتبر إسلامه وتمجسه وردته عند الذبح لا عند زهوق الروح فكذا هنا يعتبر إسلامه وكفره وقت الارسال والرمي لا بعده. وفي النوادر: ولو ضرب الكلب الصيد فرقده ثم ضربه ثانية فقتله أكل. وكذا لو أرسل كلبين فضر به أحدهما فرقده ثم ضربه الآخر فقتله أكل، وكذا لو أرسل رجلان كل واحد كلبه فرقده أحدهما وقتله الآخر فإنه يؤكل والصيد لصاحب الاول لان جرح الكلب بعد الجرح فصار كأن القتل حصل بفعل واحد إلا أن الاول لما أخرجه من أن يكون صيدا صار ملكا لصاحبه فلا يزيل ملكه الثاني. وفي الاصل: ومن شرائط الارسال أن يكون المرسل محرما وأن لا يموت في الحرم حتى لا يجوز أكل صيد الحرم ولا ما اصطاده الحلال في الحرم وذكر زجر المجوسي ليفيد زجر المحرم لانه أولى. قال في الذخيرة: الحلال إذا أرسل كلبه على الصيد فزجره المحرم فانزجر حل أكله. وفي السراجية: إن على المحرم الجزاء والله أعلم. قال رحمه الله: (وإن لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجرحل) وهذا استحسان. والقياس أن لا يحل لان الارسال جعل ذكاة عند الاضطرار للضرورة فإذا لم يوجد الارسال انعدم الذكاة حقيقة وحكما ولا يحل والزجر بناء عليه ولا يعتبر على ما بينا. ووجه الاستحسان أن الزجر عند عدم الارسال يجعل إرسالا لان انزجاره عقيب زجره دليل طاعته فيجب اعتباره فيحل إذ ليس في اعتباره إبطال السبب بخلاف الفصل الاول، ولا يقال الزجر دون الانفلات لانه بناء عليه فلا يرتفع الانفلات فصار مثل الفصل الاول. والجامع أن الزاجر فيهما بناء على الاول لانا نقول: الزجر إن كان دون الانفلات من

هذا الوجه فهو فوقه من وجه آخر من حيث إنه فعل المكلف واستويا فنسخ الانفلات لان آخر المثلين يصح ناسخا للاول كما في نسخ الاحكام بخلاف الفصل الاول لان الزجر لا ينافي الارسال بوجه من الوجوه لان كل واحد منهما فعل المكلف، والزجر بناء على الارسال فكان دونه من كل وجه فلا يرتفع به، والبازي كالكلب فيما ذكرنا. ولو أرسل كلبه المعلم على صيد معين فأخذ غيره وهو على سننه حل. وقال مالك رحمه الله تعالى: لا يحل أخذه بغير إرسال إذا الارسال يختص بالمشاور والتسمية وقعت عليه فلا تحول إلى غيره فصار كما

***

[٤١٦]

[وإن رمى وسمى وجرح أكل وإن أدركه حيا ذكاه وإن لم يذكه حرم وإن وقع سهم] لو أضجع شاة وسمى عليها وخلاها فذبح غيرها بتلك التسمية. وقال ابن أبي ليلى: يتعين الصيد بالعيين مثل قول مالك حتى لا يحل غيره بذلك الارسال. ولو أرسل من غير تعيين يحل ما أصابه خلافا لمالك، وهذ ابناء على أن التعيين شرط عند مالك، وعنده ليس بشرط ولكن إذا عين يتعين، وعندنا التعيين ليس بشرط ولا يتعين بالتعيين لان شرط ما يقدر عليه المكلف أن لا يكلف ما لا يقدر عليه والذي في وسعه إيجاد الارسال دون التعيين لانه لا يمكنه أن يعلم البازي والكلب على وجه لا يأخذ إلا ما عينه له، ولان التعيين غير مقيد في حقه ولا في الكلب فإن الصيود كلها فيما يرجع إلى مقصوده سواء، وكذا في حق الكلب لان قصده أخذ كل صيد تمكن من صيده بخلاف ما استشهد به مالك لان التعيين في الشاة ممكن، وكذا غرضه متعلق بمعين فتعلق التسمية هنا بالضجع بالذبح وفيما نحن فيه بالآلة. ومن أرسل فهدا فكمن حتى يتمكن من الصيد ثم أخذ الصيد فقتله لان ذلك عادة له يحتال لاخذه لاستراحته فلا ينقطع به فور الارسال وكيف ينقطع وقصد صاحبه يتحقق بذلك وعد ذلك منه في الخصال الحميدة. قال الحلواني: للفهد خصال حميدة فينبغي لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه منها: أن يكمن للصيد حتى يتمكن منه وهكذا ينبغي للعاقل أن لا يجاهر عدوه بالخلاف ولكن يطلب الفرصة حتى يتمكن منه فيحصل مقصودة من غير إتعاب نفسه. ومنها أنه لا يعدو خلف صاحبه حتى يريه خلفه وهو يقول هو المحتاج إلي فلا أذل وهكذا ينبغي للعاقل أن لا يذل نفسه فيما يفعل لغيره. ومنها أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه إذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا ينبغي للعاقل أن يتعظ بغيره كما قيل السعيد من اتعظ بغيره. ومنها أن لا يتناول الخبيث من اللحم وإنما يطلب من صاحبه اللحم الطيب وهكذا ينبغي للعاقل أن لا يتناول إلا الطيب. ومنها أن يثب أثلاثا أو خمسا فإن لم يتمكن من أخذه تركه ويقول لا أقتل نفسي فيما أعمل لغيري وهكذا ينبغي للعاقل. وكذا الكلب إذا اعتاد الاختفاء لا ينقطع فور الارسال لما بينا في الفهد وينقطع الارسال بمكثه طويلا إذا لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وإنما هو استراحة بخلاف ما تقدم. ولو أرسل بازه المعلم على صيد فوقع على شئ ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله يؤكل إذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وإنما مكث ساعة طويلة للتمكن، ولو أن بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا يدري أرسله إنسان أو لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه، ولكن إن كان مرسلا فهو مال الغير فلا يجوز تناوله إلا بإذن صاحبه. قال رحمه الله: (وإن رمى وسمى وجرح أكل) لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية فتقديم الاول ظاهر يعني إذا رمى آلة جارحة وسمى إلى صيد فأصابه وجرحه يؤكل إذا جرح لقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله تعالى

***

[٤١٧]

عليه فإن وجدته قد قتل فكل إلا أن تجده قد وقع في ماء فإنه لا تدري الماء قتله أو سهمك (١) رواه البخاري ومسلم وأحمد رحمهم الله تعالى. وشرط لما روي عن ابراهيم عن عدي بن حاتم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا رميت فسميت فخرحت فكل وإن لم تخرق فلا تأكل من المعراض إلا ما ذكيت، ولا تأكل من البندقة إلا ما ذكيت (٢) رواه أحمد. ولا فرق في ذلك بين أن يصيب المرمى بنفسه أو غيره من الصيد كما في إرسال الكلب على ما بينا. وفي إطلاق قوله في المختصر فإن رمى وسمى وجرح أكل إشارة إليه حيث لم يعني المرمى ولا المصاب حتى يدخل تحته ما إذا سمع حسا وظنه صيدا فرماه فأصاب صيدا غير ما سمع حسه ثم تبين أنه حس صيد يحل أكله، سواء كان الصيد المسموع حسه مأكولا أو غيره بعد أن كان المصاب مأكولا لانه وقع اصطيادا مع قصده

ذلك. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه خص من ذلك الخنزير لغلظ حرمته ألا ترى أنه لا تثبت الاباحة فيه في شئ منه بخلاف السباع لانه يورث في جلده. وزفر رحمه الله تعالى خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الاصطياد لا يفيد الاباحة فيه. ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فيكون داخلا تحت قوله تعالى * (وإذا حللتم فاصطادوا) * (المائدة: ٢) فكان اصطياده مباحا وإباحة التناول ترجع إلى المحل فتثبت بقدر ما يقبلها لحما أو جلدا، وقد لا تثبت بالكلية إذا لم يقبلها المحل، وإذا وقع اصطيادا صار كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره وأن تبين أنه حس جراد أو سمك ذكر في النهاية معزيا إلى المعنى أن المصاب لا يؤكل لان الذكاة لا تقع عليهما فلا يكون الفعل ذكاة، وأورد على صاحب الهداية أنه حس صيد يحتاج في حل أكله إلى الذبح أو الجرح. وقال صاحب الهداية في آخر هذه المسألة: ولو رمى إلى سمك أو جراد وأصاب صيدا يحل في رواية عن أبي يوسف لانه صيد، وفي رواية أخرى عنه أنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما فكان يمكنه أن يخرج ما ذكره صاحب الهداية على رواية الحل فلا يرد عليه ما أورده، ولا يحتاج إلى زيادة ذلك القيد الذي ذكره. وفي فتاوي قاضيخان: لو رمى إلى جراد أو سمك وترك التسمية فأصاب طائرا أو صيدا آخر فقتله حل أكله، وعن أبي يوسف روايتان، والصحيح أنه يؤكل وهذا أوضح من الكل فلا يرد عليه أصلا. وإن تبين أن المسموع حسه آدمي أو حيوان أهلي أو ظبي مستأنس أو موثق لا يحل المصاب لان الفعل لم يقع اصطيادا ولا يقوم مقام الذكاة. ولو رمى إلى الطائر فأصاب غيره من الصيود أو فر الطائر ولا يدري أهو وحشي أم لا حل المصاب لان الظاهر فيه التوحش بخلاف ما لو رمى إلى بعير فأصاب صيدا ولا يدري أهو ناد أم لا حيث لا يحل المصاب لان الاصل فيه الاستئناس فيحكم على كل واحد

***

[٤١٨]

[بصيد فتحامل وغاب وهو في طلبه حل وإن قعد عن طلبه ثم أصابة ميتا لا ولو رمى] منهما بظاهر حاله. ولو أصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فتبين أنه صيد حل لانه لا عبرة بظنه مع تعينه صيدا، ذكره في الهداية. وقال في المنتقى: إذا سمع حسابا بالليل فظن أنه إنسان أو دابة أو حية فرماه فإذا ذاك الذي سمع حسه صيد فأصاب سهمه ذلك الصيد الذي سمع حسه أو أصاب صيدا آخر فقتله لا يؤكل لانه رماه وهو لا يدري الصيد ثم قال: ولا يحل الصيد إلا بوجهين: أن يرميه وهو يريد الصيد وأن يكون الذي أراد وسمع حسه ورمى إليه صيدا، سواء كان مما يؤكل أو لا، وهذا يناقض بما ذكره في الهداية وهذا أوجه لان الرمي إلى الآدمي ونحوه ليس باصطياد فلا يمكن اعتباره. ولو أصاب صيدا، وما ذكره صاحب الهداية يناقض ما ذكره هو بنفسه أيضا من قوله وإن تبين أنه حس آدمي لا يحل المصاب وعلى اقتضاء ما ذكره هناك أنه يحل لان المصاب صيد كما في هذه المسألة بل أولى لان مقصوده فيها صيد. وفرق بينهما في النهاية بفرق غير مخلص فلا حاجة إلى ذكره. وقال فيه: ولو رمى إلى آدمي أو بقر ونحوه وسمى فأصاب صيدا مأكولا لا رواية لهذا في الاصل، ولابي يوسف رحمه الله تعالى فيه قولان: في قول يحل، وفي قول لا يحل. فيحمل ما ذكره صاحب الهداية على رواية أبي يوسف فيه فيستقيم ولا حاجة إلى الفرق، ولو لم يتبين صاحب الحس ما هو لا يحل تناول ما أصابه لاحتمال أن يكون المسموع حسه غير صيد فلا يحل المصاب بالشك. والبازي والفهد في جميع ما ذكرنا كالكلب. قال رحمه الله: (وإن أدركه حيا ذكاه وإن لم يذكه حرم) لما روينا وبينا في الكلب من المعنى لان كل واحد منهما ذكاة اضطرارا فيكون الوارد في أحدهما واردا في الآخر دلالة لاستوائهما من كل وجه. قال رحمه الله: (وإن وقع سهم بصيد فتحامل وغاب وهو في طلبه حل وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لا) يعني يحرم أكله لقوله عليه الصلاة والسلام لابي ثعلبة إذا رميت سهمك فغاب ثلاثة أيام وأدركته فكله ما لم ينتن (١) رواه مسلم وأحمد وأبو داود والنسائي. وورد أنه عليه الصلاة والسلام كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي وقال: لعل هوام الارض قتلته. فيحمل هذا على ما إذا قعد عن طلبه. والاول على ما إذا لم يقعد، ولانه يحتمل أن يموت بسبب آخر فيعبر فيما يمكن التحرز عنه لان الموهوم في المحرمات كالمتحقق وسقط اعتباره فيما لا يمكن التحرز عنه للضرورة لان الاعتبار فيه يؤدي إلى سد باب الاصطياد، وهذا لان الاصطياد يكون في الصحراء بين الاشجار عادة ولا يمكنه أن يقتله في موضعه من غير انتقال وتوار عن عينه غالبا فيعذر ما لم يقعد عن طلبه للضرورة لعدم إمكان التحرز عنه، ولا يعذر فيما إذا قعد عن طلبه لان الاحتراز عن مثله ممكن فلا

***

[٤١٩]

ضرورة إليه فيحرم وهو القياس في الكل إلا أنا تركناه للضرورة فما لا يمكن التحرز عنه وبقي على الاصل فيما يمكن. وجعل قاضيخان في فتاواه من شروط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره وقالا: لان الغالب إذا غاب الصيد عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما: كل ما أصميت ودع ما أنميت، والاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك. وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتواري وإن لم يقعد عن طلبه وإليه أشار صاحب الهداية أيضا بقوله: والذي رويناه حجة على مالك رحمه الله تعالى في قوله إن ما توارى عنه إذا لم يبت ليلة لا يحل عندنا وإن لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضا لقوله في أول المسألة وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتا أكل، وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل فبنى الامر على الطلب وعدمه لا على التواري وعدمه، وعلى هذا التركيب فقهاء أصحابنا رحمهم الله تعالى. ولو حمل ما ذكره على ما إذا قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يتناقض ولكنه خلاف الظاهر، وما رويناه من الحديث يبيح ما غاب عنه وبات ليالي فيكون حجة على من منع ذلك. قال الزيلعي في شرح الكنز: وجعل قاضيخان في فتاواه من شروط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال: لانه إذا غاب عن بصره بما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما: كل ما أصميت ودع ما أنميت والاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك. وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتواري وإن لم يقعد عن طلبه ا ه. أقول: ليس الامر كما زعمه الزيلعي فإن الامام قاضيخان لم يجعل في فتاواه من شرط حل الصيد عدم التوأري عن بصره وعدم القعود عن طلبه حيث قال: والسابع يعني الشرط السابع أن لا يتوارى عن بصره ولا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لانه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما: كل ما أصميت ودع ما أنميت والاصماء ما رأيت والانماء ما توارى عنك ا ه. ولا شك أن قوله والسابع أن لا يتوارى عن بصره ولا يقعد عن طلبه نص على أن الصيد لا يحرم بمجرد التواري عن بصره والقعود عن طلبه معا. وأما قوله لانه إذا غاب عن بصره وقعد عن طلبه بقرينة سياق كلامه، وأما إذا لم يقعد عن طلبه فيعذر فيه للضرورة لعدم إمكان التحرز عن تواري الصيد عن بصر الرامي فكان في اعتبار عدم التواري مطلقا حرج عظيم وهو مدفوع بالنص، وقد أشار إليه المصنف بقوله: إلا أنا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن قرار يكون بسبب عمله. وذكر في الشروح والكافي أنه صلى الله عليه وسلم مر بالروحاء على حمار وحشي عقير فتبادر أصحابه إليه فقال صلى الله عليه وسلم: دعوه فسيأتي صاحبه، فجاء رجل فقال: هذه رميتي وأنا في طلبها وقد جعلتها لك فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر رضي الله تعالى عنه فقسمها بين الرفاق. وإن

***

[٤٢٠]

[صيدا فوقع في ماء أو على سطح أو جبل ثم تردى منه إلى الارض حرم وإن وقع على] وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لقوله عليه الصلاة والسلام لعدي: إذا رميت بسهمك فاذكر اسم الله عليه فإن غاب عنك يوما لم تجد فيه إلا أثر سهمك فكل إن شئت، وإن وجدته غريقا في الماء فلا تأكل. رواه مسلم والنسائي. وفي رواية أنه عليه الصلاة والسلام قال: إذا وجدت سهمك ولم تجد فيه أثر غيره وعلمت أن سهمك قتله فكله. رواه أحمد والنسائي. وفي رواية أن عليا رضي الله تعالى عنه قال قلت: يا رسول الله أرمي في الصيد فأجد فيه سهمي من الغد قال: إذ علمت أن سهمك قتله ولم تر فيه أثر سبع فكل. رواه الترمذي وصححه. ولانه محتمل تحققت فيه الامارة فيجوز بخلاف ما إذا كان بلا أمارة على ما بينا. وحكم إرسال الكلب والبازي في جميع ما ذكرنا من الاحكام كالرمي. قال رحمه الله: (ولو رمى صيدا فوقع في ماء أو على سطح أو جبل ثم تردى منه إلى الارض حرم) لقوله تعالى * (والمتردية) * (المائدة: ٣) ولما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدي إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله تعالى عليه، فإن وجدته قتل فكل إلا أن تجده قد وقع في ماء فإنك لا تدري الماء قتلته أو سهمك. رواه البخاري ومسلم وأحمد. ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدي إذا رميت سهمك فكل وإذا وقع في الماء فلا تأكل رواه البخاري وأحمد. ولانه احتمل موته بغيره لان هذه الاشياء مهلكة ويمكن الاحتراز عنها فتحرم بخلاف ما إذا كان لا يمكن التحرز عنه فهذا هو الحكم في المحتمل في هذا الباب، وهذا فيما إذا كان فيه حياة مستقرة يحرم

بالاتفاق لان موته يضاف إلى غير الرمي، وإن كانت حياته دون ذلك فهو على هذا الاختلاف الذي مر ذكره في إرسال الكلب. ولو رمى إلى الصيد فأمال الريح السهم يمينا أو يسارا أو عدل عن سننه وأصاب صيدا لم يؤكل لان حكم الرمي قد انقطع بالعدول. وعن أبي يوسف أن حكم الرمي لا يقطع بالتغيير عن سننه، ولو أصاب السهم حائطا أو صخرة فرجع للصيد وقتله لم يؤكل، ولو حدد عودا وطوله كالسهم ورمى به فأصاب بحده وخرق يؤكل وإلا فلا. ولو رمى إلى صيد سهما فأصاب سهما موضوعا فرفعه فأصاب صيدا فقتله بخرق وجرح يؤكل لان المرفوع إنما ارتفع بقوة السهم الاول فيكون نفوذه بواسطة الاول ألا ترى أنه لو أصاب آدميا وقتله يجب القصاص على الرامي. ولو رمى بمعراض أو حجر أو بندقة وأصاب سهما ورفعه وأصاب السهم الصيد فقتله حل، لو رمى سهما فعدل به الريح عن سننه يمينا أو يسارا أو أصاب حائطا فعدل عن سننه ثم استقام ومر على سننه فأصاب الصيد وجرحه فلا بأس به، ولا عبرة بهذه الزيادة بعد الاستقامة على سننه، كذا في المحيط. وفي الذخيرة: ولو أن الريح أمالته يمينا أو يسارا أو أماما فردته عن سننه لا إلى ورائه لم يكن بأكله بأس، وإذا رمى مسلم صيدا بسهم وسمى ثم رمى مجوسي فأصاب سهمه سهم المسلم فانحرف يمنة ويسرة إلا أنه في سننه ذلك وأصاب الصيد وقتله فالصيد للمسلم، ولكن لا ينبغي أن يأكله. ولو رمى

***

[٤٢١]

[الارض ابتداء حل وما قتله المعراض بعرضه أو البندقة حرم وإن رمى صيدا فقطع] حلال سهما إلى صيد ثم رمى محرم فأصاب سهم المحرم سهم الحلال وزاد في قوته حتى أصاب الصيد فإنه لا يحل أكله. وإرسال البازي كإرسال الكلب. ولو رمى رجل صيدا بسهم وسمى ثم إن رجلا آخر رمى ذلك الصيد بسهم فسمى فأصاب سهم الثاني الاول وأمضاه حتى أصاب الصيد وجرحه وقتله فالمسألة على وجهين: إن كان السهم الاول بحال يعلم أنه يبلغ الصيد بدون السهم الثاني إلا أن الثاني زاد في قوته فالصيد للاول، ولم يذكر في الكتاب ما إذا كان لا يدري بأن الاول هل يبلغ الصيد لو لا الثاني. قال مشايخنا: وينبغي أن يكون الصيد للاول ويحل تناول هذا الصيد على كل حال. ولو كان الرامي الثاني مجوسيا فأصاب سهمه سهم المسلم فإن علم أن سهم المسلم لا يصيب الصيد لولا سهم المجوسي فالصيد للمجوسي ولا يحل تناوله، ولو علم أن سهم المسلم يصيب الصيد إلا أن سهم المجوسي زاد في قوته فالصيد للمسلم ويحل تناوله قياسا ولا يحل استحسانا. ولو أن قوما من المجوى رموا سهامهم فأقبل الصيد نحو مسلم فارا من سهامهم فرماه المسلم وسمى فأصابه سهم المسلم وقتله فالمسألة على وجهين: إن كان سهم المجوسي وقع على الارض حتى رماه المسلم لم يحل أكله إلا أن يدركه المسلم ويذكيه فحينئذ يحل لانهم أعانوه على الرمي دون حقيقة الذكاة ولم يعتبر بالرمي مع وجود حقيقة الذكاة، وإن وقعت سهام المجوسي على الارض ثم رماه المسلم بعد ذلك وباقي المسألة بحالها حل أكله. وكذلك المجوس إن أرسلوا كلابهم إلى صيد فأقبل الصيد هاربا فرماه المسلم فقتله أو أرسل كلبه إليه فأصابه الكلب فقتله إن كان رمي المسلم أو إرساله الكلب بعد رجوع كلاب المجوسي يحل، وإن كان حال اتباع كلابهم لا يحل. وكذا لو أرسل المجوسي صقرا له أو بازيا له فهوى الصيد إلى الارض هاربا فرماه المسلم فقتله، فإن كان رمي المسلم وإرساله حال اتباع صقر المجوسي وبازيه لا يحل، وإن كان بعد الرجوع حل. وكذا لو اتبع الصيد كلب غير معلم فأقبل الصيد فارا منه فرماه المسلم بسهم فهو على التفصيل الذي قلنا. قال رحمه الله: (وإن وقع على الارض ابتداء حل) لانه لا يمكنه التحرز عنه فسقط اعتباره لئلا ينسد بابه على ما بيناه بخلاف ما إذا أمكن التحرز عنه لان اعتباره لا يؤدي إلى سد بابه وإلى اعتباره لا يؤدي إلى الجرح فأمكن ترجيح المحرم عند التعارض على ما هو الاصل في الشرع. ولو وقع على حبل أو سطح أو آجرة موضوعة فاستقر ولم يترد حل لان وقوعه على هذه الاشياء كوقوعه على الارض ابتداء، ولانه لا يمكن الاحتراز عنه فسقط اعتباره بخلاف ما إذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الارض أو رماه وهو على جبل فتردي منه إلى الارض أو رماه فوقع على رمح منصوب أو قصبة قائمة أو على حرف آجرة حيث يحرم لاحتمال أن أحد هذه الاشياء قتله بحده أو بترديته وهو ممكن الاحتراز عنه. وقال في المنتقي: لو رمى صيدا فوقع عى صخرة فانفلق رأسه أو انشق بطنه لم يؤكل

***

[٤٢٢]

[عضوا منه أكل الصيد لا العضو وإن قطعة ثلا ثا والاكثر مما يلي العجز أكل كله وحرم] لاحتمال موته بسبب آخر. قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله تعالى وهذا خلاف إطلاق الجواب المذكور في الاصل فيما عدا هذا المفسر لان حصول الموت بانفلاق الرأس وانشقاق البطن ظاهر وبالرمي موهوم فيتردد فالظاهر أولى بالاعتبار من الموهوم فيحرم بخلاف ما إذا لم ينشق ولم ينفلق لان موته بالرمي هو الظاهر فلا يحرم، ولا يحمل إطلاق الجواب في الاصل عليه، وحمل السرخسي ما ذكر في المنتقى على ما إذا أصابه حد الصخرة فانشق كذلك، وحمل المذكور في الاصل على أنه إذا لم يصبه من الصخرة إلا ما يصيبه من الارض أو وقع عليه فحمل كذلك فكلا التأويلين صحيح ومعناهما واحد لان كلا منهما يحمل ما ذكره في الاصل على ما إذا مات بالرمي، وما ذكره في المنتقى على ما إذا مات بغيره، وفي لفظ المنتقي إشارة إليه ألا ترى أنه قال لاحتمال الموت بسبب آخر أي غير الرمي وهذا يرجع إلى اختلاف اللفظ دون المعنى ولا يبالى به. وإن كان الطير المرمي مائيا فإن لم تنغمس الجراحة في الماء أكل، وإن انغمست لا تؤكل لاحتمال الموت به دون الرمي لانه يشرب الجرح الماء فيسبب زيادة الالم فصار كما إذا أصابه السهم. قال رحمه الله: (وما قتله المعراض بعرضه أو البندقة حرم) لما رويناه من حديث ابراهيم، ولما روي أن عدي بن حاتم قال للنبي صلى الله عليه وسلم: إني أرمي الصيد بالمعراض فأصيب فقال: إذا رميت بالمعراض فخزقت فكله وإن أصابه بعرضه فلا تأكله. رواه البخاري ومسلم وأحمد. ولما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهي عن الحذف وقال: إنها لا تصيد ولكنها تكسر العظم وتفقأ العين. رواه البخاري ومسلم وأحمد. ولان الجرح لا بد منه لما بينا من قبل والبندقة لا تجرح، وكذا عرض المعراض والمعراض سهم لا ريش ولا نصل له وإنما هو حديد الرأس سمي الحديد معراضا لانه يذهب معترضا وتارة يصيب بعرضه وتارة يصيب بحده. وإن رماه بالسكين أو السيف فإن أصابه بحده أكل وإلا فلا، وإن رماه بحجر فإن كان ثقيلا لا يؤكل. إن جرح لاحتمال أنه قتله بثقله، وإن كان الحجر خفيفا وله حد وجرح لتيقن الموت بالحجر حينئذ. ولو جعل الحجر طويلا كالسهم وهو خفيف وبه حده ورمى به صيدا فإن جرح حل لقتله بجرحه، ولو رماه بمروة حديدة فلم يبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا، وكذا إذا رماه بها فقطع أوداجه وأبان رأسه لان العروق قد تنقطع بالثقل فيقع الشك، ويحتمل أنه مات قبل قطع الاوداج. ولو رماه بعود مثل العصا ونحوه لا يحل لانه قتله ثقلا لا جرحا إلا إذا كان له حد بضع بضعا فيكون كالسيف والرمح. والاصل في جنس هذه المسائل أن الموت إذا حصل بالجرح يتعين حل، وإن حصل بالثقل أو شك فيه فلا يحل حتما أو احتياطا. وإن جرحه فمات كان الجرح مدميا حل بالاتفاق، وإن كان غير مدم اختلفوا فيه، قيل لا يحل لانعدام معنى الذكاة وهو إخراج الدم النجس وشرط النبي صلى الله عليه وسلم إخراج

***

[٤٢٣]

[صيد المجوسي والوثني والمرتد وإن رمي صيدا فلم يثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للثاني] الدم بقوله انهرم الدم بما شئت (١) رواه أحمد وأبو داود وغيرهما. وقيل يحل لاتيانه ما في وسعه وهو الجرح وإخراج الدم ليس من وسعه فلا يكون مكلفا به لان الدم قد يحتبس بقتله أو لضيق المنفذ بين العروق وقد قدمنا. وإن ذبح الشاة ولم يخرج منها الدم قيل يحل أكلها، وقيل لا يحل، فالاول قولابي بكر الاسكاف، والثاني قول اسمعيل الصفار، ووجه القولين دخل فيما ذكرنا. وإن أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه فإن أدماه حل وإلا فلا، وهذا يؤيد قول من يشترط خروج الدم. قال رحمه الله: (وإن رمى صيدا فقطع عضوا منه أكل الصيد لا العضو) وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه: أكل إن مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل كالمبان بذكاة الاختيار بخلاف ما إذا لم يمت ما أبين بالذكاة. ولنا قوله عليه الصلا والسلام ما قطع من بهيمة وهي حية فما قطع منها فهو ميتة رواه ابن ماجه. ذكر الحي مطلقا فينصرف إلى الحي حقيقة وحكما العضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحياة فيه، وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبر هذا القدر من الحياة حتى لو وقع في الماء وفيه هذا القدر من الحياة يحرم بخلاف ما إذا أبين بذكاة الاختيار لان المبان منه ميت حكما ألا ترى أنه لو وقع في هذه الحالة في الماء أو تردى من الجبل لا يحرم لان موته قد حصل بالابانة حكما فلا يضاف إلى غيره، وإن كان حصل بذلك حقيقة أقول: المقدمة القائلة إن المطلق ينصرف إلى الكامل شائعة في ألسنة الفقهاء وكتب أصحابنا لكنها مخالفة في الظاهر لما تقرر في أصول أئمتنا من أن المطلق يجري على اطلاقه كما أن المقيد يجري على تقييده فتأمل في التوفيق.

وفي الاصل: رجل أرسل كلبه على صيد فأخطأ ثم عرض له صيد آخر فقتله يؤكل، وإن فاته الصيد فرجع وعرض له صيد آخر في رجوعه فقتله لا يؤكل. وقوله أبين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم تقع ذاكة لقيام الحياة في الثاني حقيقة وحكما على ما بينا، وإنما تقع ذكاة عند موته وفي ذلك الوقت لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه لزواله بالانفصال فصار الاصل فيه أن المبان من الحي حقيقة وحكما لا يجوز والمبان من الحي صورة لا حكما بدليل ما ذكرنا من الاحكام من أنه لا يؤثر فيه وقوعه في النهر في هذه الحالة يحل أكله في هذه الحالة وإن كان يكره لما فيها من زيادة الايلام بقطع لحمه ولا كذلك المبان منه بالاصطياد لانه حي حقيقة وحكما حتى لا يثبت له شئ من هذه الاحكام. قال رحمه الله: (وإن قطعه أثلاثا والاكثر مما يلي العجز أكل كله) لان المبان منه حي صورة لا حكما، إذ لا يتوهم سلامته وبقاؤه حيا بعد هذه الجراحة فوقع ذكاة في الحال فحل

***

[٤٢٤]

[وحل وإن أثخنه فللاول وحرم وضمن الثاني للاول قيمته غير ما نقصته جراحته] أكله كما إذا أبين رأسه في الذكاة الاختيارية، وكذا إذا قد نصفين ما ذكرنا بخلاف ما إذا قطع يدا أو رجلا أو فخذا أو ثلثه مما يلي القوائم أو أقل من نصف الرأس حيث يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة في الباقي، وإن ضرب عنق شاة فأبان رأسها تحل لقطع الاوداج ويكره لما فيه من زيادة الالم بإبلاغه النخاع، وإن ضربها من قبل القفا إن ماتت قبل قطع الاوداج لا تحل، وإن لم تمت حتى قطع الاوداج حلت. ولو ضرب صيدا فقطع يده أو رجله ولم ينفصل حتى مات إن كان يتوهم التئامه واندماله حل أكله لانه بمنزلة سائر أجزائه، وإن كان لا يتوهم بأن يبقى معلقا بجلده حل ما سواه دونه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني. قال رحمه الله: (وحرم صيد المجوسي والوثني والمرتد) لانهم ليسوا من أهل الذكاة حالة الاختيار فكذا حالة الاضطرار وكذا المحرم لانه ليس من أهل ذكاة الاختيار في حق الصيد فلا يكون من أهل ذكاة الاضطرار فيه ويؤكل صيد الكتابي لانه من أهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا. قال رحمه الله: (وإن رمى صيدا فلم يثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للثاني وحل) لانه هو الآخذ له وقال عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه وإنما حل لانه لما لم يخرج بالاول من حيز الامتناع كان ذكاته ذكاة الاضطرار وهو الجرح في أي موضع كان وقد وجد. قال رحمه الله: (وإن أثخنه فللاول وحرم) لانه لما أثخنه الاول قد خرج من حيز الامتناع صار قادرا على ذكاته الاختيارية فوجب عليه ذكاته لما روينا ولم يذكه وصار الثاني قاتلا له فيحرم وهو لو ترك ذكاته مع القدرة عليه يحرم فبالقتل أولى أن يحرم بخلاف الوجه الاول. وهذا إذا كان بحال يسلم من الاول لان موته يضاف إلى الثاني، أما إذا كان الرمي الاول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى من المذبوح كما إذا أبان رأسه يحل لان موته لا يضاف إلى الرمي الثاني فلا اعتبار لوجوده لكونه ميتا حكما، ولهذا لو وقع في الماء في هذه الحالة لا يحرم كوقوعه بعد موته، ولو كان الرمي الاول بحال لا يعيش به الصيد لكن حياته فوق حياة المذبوح بأن كان يبقى يوما أو دونه فعند أبي يوسف لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحياة لا يعتبر عنده، وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحياة يعتبر عنده فصار حكمه كحكم ما إذا كان الاول يسلم منه فلا يحل. قال رحمه الله: (وضمن الثاني للاول قيمته غير ما نقصته جراحته) أي ضمن جميع قيمة الصيد غير ما نقصته جراحته الاولى لانه أتلف صيدا مملوكا للغير لانه ملكه بالاثخان فيلزم قيمة ما أتلفه وقيمته وقت إتلافه كان ناقصا بجراحة الاول فيلزم ذلك لان قيمة الملتف تعتبر وقت الاتلاف فصار كما لو أتلف عبدا مريضا أو شاة مجروحة فإنه يلزمه قيمته متقوما بالمرض أو الجرح. وقال صاحب الهداية وغيره: تأويله إذا علم أن القتل حصل بالثاني، فإن كان الاول بحال يسلم منه والثاني بحال لا يسلم منه ليكون القتل كله مضافا إلى الثاني وقد قتل حيوانا

***

[٤٢٥]

كالاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كاملا، وإن علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري قال صاحب الهداية قال في الزيادات: يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمته لحما. أما الاول وهو ما نقصته جراحته فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصته فيضمنه أولا، وأما الثاني وهو ضمان نصف قيمته حيا فلان الموت حصل

بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا لجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه يعني الجراحة الاولى ما كانت بصنع الثاني فلا يضمنها، والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانية أي الجراحة الثانية ومراده ما نقص بجراحته ضمنها مرة وهو ما ضمنه من النقصان بجراحته أولا. وأما الثالث وهو ضمان نصف اللحم فلان بالرمية الاولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن نصف القيمة لآخر لانه ضمنه من حيث ضمن نصف قيمته حيا فدخل ضمان اللحم. وهذا يوهم أن بين المسألتين فرقا أعني بين ما إذا حصل القتل بالثاني وحده أو بهما وليس كذلك، بل لا فرق بينهما لانه في الموضعين يضمن الثاني جميع قيمته غير ما نقصته جراحة الاول إلا أنه بين المسألة الاولى جميع الحاصل، وفي الثانية بين طريق الضمان، نقل ذلك عن قاضيخان أي عدم الفرق بين المسألتين، بيانه أن الرامي الاول إذا رمى صيدا يساوي عشرة فنقصه درهمين ثم رماه الثاني فنقصه درهمين ثم مات فعلى الطريق الاولى يضمن الثاني ثمانية ويسقط عنه من قيمته درهمان لان ذلك تلف بجرح الاول وهو المراد بقوله غير ما نقصته جراحته. وعلى الطريقة الثانية يضمن درهمين أولا لان ذلك القدر من النقصان حصل بفعله وهو المراد بقوله في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته بقي من قيمته ستة فيضمن نصفها وهو ثلاثة دراهم وهو المراد بقوله ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين يعني به نصف قيمته حيا. ثم إذا مات يضمن النصف الآخر بعد الموت وإن كان تفويت اللحم فيه موجودا بقتله لانه ضمن ذلك النصف حيا، فلو ضمنه بعد الموت كان يتكرر الضمان بأن يضمن قيمته حيا ثم يضمن قيمته لحما بعد الموت وهذا لا يجوز. وهذا إذا كانت حياته خفية بقدر المذبوح فلا يضمن الثاني ويوكل لان موته لا يضاف إلى الثاني ولهذا لو وقع في الماء في هذه الحالة لا يحرم وقد كرناه من قبل وعنه وقع الاحتراز بقوله فإن علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري. ولو رمياه معا فأصابه أحدهما قبل الآخر فأثخنه ثم أصابه الآخر أو رماه أحدهما أولا ثم رماه الثاني قبل أن يصيبه الاول أو بعد ما أصابه قبل أن يثخنه فأصابه الاول فأثخنه أو أثخنه ثم أصابه الثاني فقتله فهو للاول ويؤكل. وقال زفر: لا يحل أكله لانه حال إصابة الثاني غير ممتنع فلا يحل بذكاة الاضطرار فصار كما إذا رماه الثاني بعد ما أثخنه الاول. قلنا: عند رمي الثاني هو صيد ممتنع فوقع رميه ذكاة ولهذا تشترط التسمية عند الرمي فكذا الامتناع يعتبر

***

[٤٢٦]

[وحل اصطياد ما يؤ كل لحمه وما لا يؤكل] عنده إلا أن الملك يثبت للاول لان سهمه أخرجه عن حيز الامتناع فملكه به قبل أن يقتل بسهم الثاني، فحاصله أن المعتبر في حق الحل والضمان وقت الرمي لان الرمي إلى صيد مباح فلا ينعقد سببا لوجوب الضمان فلا ينقلب موجبا بعد ذلك وهو ذكاة فيحل المصاب لان الحل يحصل بفعله وفعله هو الرمي والارسال فيعتبر وقته، وفي حق الملك يعتبر وقت الاثخان لانه به يثبت الملك، وزفر يعتبر وقت الاثخان فيهما. ولو رمياه معا وأصاباه معا فمات منهما فهو بينهما لاستوائهما في السبب، والبازي والكلب في هذا كالسهم حتى يملكه بإثخانه، ولا يعتبر إمساكه بدون الاثخان حتى لو أرسل بازيه فأمسك الصيد بمخلبه ولم يثخنه وأرسل الآخر بازيه فقتل ذلك الصيد فإن الصيد الثاني وحل لان يد البازي الاول ليست يدا حافظة لتقام مقام يد المالك، أما القتل فهو إتلاف والبازي من أهل الاتلاف فينقل إلى صاحبه. ولو رمى سهما فأصاب الصيد فأثخنه ثم رماه ثانيا فقتله حرم لما بينا. قال رحمه الله: (وحل اصطياد ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل) لقوله تعالى * (وإذا حللتم فاصطادوا) * (المائدة، ٢) مطلقا من غير قيد بالمأكول إذا الصيد لا يختص بالمأكول. قال الشاعر: صيد الملوك أرانب وثعالب وإذا ركبت فصيدك الابطال ولان الاصطياد سبب الانتفاع بجلده أو ريشه أو شعره أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

***

[٤٢٧]

[كتاب الرهن] كتاب الراهن وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث إن كل واحد من الرهن والصيد سبب لتحصيل المال. والكلام في الرهن يقع في مواضع: الاول في معناه لغة. والثاني في دليله. والثالث في ركنه. والرابع في شرط لزومه. والخامس في شرط جوازه والسادس في حكمه. والسابع في سببه. والثامن في صفته. والتاسع في معناه عند الفقهاء. والعاشر في محاسنه. أما معناه لغة فهو عبارة عن الحبس بأي شئ كان. قال الله تعالى * (كل نفس بما سبت رهينة) * (المدثر: ٣٨) أي محبوسة بما كسبت من المعاصي. يقال رهنت الشئ وارتهنته والجمع رهن ورهون ورهان والرهن المرهون تسمية بالصدر. وأما دليله فقوله تعالى * (فرهان

مقبوضة) * (البقرة: ٢٨٣) أمر بأخذ الرهن وقبضه حال المداينة. وأما ركنه فهو الايجاب وهو قول الراهن رهنت عندك هذا الشئ بمالك علي من الدين أو خذه والقبول شرط له لان الرهن عقد تبرع لانه لم يستوجب الرهن بذاته شيئا والتبرع يتم بالايجاب من غير قبول حتى لو حلف لا يرهن فرهن ولم يقبل الآخر يحنث. وأما الرابع وهو شرط اللزوم وهو القبض. وأما الخامس وهو شرط الجواز فكونه مقسوما مفرزا فارغا عن الشغل بحق الغير، وأن يكون الرهن بحيث يمكن الاستيفاء منه كالدين حتى لا يصح الرهن بما ليس بمال كالحدود والقصاص والعتق. وأما حكمه فملك المرتهن المرهون في حق الحبس حتى يكون أحق بإمساكه إلى وقت ايفاء الدين في حال الحياة، وأما إذا مات الراهن فهو أحق به من سائر الغرماء فيستوفي منه دينه وما فضل فهو للغرماء. وأما سببه فهو الحاجة إليه لان الانسان قد لا يجد من لا يقرضه مجانا من غير رهن أو يصبر عليه بغير رهن. وأما صفته قال عامة العلماء بأن الرهن مضمون على المرتهن كما سيأتي بيانه. وأما التاسع وهو تفسيره شرعا فسيتكلم عليه المؤلف. وأما العاشر وهو محاسنه فهو فك عسرة الطلب عن الراهن ووثوق

***

[٤٢٨]

[هو حبس شئ بحث يمكن استيفاؤه منه كالدين ولزم بإيجاب وقبول ويتم بقبضه] قلب المرتهن بما يحصل ماله، ولو ارتهن على أنه إن ضاع بغير شئ وأجاز الرهن وبطل الشرط لانه تغيير لعقد موضوع بحكم مشروع وتبديل المشروع لا يجوز والمقبوض بحكم الرهن الفاسد مضمون. وذكر ابن سماعة عنأبي يوسف رحمهما الله تعالى لو رهن نصف دار وسلم الدار إلى المرتهن وهلكت لم يذهب من الدين شئ، وهكذا ذكر في نوادر هشام عن محمد رحمهما الله تعالى أنه في الرهن الفاسد لا يذهب بهلاكه الدين. وفي الجامع الكبير: لو اشترى مسلم خمرا ورهن بثمنه رهنا فضاع الرهن عنده لا يضمن لانه رهن باطل في الاول ينعقد فاسدا والله أعلم. وسيأتي له مزيد بيان عند قوله مضمون بأقل من قيمته. وفي الكبرى: لو شرط عليه أن يضمن الفضل عن الدين فالشرط باطل. قال رحمه الله: (هو حبس شئ بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين) وهذا حده في الشرع كذا قال الشارح وقال: قوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين لانه هو حق أمكن استيفاؤه ومن الدين لعدم تعيينه، وأما العين فلا يمكن استيفاؤها من الرهن ولا يجوز الرهن بها إذا كانت مضمونة بنفسها كالمغصوب والمهر ويدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد لان الموجب الاصلي فيها المثل أو القيمة ورد العين لا مخلص على ما عليه الجمهور ولهذا تصح الكفالة به والابراء عن قيمته. ويمتنع وجوب الذكاة عمن هو في يده وماله بقدر القيمة. ولو كان الواجب هو العين لما ثبتت هذه الاحكام. وعند البعض وإن كان الموجب الاصلي رد العين ورد القيمة مخلص فلا يجب الضمان إلا بعد الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته بالقبض فيكون رهنا لوجود سبب وجوبه فيصح كما هو في الكفالة بخلاف الاعيان الامانة ا ه. فإن قيل: هذا التعريف للرهن التام أو اللازم وإلا ففي انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض. أجيب بأن المراد أنه يتحقق بانعقاد معنى الرهن معنى جعل الشئ محبوسا بحق إلا أن الشارع جعل للعاقد الرجوع عنه ما لم يقبض المرتهن الرهن فقبل القبض يوجد معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك إلا بالقبض، والمأخوذ في التعريف المذكور في الكتاب للمرتهن إنما هو نفس الحبس لا لزومه فيصدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه أيضا. لو قال هو عقد يرد على معنى حبس العين بحق يمكن استيفاؤه منه لكان أولى. وقولنا على معنى حبس إلى آخره لان العقد لا يوجب حقيقة الحبس لانها بالقبض بل يوجب نفس الحبس، وقول الامام الزيلعي أن قوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين لانه هو الحق الممكن استيفاؤه من الرهن لعدم تعيينه. قلنا: المتبادر إليه من الكافي أنه يجوز الرهن بغير الدين أيضا كما ذكرت أمثاله. وقوله شئ صادق على ما لو عين ذلك أو لا. وعلى ما إذا كان على كل الدين أو بعضه، وعلى ما إذا قبض الدين أو لا. قال قاضيخان: رجل دفع إلى رجل ثوبين وقال خذ

***

[٤٢٩]

[محوزا مفرغا مميزا والتخلية فيه وفي البيع وله أن يرجع عن الرهن ما لم يقبضه] أيهما شئت بالمائة التي علي فأخذهما فضاعا في يده قال الثالث: لا يذهب من الدين شئ وجعله بمنزلة رجل عليه عشرون درهما يدفع المديون إلى الطالب مائة وقال خذ منها عشرين بدينك فضاعت المائة قبل أن يأخذ منها عشرين ضاعت من مال المديون والدين على حاله، ولو قال خذ أحدهما رهنا بدينك فأخذهما فضاعا في يده وقيمتهما سواء قال الثالث: يذهب نصف قيمة كل واحد منهما بالدين إن كان مثل الدين: رجل عليه مائة فأعطى الدائن ثوبا

وقال خذ هذا ببعض حقك فقبضه وهلك يهلك بقيمته قال أبو يوسف: لما شاء المرتهن أخذ الرهن ولم يدفع شيئا فضاع في يده. قال أبو يوسف: عليه قيمة الرهن أقرض آخر خمسين درهما فقال المقرض لا يكفيك هذا القدر ولكن أبعث لك ما يكفيك فبعث فدفع إليه فضاع في يده فعلى المرتهن الاقل من قيمة الرهن ومن الخمسين. واشتراط خيار الشرط ثلاث أيام في الرهن غير جائز في المرتهن لانه يملك فسخه من غير خيار الشرط فلا فائدة في اشتراطه، وللراهن جائز لانه يحتاج إلى الخيار فيه وهو في معنى البيع فيصح إثبات الخيار له فيه، كذا في الاصل. قال رحمه الله: (ولزم بإيجاب وقبول ويتم بقبضه محوزا مفرغا مميزا) وهذا سهو فإن الرهن لا يلزم بالايجاب والقبول لانه تبرع ولكنه ينعقد بهما ويتم بالقبض فيلزم به. قال في العناية: ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنت، والقبول وهو قول المرتهن قبلت، ثم علل بأنه عقد والعقد ينعقد بهما، لو أورد عليه بأن صاحب المحيط صرح بأنه عقد تبرع يتم بالايجاب فقط هو قول غالب المشايخ. وقال الامام مالك رضي الله تعالى عنه: يلزم بالايجاب والقبول كالبيع والاجارة. وقوله محوزا مفرغا مميزا احترز بالاول عن المشاع، وبالثاني عن المشغول، وبالثالث عن المتصل إذا قبضه كذلك، ثم هذا بيان الرهن بالقول وسنبين ما يصير رهنا بالفعل. قال رحمه الله: (والتخلية فيه وفي البيع قبض) قال الشارح: والصواب أن التخلية تسليم لانه عبارة عن رفع الموانع عن القبض وهو المسلم دون المتسلم والقبض فعل المتسلم لانه اكتفى بالتخلية لانه غاية ما يقدر عليه والقبض فعل لغيره فلا يكلف به وهو ظاهر الرواية، وعن الثاني أن في المنقول لا بد من النقل والاول أصح والقياس على الغصب باطل لان قبض الرهن مشروع فيشبه البيع فاكتفى بالتخلية والغصب ليس بمشروع فلا حاجة إلى ثبوت بدون قبض حقيقة وهو النقل ووضع اليد ولا يرد النقص بالصرف لانه لا بد فيه من القبض حقيقة لانه ورد على خلاف القياس. قال رحمه الله: (وله أن يرجع عن الرهن ما لم يقبضه المرتهن) لما ذكرنا أنه متبرع ولا لزوم على المتبرع ما لم يسلم بالكلية وفيه خلاف مالك. واختلفوا في القبض قال الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده: الرهن قبل القبض جائز غير لازم وإنما يصير لازما في حق الرهن بالقبض ا ه. وإنما يصير لازما في حق المرتهن بالدفع وقبض الراهن الدارهم فلو قال ولهما أن يرجعا ما لم يتقابضا

***

[٤٣٠]

[المرتهن وهو مضمون بأقل من قيمته ومن الدين فلو هلك وقيمته مثل الدين صار مستوفيا دينه وإن كان أكثر من دينه فالفضل أمانة وبقدر الدين صار مستوفيا دينه وإن] لكان أولى لانه في حكم الراهن والمرتهن ولا يقال قوله وله أن يرجع المفيد أن عقد الرهن تبرع في حق الراهن ينافيه ما نقل في المحيط وغيره: رهن عنده دابتين على مائة فدفع له دابة وقبض منه خمسين وطلب المرتهن الدابة الاخرى وامتنع من قرض الخمسين الباقية يجبر الراهن على قرض الخمسين لان الرهن لازم من جانب الراهن فما شرط عليه يجبر على دفعه غير لازم فلا يجبر على دفعه ا ه. لانا نقول: هو تبرع في حق الراهن قبل دفع شئ من الرهن فلا منافاة. ولم يتعرض المؤلف رحمه الله تعالى للراهن بالفعل وسنذكر ذلك تتميما للفائدة. قال في الذخيرة: من كان له دين على رجل فتقاضاه فلم يقضه فرفع العمامة على رأس المديون رهنا بدينه وأعطاه منديلا صغيرا يكفيه على رأسه وقال حضر ديني لاردها عليك فذهب الرجل وجاء بدينه بعد أيام وقد هلكت العمامة قال هلكت بالدين. وفي السراجية: إذا أخذ عمامة المديون بغير رضاه لتكون رهنا لم تكن رهنا بل غصبا. روى ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل اشترى من رجل جارية بألف درهم وأبى البائع أن يدفعها إليه حتى يقبض الثمن وقال المشتري لا أدفع لك الثمن حتى أقبضها فاتفقا على وضع الثمن على يد عدل حتى يقبض الثمن يدفعها إليه فوضع رهنا بالثمن فهلك هلك من مال البائع. وفي الفتاوي الكبرى: رهن عبدا بكر حنطة فمات العبد فظهر أن الكر ليس على الراهن فعلى المرتهن قبض كر دون العبد. وفي التتمة: رجل عليه ثمن عين اشتراها دنانير فدفع للبائع صرة فيها دنانير فقال خذ هذه الصرة حتى أنقد لك الثمن ثم هلكت تهلك من مال البائع قال قلت: تهلك هلاك الرهن أم هلاك الثمن؟ قال: هلاك الثمن، فإن ظهر أن دينه أجود لا يرجع بالجودة في قول الامام ومحمد حيث كانا في الوزن سواء. قال رحمه الله: (وهو مضمون بأقل من قيمته ومن الدين فلو هلك وقيمته مثل الدين صار مستوفيا دينه وإن كان أكثر من دينه فالفضل أمانة وبقدر الدين صار مستوفيا دينه وإن كان أقل صار مستوفيا بقدر دينه ويرجع المرتهن وبالفضل) وقال الامام الشافعي رضي الله تعالى عنه: الرهن كله أمانة فلا يسقط شئ من الدين بهلاكه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام للمرتهن

الذي هلك عنده الفرس ذهب حقه وقوله عليه الصلاة والسلام إذا هلك الرهن هلك الدين وأما معناه. وأجمع الصحابة والتابعون على ذلك وبيان الدليلين من الجانبين في المطولات. وفي الكافي: بيانه إذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن يسقط دينه، وإن كان قيمة الثوب خمسة يرجع المرتهن على الراهن بخمسة أخرى، وإن كانت قيمته خمسة عشر فالفضل أمانة عندنا. وفي الينابيع: الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين، وفائدة هذا تظهر في مسائل منها: إذا رهن عبدا بألف درهم وقيمته ألفان فأبق فرده رجل من
***
[٤٣١]
مسيرة ثلاثة أيام فإن الجعل على الراهن وعلى المرتهن نصفان لان العبد نصفه مضمون بالدين ونصفه أمانة فيكون الجعل بينهما بالحصص. ومنها مداواة الامراض والجروح لانه ينقسم ذلك على المضمون وعلى الامانة بالحصص وما أصاب المضمون فعلى المرتهن، وأما أصاب الامانة فعلى الراهن. ولو قال وهو مضمون بالاقل من قيمة المضمون ومن الدين لكان أولى ليشمل ما إذا كان قيمة المرهون أكثر من الدين في الاصل والباطل من الرهن ما لا يكون منعقدا أصلا كالباطل من البيع والفاسد ما يكون منعقدا لكن بوصف الفساد والمقابل به يكون مالا مضمونا، وفي كل موضع لم يكن الرهن مالا ولم يكن المقابل به مضمونا لا ينعقد الرهن أصلا وهو الباطل، وتعتبر قيمة الرهن يوم القبض. ولم يذكر المؤلف أحكام غلبة الماء على الارض المرهونة قال في المحيط: أرض مرهونة غلب عليها الماء بمنزلة العبد إذا أبق لانهار بما ينزل عنها الماء فتكون الارض منتفعا بها فلا يسقط الدين لاحتمال العود كالآبق. ولو رهن عبدا حلال الدم أو سرق عند الراهن فقطع عند المرتهن فذاك من ضمان الراهن ولم يذهب من الدين شئ وبقي مرتهنا بجميع الدين عند الامام، وعندهما السرقة عيب ويقوم سارقا وحلال الدم وغير سارق وغير حلال الدم فيسقط من الدين مقدار قيمته حلال الدم والقطع ويكون رهنا بحصة قيمته كذلك، ولو وجب عليه حد القذف أو الزنا عند المرتهن أو دخله عيب فيسقط من الدين بقدره. رهن ثوبا يساوي خمسة دراهم ومثال ذهب يساوي عشرة بخمسة دراهم فهلك الذهب ولبس الثوب حتى انخرق ضمن قيمة الثوب بحسب ماله من ذلك درهم وثلثان لانه ذهب بإذهاب الذهب ثلثا الدين وذلك ثلاثة دراهم وثلث درهم لان بإزاء الذهب ثلث الدين وبإزاء الثوب ثلثه، فإذا ذهب الذهب واستهلك الثوب يذهب بإذهاب الثوب ثلث الدين ويضمن مثقال الذهب فيكون رهنا عنده بثلاثة دراهم وثلث. وذكر المؤلف رحمه الله تعالى حكم هلاك العين المرهونة في يد المرتهن ولم يذكر حكم نقصانها قال في الخلاصة: إذا نقصت العين المرهونة في يد المرتهن إن كان النقصان في عينها سقط من الدين بقدره ا ه‍. ولم يتعرض لما إذا كان بالدين رهنان من جهتين مختلفتين قال قاضيخان: رجل عليه دين لآخر وبه كفيل فأخذ الطالب من الكفيل رهنا ومن الاصيل رهنا وأحدهما بعد الآخر وبكل واحد وفاء بالدين فهلك أحد الرهنين عند المرتهن قال زفر رحمه الله تعالى: أيهما هلك يهلك بكل الدين. وقال الامام أبو يوسف رحمه الله تعالى: إذا هلك الرهن الثاني، فإن كان الراهن علم بالرهن الاول فإن الثاني يهلك بنصف الدين، وإن لم يعلم بذلك يهلك بجميع الدين. وذكر في كتاب الرهن أن الثاني يهلك بنصف الدين ولم يذكر العلم والجهل وهو الصحيح لان كل واحد منهما يطالب بجميع الدين فيجعل الرهن الثاني زيادة في الرهن الاول، فإن كانت قيمتهما سواء قسم الدين عليهما فالثاني إذا هلك يهلك بنصف الدين وقد قالوا: لو شرط إذا ضاع يكون مجانا فالشرط باطل ويهلك بالدين. ولم يتعرض لما إذا هلك
***
[٤٣٢]
[كان أقل صار مستوفيا بقدر دينه ويرجع المرتهن وبالفضل وهب المرتهن الدين من الراهن أو أبرأه عنه فهلك الرهن عنده من غير منع يضمن المرتهن وله أن يطالب] في يد المرتهن بعد أن أبرأه الراهن أو وهبه الدين أو أحاله قال في الخلاصة: لو أبرأه عن الدين أو أحاله به أو وهبه له والعبد في يد المرتهن فهلك في يده من غير أن يمنعه لا يضمن استحسانا وهو قول أصحابنا الثلاثة بخلاف ما لو أبرأ الراهن فيما بقي من الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن وجب عليه رد ما قبض ولو تصادقا على أن لا دين يبقى مضمونا ولو أحال المرتهن الراهن بالرهن على إنسان عنده الرهن ثم مات العبد المرهون قبل أن يرده فيه. وتبطل الحوالة. وفي المبسوط: مسائله على فصول: أحدها في هلاك الرهن قبل الابراء، والثاني في هلاكه بعد الاستيفاء، والثالث في هلاكه بعد فسخ الرهن وإقالته، والرابع في هلاكه بعد استعماله. قال رحمه الله: (وهب المرتهن الدين من الراهن أو أبرأه عنه فهلك الرهن عنده من غير منع يضمن المرتهن) قياسا وهو قول زفر ولا يضمن استحسانا، ولو منعه حتى هلك ضمن قيمته اتفاقا ووجه القياس أن الرهن صار مضمونا على المرتهن بالقبض واليد

لان به يصير مستوفيا للدين ويده على الرهن يد استيفاء للدين ويتقرر ذلك بالهلاك وصار كأنه استوفى ثم أبرأه فيبقى مضمونا عليه لبقاء اليد والقبض فكذا هذا. وجه الاستحسان أن الضمان قد ارتفع قبل تقرر حكم ووجوبه لان ضمان الرهن إنما يجب إما بحقيقة الرهن أو بجهته وقد ارتفع العقد والجهة بسقوط الدين فانتفى الضمان وذلك لان قيام الدين ودوامه بشرط بقاء الرهن لان الرهن شرح توثيقا وتوكيدا للدين وبعد سقوطه لا يتصور توثيقه وتوكيده فلا فائدة في بقاء الرهن فلا يبقى فانحل الضمان لارتفاع مناطه فبقيت العين أمانة في يده بخلاف الاستيفاء لان الاستيفاء يتقرر بالدين ولا يسقط أصلا، ولهذا صحت الهبة والابراء بعد الاستيفاء حتى يلزمه در ما استوفاه، ولا تصح الهبة والابراء بعد هبة الدين وإبرائه. ولو أخذت المرأة رهنا بصداقها ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها ثم هلك الرهن هلك بنصف الصداق لان الصداق قد سقط فصار كالبراءة عن الدين، ولو قبض المرتهن حقه ثم هلك الرهن عنده ولم يمنعه من قبضه وقيمته مثل الدين رد مقبض لان الدين لم يسقط لاستيفاء من وجه في حق بعض الاحكام وإن سقط في حق المطالبة لما بينا فصار مستوفيا ما قبض بعدما استوفاه مرة حكما بالهلاك فيلزمه رد ما قبض آخرا. ولو كان الدين طعاما قرضا فاشتراه من هو عليه بدراهم ودفعها إلى المرتهن ثم هلك الرهن فعلى المرتهن رد مثل ذلك الطعام وتبين بهذه المسألة أن المرتهن يصير مستوفيا وقت الهلاك دون القبض لانه لو صار مستوفيا من وقت القبض لما جاز البيع لانه ليس في ذمة الراهن شئ. قضى أجنبي دين المرتهن تطوعا ثم هلك الرهن في يد المرتهن رد برد المال على المتطوع لانه استوفى الدين من

***

[٤٣٣]

الراهن بالهلاك بعدما استوفاه من المتطوع فيجب عليه ذلك كما إذا استوفاه من الغريم ثم هلك الرهن. تصادق الراهن والمرتهن أن لا دين بعد أن اتفقا أنه ألف وهلك الرهن فعلى المرتهن أن يرد الالف لان الرهن حين هلك كان مضمونا بالدين لانهما لم يتصادقا أن لا دين قبل الهلاك فصار المرتهن مستوفيا للدين حكما بالهلاك فصار كما لو استوفاه حقيقة، ولو تصادقا أن لا دين قبل الهلاك اختلف المشايخ فيه قيل يملك أمانة لان الرهن حصل بدين مضمون يتوهم وجوبه فصار الرهن مضمونا بدين مظنون، فإذا زال التوهم بالتصادق على أن لا دين يزول الضمان كما لو زال بالابراء والهبة. وقيل يضمن لانه توهم وجوب الدين لم يزل تصادقهما على أن لا دين لان تصادقهما على عدم الدين لا يمنعهما عن التصادق على الوجوب بعد ذلك لجواز أن يتذكرا بعد ما تصادقا أنه كان عليه دين وإن بقي توهم الوجوب بقي مضمونا عليه لان ما به يثبت الضمان وهو توهم الاقتراض منه في الثاني بامتناعه الاقتراض لم يزل الجواز أن يكون أقرضه بعد ذلك فيكون مضمونا عليه. وكذلك لو أخذ عبدا على أن يقرضه ألفا ثم هلك العبد، فإن كانت قيمته أقل من ألف ضمن قيمته لانه بجهة الرهن مقبوض فصار كالمقبوض بحقيقة الرهن لان المقبوض على جهة الشئ كالمقبوض على سوم الشراء. ولو أسلم في طعام وأخذ به رهنا ثم تفاسخا العقد كان له أن يحبس الرهن حتى يقبض يرأس المال لان رأس المال يدل على المسلم فيه فظهر أن الرهن في حق البدل، فإن هلك الرهن في يده هلك بالطعام لانه كان مضمونا بالطعام وبالفسخ لم يسقط الطعام أصلا ما لم يصل إليه رأس المال فبقي مضمونا به كما كان بخلاف ما لو أبرأه عن الدين لان هناك سقط الضمان أصلا لسقوط الدين أصلا. ولو اشترى عبدا ثم تقابضا ثم تفاسخا كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن لانه عند الفسخ نزل منزلة البائع، وكذلك لو أسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا كان له أن يحبس الرهن حتى يقبض المبيع فإن هلك الرهن في يده هلك بالثمن على ما بينا أسلم خمسمائة في طعام فرهن به عبدا يساوي الطعام وقبضه ثم صالح على رأس المال فالقياس أن لا يقبض الراهن العبد ورأس المال دين عليه. وفي الاستحسان يجعل رهنا بدينه ويكون مضمونا. وجه القياس أن رأس المال غير المسلم فيه حقيقة وحكما لانه ليس ببدل عن الطعام لان الطعام وجب بالعقد ورأس المال وجب بالاقالة وهما ضدان، فما وجب بأحدهما لا يعتبر بدلا عن الآخر فالرهن بالطعام لا يكون رهنا. وجه الاستحسان رأس المال بدل عن المسلم فيه قائم مقامه لانه كان بدلا له في العقد وبالاقالة والصلح لما سقط حقه في المسلم فيه عاد حقه إلى بدله لانه وإن كان دينا حادثا لكن لما قام مقام المسلم إثباتا وإسقاطا فالرهن بالمسلم فيه يكون رهنا بما قام مقامه كالرهن بالمغصوب رهن بقيمته لانها قائمة مقامه، فإذا استوفى رأس المال ثم هلك عنده العبد من غير صنع يعطيه المرتهن مثل الطعام الذي كان له على المسلم إليه ويأخذ منه رأس

***

[٤٣٤]
المال. أقرض رجلا كر حنطة وارتهن منه ثوبا قيمته أو صالحه من عليه الحنطة على كر شعير بعينه ويصير الثوب رهنا بالشعير، فإذا هلك يهلك مضمونا بالحنطة لانه برئ عن الحنطة فصار كما لو برئ بالايفاء ويجوز أن يكون الشئ رهنا ولا يكون مضمونا كزوائد الرهن يكون محبوسا ولا يكون مضمونا، وذلك لان الرهن استيفاء حكمي والاستيفاء الحكمي لا يربو على الاستيفاء الحقيقي. ولو استوفى المسلم فيه حقيقة ثم تقايلا السلم صحت الاقالة ويرد عليه طعاما مثله ويأخذ رأس ماله فكذا إذا اصطلحا يعد الاستيفاء الحكمي. وفي مسألة القرض لو صالحه على الشعير بعدما استوفى الحنطة حقيقة لم يجز الصالح لانه لو صالحه على دين وليس عليه ذلك الدين لا يصح أصلا فكذا إذا اصطلحا بعد الاستيفاء الحكمي. ولو وهب له رأس المال بعد الصلح ثم هلك العبد عليه طعام مثله لان الاقالة لم تبطل بهبة رأس المال لان الاقالة في السلم لا تقبل البطلان ففي الرهن مضمونا في المسلم فيه، وذكر مسألته في الصرف. الثانية اشترى ألف درهم بمائة دينار وقبض الالف فقبض بالمائة الدينار رهنا يساويها ثم تفرقا فسد البيع لان الافتراق قبل قبض الدنانير فصارت الدراهم مقبوضة في يد مشتريها بحكم صرف فاسد وليس له أخذ الرهن حتى يرد الالف، فإن هلك الرهن عنده رجع صاحبه عليه بمائة دينار والمرتهن بالالف لان الدراهم بدل عن الدنانير والرهن بالشئ يكون رهنا به وببدله فيكون محبوسا بالدنانير مضمونا بالدراهم، فإذا هلك الرهن صار مستوفيا للدنانير بحكم صرف فاسد فكان على المرتهن رد الدنانير وعلى الراهن رد الدراهم، فإن لم يفترقا حتى ضاع الرهن فهو بالمائة الدينار لانه صار مستوفيا للدنانير في المجلس حكما بهلاك الرهن فيصير كما لو استوفى حقيقة فكان الصرف جائزا. ولو ادعى على آخر فأنكره فصالحه على خمسمائة فأعطاه به رهنا وهلك الرهن ثم اتفقا على أن لا دين يجبره على قضاء خمسمائة درهم للمرتهن لو أخذ الرهم بدين ثابت من حيث الظاهر بدليل أن القاضي بعد الصلح قبل التصادق أن لا دين يجبره على قضاء خمسمائة درهم والرهن بدين ثابت مضمون على المرتهن لان الرهن المقبوض بجهة القرض مضمون مع أن الدين غير ثابت فالرهن بدين ثابت ظاهر أولا يكون مضمونا لان الرهن يملك في حق ملك اليد والحبس بإزاء ما عليه من الدين والراهن لم يرض بقليله مجانا بل رهن بشرط العوض وهو سقوط الدين بإزائه. ولو كانت الدعوى في وديعة فقال المودع رددتها ثم اصطلحا على خمسمائة وأخذ بها رهنا فهلك ثم تصادقا أنه ردها فالرهن غير مضمون عند أبي يوسف وهي كالمسألة التي قبلها. ولو ادعى صاحب الوديعة استهلاكا ولم يدع المودع شيئا حتى صالحه ثم رهنه فهلك الرهن ثم اتفقا على الهلاك هلك الرهن مضمونا بلا خلاف. وذكر محمد رحمه الله رجوع أبي يوسف رحمه الله عن هذا القول إلى قول محمد رحمهما الله تعالى وهو الصحيح، وهذا بناء على أن هذا الصلح لا يجوز في قوله أولا وفي قوله الآخر يجوز وهو قول محمد. وجه قوله الاول أن البراءة أن الضمان ثبت بقول المودع كان الصلح باطلا، ووجه قوله الآخر
***
[٤٣٥]
مذكور فيه وقوله مضمون. قال في العناية: قيل ذكر مضمون للتأكيد، وقيل احترازا عن دين يجب كالرهن بالدرك وهو ضمان الدرك عند استحقاق المبيع. ولم يتعرض المؤلف لمسألة القلب قال في المبسوط: رهن قلب فضة على أن يقرضه درهما فهلك قبل أن يقرضه يعطيه درهما لانه مقبوض على جهة الرهن والمقبوض بجهة الرهن كالمقبوض على حقيقة الرهن كالمقبوض على سوم الشراء. قال على أن أقرضه شيئا ولم يسم شيئا فهلك يعطيه ما شاء لانه بالهلاك صار مستوفيا شيئا فصار كأنه عند الهلاك. قال وجب لفلان علي شئ ولو قال امسكه رهنا بنفقة تعطيها إياه لانه يصير مستوفيا مالا مجهولا بالهلاك، ولو قال أمسكه رهنا بدراهم بلزمه ثلاثة لان أقل الجمع ثلاثة كما لو قال لفلان علي دراهم. وفي المنتقي: ولو رهنه رهنا على أن يقرضه ولم يسم القرض قال يعطيه المرتهن ما شاء، فإن قال أعطيك فلسا قال محمد رحمه الله تعالى: لا أستحسن أقل من درهم لانه مقبوض على سوم الرهن ولا تسمية في القرض فلا يمكن اعتبار قيمته إذ لا تقدير في القرض فيعطيه ما شاء لان الابهام جاء من قبله ولا يصدق في أقل من درهم لان العادة لم تجر في اقتراض أقل من درهم، وهذه المسألة المذكورة في عيون مسائل لابي الليث أيضا. وذكر المعلى عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى: لو قال رجل اقرضني وخذ هذا الرهن ولم يسم القرض فأخذ الرهن فضاع ولم يقرضه قال: عليه قيمة الرهن. ولو رهن ثوبا فقال أمسكه بعشرين درهما فهلك الثوب عند المرتهن قبل أن يعطيه شيئا فعليه قيمة الثوب إلا أن تجاوز قيمته عشرين لان الرهن مضمون بأقل من قيمته ومن الدين. رهن دابتين على أن يقرضه مائة وقيمة أحدهما خمسون والاخرى ثلاثون فقبض وقبض التي قيمتها خمسون فهلكت

برد خمسين لانه مضمون بالقيمة لا بالمسمى كالمقبوض بجهة البيع فإن بدا له أن يأخذ الاخرى ويقرضه له ذلك ولا يجبر على القرض لان الرهن لازم من في جانب الراهن، فما شرط على الراهن في الرهن يكون لازما وفي حق المرتهن غير لازم، فاشرطه على المرتهن لا يكون لازما والقرض مشروط على المرتهن فيكون لازما في حقه. ولو هلكت إحداهما عند الراهن واختلفا في قيمة التي هلكت عند المرتهن فالقول للمرتهن لان الراهن يدعي على المرتهن زيادة ضمان وهو ينكر، فإن بقيت إحداهما ينظر إلى قيمة الباقي فتظهر قيمة الهالك فلا يلتفت إلى اختلافهما لانه أمكن معرفة ما وقع التنازع فيه لا من جهتهما. ابن رستم عن محمد رحمهما الله تعالى: رجل رهن رجلا ثوبا فقال له إن لم أعطك كذا وكذا فهو بيع لك بما لك علي قال: لا يجوز وقوله عليه الصلاة والسلام لا يعلق الرهن هو هذا. ولو رهن الغاصب بالمغصوب رهنا والمغصوب قائم في يده وهو مقر به ثم رده على المغصوب منه ثم هلك الرهن عند المرتهن فالمغصوب منه ضامن الاقل من قيمة المغصوب وقيمة الرهن لان أخذه على جهة الضمان وليس يكون المغصوب دينا يدفع به رهنا ولكنه لما رهنه صار رهنا وإن لم يكن

***

[٤٣٦]

صحيحا. ولو أختلف الراهن والمرتهن في قمية الرهن بعد هلاكه فالقول للمرتهن والبينة للراهن لان الراهن يدعي عليه زيادة وهو ينكر فكانت بينته أكثر إثباتا. ادعى عبدا في يد غيره أنه عبده رهنه من فلان وقبضه فلان وذو اليد يقول هو عبد لي يقضى للمدعي لان ذا اليد انتصب خصما للمدعي لانه ادعى الملك لنفسه ويوضع على يدي عدل حتى يحضر الغائب بخلاف ما لو أقر بالملك للغائب فقد أقر أنه ليس له حق الامساك لانه يتصور أن يكون ممسكا لملك الغير بحكم النيابة. ولو ادعى المرتهن هذا والرهن غائب يدفع إليه إذا قال غصبه ذو اليد وأخذتها مني بعارية أو إجارة لانه ادعى فعلا على ذي اليد وأنكر ذو اليد فينصب خصما له، فلو لم يدع على ذي اليد الاخذ من يده لا يدفع إليه لانه لم ينبت الاخذ من يده كما لو ادعى عينا في يد إنسان أنها ملكه اغتصبها منه وأقام ذو اليد البينة على أنها وديعة عند لفلان تقبل بينة المدعي لانه ادعى فعلا عليه فانتصب خصما له، فإن لم يدع الاخذ من يده لا تقبل بينته ولا ينتصب خصما فكذا هذا. أقر المرتهن أن في يده رهنا قيمته ألف ثم جاء بما يساوي مائة فقال لم أرهنك هذا فالقول له إذا تراجع سعر ما يساوي ألفا إلى مائة فالقول للمرتهن لانه إذا عرف تغيير السعر فالظاهر شاهد للمرتهن. ولو قال رهنتك وهو مسلم وقال المرتهن وهو كافر فالقول للمرتهن والبينة الراهن، وكذلك القصاص والسرقة لان الراهن يدعي عليه الايفاء أو زيادة الايفاء وهو ينكر فيكون القول له. قال المرتهن أخذت المال ورددت الرهن وأنكر الراهن الرد فالبينة للراهن لان بينة الرهن تثبت الضمان على المرتهن لان ضمان الرهن والاستيفاء لم يكن ثابتا بالقبض السابق لان قبض الرهن قلب الهلاك كان استيفاء في حق الحبس لا في حق ملك الغير وبالهلاك يصير قبض الاستيفاء في حق ملك الغير فلم يكن ضمان الاستيفاء ثابتا قبل الهلاك فكانت بينته مثبتة الضمان وبينة الراهن نافية فكانت المثبتة أولى بخلاف ما لو أقام الغاصب البينة على رد المغصوب وأقام المالك البينة على الهلاك فبينة الغاصب أولى لان ضمان الرد كان واجبا بالغصب السابق لانه أوجب رد العين حال قيامها ورد القيمة حال هلاكها، فبينة الغاصب مثبتة البراءة عن الضمان وبينة المالك نافية للبراءة فكانت المثبتة أولى. دفع إلى آخر قلبا ليرهنه له عند رجل بعشرة ووزن القلب عشرون فأمسكه فأعطاه عشرة من عنده وقال رهنته ولم يقل رهنته عند آخر فهلك القلب، فإن تصادقا يرجع بالعشرة وكان أمينا في القلب، وإن تجاحدا فقال أقررت بأنك رهبته فلا شئ له يقبل قوله بعد أن يحلف ما يعلم أنه أمسكه لان الوكيل أقر أولا أنه رهنه، فإذا قال لم أرهن فكأنه قال كذبت فيما أقررت به فأنكر المقر له فيكون القول للمقر له كما في سائر الاقارير فلا يرجع بالعشرة لانه يثبت الرهن وقد هلك فصار الآمر موفيا العشرة بهلاك الرهن. وإنما يستحلف لان المقر ادعى ما يحتمله إقراره لانه يحتمل أنه لم يرهن غيره ورهنه من نفسه فلم يصر مناقضا إلا أنه خلاف الظاهر، فإذا طلب يمين المقر له يستحلف كما لو أقر بالبيع ثم

***

[٤٣٧]

[الراهن بدينه ويحبسه به ويؤمر المرتهن بإحضار رهنه والراهن بإداء دينه أو لا فإن كان] قال كان تلجئة أو كان فيه خيار شرط، فإن قال الآمر للوكيل أقررت أنك رهنته ثم أقررت أنك لم ترهنه فناقضت فأنت ضامن فله أن يضمنه قيمة القلب من الذهب ويضمن له العشرة، طعن عيسى وقال: الاوجه ضمان القيمة لانهما لو تصادقا أنه لم يرهنه لا يضمن فكذلك إذا تصادقا أنه رهنه فإنه لا يضمن

بالارهان ولا يتركه. والجواب أنه يضمن بجحود الامانة لانه ثبت جحوده بالاقرارين لانه لما قال رهنته فقد أقر أنه لم يكن في يده لان الرهن لا يتم إلا بالتسليم، فلما قال لم أرهنه صار قائلا أنه كان عندي وفي يدي وهذا هو معنى الجحود ومن جحد أمانة في يده ضمنها وصار كالمودع إذا قال ليس عندي ثم قال كان عندي ضمن فكذا هذا. قال رحمه الله: (وله أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به) أي للمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به وإن كان بعد الرهن في يده لان حقه باق والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع المطالبة، وكذا لا يمتنع الحبس به لانه جزاء الظلم وهو المماطلة على ما بيناه في القضاء مفصلا. وقال الكرخي في مختصره: وللمرتهن مطالبة الراهن بدينه إذا كان مالا ولا يمنعه الارتهان به من ذلك ولا كون الرهن في يده، وكذلك إذا كان مؤجلا وحل فإنه لا يمنع حبسه، كذا في العيني على الهداية قال رحمه الله: (ويؤمر المرتهن بإحضار رهنه والراهن بإداء دينه أو لا) أي إذا طلب المرتهن دينه يؤمر بإحضار الرهن أولا ليعلم أنه باق ولانه قبض الرهن قبل الاستيفاء، ولا يجوز أنه يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يؤدي إلى تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو يحتمل، ولو قال بإحضار رهنه لو في يده لكان أولى ليخرج ما إذا كان في يد عدل فإنه لا يؤمر بإحضاره كما سنبين، وإذا أحضر المرتهن الرهن أمر الراهن بتسليم الدين أولا وهو المراد بقوله والراهن بإداء دينه أولا ليتعين حق المرتهن في الدين كما تعين حق الراهن في حق الرهن تحقيقا للتسوية بينهما كما في تسليم المبيع والثمن يحضر البائع المبيع ثم يسلم المشتري الثمن الاول لما ذكرنا. وإن طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه، فإن كان الرهن لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها في حقه كبقعة واحدة في حق التسليم ولهذا لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع، وإن كان له حمل ومؤنة فيستوفي دينه ولا يكلف إحضار الرهن لان الواجب عليه التسليم بالتخلية دون النقل لانه يتضرر به زيادة ضرر لم تلزمه في العقد. ولو باع الرهن لا يكلف المشتري إحضار الرهن لانه لا قدرة له عليه لان بيعه بأمر الراهن صحيح وصار الرهن دينا فصار كأنه رهنه الراهن وهو دين. ولو قبض الثمن يكلف إحضاره لقيام البدل مقام المبدل والذي يقبض الثمن هو البائع، مرتهنا كان أو عدلا، لانه هو العاقد وحقوق العقد ترجع إليه ويكلف إحضار الرهن باستيفاء كل الدين

***

[٤٣٨]

[الرهن في يد المرتهن لا يمكنه من البيع حتى يقبض الدين فإذا قضى سلم الرهن ولا ينتفع المرتهن بالرهن استخداما وسكنى ولبسا وإجارة وإعارة ويحفظ بنفسه وزوجته] يكلف باستيفاء نجم قد حل إذا ادعى الراهن هلاكه لاحتمال الهلاك بخلاف ما إذا لم يدع الراهن هلاكه لانه لا فائدة في إحضاره مع إقراره. وهذا بخلاف ما إذا قتل رجل خطأ العبد الرهن حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين حيث لا يجبر الراهن وفيما تقدم صار دينا بفعله ولا بد من إحضار جميع القيمة لانه يقوم مقام العين لكونها بدلا عنها. ولو وضع الرهن على يد عدل وأذن بالايداع ففعل ثم جاء المرتهن فطلب دينه لا يكلف إحضاره لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته، وكذا لو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده الرهن يقر بالوديعة من العدل ويقول لا أدري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان إحضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض، وكذا إذا غاب العدل ولا يدري أين هو لما قلنا بخلاف ما إذا جحد الذي أودعه العدل الرهن بأن قال هو مالي حيث لا يرجع المرتهن على الراهن بشئ حتى يثبت أنه رهن لانه لما جحد فقد توى المال والتوي على المرتهن فتحقق الاستيفاء فلا يملك المطالبه. وفي الفتاوي الغياثية: ولو رهن الذمي خمرا عند مسلم كان مضمونا عليه بالدين اه. وفي الينابيع: لو تزوج امرأة على دراهم أو دنانير بعينها وأخذ بها رهنا لم يصح عندنا خلافا لزفر. قال رحمه الله: (فإن كان الرهن في يد المرتهن لا يمكنه من البيع حتى يقبض الدين) أي لو أراد الراهن أن يبيع الرهن لكي يقضي بثمنه الدين لا يجبر المرتهن أن يمكنه من البيع حتى يقبض الدين لان حكم الرهن الحبس الدائم إلى أن يقضي الدين لا القضاء من ثمنه على ما بينا من قبل، فلو قضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية كما في حبس المبيع. قال رحمه الله: (فإذا قضى سلم الرهن) أي إذا قضى الراهن جميع الدين سلم المرتهن الرهن إليه لزوال المانع من التسليم لوصول حق المرتهن إليه، فلو هلك الرهن بعد قضاء الدين قبل تسليمه إلى الراهن استرد الراهن ما قضاه من الدين لانه تبين بالهلاك أنه صار مستوفيا من وقت القبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده. وهذا لانه بإيفاء الدين لا ينفسخ الرهن حتى يرده إلى صاحبه فيكون

مضمونا على حاله بعد قضاء الدين ما لم يسلمه إلى الراهن أو يبرئه المرتهن عن الدين، وكذا لو فسخا الرهن لا ينفسخ ما دام في يده حتى كان للمرتهن أن يمنعه بعد الفسخ حتى يستوفي دينه. ولو هلك بعد الفسخ يكون كما لو هلك قبله فيكون هالكا بدينه بخلاف ما إذا هلك بعد الابراء حيث لا يضمن استحسانا لانه لم يبق رهنا لان بقاءه رهنا بأمرين بالقبض والدين، فإذا مات أحدهما لم يبق رهنا وقد قدمناه مفصلا. قال رحمه الله: (ولا ينتفع المرتهن بالرهن استخداما وسكنى ولبسا وإجارة وإعارة) لان الرهن يقتضي الحبس إلى أن يستوفي دينه دون الانتفاع فلا يجوز الانتفاع إلا بتسليط منه، وإن
***
[٤٣٩]
فعل كان متعديا ولا يبطل الرهن بالتعدي. قال في المبسوط: وليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون إلا بإذن الراهن فإذا أذن له جاز أن يفعل ما أذن له فيه، ولو فعل من غير إذن صار ضامنا بحكم الرهن بحكم وقابضا الغصب. وإن ترك الاستعمال عاد لكونه رهنا، ولو استعمل الرهن بإذن المرتهن فإن هلك حالة الانتفاع لم يسقط من الدين شئ لانه بالاذن صار مقبوضا بحكم العارية، وإن خالف وهلك في حال الاستعمال يضمن ضمان الغصب. وفي المنتقي: لو أودع المرتهن المرهون بإذنه وهلك في يد المودع لم يسقط الدين كما لو أعاره من غيره بإذن الراهن فقد خرج من ضمان المرتهن وله أن يسترده لان الرهن عقد قائم ولكن حكمه وهو الضمان مرتفع في زمان الايداع لما بينا. ولو أجره من أجنبي سنة بغير إذن الراهن وانقضت السنة ثم أجاز الراهن الاجارة لم تصح لان الاجارة لاقت عقدا منتفيا مفسوخا وللمرتهن أن يأخذها حتى يصر رهنا كما كان، وإن أجاز بعد مضي ستة أشهر جاز ونصف الاجر للمرتهن يتصدق به ونصفها للراهن، وليس للمرتهن أن يعيدها في الرهن كما بينا. وذكر أبو الليث في العيون: ولو أعار المرتهن من الراهن ثم مات الراهن فإنه يرجع إلى المرتهن ولا يكون أسوة الغرماء لان الرهن لم ينفسخ بالاعارة فيكون الرهن في يد المستعير لكونه في يد المعير فكان مقبوضا له، وبالموت انفسخت الاعارة فعادت يد المرتهن كما كانت. ولو ارتهن جارية ثم أعارها الراهن فولدت عند الراهن ثم ماتت فللمرتهن أن يعيد الولد بحصته لان الرهن لم ينتقض بإعارة الرهن من الراهن فيسري إلى الولد والله تعالى أعلم. وفي المنتقي: وإذا كان الرهن ثوبا فأذن له الراهن في لبسه يوما ثم جاء به متخرقا فقال المرتهن تخرق من لبسه من ذلك اليوم فقال الراهن لم يتخرق من لبسك ولم تلبسه فالقول قول الراهن لان المرتهن ادعى البراءة عن الضمان لاستعمال الثوب بإذن الراهن وهو ينكر فيكون القول له، فإذا أقر الراهن أنه لبسه في ذلك اليوم وتخرق قبل لبسه أو بعده فالقول قول المرتهن أنه تخرق من لبسه والبينة بينة الراهن لان الظاهر شاهد للمرتهن لان فعله وهو اللبس سبب التخرق ظاهرا وغير موهوم فيه في حال التخرق في السبب الظاهر دون الموهوم والله تعالى أعلم. ولم يتعرض المؤلف للسعر بالعين المرهونة ولا لما إذا أعير الرهن للمرتهن قال في الغياثية: وللمرتهن أن يسافر بالرهن إذا كان له حمل ومؤنة أو لم يكن. وعن محمد أنه كالوديعة رهن المرتهن وارتهانه موقوف ولو رهن عبدا مريضا فقتل فالدين على حاله خلافا لهما، وكذا إذا قتل قصاصا بعمد أو بسرقة ويصدق المرتهن أنه كان هكذا، ولو احترق النخل ذهب بحصته. وفي الخانية: رهن عبدا وغاب ثم إن المرتهن وجد العبد حرا، فإن كان العبد أقر بالرق عند الرهن لم يرجع المرتهن بدينه عليه. أخذت المرأة بصداقها المسمى رهنا يساوي صداقها ثم وهبت صداقها من الزوج أو أبرأته كان عليها رد الرهن إلى الزوج، فإن هلك الرهن عندها يهلك بغير شئ، ولو اختلعت المرأة من زوجها بعدما وهبت مهرها كان عليها
***
[٤٤٠]
[وولده وخادمه الذى في عياله وضمن بحفظه بغيره وبإيداعه وتعديه قيمته وأجرة بيت] رد الرهن ولا يبطل الرهن بموت الراهن ولا بموت المرتهن ولا بموتهما وبقي الرهن رهنا عند الورثة وسيأتي له مزيد بيان. قال رحمه الله: (ويحفظ بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله) معناه أن يكون الولد أيضا في عياله لان عينه أمانة على ما بينا فصار كالوديعة وأجيره الخاص كولده الذي في عياله وهو الذي استأجره مشاهرة أو مساهنة والمعتبر فيه المساكنة ولا عبرة بالنفقة حتى إن المرأة لو دفعته إلى زوجها لا تضمن. قال في المنتقي: الاصل أن المرتهن أو المستأجر متى أمسك العين للحفظ لا يضمن، ومتى أمسكها للاستعمال يضمن، فالحد الفاصل بينهما هو أنه متى أمسك الشئ في موضع لا يمسك فيه إلا للاستعمال والانتفاع في ذلك الموضع فهو استعمال، وإذا أمسكه في موضع لا يمسكه

فيه للاستعمال فهو حفظ، فلى هذا قالوا: إذا تسورت بالخلخال أو تخلخلت بالسوار أو تعمم بالقميص أو وضع العمامة على العاتق فهذا كله حفظ وليس باستعمال لان الاستعمال للامساك في موضع لا يمسك للاستعمال فكان الامساك للحفظ. وإذا تسور بالسوار وما أشبهه ضمن لان الامساك وجد في موضع للاستعمال فكان اسعمالا وحفظا. وروي عن محمد رحمه الله تعالى: الرهن إذا كان خاتما فتختم به في الخنصر اليمنى يضمن لان من الناس من يتختم في يمينه للزينة، وإن تختم فوق خاتم في ذلك الاصبح لا يضمن. قيل لمحمد: إن الناس يستعملون خاتمين في خنصر واحد قال: إنما يستعملونه للختم لا للزينة. قال مشايخنا: وهذا في بلادهم، وأما في بلادنا فقد يستعملون الثاني للزينة: قال مشايخنا: فيجب أن يضمن، وإن تختم في أصبع غير الخنصر لا يضمن لانه لا يستعمل كذلك قط استعمال الزينة. قال بعض مشايخنا: إذا تختم وجعل الفص مما يلي الكف لم يضمن وكان حفظا لا استعمالا. الوكيل يقبض الدين إذا أخذ الرهن ممن عليه الدين فضاع عنده أو الوصي إذا أخذ رهنا من غريم للميت بدين عليه والورثة كبار فضاع عنده قال محمد رحمه الله تعالى: لا ضمان عليه لانه لم يل الاقراض والاداء وإنما قبضه على أن يكون أمينا فيه لصاحب الدين. قال رحمه الله: (وضمن بحفظه بغيره وبإيداعه وتعديه قيمته) لما بينا أن عينه وديعة والوديعة تضمن بهذه الاشياء لكونه متعديا بها فيضمن جميع قيمته كالمغصوب. وهل يضمن للمودع الثاني؟ فهو على الخلاف الذي بيناه في مودع المودع في كتاب الوديعة. ثم إن قضى القاضي بالقيمة من جنس الدين يلتقيان قصاصا بمجرد القضاء إذا كان الدين حالا فلا يطالب كل واحد منهما صاحبه إلا بالفضل، وإن كان مؤجلا يضمن المرتهن قيمته ويكون رهنا عنده لانه بدل الرهن فيكون له حكم أصله، فإذا حل الاجل أخذه بدينه، وإن قضى بالقيمة من خلاف جنس الدين كان رهنا عنده إلى أن يقضيه دينه لانه بدل الرهن فأخذ حكمه. ولو رهن خاتما عند امرأة فجعلت خاتما فوق خاتم تضمن لان النساء يلبسن كذلك فيكون من باب
***

[٤٤١]

[الحفظ وحافظه علي المرتهن وأجرة راعيه ونفقته والخراج على الراهن ولا يجوز رهن] الاستعمال بغير إذن المالك، وكذا الطيلسان إن لبسه لبسا معتادا ضمن، ولو وضعه على عنقه لم يضمن. وفي الواقعات: رجل رهن عند رجل خاتما وقال للمرتهن تختم به إن أمره أن يتختم به في الخنصر فهلك في حال التختم بهلك بالدين لانه أمر بالحفظ لا بالاستعمال. وفي الذخيرة هو الصحيح. ولو رهنه سيفين فتلقدهما ضمن قال فخر الدين: والفتوى على أنه يضمن، وفي الثلاثة لا يضمن لان العادة جرت بين الشجعان بتقليد السيفين في الحرب دون الثلاثة. وفي المحيط: ولو باع المرتهن زوائد الرهن بغير إذن الراهن أو القاضي لم يجز بيعه ويضمن قيمته، وإن خاف تلفه فجذ الثمار وحلب اللبن جاز استحسانا لانه نوع من الحفظ، فإن خاف تلفه عنده فأمسكه يرفع الامر إلى القاضي حتى يبيعه أو يأذن له في البيع إن كان المالك غائبا، وإن كان حاضرا يرجع إليه، ولو كان المرتهن بعيدا من القاضي والمالك وخاف التلف فباعه بنفسه لم يضمن، هكذا روي عن محمد لانه مأذون له في مثل هذه الحالة في البيع دلالة وليس للمرتهن ولا للراهن أن يزرع الارض ولا أن يؤجرها لانه ليس له الانتفاع بالرهن. قال رحمه الله: (وأجرة بيت الحفظ وحافظه على المرتهن وأجرة راعيه ونفقته والخراج على الراهن) والاصل فيه أن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن لنفسه وتبقيته فهو على الراهن، سواء كان في فصل أو لم يكن، لان العين باقية على ملكه، وكذا منافعه مملوكة له فيكون أصلا وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة من مأكله ومشربه وأجرة الراعي مثله لانه علف البهائم، ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وكري النهر وكسر النهر وسقي البساتين وتلقيح نخيله وجذاذها والقيام بمصالحه. وفي النوازل: أبى الراهن أن ينفق على الرهن فالقاضي يأمر الرتهن بالنفقة، فإذا قبض الدين فللمرتهن أن يحبسه على النفقة، فإن هلك في هذه الحالة فالنفقة على الراهن وكل ما كان لحفظه أو لرده إلى يد المرتهن أو لرد جزء منه كمداواة الجرح فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فتكون مؤنته عليه، وكذلك أجرة البيت التي يحفظ فيه الرهن. وعن أبي يوسف أن أجرة المأوى على الراهن بمنزلة النفقة، ومن هذا القسم جعل الآبق إذا كان كله مضمونا لان يد الاستيفاء كانت ثابتة على المحل ويحتاج إلى إعادة يد الاستيفاء ليرده على المالك فكانت من مؤنة الرد فتكون عليه. وإن كان بعضه أمانة فيقدر المضمون على المرتهن وحصة الامانة على الراهن ولان الرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك إذ هو كالمودع فيها فتكون على المالك بخلاف

أجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن فإن كلها تجب على المرتهن كيفما كان لان وجوبها لاجل الحبس وحق الحبس ثابت له في الكل. وأما الجعل فلاجل الضمان فيتقدر بقدره، والمداواة والفداء من الجناية ينقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن لانه مؤنة الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه
***
[٤٤٢]
بالعين ولا يبطل الرهن به في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه ألا ترى أنه لو باع الخارج كله في غير الرهن قبل أداء العشر يجوز فكذا له أن يخرج بدل العشر من مال آخر، وإن كان ملكه ثابتا فيه بقي رهنا على حاله بخلاف استحقاق جزء شائع من الرهن حيث يبطل الرهن في الباقي لانه تبين بالاستحقاق أنه لا يملك قدر المستحق فكان الرهن شائعا من الابتداء، وتبين أن الرهن كان باطلا ولا كذلك وجوب العشر لان وجوبه لا ينافي ملك الراهن لا فيه ولا في غيره. ثم إذا خرج منه العشر خرج ذلك الجزء عن ملكه في الوقت فلم يوجب شيوعا في الباقي لا طارئا ولا مقارنا، وما أداه أحدهما مما يجب على الآخر بغير أمر القاضي فهو متطوع كما إذا قضى دين غيره بغير أمره، وإن كان بأمر القاضي وجعله دينا على الآخر رجع عليه، وبمجرد أمر القاضي من غير تصريح بجعله دينا عليه لا يرجع عليه إذا كان صاحبه حاضرا، وإن كان بأمر القاضي لانه يمكنه أن يرفع الامر إلى القاضي فيأمر صاحبه بذلك. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يرجع في الوجهين وهو فرع مسألة الحجر لان القاضي لا يلي على الحاضر ولا ينفذ أمره عليه. وفي المحيط: والعشر والخراج على الراهن اه‍. ولم يذكر المؤلف الدعوى والشهادة في الرهن ودعوى الرجلين الرهن أو أحدهما. قال في المبسوط: مسائله على فصول: فصل في اختلافهما في الرهن، وفصل في اختلاف الشاهدين في النطق، وفصل في شهادة الراهنين والمرتهنين بالمرهون لغيره، وفصل في إقامة الواحد البينة على رجلين في الرهن. قال الراهن رهنتك هذه العين وقبضتها مني وأقام البينة والعين قائمة في يد المرتهن وهو ينكر أو قال بل رهنتني عينا أخرى فأقاما البينة تقبل بينة المرتهن والقول له ولا تقبل بينة الراهن لان بينة المرتهن تثبت الحق لنفسه وبينة الراهن تثبت الحق لغيره وهو ملك اليد والحبس وبينة من يثبت الحق لنفسه أولى ولانه لا فائدة في قبول بينة الراهن لان المترهن رد ذلك فإن الرهن غير لازم. وإذا كانت العين هالكة فالبينة للراهن إذا كان ما يدعيه الراهن أكثر لان بينته تثبت زيادة. أقام الراهن البينة أنه رهنه عبدا بألف يساوي ألفين وقبضه وأنكر المرتهن يضمن قيمته كلها النصف يسقط بدينه ويؤخذ بالنصف لانه بجحده فصار ضامنا بالجحود كالمودع بجحد الوديعة يصير ضامنا للوديعة، وكذلك إن سكت المرتهن ولم يقر ولم يجحد لان السكوت بجحود حكما ألا ترى لو أخر شيئا فسكت يسمع عليه كما لو بجحد. ولو قال المرتهن تساوي خمسمائة لا يسمع قوله لانه خلاف ما قامت عليه، ولو قال المرتهن رهنتني هذين الثوبين وقال الراهن أحدهما بعينه فالقول للراهن والبينة للمرتهن لان المرتهن يدعي عليه زيادة رهن وهو ينكر الرهن. رهن عبدا والدين ألف فذهب عين العبد وهو يساوي ألفا فقال الراهن كانت هذه قيمته يوم رهنتك فقد ذهب نصف حقك وقال المرتهن بل كانت خمسمائة يومئذ وإزدادت من بعد فالقول للراهن والبينة له أيضا لان القيمة للحال ألف فيكون الحال شاهدا للماضي كمن استأجر طاحونة واختلفا في
***
[٤٤٣]
جريان الماء وانقطاعه يحكم الحال فكذا الراهن بينته تثبت أكثر القيمتين وبينة المرتهن تنفي فكانت المثبتة أولى. وإذا أنكر المرتهن الرهن فشهدت إحداهما أنه رهنه بألف والاخرى بألفين لا تقبل لان الدين بهذه الاشياء لم يثبت عند أبي حنيفة رحمه الله لان اختلاف الشاهدين في المشهود به يمنع قبول الشهادة عنده، وإذا لم يثبت الدين لم يثبت الرهن لان صحته منوطة بالدين. وعندهما هو رهن بالاقل لانه يثبت دين ألف بهذه الشهادة عندها إذا كان المدعي يدعي أكثر المالين. ادعى الراهن الرهن بمائة وخمسين وهي قيمته وشهد أحدهما بذلك والآخر بمائة وقال المرتهن عليه مائة وخمسون وهذا رهن بمائة منها فالقول للمرتهن والبينة للراهن لانه يثبت الدين وهو مائة وخمسون لتصادقهما عليه لا بالبينة وتصادقا أن العين رهن بمائة فصار رهنا بمائة بتصادقهما على ذلك إلا أن بينة الراهن أكثر إثباتا لانه يثبت زيادة إيفاء على المرتهن أقام البينة أنه استودعه وهو أقام البينة أنه ارتهنه تقبل بينة المرتهن لان الرهن جاء لازما وفيه ضمان ولا لزوم ولا ضمان في الوديعة فكانت بينة الراهن أثر إثباتا، ولانه أمكن العمل بالبينتين بأن يجعل كأنه أودعه ثم رهنه لانه الرهن يرد على الايداع، وأما الايداع لا يرد على الرهن إلا برضا المرتهن. الراهن أقام البينة على الرهن والآخر على البيع جعل بيعا لان البيع لازم

من الجانبين والرهن غير لازم من جانب المرتهن والبيع يوجب الملك للحال والرهن لا فكانت بينة البيع أكثر إثباتا، ولانه أمكن العلم بالبينتين بأن تجعل كأنه رهن أولا ثم باع لان البيع يرد على الرهن والرهن لا يرد على البيع، وكذلك لو ادعى المرتهن الهبة والقبض يؤخذ ببينة الهبة لان الهبة توجب الملك للحال كالبيع. ادعى الشراء والقبض والآخر ادعى الرهن والقبض يحكم بالشراء إذا كان في يد الراهن، فإن علم يتقدم الرهن جعل رهنا لان للمرتهن قبضا معاينا ولا ينقض بالشك كما لو ادعيا الشراء من واحد ولاحدهما قبض معاين وأقاما البينة فصاحب القبض أولى. ولو شهد الراهنان بأن المرهون آخر لا تقبل لانهما بهذه الاشهادة يجران لانفسهما نفعا ومغنما لانهما يريدان إبطال حق المرتهن عن الرهن عليهما، وفي إبطال حق المرتهن عن الرهن نفع لهما في الجملة فتمكنت الشبهة في شهادتهما فلا تقبل، ولان هذه الشهادة في معنى الاقرار لانهما يشهدان على أنفسهما لانهما يسعيان في نقض عقد قديم وشهادة الانسان على نفسه إقرار فهذا إقرار يتضمن إبطال حق المرتهن فلا يصح في حق المرتهن كما لو أقر صريحا. ولو شهد المرتهنان تقبل لانهما لا يجران إلى أنفسهما مغنما ولا يدفعان مغرما بل يضران بأنفسهما متى كان الرهن قائما، وإن كان هالكا لا تقبل شهادتهما لانهما يمنعان عن أنفسهما مغرما لان بهلاك الرهن سقط الدين وبرئ الراهن عن الدين ظاهرا، ومتى قبلت شهادتهما لم يصح الرهن فلا يسقط حقهما. باع رجلان متاعا بألف درهم من رجل على أن يرهنهما عبدا بعينه ثم شهدا أن العبد لرجل وقالا نرضى أن يكون دينا بالرهن تقبل شهادتهما لانهما يشهدان على أنفسها بإبطال حقهما في الحبس ولا يجران إلى أنفسهما مغنما ولا يدفعان مغرما ولا يسعيان في نقض عقد،

***

[٤٤٤]

ولو طلبا لا تقبل لانهما يشهدان لانفسهما برهن ويسعيان في نقض عقد تم بينهما وليس لهما النقض. ادعيا على رجل أن كل واحد له الرهن فهي على قسمين، أما إذا كان الرهن في يد أحدهما أو في أيديهما أو في يد الراهن والدعوى منهما حال حياة الراهن أو بعد وفاته وقد أرخا ذلك كله أو لم يؤرخا، فإن كان الرهن في يد أحدهما ولم يؤرخا فهو أولى لانه قد ترجحت بينة ذي اليد باليد لان يده تدل على أنه سبق ارتهانه، ولان يده صحيحة من حيث الظاهر فلا يجوز نقضها إلا أن يعلم بطلانها كما لو ادعيا الشراء من واحد والمبيع في يد أحدهما، فإن أرخا يقضى لاسبقهما تاريخا لان البينة التي آخرهما تراخيا غير مقبولة لانها قامت على رهن فاسد وكان الذي هو أسبق انفرد بإقامة البينة، وإن لم يؤرخا لا يقضي لهما قياسا وبه نأخذ. وفي الاستحسان لكل واحد نصفه بنصف حقه لان رهن كل واحد منهما نبذ بينتهما معا فصح الرهن فصار العبد محسوبا بحق كل واحد منهما على الكمال. هذا كله في حال حياة الراهن، فأما بعد وفاته لو أقام كل واحد البينة على ارتهانه منه يقضى لكل واحد بنصفه رهنا بنصف حقه يباع فيه عندهما وما بقي للغرماء. وقالابو يوسف: لا يقضي لهما بشئ وهو قول الغرماء بالحصص قياسا لان القضاء بالرهن منهما قضاء برهن مشاع وأنه باطل كما في حالة الحياة. لهما أن القصد مطلوب بحكمه لا بعينه لانه شرع ليكون وسيلة وذريعة إلى حكمه وحكمه الرهن بعد الموت في حق هذا الحكم بخلاف حال الحياة لان ثمة المقصود من الرهن هو ملك اليد والحبس ولا يملك اثنان اليد والحبس في المشاع دائما فلا يمكن القضاء بالرهن. وأما القسم الثاني لو ادعيا الرهن من اثنين فأقام كل واحد البينة على الارتهان من آخر والرهن في يد أحدهما فلا يخلو إما أن يكون الراهنان غائبين أو كانا حاضرين أو أحدهما حاضر والآخر غائب، فإن كانا غائبين فذو اليد إولى، وإن كان الخارج أسبق تاريخا لان بينة الخارج لا تسمع لانها لم تقم على خصم لان ذا اليد أثبتت بينته كونها رهنا في حق ما في يده والمرتهن لا ينتصب خصما على المالك كالمودع فكان الشئ رهنا في يد ذي اليد كما يدعيه، فإن كان الراهنان حاضرين فالخارج أولى لان كل واحد من الراهنين ينتصب خصما لصاحبه لانه يدعي أنه ملكه ورهنه من المدعي ويجعل إقامته البينة من المرتهنين وهما يحتاجان إلى إثبات ملك الراهنين ليصح رهنهما بمنزلة ما لو أقام الراهنان البينة على الملك المطلق والشئ في يد أحدهما كان الخارج أولى فكذا هذا. وإن كان راهن الخارج حاضرا وراهن ذي اليد غائبا فذو اليد أولى لان المرتهن لا ينتصب خصما لمن يدعي ملكا في الرهن كالمودع فبينة الخارج قامت لا على خصم، وإن كان راهن ذي اليد حاضرا وراهن الخارج غائبا فكذلك طعن عيسى رحمه الله تعالى وقال: حضرة راهن ذي اليد تكفي للقضاء للخارج لان راهن ذي اليد انتصب خصما للخارج لانه يدعي الملك لنفسه والرهن من ذي اليد والخارج مرتهن والمرتهن بمنزلة المودع والمودع ينتصب خصما

***
[٤٤٥]
[باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز المشاع ولا الثمرة على النخل دونها ولا زرع في الارض دونها ولا نخل في الارض]
فيما يستحق لصاحبه لانه من باب الحفظ كما لو ادعى إنسان على المودع أن ما في يده من الوديعة لفلان آخر غائب أودعه إياه وأقام البينة على ذلك تقبل فكذا هذا. والجواب عنه أن المرتهن كما يثبت الملك لراهنه يدعي دينا وهو غائب وليس عنه خصم حاضر فلا تقبل بينته على إثبات الدين فلا تقبل على إثبات الرهن أيضا لان الرهن لا يصح بدون الدين بخلاف المودع لانه لم يدع على مودعه شيئا بل يدعي الملك له فينتصب خصما في إثبات الملك له. ولو ادعى واحد على رجلين الرهن وأقام البينة على أحدهما أنه رهنه المتاع ويجحدان الرهن يستخلف من لم يقم عليه البينة، فإن حلف رد الرهن عليهما لانه لم يثبت الرهن في حقه فلا يقضي به في نصيب الآخر لانه لا يكون قبضا بالرهن في نصف مشاع وذلك لا يجوز، فإن نكل ثبت عليهما على الناكل بالنكول وعلى الآخر بالبينة، وإن كان المرتهن اثنين والراهن واحد فأقام أحدهما البينة أني ارتهنت وصاحبي بمائة وأنكر الراهن والمرتهن الآخر الرهن يرد على الراهن عند أبي يوسف، وعند محمد يقضي به رهنا ويجعل في يد المتهن الذي أقام البينة وعلى يد عدل، فإن قضى الراهن المرتهن المقيم البينة فله أخذ الرهن، فإن هلك الرهن ذهب نصيبه لا نصيب الجاحد، ولا رواية عن أبي حنيفة رحمه الله فيه، لمحمد أنه لا يمكن المدعي إثبات الرهن على الراهن إلا بعد إثباته على صاحبه لان الرهن من اثنين لا يصح إلا بقبولهما جميعا فكان الرهن من صاحبه سببا لثبوت الرهن في حقه، ومن أنكر سبب ثبوت حق إنسان ينتصب خصما له فقامت البينة على خصمه كما لو ادعى عينا في يد إنسان أنه اشتراها من فلان الغائب تقبل بينته على ذلك ومتى ثبت الرهن منهما يوضع في نوبة الجاحد على يد عدل لان الرهن في حق الجاحد غير ثابت في حق المدعي والراهن ما رضي بحفظ المدعي وحده. ولابي يوسف رحمه الله أن ما يدعيه على صاحبه ليس سببا لثبوت حقه بل هو شرط لثبوت حقه لا قول صاحبه فلا يمكنه إثبات قول صاحبه وهو جاحد كما لو ادعيا رهنا فمن اثنين وهو في يد أحدهما وراهن ذي اليد حاضر لا تقبل بينة الخارج على إثبات الرهن على الغائب كما بينا فكذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.
باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز إذا لتفصيل إنما يكون بعد الاجمال. قال رحمه الله: (ولا يجوز رهن المشاع) يعني لا يصح رهن الماشع فظاهره أنه لا فرق بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة. قال صاحب العناية: رهن المشاع قابل القسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان إذا قبض، وقيل
***
[٤٤٦]
باطل لا يتعلق به الضمان وليس بصحيح لان الباطل منه فيما إذا لم يكن الرهن مالا لم يكن المقابل به مضمونا، وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه. وقال الامام الشافعي رضي الله عنه: يجوز لان موجبه عنده بيعه والمشاع لا يمتنع بيعه. ولنا أن موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستحقاق الحبس الدائم ولا يتصور الحبس الدائم في المشاع لانه يبطل بالمهايأة قبضه كأنه رهنه يوما ويوما لا، ولهذا يستوي فيه ما يقبل القسمة وما لا يقبلها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان موجبها الملك ولا يمتنع بالشيوع، ولا يجوز من شريكه أيضا لان ثبوت اليد في المشاع لا يتصور ولانه لو جاز لامسكه يوما بحكم الرهن ويوما بحكم الملك فيصير كأنه رهنه يوما ويوما لا بخلاف الاجارة حيث تجوز في المشاع من الشريك لان حكمها التمكن من الانتفاع لا الحبس والشريك متمكن من ذلك والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل، وعن أبي يوسف لا يمنع لان حكم البقاء أسهل من الابتداه فأشبه الهبة. وجه الاول أن الامتناع لعدم المحلية وفي مثله يستوي الابتداء والبقاء كالحرية في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع لا يمنع حكمها وهو الملك والمنع في الابتداء لنفي الغرامة على ما عرف ولا حاجة إلى اعتباره في حالة البقاء، ولهذا يصح الرجوع في بعض الموهوب ولا يصح الفسخ في بعض المرهون. قال في المحيط: ولا يجوز ما هو مشغول بحق الغير ولو رهن عبدا نصفه بستمائة ونصفه بخمسمائة لم يجز لانه لما سمى النصف بدلا على حدته صار صفقتين كأنه رهن كل نصف بصفقة في الابتداء فوقع شائعا فلا يجوز، وهذا يفيد أن المانع هو الاشاعة في العقد لظاهر قوله فيصير تفريعا إلى آخره مع أن المانع الاشاعة عند القبض، فلو قال ولا يجوز رهن المشاع عقدا وقبضا لكان أولى. ولو رهن قلبا وزنه عشرون درهما بعشرة دراهم فكسره فإنه يضمن نصف

القلب ويصير شركة بينهما بصورة الشيوع الطارئ. قال رحمه الله: (ولا الثمرة على النخل دونها ولا زرع في الارض دونها ولا نخل في الارض دونها) لان القبض شرط في الرهن على ما بينا ولا يمكن قبض المتصل وحده فصار في معنى المشاع. وعن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن رهن الارض دون الشجر جائز لان الشجر اسم للنبات فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما إذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبنى فتكون الارض جميعا رهنا وهي مشغولة بملك الراهن، ولو رهن النخل بمواضعها جاز لانه رهن الارض بما فيها من النخل وذلك جائز ومجاورة ما ليس برهن لا يمنع الصحة. ويدخل في رهن الارض النخل والتمر على النخل والزرع والرطبة والبناء والغرس لانه تابع لاتصاله فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع حيث لا تدخل هذه في بيع الارض سوى النخل لان بيع الارض بدون هذه الاشياء جائز فلا حاجة إلى إدخالها في البيع من غير ذكر، وبخلاف المتاع الموضوع بها حيث لا يدخل في الرهن من غير ذكر لانه ليس بتابع لها ولهذا لو باعها بكل
***
[٤٤٧]
قليل أو كثير هو فيها أو منها لا يدخل المتاع وهذه الاشياء تدخل، وكذا تدخل هذه الاشياء في رهن الدار والقرية لما ذكرنا. ولو استحق بعضه إن كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وأخذه جاز وذلك بأن يكون المستحق موضعا معينا لان رهنه ابتداء يجوز فكذا بقاء، وإن كان الباقي لا يجوز ابتداء الرهن عليه بأن استحق جزأ شائعا أو ما هو في معنى الشائع كالتمر ونحوه بطل لانه تبين بالاستحقاق أن الرهن وقع باطلا ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة حتى إذا رهن دارا وهو فيها وقال سلمتها إليه لا يتم الرهن حتى يقول بعدما خرج من الدار سلمتها إليك لان التسليم الاول وهو فيها وقع باطلا لشغلها به، ولا بد من تجديد التسليم بعد الخروج منها كما إذا سلمها ومتاعه فيها ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل الذي عليها فلا يتم حتى يلقى الحمل بخلاف ما إذا رهن الحمل دونها حتى يكون رهنا إذا دفع الدابة إليه لان الدار مشغولة فصار كما إذا رهن متاعا في دار أو في وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما إذا رهن سرجا على دابة أو لجاما في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه إليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخل حتى قالوا يدخل في رهن الدابة من غير ذكر. وفي التتمة سئل علي بن أحمد عن رجل عن رجل عمر عمارة على أرض السلطان كحانوت أو غيره ورهنه وسلم للمرتهن أخذ الاجرة قال: لا يصح ولا يطيب للمرتهن. قال: وفي المحيط: ولو رهن النخل والشجر والكرم بمواضعها من الارض جاز لانه يمكن قبضها بما فيها بالتخليفة، قيد بقوله دونها لانه لو لم يقل دونها لصح الرهن في الكل، ولو قال رهنتك هذه الارض أو هذه الدار يدخل في الرهن كل ما كان متصلا بالمرهون من البناء والشجر والثمر والزرع والرطبة لان الرهن لا يجوز بدون ما يصل به فكان إطلاق العقد ينصرف إلى ما فيه تصحيحه فيدخل في الرهن تبعا تحريا للجواز. ولو رهن الدار بما فيها صح إذا خلى بينه وبين الدار بما فيها ويصير الكل رهنا. وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله سئل عن رهن عشرة من الكرد وقبضها المرتهن ثم تبين أنه كان واحدة مسبلة وأخرى مشاعة بين الراهن وغيره كيف يبقى الرهن في البواقي في الكرد الفارغة؟ فقال: في البواقي في الرهن صحيح والله أعلم حتى لو باع هذه الكردة الفارغة لا يجوز من غير إجازة المرتهن حتى يقضي بالدين. وسئل علي بن أحمد والجندي عن الرجل استأجر دارا صحيحة وسلمها فارغة ثم إن المؤجر رهنها من المستأجرة بقدر معلوم هل يصح هذا الرهن وهل تبقى الاجارة؟ قال علي بن أحمد: تصير رهنا مع وجود القبض. قالا نجندي: صح الرهن وانفسخ الاجارة. وعن أبي حامد: رجل دفع لرجل رهنا على ثمانمائة فدفع له ثلاثمائة بعد أن قبض الرهن وامتنع من دفع الباقي قال: يكون رهنا بهذا القدر. وسئل أبو يوسف عن الدار المرهونة إذا غصبت من انسان وأتلف منها جزأ أوكلها يضمن ذلك المرتهن؟ قال:
***
[٤٤٨]
يضمن. وكذا ذكر ذلك الحلواني في شرحه. وسئل الجندي عن رجل رهن عند آخر وكفلت زوجته لرب الدين بإذن الزوج فطالب رب الدين الكفيل بإيفاء الذين فحبسه القاضي وعجز عن أدائه هل للقاضي أن يبيع الرهن؟ قال: على قول الامام لا، وعلى قولهما نعم. وسئل أبو الفضل عن رجل رهن عند آخر دارا إلى سنة بدين على الراهن وقبض الدار هل يكون التأجيل مفسدا للرهن؟ قال: إن كان الاجل في الرهن فسد، وإن كان في الدين لا يفسد. وهكذا في الايضاح سئل عن المرتهن إذا مات وورثته يعرفون بالرهن ولا يعرفون الراهن ويطلبون الخروج عن العهدة هل يكون حكمه حكم اللقطة؟ قال: يحفظ حتى يظهر المالك. وفي التجريد: لو رهن عبدين

أو ثوبين ولم يسم لكل واحد شيئا من الدين يقسم الدين على قيمة تلك الاشياء، فما أصاب كل واحد وهو مضمون بأقل من قيمته ومما يسمى أو رهن شاتين بثلاثين أحدهما بعشرة والاخرى بعشرين ولم يبين أيهما لم يجز لان بسبب هذه الجهالة تقع بينهما منازعة عند الهلاك فإنه إذا هلكت إحداهما لا يدري لا يسقط من الدين بأداء عشرة أو عشرين فيتنازعان في ذهاب الدين بهلاكها، فلو بين فهلك إحداهما سقط من الدين بقدرها لانه لما يبنحصة كل واحد منهما من الدين انقطعت المنازعة. وفي المنتقي: ولو قال رهنتك النخل بأصوله جاز إذا سمى بأصوله وإن لم يسم بأصوله لم يجز لانه لا يقول إلا بأصوله فلا يمكن تسليمه بدونه، وذكر الفقيه أبو الليث روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في رجل رهن عند رجل جارية لها زوج فالرهن جائز لان النكاح لا يوجب نقصا في الرق والمالية، وليس للمرتهن منع الزوج من غشيانها لانه رهنها وهي مشغولة بحق الزوج وحق المرتهن لا يتعلق بمنافع البضع فحق الزوج فيها لا يفسد الرهن، فإن وطئها الزوج فماتت من ذلك سقط الدين لان الوطئ من الزوج ليس بجناية فأشبه الموت من المرض. قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: ولو رهن جارية لا زوج لها فزوجها الراهن برضى المرتهن فهذا مثل الاول، ولو زوجها بغير رضا المرتهن جاز النكاح لقيام ملكه فيها وللمرتهن أن يمنعه من غشيانها لان النكاح لم يعقد برضاه وثبوت حقه من الحبس سابق على تعلق حق الزوج غشيها فالمهر رهن معها، وإن لم يغشها لم يكن المهر رهنا معها لان له أن يمنعه من الوطئ فإن مات من غشيانها، فإن شاء المرتهن ضمن الراهن، وإن شاء ضمن الزوج، فإن ضمن الزوج يرجع على المولى إن كتم الرهن عنه لانه هو الذي أوقعه فيه، وإن لم يكن كتمه عنه لا يرجع. ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله: رجل أعتق ما في بطن جاريته ثم رهنها المولى فالرهن جائز لانها مملوكة لمولاه، وإن ولدت فنقصتها الولادة لم يذهب من الدين شئ بنقصان الولادة لانه إذا رهنها وهي حامل والحمل لا بد له من الولادة والولادة لا تنفك عن النقصان عادة فهذا النقصان حصل بسبب في يد الراهن فلا يكون مضمونا على المرتهن، ولو كان عليه دينار فدفع إليه دينارين فقال خذ أحدهما قضاء يكون لك فضاعا قبل أن يأخذ فدينه

***

[٤٤٩]

[دونهما ولا بالامانات وبالدرك وبالمبيع وإنما يصح بدين ولو موعودا وبرأس مال السلم] على حاله وهو مؤتمن لانه لا يتصور الاقتضاء والاستيفاء إلا بعد القبض وقبض المجهول لا يتصور، ولو قال آخذهما قضاء لك كان قبضا له بدينه ولا يشبه هذا الرهن. قال رحمه الله: (ولا بالامانات وبالدرك وبالمبيع) أي لا يجوز الرهن بهذه الاشياء أما بالامانات كالوديعة والعارية والمضاربة ومال الشركة فلان الرهن مضمون بما رهن به لكونه استيفاء فلا بد من ضمان المرهون به ليقع الرهن مضمونا ويتحقق استيفاؤه من الرهن، والامانات ليست بمضمونة ولا يمكن استيفاؤها من عينها حال بقائها وعدم وجوب الضمان بعد هلاكها فصار كالعبد الجاني والعبد المأذون له في التجارة والشفعة غير مضمونة على المشتري بخلاف الاعيان المضمونة كالمغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد حيث يصح الرهن بها لان الوجوب فيها يتقدر إذ الواجب فيها القيمة والعين مخلص على ما عليه الجمهور وللقيمة فيها شبهة الوجوب على ما قاله البعض فيكون رهنا بما تعذر وجوبه وسببه. وأما الدرك فلان الرهن استيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب لان معنى الدرك ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فما لا يستحق لا يجب على البائع رد الثمن، وكذا بعد الاستحقاق حتى يحكم برد الثمن ويفسخ البيع لاحتمال أن يجيز المستحق البيع بخلاف الكفالة به حيث تجوز لان الكفالة يجوز تعلقها بشرط ملائم على ما عرف في موضعه لانها التزام المطالبة والتزام الافعال معلقا أو مضافا إلى المال جائز كما في الصوم والصلاة وليس فيها شئ من معنى التمليك ولا كذلك الرهن فإنه استيفاء فيكون تمليكا، والتمليكات بأسرها لا يجوز تعليقها ولا إضافتها فافترقا. ولو قبض الرهن بالدرك قبل الوجوب بالاستحقاق فهلك عند المشتري يهلك أمانة لانه لا عقد حينئذ فوقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا بألف لتقرضني وهلك في يد المرتهن حيث يهلك ما سمى من المال لان الوعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة بل جعل موجودا اقتضاء لان الرهن استيفاء والاستيفاء لا يسبق الوجوب بل يتلوه، ولا بد من سبق الوجود ليكون الاستيفاء مسببا عليه ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيكون مضمونا عليه بالاقل مما سمى، ومن قيمة الرهن إذا سمى قدر الموعود، وإن لم يسم قدره بأن رهنه على أن يعطيه شيئا فهلك الرهن في يده يعطي المرتهن الراهن ما شاه لانه بالهلاك صار مستوفيا شيئا فيكون بيانه إليه كما لو أقر بذلك. وعن أبي يوسف: لو قال أقرضني وخذ هذا رهنا ولم يسم شيئا وهلك يضمن قيمة الرهن بخلاف المقبوض على سوم الشراء حيث يجب على القابض جميع قيمته لانه مضمون بنفسه كالبيع الفاسد والمغصوب فلا يتقدر بغيره ولا

كذلك الرهن فإنه مضمون بغيه وهو الدين فيكون مقدرا به، وروى المعلي عن أبي يوسف أنه تجب قيمة الرهن في الدين الموعود بالغة ما بلغت كالمقبوض على سوم الشراء، وأما بالبيع فلانه مضمون بغيره لانه مضمون بالثمن
***
[٤٥٠]
حتى إذا هلك ذهب بالثمن فلا يجب على البائع والرهن. ولا يجوز إلا بأعيان المضمونة بنفسها ولا يجوز بالاعيان المضمونة بغيرها كالرهن، وإن هلك الرهن بالمبيع ذهب بغير شئ لانه اعتبار الباطل فلا يجب على المشتري شئ. قال رحمه الله: (وإنما يصح بدين ولو موعودا) ولا يصح بغيره وقد بينا المعنى فيه وهو أن الرهن استيفاء والاستيفاء يتحقق في الواجب وهو الدين، ثم وجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولا يشترط وجوبه حقيقة لما ذكرنا. قال في الهداية: فإذا هلك الرهن الموعود هلك بما يسمى من المال قال في غاية البيان: فيه تسامح لانه يهلك بالاقل من قيمته ومما سمى له من القرض ألا ترى إلى ما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي: لو أخذ الرهن بشرط أن يقرضه كذا فهلك في يده قبل أن يقرضه هلك بالاقل من قيمته ومما سمى له من القرض. قال تاج تاج الشريعة في شرح قول المصنف حيث قال هلك بما سمى من المال بمقابلته هذا إذا ساوى الرهن الدين قيمة وإنما أطلق جريا على العادة إذا الظاهر أن يساوي الرهن الدين ا ه‍. واقتفي أثره صاحب العناية. أقول: فيه قصور بين فإن ما ذكر في الكتاب كما يتمشى فيما إذا ساوى قيمة الرهن أكثر من ذلك الدين فلا حاجة لتخصيصه بصورة المساواة فالحق أن يقال في البيان هذا إذا ساوى قيمة الرهن ما سمى له من القرض أو كانت قيمته أكثر من ذلك، وأما إذا كانت قيمة الرهن أقل من ذلك فيهلك بقيمة الرهن إذا قد تقدر فيما مر أن الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين ولكن المصنف ذكر هنا قوله حيث يهلك بما سمى له من الدين في صورة الاطلاق جريا على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساوية للدين أو أكثر من ذلك. قال الفقيه أبو الليث في الفتاوي: رجل دخل المدينة ونزل خانا فقال صاحب الخان لا ينزل هنا أحد ما لم يعط شيئا فدفع إليه ثيابه فهلكت عنده، إن رهنها من قبل الاجرة فالرهن بما فيه، وإن أخذها منه لانه ظنه سارقا نخشي منه يضمن صاحب الخان، كذا قال عصام بن يوسف. قال الفقيه أبو الليث: وعندي أنه لا يضمن لانه لم يكن مكرها بالدفع إليه. ولو رهن ثوبا فقال أمسكه بعشرين درهما فهلك الثوب عند المرتهن قبل أن يعطيه شيئا فعليه قيمة الثوب إلا أن يجاوز قيمته عشرين لان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الرهن. رهن دابتين على أن يقرضه مائة وقيمة إحداهما خمسون والاخرى ثلاثون فقبض ما قيمتها خمسون فهلكت يرد خمسين لان مضمون بالقيمة لا بالمسمى كالمقبوض بجهة البيع فإن بدا له أن يأخذ الاخرى له ذلك ولا يجبر على القرض لان الرهن لازم في جانب الراهن فما شرط على الراهن في الرهن يكون لازما، وفي حق المرتهن فيه لا يكون لازما والقرض مشروط على المرتهن فلا يكون لازما في حقه. ولو نفقت الاخرى عند الرهن واختلف في قيمة التي هلكت عند المرتهن فالقول للمرتهن لان الراهن يدعي على المرتهن زيادة ضمان وهو ينكر، وإن نفقت إحداهما ينظر إلى قيمة الباقي فتظهر قيمة الهالك فلا يلتفت إلى اختلافهما لانه أمكن معرفة ما وقع التنازع فيه لا من جهتهما. ابن رستم عن
***
[٤٥١]
[وثمن الصرف والمسلم فيه فإن هلك صار مستوفيا وللاب إن يرهن بدين عليه عبد] محمد رحمهما الله تعالى: رجل رهن رجلا ثوبا فقال له إن لم أعطك إلى كذا وكذا فهو بيع لك بمالك علي قال: لا يجوز وقوله عليه الصلاة والسلام لا يعلق الرهن هو هذا. ولو رهن الغاصب بالمغصوب رهنا والمغصوب منه ضمن الاقل من قيمة المغصوب وقيمة الرهن لانه أخذه على جهة الضمان وليس يكون المغصوب دينا يدفع به رهنا ولكنه لما رهنه صار رهنا وإن لم يكن صحيحا. قال رحمه الله: (وبرأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه) أي يجوز الرهن بهذه الاشياء. وقال زفر: لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وذلك بالاستبدال والاستبدال حرام في بدل الصرف والسلم. ولنا لانه استيثاق من الوجه الذي بينا وهو المقصود بالرهن وإنما يصير مستوفيا بالمالية لا بالعين ولهذا تكون عينه أمانة في يده حتى تجب نفقته حيا وكفنه ميتا على الراهن، ولو كان مستوفيا به لوجب على الراهن وهما من حيث المالية جنس واحد فيجوز استيفاء لا مبادلة. قال في المحيط: ولو اشترى عبدا ثم تقابضا ثم تفاسخا كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن لان الفسخ نزل منزلة البيع، وكذلك لو سلم المبيع وأخذ بالرهن رهنا ثم تقايلا كان له أن يحبس الرهن حتى يقبض المبيع، فإن هلك الرهن في يده هلك بالثمن

على ما بينا. أسلم خمسمائة في طعام فرهن منه عبدا يساوي الطعام وقبضه ثم صالح على رأس المال فالقياس أن لا يقبض الراهن العبد ورأس المال دين عليه. وفي الاستحسان يجعل رهنا بدينه ولا يكون مضمونا. وجه القياس أن رأس المال غير المسلم فيه حقيقة وحكما لانه ليس ببدل عن الطعام لان الطعام وجب بالعقد، ورأس المال وجب بالاقالة وهما ضدان، فما وجب بأحدهما لا يعتبر بدلا عن الآخر فالرهن بالطعام لا يكون رهنا به. وجه الاستحسان أن رأس المال بدل عن المسلم في قائم مقامه لانه كان بدلا له في العقد وبالاقالة والصلح لما أسقط حقه في المسلم فيه عاد حقه إلى بدله لانه وإن كان دينا حادثا لكن لما قام مقام المسلم فيه عاد حقه إلى بدله لانه وإن كان إثباتا وإسقاطا فالرهن بالمسلم فيه يكون رهنا بما قام مقامه كالرهن بالمغصوب رهن بقيمته لانها قائمة مقامه، فإن استوفي رأس المال ثم هلك عنده العبد من غير صنع يعطيه المرتهن مثل الطعام الذي كان على المسلم إليه ويأخذ منه رأس ماله. أقرض رجلا كر حنطة وارتهن منه ثوبا قيمة الكر وصالحه من عليه الحنطة على كر شعير بعينه يصير الثوب رهنا بالشعير، فإذا هلك يهلك مضمونا بالحنطة لانه برئ عن الحنطة فصار كما لو برئ بالايفاء، ويجوز أن يكون الرهن رهنا ولا يكون مضمونا كزوائد الرهن يكون محبوسا ولا يكون مضمونا، وذلك لان الرهن استيفاء حكمي والاستيفاء الحكمي لا يربو على الاستيفاء الحقيقي. ولو استوفى المسلم فيه حقيقة ثم تقايلا السلم صحت الاقالة ويرد عليه طعاما ويأخذ رأس ماله فكذا إذا اصطلحا بعد

***

[٤٥٢]

الاستيفاء الحكمي. وذكر مسألة في الصرف: إنسان اشترى ألف درهم بمائة دينار وقبض الالف فأعطاه بالمائة الدينار رهنا يساويها ثم تفرقا فسد البيع لان الافتراق قبل قبض الدنانير فصارت الدراهم مقبوضة في يد مشتريها بحكم صرف فاسد وليس له أخذ الرهن حتى يرد الالف، فإن هلك الرهن عنده رجع صاحبه عليه بمائة دينار والمرتهن بالالف لان الدراهم بدل عن الدنانير والرهن بالشئ يكون رهنا به وببدله فيكون محبوسا لدنانير مضمونا بالدراهم، فإذا هلك الرهن صار مستوفيا للدنانير في صرف فاسد فكان على المرتهن رد الدنانير على الراهن الدارهم، فإن لم يتفرقا حتى ضاع الرهن فهو بالمائة الدنانير لانه صار مستوفيا للدنانير في المجلس حكما بهلاك الرهن فيصير كما لو استوفى حقيقة فكان الصرف جائزا. قال رحمه الله: (فإن هلك صار مستوفيا) لوجود القبض واتحاد الجنس من حيث المالية وهو المضمون فيه. هذا إذا هلك الرهن قبل الافتراق، وإن افترقا قبل الهلاك بطل الصرف والسلم لفوات القبض حقيقة وحكما. هذا إذا كان رهنا ببدل الصرف أو برأس مال السلم، وإن كان رهنا بالمسلم فيه لا يبطل بالافتراق لان قبضه لا يجب في المجلس، ثم إن هلك قبل الافتراق يصير مستوفيا لدينه حكما فتم السلم كما إذا كان رهنا برأس المال أو بدل الصرف وهلك قبل الافتراق يصير مستوفيا لدينه فتم الصرف والسلم لو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال استحسانا حتى يحبسه به. والقياس أن لا يحبسه به لانه دين آخر وجب بسبب آخر وهو القبض والمسلم فيه وجب بالعقد فلا يكون الرهن بأحدهما رهنا بالآخر كما لو كان عليه دينان دراهم ودنانير وأحدهما رهن فقضاه الذي به الرهن أو أبرأه منه ليس له حبسه بالدين الآخر. وجه الاستحسان أنه ارتهن بحقه الواجب بسبب العقد الذي جرى بينهما وهو المسلم فيه عند عدم الفسخ ورأس المال عند الفسخ فيكون محبوسا به لانه بدله فقام مقامه إذا الرهن بالشئ يكون رهنا ببدله كما إذا ارتهن بالمغصوب فهلك المغصوب صار رهنا بقيمته. ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالمسلم فيه لانه رنه به وإن كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقابلا البيع له أن يحبسه لاخذ المبيع لانه بدل الثمن، ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لانه مرهون به، وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وأدى قيمته كان للمشتري أن يحبس المبيع عند الفسخ ليستوفي الثمن، ثم إذا هلك المبيع يهلك بقيمته فكذا هذا. ثم إذا هلك الرهن بالمسلم فيه في مسألتنا يجب على رب السلم أن يدفع مثل المسلم فيه إلى المسلم إليه ويأخذ رأس المال لان الرهن مضمون وقد بقي حكم الرهن إلى أن يهلك فصار رب المال بهلاك الرهن مستوفيا للمسلم فيه، ولو استوفاه حقيقة ثم تقايلا واستوفاه بعد الاقالة لزمه رد المستوفي واسترداد رأس المال فكذا هنا، وهذا لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فبهلاك الرهن لا تبطل وقد تقدم. قال رحمه الله: (وللاب إن يرهن بدين عليه عبد الطفلة) أي لولده الصغير لانه يملك

***

[٤٥٣]

إيداعه وهذا نظر منه في حق الصبي لان قيام المرتهن بحفظه ما بلغ مخافة الغرامة، ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة والوصي في هذا كالاب لما بينا. وعن أبي يوسف وزفر أنهما لا يملكان ذل وهو القياس لان الرهن إيفاء حكما فلا يملكانه كالايفاء حقيقة. وجه الاستحسان وهو الظاهر أن في حقيقة الايفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض مقابلة بدين وفي الرهن نصيب حافظا لمال الصغير في الحال مع بقاء ملكه فيه فافترقا، وإذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه عند هلاكه حكما ويصير الاب والوصي موفيا لدينه ويضمنان ذلك القدر للصغير. وذكر في النهاية معزيا إلى التمرتاشي وهو إلى الكاكي أن قيمة الرهن إذا كانت أكثر من الدين يضمن الاب بقدر الدين والوصي بقدر القيمة لا للاب أن ينتفع بمال الصبي ولا كذلك لوصي ثم قال: وذكر في الذخيرة والمغني: التسوية بينهما في الحكم وقال: لا يضمنان الفضل لانه أمانة وهو وديعة عند المرتهن ولهما ولاية الايداع، وكذا لو سلطا المرتهن على البيع لانه توكيل على بيعه وهما يملكانه، ثم إذا أخذ المرتهن الثمن بدينه وجب عليهما مثله لانهما أوفيا دينهما بماله، وأصل هذه المسألة البيع فإن الاب والوصي إذا باع مال الصغير من غريم نفسه تقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما، وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة فيأخذ البائع الثمن من المشتري للصغير ويأخذ المشتري دينه من البائع، وعلى هذا الخلاف الوكيل بالبيع إذا باعه من غريم نفسه تقع المقاصة بنفسه البيع عندهما ويضمن الوكيل المال للموكل، وعنده لا يقع، وإذا كان من أصله لا يملك قضاء دين نفسه بمال الصبي بطريق البيع فكذا لا يملك بطريق الرهن، وعندهما لما ملك بطريق البيع فكذا لا يملك بطريق الرهن أيضا لان الرهن نظير البيع من حيث وجود المبادلة لوجوب الضمان على المرتهن كوجوب الثمن على المشتري، وإذا كان للاب أو لابنه الصغير أو لعبده المأذون له في التجارة ولا دين عليه دين على ابن له صغير فرهن الاب متاع ابنه الصغير من ابنه الصغير أو من عبده التاجر جاز لان الاب لوجود شفقته نزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين كما في بيعه مال الصغير من نفسه. ولو فعل الوصي ذلك والمسألة بحالها لا يجوز لانه وكيل محض، والاصل أن الواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن ولا البيع لكنا تركنا ذلك في الاب لما ذكرنا وليس الوصي كالاب فإن شفقته قاصرة فلا يعدل عن الحقيقة والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر بمنزلة الرهن من نفسه فلا يجوز بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذي عليه دين حيث يجوز رهنه منهم لانه أجنبي عنهم إذ لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع حيث لا يجوز بيعه لانه متهم فيهم ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وهو أن يكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين وذلك لا يختلف بين الاجنبي والقريب. ولو رهن الوصي مال اليتيم عند الاجنبي بتجارة بأسرها أو رهن اليتيم بدين لزمه بالتجارة صح لان الصلح له التجارة تمييز الماله فلا يجد بدا من الرهن لانه إيفاء واستيفاء، ولو رهن الاب متاع الصغير

***

[٤٥٤]

فبلغ الابن ومات الاب فليس للابن أن يسترده حتى يقضي الدين لان تصرف الاب عليه نافذ لازم له بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ، ولو كان على الاب دين لرجل فرهن به مال الصغير فقضاه الابن بعد البلوغ رجع به في مال الاب لانه مضطر إليه لحاجة الانتفاع بماله فأشبه معير الرهن، وكذلك إذا هلك قبل أن يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه به. ولو رهن الاب مال الصغير بدين على نفسه وبدين الصغير جاز لاشتماله على أمرين جائزين لان كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل دون العكس، هكذا قال في العناية. أقول: في هذه الكلية منع ظاهر ألا ترى أن إنسانا أو فرسا يطيق أن يحمل كل واحد من أجزاء البيت المركب من الاحجار والاشجار مثلا ولا يطيق تحمل الكل قطعا وأن رجلا شجاعا يطيق مقاتلة كل واحد من آحاد العسكر على الانفراد ولا يطيق مقاتلة مجموع العسكر معا وهذا في الامور الخارجية، وأما ما في الاحكام الشرعية فكما أن يجوز للرجل أن يجامع كل واحدة من الاختين منفردة عن الاخرى بملك نكاح أو ملك يمين ولا يجوز أن يجامعهما معا، ثم حكمه في حصة دين الاب كحكمه فيما لو كان كله رهنا بدين الاب، وكذلك لك الوصي والجد أب الاب. ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبضه المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي هلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعار لحاجة الصغير فلا يكون متعديا بذلك، ولو هلك الرهن في يد الوصي لا يسقط من الدين شئ لخروجه عن ضمان المرتهن بالاسترداد والوصي هو الذي يطالب له على ما كان. ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصغير لانه متنعد فيه لعدم ولاية الاستعمال في حاجة نفسه. ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله في حاجة نفسه حتى هلك عنده ضمن قيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال في

حاجة نفسه فيقضي بضمان الدين، فإن فضل شئ من القدر المضمون كان لليتيم لانه بدل ملكه، وإن لم يف بالدين يقضي من مال اليتيم لان الدين عليه وإنما يضمن الوصي بقدر ما تعدى فيه وإن كان الدين مؤجلا فالقيمة رهن، فإذا حل كان على ما ذكرنا. ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير ضمنه لحق المرتهن لا لحق الصغير لان استعماله في حاجة الصغير ليس يتعدد في حقه. وكذا الاخذلان له ولاية أخذ مال اليتيم ولهذا إذا أقر الاب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شئ لانه لا يتصور غصبه لمال اليتيم لمال أن له ولاية الاخذ، فإذا هلك في يده يضمن للمرتهن فيأخذه بدينه إن كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد في حقه بل هو عامل له، وإن كان له يحل يكون رهنا عند المرتهن. ثم إذا حل الدين يأخذه به ويرجع الوصي على الصبي لما ذكرنا. قال في المحيط: رهن الوار ث الكبير شيئا من التركة وليس على الميت دين جاز لانه يجوز بيعه فيجوز رهنه، وإن رد عليه سلعة باعها الميت بعيب فهلكت في أيديهم ولا مال له

***

[٤٥٥]

[الطفلة وصح رهن الحجرين والمكيل والموزون فإن رهنت بجنسها وهلكت بمثلها من] غير المرهون فالرهن جائز وصيا كان أو وارثا، ويرجع به الوصي على اليتيم لان الدين إنما وجب على الميت بعد الرد ولم يكن واجبا عند الرهن فصح الرهن فلا يبطل حق المرتهن للحقوق الدين في التركة بسبب الرد لكن الراهن ضامن لقيمة الرهن لانه وجب قضاء الدين من ذلك المال ولكنه عجز عن القضاء بسبب رهنه بدينه فصار كالمتلف له فلزمه قيمته كرهن حق صاحب الدين وهو محل قضائه إلا أنه إن كان وصيا يرجع على الصغير لانه كان عاملا له وقد لحقه ضمان بسبب عمله. وكذلك لو زوج الميت أمته وأخذ مهرها فأعتقها الوارث بعد موته قبل الدخول بها فاختارت نفسها وصار المهر دينا في مال الميت جاز الرهن لان هذا الدين ثبت على الميت بعد الرهن لانه ثبت ببطلان النكاح بعد الرهن عند الاختيار والابن ضامن له لانه بالاعتاق أتلف حق الغريم وهو الزوج. ولو استحق عبدا ابتاعه الميت فرجع المشتري في ميراث الميت بالدين لم يجز الرهن لانه ظهر أن الرهن وقع وعلى الميت دين لانه ظهر أن ما قبض الميت من الثمن كتن دينا عليه للمشتري لانه لم يجب له على المشتري مثل ذلك. قال رحمه الله: (وصح رهن الحجرين والمكيل والموزون) والمراد بالحجرين الذهب و الفضة، وإنما جاز رهن هذه الاشياء لامكان الاستيفاء منها فكانت محلا للرهن. وفي المبسوط: إذا كان الرهن مثل الدين كيلا أو وزنا أو أكثر قيمة مثل قيمته أو كثر ذهب بما فيه لانه صار مستوفيا لمثل حقه، وإن كان أقل قيمة منه لم يذهب بالدين ويضمن المرتهن مثله ويأخذ منه دينه، وكذلك إذا فسد. ولو رهنه كحنطة يساوي مائة بكر دقيق يساوي مائة فضاع الدقيق دفع المرتهن مثله ولم يذهب بالحنطة لانه أقل كيلا منها، وكذلك إذا فسد أو رهنه كرا جيدا بكرين رديئين والرهن يساوي كرا ونصفا منها فهلك قال زفر رحمه الله تعالى: يذهب بكر ردئ لانه لا عبرة بالوجود في أموال الربا فصار الكر الجيد رهنا بكرين رديئين نصفه بهذا ونصه بذاك. وقال أبو يوسف: إن شاء ضمنه مثلي كره وأعطاه الدين، وإن شاء صير الكر بأجد الكرين وأعطاه الباقي لان الجودة في أموال الربا لها قيمة في غير عقود المعاوضات والرهن عقد استيفاء لا معاوضة حقيقية فصار كمن له الجياد إذا استوفى الردئ ومن له الردئ إذا استوفى الجياد وهلك له أن برد المقبوض ويستوفي حقه منه فهذا على ذلك. وقال محمد رحمه الله: رجل رهن رجلا كرا من طعام قيمته ثلاثمائة درهم بكرين قيمتهما مائتان فأصاب الكر الرهن كان منه مائة مضمونة وما نقصه مائة وكيله واف على حاله فعلى المرتهن كر يساوي مائتي درهم وخمسين درهما لان الكر الرهن كان منه مائة مضمونة بأحد كري الدين وكانت إحدى هاتين المائتين مضمونة بأحد كري الدين والمائة الاخرى ليست بمضمونة فكان في الرهن فضل مائتين في الجودة وقيمتها ثلاثمائة فمائة منها مضمونة والمائة الاخرى أمانة، فلما أصابه بالنقص من جودته مائة جعلنا نصفها من الامانة ونصفها

***

[٤٥٦]

[الدين ولا عبرة] من الضمان فسقط عنه حصة الامانة وهي خمسون درهما وغرم حصة الضمان وهي كر يساوي مائتين وخمسين. ولو هلك نصفه ثم أصاب النصف الثاني ماء فصار يساوي مائة ونقصه الماء خمسين درهما يغرم المرتهن كراء قيمته مائتين وخمسة وعشرين لان النصف الهالك كانت قيمته بمائة وخمسين أثلاثا ثلثه أمانة وثلثاه مضمون فبطل على المرتهن حصة الامانة ووجب عليه نصف كر يساوي مائة فكان المضمون نصفه. وأما النصف الثاني لما نقصه الماء خمسين من الجودة كانت هذه الخمسون نصفها أمانة

ونصفها مضمونة فبطلت عنه حصة الامانة خمسة وعشرون ولزمه نصف كريساوي مائة وخمسة وعشرين. قال رحمه الله: (فإن رهنت بجنسها وهلكت بمثلها من الدين ولا عبرة للجودة) لانها لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس في الاموال الربوية وهذا على إطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فإنه يصير مستوفيا عنده إذا هلك باعتبار والوزن، قلت قيمته أو كثرت لما ذكرنا. وعندهما أن لم يكن في اعتبار الوزن إضرارا باحدهما بأن كانت قيمته الرهن مثل وزنه فكذلك، وإن كان فيه الحاق ضرر بأحدهما بأن كانت قيمته أكثر من وزنه أو أقل ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه لينتقض قبض الرهن ثم يجعل الضمان رهنا مكانه ويملك المرتهن الهالك بالضمان لانا لو اعتبرنا الوزن وحده من غير اعتبار صفته من جودة أو رداءة وأسقطنا القيمة فيه أضررنا بأحدهما، ولو اعتبرنا قيمته وجعلناه مستوفيا باعتبارهما أدى إلى الربا فتعين ما ذكرنا، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول إن الجودة ساقطة عند المقابلة بالجنس في الاموال الربوية واستيفاء الردئ بالجيد أو بالعكس جائز عند التراضي به هنا ولهذا يحتاج إلى نقضه ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان عليه لعدم المطالبة، ولان الانسان لا يضمن ملك نفسه فتعذر التضمين لتعذر النقض، وقيل هذه فروع ما إذا استوفى زيوفا مكان الجياد ثم علم مكان الزيافة وهي معروفة، وقيل لا يصح البناء لان محمدا فيها مع أبي حنيفة في المشهور عنه وفي هذه مع أبي يوسف. وقال قاضيخان: إن البناء صحيح لان عيسى بن أبان قال: قول محمد أولا كقول أبي حنيفة وآخر كقول أبي يوسف، ولئن مع أبي حنيفة فالفرق له أن الزيوف في تلك المسألة قبضه استيفاء لحقه وقد تم بهلاكه والرهن قبضه ليستوفي من نقض القبض وقد أمكن التضمن. قال في المبسوط: الاصل فيه أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الصياغة والجودة معتبرة بنفسها غير تابعة للوزن في حق الضمان بل يعتبر حكمها حكم الوزن ولا يجعل تبعا للوزن إذا لم يؤد إلى الربا لانه مال متقوم بنصيبة حقا للعباد ألا ترى أنه لو أوصى المريض بقلب وزنه عشرة وقيمته بصياغته خمسة عشر وثلث ماله عشرة، فإن يكن في ملكه إلا هذا القلب وخمسة عشر دينارا تصح الوصية بوزن القلب كما لو كان وزن القلب خمسة عشر فقد ألحق الصياغة والجودة بالوزن

***

[٤٥٧]

في الوصية، وكذلك في الرهن فمتى حصل النقصان يكون النقصان شائعا في الامانة والمضمون، فما كان في الامانة ذهب مجانا، وما كان في المضمون صمن القيمة ويملك الرهن بقدره. والاصل عند محمد رحمه الله تعالى أن الصياغة تابعة للوزن غير معتبرة بنفسها في حق المداينات والمعاملات وهي معتبرة في المتلفات والمضمونات، ثم ننظر إن كان في الوزن وقيمته وفاء بالدين وزيادة يصرف الدين إلى الوزن والامانة إلى الصياغة، وإن لم يكن في الوزن وفاء بالدين وفي قيمته وفاء بالصياغة وجودته تضم إلى الوزن من قيمة الصياغة لان الصياغة تابعة للوزن وهي بانفرادها لا تصلح لقضاء الدين فكان صرف الدين إلى الوزن أولى من صرفه إلى الضمان إلا عند الضرورة، فإن لم يكن في الوزن وفاء بالدين وكان صرف الدين إلى الوزن فإنه يتم قدر الدين من الصياغة لانه يجوز أن يجعل البيع أصلا عند الضرورة. والاصل عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن العبرة للوزن دون الصياغة والجودة لان الوزن أصل والصياغة تبع له لانها صفة قائمة بالعين والصفة تابعة للاصل فتعتبر تبعا للوزن إلا إذا تعذر أن تجعل تبعا للوزن لم تعتبر تبع والحق بالوزن كما في مسألة الوصية لانا لو جعلنا الصياغة تبعا للوزن يصير موصيا بأكثر من ثلث ماله وإنه لا يجوز فلهذه الضرورة لا تعتبر تابعة للوزن، وفي حالة الهلاك الوزن مضمون بالدين لا بالقيمة فكذلك الصياغة تكون مضمونة بالدين، وفي حالة الانكار الوزن مضمون بالقيمة تبعا للاصل لئلا يصير التبع مخالفا للاصل. ثم المسائل على ثلاثة فصول: فصل فيما إذا كان الوزن والدين سواء، فصل فيما إذا كان الوزن أقل من الدين، وفصل فيما إذا كان الوزن أكثر من الدين. وكل فصل ينقسم إلى قسمين: إلى حالة هلاك وإلى حالة انكسار، والقسم الاول على ثلاثة أوجه: إما أن تكون القيمة مثل الوزن أو أقل أو أكثر، وكل قسم من الآخرين على خمسة أوجه: إما أن تكون القيمة مثل الوزن أو أكثر أو أقل كما نبين فصار الكل ثمانية وعشرين وجها. الفصل الاول رهن قلب فضة وزنه عشرة وقيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن هلك بالدين بالاتفاق لانه مثله وزنا وجودة فتم الاستيفاء بالهلاك وإن انكسر، فإن شاء الراهن أخذ المكسور وقضى جميع الدين، وإن شاء ضمن جميع قيمته من الذهب فكانت رهنا مكانه عندهما، وعند محمد رحمه الله تعالى إن شاء الراهن تملك الرهن بالدين، وإن شاء أدى الدين وأخذ الرهن لمحمد رحمه الله تعالى إن قبض الرهن لم ينعقد موجبا لقيمته العين لانه صدر عن إذن المالك لا عن تعد فلا يصلح مناطا لضمان القيمة والعقد موجب الضمان للرهن لانه به يصير مستوفيا للدين عند الهلاك فلزمه ضمان الرهن، فمتى

تعذر إيجاب القيمة لزمه ضمان الدين فجعلته بالدين إلا إذا كان يؤدي إلى الربا أو إلى الاضرار بأحدهما وقد أنعم هنا بهلاكهما فجعلته بالدين. ولهما أنه لا وجه إلى أن يملك المرتهن الرهن بالدين لان العقد لا
***
[٤٥٨]
ينعقد لتملك الرهن عند الهلاك لا يصير ملكا للمرتهن بل يهلك على ملك الراهن ولكن المرتهن بالقبض يصير مستوفيا لمالية العين عند الهلاك فكان ضمان الراهن ضمان الاستيفاء، ولا يمكن جعله مستوفيا باعتبار الفائت بالانكسار لان الفائت هو الجودة دون القدر والاستيفاء إنما يتحقق من القدر دون الجودة، ولا يمكن جعله مستوفيا باعتبار القائم لانه لا يمكن جعل المكسور ملكا للراهن وضمان الرهن لا يوجب الملك في العين فدعت الضرورة إلى أن يجعل مضمونا بالقيمة لان تملك الاعيان بقيمتها مشروع وهذا تفقه وهو أن الراهن إنما رضي بقبضه بشرط ضمان الرهن فإذا تعذر إثباته لعدم رضاه بقبضه فصار كالقلب المغضوب إذا انكسر يكون مضمونا بالقيمة فكذا هذا، فأما إذا كانت قيمته أقل من الوزن إن هلك يهلك بالدين عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما يغرم قيمته من الذهب ويرجع بدينه فهما اعتبرا القيمة والجودة لا للوزن لان في اعتبار الوزن وإقساط الجودة اضرارا بالراهن ولا يجوز الاضرار لصاحب المال بإبطال حقه عن الجودة، وفي جعله مستوفيا لدينه بقدر قيمة القلب معنى الربا وهو استيفاء عشرة بثمانية، فإذا تعذر جعله مستوفيا ضمن قيمته من خلاف جنسه، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى اعتبر الوزن والموزون في جميع الديون فصار مستوفيا لدينه بالهلاك ولا يؤدي إلى إضرار بالمرتهن بغير رضاه لانه قبل الرهن مع علمه أن من حكم الرهن أنه يصير مستوفيا للدين بهلاكه وصار راضيا باستيفاء جميع الدين بالهلاك متى تساويا في الوزن. وإن كان القلب من قيمة دينه لان المساواة في أموال الربا معتبرة من حيث القدر والوزن لا من حيث القيمة والجودة، وإن انكسر ضمن قيمته عندهم جميعا. أما عندهما فظاهر، وأما عند محمد فلانا لو جعلناه بالدين يؤدي إلى الاضرار. وأما إذا كانت قيمته أكثر من الوزن وهلك يهلك بالدين عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعند محمد أيضا لان في الوزن والقيمة وفاء بالدين فصار بالهلاك مستوفيا لدينه وفي الزيادة أمينا. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: خمسة أسداس مضمونة وسدسه أمانة لان عنده الصياغة معتبرة ومتقومة إذا لم يؤد إلى الربا فصار كان الراهن اثنا عشر وزنا فساغ الضمان ولامانة فيهما فصير بقدر الدين مضمونا. وأما إذا انكسر، إن انتقض بالانكسار قيمة القلب من العشرة بأن صارت تسعة أو ثمانية ضمن قيمته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان العبرة للوزن عنده وليس في الوزن من وفاء بالدين فلا يمكن إيجاب ضمان الرهن فأوجبنا القيمة. وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ضمن خمسة أسداسه لان عنده الصياغة معتبرة فتكون قيمة الرهن أكثر من الدين وذلك اثنا عشر فيكون بقدر الدين مضمونا والزيادة أمانة، وعند محمد رحمه رحمه الله تعالى إن شاء جعله بجميع الدين، وإن شاء افتكه بجمعية لانه مضمون بالدين حالة الهلاك فيكون مضمونا بالدين حالة الانكسار كما بينا. وإن لم تنقض قيمة القلب من العشرة بأن كانت قيمته بعد الانكسار عشرة فالمرتهن يضمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعند أبي يوسف رحمه الله يضمن خمسة أسداس
***
[٤٥٩]
القلب، وعند محمد رحمه الله تعالى يضمن قدر وزنه لان الوزن في القيمة وفاء بالدين فلم يصير مستوفيا شيئا من المضمون فيكون مضمونا بالدين حالة الانكسار والوزن مضمون بالقيمة فتصير الصياغة كذلك مضمونة بالقيمة تبعا للوزن، وعند أبي يوسف كلاهما مضمون بالقيمة أصلا فيكون بعض الرهن مضمونا والبعض أمانة فيشيع الضمان فيهما. الفصل الثاني: لو كان وزن القلب ثمانية والدين عشرة فهو على خمسة أوجه: إما إن كانت قيمته مثل وزنه أو أقل من وزنه سبعة أو أكثر من وزنه وأقل من الدين تسعة أو مثل الدين عشرة أو أكثر من الدين اثنى عشرة، وكل وجه لا يخلو إما إن هلك أو انكسر فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في فصول كلها الهلاك بثمانية ويرجع على الرهن بدرهمين والانكسار بالقيمة وفاء وفي الانكسار تعذر إيجاب ضمان الرهن لما بينا وأوجبنا ضمان القيمة، فأما عندهما إن كانت قيمته مثل وزنه يهلك بما فيه ويرجع المرتهن على الراهن بدرهمين بالاجماع، وإن انكسر ضمن قيمته عند أبي يوسف وعند محمد له خيار التمليك بالدين والافتاك لما بينا. وإن كانت قيمته تسعة فعندهما يغرم قيمته من الذهب ويرجع بدينه لان القيمة معتبرة عندهما مع الوزن فالوزن إن كان يفي بثمانية والقيمة لا تفي بثمانية فيخير المرتهن إن شاء رضي بهلاك الرهن بما فيه ثمانية، وإن شاء غرم قيمته تسعة ورجع عليه بدينه، وإن انكسر ضمن قيمته اتفاقا. أما عندهما فظاهر، وأما عند محمد فلانه لا يمكن ترك القلب عليه

بثمانية من الدين لانه إذا ترك بثمانية يتضرر به المرتهن لان قيمة الرهن لا تفي بثمانية، وإن ترك بسبعة من جنسه يؤدي إلى الربا لانه يصير مستوفيا ثمانية بسبعة، وإن تعذر تركه عنده. وإن كانت قيمته أكثر من وزنه وأقل من الدين بأن كانت تسعة وهلك يهلك بوزنه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما يغرم قيمته ويرجع بدينه لما بينا. وإن انكسر ضمن قيمته بالاجماع وإن كانت قيمته أكثر من وزنه ووزنه مثل الدين بأن كانت قيمته عشرة، هلك يضمن قيمته من خلاف جنسه احترازا عن الربا والضرر، وإن انكسر فالراهن بالخيار إن شاء أفتكه بجميع الدين وإن شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه مثل قول أبي حنيفة رحمه الله للتعذر. وعند محمد وإن كانت قيمته أكثر من وزن اثني عشر فعند أبي يوسفح رحمه الله إن هلك يغرم خمسة أسداسه ويرجع بدينه لان الصياغة عنده بمنزله الوزن، ولو كان الوزن اثني عشر يضمن خمسة أسداسه وهو عشرة فكذا هذا. وعند محمد رحمه الله تعالى إن هلك ضمن قدر الدين بخمسة أسداس القلب لان قدر الدرهمين من قيمة الصياغة، أما عنده فلانه يزيد على الوزن والدين جميعا ولا ضمان للمالك في الامانة وإن انكسر انتقص بالانكسار مقدار الزيادة على العشرة فلا ضمان. وإن نقص أكثر من فضل الجودة على الدين وذلك أكثر من درهمين فالراهن بالخيار إن شاء أفتكه بجميع الدين وأخذ المكسور وإن شاء ترك عليه بقيمته مضمونا من الذهب غير درهمين من الصياغة أربعة ووزن الرهن لا يفي بالدين فيضمن من قيمة الصياغة ما يتم به الدين وذلك درهمان فصار قدر درهمين من الصياغة

***

[٤٦٠]

مضمونا مع الوزن وقدر درهمين أمانة فيترك القلب عليه بقيمته غير درهمين ولا يترك بالدين لانه يؤدي إلى الربا لانه يصير مستوفيا ثمانية بعشرة. وإن جعل مستوفيا ثمانية تضرر به الراهن فأوجبنا عليه القيمة من الذهب تحرزا عن الربا ونفيا للضرر عن الرهن. الفصل الثالث: ولو كان الدين عشرة والقلب خمسة عشر فهذا على خمسة أوجه: إما إن كانت قيمته مثل وزنه أو أكثر من وزنه أم أقل من وزنه أو أكثر من الدين أحد عشر أو مثل الدين عشرة أو أقل من الدين ثمانية، وكل وجه لا يخلو إما إن هلك أو انكسر فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في الفصول كلها إن هلك يهلك بما فيه، وإن انكسر فاختار الراهن الترك يترك عليه بخمسة أسداس قيمته من الذهب، وعندهما إن كانت قيمته مثل الوزن إن هلك ذهب ثلثاه بالدين والانكسار بالقيمة لان المضمون بالرهن قدر ثلثيه وثلثة أمانة وبالانكسار يضمن قيمة المضمون لان عنده كان الهلاك والانكسار بالدين لانه أمكن جعله بالدين وتمليكه متى كان وزن ثلثيه مقيمته مثل الدين رهنا بالصياغة لم تزدد قيمته على الوزن فلا عبرة للصياغة والعبدة للوزن بعضه مضمون أمانة، فإذا نقص من قيمته بالانكسار وقع التغير في بعض المضمون فيخير، وإن كان قيمته أكثر من وزنه يجوز أن تكون القيمة عشرين، فإن هلك هلك ثلثاه بالدين عندهم جميعا لان بثلثيه وفاء بالدين وزنا وقيمته ويهلك ثلثه أمانة، وإن انكسر ضمن ثلثيه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان المضمون من القلب عشرة والصياغة تبع للوزن فتصير الصياغة أيضا مضمونة تبعا للوزن ويبقى الثلث أمانة عنده، وعند أبي يوسف يضمن نصفه لان الصياغة عنده بمنزله الوزن وقيمتها خمسة ووزن القلب خمسة عشر فصار كان وزن القلب عشرين فيترك نصف القلب عليه بنصف قيمته، وعند محمد رحمه الله تعالى ينظر، إن كان نقص خمسة أو أقل لم تعتبر ويجير الراهن على الانفكاك، وإن نقص أكثر من خمسة للراهن أن يسلم للمرتهن الرهن بدينه والباقي له لان عنده القيمة زادت على الوزن فهي قيمة الصياغة وهي أمانة لان الامانة تصرف إلى الصياغة متى ازدادت قيمته على وزنه والفائت قدر الامانة وبقي الدين بحالة فيجبر الراهن على الفكاك، ومتى انقضت قيمته على الوزن فقد تغير ما هو المضمون فيتخير الراهن، فإن اختار الترك يترك ثلثه بالدين ويسترد الثلث لانه مهما تملكه بالدين لا يملك بالقيمة عنده، وإن كانت القيمة أقل من وزنه أو أكثر من الدين بأن يكون اثني عشر إن هلك يهلك ثلثاه بالدين عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان بالوزن وفاء بالدين وزيادة والزيادة أمانة وعندهما يغرم عن القلب خمسة اسداسه، والاظهر أن يضمن منه قدر الدين لان قدر الدين مضمون عليه وذلك ثلثا القلب لان عندهما العبرة للوزن والقيمة جميعا وبالوزن والقيمة وفاء بالدين زيادة والمضمون من الدين عشرة والزيادة أمانة. وإن انكسر ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله ما يساوي عشرة منه لان عنده العبرة للوزن لا للقيمة وقدر المضمون من الوزن عشرة، وعندهما أن اختار الترك يترك عليه عشرة أجزاء من

***

[٤٦١]

[فصل] اثني عشر جزأ من القلب باعتبار القيمة لا باعتبار الوزن لان عندهما القيمة معتبرة مع الوزن. وإن كانت القيمة مثل الدين

إن هلك يهلك بما فيه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يضمن بتخيير لان عندهما القيمة معتبرة مع الوزن ولا وفاء بالقيمة بقدر المضمون من الرهن وهي عشرة لان قيمة العشرة من الرهن أقل من عشرة الدين فيتخر إن شاء جعله هالكا بما فيه، وإن شاء ضمنه قيمته عشرة من الذهب فيكون رهنا عنده ويكون دينه على حالة نفيا للضرر عن نفسه. وإن انكسر ضمن مقدار ثلثي القيمة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لما عرف، وعندهما يضمن قيمته لان القيمة معتبرة مع الوزن عندهما وقيمته عشرة فيترك جميع القلب عليه بعشرة. وإن كانت قيمته أقل من الدين بأن كانت ثمانية إن هلك يهلك بثلثي الدين والباقي يهلك أمانة عنده لان عنده العبرة للوزن لا للقيمة وفي الوزن وفاء بالدين وزيادة، وعندهما يغرم قيمته ويرجع بدنه لان عندهما القيمة معتبرة مع الوزن وفي الزيادة إن كان وفاء بالدين فلا وفاء بالقيمة، وله أن يضمن قيمة القلب ثمانية فتكون رهنا عنده. وإن انكسر ضمن ثلثي قيمته عنده لما عرف، وعندهما الكل لما عرف رهن عشرة دراهم بيضا لها صرف وفضل بعشرة سود تهلك بالسود عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى. وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كانت قيمتها خمسة عشر سودا فقد ضمن ثلثيه وثلثه أمانة كما إذا ارتهن قلبا وزنه مثل الدين وقيمته أكثر منه. فصل: ارتهن قلب فضة وزنه خمسون بكر سلم أو أقرض وقيمته من الدين سواء، فإن هلك ذهب بما فيه لانه بقيمته وفاء بالدين، وإن انكسر فعلى ما وصفنا من رهن قلب وزنه عشرة بدينار وقيمته سواء فانكسر لان الرهن من خلاف جنس الدين في المسألتين وثمة يغرم المرتهن قيمته من الذهب فيكون رهنا بالدين والقلب له. وعند محمد رحمه الله تعالى يترك عليه بالدين فكذا هذا خاتم من فضة وزنه درهم وفيه فص يساوي تسعة فرهنه بعشرة فهلك الخاتم فهو بما فيه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان تسعة من الدين بإزاء الفص ودرهما بإزاء الحلقة فتسقط تسعة بهلاك الفص وسقط درهم بهلاك الحلقة لان عنده العبرة للوزن لا للقيمة وهما في الوزن سواء، وكذلك عندهما إذا كانت قيمته الحلقة درهما أو أكثر لان الحلقة والدين بمقابلته في الوزن والقيمة سواء. وإن كانت قيمة الحلقة أقل من درهم فإنه يسقط من الدين تسعة بهلاك الفص وللمرتهن خيار في الحلقة لان العبرة عندهما للوزن والقيمة جميعا، وهنا إذا كان بالوزن وفاء فلا وفاء للقيمة. ولو هلك بما فيه من غير خيار لتضرر المرتهن بذلك كما إذا رهن قلبا وزنه عشرة

***

[٤٦٢]

[ومن باع عبدا على أن يرهن المشتري بالثمن شيئا بعينه فامتنع لم يجبر وللبائع فسخ البيع إلا أن يدفع المشتري الثمن حالا أو قيمة الرهن رهنا وإن قال للبائع امسك هذا] بعشرة وقيمته ثمانية وقد هلك يخير المرتهن عندهما فكذا هذا. رهنه قلب فضة بعشرة على لانه إن لم يجئ بالعشرة إلى شهر فهو بيع فالرهن جائز والشرط باطل لانه علق البيع الخطر وتعليق التمليك بالخطر لا يجوز ولم يعلق الرهن بالخطر إلا أنه شرطا فاسدا والرهن لا يبطل بالشروط الفاسدة. ارتهن بعشرة دراهم فلوسا تساويها فهلكت فهي بما فيها، وإن انكسرت ذهب من الدين بحسابه لان الفلوس لم تكن من مال الربا لانها لم تكن موزونة بل هي عددية والجودة متقومة معتبرة في غير أموال الربا ألا ترى أن من غصب من آخر فلوسا فانكسرت عنده فللمالك أن يضمنه النقصان ولا يجبر الراهن لانه سقط بعض الدين بسبب فوت الجودة فلا معنى للتخيير بخلاف القلب لانه لم يسقط شئ من الدين بالانكسار إذا بقي الوزن على حاله فوجب تخيير الراهن نفيا للضرر عنه، وإن كسدت فالدين بحالة لانه لم يفت شئ من العين بالكساد لا الجودة ولا العين إنما تغير السعر وتغير السعر لا عبرة به. ارتهن طستا بدراهم وفيه وفاء وفضل فهلك فهو بما فيه وإن انكسر فما كان منه لا يوزن نقص بحسابه لان للجودة قيمة في غير أموال الربا، وما كان يوزن إن شاء أخذه مكسورا وإن أعطاه الدراهم، وإن شاء ضمنه قيمته مصوغا من الذهب وكان ذلك للمرتهن ويأخذ الراهن القيمة وأعطاه دينه عندهما، وعند محمد يترك بالدين كما في القلب والله تعالى أعلم. قال رحمه الله: (ومن باع عبدا على أن يرهن المشتري بالثمن شيئا بعينيه فامتنع لم يجبر وللبائع فسخ البيع إلا أن يدفع المشتري الثمن حالا أو قيمة الرهن رهنا) وهذا استحسان. والقياس أن لا يجوز هذا البيع بهذا الشرط وعلى هذا القياس والاستحسان إذا باعه شيئا على أن يعطيه كفيلا حاضرا في المجلس فقبل الكفيل لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله مفسد للبيع ولانه صفقة في صفقتين وهو منهي عنه. وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد لان الرهن للاستيثاق وكذا الكفالة والاستيثاق يلائم العقد، فإذا كان الكفيل حاضرا في المجلس وقبل اعتبر فيه المعنى وهو الملايمة فصح العقد وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبقى معنى الكفالة والرهن للجاهلة فكان الاعتبار لعينه فيفسد. ولو كان الكفيل غائبا فحضر في المجلس وقبل صح. وكذا لو لم يكن الرهن معينا فاتفقا على تعيين الرهن

في المجلس أو نقد المشتري الثمن حالا جاز البيع وبعد المجلس لا يجوز. قوله فامتنع لم يجبر أي امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر على تسليمه. وقال زفر رحمه الله تعالى: يجبر لانه صار بالشرط حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في عقد الرهن. قلت: عقد الرهن تبرع ولا جبر على المتبرع كالواهب غير أن للبائع الخيار إن شاء رضي بترك الرهن وإن شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه فواته يوجب الخيار كسلامة المبيع عن العيب في البيع إلا أن يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود أو يدفع قيمة الرهن رهنا

***

[٤٦٣]

[الثوب حتى أعطيك الثمن فهو رهن ولو رهن عبدين بألف لا يأخذ أحدهما بقضاء] لان المقصود من الرهن المشروط يحصل بقيمته. قال رحمه الله: (وإن قال للبائع امسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فهو رهن) وقال زفر: لا يكون رهنا، ومثله عن أبي يوسف لان قوله امسك ويحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني أقلهما فيقضي بثبوته بخلاف ما إذا قال امسكه بدينك أو بمالك علي لانه لما قابله بالدين فقد عين الرهن. ولنا أنه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس إلى ايفاء الثمن والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة ألا ترى أنه لو قال ملكتك هذا بكذا يكون بيعا للتصريح بموجب البيع كأنه قال له بعتك بكذا. وأطلق في قوله هذا فشمل الثوب المبيع وغيره إذ لا فرق أن يكون ذلك الثوب هو المشتري أو لم يكن بعد أن كان بعد القبض لان المبيع بعد القبض يصلح أن يكون رهنا بثمنه حتى يثبت فيه حكم الرهن بخلاف ما إذا كان قبل القبض لانه محبوس بالثمن وضمانه بخلاف ضمان الرهن فلا يكون مضمونا بضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما حتى لو قال له امسك المبيع حتى أعطيك الثمن قبل القبض فهلك انفسخ البيع. ولو كان المبيع شيئا يفسد بالمكث كاللحم والجمد فأبطأ المشتري وخاف البائع عليه التلف جاز للبائع أن يبيعه ووسع المشتري أن يشتريه ويتصدق البائع بالزائد إن باعه بأزيد من الثمن الاول لان فيه شبهة. وفي المنتقى: رجل له على رجل دين فأعطاه ثوبا فقال امسك هذا حتى أعطيك مالك علي قال أبو حنيفة رحمه الله: هو رهن لانه أتى بمعنى الرهن وهو الامساك والحبس لاجل ايفاء الدين واعطائه. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يكون وديعة لا رهنا لان الامساك محتمل قد يكون للرهن وقد يكون للوديعة فيحمل على الوديعة لانها أقل وهي متيقنة والرهن مشكوك فيه، فإن قال امسك هذا بمالك أو قال امسك هذا رهنا حتى أعطيك مالك فهو رهن بالاجماع، ولو قال امسك هذا الالف بحقك واشهد لي بالقبض فهذا اقتضاء لان الاخذ والقبض بالدين لا يكون الالجهة الاقتضاء والاستيفاء. ولو قال امسكها حتى آتيك بحقك فهذا رهن لانه أمره بالامساك للايفاء وذلك لا يكون إلا بجهة الرهن، ولو قضاه الراهن مائة ثم قال خذها رهنا بما كان فيها من زيف أو ستوق فهو رهن بالشوق لا بالزيوف لان الزيوف يقع بها الاستيفاء وبالستوق لا. رجل رهن رجلا متاعا بألف درهم فقال المرتهن للراهن هات لي فقال ارهنه بمالك فرهنه بتسعمائة انفسخ الرهن الاول وانعقد الثاني فكذا هذا كما لو كان ابتاعه بألف ثم باعه بسبعمائة انفسخ الاول وانعقد الثاني. قال رحمه الله: (ولو رهن عبدين بألف لا يأخذ أحدهما بقضاء حصته كالمبيع) قيد بقوله بألف فأفاد أنه لم يفصل حصة كل واحد منهما فإن سمى لكل واحد منهما شيئا من الدين الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الاصل لان العقد متحد فلا يتفرق بالتسمية كالبيع. وفي

***

[٤٦٤]

[حصته كالبيع ولو رهن عينا عند رجلين صح والمضمون على حصة دينه فإن قضى دين] الزيادات: له أن يقبض أحدهما إذا أدى ما سمى له لان التفرق يثبت في الرهن بتسمية حصة كل واحد منهما لان قبول العقد في أحدهما لا يكون شرطا لصحة العقد في الآخر حتى إذا قبل في أحدهما صح فيه بخلاف البيع لان العقد فيه يتعدد بتفصيل الثمن، ولهذا لو قبل البيع في أحدهما دون الآخر بطل البيع في الكل لان البائع يتضرر بتفريق الصفقة عليه لما أن العادة قد جرت بضم الردئ إلى الجيد في البيع فيلحقه الضرر بالتفريق ولا كذلك الرهن لان الراهن لا يتضرر بالتفريق ولهذا لا يبطل به وهذه الرواية هي الاصح. وقيد بالالف لانه لو رهن عبدين أحدهما بكذا ولآخر بكذا ولم يبين لم يجز، هكذا في الفتاوى الغياثية قال رحمه الله: (ولو رهن عينا عند رجلين صح) سواء كانا شريكين في الدين أو لم يكونا شريكين فيه ويكون جميع العين رهنا عند كل واحد منهما لان الرهن أضيف إلى كل العين في العين في صفقة واحدة ولا

يكون شائعا باعتبار تعدد المستحق لان موجبة جعله محبوسا بدين كل واحد منهما إذا لا تضايق في استحقاق الحبس ولهذا لو رهن لا ينقسم على أجزاء الدين بل يكون كله محبوسا بكل الدين وبكل جزء من أجزائة فلا شيوع. قال صاحب العناية أخذ من النهاية: قيل هو منقوض بما إذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد فإن العقد فيهما أضيف إلى جميع الدين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والمرهون بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة. والجواب أن إضافة العقد إلى اثنين توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فإن العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة فتنقسم عليهما للجواز والرهن غير مفيد للملك وإنما يفيد الاحتباس، ويجوز أن تكون العين الواحدة محتسبة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوع فيه تحريا للجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه، إلى هنا كلامه. أقول: بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند الامام لان العين تنقسم عليهما لاستحالة ثبوت الملك لكل واحد منهما في الكل فيثبت الشيوع ضرورة وقد تقدم بيانه في كتاب الهبة، وكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر. هذا إذا كان ممالا يتجزأ ظاهر، وإن كان مما يتجزئ وجب أن يحبس كل واحد منهما النصف، فإن دفع أحدهما كله إلى الآخر وجب أن يضمن الدافع عند الامام خلافا لهما وفي المبسوط: مسائلة على فصول: الاول في رهن رجلين من واحد، والثاني في ارتهان الرجلين من واحد، الثالث في التفاسخ فصل في رهن رجلين بدين عليهما رجلا رهنا وأخذه جاز لان قبض المرتهن يتحقق في الكل من غير شيوع وتفرق أملاكهما يوجب شيوعها في الرهن. فإنه يجوز أن يكون ملك الغير مرهونا بدين الغير كما لو استعار شيئا فرهنه لانهما لما رهنا جملة فقد رضيا

***

[٤٦٥]

يكون كله رهنا لكل واحد منهما بدينه لانهما قصدا صحة الرهن ولن يصح إلا بأن يجعل كل واحد منهما راهنا كله بدينه تصحيحا للرهن لانه يحتال لتصحيح العقد ما أمكن وهذا ممكن ألا ترى أن من رهن عبدا آخر بإذنه بألف صار راهنا كله بكل درهم مثلا حتى لو قضى كل الدين إلا درهما بقي كل العبد رهنا بذلك الدرهم فكذا هذا، ويعتبر اتحاد صفقة الرهن واختلافهما ولا يعتبر اختلاف الدينين واتفاقهما حتى لو رهن بدينه عينا في صفقتين لم يجز لاختلاف صفقة الرهن فيمكن الشيوع في كل صفقة. ولو مات أحد الراهنين فورثه الآخر فالرهن على حالة لان الوارث يقوم مقام الموروث في حقوقه وأملاكه والرهن لا يبطل بموت الراهن ولا بموت المرتهن فيبقى الرهن على حاله. ومن رهن مالين بدين واحد وقيمة المالين سواء صار كل واحد منهما رهنا بنصف الدين، فلو ارتهن رجلان من رجل رهنا والدينان مختلفان أو لما لان كانا مختلفين جاز ولكل واحد منهما قدر دينه فيما بينهما لان الدين أضيف إلى كل العبد ولا شيوع فيه كأنه رهن لكل منهما ولم يرهن البعض من هذا والبعض من هذا وموجبه صيرورته محبوسا بالدين، وهذا مما يقابل الوصف بالتجزي فصار محبوسا لكل واحد منهما بكماله فيمسك هذا يوما والآخر يوما، وصار كل واحد منهما في اليوم الذي يمسك كالعدل في حق الآخر، فإذا هلك صار كل واحد منهما مستوفيا بقدر حصته لان الاستيفاء مما يقبل الوصف بالتجزي، ولو قضى الراهن دين أحدهما ليس له أخذ شئ من الرهن وللآخر أن يمسكه كله حتى هذا يستوفي دينه لان العين صارت محبوسة لكل واحد بكماله والعين الواحدة تجوز أن تصير كلها محبوسة بحق هذا، وعلى هذا لو اشترى رجلان شيئا واحدا وأدى أحدهما حصته لم يكن له أن يقضيه شيئا وللبائع أن يحبسه كله حتى يستوفي ما على الآخر، فإن هلك عنده بعد ما قضى دينه يسترد ما أعطاه لما ذكرنا. ولو تفاسخ الراهن والمرتهن فما لم يقبضه فما لم يقبضه الراهن فهو رهن يمسكه المرتهن لان نقض الرهن لا يصح إلا ينقض القبض كالرهن لا يصح إلا بالقبض لان نقض الشئ ضد العقد حكما، ولو بد للراهن أن يتركه فللمرتهن أن يرده لان الرهن غير لازم في حق المرتهن. رهن اثنان لم يكن لاحدهما أن يسترده بدون الاخر لان أحدهما متى انفرد بالرد أبطل حق الآخر فإن حق الآخر بقي في النصف شائعا والرهن في نصف شائع باطل، وإنما جعل الرهن منهما رهنا من كل واحد منهما على الكمال ضرورة تصحيح العقد تحريا للجواز والضرورة في تصحيح العقد في تصحيح الفسخ فيعتبر الفسخ متجزئا فمتى انفرد أحدهما بالفسخ يبقى في حق الآخر الرهن في جزء شائع وكان في نقضه نقض الرهن في الكل فلا يملكه. ولو نقض أحد شريكي المفاوضة جاز لان تصرف أحدهما كتصرفهما حتى يكون رهن أحدهما كرهنهما حتى فكذا انقض أحدهما كنقصها، ولا يملكه أحد شريكي العنان لانه ليس تصرف أحدهما كنصرهما حتى لا يجعل رهن أحدهما كرهنها، فإن نقضه وقبضه وهلك عنده ولم يباشر العقد بإذن شريكه كان

***

[٤٦٦]
المرتهن ضامنا حصة من لم يتقض ويرجع بدينه عليهما وبنصف القيمة التي ضمن على الذي قبض منه الرهن. طعن عيسى فقال: لا يرجع على المرتهن بما ضمن على القابض إلا إذا ادعى الوكالة من صاحبه ودفع إليه المرتهن من غير تصديق. قيل الجواب عنه بأن عقد الشركة بينهما من حيث الظاهر يصير بمنزله دعوى الوكالة فإن قيام الشركة بينهما خلل ظاهر لان لكل واحد منهما حق النقض على صاحبه فصار المرتهن مغرورا من جهته اعتمادا منه على أن لأحد الشريكين النقض لقيام الشركة بينهما فيرجع بذلك، وقيل: تأويله إذا قال وكلني صاحبي بقبض نصيبه وكذبه المرتهن أو لم يكذبه ولم يصدقه، كذا في المستودع. وذكر الفقيه أبو الليث في العيون: رجلان لكل واحد منهما ألف درهم على رجل فارتهنا منه أرضا بدينهما وقبضاها ثم قال أحدهما إن المال الذي لنا على فلان باطل والارض في أيدينا تلجئة قال الفقيه أبو الليث وأبو يوسف رحمه الله: بطل الرهن لان الدينين وإن اختلفا ولكن الرهن بهما واحد فإذا اعترف أحدهما ببطلان الدين والرهن بطل الرهن أصلا. وقال محمد الله تعالى: لا يبطل الرهن ويبرأ من حصته من الدين والرهن بحاله لان الدينين مختلفان والرهن إنما يصح بهما حقا لهما فإقراره يصح مبطلا لحق نفسه دون حق شريكه فبطل حق المقر في الدين والرهن وبقي حق الآخر فيهما على حاله. الجامع: لرجل على رجلين دين على أحدهما ألف درهم وعلى الاخر مائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة فرهن عبدا يساوي ألفين وهلك العبد صار كل واحد منهما موفيا أربعة أخماس دينه ويرجع من عليه الدراهم على الآخر بأربعين درهما ويرجع عليه الآخر بأربعمائة درهم، ولا تصح المقاصة إلا برضاهما لان الرهن أقل من الدين والدين ألفان وخمسمائة والرهن ألفان فإذا هلك ذهب من الدين قدر قيمته وذلك ألفان وبقي خمسمائة وألفان أربعة أخماس الدين فصار كل واحد منهما بالهلاك قابضا أربعة أخماس دينه وذلك ثمانمائة نصفه من نصيبه من العبد ونصفه من نصيب صاحبه لما ذكرنا أن كل واحد من الراهنين صار راهنا جميع العبد بدينه فصار من عليه الدراهم قاضيا ثمانمائة درهم نصفها من مال صاحبه وذلك أربعمائة فيرجع عليه صاحبه بذلك لان من قضي دين غيره بأمره فله أن يرجع بما قضي عليه، والمقاصة لا تصح من الجنسين المختلفين إلا أن يتقاصا ويخرج على هذا الاصل ولو كان الدين ثلاثة آلاف على أحدهم ألف وخمسمائة وعلى الآخر ألف وعلى الثالث خمسمائة فرهنوا بذلك عبدا بينهما أثلاثا وقيمته ألفان فهلك في يده صار كل واحد منهما قاضيا ثلثي دينه وبقي عليه ثلثه إلا أن كل واحد منهما صار قاضيا ثلثي دينه ثلث ذلك من نصيبه وثلثه من نصيب صاحبه فيرجعان على القاضي بما قضى دينه من نصيبهما على نحو ما ذكرنا والله اعلم. قال رحمه الله: (والمضمون على حصة دينه) لان كل واحد منهما يصير مستوفيا بالهلاك
***
[٤٦٧]
[أحدهما فالكل رهن عند الاخر وبطل بينة كل واحد منهما على رجل أنه رهنه عبده] وليس أحدهما بأولى من الآخر فينقسم عليها لان الاستيفاء مما يقبل التجزي قال في العناية. أخذ من النهاية: اعترض عليه بأن المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصود من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء الحكمي فينبغي أن يكون الرهن في الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه، وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قضاه إلى الاول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده. وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فإن فيه وفاء بدينهما فتبين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا اهـ. قال رحمه الله: (فإن قضى دين أحدهما فالكل رهن عند الآخر) وكان كله محبوسا بكل جزء من أجزاء الدين فلا يكون له استرداد شئ منه ما دام شئ من الدين باقيا كما إذا كان المرتهن واحدا وكالبائع إذا أدى حصة بعض المبيع فإذا رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن بكل الدين وللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فصار نظير البائع هما نظير المشتريين. قال رحمه الله: (وبطل بينة كل واحد منهما على رجل أنه رهنه عبده وقبضه) معناه أن رجلا في يده عبد وأقام رجلان بينة أنه رهنه العبد الذي في يده فهو باطل لان كل واحد منهما أثبتت بينته أنه رهنه كل العبد ولا يتصور ذلك لان العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذاك في حالة واحدة فيمتنع القضاء به لاحدهما العدم الاولوية ولا وجه إلى القضاء بالنصف لانه يؤدي إلى الشيوع فتعذر العمل بالبينتين فتهاترتا، ولا يمكن أن يقدر كأنهما ارتهناه معا استحسانا لجهالة التاريخ لان ذلك يؤدي إلى العمل بخلاف ما اقتضاء الحجة لان كلا منهما أثبت

بينته حسا يكون وسيلة إلى تملك شطر بالاستيفاء فلا يكون عملا على وفق الحجة فكان العمل بالقياس أولى لقوة أثره المستتر وهو أن كل واحد منهما أثبت الحق ببينته على حدة ولم يرض بمزاحمه الآخر. قال في العناية: وهو أحد الوجوه في هذه المسألة وجملتها أن العبد إما أن يكون في أيديهما أو لا أو في يد واحد منهما، فإن كان في يد أحدهما فهو أولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عنده كما في الشراء كما تقدم إلا أن يقيم الآخر بينة أنه الاول فإنه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة وإن يكن في يد واحد منهما فهو والمذكور في الكتاب أولا وكلامه فيه واضح، وإن كان في أيديهما فإن علم الاول منهما فهو أولى، وإن لم يعلم فهو مسألة الكتاب على ما ذكر من القياس والاستحسان. قال محمد في الاصل: وبه أي بالقياس نأخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب ا ه. أقول: بخلاف ما إذا ارتهنا جملة لان العقد فيه من جانب الراهن واحد وهنا أثبت كل واحد منهما عقدا آخر والرهن بعقدين مختلفين لا يجوز بخلاف ما لو كان ذلك بعد موت الراهن على ما تبين من الفرق فإذا وقع باطلا فإذا هلك يهلك أمانة لان الباطل لاحكم له. هذا إذا لم يؤرخا، فإذا أرخا كان

***

[٤٦٨]

[وقبضه ولو مات راهنه والعبد في أيديهما وبرهن كل واحد على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا بحقه. باب الرهن يوضع على يد عدل وضعنا الرهن على يدي عدل صح ولا يأخذ أحدهما منه ويهلك في ضمان المرتهن] صاحب التاريخ الاقدم أولى لانه اثبته في وقت لا ينازعه فيه أحد كذا إذا كان الرهن في يد أحدهما كان صاحب اليد أولى لان تمكنه من القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امرأة أو شراء عين من واحد وقد تقدم لها مزيد بيان مع جوابها. قال رحمه الله: (ولو مات راهنه والعبد في أيديهما وبرهن كل واحد على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا بحقه) وهذا استحسان وهو قول أبي حنيفة ومحمد في القياس هذا باطل وهو قول أبي يوسف لان المقصود من الرهن الحبس للاستيفاء وهو الحكم الاصلي لعقد الرهن فيكون الحكم به حكما بعقد الرهن إذ لا يثبت الحكم بدون علته وأنه باطل بالشيوع كما في حال الحياة والحبس في الشائع لا يقبله وبعد الموت الاستيفاء بالبيع من ثمنه والشائع يقبله فصار كما لو ادعى رجلان نكاح امرأة وادعت أختان أو خمس نسوة النكاح على رجل فإن البينتين يتهاترتان في حالة الحياة، وقبلناها بعد الممات لانا حكمنا في حالة الموت بثبوت ملك المال وهو يقبل الشركة والانقسام. وقوله والعبد في أيديهما وقع اتفاقا حتى لو لم يكن العبد في أيديهما وأثبت كل واحد فيه الرهن والقبض كان الحكم كذلك ولهذا لم يذكر اليد في المسألة الاولى فلو تركه هنا لكان أولى والله تعالى أعلم. باب الرهن يوضع على يد عدل لما فرغ من الاحكام الراجعة إلى نفس الراهن والمرتهن ذكر هذا الباب الاحكام الراجعة إلى ما بينهما وهو العدل لما أن حكم النائب أبدا يقفو حكم الاصيل. ثم إن المراد بالعدل هنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده. وزاد عليه صاحب النهاية والعناية قيدا آخر حيث قالا: ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل. أقول: لعل هذه الزيادة منهما بناء على ما هو الجاري بين الناس فيما هو الغالب والافرضاهما ببيعه الرهن عند حلول الاجل ليس بأمر لازم في معنى العدل وعن هذا قال الحاكم الشهيد في الكافي: ليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لانه مأثور بالحفظ فقط اه. قال رحمه الله: (وضعنا الرهن على يدي عدل صح) ولم يبين المؤلف العدل الذي يصح وضع الرهن على يده والذي لا يصح. قال في الغياثية: لو شرط المأذون أن يكون رهنه عند مولاه لم يجز، مديونا كان أو غير مديون. ولو شرط المولى أن يكون رهنه عند عبده المأذون أو المكاتب جاز، ولو شرط أحد شريكي المفاوضة أو العنان

***

[٤٦٩]

أو المضارب أو رب المال أن يكون عند الشريك الآخر وعند المضارب أو رب المال لم يجز. ولو اشترى لابنه الصغير وشرط في الرهن بالثمن أن يكون عند الاب لم يجز، ولو أعطاه الكفيل رهنا وشرط أن يكون عند الاصيل أو العكس جاز. ولو كان الرهن في يد عدل غائب أودعه عند من في عياله فإنه يطالبه بالدين إلا أن ينكر الايداع أو يدعى لنفسه، وإن كان لا يدري أين هو حلف المرتهن على العلم بالهلاك ويأخذ دينه، ولو كان الرهن في يد عدلين سيأتي بيانه. ولم يعرف المؤلف العدل قالوا في تعريفه: هو الذي يقدر على البيع والايفاء الاستيفاء مسلما كان أو ذميا أو حربيا مستأمنا ما دام في دارنا، فلو كان العدل غير عاقل فوضع الرهن على يديه لم يكن رهنا لانه لم يصح منه البيع والايفاء والاستيفاء فلغا العقد عن الفائدة، كذا في المحيط. وسيأتي لو كان العدل عبدا محجورا أو صبيا. وقال

زفر وابن أبي ليلى: لا يصح الوضع عند العدل لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع إليه إذا استحق الرهن بعد الهلاك وبعد ما ضمن العدل قيمته بما ضمن المستحق فانعدم القبض. ولنا أن يده يد المالك في الحفظ لكون العين أمانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده ضمان والمضمون هو المالية فتنزل منزلة شخصين لتحقق ما قصداه لان كلا منهما أمره فصارت يده كيدهما، ولهذا لا يكون لاحدهما أن يأخذ منه على الخصوص. ولو كانت يده يد أحدهما على الخصوص كان له أن يسترده منه، ويجوز أن يجعل اليد الواحدة في حكم يدين ألا ترى أن الساعي جعلت يده كيد الفقير وكيد صاحب المال حتى إذا هلكت الزكاة في يده أجزأته. ولو قدم الزكاة قبل الحول فانتقض المال وتم الحول على التناقض يتم النصاب بما في يد الساعي كأنه في يد المالك فتجب عليه الزكاة ولا يملك استرداده، ولو لم يجعل كأنه في يد المالك لم يتم النصاب، ولو لم يجعل يده كيد الفقير لملك استرداده وإنما يرجع العدل على المالك بما ضمن للمستحق لان هذا الضمان ضمان الغصب وذلك يتحقق بالنقل والتحويل ووجد ذلك من الراهن ولم يوجد من المرتهن فلا يجب عليه بخلاف ما إذا أنفق البائع والمشتري على وضع المبيع في يد عدل حيث تكون يد البائع فحسب لان في جعله نائبا عن المشتري يعتبر موجبا للعقد، فإن موجب عقد المبيع أن تكون يد البائع على المبيع يد نفسه في حق العين والمالية جميعا لانه ليس بنائب عن المشتري بوجه ما. وإذا كان في جعله نائبا عنهما يعتبر حكم البيع اعتبر نائبا عن البائع لان اليد كانت له في الاصل ولا كذلك الرهن لان عينه أمانة في يده بل في يد المرتهن أيضا والمالية هي المضمونة وهي في حق المرتهن فأمكن أن يقوم شخص واحد مقامها لاختلاف حقهما فيه وعدم تعيين موجبة. قال رحمه الله: (ولا يأخذه أحدهما منه) أي من العدل لانه تعلق به حقها لان حق الراهن تعلق بالحفظ بيده وأمانته وحق المرتهن في الاستيفاء فلا يملك كل واحد منهما إبطال حق الآخر، ولو شرطا أن يقبضه المرتهن ثم جعلاه على يدي عدل جاز لان ما جاز للعدل أن

***

[٤٧٠]

[فإن وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيعه عند حول الدين صح فإن شرطت] يقوم مقام المرتهن في الابتداء فكذلك في البقاء. ولو دفع العدل الرهن إلى الراهن أو المرتهن يضمن لانه متى دفع إلى المرتهن فقد دفع الامانة بغير إذنه كما لو دفع إلى أجنبي ومتى دفع إلى الراهن فقد أبطل ملك اليد والحبس على المرتهن فإنه يثبت له ملك اليد والحبس بقبض العدل، وإبطال ملك السيد كإبطال ملك العين في ايجاب الضمان، فإن من أتلف الرهن يضمن للمرتهن كما يضمن للراهن، وإن قبضا القيمة من العدل وجعلاها رهنا في يد العدل ثم قضى الراهن دين المرتهن فأراد أن يأخذ القيمة من العدل ينظر، إن كان العدل ضمن بدفع الرهن إلى الراهن ليس له ذلك لانه وصل إليه حقه فتبقى القيمة للعدل، وإن كان ضمن بدفع الرهن إلى المرتهن والراهن أخذ القيمة منه لانه لو كان الرهن قائما بعينه في يده بعد قضاء الدين فللراهن أخذه، وكذلك أخذ بدله. ثم العدل هل يرجع بقيمة على المرتهن ينظر، إن كان دفع الرهن إليه على وجه العارية والوديعة لا يرجع بقيمة ما دفع إليه إن كان هلك الرهن في يد المرتهن إن العدل لما ملك القيمة فقد ملك الرهن بالضمان فصار معيرا ومودعا ملكه، فإن دفع إليه رهنا بأن قال خذ هذا رهنك خذه فاحسبه يرجع العدل عليه بالقيمة لو هلك في يده لانه ملكه بأداء الضمان وقد دفع إلى المرتهن بجهة مضمونة وهي الرهن فصار كما لو دفعه إليه على سوم القرض والبيع، وهذه التعريفات ذكرها الفقيه أبو جعفر الهنداوي رحمه الله تعالى. ولو كان العدل رجلين والرهن مالا يقسم فوضعاه عند أحدهما جاز ولم يضمنا لان اجتماعهما على حفظ جميع الرهن في الاوقات كلها وهو لا يقسم متعذر فلم يبق إمكان الحفظ إلا بالتهايؤ ومطلق الامر بالحفظ يتصرف إلى حفظ يمكن بدلاله إحالة الامر وذلك بالتهايؤ، والثابت دلالة كالثابت نصا فجعل الدفع إلى أحدهما بإذن المالك فلم يضمنا. وإن كان مما يقسم يضمن القابض بالاجماع ويضمن الدافع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما على ما عرف في الوديعة. قال رحمه الله: (ويهلك في ضمان المرتهن) لان يده في حق المالية يد المرتهن والمالية هي المضمونة، ولو دفع العدل الرهن إلى أحدهما ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وكل منهما أجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع إلى الاجنبي، وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بالتعدي فيه إما بإتلافه أو بدفعه إلى أحدهما وأتلفه المدفوع إليه لا يقدر العدل أن يجعل القيمة رهنا في يده لان القيمة واجبة عليه فلو جعلها رهنا في يد يصير قاضيا ومقتضيا وبيتهما تناف ولكن يأخذانها منه ويجعلانها رهنا عنده

أو عند غيره فيجوز، فإن تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما الامر إلى القاضي ليفعل ذلك، فإن جعل القيمة رهنا برأيهما أو برأي القاضي عند العدل الاول أو عند غيره ثم قضى الراهن الدين فقد تقدم بيانه. قال رحمه الله: (فإن وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيعه عند حول الدين صح) لان الراهن مالك فله أن يوكل من شاء من الاهل ببيع ماله مطلقا ومنجزا
***
[٤٧١]
[في عقد الرهن لم ينعزل بعزله وبموت الراهن والمرتهن وتبطل بموت الوكيل حتى لا] لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط لكونها من الاسقاطات لان المانع من التصرف حق المالك، وبالتسليط على بيعه أسقط حقة، والاسقاطات يجوز تعليقها بالشروط. ولو أمر ببيعه صغيرا لا يعقل فباعه بعد ما بلغ لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وقالا: يصح لقدرته عليه عند الامتثال هو يقول إن أمره يقع باطلا لعدم القدرة وقت الامر فلا ينقلب جائزا. قال رحمه الله: (فإن شرطت في عقد الرهن لم ينعزل بعزله وبموت الراهن والمرتهن) لان الوكالة لما شرطت في عقد الرهن صارت وصفا من أوصافه وحقا من حقوقة الا ترى أنها الزيادة الوثيقة فلزم بلزوم أصله ولا يتعلق به حق المرتهن وفي العزل إبطال حقه وصار كالوكالة بالخصومة بطلب المدعي، ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع بالنسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم بأصله فكذا بوصفه، وكذا لا ينعزل بالعزل الحكمي لموت الموكل وارتداده ولحوقه بدار الحرب لان الرهن لا يبطل بموته، ولو بطل إنما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم عليه كما يقدم على حق الراهن بخلاف الوكالة المفردة حيث تبطل بالموت وينعزل بعزل الوكيل لما عرف في موضعه، وهذه الوكالة بخلاف المفردة من وجوه منها ما ذكرنا، ومنها أن الوكيل هنا إذا امتنع عن البيع يجبر عليه بخلاف الوكالة المفردة، ومنها أن هذا يبيع الولد والارش بخلاف المفردة ومنها إن ارهن إذا كان عبدا وقتله عبد خطأ فدفع القاتل بالجناية كان لهذا الوكيل أن يبيعه بخلاف المفردة، وإنما لم ينعزل بعزل المرتهن لانه لم يوكله فكان أجنبيا عنه بالنسبة إلى الوكالة. وهذا إذا عزله الموكل لا ينعزل فبعزل غيره أولى أن لا ينعزل. وقيد المؤلف بقوله شرطت في عقد الرهن فلو كانت بعد عقد الرهن ذكر الكرخي في مختصره للراهن أن يعزله وينعزل بموته لان التوكيل بالبيع وقع منفردا عن الرهن. وإنما جعلناها من توابع الرهن لكونها مشروطة فيه، فإذا لم تشترط في الرهن اعتبرت وكالة مبتدأة، وروي عن أبي يوسف أنه لا ينعزل وهو اختيار بعض مشايخنا لان المشروط بعد الرهن التحق بالعقد لان اشتراط البيع حتى يوفي دينه من ثمنه زيادة إيفاء وتأكيد شرط في الرهن لانه يثبت في الرهن إيفاء حكمي وباشتراط البيع فيه ثبت أيضا حقيقي وكان اشتراط زيادة أيضا، والزيادة في المعقود عليه تلتحق بأصل العقد وصار كالمشروط فيه ابتداء وكالزيادة في الثمن. ولو مات العدل بطلت الوكالة حتى لو أوصى ببيعه لم يجز والرهن على حاله لان الراهن رضي ببيعه ولم يرض ببيع غيره وقد وقع العجز عن البيع بنفسه ونائبه فبطلت الوكالة ضرورة، والرهن لا يبطل لان العدل نائب عن الراهن والمرتهن في الامساك والحفظ والرهن لا يبطل بموتهما فبموت نائبهما أولى. ولو اجتمع الراهن والمرتهن على وضعه على يدي عدل
***
[٤٧٢]
آخر وقد مات الاول أو على يدي المرتهن جاز لان الحق لهما، فإن اختلفا وضعه القاضي على يدي عدل وإن شاء على يدي المرتهن لانه ليس للراهن والمرتهن حق في الامساك والحفظ فينصب القاضي عدلا آخر يمسكه ويحفظه نائبا عنهما لان القاضي نصب لايفاء حقوق الناس، وإذا علم القاضي أن المرتهن يتهم العدل في العدالة لم يضعه على يديه وإن كره الراهن لانه لما كان له ولاية الوضع على يدي عدل آخر مع إباء الراهن فكذا له ولاية الوضع على يدي المرتهن، فأما إذا أراد أن يضعه على يدي الراهن ذكر في بعض الروايات ليس له ذلك لانه لا يفيد لان المقصود من الرهن الاستيفاء وذلك بأن يضجر الراهن بإمساك الرهن عنه فيسارع في قضاء دينه وذلك لا يحصل متى كان الرهن في يده فيكون الوضع في يده اشتغالا بما لا يفيد. وذكر في بعض الروايات له ذلك لان الضجر لم يثبت من كل وجه لان العين وإن كانت في يده لكن بقي ممنوعا عن الانتفاع به فالحجر عن الانتفاع مما يضجره، وبإزاء ما فات من الضجر حصل للمرتهن منفعة أخرى وهو أنه متى هلك في يد الراهن لا يسقط من دينه كما لو أعاره منه وهلك في يده، ولذا لو جعلاه على يد عدل أو سلطا رجلا آخر على بيعه وسلم الثمن إلى المرتهن أو سلط المرتهن على بيعه جاز وليس له فسخه وعزله لما بينا. ولو عزلا العدل سلطا غيره أو لم يسلطا جاز لانهما لو اتفقا على فسخ الرهن جاز فكذا على ما شرط فيه ومن التسليط على البيع المرتهن لو قبضه

وجعل الراهن مسلطا على بيعه جاز لان الرهن أوجب حكمه وهو الحبس دائما حين قبضه المرتهن، فإذا فات القبض والحبس بعد ذلك فيتصور عوده في كل زمان لان للمرتهن حق استرداده ولا يقبطل عقد الرهن لان فوات حكم العقد على وجه يتوهم ويرجى عوده لا يوجب بطلان العقد كما لو أعار من الرهن. وهذا إذا شرطا بعد الرهن، فأما إذا شرطا في الرهن أن يكون العدل هو الراهن لا يصح الرهن وإن قبضه المرتهن لانه شرط في الرهن أن يكون الرهن عنده ساعة فلا يجوز كما لو قال يوما ويوما لا. ارتهن دارا وسلط الراهن رجلا على بيعها وإيفاء الثمن ولم يقبضها المرتهن لم يكن رهنا لعدم قبضه بنفسه ولا بنائبه وبيع العدل إياها جائز بالوكالة والثمن يدفع إلى الراهن، فإن دفعه إلى المرتهن لم يضمن وينعزل العدل بموت الراهن والرهن أسوة الغرماء لان الرهن لم يصح فلم يتعلق حق المرتهن بالثمن إلا أنه أمره بالبيع وبقضاء الدين من الثمن والمأمور بقضاء الدين إن شاء دفع إى الآمر، وإن شاء دفع إلى الغريم، ويكون هذا وكيلا محضا حتى لا يجبر العبد على البيع وينعزل بموت الآمر لانه شرط البيع في رهن غير لازم فلا يكون البيع لازما. ولو قتل العبد المرهون عبد العدل المسلط على بيعه أو فقأ عينه عبد فدفع مكانه فهو مسلط على بيعه بمنزلة الاول لان العبد المدفوع صار رهنا لان حق المرتهن كان ثابتا في الاول والبدل قائم مقام الاول فثبتت ولايته في الثاني حسب ثبوت ولايته في الاول بخلاف الوكيل المفرد لانه ما ثبت له حق بيع الاصل حتى يسري إلى بدله. ولو كان العدل

***

[٤٧٣]

[يقوم وارثه ولا وصيه مقامه فإن حل الاجل وغاب الراهن أجبر الوكيل على بيعه] عبدا محجورا أو غير محجورا أو صبيا عاقلا مأذونا وغير مأذون جاز، ولا تلزمهما العهدة إلا بإذن المولى والولي لانهما لا يؤاخذان بضمان الاقوال إلا بإذن المولى والولي. قال رحمه الله: (وتبطل بموت الوكيل حتى لا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه) لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برأيه لا برأي غيره. وعن أبي يوسف أنه إن وصى الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملك الوصي كالمضارب إذا مات والمالية عروض يملك وصي المضارب بيعها لما أنه لازم بعد ما صار عروضا. قلنا: الوكالة حق على الوكيل فلا تورث عنه لان الارث يجري في حق له لا في حق عليه فوجب القول ببطلانه لا بخلاف المضاربة لانها حق المضارب فيورث عنه فتقوم الورثة مقامه فيه، ولان المضارب له ولاية التوكيل في حياته فجاز أن يقوم وصيه مقامه بعد وفاته كالاب في مال الصغير والوكيل ليس له حق التوكيل في حياته فلا يقوم غيره مقامه بعد موته. ولو أوصى لرجل ببيعه لم يصح إلا إذا كان مشروطا له في الوكالة فيصح لانه لازم بوضعه. وفي الذخيرة: لو مات العدل بطل التسليط. وفي السراجية: العدل المسلط على البيع إذا باع البعض بطل الرهن في الباقي، وإذا باع العدل الرهن ووقع الاختلاف بين الراهن والمرتهن والعدل في مقدار الثمن فقال العدل بعت بمائة فأعطيتها المرتهن وقال المرتهن باعه بخمسين فالقول للمرتهن مع يمينه، كذا في الخانية، وإن أقام البينة فالبينة بينة الراهن، وإذا كان العدل مسلطا على البيع إذا حل الاجل فقال المرتهن كان الاجل إلى شهر رمضان وقد دخل شهر رمضان وقال الراهن إلى شوال فالقول قول الراهن في وقت حلول الاجل القول قول المرتهن، وإذا باع العدل بالنسيئة جاز البيع من غير تفصيل، كذا في الاصل. وفي غيره: إذا باع بنسيئة غير معهودة بأن باع إلى عشر سنين ينبغي أن لا تجوز عندهما. وقال القاضي أبو علي النسفي: إن تقدم من الراهن ما يدل على البيع بالنقد بأن قال المرتهن يطالبني بدينه ويؤذيني فبعه حتى أوفيه فباعه بالنسيئة لا يجوز بمنزلة ما لو قال بعه فإني محتاج إلى النفقة. وفي الذخيرة: لو كان المرتهن هو العدل فقال له الراهن بعه واستوف دينك من ثمنه فباعه بالنسيئة يجوز كيفما كان. وقال شمس الائمة السرخسي: لو لحق العدل جنون يقع الاياس من إفاقته فينعزل، وإن كان يرجى إفاقته لا ينعزل حتى إذا عاد عقله إليه له أن يبيع، وإن باع في حال جنونه لا يصح، والعدل في حق العين كالمودع فما جاز للمودع جاز للعدل. ولا يملك أن يسافر بالرهن إذا كانت الطريق مخيفة، وإذا كان الطريق آمنا وقيد بالمصر لا يملك السفر، وفي الغياثية: إذا مات المرتهن يبيع العدل العين المرهونة بحضرة الورثة، ولو باع العدل ثم رد عليه بعيب رجع به على الراهن إلا أن يكون الرد عليه بإقراره بعيب جاز إن يحدث في المدة. وفو صدقه الراهن بالعيب في يده يرجع به عليه، ولو اختار العدل أحدهما فأفلس ليس له أن يرجع على الآخر. ولو قال

***

[٤٧٤]

[كالوكيل بالخصومة من جهة المطلوب إذا غاب موكله أجبر عليها وإن باعها العدل] المرتهن كان قيمته يوم الرهن كذا ثم ادعى

النقصان لم يصدق ولا يرجع بالنقصان إلا إذا كان تراجع السعر في تلك المدة معروفا، ولو قال العدل بعت وقبضت الثمن وهلك عندي أو دفعته لك صدق عليه. وفي الخانية: رهن شيئا بدين مؤجل وسلط العدل على بيعه إذا حل الاجل فلم يقبض العدل الرهن حتى حل الدين فالرهن باطل والوكالة بالبيع باقية، ولو رهن شيئا بدين مؤجل وسلط العدل على البيع مطلقا ولم يقل عند حلول أجل الدين فللعدل أن يبيعه بعد ذلك. وفي المنتقى والذخيرة، بشر عن أبي يوسف: رهن من آخر عبدا ووضعاه على يد عدل وغاب الراهن فقال المرتهن أمرك ببيعه وقال العدل لم يأمرني ببيعه قال لا أقبل بينة المرتهن عليه. وفي الاملائيات: العدل أوصى إلى رجل ببيع الرهن لم يجز إلا أن يكون الراهن قال له في أصل الوكالة وكلتك ببيع الرهن وأجزت لك ما صنعته فحينئذ يجوز لوصيه بيعه، ولا يجوز للوصي أن يوصي إلى ثالث. روى الحسن عن أبي حنيفة أن وصي العدل يقوم مقام العدل في البيع، وروى ابن مالك عنأبي يوسف إن وصي العدل يقوم مقام العدل في البيع بمنزلة المضارب بموت والمال عروض فإن وصيه يقوم مقامه في البيع. قال الحاكم أبو الفضل: هذا الجواب خلاف جواب الاصل شرح الطحاوي فإن سلط العدل على البيع وأداء الثمن منه جاز بيعه عند أبي حنيفة فيما عز وهان وبأي ثمن كان من قبيل المطلق بالبيع، فإن باعه بجنس الدين فإنه يقضي دينه من الثمن، وإن باعه بخلاف جنس الدين فإنه يبيع الثمن بجنس الدين ويقضي دين المرتهن. وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يبيعه بالدراهم والدنانير بمثل قيمته أو أقل بقدر ما يتغابن الناس فيه، فإن باعه بجنس الدين قضى به الدين، وإن باعه بخلاف جنسه صرفه بجنس الدين وقضى الدين. وذكر في الاصل: إذا كان المرتهن مسلطا على البيع فأقام بينته أنه باع بسبعين وأقام الراهن ببينته أنه مات في يد المرتهن أخذ ببينة المرتهن. وقال أبو يوسف: يؤخذ ببينة الراهن ولما ظهر أن العدل وكيل عبر عنه بلفظ الوكيل. قال رحمه الله: (فإن حل الاجل وغاب الراهن أجبر الوكيل على بيعه كالوكيل بالخصومة من جهة المطلوب إذا غاب موكله أجبر عليها) لان الوكالة بالشرط في عقد الرهن صارت وصفا من أوصاف الرهن فلزمت كلزومه ولان حق المرتهن تعلق بالبيع وفي الانتفاع إبطال حقه فيجبر عليه كما في الوكيل بالخصومة إذا غاب موكله، والجامع بينهما أن في الانتفاع فيهما إبطال حقهما بخلاف الوكيل بالبيع لان للموكل أن يبيع بنفسه ولا يبطل حقه، أما المدعي فلا يقدر على الدعوى على الغائب والمرتهن لا يملك البيع بنفسه. وقوله وغاب الراهن يظهر أنه قيد في جبر العدل على البيع وليس كذلك. قال في المحيط: ولو أبى العدل البيع وقد سلط عليه يجبره القاضي على بيعه لان الوكالة صارت حق المرتهن حتى لو

***

[٤٧٥]

أراد العدل استرداد الرهن للراهن حتى يبطل الايفاء منع من ذلك. والعدل يفارق الوكيل المفرد بالبيع في أربعة أشياء قدمنا ثلاثة منها، والرابع العدل يملك المصارفة بالثمن إذا باع العين بخلاف جنس الدين بخلاف الوكيل المفرد لان العدل مأمور بقضاء الدين فيملك المصارفة بالثمن من جنس الدين حتى يملك إيفاء الدين كما لو قال لآخر اقض ديني من داري كان مأمورا ببيع الدار وبإيفاء الدين من ثمنها. وكل العدل ببيع الرهن وكيلا فباع جاز إن كان حاضرا، وإن كان غائبا لم يجز إلا أن يجيزه بعد البيع كما في الوكيل المفرد على ما مر، وكذلك لو قدر العدل للوكيل ثمنا جاز مطلقا، وقيل هو على التفصيل الذي ذكرنا، وقيل فيه روايتان: في رواية الوكالة أنه لا يجوز إلا أن يبيع بحضرته أو بإجازته، وفي رواية الكتاب يجوز مطلقا لان هذا بيع حضره رأي الاول لان الرأي إنما يحتاج إليه من الاول لتقدير الثمن لان ثمن الشئ لا يعرف إلا بالرأي، فإذا قدر الاول الثمن وقد باع الثاني بذلك المقدار فقد حضر رأي الاول، وإن لم ينعقد بعبارته والشرط أن يكون برأيه ونطقه فصار كما لو باع بحضرته. وجه رواية الوكالة أن هذا بيع لم يحضره الاول لان رأي الاول بالثمن الذي قدر تعلق بعدم العلم برغبة المشتري في الزيادة في ثمن المبيع وبعدم زيادة رواج السلعة لان الاول متى علم من المشتري الرغبة في المبيع بالزيادة على الثمن المذكور لا يجبره في ذلك فيكون في ذلك احتمال فلا يثبت رأي الاول بالشك والاحتمال بخلاف ما لو أجاز فإن الثاني لا يصير مؤتمنا حال غيبة الاول ضرورة صحة الاجازة فإنه لا بد من الحكم بصحة الاجازة إذا حصلت الاجازة ممن يملك الانشاء، وائتمان الاجنبي يثبت حالة الضرورة كالمودع إذا دفع الوديعة إلى الاجنبي حالة الخوف والفرق جاز، وفي غير هؤلاء لو صار الثاني مؤتمنا فإنما يصير مؤتمنا ضرورة صحة التوكيل ولا ضرورة إلى الحكم بصحة التوكيل لانه ليس إنشاء عقد ولا إجارة، وائتمان الاجنبي من غير ضرورة لا يجوز فكانت هذه الرواية أصح. باعه أجنبي فأجازه الراهن والمرتهن وأبى العدل، ولو أجاز أحدهما دون

الآخر لم يجز لان الحق لهما لا يعدوهما لان الملك للراهن والحق للمرتهن فيشترط اجتماعهما على الاجازة، فإذا أجاز أجاز وكان ذلك إخراجا للعدل عن الوكالة وتوكيلا للآخر بالبيع ولهما ذلك كما لو كان للراهن أرض خراج أو عشر وأخذ الخراج والعشر من الراهن لا يرجع في ثمنه لان الراهن صار قاضيا حقا واجبا عليه فلا يرجع به في حال تعلق به حق غيره، وإن أخذ ذلك من الثمرة أو الغلة لا يبطل شيئا من الرهن لان هلاك الزيادة من العين لا يسقط شيئا من الثمن ويكون ذلك محسوبا على الراهن، ولانه لو لم يستحق شيئا من العين فإن لصاحب الارض أن يعطي الخراج من مال آخر فلم يصر شئ من الدين مستحقا إلا إذا أخذه السلطان بغير حق فإنه يسقط من الدين بقدره لانه غصب منه فصار كما لو هلك بعض الرهن في يده. ولو كان الراهن مفلسا والرهن في يد العدل فاستحق العبد فدفع العدل البدل وأبقاه في يده يبيعه

***

[٤٧٦]

[وأوف مرتهنه فاستحق الرهن وضمن فالعدل يضمن الراهن قيمته أو المرتهن ثمنه] ويستوفي ثمنه وهو أحق به من المرتهن لان حقهما تعلق بالعبد في وقت واحد لان حق المرتهن فيما تحول من العبد إلى ثمنه بالبيع وإنما يتعلق بالعبد ثانيا بعد الرد وحق العدل تعلق بالعبد في هذا الوقت فقد استوفيا الحقين في وقت تعلق الحق ترجح دين العدل لتعلقه بالعبد لانه وجب بسبب هذا العبد، ودين المرتهن لم يجب بسبب هذا العبد فصار العدل أولى كدين العبد مع دين المولى فيكون دين العبد أحق، وصار كما لو دفع العدل الثمن إلى المرتهن ثم رد عليه بالعيب فيسترد الثمن منه فكذا هذا باع العدل بيعا فاسدا لا يضمن كالوكيل المفرد. ومعنى الاجبار أن يحبسه القاضي أياما ليبيع، فإن لج بعد الحبس أياما فالقاضي يبيعه عليه وهذا على أصلهما ظاهر، وأما على أصل أبي حنيفة فكذلك عند البعض لانه تعين جهة لقضاء الدين، ولان بيع الرهن صار مستحقا للمرتهن بخلاف سائر المواضع. وقيل: لا يبيع القاضي عنده كما لا يبيع المديون عنده لقضاء الدين، ثم إذا أجبر على البيع وباع لا يفسد هذا البيع بهذا الاجبار لان الاجبار وقع على قضاء الدين بأي طريق شاء حتى لو قضاه بغيره صح وإنما البيع طريق من طرقه، ولانه إجبار لحق وبمثله لا يكون مكرها فلا يفسد إجباره به. ولو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وإنما شرطاه بعده قيل لا يجبر لان التوكيل لم يصر وصفا من أوصاف الرهن فكانت مفردة كسائر الوكالات، وقيل يجبر كي يؤدي حقه وهذا أصح حتى روي عن أبي يوسف أن الجواب في الفصلين واحد في أنه يجبر على القول قضاء، وذكر محمد في الجامع الصغير: والاصل الاجبار مطلقا من غير تفصيل من أن تكون الوكالة مشروطة فيه يدل على ذلك، فلو باع العدل خرج من أن يكون رهنا والثمن قائم مقامه فيكون رهنا مكانه وأن يقبضه بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا بجهة الرهن فإذا نوى كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون، وكذلك إذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وإن كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن فيه، وكذلك لو قتله عبده فدفع به لكونه قائما مقام الاول لحما ودما فيكون رهنا مكانه. قال رحمه الله: (وإن باعه العدل وأوفى مرتهنه ثمنه فاستحق الرهن وضمن فالعدل يضمن الراهن قيمته أو المرتهن ثمنه) وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق إما أن يكون قائما أو هالكا، ففي الوجه الثاني المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن لانه غاصب في حقه بالاخذ أو التسليم، وإن شاء ضمن العدل لانه متعد مثله بالبيع والتسليم فصار غاصبا بذلك، فإذا ضمن الرهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لان الراهن قد تملكه بأداء الضمان مستندا إلى وقت الغصب فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه، وإن ضمن المستحق العدل نفذ البيع أيضا لان العدل ملكه بأداء الضمان، ثم هو بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من

***

[٤٧٧]

جهته عامل له فيه فيرجع عليه بما لحقه من العهدة بالغرر من جهته ونفذ البيع لان الرهن لما كان مدار الضمان عليه وضمنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملكه فصح اقتضاء المرتهن فلا يرجع على الراهن بدينه، وإن شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين أن الثمن أخذه بغير حق لان العدل ملك العبد بأداء الضمن واستقر ملكه فيه ولم ينتقل إلى الراهن على تقدير أن لا يرجع على الراهن بما ضمن لانه المباشر فصار الثمن له لانه بدل ملكه، وإنما أداه إلى المرتهن على حساب أن المبيع ملك الراهن فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضيا به فله أن يرجع به عليه. وفي الوجه الاول وهو ما إذا كان قائما في يد المشتري فللمستحق أن يأخذه من يده لانه وجد

عين ملكه، ثم إن للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع. وإنما دفعه المشتري إليه ليسلم له المبيع ولم يسلم، ثم إذا ضمن العدل الثمن للمشتري كان بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي أدخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصة، وإذا رجع عليه صح الرهن وسلم له المقبوض وبرئ الراهن من الدين، وإن شاء العدل رجع على المرتهن لان البيع انتقض بالاستحقاق فبطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب عليه رده ونقض قبض المرتهن ضرورة، فإذا دفعه إلى العدل عاد حقه في الدين على الراهن كما كان فيرجع به عليه. ولو أن المشتري سلم الثمن بنفسه إلى المرتهن لم يرجع على العدل به لان العدل في البيع عامل راهن وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض منه شيئا فبقي ضمان الثمن على المرتهن والدين على الراهن على حاله. ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فالحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن، قبض المرتهن الثمن أو لم يقبض، لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا يرجع عليه كما في الوكالة المفردة عن الراهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع على القابض بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق بها حق المرتهن فيكون البيع لحقه، كذا ذكره الكرخي. وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع. وقال شمس الائمة السرخسي: هو ظاهر الرواية لان رضا المرتهن بالرهن بدون التوكيل قد تم فصار التوكيل مستأنفا في ضمن عقد الرهن فكان منفصلا عنه ضرورة على أن فخر الاسلام وشيخ الاسلام قالا: قول من يرى جبر هذا الوكيل أصح لاطلاق محمد في الجامع الصغير والاصل ما بيناه فتكون الوكالة غير المشورطة في العقد كالمشروطة فيه في جميع ما ذكرنا من الاحكام هناك. ولم يتعرض المؤلف رحمه الله تعالى لرهن المكاتب والمأذون والمضارب وأحد الشريكين ففي المبسوط: المكاتب كالحر في الرهن والارتهان ورهن العبد التاجر وارتهانه جائز. ورهن المضارب على أقسام: إما أن يكون رب المال أمره بالاستدانة ولم يأمره بالرهن أو بالعكس أو أمره بهما، فإن أمره بالاستدانة فالرهن جائز. وتفسير الاستدانة أن يشتري بالنسيئة على المضاربة ولم يبق من رأس المال شئ، فإن صار مال
***
[٤٧٨]
المضاربة كله عروضا، فإذا بقي شئ من رأس المال لا يكون مستدينا على المضاربة ويجوز على وجه الشركة لا على وجه المضاربة ولا يستدين من قبل أن يقبض رأس المال، وإذا رهن به شيئا من مال المضاربة بأمر رب المال جاز، وإن لم يأمره رب المال بالاستدانة لا يجوز، وإن أمره بالاستدانة ولم يأمره بالرهن فالاستدانة جائزة والرهن فاسد في نصيب المضاربة لانه رهن مال المضاربة عن مال نفسه، وإذا فسد في نصيبه فسد في الكل، وإن أمره بالرهن ولم يأمره بالاستدانة فالاستدانة تلزم المضارب خاصة والرهن يكون جائزا ورهن أحد شريكي المفاوضة بدين جناية جائز وهو ضامن، وليس لشريكه أن ينقض، وأحد شريكي العنان إذا رهن متاعا من الشركة فهو على قسمين: إما أن رهن أو ارتهن، وكل قسم لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما إن رهن بدين عليهما، فإن اشتركا على أن يعمل كل واحد منهما برأي نفسه فرهن أحدهما وارتهانه جائز على صاحبه في الاموال كلها، وإن اشتركا على أن يعملا معا وأن يبيعا معا أو متفرقا إن ولى الادانة بنفسه يجوز رهنه على صاحبه لان له أن يقضي هذا الدين من مال الشركة لانه هو المطالب بهذا الدين، وإذا أدان صاحبه أو أدانهما جميعا في نصيب صاحبه لانه رهن نصيب صاحبه بدين صاحبه بغير إذنه، وإذا لم يجز في نصيب صاحبه لا يجوز في نصيبه لان نصيبه مشاع ويضمن نصيب صاحبه إن هلك. وهذا كله إذا كان الشريك راهنا، وإذا رهن أحدهما بدين لهما ولم يشتركا في الشركة أن يعمل كل واحد منهما برأيه إن ولي هو الاستدانة بنفسه يجوز ارتهانه لانه ملك استيفاء هذا الدين لانه وجب بعقده فيملك الارتهان به لانه استيفاء حكما، وإن ولي الادانة صاحبه أو وليا الادانة بأنفسهما لا يجوز في نصيب صاحبه لانه لا يملك استيفاء نصيب صاحبه فلا يملك الارتهان لنفسه، وإن لم يجز في نصيب صاحبه لا يجوز في نصيبه أيضا لانه مشاع. وإن هلك المرتهن ذهب حصته من الدين ويرجع شريكه بحصته على المطلوب، وإن شاء رجع بها على صاحبه لان الرهن الفاسد في حق إفادة الاحكام ملحق بالصحيح فصار المرتهن مستوفيا الدين فصار مستوفيا نصيب صاحبه بغير إذنه بالهلاك فصار كما استوفي حقه والدين واجب بإدانة صاحبه فلصاحبه أخذ نصف الدين منه، وإن شاء أخذ من المطلوب فكذا هذا، فإذا أخذ من المطلوب يرجع المطلوب على المرتهن بنصف قيمة الرهن. طعن عيسى وقال: وجب أن لا يرجع لان المرتهن أجنبي في نصيب صاحبه ولهذا لا يبرأ المطلوب من حصة

صاحبه فصار كما لو دفع الغريم رهنا إلى الاجنبي آخر ليجيز صاحب الدين ولم يجز وقد هلك في يده لم يضمن فكذا هذا. والجواب عنه أن المرتهن صار مستوفيا نصيب نفسه وصح استيفاؤه واستوفى نصيب صاحبه بغير إذنه فصار مضمونا عليه لانا لو جعلناه أمانة في يده كان لصاحبه أن يشاركه فيما استوفاه لنفسه، وإذا شاركه فيه وأخذ منه كان للقابض أن يرجع فيما كان أمانة في يده ابتداء، فإذا أخذ ذلك كان لشريكه أن يأخذ منه نصف ذلك بنصف ما بقي ثم وثم إلى أن لا

***

[٤٧٩]

[وإن مات الرهن عند المرتهن فاستحق وضمن الراهن قيمته مات بالدين وإن ضمن المرتهن رجع على الراهن بالقيمة وبدينه] يبقى شئ في يده أمانة، فمتى جعلنا نصيب شريكه أمانة في يده ابتداء احتجنا إلى أن نجعله مضمونا عليه انتهاء فجعلناه مضمونا في الابتداء قصرا للمسافة، ولا كذلك الاجنبي أخذها رهنا بدين لهما فقال شريكه لم نأخذه رهنا وقال الآخر أخذت وهلك، فإن كان هو المتولي للبيع فالقول له، وإن كان وليه الآخر لم يصدق إلا إن أذن كل واحد لصاحبه أن يعمل برأيه في الرهن لان الارتهان بمنزلة الاستيفاء في نصيب صاحبه فلا يملك الارتهان به إلا بإذن صاحبه. كفل عن الرجل بدين وارتهن من المكفول عنه وقبض جاز لانه ثبت على الموكل عنه للكفيل دين والرهن يجوز بدين مؤجل. افترق الشريكان ثم هلك الرهن في يد أحدهما وقال أخذته بديني ودينك قبل الافتراق وقال الآخر أخذته بعد الافتراق، فإن كان هو أدان وأخذه في الشركة أو بعدها جاز عليهما لانه حكى أمرا يملك استيفاءه للحال فإنه لو ارتهن للحال جاز ويصدق فما حكى، وإن كان الآخر أدانه أو أدانا جميعا فعلى البينة أنه أخذه من الشركة لانه حكى أمرا لا يملك استيفاءه للحال فإنه لو ارتهن به للحال لا يجوز فلا يصدق فيما حكى إلا ببينة كالوكيل بالبيع بعد العزل إذا قال كنت بعت وكذبه الموكل. فضولي أخذ بدين الآخر رهنا لا يكون مضمونا على الآخذ لانه دفع إليه المطلوب ليكون عدلا في الرهن لانه لم يخبره أن صاحب الدين وكله بذلك الاجنبي أخذ الرهن لغيره لا لنفسه فلا يكون مضمونا عليه حتى لو قال الاجنبي الفضولي وكلني بأخذ الرهن وكذبه الراهن فيما ادعى يضمن قيمته للراهن لانه لما كذبه لم تثبت الوكالة في زعمهما فصار القابض مطالبا برده لان ما دفعه إليه للامانة كالوكيل بقبض الوديعة إذا كذبه المودع فله أن يرجع عليه فكذا هذا. لو صدقه الراهن في الوكالة لم يرجع على الوكيل بشئ لان الوكالة ثبتت في زعم الكل وقبض الوكيل كقبضه فيكون المطالب إذ ذاك هو الموكل فقد أبرأه بذلك عن الضمان. قال رحمه الله: (وإن مات الرهن عند المرتهن فاستحق وضمن الراهن قيمته مات بالدين وإن ضمن المرتهن رجع على الراهن بالقيمة وبدينه) والاصل فيه أن العبد المرهون إذا هلك في يد المرتهن ثم استحقه رجل كان المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن، وإن شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه الراهن بالاخذ والتسليم والمرتهن بالقبض والتسليم، فإن ضمن الراهن صار المرتهن مستوفيا لدينه بهلاك الرهن لان الراهن ملكه بأداء الضمان مسندا إلى ما قبل التسليم فتبين أنه رهن ملك نفسه ثم صار المرتهن مستوفيا بهلاكه، وإن ضمن المرتهن يرجع بما ضمن من القيمة وبدينه على الراهن، أما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن، وأما بالدين فلانه انتقض قضاؤه فيعود حقه كما كان. فإن قيل: لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون ثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما إذا ضمن

***

[٤٨٠]

[باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره ويتوقف بيعا لرهن على إجازة مرتهنه أو قضاء دينه ونفذ عتقه وطولب بدينه لو حالا] المستحق ابتداء قلنا: هذا طعن أبي حازم القاضي. والجواب عنه أن المرتهن يرجع على الراهن بسبب الغرور والغرور بالتسليم للمترهن ويملك الراهن العين من ذلك الوقت وعقد الرهن كان سابقا عليه فلم يبين أنه رهن ملك نفسه بل رهن ملكا لغيره فلا يكون المرتهن مستوفيا بملك العين، ولان الراهن يملك العين بالتلقي من المرتهن لان المرتهن يملك أولا بأداء الضمان ثم ينتقل إلى الراهن كما في الوكيل بالشراء كأن المشتري اشتراه من المستحق. وإنما كان كذلك لان لمرتهن غاصب في حق المستحق، فإذا ضمن يملك المضمون ضرورة لكيلا يجتمع البدلان في ملك واحد، ثم الراهن يتلقاه فيكون ملكه بعده وعقد الرهن سابق عليه فتبين أنه رهن ملك غيره فلا يكون المرتهن مستوفيا بالهلاك بخلاف المسألة الاولى وهو ما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء لانه يضمنه منه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك إليه فتبين أنه رهن ملك نفسه فيكون المرتهن مستوفيا والله أعلم. باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته

على غيره لما كان التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غير متأخرا طبعا عن كونه رهنا أخره وضعا ليوافق الوضع الطبع. قال رحمه الله: (ويتوقف بيع الرهن على إجازة مرتهنه أو قضاء دينه) اختلفت عبارة محمد رحمه الله تعالى في هذه المسألة، قال في موضع بيع المرهون فاسد، وفي موضع جائز، والصحيح أنه جائز موقوف، وقوله فاسد محمول على إذا لم يجز المرتهن فإن القاضي يفسده إذا خوصم إليه وطلب المشتري تسليمه، وقوله وقوله جائز بمعنى نافذ محمول على ما إذا أجاز وسلمه. وفي الجامع: باع الراهن الرهن فالبيع باطل، قيل معناه سيبطل، وعن أبي يوسف ينفذ سواء علم المرتهن بالبيع أو لا، وإنما يتوقف لانه تعلق به حق المرتهن وفي بقائه إبطال حقه فلا ينفذ إلا بإجازته أو بقضاء الراهن الدين لزوال المعنى وهو تعلق حق المرتهن. أراد بالبيع ما هو مثله مما تعلق بنفاده إبطال حق المرتهن في الحبس بخلاف ما لو زوجها الراهن فإنه ينفذ ولا يتوقف على إجازة المرتهن لان للمرتهن أن يحبسها عن الزوج كما أن للمولى ذلك. وقولهم في التعليل إنه تعلق به إلى آخره أقول: في تمام هذا التعليل من القدر نظر فإنه ينتقض بما إذا أعتق الراهن عبد الرهن ينفذ عتقه كما سيأتي في الكتاب مع جريان هذا التعليل هناك أيضا فالوجه ههنا في التعليل أن يقال لانعدام القدرة على التسليم لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته ألا ترى أن المصنف إنما فصل بين هذه المسألة ومسألة الاعتاق بانعدام القدرة على التسليم حيث قال في آخر تعليل مسألة الاعتاق من قبل أصحابنا: وامتناع النفاذ في البيع الهبة لانعدام القذر على التسليم

***

[٤٨١]

فتدبر قوله وامتناع النفاذ بالبيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم لان يد المرتهن مانعة عن التسليم والبيع كما يفتقر إلى الملك يفتقر إلى القدرة على التسليم فإذا انعقد البيع بإجازة المرتهن انتقل حقه إلى الثمن فيكون محبوسا بالدين. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن المرتهن إن شرط أن يكون الثمن رهنا عند الاجازة كان رهنا وإلا فلا لانه لانه بالاجازة نفذ البيع وملك الراهن الثمن وأن ماله أخذه فملكه بسبب جديد فلا يصير رهنا إلا بالشرط كما إذا أجره الراهن فأجاز المرتهن الاجارة لا تصير الاجرة رهنا إلا بالشرط. وجه ظاهر الرواية وهو الصحيح أن الثمن قائم مقام ما يتعلق به حقه وهو بدل ما تعلق به حقه ومحل لحقه لان حقه تعلق بماله وللبدل حكم المبدل فوجب انتقال حقه إليه كالعبد المديون إذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل من غير شرط لما ذكرنا، ولا يسقط حقهم بالكلية لعدم رضاهم بذلك ظاهرا والرضا بالبيع لا يدل على الرضا لسقوط الحق رأسا فيبقى الحق على غيره بخلاف ما ذكر لان الاجرة ليست ببدل حقه، وبخلاف ما إذا باع العين المستأجرة فأجاز المستأجر البيع حيث لا ينتقل حقه إلى الثمن لانه ليس ببدل العين ونحقه في العين فافترقا، وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية ابن سماعة عن محمد حتى إذا أفتكه الراهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك فله أن يجيز وله أن يفسخ، وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه. وفي المختصر إشارة إليه حيث قال: توقف على إجازة المرتهن أو قضاء دينه جعل الاجارة إليه دون الفسخ وجعله متوقفا على قضاء الدين، وهذا دليل على أن فسخه لا ينفذ. ووجه الامتناع لحقه كيلا يتضرر والتوقف لا يضرر لان حقه في الحبس لا يبطل بمجرد الانعقاد من غير نفوذ فبقي متوقفا على المشتري، ثم إن المشتري بالخياء إن شاء صبر حتى يفتك الراهن الرهن إذ العجز على شرف الزوال، وإن شاء رفع الامر إلى القاضي وللقاضي أن يفسخ العقد لفوات القدرة على التسليم لان ولاية الفسخ له لا إلى المشتري والبائع وهو الراهن وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض فإن المشتري بالخيار إن شاء صبر حتى يرجع، وإن شاء رفع الامر إلى القاضي، والاجارة مثل الرهن حتى لا ينفذ بيع المؤجر. ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه من آخر قبل أن يجيز المرتهن فالثاني موقوف أيضا على إجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فأيهما أجاز لزم ذلك وبطل الآخر. ولو باعه الراهن ثم أجره أو رهنه أو وهبه من غيره فأجاز المرتهن الاجارة أو الرهن أو الهبة جاز البيع الاول دون هذه العقود. والفرق أن المرتهن له منفعة في البيع لان حقه يتحول إلى الثمن على ما بينا وقد يكون أحد العقدين أنفع من الآخر فيعتبر تعيينه لتعلق الفائدة به. أما هذه العقود فلا منفعة له فيها لان حقه لا ينقل إلى الآخر لما بينا. ولا بد له من الرهن والهبة فكان إجازته اسقاطا لحقه فزا لا لمانع فنفذ البيع كما لو باع المؤجر العين المستأجرة من اثنين فأجاز المستأجر البيع الثاني نفذ الاول لانه لا نفع له في البيع إذ لا ينقل

***

[٤٨٢]

حقه إلى البدل على ما بينا فكان إجازته اسقاطا لحقه فنفذ الاول لزوال المانع. وهذا إذا تعلق بالعين المرتهنة حق للغير بحق باشره الراهن، وأما لو تعلق بإقراره قال في المحيط: هذا على قسمين: أحدهما في إقرار الراهن بالمرهون للغير، والثاني في إقرار المرتهن أنه لغير الراهن. أما القسم الاول رهن عبدا بألف ثم قال هو لفلان لم يصدق لان إقراره يتضمن إبطال حق المرتهن وأنه يحتمل النقض والابطال فلم يصح في حق المرتهن كالبيع والاجارة، ثم المقر له إن شاء أدى المال وقبض الرهن لان عدم صحة الاقرار لحق المرتهن، فإذا زال حقه صح الاقرار كما في البيع فكما أن للمشتري أن يقضي الدين ويأخذ المبيع فكذا هذا ويرجع بما قضى على الراهن لانه قضى دينه وهو مضطر فيه لاحياء حقه فإنه لا يصل إلى ملكه إلا بقضاء الدين وكان كالمعير للرهن يرجع به على المستعير فكذا هذا. وإن شاء ضمن الراهن قيمة العبد لان الراهن زعم أنه ملكه رهنه بماله وسلمه بغير أمره وقد عجز عن رده إليه للحال لحق المرتهن فيضمن قيمته وللمقر أن يستحلف المرتهن على علمه لانه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه، فإن أنكر استحلف عليه، وإن لم يؤدي المال وأعتق العبد جاز عتقه لان الراهن والمرتهن تصادقا على عتق العبد لان الراهن زعم أنه ملك المقر له وإعتاق المالك نافذ. والمرتهن زعم أنه كان ملك الراهن لا المقر له إلا أنه لما أقر له فقد سلطه على إعتاقه بإقراره كما لو وكله بالاعتاق. ثم المسألة عل أربعة أوجه: إما أن يكون المقر له والراهن موسرين أو معسرين أو أحدهما موسر والآخر معسر والدين في ذلك كله حال أو مؤجل، فإن كان موسرين والدين حال فالمرتهن فيه بالخيار إن شاء أخذ الدين من الراهن، وإن شاء ضمن المعتق القيمة ويكون رهنا، وكان يجب أن لا يكون للمرتهن تضمين المعتق على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لان من زعم المرتهن أنه ليس بمالك وإنما جاز عتقه بتسليط الراهن لانه لما أقر بالملك فقد سلطه على الاعتاق فصار كما لو سلطه على الاعتاق بالوكالة فإن الراهن لو وكل وكيلا بإعتاق المشتري قبل القبض ونقد الثمن فأعتقه الوكيل لا يضمن الوكيل عندهما فيضمن أن يكون هذا على ذلك الخلاف إذ لا فرق بينهما، ثم المعتق يرجع بما ضمن على الراهن للحال لانه لو كان العبد قائما كان له تضمين الراهن لما أحدث في ماله من الارتهان وتسليم ماله بغير أمره فصار غاصبا في حقه وصار ما أخذه المرتهن من المعتق ملكا للراهن لما ضمن ذلك للمعتق بخلاف المعير إذا أعتق العبد وهو معسر والدين مؤجل فضمنه المرتهن لا يرجع به على المستعير حتى يحل الدين لانه إنما يرجع باعتبار أنه قضى دينه وهو مضطر فيه وقد قضى دينه المؤجل فلا يرجع بالمعجل، فإذا كانا معسرين والدين حال يسعى العبد للمرتهن ويرجع على الراهن دون المعتق لان في زعم العبد أنه لا رجوع له على المعتق لان في زعمه أن المعتق لم يصر متلفا حق المرتهن بالاعتاق لان الراهن لم يصح لان الراهن رهن بغير أمره، وكذلك إذا

***

[٤٨٣]

كان الدين مؤجلا. وإن كان المعتق موسرا والراهن معسرا والدين حال أو مؤجل فللمرتهن أن يستسعى العبد لان العتق حصل بتسليط الراهن فكان الراهن أعتقه بنفسه وهو معسر، وإن شاء ضمن المعتق لانه بمنزلة الوكيل عنه بالاعتاق ويرجع المعتق على الراهن لانه قضى دينه وهو مضطر فيه، والعبد يرجع على الراهن دون المعتق وإن كان المعتق معسرا والراهن موسرا والدين حال فالراهن يأخذ بقضاء دينه، فإنه قضى الدين خرج المرتهن من الوسط فهذا رجل أعتق عبدا كله له فارغا عاريا عن حق الغير فلا شئ على العبد، وإن كان الدين مؤجلا فالمرتهن بالخيار إن شاء ضمن الراهن لانه هو المسلط على العتق فكأنه وكل المقر له بإعتاقه، وإن شاء استسعى العبد والعبد يرجع على الراهن لانه أوفى الدين لا على المعتق لما بينا. وأما القسم الثاني فهو على وجهين: إما أن أقر المرتهن برقبة الرهن لرجل أو أقر بدين في رقبته، وكل وجه لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يفتكه الراهن أو يهلك الرهن أو يباع الرهن بالدين، فإن أقر برقبته لرجل وقال الرهن لفلان اغتصبه الراهن فإن افتكه الراهن فلا سبيل للمقر على العبد ولا على ما أخذه المرتهن لان إقرار المرتهن لا يصح في حق الراهن لانه إقرار على الغير وما أخذه ليس بدلا عن الرهن بل هو دينه استوفاه، وإن كان هلك في يد المرتهن ضمن جميع قيمته للمقر له وبطل دينه لانه لما أن الراهن اغتصبه من فلان ورهنه منه فقد زعم أنه مودع الغاصب أو غاصب الغاصب وأياما كان فهو غاصب بخلاف ما لو أفتكه لانه رده إلى يد من أخذه منه فيبرأ عن الضمان ويبطل دينه لان إقراره في حق الراهن لم يصح فصح الرهن في حقه. وأما إذا بيع العبد أما الراهن أو العدل وأخذ المرتهن الثمن فإن أجاز المقر له البيع أخذه من المرتهن، وإن لم يجز فلا لان من زعم المرتهن أن العبد للمقر له وقد بيع بغير إذنه فيكون موقوفا على إجازته، فإن أجاز يكون ثمن عبد، وإن لم يجز فليس بثمن

عبده ولا سبيل له عليه، وإن أقر بدين عليه لرجل، إن أفتكه الراهن وأخذ منه العبد فلا ضمان على المرتهن لانه رد العبد إلى من أخذ منه، فإن هلك في يده يرجع المقر له على المرتهن بدينه لا غير. ولم يفصل في الكتاب بين ما إذا وجب دين المقر له قبل الرهن أو بعده، وقيل هذا إذا وجب دينه قبل الرهن، وإن وحب بعده فلا شئ للمقر له على المرتهن لان بالهلاك استوفى دينه من مالية العبد، فإذا كان الدين واجبا قبل رهنه تبين أنه استوفى دينه ومالية العبد دين على العبد وجب استيفاؤه ودين العبد مقدم على دين المولى، فأما إذا وجب الدين بعد رهنه فحينئذ صار مستوفيا دينه من ماليته ليس في مالية العبد دين وجب استيفاؤه فصح الاستيفاء. وأما إذا بيع العبد في الدين فللمقر له أن يأخذ الثمن من المرتهن، أجاز البيع أو لم يجز، لان البيع ههنا جائز لانه ملك للمقر له في العبد، وإذا جاز البيع يقوم الثمن مقامه. ومن زعم المرتهن أن المقر له أحق بثمن العبد منه لان دينه دين العبد ودين المولى ودين العبد مقدم على دين المولى فيدفعه إليه.

***

[٤٨٤]

[ولو مؤجلا أخذ قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه ولو معسرا سعى العبد في الاقل من] قال رحمه الله: (ونفذ عتقه) أي نفذ عتق الراهن وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى وفي قول آخر لا ينفذ موسرا كان أو معسرا لان في تنفيذه إبطال حق المرتهن. ولنا أن العتق صدر من أهله مضافا إلى محله وهو ملكه ووجب بنفاذه ولا يلغو تصرفه لعدم إذن المرتهن كما إذا أعتق المبيع قبل القبض أو الآبق أو المغصوب، وإذا زال ملك الراهن عن رقبته بإعتاقه يزول ملك المرتهن لانه بناء عليه كإعتاق العبد المشترك بل أولى لان ملك الرقبة أقوى من ملك اليد، فإذا لم يمتنع الاعلى فالادنى أولى أن لا يمنعه، ولا يلزمنا إعتاق الوارث العبد الموصى برقبته إذا لم يكن له مال آخر حيث إنه لا ينفذ مع أنه أعتق ملكه لانا نقول: يعتق عند الثاني والثالث في الحال. وعند الامام يؤخر إلى أداء السعاية على ما عرف في إعتاق العبد المشترك ولم يكن إعتاقه لغوا وهو ههنا جعله لغوا. ولا يقال لمرهون كالخارج عن ملك الراهن بدليل أن المولى إذا أتلفه يجب عليه ضمانه فكذا لا ينفذ عتقه لانه خرج عن ملكه لانا نقول: وجوب الضمان عليه باعتبار أنه إذا أتلف المالية المشغولة بحق المرتهن كالمولى يتلف عبده المأذون له فإنه يضمن قيمته للغرماء مع بقاء ملكه فيه من كل وجه، ولهذا ينفذ تصرفه فيه. ولو قال المؤلف ونفذ تدبيره لكان أولى إذا علم نفاذ التدبير من الراهن والتدبير أدنى حالا من الاستيلاد علم نفاذ الاستيلاء والاعتاق من باب أولى. قال في المبسوط: إعتاق الراهن وتدبيره واستيلاده ينفذ ويضمن القيمة ويكون رهنا مكانه إن كان موسرا، ثم إن كان المال حالا اقتضاه من القيمة، وإن كان الراهن معسرا فللراهن استسعاء المدبر وأم الولد في جميع الدين والمعتق في قيمته ثم يرجع المعتق بما أدى على المولى. قال رحمه الله: (وطولب بدينه لو حالا) يعني أذا كان الدين حالا طالب المرتهن الراهن بعد العتق بالدين إذا كان موسرا لانه إذا طولب بالرهن كان له أن يأخذه بدينه إذا كان من جنس حقه فيكون إيفاء واستيفاء فلا فائدة فيه. قال رحمه الله: (ولو مؤجلا أخذ قبيمة العبد وجعلت رهنا مكانه) يعني لو كان الدين مؤجلا يؤخذ من المعتق قيمة العبد وتجعل رهنا مكان العبد إذا كان موسرا لان سبب الضمان قد تحقق، وفي التضمين فائدة وهي حصول الاستيثاق من الوجه الذي بيناه ويحبسها إلى حلول الاجل، فإذا حل اقتضاه بحقه إذا كان بجنسه لان للغريم أن يستوفي حقه من مال غريمه إذا ظفر بجنس حقه، وإن كان فيه فضل رده لانتهاء حكم الرهن بالاستيفاء، وإن كان أقل من حقه رجع بالزيادة لعدم ما يسقطه. قال رحمه الله: (ولو معسرا سعى العبد في الاقل من قيمته ومن الدين) لان حق المرتهن كان متعلقا به فإذا تعذر الرجوع على المعتق لعسرته رجع عليه لانه هو المنتفع بهذا العتق كما في عتق أحد الشريكين العبد المشترك، لان الضمان بالجراح والغرم بالغنم. وظاهر عبارة المؤلف أنه يسعى في الاقل من الشيئين المذكورين والمنقول في غيره أنه يسعى في الاقل من ثلاثة أشياء. قال في الجامع: أصله أن الراهن إذا

***

[٤٨٥]

أعتق المرهون وهو معسر ينظر إلى ثلاثة أشياء: إلى قيمته يوم العتق، وإلى ما كان مضمونا بالدين، وإلى ما كان محبوسا به فإنه يسعى في الاقل من هذه الاشياء. أما القيمة فلانه أحبس بالعتق من حق المرتهن هذا القدر فلا تلزمه السعاية إلا في هذا القدر كالعبد المشترك إذا أعتقه أحدهما وهو معسر، وأما المضمون بالدين إذا كان أقل لان العبد مضمون بقدر الدين بالعتق وما يحدث بالزيادة المتصلة بعد القبض لم تصر مضمونة، وهذا لان السعاية في حق الزيادة، فإن كانت محبوسة بالدين فلا يمكن ايجاب السعاية على العبد

في حق الزيادة، وإن كان المحبوس أقل من المضمون ومن قيمته يسعى بقدره بأن رهن عبدا بألف قيمته ألف فأدى الراهن تسعمائة من الرهن ثم أعتقه وهو معسر يسعى العبد في مائة، فإن كان مضمونا بألف حتى لو هلك يهلك بألف لانه محبوس بمائة فكان له أن يفتك بقدر مائة فكان العبد مضمونا بمائة من حيث اعتبار حالة الاعتاق. رهن عبدا يساوي ألفا بألف فصار يساوي خمسمائة بتراجع السعر ثم أعتقه الراهن وهو معسر يسعى العبد في خمسمائة لا غير، ولو كان المعتق موسرا ضمن الالف كلها لان السعاية هنا أقل من الاشياء الثلاثة لان السعاية خمسمائة والعبد مضمون بالدين، وذلك لانه لو هلك يهلك بألف فإذا انتقص سعره وهو محبوس بألف فإن الراهن ما لم يؤد الالف لم يفتك الرهن ثم يقضي بالسعاية الدين، وإن كان من جنس حقه وكان الدين حالا فإن لم يكن من جنس حقه صرفه من جنس حقه كما تقدم، وإن كان الدين مؤجلا جعلت السعاية رهنا، فإذا حل الاجل قضى به الدين على نحو ما ذكرنا. وفي الاصل: إن كان مكان الاعتاق تدبير فالجواب فيه كالجواب في الاعتاق إلا في فصلين: أحدهما أن في فصل الاعتاق إن كان الراهن موسرا فالعبد يسعى في الاقل من ثلاثة أشياء، وفي التدبير يسعى في جميع الدين بالغا ما بلغ. الثاني أن في التدبير بما سعى وأدى على المولى. وفي الينابيع: ولو دبره إن كان الدين حالا سعى في الدين بالغا ما بلغ، وإن كان مؤجلا سعى في قميته فتكون رهنا مكانه، وفي المحيط: رهن جارية تساوي ألفا بألفين فصارت إلى ألفين بزيادة السعر وولدت ولدا يساوي ألفا يفتكها بألفين لانها لو لم تزد لا يفتكها إلا بألفين، فإن زادت أولى، وإذا هلكت هلكت بألفين لان قيمتها يوم العقد ألف والزيادة المتصلة لم يرد عليها عقد ولا قبض مقصود فكان وجودها وعدمها بمنزلة. وإن أعتقها المولى وهو معسر سعت في الالف، وكذلك لو أعتقها سعيا في الالف ورجعا بذلك على المولى ورجع المرتهن ببقية دينه لان الراهن لما أعتقهما صار بإعتاق الولد قابضا للولد حكما كالمشتري إذا أعتق المبيع قبل القبض فيقسم الدين عليهما فيسعيان في الالف لانها أقل من قيمتها يوم العتق ورجعا بذلك على المولى لانهما أديا دينه من خالص ملكهما لانهما يسعيان وهما حران، ومن أدى دين الغير من خالص ملكه وهو مجبر عليه فعليه الرجوع على من عليه الدين إذا لم يسلم له العوض ولم يسلم للعبد ما كان للمرتهن من حق الحبس في

***

[٤٨٦]

العبد لانه لا يحتمل النقل. وإذا رهن أمة قيمتها ألف بألف فجاءت بولد يساوي ألفا فادعاه الراهن وهو موسر ضمن المال لاتلاف حق المرتهن بالدعوى، وإن كان معسرا سعت الامة في نصف المال والولد في نصفه لان في حالة الاعسار لا يجب إلا السعاية، وكل واحد منهما صار أصلا، الام بالاستيلاد والولد بالاعتاق لانه بالاعتاق صار مشتريا الولد فيصير الولد أصلا في الرهن كالام لان الولد لما حدث سرى إليه ما كان في الام من حق الحبس فصار مرهونا كالام، فإن لم يؤد الولد حتى ماتت الام قبل أن يفرغ من السعاية يسعى في الاقل من قيمته ونصف الدين ولا يزاد عليه شئ بموت الام لان الولد حدث قبل وجود السعاية على الام فلا يكون تبعا لها في السعاية. ولو زوج الراهن الامة المرهونة جاز ولا يقربها الزوج إلا إذا زوجها قبل الرهن لان النكاح لا يتضمن إبطال حق المرتهن لان المرتهن لم يستحق منافعها ولا ضرر على المرتهن في نفاذ النكاح فنفذ، وغشيان الزوج يتضمن إبطال حقه في الحبس لانه يستحق حبسها فصار كالمالك في حق الحبس فله منعه عن الوطئ وحبسها عنه بخلاف ما قبل الرهن لان الزوج ملك غشيانها قبل الرهن لانه استحق منافع بضعها مطلقا فلا يتمكن المرتهن من إبطال حقه في القربان، فإن وطئها فولدت وماتت ضمن الراهن قيمتها لانه سلط الزوج على إتلاف حق المرتهن لانه بالنكاح سلطه على الوطئ فيجعل وطئ الزوج كوطئ الراهن لانه حصل بتسليطه، ولو وطئها الراهن صار مستردا للرهن ولهذا لو زوج الامة المبيعة قبل القبض صار المشتري قابضا لها فصار كأن التلف حصل في يد الراهن فيضمن. ولو زوجها ثم رهن فوطئها الزوج ثم ماتت كانت من مال المرتهن استحسانا لا قياسا لان الوطئ حصل بتسليط الراهن فيصير وطؤه كوطئ المولى، ولهذا يهلك على الراهن إذا زوجها بعد الرهن. وجه الاستحسان أن الراهن لم يسلطه على إتلاف حق المرتهن لانه حين زوجها لم يكن حق المرتهن ثابتا فيها بل سلطه على إتلاف حق نفسه فلا يجعل وطؤه كوطئ الراهن، ولان الراهن سلطه على الوطئ قبل الرهن وبالوطئ قبل الرهن لا يصير متلفا حقه لان به لا يصير مستردا للرهن. وإذا رهن أمة بألف وقيمتها خمسمائة فكاتبها المولى فللمرتهن فسخها لان الكتابة تتضمن إبطال حق المرتهن لان المكاتب لم يصلح رهنا لانه لو أدى بدل الكتابة عتق ويبطل الرهن، وكذلك لو نفذت الكتابة يبطل الرهن لانه لا يمكنه البيع والكتابة مما تحتمل الفسخ فتنفسخ فلو لم يكاتبها ولكن دبرها فسعت في قيمتها ثم ماتت عن بنت تساوي خمسمائة فعلى ولدها أن يسعى في خمسمائة لانه يسري ما فيها من الدين إلى التي ولدتها أمتي ولدت

فيصير مدبرا تبعا للاصل، فإن سعت البنت في مائة ثم ولدت بنتا ثم ماتت البنت الاولى وقيمة الاولى والسفلى سواء تسعى السفلى في الباقي كله لانه يسري ما فيها إلى ولدها كما يجري من الجدة إلى الوسطى. رهن أمتين قيمة كل واحد ألف فدبرها المولى ثم ماتت

***

[٤٨٧]

إحداهما سعت الباقية في نصف الدين ويضمن المولى نصفه لانها ماتت بعدما خرجت من الرهن بالتدبير ولا يتحول شئ من دين الميتة إلى الباقية لان الباقية لم تكن متولدة من الميتة والميتة في السعاية كانت محتملة على المولى، فإذا ماتت قبل استيفاء السعاية فقد تعذر استيفاء حقه من جهة المحتمل وهو الكفيل فيطالب من الاصيل، فإن ولدت هذه الباقية ثم ماتت يسعى الولد فيما على أمه، وسواء كانت قيمة الام أقل أو أكثر لانها ولدت بمثل حالها مدبرة فيسري ما فيها إلى ولدها. ولو كانت قبل التدبير ثم دبرهما جميعا سعت في مائتين وخمسين إن كانت قيمتها مثل قيمة الام لان الولد قبل التدبير صار رهنا فانقسم ما في الام من الدين عليهما نصفين على سبيل التوفيق إن ورد على الولد قبض الرهن بقي كذلك منقسما، وإن لم يرد عليه قبض بطل الانقسام وظهر أن الدين كله كان بإزاء الام، وهنا ورد على الراهن قبض على الولد لما ذكرنا لان التدبير من المشتري قبل القبض يصير به قابضا. رهن أمة بألف وقيمتها ألف فولدت ولدا يساوي ألفا فماتت الام ثم دبر البنت عليها السعاية في خمسمائة لانه ورد على الميت قبض الراهن فإنه بالتدبير صار قابضا للولد فظهر أن الدين كان منقسما عليهما نصفين، فإن ولدت البنت بنتا وماتت البنت الاولى سعت السفلى في خمسمائة وإن كانت قيمتها مائة لان السفلى ولد المستسعاة فسرى ما في أمها إليها. ولدت الامة المرهونة بنتا ثم ولدت البنت بنتا وقيمة كل واحدة ألف ثم دبرهن جميعا ثم ماتت الام والبنت الاولى فعلى السفلى السعاية في نصف الدين. وعن عيسى بن أبان قال: ينبغي أن تسعى في ثلثي الدين لانه قد كان قابضا للوسطى بالتدبير لان التدبير قبض وصار بإزاء كل واحدة منهن ثلث الدين كما لو رهنهن جميعا ثم دبرهن وهو معسر وقد ماتت بنتان قبل السعاية تسعى الباقية في ثلثي الدين فكذا هذا. والجواب عنه أن التدبير ليس بقبض حقيقة ولكن اعتبر قبضا حكما بحكم الاتلاف كالاعتاق، وإنما يعتبر قبضا حكما متى لم يكن في اعتباره قبضا ضرر على المرتهن، وهنا في اعتباره قبضا ضرر بالمرتهن لانه يؤدي إلى إبطال حقه بالسعاية لانه متى لم يعتبر قبضا كان للمرتهن أن يستسعي السفلى في نصف الدين، ومتى اعتبر قبضا يستسعيها في جزء واحد من أحد عشر جزأ من الدين فلا يعتبر قابضا دفعا للضرر عنه فصار كأن الوسطى ماتت قبل التدبير فيصير بإزاء السفلى نصف الدين بخلاف المسألة المتقدمة لانا لو اعتبرنا التدبير قبضا ينتفع به المرتهن ولا يتضرر به لان السفلى تسعى في جميع ما وجب على الوسطى، ومتى لم يعتبر قبضا تسعى في جزء من أحد عشر حزأ من الدين، وكذلك لو دبر السفلى بعدما ماتت الام والجدة لانه لا يحتسب بالوسطى إذا ماتت قبل التدبير فكأنها لم تكن ولدت الجدة إلا ولدا واحدا ثم دبر الولد ولدت أمة الرهن ولدا يساوي ألفا فثم دبرها فعلى كل واحد منهما سعاية في خمسمائة لما عرف. وإن ماتت البنت سعت الام في الالف كلها. طعن عيسى وقال: بالتدبير يقرر الضمان فيه ولا يعود إلى الام.

***

[٤٨٨]

[قيمته ومن الدين ويرجع به على سيده واتلاف الرهن كإعتاقه وإن أتلفه أجنبي فالمرتهن] والجواب أن التدبير متى اعتبر قبضا لا يتضرر به المرتهن بل ينتفع به لانه متى اعتبر قبضا تهلك الام بخمسمائة ويسعى في خمسمائة، ومتى لم يعتبر قبضا تهلك الام بجميع الدين فيعتبر قبضا فيكون مقبوضا بالتدبير فصار كأنه رهنهما ثم دبرهما. رهن أمة تساوي ألفا بألف إلى أجل فولدت ولدا يساوي ألفا فدبر المولى الولد وهو موسر ضمن قيمته ويكون رهنا مع الام، فإن كان معسرا يسعى الولد في خمسمائة لان المولى جان في التدبير أتلف حق المرتهن و حق المرتهن في الحبس كان ثابتا في الكل فضمن قيمته، وأما المدبر غير جان فيسعى بقدر حق المرتهن في الولد وهو خمسمائة لا بقدر قيمته لتظهر مزية غير الجاني على الجاني، فإن مات قبل السعاية كانت الام رهنا بالالف، وإن هلكت الام تهلك بنصف الدين، وعند عيسى تسعى في خمسمائة. والصحيح جواب الكتاب لان الولد صار محبوسا في الرهن لانه بالتدبير صار مقبوضا لانه لا ضرر في صيرورته مقبوضا محبوسا بالرهن على المرتهن بل فيه منفعة فإنه لا يسقط بهلاك أحدهما إلا نصف الدين فصار كأنه رهنهما ثم أخذهما وهو معسر ثم ماتت إحداهما صارت الباقية رهنا بالالف، ولو ماتت الباقية تموت بخمسمائة فكذا هذا. وفي الفتاوي الغياثية: ولو استولدها أو دبرها لا يحبس بالدين ويضمن إن كان موسرا وبيعت في الدين إن كان معسرا ولا يستسعي الولد إن كانت الدعوى

قبل الانفصال. فإن قال هو قضاء من دينك جاز، وإن كانت قبل الحلول سعى في قيمته. ولو رهنا عبدا فأعتقه أحد الراهنين وهو موسر ضمن نصف قيمته لشريكه ونصفه للمرتهن ويؤدي الشريك ذلك إلى المرتهن، وإن كان معسرا سعى العبد في الدين ورجع بنصفه على المعتق، وكذا المعسر الراهن إذا أعتقه ضمن قيمته ورجع على الراهن أو على المعتق ثم رجع هو على الراهن. ولو انتقص سعره فأعتقه الراهن ضمن قيمته يوم أعتق، ولو كان زادت قيمته ضمن قيمته يوم الرهن، وإن كان معسرا فالسعاية كذلك، وكذا لو ولدت الامة فأعتقها الراهن سعى في قيمة الام يوم الرهن، وإن كان الدين أكثر في التدبير يسعى في الدين. قال رحمه الله: (ويرجع به على سيده) يعني إذا سعى العبد وأدى يرجع العبد بالسعاية على سيده إذا أيسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه ولم يكن متبرعا فصار كمعير الرهن بخلاف العبد المستسعى إذا كان بين الشريكين وأعتق أحدهما نصيبه والمعتق معسر وسعى في نصيب الآخر وأدى بحيث لا يرجع لانه يؤدي ضمانا واجبا عليه لانه يسعى في تكميل العتق عندهما ولتحصيل العتق عند الامام، وهنا يسعى في ضمان على عسرة بعد تمام إعتاقه فافترقا، فالامام أوجب السعاية في العبد المشترك في حالتي اليسار والاعسار، وفي العبد المرهون في حالة الاعسار فقط لان الثابت للمرتهن حق الملك والثابت للشريك حقيقة الملك وحق الملك أدنى من حقيقته فوجبت السعاية فيه في حالة واحدة وهي حالة الضرورة، وفي الاعلى في الحالتين إظهارا للتفاوت بينهما بخلاف المبيع إذا

***

[٤٨٩]

[يضمنه قيمته وتكون رهنا عنده وخرج من ضمانه باعارته من راهنه ولو هلك في يد] أعتقه المشتري قبل القبض حيث لا يسعى للبائع في الرواية الظاهرة، وفي المرهون يسعى لان حق البائع في الحبس ضغيف لان العبد لا يملكه في الاجرة ولا يستوفي من عينه وهذا يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن، وينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة. ولو أقر المولى برهن عبده بأن قال رهنت عبدي هذا من فلان فكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر، ثم إن كان الراهن موسرا ضمن قيمته على التفصيل المتقدم، وإن كان معسرا سعى كما تقدم، ولو أعتق الراهن العبد الذي دبره أو الامة التي استولدها لم يسعيا إلا بقدر القيمة، سواء أعتق الراهن العبد الذي دبره أو الامة التي استولدها لم يسعيا إلا بقدر القيمة سواء أعتقه بعد القضاء عليهما أو قبله لان كسبهما بعد العتق ملكهما، وما أديا قبل العتق لا يرجعان به على المولى لانه مال المولى، وما أدياه بعد العتق يرجعان به. ولو أقر المولى على عبده بدين الاستهلاك وهو ينكره سعى في قيمته مذ عتق لانه لا ولاية له على ماليته فيصح بقدر المالية، ولو قتله عبد قيمته مائة ثم دفع به ثم أعتقه سعى في المائة لقيامه مقام الاول. قال رحمه الله: (واتلاف الرهن كإعتاقه) يعني أنه إذا أتلفه وهو موسر والدين حال أدى القيمة في الحال، وإن كان مؤجلا أدى القيمة وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين. قال رحمه الله: (وإن أتلفه أجنبي فالمرتهن يضمنه قيمته وتكون رهنا عنده) يعني أن المرتهن هو الخصم في تضمينه قيمته فتكون رهنا عنده لانه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه، والواجب في هذا المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه بخلاف ضمان المرتهن وقد تقدم بيانه حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة ويوم الارتهان ألفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة لان المعبر في ضمان المرتهن الرهن يوم قبضه. ولو استهلك المرتهن الرهن والدين مؤجل ضمن قيمته لانه أتلف مال الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل الاجل، ولو حل الدين والمضمون من جنس حقه استوفى المرتهن دينه منه ويرد الفضل على الراهن إذا كان هناك فضل، وإن كان دينه أكثر وقد كانت قيمته يوم الرهن قدر الدين وقد رجعت قيمته إلى خمسمائة وقد كانت يوم القبض ألفا ضمن بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة، كذا في الهداية. قال الشارح: وهو مشكل فإن النقصان بتراجع السعر إذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة؟ ومثل هذا الاستشكال نقله صاحب العناية، وأجاب بأن العين قد تغيرت بالاستهلاك فصارت لا تحتمل العود إلى القيمة الاولى بتراجع السعر، ولو كانت باقية ترجع على ما كانت باقية عليه بخلاف ما إذا لم تتغير العين وهي باقية على حالها وقد تراجع السعر لان العين التي قبضها بحالها فلا يرجع شئ من الدين بتراجع السعر، كذا في العناية. فأفاد أن ما في الخلاصة من قوله وأما

***

[٤٩٠]

[الراهن هلك مجانا وبرجوعه عاد ضمانه ولو أعاره أحدهما أجنبيا بإذن الاخر سقط الضمان ولكل أن يرده رهنا ولو استعار ثوبا ليرهنه

صح] حكم النقصان ينظر إن كان من حيث العين يوجب سقوط الدين بقدر النقصان، وإن كان من حيث السعر لا يوجب سقوط شئ من الدين عند أصحابنا الثلاثة محمول على ما إذا كانت العين باقية وهذا من خصائص هذا الكتاب. قال رحمه الله: (وخرج من ضمانه باعارته من راهنه) يعني إذا أعرا المرتهن الرهن من الراهن يخرج من ضمان المرتهن لان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض بالرد إلى صاحبه فيرتفع بالضمان. قال رحمه الله: (ولو هلك في يد الراهن هلك مجانا) لارتفاع القبض الموجب للضمان على ما بيناه. وفي الفتاوي الغياثية: لو قضى الراهن دين المرتهن ثم هلك الرهن في العارية في يد المرتهن رد ما قبض. قال رحمه الله: (وبرجوعه عاد ضمانه) يعني برجوع الرهن إلى يد المرتهن عاد الضمان حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب للمضمان وللمرتهن أن يسترده إلى يده لان عقد الرهن باق إلا في حق الضمان في تلك الحالة، ولو مات الراهن قبل أن يسترده كان المرتهن أحق به من سائر غرمائه لان يد العارية ليس بلازمة والضمان ليست من لوازم الرهن لانه قد ينفك عنه ألا ترى أن ولد الرهن رهن وليس بمضمون. قال رحمه الله: (ولو أعاره أحدهما أجنبيا بإذن الآخر سقط الضمان) لما بينا. قال رحمه الله: (ولكل أن يرده رهنا) يعين لكل واحد من الراهن والمرتهن حق في الرهن فله أن يرده رهنا مكانه لبقاء عقد الرهن على ما بينا بخلاف ما إذا أجره أحدهما أو باعه أو وهبه من المرتهن أو من الاجنبي قبل أن يرهنه ثانيا حيث لا يعود رهنا إلا بعقد جديد. ولو مات الراهن كان المرتهن أسوة الغرماء لان هذه التصرفات تبطل الرهن بخلاف العارية والايداع لانهما غير لازمين، ولو أذن الراهن المرتهن بالاستعمال أو الاعارة للعمل فهلك الرهن قبل أن يأخذ في العمل هلك بالدين لبقاء عقد الرهن، وكذا إن هلك بعد الفراغ من العلم لارتفاع يد الامانة، ولو هلك في حالة العمل هلك أمانة، ولو اختلفا فيوقت الهلاك فادعى المرتهن أنه هلك في حالة العمل وادعى الراهن أنه هلك قبل الفراغ من العمل كان القول قول المرتهن لانه ينكر والبينة بينة الراهن لانه مدع. قال رحمه الله: (ولو استعار ثوبا ليرهنه صح) لانه متبرع بإثبات ملك اليد فيعتبر التبرع بإثبات ملك العين واليد، ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل لحق البيع زوالا لان البيع يزيل الملك دون اليد فيكون رهنا بما رهنه قليلا كان أو كثيرا حيث أطلق له. قال في المبسوط: مسائله على فصول: أحدها في كيفية الاعارة، والثاني في اختلافهما في الهلاك والنقصان، والثالث في ضمانه بهما..

***

[٤٩١]

[فصل] فصل فإذا أعار ثوبا ليرهنه فلا يخلو إما إن لم يسم له شيئا أو سمى له مالا أو عين له متاعا أو شخصا، فإن أعار ثوبا ليرهنه وعين له مكانا أو شخصا ولم يسم ما يرهنه به فله أن يرهن بأي قدر وبأي نوع شاء لانه طلب منه قضاء دينه من هذا المال مطلقا لان الرهن إيفاء واستيفاء حكما، ولو طلب منه قضاء دينه من ماله جاز فكذا هذا، والاستعارة وجدت مطلقة فقد رضي المعير بأن يرهن بما شاء كما لو استعار من رجل دابة ولم يسم ما يعمل بها فله أن يركب ويركب غيره ويحمل عليها فكذا هذا. وإذا سمى مالا مقدورا فرهن بأقل أو أكثر، فإن كانت قيمتهما سواء أو أكثر فرهنه بأقل مما سمى فيتضرر به المعير فإن بعضه يكون أمانة عند المرتهن وهو لم يرض بذلك بل طلب أن يجعل كله مضمونا، وأما إذا رهنه بأكثر فلانه قد يحتاج المعير إلى الفكاك ليصير إلى ملكه وربما يتعسر عليه الفكاك متى زادت على المسمى لانه قد لا يجد الزيادة على المسمى فيتضرر به وهو قد رضي بضمان قليل ولم يرض بقضاء دين كثير فصار مخالفا. وإن كانت قيمة الثوب أقل من المسمى بأن أعار ثوبا ليرهنه بعشرة وقيمته تسعة، فإن رهن بقدر قيمته تسعة لا يضمن، وأما إذا رهنه بجنس آخر ضمن في الفصول كلها لان مقصوده من تسمية الدراهم أن يرجع عليه بالدراهم متى هلك الثوب، ومتى رهن بالطعام لا يمكنه الرجوع عليه بالدراهم، ولانه ربما يحتاج إلى انفكاك وربما يتيسر له الفكاك بالدراهم ويتعسر عليه الفكاك بالطعام فيلحقه زيادة ضرر. وأما إذا أعاره ليرهنه من إنسان بعينه وفرهنه من غيره ضمن لانه ربما يحتاج إلى أن يقضي دينه لاستخلاص ملكه والناس يتفاوتون في القضاء والاقتضاء فكذلك في الحفظ والامانة فالرضا بحفظ زيد لا يكون رضا بحفظ عمرو فالخلاف يخلفه زيادة ضرر. ولو أعاره ليرهنه بالكوفة فرهنه بالبصرة ضمن لان البلدان والامكنة متفاوتة في الحفظ والصيانة ولانه يخاف خطر الطريق متى نقل، ولانه قد يتيسر له الفكاك في المكان المشروط ويتعسر عليه الفكاك في غيره، وإذا اختلفا في الهلاك أو النقصان قبل اللاسترداد من المرتهن أو بعده فالقول للمستعير والبينة للمعير لانه يدعي قضاء دينه من ماله والمستعير ينكر، فإن ادعى الراهن أن المستعير استرد الرهن قبل الافتكاك وصدقه المرتهن يصدق الراهن لان الراهن والمرتهن تصادقا على فسخ الرهن والرهن عقد جرى بينهما فيكون والقول

وقولهما أنهما فسخا ذلك كما في المتبايعين لان المعير ادعى أنه قضى دينه من ماله وأنكر الراهن فيكون القول قوله ويرجع المعير على الراهن بقدر ما يذهب عنه بالدين لانه قد صار قاضيا دينه من ماله بهذا القدر بأمره، فإذا هلك عند المستعير قبل الرهن أو بعد
***
[٤٩٢]
الفكاك لا يضمن لان المستعير إنما يضمن العارية بأحد أمرين: إما بالخلاف أو بأن يقضي دينه منه ولم يوجد أحدهما فأما لا يضمن بالقبض والدفع إلى المرتهن لانه حصل بإذن المالك. قضى الراهن دينه وبعث وكيلا يقبض العبد فهلك في يد الوكيل ضمن المستعير إلا أن يكون من عياله كالمودع. وهذه تدل على أن المستعير ليس له أن يودع من ليس في عياله وإن كان له أن يعير من ليس في عياله، وفي الحالين دفع الامانة إلى من ليس في عياله وذلك لان الدفع إلى الاجنبي في العاية إنما حصل بإذن المالك لان المعير ملك المنفعة بالاعارة، ومن ملك المنفعة بغير بدل لم يملك المنفعة بالوديعة ليحصل له الاذن تبعا لتملك المنفعة. رهن المستعار بألف وقيمته ألف ولم يقبض المال فهلك في يد المرتهن فعلى الراهن ألف للمعير وعلى المرتهن مثل المسمى هو ألف للراهن لان المقبوض على سوم الرهن مضمون على القابض كالمقبوض بحقيقة الرهن فضمن المرتهن مثل المسمى وهو ألف للراهن، وما أخذ من المرتهن بدل العبد فيكون لمالك العبد من حيث إنه بدل ملكه لا من حيث إنه قضى دينه من ماله فإنه لم يكن عليه دين للمرتهن. استعار من رجلين متاعا للرهن ثم قضى نصف المال وقال هذا عن نصيب فلان يكون عنهما لان كل جزء من أجزاء الرهن محبوس بجميع الدين إذ لو جعلنا كل جزء محبوسا ببعض الدين يمكن الشيوع في الرهن وأنه يوجب بطلان الرهن فلا يمكن أن يجعل البعض محبوسا ببعض الدين، فلهذا لو قضى كان ما قضى عن جميع العبد. رهن المستعار بألف وقيمته ألف فقضى الدين وهلك في يد المرتهن فالمرتهن ضامن في الالف يردها على مولى العبد ولا ضمان للمعير على الراهن، وفي رواية أبي حفص ردها على الراهن وردها الراهن على المعير وهو الصحيح لان المعير صار قاضيا دينه بهلاك الراهن من وقت الارتهان لانه صار مستوفيا للدين في حق ملك اليد والحبس من وقت القبض فظهر أنه استوفى منه الالف وليس عليه دين ولم يكن له حق الاستيفاء فوجب على المرتهن ردها على الراهن لانه استوفاها منه، ثم يردها على مولى العبد لانه قضى دينه من ماله بأمره. قبض دابة عارية ليرهنها فركبها ثم رهنها ثم قضى المال ولم يقبض الرهن حتى هلكت عند المرتهن لا ضمان على الراهن لان المستعير للرهن مودع خالف بالركوب وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان. وفي الجامع: أصله أن القاضي نصب لايفاء الحقوق المحترمة إلى أربابها لا لابطالها وإهدارها. مات المعير والمستعير لم يكن للورثة للاسترداد لان فيه إزالة يده وإبطال حقه، ولو كان على المعير دين ولا مال له سواه وفيه فضل عن دين المستعير لم يبع حتى يجتمع الغرماء والورثة لان أباهم يكون مفيدا لانه متى لم يبع الرهن ربما يقضي المستعير دين نفسه أو يبرئه المرتهن عن دينه فيسلم الرهن لهم فيبيعون ويقضون حق غريم المعير ويبقى الفضل لهم ولو بيع بغير رضاهم ربما لا يصل إليهم شئ أو
***
[٤٩٣]
[ولو عين قدرا أو جنسا أو بلدا نخالف ضمن المعير المستعير أو المرتهن وإن وافق وهلك عند المرتهن صار مستوفيا ووجب مثله للمعير على المستعير ولو افتكه المعير لا يمتنع] يصل إليهم أقل مما يصل إليه إذا باعوا بعد قضاء المستعير دينه فكان أباهم مفيدا فيكون معتبرا، وإن لم يكن فيه وفاء بالدين لم يبع إلا أن يشاء المرتهن. قال رحمه الله: (ولو عين قدرا أو جنسا أو بلدا نخالف ضمن المعير المستعير أو المرتهن) أي لو عين المعير قدر ما يرهنه به أو جنسه أو البلد الذي يرهنه فيه نخالف كان المعير بالخيار إن شاء ضمن المستعير قيمته. وإن شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب، وإنما كان كذلك لان التقييد مفيد وهو نفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه وبقي النقصان أيضا لان غرضه أن يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه بالكثير والنقصان يمنع من ذلك فيكون متعديا فيضمن إلا إذا عين له أكثر من قيمته فرهنه بأقل من ذلك بمثل قيمته أو أكثر لا يضمن لانه خلاف إلى خير لان غرضه من الرجوع عليه بأكثر حاصل بذلك مع تيسير أدائه لانه لم يرجع إلا بقدر القيمة لان الاستيفاء لم يقع إلا به فتعيينه أكثر من قيمته غير مفيد في حقه بل فيه ضرر عليه لتعسر أدائه، وكذلك التقييد بالجنس والشخص والبلد لان كل ذلك مفيد لتيسير بعض الاجناس في التحصيل دون البعض وتفاوت الاشخاص والبلدان في الحفظ والاعانة فيضمن بالمخالفة، فلو قال ضمن حيث كان التقييد مفيدا لكان أولى لان الاطلاق غير مستقيم فإذا ضمن المستعير ثم عقد الرهن

بينه وبين المرتهن لانه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه، وإنضمن المرتهن رجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن على ما بيناه في الاستحقاق وقد تقدم له مزيد بيان فراجعه. قال رحمه الله: (وإن وافق وهلك عند المرتهن صار مستوفيا ووجب مثله للمعير على المستعير) لان قبض الرهن قبض استيفاء وبالهلاك يتم الاستيفاء فيسقط الدين عن الراهن ويضمن للمعير قيمته لانه قضى بذلك القدر دينه إن كان كله مضمونا وإلا يضمن قدر المضمون والباقي أمانة وهذا ظاهر، وكذا لو نقصت قيمته الرهن بعيب أصابه يذهب من الدين بحسابه ويرجع المعير بذلك على الراهن لما ذكرنا. وقول المؤلف ووجب مثله ليس بظاهر لان الثوب من القيمي لا من المثلي، وقول ملا مسكين أي وجب مثل الدين للمعير على المستعير كلام فاسد لان الواجب للمعير على المستعير هنا قيمة الثوب ولو قال وجب بدله لكان أولى والله أعلم. قال رحمه الله: (ولو افتكه المعير لا يمتنع المرتهن إن قضى دينه) لان المعير غير متبرع بقضاء الدين لا فيه من تخليص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما أدى الدين. وقوله لا يمتنع محله إذا رهنه وحده، فلو رهن ما استعاره مع شئ آخر لم يأخذه المعير إلا أن يقضي جميع الدين فإذا قضى يأخذ ملكه لا غير. قيدنا بكون المعير قضى الدين لان الاجنبي إذا قضى الدين فللمرتهن أن يمنعه

***

[٤٩٤]

لانه متبرع وليس بساع في خلاص ملكه. وفي النهاية: إذا افتكه بأكثر من قيمته بأن كان الدين المرهون به أكثر لا يرجع بالزيادة على قيمته وهو مشكل لان المعير مضطر إلى دفع الزيادة لخلاص حقه فكيف يمنع من الرجوع مع وجود التضرر. وأجاب في النهاية قال: قلنا الضمان إنما وجب على المستعير باعتبار إيفاء الدين من ملكه فكان الرجوع بقدر ما يتعلق به الايفاء فعلى الشارح أن يعزى له الجواب والسؤال، وتقدم بيان ما لو اختلفا في وقت الهلاك أو اختلفا في مقدار ما أمره به فراجعه. ولو كانت العارية عبدا فعتقه المعير نفذ إعتاقه لانه يملك رقبته والمرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن لانه يستوفي حقه، وإن شاء ضمن المعير القيمة لان حقه قد تعلق برقبة العبد وقد أتلفه بالاعتاق. ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه فاستعمله قبل أن يرهنه ثم رهنه جاز لانه لما رهنه أزال التعدي وقد برئت ذمته عن ضمان الغصب لانه أمين خالف ثم عاد إلى الوفاق فصار فحكمه حكم الرهن وقد هلك عند الراهن بعد الاسترداد ولا يضمن لما ذكرنا أنه أمين، وحكمه حكم الوديعة عنده لا حكم العارية لانها حكم العارية بإنفكاك فصارت يده يد المالك لكونه عاملا للمالك لتحصيل مقصوده وهو الرجوع عند الهلاك بخلاف المستعير لان يده يد نفسه، وإذا تعدى لا يبرأ من الضمان حتى يوصله إلى يد المالك، على هذا عامة المشايخ، واختاره صاحب الهداية، واختاره شمس الائمة الكرخي واختاره شمس الائمة أنه يبرأ. وقال شيخ الاسلام: إنه يبرأ المستعير إذا زال التعدي كالوديعة واستدل عليه هو بمسألة المستعير مفلسا وأراد المعير البيع وأبى الراهن من بيعه بيع بغير رضاه لان له في الحبس منفعة فلعل المعير قد يحتاج إلى الرهن فيخلصه بالايفاء أو تزداد قيمته بتغير السعر فيستوفي منه حقه. وقوله ولو افتكه المعير لا يمتنع إلى آخره صادق بما إذا كانت قيمته قدر الدين أو أكثر أو أقل. وقال صاحب الهداية: ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع. اعلم أن قوله جبرا عن الراهن في اثناء هذه المسألة من تعلقات هذا الكتاب وكان لفظ محمد بدل هذا في هذه المسألة حين أعسر الراهن كما ذكر شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام البزدوي، وقد نبه عليه تاج الشريعة وصاحب الكفاية وعن هذا قال بعضهم: لعل قول المصنف جبرا عن الراهن تصحيف عن قول محمد حين أعسر الراهن وقع من الكاتب والقارئ. وقال صاحب معراج الدراية: معنى قوله جبرا عن الراهن بغير رضاه ويوافق تقرير صاحب الكافي هذه المسألة حيث قال: ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبرا بغير رضا الراهن ليس للمرتهن أن يمتنع إذا قضى دينه. قال صاحب الكفاية: معنى قوله فأراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن أراد أن يفتكه نيابة عن الراهن جبرا عن المرتهن. وقال صاحب العناية: قوله افتكه جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر، وقيل نيابة ولعله من الجبران يعني جبرانا لما فات عن

***

[٤٩٥]

[المرتهن إن قضى دينه وجنايته الراهن والمرتهن على الرهن مضمونة الرهن عليهما] الرهن من القضاء بنفسه اه. أقول: فيه كلام أما

أولا فلان ما اختاره من المعنى لا يتمشى فيما إذا أراد أن يفتكه قبل حلول أجل دين الراهن إذا لم يفت عن الراهن بإزاء ذاك القضاء بنفسه لعدم مجئ أوانه حتى يكون افتكاك المعير الرهن هناك بقضاء دين الراهن جبرانا لما فات عنه من القضاء بنفسه مع أن تلك الصورة أيضا داخلة في جواب هذه المسألة كما لا يخفي. وأما ثانيا فلانه لم يسمع في العربية جبر عنه، سواء كان من الجبر بمعنى القهر أو من الجبر بمعنى الجبران. ومحل الاغلاق في تركيب المصنف إنما هو كلمة عن الداخلة على الرهن لا لكون الجبر بمعنى القهر إذ هو متحقق في مسألتنا بالنظر إلى المرتهن، وعلى المعنى الذي اختاره لا يظهر لكلمة عن متعلق إلا أن يصار إلى تقدير لما فات جملة وجعله كلمة عن متعلقة بلفظ فإن المندرج في ذلك، ولا يخفي بعده جدا فكيف يرتكب مع حصول المقصود منه بتقدير متعلق كلمة عن نيابة وحده كما فعله صاحب الكفاية، وظهر مما قدمناه أن قول صاحب الهداية مثل الدين قيد اتفاقي لا احترازي. قال رحمه الله: (وجناية الراهن والمرتهن على الرهن مضمونة) لان حق كل واحد منهما يحترم فيجب عليه ضمان ما أتلف على صاحبه لان الراهن مالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه والمرتهن حقه لازم محترم وتعلق مثله بالمال فيجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كالعبد الموصى بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري به عبدا يقوم مقام الاول، ولهذا يمنع المريض من التبرع بأكثر من الثلث، ثم المرتهن يأخذ الضمان بدينه إن كان من جنس دينه وكان الدين حالا، وإن كان مؤجلا يحبسه بالدين فإذا حل بدينه إن كان من جنس حقه وإلا حبسه بدينه حتى يستوفي دينه. ولو يتعرض المؤلف لما إذا جنى الرهن على الحر الاجنبي قال في المبسوط: العبد الرهن قتل رجلا خطأ فهذا لا يخلو إما إن كانت قيمته مثل الدين أو أقل أو أكثر، فإن كانت قيمته مثل الدين فالراهن والمرتهن يخاطبان بالدفع أو الفداء لان لاحدهما حقيقة ملك وللآخر حق يضاهي حقيقة الملك فانتصبا خصما فاشترط اجتماعهما في خطاب الدفع أو الفداء، فإن دفعاه بطل الدين لان العبد زال عن ملك الراهن بسبب كان في يد المرتهن، وفي ضمانه فصار كما لو مات حتف أنفه فيتقرر الاستيفاء، فإن اختار أحدهما الدفع وأبى الآخر لا يدفع لانه إن اختار الراهن الدفع فقد رام إزالة ملك الراهن بغير رضاه فيمنع من ذلك، وإن اختار الفداء بالفداء كله على المرتهن لان الفداء لدفع الهلاك عن العبد وأحيا به حقه لتطهيره عن الجناية كاتخاذ الدواء لدفع الهلاك وثمن الدواء عليه لان الهلاك عليه فكذلك الفداء وصار كالعبد المغصوب إذا جنى فالجناية على الغصب لان الهلاك عليه فكذا هذا، ولا يرجع بالفداء على الراهن لانه قضى حقا واجبا عليه. وإن فداه الراهن كان قضاء بالدين إن بلغ الفداء كل الدين ولا يبقى رهنا، وإن بلغ بعضه فبقدره لانه غير متبرع في الفداء لان فيه استصلاح ملكه واستخلاص

***

[٤٩٦]

حقه فإن العبد مشغول بالجناية والعبد يظهر عن الجناية ويحي ملكه والمالك لا يوصف بالتبرع في اصلاح ملكه وإحيائه فقد قضى واجبا على المرتهن وهو مضطر فيه فكان له الرجوع عليه كمن إعاره عند رهنه بدينه ثم قضى المعير دين المستعير يرجع بما قضى على المستعير لانه يحتاج إلى تخليص ملكه فيطهره عن شغل الرهن فكذا هذا، فإن هلك في يد المرتهن بعدما فداه الراهن يرد على الراهن الفداء لان الرهن برئ عن الدين بالايفاء لانه صار موفيا دينه بالفداء. قال بعض مشايخنا: إنه يرد الالف المستوفاة بهلاك الرهن وما وجد بعد الالف لم يستند إلى وقت الرهن لان للفداء حكم الجناية والجناية فعل حقيقي لا يحتمل النقص والاسناد لا يظهر في حق التصرفات التي لا تحتمل النقص فاحتمل فاقتصر الاستيفاء بالهلاك على الحال، وإن كان الاستيفاء بالهلاك آخرهما فيرد ما استوفاه آخرا وصار كما لو رهن بالمهر أو ببد الخلع ثم استوفى المرتهن دينه ثم هلك الرهن في يده يرد ما قبض لان قضاء المهر يحتمل النقض. وإن كان سبب وجوب الدين لا يحتمل النقض وهو النكاح والخلع فكذا هذا كله إذا اختار الفداء أو الدفع، فإن اختار أحدهما الفداء والآخر الدفع فالفداء أولى لان الذي اختار الدفع متعنت فيه، أما الراهن فلان في الدفع إبطال حق المرتهن في الحبس ولا يزول ملكه عن العبد ويزول ملكه عن الفداء إلى خلف إنه يرجع به على المرتهن فكان الفداء له أنفع من الدفع، والمرتهن بالدفع قصد إلحاق الضرر بالراهن من غير نفع يحصل له لان دينه يسقط في الحالين، وفي الدفع إزالة ملك الراهن، وفي الفداء إبقاؤه على ملكه فكان متعنتا ولا عبرة لاختيار المتعنت. هذا كله إذا كانت قيمة الرهن مثل الدين أو أقل، فإن كانت أكثر بأن كانت قيمة العبد ألفين والدين ألف، فإن اختار الفداء فالفداء عليهما نصفين لان نصفه مضمون على المرتهن ونصفه أمانة عنده فيقدر الضمان على المرتهن وتقدر الامانة على الراهن اعتبارا للبعض بالكل، فإن فداه الراهن فهو متبرع إن كان الراهن حاضرا، وإن كان غائبا يرجع على الراهن بنصفه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما لا يرجع في الحالين لانه قضى دينا عن غيره بغير أمره وهو غير مضطر فيه لان الراهن يجبر على فداء

النصف متى أجاز المرتهن الفداء ولا يصلح ملكه ولا يحيي حقه لانه لا ملك له في العبد ولا حق له في نصف الامانة ولا كذلك الراهن. وله أن للمرتهن في نصف الامانة حق الحبس والامساك إن لم يكن مضمونا عليه وهو محتاج إلى إحياء حقه وإصلاحه وفي الفداء إحياء حقه من وجه فإن يصل إلى حقه بإمساكه فيكون محتاجا إلى الفداء فلا يوصف بالتبرع فيحتاج إلى الفداء، ولو فداه الراهن والمترهن غائب لم يكن متطوعا اتفاقا وخرج عن الرهن لانه يصلح ملك نفسه ويحيي حقه والمالك في إصلاح ملكه لا يكون متبرعا إلا أن يشاء المرتهن أن يؤدي نصف الفداء. ولو دفعه الراهن فللمرتهن إن

***

[٤٩٧]

حضر أن يبطل دفعه ويفديه لانه لا ينفرد أحدهما بالدفع لما بينا، وإذا رهن عبدا قيمته ألف بألف ففقأ عيني عبد قيمته ألف فدفع به وأخذ الاعمى فهورهن بألف عدن أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يدفع العبد بجنايته والعبد المدفوع يقوم صحيحا أو أعمى فيبطل من الرهن بقدره إن كان ثلثان فيبطل ثلثا الدين ويصير الاعمى رهنا بما بقي من الدين، وإن شاء الراهن سلمه للمرتهن بما بقي من الدين، وإن شاء أخذه بما بقي، وهذا بناء على أن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الجثة العمياء تقوم مقام الصحيح لحما ودما، وكذلك تقوم مقام القيمة لزوما وحتما حتى لا يكون صاحب الجثة العمياء أن يمسك الجثة ويضمن النقصان فيصير كأن التامة في يد المرتهن إلا أنه انتقصت قيمته بتراجع السعر فيبقى بجميع الدين. وعند محمد رحمه الله تعالى قيمة الجثة العمياء لا تقوم مقام الجثة والعينين جميعا ولا تكون بدلا عنهما حتى إن له أن يمسك الجثة ويرجع بقيمة النقصان فكذلك العبد الجاني يكون بعضه بإزاء الجثة وبعضه بإزاء العينين، فما كان بإزاء العينين فات لا إلى بدل، وما كان بإزاء فات إلى بدله فسقط ما كان بإزاء العينين ويبقى ما كان بإزاء الجثة. وعند أبي يوسف كذلك القيمة بإزاء الجثة والعنينين متى اختار المفقوء عينه إمساك الجثة وتضمين النقصان، فأما إذا اختار دفع الجثة وأخذ الجاني فالجاني كله يكون بدلا عن العينين لا عن الجثة لان الجاني إنما وجب دفعه بسبب الجناية فيقوم مقام الفائت بالجناية والفائت بالجثة العينان لا الجثة، وكان كما لو فقا عينا واحدة وأخذ نصف قيمة المفقوء كان المأخوذ بدلا عن الفائت فكذا إذا فقا العينين إلا أن بدل العينين بدل جميع الرقبة كما في الحر والاصل أن توفر على المالك بدل ملكه فإنه يزال المبدل عن ملكه حتى لا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وقد تعذر إزالة العين عن ملك المفقوءة لفواتها عن ملكه فجعلنا الجثة قائمة مقام العينين، والمدفوع كان بإزاء العينين فصار الرهن فائتا إلى خلف وإن كان أقل قيمة فيبقى بجميع الدين. عبد الرهن أتلف متاعا لرجل يباع فيه، فإن بقي من ثمنه شئ فهو رهن لانه بدل بعض الرهن فيقوم مقام المبدل كأرش طرفه، فإن بقي شئ فهو للمرتهن لانه بالبيع صار كلها لك في حقه فصار مستوفيا ومتملكا له فيكون الثمن بدل ملكه فيكون له. ولم يتعرض المؤلف لمسائل جناية الرهن بالحفر وفي المبسوط: رهن عبدا بألف فحفر العبد عند المرتهن بئرا في الطريق ثم افتك الرهن وأخذ العبد فهو على أربعة أوجه: إما إن وقع فيها دابة ثم دابة أوقع فيها إنسان ثم إنسان أو وقع فيها إنسان ثم دابة، فإن وقع فيها دابة وتلفت وهي تساوي ألفا فالعبد يباع في الدين إلا أن يفديه المولى لان العبد أتلف الدابة بالحفر، والعبد إذا أتلف مال إنسان يقال لمولاه إما أن تبيع العبد أو تقضي دينه، فإن باع العبد بألف وأخذها صاحب الدابة يرجع الراهن على المرتهن بالدين الذي قضاه، فإن العبد تلف في ضمان المرتهن لانه زال عن ملك المولى بسبب تحقق في ملك المرتهن فيعتبر كما لو

***

[٤٩٨]

زال عن ملكه بالموت في يد المرتهن وقد استوفى دينه بل ذلك فيرجع الراهن عليه بما قبضه بحقيقة الاستيفاء، وصار كالعبد المغصوب إذا حفر في يد الغاصب بئرا في الطريق ثم رده على مولاه ثم تلف في البئر ادبة فالحكم كما وصفنا فكذا هذا. وإن وقع في البئر دابة أخرى قيمتها ألف شارك صاحب الدابة الاولى ويأخذ نصف ما أخذه لانه يصير متلفا الدابتين بالحفر من وقت تسببا لانه لا فعل له سوى الحفر فكان سبب تلف الدابتين الحفر فصار متلفا الدابتين معا فصارت قيمتهما دينا على العبد، ولا يرجع المولى على الراهن بشئ لان حقه في ثمن العبد واكتسابه، وما أخذه الراهن من المرتهن ليس ثمن العبد ولا كسبه. وأما إذا تلف فيها إنسان فدفع العبد به رجع الراهن على المرتهن بما قضاه من الدين لان العبد تلف بسبب كان في يده فيصير مستوفيا الدين من وقت الرهن وقد استوفى مرة أخرى قبل ذلك فيلزمه رد أحد الديتين، فإن تلف فيها إنسان آخر بعدما دفع العبد فولي الثاني يشارك الاول في العبد لما بينا، فإذا وقع

فيها دابة فبيع العبد وصرف ثمنه إلى صاحبها ثم وقع إنسان فمات فدمه هدر، وكان يجب أن ينقض البيع ثم يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع بدين العبد. والجواب عنه أن نقض البيع لا يفيد لانا لو نقضناه احتجنا إلى اعادة مثله ثانيا فيكون اشتغالا من القاضي بما لا يفيد، والقاضي لا يشتغل بما لا يفيد. وأما إذا وقع فيها آدمي ومات فدفع العبد بالجناية ثم وقع فيها دابة فيقال لولي القتيل إما أن تبيع العبد أو تقضي الدين لان الجنايتين استندتا إلى وقت الحفر فكأنهما وقعا معا فيدفع العبد إلى ولي الجناية ويخير بين البيع والفداء فكذا هذا. ويمكن أن يقال: ينبغي أن يعلم أولا أن العبد إذا جنى إما أن تكون جنايته على آدمي أو غيره من مال حيوان أو غيره ويختلف الحكم. قال محمد في الاصل: إذا جنى العبد على آدمي جناية موجبة للمال فمولاه بالخيار إن شاء دفعه بها، وإن شاء فداه بدفع أرشها. وفرق بين جنايته على آدمي وجنايته على المال ففي الجناية على الآدمي يخير المولى بين الدفع والفداء، وفي جنايته على مال الغير يخير المولى بين البيع ودفع الثمن وبين فدائه، ففي حفر البئر في الطريق مثلا إذا وقع فيها دابة مثلا فتلفت فباع المولى العبد ودفع ثمنه في الجناية لرب الدابة ثم تلفت فيها دابة أخرى يتبع رب الدابة الثانية رب الدابة الاولى لان المولى لما باعه ودفع ثمنه فقد فعل ما هو الواجب عليه وخرج من العهدة، فلما وقع الآدمي ثانيا فقد هدر دمه لتعذر الطلب على المالك بعد خروجه من العهدة وثمنه قام مقام مخلص العبد للمشتري، وفي المسألة الثانية لما دفعه بعينه لولي الجناية الاولى ثم وقع في البئر إنسان آخر والعبد بعينه باق في ملك صاحب الجناية الاولى وقد تجدد عليه جناية بوقوع الثاني فيه وتلف بسبب حفره السابق وقد دفع بعينه للاول فيخاطب مالكه، وفي الجناية الاولى بما هو الاصل من الدفع أو الفداء ويتجه قوله لان الجنايتين استندتا إلى وقت الحفر إلى آخره هذا، وقد يجاب بأنا لا نسلم أنه لا يهدر دمه لما ذكرنا في المبسوط في جناية العبد في الحفر لو حفر عبد بئرا في الطريق فأعتق فأوقع فيه

***

[٤٩٩]

[وعلى مالهما هدر ولو رهن عبدا يساوي ألفا بألف ورجعت قيمته إلى مائة فقتله رجل] رجل فمات فعلى المولى قيمته لجنايته في ملكه ثم قال: فإن وقع فيها آخر اشتركا في القيمة لانه بالاعتاق أتلف رقبة واحدة فعليه قيمة واحدة فهي بينهما، فإن وقع فيها العبد نفسه فوارثه يشارك الاول في لك يملك القمية لان العبد بعد العتق طهر في تلك الجناية وصار كغيره من الاجانب. وعن محمد أن دمه هدر والاصل أن العبد لو حفر بئرا في الطريق ثم أعتق ثم وقع فيها فمات فدمه هدر لانه كجان على نفسه. وظاهر الرواية أن على المولى قيمته لورثته لما ذكرنا أنه لما عتق طهر من الجناية. عبدان حفرا بئرا في الطريق فوقع فيها عبد الرهن فدفعا به ثم وقع أحدهما فيها فمات بطل نصف الدين وهدر دمه لانهما قاما مقام العبد الاول وأخذا حكم الاول، ولو وقع العبد الاول في البئر وذهب نصفه بأن ذهبت عينه أو شلت يده وسقط نصف الدين فكذا هذا. قال رحمه الله: (وجناية الرهن عليهما وعلى مالهما هدر) ولا يخفى أن هذا الاطلاق غير ظاهر. ولو قال المؤلف وجنايته على الرهن الموجبة للمال وعلى ما له هدر وعلى المرتهن فيما دون النفس أو في ما له هدر كان أولى لان الجناية على الراهن الموجبة للقصاص معتبرة في النفس والاطراف فيما توجبه وعلى المرتهن في النفس الموجبة للقصاص معتبرة ومحل كونها هدرا في حق المرتهن حيث لا فضل في قيمته عند الامام. قال الشارح: أطلق الجواب والمراد جناية لا توجب القصاص وإن كانت توجبه معتبرة حتى يجب عليه القصاص، أما المرتهن فظاهر لانه أجنبي عنه وكذا المولى لانه كالاجنبي عنه في حق الدم إذا لم يدخل في ملكه لا من حيث المالية ألا ترى أن إقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص باطل وإقرار العبد بها جائز والاقرار بالمال على عكسه، فإذا لم يكن في ملكه من ذلك الوجه صار أجنبيا عنه بخلاف ما يوجب المال لان ماليته ملك المولى ويستحق المرتهن فلا فائدة في اعتبارها إذ تحصيل الحاصل محال بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه حيث تعتبر عند أبي حنيفة لان الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن على الغاصب فكانت كجنايته على غير ملكه فاعتبرت. وهذا الحكم فيها فيما إذا كانت جناية الرهن موجبة للدين على العبد لا دفع الرقبة بأن كانت على غير الآدمي في النفس خطأ أو فيما دونها فكذلك عند أبي حنيفة. وقالا: إن كانت جنايته على الراهن فكذلك، وإن كانت على المرتهن فمعتبرة لان في اعتبارها فائدة تملك رقبة العبد والمرتهن غير مالك حقيقة فكانت جناية المرتهن عليه جناية على غير المالك غير أنها سقطت لعدم الفائدة في جناية لا توجب دفع العبد لما ذكرنا، وهذه أفادت ملك رقبة العبد وإن كان دينه يسقط بذلك لانه قد يختار ملك رقبة العبد، وربما يكون بقاء الدين

أنفع له فيختار أيهما شاء، ثم إذا اختار أخذه ووافقه الراهن على ذلك بطل الرهن بسقوط الدين بهلاكه لانه دفعه بالجناية يوجب هلاكه على الراهن فيسقط به الدين، ولهذا لو
***
[٥٠٠]
جنى على الاجنبي فدفع بها سقط الدين، وإن لم يدفع بالجناية فهو رهن على حاله. ولابي حنيفة أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا تفيد وجوب الضمان مع وجوب التخليص عليه، وهذا الاختلاف نظير الاختلاف في العبد المغصوب فإن جنايته على الغاصب لا تعتبر عنده، وعندهما تعتبر. وما ذكرا من الفائدة غير ظاهر لان أخذ العبد بالجناية لا يكون إلا باختيار المالك. وفي رواية عن أبي حنيفة إذا كانت قيمة الرهن أكثر من الدين، فإن كانت جنايته على المرتهن معتبرة بحسابها لان الزائد أمانة فصار كجناية العبد المودع. قيد بقوله عليهما لان جنايته على أولادهما معتبرة فلو جنى الرهن على ابن الراهن أو على ابن المرتهن فهي معتبرة في الصحيح حتى يدفع بها أو يفيد، وإن كانت على المال فيباع كما إذا جنى على الاجنبي إذ هو أجنبي كسائر الاملاك. هذا ولم يتعرض المؤلف لبقية الجناية التي تكون هدر أو لجناية بعض الرهن على بعض قال في المبسوط: أصله أن جناية المشغول على المشغول هدر لكن يسقط الدين في المجني بقدره وجناية المشغول على الفارغ، والفارغ على الفارغ وجناية الفارغ على المشغول معتبرة وينتقل ما في المشغول من الدين إلى الفارغ فيصير رهنا مكانه لان الجناية إنما تعتبر لحق المرتهن في المجني عليه لا لحق الراهن لان كلاهما ملكه، واعتبار الجناية لحق المرتهن لا يفيد إلا في جناية الفارغ على المشغول لانها إنما تعتبر ليشتغل الجاني بما كان من المجني عليه وهو الحبس، وهذا ثابت قبل الجناية فإن الجاني كان محبوسا بالدين الذي كان المجني عليه محبوسا به، ولهذا جناية الفارغ على الفارغ هدر لانه لا شغل فيها بحق الحبس. وإذا لم يفد اعتبار ها صار كأنه فات بآفة سماوية فإن جناية الفارغ على المشغول تفيد لان الدين تحول إليه من المجني عليه فقام مقامه. ثم المسائل على فصول: أحدها في الجناية على الرهن. والثاني في جناية ولد الرهن. والثالث في جناية الرهن المستعار. وإذا ارتهن دابتين فأتلفت إحداهما الاخرى ذهب من الدين بحسابها بخلاف ما لو كان الرهن عبدين فقتل أحدهما الآخر يتحول بين المقتول إلى القاتل لان جناية العجماء جبار لقوله عليه الصلاة والسلام جرح العجماء جبار فكان قتل إحداهما الاخرى بمنزلة موتها حتف أنفها. وأما جناية الرقيق على الرقيق فمعتبرة حتى يجب القصاص أو يجب الدفع أو الفداء فقام القاتل مقام المقتول فيتحول دين المقتول إلى القاتل، ثم بأي قدر يتحول إليه سيأتي. ارتهن عبدين فلا يخلو إما إن ارتهنهما في صفقة واحدة أو في صفقتين، فإن ارتهنهما في صفقة بألف وقيمة كل واحد منهما ألف فقتل أحدهما صاحبه فالباقي رهن بتسعمائة وخمسين لان كل واحد منهما نصفه مشغول ونصفه فارغ فالنصف الفارغ من العبد المقتول تلف بجناية الفارغ على المشغول وبجناية الفارغ على الفارغ وذلك كله هدر، والنصف من النصف المشغول تلف بجناية المشغول على المشغول وذلك هدر فصار كأنه رهن بسبعمائة
***
[٥٠١]
وخمسين، ولو لم يقتله ولكن فقأ عينه فلا يخلو إما أن يكون فقأ عين الآخر لا غير أو فقأ كل واحد عين الآخر متعاقبا أو معا، فإن فقأ أحدهما عين الآخر لا غير كان الفاقئ رهنا بستمائة وخمسة وعشرين والآخر بمائتين وخمسين ولا يفتكهما إلا جميعا، وأما المفقوءة عينه لانه كان رهنا بخمسمائة والفايقئ بالفق أتلف منه نصفه لان العين من الآدمي نصفه ونصفه فارغ ونصفه مشغول فيبقى نصف الدين بإزاء النصف القائم، والجناية على النصف الفارغ من العين هدر لانه تلف بجناية الفارغ على الفارغ أو بجناية المشغول على الفارغ، وهذا كله هدر والجناية على نصف المشغول هدر لان نصف نصفه تالف بجناية المشغول لان الفاقئ نصفه مشغول ونصفه فارغ وجناية المشغول على المشغول هدر فيسقط ما بإزائه من الدين وذلك مائة وخمسة وعشرون والجناية على نصف نصف المشغول معتبر لانه تلف بجناية الفارغ على المشغول فتحول ما بإزائه من الدين إلى القائل وذلك مائة وخمسة وعشرون، والجناية على نصف نصف المشغول معتبرة لانه تلف بجناية الفارغ على المشغول فتحول ما بإزائه من الدين إلى القاتل وذلك مائة خمسة وعشرون فبقي دين المفقوءة عينه مائة وخمسة وعشرين فكان رهنا، وتحول من دينه إلى الفاقئ قدر ربعه مائة وخمسة وعشرين فكان الفاقئ رهنا بستمائة وخمسة وعشرين وسقط من دين المفقوءة عينه قدر ربعه وذلك مائة وخمسة وعشرون، ولا يفتكهما إلا جميعا لان الرهن واحد. ولو أن المفقوءة عينه فقأ عين الفاقئ الاول ثلاثمائة واثني عشر ونصف والفاقئ الآخر يكون رهنا بأربعمائة وستة وربع لان الفاقئ الآخر أتلف نصف الفاقئ الاول وبقي نصفه فيبقى نصف الدين بإزاء نضق الباقي وذلك ثلاثمائة واثنا عشر ونصف لان الجناية على النصف الفارغ هدر، وعلى

نصف نصف المشغول أيضا هدر يسقط ما بإزائه من الدين وذلك ربعه وهو مائة وستة وخمسون، وعلى نصف نصف المشغول معتبرة لما مضى فتحول ما بإزائه من الدين إلى الفاقئ الآخر هو ربعه وذلك مائة وستة وخمسون، بقي الفاقئ الاول بأربعمائة وستة وربع. ولو فقأ كل واحد منهما عين الآخر بقي الفاقئ الاول رهنا بثلاثمائة واثني عشر ونصف صار الفاقئ الثاني رهنا بأربعمائة وستة وربع، ولو فقأ كل احد منهما عين الآخر معا ذهب من الدين ربعه وبقي كل واحد ثلاثة أرباع خمسمائة لان الاصغر لما فقأ عين الاكثر فقد أتلف منه نصفه فيبقى نصف نصف الدين بإزاء النصف الباقي والنصف التالف من الاكبر نصفه فارغ ونصفه مشغول والجناية على النصف الفارغ هدر، والجناية على نصف النصف المشغول هدر، فسقط ما بإزائه من الدين وذلك ربعه، والجناية على نصف النصف المشغول معتبرة فيتحول ما بإزائه إلى الاصغر وذلك ربعه وسقط من دين الاصغر ربعه أيضا لان الجناية على نصف النصف المشغول هدر فسقط ما بإزائه من الدين. فالحاصل أنه بقي من دينه مائتان وخمسون وتحول إليه من دين الاكبر ربعه رهنا بثلاثة

***

[٥٠٢]

أرباع خمسمائة، وأما إذا ارتهن عبدين كل واحد بخمسمائة بصفقة على حدة فقتل أحدهما صاحبه، فإن لم يكن فيهما فضل عن الدين روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يسقط ما في المجني عليه لانه لا فائدة في الدفع للمرتهن وهدرت الجناية، فإن كان فيهما فضل يخير الراهن والمرتهن إن شاء جعلا القاتل مكان المقتول وبطل ما في المقتول من الدين، وإن شاء أفديا القاتل بقيمة المقتول وغرم كل واحد خمسمائة فكانت القيمة رهنا مكان المقتول. والقاتل رهن بحاله لان المقتول كله تلف بجناية الفارغ لان الصفقة متى تفرقت فالحق المتعلق بأحدهما لا يتعلق بالآخر فكان كل واحد منهما فارغا عن الآخر، ولهذا لو قضى دين أحدهما كان له أن يفتكه وجناية المشغول على الفارغ معتبرة فصار كما لو جنى أحدهما على عبد لاجنبي يخير الراهن والمرتهن بين الدفع والداء فكذا هذا. وإن اختار الفداء فكذا هذا. وإن اختار الفداء غرم كل واحد خمسمائة لان نصف القاتل مضمون على المرتهن وعبده أمانة عنده فكان الفداء عليهما اعتبارا للبعض بالكل، وإن كان فقأ أحدهما عين الآخر فقيل لهما ادفعاه أو افدياه بأرش عليه الآخر لان إتلاف البعض يعتبر بإتلاف الكل، وفي إتلاف الكل يخير فكذا في إتلاف البعض، فإن دفعه بطل ما فيه من الدين، وإن فدياه كان الفداء عليهما نصفين رهنا مع المفقوءة عينه. ولو قال المرتهن لا أفدي وادع الرهن على حاله له ذلك والمفقوءة عينه ذهب نصف باقية لان هذه الجناية إنما تعتبر لحق المرتهن لا لحل الراهن لانه لو طلب الجناية ودفع الجاني سقط نصف الدين، ولو ترك الجناية يسقط ربع الدين فكان في طلب الجناية ضرر بالمرتهن، فإذا رضي بإبطال حقه فله ذلك ويسقط اعتبار الجناية، ولو قال الراهن افديه وقال المرتهن لا أفديه للراهن أن يفديه بأرش الجناية كلها لانه محتاج إلى الفداء ليخلص عبد الرهن عند الجناية، فإن فداه يكن له نصف ذلك عما على المرتهن في العبد الجاني ويبطل في حقه من العبد الجاني نصفه لان الرهن مضطر إلى الفداء يحيي ملكه والانسان فيما يحيى ملكه لا يكون متبرعا فيكون له حق الرجوع عليه وللمرتهن عليه مثله فيلتقيان قصاصا فيصير مؤديا دين القاتل يخرج القاتل من الرهن، وإن أبى الراهن الفداء وقال المرتهن أفدي وفدي يكون متطوعا فيه إذا كان الراهن حاضرا لان بقدر لمضمون أدى عن نفسه وبقدر الامانة أدى عن الراهن وهو غير مضطر فيه لانه غير محي ملكه فيكون متبرعا. وإن كان الراهن غائبا كان على الراهن نصف الفداء دينا، قيل هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما يكون متبرعا كان الراهن حاضرا أو غائبا لما يأتي. ولو قتل العبد المرهون نفسه أو فقأ عينه فلا شئ عليه كما لو مات لان جناية الانسان على نفسه هدر لما تبين، إذا كان الرهن أمتين قيمة كل واحدة ألف فولدت كل واحدة تساوي ألفا والدين ألف فقتلت إحدى البنتين صاحبتها لم يبطل من الدين شئ والباقي رهن بألف كلها لان الدين لم ينقسم عليهما وإلى ولديهما أربعا على سبيل الترقب والانتظار لان يمتها على السواء فصارت كل واحدة فارغة وربعها مشغول

***

[٥٠٣]

بالدين لان قيمة كل واحدة مثل الدين والمقتولة ثلاثة أرباعها فارغة وربعها مشغول والجناية على ثلاثة أرباعها هدر لانه تلف بجناية الفارغ على الفارغ وبجناية المشغول على الفارغ إلا أنه لا يسقط ما بإزائه من الدين ولكن يلحق باقيها لان بفوات الدين يتحول ما فيه من الدين إلى الام والجناية على ثلاثة أرباع، ربع المشغول معتبرة لانه تلف بجناية الفارغ على المشغول فتحول ما بإزائه من الدين على القاتلة فصارت القاتلة رهنا بسبعمائة وخمسين. وأما القائلة كانت رهنا بمائتين وخمسين وذلك كله ألف إن ماتت أم المقتولة بقيت

القاتلة وأمها بسبعمائة وسبعة وثمانين وصنف لحقها من الجناية وافتكها بذلك. أمة مرهونة بألف وقيمتها ألف فولدت ولدا يساوي ألفا فجنى الولد فدفع بها لم تبطل من الدين شئ لان دفع الولد بمنزلة الهلاك، ولو هلك الولد لا يسقط شئ من الدين فكذا هذا. وإن فقأت الام عيني البنت فدفعت الام وأخذت البنت فهي رهن بألف كاملة لان الام إن ماتت مات بجميع الالف عندهما، وعند محمد رحمه الله تعالى يسقط من الدين بقدر نقصان العين لان عنده في الجثة العمياء إذا اختار مولى الفاقئ الدفع وأخذ الجثة له ذلك، وليس لمولى المفقوءة إمساك الجثة يضمن النقصان، وكذلك عند أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا اختار مولى المفقوءة دفع الجثة وأخذ الفاقئ فالرهن كله فات إلى خلف فيقوم الخلف مقامه، وعند محمد رحمه الله تعالى لمولى المفقوءة إمساك الجثة ويضمن النقصان ويضمن الفاقئ بدلا عن الجثة وعن العينين جميعا فما بإزاء العينين من الرهن قد بطل لان العينين لم تصر ملكا للراهن ولا وصل إلى المرتهن فكان الرهن بقدر الجثة فائتا بخلف فيكون رهنا به، فإن فقأت الام بعد ذلك عيني البنت فدفعت وأخذت الام عمياء ففي القياس تكون رهنا بجميع المال لان البنت قامت مقام الام بالدفع كما قامت الام مقام البنت بالدفع في جميع الرهن. وفي الاستحسان يعود الرهن الاول على حاله ويذهب منه بحساب ما نقص من العينين لان الام كانت أصلا في الرهن والبنت جعلت بدلا عنها وتبعا لها، فإذا دفعت الام بالبنت فقد وقعت القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبلد لان المقصود من الرهن الايفاء ولم يوجد الايفاء فسقط اعتبار البدل فبقيت الام أصلا في الرهن كما كانت قبل الدفع لا بدلا عن البنت فكانت أصلا ولو ذهبت عيناه يسقط من الدين بحساب العمياء فكذا هذا، لان البنت لما جعلت بدلا وتبعها للام في الرهن، فلو قامت الام مقام البنت يكون في هذا المتبوع تبعا لتبعيته وهذا خلاف موضوع الشرع فلا تقوم الام مقام البنت بل تبقى أصلا وتبقى رهنا كما كانت رهن أمة تساوي ألفا بألف فولدت ولدين كل واحد يساوي ألفا فجنى أحدهما فدفع ثم فقأت الام عينه فدفعت الام وأخذ الولد مكانها فالولدان بألف، وهذا عندهما لان الابن الاعمى يقوم مقام الام والام مع الابن الصحيح كأنها رهنا بجميع الدين وكذلك الابنان. وعند محمد رحمه الله تعالى يسقط مع الدين بقدر نقصان الاعمى، فإن مات الاعمى
***
[٥٠٤]
ذهب نصف الدين، فإن جنى الولد الباقي على الام فدفع وأخذ عاد الرهن إلى حاله الاول وذهب من الدين بحساب ما ذهب من الام استحسانا. وفي القياس يكون بما كان من الولد لما بينا. رهن أمتين تساوي كل واحدة ألفا فولدت كل واحدة ولدا يساوي ألفا، ثم إن أحد الولدين قتل أمه لم يلحقه من الجناية شئ وكان رهنا بمائتين وخمسين وذهبت الام بما فيها مائتين وخمسين لان جناية ولد الرهن على الام هدر لانه تبع للام وفي حق الرهن لان عقد الرهن لم يرد عليه وإنما صار رهنا تبعا للام فصار كسائر أطرافها وجنايتها على طرفها هدر فسقط ما فيها فكذا هذا. ولو أن الام قتلت ولدها عاد نصيبه إليها لان جنايتها على ولدها إن كانت مهدرة صار كأن الولد مات حتف أنفه ويخلف ما فيه إلى أمه، ولو لم يكن كذلك لكن أحد الولدين قتل الولد الآخر كانت أم المتقول وثلاثة أثمان القاتل رهنا بخمسمائة وخمسة أثمان القاتل وأمه رهن بخمسمائة قال: والصواب أن يقال بأن ثمن القاتل ونصف ثمنه مع أم المقتول رهنا بخمسمائة وستة أثمان القاتل وصنف أم القاتل بخمسمائة لان الدين انقسم بينهم أرباعا لاستواء قيمتهم فصار بإزاء كل واحد منهم مائتان وخمسون وثلاثة أرباع المقتول فارغ عن الدين لان قيمته ألف وربعه مشغول والقاتل كذلك، والجناية على ثلاثة أرباع الفارغ هدر والجناية عل ربع الربع المشغول هدر لانه تلف بجناية المشغول على المشغول فيتحول ما بإزائه إلى أم المقتول وذلك اثنان وستون ونصف، والجناية على ثلاثة أرباع هذا الربع معتبرة لانه تلف بجناية الفارغ على المشغول فيتحول ما بإزائه إلى القاتل وذلك مائة وسبعة وثمانون ونصف وذلك ثلاثة أرباع مائتين وخمسين فصار ما في المقتول وهو مائتان وخمسون على أربعة أسهم فصار الالف على ستة أسهم وقد تحول ثلاثة منها إلى القاتل وثلاثة من ستة عشر يكون ثمنه ونصف ثمنه والباقي ستة أثمان ونصف ثمنه، فإن مات القاتل لم يسقط من الدين شئ لانه بهلاك ولد الرهن لا يسقط شئ، فإن لم يمت وماتت أمه ذهب ربع الدين لانه كان بإزائها ربع الدين، ولو لم تمت أمه ولكن ماتت أم المقتول ذهب من الدين خمسة أثمان خمسمائة أربعة أثمانها دين نفسها وهو مائتان وخمسون وثمنها بسبب الجناية على ولدها وبقي القاتل رهنا بسبعة أثمان خمسمائة أربعة أثمان دين نفسها وذلك مائتان وخمسون وثلاثة أثمان تحول إليه من دين المقتول وذلك مائة وسبعة وثمانون ونصف وخمسون ومائتان في عتق أمه فيفتكهم به الراهن. رهن عبدا وأمة بألف قيمة كل واحد ألف ألف

ولدت الجارية ولدا يساوي ألفا فجنى الولد ودفع به ثم فقأ الولد عيني العبد وأخذ مكانه فيكون مع الام رهنا بجميع الدين لان الولد قام مقام العبد لانه الرهن، فإن نكله واخلف بدلا لانه فات العبد وأخذ بإزائه بدلا صحيح العينين فقد فات كل الرهن إلى خلف فيقوم مقام الاصل في الرهن، فإن قتل الولد أمه أو الام الولد فالقاتل رهن بسبعمائة وخمسين لان كل واحد منهما رهن بخمسمائة فيكون نصفه فارغا ونصفه مشغولا والجناية على النصف الفارغ وعلى نصف

***

[٥٠٥]

[خطأ وغرم مائة وحل الاجل فالمرتهن يقبض المائة قضاء لحقه ولا يرجع على الراهن] النصف المشغول هدر فسقط ما بإزائه من الدين وذلك مائتان وخمسون والجناية على نصف النصف المشغول معتبرة فيتحول ما بإزائه من الدين إلى القاتل فيصير القاتل أيهما كان رهنا بسبعمائة وخمسين. ولو جاء العبد الاعمى فقتل القاتل ودفع به كان رهنا بسبعمائة وخمسين وهذا قياس. وفي الاستحسان يسقط من الدين يقدر نقصان العينين وقد مر فيما تقدم. وإذا استعار من رجلين عبدين قيمة كل واحد ألف فرهنهما بألف ففقأ أحدهما عين الآخر ثم المفقوءة عينه فقأ عين الفاقئ فهنا أحكام ثلاثة: حكم بين المستعير والمرتهن، وحم فيما بين المستعير والمعيرين، وحكم فيما بين المعيرين. أما الحكم فيما بين المستعير والمرتهن فنقول: إن كل عبد نصفه فارغ ونصفه مشغول فلما فقأ عين الاكبر الاصغر فقد أتلف نصفه لان العين من الآدمي نصفه فالجناية على النصف الفارغ وعلى النصف المشغول هدر لما بينا فسقط ما بإزائه من الدين وذلك مائة وخمسة وعشرون، والجناية على نصف النصف المشغول معتبرة لانه تلف بجناية الفارغ على المشغول فيتحول ما بإزائه من الدين إلى القاتل وذلك مائة وخمسة وعشرون فبقي الاصغر رهنا بمائتين وخمسين فصار الاكبر رهنا بستمائة وخمسة وعشرين، ثم لما فقأ الاصغر عين الاكبر فقد أتلف نصف الاكبر وبإزاء نصفه ثلاثمائة واثني عشر ونصف فسقط نصف ذلك وذلك مائة وستة وخمسون وربع ويتحول نصف الآخر وذلك ربع الاصغر فبقي الاكبر رهنا بثلاثمائة واثني عشر ونصف وصار الاصغر رهنا بأربعمائة وستة وربع فيكون جملة ذلك سبعمائة وثمانية عشر وثلاثة أرباع وسقط مائتان واحد وثمانون وربع. وأما الحكم فيما بين المعير والمستعير فالمستعير يفتك العبد بسبعمائة وثمانية عشر درهما وثلاثة أرباع درهم وعليه أيضا لولي العبد المفقوءة عينه أولا مائة وخمسة وعشرون ولولي العبد المفقوءة عينه آخرا مائة وستة وخمسون وربع لان كل واحد من المولين صار قاضيا دينه من عبده هذا القدر. وأمال الحكم فيما بين المعيرين وهو أن يقال لمولى العبد الاكبر ادفع ثلاثة أرباع عبدك إلى الثاني وافده بثلاثة أرباع أرش الفاقئ الآخر لانه وصل إليه ربع أرش العين من جهة المستعير لانه وصل إليه من جهة المستعير مائة وخمسة وعشرون وذلك ربع أرش العين لان أرش العين الواحدة خمسمائة متى كانت قيمة العبد ألفا ولم يصل إليه ثلاثة أرباع أرض العين، فإن فدى يقال المولى الاصغر ادفع من عبدك ثلاثة أخماسه وثلاثة أثمان خمسه ونصف ثمن خمسة أو افده بمثل ذلك من أرش العين لانه وصل إلى مولى الاكبر من جهة المستعير مائة وستة وخمسون وربع أرض العين وأبعة أثمان أخماسه ونصف ثمن خمس، فإذا دفع أو فدى فقد برئ من حي فظهر كل عبدين جنانتين وعشر ولا يرجع واحد على صاحبه بشئ. قال رحمه الله: (ولو رهن عبدا يساوي ألفا بألف ورجعت قيمته إلى مائة فقتله رجل خطأ وغرم مائة وحل الاجل فالمرتهن يقبض المائة قضاء لحقه ولا يرجع على الراهن بشئ)

***

[٥٠٦]

[بشئ ولو باعه بمائة بأمره قبض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة فإن قتله عبد] أصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا وقد قدمنا ما فيه من التفصيل خلافا لزفر، وهو يقول إن المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين. ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك غير معتبر في المبيع حتى إذا حصل في المبيع قبل القبض لا يثبت للمشتري الخيار، ولو حصل في الغصب لا يوجب على الغاصب ضمان ما نقص بالسعر عند رد العين المغصوبة بخلاف نقصان العين على ما تقدم. وإذا قتله حر غرم قيمته يوم الاتلاف لان القيمة تعتبر يوم الاتلاف لان المولى استحقه بسبب المالية بحق المرته يتعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه. ثم لا يرجع على الراهن بشئ لان يد الراهن يد استيفاء من الابتداء أو نقول: لا يمكن أن يجعل مستويا للالف بمائة لانه يؤدي إلى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة في العين، فإذا هلكت يصير مستوفيا لتسعمائة بالهلاك بخلاف ما إذا كان من غير قتل أحد لانه يصير مستوفيا للكل بالعبد ولا يؤدي إلى الربا لاختلاف الجنس بخلاف المسألة الاولى لانا لو جلعناه مستوفيا للالف

بمائة يؤدي إلى الربا فجعلناه مستوفيا تسعمائة بالعبد الهالك وهو المقتول والمائة بالمائة. قال رحمه الله: (ولو باعه بمائة بأمره قبض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة) أي لو باع المرتهن العبد الذي يساوي ألفا بمائة بأمر الراهن وكان رهنا بألف قبض المرتهن تلك المائة التي هي الثمن قضاء لحقه ورجع على الراهن بتسعمائة لانه لما باعه بإذن الراهن صار كأنه الرهن استرده وباعه بنفسه، ولو كان كذلك بطل الرهن وبقي الدين إلا بقدر ما استوفاه فكذا هنا. هذا فيما إذا نقصت قيمته بتغيير السعي فجنى عليه، وأما إذا زاد ثلث قيمته بتغيير السعر فجنى عليه أو مات بالسراية أو جنى المرهونة ولدها أو اعور المرهون أو زال عوره فجنى عليه فنذكر ذكل تتميما للفائد. قال في المبسوط: عبد مرهون صارت قيمته ألفين فصار كما لو غصبه غاصب يضمن ألفين فكذا هذا، فإن أدى ألفا وتوى ألف كان المرتهن أولى بها لان القيمة الاصلية كانت ألفا ثم زادت ألفا أخرى فكانت هذه الالف الزائدة تبعا للالف الاصلية حيث وجدت بسبب وجودها، فإذا ورد الهلاك يصرف إلى التابع لا إلى الاصل التابع جميعا لان فيه إلحاق التابع بالاصل ولا يجوز ذلك، ولا يمكن صرفه إلى الاصل دون التابع لانه لا يمكن إيفاء التابع دون الاصل، ولان فيه ترجيح التابع على الاصل وذلك ممتنع فصرفنا الهلاك إلى التابع ضرورة تحقيقا للتبعية كما في المضاربة يصرف الهلاك إلى الربح. وإن كانت قيمته في الاصل ألفين فما يخرج من قيمته بين الراهن والمرتهن نصفين، وما توى بينهما لان كل واحد منهما أصل بنفسه، فما توى يتوى على الحقين، وما يخرج يخرج على الحقين. عبد مرهون بألف وقيمته ألف فقتله عبدان فدفعا به فهما جميعا رهن بألف لانهما قاما مقام الاول فيكون حكمهما كالاول فيتكون جناية أحدهما إلى صاحبه كجناية الاول على نفسه وذلك هدر وغير

***

[٥٠٧]

معتبر، ويجعل التألف كالتالف بلا جناية بآفة سماوية. عبدان رهنا بألف يساوي كل واحد خمسمائة فصار كل واحد يساوي ألفا ثم قتل أحدهما صاحبه كان الباقي رهنا بسبعمائة وخمسين لان كل واحد منهما نصفه فارغ ونصفه مشغول في هذه الحالة، ولو كانت قيمة كل واحد منهما ألفا يوم الارتهان يصير القاتل رهنا بسبعمائة وخمسين فكذا إذا كانت قيمة كل واحد منهما ألفا يوم الجناية إذ المعنى بجمعهما لما بينا. ولو قتل كل واحد منهما عبدا فدفع به وقيمة المدفوع قليلة أو كثيرة ثم قتل أحد المدفوعين صاحبه فالحكم فيه كذلك لانهما قاما مقام الاصلين فكان الاصلين قائمين فازدادت قيمتهما ثم قتل أحدهما صاحبه لان حكم البدل لا يخالف حكم الاصل. وفي المنتقي: رجل قطع يد أمة انسان قيمتها ألف ثم رهنها المولى بخمسمائة وهي قيمتها فولدت ولدا يساوي خمسمائة ولم تنقصها الولادة شيئا ثم ماتت من الجناية، فإن شاء المولى حاسب المرتهن فيذهب من الدين بحساب ذلك ولا شئ له على الجاني، وإن شاء أخذ من الجاني قيمتها يوم قطع يدها وهي ألف ويرجع الجاني على المرتهن بقيمتها مقطوعة وذلك خمسمائة لانها ماتت في ضمان المرتهن فتكون مضمونة عليه لان رهن المجني عليه يقطع حكم السراية ويرجع المرتهن على الراهن بما ضمن وهو خمسمائة لان الرهن انتقض في الام بالهلاك. ويرجع أيضا عليه بحصة الام من الدين وذلك خمسمائة ويبقى للمرتهن على الراهن مائتان وخمسون حصة الولد، فإن مات الولد بطل الرهن فيه ورجع المرتهن بهذه المائتين وخمسين على الراهن لان الدين كله عاد إلى الام. ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل رهن رجلا كرا من شعير وغلاما وبرذونا كل واحد يساوي مائة بمائة درهم وقبض المرتهن فأقضم الغلام البرذون الشعير فإن ثلث كل واحد منهم رهن بثلث المائة لان المائة مقسومة على ثلاثة وقيمتها مستوية فيصيب كل واحد ثلث والثلثان للراهن، فجناية ثلث العبد على الثلث من الرهن هدر لان جناية الرهن على الرهن مهدرة وجناية ثلثي العبد معتبرة فتكون في عنق العبد لان جناية عبد الراهن على حق المرتهن فتكون مضمونة عليه فبقي البرذون ثلاثة اتساع المائة وسقط تسعة وهي ثلثها، وفي العبد ثلاثة اتساع المائة وهي ثلثها، وفي الشعير ثلاثة اتساع المائة وهي ثلثها فجناية العبد على تسع واحد هدر لانه جناية الرهن على الراهن فيلزم التسعان لان جناية ثلثيه جناية غير الرهن على الرهن فيكون ما بقي ثلاثة اتساع المائة وسقط تسعه، ولو كان البرذون ضرب الغلام ففقأ عينه يذهب نصف ثلث الدين وهو تسع ونصف ثم أقضم الغلام البرذون الشعير فيلزمه أيضا من جنايته في الشعير تسعان فيكون في العبد ثلاثة اتساع ونصف، وفي البرذون ثلاثة أتساع فيكون جملته ستة أتساع. وفي الجامع مسائلة على فصول مختلفة: أحدها في هلاك المرهون بسراية الجناية الواقعة في يد الراهن، والثاني في الجناية على المرهونة وولدها، والثالث في إعوار المرهونة وفي رهن العوار ثم انجلاء البياض. أصله أن رهن المجني عليه يقطع حكم

***

[٥٠٨]

السراية ويبرئ الجاني عن ضمانها كالبيع لانه تعذر إيجاب ضمان السراية على البائع لان السراية حصلت في ملك المشتري وتعذر إيجابه على المشتري في الانتهاء فتصير الجناية مخالفة للجناية والنهاية مباينة عن البداية وذلك لا يجوز، والرهن كالبيع لان المرتهن ملك المرهون عند الهلاك بالدين فيتبدل الملك عند الهلاك فالبراءة عن ضمان السراية إنما تحصل عند الهلاك لا قبله حتى إن الراهن لو أفتك الرهن قبل السراية ثم سرى ضمن الجاني جميع بدل الرهن لا بدل الطرف. قطع يد جارية قيمتها خمسمائة وغرم القاطع لنفسه خمسمائة للراهن حالا ولا يغرم بالسراية لان الجاني بالرهن برئ عن ضمان السراية لانها حصلت في ملك المرتهن فبقي عليه أرش اليد وتجب في ماله حالة كضمان إتلاف المال لان أطراف العبد ملحقة بالاموال فإتلافها يوجب ضمان المال، والمرتهن بالهلاك يصير مستوفيا لدينه بقدر خمسمائة فسقط ذلك. ولو ماتت بعدما ولدت ولدا يساوي خمسمائة فولدها رهن بمائتين وخمسين فيدفع إلى المرتهن فيكون رهنا في يده مع الولد لان الدين انقسم على الام والولد نصفين لاستواء قيمتهما للحال وبقية قيمة الولد خمسمائة إلى وقت الفكاك فتحول نصف الدين إليه وذهب نصفه بذهاب الام، فإذا ماتت الام بعدما تحول نصف الدين إلى الولد ظهر أن الدين كان في نصف الجارية عند قضاء واقتضاء وإيفاء واستيفاء، وفي نصفها عقد وديعة وأمانة لانه ظهر أن نصفها كان مضمونا ونصفها أمانة وعقد الرهن يوجب البراءة عن ضمان السراية، وعقد الامانة يوجب على القاطع ضمان نصف السراية وذلك خمسمائة وضمان نصف الجناية وهي القطع وذلك مائتان وخمسون فيكون جملته سبعمائة وخمسين. وروي عن محمد رحمه الله تعالى أن خمسمائة من ذلك على عاقلة الجاني مؤجلا في ثلاث سنين ومائتين وخمسين تجب في ماله لان خمسمائة ضمان نصف النصف لانه لم يهدر نصف السراية وضمان النفس تجب على العاقلة مؤجلا ومائتان وخمسون ضمان المال وضمان المال يجب في ماله حالا ويدفع مائتين وخمسين إلى المرتهن لان هذا بدل نصف نفس الجارية ونصفها كان محبوسا في يد المرتهن، وإن كان أمانة فكذلك بدلها يدفع إليه حتى يكون محبوسا عنده مع الولد، فإن هلك المائتان والخمسون في يد المرتهن هلكت بغير شئ لانها كانت بدلا كما كانت أمانة في يده وللبدل حكم المبدل فيهلك أمانة، فإن هلك الولد بعد ذلك يرد المرتهن المائتين والخمسين على الراهن والراهن على القاطع لان الولد لما هلك قبل الفكاك تبين أنا أخطأنا في القسمة حتى قسمنا الدين عليهما نصفين لانه ظهر أن الدين كله كان بإزاء لازم حين لم يبق وقت الفكاك فقد هلكت الام بجميع الدين، وظهر أن المرتهن قبض مائتين وخمسين من الرهن بغير حق وظهر أن القاطع كان بريئا عن السراية كلها، وإنما كان عليه أرش اليد خمسمائة لا غير وقد أخذ منه الراهن مائتين وخمسين بغير حق فيرد ذلك عليه أصلا أن الدين متى قسم على الام والولد للحال ينظر، إن بقيت قيمته غير منتقصة إلى وقت الفكاك لا تعاد القسمة يوم

***

[٥٠٩]

الفكاك، وإن انتقضت قيمته تعاد القسمة لانه ظهر الخطأ في القسمة لانه وجب تقسيم الدين على قيمة الولد يوم الفكاك لان الام تعتبر يوم الرهن وقيمة الولد تعتبر يوم الفكاك لما بينا. ثم المسائل على أربعة أقسام: الاول رهن جارية بألف تساوي ألفا فولدت ولدا يساوي خمسمائة فقتلها عبد يساوي ألفا ثم ذهب عينه يفتكه الراهن بأربعة اتساع الالف لان العبد دفع بإزاء الام والولد جميعا فيقسم العبد المدفوع عليهما باعتبار قيمتهما أثلاثا لان قيمة الام ضعف قيمة الولد، فإذا ذهب عين العبد فقد ذهبت نصف بدل الولد ولا يذهب من الدين شئ. الثانية رهن جارية بألف تساوي ألفا فولدت ولدا قيمته ألف فقتلت الام جارية قيمتها مائة فدفعت فولدت المدفوعة ولدا يساوي ألفا ثم اعورت الام ذهب من الدين جزء من أربعة وأربعين جزء، وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى يذهب سدس الدين ويفتكه بخمسة أسداس. وجه ظاهر الرواية أن قيمة المدفوعة إنما تعتبر يوم الدفع لانها إنما دخلت في ضمانه بالدفع وقيمتها يوم الدفع مائة وقد اندفع الدين إلى المقتولة وولدها لاستواء قيمتها فتحول نصف ما في المقتولة من الدين إلى ولدها وبقي نصف الدين فيها. ثم المدفوعة لما قامت مقام المرهونة تحول ما في المرهونة من الدين وهو خمسمائة على أحد عشر جزء لان قيمة المدفوعة مائة يوم الدفع وقيمة ولدها ألف يوم الفكاك فصار كل مائة سهما فصار الدين مقسوما على أحد عشر فصار بإزاء المدفوعة سهم، فإذا اعورت ذهب نصفها فذهب نصف ما بإزائها من الدين وذلك نصف سهم فانكسر الحساب، فأضرب اثنين في أصل نصف الفريضة وذلك أحد عشر فصار اثنين وعشرين بإزاء الولد عشرون جزأ، وبإزاء الام بجزآن، فإذا صار نصف الدين اثنين وعشرين صار النصف الآخر كذلك

فصار الكل أربعة وأربعين جزءا، اثنان وعشرون بإزاء ولد المرهونة، وعشرون بإزاء ولد المدفوعة، وسهما بإزاء المدفوعة، وسقط سهم بذهاب نصفها بالعور فيبقى ثلاثة وأربعون جزأ فيفتكه بذلك. ولو لم تعور الام القاتلة حتى قتلهم جميعا عبد قيمته ألف فدفع بهم ثم اعور العبد فالراهن يفتكه بخمسة أسهم من ستة وعشرين ما يخص القاتلة سهم ونصف عشر، وما يخص ولدها خمسة لان العبد المدفوع قام مقامهم وصاروا كأنهم أحياء معنى ولم ينتقص من قيمتهم شئ وإن انتقص سعرهم لان العبد صار مدفوعا بألفي درهم ومائة لانه دفع بهم وقيمتهم ألفان ومائة فانقسم العبد على الالفين ومائة على أحد وعشرين سهما كل مائة سهم من ذلك بإزاء القاتلة وعشرة بإزاء ولدها وعشرة بإزاء ولد المقتولة، فلما ذهب عين العبد فقد ذهب من الدين نصفه فذهب نصف بدل كل واحد منهما خمسة أسهم فظهر أنا أخطأنا في القسمة لانه لم يبق قيمة الولد المقتول إلى يوم الفكاك انتقص خمسمائة فتستأنف القسمة فيقسم الدين على قيمة المقتول يوم الرهن وعلى الباقي من قيمة ولدها يوم الفكاك وذلك خمسة فيقسم الدين على ستة وعشرين سهما لان كل ألف صار على أحد وعشرين جزءا لما صار العبد على أحد وعشرين

***

[٥١٠]

جزءا وقيمة المقتولة ألف فيجعل أحدا وعشرين وقيمة ولدها خمسة فيصير ستة وعشرين أحد وعشرون بإزاء المقتولة وخمسة بإزاء ولدها فتحول ما بإزاء المقتولة إلى القاتلة لانها قامت مقامهم، ثم المحول إلى القاتلة انقسم عليها وعلى ولدها على تسعة أسهم وعشر سهم لان قيمة القاتلة يوم الدفع مائة ومائة مثل عشر قيمة المقتول وذلك سهمان وعشر سهم لان قيمة المقتولة صارت على أحد وعشرين جزأ فتكون مائة من ذلك سهمان وعشر سهم، وما بقي من قيمة ولدها خمسة أسهم فتصير جملته سبعة أسهم وعشر سهم سهمان وعشر حصة القاتلة، وخمسة أسهم بدل ولدها، فإذا ذهب عين العبد ذهب نصف حصتها وذلك سهم ونصف وعشر سهم من أحد وعشرين فيبقى عشرون غير نصف عشر سهم فيفتكه الراهن بهذا. والثالثة جارية مرهونة بألف وهي قيمتها قطعت يدها جارية قيمتها خمسمائة فدفعت بها ثم ولدت كل واحدة ولدا يساوي خمسمائة فقتلهم جميعا عبد ودفع بهم فذهب عينه افتكه بسبعة وعشرين من خمسة وأربعين من الدين وإن شئت قلت يفتكه بثلاثة أخماس الدين. وتخريجه أن القاطعة لما دفعت قامت مقام يد المقطوعة وكان في يد المقطوعة قبل القطع نصف الدين لان اليد من الآدمي نصفه فيتحول نصف الدين إلى القاطعة، وإن قامت قيمة القاطعة عن خمسمائة لانها قامت مقام اليد المقطوعة وصار كأن يد المقطوعة قائمة إلا أنه تراجع سعرها وبقي في المقطوعة يدها نصف الدين، فلما ولدت كل واحدة من الجاريتين ولدا يساوي خمسمائة انقسم في كل واحدة منهما من الدين عليهما وعلى ولدهما نصفين لاستواء قيمتهما فصار في كل واحد منهم ربع الدين وذلك مائتان وخمسون، فلما قتلهم جميعا عبد يساوي ألفا ودفع بهم قام ربع كل واحد من العبد مقام كل واحد منهم لان قيمتهم متساوية لان قيمة كل واحد منهم يوم دفع العبد خمسمائة فصار كأن الاربعة كلهم أحياء ولم ينتقص منهم شئ بدنا وانتقص سعرا، فلما ذهب عين العبد فقد ذهب من بدل كل واحد منهم نصفه إلا أنه لا يذهب بذهاب نصف بدل كل واحدة من الجاريتين نصف ما بإزائها من الدين فظهر أنا أخطأنا في القسمة لانه ظهر أنه لم يبق قيمة ولد كل واحدة منهما خمسمائة إلى وقت الفكاك بل بقي قدر مائة وخمسة وعشرين لما ذهب من بدل كل واحد من الولدين نصفه وبقي نصفه وهو مائة وخمسة وعشرون فتستأنف القسمة فيقسم جميع الدين على قيمة الجارية المقطوعة يوم الرهن وذلك ألف وعلى قيمة ولدها ويوم الفكاك وذلك مائة وخمسة وعشرون فيجعل أقل المالين وهو خمسة وعشرون سهما فصارت قيمة الجارية ثمانية أسهم وقيمة ولدها سهم فصارت تسعة، فيجعل الدين على تسعة أسهم فيصير بإزاء الولد سهم وبإزاء الام وهي ثمانية اتساع الدين، ثم تقسم ثمانية اتساع الدين على المقطوعة والقاطعة نصفين ثم يقسم نصف القاطعة وذلك أربعة اتساع الدين على قيمتها وهي خمسمائة يوم الرهن وعلى قيمة بدل ولدها يوم الفكاك وذلك مائة وخمسة وعشرون سهما وقسمة أربعة على خمسة لا يستقيم

***

[٥١١]

فاضرب أصل فريضة المقطوعة وولدها وذلك تسعة في خمسة فيصير خمسة وأربعين للمقطوعة أربعون ولولدها خمسة، ثم تحول نصف

أربعين إلى القاطعة وهو عشرون ثم تقسم عشرون على القاطعة وولدها على خمسة أسهم بإزاء ولدها وذلك أربعة وأربعة أخماسه بإزاء القاطعة وذلك ستة عشر، فإذا ذهب عين العبد فقد ذهب من كل واحد منهما نصفه وكان بإزاء المقطوعة عشرون سهما من الدين فسقط عشرة، وكان بإزاء القاطعة ستة عشر فسقط ثمانية وكان الساقط من الدين ثمانية عشر والباقي سبعة وعشرون فيفتك العبد بذلك وثمانية عشر خمسا جميع الدين كل خمس تسعة من خمسة وأربعين وسبعة وعشرين ثلاثة أخماسه. والرابعة جارية مرهونة بألف هي قيمتها فولدت ولدا يساوي ألفا ثم قتلت الام جارية تساوي مائة فدفعت ثم ولدت المدفوعة ولدا يساوي ألفا ثم قتلت المدفوعة جارية قيمتها ألف فدفعت بهم فولدت ولدا يساوي ألفا ثم ماتت الام قسم الدين على أحد وثلاثين، فما أصاب عشرة فهو بحصة الولد الاول من الولد الحي يؤديه الراهن، وما أصاب أحدا وعشرين قسم على اثني عشر وعشر سهم فما أصاب عشرة فهو حصة الولد الثاني يؤديه الراهن، وما أصاب سهما وعشرا بطل عن الراهن نصفه وأدى نصفه، وتخريجه أن الدين يقسم على المقتولة الاولى وولدها نصفين لاستواء قيمتهما وعلى ولدها أحد عشر لان قيمة القاتلة مائة وقيمة ولدها ألف كل مائة سهم، وإذا صار نصف دين القاتلة على أحد عشر صار نصف دين ولد المقتولة كذلك فصار كل الدين اثنين وعشرين سهما، ثم القاتلة الثانية لما قتلت القاتلة الاولى وولديهما فقد قام مقامهم وقيمتهم ألفان ومائة قيمة كل واحد ألف وقيمة القاتلة الاولى مائة فجعلنا كل مائة سهما فصارت إحدى وعشرين سهما فصارت قاتلة الثانية إحدى وعشرين سهما بدل كل الولدين عشرة أسهم وبدل أسهامهم، ثم يجعل ولد القاتلة الثانية على أحد وعشرين سهما فالام لاستواء قيمتهما لان ولدها متولد عن بدل الاشخاص الثلاثة والمتفرع والمتولد عن ملك إنسان يكون ملكا له فصار بدل كل واحد من الولدين عشرين جزأ عشرة من القاتلة الاخيرة وعشرة من ولدها وبدل أمها سهمان، فإذا ماتت القاتلة الثانية فقد ذهب نصف بدلهم، فإذا ذهب نصف بدل الولدين ظهر أنا أخطأنا في القسمة فنستأنف القسمة فيقسم الدين مستأنفا على قيمة المقتولة الاولى وعلى ألف يوم الرهن صارت منقسمة على أحد وعشرين سهما وعلى قيمة ما بقي من بدل ولدها يوم الفكاك وذلك عشرة فيكون مبلغ جميعه أحد وثلاثين سهما، عشرة حصة الولد، وأحد وعشرون حصة الام، ثم تقسم حصة المقتولة الاولى على قيمة القاتلة الاولى وعلى قيمة ولدها على اثني عشر سهما وعشر سهم قيمة القاتلة الاولى مائة وقيمة المقتولة الاولى صار على أحد وعشرين سهما فعشر منها يكون سهمان وعشر سهم وبدل ولدها من القاتلة الاخيرة عشرة أسهم من أحد وعشرين سهما فلذا يقسم دين القاتلة الاولى عليها وعلى ولدها على اثني عشر سهما وعشر سهمان وعشر حصة القاتلة وعشرة

***

[٥١٢]

[قيمته مائة فدفعه به افتكه بكل الدين وإن مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين فإن لم يكن له وصى نصب القاضي له وصيا وأمر ببيعه] أسهم حصة ولدها، ثم يقسم حصة القاتلة الاولى وهي سهمان وعشر سهم على بدلها وهو جزآن أحدهما في القاتلة الاخيرة وعلى ولدها على السواء، وإذا كانت جارية بإحدى عينيها بياض مرهونة بألف وهي قيمتها فذهبت العين الاخرى وصارت تساوي مائتين ذهب من الدين أربعة أخماسه، فإن ذهب البياض عن العين الاولى لم يعد شئ من الدين لانها زيادة متصلة حدثت بعد الرهن فلا تكون مضمونة فإن ضرب رجل هذه العين فصارت بيضاء غرم ثمانمائة ويفتك الراهن الجارية الارش بخمسة اتساع الدين، فإن عميت الجارية بعد ذلك بأن ذهبت العين التي كانت صحيحة بعد الرهن فالعمى يوجب نقصان ثمانمائة من قيمتها وقد ذهب عن أربعة أخماسها فذهب أربعة أخماس الدين ويبقى خمسة ويبقى أيضا حصة الارش أربعة أخماس الدين كذلك الباقي من الدين خمسة أسهم من تسعة فيفتك الرهن خمسة اتساع. رجل رهن جارية بأحد عينيها بياض قيمتها ألف بألف فذهب البياض وصارت قيمتها ألفين ثم ابيضت الصحيحة وعادت قيمتها إلى ألف فعند أبي يوسف ومحمد ينظر إلى ما كان ينقص هذا البياض، ولو كان البياض على حاله فإن نقص أربعة أخماس القيمة بطل أربعة أخماس الدين وبيان تعليل كل المسائل ينظر في المبسوط. قال رحمه الله: (فإن قتله عبد قيمته مائة فدفعه به افتكه بكل الدين) وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: هو بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين، وإن شاء دفع العبد المدفوع إلى المرتهن بدينه ولا شئ عليه غيره. وقال زفر: يصير رهنا بمائة وسقط من الدين بقدر الغاية. قلنا إن العبد الثاني قام مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا ينقص الدين وهي على الخلاف. ولمحمد أن المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالبيع والمغصوب إذا كان قيمة كل واحد منهما ألف وقتل كل واحد منهما عبدا قيمته مائة أن كل واحد من

المشتري والمغصوب منه بالخيار إن شاء أخذ القاتل ولا شئ له غيره، وإن شاء فسخ المشتري البيع ورجع المغصوب منه بقيمة العبد، ولهما أن التغيير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما لا يجوز تمليكه من المرتهن بغير رضاه، وعلى هذا الخلاف لو تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتل عبدا يساوي مائة فدفع به. قال رحمه الله: (وإن مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لان الوصي قائم مقام الموصي وكان له أن يبيع الرهن فكذا الوصية. قال رحمه الله: (فإن لم يكن وصى نصب القاضي له وصيا وأمر ببيعه) وفعل ذلك إلى القاضي لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين، إذا عجزوا عن النظر لانفسهم وقد تعين النظر في نصيب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي حقوقه من غيره، ولو كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم له من غرمائه لم يجز

***

[٥١٣]

[فصل رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة ثم تخلل وهو يساوي عشرة فهو رهن بعشرة] وللآخر أن يردوه لانه إيثار لبعض الغرماء بالايفاء الحكمي فأشبه الايثار بالايفاء الحقيقي، والجامع ما في كل واحد منهما من إبطال حق غيره من الغرماء ألا ترى أن الميت بنفسه لا يملك ذلك بمرض موته فكذا من قام مقامه. وإن قضى دينهم قبل أن يردوه جاز لزوال المانع ووصول حقهم، ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي وبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده، وإذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء فيملكه وله أن يبيعه والله أعلم. فصل هذا الفصل بمنزلة المتفرقة المذكورة في أواخر الكتب فلذا أخره استدراكا لما فاته فيما سبق. قال رحمه الله: (رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة فتخمر ثم تخلل وهو يساوي عشرة فهو رهن بعشرة) يعني إذا رهن عند مسلم عصيرا إلى آخرها قالوا: ما كان محلا للبيع بقاء يكون محلا للرهن بقاء كما أن ما يكون محلا للبيع ابتداء يكون محلا للرهن ابتداء والخمر محل للبيع بقاء وإن لم يكن محلا له ابتداء.، أقول: لقائل أن يقول لو كان مدار مسألتنا المذكورة على هذا القدر من التعليل لما ظهر فائدة قوله ثم صار خلا في وضع مسألة بل كان يكفي أن يقال ومن رهن عصيرا بعشرة فتخمر فهو رهن بعشرة لكفاية التعليل المذكور بعينه في إثبات هذا المعنى العام فتأمل. قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول ما يرجح إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا تخلف عن ذلك الاصل؟ وقال: ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف فكذلك تخلف عن ذلك الاصل اه. أقول: قوله: ثم تخلل وهي تساوي عشرة يشير إلى أن المعتبر فيه في الزيادة والنقصان القمية وليس كذلك بل المعتبر القدر لان العصير والخل من المقدرات لانه إما مكيل أو موزون وفيها نقصان القيمة لا يوجب سقوط شئ من ذلك الدين كما في انكسار القلب، وإنما يوجب الخيار على ما ذكرنا لان الغاية فيه مجرد الوصف وفوات كل شئ من الوصف في المكيل كما مر والموزون لا يوجب سقوط شئ من الدين بإجماع بين أصحابنا فيكون الحكم فيه أنه إن نقص شئ من القدر سقط بقدره شئ من الدين وإلا فلا. وأشار بقوله ثم تخلل إلى أن المرهون عنده مسلم والراهن فلو كان ذميا قال في المبسوط: رهن ذمي من ذمي خمرا فصارت خلا لا ينقص من قيمته بقدره ويبقى رهنا لان بالتغيير من وصف المرارة إلى الحموضة نقصت المالية عندهم ومقومها مع بقاء العين بحالها وبتبدل الصفة لا يبطل الرهن كما لو كان الرهن قلبا فانكسر وبقي الوزن على حاله، ثم عندهما يتخير الراهن إن شاء افتكه بجميع الدين وأخذه، وإن شاء ضمنه خمرا مثل خمره فيصير

***

[٥١٤]

الخل ملكا للمرتهن. وعند محمد رحمه الله تعالى إن شاء افتكه بجميع الدين وإن شاء جعله بالدين كما في مسألة القلب إذا انكسر كما مر بيانه. وقيدنا بقولنا رهن مسلم عصيرا لان رهن الكافر الخمر عند مسلم أو رهن المسلم الخمر عند كافر باطل قال: ارتهن المسلم من كافر خمرا فصار خلا في الرهن باطل ويكون الخل أمانة في يده للراهن وهو بالخيار إن شاء أخذه قضاء دينه، وإن شاء يدع الخل بدينه إن كانت قيمة الخل يوم الرهن كالدين لان المسلم يجوز أن يضمن الخمر بالرهن لانه سبب ضمان والمضمون متى نصب في يد الضمين يخير من له الضمان كما لو غصب المسلم خنرا من ذمي فصارت خلا في يده يخير الذمي لان الخمر عند أهل الذمة يصلح لمنافع مالا يصلح الخل ولا وجه فصار الخمر كالهالك من وجه، وليس له أن يضمن المرتهن خمرا مثل خمره لان المسلم منهي عن تمليك الخمر ولا وجه أن

يترك الخل عليه ويضمن النقصان لانه يؤدي إلى الربا ولا وجه أن يأخذ الخل ويضمن الدين كله لانه يتضرر به فقلنا بأنه يجعله بالدين ليدفع الضرر عنه وليس فيه ضرر على المرتهن فكذا هذا، فإذا وجبت قيمة الخمر للراهن على المرتهن فله عليه مثل ذلك فيلتقيان قصاصا. ولو ارتهن الكافر خمرا من مسلم لا يجوز ويكون أمانة في يد المرتهن لان الخمر لا يصير مضمونا على الكافر المسلم وإن قبضها بجهة الضمان كما في الغصب والاتلاف. ارتهن مسلم من مسلم عصيرا فصار خمرا فللمرتهن تخليلها وتكون رهنا، ويبطل من الدين بحساب ما نقص يعني من الكيل والوزن بقذف الزبد لان من التخليل إحياء حق المرتهن وإصلاح الفاسد فله ذلك، وفي إبقاء العقد بعد التخمير فائدة لجواز التخليل فيبقى كالعصير إذا تخمر قبل القبض يبقى البيع فكذاهذا، والدين يسقط بانتقاص الرهن لانه احتبس عنده بعض الرهن ولا ينقص بانتقاص القيمة كما إذا تغير السعر وقيدنا بذكر العصير في المسلم قال وإن كان الراهن كافرا يأخذ الخمر والدين عليه وليس للمرتهن أن يخلها، فإن خللها ضمن قيمتها يوم خلل ورجع بدينه بخلاف ما لو كان الراهن مسلما فخللها لم يضمن. والفرق أن هناك لا ضرر على الراهن في إبقاء عقد الرهن إلى ما بعد التخمير بل له فيه منفعة لان ماله يصير متقوما بالتخليل ولم يصر المرتهن متلفا لماله بل إضرار بالراهن لان لاهل الذمة رغائب في الخمر ما ليس مثلها في العصير وهو لم يرض بكون الخمر رهنا، فلو بقينا عقد الرهن بعد تغيير ملكه في حقه يؤدي إلى الضرر به لان الخمر بالعصير جنسان مختلفان في حق أهل الذمة وهو لم يعقد الرهن على الخمر وإنما عقد على العصير فلا يبقى العقد فيكون للراهن أخذ الخمر من المرتهن، فإن خللها يضمن قيمتها لانه أتلف الخمر بالتخليل على الذمي لما بينا والله أعلم. رهن ذمي من ذمي جلد ميتة فدبغه المرتهن لم يكن رهنا وإخذه الراهن وأعطاه أجرة الدباغة إن كان له قيمة لان جلد الميتة ليس بمال عند أحد فلم ينعقد العقد لفوات المحل فلا يعود جائزا بحدوث المحلية من بعد كما لو رهن من مسلم خمرا فصارت خلا فإذا دبغه بشئ له قيمة بقي أثره في الجلد فيكون له على صاحب الجلد قيمة ما زاد الدباغ فيه كمن صبغ ثوب انسان

***

[٥١٥]

[ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها وهو يساوي درهما فهو رهن] بصبغة فصاحب الثوب يأخذه بقيمة ما زاد الصبغ فيه فكذا هذا. رهن ذمي من ذمي خمرا ثم أسلم لم يبق رهنا أي لم يبق مضمونا، فإن خللها وتخللت فهي رهن لان الخمر لا تصلح أن تكون مضمونة لمعنى يتوهم زواله، فإذا زال العارض بأن صارت خلا يكون رهنا على حاله لان في إبقاء الرهن فائدة وينبغي أن يكون للمرتهن ولاية الحبس للتخلل. قال رحمه الله: (ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها وهو يساوي درهما فهو رهن بدرهم) لان الرهن يتعذر بالهلاك وإذا أحيا بعض المحل يعود الحكم بقدره بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع بقدره لان البيع ينفسخ بالهلاك قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود صحيحا، وأما الرهن فيتعذر الهلاك، ومن المشايخ من يقول بعود البيع. وقوله وهو يساوي درهما ظاهره أنه يعتبر في القيمة حال الدباغ، وكذا قوله فهو رهن بدرهم قالوا: هذا إذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما، وإن كانت قيمته يوم الرهن درهمين كان الجلد رهنا بدرهمين ويعرف ذلك بالتقويم وأن تقوم الشاة المرهونة غير مسلوخة ثم تقوم مسلوخة فالتفاوت بينهما هو قيمة الجلد. هذا إذا كانت الشاة كلها مضمونة، وإن كان بعضها أمانة بأن كانت قيمتها أكثر من الدين يكون الجلد أيضا بعضه أمانة بحسابه فيكون رهنا بحصته من الدين قالوا: هذا إذا دبغه المرتهن بشئ لا قيمة له، وإن دبغه بشئ له قيمة كان للمرتهن حق حبسه بما زاد الدباغ فيه كما لو غصب جلد ميتة ودبغه بشئ له قيمة ثم قيل يبطل الرهن فيه حتى إذا أدى الراهن ما زاد الدباغ فيه أخذه، وليس له أن يحبسه بالدين لانه لما حبسه بالدين الثاني فصار به محبوسا حكما خرج من أن يكون رهنا بالاول حكما كما إذا رهنه حقيقة بأن رهن الرهن بدين آخر غير ما كان محبوسا به فإنه يخرج عن الاول ويكون رهنا بالثاني فكذا هذا. وقيل: لا يبطل لان الشئ إنما يبطل بما هو فوقه أو مثله ولا يبطل بما هو دونه كالمبيع بألف إذا باعه ثانيا منه بأقل أو بأكثر يبطل لانه مثله ولا يبطل بالاجارة والرهن لان الثاني دون الاول لانه إنما يستحق حبس الجلد بالمائة التي اتصلت بالجلد بحكم الدباغ وتلك المالية تبع للجدل لانها وصف له والوصف دائما يتبع الاصل فالرهن الاول رهن بما هو أصل بنفسه وليس بتبع لغيره وهو الدين فيكون أقوى من الثاني فلم يرتفع الاول بالثاني. قال في المبسوط: وإن كانت قيمتها أكثر من الدين بأن كانت عشرين والدين عشرة ينظر، إن كان الجلد يساوي درهما والباقي تسعة عشر فالجلد رهن بنصف درهم، وإن كانت قيمتها أقل

من الدين بأن كانت تساوي خمسة والجلد درهما واللحم أربعة سقط من الدين أربعة وبقي الجلد رهنا بستة لان بالهلاك سقط خمسة من الدين مقدار قيمة الرهن وبقي الدين خمسة، فإذا دفع الجلد فقد أحيا خمس الرهن فعاد خمس الدين الذي كان بإزائه وهو درهم وسقط أربعة التي بإزاء اللحم
***
[٥١٦]
[بدرهم وإنما الرهن كالولد والتمر واللبن والصوف للراهن وهو رهن مع الاصل ويهلك مجانا وإن هلك الاصل وبقي النماء فك بحصته ويقسم الدين على قيمته يوم] لانه لم يزل التوى عن اللحم وكان الباقي من الدين ستة فصار الجلد مرهونا بستة مضمونا بدرهم لان كل جزء من أجزاء الشاة مرهون بجميع الدين مضمون بمقدار قيمته فكذا الجلد. هذا إذا دبغ بشئ لا قيمة له، فإن دبغ بشئ له قيمة فإنه يستحق المرتهن الحبس بما زاد الدباغ فيه كالغصب، فإذا استحق الحبس بدين آخر حادث هل يبطل الرهن الاول؟ قال الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله تعالى: لقائل أن يقول يبطل الرهن الاول في حق الجلد ويصير الجلد رهنا بما زاد الدباغ فيه كما لو رهن الراهن هذه العين بدين حادث، ولقائل أن يقول يبقى الرهن الاول ويصير محبوسا بقيمة الدباغ حتى لا يكون للراهن أن يفتكه ما لم يرد ما بإزائه من الدين وقيمة الدباغ. قال في المنتقى: روى هشام عن محمد: رهن أجنبي بدين آخر وهو ألف عبدا بغير أمر المطلوب ثم أجنبي آخر رهنه عبدا آخر بغير أمر المطلوب فهو جائز والاول رهن بألف والثاني رهن بخمسمائة لان الاول تبع بالرهن ولا رهن بالدين فيكون رهنا بجميع الدين، والثاني رهن وبالدين رهن فلا يصير رهنا إلا بخمسمائة. وذكر الحسن عن أبي حنيفة: إذا أبق العبد الرهن ثم وجد بطل من الدين بقدر نقصان الآبق لانه بالاباق صار معيبا فإنه لا يشتري بعد الاباق بمثل ما يشتري قبله قال رحمه الله: (وإنماء الرهن كالولد والتمر واللبن والصوف للراهن) لانه متولد من ملكه. قال رحمه الله: (وهو رهن مع الاصل) وهو تبع له والرهن حق متأكد لازم يسري إلى الولد ألا ترى أن الراهن لا يملك به إبطاله بخلاف ولد الجارية حيث لا يسري حكم الجناية إلى الولد ولا يتبع أمه فيه لانه فيها غير متأكد حتى ينفرد المالك بإبطاله بالفداء بخلاف ولد المستأجرة والكفيلة والمغصوبة وولد الموصي بخدمتها لان المستأجر حقه في المنفعة دون العين وفي الكفالة الحق يثبت في الذمة والولد لا يتولد من الذمة وفي الغصب إثبات اليد العادية بإزالة اليد المحقة وهو معدوم في الولد ولا يمكن إثباته فيه تبعا لانه فعل حسي والتبعية لا تجري في الاوصاف الشرعية، وفي الجارية الموصى بخدمتها المستحق له الخدمة وهي منفعة الام والولد غير صالح لها قبل الانفصال فلا يكون تبعا، وبعده لا ينقلب موجبا أيضا بعد أن انعقد غير موجب. قال رحمه الله: (ويهلك مجانا) أي إذا هلك النماء يهلك مجانا بغير شئ لان الاتباع لا قسط لها مما يتقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا. قال رحمه الله: (وإن هلك الاصل وبقي النماء فك بحصته) يعني إذا هلك الاصل وهو الرهن وبقي النماء وهو الولد يفتك الولد بحصته من الدين لانه صار مقصودا بالفكاك. والنماء إذا صار مقصودا بالفكاك يكون له قسط كولد المبيع لا حصة له من الثمن، ثم إذا صار مقصودا بالقبض صار له حصة حتى لو هلكت الام قبل القبض وبقي الولد كان للمشتري أن يأخذه بحصته من الثمن، ولو هلك قبل القبض
***
[٥١٧]
[الفكاك وقيمة الاصل يوم القبض وسقط من الدين حصة الاصل وفك النماء بحصته] لا يسقط شئ من الثمن. قال رحمه الله: (ويقسم الدين على قيمته يوم الفكاك وقيمة الاصل يوم القبض وسقط من الدين حصة الاصل وفك النماء بحصته) لان الولد صار له حصة بالفكاك والام دخلت في الضمان من وقت القبض فيعتبر قيمة كل واحد منهما في وقت اعتباره، ولهذا لو هلك الولد بعد هلاك أمه قبل الفكاك هلك بغير شئ فيعلم بذلك أنه لا يقابله شئ من الدين إلا عند الفكاك. ولو أذن الراهن للمرتهن في أكل زوائد الرهن بأن قال مهما زاد فكله فلا ضمان عليه ولا يسقط شئ من الرهن لانه أتلفه بإذن الراهن وهذه إباحة والاطلاق يجوز تعليقه بالشرط والخطر بخلاف التمليك، وإن لم يفتك الرهن حتى هلك في يد المرتهن قسم الدين على قيمة الزيادة التي أكلها المرتهن وعليه قيمة الاصل، فما أصاب الاصل سقط، وما أصاب الزيادة أخذه المرتهن من الراهن لان الزيادة تلفت على ملك الراهن بفعل المرتهن بتسليط منه فصار كأن الراهن أخذه وأتلفه ويكون مضمونا عليه فكان له الدين، هكذا ذكره في الهداية والكافي. وفي فتاوي قاضيخان

والمحيط وعزاه إلى الجامع: ولو نقصت قيمة الام بتغير السعر فصارت تساوي خمسمائة أو زادت فصارت تساوي ألفين والولد على حاله يساوي ألفا فالدين بينهما نصفان ولا يتغير عما كان، وإن كانت الام على حالها وانتقصت قيمة الولد بعيب دخله أو بتغير السعر فصارت خمسمائة فالدين بينهما أثلاثا ثلثان في الام والثلث في الولد، ولو زادت قيمة الولد فصار يساوي ألفين فثلثا الدين في الولد والثلث في الام حتى لو هلكت الام بقي الولد بثلثي الدين. ولو ولدت الام ولدا وقيمتهما سواء ثم اعورت الام بعد الولادة أو قبلها ذهب من الدين ربعه وهو مائتان وخمسون لان الدين ينقسم عليهما نصفين فيذهب نصف ما كان فيها من الدين. وفي المنتقي: رهن أرضا ونخلا بدين قيمة كل واحد خمسمائة فاحترق النخل ونبت في الارض نخل آخر يساوي خمسمائة قال: يذهب من الدين نصفه باحتراق النخل وما نبت فهو زيادة في الارض بمنزلة رجل رهن أمتين فماتت إحداهما ثم ولدت الباقية جارية بألف فقتلتها أمة تساوي مائة فدفعت بها ثم ولدت ولدا يساوي ألفا فالدين بينهما نصفان لان الامة الاولى على حالها والزيادة في الرهن حكمها حكم الاصل محبوسة مضمونة كالاصل لانها تلحق بأصل العقد وصارت كالموجودة في العقد كما في زوائد المبيع. ويقسم الدين على قيمة الاصل يوم القبض، وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت، فإن كانت قيمة الاصل وقيمة الزيادة يوم قبضت خمسمائة انقسم الدين عليهما أثلاثا لان الضمان إنما يجب بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما يوم القبض، فإن نقص الرهن في يده ثم زاد آخر قسم ما بقي من الدين على قيمة الباقي وقيمة الزيادة يوم قبضت مثاله: إذا رهن عبدا يساوي ألفا بألف فاعور ثم زاده رهنا آخر قسم ما بقي من الدين على قيمة الباقي وهو العبد الاعور وعلى قيمة العبد الزائد أثلاثا، ثلثه بإزاء العبد القديم وثلثاه بإزاء العبد الزائد بخلاف ما إذا ولدت
***
[٥١٨]
الامة المرهونة بعدما اعورت ولدا يساوي ألفا فإنه يقسم الدين على قيمتها يوم القبض وعلى قيمة الولد يوم الفكاك نصفين، ثم ما أصاب الام سقط نصفه بالاعورار فبقي الام والولد بثلاثة أرباع الدين. والفرق أن ثمنية الولد تتفرع عنها فيسري إليه حكم الاصل تبعا كأن الولد متصلا بها فيعتبر في القسمة قيمة الام يوم القبض لان التحكم في الزيادة ثبت أصلا لا بطريق السعاية والتبعية فيعتبر في القسمة قدر الباقي من الدين وقت الزيادة، وكذلك لو قضى الراهن المرتهن خمسمائة فتكون الزيادة رهنا بثلثي خمسمائة في النصف الباقي من العبد القديم. وفي المنتقي: رجل رهن عند رجل دينارا بعشرة دراهم ثم زاده الراهن دينارا آخر وزاده المرتهن خمسة دراهم على أن يكون الديناران رهنا بالخمسة عشر لانهما جعلاهما كذلك. وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: الدينار الاول وثلثا الدينار الثاني يكون رهنا بالعشرة الاولى ويكون ثلث الدينار الثاني رهنا بنصف الخمسة ويكون نصفه الثاني دينا عليه بلا رهن لان عنده الزيادة في دين الرهن غير جائزة فتكون الزيادة في الدين ابتداء إيجابا للدين فلا يكون الدينار الاول رهنا بالخمسة الزائدة، ويكون قد جعلا الدينار الزائد رهنا بالعشرة الاولى والخمسة الزائدة فصار ثلثا الدينار الاول وثلث الدينار الثاني ولم يصح رهن ثلث الدينار الاول بها فصح الرهن في نصفها وبطل في نصفها. الزيادات: أصله أن الدين يقسم على الامة المرهونة وولدها المولود في الرهن بشرط بقاء الولد إلى وقت الفكاك لان الولد وإن صار مرهونا ولكن لا يسقط له من الدين شئ ما لم يصر مقصودا، وإنما يصير مقصودا وقت الفكاك لانه يرد عليه القبض الذي له شبهة بالعقد. مسائله على فصول: أحدها في الامة المرهونة إذا ولدت ثم زيد في الرهن. والثاني في إحدى الامتين المرهونتين إذا ولدتا ثم زيد في الرهن. والثالث في الجارية المرهونة إذا اعورت ثم زيد في الرهن. ولو رهن جارية بألف تساوي ألفا فولدت ما يساوي ألفا ثم ماتت الامة فزاد الرهن ولدا يساوي ألفا افتكهما من المرتهن بنصف الدين لان الدين انقسم عليهما نصفين لاستوائهما في القيمة، ثم حصة الام وهي خمسمائة قد سقطت بهلاكها وصار الولد أصلا في الرهن بشرط بقائه إلى وقت الفكاك فدخلت الزيادة عليه وانقسمت الخمسمائة الباقية على العبد الزائد والولد نصفين، وإن مات الولد استرد العبد بلا شئ لانه لما هلك الولد صار كأنه لم يملك أصلا فتبين أنه لا قسط له من الدين لانه لم يبق إلى وقت الفكاك فتبين أن كل الدين ساقط بهلاك الام وأنه زاد العبد وليس هناك دين قائم فكانت الزيادة باطلة فكان له أن يسترده بغير شئ، ولو لم يمت ولكنه زاد حتى صار يساوي ألفين يفتك الاول والعبد بثلثي الدين لان في انقسام الدين إنما تعتبر قيمة الولد وقت الفكاك وقيمة الام وقت العقد ألف فانقسم الدين أثلاثا فسقط ثلثه بهلاك الام وبقي ثلثاه تبعا للولد. ولو نقص فصار يساوي خمسمائة افتكه بثلث الدين لانه تبين أنه سقط بهلاك الام ثلثا الدين انقسم عليهما

أثلاثا بإزاء الولد لان قيمته يوم الفكاك ثلث
***
[٥١٩]
قيمة الام وقت العقد، ولو نمت الام وزاد العبد ففيه نصف الدين وفي الام وولدها نصفه لان الجارية لما كانت قائمة كان الولد تبعا لها في الرهن فما لم يظهر نصيب الاصل لا يعتبر التبع في الانقسام لان التبع يدخل مع الاصل في الانقسام فانقسم الدين على الجارية وعلى العبد الزائد نصفين بخلاف ما إذا ماتت الجارية ثم زيد الولد لان الولد صار أصلا في الرهن بفوات الاصل لان اتباع القائم للهلاك لا يتصور فلا بد من أن يجعل أصلا فاعتبرناه في الانقسام أصلا فانقسم ما بقي من الدين على الولد والعبد الزيادة. رهن جارية تساوي ألفا بألف فقضاه من الدين خمسمائة ثم زاد عبدا يساوي ألفا فالعبد رهن بثلثي الخمسمائة الباقية لان الزيادة في الرهن إنما تصح في حق القائم من الدين دون الساقط لان الرهن استيفاء وإيفاء الساقط والمتوفي لا يتصور، والقائم من الدين خمسمائة فيقسم على قيمة العبد وعلى نصف قيمة الجارية لان نصفها بقي مشغولا بالخمسمائة المستوفاة مضمونا بها، فإن استيفاء الدين لا يخرج الرهن من أن يكون مضمونا حتى لو هلك الرهن في يد المرتهن يسترد الراهن المستوفي فانقسمت الخمسمائة الباقية أثلاثا ثلثاه في العبد الزيادة، فإن وجد المرتهن ما اقتضاه ستوقه فالعبد والجارية رهن بألف لان الستوقة ليست من جنس حقه فبقبضها لا يصير مقتضيا ومستوفيا فتبين أن جميع الدين كان قائما حتى زاده العبد، وإن وجده زيوفا أو مستحقا فرده فالجارية رهن بألف والعبد رهن معها بخمسمائة، وليس للراهن أخذ الجارية بخمسمائة حتى يؤدي الالف، وإن أدى خمسمائة فله أن يأخذ العبد لان الزيوف من جنس حقه إلا أن به عيبا ووجود العيب لا يبدل جنسه كما في الصرف والسلم فصار مقتضيا ومستوفيا لا مستبدلا، فحين زاد العبد كان القائم من الدين خمسمائة فصار العبد زيادة قيمة فانقسمت الخمسمائة عليها، والرد بعيب الزيادة ينقص القبض من الاصل ولكن لم يتبين أنه لم يكن قابضا ألا ترى أن عتق المكاتب لا يبطل برد المولى المال بعيب الزيافة فلهذا كان العبد زيادة في الخمسمائة خاصة. رهن جاريتين بألف تساوي كل واحدة ألفا وزاده عبد فولدت إحداهما ولدا يساوي ألفا ثم ماتت الام ثم مات العبد يموت خمسمائة وخمسة وعشرون لان نصف الالف يسقط بهلاك إحدى الجاريتين لان قيمتها ألف وذلك لان الالف انقسم عليها وعلى ولدها نصفين فسقط بهلاكها حصتها وهي خمسمائة وبقي الولد بخمسمائة، وفي الجارية الباقية ألف والعبد الزائد يدخل ثلثاه مع الجارية الباقية وثلثه مع الولد لان الولد صار أصلا لفوات متبوعه فدخل في الخمسمائة التي في الولد فيقسم ذلك على قيمة الولد وهي ألف وعلى ثلث قيمة العبد وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فاجعل هذا القدر بينهما فتكون قيمة الولد ثلاثة أسهم، وانقسمت الخمسمائة أرباعا ربعها في ثلث العبد الزائد وثلاثة أرباعها في الولد. وأما الالف التي في الجارية الباقي انقسمت على قيمتها وهي ألف وعلى قيمة ثلثي العبد الزيادة وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان فاجعل التفاوت بين الاقل والاكثر بينهما وذلك ثلاثمائة
***
[٥٢٠]
وثلاثة وثلاثون وثلث فصار ثلثا العبد الزائد سهمان والجارية الباقية ثلاثة أسهم فيكون كله خمسة أسهم فانقسمت الالف عليهما أخماسا وذلك أربعمائة في ثلثي العبد الزائد وثلاثة أخماسه وذلك ستمائة في الجارية الباقية فصار جملة ما في العبد خمسمائة وخمسة وعشرون. ولو لم يمت العبد ومات الولد فالعبد والامة الباقية بالالف لانه لما مات الولد صار كأنه لم يكن وتبين أنه سقط بموت أمه ما كان فيها وذلك ألف وبقي العبد الزائد مع الجارية الباقية رهنا بألف، ولو لم يمت الولد وماتت الجارية الباقية تموت بستمائة لان قيمتها ستمائة، وإن مات العبد بعدها يموت بخمسمائة وخمسة وعشرين لان ذلك قيمته، وإن لم يمت إلا الجارية الاولى وبلغت قيمة الولد ألفين فإنهم جميعا بألفين وثلث ألف ونه يعتبر في الانقسام قيمة الولد يوم الفكاك ويبقى ألفان فانقسم ما كان في أمه على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم الفكاك أثلاثا سقط بموت أمه ثلثاه وذلك ألف بقي ألف وثلث ألف فصاروا رهنا بما بقي، فإن مات العبد مات بأربعمائة وستة وتسعين وتسع لان العبد كان زيادة في القائم من الدين فدخل على الولد والجارية القائمة أخمساسا خمساه مع الولد وقيمة ذلك أربعمائة وثلاثة أخماسه مع الجارية وقيمة ذلك ستمائة، ثم انقسم ما في الولد ذلك ثلثا الالف على قيمة الولد وهي ألفان وعلى خمسي العبد الزائد وذلك أربعمائة فاجعل مقداره أربعمائة سهم فصار قيمة الولد خمسة أسهم فانقسم ذلك بينهما أسداسا سدسه وهو

مائة واحد عشر درهما وتسع في خمس العبد وخسمة أسداسه وذلك خمسمائة وخمسة وخمسون وخمسة أتساع حصة الولد، وانقسم ما في الجارية الباقية على قيمتها وهي ألف وعلى قيمة ثلاثة أخماس العبد وذلك ستمائة فاجعل كل مائتين سهما فصارت الجارية الباقية خمسة أسهم وثلاثة أخماس العبد ثلاثة أسهم فصار كله ثمانية أسهم يكون لكل سهم مائة وخمسة وعشرون وتسع يكون أربعمائة وستة وثمانين وتسعا. فإن ماتت الجارية لحصل في ثلاثة أخماس العبد ثلاثمائة وخمسة وسبعون إذا ضممته إلى مائة وإحدى وعشرين وتسع يكون أربعمائة وستة وثمانين وتسع، فإن ماتت الجارية والعبد بقي الولد بخمسمائة وخمسة وخمسين وخمسة أتساع لان ذلك حصته من الدينين، وإن ماتت الجارية ماتت بخمسمائة وستة وعشرين. وفي المبسوط: أصله أن الولد الحادث والمرهونة بعد العور يجعلان كالموجود قبل العور حتى يعود بسببه بعض ما كان ساقطا من الدين ومسائله على أنواع: أحدها في الزيادة بعد العور. والثاني في الزيادة بعد قضاء بعض المال. والاول: رهن جارية تساوي ألفا بألف فاعورت فزاد الراهن جارية تساوي خمسمائة فولدت الجارية العوراء ولدا يساوي ألفا ثم ماتت الجارية الزائدة يفتك الجارية العوراء وولدها بتسعة وثلاثين جزأ من ثمانين جزأ ونذهب الجارية الزائدة بأحد وعشرين من ثمانين لانه جعل هذا الولد الحادث بعد الاعورار كالحادث قبل الاعورار فنقسم جميع الدين عليهما نصفين، فلما اعورت سقط بالاعورار نصف ما فيها وذلك مائتان وخمسون وبقي

***

[٥٢١]

[وتصح الزيادة الرهن لا في الدين ومن رهن عبد بألف فدفع عبد آخر رهنا مكان الاول وقيمة] سبعمائة وخمسون، وهذا معنى قوله بعود بعدما سقط فلما زادت زيادة تساوي خمسمائة صارت هذه الزيادة في القائم من الدين فانقسمت الجارية الزائدة أثلاثا ثلث صار مضموما إلى نصف الولد، وثلث صار مضموما إلى العوراء، ثم باقي نصف الولد وهو مائتان وخمسون انقسم على قيمة الولد وثلث الزائدة، الوجه الثاني لو لم تعور الجارية وقضى الراهن خمسمائة ثم زاد جارية تساوي خمسمائة ثم ولدت الجارية الاولى ولدا يساوي ألفا فالجارية الزائدة رهن بمائتين وخمسين لا تزيد ولا تنقص، سواء كانت ولدت بعد الزيادة أو قبلها، والباقي من الدين وذلك خمسمائة يقسم على قمية الجارية الزائدة وعلى نصف الجارية الاولى فانقسم عليهما نصفين وولدها تبع لها وبيان التعليل يؤخذ من المبسوط. قال رحمه الله: (وتصح الزيادة في الرهن لا في الدين) يعني لو زاد على الرهن رهنا آخر جاز استحسانا خلافا لزفر، والزيادة في الدين لا تصح عندهما. وقال أبوبوسف رحمه الله تعالى: تجوز الزيادة في الدين أيضا، ويجوز أن يكون للمرتهن على الراهن دين آخر فيجعل الرهن رهنا بهما. ولابي يوسف رحمه الله تعالى أن هذه الزيادة تصير بعض الرهن رهنا بالزيادة وهو دين حادث مع بقاء القبض في الاصل وهذا تصرف في الرهن لا في الدين ولهما ولاية التصرف فيكون مشروعا تصحيحا لتصرفهما. ولهما أن الراهن تصرف في الرهن لا في الدين، ولو صحت الزيادة في الدين تصير زيادة في الرهن تبعا فينقلب المتبوع تابعا وفيه تغيير المشروع وتبديل الموضوع وهو باطل. وفي العناية: ولو قال زدتك هذا العبد مع الام قسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض، فما أصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت مع الام، فإن ماتت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة بما فيها فلا يبطل الحكم بالزيادة، ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شئ. وفي العناية أيضا: ولو قال زدتك هذا رهنا مع الولد جاز العقد ويكون رهنا مع الولد دون الام فينظر إلى قيمة الولد يوم الفكاك وإلى قيمة الام يوم العقد، فما أصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لانه دخل في ضمانه بالقبض، فإن مات بعد الزيادة بطلت لانه إذا هلك خرج من العقد وصار كأن لم يكن فيبطل الحكم في الزيادة. والمراد بقوله أن الزيادة في الدين لا تصح أن رهنا لا يكون رهنا بالزيادة. وأما نفس زيادة الدين على الدين فصحيحة لان الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الاول جائز إجماعا، وإذا صحت الزيادة في الرهن ثم قبضت قسم الدين على قيمتها يوم قبضها وعلى قيمة الاول يوم قبضه. وظاهر عبارة إطلاق المؤلف زيادة الدين شرط في مقابلتها رهنا أولا، والمنقول التفصيل قال في المبسوط: رهنه عبدا قيمته ألف بخمسمائة ثم زاده المرتهن بخمسمائة على إن زاده الراهن أمة لعبد الرهن بالدين كله فالامة نصفها رهن مع العبد بخمسمائة عندهما قال أبو يوسف: هما رهن بالالف. رهنه عبدا قيمته

***

[٥٢٢]

[كل ألف فالاول رهن حتى يرده إلى الراهن والمرتهن من الاخر أمين حتي يجعله مكان الاول] خمسمائة بخمسمائة من الدين والدين ألف ثم زاده أمة قيمتها ألف بالالف كله فولدت ولدا قيمته خمسمائة ثم مات العبد والامة بقي ولدها بثلث الخمسمائة التي كان العبد رهنها بها وبثلث الخمسمائة الاخرى الدين ألف ر هنه أمة بخمسمائة منها قيمتها ألف ثم رهنه بالالف كله أمة تساوي خمسمائة فولدت كل واحدة ولدا قيمته مثل قيمة الام فالاولى وولدها ونصف الثاني ونصف ولدها رهن بخمسمائة والامه القديمة، فإن ماتت الامة الزائدة ذهب ربع الخمسمائة الباقية وخمسون من الخمسمائة الاولى وبقي نصف ولدها رهنا بثلاثة أرباع الخمسمائة الباقية. رجل له على آخر ألف فرهنه بخمسمائة منها أمة تساوي مائتين ثم زاده أمة تساوي ثمان مائة درهم فهما رهن بالمال كله، فولدت كل واحدة ولدا قيمته مثل قيمة أمه ثم ماتت الاولى ذهب من الخمسمائة الاولى ثلثها ومن الخمسمائة الاخيرة خمسها وبيان الدليل والتعليل يطلب من المطولات. قال رحمه الله: (ومن رهن عبد بألف فدفع عبد آخر رهنا مكان الاول وقيمة كل ألف فالاول رهن حتى يرده إلى الراهن والمرتهن من الآخر أمين حتى يجعله مكان الاول) لان الاول دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا برفعهما، وإذا دخل بقي الاول في ضمانه ولا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بأحدهما، فإذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه. ثم قيل: يشترط تجديد العقد فيه لان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان، وقيل: لا يشترط لان الراهن تبرع وعينه أمانة على ما عرف وقبض الامانة يوب عن قبض الامانة. ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك بغير شئ استحسانا خلافا لزفر وقد مر. وإذا اشترى بالدين عينا أو صالح من الدين على عين أو حال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة وهلك بالدين وبطل الشراء والصلح، وإذا تصادقا على أن لا دين ثم هلك يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق فتكون الجهة باقية. وفي الكافي ذكر شمس الائمة في المبسوط: إذا تصادقا على أن لا دين بقي ضمان الرهن إذا كان تصادقهما الخمسمائة الباقية. رجل له على آخر ألف فرهنه بخمسمائة منها أمة تساوي مائتين ثم زاده أمة تساوي ثمان مائة درهم فهما رهن بالمال كله، فولدت كل واحدة ولدا قيمته مثل قيمة أمه ثم ماتت الاولى ذهب من الخمسمائة الاولى ثلثها ومن الخمسمائة الاخيرة خمسها وبيان الدليل والتعليل يطلب من المطولات. قال رحمه الله: (ومن رهن عبد بألف فدفع عبد آخر رهنا مكان الاول وقيمة كل ألف فالاول رهن حتى يرده إلى الراهن والمرتهن من الآخر أمين حتى يجعله مكان الاول) لان الاول دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا برفعهما، وإذا دخل بقي الاول في ضمانه ولا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بأحدهما، فإذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه. ثم قيل: يشترط تجديد العقد فيه لان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان، وقيل: لا يشترط لان الراهن تبرع وعينه أمانة على ما عرف وقبض الامانة يوب عن قبض الامانة. ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك بغير شئ استحسانا خلافا لزفر وقد مر. وإذا اشترى بالدين عينا أو صالح من الدين على عين أو حال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة وهلك بالدين وبطل الشراء والصلح، وإذا تصادقا على أن لا دين ثم هلك يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق فتكون الجهة باقية. وفي الكافي ذكر شمس الائمة في المبسوط: إذا تصادقا على أن لا دين بقي ضمان الرهن إذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا وظهوره يكفي لضمان الرهن، وأما إذا تصادقا قبله يبقى الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الرهن. وذكر الاسبيجابي أنهما إذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه، والصواب أنه لا يهلك مضمونا. رجل دفع مهر امرأة غيره تطوعا فطلقت المرأة قبل الوطئ رجع المتطوع بنصف ما أدى، وكذا لو اشترى عبدا وتطوع رجل بأداء ثمنه ثم رد العبد بعيب رجع المتطوع بما أدى عنهما فصار كأدائهما بإذنهما قلنا: أنه إذا قضى بأمرها رجع عليها بما أدى فملكاه بالضمان وهنا لم يملكاه فيبقى على ملك المتطوع والله تعالى أعلم

٩ البحر الرائق 9-م

البحر الرائق
ابن نجيم المصري ج ٩

***
[١]
تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق للامام العلامة الشيخ محمد بن على الطوري القادري الحنفي المتوفي بعد سنة ١١٣٨ ه ضبطه وخرج آياته واحاديثه الشيخ زكريا عميرات الجزء التاسع منشورات محمد على بيضون دار الكتب العلمية بيروت - لبنان
***
[٢]

دار الكتب العلمية بيروت لبنان العنوان: رمل الظريف. شارع البحتري. بناية ملكارت تلفون وفاكس: ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (٩٦١١) ٠٠ صندوق البريد ٩٤٢٤ - ١١ بيروت لبنان ﷺaL R - رضيKOT الله عن aL - ﷺILMIYﷺH رضي الله عنeirut - Lebanon ١ ﷺddres: al amel R - zarfi , رضي الله عنst ohtory , bldg Melkart , Floore st ٠٠٠: Tel Fax O P رضي الله عنox ١١ - رضي الله عنeirut ٤٢٤٩ - Lebanon
***
[٣]
بسم الله الرحمن الرحيم كتاب الجنايات أورد الجنايات عقيب الرهن لان كل واحد منهما للوقاية والصيانة فإن الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة النفس ألا ترى إلى قوله تعالى * (ولكم في القصاص حياة) * (البقرة: ١٧٩) ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنايات بناء على تقدم الوسائل على المقاصد، كذا في أكثر الشروح. قال في غاية البيان: ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية لانها محظورة فإنها عبارة عما ليس للانسان فعله ا ه. أقول: هذا ليس بشئ لان المقصود بالبيان في كتاب الجنايات إنما هو أحكام الجنايات دون أنفسها، ولا شك أن أحكامها مشروعة ثابتة بالكتابة والسنة. أيضا فلا معنى لتأخيرها من هذه الحيثية، ثم إن الجناية في اللغة اسم لما تجنيه من شئ أي تكسبه وهي في الاصل مصدر جنى عليه شرا جناية وهو عام في كل ما يقبح ويسوء إلا أنه في الشرع خص بفعل محرم حل بالنفوس والاطراف، والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة، والثاني يسمى قطعا وجرحا، هذا زبدة ما في الكتاب والشروح. الكلام في الجناية من أوجه: للاول في معرفة مشروعيتها. والثاني في سبب وجوبها. والثالث في تفسيرها لغة. والرابع في تفسيرها عند الفقهاء. والخامس في ركنها. والسادس في شرطها. والسابع في حكمها. أما الاول فهو معرفة مشروعيتها لقوله تعالى * (يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص) * (البقرة: ١٧٨) الآية. وقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود والقتل عدوان (١) او سبب مشروعية القصاص رفع الفساد في الارض. وأما معناها لغة فهي في اللغة اسم لما يجنيه المرء من شر وما اكتسبه تسمية للمصدر من جنى عليه شرا وهو عام إلا أنه خص بما يحرم من الفعل، وأصله من جنى التمر وهو أخذه من الشجرة، وأما في الشرع فهو اسم لفعل
***
[٤]
محرم شرعا، سواء كان من مال أو نفس. لكنه في عرف الفقهاء يراد به عند إطلاقه اسم الجناية الواقعة في النفس والاطرا ف من الآدمي والجناية الواقعة في المال تسمى غصبا والجناية الواقعة من المحرم أوفي الحرم على الصيد جناية المحرم. وأما ركنه فهو القتل وهو فعل مضاف إلى العباد تزول به الحياة بمجرد العادة. وأما شرطه فالمماثلة والمعادلة في الاستيفاء لان المماثلة مشروطة في أجزية السيآت وضمان العدوانات لقوله تعالى * (ومن جاء بالسيئة فلا يجزي إلا مثلها) * (الانعام: ١٦٠) ولان في إيجاب الناقض بخسا بحق المظلوم وفي إيجاب الزيادة جور على الظالم والبخس غير مشروع والحيف حدام فكان الانصاف والانتصاف في إيجاب المماثلة إلا أنه سقط اعتبار المماثلة في محال الافعال في الانفس في نوع ضرورة وهو أن قتل الواحد بطريق الاجتماع غالب وجودا ويظهر من الافراد

نادرا وقوعها فقتل الجماعة بالواحد، ولو اعتبرنا المماثلة في محل الافعال لادى إلى فتح باب العدوان وسد باب القصاص، وأية فائدة في شرع القصاص فسقط اعتبار المماثلة في الانفس للضرورة وبقيت المماثلة في الاطراف معتبرة فإن الاجتماع على إتلاف الطرف ليس بغالب بل هو نادر. وأما حكمه فهو وجوب القصاص والدية والاثم. قال محمد رحمه الله تعالى: القتل على ثلاثة أوجه: عمد وخطأ وشبه عمد. فالعمد هو أن يتعمد ضربه بسلاح وما يجري مجراه مما له حد يقطع ويجرح لان العمد والقصد مما لا يوقف عليه ولكن الضرب بآلة جارحة قابلة قاطعة دليل على القتل فيقام مقام العمد، ثم آلة القتل على ضربين: آلة السلاح وغير السلاح. أما السلاح فكل آلة جارحة كالسيف والسكين ونحوهما فيقتل به وهو عمد محض، ولو قتله بحديد لا حد له نحو أن يضربه بعمود أو بصنجة حديد أو نحاس أو صفر فعلى رواية الطحاوي يكون عمدا محضا لان الحديد إذا لم يجرح يكون عمدا لقوله عليه الصلاة والسلام لا قود إلا من حديد والحديد أصل في القتل به وأنه منصوص عليه في إيجاب القود به، والحكم في المنصوص عليه يتعلق بعين النص لا بالمعنى، والنص الوارد في الحديد والسيف يكون واردا فيما هو في معناه في الاستعمال دلالة والنحاس يستعمل منه السلاح كما يستعمل من الحديد فيكون الحكم فيه ثابتا بدلالة النص لا بعينه. ولو ضربه بصنجة رصاص لا يكون عمدا لانه لا يستعمل منه استعمال الحديد وهو السلاح، وأما غير السلاح كالليطة والمروة والرمح الذي لا سنافيه ونحوه إذا جرحه فهو عمد محض لانه إذا فرق الاجزاء عمل عمل السيف لانه حصل ما هو المقصود من الحديد بما هو معتاد له فلا تكون شبهة العمد اعتبار قصور الآلة ولهذا قال: إذا أحرق رجلا بالنار يقتل به لان النار تفرق الاجزاء وتبعضها وتعمل عمل الحديد. وأما شبه العمد وهو القتل بآلة لم توضع له ولم يحصل به الموت غالبا مثل السوط الصغير والعصا الصغيرة ونحوه، فأما القتل بالعصا الكبير وبكل آلة مثقلة يحصل بها الموت غالبا لكنها غير جارحة

***

[٥]

قاطعة بل هي مدققة مكسرة وهو شبه العمد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهم لما يأتي. وأما الخطأ وهو مالو تعمد شبها فيصيب آدميا أو يقصده فيظنه صيدا أو حربيا، فإذا هو مسلم، ونوع ما هو ملحق بالخطأ كالنائم إذا انقلب على إنسان فقتله، وكذا القتل بطريق التسبب كحفر البئر ووضع الحجر في الطريق الممر لانه إذا تسبب للقتل صار كالموقع والدافع ولما لم يقصد القتل هو كالخطأ في الحكم ولا يكون فيما دون النفس شبه العمد لان ما دون النفس لا يختص إتلافه بآلة دون آلة بل يختص بآلة جارحة قاطعة، فأما القتل يختص بآلات بعضها جارحة قاطعة وبعضها لا يختلف حكم النفس باختلاف الآلات، وأما حكمها فسيأتي. ولا يخفي أن القتل على خمسة أوجه: عمد وخطأ وشبه عمد وأما أجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب. قال صاحب النهاية: وجه الانحصار في هذه الخمسة هو أن القتل إذا صدر عن إنسان لا يخلو إما إن حصل بسلاح أو بغير سلاح، إن حصل بسلاح إما أن يكون به قصد القتل أولا، فإن كان فهو عدوان، وإن لم يكن فهوخطأ. وإن لم يكن بسلاح فلا يخلو إما أن يكون جاريا مجرى الخطأ أولا، فإن كان فهشبه العمد، وإن لم يكن فلا يخلو إما أن يكون معه قصد التأديب أو الضرب أولا، فإن كان فهو شبه العمد، وإن لم يكن فلا يخلو إما أن يكون جاريا مجرى الخطأ أو، فإن كان فهو الخطأ، وإن لم يكن فهو القتل بسبب، وبهذا الاختصار يعرف تفسير كل واحد منها ا ه. أقول: فيه خلل، أما أولا فلانه جعل القتل خطأ مخصوصا بما حصل بسلاح وليس كذلك إذ لا شك أن القتل الخطأ كما يكون بسلاح يكون أيضا بما ليس بسلاح كالحجر العظيم والخشبة العظيمة. وأما ثانيا فلان قوله وإن لم يكن جاريا مجرى الخطأ فهو القتل بسبب ليس بتام لان ما لا يكون جاريا مجرى الخطأ لا يلزم أن يكون القتل بسبب ألبتة بل يجوز أن يكون القتل بخطأ محض أيضا فلا يتم الحصر في القتل بسبب، ولما تنبه صاحب العناية لما في وجه الحصر الذي ذكره صاحب النهاية من القصور قال في بيان: قول المصنف القتل علس خمسة أوجه وذلك أنا استقربنا فوجدنا ما يتعلق به شئ من الاحكام المذكورة أحد هذه الاوجه المذكورة ونقل ما ذكر صاحب النهاية من وجه الحصر فقال: وضعفه وركاكته ظاهران من غير تفصيل وبيان والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام. قال جمهور الشراح: إنما قيد به لأنواع القتل من حيث هو قتل من غير نظر إلى ضمان القتل وعدم ضمانه أكثر من خمسة أوجه كقتل المرتد والقتل قصاصا والقتل رجما والقتل بقطع الطريق وقتل الحربي حتى قال بعضهم: ونظير هذا ما قاله محمد رحمه الله تعالى في كتاب الايمان الايمان ثلاثة ولم يرد جنس الايمان لانها أكثر من ثلاثة يميت بالله تعالى ويمين بالطلاق ويمين بالعتاق والحج والعمرة إنما أراد بذلك الايمان بالله تعالى ا ه. قال قاضيخان أقول فيما قالوا نظر إذا الظاهر أن شيئا من أنواع القتل لا يخرج عن الاوجه الخمسة المذكور في الكتاب بل

يدخل كل من ذلك واحد من تلك الاوجه فإن ما
***
[٦]
ذكره من قتل المرتد وقتل الحربي والقتل قصاصا أو رجما أو بقطع الطريق يكون قتلا عمدا إن تعمد القاتل ضرب المقتول بسلاح وما أجرى مجرى السلاح، ويكون شبه عمدان تعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح، ويكون خطأ إن لم يكن بطريق التعمد بل كان بطريق الخطأ إل غير ذلك من الاوجه المذكورة. وإنما تكون تلك الانواع المباحة من القتل خارجة عن الاحكام المذكورة لهذه الاوجه الخمسة فلا معنى للقول بأن أنواع القتل أكثر من خمسة. فإن قلت: كيف يتصور خروج تلك الانواع من الاحكام للاوجه الخمسة للقتل إلا من نفسه هذه الاوجه، وحكم الشئ ما يترتب عليه ويلزمه؟ قلت: قد يكون ترتب الحكم على شئ مشروطا بشرط ألا ترى أنهم جعلوا وجوب القود من أحكام القتل العمد مع أنه له شروط كثيرة منها كون القاتل عاقلا بالغا إذ لا يجب القود على الصبي والمجنون أصلا. ومنها أن لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الاب ولده عمدا لا يجب عليه القصاص. وكذا لو قتلت الام ولدها. وكذا الجد والجدة. ومنها أن لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لا يقتل المولى بعبده. ومنها كون المقتول معصوم الدم مطلقا فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا بالمرتد لعدم العصمة أصلا، ولا بالمستأمن في ظاهر الرواية لان عصمته ما ثبتت مطلقة بل مؤقتة إلى غاية مقامه في دار الاسلام، صرح بذلك كل ما في عامة المعتبرات فكذا كون القتل بغير حق شرطا لترتيب كل من الاحكام المذكورة للاوجه الخمسة من القتل وليس شئ مما ذكروا من الاحكام من هذه الانواع المذكورة لها بناء على أن انتفاء شرط تلك الاحكام وهو كون القتيل معصوم الدم وكون القتل بغير حق لا يقدح في شئ فالاظهر أن مراد المصنف بقوله والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام هو التنبيه على أن المقصود بالبيان في كتاب الجنايات أنما هو أحوال بغير حق إذ هو الذي يكون من الجنايات ويترتب عليه أحكامها دون أحوال مطلق القتل وإن كان الاوجه الخمسة المذكورة تتناول كل ذلك. قال رحمه الله: (موجب القتل عمدا وهم ما تعمد ضربه بسلاح ونحوه في تفريق الاجزاء كالمحدد من الحجر والخشب والنار الاثم والقود عينا) أي القتل الموصوف بهذه الصفة يوجب الاثم والقصاص متعين. قال السغناقي: القتل فعل يضاف إلى العباد تزول به الحياة. وفي المنتقي: ذكر ما يعرف به العمد من غيره. قال محمد: رجل تعمد أن يضرب يد رجل أو شيئا منه بالسيف فأخطأ فأصاب عنقه وأبان رأسه فهو عمد، ولو أراد أن يضرب يد رجل أو شيئا منه بالسيف فأخطأ فأصاب عنق غيره فهو خطأ لانه أصاب غير ما تعمد وفي الاول أصاب ما تعمد لانه قصد إتلاف طرف ذلك الرجل. ولو رمى قلنسوة على رأسه فأصاب عنق غيره فهو خطأ، وكذلك لو قصد ضرب القلنسوة فأصابه السيف فهو خطأ. ولو رمى
***
[٧]
رجلا فأصاب حائطا ثم رجع السهم فأصاب الرجل فهو خطأ لانه أخطأ في أصابه الحائط ورجوع السهم مبني على إصابة الحائط لا على الرمي السابق لانه آخر السببين والحكم يضاف إلى آخر السببين وجودا وقد تخلل بين الرمي والاصابة الاخيرة إصابة الحائط فقطع حكم الاصابة الاخيرة على الرمي السابق. ولو لف ثوبا فضرب به رأس إنسان فشجه موضحة فهو عمد، سواء اقتصر على الشجة أو مات لانه أصاب ما تعمد به وقد علمت الآلام عملها أثرت في الظاهر والباطن جميعا وقد مات من غير أن يجرح قال صار خطأ. وقال محمد في الديات: رجل ضرب رجلا بسيف بغمده فخرق السيف الغمدة فقتلة قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا قود عليه. وقال محمد: إن كان الغمد يقتل لو ضرب به وحده يقتل لان الغمد لا يقصد به إلا الضرب إذا كان يقتل به وهو قاصد إلى القتل وقد أصاب المقتل فوجب القصاص. لابي حنيفة أنه أصاب الضرب دون القتل لان الغمد لا يقصد به الا الضرب عادة فصورة الخطأ هو أن يصيب خلاف ما قصد، وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى: رجل ضرب رجلا بإبرة أو بشئ يشبه الابرة تعمدا فقتله فلا قود عليه، وإن ضربه بمسلة أو نحوها فعليه القود لان الابرة مما لا يقصد بها القتل عادة، وإن كانت الآلة جارحة لان آلة الخياطة دون القتل فإذا تمكنت فيه شبهة عدم العمدية امتنع وجوب ما لا يجامع، فأما المسلة فهي آلة جارحة يقصد بها القتل، وفي رواية أخرى عنه أنه إن غرز بالابرة في المقتل فعليه القود وإلا فلالان غرز الابرة في المقتل يقصد به القتل لا التأديب. وفي الفتاوي الكبرى: ضر ب بحديد أو ذهب أو فضة أو شبهه أو نحاس أو رصاص أو صفر فجرحه ومات أنه يقتل، وإن رماه بصنجة ألف درهم فجرحه

أو لم يجرحه فمات منه قتل، ولو ضرب بعصا رأسها مضبب بالحديد وقد أصاب الحديد حتى جرحه أو أزهق سائر جسده أو ضربه بقفة حديد أو شبهة أو بقدر حديد فمات منه قتل، وهذا كله على قياس ظاهر الرواية على ما بينا. ولو ضربه بعصا من خشب قاد معه أو بحجر غيره ممدود لا يقتل، وإن كان ممدودا حتى جرحه يقتل. وعن أبي حنيفة في المجرد لو ألقى رجلا في الماء ثم أخرج وبه رمق فمكث أياما حتى مات يقتل به، وإن كان يجئ ويذهب حتى مات لم يقتل. ولو قمط رجلا وألقاه في البحر فغرق تجب الدية، ولو سبح سباحة ثم غرق لا دية عليه لانه غرق بعجزه وفي الاول نظير جيد. وفي الفتاوي الكبرى ما يجب القصاص في سبب دون سبب لف ثوبا فضرب به رأس رجل فشجه موضحا وجب القصاص، ولو مات لا يجب القصاص، ولو مات من ذلك يجب القصاص، وما يجب في سببه ومسببه إن شجه موضحة بحديد فيها قصاص، وإن مات منها يجب القصاص وعلى عكسه ما لا يجب في سبب ولا في مسببه أن يجرحه بخشبة عظيمة فلا يجب القصاص ولو مات كذلك. وفي الاجناس: وما ليس بسلاح فيما دون النفس عمد واعترض بأن قوله موجب هذا

***

[٨]

أثر العمد والاثر متأخر. وفصل بين المبتدأ وهو قوله موجبه وخبره وهو قوله الاثم بأجنبي وهو قوله أن يتعمد الضمير جاز أن يرجع إلى المضاف وأن يرجع إلى المضاف إليه. والضمير إذا احتمل فسد المعنى على أحد الاحتمالين فيتعين الاظهار بأن يقول العمد أن يتعمد. وعبر بقوله موجبه دون أن يقول حكمه وأثره ليفيد أن صفته الوجوب، وقد يجاب بأن المقصود الاحكام لا الحقائق فكذا قدم الحكم على التعريف وهذا فصل بغير أجنبي فلا يضر، والضمير يرجع إلى الاقرب وهو القتل لانه محل للتعمد فلا فساد. قوله ضربه أي ضرب المقتول قالوا: فيخرج العمد فيما دون النفس قوله ضربه أي ضرب المقتول قاله قاضي زاده أقول برد على المقتول في المنتقي كما نقله في المحيط إذا تعمد أن يضرب يد رجل فأخطأ فأصاب عنق ذلك الرجل فأبان رأسه وقتله فهو عمد وفيه القود، وإن أصاب عنق غيره فهو خطأ. ووجه الورود أنه لم يتعمد القتل بل تعمد ضرب اليد وجرى عمدا فظهر أن الشرط ولو للقطع لا لتقييد القتل كما قالوا، أما اشتراط العمد فلان الجناية لا تتحقق دونها ولا بد منها ليترتب عليها العقوبة لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان الحديث. وأما اشتراط السلاح فلان العمد هو القصد وهو فعل قد لا يوقف عليه لانه أمر يخفي فأقيم استعمال الآلة القاتلة غالبا مقامه، وظاهر هذا أنه إذا قتل بهذه الآلة ثم قال لم أقصد قتله لم يقبل منه والمنقول أنه لا يقبل منه. قال في المجرد: قتلت فلانا بسيفي ثم قال إنما أردت غيره فأصابته درئ عنه القصاص ولا يخفي عدم الورود لانه قال ضربه لا أن يتعمد قتله لان الشرط تعمد للضرب لا تعمد للقتل بدليل تعمد قطع اليد. أقول: فيه بحث وهو أن هذا القدر من التعليل يشكل بما إذا استعمل إلا آلة القاتلة في القتل الخطأ كما إذا رمى شخصا بسهم أو ضربه بسيف يظنه صيدا فإذا هو آدمي أو يظنه حربيا فإذا هو مسلم وهذا في نوع الخطأ في القصد، وكذا إذا رمى عرضا بآلة قاتلة فأصاب آدميا وهذا في نوع الخطأ في الفعل فإن استعمال الآلة القاتلة الذي جعل دليلا على القصد قد تحقق هناك أيضا مع أنه ليس بعمد بل هو خطأ محض على ما نصبوا عليه قاطبة. فإن قلت: المراد باستعمال الآلة القاتلة في التعليل المذكور استعمالها لضرب المقتول لا استعمالها فيه أيضا لضرب المقتول لكن الخطأ في وصف المقتول. فإن قلت: المراد استعمالها لضرب المقتول من حيث إنه آدمي لا استعمالها لضربه مطلقا وفي نوع الخطأ في القصد لم يتحقق الحيثية المذكورة قلت: كون الاستعمال من هذه الحيثية أمر مضمر راجع إلى النية والقصد فلا يوقف عليه كما لا يوقف على العمد فلا بد من دليل آخر خارجي فتدبر. وذكر قاضيخان أنه لا يشترط الجرح في الحديد وما يشبه الحديد من النحاس غيره في ظاهر الرواية، وأما الاثم فلقوله تعالى * (ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها) * (النساء: ٩٣) الآية. أقول: القائل أن يقول الدليل خاص والمدعي عام لان إيجاب القتل المؤثم والقود لا ينفك عن لزوم المآثم والآية المذكورة مخصوصة

***

[٩]

بقتل المؤمن اللهم إلا أن يقال: الآية المذكورة وإن أفادت المأثم في قتل المؤمن عمدا فقط بعبارتها إلا أنها تفيد المأثم في قتل الذمي أيضا بدلا بناء على ثبوت العصمة بين المسلم والذمي نظرا إلى التكليف أو الدار كما سيأتي تفصيله. فإن قيل: بقي خصوص الدليل

مع عموم المدعي من جهة أخرى وهي أن المذهب عند أهل السنة والجماعة أن المؤمن لا يخلد في النار وإن ارتكب كبيرة ولم يثبت، والظاهر أن المراد بمن يقتل في الآية المذكورة وهو المستحل بدلالة خالدا فيها فكان القتل بدون الاستحلال خارجا عن مدلول الآية. قلنا: لا نسلم ظهور كون المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل لجواز أن يكون المراد بالخلود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر في التفاسير فلا ينافي التعميم مذهب أهل السنة والجماعة، ولئن سلم كون المراد بذلك هو المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية وفي التفاسير أيضال ففي الآية دلالة على عظم تلك الجناية وتحقق الاثم في قتل المؤمن عمدا بدون الاستحلال أيضا وإلا لما لزم من استحلاله الخلود في النار. وأما القود فلقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود ولقوله تعالى * كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر) * (البقرة: ١٧٨) الآية. إلا أنه يتقيد بوصف العمد لقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود أي موجبه يعني أن ظاهر الآية يوجب القود بالقصاص أينما يوجد القتل ولا يفصل بين العمد والخطأ إلا أنه تقيد بوصف العمدية بالحديث المشهور الذي تلقته الامة بالقبول وهو قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود أي موجبه قود، كذا في الشروح. قال صاحب الكفاية بعد ذلك: لا يقال إن قوله عليه الصلاة والسلام العمد قود لا يوجب التقييد لانه تخصيص بالذكر فلا يدل علي نفي ما عداه لانا نقول: لو لم يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة ا هـ. أقول: سؤال ظاهر الورود وينبغي أن يخطر ببال كل ذي فطرة سليمة ولكن لم أر أحدا سواه حول ذكره. وأما جوابه فمنظور فيه عندي لجواز أن يكون سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن حكم العمد فقط بأن كانت الجناية قتل العمد فصار قوله عليه الصلاة والسلام العمد قودجوابا عن سؤالهم، ففائدة ذكر لفظ العمد حينئذ تطبيق الجواب للسؤال ومع هذا الاحتمال كيف يتعين تقييد كتاب الله بالحديث المزبور. قال رحمه الله: (إلا أن يعفوا) يعني يجب القصاص إلا أن يعفو الاولياء فيسقط القصاص بعفوهم ولا يجب شئ. هذا إذا كان العفو بغير بدل، وإن كان ببدل يجب المشروط ويتعين بالصلح لا بالقتل. قال الامام الشافعي رحمه الله تعالى: الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختيار الولي. ولنا ما تلونا ورويناه من قوله عليه الصلاة والسلام العمد قود فيقتضي أن جنس العمد وجود القود لا للمال، ومن جعله موجبا للمال فقد زاد عليه وهو لا يجوز، وإلى هذؤا المعنى أشار ابن عباس رضي الله عنهما بقوله العمد قود لامال فيه ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة بينه وبين الآدمي صورة ومعنى إذ الآدمي خلق مكرما ليتحمل

***

[١٠]

التكليف ويشتغل بالطاعة وليكون خليفة الله تعالى في الارض. والمال خلق لاقامة مصالحه ومبتذلا له في حوائجه فلا يصلح جابرا وقائما مقامه، والقصاص يصلح للمماثلة صورة لانه قتل بقود، وكذا معنى لان المقصود بالقتل الانتقام والثاني فيه كالاول ولهذا سمي قصاصا وبه تحصل منفعة الاحياء بكونه زاجرا فلا يكون موجبا للمال، ولهذا يضاف ما يوجب من المال في قتل العمد إلى الصلح ألا ترى إلى قوله عليه الصلاة والسلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولو كان عمدا موجبا للمال لم أضافه إلى الصلح. والمراد بما روي ثبوت الخيار للمولى عندإعطاء القاتل الدية وتخييره لا ينافي رضا الآخر في غير الواجب، وهذا كما يقال للدائن خذ بدينك إن شئت دراهم وإن شئت دنانير وإن شئت عروضا. ومعناه أن لا يأخذ غير حقه إلا برضا المدين وهذا شائع في الكلام ألا ترى إلى قوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك أي لا تأخذ إلا سلمك عند المضي في العقد ولا تأخذ إلا رأس مالك عند التفاسخ نخيره، ومعلوم أنه لا يأخذ رأس ماله إلا برضا الآخر لان الفسخ لا يتم إلا باتفاقهم، فإذا كان المراد بالحديث ذلك أو احتمله لا يبقى حجة والذي يدلك على ذلك ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما إنه قال: كان القصاص في بني اسرائيل ولم تكن الدية فانزل الله هذه الآية * (كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر) * إلى قوله * (فمن عفى له من أخيه شئ) * (البقرة: ١٧٨) والعفو في أن يقبل الدية في العمد ذلك تخفيف من ربكم فيما كان كتب على من كان قبلكم فأخبر أن بني اسرائيل لم تكن فيهم دية أي كان ذلك حراما عليهم أخذه عوضا عن الآدمي ويتركوه نخفف الله تعالى عن هذه الامة ونسخ ذلك بقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ الآية. ونبه النبي صلى الله عليه وسلم عن هذه الجهة بل بينها بقوله من قتل له قتيل فهو بالخيار بين أن يقتص أو يعفو ويأخذ الدية التي

أبيحت لهذه الامة وجعل لهم أخذها إذا أعطوها. وعن أنس بن مالك أن عمه الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فقال عليه الصلاة والسلام حين اختصموا إليه: كتب الله القصاص. ولم يخير ولو كان المال واجبا به لخير إذ من وجب له أخذ شيئين على الخيار لا يحكم له بأحدهما معينا وإنما يحكم بأن يختار أيهما شاء، والذي يحققه أن الولي إن عفا عن القصاص قبل اختيار القصاص صح عفوه ولو لم يكن هو الواجب بالقتل ما صح عفوه قبل تعينه واختياره إذ العفو عن الشئ قبل وجوبه باطل، فإن كان القصاص هو الواجب الاصلي لا ينفرد الولي بالعدول عند إلى المال بدلا عنه لانه معاوضة ولا يجبر أحد على المعاوضة كما في سائل الحقوق، ولهذا لو ترك المولى القصاص بمال آخر غير الدية كالدار ونحوه من الاعيان لا يجبر القاتل على الدفع وإن فيه إحياء نفسه، ولا نسلم أن المضطر الذي ذكره يجبر على الشراء بحيث يدخل. في ملكه من غير رضاه وإنما نقول يأثم إذا ترك الشراء مع القدرة عليه ومات، وكذا نقول هنا أيضا يأثم. ثم إذا لم يخلص نفسه مع القدرة عليه وقوله الآدمي قد يضمن بالمال كما في

***

[١١]

الخطأ قلنا: وجوب الضمان في الخطأ ضرورة صون الدم عن الاهدار باعتبار أنه مثل له، وهذا لانه لما تعذر العقوبة وهو القصاص لعدم الجناية صيراليه لصون الدم عن الاهدر ولولا ذلك لتخلط كثير من الناس وأدى إلى التفاني، ولان النفس محترمة فلا تسقط حرمتها بعذر الخاطئ كما في المال فيجب المال صيانة لها عن الاهدار، ولا يقال وجوب القصاص لا ينافي وجوب المال ولا العدول إليه من غير رضا الجاني ألا ترى أن رجلا لو قطع يد رجل وهي صحيحة ويد القاطع شلاء فالمقطوع يده بالخيار إن شاء أخذ الارش، وإن شاء قطع يده الشلاء. وكذا لو عفا أحد الاولياء بطل حق الباقين في القصاص ووجب لهم الدية، ولو أنه وجب بالجناية لما وجب بغير رضاهم لانا نقول: إنما كان لهم ذلك لتعذر استيفاء حقهم كاملا. قال رحمه الله: (لا الكفارة) أي لا تجب الكفارة بقتل العمد. قال الشافعي رحمه الله تعالى: تجب اعتبارا بالخطأ بل أولى لانها شرعت تمحو الاثم وهو في العمد أكثر فكان ادعى إلى ايجابها. ولنا أن الكفارة دائرة بين العباد والعقوبة فلا بد من أن يكون سببها أيضا دائرا بين الحظر والاباحة لتعلق العبادة بالمباح والعقوبة المحظور وقتل العمد كبيرة محض فلا تناط به كسائر الكبائر مثل الزنا والسرقة والربا. قال تاج الشريعة فإن قلت: يشكل بكفارة قتل صيد المحرم فإنه كبيرة محضة ومع هذا تجب فيه الكفارة قلت: هو جناية على المحل ولهذا لو اشترك رجلان في قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحد، ولو كان جناية الفعل لوجب جزآن والجناية على المحل يستوي فيها العمل والخطأ ا ه. أقول: في الجواب بحث، أما أولا فلانه لا يدفع السؤال المذكور لان مورده مضمون الدليل المزبور وهو الكفارة لا تناط بما هو كبيرة محضة لا أصل المدعي وهو أنه لا كفارة في القتل العمد، فإذا سلم كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة يلزم أن يشكل الدليل المزبور به، سواء كان في جناية الفعل أو جناية المحل، وكون الجناية على المحل يستوي فيها العمد والخطأ إنما يفيد لو ورد السؤال على أصل المدعي فإنه يمكن الجواب عنه حينئذ بأن ما قلناه في جناية الفعل دون جناية المحل وقتل صيد الحرم من قبيل الثانية دون الاولى. وأما ثانيا فلانه قد تقرر في كتب أصول الفقه أن الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلا، فلو كان قتل صيد الحرم جناية على المحل لا جناية الفعل لزم أن لا تصلح الكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلا، ولا يمكن قياسه على الخطأ لانه دونه في الاثم فشرعه لدفع الادنى لا يدل على دفع الاعلى، ولان في قتل العمد وعيدا محكما ولا يمكن أن يقال يرتفع المأثم فيه بالكفارة مع وجود الشدة في الوعيد بنص قاطع لا شبهة فيه، ومن ادعى ذلك كان محكما فيه بلا دليل، ولان الكفارة من المقدورات فلا يجوز إثباتها بالقياس على ما عرف في موضعه، ولان قوله تعالى فجزاؤه جهنم الآية. كل موجبه إذ هو مذكور في سياق الجزاء للشرط فتكون الزيادة عليه نسخا ولا

***

[١٢]

يجوز بالرأي. قال رحمه الله: (وشبهه وهوان يتعمد ضربه بغير ما ذكر الاثم والكفارة على القاتل ودية مغلظة على العاقلة لا القود) أي موجب القتل شبه العمد الاثم والكفارة على القاتل والدية المغلظة على العاقلة ولا يوجب القصاص. وقوله وهو أن يتعمد ضربه بغير ما ذكر أي بغير ما ذكر في العمد هو المحدد وغيره هو الذي لا حد له من الادلة، وكالحجر والعصا وكل شئ ليس له حد يفرق الاجزاء،

وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وفي شرح الطحاو: شبه العمد عند الامام تعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا هو في معنى السلاح في تفريق الاجزاء. قال محمد: ويكون قصده الضرب والتأديب. وقالا: إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا. ولهما أن معنى العمدية يتقاصر باستعمال آلة لا تقتل غالبا لانه يقصد به التأديب، وأما التي تقتل غالبا كالسيف فكان عمدا فوجب القود ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام رض بين حجرين رأس يهودي رض رأس صبي بين حجرين، وكذا قتل المرأة التي قتلت امرأة بمسطح وهو عمود الفسطاط. ولابي حنيفة رحمه الله تعالى قوله عليه الصلاة والسلام ألا أن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر وفيه دية مغلظة مائة من الابل منها أربعون خلفة في بطونها أولادها وبإطلاقه يتناول العصا الكبير والكلام في مثلها ولان قضية القتل أمر مبطن لا يعرف إلا بدليل وهو استعمال الآلة القاتلة على ما بينا، وهذه الآلة لا تصلح دليلا على قصد القتل لانها غير موضوعة له ولا مستعملة فيه إذ لا يمكن القتل بها على غفلة منه ولا يقع القتل بها غالبا فقدمت العمدية كذلك فصار كالعصا الصغير، وهذا لان ما يوجب القصاص وهو الآلة المحدودة لا يختلف بين الصغير منهما والكبير لان الكل صالح للقتل لتخريب البنية ظاهرا وباطنا فكذا ما لا يوجب القصاص وجب أن يسوي بين الصغير والكبير منه حتى لا يوجب الكل القصاص لانه غير معد للقتل ولا صالح له لعدم نقض البنية ظاهرا وكان في قصد القتل شك لما فيه من القصور والقصاص نهاية في العقوبة فلا يجب مع الشك، وما روياه رض اليهودي يحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم علم أن اليهودي كان قاطع الطريق إذا قتل بسوط أو عصا أو غيره بأي شئ كان يقتل به حدا، ويحتمل أنه جعله كقاطع الطريق لكونه ساعيا في الارض بالفساد فقتله حدا كما يقتل قاطع الطريق فإن ذلك جائز أن يلحق به على ما بينا في قاطع الطريق. وأما حديث المرأة فقال عبيد بن فضيلة عن المغيرة بن شعبة: إن امرأتين ضربت إحداهما الاخرى بعمود الفسطاط فقتلتها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على عصبة القاتلة وقضى فيما في بطنها بغرة فقال الاعرابي: أغرم ممن لا طعم ولا شرب ولا صاح فاستهل ومثل ذلك باطل فقال: أسجع كسجع الاعرابي. وفي رواية قال: هذا من إخوان الكهان من أجل سجعه. فعلم بذلك أن ما روياه غير صحيح، والذي يدل على ذلك حمل ابن مالك على زعمهم

***

[١٣]

فإنهم قالوا قال حمل ابن مالك: كنت بين بنتي امرأتي فضربت إحداهما الاخرى بمسطح فقتلتها وجنينها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنينها بغرة وأن تقتل به، هكذا رووه. وقال ابن المسيب عن أبي سليمة عن أبي هريرة: اقتتلت امرأتان من هذيل فضربت أحدهما الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى أن دية جنينها عبد وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها فقال حمل ابن مالك بن النابغة: يا رسول الله اغرم ممن لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك باطل؟ فقال عليه الصلاة والسلام: هذا من إخوان الكهان. وهذا هو المشهور عن حمل ابن مالك فكيف يصح أن يتصور عنه خلاف ذلك؟ ثم لا فرق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بين أن يموت بضربة واحدة وبين أن يوالي عليه ضربات حتى مات كل ذلك شبه عمد لا يوجب القصاص، واختلفوا على قولهما في الموالاة. وقال الامام الشافعي رحمه الله تعالى: يصير عمدا بها فوجب القصاص. ولو ألقاه من جبل أو سبطح أو غرقه في الماء أو خقنه حتى مات كان ذلك شبه عمد عنده، وعندهما عمد وإنما كان آثما في شبه العمد لانه ارتكب محرما في دينه قاصدا له وإنما وجبت الكفارة به لانه خطأ من وجه فيدخل تحت النص على الخطأ. أقول: المتبادر من قوله لدخوله تحت الخطأ أن هذه الكفارة إنما وجبت في شبه العمد باعتبار الدخول. فإن قلت: يرد عليه أن تعين الكفارة لدفع الذنب الادنى بالشرع لا تعينها كما قالوا في العمد إذ لا شك أن شبه العمد أعلى ذنبا من الخطأ المحض فإن الجاني في شبه العمد قد قصد الضرب وفي الخطأ لم يقصد الضرب. وقد يجاب بأن ذنب شبه العمد دائر بين الادنى والاعلى فإلحاقه بالادنى أولى طلبا للتخفيف فلذا وجبت فيه الكفارة. وذكر صاحب الهداية أن صاحب الايضاح قال في الايضاح: وجدت في كتب أصحابنا أن اكفارة في شبه العمد لا تجب على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فإن الاثم كامل وتناهيه يمنع شرع الكفارة لان ذلك من باب التخفيف. وجوابه على الظاهر أن يقول: إنه إثم الضر ب لانه قصده لا إثم القتل لانه لم يصدقه، وهذه الكفارة تجب بالقتل وهو فيه مخطئ وتجب

بالضرب ألا ترى أنها لا تجب بالضرب بدون القتل وبعكسه تجب، فكذا عند اجتماعهما يضاف الوجوب إلى القتل دون الضرب. وأما وجوب الدية فلما روينا، وإنما وجبت على العاقلة لانه خطأ من وجه على ما بينا فيكون معذورا فيتحقق التخفيف كذلك، ولانها تجب بنفس القتل فتجب على العاقلة كما في الخطأ ولهذا أوجبها عمر رضي الله عنه في ثلاث سنين. ويتعلق بهذا القتل حرمان الميراث كالخطأ بل أولى لانه جزاء القتل وهو أولى بالمجازاة لوجود القصد منه إلى الفعل، فحاصله أنه كالخطأ إلا في حق الاثم وصفة التغليظ في الدية على ما تبين من بعد إن شاء الله. قال رحمه الله: (والخطأ وهو أن يرمي شخصا ظنه صيدا أو حربيا فإذا هو مسلم أو
***

[١٤]

عرضا فأصاب آدميا وما جرى مجراه كالنائم إذا انقلب على رجل فقتله الكفارة والدية على العاقلة) قوله وهو أن يرمي شخصا إلى آخره تفسير لنفس الخطأ فإنه على نوعين: خطأ في القصد وخطأ في الفعل. وقد تبين النوعين بقوله وهو أن يرمي شخصا ظنه صيدا أو حربيا فإذا هو مسلم تفسير للخطأ في القصد لا في الفعل حيث ث أصاب ما رمى وإنما أخطأ في القصد أي الظن حيث ظن المسلم حربيا والآدمي صيدا. وقوله أو عرضا فأصاب آدميا هذا بيان للخطأ في افعل دون القصد فيكون معذورا. أقول: في عبارة الشارح والمصنف هنا تسامح فإنه قال في تفسير الخطأ في القصد وهو أن يرمي شخصا يظنه صيدا إلى آخره. وقال في تفسير الخطأ في الفعل وهو أن يرمي عرضا فيصيب آدميا. ولا يخفي أن كل واحد من نوعي الخطأ غير منحصر فيما ذكره في تفسيره بل الذي ذكره في تفسير كل واحد منهما جزء من جزئياته فكان أخص منه جدا فلم يصلح لان يكون تفسيرا له فكان الظاهر أن يقال في كل واحد منهما وهو نحو أن يرمي إشارة إلى العموم كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال: وفي الخطأ قصدا كرميه مسلما ظنه صيدا أو حربيا وفعلا كرميه عرضا فأصاب آدميا ا ه. ثم إن صدر الشريعة قال في شرح الوقاية: الخطأ ضربان: خطأ في القصد وخطأ في الفعل. فالخطأ الذي في الفعل إن يقصد فعلا فيصدر منه فعل آخر كما إذا رمى الغرض فأخطأ فأصاب غيره، هذا هو الخطإ في الفعل. وأما الخطأ في القصد هو أن لا يكون الخطأ في الفعل وإنما يكون الخطأ في قصده، فإن قصد بهذا الفعل حربيا لكن أخطأ في ذلك القصد وهو الغرض حيث لم يكن قصده ا ه. ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قا: الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل فعل آخر وليس كذلك فإنه إذا رمى عرضا فأصابه ثم رجع عنه أو تجاوز إلى ما وراءه فأصاب رجلا يتحقق الخطأ في الفعل، والشرط المذكور ههنا مفقود في الصورتين. ثم إنه أخطأ من وجه آخر حيث اعتبر القصد فيه وذلك غير لازم فإذا سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلا يتحقق الخطأ في الفعل ولا قصد فيه ا ه. وقول المؤلف عرضا هذا معطوف على قيد وظاهره أن الرمي معتبر في الخطأ في الفعل وليس كذلك فإنه لو سقط منه خشبة أو لبنة فقتل رجلا هذا خطأ في الفعل ولا رمي. وقوله كنائم انقلب على رجل تفسير لما جرى مجرى الخطأ لان هذا ليس بخطأ حقيقة ولما وجد فعله حقيقة وجب عليه ما أتلفه كفعل الطفل فجعله كالخطأ لانه محذور كالمخطئ، وإنما كان حكم المخطئ ما ذكره لقوله تعالى فيه * (فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله) * (النساء: ٩٢) وقد قضى به عمر رضي الله تعالى عنه في ثلاث سنين بمحضر في الصحابة من غير نكير فقصار إجماعا. قال رحمه الله: (والقتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه الدية على العاقلة
***

[١٥]

لا الكفارة) أي موجب القتل بسبب الدية على العاقلة لا الكفارة، أما وجوب الدية فلانه سبب التلف وهو متعد فيه بالحفر فجعل كالدافع الملقى فيه فتجب في الدية صيانة للانفس فتكون على العاقلة لان القتل بهذا الطريق دون القتل بالخطأ فيكون معذورا فتجب عى العاقلة تخفيفا كما في الخطأ بل أولى لعدم القتل منه مباشرة، ولهذا لا تجب الكفارة فيه. وفي الاصل: لو كان على دابة فوطئ دابته إنسان فقتله. وفي الينابيع أو سقط من سطح على إنسان فقتله. هذا كله قتل خطأ ومباشرة. وفي شرح الطحاوي: والكفارة تحرير رقبة في حق القادر، وصيا شهرين متتابعين في حق غير القادر. ولو أفطر يوما يجب الاستئناف ولا يجوز إلابنية من الليل ولا إطعام فيه فتعتبر القدرة وقت الاداء لا وقت الوجوب ا ه. قال رحمه الله: (والكل يوجب حرمان الارث إلا هذا) أي كل نوع من أنواع القتل التي تقدم من عمد وشبهه وخطأ وما أجرى مجراه يوجب حرمان الارث إلا القتل بسبب فإنه لا يوجب ذلك كما لا

يوجب الكفارة. وقال الشافعي: هو ملحق بالخطأ في أحكامه. قال رحمه الله: (وشبه العمد في النفس عمد فيما سواها) لان إتلاف ما دون النفس لا يختص بآلة دون آلة فلا يتصور فيه شبه العمد بخلاف النفس على ما بينا، والذي يدلك على هذا ما روي عن أنس ابن مالك أن عمة الربيع لطمت جارية فكسر ت ثنيتها فطلبوا إليهم العفو فأبوا والارش فأبوا إلا القصاص واختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا القصاص فقال أنس بن النضر: أتكسر ثنية الربيع والذي بعثك بالحق نبيا لا تكسر ثنيتها فقال النبي صلى الله عليه وسلم: يا أنس كتاب الله القصاص فرضي القوم فعفوا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن من عباد الله من لو أقسم على الله لابره. ووجه دلالته على ما نحن فيه أننا علمنا أن اللطمة لو أتت على النفس لا توجب القصاص ورأيناها فيما دون النفس قد أوجبته بحكه عليه الصلاة والسلام فثبت بذلك أن ما كان من النفس شبه عمد فهو عمد فيما دونها ولا يتصور أن يكون شبه عمد والله أعلم. باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه لما فرغ من بيان أنواع القتل شرع في تفصيل ما يجب القصاص من القتل وما لا يوجبه في باب على حدة. قال رحمه الله: (يجب القصاص بقتل كل محقون الدم على التأبيد عمدا) لما بينا وشرط أن يكون المقتول محقون الدم على التأبيد ليدفع شبه الاباحة عنه لان القصاص نهاية في العقوبة فيستدعي الكمال في الجناية فلا يجب مع الشبهة، واحترز بذلك عن المستأمن فإنه

***

[١٦]

غير محقون الدم على التأبيد. قال في العناية: وفيه البحث من أوجه: الاول أن العفو مندوب إليه وذلك ينافي وصف القصاص بالوجوب. الثاني أن حقن الدم على التأبيد غير متصور لان غاية ما يتصور منه أن يكون للمسلم في دار الاسلام وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله تعالى. الثالث أنه منقوض بمسلم قتل ابنه المسلم فإنها موجودة فيه ولا قصاص. الرابع أن قيد التأبيد لثبوت المساواة وإذا قتل المسأمن مسلما وجب القصاص ولا مساواة. والجواب عن الاول أن المراد بالوجود ثبوت الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو. وعن الثاني أن المراد بالحقن على التأبيد ما هو بحسب الاصل والارتداد عارض لا يعتبر ورجوع الحربي أصل لاعارض. وعن الثالث بأن القصاص ثابت لكنه انقلب لشبهة الابوة. وعن الرابع بأن التفاوت إلى نقصان غير مانع عن الاستيفاء بخلاف العكس. وفي الكافي: القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد وليس بينهما شبهة الملك ولا شبهة الحرية يعني به ليس المقتول بولده ولا هو عبده ولا له عليه شئ من الرق ويقتل، فإن كان القاتل سليما والمقتول به مغمى وعليه أو مبرسما أو مقطوعا أو أعمى أو مقطوع الجوارح أو أشل الجوارح أو كان صبيا أو مجنونا فإنه يقتل به. وفي العيون: ضرب رجلا بسيف في غمده فخرق السيف الغمد وقتله قال أبو حنيفة: لا قصاص عليه. وقال محمد: إن كان الغمد لو ضرب به وحده قتل قتل به. وفي الكبرى: والفتوى على قول أبي حنيفة. قال محمد في الجامع الصغير: إذا حمى التنور فألقى فيها إنسانا أو ألقاه فيما لا يستطيع الخروج منه فأحرقته النار يجب القصاص فوضع المسألة يصير إلى أن الاحماء يكفي، وإن لم يكن فيه نار قال البقالي في فتاواه: هو الصحيح. وفي البقالي: إذا ألقاه في النار ثم أخرج وبه رمق فبقي أياما مريضا من ذلك حتى مات قتل به وإن كان يجئ ويذهب. وفي الخانية: فمكث أياما لم يزل صاحب فراش، وإن كان يجئ ويذهب فلا. وفي الجامع الصغير أيضا: وذكر شيخ الاسلام في شرح ديات الاصل إن غرق إنسانا بالماء إن كان الماء قليلا لا يقبل منه غالبا ويرجى منه النجاة في الغالب فمات من ذلك فهو خطأ العمد عندهم جميعا، فأما إذا كان الماء عظيما إن كان بحيث يمكنه النجاة منه بالسباحة بأن كان غير مشدوولا مثقل وهو يحسن السباحة فمات فإنه يكون خطأ العمد، وإن كان بحيث لا يمكنه النجاة فعلى قول أبي حنيفة هو خطأ العمد فلا قصاص، وعلى قولهما هو عمد منحض ويجب القصاص. وفي الخانية: ولو ألقاه في الماء فغرق من ساعته لا قصاص في قول أبي حنيفة، وفي قول صاحبيه يجب القصاص. وفي المنتقي عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: رمى رجلا من سفينة في بحر أو في دجلة أو غر كما وقع فعلى عاقلته الدية، وإن كان حين ألقاه سبح ساعة ثم غرق فلا دية فيه. ولو ألقاه من سطح أو جبل أو ألقاه في بئر فعلى قول أبي حنيفة هذا خطأ العمد، أما على قولهما إن كان موضعا يرجى منه النجاة غالبا فهو خطأ، وإن كان لا ترجى منه النجاة غالبا فهو عمد محض يجب القصاص به

***

[١٧]
عندهما، وفي الخلاصة: لو جرح رجلا جراحة لا يتوهم معها النجاة وجرح آخر جراحة أخرى فالقاتل هو الذي جرحه جراحة لا يتوهم معها النجاة، هذا إذا كانت الجراحتان متعاقبتين، فإن كانتا معا وكلاهما قاتلة يقتلان به، وكذلك لو جرح رجلا جراحة لا يتوهم معها النجاة. هذا إذا كانت الجراحتان متعاقبتين، فإن كانتا معا وكلاهما قاتلة يقتلان به، وكذلك لو جرح رجلا جراحتين والآخر جراحة واحدة كلا منها قاتلة، إذا جرح رجل حتى مات فعلى قول أبي حنيفة لا قصاص عليه ولكن إن اعتاد ذلك فالامام يقتله حد وهو نظير الساحر إذا تاب، وأمنا على قولهما إن دام على الخنق حتى مات فعليه القصاص كما لو قتله بحجر عظيم أو خشبة عظيمة. وإن كان ترك الخنق قبل الموت ثم مات بعد ذلك فإنه ينظر، إن دام على الخنق مقدارا لا يموت الانسان منه غالبا فلا قصاص. وفي الظهيرية: ولو قمط رجلا ثم أغلى له ماء في قدر يثخنه حتى صار كأنه نار وألقاه في الماء فسلخ فمات قتل به وإن كان الماء حارا لا يغلي غليا شديدا فألقاه فيه ثم مكث ساعة ثم مات وقد سقط جلده قتل به وإلا فلا، وإن هو أخرج من القدر في هذه الوجوه وقد انسلخ فمات من ساعته أو يومه أو مكث أياما يخاف عليه من ذلك قتل به، وإن عاش حتى يجئ ويذهب ومات من ذلك لم يقتل عليه الدية، وهذا قياس قول أبي حنيفة. ولو ألقاه في ماء بارد في يوم شات فمات ساعة ألقاه فعليه الدية، وكذلك لو أخذه فاجعله في سطح في يوم شديد البرد فلم يزل حتى مات من البرد، وكذلك لو قمطه فجعله في الثلج، ولو أن رجلا قمط رجلا أو صبيا ثم وضعه في الشمس فلم يخلص حتى مات من حر الشمس فعليه الدية، ولو أن رجلا أدخل رجلا في بيت وأدخل معه سبعا وأغلق عليه الباب وأخذ الرجل السبع فقتله لم يقتل به ولا شئ عليه، وكذا لو نهشته حية أو سعته عقرب، وكذا لو قمط صبيا فألقاه في الشمس أو في يوم بارد حتى مات على عاقلته الدية. ولو ضرب إنسانا ضربة لا أثر لها في نفس لا يضمن شيئا، نص الامام السرخسي. في مجموع النوازل: رجل صاح بآخر فجاءه فمات من صحيته تجب فيه الدية، ولو سلخ جلد وجهه ففيه الدية، وإذا سقا رجلا سما فمات من ذلك فهو على ثلاثة أوجه: إما أن يكون أوجره على كره أو كراهة على شربه حتى شرب أو ناوله وشربه من غير أن يكرهه عليه. فإن أوجره إيجارا أو ناوله وأكرهه على شربه حتى شرب فلا قصاص وعلى عاقلته الدية. وفي الذخيرة ذكر المسألة في الاصل مطلقا من غير خلاف ولم يفصل بين ما إذا كان مقدرا يقتل مثله غالبا أو لا يقتل، وهذا الجواب لا يشكل على قول أبي حنيفة وذلك لان القتل حصل بحال لا يخرج لامن حيث الحقيقة ولا من حيث الاعتبار فكان خطأ العمد على مذهبه، وأما على قول أبي يوسف ومحمد فمن مشايخنا من قال الجواب عندهما على التفصيل إن كان ما أوجره من السم مقدار ما يقتل مثله غالبا كان عمدا محضا، وإن كان قدرا لا يقتل مثله غالبا فإنه يكون خطأ العمد ومن

***

[١٨]
مشايخنا من قال بأنه على قولهم جميعا يكون خطأ العمد، سواء كان مما يقتل مثله غالبا أو لا يقتل، وكان كمن أوجر رجلا سقمونيا تحتمله النفوس فمات لا يكون عمدا محضا. وإذا تناوله فشرب من غير أن أكره لم يكن عليه قصاص ولا دية، سواء علم الشارب بكونه سما أو لم يعلم. وفي الخانية: لا قصاص عليه ولا دية لانه شرب باختياره إلا أن الدافع خدعه فلا يجب عليه إلا التعزير والاستغفار. ومن دفع سكينا إلى رجل فقتل به نفسه لم يكن على الدافع شئ. وفي فتاوي الخلاصة: ادخل نائما أو مغمى عليه أو صبيا في بيته فسقط عليه البيت ضمن في الصبي والمعتوه دون النائم، إن أدخل إنسانا في بيت حتى مات جوعا أو عطشا لا يضمن شيئا عند أبي حنيفة، وعندهما تجب الدية. وفي الكبرى: إذا طين على آخر بيتا حتى مات جوعا أو عطشا لم يضمن شيئا في قول أبي حنيفة. وقالا: عليه الدية. وفي الخانية قال محمد: يعاقب الرجل وعلى عاقلته الدية. وفي الظهيرية: ولو أن رجلا أخذ رجلا فقيده وحبسه حتى مات جوعا قال محمد: أوجعه عقوبة والدية على عاقلته. والفتوى على قول أبي حنيفة أنه لا شئ عليه. وفي المنتقى سئل محمد عن رجل ألقى رجلا حيا في قبر ومات قال: فيه دية. وفي الذخيرة: يقاد فيه لانه قتله عمدا. وفي الكبرى: ولو ألقاه حيا في قبر يقتل به لانه قتله عمدا وهذا قول محمد، والفتوى أنه على عاقلته الدية. وفي الظهيرية: والفتوى على قول أبي حنيفة. وفي المجرد روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: فلان قتله بحديدة أو قال بالسيف ثم قال إنما أردت غيره فأصابته درئ عنه القتل. وفي المنتقي: إذا قال الرجل قتلنا فلانا

بأسيافنا متعمدين ثم قال كان معي غيري لم يصدق وقتل به، ولو قال قتله فلانا متعمدا بحديدة فلما أخذ بذلك قال كنت يومئذ غلاما لم يصدق وقتل به، ولو قال ضربت فلانا بالسيف متعمدا ثم قال لا أدري مات منها أم لا ولكنه مات وقال الولي مات من ضربتك فالقول قول القاتل وعليه نصف الدية. وفي المنتقي: إذا قطع حلقوم الرجل وبقي شئ قليل من الحلقوم وفيه الروح فقتله رجل آخر فلا قود عليه لان هذا ميت، ولو مات ابنه بعد ذلك وهو على تلك الحالة ورثه ابنه ولم يرث هو من ابنه. وفي الظهيرية: رجل نائم وهو صحيح فذبحه إنسان وقال ذبحته وهو ميت فإنه يقتل به قياسا، وفي الاستحسان تجب الدية. ولو شق بطن رجل وخرج أمعاءه كلها وسقطت على الارض إلا أنه صحيح بعد فقتله رجل فلا قود عليه. وفي الخانية: رجل عدا على رجل فشق بطنه وأخرج أمعاءه ثم ضرب رجل عنقه بالسيف عمدا فالقاتل هو الذي ضرب العنق عمدا، وإن كان خطأ تجب الدية، وعلى الذي شق البطن ثلث الدية، وإن كان نفذ إلى الجانب الآخر يجب ثلثا الدية لانهما حاشيتان في كل منهما ثلث الدية. هذا إذا كان مما يعيش بعد الشق يوما أو بعض يوم، فإن كان الشق بحال لا يتوهم معه وجود الحياة ولم يبق معه إلا اضطراب الموت فالقاتل هو الذي شق البطن فيقتص في العمد وتجب الدية في الخطأ. ولو قت رجلا وهو في

***

[١٩]

النزع فقتل القاتل به وإن كان يعمل أنه لا يعيش وسيأتي شئ من هذا الجنس. وفى فصل متفرقات الاسبيجابي: إذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يز صاحب فراش حتى مات فإن كان عمدا فعليه القصاص. وفي الجناية: رجل جرح رجلا جراحة وآخر جراحة عمدا ثم صالح المجروح أحدهما عن الجرح وما يحدث منه على ما ثم مات منهما جميعا عليه نصف الدية لوليه. قال رحمه الله: (وقتل الحر بالحر وبالعبد) وقال الشافعي رحمه الله تعالى: لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى * (الحبالحر والعبد بالعبد) * (البقرة: ١٧٨) فهذا يقتضي مقابلة الجنس بالجنس، ومن ضرورة المقابلة أن لا يقتل الحر بالعبد، ولان القصاص يقتضي المساواة ولا مساواة بينهما إذ الحر مالك والعبد مملوك والمالكية أمارة القدرة والمملوكية أمارة العجز. ولنا العمومات نحو قوله تعالى * (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) * (المائدة: ٤٥) وقوله تعالى * (كتب عليكم القصاص في القتلى) * (البقرة: ١٧٨) وقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود ولا يعارض بما تلي لان فيه مقابلة مقيدة وفيما تلونا مقابلة مطلقا فلا يحمل على المقيد على أن مقابلة الحر بالحر لا تنافي الحر بالعبد لانه ليس فيه إلا ذلك لبعض ما شمله العموم على موافقة حكمه وذلك لا يوجب تخصيص ما بقي ألا ترى أنه قابل الانثى بالانثى دليل على جريان القصاص بين الحرة والامة، وفائدة هذه المقابلة في الآية على ما قال ابن عباس رضي الله عنهما كانت بين النصير وبني قريظة مقابلة وكانوا بنوا قريظة أقل منهم عددا وكان بنوا النضير أشرف عندهم فتراضوا على أن العبد من بني النضير بمقابلة الحر من بني قريظة، والانثى منهم بمقابلة الذكر من بني قريظة فأنزل الله تعالى الآية ردا عليهم وبيانا على أن الجنس يقتل بجنسه على اختلاف مواضعتهم من القبيلتين جميعا فكانت اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس، ولانهما مستويان في العصمة إذ هي بالدين عنده وبالدار عندنا وهي المعتبرة فيجري القصاص بينهما حسما لمادة الفساد وتحقيقا لمعنى الزجر، ولو اعتبرت المساواة في غير العصمة في النفس لما جرى القصاص بين الذكر والانثى، والقصاص يجب باعتبار أنه آدمي وليدخل في الملك من هذا الوجه بل هو منفي على أصل الحرية من هذا الوجه ولهذا يقتل العبد بالعبد، وكذا قتل العبد بالحر، ولو كان مالا لما قتل. وكذلك عجزه أو موته وبقاء أثر كفره حكمي فلا يؤثر ذلك في سقوط العصمة ولا يؤثر شبهة، ولو أورث شبهة لما جرى القصاص بين العبيد بعضهم ببعض. ووجوب القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان بعد المساواة في العصمة ولهذا لا تقطع الصحيح بالشلاء، وفي النفس لا يشترط ذلك حتى يقتل الصحيح بالزمن والمفلوج ولا مساواة بين أطلافا الحر والعبد لا في العصمة فأظهر أن أثر الرق فيها دون النفس لما أن العبد من حيث النفس آدمي مكلف خلق معصوما. قال رحمه الله: (والمسلم بالذمي) يعني يقتل المسلم بالذمي. وقال الشافعي: لا يقتل به لما أخرجه

***

[٢٠]

علي بن أبطالب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده (١) الحديث. ولنا ما تلونا من كتاب الله وما روينا من السنة فإنه بإطلاقه يتناوله، وقد صح عن عبد الرحمن ابن سلمة ومحمد بن المنكدر أن رسول الله صلى الله عليه

وسلم أتى برجل من المسلمين قد قتل معاهدا من أهل الذمة فأمر به فضرب عنقه فقال: أنا أولى من وافى بذمته، والقصاص يعتمد العصمة على ما بينا في العبد وقد وجدت نظرا إلى الدار وإلى التكليف، ولان شرط التكليف القدرة على ما كلف به ولا يتمكن من إقامة ما كلف به إلا يدفع أسباب الهلاك عنه، وذلك بأن يكون محرم التعرض ولا نسلم أن الكفر مبيح بنفسه بلا بواسطة الحراب ألا ترى أن من لا يقاتل منهم لا يحل قتله كالشيخ الفاني وقد اندفع الحراب بعقد الذمة فكان معصوما بلا شبهذا يقتل الذمي بالذمي، ولو كان في عصمته خلل لما قتل الذمي بالذمي كما لا يقتل المستأمن بالمستأمن وقد قال علي رضي الله عنه: إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا. وذلك بأن تكون معصومة بلا شبهة كالمسلم ولهذا يقطع المسلم بسرقة مال الذمي، ولو كانت في عصمته شبهة لما قطعكما لا يقطع في سرقة مال المستأمن لان المال تبع للنفس وأمر المال أهون من النفس، فلما قطع بسرقته كان أولى أن يقتل بقتله لان أمر النفس أعظم من المال ألا ترى أن العبد لا يقطع بسرقة مال مولاه ويقتل بقتل مولاه لما ذكرنا، والذي يدلك على ما قلنا أن الذمي لو قتل ذميا ثم أسلم القاتل قبل أن يقتل قتل به فعلم أن المراد بالحربي إذ هو لا يقتل به مسلم ولا ذمي، ولا يقال معناه لا يقتل ذو عهد مطلقا أي لا يحل قتله فيكون ابتداء كلام لانا نقول: هذا لا يستقيم لوجهين: أحدهما أن ذا عهد مفرد وقد عطف على جملة فيأخذ الحكم منها لان المعطوف الناقص يأخذ الحكم من المعطوف عليه التام كما يقال قام زيد وعمرو أو يقال قتل زيد بعمرو وخالد أي كلهما قام أو قتل، ولا يجوزأن يقدر له خبر آخر، والظاهر أن المعنى يأبى ذلك لان المراد بسوق الكلام الاول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذا الثاني تحقيقا للعطف إذ لا يجوز ذلك ألبتة في المفرد ألا ترى إلى قوله تعالى * (وما يستوي الاعمى والبصير) * (فاطر: ١٩) أن المنفي الاستواء في البصر العمى لا في كل وصف، ولهذا أجرى القصاص بينهما لاستوائهما في العصمة، وكذا نقصان حال الكافر بكفرلا يزيل عصمته فلا عبرة به كسائر الاوصاف الناقصة كالشلل والانوثة، ولا نسلم أن كفره مبيح للقتل بلا حرابة هو المبيح وقد ذكرناه غيره مرة بخلاف ما ذكر من الملك والاخت من الرضاع فإنه مبيح للوطئ، وإنما امتنع في الاخت المذكورة بعارض فأورث شبهة.

***

[٢١]

قال رحمه الله: (ولا يقتلان بمستأمن) أي لا يقتل المسلم ولا الذمي بحربي دخل دارنا بأمان لان دمه ليس بحقون على التأبيد فانعدمت المساواة، وكذا كفره باعث على الحراب لقصده الرجوع إلى دار الحرب ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا لوجود المساواة بينهما ولا يقتل استحسانا لوجود المبيح. قال رحمه الله: (والرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وناقص الاطراف وبالمجنون) يعني يقتل الرجل الصحيح بهؤلاء وهو معطوف على ما تقدم من قوله وقتل الحر بالحر لا على ما يليه من قوله ولا يقتلان بمستأمن وإنما جرى القصاص بينهم لوجود المساواة بينهم في العصمة والمساواة فيها هي المعبرة في هذا الباب، ولو اعتبرت فيما وراءها لا نسد باب القصاص ولظهر الفتن. قال رحمه الله: (والولد بالوالد) لما تلونا وروينا من العمومات ولما ذكرنا من المعاني. قال رحمه الله: (ولا يقتل الرجل بالولد) لقوله عليه الصلاة السلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده (١) ولان الوالد لا يقتل ولده غالبا لو فور شفقته فيكون ذلك شبهة في سقوط القصاص، ولان الاب لا يستحق العقوبة بولده لان سبب لاحيائه فمن المحال أن يكون الولد سببا لافنائه ولهذا لا يقتله إذا وجده في صف المشركين مقاتلا أو زانيا وهو محصن، وهذا لان القصاص يستحقه الوارث بسبب انعقد للميت خلافه ولو قتل به كان القاتل هو الابن نيابة وطولب بالفرق بين هذا وبين من زنى بابنته وهو محصن فإنه يرجم. أجيب بأن الرجم حق الله على الخصوص بخلاف القصاص، لا يقال فيجب أن يحد إذا زنى بجارية ابنه لانا نقول: ثبت له حق الملك بقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك (٢). قال رحمه الله: (والام والجد والجدة كالاب) سواء كان من جهة الاب أو من جهة الام لانه جزؤهم فالنص الوارد في الاب يكون واردا فيهم دلالة فكانت الشبهة شاملة للجميع في جميع صور القتل. وقال مالك رحمه الله تعالى: إن قتله ضربا بالسيف فلا قصاص عليه لاحتمال أنه قصد تأديبه، وإن كان ذبحه ذبحا فعليه القصاص لانه عمد لا شبهة فيه ولا تأويل بل جناية الاب أغلظ لان فيه قطع الرحم فصار كمن زنى بابنته حيث يرجم كما لو زنى بالاجنبية. والحجة عليه مروينا وما بينا وليس هذا كالزنا ببنته لان الاب لوفور شفقته يجتنب ما يضر ولده بل يتحمل الضرر عنه حتى يسلم ولده فهذا هو العادة الفاشية بين الناس فلا

يتوهم أن يقصد قتل ولده، فإن وجد ما يدل على ذلك فهو من العوارض النادرة فلا يتغير بذلك القواعد الشرعية ألا ترى أن السفر المشقة غالبا كان له أن يترخص برخصة المسافرين فلا يتغير ذلك بما يتفق فيه لبعضهم من الراحة ولا كذلك الزنا. قال رحمه الله: (وبعبده ومدبره ومكاتبه
***
[٢٢]
وبعبد ولده وبعبد ملك بعضه) يعني لا يقتل بهؤلاء لما روينا ولانه لو وجب القصاص لوجب له ٠ كما إذا قتله غيره ولا يجوز له أن يجوب على نفسه عقوبة. وكذا لا يستوجب ولده القصاص عليه لما بينا والقصاص لا يتجزئ فيسقط في البعض لاجل أنه ملك البعض فيسقط في الكل لعدم التجزئ. قال رحمه الله: (وإن ورث قصاصا على أبيه سقط) لما ذكرنا أن الابن لا يستوجب العقوبة على أبيه وصورة المسألة فيما إذا قتل الاب أخ امرأته ثم ماتت امرأته قبل أن يقتص به فإن ابنه يرث القصاص الذي لها على أبيه فسقط لما ذكرنا كما إذا قتل امرأته وليس لها ابن إلا أنها منه فيسقط القصاص قال رحمه الله: (وإنما يقتص بالسيف) وقال الشافعي رحمه الله تعالى: يقتص بمثل ما قتل إن قتله بفعل مشروع، وإن قبله بغير فعل مشروع كلواطة يتخذ له خشبة ويفعل به كما فعل. ولنا ما رواه سفيان من قوله عليه الصلاة والسلام لا قود إلا بالسيف (٣) وهو نص على نفي استيفاء القود بغير السيف فكيف يلحق به دلالة ما كان سلاحا من غير السيف؟ وهل يتصور أنه يدل كلام واحد على نفي شي وإثباته معا؟ والحق أن يكون المراد بالسيف في الحديث المزبور السلاح مطلقا بطريق الكناية كما أشار إليه المصنف بقوله والمراد به السلاح. وصرح به صاحب الكافي والكفاية حيث قالا: ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا قود إلا بالسيف (٣) والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رضي الله تعالى عنهم. وقال في النهاية: فإن قيل يحتمل أن يكوالمراد من الحديث لا قود يجب إلا بالسيف لا أن يكون معناه لا قود يستوفي إلا بالسيف قلنا. القود اسم لقعل هو جزاء القتل دون ما يجب شرعا وإن حمل عليه كان مجازا، ولان القود قد يجب بغير السيف كالقتل بالنار والابرة فلم يمكن حمله عليه لوجود وجوب القود بدون القتل بالسيف وإنما السيف مخصوص بالاستيفاء اه‍. وما رواه كان مشروعا ثم نسخ كما نسخت المثلة أو يكون اليهودي ساعيا في الارض بالفساد فيقتل كما يراه الامام ليكون أردع وهذا هو الظاهر، ولان اليهودي كان أخذ المال ألا ترى إلى ما روي في الخبر عن أنس بن مالك أنه قال: عدا يهودي على جارية فأخذها بما معها الحديث. وهذا شأن قطاع الطريق وهذا يقتل بأي شاء الامام يؤيد هذا المعنى ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قتل اليهودي بخلاف ما كان قتل به الجارية. والاستيفاء إما أن يكون بحكم الارث أو الملك أو بحكم السلطنة والولاية، والمستحق للقصاص والدية الورثة مثل ما يستحق ما له على فرائض الله تعالى يدخل في ذلك الزوج والزوجة، والوارث يقوم مقام المورث في استحقاق كل ما كان له من الاملاك والحقوق إلا أن الدية تجب حقا للميت ابتداء حتى نقضي منها ديونه وننفذ وصاياه ثم تثبت للورثة بطريق الخلافة والوراثة عند أبي حينفة رضي الله عنه حتى لو أقام واحد من الورثة البينة على
***
[٢٣]
القصاص لا يملك أن يقتص وحده ولا ينفرد أحدهم بالاستيفاء، إذا كانوا كبارا حتى يجتمعوا لانا لو اطلقنا للبعض الاستيفاء مع غيبة الباقين يؤدى الى حق الباقين في الاستيفاء وكذلك ليس للسلطان استيفاؤه مع الكبير عنده خلافا لهما، حجتهم أن ملك القصاص ثابت في المحل للكل بدليل أنهم يملكون الاعتياض والعفو عنه ويستوفي بحكم الملك عن الاختيار، ولو مات أحدهم يورث نصيبه وهذه فوائد الملك وثمراته، وملك الصغير معصوم محترم وأثر العصمة أن لا يقدر أحد على إبطاله إلا بعوض له إذا استيفاؤه معجلا منجزا يكون منتظما دافعا للمفسدة وهي صون القود وحفظه عن نظيره، فالفوات إليها إما بجهة الغيبة أو بجهة الموت فإن مدة الصبا مدة مديدة والموت في هذه المدة المديدة غير نادر وتغيب القاتل نفسه على وجه لا يضلع أحد عليه مخافة على نفسه غالب وليس بنادر. قال رحمه الله: (مكاتب قتل عمدأ وترك وفاء ووارثه سيده فقط أو لم يترك وفاء وله وارث يقتص) أما الاول وهو ما إذا ترك وفاء ولا وارث له سوى المال فالمذكور هنا هو قولهما، وعن محمد رحمه الله تعالى لا يجب القصاص لان سبب الاستحقاق قد اختلف ولان المولى يستحقه بالولاية بأن مات حرا أو بالملك إن مات عبدا فاشتبه الحال فلا يستحق لان اختلاف السبب كاختلاف المستحق

فيسقط أصلا كما إذا كان له وارث غير المولى فصار كما لو قال لغيره يعني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف الحكم. ولهما أن المولى هو المستحق للقصاص على التقديرين بيقين وهو معلوم فلا يضر مجرد اختلاف السبب لان السبب لا يراد لذاته وإنما يراد لحكمه وقد حصل بخلاف المستشهد به لاختلاف حكم السببين ولا يدري بأيهما يحكم فلا يثبت الحل بدون تعيين السبب. وأما الثاني وهو ما إذا لم يترك وفاء له وراث غير المولى فلانه مات رقيقا لانفساخ الكتابة بموته لا عن وفاء فظهر أنه قتل عبدا عمدا فيكون القصاص للمولى بخلاف معتق البعض إذا قتل ولم يترك وفاء له حيث لا يجب القصاص لان العتق في البعض لا يفسخ بموته عاجزا، ولان الاختلاف في أنه يعتق كله أو بعضه ظاهر فأشبه المستحق فأورث ذلك شبهة كالمكاتب إذا قتل عن وفاء. أقول: فيه نظر لانه قد مر من قبل أن أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هو أن اختلاف السبب الذي لا يفضي إلى منازعة ولا إلى الاختلاف الحكم لا يبالي به ولهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما إذا قتل المكاتب عمدا وليس له وراث سوى المال وترك وفاء، فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند أبي حنيفة في مسألة معتق البعض إذا مات عاجزا بأن المولى يستحق القصاص في بعضه بالولاية وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين ولا إفضاء إلى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا إلى الاختلاف في الحكم، فمن أين لا يثبت له الاستحقاق عنده بمجرد اختلاف السبب؟ ثم أقول: لعل المراد بقولهم بخلاف معتق العبض إذا مات ولم يترك

***

[٢٤]

وفاء، فأما إذا كان له وارث غير المولى يرشد إليه ذكر مخالف هذه المسألة في حيز قوله وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار إلى آخره فيحنئذ يصح تميم ما حمله المصنف في تعليله بقوله لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز بأن يقال فالمولى يستحق القصاص. في البعض المملوك بالملك والوارث يستحقه في البعض المعتق بالارث فيكون السببان راجعين إلى الشخصين فيبالي باختلافهما للافضاء إلى المنازعة نأمل تقف. واشتراط الوارث وقع اتفاقا فإنه إذا لم يكن له وراث أيضا الحكم كذلك لموته رقيقا، وذكر ذلك لينبه على أنه لا فرق بين أن يكون له وارث أو لم يكن بخلاف المسألة الاولى. قال رحمه الله: (وإن ترك وفاء ووارثا لا) أي لا يقتص وهذا بالاجماع وإن اجتمع المولى والوراث لاشتباه من له الحق لانه إن مات حرا كما قال علي وابن مسعود رضي الله عنهم فالقصاص للوارث، وإن مات عبدا كما قال زيد بن ثابت رضي الله عنه فالقصاص للمولى. قال ابن قاضي زاده على عبارة الهداية أقول: أطلق الوارث ههنا ولم يفيده بالحر وقيده في الصورة الآتية حيث قال: وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وكان الاولى أن يعكس الامر فإنه إذا كان الوارث ههنا رقيقا فالظاهر أنه يجب القصاص للمولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف لكون حق الاستيفاء للمولى خاصة إذ لا ولاية للارقاء على استيفاء القصاص فلم يشتبه من له الحق ههنا، وأما إذا كانت الورثة أرقاء في الصورة السابقة فيجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا كما إذا كانت ورثته أحرارا لانه مات عبدا في تلك الصورة، والتقييد بالاحرار يشعر بكون الحكم في الارقاء خلاف ذلك على أن مفهوم المخالفة معتبر عندنا أيضا في الروايات كما صرحوا به. فإن الوارث بالحر بل لا وجه له لاشعاره بكون الرقيق أيضا وراثا قلت: المراد بالوارث هنا من كان من شأنه أن يرن والرقيق كذلك لانه يرث عند زوال الرق لا من يرث بالفعل فيحتمل التقييد بالحرية وإلا يلزم أن لا يتم تقييد الورثة بالاحرار في الصورة الآتية أيضا مع أنها قيدت بها في الكتاب بل في أصل الجامع الصغير للامام الرباني.

قال رحمه الله: (وإن قتل عبد الرهن لا يقتص حتى يجتمع الراهن والمرتهن) لان الراهن لا يليه لما فيه من إبطال حق المرتهن في الدين لانه لو قتل القاتل لبطل حق المرتهن في الدين لهلاك الرهن بلا بدل، وليس للراهن أن يستوفي تصرفا يؤدي إلى بطلان حق الغير. وذكر في العيون والجامع الصغير لفخر الاسلام أنه لا يثبت لهما القصاص وإن اجتمعا فجعلاه كالمكاتب الذي ترك وفاء وارثا، ولكن الفرق بينهما ظاهر فإن المرتهن لا يستحق القصاص لانه لا ملك له ولا وفاء فلا يشبه من له الحق بخلاف المكاتب على ما بينا. وفي العيون: العبد المرهون إذا قتل عمدا فإن اجتمعا على القصاص فلهما أن يقتصا في قوله أبي حنيفة وأبي

***

[٢٥]

يوسف ويكون المستوفي هو الراهن. وقال محمد وزفر: لا قصاص وعلى القاتل القيمة. وفي الينابيع روى هشام عن أبي حنيفة وأبي

يوسف أنه يؤخذ من القاتل قيمته ويكون رهنا مكانه. وروى ابن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنهما إذا اتفقا على القصا ص وقيمته أقل من الدين أو مثله فلهما ذلك، وإن اختلفا فلهما قيمته وتكون رهنا مكانه. ثم على قول أبي يوسف إذا اجتمعا على القصاص سقط الدين على المرتهن في الرواية الظاهرة، وإن اجتمعا على أخذ القيمة يرجع المرتهن على الراهن بدينه كالعبد الموصى بخدمته. ولو قال المؤلف وإن قتل عبد فيه حقان تمامان لا يقتص حتى يجتمعا لكان أولى وأخصر، أما كونه أولى فلانه يشمل العبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر وغيره. وقولنا حقان ليفيد أنه إذا كانا مالكين فلا بد من اجتماعهما. وكونه أخصر أظهر. وقولنا تامان ليخرج العبد المبيع المقتول قبل القبض كما سيأتي. وفي فتاوي الفضلي: الموصى به إذا قتل قبل أن يقبل الموصى له الوصية فلا قصاص للوارث ولا للموصى له إن اتفقا أنه مات قبل قبول الموصى له ثم بعد ذلك ينظر، إن قبل الموصى له الوصية رجع على القاتل بقيمته ولا ترجع الورثة بذلك والموصى برقبته لرجل وبخدمته لآخر إذا قتل عمدا فلا قصاص فيه إلا أن يجتمعا. وفي الكبرى: إن اتفقا بطل حق صاحب الخدمة ويستوفيه صاحب الرقبة وإن لم يرض صاحب الخدمة فإنه تجب القيمة على القاتل ويشتري بها عبدا آخر ويكون حاله مثل حال الاول. وفي القدوري قال أبو يوسف: العبد الممهور إذا قتل قبل قبض المرأة وبدل الخلع إذا قتل قبل قبض الزوج وبدل الصلح عن دم العمد إذا قتل في يد الغاصب عمدا، فإن شاء المالك اقتص من القاتل، وإن شاء ضمن الغاصب قيمة عبده ثم يرجع الغاصب على القاتل. وإن قتل العبد المبيع قبل القبض فالقصاص للمشتري إن أجاز البيع لانه المالك، وإن نقص فللبائع لان البيع ارتفع وظهر أنه المالك، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وفي العيون وفي فتاوي الفضلي: العبد المبيع إذا قتل قبل القبض عمدا يخير المشتري بين المضي والرد، فإن اختار المضي فله أن يقتص ولكن لا يكون له الاستيفاء إلا بعد نقد الثمن فقد جوزوا إجازة البيع بعد الموت هنا، ولو رد المشتري المبيع للبائع أن يقتص في قوله أبي حنيفة، وإذا أدى الثمن قال أبو يوسف: لا يقتص البائع. وعند محمد تجب القيمة في الوجهين لاشتباه المستحق. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: رجل قطع يد عبد رجل أو شجه رجل ثم إن المولى باعه ثم رد عليه بعيب بقضاء قاض أو وهبه المولى من إنسان ثم رجع في الهبة بقضاء أو بغير ثم مات العبد من الجناية فإن مولى العبد يرجع على الجاني بجميع قيمته. وفي نوادر بشر عن أبي يوسف: لو أن أمة قطعت يدها خطأ وباها المولى من إنسان على أنه بالخيار وردت على المولى فماتت عنده من القطع فعلى القاطع قيمتها تامة، وإن كان القطع عمدا رأت القصاص استحسانا. وفي نوادر داود بن رشيد عن محمد: عبد قطع رجل يده ثم مات ثم اختلف

***

[٢٦]

القاطع والمولى وفي قيمته يوم القطع فقال القاطع كانت قيمته يوم القطع ألفي درهم فالقول قول القاطع، فإن غرم ذلك أو لم يغرم حتى تلفت اليد ومات فعلى قاطع اليد وعاقلته الدية، وأما النفس فلا يصدق واحد منهما عليه فيغرم القاتل قيمة النفس يوم تلفت ويكون على العاقلة ألف وخمسمائة منها أرش اليد. رجل فقأ عينين عبد وقطع الآخر رجله أو يده فبرئ وكانت الجناية عنهما معا فعليهما قيمته أثلاثا ويأخذان العبد فيكون بينهما على قدر ذلك، وكذلك لو كانت جراحة من اثنين معا جراحة هذا في عضو وجراحة هذا في عضو يستغرق ذلك القيمة كلها فإنه يدفعه إليهما ويغرمان القيمة على قدر أرش جنايتهما ويكون بينهما على ذلك. وإن مات منهما والجناية خطأ فعلى كل واحد منهما أرش جراحته على حدة من قيمة عبدصحيح ومات بقي من النفس عليهما نصفان، وإن علم أن إحدى الجراحتين قبل الاخرى وقد مات منهما فعلى الجارح الاول أرش جراحته من قيمته صحيحا وعلى الجارح الثاني أرش جراحته من قيمته مجروحا الجراحة الاولى، وما بقي من قيمته فعليهما نصفان. وإن برئ منهما والجراحة الاخرى تستغرق القيمة والاولى تستغرق القيمة فعلى الاول أرش جراحته وعلى الثاني أرش جراحته. وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل حمل على عبد رجل مختوما ورجل آخر حمل عليه مختومين وكان بغير إذن المولى فمات من ذلك كله فعلى صاحب المختوم ثلث القيمة، وعلى صاحب المختومين ثلثا القيمة وهو قول أبي حنيفة. وفي نوادر هشام عن أبي يوسف: رجل قتل رجلا فجاء رجل وادعى أنه عبده وأقام البينة وشهدوا أنه كان عبده فأعتقه وهو حر اليوم، فإن كان له وارث قضى لوارثه بالقصاص في العمد وبالدية في الخطأ، وإن لم يكن له وراث فلمولاه قيمته في الخطأ والعمد. وفي الذخيرة: عبد مقطوع اليد جاء إنسان وقطع رجله، إن قطع من هذا الجانب فعلى القاطع نقصان قيمة

العبد المقطوعة يده، وإن قطعها من الجانب الآخر فعليه نصف قيمة العبد المقطوع يده. وفي مختصر الكافي: وعلى هذا البائع إذا قطع يد العبد المبيع قبل التسليم إلى المشتري فيسقط نصف الثمن، ولو كان العبد مقطوع اليد فقطع البائع يده الثانية قبل التسليم يغرم النقصان ويسقط من المشتري بقدره من الثمن حتى لو انتقض ثلث لسقط ثلث الثمن، وكذلك لو كان مكان قطع اليد فق ء العين. وفي الظهيرية: ولو كان العبد مقطوع اليد فقطع إنسان يده الاخرى كان على قاطع اليد الثانية نقصان قيمته مقطوع اليد. قال رحمه الله: (ولابي المعتوه القود والصلح لا العفو بقتل وليه) يعني إذا قتل رجل قريبا للمعتوه فلو لي المعتوه استيفاء القصاص وله أن يصالح لان له تمام الشفقة والرأفة وله ولاية على المعتوه فقام مقامه، ولان في الصلح منفعة المعتوه. قال جمهور الشراح: هذا إذا صالحا على مثل الدية، أما إذا صالحا على أقل من الدية لم يجز ويجب كمال الدية، ولنا فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح أبي المعتوه عن دم قريبه مطلقا لانه

***

[٢٧]

قال وله أن يصالح من غير قيد بقدر الدية فينبغي أن يجوز الصلح على أقل من الدية عملا بإطلاقه. وإنما جاز صلحه على المال لانه أنفع للمعتوه من القصاص فإذا جاز استيفاء القصاص فالصلح أولى، والنفع يحصل بالقليل والكثير ألا ترى أن الكرخي قال في مختصره: وإذا وجب لرجل على رجل قصاص في نفس أو فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز، قليلا كان المال أو كثيرا، كان ذلك دون دية النفس أو أرش الجراحة أو أكثر، إلى هنا لفظ صاحب العناية. أقول: نظره ساقط جدا فإن لاصحا ب التخريج من المشايخ صرف إطلاق كلام المجتهد إلى التقييد إذا اقتضاه الفقه كما صرحوا به وله نظائر كثيرة في مسائل الفقه والله تعالى أعلم. أما القتل فلان القصاص شرع للتشفي ودرك الثأر وكل ذلك راجع إلى النفس ولاية على نفسه فيليه كالانكاح بخلاف الاخ وأمثاله حيث لا يكون لهم استيفاء قصاص وجب للمعتوه لان الاب لو فور شفقته جعل التشفي الحاصل للابن ولهذا يعد ضرر ولده ضرا على نفسه، وأما العفو فلا يصح لانه إبطال لحقه بلا عوض ولا مصلحة فلا يجوز، وكذلك إن قطعت يد المعتوه عمدا لما بينا. والوصي كالاب في جميع ما ذكرنا إلا في القتل فإنه لا يقتل لان القتل من باب الولاية على النفس حتى لا يملك تزويجه، ويدخل تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف إذا لم يسر القود في النفس. وذكر في كتاب الصلح أن الوصي أن يملك الصلح في النفس لانه فيها بمنزلة الاستيفاء وهو لا يملك الاستيفاء. وجه المذكور هنا وهو المذكور في الجامع الصغير أن المقصود من الصلح المال والوصي يتولى التصرف فيه كما لو يتولى الاب بخلاف القصاص لان القصة التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي، وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك فيها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فكان استيفاؤه وبمنزلة التصرف فيه. والقاضي بمنزلة الاب فيه في الصحيح ألا ترى أن من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه وهذا أولى، والصبي كالمعتوه ولما عرف في موضعه. قال رحمه الله: (والقاضي كالاب والوصي يصالح فقط والصبي كالمعتوه) يعني أن القاضي يملك استيفاء القصاص في الصغير الذي لا ولي له وهو قول المتأخرين من أصحابنا. وذكر الناطقي أنه لا يملك والوصي يملك الصلح ولا يملك استيفاء القصاص. هذا الكلام فيما إذا كان المجني عليه مولى الصغير أو المعتوه، فلو جنى صغير أو مجنون على نفس أو طرف وأراد الاب أن يصالح عن ذلك فله ذلك. وقوله والوصي يصالح فقط هذا إذا كان القصاص في النفس، وأما إذا كان في الاطراف ففي رواية الاصل ليس له ذلك، وعلى رواية الجامع الصغير له ذلك. وذكر شيخ الاسلام أنه يملك ذلك على وجه الاستحسان. وقوله والصبي كالمعتوه

***

[٢٨]

يعني ولي الصبي يملك ما قدمناه في أن ولي المعتوه يملكه. وفي العيون: إذا ثبت القتل عليه ثم جنى القاتل قال محمد: في القياس يقتل، وفي الاستحسان تؤخذ منه الدية. قالرحمه الله: (وللكبار القود قبل كبر الصغار) يعني إذا كان القصاص مشتركا بأن قتل رجل وله أولاد كبار وصغار فللكبار أن يعتلو القاتل قبل أن يبلغ الصغار وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: ليس لهم ذلك حتى يبلغ الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولان الكبار ليس لهم ولاية على الصغار حتى يستوفوا حقهم فتعين التأخير كما لو كان الكل كبارا وفيهم كبير

غائب أو كان أحد الوليين غائبا في العبد المشترك بخلاف ما إذا عفا الكبير حيث صح عفوه، وإن بطل حق الصغير في القصاص فإنه بطل بعوض فجعل كلا بطلان. ولابي حنيفة ما روى أن عبد الرحمن بن ملجم حين قتل عليا قتل به وكان في أولاد علي صغار وكان بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع، ولهذا لو استوفى بعض الاولياء القتل بنفسه لا يضمن شئ ولو لم يكن له ذلك اضمن كما لو قتل من وجب عليه القصاص اجنبي فافترقا، وبخلاف ما إذا كان بين المولين وأحدهما صغي رلان سبب الملك أ الولاء وهو غير مكامل، وفي مسألتنا القرابة وهي متكاملة. قال الشارح: ولانه حق لا يتجزى لانه سببه وهي القرابة لا تتجزى. أقول: في تمام الاستدلال بعدم تجزي سبب القصاص وهو القرابة على عدم تجزأ القصاص نفسه فيه خفاء لان العقل لا يجد محذورا في كون السبب بسيطا والمسبب مركبا، كيف والظاهر أن القرابة التي لا تتجزى كما أنها سبب لاستحقاق القصاص في القتل العمد كذلك هي سبب أيضا لاستحقاق الدية في القتل الخطأ مع أنه لا شك أن الدية تتجزى لانها مال والمال يتجزئ بلا ريب، فالاظهر في بيان كون القصاص حقا لا يتجزى ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية تقرير دليل الامامين وهو أن القتل غير متجزئ، ثم إن بعض الفضلاء طعن في قولهم ههنا أن سبب القصاص هو القرابة حيث قال: كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة؟ اه. أقول: نعم السبب للزوج والزوجة هو الزوجية وفي العتق والمعتقة هو الولاء دون القرابة إلا أن الظاهر أن قولهم ههنا وهو القرابة إما بناء على التغليب لكون أولياء القتل في الاكثر قرابة، وإما بناء على أنهم أرادوا بالقربة ههنا الاتصال الموجب للارث دون حقيقة القرابة فيعم الكل. وقيدنا محل الخلاف بكون القصاص بين الاخوين فلو كان بين الاب والاولاد الصغار أو بين الجد والاولاد الصغار فللاب والجد أن يستوفي القصاص بالاجماع، وفي الجامع: هذه المسألة على وجهين: إما أن يكون القتل عمدا أو خطأ، فإن كان خطأ، فإن كان الشريك الكبير أبا الصغير كان له أن يستوفس جميع الدية حصة نفسه بحكم الملك وحصة الصغير بحكم الولاية وإن كان الشريك الكبير أخا أو عما ولم يك وصيا للصغير الكبير يستوفي حصة نفسه ولا يستوفي حصة الصغير، وإن كان القتل عمدا إن كان الشريك الكبير أبا كان له أن يستوفي القصاص بالاجماع، وإن كان الشريك الكبير أجنبيا بأن قتل عبد وهو مشترك بين أجنبيين

***

[٢٩]

أحدهما صغير والآخر كبير ليس للاجنبي أن يستوفي القصاص بالاجماع. وفي المنتقي: إلا أن يكون الصغير ابنا فيستوفي حينئذ، وإن كان الشريك الكبير أخا أو عما فعلى قول أبي حنيفة له أن يستوفي القصاص قبل بلوغ الصغير، وعلى قولهما ليس له ذلك حتى يبلغ الصغير، وعلى هذا الاختلاف إذا كان الشريك الكبير معتوها أو مجنونا والكبير أخو المعتوه أو عمه وأراد السلطان أن يستوفي حصة الصغير مع الكبير لا شك أن على قول أبي حنيفة له ذلك، وأما على قولهما ليس له ذلك. وأجمعوا على أن القصاص إذا كان كله للصغير ليس للاخ الكبير ولاية الاستيفاء، والعبد المشترك بين صغير وكبير إذا قتل عمدا حتى وجب القصاص فأراد الكبير أن يستوفي القصاص، بعض مشايخنا قال إنه على الخلاف، وبعضهم قال لا يستوفيه الكبير بالاجماع. رجل له عبد أن قتل أحدهما الآخر عمدا فللولي أن يستوفي القصاص من القاتل، ذكره محمد في آخر إعتاق الاصل في باب جناية الرقيق. قال رحمه الله: (وإن قتله بمر يقتص أن أصابه الحديد وإلا لا كالخنق والتغريق) هذا إذا أصابه بحد الحديد من غير خلاف، وإن أصابه بظهرها أو بالعود لا كالخنق والتغريق فهو على الخلاف الذي ذكرناه في أول الباب. والمرعود في طرفها حديدة قال العيني: المر بفتح الميم وتشديد الراء وهو خشبة طويلة في رأسها حديدة عريضة من فوقها خشبة عريضة يضع الرجل رجله عليها ويحفر بها الارض، وبالفارسية تسمى بيل قال. رحمه الله: (ومن جرح رجلا عمدا فصار فراش حتى مات يقتص) يعني إذا جرح إنسان آخر فصار المجروح صاحب الفراش حتى مات وإنه يقتص من الجارح لان الجرح سبب ظاهر لموته فيحال الموت عليه ما لم يوجد ما يقطعه كحز الرقبة أو البرء منه. قال رحمه الله: (وإن مات بفعل نفسه وزيد وأسد وحية ضمن زيد نصف الدية) لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والآخرة وفعله بنفس جنس آخر لكونه هدرا في الدنيا معتبرا في الآخرة حتى يأثم به، وفعل زيد معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس: هدر مطلقا، ومعتبر مطلقا ومعتبر من وجه دون وجه وهو فعله بنفسه فيكون الثابت فعلا واحدا فيجب على زيثلث الدية، ثم إن كان فعل زيد عمدا تجب عليه الدية في ماله وإلا فعلى العاقلة لما عرف في موضعه. وفي المبسوط وغيره: المشاركة في القتل لا يخلوا إما أيشارك

القاتل من لا يكون فعله مضمونا أو يشاركه من يكون فعله مضمونا، فإن شاركه من لا يكون فعله مضمونا كالسبع والبهيمة والحربي والمرتد أو جرح انسان نفسه ثم جرحه آخر أو قطع الامام يد السارق في سرقة ثم قطع آخر يده أو جرحه ومات فلا قصاص على القاتل بالاجماع، وإن شاركه من يكون فعله مضمونا كالخاطئ والصبي والمجنون فلا قصاص على واحد منهما ولو كان مكان العمد خطأ تجب دية واحدة، ولو جرحه رجلان

***

[٣٠]

عامدا ثم مات أحد الجارحين ثم مات المجروح أو رمى رجلان إلى آخر فمات أحدهما ثم أصاب السهمان فمات من ذلك هل يجب القصاص على الحي؟ قال بعضهم: يجب لان فعل كل واحد منهما موجب. وقال بعضهم: لا يجب لان فعل أحدهما إنما ينعقد موجبا بعد الاصابة فلا ينعقد أحدهما موجبا بانفراده. رجلان قتلا رجلا أحدهما بالسيف والآخر بالعصا يقضي بالدية على عاقله صاحب العصا والقصاص على صاحب السيف. وفي المبسوط: أصله أن النفس متى تلفت بجنايات ووجب المال فإنه ينظر، إن تلفت بجنايات بني آدم فالعبرة فيها بعدد الجاني ولا عبرة بعدد الجنايات في حق الضمان حتى لو جرح واحد عشر جراحات خطأ وجرحه آخر واحدة خطأ بالدية عليهما نصفان لان فعل الانسان في نفسه معتبر لانه لا ينقلب عن حكمه في الدنيا وهو القصاص والدية أو إلا ثم في الآخرة فاعتبر عدد الجاني لا عدد الجنايات لان كل جناية تصلح أن تكون سبب الموت لو انفردت والعلة لا تترجح بالزيادة من جنسها فاعتبر الكل جناية واحدة، وإذا تلفت بجنايات البهائم وبجنايات بني آدم فلا عبرة بعدد الجنايات لان فعل البهائم هدر أصلا لانه لا يناط به حكم ما فاعتبر جنايات البهائم كلها كجناية واحدة لان حكم الكل واحد وهو الهدر، وهذا كرجل به جروح ودماميل قاتله فجرحه رجل آخر فمات من الكل يضمن الجارح نصف الدية وبرفع النصف ويسقط عنه اعتبار عدد الدماميل لانها مهدرة. ولو قطع رجل يده ولصاحبه حجر فشجه وعقره كلب فكسر رجله وافترسه سبع فعلى القاطع نصف الدية لان النفس تلفت بجنايات أربع واحدة فصار كأنها تلفت بجنايتين إحداهما معتبرة والاخرى مهدرة. ولو قطع يده رجل وجرحه آخر وجرح هو أيضا نفسه وافترسه سبع ضمن القاطع ربع الدية والجارح ربعها لان النفس تلفت بجنايات أربعة، ثنتان منها من بني آدم وهو معتبرتان، وواحدة من غير بني آدم وهي مهدرة فقد تلفت بجناية كل واحد من الاجنبين ربعه وقد سبق بيانه. قال رحمه الله: (ومن أشهر على المسلمين سيفا وجب قتله) ولا شئ بقتله لقوله عليه الصلاة والسلام من شهر على المسلمين سيفا فقد أبطل دمه ولان دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله إذا لم يكن دفعه إلا به، ولا يجب على القاتل شئ لانه صار باغيا بذلك، وكذا إذا أشهر على رجل سلاحا فقتله أو قتله غيره دفعا عنه فلا يجب بقتله شئ لما بينا، ولا يختلف بين أن يكون بالليل أو بالنهار في المصر أو خارج المصر لانه لا يلحقه الغوث بالليل ولا في خارج المصر فكان له دفعة بالقتل بخلاف ما إذا كان في المصر نهارا. وفي النوادر: يغسل ويصلي عليه، وعن الثاني يغسل ولا يصلي عليه. قال رحمه الله: (ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا في المصر أو غيره أو شهر عليه عصا ليلا أو نهارا في غيره فقتله المشهور عليه فلا شئ عليه)

***

[٣١]

لما بينا من المنقول والمعقول. قال رحمه الله: (ومن شهر عصا نهارا في مصر فقتله المشهور عليه قتل به) لان العصا خفيفة والغوث غير منقطع في المصر فكان بالقتل معتديا، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ظاهر لانه ليس كالسلاح عنده، وقيل عندهما يحتمل أن يكون على الخلاف المذكور في العمد لانه كالسلاح عندهما حتى يجب القصاص بالقتل به وقد بيناه، وقيل هذا في الزمان المتقدم، أما اليوم إذا شهر عليه العصا في مصر وقتله لا شئ عليه لان الناس تركوا الاغاثة والغوث. قال رحمه الله: (وإن شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا تجب الدية) وعلى هذا الصبي والدابة. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: لا تجب الدية في الصبي والمجنون. وقال الشافعي رحمه الله تعالى: لا يجب الضمان في الكل لانه قتله دافعا عن نفسه فصار كالبالغ العاقل وهذا لانه يصير محمولا على قتله فعله كان قال له اقتلني وإلا قتلتك وكون الدابة مملوكة للغير لا تأثير له في وجوب الضمان كالعبد إذا شهر سيفا على رجل فقتله فإنه لا يجب الضمان فكذا هذا فصار كالعبد إذا صال على الحر فقتله. ولابي يوسف إن فعل الصبي والمجنون معتبر أصلا حتى لا يعتبر في حق وجوب الضمان لان جناية العجماء جبار وكذا عصمتها لحقها، وعصمة الدابة لحق المالك فكان فعلهما مسقطا

لحقهما لعصمتهما فلا يضمنان ويضمن الدابة بخلاف الصيد إذا صال على المحرم أو صيد الحرم على الحلال لان الشارع أذن في قتله ولم يوجب علينا تحمل أذاه ألا ترى أن الخمس الفواسق أباح قتلها مطلقا لتوهم الاذى منها فما ظنك إذا تحقق الاذى ومالك الدابة لم يأذن فيجب الضمان؟ وكذا عصمة عبد الغير لحق نفسه وفعله محظور فتسقط به عصمته. ولنا أن الفعل من هذه الاشياء غير متصف بالحرمة فلم يقع بغيا فلا تسقط العصمة به لعدم الاختيار الصحيح ولهذا يجب القصاص على الصبي والمجنون بقتلهما، فإذا لم تسقط كان قضيته أن يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة إلا أنه لا يجب القصاص لوجود المبيح وهدفع الشر فتجب الدية. قال رحمه الله تعالى: (ولو ضربه الشاهر فانصرف فقتله الآخر قتل القاتل) معناه إذا شهر رجل على رجل سلاحا فضربه الشاهر فانصرف، ثم إن المضروب وهو المشهور عليه ضرب الضارب وهو الشاهر فقتله فعليه القصاص لان الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوما مثل ما كان لان حل دمه كان باعتبار شهره وضربه، فإذا رجع على وجه لا يريد ضربة ثانيا اندفع شره فلا حاجة إلى قتله لارتفاع شره بدونه فعادت عصمته فإذا قتله بعد ذلك فقد قتل رجلا معصوما ظلما فيجب عليه القصاص. قال رحمه الله: (ومن دخل عليه غيره ليلا فاخرج

***

[٣٢]

السرقة فاتبعه فقتله فلا شئ عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك أي لاجل مالك، ولان له أن يمنعه بالقتل ابتداء فكذا له أن يسترده به انتهاء إذا لم يقدر على أخذه منه، ولو علم أنه لو صاح عليه يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب عليه القصاص لان قتله بغير حق وهو بمنزلة المغصوب منه إذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص لانه يقدر على دفعه بالاستعانة بالمسلمين والقاضي فلا تسقط عصمته بخلاف السارق والذي لا يندفع بالصياح والله تعالى أعلم. باب القصاص فيما دون النفس لما فرغ من بيان القصاص فيما دون النفس شرع في بيان القصاص فيما دون النفس لان الجزء يتبع الكل. قال رحمه الله تعالى: (يقتص بقطع اليد من المفصل وإن كانت يد القاطع أكبر وكذا الرجل وما رن الانف والاذن) لقوله تعالى: * (والجروح قصاص) * (المائدة: ٤٥) أي ذو قصاص لقوله تعالى: * (والسن بالسن) * (المائدة: ٤٥) والقصاص ينبي على المماثلة فكل ما أمكن فيه رعاية المماثلة يجب فيه القصاص وما لا فلا. وقد أمكن في هذه الاشياء التي ذكرناها ولا عبرة بكبر العضو لانه لا يوجب التفاوت في المنفعة، وإذا قلنا أن المدار عن التساوي في المنفعة فلا تقطع اليمنى باليسرى، ولا الصحيحة بالشلاء، ولا يد المرأة بيد الرجل، ولا يد الحر بيد العبد. وقيد بقوله من المفصل لانه لو قطع ذلك من غير المفصل لا قصاص فيه. وفي النوادر روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه إذا قطع شحمه اذنه يقتص منه، وإن قطع نصف إذنه وكان يقدر أن يقتص مثل ذلك اقتص منه لان شحمه الاذن لها حد معلوم وللاذن مفاصل معلومة، فإذا قطع منها شئ يعلم أن القطع من أي المفصل أمكن القصاص، وكذلك إذا قطع غضروف الاذن قطعا يستطاع فيه القصاص اقتص منه يعمل ذلك بحديدة أو بغير حديدة. وإن جذب أذنه فانتزع شحمته لا قصاص فيه وعليه الارش في ماله، وإن كان أذن القاطع سكا أي صغيرة الخلقة وأذن المقطو صحيحة كبيرة كان بالخيار إن شاء ضمنه نصف الدية، وإن شاء قطعها على صغرها. وكذلك لو كانت أذن القاطع مقطوعة أو خرماء أو مشقوقة كان المقطوع بالخيار، وإن كانت الناقصة هي المقطوعة كان له حكومة عدل لا قصاص فيه. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: ولو قطع المارن وهو أرنبه الانف ففيها القصاص، وإن قطع من أصله لا قصاص عليه لانه عظم وليس بمفصل ولا قصاص في العظم. قال أبو حنيفة: لو قطع ذكره من أصله أو من الحشفة منه لانه أمكن استيفاؤه وعلى سبيل المساواة إذ له حد معلوم فأشبه اليد من الكوع. قال رحمه الله:

***

[٣٣]

(والعين ذهب ضوءها وهي قائمة وإن قلعها لا والسن وإن تفاوتا وكل شجة تحقق فيها المماثلة) لقوله تعالى * والعين بالعين) * (المائدة: ٤٥) يعني لو ضرب العين فأذهب ضوءها وهي قائمة يجب القصاص لانه أمكن بأن تحمى لها المرآة وتجعل على وجهه قطن رطب وتشد عينه الاخرى ثم تقرب المرآة من عينه بخلاف ما إذا انقلعت حيث لا يقتص منه لعدم إمكان رعاية المماثلة، وكانت هذه الحادثة وقعت في زمن عثمان رضي الله عنه فشارو الصحابة فقال علي رضي الله تعالى عنه: يجب القصاص فبين إمكان الاستيفاء بالطريق

التي ذكرناها. ثم هنا لم يعتبر الكبر والصغر حتى أجرى القصاص في الكل بأستيفاء الكل واعتبر بالشجة في الرأس إذا كانت استوعبت رأس ذلك المشجوج وهي لم تستوعبه رأس الشاج فأثبت للمشجوع الخيار إن شاء اقتص وأخذ بقدر شجته، وإن شاء أخذ أرش ذلك لان ما لحقه من الشين أكثر لان الشجة المستوعبة لما بين قرينه أكثر شيأ من الشجة التي لم تستوعب ما بين قرينه بخلاف قطع العضو فإن الشين فيه لا يختلف، وكذا منفعته لا تختلف فلم يمكن إلا القصاص لوجود المساواة فيه من كل وجه، وإذا قلعت لا يجب حيث لا يمكن المماثلة إذ لا قدرة لنا أن نفعل به كما فعل من غير زيادة ولا نقصان فلهذا لا يجب القصاص. وفي الهداية: ولو قلع السن من أصله يقلع الثاني تماثلا. قال صاحب الكافي وعامة شراح الكتاب في هذا المقام: ولو قلع السن من أصله لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فربما تفسد به المماثلة ولكن تبرد بالمبرد إلى موضع أصل السن، وعزاه الشارح إلى المبسوط. أقول: أسلوب تحريرهم ههنا محل تعجب فإن أحدا منهم لم يتعرض لما ذكر في الكتاب لا بالرد ولا بالقبول بل ذكروا المسألة على خلاف ما ذكر في الكتا ب، وكان من دأب الشراح التعرض لما في الكتاب إما بالقول وإما بالرد فكأنهم لم يروا أصلا، نعم القول الذي نقلته ههنا عن المصنف غير مذكور في بعض النسخ لكنه واقع في كثير من النسخ ليس بمثابة أن لا يطلع عليه أحد من الشرائع، كيف وقد أخذه صاحب الوقاية فذكره في متنه حيث قال: ولا وقود في عظم إلا في السن فتقلع إن قلعت وتبرد إن كسرت. وكان ما أخذه متن الوقاية هو الهداية كما صرح به صاحبه، وكذا ذكره في كثير من المتون: ثم إن التحقيق ههنا هو أنه إذا قلع سن غيره هل يقلع سنه قصاصا أم يبرد بالمبرد إلى أن ينتهي إلى اللحم؟ فيه روايتان كما أفصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال: إن كانت الجناية بكسر بعض السن يؤخذ من سن الكاسر بالمبرد مقدار ما كسر من سن الآخر وهذا بالاتفاق، وإن كانت الجناية بقلع سن ذكر القدوري أنه لا يقلع سن القالع ولكن يبرد سن القالع بالمبرد إلى أن ينتهي إلى اللحم ويسقط الباقي، وإليه مال شمس الائمة السرخسي. وذكر شيخ الاسلام في شرحه أنه يقلع سن القلع وإليه أشار محمد في الجامع الصغير
***
[٣٤]
حيث ذكر بلفظ النزع والنزع والقلع واحد. وفي الزيادات نص على القلع إلى هنا لفظ المحيط. وأما الشفتان ففي كل واحدة منهما نصف الدية إن كان خطأ، وأما إذا كان عمدا فذكر الطحاوي في شرحه عن الامام: إذا قطع شفة رجل السفلى أو العليا وكان يستطاع أن يقتص منه بقدر ما فعل يجب القصاص وإن قطع بعضه لا يجب ويقتص العليا بالعليا والسفلى بالسفلى. وقوله والسن إن تفاوتت يعني يجب قطع السن بالسن إذا أمكنت المماثلة. وإن تفاوتا في الصغر والكبر وإلا فلا وفي المنتقى: إذا أراد أن يقلع سن آخر مظلما فله أن يقتله إذا كان في موضع لا يغيثه الناس. وفي الذخيرة: ومن أراد أن يبرد سن آخر فليس له أن يقتله وإن كان لا يغاث. وفي الاصل: ينبغي أن يؤخذ الضرس بالضرس والثنية بالثنية والناب بالناب ولا يؤخذ الاعلى بالاسفل بل بالاعلى. وفي الخلاصة: الحاصل أن النزع مشروع والاخذ بالمبرد احتياط. وفي الجامع الصغير: وإذ كسر سن انسان وسن الكاسر أكبر يقتص منه وكذلك في القلع ولا قصاص في السن الزائدة وإنما فيها حكومة عدل، وإذا كسر سن انسان والسن المكسورة مثل ربع سن الكاسر يقتص منه ولا يكون على قدر الصغر والكبر بل يكون على قدر ما كسره من السن. وفي الحاوي: فإن كان سن المنزوع أطول وأعظم لم يكن له إلا القصاص، وإن كسر إن كان مستويا يمكن استيفاء القصاص منه اقتص منه بمبرد، وإن لم يكن مستويا ولا يستطاع أن يقتص كان عليه أرشه وفي الخلاصة: وان كسر ثلثا ليس بمستو بحيث لا يستطاع أن يقتص منه فعليه أرش ذلك في كل سن خمس من الابل أو من البقر. وفي المنتقي: إذا كسر من سن رجل طائفة منها انتظر بها حولا فإذا تم الحول ولم يكمل فعليه القصاص تبرد بالمبرد ويطلب لذلك طبيب عالم أو يقال لها قيمتها كم ذهب منها، فإن قال ذهب منها النصف يبرد من سن القالع النصف. وفيه أيضا: إذا كسر من رجل بعضها وسقط ما بقي فإن أبا يوسف كان يقول يجب القصاص. وفي القدورى: لا قصاص في المشهور، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: إذا نزع الرجل سن رجل فنبت نصفها فعليه نصف أرشها ولا قصاص في ذلك، فإن نبتت بيضاء تامة ثم نزعها آخر ينتظر بها سنة، فإن نبتت وإلا اقتص منه ولا شئ على الاول. وقال ابن أبي مالك قال أبو يوسف: يجب عليه فإن نبتت صفراء فعليه حكومة عدل. وقال ابن سماعة في السن إذا نزعت ينتظر بها سنة، فإن لم تنبت اقتص منه. وفي جامع الفتاوى في الاملاء: يقتص

من ساعته وإن نبتت صفراء ففيها حكومة عدل. وروى ابن مالك عن أبي حنيفة في السن إذا نزعت ينتظر بها البرد ثم يقتص من الجاني. وفي شرح الطحاوي: إذا كسر بعض سن انسان عمدا ثم اسود الباقي بذلك أو احمرت أو اخضرت أو دخلها عيب بوجه من الوجوه فلا قصاص ويجب الارش في مال الجاني، وبهذه الرواية تبين أن ما ذكره القاضي الامام صدر الاسلام والصدر الشهيد في الجامع الصغير فإذا كسر بعض سن إنسان واسود الباقي يجب
***
[٣٥]
فيها حكومة عدل ليس بصحيح. ولو قال المجني عليه أنا أستوفي القصاص في المكسور واترك ما أسود ليس له ذلك، وإذا ضرب سن انسان فتحرك ينتظر فيه حولا فإن احمر أو اخضر أو اسود تجب الدية كاملة في مال الجاني، وإن اصفر اختلف المشايخ فيه، هكذا ذكر شيخ الاسلام في شرحه. قال بعضهم: يجب كمال أرش السن كما في الاسود والاحمر. وقال بعضهم يجب حكومة عدل. وذكر شيخ الاسلام أحمد الطواويسي في شرحه أن في هذا الفصل اختلاف الروايات، روى عن أبي يوسف أنه يلزمه كمال الارش كما في الاسود، وعن محمد أنه قال ينظر في ذلك، فإن كان يلحقه من الشين بسبب الاصفرار ما يلحقه من الشين بسبب الاسوداد يلزمه كمال الارش وإلا فيقدر الشين. وعن أبي خنيفة أنه يلزمه حكومة عدل. وذكر القدوري أن هشاما روى عن محمد عن أبي حنيفة أن سن الحر إذا اصفرت فلا شئ، وإن كان عبدا ففيه حكومة عدل، وعن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن فيه الحكومة، وروي عن أبي مالك عن أبي يوسف أن الصفرة إذا اشتدت حتى صارت كالخضرة ففيها كمال الارش، وإن كانت دون ذلك ففيها الحكومة. ثم إن محمدا أوجب كمال الارش باسوداد السن ولم يفصل بين أن يكون السن من الاضراس التي لا ترى أو من القوارض التي ترى قالوا: ويجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل إن كان السن من الاضراس التي لا ترى إن فاتت منفعة المضغ بالاسوداد يجب الارش كاملا، وإن لم تفت متفعة المضغ يجب فيه حكومة عدل، وإن كان السن قائمة من القوارض التي ترى وتظهر من الاسنان فيجب كمال الارش بلاسوداد وإن تفت منفعته. وفي الينابيع: ولو ضرب سن انسان فتحركت سنة الاخرى فجاء للقاضي ليظهر أثر فعله، فإن أجله القاضي حولا وقد سقطت سنة فاختلفا قبل السنة فقال المضروب من ضربك وقال الضارب لا بل من ضرب رجل آخر فالقول للمضروب، وإن جاء بعد السنة واختلفا فالقول للضارب، ولو لم تسقط لا شئ على الضارب. وعن أبي يوسف أنه تجب حكومة عدل في الالم وفي شرح الطحاوي: ومن ضرب رجلا حتى سقط أسنانه كلها وهي اثنان وثلاثون سنا منها عشرون أضراس وأربعة أنياب وأربع ثنايا وأربع ضواحك فإن عليه دية وثلاثة أخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر ألفا في السنة الاولى، ثلثا الدية ثلث من الدية الكاملة وثلث من ثلاثة أخماس الدية، وفي السنة الثانية ثلث الدية، وفي السنة الثالثة وهي ما بقي من الدية والثلاثة أخماس. وإذا قلع الرجل سن رجل خطأ ثم نبتت فلا شئ على القالع عند علمائنا، وروى عنهما في النوادر أنه يجب الارش، والصحيح ما قلنا لان القياس يأبى وجوب الارش بالقلع وإن لم تنبت لان المتلف ليس بمال ولكنا تركنا القياس بالنص وإنما أوجب النص الارش إذا لم تنبت مكانه أخرى فإذا نبتت مكانه أخرى يقع على أصل القيا س، فإذا نبتت أخرى سوداء بقي الارش على حاله. وإذا نزع سن رجل عمدا أو انتزع المنزوع سنه سن النازع ثم نبتت سن الاول فعلى الاول
***
[٣٦]
أرش سن الثاني، ولو نبت معوجا يجب حكومة عدل، وإن نبتت سوداء جعل كأنها لم تنبت. وفي الكافي: ولو قلع سن غيره فردها صاحبها إلى مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع كمال الارش. وقال الشافعي في قول عليه الضمان بخلاف ما لو قطع شجرة رجل فنبتت مكانها أخرى حيث لا يسقط الضمان. السغناقي ذكر في المبسوط: ولو قلع سن رجل فنبتت كما كانت فلا شئ عليه في ظاهر الرواية ويرجع على الجاني بقدر ما يحتاج إليه من ثمن الدواء وأجرة الاطباء، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: لا يجب شئ. وفي الينابيع وقال أبو يوسف: لو نبتت سن البالغ بعد القلع لا يسقط الارش بل تلزمه الدية كاملة بخلاف سن الصبي. وقال أبو حنيفة: لا شئ في سن الصبي. وقال أبو يوسف: فيها حكومة عدل وإذا لم تنبت يجب فيها الارش كاملا، وإذا قلع الرجل ثنية رجل عمدا واقتص له من ثنية القالع ثم نبتت ثنيته لم يكن للمقتص له أن يقلع تلك الثنية التي نبتت ثانيا، ومثله لو نبتت ثنية المقتص له ولم تنبت ثنية المقتص منه

غرم المقتص للمقتص منه أرش ثنيته. قال في الاصل: إذا قلع الرجل سن رجل فأخذ المقلوع سنه وأثبتها في مكانها فثبتت فقد كان القلع خطأ فعلى القالع أرش السن كاملا. قال شيخ الاسلام: وهذا إذا لم يعد إلى حالته الاولى بعد الثبات في المنفعة والجمال والغالب أن لا يعود إلى تلك الحالة، وإذا تصور عود الجمال والمنفعة وبالاثبات لم يكن على القالع شئ كما لو نبتت السن المقلوع. قال في الاصل: إذا نزع ثنية رجل وثنية الجاني سوداء فالمجني عليه بالخيار وعلى نحو ما ذكرنا في مسألة العين وتفريع هذه المسألة على نحو تفريع مسألة العين. وفي السنغاقي عن أبي يوسف فيما إذا قلع سن رجل بالغ ثم نبت مكانها أخرى يجب حكومة العدل لمكان الالم فيقوم وبه هذا الالم فيجب ما انتقض منه بسبب الالم من القيمة. ولو نزع ثنية رجل وثنية النازع سوداء فلم يخير المجني عليه شيئا حتى سقطت السن السوداء ونبتت مكانها أخرى صحيحة فقد بطل حق المجني عليه. وفي الكافي: وكذا إذا لم يكن للقالع ثنية حين قلع ثم نبتت فلا قصاص له وله الارش، ولو قلع رجل ثنية رجل وثنية القلع مقلوعة فنبتت ثنيته بعد القلع فلا قصاص فيه وللمقلوع ثنيته أرشها. وفي المجرد عن أبي حنيفة: إذا نزع سن إنسان ينبغي للقاضي أن يأخذ ضمينا من النازع ثم يؤجله سنة من النزع، فإذا مضت سنة ولم تنبت اقتص منه، وعلى هذا إذا ضرب إنسان إنسانا وأسود السن فقال الضارب إنما اسودت من ضربة حدثت فيها بعد ضربتي فالقول للمضروب استحسانا، هكذا ذكر المسألة في الاصل وهكذا روى ابن سماعة عنأبي يوسف. وفي المنتقى في الباب الاول من الجنايات رواية الحسن عن أبي حنيفة في عين هذه الصورة أن القول قول الضارب وليس هذا في شئ من الجنايات إلا في السن للاثر. وفي النوازل سئل عن جل ضرب على وجه رجل فتناثرت أسنانه كلها قال: يجب لكل سن دية خمسمائة. قال الفقيه: إكانت جملتها اثنين وثلاثين يجب عليه ستة

***

[٣٧]

عشر ألفا، وإن كانت أسنانه ثلاثين فعليه خمسة عشر ألفا، ولو كانت ثمانية وعشرين فعليه أربعة عشر ألفا. وفي السراجية: في سن الرجل خمسمائة وفي سن المرأة نصف ذلك. وفي الفتاوى: أمره بنزع سنه ثم اختلفا فقال الآمر أمرتك بغير هذا فإنه قال: القول قول الآمر مع يمينه فإذا حلف فأرش السن على عاقله المأمور أو في ماله لا رواية في هذا. وفي المنتقى قالوا: وليس في نفس الآدمي شئ من الاعضاء ديته زائدة على دية النفس إلا الاسنان. رجلان قاما في اللعب ليتضار بابا لو كز يعني (مسه درن حابرل) فركب أحدهما الآخر وكسر سنه فعلى الضارب القصاص ولكن بالشرائط التي قلنا لان هذا عمد والمسألة كانت واقعة الفتوى على هذا. وفي الظهيرية: ولو قال كل واحد منهما (درن) فوكز أحدهما صاحبه لا شئ عليه وهو الصحيح بمنزلة قوله اقطع يدي فقطعها، وإذا قلع سن صبي وآخر حولا فمات الصبي قبل تمام الحول فلا شئ على الجاني في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: فيه حكومة عدل وفي الكبرى قال: فيه حكومة عدل، وإذا ضرب سن رجل فاسود سن الرجل ثم جاء آخر فنزعها فعلى الاول تمام أرشها. وفي الخانية: خمسمائة وعلى الثاني حكومة عدل، وإذا نزع سن رجل وسن الثاني سوداء أو صفراء أو حمراء أو خضراء والنزع كان عمدا يخير المجني عليه إن شاء اقتص منه، وإن شاء ضمنه أرش سنه خمسمائة. وإن كان المعيوب سن المجني عليه فله حكومة عدل ولا يقتص سنه لسنه. وفي الخانية: ولو ضرب سن إنسان فاسودت وسن الجاني سوداء أو حمراء أو خضراء أو صفراء كان المجني عليه بالخيار إن شاء ضمنه، وإن شاء استوفى القصاص ناقصا. وفي الكبرى: ولو نزع سن رجل فنبت نصفها فعليه نصف أرشها وإن نبتت صفراء ففيها حكومة عدل. قال رحمه الله: (ولا قصاص في عظم) لقوله عليه الصلاة والسلام لا قصاص في العظم وقال عمر وابن مسعود: لا قصاص في عظم إلا في السن. وهذا هو المراد بالحديث وبموضوع صاحب العتاب ولان القصاص ينبي عن المساواة وقد تعذر اعتبارها في غير السن. واختلف الاطباء في السن هل هو عظم أو طرف عصب يابس فمنهم من ينكر أنه عظم لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالخل فعلى هذا لا يحتاج إلى الفرق بينه وبين سائر العظام لانه ليس بعظم فلعل صاحب الكتاب ترك السن لذلك لانه لم يدخل تحت الاسم ولذا لم يستثنه في الحديث، ولئن قلنا بأنه عظم فالفرق بينه وبين سائر العظام أن المساواة فيه ممكنة بأن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه وكذلك إن قلع سنه فإنه لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه فلربما تفسد به، وإنما يبرد بالمبرد إلى موضع أصلب السن، كذا ذكره في النهاية معزيا إلى الذخيرة والمبسوط. قال رحمه الله: (وطرفي رجل وامرأة وحر وعبد وعبدين) أي لا قصاص في الطرف بين الرجل والمرأة. قوله وطرف رجل وامرأة إلى آخره فإن قيل:

***
[٣٨]
سلمنا وجود التفاوت في القيمة في الاطراف وأنه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فإن الشلاء نقطع بالصحيحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل ولا يد عبد بحر. والجواب أنا قد ذكرنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت المالي شائعا مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر مانعا من جهتة الاكمل، كذا في العناية. ولا مماثلة بين طرفي الذكر والانثى للتفاوت وبينهما في القيمة بتقسيم الشارع، ولا بين الحر والعبد، ولا بين العبدين للتفاوت في القيمة، وإن تساويا فيها بالظن فصار شبهة منع القصاص. فإن قيل: إن استقام عدم المماثلة في الحر والعبد لم يستقم بين العبدين لامكان تساوي قيمتها بتقويم المقومين أجيب بأن التساوي إنما يكون بالحزر والظن والمماثلة المشروطة شرعا لا تثبت بذلك كالمماثلة في الاموال الربوية بخلاف طرفي الحر بن لان استوائهما متقين بتقويم الشرع، وبخلاف الانفس لان الخلاف فيها متعلق بإزهاق الروح ولا تفاوت فيه. قال صاحب الكفاية: فإن قيل قوله تعالى * (والعين بالعين والاذن بالاذن) * (المائدة: ٤٥) مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا: قد خص منه الحربي والمستأمن والعام إذا خص منه شئ يجوز تخصيصه بخبر الواحد فخصصناه بما روى عن عمران بن حصين أنه قال: قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض بالقصاص اه. أقول: فيه نظر، أما أولا فلانه قد تقرر في علم الاحوال أن النص العام إذا خص منه شئ بكلام مستقل موصول به يكون ذلك العام المخصص منه البعض ظنيا في الباقي فيجوز تخصيصه بخبر الواحد، وأما إذا خرج من النص العام شئ مما هو مفصول عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنيا في الباقي بل يكون باقيا على حالته الاولى، ولا شك أن مخرج الحربي والمستأمن من الآية المذكورة ليس بكلام موصول بها فتكون باقية على قطعيتها الاصلية فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد، وقد مر منا غير مرة نظير هذا النظر في محاله. وأما ثانيا فلان حديث عمران بن حصين إنما يفيد عدم جريان القصاص في الاطراف بين العبدين ولا يفيد عدم جريانه فيما بين الرجل والمرأة ولا بين الحر والعبد فبقي الاعتراض بإطلاق الآية المذكورة في هاتين الصورتين ولم يتم الجواب. قال رحمه الله: (وطرف الكافر والمسلم سيان) أي مثلان فيجري القصاص بينهما للتساوي في الارش. وقال الشافعي: لا يجري لما ذكرنا من أصله. قال رحمه الله: (وقطع يد من نصف ساعد وجائفة برئ ء منها ولسان وذكر إلا أن تقطع الجشفة) أي لا قصاص في هذه الاشياء لعدم المماثلة فيها لان في القطع من نصف الساعد كسر العظم ويتعذر التساوي فيها إذا لا ضابط له، وفي الجائفة البرءنادر فلا يمكن أن يخرج الثاني جائفة على وجه يبرأ منه فيكون إهلاكا فلا يجوز، والذكر للسان ينقبضان وينبسطان فلا
***
[٣٩]
يمكن اعتبار المماثلة فيهما إلا أن يقطع من الحشفة لان موضع القطع معلوم فيصار إليه. وعن أبي يوسف أنه إذا قطع من أصلها يجب بخلاف ما إذا قطع بعضها لتعذر اعتبار المماثلة فيه. قال في الينابيع: إذا قطع اليد من العضو والرجل من الفخذ فعندهما فيه الدية، وما فوق الكتف والقدم ففيه حكومة عدل، وعند أبي يوسف: ما فوق الكعب والقدم مع الاصابع. وفي الخلاصة: دية اليد تجب مؤجلة في سنتين ثلثاها في السنة الاولى والباقي في السنة الثانية، وإذا كسر يد عبد رجل أو رجله لا يجب في الحال شئ، ولو قطع أصبعا زائدة وفي يده مثلها لا قصاص بالاجماع. وقال أبو حنيفة في الاقطعين والاشلين إنه لا قصاص هو قول أبي يوسف في رواية الحسن عنه، وكذلك مقطوع الابهام أو الاصابع كلها إذا قطع إنسان يده فلا قصاص في قول أبي حنيفة أنه لا قصاص فيه وفيه حكومة عدل. ولو كسر عظما من ساعد أو ساق أو غيره ففيه حكومة عدل، وفي ثدي المرأة دية كاملة ولا ذكر له في الكتب. وفي كسر الصلب دية كاملة إن منعه عن الجماع وأحد به فأما إذا لم يحد به ولم يمنعه من الجماع فهذا على نوعين: إما أن يبقى للجراحة أثر ففيه حكومة عدل ولم يجب كمال الدية، وأما إذا لم يبق لها أثر لم يجب فيه شئ وقد مر هذا فيما تقدم. وفي الظهيرية: وكذا صدر المرأة إذا انكسر وانقطع الماء منه ففيه الدية، وفي الصلب إذا دق لكن يقدر على الجماع ففيه حكومة عدل، وإن لم يقدر وصار أحدب ففدية كاملة، وإن عاد إلى حبله ولم ينقص ولكن فيه أثر الضرب ففيه حكومة عدل وإن لم يقدر وصار أحدب ففدية كاملة، وإن عاد إلى حبلة ولم ينق ص ولكن فيه أثر الضرب ففيه حكومة عدل، وإن لم يكن فيه أثر فلا شئ فيه في قول أبي حنيفة، وعندهما تجب أجرة الطبيب، وفي الذكر

كمال الدية، وفي ذكر الخصي حكومة عدل سواء كان يتحرك أو لا يقدر الخصي على الوطئ أو لا يقدر على هذا الخلاف ذكر العنين. وأما ذكر الشيخ الكبير إن كان يتحرك ولا يقدر على الوطئ فالجواب فيه كالجواب في ذكر الخصي وذكر العنين. وفي التهذيب: وفي ذكر الخصي والعينين حكومة عدل وهو ما يرى القاضي بمشورة أهل البصيرة، وقيل يقوم أن لو كان عبدا محبوبا وغيره فتجب نسبة النقصان من ديته كما لو نقص عشر القيمة يجب عشر الدية والاول أصح. وفي التجريد: المرأة إذا أفضاها فصارت لا تستمسك البول والغائط أو أحدهما ففيه دية كاملة، وفي الاثنين كمال الدية. وإذا قطع الحشفة يجب كمال الدية فإن قطع باقي الذكر فإن كان قبل تخلل البرء تجب دية كاملة ويجعل كأنه قطع الذكر بدفعة واحدة، وإن تخلل بينهما برء فيجب كمال الدية في الحشفة وحكومة العدل في الباقي. وإذا قطع الذكر والاثنين من الرجل الصحيح خطأ إن بدأ بقطع الذكر ففيه ديتان. وفي التجريد: وكذا إنما قطعها من جانب واحد. ولو بدأ بقطع الاثنين ثم بالذكر ففي الاثنتين الدية كاملة وفي الذكر حكومة عدل، وإن قطعهما من جانب الفخذ كعا فعليه ديتان. وفي التحفة: وفي الاثنين إذا قطعهما

***

[٤٠]

مع الذكر جملة واحدة في حالة واحدة يجب عليه ديتان: دية بإزاء الذكر ودية بإزاء الاثنيين. وإذا قطع الذكر أولا ثم الاثنين يجب ديتان أيضا لان بقطع منفعة الاثنين وهي إمساك المني، فأما إذا قطع الاثنيين أولا ثم الذكر تجب الدية بقطع الاثنيين وتجب بقطع الذكر حكومة العدل، وفي الاليتين إذا قطعتا خطأ كمال الدية. وفي الظهيرية: وفي أحدهما نصف الدية. وفي المنتقي عن محمد: إذا قطع إحدى أنثييه وانقطع ماؤه دية ونصف قال: ولا نعلم ذهاب الماء إلا باقرار الجاني فإذا قطع الباقي من إحدى الاثنيين يجب نصف الدية. ولم يذكر في الكتاب الحكم في العمد والطاهر الانثيين أنه يجب فيه القصاص حالة العمد وفي الرجلين كمال الدية في الخطأ، وفي أحدهما نصف الدية، وفي كل أصبع من أصابع الرجلين عشر الدية، وفي الرجل في العمد القصاص إذا قطع من مفصل القدم أو من مفصل الركبة ومن مفصل الركبة أو من مفصل الورك، وإن قطعت من غير المفصل لا يجب القصاص. وفي الذخيرة: وكذلك الحكم في أصابع الرجلين إن قطعت من المفصل عمدا يجب القصاص، وإذا قطع الرجل خطأ من نصف الساق تجب الدية لاجل القدم وحكومة العدل فيما وراء القدم والكلام فيه نظير الكلام في اليد إذا قطعت من نصف الساعد. وإن كسر نخذه فبرأت واستقامت فلا شئ عليه، وفي قول أبي يوسف حكومة عدل، وذكر أبو سليمان عن محمد في كتاب الخراج قال أبو حنيفة: ما انكسر من إنسان يدا أو رجلا أو غير ذلك وبرئ وعاد كهيئته فليس فيه عقل، وإن كان فيه نقص بأن نقص بأن برئ العظم وبقي فيه ورم ففيه من عقله بحساب ما نقص، وكذلك في الجزاحة الجسم إذا برأ وعاد كهيئة فليس فيه شئ. ولو كان في شئ ذلك من شلل ففيه حكومة عدل إلا الجائفة فإن فيها ثلث دية النفس، وإذا طعن برمح أو غيره في دبره وصار لا يستمسك الطعام في جوفه ففيه الدية، وإذا ضرب فسلسل بوله وصار بحال لا يستمسكه ففيه الدية، وإذا ضرب فقطع فرج امرأة وصارت يحال لا يمكن جماعها ففيه الدية. وفي الينابيع: وكذا لو قطع فرجها من الجانبن حتى وصل إلى العظم، وإن قطع أحدهما ففيه نصف الدية. وفي فتاوى سمر قند: فإن جامع امرأة لا يجامع مثلها فماتت فعلى عاقلته ديتها. وفي جنايات المنتقي: إذا جامع امرأة فأقضاها حتى لا تستمسك البول فلا شئ عليه وهذا قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: إن كانت لا تستمسك البول فعليه الدية في ماله، وإن كانت تستمسك فعليه ثلث الدية وفي الكبرى: وإن كانت بحيث تستمسك ففيها ثلث الدية وفي فتاوى الخلاصة: رجل جامع صغيرة لا يجامع مثلها فماتت، فإن كانت أجنبية فالدية على العاقلة، وإن كانت منكوحته فالدية على العاقلة والمهر على الزوج، ولو أزال بكارة امرأة بالحجر أو غيره يجب المهر. وفي الينابيع: وإن زني بها مطاوعة وأفضاها فلا شئ عليه عندهما. وقال أبو يوسف: تجب الدية على عاقلته. وفي الينابيع: وإذا ضرب امرأة فأقضاها وصارت بحيث لا

***

[٤١]

تستمسك، فإن كانت بكرا يجب جميع الدية ولا يجب المهر عندهما. وقال محمد رحمه الله: يجمع بينهما. وفي التجريد وقال أبو يوسف: وإذا وطئ امرأة بشبهة فأفضاها وصارت لا تستمسك البول تجب الدية ولا مهر لها. وقامحمد: لها المهر والدية. ولو دق نخذها أو يدها

من الوطئ فأرش ذلك في ماله لانه قد يقع على جسدها، وفي الجماع يتعمد ذلك فهذا منه عمد. وعن أبي يوسف عن محمد: رجل جامع امرأة ومثلها يجامع فماتت من ذلك فلا شئ عليه. وقال أبو يوسف: إذا جامع امرأة فذهب منها عين أو أفضاها إن ماتت فهو ضامن. وقال محمد: يضمن في هذا أكله إلا الافضاء والقتل في الجماع وهو قول أبي حنيفة فيما حكي عن هشام عن محمد قال: وهو قول أبي يوسف. وعن الفقيه أبي نصر الدبوسي: إذا دفع أجنبية فوقعت وذهبت عذرتها فعلى الدافع مثلها والتعزير. وعن الشيخ الامام أبي حفص الكبير سئل عمن دفع امرأة فذهبت عذرتها ثم طلقها قبل الدخول بها كان عليه نصف المهر في قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف عليه جميع المهر. بكر دفعت بكرا أخرى فزالت عذرتها قال محمد: على الدافعة مهر مثل الاخرى. قال رحمه الله: (وخير بين الارش والقود إن كان القاطع أشل أو ناقص الاصابع أو كان رأس الشاج أكبر) قيد بحالة القطع فجعلها قيدا في التخيير لانها لو تغيرت بعد القطع لا يخير كما سيأتي بيانه. وأطلق في الشلاء فشمل ما إذا كان ينتفع بها أو فلو قيد في الشلاء فقال شلاء ينتفع بها لكان أولى كما سنبينه أيضا. أما الاول فهما إذا كانت يد القاطع شلاء أو ناقصة الاصابع ويد المقطوع صحيحة كاملة الاصابع فلا استيفاء حقه متعذر فيخير بين أن يتجوز بدون حقه في القطع وبين أن يأخذ الارش كاملا، ثم إذا استوفى القصاص سقط حقه في الزيادة. وقال الشافعي: يضمنه النقصان لانه قدر على استيفاء البعض فيستوفي ما قدر عليه وما تعذرا استيفاؤه يضمنه. ولنا أن الباقي وصف فلا يضمن بانفراده فصار كما لو تجوز بالردئ مكان الجيد، ولو سقطت يده المعيبة قبل اختيار المجني عليه بطل حقه ولا شئ له عليه فإن حقه تعين في القصاص لما مر أن موجب العمد القود عينا وحقه ثابت فيه قبل اختياره بخلاف ما إذا قطعت بقود أو سرقة حيث يجب عليه الارش. وقال الشافعي: يجب عليه الارش في الموضعين لانه لما تعذر استيفاء الحق طهر أنه كان مستحقا عليه بخلاف النفس إذا وجبت على القاتل فقتل بجناية أخرى حيث لا يضمن. وأما الثاني وهو ما إذا كانت رأس الشاج أكبر بأن كانت استوعبت ما بين قرني المشجوج وفي استيفاء ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل، وفي استيفاء قدر حقه لا يلحق الشاج من الشين مثل ما يلحق المشجوج فيتخير، ثم لو اختار القود يبدأ من أي الجانبين شاء لانه حقه في ذلك المحل فكان له أن يتخير، ولو كانت رأس المشجوج أكبر تخير أيضا لتقرير الاستيفاء كملا. وفي السراجية: ولا يقطع الابهام بالسبابة

***

[٤٢]

ولا بالوسطى. والحاصل أنه لا يؤخذ شئ من الاعضاء إلا بمثله من القاطع. قال محمد في الاصل: وإذا قطع الرجل يد آخر وفيها ظفر سوداء يجب القصاص وإن لم يكن ظفر يد القاطع مسودا لان الاسوداد لا يوجب نقصانا في منفعة اليد وهي البطش ألا ترى أنه لو قطع إنسان يده خطأ كان على عاقلة القاطع نصف الدية، وإذا لم يكن للاسوداد في الظفر أثر في نقصان دية اليد صار وجود هذا العيب وعدمه بمنزلة اليد الشلاء، وإن كان نقصانا يوهن في البطش حتى يجب بقطعها حكومة عدل لا نصف الدية كان بمنزلة اليد الشلاء واليد لصحيحة لا تقطع بالشلاء. وإذا قطع الرجل يد رجل عمدا ويد القاطع ناقصة فهذا على وجهين: إما أن تكون ناقصة من حيث الصفة بأن كانت شلاء أو كانت ناقصة من حيث الاصابع بأن كانت ناقصة أصبع أو إصبعين، فإن كان النقصان من حيث الصفة فالمقطوع يده بالخيار، فإن اختار القطع فلا شئ له مع القطع عندهم جميعا وإن شاء لم يقطع واحد يده حتى يصل إليه بدل حقه على الكمال من ماله، وكان الشهيد برهان الائمة يقول: إنما يثبت الخيار للمقطوعة يده في هذه الصورة إذا كانت اليد الشلاء مما ينتفع بها مع ذلك، فأما إذا كانت غير منتفع بها فهي ليست بمحل القصاص فلا يخير المجني عليه حينئذ بل له دية صحيحة كما لو لم يكن القاطع يد أصلا وبه يفتي، وتفريع المسألة بعد هذا على حسب ما ذكرنا في العين والسن الكبرى، وكذا لو كان القاطع صحيح اليد عند القطع فشلت يده بعد ذلك لا خيار للمجني عليه بين القصاص والارش بل يقطع الشلاء أو يترك ولا شئ له، وإن كانت ناقصة فهذا على وجهين: إن كان النقصان حاصلا لا بفعل أحد وإن كانت ناقصة من حيث القدر فكذلك يتخير، فإن اختار القطع فلا شئ له على القاطع. وقال الشافعي رحمه الله: أخذ منه أرض ما كان فائتا من الاصابع. هذا إذا كانت ناقصة وقت القطع فأما إذا نتقصت بعد القطع فهذا على وجهين: إن كان النقصان حاصلا لا بفعل أحد بأن سقط أصبح من أصابعه بآفة سماوية الجواب فيه كالجواب فيما إذا كانت ناقصة وقت القطع، وكل جواب عرفته ثم فهو الجواب هنا، وإن كان بفعل أحد بأن قطع أصبعا من

أصابعه ظلما أو قطع القاطع أصبعا أو قضى به حقا واجبا عليه فالجواب فهي كالجواب في اليد، هكذا ذكر شيخ الاسلام في شرحه. فهذا إشارة إلا أن للمقطوع يده الخيار في الفصول كلها غير أن النقصان إذا كان بآفة سماوية واختار قطع اليد لا شئ له من الارش عنده، وذكر شمس الائمة الحلواني في شرحه أنه إن قطع أصبعه بقصاص وجب عليه في الاصبح فللمقطوعة يده الخيار، وإن قطع يده ظلما فلا خيار للقطاع وليس له إلا القصاص. وأشار إلى الفرق فقال: إذا قطع أصبعه قصاصا فقد قضى بها حقا مستحقا عليه فيصير متلفا بعد حق صاحب الحق فيكون له الخيار ولا كذلك ما إذا قطع يده ظلما، وهذا الفرق إشارة إلى أنها لو سقطت بآفسماوية فلا خيار له. ذكر الشيخ أحمد الطواويسي في شرحه أنها إذا قطعت

***

[٤٣]

بقصاص فله الخيار، وإذا قطعت ظلما أو بآفة سماوية فلا خيار له. هذا إذا كانت يد القاطع قائمة وقت القاطع، فأما إذا كانت فائتة وقت القطع بأن قطع يمين رجل ولا يمين للقاطع لحق المقطوع في الارش في ماله لانه لا يجد عين حقه وكان له بدل حقه، وإن كانت يد القاطع قائمة وقت القطع ثم فاتت بعد ذلك فهذا على وجهين: إما إن فاتت لا بفعله بأن فاتت بآفة سماوية بأن وقعت فيها أكلة فسقطت أو قطعها إنسان ظلما أو فاتت من جهته بأن قضى حقا واجبا، وإن أتلفه بنفسه بأن قطع يمينه، فإن فاتت بعد القطع لا بفعله فإنه يبطل حق المقطوع يده وذلك لان حق المقطو يده في العين فيفوت حقه بفوات العين كالعبد الجاني إذا هلك وكمال الزكاة إذا هلك ولا يضمن القاطع يده، وإذا قطع المفصل الاعلى من أصبع رجل عمدا أو اقتص منه ثم قطع أحدهما بعد ذلك يد صاحبه عمدا فلا قصاص بينهما. وفي النوازل: مقطوع الابهام من يده اليمنى إذا قطع ساعد مثله لا قصاص وقال محمد: إذا قطع الرجل أصبع رجل من المفصل ثم قطع يد آخر وبدأ باليد ثم قطع الاصبع وذلك كله في يد واحد بأن كان في اليمنى وفي اليسرى وحضر صاحب الاصبع والمقطوعة يده وطلبا من القاضي القصاص فإن القاضي يقطع أولا لصاحب الاصبع ثم يخير صاحب اليد، فإن شاء قطع الثاني لجهته ولا شئ له من أرش الاصبع، وإن شاء لم يقطع يده وكان له دية اليد في ماله، فرق بين هذا وبين ما إذا قطع يمنى رجلين ثم جار أو طلبا حقهما من القاضي فإن القاضي لا يبدأ بأحدهما بل يقضي لهما بالقصاص في يمينه ودية في ماله، هذا الذي ذكرنا إذا كان صاحب الاصبع وصاحب اليد حاضرين، فأما إذا كان أحدهما حاضرا والآخر غائبا، فإن كان الحاضر صاحب الاصبع فلا يقطع الاصبع له، وإن كان الحاضر صاحب اليد فإنه يقطع له، وإذا جاء صاحب الاصبع بعد ذلك فإنه يأخذ أرش الاصبع من ماله. ولو قطع رجل أصبع رجل من المفصل الاعلى ثم آخر قطع من المفصل الاوسط ثم آخر قطع أصبعا أخرى من المفصل السفلى وذلك كله في أصبع واحد. هذا على وجهين: إما أن يكون صاحب الاصابع حضورا أو بعضهم غائبا، فإن كان الكل حضورا وطلبوا من القاضي حقهم فإن القاضي قطع من المفصل الا وعلى حق صاحب الاعلى لصاحب المفصل الاعلى، وإن كان صاحب الاسفل والاوسط ثابتا في الاعلى لانهما لا حق لهما في قطع المفصل الاعلى إلا على سبيل الشركة لان القاطع لم يضع السكين على المفصل من أصابعهما وإنما وضع على صاحب المفصل الاعلى من كل وجه، ثم خير صاحب المفصل، وإنما وضع على صاحب المفصل الاوسط من كل وجه لان حقه كان في مفصلين لان الفائت منفصلان فبفوات أحدهما يتخير كما خير صاحب اليد بعدما قطعنا الاصبع لصاحب الاصبع، فإن شاء قطع من القاطع مفصله الوسطى ولا شئ له من دية الاصبع، وإن شاء لم يقطع وضمنه ثلث دية الاصبع لانه فوت عليه من أصبع مفصلين فيضمن ثلث دي الاصبع. وإحضر أحدهم وغاب الآخران، فإن كان الحاضر صاحب المفصل الاعلى

***

[٤٤]

يقطع، فإن قطع المفصل الاعلى له ثم حضر الآخران فإنهما يخبران على الوجه الذي ذكرنا، فإن اختار القطع لم يضمن لاحد منهما شيئا، وإن قطع كف رجل من مفصل ثم قطع الآخر مرفقة وكانا حاضرين فإنه يبدأ بحق صاحب الكف. وفي الكافي: قطع يمين رجلين فقطع أحدهما إبهامه وقطع الآخر كفه فعلى قاطع اليدين خمسة آلاف درهم لقاطع الابهام أربعة آلاف ولقاطع الكف ألف درهم، وإن بدأ الاجنبي فقطع أصبعا من أصابع القاطع ثم قطع أحد صاحبي القصاص بعد ذلك أصبعا من أصابع اليدين ثم عاد الاجنبي فقطع أصبعا من أصابع القاطع، ثم أن الذي لم يقطع شيئا من أصابع القاطع قطع الكف وعليها أصبع فإن القاضي يقضي على

القاطع بدية يديه وأخذ ربعها للذي أخذ الكف وثلاثة أرباع للذي قطع الاصبع ولا يجعل الاصبع الذي قطعه الاجنبي قبل قطع أحد صاحبي القصاص قائما حكما، فإن اجتمع اصحب القصاص على قطع الكف مع الاصبعين فالدية المأخوذة تقسم بينهم لقاطع الاصبع والآخر الخمسة إتمامها. وفي الجامع الصغير: رجل قطع يد رجل من المفصل وليس في الكف إلا أصبع واحد ففيه عشر الدين، فإن كان فيه أصبعان فالخمس ولا شئ في الكف. وقالا: ينظر إلى أرش الاصبع بالكف فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير. سئل أبو يوسف ومحمد عن رجل قطع يد رجل خطأ ثم قطع رجله من خلاف خطأ ماذا يجب عليه؟ فقالا: يجب عليه دية كاملة لكل عضو نصفها. وفي الجامع الصغير الحاسمي: رجل قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات يقتل المقتص منه وعن أبي يوسف أنه لا يقتص. فصل لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية أتبع الصلح ذلك في فصل على حدة. قال رحمه الله: (وإن صولح على ما وجب حالا وسقط القود) يعني إذا صالح القاتل أولياء المقتول على مال عن القصا ص سقط القصاص ووجب المال حالا قليلا كان المال أو كثيرا لقوله تعالى * (فمن عفى له من أخيه شئ) * (البقرة: ١٧٨) الآية. ولقوله عليه الصلاة والسلام أولياء المقتول بين خيرتين أن يأخذوا المال أو يقتلوا القاتل بخلاف حق القذف فإنه حق الله تعالى فلا يجري فيه العفو ولا التعويض. وبخلاف ما إذا كان القليل خطأ حيث لا يجوز بأكثر من الدية لانه دين ثابت في الذمة فيكون أخذ أكثر منها ربا. وإنما وجب حالا لانه دين وجب بالعقود والاصل في مثله الحلول كالثمن والمهر بخلاف الدية لانها لم تجب بالعقد وإنما وجبت بسقوط القود، ولانه موجب العقد ولانه لم يرض ببذل

***

[٤٥]

المال إلا مقابلا به فيوفر عليه مقصوده وهو الحال. وقوله وإن صولح الخ أطلق في العبارة فشمل ما إذا كان المقتول متعددا والقاتل واحدا قبل القضاء بالقصاص أو بعده والاطلاق في محل التقييد لا ينبغي، فلو قال وإن صالح في واحد قبل القضاء بالقصاص أو بعده إلى آخره كان أولى لان في قولنا في واحد يخرج ما إذا كان المقتول متعددا والقاتل واحدا قبل القضاء بالقصاص أو بعده والاطلاق في محل التقييد لا ينبغي، فلو قال وإن صالح في واحد أو حصل العفو، وبقولنا قبل القضاء أو بعده يفيد أنه إذا كان المقتول واحدا فالعفو يسقط القصاص قبل القضاء وبعده بخلاف ما إذا كان المقتول متعددا على تفصيل يأتي بيانه. قال رحمه الله: (وتنصف أن أمر الحر القاتل وسيد القاتل رجلا بالصلح عن دمهما على ألف ففعل) معناه لو كان القاتل حرا وعبدا فأمر الحر القاتل ومولى العبد رجلا بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل المأمور فالالف على الحر والعبد نصفان لانه مقابل بالقصاص وهو عليهما على السواء فيقسم بدله عليهما بالسواء، ولان الالف وجبت بالعقد وهو مضاف إليهما فينصف موجبه وهو الالف عليهما. قال رحمه الله: (فإن صالح أحد الاولياء من حظه على عوض أو عفا فلمن بقي حظه من الدية) لان كل واحد منهم متمكن من التصرف في نصيبه استيفاء وإسقاطا بالعفو وبالصلح لانه يتصرف في خالص حقه فينفذ عفوه وصلحه فسقط به حقه من القصاص، ومن ضرورية سقوط حقه سقوط حق الباقين أيضا فيه لانه لا يتجزئ، ألا ترى أنه لا يتجزئ ثبوتا فكذا سقوطا. وفي عبارة المصنف قصور من وجهين: الاول أنه يقال صالح عن كذا. وذكر في الكتاب كلمة من الثاني قوله من نصيبه يوهم تجزئ القصاص وقد قدمنا أنه لا يتجزئ، قال الشارح: بخلا فما لو قتل رجلين فعفا أولياء أحدهما حيث يكون لاولياء الآخر قتله لان الواجب فيه قصاصان لاختلاف القاتل والمقتول فسقط أحدهما لا يسقط الآخر ألا ترى أنهما يفترقان ثبوتا، وكذا بقاء بخلاف ما نحن فيه فإذا سقط انقلب نصيب من لم يعف مالا لانه تعذر استيفاؤه فيجب المال كما في الخطأ فإن سقوط القصاص فيه لمعنى في القتل وهو كونه مخطأ ولا يجب للعافي شئ لانه أسقط حقه المتعين بفعله ورضاه بلا عوض بخلاف شركائه لعدم ذلك منهم فينقلب نصيبهم مالا والورثة في ذلك كلهم سواء. قال مالك والشافعي: لا حق للزوجين في القصاص ولا في الدية لان في الوراثة خلافه وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت. وقال ابن أبي ليلى: لا يثبت حقهما في القصاص لان سبب استحقاقهما العقد والقصاص لا يستحق بالعقد ألا ترى أن الوصي لا يثبت له حق في القصاص لان المقصود في القصاص التشفي والانتفاع وذلك يختص به الاقارب الذين ينصر بعضهم بعضا ولهذا لا يكون أحدهما عاقلة الآخر لعدم التناصر. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من

***

[٤٦]
ترك مالا أو حقا فلورثته (١) الحديث. والقصاص حقه فيكون لجميعهم كالمال، وأمر عليه الصلاة والسلام بتوريث امرأة أسيم الضبابي من دية زوجها أسيم، ولان القصاص حق يجري فيه الارث حتى إذا قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الابن وبين ابن الابن فيثبت كسائر الورثة، والزوجية تبقى بعد الموت حكما كما في حق الارث أو يثبت الارث مستندا إلى سببه وهو الجرح، وكانعلى رضي الله عنه يقسم الدية على من أحرز الميراث. والدية حكمها حكم سائر الاموال ولهذا لو أوصى بثلث ماله تدخل الدية فيه والقصا ص بدل النفس كالدية فيورث كسائر أمواله ولهذا لو انقلبت مالا فيقضي به دينه وتنفذ به وصاياه. واستحقاق الارث بالزوجية كاستحقاقه بالقرابة لا بالعقد ألا ترى أنه لا يرتد بالرد بخلاف الوصية ولهذا يتبين أن الاستحقاق ليس بالعقد بل بالعقد ولا يلزم من عدم التناصر وعدم العقل عدم الارث للقصاص ألا ترى أن النساء من الاقارب لا يعقلن ويرثن القصاص والدية أقرب منه إذا المرأة لا تعقل عنها أبناؤها الكبار ويرثونها. قال رحمه الله: (ويقتل الجمع بالمفرد) لما روي أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا واحدا فقتلهم عمر به وقال: لو تمالآ عليه أهل صنعاء لقتلتهم. ولان القتل بطريق التغالب والقصاص شرع حكمه للزجر فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد به فيجري القصاص عليهم جميعا تحقيقا لمعنى الاحياء، ولولا ذلك لسد باب القصاص وفتح باب تغالب إذ لا يوجد القتل من واحد غالبا يغلب لا فيما يندر. قال صاحب النهاية: هذا جواب الاستحسان. وفي القياس لا يلزمهم القصاص لان المعتبر في القصاص المساواة لما في الزيادة من الظلم على المتعدي، وفي النقصان من البخس بحق المتعدي عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد في شئ هذا يعلم ببداهة العقل فالواحد من العشرة يكون مثلا للواحد فكيف تكون العشرة مثلا للواحد؟ وأيد هذا القياس قوله تعالى * (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) * (المائدة: ٤٥) وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس ولكن ترك هذا القياس بما روي أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال: لو تمالآ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به. انتهى كلامه. أقول: فيه بحث لانه صرح بأن هذا القياس مقيد بقوله تعالى * (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) * (المائدة: ٤٥) وقال في بيانه: وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بمدلول الآية المذكورة وذا لا يجوز بما روي عن عمر رضي الله عنه لان عمر إن كان منفردا في قضائه
***
[٤٧]
وقوله المزبورين فظاهر لان قول صحابي واد وفعله لا يصلحان للمعارضة لكتاب الله تعالى فضلا عن الرجحان عليه، وإن انضم إليه إجماع الصحابة حيث كانوا متوافرين ولم ينكر عليه أحد منهم فحل محل الاجماع كما صرح به في العناية وغيرها فكذلك إذ قد تقرر في أصول الفقه أن الاجماع لا يكون ناسخا للكتاب ولا السنة كما لا يكون القياس ناسخا لشئ منهما، فالحق في أسلوب تحرير هذا المقام أن لا يتعرض لحديث كون الآية المذكورة مؤيدة لما هو مقتضى القياس في هذه المسألة وأن يبين عدم المنافاة بين مدلول تلك الآية وبين جواب الاستحسان ههنا وسيجئ منا الكلام في التوفيق بينهما بعيد القول إن شاء الله تعالى. قالوا: القتل بطريق التغالب غالب والقصاص شرع لحكمه الزجر فيجب تحقيقا لحكمه الاحياء. قال صاحب العناية: لقائل أن يقول ما ذكرت من المقتول إن لم يكن قياسا على مجمع عليه لا يكون معتبرا في الشرع، وإن كان فلا يربو عن القياس المقتضى لعدمه الؤيد بقوله تعالى أن النفس بالنفس. والجواب أنه قياس سائر أبواب العقوبات المرتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويربو على ذلك بوقة الباطن وهو إحياء كلمة الاحياء وقوله تعالى أن النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في إزهاق الروح الغير المتجزئ عن مجموعهم وجعلهم كشخص واحد. اه كلامه. أقول: فيه نظر لان جعل الاشخاص المتعددة الذوات في الحقيقة شخصا واحدا بمجرد صدور إزهاق الروح الغير المتجزئ عن مجموعهم وجعلهم متساوين كشخص واحد بحيث يتحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء لجماعة مماثلة معتبرة في القصاص بعيد جدا عن مساعدة العقل والنقل، وأيضا ينافي هذا ما سيأتي في تعليل المسألة الآتية من أن الاصل أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال الصادر منهم بهذا الاعتبار فثلاث متعددة على عدد رؤسهم فحصلت المماثلة المعتبرة في القصاص والحق عندي ههنا أن يقال: إن قوله تعالى أن النفس بالنفس لا ينافي ما قالوا في هذه المسألة إذ لا دلالة فيه على اعتبار الوحدة في النفس بل فيه مجرد مقابلة جنس النفس بجنس النفس

كما ترى والمقصود منه الاحتراز عن أن تقتل النفس بما في قوله تعالى * (والعين بالعين والانف بالانف) * (المائدة: ٤٥) ونحوهما. وأما أنه هل تحقق المماثلة المعتبرة في القصاص عند تعذر النفس في جانب القاتل والمقتول وإنما يستفاد ذلك من دليل آخر ألا ترى أن العين اليمنى لا تقتص بالعين اليسرى وكذا العكس مع أن قوله تعالى والعين بالعين لا يدل عليه نظرا إلى ظاهر إطلاقه بل إنما يستفاد ذلك من دليل آخر فكذا هنا تبصر. قال رحمه الله: (والفرد بالجمع اكتفاء) يعني إذا قتل واحد جماعة يقتل بهم يعني إذا حضر الاولياء وطلبوا يقتل بهم. وقال الامام الشافعي رحمه الله تعالى: يقتل بالاول فقط. لونا أنه لو قتل كل واحد منهم بوصف الكمال فيقتل بهم لحصول التماثل. وفي الحاوي: قتل رجلا فقيل له لم قتلت فلانا فقال قد كان ذلك كله مكتوبا في اللوح المحفوظ، ثم قال آخر لم قتلت غلامي فقال
***
[٤٨]
قتلت عدوي يقتل. وفي المحيط: وإذا قتل واحد رجلين يقتص بهما ولا يغرم الدية لان بقتله صار كل واحد منهما مستوفيا حقه على الكمال لان حق كل واحد منهما في عدم الحياة وبقتل الواحد حصل لهما إعدام الحياة معنى لما بينا. وإن حضر أحدهما والآخر غائب كان للحاضر أن يستوفي القصاص لان كل واحد في إتلاف كل النفس واستيفاء البعض لمكان المزاحمة ولا مزاحمة هنا لان حق الحاضر قد ظهر عند القاضي وحق الغائب لم يظهر وصار كأحد الشفيعين إذا حضر فقضى له بالجميع فكذا هذا. ولو كان قطع اليدين لهما فقطع لاحدهما والمسألة بحالها فللآخر دية يده بخلاف القصاص بالنفس إذا قضى لاحدهما وقتله لم يجب للآخر شئ لان فوات حقه في الاستيفاء يكون سببا لقصور في المحل فإنهما إذا اجتمعا واستوفيا صار كل واحد منهما مستوفيا حقه على الكمال فلا تجب معه الدية، وإما في الطرف فوات حقه بسبب قصور في المحل لا يضر عن إيفاء حق كل واحد منهما فيجب الضمان. ولو عفا أحدهما قبل القضاء بالقصاص أو الدية بطل حقواقتص للآخر لان المزاحمة قد انقطعت بالعفو فبقي حق الآخر في الكل، وإن عفا بعد القضاء بالقصاص وصالح ولي المقتول فالدية بينهما، فلو قتل وقطع اليد من آخر وأخذ الدية فللساكت دية اليد عند محمد. وقالا: للساكت أن يقطع اليد على أن لهما حق استيفاء القصاص في يد واحدة واستيفاء دية واحدة ولا قصاص مع وجود الموافقة والملائمة وانعدام المنازعة والمشاجرة ولكنه أقصى ما يجب لهما وهو أن يجتمعا على القطع وأخذ الدية بينهما فصار الحال بعد القضاء كالحال قبله. ولو أخذ الدية عن اليد ثم عفا أحدهما يكون للآخر نصف الدية لانهما لما قبضا الدية فقد ملكاها، ومن ضرورة ثبوت الملك في المستوفي أن لا يبقى الحق في اليد فسقط حق كل واحد منهما في نصف اليد كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد فلا يتمكن من استيفاء كل اليد بدون نصيب العافي فبطل حقه في القصاص فامتنع القطع لان موجبه الدية في نصيبه كما إذا كان خطأ، ولو أخذ الدية كفيلا ثم عفا أحدهما فللآخر القصاص لان الكفالة توقيف. قال رحمه الله: (فإن حضر واحد قتل وسقط حق البقية) كموت القاتل حتف أنفه لفوات محل الاستيفاء فصار كموت العبد الجاني وفيه خلاف الامام الشافعي لان الواجب عنده أحدهما على ما بينا، فإن فات أحدهما قضى الآخر لفوات المحل وقد قدمناه. قال رحمه الله: (ولا يقطع يد رجلين بيد) معناه إذا قطع رجلان يد رجل فلا قصاص على واحد منهما. وقال الامام الشافعي: تقطع أيديهما ومحل الخلاف فيما أخذ سكينا واحدا من جانب وأمراها على يده حتى انقطعت هو يعتبرها بالانفس لان الاطراف تابعة لها وملحقة بها فأخذت حمها بخلاف ما إذا أمر أحدهما السكين من جانب والآخر من جانب حتى التقت السكينان في الوسط وبانت اليد حيث لا يجب القصاص فيه على واحد منهما لانه لم يوجد من كل واحد منهما إمرار السلاح على بعض العضو. ولنا أن كل واحد منهما قاطع للبعض لان ما
***
[٤٩]
انقطع بقوة أحدهما أن يقطع بقوة الآخر فلا يجوز أن يقطع الكل بالبعض والاثنين بالواحد لانعدام المساواة فصار كما إذا أمرها كل واحد من جانب الآخر بخلاف النفس فإن شرط فيه المساواة في العصمة لا غير، وفي الطرق يعتبر المساواة في النفع والقيمة ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء النفس السالمة من العيوب تقتل بالمفلوج والمسلول، وكذا الاثنان بالواحد فلا يصح القياس على النفس، ولان زهوق الروح لا يتجزئ فأضيف إلى كل واحد كلا وقطع العضو يتجزئ ألا ترى أنه يمكن أن يقطع البعض ويترك الباقي، وفي القتل لا يمكن ذلك ولهذا لو أمر أحدهما السكين علقفاه والآخر على حلقه حتى التقتا في الوسط ومات منهما يجب القصاص وفي اليد

لا يجب، ولان القتل بطريق الاجماع غالب مخالفة الغوث لا في القطع لانه يحتاج إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث بسببها كالنداء ونقول ثبت وجوب القصاص في النفس والاجتماع على خلاف القياس والطرف ليس مثلها فلا يحلق بها. وقوله رجلان مثال وليس بقيد قال في التجريد: إذا قطع رجلان يدي رجل فلا قصاص عليهما وعليهما الدية، وكذا ما زاد على هذا العدد في هذا الحكم سواء. وقال محمد رحمه الله في الزيادات: رجل قطع المفصل الاعلى من أصبع رجل وبرأ منه ثم عاد وقطع الثاني أيضا ثم اختصما إلى القاضي فالقاضي يقضي على القاطع بالقصاص في المفصل الثاني. هذا الذي ذكرنا إذا قطع المفصل الاعلى وبرئ ثم عاد وقطع المفصل الثاني فإنه يقطع أصبع القاطع من المفصل الاسفل ويجعل كأنه قطع المفصلين بدفعة واحدة، فمن مشايخنا مقال ما ذكر ههنا قولهما، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله للمقطوع مفصلاه أن يقطع المفصل الاعلى ثم الاسفل، ومنهم من قال هذا قول الكل، ولو قطع المفصل الاعلى واقتص من القاطع ثم عاد وقطع المفصل الثاني وبرئ يجب لوجود المساواة، فرق بين هذا وبين رجلين مقطوعي الاصابع قطع أحدهما كف صاحبه لا يقطع كف القاطع. أقول فيه نظر لان المساواة ممكنة فينبغي أن يقطع لامكانها فتدبره، وكذا إذا كان مقطوع الكف قطع أحدهما زند صاحبه لا يقطع زند القاطع. ولو قطع من أصبع رجل نصف مفصل وكسر وبرئ ثم قطع ما بقي من المفصل وبرئ فلا قصاص عليه في شئ من ذلك، أما في النصف الاول فلحلول الجناية في العظم، وأما في النصف الثاني فلعدم المساواة لان أصبع القاطع حال ما قطع الثاني من المفصل صحيحة والاصبع المقطوعة من نصف المفصل ناقصة ولو لم يحل بينهما برئ يجب القصاص في المفصل وجعل كأنه قطع المفصل بدفعه واحدة، وكذلك لو قطع الاصابع من رجل وعاد وقطع الكف إن لم يحل بنيهما برء يجب القصاص في يد كأنه قطع الكل دفعة واحدة وإن حال بينهما برء يجب القصاص في الاصابع وحكومة عدل في الكف، وكذا إذا قطع حشفة إنسان خطأ ثم عاد وقطع باقي الذكر إن كان قبل تخلل البرء تجب دية واحدة، وإن كان تخلل بينهما برء يجب كمال الدية في الحشفة وحكومة عدل في الباقي. ولو قطع المفصل الاعلى من أصبع

***

[٥٠]

رجل فقبل البرء قطع النصف من المفصل الثاني ثم برئ القصاص وجعل كأنه من الابتداء قطع النصف من المفصل الثاني وهناك لا يجب القصاص بل يجب الارش فهذا ذلك، ولو برأ من القطع الاول ثم قطع النصف من المفصل الثاني يجب القصاص في المفصل الاعلى لوجود الشرط ويجب نصف الارش في الثاني. وفي الظهيرية: ولو قطع آخر كفه ثم قطع آخر مرفقه فمات، فإن كان عمدا فقصاص النفس على الثاني ودية القاطع على الاول وهذا قول علمائنا الثلاثة. وقال زفر: إن كان عمدا وإن كان خطأ وليتخلل البرء فدية النفس عليهما. وإن قطع أصبع رجل عمدا ثم قطع آخر كفه خطف مات يقتص من قاطع الاصبع وعلى عاقلة الآخر دية النفس. وقال زفر: لا يقتص ولكل واحد منهما نصف الدية، وإذا ضرب رجل على يد رجل فشلت اليد فعليه دية كاملة. وفي النوازل: وسئل شداد عن رجل قطع رأس أصبع رجل من مفصله قال: يقتص منه فإن اقتص منه ثم قطع أحدهما يد صاحبه فقال ليس بينهما قصاص. وفي العيون: رجل قطع أصبع رجل خطأ فجاء آخر وقطع كفه عمدا فمات منها جميعا في قول الامام لا يجب القصاص وعلى كل واحد منهما نصف الدية وبه قال الامام الشافعي رحمه الله تعالى: وقال أبو يوسف رحمه الله: يقطع من الكف وعلى عاقلة الذي قطع الاصبع دية الاصبع. وفي شرح الطحاوي ومن قطع يد مرتد فأسلم فمات فلا شئ على القاطع. ولو قطع يده وهو مسلم فارتد فمات فعليله دية اليد لا غيره، ولو رجع إلى الاسلام ثم مات فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف عليه دية النفس، وفي قول محمد عليه دية اليد. وكذلك لو لحق بدار الحرب ولم يقض القاضي بلحوقه ثم عاد مسلما فمات تجب دية اليد لا غير. وفي شرح الطحاوي: ومن قطع من رجل يدا أو رجلا أو أصبعا أو نملة من أصبع أو ما سوى ذلك مفصلا من المفصل عمدا فعليه القصاص بعد البرء من الجناية ولا قصاص عليه قبل ذلك، وإذا قطع رجل يد آخر عمدا فإن كان القاطع والمقطوع حرين مسلمين أو كتابين أو أحدهما مسلم والآخر كتابي يجري القصاص بينهما أو كانا امرأتين حرتين مسلمتين أو أحدهما مسلمة والاخرى كتابية أو كانتا ذميتين يجب القصاص. ولو كانا عبدين أو أحدهما عبد والآخر حر أو أحدهما ذكر والآخر أنثى فلا قصاص بينهما والارض في ماله حالا. وهذا كله بيان حكم العمد رجعنا إلى بيان حكم الخطأ فنقول وبالله التوفيق: اليدين إذا قطعتا خطأ الدية لفوات جنس المنفعة على الكمال وفي أحدهما نصف

الدية ولا تفضل اليمن على الشمال وإن كانت اليمين أكثر بطشا من الشمال لان العبرة في الجنايات لجنس المنفعة لا للزيادة، وفي اليد إذا قطعت من نصف الساعد دية اليد وحكومة عدل فيما وراء الكف وهو قول الحنفي والشافعي، روى صاحب الامالي عن أبي يوسف أنه لا يجب في الساعد شئ وهو قول زفر ومالك وسفيان والثوري، وكذلك على هذا الاختلاف إذا قطع اليد من المرفق أو المنكب فإنه يجب في الكف دية

***

[٥١]

اليد وحكومة العدل فيما وراء الكف. وعن أبي يوسف ومن تابعه في المسألة الاولى أنه يجب دية اليد لا غير والصحيح قولا بي حنيفة. وفي الظهيرية: ولو قطع رجل ثلاثة أصابع من كف رجل خطأ ثم قطع آخر أصبعين ثم شلت الكف من الجراحتين فعلى الاول دية ما قطع. وعلى الثاني دية ما قطع ما بقي من الكف بعد الاصابع فهو نصفان، فما يصيب صاحب الاكثر دخل أرش الاقل في الاكثر، وأما النصف الآخر إن كان الآخر قطع أصبعين فعليه خمسا دية الاصل وهو عشر الدية، وفي الانملة حكومة عدل. والظفر إذا نبت كما كان لا شئ فيه، وإن نبت على عيب فحكومة دون الاوى. وفي الينابيع: إذا قطع اليد من العضد والرجل من الفخد فعندهما فيه الدية وما فوق الكف والقدم ففيه حكومة عدل، وعند أبي يوسف ما فوق الكعب إلى القدم تبع للاصابع. وإذا كسر يد عبد رجل أو رجل لا يجب في الحال شئ. وفي الكافي: ولو قطع اليد وفيها ثلاث أصابع فعليه ثلاثة أخماس دية اليد ولا شئ في الكف بالاجماع وقاطع يد لا كف له فلا قصاص عليه في الساعد. وقال أبو يوسف: إذا كانا سواء اقتص منه وعلى هذا الاختلاف إذا قطع كف رجل وفيها أصبع زائدة وفي يد القاطع أصبع زائدة، ولو قطع أصبعا زائدا في يده مثلها لا قصاص بالاجماع. وقال أبو حنيفة في الاقطعين والاشلين إنه لا قصاص وهو قول أبي يوسف في رواية الحسن عنه، وذلك مقطوع الابهام والاصبع كلها إذا قطع يد أشل فلا قصاق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وفي الخانية: لو قطع أظافر اليدين أو الرجلين روى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا قصاص فيه وفيه حكومة عدل، ولو كسر عظما من ساعد أو ساق أو ترقوة أو غيره فقيه حكومة عدل. قال رحمه الله: (وضمنا ديتها) أي ضمن القاطعان دية المقطوع لان التلف حصل بفعلهما فيجب عليهما نصف الدية على كل واحد منهما الربع فتجب في مالهما لان العاقلة لا تتحمل العمد. قال رحمه الله: (وأن قطع واحد يميني رجلين فلهما قطع يمينه ونصف الدية) يعني إذا حضرا معا سواء كان القطع جملة واحدة أو على التعاقب. وقال الشافعي: إن قطعهما على التعاقب يقطع للاول منهما ويغرم أرش اليد للثاني. ولنا أن المساواة في سبب الاستحقاق يوجب المساواة في الاستحقاق ولا عبرة في التقدم والتأخر كالغريمين في الشركة. وهذا لان حق كل واحد منهما ثابت في كل اليد لتقرر السبب في حق كل واحد منهما وهو القطع. وكونه مشغولا بحق الاول لا يمنع تقرر السبب في حق الثاني، ولهذا لو كان القاطع لهما عبدا استويا في استحقاق رقبته، ولو ان يمنع بالاول لما شاركه الثاني بخلاف الرهن لانه استيفاء حكما فلا يثبت للثاني بعد ما ثبت للاول كالاستيفاء حقيقة، فإذا لم يمنع الاول بثبوت حق الثاني فيها استويا فيها يقطع لهما إذا حضرا معا لعدم الاولوية ويقضي لهما بنصف الدية يقسمانه نصفين لاستوائهما فيه بخلاف ما إذا كان القصاص في النفس حيث يكتفي فيه

***

[٥٢]

بالقتل لهما ولا يقضي لهما بالدية لما بينا من الفرق فيما تقدم وقد مثاله مزيد بيان فارجع إليه. قال رحمه الله: (وإن حضر واحد فقطع يده له فللآخر عليه نصف الدية) لان للحاضر أن يستوفي حقه ولا يجب عليه التأخير حتى يحضر الآخر ثبوت حقه بيقين وحق الآخر متردد لاحتمال أن لا يطلب أو يعفو مجانا أو صلحا فصار كأحد الشفيعين إذا حضر والآخر غائب حيث يقضي له بالشفعة في الكل لما قلنا. ثم إذا حضر الآخر بعد ما قطعت للآخر وطلب يقضي له بالدية لان يده وفاؤها حق مستحق عليه فيضمنها لسلامتها له. ولو قضى بالقصاص بينهما ثم عفا أحدهما قبل استيفاء الدية فللآخر القود عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد له الارش لان القصاص بالقضاء أثبت الشركة بينهما فعاد حق كل واحد منهما إلى البعض، فإذا عفا أحدما فقد منع الآخر من استيفاء الكل. ولهما أن الامضاء من القضاء في العقوبات فالعفو قبله كالعفو قبل القضاء، ولو قطع أحدهما يد القاطع من المرفق سقط القصاص لذهاب اليد التي فيها القصا ص بالقطع ظلما ولا ينقلب مالا كما كما إذا قطعها أجنبي أو سقطت بآفة سماوية، ولهما نصف الدية على حالها لانها

واجبة قبل قطعهما ولا تسقط بالقطع ظلما، ثم القاطع الاول بالخيار إن شاء قطع ذراع القاطع، وإن شاء ضمنه دية اليد وحكومة عدل في قطع الذراع إلى المرفق لان يد القاطع كانت مقطوعة من الكف حين قطع القاطع الاول من المرفق فكانت كالشلاء، وعلى هذا لو كان المقطوع يده واحدا فقطع القاطع من المرفق سقط حقه في القصاص ووجب عليه القصاص، وللمقطوع من المرفق الخيار إن شاء قطع من المرفق، وإن نشاء أخذ الارش لما ذكرنا وقدمنا له مزيد بيان. قال رحمه الله: (قال رحمه الله: (وإن أقر عبد بقتل عمد يقتص منه) وقالزفر رحمه الله: لا يصح إقراره لانه يؤدي إلى إبطال المولى فصار كالاقرار بالقتل خطأ أو بالمال. ولنا أنه غير متهم في مثله لكونه يلحقه الضرر به فيصح، ولان العبد يبقى على أصل الحرية في حق الدم عملا بآدميته ألا ترى أن إقرار المولى عليه بالحدود والقصاص لا يجوز فإذا صح لزمه إبطال حق المولى ضرورة وذلك لا يضر، وكم من شئ يصح ضمنا وإن كان لا يصح قصدا بخلاف الاقرار بالمال لانه إقرا على المولى بإبطال قصدا لان موجبه بيع العبد أو الاسيتيفاء، وكذا إقراره بالقتل خطأ لان موجبه دفع العبد أو الفداء على المولى ولا يجب على العيد شئ ولا يصح سواء كان العبد محجورا عليه أو مأذونا له في التجارة لانه باطل. قال رحمه الله: (وإن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه إلى آخر يقتص للاول وللثاني الدية) لان الاول عمد والثاني أحد نوعي الخطأ وهو الخطأ في الفعل فكأنه رمى إلى حربي وأصاب مسلما والفعل الواحد يتعدد بتعدد أثره والله تعالى أعلم. فصل: لما فرغ من ذكر حكم الجناية الواحدة شرع في ذكر الجنايات المتعددة لان الاثنين

***

[٥٣]

بعد الواحد. قال رحمه الله: (ومن قطع يد رجل ثم قتله أخذ بالامرين ولو عمدين أو مختلفين أو خطئين تخلل بينهما برأو لا إلا في خطئين لم يتخلل بينهما برء فتجب دية واحدة كمن ضرب رجلا مائة سوط فبرئ من تسعين ومات من عشرة) يعني إذا قطع يده ثم قتله يجب عليه موجب القطع وموجب القتل إن كانا عمدين أو أحدهما عمد والآخر خطأ أو كانا خطئين وتخلل بينهما برء وفي خطئين لم يتخلل بينهما برء فتجب عليه دية واحدة، فحاصله أن الكل لا يتداخل إلا في خطئين فإنهما يتداخلان فيجب فيهما دية واحدة، إذا لم يتخلل بينهما برء، وإن تخلل بينهما برء لا يتداخلان. أما الاول وهو ما إذا كانا عمدين فالمذكور قول أبي حنيفة، وعندهما يتداخلان فيقتل حدا ولا يقطع يده لان الجمع بينهما ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء بينهما فصار كالخطاين، وهذا لان الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن لان القتل يقع بضربات غالبا واعتبار كل ضربة على حدتها يؤدي إلى الحرج فيجمع تيسيرا إلا أن لا يمكن بأن يختلف حكم الفعلين كالعمد والخطأ أو يتخلل البرء بينهما لان البرء قاطع للسراية فلا يمكن أن يجعل الثاني تتميما للاول فيعتبر على حاله وأمكن ذلك قبل البرء فصار كسراية الاول. وله أن الجمع متعذر لان حز الرقبة يمنع سراية القطع كالبرء حتئ لو صدر من شخصين وجب عى كل واحد منهما القصاص فكذا إذا كان من شخص واحد فتقطع أولا يده ثم يقتلوه إن شاؤوا وإن شاؤا قتلواه من غير قطع لان القصاص يعتمد المساواة في الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع واستيفاء القطع بالقتل متعذر لاختلافهما حقيقة وحكما، ولان المماثلة صورة ومعنى يكون باستيفائهما وبالاكتفاء بالقتل لم توجد المماثلة إلا معنى فلا يصار إليه مع القدرة على المماثلة صورة ومعنى فيخير الولي بخلاف ما إذا مات من السراية لان الفعل واحد، وبخلاف ما إذا كان خطأين لان الموجب فيه الدية وهو بدل المحل والمقتول واحد ألا ترى أن عشرة لو قتلوا واحدا خطأ يجب عليهم دية واحدة لاتحاد المحل وإن تعدد الفعل، ولو قتلوه به جميعا لان القصاص جزاء الفعل وهو متعدد وإن اتحد، ولان أرش اليد لو وجب كان يجب عليه عند الجزاء لانه وقت استحكام أثر الفعل ولا سبيل إليه لانه حينئذ تجب دية النفس بالجزاء فيجتمع وجوب بدل الجزاء والكل في حالة واحدة وهو محال، ولوجب ذلك لوجب بقتل النفس الواحد ديات كثيرة للاطراف لانها تتلف بتلف النفس، أما القتل والقطع فقصاصان فأمكن اجتماعهما، وبخلاف ما إذا قطع وسرى حيث يكتفي بالقطع لاتحاد الفعل. وأما الثاني وهو ما إذا كانا مختلفين بأن كان أحدهما خطأ والآخر عمدا. والثالث وهو ما إذا كانا خطأين وتحلل بينما برء فلان الجمع

***

[٥٤]

غير ممكن فيهما لاختلاف حكم الفعلين في الاول ولتخلل البرء في الثاني وهو قاطع للسراية فيعطي لكل فعل حكم نفسه. وقوله لا في

خطأين لم يتخلل بينهما برء فتجب دية واحدة وهذا إخراج من قوله آخذ بالامرين أي موجبي فعله إلا في هذه الصورة فإنهما يتداخلان لا يؤخذ إلا بالقتل فيجب فيه دية النفس لا غير وقد بينا وجهه في أثناء البحث. وقوله كمن ضرب رجلا مائة سوط فبرئ ومن تسعين ومات من عشرة يعني تجب فيه دية واحدة كما إذا كان القطع والقتل خطأين ولم يتخلل بينهما برء وإنما كان كذلك لان الضربات التي برأ منها ولم يبق لها أثر سقط أرشها لزوال الشين، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وعن أبي يوسف وفيها حكومة عدل. وعن محمد أنه يجب فيها أجرة الطبيب وثمن الادوية وستأتي المسألة بأدلتها في فصل الشجاإن شاء الله تعالى. ولو بقي لها أثر بعد البرء يجب موجبه مع دية النفس بالاجماع لان الارش يجب باعتبار الشين في النفس وهو ببقاء الاثر، ولو قطع أصبعه أو يده ثم قطع الآخر ما بقي من اليد فمات كان القصاص على الثاني في النفس دون الاول ويقطع أصابع الاول أو يده. وقال زفر والشافعي: يقتلان. ولهما أن زوال الحياة مضاف إلى القطعين لانه اتصل الموت بهما قبل البرء وزال أثر بهما وليس أحدهما بإضافة الازهاق إليه أولى من الآخر فأصنف إليهما كما لو قطع كل واحد منهما يدا على حدة قبل البرء. ولنا أن زوال الحياة ألم الثاني غير قطع الاول فصار زوال الحياة مضافا إلى القطع الثاني فصار الثاني قتلا دون الاول بخلاف ما لو قطع كل واحد يدا على حدة أو أصبعا على حدة لان محل قطع الاول قائم وقت الموت فيتصور منه حدوث زيادة الالم لحصل بألم حدث القطعين فصار الموت مضافا إليهما، وإذا قطع المفصل الاعلى من أصبع رجل فبرئ ولم يقتص حتى قطع مفصلا آخر من تلك الاصبع يقطع له المفصل الاعلى دون الاسفل وعليه أرش من الاسفل لان القصاص مبناه على المساواة وحال قطع الثاني لا يمكن المساواة لسلامة أصبع القاطع وفوات مفصل المقطوع، ولان أصبع القاطع وإن كانت مستحقة بالقصاص ولكن ملك القصاص ملك ضرورة لا يثبت إلا عند الاستيفاء فقتله يكون مقصودا به مملوكية صاحبه، ولهذا لو قلنا لو قطعت يد من عليه القصاص إن كان عمدا يجب القصاص، إن كان خطأ يجب الارش له لا لمن له القصاص لانه لم توجد المساواة حال قطع الثاني، وكذلك لو أبرأ الثاني ثم قطع المفصل الثالث ولم لم يكن القطعين برئ ووجب له القصاص في كل الاصابع. بقطعها من أصلها مرة واحدة لانه لم يتخلل بين القطعين برء وجعلنا كلا الفعلين جناية واحدة كأنه قطع ابتداء من المفصل الثاني بفعل واحد. وفي المبسوط: أصله أن تعذر استيفاء القصاص لتعذر القتل أنه متى جاء من قبل القاتل فصار إلى المال اعتبارا بالخطأ فإن هناك امتنع استيفاء القصاص بمعنى من جهة القاتل

***

[٥٥]

وهو الخطأ، فإذا تعذر صيانة الاستيفاء القصاص من قبل من له الحق لا يصار إلى المال لان الشرع غير حقه في القصاص لكن هو الذي فوته وفرط بإتيان ما أعجزه فأهدره فلم يبق مستحقا للنظر، وإذا أقر القاتل بالخطأ وادعى الولي العمد لم يقتص ولزمه الدية استحسانا. وقال زفر: لا يلزمه شئ قياسا لان ما أقربه لم يثبت لانه كذبه المدعي في إقراره بمقتضي دعواه القصاص وصار كما لو أقر القاتل بالعمد وادعى الولي الخطأ لا يلزمه شئ فكذا هذا. ولنا أنهما تصادقا على القتل إلا أنه تعذر استيفاء القصاص بمعنى من قبل القاتل وهو دعوى الخطأ فتجب الدية صونا لدمه عن الهدر. ولان في زعم الولي أن القصاص هو الواجب إلا إنه لما أقر بالخطأ فقد أقر بالمال وللولي ترك القصاص وأخذ المال ولم يكن به صريحا فيكون له أخذ المال. ولو أقر بالعمد وادعى الولي الخطأ بطل حقه لا تعذر استيفاء القصاص جاء من قبل من له الحق الزيادات، ولو ادعى الولي العمد على رجلين فقال أحدهما أنا قطعت يده عمدا وهذا الآخر قطع رجله عمدا وأنكر الآخر الجناية قال: يقتص من المقر لانهمتصادقا على وجوب القود ولو لم تتمكن الشبهة فيه حين أنكر الآخر الجناية لانه يمكن الشبهة إنما يكون باختلاط الموجب وغير الموجب في المحل وذلك لا يتصور قبل وجوب الجناية من الآخر. وإذا ادعى الولي الخطأ فلا شئ على المقر لانه لما أنكر الآخر الجناية صار كالعدم فبطل عدواه الخطأ، وإقرار القاتل بالعمد في هذا لا يجب شئ. وإن مات رجل من قطع يده ورجله فقال رجل قطعت يده عمدا وقال قطع عمرو رجله عمدا فقال الولي بل أنت قطعتهما يجب القصاص عليه لانهما تصادقا عل وجوب القصاص والشركة لم تثبت لعدم دعواه، وفإن قال الولي لا أدري من قطع رجله فلا شئ على قاطع اليد لان قاطع الرجل مجهول يجز أن يكون خاطئا أو صبيا أو مجنونا فتعذر إيجاب القصاص، وتعذر استيفاء القصاص جاء من قبل من له الحق، فإن جهل قاطع الرجل جهل قاطع اليد فلا يجب المال. ولو قال الولي بعد ذلك فلان قطع رجله عمدا وأنكر

فلان ليس له أن يقتل المقر قياسا وله أن يقتله استحسانا لان الولد لا يعرف قاتل أبيه عند كثرتهم فيعتذر في التناقض. وعبر المؤلف بمن التي لفظها مفرد ومعناه جمع لانه لا فرق في الحكم بين ما إذا كان الفاعل مفردا أو متعددا. قال رحمه الله: (فإن عفا المقطوع عن القطع فمات ضمن القاطع الدية ولو عفا عن القطع وما يحدث منه أو عن الجناية لا فالخطأ من الثلث والعمد من كل المال) يعني لو قطع يد رجل عمدا أو أخطأ فقال المقطوع عفوت عن القطع فمات ضمن القاطع في العمد الدية بخلاف ما لو قال عفوت عن الجناية كما سيأتي. وأطلق المؤلف في قوله والخطأ من ثلث المال ولم يفرق بين ما إذا كان العافي يخرج ويجئ أو كان لا يخرج سيأتي بيانه. وقوله
***
[٥٦]
بإطلاقه قول الامام. وفي الجامع الصغير: رجل قطع يد رجل ظلما عمدا فعفا المقطوع يده عن القطع ثم سرى إلى النفس ومات أو شج إنسان موضحة عمدا فعفا المشجوج رأسه عن الشجة ثم سرى إلى النفس ومات يجب أن يعلبأن هنا مسألتين: أحدهما في العمد والاخرى في الخطأ. وكل مسألة على وجوه: إما أن يقول المقطوعة يده عفوتك عن الجناية أو يقول عفوتك عن القطع وما يحدث منه، فإن كانت الجناية عمدا فقال المقطوعة يده أو قال المشجوجة رأسه عفوتك عن الجناية صح العفو وبرئ من القطع أو الشجة أو ممات حتى لا يجب شئ في الحالين ثم تصح البراءة عن جميع المال، سواء برأ أو مات. وإن قال عفوتك عن القطع ولم يقل وما يحدث من القطع أو قال عفوتك عن الشجة ولم يقل وما يحدث منها صح العفو عندهم جميعا، فلو مات تجب الدية. قال أبو حنيفة: مع أن العفو باطل والقصاص أن يجب على المعفو عنه القصاص إلا أني أستحسن وجوب الدية في ماله. قال أبو يوسف ومحمد: بأن العفو عنه جائز ولا شئ على المعفو عنه لا القصاص ولا الدية. وهذا الذي ذكرنا إذا كانت الجناية عمدا، فإذا كانت خطأ إن عفا عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه صح العفو سواء برئ أو مات إلا أنه إن عفا في حال يخرج ويجئ ويذهب بعد الجناية وأنه على قول بعض المشايخ يعتبر من جميع ماله. وذكر في المنتقي في هذه الصورة أنه يعتبر من ثلث المال وإن عفا عن القطع إن اقتصر عن القطع إن برأ صح العفو بلا خلاف من جميع المال وإن صار قاتلا فعلى قول أبي حنيفة العفو باطل وكان على عاقلة القاتل الدية، وعندهما العفو جائز كما لو عفا عن القطع وعما يحدث منه إلا إنه إن عفا في حالة حكم الصحة بأن كان يذهب ويجئ يصح من جميع المال، وعلى قياس رواية المنتقي من ثلث المال، وإن عفا في حال حكم المرض بأن صار صاحب فراش يعتبر من ثلث المال. ولو قال عفوت عن الجناية أعن القاطع وما يحدث منه كان عفوا عند دية النفس بالاجماع حت ء إذا مات سقط كل الدية فيه غير أنه يعتير من الثلث في الخطأ لان موجبه المال وقد تعلق به حق الورثة فيعتبر من الثلث كسائر أمواله بخلاف ما إذا كان عمدا حيث يصح من جميع المال لان موجبه القصاص ولم يتعلق بحق الورثة لانه ليس بمال. قال في العناية: فيه بحث وهو أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة ثم قال: والجواب عنه أن المصنف نفي تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل. والقياس في المال أيضا أن لا يثبت فيه تعلق حق الورثة إلا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله عليه الصلاة والسلام لان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم أغنياء إنما يتحقق بتعلق حقهم بما يتعلق به التصرف فيه والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث ا ه. أقول: في تقرير البحث المذكور
***
[٥٧]
خلل فاحش وفي تحرير الجواب المزبور التزام ذلك، أما الاول فلانه سيجئ في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص ثبت لورثة القتيل ابتداء لا بطريق الوراثة منه كالدين والدية، فقوله أن القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الفصل السابق وثبت بطلانه هناك أيضا فتذكر. وأما الثاني فلانه لم يقع التعرض فيه لكونه القصاص غير موروث من المقتول عند إمامنا الاعظم بل سبق الكلام على وجه يشعر بكونه موروثا بالاتفاق ألا ترى إى قوله في خاتمته والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكونه موروثا. وفي المحيط: ويكون هذا وصيللعاقلة، سواء كان القاتل واحدا منهم أو لم يكن لان الوصية للقاتل إذا لم تصح للعاقلة كمن أوصى لحي وميت فالوصية كلها للحي ا ه. وظهر هنا من قول صاحب المحيط وصية للعاقلة فساد ما اعترض به من الوصية للقاتل

لا تصح ومن أن القاتل كواحد من العاقلة فكيف جازت الوصية له بجميع الثلث فتأمل. ويظهر من أن القول بأنه وصية أنه لو لم يكن له مال في العمد تسعى العاقلة في ثلثي الدية وفي الخطأ إن خرجت الدية من الثلث فلا سعاية، ولو لم تخرج من الثلث يسقط بقدر ما يخرج وتسعى العاقلة في البقية كما سيأتي في نظائره في كتاب الوصايا وهذا من خصائص هذا الكتاب. قال رحمه الله: (وإن قطعت امرأة يد رجل عمدا أو تزوجها على اليد ثم مات فلها مهر مثلها والدية في مثلها وعلى عاقلتها لو خطأ) يعني لو تزوج امرأة على قطعها يده عمدا فمات الزوج منه فلها مهر مثلها والدية في مالها وعلى عاقلتها لو خطأ وهذا قول الامام. ولم يفصل المؤلف بين ما إذا مات قبل الدخول أو بعده لكن في قوله مهر المثل يشير إلى أنه بعد الدخول. وفي الكافي: إما أن يكون القطع عمدا أو خطأ وكل مسألة على ثلاثة أوجه: إما أن تزوجها على القطع أو على القطع وما يحدث منه أو على الجناية وقد برئ من ذلك أو مات، فإن كان القطع عمدا وبرئ من ذلك صحت التسمية وصار أرش اليد مهرها لها عندهم جميعا. قال الشارح: فإذا كان القطع عمدا فهذا تزوج على القصاص في الطرف وهو ليس بمال على تقدير الاستيفاء وعلى تقدير وعلى تقدير السقوط أولا، فإذا لم يصلح مالا لا يصلح مهرا فيجب لها مهر المثل إذا مات ولا يجب القصاص لا يقال لا يجري القصاص بين الرجل والمرأة في الاطراف فكيف يكون تزويجا عليه لانا نقول: الموجب الاصلي في العمد القصاص وإنما سقط للتعذر ثم تجب عليه الدية فإذا سرى تبين أنه قتل ولم يتناوله العفو فتجب الدية لعدم العفو عن النفس وذلك في مالها لان العاقلة لاتحمل العمد. ا هـ. قال في النهاية فإن قلت: لم لم يجب القصاص ههنا على المرأة مع أن القطع كان عمدا وهي قتل من الابتداء

***

[٥٨]

فإذا مات ظهر أن الموجب الاصلي هو القصاص ولما لم يصلح القصاص مهرا صار كأنه تزوج ولم يذكر شيئا وفيه القصا ص فكذا ههنا. قلت: نعم كذلك إلا أنه لما جعل القصاص مهرا جعل ولاية استيفاء القصاص للمرأة، ولو استوفت القصاص تستوفيه من نفسها وهو محال ولما سقط القصاص بقي النكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما إذا لم يسم ابتداء ا هـ. ولو تزوجها على موجب القطع جاز فإن طلقها بعد الدخول بها أو مات عليها سلم لها جميع الارش، وإن طلقها قبل الدخول بها سلم لها من ذلك ألفان وخمسمائة ورد على الزوج ألفان وخمسمائة لانه تزوجها في الحاصل على خمسة آلاف، فإن طلقها قبل الدخول بها يسلم لها نصف ذلك ويلزمها أن ترد النصف على الزوج. هذا إذا أبرئ من القطع، وإن مات من ذلك فالتسمية باطلة عندهم جميعا ولها مهر مثلها. وقيد بقوله مهر مثلها المفيد أنه بعد الدخول لا قبل الدخول فلها المتعة، ثم القياس أن لا تجب عليها الدية في قول أبي حنيفة، وفي الاستحسان تجب الدية في مالها، وعلى قولهما صح العفو ولم يكن عليها لا قصاص ولا دية لو مات. هذا إذا تزوجها على القطع قيد بذكر اليد فقط لانه إذا تزوجها على القطع وما يحدث منه إن برئ من ذلك صار أرش يده مهرا لها عندهم جميعا ويسلم لها ذلك، وإن كان أكثر من مهرها مثلها، وإن مات من ذلك بطلت التسمية وكان لها مهر مثلها وسقط القصاص مجانا بغير شئ ولا ميراث لها من زوجها لانها قاتلته وعليها عدة المتوفي عنها زوجها. وقيد بقوله عمدا لانها إذا كانت الجناية خطأ وقد تزوجها على القطع إن برئ من ذلك صار أرش يده مهرا لها، فإن دخل بها أو مات عنها سلم لها جميع ذلك وسقط عن العاقلة، وإن طلقها قبل الدخول بها سلم لها نصف ذلك وذلك ألفان وخمسمائة وتؤدي العاقلة ألفين وخمسمائة إلى زوجها، فأما إذا مات من ذلك بطلت التسمية في قول أبي حنيفة وكان لها مهر مثلها وعلى عاقلتها دية الزوج، وعندهما تصح التسمية وتصير دية الزوج مهرا لها، فأما إذا تزوجها على القطع وما يحدث أو على الجناية إن برئ من ذلك صار أرش يده مهرا لها وإن مات ثم ينظر إلى مهر مثلها وإلى الدية، فإن كان مهر المثل مثل الدية لا شك أن الكل يسلم لها سواء تزوجها بعد القطع في حال ما يجئ ويذهب أو بعد ما صار صاحب فراش. وإن كان مهر مثلها أقل من الدية، فإن كان تزوجها في حال يجئ ويذهب أو بعد ما صار صاحب فراش. وإن كان مهر مثلها أقل من الدية، فإن كان تزوجها في حال يجئ ويذهب فالكل يسلم لها، وإن كانت الزيادة إلى تمام الدية تخرج من ثلث مال الزوج وتعتبر الزيادة على مهر مثلها وصية للعاقلة، وإن كانت لا تخرج الزيادة على مهرها مثلها من ثلث ماله فيقدر ما يخرج من الثلث يسقط عن العاقلة ويعتبر ذلك وصية لهم. هذا إذا لم يطلقها الزوج قبل موته حتى مات، فإن طلقها قبل موتها قبل الدخول بها سلم لها من ذلك خمسة آلاف مهر مثلها وصية للعاقلة ويسقط عن العاقلة، وإن كان مهر

مثلها أقل من خمسة آلاف إن كانت الزيادة على غير مهر مثلها إلى تمام خمسة آلاف يخرج من ثلث ماله
***
[٥٩]
فكذا يسقط عن العاقلة خمسة ألاف، وإن كان لا يخرج فبقدر مايخرج من الثلث مقدار مهر مثلها يسقط عن العاقلة ويردون الباقي إلى ورثة الزوج وكذلك إن تزوجها على الجناية فالجواب فيه من أوله إلى آخره كالجواب فيما إذا تزوجها على القطع، وما يحدث به اسماعيل بن عمار عن أبي يوسف في رجل قتل عمدا وله وليان فصالح واحد وليتي القاتل عن جميع الدين على خمسين ألفا فللذي صالح خمسة وعشرون ألفا والآخر الباقي، وهذا إذا تزوجها المقطوع يده، فلو تزوجها وليه قال امرأة قتلت رجلا خطأ فتزوجت ولي المقتول على الدية التي وجبت على العاقلة فذلك جائز والعاقلة برأت، فإن طلقها قبل الدخول بها رجع على العاقلة بنصف الدية. رجل شج رجلا موضحة عمدا أو صالحه المشجوج عن الموضحة وما يحدث منها على مال مسمى قبضه ثم شجه رجل آخر موضحة عمدا ومات من الموضحتين فعلى الآخر القصاص ولا شئ على الاول، وكذلك لو كان الصلح مع الاول بعد ما شجه الآخر قال أبو الفضل: فقد استحسن في موضع آخر من هذا الكتاب أن له القصاص على الآخر إذا كان شجه بعد صلح الاول. رجل شج رجلا موضحة عمدا وصالحه عنها وما يحدث عنها على عشرة آلاف درهم وقبضها ثم شجه آخر خطأ ومات منها فعلى الثاني خمسة آلاف درهم عل عاقلته ويرجع الاول في ماله المقتول بخمسة آلاف درهم، وإن كانت الشجتان عمدا جاز إعطاء الاول وقتل الآخر، الاسبيجابي جامع الفتاوي. وعن أبي يوسف في جامع: إذا صالح الشاج من موضحة الخطأ على خمسمائة درهم ثم مات منها يحط عن العاقلة الثلث وبطل الصلح ويرجع الشاج بما دفع. وفي الكبرى: وهذا الجواب على قولهما خاصة، أما على قول أبي حنيفة فالصلح والعفو عن الشجة لا يتناول ما يحدث منها، فإذا مات المشجوج ها هنا صار وجود الصلح كعدمه عنده، ولو انعدم الصلح عنده فالدية على عاقة الشالج كذا هنا. وفي الظهيرية: وإن وقع الصلح على خمسة عشر ألفا بعد قضاء القاضي بعشرة آلاف فهذا الصلح باطل لما فيه من الزيادة على الدية، وإن كان المقضي به مائة من الابل فاصطلحا على مائة وخمسين إن وقع اصلح نسيئة لا شك أنه لا يجوز، وإن كان يدا بيد إن كان الابل بأعيانها ثم اصطلحوا على مائة وخمسين من الابل بأعيانها كان ذلك جائزا هذا إذا وقع الصلح على أكثر من النوع الذي وقع به القضاء، أما إذا وقع الصلح على أقل مما وقع به القضاء فإنه يجوز حالا ونسيئة، وإذا اصطلحا على خلاف جنس ما وقع به القضاء وقد صالحه على أكثر مما قضى به فإنه يجوز. هذا الذي ذكرنا إذا اصطلحا بعد القضاء أو الرضا، أما إذا اصطلحا قبل القضاء إن كان المصالح عليه أكثر من الدية فإنه لا يجوز. ابن سماعة عن محمد في رجل جرحه رجلان جراحة عمدا فقضى بالقصاص على أحدهما ثم مات من الجراحتين قال: لورثته أن يقتلوا الآخر، ولو جرحه رجل
***
[٦٠]
جراحة عمدا وعفا عنه ثم جرحه آخر عمدا فلم يعف حتى مات منهما فلا قود على الثاني. وسئل أبو سلمة عجماعة كانوا يرمون على كل كلب عقور فأخطأ واحد منهم فأصاب صغيرة فماتت وعر ف أن هذا سهم فلان ولكن لم يشهد أحد أنه رماه فلان فصالح صاحب السهم على كرم ثم طلب المصالح رد الصلح قال: إن كان يعلم أن المصالح هو الذي جرحها وأن الصبية ماتت من تلك الجراحة فالصلح ماض، فإن علم أن الجارح صاحب السهم ولكن استغاثت الصغيرة بأبيها فلطمها أبوها فسقطت وماتت ولم يدر أنها ماتت من اللطمة أو من الرمي قال: فإن كان الصلح من الاب بإذن سائر الورثة فالصلح جائز والبدل لسائر الورثة ولا ميراث للاب، وإن كان الميراث بغير إذنهم فالصلح باطل. وفي نوادر هشام قال: سألت محمدا عند قلع سن صبي أو حلق رأس امرأة فصالح الجاني أبا الصبي والمرأة على دراهم ونبت الشعر أو السن فأخبر أن أبا حنيفة يرد الدراهم قال: وكذلك أقول، وكذلك قول محمد قال: وكذلك إن كان هذا كسر يده فصالحه عنها ثم جبرت وصحت؟ قال: نم. قلت: فإن زعم صاحب اليد أن يده قد ضعفت وليست كما كانت قال: أمر من ينظر إليها فإنه لا يكاد يخفي. قال رحمه الله: (وإن تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية فمات منه فلها مهر المثل) كما لو تزوجها على خمر أو خنزير وقد تقدم. قال رحمه الله: (ولا شئ عليها) لانه رضي بسقوط القصاص على أنه يصير مهرا وهو لا يصير

مهرا فسقط أصلا فصار كما إذا سقط القصار بشرط أن لا يصير مالا فإنه يسقط مجانا وقد تقدم. قال رحمه الله: (ولو خطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) لان التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية تزوج على موجبها وموجبها هنا الدية وهي تصلح مهرا فصحت التسمية إلا أنه يقدر مهر مثلها يعتبر من جميع المال لانه ليس فيه محاباة والمريض لا يحجر عليه من التزوج لانه من الحوائج الاصلية فينفذ قدر مهر مثلها من جميع المال، وما زاد على ذلك من الثلث لانه تبرع والدية على عاقلتها وقد صارت مهرا فيسقط كلها عنهم إن كان مهر مثلها مثل الدية أو أكثر، ولا يرجع عليهم بشئ لانهم كانوا يتحملون عنها بسبب جنايتها، فإذا صار ذلك ملكا لها يسقط عنهم أصلا فلا يغرمون لها، وإن كان مهر مثلها أقل من الدية سقط عنهم أيضا لانه وصيته لهم فيصح لانهم أجانب، وإن كان لا يخرج من الثلث سقط عنهم قدر الثلث وأدوا الزيادة إلى الولي لان الوصية لا نفاذ لها إلا من الثلث. ثم قيل لا يسقط قد نصيب القاتل لان الوصية للقاتل لا تصح، والاصح أنه يسقط كله لانه أوصى لمن تجوز له الوصية فهو كن أوصى لحي وميت فإن الوصية كلها تكون للحي، ولانه لو لم يسقط نصيبه لكان ذلك القدر هو الواجب بالقتل فتتحمله العاقلة عنه فينقسم أيضا فيلزم مثل ذلك عن نصيبه منه أيضا ثم هكذا وهكذا إلى أن لا يبقى منه شئ، فلو أبطلنا الوصية في صحته ابتداء لزمنا

***

[٦١]

تصحيحها انتهاء فصححناها ابتداء قصر للمسافة. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: كذلك الجواب فيما إذا تزوجها على اليد أيضا العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فصار الجواب في الفصلين واحدا. وأقول: في عبارة المصنف احتمال آخر وهو أنه يجوز أن يكون معناها وللعاقلة ثلث ما ترك الميت وصية فيشمل الدية وغيرها، ولو قال المؤلف ولو خطأ دفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي وصية فإن خرج من الثلث سقط وإلا فثلث المال لكان أولى، وقول المؤلف رفع إلى آخره فأفاد أن مهر المثل أقل من الدية كما بيناه. قال رحمه الله: (ولو قطع يده فاقتص له فمات الاول قتل به) يعني رجل قطع يد رجل فاقتص له فمات المقطوع الاول قتل المقطوع الثاني به وهو القاطع الاول قصاصا لانه تبين أن الجناية كانت قتلا عمدا من الاول واستيفاء الحق الاول لا يوجب سقوط حقه في القتل لان من له القصاص في النفس إذا قطع طرف من عليه القصاص ثم قتله لا يجب عليه شئ إلا أنه مسئ ألا ترى أنه لو أحرقه بالنار لا يجب عليه شئ غير الاساءة، فإذا بقي له فيه القصاص فلو ارثه أن يقوم مقامه. وعن أبي يوسف أنه يسقط حقه في القصاص لان إقدامه على القطع دليل على أنه أبرأه عن غيره قلنا: إنما قدم عليه على ظن أنه حقه فيه لا حق له في غيره وبعد السراية تبين أن حقه في القول فلم يكن مبرئا عنه بدون علمه. قيد بقوله الاول لانه لو مات المقتص منه وهو المقطوع قصاصا من القطع فديته على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: لا شئ عليه لانه استوفى حقه وهو القطع فيسقط حكم سرايته إذا لامتناع عن السراية خارج عن وسعه فلا يتقيد بشرط السلامة كيلا ينسد باب القصاص فصار كالامام، وإذا قطع يد السارق فسرى إلى النفس ومات كالنزاع والفصاد والحجام والختان وكما لو قال لغيره اقطع يدي فقطعهما ومات، وهذا لان السراية تبع لابتداء الجناية فلا يتصور أن يكون ابتداء الفعل غير مضمون وسرايته مضمونة. ولابي حنيفة أن حقه في القطع والموجود قتل حتى لو قطع ظلما كان قتلا فلم يكن مستوفيا حقه فيضمن، وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة فوجبت الدية بخلاف ما ذكروا من المسائل لان إقامة الحد واجب على الامام. قال رحمه الله: (وإن قطع يد القاتل وعفا ضمن القاتل دية اليد) وهذا عند الامام. قال في الكافي: ولا فرق بين ما إذا قضى له بالقصاص أو لا. وعندهما لا شئ عليه يعني لو قتل إنسان آخر عمدا فقطع وله المقتول يد القاتل وعفا ضمن الدية. أطلق فشمل ما إذا كان قتل فقط أو قتل وقطع وما إذا مات من القطع أو برأ وليس كذلك. فلو قال المؤلف في قتل فقط لكان أولى لانه علم ما تقدم لو قطع وقتل له فعلهما، ولو قال دية اليد لو برأ لكان أولى لانه محل الخلاف لهما أنه قطع يدا من نفس لو أتلفها لا يضمن كما لو قطع يد مرتد ثم أسلم ثم سرى، وهذا لانه استحق إتلافه بجميع أجزائه إذ الاجزاء تبع

***

[٦٢]

للنفس فبطل حقه بالعفو فيما بقي لا فيما استوفاه. ولهذا لو لم يعف لا يجب عليه ضمان اليد، وكذا إذا عفا ثم سرى لا يضمن والقطع

الساري أخش من المقتصر، أو قطع وما عفاه وما سرى ثم جز رقبته قبل البرء وبعد فصار كما لو كان له قصاص في اليد فقطع أصابعه ثم عفا عن اليد فإنه لا يضمن أرش الاصابع الاصابع من الكف كالاطراف من النفس. ولابي حنيفة أنه استوفى غير حقه فيضمن، وهذا لان حقه في القتل لا في القطع، وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة إذ كان له أن يتلف الطرف تبعا للنفسه، وإذا سقط القود وجبت الدية. وإنما لم يضمن في الحال لاحتمال أن يصير قتلا بالسراية فيظهر أنه استوفى حقه وحقه في الطرف ثبت ضرورة ثبوت القتل وهذه الضرورة عند الاستيفاء لا قبله، فإذا وجد الاستيفاء ظهر حقه في الاطراف تبعا، وإذا لم يستوف لم يظهر حقه في الطرف لا أصلا ولا تبعا فتبين أنه استوفى غير حقه، فأما إذا لم يعف فإنما لم يضمن لمانع وهو قيام الحق في النفس لاستحالته أن يملك قتله وتكون أطرافه مضمونة عليه، فإن زال المانع بالعفو ظهر حكم السبب. وإذا سرى فهو استيفاء للقتل فتبين أن العفو كان بعد الاستيفاء. ولو قطع وما عفا وبرأ فهو على الخلاف في الصحيح، ولو قطع ثم حزر قبته قبل البرء فهو استيفاء لان القطع انعقد على وجه يحتمل السراية وكان حز رقبته تتميما لما انعقد له القطع فلا يضمن حتى لو حز رقبته بعد البرء فهو على الخلاف في الصحيح على أنا لا نسلم ظهور حقه عند الاستيفاء في التواقع وإنما دخلت في النفس لعدم إمكان التحرز عن إتلافها والاصابع تابع قياما والكف تابع لها عرضا لان منفعة البطش تقوم بالاصابع بخلاف الطرف فإنه تابع للنفس من كل وجه والله أعلم. باب الشهادة في القتل لما كانت الشهادة في القتل أمرا متعلقا بالقتل أوردها بعد ذكر حكم القتل لان ما يتعلق بالشئ يكون أدنى درجة من ذلك الشئ. قال رحمه الله: (ولا يقيد حاضر بحجته إذا أخوه غاب عن خصومته فإن بعد لا بد من إعادته ليقتلا ولو خطأ أو دينا لا) يعني إذا قتل رجل وله وليان بالغان عاقلان أحدهما حاضر والآخر غائب فأقام الحاضر بينة على القتل لا يقتل قصاصا، فإن عاد الغائب فليس لهما أن يقتلا بتلك البينة بل لا بد لهما من إعادة البينة للقتل عند الامام. وقالا: لا يعيد ولو كان القتل خطأ أو دينا لا يعيدها بالاجماع، وأجمعوا على أن القاتل يحبس إذا أقام الحاضر البينة لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس، وأجمعوا على أنه لا يقضي بالقصاص ما لم يحضر الغائب لان المقصود والقصاص والحاضر لا يتمكن من الاستيفاء

***

[٦٣]

بالاجماع بخلاف ما إذا كان خطأ أو دينا فإنه يتمكن من استيفاء نصيبه في غيبة الآخر فلم تجب إعادتها بعد، والوارث ينتصب خصما عن نفسه وعن شركائه فيما يدعي للميت وعلى الميت. ولابي حنيفة أن القصاص غير موروث لانه يثبت بعد الموت للتشفي ودرك الثأر والميت ليس من أهله وإنما يبت للورثة ابتداء بطريق الخلافة بسبب انعقد للميت أي يقومون مقامه فيستحق به ابتداء من غير أن يثبت للميت كالعبد يقبل الهدية يقع الملك فيها للمولى ابتداء بطريق الخلافة عنه. وإنما كان كذلك لان القصاص ملك الفعل في المحل بعد موت المجروح ولا يتصور الفعل من الميت لهذا صح عفو الورثة قبل موت المجروح وإنما صح عفو المجروح لان السبب انعقد له وفي قوله تعالى * (ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا) * (الاسراء: ٣٣) نص على أن القصاص يثبت للوارث ابتداء بخلاف الدية والدين لان الميت أهل لملك المال، ولهذا لو نصب شبكة وتعلق بها صيد بعد موته يملكه، وأصل الاختلاف راجع إلى أن استيفاه القصاص حق الورثة عنده، وحق الميت عندهما، فإذا كان القصاص يثبت حقا للورثة عنده ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الآخر في إثبات حقهم بغير وكالة منه، وبإقامة الحاضر البينة لا يثبت القصاص في حق الغائب فيعيدها بعد حضور ليتمكن من الاستيفاء، ولا يلزمه أن القصاص إذا انقلب ما لا يصير حقا للميت لانه إذا انقلب مالا صار صالحا لقضاء حوائجه فصار مفيدا بخلاف القصاص ولا يصح الاستدلال بصحة عفو المورث لانه إنما يصح في جواب الاستحسان لوجود سببه على ما بينا وهو الاستدلال معارض بعفو الوارث فإنه يجوز أيضا قبل موت المورث بعد الجرح استحسانا لوجود السبب، فلولا أن الحق يثبت فيها له ابتداء لما صح عفوه. أقول: فيه بحث لان ما تمسكا به لا ينهض حجة على أبي حنيفة رحمه الله، وما تمسك به وينهض حجة عليهما فكيف يتحقق التدافع؟ وذلك أن القصاص وإن كان حقا للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث بناء على القصاص لا يثبت إلا بعد الموت والميت ليس من أهل أن يثبت له هذا الحق لانه شرع للتشفي ودرك الثأر والميت ليس بأهل لذلك لكنه حق للمورث أيضا عنده باعتبار انعقاد سببه الذي هو الجناية في حق المورث، وقد صرح به كثير من أصحاب الشروح فأبو حنيفة رحمه الله راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقا للوارث فقال باشتراط إعادة البينة إذا حضر الغائب احتيالا للدرء، وقال بصحة العفو منه أيضا احتيالا للدرء أيضا،

وأما عندهما فالقصاص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه ثم ينتقل بعد موته إلى الوارث بطريق الوراثة كسائر أملاكه فيتجه عليهما المؤاخذة بصحة العفو من الوارث حال حياة الموروث بالاجماع فتدبر. قال رحمه الله: (فإن أثبت القاتل عفو الغائب لم يعد) معناه أن القاتل لو أقام بينة أن الغائب قد عفا عنه كان الحاضر خصما وسقط القصاص ولا تعاد البينة لو حضر لانه ادعى حقا على الحاضر وهو سقوط حقه في القصاص وانقلاب نصيبه مالا ولا يتمكن من إثباته إلا

***

[٦٤]

بإثبات العفو من الغائب فانتصب الحاضر خصما عن الغائب في الاثبات عليه بالبينة، فإذا قضى عليه صار الغائب مقتضيا عليه تبعا له. قال رحمه الله: (وكذا لو قتل عبدهما وأحدهما غائب) أي لو كان عبد بين رجلين فقتل عمدا واحد المولبين غائب فحكمه مثل ما ذكرنا أحد في الوليين حتى يقتل بينة أقامها الحاضر من غير إعادة بعد عود الغائب، ولو أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص لما بينا فحاصله أن هذه المسألة مثل الاولى في جميع ما ذكرنا إلا أنه إذا كان القتل عمدا أو خطأ لا يكون الحاضر خصما عن الغائب بالاجماع، والفرق لهما في الكل. ولابي حنيفة في الخطأ. أن أحد الورثة خصم عن الباقين على ما بينا ولا كذلك أحد المولبين على ما عرف في موضعه وقدمنا له مزيد بيان عند ذكر الكبير والصغير فارجع إليه. قال رحمه الله: (وإن شهد وليان بعفو ثالثهما لغت) أي إذا كان أولياء المقتول ثلاثة فشهد اثنان منهم على الثالث أنه عفا فشهادتهما باطلة لانهما يجران لانفسهما نفعا وهو انقلاب القود مالا وهو عفو منهما وزعمهما معتبر في حق أنفسهما إطلاق في قوله بعفو ثالثهما فشمل ما إذا كان في العمد والخطأ. وقيد في المحيط الخطأ حيث قال: فشهادتهما جائزة في الخطأ إذا لم يقبضا نصيبهما ا ه‍. وإنما قيد به لانهما إذا قبضا نصيبهم لم يحتاجا إلى إثبات عفو الغائب لان العفو حصل منهما وهو قيد حسن لا بد منه، ولو قيد به المؤلف لكان أولى. وذكر في المبسوط في كتاب الصلح: والمأذون في دين بين ثلاثة شهد اثنان على الثالث أنه أبرأ عن نصيبه لا تقبل لان شهادتهما تجر لانفسهما نفعا لان شهادتهما تقطع شركة المشهود عليه في الباقي من الدين فلا تقبل كما لو شهد أنه أبرأه عن نصيبه بعد ما قبضا نصيبهما. وجه هذه الرواية التي ذكرها المؤلف أنهما بشهادتهما لا يثبتان لانفسهما حق المشاركة للمشهود عليه لانهما لم يقبضا شيئا من الدين ولا حولا نصيبهما مالا. وإنما منعت ثبوت المشاركة للمشهود عليه متى قبضا نصيبهما والشاهد يملك المنع ولا يملك الابطال، وإذا شهد شاهدان بالعفو على الخطأ فقضي به ثم رجعا ضمنا ما أتلفاه نصفين لانهما أبطلا على المشهود عليه دينا مؤجلا فيضمنان لذلك. شهد شاهدان على ولي الدم أنه أخر القاتل اليوم إلى الليل على جعل معلوم لم يكن عفوا ولا مال له لان تأخير الحق لا يقتضي سقوطه فكذا تأجيل القتل لا يقتضي سقوطه والمال باطل لانه لو وجب عوضا عن الاجل والاعتياض عن الاجل باطل. ولو شهد على أنه أخذ الجعل على أن يعفو عنه يوما كان صلحا لانه عفا عن القصاص يوما والعفو لا يقبل التأقيت فصح العفو وبطل التأقيت، وصار كما لو طلق امرأته وأعتق عبده على ألف إلى الليل جاز الصلح وبطل التأقيت فكذا هذا. وقوله على أن يعفو ولم يخرج مخرج العدة وإنما يراد به الاخبار كالرجل يقول للمرأة

***

[٦٥]

تزوجتك على ألف درهم فقبلت فهو نكاح فكان المراد منه الايجاب فكذا هذا. قال رحمه الله: (فإن صدقهما القاتل فالدية لهم اثلاثا) أي صدقهما القاتل دون الولي المشهود عليه لان تصديقه لهما إقرار لهما بثلثي الدية ويلزمه لانهم كانوا يزعمون أن نصيب الولي المشهود عليه قد سقط بعفوه وهو ينكر فلا يقبل قولهم عليه فوجب عليه كل الدية وللمنكر ثلثها. قال رحمه الله: (وإن كذبهما فلا شئ لهما وللآخر ثلث الدية) أي إن كذبهما القاتل أيضا بعد أن كذبهما الولي المشهود عليه بالعفو فلا شئ للوليين الشاهدين لان شهادتهما عليه إقرار ببطلان حقهما عليه في القصاص فصح إقرارهما في حق أنفسهما، وإن ادعيا انقلابهما مالا فلا يصدقا في دعواهما إلا ببينة، وللولي المشهود عليه ثلث الدية لان شهادتهما عليه بالعفو وهو ينكر بمنزلة إقرارهما بالعفو فينقلب نصيبهما مالا. وفي النهاية: وإن كذبهما المشهود عليه يجب على القاتل فية كاملة بينهم اثلاثا فجعل الضمير فاعل كذبهما المشهود عليه لا القاتل. قال الشارح: وإن صدقهما الولي المشهود عليه وحده دون القاتل ضمن القاتل ثلث الدية للولي المشهود عليه لانه أقر له بذلك. فإن قيل: كيف له الثلث وهو قد أقر

أنه لا يستحق على القاتل شيئا بدعواه العفو؟ قلنا: ارتد إقراره بتكذيب القاتل إياه فوجب له ثلث الدية عليه. وفي الجامع الصغير: كان هذا الثلث للشاهدين لا للمشهود عليه وهو الاصح لان المشهود عليه يزعم أنه قد عفا أو لا شئ له وللشاهدين على القاتل ثلث الدية دينا في ذمته والذي في يده وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف إليهما لاقراره لهما بذلك كمن قال لفلان علي ألف درهم فقال المقر له ليس ذلك لي وإنما هو لفلان فإنه يصرف إليه فكذا هنا، وهذا كله استحسان. والقياس أن لا يلزم القاتل شئ لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره. وما أقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بإقراره بالعفو لكونه تكذيبا له. وجوابه أن القاتل بتكذيب الشاهدين قد أقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه أن القصاص قد سقط بشهادتهما كما إذا عفا والمقر له لم يكذب القاتل حقيقة بل أضاف الوجوب إلى غيره فجعل الواجب للشاهدين وفي مثله لا يرتد الاقرار كمن قال لفلان علي كذا فقال المقر له ليس لي ولكنه لفلان على ما بينا. قيد المؤلف بقوله ولو شهد اثنان وإن كان الحكم في الواحد كذلك لانه إذا علم أن شهادة الاثنين باطلة علم ببطلان شهادة الواحد الفرد من باب أولى. ولم يتعرض لما إذا شهدا معا أو متعاقبا ونحن نذكر ذلك ونذكر شهادة الفرد تتميما للفائدة. وقال في المبسوط: له وليان اثنان فشهد أحدهما على صاحبه أنه عفا فهو على قسمين: إما أن يشهد أحدهما على صاحبه بالعفو أو يشهد كل واحد منهما على صاحبه بالعفو. أما القسم الاول فهو على خمسة أوجه: إما أن يصدقه صاحبه والقاتل جميعا أو كذباه أو كذبه

***

[٦٦]

صاحبه وصدقه القاتل أو على عكسه أو سكتا جميعا فالعفو واقع في المفصول كلها لان الشاهد متى أقر بعفو صاحبه فقد أقر بسقوط القصاص في نصيبه، وإذا سقط يسقط في نصيب الآخر كما لو عفا الشاهد عن نصيبه. وأما الدية إن تصادقا فاللشاهد نصف الدية لان الثابت بالتصادق والموافقة كالثابت بالمعاينة، وإن كذباه فلا شئ للشاهد ويجب للآخر نصف الدية لانه لما شهد بالعفو فقد أقر ببطلان حقه في القصاص فصح وادعى انقلاب نصيب نفسه مالا فلم يصدق ويحول نصيب الآخر مالا لان تعذر استيفاء القصاص في نصيبه من جهة غيره لان سقوط القصاص مضاف إلى شهادة بالعفو فكان بمنزلة العفو منه، وإن كذبه صاحبه وصدقه القاتل ضمن الدية بينهما لانه لما صدقه فقد أقر له بنصف الدية فلزمه وادعى بطلان حق المشهود عليه بالعفو فلم يصدق نصيب الساكت مالا لان في زعم الشاهد أن نصيبه تحول مالا بعفو صاحبه والقاتل صدقه فيه فوجب له نصف الدية على القاتل وفي نصيب صاحبه لم يسقط من جهته لانه لم يثبت عفوه في حقه لتكذيبه وإنما سقط بإقرارا الشاهد فينقلب نصيبه مالا. وإن كذبه القاتل وصدقه صاحبه ضمن نصف الدية للمشهود عليه ولا يضمن للشاهد شيئا. وقال زفر: لا شئ لهما لان الغفو ثبت في حقهما بتصادقهما ولم يثبت في حق القاتل لتكذيبه فسقط نصيب الشاهد ولم يجب لتكذيب نصف الدية فيبرأ القاتل. ولنا أن القاتل لما أكذب الشاهد في الشهادة بالعفو فقد كذبه فيما ادعى عليه من نصف الدية وأقر للمشهود عليه بنصف الدية في ماله لانه زعم أن نصيب المشهود عليه إنما سقط لمعنى جاء من قبل الشاهد لا من جهته فإنه أنكر عفو المشهود عليه، والمشهود عليه لما صدق الشاهد في شهادته فقد أقر بذلك المال للشاهد، والمقر له بالمال إذا قال للمقر ما أقررت به ليس لي وإنما هو لفلان كان المقر به لفلان كمن أقر بمائة لزيد فقال زيد هي لعمر وصارت المائة لعمرو فكذا هذا. وأما القسم الثاني لو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالعفو فلا يخلو إما أن يشهدا معا أو متعاقبا، فإن شهدا معا إن كذبهما القاتل بطل حقهما لان كل واحد منهما أقر بسقوط القصاص في نصيبه نصف الدية وأنه وجب له على القاتل لان كل واحد منهما زغم أن حق العافي في القصاص قد سقط وانقلب نصيبه مالا فصح اقرارهما بسقوط القصاص لانهما لا يتهمان في حقهما، ولم يصح بالمال على القاتل لانه دعوى والدعوى لا تثبت إلا بحجة، وكذلك إن صدقهما القاتل لانه متى صدق أحدهما في عواه فقد كذب الآخر في دعواه من المال لان العافي لا يجب له شئ فقد تعارض التصديق والتكذيب بالشك فصار كأنه سكت. وإن صدقهما على التعاقب فلهما دية كاملة لانه صدق الاول في دعواه المال فقد كذب الثاني في دعواه المال، فإذا صدق الثاني بعد ذلك فقد صدقه بعدما كذبه والتصديق بعد التكذيب جائز، وبتصديق الثاني إن صار مكذبا فيما ادعاه إلا أنه كذبه بعدما نفذ حكم التصديق بالسكوت عليه وكان التكذيب منه رجوعا عن إقراره فلم يصح. وأما إذا شهد متعاقبا فإن

***

[٦٧]

كذبهما القاتل فللشاهد آخرا نصف الدية ولا شئ للاول لان القاتل لما كذب الاول فقد زعم أن للثاني نصف الدية ولم يثبت عفوه ولم يوجد منه تكذيب القاتل في إقراره فوجب له نصف الدية، والاول قد أقر بسقوط القصاص في نصيبه بنصف دية وجبت له على القاتل وقد كذبه القاتل في ذلك فلم يثبت، وكذبه إن صدقهما معا فلا شئ للاول، وللثاني نصف الدية لانه تعارض التصديق والتكذيب منه في حق كل واحد منهما فتساقطا فصار كأنه سكت، ولو سكت يجب للثاني نصف الدية ولا يبطل بتكذيب القاتل لان تكذيب القاتل باطل في حق الثاني، وإن صدقه الثاني وكذبه الاول فللثاني نصف الدية ولا شئ للاول لانه ثبت عفو الاول في حق القاتل بتصديق الثاني في شهادته ولم يثبت عفو الثاني بتكذيب الاول في شهادته. ولو عفا أحد الوليين وعلم الآخر أن القتل حرام عليه فقتل عليه القصاص وله نصف الدية في مال القاتل لان قتله تمحض حراما، وإن لم يعلم بالحرمة فعليه الدية في ماله علم بالعفو أو لم يعلم لانه اشتبه عليه لان ظنه استند إلى دليل يوجب الاشتباه وهو القياس على سائر الحقوق المشتركة بين اثنين إذا أبرأ أحدهما لا يبطل حق الآخر فكانت ظنا في موضع الاشتباه فأورث شبهة لسقوط القصاص، ولهذا اشتبه على عمر رضي الله عنه مع جلالة قدره في العلم حيث شاور ابن مسعود في ذلك على ما ذكرنا. قال رحمه الله: (وأن أشهدا أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات يقتص) لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما عرف، والشهادة على قتل العمد يتحقق على هذا الوجه لانه إذا كان مخطئا لا يحل لهم أن يطلقوه بل يقولون قصد غيره فأصابه لان الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش وأقام على ذلك حتى مات. قال الشارح: وتأويله إن شهدوا أنه ضربه بشئ جارح أقول قال في الكفاية: إنما أوله لتكون المسألة مجمعا عليها. قال في معراج الدراية: الاطلاق في الجامع الصغير إن كان قولهما فهو مجرى على إطلاقه، وإن كان قول الكل فتأويله أن تكون الآلة جارحة. قال جمهور الشراح: فإن قيل الشهود شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأ فيكف يثبت القود مع أنهم لم يشهدوا أنه كان عمدا؟ قلنا: لما شهدوا أنه ضربه وإنما يشهدون أنه قصد غيره فأصابه وقالوا: كذلك ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده. قال رحمه الله: (وإن اختلفا شاهد القتل في الزمان أو المكان أو فميا وقع به القتل أو قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر لم ندر بماذا قتله بطلت) ولو قال المؤلف ولو شهد أربعة بقتل واختلفوا في الزمان أو المكان أو فيما وقع به القتل أو قالا قتله بعصا وقال الآخر لم ندر بماذا قتله بطلت لكان أولى لانه إذا علم ببطلان شهادة المثنى عند الاختلاف علم بطلان شهادة الفرد

***

[٦٨]

من باب أولى لان القتل لا يتكرر فالقتل في زمان أو في مكان غير القتل في مكان آخر أو في زمان آخر، وكذا القتل بآلة غير القتل بآلة أخرى وتختلف الاحكام باختلاف الآلة فكان على كل قتل شهادة فرد فلم تقتل، ولان اتفاق الشاهدين شر للقبول ولم يوجد، ولان القاضي يقضي بكذب أحدهما لاستحالة اجتماع ما ذكرنا فلا تقبل بمثله. وكذا لو كمل النصاب في كل واحد منهما لتيقن القاضي بكذب أحد الفريقين دون الآخر حيث يقبل الكامل منهما لعدم المعارض. أطلق في المكان وهو مقيد بالكبير قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح ديات الاصل: إنهما إذا اختلفا في المكان والمكانان متقاربان كبيت صغير فشهد أحدهما أنه رآه قتله في هذا الجانب وشهد الآخر أنه قتله في الجانب الآخر فإنه تقبل الشهادة استحسانا، وكذلك لو اختلفا في الآلة. وفي الاسبيجابي: كما إذا كان قال أحدهما قتله بالسيف وقال الآخر قتله بالقصاص. وقيدنا بما ذكر لانهما لو اختلفا في القاتل لا تقبل كما سيأتي. واعلم بأن الكلام في الآلة على فصول: أحدها أن يتفقا على الآلة بأن شهدا أنه قتله عمدا بالسيف أو قتله بالعصا، فإن شهدا أنه قتله بالسيف إن ذكرا صفة التعمد بأن قالا قتله عمدا بالسيف فإنه تقبل شهادتهما ويقضى عليه بالقصاص، ولو قالا قتله بالسيف خطأ تقبل شهادتهما ويقضى بالدية على العاقلة، وإن سكتا عن ذكر صفة العمد والخطأ فهذا وما لو ذكرا صفة العمد سواء، وإن قالا لا ندري قتله عمدا أو خطأ فإنه تقبل هذه الشهادة ويقضى بالدية في مال القاتل، وهذا الذي ذكرنا أن الشهادة مقبولة جواب الاستحسان، والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة. وإن شهدا أنه قتله بالعصا إن كان العصا صغيرا لا تقتل مثله غالبا فإنه تقبل الشهادة ويقضى بالدية عندهما جميعا كما لو ثبت معاينة سواء شهدا بالعمد أو بالخطأ أو أطلقا، وإن كان العصا كبيرا تقتل مثله غالبا فعلى قول أبي حنيفة الجواب عنه كالجواب فيما لو شهدوا أنه قتله بالسيف، وأما إذا بين أحدهما الآلة وقال الآخر لا أدري بماذا قتله فلان المطلق يغاير المقيد لانه معدوم والمقيد

موجود فاختلفا. وكذا أيضا حكمهما مختلف فإن من قال قتله بعصا يوجب الدية على العاقلة، ومن قال لا أعلم بماذا قتله على القاتل فاختلف المشهود به فبطلت وهو المراد بقوله وقال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر لم ندر بماذا قتله. وكذا لو شهد أحدهما بالقتل معاينة والآخر على إقرار القاتل بذلك كان باطلا لاختلاف المشهود به، فإن شهد أحدهما بالقتل معاينة والآخر على إقرار القاتل بذلك كان باطلا لاختلاف المشهود به فإن أحدهما فعل يوجب القصاص والآخر الدية. قال رحمه الله: (وإن شهدا أنه قتله وقالا لا ندري بماذا قتله) يعني بأي شئ قتله وجب عليه الدية في ماله استحسانا، والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة أصلا لانهما شهدا بقتل مجهول لان الآلة إذا جهلت فقد جهل القتل لان القتل يختلف حكمه باختلاف الآلة فيكون
***
[٦٩]
هذا غفلة من الشهود. وجه الاستحسان أنهما شهدا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجهول لامكان العمل به فيجب أقل موجبه وهو الدية فلا يحمل قولهما لا ندري على الغفلة بل يحمل على أنهما سعيا للدرء المندوب إليه في العقوبات استحسانا للظن ومثل ذلك سائغ شرعا لان الشرع أطلق الكذب في إصلاح ذات البين على ما قاله عليه الصلاة والسلام ليس بكذاب من أصلح بين اثنين فقال خيرا أو انمى خيرا فهذا مثله أو أحق منه فحمل عليه فلا يثبت جهلهما أو اختلافهما بالشك. وإنما وجبت الدية في ماله دون العاقلة لان المطلق يحمل على الكمال فلا يثبت الخطأ بالشك. وقال محمد رحمه الله: رجل قتل وله وليان لا وراث له غيرهما فأقام أحدهما وهو عبد الله بينة على صاحبه وهو زيد أنه قتله عمدا وأقام زيد على أجنبي بينة أنه قتله عمدا قبلت البينتان عند أبي حنيفة رحمه الله وعلى الولي المشهود عليه وهو زيد نصف الدية في ماله لصاحبه، وعلى المشهود عليه الاجنبي نصف الدية في ماله لصاحبه، وإن كان القتل خطأ فعلى عاقلة كل واحد منهما نصف الدية. وقال أبو يوسف ومحمد: بينة الابن على أخيه أولى ويقضى له على الاخ المشهود عليه بالقود إن كان عمدا وإن كان خطأ فله الدية على عاقلته وبطلت بينة الابن المشهو دعليه بالقود. واختلف المشايخ في الميراث، قال بعضهم: الميراث بينهما أرباعا ثلاثة أرباع لعبد الله وربعه لزيد. وقال بعضهم: الميراث بينهما نصفان وهو الاصح. ولو أقام كل واحد منهما البينة على صاحبه أنه قتل أباهما عمدا أو خطأ فعلى قول أبي يوسف ومحمد تهاترت البينتان ولا تجب الدية والميراث بينهما، وأما على قول أبي حنيفة يقضى لكل واحد منهما على صاحبه بنصف الدية إن كان القتل عمدا ويتقاصان، وإن كان خطأ فعلى عاقلة كل منهما الدية، ولو كان البنون ثلاثة فأقام عبد الله على زيد بينة أنه قتل الاب وأقام محمد وزيد على عبد الله أنه قتل الاب فهنا تقبل البينتان بالاتفاق ولا يجب القصاص على واحد منهم بالاتفاق، ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله يقضي لكل واحد منهم على صاحبه بثلث الدية في ماله إن كان عمدا، وعلى عاقلته إن كان خطأ ويكون الميراث بينهم أثلاثا، وأما على قول أبي يوسف ومحمد يقضى لكل واحد منهم على صاحبه بنصف الدية. ولو أقام عبد الله البينة على زيد وعمر وأنهما قتلا أباهم عمدا أو خطأ وأقام زيد وعمرو البينة على عبد الله أنه قتل أباهم عمدا أو خطأتها ترت البينتان عندهما وانتصف الوراثة بينهما أثلاثا كما لو لم توجد إقامة البينة، فإما على قول أبي حنيفة يقضي لعبد الله على زيد وعمر وبنصف الدية في مالهما إن كان عمدا، وعلى عاقلتهما إن كان خطأ، ففي مال عبد الله وإن كان خطأ فعلى عاقلته والميراث يكون نصفه لعبد الله ونصفه لزيد وعمرو. ولو أقام عمرو على زيد البينة أنه قتل أباهم ولم يقم واحد منهما البينة على عبد الله فإن يقال لعبد الله ما تقول في هذا، وإنما وجب السؤال لعبد الله لانه صاحب حق في هذا الدم إذ هو ليس بقاتل فعد هذه المسألة على ثلاثة أوجه: إما أن يدعي عبد الله على أحدهما بعينه أو لم يدع على
***
[٧٠]
واحد منهما بأن قال لم يقتله واحد منهما أو ادعى عليهما بأن قال هما قتلاه، فإن ادعى القتل على واحد بعينه وهو عمر وفعلى قياس أبي حنيفة يقضى على عمر وبثلاثة أرباع الدية ويكون ذلك بينه وبين عبد الله نصفين فإن كان القتل عمدا ففي مال عمرو، وإن كان خطأ فعلى عاقلة عمرو ويقضى لعمر وعلى زيد بربع الدية ويكون ذلك في مال زيد إن كان عمدا، وإن كان خطأ فعلى عاقلته. وأما الميراث فنصفه لعبد الله ونصفه لزيد وعمرو، وأما على قول أبي يوسف ومحمد يقضي لعبد الله على عمر وبالقود إن كان عمدا، ويقضى بالدية على

عاقلة عمر وإن كان خطأ ويكون ذلك بين عبد الله وزيد نصفين ويكون الميراث بينهما نصفين أيضا. وإن لم يدع عبد الله القتل على واحد منهما بأن قال لم يقتله واحد ففي قياس قول أبي حينفة يقضى لعمرو على زيد بربع الدية إن كان عمدا ففي ما له، وإن كان خطأ فعلى عاقته ولا شئ لعبد الله من الدية ويكن الميراث أثلاثا. وعند أبي يوسف ومحمد لا يقضى ها هنا بشئ لا بالدية ولا بالقصاص. وإن ادعى القتل عليهما بأن قال قتلتماه فعلى قول أبي حينفة لا يقضى لعبد الله بشئ من الدية، وأما الميراث فنصفه لعبد الله ونصفه لهما، أما على قول أبي يوسف ومحمد فقدتها ترت بينة كل واحد منهما على صاحبه ولا بينة لعبد الله على ما يدعي فلا يقضى بشئ من الدية والميراث يكون بينهم أثلاثا. ولو ترك المقتول أخا وابنا فأقام الاخ البينة على الابن أنه قتل الاب وأقام الابن البنية على الاخ أنه هو الذي قتل الاب كانت بينة الابن أولى بخلاف ما إذا كانا ابنين حيث يقضي هنا ك بنصف الدية على قول أبي حنيفة وههنا بينة الابن أولى ولم يذكر الخلاف. ولو ترك المقتول ابنين وأخا فأقام كل واحد من الابنين البينة على صاحبه بالقتل وصدق الاخذ أحدهما أو صدقهما كان التصديق من الاخ والعدم بمنزلة واحدة، فإن أقام الاخ بينة أنهما قتلاه بعد أن أقام كل واحد من الابنين البينة على صاحبه أنه هو القاتل فعلى قول أبي يوسف مع محمد البينة بينة الاخ ويكون الميراث له ويقتل الابنين إن كان القتل عمدا، وإن كان خطأ فعلى عاقلتهما الدية. ولم يذكر قول أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسألة، وينبغي أن يكون عنده أن لا تقبل بينة الاخ. وإن ترك ثلاث بنين فأقام اثنين منهم على الثالث أنه قتل أباهم وأقام الثالث بينة بذلك على الاجنبي فعلى قول أبي يوسف ومحمد بينة الابنين أولى فيقضي القاضي بالقصاص على الثالث للآخرين إن كان عمدا، وبالدي على عاقلته إن كان خطأ، ولا يرث الابن المشهود عليه ويكون الميراث بين الابنين على بينة لثالث فيقضى للاثنين على الثالث بثلثي الدية إن كان عمدا ففي ماله وإن كان خطأ فعلى عاقلته، ويقضي للثالث على الاجنبي بثلث الدية ويكون الميراث بينهم أثلاثا. وإذا قتل الرجل وترك ثلاثا فأقام الاكبر بينة على الاوسط أنه قتل الاب وأقام الاوسط بينة على الاصغر بذلك وأقام الاصغر بينة على الاجنبي بذلك، ففي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله يقضي لكل واحد منهم على الذي أقام عليه البينة بثلث الدية، وأما على قول أبي يوسف

***

[٧١]

ومحمد يقضى للاكبر على الاوسط بنصف الدية، وللاوسط على الاصغر بنصف الدية، ولا يقضي للاصغر على الاجنبي بشئ. قال رحمه الله: (وإن أقر كل واحد منهم أنه قتله وقال الولى قتلاه جميعا له قتلهما ولو كان مكان الاقرار شهادة لغت) يعني لو أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل زيد منفردا فقال الولي قتلاه جميعا له قتلهما، وإن شهد اثنان على رجل أنه قتله وشهد آخران على آخر أنه قتله بطلت الشهادة، والفرق بينهما أن كل واحد من الاقرار والشهادة يثبت أن كل القتل وجد من المقر والمشهود عليه ومقتضاه أن يجب القصاص عليه وحده لان معنى قوله أنا قتلته انفردت بقتله، وكذا قول الشهود قتله فلان يوجب انفراده بالقتل وقول الولي قتلهما تكذيب له حيث ادعى اشتراكهما في القتل فكأنه قال لم ينفرد أحد كما يقتله بل شاركه الآخر، وهذا القدر من التكذيب يمنع صحة قبول الشهادة لادعائه فسقهم به دون الاقرار لان فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار. ولو قال في الاقرار صدقتما ليس له أن يقتل واحدا منهما لان تصديق كل واحد منهما تكذيب للآخر لان كل واحد منهما يدعي الانفراد بالقتل بتصديقه فوجب ذلك فصار كأنه قال لكل واحد منهما قتلت وحدك ولم يشاركك فيه أحد فيكون مقرا بأن الآخر لم يقتله بخلاف الاول وهو ما إذا قال قتلتماه تصديق لهما. قلنا هو تصديق ضمني والضمني يتسامح فيه ما لا يتسامح في القصدي وهو قوله صدقتما، ولو أقر رجل أنه قتله وقامت البينة على الآخر أنه قتله وقال الولي قتله كلاكما كان له أن يقتل المقردون المشهود عليه لان فيه تكذيبا البعض موجبه على ما مر. وعلى هذا لو قال لاحد المقرين صدقت أنت قتلت وحدك كان له أن يقتله لانهما تصادقا على وجوب القتل عليه وحده، وكذا إذا قال الاحد المشهود عليهما أنت قتلته كان له أن يقتله لعدم تكذيب المشهود له وإنما كذب الآخرين، وكذلك الحكم في الخطأ في جميع ما ذكرنا. وفي الاصل: ادعى الولي العمد أو الخطأ وصدق المدعى عليه أو كذب ويدخل فيه اختلاف الشاهدين، الاصل أن تعذر استيفاء القصاص بعد ظهور القتل إن كان لمعنى من جهة الولي لا تجب الدية، وإن كان لمعنى من جهة القاتل تجب الدية استحسانا فإنه يخرج على الاصل الذي قلنا فرع على ما إذا ادعى الولي الخطأ وأقر القاتل بالعمد فقال لو صدق الولي بعد ذلك القاتل وقال إنك قتلته عمدا فله الدية على

القاتل بالعمد. وعن أبي يوسف في نوادر ابن سماعة: إذا ادعى الولي الخطأ وأقر القاتل بالعمد فعلى القاتل الدية. وقال محمد رحمهما الله في الزيادات: ادعى رجل على رجلين أنهم قتلا وليه عمدا بحديدة فله عليهما القصاص فقال أحدهما صدقت وقال الآخر ضربته أنا خطأ بالعصا فإنه يقضي لولي القتل عليهما بالدية في ما لهما في ثلاثة سنين، وهذا الذي ذكرناه استحسان،
***
[٧٢]
والقياس أن لا يقضي عليهما بشئ. ولو ادعى الولي العمد عليهما وصدقه أحدهما في ذلك وأنكر الآخر القتل فلا شئ على المقر. وفي الخانية: ولو ادعى الخطأ عليهما وأقر أحدهما بالعمد وجحد الآخر فلم يقض بشئ ولو ادعى العمد عليهما فأقر أحدهما وجحد الآخر القتل قتل المقر. ولو أقر أحدهما بالعمد والآخر بالخطأ وأنكر شركة الخاطئ قتل العامد، ولو قال رجل لرجل قتلت أنا وفلان وليك عمدا وقال فلان قتلناه خطأ وقال الولي للمقر بالعمد أنت قتلته وحدك عمدا فإن للولي أن يقتل المقر، وإن ادعى الولي الخطأ في هذه الصورة لا يجب شئ. رجل القطع يده ورجله ومات منهما فقال رجل قطعت يده عمدا وفلان قطع رجله ومات من ذلك وقال الولي لا بل أنت قطعت ذلك كله عمدا فإن للولي أن يقتله، وإن قال لا أدري من قطع رجله لا يكون له أن يقطع المقر وإن أزال الولي الجهالة بعد ذلك. وقال زفر: إذا بين صح بيانه حتى كان له أن يقتل المقر قال مشايخنا. وهذا إذا بين الولي قبل أن يقضي القاضي ببطلان حقه في القصاص قبل المقر حيث قال لا أدري من قطع رجله، فأما إذا قضى بذلك ثم بين لا يصح بيانه ولا يكون له أن يقتل المقر. وفي نوادر بشر عن أبي يوسف: رجل قال لرجل أنا قتلت وليك عمدا فصدقه وقتله ثم جاء آخر وقال أنا الذي قتلته وحدي وصدقه فعليه دية الذي قتله وله على الآخر الدية. قال محمد رحمه الله في الزيادات: ادعى رجل على رجلين أنهما قتلا وليه عمدا بالسيف وقضى له عليهما بالقصاص فأقر أحدهما بالقتل وأقام آخر شاهدين على الآخر أنه قتله وحده عمدا كان للمدعي أن يقتل المقر مكان العمد وليس له أن يقتل المشهود عليه وبطلت شهادة شاهدين ولو كان مكان قتل العمد قتل الخطأ وباقي المسألة بحالها لا شئ على المشهود عليه من الدية وعى المقر نصف الدية وإن أقر بالكل. وفيها أيضا: رجل قتل مقطوع اليدين وادعى وليه أفلانا قطع يده اليمنى عمدا وفلان قطع يده اليسرى عمدا ومات منهما فقال المدع عليه أنا قطعت يده اليسرى عمدا ولا أدري من قطع يده اليمنى الا انى اعلم ان اليمنى قطعت عمدا ومات من القطع وقال المدعى عليه قطعت اليد اليسرى ومات منها خاصة لا شئ على المقر، ولو قال الولي قطع فلان يده اليسرى عمدا ولا أدري من قطع اليمنى إلا أني أعلم أن اليمنى قطعت عمدا فمات منهما فلا قود عليه وعليه نصف الدية استحسانا. والقياس أن لا يلزمه شئ من الدية. وفيها أيضا: رجل ادعى على رجل أنه شج وليه موضحة عمدا ومات منها وجحد المدعى عليه ذلك فجاء المدعي بشاهدين فشهدا بالموضحة وبالموت منها كما ادعاه المدعي وشهد الآخر بالموضحة والبرء قبلت شهادتهما على الموضحة وقضى بالقصاص في الموضحة، فمن مشايخنا من قال ما ذكره من الجواب قول أبي يوسف ومحمد، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله ينبغي أن لا تقبل هذه الشهادة ولا يقضى بشئ، ومنهم من قال لا بل هذا قول الكل. ولو ادعى الموضحة والبرء منها وشهد أحد الشهدين بالموضحة والبرء والآخر بالسراية
***
[٧٣]
لا تقبل الشهادة، ولو ادعى الولي أنه مات منها وجاء بشاهدين شهد أحدهما كما ادعاه المدعي وشهد الآخر أنه برئ من ذلك قبلت الشهادة على الشجة وقضى بأرشها في مال الجاني، وذلك لو كان الميت عند رجل فاعدى مولاه أن الشاج شجه موضحة عمدا ومات منهما وأن له عليه القود وجاء بشاهدين فشهد أحدهما كما ادعى المدعى وشهد الآخر أنه برئ منها فالقاضي يقضي بأرض الشحة في مال الجاني والله أعلم. باب في بيان اعتبار حالة القتل لما كانت الاحوال صفات لذواتها ذكرها بعد القتل وما يتعلق به. قال رحمه الله: (المعتبر حالة الرمي) في حق الحل والضمان عند ذلك. قال رحمه الله: (فتجب الدية بردة المرمي إليه قبل الوصول) يعني لو رمى رجل رجلا مسلما فارتد المرمي إليه والعياذ بالله قبل وصول السهم إليه ثم وقع به السهم تجب على الرامي الدية وهذا عند الامام. وقالا: لا شئ عليه لان التلف حصل في محل لا عصمة له لانه بارتداده أسقط تقوم نفسه فاصر مبرئا للرامي عن موجبه كما لو أبرأه في هذه الحالة. وللامام أن الضمان يجب بفعله وهو الرمي لانه هو الذي يدخل تحت قدرته دون الاصابة ولا فعل له أصلا بعده فيصير

قاتلا بالرمي ألا ترى أنه لو رمى إلى صيد وهو مسلم ثم ارتد والعياذ بالله تعالى فأصاب السهم الصيد وهو مرتد فجرحه ومات بالجرح حل أكله، وكذلك لو كفر بعد الرمي قبل الاصابة جاز تكفيره، وكان القياس أن يجب القصاص لما ذكرنا لكنه سقط بالشبهة. قال في النهاية: وقولهما أنه بالارتداد صار مبرئا له عن ضمان الجناية غير صحيح لان اعتقاده المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح، كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي. قال رحمه الله: (لا بإسلامه) أي لا يجب شئ بإسلام المرمي إليه بأن رمى إلى حربي أو مرتد فأسلم قبل الاصابة ثم أصابه بعدما أسلم، وهذا بالاجماع لان الرمي لم ينعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل لان المرتد والحربي لا عصمة لدمهما. قال رحمه الله: (والقيمة بعتقه) يعني لو رمى إلى عبد فأعتقه المولى بعد الرمي قبل الاصابة فأصابه السهم فمات لزم الرامي القيمة عند الامام. وقال محمد: له فضل ما بين قيمته مرميا وغير مرمي لان العتق قطع السراية، وإذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهي جناية تنتقص بها قيمة المرمي إليه بالاضافة إلى ما قبل الرمي فيجب عليه ذلك حتى لو كانت قيمته ألف درهم قبل الرمي وثمانمائة بعده لزمه مائتان لان العتق قاطع

***

[٧٤]

للسراية ألا ترى أن من قطع يد عبد ثم عتقه مولاه ثم مات منه لا يجب عليه إلا أرش اليد مع النقصان الذي نقصه القطع إلى العتق وهو بنفس الرمي فصار جانيا عليه لان يوجب النقصان. ولابي حنيفة رحمه الله أن الرمي يصير قاتلا له من وقت الرمي وهو مملوك في تلك الحالة بخلاف القطع والجرح لان كل واحد منهما إتلاف لبعض المحل والاتلاف يوجب الضمان للمولى لانه ورد على محل مملوك له، ثم إذا سرى لا يوجب شيئا لانه لو أوجب شيئا لوجب للعبد لا للمولى لانقطاع حق المولى عنه وظهور حقه فيه فيصير النهاية مخالفة للبدية فصار ذلك كتبدل المحل، وعند تبدل المحل لا تتبدل السراية فكذا هنا. أما الرمي فقبل الاصابة به ليس بإتلاف شئ منه لانه لا أثر له في المحل وإنما قلت فيه الرغبات فلا يجب فيه الضمان قبل الاتصال بالمحل، وعند الاتصال بالمحل يستند الوجوب إلى وقت الانعقاد فلا تخالف النهاية البداية فتجب قيمته للولى. وقال زفر رحمه الله: عليه الدية لان الرمي إنما صار علة عند الاصابة إذ الاتلاف لا يصير علة من غير تلف يتصل به وقت التلف المتلف حر فتجب ديته، وأبو يوسف مع أبي حنيفة فيه. والفرق له بين هذا وبين ما تقدم من مسألة الاتداد أنه اعترض على الرمي ما يوجب عصمة المحل فيما تقدم فحصل ذلك بمنزلة الابراء، أما هنا اعترض على الرمي بما يؤكد عصمة المحل وهو الاعتاق فلا تبطل به الجناية. قال رحمه الله: (ولا يضمن الرامي برجوع شاهد الرجم بعد الرمي) معناه إذا قضي القاضي برجم رجل فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود بعد الرمي قبل الاصابة ووقع عليه الحجر فلا شئ على الرامي لما أن المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم. قال رحمه الله: (وحل الصيد بردة الرامي لا بإسلامه) معناه إذا رمى مسلم صيدا فارتد قبل وقوع السهم بالصيد حل أكله، ولو رماه وهو مجوسي فأسلم قبل الوقوع لا يحل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة إذ الرمي هو الذكاة لانه فعله ويدخل تحت قدرته لا الاصابة فتعتبر الاهلية وعدمها عنده. قال رحمه الله: (ووجب الجزاء بحله لا بإحرامه) أي لو رمى المحرم صيدا فحل قبل الاصابة ثم أصاب وجب عليه الجزاء، وإن رماه وهو حلال فأحرم قبل الاصابة فوقع الصيد وهو محرم لا يجب عليه الجزاء لان الجزاء يجب بالتعدي وهو الرمي في حالة الاحرام ووجد ذلك في الاول دون الثاني، والاصل في مسائل هذا الكتاب أن يعتبر وقت الرمي بالاتفاق، وإنما عدل أبو يوسف ومحمد عن ذلك فيما إذا رمى إلى مسلم فارتد والعياذ بالله قبل الاصابة باعتبار أنه صار مبرئا له على ما بينا في أول هذا الفصل والله تعالى أعلم بالصواب.

***

[٧٥]

كتاب الديات قال في العناية: ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما أن الدية أحد موجبي الجنابة في الآدمي صيانة له عن القصاص لكن القصاص أشد جناية فلذ قدمه. والكلام فيها من وجوه: الاول في دليل مشروعيتها، والثاني في معناها لغة، والثالث في معناها عند الفقهاء، والرابع في سبب وجوبها، والخامس في فائدتها، والسادس في ركنها، والسابع في شرطها، والثامن في حكمها. أما دليل المشروعية فقوله تعالى * (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله) * (النساء: ٩٢) الآية. وأما معناها في اللغة

فالدية مصدر ودية القاتل المقتول أعطى ديته وأعطى لوليه المال الذي هو بدل النفس، ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر، كذا في المغرب. قال في القاموس: الدية حق للقتيل جمعها ديات. وفي الصحاح: وديت القتيل أديه دية إذا أعطيت ديته. وأما معناها شرعا فالدية عبارة عما يؤدي وقد صار هذا الاسم علما على بدل النفوس دون غيرها وهو الارش. وأما سبب وجوبها فالخطأ فإن الآدمي لما خلق في الاصل معصوم النفس محقون الدم مضمونا عن الهدر فيجب صون حقه عن البطلان. وأما الخامس وهو فائدتها فهو دفع الفساد وإطفاء نار ولي المقتول. وأما ركنها فهو الاداء والايتاء. وأما شرط وجوبها فكون المقتول معصوم الدم متقوما بعصمة الدار ومنعة الاسلام حتى لو أسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فقتل لا تجب الدية. وأما حكمها فتمحيض ذنب التقصير بالتفكير. وفي المبسوط: يحتاج إلى بيان كيفية وجوب الدية وكيفية مقدارها. أما كيفية وجوب الدية ففي نفس الحر تجب دية كاملة يستوي فيها الصغير والكبير، والوضيع والشريف، والمسلم والذمي. وقال الشافعي رحمه الله: دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم، وفي المجوس ثمانمائة، والصحيح قولنا لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بدية المستأمنين اللذين قتلهما عمرو ابن أبي أمية كدية حرين مسلمين. وعن الزهري أنه قال: قضى أبو بكر وعمر في دية الذمي بمثل دية المسلم. ولانهما يستويان في العصمة والحرية ولهذا قال علي رضي الله عنه: إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا ونقص

***

[٧٦]

الكفر يؤثر في أحكام العقائد فيستويان في الدية. قال في الكافي: الدية المال الذي هو بدل النفس والارش اسم للواجب على ما دون النفس اه. أقول: الظاهر من هذه المذكورات كلها أن تكون الدية مختصة بما هو بدل النفس وينافيه ما سيجئ في الفصل الآتي من أن في المارن الدية، وفي اللسان الدية، وفي الذكر الدية، وفي اللحية الدية، وفي شعر الرأس الدية، وفي الحاجبين الدية وفي العينين الدية، وفي اليدين الدية، وفي الرجلين الدية إلى غير ذلك من المسائل التي أطلقت الدية فيها على ما هو بدل ما دون النفس. وكذا ما ورد في الحديث وهو ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: في النفس وفي اللسان الدية، وفي المارن وهكذا هو الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضي الله عنه كما سيأتي، فالاظهر في تفسير الدية ما ذكره صاحب العناية آخرا فإنه بعد أن ذكر مثل ذلك في المغرب وعامر الشروح قال: والدية اسم لضمان يجب بمقابلة الآدمي أو طوق منه سمي بها لانه يؤدي عادة لانه قل ما يجري فيه العفو لعظم حرمة الآدمي اه. ولما كان المقصود من الفقه بيان الاحكام لا بيان الحقائق ترك المؤلف بيان الحقيقة وشرع يبين أنواعها. قال رحمه الله: (دية شبه العمد مائة من الابل أرباعا من بنت مخاض إلى جذعة) يعني خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون جذعة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد والشافعي: ثلاثون حقة وثلاثون حذعة وأربعون ثنية في بطونها أولادها لقوله عليه الصلاة والسلام ألا إن قتيل الخطأ العمد بالسوط والعصا والحجر وفيه دية مغلظة مائة من الابل أربعون منها ثنية إلى بازل عامها كلهن خلفة ولانه لا خلاف أن التغليظ فيه واجب لشبهه بالعمد ومعنى التغليظ بتحقق بإيجاب شئ لا يجب في الخطأ. ولهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الدية بمائة من الابل أرباعا، ومعلوم أنه لم يرد به الخطأ لانه تجب فيه أخماسا فعلم أن المراد به شبه العمد، ولانه لا خلاف بين الامة أن الدية مقدرة بمائة من الابل. قاعليه الصلاة والسلام في نفس المؤمن مائة من الابل واختلفوا في صفة التغليظ فذهب ابن مسعود رضي الله عنه إلى أنها أرباع مثل مذهبنا، ومذهب علي رضي الله عنه أنها أثلاث ثلاث وثلاثون حقه وثلاث وثلاثون جذعة وأربعة وثلاثون خلفة. قال رحمه الله: (ولا تتغلظ الدية إلا في الابل) لان الشرع ورد به وعليه الاجماع والمقدرات لا تعرف إلا سماعا إذ لا مدخل للرأي فيها فلم تتغلظ بغيره حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ قضاؤه لعدم التوقيف بالتقدير بغير الابل. قال رحمه الله: (وفي الخطأ مائة من الابل أخماسا) أي دية الخطأ مائة من الابل أخماسا ابن مخاض الخ. أي

***

[٧٧]

عشرون ابن مخاض، وعشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون حقة وعشرون جذعة. فإذا كانت أخماسا يكون من كل

نوع من هذه أنواع عشرين لما روى ابن مسعود رضي الله عنه ابن النبي صلى الله عليه وسلم قال في دية الخطأ عشرون حقة، وعشرون جذعة، وعشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون بنت مخاض رواه أبو داود والترمذي وأحمد وغيرهم. والشافعي أخذ بمذهبنا غير أنه قال يجب عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض، والحجة عليه ما روينا، ولان ما قلنا أخف لاقامة ابن المخاض مقام ابن لبون فكان لبون أليق بحال المخطئ، ولان الشرع جعل ابن اللبون بمنزلة بنت المخاض في الزكاة حيث أخذه مكانها فإيجاب العشرين منه مع العشرين من بنت المخاض كإيجاب أربعين بنت مخاض وذلك لا يليق بل لا يجوز لعدم التغاير وذلك لانه عليه الصلاة والسلام لم يرد بتغيير أسنان الابل إلا التخفيف ولا يتحقق فيه التخفيف فلا يجوز. قال رحمه الله: (أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم) وقال مالك والشافعي رحمهما الله تعالى: الدية اثنا عشر ألف درهم لما رويا عن ابن عباس أن رجلا قتل فجعل النبي صلى الله عليه وسلم ديته اثني عشر ألفا. رواه أبو داود والترمذي. ولانه لا خلاف أنها من الدنانير ألف دينار وكانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما. ولنا ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم. وما قلنا أولى للتيقين به لانه أقل أو يحمل على ما روياه على وزن خمسة، وما رويناه على وزن ستة، وهكذا كانت دراهمهم من زمان النبي صلى الله عليه وسلم الى زمان عمر على ما ثلاثة الواحد منها وزن عشرة أي العشرة منه وزن عشرة دنانير وهو قدر الدينار، والثاني وزن ستة أي العشرة منه وزن ستة إلى آخر ما تقدم في كتاب الزكاة. فجمع عمر رضي الله عنه بين الثلاثة فخلط فجعله ثلاثة دراهم فصار ثلث المجموع درهما فكشف هذا أن الدينار عشرون قيراطا فوق العشرة يكون مثله عشرون قيراطا ضرورة استوائهما، ووزن الستة يكون نصف الدينار وعشرة فيكون اثني عشر قيراطا وزن الخمسة يكون صنف الدينار فيكون عشرة قراريط فيكون المجموع اثنين واربعين قيراطا، فإن جعلتها أثلاثا صار كل ثلث أربعة عشر قيراطا وهو الذي كان عليه دراهمهم. فإذا حمل ما رواه الشافعي على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة استويا. والذي يرجح مذهبنا ما روي أن الواجب في الجنين خمسمائة درهم وهو عشر دية الام عنده سواء كان ذكرا أو أنثى، وعندنا عشر دية النفس إن كان أنثى، ونصف العشر إن كان ذكرا، فعلم بذلك أن دية الام خمسة ألاف ودية الرجل ضعف ذلك وهو عشرة آلاف، ولانا أجمعنا أنها من الذهب ألف دينار والدينار مقوم في الشرع بعشرة دراهم ألا ترى أن نصاب الفضة في الزكاة مقدر بمائتي درهم ونصاب الذهب فيها بعشرين دينارا فيكون غنيا بهذا القدر من كل واحد منهما إذا الزكاة لا تجب إلا على الغني فيعلم بذلك علما ضروريا أن الدينار مقدر

***

[٧٨]

بعشرة دراهم. ثم الخيار في هذه الانواع الثلاثة إلى القاتل لانه هو الذي يجب عليه فيكون الخيار إليه كما في كفارة اليمين، ولا تثبت الدية إلا إن هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: يجب منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لما روي عن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم فرض في الدية على أهل الابل مائة من الابل، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل هذه الشياه ألفي شاة، وعلى أهل الحلل مائتي حلة. رواه أبو داود. وكان عمر رضي الله عنه يقضي بذلك على أهل كل مال كما ذكرنا. وكل حلة ثوبا إزار ورداء وهو المختار. وفي النهاية: قيل في زماننا قميص وسراويل. وله أن التقدير إنما يستقيم بشئ معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان المتلفات، والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة ولم يوجد ذلك في غيرها فلا يعدل عن القياس، والآثار التي وردت فيها تحتمل القضاء فيها بطريق الصلح فلا يلزم حجة. وذكر في المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أن مائتي بقرة لا يجوز وتأويله أنه قولهما. قال رحمه الله: (وكفارتهما ما ذكر في النص) أي كفارة القتل خطأ وشبه العمد هو الذي ذكر في القرآن وهو الاعتاق والصوم على الترتيب متتابعا كما ذكر في النص قال الله تعالى: * (فتحرير رقبة مؤمنه) * وشبه العمد خطأ في حق القتل وإن كان عمدا في حق الضرب فتتناولهما الآية. ولا يختلفان فيه لعدم النقل باختلاف بخلاف الدية حيث تجب في شبه العمد مغلظة لوجود التوفيق في التغليظ في شبه العمد دون الخطأ والمقادير لا تجب إلا سماعا. قال رحمه الله: (ولا يجوز الاطعام والجنين) لان الاطعام لم يرد به النص والمقادير لم تعرف إلا سماعا، ولان المذكور كل

الواجب أما في الجواب أو لكونه كل المذكور والجنين لم تعرف حياته ولا سلامته فلا يجوز، ولانه عضو من وجه فلا يدخل تحت مطلق النص. قال رحمه الله: (ويجوز الرضيع لو أحد أبويه مسلما) لانه مسلم تبع له والظاهر سلامة أطرافه على ما عليه الحيلة، ولا يقال كيف اكتفى هذا بالظاهر في سلامة أطرافه حتى جاز التكفير ولم يكتف بالظاهر في حد وجوب الضمان بإتلاف أطرافه لانا نقول: الحاجة في التكفير إلى دفع الواجب والظاهر يصلح حجة للدافع والحاجة في الاتلاف إلى دفع الضمان وهو لا يصلح حجة فيه، ولانه يظهر حال الاطراف فيما بعد التكفير إذا عاش ولا كذلك الاتلاف فافترقا. قال رحمه الله: (ودية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دونها) روي ذلك عن علي موقوفا ومرفوعا. وقالالشافعي: الثلث وما دون الثلث لا يتنصف لما روي عن سعيد بن المسيب أنه السنة. وقال الشافعي: السنة إذا أطلقت يراد به سنة النبي صلى الله عليه وسلم. ولنا ما روينا وما رواه أن كبار الصحابة أفتوا
***
[٧٩]
بخلافه، ولو كان سنة النبي صلى الله عليه وسلم لما خالفوه. وقوله سنة محمول على أنه سنة زيد لانه لم يرو إلا عنه موقوفا، ولانه هذا يؤدي إلى المحال وهو أما إذا كان ألمها أشد ومصابها أكبر أن يقل أرشها بيانه أنه لو قطع أصبع منها يجب عشر من الابل، وإذا قطع أصبعان يجب عشرون، وإذا قطع ثلاثة يجب ثلاثون لانها تساوي الرجل فيه على زعمه لكونه ما دون الثلث، ولو قطع أربعة يجب عشرون للتنصيف فيما هو أكثر من الثلث فقطع الرابعة لا يوجب شيئا بل يسقط ما وجب بقطع الثالث، وحكمة الشارع تنافي ذلك فلا تجوز نسبته إليه لان من المحال أن تكون الجناية لا توجب شيئا شرعا وأقبح منه أن تسقط ما وجب لغيرها وهذا مما تحيله العقلاء بالبديهة، ولان الشافعي يعتبر الاطراف بالانفس وتركه هنا حيث نصف دية النفس ولم ينصف دية الاطراف إلا إذا زاد على الثلث. قال رحمه الله: (ودية المسلم والذمي سواء) لما روي عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في مستأمن قتله عمرو بن أمية الضمري بمائة من الابل وقال عليه الصلاة والسلام: ودية كل ذي عهد في عهده ألف دينار. وعن الزهري أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يجعلان دية الذمي مثل دية المسلم. وقال علي رضي الله عنه: إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا وفي ظاهر قوله تعالى * (وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله) * (النساء: ٩٢) دلالة عليه لان المراد منه ظاهر ما هو المراد من قوله تعالى في قتل المؤمن ودية مسلمة إلى أهله لانهم معصومون متقومون لاحرازهم أنفسهم بالدار فوجب أن يكونوا ملحقين بالمسلمين إذ يجب بقتلهم ما يجب بقتلهم أن لو كانوا مسلمين ألا ترى أن أموالهم لما كانت معصومة متقومة يجب بإتلافها ما يجب بإتلاف مال المسلم، فإذا كان هذا في أموالهم فما ظنك في أنفسهم؟ ولا يقال إن نقص الكفر فوق نقص الانوثة والرق فوجب أن تنقص ديته به كما تنتقص بالانوثة والرق ولان الرق أثر الكفر فإذا انتقص بأثره فأولى أن ينتقص به لانا نقول نقصان دية المرأة والعبد لا باعتبار نقصان الانوثة والرق بل باعتبار نقصان صفة المالكية فإن المرأة لا تملك النكاح والعبد لا يملك المال والحر الذكر يملكهما، ولهذا زادت قيمته ونقصت قيمتهما والكافر يساوي المسلم في هذا المعنى فوجب أن يكون بدله كبدله والمستأمن ديته مثل دية الذمي في الصحيح لما روينا. فصل لما فرغ من بيان دية النفس شرع يذكر ما يلحق بها فيها. قال رحمه الله: (في النفس والمارن) يعني تجب الدية في كل واحد منهما. قال محمد رحمه الله: وفي الانف الدية، وفي
***
[٨٠]
المارن الدية والمارن مالان من الانف. في الذخيرة: فيه حكومة عدل. وفي الاصل: وإذا قطع أنف رجل وذهب شمه تجب دية كاملة. وفي الظهيرية: وبه يفتى. وعن محمد أنه تجب حكومة العدل. وفي الكافي: ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة. وطريق معرفة ذهاب الشم أن يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة فإن نفر عن ذلك علم أنه لم يذهب شمه. وفي المنتقي: إذا جنى عليه فصار لا يستنثر من أنفه ولكن يستنثر من فمه فعليه حكومة عدل. وفي شرح الطحاوي: إذا قطع المارن ثم الانف، فإن كان قبل البرء تجب دية واحدة، وإن كان بعد البرء تجب الدية في المارن وحكومة العدل في الباقي. وفي جنايات الحسن: إذا كان أنف القاطع أصفر

كان المقطوع أنفه بالخيار إن شاء قطع أنفه وإن شاء أخذ أرشه، فإن كان في أنف القاطع نقصان من شئ أصابه أو كان أخشم لا يجد الريح فكذلك الجواب. وفي الحاوي: أخشم يعني أصغر أو أخرق. فالمقطوع أنفه بالخيار إن شاء قطع أنف القاطع، وإن شاء ضمنه دية الانف. وفي الكبرى: لو قطع الانف من أصل العظم اقتص منه ومعناه ما يليه المارن فإنه قال: لو ضرب أنفه فوق العظم فانكسر العظم وتدغدغ اللحم حتى ذهب بالانف لم يكن فيه قصاص. وعن محمد أنه لو قطع المارن وهي أرنبته يقتص منه، وإن قطع من أصله فلا قصاص عليه لانه عظم وليس بمفصل. والجواب: أما السن فقد قيل إنه ليس بعظم وإنما هو عصب ينعقد ولو كان عظما لنبت إذا كسر بخلاف سائر العظام، ومراد محمد العظام الذي لا ينتقص على حسب المراد إلا أنه سامح وأوجز في اللفظ. في القدوري: في الانف المقطوعة أرنبته حكومة عدل. وفي الاصل: إذا انكسر أنف إنسان ففيه حكومة عدل، وإذا قطع كل المارن عمدا يجب القصاص، وإذا قطع بعضه لا يجب القصاص، وإذا قطع بعض عصبة الانف لا يجب القصاص بالاتفاق، وإذا قطع كل الانف لا يجب القصاص، وعند أبي يوسف يجب، هكذا ذكره الكرخي. قال القوري: أراد بقوله إذا قطع كل الانف يجب الفاضل عن قول أبي يوسف في المارن، أما عصبة الانف عظم ولا قصاص في العظم بالاجماع وقدمنا ذلك بتفاصيله. قال رحمه الله: (وفي اللسان والذكر والحشفة) يعين الدية. أما اللسان قال محمد في الاصل: وفي اللسان الدية يريد به حالة الخطأ وإذا قطع بعض اللسان إن منعه عن الكلام ففيه كمال الدية، وأما إذا منعه عن بعض الكلام دون البعض فإنه تجب الدية بقدر ما فات، إن كان الفائ ت إن كان الفائت نصفا يجب نصف الدية، وإن كان ربعا يجب ربع الدية. وكيف نعرف مقدار الفائت من الباقي؟ اختلف المشايخ المتأخرون، قال بعضهم: يعرف بالتهجي بحروف المعجم التي عليها مدار كلام العرب وهي ثمانية وعشرون حرفا، فإن أمكنه التكلم بنصف الحروف أربعة عشر وعجز عن النصف علم أن الفائت نصف الكلام فتجب نصف الدية، وإن أمكنه التكلم بثلاثة أرباع منها وذلك أحد وعشرون كان الفائت هو الربع فيجب ربع الدية، وإن أمكنه التكلم بربعها وهو سبعة كان الفائت ثلاثة

***

[٨١]

أرباعه فيلزمه ثلاثة أرباع الدية. والاصل في هذا روي أن رجلا قطع طرف لسانه في زمن علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ ألف ب ت ث فما قرأ حرفا أسقط الدية بقدر ذلك، وما لم يقرأه أوجب الدية بحساب ذلك. وقال بعضهم: لا يهجي بجميع حروف المعجم وإنما يتهجى بالحروف المتعلقة باللسان اللازمة، فإن لم يمكنه التهجي بالنصف كان الفائت نصفا فيلزمه نصف الدية، وإن أمكنه التكلم بالثلث يلزمه ثلثا الدية قالوا: والاول أصح اه‍. وفي التجريد: المعتبر الحرو ف التي تتعلق باللسان فالهوائية والحلقية والشفوية لا تدخل في القسمة. وفي السغناقي: الحروف التي تتعلق باللسان وهي الالف والتاء الثاء والجيم والدال والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون والياء. فإن لم يمكنه إتيان بحرف منها يلزمه حصته من الدية. فأما الهوائية والحلقية والشفوية فلا تدخل في القسمة. فالشفوية: الباء والميم والواو. والحلقية: الهاء والعين والغين والحاء والخاء والقاف. وهذا كله في لسان البالغ والكلام في لسان الصبي يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى. وإذا قطع لسان غيره عمدا ذكر في الاصل أنه لا قصاص بقطع البعض أو قطع الكل، وعن أبي يوسف أنه إذا قطع الكل ففيه القصاص. وفي شرح الطحاوي: وإذا قطع اللسان أن لا قصاص فيبالاجماع. وفي العيون قال أبو حنيفة في اللسان: إذا أمكن القصاص يقتص. وفي الظهيرية: والفتوى على لا قصاص في اللسان لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه لانه ينقبض وينبسط. وفي الواقعات: لا قصاص في اللسان وإن قطع من وسط اللسان أو من طرفه فإن ادعى ذهاب الكلام يشتغل عنه حتى يسمع كلامه أو لا يسمع وفي لسان الاخرس حكومة عدل. وأطلق المؤلف في وجوب الدية في الذكر ولم يفرق بين شاب وشيخ، وبين مريض وصحيح، ولا بين ذكر خصي وعنين، ولا بد من بيان ذلك. ولو قال ويقطع ذكر يفوت به الايلاج لكان أولى. وفي المحيط: وفي ذكر الخصي والعنين حكومة عدل. وعن الشافعي كمال الدية. قلنا: ذكر الخصي والعنين لا يتصور منه الايلاج بنفسه فلاتجب فيه دية، وفي ذكر المريض دية كاملة لانه بزوال المرض يعود إلى قوته الكاملة، وفي ذكر الشيخ الكبير إن كان لا يتحرك ولا قدرة له على الوطئ حكومة عدل، وإن كان يتحرك ويقدر على الوطئ دية كاملة، وفي قطع الذكر المقطوع الحشفة حكومة عدل. وفي التجريد: وفي الانثيين كاملة كمال الدية. وفيه أيضا: وفي قطع الحشفة دية كاملة، فإن جاء بعد ذلك وقطع باقي الذكر قبل تخلل

برء تجب دية واحدة كاملة ويجعل كأنه قطع الذكر بدفعة واحدة، وإن تخلل بينهما برء يجب كمال الدية في الحشفة وحكومة العدل في الباقي وإذا قطع الذكر والانثيين من الرجل الصحيح خطأ إن بدأ بقطع الذكر ففيه ديتان. وفي التجريد: وكذا إذا قطعهما من جانب واحد معا ففيه ديتان. وفي التحفة: وفي الانثيين إذا قطعهما مع الذكر جملة مرة
***
[٨٢]
واحدة في حالة واحدة يجب عليه ديتان دية بإزاء الذكر ودية بإزاء الانثيين، وإن قطع الذكر أولا ثم الانثيين يجب ديتان أيضا لان بقطع الذكر تفوت منفعة الانثيين وهي إمساك المني، فأما إذا قطع الانثيين أولا ثم الذكر تجب الدية بقطع الانثيين ويجب بقطع الذكر حكومة العدل، وفي الانثيين إذا قطعهما خطأ كمال الدية. وفي الظهيرية: وفي أحدهما نصف الدية وقد قدمناه. وفي المنتقي عن محمد: إذا قطع إحدى أنثييه فانقطع ماؤه دية ونصف ولا يعلم ذهاب الماء إلا بإقرار الجاني فإن قطع الباقي من إحدى الانثيين يجب نصف الدية، ولم يذكر في الكتاب أنه إذا قطع الانثيين عمدا هل يجب القصاص، والظاهر أنه يجب فيهما القصاص حال العمد، إن قطع الحشفة كلها عمدا ففيها القصاص، وإن قطع بعضها فلا قصاص فيه، ولو قطع الذكر كله ذكر في الاصل أنه ينقبض وينبسط فلا يمكن استيفاء القصاص فيه وصار كاللسان، وعن أبي يوسف أنه يجب القصاص. قال رحمه الله: (وفي العقل والسمع والبصر والشم والذوق) يعني تجب في كل واحد منهما دية كاملة. أما العقل فلان بذهابه تذهب منافع الاعضاء كلها لان أفعال المجنون تجري مجرى أفعال البهائم، وأما السمع فلانه بفواته يفوت جنس المنفعة على الكمال وهو منفعة الاستماع، وأما الشم فلان بفواته يفوت إدراك الروائح الطيبة والتفرقة بين الرائحة الطيبة والخبيثة، وأما الذوق فلان بفواته يفوت إدراك الحلاوة والمرارة والحموضة وقد روي عن عمر رضي الله عنه قضى لرجل على رجل بأربع ديات بضربة واحدة وقعت على رأسه ذهب بها عقله وسمعه وبصره وكلامه. وقال أبو يوسف: لا يعرف الذهاب والقول قول الجاني لانه المنكر ولا يلزمه شئ إلا إذا صدقه أو نكل عن اليمين. وقيل: ذها ب البصر تعرفه الاطباء فيكون فيه قول رجلين عدلين منهم حجة فيه. وقيل يستقبل به الشمس مفتوح العينين فإذا دمعت عينه علم أنها باقية وإلا فلا. وقيل: يلقي بين يديه حية فإن هرب منها علم أنها لم تذهب، وإن لم يهرب فهي ذاهبة، وطريق معرفة ذهاب السمع أن يغافل ثم ينادي، فإن أجاب علم أنه لم يذهب وإلا فهو ذاهب، وروي اسمعيل بن حماد أن امرأة ادعت أنها لا تسمع وتطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر إليها ثم قال لها فجأة: غطي عورتك. فاضطربت وتسارعت إلى جمع ثيابها فظهر كذبها. قال رحمه الله: (واللحية إن لم تنبت وشعر الرأس والعينين والاذنين والحاجبين وثدي المرأة الدية وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفي أجفان العينين الدية وفي أحدهما ربع الدية) يعني إذا حلق اللحية أو شعر الرأس ولم ينبت في كل واحد منهما دية كاملة لانه أزال جمالا على الكمال. وقال مالك الشافعي: لا تجب فيها الدية وتجب فيها حكومة عدل
***
[٨٣]
لان ذلك زيادة في الآدمي ولهذا ينمو بعد كمال الخلقة ولهذا تحلق الرأس واللحية وبعضها في بعض البلاد فلا تتعلق به الدية كشعر الصدر والساق إذ لا تتعلق به منفعة، ولهذا لا تجب في شعر العبيد نقصان القيمة. ولنا قول علي رضي الله عنه في الرأس إذا حلق ولم ينبت الدية كاملة، والموقوف في هذا كالمرفوع لانه من المقادير فلا يهتدي إليه بالرأي لان اللحية في أوانها جمال فيلزمه كمال الدية كما لو قطع الاذنين الشاخصين، والدليل على أنه جمال قوله عليه الصلاة والسلام إن لله ملائكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال باللحاء، والنساء بالقدود والذوائب بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال. وأما شعر العبد فقد روى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجب عليه كمال القيمة فلا يلزمنا. والجواب عن الظاهر أن المقصود من العبد الاستخدام دون الجمال وهو لا يفوت بالحلق بخلاف الحر لان المقصود منه في حقه الجمال فيجب بفواته كمال الدية. وفي الشارب حكومة عدل في الصحيح لانه تابع للحية فصار طرفا من أطراف اللحية. واختلفوا في لحية الكوسج والظاهر أنه إن كان في ذقنه شعرات معدودة فليس في حلقها شئ لان وجودها يشينه ولا يزينه، وإن كان أكثر من ذلك كان على الخد والذقن جميعا ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لانه فيه بعض الجمال، وإن كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفي لحيته كمال جمال، وهذا كله إذا انسد المنبت، فإن نبت حتى استوى كما كان لا يجب

شئ لانه لم يبق لفعل الجاني أثر في البدن ولكنه يؤدب على ذلك لارتكابه المحرم، وإن نبت أبيض ض فقد ذكر في النوادر أنه لا يلزمه شئ عند أبي حنيفة في الحر لان الجمال يزداد ببياض الشعر في اللحية، وعندهما تجب حكومة عدل لان البياض يشينه في غير أوانه فتجب حكومة عدل باعتباره. وفي العبد تجب حكومة عدل عندهم لانه تنتقص به قيمته. ويستوي العمد والخطأ في حلق الشعر لان القصاص لا يجب فيه لانه عقوبة فلا يثبت فيها قياسا، وإذا ثبت نصا أو دلالة والنص إنما ورد في النفس والجراحات ويؤجل فيه سنة، فإن لم ينبت فيها وجبت الدية ويستوي فيها الصغير والكبير، والذكر الانثى. فإن مات قبل تمام السنة ولم ينبت فلا شئ عليه. أما ما يكون مزودجا في الاعضاء كالعينين واليدين ففي قطعهما كمال الدية، وفي قطع أحدهما نصف الدية، وأصل ذلك ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال في العينين الدية، وفي أحدهما نصف الدية، وفي الرجلين الدية، وفي أحدهما نصف الدية ولان تفويت اثنين منها تفويت المنفعة أو تفويت الجمال على الكمال. وفي تفويت الرجلين تفويت منفعة المشي. وفي تفويت الانثيين تفويت منفعة الامناء وتالنسل. وفي ثديي المرأة تفويت منفعة الارضاع بخلاف ثديي الرجل لانه ليس فيه تفويت المنفعة ولا الجمال على الكمال فيجب فيه حكومة عدل. وفي حلمتي المرأة كمال الدية، وفي أحدهما نصف الدية لفوات منفعة الارضاع وإمساك الصبي لانها إذا لم يكن لها حلمة يتعذر على الصبي الالتقام عند الارضاع. وقال مالك

***

[٨٤]

والشافعي: يجب في الحاجبين حكومة عدل بناء على أصلهما لانهما لا يريان وجوب الدية في الشعر، وعندنا يجب فيهما الدية لتفويت الجمال على الكمال. وأما ما يكون من الاعضاء أربعا فهو أشفار العينين ففيها الدية إذا قطعها ولم تنبت، وفي أحدهما ربع الدية لانها يتعلق بها الجمال على الكمال ويتعلق بها دفع الاذى والقذر عن العين وتفويت ذلك ينقص البصر ويورث العمى، فإذا وجب في الكل الدية وهي أربعة وجب في الواحد منها ربع الدية. وفي الانثيين نصف الدية. وفي الثلاث ثلاث أرباع الدية. وقال محمد: في أشفار العينين الدية كاملة إذا لم تنبت فأراد به الشعر لان الشعر هو الذي ينبت دون الجفون وأيهما أريد كان مستقيما لان في كل واحد من الشعر دية كاملة فلا يختل المعنى. ولو قطع الجفون بأهدابها تجب دية واحدة لان الاشفار مع الجفون كشئ واحد كالمارن مع القصبة والموضحة مع الشعر، وأما ما يكون من الاعضاء أعشارا كالاصابع ففي القطع اليدين أو الرجلين كل الدية. وفي قطع واحد منها عشر الدية، وفي قطع الجفون التي شعر فيها حكومة عدل. وإذا كان الجاني على الاهداب واحدا وعلى الجفون واحد آخر كان على الذي جنى على الاهداب تمام الدية. وعلى الذي جنى على الجفون حكومة عدل. وفي الظهيرية: ولو حلق نصف اللحية فلم تنبت وحلق ربع الرأس أو نصف الرأس تجب نصف الدية لانه ما زال الجمال على الكمال لان الشين إنما يكمل بفوات الكل. وقال بعضهم: يجب كمال الدية لان نصف الحلق لا يبقى زينة فتفوت الزينة بالكلية بفوات نصف اللحية ففيه كمال الدية كما لو قطع الشارب. وفي لحية العبد حكومة عدل وهو الصحيح لان المقصود من العبد الخدمة كالجمال لان لحية العبد جمال من حيث إنه آدمي، نقصان من حيث إنه مال لانه مما يوجب نقصانا في المالية فإنه لا يساوي غير الملتحي في الجمال فلو يوجد إزالة الجمال على الكمال. وروي عن الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه تجب كمال الدية لا القيمة لان الجمال في حقه مقصود أيضا. وإن نبت مكانها أخرى مثل الاولى فلا شئ فيها كما في السن. فإن كانت الاولى سوداء فنبتت مكانها بيضاء ذكر في النوادر أن عند أبي حنيفة في الحر لا يجب شئ، وفي العبد حكومة عدل لان البياض في الشعر مما ينقص من قيمة العبد لان البياض في غير وقته عيب وشين. قال رحمه الله: (وفي كل أصبع من أصابع اليد أو الرجل عشر الدية وما فيها ثلاث مفاصل ففي أحدها ثلث الدية ونصفها لو فيها مفصلان) يعني ما يكون من الاعضاء أعشارا كالاصابع ففي كل أصبع عشر الدية، ولو قطع أصابع اليدين أو رجلين فعليه كل الدية لقوله عليه الصلاة والسلام وفي كل أصبع عشرة من الابل وفي قطع الكل تفويت

***

[٨٥]

منفعة المشي أو البطش وفيه دية كاملة وهي عشرة فتقسم الدية عليها. والاصابع كلها سواء لاطلاق ماروينا. ولان الكل سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة. أما ما فيها ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الاصبع لانها ثلثها، وما فيها مفصلان كالابهام ففي

أحدهما نصف دية الاصبع لانه نصفها وهو نصير انقسام دية اليد على الاصابع وهو المراد بقوله في المختصر وما فيها ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الاصبع ونصفها لو فيها مفصلان. وإذا قطع الرجل أذن الرجل خطأ فأثبتها المقطوعة أذنه في مكانها فتبثت فعلى القاطع أرش الاذن كاملا. قال الشيخ أحمد الطواويسي: هذا الجواب غير صحيح لان الاذن لا يتصور إثباتها بالاحتيال وإنما تثبت باتصال العروق، فإذا ثبتت فالظاهر أنه اتصل العروق وزالت الجناية فيزول موجبها. وفي الكبرى: وإن جذب أذنه فانتزع شحمته فعليه الارش في ماله دون القصاص لتعذر مراعاة التساوي في القصاص، وعن أبي حنيفة فيمن قطع أذن عبد أو أنفه فعليه ما نقصه. قال رحمه الله: (وفي كل سن خمس من الابل أو خمسمائة درهم) يعني في كل سن نصف عشر الدية وهو خمس من الابل أو خمسمائة درهم لقوله عليه الصلاة والسلام وفي كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس سواء وهي كلها سواء لاطلاق ما روينا. ولما روي في بعض طرقه والاسنان كلها لان الكل في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاوت فيه كالايدي والاصابع. ولئن كان في بعضها زيادة منفعة ففي الآخر زيادة الجمال فاستويا فزادت دية هذا الطرف على دية النفس ثلاثة أخماس الدية لان الانسان له اثنان وثلاثون سنا، عشرون ضرسا وأربعة أنياب وأربع ثنايا وأربع ضواحك، فإذا وجب في الواحدة نصف عشر الدية يجب في الكل دية وثلاثة أخماس الدية وذلك ستة عشر ألف درهم، هذا إذا كان خطأ، وأما إن كان عمدا ففيه القصاص وقد بيناه من قبل قولهم والاسنان والاضراس سواء. قال في العناية قالوا: فيه نظر والصواب أن يقال: والاسنان كلها سواء ويقال والانياب والاضراس كلها سواء لان السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثنايا وهي لاسنان المتقدمة اثنان فوق واثنان أسفل، ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنايا، ومثلها أنياب تلي الرباعيات، ومثلها ضواحك تلي الانياب. واثني عشر سنا تسمى بالطواحين من كل جانب ثلاث فوق. وثلاث أسفل. وبعدها سن وهو آخر الاسنان يسمى ضرس الحلم لانه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء لعوده إلى معنى أن يقال الاسنان وبعضها سواء ا ه‍. أقول: في هذا النظر مبالغة مردودة حيث قيل في أوله والصوا ب أن يقال: وفيه إشارة إلى أن ما في الكتاب خطأ وقال في آخره فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء وفيه تصريح بعدم صحة ما في الكتاب مع أن تصحيحه على طريق التمام فإن عطف الخاص على العام

***

[٨٦]

طريقة معروفة قد ذكرت مرتبة في علم البلاغة وله أمثلة كثيرة في التنزيل قوله تعالى * (حافضوا على الصلوات والصلاة الوسطى) * (البقرة، ٢٣٨) ومنها قوله تعالى * (من كان عدو الله وملائكته ورسله وجبريل وميكال) * (البقرة: ٩٨) فجاز أن يكون ما نحن فيه من قبيل ذلك ويعود حاصل معناه إلى أنه يقال الاضراس وما عداها من الاسنان سواء، فإنه إذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ما عدا المعطوف من أفراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذوف. ثم إن قوله أو يقال والانياب والاضراس كلها سواء مثل ما ذكر في الايراد على ما في الكتاب فلا معنى لان يكون ذلك صوابا دون ما في الكتاب، نعم الاظهر في إفادة المراد ههنا أن يقال والاسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث، أو أن يقال في الاضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط. قال رحمه الله: (وكل عضو ذهب منفعته ففيه دية كيد شلت وعين ذهب ضوءها) أي إذا ضرب عضوا فذهب نفعه بضربه ففيه دية كاملة كما إذا ضرب يده فشلت به أو عينه فذهب ضوءها لان وجوب الدية يتعلق بتفويت جنس المنفعة، فإذا زالت منفعته كلها وجب عليه أرش موجبه كله، ولا عبرة للصورة بدون المنفعة لكونها تابعة فلا يكون لها حصة من الارش إلا إذا تجردت عند الاتلاف بأن أتلف عضوا ذهب منفعته فحينئذ يجب فيه حكومة عدل إن لم يكن فيه جمال كاليد الشلاء أو أرشه كاملا إن كان فيه جمال كالاذن الشاخصة فلا يلزم من اعتبار الصورة والجمال عند انفراده عن المنفعة اعتبارها معا بل يكون تبعا لها فيكون المنظر إليه هي المنفعة فقط عند الاجماع، وكم من شئ يكون تبعا لغيره عند الاتلاف فلا يكون له أرش. ثم إذا انفرد عند الاتلاف يكون له أرش ألا ترى أن الاعضاء كلها تبع للنفس فلا يكون لها أرش إذا تلفت معها، وإذا انفردت بالاتلاف كان لها أرش. ومن ضرب صلب رجل فانقطع ماؤه تجب الدية لان فيه تفويت منفعة الجمال على الكمال لان جمال الآدمي في كونه منتصب القامة، وقيل هو المراد بقوله تعالى * (لقد خلقنا الانسان في أحسن تقويم) * (التين: ٤) ولو زالت الحدوبة فلا شئ عليه لزوالها لاعن أثر، ولو بقي أثر

الضربة ففيه حكومة عدل لبقاء الشين ببقاء أثرها والله أعلم. فصل في الشجاج الشجاج عشرة: الخارصة وهي التي تخرص الجلد أي تخدشه ولا تخرالدم مأخوذة من خرص القصار الثوب إذا شقه في الدق. والدامعة بالعين المهملة مأخوذة من الدمع
***
[٨٧]
سميت بها لان الدم يخرج منها بقدر الدمع من القلة، وقيل لان عينه تدمع بسبب ألم يحصل له منها. وفي المحيط: الدامعة هي التي يخرج منها ما يشبه الدمع مأخوذة من دمع العين، والدامية وهي التي يسيل منها الدم. وذكر المرغيناني أن الدامية هي التي تدمي من غير أن يسيل منها دم هو الصحيح يروى عن أبي عبيد، والدامعة وهي التي يسيل منها الدم كدمع العين. ومن قال أن صاحبها تدمع عيناه من الالم فقد أبعد والباضعة وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه مأخوذة من البضع وهو الشق والقطع ومنه مبضع الفصاد. أقول: في تفسير الباضعة بما ذكره الشارح فتور وإن تابعه صاحب الكافي وكثير من المتأخرين فيه لان قطع الجلد متحقق في الصورة الاولى منها لا سيما في الدامعة والدامية إذا الظاهر أن شيئا من إظهار الدم وأصالته لا يتصور بدون قطع الجلد وقد صرح الشراح بتحقق قطع الجلد في كل الانواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملا للكل غير مختص بالباضعة، فالظاهر في تفسير الباضعة هو ما ذكر في المحيط والبدائع حيث قال في المحيط: ثم الباضعة وهي تبضع اللحم أي تقطعه. وقال في البدائع: والباضعة هي التي تبضع اللحم أي تقطعه ا ه. ويعضد ذلك ما وقع في معتبرات كتب اللغة قال في المغرب: وفي الشجاج الباضعة وهي التي جرحت الجلد وشقت اللحم ا ه. وقال في الصحاح: الباضعة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمي إلا أنها لا تسيل الدم. وقال في القاموس: والباضعة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم شقا خفيفا وتدمي إلا أنها لا تسيل الدم ا ه. لا يقال فعلى هذا يلزم تشبيه الباضعة بالمتلاحمة فإنهم قالوا والمتلاحمة هي التي تأخذ في اللحم وهذا في المآل غير ما نقلته عن المحيط والبدائع في تفسير الباضعة لانا نقول: من فسر الباضعة بما قلنا من المعنى الظاهر لا يقول بتفسير المتلاحمة بما ذكر حتى يلزم الاشتباه بل يزيد عليه قيدا، وعن هذا قال في المحيط: ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تقطعه. قال شيخ الاسلام: ولا تنزع شيئا من اللحم. ثم المتلاحمة وهي التي تقطع اللحم وتنزع شيئا من اللحم، إلى هنا لفظ المحيط. وقال في البدائع: والباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تقطعه، والمتلاحمة هي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه. وقال في المغر ب: والمتلاحمة من الشجاج هي التي تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها أي تتلاءم ا ه. وقال في الصحاح: والمتلاحمة الشجة التي أخذت في اللحم دون العظم ثم تتلاحم ولم تبلغ السمحاق ا ه. وقال في القاموس: وشجة متلاحمة أخذت فيه ولم تبلغ السمحاق والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم كله ثم تتلاحم بعد ذلك أي تلتئم وتتلاصق سميت بذلك تفاؤلا على ما يؤل إليه. وروي عن محمد أن المتلاحمة قبل الباضعة لان المتلاحمة من قولهم التحم الشيآن إذا اتصل أحدهما بالآخر فالمتلاحمة هي التي تظهر اللحم ولا تقطعه والباضعة بعدها لانها تقطعه. وفي ظاهر الرواية والمتلاحمة تعمل في قطع أكثر اللحم وهي بعد الباضعة. وقال الازهري: الاوجه أن يقال
***
[٨٨]
المتلاحمة أي القاطعة للحم والاختلاف الذي وجد في الشجاج راجع إلى مأخذ الاشتقاق لا إلى الحكم. والسمحاق وهي التي تصل إلى السمحاق وهي الجلدة الرقيقة التي بين اللحم وعظم الرأس، والموضحة وهي التي توضح العظم أي تبينه، والهاشمة وهي التي تهشم العظم، والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله والآمة وهي التي تصل إلى أم الدماغ، وأم الدماغ هي الجلدة الرقيقة التي تجمع الدماغ، وبعد الآمة شجة تسمى الدامغة بالغين المعجمة وهي التي تصل إلى الدماغ لم يذكرها محمد لان النفس لا تبقى بعدها عادة فتكون قتلا، ولا تكون من الشجاج والكلام في الشجاج ولذا لم يذكر الخارصة والدامغة لانها لا يبقى لها في الغالب أثر. وهذه الشجاج تختص بالرأس والوجه وما كان في غيرهما يسمى جراحة فهذا هو الحقيقة والحكم يترتب على الحقيقة فلا يجب بالجراحة ما يجب بالشجة من المقدار لان التقدير بالنقل وهو إنما ورد في الشجاع وهي تختص بالرأس والوجه نخص الحكم المقدم بها، ولا يجوز إلحاق الجراحة بها دلالة ولا قياسا لانها ليست في معناها في الشين لان الوجه والرأس يظهران في الغالب وغيرهما مستور غالبا لا يظهر. واختلفوا في اللحيين فعندهما في الوجه فيتحقق الشجاج فيهما فيجب فيها موجبها خلافا لما يقول مالك رحمه الله فإنه يقول إنهما ليسا من الوجه لان

المواجهة لا تقع بهما، ونحن نقول هما متصلان بالوجه من غير فاصل ويتحقق معنى المواجهة فصار كالذقن لانهما تحتها. وقال شيخ الاسلام: ويجب أن يفرض غسلهما في الوضوء لانهما من الوجه حقيقة إلا أنا تركناهما للاجماع ولا إجماع هنا فبقينا العبرة للحقيقة. وفي المبسوط: الشجاج في الرأس والوجه أحد عشر أولها الخارصة وهي تشق الجلد مأخوذة من قولهم خرص القصار الثوب إذا شقه من الدق، ثم الدامعة وهي التي يخرج منها ما يشبه الدمع مأخوذة من دمع العين. ولم يذكرها محمد لانها لم يبق لها أثر في الغالب، ثم الدامية وهي التي يخرج منها الدم، ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم، ثم المتلاحمة، وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة خلافا لابي يوسف، وتفسيرها عند أبي يوسف التي تقشر الجلد وتجمع اللحم في موضع الجراحة ولا تقطعه مأخوذة من التحام، يقال التحم الجيشان إذا اجتمعا. ثم السمحاق وهي التي تصل إلى جلدة رقيقة فوق العظم تسمى السمحاق، ثم الموضحة وهي التي توضح العظم واللحم، ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم، ثم المنقلة التي يخرج منها العظم لانها تكسر العظم وتنقله عن موضعه، ثم الآمة التي تصل إلى أم الرأس وهي الجلدة التي فوق الدماغ، ثم الدامغة التي تخرق الجلد وتصل إلى الدماغ ولم يذكرها محمد لان الانسان لا يعيش معها. وأما أحكامها فإن كانت هذه الشجاج عمدا ففي الموضحة القصاص لان السكين ينتهي إلى العظم ولا يخاف منه الهلاك غالبا فيجب القصاص لقوله تعالى * (والجروح قصاص) * (المائدة: ٥) وذكر الكرخي عنه أنه ليس في شئ من

***

[٨٩]

الشجاج إلا في القصاص والموضحة. وليس لهذه الشجاج أروش مقدرة وموجب هذه الشجاج لا يتحمله العاقلة، فإن كانت هذه الشجاج خطأ ففيما قبل الموضحة حكومة عدل لانه ليس لها أرش مقدر وفي الموضحة خمس من الابل، وفي الهاشمة عشر من الابل، وفي المنقلة خمسة عشرة، وفي الآمة ثلث الدية، هكذا روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كتب إلى حزم حين بعثه إلى اليمين وذكر فيه أن في النفس مائة من الابل، وفي الانف الدية، وفي الشفتين الدية، وفي اللسان الدية، وفي العينين الدية، وفي الصلب الدية، وفي الذكر الدية، وفي الانثيين الدية، وفي الرجل نصف الدية، وفي الآمة ثلث الدية، وفي الجائفة ثلث الدية، وفي المنقلة خمس عشرة من الابل، وفي الموضحة خمس من الابل، هكذا رواه علي بن أبي طالب رضي الله عنه. وفي النوادر: رجل أصلع ذهب شعره شجه إنسان موضحة عمدا قال محمد: لا يقتص وعليه الارش لانه أقل من موضحة لان المساواة معتبرة في تناول الاطراف ولا مساواة لان الموضحة في أحدهما مؤثرة في الجلد واللحم فتعذر مراعاة المساواة وصار كصحيح اليد إذا قطع يد الاشل لا يقطع فكذا هذا، وإن قال الشاج رضيت أن يقتص مني ليس له ذلك لان الجناية إذا لم توجب القصاص لا يوجب الاستيفاء بالرضا، وإن كان الشاج أيضا أصلع عليه القصاص لان اعتبار المساواة ممكن فصار كالاشل إذا قطع يد الاشل، وإن لم يبق للجراحة أثر فعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا شئ عليه، وعند محمد يلزمه قدر ما أنفق عليه إلى أن يبرأ لانه بجنايته اضطر إلى الانفاق على الجراحة خوفا من السراية فكان الزوال مضافا إلى جنايته. لهما أنه كان مختارا في الانفاق ولم يكن مضطرا فيه لان لحوق السراية لا يثبت الاضطرار لان السراية موهومة فلا يثبت الاضطرار بالوهم والارتياب فلم يصر مفوتا لشئ من المال ولا من المنفعة والجمال فلا يضمن كما لو لطمه فألمه. قال رحمه الله: (وفي الموضحة نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشرها وفي المنقلة عشر ونصف عشر وفي الآمة والجائفة ثلثها فإن نفذ من الجائفة فثلثاها) لما روي وقد قدمناه، ولانها إذا نفذت صارت جائفتين فيجب في كل واحدة منهما الثلث وهو يكون في الرأس والبطن. وقوله جائفة قال في الايضاح: الجائفة ما يصل إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنب وما وصل من الرقبة إلى الموضع الذي وصل إليه الشراب وما فوق ذلك فليس بجائفة. قال في النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك: فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا، وكذا في العناية نقلا عن النهاية، أقول: نعم على ما ذكر في الايضاح يكون الامر كذلك إلا أن غيره تداركه قال فيما بعد وقالوا: الجائفة تختص بالجو ف وجوف الرأس أو جوف البطن يعني أنها لما تناولت ما في جوف الرأس أيضا كانتمن الشجاع فيما إذا وقعت في الرأس فتدخل في

***

[٩٠]

فصل الشجاج باعتبار ذلك فلا يكوذكرها في مسائل الشجاج فيما وقع اتفاقا بخلاف سائر الشجاج فإنه حيث لا يكون إلا في الرأس

والوجه، وقيل لا تتحقق الجائفة فيما فوق الحلق. قال رحمه الله: (وفي الخارصة والدامعة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق حكومة عدل) لان هذه ليس فيها أرش مقدر من جهة الشرع ولا يمكن إهدارها فيجب فيها حكومة عدل، وهو مأثور عن ابراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز. واختلفوا في تفسير هذه الحكومة قال الطحاوي: تفسيرها أن يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ثم يقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر إلى تفاوت ما بينهما، فإن كان ثلث عشر القيمة مثلا يجب ثلث عشر الدية، وإن كان ربع عشر القيمة يجب ربع عشر الدية. وقال الكرخي: ينظركم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه، وكان الكرخي رحمه الله يقول: ما ذكره الطحاوي ليس بصحيح لانه اعتبر ذلك الطريق فربما يكون نقصان القيمة أكثر من نصف الدية فيؤدي إلى أن يوجب في هذه الشجاج وهو دون الموضحة أكثر مما أوجبه الشرع في الموضحة وأنه محال بل الصحيح الاعتبار بالمقدار. وقال الصدر الشهيد: ينظر المفتي في هذا إن أمكنه الفتوب الثاني بأن كانت الجناية في الرأس والوجه يفتي بالثاني وإن لم يتيسر عليه ذلك يفتي بالقول الاول لانه الايسر قال، وكان المرغيناني يفتي به. وقال في المحيط: والاصح أنه ينظركم مقدار هذه الشجة من أقل شجة لها أرش مقدر، فإن كان مقداره مثل نصف شجة لها أرش أو ثلثها وجب نصف أو ثلث أرش تلك الشجة، وأن ربعا فربع، ذكره بعد ذكر القولين فكأنه جعله قولا ثالثا والاشبه أن يكون هذا تفسيرا لقول الكرخي. وقال شيخ الاسلام: وقول الكرخي أصح لان عليا اعتبره بهذا الطريق فيمن قطع طرف لسانه على ما بيناه. قال رحمه الله: (ولا قصاص في غير الموضحة) لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيه لان ما دون الموضحة ليس له حد ينتهي إليه السكين وما فوقها كسر العظم ولا قصاص فيه لقوله عليه الصلاة والسلام لا قصاص في العظم وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله. وفي ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دون الموضحة، ذكره محمد رحمه الله في الاصل وهو الاصح لانه ممكن فيه اعتبار المساواة فيه إذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف التلف فيستبر قدرها اعتبارا ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص بذلك، وفي الموضحة القصاص إن كانت عمدا لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالقصا ص في الموضحة لان المساواة فيها ممكنة بانتهاء السكين إلى العظم فيتحقق استيفاء القصاص. قال رحمه الله: (وفي أصابع اليد نصف الدية) أي أصابع اليد الواحدة لان في كل أصبع عشرة من الابل لما روينا فيكون في الخمسة خمسون ضرورة وهو النصف، ولان بقطع الاصابع تفوت منفعة البطش وهو الموجب على ما
***
[٩١]
مر. أقول: لقائل أن يقول لمن ذكر فيما مر أن في كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية كان ذكر هذه المسألة هنا مستدركا إذ لا شك أن خمسة أعشار الدية نصف الدية وعلم قطعا مممر أن في أصابع اليد الواحدة وهي خمس أصابع نصف الدية ولو لم يكن الاستلزام والاقتضاء في حصول العلم بمثله بل كان لا بد فيه من التصريح بها للزم أن يذكر أيضا أن في الاصبعين عشري الدية، وفي ثلاث أصابع ثلاثة أعشار الدية، وفي أربعة أصابع أربعة أعشار الدية إلى غير ذلك من المسائل المتروك ذكرها صراحة في الكتاب. ويمكن الجواب عنه بأن ذكر هذه المسألة هنا ليس ببيان نفسها أصالة حتى يتوهم الاستدراك بل ليكون ذكرها توطئة للمسألة المعاقبة إياها وهي قوله فإن قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية، فالمقصود في البيان هنا أن قطع الاصابع وحدها وقطعها مع الكف سيان في الحكم وعن هذا قال في الوقاية في هذا المقام: وفي أصابع يد بلا كف ومعها نصف الدية. قال رحمه الله: (ولو مع الكف) هذا متصل بما قبله أي في أصابع اليد نصف الدية وإن قطعها مع الكف ولا يزيد الارش بسبب الكف لان الكف سبب للاصابع في حق البطش فإن قوة البطش بها وقال عليه الصلاة والسلام في اليدين الدية، وفي أحدهما نصف الدية واليد اسم لجارحة يقع بها البطش لان اسم اليد يدل على القدرة والقوة والبطش يقع بالاصابع والكف فيجب فيها دية واحدة لان منفعتها جنس واحد فيكون الكف تبعا للاصابع. قال رحمه الله: (ومع نصف الساعد نصف الدية وحكومة) عدل نصف الدية في الكف والاصابع والحكومة في نصف الساعد وهو قول أبي حنيفة ومحمد وهو رواية عن أبي يوسف، وعند ما زاد على الاصابع من اليدين والرجلين من أصل الساعد والفخذ هو تبع فلا يزيد على الدية لان الشارع أوجب في الواحدة منهما نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب والرجل إلى الفخذ فلا يزيد على تقدير الشارع، ولان الساعد ليس له أرش مقدر فيه كالكف. ووجه الظاهر أن اليد اسم لآلة باطشة ووجوب

الارش باعتبار منفعة البطش، وكذا في الارش ولا يقع البطش بالساعد أصلا ولا تبعا فلا يدخل في أرشه. وقال بعض الشراح: ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع. أقول: لقائل أن يقول الظاهر من هذا الكلام أن يكون لكل واحد من الكف والاصابع مدخل في البطش ومدلول قوله فيما قبل، ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها أن يكون الباطش هو الاصابع لا غير فبين كلاميه في الموضعين نوع تدافع، وكان صاحب الكافي تفطن له حيث غير تحريره ههنا فقال: لهما أن أرش اليد إنما يجب باعتبار أنه آلة باطشة والاصل في البطش الاصابع والكف تبع لها أما الساعد فلا يتبعها لانه غير متصل بها فلم يجعل تبعا لها في حق التضمين ا ه. ثم أقول: يمكن التوفيق بين كلاميه أيضا بنوع عناية وهو أن يقدر المضاف في قوله فيما قبل لان

***

[٩٢]

البطش بها فلا ينافي أن يكون بالكف أيضا بطش في الجملة بالتبعية فيرتفع التدافع، ولانه لو جعل تبعا لا يخلو إما أن يجعل تبعا للاصابع أو الكف ولا وجه إلى الاول لوقوع الفصل بينهما بالكف ولا إلى الثاني لان الكف تبع للاصابع ولا تبع للتبع ولا نسلم اليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب بل هي اسم إلى الزند إذا ذكرت في موضع القطع بدليل آية السرقة. قال رحمه الله: (وفي قطع الكف وفيها أصبع أو اصبعان عشرها أو خمسها ولا شئ في الكف) أي إذا كان في الكف أصبع أو أصبعان فقطعهما يجب عشر الدية في الاصبع الواحدة وخمسها في أصبعين ولا يجب في الكف شئ وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: ينظر إلى أرش الكف وإلى أر ش ما فيها من الاصابع فيجب أكثرها ويدخل القليل في الكثير لان الجمع بين الارشين متعذر إجماعا لان الكل شئ واحد لان ضمان الاصابع هو ضمان الكف وضمان الكف فيه ضمان الاصبع، وكذا إهدار أحدهما متعذر أيضا لان كل واحد منهما أصل من وجه، أما الكف فلان الاصابع قائمة به، وأما الاصابع فلانها هي الاصل في منفعة البطش، فإذا كان واحد منهما أصلا من وجه ورجحنا بالكثرة كما قلنا فيمن شج رأس إنسان وتناثر بعض شعر رأسه يدخل القليل في الكثير. ولابي حنيفة رحمه الله أن الاصابع أصل حقيقة لان منفعة اليد وهي البطش والقبض والبسط قائمة بها وكذا حكما لانه عليه الصلاة والسلام جعل اليد بمقابلة الاصابع حيث أوجب في اليد نصف الدية، ثم جعل في كل أصبع عشرا من الابل ومن ضرورته أن تكون كلها بمقابلة الاصابع دون الكف والاصل أولى بالاعتبار وإن قل ولا يظهر التتابع بمقابلة الاصل فلا يعارض حتى يصار إلى الترجيح بالكثرة، ولئن تعارضا فالترجيح بالاصل حقيقة وحكما أولى من الترجيح بالكثرة ألا ترى أن الصغار إذا اختلطت مع الكبار تجب فيها الزكاة تبعا وإن كان الصغار أكثر ترجيحا للاصل بخلاف ما استشهد به من الشجة لان أحدهما ليس بتبع للآخر وروى الحسن عنه أن الباقي إذا كان دون الاصبع يعتبر أكثرهما إرشادا لان أرش مدون الاصبع غير منصوص عليه وإنما يثبت باعتباره بالمنصوص عليه بنوع اجتهاوكونه أصلا باعتبار النص، فإذا لم يرد النص بأرش مفصل ولا مفصلين: اعتبرنا فيه الكثرة والاول أصح لان أرشه ثبت بالاجماع وهو كالنص، ولو لم يبق في الكف أصبع غير منصوص عليه يجب عليه حكومة عدل لا يبلغ بها أرش الاصابع، ولا يجب فيه الارش بالاجماع لان الاصابع أصل على ما بينا وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما إذا كانت كلها قائمة. قوله وفي قطع الكف الخ لا يخفي أنه مكرر مع قوله وفي كل اصبع عشر الدية وقوله ولا شئ في الكف الخ لا يخفي أنه مكرر مع قوله ولو مع الكف لانه إذا علم أن الكف لا شئ فيه مع كل الاصابع علم بالاولى مع بعضها. قال رحمه الله: (وفي الاصبع الزائدة وعين الصبي وذكره ولسانه إن لم يعرف صحته

***

[٩٣]

بنظر وحركة وكلام حكومة) عدل. أما الاصبع الزائدة فلانها جزء الآدمي ي فيجب الارش فيها تشريفا له وإن لم يكن فيها نفع ولا زينة كما في السن الزائدة، ولا يجب فيها القصاص، وإن كان المقطوع أصبعا زائدة ولان المساواة شرط لوجوب القصاص في الطرف ولم يعلم تساويهما إلا بالظن فصار كالعبد يقطع طرف العبد، فإن تعذر القصاص للشبهة وجب أرشها وليس لها أرش مقدر في الشرع فيجب فيها حكومة عدل بخلاف لحية الكوسج حيث لا يجب فيها شئ لان اللحية لا يبقى فيها أثر الحلق فلا يلحقه الشين بل ببقاء الشعرات يلحقه ذلك فيكون نظير من قلم ظفر غيره بغير إذنه، وفي قطع الاصبع الزائدة يبقى أثر ويشينه ذلك فيجب الارش. وأما

عين الصبي وذكره ولسانه فلان المقصود من هذه الاشياء المنفعة فإذا لم يعلم صحتها لا يجب أرشها كاملا بالشك بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود منها الجمال وقد فوته. وتعرف الصحة باللسان في الكلام، وفي الذكر بالحركة، وفي العين بما يستدل به على الرؤية وهو المراد بقوله إن لم تعرف صحته بنظر وحركة كلام فيكون بعد معرفة صحة ذلك حكمه حكم البالغ في الخطأ والعمد إذا ثبت ذلك بالبينة أو بإقرار الجاني، فإن أنكر ولم يقم به بينة فالقول قول الجاني، وكذا إذا قال لا أعرف صحته لا يجب عليه الارش كاملا إلا بالبينة، وقال الشافعي: تجب الدية كاملة كيفما كان لان الغالب فيه الصحة فأشبه الاذن والمارن. قلنا: الظاهر لا يصلح للاستحقاق وإنما يصلح للدفع وحاجتنا الاستحقاق وقد ذكرنا الفرق بين هذه الاشياء وبين الاذن والانف. قال رحمه الله: (ومن شج رجلا موضحة فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة في الدية) فصار كما إذا أوضحه فمات لان تفويت العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء. قيد بالموضحة لانه لو قطع يده فذهب عقله لا يدخل كما سيأتي. أقول: فيه نظر إذ لو كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هذا مدار دخول أرش الموضحة في الدية لما تم ما سبق في فصل فيما دون النفس من أنه روي أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب فيها العقل والكلام والسمع والبصر فإنهم صرحوا بأنه لو مات من الشجة لم يكن فيه إلا دية واحدة فيتأمل. وأرش الموضحة يجب بفوات حزء من الشعر حتى لو لم ينبت تجب الدية بفوات كل الشعر. قال صاحب النهاية: أي لو نبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجب شئ، فثبت بهذا أن وجوب أرش الموضحة بسبب فوات الشعر ا ه. وقال صاحب العناية: قوله وأرش الموضحة تجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية. قوله حتى لو نب ت يعني الشعر يسقط يعني أرش الموضحة لبيان أن الارش يجب بالفوات، كذا في النهاية، وليس بمفتقر إليه لكونه معلوما ا ه. أقول: إن قوله وليس بمفتقر إليه لكونه

***

[٩٤]

معلوما ليس بشئ إذ لا ريب أن كون وجوب أرش الموضحة بفوات جزء من الشعر لا بمجرد تفريق الاتصال والايلام الشديد أمر خفي جدا غير معلوم بدون البيان والاعلام إذا كان الظاهر المتبادر مما ذكره في فصل الشجاج إذ لا يشترط في وجوب أر ش الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلية بأن لا ينبت من بعد أصلا فإنهم قالوا الموضحة من الشجاج هي التي توضح العظم أي تبينه، ثم بينوا حكمها بأنه القصاص إن كانت عمدا ونصف عشر الدية إن كانت خطأ، ولا شك أن اسم الموضحة وحدها المذكورة يتحققان فيما نبت فيه الشعر أيضا فكان اشتراط أن لا ينبت الشعر بعد البرء أصلا في وجوب أرشها أمرا خفيا محتاجا إلى البيان بل إلى البرهان ولهذا قالوا: وأر ش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط. وقال في الكافي: وأرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لا يجب شئ. وقال في المبسوط: وجوب أرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل أنه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شئ إلى غير ذلك من البيانات الواقعة من الثقات وقد تعلقا بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل الجزء في الجملة فصار كما إذا قطع أصبع رجل فشلت يده كلها، فحاصله أن الجناية متى وقعت على عضو وأتلفت شيئين وأرش أحدهما أكثر دخل الاقل فيه، ولا فرق في هذا بين أن تكون الجناية عمدا أو خطأ، فإن وقعت على عضوين لا يدخل ويجب لكل واحد منهما أرشه سواء كان عمدا أو خطأ عند أبي حنيفة لسقوط القصاص به عنده، وعندهما يجب للاول القصاص إن كان عمدا وأمكن الاستيفاء وإلا فكما قال أبو حنيفة. وقال زفر: لا يدخل أرش الاعضاء بعضها في بعض لان كلا منهما جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما بيناه. وفي المبسوط: أصله أن الجنايات متى وقعت على عضو واحد أتلفت شيئين وأرش أحدهما أكثر فإنه يدخل فيه الاقل في الاكثر أصله في الموضحة متى كانت في الرأس لا بد أن يتناثر الشعر مقدار الموضحة وتناثر الشعر مقدار الموضحة يوجب الارش والنبي صلى الله عليه وسلم أوجب في الموضحة خمسا من الابل ولم يوجب في تناثر الشعر شيئا، فعلم أن أرش ما تناثر من الشعر وهو أقل من أرش الموضحة دخل في أرش الموضحة، وكذلك إن كانت الجناية على عضو واحد وأتلفت شيئين أحدهما يوجب القصاص والآخر يوجب المال فإنه يجب المال. وأصله الخاطئ مع العامد متى اشتركا في قتل واحد يجب المال، وإن وقعت الجناية على عضوين أحدهما يوجب القود والآخر يوجب المال إن كان خطأ لا يدخل أرش الاقل في الاكثر لانه لم يكن في معنى ما ورد به النص على قضية القياس، وإن كان عمدا يجب المال عند أبي حنيفة، وعندهما القصاص لما يأتي. ولو شجه موضحة فذهب شعر

رأسفلم ينبت غرم الدية ويدخل فيها أرش الموضحة لان الجناية وقعت على عضو واحد لا الجناية وقعت على الرأس والشعر بالرأس، ولو ذهب بعض الشعر دخل الاقل في الاكثر، وكذلك لو كانت الموضحة في الحاجب وقد ذهب شعر
***
[٩٥]
الحاجب. ولو ذهب سمعه وبصره فلو يخلو إن كانت الشجة خطأ أو عمدا، فإن كانت خطأ لا يدخل أر ش الموضحة في دية السمع والبصر بل يجب كلاهما، وروي عن أبي يوسف في النوادر أنه قال: يدخل أرش الشجة في دية السمع ولا يدخل في دية البصر لان محل السمع الاذنان والاذنان من الرأس حكما لقوله عليه الصلاة والسلام الاذنان من الرأس فصارت الجناية واقعة على عضو واحد وأتلفت شيئين فيدخل الاقل في الاكثر. وجه ظاهر الرواية أن الجناية وقعت على عضوين لان الاذنين ليستا من الرأس حقيقة وحكما ولكنهما جعلا من الرأس في حق حكم كل الاحكام حتى لو اقتصر على المسح على الاذنين لم يجز عن مسح الرأس فيتيقن أن الاذنين مع الرأس عضوان مختلفان متباينان في حق الجناية فلا يدخل أرش أحدهما في الآخر، وإن ذهب عقله بالشجة يدخل أرش الموضحة في دية العقل خلافا لزفر والشافعي والحسن لان الجناية وقعت على عضوين مختلفين فإن محل الشجة الرأس ومحل العقل الصدر فكان كالسمع والبصر. والصحيح قولنا لان الجناية وقعت على عضو واحد معنى لان العقل وإن كان نورا وجوهرا مضيئا في الصدر يبصر به الانسان عواقب الامور وحسن الاشياء وقبحها إلا أن الدماغ كالفتيلة لهذا النور يقوي ويضعف بقوة الدماغ وضعفه ويزول ويذهب بفساد الدماغ، فإن كان العقل بهذا الاعتبار لتعلقه بالدماغ بقاء وذهابا فكانت الجناية واقعة على عضو واحد وقد أتلفت شيئين فيدخل الاقل في الاكثر، وأما البصر فإنه ينظر إليه أهل العلم فإن قالوا بذهابه وجبت الدية، وإن قالوا لا ندري تعتبر الدعوى والانكار والقول قول الضارب لانه منكر. وأما الشم فيختبر بالرائحة الكريهة المنتنة، فإن ظهر فيه تغير علم أنه كاذب. هذا كله إذا كان خطأ، فإن كانت الشجة موضحة عمدا فذهب سمعه وبصره أو قطع أصبعا فتلفت الاخرى بجنبها أو قطع اليمنى فشلت اليسرى تجب دية السمع والبصر ويجب أرش الاصبعين واليدين في ماله، ولا يقتص عند أبي حنيفة، وعندهما يقتص في الشجة والقطع ويغرم دية أخرى في ماله. ولو شجه موضحة فصار ت منقلة أو كسر بعض سنة فاسود ما بقي أو قطع مفصلا فشل ما بقي ضمن الارش عندهما، ولا يقتص لهما أنهما لاقتا محلين متباينين فإن الفعل لا يعرف إلا بالاثر فيتقدر بتقدر الاثر ألا ترى أن من رمى إلى أنسان فأصابه ونفذ منه فأصاب آخر فإنه يجب القصاص للاول والدية للثاني، وكذا إذا قطع أصبعا فاضطرب السكين فأصاب أصبعا أخرى خطأ يقتص في الاولى ويجب الارش في الثانية. وإذا صارت الجناية بمنزلة الجنايتين ثم تعذرت الشبهة في أحدهما إلى الاخرى له أن السراية لا تنفصل إلى الجناية لان أثر الجناية لا ينفصل عنها فيكون الفعل معدا له أثر أن في محلين في شخص واحد ويتصور سراية الجناية إلى جميع البدن فيتصور سرايتها، فإذا لم يكن آخر الفعل موجبا للقصاص لا يكون أوله موجبا بخلاف المستشهد بهما لان أحدهما ليس من سراية الاخرى لانه لا يتصور سراية الفعل من شخص إلى شخص فاختلف الفعل باختلاف المحلين
***
[٩٦]
في شخصين. ولو قطع أصبعا فسقطت أخرى إلى جنبها لم يجب القصاص فيهما عند أبي حنيفة لما بينا، وعند أبي يوسف يجب في الاولى دون الثانية، وعند محمد وجب القصاص فيهما رواه ابن سماعة لان سراية الفعل تنسب إلى الفاعل ويجب الفعل مباشرا للسراية فصار كما لو باشر اسقاطهما وكما لو سرى إلى النفس. قال رحمه الله: (وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه لا) أي لو شجه موضحة فذهب أحد هذا لاشياء بها لا يدخل أرش الموضحة في أرش أحد هذه الاشياء، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد سواء كانت عمدا أو خطأ. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمه الله: يدخل أرش الموضحة في دية السمع والكلام ولا يدخل في دية البصر لانه ظاهر فلا يلحق بالعقل فلا يدخل فيه أرش الموضحة، وأما السمع والكلام فباطنان فيلحقان بالعقل فيدخل فيهما أرش الموضحة كما يدخل في أرش العقل وقد قدمناه بفروعه. ولهما أن كل واحد من هذه المنافع أصل بنفسها فيتعدد حكم الجناية بتعددها ولا يدخل بعضها في بعض لان العبرة لتعدد أثر الفعل لا لاتحاد الفعل بخلاف العقل لان منفعته تعود إلى كل الاعضاء إذ لا ينتفع بالاعضاء بدونه فصار كالنفس. قال في معراج الدراية قال الهندواني: كنا نفرق بهذا الفرق حتى رأيت ما ينقضه وهو أنه لو قطع يده فذهب عقله أن عليه دية العقل وأرش

اليد بلا خلاف من أحد، ولو كان زوال العقل كزوال الروح لما وجب أرش اليد كما لو مات. والصحيح من الفرق أن الجناية وقعت على عضو واحد في العقل ووقعت في السمع والبصر على عضوين فلا يدخل اهـ. أقول: كما ينتقض الفرق المذكور في الكتاب بالمسألة التي ذكرها الهندواني كذلك ينتقض ما عده صحيحا من الفرق بتلك المسألة عضوا مغايرا لعضو اليد فتكون الجناية فيها واقعة على العضوين بذلك الاعتبار فلم يعتبر العقل في مسألة الشجة أيضا عضوا مغايرا لمحل الشجة حتى تكون هذه المسألة أيضا بذلك الاعتبار من قبيل ما لو وقعت الجناية على عضوين فلا يدخل الارش في الدية كما في السمع والبصر. وبالجملة ما عده الهندوانى صحيحا من الفرق هنا لا يخلو عن الانتقاض منه أيضا فتأمل أو نقول: ذهاب العقل في معنى تبديل النفس وإلحاقه بالبهائم فيكون بمنزلة الموت ولا كذلك سائر الاعضاء أو نقول: إن العقل ليس له موضع يشار إليه فصار كالروح للجسد. وقال الحسن: أرش الموضحة بخلاف الموضحة مع الشعر والحجة على ما بينا. قال بعض الشراح، ووجه الثاني أن السمع والكلام مبطن. قال صاحب العناية: قيل يريد به الكلام النفسي بحيث لا ترتسم فيه المعاني ولا يقدر على نظم التكلم، فإن كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب السمع العقل عسرا جدا، وإن كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات ففي جعله مبطنا نظر اهـ. أقول: يمكن أن يقال المراد به هو الثاني والمراد بكون السمع والكلام مبطنين كون محلهما مستورا غائبا عن
***

[٩٧]

الحس بخلاف البصر فإن محله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى. قال رحمه الله: (ولو شجه موضحة فذهبت عيناه أو قطع أصبعا فشلت أخرى أو قطع المفصل الاعلى فشل ما بقي أو كل اليد أو كسر نصف سنة فاسود ما بقي فلا قود) وهذا كله قول أبي حنيفة مطلقا. وقالا: يجب القصاص في الموضحة والدية في العينين فيما إذا شجه موضحة فذهبت عيناه، وكذا إذا قطع أصبعا فشلت أخرى بجنبها يقتص للاولى ويجب الارش للاخرى، وعنده لما لم يجب القصاص في العضوين يجب أرش كل واحد منهما كاملا وإن كان عضوا واحدا كقطع الاصبع من المفصل الاعلى فشل ما بقي منها يكتفي بأرش واحد إن لم ينتقع بما بقي، وإن كان ينتقع به يجب دية المقطوع وتجب حكومة عدل في الباقي بالاجماع، وكذا إذا كسر نصف السن واسود ما بقي أو اصفر أو احمر يجب السن كله بالاجماع. ولو قال اقطع المفصل الاعلى واترك ما بقي أو قال اكسر القدر المكسور من السن واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه لم يقع موجبا للقود فصار كما إذا شجه منقلة فقال اشجه موضحة وأترك الباقي ليس له ذلك. والاصل عنده أن الفعل الواحد إذا أوجب مالا في البعض سقط القصاص سواء كانا عضوين أو عضوا واحدا لا يجب لهما. وفي الخلاصة: إن الفعل في محلين مختلفين فيكون جنايتين لان الفعل يتعدد بتعدد أثره فصار كجنايتين مبتدأتين فالشبهة في أحدهما لا يتعدى إلى الآخر. ولابي حنيفة أن الجزاء بالمثل والجرح الاول سار وليس وسعه الساري فيسقط القصاص ويجب المال، والدليل على أنه سار إن فعله أثر في نفس واحدة والسراية عبارة عن إيلام يتعاقب عن الجناية على البدن ويتحقق ذلك في موضعين منهما كما يتحقق في الاطراف مع النفس بأن مات من الجناية بخلاف نفسين فإن الفعل في النفس الثانية مباشرة على حدة ليس بسراية الاولى أو نقول: إن ذهاب البصر ونحوه جعل بطريق التسبب فإن الفعل باق على اسمه لم يتغير، والاصل في سراية الافعال أن لا يبقى الاول بعد حدوث السراية كالقطع إذا سرى إلى النفس صار قتلا فلم يبق قطعا، وههنا الشجة أو القطع لم ينعدم بذهاب البصر ونحوه فكان الفعل الاول تسببا إلى فوات البصر ونحوه بمنزلة حفر البئر والتسبب لا يوجب القصاص. وعمحمد رحمه الله في المسألة الاولى وهي ما إذا اشجه موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص منهما رواية ابن سماعة عنه، ووجهه أن سراية الفعل انتسب إلى فاعله شرعا حتى يجعل الفاعل مباشرا للسراية فيؤخذ به كما لو سرى إلى النفس فإنه يجب ويعتبر قتلا بطريق المباشرة بخلاف ما لو قطع أصبعا فشلت بجنبها أخرى أو شجه موضحة فذهب عقله أو كلامه لا يجب القصاص في السمع والكلام والشلل لعدم الامكان، وفي البصر يجب لامكان الاستيفاء ألا ترى أنه لو أذهبه وحده بفعل مقصود منه
***

[٩٨]

يجب القصاص في البصر دون الشلل والسمع والكلام فافترقا. ولو كسر بعض السن فسقطت ففيها القصاص على رواية ابن سماعة،

وعلى الرواية المشهورة لا قصاص فيها، ولو شجه فأوضحه ثم شجه أخرى فأوضحه فتكاملتا حتى صارتا شيئا واحدا فلا قصاص فيهما كما في المشهور على رواية ابن سماعة عن محمد يجب القصاص والوجه فيهما ما بيناه. قال رحمه الله: (وإن قلع سنة فنبت مكانها أخرى سقط الارش) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: عليه الارش كاملا لان الجناية وقعت موجبة له والتي نبتت نعمة مبتدأة من الله تعالى فصار كما لو أتلف مال إنسان فحصل للمتلف عليه مال آخر ولهذا يستأني حولا بالاجماع أي يؤجل سنة بالاجماع. وذكر في التتمة أن البالغ إذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل إلا أن قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الارش لانه لا يدري عاقبته اه. قال صاحب العناية بعد نقل ذلك اجمالا: ذلك ليس بظاهر وإنما الظاهر ما قالوه لان الحول يشتمل على الفصول الاربعة ولها تأثير فيما يتعلق ببدن الانسان فكل فصل منها يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في إنباته قال: ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال في الذخيرة: وبعض مشايخنا قال الاستيناء حولا من فصل القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله عليه الصلاة والسلام في الجراحات كلها يستأني حولا وهو كما ترى ينافي الاجماع. قال رحمه الله: (وإن أقيد فنبتت سن الاول تجب الدية) معناه إذا قلع سن رجل فأقيد أي اقتص من القالع ثم نبت سن الاول المقتص له يجب على المقتص له أرش سن المقتص منه لانه تبين أنه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأني حولا. وينبغي أن ينظر الناس في ذلك القصاص خوفا من مثله إلا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه ينبت فيه ظاهرا على تقدير عدم الفساد، فإذا مضى الحول ولم تنبت فيه قضينا بالقصاص، ثم إذا تبين أنا أخطأنا فيه كان الاستيفاء بغير حق إلا أن القصاص سقط للشبهة فيجب المال. ولو ضرب سن إنسان فتحركت يستأني حولا ليظهر فعله، فإن سقطت سنة واختلفا قبل الحول فالقول للمضروب لتيقن التأجيل بخلاف ما لو شجه موضحة ثم جاء وقد صارت منقلة حيث يكون القول للضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة والتحريك يورث السقوط. ولو اختلفا بعد القول كان القول للضارب لانه منكر وقصد مضى الاجل الذي ضرب للثاني، ولو لم يسقط فلا شئ للضارب، وإن اختلفا في حصول الاسوداد بضربه فالقول قول الضارب قياسا لانه هو المنكر ولا يلزم من الضرب الاسوداد فصار إنكاره له كإنكاره أصل الفعل. وفي الاستحسان القول قول المضروب لان ما يظهر عقيب فعل من الاثر يحال على الفعل لانه هو السبب الظاهر إلا

***

[٩٩]

أن يقيم الضارب البينة أنه بغيره. قال رحمه الله: (وإن شج رجلا فالتحم ولم يبق له أثر أو ضرب فجرح فبرأ وذهب أثره فلا أرش) وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: عليه أرش الالم وهو حكومة عدل لان الشين الموجب إن زال فالالم الحاصل لم يزل. وقال محمد رحمه الله: عليه أجرة الطبيب لان ذلك أثر فعله فكان له أخذ ذلك من ماله واعطاؤه الطبيب، وفي شرح الطحاوي فسر قول أبي يوسف عليه أرش الالم بأجرة الطبيب والمداواة فعلى هذا الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد. ولابي حنيفة رحمه الله أن الموجب هو الشين الذي يلحقه بفعله وزوال منفعته وقد زال ذلك بزوال أثره والمنافع لا تتقوم إلا بالعقد كالاجارة والمضاربة الصحيحين أو ما يشبه العقد كالفاسد منهما ولم يوجد شئ من ذلك في حق الجاني فلا يلزم الغرامة، وكذلك مجرد الالم لا يوجب شيئا لانه لا قيمة له بمجرد الالم ألا ترى أن من ضرب إنسانا ضربا مؤلما من غير جرح لا يجب عليه شئ من الارش، وكذا لان لو شتمه شتما يؤلم نفسه لا يضمن شيئا. قال رحمه الله: (ولا قود بجرح حتى يبرأ) وقال الشافعي رحمه الله: يقتص منه في الحال لان الموجب قد تحقق فلا يؤخر كما في القصاص في النفس. ولناما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه. رواه أحمد والدار قطني. ولان الجراحات يعتبر فيها مالهما لاحتمال أن تسري إلى النفس فيظهر أنه قتل فلا يعلم أنه جرح إلا بالبرء فيستقر به. قال رحمه الله: (وكل عمد سقط فيه قوده لشبهة كقتل الاب ابنه عمدا ففيه دية في مال القاتل وكذا ما وجب صلحا أو اعترافا أو لم يكن نصف العشر) أي نصف عشر الدية لما روي عن ابن عباس موقوفا ومرفوعا لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا، ولان العاقلة تتحمل عن القاتل تخفيفا عنه وذلك يليق بالمخطئ لانه معذور دون المتعمد لانه يوجب التغليظ، والذي وجب بالصلح إنما وجب بعقده والعاقلة لا تتحمل ما يجب العقد وإنما تتحمل ما يجب بالقتل، وكذا ما لزمه بالاقرار لا تتحمله العاقلة لان له ولاية على نفسه دون عاقلته فيلزمه دونهم. وإنما لا تتحمل أقل من نصف عشر الدية لانه لا يؤدي إلى الاجحاف والاستئصال بالجاني

والتأجيل تحرزا عنه فلا حاجة إليه، ثم الكل يجب مؤجلا إلى ثلاث سنين إلا ما وجب بالصلح فإنه يجب حالا لانه واجب بالعقد فيكون حالا بخلاف غيره وما دونه أرش الموضحة يجب في سنة لا ما دون ثلث الدية والثلث وما دونه يجب في سنة. وقال الشافعي رحمه الله: ما وجب بقتل الاب ابنه يجب حالا لان القصاص سقط شرعا إلى بدل فيكون ذلك البدل حالا كسائر المتلفات. ولنا أن المتلف ليس بمال وما ليس بمال لا يضمن بالمال أصلا لانه ليس بقيمة إذ لا تقوم مقامه وقيمة الشئ ما يقوم مقامه، وإنما عرفنا تقومه بالمال بالشرع والشرع إنما قومه بدية مؤجلة

***

[١٠٠]

إلى ثلاث سنين وإيجاب المال حالا زيادة على ما أوجبه الشرع وصفا كما لا يجوز إيجاب الزيادة على ما أوجبه الشرع قدرا. قال رحمه الله: (وعمد الصبي والمجنون خطأ وديته على عاقلته ولا تكفير فيه ولا حرمان فيه) أي عن الميراث والمعتوه كالصبي. وقال الشافعي رحمه الله: عمده عمد فتجب الدية في ماله لان العمد هو القصد وهو ضد الخطأ فمن يتحقق منه الخطأ يتحقق منه العمد ولهذا يؤدب ويعزر، وكان ينبغي أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة لانهم ليسوا من أهل العقوبة فيجب عليهم موجبه الآخر وهو المال لانهم أهل لوجوبه عليهم فصار نظير السرقة فإنهم إذا سرقوا لا يقطع أيديهم ويجب عليهم ضمان المال المسروق لما قلنا، ولهذا وجب عليهم التكفير بالمال لانه أهل لفوات المالية دون الصوم لعدم الخطاب، وكذا يحرم الميراث عنده بالقتل. ولنا أن مجنونا صال على رجل بسيف فضربه فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه فجعل عقله على عاقلته بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وقال: عمده وخطؤه سواء. ولان الصبي مظنة المرحمة قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس مناوالعاقل المخطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على عاقلته فهؤلاء أولى بهذا التخفيف فيجب على العاقلة إذا كان الواجب قدر نصف العشر أو أكثر بخلاف ما دونه لانه يسلك به مسلك الاموال كما في البالغ العاقل لانه لم يتحقق العمد منه لانه عبارة عن القصد وهو يترتب على العلم والعلم بالعقل. وهؤلاء عدموا العقل فكيف يتحقق منهم القصد وصاروا كالنائم، وحرمان الارث عقوبة وهم ليسوا من أهلها، والكفارة كاسمها ساترة ولا ذنب لهم تستره لانهم مرفوع عنهم القلم، ولان الكفارة دائرة بين العبارة والعقوبة يعني أن فيها معنى العبادة ومعنى العقوبة ولا يجب عليهم عبادة ولا عقوبة، وكذا سبب الكفارة تكون دائرة بين الحظر والاباحة لكون العقوبة متعلقة بالحظر وفعلهم لا يوصف بالجناية لانها اسم لفعل محظور وكل ذلك ينبئ عن الخطاب وهم ليسوا بمخاطبين فكيف تجب عليهم الكفارة والله أعلم. فصل في الجنين لما ذكر أحكام الجناية المتعلقة بالآدمي شرع في بيان أحكامها المعلقة بالآدمي من وجه دون

***

[١٠١]

وجه وهو الجنين، بيان ذلك ما ذكر شمس الائمة السرخسي في أصوله أن الجنين ما دام مجتنا في البطن ليس له ذمة صالحة لوجوب لكونه في حكم جزء من الام لكنه منفرد بالحياة بعد الا أن يكون نفسا له ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون أهلا الحق له من عتق أو إرث أو نسب أو وصية، وباعتبار الوجه الاول لا يكون أهلا لوجوب الحق عليه فأما بعدما يولد فله ذمة صالحة، ولهذا لو انقلب على مال إنسان أتلفه يكون ضامنا له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي. جنين على وزن فعيل بمعنى مفعول وهي مجنون أي مستور من جنه إذا ستره من باب طلب، والجنين اسم للولد في بطن أمه ما دام فيه والجمع أجنة فإذا ولد يسمى وليدا ثم رضيعا إلى غير ذلك. قال رحمه الله: (ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا تجب غرة نصف عشر الدية) الغرة الخيار، غرة المال خياره كالفرس والبعير البخت والعبد والامة ألفا درهم، وقيل إنما سمي ما يجب في الجنين غرة لانه أول مقدار ظهر في باب الدية وغرة الشئ أوله كما سمي أول الشهر غرة، وسمي وجه الانسان غرة لانه أول شئ يظهر منه. والمراد بنصف عشر الدية دية الرجل لو كان الجنين ذكرا وفي الانثى دية عشر المرأة وكل منهما خمسمائة درهم ولهذا لم يبين في المختصر أنه ذكر أو أنثى لان دية المرأة نصف دية الرجل، فالعشر من ديتها قدر نصف العشر من دية الرجل. والقياس أن لا يجب شئ من الجنين لانه لم يتحقق جناية، الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا نقصان الام إن نقصت وإلا فلا يجب شئ، والقياس أن لا يجب كمال الدية لانه يضربه منع حدوث الحياة فيه فيكون بذلك كالمزهق للروح ولهذا المعنى وجبت قيمة ولد المغرور فإنه منع من حدوث الرق فيه، وكذلك وجب على المحرم

قيمة بيض الصيد في كسره، وجه الاستحسان ما روي أن امرأة من هذيل ضربت بطن امرأة بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى أن دية جنينها غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة، كذا وجدته بخط شيخي. وفي المنتقي: رجل ضرب بطن امرأته فألقت جنينا حيا ثم ما ت ثم ألقت جنينا ميتا ثم ماتت الام بعد ذلك وللرجل الضارب بنت من غير هذه المرأة وليس له ولد من هذه التي ولدت ولها إخوة من أبيها وأمها فعلى عاقلة الاب دية الولد الذي وقع حيا ثم مات ترث من ذلك أمه السدس وما بقي فلاخت هذا الولد من أبيه وعلى والده كفارتان في الولد الواقع حيا وكفارة في أمه، الولد الذي سقط ميتا ففيه غرة على عاقلة الاب خمسمائة ويكون للام من ذلك السدس أيضا وما بقي فلاخت هذا الولد من أبيه أيضا، فلو كان الرجل ضرب بطنها بالسيف عمدا فقطع البطن ووقع أحد الولدين حيا وبه جراحة السيف ثم مات ووقع الآخر ميتا وبه جراحة السيف أيضا ثم ماتت الام من ذلك فعلى الرجل القود في الام على عاقلته دية الولد الحي وغرة الجنين الميت. قال محمد في الجامع الصغير: وأطلق في قوله امرأة قال في السراجية: فشمل الحرة مسلمة كانت أو كافرة ويكون بدل الجنين

***

[١٠٢]

بين الورثة. وفي الكافي: هذا إذا تبين خلقه أو بعض خلقه. وفي شرح الطحاوي: أو كانت أمة علقت من سيدها والكفارة في الجنين تجب في سنة واحدة. وفي شرح الطحاوي: ولو ألقت جنينين تجب غرتان، وإن كان أحدهما خرج حيا ثم مات والآخر خرج ميتا تجب غرة ودية وعلى الضارب الكفارة، وإن ماتت الام ثم خرج الجنينان تجب دية الام وحدها إلا إذا خرج الجنينان ثم ماتا تجب عليه ثلاث ديات. فاعتبر على هذا القياس. وإن كان في بطنها جنينان فخرج أحدهما قبل موت الام وخرج الآخر بعد موت الام وهما ميتان تجب الغرة في الذي خرج قبل موت الام ولا يرث من دية أمه شيئا وترث الام من ديته والجنين الآخر وهو الذي خرج بعد موت أمه لا يرث من أحد ولا يورث عنه قال، وإن كان الذي خرج بعد موت الام خرج حيا ثم مات ففيه الدية كاملة. وفي شرح الطحاوي: ولو خرج الولد حيا ثم مات تجب ديتان قال: ويرث هذا الجنين من دية أمه. وهل يرث هذا الجنين الاول وهو الذي خرج ميتا قبل موت الام؟ ينظر إن كان الآخر حيا لا يرث. وإن لم يكن حيا يرث. قال رحمه الله: (وإن ألقته حيا فمات فدية) أي تجب دية كاملة لانه أتلف آدميا خطأ أو شبه عمد فتجب فيه الدية كاملة. قال رحمه الله: (فإن القت ميتا فماتت الام فدية وغرة) لما روينا ولانهما جنايتان فيجب فيهما موجبهما وهذا لما عرف أن الفعل يتعدد بتعدد أثره فصار كما إذا رمى فأصاب شخصا ونفذت منه إلى آخر فقتله فإنه يجب عليه ديتان إن كان خطأ وإن كان الاول عمدا يجب القصاص في الاول وفي الثاني الدية. قال رحمه الله (وإن ماتت فالقتة ميتا فدية فقط) وقال الشافعي: تجب الغرة مع الدية لان الجنين مات بضربته ظاهرا فصار كما إذا ألقته ميتا وهي بالحياة. ولنا أن موت الام سبب لموته ظاهرا لان حياته بحياتها وتنفسه بتنفسها فيتحقق بموتها فلا يكون في معنى ما ورد به النص إذ الاحتمال فيه أقل فلا يجب شئ بالشك، وإن ألقته حيا بعدما ماتت تجب ديتان دية الام ودية الولد لانه كما إذا ألقته حيا وماتت. قال رحمه الله: (وما يجب فيه يورث عنه ولا يرث الضارب فلو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا على عاقلة الاب غرة ولا يرث منها) وإنما يورث لانه نفس من وجه على ما بينا والغرة بدله فيرثها وارثه ولا يرث الضارب من الغرة شيئا لانه قاتل مباشرة ظلما ولا ميراث للقاتل بهذه الصفة. قال رحمه الله (وفي جنين الامة لو ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو أنثى) وقال الشافعي: يجب فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يومئذ بمقدارها من الاصل ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالاجماع وهو الغرة. لنا أنه بدل نفسه فلا يقدر بغيره إذ لا نظير له في الشرع، والدليل على أنه بدل نفسه أن الامة أجمعت على أنه لا يشترط فيه نقصان الاصل، ولو كان ضمان الطرف لما وجب إلا عند نقصان الاصل. ويؤيد

***

[١٠٣]

ذلك أن ما يجب في جنين الحرة موروث ولو كان بدل الطرف لما ورث والحر والعبد لا يختلفان في ضمان الطرف لانه لا يورث وإنما يختلفان في ضماالنفس، لو كان ضمان الطرف لما روث في الحر فإذا ثبت أنه ضمان النفس كان دية مقدرة بنفس الجنين لا بنفس غيره كما في سائر المضمونات، ولا نسلم أن الغرة مقدرة بدية الام بل بدية نفس الجنين إذا لو كان حيا تجب نصف عشر ديته إن كاذكرا،

وعشر ديته إن كان أنثى فكذا في جنين الامة يجب بتلك النسبة من قيمته لان كل ما كان بقدر دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد فيجب نصف عشر قيمته إن كان ذكرا وعشر قيمته إن كان أنثى. هذا دية الحر إذا كان الجنين من غير مولاها ومن غير مغرور، وأما إذا كان من أحدهما ففيه الغرة المذكورة في جنين الحرة ذكرا كان أو أنثى كما تقدم. وفي نوادر ابن سماعة: رجل قال لامته الحبلى أحد الولدين اللذين في بطنك حر فضرب إنسان بطنها فألقت جنينين ميتين غلام وجارية قال: على الجاني غرة وذلك خمسمائة، وعليه أيضا في الغلام ربع عشر قيمته لو كان حيا، وعليه في الجارية نصف خمسمائة ونصف عشر قيمتها. وفي العيون هشام عن وأبي يوسف في رجل اشترى أمة حاملا فلم يقبضها حتى أعتق ما في بطنها ثم ضرب إنسان بطنها فألقت غلاما ميتا فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الامة بجميع الثمن واتبع الجاني بأرش الجنين أرش حر فيكون له الفضل طيبا، وإن شاء فسخ البيع في الامة ولزمه الولد بحصته من الثمن. ولو كان للجنين أب حر كان أرش الجنين لوالده في الوجهين جميعا ولا شئ للمشتري. وفي التتمة وسئل يوسف بن محمد البلالي عن رجل زنى بجارية الغير فأحبلها ثم احتال هو وامرأته فأسقطا الحمل من الجارية وماتت الجارية بذلك السبب ما الحكم في ذلك وما يجب عليهما؟ فقال: أما الجارية فإنه يجب عليه ضمانها إذا ماتت بذلك السبب، وفي الحمل الغرة إن كان ميتا، وإن سقط وهو حي ثم مات فإنه يجب قيمته، وإن كان الحمل ماء ودما فإنه لا يجب فيه شئ. وفي المنتقى قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا ضرب الرجل بطن امرأته فألقت جنينا ميتا فلا كفارة عليه ولا يرث منه، وإن ألقت جنينا ميتا قد استبان من خلقه شئ ثم ماتت هي من تلك الضربة ثم ألقت جنينا حيا ومات ففي الاول الغرة، وفي الام الدية، وفي الجنين الثاني الدية كاملة. وفي النسفية سئل عن مختلفة حامل مضت عدتها بإسقاط الولد هل للزوج أن يخاصمها في هذا الحمل؟ فقال: إن أسقطته بفعلها وجب عليها للزوج غرة قيمتها خمسمائة درهم نقرة خالصة ولا يسقط شئ من ذلك لميراثها لانها قاتلة فلا ترث. وسئل أبو القاسم عن امرأة شربت الدواء فألقت جنينها ميتا أو حملت حملا ثقيلا فألقت جنينا ميتا أن على عاقلتها خمسمائة درهم في سنة واحدة لوارث الحلم أبا كان أو غيره، وإن لم يكن لها عاقلة فهي في مالها في سنة. وفي الحاوي: وذلك لزوجها لانه هو الوارث، قاله يوسف بن عيسى. وفي جامع الفتاوي: ولو لم يعلم أنه ذكر أو أنثى يؤخذ بالمتيقن كالخنثى المشكل ضاع الجنين ولا يمكنها

***

[١٠٤]

تقويمه باعتبار قيمته وهيآته ووقع التنازع في قيمته القول للضارب لانه المنكر كما لو قتل عبدا خطأ ووقع التنازع في قمته وعجز القاضي عتقويمه باعتبار حاله كان القول للضارب، كذا في شرح الهداية للعيني. قال رحمه الله: (فإن حرره سيده بعد ضربه فالقته فمات ففيه قيمته حيا) ولا تجب الديوان كان بعد العتق لان الوجوب بالضرب والضرب صادفه وهو رقيق فتجب قيمته حيلانه صار قاتلا له وهو حي فاعتبرنا حالتي السبب والتلف فأوجبنا عليه القيمة باعتبار حالتي السبب وهو الضرب لانه رقيق حنيئذ، وأوجبنا عليه جميع قيمته باعتبار حالة التلف كأنه ضربه في الحال، وكان ينبغي أن يجب ما نقص بضربه إلى أن يوجد العتق كما لو قطع يد عبد أو جرحه فأعتقه المولى ثم مات يجب عليه أرش اليد والجرح وما نقص من قيمته إلى العتق لان العتق يقطع السراية لكن اعتبر فيه الحالتان فجعل كأن الضرب لم يوجد في حق الجنين لان المقصود بالضرب الام فأوجبنا القيمة دون الدية لانه صار قاتلا له بالضرب الاول فصار كما لو رمى عبدا فأعتقه المولى ثم وقع عليه السهم فمات فإنه تجب عليه القيمة للمولى لان الرمي ليس بجناية ما لم يتصل بالمحل فلا يجب فيه شئ بدون الاتصال بخلاف القطع والجرح لانه جناية في الحال والعتق يقطع السراية ومع هذا تجب القيمة دون الدية لانه يصير قاتلا له من وقت الرمي لانه الفعل المملوك له. وقال فخر الاسلام قال بعض مشايخنا: معنى قوله ضمن أي الدية، وقوله ولا تجب الدية ليس هو في الجامع الصغير. ووجه أن الضرب وقع على الام فلم يعتبر جناية في الجنين إلا بعد الانفصال حيا ولذلك لم تنقطع سرايته بخلاف من جرح فأعتقه مولاه. قال بعضهم: بل المراد به حقيقة القيمة لان الجناية قد تمت منه لكن لا يعتبر في حق الجنين مقصودا إلا بعد الانفصال فأشبه الرمي الذي تم من الرامي ولا يعتبر في حق المرمي إليه إلا بعد الاصابة. وقيل: هذا عندهما، وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا إلى كونه غير مضروب لان القطع قاطع السراية. وقيد بقوله بعد ضربه لانه لو حرره قبل الضر ب فألقته حيا فالواجب الدية على قولهما، وعلى قول الامام تجب قيمته ما بين كونه مضروبا إلى كونه غير مضروب، واختلف

المشايخ لمن يكون هذا المقدار قال بعضهم: لورثة هذا الجنين. وقال بعضهم: للمولى، كذا في التتارخانية. قال رحمه الله: (ولا كفارة في الجنين) وقال الشافعي رحمه الله: تجب الكفارة لانه نفس من وجه فتجب احتياطا لما فيها من العبادة. ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة لانها شرعت زاجرة، وفيها معنى العبادة لانها تتأدى بالصوم وقد عرف وجوبها في النفس المطلقة فلا تتعداها لان العقوبة لا يجري فيها القياس، وقول الشافعي فيه تناقض لانه يعتبره جزأ حتى أوجب عليه عشر قيمة الام وههنا اعتبره نفسا حتى أوجب فيه الكفارة، ونحن اعتبرنا جزأ

***

[١٠٥]

من وجه ولهذا لم يجب فيه كل البدل فكذا لا تجب فيه الكفارة لان الاعضاء لا كفارة فيها إلا إذا تبرع بها هو لانه ارتكب محظورا فإذا تقرب بها إلى الله تعالى كان أفضل ويستغفر الله تعالى مما صنع من الجريمة العظيمة. والجنين الذي استبان بعض خلقه في جميع ما ذكرنا من الاحكام كالتام لاطلاق ما روينا، ولانه ولد في حق الاحكام كأمومية الولد وانقضاء العدة به والنفا س وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم، ولانه يتميز من العلقة والدم فلا بد منه. قال رحمه الله: (وإن شربت دواء لتطرحه أو عالجت فرجها حتى أسقطته ضمن عاقلتها الغرة إن فعلت بلا إذن) لانها ألقته متعدية فيجب عليها ضمانه وتحمل عنها العاقلة لما بينا، ولا ترث هي من الغرة شيئا لانها قاتلته بغير حق والقاتل لا يرث بخلاف ما إذا فعلت ذلك بإذن الزوج حيث لا تجب الغرة لعدم التعدي. ولو فعلت أم الولد ذلك بنفسها حتى أسقطت فلا شئ عليها الاستحالة وجوب الدين على المملوك لسيده، ولو استحقت وجب للمولى غرة لانه تبين أنه ليس بمالك لهما وأنه مغرور وولد المغرور حر الاصل وهي متعدية بذلك الفعل فصارت قاتلة للجنين فتجب الغرة له، ويقال للمستحق إن شئت سلم الجارية وإن شئت أفدها لانه الحكم في جناية المملوك. وفي جامع الفتاوي وفي نوادر رستم: امرأة شربت دواء لتسقط ولدها عمدا فألقت جنينا حيا ثم مات فعلى العاقلة ولا ترث منه شيئا وعليها الكفارة، وإن ألقت جنينا ميتا فعلى عاقلتها غرة ولا ترث منه شيئا وعليها الكفارة، وقال أبو بكر في هذه الصورة: إنها إذا اسقطت سقطا ليس عليها إلا التوبة والاستغفار، وإن كان جنينا فعليها غرة، وتأويله إذا شربت دواء يوجب سقوط الولد وتعمدت ذلك. وفي المنتقي رواية مجهولة: امرأة شربت دواء فأسقط ت وكانت شربت لغير ذلك يعني لغير إسقاط الولد فعليها الغرة ولا كفارة عليها في قول أبي حنيفة ومحمد ولا ترثه. وقال بعضهم: عليها الكفارة، وهذا الجواب من زيادات الحاوي. وفي المنتقى سئل أبو بكر عن حامل أرادت أن تلقي العلقة لغلبة الدم قال: يسأل أهل الطب عن ذلك إن قالوا يضر بالحمل لا تفعل، إن قالوا لا يضر تفعل، وكذا الحجامة والفصد. قال الفقيه: وسمعت ممن يعرف ذلك الامر قال: لا ينبغي لها أن تفعل ما لم يتحرك الولد فإذا تحرك فلا بأس بالحجامة ما لم تقرب الولادة، فإذا قربت فلا يفعل. وأما الفصد فالامتناع في حال الحبل أفضل لانه يخاف على الولد إلا أن يدخل الام ضرر بين في تركه. وفي فتاوي النسفي سئل عن مختلعة وهي حامل احتالت لاسقاط العدة بإسقاط الولد قال: إن سقط بفعلها وجب عليها الغرة ويكون ذلك للزوج. وفي الحاوي: وهي لا ترث منه لانها قاتلة. قال: الاب إذ ضرب ابنه الصغير تأديبا فعطب من ذلك ينظر إن ضربه حيث لا يضرب للتأديب فعليه الدية والكفارة عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: لا شئ عليه. وفي نوادر بشر عن أبي يوسف أن عليه كفارة، وعلى هذا

***

[١٠٦]

الخلاف الوصي إذا ضرب الصغير تأديبا. وفي الكبرى: وإن كان ضربه المعلم في الموضع المعتاد فمات لا يضمن هو ولا الاب ولا الوصي في قولهم جميعا، وكذا المؤدب الذي يعلمه الكتابة إذا ضربه بإذن والده لا ضمان عليه وعليه الكفارة في قولهما. وهذا إذا كان ضربه المعلم في موضع معتاد وفي رواية مجهولة لا كفارة عليهما والفتوى على الاول. والزوج إذا ضرب زوجته حيث تضرب للتأديب مثل ما تضرب حال نشوزها يضمن بالاجماع، والاب والوصى إذا سلما الصغير إلى معلم يعلمه القرآن أو علما آخر فضربه المعلم للتعليم فلا ضمان على المعلم ولا على الاب والوصي. وفي المنتقي عن أبي حنيفة أبي يوسف أن عليه الكفارة وإن ضربه حيث لا يضرب أو فوق ضرب التعليم فالمعلم ضامن. قال هشام في نوادره قلت لمحمد: إن لم يكن الاب قال له في أمر الضرب شيئا قال: يضمن المعلم. وفي رواية في بعض النسخ أن ضرب الصغير إنما يضمن على قول أبي حنيفة إذا كان للتأديب، أما إذا ضربه لتعليم القرآن لا

يضمن كالمعلم فإذا لا فرق بين ضرب المعلم بإذن الاب وبين ضرب الاب إذا كان للتعليم. وذكر شمس الائمة الحلواني في شرح كتاب الاجارات أن في ضرب الاب ابنه وفي ضرب الزوج زوجته روايتين عن محمد في رواية يضمن، وفي رواية لا يضمن. أما الوالدة إذا ضربت ولدها الصغير للتأديب فلا شك أنها تضمن على قول أبي حنيفة، وقد اختلف المشايفيه على قولهما قال بعضهم لا تضمن، وقال بعضهم هي ضامنة لان الضرب تصرف في النفس وليس لها ولاية التصرف في النفس أصلا. وفي كتاب العلل للزوج أن يضر ب امرأته على ترك الصلاة وللاب أن يضرب ابنه على ترك الصلاة، وذكر مسألة المعلم إذا ضرب الصغير بإذن الاب على الاتفاق قال نحو ما ذكرنا قال محمد ثمة وهذا عندنا. وفي العيون: إذا قال لرجلين اضربا مملوكي هذا مائة سوط فليس لاحدهما أن يضربه المائة كلها، فإن ضربه أحدهما تسعة وتسعين وضربه الآخر سوطا واحدا ففي القياس يضمن ضارب الاكثر، وفي رواية لا يضمن وهو نظير ما لو قال لامرأتيه إن أكلتما هذا الخبر فأنتما طالقتان فأكلتاه، وان أكلت إحداهما عامته والاخرى بقيته لا تطلق استحسانا. وفي الكبرى: المحترف إذا ضرب التلميذ فمات إن كان ضربه بأمر أبيه . أو وصيه لا يضمن إذا كان في الموضع المعتاد لو ضرب امرأته على المضجع أو في أدب فماتت يضمن إجماعا وعليه الكفارة، هما فرقا بينها وبين الاب فإن ضرب الاب لمنفعة الابن وضرب المرأة لمنفعة الزوج. وفي السراجية: رجل ضرب رجلا سياطا فجرحه فبرأ منه فعليه أرش الضرب إن بقي أثر الضرب، وإن لم يبق لا يجب عليه شئ سوى التعزير. وقال أبو يوسف: تجب حكومة عدل. وقال محمد: أجرة الطبيب وثمن الادوية. وفي الجامع الصغير: الخامسة وهذا إذا جرح ابتداء، فأما إذا لم يجرح في الابتداء لا يجب بالاتفاق. وفي المنتقي: رجل قتل عمدا وله

***

[١٠٧]

أخ معروف فأقر أخوه بابن المقتول وادعى ذلك الابن وهو كبير فإن للمقر به القود. وقال أبو الفضل: هذا الجواب خلاف ما في الالاصل. وفي نوادر هشام عن أبي يوسف: رجل ادعى أنه عبده وأقام البينة وشهد الشهود أنه كان عبده فأعتقه وهو حر اليوم، فإن كان له وارث قضى لوارثه بالقصاص في العمد وبالدية في الخطأ، وإن لم يكن له وارث فلمولاه قيمته في العمد الخطأ وفي نوادر ابن سماعة قال: سمعت أبا يوسف يقول في رجل في يده صبي صغير فقطع الرجل يد الصبي عمدا ثم قال القاطع هو عبد ك وقال الذي في يده هو ابني لا أصدقه على ذلك، ولو قال هذه المقالة قبل موت المجني عليه فعلى الجاني القود. وفي المنتقي: رجل جرح فقال فلان قتلني ثم أقام وارثه بينة على رجل آخر أنه قتله قبلت بينته. وذكر بعد ذلك هذه المسألة عن أبي يوسف: رجل قال فلان جرحني فأقام ابن له بينة على ابن له آخر أنه جرحه خطأ فإني أقبل البينة على الابن وأحرمه عن الميراث بذلك. فلما أجزنا ذلك في الميراث جعلنا الدية على عاقلته. قال هشام: سمعت محمدا يقول في رجل أدخل نائما أو مغمى عليه في بيته فسقط البيت عليه قال: لا يضمن إلا في المعتوه والصبي. وفي المنتقي: رجل فقأ عيني عبد وقطع الآخر رجله أو يده فبرأ وكانت الجناية منهما معا فعليهما قيمته أثلاثا ويأخذان العبد فيكون بينهما على قدر ذلك، وكذلك كل جارحة من اثنين معا جراحة هذا هو عضو وجراحة الآخر في عضو تستغرق ذلك القيمة كلها فإنه يدفعه إليهما ويغرمان قيمته على قدر أرش جراحتهما ويكون بينهما على ذلك، وإن مات منهما والجراحة خطأ فعلى كل واحد منهما فعلى الجارح الاول أرش جراحته من قيمته مجروحا بالجراحة الاولى وما بقي من قيمته فعليهما نصفان، وإن برأ منهما والجراحة الاخيرة تستغرق القيمة والجراحة الاولى لا تستغرق فعلى الاول أرش جراحته وعلى الثاني قيمته مجروحا بالجرح الاول ويدفع العبد إليه، وإن كانت الجراحة الاولى هي التي تستغرق القيمة فعلى الجارح الثاني أرش جراحته. ومن أمسك رجلا حتى جاء آخر وقتله عمدا أو خطأ فلا شئ على الممسك عندنا وعلى القاتل القصاص في العمد والدية في الخطأ وهي مسألة كتاب الديات، وعلى هذا من أمسك رجلا حتى جاء آخر وأخذ دراهمه فضمان الدراهم على الآخذ عندنا لا على الممسك. وفي الخانية: لو وطئ جارية إنسان بشبهة أو أزال بكارتها فعلى قول أبي يوسف ومحمد ينظر إلى مهر مثلها فيزاد إلى نقصان بكارتها إن كان أكثر يجب ذلك ويدخل الاقل في الاكثر. ولو أن صبيا زنى في صبية وأذهب عذرتها كان عليه المهر بإزالة البكارة لو كانت المرأة بالغة مستكرهة، وإن كانت مطاوعة لا يجب المهر لانه لو وجب على الصبي كان لولي الصبي أن يرجع بذلك عليها كما لو أمر صبيا بشئ يلحقه ضمانه كان لولي الصغير أن يرجع على الآمر فلا يفيد تضمين الصغير. ولو أن امرأة بالغة غصبها فزنى بها وأذهب عذرتها بأمرها كان على الصبي مهرها لان أمر الامة لم

يصح في حق مولى الامة. حريق وقع في محلة فهدم رجل دار
***
[١٠٨]
بغير بغير أم صاحبه وبغير أمر السلطان حتى ينقطع عن داره ضمن ولم يأثم. ابن سماعة عن محمد: حر معه سيف وعبد معه عصا فالتقيا وضرب كل واحد منهما صاحبه حتى قتله وماتا ولا يدري أيهما بدأ بالضرب فليس على ورثة الحر ولا على مولى العبد شئ، وإن كان السيف بيد العبد والعصا بيد الحر فعلى عاقلة الحر نصف قيمة العبد ولا شئ لورثة الحر على مولى العبد، وإن كان بيد كل واحد منهما عصار وضرب كل واحد منهما الآخر وشجه موضحة ثم ماتا ولا يدري من الذي بدأ بالضرب فعلى عاقلة الحر قيمة العبد صحيحا لمولاه ثم يقال لمولاه ادفع من ذلك قيمة الشجة إلى ولي الحر وهذا استحسان، والقياس أن لا يكون له شئ منه. بشر بن الوليد عن أبي يوسف في رجل ضرب كل واحد منهما صاحبه هذا بالسيف وهذا معه عصا فماتا ولا يدري أيهما بدأ قال: على صاحب العصا نصف دية صاحب السيف على عاقلته وليس لصاحب العصا شئ، وإذا جرح الرجل عمدا بالسيف فأشهد المجروح بالسيف على نفسه أن فلانا لم يجرحه ثم مات المجروح من ذلك هل يصح هذا الاشهاد؟ قالوا: هذا على وجهين: إما أن تكون جراحة فلان معروفة عند القاضي وعند الناس أو غير معروفة، فإن لم تكن معروفة كان الاشهاد صحيحا. وفي الذخيرة: وإن أقام الورثة بينة بعد ذلك على أن فلانا جرحه لم تقبل هذه البينة. وفي التجريد: ولو أمر رجل عشرة رجال أن يضرب كل واحد منهم عبده سوطا ففعلوا ثم إن آخر ضرب سوطا ولم يأمره فمات العبد من ذلك كله فعلى الذي لم يؤمر أرش ما نقص بضربه مضروبا عشرة أسواط وعليه أيضا جزء من أحد عشر جزأ من قيمته مضروبا أحد عشر سوطا. ولو أن المولى ضربه بيده عشرة أسواط ثم ضربه هذا الرجل سوطا ومات فعليه نقصان سوطه ونصف قيمته مضروبا أحد عشر سوطا. وفي الجامع الصغير عن محمد فيمن اجتمع عليه الصبيان أو المجانين يريدون قتله. وفي الحاوي: أو أخذ ماله ولا يقدر على دفعهم إلا بالقتل - قال: ليس له أن يقتلهم ولو قتل تجب عليه الدية. قال المعلى قلت لمحمد: إن صاحبنا يقول بالضمان وعنى أنه أبو مطيع قال المعلى: كنت في الطواف فإذا محمد بن الحسن فقال: يا خراساني القول ما قال صاحبكم. قال الشيخ: وبه يفتى. وكان نصير يقضي بالضمان في الصبي والمجنون والبهيمة إذا قتله الرجل دافعا. وكان الفقيه أبو بكر يفتي بعدم الضمان. قال الفقيه أبو الليث: هذا القول يخالف ما قيل في الروايات الظاهرة. وفي فتاوي الذخيرة: أمة الرجل إذا ارتدت والعياذ بالله تعالى فقتلها رجل فلا شئ على القاتل، هكذا ذكر محمد. وفي غيرها أن على القاتل قيمتها. وفي النسفية سئل عمن سعى فيه إلى السلطان وأخذ من الرجل مالا ظلما هل يضمن للساعي؟ قال: نعم. وروى هذا عن زفر وأخذ به كثير من مشايخنا لما فيه من المصلحة. فتاوي الخلاصة: من سعى برجل إلى سلطان حتى غرمه لا يخلو من ثلاثة أوجه: أحدها إن كانت السعاية بحق بأن كان يؤذيه ولا يمكنه دفع الاذى إلا بالرفع إلى السلطان أو
***
[١٠٩]
كان فاسقا لا يمتنع عن الفسق بالامر بالمعروف وفي مثل هذا لا يضمن الساعي. الثاني أن يقول إن فلانا وجد كنزا أو لقطة وظهر أنه كاذب ضمن إلا إذا كان السلطان عادلا لا يغرم بمثل هذه السعايات أو قد يغرم وقد لا يغرم لا يضمن الساعي. الثالث إذا وقع في قلبه أن فلانا يجئ إلى امرأته فرفع إلى السلطان فغرمه السلطان ثم ظهر كذبه فعندهما لا يضمن الساعي، وعند محمد يضمن. وقال صدر الاسلام في كتاب اللقطة: والفتوى على قول محمد لغلبة السعاية في زماننا. وقيل سواء قال صدقا أو كذبا إن لم يكن محتسبا وليس للسلطان حق الاخذ على قياس قول محمد إذا أمر الاعوان بأخذ المال باعتبار الظاهر لا يجب واعتبار السعاية يجب، أما إذا لم يأمر الاعوان ولكن أراه بيته وأخذ من بيته شيئا لا يضمن. وقال الشيخ الامام: لا يضمن الجاني مطلقا. قال الفقيه أبو الليث: الساعي لا يضمن أيضا، والمشايخ المتأخرون منهم القاضي الامام علي السغدي والحاكم عبد الرحمن وغيرهما أفتوا بوجوب الضمان على الساعي، هكذا اختار الصدر الشهيد وهو أصح. ولو قال عند السلطان إن لفلان قوسا جيدا أو جارية حسناء والسلطان يأخذ فأخذ يضمن ولو كان الساعي عبدا يطلب بعد العتق، ولو اشترى شيئا فقيل له اشتريت بثمن غال فسعى عند ظالم وأخذه إن كان قال صدقا لا يضمن وإن كان كذبا يضمن. وقال في الجامع الصغير: قال أبو نصر الدبوسي فيمن قطع يعبده أو قتله إن عليه التعزير. وفي الفتاوي عن

خلف قال: سألت أسد بن عمر عمن ضربه بيده أو رجله ومات منه قال: هذا شبه العمد. وفي المنتقى عن محمد قال في رجل قصد أن يضرب آخر بالسيف فأخذ المضروب السيف من يده فقطع السيد أصابة الآخر قال: إن كان من غير المفصل فعلى الجاذب الدية، وإن كان من المفصل فعليه القصاص. وفي المنتقي: رجل قتل عمدا وله ابنان وامرأة فعفت المرأة عن الدم ثم إن أحد الابنين. قتل القاتل وهو يعلم العفو فعليه الدية في ماله في ثلاث سنين يدفع عنه من ذلك ما كان له على قاتل الاب، وأما إذا قتل أحدهما أبا عمدا وقتل الآخر أمه عمدا فللاول أن يقتل الثاني بالام ويسقط القصاص عن الاب لان القصاص الاول لما قتل صار القصاص موروثا بين الابن الآخر وبين الام للام من ذلك الثمن، فإن قتل الآخر الام صار الثمن الذي ورثته الام من الاب ميراث الاول فسقط ضرورة. وإذا جنى على مكاتب إنسان ثم دبره مولاه لانهدار السراية بل تكون السراية مضمونة على الجاني بعد التدبير. ولو كاتبه أو أعتقه هدرت السراية أيضا، وإذا جنى على مكاتب إنسان ثم أدى المكاتب فعتق ثم مات المكاتب من تلك الجناية فعلى الجاني قيمة المكاتب لا الدية وإن مات حرا. وقال في المنتقي: رجل شهد له رجلان أنه قتل ابن هذا فلان وشهد آخران لهذا الرجل أيضا أنه قتل ابن هذا فلانا وسميا ابنا آخر له غير الذي سمياه الاولان وزكى الفريق الاول ولم يزك الفريق الثاني فدفع المشهود عليه على المشهود له ليقتله فقال

***

[١١٠]

المشهود له أنا أقتلك يا بني الذي لم تزك الشهود على قتله ولا أقتلك بابني الذي ذكر الشهود على قتله ثم قتله فلا شئ عليه، وإن قال لم يقتل ابني الذي زكى الشهود على قتله وإنما قتل ابن آخر لي فقتله كان عليه الدية استحسانا. وفي القياس عليه القتل. وفي المنتقي قال محمد في نصراني عليه نصرانيان أنه قتل ابن هذا النصراني عمدا فقضى عليه بالقصاص ودفع إليه ليقتله فأسلم فإني أدرأ عنه القتل وأجعل عليه الدية. وروى الحسن عن أبي حنيفة في مسلم قطع يد عبد النصراني عمدا فأقام العبد بينة على النصراني أن مولا كان أعتقه قبل أن يقطع هذا المسلم يده قبلت شهادتهم على العتق ولا يقضي له بالقصاص وله نصف القيمة والله تعالى أعلم بالصواب. باب ما يحدث الرجل في الطريق لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة شرع في بيان أحكامه تسببا، وقدم الاول لكونه أصلا لانه قتل بلا واسطة ولكنه أكثر وقوعا فكان أمس حاجة إلى معرفة أحكامه. قال رحمه الله: (ومن أخرج إلى طريق العامة كنيفا أو ميزابا أو جرصنا أو دكانا فلكل نزعه) أي لكل أحد من أهل المرور الخصومة مطالبة بالنقص كالمسلم البالغ العاقل الحر وكالذمي لان لكل منهم المرور بنفسه وبدوابه فتكون له الخصومة بنفسه كما في الملك المشترك بخلاف العبيد والصبيان المحجور عليهم حيث لا يؤمر بالهدم بمطالبتهم لان مخاصمة المحجور عليهم لا تعتبر في ماله بخلاف الذمي، هذا إذا بنى لنفسه. قيد بما ذكر ليحترز عما إذا بنى للمسلمين كالمسجد ونحوه فلا ينتقض، كذا روي عن محمد رحمه الله. وقال اسمعيل الصفار: إنما ينقض بخصومته إذا لم يكن له مثل ذلك فإن كان له مثله لا يلتفت إلى خصومته لانه لو أراد به إزالة الضرر عن الناس لبدأ بنفسه وحيث لم يزل ما في قدرته علم أنه متعنت. قال في العناية: الكنيف المستراح، والميزاب والجرصن قيل هو البرج. وقال فخر الاسلام: جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبني عليه. ثم الكلام في هذه المسألة في ثلاثة مواضع: أحدهما في أنه هل يحل له إحداثه في الطريق أم لا. والثاني في الخصومة في منعه من الاحداث فيه ورفعه بعده. والثالث في ضمان ما تلف بهذه الاشياء. أم الاحداث فقال شمس الائمة: إن كان الاحداث يضر بأهل الطريق فليس له أن يحدث ذلك، وإن كان لا يضر بأحد لسعة الطريق جاز له إحداثه فيه ما لم يمنع منه لان الانتفاع في الطريق بغير أن يضر بأحد جائز فكذا ما هو مثله فيلحق به إذاحتاج إليه فإذا أضر بالمار لا يحل لقوله عليه الصلاة والسلام

***

[١١١]

لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وهذا نظير من عليه الدين فإنه لا يسعه التأخير إذا طالبه، فلو لم يطالبه جاز له تأخيره. وعلى هذا القعود في الطريق للبيع والشراء يجوز إن لم يضر بأحد، وأن أضر لم يجز لما قلنا. وأما الخصومة فيه فقال أبو حنيفة: لكل واحد من عرض الناس أن يمنعه من الوضع وأن يكلفه الرفع بعد الوضع، سواء كان فيه ضرر ولم يكن إذا وضع بغير إذن الامام لافتياته على رأيه لان التدبير في أمور العامة إلى الامام. والعرض بالضم الناحية والمراد واحد من الناس. وعلى قول أبي يوسف لكل واحد أن يمنعه من

ذلك، وعلى قول محمد ليس لاحد أن يمنعه قبل الوضع ولا بعده إذا لم يكن فيه ضرر الناس لانه مأذون له في إحداثه شرعا ألا ترى أنه يجوز له ذلك إن لم يمنعه أحد والمانع منه متعنت فلا يمكن من ذلك فصار كما لو أذن له الامام بل أولى لان إذن الشارع أحرى ولاية وأقوى كالمرور حتى لا يجوز لاحد أن يمنعه. وجوابه أن هذا انتفاع بما لم توضع له الطريق فكان لهم منعه وإن كان جائزا في نفسه بخلاف المرور فيه لانه انتفاع بما وضع له فلا ن يكون لاحد منعه. قال رحمه الله: (وله التصرف في النافذ إلا إذا أضر) أي له أن يتصرف بإحداث الجرصن وغيره مما تقدم ذكره في الطريق النافذ إذا لم يضر بالعامة معناه إذا لم يمنعه أحد وقد ذكرناه. والخلاف الذي فيه فلا نعيده. قال رحمه الله: (وفي غيره لا يتصرف فيه إلا بإذنهم) أي في غير النافذ من الطريق لا يتصرف أحد بإحداث ما ذكرنا إلا بإذن أهله لان الطريق التي ليست بنافذة مملوكة لاهلها فهم فيها شركاء ولهذا يستحقون بها الشفعة والتصرف في الملك المشترك من الوجه الذي لم يوضع له لا يملك إلا بإذن الكل أضربهم أو لم يضر بخلاف النافذ لانه ليس لاحد فيه ملك فيجوز الانتفاع به ما لم يضر بأحد، ولانه إذا كان حق العامة فيتعذر الوصول إلى إذن الكل فجعل كل واحد كأنه هو المالك وحده في حق الانتفاع ما لم يضر بأحذ ولا كذلك غير النافذ لان الوصول إلى ارضائهم ممكن فيبقى على شركته حقيقة وحكما. وفي المنتقى: إنما يؤمر برفع هذه الاشياء إذا علم حدوثها فلو كانت قديمة فليس لاحد حق الرفع وإن لم يدر حال هذه الاشياء تجعل قديمة وهذا هو الاصل. قال رحمه الله: (فإن مات أحد بسقوطها فديته على عاقلته كما لو حفر بئرا في طريق أو وضع حجرا فتلف به إنسان) أي إذا مات إنسان بسقوط ما ذكره من كنيف أو ميزاب أو جرصن فديته على عاقلة من أخرجه إلى الطريق لانه تسبب للهلاك متعديا في إحداث ما تضرر به المارة بإشغال هواء الطريق به أو بإحداث ما يحول بينهم وبين الطريق، وكذا إذا عثر

***

[١١٢]

بنقضه إنسان. ولو عثر بما أحدث به هو رجل فوقع على آخر فماتا فديتهما على عاقلة من إحدثه لان الواقع كالمدفوع على الآخر، ولو سقط الميزاب فأصاب ما كان في الداخل رجلا فقتله فلا ضمان على أحد لانه وضع ذلك في ملكه فلا يكون متعديا فيه. وإن أصابه ما كان خارجا فيه يضمن وإن لم يعلم أخرجا أم دخلا لانه إن كان خارجا ضمن، وإن كان داخلا لا يضمن، ففي القياس لا يضمن بالشك لان فراغ ذمته ثابت بيقين وفي الشغل شك، وفي الاستحسان يضمن النصف لانه في حال يضمن الكل، وفي حال لا يضمن شيئا فيضمن النصف، ولا يقال ينبغي أن يضمن ثلاثة أرباع الدية لانه يضمن في حالة النصف وهو ما إذا أصابه الطرفان فيتنصف فيكون مع النصف الاول ثلاثة أرباع لان أحوال الاصابة حالة واحدة فلا نتعدد الاستحالة اجتماعهما بخلاف حالة الجرحين. ولو أشرع جناحا إلى الطريق ثم باع الكل فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وتركها المشتري حتى عطب بها إنسان فالضمان على البائع لان فعله لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب بخلاف الحائط المسائل إذا باعه بعد الاشهاد عليه ثم سقط في ملك المشتري على إنسان حيث لا يضمن البائع ولا المشتري لان المشتري لم يشهد عليه وهو شرط الحائط المائل، وفي حق البائع قد بطل الاشهادة الاول لان الملك شرط لصحة الاشهاد فيبطل بخروجه عن ملكه لانه لا يتمكن من نقض ملك الغير، وفيما نحن فيه إنما يضمن بإشغال الطريق لا باعتبار الملك والاشغال باق بعد البيع ألا ترى أن ذلك الاشغال لو حصل من غير مالك كالمستأجر أو المعير أو الغاصب يضمن، وفي الحائط لا يضمن غيرا لمالك. ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلفوقع قبل أن يفرغوا من العمل فقتل إنسانا فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم لان العمل لا يكون مسلما إلى رب الدار قبل فراغهم منه فانقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة ويحرمون من الارث بخلاف ما تقدم من المسائل من إخراج الجناح أو الميزاب أو الكنيف إلى الطريق فقتل إنسانا بسقوطه حيث لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الارث لانه تسبب وهنا مباشرة والقتل غير داخل في عقده فلم يستند فعلهم إليه فاقتصر عليهم. قال شيخ الاسلام رحمه الله تعالى: هذا على وجوه: إما إن قال لهم ابنوا لي جناحا على فناء داري فإنه ملكي ولي منه حق إشراع الجناح إليه من القديم ولم تعلم الفعلة ثم ظهر بخلاف ما قال ثم سقط فأصاب شيئا فالضمان على الآجر ويرجون بالضمان على الآمر قياسا واستحسانا. سواء سقط قبل الفراغ من العمل أبعده، لان الضمان وجب على الفاعل بأمر الآمر فكان له أن يرجع به عليه كما لو استأجر شخصا ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح كان للمستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على

الآمر فكذا هذا. وأما إذا قال لهم اشترعوا لي جناحا على فناء داري وأخبرهم أنه ليس له حق الشرع في القديم أو لم يخبرهم حتى بنوا ثم سقط فأتلف شيئا، إن سقط قبل الفراغ من العمل فالضمان عليهم ولم

***

[١١٣]

يرجعوا به على الآمر قياسا، وإن سقط بعد الفراغ من العمل فكذلك في جواب القياس لان المستأجر أمرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا فساد أمره فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر رجلا ليذبح شاة جاز له وأعلمه فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر، وكذا لو استأجرهم ليبنوا له بيتا في وسط الطريق ثم سقط وأتلف شيئا لم يرجعوا به على الآمر. وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لان هذا الامر صحيح من حيث إنه لا يجوز بيعه فمن حيث إن الامر صحيح يكون إقرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل، ومن حيث إنه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملا بها، وإظهار شبهة الصحة بعد الفراغ من العلم أولى من إظهاره قبل الفراغ لان أمر الآمر إنما لا يصلح من حيث إنه لا يملك الانتفاع بفناء داره وإنما حصل له ذلك بعد الفراغ من العمل. قوله كما لو حفر بئرا في طريق فتلف به إنسان أي القتل بسقوط الميزاب ونحوه كالقتل بحفر البئر ووضع الحجر في الطريق لان كل واحد منهما قتل بسبب حتى لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الميزاب فيكون حكمه كحكمه فيما ذكرناه. قوله حفر إلى آخره حفر بئرا في الطريق فجاء آخر وحفر طائفة في أسفلها ثم وقع فيها إنسان ومات في القياس يضمن الاول وبه أخذ محمد، وفي الاستحسان يجب الضمان عليهما أثلاثا. ولو حفر بئرا ثم جاء آخر ووسع رأسها فسقط فيها إنسان ومات كان الضمان عليهما أثلاثا قالوا: تأويل المسألة أن الثاني وسع رأسها بحيث يعلم الناس أن الواقع إنما وقع في موضع بعضه من حفر الاول وبعضه من حفر الثاني، أما إذا وسع الثاني رأسها بحيث إنه إنما وقع في موضع حفر الثاني كان الضمان على الثاني وإن لم يدر فالضمان عليهما. قاضيخان: قوله حفر إلى آخره سقط إنسان فقال الحافر إنه ألقى نفسه وكذبه الورثة في ذلك كان القول قول الحافر في قول أبي يوسف أخرا وهو قول محمد لان الظاهر أن البصير يرى موضع قدميه، وإن كان الظاهر أن الانسان لا يوقع نفسه إلا إذا وقعت له شدة فلا يجب الضمان بالشك. قوله حفر بئرا في الطريق ثم كساها بالتراب أو بخضر أو بما هو من جنس الارض يضمن الاول، ولو غطى رأسها وجاء آخر ورفع الغطاء فوقع فيها إنسان ضمن الاول، وقال قاضيخان: قيد بقوله فتلف فيه فلو لم يمت من ذلك بل مات جوعا أو عطشا أو غما هل يضمن الحافر؟ لم يذكر محمد هذا وقد ذكر أبو يوسف في الاملاء خلافا فقال: على قول أبي حنيفة لا يضمن الحافر إذا مات جوعا فالجواب كما قال أبو حنيفة، فأما إذا مات غما فإنه يضمن الحافر. وفي الكبرى: والتفوى على قول أبي حنيفة رحمه الله. وفي الذخيرة وقال محمد: يضمن في الحالتين. هذا إذا كان الحفر في طريق المسلمين، فأما إذا كان الحفر في فناء داره فوقع فيه إنسان فمات هل يضمن إن كان الفناء لغيره يكون ضامنا، وأما إذا حفر في ملكه أو كان له حق الحفر في القديم فكذا الجواب لا يضمن، وإن

***

[١١٤]

لم يكن ملكا له ولكن كان لجماعة المسلمين أو كان شركا بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمن. قال في المنتقي: فناء دار الرجل ما كان في داره يحتاج إليه وإن كان في عرض سكته أو أعرض منها، فأما إذا أمر رجلا أن يحفر له بئرا في أصل حائط جاره وفنائه فهذا كله فناء الآمر وفناء جاره الذي هو فناء له فهو فناؤهما، وإن كانت السكة غير نافذة فأمر بالحفر في موضع ليس له فيه منفعة ولا تحتاج إليه الدار وهذا ليس بفنائه، وإذا أوقع إنسان نفسه في البئر فلا ضمان على الحافر. شرح الطحاوي: ومن حفر بئرا على قارعة الطريق فوقع فيها دابة أو إنسان فتلف فالضمان على الحافر ولو جاء إنسان فدفعه وألقاه في البئر وهلك فالضمان على الدافع دون الحافر. وفي الخانية: رجل حفر بئرا في ملكه ثم سقط إنسان فقتل الساقط ذلك الانسان أو الدابة كان الساقط ضامنا دية أو قيمة من كان فيها، وإن كان البئر في الطريق كان الضمان على حافر البئر، فإذا حفر في ملك نفسه فسقوطه لا يكون ضامنا إلى الحافر وكان تلف السقوط عليه مضافا إلى الساقط. وإذا حفر الرجل بئرا في طريق المسلمين ثم آخر حفر طائفة أخرى في أسفلها ثم وقع إنسان ومات فإنه ينبغي في القياس أن يضمن الاول وبه أخذ محمد، واختلف المشايخ في جواب الاستحسان فمنهم من قال جواب الاستحسان أن يكون الضمان على الاول والثاني، ومنهم من قال جواب الاستحسان أن يكون الضمان على الثاني خاصة إلا أن أصحابنا أخذوا

بالقياس وكان كمن حفر بئرا على قارعة الطريق فجاء إنسان ووضع في البئر سلاحا ثم جاء إنسان ووقع على السلاح ومات من ذلك فإن الضمان على الحافر. وسئل بعضهم عمن حفر في صحراء قرية التي هي لاهل القرية وهي مبيت دوابهم حفيرة يضع فيها الحنطة والشعير بغير إذن الباقين فجاء رجل وأوقد في الحفيرة نارا كستها وذلك أيضا بغير إذن الباقين فوقع فيها حمار فاحترق بالنار فالضمان على من يجب؟ فقال: على الحافر. قال: وهذا قياس ما نقل عن أصحابنا في كتاب الديات أن من حفر بئرا على قارعة الطريق وألقى رجل فيها حجرا بعدما وقع في البئر رجل فأصابه الحجر الذي في البئر فمات أن الدية على الحافر، ومثله لو وضع رجل حجرا على الارض بقرب البئر فتعقل فيها إنسان ووقع فهلك فالدية على من وضع الحجر كأنه ألقاه في البئر فمات، ولو كان كذلك كان الضمان على الدافع. وكذلك ههنا هذا إذا وضع الحجر واضع، فأما إذا لم يضعه أحد ولكن كان الحجر راسخا فتعقل به إنسان ووقع في البئر ومات فالضمان على الحافر لانه متعد في التسبب وكان بمنزلة الماشي إذا وقع في البئر ولم يعلم بالبئر فالضمان على الحافر، وإن كان الماشي دافعا نفسه في البئر وأنه مباشر والحافر متسبب. وفي الظهيرية: وإن كان الحجر لم يضعه أحد لكنه حميل السيل جاء به فالضمان على الحافر ومن هذا الجنس ما ذكر في المنتقي: رجل حفر بئرا على قارعة الطريق فجاء إنسان وزلق بما صبه رجل آخر على الطريق ووقع في البئر ومات فالضمان على الذي صب الماء، فإن كان الماء ماء السماء

***

[١١٥]

فعلى صاحب البئر، وإذا حفر الرجل بئرا في طريق مكة في الفيافي والمفازات في غير ممر الناس فوقع إنسان فإنه لا ضمان له، وهذا بخلاف ما لو حفر في الطريق فإنه يصير ضامنا، فإذا حفر بئرا على قارعة الطريقة فوقع إنسان فسلم من الوقعة وطلب الخروج منها فتعلق حتى إذا كان في وسطها سقط وعطب فلا ضمان. ولو مشى في أسفلها فعطب بصخرة فيها، فإن كانت الصخرة في موضعها من الارض فلا ضمان، وإن كان صاحب البئر قلعها من موضعها ووضعها في ناحية البئر فعلى صاحب البئر، هكذا ذكر في المنتقي. شرح الطحاوي: وإذا حفر الرجل بئرا في الطريق فسقط فيه رجل فتعلق به آخر وتعلق الثاني بثالث وسقطوا جميعا وماتوا جميعا فهو على ثلاثة أوجه: إن ماتوا من وقوعهم ولم يقع بعضهم على بعض أو من وقوعهم ووقع بعضهم على بعض وقد علم كيفية الموت أو لم يعلم كيف ماتوا، فإن ماتوا من وقوعهم ولم يقع بعضهم على بعض فدية الاول على الحافر لانه كالدافع ودية الثاني على الاول لان الثاني مباشر ودية الثالث على الثاني، وإذا خرجوا أحياء وأخبروا عن حالهم ثم ماتوا فموت الاول على سبعة أوجه: أما إن مات من وقوعه لا غير فديته على الحافر، وإن مات من وقوع الثاني عليه فديته هدر لانه قاتل لنفسه بجره، وإن مات من وقوع الثالث عليه فديته على الثاني لانه هو جر الثالث، وإن مات من وقوع الثاني والثالث فنصف ديته هدر ونصفها على الثاني، وإن مات من وقوعه ووقوع الثالث عليه فالنصف على الحافر والنصف على الثاني، وإن مات من وقوعه ووقوع الثاني والثالث فالثلث هدر لانه قتل نفسه بجر الثاني عليه والثلث على الحافر لانه كالدافع والثالث على الثاني بجر الثالث مباشرة، وأما الحكم في الثاني، فإن مات بوقوع والثالث عليه فديته هدر لانه جره إلى نفسه، وإن مات من وقوع الاول عليه فديته على الاول لانه صار كالدافع للثاني في البئر، وإن مات من وقوع الاول والثالث معا فنصف ديته هدر لجره الثالث إلى نفسه ونصفها على عاقلة الاول لجره الاول وإيقاعه في البئر، وأما دية الثالث فعلى الثاني لجر الثاني له. هذا إذا كان يدري حال وقوعهم، فأما إذا كان لا يدري فلا يخلو إما أن يكون بعضهم على بعض أو وجدوا متفرقين، فإن كانوا متفرقين فدية الثالث على الثاني ودية الثاني على الاول ودية الثالث على الثاني وهو قول محمد رحمه الله تعالى، وفي قول آخر لم يبين محمد قائله في الاصل ويقال هو قول أبي يوسف وهو الاستحسان أن دية الاول أثلاثا، ثلث على صاحب البئر وثلث على الثاني لانه جر الثالث عليه وثلث هدر لانه الاول هو الذي جر الثاني ودية الثاني نصفان، نصف على الاول لانه هو الذي جره، ونصف هدر لانه جر الثالث إلى نفسه، ودية الثالث على الثاني. عبد حفر بئرا على قارعة الطريق فجاء إنسان ووقع فيها فعفا عنه الولي ثم وقع فيها آخر فعلى المولى أن يدفع كله أو يفديه في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يدفع إليه نصف لانهما وقعا معا فعفا عنه أحد الوليين. رجل مات وترك دارا وعليه من الدين ما

***

[١١٦]

يستغرق قيمتها فحفر فيها ورثته فهو ضامن لنقصان الحفر للغرماء، فإن وقع فيها إنسان فعليه ضمان ذلك على عاقلته. وفي المنتقي محمد عن أبي يوسف عبد حفر بئرا ثم أعتقه مولاه ثم وقع العبد المعتق في البئر ومات قال: على المولى قيمته لورثته. قال محمد: لا أرى عليه

شيي ولو أعتقه المولى أولا ثم حفرووقع فيها فلا شئ على المولى بلا خلاف. وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: مكاتب حفر بئرا في الطريق ثم قتل إنسانا فقضى عليه بقيمته ثم وقع في البئر إنسان ومات قال: يشارك الساقط في البئر الذي أخذ القيمة فيها قال: وكذلك المدبر. قال: وإذا جاء ولي الساقط في البئر فأخذ الذي أخذ قيمة المدبر من مولاه لم يكن بينه وبينه خصومة ولا أقبل بينة عليه، وإنما أقبل بينة على مولى المدبر فإذا زكت كذا في المولى يرجع على الذي أخذ القيمة بنصفها. وفي التجريد: ولو كان الحافر مدبرا أو أم ولد وقضى على المولى بقيمة واحدة تعتبر القيمة يوم الحفر ولا يعتبر بزيادة القيمة ونقصانها، وأما المكاتب فتلزمه الجنايات وتعتبر قيمته يوم الحفر. ولو كان الحافر عبدا فالجنايات كلها في رقبته ويخاطب المولى بالدفع أو الفداء بجميع الاروش، فإن أعتقه المولى بعد الحفر قبل الوقوع ثم لحقته الجنايات فعلى المولى قيمته يوم عتق يشترك فيها أصحاب الجنايات التي كانت بعد العتق وقبله يضرب في ذلك كل واحد بقدر أرش جنياته ولو لم يعتق ولكن وقع واحد ومات فيدفع به ثم وقع ثان وثالث فيشتركوا مع المدفوع إليه الاول في رقبته بقدر حقوقهم. ولو أن عبدا قتل إنسانا ودفعه المولى به ثم وقع إنسان في بئر كان حفرها العبد قبل ذلك عند الدافع فالعبد يدفع نصفه إلى ولي الساقط في البئر أو يفديه بالدية، ولو عفا ولي الساقط في البئر لم يدفع إلى المولى شئ من العبد ولا خصومة في هذه المسألة بين المولى الاول وإنما يخاصم الذي في يده العبد. وفي الخانية: ولو أن رجلا حفر بئرا في سوق العامة أو بنى فيه دكانا فعطب به شئ، فإن فعل ذلك بأذن الامام لا يكون ضامنا، وبغير إذنه يكون ضامنا كما لو أوقف دابته في السوق في موضع معد للدابة فأوقف الدابة في ذلك الموضع إن عينوا ذلك الموضع بإذن السلطان فعطب لا يكون ضامنا. وإن لم يكن بإذن السلطان كان ضامنا لان السلطان إذا أذن بذلك يخرج ذلك الموضع عن أن يكون طريقا فتعين لايقاف الدواب، وبغير إذن السلطان لا يخرج من أن يكون طريقا. ولو أن مدبرا حفر بئرا في الطريق ثم أعتقه المولى أو مات المولى حتى عتق المدبر بموته ثم أوقع نفسه كان للمشتري قيمته على البائع، وكذا لو كان المدبر عبدا وأعتقه المولى وقد ذكر هذه المسألة على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد، وإذا حفر الرجل نهرا في غير ملكه فأكسر من ذلك النهر ماء يغرق أرضا أو قرية كان ضامنا، ولو كان في ملكه فلا ضمان. رجل سقى أرضه من نهر العامة وكان على نهر العامة أنها صغار مفتوحة فوهاتها ودخل الماء في الانهار الصغار وفسد بذلك أرض قوم. قال شيخ الاسلام الاجل ظهير الدين: يكون ضامنا لانه أجرى الماء فيها.

***

[١١٧]

قال رحمه الله: (ولو بهيمة فضمانها في ماله) أي لو كان الهالك في البئر أو بسقوط الجرصن بهيمة يكون ضمانها في ماله لان العاقلة لا تحمل ضمان المال وإبقاء الميزاب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة لان كل واحد من ذلك مسبب بطريق من التعدي بخلاف ما إذا كان في ملكه لعدم التعدي، وبخلاف ما إذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فيه لانه لم يحدث فيه شيئا وإنما قصد إماطة الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق فعطب بها إنسان ضمن لوجود التعدي بشغله الطريق. ولو وضع حجرا فنجاه غيره عن موضعه فتلف به نفس أو مال كان ضمانه على من نجاه لان فعل الاول قد انتسخ، وكذا إذا صب الماء في الطريق أو رش أو توضأ فعطب به نفس أو مال يضمن لانه متعد فيه بخلاف ما إذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد فيه أو وضع خشبة أو متاعة لان الكل واحد من أهله أن يفعل ذلك لكونه من ضرورات السكن كما في الدار المشتركة بخلاف الحفر لانه ليس من ضرورات السكن فيضمن ما عطب به كالدار المشتركة غير أنه لا يضمن في السكة ما نقص بالحفر، وفي الدار المشتركة يضمن لان لشريكه ملكا حقيقة في الدار حتى يبيع نصيبه ويقسم بخلاف السكة قالوا: هذا إذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق منه عادة، وأما إذا لم يجاوز المعتاد لا يضمن. ولو تعمد المرور في موضع الصب مع علمه به لا يضمن الراش لانه هو الذي خاطر بنفسه فصار كمن وثب في الطريق من جانب إلى جانب فوقع فيها بخلاف ما إذا كان بغير علمه بأن كان ليلا أو أعمى، وقيل يضمن مع العلم أيضا إذا رش جميع الطريق لانه مضطر إلى المرور فيه، وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في جميع أجزاء الطريق أو بعضه، ولو رش فناء حانوت بإذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا. قال رحمه الله: (ومن جعل بالوعة في طريق بأمر السلطان أو في ملكه أو وضع خشبة فيها) أي في الطريق (أو قنطرة بلا إذن الامام فتعمد الرجل المرور

عليها لم يضمن) أما بناء البالوعة بأمر الامام أو في ملكه ووضع الخشبة فلانه ليس بمتعد، وأما بناء القنطرة فلان الباني فوت حقا على غيره فإن التدبير في وضع القنطرة من حيث تعيين المكان للامام فكانت جناية بهذا الاعتبار فتعمد رجل المرور عليها لم يضمن ووضع الخشبة والقنطرة وإن وجد التعدي منه فيهما لكن تعمده المرور عليهما يسقط النسبة إلى الواضع لان الواضع متسبب والمار مباشر فصار هو صاحب علة فلا يعتبر التسبب معه وقد بيناه فيما مضى. وإن استأجر أجراء يحفرون له في غير فنائه فضمانه على المستأجر ولا شئ على الآجراِن لم يعلموا أنه في غير فنائه لان أمره قد صح إذا لم يعلموا فنقل فعلهم إلى الآمر لانهم مغرورون من جهته فصار كما إذا أمر أجيرا بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره يضمن المأمور ويرجع به على الآمر لكونه مغرورا من جهته،

***

[١١٨]

وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما متسبب والاجير غير متعد والمستأجر متعد فترجح جانبه، فإن علموا بذلك فالضمان على الآجر لان أمره لم يصح لانه لا يملك أن يفعل بنفسه ولا غرور من جهته لعلمهم بذلك فبقي الفعل مضافا إليهم، ولو قال لهم هذا فنائي وليس لي حق الحفر فيه فحفروا فمات فيه إنسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فلم يغرهم. وفي الاستحسان الضمان على المستأجر لان كونه فناء لهم بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده بالتصرف فيه من إلقاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان آمرا بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر إلى ما ذكرنا فكذا ينقل إليه. وقال شيخ الاسلام: إذا كان الطريق معروفا أنه للعامة ضمنوا سواء قال لهم أو لا، وإذا استأجر الرجل أجيرا ليحفر له بئرا فحفر له الاجير ووقع فيها إنسان ومات فهذا على وجهين: الاول أن يستأجر الاجير ليحفر له بئرا في الطريق فإنه على وجهين: الاول أن يكون طريقا معروفا لعامة المسلمين يعرفه كل أحد، وفي هذا الوجه يجب الضمان على الاخير سواء علمه المستأجر بذلك أو لم يعلمه. وإن كان الطريق لعامة المسلمين إلا أنه طريق غير مشهور، فإن أعلم المستأجر الاجير بأن هذا الطريق لعامة المسلمين فكذا الجواب أيضا، فأما إذا لم يعلم فالضمان على الآمر لا على الاجير، وهذا بخلاف مالو استأجر أجيرا لذبح فذبحها ثم علم أن الشاة لغير الآمر فإن الضمان على الاجير أعمله المستأجر بأن الشاة لغيره أو لم يعلمه، ثم يرجع إذا لم يعلم. الوجه الثاني إذا استأجره ليحفر له بئرا في الفناء وقد تقدم بيانه، وفي الفتاوى الخلاصة: إذا استأجر رجلا ليبني له أو ليحدث له شيئا في الطريق أو يخرج حائطا فما عطب به من نفس أو مال فذلك على المستأجر دون الاجير استحسانا إلا إذا سقط من يده لبن فأصاب إنسانا فقتله تجب الدية على عاقلة الذي سقط من يده وعليه الكفارة، وفي السغناقي: من حفر بئرا على قارعة الطريق فجاء آخر وخاطر بنفسه ووثب من أحد الجانبين إلى الجانب الآخر ووقع فيه ومات لم يضمن الحافر شيئا. وفي المنتقي: رجل جاء بقوم إلى طريق من طرق المسلمين وقال احفروا إلى هنا بئرا أو قال ابنوا لي هنا ولم يقل غيره فإن ضمان ما عطب به من ذلك على الآمر دون الفاعل ذكر المسألة مطلقا، وتأويلها ما إذا لم يكن الطريق مشهورا لعامة المسلمين ولم يعلمه المستأجر بذلك كما ذكر شيخ الاسلام، وذكر عقيب هذه المسألة: رجل جاء لقوم وقال احفروا في هذا الطريق بئرا ولم يقل لي ولم يقل أستأجر على ذلك وظنوا أنه الآمر، وكذلك لو أدخلهم دارا وقال لهم احفروا فيها فحفروا ظنوا أنها دار الآمر فهو على أن يقول إن استأجرهم على ذلك. وذكر بعد هذا بشر بن الوليد عن أبي يوسف: رجل استأجر رجلا فحفر له في غير فنائه فالضمان في رقبة العبد، علم العبد بذلك أم لا. ولو استأجر مكاتبا أو عبدا محجورا عليه لحفر بئرفوقعت البئر عليهما وماتا فالضمان على المستأجر في الحر لا في المكاتب ويضمن قيمة العبد لمولاه، فإذا

***

[١١٩]

أخذ القيمة دفع المولى القيمة إلى ورثة الحر والمكاتب فيضرب ورثة الحر في قيمته بثلث الدية وورثة المكاتب بثلث قيمة المكاتب ثم يرجع المالك على المستأجر بقيمة العبد مرة فيسلم له وللمستأجر أن يرجع على عاقلة الحر بثلث قيمة العبد ويأخذ أولياء المكاتب من الحر ثلث قيمة المكاتب، ثم يؤخذ من المكاتب مقدار قيمته فيكون بين ورثة الحر والمستأجر يضرب ورثة الحر بثلث ديته والمستأجر بثلث قيمة العبد. قال رحمه الله: (ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على إنسان ضمن) سواء تلف بالوقوع أو بالعثرة به بعد الوقوع لان حمل المتاع في الطريق على رأسه أو على ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمي إلى الهدف أو الصيد. قال رحمه الله: (فلو

كان رداء قد لبسه فسقط لا) أي لو كان المحمول رداء قد لبسه فسقط على إنسان فعطب به لا يضمن، والفرق بينه وبين الشئ المحمول أن الحامل يقصد حفظه فلا يخرج بالتقييد بوصف الصلاة واللابس يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بوصف السلامة فجعل في حقه مباحا مطلقا. وعن محمد: إذا لبس زيادة على قدر الحاجة وما لا يلبس عادة كاللبد والجوالق والدرع من الحديد في غير الحرب ضمن لانه لا ضرورة إلى لبسه وسقوط الضمان باعتبارهما العموم البلوى. قال رحمه الله: (مسجد لعشيرة فعلق رجل منهم قنديلا أو جعل فيها بوارى أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن وإن كان من غيرهم ضمن) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: لا يضمن في الوجهين لان هذه قربة يثاب عليها الفاعل فصار كأهل المسجد وكما لو كان بإذنهم، وهذا لان بسط الحصير وتعليق القنديل من باب التمكين من إقامة الصلاة فيه فيكون من باب التعاون على البر والتقوى فيستوي فيه أهل المسجد وغيرهم. وله أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختار المتولي رفع بابه وإغلاقه وتكرار الجماعة حتى لا يعتد بمن سبقهم في حق الكراهة وبعدهم يكره فكان فعلهم مباحا مطلقا من غير قيد بشرط السلامة وفعل غيرهم مقيد بها وقضية القربة لا تنافي الغرامة إذا أخطأ الطريق كما إذا انفرد بالشهادة على الزنا، وكما إذا وقف على الطريق لاماطة الاذى ولدفع المظالم فعثر به غيره يؤجر على ذلك ويغرم والطريق فيه الاستئذان من أهله. وقال الحلواني: أكثر المشايخ أخذوا بقولهما وعليه الفتوى. وعن ابن سلام: باني المسجد أولى بالعمارة، والقوم أولى بنصب الامام والمؤذن. وعن الاسكافي أن الباني أحق به. قال أبو الليث: وبه نأخذ إلا أن ينصب شخصا والقوم يرون من هو أصلح لذلك. وفي الجامع الصغير: أو حصيرا. وفي الذخيرة: أو حفر بئرا فعطب به إنسان لا شئ عليه، وإن كان الحافر من غير العشيرة ضمن

***

[١٢٠]

ذلك كله، هذا هو لفظ هذا لكتاب. وفي الاصل يقول: وإذا احتفر أهل المسجد في مسجدهم بئرا لماء المطر أو علقوا فيه قناديل أو جعلوا فيه حبا يصب فيه الماء أو طرحوا فيه حصا أو ركبوا فيه بابا فلا ضمان عليهم فيمن عطب بذلك، فأما إذا أحدث هذه الاشياء من هو من غير أهل المحلة فعطب به إنسان فهذا على وجهين: إما أن يفعلوا بغير إذن أهل المحلة إن أحدثوا شيئا أو حفروا بئرا فعطب فيها إنسان فإنهم يضمنون بالاجماع، فأما إذا وضعوا حبا ليشربوا منه منه الماء أو بسطوا حصيرا أو علقوا قناديل بغير إذن أهل المحلة فتعقل إنسان بالحصير فعطب أو وقع القنديل وأحرق ثوب إنسان أو أفسده قال أبو حنيفة: إنهم يضمنون. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يضمنون. قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني: وأكثر مشايخنا أخذوا بقو لهما في هذه المسألة وعليه الفتوى. قال فيه أيضا: إذا قعد الرجل في المسجد لحديث أو نام فيه أو قام فيه بغير الصلاة أو مر فيه ما لحاجة من الحوائج فعثر به إنسان فمات قال أبو حنيفة رحمه الله بأنه ضامن، وقال أبو يوسف ومحمد بأنه لا ضمان عليه إلا أن يمشي فيه على إنسان، فأما إذا قعد لعبادة بأن كان ينتظر الصلاة أو كان قعد للتدريس وتعليم القضاء وللاعتكاف أو قعد لذكر الله تعالى وتسبيحه وقراءة القرآن فعثر به إنسان فمات هل يضمن؟ على قول أبي حنيفة لا رواية لهذ في الكتاب والمشايخ المتأخرون اختلفوا فيه، فمنهم من يقول يضمن عند أبي حنيفة وإليه ذهب أبو بكر الرازي، وقال بعضهم لا يضمن وإليه ذهب أبو عبد الله الجرجاني. فأما إذا كان يصلي فعثر به إنسان فلا ضمان عليه، سواء كان يصلي الفرض أو التطوع، السغناقي. قال الفقيه أبو جعفر: سمعت أبا بكر البلخي يقول: إن جلس القراءة القرآن معتكفا في المسجد لا يضمن عندهم جميعا. وذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد في الجامع الصغير: إن جلس للحديث فعطب به رجل يضمن بالاجماع لانه غير مباح له، الذخيرة. وفي المنتقي رواية مجهولة: وإذا فرش الرجل فرشا في المسجد ونام عليه فعثر رجل بالنائم فلا ضمان، ولو عثر بالفراش فهو ضامن. وفيه أيضا رواية مجهولة: إذا بنى مسجدا في طريق المسلمين بغير أمر السلطان فعطب بحائطه فهو ضامن في قول أبي حنيفة، وكذلك في قولابي يوسف إذا كان في طريق الامصار حيث يكون تضييقا أو اضرارا، وإن كان في الصحراء بحيث لا يضر بالطريق غير أنه في أفنية المصر فلا ضمان عليه استحسانا، ولو أن رجلا أخرج من داره مسجدا وبنى كان أولى الناس من أهل المحلة وغيرهم بإصلاحه والاسراج وليس لاحد أن يشركه فيه بإذنه. وعن أبي يوسف برواية بشر عن أبي حنيفة لاهل المسجد أن يهدموا مسجدهم ويهدموا بناءه وليس لغيرهم أن يفعل ذلك إلا برضاهم. قال محمد في الجامع الصغير في رجل جعل قنطرة على نهر بغير إذن الامام فمر

عليها رجل متعمدا فوقع فعطب فلا ضمان عليه، هكذا ذكر المسألة هنا.
***
[١٢١]
واعلم أن هذه المسألة على وجهين: أما إذا كان النهر مملوكا له أو لم يكن مملوكا، فلو كان مملوكا له فلا ضمان وإن صار مسببا للتلف لانه غير متعد في هذ السبب، وإن لم يكن النهر مملوكا له فهذا على وجهين: إن كان نهرا خاصا لاقوام مخصوصين فلاضمان عليه إن كان تعمد المرور عليها، وإن لم يتعمد المرور عليها. وفي الكافي بأن كان أعمى أو مر ليلا فهو ضامن وصار الجواب فيه كالجواب فيما إذا حفر بئرا في ملك إنسان فوقع فيها إنسان، أما إذا كان نهرا عاما لجماعة مسلمين وقد فعل ذلك بغير إذن الامام فالجواب فيه كالجواب فيما لو نصب جسرا أو قنطرة على نهر خاص لاقوام معينين، هكذا ذكر في ظاهر الرواية. وروي عن أبي يوسف في غير رواية بشر إلا إذا كان النهر عاما لجماعة مسلمين فإنه لا ضمان على واضع القنطرة والجسر سواء علم الماشي عليه فانخرق به فمات إن تعمد المرور عليها لا ضمان على واضع القنطرة، وإن لم يعلم المار به ضمن كمن نصب خشبة في طريق فمر به كان ضامنا قالوا: إن كانت الخشبة الموضوعة صغيرة بحيث لا يوطأ على مثلها لا يضمن واضعها لان الوطئ على هذه مثل الخشبة بمنزلة تعمد الزلق. وإن كانت الخشبة كبيرة يوطأ على مثلها يضمن واضعها. هذا إذا كان النهر خاصا لاقوام مخصوصين، فإن كان النهر لعامة المسلمين في ظاهر الرواية يكون ضامنا، وعن أبي يوسف أنه يكون ضامنا. قال التمرتاشي: لو ضاق المسجد بأهله لهم أن يمنعوا من ليس من أهله من الصلاة. وفي العيني على الهداية: ولا يمتنع أن يكون المسجد لعامة المسلمين ويختص أهله بتدبيره ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ مفاتيح الكعبة من بني شيبة فأمره الله تعالى أن يردها إليهم بقوله تعالى * (إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها) * (النساء: ٥٨). قال رحمه الله: (وإن جلس فيه) أي في المسجد (رجل منهم فعطب به آخر ضمن أن كان في غير وقت الصلاة وإن كان فيها لا) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: لا يضمن على كل حال وقد تقدم بيان ذلك، لهما أن المساجد بنيت للصلاة والذكر قال الله تعالى * (في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه) * (النور: ٣٦) وقال تعالى * (وأنتم عاكفون في المساجد) * (البقرة: ١٨٧) فإذا بنيت لها لا يمكنه أداء الصلاة مع الجماعة إلا باستنظارها فكان الجلوس فيه من ضرورتها فيباح له، ولان المنتظر للصلاة في الصلاة لقوله عليه الصلاة والسلام المنتظر للصلاة في الصلاة ما دام ينتظرها وتعليم الفقه وقراءة القرآن عبادة كالذكر. وله أن المسجد بني للصلاة وغيرها من العبادة تبع بدليل أن المسجد إذا ضاق على المصلي كان له أن يزعج القاعد عن موضعه حتى
***
[١٢٢]
يصلي فيه وإن كان القاعد مشتغلا بذكر الله تعالى أو بالتدريس أو معتكفا وليس لاحد أن يزعج المصلي من مكانه الذي سبق إليه لما أنه بني لها، واسمه يدل عليه لان المسجد اسم لموضع السجود، وفي العادة أيضا لا يعرف بناء المسجد إلا للصلاة فإذا كان كذلك فلا بد من إظهار التفاوت بينهما فكان الكون فيه في حق الصلاة مباحا مطلقا من غير تقييد بشرط السلامة، وفي حق غيرها مقيد بشرط السلامة ليظهر التفاوت بين الاصل وبين التبع ولا يبعد أن يكون الفعل قربة مقيدا بشرط السلامة ألا ترى أن من وقف في الطريق لاصلاح ذات البين قربة في نفسه ومع هذا مقيد بالسلامة في الصحيح. وذكر صدر الاسلام أن الاظهر ما قالاه لان الجلوس من ضرورة الصلاة فيكون ملحقا بها لان ما ثبت ضرورة لشئ يكون حكمه كحكمه. وفي العيني على الهداية: وبه أخذ مشايخنا. وفي الذخيرة: بقولهما يفتي. وذكر شمس الائمة أن الصحيح من مذهب أبي حنيفة أن الجالس لانتظار الصلاة لا يضمن وإنما الخلاف في عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث والله أعلم. فصل وفي الحائط المائل: لما ذكر رحمه الله تعالى أحكام القتل الذي يتعلق بالانسان مباشرة وتسببا شرع في بيا أحكام القتل الذي يتعلق بالجماد وهو الحائط المائل، وكان من حقها أن تؤخر عن مسائل جميع الحيوانات تقديما للحيوان على الجماد إلا أن الحائط المائل لما ناسب الجرصن والروشن والجناح والكنيف وغيرها ألحق مسائلة بها، ولهذا عبر بلفظ الفصل لا بلفظ الباب، كذا في النهاية وغيرها. قال رحمه الله: (حائط مال إلى طريق العامة ضمن ربه ما تلف به من نفس أو مال إن طالب بنقضه مسلم أو ذمي ولم ينقضه في مدة يقدر على نقضه) وهذا استحسان. والقياس أن لا

يضمن وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لانه لم يوجد منه صنع هو فعل ولا مباشرة علة ولا مباشرة شرط أو سبب والضمان باعتبار ذلك فصار كما إذا لم يشهد عليه وبطل نقضه منه. ووجه الاستحسان ما روي عن علي وعن شريح والنخعي وغيرهم من أئمة التابعين ما قلناه، ولان الحائط لما مال فقد أشغل هواء الطريق بملكه ورفعه في قدرته، فإذا طولب برفعه لزمه ذلك، فإذا امتنع مع التمكن منه صار متعديا فيلزمه موجبه، ولان الضرر الخاص يجب تحمله لدفع الضرر العام كالكفار إذا تترسوا بالمسلمين ثم ما تلف به من النفوس تحمله العاقلة لئلا يؤدي إلى الاجحاف. وقال محمد: لا تحمل العاقلة

***

[١٢٣]

حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء: على التقدم في النقض، وعلى أنه مات بالسقوط عليه، وعلى أن الدار لفلان وما تلف به من الاموال فضمانه عليه لان العاقلة لا تحمل المال والشرط الطلب للنقض منه دون الاشهاد وإنما ذكر الاشهاد ليتمكن من إثباته عند الجحود أو بجحود العاقلة فكان من باب الاحتياط ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب النقض من أن يقول حائطك هذه مخوف أو مائل فاهدمه حتى لا يسقط، وكذلك لو قال اشهدوا أني تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا يصح أيضا. ولو قال ينبغي لك أن تهدمه فليس هذا بطلب ولا إشهاد ويشترط أن يكون طلب التفريغ إلى من له ولاية النقض كالمالك والاب والجد والوصي في ملك الصغير والعبد التاجر كان عليه دين أو لا، وإلى الراهن في الدار المرهونة لان القادر على الهدم وإلى المكاتب، ثم إن تلف حال بقاء الكتابة تجب عليه قيمته لتعذر الدفع وبعد العتق على عاقلة المولى، وبعد العجز لا يجب على أحد لعدم قدرة المكاتب ولعد الاشهاد على المولى، ولو تقدم إلى من يسكن أو للمرتهن أو للمولى لا يعتبر حتى لو سقط وأتلف شيئا لا يضمن الساكن ولا المالك، ويشترط دوام القدرة إلى وقت السقوط حتى لو خرج عن ملكه بالبيع بعد الاشهاد برئ عن الضمان لعدم قدرته على النقض، ولا يصح الاشهاد قبل أن يميل لانعدام سببه. وسوى في المختصر بين أن يطالب بالنقض مسلم أو ذمي لان حق المرور للكل بخلاف العبيد والصبيان لعدم قدرتهم على النقض إلا إذا أذن لهم المولى في الخصومة فحينئذ جاز طلبهم وإشهادهم لانهم التحقوا بالبالغ، ثم بعد الاشهاد تكون الخصومة عند سلطان أو نائبه. ولو جن بعد الاشهاد مطبقا أو ارتد ولحق فقضى القاضي به ثم عاد مسلما ورد عليه الدار ثم سقط الحائط بعد ذلك وأتلف إنسانا كان هدرا، وكذا لو أفاق المجنون، وكذا إذا ردت عليه بعيب أو خيار شرط أو خيار رؤية لا يجب الضمان إلا بإشهاد مستقبل، ولو كان بعض الحائط صحيحا وبعضه واه فأشهد عليه فسقط الواهي وغير الواهي وقتل إنسانا يضمن صاحب الحائط إلا أن يكون الحائط طويلا بحيث وهي بعضه ولم يوه البعض فحينئذ يضمن ما أصاب الواهي ولا يضمن ما أصابه الذي لم يوه لانه إذا كان كذلك صار بمنزلة حائطين أحدهما صحيح والآخر مائل وأشهد عليهم فلم يسقط المائل وسقط الصحيح فيكون هدرا. وفيه أيضا: اللقيط له حائط مائل وأشهد عليه فسقط الحائط وأتلف إنسانا كان دية القتيل في بيت المال لان ميراثه يكون لبيت المال، وكذا الكافر إذا أسلم. وإذا كان الرجل على حائط له والحائط مائل أو غير مائل فسقط الرجل بالحائط من غير فعله وأصاب إنسانا فقتله كان ضامنا لما هلك بالحائط إن كان أشهد عليه في نقضه، ولا ضمان عليه فيما سواه. وإن كان هو الذي سقط من أعلى الحائط على إنسان من غير أن يسقط به الحائط وقتل أنسانا

***

[١٢٤]

كان هو ضامنا دية المقتول، وإن مات الساقط بمن كان في الطريق، فإن كان يمشي في الطريق فلا ضمان عليه لانه غير متعد في المشي، وإن كان واقفا في الطريق قائما أو قاعدا كانت دية الساقط عليه. قيد بقوله طولب بنقضه لانه لو سقط وأتلف قبل أن يطالب بنقضه لا يضمن. وفي شرح الطحاوي: ولو أنكرت العاقلة أن تكون الدار له لا عقل عليهم ولا يضمن حتى يشهدوا على التقويم عليه وعلى أنه مات من سقوط الحائط عليه وأن الدار له، فإذا أنكرت العاقلة واحدا من هذه الاشياء الثلاثة فلا تعقل، ولو أقر رب الدار بهذا الاشهاد الثلاثة تلزم في ماله ولا تجب على العاقلة. وفي المنتقي: رجل ادعى دارا في يد رجل وفيها حائط مائل يخاف سقوطه من الذي يقدم إليه فيه ويشهد عليه بعد بينة المدعي قال: يؤخذ الذي في يده الدار بنقضه ويشهد عليه بميله وهو بمنزلة دار ادعاها وأقام البينة لم يترك البينة فإنه يتقدم بنقضه الذي في يده ثم زكيت البينة ضمن تقدم له القيمة. قال في الجامع الصغير: أشهد عليه في حائط مائل له فذهب يطلب من يهدمه وكان في ذلك حتى سقط الحائط لا يضمن شيئا. وفيه أيضا: رجل أشهد عليه في حائط مائل إلى دار

رجل فسأل صاحب الحائط المائل من القاضي أن يؤجله يومين أو ثلاثة أو ما أشبه ذلك ففعل القاضي ذلك ثم سقط الحائط وأتلف شيئا كان الضمان واجبا على صاحب الحائط، ولو وجد التأجيل من صاحب الدار فوقع الحائط في مدة التأجيل وأفسد شيئا لا يجب الضمان، ولو سقط الحائط بعد مدة التأجيل كان ضامنا. وفيه أيضا: رجل أشهد عليه في حائط مائل في الطريق الاعظم وطلب صاحب الحائط من القاضي أن يؤجله يوما أو يومين أو ثلاثة ففعل القاضي ذلك ثم سقط الحائط المائل فأتلف شيئا كان الضمان واجبا، وكذلك في هذه المسألة، ولو لم يؤخره القاضي ولكن أخره الذي أشهد عليه لا يصح لا في حق غيره ولا في حق نفسه. وفي نوادر ابن رستم: مسجد مائل حائطه فأشهد على الذي بناه. فإن وقع ذلك على رجل فقتله فالدية على العاقلة. ولو أشرع المكاتب كنيفا أو جناحا من حائط مائل إلى طريق المسلمين ثم أدى الكتابة وعتق ثم وقع ذلك على إنسان فقتله كان على المكاتب الاقل من دية المقتول ومن قيمته يوم الاشراع. قال في الكتاب: لو أن رجلا أعتقه مولاه لعتاقة رجل وأبو عبد أشهد عليه في حائط مائل فلم ينقضه حتى عتق الاب ثم سقط الحائط وقتل إنسانا فديته على عاقلة الاب، ولو سقط قبل عتق الاب فالدية على عاقلة الام بمثله. ولو أشرع كنيفا ثم عتق أبوه ثم وقع الكنيف على إنسان وقتله فالدية على عاقلة الام. رجل أشهد عليه في حائط مائل فسقط في الطريق وعثر رجل بنقض الحائط ومات فديته على عاقلة صاحب الحائط وهذا قول محمد. وفي شرح الطحاوي: ولو أشهد على حائط فسقط فما سقط بنقضه فإنه يضمن في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: ما تلف بالنقض لا يضمن إلا إذا اشهد على النقض. ولو سقط الحائط على رجل فقتله أو عثر رجل بنقض الحائط ومات ثم عثر رجل بالقتيل فلا

***

[١٢٥]

ضمان عليه ولا على عاقلة صاحب الحائط، ولو كان مكان الحائط جناح أخرجه إلى الطريق فوقع على الطريق فعثر إنسان بنقضه فمات وعثر رجل آخر بالقتيل ومات أيضا فدية القتيلين جميعا على صاحب الجناح. حائط مائل لرجل أشهد عليه في الحائط ثم إن صاحب الحائط وضع جرة لغيره على الحائط فسقط الحائط ورميت الجرة وأصابت إنسانا فقتلته فدية المقتول على صاحب الحائط، ولو عثر بالجرة وبنقضها أحد فلا ضمان على أحد. ولو باع الدار بعد الاشهاد عليه في الحائط ثم رد المشتري الدار بخيار رؤية أو بخيار رؤية أو بخيار شرط أو بخيار عيب بقضاء القاضي. وفي الخانية: وغيره ثم سقط الحائط على إنسان وقتله فإنه لا ضمان عليه. وفي الخانية: إلا بإشهاد مستقبل بعد الرد، ولو كان الخيار للبائع ثم سقط الحائط وأتلف شيئا كان ضامنا لان خيار البائع لا يبطل ولاية الاصلاح فلا يبطل الاشهاد، ولو أسقط البائخياره وأوجب البيع بطل الاشهاد لانه أزال الحائط عن ملكه، وفي اخراخ الكنيف والجناح والميزاب لا يبطل الضمان بشئ من هذه الاشياء. وفي الكافي: لا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه في الهدم، فإذا أشهد على المشتري بعد شرائه فهو ضامن. وفي شر ٠ ح الطحاوي: ولو مال إلى سكة غير نافذة فالخصومة إلى واحد من أهل السكة، ولو مال إلى دار جاره فالخصومة إلى صاحب تلك الدار وإن مستعيرا أو مستأجرا فالاشهاد إلى السكان وليس إلى غيرهم. قال رحمه الله: (وإن بناه مائلا ابتداء ضمن ما تلف بسقوطه بلا طلب) لانه تعدى بالبناء فصار كاشراع الجناح ووضع الحجر وحفر البئر في الطريق. أطلق المؤلف في الميلان ولم يفرق بين يسيره وفاحشه. وفي المنتقي: إن كان يسيرا وقت البناء لا يضمن لان الجدار لا يخلو عن يسير الميلان وإن كان فاحشا يضمن وإن كان لم يتقدم أحد يطلب منه النقض، ولو شغل الطريق بأن أخرج جذعا فيها فهو على التفصيل، ومن المشايخ من لا يفصل في الجذع ولا في الميلان. وفي المنتقي قال محمد: حائط مائل تقدم إلى صاحبه فيه فلم يهدمه حتى ألقته الريح فهو ضامن، وليس هذا كحجر وضعه إنسان على الطريق وقلبه الريح من موضع إلى موضع فعثر به إنسان فإنه لا يضمن. وإذا أقرت العاقلة أن الدار له ضمنوا الدية كما لو أقر بجناية خطأ وصدقته العاقلة في ذلك، وكذلك الجناح والميزاب يشرعه الرجل من داره في الطريق فوقع على إنسان ومات وأنكرت العاقلة أن تكون الدار له وقالوا: وإنما أمر رب الدار بإخراج الجناح فلا ضمان عليهم إلا أن تقام البينة أالدار له، وذلك لان إخراج الجناح من الدار التي في يده إنما يوجب الضمان على العاقلة إذا أخرج من داره إلى الطريق لا بالبينة ولا بإقرار العاقلة كأن أقر رب الدار له وكذبته العاقلة لا يعقل. وفي قاضيخان: رجل تقدم إليه في حائط مائل له فلم ينقضه حتى وقع على حائط جاره وهدمه فهو ضامن لحائط الجار و

***
[١٢٦]
يكون ربها بالخيار إن شاء ضمنه قيمة حائطه والنقض له، وإن شاء أخذ النقض وضمنه النقضان، ولو أراد أن يجبره على البناء كما كان ليس له ذلك. وفي الكافي: وما تلف بوقوع الاول والثاني فعلى مالك الاول، ولم يذكر محمد رحمه الله قيمة الحائط، حكي عن الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني قال: تقوم الدار وحيطانها محيطة بها، وكذلك قال في المنتقي: أنا أرسل دابته في زرع غيره وأفسد ضمن قيمة الزرع وطريق معرفة قيمته أن تقوم الارض مع الزرع الثابت فيضمن حصة الزرع، وإذا ضمن قيمة حائطه كان النقض للضامن، فلو جاء إنسان وعثر بنقض الحائط فالضمان على عاقلته المتقدم عليه، وهذا على قول محمد، وإن عثر بنقض الحائط الثاني قيل يضمن صاحب الحائط الاول، ولو أن الحائط الاول حين وقع على الحائط الثاني وهدمه وقع الحائط الثاني على رجل وقتله لا ضمان على صاحب الحائط الثاني وإنما الضمان على عاقلة صاحب الحائط الاول. قال رحمه الله: (وإن مال إلى دار رجل فالطلب إلى ربها) لان الحق له على الخصوص، وإذا كان يسكنها غيره كان له أن يطالبه لان له المطالبة بإزالة ما شغل هواها. قال رحمه الله: (فإن أجله أو أبرأه صح) بخلاف الطريق إن أجله صاحب الدار أو أبرأه جاز تأجيله وأبرأه حتى لو سقط في الابراء وقبل مضي المدة في التأجيل لا يضمن لان الحق له على ما ذكرناه بخلاف ما إذا مال للطريق العام فأجله القاضي أو من أشهد عليه أو أبرأه لا يصح التأجيل والابراء لما ذكرنا. وقوله إلى دار رجل مثال وليس بقيد حتى لو مال العلو إلى الاسفل أو الاسفل إلى العلو فالحكم كذلك، كذا في قاضيخان. قال رحمه الله: (حائط بين خمسة أشهد على أحدهم فسقط على رجل ضمن خمسة الدية دار بين ثلاثة حفر أحدهم فيها بئرا أو بنى حائطا فعطب به رجل ضمن ثلثي الدية) وهذا عند الامام. وقالا: يضمن النصف في الصورتين لان التلف بنصيب من أشهد عليه يعتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر، وفي الحفر باعتبار ملكه غير متعد باعتبار ملك شريكه متعد وكانا قسمين فانقسما نصفين عليهما. وللامام أن الموت حصل بعلة واحدة وهي القتل فيضاف التلف إلى العلة الواحدة ثم يقسم على أربابها بقدر الملك. فإن قيل: الواحد من الشركاء لا يقدر أن يهدم شيئا من الحائط فكيف يصح تقدمه إليه؟ قلنا: إن لم يتمكن من هدم نصيبه يتمكن من اصلاحه بالمرافعة إلى الحاكم وبه يحصل الغرض وهو إزالة الضرر. وفي المحيط قال: يقدر على هدم نصيبه بحكم الحاكم ومطالبة الباقين بالنقض فيكون قادرا على النقض بهذا الطريق. ولم يذكر الفرق للامام بين المسألتين حيث يضمن خمس الدية وفي الحائط، ويضمن ثلث الدية فيما إذا حفر وبنى في دار. والفرق بينهما أن كل حجر وضعه أو حفره فهو متعد في ثلثي الوضع والحفر وليس متعديا في الثلث فلهذا يضمن الثلثين.
***
[١٢٧]
وقوله حائط بين خمسة ودار بين ثلاثة مثال وليس بقيد. وفي الظهيرية: والحائط إذا كان مشتركا بين اثنين فأشهد على أحدهما فهو بمنزلة ما لو أشهد على أحد الورثة. وفي المنتقي: رجل مات وترك دارا وعليه من الدين ما يستغرق قيمتها وفيها حائط مائل إلى الطريق ولا وارث للميت غير هذا الابن فالتقدم في حائطه إليه، وإن كان لا يملكها فإن وقع التقدم بعد التقدم إليه كانت الدية على عاقلة الاب دون عاقلة الابن، فإن كان الحائط المائل بين خمسة نفر أخماسا وتقدم إلى أحدهم بالنقص ثم سقط على إنسان فإنه يضمن المتقدم إليه خمس الدية ويجب على عاقلته ويهدر أربعة أخماس وهو حصة شركائه، وهو قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد بأن الشريك الحاضر المتقدم إليه يضمن نصف الدية فتجب ذلك على عاقلته ويهدر النصف، ذكر المسألة في الجامع الصغير على هذا الوجه، وذكر هذه المسألة في الاصل ولم يذكر فيها خلافا. قال في الجامع الصغير أيضا: إذا كانت الدار بين ثلاثة نفر حفر أحدهم في هذه الدار المشتركة بئرا ووقع فيها إنسان ومات قال: على عاقلة الحافر عند أبي حنيفة ثلث دية المقتول، وعلى قول أبيوسف ومحمد يجب على الحافر نصف الدية، وهذه المسألة مذكورة في الاصل من غير خلاف، والخلاف في هاتين المسألتين من خصائص الحامع الصغير. وفي السغناقي: وإذا وضع الرجل على حائطه شيئا فوقع ذلك الشئ فأصاب إنسانا فلا ضمان عليه فيه لانه وضعه على ملكه وهو لا يكون متعديا فيما يحدثه في ملكه. سواء كان الحائط مائلا أو غير مائل. وفي المنتقي: ولو أن رجلا بنى حائطا مائلا بين رجلين اثلاثا تقدم إلى صاحب الثلث فيه ثم سقط على رجل وقتله صرعا فعليه ثلث الدية بلا خلاف. وهو بمنزلة حمار حمل عليه إنسان عشرة أقفزة وحمل الآخر

عليه خمسة أقفزه وكل ذلك بغير إذن المولى فمات الحمار من ذلك تجب القيمة اثلاثا، وهو بمنزلة رجل أخذ بنفس إنسان وأخذ آخر بنفسه الآخر فمات المأخوذ من ذلك وهناك يجب الضمان كذاهنا. هذا إذا وقع الحائط على حر، ولو وقع الحائط على عبد إن قتله غما فإن قيمته عليهما أثلاثا، وإن جرحته الحائط ومات العبد من الجراحة فالجراحة عليهما أثلاثا والنفس عليهما نصفين، فإن جره الحائط ثم مات من الغم والجراحة فإن الجراحة عليهما اثلاثا نصف ما بقي من النفس وهو حصة الغم بينهما أثلاثا أيضا، والنصف الآخر وهو حصة الجراحة بينهما نصفين. عن أبي حنيفة في حائط مائل لرجلين أشهد عليهما وحائط مائل لرجل أشهد عليه سقطا على إنسان فقتلاه فنصف الدية على الرجل الذي له الحائط ونصف الدية على رجلين. وروى الحسن بن زيادة فسقطا على الرجلين فماتا فالدية عليهما مطلقا. وقال أبو يوسف ومحمد: إن مات من جرح جرحه الحائط فالدية عليهم أثلاثا، وإن مات من ثقلهما فالدية عليهما نصفين ولا يضمن إذا لم يكن متعديا، فأما إذا وضع في ملكه عرضا حتى خرج طرفه منه إلى الطريق إن سقط فأصاب الطرف الخارج منه
***

[١٢٨]

شيئا فإنه يضمن كان الجواب فيه كالجواب في اخراج الميزاب، وكذلك لو كان الحائط مائلا وكان ممكن وضع الجذع عليه طولا حتى لم يخرج شئ منه إلى الطريق ثم سقط ذلك الجذع على إنسان ومات فإنه لا يضمن، هكذا ذكر في الكتاب وأطلق الجواب اطلاقا. ومن مشايخنا من قال هذا إذا كان الحائط مائلا إلى الطريق ميلا يسيرا غير فاحش، فأما إذا مال ميلا فاحشا فإنه يضمن، وذلك لان الميلان إذا كان غير فاحش بحيث يوجب ذلك القدر وقت البناء يكون وجوده وعدمه بمنزلة لان الجدار قلما يخلو عن قليل ميلان يكون له إلى الطريق فإما إذا كانا ميلا فاحشا بحيث يحترز منه عند البناء في الاصل فإنه يضمن إذا سقط ذلك على إنسان إن لم يتقدم إليه بالرفع لانه متى وضع الجذع طولا على الحائط المائل فيعتبر بما لو شغل الهواء بغر واسطة، ولو شغل هواء الطريق بواسطة بأن أخرج الجذع عن الحائط فسقط فأصاب إنسانا كذا هذا. ومنهم من قال الجواب فيه كما أطلقه محمد لا يضمن في الحالين، ولو كان الوضع بعد ما تقدم إليه في الحائط ثم سقط الجذع فأصاب إنسانا يقول بأنه يضمن، كذا في المنتقي والله تعالى أعلم. باب جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك لما فرغ رحمه الله تعالى من بيان أحكام جناية الانسان شرع في بيان جناية البهيمة، ولا شك في تقدم جناية الانسان على البهيمة، كذا في النهاية ويرد عليه أنه لم يفرغ من بيان جناية الانسان مطلقا بل بقي منها جناية المملوك، ولا شك أنه من الانسان فيقدم على البهيمة وكان من حقه أن يقدم على جناية البهيمة، كذا في غاية البيان. قال رحمه الله: (ضمن الراكب ما أوطأت دابته بيد ورجل أو رأس أو كدمت أو خبطت أو صدمت لا ما نفحت برجل أو ذنب إلا إذا أوقفها في الطريق) والاصل في هذا الباب أن المرور في طريق المسلمين مباح بشرط السلامة لانه تصرف في حقه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس إذ الاباحة مقيدة بالسلامة، والاحتراز عن الايطاء والكدم والصدم والخبط ممكن لانه ليس من ضرورة السير، وقيدناه بشرط السلامة، وفي العيني على الهداية: الكدم بمقدم الانسان، والخبط باليد والصدم هو أن تطلب الشئ بجسدك ولا يمكن الاحتراز عن النفحة أيضا لانه يمكن الاحتراز عن الايفاق وهو المراد بقوله إذا إذا أوقفها في الطريق أطلق فيما ذكره وهو مقيد بأن يكون في غير ملكه، أما إذا كان في ملكه لا يضمن إلا في الايطاء وهو راكبها لانه فعل منه مباشرة حتى يحرم به عن الميراث وتجب عليه الكفارة بشرط التعدي فصار كحفر البئر،
***

[١٢٩]

وفي المباشرة لا يشترط ذلك، وإن كان ذلك في ملك غيره، فإن كان غيره تسبب فيه بإذن مالكه فهو كما لو كان في ملكه، فإن كان بغير إذن مالكه فإن دخلت الدابة من غير أن يدخلها مالكها ولم يكن معها لم يضمن شيئا، فإن أدخلها هو ضمن الجميع سواء كان معها أو لم يكن معها لوجود التعدي بالادخال في ملك الغير والملك المشترك كملكه الخاص به فيما ذكرنا من الاحكام، والمسجد كالطريق فيما ذكرناه من الاحكام، ولو جعل الامام موضعا لوقوف الدواب عند باب المسجد فلا ضمان فيما يحدث من الوقوف فيه، وكذا إيقاف الدواب في سوق الدواب لانه مأذون فيه من جهة السلطان، وكذا إذا أوقفها في طريق متسعة لا يضر وقوفها بالناس فلا يحتاج فيه إلى إذن الامام بخلاف ما إذا كانت غير متسعة. وفي الخلاصة: دابة مربوطة في غير ملكه فإن ذهب وحل الرباط فقد زالت الجناية فما عطب به من ذلك فهو هدر، فلو جالت الدابة في رباطها فما أصاب شيئا وأتلفه فهو مضمون، سواء ضربت بيدها أو

برجلها أو برأسها، فلو ربطها في مكان فذهبت إلى مكان آخر فما أصابت في ذلك المكان فهو هدر. وفيها أيضا: الراكب إذا كانت الدابة تسير به فنخسها رجل فألقت الراكب، إن كان الراكب أذن له في النخس لا يجب على الناخس شئ، وإن كان بغير إذنه ضمن الدية، وإن ضربت الناخس فمات فدمه هدر، وإن أصابت رجلا آخر بالذنب أو الرجل أو كيفما أصابت إن كان بغير إذن الراكب فالضمان على الناخس، وإن كان بإذنه فالضمان عليهما إلا في النفحة بالرجل أو الذنب فإنه جبار إلا إذا كان الراكب واقفا بغير ملكه فأمر رجلا فنخسها فنفحت برجلها فالضمان عليهما، وإن كان بغير إذنه فالضمان على الناخس ولا كفارة عليه فيما نفحت برجلها. قال عامة الشراح: نفحت الدابة إذا ضربت بحافرها. قال في النهاية: ومثل هذا في الصحاح والمغرب واقتفى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية. أقول: كون المذكور في الصحاح كذا ممنوع إذا لم يعتبر فيه كون الضرب بحد الحافر بل قال فيه ونفحت الناقة ضربت برجلها ثم أقول: بقي إشكال في عبارة الكتاب وهو أن الذي يظهر مما ذكر في كتب اللغة ومما ذكره الشراح ههنا أن لا تكون النفحة إلا بالرجل فيلزم أن لا يصح قوله ولا يضمن بالنفحة ما نفحت برجلها أو ذنبها لانه يقتضي أن تكون النفحة بالذنب أيضا بل يلزم أيضا استدراك قوله برجلها لان الضرب بالرجل كان داخلا في مفهوم النفحة: لا يقال ذكر الرجل محمول على التأكيد وذكر الذنب على التحديد لانا نقول: اعتبار التأكيد والتحديد معا بالنظر إلى كلمة واحدة في موضع واحد متعذر للتنافي بينهما كما لا يخفي على الفطن، بل التأويل الصحيح أن تحمل النفحة المذكور في عبارة الكتاب على مطلق الجمع بطريق عموم المجاز فيصح ذكر الرجل والذنب كليهما بلا إشكال فتأمل. قال رحمه الله: (وإن أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثار غبارا أو حجرا

***

[١٣٠]

صغيرا ففقأ عينا لم يضمن ولو كبيرا ضمن) لان التحرز عن الحجارة الصغار والغبار متعذر لان سير الدابة لا يخلو عنه وعن الكبار من الحجارة ممكن، وإنما يكون ذلك عادة من قلة هداية الراكب فيضمن. وفي الذخيرة: قيل لو عنف الدابة فأثارت حجرا صغيرا أو كبيرا يضمن. وفي الظهيرية: لو أوقف دابة في طريق المسلمين ولم يربطها فسارت إلى مكان آخر وأتلفت شيئا فلا ضمان على صاحبها، كذا في الكبرى. وكل بهيمة من سبع أو غيره فهو ضامن ما لم يتغير عن حاله، وإذا ساالرجل على دابته في الطريق فضربها وكبحها باللجام فضربت برجلها أو بذنبها لم يكن عليه شئ. وفي السغناقي: ومن هذا الجنس ما قالوا فيمن ساق دابة عليها وقر من الحنطة فأتلفت شيئا من الطريق نفسا أو مالا فهو على وجوه: إما أن قال السائق أو القائد أو الراكب اليك فإن سمع هذه المقالة ولم يذهب فهو على وجهين: إما إن لم يبرح من مكانه مع القدرة على المكان أو لم يجد مكانا آخر ليذهب فمكث في مكانه ذلك حتى تخرق ثيابه ففي هذا الوجه الاول لا يضمن صاحب الدابة، وفي الوجه الثاني يضمن، وإن لم يقل إليك ركب الدابة ضمن. وفي الفتاوي: رجل ساق حمارا عليه وقر حطب فقال السائق بالفارسية (كوسيت أو يرثة) فلم يسمع الواقف حتى أصابه الحطب فخرق ثوبه أو سمع لكن لم يتهيأ له أن ينتحي عن الطريق لقصر المدة ضمن، وإن سمع وتهيأ ولم ينتقل لا يضمن، ونظير هذا من أقام حمارا على الطريق وعليه ثياب فجاء راكب وكرشلا وخرق الثياب، إن كان الراكب يبصر الحمار وأرسون يضمن وإن لم يبصر ينبغي أن لا يضمنوا. الثياب على الطريق فجعل الناس يمرو عليه وهم لا يبصرون لا يضمن، وكذا رجل جلس على الطريق فوقع عليه إنسان فلم يرده فمات الجالس لا يضمن، ثم الذي ساق الحمار إذا كان لا ينادي يا رب أي لو شئت حتى تعلق الحطب بثوب رجل فتخرق يضمن إن مشى الحمار إلى صاحب الثوب، وإن مشى إلى الحمار وهو يراه أو لم يتباعد عليه لا يضمن. ولو وثب من نخسه على رجل فقتله أو وطئت رجلا فقتلته فالضمان على الناخس دون الراكب. وفي الكافي: فديته على عاقلة الناخس، كذا في الذخيرة. قال رحمه الله: (فإن راثت أو بالت في الطريق لم يضمن ما عطب به إن أوقفها لذلك وإن أوقفها لغيره ضمن) لان سير الدابة لا يخلو عن روث وبول فلا يمكنه التحرز عنه فلا يضمن ما تلف به فيما إذا راثت أو بالت وهي تسير، وكذا إذا أوقفها لذلك لان من الدواب من لا يفعل ذلك إلا واقفا وهو المراد بقوله وإن أوقفها لغيره فبالت أو راثت فعطب به إنسان ضمن لانه متعد في الايقاف إذ هو ليس من ضروريات السير وهو أكثر ضررا أيضا من السير لكونه أدوم منه فلا يلحق به وهو المراد بقوله وإن أوقفها لذلك وإن أوقفها لغيره ضمن. وفي المنتقي: رجل واقف على دابته

***

[١٣١]

في الطريق فأمر رجلا أن ينخس دابته فنخسها فقتلت رجلا فدية الرجل الاجنبي على الناخس والراكب جميعا ودم الآمر بالنخس هدر، ولو سارت عن موضعها ثم نفحت من فور النخس فالضمان على الناخس دون الراكب، ولو لم تسر ونفحت الناخس ورجلا آخر وقتلتهما فدية الاجنبي على الناخس والراكب ونصف دية الناخس على الراكب، ولو لم يوقفها الراكب على الطريق ولكن حرنت فوقفت فنخسها هو وغيره لتسير فنفحت إنسانا فلا شئ عليهما. وفيه أيضا: رجل اكترى من آخر دابة ليذهب عليها في حاجة له فاتبعه صاحبها فله أن يسوقها، فإن وقف الراكب في الطريق على أهل مجلس فحرنت فنخسها صاحب الدابة أو ضربها أو ساقها فنفحت الدابة وهي واقفة فقتلت إنسانا فالضمان على الراكب والسائق جميعا. وفيه أيضا: صبي ركب دابة بأمر أبيه ثم إن الصبي الراكب أمر صبيا فنخسها فالقول فيه إذا كان مأذونا كالقول في الكبير، وإن كان لم يؤذن له في ذلك فأمر صبيا حتى نخسها فسارت ونفحت من النخسة فعلى الناخس الضمان ولا شئ على الراكب، وإن أمر بذلك ووطئت إنسانا فقتلته وكان سيرها من النخسة فالدية على عاقلة الناخس ولا يرجعون بذلك على عاقلة الراكب. وفيه أيضا: رجل ركب دابة رجل قد أوقفها ربها في الطريق وربطها وغاب فأمر رب الدابة رجلا حتى نخسها فنفحت رجلا أو نفحت الآمر فديته على الناخس، وإن كان الآمر أوقفها في الطريق ثم أمر رجلا حتى نخسها فقتلت رجلا فديته على الآمر والناخس نصفين رجل أذن رجلا أن يدخل داره وهو راكب فدخلها راكبا فوطئت دابته على شئ كان ضامنا، له، إن كان سائقا أو قائدا فلا ضمان. أدخل بعيرا برجله فوقع عليه المتعلم فقتله فقد اختلف المشايخ فمنهم من قال لا ضمان على صاحب المتعلم، وقال بعضهم إن أدخل صاحب المتعلم بغير إذن صاحب الدار فعليه الضمان، وإن كان دخلها بإذنه فلا ضمان وبه أخذ الفقيه أبو الليث وعليه الفتوى. وفي فتاوي الخلاصة: ولو كان البعير غير متعلم فحكمه حكم متعلم. وفي الفتاوي: ربط حماره في أرضه ليأكعلفا فجاء حمار رجل فعقره فجعله معيوبا عيبا فاحشا قال: لا يرجع بنقصان العيب على صاحب الحمار. قلت قال القاضي بديع الدين: إن كان صاحبه معه يضمن وإلا فلا يضمن. قال رحمه الله: (وما ضمنه الراكب ضمن السائق والقائد) أي كل شئ يضمنه الراكب يضمنان لانهما سببان كالراكب في غير الايطاء فيجب عليهما الضمان بالتعدي فيه كالراكب. وقوله وما ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد يطرد وينعكس في الصحيح. وذكر القدوري أن السائق يضمن النفحة بالرجل لانه بمرأى عينه فيمكنه الاحتراز عنها مع السير وغائبة عن بصر الراكب والقائد فلا يمكنهما الاحتراز عنها بخلاف الكدم والصدم. وقال الشافعي رحمه الله: يضمنون كلهم النفحة والحجة عليه ما ذكرنا. وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار ومعناه النفحة بالرجل.

***

[١٣٢]

قال رحمه الله: (وعلى الراكب الكفارة لا عليهما) أي لا على السائق والقائد ومراده في الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل دابته تبع فإن سير الدابة مضاف إليه وهي العلة وهما مسببان لانه لا يتصل منهما شئ بالمحل، وكذلك الراكب في غير الايطاء، والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب. وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشر. ولو كان سائق وراكب قيل لا يضمن السائق ما فعلت الدابة لان الراكب مباشر فيه كما ذكرنا، والسائق مسبب والاضافة إلى المباشرة أولى، وقيل: الضمان عليهما لان كذلك سبب الضمان ألا ترى أن محمدا رحمه الله ذكر في الاصل أن الراكب إذا أمر إنسانا فنخس المأمور الدابة ووطئت إنسانا كان الضمان عليهما فاشتركا في الضمان والناخس سائق والآمر راكب، فتبين بهذا أنهما مستويان والصحيح لما ذكرنا والجواب عما ذكر في الاصل أن المسبب إنما يضمن مع المباشرة إذا كان السبب شيئا لا يعمل بانفراده في الاتلاف كالحفر مع الالقاء فإن الحفر لا يعمل شيئا بدون الالقاء. وأما إذا كان السبب يعمل بانفراده في الاتلاف فيشتركان وهذا منه. وفي الاصل يقول: رجل قاد قطارا من الابل في طريق المسلمين فما وطئ أول القطار وآخر مالا أو رجلا فقتله فالقائد ضامن ولا كفارة، وإن كان معه سائق يسوق الابل إن أنه تارة يتقدم وتارة يتأخر فإنهما يشتركان في الضمان، وإلا كان معهما ثالث يسوق الابل وسط القطار فما أصاب مما خلف هذا الذي في وسط القطار أو مما قبله فضمان ذلك عليهم أثلاثا يريد به إذا كان هذا الذي يمشي في وسط القطار ولا يمشي في جانب القطار ولا يأخذ بزمام بعير يقود ما خلفه لانه سائق لوسط القطار فيكون سائقا للكل بحكم اتصال الازمة، فأما إذا كان الذي في وسط القطار آخذا بزمام يقود ما خلفه ولا يسوق ما قبله فما أصاب مما خلف هذا الذي في هذا القطار فضمان ذلك على القائد الاول ولا شئ فيه على هذا الذي في وسط القطار لانه ليس بقائد لما قبله ولا سائق حتى لو كان

سائقا له يشارك الاول في الضمان، كذا في المغني. وفي الينابيع: وإن كان السائق في وسط القطار فما أصاب من خلفه أو بين يديه فهو عليهما. وإن كانوا ثلاثة نفر أحدهم في مقدم القطار والآخر في مؤخر القطار والثالث في وسط القطار، فإن كان الذي في الوسط والمؤخر يسوقان والمقدم يقود القطار فما عطب بما أمام الذي في الوسط فذلك كله على القائد، وما تلف مما هو خلفه فهو كله على القائد ولا شئ على المؤخر إلا أن يكون سائقا، وإن كانوا يسوقون فالضمان عليهم جميعا. السغناقي: ولو كان الرجل راكبا وسط القطار على بعيره ولا يسوق منها شيئا لم يضمن ما تعيب الابل التي بين يديه لانه ليس بسائق لما بين يديه وهو معهم في الضمان مما أصاب البعير الذي هو عليه أو ما خلفه. وقال بعض المتأخرين: هذا الذي ذكر إذا كان زمام ما خلفه بيده يقوده، وأما إذا كان نائما على بعيره أو قاعدا فلاضمان عليه في ذلك فهو في حق ما خلفه بمنزلة
***
[١٣٣]
المتاع الموضوع على البعير. الظهيرية: ولو أن رجلا يقود قطارا وآخر من خلف القطار يسوقه وعلى الابل في المحال نيام أو غير نيام فوطئ بعير منها إنسان فقتله فالدية على عاقلة القائد والسائق والراكبين الذين قدام البعير على عواقلهم على عدد رؤوسهم، والكفارة على راكب البعير الذي وطئ خاصة لانه بمنزلة المباشر. قال في المنتقي: إذا قاد الرجل قطارا وخلفه سائق وأمامه راكب فوطئ الراكب إنسانا فالدية عليهم أثلاثا، وكذلك إذا وطئ بعير مما خلف الراكب إنسانا، وإن كان وطئ بغير أمام فهو على القائد والسائق نصفين ولا شئ على الراكب. وذكر في المنتقي مسألة القطار بعد هذا في صورة أخرى وأوجب الضمان على القائد وعلى من كان قدام البعير الذي أوطأ من الركبان قال: وليس على من خلفه من الركبان شئ ألا أن يكون إنسانا مؤجرا ويسوق فيكون عليه وعلى السائق الذي خلفه يشتركون جميعا فيه. الخانية: رجل يقود دابة فسقط شئ مما يحمل على الابل على إنسان أو سقط سرج الدابة أو لجامها على أنسان فقتله أو سقط ذلك في الطريق فعثر به إنسان ومات يضمن القائد، وإن كان معه سائق كان الضمان عليهما. القاضي: وسئل أيضا عن صاحب زرع سلم الحمار إلى المزارع فربط الدابة عليه وشد الحمار في الدالية بأمره فانقطع خيط من خيوطها فوقع الحمار في حفرة الدالية فعطب الحمار هل يجب الضمان على المزارع؟ فقال: لا. قال محمد في الجامع الصغير: رجل قاد قطارا في طريق المسلمين ولم يعلم به فأصاب ذلك البعير إنسانا فضمانه عى القائد دون الرابط، وإن كان كل منهما سببا للاتلاف فهل يرجع على عاقلة الرابط؟ قال: لا يرجع وإن لم يعلم. ولم يفصل محمفي الجامع الصغير بين ما إذا ربط البعير بالقطار والقطار يسير وفي بعض كتب النوادر: إن القطار إن كان يسير حالة الربط فقادها القائد بعد الربط لا يرجع القائد على عاقلة الرابط، علم القائد بربطه أو لم يعلم، فإن كان القطار يسير حالة الربط فالقائد يرجع على عاقلة الرابط إذا لم يعلم بربطه. وفي المنتقي: وإذا سار الرجل على دابة وخلفه رديف وخلف الدابة سائق وأمامها قائد فوطئت إنسانا فالدية عليهم أرباعا وعلى الراكب والرديف الكفارة، وإذا سار الرجل على دابته في الطريق فعثرت بحجر وضعه رجل أو بد كان بناه رجل أو بما صبه رجل فوقعت على إنسان وأتلفته فالضمان على الذي وضع الحجر وبنى الدكان وصب الماء لانه مسبب الاتلاف وهو متعد في هذا السبب ولا ضمان على الراكب، وفي الكفارة إذا أرسل كلبا أو دابة أو طيرا فأصاب في فوره شيئا ضمن في الدابة دون الكلب والطير. وفي الصغرى الطحاوي: وعن أبي يوسف أنه يضمن الكل، كذا في الجامع الصغير. قال رحمه الله: (ولو اصطدم فارسان أو ماشيان فماتا ضمن عاقلة كل دية الآخر) وقال زفر والشافعي رحمه الله تعالى: يجب على عاقلة كل واحد نصف دية الآخر، وروي ذلك عن
***
[١٣٤]
علي رضي الله عنه لان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه فيعتبر نصفويهدر النصف كما إذا كان الاصطدام عمدا وجرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه أو حفر على قارعة الطريق بئرا فانهدم عليهما أو وقفا فيه يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا. ولنا أن قتل كل واحد منهما مضاف إلى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباكالمشي في الطريق فلا يعتبر في حق الضمان بالنسبة إلى نفسه لانه مباح مطلقا في حنفسه، ولو اعتبر ذلك لوجب نصف الدية فيما إذا وقع في بئر في قارعة الطريق لانه لو لا مشيه وثقله في نفسه لما هوى في البئر، وفعل صاحبه وإن كان مباحا لكنه مقيد بشرط السلامة في حق غيره فيكون سببا للضمان عند وجود التلف، به

وروي عن علي رضي الله عنه أنه أوجب كل الدية على عاقلة كل واحد منهما فتعارضت روايتان فرجحنا ما ذكرنا، ويحتمل ما روي عنه أنه أوجب كل الدية على الخطأ توفيقا بينهما. وأما ما استشهدا به من الاصطدام وجرح كل منهما نفسه وصاحبه وحفر البئر في الطريق فعلى كل واحد محظور مطلقا فيعتبر في حق نفسه أيضا فيكون قاتلا لنفسه، وهذا الحكم الذي ذكرناه في العمد والخطأ في الحرين. ولو كانا عبدين هدر الدم لان المولى فيه غير مختار للفداء، ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا يجب على عاقلة الحر قيمة العبد كلها في الخطأ ونصفها في العبد فيأخذها ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، لان قيمة العبد المقتوتجب على العاقلة على أصلهما لانه ضمان الآدمي، وإذا تجاذب رجلان حبلا فانقط الحبل فسقطا أو ماتا ينظر، فإن وقعا على القفا لا تجب لهما دية لان كل واحد منهما مات بقوة نفسه، وأن وقعا على الوجه وجب على عاقلة كل واحد منهما دية الآخر، وإن قطع إنسان الحبل بينهما فوقع كل واحد منهما على القفا فديتهما على عاقلة القاطع، وكذا على هذا سائر الضمانات وقد قدمنا شيئا من هذا عند قوله ولو رب بطن امرأته فراجعه. قال في النهاية: وفي تقييد الفارسين في الكتاب بقولوإذا اصطدم الفارسان ليست زيادة قائدة فإن الحكم في اصطدام الماشيين وموتهما بذلك، كذلك ذكره في المبسوط، سوى أن موت المصطدمين في الغالب إنما يكون في الفارسين ا هـ. وقال في العناية آخذا في النهاية: حكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالبا في الفارسين خصهما بالذكر ا هـ. وقال في معراج الدراية: وكذا الحكم إذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسين اتفاقي أو بحسب الغالب ا هـ. وتبعه الشارح العيني. أقول: عجيب من هؤلاء الشراح مثل هذه التعسفات مع كون وجه التقييد بالفارسين بينا لان الباب الذي عرفته باب جناية البهيمة والجناية عليها، ولا يخفى أن اصطدام الماشيين ليس من ذلك في شئ فكان خارجا عن مسائل هذا الباب. رجل وجد في زرعه في الليل ثورين فظن أنهما لاهل القرية فبانا أنهما لغيرهم فأراد أن يدخلهما فدخل واحد وفر آخر فتبعه ولم يقدر عليه فجاء صاحبه يضمنه. قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل: إن

***

[١٣٥]

كان نيته عند الاخذ أن يمنعه من صاحبه يضمن وإن كان نيته أن يرد إلا أنه لم يقدر لم يضمن فقيل: إن كان ذلك بالنهار؟ قال: إن كان لغير أهل القرية كان لقطة، فإن ترك الاشهاد مع القدرة عليه يضمن، وإن لم يجد شهودا يكون عذرا وإن كان لاهل القرية فكما أخرجه يكون ضامنا. وقال القاضي علي السغدي: وإن وجد في زرعه دابة فساقها بقدر ما يخرجها عن ملكه لان يكون ضامنا فإذا ساق وزاد وراء ذلك القدر يصير غاصبا بالسوق والصحيح ما قاله القاضي علي السغدي. عبدان التقيا ومع كل واحد عصا فأضربا وبرئا خير مولى كل واحد منهما بالآخر ولا يتراجعان بشئ سوى ذلك لان كل واحد منهما ملك عبده من صاحبه ولا يفيد التراجع لانه لو رجع أحدهما لرجع الآخر لان حق كل واحد منهما ثبت في رقبة كاملة فما يأخذ أحدهما من صاحبه فذاك بدل الآخر وتعلق به حقه فلا يفيد الرجوع، وإن اختار الفداء فدى كل واحد بجميع أرش جنايته لانهما لما ضربا معا فقد جنى كل واحد منهما على عبد صحيح فتعلق حق كل واحد من المولى بعبد صحيح فيجب بدل عبد صحيح، وإن سبق أحدهما بالضربة خير المولى مولى البادئ لان البداية من مولى اللاحق لا تفيد لان حق اللاحق في عبد صحيح كامل الرقبة، فإذا دفع إلى البادئ عبدا مشجوجا كان للاحق أن يسترد منه ثانيا لانه يقول عبدك شج عبدي وهو صحيح ودفعت إلى عبدك بدل تلك الشجة فيكون لي والبداية ممولى البادئ بالدفع مفيدة لان حق البادئ ثبت في عبد مشجوج فمتى دفعه مشجوجا لا يكون له أن يسترده فكان دفعه مفيدا، فإن دفعه فالعبد للمدفوع إليه ولا شئ للدافع لانه لو رجع البادئ بشئ كان للمدفوع إليه أن يرجع عليه ثانيا لان حقه في رقبة عبد صحيح فلا يفيد رجوع البادئ، وإن فداه خير مولى اللاحق بين الدفع والفداء لانه ظهر عند البادئ عن الجناية بالفداء وصار كأنه لم يجن. وإن جنى عليه العبد اللاحق فإن مات البادئ كانت قيمته في عنق الثاني يدفع بها أو الفداء، فإن فداه بقيمة الميت رجع في تلك القيمة بأرش جراحته عبدا لان بالفداء أظهر عبد اللاحعن الجناية وصار كأنه لم يجن وإنا جنى عليه البادئ، والبادئ وإن مات فالقيمة قامت مقامه لانه حق قائم مقامه. وإن دفعه رجع بأرش شجة عبده في عنقه ويخير المدفوع إليه بين الدفع والفداء لان المدفوع قام مقام الميت الشاج، وإن مات العبد القاتل خير مولى العبد البادئ، وإن فداه أو دفع بطل حقه في شجه عبده لانه حين شج اللاحق البادئ كان اللاحق

مشجوجا فثبت حقه مولى البادئ في عبد مشجوج فثبت فيما وراء الشجة فمات لا إلى خلف لما مات العبد القاتل فبطل حق مولى البادئ فشجة عبده. ولو مات البادي من شئ آخر سوى الجناية وبقي اللاحق خير مولى البادئ ويقال له إن شئت فاعف عن مولى اللاحق ولا سبيل لواحد منهما على الآخر، وإن شئت ادفع أرش شجة اللاحق وطالبه بحقك، وإن دفع إلى صاحبه أرش عبده يرجع بأرش جناية عبده فيدفع مولى اللاحق عبده بها أو يفديه. أما المفهوم فلان مولى البادئ بجنايته إذا دفع كان لمولى اللاحق أن يطالبه بأرش شجة

***

[١٣٦]

عبده وكان لمولى البادئ أن يدفع إليه العبد المدفوع ثانيا إليه عن حقه فلا يفيده الدفع وإنما دفع أرش شجة اللاحق لانه متى دفع أرش عبد اللاحق فقد طهر البادئ عن الجناية وصار كأنه لم يجن وإنما جنى عليه العبد اللاحق فيخاطب مولى اللاحق بالدفع والفداء وأي ذلك اختار لا يبقى لواحد منهما على صاحبه سبيل لانه وصل إلى كل واحد منهما حقه. وإن أبى مولى البادئ أن يدفع الارش فلا شئ له في عتق الآخر فإن مولى البادئ كان مخيرا بين العفو وبين دفع الارش والمطالبة شجة لعبده، فإذا امتنع من دفع الارش صار مختارا للعفو وصار كأنه قال عفوتك عن حقي فيبطل حقه. ولو مات اللاحق وبقي البادئ خير مولاه، فإن دفعه بطل حقه، وإن فداه بأرش عبده في الفداء لان البادئ طاهر عن الجناية لعفو وأحدهما عن جناية نصف العبد ولا يزداد حقه فكذا هذا. قال رحمه الله: (ولو ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن) يعني إذا ساق دابة ولها سرج فوقع السرج على رجل فقتله ضمن عاقلته الدية وقد قدمناها بفروعها. قال رحمه الله: (وإن قاد قطارا فوطئ بعير إنسانا ضمن عاقلة القائد الدية) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه التحرز عنه فصار متعديا بالتقصير فيه والتسبب بلفظ التعدي سبب للضمان غيره أن ضمان النفس على العاقلة وضمان المال عليه في ماله. رجل له مزرعة فأكلها جمل غير فأخذه وحبسه في الاصطبل ثم وجد الجمل مكسور الرجل كيف الحكم بينهما في ذلك؟ فقال: إن لم يكسر رجله في حبسه قالوا لا ضمان عليه وقد قالوا الضمان عليه ما لم يسلمه إلى صاحبه والرأي فيه إلى القاضي. قال رحمه الله: (وإن كان معه سائق فعليهما) أي إذا كان مع القائد سائق تجب على عاقلتهما الضمان لاستوائهما في التسبب لان قائد الواحد قائد الكل، وكذا سائقه لاتصال اللازمة، وأما البعير الذي هو راكبه فهو ضامن لما أصابه فيجب عليه وعلى القائد غير ما أصابه بالابطاء فإن ذلك ضمانه على الراكب وحده لانه جعل فيه مباشرا حتى جرت عليه أحكام المباشرة على ما بيناه. قال رحمه الله: (وإن ربط بعيرا على قطار رجع على عاقلة القائد بدية ما تلف به على عاقلة الرابط) أي إذا ربط رجل بعيرا على قطار والقائد لذلك القطار لا يعلم فوطئ البعير المربوط إنسانا فقتله فعلى عاقلة القائد ديته لانه يمكنه أن يصون قطاره عن ربط غيره به فإذا ترك صيانته صار متعديا بالتقصير وهو متسبب وفيه الدية على العاقلة كما في قتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي أوقعهم فيه، وإنما لا يجب الضمان على القائد والرابط ابتداء مع أن كل واحد منهما متسبب لان القود بمنزلة المباشرة بالنسبة إلى الربط لاتصال التلف به دون الربط فيجب فيه الضمان وحده ثم يرجع به عليه. قالوا: هذا إذا

***

[١٣٧]

ربط والقطار يسير لان الرابط أمر بالقود دلالة وإذا لم يعلم لا يمكنه التحفظ عنه ولكن جهلة لا ينفي وجوب الضمان عليه لتحقق الاتلاف منه وإنما ينفي الاثم فيكون قرار الضمان على الرابط، وأما إذا ربط والابل واقفة ضمنها عاقلة القائد ولا يرجعون على عاقلة الرابط بما لحقهم من الضمان لان القائد رضي بذلك والتلف قد اتصل بفعله فلا يرجع به وهو القياس فيما إذا لم يعلم لان الجهلا ينافي التسبب ولا الضمان إلا أنا استحسنا الرجوع لما ذكرنا. وفي الجامع الصغير: رجل قاد قطارا في طريق المسلمين فجاء بعير آخر وربطه والقائد لا يعلم به أو علم فأصاب ذلك البعير إنسانا فضمانه على القائد دون الرابط وإن كان كل واحد منهما متسببا للاتلاف. وهل يرجع على عاقلة الرابط؟ إن علم لا يرجع، وإن لم يعلم يرجع. ولم يفصل محمد رحمه الله في الجامع الصغير بين ما إذا ربط البعير بالقطار والقطار يسير. وفي بعض كتب النوادر: وإن كان القطار لا يسير حالة الربط فقادها القائد بعد الربط لا يرجع القائد على عاقلة الرابط، علم القائد بربطه أو لم يعلم. وإن كان القطار يسير حالة الربط فالقائد يرجع على عاقلة الرابط إذا لم يعلم بربطه. وفي المنتقي: وإذا سار

الرجل على دابته وخلفه رديف وخلف الدابة سائق وأمامها قائد فوطئت إنسانا فالدية عليهم أرباعا وعلى الراكب والرديف الكفارة، وإذا سار الرجل على دابته في الطريق فعثرت بحجر وضعه رجل أو قد كان بناه رجل أو بماء قد صبه رجل فوقعت على إنسان وأتلفته فالضمان على الذي وضع الحجر في المكان أو صب الماء لانه مسبب في هذا الاتلاف وهو متعد في هذا السبب ولا ضمان على الراكب. قالوا: ولو نخس الدابة رجل فوطئت إنسانا فالضمان عليهما إن وطئت في فور النخس لان الموت حصل بثقل الراكب وفعل الناخس فيكون مضافا إليهما. أقول: ولقائل أن يقول الراكب مباشر فيما أتلفت بالوطئ لحصول التلف بثقله وثقل الدابة جميعا كما صرحوا به والناخس مسبب كما مر في الكتاب، وإذا اجتمع المباشر والمسبب فالاضافة إلى المباشر أولى كما صرحوا به لا سيما في مسألة الراكب والسائق فما بالهم صرحوا هنا بإضافة الفعل إلى الراكب والناخس معا وحكموا بوجوب الدية عليهما جميعا فتدبره. قال رحمه الله: (ومن أرسل بهيمة وكان سائقها فما أصابت في فورها ضمن) يعني إذا أرسل إنسان بهيمة وساقها فكل شئ أصابته في فورها فإنه يضمنه. قال رحمه الله: (وإن أرسل طيرا أو كلبا ولم يكن سائقا أو انفلتت دابته فأصابت مالا أو آدميا ليلا أو نهارا لا يضمن) أي في هذه الصور كلها، أما الطير فلان بدنه لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه سواء فلا يضمن مطلقا بخلاف الدابة فإن بدنها يحمل السوق

***

[١٣٨]

فيعتبر فيها السوق ومن ثم قالوا: ولو أرسل بازيا في الحرم فقتل لا يضمن المرسل، وأما الكلب فلانه وإن كايحتمل السوق لكنه لم يوجد منه السوق حقيقة بأن يمشي خلفه ولا حكما بأن يصيب على فور الارسال، والتعدي يكون بالسوق لكنه فلا يضمن، وهذا لان الاصل أن الفعل الاختياري يضاف إلى فعل صاحبه ولا يجوز إضافته إلى غيره لانا تركنا ذلك في فعل البهيمة فأضفناه إليه استحسانا صيانة للانفس والاموال، وإذا لم يوجد منه السوق بقي على الاصل ولا يجوز إضافته إليه لعدم الفعل منه مباشرة وتسببا بخلاف ما إذا أرسل الكلب على صيد حيث يؤكل ما أصابه وإن لم يكن سائقا له حقيقة ولا حكما لان الحاجة مست إلى الاصطياد به فأضيف إلى المرسل ما دام الكلب في تلك الجهة ولم يفتر عنها إذ لا طريق للاصطياد سواه، وهذا لان الاصطياد به مشروع، ولو شرط السوق لاستدبابه وهو مفتوح فأضيف إليه، ولو غاب عن بصره مع الصيد ولا حاجة إليه في حق ضمان العدوان فبقي على الاصل فكان مضافا إلى الكلب لانه مختار في فعله ولا يصلح نائبا عن المرسل فلا يضاف فعله إلى غيره. وقله سائقا قيد في الكلب دون الطير، وقيد في الدابة بالانفلات لانه لو أرسلها يضمن. وفي المبسوط: إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فما أصابت في فورها فالمرسل ضمن لان سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها، ولو انعطفت عنه يمنة أو يسرة انقطع حكم الارسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه، وكذا إذا وقفت ثم سارت أي ينقطع حكم الارسال بالوقفة أيضا كما ينقطع بالعطفة بخلاف ما إذا وقف الكلب بعد الارسال في الاصطياد ثم سار فأخذ الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل لان مقصوده السير فينقطع به حكم الارسال وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفسا أو مالا في فوره حيث لا يضمن من أرسله، وفي إرسال البهيمة في الطريق يضمن لانه شغل الطريق تعديا فيضمن ما تولد منه، وأما الارسال للاصطياد فمباح ولا ينسب بوصف التعدي، كذا ذكره في النهاية. وظاهره سواء كان سائقا لها أو لا. وذكر قاضيخان: ولو أن رجلا أرسل بهيمة وكان سائقا لها ضمن ما أصابت في فورها، وكذا لو أرسل كلبه وكان سائقا له يضمن ما أتلف، ولو لم يكن سائقا لا يضمن. وكذا لو أشلى كلبه على رجل فعقره أو مزق ثيابه لا يضمن إلا أن يسوقه وقيل إذا أرسل كلبه وهو لا يمشي خلفه فعقر إنسانا أو أتلف غيره إن لم يكن معلما لا يضمن لان غير المعلم يذهب بطبع نفسه، وإن كان معلما ضمن إن مر على الوجه الذي أرسله لانه ذهب بإرسال صاحبه، أما إذا أخذ يمنة أو يسرة فلا يضمن لانه مال عن سنن الارسال إلا إذا كان خلفه. ولو أشلى كلبه حتى عض رجلا لا يضمن كما لو أرسل بازياف، وعن أبي يوسف يضمن سواء كان يسوقه أو يقوده أو لا يقوده ولا يسوقه كما لو أرسل البهيمة. وعند محمد أنه إن كان سائقا أو قائدا يضمن وإلا فلا، وبه أخذ الطحاوي، والفقيه أبو الليث كان يفتي

***

[١٣٩]

بقول أبي يوسف: وفي الزيادات: أشار إلى ذلك وعليه الفتوى. وفي الخلاصة: ولو كان لرجل كلب عقور يؤذي من مر به فلاهل

البلدان يقتلوه، وإن أتلف شيئا على صاحبه الضمان إن كان تقدم إليه قبل الاتلاف وإلا فلا شئ عليه كالحائط المائل. ولو أن رجلا طرح رجلا قدام سبع فقتله السبع فليس على الطارح شئ إلا التعزير والحبس حتى يتوب، وإنما قلنا بعدم الضمان في انفلات البهيمة لقوله على الصلاة والسلام العجماء جبار (١) أي فعلها هدر. وقال محمد: المنفلتة وهذا صحيح ظاهر ولان الفعل مقتصر عليها وغير مضاف إلى صاحبها لعدم ما يوجب النسبة إليه من الركوب وأخواته. وفي الخانية: رجل بعث غلاما صغيرا في حاجة نفسه بغير إذن أهل الصغير فرأى الغلام علمانا صغارا يلعبون فانتهى إليهم وارتقى ومات ضمن الذي أرسله في حاجته، ولو أن عبدا حمل صبيا على دابة فوقع الصبي منها ومات فدية الصبي تكون في عتق العبد يدفعه المولى أو يفديه، وإن كان العبد مع الصبي على الدابة فسارا عليها ووطئت الدابة إنسانا ومات فعلى عاقلة الصبي نصف الدية وفي عنق العبد نصفها. ولو أن حرا كبيرا حمل عبدا صغيرا علدابة ومثله يضرب الدابة ويستمسك عليها ثم أمره أن يسير عليها فوطئ إنسانا فكذلك تكون في عنق العبد فيأمر مولى العبد بالدفع أو الفداء ثم يرجع مولى العبد على الآمر لانه باستعمال عبدالغير يصير غاصبا، فإذا لحقه غرم يرجع بذلك على الغاصب. وفي الفتاوي: أمر جلا بكسر الحطب فأعطى غلاما الفاس فقال اعطني الاجرة لا كسر فأبى فكس بغير إذنه فوقع الحطب على عين الغلام وذهب عينه اتفق مشايخنا أنه لا يكون على صاحب الحطب شئ. وفي التتمة سئل أبو الفضل عن صغيرين كانا يلعبان فأوقع أحدهما صاحبه إلى الارض فانكسر عظم نخذه هل يجب على أقاربه شئ؟ فقال: إذا كان بحال لا يمكنه المشي بها فنصف الدية خمسمائة دينار على أقارب الصبي من جهة الاب. قال رحمه الله: (وفي فق ء عين شاة لقصاب ضمن النقصان) لان المقصود من الشاة اللحم فلا يعتبر فيها إلا النقصان. قال رحمه الله: (وفي عين بدنة الجزار والحمار والفرس ربع القيمة) وقال الشافعي رحمه الله: ليس فيه إلا النقصان أيضا اعتبارا بالشاة. ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة. قال في العناية: فإن قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله عليه الصلاة والسلام فيما يؤكل، فالجواب أن الشئ الذي أوجب ذلك في غير المأكول من اللحم والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في مأكول اللحم فيلحق به اه. ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالركوب وللزينة واللحم والعمل فمن هذا الوجه يشبه الآدمي وقد تمسك بغيره كالاكل، ومن هذا الوجه يشبه المأكولات فعملنا

***

[١٤٠]

بالشبهين بشبه الآدمي في إيجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف، ولانه إنما يمكن إقامة العمل فيها بأربعة أعين عيناها وعينا الفاعل لها فصارت كأنها ذات أعين أربع فيجب الربع بفوات أحدها. وإن فقأ عينيها فصاحبها بالخيار إن شاء تركها على الفاقئ وضمنه القيمة، وإن شاء أمسكها وضمنه النقصان لان المعمول به النص وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه. وفي العناية: وإنما قال بدنة ليشمل البقر والابل فإن الحكم فيها واحد وهو ربع القيمة. وفي العيني على الهداية: وفي فق ء عين بدنة الجزار - بفتح الجيم - وهو ما اتخذ للنحر يقع على الذكور والانثى، كذا في الطحاوي. والجزر القطع وجزر الجزور نحرها والجزار هو الذي ينحر البقرة اه. والله أعلم. باب جناية المملوك والجناية عليه لما فرغ رحمه الله من بيان حكم جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان أحكام جناية المملوك وهو العبد، وأخره لانحطاط رتبه العبد عن رتبه الحر، كذا في الشروح. أقول: فيه شئ وهو أن لقائل أن يقول: لما وقع الفراغ من بيان أحكام جناية الحر على الحر مطلقا بقي منه بيان حكم جناية الحر على العبد فالاظهر أن يقال: لما فرغ من بيان جناية الحر على الحر شرع في بيان جناية المملوك والجناية عليه، ولما كان فيه تعلق الملك بالمملوك ألبتة من جانب أخره لانحطاط رتبة المملوك عن المالك ثم قال صاحب العناية: لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة فيكف أخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب والسائق أو القائد وهم ملاك اه. أقول: فيه أيضا شئ إذ لقائل أن يقول: إن أراد جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد فهو ممنوع فإن جنايتها بطريق النفحة برجلها أو ذنبها وهي تسير لا يكون باعتبار أحد منهم وإلا لوجب عليهم الضمان في تلك الصورة وليس كذلك كما عرف في بابها، وكذا الحال فيما إذا أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقأ عين إنسان أو أفسد ثوبه، وكذا إذا انفلتت فأصابت مالا أو آدميا ليلا أو نهارا كما عرف كل ذلك أيضا في بابها. وإن أراد أن جنايتها قد تكون باعتبار أحد منهم فهو مسلم ولكن لا يتم به تمام التعريف. ويمكن أن يقال: الصور التي لا يجب فيها مفعل

البهيمة ضمان على أحد بل يكون فعلها هدرا مما لا يترتب عليه حكم من أحكام الجناية في الشرع. وإنما ذكرت في بابها استطرادا وبناء الكلام هنا على ماله حكم من لاحكام الشرعية فيتم التعريف. قال رحمه الله: (جناية المملوك لا توجب إدفعا واحد لو محالها وإلا قيمة واحدة) أي جناية العبد لا
***
[١٤١]
توجب إلا دفع رقبته إذا كان محلا للدفع إذا كان قنا وهو الذي لم ينعقد له شئ من أسباب الحرية كالتدبير وأمومية الولد والكتابة، سواء كانت الجناية واحدة أو أكثر، لا توجب إلا دفع رقبته إذا كانت الجناية في النفس موجبة للمال وإلا فقيمة واحدة إن لم يكن محلا للدفع بأن انعقد له شئ مما ذكرنا يوجب جنايته قيمة واحدة ولا يزيد عليها وإن تكررت الجناية. وفي القن إذا جنى بعد الفداء يؤمر بالدفع أو الفداء بخلاف المدبر وأختيه فإنه لا يوجب إلا قيمة واحدة على ما بيناه في أثناء المسائل. والكلام في جناية المدبر وأم الولد من وجوه: الاول في جنايته على مولا. والثاني في سعايته. والثالث في جناية المدبر. والرابع في جناية المدبر في يد الغاصب ودية جناية المدبر نفسا وما دونها على مولاه الاقل من قيمته ومن أرش الجناية، فإن كانت القيمة مثل الدية أو أكثر غرم مثل الدية إلا عشرة دراهم ويضمن قيمته يوم جنى وقيمة المدبر ثلثا قيمته كما تقدم، وهو إذا جنى جنايات أو جناية واحدة لا توجب إلا قيمة واحدة، ولو مات المدبر بعد الجناية بلا فصل ولم تنقص قيمته لم يسقط عن المولى شئ من قيمة العبد. ولو قتل مدبر رجلا خطأ وقيمته ألف ثم صارت قيمته ألفين فقتل آخر خطأ فالالف درهم للثاني وتحاصا في القيمة الاولى وهي ألف درهم، فلو دفع المولى القيمة للاول بغير قضاء غرم للثاني ألف درهم واتبع الاول في نصف القيمة، وإن دفع بقضاء لا يغرم شيئا اتفاقا. ولو قتل المدبر مولاه خطأ سعى في قيمته، ولو جنى مدبر بعد موت المولى ولم يخرج من الثلث سعى في قيمته كالمكاتب إذا قتل مولاه خطأ سعى في قيمته، وإن خرج من الثلث كانت على العاقلة اتفاقا. ومدبر ذمي في ذلك كله كمدبر مسلم، وكذا مدبر حربي مستأمن ما دام في دار الاسلام معه، فلو دبره في دار الاسلام ثم رجع به إلى دار الحرب فسبي عتق المدبر ولا يعزم ما جنى بعدما سبي ويعتق المدبر بموت المولى حكما كما يعتق بموته حقيقة. ولو جنى الحر على المدبر فهو كما لو جنى الحر على القن، فلو قتله فعلى عاقلته الدية، ولو قطع يده فعليه نصف قيمته. مدبر قتل رجلا خطأ فدفع المولى القيمة ثم قتل آخر خطأ فإن شاء الثاني تبع الاول بنصف القيمة، وإن شاء أخذ من المولى نصف القيمة ويرجع به المولى على الاول عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا يغرم المولى شيئا. مدبر حفر بئرا فمات فيها رجل فدفع المولى قيمته وهي ألف بقضاء ثم مات ولي الجناية وترك ألفا وعليه ألفان دينا لرجلين لكل ألف ووقع في البئر آخر فمات فالالف الذي تركه ولي الجناية الاولى يقسم بين الغرماء وبين ولي الجناية الثانية على خمسة أسهم للغرماء أربعة وله سهم لانه لما وقع في البئر ظهر أن نصف قيمة المدبر وذلك خمسمائة دين لولي الجناية الثانية على ولي الجناية الاولى فظهر أن القيمة مشتركة بينهما تقسم على ما ذكرناه. عبد لرجل شجه رجل موضحة ثم دبره ثم شجه موضحة أخرى ثم كاتبه ثم شجه موضحة ثالثة ثم أدى الكتابة فعتق ثم شجه موضحة رابعة فمات من ذلك فهاهنا حكم الشجاج وحكم النفس، أما حكم الشجاج فالاولى يضمن
***
[١٤٢]
الشاج نصف عشر قيمته وهو عبد صحيح، وأما حكم الشجة الثالثة فإنه يضمن نصف عشر قيمته وهو مدبر مكاتب مشجوج شجتين، وأما حكم الشجة الرابعة فإنه يضمن ثلث الدية ولا يضمن الارش، وأما حكم النفس فلا شئ على الشاج بسراية الشجة الاولى والثانية لان سرايتهما منقطعة عن الجناية بالعتق والكتابة ويضمن للشجة الثالثة ثلث قيمته وهو مدبر مكاتب مشجوج بأربع شجات ولا يضمن ثلث الدية وإن مات حرا لان ابتداء الشجة لاقى الكتابة، وإنما يضمن ثلث قيمته لاربعها لا الجناية الاولى والثانية حكمهما واحد والشجة الرابعة لاقته وهو حر وموجبها الدية فبان بهذا، واتضح أن النفس إنما تلفت معنى واعتبارا بثلاث جنايات ثلثها بالجناية الاولى وقد هدرت سرايتها وثلثها بالجناية الثالثة وسرايتها معتبرة فيضمن ثلث قيمته مشجوحا بأربع شجاج لان ثلاث شجاج منها ضمنها مرة فلا يضمن مرة أخرى، وما تلف بالشجة الرابعة يكون مضمونا على الشاج بالشجة الثالثة لانه مات وهو منقوص بأربع شجات، كذا في المحيط مع اختصار. وفي الذخيرة: أم الولد إذا جنت جناية خطأ فالجواب فيها كالجواب في المدبر على التفصيل المتقدم اه‍. قارحمه الله: (جنى

عبد خطأ دفعه بالجناية فيملكه أو فداه بأرشها) أي إذا جنى العبد خطأ فمولاه بالخيار إن شاء دفعه إلى ولي الجناية فإن دفعه ملكه ولي الجناية، وإن شاء فداه بأرشها. وقوله خطأ يحترز به من العمد وهذا التقييد إنما يفيد إذا كانت الجناية على النفس لانها إن كانت عمدا توجب القصاص، وأما إذا كانت على الاطراف لا يفيد التقييد به إذا لا يجري القصاص فيها بين العبيد وبين الاحرار والعبيد. وقال الشافعي رحمه الله: جناية العبد تتعلق برقبته يباع فيها إلا أن يقضى المولى الارش. وثمرة الخلاف تظهر في اتباع الجاني عنده وعندنا لا يتبع لا في حالة الرق ولا بعد الحرية، والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم، فعن ابن عباس مثل مذهبنا، وعن عمر وعلي مثل مذهبه، له أن الاصل في موجب الجناية أن يجب على الجاني لانه المتعدي قال الله تعالى * (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) * (البقرة: ١٩٤) إلا أن العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد فيجب في ذمته كما في الذمي ويتعلق برقبته ويباع فيه كما في الجناية على المال. ولنا أن المستحق بالجناية على النفوس نفس الجاني إذا أمكن إلا أن استحقاق النفس قد يكون بطريق الاتلاف عقوبة وقد يكون بطريق التملك والعبد من أهل أن يستحق نفسه بالطريقين فتصير نفسه مستحقة للمجني عليه صيانة عن الهدر إلا أن يختار المولى الفداء فيكون له ذلك لانه ليس فيه إبطال حق المجني عليه بل مقصود المجني يحصل بذلك بخلاف إتلاف المال فإنه لا يستحق به نفس الجاني أبدا، ولان الاصل في موجب الجناية خطأ أن يتباعد عن الجاني لكونه معذورا ولكون الخطأ مرفوعا شرعا ويتعلق بأقرب الناس إليه تخفيفا عن المخطئ وتوقيا عن الاجحاف إلا أن عاقلة العبد

***

[١٤٣]

مولاه لان العبد يستنصر به وباعتبار النصرة تتحمل العاقلة حتى تجب الدية على أهل الديوان فيجب ضمان جنايته على المولى بخلاف الذمي فإنهم لا يتناصرون فيما بينهم فلا عاقلة لهم فيجب في ذمته صيانة عن الهدر، وبخلاف الجناية على المال لان العاقلة لا تعقل المال إلا أن المولى يخير بين الدفع والفداء لانه واحد. واختلف في الموجب الاصلي قال التمرتاشي: الصحيح أن الاصل هو الدية أو الارش لكن للمولى أن يختار الدفع وفي إثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل فيخير لان التخيير مفيد. وقال غيره: الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الواجب بموت العبد الجاني قبل الاختيار لفوات محل الواجب، وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة عند أبي يوسف ومحمد فإن الواجب جزء من النصاب وله النقل إلى القيمة فكذا هذا بخلاف الجاني الحر في الخطأ حيث لا يبطل الموجب بموته لانه لا يتعلق به الواجب استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر. وإذا اختار الدفع يلزمه حالا لانه عين فلا يجوز التأجيل في الاعيان وإن كان مقدرا بغيره وهو المتلف ولهذا سمى فداء وأيهما اختار فعله فلا شئ لولي الجناية غيره. أما الدفع فلان حقه متعلق به فإذا خلى بينه وبين الرقبة سقط حق المطالبة عنه، وأما الفداء فلانه لا حق له إلا الارش، فإذا أوفاه حقه سلم العبد له، وكذا إذا اختار أحدهما ولم يفعل أو فعل ولم يخيره قولا سقط حق المولى في الآخر لان المقصود تعيين المحل حتى يتمكن من الاستيفاء والتعيين يحصل بالقول كما يحصل بالفعل بخلاف كفارة اليمين حيث لم تتعين إلا بالفعل لان المقصود في حقوق الله تعالى الفعل والمحل تابع لضرورة وجوده، ولا فرق بين أن يكون المولى قادرا على الارش أو لم يكن قادرا عند أبي حنيفة رحمه الله لانه اختار أصل حقهم فبطل حقهم في العبد لان ولاية التعيين للمولى لا للاولياء. وقالا: لا يصح اختياره الفداء إذا كان مفلسا إلا برضا الاولياء لان العبد صار حقا للاولياء حتى لا يضمنه المولى بالاتلاف فلا يملك إبطال حقهم إلا برضاهم أو بوصول البدل إليهم وهو الدية، وإن لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه بخلاف ما إذا مات بعد اختياره الفداء حيث لم يبراء المولى لتحول الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى. قال في المحيط: ولو جنى عبد على جماعة فدفع إليهم فكان مقسوما بينهم، وإن شاء المولى أمسكه وغرم الجنايات لان تعلق حق الاول لا يمنع تعلق حق الباقين وللمولى أن يفدي بعضهم ويدفع إلى بعض مقدار ما تعلق به حقه بخلاف ما لو قتل العبد رجلا خطأ وله وليان فاختار المولى الفداء لاحدهما أو الدفع إلا الآخر لم يكن له ذلك لان ثمة الحق متحد يجب للمقتول أولا ثم ينتقل إلى الورثة بطريق الخلافة عنه وهذا موجب الجناية المتحدة، وهنا الجنايات مختلفة وللمولى خيار الدفع أو الفداء فملك تعيين أحد الموجبين في كل جناية. ولو قتل إنسانا وفقأ عين آخر وقطع يده دفع العبد لان الاستحقاق بقدر الحق وحق المقتول في

***

[١٤٤]

كل العبد وحق المفقوأة عينه في نصفه، وكذلك المقطوع يده، وكذلك إذا شج ثلاثة شجاج مختلفة دفع إليهم وقسم بينهم بقدر جناياتهم. ولو جنى العبد جنايات فغصبه إنسان وجنى في يد الغاصب جنايات فمات في يده فالقيمة تقسم بين أصحاب الجنايات كما تقسم الرقبة ولا خيار للمولى فيه لان القسمة تعينت واجبا وهي أقل من أن يكون امساكها مفيدا وإن كان الفداء أكثر من القيمة. ولو قتل العبد الجاني عبد الرجل آخر فخير مولى العبد بين الدفع والفداء فإن فداه بقية المقتول قسمت القيمة بين أولياء الجناية الاولى على قدر حقوقهم لان القيمة قائمة مقامه، ولو دفعه إلى مولى المقتول خير مولى المقتول في المدفوع بين الدفع والفداء فإن فداه بقيمة المقتول قسمت القيمة بين أولياء الجناية الاولى على قدر حقوقهم لان الثاني قائم مقام الاول فكأنه هو، ولو كان حيا قائما يخير المولى فكذا فيمن قام مقامه. وكذا لو قطع عبد يد الجاني فدفع به خير مولى العبد المقطوع بين الدفع والفداء لان العبد الثاني قائم مقام الاول وكان حق ولي المقتول متعلقا بجميع أجزائه فيظهر حقه في بدل الجزء ولو لم يظهر حقه في بدل الكل. ولو اكتسب العبد الجاني أو ولدت الامة الجانية لم يدفع الكسب والولد معها لان الملك ثبت لمولى الجانية بالدفع لا قبله فكان الدفع تمليكا للعبد فإذا اقتصر الملك على حالة الدفع لم يظهر في حق الكسب والولد بخلاف الارش فإنه بدل الجزء فكان حق الدفع متعلقا بذلك الجزء فيظهر استحقاق الاصل في حق البدل أمة قطعت يد رجل ثم ولدت فقتلها الولد خير المولى فإن شاء دفع الولد، وإن شاء دفع فداه بالاقل من دية اليد ومن قيمة الام لان جناية المملوك على مملوك مولاه معتبرة إذا تعلق حق الغير به لان الحق بمنزلة الحقيقة في حق إيجاب الضمان وقد تعلق بالام حق المقطوعة يده فكانت جناية الولد عليها معتبرة قضاء لحق صاحب الحق. وأما الجاني على أطراف العبد قال أبو حنيفة: وكل شئ من الحر فيه الدية يجب في العبد القيمة وكل شئ من الحرفية نصف الدية ففيه من العبد نصف القيمة إلا إذا كانت قيمته عشرة ألاف وأكثر ينقص عشرة أو خمسة ففي رواية المبسوط والجامع أنه يجب أرش مقدر فيما دون النفس، وعندهما يقوم صحيحا ويقوم منقوصا بالجناية فيجب فضل ما بين القيمتين وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة، لهما أن ضمان أطراف العبيد ضمان أموال لان أطراف العبيد معتبرة بالاموال لانها خلقت حربا للنفس ولهذا لا يجب ضمانها على العاقلة وضمان الاموال مقدر بقدر النقصان. وله أن الاطراف من جملة النفوس حقيقة لان النفس مركبة من الاطراف وفي إتلافها إتلاف النفس وفي استكمالها كمال النفس لكن فيها معنى المالية باعتبار أنها خلقت لمانع النفس ومصالحها فيجب اعتبارها فلا يجوز اخلاء النفسية عن أطراف البعيد بالكلية، وباعتبار النفسية فيها يجب أن يكون بدلا مقدرا كالاطراف، وباعتبار معنى المالية فيها أوجبنا ضمانها على الجاني دون العاقلة لان النص ورد بإيجاب الضمان على

***

[١٤٥]

العاقلة في النفوس المطلقة ولم يوجد، فأما تقرير الضمان بما هو ملحق بالنفوس ملائم للاصل ألا ترى أن ضمان عين البقر والفرس مقدر بربع قيمته فصاالعبد أولى أن يكون مقدرا. ولو قطع رجل يد عبد قيمته ألف ثم بعد القطع صار ت قيمته ألفا كما كانت قبل القطع ثم قطع رجل آخر رجله من خلاف ثم مات منها ضمن الاول ستمائة وخمسة وعشرين والآخر سبعمائة وخمسين لان الاول قطع يده وقيمته ألف فغرم خمسمائة لان اليد من الآدمي نصفه وبقيت قيمة النصف الآخر خمسمائة، وإذا زادت خمسمائة أخرى صارت ألفا فهذه الزيادات لا تعتبر في حق قاطع اليد لانها لم تكن موجودة وقت القطع وإنما حدثت بعده فبقي في حق قاطع اليد قيمة الباقي خمسمائة، ثم قاطع الرجل أتلف النصف الباقي وذلك مائتان وخمسون بقيت مائتان وخمسون تلفت بسراية جنايتهما فيجب على قاطع اليد نصف ذلك وذلك مائة وخسمة وعشرون وقاطع الرجل حين قطع رجله كانت قيمة العبد ألفا ضمن نصفه وهو خمسمائة وبقي خمسمائة في حقه وقد تلفت بسراية جنايتين فضمن نصفه وذلك مائتان وخمسون يضم ذلك إلى خمسمائة فتصير سبعمائة وخمسين، ولو صار يساوي ألفين وهو أقطع فعلى قاطع الرجل ألف وخمسمائة لان الزيادة في حق قاطع اليد غير معتبرة فصار وجودها وعدمها بمنزلة فعليه ستمائة وخمسة وعشرون كما وصفنا، فأما قاطع الرجل بالقطع أتلف نصفه فضمن قيمته وهي ألف وألف تلف بسراية الجنايتين يغرم نصفه وهو خمسمائة فيضم خمسمائة إلى الالف فيكون ألفا وخمسمائة، وفي النوازل روى الحسن في المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله: رجل قطع أذن عبد أو أنفه أو حلق لحيته فلم تنبت فعليه ما نقصه، وروي محمد عن أبي حنيفة أن عليه للمولى قيمته تامة إن دفع إليه العبد. وجه رواية الحسن أن الفائت من العبد معتبر من حيث المالية وبفوات الجمال تقل رغبات الناس فتنتقص المالية فيضمن

النقصان. وجه رواية محمد أن ما يجب بتفويته من الحر كمال الدية فيجب بتفويته من العبد كمال القيمة في اليدين والرجلين لان دية أطراف العبد مقدرة لما بينا. رجل فقأ عيني عبد ثم قطع آخر يده كان على الفاقئ ما نقصه وعلى القاطع نصف قيمته مفقوء العينين استحسانا، والقياس أن لا شئ على الفاقئ على أصل أبي حنيفة لان عنده ليس للمولى إمساك المفقوء وتضمين النقصان وإنما له كمال القيمة وتمليك الجثة منه وبالقطع الطارئ على المفقوء امتنع تضمين القيمة فيقدر إيجاب الضمان عليه. وجه الاستحسان أن الجناية تقررت موجبة للضمان قبل القطع فلا يجوز تعطيل السبب عن الحكم وإهدار الجناية فيغرم النقصان صونا للذمة عن الهدر والبطلان. وروى الحسن عن أبي حنيفة في عبد قتل رجلا عمدا وله وليان فعفا أحدهما ثم قتل آخر خطأ فاختار الدفع فإنه يدفع أرباعا ثلاثة أرباعه لولي الخطأ وربعه لولي العمد الذي لم يعف وهو قولهما. وروي أبو يوسف عن أبي حنيفة يدفع إليهما أثلاثا ثلثاه لصاحب الخطأ وثلث لصاحب العمد.

***

[١٤٦]

وقال زفر رحمه الله: يدفع نصفه إلى ولي الخطأ وربعه إلى ولي العمد ويبقى ربعه للمولى. ولزفر رحمه الله أن حق الوليين متعلق بالعين وبعفو أحدهما سقط حقه وانتقل حق الآخر إلى الرقة أو الفداء في النصف وحق ولي الخطأ في الكل لانه لا يشاركه غيره فيه وحق الولي بالعفو عاد إلى الربع فيكون الربع له بقي ثلاثة أرباعه بينهما على قدر حقهما. وجه رواية الحسن أنه إذا عفا أحد ولي العمد ففي حق الآخر المزاحمة في الربع لانه تعلق حق ولي الخطأ بالنصف لا بالكل فبقي حق غير الفاقئ فيه الربع فانتقل إلى الرقبة أو الفداء فيكون الباقي بينهما أرباعا. وجه رواية أبي يوسف وهو الاصح أنه إذا عفا أحد ولي العمد بقي حق الآخر في النصف لاحقهما قد تعلق بالكل لان تعلق الاول لا يمنع تعلق الثانية إلا أن بالعفو فرغ نصف الرقبة عن حكم الجناية الاولى فبقي حق الاول متعلقا بالنصف وحق الثاني في الكل فيكون المدفوع بينهما أثلاثا. هشام عن محمد قال: مملوك قتل مملوكا لرجل خطأ ثم قتل أخا مولاه وليس لاخي مولاه وارث غيره فإنه يدفع نصف العبد كله إلى مولى العبد أو يفديه والنصف الباقي للمولى لان حق أخي المولى تعلق برقبة الجاني بعدما تعلق به حق المولى فتقع المزاحمة بينهما فيكون بينهما نصفين، وإذا انتقل النصف إلى المولى بالارث سقط بعد الوجوب لان المولى لا يستوجب على عبده شيئا فبقي حق الاول في النصف، فإن قتل أخا مولاه أولا ثم قتل مملوك رجل خطأ فإنه يدفع العبد كله إلى مولى العبد المقتول أو يفديه لانه لما انتقل الحق إلى المولى بالارث سقط عنه، وإذا جنى على الثاني ولا يزاحمه الاول فقد تعلق حق ولي الجناية الثانية من غير مزاحمة، وإن كان لاخي مولاه بنت وقد قتله العبد أولا فإنه يضمن ثلاثة أرباع العبد لمولى العبد المقتول وربعه للبنت لان حق ولي الجناية الثانية تعلق بالنصف وتعلق حق الوارثين بالنصف إلا أنه سقط حق المولى عن الربع وبقي حق البنت في الربع، فإن كانت الضربتان معا وليس له بنت فالعبد بينهما نصفان لان الجنايتين افترقتا فلم تصادف إحداهما محلا فارغا. قال أبو حنيفة: رجل فقأ عيني عبد فمات العبد من غير الفق ء فلا شئ على الفاقئ، وإن لم يمت ولكنه قتله إنسان لزم الفاقئ النقصان لان الضمان ضمان تفويت المالية والقتل تفويت المال والموت حكم المالية ولا يفوتها. وقال محمد رحمه الله: يضمن النقصان في الوجهين لان الجناية تحققت في الحالين فانعقدت موجبة للضمان. قال في الهداية: والمولى عاقلته. قال بعض الافاضل: ليس هذا مخالفا حيث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا اه. وأجيب بأن المراد المولى كالعاقلة اه. قال في العناية: لا يقضى على المولى بشئ حتى يبرأ المجني أو يتم أمره لان القضاء قبله قضاء بالمجهول وهولا يجوز. وفي المنتقي: إذا قتل العبد رجلا خطأ فقال المولى أفدي نصفه وأدفع نصفه فهذا اختيار منه للعبد وعليه دية كاملة. قال رحمه الله: (فإن فداه فجنى فهي كالاولى فإن جنى جنايتين دفعه بهما أفداه بأرشهما) لانه لما ظهر حكم الجناية الاولى بالفداء جعل كأنه لم يجن من قبل وهذه ابتداء

***

[١٤٧]

جناية، ولو جنى قبل أن تختار في الاولى شيي أو جنى جنايتين دفع دفعة واحدة، ولو جنايات قيل لمولاه إما أن تدفعه أو تفديه بأرش كل واحدة من الجنايات لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالمديون لاقوام أو لواحد ألا ترى أن ملك المولى لا يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه أولى أن لا يمنع بخلاف الرهن حيث لا يتعلق به حق غيره من الغرماء، والفرق أن الرهن إيفاء واستيفاء

حكما فصار كالاستيفاء حقيقة، فأما الجناية فليس فيها إلا تعلق الحق لولي الاولى وذلك لا يمنع تعلق حق آخر به ثم إذا دفعه إليهم اقتسموه على قدر حقوقهم وحق كل واحد منهم أرش جنايته. قال رحمه الله: (فإن أعتقه غير عالم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن الارش) يعين لو أعتق الجاني ولم يعلم بها ضمن الاقل من القيمة ومن الارش، وإذا جرح العبد رجلا فاختار المولى الفداء ثم مات المجروح خير مرة أخرى عند محمد استحسانا، وعند أبي يوسف عليه الدية ولا يخير قياسا. وهي من المسائل التي رجع فيها أبو يوسف رحمه الله من الاستحسان إلى القياس، ولو أعتقه وهو يعلم ثم مات المجروح كان مختارا للدية إن كان خطأ وجه القياس أنه اختار أرش الجراحة فيكون اختيارا لارشها، ما يحدث ويتولد عنها كالعفو عن الجراحة ويكون عفوا عنها وعما يحدث منها لان السراية لا تنفك عن الجناية فيكون اختيار الاصل اختيارا للتبع المتولد منه ضرورة لانه صار قاتلا بتلك الجراحة فظهر أنه اختار إمساك العبد بعد القتل وهو عالم بالقتل كما لو أعتق العبد بعد الجراحة. وجه الاستحسان أن المولى إنما اختار إمساك العبد بمال قليل على حساب أن الجراحة لا تسري فبعد الموت لو لزمه لزمه حكم الاختيار بمال كثير وهو دية واختيار الانسان إمساك العبد بمال قليل لا يكون اختيارا منه بأداء مال كثير لانه غير راض به، فلو لزمه تضرر به فوجب أن لا يلزمه حكم الاختيار بالدية بخلاف ما لو أعتقه بعد الجراحة ثم مات لانه لم ينص على اختيار العبد بمال قليل بل اختار إمساك العبد مطلقا. قتل عبد رجلا عمدا وله ولي واحد فطلب الفداء فاختار المولى الفداء عن نصف العبد يصير مختارا للفداء عن الكل لان في التفريق ضررا عليه فلا يتمكن المولى من ذلك فصار مختارا للفداء عن الكل ضرورة، وإن كان له وليان فاختار الفداء في نصيب أحدهما يصير مختارا للفداء في حق الآخر في عامة الروايات لان المستحق لموجب الجناية هو الميت لان الجناية وردت على حقه وأمكن إثبات الملك لموجب الجناية لان بعد الموت تبقى التركة على حكم الملك، ولهذا لا تنفذ وصاياه وتقضى منها ديونه فوقع الملك للميت أولا ثم انتقل إلى الوارث وكان المستحق لموجب الجناية هذا فيصير مختارا للفداء من الكل ضرورة. وفي رواية كتاب الدر لا يصير مختارا لان الملك في موجب الجناية يثبت للمولى ابتداء لا الميت ليس بأهل للملك فكان المستحق للجناية اثنين فالتفريق لا يلتحق
***

[١٤٨]

بأحدهما ضرر لم يكن مستحقا عليه. وفي قتل الخطأ لو كان الولي واحدا فاختار الفداء في النصف يكون اختيارا للفداء في حق الآخر ما دام العبد قائما لان حقهما ثبت في العبد متفرقا مشتركا. وإذا مات العبد قبل أن يدفع النصف إلى الآخر يصير مختارا للفداء لان الحق ثبت للمقتول، ولو صالح أحدهما على نصف العبد خير المولى والولي المدفوع إليه بين أن يدفعا نصف العبد إلى الثاني أو يفديا لان الجناية انقلبت مالا والعبد في ملكهما فيعتبر بما لو لو جنى جناية خطأ والعبد ملكهما يخير بين الدفع والفداء فكذا هذا لان العبد فرغ من نصف الجناية بالصلح وبقي مشغولا بالنصف فثبت لهما الخيار في النصف. وإن صالح أحدهما عن جميع العبد قيل للشريك ادفع نصفه إلى أخيك أو أفده لانه انتقل الملك إليه ونصفه مشغول بالجناية، ولو قتلت أمة رجلا عمدا وله وليان فصالح المولى أحدهما على ولدها صار مختارا للفداء في نصيب الآخر فيفديه بنصف الدية. وذكر في كتاب الدرر لا يصير مختارا للفداء. ولو صالح أحدهما في ثلث الامة كان الثاني له خيار أن يدفعه أو يفديه. وفي الجامع والدرر: لا يكون منه اختيارا. وجه هذه الرواية أنه سوى بين الدفع والفداء في البعض وذلك لان الملك يقع للميت أولا ثم ينتقل إلى الوارث لما بينا فكان ملك الميت أصلا وملك الوارث بناء عليه فيكون المستحق للجناية واحدا، فاختيار الدفع والفداء في البعض يكون اختيارا في الكل لئلا يتفرق الملك على المستحق. وجه رواية الصلح وهو الفرق بين الدفع والفداء أن الانسان قد يضطر إلى أن يخرج بعض العبد عن ملكه لكي يعيد الزائل إلى ملكه في الثاني، وإذا وجد ثمن فلا يكون اختيار دفع النصف اختيار دفع النصف الآخر دلالة، فأما اختيار بعض الفداء يدل على اختيار إمساك الامة في ملكه لرغبة لامساكها المنافع تحصل له منها لا تحصل له من غيرها وتلك المنافع تحصل من كلها لا من بعضها، فاختيار إمساك الامة يدل على اختيار الفداء ضرورة اختيار الصلح أن يقول المولى اخترت الفداء أو الدلالة كما لو تصرف فيه بالبيع أو بالهبة أو بالصدقة أو بالعتق أو بالتدبير أو بالكتابة أو بعيب كفقء العين والجراحة وقطع اليد. وأما في الرهن والاجارة والنكاح كما لو تزوج منه امرأة وكانت أمة فتزوجها فهذا لا يكون اختيارا في ظاهر الرواية. وذكر الطحاوي أنه يصير مختارا. ولو أن العبد ما ت قبل أن يختار المولى شيئا بطلت الجناية عمدا كانت أو خطأ ولا يؤخذ المولى بشئ، فإن لم يمت ولكن قتله مولاه فإنه يصير مختارا للارش، فإن لم يقتله مولاه ولكن

أجنبي، فإن كان عمدا بطلت الجناية وللمولى أن يقتص، وإن كان خطأ يأخذ القيمة ثم يدفع تلك القيمة إلى أولياء الجناية حتى لو تصرف في تلك القيمة لا يصير مختارا للارش. وكذلك لو قتله عبد نخير الولي بين الدفع والفداء ويدفع إلى ولى الجناية، ولو دفع العبد إلى مولى العبد المقتول قام مقامه لحما ودما كأنه هو فيخير المولى بالفداء حتى لو تصرف في العبد المدفوع بالبيع أو بالعتق أو نحوه فإنه يصير مختارا للفداء،

***

[١٤٩]

ولو لم يقتله عبد الاجنبي ولكنه قتله عبد آخر لمولاه فإنه يخير المولى بين الدفع والفداء بقيمة العبد المقتول فإن دفعه العبد إليسلم لهم، وإن اختار الفداء يفدى بقيمة العبد المقتول. ولو قطع الاجنبي يد هذا وفقا عينه أو جراحة فيخير العبد الاجنبي، فإن دفع أو فداه بالارش فإنه يقال لمولى العبد المفقوءة عينه ادفع عبدك هذا إلى ولي الجناية أو افده، وقيد الضمان في العتق يكون للقتل خطأ لانه لو كان عمدا فأعتق لا يلزمه شئ، ولو كان العبد قتل رجلا عمدا ووجب القصاص فأعتقه مولاه فلا يلزم المولى شئ، ولو كان للمقتول ولدان فعفا أحدهما بطل حقه وانقلب نصيب الآخر مالا فله أن يستسعى العبد في نصف قيمته ولا يجب على المولى نصف القيمة. هذا إذا جنى فقط، فلو جنى وأتلف مالا قال: ولو كان العبد استهلك مالا فوجب عليه وقتل آخر خطأ فحضر أصحاب الديون وأولياء الجناية معا فإنه يخير المولى بين الدفع والفداء، فإن ظهرت رقبة العبد عن الجناية فبعد ذلك يباع في الدين إلا إذا قضى السيد الدين، وإن اختار الدفع دفعه إلى أولياء الجناية ثم يتبعونه في دينهم. وإن حضر أصحاب الديون أولا فباع المولى العبد في دينهم بغير أمر القاضي فإنه ينظر، إن كان عالما بالجناية صار مختارا للفداء، وإن كان غير عالم بالجناية يلزمه الاقل من قيمته ومن الدين. وإن كان الدفع للقاضي فإن كان القاضي غير عالم بالجناية فباع العبد في الدين لم تبطل الجناية، وإن كان القاضي يعلم بالجناية فباعه في الدين بطلت الجناية. وفي الذخيرة وفي الاصل: إذا جنى جناية وخير المولى بين الدفع والفداء فاختار نصف العبد واختار الفداء في نصفه الآخر فهذه المسألة على وجوه: أحدها أن يكون ولي الجناية واحدا بأن قتل العبد رجلا خطأ وله ولد واحد والقتل خطأ، وفي هذا الوجه إذا اختار المولى الفداء في نصف العبد يصير مختارا للفداء في الكل لذلك، وإذا اختار نصف العبد يصير مختارا لدفع الكل وهذا باتفاق الروايات. والثاني أن يكون المقتول اثنين بأن قتل العبد رجلين خطأ ولكل واحد منهما ابن واختار المولى الفداء في أحدهما أو الدفع فإنه يبقى على اختياره في حق الآخر وهذا باتفاق الروايات أيضا. الثالث إذا كان المقتول واحدا وله وليان فاختار المولى الفداء في حق الآخر ففي عامة الروايات يكون مختارا للفداء، وفي كتاب الدرر لا يكون مختارا للفداء، والاصل في هذه المسألة أن المولى متى أحدث في العبد تصرفا يعجزه عن الدفع وهو غير عالم بالجناية يصير مختارا، وإذا أحدث تصرفا لا يعجزه عن الدفع لا يصير مختارا. وإن كان عالما بالجناية، فإذا ثبت هذا الاصل فنقول الاعتاق تصرف يعجزه عن الدفع لان إعتاقه نافذ وبعد العتق لا يمكنه الدفع فإذا أعتق مع العلم بالجناية يكون مختارا للفداء، ولو كانت أمة فوطئها فهذا ليس باختيار للفداء عند علمائنا الثلاثة. وقال زفر رحمه الله: يكون مختارا للفداء. وكذلك إذا تزوجها لا يكون مختارا للفداء. وفي الظهيرية: إلا إذا أحبلها. وفي التهذيب: ولو كانت أمة فتزوجها لا يصير مختارا للفداء، وكذلك إذا وطئها لا يكون مختارا للفداء إلا إذا كانت بكرا أو علقت.

***

[١٥٠]

وذكر في المنتفي عن أبي يوسف في مسألة الوطئ ثلاث روايات: قال في رواية الوطئ لا يكون مختارا للفداء وإن كانت الجارية بكرا وهذه روياة هشام، وفي رواية الحسن عن أبي مالك إن كان الوطئ نقصها فهو اختيار للفداء، وإن لم ينقصها فليس باختيار وبه كان يقول أبو حنيفة. وعن أبي يوسف رواية أخرى أن الوطئ اختيار للفداء على كل حال. وفي الذخيرة وذكر في عتاق الاصل أنه يكون اختيارا للفداء فإن استخدمها لا يكون اختيارا للفداء. وفي السغناقي: حتى لو عطبت في الخدمة لا ضمان عليه، وكذا لو كان عليه دين فاستخدمه المولى لم يضمن الفداء. وفي السراجية: المولى إذا أذن العبد الجاني في التجارة ولحقه دين لم يصيره مختارا للفداء. وفيه أيضا: عبد قتل حرا خطأ ثم قتله رجل آخر خطأ فأخذ المولى قيمته من قاتله لم يكن مختارا ويضمن مثلها لمولى الحر. السغناقي: ولو ضربه ضربا أثر فيه الضرب حتي صار مهزولا وقلت قيمته ببقاء أثر الضرب فهو مختار إذا كان عالما بالجناية، وإذا ضربه وهو غير عالم بالجناية كان عليه الاقل من قيمته ومن أرش الجناية إلا أن يرضى ولي الدم أن يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى. ولو ضرب المولى عنيه

فابيضت وهو غير عالم به ثم ذهب البياض لا يكون مختارا للفداء بل يدفع ويفدي، ولو خوصم في حالة البياض فضمنه القاضي الدية ثم زال البياض فالقضاء نافذ فلا يرد. وأطلق في العتق والضمان فشمل ما إذا أعتقه بإذن ولي المجني عليه أو لا. وفي نوادر ابن سماعة: إذا أعتقه المولى بإذن ولي الجناية فهو اختيار للفداء وعليه الدية. وفي الاملاء عن محمد رحمه الله: إن إجازة بيع العبد بعد جنايته في يده ليس باختيار للفداء في قول أبي يوسف ومحمد ويقال للمشتري ادفع أو رد. وفي التجريد: وأطلق في العتق فشمل ما إذا أعتق أو أمر به قال: ولو أمر المولى المجني عليه بإعتاقه فأعتقه صار المولى مختارا. عبد بين رجلين جنى جنايتين فشهد أحد الموليين على صاحبه أنه أعتقه لم تجز شهادته عليه ولو بالغا حين شهد بهذا فعليه نصف الدية وعلى الآخر نصف القيمة. وفيه: رجل ورث عبدا أو اشتراه فجنى جناية وزعم المولى بعد جنايته أن الذي باعه إياه كان أعتقه قبل البيع أو أن أباه كان أعتقه فإنه مختار للفداء بهذا القول. وفي الجامع الصغير: إذا قال لعبده إذا قتلت فلانا أو أدميته أو شججته أو ضربته فأنت حر يصير مختارا للفداء. وفي الكافي: يكون على المولى دية القتيل عند علمائنا الثلاثة. وفي الكافي وقال زفر: لا يصير مختارا للفداء وعليه قيمة العبد. قال الشيخ الامام خواهر زاده: هذا إذا علق العتق بضرب يوجب الضمان حتى يكون المولى يخير بين الدفع والفداء، وأما إذا علق العتق بضرب يوجب القصاص بأن قال إن ضربت فلانا بالسيف فأنت حرفإنه لا يلزم المولى شئ لا القيمة ولا الفداء. وفيه: رجل أذن لعبده في التجارة فلحقه دين ألف درهم وقيمته ألف وجنى جناية فأعتقه المولى وهو لا يعلم فإن عليه قيمتين. قتل العبد المرهون رجلا خطأ وقيمته مثل الدين فللمرتهن أن يفدي

***

[١٥١]

وليس له أن يدفع، فإن قال لا أفدي كان للراهن أن يدفع بالجناية، فإن أعتقه كان مختارا للفداء. وفي الكافي: ولو أقر مولى الجناية بعد العلم بالجناية أن العبد لهذا فهو اختيار للفداء عند زفر، وعندنا لا يكون مختارا. وفي السغناقي: ولو أن عبدافي يد رجل جنى جناية فقال ولي الجناية هو عبدك وقال الرجل هو وديعة عندي لفلا أو عارية أو إجارة أو رهن، فإن أقام على ذلك بينة أجزت الامر فيه، وإن لم يقم خوطب بالدفع أو الفداء. وقال زفر: مختار الدية بمجرد قوله إنه لفلان فإن فداثم قدم الغائب أخذه عبده بغير شئ، وإن كان دفعه فالغائب بالخيار إن شاء أمضذلك، وإن شاء أخذ العبد ودفع الارش. وفي المنتقي: عبد قتل قتيلا وقامت علية البينة بذلك ثم أقر المولى أنه قتل قتيلا آخر فإنه يؤمر بدفعه إليهما نصفين ثم يضمن نصف قيمته لصاحب البينة. الحسن بن زياد عن أبي يوسف: رجل أقر أن عبده قتل رجلا خطأ ثم أقر عليه أيضا برجل آخر أنه قتله خطأ يقال للمولى ادفع عبدك للاول خاصة أو افده، فإن دفعه فلا شئ للآخر، وإن فداه من الاول قيل له ادفع إلى الآخر نصيبه أو افده بنصف الدية. وروي ابن مالك أنه يقال للمولى ادفعه إليهما نصفين، فإن دفعه غرم الاول نصف قيمته، وإن قال أنا أفديه من الآخر دفعه كله إلى الاول، فإن قال أفديه من الاول دفع نصفه إلى الآخر وهو قول زفر. وذكر العباس بن الوليد عنه أنه إذا دفع نصفه إلى الثاني فهو مختار الدية من الاول. رجل في يديه عبد لا يدري أنه له أن لغيره لم يدع صاحب اليد أنه له ولم يسمع من العبد إقراره أنه عبد صاحب اليد إلا أنه يقر بأنه عبد فجنى هذا العبد جناية وثبت ذلك بالبينة أو بإقرار صاحب اليد ثم إن صاحب اليد أقر أنه عبد رجل وصدقه المقر له بذلك وكذبه في الجناية، فإن كانت الجناية بينة قيل للمقر له ادفع أو افده، وإن كانت الجناية بإقرار الذي كان العبد في يده أخذ المقر له العبد وبطلت الجناية ولم يكن على المقر من الجناية شئ. وفيه أيضا: عبد قطع يد رجل خطأ فبرأت فدفعه مولاه بجنايته ثم انتقض الجرح فمات منه قال يدفع قيمة عبده. وفي العيون الحسن بن زياد عن أبي حنيفة في عبد قطع أصبع رجل خطأ ففداه المولى بألف ثم مات المقطوع أصبعه كان ذلك الفداء باطلا وكان عليه تمام الدية إن كان الفداء بغير قضاء القاضي، وصار بمنزلة من أعتق وهو يعلم. وفي الكافي: رجل قطع يد رجل عمدا فصالح المقطوعة يده على عبد ودفع إليه فأعتقه المقطوع يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية، وإن لم يعتقه رد على مولاه، وقيل للاولياء إما أن تقتلوه وأما أن تعفوا. وفي النوادر: عبد جنى فأقر ابن السيد أنه حر فمات السيد فورثه هذا الابن فهو حر وعلى الابن الدية. جارية جنت وهي حامل فأعتق السيد ما في بطنها وهو يعلم بالجناية صار مختارا قبل أن تضع ولو لم يكن عالمة بالجناية، فإن حضر الطالب قبل الوضع خير إن شاء ضمن المولى قيمتها حاملا، وإن شاء أخذها حاملا بجنايتها وكان ولدها حرا، وإن

حضر بعد ما ولدت

***

[١٥٢]

خير المولى إن شاء دفع، وإن شاء فدى ولا سبيل على الولد. وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا أعتق الرجل ما في بطن جاريته ثم جنت جناية فدفعها بالجناية جاز. وفي العيون أيضا: باع جارية فولدت عند المشتري لاقل من ستة أشهر فجنى على الولد ثم ادعاه البائع وهو يعلم بالجناية فعليه الدية لاصحاب الجناية في قول أبي يوسف. وقال زفر رحمه الله تعالى: عليه القيمة دون الدية والفتوى على قول أبي يوسف. وفيه أيضا: جارية بين رجلين فولدت ولدها، فإن ادعاه أحدهما وهو عالم بالجناية قال أبو يوسف: الدية عليه، وإن لم يعلم قال زفر: إذا علم فعليه نصف القيمة. وفي العيون: جارية بين رجلين جاءت بولد فجنى الولد جناية فادعاه أحدهما، فإن علم بالجناية فعليه نصف الدية، وإن لم يعلم فعليه نصف القيمة، وهذا قول. وقال أبو يوسف: عليه نصف الدية علم أو لم يعلم. قال لعبديه أحد كما حر ثم جنى أحدهما ثم صرف المولى العتق إليه قال أبو يوسف: إن علم بالجناية فعليه الدية. وقال زفر: عليه القيمة. وفي الظهيرية: ولو جنى كل واحد منهما بعد الايجاب ثم بين العتق في أحدهما عتق ولزمه الاقل من قيمته ومن الدية وبقي الآخر ملكا له يقال ادفعه أو افده بالدية ولا يصير مختارا للفداء ولكن لو كانت جناية أحدهما قطع يد رجل وجناية الآخر نفس لا يختلف الجواب. وفي التجريد قال أبو يوسف: إذا غصب رجل عبدا فقتل عنده قتيلا خطأ ورده على مولاه فقتل عنده قتيلا ودفعه المولى بالجنايتين رجع الولي على الغاصب بنصف القيمة وذفع إلى ولي الجناية الاولى ثم برجع به على الغاصب فيسلم له. وقال محمد وزفر: يأخذ نصف القيمة فيسلم له ولا يدفعها إلى ولى الجناية. عبد جنى فأوصى المولى بعتقه في مرضه فأعتقه الوارث أو الوصي، فإن الوصي عالما بالجناية فعليه الدية قدر قيمته من جميع المال والزيادة من الثلث، وإن لم يكن عالما بها تجب القيمة في ما الميت في قول زفر، ولم يذكر أن الذي أعتق هل يضمن وماذا يضمن. وقال أبو يوسف: إن علم الذي أعتقه بالجناية فعليه الدية. قال الفقيه أبو الليث: أن يكون هذا قول أبي يوسف الاول أما على قياس قوله الآخر ينبغي أن يكون قوله مثل قول زفر كما قال في آخر كتاب البيوع: لو اشترى عبدا ولم ينقد الثمن حتى وكل وكيلا بعتقه فأعتقه الوكيل لا ضمان على الوكيل في قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد. وهكذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله. هذا إذا كانت الوصية بالعتق بعد ما جنى، أما إذا أوصى بعتقه قبل الجناية ثم جنى فمات الموصي فأعتقه الوصي وهو يعلم بالجناية فهو ضامن للجناية، وإن لم يعلم فهو ضامن من القيمة ولا يرجع على الورثة. إذا وكل رجلين بعتق عبده ثم إن العبد جنى جناية ثم أعتقه الوكيل وهو يعلم بالجناية فالمولى ضامن لقيمة العبد إن لم يكن عالما بالجناية. وفي المنتقي وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: إذا أوصى بعتق عبده ثم مات وقد كان أوصى إلى رجل فجنى العبد جناية بعد موت الموصي ثم أعتقه الوصي وهو يعلم بالجناية فهو مختار الدية في ماله، وإن لم يعلم فعليه القيمة. وفي الظهيرية:

***

[١٥٣]

ولو قال لعبديه وقيمة كل واحد منهما ألف أحدكما حر ثم قتل أحدهما إنسانا خطأ ثم مات المولى قبل البيان وهو عالم بالجناية عتق من كل واحد منهما سش نصفه ويسعى في نصف قيمته ويجب على المولى قيمة العبد الجاني فيستوفي من جميع تركته ولا يصير مختارا للفداء بالموت من غير بيان واحد من العبدين. وفي التجريد: ولو قتل العبد المغصوب في يد الغاصب ومات وقد كان جنى قبل الغصب جنايات فالقيمة لاصحاب الجنايات ولا خيار للمولى في ذلك ولا يجوز إقرار العبد المأذون والمحجور عليه بالجناية ولا يسعى بعد العتق، ولو أقر بعد العتق أنه كان جنى في حالة الرق لم يلزمه شئ، ولو قتل العبد قتيلا خطأ ثم قطعت يد العبد ثم آخر خطأ فارش يده يسلم لاولياء الجناية الاولى ثم يدفعه العبد فيكون بين ولي الجنايتين، ولو اختلف المولى. وولي الجناية فادعى المولى أن قتل كان قبل الجناية وادعى ولي الجناية أنه كان بعدها فالقول قول الولي. ولو شج انسانا موضحة وقيمته ألف ثم قال قتل آخر وقيمته ألفان فإن المولى يدفع بينهما على أحد وعشرين سهما لصاحب الموضحة سهم، وعشرون لولي القتيل. وكذلك لو كان عمي بعد القتل قبل الشجة وما يحدث من الزيادة والنقصان فهو على الشركة. وفي العيون: إذا أوصى بعتق عبد له فجنى العبد جناية أرشادهم فقالت الورثة بعد موت الموصى لانفدي فلهم ذلك. فإذا تركوا الفداء يدفع بالجناية وتبطل بالوصية إلا أن يؤدي العبد من غير ما اكتسبه بأن يقول للانسان أدعني

درهما ففعل يصح ويصير ذلك الدرهم دينا على العبد يطالب به إذا اعتق. قال رحمه الله: (ولو عالما بها لزمه الارش كبيعه وتعليق عتقه بقتل فلان ورميه وشجه إن فعل ذلك) يعني أعتق عبده عالما بالجناية صار مختارا للفداء بهذا العتق لان الاعتاق يمنع من الدفع فلاقدام عليه اختيار، فإذا أعتقه وهو يعلم بالجناية صار مختارا للفداء لما قلنا وهو المراد بقوله كبيعه يعني لو باعه عالما بالجناية وعلى هذين الوجهين الهبة والتدبير والاستيلاد لان كل واحد منهما يمنع من الدفع لزوال الملك والتمليك به بخلاف الاقرار لغيره بالعبد الجاني على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه وليس فيه نقل الملك لان الاقرار ليس بتمليك من جهة المقر وإنما إظهار الحق فيحتمل أن لم يكون صادقا بذلك، فإذا لم يصر مختارا لا يلزمه الفداء وتندفع الخصومة عنه إن أقام بينة أنه للمقر له، وإن لم تقم فيقال له إما أن تفديه أو تدفعه، فإن فداه صار متطوعا بالفداء حتى لا يرجع به على المقر له إذا حضر وصدقه أنه له، وإن دفعه كان المقر له بالخيار إذا حضر إن شاء أجاز دفعه، وإن شاء فداه. ولا فرق في هذا المعنى بين أن تكون الجناية في النفس أو في الاطراف لان الكل موجب للفداء فلا يختلف، وكذا لا فرق في البيع بين أن يكون بتا وبين أن يكون فيه خيار المشتري لان الكل يزيل الملك بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ثم نقضه أو العرض على البيع لان الملكم يزل به، ولا يقال المشتري بالخيار إذا باع بشرط الخيار له يصير مختارا للاجازة به فوجب هنا أن يكون مختارا للفداء لانا نقول: لو لم يكن المشتري
***
[١٥٤]
مختارا للزم منه ملك غيره وهنا لا يلزم، ولانه يلزم في البيع بيع الغرر هنا لا يلزم. ولو باعه بيعا فاسدا لم يصير مختارا للفداء حتى يسلمه لان الملك لا يزول إلا به بخلاف الكتابة الفاسدة حيث يكون مختارا للفداء بها لان حكم الكتابة تعلق العتق بأداء المال وفك الحجر عن العبد في الحال وهو ثابت بنفس الكتابة ولا كذلك البيع الفاسد لان حكمه وهو الملك لا يثبت إلا بالقبض. ولو كانت الكتابة صحيحة ثم عجز كان له أن يدفعه بالجناية، فإن كان ذلك قبل أن يقضي عليه بالقيمة وبعدها لا يدفعه لتقرر القيمة بالقضاء. ولو باعه من المجني عليه كان مختار للفداء بخلاف ما إذا وهبه منه لان المستحق له أخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرنا لان فعل المأمور به ينتقل إلى الآمر. ولو ضربه فنقصه كان مختارا بعد العلم لانه جنس جزء منه، فإن أزال النقصان قبل القضاء بالقيمة كان له أن يدفعه بها الزوال المانع من الدفع قبل استقرار القيمة ويصير مختارا بالاجارة والرهن في رواية كتا ب الاعتاق لانهما الازمان فيكون محدثا فيه ما يعجز عن الدفع والاظهر أنه لا يصير مختاربهما للفداء لانه لم يعجزه عن الدفع لان له أن يفسخ الاجازة والرهن لحق المجني لتعلق حقه بعين العبد سابقا على حقهما فيفسخان صونا لحقه عن البطلان، وكذا يصير مختارا بالاذن في التجارة وإن ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقض الرقبة إلا أن لمولى الجناية أن يمتنع من القبول لان الدين لحقه من جهة المولى بعدما تعلق به حقه فلزم المولى قيمته. ولو جنى جنايتين فعلم بأحدهما دون الاخرى وتصرف به تصرفا يصير به تصرفا مختارا للفداء فيما علم، وفيما لا يعلم يلزمه حصته من قيمة العبد. وقوله كبيعه وتعليق عتقه بقتل فلان أو رمية وشجه إن فعل ذلك أي يصير مختارا ببيعه بعد العلم بها وبتعليق عتقه بما ذكرنا من القتل والرمي والشج يصير مختارا كما يصير مختارا بالاعتاق بعد الاعلام بها، وإنما يصير مختارا بالتعليق عند علمائنا الثلاثة. وقال زفر: لا يصير مختارا كما لا يصير مختارا بالاعتاق بعد الاعلام بها وإنما يصير مختارا بما ذكرنا لان أوان تكلمه به لا جناية من العبد ولا علم للمولى بما سيؤجد بعد وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث بذلك في يمينه فكذا هذا ولنا أنه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز عنده فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية ألا ترى أن من قال لامرأته إذا دخلت الدار فوالله لا أقربك أربعة أشهر يصير ابتداء إلا يلاء من وقت الدخول، وكذا إن قال لها إذا مرضت فأنت طالق ثلاثا ومات من ذلك يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد الدخول ووجود المرض بخلاف ما أورده لان غرضه طلاق أو عتاق يمكنه الامتناع عنه فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه، ولانه حرصه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي إلى القتل، والظاهر أنه يفعله وهذا
***
[١٥٥]

دلالة الاختيار. هذا إذا علقه بجناية توجب المال كالخطأ وشبه العمد، وإن علقه بجناية توجب القصاص بأن قال له إن ضربته بالسيف فأنت حر فلا يجب على المولى شئ بالاتفاق لانه لا فرق بين العبد والحر في القصا ص فلم يكن المولى مفوتا حق ولي الجناية بالعتق. وبكل قتل تجب الكفارة فيه يصير المولى مختارا كالقتل بالمباشرة، وإن لم تجب الكفارة فيه لا يصير مختارا وهو القتل تسببا كما لو وقع في بئر حفرها المولى لان القتل تسببا ليس بقتل حقيقة لان القتل فعل في الحر ويؤثر في إزهاق الروح والتسبب ليس بفعل في الحر لانه لم يوصل إلا إلى الدية ولهذا لم يجب القصاص ولا يحرم الارث فلم يصر مستملكا للعبد وبالقتل مباشرة صار مستدعيا للعمد في كل موضع صار متلفا للعبد يضمن الفداء لما بينا. ولو أخبره عبده بالجناية فاعتقه المولى وقال لم أصدقه فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يضمن ما لم يخبره رجل حر عدل، وعندهما يضمن الدية وإن كان المخبر فاسقا أو كافرا وقد مرت في الوكالة والشفعة. ولو به لغيره فهو على قسمين: إما أن أقر بالجناية أولا ثم بالملك أو على عكسه، وكل قسم لا يخلوا إما أن كان الملك في العبد معروفا للمقر أو كان مجهولا. أما القسم الاول لو أقربا بالجناية ثم بالملك لغيره والملك في العبد معروف للمقر، فإن صدقة المقر له في الملك والجناية جميعا يقال للمقر له ادفع العبد أو فده لانه صح الاقرار لان حق المجني عليه لا يمنع نفوذ تصرف المولى لان حقه في الدافع أو الفداء وهو باق بعد الاقرار والثابت بالاقرار كالثابت بالبينة العادلة، ومتى ظهر الملك للمقر له بالاقرار ظهر أن الجناية صدرت من ملكه وإن كان كذبه فيها لا يكون المقر مختارا للفداء خلافا لزفر، له أن صحة الاقرار لا تتوقف على تصديق المقر له، ولهذا لو مات المقر قبل التصديق يصير المقربه ميراثا لورثته فقد زال العبد عن ملكه بنفس الاقرار وهو عالم بالجناية فيصير مختارا. ولنا أن صحة الاقرار لا توجب على التصديق والبطلان يتوقف على التكذيب وإذا اتصل به التكذيب بطل من الاصل، فلو صدقه في الملك وكذبه في الجناية صار المقر مختارا للفداء لان الاقرار بالجناية على العبد صادف ملكه في العبد فصح، ثم إذا أقر بالملك لغيره وصدقه المقر له صار مزيلا للعبد عن ملكه فصار كما لو باعه أو وهبه. وأما القسم الثاني لو أقر بالملك أولا ثم بالجناية إن صدقه فيهما فالخصم هو المقر له، وإن كذبه فيهما فالخصم هو المقر، وإن صدقه في الملك وكذبه في الجناية هدرت الجناية لانه لما صدقه المقر في الملك ظهر أن اقراره بجناية العبد صادق فلا يصح إقراره بالجناية متى كذبه المقر له فلم تثبت الجناية، وكذلك إن كان العبد مجهولا لا يدري أنه للمقر أم لغيره فأقر بالجناية أولا ثم بالملك أو بالملك أولا ثم بالجناية لان الملك ثابت للمقر بظاهر اليد لا يستند إلى دليل، والملك الثابت بظاهر اليد لا يصلح حجة للاستحقاق واختيار الفداء فلم يصر مختارا للفداء بخلاف ما لو كان الملك ك له معروفا لان ملكه ثابت مستند إلى دليل سوى ظاهر اليد فصلح حجة لاثبات ما لم يكن، ولو قال كنت بعته من فلان قبل الجناية وصدقه فلان يخير المشتري بين الدفع والفداء لانه ثبت الملك بتصادقهما.

***

[١٥٦]

قال رحمه الله: (عبد قطع يد حر عمدا ودفع إليه فحرره فمات من اليد فالعبد صلح بالجناية وإن لم يحرره رد على سيده ويقاد) لانه إذا لم يعتقه وسرى ظهر أن الصلح كان باطلا لان الصلح وقع على المال وهو العبد عن دية اليد لان القصاص لا يجري بين الحر والعبد في الاطراف وبالسراية ظهر أن دية اليد غير واجبة وأن الواجب هو القود فصار الصلح باطلا لان الصلح لا بد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال ولم يوجد فبطل الصلح والباطل لا يورث شبهة كما لو وط مطلقته ثلاثا في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فإنه لا يصير شبهة في درء الحد فكذا هذا فوجب القصاص. أقول: فيه بحث وهو أنه إذا أراد أن البطلان لا يورث الشبهة فيما إذا علم بطلانه كما هو الظاهر مما ذكره في نظيره حيث قال فيه مع العلم بحرمتها عليه فهو مسلم لكن لا يجدي نفعا ههنا لان الدافع لم يعلم أن القطع يسري فيكون موجبه القود بل ظن أن لا يسري وكان موجبة المال، وإن أراد أن الباطل لا يورث الشبهة وإن لم يعلم بطلانه فهو ممنوع ألا ترى أنه إذا وطئ المطلقة ثلاثا في عدتها ولم يعلم بحرمتها عليه بل ظن أنها تحل له فإنه يورث الشبهة فيدرء الحد كما صرحوا به في كتاب الحدود، ويفهم أيضا ههنا من قوله مع العلم بحرمتها عليه. وأما إذا أعتقه فقد قصد صحة الاعتاق ضرورة لان العاقل يقصد تصحيح تصرفه ولا صحة له إلا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها ابتداء ولهذا لو نص عليه ورضي به جاز فكان مصالحا عن الجناية، وما يحدث منها على العبد مقتضى الاقدام على الاعتاق والمولى أيضا مصالحا لجامعه على هذا الوجه راضيا به لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل كان راضيا بكونه عوضا عن الكثير، فإذا أعتقه صح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء، وإذا لم يعتقه لم يوجد الصلح ابتداء والصلح

الاول وقع باطلا فيرد العبد إلى المولى والاولياء بالخيار إن شاؤا عفوا عنه، وإن شاؤا قتلوه. وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير: رجل قطع يد رجل عمدا فصالح المقطوع يده على عبده ودفعه إليه فأعتقه المقطوع يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية، وإن لم يعتقد رد على مولاه، وقيل للاولياء إما أن تقتلوه أو تعفوا عنه، والوجه ما بيناه فاتحد الحكم والعلة واختلفا صورة: ثم هذه المسألة وهي مسألة الصلح ترد إشكالا على قول أبحنيفة فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث يبطل العفو ولا يجب القصاص هناك، وفي هذه المسألة قال: يبطل الصلح ويجب القصاص فيما إذا لم يعتق العبد، وإن أعتقه فالصلح باق على حاله، فالجواب أما إذا لم يعتقه فقد قيل ما ذكر في مسألة الصلح جواب القياس، وما ذكر في مسألة الصلح جواب الاستحسان فيكونان على القياس والاستحسان. وقيل بالفرق بينهما ووجهه أن الصلح عن الجناية على مال يقرر الجناية ولا يبطلها لان الصلح عن الجناية استيفاء للجناية معنى باستيفاء بدلها ولهذا تعينت الجناية وتوفر عليه عقوبتها وهو القصاص، أقول: يرد عليه
***
[١٥٧]
أنه إن أريد بقولهم الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها أن الصلح لا يسقط موجب الجناية بل يبقيه على حاله فهو ممنوع كيفما كان، وقد صرحوا في صدر كتاب الجنايات بأن موجب القتل العمد القود إلا أن يعفو الاولياء أو يصالحوا فقد جعلوا الصلح كالعفو وفي إسقاط موجب الجنايات، وإن أريد بذلك أن الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل بل يقرر ذلك حيث وقع الصلح عنه على مال، وإن سقوطه بعد تحقق الصلح فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ قولهم، فإذا لم تبطل الجناية لم يمنع العقوبة إذا لا يلزم من عدم بطلان الجناية بمعنى ثبوتها في الاصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه بل لا يتم حينئذ الفرق رأسا بين صورتي الغد والصلح، والعفو أيضا لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل قبل العفو كما لا يخفي. وأما العفو فهو معدم للجناية والعفو عن القطع وإن بطل بالسراية إلى النفس لكن بقيت شبهته لوجود صورة العفو وهي كافية لدرء الحد، وأما إذا أعتقه فجوابه هو الفرق الذي ذكرناه أن العتق يحصل صلحا ابتداء بخلاف العفو، وعلى قولهما أيضا يرد في الصورتين لانهما كانا يجعلان العفو عن القطع عفوا عما يحدث منه وفي الصلح لم يجعلا كذلك بل أوجبا القصاص عليه إذا لم يعتقه وجعلاه صلحا مبتدأ إذا أعتقه وقد قدمنا مسائل سراية الجرح فلا نعيدها، والله أعلم. قال رحمه الله: جنى ماذون مديون خطأ فحرره سيده بلا علم عليقيمتان قيمة لرب الدين وقيمة لولي الجناية) لانه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع على الاولياء والبيع على الغرماء فكذا عند الاجتماع، ويمكن الجمع بين الحقين أيضا من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية أولا ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالتفويت بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي والمسألة بحالها حيث يجب عليه قيمة واحدة للمولى بحكم الملك في رقبته فلا يظهر حق الفريقين بالنسبة إلى ملك المالك لانه دون الملك فصار كأنه ليس فيه حق ثم الغريم أحق بتمليك القيمة لانها مالية العبد والغريم مقدم في المالية على ولي الجنابة لان الواجب أن يدفع إليه ثم يباع للغريم فكان مقدما معنى والقيمة هي فتسلم إليه، وفي الفصل الاول كان التعارض بين الحقين وهما متساويان فيضمنهما فيظهران. وقيد بعدم العلم لانه لو أعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية إذا كانت الجناية في النفس لاوليائه وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم موجب الارش، والاصل أن العبد إذا جنى وعليه دين خير المولى بين الدفع إلى ولي الجناية والفداء، فإن اختار الدفع إلى ولي الجناية دفع ثم يباع في الدين، فإن فضل شئ فهو لولي الجناية لانه بدل ملكه وإلا فلا شئ له، وإن بدأ بالدفع جمعا بين الحقين لانه أمكن بيعه بعد الدفع، ولو بدأ ببيعه في الدين لا يمكن دفعه بالجناية لانه لم يوجد في يد المشتري جناية، ولا يقال لا فائدة في الدفع إذا كان يباع عليه لانا نقول: فائدته ثبوت استخلاص العبد لان ولي الجناية ثبت له حق الاستخلاص وللانسان أغراض في
***
[١٥٨]
العين، فإذا كان الواجب هو الدفع فلو أن للمولى دفعة إلى ولي الجناية بغير قضاء لا يضمن استحسانا لانه فعل عين ما يفعله القاضي وفي القياس يضمن قيمته لوجود التمليك كما لو باعه أو وهبه، ولو دفعه إلى أصحاب الدين صا مختارا للفداء كما لو باعه لانه ليس بواجب عليه بل الواجب عليه الدفع الجناية أولا. ولو أن القاضي باعه في الدين ببينة قامت عليه ثم حضر ولي الجناية ولم يفضل من الثمن شئ

سقط حقه لان القاضي لا تلزمه العهدة فيما فعل، ولو فسخ البيع ودفع إلى ولي الجناية لا حتيج إلى بيعه ثانيا لما ذكرنا فلا فائدة في الفسخ وقد قررنا هذه المسألة بفروعها. قال رحمه الله: (ماذونة مديونة ولدت بيعت مع ولدها في الدين وإن جنت فولدت لم يدفع الولد له) والفرق إن الدين متعلق برقبتها لان الدين عليها وهو وصف لها حكمي فسرى إلى الولد لان الصفات الشرعية الثابتة في الاصل تسري إلى الفروع كالملك والرق والحرية، وأما الدفع في الجناية فواجب في ذمة المولى لا في ذمتها وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع وقبل الدفع كانت رقبتها خالية عن حق الجناية فكذلك لا يجري القصاص على الاولاد ولا الحد لانهما فعلان محسوسان كالدفع ولا يتبعها فيه. فإن قيل: إذا كان الدين عليهما فلماذا يضمن المولى إذا أعتقها والانسان إذا أتلف المديون لا يضمن شيئا؟ قلنا: وجوب الضمان باعتبار تفويت ما تعلق به حقهم استيفاء لا باعتبار وجوب الدين على المولى ألا ترى أنه يضمن القيمة لاغير، ولو كان باعتبار الوجوب عليه يضمن كل الدين كالعبد الجاني إذا أعتقه الولى بعد العلم بالجناية ولهذا يتبع الغريم بالفاضل العبد المديون بعد العتق، ولو كان على المولى لما أتبعه كالعبد الجاني ولا يرد علينا وجوب دفع الارش معها إذا جنى عليها قبل الدفع وأخذ المولى الارش لان الارش بدل جزئها وهو ولي الجناية متعلق بجميع أجزائها، فإذا فات جزء منها وأخلف بدلا تعلق به حقه كما إذا قتلت وأخلفت بدلا اعتبارا للجزء بالكل بخلاف الولد. وقوله مأذونة ولدت شرط السراية إلى الولد أن تكون الولادة بعد لحوق الدين لانها إذا ولدت ثم لحقها الدين لا يتعلق حق الغرماء بالولد بخلاف الاكتساب حيث يتعلق حق الغرماء بما كسبت قبل الدين وبعده لان لها يدا معتبرة في الكسب حتى لو نازعها فيه أحد كانت هي الخصم فيه، فباعتبار اليد كانت هي أحق به من سيدها لقضاء دينها بخلاف الولد فإنه إنما يستحق بالسراية وذلك قبل الانقضاء لا بعده كولد المكاتبة وولد أم الولد والمدبرة وكولد الاضحية لانها حقوق مستقرة في الرقبة حتى صار صاحبها ممنوعا عن التصرف. وإذا جنى العبد جناية ثم أذن له المولى في التجارة فلحقه دين دفع بجنايته فإن الدائن يتبعه، فإذا بيع لهم رجع أولياء الجناية على المولى بقيمة العبد، وكذلك لو أقر عليه بدين ثم دفعه بجنايته في دينه ورجع أولياء الجناية بقيمته على

***

[١٥٩]

المولى، وذكر بعد هذا إذا وجب الدين على العبد ببينة ثم أقر المولى عليه بجنايته خطأ بيع العبد في الدين وليلتفت إلى الجناية. وفيه أيضا: رجل في يده عبد لا يدري أنه له أو لغيره ولم يدع صاحب اليد أنه له ولم يسمع من العبد إقرار أنه عبد صاحب اليد إلا أنه يقر بأنه عبد فجنى هذا العبد جناية وثبت ذلك بالبينة أو بإقرار صاحب اليد، ثم إن صاحب اليد أقر أنه لرجل وصدقه المقر له بذلك وكذبه في الجناية فإن كانت الجناية ببينة قيل للمقر له ادفع أو افده، وإن كانت الجناية باقرار الذي كان العبد في يده أخذ المقر له العبد وبطلت الجناية ولم يكن على المقر من الجناية شئ وقد قدمناها بغير هذه العبارة. قال رحمه الله: (عبد زعم رجل أن سيده حرره وقتل وليه خطأ لا شئ له عليه) معناه إذا كان العبد لرجل فزعم رجل أن مولاه أعتقه فقتل العبد خطأ ولي ذلك الرجل الذي زعم أن مولاه أعتقه وليه فلا شئ له لانه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد أقر أنه لا يستحق على المولى دفع العبد ولا الفداء بالارش وإنما يستحق الدية عليه وعلى العاقلة لانه حر فيصدق في حق نفسه فيسقط الدفع والفداء عن المولى ولا يصدق في دعواه الدية عليهم إلا بحجة. وقال في النهاية: وضع المسألة فيما إذا جنى جناية ثم أقر المجني عليه أنه حرره قبل الدفع وجعل في الكتاب الاقرار بالحرية قبل الجناية وهما لا يتفاوتان، وكذا إذا أقر المجني عليه بعد الدفع إليه أنه حر لانه ملكه بالدفع وقد أقر له بحريته فيعتق عليه بإقراره، وصار نظير من اشترى عبدا ثم أقر بتحريره مولاه قبل الدفع. وفي الاصل جعل المسألة على ثلاث أوجه: أما إن أقر ولي الجناية أن العبد حر الاصل أو أقر أنه حر أو أقر أن مولاه أعتقه، فإن أقر أنه حر الاصل فلا ضمان لولي الجناية لا على العبد ولا على المولى، وكذلك الجواب إذا أقر أنه حر الاصل أو أقر أن مولاه أعتقه، فأما إذا أقرأنه أعتقه فإن أقر به قبل الجناية فالجواب كالجواب فيما إذا أقر أنه حر الاصل، وإن أقر أنه أعتقه بعد الجناية فقد أقر ببراءة العبد وادعى على المولى الفداء إن ادعى أنه أعتقه وهو عالم بالجناية، وإن ادعى أنه لم يكن عالما ادعى على المولى ضمان القيمة وأنكر المولى ما ادعى عليه من ضمان الفداء أو القيمة فيكون القول قول المولى مع يمينه وعلى ولي الجناية إقامة البينة، وفي المسألتين الاوليين لا يدع على المولى ضمانا فلا يكون بين ولي الجناية وبين المولى خصومة ويكون العبد على حاله. هذا إذا كان الاقرار من ولي الجناية قبل الدفع، فأما إذا كان الاقرار من ولي الجناية وبين المولى خصومة ويكون المولى بعد الدفع إليه أقر

أنه حر الاصل أو أقر أنه حر لم يكن له على المولى سبيل ولا على العبد إلا أن العبد يعتق ولا يكون لاحد على العبد ولاء، وإن أقر أنه كان أعتقه قبل الجناية فإنه يحكم بحرية العبد لانه أقر بحريته والعبد في ملكه ويكون ولاؤه موقوفا لانه لمولى العبد ومولى العبد يبرء من ذلك وأقر بأنه لولي الجناية، فإن زعم أنه أعتق من جهته فيكون ولاؤه موقوفا. قال رحمه الله:

***

[١٦٠]

(قال معتق لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال بعد العتق فالقول للعبد) معناه إذا أعتق العبد ثم قال لرجل بعد العتق قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الرجل قتلته وأنت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما أنه أسند إلى العتق حالة معهودة منافية للضمان إذ الكلام فيما إذا كان رقه معروفا، والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا أو فداء فصار كما إذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وأنا صبي أو بعت داري وأنا صبي وقال طلقت امرأتي وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا. وقد اتفقوا على أصلين: أحدهما أن الانتساب إلى عادة معهودة متنافية للضمان توجب سقوط المقر به، والآخر أن من أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع منه إلا بحجة. فإن قيل: إن العبد قد ادعى تاريخا سابقا في إقراره والمقر له منكر فينبغي أن يكون القول قوله، وأجيب بأن اعتبار التاريخ للترجيح بعد الوجوب كأن قال لها قطعت يدك لاصله وهنا هو منكر لاصله فصار كمن يقول لعبده أعتقتك قبل أن تخلق أو قبل أن أخلق. قال رحمه الله: (وإن قال لها قطعت يدك وأنت أمتي وقالت بعد العتق فالقول لها وكذا كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة) وهذا عندهما. وقال محمد: لا يضمن إلا شيئا قائما بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناد الفعل إلى حالة معهودة منافيه له كما في المسألة الاولى، وكما في الوطئ والغلة وفي القائم أقر للضمان حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي تنكر والقول قول المنكر ولهذا يؤمر بالرد عليهما. ولهما أنه أقر بسبب ظاهر ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما إذا قال لغيره أذهبت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت فقال المقر لا بل أذهبتها وعينك اليمنى مفقوءة كان القول قول المقر له. وهذا إذا لم يسنده إلى حالة منافية للضمان لانه لا يضمن يدها إذا قطعها وهي مديونة بخلاف الوطئ والغلة لان وطئ المولى أمته المديونة لا يوجب العقر، وإذا أخذه من غلتها أو إن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان في حقها أي في حق الغلة والوطئ، وعلى هذا الخلاف لو قال رجل لرجل حربي أسلم أخذت مالك وأنت حربي فقال بل أخذته بعد ما أسلمت. وفي العناية: ومثلها مسألة الحربي وصورتها: مسلم دخل دار الحرب بأمان فأخذ مال حربي ثم أسلم الحربي ثم خرجا إلينا فقال المسلم أخذت منك وأنت حربي وقال الحربي الذي أسلم أخذت مني وأنا مسلم فالقول للحربي على الخلاف المتقدم ا ه. وعلى هذا الاختلاف إذا قال أخذت منك ألف درهم من كسبك وأنت عبدي وقال العبد لا بل أخذته بعد العتق، وعلى هذا الخلاف ما إذا أسلم الحربي أو صار ذميا فقال له رجل مسلم قطعت يدك وأنت حربي وأخذت كذا وكذا وأنت حربي في دار الحرب وقال الحربي لا بل فعلت بعد ما أسلمت أو قال بعد ما صرت إلى دار

***

[١٦١]

الاسلام فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف القول قول الحربي والمسلم ضامن، وعلى قول محمد وزفر القول قول المسلم ولا ضمان عليه. وإذا أسلم الحربي فقال لرجل مسلم قطعت يدك وأنا حربي في دار الحرب وقال المسلم فعلت ما فعلت وأنت في دار الاسلام، وذكر في كتاب الاقرار من الاصل أنه على هذا الخلاف وأجمعوا على أنه إذا قال لجاريته بعد ما عتقها وطئتك قبل العتق وقالت الجارية لا بعد العتق أن القول قول المولى ولا ضمان عليه وأجمعوا على أن من أعتق عبدا له فقال العبد لرجل آخر قطعت يدك وأنا عبد وقال ذلك الرجل لا بل بعد ما أعتقت أن القول قول المقر ولا ضمان عليه. قال رحمه الله: (عبد محجور أمر صبيا حرا بقتل رجل فقتله فديته على عاقلة الصبي) لان الصبي هو المباشر للقتل وعمده وخطؤة سواء تجب على عاقلته ولا شئ على العبد الآمر، وكذا الحكم إذا أمره بذلك صبي، والاصل أن الامر بما لا يملكه الآمر إذا لم يعلم المأمور بفساد الامر صحيح في حق الآمر والمأمور حتى يثبت للمأمور والرجوع عن الامر إذا لحقه غرم في ذلك بيان ذلك: أمر رجلا بأن يذبح هذه الشاة وهي لجاره ولم يعلم المأمور بذلك فإنه يصح الامر في حقهما حتى إذا ضمن الذابح للجار قيمة الشاة يرجع بها على الآمر، فإن علم أن الشاة لغيره وهو حر بالغ لا يصح الامر حتى لا يرجع

بما لحقه من مغرم لانه لم يصر عاملا للآمر، وإن كان المأمور صبيا يصح الامر سواء كان عالما بفساد الآمر حتى لا يرجع بما لحقه من مغرم أو لا لنقصان عقل ويلحق به المجنون، وأما مسألتنا فالاصل أن الصبي مؤاخذ بضمان الافعال دون الاقوال فيما يتنوع إلى صحيح وفاسد، أما صحة فعله فلصدوره من أهله في محله. النوادر: أمر صبيا بقتل دابة أو بمزق ثوب أو بأكل طعام لغيره فالضمان على الصبي في ماله ويرجع بذلك على الآخر، ولو أمر الصبي بالغا ففعل لم يضمن الصبي، ولو أمر الحر البالغ بذلك فالضمان على الفاعل. وفي المحيط: لو قال اقتل ابني أو اقطع يد أو اقتل أخي فقتله اقتص من القاتل قياسا وتجب الدية استحسانا ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر أبدا ويرجعون على العبد الآمر بعد العتق لان عدم الاعتبار كان لحق المولى لا بنقصان أهلية العبد وقد زال حق المولى بالاعتاق بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية. وفي شرح الزيادات: لا ترجع العاقلة على العبد أيضا أبدا لان هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر إيجابه على المولى لما كان على العبد الحجر، وهذا أوفق للقواعد ألا ترى أن العبد إذا أقر بعد العتق بالقتل قبله لا يجب عليه شئ لكونه أسنده إلى حالة منافية للضمان على ما بينا قبل هذا ولهذا لو حفر العبد بئرا فأعتقه مولاه ثم وقع فيها إنسان فهلك لا يجب على العبد شئ وإنما يوجب على المولى فيجب عليه قيمة واحدة، ولو مات فيها ألف نفس فيقسموها بالحصص. قال رحمه الله: (وكذا إن أمر عبدا) معناه أن يكون الآمر عبدا والمأمور أيضا عبدا

***

[١٦٢]

محجورا عليهما فيخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء ولا رجوع له على الآمر في الحال ويرجع بعد العتق بالاقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة، وعلى قياس ما ذكره العتابي لا يجب عليه شئ لما بينا. وهذا إذا كان القتل خطأ، وكذا إذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ على ما بينا، وأما إذا كان كبيرا يجب القصاص لانه من أهل العقوبة. ولو أمر رجل حر صبيا حرا فالدية على عاقلة الصبي لانه المباشر ثم ترجع العاقلة على عاقلة الصبي لانه المتسبب إذ لو لا أمره لما قتل لضعف فيه. ولا يقال كيف تعقل عاقلة الرجل ما لزم بسبب القتل فينبغي أن يكون كالاقرار لانا نقول: هذا قول لا يحتمل الكذب وهو تسبب فيعلقه بخلاف الاقرار بالقتل لانه يحتمل الكذب فلا تعقله العاقلة. ولو كان المأمور عبدا محجورا عليه كبيرا أو صغيرا يخير المولى بين الدفع والفداء وأيهما اختار يرجع بالاقل على الآمر في ماله لان الآمر صار غاصبا للعبد بالامر كما إذا استخدمه وضمان الغصب في ماله لا على العاقلة. وإن كان المأمور حرا بالغا عاقلا فعلى عاقلته الدية ولا ترجع العاقلة على الآمر بحال لان أمره لم يصح ولا يؤثر وهو أيضا يأمر مثله لا سيما في الدم، وأن كان الآمر عبدا مأذونا له في التجارة كبيرا كان أو صغيرا والمأمور عبدا محجورا عليه أو مأذونا يخير مولى المأمورين الدفع والفداء وأيهما فعل يرجع على العبد المأذون له لان هذا ضمان غصب وأنه من جنس ضمان التجارة لانه يؤدي إلى تملك المضمون بأداء الضمان، والمأذون له يؤخذ بضمان التجارة بخلاف ما إذا كان المأمور حرا حيث لا ترجع عاقلة المأمور على الآمر في الحال ولا بعد الحرية لعدم تحقق الغصب في الحر. ولو كان المأمور صبيا حرا مأذونا له في التجارة فحكمه حكم العبد المأذون له حتى يرجع عليه فيما إذا كان المأمور عبدا لتحقق الغصب فيه ويكون ذلك في ماله دون العاقلة لانه ليس بضمان جناية وإنما هو ضمان تجارة ولا يرجع عليه إذا كان المأمور حرا لعدم تصور الغصب فيه فصار الصبي الآمر في حقه كالصبي المحجور. ولو كان الآمر مكاتبا صغيرا كان أو كبيرا والمأمور صبي حر تجب الدية على عاقلة الصبي وترجع العاقلة على المكاتب بالاقل من قيمته ومن الدين لان هذا حكم جناية المكاتب بخلاف القن فإن حكم جنايته على المولى فيجب عليه إن أمكن والاسقاط على ما بينا. وإن عجز المكاتب بعد ما قضى القاضي عليه بالقيمة تباع رقبته إلا أن يفدي المولى بديتهم، والقياس أن يبطل حكم جنايته وهو قول أبي حنيفة لانه بالعجز صار قنا وأمره لا يصلح، وهما يقولان لما قضى عليه بالقيمة صار دينا عليه وتقرر فلا يسقط حتى لو عجز قبل القضاء عليه بالقيمة بطل حكم جنايته لان حكم جنايته إنما يصير دينا عليه بالقضاء ولم يوجد، وإن عجز بعد ما أدى كل القيمة لا يبطل، وإن كان المأمور عبدا يخير مولاه بين الدفع أو الفداء ثم يرجع على المكاتب بقيمة المأمور إلا إذا كانت قيمته أكثر من الدية فنقص عشرة دراهم. بقي

***

[١٦٣]

إشكال وهو أن يقال إن هذا ضمان الغصب ففيه يضمن قيمته بالغة ما بلغت فكيف ينقص عشرة دراهم كضمان الجناية؟ فجوابه هذا

الغصب لكن يحصل بسبب الجناية فاعتبر بها في حق التقدير. وإن عجز المكاتب فولى المأمور ويطلب مولى المكاتب ببيعه لان ضمان الغصب لا يسقط بعجز المكاتب، وإن أعتق المولى المكاتب فالمأمور بالخيار إن شاء رجع بجميع قيمة المأمور على المعتق وبالفضل على المعتق لانه ضمان غصب فلا يبطل بالاعتاق وإن شاء رجع على المولى بقدر قيمة المعتق إلى تمام قيمة المأمور. وإن كان المأمور مكاتبا يجب على المأمور ضمان قيمة نفسه ولا يرجع به على الآمر لانه تعذر أن يجعل ضمان غصب لان المكاتب حر من وجه فلا يكون محلا للغصب صغيرا كان أو كبيرا لان المكاتب الصغير ملحق بالكبير فصار كالحر البالغ العاقل إن كان مأمورا. قيد بقوله عجز لانه لو جنى قبل العجز لا يباع بل يخير المولى. قال في المحيط: مكاتب جنى جنايات أو واحدة كان على المولى الاقل من قيمته ومن أرش الجنايات لان المكاتب مملوك رقبة حر يدا مطلقا وتصرفا، فباعتبار أنه مملوك رقبة تكون جنايته على المولى، وباعتبار أنه حر يدا وكسبا يجب أن يكون موجب جنايته عليه على أن إكسابه حق له وقد تعذر دفعه بموجب الجناية فيجب عليه الاقل من القيمة ومن الارش، وإن تكررت الجنايات قبل القضاء لزمه قيمة واحدة، ولو جنى فقضى عليه ثم جنى أخرى يقضي عليه بقيمة أخرى خلافا لابي يوسف. ولو قتل رجلا ولم يقض عليه حتى عجز وعليه دين دفع بالجناية ثم يباع في الدين وإن فداه بيع بالدين، ولو مات عن مال قضى في ماله بالجناية ثم بالكتابة ثم بالارث لانه مات عن وفاء فلا تنفسخ الكتابة، وإن كان عليه دين وجناية فقضى عليه بالجناية فالدين والجناية سواء لان الجناية صارت دينا بالقضاء، وإن لم يقض بالجناية فحكم ما تقدم. مكاتبة جنت ثم ولدت ولم يقض دفعت وحدها، ولو قضى عليها ثم ولدت بيعت، فإن وفى ثمنها بالجناية وإلا بيع ولدها لان الولد المولود في الكتابة حكمه حكم أمه. ولو كاتب نصف أمته فجنى أحدهما على صاحبه لزم الجاني الاقل من قيمته ومن نصف الجناية وجناية عبد المكاتب كجناية عبد الحر، ولو جنى المكاتب على مولاه أو على عبد مولاه أو على ابن مولاه كانت الجناية عليهم كالجناية على غيرهم لان جناية المكاتب عليهما معتبرة، وإذا كان مكاتب بين اثنين يعتبر كل نصف منه على حدة في الاحكام المتقدمة بناء على أن الكتابة تتجزئ. ولو كانت أمة مشتركة فكاتبها أحدهما بغير إذن شريكه فولدت وكاتب الآخر نصيبه من الولد ثم جنى الولد على الام أو الام عليه لزم كل واحد منهما ثلاثة أرباع قيمة المقتول عند الامام، ولو أقر المكاتب بالجناية. المبسوط: أصله أن المكاتب في حق جناية توجب المال بمنزلة الحر لانه استيجاب المال على نفسه والمكاتب من أهل استيجاب المال على نفسه بخلاف العبد لو أقر بجناية توجب المال لا يصح لان موجبها يجب على مولاه فجعل مقرا

***

[١٦٤]

على مولاه فلم يصح. وإذا أقر المكاتب بجناية عمدا أو خطأ لزمه لانه في حق الجناية ملحق بالحر، ولو قضى عليه بجناية خطأ ثم عجز هدر موجبه عند أبي حنيفة، وعندهما يؤخذ ويباع فيها بناء على أن المكاتب لو أقر بجناية موجبة للمال لا يؤاخذ به ولو عجز عنده وصار دينا عليه أو لا. وعندهما يؤخذ به إذا صار دينا عليه بالقضاء. ولو أعتق ضمن قضى بها أو لا، وكذلك لو صالح ولي العمد وقد أقر به ثم عجز هدرت عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يباع فيه لان القصاص بعد الصلح صار موجبا للمال وأصل الجناية ثبت بإقراره. ومن أقر بجناية موجبة للمال لا يؤاخذ به بعد العجز عند أبي حنيفة، وعندهما يؤاخذ به إذا صار دينا عليه بالصلح. ولو أقر الولد على أمه بجناية لم يثبت، فإن ماتت الام لزمه الاقل من الدين والكتابة لان الفاضل من الدين المورو ث يكون له فيقدر الفضل من دينه جعل مقرا على نفسه وصار كالحر، إذا أقر على مورثه بدين ثم مات المورث وعليه دين صح الاقرار بالفاضل من دينه فكذا هذا. وإذا عجز بعد ذلك لم يلزمه لانه صار قنا، وإن كان أدى ثم عجز لا يسترد من المقر له لان إقراره بذلك قد صح. ولو أقرت الام على ابنها بجناية ثم قتل الابن خطأ وأخذت قيمته قضى بما أقرت في القيمة لان بدل الولد يكون للام ككسبه فصارت مقرة على نفسها، وكذلك لو أقرت على ابنها بدين وفي يده مال ولا دين عليه جاز إقرارها بالدين في كسبه لان كسب ولدها لها فصارت مقرة على نفسها. عبد بين رجلين فقأ العبد عين أحدهما ثم جرحه ثم كات المفقوءة عينه نصيبه منه ثم جرحه جرحا آخر فمات منها سعى المكاتب في الاقل من نصف القيمة وربع الدية وعلى المولى الذي لم يكاتب نصف قيمة العبد لورثة المقتول لانه قتل بجنايتين لانه جنى عليه قبل الكتابة وبعدها، فما تلف بالجناية قبل الكتابة وهو الربع هدر لانه جناية عبد على مولاه، وما تلف بالجناية بعد الكتابة وهو الربع معتبرة لانه جناية مكاتب على مولاه فيضمن المكاتب الاقل من نصف قيمته ومن ربع الدية لانه لما هدرت بالجناية قبل الكتابة صار كأنه جنى نصف المكاتب على ربع مولاه لا غير. وأما نصف الساكت فلانه قتل الحر بجنايتين لانه جنى عليه قبل الكتابة بعدها، فما تلف بالجناية

قبل الكتابة وهو الربع هدر لانه جناية عبد الغير على أجنبي فضمن الساكت نصف القيمة ما لم يصل إليه نصيبه بضمان أو سعاية لان قيمة نصيبه بالكتابة وجبت على المكاتب حال حياته، فما لم يصل إليه حقه من تركته لا يلزمه أيضا نصف القيمة. عبد بين رجلين فجنى على أحدهما ثم باع الآخر نصف نصيبه من المجني عليه وهو يعلم بالجناية ثم جنى عليه بجناية أخرى، ثم أن الذي باع نصفه اشترى الربع وكاتب المجني عليه نصيبه منه ثم جنى عليه ثلاث جنايات ثم أدى الكتابة فعتق ثم مات المولى من الجنايات فعلى المكاتب بجنايته وهو مكاتب الاقل من نصف قيمة
***
[١٦٥]
العبد ومن سدس وربع سدس الدية لان نصف المكاتب قيل نصف الحر بثلاث جنايات جنايتان قبل الكتابة وهما مهدرتان لانهما جناية عبد على مولاه، وجناية بعد الكتابة وهي معتبرة لانها جناية المكاتب على مولاه، فالمهدرتان صارتا كجناية واحدة لان حكمهما واحد فبقيت جنايتان أحدهما مهدرة، والاخرى معتبرة فيضمن المكاتب ربع الدية. وأما نصف الساكت فربعه المبيع قبل ربع الحر بثلاث جنايات جناية قبل البيع وهي معتبرة لانها جناية مملوك على مولاه، وجناية بعد الكتابة وهي معتبرة لانها جنايمملوك على أجنبي، فسهمان من هذا الربع مضمون وسهم مهدرة، وصار كل ربع على ثلاثة أسهم والكل على اثني عشر، والربع الذي لم يبعه قبل ربع الحر بثلاث جنايا ت جناية قبل البيع وقد تلف بها سهم من الحر وقد صار المولى مختارا لذلك السهم من الدية بالبيع، وجناية بعد البيع، وجناية بعد الكتابة وهما معتبرتان لانهمجناية مملوك على أجنبي فهاتان الجنايتان حكمهما واحد فيعتبران كجناية واحدة فصار كأن هذا الربع جنى جنايتين فصار المولى مختارا لسهمين ونصف من النصف الذي للساكت فيكون سدسا وربع سدس من اثني عشر ولم يصر مختارا لسهمين ونصف ونصف سهم ونصف من الربع وسهمان من الربع الذي باعه وهو هدر نصف سدس الدية وذلك سهم من اثني عشر. ولو قطع يد رجل ثم باعه أحدهما من صاحبه وهو يعلم ثم اشتراه فقطع يد آخر وفقأ عين الاول فماتا قبل للمشتري ادفع نصفك إليهما نصفين أو افده بعشرة آلاف بينهما، وقيل للبائع افد الاول بربع الدية أو ادفع نصفك إليهما أثلاثا ثلثه للاول وثلثه للثاني أو افده من الاول بربع الدية ومن الثاني بنصف لان النصف الذي لم يبع قبل نصف كل واحد منهما إلا أن نصف أحدهما بجنايتين والاخرى بجناية واحدة وكلاهما معتبرتان فيخاطب بالدفع أو الفداء والنصف الذي باع قبل نصف كل واحد منهما إلا أن نصف أحدهما بجنايتين بجناية قبل البيع وهي القطع وقدر صار مختارا للبيع الذي تلف بهذه الجناية بالبيع فعليه ربع الدية وبجناية بعد البيع وهي الفقؤ، ولم يصر مختارا لما تلف بهذه الجناية فتيقن في نصيبه ربع دية أحدهما ونصف دية الآخر فيدفع نصيبه إليهما أثلاثا أو الفداء، كذا في المحيط. قال رحمه الله: (عبد قتل رجلين عمدا ولكل وليان فعفا أحد وليي كل منهما دفع سيده نصفه إلى الآخرين أو فداه بالدية) أي للمولى الخيار إن شاء دفع نصف العبد إلى الذي لم يعف من ولي القتيلين، وإن شاء فداه بدية كاملة لان كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة، فإذا سقط القصاص وجب أن ينقلب كله ما وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون ألفا ودفع العبد غير أن نصيب العافين سقطمجانا فانقلب نصيب الساكتين مالا وذلك
***
[١٦٦]
دية كل واحد منهما نصف الدية أو دفع نصف العبد لهما فيخير المولى بينهما، كذا ذكر الشارح. قال في المحيط: عبداالتقيا ومع كل واحد عصا فاضطربا وبرئا دفع مولى كل واحد بالآخر ولا يرجعان بشئ سوى ذلك لان كل واحد منهما ملك عبده من صاحبه ولا يفيد التراجع لانه لو رجع أحدهما لرجع الآخر لان حق كل واحد منهما ثبت في رقبة كاملة، فما يأخذ أحدهما من صاحبه فذاك بدل آخر وتعلق به حقه فلا يفيد الرجوع وإن اختار الفداء فدى كل واحد بجميع أرش جنايته لانهما لما اضطربا معا فقد جنى كل واحد منهما على عبد صحيح فتعلق حق كل واحد من الموليين بعبد صحيح فيجب بدل عبد صحيح، وإن سبق أحدهما بالضربة خير مولى البادئ لان البداية من مولى اللاحق لا تفيد لان حق اللاحق في عبد صحيح كامل الرقبة، فإذا دفع إلى البادئ عبده مشجوجا كان للاحق أن يسترده منه فكان دفعه مفيدا، فإن دفعه فالعبد للمدفوع إليه ولا شئ للدافع لانه لو رجع البادئ بشئ كان للمدفوع إليه أن يرجع عليه ثانيا لان حقه في رقبة عبد صحيح فلا يفيد رجوع البادئ، وإن فداه خير مولى اللاحق بين الدفع والفداء لانه برئ عبد البادئ عن الجناية بالفداء وصار كأنه لم يجن وإن جنى عليه العبد اللاحق، فإن مات البادئ كانت قيمته في عنق الثاني يدفع بها أو

يفدي، فإن فداه بقيمة الميت يرجع في تلك القيمة بأرش جراحة عبد وصار كأنه لم يجن، وإنما جنى عليه البادئ والبادئ إن مات فالقيمة قائمة مقامه لانه حي قائم وإن دفعه رجع بأرش شجة عبده في عنقه ويخير المدفوع إليه بين الدفع والفداء لان المدفوع قام مقام الميت الشاج. وإن مات العبد القاتل خير مولى العبد البادئ، فإن فداه أو دفع بطل حقه في شجته لانه حين شج اللاحق البادئ كان اللاحق مشجوجا فثبت حق المولى البادئ في شجة عبده. ولو مات البادئ من شئ آخر سوى الجناية وبقي اللاحق خير المولى ويقال له إذا شئت ادفع واعف عن مولى اللاحق ولا سبيل لواحد منهما على الآخر، وإن شئت ادفع أرش شجة اللاحق وطالبه، فإن دفع إلى صاحبه أرش عبده يرجع بأرش جناية عبده فيدفع مولى اللاحق عبده أو يفده، أما العفو فلانه مولى البادئ بجنايته وإذا دفع كان لمولى اللاحق أن يطالبه بأرش شجة عبده وكان لمولى البادئ أن يدفع إليه العبد المدفوع ثانيا ليبرأ عن حقه فلا يفيد الدفع. وإنما دفع أرش شجة اللاحق لانه متى دفع أرش عبد اللاحق فقد طهر البادئ عن الجناية وصار كأنه لم يجن، وإنما جنى عليه العبد اللاحق فيخاطب مولى اللاحق بالدفع أو الفداء وأي ذلك اختار لا يبقى لواحد منهما على صاحبه سبيل لانه وصل إلى كل واحد منهما حقه، وإن أبى مولى البادئ أن يدفع الارش فلا تعلق له في عنق الحر لان مولى البادئ كان مخيرا بين العفو وبين دفع الارش والمطالبة بشجة عبده، فإذا امتنع من دفع الارش صار مختارا للعفو وصار كأنه قال عفوتك عن حقي فبطل حقه. ولو مات اللاحق وبقي البادئ خير مولاه. فإن دفعه بطل حقه، وإن فداه بأرش فداه عبده وفي الفداء لان البادئ طهر عن

***

[١٦٧]

الجناية فلا يكون لمولى اللاحق أن يسترجع منه الارش ثانيا. فأما الدفع لم يظهر عن الجناية فبقي حق مولى اللاحق متعلقا بما فات بالشجة من العبد البادئ والعبد المدفوع بدله فيتعلق حقه ببدله، فلو رجع مولى البادئ بأرش شجته كان لمولى اللاحق أن يسترجع منه لان حقه كان متعلقا بالفائت من الفائت البادئ فلا يفيد الرجوع. ولو برئا ثم قتل البادئ اللاحق جريحا كان في عنق البادئ أرش اللاحق وقيمته ويخير بين دفعه وفدائه، فإن دفعه فلا شئ له لما بينا، وأن فداه فداه بأرش الشجة وقيمة المقتول لان البادئ شج اللاحق ثم قتله مشجوجا فيلزمه أرش الشجة وقيمته مشجوجا متى اختار الفداء ويسلم أرش الشجة المقتول لمولاه خاصة ويكون أرش شجة الحي في هذه القيمة يأخذ مولاه منها وما بقي لمولى المقتول لان حق مولى الباد إنما يثبت في حق اللاحق وهو مشجوج لانه حين جنى على البادئ وهو مشجوج فيأخذ من قيمته مشجوجا أرش شجة البادئ، فإن فضل منه شئ يكون لمولى اللاحق لانه بدل عبده وقد فرغ عن حق الغير. ولو قتل البادئ اللاحق فإن لم يطلب ولي المقتول الجناية لم يكن لاحدهما على صاحبه شئ لان مولى المقتول يخير بين العفو والفداء بأرش الشجة الثانية، وإن طلب الجناية بدأ عنه بأرش الحي ثم خير مولى الحي بين أن يدفع عبده أو يفديه بقيمة المقتول ويسلم ذلك لولي المقتول لان العبد اللاحق قبل البادئ مشجوجا فيخير مولاه بين دفعه وفدائه بقيمته مشجوجا وأي ذلك فعل لا يبقى لاحدهما على صاحبه سبيل لانه وصل إلى كل واحد منهما. حقه. ولو قتل أحدهما صاحبه بعدما برئا ولا يعلم البادئ بالشجة خير مولى القاتل لانه تعذرت البداءة بالبادئ للجهالة، ولو تعذرت البداءة بسبب موت البادي تعذر القتل فكذا هذا، فإن دفع عبده كان له نصف أرش شجة المقتول وعلى قيمته مشجوجا فيأخذ الذي دفعه من حصته قيمته مشجوجا من العبد المدفوع أو يفديه لان القاتل بالدفع قام مقام المقتول لحما ودما فصار كان المقتول بقي حيا لمولاه يرجع بنصف أرش شجة عبده متى اختار الدفع فكذا إذا دفع بدله. وأن اختار مولى القاتل فداه بقيمة المقتول صحيحا لان القاتل هو البادئ بالشجة. شج عبدا صحيحا ثم قتله فعليه قيمة عبد صحيح، وإن كان القاتل هو اللاحق فقد شج البادي وهو صحيح ثم قتله كان المولى القاتل أن يفدي عبده بقيمة المقتول صحيحا ويرجع بأرش الشجة في الفداء بعد ما يدفع إلى مولى العبد المقتول نصف أرش شجته لان القيمة قامت مقام المقتول. ولو كان المقتول حيا وقد شج كل واحد منفما صاحبه ولا يعلم البادئ منهما يرجع كل واحد منهما فيما دفع إلى صاحبه بنصف أرش شجة عبده، والمدفوع إليه يتخير بين الفداء وبين ما يخص نصف أرش الشجة من العبد المدفوع إليه فكذا تركته. قال رحمه الله: (وإن قتل أحدهما عمدا والآخر خطأ فعفا أحد ولي العمد فدى بالدية

***

[١٦٨]

لولي الخطأ وبنصفها لاحد وليي العمد) لان حقهما في الدية عشر آلاف وحق وليي العمد في القصاص، فإن عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالا وهو نصف الدية خمسة آلاف، فإذا فداه بخمسة عشر ألف درهم عشرة آلاف لولي الخطأ وخمسة آلاف لغير العافي من ولي العمد، وإن دفعه إليهم أثلاثا ثلثاه لولي الخطأ وثلثه للساكت من ولي العمد بطريق العمد لان حقهم في الدية كذلك فيضرب وليا الخطأ بعشرة آلاف ويضرب غير العافي من ولي العمد بخمسة ألاف، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يدفعه أرباعا بطريق المنازعة ثلاثة أرباعه لولي الخطأ وربعه لغير العافي من ولي العمد لان نصفه سلم لولي الخطأ بلا منازعة فاستوت منازعتهم في النصف الآخر فينتصف. فإن قيل: ينبغي أن يسلم للمولى ربع العبد في هذه المسألة وهي نصيب العافي من ولي العمد ويدفع ثلاثة أرباعه إليهم تقسم بينهم على قدر حقوقهم كما سلم له الصنف وهو نصيب العافين قلنا: لا يمكن ذلك هنا لان لولي الخطأ استحقاق كلولم يسقط من حقهما شئ، وهذا لان حق كل واحد من الفريقين تعلق بكل الرقبة في المسألتين غير أنه لما عفا ولي كل قتيل سقط حق العافين على الرقبة في المسألة الاولى وخلى نصيبهما منه عن حقهما وصار ذلك للمولى وهو النصف بخلاف ما نحن فيه فإن حق ولي الخطأ ثابت في الكل على حاله وكانت الرقبة كلها مستحقة لهما والنصف لغير العافي من ولي العمد فلهذا افترقا فيقسمونها كلها على قدر حقوقهم بطريق العول والمنازعة، ولهذه المسألة نظائر ذكرناها في كتاب الدعوى من هذا الكتاب بأصولها الذي نشأ منها الخلاف بتوفيق الله تعالى فلا نعيدها. ولم يتعر ض المؤلف لما إذا جنى القن على الغاصب ونحن نذكر ذلك تتميما للفائدة. قال في الجامع الصغير: غصب عبدا فقتل عند الغاصب عمدا رجلا ثم رده إلى مولاه فقتل عند رجلا آخر خطأ واختار المولى دفعه بالجنايتين فإنه يكون بينهما نصفين، ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف قيمة العبد ويدفعه إلى ولي الجناية الاولى، ثم يرجع به على الغاصب في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد وزفر: يرجع ذلك إلى ولي الجناية الاولى، ولو كان العبد جنى عند المولى أولا ثم عند الغاصب ثم رد الغاصب العبد على المولى ودفعه المولى بالجنايتين جميعا رجع المولى على الغاصب بنصف قيمة العبد ويدفعها إلى ولي القتيل، ولا يرجع بذلك مرة أخرى على الغاصب في قولهم جميعا. أما دفعها إلى ولي القتيلين فيكون بينهما نصفين ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف قيمة العبد ويدفعها إلى ولي القتيل، وكذلك لو كان مكان العبد مدبر كان الجواب فيه كالجواب في العبد من الوفاق والخلاف وصورته: رجل غصب مدبر رجل وقد كان المدبر قتل قتيلا خطأ عند المولى فقتل قتيلا آخر عند الغاصب فرد الغاصب المدبر على المولى فعلى المولى قيمة المدبر بين ولي القتيلين نصفين، ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف قيمة المدبر ولا يرجع بجميع قيمة المدبر، فإذا رجع المولى على الغاصب بنصف القيمة فإن

***

[١٦٩]

لولي القتيل الاول أن يأخذ ذلك من المولى، عندهم جميعا، ولو كان جنى أولا عند الغاصب وجنى ثانيا عند المولى وحصر المولى قيمته ورجع على الغاصب بنصف قيمته هل يسلم ذلك للمولى؟ فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاول لا يسلم، وعلى قول زفر يسلم: قال في الاصل: وإذا غصب الرجل عبدا من رجل فقتل عنده قتيلا خطأ ثم اجتمع المولى وأولياء القتيل فإن العبد يرد على مولاه، وإذا رد عليه العبد يقال له جنى وهو بمحل الدفع فتخير، فإن دفع أو فداه رجع على الغاصب بالاقل من قيمة العبد ومن الارش، وإن كان زاد عند الغاصب زيادة متصلة واختار الدفع فإنه يدفع العبد مع الزيادة سواء حدثت الزيادة قبل الجناية أو بعدها، ثم لا يرجع المولى على الغاصب بقيمة الزيادة، وإن استحقت الزيادة بسبب أحدثه العبد عند الغاصب، ولو هلكت الزيادة من حيث القيمة لا يضمنها الغاصب. هذا إذا زاد العبد في يد الغاصب، فإن اعور العبد في يد الغاصب وقد جنى عنده جناية فهو على وجهين: إما إن اعور بعد الجنايتين أو قبل، فإن اعور بعد الجناية. وقد اختار المولى الدفع فإنه يدفعها إلى ولي الجناية ثم يرجع المولى على الغاصب ثانيا بنصف قيمة العبد صحيحا حين جنى وكل له قيمة العبد، وإن اعور قبل الجناية واختار المولى الدفع فإنه يدفع العبد اعور ثم يرجع بقيمة العبد صحيحا على الغاصب، فإذا أخذ ذلك سلم له ولم يكن لولي الجناية أن يأخذ منه شيئا. العبد المغصوب إذا جنى على مولاه جناية موجبة للمال بأن قتله خطأ أو جنى على رقيقه خطأ أو على ماله بأن أتلف شيئا من ملكه قال أبو حنيفة: إنه تعتبر جنايته حتى يضمن الغاصب قيمة العبد المغصوب لمولاه إلا أن يكون الارش أو قيمة العبد المتلف أقل من قيمة العبد المغصوب. وقال أبو يوسف ومحمد: بأن جناية المغصوب على مولاه وعلى رقيقه وعلى ماله هدر، فأما العبد المرهون إذا جنى على الراهن أو على ماله هل تعتبر جنايته؟ قالوا:

ذكر هذه المسألة في كتاب الرهن وقال تهدر جنايته ولم يذكر فيه خلافا إلا أن المشايخ قالوا: ما ذكر في كتاب الرهن أنه يهدر على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، فأما على قول أبي حنيفة تعتبر على الراهن بقدر الدين كما تعتبر جناية المغصوب هنا على الغاصب وعلى رقيقه. هذا إذا جنى المغصوب على مولاه أو على مال مولاه، فأما إذا جنى على الغاصب أو على رقيق الغاصب فجنايته موجبة للمال. قال أبو حنيفة: إنه لا يعتبر فيكون هدرا حتى لا يخاطب مولى العبد بالدفع أو الفداء، وكذلك على هذا الاختلاف للعبد المرهون إذا جنى جناية على المرتهن أو على ماله، فعلى قول أبي حنيفة لا تعتبر الجناية بقدر الدين، وقال أبو يوسف ومحمد بأن يعتبر الحر والعبدان إذا تضاربا وتشاجا. وفي المبسوط: حرجنى على عبدوجنى العبد على رجل آخر وعلى الجاني فاختار مولاه الدفع ثم اختلفا فقال المولى جنى على عبدي أولا فأرشه لي ودية المدفوع إليه فالقول للمولى مع يمينه لان الحر المجني عليه لما ادعى أن البادئ بالجناية هو العبد فقد ادعى على المولى شيئين: العبد وأرش العبد مع اختيار دفع العبد إليه لانه ادعى أن حقه ثبت في عبد صحيح اليدين

***

[١٧٠]

لان العبد لما بدأ بقطع يد الحر كانت يداه صحيحة، فإذا تعلق حقه بيد العبد تعلق بيد لها أيضا، والمولى أقر له بالعبد وأنكر الارش فيكون القول له فصار كما لو تصادقا على أن البادئ في الجناية هو الحر لان الثابت بقول من جعل لشرعا كالثابت بالتصادق، ومتى تصادقا أن البادئ بالجناية هو الحر يضمن نصف قيمة العبد والمولى يخير بين الدفع والفداء، وله أن يدفع العبد دون الارش لان حي المجني عليه تعلق بعبد مقطوع اليد، فأما مقطوع اليد فلا يتعلق ببدلها وهو الار ش، وأن تصادقا أنهما لا يعلمان البادئ منهما بالجناية ضمن الحر الجاني قيمة العبد والمولى إن اختار الدفع يدفع العبد ونصف أرش يده لان كل واحد منهما يجوز أن يكون بادئا بالجناية ويجوز أن يكون لاحقا، فإن كان الحر هو البادئ فليس على المولى إلا دفع العبد، وإن كان العبد هو البادئ فعلى المولى دفع العبد مع أرش يده فللحر أرش اليد في حالة وليس له ذلك في حالة فيجب أن يصرف الارش. حر وعبد التقيا ومع كل واحد منهما عصا واضطربا فشج كل واحد صاحبه ثم اختلف مولى العبد والحر في البداءة فالقول للمولى أن الحر بدأ وعليه أرش جنايته على العبد للمولى، ثم يدفع العبد بجنايته أو يفديه لان الحر أقر بأرش يد الجناية لانه ادعى الابراء متى اختار المولى دفع العبد إليه وأنكر المولى فيكون القول له. ولو كان مع العبد سيف ومع الحر عصا فمات العبد وبرأ الحر واختلفا كان القول للمولى وقيمة العبد على عاقلة الحر يسلم المولى من مقدار ما نقصه الحر من قيمته إلى يوم ضرب العبد الحر والباقي قمة أرش جنايته على الحر، فإن فضل شئ فهو للمولى لان الحر قتل بعصا فيكون قتيل خطأ العمد فيجب قيمته على عاقلة الحر والقيمة قامت مقام العبد كأن العبد حي فيأخذ المولى قدر ما انتقص بجناية الحر ويأخذ الحر من الباقي أرش جراحته، فإن فضل شئ منه فهو للمولى لانه بدل عبده وقد فرغ العبد عن حق الغير، وإن انتقص الباقي لا يكون على المولى شئ كما لو دفع العبد وقيمته أقل من أرش الجراحة. ولو كان السيف مع الحر ومع العبد عصا فمات العبد وبرأ الحر ولا يدري أيهما بدأ بالجناية فللمولى أن يقتل الحر ويبطل حق الحر لان الحر قتل بالسيف عمدا فوجب القود فقد مات العبد ولم يخلف بدلا فيبطل حق الحر، وكذلك لو كان العبد هو الذي بدأ بالجناية لانه لا يتصور تملك العبد بسبب بعد ما مات. ولو كان مع كل واحد منهما عصا فشج كل واحد منهما صاحبه موضحة وبرئا واتفقوا أنهم لا يعلمون البادئ من هو خير المولى، فإن دفع العبد يرجع على الحر بنصف أر ش عبده لان الحر إن كان هو البادئ بالجناية يجب عليه جميع أرش عبده، وإن كان اللاحق فهو لا يجب عليه شئ فيجب نصفه، وإن شاء فداه بجميع أرش الحر ورجع على الحر بجميع أرش عبده لانه يجب على الحر جميع أرش العبد تقدمت جنايته أو تأخرت، فإن كانا سواء اتفقا، وإن كان أحدهما أقل فالاقل بمثله يصير قصاصا ويرد الفضل على صاحبه.

***

[١٧١]

قال رحمه الله: (عبدهما قتل قريبهما فعفا أحدهما بطل الكل) معناه إن كان عبد بين رجلين فقتل قريبا لهما كأمهما أو أخيهما فعفا أحدهما بطل الجميع ولا يستحق غير العافي منهما شيئا من العبد غير نصيبه الذي كان له من قبل، وكذا إذا كان العبد لقريب لهما أو لمعتقهما فقتل مولاه فورثاه بطل الكل هذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر إن شاء، وإن شاء فداه بربع الدية لان حق القصاص ثبت لهما في العبد على الشيوع لان الملك لا ينافي استحقاق القصاص عليه للمولى فإذا عفا

أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع في كل العبد فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فما أصاب نصيبه سقط لان والمولى لا يستوجب على عبده مالا، وما أصاب نصيب صاحبه ثبت وهو نصف النصف وهو الربع فيدفع نصف نصيبه أو يفديه بربع الدية. ولا بحنيفة أن ما يجب من المال يكون حق المولى لانه بدل دمه ولهذا يقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه، ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده مالا فلا تخلفه الورثة فيه، ولان القصاص لما صار مالا صار بمعنى الخطأ وفيه لا يجب شئ فكذا ما هو في معنى ذلك. وفي الكافي: ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية عند أبي حنيفة. وقالا: لا شئ عليه. وكذا إذا عفا ثم سرى لا يضمن شيئا والقطع السارى أفحش من المقتصر وصار كما لو كان له قصاص في اليد فقطع أصابعه ثم عفا عن اليد فإنه لا يضمن أرش الاصابع والاصابع والكف كأطراف النفس. ولو قطع وما عفا ثم برأ فهو على الخلاف في الصحيح، ولو قطع ثم حرز رقبته قبل البرء فهو على استيفاء قتل يضمن حتى لو حز رقبته بعد البرء فهو على الخلاف في الصحيح. شج رجلا موضحة عمدا فعفا عنها وما يحدث منها ثم شجه شجة أخرى عمدا فلم يعف عنه فعلى الجاني الدية كاملة في ثلاث سنين إذا مات منها جميعا من قبل أنه عفا عن الاولى بطل عنه القصاص وصارت الثانية مالا وصارت الاولى أيضا مالا ولم يجز له العفو لانه لا وصية له، وروى الحسن ابن زياد عن أبي يوسف في مثل هذه الصورة أن على الجاني الدية. رجل قتل عمدا وقضى لوليه بالقصاص على القاتل فأمر الولي رجلا بقتله ثم إنه طلب من الولي أن يعفو عن القاتل فعفا عنه فقتله المأمور وهو لا يعلم بالعفو قال: عليه الدية ويرجع بذلك على الآمر. امرأة قتلت رجلا خطأ فتزوجها ولي المقتول على الدية التي وجبت على العاقلة فذلك جائز والعاقلة برآء، فإن طلقها قبل الدخول بها رجع على العاقلة بنصف الدية. رجل شج رجلا موضحة عمدا ومات من الموضحتين فعلى الآخر القصاص ولا شئ على الاول، وكذلك لو كان الصلح مع الاول بعد ما شجه الآخر قال أبو الفضل: فقد استحسن في موضع آخر من هذا الكتاب أنه له القصاص على الآخر إذا كان شجه بعد صلح الاول. رجل شج رجلا موضحة عمدا وصالحه عنها وما يحدث منها على

***

[١٧٢]

عشرة آلاف درهم وقبضها ثم شجه آخر خطأ ومات منها فعلى الثاني خمسة آلاف درهم على عاقلته ويرجع الاول في مال المقتول بخمسة آلاف درهم على عاقلته، وإن كانت الشجتان عمدا جاز إعطاء الاول وقتل الآخر والله أعلم. فصل: لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد شرع في بيان أحكام الجناية على العبد، وقدم الاول ترجيحا لجانب الفاعلية، كذا في العناية وهو حق الاداء. وقال في النهاية وغاية البيان: إنما قدم جناية العبيد على الجناية عليهم لان الفاعل قبل المفعول وجودا فكذا ترتيبا. أقول: فيه بحث لانه إن أريد أن ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجودا فهو ممنوع إذ يجوز أن يكون وجود ذات المفعول قبل وجود ذات الفاعل بمدة طويلة مثلا يجوز أن يكون عمر المجني عليه سبعين سنة أو أكثر وعمر الجاني عشرين سنة أو أقل، وإن أريد فاعلية الفاعل قبل معقولية المفعول وجودا فهو أيضا ممنوع لان الفاعلية والمفعولية يوجدان معا في آن واحد وهو أن تعلق الفعل المتعدي بالمفعول بوقوعه عليه وقبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية وكل ذلك بوقوعه عليه ليس خاف على العارف الفطن بالقواعد والله أعلم. قال رحمه الله: (عبد قتل خطأ تجب قيمته ونقص عشرة لو كانت عشرة آلاف أو أكثر وفي الامة عشرة من خمسة آلاف وفي المغصوب تجب قيمته بالغة ما بلغت) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف والشافعي في القن: تجب قيمته بالغة ما بلغت. وفي الغصب تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لما روي عن عمر وعلي وابن عمر رضي الله عنهم أنهم أوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت لان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك إلا من حيث المالية، ولو كان بدل الدم لكان للعبد إذ هو في حق الدم مبقي على أصل الحرية فعلم أنه بدل المالية، ولهذا لو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى عقد البيع وبقاؤه ببقاء المالية أصلا أو بدلا في حال قيامه أو هلاكه فصار كسائر الاموال وكقليل القيمة والغصب، ولان ضمان المال بالمال أصل وضمان ما ليس بمال بالمال خلاف الاصل، ومهما أمكن إيجا ب الضمان على موافقة القياس لا يصار إلى إيجابه بخلاف الاصل قال القدوري في كتابه التقرير قال أبو يوسف إذا قتل المبيع في يد البائع فاختار المشتري إجازة البيع كان له القصاص، وكذا إن اختار فسخ البيع كان للبائع القصاص وهذا حفظي عن أبي حنيفة.

قال أبو يوسف: ليس للبائع القصاص. وروى ابن زياد عنه لا قصاص للمشتري أيضا. ولابي حنيفة قوله تعالى * (ودية مسلمة) * (النساء: ٩٢) أوجبها
***
[١٧٣]
مطلقا من غير فصل بين أن يكون حرا أو عبدا، والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية وهو آدمي فيدخل تحت النص، وهذا لان المذكور في الآية حكمان: الدية والكفارة. والعبد داخل فيها في حق الكفارة بالاجماع لكونه آدميا فكذا في الدية لانه آدمي ولهذا يجب القصاص بقتله بالاجماع ويكون مكلفا، ولولا أنه آدمي لما وجب القصاص وكان كسائر الاموال، ولانه لما كان فيه معنى المالية والآدمية وجب اعتبار أعلاهما وهي الآدمية عند تعذر الجمع بينهما بإهدار الادنى وهي المالية لان الآدمية أسبق والرق عارض بواسطة الاستنكاف فكان اعتبار ما هو الاصل أولى ألا ترى أن القصاص يجب بقتله عمدا بهذا الاعتبار والمتلف في حالة العمد والخطأ واحد، فإذا اعتبر في إحدى حالتي القتل آدميا وجب أن يعتبر في الحالة الاخرى كذلك إذا لشئ الواحد لا يتبدل جنسه باختلاف حالة اتلافه، وهذا أولى من العكس لان في العكس إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم والجماد، وما رويا من الاثر معارض بأثر ابن مسعود وهو محمول على الغصب وضمان الغصب بمقابلة المالية لانه لا تعارض لها إذ الغصب لا يرد إلا على المال وبقاء العقد لا يعتمد المالية وإنما يعتمد الفائدة ألا ترى أنه يبقى بعد قتله عمدا أيضا وإن لم يكن القصاص مالا ولا بدلا عن المالية في قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية إلا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان فيه قول ابن مسعود لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاثر في المقدرات كالخبر إذ لا يعرف إلا سماعا، ولان آدميته أنقص ويكون بدلها أقل كالمرأة والجنين ألا ترى أنه لما كان أنقص نصفت النعم والعقوبات في حقه اظهار الانحطاط رتبته فكذا في هذا، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجب في الامة خمسة آلاف درهم إلا خمسة لان دية الانثى نصف الذكر فيكون الناقص عن دية الانثى نصف الناقص عن دية الذكر كما في الاطراف والاول أظهر لان أقل مال له خطر في الشرع عشرة كنصاب السرقة والمهر وما دونه لا يعتبر بخلاف الاطراف لانه بعض الدية فينقص من كل جزء بحسابه، ولو نقص من كل جزء عشرة لما وجب أصلا. ولم يتعرض المؤلف لمسائل الضرب ونحن نذكرها تكميلا للفائدة. قال في الجامع: مسائل الضرب على ثلاثة فصول: أحدها في ضرب المولى عبده، والثاني في أمر أحد الشريكين بضرب العبد المشترك، والثالث في ضرب الشريك أو أجنبي أصله العبرة في الجنايات لتعدد الجاني لا لتعدد الجناية لان النفس تبرأ من جراحات كثيرة وتموت من جراحات قليلة ولهذا سقط اعتبار طولها وعرضها وعمقها. أمر رجلا أن يضرب عبده سوطين فضربه ثلاثة وضربه المولى سوطا ثم ضربه أجنبي سوطا ثم مات من ذلك كله فعلى عاقلة المأمور بالسوطين أرش السوط الثالث مضروبا وهو سدس قيمته مضروبا أربعة أسواط، وعلى عاقلة الاجنبي أرش السوط الخامس مضروبا أربعة أسواط وهو ثلث قيمته مضروبا بأربعة أسواط ويبطل ما سوى ذلك لان المأمور ضربه ثلاثة أسواط اثنان منها هدر
***
[١٧٤]
مع السراية للاذن والثالث معتبر لانه ضرب بغير إذن فيضمن أرشه مضمونا بهما، والرابع هدر لان جناية المولى على مملوكه هدر، والخامس معتبر فيضمن الاجنبي أرشه منقوصا بأربعة أسواط، وإذا مات العبد من هذه فقد مات من خمس جنايات فانقسم تلف التلف على الجنايات فيقسم عليها لان العبرة لعدد الجاني لا لعدد الجنايات فانقسم عليهما أثلاثا، ثلث على الاجنبي وثلثاه تلف بجناية المأمور الاول فانقسم هذا الثلث نصفين، نصفه هدر ونصفه معتبر، والاصل الثاني أن الجناية على المماليك متى أتلفت نفسا أو عضوا وأفضى إلى الموت فتحمله العاقلة لانه ضمان دم وضمان الدم تحمله العاقلة، وإن اقتصرت على ما دون النفس يجب ضمانه في مال الجاني. عبد بين رجلين قال أحدهما أضربه سوطا فإن زدت فهو حر فضربه ثلاثة فمات من ذلك كله فعلى الضارب نصف أرش السوطين منقوصا سوطا في ماله، وعلى المعتق لشريكه إن كان موسرا نصف قيمته مضروبا سوطين وعلى الضارب أرش السوط الثالث مضروبا سوطين ونصف قيمته مضروبا ثلاثة أسوافيكون ذلك على عاقلته فليستوفها أولياء العبد أو يأخذ المعتق من ذلك ما غرم ويكون الباقي لورثة العبد لان السوط الاول كله هدر لان نصفه في ملكه ونصفه لاقى ملك شريكه ولكنه بإذنه، والسوط الثاني نصفه هدر ونصفه معتبر لان نصفه لا في ملكه ونصفه لا في ملك شريكه بغير إذنه فيضمن أرش السوط الثاني مضروبا سوطا في ما له لشريكه

لان سرايته انقطعت لما أعتقه فاقتصرت الجناية على ما دون النفس فتجب في مال الجاني، وصار العبد كله ملكا للمعتق بالضمان لان المعتق بالضمان يملك نصيب الضارب عند أبي حنيفة ويصير مكاتبا له لانه يوقف عتق هذا النصف على أداء السعاية إليه، فالسوط الثالث لاقى مكاتب غيره فيكون معتبرا كله فيضمن الضارب جميع ما نقصه الوسط الثالث مضروبا سوطين لان السوط الثالث حل به وهو منقوص سوطين، فلما مات العبد فقد مات من ثلاث جنايات إلا أن الجنايتين الاولبين كجناية واحدة لاتفاق حكمها واتحاده وانهدرت سرايتهما، والجناية الثالثة معتبرة بأصلها وسرايتها وإن عتق العبد بعد ذلك لان إعتاق المكاتب لا يقطع السراية لما بينا فصارت النفس تالفة بجنايتين: إحداهما معتبرة والاخرى مهدرة فيهدر نصف قيمته ويضمن الضارب نصف قيمته مضروبا ثلاثة أسواط لانه مات منقوصا ثلاثة أسواط، فإن ظفر المعتق بما له كان له أن يأخذ من ماله ما ضمن لشريكه كما له ورثة وللحالف لان ولاءه له ولم يباشر قتله وإنما أمر بقتله فيكون مسببا لقتله، والمتسبب للقتل لا يحرم عن الارث. وإن كان المعتق معسرا فلا ضمان عليه وعلى الضارب الضمان كما وصفنا ويكون نصفه في ماله ونصفه على العاقلة فيأخذ الضارب من ذلك نصف قيمة العبد مضروبا سوطين، فإن بقي شئ فلورثة العبد لان الحالف متى كان معسرا لا يكون للضارب تضمين الحالف وإنما له استسعاء نصيبه فبقي نصيب الضارب على ملكه وصار نصيبه مكاتبا له لانه توقف عتق نصيبه على أداء السعاية إليه ونصيب المعتق

***

[١٧٥]

صار حرا مولى له وكان السوط الاول هدرا والسوط الثاني نصفه هدر ونصفه معتبر لما بينا، والسوط الثالث كله معتبر لان نصفه مكاتب للضارب ونصفه لمولى الحالف وقد مات العبد بجنايتين: إحداهما معتبرة والاخرى مهدرة. فكان على الضارب نصف قيمة العبد مضروبا بثلاثة أسواط نصفه على العاقلة لان نصفه مكاتب ونصفه معتق الحالف وموجب جنايته على مكاتب نفسه في ماله وموجب جنايته على معتق غيره على عاقلته ويكون ذلك كسب المكاتب فيستوفي الضارب منه مقدار نصف قيمته مضروبا سوطين لانه يأخذ من ماله مال جنايته لانه صار دينا عليه فيأخذ أيضا من تركته بعد وفاته. ولو كانت المسألة بحالها ثم ضربه الآمر سوطا ثم ضربه الاجنبي سوطا ومات من ذلك كله فعلى المأمور نصف أرش السوط الثاني مضروبا سوطا في ماله لشريكه وعلى عاقله المأمور إن كان المعتق موسرا أرش السوط الثالث مضروبا سوطين وهو سدس قيمته مضروبا خمسة أسواط في ماله وعلى عاقلة الاجنبي أرش السوط الخامس مضروبا أربعة أسواط وهو ثلث قيمته مضروبا خمسة أسواط لان السوط الاول كله هدر والسوط الثاني نصفه معتبر لانه نصفه لاقى ملك شريكه بغير إذنه فيغرم الضارب نصف أرش في ماله لشريكه وسراية الجنايتين مهدرة لان الحالف أعتق نصيبه بعد السوط الثاني وهو مسر فكان للضارب أن يضمن قيمة نصيبه مضروبا سوطين وصار نصيب الضارب ملكا للحالف بالضمان وصار مكاتبا له، والسوط الثالث معتبر كلانه لاقى شخصا نصفه معتق مكاتب له والجناية على المعتق والمكاتب معتبرة والسوط الرابع من المولى أيضا معتبر لانه لاقى شخصا نصفه مولى للآمر ونصفه مكاتب له وجناية الانسان على مولاه ومكاتبه معتبرة فيغرم الآمر ما نقصه السوط الرابع منقوصا ثلاثة أسواط، والسوط الخامس من الاجنبي معتبر فيغرم أرش ما نقصه مضروبا أربعة أسواط، وإذا مات العبد من ذلك كله يغرم الضارب سدس قيمته مضروبا خمسة أسواط لانه قتل النفس ثلاثة فقد تلفت النفس بجنايات الضارب وهي ثلاثة أسواط إلا أن السوطين الاولين حكمهما واحد فإن سرايتهما مهدرة فتجعل جناية واحدة، والسوط الثالث بأصله وسرايته معتبرة فهذا الثلث تلف بجنايتين إحداهما معتبرة والاخرى مهدرة. فيغرم نصف الثلث وذلك سدس الكل ويجب على عاقلته لانه جنى على معتق ومكاتب غيره ويضمن الآمر نصف قيمته مضروبا خمسة أسواط في ماله لانه جنى على المكاتب نفسه لانه لم يظهر لعتق نصيبه أثر في حكم من أحكام الحرية فكان الكل مكاتبا له حكما واعتبارا على عاقلة الاجنبي ثلث قيمته مضروبا خمسة أسواط لانه جنى على مكاتب غيره ومولى غيره يكون من عاقلة الاجنبي ومن الآمر ومن المأمور للعبد لانه كسب العبد ويأخذ المأمور من الآمر بذلك من مال العبد لان هذا أرش له على العبد، وما بقي في ماله فلعصبة المولى الآمر إن لم يكن للعبد عصبة لان الولاء لهما إلا أن الآمر باشر قتله بغير حق محرم عن الميراث فيجعل كالميت فيكون ما بقي لاقرب عصبات الآمر. وقال في

***

[١٧٦]

النهاية: هذا بخلاف ظاهر الرواية لانه ذكر في المبسوط ففي طرف المملوك تعتبر بأطراف الحر من الدية إلى آخره. فإن قيل: عند

الامام يدفع إليه العبد ويأخذ قيمته في قطع الاطراف فأي تقدير على قوله؟ فالجواب أن التقدير على قوله فيما إذا جنى عليه آخر بقطع يد أو رجل فسرى فيه إلى النفس أو فوت جنس المنفعة في عدم التقدير والدفع في غيره، وقيل يضمن في الاطراف بحسابه بالغة ما بلغت ولا ينقص منه شئ لان الاطراف يسلك فيها مسلك الاموال، وهذا يؤدي إلى أمر شنيع وهو أن ما يجب في الاطراف أكثر مما يجب في النفوس بأن كانت قيمته مثلا مائة ألف فإنه بقطع يده يجب خمسون ألفا ويقتله يجب عشرة آلاف إلا عشرة. قال رحمه الله: (قطع يد عبد فحرره سيده فمات منه وله ورثة غيره لا يقتص وإلا اقتص منه) وإنما لا يقتص في الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستند إلى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكوالحق للمولى، وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه فتعذر فلاتجب على وجه يستوفي إذ الكلام فيما إذا كان للعبد ورثة أخرى سوى المولى واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملك يثبت لكل واحد منهما في إحدى الحالتين، ولا يثبت على الدوام فيها فلا يكون الاجتماع مقيدا. ولا يقال يأذن كل واحد منهما لصاحبه لان الاذن إنما يصح إذا كان الآذن يملك ذلك بخلاف العبد الموصى برقبته لرجل وبخدمته لآخر وكل واحد منهما دائم فصار بمنزلة الشريكين فيه فلا يفرد أحدهما دون الآخر لما فيه من إبطال حق الآخر فيتصل باجتماعهما للرضا ببطلان حقه. وأما في الثاني وهو ما إذا لم يكن له ورثة غير المولى فهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد رحمه الله: لا يجب القصاص فيه أيضا لان سبب الولاية قد اختلف لان الملك على اعتبار العتق والولاء على اعتبار حالة الموت فنزل اختلاف السبب منزلة اختلاف المستحق فيما لا يثبت مع الشبهة أو فيما يحتاط فيه فصار كما إذا قال لآخر بعتني هذه الجارية وقال لا بل زوجتها منك لا يحل له وطؤها لما قلنا بخلاف ما إذا أقر لرجل بألف درهم من القرض وقال المقر له من ثمن مبيع فإنه يقضي له عليه بألف وإن اختلف السبب لان الاموال تثبت بالشبهة فلا يبالي باختلا ف السبب عند اتحاد الحكم، ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص. ولهما أنهما تيقنا ثبوت الولاية للمولى فيستوفيه، وهذا لان المقضى له معلوم والحكم متحد فأمكن الايجاب والاستيفاء لاتحاد المستوفي والمستوفي منه ولا معتبر باختلاف السبب بعد ذلك كمسألة الاقرار بخلاف الفصل الاول لان المقضى له مجهول، وبخلاف مسألة الجارية لان الحكم مختلف لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح في الحكم لان النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين لا يثبته مقصودا

***

[١٧٧]

وقد لا يثبت الحل أصلا، ولان ما ادعى كل واحد منهما من السبب للحل انتفى بانكار الآخر فبقي بلا سبب فلا يثبت الحل بدونه إذ لا يجري فيه البدل بخلا ف ما نحن فيه لان السبب موجود بيقين ولا منكر له فلم يوجد ما يبطله ولا ما يحتمل الابطال فأمكن استيفاؤه، والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل الاشتباه من له الحق وذلك إذا كان له وارث آخر غير المولى على ما بينا أو في الاطراف أو في القتل خطأ لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى، وعلى اعتبار حالة الموت أو زيادة الجرح في الحالة الثانية يكون للعبد حتى تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فحصل الاشتباه فيمن له الحق فسقط ما حدث بعد الحرية من ذلك الجرح. وأما القتل عمدا فموجبه القصاص فلا اشتباه فيه إذا لم يكن له وار ث سوى المولى لانه على اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه فلا اشتباه فيمن له الحق، فالحاصل من هذا كله أن من قطع يد عبد غيره فأعتقه المولى ثم مات لا يزيد على أربع لانه إما إن قطع عمدا أو خطأ، فإن كان الاول فإما أن يكون للعبد وارث سوى المولى أو لم يكن، فإن كان يقطع الاعتاق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضى له والمقضى به، وإن لم يكن لا يقطعها عندهما خلافا لمحمد. وإن كان الثاني فالاعتاق لا يقطعها فحاصله أنهم أجمعوا في الخطأ وفي العمد فيما إذا كان له وارث آخر أن الاعتاق يقطع السراية فلا يجب إلا أرش القطع وما ينقص بذلك إلا الاعتاق ويسقط الدية والقصاص، وكذا في القطع إذا لم يمت منه لا يجب عليه سوى أرش القطع وما نقص إلى الاعتاق ولا يجب عليه ما حدث من النقصان بعد الاعتاق بالاجماع فعلم بذلك أن كل موضع لا يجب فيه القصاص يجب فيه أرش القطع، وما نقصه إلى الاعتاق ولا يجب عليه الدية وما نقص منه بعد الاعتاق. قال رحمه الله: (قال أحدكما حر فشجا فبين في أحدهما فارشهما للسيد) يعني إذا قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا فبين في أحدهما العتق بعد الشج فأرشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين فالشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة، ولو قتلهما رجل واحد في وقت واحد معا تجب دية حر وقيمة عبد والفرق

أن البيان إنشاء من وجه وإظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر إنشاء في حق المحل وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر إظهارا محضا، فإذا قتلهما رجل واحد معا فأحدهما حر يجب عليه دية حر وقيمة عبد فيكون الكل نصفين بين المولى والورثة لعدم الاولوية، وإن اختلفت قيمتهما يجب نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر فيقسم مثل الاول بخلاف ما إذا قتلهما على التعاقب حيث تجب عليه قيمة الاول لمولاه ودية الثاني للورثة، وبخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجلا معا تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك، لان

***

[١٧٨]

القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدته. وإنما صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتنا له ولاية لنقل من المجهول إلى المعلوم فيقدر بقدر الضرورة وهي النفس دون الاطراف والدية فبقي مملوكا في حقهما فتجب القيمة فيهما فيكون نصفين بين المولى والورثة فيأخذ هو نصف كل واحد منهما ويترك النصف لورثته لان موجب العتق ثابت في أحدهما في حق المولى فلا بدل له فوزع ذلك عليهما نصفين، وإن قتلاهما على التعاقب فعلى قاتل الاول قيمته للمولى لتعينه للرق، وعلى قاتل الثاني ديته لورثته لتعينه للعتق بعد موت الاول. وإن كان لا يدري أيهما قتل أولا فعلى كل واحد منهما قيمته وللمولى من كل واحد منهما نصف القيمة كالاول لعدم أولوية أحدهما بالتقدم. وفي الجامع الصغير: وإذا قال الرجل لعبدين له في صحته أحدكما حر ثم إن أحدهما قتل رجلا خطأ فالقاضي يجبر المولى على البيان، فإن أوقع العتق على غير الجاني خير في الثاني بين الدفع والفداء، وإن أوقع العتق على الجاني صار مختارا للفداء في الجاني، فرق بين هذا وبين ما إذا باع عبدا على أنه بالخيار ثلاثة أيام فجنى العبد في يد البائع جناية موجبة للمولى في مدة الخيار بأن قتل رجلا خطأ فأجاز البائع البيع فيه مع العلم بالجناية لم يصر مختارا للفداء، وإن أعجز نفسه عن الدفع مع العلم بالجناية. وكذا إذا كان الخيار للمشتري فجنى العبد في مدة الخيار ثم رد المشتري العبد لا يكون مختارا للفداء، وإن عجز نفسه عن الدفع بسبب الرد بالجناية. ولو كان كل واحد من العبدين قتل رجلا خطأ بعد العتق المبهم ثم أوقع المولى العتق على أحدهما بعينه يخير بين الدفع والفداء في العبد الاخير وعليه قيمة العبد الذي أوقع فيه العتق لولي الجناية يريد إذا كانت قيمته أقل من الدية ولم يصر مختارا للفداء بصرف العتق إلى الجاني، فرق بين هذا وبين ما لو طلق إحد امرأتيه في صحته ثلاثا ثم مرض مرض الموت فأجبر على البيان فأوقع ذلك على أحدهما فإنه يصير فارا وإن كان مضطرا إلى البيان، وكذلك لو كانت جناية أحد العبدين قطع يد وجناية الآخر قتل نفس خطأ كان الجواب كما قلنا. ولو قال في صحته لعبدين قيمة كل واحد منهما ألف أحدكما حر ثم قتل أحدهما رجلا خطأ ثم مات المولى قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه وسعى كل واحد منهما في نصف قيمته وللمجني عليه في مال المولى قيمة الجاني يريد به إذا كانت قيمته أقل من الارش ويصير من جميع ما له ولا يصير المولى مختارا للفداء. ولو كان كل واحد من العبدين قتل رجلا خطأ والمسألة بحالها سعى كل واحد من العبدين في نصف قيمته ولكل واحد من المجني عليهما في مال المولى قيمة العبد الذي جنى عليه ولم يصر المولى مختارا للفداء. هذا الذي ذكرناه كله إذا أوقع المولى العتق المبهم على أحد عبديه قبل الجناية، أما إذا كان إيقاع العتق المبهم بعد الجناية فقال: رجل له عبدان قيمة كل واحد منهما ألف فقتل أحدهما قتيلا خطأ ثم قال المولى في صحته أحدكما حر وهو عالم بالجناية ثم مات المولى قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه وسعى كل واحد منهما في

***

[١٧٩]

نصف قيمته ويصير المولى مختارا للفداء في الجاني، ثم إذا صار مختارا للفداء فمقدار القيمة معتبر من جميع المال، وإذا جنى كل واحد من العبدين جناية والمسألة بحالها سعيا على الوجه الذي وصفناه وصار مختارا للفداء في الجنايتين ولكن تجب دية واحد في مال المولى وقيمة العبدين ويكون ذلك من جميع المال وما زاد على القيمة إلى تمام الدية يعتبر من ثلث المال وتكون الجنايتان نصفين إذ ليس أحدهما أولى من الآخر. قال في الجامع الصغير: رجل له عبدان سالم ورابع فقتل سالم رجلا خطأ في صحة المولى فقال المولى أحدكما حر ثم قتل رابع رجلا آخر في صحة المولى ثم مات المولى قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه وسعى كل واحد منهما في نصف قيمته ولزم المولى الفداء في قتل سالم، وهذا منه اختيار للفداء إلا أن فداء سالم في الدية يعتبر من جميع المال وما زاد على ذلك إلى تمام الدية يعتبر من الثلث ولا يلزمه الفداء في قتل رابع، ولو أن المولى لم يقل ما ذكر ولكن المولى أوقع العتق على سالم صار مختارا للفداء في قتل

سالم، وإن أوقع المولى العتق على رابع لم يصر مختارا. قال رحمه الله: (فقأ عيني عبد دفع سيده عبده وأخذ قيمته أو أمسكه ولا يأخذ النقصان) أي إذا فقأ رجل عيني عبد فالمولى بالخيار إن شاء دفع العبد المفقوء إلى الفاقئ وأخذ قيمته كامل، وإن شاء أمسكه ولا شئ له وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: إن شاء أمسك العبد وأخذ ما أنفقه، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته. وقال الشافعي: يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما إذا قطع إحدى يديه وفقأ إحدى عينيه ونحن نقول المالية قائمة في الذوات وهي معتبرة في حق الاطراف فصار اعتبار المالية في الذوات دون الاطراف ساقطا بل المالية تعبر في الاطراف أيضا بل اعتبار المالية في الاطراف أولى لانها يسلك بها مسالك الاموال فإذا كانت المالية معتبرة وقد وجد أيضا إتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة وهذا الضمان مقدر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجثة دفعا للضرر عنه ورعاية للمالية بخلاف ما إذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل النقل من ملك إلى ملك، وفي قطع إحدى اليدين وفق ء إحدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة فإذا ثبت هذا جئنا إلى تعليل مذهب الفريقين. لهما أن العبد في حكم الجناية على أطرافه بمنزلة المال حتى لا يجب القود فيها ولا تحملها العاقلة وتجب قيمته بالغة ما بلغت فكان معتبرا بالمال، فإذا كان معتبرا به وجب تخيير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال، فإن خرق ثوب الغير خرقا فاحشا يوجب تخيير المالك إن شاء دفع الثوب وضمن قيمته، وإن شاء مسكه وضمنه النقصان. وله أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات والآدمية أيضا غير مهدرة فيه وفي الاطراف ألا ترى أن عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر مولاه بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الآدمية لان موجب الجناية على المال

***

[١٨٠]

أن تباع رقبته فيها، ثم من أحكام الآدمية أن لا ينقسم الضمان على الجزء الفائت والقائم بل يكون بإزاء الفائت لا غير ولا يتملك الجثة، ومن أحكام المالية أن ينقسم على الجزء الفائت والقائم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما فقلنا بأنه لا ينقسم اعبارا للآدمية، ويتملك الجثة اعتبارا للمالية وهذا أولى مما قالاه إذ فيما قالاه اعتبار جانب المالية فقط وهو أدنى وإهدار جانب الآدمية وهو أعلى، ومما قاله الشافعي أيضا لان فيه اعتبار الآدمية فقط والشئ إذا أشبه شيئين يوفر عليه حظهما. قال رحمه الله: (جنى مدبر أو أم ولد ضمن السيد الاقل من القيمة ومن الارش) لما روي عن أبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنه أنقضى بجناية المدبر على المولى بمحضر من الصحابة من غير نكير وكان يومئذ أميرا بالشام فكان إجماعا، ولان المولى صار مانعا ما ذكرنا. قال القدوري في التقريب قال أبو يوسف: يضمن المولى قيمة المدبر وأم الولد بالجناية مدبرا. وقال زفر: يضمن قيمته عبدا. الكرخي في مختصره: وجناية المدبر على سيده وفي ماله هدر بالتدبير، وكذا بالاستيلاد وإنما يصر مختارا للفداء لعدم علمه بما يحدث فصار كما إذا فعل بعد الجناية وهو لا يعلم. وإنما يجب الاقل من القيمة ومن الارش لانه لاحق لولي الجناية في أكثر من الارش ولا منع من المولى في أكثر من العين وقيمتها تقوم مقامها، ولا يخير في الاكثر أو الاقل لانه لا يفيده في جنس واحد لاختياره الاقل بخلاف ما إذا كان الجاني قنا حيث يخير المولى بين الدفع والفداء ولا يجب الاقل لان فيه فائدة لاختلاف الجنس لان من الناس من يختار دفع العين ومنهم من يختار دفع الفداء على ما هو الايسر عنده أو يبقى ما اختاره على ملكه ويخرج الآخر عن ملكه. ثم الاصل فيه أن جنايات المدبر لا توجب إلا قيمة واحدة وإن كثرت لانه لا يمنع منه إلا رقبة واحدة، ولان دفع القيمة فيه كدفع العين في القن ودفع العين لا يتكرر فكذا ما قام مقامها ويتضاربون بالحصص في القيمة وتعتبر قيمته في حق كل واحد منهم في حال الجناية عليه لانه يستحقه في ذلك الوقت حتى لو قتل رجلا وقيمته ألف ثم قتل آخر وقيمته الفان ثم قتل آخر وقيمته خمسمائة يجب على المولى ألفا درهم لانه جنى على الوسط وقيمته ألفان فيكون المولى الاوسط ألف منها لا يشاركه فيه أحد لان ولي الاول لا حق له فيما زاد على الالف وإنما حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم، وكذلك الثالث لا حق له فيما زاد على الخمسمائة لما ذكرنا، ثم يعطى خمسمائة فتنقسم بين الاول والاوسط فيضرب الاول بجميع حقه وهو عشرة آلاف درهم ويضرب الاوسط بما بقي من حقه وهو عشرة آلاف درهم إلى آخره لانا ننتظر إلى دية المقتول وما وصل منها وما تأخر منها يضرب له بعشرة آلاف درهم إلى آخره. قال في المحيط: مدبر قتل رجلا وقيمته ألف درهم ثم صارت قيمته ألفين فقتل آخر خطأ فالالف درهم للثاني وتحاصا

***

[١٨١]
في الالف الاولى في المرتهن. قال رحمه الله: (فإن دفع القيمة بقضافجنى أخرى شارك الثاني الاول) يعني إذا دفع المولى القيمة لولي الجناية الاول بقضاء القاضي ثم جناية أخرى بعد ذلك فلا شئ على المولى لان جناياته كلها لا توجب إلا قيمة واحدة ولا تعدي من المولى بدفعها إلى ولي الجناية الاولى لانه مجبور عليه بالقضاء فيتبع ولي الجناية الثانية ولي الاولى فيشاركه فيها ويقتسماها على قدر حقهما على ما ذكرنا. قال رحمه الله: (ولو بغير قضاء اتبع السيد أو ولى الجناية) أي لو دفع المولى القيمة إلى ولي الجناية الاولى بغير قضاء كان ولي الجناية الثانية بالخيار إن شاء اتبع المولى بحصته من القيمة، وإن شاء اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا شئ على الولي لانه فعل عين ما يفعله القاضي ولا تعدي منه بتسليمه إلى الاول لانه حين دفع الحق إلى مستحقه لم تكن الجناية الثانية موجودة ولا علم له بما يحدث حتى يجعل متعديا. ولابي حنيفة رحمه الله تعالى أن جنايات المدبر توجب قيمة واحدة وهم شركاء فيها والجناية المتأخرة كالمقارنة حكما ولهذا يشتركون فيها كلهم جميعا، ثم إذا دفعها إلى الاول باختياره صار متعديا في حق الثاني لان حصته وجبت عليه وليس له ولاية عليه، فإذا لم ينفذ دفع المولى في حق الثاني فالثاني بالخيار إن شاء تبع الاول لانه قبض حقه ظلما فصار به ضامنا فيأخذه منه، وإن شاء اتبع المولى لانه دفع حقه بغير إذنه فإذا أخذ منه رجع المولى على الاول بما ضمن للثاني وهو حصته لانه قبضه بغير حق فيسترده منه، وهذا لانه لا يجب عليه إلا قيمة واحدة فلو لم يكن له حق الرجوع لكان الواجب عليه أكثر من القيمة، ولان الثاني مقارنة من وجه حتى يشاركه ومتأخرة من وجه في حق اعتبار القيمة فيعتبر مقارنة في حق التضمين أيضا كيلا يبطل حق ولي الثانية. وإذا أعتق المدبر وقد جنى جناية لم يلزمه إلا قيمة واحدة لما ذكرنا، وسواء أعتقه بعد العلم بالجناية أو قبله لان حق المولى لم يتعلق بالعبد فلم يكن مفوتا بالاعتاق وأم الولد كالمدبر، وإذا أقر المدبر وأم الولد بجناية توجب المال لم يجز إقراره وجنايته على المولى لا على نفسه وإقراره على المولى غير نافذ بخلاف ما إذا كانت الجناية موجبة للقود بأن أقر بالقتل عمدا حيث يصح إقراره فيقتل به لان إقراره على نفسه فينفذ عليه لعدم التهمة. باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك قال في النهاية: لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم ما يلحق به ا ه‍. وقال في غاية البيان: لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنايتهما مع غصبهما لان المفرد قبل المركب ثم جر كلامه إلى بيان حكم غصب
***
[١٨٢]
الصبي ا ه‍. وتبعه العيني. أقول: هذا أشبه الوجوه المذكورة وإن أمكن التقرير بأحسن منه تدبر. قال رحمه الله: (قطع يد عبده فغصبه رجل ومات منه ضمن قيمته اقطع وإن قطع يده في يد الغاصب فمات منه برئ) لان الغصب يوجب ضمان ما غصب ففي المسألة الاولى لما قطعه المولى نقصت قيمته بالقطع فيجب على الغاصب قيمته أقطع، وفي الثاني حين قطع المولى العبد في يد الغاصب صار مستردا له لاستيلائه عليه وبرئ الغاصب من ضمانه لوصول ملكه إلى يده. قال صاحب الهداية في الفرق بين المسألتين: إن الغصب قاطع للسراية لان سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته أقطع ولو لم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا وهذا مشكل، لان السراية إنما تنقطع باعتبار تبدل الملك لاختلاف المستحقين والغصب ليس بسبب للملك وضعا والغاصب لا يملك إلا بأداء الضمان ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد وذلك بعد ملك المولى البدل ولم يوجد تحقيقه أن معنى قولهم بقطع السراية أن ما حصل من التلف بالسراية يكون هدرا إلا أن تسبب ذلك إلى غير الجاني. واعترض عليه الامام قاضيخان بأن هذا يخالف مذهبنا، فإن الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضا لان السراية أو رضا لان السراية إنما تنقطع به باعتبار تبدل الملك، وإنما يتبدل الملك به إذا ملك البدل على الغاصب وهو قيمة العبد أقطع أما قبله فلا يضمن. وفي رهن الجامع الصغير في الباب الثاني من جناياته: إنما يضمن الغاصب هنا قيمة العبد لان السراية وإن لم تنقطع بالغصب وردت على مال متقوم فوجب سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب إلا إذا ارتفع الغصب والشئ إنما يرتفع بما هو فوقه أو مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى ثابتة عليه حكما باعتبار السراية لا حقيقة لان بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة والثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية فقصر عليه الضمان.

قال صاحب العناية: فيه نظر لانا لا نسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكما فإن يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشئ الواحد يدان حكميان بكمالهما. أقول نظره ساقط إذ لا وجه لمنع ثبوت يد الغاصب عليه حكما فإن معنى ثبوت اليد على الشئ حكما أن يترتب على تلك اليد حكما من الاحكام وقد ترتب على يد الغاصب فيما نحن فيه وجوب الضمان بالاجماع، وأما يد منعه فليس بتام أيضا إذ لا محذور في أن يثبت على الشئ الواحد يدان حكميان أن بكمالهما من جهتين مختلفتين وهنا كذلك فإن ثبوت يد المولى على العبد المغصوب منه حكما باعتبار سراية القطع الذي صدر منه وثبوت يد الغاصب عليه حكما باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة فاختلفت الجهتان. قال رحمه الله: (غصب
***
[١٨٣]
محجور مثله فمات في يده ضمن) يعني إذا غصب عبد محجور عليه عبدا محجورا عليه فمات المغصوب في يد الغاصب ضمنه لان المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله وهذا منها فيضمن. قال رحمه الله: (مدبر جنى عند غاصبه ثم عند سيده ضمن قيمته لهما) أي لو غصب رجل مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على مولاه فجنى عنده جناية أخرى ضمن المولى القيمة لولي الجنايتين فتكون بينهما نصفين لان موجب جناية المدبر وإن كثرت قيمته واحدة فيجب ذلك على الملك للمولى لانه هو الذي أعجز نفسه عن الدفع بالتدبير السابق من غير أن يصير مختارا للفداء كما في القن إذا أعتقه بعد الجنايات من غير أن يعلمها، وإنما كانت القيمة بينهما نصفين لاستوائهما في السبب. قال رحمه الله: (ورجع بنصف قيمته على الغاصب) أي رجع المولى بنصف ما ضمن من قيمة المدبر على الغاصب للتعدي لانه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب كان يمتد للغاصب والنصف الآخر بسبب عنده فيرجع عليه بسبب لحقه من جهة الغاصب فصار كأنه لم يرد نصف العبد لان رد المستحق بسبب وجد وعبده عند الغاصب كلا رد. قال رحمه الله: (ورده للاول) أي دفع المولى نصف القيمة الذي أخذه من الغاصب إلى ولي الجناية الاولى وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. قالوا: ولهما أن حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد وإنما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني إلى آخره. قال في العناية: واعترض بأن الثانية مقارنة للاولى حكما فكيف يكون الحق للاول في جميع القيمة؟ وأجيب بأن المقارنة جعلت حكما في حق الضمان لا غير والاولى مقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحمة وأمكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع. أقول: في الجواب بحث لانا لا نسلم أن المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا غير بل جعلت حكما أيضا في حق مشاركة ولي الجناية الثانية لولي الجناية الاولى كما أرشد إليه قول صاحب الهداية في الفصل السابق لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية ا ه‍. فإذا جعلت المقارنة حكما في حق مشاركته وفي الجناية الثانية أيضا كان ولي الجناية الثانية مزاحما لولي الجناية الاولى في الاستحقاق جميع القيمة فكيف يأخذ ولي الجناية الثانية ايضا كان ولى الجناية الثلاية مزاحما لولى الجناية الاولى في الاستحقاق جميع القيمة فكيف ياخذ ولى الجناية الثانية ايضا كان ولى الجناية الثانية مزاحما لولى الجناية الاولى في الاستحقاق جميع القيمة فكيف يلاخذ ولى الجناية الاولى وحده كل القيمة مع مزاحمة الاولى الثانية له في استحقاقه إياه؟ وإن كان الاعتبار لتقدم الاولى حقيقة دون المقارنة الحكمية ينبغي أن لا يستحق ولي الثانية شيئا من قيمة المدبر وليس الامر كذلك بالاجماع فليتأمل في جواب الشافعي. وقال محمد رحمه الله: لا يدفعها إليه لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى لانه إنما يرجع على الغاصب فلا يدفع إليه كيلا يؤدي إلى جتماع البدل والمبدل في ملك رجل، وكيلا يتكرر الاستحقاق. وقوله عوض ما سلم إلي ولي الجناية الاولى، قلنا هو كذلك
***
[١٨٤]
لكن ذلك في حق المولى والغاصب لان ما أخذه المولى من الغاصب عوض المدفوع إلى ولي الجناية الاولى وأما في حق المجني عليه فهو عوض ما لم يسلم له ومثله جائز كالذمي إذا باع خمرا وقضى دين مسلم يجوز له أخذه لان تلك الدراهم ثمن الخمر في حق الذمي وبدل الدين في حق المسلم. قوله ودفع إلى الاول فإن قلت: هذا يناقض قوله أولا جناية العبد لا توجب إلا دفعا واحدا لو محلا أو قيمة واحدة وهنا أوجبت قيمة ونصفا أو دفع العبد ونصف القيمة للاول، فالجواب أن الكلام الاول فيما إذا تعددت الجناية في يد شخص واحد من غير غصب ورد يكون جامعا لها فلهذا تجب قيمة واحدة أو دفع واحد، وهنا لما كانت عند شخصين لم يمكن جمعها

فلها حكمان وإن كانت في يد واحد لكن بعد غصب ورد كما سيأتي في قوله ورده. قال رحمه الله: (ثم يرجع به على الغاصب) أي يرجع المولى بذلك الذي دفعه إلى ولي الجناية الاولى ثانيا على الغاصب عندهما لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب فيرجع عليه بذلك فصار كأنه لم يرد ولم يضمن له شيئا إذا لم يبق شئ من العبد أو من بدله في يده. قال رحمه الله: (وبعكسه لا يرجع به ثانيا) أي بعكس ما ذكره لا يرجع غاصب المولى على الغاصب بالقيمة ثانيا وصورته أن المدبر جنى عند مولاه أولا فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى ثم رده على المولى ضمن قيمته لولي الجنايتين فيكون بينهما نصفين، ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة لانه استحق عليه بسبب كان في يد الغاصب فيدفعه إلى ولي الجناية الاولى بالاجماع. أما عندهما فظاهر لما بينا، وأما عند محمفإنه يمتنع الدفع إلي ولي الجناية الاولى في المسألة الاولى كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد على ما بينا، وهنا لا يلزم ذلك لان ما أخذه من الغصب عوض ما دفع إلى ولي الجناية الثانية فإذا دفعه إلى ولي الاولى لا يجتمع البدلان في ملك واحد، وفي الاول يجتمع لانه عوض ما أخذه هو بنفسه، ثم إذا أدفعه إلي ولي الاولى لا يرجع به على الغاصب بالاجماع وهو المراد بقوله وبعكسه لا يرجع ثانيا لان المولى لما لم يدفع ما أخذه من الغاصب إلى ولي الاولى سلم له ما أخذه من الغاصب فلم يتصور الرجوع عليه وهنا لم يسلم له بالاجماع ومع هذا لا يرجع على الغاصب بالاجماع بما دفعه ثانيا لان الذي دفعه المولى إلى ولي الجناية الاولى ثانيا هنا بسبب جناية وجدت عنده فلا يرجع به على أحد بخلاف المسألة الاولى عندهما لان دفع المولى ثانيا إلى ولي الجناية الاولى فيها بسبب جناية وجدت عند الغاصب فيرجع عليه هنا كما ذكرنا. قال رحمه الله: (والقن كالمدبر غير أن المولى يدفع العبد هنا وثمة القيمة) أي العبد القن فيما ذكرنا كالمدبر، ولا فرق بينهما إلا أن المولى يدفع القن وفي المدبر القيمة حتى إذا غصب رجل عبدا فجنى في يده ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى فإن المولى يدفعه إلى الاول ثم يرجع على الغاصب عندهما، وعند محمد لا يدفع ما أخذه من الغاصب إلى الاول بل يسلم له فلا يتصور الرجوع على الغاصب ثانيا على ما ذكرنا في المدبر، وإن جنى
***
[١٨٥]
عند المولى أولا ثم غصبه فجنى في يده ثم رده إلى المولى دفعه إلى ولي الجنايتين نصفين ثم يرجع بنصف قيمته على الغاصب لما ذكرنا. قال رحمه الله: (مدبر جنى عند غاصبه فرده فغصبه أخرى فجنى فعلى سيده قيمته لهما) أي إذا غصب رجل مدبرا فجنى عنده جناية فرده على المولى ثم غصبه ثانيا فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بين ولي الجنايتين نصفين لان منعه بالتدبير فوجب عليه قيمته على ما بينا. قال رحمه الله: (ورجع بقيمته على الغاصب) لان الجنايتين كانت في يد الغاصب فاستحق كل بسبب كان في يد فرجع عليه بالكل بخلاف المسائل المتقدمة فإن هناك استحق النصف بسبب كان عنده والنصف بسبب كان في يد المالك فيرجع بالنصف لذلك. قال رحمه الله: (ودفع نصفها إلى الاول) أي دفع المولى نصف القيمة المأخوذة من الغاصب ثانيا إلى ولي الجناية الاولى لانه استحق كل القيمة لعدم المزاحمة عند وجود جنايته وإنما انتقص حقه بحكم المزاحمة من بعد. قال رحمه الله: (ورجع بذلك النصف على الغاصب) أي يرجع المولى بالنصف الذي دفعه ثانيا إلى ولي الجناية الاولى على الغاصب لان ولي الجناية الاولى استحق هذا النصف ثانيا بسبب كان في يد الغاصب فيرجع عليه به ويسلم الباقي له ولا يدفعه إلى ولي الجناية الاولى لانه استوفى حقه في حقه ولا إلى ولي الثانية لانه لا حق له إلا في النصف لسبق حق الاول عليه وقد وصل ذلك إليه، وهذا لان الثاني يستحق النصف لوجود المزاحمة وقت جنايته والمزاحمة موجودة فبقي على ما كان بخلاف ولي الاولى لانه استحق الكل وقت الجناية، وإنما رجع حقه إلى النصف للمزاحمة قالوا: وكلما وجد شيئا من بدل العبد أخذه حتى يستوفي حقه، ثم قيل هذه المسألة على الخلاف كالاولى، وقيل على الاتفاق، والفرق لمحمد أن الذي يرجع به ولي الجناية الاولى عوض ما سلم له في المسألة الاولى لان الثانية كانت في يد المالك فلو دفع إليه ثانيا تكرر الاستحقاق، وأما في هذه المسألة فيمكن أن يجعله عوضا عن الجناية الثانية لانها كانت في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرنا. وفي المبسوط: وإذا غصب رجل عبدا وجارية فقتل كل واحد رجلا خطأ ثم قتل العبد الجارية ورد العبد فإنه يرد معه قيمة الجارية فيدفعها المولى إلي ولي قتيل الجارية ويرجع بها على الغاصب لان قيمة الجارية استحقت من يد المولى بسبب كان عند الغاصب عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما لا يرجع وإن اختار الدفع دفع العبد كله إلى ولي قتيل العبد فدفع في قياس قول أبي حنيفة ويرجع

بقيمته على الغاصب، وعندهما يدفعه إلى ولي قتيل العبد وإلى الغاصب على أحد عشر سهما إذا كانت قيمة الجارية ألف درهم سهم للغاصب وعشرة لولي قتيل العبد، ثم يرجع المولى على الغاصب بقيمة العبد فيدفع منها إلى ولي قتيله جزأ من
***
[١٨٦]
أحد عشر جزأ ثم يرجع بذلك على الغاصب. وهذا بناء على أن الغاصب لما ملك الجارية بالضمان ميوم الغصب ظهر أن العبد قتل جارية مملوكة وجناية المغصوب على الغاصب وعلى ماله هدر عنده، وعندهما معتبرة لما تبين، فعنده لما هدرت جناية العبد على الجارية بقي في رقبته جناية واحدة وهو دم الحر فيدفع كله إلى ولي دم الحر ويفديه كله إليه وهو مضطر في الدفع والفداء وقد استحق العبد من يده بسبب كان في الغاصب وضمانه فيرجع بقيمته عليه، وعندهما لما كانت جناية العبد على الجارية عشرة آلاف وحق الغاصب في قيمة الجارية ألف درهم فيقسم العبد بينهما على أحد عشر ويرجع بقيمته على الغاصب لان جميع العبد استحق من يد المولى بجناية كانت في ضمان الغاصب بخلاف الفداء لانه وجب للغاصب على المولى قيمة الجارية لان جناية عبده على جارية الغاصب معتبرة عندهما، وللمولى على الغاصب قيمة العبد فوقعت المقاصصة لانهما اتفقا جنسا ومقدار دية الحر مع قيمة العبد مختلفان جنسا وقدرا فلا يتقاصان. ولو كان الغاصب معسرا وقال ولي الجناية انتظر يساره دفع العبد إلى ولي قتيله أو فداه ويرجع بقيمته على الغاصب إذا أيسر وبقيمة الجارية مرتين واحدة يدفعها إلى ولي قتيلها وواحدة تسلم له، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. عندهما يدفع من العبد عشرة أجزاء من أحد عشر جزأ إلى ولي قتيله فإذا أيسر الغاصب دفع إليه الجزء الثاني لجواز أن يؤدي الغاصب قيمة الجارية فيثبت له حق في العبد على قولهما فمتى دفع جميع العبد إلى ولي قتيل العبد يبطل حق الغاصب في العبد متى أدى قيمة الجارية فيوقف جزأ من أحد عشر جزأ مما عليه، وإن قال ولي قتيلها أضرب بقيمة الجارية في الغلام دفع إليهما على أحد عشر لان نصفه لا في رقبة العبد للحال وحق الغاصب غير ثابت للحال، وفي الثاني عسى يثبت وعسى لا يثبت ثم يرجع بقيمتها فيدفع إلى ولي قتيلهما تماما لان حقه كان ثابتا في جميع العبد وقد وصل إليه عشرة أجزاء من العبد ولم يصل إليه جزء واحد وفي يد المولى بدله فكان له أن يأخذ ذلك منه، ثم يرجع على الغاصب بمثل ذلك لما بينا، ولولي قتيل الجارية أن يأخذ من المولى عشرة أجزاء من قيمتها في رواية لانه وصل إليه بدل جميع الجارية لان العبد قام مقام الجارية، وإذا كانت قيمته أقل من قيمة الجارية لان قليل القيمة إذا قتل كثير القيمة ودفع به قام مقام جميعه، فإذا قام العبد مقام جميع الجارية فصار كأنه وصل إليه جميع الجارية بخلاف ولي قتيل العبد لان حقه كان في جميع العبد ولم يتحول إلى بدله وقد وصل إليه بعض العبد فكان له أن يأخذ بدل ما لم يصل إليه من العبد. ولو قتل العبد المغصوب الغاصب هدر دمه وكذلك العبد المرهون إذا قتل المرتهن عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يعتبر حتى يؤمر المولى بالدفع أو الفداء، لهما أن في اعتبار جنايته فائدة لان الغاصب ملكه بالدفع بالقيمة ويملك عبد الغير بالقيمة مفيدا كما لو اشترى منه وبالفداء يملك دية نفسه وهي أكثر من القيمة ظاهرا
***
[١٨٧]
فيحصل للغاصب زيادة على القيمة، فدل على أن في اعتبار هذه الجارية فائدة فوجب اعتبارها والله أعلم. ولابي حنيفة رحمه الله تعالى أن المولى متى أخذ الضمان من الغاصب يملك الغاصب العبد مستندا إلى وقت الغصب، وظاهره أن الجناية ظهرت من المملوك على مالكه وجناية المملوك على مالكه هدر لان المولى لا يستوجب على مملوكه شيئا وجناية المغصوب على مولاه معتبرة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما لما مر في الرهن. قال رحمه الله: (غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة أو بحمى لم يضمن وإن مات بصاعقة أو نهش حية فديته على عاقلة الغاصب) وهذا استحسان، والقياس أن لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لان الغصب في الحر لا يتحقق ألا ترى أنه لا يتحقق في المكاتب وإن كان صغيرا لكونه حرا يدا مع أنه رقيق رقبة فالحر يدا، ورقبة أولى أن لا يضمن به. وجه الاستحسان أن هذا ضمان إتلاف لا ضمان غصب والصبي يضمن بالاتلاف، وهذا لان نقله إلى أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق إتلاف منه تسببا وهو متعد فيه بتفويت يد الحافظ وهو المولى فيضمن، وهذا لان الحيات والسباع والصواعق لا تكون في كل مكان فأمكن حفظه عنده فإذا نقله إليه وهو متعد فيه فقد أزال حفظ المولى عنده متعديا فيضاف إليه لان شرط العلة بمنزلة العلة إذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة أو بحمى فإن ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله

إلى مكان تغلب فيه الحمى والامراض يقول إنه يضمن وتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسببا بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه، وإن كان صغيرا فهو يلحق بالكبير ألا ترى أنه لا يزوج إلا برضاه كالبالغ والحر الصغير يزوجه وليه بدون رضاه فإذا أخرجه من يد المولى فما تمما يمكن التحرز عنه يضمن والمكاتب لا يعجز عن حفظ نفسه فلا يضمن بالغصب كالحر الكبير حتى لو لم يمكنه من حفظ نفسه فلا يضمن بالغصب ما صنع من قيد ونحوه يضمن المكاتب، وكالحر الكبير أيضا كما يضمن الصغير لانه حينئذ يكون التلف مضافا إلى الغاصب بتقصير حفظه. قال رحمه الله: (كصبي أودع عبدا فقتله وإن أودع طعاما وأكله لم يضمن) أي يضمن عاقلة الغاصب كما يضمن عاقلة الصبي إذا قتل عبدا أودع عنده، وهذا الفرق بين العبد المودع والطعام المودع هو قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى: يضمن الصبي المودع في الوجهين وعلى هذا لو أودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ويؤخذ به بعد العتق، وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى يؤخذ به في الحال، وعلى هذا الخلاف الاقرار في العبد والوصي وكذا الاعارة فيهما. ثم أن محمدا رحمه الله شرط في الجامع أن يكون الصبي عاقلا. وفي الجامع

***

[١٨٨]

الكبير: وضع المسألة في الصبي الذي عمره اثني عشر سنة وذلك دليل عل أن غير العاقل يضمن بالاتفاق ولان التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر لابي يوسف والشافعي رحمهم الله تعالى إذا أتلف مالا متقوما معصوما حقا للمالك فيجب عليه ضمانه كما إذ كان الوديعة عبدا أو كان الصبي مأذونا له في التجارة وفي الحفظ من جهة الولي، وكما إذا أتلف غير ما في يده ولم يكن معصوما لثبوت ولاية الاستهلاك فيه. ولهما أنه أتلف مالا غير معصوم فلا يؤاخذ بضمانه كما لو أتلفه بإذنه ورضاه. وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضعه في يد غير مانعة فلا يبقى معصوما إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا إقامة هنا لانه لا ولاية له على الصبي حتى يلزمه ولا ولاية للصبي على نفسه حتى يلتزم بخلاف المأذون له لان له ولاية على نفسه كالبالغ، وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحق نفسه إذ هو مبقى على أصل الحرية في حق الدم فكانت عصمته لحق نفسه لا للمالك لان عصمة المالك إنما تعتبر فيما له ولاية استهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يقدر أن يمكن غيره من ذلك فلا يعتبر تسليطه فيضمن الصبي باستهلاكه بخلاف سائر الاموال. قال في العناية: وإذا استهلك الصبي ينظر، إن كان مأذونا في التجارة وإن كان محجورا عليه لكنه قبل الوديعة بإذن وليه ضمن بالاجماع إن كان محجورا عليه وقبلها بغير أمر وليه فلا ضمان عليه عند الامام ومحمد في الحال ولا بد الانزال، وقال أبو يوسف: يضمن في الحال. وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده وديعة يضمن في الحال وهو تقسيم حسن ا ه‍. باب القسامة لما كان أمر القتيل يؤول إلى القسامة فيما إذا لم يعلم قاتله ذكرها هنا في باب على حدة في آخر الديات. والكلام في القسامة من وجوه: الاول في معناها لغة. والثاني في معناها شرعا. والثالث في ركنها. والرابع في شرطها. والخامس في صفتها. والسادس في دليلها. اعلم أن القسامة في اللغة اسم وضع موضع الاقسام، كذا في عامة الشروح أخذا من المغرب. وقال في معراج الدراية. القسامة لغة مصدر أقسم كما لا يخفي على من له دراية بعلم الادب. وأما في علم الشريعة فهي أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار أو غير ذلك وجد فيها قتيل به أثر يقول كل منهم والله ما قتلته ولا علمت له قاتلا، كذا في العناية. قال في النهاية: وأما تفسيرها شرعا فما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه قال في القتيل الذي يوجد في المحلة أو دار رجل في المصر إن كان جراحة أو أثر ضرب أو أثر خنق ولا يعلم قاتله

***

[١٨٩]

يقسم خمسون رجلا من أهل المحلة كل منهم يقول بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا ا ه‍. أقول: ما ذكر في النهاية إنما هو مسألة القسامة شرعا فإن التفسير من قبيل التصورات وما ذكر فيها تصديق من قبيل الشرطيات كما ترى، نعم يمكن أن يؤخذ منه تفسير القسامة شرعا بتدقيق النظر لكنه في موضع بيان معنى القسامة شرعا في أول الباب تعسف خارج عن سنن الطريق. وأما ركنها فهو أنه يجري من أن يقسم هذه الكلمات التي يقسم بها على لسانه ثم قال في النهاية: وأما شرطها فهو أن يكون المقسم رجلا بالغا عاقلا حرا فلذلك لم يدخل

في القسامة المرأة والصبي والمجنون والعبد وأن يكون في الميت الموجود أثر القتل، وأما لو وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة ولا دية، ومن شرطها أيضا تكميل اليمين بالخمسين ا ه. وفي غاية البيان أيضا كذلك. ومن شروطها أيضا أن لا يعلم قاتله فإن علم فلا قسامة فيه ولكن يجب القصاص فيه أو الدية كما تقدم. ومنها أن يكون القتيل من بني آدم فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلة قوم، ومنها الدعوى من أولياء القتيل لان القسامة يمين واليمين لا تجب بدون الدعوى كما في سائر الدعاوي، ومنها إنكار المدعي عليه لان اليمين وظيفة المنكر، ومنها المطالبة في القسامة لان اليمين حق المدعي وحق الانسان يوفي عند طلبه كما في سائر الاموال، ومنها أن يكون الموضع الذي وجد فيه القتيل ملكا لاحد أو في يد أحد فإن لم يكن ملكا لاخد ولا في يد أحد أصلا فلا قسامه فيه ولا دية في قن أو مدبر أو أم ولد أو مكاتب أو مأذون وجد مقتولا في دار مولاه، نص في البدائع على هاتيك الشروط كلها بالوجه الذي ذكرناه مع زيادة تفصيل وأورد على اشتراط الحرية إذا وجد قتيل في دار مكاتب فعليه القسامة. إذا حلف يجب الاقل من قيمته ومن الدية، نص عليه في البدائع. وأجيب بأن المكاتب حر يدا، وإن لم يكن حرا رقبة كما صرحوا به في الباب السابق فوجد فيه الحرية في الجملة فجاز اشتراطنا الحرية في القسامة مطلقا بناء على ذلك لكن لا يخفي ما فيه. وأما صفتها فهي وجوب الايمان. وأما دليلها فالاحاديث المشهورة وإجماع الامة. وأما سببها فوجود القتيل في المحلة وما في معناه. قال رحمه الله: (قتيل وجد في محلة لم يدر قاتله حلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا) هذا على سبيل الحكاية عن الجميع، وأما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا لجواز أنه قتله وحده فيجري على يمينه ما قلنا يعني جميعا ولا يعكس لانه إذا قتله مع غيره كان قاتلا له. وقال الشافعي رحمه الله: إذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى أو خطأ. وقال مالك رحمه الله: يقضى بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو أحد قولي الشافعي، واللوث عندهما أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو يشهد عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة

***

[١٩٠]

قتلوه، وإن لم يكن ثم لوث استحلف المدعى عليهم فإن حلفوا لا دية عليهم، وإن أبوا أن يحلفوا حلف المدعي واستحق ما ادعاه. لنا قوله صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم الحديث. وقوله البينة على المدعى واليمين على من أنكر ولا فرق في ذلك بين الدم والاموال على ظاهر الاحاديث، وما روي في قتيل وجد بين قوم قال يستحلف خمسين رجلا منهم فهو كقول المؤلف قتيل خرج مخرج الغالب. قال في العناية: جرح رجل في قبيلة ولم يعلم جارحه فإما أن يصير صاحب فراش أو يكون صحيحا بحيث يذهب ويجئ، فإن كان الثاني فلا ضمان بالاتفاق، وإن كان الاول ففيه القسامة والدية على القبيلة عند الامام، وعند الثاني لا شئ فيه اه. وأطلق في القتيل فشمل الخطأ والعمد والدعوى بذلك قال في الاصل: وإذا وجد قتيل في محلة قوم وادعى ولي القتيل القتل عمدا أو خطأ فهذا على ثلاثة أوجه: إما أن يدعي ولي القتيل على واحد من أهل المحلة أنه هو الذي قتله وليه، فإن ادعى على جميع أهل المحلة أنهم قتلوا وليه عمدا أو خطأ وادعى على واحد من غير أهل المحلة أنه هو الذي قتله وليه عمدا أو خطأ وأنكر أهل المحلة فإنه يحلف خمسون رجلا منهم كل واحد بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا، فإن حلفوا غرموا الدية، وإن نكلوا فإنه يحبسهم حتى يحلفهم. وفي الذخيرة: هذا الحبس بدعوى العمد وإن كان يدعي الخطأ فإذا نكلوا عن اليمين يقضى عليهم بالدية اه. وقوله يتخيرهم الولي يعني يختار الصالحين دون الطالحين ولو من أهل الذمة، وإن كان القتيل مدبرا أو مكاتبا وجبت القسامة وقيمته في ثلاث سنين لان العبد بمنزلة الاحرار في حق الدماء، وروي عن أبي يوسف أنه لا شئ فيه لانه في حكم الاموال عنده ولا قسامة في الجنين لانه ناقص الخلقة اه. قال رحمه الله: (وإن حلفوفعلى أهل المحلة الدية ولا يحلف الولي) وقال الشافعي رحمه الله: يحلف وقد تقدم. ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم: يحلف خمسون رجلا منكم بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ثم أغرموا الدية فقال الحالف: يا رسول الله يحلف ويغرم؟ فقال: نعم الحديث. هذا إذا ادعى عليهم لا بأعيانهم القتل عمدا أو خطأ لان المدعى عليهم لا يميزون عن الباقين، ولو ادعى على البعض بأعيانهم القتل عمدا أو خطأ فكذلك الجواب وإطلاق الكتاب يدل على ذلك. وعن أبي يوسف في غير رواية الاصول أن القسامة والدية تسقط عن

الباقين من أهل المحلة ويقال للولي ألك بينة؟ فإن قال لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة. وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة مثله. ووجهه أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم، وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة والنصوص لم تفرق بين دعوى ودعوى فيجاب بإطلاق النصوص لا بالقياس بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم

***

[١٩١]

لانه ليس فيه نص، فلو أوجبناهما بالقياس وهو ممتنع، ثم إن حلف برئ، وإن نكل ففي دعوى المال يثوفي دعوى القصاص فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في كتاب الدعوى. قال رحمه الله: (وإن لم يتم العدد كرر الحلف عليهم ليتم خمسين يمينا) لان الخمسين وجبت بالنص فيجب تمامه ما أمكن ولا يشترط فيه الوقوف على الفائدة فيما يثبت بالنص وقد روي عن عمر رضي الله عنه أن قضى بالدية، وروي عن شريح والنخعي مثل ذلك ولان فيه استعظاما لامر الدم فيتكمل، وتكرار اليمين من واحد على سبيل الوجوب ممكن شرعا كما في كلمات اللعان، وإن كان العدد كاملا فأراد الولي أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك لان المصير إلى التكرار ضرورة الاكمال وقد كمل. قال رحمه الله: (ولا قسامة على صبي ومجنون وامرأة وعبد) لانهم ليسوا من أهل النصر وإنما هم أتباع والنصرة لا تقوم بالاتباع واليمين على أهل النصرة، ولان الصبي والمجنون ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول قوله وامرأة وعبد لانهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها. أقول: يشكل إطلاق هذا بقول أبي حنيفة ومحمد في مسألة وهي أنه لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حينفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها، وأما عند أبي يوسف القسامة أيضا على العاقلة. قال رحمه الله: (ولا قسامة ولا دية في ميت لا أثر به أو يسيل دم من فمه أو أنفه أو دبره بخلاف عينه وأذنه) لان القسامة تجب في القتيل وهذا ليس بقتيل وإنما مات حتف أنفه وفي مثله لا قسامة ولا غرامة لان الغرامة تتبع فعل العبد والقسامة لاحتمال القتل منهم فلا بد من أثر يكون بالميت يستدل به على أنه قتيل بخلاف ما إذا خرج دمه من عينه وأذنه لانه لا يخرج عادة إلا من كثرة الضرب فيكون قتيلا ظاهرا فتجري عليه أحكامه وهو المراد بقوله بخلاف عينه وأذنه. ولو وجد بدن القتيل كله أو أكثر من نصفه أو النصف ومعه الرأس في ملحة فعلى أهلها القسامة والدية، وإن وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف وكان معه الرأس أو لم يكن فلا شئ عليهم لان هذا حكم عرف بالنص وقد ورد به في البدن ولكن للاكثر حكم الكل فأجرينا عليه أحكامه تعظيما للآدمي والاقل ليس معناه فلا يلحق به وإلا لو اعتبرناه لاجتمعت الديات والقسامات بمقابلة شخص واحد بأن توجد أطرافه في القرى مفرقة وهو غير مشروع، وينبني على هذا صلاة الجنازة لانها لا تتكرر كالقسامة والدية. قال الشارح: ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب لا شئ على أهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا، وإن كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظهر أن تام الخلق ينفصل حيا إلى آخره. أقول: في تحرير هذه المسألة فتور من وجوه: الاول أن الجنين على ما صرحوا به في عامة كتب اللغة الولد ما دام

***

[١٩٢]

في البطن فكيف يتصور أنه يوجد فيهم جنين وحده وهو في بطن أمه، وأما وجوده مع أمه بمعزل عما نحن فيه لكون الحكم هناك للام دون الجنين. والثاني أن ذكر الجنين يغني عن ذكر السقط لان السقط على ما صرح به في كتب اللغة الولد الذي يسقط قبل تمامه والجنين يعم تام الخلق وغير تامة. والثالث أن قوله ليس به أثر الضرب غير كاف في جواب المسألة إذ لا بد فيه من أن يكون به أثر الجراحة والخنق كما تقرر فيما سبق، فلاقتصار هنا على نفي أثر الضرب تقصير. والاظهر أن يقال: ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس فيه أثر القتل فلا شئ عليهم فتدبر. قوله وإن كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا. فإن قيل: الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه وذكره إذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا وإن كان الظاهر سلامتها. أجيب بأنه إنما لم يجب في الاطراف قبل أن يعلم صحتها ما يجب في السليمة لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس تعظيم كتعظيم النفس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أو دية بخلاف الجنين فإنه نفس من وجه عضو من وجه، فإذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر أنه قتيل لوجود دلالة

القتل وهو الاثر إذا الظاهر هو حال تام الخلق أن ينفصل حيا، وأما إذا وجد ميتا ولا ثر به لا يجب فيه شئ فكذا هذا. قال جمهور الشراح: ورد صاحب العناية جوابهم المزبور حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب: وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما قواه لان الظاهر إذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما سلك به مسلكها فلان يكون فيما هو أعظم خطرا أولى انتهى. ولان الجنين نفس فاعتبرنا جهة النفس إن انفصل حيا فيستدل عليه بتمام الخلق وعضو من وجه فاعتبرنا جهة العضو إن انفصل ميتا فيستدل عليه بنقصان الخلق. قال رحمه الله: (قتيل على دابة ومعها سائق أو قائد أو راكب فديته على عاقلته) دون أهل المحلة لانه في يده فصار كما إذا كان في داره، وإن اجتمع فيها السائق والقائد والراكب كانت الدية عليهم جميعا لان القتيل في أيديهم دون أهل المحلة فصار كما إذا وجد في دارهم، ولا يشترط أن يكونوا ماليكن للدابة بخلاف الدار. والفرق أن تدبير الدابة إليهم وإن لم يكونوا مالكين لها وتدبير الدار إلى ماكلها وإن لم يكن ساكنا فيها. وقيل: القسامة والدية على مالك الدابة فعلى هذا أن لا فرق بينهما وبين الدار. وعن أبي يوسف أنه لا يجب على السائق إلا إذا كان يسوقها مختفيا لان الانسان قد ينقل قريبه الميت من مكان إلى مكان للدفن، وأما إذا كان على وجه الخفية فالظاهر أنه هو الذي قتله. وإن لم يكن مع الدابة أحد فالدية والقسامة على أهل المحلة الذين وجد فيهم القتيل على الدابة لان وجوده وحده على الدابة كوجوده في الموضع الذي فيه الدابة. وفي شرح الطحاوي: أو كان الرجل يحمله على

***

[١٩٣]

ظهره فهو كالذي مع الدابة. وظاهر عبارة المؤلف أنه لا فرق بين أن يكون المالك معروفا أو لا. وفي شرح الطحاوي: فالقسامة والدية عليهم هكذا ذكر محمد، ولم يفصل بين ما إذا كان للدابة مالك وبين ما إذا لم يكن بل أطلق الجواب، ومن مشايخنا من قال: هذا إذا لم يكن للدابة مالك معروف وإنما يعر ف ذلك القائد والسائق، فأما إذا كان مالك الدابة معروفا فإنما تجب القسامة والدية على ملك الدابة نظير هذا ما قال محمد في كتاب العتاق: إن الرجل إذ استولد جارية في يده ثم أقر أنها لفلان إن كان المقر له مالكا معروفا لهذه الجارية صدق المستولد ولم تصر أم ولده، وإن لم يكن المقر له مالكا معروفا لم يصدق لانها صارت أم ولد له من حيث الظاهر فكذلك هنا. ومن المشايخ من قال: سواء كان للدابة مالك معروف أو لم يكن فإن القسامة تجب على الذي في يده الدابة والدية على عاقلته، ولو وقعت المنازعة بين أهل المحلة وبين السائق كان القول قول السائق أن الدابة دابته. قال رحمه الله: (مرت دابة عليها قتيل بين قريتين فعلى أقربهما) لما روي أنه صلى الله عليه وسلم أمر في قتيل وجد بين قريتين بأن يذرع فوجد أحدهما أقرب بشبر فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما إذا كانوا بحيث يسمع منهم الصوت، وأما إذا كانوا بحيث لا يسمع منهم الصوت فلا شئ عليهم لانهم إذا كانوا بحيث لا يسمع منهم الصوت لا يمكنهم الغوث، وهذا قول الكرخي رحمه الله تعالى. وعبارة الماتن ظاهرها الاطلاق، وأما إذا وجد في فلاة في أرض فإن كانت ملكا لانسان فهما على المالك، وإن لم تكن ملكا لاحد فإن كانت يسمع منها الصوت من مصر من الامصار فعليهم القسامة، وإن كان لا يسمع فإن كان للمسلمين فيها منفعة للاحتطاب والكلا فالدية في بيت المال، وإن انقطعت عنها منفعة المسلمين فدمه هدر، فظهر أن قوله على أقربها إذا لم تكن الارض ملكا لاحد كما قال إذا كان يسمع منها الصوت من المصر وهو أحد القولين في القريتين إذا وجد قتيل بينهما. وقوله بين قريتين مثال وكذا لو وجد بين قبيلتين أو بين محلتين. قال في المحيط: أما إذا وجد في فلاة مباح فإن وجد في خيمة أو فسطاط فالقسامة على مالكها والدية على من يسكنها لانها في يده كما في الدار، وإن كان خارجا عنها فعلى القبيلة التي وجد فيها القتيل لانهم لما نزلوا قبائل في أماكن مختلفة صارت الامكنة بمنزلة المحال المختلفة في المقر ألا ترى أنه ليس لغيرهم إزعاجهم عن هذا المكان. ولو وجد بين القبيلتين فعلى أقربهما، فإن استويا فعليهما كما لو وجد بين المحلتين وبين القريتين. هذا إذا نزلوا بين قبائل متفرقين، فإن نزلوا جملة مختلطين ووجد القتيل خارج الخيام فعلى أهل العسكر كلهم لانهم لما نزلوا جملة صارت الامكنة كلها بمنزلة محلة واحدة لان الامكنة كلها منسوبة إلى جميع العسكر لا إلى البعض، وإن كان العسكر في أرض رجل

***

[١٩٤]

فالقسامة والدية عليه لان العكسر في هذا المكان بمنزلة السكان والقسامة والدية على الملاك دون السكان بالاجماع وهما سويا بين هذه وبين الدار، وأبو يوسف رحمه الله تعالى فرق فإن عنده في الدار تجب على السكان دون الملاك، والفرق أن العسكر نزلوا في هذا المكان

للانتقال والارتحال لا للقرار وما لا قرار له وجوده وعدمه بمنزلة، فأما السكان في الدار للقرار لا للانتقال والفرار فلا بد من اعتباره. وإن كان أهل العسكر فذ لقوا عدوهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر أنه قتل العدو. ولو جرح في محلة أو قبيلة فحمل مجروحا ومات في محلة أخرى من تلك الجراحة فالقسامة والدية على أهل المحلة التي جرح فيها لان القتل حقيقة وجد في المحلة الاولى دون الاخرى. رجل جرح وحمله إنسان من أهله فمكث يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الحامل عند أبي يوسف وفي قياس أبي حنيفة يضمن وهذا بناء على ما إذا جرح في قبيلة ثم مات في أهل قبيلة أخرى لان يده بمنزلة المحلة فصار وجوده مجروحا في يده كوجوده في محلته. قال رحمه الله: (وإن وجد في دار إنسان فعليه القسامة والدية على عاقلته) لان الدار في يده وتصرفه ولا يدخل السكان في القسامة مع المالك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: هي عليهم جميعا لان ولا ية التدبير تكون بالسكنى كما تكون بالملك. ولنا أن الملاك هم المختصون بنصرة المنفعة عادة دون السكان ولان تمليك الملاك ألزم وقرارهم أدوم وكانت ولاية التدبير إليهم فتحقق التقصير منهم. وفي الاصل: وإذا وجد القتيل في الدار تجب القسامة على صاحب الدار والدية على عاقلة الدار يعني أهل الخطة. وفي الذخيرة: باتفاق الروايات. وكذا ذكر محمد في هذه المسألة في الاصل، وذكر في موضع آخر من الاصل أن القسامة والدية على قوم صاحب الدار، فاتفقت الروايات أن الدية على قومه، واختلفت الروايات في القسامة ذكر في بعض الروايات إنما تكون على المشتري خاصة، وذكر في بعض الروايات أنها تكون على عاقلة المشتري، وحكي عن الكرخي أنه وفق بين الروايتين قال: إنها تجب عليه خاصة إذا كان قومه غيبا ومعنى الرواية التي قال إنها تكون عليه وعلى قومه أن يكون قومه حضورا حتى لو لم يوجد منهم في المحلة ثم وجد قتيل في سكة من سككهم أي في مسجد من مساجدهم وفيها سكان ومشترون فإن القسامة على المشتري، وهذا الذي ذكقول أبي حنيفة ومحمد، فأما في قول أبي يوسف في إحدى الروايتين عنه تجب القسامة والدية على السكان لا على المشترين الذي هم ملاك، وفي الرواية الثانية يقول تجب على المشتري والسكان. وفي الذخيرة: وجد قتيل في دار فقال صاحب الدار أنا قتلته لانه أراد أخذ مالي وعلى المقتول سيما السراق وهو مبهم، فعن أبي حنيفة أنه لا شئ على صاحب الدار، وفي موضع آخر قال: إن عليه الدية لا القصاص وإن لم يقر صاحب الدار بقتله لا نقتله وتقسم الدية على العاقلة. وفي

***

[١٩٥]

الينابيع رجل وجد قتيلا فادعى ولي الجناية على رجل أنه قتله وكان بينه وبين المقتول عداوة ظاهرة فإن أنكر المدعى عليه فقال الولي أحلف أنك قتلته وآخذ منك الجناية أي الدية فإنه ليس للقاضي أن يفعل ذلك عندنا. وقوله دار إنسان مثال وكذا لو وجد في حانوت والكرم والارض في الحكم كما ذكرنا في الدار. وفي المحيط: وإذا وجد قتيل في محلة خربة ليس فيها أحد وبقربها محلة عامرة فيها أناس كثيرة تجب القسامة والدية على أهل المحلة العامرة لانها أقرب الاماكن إليها، ولو وجد في دار من لا تقبل شهادته له أو امرأة في دار زوجها تجب فيها القسامة والدية ولا يحرم الارث لانه حكم بأنه قتله حكما بترك الحفظ. ولو وجد القتيل في دار امرأة كرر عليها اليمين خمسين مرة والدية على عاقلتها وهو قول محمد، وعند أبي يوسف على أقرب القبائل. قال في المحيط: رجلان كانا في بيت ليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف: يضمن الآخر الدية لان الظاهر أنه لا يقتل نفسه وانما قتله الآخر. وقال محمد: لا حكم لانه يحتمل أن الآخر قتل نفسه وأن الآخر قتله فلا أضمنه بالشك، ولو أن دارا مغلقة ليس فيها أحد ووجد فيها قتيل فالقسامة والدية على عاقلة رب الدار. قال رحمه الله: (وهي على أهل الخطة دون السكان والمشترين) هذا قول الامام ومحمد، وأهل الخطة ثم الذين خط لهم الامام الارض بخطه. وقال أبو يوسف: الكل مشترك لان الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وهم في ذلك سواء فكذا في ترك الحفظ فصار كالدار المشتركة بين واحد من أهل الخطة وبين المشتري، ولو كان للخطة تأثير في التقديم لما شاركهم المشتري. ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة في العرف، وكذا في الحفظ ولان صاحب الخطة أصيل والمشتري دخيل وولاية الحفظ على الاصيل دون الدخيل، وفي الدار المشتركة ولاية تدبيرها إلى المالك مطلقا بخلاف القرية والمحلة والدار فإنه إذا وجد قتيل في دار مشتركة بين مشتر وصاحب خطة فإنهما يستويان في القسامة والدية بالاجماع، وفي المحلة أوجب القسامة والدية على أهل الخطة دون المشترين مع أن كل واحد منهم لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته. والفرق أن العرف جار بأن

تدبير المحلة لاهلها دون المشتري منه وتدبير الدار للمشتري، ولو قال وهما على أهل الخطة لكان أولى لان الضمير يرجع لاقرب مذكور وهو الدية وقدمنا أنه لا فرق بينهما في الحكم متأخرا. قال رحمه الله: (فإن لم يبق واحد منهم فعلى المشترين) يعني إن لم يبق واحد من أهل الخطة فعلى المشترين لان الولاية انتقلت إليهم لزوال من يزاحمهم، ثم إذا وجد في دار إنسان تدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حاضرين عندهما، وعند أبي يوسف لا تدخل لان رب الدار أخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كأهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم فصاروا كما

***

[١٩٦]

إذا كانوا غائبين. ولهما أنهم في الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما يلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة وقد بينا أن هذا قول الكرخي. قال رحمه الله: (ولو وجد في دار مشتركة على التفاوت فهي على عدد الرؤس) أي إذا وجد القتيل في دار مشتركة بين جماعة انصباؤهم فيها متفاضلة بأن كانت بين ثلاثة مثلا لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس تقسم الدية والقسامة على عدد رؤسهم، ولا يعتبر بتفاوت الانصباء لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة. وفي الجامع الصغير: دار نصفها لرجل وعشرها لآخر ولآخر ما بقي فوجد فيها قتيل فهي على عدد رؤس الرجال دون تفاوت الملك حتى إن القتيل إذا وجد في دار بين اثنين أثلاثا فالدية تجب بينهما نصفين، وكذا دار بين بكر وزيد أثلاثا فوجد فيها قتيل فالدية على عاقلتهم أثلاثا، وهذا الذي ذكرنا قول محمد رواه عن أبي حنيفة. وروي عن أبي يوسف بخلاف هذا فإنه قال: على عدد الملك. ولو وجد قتيل بين قريتين فالدية على أهل القريتين على السواء ولا ينظر إلى عدد أهل القريتين، وكذلك قال أبو يوسف في دار بين تميمي وبين أربعة من همدان وجد فيها قتيل فالدية بينهما نصفين، وعند محمد تجب الدية أخماسا. وإذا وجد قتيل بين قريتين وهو في القرب إليهما على السواء ووجد في إحدى القريتين أناس كثيرة وفي الاخرى أقل من ذلك فالدية في القريتين نصفين بلا خلاف. وقال أبو يوسف في قتيل وجد بين ثلاث دور دار لتميمي وداران لهمدان وهو في القرب منهما جميعا على السواء فالدية نصفان واعتبر القبيلة دون القرب. وإذا وجد القتيل في دار بين ثلاثة نفر فالقسامة على عواقلهم جميعا أثلاثا وتمام الخمسين على العواقل، وكذا لو وجد في المسجد أو المحلة فالمعتبر عدد القبائل والقبائل هنا ثلاث فالدية أثلاث ولهذا قلنا بأن أهل الديوان إذا جمعهم ديوان واحد وقاتل واحد منهم كان على أهل ديوانه لا على أهله وعشيرته. قال رحمه الله: (وإن بيع فلم يقبض فهي على عاقلة البائع وفي الخيار على ذي اليد) إذا بيعت الدار ولم يقبضها المشتري ووجد فيها قتيل فضمانه على عاقلة البائع، وإن كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عقالة الذي في يده، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: إذا لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري، وإن كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي يصير له لانه إنما نزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ فلا يجب إلا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك، ولهذا لو كانت الدار وديعة تجب الدية على صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات، وفي الذي شرط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر. ولابي حنيفة أن القدرة على الحفظ باليد دون الملك أر ترى أنه يقدر على الحفظ باليد دون الملك ولا

***

[١٩٧]

يقدر بالملك بدون اليد في الدار المغصوبة، وفي البيع البات اليد للبائع قبل القبض، وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما لانه دون البات. ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفا، وإذا كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده إذ بها يقدر على الحفظ بخلاف صدقة الفطر فإنها تجب على المالك لا على الضامن، وهذه ضمان جناية فتجب على الضامن لان ضمان الجناية لا يشترط فيه الملك ألا ترى أن الغاصب يجب عليه ضمان جناية العبد المغصوب ولا ملك بخلاف ما إذا كانت الدار في يده وديعة لان هذا الضمان ضمان ترك الحفظ وهو إنما يجب على من كان قادرا على الحفظ وهو من له يد أصالة لا يد نيابة ويد المودع يد نيابة، وكذا المستعير والمرتهن، وكذا الغاصب لان يده يد أمانة لان العقار لا يضمن بالغصب عندنا ذكره في الهداية والنهاية لا يدل على أن الضمان على الغاصب. فإن قلت: لو جنى العبد في البيع البات قبل القبض يخير المشتري بين الرد وإمضائه وهنا لا يخير، والفرق أن الدار لا يستحقها بوجود القتيل فيها بخلاف العبد لانه يصير مستحقا بالجناية. وفي مختصر خواهر زاده: وإن وجد في دار يتامى المسلمين فالقسامة والدية على عاقلة اليتامى، والاصل أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يعتبر لوجود الدية على العاقلة اليد الحقيقية

لانها تثبت القدرة على الحفظ هما يعتبران الملك. قال رحمه الله: (ولا تعقل عاقلة حتى تشهد الشهود أنها لذي اليد) أي إذا كانت دار في يد رجل فوجد فيها قتيل لا تعقله عاقلته حتى تشهد الشهود أنها لصاحب اليد لان ملك صاحب اليد لا بد منه حتى تعقل عاقلته عنه واليد، وإن كانت تدل على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي إلا بإيجاب الضمان على العاقلة كما لا يخفى للاستحقاق وتصلح للدفع وقد عرف في موضعه. قال صاحب العناية: ولا يختلج في وهمك صورة تناقض بعدم الاكتفاء باليد مع وما تقدم أن الاعتبار عند أبي حنيفة رضي الله عنه لليد لان اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالاصالة لكن كيف يتم على أصله التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه، وهل لا يناقض هذا ما مر من أن الاعتبار عند أبي حنيفة لليد دون الملك كما في المسألة المتقدمة آنفا فإن الملك هناك للمشتري مع أن الدية عنده على عاقلة البائع لكونه صاحب اليد قبل القبض كما مر تفصيله؟ قال صاحب العناية: ولا يلزم أبا حنيفة أن يعتبر اليد في استحقاق الدية كما قال في الدار المبيعة في يد البائع يوجد فيها تقيل لان الدية تجب على عاقلة البائع لانه يعتبر يد المالك لا مجرد اليد فلم تثبت هنا يد المالك إلا بالبينة اه. وذكر في معراج الدراية ما يوافقه حيث قال: وفي جامع كريبسي اعتبر أبو حنيفة رضي الله عنه مجرد اليد في المسألة المتقدمة وهناك لا يثبت ذلك إلا بالبينة فلا يرد نقضا عليه اه. أقول: هذا التوجيه مشكل لان الملك في المسألة المتقدمة كان للمشتري لا محالة وعن هذا نشأ النزاع بين أبي حنيفة رحمه الله وصاحبيه في تلك المسألة إذ لو كان الملك

***

[١٩٨]

أيضا للبائع لما صار محل الخلاف وإقامة الحجة من الجانبين على ما مر بيانه، فإذا كان الملك هنا للمشتري فيكف يتحقق البائع أن ذاك يد المالك إذ ثبوت يد الملك له يقتضي ثبوت نفس الملك أيضا له فيلزم أن يجتمع على الدار المبيعة في حالة واحدة ملكان وهما ملك البائع وملك المشتري وهو محال وإن أريد بيد الملك غير معناه الظاهر أي اليد التي كانت لصاحبها ملكا في الاصل، وإن زال ذلك الملك في الحال بالبيع فما معنى اعتبار مثل ذلك الاصل المزيل في ترتب الحكم الشرعي عليه في الحال؟ وهي يليق أن يعد ذلك أصلا لامامنا الاعظم فعليك بالتأمل الصادق. وظاهر إطلاق المصنف أنه لا فرق بين ما إذا أنكر العواقل أن الدار له وأقروا بها. قال فخر الاسلام البزدوي: قصد بهذا الكلام إذا أنكر العواقل كون الدار له وقالوا هي وجيعة في يده فالقول لهم إلا أن يقيموا بينة على الملك، كذا في العيني على الهداية. ولا فرق في ذلك بين أن يكون القتيل الموجود فيها صاحب الدار أو غيره عند الامام رحمه الله تعالى. قال رحمه الله: (وفي الفلك على من فيها من الركاب والملاحين) لانه في أيديهم فيستوي المالك وغيره في الدار فيه، وعلى هذا قول أبي يوسف ظاهر لان عنده يستوي المالك والساكن في الدار، والفرق لهما أن الفلك ينقل ويحول فيكون في اليد حقيقة بخلاف العقار فإنه لا ينقل ولا يحول. وفي المحيط: وقيل يجب على سكان السفينة دون مالكها لان السفينة تحت يد الساكن دون المالك. وفي شرح الطحاوي: إنما تجب على راكب السفينة إذا لم يكن لها مالك معروف، وإن كان لها مالك معروف فعلى مالك السفينة، ومنهم من يقول على الراكب مطلقا، وإطلاق محمد في النوازل الجواب على هذا. قال رحمه الله: (وفي مسجد محلة لهم وفي الجامع والشارع لاقسامة والدية على بيت المال) للعامة لا يختص به واحد منهم والقسامة لنفي تهمة القتل وذلك لا يتحقق في حق الكل فديته تكون في بيت المال لانه مال العامة، وكذلك الجسور العامة والسوق العامة التي تكون في الشوارع لان التدبير في هذا كله إلى الامام لانه نائب المسلمين لا إلى أهل السوق. وقال في النهاية: أراد به أن يكون السوق الاعظم نائبا عن المحال، وأما الاسواق التي في المحال فهي محفوظة بحفظ أهل المحلة فتكون القسامة والدية على أهل المحلة، وكذا في السوق النائي عن المحال إذا كان لها سكان أو كان لاحد فيها دار مملوكة، وأما كون القسامة والدية عليهم لانه يلزمهم الحفظ بخلاف الاسواق المملوكة لاهلها أو التي في المحال والمساجد التي فيها حيث يجب الضمان فيها على أهل المحلة أو على المالك على الاختلاف الذي بينا لانها محفوظة بحفظ أربابها أو بحفظ أهل المحلة. وفي المنتقي: إذا وجد قتيل في صف من السوق فإن كان أهل ذلك الصف يبيتون في حوانيتهم فدية القتيل عليهم، وإن كانوا لا يبيتون فيها فالدية على

***

[١٩٩]

الذين لهم ملك الحوانيت. ولو وجد في السجن فديته على بيت المال عندهما، وغند أبي يوسف على أهله وهي مبنية على مسألة السكان والملاك. قال رحمه الله: (ويهدر لو في برية أو وسط الفرات) لان الفرات ليس في يد أحد ولا في ملكه إذا كان يمر به الماء بخلاف ما إذا كان النهر صغيرا بحيث يستحق ربه الشفعة حيث يكون ضمانه على أهله لقيام يدهم عليه، وكذا البرية لا يد لاحد فيها ولا ملك فيهدر ما وجد فيها من القتل حتى لو كانت البرية مملوكة لاحد أو كانت قريبة من القرية بحيث يسمع منه الصوت تجب على المالك وعلى أهل القرية لما بينا. ولو وجد القتيل في المسجد الحرام من غير زحام الناس في المسجد أو بعرفة فالدية على بيت المال من غير قسامة، هذه الجملة في المتقي. وفيه أيضا: وكل قتيل يوجد في المسجد الجامع ولا يدري من قتله أو قتله رجل من المسلمين ولكن لا يدري من هو أو زحمه الناس يوم الجمعة فقتلوه ولا يدري من هو فهو على بيت المال، وإذا وجد في المسجد لقبيلة فهو على أقرب الدور منه إن كان لا يعلم الذي اشتراه وبناه، وإن كان يعلم الذي اشترى المسجد وبناه كان على عاقلته القسامة والدية، وإن كان في درب غير نافذ أو مصلاه واحد كان على عاقلة أصحاب الدور الذي في الدرب. وفيه أيضا: وإذا وجد القتيل في قبيلة فيها عدة مساجد فهو على القبيلة كلها، وإذا لم يكن قبيلة فهو على أصحاب المحلة وأهل كل مسجد محلة. وفي السغناقي: وإذا وجد القتيل في وقف المسجد فهو كوجوده في المسجد الجامع كان الدية في بيت المال، وإن كان الوقف على قوم معلومين فالدية والقسامة عليهم وكذلك المحسوب للعامة. وفي المنتقي: إذا وجد قتيل على الجسر أو على القنطرة فذلك على بيت المال. وذكر الكرخي وشيخ الاسلام: وإن النهر العظيم إذا كان انصباب مائة في دار الاسلام تجب الدية في بيت المال لانه في أيدي المسلمين بخلاف ما إذا كان موضع انصباب مائة في دار الحرب لانه يحتمل أن يكون قتيل أهل الحرب فيهدر. قال رحمه الله: (ولو محتبسا بالشاطئ فعلى أقرب القرى) أي لو كان القتيل محتبسا بالشاطئ فعلى أقرب القرى في ذلك الموضع لان الشط في أيديهم يستقون منه ويوردون دوابهم فكانوا أخص بنصرته. وفي شرح الطحاوي: وإن كان الشط ملكا لاحد فإن كان ملكا خاصا فهو كالدار، وإن كان ملكا عاما فهو كالمحلة فأما إذا كان نهرا صغيرا انحدر من الفرات ألا نحوه لاقوام معروفين فإنه تجب القسامة على أصحاب النهر والدية على عاقلتهم. وفي الكافي: والنهر الصغير ما يستحق بالشركة فيه الشفعة وإلا فهو عظيم كالفرات وجيحون. ولم يتعرض المؤلف لما إذا وجد في بيت من ثبتت له بعض الحرية. وفي الخانية: ولوجد المكاتب قتيلا في دار اشتراها لا يجب فيه شئ في قولهم جميعا، وفي المكاتب سوى أبو حنيفة أيضا بين ما إذا وجد قتيلا في داره وبين ما إذا وجد غيره قتيلا إلا أنه إذا وجد غيره قتيلا لا تجب الدية

***

[٢٠٠]

على العاقلة لانه لا عاقلة للمكاتب وإنما تجب عليه لان عاقلته نفسه، ولو وجد جميع أهل المحلة فلا تجب الدية على عواقلهم وتسقط القسامة. وذكر في المنتقى عن ابن أبي مالك عن أبي حنيفة أن من وجد قتيلا في دار نفسه فليس فيه قسامة ولا دية. وروى الحسن ابن زياد عن أبي يوسف أنه قال: على سكان القبيلة وعلى عاقلة المقتول دية. قالوا: وهو قول أبي حنيفة فرواية ابن أبي مالك تخالف رواية الاصول. وفي الذخيرة: وفي شرح شيخ الاسلام إذا وجد قتيل في محلة وزعم أهل المحلة أن رجلا منهم قتله ولم يدع ولي القتيل على واحد منهم بعينه لم تسقط عنهم القسامة والدية، ورواية الحسن بن زياد إذا وجد العبد أو المكاتب أو المدبر أو أم الولد الذي سعى في بعض قيمته قتيفي محلة فعليهم القسامة وتجب القيمة على عواقل أهل المحلة في ثلاث سنين، وقد روي عن أبي يوسف أنه لا يجب عليهم شئ في العبد والمكاتب والمدبر وأم الولد، وهذا يجعل كجناية على البهائم ولهذا قال بأنه تجب قيمته بالغة ما بلغت إذا كان خطأ، وإذا كان عمدا يجب القصاص. وأما معتق البعض فإنه تجب فيه القسامة والدية عندهم جميعا لانه بمنزلة الحر عند أبي يوسف ومحمد، والحر إذا وجد قتيلا في محلة فإنه تجب على أهل المحلة القسامة والدية، وعند أبي حنيفة هو بمنزلة المكاتب في الحكم إذا وجد قتيلا في محلة عنده. هذا وفي شرح الطحاوي: ولو وجد القتيل في دار المكاتب فإنه تكرر عليه الايمان، فإن حلف يجب عليه الاقل من قيمته ومن الدية إلا عشرة لان المكاتب عاقلة نفسه. وفي التجريد: والاعمى والمحدود في القذف والكافر القسامة عليهم، وإذا وجد العبد قتيلا في دار مولاه فلاشئ فيه لان المولى صار قاتلا له حكما بملك الدار فيعتبر بما لو باشر، ولو باشرلم يكن على المولى شئ فكذا هذا قالوا: وهذا إذا لم يكن على العبد دين، فأم إذا كان على العبد دين فإنه يضمن المولى الاقل من قيمته ومن الدين. وقد نص محمد على

هذا التفصيل في كتاب المأذون. قال رحمه الله: (وإن التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فعلى أهل المحلة القسامة والدية إلا أن يدعي الولي على أولئك أو على معين منهم) لان القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم فتكون القسامة والدية عليهم إلا إذا أبرأهم الولي بدعوى القتيل على واحد منهم بعينه فيبرأ أهل المحلة ولا يثبت على عاقلته إلا بحجة على ما بينا. وقوله على معين منهم إن أريد به الواحد من أهل المحلة ليستقيم على قول أبي يوسف لان أهل المحلة يبرؤن بدعوى الولي على واحد منهم معين وهو القياس، وعندهما لا يبرؤن وهو استحسان وبينان في أوائل الباب فلا يستقيم. وإن أريد به واحد من الذين التقوا بالسيوف ويستقيم بالاجماع. وقال أبو جعفر في كشف الغوامض: هذا إذا كان الفريقان غير متناولين اقتتلو عصبة، وإن كانوا مشركين أو خوارج فلا شئ فيه ويجعل ذلك من إصابة العدو. وإذا كان القتال بين المسلمين والمشركين

***

[٢٠١]

في دار الاسلام ولا يدري القاتل يرجح حال قتلى المشركين حملا لامر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون المسلمين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين فإن قيل: الظاهر أن قاتله من غير المحلة وأنه من خصمائه قلنا: قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم، كذا في النهاية والعناية. أقول: يرد على هذا الجواب أن يقال: ما بالكم تجعلون هذا الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم موجبا لاستحقاق القسامة والدية على أهل المحلة ولا يجعلون ذلك الظاهر وهو كون قاتله خصماءه من غير أهل المحلة دفعا للقسامة والدية عن أهل المحلة مع أن الاصل الشائع أن يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق، فالاظهر في الجواب أن يقال: الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق فبقي حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة لورود النص بإضافة القتيل إليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص أولى، وسيأتي مثل هذا عن قريب إن شاء الله تعالى. قال في الهداية: وإن كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر أن قتله كان هدرا يحوج إلى ذكر الفرق بين هذا وبين ما إذا اقتتل المسلمون عصبية في محلة فأجلوا عن قتيل فإن عليهم القسامة والدية كما مر أنفا. وقالوا في الفرق: إن القتال إذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الاسلام ولا يدري أن القاتل من أيهما يرجح جانب احتمال قتل المشركين حملا لامر المسلمين على الصلاح. في أنهم لا يتركون الكفار في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهه الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الاشكال، وكان العمل بما ورد به النص أولى عند الاحتمال من العلم بالذي لم يكن كذلك اه. وقال بعض الفضلاء طعنا في المصير إلى الفرق المذكور: إنه ظاهر فإن الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة وثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة للنص اه. أقول: ليس هذا الفرقي بتمام فضلا عن كونه ظاهرا إذا لا نسلم أن الظاهر ثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق بل يجوز أن يكون حجة لدفع القسامة والدية على أهل المحلة ولا يكون حجة للاستحقاق على المسلمين الذين اقتتلوا عصبة في ذلك المحل فيلزم أن يكون هدرا فلا بد من تمام الفرق بين المسألتين من المصير إلى ما ذكره المشايخ من البيان، ونقله صاحب العناية كما تحققته. قال رحمه الله: (وإن قال المستحلف قتله زيد حلف بالله ما قتلته ولا عرفت له قاتلا غير زيد) لانه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنيا عن اليمين وبقي حكم من سواه على حاله فيحلف عليه فلا يقبل عليه قول المستحلف أنه قتله لانه يريد بذلك إسقاط الخصومة عن نفسه فلا يقبل ويحلف على ما ذكرنا. وفي النهاية: هذا

***

[٢٠٢]

قول محمد وأما على قول أبي يوسف فلا يحلف على العلم لانه قد عرف القاتل واعترف به فحاجة إليه، ومحمد يقول بجواز أنه عرف أن له قاتلا آخر معه قال رحمه الله: (وبطل شهادة بعض أهل المحلة على قتل غيرهم أو واحد منهم) وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: تقبل شهادتهم إذا شهدوا على غيرهم لان الولي لما ادعى القتل على غيرهم تبين أنهم ليسوا بخصماء. غاية الامر أنهم كانوا عرضية أنهم يصيرون خصماء بمنزلتهم قابلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وإن خرجوا من الخصومة، فحاصله أن من صار خصما

في حادثة لا تقبل شهادته فيها، ومن كان بعرضية أن يصير خصما ولم ينتصب خصما بعد تقبل شهادته، وهذان أصلان متفق عليهما غير أنهما يجعلان أهل المحلة ممن له عرضية أن يصير خصما وهو يجعلهم ممن انتصب خصما، وعلى هذين الاصلين يتخرج كثير من المسائل، فمن جنس الاول الوكيل بالخصومة إذا خاصم عند الحاكم ثم عزل لا تقبل شهادته، والشفيع إذا طلب الشفعة ثم تركها لا تقبل شهادته بالبيع. ومن جنس الثاني الوكيل إذا لم يخاصم والشفيع إذا لم يطلب تقبل شهادتهما. ولو ادعى الولي على رجل بعينه من أهل المحلة وشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل شهادتهما عليه لان الخصومة قائمة مع الكل والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما فلا تقبل شهادتهما. قال المتأخرون من أصحابنا: المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل لانا نراها قاتلة فيجب عليها وهو مختار الطحاوي وهو الاصح فصار كما إذا باشرت القتل بنفسها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

***

[٢٠٣]

كتاب المعاقل قال في النهاية: لما كان موجب القتل الخطأ وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة أحكامها فذكرها في هذا الباب. ورده صاحب المعراج وقال: وجه المناسبة إنما هو لما فرغ من بيان القتل الخطأ وتوابعه شرع في بيان من تجب عليه الدية إذ لا بد من معرفتها. قال رحمه الله: (هي جمع معقلة وهي الدية) أي المعاقل جمع معقلة بالضم والمعقلة الدية وتسمى عقلا لانها تعقل الدماء من أن تسفك أي تمسكها، يقال عقل البعير عقلا إذا شده بالعقال، ومنه العقل لانه يمنع صاحبه من المقاتل. أقول: هكذا وقع العنوان في عامة المعتبرات لكن كان ينبغي أن يذكر العواقل بدل المعاقل لان المعاقل جمع معقلة وهي الدية كما صرح به المصنف وغيره فيصير المعنى كتاب الديات، وهذا مع كونه مؤديا إلى التكرار ليس بتام في نفسه لان بيان أقسام الديات وأحكامها قد مر مستوفى في كتاب الديات، والمقصود بالبيان هنا بيان من تجب عليهم الدية بتفاصيل أنواعهم وأحكامهم وهم العاقلة، فالمناسبة في العنوان ذكر العواقل لانها جمع العاقلة. والكلام هنا من وجوه: الاول في تفسيرها لغة. والثاني في تفسيرها شرعا. والثالث في كيفية وجوب الدية. والرابع في بيان مدة الواجب. والخامس فيما تتحمله العاقلة. والسادس فيمن يحول على الدية من عاقلة إلى عاقلة. والسابع في عاقلة مولى الموالاة وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى. قال في المبسوط فيه فصول: أحدها في معرفة العاقلة. والثاني في كيفية وجوب الدية عليه. والثالث في بيان مدة الواجب. والرابع فيما تتحمله العاقلة وما لا تتحمله العاقلة. والخامس فيمن يحول الدية من عاقلة إلى عاقلة. والسادس في عاقلة مولى الموالاة. أما تفسيرها لغة فالعاقلة اسم مشتق من العقل وهو المنع ولهذا يقال لما يعقل به البعير عقالا لانه يمنعه من النفور، ومنه سمي اللب عقلا لانه مما يمنع الانسان عما يضره فذلك عاقلة الانسان وهم أهل نصرته ممن يمنعونه من قتل من ليس له قتله. وأما العاقلة والعقل هو الدية وجمعه المعاقل ومنه العاقلة وهم الذين يتحملون العقل هو الدية. وأما العاقلة شرعا فهم أهل الديوان من المقاتلة

***

[٢٠٤]

وأهل الديوان الذين لهم رزق في بيت المال وكتب أسماؤهم في الديوان، ومن لا ديوان له فعاقلته من عصبة النسب لا على أهل الديوان. وعند الشافعي رضي الله عنه: العقل على عصبته من النسب لا على أهل الديوان. وذكر الطحاوي من أصحابنا أنها تجب في مال القاتل لان وجوب العقل على العاقلة عرف بخلاف القياس لان مؤاخذة غير الجاني بالجاني مما يأباه القياس، والشرع إنما أوجب على أهل الديوان أو على العشيرة فبقي على ما عداهما على قضية القياس. ومن ليس له ديوان ولا عشيرة قيل يعتبر المحال ونصرة القلوب فالاقرب، وقيل تجب في ماله، وقيل تجب في مال بيت المال، وكذلك اللقيط على هذا الخلاف. ولا تعقل مدينة عن مدينة، وتعقل مدينة عن قراها لان العقل إنما بني على التناصر والتعاون وأهل كل مصر ينتصرون بأهل ديوان مصرهم ولا ينتصرون بديوان أهل مصر آخر، وأهل كل مصر ينتصرون بأهل سوادهم وقراهم وإن كان يعبد المنزل منهم لان البادية بادية واحدة فكانوا كأهل الديوان في مصر واحد يتعاونون على أهل المصر وإن بعدت منازلهم، والباديتان إذا اختلفتا كانتا بمنزلة مصرين وعاقلة المعتق قبيلة مولاه ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته. قال رحمه الله: (كل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة) والعاقلة الجماعة الذين يعقلون العقل وهو الدية يقال وديت القتيل إذا أعطيت ديته وعقلت عن القاتل أي أديت عنه ما لزمه من الدية، وقد ذكرنا الدية وأنواعها في كتاب

الديات. وأما وجوبها على العاقلة فالاصل فيه ما صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى بدية المرأة المقتولة ودية جنينها على عصبة العاقلة فقال أبو القاتلة المقضى عليه: يا رسول الله كيف أغرم من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل ذلك ضلال؟ فقال عليه الصلاة والسلام: هذا من الكهان. ولان النفس محرمة فلا وجه إلى إهدارها ولا إيجاب على المخطئ لانه معذور فرفع عنه الخطأ وفي إيجاب الكل عليه عقوبة لما فيه من إجحافه واستئصاله فيضم إليه العاقلة تحقيقا للتخفيف فكانوا أولى بالضم. وقوله كل دية وجبت بنفس القتل يحترز به عما ينقلب مالا بالصح أو بالشبهة لان العدو يوجب العقوبة فلا يستحق التخفيف فلا تحمل عنه العاقلة. وفي مبسوط شيخ الاسلام: طعن بعض وقال لا جناية من العاقلة ووجوب الدية باعتبارها فتكون في مال القاتل يؤيد ذلك قوله تعالى * (ولا تزروا زرة وزر أخرى) * (الانعام: ١٦٤) ألا ترى أن من أتلف دابة يضمنها في ماله فكذا إيجاب الدية. قلنا: إيجاب الدية على العاقلة مشهور ثبت بالاحاديث المشهورة وعليه عمل الصحابة ومن بعدهم يتراد به على كتاب الله تعالى. قال رحمه الله: (وهي أهل الديوان إن كان القاتل منهم) تؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين. وأهل الديوان هم الجيش الذين كتبت أسماؤهم في الديوان وهذا عندنا. وقال الشافعي: على أهل العشيرة لما روينا وكان كذلك إلى أيام عمر رضي الله عنه ولا نسخ بعد النبي صلى الله عليه وسلم فيبقى على ما كان ولانها صلة والاقارب أولى بها كالارث والنفقات. ولنا أقضية
***
[٢٠٥]
عمر رضي الله عنه فإنه لما دون الدواوين جعل الدية على أهل الديوان بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لانه كان على أهل النصرة وقد كانت بأنواع بالحلف والولاء والعدو وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعل على أهلها اتباعا للمعنى ولهذا قالوا: لو كان اليوم يتناصرون بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة، وإن كانوا بالحلف فأهله والدية صلة كما قال لكن إيجابها فيما هو صله وهو العطار أولا من إيجابها في أصول أموالهم لانه أحق وما تحملت العاقلة إلا للتخفيف، والتقدير بثلاث سنين مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم ومحكي عن عمر رضي الله عنه اه. قال رحمه الله: (فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها) لحصول المقصود لان المقصود التخفيف وقد حصل. أقول: فيه بحث وهوأن القياس كان يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم المماثلة بينهما إلا أن الشرع ورد بذلك كما صرحوا به، والشرع إنما ورد بإيجابه مؤجلا بثلاث سنين فإنه المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو المحكي عن عمر رضي الله عنه كما مر آنفا فينبغي أن يختص التأجيل بثلاث سنين إذ تقرر عندهم أن الشرع الوارد على خلاف القياس يختص بما ورد به وسيجئ نظير هذا في الكتاب في تعليل أن ما وجب على القاتل في ماله كما إذا قتل الاب ابنه عمدا ليس بحال عندنا بل مؤجلا بثلاث سنين فتأمل هل يمكن دفعه؟ وهذا إذا كانت العطايا للسنين المستقبلة حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء بالدية ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء، ولو خرجت عطايا ثلاث سنين مستقبلة في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية لانها بعد الوجوب إذ الوجوب بالقضاء وقد حصل المقصود بذلك وهو التخفيف، وإذا كان الواجب ثلث الدية أو أقل يجب في سنة واحدة، وإذا كان أكثر منه يجب في سنتين إلى تمام الثلثين، ثم إذا كان أكثر منه إلى تمام الدية تجب في ثلاث سنين لان جمع الدية في ثلاث سنين فيكون كل ثلث في سنة ضرورة، والواجب على القاتل كالواجب على العاقلة حتى تجب في ثلاث سنين وذلك مثل الاب إذا قتل ابنه عمدا إذا انقلب القصاص مالا. ولو قتل عشرة رجلا واحدا خطأ فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية في ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل وهو بدل النفس فيؤجل كل جزء من أجزائه بثلاث سنين. وأول المدة يعتبر من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي هو الدية والنقل إلى القيمة بالقضاء فتعتبر قيمته من ذلك الوقت. قال رحمه الله: (وإن لم يكن ديوانا فعلى عاقلته) لما روينا ولان نصرته بهم وهي المعتبرة في الباب. قال رحمه الله: (وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يؤخذ من كل في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث ولم يزد على كل واحد من كل الدية في
***
[٢٠٦]
ثلاث سنين على أربعة) وذكر القدوري: لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها والاول أصح فإن محمدا نص على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل قال رحمه سنة إلا درهم

وثلث كما ذكرنا هنا لان معنى التخفيف مراعي فيه. قال رحمه الله: (فإن لم تتسع القبيلة لذلك ضم إليها أقرب القبائل نسبا على ترتيب العصبات) لتحقق معنى التخفيف. واختلفوا في أبي القاتل وأبنائه قيل يدخلون لقربهم، وقيل لا يدخلون لان الضم ينفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من أربعة، وهذا المعنى إنما يستحق عند الكثرة والابناء والآباء لا يكثرون. قالوا: هذا في حق العرب لانهم حفظوا أنسابهم فأمكن إيجابهم على أقرب القبائل، وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم فلا يمكن ذلك في حقهم فإذا لم يمكن فقد اختلفوا فيه، فقال بعضه يعتبر بالمحال والقرية الاقرب فالاقرب، وقال بعضهم رأي يفوض ذلك إلى الامام لانه هو العالم به وهذا كله عندنا، وعند الامام الشافعي يجب على كل واحد نصفدينار فيستوي بين الكل لانه كله صلة فيعتبر بالزكاة. ولو كانت عاقلته أصحا ب الرزق يقضي بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث يؤخذ كلما خرج رزق ثلث الدية بمنزلة العطايا، وإن كان يخرج في كل سنة وأرزاق في كل شهر فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لان الاخذ من الاعطية أيسر لهم والاخذ من الارزاق يؤدي إلى الاضرار بهم إذ الارزاق لكفاية الوقت ويتضررون بالاداء منه والاعطية ليكونوا مؤتلفين في الديوان قائمين بالنصرة فتيسر عليهم الاداء منه. قال رحمه الله: (والقاتل كأحدهم) أي كواحد من العاقلة فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره به. وقال الشافعي رضي الله عنه: لا يجب على القاتل شئ من الدية لانه معذور ولهذا لا يجب عليه الكل فكذا البعض إذ الجزء لا يخالف الكل. قلنا: ايجاب الكل إجحاف به ولا كذلك إيجاب البعض ولانها تجب بالنصرة ولا ينصر نفسه مثل ما ينصر غيره بل أشد فكان أولى بالايجاب عليه، فإذا كان المخطئ معذورا فالبرئ منه أولى قال الله تعالى: * (ولا تزروا زرة وزر أخرى) *. (الانعام: ١٦٤) قال رحمه الله: (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) إذ نصرته بهم واسمها ينبي عنها يؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم مولى القوم منهم. قال رحمه الله (ويعقل عن مولى الموالاة مولاه وقبيلته) ومولى الموالاة هو الحليف فيعقل عنه مولاه الذي عاقده وعاقله مولاه وهو المراد بقوله وقبيلته أي قبيلة مولاه الذي عاقده لانه المعروف به فأشبه مولى العتاقة. قال رحمه الله: (ولا تعقل عاقلة جناية العبد) ولا العمد وما لزم صلحا واعترافا لما روينا ولانه لا ينتصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور ولايته عنهم. قال رحمه الله (إلا أن

***

[٢٠٧]

يصدقوه في الاقرار) لان التصديق إقرار منهم فتلزمهم بإقرارهم بأن لهم ولاية على أنفسهم والامتناع كان لحقهم وقد زال أو تقوالبينة لان ما ثبت بالبينة كالمشاهدة لانها كاسمها مبينة، وتقبل البينة هنا مع الاقرار وإن كانت لا تعتبر معه لانها تثبت ما ليس بثابت باقرار المدعى عليه وهو الوجوب على العاقلة، ثم ما ثبت بالاقرار يجب مؤجلا وما ثبت بالصلح حال إلا إذ شرط التأجيل في الصلح وقد عرف في موضعه. ولو أقر بالقتل خطأ فلم يرتفعوا إلى الحاكم إلا بعد سنين فقضي عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين كان أول المدة من يوم قضي عليه لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة فكذا في الثابت بالاقرار أولى لانه أضعف. ولو تصادق القاتل وأولياء المقتول على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالبينة وكذبتهما العاقلة فلا شئ على العاقلة لان تصادقهما لا يكون حجة عليهم ولم يكن عليه شئ في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما فلا يلزم إلا حصته بخلاف الاول حيث تجب جميع الدية على المقر لانه لم يوجد التصديق من الولي بالقضاء بالدية على العاقلة وقد وجد هنا فافترقا. قال رحمه الله: (وإن جنى حر على عبد خطأ فهي على عاقلته) يعني إذا قتله لان العاقلة لا تحمل أطراف العبد. وقال الشافعي: لا تحمل النفس أيضا بل يجب في مال القاتل. ولنا أنه آدمي فتتحمله العاقلة كالحر وهذا لان ما يجب بقتله دية وهي بدل الآدمي لا المال على ما بيناه من قبل فكانت على العاقلة بخلاف ما دون النفس لانه يسلك به مسلك الاموال، والمراد بالحديث قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا عبدا ولا جناية أي لا تعقل العاقلة جناية عمدا ولا جناية عبد ونحن نقول به لان جنايته توجب دفعة إلا أن يفدية المولى. قال أصحابنا: ليس على المرأة والذرية ممن له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه: لا يعقل مع العواقل صبي ولا امرأة. ولان العقل إنما يجب على أهل النصرة والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية، وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لا شئ عليهما من الدية وهذا صحيح فيما إذا قتله غيرهما، وأما إذا باشرا القتل بأنفسهما فالصحيح أنهما يشاركان العاقلة، وكذا المجنون إذا قتل فالصحيح أن يكون كواحد من العاقلة. والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر

معه حكم النصرة بالقرابة والولاء وقرب السكني والعدو الحلف وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بينا، وعلى هذا يخرج كثيرا من مسائل المعاقل. أخوان ديوان أحدهما بالبصرة وديوان الثاني بالكوفة لا يعقل أحدهما عن صاحبه إنما يعقل عنه أهل ديوانه، ومن جنى جناية من أهل البصرة وليس له في أهل الديوان عطاء وأهل البادية أقرب إليه نسبا ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر، ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة لان أهل

***

[٢٠٨]

الديوان هم الذين يدرؤن عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم ولا يخصون بالنصرة أهل العطاء فقط بل ينصرون أهل المصر كلهم. وقيل: إذا لم يكونوا قريبا له لا يعقلونه وإنما يعقلون إذا كانوا قريبا له وله في البادية أقرب منهم نسبا لان الوجوب بحكم القرابة وأهل مصر أقرب منهم فكانت القدرة على أهل النصرة لهم فصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة في الانكاح. ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم، وإن كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا أحكام الاسلام في المعاملات سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم، فإن لم تكن عاقلة معروفة فديته في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لانا بينا أن الوجوب على القاتل وإنما تحول عنه إلى العاقلة إذا وجدت، فإن لم توجد بقي عليه بمنزلة مسلمين تاجرين في دار الحرب قتل أحدهما صاحبه فيقضي بالدية في ماله لان أهل دار الاسلام لا يعقلون عنه لان تمكنه من القتل ليس بنصرتهم، ولا يعقل عاقكافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر، والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة. قالوا: هذا إذا لم تكن المعادات بينهم ظاهرة، أما إذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يعقل بعضهم بعضا وهذا عند أبي يوسف لا نقاطع التناصر بينهم. ولو كان العاقل من أهل الكوفة وله بهاء عطاء وحمول ديوانه إلى البصرة ثم إذا رفع إلى القاضي فإنه يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة. وقال زفر: يقضي على عاقلته من الكوفة وهم أهل الكوفة فصار كما لو حول بعد القضاء. ولنا أن الدية إنما تجب بالقضاء على ما ذكرنا أن الواجب هو المثل بالقضاء ينقل إلى المال بخلاف ما إذا حول بعد القضاء لان الوجوب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لان حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما إذا نقلت العاقلة بعد القضا عليهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب لان في النقل إبطال الحكم الاول فلا يجوز بحال، وفي الضم تكثير المتحملين فيما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا إبطاله. وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء بها فلم يقض عليهم حتى استوطن البصرة قضى على أهل البصرة بالدية، ولو كان قضى بها على أهل الكوفة فلم ينتقل إليهم، وكذا البدوي إذا لحق بالديوان بعد القتل قبل قضاء القاضي يقضي بالدية على أهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته فالدية لا تحول عنهم بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية فقضى عليهم بالدية في أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في عطاياهم، ولو كان قضى بها في أول مرة لانه ليس له نقض القضاء الاول لانه قضى بها في أموالهم وأعطاهم أموالهم غير أن الدية تقضى من أيسر الاموال إذ الاداء من العطاء أيسر إذا صاروا من أهل

***

[٢٠٩]

العطاء إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليهم بأن كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا يحول إلى الدراهم لما فيه من إبطال القضاء الاول لكن تقضى الابل من مال العطايا بأن يشتري به لانه أيسر. قال علماؤنا رحمهم الله تعالى: إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة والدية في بيت المال إذا كان القاتل مسلما لان جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من البعض بذلك، ولهذا إذا مات فميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال. وعن أبي حنيفة رواية شاذة أنها تجب الدية في ماله. الغرامة يلزم بيت المال وابن الملاعنة تعقل عنه عاقلة أمه لان نسبه ثابت منها دون الاب، فإذا عقلت عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما أدت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم قضى لهم بالرجوع عليهم لانه تبين أن الدية كانت وجبت عليهم لانه بالدعوى ظهر أن النسب كان ثابتا منه من الاصل، فقوم الام يحملون ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون بها عليهم لانهم مضطرون في ذلك،

وكذا إذا مات المكاتب عن وفاء وله ولد مسلم حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أديت الكتابة ترجع عاقلة الام على عاقلة الاب لانه إذا أدى الكتابة يتحول ولاؤه إلى قوم أبيه من وقت تثبيت الحرية للاب وهو آخر جزء من أجزاء حياته، فتبين أن قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم. وكذا رجل أمر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الامر إن كان ثبت بإقراره في ثلاث سنين من يوم يقضى بها على الآمر أو على عاقلته لان الدية تجب مؤجلة بطريق التيسير عليهم فكذا الرجوع بها تحقيقا للمماثلة. ثم مسائل العاقلة من هذا الجنس كثيرة وأجوبتها مختلفة، والضابط الذي يرد كل جنس إلى أصله أن يقال: إن حال القاتل أن تبدل حكما بسبب حادث فانتقل ولاء إلى ولاء لم تنتقل جنايته عن الاول قضى بها أو لم يقض، وذلك كالولد المولود بين حرة وعبد إذا جنى ثم أعتق العبد لا يجر ولاء الولد إلى قومه، ولا تحول الجناية عن عاقلة الام قضى بها أو لم يقض. وكذا لو حفر هذا الغلام بئرا ثم أعتق أبوه ثم وقع فيها إنسان يقضى بالدية على عاقلة الام لان العبرة بحالة الحفر، ومن نظيره حربي أسلم ووالى رجلا فجنى ثم أعتق أبوه جر ولاء لان ولاء العتاقة أقوى وجنايته على عاقلة من والاه لان العبرة لوقت الجناية وتحول الولاء بسببحادث فلا يعتبر في حق تلك الجناية فلا يتبدل، وإن لم يتبدل حال القاتل ولكن ظهرت حالة خفيت فيه توحلت الجناية إلى الاخرى وقع القضاء بها أو لم يقع، وذلك مثل دعوة ولد الملاعنة وولد المكاتب إذا مات المكاتب عن وفاء وأمر الرجل الصبي بالجناية. ولو لم يتبدل حال الجاني ولم يظهر فيه الحالة الحقيقية ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك الوقت القضاء لا غير، فإن قضى بها على الاول لم تنتقل إلى الثاني وإلا قضى بها على الثانية، وذلك مثل أن يكون من ديوان أهل الكوفة ثم جعل من ديوان أهل

***

[٢١٠]

البصرة، فإن لم يكن فيه شئ مما ذكرنا لكن لحق العاقلة زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده إلا فيما سبق آداؤه فمن أحكم هذا الفصل وتأمل فيه أمكنه تخريج المسائل ورد كل واقعة من النظائر والاضداد إلى أصلها. قال بعض الفضلاء: هذا مخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم، وجوابه أن ذلك مبني على الغالب ا ه‍. أقول: يأبى هذا الجواب قول المصنف هنا فلا عاقلة بعد قوله أنهم لا يتعقلون فيما بينهم لان النكرة المنفية تفيد العموم على ما عرف، فالاولى في الجواب أن يقال: المراد هناك نفي الوقوع أي لم يقع التعاقل فيما بينهم، والمراد هنا بيان الجواز أي لو وقع التعاقل فيما بينهم جاز ولا يضره اختلاف مللهم فتبصر والله تعالى أعلم.

***

[٢١١]

كتاب الوصايا قال الشراح: إيراد كتاب الوصايا في آخر بالكتاب ظاهر المناسبة إذ آخر الاحوال في الآدمي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت. أقول: برد عليه أن كتاب الوصايا ليس بمورود في آخر هذا الكتاب وإنما المورود في آخرة كتاب الخنثى كما ترى نعم أن كثير من أصحاب التصانيف أوردوه في آخر كتبهم لكن الكلام في شرح هذا الكتاب، ويمكن الجواب من قبل الشراح حمل الآخر في قولهم في آخر الكتاب على الاضافي فإن آخره الحقيقي وإن كتاب الخنثى إلا أن كتاب الوصايا أيضا آخره بالاضافة إلى ما قبله حيث كان في قرب آخره الحقيقي، ومن هذا ترى القوم يقولون وقع هذا في أوائل كذا أو أواخره فإن صيغته الجمع لا تمشى في الاول الحقيقي والآخر الحقيقي وإنما المخلص في ذلك تعميم الاول والآخر الحقيقي والاضافي. والكلام في الوصية من وجوه: الاول في تفسيرها لغة. والثاني في تفسيرها شرعا. والثالث في سبب المشروعية. والرابع في ركنها. والخامس في شرطها. والسادس في صفتها. والسابع في حكمها. والثامن في دليل مشروعيتها. أما الوصية في اللغة فهي اسم بمعنى المصدر الذي هو التوصية ومنه قوله تعالى: * (حين الوصية) * (المائدة: ١٠٦) ثم سمى الموصى به وصية ومنه قوله تعالى: * (من بعد وصية توصون بها) * (النساء: ١٢) وفي الشريعة * (الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت) * بطريق التبرع سواء كانت ذلك في الاعيان أو في المنافع، كذا في عامة الشروح. أقول: وهذا التعريف ليس بجامع لانه لا يشمل حقوق الله تعالى والدين الذي في ذمته، ولو قال المؤلف هي طلب براءة ذمته من حقوق الله تعالى والعباد ما لم يصلهما أو تمليك إلى الآخره لكان أولى. لا يقال إدخال أو في الحدود الحقيقية ولا تعدد فيها لانا نقول:

إذا أريد تعريف الحقيقة في ضمن الافراد جاز ذلك كما تقرر. قال بعض المتأخرين: ثم الوصية والتوصية وكذا الايصاء في اللغة طلب فعل من غيره ليفعله في غيبته حال حياته أو بعد وفاته. وفي الشريعة تمليك
***
[٢١٢]
مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة، هذا هو التعريف المذكور في عامة الكتب. وذكر في الايضاح أن الوصية هي ما أوجبه الانسان في ماله بعد موته أو في مرض موته والوصية بهذا المعنى هي المحكوم عليها بأنها مستحبة غير واجبة وأن القياس يأبى جوازها فعلى هذا يكون بعض المسائل مثل مسألة حقوق الله تعالى وحقوق العباد والمسائل المتعلقة بالوصي مذكورة في كتاب الوصايا بطريق التطفل لكن التحقيق أن هذه الالفاظ كما أنها موضوعة في الشرع للمعنى المذكور موضوعه فيه أيضا لطلب شئ من غيره ليفعله بعد مماته فقد نقل هذا عن شيخ الاسلام خواهر زاده لكن يشترط استعمال لفظ الايصاء باللام في المعنى الاول وب" إلى في المعنى الثاني، فحينئذ يكون ذكر المسائل المذكورة على أنها من فروع المعنى الثاني لا على سبيل التطفل، إلى هنا لفظه. ثم إن سبب الوصية سبب سائر التبرعات وهو إرادة تحصيل الذكر الحسن في الدنيا ووصول الدرجات العالية في العقبى. وأما شرائطها فكون الموصي أهلا للتبرع، وأن لا يكون مديونا، وكون الموصى له حيا وقت الوصية وإن لم يكن مولودا حتى إذا أوصى للجنين إذا كان موجودا حيا عند الوصية تصح وإلا فلا. وإنما تعرف حياته في ذلك الوقت بأن ولدته قبل سنة أشهر حيا. وكونه أجنبيا حتى إن الوصية للوارث لا تجوز إلا بإجازة الورثة، وأن لا يكون قاتلا، وكون الموصى به شيئا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حيات الموصي، سواء كان موجودا في الحال أو معدوما. وأن يكون أيضا الموصى به بقدر الثلث حتى إنها لا تصح فيما زاد على الثلث، كذا في النهاية. وفي العناية أيضا بطريق الاجمال. وفي الاصل: ومن شروطها كون الموصي أهلا للتبرع فلا تصح من صبي ولا عبد. وأقول: فيه قصور بلا خلل، أما أولا فلانه جعل من شرائطها أن لا يكون الموصي مديونا بدون التقييد بأن يكون الدين مستغرقا لتركته والشرط عدم هذا الدين المقيد لا عدم الدين المطلق كما صرح به في البدائع وغيره. وأما ثانيا فلانه جعل من شرائطها كون الموصي له حيا وقت الوصية والشرط كونه موجودا وقت الوصية لا كونه حيا ألا ترى أنهم جعلوا الدليل عليه الولادة قبل ستة أشهر حيا وتلك إنما تدل على وجود الجنين وقت الوصية لا على حياته في ذلك الوقت كما لا يخفى على العارف بأحوال الجنين في الرحم وبأقل مد الحمل، وعن هذا كان المذكور في عامة المعتبرات عند بيان هذا الشرط أن يكون الموصى له موجودا وقت الوصية بدون ذكر قيد الحياة أصلا. وأما ثالثا فلانه جعل من شرائطها أن يكون الموصى به مقدار الثلث لا زائدا عليه وهو ليس بسديد على إطلاقه فإن الموصي إذا ترك ورثه فإنما لا تصح وصيته بما زاد على الثلث إن لم تجز الورثة، وإن أجازوه صحت وصيته به. وأما إذا لم يترك وارثا فتصح وصيته بما زاد على الثلث حتى بجميع ماله عندنا كما تقرر في موضعه فلا بد من التقييد مرتين مرة بأن يكون له وارث، وأخرى بأن لا يجيزه الوارث والله أعلم. وأما ركنها فقوله أوصيت بكذا. وأما
***
[٢١٣]
صفتها فقد ذكرها المؤلف. وأما حكمها فالموصى له يملك المال بالقبض. وأما سبب مشروعيتها فقوله تعالى: * (من بعد وصية يوصى بها أو دين) * (النساء: ١٢) قال رحمه الله: وهي مستحبة يعني الوصية مستحبة. أقول: الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقا لا يناسب ما سيأتي من التفصيل في الكتاب من أن الوصية بالثلث للاجنبي جائزة بدون الثلث مستحبة إن كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم، وإن كانوا فقراء لا يستغنون بما يرثون فترك الوصية أولى وأنها لا تجوز للوارث والقاتل فكان الظاهر أن يقال: الوصية غير واجبة بل هي مستحبة أو جائزة اللهم إلا أن يوجه قوله وهي مستحبة بأن المراد به أن غاية أمرها الاستحباب دون الوجوب لا أنها مستحبة على الاطلاق فكأنه قال إنها لا تصل إلى مرتبة الوجوب بل قصارى أمرها الاستحباب لكن يرد عليه النقض بالوصية لحقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة والصوم والحج التي فرط فيها. والظاهر أنها واجبة كما صرح به الامام الزيلعي في التبيين. قال في العناية أخذا من النهاية: فقوله غير واجبة رد لقول من يقول إن الوصية للوالدين والاقربين إذا كانوا ممن لا يرثون فرض، ولقول من يقول الوصية واجبة على كل أحد ممن له مروأة ويسار لقوله تعالى * (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين

والاقربين) * (البقرة: ١٨٠) والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب لجواز الاباحة قال الشارح: هذا إذا لم يكن عليه حق مستحق لله، وإن كان عليه حق مستحق لله كالزكاة والصوم أو الحج أو الصلاة التي فرط فيها فهي واجبة والقياس يأبى جوازها لانها تمليك مضاف إلى حال زوال الملك، ولو أضافه إلى حال قيامه بأن قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى إلا أن الشارع أجازة لحاجة الناس إليها لان الانسان مغرور إلى بأمله مقصر في عمله، فإذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج إلى تلافي ما فاته من التقصير بماله على وجه لو تحقق ما كان مخالفة يحصل مقصوده وقد يبقى الملك بعد الموت باعتبار الحاجة كما يبقى في قدر التجهيز والدين وقد نطق بها الكتاب وهو قوله تعالى * (من بعد وصية يوصى بها أو دين) * والسنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام إن الله قد تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم وعليه إجماع الامة. ثم تصح الوصية للاجنبي بالثلث من غير إجازة الوارث ولا تجوز بما زاد على الثلث لما روي عن سعد ابن أبي وقاص أنه قال: جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني من وجع اشتد بي قلت: يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي افأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا. قال قلت: فالشطر يا رسول الله؟ قال: لا. قال قلت: فالثلث؟ قال: فالثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير

***

[٢١٤]

لك من إن تذرهم عالة يتكففون الناس. ولان حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال إلا أن الشرع لم يظهر فخق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره وأظهره في حق الورثة لان الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق لهم من التأذي بالايثار، وقد جاء في الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال الحيف في الوصية من أكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث. وقوله مستحبة الخ الافضل لمن كان قليل المال أن لا يوصي بشئ، والافضل لمن كان له مال كثير أن يوصي بما لا معصية فيه. وقدر الاغنياء عند الامام إذا ترك لكل واحد من الورثة أربعة آلاف دون الوصية، وعن الامام الفضل عشرة آلاف. وفي الموصي الذي أراد أن يوصي ينبغي أن يبدأ بالواجبات فإن لم يكن عليه شئ من الواجبات بدأ بالقرابة، فإن كانوا أغنياء فالجيران. وفي الفتاوى: عامل السلطان أوصى بأن يعطي للفقراء كذا كذا من ماله قال أبو القاسم: إن علم بأنه مال غيره لا يحل أخذه، وإن علم أنه مختلط بمال غيره جاز أخذه، وإن لم يعلم لا يجوز حتى يتبين أنه ماله. قال الفقيه أبو الليث: الجواز قول أبي حنيفة لانه ملكه بالخلط، وعلى قولهما لا يجوز. وفي الخانية: إذا أوصى أن ينفق على فرس فلان جاز وهي وصية لصاحب الفرس. قال رحمه الله: (ولا تصح بما زاد على الثلث) فهذه العبارة أولى من عبارة الهداية حيث قال: ولا تجوز لانه يلزم من عدم الصحة عدم الجواز ولا يلزم من عدم الجواز عدم الصحة، والمراد بعدم الصحة عدم النفاذ حتى لا ينفذ بل يتوقف على الاجازة كما سيأتي إن شاء الله تعالى. قال بعض ا لمتأخرين: يعني لا يجوز بما زاد على الثلث حتى لا يجوز في حق الفاضل على الثلث بل في حق الثلث، فقط لا أنه لا تجوز هذه الوصية أصلا. فإن قلت: كيف جاز استعمال اللفظ في بعض مدلولاته دون بعض وبأي وجه أمكن ذلك؟ قلت: يجعله في حكم وصايا متعددة بأن يجعل قوله أوصيت لفلان بثلثي مالي في قوة قوله أوصيت له بثلثه دون الزائد والوصية تارة تكون منجزة، وتارة معلقة بشرط فيجب أن يعلم بأن تعلق الوصية بالشرط جائز. وفي نوادر بشر عن أبي يوسف في الاملاء: إذا أوصى بثلثه لرجل على أن يحج عنه فهذا جائز إن قبل ذلك الموصى له. ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا قال في وصيته ينفق على فلان كذا والموصى له غائب أو مات الموصي وهو غائب فهو بمنزلة رد الوصية ولا شئ له، وكذلك إن قدم فسلم يقبل، وإن قدم وقبفله ما مضى. قال أبو يوسف: رجل أوصل بثلث ماله لرجل وقال أن أبي فهو لفلان فمات الموصى له الاول أو لم يأب فالثلث للاول ولو أبى كان للآخر، لو قال ثلثي وصية لفلان فإن لم يشأ ذلك فلفلان فهو مثل الاول، ولو قال ثلثي وصية لفلان إن شاء وإن أبى فهو لفلان فمات الموصى له قبل أن يتكلم بشئ فالثلث مردود على الورثة. ابن سماعة عن محمد: رجل أوصى لرجل بوصية

***

[٢١٥]

وقال إن لم يقبل فلان ما أوصيت له به أو قال إن رد فلان ما أوصيت به فهو لفلان فإذا الموصى له الاول حيا أو كان حيافمات

قبل الموصي ولم يعمل بالوصية قال هي للثاني كلها إن أسلمت جاريتي هذه فأعتقوها فباعوها قبل أن تسلم ثم أسلمت بعد مضي البيع صح ولا ترد. قال أبو حنيفة: إذا قال أوصيت أن يخدم عبدي فلانا سنة ثم هو لفلان فقال فلان لا أقبل الوصية قال: يخدم الورثة سنة ثم الموصي له ولا تبطل وصيته للثاني بأباء الاول الخدمة. قال أعطوه فلانا بعد السنة فإن مات فلان خدم تمام السنة للورثة ثم يدفع إلى الموصى له بعد تمام السنة. وقال أبو حنيفة: هذه وصية فيها يمين وليست المسألة الاولى كهذه ابراهيم بن رستم عن محمد: قال أرضي التي في موضع كذا وغلامي فلان لام ولده فيصير ميراثا منها. ابن سماعة عن أبي يوسف: أوصى أن ينفق على أم ولده ما قامت على ولدها وقال إن تزوجت فلا شئ لها فتزوجت وطلقها زوجها فرجعت إلى ولدها لم يرد عليها ما كان أوصى به لها وقد بطل ذلك، وكذلك إن خرجت من بلادها إلى بلاد أخرى، ولو خرجت من دارها أو جاء منها شئ يعرف أنها قد تركتهم ولم تقم عليهم فلا هذه الدار لك على أن تصح في سبيل الله أو قال هذه الدابة لك على أن تغزوا عليها في سبيل الله قال: هي له وله أن يصنع بها ما شاء. عن أبي يوسف: رجل أوصى بثلث ماله لرجل وشرط عليه أن يقضي دينه معناه شرط الموصي على الموصى له أن يقضي دين الموصي فهذا على وجوه: إن كان الدين مجهولا أو كان معلوما إلا أن الثلث مجهول فالوصية باطلة، وإن كان الدين معلوما والثلث معلوما فإن لم يكن في الثلث ذهب ولا فضة فهو جائز ويجب له الثلث بالدين إذا قبل كما يجب في البيع، وإن كان في الثلث دراهم إن كان أكثر من الدين فإن هذا لا يجوز من قبيل أن هذا بيع دراهم بدراهم وفضل عروض سوى ذلك، وإن كانت الدراهم التي في الثلث أقل من الدين جاز، فإن قبض الثلث ساعة يموت أو قبض الدراهم التي في الثلث ساعة يموت وقضى الدين ساعته انتقض ذلك في الدراهم ما يخصه وجاز في العروض. أوصى بألف درهم على أن يقضي عنه فلانا خمسمائة لا يجوز، ولو قال على أن يقضي فلانا منها خمسمائة جاز العلاء في نوادر هشام عن أبي يوسف: إذا قال إذا مت وهذان العبدان في ملكي فهما وصية لفلان فمات أحد العبدين ثم مات الموصي والثاني في ملكه فالوصية باطلة، ولو قال إن مت وفلان حيان فهذا العبد وصية لهما فمات أحدهما قبل موت الموصي فإن الثاني منهما يعطي نصف العبد. قال: وإذا أوصى رجل لامته أن تعتق على أن تتزوج ثم مات الموصي فقالت الامة لا أتزوج فإنها تعتق، ويجب أن يعلم بأن الموصي متى علق عتق مملوكه بشئ بعد موته فإنه لا يخلو من وجهين: أن يعلقه على فعل غير مؤقت بأن قال هي حرة إن ثبتت على الاسلام بعد موتي أو أوصى أن يعتقوها بعد موته على أن لا تتزوج أو قال هي حرة بعد موتي إن لم تتزوج أو علق عتقه على فعل مؤقت بأن قال إن مكثت مع ولدي شهرا فهي حرة أو

***

[٢١٦]

قال أعتقوه إن لم يتزوج شهرا. فإن علق عتقه بالثبات على فعل غير مؤقت حال حياته بأن قال لمملوكه حال حياته إن ثبت مع ولدي أو في هذه الدار شهرا فأنت حرة فثبتت ساعة عتقت، وكذا إذا علق عتقه بالثبات على فعل غير مؤقت بأن أوصى بأن يعتقوها على أن لا تتزوج أو قال إن لم تتزوج إذا قالت بعد موت المولى لا أتزوج فإنها تعتق إذا كانت تخرج من ثلث ماله، هكذا وقع في بعض النسخ. وفي بعض النسخ إذا لم تتزوج يوما أو أقل وأكثر فإن الوصية لها صحيحة، فإن تزوجت بعد ذلك صح نكاحها ولا يبطل عتقها ووصيتها ولا يلزمها السعاية في شئ للورثة، وهذا قول علمائنا الثلاثة. قال: أوصى لام ولده بألف درهم على أن تتزوج أو قال إن لم تتزوج إن قالت لا أتزوج بعد موت الموصي فإنه يعطي لها وصيتها، فإن تزوجت بعد ذلك لا يسترد الالف منها. ولو قال ما لم تتزوج شهرا فهو على ما قال لا تستحق وصيتها ما لم تترك التزوج شهرا، وإذا تزوجت قبل مضي الشهر تبطل وصيتها. أوصى لها بألف درهم على أن تثبت مع ولدها فمكثت مع ولدها ساعة استحقت الوصية. قال: وإذا أوصى لرجل بخادمه على أن يقيم مع ابنته ومع ابنته ومع ابنه حتى يستغنيا ثم هي حرة فهذا على وجهين: فأما كانا كبيرين أو كانا صغيرين، فإن كانا كبيرين فإنها تخدم الابنة حتى تتزوج وتخدم الابن حتى يتأهل أو يجد ما يشتري به خادما يخدمه فيستغني عن خدمتها، وإن كان صغيرين تخدمهما حتى يبلغا، وإن مات أحدهما أو ماتا جميعا قبل أن يستغنيا فإن الجارية لا تعتق وتبطل الوصية. قال: إذا أوصى لها بالعتق على أن تتزوج فلانا بعينه فقالت أفعل تعتق من ثلثه وبعد هذا إذا أبت أن تزوج نفسها من فلان وفلان أجنبي لا شئ عليها. قال: ولو أوصى بعتق عبد له أن لا يفارق وارثه أبدا وعليه دين يحيط به وبطلت وصيته وبيع في الدين. ولم يتعرض المؤلف لبيان ما يدخل في الوصية بطريق التبع وما لا يدخل.

قال محمد: الولد والكسب إذا ولدا قبل موت الموصي فإنهما لا يدخلان تحت الوصية. سواء كانا يخرجان من الثلث أو لا يخرجان. فأما إذا حدث الولد والكسب بعد موت الموصي إن حدثا يوم القسمة والتسليم لا يدخلان تحت الوصية ولا يسلمان للموصى له بحكم الوصية حتى لا يعتبر فيها الثلث والثلثان، فأما إذا حدث الولد والكسب قبل قبول الموصى له قبل القسمة والتسليم هل يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث أو لا يجعل موصى به حتى لا يكون للموصى له من غير اعتبار الثلث؟ لم يذكر محمد هذا في شئ من الكتب نصا، وقد اختلف فيه المشايخ المتأخرون، ذكر القدوري أنه لا يصير موصى به حتى لا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال كما لو حدث بعد القسمة والتسليم، ومشايخنا قالوا بأنه يصير موصى به حتى لا يعتبر خروجه من الثلث كما لو وجد قبل القبول. وفي نوادر ابراهيم عن محمد فيمن أوصى لرجل بحائط فهو بأرضه كله وصية، ولو أوصى بنخلة فهو على النخلة دون الارض قال: إنما تسمى نخلة وهي مقطوعة وهذا في
***
[٢١٧]
عرفهم، وفي عرفنا تسمى نخلة وهي قائمة أيضا فعليه تدخل أرضها. في نوادر المعلي عن أبي يوسف: أوصى لرجل بنخل كثير أو نخلة واحدة أوهب أو تصدق أو باع فله ما على ظهر الارض، ولو أوصى له بكرم أو بستان أو جمة فله ذلك بأصله ولا يشبهه هذه النخلة، وذكر المعلي عن أبي يوسف: إذا أوصى بنخلة لانسان ولآخر بثمرها فالوصية جائزة والنخل للموصي له بالنخل بأصله وأرضه. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: إذا أوصى بزق زيت. فهو على الزق دون الزيت، ولو قال بزق الزيت فهو على الزق وحده، ولو بسفينة الطعام فهو على السفينة، وكذلك على هذه الوجوه في رواية الماء وقوصرة التمر. ولو أوصى لاحد بميزان فهو على العمود والكفتين والخيوط ولا يدخل فيه السجات والغلاف، وهذا إذا كان بغير عينه، وأما إذا كان بعينه دخل فيه. وقال أبو يوسف: إذا أوصى لرجل بالميزان فله الكفتان والعمود ولا يمكن له السنجات، وأما القبان فهو له برمانته وكفته. وذكر الحسن بن زياد في كتاب الاختلاف عن أبي يوسف: إذا أوصى لرجل بسيف فله النصدون الجفن وهو قول أبي حنيفة. وعنه أن له السيف مع جفنه ورواية ابن سماعة موافقة لرواية الاصل. ولو أوصى بمصحف وله إذا أوصى غلاف فله المصحف دون الغلاف في قول أبي حنيفة. وفي البقالي له بقبة تركية فهو له بالآلة، فلو أوصى بحملة فله الكسوة دون العيدان، وفيه أيضا أبي يوسف: أوصى لرجل بسرج فكل شئ علق به وحرز فيه فهو له ولا يكون له غيره. وذكر الحسن في كتاب الاختلاف عن أبي يوسف في الوصية بالسرج أن له الدرفتين والركابين والمرة لا يكون للعبد والرفادة والصنقة وذكر ابراهيم عن محمد في رجل مات فأعتق عبده قال: له كسوته ومنطقته. قال محمد: هي وصية عبد الله بن المبارك لغلامه. وفي نوارد بشر عن أبي يوسف: أوصى لرجل بشاة من غنمه ولم يقل من غنمي هذه فأعطى الورثة الموصى له شاة قد ولدت بعد موت المولى قال، لا يتبعها ولدها. ولو قال أوصيت لفلان بشاة من غنمي هذه فأعطوه شاة قد ولدت بعد موت الموصى ولدا قال يتبعها ولدها. ولو استهلك الوارث الولد قبل أن يعطي الشاة فلا ضمان عليه، وكذلك لو أوصى له بنخلة بأصلها ولم يقل من نخلي هذا فهي مثل الشاة التي أوصى بها ويعطونه أي نخلة شاؤوا دون ثمرتها التي أثمرتها في حياة الموصي أو بعد وفاته، وإن كانوا استهلكوا ذلك فلا ضمان عليهم. وما يتصل بهذا الفصل ما إذا أوصى أن تعتق جاريته هذه بعد موته ومات فقبل أن تعتق ولدت ولدا فهي مع ولدها يخرجان من الثلث، عتقت الجارية ولم يعتق الولد، وكذا لو أوصى بأن يكاتب هذه الجارية بعد موته أو أوصى أن تباع هي من نفسها أو تعتق على مال فولدت ولدا بعد موت الموصى لا تنفذ الوصية في الولد. ولو أوصى أيتصدق بجاريته هذه على المساكين أو على فلان أو توهب من فلان فولدت ولدا بعموته فتنفذ الوصية في الولد كما تنفذ في الجارية، ولو أوصى بأن تباع
***
[٢١٨]
جاريته هذمن فلان بألف درهم فولدت ولدا بعد موت الموصي بيعت هي ولا يباع ولدها. ولو أوصى بأن تباع جاريته هذه ويتصدق بثمنها على المساكين أو على فلان فولدت الجارية بعد موته ولدا فإنه تنفذ الوصية في الولد، ولو أوصى بأن تباع جاريته هذه من فلان بألف درهم فجاء عبد وقتلها فدفع بها أو قطع يدها فدفع بيدها أو وطئها وطأ بشبهة حتى غرم العقر فإنه لا يباع العبد المدفوع ولا الارش ولا العقر فبعد ذلك ينظر، إن كانت قد قتلت بطلت الوصية لفقدان محلها، وإن كانت قد قطعت يدها بيعت من الموصى

له بنصف الثمن إن شاء، ولو وطئت وهي ثيب لم ينقصها الوطئ لا يحط شئ من الثمن، وكذلك إذا تلفت عينها أو يدها بآفة سماوية بيعت بجميع الثمن المشتري إلا إذا صارت إليه أصلا فصار له حصته من الثمن، ولو أوصى بأن تباع جاريته هذه من فلان بألف درهم ويتصدق بثمنها على المساكين فآبى فلان البيع بطلت الوصيتان جميعا، وكذلك لو قتلت الجارية بعد موت الموصي وغرم القاتل قيمتها بطلت الوصيتان، وكذلك لو أوصى أن تكاتب جاريته ويتصدق ببدل الكتابة أو تباع من نفسها ويتصدق بثمنها على المساكين فولدت بعد موته ولدا بيعت هي وحدها ولم يبع معها ولدها، وأما بيان الالفاظ التي تكون وصية والتي لا تكون وصية روى ابن سماعة في نوادره عن محمد: إذا قال الرجل أشهدوا أني أوصيت لفلان بألف درهم وأوصيت بأن لفلان في مالي ألف درهم فالالف الاولى وصية الاخرى إقرار. والفرق أن أوصيت لما دخلت على أن المصدرية تستعمل بمعنى ذكرت ولهذا كان إقرارا بخلاف الاولى فإنها على بابها. وفي الاصل: إذا قال في وصيته سدس داري لفلان وأبي أجيز ذلك يكون وصية، ولو قال سدس في داري لفلان وإني أجيز ذلك يكون وصية، ولو قال لفلان سدس في داري فإنه يكون إقرارا، وعلى هذا إذا قال الرجل لفلان درهم من مالي يكون وصية استحسانا، وإن كان في ذكر وصيته إذا قال في مالي كان إقرارا، وإذقال عبدي هذا لفلان وداري هذه لفلان ولم يقل وصية ولا كان في ذكر وصيه ولا بعد موتكانت هبة قياسا واستحسانا، وإن قبضها في حال حياته صح، وإن لم يقبضها حتى مات فهو باطل، وإن ذكرها في خلال الوصية ذكر الشيخ الامام الزاهد أحمد الطواويسي في شرح وصايا الاصل القياس أن يكون هذا وصية، وفي الاستحسان لا يكون وصية. وإذا قال أوصيت أن يوهب لفلان سدس داري بعد موتي كان ذلك وصية عملا بقوله بعد موتي فالهبة بعد الموت هي الوية فتصح مع الشيوع ولا يشترط قبضه في حيات الموصي. ولو قال ثلثي مالي لفلان أو قال سدس مالي لفلان ثم مات قبل أن يقبض فالقياس أن يكون هذا باطلا، وفي الاستحسان يكون وصية جائزة وتأويله إذا قال ذلك في خلال الوصايا يكون وصية ظاهرة فصار كأنه قال ثلث مالي وصية لفلان، ولو قال هكذا فإنه جائز، وإن كان قبل القبض، وكذلك إذا قال بعد موتي لانه لما قال بعد موتي فإنه نص على الوصية بخلاف ما إذا قال في صحته ثلث مالي لفلان لانه

***

[٢١٩]

لم يصرح بالوصية ولاذكرها في خلال الوصايا ولا إضافة إلى ما بعد الموت فلا يجعل وصية بل يجعل هبة لو ذكرها في خلال الوصايا أو إضافة إلى ما بعد الموت وكان ذلك في حال الصحة يكون وصية. والحاصل لا فرق بين حالة الصحة وحالة المرض، وروى محمد عن أبي يوسف وعن أبي حنيفة في رجل قال في مرضه أو في صحته إن حدث لي حادث فلفلان كذا هذا وصية، وكذلك لو قال لفلان ألف درهم من ثلثي فهذا وصية وإن لم يذكر فيها الموت، ولو قال لفلان ألف درهم من ثلث مالي أو قال من نصف مالي أو قال من ربع مالي فهو باطل، وفي الخانية: قال ذلك في صحته أو مرضه إلا أن يكون عند ذكر الوصية. وفي فتاوى الليث: مريض قال أخرجوا ألف درهم من مالي أو قال أخرجوا ألف درهم ولم يزد على هذا ثم مات، فإن قال ذلك في ذكر الوصية جاز. وفي الخانية، ويصرف إلى الفقراء رجل حضرته الوفاة فقال له رجل ألا توصي فقال قد أوصيت بثلث مالي ولم يزد عليه حتى مات يدفع كل السدس للفقراء. وفي الخانية: مريض قالوا له لم لا توصي فقال قد أوصيت بأن يخرج من ثلث مالي ألفان فيتصدق بألف على المساكين ولم يزد على ذلك حتى مات فإذا ثلث ماله ألفان. قال الشيخ الامام أبو القاسم: يتصدق بالالف. ولو قال المريض أوصيت أن يخرج ثلث مالي ولم يزد عليه قال بتصدق بجميع الثلث على الفقراء. وفي المنتقي: إذا قال إن مت من مرضي هذا فأمتي هذه حرة وما كان في يدها فهو عليها صدقة قال: أرى ذلك جائزا على وجه الصدقة وما كان في يدها يوم مات وعليه البينة أن هذا كان في يدها يوم مات، ولو قال إن مت من مرضي هذا فغلماني أحرار ويعطي فلان من مالي كذا وكذا ويحج عني ثم برأ مرضه ثم مرض ثانيا وقال للشهود الذين أشهدهم على الوصية الاولى أو لغيرهم اشهدوا أني على الوصية الاولى قال محمد: أما في القياس هذا باطل لانه قد بطلت وصيته الاولى حين صح من مرضه ذلك لكنا نستحسن فنجيز ذلك منه ويتحاصون في الثلث، وعلى هذا القياس والاستحسان إذا قال أوصيت لعبد ابنه بمائة درهم وللمساكين بمائة درهم ثم قال إن مت من مرضي هذا فغلماني أحرار ثم برأ ثم مرض ثانيا. ولو قال إن لم أبرأ من مرضي وزاد في فتاوي الفضلي أو قال بالفارسية الدين الدين يتمارى من أبدأ يأرين يتمارى ممن مر فحينئذ إذا برأ تبطل وصيته. وفي الظهيرية ومجموع النوازل: رجل قال لآخر في وصيته بالفارسية يتمارى دار في ربدان مرابصين من فقد جعله وصيا في

تركته، وكذا لو قال معدهم ومير يأمرهم وما يجري مجراه. ول قال المريض عمر كان من وريد من تحول بعد أن مات أو قال مرور بدان من أصابع فمات قال: يصير وصية امرأة أوصت بأشياء وقال في ذلك حر لسان من أما وكان بها هندان قال من هل تصح هذه الوصية وماذا يعطي قال: هذه وصية لمن ليس هو من جملة أربابها والتقدير في هذا ذلك لما يخاطبه بذلك يعطي ما لها أقرباؤها وقد يبطل اسم التذكرة. الخانية: مريض أوصى بوصايا يأثم برأ من مرضه ذلك وعاش سنين

***

[٢٢٠]

ثم مرض فوصاياه ثابتة إن لم يقل إن مت من مرضي هذا أو قال إن لم أبرأ من مرضي هذا فقد أوصيت بكذا أو قال بالفارسية الدمن ارين سماري غير من حينئذ إذ برأ بطلت وصيته. ولو قال أبرأت غرماني ولم يسمهم ولم ينو أحدا منهم بقلبه قال أبو القاسم: روى ابن مقاتل عن أصحابنا أنهم لا يبرؤن. رجل له دين على رجل فقال المديون إذا مت فأنت برئ من ذلك الدين قال أبو القاسم: يجوز ويكون وصية من الطالب للمطلوب. وفي النوازل سئل عن رجل كان له على رجل دين فقال له إذا مت فأنت برئ من ذلك الدين قال: يجوز وتكون وصية من الطالب للمطلوب إذا مات. وإذ قال إن مت برئ من ذلك الدين قال: لا يبرأ وهو مخاطرة. وهو بمنزلة قوله إن دخلت الدار فأنت برئ مما عليك. وفي المنتقى: إذا قال الرجل ضعوا ثلثي حين أمر الله تعالى يرد إلى الورثة. وفي الخلاصة: ولو قال ثلث مالي حيثما يرى الناس أو حيثما يرى المسلمون قيل في عرفنا ليست بوصية. وفي العيون: إذا قال انظروا إلى كل ما يجوز لي أن يوي به فأعطوه فهذا على الثلث. ولو قال انظروا ما يجوز لي أن أوصي به فأعطوه فالامر إلى الورثة لانه يجوز أن يوصي بدرهم وبأكثر. وقوله ما يجوز لي كذا ذكرهما ههنا ومراده إذا كانت الورثة كبارا كلهم، أما إذا كان فيهم صغير أو من في معناه يجعل في حقه كان الموصي أوصى بدرهم لا غير لانه هو المتيقن. وسئل أبو نصر عمن قال إدفعوا هذه الدراهم أو هذه الثياب إلى فلان ولم يقل هي له قال: إن هذا باطل لان هذا ليس بوصية. وسئل أبو نصر الدبوسي عمن قال في وصيته ثلث مالي وقف ولم يزد على هذا قال: إن كان ماله نقدا يعني دراهم أو دنانير وما أشبه ذلك فهذا القول منه باطل وصار كقوله هذه الدراهم وقف، وإن كان ماله ضياعا ونحوه صار وقفا على الفقراء. وفي الظهيرية: وقد قيل الفتوى على أنه لا يجوز ما لم يبين جهة الوقف. ولو أوصى رجل أن ما وجد مكتوبا من وصية والدي ولم أكن نفذتها تنفذ أو أقر بذلك على نفسه إقرارا في مرضه قالوا: هذه وصية إن صدقته الورثة بتصديقهم، وإن كذبوه كان من الثلث بخلاف الدين. وفي الخانية: بخلاف الدين الذي لا طالب له إلا الله تعالى وكان حكمه حكم الزكاة والكفارات. وسئل محمد بن مقاتل عمن أوصى أن يعطي للناس ألف درهم قال: الوصية باطلة، ولو قال تصدقوا بألف درهم فهو جائز ويعطي للفقراء. وفي الخلاصة: لو قال لعبده أنت لله لا يعتق وقال محمد: الوصية جائزة وتصرف إلى وجوه البر. وفي الخانية: وفي مسألة العتق إن أراد به العتق عتق، وإن أراد به أنه لله لا يلزمه شئ والوصية تارة تكون بالالفاظ وتارة تكون بالاشارة المفهمة. قال في فتاوي أبي الليث: مريض أوصى وهو لا يقدر على الكلام لضعفه فأشار برأسه يعلم منه أنه يعتمد قال ابن مقاتل: تجوز وصيته عندي ولا تجوز عند أصحابنا، وكان الفقيه أبو الليث يقول: إذا فهم منه الاشارة يجوز. وفي فتاوي أبي الليث: إذا كتب وصيته ثم قال أنفذوا وما في هذا الكتاب تنفذ وصيته، هكذا ذكر في كتاب الشهادات قال الشيخ الامام أبو

***

[٢٢١]

بكر محمد بن الفضل: هو باطل لان هذا يكون للاغنياء والفقراء جميعا، ولو قال ست ورمران مرروان كسد كانت الوصية جائزة لان هذا للفظ يراد به القربة. وقال الامام علي بن الحسن السغدي: قوله وإن كسد ليس من لساننا فلا أعرف هذا وإذا قرئ صك الوصية على رجل فقيل له أهو كذا فأشار برأسه نعم يجوز ذلك على ما تقدم. قال رحمه الله: (والجحود لا يكون رجوعا) يعني لو جحد الوصية فإنه لا يكون رجوعا وليس هذا كجحود الموكل الوكالة وجحود أحد الشريكين وجحود المودع الوديعة المستأجرين، فعلى رواية الجامع لا يكون فسخا، وعلى رواية المبسوط يكون فسخا. وجه روايه الجامع أن الجحود كذب حقيقة فإنه قال أنا لم أوص ويحتمل الفسخ مجازا لانهما يتفقان في المعنى الخاص لان الفسخ رفع العقد من الاصل والجحود الكذب لا يكون رجوعا، وإن أراد الفسخ يجعل فسخا لا

كذبا صونا لكلام العاقل عن الكذب والفساد، وحملا لامره على الصحة والسداد لقوله عليه الصلاة والسلام لا تظنن بكلمة خرجت من أحد شرا أو أنت تجد لها من الخير محلا فلا يجعل بجحود الموصي فسخا منه لانه ممن يتعود بالفسخ وسيأتي تمامه إن شاء الله تعالى. قال أبو يوسف: لو أوصى لرجلين ثم رجع عن إحدى الوصيتين ولم يبين أيتهما تلك حتى مات فللوارث أن يبطل أيتهما شاء ويمضي الاخرى، فإن كان الوارث صغيرا فأبوا الوصي، وإن لم يكن له وصي فالحاكم. ولو أوصى بأرض ثم حفرها فهذا رجوع، وإن زرع فيها إنسانا فهو رجوع، وإن زرعها حنطة فليس برجوع لان حفر الكرم وغر س الاشجار للاستدامة والاستقرار. ولم يتعرض المؤلف للرجوع عن بعض الوصية ونحن نذكر ذلك تتميما للفائدة. قال في المبسوط: ولو قال أوصيت بهذه الالف لفلان فقد أوصيت لفلان منها بمائة فليس هذا برجوع فالمائة بينهما نصفان تسعمائة للاول لان عطف الوصية الثانية على الاولى في المائة والعطف يقتضي الاشتراك مع المعطوف عليه فيما عطف، وإنما عطف في المائة فيوجب الاشتراك بينهما في المائة. ولو قال قد أوصيت لفلان وفلان بألف إلا بمائة لاحدهما فالمائة لهذا والتسعمائة للاول منهما، وكذا هذا في الاقرار وقد مرت في الاقرار. ولو أوصى لرجل بثلث ماله ثم قال قد أوصيت لفلان بما أحب من ثلثه، فإن أحب الثلث كله كان الثلث بينهما نصفين، وإن أحب كله إلا درهما ضرب له بالثلث إلا درهما لانه فوض إلى الاول إرادة الوصية للثاني فما أراده الاول وأحبه يكون للثاني إلا إذا أراد كله يكون الثلث بينهما كما لو أوصى بالثلث لهذا فيكون الثلث بينهما نصفين لما يأتي فكذا هذا. ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها، وكذا إذا قال بها فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول ويكون وصية لوارث، وحكمه أنه يجوز إن

***

[٢٢٢]

أجازته الورثة، ولو كان فلان الآخر ميتا حين أوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى إنما تبطل ضرورة كونها للثاني فلم تكن فبقي الاول على حاله، ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهو للوارث لبطلان الوصية الاولى بالرجوع والثانية بالموت وقد تقدم بعض هذه المسائل فراجعه. باب الوصية بثلث المال لما كان أقضى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق بها فهجذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب، كذا في النهاية والغاية. قال رحمه الله: (أوصى لهذا بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فثلثه لهما) أي إذا لم تجز الورثة الوصيتين كان الثلث بينهما لان ثلث المال يضيق عن حقهما إذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما ولم يوجد ما يدل على الرجوع عن الاول، ولو أوصى لرجل بسيف قيمته مائة درهم ولآخر بسدس ماله وليس له سوى السيف خمسمائة درهم نقدا وعروضها فما فضل على سدس السيف فهو لصاحبه، والسدس بينه وبين صاحب السدس نصفان، ولصاحب السدس سدس الخمسائة عند أبي حنيفة. وعندهما السيف بينهما على سبعة لصاحب السدس سبعة. وأما تخريج أبي حنيفة فلان القسمة في السيف عنده على سبيل المنازعة لانه عين شائع فلا يكون ملحقا بالميراث فنقول اجتمع في السيف وصيتان وصية بالثلث ووصية بالسدس فاجعل السيف على ستة أسهم، ولا منازعة لصاحب السدس فيما زاد فيه وذلك خمسة أسهم تسلم للموصى له بلا منازعة، وبقي سهم استوت منازعتهم فيه فيكون بينهما نصفين، فإن كسره بالنصف فأضعف حتى يزول الكسر. فأما التخريج لهما فلان القسمة عندهما على سبيل العول والمضاربة فيضرب الموصى له بالكل بستة ويضرب الموصى له بالسد س بسهم فصار السيف على سبعة. ولو أوصى بثلث ماله لآخر مع هذا ولم تجز الورثة فصاحب السدس في الثلث بسدس خمسمائة وثلث سدس السيف، وصاحب السيف بخمسة أسداس السيف إلا سدس سبعة عند أبي حنيفة لانه اجتمع في السيف ثلاث وصايا وصية بالكل، ووصية بالثلث، ووصية بالسدس، فاجعل السيف على ستة فلا منازعة لاحد فيما زاد على الثلث وذلك أربعة فسلم لصاحب السيف بقي سهمان لا منارعة لصاحب السدس فيما زاد على سهم واحد يدعيه صاحب السيف وصاحب الثلث فيكون بينهما نصفين فانكسر الحساب بالنصف فأضعف

***

[٢٢٣]

حتى يزول الكسر فصار السيف على اثنتي عشر لصاحب السيف أربعة ونصف ضعيفة فصار تسعة ولصاحب الثلث نصف سهم ضعيفة بقي سهمان استوت منازعة الكل فيهما فيكون بينهم أثلاثا فانكسر بالاثلاث فاضرب اثني عشر في ثلاثة فيصير ستة وثلاثين لصاحب السيف سبعة صارت مضروبة في ثلاثة فصار له ثلاثة، والمنكسر سهمان ضربتهما في ثلاثة فصارت ستة يستقيم بينهم لكل واحد سهمان، ثم اجعل كل مائة من الخمسمائة على ستة وثلاثين لان القيمة في السيف مائة وقد صار على ستة وثلاثين فاضرب خمسة في ستة وثلاثين فصار مائة وثمانين، فإن أجازت الورثة فلصاحب الثلث ثلثه وذلك ستون ولصاحب السدس سدسه وذلك ثلاثون فلصاحب السيف سبعه وذلك ستة وثلاثون فصار سهام الوصايا مائة وستة عشر، فإن لم تجز الورثة يجعل الثلث على قدر سهام الوصايا وذلك مائة وستة عشر وجميع المال ثلثمائه وثمانية وسبعون والسبعة سدسه يكون ثلاثة وستين فيدفع إليهم من الثلث مثل ما كان يدفع عند الاجازة من جميع المال فيدفع إلى صاحب السيف ستة وثلاثين وإلى صاحب الثلث ستين وإلى صاحب السدس ثلاثين فحصل سهام الوصايا مائة وستة مثل ثلث المال. وأما عندهما يقسم على سهام العول والمضاربة فيضرب صاحب السيف بالسيف كله وذلك ستة، وصاحب الثلث بالثلث وذلك سهمان، وصاحب السدس بسدس السيف وذلك سهم فصار السيف على تسعة، ولما صار السيف وقيمته مائة على تسعة أسهم صار كل مائة من الخمسمائة على سبعة فيصير خمسة وأربعين، وإن أجازت الورثة فلصاحب الثلث ثلثه وذلك خمسة عشر ولصاحب السدس سدسه وذلك سبعة ونصف، فإن كسر السيف فأضعفه فصار سبعين وأضعف السيف وذلك تسعة فيصير ثمانية عشر فضم ذلك تسعون فصار جميع المال مائة وثمانية لصاحب الثلث خمسة عشرأضعفناه فصار له ثلاثون ولصاحب السدس سبع ونصف أضعفناه فصار خمسة عشر ولصاحب السيف تسعة أضعفناه صار ثمانية عشر لو زادت سهام الوصايا على الثلث فهي لهم إن أجازه الورثة، فإن لم يجيزوا يقسم الثلث بينهم على قدر أنصبائهم لا على قدر سهام الوصايا فيضرب كل واحد في الثلث بجميع حقه والوصايا سدس وثلث وسدس أيضا لان السيف سدس جميع المال لان قيمته مائة وجميع المال ستمائة فيصير ثلث المال أربعة سدسان وثلث وذلك سهمان فيصير جميع المال اثني عشر سهما لصاحب الثلث سهمان سدس في السيف وخمسة أسداسها في باقي المال فانكسر بالاسداس فاضرب أصل الفريضة وذلك اثني عشر في ستة فيصير اثنين وسبعين كان لصاحب السيف سهم في ستة فصار ستة كله في السيف وكان لصاحب الثلث سهمان ضربناهما في ستة صار اثني عشر سدسه في السيف وذلك سهمان والباقي في المال فكان لصاحب السدس سهم ضربته في ستة وهي له سهم في السيف وخمسة أسهم في باقي المال فبلغت سهام

***

[٢٢٤]

الوصايا أربعة وعشرين وذلك ثلث جميع المال. قال رحمه الله: (وإن أوصى لآخر بسدس ماله فالثلث بينهما أثلاثا) معناه مع الوصية الاولى وهي الوصية بثلث ماله لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعي فضاق الثلث عن حقهما إذ لا مزيد للوصية على الثلث فيقسمان الثلث على قدر حقهما فيجعل السدس بينهما لانه الاقل فصار ثلاثة أسهم لصاحب السدس سهم واحد ولصاحب الثلث سهمان. قال رحمه الله: (وإن أوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فثلثه بينهما نصفان) وهذا عند أبي حنيفة. قال رحمه الله: (ولا يضرب الموصى له بأكثر من الثلث إلا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة) عنده، وعندهما الثلث بينهما أرباعا بينهم سهم لصاحب الثلث وثلاثة أسهم لصاحب الجميع وقد بيناه فيضرب الموصى له بما زاد على الثلث لان الموصي قصد شيئين: الاستحقاق والتفصيل. وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفصيل فيثبت كما في السعاية وأختيها. ولابي حنيفة أن الوصية بما زاد على الثلث وقعت بغير مشروع عند عدم الاجازة من الورثة إذ لا يتصور نفاذها بحال فتبطل أصلا ولا يعتبر الباطل والتفصيل ثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلان الاستحقاق كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع فتبطل ببطلان البيع بخلاف الوصية بالدراهم المرسلة وأختيها لان لها نفاذا في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة فيعتبر فيها التفاصل فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه لكونه مشروعا، ولاحتمال أن يصل كل واحد منهم إلى جميع حقه بأن يظهر له مال فيخرج الكل من الثلث. وقال في الهداية: وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته قيمتها تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث، وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق يتعلق بعين التركة بدليل أنها لو هلكت التركة واستفاد مالا آخر تبطل الوصية، وفي الدراهم المرسلة لو هلكت الدراهم تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة وهذا ينتقض بالمحاباة فإنها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما

زاد على الثلث. وقول المؤلف إلا في المحاباة أي في ثلاث مسائل: أحدها المحاباة، والثانية السعاية. والثالثة الدراهم المرسلة أي المطلقة. وعندهما الثلث بينهما أرباعا سهم لصاحب الثلث وثلاثة أسهم لصاحب الجميع فيضرب الموصى له بما زاد على الثلث لان الوصية أخت الميراث والوارث يضرب بكل حقه في التركة فكذا هذا وبه قالت الثلاثة. وله أن الموصى له يضرب بما يستحقه وهو لا يستحق ما وراء الثلاث إلا بإجازة الورثة ولم توجد بخلاف الدراهم المرسلة وأختيها لان لها نفاذا في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة فيعتبر فيها التفاضل فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه لكونه مشروعا. صورة المحاباة أن

***

[٢٢٥]

يكون عبدان قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بأن يباع واحد منهما بمائة درهم لفلان ولآخر بمائة لفلان آخر فقد حصلت المحاباة لاحدهما بألف درهم والآخر بخمسمائة، فإن خرج ذلك من ثلث المال أو أجازت الورثة جاز ذلك. وإن لم يكن له مال غيرهما أو لم تجز الورثة جاز محاباتهما بقدر الثلث فيكون الثلث بينهما أثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة، فلو كان هذا كسائر الوصايا وجب أن لا يضرب الموصى له بألف على قياس قوله بأكثر من خمسمائة وستة وستين وثلثي درهم لان عنده الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب إلا بالثلث وهذا ثلث ماله. صورة السعاية أن يوصي بعتق هذين العبدين قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيرهما، فإن أجازت الورثة يعتقان معا، وإن لم تجز الورثة يعتقان من ثلث المال وثلث ماله ألف الثلث الذي قيمته ألف فيعتق منه هذا القدر مجانا وهو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون والثلث الذي قيمته ألفان في ألف وخمسمائة ثلاثة أرباع قيمته لانه حينئذ لا يضرب الذي قيمته ألفان إلا بألف فوجب أن يكون بينهما نصفان. صورة الدراهم المرسلة أن يوصي لاحدهما بألف ولآخر بألفين وثلث ماله ألف ولم تجز الورثة يكون الثلث بينهما أثلاثا يضرب كل واحد منهما بقدر حصته فللموصى له بالالف ثلثه ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم، وللموصى له بألفين صفقة ستمائة وستة وستون وثلثا درهم، وكان قياس أصل أبي حنيفة أن يكون الالف بينهما نصفين، كذا في العيني. قال في المبسوط: فصل في البيع في الثلث وهو على نوعين: بيع لا محاباة فيه، والثاني بيع فيه محاباة وإذا ترك عبدا لا غير وقيمته ألف وقد أوصى أن يباع من فلان بألف ثم أوصى به فهو على ثلاثة أوجه: أما إن أوصى بالعين أو بالمال أو بالثلث فإن أوصى به بعينه بعد ذلك أو قبله لآخر فلم تجز الورثة أو أجازت ولم يجز صاحبه فللموصى له بالرقبة سدس العبد ويباع ما بقي من الآخر بخمسة أسداس الالف فيكون للورثة. قيل هذا قولهما، وعند أبي حنيفة نصف سدس العبد للموصى له بالرقبة ويباع خمسة أسداسه ونصف سدسه من الآخر بقيمته فيكون للورثة فتخريجهما أن حقهما في الثلث قد استويا في حق الوصايا عندهما لانه أوصى لكل واحد منهما بكل العبد لاحدهما بالبيع وللآخر بالرقبة فيجعل الثلث بينهما نصفين، وإذا صار الثلث على سهمين صار الكل على ستة أسهم يسلم للموصي له بالرقبة نصف الثلث وذلك سدس الكل ويباع الباقي من الموصى له بالبيع ويكون الثمن كله للورثة لا حق لصاحب الرقبة فيه لان الوصية بالرقبة وصية بالعين ألا ترى أنه لو هلكت العين بعد موت الموصي بطلت الوصية. والتخريج لابي حنيفة أن للموصى له بالرقبة جزء من اثني عشر جزء من الرقبة لان وصية صاحب الرقبة فيما زاد على الثلث تبطل ضربا واستحقاقا عنده فيضرب هو في الثلث بقدر الثلث وللموصي له بالبيع يضرب بجميع الرقبة وذلك ثلاثة

***

[٢٢٦]

لان شيئا من وصيته لا يبطل بعد إجازة الورثة فصار الثلث على أربعة والعبد كله على اثني عشر سهما يسلم لصاحب الرقبة سهم من ثلاثة وذلك جزء من اثني عشر جزءا ويباع الباقي بأحد عشر جزء من الالف. وقيل المذكور في الكتاب قول الكل، وأن أجازوا ورضي بذلك صاحب البيع يضرب كل واحد بكمال وصيته فيقسم نصفين: نصفه لصاحب الرقبة ونصفه يباع من الآخر فيكون ثمنه بين الورثة لان حقيهما قد استويا عند إجازة الورثة فتساويا ضربا واستحقاقا. وقيل عند أبي حنيفة على أربعة أوجه، والوجه الثاني: لو أوصى أن يباع العبد من رجل بألف وأوصى بجميع ماله لآخر فهذا كالمسألة الاولى في قول أبي حنيفة إلا أن صاحب الجميع يأخذ سدس الالف من الورثة من جملة الثمن مع أخذه من سدس الرقبة، وفي المسألة الاولى ليس له من الثمن شئ لانه أوصى له بالمال

هنا والثمن لمالك الرقبة فيجوز تنفيذ ثمنه في الثمن وهناك أوصى له بالعين وهي الرقبة والثمن غير فلا يمكن تكميل وصيته من الثمن، وإن أجازوا بيع نصف العبد ثم أخذ صاحب الجميع ثمنه فلا شئ للورثة. وقيل عند أبي حنيفة إن لم يجيزوا فمن اثنا عشر كما في المسألة الاولى فهما مرا على أصلهما. وعلى قول أبي يوسف ينبغي أن يباع العبد كله من الموصى له بالبيع بألف ثم يعطي الموصى له بالمال ثلث الثمن لان هذا أمكن تنفيذ الوصيتين لاختلاف محل حقهما لان حق أحدهما في الرقبة وحق الآخر في مطلق المال والثمن مال كالرقبة فتنفذ كلاهما. لهما لما مات الموصى جاء أولا تنفيذ الوصية ومحل ذلك ماله والرقبة ماله فتنفذ فيها ولا يجوز التأخير إذ في التأخير توهم الابطال بهلاك الموصي به. والوجه الثالث: لو أوصى أن يباع من فلان بألف وأوصى بثلث ماله لآخر فقول محمد كقول أبي حنيفة في هذا يأخذ صاحب الثلث جزء من اثني عشر جزءا من الرقبة ويباع الباقي من الموصى له بالبيع يأخذ أحد عشر جزء من الالف إلا أن صاحب الثلث يأخذ من الثمن تمام الثلث ثم موصى له بثلث ماله والثمن ماله. وعند أبي يوسف يباع الكل من الموصى له بالبيع ويعطي من الثلث الثمن إلى صاحبه. ولو أوصى بالعبد إلى رجل وقيمته ألف وأوصى أن يباع من آخر بمائة درهم فعند أبي حنيفة نصف السدس من العبد للموصى له به ويباع الباقي من صاحب البيع من ثلثي قيمة العبد فيسلم للورثة لان عنده يصير الثلث على أربعة أسهم لصاحب الرقبة ربع السدس وهو جزء من اثني عشر جزء ويباع الباقي من صاحب البيع بثلثي قيمة العبد بثلث قيمته وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان فيسلم ذلك للورثة لانهما وصيتان وصية بالبيع ووصية بالمحاباة في الثمن لان الوصية بالمحاباة إنما تنفذ من الثلث فينظر إلى ما بقي من الثلث بعد ما أخذ صاحب الرقبة وذلك ثلاثة أجزاء فيسلم ذلك المقدار له وما بقي وهو ثلث المال حق الورثة. وعنده الوصية بالمحاباة مقدمة على سائر الوصايا ولكن محاباة منفذة تثبت في ضمن عقد لازم لا يملك الموصي الرجوع عنها وهذا وصية بمحاباة غير منفذة.

***

[٢٢٧]

وعند محمد لصاحب الرقبة سدس العبد ويباع الباقي بثلثي الالف لان حقهما في الثلث على السواء فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه فيكون الثلث بينهما نصفين نصفه لصاحب الرقبة نصفه يباع من صاحب البيع بثلثي القيمة، فإن كان أوصى بجميع ماله لرجل وأن يباع من أخر بمائة ولم تجز الورثة فقياس قول أبي حنيفة أن يكون للموصى له جميع المال ثلث العبد ويباع ما بقي وهو أحد عشر جزءا من اثني عشر جزء بمائتي سهم وثلث وبمائتين سهم وربع من أربعمائة أو سبعة عشر سهما من قيمة العبد يأخذ الموصى له بالمال خمسة أسهم وربع سهم من الثمن تمام وصيته ومائتان وثمانية وسبعون للورثة. وعند محمد سدس العبد للموصى له بالمال ويباع خمسة أسداسه من الآخر سبعة وعشرين من اثنين وأربعين من قيمة العبد سهم للموصى له بالمال تمام وصيته وثمانية وعشرون للورثة، وهذه المسألة ملقبة بالعروس لحسن تخريجها ووضوح طريقها. أما تخريجها لمحمد أن حق الموصي في الثلث على السواء فيسلم للموصي له بالمال نصف الثلث وهو سدس العبد ويباع خمسة أسداسه من الآخر بسبعة وعشرين من اثنين وأربعين من قيمة العبد إذ هاتان وصيتان وصية بجميع المال ووصية بالمحاباة لصاحب البيع تسعمائة إلا أنه قد بطل من وصيته سدسه وذلك مائة وخمسون من تسعمائة لان سدس الرقبة صار مستحقا للموصى له بالمال بوصيته فبطلت فيه الوصية بالبيع والوصية بالمحاباة في ضمن الوصية بالبيع فتبطل ببطلانها ألا ترى أن الموصى له بالبيع لو قال لا أريد الشراء وأريد المحاباة لا يكون له ذلك فبقيت الوصية في سبعمائة وخمسين وهو يضرب بالثلث بهذا القدر في الآخر يضرب بجميع المال وذلك القدر لانه وإن أخذ سدس المال وكفى ولكن يضرب بجميع المال لتيقن مقدار حقه فيحسب عليه ما أخذ من الرقبة وهو السدس ويعطي له ما بقي فصار حقه في أربعة أسهم وحق الموصى له بالبيع في ثلاثة أسهم كل سهم مائتان وخمسون فتكون جملته سبعة فصار الثلث على سبعة صار الكل إحدى وعشرين لحق صاحب المال أربعة وقد سلم له ثلاثة ونصف هو سدس العبد بقتي له نصف سهم إلى تمام حقه وحق الورثة في أربعة عشر فظهر أن خمسة أسداس العبد تباع من صاحب البيع بأربعة عشر سهما سهم تمام حقه فقد نفذنا وصية المحاباة في ثلاثة فتكون الجملة على سبعة والباقي للورثة وهو أربعة فاستقام الثلث والثلثان، ومحمد أخرجه على ضعف ذلك تحرزا. وأما تخريج أبي يوسف أنا يباع جميع العبد من الموصى له بالبيع بثمانية وأربعين سهما من سبعة وخمسين سهما من قيمة العبد لانه اجتمع ها هنا وصيتان وصية بالالف ووصية بالمحاباة بتسعمائة فاجعل كل مائة سهما فيصير حق

أحدهما عشر وحق الآخر تسعة فتكون جملته تسعة عشر سهما فهذا سهام الثلث فتكون الجملة سبعة وخمسين لصاحب المحاباة تسعة أسهم فيباع العبد بما بقي وذلك ثمانية وأربعون فيعطي لصاحب المال عشرة وللورثة ثمانية وثلاثين فاستقام الثلث والثلثان. وأما تخريج أبي حنيفة وهو أن هنا وصيتين وصية بالالف ووصية
***
[٢٢٨]
بالمحاباة أن وصية الألف فيما زاد على الثالث تبطل واستحقاقا عند عدم إجازة الورثة فبقي حقه في ثلث الالف ويبطل من وصية المحاباة سهم وذلك خمسة وسبعون لانه بطل الوصية بالبيع في نصف سدس الرقبة لاستحقاق الموصي بالمال لما بينا في حقه في ثمانمائة وخمسة وعشرين لخمسة وعشرون ربع ماله. وقد انكسر ذلك بالارباع وحق صاحب المال في ثلث الالف وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فقد انكسر بالاثلاث فاضرب ثلاثة في أربعة فيكون اثني عشر ثم اجعل كل مائة على اثني عشر كل سهم ثمانية دراهم وثلث درهم فصار حق صاحب المال أربعين سهما وحق صاحب البيع تسعة وتسعين سهما فيكون كل المال أربعمائة وسبعة عشر سهما لحق صاحب المال أربعون سهما وصل إليه من ذلك أربعة وثلاثون وثلاثة أرباع سهم لانه وصل إليه من العبد نصف سدسه وذلك جزء من اثني عشر جزء فصار العبد على أربعمائة وأربعة عشر سهما جزء من اثني عشر جزء منه يكون أربعة وثلاثين وثلاثة أرباع سهم بقي إلى تمام حقه خمسة أسهم وربع سهم وحق الورثة مائتان وثمانية وسبعون. وإذا أوصى أن يباع من الرجل بألف وهي قيمته ولآخر بثلث ماله قا أبو يوسف: لا شئ لصاحب الثلث من الرقبة ويباع العبد فيكون له ثلث ثمنه وقد ذكرنا هذا فيما أوصى لرجل بجميع ماله وقولهما في هذا معروف. قال رحمه الله: (وبنصيب ابنه بطل وبمثل نصيب ابنه صح) أي الوصية بنصيب ابنه باطلة والوصية بمثل نصيب ابنه صحيحة. وقال زفر: كلتاهما صحيحة لان الجميع ماله في الحال وذكر نصيب الابن للتقدير به، ولانه يجوز أنه حذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه، فقوله أوصيت بنصيب ابني أي بمثل نصيبه ومثله شائع لغة قال الله تعالى * (واسأل القرية) * (يوسف: ٨٢) أي أهلها. ولنا أن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت فكان وصية بمال الغير بخلاف ما إذا أوصى بمثل نصيب ابنه لان مثل الشئ غيره وإنما يجوز حذف المضاف إذا كان هناك ما يدل عليه كما في الآية لان السؤال يدل على المسؤول وهو الاهل ولم يوجد هنا ما يدل على المحذوف فلا يجوز. وفي الاصل: الوصية بنصيب الابن أو بمثل نصيب الابن إن لم تجز الورثة لم يجزأ ويجز بعضهم. وقال محمد: رجل هلك وترك أما وأبا أوصى لرجل بنصيب بنت لو كانت فالوصية من سبعة عشر منها الموصى له خمسة أسهم وللام سهمان وللاب عشرة أسهم قال: ولو ترك ابنا فأوصى بنصيب ابن آخر لو كان وأجازت الورثة الوصية فالفريضة من خمسة عشر للموصي سبعة أسهم وللابن سبعة، وكذلك إذا أوصى بمثل نصيب ابنه لو كان الجواب كما قلنا. وفي شرح الطحاوي قال: ومن أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه فهذا لا يخلو إما أن كان أوصى له بمثل نصيب ابنه أو بنصيب ابنه كان له ابن أو لم
***
[٢٢٩]
يكن ابن أو ابنه، فلو كان وليس له ابن ولا ابنه فإنه تجوز الوصية، فإن كان أكثر من الثلث فيحتاج إلى إجازة الورثة، فإن كان ثلثا أو أقل جازت من غير إجازة نحو ما إذا أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد صار موصيا له بنصف المال ولو كان له ابنان يكون بينهما نصفين كذلك ههنا يكون المال بينهما نصفين نصف للابن ونصف للموصى له إن أجاز الابن، وإن لم يجز الابن فللموصى له الثلث، وإن كان له ابنان فإنه يكون للموصى له ثلث المال ولا يحتاج إلى الاجازة. ولو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابنة واحدة فإنه يكون للموصى له نصف المال إن أجازت الابنة، وإن لم تجز فله الثلث. ولو كانت له ابنتان والمسألة بحالها فيكون للموصى له ثلث المال، ولو أوصى بنصيب ابن لو كان فالجواب فيه كما لو أوصى بمثل نصيب ابنه. قال: وإذا هلك الرجل وترك أخا وأختا وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان فأجاز فللموصى له جميع المال ولا شئ للاخ والاخت، ولو أوصى بمثل نصيب ابن لو كان للموصى له نصف المال إن أجاز وإن لم يجز فللموصى له ثلث المال إن أجاز أو لم يجز. روى بشر عن أبي يوسف وفي الامالي: هلك وترك ابنين وأوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بمثل نصيب أحد الابنين ولم تجز الورثة قال: الثلث بين الموصى لهما يضرب فيها صاحب النصف بنصف المال والآخر بتسع المال، فإن أجاز الابنان وصيتهما يأخذ صاحب النصف تمام النصف أربعة ونصفا من تسعة وصاحب مثل النصيب يأخذ سهمين من

تسعة ويبقى للابنين تسعان ونصف. ولو كان أوصى لرجل بنصيب أحد الابنين وأوصى لآخر بمثل نصيب الآخر وأجاز الابنان كان لهما نصف المال وللابنين النصف ولو لم يجيزا فالثلث بينهما نصفان، وإن أجاز أحدهما دون الآخر فللذي أجاز الربع اعتبار الوجود الاحازة وللذي لم يجز الثلث. قال: وإذا هلك الرجل وترك أبا وابنا وأوصى لرجل بمثل نصيب ابنه أو بنصيب ابن لو كان وأجاز فللموصى له خمسة من أحد عشر وللاب سهم وللابن خمسة، وإن لم يجيزا فللموصى له الثلث أولا والباقي بين الاب والابن أسداسا. وإن أجاز أحدهم دون الآخر وذكر في الكتاب أنه ينظر إلى حال الاجازة وحال عدم الاجازة فالفريضة عند الاجازة من أحد عشر للموصى له خمسة وعند عدم الاجازة الفريضة من تسعة للموصى له ثلثه فيضرب أحد الفريضتين في الاخرى فيصير تسعة وتسعين، فعند عدم الاجازة للموصى له الثلث ثلاثة وثلاثون وللاب سدس وما بقي أحد عشر وللابن خمسة من أحد عشر وللابن خمسة أسداس وما بقي خمسة وخمسون، وعند الاجازة للموصى له خمسة من أحد عشر مضروبا في تسعة فيكون خمسة وأربعين وللاب سهم مضروبا في تسعة فيكون تسعة فتفاوت ما بين الحالتين في حق الموصى له اثنا عشر سهما من ذلك من نصيب الاب وذلك من تسعة إلى أحد عشر وعشرة من نصيب الابن وذلك من خمسة وأربعين إلى خمسة وخمسين، فإذا أجاز ولو قال أوصيت بثلث مالي للمسجد جاز عند محمد. وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا أن يقول ينفق على المسجد. وفي الخانية: ولو أوصى بثلث ماله للمسجد وعين المسجد أو لم يعين
***
[٢٣٠]
فهي باطلة في قوأبي يوسف جائزة في قول محمد. ولو أوصى بأن ينفق ثلثه على المسجد جاز في قولهم. وفي النوازل: إذا أوصى لارباب المسجد المعين وعمارته وفي ثمن آجر وجبس وغيره فيما احتيج إليه وما كان فيه مصلحة جاز، ولو بجنب هذا المسجد نهر يجري ماؤه بالمسجد ففسد النهر ولم يصل إلى المحلة جاز أن ينفقوا منها في ذلك عند تبين الضرر. وفي العيون عن محمد: إذا قال ثلث مالي للكعبة جاز ويعطي مساكين مكة، ولو قال لثغور فلان فالقياس أن يبطل، وفي الاستحسان يجوز. الظهيرية: ولو قال لبيت المقدس جاز وينفق عليه. وفي سراجه: قيل هذا في عرفهم ولو أوصى بثلث ماله يسرج به في المسجد يجوز، ولو أوصى بثلث ما له للسراج لا يجوز وهو نظير ما لو أوصى بدرهم لشاة فلان أو يرذون فلان فإنه لا يجوز. ولو أوصى بثلث ماله ليعلف به دواب فلان يجوز ونظيره لو أوصى بثلث ماله في أكفان فقراء المسلمين يجوز، ولو أوصى بثلث ماله لموتي الفقراء لا يجوز، فلو أوصى بمثل نصيب أحدهما وثلث أو ربع ما بقي ودرهم للآخر، وصورة المسألة: رجل مات وترك ثلاث بنين وأوصى بمثل نصيب أحدهم ودرهم وثلث وربع ما بقي من الثلث فيجعل ثلث المال سهاما، ولو أحاط بالنصيب سهما وبالدراهم سهما لانه متى كان في الوصية درهم يجعل لكل سهم درهم حتى يصير الحساب كله جنسا واحدا، فإذا ذهب إثنان من أربعة عشيبقى إثنا عشر فأعط بالثلث سهمين وبربعه سبعة يبقى خمسة فأعط بالدرهم الاخر سهما يبقى أربعة فهذه فاضلة عن سهام الوصايا ترد إلى الرثة فرده إلى ثلث المال فيصير أربعة وثلاثين وحاجتنا إلى ستة لانا لو أعطينا بالنصيب سهمين فيجب أن يكون نصيب الابنين ستة والخطأ الثاني وقع بزيادة مائة وعشرين والاول بزيادة تسعة وعشرين فاضرب الثلث الاول في الثاني وهو ثمانية وعشرون يصير أربعمائة وخمسة وثلاثين، ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى ثلاثة وأربعون فهذا هو الثلث، وإذا اردت معرفة النصيب فاضرب النصيب الاول وهو سهم في المقطع الثاني وهو ثمانية وعشرون فيصير ثمانية وخمسين، ثم اطرح الاكثر من الاقل يبقى ثلاثون فظهر عند النصيب ثلاثون وثلث المال ثلاثة وأربعون فيعطي بالنصيب من الثلث ثلاثين يبقى ثلاثة عشر فيعطي بالدراهم سهم يبقى اثنا عشر سهما فيعطي ثلث ما بقي وربعه سبعة بقي خمسة فيعطي من الدرهم الاخر سهم يبقى أربعة فرده الاربعة إلى ثلثي المال وبيان تعليله في المحيط. وأما لو أوصى بمثل نصيب الابن إلا ثلث ما بقي من الثلث صورتها: ترك ثلاث بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالفريضة تسعة وثلاثون والثلث ثلاثة عشر والنصيب بعد الابنين شبهة وبيان تخريجه في المحيط. وأما لو قال في المسألة المتقدمة إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية فأصل الفريضة ما ذكرنا في الفصل الاول. وأما لو قال في صورة المسألة إلا ثلث ما بقي
***
[٢٣١]
مطلقا قال عامة مشايخنا عن أبي يوسف والحسن بن زياد، يخرج كما خرجنا في الفصل الاول. قال محمد: يخرج على الفصل الثاني وما

بمثل نصيب الابن الامثل نصيب الآخر، فلو مات عن ابن واحد وأوصى لرجل بمثل نصيبه إلا بمثل نصيب آخر لو كان له الثلث أجاز الابن أو لم يجز، وإن ترك ابنين وأوصى بمثل نصيبه إلامثل نصيب آخر لو كان له الثلث أجاز الابن أو لم يجز، وإن ترك ابنين وأوصى بمثل نصيب أحدهما لرجل إلا مثل نصيب الواحد لو كان أو أوصى لآخر بثلث ما يبقى من الثلث فالقسمة خمسة عشر سهمان لصاحب النصيب وسهم لصاحب ثلث ما يبقى ولكل ابن ست وتخريجه في المحيط. قال رحمه الله: (فإن كان له ابنان فله الثلث والقياس أن يكون له النصف عند إجازة الورثة) لانه أوصى له بمثل نصيب ابنه لكل واحد منهما النصف. وجه الاول أنه قصد أن يجعله مثل ابنه إلا أن يزيد نصيبه على نصيب ابنه وذلك بأن يجعل الموصى له كأحدهم. قال رحمه الله: (وبسهم أو جزء من ماله فالبيان إلى الورثة) أي إذا أوصى بسهم أو جزء من ماله كان بيان ذلك إلى الورثة فيقال لهم اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لا تمتنع بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصي فكان إليهم بيانه. سوى هنا بين السهم والجزء وهو اختيار بعض المشايخ والمروي عن أبي حنيفة أن السهم عبارة عن السدس نقل ذلك عن ابن مسعود وعن إياس ابن معاذ. وقال في الجامع الصغير: له أخس سهام الورثة إلا أن يكون أقل من السدس فحينئذ يعطى له السدس. وقال في الاصل: له أخس سهام الورثة إلا أن يكون أكثر من السدس فلا يزاد عليه جعل السهم يمنع النقصان. وذكر في الهداية أنه يمنع الزيادة ثم قال في تعليقه: إنه يذكر ويراد به السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة لان السهم يراد به نصيب أحد الورثة عرفا لا سيما في الوصية فيصرف إليه وهذا في عرفهم، وأما في عرفنا فهو الذي ذكرناه أولا. قوله ويجزئ قال صاحب التسهيل أقول: دلت هذه المسألة على أن أحدا لو أقر بمجهول كقوله لفلان على دين ولم يبين قدره فمات فجملا تجبر ورثته على البيان، وكذا لو أقيم البينة على إقراره بمجهول ينبغي أن قبل وتجبر ورثته على البيان اه. ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ذلك قلت: ما ذكره قياس مع الفارق لان الاقرار ولو بمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الاقرار فيجبر المقر على بيانه بطلب المقر له، فإذا فات الخبر في حياته بوفاته سقط سيما إذا كان بتقصير من المقر له فلم تنب عنه ورثته بخلاف الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير إلا بعد موت الموصي فقبل موته لا يجبر على بيانه، وبعد موته تعلق الحق بتركته ولا يمكن جبره فيجبر من يقوم مقامه أحياء لحق ثابت. قال رحمه الله: (قال سدس مالي لفلان ثم قال ثلث م لي له له ثلث

***

[٢٣٢]

ماله) لان الثلث متضمن للسدس فيدخل فيه فلا يتناول أكثر من الثلث. قال رحمه الله: (وإن قال سدس مالي لفلان ثم قال سدس ما لي له له السدس) يعني سدسا واحدا سواء قال ذلك في مجلس واحد أو في مجلسين لان السدس ذكر معرفا بالاضافة إلى المال والمعرف إذا أعيد معرفا كان الثاني عين الاول وهكذا قال ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى * (فإن مع العسر يسرا إن مع العسر يسرا) * (الشرح: ٥ و ٦) لن يغلب عسر يسرين وفي الهداية: ولو قال ثلث مالي لفلان وسدس مالي له وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه لان الكلام الثاني يحتمل أنه أراد به زيادة الثلث على الاول حتى يتم له السدس، ويحتمل أنه أراد به إيجاب ثلث على السدس حتى يصير المجموع نصفا وعند الاحتمال لا يثبت له إلا القدر المتيقن فيجعل السدس داخلا في السدس حملا لكلامه على المتيقن، هذا هو المذكور في الشروح. قال بعض المتأخرين بعد ذكر الدليل على هذا المنوال: هكذا قالوا وهذا كما ترى حمل الكلام على أحد محتمليه ولك أن تقول: لما كان الكلام محتملا للمعنيين وكان القدر الثابت به يتعين على الاحتمالين الثلث قلنا ما يثبت به من الوصية لان المتيقن ثبوت الثلث بمجموع الاحتمالين لا بأولهما، إلى هنا كلامه. قال رحمه الله: (وإن أوصى بثلث دراهمه أو غنمه وهلك ثلثاه له ما بقي) أي إذا وصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه وهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي من الدراهم والغنم. وقال زفر: له ثلث ما بقي من ذلك النوع لان كل واحد منهما شركة بينهما والمال المشترك يهلك ما هلك منه على الشركة ويبقى الباقي كذلك فصار كما إذا أوصى به أجناسا مختلفة. ولنا أن حق بعضهم يمكن جمعه في البعض الباقي فصار كما إذا أوصى بدرهم أو بعشرة دراهم أو بعشرة رؤوس من الغنم فهلك ذلك الجنس كله إلا القدر المسمى فإنه يأخذه إذا كان يخرج من ثلث بقية ماله بخلاف الاجناس المختلفة فإنه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما، والمال المشترك إنما يهلك الهالك منه على الشركة أو لو استوى الحقان، أما إذا كان أحدهما مقدما على الآخر فالهالك يصرف إلى المؤخر كما إذا كان في التركة ديون

ووصايا وورثة ثم هلك بعض التركة فإن الهالك يصرف إلى المؤخر وهو الوصية والارث لان الدين مقدم عليهما، وهنا الوصية مقدمة على الارث لقوله تعالى * (من بعد وصية يوصى بها أو دين) * (النساء: ١٢) فيصرف الهلاك إلى الارث تقديما للوصية على وجه لا ينقص حق الورثة على الثلثين مع جميع التركة لانه لا يسلم للموصى له شئ حتى يسلم للورثة ضعف ذلك. وكذا إذا هلك البعض في المضاربة يصرف الهلاك للربح لان رأس المال مقدم على ما عرف في موضعه الاصل في هذا الباب أن يحتاج إلى معرفة الوصية المقيدة والمطلقة والعين والدين كما سبكه المؤلف وأنواع الوصية بهما وأحكامها. قال أبو يوسف: العين الدراهم والدنانير
***
[٢٣٣]
دون التبر والحلي والعروض والثياب والدين كل شئ يكون واجبا في الذمة من ذهب أو فضة أو حنطة ونحو ذلك لان العين عند الاطلاق ينصرف للذهب والفضة المضروبين: وأما غيرهما فيسمى في اللغة عروضا وسلعة وحليا وصياغة. وأما أنواع الوصية بهما فالوصية نوعان: مرسلة ومقيدة. فالمرسلة أن يوصي بجزء شائع من ماله نحو أن يوصي بثلث ماله وربعه، والمقيدة أن يوصي بثلث مال بعينه بأن يوصي بثلث دراهمه أو دفانيره أو بثلث الغنم فالوصية المقيدة حكمها أن يكون حقه مقدما على حق الورثة وعلى حق الوصية المرسلة، ولو هلك شئ منها قبل القسمة يصرف الهلاك إلى الورثة لا إلى الموصى له حيث كانت الوصايا تخرج من ثلث مال الميت بأن كان له مال آخر يعطى للموصى له كل الموصى به لانه قيدها بنوع من المال فتقيد بذلك النوع ولهذا لا يزداد حقه بزيادة مال الميت، وكذا لا ينقص بنقصانه لان حقه لم يثبت شائعا في جميع التركة فكان حقه مقدما على حق الورثة لقوله تعالى * (من بعد وصية يوصي بها أو دين) * (النساء: ١٢) فصار الهلاك مصروفا إلى المؤخر حقه لا إلى المقدم لانه ما لم يفضل عن الوصية لا يصير حقا للورثة وإنما حكم الوصية المرسلة فهو أن صاحبها بمنزلة واحد من الورثة لان حقه ثبت شائعا في جميع التركة حتى يزاد حقه بزيادة المال وينقص بنقصانه كحق الورثة فصارت التركة كالمشتركة بينه وبين الورثة فما توى من شئ من التركة يتوى على الشركة، وما بقب يبقى على الشركة فكان وراثا حكما ومعنى وموصى له اسما والعبرة للحكم والمعنى، ولهذا لو اجتمع في التركة وصية مقيدة ووصية مرسلة تقدم الوصية المقيدة ثم تقاسم الوصية المرسلة مع الورثة على قدر حقوقهم. وأما ما يتعلق بمسائل الهلاك والاستحقاق فلو أوصى لرجل بثلث ماله فما هلك أو استحق فهو على الحقين لان الوصية مطلقة مرسلة لانه أضاف الوصية إلى جميع ماله على العموم والشيوع فيكون له ثلث كل شئ من ماله فكان شريكا في التركة بمنزلة أحد الورثة فما هلك يهلك على الشركة، فإن أوصى بثلث الدراهم وثلث الدنانير ثم هلك عشرون دينارا بعد موت الموصى أو قبل موته كان له ثلث ما بقي نصفه من الدراهم ونصفه من الدنانير لان هذه وصية مقدمة لانه أوصى له بثلث دراهمه ودنانيره فقد قيد الوصية بنوع مال مخصوص ولم يضفها إلى مال مرسل فكانت وصية مقيدة فتعلق بذلك المال بقاء وبطلانا. ولو كان أوصى بسدس الدراهم وسدس الدنانير أخذ السدس كله من الباقي لان الهلاك مصروف إلى حق الورثة فيبقى حق الموصى له في سدس جميع المال وذلك خمسة دنانير كما كان قبل الهلاك فكان له خمسة دنانير من العشرة الباقية إذ أصله ثلاثون وخمسون درهما من الدنانير وكذلك الابل والبقر على هذا. وإذا مات عن ألف وعبد قيمته ألف وأوصى أن يعتق عبده ولرجل بثلث ماله ولآخر بسدس ماله فالثلث بينهم على أحد عشر للعبد ستة ولصاحب الثلث أربعة ولآخر واحد ففي هذه المسألة يقسم على سبيل العول والمضاربة لا على
***
[٢٣٤]
سبيل المنازعة بالاجماع لان المنازعة لا تتحقق ههنا لانه لا يجتمع في رقبة العبد وصيتان لان حق الموصى له بالثلث في السعاية لا في الرقبة لان الموصى له بثلث مال مطلقة بمنزلة أحد الورثة وحق الورثة في السعاية إذا كان العبد موصى بعتقه لانهم لايمكلون العبد الموصى بعتقه وإن كان لا يخرج من الثلث لانه معتق البعض ومعتق البعض لا يملك وكذلك الموصى له بالثلث مرسلا. وإذا لم يثبت حقه في رقبة العبد فلا تنازع في العبد فيقسم على سبيل العول والمضاربة لا على سبيل المنازعة، والوجه فيه أن يحتاج إلى فريضة لها نصف وثلث وسدس لان العبد موصى له بنصف ماله لان ماله ألفان ألف وعبد قيمته ألف ولآخر ثلث ماله ولآخر سدس ماله وأقل حساب يخرج منه هذه السهام اثنا عشر فنصفه ستة وثلثه أربعة وسدسه سهم فيكون كله أحد عشر، فإذا صار الثلث على أحد عشر

فصار الجميع ثلاثة وثلاثين فللعبد من ثلث المال ستة والعبد من جمع المال نصفه وذلك ستة عشر ونصف فيعتق منه ستة أجزاء ويسعى في عشرة ونصف سهم وللموصى له سدس جزء واحد من أحد عشر من الثلث ويبقى اثنان وعشرون ضعف ذلك للورثة فقد استقام الثلث والثلثان. ولو استحق نصف العبد وضاع نصف الالف فالثلث على ستة ثلاثة للعبد وسهمان لصاحب الثلث ومنهم لصاحب السدس لانه لما استحق نصف العبد انتقصت نصف وصية العبد فبقيت وصيته في ثلاثة أسهم، ولما ضاع نصف الالف انتقص نصف وصية الموصى له بالثلث وهو سهمان لانها ضاعت عليه وعلى الورثة لانه بمنزلة أحد الورثة ووصية صاحب السدس باقية على حالها في سهم واحد لان وصيته مقيدة بألف فصار الهلاك مصروفا إلى الورثة لان وصيته تخرج من ثلث ماله إذا كان سدس الالف بعينها، فلما ضاع نصفها انقلب ثلثه سدس ما بقي لان سدس الكل ثلث النصف، وإذا صار ثلث المال ستة صار الجميع ثمانية عشر ونصفه تسعة فيعتق من العبد ثلاثة أجزاء من تسعة ويسعى في ستة فيضم ذلك إلى النصف الآخر فيصير كله خمسة عشر للموصى له بالسدس سهم من تسعة من الخمسمائة الباقية يبقى أربعة عشر فيبقى المال على أربعة عشر سهمان لصاحب الثلث واثنا عشر للورثة. وخرج محمد على سبعة لان بين نصيب صاحب الثلث وبين الورثة موافقة بالنصف فإن نصيب صاحب الثلث سهمان ونصيب الورثة اثنا عشر وبين العبد والدين موافقة بالنصف فاختصر نصيب كل واحد على نصفه فصار سبعة. قال رحمه الله: (ولو رقيقا أو ثيابا أو دورا له ثلث ما بقي) أي إذا أوصى بثلث رقيقه أو ثيابه أو بثلث دوره فهلك ثلثا ذلك وبقي الثلث وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله كان له ثلث الباقي كما قال زفر لان الجنس مختلف فلا يمكن جمعه بخلاف الاول على ما بينا. قالوا: هذا إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة، وإن كانت من جنس واحد فهي

***

[٢٣٥]

بمنزلة الدراهم، وكذا كل مكيل أو موزون كالدراهم لما بينا. وقيل: هذا قول أبي حنيفة في الرقيق والدور لانه لا يرى الجبر على المقاسمة فيهما. وقليل: هذا قول الكل لان الجميع إنما يتحقق بقضاء القاضي عن اجتهاد عندهما ولا يتحقق بدون القضاء بل يتعذر ولا قضاء هنا فلم يتحقق الجمع إجماعا، والاشبه أن يكون على الخلاف لان كل ما أمكن جمعه بدون القضاء أمكن جمعه تقديرا وهذا هو الفقه في هذا الباب ألا ترى أنه أمكن الجمع بدون القضاء عندهما فيما إذا كانت الوصية بثلث الدراهم أو الغنم على ما بينا. قال رحمه الله: (وبألف وله عين ودين فإن خرج الالف من ثلث العين دفع إليه) أي إذا أوصى بألف درهم وله عين ودين فإن خرج من ثلث العين دفع إليه لان إيفاء حق كل واحد ممكن من غير بخس بأحد. قال في المبسوط: أصل المسألة متى كانت التركة بعضها قائم وبعضها غير قائم تقسم القائمة بين الورثة والموصى له على السهام التي تقسم لو كانت كلها قائمة اعتبارا للبعض بالكل، ثم ما أصاب المديون من العين القائمة من التركة جعل قصاصا بما عليه إذا كان ما عليه مثل حقه في العين أو أكثر، فإن كان أقل فبقدره. وهذا إذا كانت التركة من جنس الدين، وإن كانت من خلاف جنسه بأن كانت عروضا والدين دراهم أو دنانير فعن رواية الوصايا أنه يجعل نصيبه قصاصا بما عليه وهو القياس. وفي رواية هذا الكتاب يحتبس عنه من العين حتى يوفي ما عليه استحسانا فإن لم يوف وطلب صاحب الدين من القاضي أن يبيع نصيبه ببيع القاضي ويقضى من ثمنه دينا. ثم المسائل مشتملة على فصولا: فصل في الوصية بالسهام في العين والدين، وفصل في الوصية بالدراهم والسهام معينة، وفصل بالوصية بالدراهم والعروض. رجل مات وترك ابنين ومائة درهم عينا ومائة دينار على أحد ابنيه وأوصى لرجل بالثل كان له نصف العين والنصف لغير المدين لان العين تقسم بينهم أثلاثا ثلثه للموصى له وثلثه لمن لا دين عليه وثلثه للدين إلا أن المدين لا يعطيه نصيبه لان ما عليه أكثر مما له والتركة من جنس الدين فيحسب ما له قصاصا بما عليه لان ما عليه أكثر مما له والتركة من جنس الدين فإن ما يخص الابن المدين ذهب بحصته مما عليه ستة وستون وثلثان ويؤدي ثلاثة وثلاثين وثلث بين الابن غير المدين والموصى له نصفين لان حقهما سيان. ولو أوصى بربع العين والدين كان له نصف العين لان جميع مال الميت مائتا درهم للموصى له ربعه وذلك خمسون يبقى مائة وخمسون لكل ابن خمسة وسبعون إلا أنه لا يعطى للمدين شئ من العين بل يطرح عنه نصيبه من الدين لانه لا فائدة في ذلك فيطرح مما عليه نصيبه وذلك خمسة وسبعون ويؤدي ما بقي عليه وهو خمسة وعشرون ويقسم ذلك مع المائة العين بين الموصى له وبين غير المدين على خمسة أسهم سهمان للموصى له وذلك خمسة وثلاثة أخماس للابن الذي لا دين عليه ويبرأ المدين عن

***
[٢٣٦]
مثلها، وفرق بين الوصية بخمس مطلق وبين الوصية بخمس مقيد، والفرق أن الوصية بالعين والدين وصية مقيدة والموصى له المقيد يضر ب بجميع وصيته يوم الموت إذا كانت وصيته تخرج من ثلث ما له لما بينا وهذا وصيتتخرج من ثلث ماله لان وصيته من العين والدين أربعون درهما منهما وقد خرج من العين قدر وصيته وزيادة فيأخذ وصيته من العين وذلك أربعون. وأما الموصى له المطلق يضرب في المال بقدر عشر ماله في العين يوم القسمة لأن حقه في العين المطلق المرسل لا في العين فيكون له خمس المال المرسل وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث من العين. ولو أوصى لرجل بربع ماله ولآخر بثلث ماله كان نصف العين بينهما على ثمانية لصاحب الربع أربعة وأربعة لصاحب الثلث لان أصل الفريضة من ثلاثة إذا لم تجز الورثة سهم الموصى له بقي سهمان بين الاثنين نصفين لكل واحد سهم لان ما يصيب المدين من العين يطرح لان ما عليه أكثر مما له، وأقسم المائة العين بين الابن غير المدين وبين الموصى لهما نصفين لكل واحد خمسون ويحسب للابن المدين ما عليه خمسون مثلما حصل للابن غير المدين فصار العين من مال الميت حقيقة وحكما مائة وخمسين مئة عين حقيقة وخمسون عين حكما وهو قدر ما استوفاه الابن المدين وبقي على المدين خمسون ناويا ما دام معتبرا فلا بد من مال الميت، ثم ما أصاب الموصى له من نصف العين يقسم بينهما على سبعة لان أقل حساب له ثلث وربع اثنا عشر لحق الموصى له بالثلث في أربعة وحق الموصى له بالربع في ثلاثة فصار جميع ذلك سبعة، فاقسم الثلث على سبعة أربعة لصاحب الثلث وثلاثة لصاحب الربع فإن أيسر الابن المدين وقدر على الاداء اعتبر المال كله فيكون بين الورثة والموصى لهما أثلاثا، ثم مال الموصى لهما بينهما على سبعة لانلما أيسر ظهر أن مال الميت كان مائتين فيكون ثلث ماله ستة وستين وثلاثين فيقسم دين الموصى لهما على سبعة كما وصفنا، وإذا كان له مائة درهم عينا ودينا على امرأته ثم مات وترك امرأته وابنه وأوصى بثلث ماله لرجل قسم العين بين الابن والموصى له على أحد عشر للموصى له أربعة، فإن قدرت المرأة على الاداء كان للموصى له ثلث كل المال ستة وستون وثلثان للمرأة ثمن الباقي ستة عشر وثلثان تؤدي الفضل، فإذا أدت قسم بين الابن والموصى له على أحد عشر. قال رحمه الله: (وإلا فثلث العين وكلما خرج شئ من الدين له ثلثه حتى يستوفي الالف) أي إن لم يخرج الالف من ثلث العين دفع إلى الموصى له ثلث العين، ثم كلما أخرج شئ من الدين دفع إليه ثلثه حتى يستوفي حقه وهو الالف لان الموصى له شريك الوارث في الحقيقة ألا ترى أنه لا يسلم له شئ حتى يسلم للورثة ضعفه وفي تخصيصه بالعين بخس في الورثة لان العين مقدمة على الدين، ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال ولهذا لو
***
[٢٣٧]
حلف أنه لا مال له وله دين على الناس لا يحنث وإنما يصير مالا عند الاستيفاء وباعتباره تتناوله الوصية فيعتد النظر بقسمة كل واحد منهما من الدين والعين أثلاثا، هذا إذا أوصى لواحد، فلو أوصى لاثنين قال في الاصل في الوصية بالدين والعين والثياب والمتاع والسلاح والذهب والفضة والحديد وما أشبه ذلك ذكر في فتاوي الفضل: إذا كان رجل أوصى بثلث ما له الدين لرجل والآخر بثلث ماله العين والعين والدين مائة اقتسما ثلث مائة العين نصفين، فإن خرج من الدين خمسون ضم إلى العين وكان ثلث جميع ذلك بينهما على خمسة أسهم. ولو أوصى بثلث العين لرجل وبثلث العين لرجل آخر والدين لآخر ولم يخرج من الدين شئ من الدين اقتسما ثلث ذلك خمسون درهما بينهما أثلاثا في قول أبي يوسف ومحمد، وأما على قول أبي حنيفة الثلث بينهما في هذه المسألة على خمسة أيضا. وإذا كان لرجل مائة درهم عينا ومائة درهم دينا على أجنبي فأوصى الرجل بثلث ماله لرجل فإنه يأخذ ثلث العين. ذكر في فتاوي الفضل أن من أوصى بدين له على رجل أن يصرف على وجوه البر تعلقت الوصية بالدين، فإن وهب بعض الدين لمديونه بعد ذلك تبطل الوصية بقدر ما وهب كأنه رجوع عن وصيته بذلك القدر. قال البقالي: وتدخل الحنطة في الدين قال هو ويدخل في الوصية بالعين الدراهم والدنانير. قال رحمه الله: (وبثلثه لزيد وعمرو وهو ميت فلزيد كله) أي إذا أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله وعمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يشارك الحي الذي هو أهل كما إذا أوصى لزيد وجدار. وعن أبي يوسف أنه إذا لم يعلم بموته كان له نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يوص للحي إلا بنصف الثلث بخلاف ما إذا علم بموته لان الوصية لعمرو لم تصح فكان راضيا بكل الثلث للحي. هذا إذا كان المزاحم معدوما من الاصل، أما إذا خرج المزاحم بعد صحة الايجاب يخرج بحصته ولا

يسلم للآخر كل الثلث لان الوصية صحت لهما وثبت الشركة بينهما فبطلان حق أحدهما بعد ذلك لا يوجب زيادة حق الآخر مثاله إذا قال ثلث مالي لفلان ولفلان ابن عبد الله إن مت وهو فقير فمات الموصي وفلان ابن عبد الله غني كان لفلان نصف الثلث، وكذا لو قال ثلث مالي لفلان إن كان عبد الله في البيت ولم يكن عبد الله في البيت كان لفلان نصف الثلث لان بطلان استحقاقه لفقد شرطه لا يوجب الزيادة في حق الآخر، ومتى لم يدخل في الوصية لفقد الاهلية كان الكل للآخر وقد قدمناه في بعض هذه المسائل. وفي الزيادات: أصله أن الوصية متى أضيفت إلى شخصين معينين إن كانا أهلا للاستحقاق كان الثلث بينهما لان الايجاب لهما قد صح لوجود الاهلية فيهما عند الايجاب، وإن انعدمت أهلية أحدهما عن الاستحقاق بالموت فتثبت المزاحمة في الايجاب بسبب إيجاب النصف لكل واحد منهما كما لو أوصى بالثلث لاجنبي ولوارثة لم يكن للاجنبي إلا نصف الثلث وإن لم يثبت الاستحقاق

***

[٢٣٨]

لصحة الايجاب لهما لوجود الاهلية فيهما، وإن لم يكن أحدهما أهلا للاستحقاق عند الايجاب كان الثلث كله للاهل كما لو أوصى بالثلث لفلان ولحائط. ولو قال أوصيت بثلث مالي بين فلان وفلان وأحدهما ميت فنصف الثلث للآخر، وكذلك لو قال بين فلان وبين هذا وأشار إلى حائط ونحوه لان كلمة بين تقتضي الاشتراك أو التنصيف ألا ترى أنه لو قال ثلث مالي بين فلان وفلان وسكت لم يكن له إلا نصف الثلث وكلمة بين ملفوظ سواء كانا حيين أو أحدهما حي والآخر ميت فكان الاشتراك بموجب اللفظ لا بحكم المزاحمة في المحل بخلاف ما لو قال ثلث مالي لفلان وفلان وأحدهما ميت لان الاشتراك والتنصيف هنا بحكم المزاحمة لا بموجب اللفظ لان اللفظ يقتضي الافراد بالكل لما بينا. ولو قال ثلث مالي لفلان ولعقبه ثم مات الموصي فالثلث كله لفلان والوصية لعقبه باطلة لانه جمع بين الموجود والمعدوم في الايجاب لان عقب فلان من يخلفه بعد موته فلا يتصور له عقب في حياته واتسحقاقه الوصية حال حياة الموصى له والعقب معدوم والايجاب للمعدوم لا يصح. ولو قال لفلان ولولد عبد الله فالثلث كله لفلان لان الوصية لولد عبد الله إنما تتناول ولده عند موت الموصي لا عند الايصاء لانه أرسل الموصى له. ولو أرسل الموصى به فقال ثلث مالي لفلان فينصرف إلى ثلث ماله يوم موت الموصي لا يوم الوصية فكذلك الموصى له ولا ولد لعبد الله يوم موت الموصى فلا يصح إيجاب الوصية له فصار كأنه أوصى لفلان لا غير. وتحقيقه أن العين تعرف بالاشارة إليها لا بالصفة فلم يشترط الوصف لتناول الايجاب وغيره والدين إنما يعرف بصفته وإنما يتناول الايجاب إذا وجد فيه تلك الصفة عند موت الموصي فلم توجد الصفة فلم يتناوله الايجاب فكان الثلث للآخر. وكذلك لو قال ثلث مالي لفلان إن مت وهو حر ولفلان بن فلان، فإن مات وهو حر فالثلث بينهما، وإن مات قبل موته كان للثاني النصف لا غير لما قلنا. ولو قال ثلث مالي لفلان ولمن افتقر من ولد فلان ثم مات الموصي وولد فلان كلهم أغنياء فالثلث كله لفلان لانه ضم إلى فلان شخصا موصوفا بأنه فقير، وما أشار إلى العين فيكون مرسلا لا معينا فتتعين فيه حال الموت ولا وقت الايصاء. وقوله لمن افتقر يتناول من احتاج بعد أن كان غنيا دون من كان فقيرا من الاصل لان هذا اللفظ إنما يستعمل فيمن احتاج بعد الغناء وفي المبرة معه زيادة ثواب وقد ندب الشرع إليه لقوله عليه الصلاة والسلام اكرموا ثلاثة عزيز قوم ذل وغنيا افتقرو عالما بين جهال فيجوز أن يكون للموصي قصد بالتخصيص هذه الزيادة. ولو أوصى لامرأته بأحد العبدين وللاجنبي بالآخر كان للاجنبي ثلثا عبده يبدأ به أربعة من ستة فصار كل عبد على ستة وكلاهما اثنا عشر وللمرأة ربع ما بقي من العبدين سهمان من ثمانية بالميراث سهم ونصف من عبدهما ونصف سهم من الاجنبي يبقى لهما من وصيتها أربعة ونصف ويبقى للاجنبي من وصيته اثنان فيضرب كل واحد بذلك في الستة الباقية، فإذا أردت تصحيح الفريضة جعلت كل عبد مائة وستة وخمسين سهما لان

***

[٢٣٩]

الباقي للمرأة أربعة وللاجنبي سهمان فيكون ستة ونصفا فانكسر بالنصف فأضعف ليزول الكسر فصار ثلاثة عشر، فإذا صار نصف المال على ثلاثة عشر صار الكل ستة وعشرين فاضرب أصل الحساب وذلك اثنا عشر في ستة وعشرين فيصير ثلاثمائة وخمسين يأخذ الموصى له مائة وأربعة والباقي للمرأة بوصيتها وميراثها لان الاجنبي يأخذ أولا ثلثي عبده وذلك مائة وأربعة اسهم تأخذ المرأة ربع ما بقي وذلك اثنان وخمسون بقي مائة وخمسة وستون سهما يقسم بينهم على ثلاثة سهما تسعة اسهم من ذلك وذلك ثلاثمائة وثمانية وأربعون

للاجنبي من عبده الموصى به له، فإذا ضمت ذلك إلى مائة واربعة صار كله مائتين واثنين وخمسين. أصله أن الوصية للقاتل بمنزلة الوصية للوراث حتى لا تجوز إلا بإجازة الورثة عند أبي حنيفة، وعندهما لا تجوز أصلا لما يأتي في بابه. وإذا أوصى بماله كله لقاتله ولا وراث له وبكله لاجنبي قيل للاجنبي ثلث المال والثلث للقاتل لان ثلثي المال صار مستحقا للاجنبي بوصية قوية والمستحق بالوصية القوية تبطل فيه الوصية الضعيفة ضربا واستحقاقا يبقى ثلث المال استوت وصيتهما فيه لان وصيتهما فيما زاد على الثلث ضعيفة حتى لا تنفذ بالاجازة الوارث فإذا تساويا في الوصية تساويا في القسمة.. وإذا ماتت امرأة وتركت زوجها وأوصت لاجنبي بثلث مالها ولقاتلها بمالها للزوج ثلثاه والثلث الباقي بين الاجنبي والقاتل أثلاثا، عند محمد للقاتل منه سهمان ويكون المال كله من تسعة للاجنبي أولا ثلاثة وللزوج ثلاث للاجنبي سهم وللقائل سهمان، وعند محمد الباقي بينهما نصفين لان عنده القاتل لا يضرب بما صار مستحقا للزوج بالميراث وإنما يضرب ما بقي وهو الثلث وللاجنبي كذلك فصار الثلث بينهما نصفين والقسمة من ستة للاجنبي النصف ثلاثة وللزوج سهمان وللقاتل سهم، وعند أبي يوسف لا تجوز الوصية للقاتل أبدا وإن لم يكن وارث وتبين أنها إذا لم يكن لها وارث غير الزوج جاز إقرارها لان المانع من صحة إقرار المريض لوارثه حق سائر الورثة حتى لو صدقوه كان الاقرار صحيحا وقد فقد المانع هذا الانعدام الوارث لها فصح إقرارها. وإذا قتلها زوجها وأجنبي عمدا ثم عفت عنهما فأوصت للاجنبي بنصف مالها جازت الوصية ولا ميراث للزوج لانه قاتلها والقتل العمد يحرم عن الميراث فقد التحقت بمن لا وارث لها أصلا فجازت الوصية للقاتل لان المانع من جواز الوصية وجود الوارث ولا وارث لها ففقد المانع. قال رحمه الله: (ولو قال بين زيوعمر ولزيد نصفه) أي إذا قالت ثلث مالي بين زيد وعمرو وعمرو ميت كان لزيد نصف الثلث لان كلمة بين توجب التنصيف فلا يتكامل لعدم المزاحمة بخلاف ما إذا قال لفلان وفلان فبان أحدهما ميتا حيث يكون للحي كل الثلث لان الجملة الاولى كلام يقتضي الاختصاص بالحكم لان العطف يقتضي المشاركة في الحكم

***

[٢٤٠]

المذكور والمكذور وصية بكل الثلث والتصنيف بكل المزاحمة، فإن زالت المزاحمة تكامل ألا ترى أن من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له جميع الثلث، ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت ليستحق الثلث كله بل نصفه ألا ترى إلى قوله تعالى * (ونبئهم أن الماء قسمة بينهم) * (القمر: ٢٨) اقتضى أن يكون النصف بدليل قوله تعالى * (لها شرب ولكم شرب يوم معلوم) * (الشعراء: ١٥٥) قال رحمه الله: (وبثلثه له ولا مال له له ثلث ما يملكه عند الموت) لان الوصية عقد الاستخلاف مضاف إلى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت، سواء اكتسبه بعد الوصية أو قبلها بعد أن لم يكن الموصى به عينا أو عينا معينا، وأما إذا أوصى بعين أو بنوع من ماله كثلث غنمه فهلكت قبل موته فتبطل الوصية لانها تعلقت بالعين فتبطل بفواتها قبل الموت حتى لو اكتسب غنما أخرى أو عينا أخرى بعد ذلك لا يتعلق حق الموصى له بذلك ولم يكن له غنم عند الوصية فاستفادها ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا إذا كانت بلفظ نوعه لان المعتبر وجوده عند الموت لا غيره. ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى له قيمة شاة لانه لما أضاف الشاة إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة إذ ماليتها توجد في مطلق المال ألا ترى إلى قوله عليه الصلاة والسلام في خمس من الابل السائمة شاة وعين الشاة لم توجد في الابل وإنما توجد في ماليتها. ولو أوصى بشاة ولم يضفها إلى ماله ولا غنم قيل لا تصح لان المصحح إضافتها إلى المال وبدون الاضافة إلى المال تعتبر صورة الشاة ومعناها، وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم أن مراده المالية. ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما أضافها إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزء من الغنم بخلاف ما إذا أضافها إلى المال، وعلى هذا خرج كل نوع من أنواع المال كالبقر والثوب ونحوها، اعلم أنه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة له موضع ولا غنم له الواقع في عبارة الهداية في وضع هذه المسألة فقال صدر الشريعة في شرحه للوقاية: واعلم أنه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة له وبينهما فرق لان الشاة فرد من الغنم وإذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم لكن إذا لم يكن له غنم لا يزلم إن لا يكون له شاة لاحتمال أن يكون له واحدة لا كثير، فعبارة الهداية تتناول صورتين: ما إذا لم يكن له شاة أصلا وما يكون له شاة لا غنم له في الصورتين تبطل الوصية، وعبارة المتن

لم تتناول إلا الصورة الاولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية فعبارة الهداية أشمل وأحوط اه كلامه. ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في شرحه: إنما قال ولا شاة ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية لان الشاة فرد من الغنم فإذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون العكس والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد الفرد تصح الوصية يفصح عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي أو قفيز من حنطتي فإن الحنطة اسم
***
[٢٤١]
جنس لا اسم جمع اه. وقال في حاشيته: أخطأ هذا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في الصورتين اه. وقصد بعض المتأخرين أن يجب عنه بعدما نقل كلام صدر الشريعة واعترض عليه بعض الافاضل بمحاصله أن عبارة الوقاية هي الصواب وأن الحكم في وجود الفرد صحة الوصية، وزعم أن الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع. قلت: بعد تسليم أن الغنم جمع أو اسم جمع لا اسم جنس وإن بقي الغنم كما وقع في عبارة الهداية وعامة الكتب هو الصواب وأنه لا تصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الشرط عدم الجمع لا عدم الجنس كما زعمه المعترض لانه أوصى بشاة عن غنمه فإذا لم يكن له غنم بل فرد لم يتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهذا هو السر في تعميم الغنم دون الشاة إلى هنا كلامه. قال رحمه الله: (وبثلثه لامهات أولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين وأمهات أولاده ثلاثيقسم الثلث أخماسا فلهن ثلاثة أسهم ولكل طائفة من المساكين والفقراء سهم) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يقسم أسباعا لان المذكور لفظ الجمع وأدناه في الميراث اثنان قال الله تعالى * (فإن كان له اخوة فلامه السدس) * (النساء: ١١) وقال * (فإن كن نساء فوق اثنتين) * (النساء: ١١) الآية والمراد بالاثنتين اثنان فكان من كل طائفة اثنان وأمهات الاولاد ثلاثة فكان المجموع سبعة فيقسم أسباعا. قلنا: اسم الجنس المحلى بالالف واللام يتناول الادنى مع احتمال الكل كالمفرد المحلى بهما لانه يراد بهما الجنس إذا لم يكن ثم معهود قال الله تعالى * (لا يحل لك النساء من بعد) * (الاحزاب: ٥٢) وقال الله تعالى * (وجعلنا من الماء كل شئ حي) * (الانبياء: ٣٠) ولا يحتمل ما بينهما فتعين الادنى لتعذر إرادة الكل، ولهذا لو حلف لا يشتري العبد يحنث بواحد فيتناول من كل فريق واحدا وأمهات الاولاد ثلاثة فتبلغ السهام خمسة وليس فيما تلي زادة على ما ذكر لان المذكور في الاثنين نكرة وكلامنا في المعرفة حتى لو كان فيما نحن فيه منكر قلنا كما قال: ثم هذه الوصية تكون لامهات أولاده اللاتي يعتقن بموته دون اللاتي عتقن في حياته من أمهات الاولاد لان الاسم لهن في العرف واللاتي عتقن حال حياته موال لا أمهات أولاده وإنما تصرف إليهن الوصية عند عدم أولئك لعدم من يكون أولى منهن بهذا الاسم، ولا يقال إن الوصية لمملوكه بماله لا تجوز لان العبد لا يملك شيئا وإنما يجوز له الوصية بالعتق أو برقبته لكونه عتقا فوجب أن يكون لامهات أولاد اللاتي يعتقن حال حياته لانا نقول: القياس أن لا تجوز الوصية لهن لانها لو جازتلهن لكنه حال تزول العتق بهن لكون العتق والتمليك معلقا بالموت والتعليق يقع عليهن وهن إماء فكذا تملكهن يقع وهن إماء وهو لا يجوز إلا أذا جوزناه استحسانا لان الوصية مضافة إلى ما بعد عتقهن لا حال حلول العتق بهن بدلالة حال الموصي لان الظاهر
***
[٢٤٢]
من حاله أن يقصد بإيصائه وصية صحيحة لا باطلة، والصحيحة هي المضافة إلى ما بعد عتقهن، كذا في عامة الشروح وعزاه جماعة من الشراح إلى الذخيرة، ولعل الامام قاضيخان والامام المحبوبي عن هذا فقالا: أما جواز الوصية لامهات أولاده فلان أوان ثبوت الوصية وعملها بعد الموت وهن حرائر بعد الموت فتجوز الوصية لهن كما ذكره صاحب النهاية نقلا عنهما. ثم قال في العناية: فإن قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولا يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالا منه فكيف لم تصح لها الوصية قياسا؟ وأجيب بأن الوصية بثلث المال للعبد إنما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبة إعتاقا وهو يصح منجزا ومضافا بخلاف أم الولد فإن الوصية ليست إعتاقا لانها تعتق بموت المولى وإن لم يكن ثمة وصية أصلا. ولقائل أن يقول الوصية بثلث المال إما أن صادفتها بعد موت المولى وهي حرة أو أمة، فإن كان الاول فلا وجه لنفي القياس، وإن كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال. والجواب أنها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وأن يكون بموت المولى فلو كان بالوصية أيضا توراد علتان مستقلتان على ملعول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل، إلى هنا لفظ العناية. وفي نوادر بشر عن أبي يوسف: ولو أوصى لامهات أولاده بألف ولمواليه بألف وله أمهات أولاد

عتقن في حياته ومواليات اعتبر كل فريق على حدة، ولو أوصى بثلث ماله لمواليه ولم يذكر أمهات الاولاد دخلت أمهات الاولاد في الوصية وظاهر قوله وهن ثلاثة أنهن لو كن ثنتين يقسم المال على أربعة لهن. ولو أوصى لاولاد رسول الله صلى الله عليه وسلم والعلوية والشيعة ومحب أولاد رسول الله صلى الله عليه وسلم والفقهاء والعلماء أصحاب الحديث سئل الفقيه أبو جعفر عن رجل أوصى لاولاد رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر أبو نصر بن يحيى كان يقول: الوصية لاولاد الحسن والحسين ولا يكون لغيرهما، فأما العلوية فهل يدخلون في هذه الوصية لانه كان للحسن رضي الله عنه بنت زوجت من ولد عمر رضي الله عنهم. وإذا أوصى للعلوية فقد حكي عن الفقيه أبي جعفر أنه لا يجوز لانهم لا يحصون وليس في هذا الاسم ما ينبئ عن الفقر والحاجة. ولو أوصى لفقهاء العلوية يجوز وعلى هذا الوصية للفقهاء لا تجوز، ولو أوصى لفقرائهم تجوز. وقد حكي عن بعض مشايخنا أن الوقف على معلم في المسجد يعلم الصبيان فيه يجوز لان عامتهم الفقراء والفقراء فيهم الغالب فصار الحكم لغلبة الفقر كالمشروط. وقال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني: كان القاضي الامام يقول على هذا القياس إذا أوصى لطلبة علم كورة أو لطلبة علم كذا يجوز. ولو أعطى الوصي واحدا من فقراء الطلبة أو من فقراء العلوية جاز عند أبي يوسف، وعند محمد لا يجوز إلا إذا صرف إلى اثنين منهم فصاعدا. وإذا أوصى للشيعة ومحبي آل محمد المقيمين ببلدة كذا فاعلم بأن في الحقيقة كل مسلم شيعة ومحب لآل رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يصح في ديانتهم إلا ذلك، وأما ما وقع عليه ممن أراد به الموصي فمراده الذي ينصرفون بالميل إليهم وصاروا موسومين بذلك

***

[٢٤٣]

دون غيرهم فقد قبل الوصية باطلة، فأما إذا كانوا لا يحصون فيكون للفقراء استحسانا على قياس مسألة اليتامى. وقال الفقيه أبو جعفر: ولم يكن في بلدنا أحد يسمى فقيها غير أبي بكر الاعمش شيخنا وقد اختار أبو بكر الفارسي وبذل مالا كثيرا لطلبة العلم حتى تادوه في مجلس أيها الفقيه. وإذا أوصى لاهل العلم ببلدة كذا فإنه يدخل فيه أهل الفقه وأهل الحديث ولا يدخل فيه من يتعلم الحكمة. وفي الخانية: وهل يدخل فيه من يتعلم الحكم؟ وهل يدخل فيه المتكلمون؟ لا ذكر فيه. وعن أبي القاسم: فعلى قياس هذه المسألة لا يدخل في الوصية المتكلمون. وإذا أوصى بثلث ماله لفقراء طلبة العلم من أصحاب الحديث الذين يختلفون إلى مدرسة منسوبة في كورة كذا لا يدخل متعلموا الفقه إذا لم يكونوا من جملة أصحاب الحديث ويتناول من يقرأ الاحاديث ويسمع ويكون في طلب ذلك، سواء كان شافعي المذهب أو حنفي المذهب أو غير ذلك، ومن كان شافعي المذهب إلا أنه لا يقرأ الاحاديث ولا يسمع ولا يكون في طلب ذلك لا يتناوله اسم أصحاب الحديث. قال رحمه الله: (وبثلثه لزيد وللمساكين لزيد نصفه ولهم نصفه) أي إذا أوصى بثلث ماله لزيد والمساكين كان لزيد النصف وللمساكين النصف وهذا عندهما، وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين وقد بينا مأخذ كل واحد من الفريقين. قال رحمه الله: (وبمائة لرجل وبمائة لآخر فقال لآخر اشركتك معهما) له ثلث مالكل منهما وبأربعمائة له وبمائتين لآخر فقال لآخر أشركتك معهما له نصف ما لكل واحد منهما يعني إذا أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فلثلث كل مائة. ولو أوصى لرجل بأربعمائة درهم ولآخر بمائتين ثم قال لآخر قد أشركتك معهما كان له نصف ما لكل واحد منهما لان الشركة للمساواة لغة ولهذا حمل قوله تعالى * (فهم شركاء في الثلث) * على المساواة وقد أمكن إثبات المساواة بين الكل في الاول لاستواء المالين فيأخذ هو من كل واحد منهما ثلث المائة فتم له ثلثا المائة ويأخذ من كل واحد منهما ثلثي المائة ولا يمكن المساواة بين الكل في الثانية لتفاوت المالين فحملناه على مساواة الثالث مع كل واحد منهما بما سماه له فيأخذ النصف من كل واحد من المالين. ولو أوصى لرجل بجارية ولآخر بجارية أخرى ثم قال لآخر أشركتك معهما، فإن كانت قيمة الجاريتين متفاوتة له نصف كل واحدة منهما بالاجماع، وإن كانت قيمتهما على السواء فله ثلث كل واحدة منهما عندهما، وعند أبي حنيفة له نصف كل واحدة منهما بناء على أنه لا يرى قسمة الرقيق فيكونان كجنسين مختلفين وهما يريانها فصار كالدراهم المتساوية. ولو أوصى لرجل بثلث ماله ثم قال لآخر أشركتك أو أدخلتك أو جعلتك معه فالثلث بينهما لما ذكرنا. قال صاحب العناية: وما ذكره المؤلف استحسان، والقياس له نصف كل مائة لان لفظ الاشتراك يقتضي التسوية عند الاطلاق قال

***
[٢٤٤]
الله تعالى * (فهم شركاء في الثلث) * وقد أشرك الثالث فيما أوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة. وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة بينهم وهي تقتضي المساواة وإنما ثبتت المساواة إذا لم يؤخذ من كل واحد منهما نصف المائفعلم بهذا أنه شركة معهما جملة واحدة فلا يعتبر باشراكه إياه مع كل واحد منهما متفرقا اه. قال رحمه الله: (وإن قال لورثته لفلان علي دين فصدقوه فإنه يصدق إلى الثلث) وهذا استحسان، والقياس أن لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وإن كان صحيحا لا يحكم به إلا بالبيان. وقوله فصدقوه مخالف للشرع لان المدعي لا يصدق إلا بحجة فتعذر جعله إقرارا مطلقا فلا يعتبر فصار كمن قال كل من ادعى علي شئ فأعطوه فإنه باطل لكونه مخالفا للشرع إلا أن يقول إن رأى الموصي أن يعطيه فحينئذ يجوز من الثلث. وجه الاستحسان أنا نعلم قصده تقديمه على الورثة وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج إليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره فيسعى في تفريغ ذمته فيجعل وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له كأنه قال لهم إذا جاءكم فلان وادعى شيئا فأعطوه من مالي ما شاء فهذه معتبرة فكذا هذا فيصدق إلى الثلث. قال رحمه الله: (فإن أوصى بوصايا) أي مع ذلك قوله: (عزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة وقيل لك صدقوه فيما شئتم وما بقي من الثلث فللوصايا) الأصحاب الوصايا لا يشاركهم فيه صاحب الدين وإنما عزل الثلث والثلثان لان الوصايا حقوق معلومة في الثلث والميراث معلوم في الثلثين وهذا ليس بدين معلوم ولا وصية معلومة فلا يزاحم المعلوم وقدمنا عزل المعلوم، وفي الاقرار فائدة أخرى وهي أن أحد الفريقين قد يكون أعرف بمقدار هذا الحق وما يتعلق به وربما يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصم، فإذا أقر فقد علمنا أن في التركة دينا شائعا في جميع التركة فيؤمر أصحاب الوصايا والورثة ببيانه، فإذا بينوا شيئا أخذ أصحاب الوصايا بثلث ما أقروا به والورثة بثلثي ما أقروا به لان إقرار كل فريق نافذ في حق نفسه فتلزمه بحصته، وإن ادعى المقر له أكثر من ذلك حلف كل فريق على نفي العلم لانه تحليف على فعل الغير. قال الشارح قال العبد الضعيف الراجي عفو ربه الكريم: هذا مشكل من حيث إن الورثة كانوا يصدقونه إلى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث لان أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في أيديهم من الثلث شئ فوجب أن لا يلزمهم تصديقه. قال صاحب العناية: حاصله أنه تصرف بشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث. وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الا ثلاث ولا يخصص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين، وقد سبقه تاج الشريعة
***
[٢٤٥]
إلى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه. أقول: فيه كلام وهو أن العمل بمجموع الشبهين إن كان أمرا واجبا فكيف يصلح ذلك تعليلا كما هو الظاهر المعروف فما بالهم لم يعلموا بشبهة الاقرار في هذا التصرف إذا لم يوص بوصايا غير ذلك كما تقدم بل جعلوه وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له كما إذا قال إذا جاءكم فلان وادعى شيئا فأعطوه من مالي ولم يعتبروا شبه الاقرار قط حيث لم يجعلوا له حكما أصلا في تلك الصورة، وإن لم يكن ذلك أمرا واجبا فيكف يصلح ذلك تعليلا لجواب هذه المسألة في هذه الصورة؟ واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال: فيه بحثا فإنه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لا في الثلث ولا في أقل منه بل يؤخب قول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل اه. وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقافي الحاشية بعد نقل ذلك قلت: بعد تسليم ذلك أن عدم التصديق في الزيادة على الثلث لا يوجب التصديق في الثلث فالمعنى لا يصدق في صورة دعوى الزيادة بل يؤخب قولهم فلا اعتبار فتأمل اه. قال رحمه الله: (ولاجنبي ووارثه له نصف الوصية وبطل وصيته للوارث) أي إذا أوصى لاجنبي ووارثه كان للاجنبي نصف الوصية وبطلت للوارث لانه أوصى بما يملك وبما لا يملك فصح فيما يملك وبطل في الآخر بخلاف ما إذا أوصى لحي وميت حيث يكون الكل للحي لان الميت ليس بأهل للوصية فلا تصح، وبخلاف الوارث فإنه من أهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا. وعلى هذا إذا أوصى للقاتل والاجنبي، وهذا بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه ولاجنبي حيث لا تصح في حق الاجنبي أيضا لان الوصية إنشاء تصرف وهو تمليك مبتدأ لهما والشركة تثبت حكما للتمليك فتصح في حق من يستحقه دون الآخر لان بطلان التمليك لاحدهما لا

يوجب بطلان التمليك من الآخر. أما الاقرار بها اخبارا عن الكائن وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه إلى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما أخبر به ولا إلى اثبات هذا الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث أن يشاركه فيه فيبطل في ذلك القدر فلا يكون مفيدا. قال في النهاية قال التمرتاشي: هذا إذا تصادقا، أما إذا أنكر الاجنبي شركة الوارث أو أنكر الوارث شركة الاجنبي فإنه يصح إقراره في صحة الاجنبي عند محمد لان الوارث مقر ببطلان حقه وبطلان حق شريكه فيبطل في حقه ولا يبطل في حق الآخر، وعندهما يبطل في الكل لان حق الوارث لم يتميز عن حق الاجنبي وإنما أوجبه مشتركا بينهما كما بينا. وفي المبسوط: مسائله على فصول: أحدها في الوصية لاجنبي ولوارثه، والثاني في الوصية للاجنبي مع أحد الزوجين، والثالث في الوصية للاجنبي وللقاتل: والرابع في الوصية بالبيع من الوارث أو من الاجنبي. رجل أوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية لان الايصاء ابتداء إيجاب.

***

[٢٤٦]

وقد أضيف إلى ما لا يملكه وإلى ما يملكه فيصح فيما يملكه ويبطل فيما لا يملكه، ولم يبطل هذا ببطلان الآخر لان الشركة بينهما في حكم الايجاب وببطلان بعض الحكم لا يبطل الايجاب بخلاف ما لو أقر المريض لاجنبي ولوارثه في كلا واحد حيث يبطل الكل عند أبي حنيفة وأبي يوسف لان الاشتراك هناك يخبر عنه لان الاقرار اخبار عن كائن سابق والخبر بناء على المخبر به فكان المخبر به العلة والخبر بمنزلة الحكم للعلة، فإذا لم يثبت المخبر المخبر عنه وهو الاشتراك لم يثبت حكمه وهو الخبر. أصله أن الوارث إذا كان بحال لا يحوز جميع الميراث فالوصية بمقدار الثلث للاجنبي مقدمة في التنفيذ في حق هذا الوارث وفيما زاد على الثلث مؤخرة فإن الوصية بالثلث تقع نافذة من غير إجازة فكانت وصية قوية مستحكمة فتكون في التنفيذ مقدمة، والوصية بما زاد على الثلث واهية ضعيفة لانها لا تجوز إلا بالاجازة لتعلق حق الورثة به فكانت مؤخرة عن حق الورثة لان حقهم متأكد، فإذا وصل إلى الوارث حقه صار كمن لا وارث له فتنفذ وصيته فيه. والثاني أن من لا وارث له تصح وصيته بجميع المال الموجود المطلق وهي مالكيته وأهليته. امرأة ماتت عن زوج وأوصت بنصف مالها لاجنبي جاز للزوج الثلث وهو نصف الثلثين وللموصى له النصف يبقى سدس لبيت المال لان وصية الاجنبي بقدر الثلث وصية مؤكدة فكانت في التنفيذ مقدمة فصار الثلث مستحقا بالوصية فيبطل الارث فيه فيبقى تركتها ثلثي المال فللزوج نصف ذلك وهو ثلث الكل يبقى ثلث آخر وليس له مستحق بالميراث فتنفذ فيه الوصية في ثلثه وذلك سدس فوصل إلى موصى له نصف المال وبقي سدس لاوصية ولا وارث فيه فيصرف إلى بيت المال. وكذلك لو مات الرجل عن امرأته وأوصى بماله كله لاجنبي ولم تجز الوصية فللمرأة السدس وخمسة أسداسه للموصى له لان الثلث صار مستحقا بالوصية بقيت التركة بثلثي المال فللمرأة ربع ذلك والباقي للموصى له لان الوصية مقدمة على بيت المال. ولو ماتت عن زوج وأوصت لقاتلها بالنصف يأخذ الزوج النصف أولا وللقاتل النصف الآخر وهي وصية ضعيفة لانه بمنزلة الوارث فيقدم الميراث عليها فيستحق الزوج أولا نصف المال بالارث والنصف الباقي فارغ عن حق الورثة فتنفذ الوصية فيه للقاتل كما تنفذ الوصية للقاتل في تركة من لا وارث له. ولو تركت عبدين قيمتهما سواء وأوصت بأحدهما لزوجها فله العبدان بالارث والوصية لانه مستحق لما فضل عن فرضه فيكون عاريا عن حق الغير فصحت الوصية لفقد المانع، أصله أن الوصية للوارث بالثلث بمنزلة الوصية للاجنبي بما زاد على الثلث حتى لا تنفذ كل واحدة منهما إلا بإجازة الورثة لانها صادفت محلا تعلق به حق بعض الورثة فيتوقف على اجازتهم. قال رحمه الله: (وبثياب متفاوتة لثلاثة فضاع ثوب ولم يدر أي والوارث يقول لكل هلك حقك بطلت) أي إذا أوصى بثلاثة ثياب متفاوتة وهي جيد ووسط ورديئ لثلاثة أنفار لكل

***

[٢٤٧]

واحد منهم بثوب فضاع منها ثوب ولا يدري أيهم والوارث يجحد ذلك بأن يقول لكل واحد منهم هلك حقك أو حق أحدكم ولا يدري من هو الهالك فلا أدفع إليكم شيئا بطلت الوصية لان المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل غرض الموصي فيبطل كما إذا أوصى لاحد الرجلين. وقول المؤلف والوارث يقول إلى آخره ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهما الثوب الذي هو حقك قد هلك أقول: في ظاهر تعبير المؤلف ههنا فساد لان هلاك كل واحد منهم إنما يتصور فيما إذا ضاعت الاثواب الثلاثة معا

والغرض في وضع المسألة أن ضياع ثوب واحد منه غير معلوم بخصوصه فكيف يصح أن يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقك قد هلك فإنه كذب ظاهر لا ينبغي أن يسمع أصلا فضلا عن أن يترتب عليه حكم شرعي بل قوله لواحد منهم الثوب الذي هو حقك قد هلك يقضي الاعتراف بكون الثوبين الباقيين لصاحبه، والاولى في التعبير ما ذكر في الجامع الصغير سيما للصدر الشهيد والامام قاضيخان وهو أن المراد بجحود الوارث أن يقول حق واحد منكم بطل ولا ندري من بطل حقه ومن بقي حقه فلا نسلم إليكم شيئا، والذي يمكن في توجيه كلام المصنف أن يكون مراده معنى بجحوده أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي قد هلك يحتمل أن يكون حقك فكأنه سامح في العبارة بناء على ظهور والمراد، ووافقه صاحب الكافي في هذه العبارة مع ظهور كما لها. قال رحمه الله: (إلا إن يسلموا ما بقي) أي إلا أن يسلم الورثة ما بقي من الثياب فحينئذ تصح الوصية لانها كانت صحيحة في الاصل، وإنما بطلت بجهالة طارئة مانعة من التسليم فإذا سلموا الباقي زال المانع فعادت صحيحة كما كانت فتقسم بينهم قال رحمه الله: (فلذى الجيد ثلثاه ولذي الردئ ثلثاه ولذي الوسط ثلث كل) أي لصاحب الجيد ثلثا الثوب الجيد ولصاحب الردئ يعطى ثلثا الثوب الردئ ولصاحب الوسط ثلث كل واحد منهما فيصيب كل واحد منهم ثلثا ثوب لان الاثنين إذا قسما على ثلاثة أصحاب كل واحد منهما الثلثان، وإنما أعطى لصاحب الوسط ثلث كل واحد منهم وللآخرين الثلثين من ثوب واحد لان صاحب الجيد لا حق له الردئ بيقين لانه إنما يكون هو الردئ أو الوسط ولا حق له فيهما، واحتمل أن يكون حقه في الردئ بأن كان الهالك هو الجيد أو الوسط واحتمل أن يكون له فيه حق بأن يكون الهالك أجود، ويحتمل أن يكون في الردئ بأن يكون الهالك أراد أو يحتمل أن يكون له فيهما حق بأن كان الهالك هو الوسط، فإذا كان كذلك أعطى كل واحد منهم حقه من محل يحتمل أن يكون هو له لان التسوية بإبطال حق كل واحد منهم إليه وهم في احتمال بقاء حقه وبطلانه سواء، وفيما قلنا إيصال حق كل واحد منهم بقدر الامكان وتحصيل غرض الموصي من التفضيل فكان متعينا. وفي العيون: إذا أوصى لرجل بثياب جيدة فله ما يلبس من الجباب والقمص

***

[٢٤٨]

والاردية والطيلسان والسراويلات والاكسية ولا يكون له شئ من القلانس والخفاف والجوارب. وفي الخانية: فإن ذلك ليس من الثياب. وفي فتاوى الفضلي: قال بالفارسية حامه من هر وشيدو بدرويشان وهيد فهذا في عرفنا يقع على جميع ثياب بدنه إلا الخف فإنه يبعد أن يراد بهذا اللفظ في عرفنا الخف ويدخل في الوصية بالثوب الديباج وغيره مما يلبس عادة من كساء أوفرو، هكذا ذكر في السير. ولا يدخل فيه البساط والستر، وكذا العمامة والقلنسوة ولا تدخل ذكره في السير. وقد قيل إذا كانت العمامة طويلة يجئ منها ثوب كامل تدخل تحت الوصية. وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا أوصى بمتاع بدنه يدخل تحت الوصية القلنسوة والخف واللحاف والدثار والفراش لانه يصون بهذه الاشياء بدنه عن الحر والبرد والاذى. وفي السير: إن اسم المتاع في العادة يقع على ما يلبسه الناس ويبسط وعلى هذا يدخل في الوصية بالمتاع الثياب والفراش والقمص. والستر هل يدخل فيها أولا؟ فقد اختلف المشايخ أشار محمد في السير إلى أنه يدخل. وإذا أوصى لرجل بفرس بسلاحه سأل أبو يوسف أهو على سلاح الرجل أو على سلاح الفرس؟ على سلاح الرجل. قال البقالي في فتاويه: وأدنى ما يكون من السلاح سيف وترس ورمح وقرص. ولو أوصى له بذهب أو فضة وللموصي سيف محلى بذهب أو فضة كانت الحلية له وبعد هذا ينظر: إن لم يكن في نزع الحلية ضرر فاحش ينزع الحلية من السيف وتعطى للموصى له، وإن كان في نزعها ضرر فاحش ينظر إلى قيمة الحلية وإلى قيمة السيف فإن كانت قيمة السيف أكثر تخير الورثة إن شاؤا أعطوا الموصى له قيمة الحلية مصوغا من خلاف جنسها وصار السيف مع الحلية لهم، وإن كانت قيمة الحلية أكثر يخير الموصى له إن شاء أعطى وأخذ السيف وإن شاء أخذ القيمة، وإن كانت قيمتها على السواء كان الخيار للورثة. ولو أوصى لرجل بفرو وللموصي جبة بطانتها ثوب فرو وظهارتها ثوب فرو كان للموصي له الثوب والآخر للورثة، ولو أوصى بجبة حرير وله جبة وبطانتها حرير دخلت تحت الوصية إن كانت الظهارة حريرا والبطانة حريرا كذلك الجواب، وإن كانت البطانة حريرا فلاشئ له. ولو أوصى له بحلي يدخل كل بذهب وله ثوب ديباج منسوج من ذهب فإن كان الذهب مثلا الثوب مثل الغزل فليس له شئ إن كان الذهب فيه شئ جرى كان ذلك للموصى له، وما رواء ذلك للورثة فيباع الثوب ويقسم الثمن على قيمة الذهب، وما سواه فما أصاب الذهب فهو للموصى له. ولو أوصى له بحلي دخل تحتها الخاتم من الذهب، وهل يدخل تحتها الخاتم من الفضة؟ فإن كان من الخواتم التي تستعملها الرجال دون النساء لا يدخل. وهل

يدخل فيه اللؤلؤ والياقوت والزبرجد؟ فإن كان مركبا في ثمن الذهب والفضة يدخل بالاتفاق، وإن لم يكن مركبا فعلى قول أبي حنيفة لا يدخل لانه ليس بحلي، وعلى قولهما يدخل. أصل المسالة

***

[٢٤٩]

إذا حلفت المرأة لا تلبس حليا ولبست عقد اللؤلؤ لا يخالطه ذهب ولا فضة لا تحنث في يمينها عند أبي حنيفة، وعندهما تحنث، ولو لبست عقد لؤلؤ مركب من ذهب وفضة تحنث في يمينها الاجماع. ولو أوصى له بحديد وله سرج ركاباه من حديد نزع الركابان وأعطيا للموصى له والباقي للورثة وفي المنتقى: إذا أعتق عبدا له وقال كسوته له فله خفاه وقلنسوته وقميصه وسراويله وإزاره ولا يدخل فيه منطقته ولا سيفه، وإن قال له متاعة دخل السيف والمنطقة أيضا وهي وصية عبد الله بن المبارك لغلامه. قال رحمه الله: (وببيت عين من دار مشتركة وقسم ووقع في حظه فهو للموصى له والامثل ذرعه) معناه إذا كانت الدار مشتركة بين اثنين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فإن الدار تقسم، فإن وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له، وإن وقع في نصيب الآخر للموصى له مثل ذرع البيت، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى. وقال محمد رحمه الله: له نصف البيت إن وقع في نصيب الموصي، وإن وقع في نصيب الآخر كان له مثل ذرع نصف البيت لانه أوصى بملكه وبملك غيره لان الداركلها مشتركة فتنفذ في ملكه ويتوقف الباقي على إجازة صاحبه، ثم إذا ملكه بعذلك فالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السابقة كما إذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم أصابه بالقسمة عين البيت كان للموصي له نصفه لانه عين ما أوصى به، وإن وقع في نصيب صاحبه كان مثل نصف البيت لانه يجب تنفيذها في البدل عند تعذر تنفيذها في عين الموصي به كالجارية الموصي بها إذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما إذا بيع العبد الموصي به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بينا في مسائل الرجوع عن الوصية ولا تبطل بالقسمة. ولهما أنه إذا أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لانه يقصد الايصاء بما يمكن الانتفاع به على الكمال ظاهرا وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه، ومعنى المبادلة في القسمة تابع، وإنما المقصود الاقرار تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه. قال صاحب النهاية في بحث وهو أنه قال في كتاب القسمة والاقرار هو الظاهر في المكيلات والموزونات: ومعنى المبادلة هو ظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة؟ وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكر ههنا لان الجبر لا يجري في المبادلة، ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض إذا لم تكن من جنس واحد وإلى هذا أشار بقوله وإنما الاقرار تكميلا ولا تبطل الوصية إذا وقع البيت كله في نصيب شريكه،

***

[٢٥٠]

ولو كانت مبادلة لبطلت كما لو باع الموصى به فعلى اعتبار الاقرار صار كأن البيت كله في نصيب شريكه، ولو كانت مبادلة كله ملكه من الابتداء. وإذا وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعا البيت جميعه من الذي وقع في نصيب الموصى لانه عوضه ومراد الموصي من ذكر البيت تقديره به غير أنا نقول: يتعين البيت إذا وقع البيت في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك، وإذا وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير أو نقول: إنه أراد التقدير على اعتبار وقوع البيت في نصيب شريكه وأراد التمليك على اعتبار وقوعه في نصيبه ولا يبعد أن يكون لكلام واحد جهتان باعتبارين ألا ترى أن لكلام واحد جهتين فيمن علق بأول ولد تلده أمته طلاق امرأته وعتق ذلك الولد فيتقيد في حق العتق بالولد الحي لا في حق الطلاق، ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيب الموصى بين الموصى له والورثة على عشرة أسهم عند محمد تسعة للورثة وسهم للموصى له فيضرب الموصى له بنصف البيت وهو خمسة أذرع وهم بنصف الدار إلا نصف البيت الذي صار له وهم خمسة وأربعون ذراعا ونصيب البيت من الدار خمسون ذراعا فيجعل كل خمسة منها سهما فصار عشرة أسهم، وعندهما تقسم على خمسة أسهم لان الموصى له يضرب بجميع البيت وهو عشرة أذرع وهم بنصف كله إلا البيت الموصى به وهو أربعون ذراعا فيجعل كل عشرة أذرع سهما فصار المجموع خمسة أسهم سهم للموصي

له وأربعة لهم. قال رحمه الله: (والاقرار مثلها) أي الاقرار ببيت معين من دار مشتركة مثل الوصية به حيث يؤمر بتسليم كله إن وقع البيت في نصيب المقر عندهما، وإن وقع في نصيب الآخر يؤمر بتسليم مثله. وعند محمد يؤمر بتسليم النصف أو قدر النصف، وقيل محمد معهما في الاقرار. والفرق له على هذه الرواية أن الاقرار بملك الغير صحيح حتى إن من أقر بملك الغير لغيره ثم تملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكت بوجه من الوجوه ثم مات لا تنفذ فيه الوصية. قال في الاصل: الاقرار بالوصية من الوارث والشهادة عليها وإقرار الوارث بالدين والوديعة والشركة قال: وإذا أقر الوارث أن أباه أوصى بالثلث لفلان وشهدت الشهود أنه أوصى بالثلث لآخر كان الثلث كله للمشهود له ولا يكون للذي أقر له الوارث من الثلث شئ، ولا يضمن الوارث للمقر له شيئا إذا هلك المال في يده قبل الدفع أو دفع إلى المشهود له بقضاء قاض أو بغير قضاء. قال: وإذا أقر الوارث أن أباه أوصى بالثلث لفلان ثم قال بعد ذلك بل أوصى به لفلان أو قال أوصى به لفلان لا بل لفلان فإنه يكون للاول في الوجهين جميعا، ولا يضمن الوارث شيئا للثاني إذا هلكت التركة في يده قبل الدفع للاول بقضاء، وإن دفع للاول بغير قضاء قاض صار ضامنا للثاني. ثم إن محمدا فرق بين هذا وبين الاقرار بالوديعة قال: إذا أقر الرجل أن هذا العبد وديعة لفلان ثم قال لا بل لفلان ودفع العبد إلى الاول بقضاء قاض أو بغير قضاء فإنه يضمن للثاني قيمة العبد في الحالين، ومنها لو

***

[٢٥١]

دفع الوارث الثلث إلى الاول بقضاء قاض فإنه لا يضمن للثاني عندهم جميعا. وهذا الذي ذكرنا كله إذا كان الاقرار للثاني منفصلا عن الاول، فأما إذا كان متصلا كان الثلث بينهما نصفين، ونظير هذا الاقرار بالوديعة لو أقر أن هذا العبد عنده وديعة لفلان وفلان أو قال وديعة عنده ولفلان آخر متصلا كان العبد بينهما نصفين كأنه قال هذا العبد وديعة عندي لفلان ثم قال لا بل لفلان فإن العبد كله للاول فكذا هذا قال: وإذا أقر الوارث بوصية ألف درهم بعينها ثم أقر ذلك بعد بالثلث لآخر ثم رفع ذلك إلى القاضي فإنه يدفع الالف إلى الاول وكان الجواب فيه كالجواب فيما إذا أقر بالثلث لآخر ثم رفع ذلك إلى القاضي فإنه يدفع الالف إلى الاول، ثم أقر بعد ذلك للثاني، فإن الثلث كله يدفع للاول ولا يكون للثاني فيه شئ كذلك هذا الجواب فيما لو أقر بوصية بغير عينها والجواب فيما لو أقر بألف بعينها لان الوصايا تنفذ من الثلث فصار الثلث كله مستحقا للاول بالاقرار الاول، وكان الجواب فيما لو أقر بألف. قال محمد في الجامع في الرجل يموت ويترك وارثين وألفي درهم فيأخذ كل واحد منهما ألفا فغاب أحدهما وأقر الحاضر لرجل أن الميت أوصى له بثلث أخذ المقر له من الحاضر ثلث ما في يده، فرق بين هذا وبين ما إذا أقر الحاضر بدين له فإنه يأخذ كل ذلك من نصيبه، وإن أقر أحدهما بوديعة بعينها وذلك في نصيبه وكذبه الآخر فإنه يؤخذ ذلك كله من المقر، وإن أقر بوديعة مجهولة يستوفي الكل من نصيبه. ولو أقر أحدهما بشركة بينه وبين الآخر وكذبه الآخر صح في نصيبه ويقسم ما في يده بين المقر والمقر له ولا يأخذ المقر له من الجاحد شيئا لان إقرار كل مقر يصح في حقه ولا يصح في حق غيره، ونظير هذا ما قالوا في رجل مات وترك بنتين وأقرب إحدى البنتين بأخ مجهول وكذبتها البنت الاخرى فإن الاخ المقر له يأخذ من نصيب البنت المقرة وفي الكافي: ابنان اقتسما تركه الاب ألفا ثم أقر أحدهما الرجل أن لاب أوصى له بثلث ماله فالمقر يعطيه ثلث ما في يده استحسانا. وقال زفر: يعطيه نصف ما في يده قياسا، ولو كان البنون ثلاثة والتركة ثلاثة آلاف فاقسموها فجاء رجل وادعى أن الميت أوصى له بثلث ماله مصدقه واحد منهم فإنه يعطيه عند زفر ثلاثا اخماس ما في يده، وعندنا يعطيه ثلث ما في يده. قال رحمه الله: (وبألف عين من مال آخر فأجاز رب المال بعد موت الموصى ودفعه صح وله المنع بعد الاجازة) أي إذا اوصى لرجل بألف درهم بعينها من مال غيره فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي ودفعه إليه جاز وله الامتناع من التسليم بعد الاجازة لانتبرع بمال الغير فيتوقف على إجازة صاحبه، فإن أجاز كان منه هذا إبتداء تبرع فله أن يمتنع من التسليم كسائر التبرعات بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث أو للقاتل أو للوارث فأجازتها الورثة حيث لا يكون لهم أن يمنعوا من التسليم لان الوصية

***

[٢٥٢]

في نفسها صحيحة لمصادفتها ملكه، وإنما امتنع لحق الورثة فإذا اجازوها سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصى على ما بيناه من قبل، كذا

ذكر الشارح. قال رحمه الله: (وصح اقرار أحد الابنين بعد القسمة بوصية أبيه في ثلث نصيبه) معناه إذا قسم الابنان تركة أبيهما وهي ألف درهم مثلا ثم أقر أحدهما لرجل أن أباه أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان، والقياس يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر لان إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه والتسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف فصار كما إذا أقر أحدهما بأخ ثالث لهما، وهذا لأن ما أخذه المنكر كالهالك فيهلك عليهما. وجه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع في جميع الشركة وهي في أيديهما فيكون مقرا له بثلث ما في يده وبثلث ما في يد أخيه فيقبل إقراره في حق نفسه ولا يقبل في حق أخيه لعدم الولاية عليه فيعطيه ثلث ما في يده، ولانه لو أخذ منه نصف ما في يده أدى إلى محظور وهو أن الابن الآخر ربما يقربه فيأخذ نصف ما في يده فيأخذ نصف التركة فيزداد نصيبه على الثلث وهو خلف. وقيدنا بالوصية ليحرز عن الدين قال بخلاف ما إذا أقر أحدهما بالدين على أبيهما حيث يأخذ صاحب الدين المقر له جميع ما في يد المقر حتى يستوفي دينه وشئ للمقر إن لم يفضل منه شئ لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقديمه عليه فيقدم عليه ولا كذلك الوصية لان الموصى له شريك للورثة فلا يأخذ شيئا إلا إذا سلم للوارث ضعف ذلك ولا نسلم أنه أقر له بالمساواة بل أقر له بثلث التركة وإنما حصلت المساواة باتفاق الحال، ولهذا لو لم يكن له أخ فأقر له بالوصية لا يزيد حقه على الثلث ولو كان مقرا بالمساواة لمساواة حالة الانفراد أيضا بخلاف ما إذا أقر بأخ ثالث وكذبه أخوه حيث يكون ما في يد المقر بينهما نصفين لانه أقر له بالمساواة فيساويه مطلقا، ولهذا لو كان وحده أيضا ساواه فيكون ما أخذه المنكر هالكا عليهما اهـ. كلام الشارح. وهذا حيث لا بينة، وأما إذا كان إقرار وبينة قال في المبسوط: أقر أن فلانا أوصى لفلان بالثلث وقامت البينة لآخر يدفع إليه ولا يضمن الوارث شيئا لان الشهادة حجة على الكافة والاقرار حجة قاصرة على المقر وليس بحجة في حق المشهود له فثبتت وصية المشهود له في حق المقر له ولم تثبت وصية المقر له في حق المشهود له فيكون هو أولى باستحقاق الثلث من المقر له كما لو أقر ذو اليد بالدار لرجل وأقام الآخر البينة على أنها ملكه يقضي بها للمشهود له فكذا هذا. قال رحمه الله: (وبأمة فولدت بعد موته وخرجا من ثلثه فهما له وإلا أخذ منها ثم منه) أي إذا أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من جميع الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية أصالة والولد تابع حين كان متصلا بها،

***

[٢٥٣]

وعبارته صادقة بما إذا ولدت قبل القبول والقسمة، فلو قال فولدت بعدهما إلى آخره لكان أولى لانها إذا ولدت قبل القسمة والتركة مبقاة على ملك الميت قبلها حتى يقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه دخل ولدها في الوصية فيكونان للموصي له، وإن لم يخرجا من الثلث ضرب الموصى له بالثلث وأخذما يخصه من الام أولا، فإن فضل شئ أخذه من الولد وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما يعطي له الثلث منهما بالحصص. قال الشارح: وعبارة المؤلف صادقة بما إذ حدثت قبل القبول أو بعده. قال في المبسوط: أصله أن التركة قبل القسمة مبقاة على حكم الميت حتى إن الزيادة الحادثة قبل القسمة تعد من مال الميت حتى يقضي دينه وتنفذ وصاياه لان الموصى له والورثة تملك والوصية من جهة الميت فيعتبر بما لو ملك المال من غيره بالبيع أو بالنكاح، والزوائد الحادثة من المبيع والمهر قبل القبض حادثة على ملك المالك حتى يصير لها حصة من الثمن بالقبض لان ما يملك يكون مبقي عل ملك المملك فكذا هذا. وظاهر قوله قبل القسمة أنها بعد القسمة ليست بمبقاة فتكون الزوائد للموصى له. ثم المسائل على فصلين: أحدهما في الزيادة والثاني في النقصان. والزيادة الحادثة من الموصى به كالولد والغلة والكسب والارش بعد موت الموصي قبل قبول الموصى له الوصية يصير موصى بها حتى تعتبر من الثلث لانها حدثت بعد انعقاد سبب الملك للموصى له في الاصل، فإذا حدثت بسبب الملك فيه إلى وقت الموت تدخل تحت الوصية كالمبيعة إذا ولدت في مدة الخيار واختار من له الخيار البيع فتصير الزيادة مبيعة حتى تصير لها حصة من الثمن، فأما إذا حدثت قبل الموصى له قبل القسمة هل يصير موصى بها؟ لم يذكره محمد وذكر القدوري أنه لا يصير موصى بها حتى كانت للموصى له من جميع المال كما لو حدثت بعد القسمة لان الزيادة حدثت بعد ملك الموصى له وبعد تأكد ملكه لانه ملك الرقبة وتصرف فيه جميعا فصار كالزيادة الحادثة من المبيعة بعد القبض. وقال مشايخنا: يصير موصى بها حتى يعتبر خروجها من الثلث لانها حدثت بعد الملك قبل تأكد الملك في الاصل لان ملكه لم يتأكد ولم يتقرر بعد لانه لو هلك ثلث التركة وصارت الحادثة بحيث لا تخرج من ثلث ماله يكون من الحادثة بقدر ثلث الباقي فصار كالزيادة الممهورة الحادثة قبل القبض تصير مهرا حتى تسقط بالطلاق قبل الدخول وقد ملكت الرقبة والتصرف

جميعا لان ملكها غير متأكد قبل القبض حتى لو هلك هلك على الزوج لا عليها ثم الحق الكسب الولد في الوصية وفي البيع لم يلحقه بالولد لان الكسب بدل المنفعة والمنفعة يجوز أن تملك بالوصية مقصودا فكذلك بذلها أيضا بخلاف البيع فلم يمكن أن يجعل الكسب مبيعا مقصودا بحكم الوارد بالبيع لان القبض يرد عليه مقصودا لهما أن الزيادة متى حدثت قبل القبض تصير موصى بها حكما. ولابي حنيفة أن الحادث قبل القبض صار مقصودا لكنه تبعا لا أصلا، وهذا لبيان أنها كانت باقية على ملك الميت فلو تصرف فيه الوارث صح. قال فيه أيضا: رجل له أمة قيمتها ثلثمائة درهم ولا مال له غيرها
***
[٢٥٤]
فأوصى بها لرجل ثم مات فباعها الوارث بغير محضر من الموصى له فولدت في يد المشتري ولدا قيمته ثلثمائة درهم ثم جاء الموصى له فلم يجز الموصى له البيع سلم للمشتري ثلثي الجارية وثلثي الولد وللموصى له ثلث الجارية وثلث الولد لان الجارية مشتركة بين الورثة بين الموصى له وبيع أحد الشريكين لا ينفذ إلا في نصيبه فنفذ البيع في حصة الورثة وهو ثلث الجارية ولم ينفذ في حصة الموصى له وهو ثلثها فسلم له ثلث الجارية والزيادة حدثت بعد نفاذ التصرف الذي حكم القسمة والقبض فيكون ثلثا الولد بعد نفاذ البيع نفذ على ملك المشتري فلا يعد من مال الميت، وثلثه حدث على ملك الميت فيكون ذلك من مال الميت فصار مال الميت يوم القسمة ثلثي الجارية قيمتها مائتا درهم، ولو كانت ازدادت في مدتها فصارت قيمتها ستمائة فثلثاها سالم للمشتري وثلثها للموصى له وثلث ثلثها للورثة لان مال الميت أربعمائة لان البيع نافذ في ثلثي الجارية فحدثت ثلثا الزيادة على ملك المشتري فبقي مال الميت قيمتها ثلاثمائة وثلث الزيادة قيمته مائة فصار مال الميت قيمته أربعمائة فيكون ثلثها للموصى له وذلك مائة وثلاثة وثلاثون وثلث وثلثمائة من أصل الجارية وثلاثة وثلاثون من الزيادة لان قيمة ثلثي الجارية مائتان فيكون ثلثها مائة وثلاثة وثلاثين وثلث ثلثها للورثة ستة وثلاثون وثلث. ولو أن الجارية نقصت حتى صارت تساوي مائة أخذ الموصى له ثلثها ويرجع على الورثة من قيمتها بأربعة وأربعين وأربعة أتساع درهم تمام ثلث المال لان الجارية مشتركة بين المشتري والموصي له ثلثاها للمشتري وثلثها للموصي له، فما ضاع على الحصتين وما بقي بقي على الحصتين فللموصي له ثلث الجارية قيمته ثلاثة وثلاثون وثلث لان المال وحق الموصى له يعتبير يوم القسمة وقد انتقص من قيمة الجارية ثلثاها فذهب ثلثا حقه، وقيمتها في حق الورثة تعتبر يوم البيع لانه استهلكها الوارث بالبيع فتعتبر قيمتها يوم الاستهلاك، ويوم البيع كانت قيمة ثلثي الجارية مائتي درهم فصار مال الميت مائتين وثلاثة وثلاثين وثلث فللموصى له ثلث ذلك وهو سبعة وسبعون وسبعة أتساع درهم قبل الورثة ولم يجعل للموصي أن ينقض البيع فيما بقي من حقه لانه يؤدي إلى الدور لان ما نقص فيه كأنه لم يبعه الورثة، وإذا هلك شئ منه هلك من ما الميت فيحتاج إلى أن ينقص وصيته عن ذلك، وإذا انتقصت بعد البيع بقدر ما انتقصت وصيته، فإذا نفذ البيع عاد حق الموصى له واحتجت إلى النقص فيؤدي إلى ما لا يتناهى وسهم الدور ساقط فلم يكن حق البعض في الابتداء كيلا يؤدي إلى الدور. رجل أوصى لرجل بشاة من غنمه وقد لحقت الاولاد بالامهات بعد موته فللورثة أن يعطوه شاة بدون ولدها، وإن قال شاة من غنمي سلموا معها ولدها وما حلب من لبنها وجزء من صوفها إن كان قائما وما كان مستهلكا من ذلك فلا يضمنونه لان الوصية تناولت شاة من قطيع معين فتدخل زوائدها تحت الوصية، ولذلك لو أوصى بنخلة ولم يقل من نخلي هذه يعطونه نخلة دون ثمرتها، وإن قال من نخلي هذه وقد أثمرت بعد موته تبعها الثمر.
***
[٢٥٥]
هذا إذا أوصى بمعين، فلو أوصى بأحدهما قال فيه أيضا: ولو أوصى بإحدى هاتين الامتين فولدت إحداهما أعطاه الورثة أيتهما شاؤوا، فلو أعطوا التي ولدت تبعها ولدها، ولو قال قد أوصيت بجارية من جواري هؤلاء أو قال بشاة من غنمي هذه فولدت في حياة الموصي فأراد الورثة بعد موته أن يعطوه من الاولاد لم يكن لهم ذلك، وإن أعطوه جارية أو شاة أو نخلة تبعها ثمرها ولا يتبعها أولادها وثمرتها الحادثة قبل موت الموصي لانه إنما وجب له ذلك بالوصية بعد الموت وبعد الموت الايجاب لا يتناول الزوائد الحادثة قبل الموت، فإن هلكت الامهات إلا واحدة بعد موت الموصي كان حقه في هذه الواحدة وإن لم يبق شئ من الامهات دفعوا إليه الاموال. قال رحمه الله: (ولابنه الكافر أو الرقيق في مرضه فاسلم الابن أو أعتق قبل موت الاب ثم مات بطل كالهبة وإقراره) أي إذا أوصى لابنه الكافر

أو لابنه الرقيق في مرضه فأسلم الابن أو عتق قبل موت الاب ثم مات من ذلك المرض بطلت الوصية له كما تبطل الهبة له والاقرار له بالدين، أما الوصية فلان المعتبر فيها حالة الموت وهو وارث فيها فلا تجوز له والهبة حكمها مثل الوصية لما عرف في موضعه، وأما الاقرار فإن كان الابن كافرا فلا إشكال فيه لان الاقرار وقع لنفسه وهو وارث بسبب كان ثابتا عند الاقرار وهو البنوة فيمتنع لما فيه من تهمة إيثار البعض فكان كالوصية فصار كما إذا كان له ابن وأقر لاخيه في مرضه ثم مات الابن قبل أبيه وورثه أخوه المقر له، فإن كان الاقرار له يكون باطلا لما ذكرنا، كذا في هذا بخلاف ما إذا أقر لامرأة في مرضه ثم تزوجها حيث لا يبطل الاقرار لها لانها صارت وارثة بسبب حادث والاقرار يلزمه بنفسه وهي أجنبية حال صدوره فيلزم لعدم المانع من ذلك ويعتبر من جميع المال بخلاف الوصية لها لانها ايجاب عند الموت وهي وارثة فلهذا اتحد الحكم فيها في الوصية وافترقا في الاقرار حتى كانت الزوجة قائمة عند الاقرار وهي غير وارثة، فإن كانت نصرانية أو أمة ثم أسلمت قبل موته أو أعتقت لا يصح الاقرار لها لقيام السبب حال صدوره. وإن كان الابن عبدا فإن كان عليه دين لا يصح إقراره له لان الاقرار وقع له وهو وارث عند الموت فتبطل كالوصية، وإن لم يكن عليه دين صح الاقرار لانه وقع للمولى إذ العبد لا يملك وقيل الهبة له جائزة لانها تمليك في الحال وهو لا يملك فيقع للمولى وهو أجنبي فيجوز بخلاف الوصية لانها إيجاب عند الموت وهو وارث عنده فيمتنع. وفي عامة الروايات هي في المرض كالوصية فيه لانها وإن كانت منجزة صورة فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق ولا تجوز بما زاد على الثلث، والمكاتب كالحر لان الاقرار والهبة يقع له وهو وارث عند الموت فلا يجوز كالوصية، كذا ذكر الشارح. قال رحمه الله: (والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول إن تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من كل المال) لانه

***

[٢٥٦]

إذا تقادم العهد صار من طبعه كالعمى والعرج، وهذا لان المانع من التصرف مرض الموت ومرض الموت يكون سببا للموت غالبا وإنما يكون سببا للموت إذا كان بحيث يزداد حالا فحالا إلى أن يكون آخره الموت وأما إذا استحكم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت لا يكون سببا آخره الموت كالعمى ونحوه ولهذا لا يستقل بالتداوي. قال رحمه الله: (وإلا فمن الثلث) أي إن لم يتطاول يعتبر تصرفه من الثلث إذا كان صاحب فراش ومات منه في أيامه لانه من ابتدائه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون من مرض الموت، وإن صار صاحب فراش بعد التطاول فهو كمرض حادث به حتى تعتبر تبرعاته من الثلث، كذا ذكر الشارح والله تعالى أعلم.

باب العتق في المرض والوصية بالعتق لما كان الاعتاق في المرض من أنواع الوصية وكان له أحكام مخصوصة أفرده بباب على حدة وأخرجه عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل. قال رحمه الله: (تحريره في مرضه) يعني يكون وصية فإن خرج من الثلث لا سعاية عليه وسيأتي حكم ذلك إن شاء الله تعالى. أطلق في كونه وصية فشمل ما إذا عجل البدل أو بعضه فمات السيد أو مات العبد قبل السيد وترك مالا وما إذا أعتق على مال أو لا. قال في المبسوط: مسائله تشتمل على فصول: احداها في تعجيل المعتق السعاية إلى مولاه، والثاني في ترك السعاية بعد موته، والثالث في تعجيل بعض السعاية في حياته وترك السعاية بعد موته. وإذا أعتق عبدا في مرضه قيمته ثلثمائة فعجل العبد لمولاه مائتي درهم فأنفقها ثم مات ولا مال له غيرها يسعى في ثلثي المائة الباقية وسلم له ثلث المائة وهو حر لان العتق في مرض الموت وصية في الوصايا يعتبر مال الميت يوم القسمة لا يوم الوصية والموت ومال الميت يوم القسمة مائة درهم لانه لما عجل ثلثي السعاية في حياة المولى صح التعجيل لانه عجل بعد وجود سبب الوجوب لان السعاية تجب عليه بعد الموت لكن بالسبب السابق وهو العتق وتعجيل الحكم بعد وجود سبب الوجوب جائزة كتعجيل الزكاة وغيرها فصار المعجل ملكا للمولى وقد أنفقها في حياته في حاجته والوصايا تنفذ عما يفضل عن جاجته الحالية، والفاضل عن حاجته يوم القسمة مائة درهم وقد أوصى للعبد بجميع المائة فيكون له ثلث المائة الباقية، ولو عجل قيمته كلها فأنفقها لم يسع في شئ لانه أدى قيمة نفسه مرة بعد ما صار مكاتبا عند أبي حنيفة، وحرا

***

[٢٥٧]

مديونا عندهما فلا يلزمه أخرى كالمكاتب الحقيقي إذا ادى بدل الكتابة مرة يعتق فكذا هذا. ولو عجل شيئا واكتسب العبد ألف درهم

ثم مات العبد وترك بنتا ومولاه ثم مات السيد فللمولى من الالف خمسمائة وعشرون وسعاية العبد من ذلك أربعون وميراثه أربعمائة وثمانون والباقي للبنت، ولو عجل للمولى قيمته كلها فأنفقها المولى والمسألة بحالها فللبنت من تلك الالف ستمائة ولوارث المولى أربعمائة، ولو اكتسب العبد ومات عن ثلثمائة وترك بنتا وإمرأة ثم مات المولي في مرضه فلورثة المولى من ذلك مأتان وثمانية وعشرون درهما واربعة أسباع درهم وللبنت سبعة وخمسون درهما وللمرأة أربعة عشر درهم. ولو ترك بنتين وامرأة ومولا والمسألة بحالها قسمت الثلاثمائة على سبعة وستين للمولى من ذلك ثلاثة وأربعون سعاية وخمسة ميراثا وللبنين ستة عشر وللمرأة ثلاثة. وإذا أعتق في مرضه عبدا قيمته ثلاثمائة ثم اكتسب العبد ثلاثمائة ثم مات وترك بنتا ثم مات المولى وله أيضا ثلاثمائة وصية فمن ذلك مائتان وأربعون للمولى من ذلك مائة وعشرون من إرثه وللبنت مائة وعشرون، وتخريجه لابي حنيفة في المحيط. ولو عجل مائة إلى المولى فأكلها ثم مات وترك ثلاثمائة وبنتا ومولاه فللمولى من ذلك مائة درهم بالسعاية ومائة بالميراث، ولو أعتق عبدين في المرض قيمة كل واحد منهما ثلاثمائة لا مال له غيرهما فمات أحدهما وترك ألف درهم اكتسبها بعد العتق ولا وارث له غير المولى سعى الحي في أربعين درهما وكانت للمولى مع الالف الذي تركه الميت لان ماله ألف وثلاثمائة متروكة عن الميت وثلاثمائة قيمة الحي. ولو أوصى بستمائة لما أعتق العبدين في مرضه وستمائة أكثر من ثلث ماله فإذا لم تجز الورثة يجعل ماله على ثلاثة أسهم، سهم للعبدين بالوصية بينهما نصفين فانكسر فأضعف فصار ستة للمولى أربعة للعبد سهمان وتخريجه يطلب في المحيط. قال الشارح: إن حكم التحرير حكم الوصية يعتبر من الثلث ومزاحمة أصحاب الوصايا في التصرف لا حقيقة الوصية. قال رحمه الله: (ومحاباته) يعني في مرضه وصية تعتبر من الثلث. قال في المحيط: والمحاباة في المرض وصية. وأطلق المحاباة فشمل ما إذا كان في نكاح أو بيع: أصله أن الوصية عقد إرث صحيحة لان منافع البضع عند الدخول متقومة. وإذا تزوج المريض امرأة على مائة درهم ولا مال له غيرها ومهر مثلها خمسون درهما ثم ماتت المرأة ثم مات الزوج كان وصيتها ثلاثة وثلاثين درهما وثلثا. وتخريجه أن مال الزوح لما حابى به وهو خمسون وما ورث منها وذلك نصف مهر مثلها خمسة وعشرون فصار مال الزوج خمسة وسبعين، فيجعل ذلك على ثلاثة أسهم سهم للمرأة يعود نصفه إلى الزوج بالميراث فانسكر فأضعف فصار ستة سهمان للمرأة يعود سهم من نصيبها إلى الزوج بالميراث وهذا هو السهم الدائر فيطرح من نصيب الزوج يبقى له ثلاثة وللمرأة سهمان فيصير مال الزوج في الآخرة على خمسة وسبعين خمساها للمرأة الثلث وذلك ثلاثون من خمسة وسبعين فلها ثلاثون درهما بالوصية من مائة

***

[٢٥٨]

ويرد عشرون على ورثة الزوج نقصا للوصية بالمحاباة، ثم يضم ثلاثون إلى مهر مثلها وذلك خمسون فصار ثمانين للزوج نصفه وذلك أربعون وينقص أربعون، وثم ما أصاب الزوج من أربعين يضم إلى ما أخذه بنقص الوصية وذلك عشرون فصار له ستون وقد نفذنا الوصية في ثلاثين فاستقام الثلث والثلثان. وأما تخريج أبي يوسف أن مال الزوج لما حابى به وذلك خمسون فيكون لها ثلث المحاباة وذلك ستة عشر وثلثان ولا يعتبر ماله بما يرث منها لما بينا في الباب المتقدم، ثم يضم ستة عشر وثلثين إلى مهر مثلها وذلك خمسون فيصير ستة وستين وثلثين، للزوج نصف ذلك بالميراث وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فهذا مال استفاده الزوج بالميراث فيجعل على ثلاثة أسهم سهم للمرأة فيعود نصفه إلى الزوج بالميراث فانكسر فأضعف صار ستة للمرأة سهمان فيعود منها سهم إلى الزوج فهذا هو السهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج يبقى له ثلاثة وللمرأة سهمان وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث على خمسة خمساه للمرأة وذلك ثلاثة عشر وثلث درهم يضم ذلك إلى ستة عشر فصار ثلاثين. وأما تخريج محمد بأن للمرأة ثلث المحاباة وذلك ستة عشر وثلثان يضم ذلك إلى مهر مثلها وذلك خمسون فصار ستة وستين وثلثا درهم فيجعل ذلك على سهمين سهم للزوج فقد مات الزوج عن سهم للمرأة ثلث ذلك بالوصية فانكسر بالثلث فاضرب سهمين في ثلاثة فصار ستة للزوج ثلاثة وللمرأة سهم فصار المال وهو ستة وستون وثلثان على خمسة خمس ذلك للمرأة وذلك ثلاثة عشر وثلث يضم إلى ما أعطينا لها في الابتداء وذلك ستة عشر وثلثان فصار وصيتها ثلاثين. قال رحمه الله: (وهبته وصية) يعني حكمها حكم الوصية أي إذا وهب المريض في مرضه يكون حكمه حكم الوصية. أطلق في الهبة فشمل ما إذا عادت للمريض أو لم تعولاجنبي وللوارث. قال في المنتقى: وهب المريض لرجل أمة وقيمتها ثلاثمائة ولامال له غيرها فباعها الموهوب له للواهب وهو صحيح بمائة درهم

ولم يقبض المائة، ثم مات الواهب من مرضه والجارية تسلم لورثة الواهب ويأخذون من الموهوب له ثلاثة وثلاثين درهما وثلثا لانه حين باعها إياه كان كأنه قد استهلك الجارية وصارت قيمتها دينا عليه وهي ثلثمائة فكانت هذه الثلاثمائة زيادة في مال الميت فصار ماله ستمائة إلا أن عليه دين مائة درهم فصار ماله الذي تجوز فيه وصيته خمسمائة درهم فللموهوب له ثلثها وذلك مائة وستة وستون وثلثان فيكون ذلك وصيلة له من قيمة الامة يبقى عليه مائة وثلاثة وثلاثون وثلث وقد كان له على الواهب مائة دينا يبقى عليه ثلاثة وثلاثون وثلث. ولو وهب المريض أمة قيمتها ستمائة درهم فباعها الموهوب له من الواهب بمائتي درهم ثم ماتا جميعا ولا مال لواحد منهما غيرها فإن الجارية تباع وتدفع المائتين إلى ورثته لان الهبة قد نفذت من الثلث فينفذ بيعمن الواهب في الثلث لان بيع المريض لا يجوز إلا بمثل قيمته وقيمته ثلثا مائة درهم فيرد ذلك القدر من ثمنها إلى تركة الموهوب له. مريض وهب عبده لرجل وعليه دين محيط بقيمته ولا مال له غيرها فأعتقه الموهوب له قبل

***

[٢٥٩]

موت المريض جاز عتقه لانه أعتق ما يملكه، وإن أعتقه بعد موته لم يجز عتقه لانه تعلق حق الغريم به بيعا واستيفاء وصار مستغرقا بدينه فانقضت الهبة من الاصل وعاد إلى قديم ملكه فظهر أنه أعتق مالا يملكه. قال محمد: مريض أقر لعبد رجل أنه ابنه ثم مات قال أبو يوسف: إن صدقه السيد في حياة المريض ورثه لانه ثبت نسبه منه بتصادقهما، فإن صدقه بعد موته لا يرثه لان إقراره قد بطل بموته. وذكر الحسن بن زياد عن أبي يوسف في مريض له ابن معروف وهو عبد لرجل فأقر المريض أن المولى قد أعتق ابنه قال إن صدقه في حياته ورثه إذا مات، وإن صدقه بعد موته لم يرثه لما بينا. ولو وهب أحد الزوجين لصاحبه في المرض أصله أن أجوبتهم لمسائل الباب متفقة وتخاريجهم لها مختلفة فأبو حنيفة اعتبر جميع مال الموصي في القسمة وطرح السهم الدائر من جملة المال لان الدور يقع بسبب المال المستفاد بالميراث وأنه لو لم يرث منها شيئا بأن كان عليها دين مستغرق لجميع ماله لم يقع الدور، ومحمد اعتبر القسمة في المال الموصى به وطرح السهم الدائر من المال المستفاد بالوصية لان الدور يقع من ذلك فإنه لو لم يستفد شيئا بالوصية بأن كان على الزوج دين مستغرق يقع الدور، والصحيح ما قاله أبو حنيفة لان الوصية للمرأة والمرأة للزوج من وصيتها إنما توزع من مال الزوج لا من مالها فكان العمل من ماله فكان طرح السهم الدائر من نصيبه أولى. ثم المسائل على فصول: أحدها في هبة الزوج لامرأته في مرضه، والثاني في هبته في مرضه لامرأته ووصيته لاجنبي، والثالث في هبة كل واحد من الزوجين لصاحبه. وإذا وهب لامرأته في مرضه مائة درهم لا مال له غيرها وماتت ومات وتركت عصبة للزوج لورثة الزوج ستون ببعض الهبة وجازت في أربعين للزوج من ذلك عشرة بميراثه ولعصبتها عشرون لانها لما ماتت قبل موت الزوج صارت أجنبية ولم تبق وارثة قبل موت الزوج فصحت الهبة لها فلم تبطل الهبة لها، وإن كانت الهبة المنفذة وصية والوصية تبطل موت الموصى له قبل موت الموصي لانها هبة حقيقية حتى ملكها الموهوب له في الحال وصية حكما حتى تنفذ من الثلث والهبة لا تبطل بموت الموهوب له قبل موت الواهب بعد ما تمت بالقبض، وباعتبار أنها وصية تنفذ من الثلث عملا بالشبهين ولا يجوز إبطالها بالشك بعد صحتها. ثم تخريجه لابي حنيفة وهو أن جميع المال للزوج المائة الموهوبة فيجعل على ثلاثة أسهم لحاجتين لاجل الوصية للمرأة وذلك سهم وسهمان للزوج ماتت المرأة عن سهم فيكون ميراثا بين زوجها وعصبتها نصفين وقد انكسر بالنصف فأضعف فصار ستة فصار للزوج أربعة ولها سهمان فيعود إلى الزوج سهم بالميراث منها وهو السهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج فكان نصيبه أربعة فبقي له ثلاث، ولها سهمان فصار جميع مال الزوج على خمسخمسا المائة وذلك أربعون لها بالوصية وللزوج ثلاثة أخماسها ستون، ثم يعود إلى الزوج نصف حصتها بالميراث فصار للزوج ثمانون ولعصبتها عشرون. وأما تخريج أبيوسف وهو أن مال الزوج ما يرث منها لا

***

[٢٦٠]

جميع ما وهب منها لان هذه هبة منفذة ولهذا لا تبطل بموتها قبل موت الزوج فيعتبر بما لو وهبها في الصحة ثم ماتت والزوج وارثها يعتبر مال الزوج ما ورث منها لا جميع الموهوب فكذا هذا، وقد ورث الزوج منها ستة عشر درهما وثلثي درهم لان لها ثلث المائة ثلاثة وثلاثين وثلث فيكون للزوج نصفه وذلك ستة عشر درهما وثلثان، ثم لها خمسا ستة عشر بعد طرح السهم الدائر من الوجه الذي بينا وذلك ستة دراهم وثلثان يضم إلى ما أعطينا لها في الابتداء وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فصار لها أربعون، ثم يرث الزوج منها عشرين

فيصير لورثة الزوج ثمانون. وأما تخريج محمد بأن لها ثلث المائة وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فيجعل ذلك المال على سهمين لحاجتك إلى النصف للزوج بالميرا ث فيكون لها ثلث ذلك السهم بالوصية فانكسر بالثلث فاضرب أصل الفريضة وذلك سهمان في ثلاثة فصار ستة فاطرح السهم الدائر من جميع السهام فصار خمسة فلها خمسي ثلاثة وثلاثين وثلث وذلك ستة دراهم وثلثان فصار لها أربعون وللورثة ثمانون، ولو كان لها مائة أخرى والمسألة بحالها فإنه يرد إلى ورثة الزوج عشرون درهما ببطلان الهبة وأربعون درهما بالميراث وتخريجه أن مال الزوج مائتا درهم وخمسون درهمو للمرأة بالوصية خمسا ذلك بعد طرح السهم الدائر وذلك مائة ثم يعود إلى الزونصفها بالميراث وذلك خمسون فصار للزوج مائتان وقد نفذنا الوصية في مائة فاستقام الثلث والثلثان. ولو كان للمرأة مائتا درهم ثم سوى ذلك ولا مال للزوج سوى ما وهب والمسألة بحالها جازت الهبة في ستين، وتخريجه أن مال الزوج يوم القسمة مائة وخمسون المائة الموهوبة به وخمسون ميراثا فيجعل ذلك على ثلاثة للمرأة سهم وللزوج سهمان، ثم سهم المرأة يصير ميراثا بين زوجها وعصبتها فانكسر بالنصف فضعف فصار لها سهمان، ثم عاد إلى الزوج سهم بالميراث فصار في يد الزوج خمسة فالسهم الخامس هو الدائر فاطرحه من نصيب الزوج بقي نصيبه ثلاثة وبقي حق المرأتين سهمين فصار مال الزوج على خمسة فلها خمساه وذلك ستون ويرد أربعوإلى الزوج فصار في يد الزوج تسعون ثم يعود نصف ما صار لها بالوصية إلى الزووذلك ثلاثون فصار للزوج مائة وعشرون وقد نفذت الوصية في ستين فاستقام الثلث والثلثان. ولو كان على أحدهما دين قضى دينه أولا ثم ما فضل ينفذ التبرع في ثلثه وهب لامرأته في مرضه مئة لا مال له غيرها وعليه دين خمسون ثم ماتت المرأة قبله أخذ رب الدين خمسين وجازت وصيتها في عشرين يعود نصفه إلى الزوج بالميراث فيكون لورثة الزوج أربعون ولورثتها عشرة لان الوصية تنفذ من المال الفارغ عن الدين وخمسون درهما من مال الزوج مشغول بالدين فيجعل كالهالك ويعتبر ماله الفارغ خمسون وقد أوصى بذلك كله فتنفذ الوصية من الثلث ولها خمسا خمسين بعد طرح السهم الدائر على ما بينا وذلك عشرون فلها عشرون بالوصية وترد ثلاثين على ورثة الزوج ثم يعود نصف ما صار لها بالوصية من الزوج

***

[٢٦١]

وبالميراث وذلك عشر فصار له أربعون وقد نفذنا الوصية في عشرين. ولو وهب لها ثمانين درهما وكان عليها عشرة دينا كانت وصيتها ثلاثين درهما، وتخريجه أن مال الزوج خمسة وسبعون لان دين المرأة نصفه على الزوج لان قدر ما يصير للمرأة بالوصية كان ملكا للزوج ويعود إلى ملكه بالميراث فصار كالقائم في ملكه لما عاد إليه مثله فكذا هذا، ونصف الدين من ذلك المال فكان نصف الدين على الزوج معنى واعتبارا وذلك خمسة والمشغول بالدين كالهالك في حق تنفيذ الوصية فيبقى مال الزوج خمسة وسبعين فيجعل ذلك على ثلاثة أسهم، سهم لها يعود نصفه إلى الزوج بالميراث فانكسر فأضعف ستة سهمان للمرأة وأربعة للزوج ثم يعود سهم من سهمي المرأة إلى الزوج بالميراث فيصير له خمسة فالسهم الخامس هو السهم الدائر فاطرح من نصيب الزوج فصار ماله على خمسة أسهم خمساه للمرأة وذلك ثلاثون يقضي من ذلك دينها عشرة يبقى عشرون فارغا عن الدين والوصية فيعود نصف ذلك إلى الزوج بالميراث وذلك عشرة فصار لها ستون. ولو وهب لها مائة وعليها عشرة دراهم والمسألة بحالها فلها ثمانون وثلثان بالوصية وتخريجه على ما ذكرنا. ولو وهب لها مائة درهم وأوصى لرجل بثلث ماله قسمت المائة على أحد عشر سهما سهمان للمرأة وسهمان للموصى له وسبعة لورثة الزوج في قول أبي حنيفة، ثم يرث الزوج منهما سهما فيكون لورثته ثمانية أسهم. وعلى قولهما تقسم على أحد وعشرين لها ستة وللموصى له سهمان ثم ترجع منها ثلاثة إلى الزوج بالارث. وتخريجه لابي حنيفة وهو أنه اجتمع في مال الزوج وصيتان وصية للمرأة ووصية للآخر بالثلث ولم تجز الورثة فيجعل ثلث المال بينهما نصفين لان عنده الموصي له بأكثر من الثلث لا يضرب إلا بالثلث فصار كأنه أوصى كل واحد منهما بالثلث فيقسم على طريق العول لا على سبيل المنازعة لان هذه الوصية بمعنى الميراث لان حق كل واحد منهما شائع في كل التركة فاجعل ثلث المال على سهمين لحاجتك إلى النصف فصار حقه في سبعة وبقي حق الموصى لهما في أربعة كما كان فصار مال الزوج في الآخرة على أحد عشر ثم يعود سهم من سهام المرأة إلى الزوج بالميراث فيصير لورثة الزوج ثمانية وقد نفذنا الوصية في أربعة وبقي لعصبة المرأة سهم وللموصى له بالثلث سهمان. وأما تخريجهما أن من أصلهما أن الموصى له بالجع يضرب في الثلث بجميع حقه والموصى له بالثلث فتضرب المرأة بثلاثة أسهم وللاجنبي بسهم فصار الثلث على أربعة وصار الجميع على اثني عشر لورثة الزوج ثمانية وللموصى لهما أربعة للمرأة من ذلك ستة وللاجنبي سهمان فقد ماتت المرأة عن سبعة فيعود نصفها إلى الزوج بالميراث وهو ثلاثة ونصف، وهذا مال

استفاده الزوج لم تنفذ فيه الوصية فيصير بين الموصى لهما وبين ورثة الزوج فهي السهام الدائرة فاطرحها من نصيب الزوج ونصيبه ستة عشر بقي له ثلاثة عشر وللموصى له ثمانية فقد صار المال في الآخرة على أحد وعشرين للمرأة ستة يعود نصفها

***

[٢٦٢]

إلى الزوج بالميراث فصار له ستة عشر، بقي للمرأة ثلاثة وللاجنبي سهم لان عند محمد تطرح السهام الدائرة من جميع المال بقي أحد وعشرون فتقسم على نحو ما ذكرنا. ولو كانت هي التي أوصت بثلث مالها ولم يوص الزوج جازت الوصية في ثلاثة أسهم من ثمانية أسهم سهم من ذلك للموصى له وسهم يعود إلى الزوج بميراثه منها وسهم لورثتها. وتخريجه أن تجعل المال على ثلاثة أسهم سهم للمرأة بالوصية وقد انكسر هذا السهم بين ورثتها والموصى له على ثلاثة فاضرب ثلاثة في ثلاثة فصار تسعة فثلاثة بين الموصى له والزوج والعصبة على ثلاثة مستقيم لكل واحد فقد عاد إلى الزوج سهم بالميراث وهو السهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج يبقى للزوج خمسة وللمرأة ثلاثة فصار مال الزوج ثمانية، ثم يعود سهم مما صار لها إلى الزوج بالميراث فيصير لورثة الزوج ستة وقد نفذت الوصية في ثلاثة، ولو تركت ابنها وزوجها ولم يوص إلا لها بالهبة فالهبة في أربعة أسهم من أحد عشر سهما، وتخريجه أن يجعل مال الزوج وذلك مائة على ثلاثة أسهم للمرأة ثلاثة انكسر على ورثتها بالربع فاضرب ثلاثة في أربعة فصار اثني عشر صار للمرأة أربعة وقد استقامت بين ورثتها فيعود سهم إلى الزوج بالميراث فهو السهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج يبقى له سبعة وبقي حقها في أربعة فصار مال الزوج على أحد عشر فيعود سهم إلى الزوج بالميراث منها فصاله ثمانية وقد نفذنا الوصية في أربعة فصار مال الزوج على أحد عشر. امرأة وهبت لزوجها في مرضها مائة درهم ووهب لها في مرضه مائة درهم ولا مال لهما غيرهما ثماتا معا لم يرث أحدها من صاحبه ويجوز كل واحد منهما نصف الهبة لانهما لما ماتا معا لم يبق كل واحد وارثا لصاحبه لانه ميت وقت موت صاحبه فجازت الهبتان في النصف. وتخريجه أن مال الزوج يوم القسمة مائة وثلاثة وثلاثون. قال رحمه الله: (ولم يسع أن أجيز) أي إذا أجازت الورثة العتق في المرض فلا سعاية على المعتق لان العتق في المرض وصية على ما بيناه وهو يجوز بإجازة الورثة فلا يلزمه شئ لان المنع لحقهم فيسقط بالاجازة على ما بينا، هذا إذا لم يخرج من الثلث. قال رحمه الله: (فإن حابا فحرر فهي أحق وبعكسه استويا) أي إذا حابا ثم أعتق فالمحاباة أولى، فإن أعتق ثم حابا فهما سواء وهو المراد بقوله وبعكسه استويا. وأطلق في المحاباة فشمل الدراهم والدنانير والاجل والبيع والاقالة وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: هما سواء في المسألتين. والاصل فيهما أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فلكل واحد من أصحاب الوصايا أن يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض إلا بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح. سواء كان مطلقا أو مقيدا. والمحاباة في المرض بخلاف ما إذا قال إذا مت فهو حر بعد موتي بيوم والمعنى فيه أن كل ما يكون منفذا عقيب الموت من غير حاجة إلى التقييد فهو في المعنى أسبق مما يحتاج إلى تقييد بعد

***

[٢٦٣]

الموت والترجيح يقع بالسبق لان ما ينفذ بعد الموت من غير تنفيذ ينزل منزلة الديوان فإن صاحب الدين ينفرد باستيفاء دينه إذا ظفر بجنس حقه وفي هذه الاشياء يصير مستوفيا بنفس الموت والدين مقدم على الوصية فكذا الحق الذي في معناه وغيرها من الوصايا قد تساوت في السبب والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق، فإذا ثبت هذا فهما يقولان إن العتق أقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقدم في الذكر لانه لا يوجب التقديم إلا إذا اتحد المستحق واستوت الحقوق على ما يجئ بيانه إن شاء الله تعالى. وأبو حنيفة يقول: أن المحاباة أقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناها لا بصفتها حتى يأخذه الشفيع ويملكه العبد والصبي المأذون لهما. والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فإذا وجدت المحاباة أولا دفعت الاضعف وإذا وجد العتق أولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضروراته المزاحمة، وعلى هذا قال أبو حنيفة: إذا حابى ثم أعتق ثم حابى يقسم الثلث بين المحابتين نصفين، ثما أصاب المحاباة الاخيرة قسم بينهما وبين العتق لان العتق مقدم عليهما فيستويان. ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الاول وبين المحاباة وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني. ولا يقال إن أصحاب المحاباة تسترد ما أصاب العتق الذي بعده في المسألتين لكونه أولى منه لانا نقول: لا يمكن ذلك لانه لا يلزم منه الدور بيانه أن صاحب المحاباة الاول في المسألة الاولى لو استرد من العتق

لكونه أول لاسترد منه صاحب المحاباة الثاني لاستوائهما ثم استرد العتق لانه يساوي صاحب المحاباة الثاني. وفي المسألة الثانية لو استرد صاحب المحاباة وهكذا إلى ما لا يتناهى والسبيل في الدور قطعه، وعندهما العتق أولى من الكل. وفي المحيط: إذا أسلم الرجل في مرضه مائة درهم في عشرة أكرار حنطة تساوي مائة درهم ثم مات قبل حلوله، فإن شاء الذي عليه السلام يعجل ثلثي الطعام وكان عليه إلى أجله، وإن شاء رد عليهم رأس المال لان المريض حابى بالاجل لانه اشترى بمائة طعاما يساوي مائة وأجله في جميع ماله وتأجيل المال بمعنى الوصية بجميع المال لان الوارث يصير ممنوعا من جميع المال إلى الاجل متى صحت بجميعه، وإن أبوا فالوصية تصح بقدر الثلث فيصح التأجيل بقدر الثلث وبطل في الثلثين، فإذا بطل الاجل في الثلث يخير المسلم إليه لانه لزمه زيادة شئ لم يرض منه لان المسلم إليه إنما رضي أن يكون جميع الطعام عليه مؤجلا، فإذا لزمه تعجيل ثلثي الطعام والمعجل خير من المؤجل فقد لزمه زيادة شئ لم يرض به فيخير. ولو كان الطعام يساوي خمسين، فإن شاء عجل الطعام كله ورد سدس المال، وإن شاء فسخ ورد كل المال لانه حابى بالثمن وبالاجل وقد تقدم اعتبار المحابتين جميعا لانه ينقسم ثلثا المال عليهما نصفين لانه لو حابى بالثمن لا غير كان لصاحب المحاباة ثلث المائة، وكذلك لو حابى بالاجل كان له ثلث الطعام إلى أجله، فإذا صار نصف المال للمحابات كان بالثمن كان نصف ثلث الطعام إلى أجله، وإذا صار الثلث للمحابتين

***

[٢٦٤]

جميعا متى اختار المسلم إليه المضي في السلم أنه يرد ثلث رأس المال إلى رب السلم حتى ينقسم ثلث المال على المحابتين جميعا ينقض السلم في الثلث، فإذا دخل الاجل وأدى المسلم إليه سدس الطعام ويسترد منه نصف الثلث من رأس المال لانه بحلول الاجل ذهب بالمحاباة في الاجل وبقيت المحاباة في الثمن، ومتى استرد نصف الثلث تنقض الاقالة في السلم بعد استقرارها في رأس المال وأنه لا يجوز فلهذه الضرورة تعذر اعتبار المحاباة بالاجل مع المحاباة بالثمن فكان إلغاء المحاباة بالاجل أولى لانه بيع، وإذا لغت المحاباة بالاجل صار كأنه حابى بالثمن لا غير فيخير. وإذا أسلم المريض عشرة دراهم في كريساوي عشرين ثم أقاله ثم مات جازت الاقالة في ثلثي الكر ويقال للمسلم إليه أد ثلث الكر ورد عليهم ثلثي رأس المال لان المحاباة في مرض الموت وصية والوصية معتبرة في الثلث، ولو أسلم عشرة دراهم في كريساوي ثلاثين درهما وقد حابى بعشرين والعشرة من عشرين قدر نصفه، ولو أخذ منه رأس المال وأنفقه جازت الاقالة في ثلث الكر وبطلت في ثلثيه ويقال للمسلم إليه أد إلى الورثة ثلثي الكر وارجع عليهم بثلثي العشرة لان ثلث ماله مثل ثلث المحاباة لان ماله يوم القسمة ستة دراهم وثلاثين وقد حاباه بعشرين فيكون ثلث ماله مثل ثلث المحاباة فتجوز الاقالة في ثلثي الكر وبطلت في ثلثه فرد المسلم إليه إلى الورثة ثلثي الكر وقيمته عشرون إلا أن على رب السلم ستة دراهم وثلاثين دينا لانه قبض عشرة دراهم من المسلم إليه رأس المال ثلثه بحق جواز في ثلثي الكر وثلثه بغير حق لبطلان الاقالة في ثلثي الكر وقد استهلكها فصار ذلك دينا عليه. والاقالة قبل قبض السلم وبعده سواء عندهما، وعند أبي حنيفة هو بعد القبض ابتداء بيع لما عرف أن الاقالة فسخ عندهما، وعنده بيع جديد. وإذا اشترى في مرضه عبدا قيمته مائة بخمسين دهما فلم يتقابضا حتى تقايلا البيع فالبائع بالخيار إن شاء رد العبد وأخذ ثمنه وبطلت الاقالة، وإن شاء سلم لهم ثلث العبد وأخذ منهم ثلث الخمسين لان ثلث المال مثل ثلث المحاباة لان ثلث المال المشتري ثلاثة وثلاثون وثلث لان ماله عند قسمته مائة وقد حابى بخمسين فتجوز الاقالة في ثلثي العبد ولا تجوز في ثلثه، ثم يخير بين فسخ الاقالة وبين أن يجيزه أو لم يجيزه في السلم لان الاقالة في البيع تحتمل الفسخ ما دام المعقود عليه قائما، وفي السلم لا تحتمل الفسخ لانه لا يمكن أن يجعل بيعا مستقلا لان الاستدلال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز. ولو أسلم عشرين درهما في كريساوي عشرة في مرضه وله على الناس ديون فلم يخرج حتى أبطل القاضة السلم أو أعطى الكل ورد سدس رأس المال ثم خرج الدين جاز ذلك ولم يرد على المسلم إليه شئ إلا أن يخرج الدين قبل أن يختصموا، فإن خرج مقدار ما يخرج المحاباة من الثلث سلم له المحاباة لان المحاباة عشرة لان ماله العين عشرون درهما والدين لا يعد ماله الميت ما لم يقض لانه قد لا يخرج فيكون ثلث ماله ستة دراهم وثلثان فتصح المحاباة

***

[٢٦٥]

بقدر ويتخير بين الفسخ والمضي لان السلم يحتمل الفسخ وقد تعين على المسلم إليه شرط عقده فيتخير، فإذا أبى المسلم إليه الفسخ ونقض القاضي فإنه لا ينتقض النقض بعد ذلك، فإن زال السبب المقتضي للنقض وهو عدم خروج المحاباة من ثلث ماله لان القضاء بالنقض لا يحتمل البطلان كما لو قضى بفسخ البيع بسبب العيب ثم زال العيب لا يعود البيع، وإن زال المقتضي للفسخ وهو العيب فكذا هذا، وإن خرج من الدين قبل النقض مقدار ما يخرج المحاباة من الثلث سلم له المحاباة لان الدين بالقبض صار عينا فيعتبر ماله يوم القسمة. وإذا أسلم إلى مريض عشرة دراهم في كرساوي أربعين فأنفق رأس المال ثم مات ولا مال له غير الكر فرب السلم بالخيار إن شاء نقض السلم ورجع على الورثة بدراهمه، وإن شاء أخذ الكر وأعطى عشرين درهما لانه تغير عليه شرط عقده، فإن رضي أن يسلم له جميع الكر بعشرة دراهم والآن لا يسلم له الجميع بعشرة وعقده مما لا يحتمل الفسخ فيتخير، فإن مضى في السلم أخذ جميع الكر ورد عشرين لان المسلم إليه حاباه بقدر ثلاثين فإنه باع ما يساوي أربعين بعشرة والمحاباة أكثر من ثلث ماله فتنفذ الوصية من الثلث وجميع ماله بعد الدين ثلاثون لان عشرة من الكر مشغول بالعشرة التي استهلكها المسلم إليه فالمشغول بالدين لا يعدل مال الميت لان الدين مقدم على الوصية والفارغ من الدين قدر ثلثين فيكون له عشرة بالوصية ويرد عشرا على الورثة، هكذا ذكره الحاكم في مختصره. وذكر الفقيه أبو بكر البلخي في وجيزه أنه متى اختار المضي يأخذ نصف الكر ويترك النصف لانه يكون لرب السلم نصف الكر قيمته عشرون عشرة منها تعوض ما قبض وهو رأس المال وعشره بغير عوض بالمحاباة وهو ثلث مال الميت والصحيح ما ذكر الحاكم لان في هذا تبعيض على ورثة المسلم إليه بغير رضاهم وهذا لا يجوز كما في العبد والثوب الواحد، فإن كان على الميت دين يحيط بتركته لم تجز المحاباة في التركة لان المحاباة في المرض وصية والوصية تنفذ من ثلث المال الفارغ عن الدين ولم يوجد. ولو أسلم إلى مريض عشرة في كر قيمته مائة فقبض رأس المال وأنفقه ومات وقد أوصى بثلث ماله، فإن شاء رب السلم نقض السلم وأخذ دراهمه ويجوز للآخر وصيته، وإن شاء أخذ الكر وأعطى الورثة ستين درهما ولا شئ لصاحب الوصية في قول أبي حنيفة، وعندهما يتحاصان في الثلث يضرب فيه رب السلم بتسعين وصاحب الوصية بثلاثين وهو ثلث المال فيكون الثلث بينهما على أربعة فيأخذ رب السلم الكر ويؤدي سبعة وستين درهما ونصف منها تسعة ربع الثلث لصاحب الوصية. وتخريجه أن عند أبي حنيفة المحاباة أولى من الوصية ومال الميت قيمته مائة إلا أن عشرة منها مشغولة بالدين فيبقى ماله الفارغ بين رب السلم والموصى له على أربعة لان الوصية بالمحاباة وصية بجميع ماله وذلك تسعون والوصية الاخرى بالثلث وذلك ثلاثون فيقسم الثلث على سبيل العول عندهما على أربعة ثلاثة أرباعه لصاحب المحاباة وذلك ثلاث وعشرون ونصف وأربعة للموصى له

***

[٢٦٦]

الآخر. وإذا كان للمريض على رجلين كر حنطة يساوي ثلاثين ورأس ماله عشرة وأقالهما ومات وأحدهما غائب قيل للحاضر رد ثلاثة أعشار نصف رأس المال وذلك درهم ونصف وأد سبعة أعشار نصف الكر وذلك يساوي عشرة ونصف، فإذا قدم الغائب جازت الاقالة في نصف الكر فيؤدي القادم نصف رأس المال حصته درهم ونصف وربع الكر قيمته سبعة دراهم ونصف، وترد الورثة على الحاضر الطعام الذي أخذوه قدر ثلثه من عشرة ونصف ويأخذون منه درهما من رأس المال والثلث على سهمين والجميع على ستة للغائب فيطرح نصيبه لانه مستوفي وصيته بقي خمسة خمس للحاضر وأربعة للورثة فيكون للحاضر خمس ما عليه وعليه نصف كر قيمته خمسة عشر وخمس خمسة ثلاثة درهم فيكون له ثلاثة دراهم ثلاثة أعشار ثلث ماله فصحت الاقالة بقدر ثلاثة أعشار ثلث ماله فصحت الاقالة بقدر ثلاثة أعشار ونصف وبطلت في سبعة أعشار نصف الكر فيرد ذلك وقيمته عشرة ونصف إلا أن درهما ونصفا العوض ما أدى من درهم من رأس المال وثلاثة محاباة. وإذا ظهرت وصية الحاضر ثلاثة درهم ظهر أن وصية الغائب مثل ذلك فقد نفذنا الوصية في ستة وأعطينا الورثة ضعفها اثني عشر فقد استقام الثلثوا الثلثان، وإذا حضر الغائب فقد صحت الاقالة في نصف الكر. رجل اشترى أبويوأخاه في مرضه بثلاثة آلاف درهم وقيمتهم سواء ففي قياس قول أبي حنيفة تجوز الوصية بالعتق للام والاخ والثلث بينهما وللاب ما بقي وتسعى الام في نصف قيمتها والاخ في نصف قيمته. وقال محمد: الوصية كلها للاخ جائزة لانه لا يرث بأن يعتق مع الابوين ولا وصية للام ولها الميراث مع الاب وتسعى فيما زاد على حصتها. قال رحمه الله: (وإن أوصى أن يعتق عنه بهذه المائة عبدا

فهلك منها درهم لم تنفذ) بخلاف الحج وهذا قول أبي حنيفة في العتق. وقالا: يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن قياسا على الوصية بالحج. وله أنه وصية بالعتق بعيد يشتري بمائة من ماله وتنفيذها فيمن يشتري بأقل منه تنفيذ في غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل، وصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع إليه الباقي. وقيل: هذا الخلاف مبني على الخلاف في العتق هل هو حق الله تعالى أو حق العبد. وقيدنا بالمائة لانه لو ذكر الثلث وقال وهو ألف فظهر أنه أقل فالوصية باطلة، ولو أوصى بأن يشتري بثلث ماله وهو ألف عبدا يعتق عنه فإذا هو أقل من ذلك فالوصية باطلة. قيل: هذا قول أبي حنيفة، وقيل قول الكل. والفرق لهما أن الوصية لهما وقد الشك في صحتها فلا تصح بالشك ولا كذلك مسألة الكتاب لانها كانت صحيحة فلا تبطل بالشك. هذا إذا أوصى له بالعتق فقط، فلو أوصى له بالعتق وبالمال قال في الفتاوي: سأل أبو القاسم عمن أوصى إلى رجل فقال إذا بلغ ولدي فأعتق عبدي هذا وأعطه

***

[٢٦٧]

مائتي درهم والعبد مفسد وهو في تعب منه فرضي العبد أن يعتق في الحال ولا يطلب صلته قال: لا يجوز عتق الوصي قبل الوقت الذي أقر به الموصي. وسأل أبو بكر عمن أوصى بعتق عبديه وأوصى لهم بصلة وللعبيد متاع وكسوة كسا لهم صاحبهم ومتاع وهبة لهم من غير المولى قال: لا يكون للعبيد من المتاع إلا ما يواري جسدهم. وفي المنتقي: إذا قال في مرضه الذي مات فيه إن مت من مرضي هذا ففلانة حرة وما كان في يدها من شئ فهو عليها صدقة قال: أرى ذلك جائزا على وجه الصدقة ولها ما كان في يدها يوم مات وعليها البينة أن هذا كان في يدها يوم مات. وفي فتاوي الفضلي: أوصى بعتق أمه وأن يعطي لها بعد العتق من ثلث ماله كذا قال: إن كانت الامة معينة جازت لها الوصية بالعتق وبالمال جميعا، وإن كانت بغير عينها جازت الوصية بالعتق ولا تجوز الوصية بالمال إلا أن يقول جعلت ذلك مفوضا إلى الوصي إن أحب أعطى التي أعتقها فيكون ذلك وصية جائزة كقوله ضع ثلث مالي حيث شئت ألا ترى أنه لو أوصى أن تباع أمته ممن أحب جاز ويخير الوارث على أن يبيعها ممن أحب، وإن أبى ذلك الرجل أن يشتريها بقيمتها حط عن قيمتها مقدار ثلث ما للموصي. أوصى أن يشتري عبدا في بلد كذا بمائة ويعتق يعتبر بلد الموصي لا بلد العبد. وفي الجامع: إذا أوصى بثلثه يشتري منه كل سنة بمائتين درهم عبدا فيعتق أو قال من ثلث فإنه يشتري بذلك في أول السنة ويعتق عنه ولا يوزع على المدة. هذا إذا لم يعينه، فإن كان معينا قال في الاصل: وإذا أوصى أن تعتق عنه جارية بعينها وهي تخرج من الثلث أو أوصى أن يشتري له نسمة بعينها وتعتق عنه فاشتريت له وجنى عليها جناية قبل العتق فإن الارش للورثة، وإن اشترى به مالا يمكن إعتاقه يكون صارفا وصية الميت إلى غير ما أوصى وهذا لا تجوز، وكذلك لو كان الارش عبدا مدفوعا فيها فلو أعتق فإنه لا يعتق وكان ما اكتسب من مال فهو للورثة. قال رحمه الله: (وبعتق عبده فمات فجنى ودفع بطلت) أي إذا أوصى بعتق عبد فمات المولى فجنى العبد ودفع بالجناية بطلت الوصية لان الدفع قد صح لان حق ولي الجناية يقدم على حق الموصى فكذا على حق الموصى له وهو العبد نفسه لانه يتلقى الملك من جهة الموصى وملك الموصي باق إلى أن يدفع وبه بزول ملكه، فإذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باعه الوصي أو وارثه بعد موته بالدين. هذا إذا قتل خطأ، فلو قتل عمدا فتارة يقتل مولاه عمدا وتارة يقتل غيره قال في المبسوط: أصله أن الدم متى انقلب مالا فإنه يعتبر ذلك من مال الميت حتى تنفذ منه وصته ويقضى دينه لان ذلك بدل نفسه بعد وفاته كما لو كان القتل خطأ، والدم متى كان مشتركا بين اثنين فعفا أحدهما بعتبر مال الميت خمسة آلاف حصة غير العافي ولا يجعل كأن العافي أتلف القصاص وأنه ليس بمال فلا يمكننا أن نجعله

***

[٢٦٨]

مستوفيا للمال، ولهذا شهود القصاص إذا رجعوا لم يضمنوا وتقسم التركة بعد تنفيذ الوصية على السهام التي كانت تقسم قبل الوصية حتى يكون ضرر نقصان الوصية عائدا على الكل بقدر حصصهم لان حقوقهم في التركة على السواء، فما يلحقهم من الضرر بسبب تنفيذ الوصية يجب أن يكون على الكل لان الاستحقاق بالوصية بمنزلة الهلاك وهلاك بعض التركة يكون على الكل فكذا الاستحقاق، فإذا أعتق عبدا قيمته ألف في مرضه ثم قتله عمدا وله وليان فعفا أحدهما أخذ غير العافي نصف الدية فقاسمه أخاه على اثني عشر سهما للعافي

وعتق العبد بلا سعاية لان جميع مال الميت ستة آلاف خمسة آلاف بعد الوصية بالعتق فتقسم بينهما على اثني عشر سهما لان الباقي بعد الوصية يقسم على السهام التي كانت قبل الوصية، وقبل الوصية كان يقسم مال الميت بين الاثنين على اثني عشر لان حق العافي في نصف العبد خمسة وحق الساكت في خمسة آلاف وخمسمائة. وإن كانت قيمة العبد ثلاثة آلاف سعى في ثلثمائة وثلاثة وثلاثين فيقسم ذلك مع نصف الدية بين الاثنين على ستة عشر للعافي ثلاثة أسهم والباقي للساكت لان مال الميت ثمانية آلاف وثلاثة آلاف قيمة العبد وثلث ماله ألفان وستمائة وستة وستون وثلثا درهم فيعتق منه هذا القدر بغير سعاية ويسعى في الباقي وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فبقي مال الميت خمسة آلاف وثلاثمائة وثلاثين فيقسم بين الاثنين على ستة عشر لان حق العافي في نصف العبد وذلك ألف وخمسمائة وحق الساكت ثلاثة عشر سهما، ولو لم يكن في المال وصية يقسم المال على هذه السهام فكذلك بعد الوصية. وإن مات العبد قبل أن يسعى فللعافي سدس نصف الدية والباقي للاخر لان الباقي من المال بعد الوصية وهلاك بعض التركة يقسم بين الورثة على السهام التي كانت تقسم قبل الوصية والهلاك، ولو لم يكن في المال وصية يقسم مال الميت بين الاثنين على ستة أسهم لان حق العافي في نصف العبد وذلك ألف ومائتان وخمسون وحق الساكت في العبد كذلك، وفي نصف الدية خمسة آلاف فيكون حقه في ستة آلاف ومائتين وخمسين فاجعل كلا بألف ومائتين وخمسين سهما فيصير حق العافي في سهم وحق الساكت في خمسة فيكون كله ستة أسهم فيقسم بعد الوصية والهلاك على هذه السهام فيكون للعافي سهمن ستة وذلك سدس نصف الدية. ولو كان على المقتول دين ألف قضى الدين من نصف الدية ثم اقتسما الباقي على سبعة أسهم سهم للعافي لان العبد صار مستوفيا نصيبه قدر ألفي درهم لانا نجعل الباقي من مال الميت بعد الدين وذلك أربعة آلاف درهم ثلثي مال الميت يريد عليه مثل نصفه وذلك ألفان فقد صار العبد مستوفيا من وصيته قدر ألفين فصار كأن الميت ترك خمسة آلاف درهم وقيمته ألفان فيكون كله سبعة آلاف فذهب بالدين ألفان وبالوصية ألف بقي من المال أربعة آلاف فيقسم ذلك بين الاثنين على سبعة أسهم لان قبل الوصية والدين حق العافي في نصف العبد قيمته ألف درهم وحق الساكت في نصف العبد ألف وخمسة آلاف نصف الدين فاجعل

***

[٢٦٩]

ألفا سهما فصار حق العافي في سهم وحق الساكت في ستة أسهم، وكذلك بعد الوصية والدين يقسم على هذه السهام. ولو كان له عبدان قيمة كل واحد ألفان والمسألة بحالها سعى كواحد في خمسمائة يضم ذلك إلى نصف الدية يقسم بينهما على تسعة للعافي سهمان لان جميع مال الميت تسعة آلاف خمسة نصف الدية وأربعة قيمة العبدين وقد أوصى بأربعة آلاف وثلث ماله ثلاثة آلاف فيكون بين العبدين نصفين لاستواء وصيتهما فأصاب كل عبد ألف وخمسمائة وذلك ثلاثة أرباعه فيعتق من كل واحد ويسعى في أربعة فيضم ألف العساية إلى خمسة آلاف نصف الدية فيصير ستة آلاف يقسم بينهما على تسعة لان حق العافي في نصف العبدين وذلك ألفان وحق الساكت كذلك وله أيضا نصف الدية فيكون نصيبه سبعة آلاف فيكون تسعة أسهم فيقسم ستة آلاف على تسعة أسهم للعافي من ذلك سهمان وذلك ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث والباقي للساكت، فن مات أحد العبدين قبل أن يؤدي شيئا سعى الباقي في ستمائة إلى نصف الدية ويقسم بين الورثة على إثنين وأربعين سهما ثمانية ونصف من مال العافي والباقي للساكت لان الميت صار مستوفيا وصيته وذلك سهم من ستة لان الثلث كان بينهما نصفين على سهمين بقي خمسة أسهم سهم من ذلك العبد الحي وأربعة أسهم للورثة وجميع مال الميت سبعة ألاف نصف الدية وألفان قيمة العبد الحي فيكون للعبد الحي خمس سبعة آلاف وخمس السبعة آلاف ألف وأربعمائة فقد صار مستوفيا من وصيته ذلك القدر ويسعى من ستمائة إلى تمام قيمته فيظهر أن الميت صار مستوفيا من وصيته ذلك القدر أيضا ون حقهما سواء، فصار مال الميت ثمانية آلاف وأربعمائة خمسة آلاف نصف الدية وألفان قيمة العبد الحسي وألف وأربعمائة قيمة العبد الميت، وما زاد على ذلك صار مستوفيا من وصيته هذا القدر أيضا لان حقهما صار تاويا فلا يحتسب من مال الميت وقد نفذنا الوصية في ألفين وثمانمائة بقي للورثة خمسة آلاف وستمائة ضعف ما نفذنا الوصية فيه فيقسم ذلك بين الابنين على أربعة وثمانين من غير كسر لان قيمة الحي ألفان وجميع مال الميت ثمانية آلاف وأربعمائة فاجعل لكل مائة سهما فصار أربعة وثمانين سهما

سبعة عشر للعافي لان حقه في ألف وسبعمائة والباقي للساكت. ولو كان للميت ألف عينا ومات أحد العبدين سعى العبد الحي في أربعمائة ويقسم بين الابنين على ثمانية وأربعين فنقول: قيمة العبد ثلاثة آلاف وستمائة وألف قائمة بين الابنين نصفين لكل واحد ألفان وثلثمائة وقد كان للساكت نصف خمسة آلاف فصار نصيبه سبعة آلاف وثلاثمائة، فاجعل كل مائة سهم فيصير كل ألف عشرة أسهم فيصير نصيب العافي ثلاثة وعشرين ونصيب الساكت ثلاثة وسبعين فصار مال الميت مقسوما بينهما على ستة وتسعين. وإذا أوصى لرجل بعبد بعينه يساوي أربعة آلاف درهم لا مال له غيره ثم قتل رجلا عمدا وله ابنان فعفا أحدهما كان للموصى له ثلاثة أرباع العبد ويرد ربعه ويضم إلى نصف الدية الذي يؤخذ من القاتل فيقتسمانه على أربعة وخمسين للعافي من

***

[٢٧٠]

ذلك إثنا عشر يأخذ منها أربعة ونصفا من العبد والباقي من نصف الدية. وتخريجه أن مال الميت كله تسعة آلاف خمسة آلاف دية وقيمة العبد أربعة آلاف وقد أوصى بأربعة آلاف والموصى له بأكثر من الثلث إذا لم يجز الورثة لا يضرب إلا بقدر الثلث فيكون للموصى له ثلث ماله ثلاثة آلاف وذلك ثلاثة أرباع العبد ويرد ربعه إلى الورثة فيحصل للورثة ستة آلاف، فيقسم ذلك بينهما على تسعة أسهم لان العبد كان بينهما نصفين لكل واحد منهما ألفان وللساكت خمسة آلاف نصف الدية فاجعل كل ألف سهمين فصار حق الساكت في سبعة وحق العافي في سهمين وستة آلاف على تسعة لا تستقيم فتضرب ستة في تسعة فصار أربعة وخمسين كان للعافي سهمان ضربناهما في ستة فصار له إثنا عشر، وللساكت سبعة ضربناها في ستة فصار اثنين وأربعين، ثم العافي يأخذ أربعة ونصفا من العبد الباقي في الدية لان العبد مع الدية جنسان مختلفان فيختلف المقصود بخلاف السعاية مع الدية لان السعاية من جنس الدية دراهم أو دنانير فلم يختلف المقصود فلهذا لم يتبين حق كل واحد منهما في السعاية والمرض. قال رحمه الله: (وإن فدى لا) أي لا تبطل الوصية إن فداه الورثة وكان الفداء في أموالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية فصار كأنه لم يجز. هذا إذا كان خطأ وولي الجناية واحد، فلو كان له وليان والقتل عمدا فعفا أحدهما واختار أخذ العبد قال في المبسوط: فلو عفا عنه ولي المقتول في العمد وهو عبد قيمته عشرة آلاف وأوصى لرجل بثلث ماله فاختار مولى الجناية أخذ العبد كان له سدس العبد وسدسه للموصى له بالثلث وأربعة أسداسه للروثة عند أبي حنيفة، وإن اختار الفداء فدي بخمسة أسداس الدية وأخذ صاحب الثلث سدس الدية من الورثة لان عنده الموصى له بالثلث يساوي الموصى له بالجميع لان الموصى له بالثلث لا يضرب بالزيادة فصار الثلث على سهمين وصار الجميع على ستة، فالولي يملك سدس العبد ويدفع خمسة أسداس إلى الورثة، ثم الموصى له بالثلث يأخذ جميع ما بقي من الثلث من يد الورثة وذلك سدس الكل وبقي للورثة سدس العبد، ومتى كانت الدية والقسمة سواء لا يختلف الجواب بين الدفع والفداء، وإن كانت قيمته ألف درهم فحكم الدفع كذلك، وإن فداه فدى ثلثه بثلث الدية يأخذ الموصى له من ذلك ثلث ألف من ثلث الدية والباقي للورثة. وعلى قولهما إن مولى العبد يضرب في الثلث بجميع العبد وصاحب الثلث يضرب بالثلث فيقسم ثلث المال على أربعة لمولى العبد ثلاثة أرباع الثلث ويدفع الباقي إلى الورثة فيأخذ صاحب الثلثين من الورثة ربع الثلث فيجري الجواب على قولهما على مقتضى هذا. ولو كانت قيمته خمسة آلاف فحكم الدفع لا يختلف، فإن فداه فدي خمسة أسباعه بخمسة أسباع الدية سهم من ذلك لصاحب الثلث وأربعة للورثة وتخريجه في المحيط. ولو قتل خطأ وللمقتول وليان قال: ولو دفع العبد بالجناية لاحد الوليين ثم مات

***

[٢٧١]

العبد قال في المبسوط: ولو قتل عبد لرجل رجلا خطأ وله وليان فدفع نصفه أحدهما والآخر غائب ثم مات العبد ولا مال له غيره فإن الولي الغائب يرجع على القابض بربع قيمة العبد لان نصف العبد الجاني مات وأخلف بدلا لان النصف الذي قبضه الحاضر مضمون عليه وأن قبضه للاستيفاء قبض ضمان فقد فات نصف المقبوض عن خلف وهو القيمة، وفات النصف الذي غير مقبوض بلا خلف لان العبد في مولى الجاني أمانة وليس بمضمون فيرجع الغائب بنصف قيمته ما هو مضمون على القابض وهو ربع قيمة الكل. ولو كان قد أنصفه منه بنفس الدية ثم مات العبد وحضر الغائب فإنهما يقتسمان نصفه نصفين ويرجعان على مولى العبد بنصف الدية أيضا فيكون بينهما نصفين. ولو فدى من أحدهما ثم قتل العبد وأخذ السيد قيمته دفع نصف القيمة إلى الغائب لان اختيار الفداء في حق

أحدهما لا يكون اختيارا للفداء في حق الآخر ما دام قائما لانه لا ضرر على الآخر في ذلك، فإنه لو اختار الدفع إليهما كان يصل إليه نصف العبد وهذا العبد قائم معنى لقيام بدله وهو القيمة لان البدل قائم مقام المبدل معنى واعتبارا فيدفع البدل إلى الغائب لانه بدل حقه ولا يتراجعان، وإن كان دفع القيمة إلى الغائب فهو كدفع نصف العبد إليه، ولو دفع إليه نصف العبد لا يتراجعان فكذا إذا دفعه معنى واعتبارا. قيل: المراد بنصف القيمة نصف الدية، ومن أصحابنا من قال اختيار الفداء للحاضر لا يكون اختيارا للدية في حق الغائب عند أبي حنيفة لان أحد الورثة لا ينتصب خصما عن الباقين فتكون المسألة الثانية على قول أبي حنيفة، والاولى على قولهما. ولو دفع نصفه إلى أحدهما واختار الفداء من الآخر وهو معسر لا يقدر على شئ فإنه يرجع على أخيه بربع العبد، وإن كان مستهلكا بربع القيمة. وقال في الاصل: بربع الدية وهو محمول على أن القيمة مثل الدية فهذا قولهما، وفي قول أبي حنيفة لا يرجع على الآخر بربع القيمة لكن يتبع مولى العبد بنصف الدية متى أقر لان عنده اختيار الفداء من المفلس لا يصح لما مر في كتاب الديات. قال رحمه الله: (وبثلثه لزيد وترك عبدا فادعى زيد عتقه في صحته والوارث في مرضه فالقول للوارث ولا شئ لزيد إلا إن يفضل من ثلثه شئ أو يبرهن على دعواه) أي إذا أوصى بثلث ماله لزيد وله عبد وأقر الموصى له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه في الصحة وقال الوارث أعتقه في المرض فالقول قول الوراث ولا شئ للموصى له إلا أن يفضل من الثلث شئ أو تقوم البينة أن العتق كان في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ماله سوى العبد لان العتق في الصحة ليس بوصية فينفذ من جميع المال والوارث ينكر استحقاقه ثلث ماله غير العبد لان العتق في المرض وصية وهو مقدم على غيره من الوصايا فذهب الثلث بالعتق فبطل حق الموصى له بالثلث فكان منكرا لاستحقاقه

***

[٢٧٢]

والقول للمنكر مع اليمين ولكن العتق حادث والحوادث تضاف إلى أقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للورثة فيكون القول قولهم مع اليمين فلا شئ للموصى له إلا أن يفضل من الثلث شئ من قيمة العبد فإنه لا مزاحم له فيه فيسلم له ذلك أو تقوم له البينة أن العتق وقع في الصحة فيكون له جميع العبد لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة، والموصى له خصم بالاجماع إلا أنه ثبت حقه فكذا العبد. أما عند أبي حنيفة فظاهر لان العتق حق العبد على ما عرف من مذهبه فيكون خصما فيه لاثبات حقه، وأما عندهما فلان العتق فيه حق العبد وإن كان حقا بعد فيكون بذلك خصما وهو نظير حد القذف فإنه حق الله تعالى وفيه حق العبد فيكون خصما بذلك، وكذا السرقة الحد فيها حق الله تعالى، فاسترداد المال حق العبد فلا بد من خصومته حتى يقطع السارق، كذا في الشارح. هذا إذا كان الموصى له غير العبد، لو كان هو العبد قال في الاصل: رجل مات وترك عبدا وورثة صغارا وترك دينا على رجل فأقام العبد بينة أن مولاه أعتقه وأوصى إليه ومن عليه الدين حاضر فالشهادة جائزة ويقضى بالعتق وبالوصايا للعبد. وينبغي في قياس قول أبي حنيفة أن لا تقبل شهادتهما في العتق. وإن كانت الورثة كبارا وأقام العبد بينة على ذلك فالشهادة جائزة ويقضى بالعتق وبالوصايا. هذا على خلاف رواية الاصل. وفي نوادر إبراهيم عن محمد: رجل مات ولرجل عليه دين وأوصى بثلث ماله أو بدرهم سماه لرجل فأخذها الموصى له ثم جاء الغريم والورثة شهود أو غيب وقدم الموصى له إلى القاضي والموصى له لا يكون خصما للغريم. هذا إذا حصلت الوصية له بقدر الثلث، وإذا حصلت الوصية بما زاد على الثلث إلى جميع المال وصحة الوصية بأن لم يكن للميت وارث فالموصى له خصم الغريم في هذه الحالة ويعتبر الموصى له في هذه الحالة بالوارث. قال محمد رحمه الله في الجامع: رجل هلك وترك ثلاثة آلاف درهم وأقام وارث واحدا فأقام رجل البينة أن الميت أوصى له بثلث ماله وجحد الوارث ذلك قضى القاضي له بالثلث وأعطاه بذلك وهو ألف درهم، ثم جاء رجلا وأقام البينة أن الميت أوصى له بثلث ماله وأحضر الموصى له إلى القاضي فالقاضي يجعله خصما ويأمره أن يدفع نصف ما في يده إلى الثاني، فإن قضى القاضي على الاول بنصف الثلث ولم يكن عنده شئ بأن هلك الثلث في يده أو استهلكه وهو فقير والوارث لم يكلف الثاني إعادة البينة وكان للموصى له الثاني أن يشارك الوراث فيما في يده ويأخذ خمس ما في يد الوراث. ولو كان الموصى له هو الغائب فأحضر الثاني الوراث إلى القاضي قضى على الاول، وإن كان القاضي قضى بوصية الأول ولم يدفع إليه شيئا عتى خاصمه الثاني والوارث غائب، فإن خصمه إلى ذلك القاضي بعينه جعل خصما، وإن خاصمه إلى قاض آخر لم يجعله خصما.

ولو كان الموصى له الاول هو الغائب والوارث حاضر لم يدفع المال إلى الاول فالوارث خصم للموصى له الثاني. وهذا كله إذا أقر الموصى له الاول بأن كان المال الذي في يدبحكم الوصية أو كان ذلك معلوم للقاضي، فإذا لم يكن شئ من ذلك فقال الاول هو مالي ورثته عن أبي الميت وما
***
[٢٧٣]
أوصى لي بشئ وما أخذت من ماله شيئا فإنه يكون خصما للموصى له الثاني بمنزلة ما لو ادعى رجل عبدا في يد رجل أنه اشتراه من فلان بكذا وقال ذو اليد هو عبدي ورثته عن أبي يكون خمسا ويقضى عليه للمدعي كذا هنا. وإن قال هذا المال عندي وديعة لفلان الميت الذي يدعي الوصية من جهته أو قال غصبته فهو خصم إلا أن يقيم بينة على ما قال. قال رجل أقام بينة على وارث ميت أن الميت أوصى بهذه الجارية بعينها وهي ثلث ماله وقضى القاضي بذلك ودفعها إليه وغاب الوارث، ثم أقام الآخر البينة على الموصى له أن الميت أوصى له بها ذكروا ورجوعا قضى القاضي بكل الجارية للثاني، وإن لم يذكروا رجوعا قضى بنصفها للثاني للمزاحمة والمساواة ويكون هذا قضاء على الوراث غاب أو حضر حتى إن الموصى له الاول لو أبطل حقه كان كل الجارية للثاني، فإن غاب الموصى له وحضر الوارث لم ينتصب الوارث خصما للموصى الآخر خاصمه إلى القاضي الاول أو إلى غيره، فإن كان القاضي قضى للاول بالجارية فلم يدفعها إليه حتى خاصم الثاني الوارث، فإن خاصمه فيها إلى القاضي الاول لم يجعله خصما، وإن خاصمه إلى قاض آخر يجعله خصما، ثم القاضي إذا سمع بينة الثاني على الوراث في هذا الفصل وهو ما إذا خاصمه الثاني عند قاض آخر قضى للثاني بنصف الجارية، سواء شهد شهوده على الرجوع عن الاول أو لم يشهدوا على الرجوع، وإنما يشكل فيما إذا شهدوا على الرجوع. ولو أقام الاول بينة أن الميت أوصى له بثلث ماله ودفعه القاضي إليه ثم أقام الثاني البينة على الاول أن الميت رجع عن الوصية الاولى وأوصى بثلث ماله للثاني فالقاضي يأخذ الثلث من الاول ويدفعه إلى الثاني. قال محمد في الجامع الصغير: رجل له على آخر ألف درهم قرض أو كان غصب منه ألف درهم وكانت في يد الغاصب قائمة بعينها أقام رجل البينة أن فلانا استودعه ألف درهم وهي قائمة بعينها في يد المودع فأقام رجل البينة أن صاحب المال توفي وأوصى له بهذا الالف التي هي قبل هذا الرجل والرجل مقر بالمال لكنه يقول لا أدري مات فلان أو لم يمت لم يجعل القاضي بينهما خصومة حتى يحضر وارث أو وصي كذلك، ونظيرها إذا دعى عينا في يد رجل أنه اشتراها من فلان الغائب صاحب اليد يقول أنا مودع الغائب أو غصبته منه لا ينتصب خصما للمودع كذا هنا. وهذا الذي ذكرنا إن كان الذي قبله المال مقرا بذلك، فإن كان الذي في يده المال قال هذا ملكي وليس عندي من مال الميت شئ صار خصما للمدعي وصار كرجل ادعى عينا في يد رجل أنه اشتراه من فلان الغائب وصاحب اليد يقول هو لي ينتصب خصما للمدعي كذا هذا. وإن جعله القاضي خصما في هذا الوجه قضى له بثلث ما في يد المدعى عليه إلا أن يقيم البينة أن الميت ترك ألف درهم غير هذا الالف وأن الوارث قبض ذلك فحينئذ يقضي القاضي للموصى له بكل هذا الالف. ولو حضر الوارث بعد ذلك وقال لم أقبض من مال الميت شيئا ما لم يلتفت إلى قوله، فإن أقام البينة أن فلانا مات ولم يدع وارثا ولا وصيا يقبل القاضي بينته، ثم عاد محمد
***
[٢٧٤]
إلى صدر المسألة فقال: لو أن الموصى له أقام البينة أن فلانا مات ولم يدع وارثا وأوصى إليه بالالف التي قبل فلان وقال الشهود لا نعلم له وارثا والذي قبله المال مقر بالمال الذي قبله فالقاضي يقضي بالمال للموصى له. قال محمد في الجامع: رجل ألف درهم دين أو كان الالف في يده غصبا أو وديعة أو كانت الالف فهذا فغاب صاحب المال فقام رجلا وادعى أن صاحب المال أوصى له بهذاالالف الذي قبل هذا الرجل ولا بينة له فصدقه الذي قبله المال فهذا على وجهين: أما إن أقر المدعي أن لصاحب المال وارثا غائبا، أو قال لا أدري أله وارث أم لا، أو قال المدعي ليس لصاحب المال وارث. وإن كان صاحب المال رجلا نصرانيا أسلم ولم يترك أحدا وصدقه الذي قبله المال في ذلك ففي الوجه الاول القاضي لا يقضي على الذي في يديه المال في الوجوه الاربعة الغصب والوديعة والدين والايصاء إلا أن القاضي يتلوم في ذلك ويتأنى ولا يعجل، فإن جاء مدع أو وارث إلا قضى القاضي بالمال للمدعي، وإن كان المال وديعة عند رجل كان له أن يضمن القابض بإجماع. وهل له أن يضمن المودع؟ فعل قول محمد رحمه الله كان له ذلك، وعلى قول أبي

يوسف رحمه الله ليس له ذلك. وإن كان المال دينا فلصاحب المال أن يضمن الغريم وليس له أن يضمن القابض، وإن ضمن الغريم كان للغريم أن يرجع على القابض. وأما إذا كان المال وصل إليه من قبل أبيه أوصى إليه أبوه وصورة هذا وتفسيره إذا كان الرجل ألف درهم دفعها إلى رجل وجعله وصيا فيه ثم مات الموصى له فوصل المال إلى ابن الموصي من جهة أبيه الذي كان أوصى بها إلى ابنه وكان في يديه فدفع إلى هذا المدعي بأمر القاضي. ثم جاء صاحب المال حيا ولكن حضر وارثه فأقام البينة أنه أخوه من أبيه وأمه لا وارث له غيره فلا ضمان على الذي قبله المال في الوجوه كلها، وأن الذي في يده المال أقر أن هذا أخ صاحب المال وأنه قد مات إلا أني لا أدري أهذا وارثه أم لا لم يقض القاضي في ذلك زمانا فلم يظهر له وارث آخر ودفع المقر المال إلى المقر له بأمر القاضي ثم جاء صاحب المال حيا قال محمد في الكتاب: فهو بمنزلة الموصى له في جميع ما وصفت لك في حق التضمين، ولو بقي صاحب المال حيا لكن جاء رجل وأقام البينة أنه ابنه قال في الكتاب: هذا بمنزلة الموصى له في جميع ما وصفت لك في أنه لا ضمان على الذي قبله المال في الفصول كلها، وأن الضمان على القابض. ولو أن الذي في يده المال أقر لرجل أنه أبن الميت وأن للميت ابنا آخر وقال الابن المقر له ليس له ابن آخر تلوم القاضي زمانا، وإذا تلوم زمانا ولم يحضر وارث آخر دفع المال كله إليه. ثم قال في الكتاب: إذا تلوم القاضي زمانا ولم يظهر للميت ابن آخ أمر القاضي الذي قبله المال أن يدفع المال كله إلى المدعي ويأخذ منه كفيلا ثقة، وما لم يعطه كفيلا ثقة لا يدفع المال نظرا للغائب لجواز أن يكون للميت ابن آخر، فمن مشايخنا مقال: هذا قولهما. أما على قول أبي حنيفة لا يأخذ كفيلا. وقال بعض المشايخ:

***

[٢٧٥]

لابل هذا على الاتفاق، فإن جاء وارث آخر فلا ضمان على الذي قبله المال في الوجوه كلها، ولكن الضمان على القابض وكفيله. ولو كان الذي حضر ادعى أن له على صاحب المال ألف درهم دين وأنه مات فصدقه الذي قبله المال في ذلك لم يلتفت القاضي إلى ذلك ولم يجعل بينهما خصومة حتى يحضر الوارث في الوجوه الاربعة. وهذا إذا أنكر المدعي أن للميت وراثا وقال لا أدري له وراثا أم لا، فإن أقر الذي قبله المال والمدعي أنه ليس له وراث فالقاضي يتلوم ويتأنى زمانا، ثم إذا تلوم زمانا ولم يظهر له وارث فالقاضي لا يدفع المال إلى المقر ولكن ينصب لنصيب الميت وصيا ليستوفي مال الميت على الناس ويوفي ما على الميت للناس. وإذا نصب يأمر المدعي بإقامة البينة على الوصي، فإن أقام البينة على هذا الوصي يأمر القاضي الوصي بأن يدفع حقه إليه وإذا دفع ثم جاء صاحب المال حيا ولمال مستهلك عند المقر له كان الجواب في الوجوه كلها الاربعة الوديعة والدين والغصب والايصاء كما قلنا في الفصل الاول. ولو لم يجئ صاحب المال حيا لكن حضر وارثه وجحد الدين لم يلتفت إلى جحوده وكان قضاء القاضي ماضيا ولا يكلف المدعي المدين إقامة البينة على الوارث. وقال في الجامع الصغير: رجل له وديعة أو غصب أو دين عليه فجاء رجل وأقام البينة أن صاحب المال قد توفي وهذا المدعي أخوه لابيه وأمه ووارثه لا وارث له غيره والذي قبله المال جاحد للمال أو مقر بالمال منكر لما سواه فالمدعى عليه خصم له، فإذا قضى القاضي له بالمال كله فقبضه ثم جاء صاحب المال حيا وقد هلك في يد القابض فإن كان الذي عنده غاصبا فصاحب المال بالخيار إن شاء ضمن الشهود، وإن شاء ضمن الغاصب وإن شاء ضمن الاخ، فإن اختار تضمين الغاصب كان الغاصب بالخيار، وإن شاء ضمن الشهود ورجعوا على الاخ، وإن شاء ضمن الاخ، لا يرجع على أحد ولا يرجع على الشهود. وإن كان الذي عليه المال مودوعا فلاضمان لصاحب المال على الشهود، فإذا أخذ صاحب المال الدين من الغريم كان الغريم بالخيار إن شاء ضمن الشاهدين أو ضمن الاخ فإن ضمن الشهود رجعوا على الاخ، وإن ضمن الاخ لا يرجع على الشهود. ولو لم يأت صاحب المال حيا فلا يتحقق موته كما شهدت الشهود فجاء رجل وأقام بينة أني ابن الميت قضى القاضي بذلك فلا ضمان على الدافع في الوجوه كلها، ولكن الابن مخير إن شاء ضمن الشهود، وإن شاء ضمن الاخ. فإن ضمن الاخ لم يرجع على الشهود، وإن ضمن الشهود رجعوا على الاخ. ولو لم يقل الثاني بينة أنه ابن الميت كلنه أقام بينة أن أخو الميت لابيه وأمه ووارثه قضى القاضي ببينته ويقضي القاضي له بنصف ما قبض الاول من الميراث ولا ضمان على الذي قبله المال في الصور كلها ولا ضمان على الشهود هنا. قال رحمه الله: (ولو ادعى رجل دينا والعبد عتقا وصدقهما الوارث سعى في قيمته

***

[٢٧٦]

وتدفع إلى الغريم) وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: يعتق ولا يسعى في شئ لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصدق الوارث في كلام واحد فصار كأنهما وجدا معا أو ثبت ذلك بالبينة والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان على المعتق دين. وله أن الاقرار بالدين أقوى من الاقرار بالعتق ولهذا يعتبر ولهذا يعتبر إقراره بالدين من جميع المال وبالعتق من الثلث والاقوى يدفع الادنى فصار كإقرار المورث نفسه بأن ادعى عليه رجل دينا وعبده عتقا في صحته فقال في مرضه صدقتما فإن يعتق العبد ويسعى في قيمته فكذا هذا. وقضية الدفع أن يبطل العتق في المرض أصلا إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية عليه، ولان الدين أسبق فإنه لا مانع له من الاستناد فيستند إلى حالة الصحة ولا يمكن استناد العتق إلى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حال المرض مجانا فتجب السعاية، وعلى هذا الخلاف إذا مات وترك أا ف درهم فقال رجل لي على الميت ألف درهم دين وقال آخر هذا الالف كان لي عنده وديعة فعنده الوديعة أقوى، وعندهما سواء، كذا في الهداية. وقال في النهاية: ذكر فخر الاسلام والكيساني الوديعة أقوى عندهما لا عنده عكس ما ذكر في الهداية بخلاف إقرار المورث نفسه لان إقراره بالدين يثبت في الذمة وبالوديعة يتناول العين فيكون صاحبها أولى لتعلق حقه بها، وإقرار الوراث بالدين يتناول عين التركة كإقراره بالوديعة يتناول العين، وصاحب الكافي ضعف أيضا ما ذكره صاحب الهداية وجعل الاصح خلافه. وفي الفتاوى سأل أبو القاسم عمن أوصى إلى رجل فقال إذا أدرك ولدي فأعتق عبدي هذا وأعطه مائتي درهم والعبد معه وهو في لعب منه فرضي العبد أن يعتق في الحال ولا يطلب منه شيئا قال: لا يجوز عتق العبد قبل الوقت الذي أقر به الوصي. وسأل أبو بكر عمن أوصى بعتق عبده وأوصى له بصله وللعبد متاع وكسوة من سيده وهبه وهبها له غير المولى قال: لا يكون للعبد من ذلك المتاع إلا ما يواري عورته. قال رحمه الله: (وبحقوق الله قدمت الفرائض وإن أخرها كالحج والزكاة والكفارات) لان الفرض أهم من النفل والظاهر منه البداية بالاهم. قال في الاصل: إذا اجتمعت الوصايا فإن كان ثلث المال يوفي بالكل أو أجازت الورثة الوصايا نفذت الوصايا بأسرها، وإن لم تجز الورثة الوصايا فإن كانت الوصايا كلها للعباد يقدم الاقوى فالاقوى وإلا بدئ بما بدأ به كما سيأتي في القول التي بعدها. فإن كان في الوصايا عتق قدم على غيره، وإن استوت في القوة فإنهم يتحاصون فيها بأن يضرب بقدر حقه في الثلث وقد تقدم وإن كانت الوصايا كلها لله تعالى إن كان النوافل كلها عينا بأن أوصى أن يتصدق بمائة على فقير بعينه وأوصى بأن يعتق نسمة بعينها تطوعا فإنهما يتحاصان ولا يبدأ بما بدأ به الميت، فإن كان صاحب النسمة لا يبيع النسمة بما يخصها أو ماتت النسمة في يد صاحبها حتى وقع العجز

***

[٢٧٧]

عن تنفيذ الوصية فإنه يكمل وصية الموصى له بالمائة لان صحة الوصية للعبد صحت ثم بطلت لانا نعتبر البطلان بوقوع اليأس عن تنفيذ الوصية للعبد، فأما إذا كانت الوصايا كلها فرائض وقد استوت في الوكالة وليس معها وصية للمعين بأن أوصى بأداء الزكاة وبحجة الاسلام وبأن يعتق عنه عبد عن كفارة يمين فإن على قول الفقيه أبي بكر البلخي يبدأ بما بدأ به الميت بخلاف ما لو أوصى بعتق في كفارة فطر فإنه يبدأ بكفارة الفطر أو القتل وإن أخرها الميت، وقد روى أبو يوسف في الامالي عن أبي حنيفة والحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه يبدأ بالحج ثم بالزكاة ثم بالعتق عن كفارة اليمين سواء بدأ بالحج أو أخر. وفي الكافي: ورري عن أبي يوسف أنه يقدم عليه الزكاة بكل حال، ثم يقدم الحج على الكفارات، وكفارة الظهار والقتل واليمين مقدم على صدقة الفطر، وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية، وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات كالنذر يقدم على الاضحية، وما ليس بواجب يقدم منه ما قدمه الموصي فإن أوصى بعتق في كفارة قتل أو كفارة يمين أو ظهار يبدأ بكفارة القتل، وإن أخرها الميت، وإن كانت الكفارة كفارة اليمين ساوت كفارة القتل في القوة والوكالة بخلاف ما إذا أوصى بالعتق في كفارة يمين وبالعتق في كفارة ظهار وبكفارة جزاء الصيد وبكفارة الحلف في الاذى فإنه يبدأ بما بدأ به الميت. وروي القاضي الامام الجليل في شرح مختصر الطحاوي عن أصحابنا أنه يبدأ بالزكاة ثم بالحج ثم بالعتق عن الكفارة. هذا كله إذا لم يكن مع الفرائض نفل، فإن كان النفل بغير العين بأن أوصى بأن يحج عنه حجة الاسلام ويعتق عنه نسمة لا بعينها تطوعا فالفرض أولى وإن أخره الميت، وهذا استحسان. والقياس أن يبدأ بالنفل إذا كان الميت بدأ بالنفل، فأما إذا كان مع الفرائض عين بأن أوصى بحجة الاسلام وبأن يعتق عنه معين يتحاصان سواء بدأ بالعتق أو أخر. هذه جملة ما أورده الشيخ

الامام المعروف بخواهر زاده. وذكر الشيخ الامام الزاهد أحمد الطواف في شرحه: ويسن أن بعد الفرائض تقدم الكفارة على النذور. وفي الذخيرة: تقدم كفارة القتل على غيرها من الكفارات، وعلى النذور، وتقدم النذور على الاضحية وصدقة الفطر، وتقدم صدقة الفطر على الاضحية لانها واجبة بالاتفاق. وإن كان مع الفرض وصية بعتق ونفل ليس بمعين بأن أوصى لرجل بمائة درهم وأوصى بعتق نسمة لا بعينها فإنه يجب التوزيع والمحاصة لتظهر صحة المعين، فإذا ظهر صحة المعين من الثلث خرج المعين عن الوسط بقي بعد هذا فرض ونفل وليس بعين فيقدم الفرض، فإن بقي بعد الفرض شئ ولا يأخذ بذلك نسمة قالوا: يصرف إلى الموصى له بالعين. وفي فتاوي الخلاصة: فإن كان مع شئ من هذه الوصايا حق الله نحو أن يقول ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارة ولزيد قسم على أربعة أسهم. وفي فتاوي أبي الليث: إذا قال أخرجوا من مالي عشرين ألفا فأعطوا فلانا كذا وفلانا كذا حتى بلغ أحد عشر ألفا ثم قال والباقي

***

[٢٧٨]

للفقراء ثم مات فإذا ثلث ماله تسعة آلاف درهم والورثة لم يجيزوا فإنه ينفذ من وصية كل واحد منهم تسعة أجزاء من عشرين جزءا ويبطل من وصية كل واحد منهم أحد عشجزءا من عشرين جزءا أو يجعل قوله والباقي للفقراء بعدما سمى عشرين ألفا وذلك لكل واحد من ذلك نصيبهما حتى بلغ أحد عشر ألفا فإنه قال أعطوا ثلث مالي لفلان كذا حتى بلغ أحد عشر ألفا ثم قال وأعطوا الباقي للفقراء، فإذا بلغ ماله تسعة آلاف أو أكثر إلى أحد عشر ألفا لا شئ للفقراء ويعطى كل واحد من أصحاب الوصايا حصة كاملة إن كان الثلث أحد عشر ألفا، ثم يعطى كل واحد منهم تسعة أجزاء من أحد عشرجزأ من وصيته ويبطل سهمان من أحد عشر. وفي الواقعات للناطفي: الواجبات في الوصايا على أربع مراتب: ما أوجبه الله تعالى أبدا كالزكاة والحج، والثاني ما أوجبه على العبد بسبب من جهته ككفارة اليمين وكفارة الظهار وكفارة القتل، والثالث ما أوجبه على نفسه من غير ثبوته عليه بالنذر كقوله علي صدقة أو عتق وما أشبهه، والرابع التطوع كقوله تصدقوا عني بعد وفاتي. وقد اختلفت الرواية في الحج مع الزكاة فعن أبي حنيفة في المجرد أنه تقدم حجة الاسلام وإن أخر الحج عن الزكاة في الوصية لفظا. وفي نوادر ابن رستم: إذا أوصى بالزكاة والحج والفرض يبدأ بما بدأ به الميت، فعلى هذا الترتيب الذي بيناه يجب إبفاؤها مرتبة إذا لم يف ثلث ما له بذلك كله. قال رحمه الله: (وإن تساوت في القوة بدئ بما بدأ به) لان الظاهر من حال المريض يبدأ بما هو الاهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت فصار كأنه نص على تقديمه باعتبار حاله فتقدم الزكاة على الحج لتعلق حق العبد بها. وعن أبي يوسف أن الحج يقدم وهو قول محمد، وهما يقدمان على الكفار لرجحانهما عليها لانه جاء الوعيد فيهما ما لم يأت في غيرهما قال الله تعالى * (والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم) * الآية وقال تعالى * (فتكوى بها جباههم وجنوبهم) * وقال تعالى * (ومن كفر فإن الله غني عن العالمين) * مكان قوله ومن ترك الحج إلى غير ذلك من النصوص والاخبار الواردة فيهما. وكذا ما ورد نص بوعيد فيه يقدم وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصى لما بينا، وقد تقدم أن الوصايا إذا اجتمعت لا يقدم البعض على البعض إلا العتق والمحاباة على ما بينا من قبل، ولا معتبر بالتقديم ولا بالتأخير ما لم ينص عليه ولهذا لو أوصى لجماعة على التعاقب يستوون في الاستحقاق ولا يقدم أحد على أحد غير أن المستحق إذا اتحد ولم يف الثلث بالوصايا كلها يقدم الاهم فالاهم باعتبار أن الموصي يبدأ بالاهم عادة فيكون ذلك كالتنصيص عليه لان من عليه قضاء من صلاة أو حج أو صوم لا يشتغل بالنفل من ذلك الجنس ويترك القضاء عادة، لو فعل ذلك نسب إلى الحيف

***

[٢٧٩]

وقدمنا لو كان معها وصية لآدمي. قال رحمه الله: (وبحجة الاسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج عنه راكبا) لانه وجب عليه أيحج من بلده فيجب عليه الاحجاج كما وجب لان الوصية لاداء ما هو الواجب عليه وإنما اشترط أن يكون راكبا لانه لا يلزمه أن يحج ماشيا فوجب عليه الاحجاج على الوجه الذي لزمه. وفي النوازل وقال نصير: رجل مات وأوصى بأن يحج عنه فحج عنه ابنه ثم مات في الطريق قال: إن لم يكن له وارث غير فإنه يحج عن الميت من وطنه ويغرم الوارث ما أنفق في الطريق. وقال محمد بن سلمة: الذي

يحج عن الميت لا يتداوى من مال الميت ولا يحتجم ولا يشتري منه ماء ليتوضأ أو يغتسل من الجنابة ولا بأس بأن يشتري ما يغسل به ثيابه وبدنه ورأسه من الوسخ. ولم يتعرض المؤلف للوصية بالصدقة ونحن نذكر ذلك تتميما للفائدة، هذا يشتمل على أقسام: الاول إذا أوصى بالتصدق بشئ فيتصدق بغيره سأل ابن مقاتل عمن أوصى أن يتصدق عنه بألف درهفتصدق عنه بالحنطة أو على عكسه قال: يجوز. قال الفقيه: معناه أنه أوصى أن يتصدق عنه بألف درهم حنطة ولكن سقط ذلك عن السؤال فقيل له: إن كانت الحنطة موجودة فأعطى قيمته دراهم قال: أرجو أن يجوز. وفي النوازل: وبه نأخذ. وفي الظهيرية: رجل قال تصدقوا بثلث مالي وورثته فقراء فإن كانوا كبارا كلهم فأجاز بعضهم لبعض جاز للموصي أن يعطيهم من ذلك شيئا. وعن محمد: لو أوصى بصدقة ألف درهم بعينها فتصدق الوصي مكانها بألف من مال الميت جاز، وإن هلكت الاولى قبل أن يتصدق الوصي يضمنه الورثة مثلها وعنه أن تبطل الوصية. ولو أوصى بأن يتصدق بشئ من ماله على فقراء الحج هل يجوز أن يتصدق على غيرهم من الفقراء؟ قال الشيخ الامام أبو نصر: أيجوز ذلك، وإن أوصى بالدراهم وأعطاهم حنطة لم يجز. قال الفقيه: وقد قيل إنه يجوز وبه نأخذ. وسأل خلف عمن أوصى أن يتصدق بهذا الثوب قال: إن شاؤوا تصدقوا بعينه، وإن شاؤوا باعوا وأعطوا ثمنه، وإن شاؤا أعطوا قيمة الثوب وأمسكوا الثوب. وقال محمد بن سلمة: بل يتصدق بعينه كما هو وكذا اللقطة ولو نذر وقال لله على أن أتصدق بهذا الثوب جاز أن يتصدق بقيمته. قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: بقول خلف نأخذ فإنه ذكر في الزيادات فيمن أوصى أن يباع هذا العبد ويتصدق بثمنه على المساكين جاز لهم التصدق بعين العبد فثبت أن التصدق بالعين وبالثمن على السواء. وسأل أبو القاسم عمن أوصى إلى رجل وقال له بالفارسية فلان نعم راجام كر فأعطاه ثمن الكراباس قال: هذا يقع على المخيط. وفي الاجناس وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: إذا أوصى أن يتصدق عنه بألف درهم فتصدق بقيمتها دنانير يجوز. وفي الخانية روى ابن سماعة عن محمد: إنه يجوز. ولو أوصى أن يتصدق بثمنه فليس له أن يمسك الثوب للورثة ويتصدق بقيمته، ولو قال اشتر عشرة أثواب وتصدق بها فاشترى الوصي فله أن يبيعها ويتصدق

***

[٢٨٠]

بثمنها، وكذلك لو قال تصدقوا بثلث مالي وله دور وأرضون فللوصي أن يبيع تلك الدور والارضين ويتصدق بالثمن، وكذلك لو قال تصدقوا بثلث مالي وبهذا العبد فللوصي أن يبيع ذلك العبد ويتصدق بالثمن. وعن محمد: إذا أوصى أن يتصدق عنه بألف درهم بعينها فتصدق الوصي بألف أخرى مكانها من مال الميت جاز. والحاصل أن الحي إذا نذر بالتصدق بمال نفسه فتصدق بمثله أو قيمته ففيه روايتان، فإن هلكت الالف التي عينها الوصي قبل أن يتصدق الوصي ضمن الوارث مثلها. وعنه أيضا: لو أوصى بألف درهم بعينها تصدق عنه فهلكت الالف بطلت الوصية. وفي النوازل: إذا أوصى لرجل بهذه البقرة لم يكن للورثة أن يتصدقوا بثمنها. قال الفقيه: وبه نأخذ. القسم الثاني من هذا النوع إذا أوصى أن يتصدق على مسكين بعينه فتصدق على غيره ضمن. وفي نوادره إذا أوصى أن ينصدق على مساكين مكة أو مساكين الري فتصدق الوصي على غير هذا الصنف ضمن إن كان الآخر حيا، وكذلك لو أوصى أن يتصدق على المرضى من الفقراء أو الشيوخ من الفقراء فتصدق على الشباب من الفقراء ضمن في ذلك كله، ولم يقيد هذه المسألة بحياة الآمر. وفي الخانية: ولو قال لله علي أن أتصدق على فلان فتصدق على غيره لو فعل ذلك بنفسه جاز، ولو أمر غيره بالتصدق ففعل المأمور ذلك ضمن المأمور. ولو قال لله علي أن أتصدق على مساكين مكة فله أن يتصدق على غيرهم، وعن أبي يوسف رواية أخرى فيمن أوصى أن يتصدق عنه على فقراء مكة فتصدق على فقراء غيرها أنه يجوز. وسأل أبو نصر عمن أوصى أن يتصدق عنه لهم فتصدق على غيرهم من الفقراء قال: يجوز على ما تقدم عنه. وفي أمالي الحسن: قول أبي حنيفة كقول محمد والمذكور في الامالي: إذا أوصى لمساكين الكوفة فقسم الوصي في غير مساكين الكوفة ضمن، ولم يفرق بين حياة الآمر وبين وفاته والفتوى على الجواز في هذه المسائل. وفي نوادر أبي يوسف. إذا قال لعبده تصدق بهذه العشر الدراهم على عشرة مساكين فتصق بها على مسكين واحد دفعة واحدة جاز قال: وهذا على أن الآمر في الصدقة لا ليس على عدد المساكين، لو قال تصدق بها على عشرة لا يجو. وفي الظهيرية: ولو قال تصدق بها على مسكين واحد فأعطاها عشرة مساكين جاز، ولو قال في عشرة أيام فتصدق في يوم واحد جاز، وكذا في الخانية. وفي الفتاوي: سأل إبراهيم بن يوسف عمن أوصى لفقراء أهل بلخ فالافضل أن لا يتجاوز بلخ، ولو أعطى فقراء مكة وكورة أخرى جاز. قال رحمه الله: (وإلا

فمن حيث يبلغ) أي إن لم يبلغ ثلث النفقة إذا أججوا عنه من بلده حجوا من حيث يبلغ، والقياس أن لا يحج عنه لانه أوصى بالحج على صفة وقد عدمت تلك الصفة فيه ولكن جاز ذلك استحسانا لان مقصوده تنفيذ الوصية فيجب تنفذها ما أمكن ولا يمكن على هذا الوجه فيوفى به على وجه ممكن وهو أولى من إبطاله بخلاف العتق، وقد فرقنا بينهما فيما إذا أوصى بأن يشتري عبدا بمال قدره فضاع بعضه على قول أبي حنيفة. قال رحمه

***

[٢٨١]

الله: (ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق وأوصى بأن يحج عنه يحج عنه من بلده) وإن أججوا عنه من موضع آخر، فإن كان أقرب من بلده إلى مكة ضمنوا النفقة، وإن كان أبعد لا ضمان عليهم لانهم في الاول لم يحصلوا مقصوده بصفة الكمال والاطلاق يقتضي ذلك، وفي الثاني حصلوا مقصوده وزيادة وهذا عند أبي حينفة. وقال: يحج عنه من حيث مات استحسانا لان سفره بنية الحج وقع قربة وسقط فرض من قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله * (ومن يخرج من بيته مهاجرا) * الآية. ولم ينقطع سفره بموته بل كتب له حج مبرور فيبدأ من ذلك المكان كأنه من أهل ذلك المكان بخلاف ما إذا خرج من بيته للتجارة لان سفره لم يقع قربة فيحج عنه من بلده. ولابي حنيفة أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده لانه الواجب عليه عفى ما قررناه وعمله قد انقطع بالموت لقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته إلا ثلاث الحديث. والمراد بالثلاث في حق أحكام الآخرة من الثواب. وهذا الخلاف فيمن له وطن، وأما من لا وطن له فيحج عنه من حيث مات بالاجماع لانه لو حج بنفسه إنما كايتجهز من حيث هو فكذا إذا حج غيره لان وطنه حيث حل. قال رحمه الله: (والحاج عن غيره مثله) أي المأمور بالحج عن الغير فحج عنه فمات في الطريق فحكمه حكم الحاج عن نفسه إذا مات في الطريق حتى يحج عنه كما بينا من وطنه عند أبي حنيفة، وعندهما من حيث مات الاول وقد ذكرناها في كتاب الحج والله أعلم. باب الوصية للاقارب وغيرهم قال في العناية: إنما أخر هذا الباب عما تقدم لان في هذا الباب ذكر أحكام الوصية لقوم مخصوصين وفيما تقدم ذكر أحكامها على وجه العموم والخصوص أبدا يتلو العموم. وقوله جيرانه كان حق الكلام أن يقدم ذكر الوصية للاقارب نظرا إلى ما في الترجمة، ويجوز أن يقال الواو لا تدل على الترتيب وأن يقال قدم ذكر الجيران للاهتمام بهم. قال رحمه الله: (جيرانه ملاصقوه) يعني لو أوصى إلى جيرانه يصرف ذلك للملاصقين لجداره، وهذا عند أبي حنيفة وهو القياس لانه مأخوذ من المجاورة وهي الملاصقة ولهذا حمل قوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بشفعته حتى لا يستحق الشفعة غير الملاصق بالجوار، ولانه لما تعذر صرفه إلى الجميع صرف إليه ألا ترى أنه يدخل فيه جار المحلة وجار الارش وجار القرية فوجب صرفه إلى أخص الخصوص وهو الملاصق في الاستحسان، وفي قولهما جار الرجل

***

[٢٨٢]

هو من يسكن محلته ويجمعهم مسجد المحلة لان الكل يسمون جارا عرفا وشرعا. قال عليه الصلاة والسلام لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد ففسر بكل من سمع النداء، ولان المقصود بالوصية للجيران برهم والاحسان إليهم، واستحسانه ينتظم الملاصقين وغيرهم إلا أنه لا بد من الاختلاط ليتحقق منهم معنى الاسم والاختلاط عند اتحاد المسجد. وقال الشافعي رحمه الله: الجار إلى أربعين دارا من كل جانب لقوله عليه الصلاة والسلام حق الجار أربعون دارا هكذا وهكذا قلنا هذا ضعيف عند أهل النقل فلا يصح الاحتجاج به ويستوي فيه الجار الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان الاسم يتناول الكل، ويدخل فيه العبد الساكن عنده لان مطلقا هذا يتناوله، ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو ليس بجار بخلاف المكاتب لان استحقاق ما في يده للاختصاص به ثبت له ولا يملكه المولى إلا بالتمليك منه ألا ترى أنه يجوز له أخذ الزكاة وإن كان مولاه غنيا بخلاف القن والمدبر وأم الولد فالارملة تدخل لان سكناها مضاف إليها، ولا تدخل التي لها بعل لان سكناها غير مضاف إليها وإنما هي تبع فلم تكن جارحقيقة. وفي المنتقى: ولو أوصى بثلث ماله لجيرانه، فإن كانوا يحصون يقسم على اغنيائهم وفقرائهم ولذلك لو قال لاهل محلة كذا أو لاهل مسجد كذا لانه ليس في اللفظ ما يدل على التخصيص. قال محمد رحمه الله: رجل أوصى بمائة درهم لرجل من حيرانه ثم أوصى لجيرانه بمائة ينظر فيما أوصى لهذا وفيما يصيبه مع الجيران فيدخل الاقل من الاكثر لان المائة إذا كانت أكثر فإنه يستحقها باسم الحيرة وقد آثره الموصي

بتعين المائة فلا يستحق شيئا آخر، فإذا كان نصيبه مع الجيران أكثر يكون رجوعا عما سمى له وشركا له مع الجيران كلهم. ولو أوصى بثلث ماله لمجاوري مكة فإن الوصية جائزة، فإن كانوا لا يحصون صرف إلى أهل الحاجة منهم، وإن كانوا يحصون قسمت على رؤوسهم. واختلفوا في تفسير الاحصاء وتقديره، على قول أبي يوسف لا يحصون إلا بكتاب وحساب فإنهم يحصون. وقال محمد: إن كانوا أكثر من المائة لا يحصون، وإن كانوا أقل يحصون. وقيل: الامر موكول إلى رأي القاضي وهو الاحوط. وقال أبو يوسف: لكهول أهل بيته فهو لابناء الثلاثين إلى الاربعين والشاب إذا احتلم إلى ثلاثين، والشيخ من كان شبيه أكثر فهو شيخ، وإن كان السواد أكثر فهو ليس بشيخ. وعن أبي يوسف في رواية أخرى أن الكهل من له أربعون سنة إلى خمسين، وذكر في موضع آخر إذا بلغ ثلاثا وثلاثين سنة صار كهلا. وقال في موضع آخر: إذا بلغ الثلاثين وخالطه الشيب فهو كهل، وإن لم يخالطه فهو شاب. وفي بعض الروايا ت الاعتبار بالسن لانه أمكن مراعاة في حق الكل على نهج واحد، وفي بعضها اعتبر من حيث الامارة والعلامة فإن الناس يتعارفون ذلك وأطلقوا الاسم عند وجود العلامة وهو الشمط والشيب. قال رحمه الله: (وإصهاره كل ذي رحم محرم من امرأته) لما روأنه عليه الصلاة

***

[٢٨٣]

والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها إكراما لها وكانوا يسمون أصهار النبي صلى الله عليه وسلم، وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيد الله، وفي الصحاح: الاصهار أهل بيت المرأة. ولم يقيده بالمحرم وقال القرافي في قوله تعالى: * (وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا) * النسب ما لا يحل نكاحه والصهر الذي يحل نكاحه كبنات العم والخال وأشباههن من القرابة التي يحل تزويجها. وعن ابن عباس خلاف ذلك فإنه قال: حرم الله من النسب سبعا ومن الصهر سبعا * (حرمت عليكم أمهاتكم) * إلى قوله تعالى: * (وبنات الاخت) * ومن الصهر سبعا بقوله تعالى: * (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم) * إلى قوله * (وإن تجمعوا بين الاختين) * قال في المغرب عقيب ذكره قاله الازهري وهذا هو الصحيح لا ارتياب فيه هذا هو المذكور في كتب اللغة، وكذا يدخل في كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل أصهار. وشرطه أن يموت وهي منكوحته أو معتدته من طلاق رجعي لا من بائن، سواء ورثت بأن أبانها في المرض أو لم ترث لان الرجعي لا يقطع النكاح والبائن يقطعه. وقال الحلواني: الاصهار في عرفهم كل ذي رحم محرم من نسائه الذي يموت هو وهن نساؤه أوفي عدة منه، وفي عرفنا أبو المرأة وأمها ولا يسمى غيرهما صهرا. قال رحمه الله: (واختار زوج كل ذي رحم محرم منه) كأزواج البنات والعمات والخالات لان الكل يسمى ختنا وكل ذي رحم محرم منه محرم من أزواجهن لانهن يسمون أختانا. وقيل: هذا في عرفهم، وفي عرفنا لا يتناول إلا أزواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد. قال: إذا أوصى بثلث ماله لاختانة إو لاختان فلان فاعلم أن الاختان أزواج كل ذي رحم محرم منه كأزواج البنات والاخوات والعمات والخالات، وكذا كل ذي رحم محرم من أزواج هؤلاء من ذكر أو أنثى فهما أختان، كذا ذكر محمد في الكتاب. قال مشايخنا: وهذا بناء على عرف أهل الكوفة، أما في سائر البلدان اسم الختن يطلق على زوج البنت وزوج كل ذي رحم محرم منه ولا يطلق على ذي رحم محرم منه من أزواج هؤلاء والعبرة للعرف. وفي الكافي: ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد واللفظ يشمل الكل. قال: ولا يكون الاختان من قبل أبي الموصي يريد به أن امرأة الموصي إذا كانت لها بنت من زوج آخر ولها زوج فزوج ابنتها لا يكون ختنا للموصي، فلو أوصى لاصهاره من نساء الموصي فهي صهره، هكذا ذكر محمد في الكتاب وتقدم غيره، والاخذ بما ذكر محمد أولى لانه موافق للعرف وإنما يدخل تحت الوصية من كان صهرا للوصي يوم موتلما ذكرنا أن المعتبر حالة الموت وذلك إنما يكون إذا كانت المرأة التي يثبت بها الصهر منكوحة له عند الموت أو معتدة عنه بطلاق رجعي، أما إذا كانت بائن بثلاث تطليقات أو بتطليقة بائنة فلا. وكذلك في مسألة الاختان إنما تدخل تحت الوصية من كان ختنا للموصي عند موته وذلك إنما يكون لقيام النكاح بين محارمه وأزواجهن عند موت الموصي

***

[٢٨٤]

ويستوي أن تكون المرأة أمة أو حرة على دينه أو غيدينه كما في المنتقى: إذا قال أوصيت لزوجه ابني بكذا فهو على زوجها يوم ما

ت الموصي، ولو قال لازواج ابنتي ولابنته أزواج قد طلقوا وزوج حال الموت لم يطلقها فالوصية للكل. ولو أوصى لامرأة ابنه فهذا على امرأة ابنه يوم موت الموصى وإنما يدخل تحت الوصية امرأة واحدة حتى لو كان لابنه امرأة يوم الوصية وتزوج بامرأة أخرى ثم مات الموصي فالخيار إلى الورثة يعطون أيتهما شاؤوا ويجبرون على أن يبينوا في أحدهما. قال رحمه الله (وأهله زوجته) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا، رحمهما الله: يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته غير مماليكه اعتبارا بالعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى: * (وأتوني باهلكم أجمعين) * (يوسف: ٩٣) وقال تعالى: * (فانجيناه وأهله إلا امرأته) * (الاعراف: ٨٣) والمرا من كان في عياله. ولابي حنيفة أن الاسم حقيقة للزوجة يشهد بذلك النص والعرف قال الله تعالى: * (وسار بأهله) * (القصص: ٢٩) والمطلق ينصرف إلى الحقيقة المستعملة. قال رحمه الله: (وآله أهل بيته) وقال عليه الصلاة والسلام: من تأهل ببلدة فهو منها لان الآل القبيلة التي ينسب إليها فيدخل فيه كل من ينسب إليه من قبل آبائه إلى أقصى أب له في الاسلام الاقرب والابعد، والذكر والانثى، والمسلم والكافر، والصغير والكبير فيه سواء، ولا يدخل فيه أولاد البنات وأولاد الاخوات ولا أحد من قرابة أمه لانهم لا ينسبون إلى أبيه وإنما ينسبون إلى آبائهم فكانوا من جنس آخر لان النسب يعتبر من الآباء وفي المبسوط: وله اوصى بماله لقربته فالقرابة من قبل الاب لان القرب يثبت بالاتصال من الجانبين، فإن أوصى لذوي قرابته أو لذوي أرحامه فعند أبي حنيفة هو لكل ذي رحم محرم منه اثنان فصاعدا الاقرب، وعندهما يستحقه الواحد ويستوي فيه المحرم وغير المحرم والبعيد والقريب وهو قول الشافعي. لهما القرابة اسم عام يعم الكل ويشملهم بدليل أنه لما نزل قوله تعالى: * (وأنذر عشيرتك الاقربين) * (الشعراء: ٢١٤) دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم قبائل قريش وأنذرهم فأكثر بني هاشم ليس بمحرم منه وبعيد عنه في القرابة، ولان إطلاق القريب في استعمال الكلام في الاباعد من الاقارب أكثر من إطلاقه على الاقرب من الاقارب فإنه يقال لمن بعد منه هذا قريب مني ولا يقال لمن قرب منه كالعم هذا قريبي، والقرابة اسم جنس فيتناول الواحد فصاعدا كاسم الرجل. وأبو حنيفة اعتبر في استحقاق أربعة شرائط: أحدها أن يكون المستحق اثنين فصاعدا إذا كانت الوصية باسم الجمع وهو قوله قرابتي من القرب ومعنى الاجماع فيه وهو مقابلة الفرد بالفرد والجمع من وجه ملحق بالجمع من كل وجه في الميراث فكذا في الوصية لانها أخت الميراث. والثاني أنه يعتبر الاقرب فالاقرب لانه علق استحقاق المال باسم القرابة و في الميراث يقدم الاقرب فالاقرب ويكون الابعد محجوبا بالاقرب فكذا في الوصية لانهما أخوان لقوله عليه الصلاة والسلام الوصية أخت الميراث والاختية تقتضي الاستواء والمشاركة

***

[٢٨٥]

في أصل الاستحقاق. والثالث أن يكون ذو رحم محرم من الموصي حتى إن أولاد العم لا تستحقه بهذه الوصية لان المقصود من الوصية صلة القرابة فيختص بها من يستحق الصلة بالقرابة وهو القرابة المحرمة للنكاح الموجبة للصلة لانه يتعلق بها صلة استحقاق النفقة والعتق عند دخوله في ملكه. والرابع أن يكون ممن يرث من الموصي لان قصد الموصي صحة الوصية ولا تصح الوصية للوارث ويستوي فيه الرجال والنساء لان اسم القرابة يتناولهما لصفة واحدة، وليس في لفظ الموصي ما يدل على تفضيل الذكر على الانثى ولا يدخل فيه الوالدان والولد لانهما لا ينطبق عليهما اسم القرابة لقوله تعالى: * (للوالدين والاقربين) * (البقرة: ١٨٠) فقد عطف الاقربين على الوالدين والمعطوف غير المعطوف عليه، ولان الجزئية والبغضية بينهما ثابتة واسم القرابة لا يطلق مع وجود الجزئية والبغضية في عرف الاستعمال. والجد والجدة وولد الولد من ذكر وأنثى يدخلون في هذه الوصية لانهم ينسبون إليه بواسطة القريب، وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الجد لا يدخل بمنزلة الاب لان اسم الاب يتناوله ويتناول اسم القريب عند أبي حنيفة، فلو كان واحد يستحق نصف الوصية لان ما زاد على الواحد ليس له نهاية معلومة فلا يعتبر للمزاحم أكثر من الواحد كما في الميراث. قال رحمه الله: (وجنسه أهل بيت أبيه) لان الانسان يتجنس بأبيه فصار كأنه هو بخلاف قرابته حيث يدخل فيه جهة الاب والام لان الكل يسمون قرابته فلا يختص بشئ منهم، وكذا أهل نسبته وأهل نسبه فيكون حكمه حكم جميع ما ذكرنا ويدخفيه الاب والجد لان الاب أصل النسب والجد أصل نسب أبيه. وقال في الكافي: لكان الاب الاكبر حيا لا يدخل تحت الوصية لان الوصية للمضاف لا للمضاف إليه، ولو أوصت المرأة لجنسها أو لاهل بيتها لا يدخل ولدها لان ولدها ينسب إلى أبيه لا إليها إلا أن يكون أبوه من قوم أبيها وقرابته. قال رحمه الله:

(وإن أوصى لاقاربه أو لذوي قرابته أو لارحامه أو لانسابه) فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل الوالدان والولد والوارث ويكون للاثنين فصاعدا. وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الاسلام وإن لم يسلم بعد أن أدرك الاسلام أو أسلم على ما اختلف فيه المشايخ، وفائدة الاختلاف تظهر في مثل أبي طالب وعلي رضي الله عنه إذا وقعت الوصية لاقرباء النبي صلى الله عليه وسلم لا يدخل فيه أولاد أبي طالب، وعلى هذا وقعت الوصية على قول من شرط الاسلام ويدخلون على قول من شرط أدراك الاسلام، ومن شرط إسلامه صرفه إلى أولاد علي لا غير، ولا يدخل أولاد عبد المطلب بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام. لهما أن الاسم يتناول الكل لان لفظه القريب حقيقة للكل إذ هي مشتقة من القرابة فيكون اسما لكل من قامت به فيتناول مواضع الخلاف ضرورة. ولابي حنيفة أن الوصية أخت الميراث وفي الميراث يعتبر
***

[٢٨٦]
الاقرب فالاقرب فكذا في أخته لان الاخت لا تخالف الاخت في الاحكام، ولان المقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في إقامة الواجب وهو صلة الرحم والوجوب يختص بذي الرحم المحرم ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فإن كلا منهما قيده بما ذكره، والامام الشافعي قيده بالاب الادنى. ولا تدخل قرابة الاولاد عندنا لانهم لا يسمون أقرباء عادة ومن يسمى والده قريبا يكون منه عقوقا إذ القريب في عرف أهل اللغة من تقرب إلى غيره بواسطة غيره، وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولهذا عطف القريب على الوالدين في قوله تعالى: * (الوصية للوالدين والاقربين) * (البقرة: ١٠٨) والعطف للمغايرة، ولو كان منهم لما عطفوا عليهما. ويدخل فيه الجد والجدة وولد الولد في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنهم لا يدخلون، وقيل ما ذكراه إلى أنه يصرف إلى أقصى أب له في الاسلام كان في ذلك الزمان حين لم يكن في أقرباء الانسان الذين ينسبون إلى أقصى أب له في الاسلام كثرة، وأما في زماننا ففيهم كثرة لا يمكن احصاؤهم فيصرف الوصية إلى أولاد أبيه وجده وجد أبيه وأولاد أمه وجد أمه وجدته وجده أمه، ولا يصرف إلى أكثر من ذلك. ويستوي الحر والعبد، والمسلم والكافر، والصغير والكبير والذكر والانثى على المذهبين. وإنما يكون للاثنين فصاعدا عنده لان المذكور فيه بلفظ الجمع وفي الميراث يراد بالجمع المثنى فكذا في الوصية لانها أخته. قال الراجي عفو ربه: هذا ظاهر في الاقارب، وأما في الانسان فمشكل لانه جمع نسب وفيه لا تدخل قرابتهن جهة الام فكيف دخلوا فيه هنا؟ قال في الاصل: ولو ترك الموصي ولدا يحوز ميراثه وترك عمين وخالين فالوصية عند أبي حنيفة للعمين، وإنما شرط قيام الولد كيلا يكون العمان وارثين. وعند أبي يوسف ومحمد الوصية بين العمين والخالين أرباعا لاستوائهم في تناول اسم القريب، ولو كان عما وخالين فللعم النصف والباقي للخالين عند أبي حنيفة، وعندهما الوصية بينهم بالسوية. وإن ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة عند أبي حنيفة. وفي الكافي: ولو أوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند أبي حنيفة، وعندهما يقسم بينهم أرباعا، كذا في قوله لارحامه ولذوي أرحامه ولانسابه ولذوي أنسابه. ولو قال لذوي قرابته أو لذي نسبته أو لقرابته فالجواب ما ذكرنا إذ هنا لا يعتبر الجمع عند أبي حنيفة فإنه يدخل تحت الوصية الاقرب فالاقرب والواحد فصاعدا بلا خلاف. وفي الكافي: ولو أوصى لذوي قرابته لا يشترط فيه الجمع لاستحقاق الكل حتى لو كان له عم وخالان فكله للعم عنده. قال: ويعتبر في هذه المسائل قرابة الموصي له وقت موت الموصي لا وقت الايصاء. قال في الاصل: وإن لم يكن للموصي ذو رحم في هذه المسائل فالوصية باطلة عند أبي حنيفة. وفي النوازل وفي الظهيرية: الوصية إذا كانوا إلا يحصون اختلف المشايخ في جوازها قال بعضهم: إنها باطلة. وقال محمد ابن سلمة: إنها جائزة وعليه الفتوى لانها قربة لكونها صلة. ولو أوصى بثلث ماله
***

[٢٨٧]
لاهل بيته دخل في الوصية كل من يتصل به من قبل آبائه إلى اقصى أب له في الاسلام يستوي فيه المسلم والكافر والذكر والانثى، والمحرم والقريب والبعيد. ونسب الانسان من قبل أبيه وكل من يتصل به من قبل آبائه إلى أقصى أب في الاسلام، فهو من أهل بيت نسبته فيدخل تحت الوصية، ولا يدخل تحت الوصية أولاد البنات قال: إلا إذا كان أزواجهن من بني أعمام الوصي وعشيرته، ولا

يدخل فيه أولاد الاخوات ولا أحد من قرابة أم الموصي. وإذا أوصى لجنسه فهذا وما أوصى لاهل بيته سواء لان الانسان من جنس قوام أبيه ألا ترى أن إبراهيم ولد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قرشيا وكذلك أولاد الخلفاء يصلحون للخلافة وإن كان أكثرهم من إلا ماء واعتبروا من جنس قوم آبائهم فصار قوله وجنسه وقوله لاهل بيته سواء وكل من يتصل به إلى اقصى أب في الاسلام يدخل تحت الوصية إن أوصى لآله فهذا وما لو أوصى لاهل بيته سواء لانهم يستعملون استعمالا واحدا يقال آل محمد وأهل بيت محمد وآل عباس وأهل بيت عباس. إذا اوصى بثلث ماله لاهله أو لاهل هل فلان فالوصية للزوجة خاصة دون من سواها قياسا إلا أنا استحسنا وجعلنا الوصية لكل من يكون عياله وتلزمه نفقتهم ويضمهم بيته ولا يدخل تحت الوصية مماليكه فلو كان أهل في بلدتين أو في بيتين دخلوا تحت الوصية لعموم اللفظ. قال رحمه الله: (فإن كان له عمان وخالان) فهي لعميه لانهما أقرب كما في الارث ولفظ الجمع يراد به المثنى في الوصية على ما بينا فكذا هنا، وهذا عند أبي حنيفة وعندهما يكون بينهم أرباعا لانهم لا يعتبرون الاقرب وقد تقدم. قال رحمه الله (ولو كان له عم وخالان كان له النصف ولهما النصف) أي لو كان له عم وخالان كان للعم نصف ما أوصى به وللخالين النصف لان اللفظ جمع فلا بد من اعتبار معنى الجمع فيه وهو الاتيان في الوصية على ما عرف فيضم إلى العم الخالان ليصير جمعا فيأخذ هو النصف لانه أقرب ويأخذ أن النصف بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته حيث يكون جميع اعتبار الوصية للعم إذ هو الاقرب، ولو كان له عم واحد لا غير كان له نصف الوصية لما بينا أنه لا بد من اعتبار الجمع فيه ويرد النصف إلى الورثة لعدم من يستحقه لان اللفظ جمع وأدناه اثنان في الوصية فيكون لكل واحد منهما النصف والنصف الآخر يرد إلى الورثة. قال رحمه الله: (ولو له عم وعمة استويا) لان قرابتهما مستويان ومعنى الجمع قد تحقق بهما فاستحقا حتى لو كان له أخوال معهما لا يستحقون شيئا لانهما أقرب ولا حاجة إلى الضم إليها لكمال النصاب بهما، ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها متقيدة بهذا فلا بد من مراعاته، وهذا كله عند أبي حنيفة وعندهما لا تبطل ولا تختص الاعمام بالوصية دون الاخوال لما عرف من مذهبهما وقدمنا بيانه. قال رحمه الله: (ولولد فلان للذكر والانثى سواء) يعني لو أوصى لاولاد فلان للذكر
***
[٢٨٨]
والانثى سواء لان اسم الولد يشمل الكل وليس في اللفظ شئ يقتضي التفضيل فتكون الوصية بينهم على السواء. قال في العيني على الهداية قال الفقيه أبو الليث: ولو أوصى لولد فلان ولفلان ولد الصلب وله ولد ولد فالوصية كلها له وليس لولد الولد شئ. وقال شمس الائمة في شرح الكافي: لو كان له ولد واحد ذكرا أو أنثى فجميع الوصية له. وذكر الكرخي بخلاف ذلك فقال: إذا أوصى الائمة بثلث ماله فلان وله ولد الصلب ذكر أو أنثى كان الثلث لهم بعد أن يكون اثنين فصاعدا، ولم يكن لولد ولده شئ ولو كان لصلبه واحد أوله ولد ولد كان للذي لصلبه نصف الثلث ذكرا كان أو أنثى، وكان ما يبقى لولد ولده بالسوية الذكر والانثى وهذا كله قول أبي حنيفة اه. ولو أوصى لولد فلان أو لابن فلان فهذا على وجهين: إما إن كان فلان أبا قبيلة يعني أبا جماعة كثيرة كتميم لبني تميم وأسد لبني أسد أو كان فلان أبا خاص ليس باب لجماعة كثيرة. واعلم بأن أولى الاسامي في هذا الباب الشعب - بفتح الشين - سمى شعبا لتشعب القبائل منها ولهذا بدأ الله تعالى بذكره فقال * (يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا) * (الحجرات: ١٣) ثم القبيلة، ثم العمارة، ثم البطن، ثم الفخذ، ثم الفصيلة، فمضر شعب، وكنانة قبيلة، وقريش عمارة، وقصي بطن، وهاشم أبو جد النبي صلى الله عليه وسلم نخذ، وعبد المطلب فصيلة. وإذا أوصى لبني قريش وقريش عمارة فإنه لا يدخل تحت الوصية أولاد مضر وكنانة وتدخل أولاد قريش وأولاده قصي وهاشم وأولاد والعباس وأولاده. وإذا أوصى لبني قصي وهم بطنه فإنه لا يدخل تحت الوصية أولاد مضر وكنانة وأولاد قريش ويدخل من دونهم وإذا أوصى لبني هاشم الذي هو نخذ فإنه لا يدخل تحت الوصية من فوقهم ويدخل من دونهم من أولاد الفصيلة. ولو أوصى لبني الفصيلة فإنه لا يدخل تحت الوصية أولاد العباس وأولاد أبي طالب وأولاد علي ولا يدخل من فوقهم. قال الشيخ الزاهد أحمد الطواويسي: مثال الفخذ مضر، ومثال البطن بنو هاشم، ومثال القبيلة قريش، ومثال الشعب العرب. وفي الذخيرة: وإذا أوصى لولد علي وهم نخذ لا يدخل تحته من فوقهم وهم أولاد قريش لانهم فوقهم فإذا عرفنا

هذه الجملة جئنا إلى المسألة التي ذكرناها وهو ما إذا أوصى بثلث ماله لبني فلان وفلان القبيلة وله أولاد ذكور وإناث فإن ثلث ماله يكون بين الذكور والاناث من أولاده بالسوية إذا كانوا يحصون بالاجماع، وإن كن نساء كلهن ولم يذكر هذا في الكتاب قلوا: ينبغي أن يكون الثلث لهن. وإن كانوا ذكورا كلهم يستحقون كله، فأما إذا كان فلان أبا واحدا أولاد ذكور كلهم فإن ثلث ماله لهم، وإن كان أولاد اناثا كلهن لا شئ لهن وإن كان فلان أبا خاصا وأولاد فلان ذكورا أو إناثا اختلفوا فيه، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: الوصية للذكور منهم دون اللاناث. وقال محمد بأن الوصية للذكور والاناث بينهم بالسوية إذا كانوا يحصون، وقد روى أبو يوسف بن خالد السمتي عن أبي حنيفة مثل قول محمد. حكى الكرخي أنه كان

***

[٢٨٩]

يقول ما ذكره في هذه الرواية قول أبي حنيفة الآخر وما يرويه أبو يوسف بن خالد السمني قوله الاول وكان يجعل لابي حنيفة قولا كان أولا وآخرا في هذه المسألة فيقول: قوله الاول قياس وقوله الآخر استحسان فإن لم يكن لفلان أولاد صلبية وكان له أولاد هل يدخلون تحت الوصية يدخلون كلهم وإن كان له أولاد بنات فإنهم لا يدخلون تحت الوصية، وإن كانوا ذكورا كلهم أو كانوا ذكورا وإناثا لا غير، وإن كان أولاد البنات اناثا كلهن فلا شك أنه شئ لهن، وفي الذخيرة سأل عن هذه المسألة فقال: أولاد البنات لا يدخلون تحت الوصية ثم أنشد: بنونا وبنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الاباعد. هذا إذا أوصى لبني فلان، فأما إذا أوصى لولد فلان ولفلان بنات لا غير دخلن تحت الوصية بخلاف ما لو أوصى لبني فلان ولفلان بنات لا شئ لهن، فإن كان لفلان بنون وبنات فالثلث بينهم عندهم جميعا ويكون ثلث ماله بينهم بالسوية لا يفضل الذكور على الاناث قال: فإن كانت له امرأة حامل دخل. ما في بطنها في الوصية أيضا ولا تدخل أولاد الاولاد تحت هذه الوصيه كولد فلان وولد فلان وولد فلان في الحقيقة من يولد لفلان وللذي يولد منه ابنه وابنته لصلبه، فأما ولا ابنه أو ابنته يولد من ابنه أو ابنته ولم يتولد من فلان وكان حقيقة هذا الاسم لولد الصلب فما دام لفلان ولد صلبه لا يدخل ولد ابنه. وهذا إذا كان فلان أبا خاصا، فإذا كان هو أبا نخذا فأولاد الاولاد يدخلون تحت الوصية حال قيام ولد الصلب، وإن لم يكن له ود إلا ولدا واحدا كان الثلث له بخلاف ما لو أوصى لاولاد فلان وله ود واحد فإنه يستحق النصف، وإذا أوصى لاولاد فلان وليس لفلان أولاد لصلبه يدخل تحت الوصية أولاد البنين. وهل يدخل فيه أولاد البنات؟ ففيه روايتان في دخول بني البنات، وأما بنات البنات لا يدخلون في الوصية رواية واحدة. ولو أوصى لاولاد رسول الله صلى الله عليه وسلم العلوية والشيعية والفقهاء والعلماء وأصحاب الحديث صحت الوصية. وسأل الفقه أبو جعفر عن رجل أوصى لاولاد رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر أن أبا نصر بن يحي كان يقول: الوصية لاولاد الحسن والحسين ولا تكون لغيرهما وأما العمرية فهل يدخلون في هذه الوصية؟ قال: ينظر كل من كان ينسب إلى الحسن والحسين ولا يكون لغيرهما، فأما العمرية فهل يدخلون في هذه الوصية ويتصل بما في هذه الوصية لانه كان رضي الله عنه زوج ابنتيه من ولد عمر رضي الله عنه. وأذا أوصى للعلوية فقد حكى عن الفقيه أبي جعفر أنه لا يجوز لانهم لا يحصون وليس في هذا الاسم ما يني عن الفقر أو ذي الحاجة. ولو أوصى لفقراء العلوية يجوز وعلى هذا الوصية للفقهاء لا تجوز، ولو أوصى لفقرائهم يجوز، وقد حكي عن بعض مشايخنا أن الوقف على معلمي الصبيان في المساجد يجوز لان عامتهم فقراء والفقر فيهم هو الغالب فصار حكم غلبة الفقر كالمشروط. قال الشيخ الامام شمس الامة الحلواني: كان

***

[٢٩٠]

الامام القاضي يقول على هذا القياس: إذا أوصى لطلبه علم كورة كذا أو لطلبة علم كذا يجوز، ولو أعطى الوصي واحدا من فقراء الطلبة أو من فقراء العلوية جاز عند أبي يوسف، وعند محمد لا يجوز إلا إذا صرف إلى اثنين منهم وإذا أوصى للشيعة ومحيية قال محمد: اعلم بأن كل مسلم شيعة ومحب لآل رسول صلى الله عليه وسلم، وأما ما وقع عليهم الوهم من أنهم الذين يعرفون بالميل إليهم وصاروا موسومين بذلك دون غيرهم فقد قيل الوصية باطلة قياسا إذا كانوا لا يحصون، وإذا أوصى لفقراء الفقهاء حكي عن الفقيه أبي جعفر أنه قال: الفقيه عندنا من بلغ من الفقه الغاية وليس المتفقة بفقيه. ولي له من الوصية بنصيب قال الفقيه أبو جعفر: إنه لم

يكن في بلدنا أحد يسمى فقيها غير أبي بكر الاعمش شيخنا. وقد أهدى أبو بكر الفارسي مالا كثيرا لطلبة العلم حين نادوه في مجلس أيها الفقيه. وإذا أوصى لاهل العلم ببلدة كذا فإنه يدخل فيه أهل الفقه وأهل الحديث ولا يدخل من يتعلم الحكمة. وفي الخانية: ولا يدخل من يتعلم الحكمة مثل كلام الفلسفة وغيره لان هؤلاء يسمون المتفلسفة لا طلبة علم وهل يدخل فيه المتكلمون؟ فلا ذكر لهذه المسألة أيضا في الكتب. وعن أبي القاسم أن كتب الكلام ليست كتب علم يعني في العرف ولا يسبق إلى الفهم فلا يدخل تحت كتب العلم، فعلى هذه المسألة لا يدخل في الوصية المتكلمون. وإذا أوصى بثلث ماله على فقراء طلبة العلم من أصحاب الحديث الذين يختلفون إلى مدرسة منسوبة في كورة كذا فالمتعلم للفقه إذا لم يكونوا من جملة أصحاب الحديث لا يتناول شافعي المذهب ويتناول من يقرأ الاحاديث ويسمع ويكون في طلب ذلك، سواء كان شافعي المذهب أو حنفي المذهب أو غير ذلك، ومن كان شافعي المذهب إلا أنه لا يقرأ الاحاديث ولا يسمع ولا يكون في طلب ذلك لا يتناوله اسم أصحاب الاحاديث قال في المحيط: ولو أوصى لبني فلان فإن كانوا يحصون فالوصية باطلة لانا عجزنا عن تنفيذ هذه الوصية لانه لا يمكنه تنفيذها للكل لانهم لا يحصون فبطلت الوصية كما لو أوصى لواحد من عرض الناس بخلاف ما لو أوصى للفقراء لان الوصية للفقراء وقعت لله تعالى والفقراء مصارف ولهذا لا يرتد بردهم وجاز صرفها إلى الواحد منهم عند أبي يوسف لانه واحد معلوم فوقعت الوصية له بخلاف الوصية لبني فلان لانها تناولت الاغنياء كما تناولت الفقراء فيقع للغنى لا لله تعالى حتى ترتد برده ولو أوصى لبني فلان وهم لا يحصون، فإن كانوا فقراء جازت الوصية لانها وقعت لله تعالى، وإن كانوا أغنياء لا يجوز لانها وقعت للعباد وقد تعذر تنفيذها، ثم لا يخلوا إما إن كان فلان أبا قبيلة أو فلان أب أو جد فإن كان فلان أبا قبيلة وهم ذكور وإناث فالثالث بينهم بالسوية إن كانوا يحصون لان النساء إذا اختلطن بالرجال يدخلن في خطاب الرجال قال الله تعالى * (أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة) * (البقرة: ٤٣) وقد تناول ذلك الرجال والنساء جميعا وقوله تعالى * (فإن كان له أخوة فلامه السدس) * (النساء: ١٧٦) وقد تناول الذكور والاناث. فإن كن إناثا خلصا لم يذكره في

***

[٢٩١]

الكتاب وقالوا: على قياس تعليل محمد لهذه المسألة يكون الثلث لهن لانه ذكر وقال: يحسن أن يقال هذه المرأة من بني فلان إذا كان فلان أبا وجدا وله أولاد بنات فلا شئ لهن، وإن كانوا ذكورا وبنات فالثلث للذكور خاصة عند أبي حنيفة، وعندهما للذكور والاناث. وذكر في بعض النسخ قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو الاصح، وعند محمد يدخل الاناث. لمحمد أن الاناث متى اختلطت بالذكور يتبعن الذكور ويغلب الذكور على الاناث فإنه يقال بنو آدم وبنو هاشم وبنو تميم فإنه يتناول الذكور والاناث ولهذا لو أوصى لاخوة فلان دخل الاخوة والاخوات تحت الوصية لما ذكرناه من الآية. لهما أن حقيقة هذا اللفظ يطلق على الذكور خاصة وإنما يطلق على الذكور والاناث حالة الاختلاط مجازا والعمل بالحقيقة واجب ما أمكن مع أن في استعمال هذا المجاز اشتراكا لان فلانا إذا كان أبا أو جدا فكما يذكر اسم الاب ويراد به الذكور والاناث يذكر ويراد به الذكور خاصة دون الاناث لانه قد تخلوا أولاده عن الاناث، وإطلاق هذا الاسم على الذكور خاصة حقيقة مستعملة وعلى الاناث خاصة مجاز غير مستعمل فحالة الاختلاط وقع الشك في دخول الاناث تحت الوصية فلا يدخل بالشك بخلاف ما لو أوصى لبني تميم لان المقصود ليس هو الاعيان والاشخاص وإنما المقصود مجرد الاسباب والوصية للاخوة على هذا الخلاف تكون وصية للاخوة دون الاخوات عندهما لان اسم الاخوة لا يتناول الاخوات بحقيقته بل بمجازه ولهذا قال الله تعالى * (وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) * (النساء: ١٧٦) فقد فسر الاخوة بالرجال والنساء، ولو تناول اسم الاخوة الاخوات لم يحتج إلى هذا التفصيل. ولو وجد في الوصية مثل هذا التفسير بأن قال بإخوة فلان رجالا ونساء دخلت الاخوات فيها وليس لولد الولد شئ. وإن كانوا مع ولد الصلب وإن لم يكن لفلان ولد صلب فالوصية لابن ابنه دون بنات ابنه لان ولد الابن بيسمى ولدا إلا أنه ناقص في الاضافة والانتساب إليه لانه يضاف إليه بواسطة والناقص لا يدخل تحت مطلق اسم المضاف كأولاد البنات فعند الاطلاق يحمل على ولد الصلب لانه أحق بهذا الاسم فإن تعذر حمله على الحقيقة حمل على المجاز تحريا للجواز ولان ابن الابن قائم مقام ابن الصلب حال عدم الصلب في الميراث حجبا واستحقاقا، وسقط اعتبار نقصان الاضافة إليه شرعا فكذلك الوصية لانها أخت الميراث. ولو أوصى لبني فلان بالثلث ولم يكن لفلان بنون يوم الوصية فهو لبنيه الذين حدثوا قبل

موت الموصي لان الوصية تمليك من الموصى للموصى له بعد الموت فيعتبر وجود الموصى له وقت موت الموصي ولهذا صحت الوصية بثلث ماله، وإن لم يكن له مال عند الوصية وإن كان لفلان بنون أربعة وولد له أخر إن ثم مات الموصي فالثلث للباقين وللمولودين سواء لانه متى أضاف الوصية إلى بني فلان مطلقا ولم يسهم تقع الوصية لبنيه الموجودين وقت الموت لا لبنيه الموجودين وقت الوصية لان الوصية تمليك مضاف على ما بعد الموت فيعتبر الملك وقت الموت حتى لو قال
***
[٢٩٢]
أوصيت بالثلث لبني فلان هؤلاء وسماهم تقع لبنيه الموجودين وقت الوصية حتى تبطل بموتهم ولا يكون لبنيه الموجودين عند الموت. ولو قال لولد فلان دخل الذكو والاناث لان الولد يتناول الكل حقيقة وكذلك الجنين لانه ولده، وإنما تصح الوصية للجنين بشرط أن ينفصل حيا. وتعليق الوصية بالشرط والاحصار جائزة فإن الوصية بالمعدوم للمعدوم جائز وإن كان له بنات وبنو ابن فالوصية للبنات لان اسم الولد يتناوله البنات الصلبية حقيقة وولد الابن مجازا لان الاسم مشتق من التوليد والتفرع والبنت الصلبية متولدة عنه حقيقة وولد الابن متولد بواسطة، فإن لم يكن له ولد صلب فالوصية لولد الابن الذكور والاناث سواء كان ولد الابن مضافا أو منسوبا إليه بواسطة الاب، وفي الاضافة إليه نوع قصور فعند الاطلاق ينصرف الاسم إلى الولد الصلبي لانه أحق، وعند عدمه يحمل على ولد الابن مجازا، ولا شئ لولد البنت لان ولد البنت غير منسوب إليه ومضاف إليه لانه من جهة الاباء دون الامهات على ما مر بشرحه في كتاب الوقف، ولو لم يكن له إلا ولد واحد فكل الثلث له لان اسم الولد يتناول الواحد فصاعدا. ولو أوصى بالثلث لاكابر ولد فلان وله أولاد بعضهم أبناء سبعين وبعضهم أبناء ستين وبعضهم أبناء أربعين فالوصية لابناء ما زاد على الخمسين أو في النصف الاول شئ فكذلك السيد إذا قال أكابر رقيقي أحرار. ولو قال ثلث مالي بين بني فلان وبني فلان ولاحدهما ثلاث بنين وللآخر واحد كان الثلث بينهم على عدد رؤوسهم، وإن لم يكن للآخر ابن رد نصف الثلث إلى الورثة. ولو قال بين أعمامي وأخوا لي وله عم وخال فالثلث بينهم لان أقل الجمع في باب الوصية والميراث اثنان لما بينا، وإن كان له عم واحد أو عمان وليس له خال رد نصف الثلث للورثة. ولو قال لاخواتي وله أخ واحد وهو يعلم أو لا يعلم فله نصف الثلث، ولو قال ثلث مالي لفلان ولبنيه وللمساكين فإذا لفلان ابن واحد فالثلث بينهما أرباعا لفلان سهم ولابنه سهم وللمساكين سهم ويرجع سهم إلى الورثة لانه قال لبني فلان والابن الواحد لا يكون بنين ويكون الابنان بني فلان لان اسم الجمع يطلق على الابنين ولو أوصى بثلثه لآل فلان أو لاهل ببيت فلان وليس له بيت ولا قرابة فإنه يعط الرجل الذي سماه وعياله الذي يعوله من ولده وتدخل امرأته فيهم. الفتاوي: رجل أوصى بثلث ماله لبني فلان وهم ثلاثة قبل موت الموصي، فإن كان أبوهم حيا فالثلث بينهما نصفان، وإن كان ميتا بطل ثلث الوصية فالثلثان بينهما نصفان. قال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ لان أباهم لو مات لا يبقى له ولد سواهم فانصرفت الوصية إلى عددهما فصار كأنه قال ثلث مالي لفلان وفلان فلما مات أحدهم بطلت وصيته. وإذا أوصى بثلثه لقرابة بني فلان وهم لا يحصون دخل مواليهم وموالي مواليهم وموالي الموالاة وحلفاؤهم يقسمه بين من يقدر عليه منهم بالسوية لان كل فريق من هؤلاء ينسبون إلى فلان بالبنوة قال عليه الصلاة والسلام إن مولى القوم منهم. وحليف القوم منهم والحليف من
***
[٢٩٣]
والي قوما ويحلفون له على الموالاة والقريب من يصير بغيحلف. وإن أعطى الكل أو واحدا منهم جاز عند أبي يوسف. وقال محمد: يعطيه ابنين فصاعدا لما يأتي في باب الوصية للفقراء وإن كان فلان أبا خاصا وليس بأبي قبيلة ولا جد فالثلث لبنيه لصلبه ولم تدخل الموالي والحليف في الوصية لان مواليهم أبعد إلى فلان من بني بنيه وبنو بنيه لا يدخلون تحت الوصية فالموالي لانهم لا ينسبون إليه إذا لم تكن القبيلة مضافة إليه. ولو أوصى ليتامى أو أرامل بني فلان فالوصية جائزة يحصون أو لا. قال في الاصل: واليتيم كل من مات أبوه ولم يبلغ الحلم غنيا كان أو فقيرا. وقول محمد حجة في اللغة لانه من أرباب اللغة وهكذا قال الخليل، ولهذا قال عليه الصلاة والسلام لا يتم بعد الحلم ثم اليتيم في اللغة مأخوذ من اليتم وهو الانفراد والمباينة عن الشئ كما يقال هذه الدرة يتيمة لانفرادها عن أشكالها ونظائرها، وتسمى المرأة يتيمة مجازا لانفرادها عن قوة القلب إلا أنه في عرف الشرع اسم لمن انفرد عن أبيه في حال صغره. والارملة

كل امرأة فقيرة فارقها زوجها أو مات عنها دخل بها أو لم يدخل، وقول محمد حجة، وهكذا قال صاحب الزاهر: والارملة المرأة التي لا زوج لها مأخوذ من قولهم أرمل القوم إذا فني زادهم، والذكر يسمى أرملا مجازا. ثم اليتامى إن كانوا يحصون فالثلث بينهم بالسوية يدخل الغني والفقير فيه، وإن كانوا لا يحصون فهو للفقراء خاصة من يقدر عليهم منهم لان اليتامى يذكرون ويراد بهم الفقراء المحتاجون قال الله تعالى * (واعلموا أنما غنمتم من شئ) * (الانفال: ٤١) الآية ذكر اليتامى وأراد بهم المحتاجين. وبهذا تبين أن اسم اليتيم لغة مما ينبئ عن الحاجة فيكون هذا وصية بالصدقة والوصية بالصدقة وصية لله تعالى فتكون جائزة لان الله تعالى معلوم فأنكر تخصيص المحتاجين إلى من يقوم مقامهم بإضافة الوصية إليهم تصحيحا لعقده، ولو أعطاه واحدا فعلى الخلاف الذي مر، فإن أوصى بثلثه لا يأمى بني فلان أو ثيب بني فلان أو أبكار بني فلان ولم يحصو فالوصية باطلة لجهالة الموصى له وليس في اسم الايم ما ينبئ عن الحاجة حتى يحمل على الوصية بالصدقة بخلاف الارامل واليتامى على ما مر، فإن كن يحصين فهو بينهم بالسوية، والايم كل امرأة لا زوج لها جومعت حراما أو حلالا، بلغت أو لم تبلغ، غنية أو فقيرة، وقال الكرخي وأبو القاسم الصفار: الجماع والانوثة ليست بشرط لثبوت هذا الاسم حتى قالا بأن الرجل والبكر يدخلان تحت الوصية بدليل قول الشاعر: إن القبور تنكح الايامي النسوة الارامل اليتامى والقبور كما تضم الثيب تضم البكر، والصحيح قول محمد لانه حجة في اللغة هكذا قاله الخليل بن أحمد في العين. ولهذا قال عليه الصلاة والسلاالايم أحق بنفسها من وليها
***
[٢٩٤]
والبكر تستأمر في نفسها أعطف البكر على الايم والمعطوف غير المعطوف عليه. قال رحمه الله: (ولورثة فلان للذكر مثل حظ الانثيين) يعني لورثة فلان يدفع للذكر قدر حظ الانثيين لانه اسم مشتق من الوارثة. وترتب الاسم على المشتق يدل على العلية ألا ترى أن الله تعالى لما نص على الوراثة بقوله * (وعلى الوارث مثل ذلك) * ترتب الحكم عليهما حتى وجبت النفقة بقدرها، ثم شرط هذه الوصية أن يموت فلان الموصي لورثته قبل موت الموصي حتى يعرف ورثته منهم حتى لو مات الموصي قبل موت الموصى لورثته بطلت الوصية بخلاف ما إذا أوصى لولده، كان مع ورثته موصى له آخر قسم بينهم وبينه على الرؤوس، ثم ما أصاب الورثة جمع وقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين. باب الوصية بالخدمة والسكني والثمرة لما فرغ من بيان الوصية المتعلقة بالاعيان شرع في بيان الوصية المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لان المنافع بعد الاعيان وجودا فأخرها عنها وضعا. قال رحمه الله: (وتصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معلومة وأبدا) لان المنافع يصح تمليكها في حال الحياة ببدل أو بغير بدل، وكذا بعد الممات للحاجة كما في حكم الاعيان ويكون محبوسا على ملك الميت في حق المنفعة حتى يستوفيه الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه المنافع على حكم ملك الواقف. قال في الاختيار شرح المختار: وليس للموصى له أن يؤجرا لانه مل المنافع بغير بدل، والذي يملك أن يؤجر هو الذي يتملك المنافع بعوض. قال في الهداية: وليس له أن يخرج العبد من بلد الموصي إلا إذا كان الموصى له وأهله في بلد أخرى فيخرجه إلى بلده لخدمته لان المقصود من الوصية الخدمة، ومتى أمكن توصله إلى الخدمة من بلد الموصي فلا يخرجه منها. وأفاد بقوله مدة وأبدا أنها تجوز مؤبدة ومؤقتة كما في العارية، وتفسيرها أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان له وذلك في عين تبقى والمنفعة عوض يعني وكذا الوصية بغلة الدار والعبد جائزة لانها بدل المنفعة والمجوز للوصية بها الحاجة وهي تشمل الكل إذا الموصيحتاج إلى التقريب إلى الله تعالى بما يقدر عليه، وكذا الموصى له محتاج لقضاء حاجته بأي شئ كان. قال رحمه الله: (فإن
***
[٢٩٥]
خرج العبد من ثلثه سلم إليه ليخدمه) لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة فيه قال في الاصل: يجب أن يعلم بأن الوصية بخدمة الرقيق وسكنى الدار وغلة الرقيق والدور والارضين والبساتين جائزة في قول علمائنا رحمه الله تعالى، وإذا جازت الوصية بخدمة الرقيق وسكني الدور وغلة الرقيق فنقول: إذا أوصى لرجل بخدمة عبده سنة ولا مال له غيره فهذا على وجهين: إما أن تكون السنة معينة بأن قال أوصيت بخدمة هذا العبد مثلا سنة سبعين وأربعمائة أو كانت غير معينة بأن لم يقل سنة كذا، وكل وجه من ذلك

على وجهين: إما أن يكون العبد يخرج من ثلث ماله أو لا يخرج من ثلث ماله، فإن أوصى له بخدمة عبده في سنة بعينها ومضت تلك السنة بعينها قبل موت الموصى بطلت الوصية، وإن مات الموصي قبل دخول تلك السنة التي عينها دخلت تلك السنة التى عينها ينظر إلى العبد، إن كان العبد يخرج من ثلث ماله أو لا يخرج من ثلث ماله ولكن أجازت الورثة الوصية فإنه يسلم العبد الموصى به إليه حتى يستوفي وصيته، وإن كان لا يخرج العبد من الثلث ولم تجز الورثة الوصية فإن العبد يخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى تمضى السنة التي عينها، فإذا مضت تلك السنة التي عينها سلم العبد للورثة. هذا إذا كانت السنة بعينها، وإن انت السنة بغير عينها إن كان العبد يخرج من ثلث ماله أو لا يخرج وقد أجازوا فيسلم العبد إلى الموصى له حتى يستخدمه سنة كاملة ثم يرده على الورثة، فإن كان العبد لا يخرج من ثلث ماله ولم تجز الورثة فإنه يخدم الموصى له بالخدمة، وكان يجب أن يعين السنة التي وجد فيها الموت. كل جواب عرفته فيما إذا أوصى له بخدمة عبده سنة فهو الجواب فيما إذا أوصى له بغلة داره سنة أو سكنى داره سنة عين السنة أو لم يعين السنة إل آخر ما ذكرنا في الخدمة. وفي المنتقي برواية المعلى عن أبي يوسف: إذا أوصى لرجل بسكنى داره ولم يوقت كان ذلك ما عاش. وعن محمد عن أبي حنيفة: إذا أوصى بغلة عبده هذا لفلان ولم يسم وقتا وقهو يخرج من ثلث ماله فله غلته حال حياته، وإن كانت الغلة أكثر من الثلث، وكذلك الوصية بغلة البستان أو بسكني الدار أو خدمة العبد وهو قول أبي يوسف ومحمد. وفي نوادر بشر عن أبي يوسف: إذا أوصى بخدمة عبده أو سكني داره لعبد رجل جاز للعبد الموصى له ولا يجوز لمولاه ويسكن العبد الدار ولا يسكن مولاه، فإن مات العبد الموصى به بطلت الوصية، وإن بيع أو أعتق فبقية الوصية. وفي نوادر بن سماعة عن أبي يوسف: رجل أوصى أن يخدم عبده فلان حتى يستغني، فإن كان فلان صغيرا خدمه حتى يدرك، وإن كان كبيرا فالوصية باطلة. قال: وإذا أوصى لهما بالسكنى فالسكنى بينهما بخلاف العبد فإنه يقسم الخدمة بينهما ولم يقسم العين. وفي الكافي: ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان يجوز أيضا إلا أن الاول. ولو أوصى له

***

[٢٩٦]

بغلة عبده أو بثمرة بستانه فإنه يجوز، ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث الغلة والثمرة بخلاف الخدمة، وليس للورثة بيع ما في أيديهم من ثلثي الدار. وعن أبي يوسف أن لهم ذلك. ولو خرب ما في يده من الدار كان له أن يزاحم الورثة فيما في أيديهم. ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه وسكنها بنفسه، قيل يجوز ذلك قال: والاصح أنه لا يجوز وليس للموصى له بالخدمة والسكين أن يؤجر العبد أو الدار. وفي الظهيرية: وعليه الفتوى. وقال الشافعي: له ذلك. وإذا أوصى رجل بثمرة بستانه فهو على وجهين: إما إن قال أبدا أو لم يقل، فإن كان في بستانه ثمر وهو يخرج من ثلث ماله كان له ذلك ولم يكن له ما يحدث من الثمار بعد ذلك إلى أن يموت. هذا إذا كان في البستان ثمار قائمة يوم الموت، فأما إذا لم يكن في البستان ثمار قائمة بعد الموت فالقياس أن تبطل الوصية ولا تصرف الوصية إلى ما يحدث من الثمار بعد الموت، ولكن في الاستحسان لا تبطل الوصية ويكون للموصى له ما يحد ث من الثمار بعد موت الموصي إذا كان البستان يخرج من ثلث ماله، وهذا الذي ذكرنا كله إذا لم ينص على الابد، فأما إذا قال أوصيت لك بثمرة بستاني أبدا فحدث في البستان شجر من أصول النخيل وأثمر دخل غلة ذلك في الوصية، وإن قاسم الوصي الموصى له بثلث غلة البستان مع الورثة فأغل الذي لهم ولم يغل الذي له فإنه يشاركه ويشاركونهم في الغلة قال: وللورثة أن يبيعوا ثلثي البستان فيكون المشتري شريكا للموصى له بالغلة بخلاف ما لو باعوا الكل فإنه لا يجوز البيع في حصة الثلث. وفي المنتقى: إذا أوصى بسكنى داره لرجل ولا مال له غيرها قال أبو حنيفة: ليس للورثة أن يبيعوا الثلثين. وقال أبو يوسف: لهم أن يبيعوا الثلثين ولهم أن يقاسموا فيكون لصاحب الوصية الثلث. قال أبو حنيفة: لو كانت هذه الوصية بغلة الدار كان للموصى له ثلث الغلة ولم يكن لهم أن يقسموا الدار، فإذا خاف إذا قسمت أن لا تغل فليس له شئ، وقال أبو يوسف: يقاسموا فيكون له الثلث فإذا أغل فهو له، وإن لم يغل فليس له شئ وللورثة أن يبيعوا ثلثهم قبل القسمة وبعدها. وإذا أوصى الرجل لرجل بغلة أرضه وليس عليها نخل ولا شجر وليس له مال غيرها فإنها تؤجر فيعطي صاحب الغلة ثلث الاجر، وإن كان فيها شجر أعطي ثلث ما يخرج من النخيل ولا يدفع له مزارعة بالنصف أو الثلث. وإن كانت الزراعة إجارة الار ض إذا كان البذر من قبل العامل لانها ليست بإجارة من كل وجه بل إجارة وشركة حتى إذا لم تخرج الارض شيئا لا يكون

لصاحب الارض شئ وقد ذكرنا أن الوصية باسم الغلة تنصرف إلى الاجارة من كل وجه ولم تنصرف إلى المزارعة. وإذا أوصى أن تؤجر أرضه منذ سنين مسماة كل سنة بكذا وهي جميع ماله إنه ينظر إلى أجرتها، فإن كان سمى أجر مثلها وجب تنفيذ هذه الوصية وإن كان المسمى أقل من أجر مثلها، فإن كانت المحاباة بحيث تخرج من ثلث مال الميت فإنه تنفذ هذ الوصية، وإن كانت المحاباة بحيث لا

***

[٢٩٧]

تخرج من ثلث مال الميت يقال للموصى له بالاجارة إن أردت أن تؤجر منك هذه الارض فبلغ الاجر إلى تمام الثلثين، فإن بلغ تؤجر الارض منه، وإلم يبلغ لا تؤجر الارض منه، كان الجواب في الاجارة كالجواب فيما إذا أوصى أن تباع أرضه من فلان بكذا وذلك جميع ماله هناك إن كان المسمى مثل قيمة الارض أو أكثرا أو أقل من قيمة الارض بغبن يسير تباع منه، وإن كان بغبن فاحش، فإن كان المحاباة بحيث لا تخرج من ثلث ماله يقال للموصى له بالبيع إن أردت أن تباع منك هذه الارض فبلغ الثمن إلى تمام ثلثي القيمة، إن بلغ تباع الارض منه وإن لم تبلغ فإنها لا تباع الارض منه فكذا في الاجارة. ومن مشايخنا من قال: لا يجوز أن يكون الجواب في الاجارة كالجواب في البيع. ومنهم من قال: ما ذكره محمد من الجواب صحيح في الاجارة. وإذا أوصى وليس له بستان ثم اشترى بستانا ثم مات فالوصية جائزة من الثلث، وإذا أوصى لانسان بشاة من غنمه ولم يقل يوم الموت إن كان في ملكه يوم الوصية صحت الوصية وتعلق بها حتى إذا هلكت بعد ذلك بطلت الوصية، وإن لم يكن في ملكه غنم يوم الوصية كانت الوصية باطلة. ولو قال أوصيت لك بشاة من غنمي يوم الموت فالوصية جائزة، وإن لم يكن في ملكه غنم يوم الوصية وإذا أوصى رجل لرجل بغلة بستانه فأغل البستان سنة أو سنتين أو أكثر من ذلك قبل موت الموصى ثم ما ت الموصي فليس للموصي له من تلك الغلة شئ إنما يكون له من الغلة ما يكون في البستان يوم مات الموصي وما يحدث بعد موته في المستقبل إلى أن يموت الموصى له، فأما ما يوجد من غلة البستان قبل موت الموصي بعد الوصية فإنه لا يكون للموصى له من ذلك شئ. وإذا أوصى رجل لرجل بغلة بستانه ثم إن الموصى له بالغلة اشترى البستان من ورثة الميت فذلك جائز وتبطل وصيته. وكذلك لو لم تبعه الورثة ولكنهم تراضوا على شئ دفعوه إليه على أن يسلم الغلة ويبرأ منها فإن ذلك جائز، وكذلك الصلح عن سكني الدار وخدمة العبد جائز، وإن كان بيع هذه الحقوق لا يجوز، وذكر مسألة الصلح عن مسألة النخيل. وفي نوادر بشر عن أبي يوسف: وذكر فيها القياس والاستحسان. وصورة ما ذكر عنه إذا أوصى بغلة نخلة ثلاث سنين وصالح عنها وقبض الدراهم منهم فالصلح باطل قياسا لان هذا صالح عن مجهول لا يدري أيكون أو لا يكون لكن استحسن وأجيز هذا الصلح. وإذا أوصى رجل بغلة داره أو بغلة عبده للمساكين جاز ذلك من ثلث ماله، وإذا ثبت أن الوصية بالغلة لله تعالى جائزة كالمنفعة. وإذا أوصى بظهر دابته في سبيل الله لانسان بعينه جازت هذه الوصية عندهم جميعا، فأما إذا أوصى بظهر دابته في سبيل الله ولم يعين أحدا فإن المسألة على الخلاف، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجوز وهو القياس في سبيل الله. وعلى قول محمد يجوز. سأل أبو بكر عمن أوصى بغلة كرمه لانسان قال: يدخل فيه القوائم والاورقا والحطب والثمر ألا ترى أنه لو دفع الكرم معاملة فكل هذه الاشياء تكون بينهما كذا هذا.

***

[٢٩٨]

وفي فتاوي أبي الليث: إذا أوصى بثمر كرمه ثلاث سنين للمساكين فمات ولم يحمل كرمه ثلاث سنين شيئا قال نصير: بطلت الوصية. وفي النوازل: وليس على الورثة شئ بعد ذلك. وقال محمد ابن مسلمة: يوقف ذلك الكرم وإن خرج من الثلث بتصدق بغلته ثلاث سنين قال الفقيه: قول محمد بن مسلمة موافق لقول أصحابنا فإنهم قالوا فيمن أوصى بخدمة عبده سنة لفلان وفلان غائب فمن رجع فإن العبد يخدمه سنة، فلو قال يخدمه هذه السنة فقدم فلان قبل مضي السنة بطلت الوصية كذلك الغلة. وفي العيون: إذا أوصى لرجل أن يزرع له في كل سنة في أرضه فالبذر والخراج والسقي على الموصى له، فإن أوصى له أن يزرع كل سنة عشرة أجربة فالبذر والسقي والخراج من مال الميت، ولو أوصى لرجل بثمر نخل قد بلغ أو زرع استحصد أو لم يحصد فالخرج على الموصى له، فالاصل فيه أن كل شئ لو أصابته آفة لم يلزم صاحب الارض الخراج، فإذا أوصى به لغيره فعلى الموصى له الخراج، وكذلك لو أوصى بثمرة نخله أو زرع قد أدرك فخراجه على الموصى له. ولو قطع الثمرة وحصد الزرع ثم أوصى به لرجل فالخراج على الموصي ومما يتصل بهذا الفصل ما قال محمد في

الجامع: رجل مات وترك عبدا لا مال له غيره وأوصى بخدمة عبده سنة لرجل وأوصى بخدمته سنتين لرجل آخر ثم مات ولا مال له غيره فللورثة أن يجيزوا ذلك لهم خدمة للعبد تقسم على تسعة أيام للورثة ستة أيام ولهما ثلاثة أيام، فإذا مضى ثلاث سنين سلم للورثة الميت رقبته ومنفعته لانه مال الميت وقد خلا عن الدين والوصية فيكون للورثة. ولو كان العبد يخرج من ثلث المال أو لم يخرج بل أجازت الورثة ذلك قسمت خدمة العبد أثلاثا يوما للموصى له بالسنة ويومين للموصى له بالسنين فيحصل استيفاء الوصيتين وفي ثلاث سنين ولا حق لورثة في خدمة العبد. ولو كان أوصى لرجل بخدمة العبد سنة سبعين ومائة لآخر سنة إحدى وسبعين ومائة والخدمة والعبد لا تخرج من الثلث ولم تجز الورثة قسمت الخدمة في سنة إحدى وسبعين ومائة على ستة أيام للورثة أربعة أيامولكل واحد من الموصى لهما يوم، وءذامضت هذ الوصية تبطل وصية الموصى له بسنة سبعين، وفي سنة إحدى وسبعين تقسم خدمة العبد أثلاثا على ثلاثة يوم للموصى له بسنة إحدى وسبعين ويومان للورثة، فإذا مضت هذه السنة بطلت الوصية. ولو كان العبد يخرج من الثلث أو لا يخرج لكن أجازت الورثة كانت خدمة العبد كلها في سنة سبعين له. وفي الجامع أيضا: رجل أوصى لرجل بسكين داره سنة وأوصى لآخر بسكاها سنتين ثم مات ولا مال له غير الدار وأبى الورثة أن يجيزوا ذكر أن الدار تقسم بينهم ثلثا الدار تسكنها الورثة، وثلث الدار يقسم بين الموصى لهما نصفين يسكن لكل واحد منهما سدس الدار حتى تمضي سنة، فإذا مضى سنة فالموصى له بسكني الدار سنة يدفع السدس إلى الموصى لهما بسكني الدار سنتين فيسكن ثلث الدار سنة أخرى ثم

***

[٢٩٩]

تعود الدار إلى الورثة. وفي الظهيرية: ولو كانت ت الدار لا تحمل القسمة كان الحكم فيها كالحكم في العبد، وهذا إذا لم تخرج الدار والعبد والثمرة من الثلث، فأما إذا خرج من الثلث أو أجازت الورثة قسمت ت الدار والغلة والسكني كلها في السنة الاولى بين الموصى لهما نصفين، وفي الثانية كلها لصاحب السنتين. قال رحمه الله: (فإن خرج العبد من ثلثه سلم إليه ليخدمه) لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة فيه وقد قدمنا ما فيه. قال رحمه الله: (وإلا) أي وإن لم يخرج من الثلث. (خدم الورثة يومين والموصى له يوما) لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية بالعين، ولا يمكن قسمة العبد لانه لا يتجزئ فصرنا إلى المهايأة فيخدمهم أثلاثا وقد قدمنا تفاصيل المسألة. قال رحمه الله: (وبموته يعود إلى ورثة الموصي) أي بموت الموصى له يعود العبد أو الدار إلى ورثة الموصى لانه أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه، فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها أبدا من ملك الموصى بغير رضاه وذلك غير جائز. قال رحمه الله: (ولو مات في حياة الموصى بطلت) أي لو مات الموصى له قبل موت الموصى بطلت الوصية لانها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت وفي الحال ملك الموصي ثابت فيه ولا يتصور تملك الموص له بعد موته فبطلت وقد قدمناه. قال رحمه الله: (وبثمرة بستانه فمات وفيه ثمرة له هذه الثمر وإن زادا له هذه الثمرة وما يستقيل كغلة بستانه) أي إذا أوصى بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة كان له هذه الثمرة وحدها، وإن قال له ثمرة بستاني أبدا كان له هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش. وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة عليه وما يستقبل، فحاصله أنه إذا أوصى بالغلة استحق القائم والحادث، وإن أوصى بالثمرة لا يستحق إلا القائم إلا إذا زاد فحينئذ تصير كالغلة فيستحقه وهو المراد بقوله وإن زاد أبدا له هذه الثمرة وما يستقبل فيحتاج إلى الفرق بينهما. والفرق أن الثمر اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد فتتناول المعدوم والموجود بذكره عرفا. وأما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود ولا يراد المعدوم إلا بدليل زائد عليه. وإنما قيده بقوله وفيه ثمرة لانه إذا لم يكن في البستان ثمرة والمسألة بحالها فهي كمسألة الغلة في تناولها للثمرة المعدومة ما عاش الموصى له. وإنما كان كذلك لان الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا يتناول المعدوم إلا مجازا، فإذا كان في البستان عند موت لموصى صار مستعملا في الحقيقة فلا يتناول المجاز، وإذا لم يكن فيه يتناول المجاز ولا يجوز الجمع بينهما إلا أنه إذا ذكر لفظ فيتناولهما عملا بعموم المجاز لا جمعا بين الحقيقة والمجاز وقد قدمنا تفاصيله. قال رحمه الله: (وبصوف غنمه وولدها ولبنها الموجود عند موته

***

[٣٠٠]

قال أبدا أولا) أي إذا أوصى بهذه الاشياء كان له الموجود عند موته ولا يستحق ما سيحدث بعد موته. سواء قال أبدا أو لم يقل،.

لانه أيجا ب عند الموت فيعتبر وجود هذه الاشياء عنده فهذا هو الحرف لكن جازت الوصية في الغلة المعدومة والثمرة والمعدومة على ما بينا لانها تستحق بغير الوصية من العقود كالمزارعة والمعاملة فلان تستحق بالوصية أولى لانها أوسع بابا من غيرها. وكذالصوف على الظهر، واللبن في الضرع، والولد الموجود في البطن يستحق بجميع العقود تبعا ويجعل مقصودا فكذا بالوصية. ثم مسائل هذا الباب على وجوه ثلاثة: منها ما يقع على الموجود والمعدوم وذكر الابد أو لم يذكر كالوصية بالخدمة والسكني والغلة والثمرة إذا لم يكن في البستان شئ من الثمرة عند موته. ومنها على الموجود دون المعدوم ذكر الابد أو لم يذكر كالوصية باللبن في الضرع والصوف على الظهر. ومنها ما يقع على الموجود والمعدوم إن ذكر الابد وإلا فعلى الموجود فقط كالوصية بثمرة بستانه وفيه ثمرة. ولم يتعرض المؤلف للوصية بالكفن والدفن وبقراءة القرآن على القبور ونحون فنذكر ذلك تتميما للفائدة. قال في واقعات الناطفي: إذا أوصى بأن يكفن بألف دينار أو بعشرة آلاف درهم فله أن يكفن بالسوط الذي ليس فيه إسراف ولا تقتير ولا تضييق. وقال في موضع آخر: يكفن بكفن المثل وهو أن ينظر إلى ثيابه حال حياته للخروج للجمعة والعيدين والوليمة. وقيل للفقيه أبي بكر البلخي: لم اعتبرت ثياب الجمعة والوليمة ولم تعتبر ثياب البذلة كما قال الصديق الحي أحوج إلى الجديد من الميت؟ قال: ذلك في زمان لم يكن معه غيره. وفي النوازل سأل أبو القاسم عن امرأة صاحبه فراش أوصت ابنتها أن تكفنها بسنتين درهما بما يساوي ثلثمائة درهم قال: إن لم تفعل ذلك بإذن جميع الورثة وهم كبار ضمنتها جملة الثياب إن كانت الكل وضيعة ولا يحسب منها شئ، وإن كان البعض رفيعة دون البعض مما كان فيه يكفن مثلها لم تضمن وما زاد على ذلك ضمنته. وفي فتاوي الخلاصة: والمختار أنها متبرعة في الكل إن فعلت من مالها أو من التركة تضمن. وسأل أيضا عمن أوصى بأن يكفن له بثمن كذا وفعل الموصى له ذلك فلاضمان عليه ولو وجد ميراثا وذلك الشئ للورثة. وسأل أبو بكر عن امرأة أوصت إلى زوجها أن يكفنها من مهرها الذي لها عليه قال: أمرها ونهيها في باب الكفن باط. وفي فتاوي الخلاصة قال: وصيتها في تكفينها باطلة ولو لم تترك مالا يكون كفنها في بيت المال دون الزوج بلا خلاف بين علمائنا. قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: هذا الجواب ظاهر الرواية عن أصحابنا. وروى خلف عن أبي يوسف أن الكفن على الزوج كالكسوة. وعن محمد أنه لا يجب قال: وبقول أبي يوسف نأخذ. قال الفقيه أبو بكر فيمن أوصى بأن يكفن في ثوب أن هذه الوصية باطلة. وفي الظهيرية: ولو أوصى أن يكفن في ثوب كذا ويدفن في موضع كذا فالوصية في تعيين الكفن وموضع القبر باطلة. وفي روضة

***

[٣٠١]

الزند وستي: إذا أوصى بأن يكفن في خمسة أثواب أو في ستة أثواب جازت وصيته ويراعي شرائطه. وفي الخلاصة: ولو أوصى بأن يدفن في مقبرة كذا تعرف لفلان الزاهد تراعي شرائطه، وإن أوصى بأن يدفن مع فلان لا يصح. وقا إبراهيم بن يوسف فمن مات ولم يترك شيئا قال: إن مات وترك ثوبا واحدا يكففيه وإلا يسأل قدر ثوب ويكفن فيه ولا يسأل الزيادة رجلا كان أو امرأة. قال الفقيه: هذا قول ابراهيم. وقال ابن مسلمة وغيره: يكفن في ثلاثة أثواب وكلا القولين حسن. أوصى بأن يدفن في داره فوصيته باطلة لانه ليس في وصيته منفعة له ولا لاحد من المسلمين، فلو دفن فيها فهو كدفنهم بغير وصية يرفع الامر إلى القاضي، فإن رأى الامر يرفعه فعل، وإن أوصى أن يدفن في داره فهو باطل إلا أن يوصي أن تجعل داره مقبرة للمسلمين. وفي الخلاصة: ولو أوصى بأن يدفن في بيته لا يصح ويدفن في مقابر المسلمين، ولو أوصى بأن يصلي عليه فلان فقد ذكر في العيون أن الوصية باطلة، وفي الفتاوي العتابية وهو الاصح، وفي نوادر ابن سماعة أنها جائزة ويؤجر إن صلى عليه والفتوى على ما ذكر في العيون. وعن أبي يوسف إذا أوصى بثلث ماله في أكفان موتى المسلمين أو في حفر مقابر المسلمين أو في سقاية المسلمين قال: هذا باطل. ولو أوصى بثلثه في أكفان فقراء المسلمين أو في حفر مقابرهم فهذا جائز. وفي فتاوي الخلاصة: ولو أوصى بأن تتخذ داره مقبرة فمات فوارثه مخير في دفنه فيها. ولو أوصى بأن يتخذ داره خانا ينزل فيه الناس يصح وعليه الاعتماد بخلاف ما لو أوصى بأن تتخذ سقاية. رجل مات ولم يوص إلى أحد فباعت امرأته دارا من تركته لكن بغير إذن سائر الورثة فالبيع في نصيبها جائز، وإن لم يكن على الميت دين محيط بعد ذلك ينظر إن كفنته بكفن مثله ترجع في مال الميت، وإن كفنته بأكثر من كفن المثل لا ترجع إلا بقدر كفن المثل. رجل أوصى بأن يكفن له من ثمن كذا فلم يفعل الوصي من ثمن كذا وكان وجد المشتري أو لم يجد لا يضمن الوصي ذلك الشئ، ولو اشترى الوصي كفنا فدفن فيه الميت

فظهر فيه عيب فهو والوصي يرجعان على البائع بالنقصان الاجنبي لا يرجع. وإذا أوصى أن يدفن في مسح كان اشترى وتغل يده وتقيد رجله فهذه وصية بما ليس لمشروع فبطلت ويكفن كفن مثله ويدفه كما يدفن سائر الناس إذ دفن الميت في قبر فيه ميت آخر قال: إذا بلي الاول حتى لم يبق منه شئ من العظام وغيره يجوز، وإن بقي فيه العظام فإنه يهال عليه التراب ولا تحرك العظام ويدفن الثاني بقرب الاول إن شاؤوا ويجعل بينهما حاجز من الصعيد. ولو أوصى بأن يحمل بعد موته إلى موضع كذا ويدفن هناك ويبني هناك رباط من ثلث ماله فمات ولم يحمل إلى هناك قال أبو بكر: وصيته بالرباط جائزة ووصيته بالحمل باطلة. ولو حمله الوصي يضمن ما انفق في حمله قال الفقيه: هذا إذا حمل بغير إذن الورثة، ولو حمل بإذنهم وهم كبار فلا ضمان. إذا أوصى بأن يطين قبره ويوضع على قبره قبه فالوصية باطلة إلا أن يكون في موضع يحتاج إلى التطيين

***

[٣٠٢]

فيجوز. سأل أبو القاسم عمن دفع إلى ابنته خمسين درهما في مرضه وقال إن مت أنا فأعمري قبرا بخمسة دراهم واشتري بالباقي حنطة وتصدقي بها قال الخمسة: الوصية بها لا تجوز وينظر إلى القبر الذي أمر بعمارته، فإن كان يحتاج إلى العمارة للتخصيص لا للزينة عمر بقدر ذلك والباقي يصدق على الفقراء، وإن كان أمر بعمارته على الحاجة التي لا بد منها فوصيته جائزة. وإذا أوصى أن يدفع إلى إنسان كذا من ماله ليقرأ القرآن على قبره فهذه الوصية باطلة قال: إن كان القارئ معينا ينبغي أن يجوز الوصية له على وجه الصلة دون الاجر قال أبو نصر: وكان يقول لا معنى لهذه الوصية لان هذا بمنزلة الاجرة والاجارة في ذلك وهو بدعة ولم يفعلها أحد من الخلفاء، وقد ذكر مسألة قراءة القرآن على القبور في الاستحسان. سأل أبو النصر عن شئ يلقي في القبر بجنب الميت مثل المضربة ونحوها قال: لا بأس به وهو بمنزلة الزياد في الكفن. وفي الخانية: وبعضهم أنكر ذلك وقال: إذا كان محشوا لا تبقي تحته والمحشو ليس من جنس الكفن فقد ذكر محمد في حق الشهيد ينزع عنه السلاح والفرو والحشو، ولو كان من جنس الكفن لما أمر بنزعه. وسأل أبو القاسم عمن أوصى أن نحفر عشرة أقبر قال: إن عين مقبرة ليدفن فيها الموتى فالوصية جائزة لان ذلك عمارة المقبرة وأنها قربة، وإن كان الحفر لدفن أبناء السبيل وللفقراء من غير أن يبين موضعا فالوصية باطلة. وفي الواقعات عن محمد: إذا أوصى بأن يحفر مائة قبرا استحسن ذلك في محلته ويكن على الكبير والصغير، وبعض مشايخنا اختاروا أنه لو لم يعين المقبرة لا يجوز. وإذا أوصى أن تدفن كتبه لم يجز إلا أن يكون فيها شلا يفهمه أحد ويكون فيه فساد فينبغي أن يدفن والكتب التي فيها الرسل وفيها اسم الله ويستغني عنها صاحبها بحيث أن لا يقرأها واجب محموما فيها من اسم الله ولم يحفر لها ويلقيها في الماء الجاري الكثير فلا بأس به وإن لم يفعل ودفنها في أرض طاهرة ولا ينالها قذر كان حسنا، ولا يجوز أن يحرقها بالنار حتى يمحو ما كان من أسماء الله تعالى وأسماء رسله وملائكته. وفي الخانية وعن بعض أهل الفضل: رجل أوصى بأن تباع كتبه ما كان خارجا من العلم وتوقف كتب العلم ففتش كتبه فكان فيها كتب الكلام فكتبوا إلى أبي القاسم الصفار أن كتب الكلام تباع لانها خارجة عن العلم. وفي الظهيرية: فعلى هذا لو أوصى رجل لاهل العلم بشئ من ماله لا يدخل فيه أهل الاصول وقد ذكرنا شيئا من هذه المسائل مع مسألة دفع المصحف في كتاب الاستحسان. باب وصية الذمي لما فرغ من وصية المسلمين شرع في وصية أهل الكتاب وترجم بالذمي لانه ملحق

***

[٣٠٣]

بالمسلمين في المعاملات قال رحمه الله: (ذمي جعل داره بيعة أو كنيسة في صحته فمات فهي ميراث) لانه بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة والوقف عنده لا يلزم فيورث فكذا هذا، وأما عندهما فلان هذا معصية فلا يصح وإن كانت قربة في معتقدهم بقي إشكال على قول أبي حنيفة وهو أن هذا عندهم كالمسجد عندنا والمسلم ليس له أن يبيع المسجد فوجب أن يكون الذمي كذلك لانهم عنده يتركون وما يعتقدون. وجوابه أن المسجد محرز عن حقوق العباد فصار خالصا لله ولا كذلك البيع في حقهم فلانها لمنافع الناس لانهم يسكنون فيها ويدفنون فيها أمواتهم فلم تصر محرزة عن حقوقهم فكان ملكه فيها تاما وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضا على ما يجئ بيانه. قال رحمه الله: (وإن أوصى بذلك لقوم مسلمين فهو من الثلث) أي إذا أوصى أن يبني داره بيعة أو كنيسة لمعينين فهو جائز من الثلث

لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك فأمكن تصحيحها على اعتبار المعنيين. قال رحمه الله: (وبداره كنيسة لقوم غير مسمين صحت كوصية حربي مستأمن بكل ماله لمسلم أو ذمي) يعني إذا أوصى بداره بأن تبنى كنيسة لقوم غير مسمين صحت كما تصح لحربي الخ. أما الاول وهو ما إذا أوصى إلى قوم مسمين فهو قول أبي حنيفة، وعندهما الوصية باطلة لانها معصية حقيقة، وإن كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لان تنفيذها تقرير للمعصية. ولابي حنيفة أن هذه قربة في معتقدهم ونحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون فيجوز بناء على معتقدهم ألا ترى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة وهو معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه. ثم الفرق لابي حنيفة بين بنائها وبين الوصية بها أن البناء ليس بسبب لزوال الملك وإنما يزول ملك الباني بأن يصير محرزا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين، والكنيسة لا تحرز لله تعالى على ما يبناه فيورث عنه بخلاف الوصية لانها وضعت لازالة الملك غير أن ثبوت مقتضى الوصية وهو الملك امتنع فيما ليس بقربة عندهم فيبقى فيما هو قربة عندهم على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث. قال مشايخنا: هذا فيما أوصى ببنائها في القرى، وأما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من إحداث البيعة في الامصار. وعلى هذا الخلاف إذا أوصى بأن يذبح خنازيره ويطعم المشركين من غير تعيين لما ذكرنا، وإن كان لقوم معينين جاز بالاتفاق. فحاصله أن وصايا الذمي على ثلاثة أقسام وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عندنا، وعندهم كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس أو بأن يغزي الترك وهو من الروم سواء كان لقوم معينين أو غير معينين لانه وصية بما هو قربة عندنا وفي معتقدهم أيضا قربة. ومنها ما هو باطل بالاتفاق وهو ما إذا أوصى بما هو ليس بقربة عندنا ولا عندهم كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات أو أوصى بما هو قربة عندنا

***

[٣٠٤]

وليس في معتقدهم كما إذا أوصى بالحج وببناء المساجد للمسلمين أو بأن تسرج مساجدنا لانه معصية عندهم إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح باعتبار التمليك. ومنها ما هو مختلف فيه وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عندهم وليس بقربة عندنا كبناء الكنيسة لقوم غير معينين ونحوه. فعند أبي حنيفة يجوز، وعندهما لا يجوز. فإن كان لقوم معينين يجوز في الكل على أنه تمليك لهم، وما ذكره من الجهة من تسريج المساجد ونحوه خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام حتى لا يلزم أن يصرفوه في الجهة التي عينها هو بل يفعلون به ما شاؤوا ولانه ملكهم والوصية إنما صحت باعتبار التمليك لهم. وصاحب البدعة إذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا أمرنا ببناء الاحكام على ظاهر الاسلام وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته. قال صاحب الهداية في المرتدة: الاصح أنه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل أو يسلم فجعلها كالذمية. وقال السغناقي في النهاية: ذكر صاحب الكتابة في الزيادات الخلاف على هذا. وقال بعضهم: لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية. والفرق بينهما وبين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها، وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها ا ه‍. وقال صاحب العناية بعد أن نقل هذا من النهاية: والظاهر أن لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وههنا الاصح وهما يصدقان ا ه‍. أقول: هذا ليس بشئ إذ لا شك أن مراد من قال في الخلافيات هو الصحيح ترجيح هذا القول على القول الآخر لا بيان مجرد صحته مع الآخر كما أن مراد من قال هو الاصح ترجيحه على الآخر بل قوله هو الصحيح أدل على الترجيح من قوله هو الاصح، ولا ريب أن ترجيح أحدهما على الآخر ينافي ترجيح الآخر عليه ولا يمكن أن يصدقا معا. قال الراجي عفو ربه: الاشبه أن تكون كالذمية تجوز وصيتها لانها لا تقتل ولهذا يجوز جميع تصرفاتها، وكذا الوصية كأنه أراد بقوله صاحب الكتاب صاحب الهداية. وذكر السغناقي أن من ارتد عن الاسلام إلى النصرانية أو اليهودية أو المجوسية فحكم وصاياه حكم من انتقل إليهم فما صح منهم صح منه وهذا عندهما، وأما عند أبي حنيفة فوصيته موقوفة ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع لانها لا تقبل عندنا. وقال قاضيخان: المرتدة الصحيح أنها كالذمية فيجوز منها ما جاز من الذمية وما لا فلا. وأما الثاني وهو ما إذا أوصى الحربي لمسلم فلانه أهل للتمليك منجزا كالهبة ونحوها فكذا مضافا، ولو أوصى بأكثر من الثلث أو بماله كله جاز لانه امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة وليس لورثته حق شرعي لانهم أموات في حقنا، ولان حرمه ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته وليس لورثته حق شرعي وقد أسقط حقه فيجوز. وقيل: إذا كان ورثته معه لا يجوز بأكثر من الثلث إلا بإجازة منهم لانه بالامان التزم أحكامنا فصار كالذمي. ولو أوصى ببعض ماله نفذت الوصية في الثلث ورد الباقي لورثته،

وكذا لو
***
[٣٠٥]
أوصى لمستأمن مثله. ولو أعتق عبده عند الموت أو دبره جاز ذلك كله من غير تقييد بالثلث لما بينا، وكذا إذا أوصى لمسلم أو ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام كالذمي في المعاملات ولهذا تصح عقود التمليكات منه وتبرعاته في حال حياته فكذا عند مماته. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف: وصية الذمي للحربي المستأمن لا تجوز لانه في دراهم حكما حتى يمكن من الرجوع إليها، والاول أظهر لان الوصية تمليك مبتدأ ولهذا يجوز للذمي لانهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع إلى المعاملات. ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث لان الكفر كاملة واحدة. ولو أوصى لحربي لا يجوز لان الارث ممتنع كتباين الدارين فكذا الوصية لانها أخته، وعلى رواية الجامع الصغير ينبغي أن تجوز كالمسلم. ولو أوصى لمستأمن في دار الاسلام ينبغي أن يكون على الروايتين المذكورتين في المسلم والله أعلم. باب الوصي وما يملكه لما فرغ من بيان أحكام الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى إليه وهو الوصي، وقدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة إلى معرفتها أمس. قال رحمه الله: (ولو أوصى إلى رجل فقبل عنده ورد عنده يريد) يعني قبل عند الموصى لان الموصي ليس له ولاية إلزامه التصرف ولا عذر من جهته لانه يمكنه أن يوصي إلى غيره. قال في الذخيرة: المراد به عنده يعني بعلمه ورده بغير علمه سواء كان عنده أو في مجلس غيره. قال في المبسوط: مسألة مشتملة على فصول: فصل في حق الايصاء وكيفيته، وفصل في قبوله ورده، وفصل فيمن يجوز إليه الايصاء ومن لا يجوز، وفصل في عزله. الرجل إذا حضر الموت ينبغي أن يوصي ويكتب وصيته لقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر يبيت إلا ووصيته تحت رأسه ويكتب كتاب الوصية هذا ما أوصى فلان بن فلان فإنه يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله، وأن الجنة حق والنار حق، وأن الساعة آتية لا ريب فيه وأن الله يبعث من في القبور، وأن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين. أي في هذه الوصية لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان آخر كلمته شهادة أن لا إله إلا الله وأني رسول الله وجبت له
***
[٣٠٦]
الجنة (٢) ثم يكتب وأنا العبد المذنب الضعيف المفرط في طاعته المقصر في خدمته المفتر إلى رحمته الراجي لفضله والهارب من عدلة، وترك من المال الصامت كذا، وما الرقيق كذا، ومن الدور كذا، وعليه من الدين كذا إن كان عليه دين ويسمي الغرواسم أبيه كيلا تجحد الورثة دينه فيبقى الميت تحت عهدته، ويكتب إن مت من مرضي هذا فأوصيت بأن يصرف مالي إلى وجوه الخيرات وأبواب البر تداركا لما فرفي حياته وتزودا وذخرا لآخرته، وأنه أوصى إلى فلان بن فلان ليقوم بقضاء ديونه وتنفيذ وصيته وتمهيد أسباب ورثته فعليه أن يتقي الله حق تقاته ولا يتقاعد في أموره في وصيته ولا يتقاصر عن إيفاء حقوقه واستيفائه، فإن تقاعد فإن الله تعالى حسيب عليه ويشهد على ذلك. وإنما يصح الاشهاد إذا علم الشهود بما في الصك والشهادة على الوصية بدون العلم لا تجوز لقوله عليه الصلاة والسلام للشاهد إذا علمت مثل الشمس فاشهدوا وإلا فدع. ولو قال الشهود بعد ما قرأوا الصك نشهد عليك فحرك رأسه بنعم ولم ينطق لم تجز شهادتهم، فإن اعتقل واحتبس لسانه روي عن أبي يوسف أنه تجوز وتعتبر إشارته وهو قول الشافعي له أن الاشارة تقوم مقام العبارة حاله عجزه عن النطق والعبادة قياسا على الاخرس لان العجز عن النطق متى تحقق يستوي فيه العارض والاصلي فيما تتعلق صحته بالنطق كالعجز عن القراءة فإنه تجوز صلاة الاخرس بغير قراءة وتجوز صلاة من اعتقل لسانه بغير قراءة فكذا هذا. ولنا أن الاشارة تدل على النطق والعبادة إنما تتصل إلى البدل حالة اليأس عن النطق وهنا لم يقع اليأس عن النطق لان اعتقال لسانه واحتباسه لا يدوم بل بعرض الزوال والانتقال في كل ساعة فلا تقوم الاشارة مقام العبارة، وأن الاشارة محتملة غير معلمة إلا أن في الاخرس تقدم منه إشارات مفهومة وآلة واضحة على مراداته الباطنة فزال الاحتمال عن إشارته فقامت مقام نطقه وعبارته، وهنا لم يتقدم منه إشارات معلومة حتى يعلم بإشارته مراداته فبقت إشارته محتلمة غير مفهمة فلا تقوم مقام عبارته، فإما إذا طالت الغفلة أو الحبسة في لسانه ودام هل تعتبر أشارته؟ اختلف المشايخ فيه، قيل لا تعتبر اعتبارا للمعنى الاول وهو أنه لم يقع اليأس عن النطق فلا

تقوم إشارته مقام عبارته، وقيل تعتبر وقد روي هذا أبو عمر والصغاني عن أبي حنيفة اعتبارا للمعنى الثاني لانه لما طالت الغفلة صار له إشارة معهودة فتقوم مقام النطق كما في الاخرس وإضافة الوكالة إلى ما بعد الموت وصية لان الايصاء توكيل بعد الموت والوصاية قبل الموت وكالة. ولو أوصى إلى رجل في ماله كان وصيا فيه وفي ولده، وإذا أوصى إليه في أنواع وسكت عن نوع فالوصي في نوع يكون وصيا في الانواع كلها عندنا خلافا للشافعي لانه لو لم تعم وصايته تقع الحاجة إلى نصب وصي آخر فجعل من اختاره الميت وصيا ببعض أموره وصيا في كلها
***
[٣٠٧]
إلى من جعل غيره وصيا لان الموصي لم يرض بتصرف غيره في شئ من الامور ورضي بتصرف هذا في بعض الامور لانها استصلحه واستصوبه في الوصاية فكون هذا وصيا على العموم أولى. ولو قال لفلان وصي إلى أن يقدم فلان فهو كما قال، وذكر القدوري الاول وصى مع الثاني ولا يصح تخصيصه بزمان دون زمان، وجه ظاهر الرواية أن الايصاء قابل للتوقيت لانه توكيل أو إثبات ولاية وكلا الامرين قابل للتوقيت فيتوقت وصاية الاول بقدوم فلان، فإذا قدم فلان انعزل الاول كما لو وكل وكيلا إل أن يقدم فلان وصار الثاني وصيا لانه علق وصية الاول بالشرط وتعليق الايصاء بالشرط جائز لانها وكالة، وتعليق الوكالة والنيابة بالشرط جائز كما لو قال إن سافرت فأنت وكيلي في أمري صح كما لو قال أوصيت إلى عمرو ما لم يقدم زيد وسكت فقدم زيد كان عمرو وصيا بعد قدوم زيد وكان أقام عمرا وصيا لانه مختار الميت ووصيه أولى من إقامة غيره بخلاف ما لو قال أوصيت إلى عمرو ما لم يقدم زيد فإذا قدم زيد فقد أوصيت إلى زيد كان كما قال لانه لم يبق عمرو وصيا معه بعد قدوم زيد فإنه لا يحتاج إلى إقامة من ليس بمختار الميت مقام عمرو، ولا بد من قبول الموصى له لانه متبرع بالعمل له ويلحقه ضرر العهدة فلا بد من قبوله والتزامه. وإذا أوصى إليه فقبل قبل موته أو بعده ثم رد لم يخرج لان الموصي ما أوصى إلا إلى من يعتمد عليه الاصدقاء والامناء، فلو اعتبر القبول بعد الموت فربما لا يقبل فلا يحصل غرضه وهو الوصي الذي اختاره. وقيل: لو صح رده بعد الموت تضرر به وصار مغرورا من جهته لانه اعتمد على قبوله بأن يقوم بجميع التصرفات بعد وفاته والوصي بقبول الوصاية التزم ذلك بمحضر منه، فلو صح رده وقع الموصي في ضرر ويصير مغرورا من جهة الوصي فصارت الوصاية لازمة عليه شرعا بالتزامه نظرا للموصي دفعا للضرر عنه بخلاف الوصية بالمال لان ثمة لو لم يصح رده بعد موته لا يتضرر الميت لانه يعود الثلث إلى الورثة بل الضرر على الموصى له. ولو قبل في حياة الموصي ثم رده في حياته مواجهة يصح ولا يصح بدون محضر الموصي أو علمه لما فيه من الغرور كما في الوكيل لان الموصي طلب منه الالتزام بعد الوفاة لا حالة الحياة ولا يمكنه في الاخيرة أن يوصي إلى غيره فتضرر به، ولو لم يقبل في حياته فهو بالخيار بعد موته إن شاء قبل، وإن شاء رد لان هناك الميت مغرور وهنا ليس كذلك لانه يمكنه أن يسأل أن يقبله أو لا يقبله، فإذا لم يفعل واعتمد على أنه يقبله بعد موته ولم يوص إلى غيره فقد قصر في أمره فصار مغترا من جهة نفسه لا مغرورا من جهة الوصي، والقبول تارة يكون بالقبول وتارة الفعل، فالقبول بالفعل كتنفيذ في وصيته أو شراء شئ للورثة أو قضاء دين كقبوله بالقول إذا الوصاية قد تمت وتقررت بموت الموصي شرعا فإنها لا تقبل البطلان من جهة الموصي إلا أن للموصى له ولاية الرد حتى لا يلزمه ضرر الوصاية بغير رضاه، وليس من صيرورته وصيا
***
[٣٠٨]
بغير علمه ضرر على الوصي إذا كانت له ولاية الرد والابطال كمن أقر لغيره بمال يثبت حكمه حتى لو مات المقر قبل القبول توقف على قبول المقر له، فإذا تصرف الوصي في التركة تصرفا يدل على قبوله تلزمه الوصاية لانه لا يقدر على الرد إلا برد التصرف ولا يمكنه رد التصرف فلا يبقى له الرد لزمته الوصاية ضرورة. وعن أبي يوسف في المنتقى: الدخول في الوصية أول مرة غلط، والثاني خيانة، والثالث سرقة فإذا ظهرت من الوصي خيانة عزله القاضي ونصب آخر لان الامانة في الايصاء أصل لان منفعة الايصاء وفائدتها تحصل بها. ثم الاوصياء ثلاثة: عدل كاف، وغير عدل كاف، وفاسق مخوف على ماله. فالعدل الكافي لا يعزله القاضي وإن عزله ينعزل وصار حائرا لان للقاضي سطوة يد وولاية شاملة على الكافة خصوصا على مال الميت والصغار فيكون عزل القاضي كعزل الميت لو كان حيا. قال صاحب الفصولين: الخيار عندي أنه لا ينعزل، ولو لم يعلم القاضي أن للميت وصيا والوصي غائب فأوصى إلى رجل فالوصي هو وصي الميت دون وصي القاضي لانه اتصل به اختيار الميت دون وصي القاضي كما إذا كان القاضي عالما والعدل الذي

ليس بكاف أو ضعيف لا يقدر على التصرف وحفظ التركة بنفسه يضم إليه غيره ولا يعزله لاعتماد الموصى عليه لامانته وصيانته حتى لا ينقطع عن الميت منفعة عدالته ويضم إليه آخر حتى يزول ضرر عدم كفايته هدايته. والفاسق المخوف على ماله يعزله القاضي ونصب آخر مكانه لان في إبقائه على الوصية إضرارا بالميت والميت لا يقدر على عزله فقام القاضي مقامه في العزل. وفي الفتاوي: ولو قال الوصي لي على الميت دين ولا بينة له قيل بأن للقاضي أن يخرجه من الوصاية لانه يستحل الاخذ من مال الميت، وقيل لا يخرجه إلا إذا ادعى شيئا بعينه أخرجه من يده، والمختار أن القاضي يقول للموصى له إما أن تقية البينة عليه حتى تستوفي، وإما أن تبرئه من الدين، وأما إن أخرجك من الوصاية فإن أبرأه وإلا أخرجه. وذكر الخصاف في آداب القاضي أن للقاضي أن يجعل للميت وصيا أخر في مقدار ذلك الدين خاصة حتى يقيم الاول البينة على الوصي لان البينة لا تقبل إلا على الخصم ولا يخرجه من الوصاية. مريض قال لآخر اقض ديوني صار وصيا في قول أبي حنيفة. وقال محمد: ما لم يقل أقض ديوني ونفذ وصاياي لا يصير وصيا. سأل نصير بن يحيى عن قوم ادعوا على الميت دينا ولا بينة لهم والوصى يعلم ذلك قال: يبيع الوصي بعض التركة من الغريم ثم يجحد الغريم الثمن فيصير قصاصا عن ماله، وإن كانت التركة متاعا أو دعهم ثم يجحدون. وقال نصير بن أبي سليمان: وصي شهد عنده عدل أن لهذا على الميت ألف درهم قال يسعه أن يعطيه بقوله، وإن خاف الضمان وسعه أن لا يعطيه فإن كان هذا شيئا بعينه كجارية ونحوها فعلم الوصي أنها لهذه أو كان الميت غصبها قال: هذا يدفعها إلى المغصوب منه. قال رحمه الله: (وإلا لا) أي إن لم يرد عنه بل ردها في غير وجهه لا ترتد لان الوصي

***

[٣٠٩]

مات معتمدا عليه ولم يصح رده في غير وجهه لانه صار مغرورا من جهته فيرد رده عليه فيبقى وصيا على ما كان كالوكيل إذا عزل نفسه في غيبة الموكل ولم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء رد لان الموصي ليس له ولاية الزامه فيكون مخيرا. قال في الهداية: بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه احترازا عن الوكيل بشراء عبد بعينه لانه لا يملك عزل نفسه فاعتبر علم الموكل كما في الوصي لانه يؤدي إلى غرور الموكل بخلاف ما إذا كان وكيلا بشراء شئ بعينه له أن يعزل نفسه بغير محضر الموكل على قول بعض المشايخ، وإليه أشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل على هذا عرفت أن ما قال بعضهم في شرحه قول صاحب الهداية مخالفا لعامة روايات الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرهما ليس بشئ لان مراد ما ذكر في التتمة وغيرها من قولهم الوكيل لا يملك إخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ما إذا كان وكيلا بشراء شئ بعينه، ومراد صاحب الهداية هنا ما إذا كان وكيلا بشراء شئ بغير عينه فتوافقت الروايا ت جمعا ولم تختلف، إلى هنا كلام صاحب الغاية، وإلى هذا مال صاحب العناية أيضا كما يظهر من تقريره في شرحه. قال رحمه الله: (وبيع التركة كقبوله) شرع المؤلف يبين أن القبول تارة يكون باللفظ، وتارة يكون بالفعل، فالقبول بالفعل بأن يبيع الوصي التركة قبل القبول باللفظ فهو قبول دلالة الالتزام وهو معتبر بالموت، وينفذ البيع لصدوره من الموصى، سواء علم بالايصاء أو لم يعلم، بخلاف الوكيل حيث لا يكون وكيلا من غير علم لان التوكيل إنابة في حال قيام ولاية الموكل ولا يصح من غير علم كإثبات الملك في البيع والشراء فلا بد من العلم وطريق العلم به أن يخبره واحد من أهل التمييز وقد تقدم بيانه، أما الايصاء نخلافه لانه مختص بحال انقطاع ولاية الميت فلا يتوقف على العلم كالوراثة. قال رحمه الله: (وإن مات الموصي فقال لا أقبل ثم قيل صح إن لم يخرجه قاض منذ قال لا أقبل) أي الموصى إليه إن لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله ذلك إن لم يكن القاضي أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل لان مجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء لان فيه ضررا بالميت وضرر الموصى له في الابقاء مجبور بالثواب، ودفع الضرر الاول أولى إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصيه يصح ذلك لانه مجتهد فيه فكان له إخراجه بعد قوله لا أقبل كما أن له اخراجه بعد قبوله أولا لانه نصب ناظرا فإذا رأى غيره أصلح منه كان له عزله ونصب غيره، وربما يعجز هو عن ذلك فيتضرر بالوصية فيدفع القاضي الضرر وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيدفع الضرر من الجانبين. ولو قال أقبل بعدما أخرجه القاضي لا يلتفت إليه لانه قبل بعدما بطلت الوصية بإخراج القاضي إياه. قال في العناية: وطولب بالفرق بين الموصى له والموصى إليه فإن قبول الاول في الحال غير معتبر حتى لو قبل حال

***

[٣١٠]
حياة الموصي ثم رده بعد وفاته كان صحيحا بخلاف الثاني فإن إذا قبله في حال الحياة ثم رده بعد الموت لا يصح، وفي أن قبوله حال حياته معتبر وقبول الاول في حال الحياة غير معتبر. وأجيب بأن الايصاء يقع للميت فكان ردها بغير علمه إضرارا به فلا يجوز بخلاف الاول. وقوله بخلاف الوكيل بشراء عبده بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غيبته وبغير علمه لانه لا ضرر. قال صاحب النهاية: هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة وأدب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للمحبوبي، وفي كل واحد منهما ما يدل على أن الوكيل إذا عزل نفسه من غير علم الموكل لم يخرج عن الوكالة حال غيبة الموكل وقول المؤلف إن لم يخرجه قاض إلى آخره اختلف المشايخ في هذا الاخراج قال في العناية: فمنهم من قال حكم في فصل مجتهد فيه فينفذ وإليه ذهب الامام السرخسي واختاره المصنف، ومنهم من قال إنما صح لانها لو صحت بقبوله كان للقاضي أن يخرج ويصح الاخراج فهذا أولى وإليه ذهب الحلواني. قال رحمه الله: (وإلى عبد وكافر وفاسق بدل بغيرهم) أي إذا أوصى إلى هؤلاء المذكورين أخرجهم القاضي ويستبدل غيرهم مكانهم. وأشار المصنف إلى شروط الولاية: فالاول الحرية، والثاني الاسلام، والثالث العدالة. فلو ولي من ذكر صح ويستبدل غيره، وذكر القدوري أن للقاضي أن يخرجهم عن الوصية وهذا يدل على أن الولاية صحيحة لان الاخراج يكون بعد الدخول. وذكر محمد في الاصل أن الوصية باطلة قيل معناه ستبطل، وقيل في العبد باطلة لعدم الولاية على نفسه وفي غيره معناه ستبطل، وقيل في الكافر باطلة أيضا لعدم ولايته على المسلم. ووجه الصحة ثم الاخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره على ما عرف من أصلنا، وولاية الكافر تتم في الجملة إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة مولاه وتمكنه من الحجر بعدها والمعادة الدينية دالة على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجهم القاضي عن الوصية ويقيم غيرهم مقامهم إتماما للنظر. وشرط في الاصل أن يكون الفاسق مخوفا منه على المال لانه يكون عذرا في إخراجه وتبديله بغيره بخلاف ما إذا أوصى إلى مكاتبه أو مكاتب غيره حيث يجوز لان المكاتب في منافعه كالحر وإن رد بعد ذلك فالجواب فيه كالجواب في القن، والصبي كالقن لو بلغ الصبي وعتق العبد وأسلم الكافر لم يخرجهم القاضي عن الوصية. وإذا تصرف الصبي أو العبد أو الذمي قبل أن يخرجهم القاضي من الوصاية هل ينفذ تصرفهم؟ اختلف فيه المشايخ، فمنهم من قال ينفذ، ومنهم من قال لا ينفذ وهو الصحيح. ولو أوصى إلى عاقل فجن جنونا مطبقا قال أبو حنيفة: ينبغي للقاضي أن يجعل مكانه وصيا للميت، فإن لم يفعل القاضي حتى أفاق الوصي كان وصيا على حاله. وفي نوادر إبراهيم عن محمد: إذا أوصى إلى رجل فقال إن مت أنت فالوصي بعدك
***
[٣١١]
فلان فجن الاول جنونا مطبقا فالقاضي يجعل مكانه وصيا حتى يموت الذي جن فيكون الذي سماه الموصى وصيا فقد ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله في نوادره فيمن أوصى إلى ابن صغير له قال، يجعل القاضي له وصيا يجوز أمره، وإذا بلغ ابنه جعله وصيا وأخرج الاول إن شاء ولا يخرج إلا بالاخراج. قال رحمه الله: (وإلى عبده وورثته صغار صح) أي إذا أوصى إلى عبد نفسه وورثته صغار جاز الايصاء إليه، وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: لا يجوز وهو القياس لان الولاية منعدمة لما أن الرق ينافيها ولان فيه الولاية للمولك على المالك وفي هذا قلب المشروع، ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزئ في اعتبار هذه الولاية تجزؤها لا يملك بيع رقبته وهذا خلاف الموضوع. ولابي حنيفة أنه مخاطب مستند بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لاحد عليه الولاية فإن الصغار وإن كانوا ملاكا فليس لهم ولاية التصرف فلا منافاة. فإن قيل: إن لم يكن لهم ذلك فللقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة أجيب بأنه إذا ثبت الايصاء لم يبق للقاضي ولاية بخلاف ما إذا كان في الورثة كبار أو أوصى إلى عبد الغير لانه لا يستبد إذا كان للمولى منعه بخلاف الاول لانه ليس له بيعه وإيصاء المولى إليه يؤذي بكونه ناظرا لهم فصار كالمكاتب والوصايا قد تجزأ على ما رواه الحسن عن أبي حنيفة كما إذا أوصى لرجلين أحدهما يكون في الدين والآخر في العين فيكون كل واحد منهما وصيا فيما أوصى إليه خاصة أو نقول يصار إليه كيلا يؤدي إلى إبطال أصله، وتعيين الوصف بإبطال عموم الولاية أولى من إبطال أصل الايصاء، وقول محمد فيه مضطرب ويروي مع أبي حنيفة ويروي مع أبي يوسف. قال رحمه الله: (وإلا لا) يعني إن لم تكن الورثة صغارا بأن كانوا كلهم أو

بعضهم كبارا لا يجوز الايصاء لان الكبير له أن يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بما التزم فلا يفسد. قال رحمه الله: (ومن عجز عن القيام ضم إليه غيره) لان في الضم رعاية الحقين حق الوصي وحق الورثة لان تكميل النظر يحصل به لان النظر يتم بإعانة غيره، ولو شكى الوصي إليه ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا على نفسه، ولو ظهر للقاضي عجزه أصلا استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين، ولو كان قادرا على التصرف وهو أمين فيه ليس للقاضي أن يخرجه لان مختار الميت، ولو اختار غيره كان دونه فكان إبقاؤه أولى ألا ترى أنه قدم على أب الميت مع وفور شفقته فأولى أن يقدم على غيره، وكذا إذا شك الورثة أو بعضهم الوصي إليه لا ينبغي له أن يعزله حتى تبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير أنه إذا ظهرت الخيانة فاتت الامانة، والميت إنما اختاره لاجلها وليس من النظر ابقاؤه بعد فواتها، ولو كان حيا لاخرجه منها فينوب القاضي منابه عند عجزه ويقيم غيره مقامه كأنه مات ولا وصي له.

***

[٣١٢]

قال رحمه الله: (ويبطل فعل أحد الوصيين) أي إذا أوصى إلى اثنين لم يكن لاحدهما أن يتصرف في مال الميت، فإن تصرف فيه فهو باطل وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: ينفرد كل واحد منهما بالتصرف. ثم قيل: الخلاف فيما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد، وأما إذا أوصى إليهما معا أو أوصى إليهما بعقد على حدة ومحمد الخلاف إذا كان ذلك في عقدين، وأما إذا كان في عقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالاجماع فكذا ذكره الكيساني. وقيل: الخلاف في الفصلين جميعا ذكره أبو بكر الاسكاف. وقال في المبسوط: وهو الاصح. ولا يخفى أن المراد من البطلان التوقف على إجازة الآخر أو رده بخلاف الوكيلين إذا وكلهما متفرقا حيث ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بالاجماع. والفرق أن ضم الثاني في الايصاء دليل على عجز الاول عن المباشرة وحده وهذا لان ضم الايصاء إلى الثاني يقصد به الاشتراك مع الاول وهو يملك الرجوع عن الوصية للاول فيملك اشتراك الثاني معه، وقد يوصي الانسان إلى غير على أنه يتمكن من اتمام مقصوده وحده ثم يتبين له عجزه عن ذلك فيضم إليه غيره فصار بمنزلة إيصاء إليهما معا ولا كذلك الوكالة، فإن رأي الموكل قائم. ولو كان الوكيل عاجزا لباشر بنفسه لتمكنه من ذلك، ولما وكل علم أن مراده أن ينفرد كل واحد منهما بالتصرف، ولان وجوب الوصية عند الموت فيثبت لهما معا بخلاف الوكالة المتعاقبة، فإذا ثبت أن الخلاف فيهما معا فأبو يوسف يقول: إن الوصايا سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزئ فيثبت كل واحد كاملا كولاية الانكاح للاخوين وهذه لان الوصايا خلافة وإنما تحقق الخلافة إذا انتقلت إليه كذلك فلا اختيار الموصي أيهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة إليه. ولهما أن الولاية تنبت عند الموت فيراعي وصف ذلك وهو وصف الاجتماع لانه شرط مفيد لان رأي الواحد لا يكون كرأي الاثنين ولم يرض الموصي إلا بالاثنين فصار كل واحد في هذا السبب بمنزلة شطر العلة وهو لا يثبت به لحكم فكان باطلا بخلاف الاخوين في النكاح لان السبب هناك القرابة وقد قامت بكل واحد منهما كملا، ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بإنكاحها من كف ء يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصي ولهذا بقي مخيرا في التصرف، ففي الوليين أولى حتما على صاحبه وفي الوصيين استوفى حقا لصاحبه فلا يصح نظير الاول إيفاء دين عليهما. ونظير الثاني استيفاء دين لهما حيث يجوز في الاول دون الثاني بخلاف مواضع الاستثناء لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية على ما نبينه ومواضع الضرورة مستثناة دائما أبدا وهو ما استثناه في الكتاب وأخواتها. وفي التتارخانية: رجل أوصى إلى رجلين فمات أحدهما وأوصى إلى صاحبه جاز ويكون لصاحبه أن يتصرف، وروي أنه لا يجوز والصحيح الاول. وفي فتاوي أبي الليث: إذا أوصى إلى رجلين فقبل أحدهما وسكت الآخر فقال الذي قبل

***

[٣١٣]

للساكت بعد موت الموصي اشتر هذا للميت فقال نعم كان قبولا للوصية، وإذا أوصى إلى رجلين وقال لهما ضعا ثلث مالي حيث شئتما فمات أحدهما قبل أن يفعلا ذلك بطلت الوصية ويرجع الثلث لورثة الميت، ولو قال جعلت ثلث مالي للمساكين والمسألة بحالها قال: يجعل القاضي وصيا آخر، وإن شاء يقول للثاني منهما اقسم أنت وحدك. وعلى قول أبي يوسف الآخر له أن يتصدوحده. وفيه أيضا سئل أبو القاسم عمن أوصى إلى رجلين بأن يشتريا من ماله عبدا بكذا درهما ولاحد الوصيين عبد قيمته أكثر مما سماه الموصي هل

للوصي الآخر أن يشتري العبد بما نص الموصي؟ قال: إن فوض الموصي إلى كل واحد أن ينفرد في ذلك فشراؤه من صاحبه جائز، ولو باع ذلك صاحب العبد من أجنبي وسلمه إليه لم يشتريا جميعا للميت. وفي الخانية: فهذا أصوب. وفيه أيضا سأل أبو بكر عمن أوصى إلى رجل وقال اعمل فيه برأي فلان قال: هو وصى تام وله أن يعمل بغير رأي فلان، وفي قول آخر الثاني هو الوصي التام والاول هو وصي ناقص. قال الفقيه أبو الليث: وبعضهم قالوا كلاهما وصيان في الوجهين جميعا. وقال بعضهم: الاول هو الوصي وبه قال نصير. وقال أبو نصر: إن قال اعمل فيه برأي فلان فهو الوصي خاصة، وإن قال لا تعمل إلا برأي فلان فهما وصيان وهو أشبه بقول أصحابنا فإنهم قالوا فيمن وكل آخر ببيع عبده وقال بالشهود فباعه الوكيل بغير شهود جاز، وكذلك لو قال بعه بمحضر فلان فباعه بغير محضر فلان يجوز، ولو قال لا تبع إلا بالشهود أو قال لا تبع إلا بمحضر من فلان فباع بغير شهود أو بغير محضر فلان لا يجوز، وعلى هذا إذا قال الموصي بعلم فلان أو قال إلا بعلم فلان. وإذا أوصى الرجل إلى رجلين وقال لهما ضعا ثلث مالي حيث شئتما أو قال أعطياه ممن شئتما ثم اختلفا في ذلك فقال أحدهما أعطيه فلانا وقال الآخر أعطيه فلانا آخر لم يكن لواحد منهما ذلك عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف. وفي الخانية: رجل أوصى بنصيب بعض ولده إلى رجل وبنصيب البعض إلى رجل آخر فهما يشتركان في الكل، ولو أوصى إلى رجل بدين وإلى آخريان يعتق عبده أو ينفذ وصيته فهما وصيان في كل شئ في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: كل واحد منهما وصي على ما سمي له لا يدخل الآخر معه، وكذا لو أوصى وبميراثه في بلد كذا إلى رجل وبميراثه في بلد أخرى إلى آخر. وقال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل: إذا جعل الرجل رجلا وصيا على ابنه وجعل رجلا آخر وصيا على ابنه أو جعل أحدهما وصيا في ماله الحاضر وجعل الآخر وصيا في ماله الحاضر وجعل الآخر وصيا في ماله الغائب، فإن كان شرط أن لا يكون كل واحد منهما وصيا فيما أوصى إلى الآخر يكون الامر على ما شرط عند الكل، وإن لم يكن شرط ذلك فحينئذ تكون المسألة على الاختلاف، والفتوى على قول أبي حنيفة وفي الوصيتين من جهة الابوين ومعهم وصي الام قال محمد في

***

[٣١٤]

الزيادات: جارية بين رجلين جاءت بولد فادعياه جميعا حتى ثبت النسب منهما وصارت الجارية أم ولد لهما على ما عرف، ثم إنهما أعتقا الجارية واكتسب اكتسابا ثم ماتت وأوصت إلى رجل ولم تدع وارثا غير ابنها هذا وهو صغير لم يبلغ كان ولاية التصرف في مال الولد وحفظه للولدين لا لوصي الام، فإن غاب الوالدان تظهر ولا ية وصي الام فتثبت له ولاية الحفظ ولكن إنما تثبت الولاية فيما ورث الصغير من الامام وفيما كان للصغير قبل موت الام لا فيما ورث الصغير بعد ذلك، وكما ثبت له ولاية الحفظ ثبت له ولاية كل تصرف هو من باب الحفظ كبيع المنقول وبيع ما يتسارع إليه الفساد. وإن غاب أحد الوالدين والآخر حاضر فكذلك الجواب عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف أحد الابوين ينفرد بالتصرف في مال الصغير فولاية التصرف في مال الغصير وحفظه للوالد دون وصي الام. ولو مات أحد الابوين بعد موت الام ولم يدع وارثا غير هذا الصغير وأوصى إلى رجل والوالد الآخر حاضر فالميراث كله للصغير، وولاية التصرف في التركتين للاب الثاني لا لوصي. وإن كان الوالد الثاني غائبا فلوصي الام حفظ ما تركت اوم فيما كان من باب الحفظ. وإن مات الوارث الثاني بعد ذلك وأوصى إلى رجل فوصيه يكون أولى من وصي الاب الذي مات قبله وأولى من وصي الام، فإن كان للاب الذي مات أولا أب وهو جد هذا الغلام وباقي المسألة بحالها فوصي الاب الذي مات آخرا أولى بالتصرف في مال الصغير، وكذلك لو كان الاب الذي مات آخرا أبا وهو جد الغلام كانت وصيته أولى من أبيه. وإن مات ووصي الاب الذي مات آخرا ولم يوص إلى أحد ومات الاب الذي مات آخرا ولم يوص إلى أحد وقد ترك الاب الذي مات أولا أبا جد هذا الغلام ووصيا فإن وصي الاب الذي مات أولا أولى من وصيه، فإن كان مات الوالدان أحدهما قبل الآخر ولكل واحد منهما أب وأوصى كل واحد إلى رجل إن عرف الذي مات أولا من الذمات آخرا فولاية التصرف في المال لوصي الذي مات آخرا، وإن مات هذا الموصي ولم يوص إلى أحد ومات الاب الذي عرف موته آخرا ولم يوص إلى أحد وباقي المسألة بحالها فولاية التصرف في المال للجدين لا ينفرد أحدهما به. قال رحمه الله: (إلا في التجهيز وشراء الكفن) لان في التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران أيضا في الحضر والرفقة في السفر. قال رحمه الله: (وحاجة الصغار والاتهاب لهم) لانه يخاف هلاكهم من الجوع والعري وانفراد أحدهما

بذلك خير ولهذا يمكله كل من هو في يده. قال رحمه الله: (ورد وديعة عين وقضاء دين) لانه ليس هو من باب الولاية وإنما هو من باب الاعانة ألا ترى أن صاحب الحق يملكه إذا ظفر به بخلاف اقتضاء دين الميت لانه رضي بأمانتهما جميعا في القبض، ولان فيه معنى المبادلة وعند اختلاف الجنس حقيقة المبادلة ورد المغصوب ورد المبيع في البيع الفاسد من هذا القبيل، وكذا حفظ المال فلذلك ينفرد به أحدهما دون صاحبه، وما استثناه القدوري في
***
[٣١٥]
مختصره بقوله إلا في شراء الكفن للميت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوتهم ورد وديعة بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة في حقوق الميت اه. وهذه تسعة أشياء كما ترى قصر القدوري الاستثناء عليها في مختصره، وأقتفى أثره صاحب الهداية وزاد فيها على ذلك أشياء بقوله: ورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة. وهذه التي زادها في الهداية على ما في الكتاب ستة أشياء فيصير مجموع الاشياء المعدودة خمسة عشر اه. قال رحمه الله: (وتنفيذ وصية معينة وعتق عبد معين) لانه لا يحتاج فيه إلى رأي. قال رحمه الله: (والخصومة في حق الميت) لان الاجتماع فيه متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين أيضا. ولو مات أحدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر، أما عندهما فظاهر لان الباقي منهما عاجز عن الانفراد بالتصرف فيضم القاضي إليه وصيا ينظر إلى الميت عند عجز الميت، وأما عند أبي يوسف فلان الحي منهما وإن كان يقدر على التصرف فالموصي قدر أن يجعل وصيين يتصرفان وذلك ممكن لتحقيق نصب وصي آخر مكان الاول. قال في الهداية: وقضاء دين قال في الغاية: والمراد بالتقاضي الاقتضاء وكذا كان المراد في عرفهم اه. وهذا يوهم أن لا يكون الاقتضاء الذي هو القبض على أصل الرواية لانه في معناه وضعا إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع ا ه. ويدلك على كون معناه ذلك معنى التقاضي في الوضع واللغة بل كان معناه في العرف مع أن الامر ليس كذلك كما صرح به المنصف في باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة حيث قال: الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية ما ذكر في كتب اللغة. قال في القاموس: تقاضاه الدين قبضه منه. وقال في الاساس: تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي أي أخذته اه. ولم يتعرض المصنف لتصرفات الا ب ووكيل الاب والجد والقاضي وأمين القاضي في مال الصغير ونحن نذكر ذلك. قال في الاصل: الاب إذا باع مال نفسه من ابنه الصغير أو اشترى مال ابنه الصغير لنفسه جاز استحسانا، والقياس أن لا يجوز. ثم اختلف المشايخ في أنه هل يشترط لاتمام هذا العقد الايجاب والقبول؟ والصحيح أنه لا يشترط حتى أن الاب إذا قال بعت هذا من ولدي بكذا أو قال اشتريت منه هذا بكذا فإنه يتم العقد ولا يحتاج إلى أن يقول بعت واشتريت، وإليه أشار في الكتاب فإنه قال: إذا باع من ولده وأشهد على ذلك جاز ولم يشترط القبول، هكذا ذكر الناطفي في واقعاته. ثم إن محمدا ما ذكر الاشهاد في الكتاب على وجه الشرط لجواز هذا البيع وتمامه. وإنما ذكره على وجه الاستيثاق لحق الصغير حتى يتم معاملة الصغير، ويجوز هذا البيع من الابن بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس في مثله. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز هذا العقد إلا بمثل القيمة وفي
***
[٣١٦]
هذا الغبن اليسير على هذه الورواية يمنع، ولكن ما ذكره في ظاهر الرواية أصح. ولو وكل الاب رجلا ببيع عبد له من ابن له والابن صغير لا يعبر عن نفسه ففعل الوكيل ذلك لا يجوز، ولو وكل الصغير بعد البلوغ وكيلا ووكل الاب أيضا ذلك الوكيل فباع هذا من ذلك لا يجوز كذا هنا. ولو كان الاب حاضرا وقبل من الوكيل جاز وتكون العهدة من جانب الابن على الاب ومن جانب الاب على الوكيل، وقيل على العكس. ذكر هشام في نوادره وعن محمد: إذا اشترى الاب عبد ابنه الصغير شراء فسادا فمات العبد قبل أن يستعمل العبد أو يقبضه أو يأمره بعمل مات من مال الصغير. وفي المنتقي: اشترى من ابنه عبدا والعبد في يد الاب فما ت العبد فهو من مال الابن حتى يأمره الوالد بعمل أو يقبضه، وإذا كان لرجل ابنان فباع مال أحدهما من الآخر وهما صغيران فإن قال بعت عبد ابني فلان من فلان جاز ذلك، هكذا ذكر المسألة في الديات. ولم يذكر ثمة أنهما إذا بلغا فالعهدة على من تكون، وقد اختلفوا فيه والصحيح أن العهدة عليهما. ولو وكل الاب رجلا حتى باع مال أحدهما من الآخر يجوز، وإذا وكل رجلا بذلك يجب أن يجوز ويجاب بأن الا ب لكمال

شفقته ملك هؤلاء وكيله لفقدها. ولو وكل الاب وكيلا بالبيع ووكيلا بالشراء فباع الوكيل يجوز. وفي الزيادات: الاب إذا باع مال الصغير من أجنبي بمثل القيمة فهو على ثلاثة أوجه: فإن كان الاب عدلا عند الناس أو كان مستورا بحال يجوز البيع حتى لو كبر الابن لم يكن له أن ينقض البيع عند المشايخ وبه أخذ الصدر الشهيد إذا كان خيرا للصغير بأن باع بضعف قيمته، وإن باع ما سوى العقار من المنقولات ففيه روايتان: في رواية يجوز ويؤخذ الثمن ويوضع على يد عدل، وفي رواية لا يجوز إلا إذا كان خيرا للصغير على نحو ما قلنا. وفي نوادر هشام عن أبي يوسف: الاب إذا باع لابنه الصغير ما ثمنه عشرة دراهم بدرهم يجوز، وإن اشترى له ما ثمنه درهم بعشرة دراهم لم يجز. وفي الاصل: سوى بين البيع والشراء في هذه الصورة وأشباهها. وذكر شمس الائمة الحلواني في أدب القاضي في أبواب الوصايا أن الصغير إذا ورث مالا والاب مبذر مستحق الحجر على قول من يرى ذلك لا تثبت الولاية للاب. وفي المنتقى عن محمد: رجل باع عبد ابنه الصغير من رجل بألف ثم قال في مرضه قد قبضت من فلان من الثمن مائتين فمات في مرضه لم يجز إقرار الاب وكان للوصي أن يأخذ الثمن من المشتري كما لو لم يوجد هذا الاقرار من المريض، ولو قال في مرضه قبضتها من فلان فضاعت كان مصدقا، ولو قال قبضتها واستهلكتها لم يكن مصدقا ولا يبرأ المشتري منها ولا يكون للمشتري إذا أخذ منه الثمن أن يرجع على الاب أو في ماله. الزيادات عن محمد: إذا اشترى الاب لابنه الصغير شيئا ونقد الثمن من ماله ينوي أن يرجع ولم يشهد على ذلك ولم يقض له القاضي بالرجوع وسعه فيما بينه وبين ربه أن يرجع.

***

[٣١٧]

وفي المنتقى عن أبي يوسف: رجل اشترى دارا لابنه الصغير فعلى الاب أن ينقد الثمن، فإن مات قبل أن ينقد فهو في ماله خاصة يعنى مال الاب ولا يرجع به في مال الابن، ولو اشترى لابنه دارا وأشهد عند عقد البيع أنه يرجع عليه بالثمن كان له أن يرجع عليه به، وكذلك كل شئ يشتريه مما لا يجبر الا ب عليه، وكذلك كل دين كان على الاب وضمن للاب عنه. وذكر في نوادر بشر عن أبي يوسف تفصيلا فيما اشترى الاب لابنه قال: إن كان اشترى شيئا يجبر الاب عليه، فإن كان طعاما أو كسوة ولا مال للصغير لا يرجع الاب عليه وإن أشهد أنه يرجع عليه، وإن كانت المشتري شيئا يجبر الاب عليه بأن كان المشتري طعاما أو كسوة وللصغير مال أو كان المشتري دارا أو ضياعا إن كان الاب شهد وقت الشراء أنه يرجع وإن لم يشهد لا يرجع. وعن أبي حنيفة فيما إذا اشترى دارا أو ضيعة أو مملوكا لابنه الصغير، فإن كان للابن مال فالرجوع بالثمن على التفصيل إن أشهد وقت الشراء أنه يرجع يرجع، وإن لم يشهد لا يرجع، وإن لم يكن للابن مال لا يرجع، أشهد على الرجوع أو لم يشهد. ثم في بعض المواضع يشترط الاشهاد وقت الشراء وفي بعضها يشترط الاشهاد وقت نقد الثمن نقول: إذا أشهد وقت نقد الثمن إنما نقد الثمن ليرجع إليه، وروي الحسن بن مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: رجل اشترى لابنه الصغير ثوبا ودفعه إليه في صحته ثم أدى الثمن في مرضه لا يرجع على الابن بشئ. وروي بشر عن أبي يوسف: رجل تزوج امرأة على أمة لابنه الصغير فهو جائز، وإذا أسلم الامة يصير متعديا ويضمن قيمة الامة في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف لا يصح إمهار الامة ويكون على الاب قيمتها للزوجة. وفي الذخيرة: اشترى الاب قريب الصبي أو المعتوه لا يجوز على الصبي والمعتوه ويجوز على الاب، ولو اشترى للمعتوه أمة كان استولدها بحكم النكاح يلزم الاب قياسا، وفي الاستحسان يجوز، وهذا القياس والاستحسان على قول أبي حنيفة ومحمد، وعلى قول أبي يوسف لا يجوز أصلا، فهذه المسألة على أن الاب إذا باع مال الصغير بدين نفسه من رب الدين بمثل ما عليه من الدين على قول أبي حنيفة ومحمد يجوز ويصير الثمن قصاصا بدينه ويصير هو ضامنا للصغير خلافا لابي يوسف. وأجمعوا على أن الاب إذا أراد أن يوفي دينه من مال الصغير ليس له ذلك، هكذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرحه أن الاب لا يملك قضاء دين نفسه من مال الصبي. وذكر القاضي الامام صدر الاسلام في شرح كتاب الرهن أنه يجوز، ويحتمل أن يكون في المسألة روايتان. وإذا صح رهن الاب متاع الصغير بدين نفسه عندهما فهلك الرهن في يد المرتهن هلك بما فيه ويضمن الاب للصغير قيمة الرهن إن كانت القيمة مثل الدين أو أقل، أما إذا كانت القيمة أكثر من الثلث يضمن مقدار الدين ولا يضمن الزيادة. وذكر شمس الائمة في شرح كتاب الرهن أن للاب أن يستقرض مال ولده لنفسه. وذكر شيخ الاسلام في شرحه أنه ليس له ذلك. وذكر شمس الائمة الحلواني: روي الحسن عن أبي

***

[٣١٨]
حنيفة أنه ليس للاب أن يستقر ض مال الصغير من الاجنبي. وذكر شمس الائمة السرخسي في الروايات الظاهرة ليس له ذلك. وفي الذخيرة: واختلف المشايخ في الاب في اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة، والصحيح أن الاب بمنزلة الوصي لا بمنزلة القاضي، والاب إذا أقرض مال نفسه لولده الصغير وأخذ رهنا من مال ولده جاز له ذلك، هكذا ذكر شمس الائمة الحلواني وخواهر زاده، وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: لا يجوز وسيأتي له مزيد مسائل. المعتوه والتصرف عليه لا يصح حتى تمضي عليه سنة من يوم صار معتوها قال: ولا أحفظ فيه عن أبي حنيفة وأبي يوسف شيئا. قال ابن سماعة قال محمد: وقت في ذلك شهرا ثم بعد رجوعه من الذي قدره بسنة وكل جواب عرفته في الجنون فهو الجواب في المعتوه لانهما يستويان في الاحكام. وإذا أرسل الاب غلامه في حاجة ثم باعه من ابن صغير له جاز ولا يصير الاب قابضا من ابنه بمجرد البيع حتى لو هلك الغلام قبل أن يرجع إلى الولد هلك من مال الوالد بخلاف ما إذا وهبه منه حيث يصير قابضا له عن الابن بنفس الهبة، وإن لم يرجع العبد حتى بلغ الولد ثم رجع إلى الولد لا يصير الوالد قابضا حتى لو هلك قبل أن يقبضه الوالد هلك من مال الولد وإن انتقض البيع. وفي حيل الاصل ذكر طريق براءة الاب عن الثمن الذي وجب عليه لابنه الصغير فقال: يخرج الاب مقدار الثمن من مال نفسه ثم يقول الاب إني اشتريت وقد قبضتها لابني بكونه. في يدي ويشهد على ذلك. وعن محمد في نوادره أنه قال: لا يبرأ عن الثمن ما لم يشتر لابنه بذلك الثمن من مال نفسه شيئا، وعلى هذا إذا أنفق من مال ابنه الصغير في حاجة نفسه حتى وجب عليه الضمان ثم أراد أن يبرأ عنه فهو على ما قلنا. وفي الهاروني: الثمن الذي لزم الاب بشراء مال ولده فلا يبرأ الاب منه حتى يكون في يده عن ابنه وديعة، وإذا باع داره من ابنه في عياله والاب ساكن فيها لا يصير الابن قابضا حتى يفرغها الاب حتى لو انهدمت الدار والاب فيها يكون الهلاك على الاب، وكذلك لو كان فيها متاع الاب أو عياله وهو غير ساكن فيها فإن فرغها الاب صار الابن قابضا، فإن عاد الاب بعدما تحول منها فسكنها أو جعل فيها متاعا أو سكنها عياله وكان غنيا صار بمنزلة الغاصب. وفي الهاروني: ولو باع الاب من ابنه الصغير جبة وهي على الاب أو طيلسانا هو لابسه أو خاتما في أصبعه لا يصير الابن قابضا حتى ينزع ذلك الاب، وكذلك في الدابة والاب راكبها، وكذلك إن كان عليها حمل حتى ينزعه عنها. ولو قال الاب اشهدوا أني قد اشتريت جارية ابني هذا بألف درهم وابنه صغير في عياله جاز الشراء ويصير الاب قابضا بنفس الشراء إن كانت في يده والثمن دين عليه لا يبدأ إلا بالطريق الذي قلنا. وفي الذخيرة: وإذا استأجر الاب للصغير أجيرا بأكثر من أجر مثله فالاجرة على الاب إذا كان بحيث لا يتغابن الناس فيه. وذكر شيخ الاسلام في شرح السير أن الاجارة تنفذ على
***
[٣١٩]
الصغير. قال القاضي ركن الاسلام علي السغدي: لو غصب إنسان دار صبي قال بعض الناس يجب عليه أجره المثل فما ظنك في هذا؟ ومن المشايخ في روي وجوب أجر المثل إلا إذا كان النقصان خيرا للصغير فحينئذ يجب النقصان. وإذا هلك الرجل وترك أبا وأوصى كان للاب أن ينفذ وصاياه، ولو مات وعليه ديون كثيرة وورثة صغار وترك متاعا وعقارا لم يكن للاب أن يبيع شيئا من التركة، هكذا ذكر الخصاف في أدب القاضي. وفي الذخيرة قال محمد رحمه الله: لم يذكر هذا الفصل في المبسوط على هذا البيان فإنه أقام الجد مقام الاب فإنه قال: إذا ترك وصيا وأبا فالوصي أولى، فإن لم يكن له وصي فالاب أولى، وإن مات الاب وأوصى لوصيه فهو أولى ثم وصي القاضي. وعن محمد: القاضي إذا باع مال الصغير من رجل وسلمه للمشتري ثم وجد المشتري عيبا فليس له أن يخاصم القاضي في الرد بالعيب، وكذلك إذا باع بعض أمناه القاضمال اليتيم فليس للمشتري خصومة معه في الرد لانه نائب عن القاضي، وحكمه حكم المنوب عنه. القاضي إذا باع على صغير دارا فإذا هي لصغير آخر هو في ولايته لا يجوز، هكذا روي عن محمد. وفي المنتقى: القاضي إذا باع مال اليتيم من نفسه أو باع مال نفسه من اليتيم ذكر في السير الكبير أنه لا يجوز، وأشار إلى المعنى وقال: لان بيع القاضي مال الصغير يكون على وجه الحكم وحكم القاضي لنفسه باطل. وذكر في نوادر ابن رستم في أول مسائل النكاح عن محمد أن القاضي إذا زوج الصغيرة اليتيمة من ابنه الصغير وكذلك لو زوجها ممن لا تقبل شهادته له لا يجوز لان نكاح القاضي يكون على وجه الحكم ولا يجوز حكمه لابنه الصغير ولا لمن لا تقبل شهادته له. قال الناطفي في أجناسه من مسائل البيوع: ذكر محمد في السير الكبير أن بيع

القاضي مال الصغير من نفسه لا يجوز على قول محمد، وأما على قول أبي حنيفة ينبغي أن يجوز. وفي واقعات الناطفي: إذا اشترى مال اليتيم لنفسه من وصي اليتيم يجوز وإن كان القاضي جعله وصيا لان الوصي نائب عن الميت لا عن القاضي. إذا باع أمين القاضي مال الصغير بأمر القاضي وقبض المشتري المبيع ولم يسلم الثمن حتى أمر القاضي الامين أن يضمن الثمن عن المشتري فضمن صح ضمانه، وكذلك الجواب في أمين القاضي. والاب إذا باع مال الصغير وضمن الثمن عن المشتري لا يصح ضمانه، وإذا أراد القاضي نصب الوصي ففي أي موضع ينصب فقد ذكرنا هذا الفصل بتمامه في أدب القاضي، وذكرنا ثمة أن القاضي إذا أردا نصب الوصي لصغير هل يشترط حضرة الصغير أو لا يشترط؟ وإذا نصب القاضي وصيا للصغير وخص له نوعا من الانواع تقتصر وصايته على ذلك النوع فالوصاية من قبل القاضي قابلة للتخصيص بخلاف الوصاية من جهة الاب. وفي الفتاوى: رجل عن غير وصي فقال القاضي لرجل جعلتك وكيلا في تركة فلان فهو وكيل في حفظ الاموال خاصة حتى يقول له بع واشتري، ولو قال جعلتك وصيا فهو وصي بأمر القاضي وبه نأخذ. وفي نوادر بشر عن أبي يوسف: إذا اشترى القاضي من متاع اليتيم لنفسه
***
[٣٢٠]
شيئا فهو بمنزلة الوصي، فإذا رفع إلى قاض آخر نظر فيه، فإن كان خيرا لليتيم أجازه وإلا لم يجزه. وكره القاضي شراءه. وفي الذخيرة: القاضي إذا استأجر لليتيم أجيرا بأكثر من أجر المثل بحيث لا يتغابن الناس ولم يعلم القاضي بذلك فللاجير أجر مثل عمله في مال اليتيم، ولو قال القاضي تعمدت الجواز تنفذ الاجارة على القاضي ويجب جميع الاجر في مال القاضي، وإذا أقرض مال اليتيم صح. قال رحمه الله: (ووصى الوصي وصي التركتين) أي إذا مات الوصي فأوصى إلى غيره فهو وصي في تركته وتركة الميت الاول. وقال الشافعي: لا يكون وصيا في تركة الميت الاول لان الميت فوض إليه التصرف ولم يفوض إليه الايصاء إلى غيره فلا يملكه، ولانه رضي برأيه ولم يرض برأي غيره فصار كوصي الوكيل فإنه يكون وصيا في مال الوكيل خاصة دون مال الموكل، ولان العقد لا يقتضي مثله ألا ترى أن الوكيل ليس له أن يوكل ولا للمضارب أن يضارب، وكذا الوصي ليس له أن يوصي في مال الموصى له. ولنا أن الوصي ترصف بوصية مستقلة إليه فيملك الايصاء إلى غيره كالجد ألا ترى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل إلى الوصي ولهذا يقدم على الجد، ولو لم ينتقل إليه لم يقدم عليه كالوكيل لما لم ينتقل إليه الولاية لم يتقدم على الجد، فإذا انتقلت إليه الولاية يملك الايصاء، والذي يوضح ذلك أن الولاية التي كانت للوصي تنتقل إلى الجد في النفس وإلى الوصي في المال ثم الجد قام مقام الاب فيما ينتقل إليه حتى ملك الايصاء فيه فكذلك الوصي ثم الجد. وهذا لان الايصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته في التركتين، ولا نسلم أنه لم يرض برأي من أوصى إليه الوصي بل وجد ما يدل عليه لانه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه تعتريه المنية صاراضيا بإضافته إلى غيره لا سيما على تقدير حصول الموت قبل تتميم مقصوده وهو ما فوض إليه بخلاف الوكيل لان الموكل فيه يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلم يوجد دلالة الرضا بالتفويض إلى غيره بالتوكيل. قال رحمه الله: (وتصح قسمته عن الورثة مع الموصى له ولو عكس لا) يعني قسمة الوصي مع الموصى له عن الورثة جائزة وعكسه لا يجوز وهو ما إذا قاسم الوصي الورثة عن الموصى له لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا بشراء الميت شيئا غر فيه الميت، والوصي أيضا خليفة الميت حتى يرد بالعيب حتى يكون خصما عن الورثة إذا كان غائبا فتنفذ قسمته عليه حتى لو حضر الغائب وقد هلك ما في يد الوصي ليس له أن يشارك الموصى له، أما الموصى له فليس بخليفة عنه من كل وجه لانه ملك بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الميت فلا يكون خصما عند غيبته حتى لو هلك ما قرر عليه عند الموصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير أن الوصي لا
***
[٣٢١]
يضمن لانه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة كما إذا هلكبعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الورثة فيتوى ما توى ما المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي من عل الشركة وله البيع فمال الصغار والقسمة في معنى البيع وله ولاية الحفظ في مال الكبار فجاز له بيعه للحفظ إلا العقار فإنه محفوظ بنفسه فلا يجوز له بيعه، وقسمته على الورثة الكبار حال غيبتهم في معنى البيع فلا

يضمن إذا هلك في يده. وفي المبسوط: وقسمة الوصي إما أن تكون مع الموصى له أو فيما بين الورثة، أما قسمته مع الموصى له جائزة مع الصغار وفي المنقول وقبض نصيبهم، وأما في العقار لا تجوز على الكبير لان القسمة بيع معنى وله ولاية بيع المنقول على الكبار دون بيع العقار، هكذا ذكره في المبسوط. وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن القسمة في العقار لا تجوز عند أبي حنيفة وزفر، وعند أبي يوسف ومحمد تجوز قسمة الوصي على الموصى له الغائب مع الورثة. وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن عند أبي يوسف تجوز لان الميت أقام الوصي مقام نفسه وأثبت الولاية له فيما يحتاج إليه عند عجزه بنفسه وهو يحتاج في تنفيذ وصايا إلى إيصال التركة إلى الورثة لانه يثاب بوصول التركة إلى الورثة كما يثاب بوصول الوصية إلى الموصى له فيجب أن يملك ذلك نظرا للموصى. وعلى قياس قوله يجب أن يملك القسمة على الكبار الحضور وقضاء الدين من الحاجة الفاضلة فيمكن تأخيرها إذا امتنعوا عن القسمة حتى يحضر الغائب بخلاف الحاجة الضرورية لا يمكن تأخيرها لان في التأخير توهم الضياع وفي الضياع ضرر على الميت فلا يجوز تأخيرها، وفي تأخير الحاجة الفاضلة وإن كانت توهم الضياع وفي الضياع ضرر على الميت إلا أنه لاضرر فيه على الميت فيجوز تأخيرها، وفي كل موضع لا تحل القسمة إذا ضاع أحد النصيبين يضيع على الشركة، وما يبقى يبقى على الشكة وقسمة الوصي الميراث بين الصغار لا يجوز لان القسمة بمعنى البيع. ولا يجوز شراء الوصي مال أحد الصغيرين للصغير الآخر لان بيعه مقيد بشرط أن يكون فيه منفعة ظاهرة للصغير، فإن كان لاحدهما فيه منفعة ظاهرة يكون للآخر فيه مضرة ظاهرة فلم يجز البيع فلم تجز القسمة. وعند محمد لا يلي العقد من الجانبين بكل حال، والحيلة في جواز هذه القسمة أن يبيع حصة أحد الصغيرين مشاعا، وإن كانوا ثلاثة باع حصة أحد الصغار من آخر ثم يقاسم مع المشتري ثم حصة أحد الصغيرين كي يمتاز حق أحدهما عن الآخر. وإن كانوا الورثة صغارا وكبارا والكبار غيب لا تجوز قسمته في العقار لانه لا يلي بيعه على الكبار فكذلك قسمته، وفي العروض له ولاية القسمة كما يلي بيعها لان الكبار الغيب التحقوا بالصغار في هذه الحالة فصار كأن الكل صغار. ولو كان الك صغارا تجوز قسمته فكذا هذا، وإن كان الكابر حضورا جاز قسمته عن الصغار مع الكبار لان هذه قسمة جرت بين اثنين والقسمة بين الصغار جرت من الواحد لانه لا يلي القسمة من الجانبين فلم تجز القسمة في حق الصغار جملة فالقسمة في حق الكبار

***

[٣٢٢]

صحيحة لانها جرت بين الكبير والوصي في نصيب الصغار. وإذا قسم الوصيان التركة بين الورثة واخذ كل واحد منهما نصيب بعضهم فالقسمة فاسدة لان القسمة لا تكون الابين اثنين وكلاهما كشخص واحد لا يملك أحدهما التفرد بالقسمة عندهما. وعند ابى يوسف وان كان ينفرد أحدهما بالقسمة إلا أن كل واحد وكل صاحبه في القسمة فتصير قسمته مع صاحبه كقسمته مع نفسه. قال رحمه الله: (فلو قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع رجع بثلث ما بقي) أي لو قاسم الوصي الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع ذلك في يده رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا أن الموصي له شريك الورثة فيرجع الموصى له على ما في يد الورثة إن كان باقيا فيأخذ بثلثه لعدم صحة القسمة في حقه، وإذا هلك في أيديهم فله أن يضمنهم قدر الثلث ما قبضوا، وإن شاء ضمن الوصي ذلك القدر لانه متعد فيه بالدفع إليهم والورثة بالقبض فيضمن أيهما شاء. قال رحمه الله (وإن أوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده أو دفع إلى من يحج عنه في يده يحج عنه بثلث ما بقى) أي إذا أوصى بأن يحج عنه فقاسم الوصي الورثة فهلك ما في يد الوصي فإنه يحج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك إذا دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاع ما دفعه إليه يحج عنه بثلث الباقي، وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: إن كان المقرر مستغرقا للثلث بطلت الوصية ولم يحج عنه، وإن لم يكن مستغرقا للثلث يحج عنه بما بقي من الثلث إلى تمام الثلث. وقال محمد: لا يحج عنه بشئ وقد قررناه في المناسك. قال رحمه الله (وصح قسمة القاضي وأخذ حظ الموصى له إن غاب) أي إن غاب الموصى له لان الوصية صحيحة وإن كان قبل القبول، ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي ناظر في حق العاجز وإقرار نصيب الغائب وقبضه من النظر فينفذ ذلك عليه حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض في يد القاضي أو أمينه لم يكن له على الورثة سبيل ولا على القاضي. وهذا في المكيل والموزون لانه إقرار ومعنى المبادلة فيه تابع حتى جاز أخذه لاحد الشريكين من غير قضاء ولا رضا ولهذا يجوز بيع نصيبه مرابحة. وأماما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع

وبيع مال الغير لا يجوز فكذا القسمة. قال رحمه الله: (وبيع الوصي عبدا من التركة بغيبة الغرماء) أي يصح بيع الوصي عبدا لاجل الغرماء لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولاه بنفسه حال حياته يجوز بيعه، وإن كان مريضا مرض الموت بغير محضر عن الغرماء فكذا الوصي لقيامه مقامه، وهذا لان حق الغرماء يتعلق بالمال لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لانه أخلف شيئا وهو الثمن

***

[٣٢٣]

بخلاف العبد المأذون له في التجارة حيث لا يجوز للمولى بيعه لان الغرماء لهم حق الاستيفاء بخلاف ما نحن فيه. قال رحمه الله: (وضمن الوصي إن باع عبدا أوصى بيعه والتصدق بثمنه إن استحق العبد بعد هلاك ثمنه عنده) معناه إذا أوصى ببيع عبده والتصدق بثمنه على المساكين فباع الوصي العبد وقبض الثمن فضاع الثمن في يده وهو المراد بالهلاك المذكور في المختصر، ثم استحق العبد بعد ذلك ضمن الوصي الثمن للمشتري لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه لان المشتري منه لم يرض ببدل الثمن إلا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ البائع وهو الوصي مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده. ولم يتعرض لضمان الوصي في الاستقراض ولا في الطعام والوديعة والبيع بطلب الغرماء أو بغير طلب ونحن نذكر ذلك تتميما للفائدة. قال في المبسوط: فالوصي تارة يضمن وتارة لا يضمن، فإذا أمر الوصي المستودع أن يقرض مال اليتيم فأقرض ضمن المستودع لان الوصي لا يملك الاقراض من مال الصبي فلا يملك التوكيل والامر به فلم يصح الامر بالاقراض. ولو قضى الوصيان دينا للرجل ثم شهدا أن له على الميت دينا لم يجز ويضمنان إن ظهر دين آخر لانهما بشهادتهما يدفعان عن أنفسهما مغرما لانهما صارا ضامنين ما دفعا إلى الاول لانهما دفعا بغير أمر القاضي، ولو شهدا به قبل أن يقضيا جاز لانهما بشهادتهما لم يجز إلى أنفسهما نفعا ولا يدفعان مغرما وهو لزوم قضاء الدين. ومسائل الاطعام على فصول: الاول لو أوصى بأن يطعم عشرة مساكين لكفارة يمينه وغدى الوصي عشرة ثم ماتوا قال محمد رحمه الله: يغدي ويعشي عشرة أخرى ولا يضمن الوصي لانه غداهم بأمر الموصي لان التغدية اطعام ولكنه لم يكمل وفات الاكمال لا بمعنى من جهته فلا يصير متعديا. وإن قال اطعموا عني عشرة مساكين غداء وعشاء ولم يسم كفارة فغدى عشرة ثم ماتوا فإنه يعشي عشرة سواهم لان الواجب في كفارة اليمين سد عشرة خلات ورد عشرة جوعات، وذلك يحصل بالتغدية والتعشية. وبالموت فات ذلك فيغدي ويعشي غيرهم. فأما إذا نص على الاطعام غداء وعشاء فالجمع والتفريق سواء. وروى هشام عن أبي يوسف أنه إن قال أطعم عني عشرة مساكين فغدى عشرة ثم ماتوا يضمن الوصي قياسا ولا يضمن استحسانا ويعشي غيهم لانه أمرهم بالاطعام مطلقا فالتحق بالاطعام الواجب شرعا في الكفارة لانه نص على الغداء والعشاء. فسواء فرق أو جمل جاز. رجل أودع رجلا مالا وقال إن مت فادفعه إلى ابني فدفعه إليه وله وارث غير ضمن حصته ولا يكون هذا وصيا لانه لم يفوض إليه التصرف في التركة فبقي أمينا للورثة، والامين إذا دفع مال الورثة إلى أحدهم ضمن. وإن قال ادفعه إلى فلان غير وارث ضمن المال الذي دفعه إليه. قال أبو يوسف: إذا خلط الوصي مال اليتيم بماله فضاع فلا ضمان عليه لان له ولاية حفظه كيفما كان. مريض اجتمع عنده قرابته يأكلون من ماله. قال أبو القاسم الصفار: إن

***

[٣٢٤]

أكلوا بأمر المريض فمن كان منهم وارثا ضمن، ومن كان غير وارث حسب ذلك من ثلثه. قال الفقيه أبو الليث: احتاج المريض إلى تعاهدهم في مرضه فأكلوا معه ومع عياله بغير إسراف فلا ضمان عليهم. رجل مات وعليه دين فباع وصيه رقيقه للغرماء وقبض الثمن فضاع عنده أو مات بعض الرقيق في يد الوصي قبل أن يسلم إلى المشتري فالمشتري يرجع بالثمن على الوصي ويرجع به الوصي على الغرماء لانه في البيع عامل للغرماء، ومن عمل لغيره ولحقه فيه ضمان رجع به على المعمول له. ولو استحق العبد ورجع المشتري بالثمن على الوصي لم يرجع الوصي بالثمن على الغرماء إلا أن يكون الغرماء أمروه ببيعه، وكذلك لو قال الغرماء له بع رقيق الميت واقضنا لم يرجع عليهم لو كانوا قالوا بع عبد فلان هذا رجع بالثمن عليهم لانهم عينوه إلا أن يكون الثمن من دينهم فلا يرجع عليهم بأكثر من دينهم. ولو قال له بع هذا العبد فإنه لفلان فقال الوصي لا أبيعه ثم باعه ثم استحق وقد ضاع الثمن رجع به الوصي على الغريم. ولو لم يكن على الميت دين ولكن الوصي باع الرقيق للورثة الكبار فهم في جميع هذا الوجوه كلها بمنزلة الغرماء، وإن كانوا صغارا لم يرجع عليهم في الاستحقاق. ولو باع القاضي رقيق الميت للغرماء فضاع الثمن عنده ثم استحق الرقيق رجع المشتري بالثمن على الغرماء لا على

القاضي لانهم بمنزلة بيع الغرماء كأنهم نالوا البيع بأنفسهم. رجل أوصى بعتق عبد ثم جنى العبد جناية بعد موت الموصى فأعتقه الوصي وهو يعلم بالجناية فهو ضامن أرش الجناية، وإن لم يعلم ضمن قيمته ولا يرجع بذلك على أحد لان الميت إنما أوصى بعتقه قبل أن يجني فلما جنى لم يكن للوصي أن يعتقه إلا أن يضمن الجناية عنه، فإذا أعتقه فهو متطوع في عتقه والجناية لازمة له، فإن قال الوصي عند القاضي قد اخترت إمساك العبد وأشهد على نفسه بذلك شهودا فليس له أن يرجع ويدفع العبد، فإن لم يكن لهم مال غير العبد فعليه أن يبيع ويؤدي أرش الجناية من ثمنه، فإن مات العبد قبل أن يبيعه بعد ما اختاره فالجناية دين على الايتام حتى يؤدونها. قال رحمه الله: (ويرجع في تركة الميت) لانه عامل له فيرجع به في تركته كالوكيل وكان أبو حنيفة يقول أولا: لا يرجع الوصي على أحد لانه تبين بطلان الوصية باستحقاق العبد فلم يكن عاملا للورثة فلا يرجع عليهم بشئ، ثم رجع إلى ما ذكره هنا ويرجع في جميع التركة. وعن محمد أنه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فيأخذ حكمها ومحل الوصية الثلث ونحن لا نسلم أنه يرجع عليه بحكم الوصية بل بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين عليه يقضي من جميع التركة، وإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء فلا يرجع بشئ كما في سائر ديون الميت. وفي المنتقى: لا يرجع الوصي في مال الميت بشئ وإنما يرجع على المساكين الذين تصدق عليهم بالثمن لانه عامل لهم فكان غرمه عليهم. قال رحمه الله: (وفي مال الطفل إن باع ماله واستحق المبيع رجع في مال الصغير) لانه عامل له.

***

[٣٢٥]

قال رحمه الله: (وهو على الورثة في حصتهم) أي الصبي يرجع على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه. قال رحمه الله: (وصح احتياله بماله لو خيرا له) أي يجوز احتيال الوصي بمال اليتيم إذ كان فيه خيرا بأن يكون الثاني أملا إذ الولاية نظرية، وإن كان الاول أملا لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه وهو على تقدير أن يحكم بسقوطه حاكم يرى سقوط الدين إذا مات الثاني مفلسا أو بجحد الحوالة أو لم يكن له عليه بينة ولا يرى رجوع الدين على الاول. وقوله لو خيرا بين أنه يصح احتياله إذا كان الثاني خيرا من الاول ولم يبين حكم ما إذا كانوا سواء ففي الذخيرة: واختلف الناس فيه، ذكر المحبوبي أن كان الثاني مثل الاول لا يجوز بخلاف بيعه مال اليتيم بمثل قيمته حيث يجوز والحوالة لا تجوز. قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي: اعلم أن للوصي أن يأخذ الكفيل بدين الميت لان الكفالة لا توجب براءة الاصيل، ولو احتال بماله وأخذ الكفيل بشرط براءة الاصيل فإنه ينظر إن كان خيرا لليتيم فإنه يجوز إذا كان المحال عليه أملا حتى لو أدرك وقال أخذ الدين فليس له أن يفسخ الحوالة، وإن لم يكن أملا من المحيل فإنه لا يجوز. هذا إذا ثبت الدين بمداينة الميت، وأما إذا ثبت بمداينة الوصي فإنه يجوز سواء كان خيرا لليتيم أو شرا له إلا أنه إذا كان خيرا له فإنه يجوز بالاتفاق حتى إنه إذا أدرك وأراد أن ينقض ذلك ليس له ذلك، وإن كان شرا له جاز ذلك ويضمن الوصي لليتيم عندهما، وعند أبي يوسف لا يجوز إذا كان شرا. قال رحمه الله: (أو بيعه وشراؤه بما يتغابن) أي يجوز بيع الوصي وشراؤه بما يتغابن الناس في مثله، ولا يجوز بما لا يتغابن الناس لان الولاية نظرية ولا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكنه التحرز عنه ففي اعتباره انسداد باب الوصاية بخلاف العبد والصبي المأذون لهما في التجارة والمكاتب حيث يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر والصبي يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر. وعندهما لا يملكونه لانه التصرف بالغبن الفاحش تبرع وهم ليسوا من أهلهما ولا ضرورة إليه. وهذا إذا تبايع الوصي للصغير مع الاجنبي. وأما إذا اشترى شيئا من مال اليتيم لنفسه أو باع شيئا منه من نفسه جاز عند أبي حنيفة إذا كان فيه منفعة ظاهرا وهو أن يبيع ما يساوي خمسة عشرة بعشرة ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشرة، وإن لم يكن فيه نفع فلا يجوز. وعلى قول محمد وأظهر الروايات عن أبي يوسف أنه لا يجوز بيعه من نفسه بكحال. هذا في وصي الاب، وأما وصي القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال لانه وكيل، وللاب أن يشتري شيئا من مال الصغير لنفسه إذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بأن كان بمثل القيمة والغبن يسير. وقال المتأخرون من أصحابنا: لا يجوز

***

[٣٢٦]

للوصي بيع عقار الصغير إلا أن يكون على الميت دين أو يرغب المشتري فيه بضعف الثمن أو يكون للصغير حاجة إلى الثمن. قال الصدر الشهيد: وبه يفتي. وأطلق المصنف في البيع والشراء فشمل العروض والعقار وما يخاف عليه الفساد وغير ذلك وتقدم حكم العقار، وإذا كانت الورثة كلهم صغارا وسيأتي حكم تصرفه، وإذا كانوا كبارا أو مختلطين وإذا ادعى رد الوديعة. ثم مسائله ثلاثة أقسام: قسم يصدق فيه بالاتفاق، وقسم لا يصدق فيه بالاتفاق، وقسم اختلفوا فيه. أما الاول إذا قال الوصي إن أباك ترك رقيقا وأنفقت عليهم أو قال اشتريت رقيقا وأديت الثمن ثم ماتوا فإنه يصدق لانه أقر بما هو مسلط عليه من جهة الشرع لانه مسلط على ما فيه إصلاح الصغير والانفاق عليه وعلى رقيقه مقدار حاجتهم إصلاح لهم فيصدق فيه. ولو قال اشتريت من فلا العبيد الذي في يده ودفعت الثمن وأنكر ذو اليد يصدق على الصبي دون ذو اليد لانه مسلط على الشراء والبيع وتمية مال الصبي فإنه إصلاح لها لكيلا يستأصلها النفقة ولو قال استأجرت رجلا لرد الآبق صدق اتفاقا لان الاستئجار فعل هو مسلط عليه شرعا لما فيه من أصلاح الصغير وإحيائه، وأما القسم الثاني لو قال أنفقت من مالي لارجع عليك لم يصدق، ولذلك لو قال استهلكت مالا فأديت ضمانه وأنفقت على أخ لك كان زمنا لم يصدق لانه أقر بما لم يكن مسلطا عليه لانه غير مسلط على الانفاق من مال نفسه ولا على الانفاق من مال اليتيم على محارمه قبل فرض القاضي. وأما القسم الثالث لو قال أبق غلامك وأديت جعلا الآبق وأديت خراج أرضك عشر سنين وقال الوارث لم تؤد إلا حظ سنة صدق الوصي عند أبي يوسف خلافا لمحمد. وكذلك لو اختصما والارض لا تصلح للزراعة بأن غلب عليها الماء وقال الصبي كانت كذلك وقال الوصي كانت صالحة فعلى الخلاف، وعلى الاول لو كانت تصلح للحال يصدق الوصي إجماعا بعدما أنفقا على مدة المالك لان الوصي أقر بما ليس بمسلط عليه شرعا لان ذلك ليس من الغلة والتسليط يتحقق على فعل الغير فلا يصدق فيه كما لو قال إن عبدك جنى ففديته بكذا أو استهلك مال إنسان فأديت ضمانه من مالك لا يصدق فكذا هذا. لابي يوسف أنه أقر بما هو مسلط عليه شرعا في ماله لانه بدل مال الصبي وأخذ بإزائه عوضا يعد له أو منفعة فإنه لا يتمكن من المزارعة إلا بالخراج فكان الخراج بدل ماله ليقع مقابله، وكذلك إصلاح أمر أرضه والوصي مسلط على التصرف في مال الصبي إذا كان فيه إصلاح وإرفاق. ولو أحضر الوصي رجلا إلى القاضي فقال إن هذا رد عبد الصبي من الاباق فوجب له الجعل وفي يدي مال هذا الصبي فأعطيه هل يصدقه القاضي؟ قيل هذا على الخلاف أيضا، وقيل لا يصدقه بالانفاق فيحتاج أبو يوسف إلى الفرق بينهما، والفرق أنه ثمة ادعى وجوب الجعل في ماله لغيره وهو غير مسلط على الدعوى لغيره في مال الصبي وهنا ادعى أنه كان الجعل من مال الصغير ولم يدع الجعل في ماله للحال فكان مسلطا على التصرف في مال الصغير لاحياء ماله وإصلاحه.

***

[٣٢٧]

قال رحمه الله: (وبيعه على الكبير غير العقار) أي بيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شئ إلا في العقار لان الاب لا يلي العقار لان الاب لا يلي العقار ويلي ما سواه فكذا وصيه لانه قائم مقامه، وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا ولا الاب كما لا يملك على الكبير الحاضر إلا أنه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا فيما يخاف عليه الفساد لان حفظ ثمنها أيسر وهو يملك الحفظ، وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه للبيع. ولو كان عليه دين باع العقار، ثم إن كان الدين مستغرقا باع كله بالاجماع، وإن لم يكن مستغرقا بقدر الدين عندهما لعدم الحاجة إلى الاكثر من ذلك، وعند أبي حنيفة جاز له أن يبيع كله لانه يبيعه بحكم الولاية فإذا ثبت في البعض ثبت في الكل لانها لا تتجزئ، ولو كان يخاف هلاك العقار ويملك بيعه لانه تعين حفظا للمنقول والاصح أنه لا يملك لانه نادر. وقال في الغاية: فإن قلت علم حكم ما إذا كان الكل كبارا غيبا أو الكل صغارا بقي حكم ما إذا كان بعضهم كبارا وبعضهم صغارا قال في المحيط: وإن كانت الورثة صغارا وكبارا وعلى الميت دين أو أوصى لوصيه بيع العروض والعقار عند أبي حنيفة، وعندهما يبيع المنقول وحصة الصغير في العقار، وأما حصة الكبار الحضر فلا يملك بيعها وإن كانوا غائبين فيملك وقد تقدم بيانه. قال رحمه الله: (ولا يتجر في ماله) أي الوصي لا يتجر في مال اليتيم لان المفوض إليه الحفظ دون التجارة. فإن قلت: هذه العبارة على إطلاقها غير صحيحة لان المنقول في جامع الفصولين وفي غيره أن للوصي أن يتجر في مال اليتيم وينبغي أن يكون المراد ولا يتجر النفسه في مال اليتيم كما صرح به قاضيخان، ووصي الاخ والعم والام في مال تركتهم ميراثا للصغير بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب بخلاف مال آخر

للصغير غير ما تركه الموصي حيث لا يملك الوصي بيعه لان الوصي قائم مقام الموصي وهو الاخ ومن بعده وليس لواحد منهم التصرف في مال الصغير فكذا وصيهم بخلاف الاب والجد حيث يكون لهم ولاية التصرف في مال الصغير مطلقا من غير تقييد فيما تركه ميراثا فكذا وصيه يملك ذلك، ويشهد للقيد الذي ذكرناه ما في المبسوط: وللوصي أن يأخذ مال الصغير مضاربة لانها تجارة وليس له أن يؤاجر نفسه من اليتيم لان القيام بمصالح اليتيم واجب على الوصي فلا حاجة إلى استئجاره. وصي كان في يده ألف درهم لاخوين فقال دفعت إلى أحدهما نصيبه وكذبه المدفوع إليه فالباقي بينهما نصفان ولا يضمن الوصي لانه أمين فيه وهو مسلط على الدفع والرد فيصدق فيه. وصي عنده ألفان ليتيمين فأدركا فدفع إلى أحدهما ألفا وصاحبه الآخر حاضر وجحد القابض القبض منه يغرم الوصي خمسمائة بينهما لان قسمته لا تجوز، ولو كان القابض مقرا كان للآخر أن يأخذ منه خمسمائة، وإن شاء ضمن الوصي ورجع بها عليه لانها لما لم تجر القسمة بقي الآخر شريكا فيما قبضه صاحبه فله أن يأخذ نصيبه
***
[٣٢٨]
منه والوصي بالدفع صار ضامنا، ومتى أدى الضمان ملك المضمون وهو نصيب الجاحد رجع بنصيبه على صاحبه. ولو قال لهما بعدما كبرا قد دفعت إليكما ألفا فصدقه أحدهما وكذبه الآخر رجع المنكر على اخيه بمائتين وخمسين درهما، وإن أنكر لم يكن لهما على الولي شئ لانه أمين ادعى رد الامانة إلى صاحبها. ولو قال الوصي دفعت إلى كل واحد منكما خمسمائة على حدة وصدقه أحدهما وكذبه الآخر رجع المكذب على الوصي بمائة وخمسين درهما لان قسمته لا تجوز عليهما وهما حاضران، ولو كانا غائبين جازت القسمة عليهما. رجل مات وترك ابنين صغيرين فلما أدركا طلبا ميراثهما فقال الوصي جميع تركة أبيكما ألف وقد أنفقت على كل واحد منكما خمسمائة فصدقه أحدهما وكذبه الآخر رجع المكذب على المصدق بمائتين وخمسين ولا يرجع على الوصي في ذلك عند زفر وهو رواية عن أبي حنيفة، وفي رواية عن ابن أبي مالك عن أبي يوسف أنه يرجع لان الوصي أمين ادعى صرف الامانة إلى نفقتها وحاجتهما وهو مسلط عليه من جهة الشرع فيصدق فيه في حق براءة نفسه عن الضمان، ولا يصدق في إبطال حق المكذب فيما وصل إلى المقر بالنفقة فصار المقر مقرا بالشركة فيما وصل إليه وذلك خمسمائة. وقال أبو يوسف: لا يرجع المقر على المنكر بشئ والقول قول الوصي لانه تصدق في الانفاق على المنكر لانه مسلط عليه وهو مأمور من جهة الشرع فيصدق فيه فثبت الانفاق عليه فصار كأنه وصل إليه خمسمائة معاينة. وفي الفتاوي: رجل باع ضيعة اليتيم من مفلس يعلم أنه يعجز عن استيفاء ثمنه منه قال: يؤجل القاضي المشتري ثلاثة أيام فإن نقده الثمن وإلا نقض البيع. وقال نصير ابن يحيى: للموصي أن يأكل من مال اليتيم ويركب دابته إذا ذهب في حاجته. قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا كان محتاجا لقوله تعالى * (ومن كان فقيرا فاليأكل بالمعروف) * فإن لم يكن محتاجا لا يجوز لقوله تعالى * (إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما) * الآية من غير تفصيل ولكن هذه الآية صارت منسوخة بالاولى. وذكر في المنتقي: لا يركب الوصي من مال اليتيم في حاجته إلا بإذن القاضي والنفقة من مال الموصي. وفي فتاوى الفضلي: وصي أخذ أرض الصبي مزارعة قال: لا يجوز إن شرط البذر على اليتيم لانه صار مؤجرا نفسه ببعض الخارج وليس له أن يؤاجر نفسه من الصبي، وإن كان البذر منه يجوز عندهما إذا كان خيرا لليتيم لانه صار مستأجرا أرضه ببعض من بذره وله أن يستأجر أرض الصبي بالدراهم فكذا ببعض الخارج. وفي واقعات الناطفي قال: ولو أخذ الوصي مال اليتيم وأنفقه في حاجة نفسه ثم رضع مثل ما أنفق لا يبرأ عن الضمان إلا أن يبلغ اليتيم فيدفعه إليه أو يشتري لليتيم شيئا ثم يقول للشهود كان علي لليتيم كذا وكذا وأنا أشتري ذلك له فيصير قصاصا ويبرأ عن الضمان. رجل بنى جدارا بين دار بين الصغيرين لهما عليه حموله ويخاف السقوط ولكل واحد منها وصي فطلب أحدهما مرمته وأبى الآخر فالقاضي يبعث أمينا لينظر فيه، فإن رأى في تركته
***
[٣٢٩]
ضررا عليهما أجبر الآبي حتى يبني مع صاحبه بخلاف ما لو أبى أحد الشريكين لانه قد رضي بإدخال الضرر عليه فلا يجبر، وههنا أراد الوصي إدخال الضرر على اليتيم فيجبر. وصي على يتيمين فباع دار أحدهما فإذا هي لليتيم الآخر فهو جائز وقد تقدم ما يخالف

ذلك في قوله وتنفيذ وصية معينة. وإذا باع القاضي على أنهما لفلان فإذا هي لآخر لا يجوز لان هذا قضاء والقضاء إذا كان المقضي عليه مجهولا لا يجوز. قال رحمه الله: (ووصى الاب أحق بمال الطفل من الجد) وقال الشافعي رحمه الله: الجد أحق لان الشرع أقامه مقام الاب عند عدمه حتى أحرز ميراثه فيتقدم على وصيه. ولنا أن ولاية الاب تنتقل إليه بالايصاء فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه في المال والجد في الولاية لانه أقرب إليه وأشفق عليه حتى ملك الانكاح دون الوصي. فصل في الشهادة قال صاحب النهاية: لما لم تكن الشهادة في الوصية أمرا يختص بالوصية أخر ذكرها لعدم عراقتها فيها. قال رحمه الله: (شهد الوصيان إن الميت أوصى لزيد معهما لغت شهادتهما) أي بطلت لانهما يجران نفعا لانفسهما بإثبات العين لهما فترد للتهمة فإذا ردت ضم القاضي إليهما ثالثا لان في ضمن شهادتهما إقرارا منهما بوصي آخر معهما للميت وإقرارهما حجة على أنفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد الوصي لامتناع تصرفهم بدونه فصار حقهما بمنزلة ما لو مات أحد الاوصياء الثلاثة وجاز ذلك للقاضي مع وجود الوصي لامتناع تصرفهم بدونه فصار كأنه مات ولم يوص لاحد فيضم إليهم ثالثا ليمكنهم التصرف، وهذا وجه الاستحسان فيجب الضم. قال صاحب النهاية فإن قيل إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصيا آخر فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت التهمة فيه قلنا: القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي لكن الموصي إليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنهما لا تدبير لهما في هذا المال إلا بالثلث فأسند من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة فكذا هنا، كذا ذكره الامام المحبوبي في باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير. وإلى هنا لفظ النهاية واقتفى أثره كثير من الشراح منهم صاحب العناية. وقال تاج الشريعة: ولو سألا من القاضي أن يجعل هذا الرجل وصيا معهما برضاه فعلى القاضي أن يجيبهما إلى ذلك ا ه. ثم إن هذا حال الضم إلى الوصيين مطلقا، وأما فيما نحن فيه فيجب على

***

[٣٣٠]

القاضي أن يضم الثالث إليهما ألبتة وإن بطلت شهادتهما كما مضى عليه في عامة الكتب المعتبرة ا ه. ولم يتعرض لما إذا أنكر المشهود عليه أو صدقه ولم يقبل ورد أو لم يرد ونحن نذكره تتميما للفائدة قال في الاصل: وإذا كذبهما المشهود عليه أدخل معهما رجلا آخر سوى المشهود عليه، ومن مشايخنا من قال: ما ذكروا من أنه يدخل معهما ثالثا هذا قوأبي حنيفة ومحمد، وأما عند أبي يوسف لا يدخل معهما ثالثا، ومنهم من يقول لا بل المذكور في الكتاب قولهم جميعا وهو الظاهر فإنه لم يوجد فيه خلاف وإن صدقهما وقال لا أقبل الوصية قال أدخلت معهما ثالثا بخلاف ما لو قبل ثم أبى لا يقبل رده وإباؤه، إلى هنا لفظ المحيط. ثم إن بعض المتأخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال فيه: إن وجوب كون المضموم هذا المدعي إثر شهادة المتهم مع أنه لا تقبل شهادة المتهم فكيف يترتب عليها أثر ا ه. أقول: ليس هذا بشئ لان شهادة المتهم إنما لا تقبل في إثبات حق شرعي وإيجابه في اسقاط شئ كمؤونة التعيين فيما نحن فيه فإن شهادتهما تسقط عن القاضي مؤونة التعيين وإن لم تثبت الوصاية كما أشار إليه المصنف بقوله فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه. أما الوصاية فتثبت بنصب القاضي، وكم من شئ يكون حجة في الدفع ولا يكون حجة في الاثبات كالاستصحاب ونحوه فيجوز أن تكون شهادة المتهم أيضا كذلك فيترتب عليها أثر الدفع، وقد أفصح عنه صاحب العناية حيث قال: وجه الاستحسان أن القاضي ملك نصب الوصي إذا كان طالبا والموت معروفا فلا يثبت للقاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن، وإنما أسقطنا عنمؤنة التعيين ومثاله أن القرعة ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الانصباء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤونة التعيين ا ه. قال رحمه الله: (إلا إن يدعي زيد) أي يدعي زيد أنه وصي معهما فحينئذ تقبل شهادتهما وهذا استحسان. والقياس أن لا تقبل كالاول. وجه الاستحسان أنه يجب على القاضي أن يضم إليهما ثالثا على ما بينا آنفا وتسقط بشهادتهما مؤونة التعيين عنه فيكون وصيا معهما بنصف القاضي إياه كما إذا مات ولم يترك وصيا فإنه ينصب وصيا ابتداء فهذا أولى. قال رحمه الله: (وكذا الابنان) يعني لو شهد الابنان أن أباهما أوصى إلى رجل وهو منكر لا تقبل شهادتهما لقول شريح لا أقبل شهادة خصم ولا مرتاب أي متهم، وإن ادعى الشهود له الوصاية تقبل استحسانا على أنه نصب وصيا ابتداء على ما ذكرنا في شهادة الوصيين بذلك بخلاف ما

إذا شهدا أن أباهما وكل هذا الرجل بقبض ديونه بالكوفة حيث لا تقبل، سواء ادعى الرجل الوكالة أو لم يدع، لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الحي بطلبهما ذلك بخلاف الوصي. قال رحمه الله: (وكذا لو شهد الولد صغير بمال على الميت) أي لو شهد الوصيان لوارث صغير بمال على الميت لا تقبل فشهادتهما باطلة لانهما يثبتان ولاية التصرف لانفسهما في ذلك فصارا متهمين أو خصمين فلا تقبل. قال رحمه الله: (أو لكبير بما للميت)

***

[٣٣١]

يعني إذا شهدا الوصيان لولد كبير بمال الميت لا تقبل شهادتهما أيضا لانهما يثبتان ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول لانفسهما عند غيبة الوارث بخلاف شهادتهما لكبير بخلاف التركة لانقطاع ولايتهما لان الميت أقامها مقام نفسه في تركته لا في غيرها بخلاف ما إذا كان الوراث صغيرا أو الموصي أبا حيث لا تقبل شهادتهما في الكل لان لوصي الاب التصرف في مال الصغير في جميعه فيكونان متهمين فلهذا لم يقيده بالمال الموروث منه في حق الصغير وقيده به في الكبير، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: إذا شهد الوارث كبير يجوز في الوجهين أي في التركة وغيرها لان ولاية التصرف لا تثبت لهما في مال الميت إذا كان الورثة كبارا فعرت عن التهمة بخلاف ما إذا كانوا صغارا على ما بيناه والحجة عليهما ما بيناه. وفي المحيط: إذا شهد غرماء الميت أنه أوصى لفلان بكذا لا تقبل شهادتهم قياسا. ولو شهد أحدهما أنه أوصى لفلان بثلث ماله وشهد الآخر أنه أوصى له بثلث ماله وقال أعطوا منه فلانا ألف درهم قال محمد: يعطي الموصى له ثلث المال ولا ينقص منه ألفا فكأنه أوصى له بثلث الالف لانهما اتفقا على الشهادة بالثلث وانفرد أحدهما بشهادة الالف لفلان فما اتفقا عليه يقبل، وما انفرد أحدهما به يرد لان القائم به شهادة فرد وصار بمنزلة مالو استثنى أحدهما شيئا من الالف. وإذا شهد شاهدان أن الميت أوصى لهذين بدراهمه وشهد شاهدان أنه أوصى لهما بدنانير أو اثنان بعبد والآخران بدارهم جازت الشهادة لان كل فريق يشهد على عقد الوصية لا على الملك، ويمكن إثبات العقدين، ومتى كان الموصى به واحدا بطلت الشهاداتان كما لو شهد أحد الفريقين بالبيع من هذا والآخر ببيعه من هذا لم تقبل، ومتى كان الموصى به مختلفا فقد أمكن إثبات الوصيتين فتقبل. وإذا شهدا الوصيان لرجل كبير أنه ابن الميت جاز وإن كان صغيرا لم يجز قياسا لانهما يقبضان ميراثه فيكونان متهمين، وتقبل استحسانا على النسب وعلى التزويج لان المشهود به النسب واستحقاق الميراث إنما يثبت حكما لبيان النسب لا مقصودا بالشهادة. قال رحمه الله: (ولو شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للاولين بمثله تقبل وإن كانت شهادة كل فريق بوصية ألف لا) وهذا عند محمد. وقال أبو يوسف: لا تقبل في الدين أيضا، ويروي أبو حنيفة مع محمد ويروي مع أبي يوسف، وعن أبي يوسف مثل قول محمد. وروي الحسن عن أبي حنيفة أنهم إذا جاؤا معا وشهدوا فالشهادة باطلة وإن شهد اثنان لاثنين فقبلت ثم ادعى الشاهدان بعد ذلك عل الميت بألف درهم فشهد لهما الاولان تقبل. قال في العناية: جنس هذه المسائل أربعة أوجه: الاول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين، والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بألف مرسلة أو بثلث المال، والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو أن يشهد

***

[٣٣٢]

الرجلان بجارية وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد، والرابع وهو المذكور في الكتاب آخرا هو أن يشهد الرجلان بجارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد يعني ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أو بثلث المال، ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة فما ثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع، ما لم تثبت فهي التهمة قبلت كالثالث على ما ذكر في الكتاب، وأما الوجه الاول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضا ا ه‍. أقول: تقسيم صاحب العناية وتقريره هنا مختل لانه إن أراد بالاوجه الاقسام الكلية فهي ثلاثة لا غير: أحدها ما اتفقوا عل جوازه وثانيهما ما اتفقوا على عدم جوازه، وثالثهما ما اختلفوا فيه. وما عداه وجه رابع داخل في القسم الثاني لا محالة. وإن أراد بها الامثلة فهي خمسة لا أربعة كما تدل عليها عبارة الكتاب فلا وجه لجعل الاثنين منها وجها واحدا على أن قوله الاول ما اختلفوا فيه، والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه، والثالث ما اتفقوا على جوازه لا يساعده كون مراده بالاوجه هو الامثلة بل يقتضي كون مراده بها هو الاقسام الكلية المذكورة كما لا يخفى. ثم إن صاحبي النهاية والكفاية وإن ذهبا أيضا إلى كون

الاوجه في جنس هذه المسائل أربعة إلا أن تقريرهما لا ينافي كون المراد بالاوجه هو الامثلة والمسائل دون الاقسام الكلية والاصول كما ينافيه تقرير صاحب العناية فإنهما قال: وجنس هذه المسائل على أربعة أوجه: في الوجه الاول تقبل الشهادة بالاجماع وهو أن يشهد الرجلان بوصية عين أخرى كالجارية لانه لا شركة للمشهود فيه فلا تتمكن التهمة، وفي الوجه الثاني لا تقبل بالاجماع وهو أن يشهد الرجلان بالوصية بجزء شائع كالوصية بثلث ماله وشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أيضا، وفي الوجه الثالث لا تقبل أيضا وهو أن يشهد الرجلان أن الميت أوصى للشاهدين الاولين بثلث ماله لان الشهادة مثبتة للشركة، وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين، ثم إن الحق أن تثبت القسمة ههنا كما فعله الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا حيث قال: وإذا شهد أربعة نفر شهد هذان لهذين وهذان على الميت فإن هذا على ثلاثة أوجه: في وجه تقبل شهادتهما بالاتفاق. وفي وجه لا تقبل بالانفاق. وفي وجه اختلفوا فيه ثم فعل كل وجه بالثلاثة. ودليله كما فعل شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد حيث قال: وههنا ثلاثة فصول: أحدها ما لا تقبل فيه الشهادة بالاتفاق. والثاني ما تقبل فيه الشهادة بالاتفاق. والثالث ما اختلفوا فيه وبين كل واحد منهما. لمحمد أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة فيه إذا لم يجب بسبب واحد ولهذا يختص أحدهما بما قبض ولا يكون للآخر حق المشاركة، ولا ينتقل بالموت من الذمة إلى التركة ألا ترى أن التركة لو هلكت لا يسقط الدين وأن للوارث أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر فلا يمكن الشركة بينهم فصار كما لو شهدا الفريقان في حال حياته بخلاف الوصية فإن حق الموصى له يتعلق بالعين المتروكة حتى لا

***

[٣٣٣]

يبقى بعد هلاك التركة، وليس للوارث أن يستخلص التركة ويعطيه من محل آخر. ولو قبض أحد الفريقين شيئا كان للفريق الآخر حق المشاركة فكان كل فريق مثبتا لنفسه حق المشاركة في التركة فلا تصح شهادتهما. ولابي يوسف أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة ولهذا لا يثبت الملك فيها للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها إذا كان مستغرقا بالدين فشهادة كل فريق للآخر تلاقي محلا اشتركا فيه فصار نظيره مسألة الوصية فلا تقبل بخلاف الشهادة في حال الحياة لان الدين في ذمته لبقائها في المال فلا تحقق الشركة. وجه رواية الحسن أنهما إذا جاءا معا كان ذلك بمعنى المعاوضة فتتفاحش التهمة ترد بخلاف ما إذا كان على التعاقب لان الاول قد مضى وثبت بمعنى المعاوضة فلا تهمة، والثاني لا يزاحمه الاول عند صدوره فصار كالاول والوصية بجزء شائع كالوصية بالدراهم المرسلة فيما ذكرنا من الاحكام حتى لا تقبل فيها شهادة الفريقين لانها تثبت التركة. ولو شهد رجلان أنه أوصى لرجلين بعين كالعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله أو بالدراهم المرسلة فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة بخلاف ما إذا شهد رجلان لرجلين أنه أوصى لهما بعين أخرى حيث تقبل الشهادتان لانه لا شركة فلا تهمة والتعالى أعلم.

***

[٣٣٤]

كتاب الخنثى وهو على وزن فعلى بالضم من التخنث وهو اللين والمتكسر ومنه المخنث وتخنث في كلامه. وسمى خنثى لانه يتكسر وينقص حاله عن حال الرجل وجمعه خناثى. وفي الشرع ما ذكره المؤلف. قال في النهاية: لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة من النساء والرجال شرع في بيان من له آلتان فقدم ذكر الاول لما أن الواحد قبل الاثنين، ولان الاول هو الاعم والاغلب وهذا كالنادر فيه ا. أقول: فيه بحث، أما أولا فلان ما ذكر في الكتب السابقة من الاحكام ليس بمخصوص بمن له آلة واحدة بل يعم من له آلة واحدة ومن له آلتان ألا ترى أن الاحكام المارة في كتاب الوصاية مثلا جارية بأسرها في حق الخنثى أيضا، وكذلك الحال في أحكام سائر الكتب المتقدمة كلها أوجلها، فما معنى قوله لما فرغ من أحكام من له آلة واحدة شرع في بيان أحكام من له آلتان وجعل المصنف في الهداية لكتاب الخنثى فصلين ووضع الفصل الاول لبيانه والفصل الثاني لاحكامه حيث قال: فصل في بيانه ثم قال: فصل في أحكامه. فهو في هذا الكتاب إنما شرع حقيقة في بيان من له آلتان لافي بيان أحكامه وانما ذكر أحكامه في الفصل الثاني بعد أن ذكر بيان نفسه في الفصل الاول وإن صح أن يقال شرع في أحكامه أيضا بتأويل ما فما معنى تخصيص الشروع بالثاني في قوله شرع في بيان أحكام من له آلتان؟ وقال في العناية: لما فرغ من أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود ا ه. وإنما قال المشكل ولم يقل المشكلة لان ما لم يعلم تذكيره ولا تأنيثه الاصل فيه التذكير. قال رحمه الله: (هو من له فرج وذكر) يعني الخنثى من له فرج المرأة

وذكر الرجل، وظاهر عبارة المؤلف أنه لا بد من الآلتين. قال البقالي: أو لا يكون فرج ولا ذكر ويخرج بوله من ثقب في المخرج أو غيره، ولا يخفي أن الله يخلق ما يشاء فيخلق ذكرا فقط أو أنثى فقط أو خنثى. قال رحمه الله: (فإن بال من الذكر فغلام وإن بال من الفرج
***
[٣٣٥]
فانثى) لانه عليه الصلاة والسلام سأل كيف يورث فقال: من حيث يبول. وعن علي رضي الله عنه مثله. وروي أن قاضيا من العرب في الجالية رفع عليه هذه الواقعة فعجل يقول هو ذكر وامرأة فاستبعد قوله ذلك فتحير ودخل فجعل يتقلب على فراشه ولا يأخذه النوم لتحيره وكانت له بنت تغمز رجله فسألته عن ذكره فأخبرها بذلك فقالت: دع المحال واتبع الحكم المبال فخرج إلى قومه فحكى لهم ذلك فاستحسنوا فعرف بذلك أن هذا الحكم كان في الجاهلية فأقره الشرع، ولان البول من أي عضو كان فهو دليل على أنه هو العضو والاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب. وذلك إنما يقع به الولادة لان منفعة تلك الآلة خروج البول وذلك عند انفصاله من أمه وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعده فعلم بذلك أنه هو الاصل. قال رحمه الله: (فإن بال منهما) فالحكم للاسبق لانه دليل على أنه هو العضو الاصلي، ولانه كما خرج البول حكم بموجبه. لانه علامة تامة فلا يتغير بعد ذلك بخروج البول من الآلة الاخرى. قال رحمه الله: (فإن استويا) أي في السبق فمشكل لعدم المرجح. قال رحمه الله: ولا عبرة بالكثرة) وهذا عند أبي حنيفة وقالا: ينسب إلى أكثرهما بولا لانه يدل على انه العضو الاصلي ولان للاكثر حكم الكل في أصول الشرع فيترجح بالكثرة. وله أن كثر ما يخرج ليس بدليل على الآلة لان ذلك لاتساع المخرج وضيقه لا لانه هو العضو الاصلي، ولان نفس الخروج دليل بنفسه فالكثيرة لا يقع بها الترجيح عند المعارضة كالشاهدين والاربعة، وقد استقبح أبو حنيفة اعتبار ذلك فقال: هل رأيت قاضيا يكيل البول بالاواقي؟ قال رحمه الله: (إن بلغ وخرجت له لحية أو وصل إلى النساء فرجل وكذا إذا احتلم من الذكر) لان هذه من علامة الذكر. قال رحمه الله: (وإن ظهر ثدي أو لبن أو أمكن وطؤه فامرأة) لان هذه من علامات النساء. قال رحمه الله: (وإن لم تظهر له علامة أو تعارضت فمشكل) لعدم ما يوجب الترجيح. وعن الحسن أنه يعد أضلاعه فإن أضلاع الرجل تزيد عن أضلاع المرأة بواحد. قال رحمه الله: (فيقف بين صف الرجال والنساء) لانه يحتمل أن يكون ذكرا ويحتمل أن يكون أنثى لانه لو وقف في صف النساء، فإن كان ذكرا تفسد صلاته في صف النساء، ولو وقف في صف الرجال تبطل صلاته من يحاذيه، إن كان أنثى فلا يتخلل الرجال ولا النساء، وإن وقف في صف النساء فإن كان بالغا تفسد صلاته، وإن كان مراهقا يستحب له أن يعيد. والاصل في أحكامه أن يؤخذ بالاحوط فالاحوط ويعيد الذي عن يمينه ويساره والذي خلفه الصلاة احتياطا لاحتمال أنه امرأة. ويستحب أن يصلي بقناع لاحتمال أنه امرأة، ولو كان
***
[٣٣٦]
بالغا حرا يجب عليه ذلك. ويجلس في صلاته جلوس المرأة لانه إن كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة، وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروها بجلوسه جلوس الرجال. والاصل فيه فيما يرجع إلى العبادات قال محمد: أحب إلي أن يصلي بقناع لاحتمال أنه امرأة يريد قبل البلوغ، وإن صلي بغيره فإن كان غير بالغ لا يؤمر بالاعادة إلا استحسانا تخلقا واعتبارا، وفي الهداية: صلى بغير قناع امرأة أن يعيد وهو الاستحسان. هذا إذا كان الخنثى مراهقا غير بالغ، فإن كان بالغا فإن بلغ بالسن ولم يظهر فيه شئ من علامات الرجال والنساء لا تجزيه الصلاة بغير قناع إذا كان الخنثى حرا. وفي السنغاقي وفي بعض النسخ: وإن كان بالغا فصلى بغير قناع امرأة فإنه يعيد وهذا بطريق الاحتياط، هكذا لفظ المبسوط. ولم يتعرض فيه أن طريق الاحتياط فيه على وجه الاستحباب أو لى وجه الوجوب. والظاهر هو الوجوب قال: ويجلس في صلاته كجلوس المرأة. ولو أحرم هذا الخنثى وقد راهق ولم يبلغ ولم يستبن أنه امرأة قال أبو يوسف: لا علم لي بلباسه. وقال محمد: إن لبس المخيط كان أحوط لجواز أنها أنثى فلا يحل لها كشف العورة. قال: ويكره أن يلبس الحلي. وأراد به ما بعد البلوغ بالسن إذا لم يظهر به علامات يستدل بها على كونه رجلا أو امرأة. ويكره لبس الحرير أيضا قال: وأكره له أن ينكشف قدام الرجال أو قدام النساء. ومعناه إذا كان قد راهق. فإن قلت: وهل يكره أن يخلو به رجل أجنبي

ليس بمحرم منه أو يخلو هو بامرأة أجنبية ليس بمحرم منها؟ قلت: نعم إذا خلا بالخنثى رجل محرم منه فلا بأس، وكذلك الخنثى إذا خلا بامرأة هو محرم منها. ولا يسافر الخنثى بامرأة هي غير محرم منه، ولا بأس أن يسافر الخنثى مع محرم من الرجال ثلاثة أيام ولياليها، ولا يختنه رجل وامرأة لان الخنثى صبي أو صبية، فإن كان صبيا يجوز للرجال أن تختنه، وإن كان مراهقا يشتهي أو لا، وإن كان صبية فلا بأس للنساء أن تختنها إذا كانت غير مراهقة لانها لا تشتهي، وإذا كانت غير مراهقة وهي تشتهي أو لا، فإن قيل ما الفرق بين الحياة والموت حيث قلتم إذا مات الخنثى يمم بالصعيد، ولا يغسله رجل ولا امرأة ولم تقولوا أنه يشتري له جارية من ماله أو من مال أبيه أو من مال بيت المال إذا لم يكن لها مال ثم يبيعها الامام بعد ما غسلته ويرد ثمنها إلى بيت المال؟ قلنا: شراء الجارية بعد موت الخنثى لتغلسه لا تفيد إباحة الغسل لانه لا يملكها الخنثى ولا يبقى على ملكه لحاجة الغسل، فأما ما دام حيا فهو من أهل الملك لانه رجل أو امرأة فيملك الجارية التي اشتريت له، وإذا ملك الجارية التي اشتريت له كان شراء الجارية يفيد إباحة الختان. قال رحمه الله: (وتبتاع له أمة تختنه) يعني بماله لانه يجوز لمملوكه النظر إليه مطلقا إن كان ذكرا، وللضرورة إن كان أنثى، ويكره أن يختنه رجل لاحتمال أنه ذكر أو امرأة لاحتمال أنه أنثى فكان الاحتياط فيما ذكرنا لانه لا يحرم على تقدير أن يكون ذكرا وعلى تقدير أن يكون أنثى لان نظر الجنس إلى الجنس أخف. والاصل في مسائل النكاح لو زوج الاب هذا الخنثى امرأة قبل

***

[٣٣٧]

بلوغه أو زوجة فالنكاح موقوف لا يفسد ولا يبطل ولا يتوارثان حتى يستبين أمر الخنثى لان التوارث حكم النكاح النافذ لا حكم النكاح الموقوف، فإن زوجه الاب امرأة وبلغ وظهر علامات الرجال ونحوه حكم بجواز النكاح إلا أنه أذا لم يصل إليها فإنه يؤول سنة كما يؤجل غيره إذا لم يصل إلى امرأته. ولو أن هذا الخنثى المشكل تزوج خنثى مثله فالنكاح يكون موقوفا إلى أن يستبين حالهما، فإن تبين حالهما فالنكاح جائز، وإن مات أحدهما أو ماتا قبل أن يزوج الاشكال لم يتوارثا، وإن ماتا وتركا أحد الابوين فأقام كل واحد من ورثتهما البينة أنه هو الزوج وأن الاخر هو الزوجة لا يقضي بشئ من ذلك، ولو أن رجلا قبل هذا الخنثى بشهوة ليس لهذا الرجل أن يتزوج بمحارمه حتى يتبين أمره. قال رحمه الله: (فإن لم يكن له مال فمن بيت المال ثم تباع) لان بيت المال أعد لنوائب المسلمين فيدخل في ملكه تعذرا للحاجة وهي حاجة الختان، فإذا ختنته تباع ويرد ثمنها إلى بيت المال، فإذا زوج امرأة فختنته ثم طلقها جاز لانه إن كان ذكرا صح النكاح، وإن كان أنثى فنظر الجنس أخف ثم يفرق بينهما لاحتمال أنه ذكر فيصح النكاح بينهما فتحصل الفرقة ثم تعتد إن خبها احتياطا. ولو حلف بعتق أو طلاق بأن قال إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت طالق أو فعبدي حر فولدت خنثى لم يقع شئ حتى يستبين لان الخنثى لم يثبت بالشك، ولو قال كل عبد لي حر أو قال كل أمة لي حرة وله مملوك خنثى لا يعتق حتى يستبين أمره لما قلنا. وإن قال القولين جميعا عتق للتيقن بأحد الوصفين لانه لا يخلو عن أحدهما، وإن قال الخنثى أنا رجل وامرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلا لانه دعوى بلا دليل. وذكر في النهاية معزيا إلى الذخيرة: إن قال الخنثى المشكل أنا ذكر أو أنثى كان القول قوله لان الانسان أمين في حق نفسه والقول قول الامين ما لم يعرف خلاف ما قال ما إذا قالت المعتدة انقضت عدتي وأنكر الزوج كان القول قولهما ما لم يعرف خلاف قولها بأن قلت في مدة لا تنقضي في مثلها العدة، والاولى ما ذكره في النهاية. ولا يحضر الخنثى غسل رجل ولا امرأة لاحتمال أنه ذكر أو أنثى، ويستحب أن يسجي قبره لانه أن كان أنثى أقيم واجب، وإن كان ذكر لا يضره التسجية. وإذا أراد أن يصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى، ويؤخر عن الرجل لاحتمال أنه امرأة، ويقدم على المرأة لاحتمال أنه رجل. ولو دفن مع رجل في قبر واحد للعذر جعل خلف الرجل لاحتمال أنه امرأة ويجعل بينهما حاجزا من صعيد ليكون في حكم القبرين. وكذا الرجلان إذا دفنا في قبر واحد. وإن دفن مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال أنه أنثى، ويدخل قبره ذو رحم محرم منه لاحتمال أنه أنثى. ولم يتعرض المؤلف لما يتعلق بالخنثى من الحدود والقصاص، ولا لما يتعلق به من الايمان، ولا لما يتعلق به من الدعوى والبينة، ولا لبيان الاختلاف الواقع فيه، ولا لبيان

***

[٣٣٨]

شهادته. قال في الاصل: ولو أن رجلا قذف الخنثى المشكل قبل البلوغ أو قذف الخنثى رجلا فلا حد على القاذف، أما إذا كالقاذف

هو الخنثى فلانه صبي أو صبية، فإما إذا كان القاذف رجلا فلانه غير محصن لان البلوغ من أحد شرائط إحصان القذف كالاسلام، وإن قذف الخنثى بعد بلوغه بالسن، فإن ظهر له علامة يستدل بها على كونه ذكرا أو أنثى حد الرجال أو النساء، ولو قذف الخنثى رجلا بعد ظهور علامة الرجال أو قذفه رجل فهما سواء فيجب الحد، وإن لم يظهر له علامة فلا حد على قاذفه. وهذا لان الخنثى وإن صار محصنا بالبلوغ إلا أنه لم يظهر عليه علامة الانوثة أو الذكورة يجوز أن يكون هذا رجلا وأن يكون امرأة، فإن كان امرأة فهو بمنزلة الرتقاء لانها لا تجامع كالرتقاء. ومن قذف رجلا مجبوبا أو امرأة رتقاء لا حد عليه، وإن كان الخنثى هو القاذف يحد لانه مجبوب بالغ أو رتقاء بالغة، والمجبوب البالغ والرتقاء البالغة إذا قذف إنسانا يجب عليه الحد. وإن سرق بعد ما أدرك يجب عليه الحد. وإن سرق منه ما يساوي عشرة يقطع السارق. رجل أو امرأة. ولو قطع يد هذا الخنثى قبل أن يبلغ أو يستبين أمره فلا قصاص على قاطعه. سواء كان القاطع رجلا أو امرأة. وعلى هذا الخلاف إذا قتل الخنثى رجلا أو امرأة عمدا كان عليه القصاص، وإن قطع هذا الخنثى يد رجل أو امرأة فعلى عاقلته أرش ذلك وبعد البلوغ إذا قطع يد إنسان قبل أن يستبين أمره عمدا فإنه يجب عليه الارش. في ماله وإن شهد مغنما يرضخ له ولا يسهم، وإن ارتد عن الاسلام قبل أن يدرك أو بعدما أدرك لا يقتل عندهم جميعا، أما قبل فإنه صبي أو صبية وردة الصبي والصبية لا تصح عند أبي يوسف. وعند أبي حنيفة ومحمد أنه وإن كان يصح ردة الصبي العاقل والصبية العاقلة إلا أنه لا يقتل على الردة عندهما، وبعد البلوغ تصح ردته بالاجماع إلا أنه لا يخلو إما أن يكون رجلا أو امرأة، فإن كان رجلا حل قتله ولا يحل إن كان امرأة فلا يحل بالشك. وإن كان من أهل الذمة لا يوضع عليه خراج رأسه حتى يدرك ويستبين أمره ولا يدخل في القسامة، ولو كان الخنثى أبوه حيا فقال هو غلام ولا يعرف ذلك إلا بقوله لكان القول قوله، وكذلك لو قال هي جارية فالقول قوله إذا لم يكن مشكل الحال لان الوصي قائم مقام الاب، وإن كان مشكل الحال لم يصدق. وإن قتل الخنثى خطأ قبل أن يستبين أمره قال القول في ذلك قول القاتل أنه ذكر أو أنثى إن كانت الدية تجب على القاتل إن لم يكن له عاقلة، وإن كان له عاقلة فالقول قول العاقلة، وإن قالوا لا ندري فالقول قولهم ووجب عليهم دية، وإن قالوا إنه أنثى وورثة الخنثى ادعوا أنه ذكر فالقول قول العاقلة لانهم يدعون على القاتل والعاقلة زيادة خمسة آلاف درهم والقاتل والعاقلة ينكرون ذلك فيقضي عليهم بدية المرأة ويوقف العقل إلى أن يستبين أمره أنه ذكر أو أنثى. رجل مات وترك ذكرا وخنثى وزوجة فمات الخنثى بعد موت أبيه فادعت أم الخنثى أنه ذكر وأنه كان ورث من أبيه نصف المال بعد الثمن لانه مات وترك ابنين وامرأة ثم مات الخنثى فورثت ثلث

***

[٣٣٩]

ذلك النصف لان الخنثى مات وترك أما وأخاترث الام ثلث ذلك النصف وقال ابن الميت وهو أخ الخنثى لا بل كانت الخنثى جارية وورثت الثلث من الميت بعد الثمن ثم ماتت فورثت أنت ثلث ذلك فالقول قول أخي الخنثى إلا أن الاخ يستحلف على العلم بالله ما تعلم أنه كان ذكرا. وإذا قامت الام البينة أنه كان يبول من مبال الرجال ولا يبول من مبال النساء فإنه يرث من أبيه ميراث النصف بعد الثمن، ثم ترث الام ثلث ذلك النصف من الخنثى. وإن أقام أخ الخنثى البينة أنه يبول من مبال النساء ولا يبول من مبال الرجال وأنها ورثت الثلث من الاب بعد الثمن فلام الخنثى ذلك الثلث، وإن أقام رجل البينة أن أبا الخنثى كان زوجها منه على ألف درهم وطلب ميراثها وصدقه الابن أو كذبه ولم تقم الام البينة أن أب الخنثى على ما ادعت فإنه يقبل قول الزوج ويجعل عليه المهر وورث من الخنثى ميراث الزوج وورث أم الخنثى من الصداق الذي يبقى على الزوج وما ترك الخنثى. وإن أقام الاخ بينة على ما ادعت أنه كان يبول من مبال الرجال ولا يبول من مبال النساء إن أقام الزوج البينة أنها كانت أنثى وتبول من مبال النساء ولا تبول من مبال الرجال كانت بينة الاخ أولى بالرد، ولو أن هذا الخنثى المشكل الذي مات صغيرا وترك مالا أقامت امرأة بينة أن أباه زوجها إياه في حياته ومهرها ألف درهم وأنه كان غلاما يبول من حيث يبول الغلام ولم يكن يبول من حيث يبول النساء وكذبها الاخ ابن الميت قال: أصدق المرأة واجعله غلاما واجعل صداقها في ميراثه من ميراث الغلام، فإن أقام الاخ ابن الميت البينة بأنه كاجارية يبول من حيث تبول الجارية قال: لا أقبل بينتهما على ذلك فأقضي ببينة المرأة. وهذا إذا جاءا معا، فأما إذا أقام الزوج البينة أولا وقضى القاضي بذلك ثم أقامت المرأة البينة فإنه لا يقبل منها لترجح الاولى بالقضاء، فإن وقت أحد من البينتين وقتا قبل الاخرى فإنه

يقضي بأسبقهما تاريخا، وإن لم يوقت ذكر أنهما يبطلان. وهذا إذا كانت المرأة تدعي الصداق، ومتى لم تدع فإنها تهاتر البينتان. وإن كان هذا الصبي حيا لم يمت والمسألة بحالها قال: هذا كله باطل ولا أقضي بشئ منه بلا توقف في ذلك حتى يستبين حاله متى أدرك، وليس حالة الحياة عندي بمنزلة ما بعد الموت. ولو أن هذا الخنثى حين مات بعد أبيه وهو مراهق أقام رجل البينة أن أباه زوجه إياها على هذا الوقف بألف وأمره بدفعه إليه وأنه كان يبول من حيث تبول النساء وكذبه الورثة فهذا على وجهين: أما إن جاءت البينات معا أو جاءت إحداهما قبل صاحبتها، فإن جاءتا معا فلا يخلو إما إن لم يوقتا أو وقتا وقتا ووقتهما على السواء أو كان وقت إحدهما أسبق، فإن لم يوقتا أو وقتا ووقتهما على السواء تهاترت البينات جميعا، هذا بخلاف ما لو لم يدع الزوج نصف الطلاق بالطلاق قبل الدخول. وإنما ادعى النكاح على الخنثى لا غير وباقي المسألة بحالها ذكر أن البينة المثبتة أنها امرأة وأولى. وإن وقتا وقتا ووقت أحدهما أسبق فالسابق أولى، فإن جاءت إحداهما قبل الاخرى إن جاءت
***

[٣٤٠]

الاخرى قبل القضاء بالاولى فالجواب فيه كالجواب فيما لو جاءتا معا، فأما إذا قضى القاضي بالاولى ثم جاءت الاخرى لا تقبل الاخرى بخلاف ما لو جاءتا معا ولم يؤرخا أو أرخا فتاريخهما على السواء فإنه لا يقضي بواحدة منهما. ولو أن هذا الخنثى المشكل مات قبل أن يظهر أمره فأقام رجل البينة أن أباه زوجها إياه بألف درهم برضاها وأنها ولدت منه هذا الود قال: أجزت بينته واجعلها امرأته واجعل الولد ابنها. وإن لم يقم هذا الرجل البينة أن أباها زوجها إياه برضا منه وأنه دخل بها وأنها ولدت منه هذا الولد فإنه يقضي بكون الخنثى رجلا وألزمه الولد، فإن اجتمعت الدعوتان جميعا وجاءت البينات معا ولم يوقتا أو وقتا على السواء فإنها تهاترت البينات جميعا وجاءت البينات معا، فإن قامت إحدى هاتين البينتين وقضى القاضي بشهادتهما ثم جاءت البينة الاخرى بعد ذلك قال: لا أقبل البينة الثانية. وإن كان هذا الخنثى المشكل من أهل الكتاب فادعى رجل مسلم أن أباه زوجه إياها على مهر مسمى برضاها وأقام بينة من أهل الكتاب قال: اقضي بينة المسلم وأجعلها امرأته وأبطل بينة المرأة. وكذلك لو كان الرجل من أهل الكتاب وبينته من أهل الاسلام فيقضي للرجل دون المرأة، وهذا بخلاف ما لو قوع الدعوى في المال فادعى المسلم مالا في يد ذمي وأقام على ذلك شاهدين كتابين فإنه يقضي بالمال بنيهما ولا ترجح إحدى الشهادتين بالاسلام. ولو مات أبو الخنثى ثم مات هذا الخنثى فادعت أمه ميراث غلام وأقر الوصي بذلك وجحد بقية الورثة وقالوا هي جارية قال: إذا جاءت الدعوى في الاموال لم يصدق وعلى الام على ما ادعى. وإن كان هذا الخنثى حيا لم يمت فقال أنا غلام وطلب ميراث غلام من أبيه وصدقه الوصي في ذلك وأنكر بقية الورثة ذلك وقالوا هي جارية قال: لا أعطيه ميراث غلام ولا أصدقه على ذلك إلا ببينة. وإن كان وصيه أخو زوجه امرأة ثم مات الخنثى وطلبت المرأة ميراثها وقال الوصي هو غلام وقد جاز النكاح ورثت المرأة منه وقال بقية الورثة هي جارية لا يلزم الورثة الذي أنكروا ميراث الغلام في حقهم ويلزم الوصي المقر ميراث غلام في نصيبه وترث المرأة من الخنثى ميراث الخنثى من المقر، وإن كان له أخ لابيه وأمه فأقر أنه جارية وزوجها رجلا ثم مات الخنثى وقد راهق قبل أن يعلم أنها امرأة وزوجها ثم مات الخنثى قبل أن يعرف حاله فإن النكاح جائز على الاخ الاول وهو الوصي، ولا يجوز على من أنكر من بقية الورثة والنكاح الثاني الذي أقر به الاخر الثاني الذي ليس بوصي باطل في حقولا يجوز في حق بقية الورثة. قال: وإن لم يعرف أي النكاحين أول قال أبطل هذا كله ولا أورث شيئا منهما. وإن عرفت الذي أقر أنها امرأة وزوجها رجلا أنها أولى قال: ألزمه ميراث الاخر في نصيبه ولا ألزم غيره وأبطل النكاح. خنثى مشكل مراهق وخنثى مثله مشكل تزوج أحدهما صاحبه على أن أحدهما رجل والآخر امرأة إذا مات وأقام كل واحد من ورثتهما بينة أنه هو الزوج وأن الآخر هو الزوجة قال: لا أقضي بشئ من ذلك. وإن جاءت إحدى البينتين قبل
***

[٣٤١]

الاخرى وقضى بها ثم جاءت البينة الثانية قال: أبطل البينة الاخرى وقضاء الاول ماض على حاله بشهادة للخنثى حتى يدرك وبعدما أدرك إذا لم يستبن أمره يوقف أمره في حق الشهادة حتى يتبين أنه رجل أو امرأة أو صبي هذا الخنثى المشكل يعطى له خمسمائة درهم وتوقف الخمسمائة الاخرى إلى أن يتبين حاله أو يموت قبل التبين، فإن تبين أنه ذكر دفعت الزيادة إليه، وإن تبين أنه جارية دفعت إلى

ورثة الموصي وهذا قول علمائنا قال الشيخ رحمه الله: يعطى له نصف وصية الغلام خمسمائة ونصف. وصية الجارية مائتان وخمسون فيعطى له سبعمائة وخمسون ويوقف مائتان وخمسون إلى أن يتبين حاله، فإن تبين أنه ذكر يعطى مائتين وخمسين، وإن تبين أنه أنثى يؤخذ منه مائتان وخمسون. قال رحمه الله: (وله أقل النصيبين) يعني لو مات أبوه كان له الاقل من نصيب الذكر ومن نصيب الانثى فإنه ينظر نصيبه على أنه ذكر وعلى أنه أنثى فيعطى الاقل منهما، وإن كان محروما على أحد التقديرين فلا شئ له، مثاله أخوان لاب وأم أحدهما خنثى مشكل كان المال بينهما أثلاثا للاخ الثلثان وللخنثى الثلث فيقدر أنثى لانه أقل، ولو قدر ذكرا كان له النصف. ولو تركت امرأة زوجا وأما وأختا لاب وأم هي خنثى كان للزوج النصف وللام الثلث من النصف الباقي وللخنثى ما بقي وهو السدس على أنه غصبه، ولو قدر أنثى كان له النصف وكانت المسألة تعول إلى ثمانية. ولو تركت زوجا وأما وأخوين من أم وأخا لاب وأم هو خنثى كان للزوج النصف وللام السدس وللاخوين لام الثلث ولا شئ للخنثى لانه عصبة ولم يفضل له شئ، ولو قدر أنثى كان له النصف فعالت المسألة إلى تسعة. ولو ترك الرجل ولد أخ هو الخنثى وعما لاب وأم أو لاب كان المال للعم وقدر الخنثى أنثى لان بنت الاخ لا ترث، ولو قدر ذكرا كان المال له دون العمم لان ابن الاخ مقدم على العم. وقال الشعبي: للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى. وعن ابن عباس مثله لانه مجهول والتوزيع على أحوال عند الجهل طريق معهودة في الشرع كما في العتق المبهم، والطلاق المبهم إذا تعذر البيان فيه بموت الموقع قبل البيان. ولنا أن الحاجة إلى إثبات الملك ابتداء فلا يثبت مع الشك فصار كما إذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر غير الميراث بخلاف المستشهد به لان سبب الاستحقاق متيقن به وهو الانشاء السابق ومحلية كل واحد من العبدين والمعتقين بحكم ذلك السبب ثابت لكل واحد منهما على السواء من غير ترجيح أحدهما على الآخر بالشك. قال رحمه الله: (فلو مات أبوه وترك ابنا له سهمان وللخنثى سهم) لانه الاقل وهو متيقن فيستحقه، وعلى قول الشعبي نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى. واختلف أبو يوسف ومحمد في تخريج قول الشعبي فقال أبو يوسف: المال بينهما على سبعة أسهم أربعة للذكر وثلاثة للخنثى، اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة انفراده فإن الذكر لو كان وحده
***
[٣٤٢]
كان كل المال له والخنثى إن كان ذكرا كان له كل المال، وإذا كان أنثى كان له نصف المال فيأخذ نصف النصيبين نصف الكل ونصف النصف وذلك ثلاثة أرباع المال وللابن كل المال فيجعل كل ربح سهما فبلغ سبعة أسهم للابن أربعة وللخنثى ثلاثة أرباع، وليس للمال ثلاثة أرباع وأربعة أرباع فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه اعتبارا بطرق العول والمضاربة. وقال محمد رحمه الله: المال بينهما على اثني عشر سهما سبعة للابن أيضا وخمسة للخنثى ويعتبر هو نصيب كل واحد منهما في حالة الاجتماع فيقول: لو كان الخنثى ذكرا كان المال بينهما نصفين، ولو كان أنثى كان أثلاثا فالقسمة على تقدير ذكورته من اثنين، وعلى تقدير أنوثته من ثلاثة وليس بينهما موافقة فيضرب إحداهما في الاخرى تبلغ ستة للخنثى على تقدير أنه أنثى سهمان، وعلى تقدير أنه ذكر ثلاثة فله نصف النصيبين وليس للثلاثة نصف صحيح فيضرب الستة في اثنين تبلغ اثني عشر فيكون للخنثى ستة على تقدير أنه ذكر، وله أربعة على تقدير أنه أنثى فيأخذ نصف النصيبين خمسة لان نصف الستة ثلاثة ونصف الاربعة اثنان ألا ترى أن الابن يأخذ في هذه المسألة سبعة لان نصيب الابن على تقدير أن الخنثى ذكر ستة، وعلى تقدير أنه أنثى ثمانية فنف النصيبين سبعة، ولو كان معها بنت فعند أبي يوسف تكون المسألة من تسعة لان نصيب البنت النصف حالة انفرادها وللابن الكل وللخنثى ثلاثة أرباع حال انفراد كل منهما فيجعل كل ربع سهما تبلغ تسعة، وعند محمد له خمس وثمن لان على تقدير أنه ذكر كان له خمسان فله نصف وهو الخمس، وعلى تقدير أنه أنثى كل له ربع فله نصفه وهو الثمن فمخرج الخمس من خمسة ومخرج الثمن من ثمانية وليس بينهما موافقة فتضرب إحداهما في الاخرى تبلغ أربعين ومنها تصح المسألة للخنثى خمسها ثمانية وثمنها خمسة فاجتمع له ثلاثة عشر سهما والبنت على تقدير أنه ذكر خمسان وهو ستة عشر، وعلى تقدير أنه أنثى ربع وهو عشرة فيكون له نصف النصيبين ثلاثة عشر والابن خمسان على تقدير ذكورته، ونصف على تقدير أنوثته فله نصف النصيبين ثمانية عشر وعلى هذا تخرج المسائل ولو كانوا أكثر من ذلك على المذهبين والله أعلم. مسائل شتى قد كانت عادة المصنفين أنهم يذكرون آخر الكتاب ما لم يذكر في الابواب السابقة من المسائل استدراكا للفائت ويترجمون لتلك المسائل بمسائل شتى أو بمسائل منثورة فعمل

المصنف هنا أيضا كذلك جريا على عادتهم. وفي بعض النسخ مسائل شتى أي متفرقة وهو جمع شتيت وهو التفرق، فإن قلت: جاءني القوم شتى يكون نصبا على الحال أي متفرقين. قال رحمه الله: (إيماء الاخرس وكتابته كالبيان بخلاف معتقل اللسان في وصيته ونكاح

***

[٣٤٣]

وطلاق وبيع وشراء وقود) وقال الشافعي: لا فرق بين معتقل اللسان والاخرس. ولنا أن الاشارة إنما تقوم مقام العبارة إذا صارت معهودة وذلك في الاخرس دون معتقل اللسان حتى لو امتد ذلك وصارت إشارته معهودة صار بمنزلة الاخرس. وقدر مدة الامتداد في المحيط بشهر، وفي جامع الفصولين بستة أشهر، وقدر التمرتاشي الامتداد بستة، وذكر الحاكم أبو محمد رواية عن أبي حنيفة فقال: إذا دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس. قل: وعليه الفتوى. وأطلق في الاخرس فشمل الاصلي والعارض، والمراد الاصلي. أما الوصية لان التقصير جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت بخلاف الاخرس لانه لا تفريط من جهته. ولان العارض على شرف الزوال دون الاصل فلا يقاس أحدهما على الآخر. وإذا كان إيماء الاخرس وكتابته كالبيان وهو النطق باللسان تلزمه الاحكام بالاشارة والكتابة حتى يجوز نكاحه وطلاقه وعتقه وبيعه وشراؤه إلى غير ذلك من الاحكام لان الاشارة تكون بيانا من القادر على النطق فالعاجز أولى، ولانه صلى الله عليه وسلم بين الشهر بالاشارة حيث قال: الشهر هكذا وأشار بأصابعه. قالوا: والكتاب ممن يأتي بمنزلة الخطاب ممن ذكر. أقول: فيه شئ وهو أن هذا يدل على بعض المدعي ولا يدل على بعضه الآخر بل يدل على خلافه فإن كتابة الاخرس حجة فيما سوى الحدود وليس بحجة في الحدود، وهذا الدليل المذكور لا يدل على عدم كونها حجة في الحدود إذ لا فرق فيه بين الحدود وما سواها بل يدل على كونها حجة في الحدود أيضا إذا كانت مستبينة مرسومة وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا فإنه إذا كان بمنزلة النطق في حق الحاضر أيضا لم يكن حجة ضرورة فينبغي أن يكون حجة في الحدود أيضا كما كان النطق حجة فيها فليتأمل في المخلص. والدليل على أن الدلالة كالبيان هو أنه صلى الله عليه وسلم بلغ الرسالة بالكتاب كالخطاب فإذا كان خطابا في حق القادر ففي حق الاخرس أولى لان عجزه ظاهر وألزم عادة لان الغائب يقدر على الحضور بل يقدر ظاهرا والاخرس لا يقدر على نطق والظاهر بقاؤه على الدوام. ثم الكتاب على ثلاثة مراتب: مستبين ومرسوم وهو أن يكون معنونا أي مصدرا بالعنوان وهو أن يكتب في صدره من فلان بن فلان على ما جرت به العادة في سير الكتب فيكون هذا كالنطق فيلزم حجة، ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدران وأوراق الاشجار أو على الكاغض لا على وجه الرسم فإن هذا يكون لغوا لانه لا عرف في إظهار الامر بهذا الطريق فلا يكون حجة إلا بانضمام شئ آخر إليه كالبينة والاشهاد عليه والاملاء على الغير حتى يكتبه لان الكتابة قد تكون تجربة وقد تكون للتحقيق، وبهذه الاشارة تتبين الجهة، وقيل الاملاء من غير إشهاد لا يكون حجة والاول أظهر. وغير مستبين كالكتابة على الهواء أو الماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا يثبت به شئ من الاحكام وإن نوى. وقول المؤلف وقود وعلل في الهداية بأن القصاص

***

[٣٤٤]

فيه معنى العوضية لان شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة. أقول: فيه بحث. أما الاول فلان ما ذكر ههنا من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة مخالف لما صرح به فيما مر في عدة مواضع منها كتاب الكافلة فإنه قال فيه: ولا تجوز الكافلة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة لان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق، ومنها كتاب الشهادات فإنه قال فيه: ولا تقبل في الحدود والقصاص شهادة النساء لان شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات. ثم قال في باب الشهادة: الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة ولا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص. ومنها كتاب الوكالة حيث قال فيه: وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق. وكذا بإيفائها واستيفائها إلا في الحدود والقصاص فإن الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تدرأ بالشبهات، وكذا في كتاب الدعوى. ومنها كتاب الجنايات فإنه صرح فيه في مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة بل جعلها أصلا مؤثر في سقوط القصاص وفرع عليه كثيرا من مسائل سقوط القصاص بتحقق نوع من الشبهة في كل واحد منها كما لا يخفي على الناظر في تمام ذلك الكتاب. وأما ثانيا فلان قيد الخالصة في قوله أما الحدود الخالصة

لله تعالى فشرعت زواجر مستدرك فإن حد القذف غير خالص لله تعالى بل فيه حق الله تعالى وحق العبد مقدم كما صرحوا به على أنه زاجر لا يثبت بالشبهة، ولا تكون إشارة الاخرس حجة فيه أيضا كما صرحوا به لا يثبت بالشبهة فيما مر آنفا فلا يتم التفريق بالنظر إليه. وقول المؤلف الاشارة والكتابة كالبيان دلت هذه المسألة على أن الاشارة معتبرة وإن كان قادرا على الكتابة لانه جمع بينهما فقال أشار وكتب. قال صاحب العناية: ولنا في دعوى الجمع بينهما نظر لانه قال في الجامع الصغير: وإذا كان الاخرس يكتب أو يومئ وكلمة أو لاحد الشيئين لا للجمع على أنا نقول قال في الاصل: وإن كان الاخرس لا يكتب وكانت له إشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز. ويعلم من إشارة رواية الاصل أن الاشارة من الاخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لانه تبين حكم إشارة الاخرس بشرط أن لا يكتب فافهم إلى هنا. قال رحمه الله: (لا في حد) يعني إشارته لا تكون كالبيان في الحدود لانها تندرئ بالشبهة لكونها حق الله تعالى فلا حاجة إلى إثباتها، ولعله كان مصدقا للقاذف إن قذف هو فلا يتيقن بطلبه الحد، وإن كان هو القاذف فقذفه ليس بصريح والحد لا يجب إلا بالقذف بصريح الزنا، وفي القصاص اعتبر طلبه لان حق العبد، وهذا لان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة ألا ترى أن
***
[٣٤٥]
الشهود لو شهدوا بالوطئ الحرام أو أقر هو بالوطئ الحرام لا يجب عليه الحد، ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب عليه القصاص وإن لم يقربالتعمد، وهذا لان القصاص فيه معنى المعاوضة لانه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد، أما الحدود الخالصة حق الله تعالى جعلت زاجرة ليس فيها معنى البدلية أصلا فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة. وذكر في كتاب الاقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه، ويحتمل أن يكون الجواب في الاخرس كذلك فيكون في الغائب والاخرس روايتان، ويحتمل أن يكون مفارقا لذلك لان الغائب يمكنه الوصول في الجملة فيعتبر بالنطق ولا كذلك الاخرس لتعذر وجود النطق في حقه للآفة التي به، فدلت المسألة على أن الاشارة معتبرة وإن كان قادرا على الكتابة بخلاف ما ذكر بعض أصحابنا من أن الاشارة لا تعتبر مع القدرة على الكتابة قالوا: لان الاشارة حجة ضرورية ولا ضرر مع القدرة على الكتابة. قلنا: كل واحد منهما حجة ضرورية ففي الكتابة زيادة بيان لم توجد في الاشارة لان قصد البيان في الكتابة معلوم حسا وعيانا، وفي الاشارة زيادة أثر لم توجد في الكتابة لان الاصل في البيان هو الكلام لان وضع له والاشارة أقرب إليه لان العلم الحاصل بها حاصل بما هو مفصل بالتكلم وهو إشارته بيده أو برأسه صارت أقرب إلى النطق من آثار الاقلام فاستويا، ولا يقدم على الآخر بل يخير ولهذا ذكره بكلمة أو التي للتخيير، وقالوا فيمن صمت يوما أو يومين الحكم كالمعتقل اللسان. قال رحمه الله: (غنم مذبوحة وميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحرى وأكل وإلا لا) وقال الشافعي: لا يجوز الاكل في حالة الاختيار. ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرر فلا إفادة الاباحة ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم من مسروق ومغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الظاهر، وهذا لان القليل منه لا يمكن التحرز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة في البدن أو الثوب بخلاف ما إذا كانت الميتة أكثر أو استويا لانه لا ضرورة إليه فيمكن الاحتراز فلا تؤكل قال في العناية أخذا من النهاية: طولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فإن المسافر إذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه أنه طاهر فقد جوز هناك التحري فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين. وفي المذكية والميتة لم يجوز. وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلي في بعضهما ثم لا يعيد صلاته لانه مضطر على الصلاة بخلاف ما نحن فيه من الغنم، ويؤيده أن الرجل إذا لم يكن معه إلا ثوب نجس فإن كان ثلاثة أرباعه نجسا وربعه طاهرا يصلي فيه ولا يصلي عريانا بالاجماع، فلما جازت صلاته وهو نجس بيقين فلان يجوز بالتحري حالة الاشتباه أولى اه‍. أقول: الجواب عندي والسؤال فيهما نظر، أما الاول فلان
***
[٣٤٦]
تجويز التحري فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين إنما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شرح الجامع الصغير وصرح به

صاحب الهداية بقوله: وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار، وأما في حالة الضرورة فيباح له التناول في جميع ذلك فلا تتوجه المطالبة بالفرق بين المسألتين رأسا لظهور اختلاف حكم الحالين الاختيار والاضطرار قطعا. وأما الثاني فلان ما ذكر فيه لا يقتضي كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها ون جواز الصلاة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة فعدم لزوم إعادة الصلاة إذ ذاك إذ هو في حالة الاضطرار كما أفصح عنه المجيب بقوله لانه مضطر إلى الصلاة فيها، وكون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك إنما هو في حالة الاختيار كما تحققته فمن أين يثبت حكم كون الثياب أخف من حكم غيرها مطلقا حتى يصلح أن يجعل مدارا للفرق بين تلك المسألتين. قال رحمه الله: (لف ثوب نجس رطب في ثوب طاهر يابس فظهر رطوبته على الثوب ولكن لا يسيل إذا عصر لا يتنجس) وذكر المرغيناني أنه إن كان اليابس هو الطاهر يتنجس لانه يأخذ قليلا من النجس الرطب، وإن كان اليابس هو النجس والطاهر هو الرطب لا يتنجس لان اليابس هو النجس يأخذ من الطاهر ولا يأخذ الرطب من اليابس شيئا، ويحمل على أن مراده فيما إذا كان الرطب ينفصل منه شئ، وفي لفظه إشارة إليه حيث نصف على أخذ البلة وعلى هذا إذا نشر الثوب المبلول على محل نجس هو يابس لا يتنجس الثوب لما ذكرنا من المعنى. وقال قاضيخان في فتاواه: إذا نام الرجل على فراش فأصابه مني وييبس وعرق الرجل وابتل الفراش من عرقه إن لم يظهر أثر البلل في بدنه لا يتنجس بدنه، وإن كان العرق كثيرا حتى ابتل الفراش ثم أصاب تلك الفراش جسده فظهر أثره في جسده يتنجس بدنه، وكذا الرجل إذا غسل رجله ومشى على أرض نجسة بغير مكعب فابتل الارض من بلل رجله واسود وجه الارض لكن لم يظهر أثر تلك الارض في رجله وصلى جازت صلاته، وإن كان بلل الماء في الرجل كثيرا حتى ابتل وجه الارض وصار طينا ثم أطاب الطين رجله لا تجوز صلاته، ولو مشى على أرض نجسة رطبة ورجله يابسة تنجس. قال رحمه الله: (رأس شارة متلطخ بدم أحرق وزال عنه الدم فاتخذ منمرقة جاز والحرق كالغسل) لان النار تأكل ما فيه من النجاسة حتى لا يبقى فيه شئ أيحيله فيصير الدم رمادا فيظهر بالاستحالة، ولهذا لو حرقت العذرة وصارت رماد طهرت بالاستحالة كالخمر إذا تخللت، وكالخنزير إذا وقع في المملحة وصار ملحا وعلى هذا قالوا: إذا انجس التنور يطهر النار حتى لا ينجس الخبز، وكذلك آلة الخباز تطهر بالنار. قال رحمه الله: (سلطان جعل الخراج لرب الارض جاز وإن جعل العشر لا)

***

[٣٤٧]

وهذا عند أبي يوسف. وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يجوز فيهما لانهما في جماعة المسلمين. ولابي يوسف أن صاحب الخراج له حق في الخراج فصح تركه عليه وهو صلة من الامام والعشر حق الفقراء على الخلوص كالزكاة فلا يجوز تركه عليه، وعلى قول أبي يوسف الفتوى. قال رحمه الله: (ولو دفع الاراضي المملوكة إلى قوم ليعطوا الخراج جاز) معناه أن أصحاب الاراضي إذا عجزوا عن زراعة الارض وأداء الخراج دفع الامام الاراضي إلى غيرهم بالاجرة أي يؤاجر الاراضي للقادرين على الزراعة ويأخذ الخراج من أجرتها، فإن فضل شئ من أجرتها يدفع إلى أربابها وهم الملاك لانه لا وجه لازالة ملكهم بغير رضاهم من غير ضرورة ولا وجه إلى تعطيل حق المقاتلة فتعين ما ذكرنا، فإن لم يجد من يستأجرها باعها الامام لمن يقدر على الزراعة لانه إذا لم يبعها يفوت حق المقاتلة في الخراج أصلا. ولو باع يفوت حق المالك في العين والفوات إلى خلف كلا فوات فيبيع تخفيفا للنظر من الجانبين وليس له أن يملكها غيرهم بغير عوض، وإذا باعها يأخذ الخراج الماضي من الثمن إذا كان عليهم خراج ورد الفضل إلى أصحابها. ثم قيل: هذا قول أبي يوسف ومحمد لان عندهما القاضي يملك بيع مال المديون بالدين والنفقة، وعند أبي حنيفة لا ملك ذلك فلا يبيعها لكن يأمر صاحبها ببيعها. وقيل: هذا قول الكل والفرق لابي حنيفة بين هذا وبين غيره من الديون أن في هذا ضررا خاصا ونفعا عاما والنفع العام مقدم على الضرر الخاص، ولان الخراج متعلق برقبة الارض فصار كدين العبد المأذون له في التجارة ودين الميت في التركة فإن القاضي يملك البيع فيهما لتعلق الحق بالرقبة فكذا هذا. وذكر في النوادر عن أبي حنيفة أن أهل الخراج إذا هربوا إن شاء الامام عمرها من بيت المال والغلة للمسلمين، وإن شاء دفع إلى قوم وأطعمهم على شئ إذا كأنه ما يأخذ للمسلمين لان فيه حفظ الخراج على المسلمين والملك على أربابها، فإذا عمرها من بيت المال يكون بقدر ما ينفق في عمارتها قرضا لان الامام مأمور بتهيئة بين المال بأي وجه يتهيأ له. قال رحمه الله: (ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين اليوم صح ولو عن رمضانين كقضاء الصلاة صح وإن لم ينو أول الصلاة عليه أو آخر صلاة عليه)

معناه لو كان عليه قضاء صوم يوم أو أكثر من رمضان واحد فقضاه ناويا عنه ولم يعين أنه عن يوم كذا جاز فكذا لو صام ونوى عن يومين أو أكثر جاز عن يوم واحد، ولو نوى عن رمضانين أيضا يجوز وكذا قضاء الصلاة يجوز وإن لم يعين الصلاة يومه ولم ينو أول صلاة عليه وهذا قول بعض المشايخ والاصح أنه يجوز في رمضان واحد ولايجوز في رمضانين ما لم يعين أنه صائم عن رمضان سنة كذا على ما بينا، وكذا في قضاء الصلاة لا يجوز ما لم يعين الصلاة ويومها بأن عين ظهر يوم كذا مثلا. ولو نوى أول ظهر عليه آخر ظهر عليه جاز لان الصلاة عليه
***
[٣٤٨]
تعينت بتعينه، وكذا الوقت يعين لكونه أولا وآخرا، فإن نوى أول صلاة عليه وصلى مما يليه يصير أولا أيضا فيدخل فنيته أول ظهر عليه ثانيا وكذلك ثالثا إلى ما لا يتناهى، وكذا الآخر وهذا مخلص من لم يعرف الاوقات التي فائته أو اشتبهت عليه أو أراد التسهيل على نفسه. والاصل فيه أن الفروض متزاحمة فلا بد من تعيين ما يريد أداءه حتى تبرأ ذمته منه لان فرضا من الفروض لا يتأدى بنية فرق آخر فكذا هذا ووجب التعيين والشرط تعيين الجنس بالنية لانها شرعت لتمييز الاجناس المختلفة ولهذا يكون التعيين في الجنس الواحد لغو لعدم الفائدة والتصرف إذا لم يصادف محله بكون نيته لغوا. ويعرف اختلاف الجنس باختلاف السبب والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين والعصرين من يومين لان وقت الظهر من يوم غير وقت الظهر من يوم آخر حقيقة وحكما لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل بدلوك الشمس ونحوه والدلوك في يوم غير الدلوك في يوم آخر بخلاف صوم رمضان لانه متعلق بشهود الشهر لقوله تعالى * (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) * وهو واحد لانه عبارة عن ثلاثين يوما بلياليها فلذلك لا يحتاج فيه إلى تعيين صوم كذا حتى لو كان عليه قضاء يوم بعينه فصامه بنية يوم آخر وكان عليه قضاء صوم يومين أو أكثر فصام ناويا عن قضاء يومين أو أكثر جاز بخلاف ما إذا نوى عن رمضانين أو عن رمضان آخر حيث لا يجوز عن واحد منهما لاختلاف السبب، وصار كما إذا نوى ظهرين أو ظهرا عن عصر أو نوى ظهر يوم السبت وعليه ظهر يوم الخميس. وعلى هذا أداء الكافرة لا يحتاج إلى التعيين في جنس واحد ولو عين لغا. وفي الاجناس: لا بد منه وقد ذكرنا تفاصيلها في كفارة الظهار. وذكر في المحيط في كتاب الكفارات: نية التعيين في الصلاة لم تشترط باعتبار أن الواجب مختلف متعدد بل باعتبار أن مراعاة الترتيب واجب عليه ولا يمكنه مراعاة الترتيب إلا بنية التعين حتى لو سقط الترتيب بكثرة الفوائت يكفيه نية الظهر لا غير وهذا مشكل، وما ذكره أصحابنا مثل قاضيخان وغيره خلاف ذلك وهو المعتمد لما ذكرنا من المعنى، ولان الامر كما كان قاله لجوازه مع وجود الترتيب أيضا لامكان صرفه إلى الاول إذ لا يجب التعيين عنده ولا يفيد. قال رحمه الله: (ولو ابتلع ريق غيره كفر لو صديقه وإلا لا) أي لو ابتلع الصائم ريق غيره فإن كان بزاق صديقه يجب عليه الكفارة، وإن لم يكن صديقه يجب عليه القضاء دون الكافرة لأن الريق تعافه النفس وتستقذره إذا كان من غير صديقه فصار كالعجين ونحوه مما تعافه النفس، وإن كان من صديقه لا تعافه فصار كالخبز ونحو ذلك مما تشتهيه الانفس. قال رحمه الله: (قتل بعض الحاج عذر في ترك الحج) لان أمن الطريق شرط الوجوب أو شرط للاداء على ما بينا في المناسك ولا يحصل ذلك مع قتل بعض الحجاج في الطريق للحاج فكان
***
[٣٤٩]
معذورا في ترك الحج يأثم بذلك وقد ذكرناها مستوفاة في المناسك، وذكرنا الخلاف فلا نعيدها. ولك أن تقول: القول المختار فيما إذا كان بينكم وبين مكة بحرا كان الغالب فيه السلامة يجب الحج وإلا لا فينبغي أن يعرف هنا ويقال إن كان الغالب في الطريق الامن يجب وإلا لا. قال رحمه الله: (توزن من شدى) يعني أنت صرت زوجة لي (فقالت المرأة شدم) يعني صرت لم ينعقد النكاح لان هذا لا يدل على الايجاب والقبول فقوله تو بضم التاء المثناة فوق وسكون الواو معناه أنت وقوله زن بفتح الزاي المعجمة والنون هو اسم للمرأة وقوله من بفتح الميم والنون ومعناه أنا وقوله شدم بضم الشين المعجمة وفتح الدال المهملة في آخره ميم آخر الحروف ساكنة معناه صرت، وهذه اللفظة تتصرف كاللفظ العربي فمصدره شدن والماضي شد والمضارع شود إذا أريد الاخبار عن الجمع يقال شديم بكسر الدال وزيادة الياء آخر الحروف بعد الدال قبل ميم المتكلم. قال رحمه الله: (ولو قال رجل لامرأة خويشتن رازن من كردا يندى) معناه هل جعلت نفسك لي زوجة فقالت المرأة في جوابه كردا يندم يعني جعلت وقال الرجل بزير فتم يعني قبلت ينعقد النكاح متمم

لاشتماله على الايجاب والقبول. وقله خويشتن يؤدي معنى نفسك وهو بكسر الخاء المعجمة يكتب بالواو بعدها من غير أن يتلفظ بها، وكذلك الياء بعد الواو وشين معجمة ساكنة بعدها تاء مثناة من فوق مفتوحة وفي آخره نون. وقوله را بفتح الراء بعدها ألف ساكنة تؤدي معنى التخصيص الاشارة بها وهي مفعول. وقوله من يعني أنا وقوله كردانيدي بالكاف الصماء المفتوحة والراء الساكنة والدال المفتوحة والنون المكسورة بعدها ألف وبعدها ياء ساكنة ودال مهملة مكسورة وفي آخره ياء أخرى ساكنة وهذه للخطاب تؤدي معنى الجعل والتصيير. وقوله كرادندم كذلك إلا أنه للمتكلم وحده، وكذلك للمخاطبة إذا زيد ياء بعد الدال مثل كردانيدي وإذا أريد جميع المخاطب يزاد بعد الدال ياء المخاطب مثل كردانيديد وإذا أريد المتكلم مع الغير يزاد فيه ياء بعد الدال وقبل الميم ويقال كردانيديم. وقوله بزيرفتم بفتح الباء الصماء يكون مخرجه قريب من مخرج الفاء وبكسر الزاي المعجمة بعدها باء ساكنة وبعدها راء مفتوحة وبعدها فاء ساكنة وبعدها تاء مثناة من فوق مفتوحة وفي آخر ميم ساكنة. قال رحمه الله: (ولو قال رجل لآخر دو خترخو يشتن رابيسر من ارزاني داشتي) معناه هل جعلت ابنتك لائقة لابني فقال أبو البنت في جوابه داشتم يعني جعلت لا ينعقد النكاح لانه ليس بمشتمل على الايجاب والقبول. ولا يلزم من جعل ابنته لائقة لابنه حصول العقد بينهما. قوله دختر بضمن الدال المهملة وسكون الخاء المعجمة وفتح التاء المثناة فوق وفي آخره راء معناه البنت. وقوله بيسر لفظان مركبان الاول لفظ باء الموحدة يؤدي معنى لام
***
[٣٥٠]
الاختصاص، والثاني لفظ بيسر بضم الباء الفارسية وفتح السين المهملة وفي آخره راء معناه الابن. قوله أرزاني بفتح الهمزة وسكون الراء وبفتح الزاي وكسر النون بعد الالف الساكنة وفي آخره ياء آخر الحروف ساكنة ومعناه ههنا معنى اللائق. وقولهن داشتي بفتح الدال المهملة وسكون الالف وسكون الشين المعجمة والتقاء الساكنين في لغتهم شائع وكسر التاء المثناة من فوق وفي آخره ياء آخر الحروف ساكنة. وقله داشتم بزيادة التاء آخر الحروف قبل الميم وهذه قاعدة مطردة عندهم. قال رحمه الله: (منعها) كلام أضافي مبتدأ أي منع المرأة زوجها (عن الدخول عليها و) الحال أنه (هو) أي الزوج (يسكن معها في بيتها نشوز) لانها حبست نفسها منه بغير حق فلاتجب النفقة لها ما دامت على منعه فيتحقق النشوز منها فصار كحبسها نفسها في منزل غيرها. هذا إذا منعته ومرادها السكنى في منزلها، وإن كان المنع لينقلها إلى منزله لا تكون ناشزة لان السكنى واجبة لها عليه فكان حبسها نفسها منه بحق فلا تسقط نفقتها لان التقصير جاء من جهته فصار كما إذا حبست نفسها الاستيفاء مهرها بخلاف ما إذا حبست بسبب دين عليها أو غصبها غاصب وذهب بها لان الفوات ليس من قبله، وبخلاف ما إذا كانت ساكنة معه في منزله ولم تمكنه من الوطئ لانه يمكنه الوطئ كرها غالبا فلار يعد منعا. قال رحمه الله: (ولو سكن في بيت الغصب ب فامتنع لا تكون ناشزة) لانها محقة لان السكنى فيه حرام قال رحمه الله: (قالت لأسكن مع أمتك وأريد بيتا على حدة وليس لها ذلك) لانه لا بد له ممن يخدمه فلا يمكن منعه من ذلك. قال رحمه الله: (قالت الزوجة لزوجها مر اطلاق ده) يعني أعطني طلاقا (فقال الزوج داره كيرا وكرده كيرا وداره بادوكر ده باد ينوي يقع) معناه الاعتبار للنية وعدمها فإن نوى بهذه الالفاظ الطلاق وقع، فإن لم ينو لا يقع لانه من الكنايات عندهم فلا بد من النية. وقله داده بفتح الدال بعدها ألف ساكنة ومعناه الاعطاء، وقوله كير بكسر الكاف الصماء وسكون الياء آخر الحروف وفي آخره راء معناه الاصل أمسك ولكن معناه هنا أفرضي وقدري يعني قدري الطلاق قد أعطى. وقوله كرده بفتح الكاف وسكون الراء وفتح الدال وسكون الهاء وهو اسم مفعول من كرداني الذي هو المصدر ومعناه الفعل والعمل. قوله باز بفتح الباء وسكون الالف والزاي المعجمة معناه فليمكن. قال رحمه الله: (ولو قال الزوج داده است وكرده است يقع) الطلاق (نوى) الوقوع (أو لا) أي وإن لم ينو، قال رحمه الله: (ولو قال الزوج داده أنكار وكرده أنكار) لا يقع الطلاق (وإن نوى الوقوع) والفرق بينهما أن في الاولى إخبارا عن وقوع فيقع الطلاق
***
[٣٥١]
وفي الثاني ليس بأخبار لان معنى قوله داده أنكار فرضي أنه وقع أو أحسي فلا يقع به شئ وإنكار بفتح الهجزة وسكون النون وفتح الكاف الصماء وفي آخره راء مهملة ومعناه افرضي وقدري قوله (وى مرانشايد تاقيامت أوهمه عمر) لا يقع طلاق (إلا بنية) لانه من الكنايات. قوله وى بفتح الواو وسكون الياء آخر الحروف بمعنى هي التي هو ضمير العائب. وقوله مرا بفتح الميم والراء مقصورة ومعناه

لاخلى. وقوله نشايد بفتح النون والشين المعجمة وياء ساكنة بعد ياء مفتوحة آخر الحروف ودال مهملة ومعناه لا يليق. قوله أوهمه بفتح الهاء والميم وسكون الهاء ومعناه الجميع والمعنى يعني لا يليق في جميع عمري أو مدة عمري أو إلى يوم القيامة. قوله تا بفتح التاء المثناة من فوق مقصورة ومعناه إلى يوم القيامة. والحاصل في معنى هذا التركيب لا يليق بي إلى يوم القيامة. قال رحمه الله: (ولو قال الزوج حيله زنان كن إقرار بالثلاث) أي لوقوع الطلاق الثلاث لان معنى كلامه افعلي حيلة النساء مقصودهم بهذا احفظي عدتك أعدي أيام عدتك فإن هذا عندهم كناية عن وقوع الطلاق الثلاث لان المرأة لا تشتغل بأمور العدة إلا بعد وقوع الثلاث. قال رحمه الله: (ولو قال حيله خويش كن لا) يعني ليس بإقرار بالثلاث لان هذا ليس بكناية عن الطلاق عندهم بخلاف الصورة الاولى. قوله خويش بكسر الخاء المعجمة والوا لا يتلفظ بها عندهم وبعدها ياء آخر الحروف ساكنة وشين معجمة ومعناه أنت هنا لانه يجئ بمعنى آخر في غير هذا الموضع. قال رحمه الله: (ولو قالت المرأة كابين من ترابخشيدم) معناه وهبت لك المهر (مراجنك بادزار) معناه خلصني من نزاعك فاحكم علي بالمهر (إن طلقها سقط المهر وإلا لا) أي وإن لم يطلقها لا يسقط لانه أجابها إلى سؤالها هو الطلاق حتى يسقط المهر. وقوله ترى بضم التاء المثناة من فوق بالراء المقصورة معناه لك. وقوله بخشيدم بفتح الباء الموحدة وسكون الخاء المعجمة وكسر الشين المعجمة وسكون الياء آخر الحروف وبفتح الدال المهملة وفي آخره ميم ساكنة ومعناه وهبت ومصدره وهبت بخشيدن. قال رحمه الله: (ولو قال المولى لعبده يا مالكي أو قال لامته أنا عبدك لا يعتق) لانه ليس بصريح للعتق ولا كناية له بخلاف قوله يا مولاي لان حقيقته تنبئ عن ثبوت الولاء على العبد وذلك بالعتق فيعتق (ولو قال شخص بر من سوكند است كه) يعني على اليمين. قال رحمه الله: (ولو قال اين كار) يعني هذا الفعل (نكنم) يعني لا أفعل (فهذا إقرار باليمين بالله

***

[٣٥٢]

تعالى) لانه أخر عن يمينه على ترك هذا الفعل فيكون إقرارا باليمين متى فعل يحنث في يمينه وتلزمه الكفارة. وقله بر بفح الباء الموحدة وسكون الراء تؤدي معناه على. وقوله من بفتح الميم وسكون النون ومعناه أنا. وقوله سوكند بفتح السين المهملة وسكون الواو وفتح الكاف الصماء وسكون النون وآخره دال ساكنة معناه اليمين. وقوله اين بكسر الهمزة وسكون الياء آخر الحروف وفي آخره نون ساكنة أيضا تؤدي معنى هذا. وقوله كار بفتح بالكاف وسكون الالف والراء وهو الفعل. وقوله نكنم مضارع منفي لان النون المفتوحة في الاول هي حرف النفي وكنم معناه افعل للمتكلم وحده واشتقاقه من كردن الذي هو المصدر فالماضي كرد والمتكلم وحده كنم ومع الغير كنيم بزيادة الياء قبل الميم. قال رحمه الله: (وإن قال شخص بر من سوكند است بطلاق لزمه ذلك فإن قال قلت ذلك) أي هذا القول (كذبا لا يصدق) لانه أخبر عن يمين منعقدة. وقوله بعد ذلك قلت ذلك كذبا رجوع منه فلا يصدق، ولو قال (مراسو كند خانه است كه اين كارنكنم) معناه أنا حالف بيمين البيت إن لا أفعل هذا الفعل (فهو إقرار باليمين بالطلاق) لان اليمين مبناه على العرف وفي العرف يكنون عن لمرأة يقال بيتي قال كذا يكنون به المرأة فقوله خانه يقال للبيت وكنى به عن امرأته وبقيت ألفاظه فسرناها (قال المشتري للبائع بها بازده) معناه رد الثمن (فقال البائع بدهم) عين أرد (يكون فسخا للبيع الذي كان بينهما) لان استرداده الثمن رد وفسخ للعقد. قوه بهاء فتح الباء الموحدة والهاء المقصورة معناه الثمن. وقوله ب بفتح الباء يؤدي معنى تخصيص الاشارة كما ذكرنا. وقله بازده بفتح الباء الموحدة وسكون الالف وسكون الزاي وكسر الدال المهملة وسكون الهاء معناه أعط قال رحمه الله: (العقار المتنازع فيه لا يخرج من يد ذي اليد ما لم يبرهن المدعى) أي إذا ادعى عقارا لا يكتفي بذكر المدعي أنه في يد المدعي عليه حتى يصح دعواه بل لا بد أن يبرهن أنه في يده أو يعلم القاضي بذلك في الصحيح لان يد المدعي عليه لا بد منه لتصح الدعوى عليه وهو شرط فيها، ويحتمل أن يكون في يد غيره فبإقامة البينة فتبقى تهمة المواضعة فيقضي القاضي عليه بإخراجه من يده لتحقق يده بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة فلا يحتاج إلى إثباتها بالبينة. فإن قيل: هذه مكررة مع قوله في كتاب الدعوى ولا تثبت اليد في العقار بتصادقهما بل ببينة أو إعلام قاض بخلاف المنقول قلنا. لا تكرار لان تلك بالنظر إلى ثبوت اليد وهذه بالنظر إلى أن القاضي هل يملك إخراجها من ذي اليد. قال رحمه الله: (عقار لا في ولاية القاضي) لا يصح قضاؤه فيه لان لا ولاية له في ذلك المكان. وقد اختلف المشايخ هل يعتبر المكان أو لا؟ فقيل يعتبر المكان،

***
[٣٥٣]
وقيل يعتبر الاهل حتى لا ينفذ قضاؤه في غير ذلك على قول من اعتبر المكان ولا في غير ذلك الاهل على قول من اعتبر الاهل. وإن خرج القاضي مع الخليفة من المصر قضى، وإن خرج وحده لم يجز قضاؤه، وهذا ينبغي أن يكون على قول من اعتبر المكان لان القضاء من أعلام الدين فيكون المصر شرطا فيه كالجمعة والعيدين. وعن أبي يوسف أن المصر ليس بشرط فيه وإليه أشار محمد في كتاب أدب القاضي فقال: إن المصر ليس بشرط لنفوذ القضاء. وفي الخلاصة: والصحيح أن المعتبر الاهل لا المكان حتى لو قضى على الاهل والعقار في غير ولايته نفذ وعليه عمل القضاة الآن. قال رحمه الله: (إذا قضى القاضي في حادثة ببينة ثم قال رجعت عن قضائي أو بدا لي غير ذلك أو وقعت في تلبيس الشهود أو أبطلت حكمي ونحو ذلك لا يعتبر والقضاء ماض إن كان بعد دعوى صحيحه وشهادة مستقيمة) لان رواية الاول قد ترجح بالقضاء فلا ينقض باجتهاد مثله ولا يملك الرجوع عنه ولا إبطاله لانه تعلق به حق الغير وهو المدعي ألا ترى أن الشهادة لما اتصلت بالقضاء لا يصح رجوعه ولا يملك إبطالها لما ذكرنا فكذا القضاء. وقال الشعبي: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي بالقضاء ثم ينزل القرآن بعد ذلك بخلافه فلا يرد قضاءه. وقال صاحب المحيط: وهذا يدل على أن القاضي إذا قضى باجتهاد في حادثة لانص فيها ثم تحول عن رأيه فإنه يقضي في المستقبل بما هو أحسن عنده ولا ينقض القضاء الذي قضاه بالرأي لانه لم ينقض بالقرآن بعده فهذا أولى بخلاف ما إذا قضى باجتهاده في حادثة ثم تبين نص بخلافه فإنه ينقض ذلك القضاء، والفرق أن القاضي حال ما قضى باحتهاده فالنص الذي هو مخالف لاجتهاده كان موجودا منزلا إلا أنه خفي عليه وكان الاجتهاد في محل النص فلا يصح النبأ حال ما قضى باجتهاده كان الاجتهاد في محل لا نص فيه فصح وصار ذلك شريعة له فإذا نزل القرآن بخلافه صار ناسخا لتلك الشريعة. قال رحمه الله: (خبأ قوما ثم سأل رجلا عن شئ فأقر به وهم يرونه ويسمون كلامه وهو لا يراهم جازت شهادتهم عليه بذلك الاقرار) لان الاقرار موجب بنفسه وقد علموه وهو يكفي في أداء الشهادة. قال الله تعالى * (إلا من شهد بالحق وهم يعلمون) * وقال عليه الصلاة والسلام إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع قال رحمه الله: (وإن سمعوا كلامه ولم يروه لا) أي لا تجوز شهادتهم لان النغمة تشبه النغمة فيحتمل أن يكون المقر
***
[٣٥٤]
غيره فلا يجوز لهم أن يشهدوا عليه مع الاحتمال إلا إذا كانوا دخلوا البيت وعلموا أن ليس فيه أحد سواهم ثم جلسوا على الباب وليس للبيت مسلك غيره ثم دخل رجل فسمعوا إقرار الداخل ولم يروه وقت الاقرار لان العلم حصل لهم في هذه الصورة فجاز لهم أن يشهدوا عليه. قال رحمه الله: (باع عقارا وبعض أقاربه حاضر يعلم البيع ثم ادعى لا تسمع دعواه) أطلق القريب هنا وفي الفتاوي لابي الليث عنه فقال: لو باع عقارا وابنه أو امرأته حاضرة تعلم به وتصرف المشتري فيه زمانا ثم ادعى الابن أنه ملكه ولم يكن ملك أبيه وقت البيع اتفق مشايخنا على أنه لاع مثل هذه الدعوة لان حضوره عند البيع وتركه فيما يصنع إقرار منه بأنه ملك البائع وأنه لا حق له في المبيع وجعل سكوته في هذه الحالة كالافصاح بالاقرار قطعا للاطماع الفاسدة لاهل العصر في الاضرار بالناس، وتقييد القريب يقتضي جواز ذلك مع القريب. وقال في الخلاصة: والاصح أنها تسمع من القريب وغيره. وذكر في الهداية في كتاب الكفالة قبل الفصل في الضمان قال: ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة فيه فتمامه بقبوله، ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته. وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع وترغب المشتري فيه إذ لا يرغب فيه بدون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع. ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع وليست بشرط فيه ولا هي بإقرار الملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره، ولعله كتب شهد بذلك فهو تسليم إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين. ولو باع ضيعة ثم ادعى أنها وقف عليه وعلى أولاده لا تسمع دعواه للتناقض لان إقدامه على البيع إقرار منه، وإذا أراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك، وإن أقام البينة على ذلك قيل تقبل لان الشهادة على الوقف تقبل من غير دعوى لانها من باب الحسبة فإذا قبلت انتقض البيع، وقيل لا تقبل وهو أصوب وأحوط لانه بإقامة البينة أن الضيعة وقف عليه يدعي فساد البيع وحقا لنفسه فلا تقبل للتناقض. وقال في الجامع الصغير: إذا بيع متاع إنسان بين يديه وهو ينظر لا يصح لانه سكوت

يحتمل الرضا والسخط. وقال ابن أبي ليلى: سكوته يكون إجازة منه للبيع. وفي جامع الفصولين: والصحيح أن سكوتلا يكون تسلميا لاحتمال أنه إنما سكت لغيبة شهوده أو لان القاضي لو خاصم عنده لا يقضي له لما علم من حال القاضي. قال رحمه الله: (وهبت مهرها لزوجها فماتت فطالب ورثتها بمهرها وقالوا كانت الهبة في مرض موتها وقال بل في الصحة فالقول له) أي للزوج، والقياس أن يكون القول للورثة لان الهبة حادثة والحوادث تضاف إلى أقرب الاوقات. ووجه الاستحسان اتفقوا على سقوط المهر عن الزوج لان الهبة في مرض الموت تفيد الملك وإن كانت للوارث ألا ترى أن المريض إذا
***
[٣٥٥]
وهب عبده لوارثه فأعتقه الوارث أو باعه نفذ تصرفه ولكن يجب عليه الضمان إن مات المورث في ذلك المرض للوصية للوارث بقدر الامكان، فإذا سقط عنه المهر بالاتفاق فالوارث يدعي العود عليه والزوج ينكر والقول قول المنكر. قال رحمه الله: (أقر بدين أو غيره ثم قال كنت كاذبا فيما أقررت حلف المقر له أن المقر ما كان كاذبا فيما أقر به ولست بمبطل فيما أدعيه عليه والاقرار ليس بسبب للملك) وهذا قول أبي يوسف. وقالا: لا يحلف لان الاقرار حجة ملزمة شرعا فلا يصار معه إلى اليمين كالبينة بل أولى لان احتمال الكذب فيه أبعد لتضرره بذلك، ووجه الاستحسان أن العادة جرت بين الناس أنهم يكتبون الصك إذا أرادوا الاستدانة قبل الاخذ ثم يأخذون المال فلا يكون الاقرار دليلا، وكذا الوادعي وارث المقر يحلف المقر له على الصحيح لان الوارث أدعى الجزء الذي في يد المقر له فاليمين على نفي العلم أننا لا نعلم أنه كاذب فيحلف وعليه الفتوى لتغير أحوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر بذلك والمدعي لا يضره اليمين إن كان صادقا فيصار إليه. قال رحمه الله: (لو قال لآخر وكلتك ببيع هذا فسكت صار وكيلا) لان سكوته وعدم رده من ساعته دليل القبول عادة ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين فإنه إذا سكت صحت الهبة وسقط الدين لما بينا، وإن قال من ساعته لا أقبل بطل وبقي الدين على حاله، وكذا لو قال جعلت أرضي عليك وقفا فسكت صحت، ولو قال لا أقبل بطل. وقال الانصاري: الوقف لا يبطل بقوله لا أقبل لانه وقف لله تعالى والاشبه أن يكون هذا قول أبي يوسف لما عرف من أصله أنه يصير وقفا بمجرد قوله وقفت داري. قال رحمه الله: (وكلها بطلاقها لا يملك عزلها) لانه يمين من جهته لما فيه من معنى اليمين وهو تعليق الطلاق بفعلها ولا يصح الرجوع عن اليمين وهو تمليك من جهتها لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهي عاملة لنفسها فلا تكون وكيلة بخلاف الاجنبي. قال رحمه الله: (وكلتك بكذا على إني متى عزلتك فأنت وكيلي) يقول في عزله عزلتك ثم عزلتك أي ثم يقول عزلتك لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط فيجوز تعليقها بالعزل عن الوكالة، فإن عزله انعزل عن الوكالة المنجزة ثم تنجزت المعلقة فصار توكيلا جديدا، تم بالعزل الثاني قد رجع عن الوكالة الثانية. قال رحمه الله: (ولو قال كلما عزلتك فأنت وكيلي يقول رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلت عن الوكالة المنجزة) وقيل يقول في عزله كلما وكلتك فأنت معزول لانه كلما صار وكيلا انعزل فيحصل مقصوده بذلك والاول أوجه. قال رحمه الله: (قبض بدل الصلح شرطا إن كان دينا بدين) بأن
***
[٣٥٦]
وقع على دراهم عن دنانير أو على شئ آخر في الذمة لانه متى وقع الصلح على غير ما يستحقه الدائن بعقد المداينة يحمل على المعاوضة صار صرفا أو بيعا، وفيه لا يجوز الافتراق عن الدين بالدين لنهيه عليه الصلاة والسلام عن الكالئ بالكالئ وقد بيناه من قبل في كتاب الصلح وغيره. قال رحمه الله: (وإلا لا) أي إن لم يكن دينا بدين لا يشترط قبضه لان الصلح إذا وقع على عين متعينة لا يبقى دينا في الذمة فجاز الافتراق عنه وإن كان مال الربا كما وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة في الذمة وقد بيناه من قبل. قال رحمه الله: (أدعى رجل على صبي دار فصالحه أبوه على مال الصبي فإن كان للمدعي بينة جاز إن كان بمثل القيمة أو أكثر مما يتغابن الناس فيه) لان للصبي فيه منفعة وهي سلامة العين له لانه لو لم يصالح يستحقه المدعي فتنقد بالمثل وبقدر ما يتغابن فيه عادة لانه لا يمكن التحرز عنه. قال رحمه الله: (وإن لم يكن للمدعي بينة أو كانت غير عادلة لا) يعني لا يصح لانه يكون متبرعا بمال الصبي بالصلح لا مشتريا له لانه لم يستحق المدعي شيئا من ماله لو لا الصلح فلا منفعة للصبي في هذا الصلح بل فيه ضرر فلا يجوز لان الولاية نظرية قال الله تعالى * (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن) * وإن كان الاب هو المدعى للصغير ولا بينة يجوز كيفما كان لانه لم

يثبت للصبي فيما إدعاه الاب له ملك ولا معنى الملك وهو التمكن من الاخذ فكان محصلا له مالا من غير أن يخرج من ملك الصبي شيئا بمقابلته فكان نفعا محضا، فإن كان له بينة عادلة لا تجوز إلا بالمثل وبأقل لقدر ما يتغابن فيه لانه صار في معنى الملك لتمكنه من الاخذ بالبينة العادلة، ووصي الاب في هذا كالاب لانه قائم مقامة. قال رحمه الله: (قال لا بينة فبرهن أو لا شهادة لي فشهد تقبل) ومعنى الاول أن يقول المدعي ليس له بينة على دعواي هذا الحق ثم جاء بالبينة تقبل لان التوفيق بينهما ممكن بأن كانت له بينة فنسي ثم ذكرها بعد ذلك أو كان لا يعلمها ثم علمها. وعن أبي حنيفة أنها لا تقبل لانه أكذب بينة. ومعنى الثاني أن يقول الشاهد لا شهادة لفلان عندي في حق له ثم يشهد له به تقبل شهادته، روي ذلك عن أبي حنيفة لانه يحتمل أن تكون له شهادة قد نسيها أو لم يعلمها ثم علمها ولهذا لو قال لا أعلم لي حقا على فلان ثم أقام البينة أن له عليه حقا تقبل لامكان التوفيق بخلاف ما إذا قال ليس لي عليه حق ثم أدعى حقا حتى لا تسمع دعواه لان المناقضة بين الاقرار والدعوى ثابتة فلا يمكن التوفيق بينهما، ونفي الحجة في هذا كنفي الشهادة لا كنفي الحق حتى إذا قال لا حجة لي على فلان ثم أتى بحجة تقبل لانه يقول نسيت، ولو قال هذه الدا ليست لي أو قال ذلك العبد ثم أقام بينة أن الدار والعبد له تقبل ببينته لانه لم يثبت
***
[٣٥٧]
باقراره حقا لاحد، وكل إقرار لم يثبت به لغيره حقا كان لغوا ولهذا يصح دعوى الملاعن نسب ولد نفي بلعانه نسبه لانه حين نفاه لم يثبت فيه حقا لاحد. قارحمه الله: (للامام الذي ولاه الخليفة أن يقطع انسانا من الطريق الجادة إن لم يضر بالمارة) لان للامام ولاية التصرف في حق الكافة فيما فيه نظر للمسلمين فإذا رأى في ذلك مصلحة لهم كان له أن يفعله من غير أن يلحق ضررا بأحد ألا ترى أنه إذا رأى أن يدخل بعض الطريق في المسجد أو بالعكس وكان في ذلك مصلحة للمسلمين كاله أن يفعل ذلك، والامام الذي ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة لانه نائبه فكان فيه مثله. قال رحمه الله: (ومن صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباع ماله صح) أي جاز البيع لانه لم يكره على البيع وإنما باع باختياره. غاية الامر أنه صار ملجأ إلى بيعه لا يقال لما طلب منه ذلك فقد أكرهه لانا نقول: ذلك لا يوجب إلاكراه كالدائن إذا حبسه المدين فباع ماله ليقضى بثمنه دينه فإنه يجوز لانه باعه باختياره وإنما وقع الكره في الايفاء لا في البيع وقد تقدم مثله في التسعير. وفي الفتاوى: لو أدخل نفسه في مال السلطنة ثم أكرهه السلطان على بيع ماله لا يكون ذلك إكراها لانه لما دخل باختياره مع علمه أن السلطان إذا تأخر له مال يبيع داره وأمتعته صار راضيا بما يترتب على الدخول فلا يكون إكراها. قال رحمه الله: (خوفها بالضرب حتى وهبته مهرها لم يصح أن قدر على الضرب) لانها مكرهة عليه إذ الاكراه على المال يثبت بمثله لان التراضي شرط في تمليك الاموال والرضا ينتفي بمثله فلا يصح. قال رحمه الله: (وإن أكرهها على الخلع وقع الطلاق ولا يسقط المال) لان طلاق المكره واقع ولا يلزمها المال به إذا الرضا شرط فيه على ما بينا من قبل في كتاب الاكراه. قال رحمه الله: (ولو أحالت انسانا على الزوج بالمهر ثم وهبت المهر للزوج لا يصح) لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وإن كان أسوة الغرماء عند موتها فيرد تصرفها فيه فصار كما لو باع المرهون أو وهبه. قال رحمه الله: (اتخذ بئرا في ملكه أو بالوعة فنز منها حائط جاره فطلب تحويله لا يجبر عليه وإن سقط الحائط منه لم يضمن) لانه تصرف في خالص ملكه ولان هذا تسبب وبه لا يجب الضمان إلا إذا كان متعديا كوضع الحجر على الطريق واتخاذ ذلك في ملكه ليس بتعد فلا يضمن. قال رحمه الله: (ولو عمر دار زوجته بماله بإذنها فالعمارة لها والنفقة دين عليها لان الملك لها) وقد صح
***
[٣٥٨]
أمرها بذلك فينتقل الفعل إليها فتكون كأنها هي التي عمرته فيبقى على ملكها وهو غير متطوع بالانفاق فيرجع لصحة أمرها فصار كالمأمور بقضاء الدين. قال رحمه الله: (ولنفسه بلا إذنها فله) أي إذا عمر لنفسه من غير إذن المرأة كانت العمارة له لان الآلة التي بنى بها ملكه فلا يخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه فيبقى على ملكه ويكون غاصبا للعرصة وشاغلا ملك غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ إن طلبت زوجته ذلك. قال رحمه الله: (ولو عمرها لها بلا إذنها فالعمارة لها وهو متطوع) أي عمرها لها بغير إذنها كان لها البناء وهو متطوع بالبناء فلا يكون له الرجوع عليها به لانه لا ولاية له في ايجاب ذلك عليها. قال رحمه الله: (ولو أخذ غريمه فنزعه انسان من يده

لم يضمن) أي لا يضمن النازع فلا يضاف إليه التلف كما إذا حل قيد العبد فأبق فإن الحال لا يضمن لان التلف لم يحصل بفعله وإنما حصل بفعل العبد وهو مختار، وكذا إذا دل السارق فإن الفعل حصل بفعل السرقة لا بد لالته وكمن أمسك هاربا من عدو حتى قتله العدو فإن الممسك لا يجب عليه الضمان فكذا هذا. قال رحمه الله: (في يده مال انسان فقال له سلطان ادفع إلي هذا المال وإلا اقطع يدك أو أضربك خمسين فدفع لم يضمن) أي لا يضمن الدافع لانه مكره عليه فكان الضمان على المكره أو على الآخذ أيهما شاء المالك إذا كان الآخذ مختارا وإلا فعلى المكره فقط. قال رحمه الله: (وضع منجلافي الصحراء ليصيد به حمار وحش وسمى عليه فجاء في اليوم الثاني ووجد الحمار مجروحا ميتا لم يؤكل) لان الشرط أن يذبحه انسان أو يجرحه وبدون ذلك لا يحل وهو كالنطيحة والمتردية حتى لو وجده ميتا من ساعته لا يحل لعدم شرطه. قال رحمه الله: (كره من الشاة الحياء والخصية والغدة والمثانة والمرارة والدم المسفوح والذكر) لما روى الاوزاعي عن واصل بن مجاهد قال: كره رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة. قال أبو حنيفة: الدم حرام وكره الستة وذلك لقوله تعالى * (حرمت عليكم الميتة) * وكره ما سواه لانه مما تستخبثه النفس وتكرهه وهذا المعنى سبب الكراهة لقوله تعالى ويحرم عليكم الخبائث وروى ابن عمر رضي الله عنهما سأل عن القنفذ فتلا قوله تعالى * (قل لا أجد في ما أوحى إلي محرما على طاعم يطعمه) *. فقال شيخ عنده: وسمعت أبا هريرة يقول ذكر القنفذ عند النبي صلى الله عليه وسلم فقال: خبيث من الخبائث. قال رحمه الله: (للقاضي أن يقرض مال الغائب والطفل واللقطة) لانه قادر على
***
[٣٥٩]
الاستخلاص فلا يفوت الحفظ به، وبهذه المسألة مكررة مع قوله في كتاب القاضي إلى القاضي ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب الصك بخلاف الاب والوصي والملتقط لانهم عاجزون عن استخلاصه فيكون تضييعا إلا أن الملتقط إذا أنشد اللقطة ومضت مدة النشد ينبغي أن يجوز له الاقراض من الفقراء لانه لو تصدق به عليهم في هذه الحالة جاز فالقرض أولى. قال رحمه الله: (صبي حشفته ظاهره بحيث لو رآه انسان ظنه مختونا ولا تقطع جلده ذكرة إلا بتشديد ترك كشيخ أسلم وقال أهل النظر لا يطيق الختان) لان قطع جلده لتنكشف الحشفة فإن كانت الحشفة ظاهره فلا حاجة إلى القطع، وإن كان يواري الحشفة يقطع الفضل، ولو ختن ولم تقطع الجلدة كلها ينظر، إن قطع أكثر من النصف يكون ختانا لان للاكثر حكم الكل، وإن قطع النصف فما دونه لا يعتد به لعدم الختان حقيقة وحكما، والاصل أن الختان سنة كما جاء في الخبر وهو من شعائر الاسلام وخصائصه حتى لو اجتمع أهل بلد على تركه يحاربهم الامام فلا يترك إلا للضرورة وعذر الشيخ الذي لا يطيق ذلك ظاهر فيترك. قال رحمه الله: (ووقته سبسنين) أي وقت الختان سبع سنين، وقيل لا يختن حتى يبلغ لان الختان للطهارة ولا طهارة عليه قبله فكان ايلاما قبله من غير حاجة، وقيل أقصاه اثنا عشر سنة، وقيل تسع سنين، وقيل وقته عشر سنين لانه يؤمر بالصلاة إذا بلغ عشرا اعتيادا أو تخلقا فيحتاج إلى الختان لانه شرع للطهارة، وقيل إن كان قويا يطيق ألم الختان يختن وإلا فلا وهو أشبه بالفقه. وقال أبو حنيفة: لا علم لي بوقته ولم يرو عن أبي يوسف ومحمد فيه شئ وأن المشايخ اختلفوا فيه. وختان المرأة ليس بسنة وإنما هو مكرمة للرجال في لذة الجماع وقيل سنة، والاصل أن ايصال الالم إلى الحيوان لا يجوز شرعا إلا لمصالح تعود إليه، وفي الختان إقامة السنة وتعود إليه أيضا مصلحته لانه جاء في الحديث الختان سنة يحارب على تركها. وكذا يجوز كي الصغير وربط قرحته وغيره من المداواة، وكذا يجوز ثقب اذن البنات الاطفال لان فيه منفعة للزينة، وكايفعل ذلك من وقته صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير. والحامل لا تفعل ما يضر بالولد ولا ينبغي لها أن تحتجم ما لم يتحرك الولد فإذا تحرك فلا بأس ما لم تقرب الولادة، فإذا قربت فلا تحتجم لانه يضره. وأما الفصد فلا تفعله مطلقا ما دامت حبلى لانه يخاف على الولد منه، وكذا يجوز فصد البهائم وكيها وكل علاج فيه منفعة لها، وجاز قتل ما يضر من البهائم كالكلب العقور والهرة إذا كانت تأكل الحمام والدجاج لازالة الضرر ويذبحها ولا يضر بها لانه لا يفيد فيكون معذبا لها بلا فائدة. قال رحمه الله: (والمسابقة بالفرس والابل والارجل والرمي
***
[٣٦٠]

جائزة) لقوله صلى الله عليه وسلم لا سبق إلا في خف أو نعل أو حافر وأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم لسلمة بن الاكوع أن يسابق رجلا كان لا يسابق أبدا فسبقه سلمة بن الاكوع. وقال الزهري: كانت المسابقة بين أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخيل والركاب والارجل. ولان الغزاة يحتاجون إلى رياضة خيلهم وأنفسهم والتعلم للكلب والقدد مباح. قال رحمه الله: (وحرم شرط الجعل من الجانبين لا من أحد الجانبين) لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سبق بالخيل وراهن. ومعنى شرط الجعل من الجانبين أن يقول إن سبق فرسك فلك علي كذا، وإن سبق فرسي فلي عليك كذا وهو قمار فلا يجوز لان القمار من القمر الذي يزاد تارة وينقص أخرى وسمي القمار قمارا لان كل واحد من القمارين ممن يجوز أن يذهب ماله إلى صاحبه ويجوز أن يستفيد مال صاحبه فيجوز الازدياد والنقصان في كل واحد منهما فصار ذلك قمارا، وهو حرام بالنص ولا كذلك إذا شرط من جانب واحد بأن يقول إن سبقتني فلك علي كذا وإن سبقتك فلا شئ لي عليك لان النقصان والزيادة لا يمكن فيهما وإنما في أحدهما يمكن الزيادة وفي الاخرى النقصان فلا يكون مقامرة لان المقام مفاعله منه فيقتضي أن يكون من الجانبين، وإذا لم يكن في معناه جاز استحسانا لما روينا. والقياس أنه لا يجوز لما فيه من تعليق الملك على الخطر ولهذا لا تجوز فيما عدا الاربعة المذكورة في الكتاب كالبغل وإن كان الجعل مشروطا من أحد الجانبين. وفي الحديث إشارة إليه لانه خصص هؤلاء والمراد به الاستباق بلا جعل يجوز في كل شئ ولا يمكن إلحاق ما شرط فيه الجعل لانه ليس في معناه لان المانع فيه من وجهين: القمار والتعليق بالخطر. وفي الآخر من وجه واحد هو التعليق بالخطر لا غير فليس بمثل له حتى يقاس عليه. وشرطه أن تكون الغاية مما تحتملها الفرس، وكذا شرطه أن يكون في كل واحد من الفرسين احتمال السبق، وأما إذا علم أن أحدهما يسبق لا محالة فلا يجوز لانه إنما جاز لحاجة الرياضة على خلاف القياس. وليس في هذا ايجاب المال للغير على نفسه بشرط لا منفعة فيه فلا يجوز، ولو شرط الجعل من الجانبين وأدخلا ثالثا محللا جاز إذا كان فرس المحلل كفؤا لفرسيهما يجوز أن يسبق أو سبق فلا محالة وإلا فلا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم من أدخل فرسا بين الفرسين وهو لا يأمن يسبق فلا بأس رواه أحمد وأبو داود وغيرهما. وصورة إدخال المحلل أن يقول للثالث إن سبقتنا فالما لان لك، وإن سبقناك فلا شئ لنا عليك ولكن الشرط الذي شرطناه بينهما وهو أن أيهما سبق كان له الجعل على صاحبه باق

***

[٣٦١]

على حاله ويأخذ أيهما غلب المال المشروط له من صاحبه. وإنما جاز هذا لان الثالث لا يغرم على التقادير كلها قطعا ويقينا وإنما يحتمل أن يأخذ أو لا يأخذ فخرج بذلك من أن يكون قمارا فصار كما إذا شرط من جانب واحد لان القمار هو الذي يستوفي فيه من الجانبين في احتمال الغرامة على ما بيناه. ولو قال واحد من الناس لجماعة من الفرسان أو للاثنين فمن سبق فله كذا من مال نفسه أو قال للرماة من أصاب الهدف فله كذا جاز لانه من باب التنفيل، فإذا كان للتنفيل من بيت المال كالسلب ونحوه يجوز فما ظنك بخالص ماله؟ فصار أنواع السبق أربعة: ثلاثة منها جائزة وواحدة منها لا تجوز، وقد ذكرنا الجميع ويعرف ذلك بالتأمل. وعلى هذا الفقهاء إذا تنازعوا في المسائل وشرط للمصيب منهم جعلا جاز ذلك إذا لم يكن من الجانبين على ما ذكرنا في الخيل لان المعنى يجمع الكل إذ التعليم في البابين يرجع إلى قوة الدين أو أعلاء كلمات الله تعالى. والمراد بالجواز المذكور في باب المسابقة الحل لا الاستحقاق حتى لو امتنع المغلوب من الدفع لا يجبره القاضي فلا يقضى عليه به وقد قدمنا ذلك فيما تقدم. قال رحمه الله: (ولا يصلي على غير الانبياء والملائكة إلا بطريق التبع) لان في الصلاة من التعظيم ما ليس في غيرها من الدعوات وهزيادة الرحمة والتقرب من الله تعالى، ولا يليق ذلك مما يتصور منه الخطأ والذنوب وإنما يدعى له بالعفو والمغفرة والتجاوز وقوله إلا تبعا بأن يقول اللهم صل على محمد وآله وصحبه وسلم لان فيه تعظيم النبي صلى الله عليه وسلم واختلفوا في الترحم على النبي صلى الله عليه وسلم بأن يقول اللهم ارحم محمدا، قال بعضهم لا يجوز لانه ليس فيه ما يدل على التعظيم مثل الصلاة والسلام ولهذا يجوز أن يدعى بهذا اللفظ لغير الانبياء والملائكة عليهم الصلاة والسلام وهو مرحوم قطعا فيكون تحصيل الحاصل وقد استغنينا عن هذه بالصلاة فلا حاجة إليها. وقال بعضهم: يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم كان من أشوق العباد إلى مزيد رحمة الله ومعناها معنى الصلاة فلم يوجد ما يمنع من ذلك، ثم الاولى أن يدعو للصحابة بالرضا

فيقول رضي الله عنهم لانهم كانوا يبالغون في طلب الرضا من الله تعالى ويجتهدون في فعل ما يرضيه ويرضون بما لحقهم من الابتلاء من جهته أشد الرضا فهؤلاء أحق بالرضا وغيرهم لا يلحق أدناهم ولو أنفق مل ء الارض ذهبا. والتابعين بالرحمة فيقول رحمهم الله ولمن بعدهم بالمغفرة والتجاوز فيقول غفر الله لهم وتجاوز عنهم لكثرة ذنوبهم ولقلة اهتمامهم بالامور الدينية. قال رحمه الله: (والاعطاء باسم النيروز والمهرجان لا يجوز) أي الهدايا باسم هذين اليومين حرام بل كفر. وقال أبو حفص الكبير رحمه الله: لو أن رجلا عبد الله تعالى خمسين سنة ثم جاء النيروز وأهدى إلى بعض المشركين بيضة يريد تعظيم ذلك اليوم فقد كفر وحبط عمله. وقال صاحب الجامع الاصغر: إذا أهدي يوم النيروز إلى مسلم آخر ولم يرد به تعظيم اليوم ولكن على ما اعتاده بعض الناس لا يكفر، ولكن ينبغي له أن لا يفعل ذلك في ذلك اليوم خاصة ويفعله قبله أو بعده لكيلا يكون تشبيها بأؤلئك القوم وقد

***

[٣٦٢]

قال صلى الله عليه وسلم من تشبه بقوم فهو منهم وقال في الجامع الاصغر: رجل اشترى يوم النيروز شيئا يشتريه الكفرة منه وهو لم يكن يشتريه قبل ذلك إن أراد به تعظيم ذلك اليوم كما تعظمه المشركون كفر، وإن أراد الاكل والشرب والتنعم لا يكفر. قال رحمه الله: (ولا بأس بلبس القلانس) لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان له قلانس يلبسها وقد صح ذلك ذكره في الذخيرة. قال رحمه الله: (ويسن لبس السواد وارسال ذنب العمامة بين الكتفين إلى وسط الظهر) لان محمدا رحمه الله ذكر في السير الكبير في باب الغنائم حديثا يدل على أن لبس السواد مستحب، ومن أراد أن يجدد اللف للعمامة ينبغي له أن ينقضها كورا فكورا فإن ذلك أحسن من رفعها على الرأس والقائها في الارض دفعة واحدة، وأن المستحب إرسال ذنب العمامة بين الكتفين. واختلفوا في مقدار الذنب قيل شبر، وقيل إلى وسط الظهر، وقيل إلى موضع الجلوس. وكان محمد رحمه الله يتعمم بالعمامة السوداء فدخلت عليه يوما مستورة فبقيت تنظر إلى وجهه وهي متحيرة فقال لها: ما شأنك؟ فقالت: أتعجب من بياض وجهك تحت سواد عمامتك فوضعها عن رأسه ولم يتعمم بالعمامة السودا بعد ذلك، ويستحب للرجل أن يلبس أحسن ثيابه، وكان أبو حنيفة يأمر أصحابه بذلك ويلبس بأربعمائة دينار وأباح الله تعالى الزينة بقوله * (قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده) * وقال صلى الله عليه وسلم إن الله تعالى إذا أنعم على عبد أحب أن يرى أثر نعمته عليه وقد خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم وربما قام إلى الصلاة وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم. قال رحمه الله: (للشاب العالم أن يتقدم على الشيخ الجاهل) لانه أفضل منه قال الله تعالى * (هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون) * ولهذا يقدم في الصلاة وهي أحد أركان الاسلام وهي ثالثة الايمان وقال الله تعالى * (أطيعوا الله واطيعوا الرسول وأولى الامر منكم) * والمراد بأولى الامر العلماء في أصح القولين والمطاع شرعا مقدم وكيف لا يتقدمون والعلماء ورثة الانبياء عليهم الصلاة والسلام على ما جاءت به السنة. قال رحمه الله: (ولحافظ القرآن أن يختم في كل أربعين يوما) لان المقصود من قراءة القرآن فهم معانيه والاعتبار بما فيه لا مجرد التلاوة قال الله تعالى: * (أفلا يتدبرون القرآن أم على قلوب إقفالها) * وذلك يحصل بالتأني لا بالتواني في المعاني فقدر الختم أقله أربعون يوما كل يوم حزب ونصف أو ثلثا حزب أو أقل والله تعالى أعلم بالصواب.

***

[٣٦٣]

كتاب الفرائض اعلم أن علم الفرائض هو علم المواريث يحتاج إليه لكثرة ما تعم به البلوى ويكون فيه من النوازل والفتوى، ولهذا حث الشارع على تعلمه ورغب فيه مخافة اندراسه فقال تعلموا الفرائض وعلموها للناس فإني أمرؤ مقيوض وسيقبض هذا العلم بقبض العلماء وتظهر الفتن حتى يتنازع الاثنان في الفريضة فلا يجدان أحدا يفصل بينهما وقال عليه الصلاة والسلام تعلموا الفرائض وعلموها الناس فإنه أول ما ينزع من أمتي ثم يحتاج إلى معرفة تفسير الفرائض وسبب استحقاق الميراث وسبب حرمانه والحقوق المتعلقة بالتركة وأصناف الوارثين. أما تفسيرها فالفرض في اللغة عبارة عن التقديرة قال الله تعالى * (فنصف ما فرضتم) * أي قدرتم ويقال فرض القاضي النفقة إذا قدرها، وكذا يستعمل للقطع يقال قرضت الفأرة الثوب أي قطعته فسمي كتاب الفرائض لان سهام المواريث كلها

مقدرة مقطوعة، ولان سبب استحقاق الارث القرابة وما هو ملحق بها كالولاء. أما القرابة فنوعان: رحم وزوجية، ونص الكتاب ناطق بهما وهو قوله تعالى * (يوصيكم الله في أولادكم) *. ولان الميت لما استغنى عن ماله وليستحق أحد يبقى عاطلا سائبا والقريب أولى الناس به فيستحقه بالقرابة صلة كما يستحق النفقة حال حياة مورثه صلة. والزجية أصل القرابة وأساسها لان القرابات تفرعت وتشعبت منها فالتحق قرابة السبب بقرابة النسب في حق استحقاق الارث. وأما الولاء فلقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب يعني في حق استحقاق الميراث فقد التحق الولاء بالنسب، ولانه بالاعتاق تسبب إلى احيائه حكما حين أزال عنه المالكية والولاية التي هي من خاصة
***
[٣٦٤]
الانسانية وكان السبب إلى الاحياء يعني بالاعتاق، وكذا ولاء الموالاة لقوله عليه الصلاة والسلام لمن سأله عمن أسلم على يد رجل هو أحق الناس به محياه أو مماته. وأما ما يحرم به الميراث فأنواع ثلاثة: الرق والكفر والقتل مباشرة بغير حق. أما الرق فلانه سلب أهلية الملك، وأما الكفر فلقوله عليه الصلاة والسلام لا يتوارث أهل ملتين يعني لا يرث كافر مسلما ولا مسلم كافرا. وأما القتل فلما يأتي في بابه. وأما الحقوق المتعلقة بالتركة فأربعة: الكفن والدفن والوصية والدين والميراث. فأول ما يبدأ منها بكفن الميت ودفنه لان ستر عورته ومواراة سوأته من أهم حوائجه، واستغرق الدين بماله لم يمنعه من ذلك حال حياته فكذلك بعد وفاته ثم تقضي ديونه لانها أهم من قضاء ديون الله لاستغناء الله تعالى، وافتقار العبد لشدة خصومة الله تعالى في حقوق العباد، ولكثرة تجاوز الله تعالى وعفوه وتفضله وكرمه، ثم تنفذ وصيته من الثلث لانها من حوائج الميت. والوارث إنما يستحق الميراث إذا استغنى المورث. وهذا إذا كانت الوصية بشئ بعينه، فإن كانت الوصية بثلث ماله أو ربعه فالموصى له شريك الورثة لانها بمعنى الميراث لانه ثبت حقه في جميع التركة شائعا كحق سائر الورثة. ثم يقسم الباقي بين ورثته على فرائض الله تعالى وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم. وأما أصناف الوارثين فثلاثة: أصحاب الفرائض الذين لهم سهام مقدرة وعصبة وهم الذين يأخذون ما فضل من أصحاب الفروض، وذوو الارحام وهم الذين ليس لهم فروض مقدرة ولا لهم حقيقة تعصيب وإنما لهم مجرد قرابة. ولم يتعرض المؤلف لبيان ما يجري فيه الارث وما لا يجري فيه الارث فنقول: لا شك أن أعيان الاموال يجري فيها الارث، وأما الحقوق فمنها ما يجري فيه الارث حق الشفعة وخيار الشرط وحد القذف عندنا والنكاح لا يورث بلا خلاف وحبس المبيع وحبس الرهن يورث والوكالات والعواري والودائع لا تورث. واختلف المشايخ في خيار العيب فمنهم من قال يورث، ومنهم من قال لا يورث ولكن لا يثبت للورثة ابتداء، والدية تورث بخلاف، وأما القصاص في الاصل أنه يورث ويثبت للورثة ابتداء ويجوز أن يقا القصاص لا يورث عند أبي حنيفة، ويورث عندهما والولاء لا يورث بلا خلاف. وأما بيان الوقت الذي يجري فيه الارث فنقول: هذا فصل اختلف المشايخ فيه، قال مشايخ العراق: الارث يثبت في آخر جزء من أجزاء حياة المورث. وقال مشايخ بلخ: الارث يثبت بعد موت المورث. وفائدة هذا الاختلاف إنما تظهر في رجل تزوج بأمة الغير ثم قال لها إذا مات مولاك فإنت حرة فمات المولى والزوج وارثه هل تعتق؟ فعلى قول من يقول بأن الارث يجري في آخر جزء
***
[٣٦٥]
من أجزاء حياة المورث تعتق بعد الموت، وذكر هذه المسألة في القدوري وذكر أنها على قول أبي يوسف لا تعتق، وعلى قول زفر تعتق. وأما ما يستحق به الارث وما يحرم به فنقول: ما يستحق به الارث شيئان: النسب والسبب. فالنسب على ثلاثة أنواع: المنتسبون إليه وهو الاول، والمنتسب هو إليهم وهم الآباء والامهات، والنسب هم الاخوات والاعمام والعمات وغير ذلك. والسبب ضربان: زوجية وولاء. والولاءة نوعان: ولاء عتاقة وولاء الموالات، وفي النوعين من الولاء يرث الاعلى من الاسفل ولا يرث الاسفل من الاعلى. هذا بيان جملة ما يستحق به الارث حئنا إلى بيان ما يحرم به الارث فنقول: ما يحرم به من الميراث الرق حتى إن العبد لا يرث من الحر والحر لا يرث من العبد وسيأتي شئ من ذلك بعدها. واختلاف الدينين حتى لا يرث الكافر من المسلم ولا المسلم من الكافر وسيأتي أيضا. والقتل مباشرة بغير حق في القتل يشترط لحرمان الميراث ثلاثة أشياء: أحدها المباشرة سواء كانت عمدا أو خطأ حتى إن من تسبب إلى قتل مورثة بأن صب الماء على الطريق فزلق به مورثه فمات أو حفر بئرا على حافة الطريق فوقع فيها مورثه ومات

لا يحرم من الميراث. الثاني أن يكون القتل بغير حق والقتل بحق لا يوجب حرمان الارث ألا ترى أن من صال عليه مورثه فقتله الوارث دفعا لصيالته لا يوجب حرمان الميراث. الشرط الثالث أن يكون المباشرة مخاطبا حتى أن الصبي والمجنون إذا قتل لم يتعلق به حق وجوب القصاص ولا حرمان الميراث، وكذلك اختلاف الدارين سبب لحرمان الميراث لان الميراث إنما يستحق بالنصرة ولا تناصر عند اختلاف الدارين ولكن هذا الحكم في أهل الكفر لا في حق المسلمين حتى إن المسلم إذا مات في دار الاسلام وله ابن مسلم في دار الهند أو الترك يرث. وفي الكافي: ثم اختلاف الدارين على نوعين: حقيقي كالحربي مات في دار الحرب وله ابن ذمي في دار الاسلام فإنه لا يرث الذمي من ذلك الحربي، وكذا لو مات ذمي في دار الاسلام وله أب أو ابن في دار الحرب فإنه لا يرث ذلك الحربي من ذلك الذمي. وحكمي كالمستأمن والذمي حتى لو مات مستأمن في دارنا لا يورث منه وارثه الذمي، وكذلك الدين سبب لحرمان الميراث. وهذا إذا كان الدين مستغرقا للتركة، أما إذا لم يكن مستغرقا فالقياس أن لا يوجب حرمان الارث، وفي الاستحسان لا يوجب. وقد قيل البعد سبب لحرمان الميراث أيضا حتى لا يرث البعيد من القريب إذ لو ورث لورث جميع العالم من واحد وأنه محال. قال رحمه الله: (يبدأ من تركة الميت بتجهيزه) المراد من التركة ما تركه الميت خاليا عن تعلق حق الغير بعينه، وإن كان حق الغير متعلقا به الرهن والعبد الجاني والمشتري قبل القبض فإن صاحبه يقدم على التجهيز كما في حال
***
[٣٦٦]
حياته، فحاصله أن معتبر بحال حياته فإن المرء يقدم نفسه في حال حياته فيما يحتاج إليه من النفقة والكسوة والسكنى على أصحاب الدين ما لم يتعلق حق الغير بعين ماله فكذا بعد وفاته يقدم تجهيزه من غير تقتير ولا تبذير وهو قدر كفن الكفاية أو كفن السنة أو قدر ما كان يلبسه في حال حياته من الوسط أو من الذي كان يتزين به في الاعياد والجمع. والزيارات على ما اختلفوا فيه لقوله تعالى * (والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما) * وهو محترم حيا وميتا فلا يجوز كشف عورته. وفي الاثر لعظام الميت من الحرمة ما لعظام الحي فيجب أن يعلم أن التركة تتعلق بها حقوق أربعة: جهاز الميت ودفنه والدين والوصية والميراث. فيبد بجهازه وكفنه وما يحتاج في دفنه بالمعروف. وفي الكافي: من غير تبذير ولا تقتير. وفي التهذيب: إذا مات الرجل يبدأ من تركته بتكفينه وتجهيزه بالمثل والمثل ما يلبس عند الخروج، وقيل في الاعياد، وقيل في الجمع والجماعات وهو الاصح ثم الدين، وأنه يخلو إما أن يكون الكل دين المرض وإن كان البعض دين الصحة والبعض دين المرض، فإن كان الكل سواء لا يقدم البعض على البعض، وإن كان الدين دين الصحة والبعض دين المرض ثبت بالبينة أو المعاينة فهو دين الصحة سواء. وفي المضمرات: وسأل عمن مات وله مال في يد أجنبي وطلب منه الورثة تسليم ذلك وعلى الميت ديون والمدعي عليه يعلم بذلك وأنهم ورثته فصالحه الورثة عما عليه وفي يده مال ثم دفعه من مال نفسه إليهم هل يغرم لغرماء الميت؟ فقال: نعم ولا يبرأ بهذا الصلح. وسأل عمن مات وله في يد أجنبي مال وله ورثة ولا شئ في أيديهم وعلى الميت ديون على من يدعي صاحب الدين وعلى من يقيم البينة؟ فقال: على ذي اليد بحضرة الورثة وتنفذ وصاياه من ثلث ماله. وفي الفرائض للحسامي: ثم تنفذ وصاياه من ثلث ما يبقي بعد الكفن والدين إلا أن يجيز الورثة أكثر من الثلث ويقسم الباقي بين الورثة على سهام الميراث. وهذا إذا كانت الوصية بشئ بعينه، فأما إذا كانت الوصية شائعا نحو الوصية بالثلث أو بالربع لا تقدم الوصية على الميراث بكل يكون الموصى له شريك الورثة في هذه الصورة يزاد حقه بزيادة تركة الميت وينقص حقه بنقصان تركة الميت. قال رحمه الله: (ثم بدينه) لقوله تعالى * (من بعد وصية توصون بها أو دين) * قال علي كرم الله وجهه إنكم تقرؤن الوصية مقدمة على الدين وقد شهدت النبي صلى الله عليه وسلم قدم الدين على الوصية، ولان الدين واجب ابتداء والوصية تبرع والبداءة بالواجب أولى والتقديم ذكرا لا يدل على التقديم فعلا. والمراد دين له مطالب من جهة العباد دين الزكاة والكفارات ونحوها لان هذه الديون تسقط بالموت فلا يلزم الورثة أداؤها إلا إذا أوصى بها أو تبرعت الورثة بها من عندهم لان الركن في العبادات نية المكلف بفعله وقد فات بموته فلا يتصور بقاء
***
[٣٦٧]
الواجب لان الآخرة ليست بدار الابتلاء حتى يلزمه الفصل فيها، ولا العبادة حتى يجيز بفعل غيره من غير اختيار بخلاف دين العباد

لان فعله ليس بمقصود فيه ألا ترى أن صاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه وأخذه يجتزئ بذلك ولا كذلك حق الله تعالى لان المقصود فيها فعله ونيته ابتلاء والله غني عن ماله وعن العالمين جميعا غير أن الله تعالى تصدق على العبد بثلث ماله في آخر عمره ليتدارك ما فرط فيه تفضلا من غير حاجة إليه، فإن أوصى به قام فعل الورثة مقام فعله لوجود اختياره بالايصاء وإلا فلا. قال رحمه الله: (ثم وصيته) أي تنفذ وصيته من ثلث ما بقي بعد التجهيز والدين لما تلونا. وفي أكثر من الثلث لا يجوز إلا بإجارة الورثة وقد بيناه في كتاب الوصية. ثم هذا ليس بتقديم على الورثة في المعنى بل هو شريك لهم حتى إذا سلم له شئ سلم للورثة ضعفه أو أكثر ولا بد من ذلك بخلاف التجهيز والدين فإن الورثة والموصى لهم لا يأخذون إلاما فضل منهما. قال رحمه الله: (ثم يقسم بين ورثته وهم ذو فرض أي ذو سهم مقدر) لما تلونا ولقوله عليه الصلاة والسلام ألحقوا الفرائض بأهلها فما فضل فلذي عصبة ذكر وفي رواية فلا ولى رجل ذكر وذلك على سبيل التأكيد كقوله تعالى * (تلك عشرة كاملة) * * (ولا طائر يطير بجناحيه) * قال رحمه الله: (فللاب السدس مع الولد وولد الابن) لقوله تعالى * (ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد) * جعل له السدس مع الولد وولد الابن ولد شرعا بالاجماع قال الله تعالى * (يا بني آدم) * وكذا عرفا قال الشاعر: بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الاباعد وليس دخول ولد الابن في الولد من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز بل من باب عموم المجاز أو عرف كون ولد ابن كحكم الولد بدليل آخر وهو الاجماع. وجميع أحوال الاب في الفرائض ثلاثة: أحدها الفرض المطلق وهو السدس وذلك مع الابن أو ابن الابن وإن سفل لما تلونا. والحالة الثانية الفرض والتعصيب وذلك مع البنت أو بنت الابن الفرض بما تلونا والتعصيب لما روينا. والحالة الثالثة التعصيب المطلق وذلك إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن لقوله تعالى * (فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه السدس) * ذكر فرض الام وجعل الباقي دليل على أنه عصبة. قال رحمه الله: (والجد كالاب إذا لم يتخلل في نسبته أم إلا في ردها في الثلث ما بقي وحجب أم الاب فيحجب الاخوة) أي الجد كالاب إذا لم يتخلل

***

[٣٦٨]

في نسبه إلى الميت أنثى وهو الجد الصحيح إلا في مسألتين: أحدهما في رد أم الميت من ثلث الجميع إلى ثلث ما بقي وحجب أم الاب في زوج وأبوين أو زوجة وأبوين فإن الاب يردها إليه كالجد وفي حجب أم الاب فإن الاب يحجبها دون الجد، وإن تخلل في نسبه إلى الميت أم كان فاسدا فلا يرث إلا على أنه من ذوي الارحام لان تخلل الام في النسبة يقطع النسب والنسب إلى الآباء لان النسب للتعريف والشهرة وذلك تكون بالمشهورة وهو الذكور دون الاناث. وقوله كالاب يعني عند عدم الاب لان الجد يسمى أبا قال الله تعالى حاكيا عن يوسف عليه الصلاة والسلام * (واتبعت ملة آبائي ابراهيم واسحاق ويعقوب) * وكان اسحاق جده وإبراهيم جد أبيه. وقال الله تعالى * (با بني آدم لا يفتننكم الشيطان كما أخرج أبويكم من الجنة) * وهما آدم وحواء عليهما السلام فإذا كان أبا دخل في النص إما بطريق عموم المجاز أو بالاجماع على ما نحو ما ذكرنا في ابن الابن فكان له الاحوال الثلاثة التي ذكرناها في الاب. وله حالة رابعة وهو السقوط بالاب لانه أقرب منه ويدلي به فلا يرث معه وإنما يقوم مقامه عند عدمه. وقوله ويحجب الاخوة يعني الجد يحجب الاخوة كالاب لانه قائم مقامه، وهذا على إطلاقه قول أبي حنيفة على ما يجئ بيانه إن شاء الله تعالى. والاصح أن الجد نوعان: صحيح وفاسد. فالفاسد من جملة ذوي الارحام والصحيح له أحوال ثلاثة على ما نحو ما ذكرنا في الاب وحكمه حال عدم الاب في استحقاقه السهم والتعصيب حكم الاب وحكم الواحد السدس، وإذا كثر فالسدس بينهم بالسوية. الفاصل بين الجد الصحيح والفاسد أن الصحيح هو الذي لم يتخلل في نسبته إلى الميت أم، وإن تخلل في نسبه إلى الميت أم فهو فاسد، والجد الصحيح كالاب. واختلف مشايخنا في الفتوى في مسائل الجد فامتنع بعضهم من الفتوى أصلا لكثرة الاختلاف الواقع فيما بين الصحابة، وأفتى بها الآخرون لكن اختلفوا فيما بينهم كان الشيخ الامام السرخسي يفتي في مسائل الجد بقول أبي يوسف ومحمد، وبعض المتأخرين من مشايخنا اختار والفتوى بالصلح في مواضع الخلاف قالوا: كنا نفتي بالصلح في الاجير في مواضع الخلاف المشترك لاختلاف الصحابة واختلافة الصحابة هنا أظهر فكان الفتوى بالصلح هنا أحق. وقال الشيخ الامام شمس الدين الحلواني: قال مشايخنا بأن الصواب في مسائل الجد

أن يعطي الجد ما اتفقوا عليه ثم يقمم بين الجد وبين الاخوة والاخوات نصفين أمروا بالصلح. قال القاضي الامام عماد الدين النسفي: لا ينبغي للمفتي أن يقول المال كله للجد عند الصديق وإنما قال أبو حنيفة بذلك تعظيما لامر الصديق. وأما أصول زيد رضي الله عنه فالاصل الاول أن يجعل الجد مع الاخوة والاخوات كأحدهم يقاسمهم ويقاسمونه ويزاحمهم ويزاحمونه مادامت المقاسمة خيرا له من ثلث جميع المال كجد وأخ إذ لا ينقص من الثلث، فإن كان الثلث خيرا له من المقاسمة كجد وثلاثة إخوة يعطي الثلث ويقسم الباقي بينهم على فرائض الله تعالى.

***

[٣٦٩]

الاصل الثاني أن يعتبر الاخوة والاخوات لاب مع الاخوة والاخوات لاب وأم في مقاسمه الجد حتى يظهر نصيب الجد إذا ظهر نصيبه وأعطى نصيبه رد أولاد الاب ما أخذوا على أولاد الاب والام، وإن كانوا ذكورا ومختلطين وخرجوا بغير شئ فقد اعتبرهم في الابتداء وأخرجهم في الانتهاء بيانه: جد وأخ لاب وأم وأخ لاب وإن كان مع الجد أخت لاب وأم وإخوة وأخوات لاب يقسم كما قلنا، ثم يرد الاخوة والاخوات لاب على الاخوات لاب وام إلى تمام النصف، وعلى الاختين لاب وأم إلى تمام الثلثين، ثم إن فضل شئ يكون له وإلا فلا. وفي الذخيرة: فصل في مسائل يقوم الجد مقام الاب في حجب الاخوات لاب وأم أو لاب عند أبي حنيفة وهو قول أبي بكر الصديق وعبد الله بن عباس وأبي موسى الاشعري وطلحة وعليه الفتوى. وقال زيد: يقاسم الجد الاخوة والاخوات ما دامت المقاسمة خيرا له بأن كان لا ينقص نصيبه من الثلث وكان يجعل الجد كأخ آخر وكأن يجعل نصيبه كنصيب الاخ، إن انتقص نصيبه من الثلث يعطيه ثلث المال وهو قول أبي يوسف ومحمد. وفي المضمرات: نفس المقاسمة أن يجعل الجد في المقاسمة كأحد الاخوة وبيانه في المسائل إذا ترك الرجل أختا لاب وأم أو لاب وجدا فعلى قول أبي حنيفة المال كله للجد، وعلى قولهما المال بينهما على ثلاثة أسهم، سهمان للجد وسهم للاخت ويجعل الجد في هذه الصورة كأخ آخر لان المقاسمة خير له فإذا جعلناه كأخ آخر نصيبه سهمان من ثلاثة فيجعل كذلك، وإن ترك ثلاث إخوة لاب وأم أو لاب وجدا يقسم المال بينهم أخماسا عندهم له سهمان من ثلاثة. وإن ترك ثلاث إخوة لاب وأم أو لاب وجدا فللجد الثلث ويجعل الجد كأخ فيقسم المال بينهم أخماسا سهمان للاخ وسهم للاخت ويجعل الجد كأخ آخر لان المقاسمة خير له لانا لو اعطيناه الثلث في هذه الحالة أعطيناه سهمين من ستة وسهمان من خمسة خير له من سهمين من ستة. ولو ترك جدا وأخوين لاب وأم وأختا لاب وأم فهنا يعطي الجد ثلث المال لان الثلث خير له لان بالمقاسمة يحصل له سهمان من سبعة، فإذا جعلنا الجد كأخ آخر كان خيرا له. وإن ترك جدا وأخا لاب وأم أو لاب وأختين لاب في هذه الصورة لا فرق بين المقاسمة وبين الثلث عندهما لان بالمقاسمة يصير كأنه مات عن ثلاثة إخوة لاب وأم لانا جعلنا الاختين أخا وإذا كان كذلك يقسم المال بينهم أثلاثا فيكون للجد الثلث سهم من ثلاثة، ولو أعطيناه الثلث ابتداء كان على الحساب من ثلاثة للجد سهم من ثلاثة فهو معنى قولنا أنه لا فرق بين المقاسمة وبين الثلث هنا، والفتوى في هذ المسائل وما يتصل بها على قول أبي حنيفة. وفي الكافي: ولو ترك جدا وأخوين فالثلث ههنا والمقاسمة سواء، ولو ترك جدا وثلاثة أخوة فالثلث هنا خير من المقاسمة، ودليله في شرح الطحاوي. ولو مات وترك جدا وأخا لاب وأم وأخا لاب فإن الاخ من الاب لا يرث مع الاخ لاب وأم وجد فإن الاخ لاب يدخل مع الجد لانه وارث

***

[٣٧٠]

في حق الجد وإن لم يكن وارثا في حق الاخ لاب وأم فتكون المقاسمة والثلث سواء، فيعطي للجد الثلث والثلثان للاخوين لكل أخ ثلثه وهذا كما يقول في الاخوين مع الاب يرد الام من الثلث إلى السدس ومع ذلك لا يرثان مع الاب. وذكر في المضمرات أن المسائل المتعلقة بالاخوة خمسة أحدهما الشركة وهي أن تترك المرأة زوجها وأما وجدا أو إخوة من أم وأخا من أب وأم فللزوج النصف وللام السدس ولولد الام الثلث ولا شئ للاخ من الاب والام وهذا قول أبي بكر الصديق رضي الله عنه، ويشترك أولاد الاب والام مع أولاد الام في الثلث كأنهم أولاد أم واحد سواء فيه الذكر والانثى، وهذا قول عمر رضي الله عنه وبه أخذ مالك والشافعي، وكان

عمر رضي الله عنه يقول أولا كما يقول أبو بكر رضي الله عنه ثم رجع إلى قول غيره، وسبب رجوعه أنه سأل عن هذه المسألة فأجاب كما هو مذهبه فقام واحد من أولاد الاب فقال: يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حمارا ألسنا من أم واحدة والاب لا يزيد إلا قربا فأطرق عمر رأسه متأملا ثم رفع رأسه فقال: صدقواهم سواء أم واحدة فنشركهم في الثلث فسميت المسألة مشتركة لتشريك عمر، وحمارية لقول القائل. وأما المسألة المنبرية والثالثة الاكدرية والرابعة العثمانية وقد مرت. وأما الخامسة الحمزية وهي ثلاث أخوات متفرقات وثلاث جدات متحاذيات وجد هو أب الاب تحجب أم الاب بأب الاب وتحجب الاخت من الام أيضا والاخت من الاب تدخل في المقاسمة وتحرم بغير شئ على الخلاف، وتخرج المسألة من اثني عشر بعد القطع وإنما سميت حمزية لان حمزة بن حبيب فعلها. وفي الذخيرة فصل في الحجب: يجب أن يعلم بأن الحجب على نوعين: حجب حرمان وحجب نقصان. فحجب الحرمان يرد على الكل إلا على ستة: الزوج والزوجة والاب والام والبنت والابن. وحجب النقصان لا يرد إلا على ثلاثة: الزوج والزوجة والام والحجب على نوعين: حجب نقصان وهو حجب عن سهم إلى سهم وذلك لخمس نفر: الزوجين والام والجدة وبنت الابن والاخت لاب. وحجب حرمان والورثة فيه فريقان: فريق لا يحجبون بحال وهم ستة وهذا ينبني على أصلين: أحدهما أن كل من يدلي إلى الميت بشخص لا يرث مع وجود ذلك الشخص سوى أولاد الام فإنهم يرثون معها لانعدام استحقاقها التركة، والثاني الاقرب فالاقرب كما في المعصبات. قال رحمه الله: (وللام الثلث) وذلك عند عدم الولد ولد الابن لما تلونا وعند عدم الاثنين من الاخوة والاخوات على ما نبين. قال رحمه الله: (ومع الولد وولد الابن أو الاثنين من الاخوة والاخوات لا أولادهم السدس) يعني مع واحد من هؤلاء المذكورين لا ترث الثلث وإنما ترث السدس لما تلونا ولقوله تعالى * (فإن كان له إخوة فلامه السدس) *

***

[٣٧١]

فاسم الولد في المتلو يتناول الولد وولد الابن على قول جمهور الصحابة، وروي عن ابن عباس أنه لا تحجب الام من الثلث إلى السدس إلا بثلاثة منهم عملا بظاهر الآية فإن الاخوة جمع وأقله ثلاثة. والجمهور على أن الجمع يطلق على المثنى قال الله تعالى * (وهل أتاك نبأ الخصم إذا تسوروا المحراب إذ دخلوا على داود ففزع منهم قالوا لا تخف خصمان بغي بعضنا على بعض) * فأعاد ضمير الجمع في تسوروا وخدلوا وفي منهم عى المثنى الملكان اللذان دخلا عليه كما في محله عرف ومثل هذا كثير شائع في كلام العرب. قال رحمه الله: (ومع الاب واحد الزوجين ثلث الباقي بعد فرض أحدهما) فيكون لهما السدس مع الزوج والاب والربع مع الزوجة والاب لانه هو الثلث الباقي بعد فرض أحدهما فصار للام ثلاثة أحوال: ثلث الكل، وثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين، والسدس. وقد ذكرنا الكل بتوفيق الله تعالى ولذا جعل الله للام ثلث ما ترثه هي والاب عند عدم الولد والاخوة لا ثلث للكل لقوله تعالى * (وورثه أبواه فلامه الثلث) * أي ثلث ما يرثانه والذي يرثانه مع أحد الزوجين هو الباقي من فرضه ولانها لو أخذت ثلث الكل يكون نصيبها ضعف نصيب الاب مع الزوج أو قريبا من نصيبه مع الزوجة والنص يقتضي تفضيله عليها بالضعف إذا لم يوجد الولد والاخوة ولهذا قال ابن مسعود في الرد عليه: ما أراد الله تفضيل الانثى على الذكر. وقال زيد: لا أفضل الانثى على الذكر. ومرادهما عند الاستواء في القرابة والقرب، وأما عند الاختلاف فلا يمتنع تفضيل الانثى على الذكر ولهذا لو كان مكان الاب جد كان للام ثلث الجميع فلا يبالي بتفضيلها عليه لكونها أقرب منه. وأما عند أبي يوسف لها ثلث الباقي أيضا مع الجد وهو مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما فإنهما ما كانا يفضلان الام على الجد. قال رحمه الله: (وللجدات وإن كثرن السدس إن لم يتخلل جد فاسد في نسبتها إلى الميت) قال في الاصل: والكلام في الجدات في مواضع في ترتيبهن ومعرفة الصحيحة من الفاسدة منهن وفي قدر ميراثهن وفيما يسقطن به، فالاول كل شخص له جدتان أم أم وأم أب ولابيه وأمه كذلك وهكذا إلى كل واحد من الاصول إلى أن ينتهي إلى آدم وحواء عليهما السلام، فالصحيحة منهن من لا يتخلل في نسبتها إلى الميت ذكر بين انثيين، والفاسدة من تخلل في نسبتها ذكر وذلك جد فاسد، فمن يدلى به يكون فاسدا ذكرا كان أو أنثى، وعند سعد ابن أبي وقاص الفاسدة من تدلي بذكر مطلقا. وإذا أردت تنزيل كل عد من الجدات الوارثات المتحاذيات فاذكر أولا لفظة أم أم بمقدار العدد الذي تريده ثنقول ثانيا أم أم وتجعل مكان الام الاخيرة أبا ثم في كل مرة تبدل مكان الام أبا على الاول إلى أن تبقى لفظة

***

[٣٧٢]
أم مرة مثاله: إذا سألت عن أربع جدات وارثات متحاذيات فقيل أم أم أم أم بقدر عددهن لفظة أم مرة لاثبات الدرجة التي تتصور أ يجتمعن فيها فإنه لا يتصور أن يجتمعن فيها إلا إذا أرتفعن قدر عددهن من الدرجات فأربع جدات وارثات لا يتصور اجتماعهن إلا في الدرجة الرابعة فتقول أم أم أم أم أربع مرات فهذه واحدة منهن وهي من جهة الام ولا يتصور من جهتها وارث أكثر من واحدة، ثم يأتي بواحدة أخرى من جهة الاب في درجتها فتقول أم أم أم أب ثم تأتي بأخرى من جهة الجد فتقول أم أم أب الاب ثم تأتي أخرى من جهة جد الاب فتقول أم أب الاب ولا يتصور أن يجتمع الوارثات في هذه الدرجة أكثر من ذلك لان لكل جد صحيح له أم وارثة وكذا أم أمه وإن علت ولا يتصور أن يكون جدة وارثة من كل أب إلا واحدة فيحتاج إلى أن يأتي من الآباء قدرهن عددا إلا واحدة وهي التي من جهة الام فإنها تدلي بذكر والثانية تدلي بالاب فلهذا حذفت في النسبة الثانية أما واحدة وأبدلت مكانها أبا والجدة الثالثة تدلي بالجد فلهذا أسقطت اثنين وأبدلت مكانهما أبوين، والرابعة تدلي بجد الاب فلهذا سقطت أمهات وأبدلت مكانهن ثلاثة أباء فهذه طريقة في أكثر منهن إلى ما لا يتناهى هذه معرفة الصحيحة. وإذا أردت أن تعرف ما يقابل الصحيحات من الفاسدات نخذ عدد الصحيحات واجعله في يمينكواطرح منه اثنين واجعلها بيسارك بعدد ما بقي في يمينك فالمبلغ عدد الجدات الصحيحات والفاسدات جميعا فإذا سقطت منه عدد الصحيحات فالباقيات هي الفاسدات مثاله: إذا سألت عن أربع جدات صحيحات كم بإزائهن من الفاسدات نخذ أربعة يمينك واطرح منها اثنين نخذها يسارك، فإذا ضعفت هذا المطروح بعدد ما بقي في يمينك صار ثمانية وهو عدد مبلغ الجدات أجمع في هذه الجدة، فإذا أسقطت عدد الصحيحات وهن أربعة بقيت أربع وهن الفاسدات وميراثهن السدس وإن كثرن يشتركن فيه لما روي عبادة ابن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بين الجدتين إذا اجتمعتا بالسدس بالسوية، وأبو بكر الصديق رضي الله عنه أشرك بين الجدتين في السدس وسيذكر ما يسقطن به. وفي الظهيرية: فاعلم أنه لا بد لكل واحد من بني آدم سوى عيسى عليه السلام أن يكون له جدتان إحداهما من قبل الام وهي أم الام والاخرى من قبل الاب وهي أم الاب يجب أن يعلم بأن الجدات طبقتان: طبقة هي من جملة أصحاب الفرائض يعرفن بالثابتات، وطبقة وهي من جملة ذوي الارحام يعرفن بالساقطات. فالحاصل إذا كان لميت أم الاب وأم الام والاب حي فعند بعض المشايخ لا شئ لواحدة منهن لان أم الام تصير محجوبة بأم الاب وأم الاب تصير محجوبة بالاب، وعند بعض المشايخ ترث الجدة من قبل الام وفريضة الواحدة منهن السدس بينهن بالسوية وهذا قول عامة الصحابة. وفي المضمرات: الجدة الواحدة والجدات فصاعدا السدس لا يزاد عليه إلا عند الرد ولا ينقص إلا عند العول. والجدات ست ثنتان لك، وثنتان لامك، وثنتان لابيك، والكل وارثات إلا واحدة وهي أم أب.
***
[٣٧٣]
قال رحمه الله: (وذات جهة كذات جهتين) يعني الجدة إذا كانت من جهة واحدة والاخرى لها جهتان فهما سواء في الميراث. قال في الاصل: وإن كانت للميت جدة من جهة واحدة وجدة من جهتين أو ثلاثة جهات قال أبو يوسف: لا عبرة لكثرة الجهات والسدس بينهن بالسوية. وقال محمد: لكثرة الجهات عبرة والسدس بينهن على عدد الجهات وصورتها من جهتين: امرأة زوجت ابنة ابنها من ابن ابنها فولد بينهما غلام فهذه المرأة لهذا الغلام جدة من جهتين فإنها أم أم أم هذا الغلام وأم أب أب هذا الغلام، فلو مات هذا الغلام وترك هذه الجدة وجدة أخرى من جهة الاب فهي أم أم أبيه. قال أبو يوسف: السدس بينهما بالسوية. وقال محمد: السدس بينهما أثلاثا ثلثاه لذات الجهتين وثلثه لذات الجهة الواحدة وصورتها من الجهات الثلاثة هذه المرأة المزوجة زوجت بنت بنت بنت لاخرى من هذا الغلام المولود فولد بينهما غلام فإن هذه الزوجة لهذا الغلام المولود الثاني من ثلاث جهات من جهة هي أم أم أم أمه وهي من جهة هي أم أم أم أبيه ومن جهة أم أب أب أبيه، فلو مات هذا الغلام وترك هذه الجدة وجدة أخرى من قبل الاب وهي أم أم الاب فعلى قول أبي يوسف أن السدس بينهن بالسوية. وعلى قول محمد على أربعة أسهم ثلاثة أسهم للجدة هذه وسهم واحدة للجدة الاخرى. قال رحمه الله: (والبعدى تحجب بالقربى) سواء كانا من جهة واحدة أو من جهتين، وسواء كانت القربى وارثة أو محجوبة بالاب أو بالجد. وفي رواية عن ابن مسعود لا تحجب الجدات إلا الام وفي رواية عنه وعن زيد بن ثابت أن القربى

إذا كانت من جهة الاب لا تحجب البعدى من جهة الام وبالعكس تحجب لان الجدات يرثن بولادة الابوين فوجب أن تعطى كل واحدة منهن حكم من تدلي به والاب لا يحجب الجدات من قبل الام فكذا أمه والام تحجب كل واحدة هي أبعد منها فكذا أمها. ولنا أن الجدات يرثن باعتبار الولاد فوجب أن يقدم الادنى على العبدى كالاب الادنى مع الاب الابعد وليس كل حكم ثبت بواسطة يثبت لمن تدلى به ألا ترى أن أم الام لا يزيد إرثها على السدس وتحجب بالام والاب بخلاف ذلك. قال رحمه الله: (والكل بالام) أي حجب الجدات كلهن بالام والمراد إذا كانت الام وارثة وعليه الاجماع، والمعنى فيه أن الجدات إنما يرثن بطريق الولادة والام أبلغ حالا منهن في ذلك فلا يرثن معها، ولانها أصل في قرابة الجدة التي من قبلها إلى الميت وتدلي بها فلا ترث مع وجودها لما عرف في باب الحجب، فإذا حجبت التي من قبلها كانت أولى أن تحجب التي من قبل الاب لانها أضعف حالا منها ولهذا تؤخر في الحضانة فتحجب بها. وكذا لابويات منهن يحجبهن بالاب إذا كان وارثا. روي عن عثمان وعلي والزبير وسعد وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وبه أخذ جمهور العلماء، وروي عن عمر وابن مسعود وعمران بن الحصين وأبي موسى الاشعري وأبي الطفيل عامر بن واثلة أنهم
***
[٣٧٤]
جعلوا لها السدس مع الاب وبه أخذ طائفة من أهل العلم من التابعين لما روي أنه عليه الصلاة والسلام ورث جدة وابنها حي ولانها ترث ميراث الام فلا يحجبها الاب كما لا يحجب الام وكما لا يحجب الجد، ولانها ترث بطريق الفرض فلا تكون العصوبة حاجبة لها كما لا يحجبها عم الميت الذي هو ابنها. قلنا إن أم الاب تدلي بالاب فلا ترث مع وجوده كبنت الابن مع الابن ولا حجة لهم في الحديث لانه حكاية حال فيحمل أن ذلك الاب كان عما للميت لا أبا ولا نسلم أنها ترث ميراث الام بل ميراث الاب لان له السدس فرضا فترث ذلك عند عدمه، ولئن كان ميراث الام لا يلزم منه عدم الحجب بغيره ألا ترى أن بنات الابن يرثن ومع هذا يحجبن بالابوين، وكذا الجد يحجب أبويه لما ذكرنا إلا أم الاب فإنها لا يحجبها وإن علت لان إرثها ليس من قبله وكذا كل جدة لا تحجب الجدة التي ليست من قبلها فصارت الجدة لها حالتان: السدس والسقوط. قال رحمه الله: (وللزوج النصف ومع الولد وولد الابن وإن سفل الربع) لقوله تعالى * (ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن) * فيستحق كل زوج إما النصف وإما الربع مما تركت المرأة لانها مقابلة الجمع بالجمع يقتضي مقابلة الفرد بالفرد كقولهم ركب القوم دوابهم ولبسوا ثيابهم، ولفظ الولد يتناول ولد الابن فيكون مثله بالنصف أو بالاجماع على ما بينا من قبل، سواء كان من الزوج الوارث الولد أو ولد الولد أو من زوج غيره أو لا يعرف له أب كولد اللعان وغيره فيكون له الربع معه فصار للزوج حالتان: النصف الربع. وفي شرح الطحاوي: فرض الزوج ما ذكرنا ولا يزاد على النصف ولا ينقص من الربع إلا في حالة العول. قال محمد: والواحد من الازواج والجماعة في استحقاقهم سهم الازواج على السواء حتى إن جماعة لو ادعوا نكاح امرأة ولم تكن المرأة في بيت واحد منهم ولادخل بها وحاد منهم لا يعرف أنهم أول فأقام كل واحد منهم البينة على نكاحها فماتت المرأة قبل أن يقضي القاضي بميراث غير زوج واحد ويكون بينهم بالسوية ذكر محمد المرأة في كتاب النكاح ووضعها في الرجلين. قال رحمه الله: (وللزوجة الربع) أي للزوجة نصف ما للزوج فيكون لها الربع حيث لا ولد ومع الولد أو ولد الابن وإن سفل الثمن لقوله تعالى * (ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم) * وإذا كثرن وقعت المزاحمة بينهن فيصرف عليهم جميعا على السواء لعدم الاولوية فصار للزوجات حالتان: الربع بلا ولد والثمن مع الولد. وفي شرح الطحاوي: لا يزدن على الربع ولا ينقص عن الثمن إلا في حالة العول هكذا حكم بيان أصحاب الفرائض من النساء الزوجات. قال رحمه الله: (وللبنت النصف) لقوله تعالى * (وإن كانت واحدة فلها النصف) * قال رحمه
***
[٣٧٥]
الله: (وللاكثر الثلثان) وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه أخذ علماء الامصار. وعن ابن عباس أنه جعل حكم الثنتين منهن حكم الواحدة فجعل لهما النصف لقوله تعالى * (فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلث ما ترك) * علق استحقاق الثلثين بكونهن نساء

وهو جمع، وصرح بقوله فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك والمعلق بشرط لا يثبت بدونه ولان الله تعالى جعل للبنتين النصف مع الابن وهو يستحق النصف وحظ الذكر مثل حظ الانثيين فعلم بذلك أن حظ البنتين النصف عند الانفراد. وللجمهور ما روي عن جابر أنه قال: جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بابنتيها من سعد فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيدا وإن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالا ولا ينكحان إلا بمال فقال: يقضي الله في ذلك فنزلت آية الميراث، فأرسل رسول الله إلى عمهما فقال: أعط بنتي سعد الثلثين وأمهما الثمن وما بقي فهو لك. وما تلي لا ينافي استحقاق البنتين الثلثين لان تخصيص الشئ بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه على ما عرف في موضعه فعرفنا حكم الجمع بالكتاب وحكم المثنى بالسنة، ولان الجمع قد يراد به التثنية لا سيما في الميراث على ما بينا من قبل فيكون المثنى مرادا بالآية وهو الظاهر ألا ترى أن الله تعالى لما بين حكم الجمع والمثنى جعل حكمهما كحكم الجمع في الاخوات لاب وأم أو لاب أو لام في اسحقاق الثلثين أو الثلث. وقوله أن البنتين يستحقان النصف مع الابن قلنا اسحقاقهما ذلك عند الاجتماع لا يدل على استحقاقها إياه عند الانفراد والواحدة تأخذ الثلث مع الابن عند الانفراد. قال رحمه الله: (وعصبهما الابن وله مثل حظهما) معناه إذا اختلط البنون والبنات عصب البنات فيكون للابن مثل حظهما فصار للبنات ثلاثة أحوال: النصف للواحدة، والثلثان للاثنين فصاعدا، والتعصيب عند الاختلاط بالذكور. قال رحمه الله: (وولد الابن كولده عند عدمه) أي عند عدم الابن حتى يكون بنوا الابن عصبة كالبنتين وبنات الابن كالبنات حتى يكون للواحدة النصف والبنتين فصاعدا الثلثان فيعصبهن الذكر عند اختلاطهن بالذكور فيكون للذكر مثل حظ الانثيين. قال رحمه الله: (ويحجب بالابن) أي ولد الابن يحجب بالابن ذكورهم وأناثهم فيه سواء لان الابن أقرب وهم عصبة فلا يرثون معه بالعصوبة، وكذا بالفرض لان بنات الابن يدلين به فلا يرثن مع الابن، وإن كن لا يدلين به فإن كان عمهن فهو مساو لاصلهن فيحجبهن كما يحجب أولاده لان ما ثبت لاحد المثلين ثبت لمساوية ضرورة. قال رحمه الله: (ومع البنت لا قرب الذكور الباقي) أي إذا كان مع بنت الميت الاصلية أولاد الابن أو أولاد ابن الابن وإن سفل أو المجموع كان الباقي بعد فرض البنت الصلبية لاقرب الذكور منهم لانه عصبة فيحجب الابعد. وأطلق في الذكور والمراد أولاد الابن وهذا

***

[٣٧٦]

المجموع إنما يستقيم إذا لم تكن في درجته بنت ابن، وأما إذا كانت في درجته بنت ابن فلا يكون الباقي من فرض البنت له واحدة اهـ. قال رحمه الله: (وللاناث السدس تكلمة للثلثين) ومراده إذا لم يكن في درجتهن ابن ابن، وأما إذا كان معهن ابن ابن يكن عصبة معه فلا يرثن السدس وإنما كان لهن السدس عند انفرادهن لقول ابن مسعود في بنت وبنت ابن وأخت: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكلمة للثلثين والباقي للاخت. فبنات الابن لهن حالان: سهم وتعصيب إذا لم يكن للميت ابن ولا ابنتان فصاعدا ولا ابن ابن فهي صاحبة سهم وسهم الواحدة النصف والثنتين فصاعدا فهن صاحبات الثلثان حيث لا ذكر في درجتهن ولا يزدن على الثلثين وإن كثرن، هذا قول الصحابة رضي الله عنهم وعامة الفقهاء. وإن كان للميت ابنتان فلا شئ لبنت الابن إلا أن يكون في درجتها أو أسفل منها ابن ابن فتصير عصبة له ويقسم ما بقي من المال بعد نصيب الابنتين بينهما للذكر مثل حظ الانثيين. فقوله تكلمه الثلثين دليل على أنهن يدخلن في لفظ الاولاد لان الله تعالى جعل للاولاد الاناث الثلثين، فإذا أخذت الصلبية النصف بقي منه السدس فيعطى لها تكلمة لذلك فلو لا أنهن دخلن في الاولاد وفرضهن واحد لما صار تكلمة له إلا أن الصلبية أقرب إلى الميت فيتقدم عليهن بالنصف ودخولهن على أنه عموم المجاز أو بالاجماع. قال رحمه الله: (وحجبن ببنتين) أي يحجب بنات الابن ببنتين صلبيتين لان إرثهن كان تكلمة للثلثين وقد كمل بثلثين فسقطن إذ لا طريق لتوريثهن فرضا وتعصيبا. قال رحمه الله: (إلا أن يكون معهن أو أسفل منهن ذكر فيعصب من كانت بحذائه ومن كانت فوقه ممن لم تكن ذات سهم ويسقط من دونه) أراد بقوله معهن أن يكون الغلام في درجتهن سواء كان أخالهن أو لم يكن وهذا مذهب علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وبه أخذ عامة العلماء، وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: ليسقطن بنات الابن ببنتي الصلب وإن كان معهن غلام ولا يقاسمهن، وإن

كانت البنت الصلبية واحدة وكان معهن غلام كان لبنات الابن أسوأ الحالين بين السدس والمقاسمة فأيهما أقل أعطين وتسمى هذه المسائل الاضرار على قول ابن مسعود، وحجته في ذلك أن بنات الابن بنات وفي ميراثهن أحد أمرين إما الفرض أو المقاسمة وفرضهن الثلثان والمقاسمة ظاهرة، وليس لهن أن يجمعن فإذا استكملت البنات الثلثين فلو قاسمن لزم الجمع بينهما فلا يجوز. وإذا كانت الصلبية واحدة أخذت النصف وبقي من فرض البنات السدس فيأخذونه إن كن منفردات، وإن كن مختلطات مع الذكور كان لهن أقل الامرين من السدس والمقاسمة للتيقن به ولئلا تأخذ البنات
***
[٣٧٧]
أكثر من الثلثين ولا ميراث لهن مع الصلبيتين عند الانفراد فكذا عند الاجتماع كالعمة مع العلم وابن الاخ مع أخته. وللجمهور قوله تعالى * (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) * وأولاد الابن أولاد على ما بينا من قبل فتشملهن الآية. وقضية هذا أن يكون المال مقسوما بين الكل إلا أنا علمنا في حق أولاد الابن بأول الآية وفي حق الصلبيتين أو الصلبية والواحدة بما بعدها وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز ولا شبهة وإنما هو عمل بمقتضى كل لفظ على حدة ومن حيث المعنى أن البنات الصلبيات ذوات فرض وبنات الابن في هذه الحالة عصبات مع أخيهن وصاحب الفرض إذا أخذ فرضه خرج من البين فكأنه لم يكن فصار الباقي في الفرض لجميع المال في حق العصبة فتشاركه ولا يخرجن من العصوبة كما لو انفرد ألا ترى أن صاحب الفرض لو كان غير البنات كالابوين وأحد الزوجين كان كذلك فكذا مع البنات بخلاف العمة مع العم وبنات الاخ مع أخيها لانهن يصرن عصبة معهما مطلقا سواء كان معهن صاحب فرض أو لم يكن فلا يلزم من انتفاء العصوبة في محل لا يقبلها انتفاؤها في محل يقبلها، وأخذهن زيادة على الثلثين ليس بمحظور ألا ترى أنهن يأخذن بالمقاسمة عند كثرتهن بأن ترك أربعين بنتا، ثم الاصل في بنات الابن عند عدم بنات الصلب أن أقربهن إلى الميت ينزل منزلة البنت الصلبية والتي تليها في القرب منزلة بنات الابن وهكذا يفعل وإن سفلن مثاله: ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض بهذه الصورة: ابن ابن ابن ابن ابن بنت ابن بنت ابن ابن ابن بنت ابن بنت ابن بنت ابن بنت بنت ابن فالعليا من الفريق الاول لا يوازيها أحد فيكون لها النصف، والوسطى من الفريق الاول يوازيها من العليا من الفريق الثاني فيكون لها السدس تكملة للثلثين، ولا شئ للسفليات إلا أن يكون مع واحدة منهن غلام فيعصبها ومن بحذاها ومن فوقها ممن لم تكن صاحبة فرض حتى لو كان الغلام مع السفلي في الفريق الاول عصبها وعصب الوسطى من الفريق الثاني والعليا من الفريق الثالث وسقطت السفليات. ولو كان الغلام من السفليات من الفريق الثاني عصبها وعصب الوسطى منه والوسطى والعليا من الفريق الثالث عصب الجميع غير أصحاب الفرائض والمعنى ما ذكرنا أن العليا تنزل منزلة البنت والباقي منازل بنات الابن. ولو كان الابن مع العليا من الفريق الاول عصب أخته وسقطت البواقي كما ذكرنا في الاولاد. وهذا النوع منه من مسائل تسمى في عرف الفرضيين تشبيب بنات الابن إذ ذكرن مع اختلاف الدرجات وهو إما
***
[٣٧٨]
مشتق من قولهم تشبب فلان بفلانة إذا أكثر من ذكرها في شعره، وتشبب القصيدة بحسنها ويرتبها بذكر البناء أو من شبب النار إذا أوقدها فالفرس تشب شبا إذا رفع يديه جميعا وأشببه أنا إذا نصحته بذلك لانه خروج وإيقاع يقال أشب النار من درجة إلى آخر كحال الفرس في تراويه أي وشبابته فصار لبنات الابن أحوال ست: الثلاثة المذكورة في البنات والسدس مع الصلبية والسقوط بالابن وبالصلبيتين إلا أن يكون معهم غلام. قال رحمه الله: (والاخوات لاب وأم كبنات الصلب عند عدمهن) أي عند عدم البنات وبنات الابن حتى يكون للواحدة النصف وللثنتين الثلثان ومع الاخوة لاب وأم للذكر مثل حظ الانثيين لقوله تعالى * (قل الله يفتيكم في الكلالة إن أمرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وإن كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) * وقد ذكرنا أن الاخت لاب وأم حالين سهم وتعصيب إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن ابن وإن سفل ولا جد أب الا ب وإن علاو الاخوات لاب وأم سهم الواحدة النصف وسهم الاثنين فصاعدا الثلثان ولا يزاعلى الثلثين وإن كثرن، فإن كان له جد أب الاب فالجد عند أبي حنيفة [/ حنخ يحجب الاخوات كلها كالاب، وعندهما لا

تحجب. وإن كان الميت ابن أو ابنة ابن فالاخت في هذه الحالة عصبة تأخذ النصف بنت الابن فرضها النصف فتصير عصبة مع البنت ومع بنت الابن، وكذلك إذا كان معها في درجتها أخ ذكر للاب وأم يصير عصبة. وفي الكافي: ومع الاخ لاب وأم للذكر مثل حظ الانثيين والاخت لاب كأولاد الابن مع الصلبية بالاجماع للواحدة النصف وللاكثر الثلثان عند عدم الاخوة لاب وأم ولهن السدس مع الاخت لاب وأم تكملة الثلثين ولهن الباقي مع البنات أو مع بنات الابن. وفي الظهيرية: والتشبب في ميراث الاخوة والاخوات رجل مات وترك ثلاثة إخوة متفرقين بأن مات وخلف أخوين لاب وأم وأربعة أخوة لاب وأربعة أخوة لام فللاخوة لام الثلث والباقي للاخوة لاب وأم ولا شئ للاخوة للاب. ولو ترك أختين لاب وأم وأربع أخوات لاب وأربع أخوة وأربع أخوات لام على التخريج الذي بينا فيكون الثلثان بين الاخوة والاخوات لاب وأم للذكر مثل حظ الانثيين. وإذا مات الرجل وترك ابنة وأختا لاب وأم فللابنة النصف والباقي للاخت من قبل الاب والام بالعصوبة، وإذا ماتت المرأة وتركت زوجها وأختا لاب وأم فللزوج النصف وللاخت النصف بالفريضة، ولو كانتا أختين فلهما الثلثان ويعول الحساب ولا يكون لهما الباقي لان الاخت لا تصير عصبة إلا في ثلاث مواضع: أحدها الاخوات مع البنات عصبات، والثاني إذا خالط الاناث ذكر صرن عصبة، والثالث الاخ مع الام والاب والجد حال عدم الاب. قال رحمه الله: (وللاب كبنات الابن مع الصلبيات) حتى يكون للواحدة من الاخوات لاب النصف عند عدم الاخوات لاب وأم وللبنتين الثلثان فصاعدا ومع الاخوة للاب للذكر

***

[٣٧٩]

مثل حظ الانثيين، ومع الاخت الوحدة لاب وأم السدس تكملة للثلثين لها ويسقطن بالاختين لاب وأم إلا أن يكون معهن آخر لاب فيعصبهن لما تلونا وبينا، ويأتي فيهن خلاف ابن مسعود رضي الله عنه في مقاسمة الاخوة بعد فرض الاختين لاب وأم. والكلام في الاخوات كالكلام في البنات والنص الوارد فيهن كالنص الوارد في البنات فاستغنينا عن البحث فيهن بالبحث في البنات لان طريق البحث فيهما واحد. قال رحمه الله: (وعصبهن اخوتهن) يعني يعصب الاخوات لاب وأم أو لاب إخوتهن يعني الموازي لهن والاخواة ليس بقيد، وكذا يعصبهن الجد عند عدم الاخ الموازي لهن فيقاسمها الجد. وفي كشف الغوامض: ولا يعصبهن الشقيقة الاخ لاب إجماعا لانها أقوى منه في النسب بل تأخذ فرضها ولا يعصب الاخت لاب أخ شقيق بل يحجبها لانه أقوى منها إجماعا اه‍. دليله قوله تعالى * (وإن كانوا إخوة رجالا ونساء) * الآية. قال رحمه الله: (والبنت وبنت الابن) يعني يعصب الاخوات البنت وبنت الابن لقوله عليه الصلاة والسلام اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة وورث معاذ رضي الله عنه البنت النصف والاخت النصف ورسول الله صلى الله عليه وسلم حي يومئذ.، وروي أنه صلى الله عليه وسلم قضى في ابنة وابنة ابن وأخت للبنت النصف ولابنة الابن السدس والباقي للاخت، وجعل المصنف البنت ممن يعصب الاخوات وهو مجاز، وفي الحقيقة لا تعصبهن وإنما يصرن عصبة معها لان البنت بنفسها ليست بعصبة في هذه الحالة فكيف تعصب غيرها بخلاف الاخوة على ما يجئ عن قريب، وهذا قول جمهور الصحابة رضي الله عنهم. وروي عن ابن عباس أنه أسقط الاخوات بالنت واختلفت الرواية عنه في الاخوة والاخوات في رواية عنه الباقي كله للاخوة، وفي رواية الباقي بينهم للذكر مثل حظ الانثيين، قيل هو الصحيح من مذهبه. وكذلك لو كان مع البنت أخت لاب وأم وأخ وأخت لاب في رواية الباقي للاخ وحده، وفي رواية عنه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين. هو احتج بقوله تعالى * (إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك) * فإرثها مشروط بعدم الولد واسم الولد يشمل الذكر والانثى، ألا ترى أن الله تعالى حجب الزوج من النصف إلى الربع، والزوجة من الربع إلى الثمن بالولد، والام من الثلث إلى السدس واستوى فيه الذكر والانثى. وللجمهور ما روينا واشترط عدم لولد فيما تلا إنما كان لارثها النصف أو الثلثين بطريق الفرض ونحن نقول: إنها لا ترث مع البنت فرضا وإنما ترث على أنها عصبة، ويحتمل أن يراد بالولد هنا الذكر وقد قامت الدلالة على ذلك وهو قوله وهو يرثها إن لم يكن لها ولد يعني أخاها يرثها إن لم يكن لها ولد ذكر لان الامة اجتمعت على أن الاخ يرث تعصيبا مع الانثى من الاولاد أو نقول: اشتراط عدم الولد إنما كان لارث الاخ جميع ما لها وذلك يمتنع بالولد وإن كان أنثى. قال رحمه الله: (وللواحد من ولد الام السدس وللاكثر الثلث ذكورهم وأناثهم سواء)

***
[٣٨٠]
كقوله تعالى * (وإن كان رجل يورث كلالة أم امرأة قوله وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثل) * والمراد به أولاد الام لان أولاد الام والاب مذكورون في آية النصف على ما ذكرنا من قبل ولهذا قرأها بعضهم وله أخ أو أخت لام وإطلاق الشركة يقتضي المساواة كما إذا قال شريكي فلان في هذا لمال أو قال له شركة لان الله تعالى سوى بينهما حالة الانفراد فدل ذلك على استوائهما على حالة الاجتماع. وفي المضمرات: ولو ترك ابني عم أحدهما أخ لام فله السدس والباقي بينهما وصورته أن يكون إخوة لام وأب أو لاب فقط ولكل منهما امرأة وابن منها ثم إن الاكبر طلق امرأته أو مات عنها فتزوج بها الاصغر فولدت له ابنين ثم مات الاصغر والاكبر ثم مات ابن الاكبر فقد مات عن ابني عم أحدهما أخ لا فأصل المسألة من ستة وتصح من اثني عشرة، وللاخ من الام سبعة سهمان فرض وخمسة بالتعصيب. قال رحمه الله: (وحجبن بالابن وابنه وإن سفل وبالاب وبالجد) أي الاخوات كلهن يحجبن بهؤلاء المذكورين وهم الابن وابن الابن وإن سفل، والاب والجد وإن علا، وكذا الاخوة يحجبون بهم لان ميراثهم مشروط بالكلالة. واختلفوا في الكلالة هل هي صفة للميت أو للورثة أو للتركة وقرئ يورث بكسر الراء وفتحها وأيا ما كان يشترط لتسميته به عدم الوالد والولد للميت فيسقطون بهم. والكلالة مشتقة من الاحاطة ومنه إلا كليل لاحاطته بالرأس وكذا الكلالة من أحاط بالشخص من الاخوة الاخوات فقيل أصلها من البعد يقال كلت الرحم بين فلان وفلان إذا تباعدت، ويقال حمل فلان على فلان ثم كل عنه أي تركه وبعد عنه وغيره قرابة الولاء بعيدة بالنسبة إلى الولاد. قال الفرزدق في شعر: ورثتم قناة المجد لا عن كلالة عن أبي مناف عبد شمس وهاشم قال رحمه الله: (والبنت تحجب ولد الام فقط) يعني البنت تحجب الاخوة والاخوات من الام ولا تحجب الاخوة والاخوات من الابوين أو من الاب لان شرط إرث ولد الام الكلالة ولا كلالة مع الولد والبنت ولد فتحجبهم، وكذا بنت الابن لان ولد الابن يقوم مقامه. فإن قيل: وجب أن لا ترث الاخوة والاخوات لاب وأم أو لاب فقط مع البنت وبنت الابن لان شرط إرثهم الكلالة. قلنا: الكلالة شئ شرطت في حق ارثهن النصف أو الثلثين ولا ترث الكل بالعصوبة، فإذا انتفت الكلالة انتفى هذا الارث المشروط بها فيستحقون الارث المشروط بالعصوبة مع البنت بنص آخر كما بينا بخلاف أولاد الام فإن جميع إرثهم مشروط بالكلالة فينتفي بعدمها فصار للاخوة لاب وأم خمس حالات: النصف للواحدة والثلثان للاكثر والتعصيب بأخيهن والتعصيب مع البنات والسقوط مع الابن. وللاخوات للاب سبعة أحوال: الخمسة المذكورة، والسدس مع الاخت الواحدة من الاب والام والسقوط باثنتين من الاخوات من الابوين كما تقدم. وللاخوات للام ثلاثة أحوال: السدس للواحدة والثلث للاكثر
***
[٣٨١]
والسقوط كما ذكرنا. قال رحمه الله: (وعصبه) وهي معطوف على قوله في أول الكتاب ذو فرض فيكون معطوفا على الخبر فيكون خبرا. قال رحمه الله: (أي من يأخذ الكل) أي إذا انفرد وما أبقته أصحاب الفروض وهذا رسم وليس بحد لانه لا بد أن يعرف الورثة كلهم ولا يعرف العصبة إلا بعد أن يعرفهم كلهم فنقول: العصبة نوعان: عصبة بالنسب وعصبة بالسبب. فالعصبة بالنسب ثلاثة أنواع: عصبة بنفسه وهو كل ذكر لا يدخل في نسبته إلى الميت أنثى، وعصبة بغيره وهي كل أنثى فرضها النصف أو الثلثان يصرن عصبة بأخواتهن كما تقدم، وعصبة مع غيره وهي كل أنثى تصير عصبة مع أنثى أخرى كالبنات مع الاخوات. والسبب نوعان: مولى العتاقة ومولى الموالاة وسيأتي بيانه. وفي المضمرات: والعصبة أربعة أصناف: عصبة بنفسه وهو جزء الميت وأصله وجزء أبيه وجزء جده الاقرب، وعصبة بغيره وهي كل أنثى تصير عصبة بذكر يوازيها كالبنت مع الابن. وفي الذخيرة: وبنت الابن مع ابن الابن وكالاخت لاب وأم مع الاخ لاب وأم. وعصبة مع غيره وهي كل أنثى تصير عصبة مع أنثى أخرى كالاخوات لاب وأم أو لاب مع البنات وبنات الابن، وإذا صار الشخص عصبة بغيره فذلك الغير لا يكون عصبة. فأم الكلام في العصبة بنفسها فنقول: أولى العصبات بالميراث الابن ثم ابن الابن وإن سفل ثم الاب. وفي المضمرات: وإنما كان الابن أقرب من الاب وإن استويا في الجزئية وفي انعدام الواسطة لان الجزئية للابن آخرهما أو كان قاضيا على الاول ثم الجد أب الاب وإن علا ثم الاخ لاب وأم ثم لاب وابن

الاخ لاب وأم ثم ابن الاخ لاب ثم بنوهما وإن علوا على هذا الترتيب ثم مولى العتاقة. وفي شرح الطحاوي: ثم عم الجد لاب وأم ثم عم اجد لاب كذلك أولادهم على هذا الترتيب، ثم مولى العتاقة ثم آخر العصوبة مقدم على ذوي الارحام. وفي الكافي: الاحق فرع الميت أي البنون ثم بنوهم وإن سفلوا. وفي المضمرات: ولو أردت معرفة القرب فاعتبر كل نوع أصل واتصال الاخ بأخيه بواسطة واحدة واتصال العمومة بواسطتين عرفنا أن الاخ أقرب من العم، وأما الكلام في العصبة بغيرها فصورتها ما ذكرنا وهو كل أنثى تصير عصبة بذكر كبنت الابن مع ابن الابن وكالاخت لاب وأم أو لاب مع أخيها. وهذا الحكم في الاخوة مع الاخوات مقصور على أخوات من جملة أصحاب الفروض وتصير عصبة بذكر يوازيها. وفي الكافي: وأما العصبة بغيره فأربع من النسوة وهن اللاتي فرضهن النصف والثلثان يصرن عصبة بأخوتهن ومن لا فرض لها من الاناث وأخوها عصبة لا تصير عصبة بأخيها كالعم والعمة فالمال كله للعم دون العمة وابن العمل المال لابن العم دون الابنة وكبنت الاخت وابن الاخ المال كله لابن الاخ بيانه: إذا هلك الرجل وترك ابن أخ لاب وأم وبنت الاخ لاب وأم فالمال كله لابن الاخ ولا شئ لبنت الاخ لانها من جملة ذوي الارحام وليست من جملة أصحاب الفرائض

***

[٣٨٢]

فلم تصر عصبة، وأما بنت الابن فإنها تصير عصبة بذكر يوازيها. وفي الذخيرة: على كل حال يوازيها وتصير عصبة بذكر أسفل منها إذا لم يصل إليها فرضها، وأما الكلام في العصبة مع غيره فصورتها كما ذكرنا وبيان ذلك من المسائل إذا هلك الرجل وترك بنتا وأختا لاب وأم أو لاب وأخا كذلك فللبنت النصف والباقي بين الاخ والاخت أثلاثا وقد قدمناه. إذا اجتمعت العصبات وبعضها عصبة بنفسها وبعضها عصبة بنفسها وبعضها عصبة بغيرها وبعضها عصبة مع غيرها فالترجيح منها بالقرب إلى الميت بيانه: إذا مات وترك بنتا وأختا لاب وأم وابن الاخ لاب فنصف المال للبنت والنصف للاخت ولا شئ لابن الاخ لان الاخت عصبة مع البنت وهي إلى الميت أقرب من ابن الاخ، وكذلك إذا كان مكان ابن الاخ عم طريقه ما قلنا في الناسخ. وإذا استوى ابنان في درجة من العصبات وفي أحدهما قرابة زائدة فهي أولى إلا أن يكون الاخ أقرب إلى الميت مثال القرابة الزائدة أخ لاب وأم وأخ لاب فالاخ من الاب وأم أولى. ومثال السبق أخ لاب وابن أخ لاب وأم فالاخ أولى لانه أسبق إلى الميت، وإذا اجتمع عدد من العصبات فالمال بينهم على عدد رؤوسهم لا على الجهات مثاله: عشر ابن أخ وابن آخر فالمال بينهم على أحد عشر سهما لا على سهمين هذا الذي ذكرناه كله في العصبة من جهة النسب. قال رحمه الله: (والاحق الابن ثم ابنه وإن سفل) وغيرهم محجوبون بهم لقوله تعالى * (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) * إلى أن قال سبحانه وتعالى * (ولابويه لكل واحد منهم السدس مما ترك إن كان له ولد) * فجعل الاب صاحب فرض مع الولد ولم يجعل للولد الذكر سهما مقررا فتعين الباقي له فدل أن الولد الذكر مقدم عليه بالعصوبة. وابن الابن ابن وإن سفل كالابن على ما بينا لانه يقوم مقامه فيقدم عليه أيضا، ومن حيث المعقول إن الانسان يؤثر ولده على والده ويختار صرف ماله له ولاجله يدخر ماله عادة إلا أنا صرفنا مقدار الفرض إلى أصحاب الفروض بالنص فيبقى الباقي على قضية الدليل وكان ينبغي أن يقدم البنت أيضا عليه وعلى كل عصبة إلا أن الشارع أبطل اختياره بتعيين الفرض لها وجعل الباقي لاولى رجل. قال رحمه الله: (ثم الاب ثم أب الاب وإن علا) أي ثم أولادهم بالعصوبة أصول الميت وإن علوا وأولاهم به الاب لان الله تعالى شرط الارث للاخوة بالكلالة وهو الذي لا ولد له ولا والد على ما بينا فعلم بذلك أنهم لا يرثون مع الاب ضرورة وعليه إجماع الامة، فإذا كان ذلك مع الاخوة وهم أقرب الناس إليه بعد فروعه وأصوله فما ظنك بمن هو أبعد منه كأعمامهم وأعمام إبيه والجدات ألا ترى أنه يقوم مقامه في الولاية عند عدم الاب ويقدم على الاخوة فيه فكذا في الميراث وهو قول أبي بكر الصديق وابن عباس وعائشة وأبي موسى الاشعري وأبي الدرداء وأبي الطفيل وابن الزبير ومعاذ بن جبل وجابر بن عبد الله وجماعة آخرين منهم رضي الله عنهم وبه أخذ أبو حنيفة. قال رحمه

***

[٣٨٣]

الله: (ثم الاخ لاب وأم ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وأم ثم ابن الاخ لاب) وإنما قدموا على الاعمام لان الله تعالى جعل الارث

في الكلالة للاخوة عند عدم الولد والوالد بقوله تعالى * (وهو يرثها إن لم يكن لها ولد) * فعلم بذلك أنهم يقدمون على الاعمام لانهم جزء الجد، وإنما قدم الاخ لاب وأم لانه أقوى نسبا من الجانبين فكان ذا قرابتين بنى العلات وكذا الاخت لام وأب تقدم إذا صارت عصبة على الاخت لاب لما ذكرنا ولهذا يقدم في الفرض فكذا في العصوبة. قال رحمه الله: (ثم الاعمام ثم أعمام الاب ثم أعمام الجد على الترتيب) أي أولاهم بالميراث بعد الاخوة أعمام الميت لانهم بعد ذلك جزء الجد فكانوا أقرب وقد قال صلى الله عليه وسلم الحقوا الفرائض بأهلهفما أبقت فلا أولى رجل ثم أعمام الاب لانهم أقرب بعد ذلك لانهم جزء الجد ثم أعمام الجد لانهم أقرب بعدهم. وقوله على الترتيت أي على الترتيب الذي ذكرنا في الاخوة وهو أن يقدم العم لاب وأم على العم ثم العم لاب على ولد العم لاب وأم، وكذا يعمل في أعمام الاب يقدم منهم ذو قرابتين عند الاستواء في الدرجة وعند التفاوت في الدرجة يقدم الاعلى. قال رحمه الله: (ثم المعتق) لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب وهو آخر العصبات لقوله عليه الصلاة والسلام لمن أعتق عبدا مات ولم يدع وارثا كنت عصبة له. قال في التعصيب من جهة النسب فهو نوعان: مولى العتاقه ومولى الموالاة. أما الكلام في مولى العتاقة فنقول: تكلم المشايخ في سبب استحقاقه الارث قال بعضهم شبيه الاعتاق والنص يشهد له قال عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق وقال بعضهم: شبيه الملك على المعتق وهو الصحيح ألا ترى أن من ورث قريبه حتى عتق عليه وكان ولاؤه له ولا إعتاق ههنا. وفي المضمرات: لا يباع الولاء ولا يوهب لانه ليس بمال. وفي الزيادات: ومن الناس من أجاز هبته والصحيح ما قلنا ويكون لاقرب الناس عصبة من المعتق حتى لو مات مولى العتاقة وترك ابنه وبنته ثم المعتق فميراثه لابن المعتق ولا شئ لبنت المعتق، وكذلك إذا مات مولى العتاقة وترك أبا وابنا ثم مات المعتق كان ميراثه لابن المعتق ولا شئ لابيه لان الابن أقرب العصبات إليه. فالحاصل أن الولاء نفسه لا يورث بل هو للمعتق على حاله ألا ترى أن المعتق ينسب بالولاء إلى المعتق دون أولاده فيكون استحقاق الارث بالولاء لمن هو منسوب إليه حقيقة ثم يخلفه فيه أقرب عصبة كما يخلف في ماله فينظر إلى موت المعتق إذ مولى العتاقة لو كان حيا في هذه الحالة ومات من يرثه من عصباته وهو أقرب الناس إليه فيرث ذلك الشخص من المعتق. وفي الذخيرة: وهذا الذي ذكرنا أن الولاء لا يورث ظاهر الرواية عن أصحابنا، وعن أبي يوسف أنه يورث ويقسم بين الابن والبنت للذكر مثل حظ الانثيين، وهكذا روي عن عبد الله بن مسعود في رواية وبه

***

[٣٨٤]

أخذ ابراهيم النخعي وشريح والقاضي. وإذا مات المعتق ولم يترك إلا بنت المعتق فلا شئ لها في ظاهر الرواية عن اصحابنا ويكون الميراث لبيت المال وحكي عن بعض مشايخنا أنهم كانوا يفتون في هذه المسألة أن يدفع المال إليها لا بطريق الارث ولكن لانها أقرب إلى الميت من بيت المال كيف وأنه ليس في زماننا بيت المال، وإنما كان كذلك في زمن الصحابة. إذا دفع ذلك إلى سلطان الوقت أو القاضي لا يصرفون إلى مصرفه هكذا كان يفتي القاضي أبو بكر وصدر الشريعة. وذكر الامام عبد الواحد الشهيد في فرائضه أن الفاضل عن سهام الزوج والزوجة لا يوضع في بيت المال بل يدفع إليهما لانهما أقرب إلى الميت من جهة النسب وكان الدفع إليهما أولى من غيرهما، وكذلك الابن والابنة من الرضاع إذا لم يكن للميت غيرهما يدفع المال إليهما وعصبة المعتق ترث أما عصبة الورثة لا يرث مثاله: امرأة أعتقت عبدا وماتت وتركت ابنا وزوجا ثم مات المعتق فالميراث لابن المعتق لانه عصبتها، ولو كان الابن مات وترك أباه وهو زوج المعتقة لا يرث لان أب الابن ليس عصبة المعتق. وإذا أعتق الرجل عبدا ثم أعتق المعتق الثاني عبدا ثم مات المعتق الثالث وترك عصبة المعتق الاول لا غير يرث منه. ولو أن امرأة اشترت أباها حتى أعتق عليها ثم مات الاب وترك هذه المشترية وبنتا أخرى فميراث المعتق أثلاثا وكان الثلثان بينهما على السوية بحكم الفرض والثلث الآخر للمشتري بحكم الولاء وكثير من هذا الفصل قدم في كتاب الولاء. وأما الكلام في ولاء فنقول: تفسير ولاء الموالاة أن يسلم الرجل على يد رجل فيقول للذي أسلم على يديه أو لغيره واليتك على أبي إن مت فميراثي لك. وفي شرح الطحاوي: إن مت ولم يكن لي وارث لا من جهة الفريضة ولا من جهة العصبة ولا من جهة ذوي الارحام فميراثي لك، وإن جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر فهذا هو تفسير ولاء الموالاة، فإذا جنى الاسفل جناية فعقله على عاقلة المولى الاعلى، وإذا مات الاسفل يرث منه المولى الاعلى، وإن مات لا يرث منه المولى الاسفل. ولا تثبت هذه

الاحكام بمجرد الاسلام بدون عبد الموالاة، وإذا مات الاسفل فميراث الاسفل لاقرب الناس عصبة إلى الاعلى كما في ولاء العتاقة، ولكل واحد منهما أن ينقض عقد الموالاة وليس له أن يجعل الولاء إلى غيره فإنه لو قال جعلت ولائي لفلان لا يصير له والاسفل له أن يتحول بالولاء إلى غيره فإن له أن يوالي مع آخر وينقض العقد مع الاول، وإن والى مع غيره ينتقض الاول، وإن كان الموالاة مع غيره بغيبة الاعلى. وفي الذخيرة: وولي الموالاة يخالف ولاء العتاقة من وجوه: أحدها أن في العتاقة يرث الاعلى من الاسفل ولا يرث الاسفل من الاعلى، وإن شرطوا ذلك في ولاء الموالاءة يعتبر شرطهما حتى لو شرطا يرث كل واحد منهما كما شرطا. والثاني أن ولاء الموالاة يحتمل النقض وولاء العتاقة لا يحتمل. والثالث أن ولاء العتاقة مقدم على ذو الارحام ومولى الموالاة مؤخر عن ذوي الارحام المولى الاسفل إذا أقر بأخ أو ابن عم ثم مات فميراثه لمولى

***

[٣٨٥]

الموالاة فقد صح منه عقد الموالاة ولم يصح منه الاقرار بالاخ وابن العم. قال رحمه الله: (ثم عصبته على الترتيب) أي عصبة الولى ومعناه إذا لم يكن للمعتق من النسب على الترتيب الذي ذكرنا فعصبته مولاه الذي أعتقه فإن لم يكن مولاه فعصبته عصبة المعتق وهو المولى على الترتيب الذي ذكرناه بأن يكون جزء من المولى أولى وإن سفل، ثم أصوله ثم جزء أبيه ثم جزء جده يقدمون لقوة القرابة عند الاستواء أو بعلو الدرجة عند التفاوت. قال رحمه الله: (وللاتي فرضهن النصف والثلثان يصرن عصبة بإخوتهن لا غير) وهن أربع من النساء: البنات وبنات الابن والاخوات لاب وأم والاخوات لاب وغيرهن لا يصرن عصبة بأخوتهن وقد بيناه في بيان ميراثهن. وقوله بأخوتهن هذا في البنات والاخوات ظاهر لان عصبتهن تقتصر عليهم، وأما بنات الابن فإنهن يصرن عصبة بأبناء أعمامهن أيضا وإن سفل كما ذكرنا في مسائل النسب فيكون معناه في حقهن بأخوتهن أو من له حكم إخوتهن، والمصنف ذكر حكم العصبات عنا واستوفاه إلا العصبة مع غيره وهن الاخوات مع البنات، وإنما ترك ذكرهن لانه ذكرهن فيما يقدم وقد شرحناه هناك فلا نعيده. وإنما جعلهن مع البنات عصبة بغيرهن ومع إخوتهن عصبة لأن ذلك الغير وهو البنات شرط ليصير ورثهن عصبة ولم يجعلهن عصبة بهن لان نفسهن ليس بعصبة فكيف يجعلن غيرهن عصبة بهن بخلاف ما إذا كن مع إخوتهن لان الاخوة بأنفسهن عصبة فيصرن به عصبة تبعا. قال رحمه الله: (ومن يدلي بغيره حجب به) أي بذلك الغير سوى ولد الام فإنه يدلي بالاولا تحجبه بل هي تحجب بالاثنين منهم من الثلث إلى السدس على ما بينا. وإنما تحجبه الام لانها لا تستحق جميع التركة ولا يرث هو إرثها لانها ترث بالولادة وهب الاخوة فلا يتصور الحجب فيه بخلاف الجد حيث يحجب الاخوة والاخوات كلهم لانه يستحق جميع التركة، وبخلاف الجدة حيث تحجب بالام لانها ترث ميراث الام والام به أولى منها لانها أقرب، وبخلاف الاب حيث يحجب الجد والجدة والاخوة والاخوات كلهن لانه يستحق جميع التركة، وكذلك الابن يحجب ابنه لما ذكرنا ويكون الحاجب أقرب كالاعمام يحجبون بالاخوة وبأولادهم وكأولاد الاعمام والاخوة يحجبون بأعلى درجة منهم. قال رحمه الله: (والمحجوب يحجب كالاخوين أو الاختين يحجبان الام من الثلث إلى السدس مع الاب) وهما لا يرثان معه لان إرث الاخوة مشروط بالكلالة وإرث الام الثلث مشروط بعدم الاثنين من الاخوة، وروي عن ابن عباس في أب وأم وثلاث أخوات للام السدس وللاخوات السدس وما بقي للاب فجعل للاخوة ما نقص من نصيب الام، وبيانه آية الكلالة تمنع من ذلك وآية حجب الام بهم أيضا لا توجب لهم ما نقص من نصيبهما فيحجبونها من غير أن يحصل لهم شئ.

***

[٣٨٦]

قال رحمه الله: (لا المحروم بالرق والقتل مباشرة واختلاف الدين أو الدار) أي لا يحجب المحروم بهذه لاشياء أحدا وعند ابن مسعود يحجب حجب النقصان كنقص نصيب الزوجين والام بالولد المحروم بما ذكرنا لان الله تعالى ذكر الولد مطلقا ونقص به نصيبهم من غير فصل بين أن يكون وارثا أو محروما، وكذا نقص نصيب الام بالاخوة مطلقا من غير فصل فيترك على إطلاقه ولا يحجب حجب الحرمان لانه لو حجب هذا الحجب وهو لا يرث لادى إلى دفعه إلى بيت المال مع وجود الوارث أو إلى تضييقه لان بيت المال أيضا لا يرث مع الابن أو الاخوة. وجه قول الجمهور أن المحروم في حق الارث كالميت لانه حرم لمعنى في نفسه كالميت، ثم إن الميت لا يحجب فكذا المحروم فصار كحجب الحرمان والنصوص التي توجب نقصان إرثهم لا نسلم أنها مطلقة لان الله تعالى ذكر الاولاد أولا وأثبت

لهم ميراثا ثم ذكر بعد ذلك حجب النقصان بهم فينصرف إلى المذكورين أولا وهم المتأهلون للارث، وهذا لان المحروم اتصلت به صفة تسلب أهلية الارث فألحقه بالمعدوم ولا كذلك المحجوب فإنه أهل في نفسه إلا أن حاجبه عليه على إرثه لزيادة قربه فلا يبطل عمله في حق غيره. وإنما ذكر سبب الحرمان بقوله لا لمحروم بالرق الخ ليبين الاسباب المانعة من الارث فإن الرق يمنع الارث لان الرقيق لا يملك شيئا قال الله تعالى * (ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ) * وقال صلى الله عليه وسلم لا يملك العبد إلا الطلاق ولا فرق في ذلك بين أن يكون قنا وهو الذي لم ينعقد له سبب الحرية أصلا. وبين أن ينعقد له سبب الحرية كالمدبر والمكاتب وأم الولد ومعتق البعض عند أبي حنيفة لان المعنى يشمل الكل وهو عدم تصور الملك لهم والمكاتب لا يملك الرقبة وهو عبد ما بقي عليه درهم على ما جاء في الخبر لا يكون أهلا للارث. والقتل الذي يمنع الارث هو الذي يتعلق به وجوب القصاص أو الكفارة وما لا يتق به واحد منهما كالقتل بسبب أو قصاص لا يوجب الحرمان لان وجه الارث عقوبة فتعلق بما تعلق به العقوبة وهو القصاص والكفارة. والشافعي يعلقه بمطلق القتل حيث لا يرث عنده إذا قتله بقصاص أو رجم أو كان القريب قاضيا فحكم بذلك أو شاهدا فشهد به أو باغيا فقتله أو شهر عليه سيفا دفعا كل ذلك يمنع الارث عنده، وهذا لا معنى له لان القاتل أوجب عليه قتله أو جاز له قتله في هذه الصورة فكيف وجب عليه العقوبة بعد ذلك، ولهذا لا يتعلق بسائر القتل سائر العقوبات فكذا الحرمان. والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام ليس للقاتل شئ من الميراث هو القتل بالتعدي دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام ليس للقاتل ميراث بعد كصاحب البقرة أي قاتل هو كصاحب البقرة وهو كان متعديا. واحترز بقوله مباشرة عن القتل بالتسبب. واختلاف الدين أيضا يمنع الارث والمراد به الاختلاف بين الاسلام والكفر بقوله صلى الله عليه وسلم لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وأما اختلاف ملل الكفار كالنصرانية واليهودية والمجوسية وعباد الوثن فلا يمنع الارث حتى يجري الميراث بين اليهودي

***

[٣٨٧]

والنصراني والمجوسي لان الكفر كله ملة واحدة. وقال عليه الصلاة والسلام الناس كلهم خير ونحن خير واختلاف الدارين يمنع الارث والمؤثر هو الاختلاف حكما حتى لا تعتبر الحقيقة بدونه حتى لا يجري الارث بين المستأمن والذمي في دارنا ولا في دار الحرب، ويجري بين المستأمن وبين من هو في داره لان المستأمن إذا دخل إلينا أو إليهم من أهل داره حكما وإن كان في غيرها حقيقة والدار إنما تختلف باختلاف المنفعة والملك كدار الاسلام ودار الحرب أو دارين مختلفين من دار الحرب باختلاف ملكهم لانقطاع الولاية والتناصر فيما بينهما والارث يكون بالولاية. قال رحمه الله: (والكافر يرث بالنسب والسبب كالمسلم) لانه مختار مكلف فيملك بالاسباب الموضوعة للملك كالمسلم ولانه بعقد الذمة التحق بالمسلم في المعاملة فيملك بالاسباب الموضوعة كالمسلم فيكون حكمه في ذلك كحكم المسلم. قال رحمه الله: (ولو حجب أحدهما فبالحاجب) يعني لو اجتمع في الكافر قرابتان لو تفرقا في شخصين يحجب أحدهما الآخر يرث بالحاجب، وإن لم يحجب يرث بالقرابتين كما إذا تزوج المجوسي أمه فولدت له ابنا فهذا الولد ابنها وابن ابنها فيرث منها إذا ماتت على أنه ابن ولا يرث على أنه ابن ابن لان ابن الابن يحجب بالابن، ولو ولدت بنتا مكان الولد ترث الثلثين النصف على أنها بنت والسدس على أنها بنت ابن. ولو تزوج بنته فولدت له بنتا ترث من أمها النصف على أنها بنت وترث الباقي على أنها عصبة لانها أختها من أبيها وهي عصبة مع البنت، وإن مات أبوها ترث النصف على أنها بنت ولا ترث على أنها بنت البنت لانها من ذوي الارحام فلا ترث مع وجود ذي سهم وعصبة وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه أخذ أصحابنا، وفي رواية عن ابن مسعود وزيد بن ثابت أنه يرث بأثبت القرابتين أو آكدهما أي أقواهما وبه أخذ مالك والشافعي رحمهما الله، والصحيح الاول لان فيه إعمال السبب ولا يجوز إبطاله بغير مانع والمانع الحاجب ولم يوجد فيأخذ بالجهتين ألا ترى أن المسلم يرث بالجهتين اتفق له ذلك بأن ماتت المرأة وتركت ابن عمها وهو زوجها أو أخوها من أمها فإنه يأخذ بالفرض والعصوبة فكذا الكافر إذ هو لا يخالف المسلم في سبب الملك كالشراء وغيره بخلاف الاخ من الاب والام حيث لا يرث إلا بالعصوبة ولا يرث بالفرض على أنه أخ من أم لانه ليس فيه اختلاف الجهة لانه يرث بالاخوة وهي جهة واحدة فلا يصلح الاستحقاق بهما إلا للترجيح فقط عند مزاحمة من هو دونه في القوة كالاخ للاب. قال رحمه الله: (لا بنكاح محرم) أي لا يرث الكافر بنكاح محرم كما إذا تزوج مجوسي بأمه أو غيرها من المحارم لا يرث منها بالنكاح، أما

عندهما فظاهر لان النكاح لا يصح، وأما عند أبي حنيفة فإنه ولو كان له حكم الصحة لكن لا يقر عليه إذا أسلما فكان كالفاسد. وفي المضمرات: اعلم بأن الكفار يتوارثون فيما بينهم بالاسباب التي يتوارث بها المسلمون من نسب أو سب أو نكاح ولا خلاف انهم لا يرثون بالانكحة التى لا تصح

***

[٣٨٨]

لمطلقة قبل التزوج بزوج آخر. واختلفوا في التوريث بحكم النكاح في العدة والنكاح بغير شهود قال زفر: لا يتوارثون. وقال أبو حنيفة: يتوارثون. وقال أبو يوسف: يتوارثون في النكاح بغير شهود ولا يتوارثون بالنكاح في العدة، وهذا بناء على اختلافهم في تقريرهم على هذه الانكحة إذا أسلموا وقد بينا ذلك في النكاح، ولا خلاف بين أصحابنا أن الكافر الحربي لا يرث الذمي سواء كان الحربي مستأمنا في دارنا أو في دار الحرب. وأهل الذمة يرث بعضهم بعضا وإن اختلف صورة مللهم عند عامة الصحابة لان الكفر كله ملة واحدة فجعلوا اليهود والنصارى ملة، وكان أبو حنيفة وأصحابه يورثون أهل الحر ب بعضهم من بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة، وإن اختلفت الدار أن لم يورثوا. تفسيرا اختلاف الدارين أن يكونا ملكين في موضوعين ويرى كل واحد قتل الآخر وإن اتفقت الملل، وهذا بخلافنا فإن أهل العدل مع أهل البغي يتوارثون فيما بينهم لان دار الاسلام دار الاحكام فباختلاف الملك والمنفعة لا تتغير الدار فيما بين المسلمين لان أحكام الاسلام تجمعهم، وأما دار الحرب فليست بدار الاحكام بل هي دار قهر وباختلاف الملل تختلف الدار بينهم، واختلاف الدارين يقطع التوارث وكذلك إذا خرجوا الينا بأمان يعني أهل الدارين المختلفين بينهم من أهل الحرب وإن كانوا مستأمنين فيجعل كل واحد منهم في الحكم كأنه في البقعة التي خرج منها بأمان بخلا ف ما إذا صاروا ذمة لاهل الاسلام يتوارثون فيما بينهم بعد ذلك كما لو أسلموا فإنه يجري التوارث بعد ما مات بينهم. وإن اختلفت منعتهم في حالة الكفر جئنا إلى المسائل: ذمي مات وخلف ورثة في دار الحرب فماله فئ سواء كانت الورثة في دار الحرب أو في دار الاسلام معاهدين. ولو مات اليهودي وترك ابنا يهوديا في دار الاسلام يؤدي الجزية وابنا له في دار الحرب فالمال كله للابن اليهودي الذي يؤدي الجزية في دار الاسلام. ولو مات يهودي من أهل الحرب وهو مستأمن في دار الاسلام وترك ابنا مستأمنا في دار الاسلام وابنا ذميا وابنا حربيا وابنا مسلما فالمال على قول أهل العراق بين الابن المعاهد والحربي لان المعاهد بمنزلة الحربي عندهم فيرث منه الحربي ومن هو مثله وهو المعاهد. ولو مات يهودي من أهل الذمة وخلف ابن يهوديا وابنا نصرانيا فعلى قول من يورث أهل الذمة بعضهم من بعض، وإن اختلفت صور مللهم المال بينهما نصفان، وعلى قول من يقول بأن اليهود والنصارى ملة المال للابن اليهودي. وأما ميراث المجوسي فيما بينهم يبنى على أصول ثلاثة: أحدها أنهم لا يتوارثون بالانكحة الفاسدة فيما بينهم وإنما يتوارثون بالانكحة الصحيحة، والفاصل أن كل نكاح لو أسلما تركا على ذلك فهو نكاح صحيح، ولو أسلما لم يتركا فهو نكاح فاسد. والثاني أن النسب فيما بينهم يثبت بالانكحة الفاسدة ويتوارثون فيما بينهم بذلك النسب وإن كانوا لا يتوارثون بذلك النكاح. الثالث أن كل من يدلي إلى الميت سببين أو ثلاثة فإنه يرث بجميع ذلك إلا إذا كان أحد السببين يحجب الآخر فحينئذ يرث بالحاجب وقد قدمناه. ولو تزوج بأمه أو بابنته أو بأخته فمات أحدهما لا يرث الآخر، وهذا الجواب على

***

[٣٨٩]

أصل أبي يوسف ومحمد طاهر لان نكاح المحارم فيما بينهم فاسد عندنا وإن كانوا يدينون جوازه ولهذا قالا: إذا طلبت النفقة من القاضي لا يرفض النفقة، وإذا دخل بها سقط إحصائه حتى لا يحد قاذفة لو قذفه انسان بعدما أسلم، ولو طلب أحدهما التفريق فالقاضي يفرق وذلك لا يشكل على قول أبي حنيفة على ما هو مختار مشايخ العراق وإن كان نكاح المحارم فاسدا عند أبي حنيفة فاستدلوا لذلك بفصل عدم حرمان الارث بينهما وإنما يشكل على قول مشايخ ما وراء النهر فإنهم يقولون بأن نكاح المحارم فيما بينهم جائز على قول أبي حنيفة، ويقولون لو لم يكن النكاح جائزا عنده لما فرض لها النفقة، ويستدلون أيضا بما لو دخل بها بعد النكاح أنه لا يسقط إحصانه عنده. والعذر لمشايخ العراق في فصل النفقة كما أن النفقة كما تحجب بسبب النكاح فتجب بسبب الاحتباس فإن ثمة لم يكن نكاح، وإن كان نكاحا فاسدا يؤخذ النفقة بسبب الاحتباس لا بسبب النكاح وبقاء الاحتباس بعد الدخول لا يدل على صحة النكاح عند

أبي حنيفة محالة ألا ترى أن من تزوج امرأة ودخل بها وكان نظر إلى فرج أمها أو ابنتها بشهوة أن إحصانه لا يسقط وإن كان نكاحا فاسدا عند أبي حنيفة. والعذر لمشايخنا رحمهم الله عن فصل الارث فإنه لا يجري الارث فيما بينهم وإن كانوا يدينون جواز النكاح واعتبر ديانتهم في حق جواز النكاح في حق الارث فيما بين المحارم أن يقول ان ديانتهم إنما يعتبر بجواز النكاح لان جواز نكاح المحارم قد كان في شريعه آدم عليه السلام. وفي الذخيرة: ثم فرقوا بين نكاح المحارم فيما بينهم وبين النسب الثابت في هذا النكاح فقالوا: إذا تزوج المجوسي بمحارمة ثم مات أحدهما لا يرثه الباقي، فأما إذا حدث بينهما ولد فإنه يثبت النسب ويتوارثون بذلك النسب فيما بينهم. تزوج مجوسي بابنة له فولدت منه ابنا وبنتا ثم مات المجوسي فقد مات عن ابن وبنت وزوجة فيقسم المال بينهم للذكر مثل حظ الاثنين يورثون بالنسب ويسقط اعتبار النكاح لانه فاسد يثبت به النسب فيما بينهم ولا يتوارثون به فلهذا قال يسقط اعتبار النكاح ويرثون بالنسب. ولو مات الابن بعد ذلك فقد مات عن أخت لاب وأم وعن أخت لاب هي أمه فللاخت لاب السدس بحكم الامومة والسدس بحكم الاختية والنصف للاخت لاب وأم والباقي للعصبة إن كانت وإلا فيرد عليهما وعلى سهامهما. ولو لم يمت الابن بعد موت المجوسي ولكن ماتت البنت التي هي زوجته فقد ماتت عن ابن هو أخوها لابيها وعن بنت هي أختها لابيها ويرثون بالبنوة والبنتية ويقسم المال بينهم للذكر مثل حظ الاثنين. ولو لم تمت الابنة التي هي زوج المجوسي ولكن ماتت الابنة الاخرى فقد ماتت عن أخ لاب وأم عن أخت لاب وأم وعن أخت لاب هي أمها فيكون للام السدس والباقي لاخ للاب وأم فيسقط اعتبار الاختية لان قرابة والاخت لاب ساقطة الاعتبار لقرابة الاخ لاب وأم. وإنما كان للام السدس في هذه الصورة لان للميت أخا وأختا والاخت من أهل الاستحقاق إلا أنها صارت محجوبة بهذا السبب العارض ولهذا اسقط فرض الام عن

***

[٣٩٠]

الثلث إلى السدس. وفي الذخيرة: مجوسي تزوج بأمه فولدت بنتا وابنا ثم فارقها وتزوج ابنته فولدت له ابنة ثم مات المجوسي فقط مات عن أم وابن وابنه بنت ابن فيكون للام السدس باعتبار الامومة والباقي بين الابن والبنت للذكر مثل حظ الأنثيين ولا شئ لبنت الابن، فإن مات الابن بعد فإنما مات عن زوجة هي جدته أم أبيه وهي أمة وعن أخت وأبيه فلاشئ للام بالزوجبة ولاكونها جدة لان الجدة لا ترث مع الام ولكن لها السدس بالامومة والابنة النصف بالبينة ولا شئ لها بالاختية لام، فإن لم يمت الابن ولكن ماتت الابنة الكبرى فقد ماتت عن أم هي جدتها أم أبيها وعن أخ لاب وأم وعن ابنة هي أختها لامها فللام السدس بالامومة لان معها أخا لام وأختا وهما يردان الام من ثلث إلى السدس وللابنة السدس بالاختية لام والباقي للاخ لاب وأم بالعصوبة، فإن كانت الابنة التي ماتت هي الصغرى فقد ماتت عن أم وعن جدتها لابيها وعن أبيها وعن عمة هي أختها لابيها وعن ابن هو أخوها لامها فللام السدس والباقي للاب لان الاخوة والاخوات لا يرثون مع الاب شيئا. ولو لم تمت الابنة ولكن ماتت الام فإنما ماتت عمن هو زوجها وهو ابن ابنها وعن ابنة ابن أختها فلا شئ للابن بالزوجية ولكن المال بين الابن والانثى للذكر مثل حظ الاثنين فلا شئ للذكر باعتبار أنه ابن ابن ولا الانثى باعتبار أنها ابنة الابن. مجوسي تزوج أمه فولدت له ابنتين فتزوج ابنته فولدت له ابنة ثم مات المجوسي فقد مات عن أم هي زوجة وثلاث بنات إحداهن زوجة وبنتان أختان لام وإحداهن ابنة ابن فلا شئ للزوجة منهن بالزوجية ولا للاختين لام بالاختية ولا للثالثة بكونها ابنة ابن ولكن الباقي للعصبة إن كانت، وإن لم تكن فهو رد على أم والبنات على مقدار حقهن، فإن ماتت بعدها الابنة التي هي زوجته فقد ماتت عن ابنة هي أخت لاب وأم فللابنة النصف والباقي للعصبة، وإن لم تمت هذه ولكن ماتت الابنة السفلى فإن ماتت عن أمها وهي أختها لابيها وعن أخت أيضا فيكون للام السدس بالامية وللاختين الثلثان بالاختية والباقي للعصبة. رجل مجوسي تزوج بابنته فولدت ابنتين فمات المجوسي ثم ماتت إحدى البنتين فإنما ماتت عن أم هي أخت لاب وعن أخت لاب وأم أيضا فقد ذكر بعض المشايخ أن للام السدس بالآية وللاخت لاب وأم النصف وللام السدس بالاختية والاول أصبح. وفي السراجية: حكم الاسير كحكم سائر المسلمين في الميراث ما لم يفارق دينه، فإن فارق دينه فحكمه حكم المفقود. مسلم ونصراني استأجر ظئراواحدا لولديهما فكبروا ولا يعرف والد النصراني من والد المسلم فالولد مسلمان ترجيحا للام ولكن لا يرثان من أبويهما لان المال لا يستحق بالشك، وكذا لو كان للرجل ابن ولملوكه ابن أيضا فدفعاهما إلى ظئر واحدة فكبرا ولم يعرف ابن المولى من الرقيق فالولدان

حران ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته ولا يرثان شيئا. قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا لم يصطلحا، أما إذا اصطلحا فيما بينهما فلهما أن يأخذ الميراث فكذا الجواب في ولد المسلم مع ولد النصراني وبه يفتى. وفي المضمرات: مات وترك
***
[٣٩١]
أبوين وامرأتين أحدهما مسلمة والاخرى يهودية فللمرأة التي هي مسلمة الربع وللام ثلثا الباقي والباقي للاب، وإذا تحاكما إلينا أهل الكفر في قسمه المال قسمنا ذلك فيما بينهم على حكمنا دون حكمهم، وإن قدم الحربي إلينا بأمان فمات بعث ماله إلى وارثه في دار الحرب. قال رحمه الله: (ويرث ولد الزنا واللعان من جهة الام فقط) لان نسبه من جهة الاب منقطع فلا يرث به، ومن جهة الام ثابت فيرث به أمه وأخته من الام بالفرض لا غير، وكذا ترثه أمه وأخته من أمه فرضا لا غير ولا يتصوران يرث هو أو يورث بالعصوبة إلا بالولاء أو الولاد فيرثه من أعتقه أو أعتق أمه أو ولده بالعصوبة، وكذا هو يرث معتقه أو معتق معتقة أو ولده بذلك وقد تقدم. قال رحمه الله: (ووقف للابن حظ ابن) أي إذا ترك الميت امرأته حاملا أو غيرها ممن يرثه ولدها وقف للحمل نصيب ابن واحد وهذا قول أبي يوسف. وعنه يوقف نصيب ابنين وهو قول محمد لان ولادة الاثنين معتادة، وعن أبي حنيفة أنه يوقف نصيب أربع بنين أو أربع بنات أيهما أكثر لانه يتصور ولادة أربعة في بطن واحدة فيترك نصيبهم احتياطا، والفتوى على الاول لان ولادة الواحد هي الغالب والاكثر منه موهوم والحكم للغالب ويؤخذ من الورثة على قوله كفيل لاحتمال أن يكون أكثر. وهذا إذا كان في الورثة ولد، وأما إذا لم يكن فيهم ولد فلا يختلف الميراث بينهم بكثرة الاولاد وقلتهم. وجملة الامر لا يخلوا إما أن يكون الورثة كلهم أولاد، فإن فيهم أولاد أولاد، فأن كانوا كلهم أولاد افيترك ما ذكرنا من القدر على الاختلاف وإن لم يكونوا كلهم أولادا فلا يخلوا إما أن يكون فيهم أولاد أولاد فإن كان فيهم أولاد أولاد يعطى كل وارث هو غير الولد منهم نصيبه ثم يقسم الباقي على الاولاد ويترك نصيب الحمل منه على الاختلاف الذي ذكرنا، وإن لم يكن في الورثة ذكر والحمل من الميت يعطى كل وارث نصيبه على تقدير أن الحمل ذكر أو أنثى أيهما أقل، وإن كان على أحد التقديرين يرث دون الآخر فلا يعطى شيئا. وكذا إذا كان فيهم من لا يرث على تقدير ولادته حيا وعلى تقدير ولادته ميتا يرث فلا يعطى شيئا للاحتمال، وإن كان نصيبه على أحد التقديرين أكثر يعطى الاقل للتيقن وبه ويوقف الباقي. قال رحمه الله: (وير ث إن خرج أكثره فمات لا أقله) أي الحمل يرث إن خرج أكثره وهو حي ثم مات، وإن خرج أقله وهو حي فمات لا يرث لان انفصاله حيا من البطن شرط لارثه والاكثر يقوم مقام الكل، ثم إن خرج مستقيما فالمعتبر لصدره، وإن خرج منكوسا فالمعتبر لسرته وقد بينا من قبل. وفي الاصل في ميراث الجنين ذكر الصدر الشهيد في فرائضه أن الجنين يرث إذا كان موجودا في البطن عند موت الموروث بأن جاء لاقل من ستة أشهر مذ مات الموروث هكذا ذكر محمد المسألة مطلقة. وهذا التقدير في استحقاق الجنين من غير الاب أما من الاب فإن جاء به لاقل من سنتين من وقت الموت فإنه يرث ما لم تقر بانقضاء لعادة نص عليه محمد في كتاب الفرائض، فالاصل أن المعتدة إذا جاءت بالولد لاقل من سنتين من
***
[٣٩٢]
وقت الطلاق فإنه يثبت نسب الولد من الزوج إذا لم تقر بانقضاء العدة فإذا ثبت النسب من الميت يرث منه ضرورة وإن جاء لاكثر من سنتين لا يثبت النسب من الميت ولا يرث منه. قال محمد في كتاب الفرائض أيضا: لو أن عبدا تحته حرة ولد منها ابن وله ابن آخر حر من غيرها فمات ابن العبد ولا يدري أنها حبلى أم لا فجاءت بالولد لاقل من ستة أشهر منذ مات ابن العبد فإنه يرث ميراث أخيه لان الوطئ حال بالعلوق إلى ستة أشهر فقد مات أخوه وهو في البطن فيرثه، وإن جاءت به لاكثر من ستة أشهر لم يرثه لان الحمل من ستة أشهر فقد مات أخوه وهو لم يخلق بعد فلا يرثه، فتبين بما ذكر محمد في الاصل إنما ذكره الصدر الشهيد من التقرير في استحقاق الجنين الارث من غير الاب لا عن الاب وطريق معرفة انفصاله حيا أن يستهل أو يسمع منه عطاس أو تنفس أو يتحرك بعض أعضائه أو ما شاكل ذلك، وإن انفصل ميتا لم يرثه لانا شككنا في حياته وقت موت الاب بجواز أنه كان ميتا لم تنفخ فيه الروح ويجوز أنه كان حيا فلا يرثه بالشك. وفي الذخيرة: ثم الجنين إذا خرج ميتا فإنه لا يرث إذا خرج بنفسه، وأما إذا خرج حيا فهو من جملة الورثة بيانه: إذا ضرب انسان بطنها فألقت جنينا ميتا فهذا الجنين من جملة الورثة وفيه روايات ابن المبارك. قال الشيخ محمد أبو الفضل: إذا

مات الرجل عن امرأة وابنين وادعت المرأة أنها حامل تعرض المرأة على امرأة ثقة أو امرأتين حتى يتبين حملها، فإن لم يقف على شئ من علامات الحمل يقسم الميراث، وإن وقف على شئ من علاماته تربصوا حتى تلد ولا يقسم الميراث. وإن كان رجل خلف امرأة حاملا وابنا فولدت المرأة ابنا وبنتا فاستهل أحدهما وماتا لا يدري أيهما استهل، فلو جعل المستهل ابنا فقد خلف الموروث ابنين للمرأة الثمن والباقي بينهما وتصح المسألة من ستة عشر، ومسألة من ثلاثة لا تستقيم فتضرب ثلاثة في ستة عشر فتبلغ ثمانية وأربعين للمرأة الثمن ستة ولكل ابن إحد وعشرون، فمات المستهل عن أحد وعشرين سهما وخلف أما وأخا للام الثلث سبعة أسهم والباقي وهو أربعة عشر للاخ فقد حصل للام ثلاثة عشر وللاخ خمسة وثلاثون. وإن كان المستهل الانثى للمرأة الثمن والباقي بين الابن والبنت للذكر مثل حظ الانثيين، وتصح المسألة من أربعة وعشرين للمرأة ثلاثة وللبنت سبعة وللابن أربعة عشر وماتت البنت عن سبعة أسهم وخلفت أما وأخا ومسألتهما من ثلاثة وسبعة على ثلاثة لا تنقسم فتضرب ثلاثة في أربعة وعشرين فتصير اثنين وسبعين للمرأة الثمن تسعة وللابن اثنان وأربعون وللبنت إحدى وعشرون، فماتت البنت عن إحدى وعشرين سهما وخلفت أما وأخا للام الثلث سبعة وللاخ أربعة عشر فقد حصل للام ستة عشر وللاخ ستة وخمسون وستة عشر توافق الستة والخمسين بالثمن فيرد ذلك إلى ذلك الثمن فيكون ثمن الستة عشر سهمان وثمن الستة والخمسين سبعة أسهم والتسعة توافق الثمانية والاربعين بالثلث فيضرب ثلث أحدهما في جميع الآخر فيصير مائة وأربعة وأربعين، ثم ضاعف لان هنا حالين حال

***

[٣٩٣]

استهلاك الابن وحال استهلاك البنت فصار مائتين وثمانية وثمانين فهذا جميع المال. وفي القنية سأل عن صبي استهل في البطن وانفصل ميتا فقال: لا يعتبر هذا الاستهلال. وفي الظهيرية: ولو أن رجلين ليس بينهما قرابة تزوج كل واحد منهما أم الآخر فولدت كل واحد منهما غلاما فقرابة ما بينهما أن ابن المتزوج بالام أخا لابن الذي تزوج الابنة وعمه وابن الذي تزوج الابنة ابن الاخت للذي تزوج الام وابن أخيه فلا يرث واحد منهما من صاحبه مع سائر العصبات لان العم لام وابن الاخ لام من جملة ذوي الارحام فلا يرثون مع أحد من العصبات، فلو أن رجلا تزوج امرأة وزوج ابنتها من ابنه فولد لكل واحد منهما غلام فقرابة بين الغلامين أن ابن الاب الذي تزوج الام عم الابن الذي تزوج الابنة وخاله وابن الابن ابن أخ ابن الاب وابن اخته فأيهما مات ورث صاحبه ههنا من قبل أن العم عصبة، وكذلك ابن الاخ لاب عصبة. وإذا كان كل واحد منهما عصبة صاحبه من أحد الوجهين كان وارثا له، فإن تزوج الاب الابنة وتزوج الابن الام فولد لكل واحد منهما غلام فقرابة ما بين الولدين أن ابن الاب عم ابن الابن وابن أخته وابن الابن خال ابن الاب وابن أخيه فأيهما مات ورثه الآخر بالعصوبة. نوع آخر في هذا الفصل: رجل مات وترك ثلاث بنات فورثت إحداهن ثلثي المال والاخرى ثلث المال والثالثة لم ترث شيئا كيف كانت هذه قال: إنه كان في الاصل الاب رقيقا أعتقه إحداهن فقتلته واحدة منهن فللمعتقة الثلث فرضا ولغير القاتلة الثلث فرضا وللمعتقة الثلث تعصيبا. رجل مات وترك أخا لاب وأم وأخا لامرأته فورث المال أخو امرأته دون أخيه لابيه وأمه كيف كانت هذه قال بأنه كان في الاصل رجل تزوج وأم امرأة أبيه فولدت له ولدا ثم مات المتزوج ثم ما ت أخوه بعد ذلك وترك خالا وعما وهذا المولود في درجة ابن أخيه لابيه وفي درجة خاللامه فالمال لابن الاخ فقد ورث المال الخال دون العم. رجل دخل على مريض فقال لا أوصي فقال لماذا أوصي فإن مالي يرثه عمتاك وخالتاك وجدتاك كيف كانت هذه قال: كان هذا المريض تزوج جدتي الرجل أم أبيه وأم أمه فولدت كل واحدة للمريض ابنتين، فلما مات المريض ترك أربع بنات بنتان منهن خالتا الرجل وبنتان منهن عمتا الرجل والمرأتان هما جدتا الرجل فللبنتان الثلثان وللمرأتين الثمن وما بقي يرد على البنات إن لم يكن له عصبة. وسأل عن رجل ورثه سبع عشرا امرأة ماله بالسوية فأجاب بأن هذا الرجل مات عن جدتين وثلاث نسوة وأربع أخوات لام وثمان أخوات لاب وأم فللجدتين السدس سهمان والنسوة الربع ثلاثة وللاخوات لام الثلث أربعة وللاخوات لام وأب الثلثان ثمانية فأصاب كل واحدة سهم. سأل عن امرأة ورثت أربعة أزواج واحدا بعد واحد فصار لها نصف جميع أموالهم وللعصبة النصف فأجاب بأن هذه المرأة تزوجها أربع اخوة وبعضهم وارث بعض وكان جميع أموالهم ثمانية عشر دينارا للواحد منهم ثمانية وللآخر

***
[٣٩٤]
ستة وللثالث ثلاثة وللرابع دينار تزوجها صاحب الثمانية، ثم مات عنها ثم صار لصاحب الستة ثمانية ولصاحب الثلاثة خمسة ولصاحب الواحد ثلاثة ثم تزوجها الثاني ومات عنها وترك ثمانية دنانير فصار لها ديناران بقي ستة بين أخوين لكل واحد منهما ثلاثة ثم تزوجها الثالث ومات عنها وترك ثمانية دنانير فصار لها الربع ديناران ولاخيه ما بقي ستة فصار له اثنا عشر دينارا فصار لها الربع من ذلك ثلاثة دنانير فصار جميع ما ورثت تسعة من الاول ديناران ومن الثاني ديناران ومن الثالث ديناران ومن الرابع ثلاثة وللعصبة تسعة دنانير. سأل عن رجلين ورث أحدهما ثلاثة أرباع المال وللآخر الربع فأجاب بأن الميتة بنت عمهما وأحدهما زوجها فللزوج النصف والباقي بينهما نصفين فنصيب الزوج ثلاثة أرباع والآخر ربع. سأل عن رجلين ورث أحدهما الثلثين والآخر الثلث قال: الميت امرأة لها ابنا عم أحدهما اخوها لام والآخر زوجها فيكون للزوج النصف وللآخ من الام السدس والباقي بينهما نصفان فنصيب الزوج الثلثان ونصيب الآخر الثلث. سأل عن ثلاثة إخوة ورث أحدهم الثلثين والآخران كل واحد سدس قال: هذه المرأة لها ثلاثة بني عم أحدهم زوجها فيكون للزوج النصف والباقي بينهم أثلاثا فيكون لكل واحد سدس. رجل ورثته ثلاث نسوة أثلاثا إحداهن أم الاخرى قال: هذا الرجل زوج ابن ابنته ابن ابن له فولدت له بنتا ثم مات ابن الابن وبقي بنتا ابن ابن إحدهما أم الاخرى ثم مات الرجل وله أخت فصار للابنتين الثلثان وللاخت الثلث لانها عصبة مع البنات. وفي الظهيرية في بيان ما يسأل عن المتشابهات: وإن سأل عن رجل مات وترك ابن عم لاب وأم فورثت المال ابن العم دون ابن أخيه كيف يكون؟ قيل: صورة هذا أخوان ولاحدهما ابن اشتريا جارية فجاءت بولد فادعياه جميعا كان ابنا لهما ثم مات الاخوان ثم مات ابن احدهما بعد موتهما ولم يترك وارثا غير الابن الذي كان بين أبيه وعمه وكان له ابن أخ لاب وأم فميراثه لاخيه لابيه وهو ابن عمه ويسقط ابن أخيه لابيه وأمه. وإن سأل عن رجل مات وترك ابن عم لاب وأم وأخا لاب فورثت المال ابن عمه دون أخيه لابيه كيف يكون هذا؟ قيل: هذا في الاصل أخوان ولاحدهما ابن فاشتريا جارية فجاءت بابن فادعياه جميعا كان ابنا لهما ثم أعتقا هذه الجارية فتزوج بها أبو الابن فولدت ابنا آخر فمات الاخوان ومات الابن الذي ولدته بعد النكاح وترك أخا لاب وأم وهو ابن عمه وأخا لاب فميراثه لابن عمه لانه أخوه لابيه وأمه. وسأل عن رجل وأمه وخالته ورثوا المال بينهم أثلاثا كيف يكون هذا؟ فهذا رجل له بنتان زوج احدهما ابن أخيه فولدت له ابنا ومات ابن الاخ ومات الرجل بعد ذلك وترك بنتين وابن ابن أخ فللبنتين الثلثان وما بقي فلابن ابن الاخ فصار لابن ابن الاخ الثلث ولامه ثلث المال ولخالته ثلث المال. وإن سأل عن رجل مات وترك سبعة إخوة لامراته فورثت امرأته المال وأخواتها بالسوية كيف يكون هذا؟ قيل: رجل تزوج بأم امرأة أبيه فولدت له سبع بنين ثم مات الابن ومات أبوه بعد ذلك وترك
***
[٣٩٥]
امرأته وسبعة بني ابن فللمرأة الثمن سهم وبقي سبعة أسهم لكل واحد منهم سهم. حكي أن امرأة جاءت إلى أبي حنيفة وقالت إن أخي مات وترك ستمائة دينارا فقسموا تركته وأعطوني منها دينارا واحدا. قال أبو حنيفة: ومن قسمها؟ قالت: تلميذك داود الطائي. فقال أبو حنيفة ذلك حقك. قال: أليس ترك أخوك ابنتين وأما وزوجة واثني عشر أخا وأختا؟ فقالت: بلى، قال: للبنتين الثلثان أربعمائة دينار، وللام السدس مائة دينار، للمرأة الثمن خمسة وسبعون دينارا، بقي خمسة وعشرون دينارا أسهم للذكر مثل حظ الانثيين لكل أخ ديناران وللآخت دينار واحد. مسألة: ولو سألت عن رجل مات وترك دنانير وورثه فإن كان الوارث ابنا كان له ألفا دينار، ولو كان مكان الابن ابن عم كان له عشرة آلاف. الجواب عن هذا إذا كان المال ثلاثين ألف دينار فإكان له ابن وثمانية وعشرون بنتا كان للابن ألفا دينار، ولو كان مكان الابن ابن عم كان للبنات الثلثان والباقي لابن العم وهو عشرة آلاف. مسألة: ولو سألت عن رجمات وترك أخوين لاب أحدهما للام وأختين لام أحدهما لاب كيف يقسم المال بينهم؟ الجواب عن هذا رجل مات وترك أخا لاب وأم وأخا لاب فيقسم المال بينهم للاخت من الاب السدس والباقي بين الاخ والاخت لاب وأم ولا شئ للاخ من الاب. مسألة: ولو سئل عن رجل وابنته وورثا مالا بالسوية كيف ذلك؟ الجواب هذه امرأة تزوجها ابن عم فولدت له ابنة ثم ماتت المرأة وصار لابنتها من ميراثها النصف والنصف الباقي لزوجها وهو ابن عمها. مسألة: ولو سأل عن امرأة وجدتها أم الام وورثا مالا

بالسوية؟ الجواب عن هذا رجل زوج بنت أخته لابن ابنه فولدت لهما بنتا مات الزوج ثم مات الجد وترك بنت ابن ابنه وأخته وهي جدتها أم أمه فصار لابنة ابن ابنه النصف وما بقي فللاخت. قال رحمه الله: (ولا توارث بين الغرقى والحرقي إلا إذا علم ترتيب الموت) أي إذا مات جماعة في الغرق أو الحرق ولا يدري أيهم مات أولا جعلوا كأنهم ماتوا جميعا فيكون مال كل واحد منهم لورثته ولا يرث بعضهم بعضا إلا إذا عرف ترتيب موتهم فيرث المتأخر من المتقدم وهو قول أبي بكر وعمر وزيد وأحد الروايتين عن علي رضي الله عنه. وإنما كان كذلك لان الارث ينبني على اليقين بسبب الاستحقاق وشرطه وهو حياة الوارث بعد موت المورث ولم يثبت ذلك فلا يرث بلشك، وكذلك الحكم إذا ماتوا بهدم الجدار عليهم أو في المعركة ولا يدري أيهم مات أولا. وفي الاصل: أخوان غرقا وخلف أحدهما بنتا وعشرين دينارا مثلا وخلف الآخر بنتا وعشرة دنانير، فعلى قول عامة الصحابة وعامة الفقهاء للبنت النصف من المال والنصف الباقي لابن العم وما تركه الآخر لابنه. أخوان معتقان غرقا وخلف أحدهما ابنا وبنتا وخلف الآخر بنت ابن ومولى فالذي خلف ابنة ابن ماله على قول العامة بين ابنة ابنه وبين ابن أخيه الذي غرق معه نصفان النصف لابنة الابن

***

[٣٩٦]

والنصف لابن الاخ وحده. امرأة وابنها غرقا وخلفت المرأة زوجا هو أب الابن وخلف الابن أباه وابنا، فعلى قول العامة مال المرأة يقسم بين زوجها وبين ابن ابنها وللزوج الربع والباقي لابن الابن ومال الابن يقسم بين ابنه وبين الاب للاب السدس والباقي للابن، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل. قال رحمه الله: (وذو رحم) وهو معطوف على قوله وذو فرض في أول الكتاب (وهو قريب ليس بذي سهم ولا عصبة) أي ذو الرحم وهو قريب ليس بوراث بفرض ولا بعصبة، وهذا على اصطلاح أهل هذا العلم. وفي الحقيقة الوارث لا يخرج من أن يكون ذا رحم وتحته ثلاثة أنواع: قريب وهو ذو سهم، وقريب هو عصبة، وقريب ليس بذي سهم ولاعصبة فقدمنا الكلام في الاولين وبقي في الثالث فنقول: عندنا هم يرثون عند عدم النوعين الاولين وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم غير زيد بن ثابت فإنه قال: لا ميراث لذوي الارحام بل يوضع في بيت المال وبه أخذ مالك والشافعي لما روي عن عطاء ابن يسار أن رجلا من الانصار جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله رجل هلك وترك عمته وخالته فسأل النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ثلاث مرات ثم قال: لا شئ لهما. وفي بعض رواياته لا أرى ينزل على شئ لا شئ لهما. وروي أنه قال: لا أجد لهما شيئا. وإذا لم ينزل عليه شئ لا يمكن إثباته بالرأي لان المقادير لا يمكن إثباتها بالرأي. ولنا ما روي عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم آخى بين أصحابه فكانوا يتوارثون بذلك حتى نزلت * (وألوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) * فتوارثوا بذلك. وعن المقداد بن معدى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه، والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه رواه أحمد وأبو داود وغيرهما. وحين مات ثابت بن الدحداح وكان غريبا لا يعرف من أين هو قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا لبابة بن المنذر بن أخته فأعطاه ميراثه. وعن أمامة ابن سهل أن رجلا رمى رجلا بسهم فقتله وليس له وارث إلا خالا فكتب في ذلك أبو عبيدة إلى عمر فكتب عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: الله ورسوله مولى من لا مولى له، والخال وارث من لا وارث له. وقال الترمذي: حديث حسن. وقا الطحاوي: هذا آثار متصلة قد توارثت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم حتى روي عن عمر رضي الله عنه في عم لام وخالة أعطى العم الثلثين والخالة الثلث. ويحتمل أن يكون هناك من هو أولى منهما أو كان ذلك قبل نزول الآية ويحتمل أن قوله عليه الصلاة والسلام لا شئ لهما أراد به الفرض أي لا فرض لهما مقدر

***

[٣٩٧]

ونحن نقول به. فإن قيل: لا حجة لكم في الآية لانها نزلت برد التوارث بالاخاء ويحتمل أن يكون المراد بها العصبة وأصحاب السهام وليس فيها دلالة على أن المراد بها غيرهم قلنا: العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وهي عامة فيعمل بعمومها على أن كثيرا من أصحاب الشافعي منهم شريح خالفوه وذهبوا إلى توريث ذوي الارحام وهو اختيار فقهائهم للفتوى في زماننا لفساد بيت المال فصرفه في

غير المصارف. قال رحمه الله: (ولا يرث مع ذي سهم وعصبة سوى أحد الزوجين لعدم الرد عليهما) أي لا يرث ذوو الارحام مع وجود ذوي فرض أو عصبة إلا إذا كان صاحب الفرض أحد الزوجين فيرثون معه لعدم الرد عليه لان العصبة أولى. وكذا الرد على ذي السهام أولى من ذوي الارحام لانهم أقرب إلا الزوجين وأنهما لا قرابة لهما مع الميت فلهذا عليهما ما فضل من فرضهما وعليه عامة الصحابة، وكان عثمان بن عفان يرد على الزوجين أيضا وقد عرف في موضعه. قال رحمه الله: (وترتيبهم كترتيب العصبات) يعني ترتيب ذوى الارحام في الارث كترتيب العصبات يقدم فروع الميت كأولاد البنات وإن سفلوا، ثم أصوله كالاجداد الفاسدين والجدا ت الفاسدات وإن علوا، ثم فروع أبويه كأولاد الاخوات وبنات الاخوة وبني الاخوة لام وإن نزلوا، ثم فرع جده وجدته كالعمات والاعمام لام والاخوال والخالات وإن بعدوا فصاروا أربعة أصناف. وروي أبو سليمان عن محمد بن الحسن عن أبي حنيفة أن أولادهم بالميراث الاصول والاول أصح لان الفرع أقرب كما في العصبات. وفي المضمرات وهم عشرة: أولاد البنات وأولاد الاخوات وبنات الاخ وبنت العم والخال والخالة وأب الام وعم الام والعمة وولد الاخ ومن أدلى بهم. وفي العثماني وهم خمسة أصناف: أولهم أولاد البنات، والثاني الجد الفاسد والجدات، والثالث أولاد الاخوات لا ب وأم أو لاب وأولاد بنات الابن وأولاد الاخوة والاخوات لام وبنات الاعمام وأولاد هؤلاء الاخوة كلهم، والرابع الاعمام لام والاخوال والخالات والعمات وبنات الاعمام وأولاد هؤلاء، والخامس عمات الآباء والامهات كلهم وأخوالهم وخالاتهم وأعمام الآباء بالام وأعمام اومهات كلهم وأولاد هؤلاء فأولاهم بالميراث أولهم ثم ثانيهم ثم ثالثهم ثم رابعهم ثم خامسهم وفي رواية عن أبي حنيفة وعليه الفتوى، وروي عن أبي حنيفة أن الجد الفاسد أولى بالميراث من أولاد البنات وأولاد بنات الابن. وقال أبو يوسف ومحمد: وأولاد الاخوات وبنات. الاخوة أولى من الجد الفاسد أبو الام وكل واحد أولى من ولده أولى من أبويه عندهما. وفي الظهيرية: وقد صح رجوع أبي حنيفة إلى قولهما في تقديم أولاد البنات وعليه الفتوى، والحكم فيهم إنه إذا انفرد واحد منهم يستحق جميع المال وهذا لان ذوي الارحام يرثون على التعصيب من وجه لانهم يرثون

***

[٣٩٨]

بالقرابة من الميت وليس لهم سهم مقدر والعصبة من كل وجه ذكر يدلي بعصبة ذكر ولا يكون له سهم مقدر ففي حق ذوي الارحام إذا لم توجد الذكورة والادلاء إلى الميت بعصبة ذكر وجد المعنى الآخر وهو أنه قريب ليس له سهم مقدر وكانوا عصبة من وجه فيعتبر بمن يرث بالتعصيب من كل وجة أن يتسحق جميع المال إذا انفرد وكذا هنا. وهم في الحاصل أصناف صنف ينتهي إلى الميت وهو الساقط من ولد الولد وإنما اعتبرنا بالساقط لان ولد الولد على ضربين: ثابت وهو من جملة أصحاب الفرائض وهو بنت الابن أو هو من جملة العصبات وهو ابن الابن، وساقط هو داخل في جملة ذوي الارحام وهو ولد البنت ذكرا كان أو أنثى، وصنف ينتمي إليه الميت كالجد الفاسد والجدة الفاسدة، وصنف ينتمي إلى أبوي الميت كبنات الاخوة لاب وأم أو لاب وأولاد الاخوات كلها، وصنف ينتمي إلى جدي الميت كالاعمام لاب وأم أولاب، وصنف ينتمي إلى أبوي جدي الميت وهو أعمام الاب وعماته وأخواله وخالاته وأعمام الام كلهم وعماتها وأخوالها وخالاتها وأولادهم. وفي الكافي: وأجمعوا على أن ذوي الارحام لا يحجبون بالزوج والزوجة أي يرثون معها فيعطى الزوج أو الزوجة نصيبه ثم يقسم الباقي بين ذوي الارحام كما ستعرفه مثاله: زوج وبنت بنت وخالة وبنت عم فللزوج النصف والباقي لبنت البنت. وأما الكلام في الصنف اللاول فأولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت حتى كانت بنت البنت أولى من بنت بنت البنت، فإن استووا في القرب فمن كان ولد الوارث فهو أولى مثاله: إذا ترك بنت بنت بنت وبنت بنت ابن فالمال لبنت بنت الابن لان أمها وارثة، وكذلك إذا ترك ابن ابن بنت وبنت بنت ابن فالمال لبنت بنت الابن كما ذكرنا، وإن كان أحدهما أقرب والآخر ولد الوارث لا يكون أولى. وفي الذخيرة في أصح القولين حتى إنه إذا ترك بنت بنت البنت وبنت بنت ابن ابن كان بنت بنت البنت أولى لكونها أقرب، وإن استووا في القرب وليس فيهم ولد الوارث فالمال يقسم بينهم بالسوية، وإن كانوا ذكورا كلهم أو إناثا كلهم وإن كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الانثيين وهنا بلا خلاف إذا اتفق صفة الاصول في الذكورة والانوثة أعني بالاصول الآباء والامهات واتفق صفة ابدان الفروع في الذكورة والانوثة. وإن اختلفت صفة الاصول فعلى قول أبي يوسف يعتبر أبدان الفروع ويقسم

المال بينهم بالسوية إن كانوا ذكورا كلهم أو إناثا كلهن، وإن كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الانثيين، ثم ما أصاب كل بطن فهو لولده، وكان أبو يوسف أولا يقول كما قال محمد ثم رجع عنه وقال كما ذكرنا. قال شيخ الاسلام خواهر زاده: وعامة مشايخنا يجعلون قول أبي حنيفة مع قول محمد، وغيرهم من المشايخ قالوا عن أبي حنيفة في هذا روايتان. بيان هذه المسائل إذا ترك بنت بنت وابن بنت فالمال بينما للذكر مثل حظ الانثيين، وكذلك إذا ترك ابن ابن بنت وبنت بنت بنت فالمال بينهم للذكر مثل حظ الاثنيين. ولو ترك بنت بنت بنت وبنت
***
[٣٩٩]
ابن بنت فعند أبي يوسف المال بينهما نصفان اعتبارا لا بد أنهما. وعن محمد رحمه الله يقسم بينهما أثلاثا ثلثاه لبنت ابن البنت وثلثه لبنت بنت البنت اعتبارا بأصولهما كأنه مات عن ابن نبت وبنت بنت وولدي ابن بنت فعلى قول أبي يوسف المال بينهم باعتبار الابدان على ستة لكل ذكر سهمان ولكل أنثى سهم، وعلى قول محمد يقسم باعتبار الآباء فيجعل كأنه ترك بنت بنت وابن بنت فيكون ثلثا المال لابن البنت والثلث لبنت البنت، ثم ما أصاب ابن البنت يقسم بين ولديه أثلاثا ثلثاه لابنه وثلثه لبنته وما أصاب بنت البنت يقسم بين ولديها أثلاثا أيضا ثلثه لبنتها وثلثاه لابنها فتكون القسمة من تسعة. وفي الكافي: ولو ترك بنتي ابن البنت وابن بنت بنت عند أبي يوسف ظاهر، وعند محمد يقسم أخماسا خمس المال لابن بنت النبت وأربعة أخماسه لبنتي ابن البنت كأنه مات عن ابني بنت وبنت بنت فما أصاب بنت البنت فلولدها، وما أصاب الابن فلولده. ولو ترك ابني بنت بنت بنت وبنت ابن بنت بنت وبنتي بنت ابن بنت فعند أبي يوسف المال بين الفروع أسباعا باعتبار أبدانهم، وعند محمد يقسم المال في البطن الثاني أسباعا باعتبار عدم الفروع الاصول إذ أربعة أساعه لبنتي بنت ابن البنت نصيب أحدهما وثلاثة أسباعه وهو نصيب البنتين يقسم على ولديهما في البطن الثالث أيضا فنصفها لبنت ابن البنت نصيب أبيها والنصف الآخر لابني بنت بنت البنت نصيب أمها وتصح من ثمانية وعشرين، وقول محمد أشهر الروايتين عن أبي حنيفة في جميع ذوي الارحام وعلي الفتوى. وقال الامام الاسبيجابي في المبسوط: قول أبي يوسف أصح لانه أسهل. ولترك ولدي بنت بنت وبنت ابن بنت فعلى قول أبي يوسف المال بينهم باعتبار أبدانهم على أربعة أسهم سهم بنت ابن البنت وثلاثة أسهم لولدي بنت البنت سهمان للابن وسهم للبنت. وعلى قول محمد القسم باعتبار الآباء يجعل كأنه مات عن ابن بنت وعن بنت بنت فيقسم المال بينهم أثلاثا ثلثاه لابن البنت وثلثه لبنت البنت، ثم ما أصاب ابن البنت يسلم لولده وما أصاب بنت البنت يقسم بين ولديها أثلاثا الثلثان للابن والثلث للبنت فيحتاج إلى حساب يقسم ثلثه أثلاثا وأقل ذلك تسعة، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل. ومشايخ بخارى أخذوا بقول أبي يوسف في جنس هذه المسائل وبعد الصنف الاول على قول أبي حنيفة الآخر وهو قول أبي يوسف ومحمد أي الاصناف أولى. قال أبو حنيفة: الاجداد والجدات أولى. وقال أبو يوسف ومحمد: أولاد الاخوات وبنات الاخوة أولى لان أولاد الاخوات أولاد صاحبات فرض وبنات الاخوة أولاد عصبة والجدات ليسوا ولد صاحب فرض ولا ولد عصبة ولا ولد ذي سهم. وأبو حنيفة يقول: ذو الارحام يورثون على سبيل التعصيب من وجه وفي العصبات من كل وجه والجدات يرثون لان الاب مقدم على أولاد ابنه عندي حتى أن أولاد الاخوة لاب وأم لا يرثون مع الاب عندنا فكذا في ذوي الارحام الجدات لام هم في درجة أب الاب لانه يتصل
***
[٤٠٠]
بالميت بتوجه كأب الاب يصير مقدما على أولاد الاخوة فتصير هذا المسألة على قوله فشرع تلك المسألة. وأما الكلام في الاجداد الفاسدة والجدات الفاسدة فأولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت، فإن استووا في القرب فعلى قول أبي سهل الفرائضي وجماعة من المشايخ من يدلي إلى الميت بوارث فهو أولى وفي المغرب: أدلية الدلو سلبها في البئر يدلي إلى الميت أي يتصل. وقال أبو سليمان الجرجاني: من يدلي إلى الميت بالوراث ليس بأولى بيانه: إذا مات الرجل وترك أبو أم الاب وأب أب الام لا يدلي إلى الميت بالوراث وبه كان يفتي القاضي الامام الشهيد عبد الواحد. وعلى قول أبي سليمان ثلثا المال لاب أم الاب والثلث لاب أب الام، وكذا إذا ترك أب الام فعلى قول أبي سهل لا شئ لاب أب الام والمال لاب أم الام، وعلى قول أبي سليمان المال بينهما نصفان لان كل واحد

منهما يدلي إلى الميت بالوراثات. وذكر محمد في فرائض الاصل هذه الصورة وهو ما إذ ترك أب أم الاب وأم أم الام، وذكر أن المال يقسم بينهما أثلاثا ثلثاه لاب أم الاب وثلثه لاب أم الام. قال القاضي الامام عبد الواحد الشهيد: هذا قياس قول محمد، وعلى قول أبي يوسف ينبغي أن يكون بينهما نصفان لام أم الام مع أب الاب إذا اجتمعتا إستويا ألا ترى أن ابن الاخ لام مع بنت الاخت لام لا يفضل أحدهما على الآخر ولما كان لا يفضل الاخ الام على الاخ لام كذا هنا. ولو ترك أم أب لام وأم أ ب الاب فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين لانهما يدليان إلى الميت بقرابة الام فيقسم عليهما باعتبار أبدانها بلا خلاف كعمة لام وعمها وخالة الام وخالها على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى. فإن كان للاب الميت جد من قبل الاب أب أم أب أم كذلك يقسم المال بينهما أثلاثا ثلثاه للجدة من قبل الاب وثلثه للجدة من قبل الام ثم ما أصاب جدتي الاب يقسم بينهما أثلاثا ثلثاه للجدة من قبل الاب وثلثه للجدة من قبل الام، وهذه المسألة تدل على أن من يدلي إلى الميت بالوارث ليس بأولى فإن أب أم الاب يدلي إلى الميت بالوارث ومع هذا لا يكون أولى، وأما الكلام في أولاد الاخوات وبنات الاخوة أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت. وفي السراجية: أولاد أولاد الاخوات لاب وأم المال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين فإن استووا في القرب، فمن كان منهم ولد وارث فهو أولى عند بعض المشايخ ومثاله بنت بنت أخ وبنت ابن أخ فعند بعض المشايخ بنت ابن الاخ أولى، وإن استووا في القرب وكان أحدهما ولد عصبة والآخر ولد صاحب فرض فعلى قول أبي يوسف الآخر يقسم المال بينهما باعتبار الابدان، وعلى قول محمد يقسم المال بينهما باعتبار الاباء مثاله: بنت أخ وابن أخ فعلى قول أبي يوسف الثلثان لابن الاخ والثلث لابن الاخت لانه لو ترك أخا وأختا توجيه قول محمد أن ميراث ذوي الارحام يعتبر بالاصول عند اختلاف الفروع وتعتبر بالابدان عند اتفاق الاصول ألا ترى أنهم اتفقوا في بنت الخال وبنت العم أن للعم الثلثان وللخال الثلث وكانت هذه القسمة باعتبار أصولهما وهو الاب والام وقالوا في العمة

***

[٤٠١]

والعم لام أن المال بينهما باعتبار الابدان أثلاثا لان الاصول متفق، وقالوا في أولاد ذوي الارحام عند اختلاف الاصول باعتبار الاصول وباعتبار الابدان وأبو يوسف يقول بأن المستحق بولاء الاولاد دون الاصول فإذا اتحد جهة الاستحقاق يجب اعتبار الابدان لا اعتبار الاصول ألا ترى أنهم قالوا في أم الام وأم الاب إن السدس بينهما نصفان ولم يقل بأن أحدهما يدلي بقرابة الاب والآخر بقرابة الام فيكون الثلث لقرابة الام والثلثان لقرابة الاب لان جهة الاستحقاق قد اختلفت لان العمومة والخؤولة اختلف فيها جهة الاستحقاق، فإن استووا في القرب وليس فيهم ولد عصبة ولا ولد صاحب فرض فالمال يقسم بينهم على السوية إذا كانوا ذكورا كلهم وإناثا كلهن وإن كانوا مختلطين وقد اتفق الاصول فللذكر مثل حظ الانثيين، وإن اختلف الاصول فكذلك عند أبي يوسف اعتبارا لاتيان الفروع، وعند محمد أن يعتبر أول بطن مختلف على ما ذكرنا في الصنف الاول وإن اجتمع أولاد الاخوات المتفرقات وبنات الاخوة فعند أبي يوسف من كان لاب وأم فهو أولى ممن كان لام، وعند محمد يعتبر الاصول مثاله: إذا هلك الرجل وترك بنت أخ لاب وأم وبنت أخ لاب وبنت أخ لام فعند أبي يوسف المال كله لبنت الاخ لاب وأم، وعند محمد سدس المال لبنت الاخ لام والباقي لبنت الاخ لاب وأم. وإن اجتمع أولاد الاخوة والاخوات لام فعند أبي حنيفة لا يفضل الذكر على الانثى كالاصول، وعن أبي يوسف يفضل بخلاف الاصول حتى إنه لو ترك ولدي أخت لام كانا ذكرين أو كانا أنثيين أو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى فالمال بينهما نصفان، وكذلك إذا ترك ولدي الاخ لام وولدي الاخت لام فالمال بينهم بالسوية أرباعا. وفي السراجية: بنات الاخوة وعند أبي يوسف من كانت لاب وأم فهي أولى ممن كانت لاب وهي أولى ممن كانت لام. وقال محمد: يعتبر الاصول. وأما الكلام في الاعمام والعمات كلها والاخوال والخالات كلها يجب أن يعلم أن العمات أصناف ثلاثة: عمة لاب وأم، وعمة لاب، وعمة لام والحكم فيهن أنه إذا كانت عمة لاب وأم وعمة لام كان المال للعمة للاب وأم. وفي شرح الطحاوي: ولو ترك عما وعمة فإن كانا لاب وأم أو عمة وعما لاب فالمال للعم لانه عصبة ولا ميراث لاحد من ذوي الارحام مع العصبة، وكذلك لو كان العم لاب وعمة لاب وأم أو لاب أو لام فالمال كله للعم، وإن كانوا جميعا لام فالمال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين، وإن ترك عمة لاب وعمة لام كان المال كله للعمة لاب، وإن ترك عما لاب وعمة لاب فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين. وكذلك إذا ترك بنت عم لاب وابن

عمة لاب فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين، وكذلك إذا ترك بنت علام وابنة عم لاب قال أبو يوسف: المال بينهما يقسم باعتبار الابدان للذكر مثل حظ الانثيين. وفي الذخيرة: وإن اجتمعت قرابة الاب والام يقسم بينهما أثلاثا. وفي شرح الطحاوي: متى اجتمع في الميراث ذو الارحام إلا أن بعضهم أولاد العصبة وبعضهم أولاد أصحاب الفروض
***
[٤٠٢]
وبعضهم أولاد ذوي الارحام فإنه ينظر، إن كانت درجتهم مختلفة فالاقرب منهم أولى بالميراث، وإن كانت درجتهم مستوية فأولاد ذوي الارحام لا يرثون مع أولاد العصبة كأولاد أصحاب الفروض فأولاد العصبة يرثون مع أولاد أصحاب الفرائض بيانه: رجل مات وترك ابن عمه وابنة عم فالمال كله لابنة العم لانها من أولاد العصبة والاخرى من أولاد ذوي الارحام. ولو ترك بنت ابنة وابنة ابنة ابن فالمال كله لابنة ابنة الابن لانها ولد صاحب فرض وأما الاخوال والخالات فهم أيضا أصناف ثلاثة: خال وخالة لاب وأم. وخال وخالة لاب، وخال وخالة لام. فالحكم فيهم أن الصنف الاول مقدم على الصنف الثاني والصنف الثاني مقدم على الصنف الثالث حتى إنه إذا ترك خالا وخالة لاب وأم وخالا وخالة لاب وخالة وخالا وخالة لام فالمال بين الخال والخالة لاب وأم للذكر مثل حظ الانثيين ولا شئ للخال والخالة لابولا للخال والخالة لام، ولو ترك خالا وخالة لام فالمال بينهما أثلاثا، وإن اجتمعت العمة مع الخالة أو مع الخال فالثلثان للعمة والثلث للخالة، وإن اجتمع عمة لاب وخالته وعمة لام فالثلثان لقرابة الاب والثلث لقرابة الام، ثم ما أصاب فريق الاب يقسم على قرابته من قبل أبيه وبين قرابته من قبل أمه أثلاثا ثلثاه للقرابة من قبل أبيه وثلثه لقرابته من قبل أمه، وما أصاب قرابة أمه يقسم بين قرابته من قبل أبيه وثلثه لقرابته من قبل أمه أيضا أثلاثا ثلثاه لقرابته من قبل أبيه وثلثه وثلثه لقرابته من قبل أمه، وذو القرابتين من إحدى الطائفين لا يحجب ذا القرابة الواحدة من الطائفة الاخرى إلا رواية عن أبي يوسف رواية ابن سماعة بيانه فيما إذا ترك عمة لاب وأم وخالة لاب وأم فالثلثان للعمة والثلث للخالة في ظاهر رواية أصحابنا. وعن أبي يوسف أن المال كله للعمة ولا شئ للخالة في ظاهر رواية أصحابنا. وأما أولاد هؤلاء فأقربهم إلى الميت أولى، وإن استووا في القرب فمن كان لاب وأم أولى ممن كان لاب، ومن كان لاب. ممن كان لام، ومن كان يدلي إلى الميت بقرابة الاب فهو أولى ممن يدلي بقرابة الام. وإن اختلف بطن فعند أبي يوسف يعتبر الابدان، وعند محمد يعتبر أول بطن اختلف ويقسم المال عليه نحو ما ذكرنا حتى إذا ترك بنت بنت عمة لاب وأم وابن بنت عمة لاب وأم فعلى قول أبي يوسف المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين هذا بلا خلاف لان الاصول قد اتفقت. وإن ترك بنت عمة لاب وأم وبنت خالة لاب وأم وبنت خالة لاب وبنت خالة لام فلبنت العمل الثلثان ولبنت الخالة الثلث والكلام في أعمام الاب لام وعماته وأخواله وخالات وأعمام الام كلها وعماتها وأخوالها وخالاتها فالحكم فيهم ما ذكرنا أنه عند الانفراد أنه يستحق جميع المال، وإذا اجتمعوا من جانب الاب أو من جانب الام أو من الجانبين جميعا فلا رواية عن أصحابنا المتقدمين. واختلف المشايخ فيه والصحيح ماروي عن الحسن بن زياد وأبي سليمان الجرجاني أن الحكم فيهم كالحكم في أعمام الميت وأخواله وخالاته حتى إنه إذا اجتمع الصنفان يجعل الثلثان لقرابة الاب والثلث لقرابة الام، ثم ما
***
[٤٠٣]
أصاب قرابة الاب يقسم بينهم على حسب ما يقسم بينهم لو انفردوا. وفي الذخيرة: وهو مما يتصل بهذا الفصل. فصل في بيان ميراث من له قرابتان من أولاد البنات: اعلم أنه إذا اجتمع في الواحد من أولاد البنات قرابتان وصورة هذا أن يكون لرجل ابنتان لاحدى إبنتيه إبنة وللاخرى ابن فتزوج الابن الابنة بنت الابنة فحدث بينهما ابنة ثم مات الرجل الذي له ابنتان وترك هذه فهذه ابنة ابنة الرجل وهي أيضا ابنة ابن الرجل وكان لها قرابتان وله ابنة ابنة بنت أخرى لها قرابة واحدة، وذكر شيخ الاسلام في شرحه أن على قول أبي يوسف القسمة على الابدان لا على الآباء وبدنهما متفق فيكون المال بينهما نصفين، وعند محمد يقسم على الآباء ويورث من جهتين باعتبار الآباء فيقال بأن التي لها قرابة واحدة لها سهم لان أباها أنثى والتي لها قرابتان سهم من رجل لان أباها أنثى وسهمان لان أباها ذكر فصار المال بينهما على أربعة: سهمان يسلم لها بلا منازعة وهو مات وصل إليها من جهة أبيها الذكر تنفرد به، والسهم الذي وصل

إليها من جهة أبيها الانثى يضم إلى ما في يد التي لها قرابة واحدة لاتفاق أبيهما في الانوثة فيصير سهمان باعتبار بدنهما، فإن ترك ابنه ابنة بنت وهي ابنة ابن ابنه وترك أيضا ابن ابنة ابنة، أما عند أبي يوسف فالقسمة على الابدان وأحدهما ذكر والاخرى أنثى وقد استويا في الدرجة فيكون المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين على ثلاثة، وأما عند محمد يقسم المال على الاباء ثم على الابدان فيقال للذي له قرابة واحدة وهي بنت ابنته سهم لان أباه أنثى وللذي له قرابتان فهي ثلاثة أسهم يسلم لها سهمان بلا منازعة وهو ما وصل إليها من جهة أبيها الذكر وما وصل إليها من جهة أبيها الانثى وذلك سهم لا يسلم لها بل يضم إلى ما في يد الذي لها قرابة واحدة وهو سهم فيقسم بينهما للذكر مثل حظ الانثيين على ثلاثة لاتفاق قرابتهما في هذين السهمين واختلاف أبدانهما، وقسمة سهمين على ثلاثة لا يستقيم ولا موافقة بينهما في شئ فاضرب أصل الفريضة وذلك أربعة في ثلاثة فصار اثني عشرة سهما هذا جميع المال، ومنه تخرج المسألة فإن التي لها قرابتان كان لها سهمان بلا منازعة ضربناهما في ثلاثة فصار له ستة، والذي لم يكن يستقيم بينهما مع المنازعة سهمان ضربناهما في ثلاثة فصار ستة بينها للذكر مثل حظ الانثيين باعتبار الابدان التي لها قرابتان ثلثها وذلك سهمان لانها أنثى وأربعة للذي لها قرابة واحدة لانه ذكر فحصل للذي لها قرابتان ثمانية ستة بلا منازعة. هذا الذي ذكرنا إذا كانت التي لها قرابتان أنثى والتي لها قرابة واحدة أنثى، أما عند أبي يوسف فالمال بينهم أثلاثا باعتبار الابدان بينهما فللتي لها قرابتان سهمان لانه ذكر وللتي لها قرابة واحدة سهم لانها أنثى. وأما عند محمد القسمة باعتبار الآباء ثم باعتبار الابدان بينهما فيقال للذي له قرابتان ثلاثة أسهم سهمان لان أباه ذكر، وسهم لان أباه أنثى، وللتي لها قرابة واحدة سهم واحد لان أباها أنثى فحصل للذي له قرابتان ثلاثة أسهم، فما وصل إلى ذي القرابتين من

***

[٤٠٤]

جهة أبيه الانثى وذلك سهم يضم إلى ما في يد الآخر وفي يدها سهم فيكون بينهما باعتبار الابدان على ثلاثة للذكر مثل حظ الانثيين لاتفاق آبائهما واختلاف أبنائهما، وقسمة سهمين على ثلاثة لا يستقيم ولا توافق بينهما فتضرب أصل الفريضة وذلك أربعة في ثلاثة فيصير اثني عشر هذا جميع المال، ومنه تخرج المسألة. فإن ترك ابنة ابنة وهي ابنة ابن ابنة وترك أيضا ابنة ابنة وترك أيضا ابنة ابن ابنة أخرى فعلى قول أبي يوسف يقسم بينهم باعتبار الابدان على ثلاثة أسهم لان أبدانهم متفقفإن كلهن أناث، وأما عند محمد القسمة على الآباء ثم على الابدان فيقال لابنة ابنة البنت التي لها قرباة واحدة سهم لان أباها أنثى ولابنة ابن البنت التي لها قرابة واحدة سهمان لان أباها ذكر ولمن لها قرابتان لها ثلاثة أسهم من جهتين سهم من جهة إن أباها أنثى وسهمان من جهة إن أباها ذكر فيكون المال بينهم على ستة باعتبار الآباء ثم الابدان متفق تجئ قسمة أخرى باعتبار الابدان، هذه الجملة على هذا الترتيب أوردها شيخ الاسلام في شرحه. وذكر القاضي الامام قول محمد رحمه الله على نحو ما ذكر شيخ الاسلام. وقال الفرضيون من أهل ما وراء النهر: إنها ترث بالجهتين عند أبي يوسف. قال القاضي الامام: وهذا هو الصحيح وهو اختيار القاضي الامام من أنه على قول أبي يوسف يقسم المال في المسألة الاولى من هذا الفصل بينهما أثلاثا ثلث المال للتي لها قرابتان لانها في معنى شخصين، وعند محمد القسمة على الآباء، فإن كان مع التي لها قرابتان ابن بنت فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى على ما اختاره القاضي الامام يقسم المال بينهما نصفان لانه يعتبر بالابدان، والتي لها قرابتان بمنزلة ابنتين فيكون المال على أربعة للذكر مثل حظ الانثيين لكل ذكر سهمان ولكل أنثى سهم، وإن كان مع التي لها قرابتان ابنة ابنة وابن بنت بنت فعند أبي يوسف القسمة على الابدان فيكون المال بينهم أخماسا للتي لها قرابتان سهمان وللابنة سهمان وللابنة الاخرى سهم على الآباء، وأما الكلام في أولادهم وأولاد العمات وأولاد أولاد الاخوال والخالات فنقول: أقربهم إلى الميت أولى فإن استووا في القرب فعند اتحاد الجهة من كان ذو قرابتين يكون أولى، وإن اختلط يقسم المال عليهم على نحو ما ذكرنا بيانه من المسائل. إذا ترك ابنة خالة وابنة ابن خالة فالميراث لابنة الخالة لانها أقرب بدرجة، وكذلك إذا ترك ابنة عمة وابنة ابنة خالة فإن ابنة العمة أولى وإن كانتا من جهتين مختلفتين لانها أقرب بدرجة، وإن ترك بنات العم مع ابنة خالة فلبنات العم الثلثان ولابنة الخالة الثلث، وإن كان البعض ذا قرابتين والكلام فيه على نحو ما ذكرنا من اتحاد الجهة واختلافها بيانه فيما إذا ترك ثلاثة بنات عمات متفرقات فالمال كله لابنة العمة لاب وأم، وكذلك إذا ترك ثلاث بنات خالات متفرقات. وإن ترك ابنة خالة لاب وأم وابنة عمة

لاب وأم فلابنة العم الثلثان ولابنة الخالة الثلث، هذا لان المساواة بينهما يعني به
***
[٤٠٥]
الاتصال بالميت موجود حقيقة ولكن القرابتان أقوى سببا فعند اتحاد الجهة يجعل الاقوى في معنى الاقرب، وكذلك ينعدم عند اختلاف السبب والجهة ولان توريث ذوي الارحام باعتبار معنى العصوبة وقرابة الاب في ذلك مقدمة على قرابة الام فجعل قوة السبب كزيادة القرب عند اتحاد الجهة وعند اختلاف الجهة يسقط اعتبار هذا المعنى، فإن كان أحدهما ولد عصبة وولد صاحب فرض فعند اتحاد الجهة يقدم العصبة وولد صاحب الفرض، وعند اختلاف الجهة لا يقدم وتعتبر المساواة في الاتصال بالميت وهي رواية أبي عمران عن أبي يوسف. أما في ظاهر الرواية يقدم ولد العصبة على ولد صاحب الفرض حتى أنه إذا ترك ابنة عم لاب وأم أو لاب وابنة عمة فالمال كله لبنت العم، وهذا بلا خلاف لان الجهة هنا اتحدث. ولو ترك ابنة عم وابنة خال وخالة فلابنة العم الثلثان ولابنة الخال والخالة الثلث على رواية أبي يوسف، ولا تقدم بنت العم لكونها ولد عصبة لان الجهة مختلفة هنا. وفي ظاهر الرواية المال كله لابنة العم فيقدم ولد العصبة مع اختلاف الجهة، وهذا لان ولد العصبة أقرب اتصالا بوارث الميت فكان أقرب اتصالا بالميت. فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن تكون العمة أحق بجميع المال من الخالة لان العمة ولد العصبة وهو أب الاب والخالة ليست بولد عصبة ولا ولد صاحب فرض فإنهما ولد أب الام قلنا: الخالة ولد أم الام وهي صاحبة فرض فمن هذا الوجه تتحقق المساواة بينهما في اتصال الوارث للميت إلا أن اتصال الخالة بوارث وهي أم فتستحق فريضة الام واتصال العمة بوارث وهو أب فتستحق نصيب الاب، وإن كان قوم هؤلاء من قوم الام من بنات الاخوال والخالات وقوم من قبل الام من بنات العمات والاعمام فالمال مقسوم بين الفريقين أثلاثا، سواء كان من جانب ذو قرابتين أو كان من أحد الجانبين ذو قرابتين ومن الجانب الآخر ذو قرابة واحدة. ثم ما أصاب كل فريق يترجح فيه من كان ذو قرابتين لاب على من قرابته لام لان نصيب كل فريق الاستحقاق له بجهة واحدة، وكل واحد منهم إذا انفرد استحق جميع ذلك فعند الاجماع تراعى قوة السبب بينهم في ذلك للقرابة، فإن استووا في القرابة فالقسمة بينهم على الابدان في قول أبي يوسف الآخر، وفي قوله الاول وهو قول محمد القسمة على أول من يقع الخلاف به من الآباء بيانه فيما إذا ترك ابن خالة وابنة خالة فالمال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين. وهذا بلا خلاف لان الآباء قد اتفقت، وإن ترك ابن عمة وابنة عم فإن كانت ابنة عم لاب وأم أو لاب فهي أولى لانها ولد عصبة وابن العمة ليس بولد عصبة ولا ولد صاحب فرض، وإن كانت بنت العم لام فعلى قول أبي يوسف المال بينهما أثلاثا باعتبار الابدان الثلثان لابن العمة والثلث لبنت العم، وعلى قول محمد الثلثان لبنت العم والثلث لابن العمة لام، فإذا كان ابن عمة لاب وأم فهو أولى بجميع المال لانه ذو قرابتين وكذلك إذا كان ابن عمة لاب لانه أدلاه بقرابة الاب، وفي استحقاق معنى العصوبة يقدم
***
[٤٠٦]
قرابة الاب على قرابة الام، فإن ترك ثلاث بنات أخوال متفرقات وثلاث بنات خالات متفرقات وثلاث بنات عمات متفرقات فالثلثان لبنات العمات ثم نشرح في ذلك ابن الخالة لاب وأم وابنة الخالة لاب وأم فيكون المال بينهم أثلاثا في قول أبي يوسف الآخر على اعتبار الابدان لابن الخالة الثلثان ولابنة الخالة الثلث، وعلى قول محمد رحمه الله على عكس ذلك. فإن كان مع هؤلاء ثلاث بنات أعمام متفرقين فالمال كله لابنة العم لاب وأم خاصة لان ابنة العم لاب وابنة العم لام سواء في ذلك أن كل واحدة منهما ليس بولد عصبة ولا ولد صاحب فرض، وكلما ترجح ابنة العم لاب وأم على ابنة العمة لاب أو لام فكذلك يترجح على ابنة العمة لاب فلا يتغير هذا الاستحقاق بكثرة العدد من أحد الجانبين وقلة العدد من الجانب الآخر لان الاستحقاق المدلي به وهو الاب والام وذلك لا يختلف بقلة العدد وكثرته وهو سؤال أبي يوسف على محمد في أولاد البنات فإن هناك لو كان المدلي به وهو المعتبر لما اختلفت القسمة بكثرة العدد وقلته كما في هذا الموضع لان الفرق بينهما لمحمد رحمه الله أن هناك تتعدد الفروع بتعدد المدلي به حكما وهنا لا يتعدد المدلي به حكما لانه إنما يتعدد الشئ حكما إذا تصور حقيقة ولا يثبت التعدد حكما بتعدد القرابات. وأما الكلام في أولاد العمات وأولاد الخالات إذا ترك بنت بنت عمة لاب وأم وابن بنت عمة لاب وأم فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين بلا خلاف لان الاصول قد اتفقت. ترك ابنة عمة لاب وأم وابنة خالة لاب وأم فلابنة العمة الثلثان ولبنت الخالة الثلث. وهذا بلا خلاف، وكذا إذا ترك بنت

ابن عمة لاب وأم وابنة ابنة خالة لاب وأم فلبنت ابن العمة الثلثان ولابنة ابن الخالة الثلث. أما الكلام في أعمام الام وعماتها وأعمام الاب وعماته وأخوال الام وخالاتها إذا ترك الميت خالة لام وارثة لها نخالها وخالتها بمنزلة خاله وخالته فإن ترك خالة الام وعمة الام فقد ذكر أبو سليمان الجرجاني عن أصحابنا أن المال بينهما أثلاث ثلثاه للعمة وثلثه للخالة وجعلهما على هذه الرواية بمنزلة خالة الميت وعمته. وذكر عيسى بن أبان أن المال كله للعمة، وذكر يحيى بن آدم أن المال كله لخالة الام. وجه رواية أبي سليمان أن في توريث هذا النوع المدلي به قائم مقام الميت فعمة الام بمنزلة عمة الميت وكذلك خالة الام بمنزلة خالة الميت، وفي عمة الميت وخالته القسمة بينهما أثلاثا فكذا هذا. وإن ترك عم الاب وعمة الاب فالمال كله لعم الاب، ولو ترك عم الاب وعمته وخال الاب وخالته فالمال كله له إذا انفرد أن لاب وأم أو لاب لانه عصبة وإن كان لام فالمال بينهما أثلاثا على الابدان في قول أبي يوسف الآخر، وعلى المدلي به في قوله الاول وهو قول محمد رحمه الله. وإن كان هناك عمة الاب وخالته فعلى رواية أبي يوسف المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين كما بينا، وعلى رواية عيسى بن أبان ويحيى بن آدم المال كله لعمة الاب لانها ولد العصبة وهو ولد أب الاب، ولانها تدلي بقرابة الاب وقرابة الاب في معنى العصوبة
***
[٤٠٧]
مقدم على قرابة الام، وإن اجتمع الفريقان يعني عمة الاب وخالة الاب وعمة الام وخالة الام لقوم الاب الثلث ولقوم الام الثلث ثم قسمة كل جزء بين كل فريق في هذا الفصل كما تقدم. ولا يختلف الجواب بكون أحدهما ذي قرابتين والآخر ذي قرابة واحدة في القسمة عند اختلاف الجهة لكن في نصيب كل فريق يترجح ذو القرابتين والآخر ذو قرابة واحدة على نحو ما بينا في الفصل المتقدم. وإن اجتمع عم الاب وعمته وخالة الام وخالها فالمشهور من قول أهل العراق أن نصيب الام وهو الثلث فيقسم بين خالتها وخالها على ثلاثة بفضل الذكر على الانثى، فإن كانتا من أمه لان التسوية بين أولاد الام إذا كانوا يتصلون بالميت وهم أخوة الميت وأخواته، إذا كانوا الاب وأم إذا كانوا يتصلون بوارث الميت فلا تسوية بل يفضل الذكر على الانثى في رواية الحسن بن زياد وأبي سليمان الجرجاني، ونصيب الاب يقسم بين قرابته أثلاثا وهذا ظاهر. ولو اجتمع ثلاثة أخوال متفرقين أم وعم وعمة أب من أم فعلى الرواية المشهورة من أهل العراق وهم الموروثون من جهتين يقدم من هو لاب. ولو ترك خالتي أم وعمتي أم لاب فعلى الرواية المشهورة من أهل العراق الثلث لخالتي الام والثلثان بين العمتين ويجعل كأن الام ماتت وتركت أبوين فللام الثلث سهم من ثلاثة وللام الثلثان سهمان من ثلاثة، ثم ما أصاب الام فهي لمن يدلي بها وأنه لا يستقيم. ولما أصاب الاب ينتقل إلى من يدلي به وتصح المسألة من ستة: خال أم الاب وأم وعمة أم الاب فعلى الرواية المشهورة عن أهل العراق فيجعل كأن الام ماتت عن أبوين ففريضتها من ثلاثة أسهم للام ينتقل إلى أختها، وسهمان للاب تنتقل إلى أخته فتصير في الحاصل نخالة الام سهم وللاب عم أم الاب سهمان. وإن ترك ثلاثة أخوال لاب منفردين وثلاث عمات أب متفرقات وثلاث خالات أم متفرقات فعلى القول المشهور من أهل العراق يجعل كأن الام ماتت وتركت أما كان المال لها، ثم إنها ماتت عن أبوين فقدر نصيبهما من ثلاثة سهم للام ينتقل ذلك إى أختها لاب وأم وسهمان للام تقسم بين عمة الاب لاب وأم وبين خال الاب لاب وأم على ثلاثة للعمة الثلثان وللخال الثلث وكأن هذا الاب أيضا مات وترك أبوين وأن هذا للاب وارثا من جهة أبيه ومن جهة أمه فنصيب أمه ينتقل إلى العم فانكسر بالاثلاث فيضرب ثلاثة في ثلاثة تصير تسعة فمنه تصح المسألة، وعلى هذا القياس تخرج هذه المسائل. والكلام في هؤلاء بمنزلة الكلام في آبائهم وأمهاتهم ولكن عند انعدام الاصول، فأما عند وجود أحد من الاصول فلا شئ للاولاد كما لا شئ لاحد من أولاد العمات والخالات عند بقاء عمة أو خالة الميت، ويتصور في هذا الجنس شخص له قرابتان بيانه في امرأة لها أخ لام وأخت لاب فتزوج أخوها لامها أختها لابنها وهي أيضا عمتها لاب وأم وولد لهذا الولد ولد ثم مات الثاني فهذه المرأة خالة ابنة لابيه وعمة ابنة لام، ثم الجواب في هذا الفصل على الاختلاف الذي بينا في ذي القرابتين في بنات الاخوة وأولاد الاخوات.
***
[٤٠٨]
قال رحمه الله: (والترجيح بقرب الدرجة) يعني إرثهم بطريق العصوبة فيقدم الاقرب على الابعد في كل صنف منهم كما في العصبات.

قال رحمه الله: (ثم يكون الاصل وارثا) أي إذا استويا في الدرجة فمن يدلي بوارث أولى من كل صنف لان الوارث أقوى قرابة من غير الوارث بدليل تقديمه عليه في استحقاق الارث فكان من يدلي به أقوى وللقوة تأثير في التقديم ألا ترى أن بني الاعيان يقدمون على بني العلات في العصوبة لهذا المعنى. قال رحمه الله: (وعند اختلاف جهة القرابة للاب ضعف قرابة الام) أي إذا كان بعض ذوي الارحام من جهة الاب وبعضهم من جهة الام كان لمن هو من جهة الاب الثلثان ومن هو من جهة الام الثلث لما روينا من قضية عمر وابن مسعود رضي الله عنهما، ولان قرابة الآباء أقوى فيكون لهما الثلثان والثلث لقرابة الام، وهذا لا يتصور في الفروع وإنما يتصور في الاصول والعمات والخالات. قال رحمه الله: (وإن اتفق الاصول فالقسمة على الابدان) أي اتفقت صفة من يدلون به في الذكورة والانوثة ولم يختلفوا فيها كانت القسمة على أبدانهم حتى تجعل بينهم للذكر مثل حظ الانثيين، والمراد بالاصول المدلي بهم سواء كانوا أصولا لهم أو لم يكونوا. قال رحمه الله: (وإلا فالعدد منهم والوصف من بطن اختلف) أي إن لم تتفق صفة الاصول يعتبر العدد من الفروع المدلون بهم والصفة من البطن المختلفة فيقسم المال على ذلك البطن فيعتبر عدد كل واحد من ذلك البطن بعد فروعه حتى يجعل الذكر الذي في ذلك البطن ذكورا بعد فروعه. والانثى الواحد إناثا تعدد فروعها وتعطي الفروع ميراث الاصول. وإذا كان فيهم بطون مختلفة يقسم المال على أول بطن اختلف على الصفة التي ذكرنا، ثم تجعل الذكور طائفة والاناث طائفة بعد القسمة، فما أصاب الذكور يجمع ويقسم على أول بطن اختلف به ذلك، وكذا ما أصاب الاناث وهكذا يعمل إلى أن ينتهي إلى الذين هم أحياء، وهذا قول محمد. وعند أبي يوسف والحسن بن زياد تعتبر أبدان الفروع سواء اتفقت صفة الاصول في الذكورة والانوثة أو اختلفت. ولو كان لبعضهم جهتان أو أكثر تعتبر الجهتان والجهات فيرث بكل جهة غير أن أبا يوسف يعتبرها في الفروع، ومحمد رحمه الله في الاصول بخلاف الجدة حيث لا ترث إلا بجهة واحدة عند أبي يوسف. وذو الرحم يرث بالجهتين عنده في الصحيح. والفرق له على هذه الرواية أن الجدة تستحق الارث باسم الجدة والاسم لا يختلف بينهن وارث ذوي الارحام ثم بالقرابة فيتعدد بتعددها. وقول محمد أصح في ذوي الارحام جميعا وهو أشهر الروايتين عن أبي حنيفة. قال رحمه الله: (والفروض نصف وربع وثمن وثلثان وثلث وسدس) أي الفروض المقدرة في كتاب الله هذه الستة وهي نوعان على التصنيف إن بدأت بالاكثر
***
[٤٠٩]
والتضعيف إن بدأت بالاقل فنقول: النصف ونصفه ونصف نصفه، والثلثان ونصفه ونصف نصفه. أو نقول: الثمن وضعفه وضعف ضعفه، والسدس وضعفه وضعف ضعفه. قال رحمه الله: (ومخارجها اثنان النصف وأربعة وثمانية وثلاثة وستة لسميها واثنى عشرة وأربعة وعشرون بالاختلاط) أي مخارج هذه الفروض لا تخلو إما أن يجئ كل فريق منها منفردا أو مختلطا بغيره، فإن جاء منفردا فمخرج كل فرض سميه وهو المخرج الذي يشاركه في الحروف إلا النصف فإنه من اثنين وليس له سمي وذلك مثل الثمن من ثمانية والسدس من ستة والثلث من ثلاثة والربع من أربعة، وإن جاء مختلطا بغيره فلا يخلو إما أن يختلط كل نوع بنوعه أو أحد النوعين بالآخر، فإن اختلط كل نوع بنوعه فمخرج الاقل منه يكون مخرجا للكل لان ما كان مخرجا لجزء يكون مخرجا لضعفه ولضعف ضعفه كالثمانية مخرج الثمن أو الستة مخرج السدس، وإن اختلف أحد النوعين بالنوع الآخر فمخرجهما من أقل عدد يجمعهما، وإذا أردت معرفة ذلك انظر مخرج كل واحد من الفريقين على حدة ثم انظر هل بينهما موافقة أولا، فإن كان بينهما موافقة فاضرب وفق أحدهما في جميع الآخر، وإن لم يكن بينهما موافقة فجميع أحدهما في جميع الآخر فالمبلغ مخرج الفرضين، ثم إذا اختلط النصف الاول بكل من الثاني أو ببعضه فهو من ستة لان بين مخرج النصف والسدس موافقة بالنصف، فإذا ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر يبلغ ستة. وإذا اختلط الربع من الاول بكل الثاني أو ببعضه فهو من اثني عشر لان مخرج الربع وهو الاربعة موافق مخرج السدس وهو الستة بالنصف، فإذا ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر يبلغ إثنتين عشر ومنه يخرج الجواب. وإن كان المختلط به الثلث والثلثان فلا موافقة بينهما فاضرب ثلاثة في ثمانية تبلغ أربعة وعشرين فمنه مخرج الجواب فصارت جملة المخارج سبعة، ولا يجتمع أكثر من أربعة فروض في مسألة واحدة، ولا يجتمع من أصحابها أكثر من خمس طوائف، ولا ينكسر على أكثر من أربع طوائف. قال رحمه الله: (وتعول بزيادة) أي تعول هذه المخارج بزيادة من أجزاء المخرج إذا اجتمع في مخرج فروض كثيرة بحيث لا تكفي أجزاء المخرج لذلك فيحتاج

إلى العول في زيادة من أجزاء المخرج فترتفع عنه المسألة. والعول الميل والجوار يقال عال الحاكم في حكمه إذا مال وجار ومنه قوله تعالى * (ذلك أدنى أن لا تعولوا) * والمراد بالعول عول بعضها لان كلها لا تعول وإنما تعول ثلاثة منها الستة واثنا عشر وأربعة وعشرون والاربعة الاخرى لا تعول. قال رحمه الله: (فستة تعول إلى عشرة وترا وشفعا) ويريد بالوتر السبعة والتسعة، وبالشفع الثمانية والعشرة مثال عولها إلى السبعة: زوجة وأختان لابوين أو لاب أو زوج وأم وأخت لاب. ومثال عولها إلى
***
[٤١٠]
ثمانية: زوج وأخت من أب وأختان من أم أو زوج وثلاث أخوات متفرقات أو زوج وأم وأختان من أب. ومثال عولها إلى تسعة: زوج وثلاث أخوات متفرقات وأم أو زوج وأختان من أب. ومثال عولها إلى عشرة: زوج وأختان من أب وأختان من أم وأم وأم. قال رحمه الله: (واثنى عشر إلى سبعة عشر أو ترا) أي اثنى عشر تعول إلى سبعة عشر وترا لا شفعا. والمراد بالوتر ثلاثة عشر، وخمسة عشر، وسبعة عشر. فمثال عولها إلى ثلاثة عشر: زوج وبنتان وأم أو زوجة وأختان لابوين وأخت لام. ومثال عولها إلى خمسة عشر: زوج وبنتان وأبوان. ومثال عولها إلى سبعة عشر: أربع أخوات لام وثمان أخوات لابوين وجدتان وثلاث زوجات. قال رحمه الله: (وأربعة وعشرون إلى سبعة وعشرين) أي أربعة وعشرون تعول إلى سبعة وعشرين وما فيها إلا عولة واحدة وهي المنبرية وتسمى السبعية وهي زوجة وبنتان وأبواه سميت بذلك لان عليا رضي الله عنه سئل عنها وهو على المنبر فقال: عاد ثمنها تسعا مرتجلا ومضى في خطبته ولا تعول إلى أكثر من ذلك إلا عند ابن مسعود رضي الله عنه فإنها تعول عنده إلى أحد وثلاثين فيما إذا ترك امرأة وأختين لام وأختين لاب وابنا كافرا ورقيقا أو قاتلا له لان من أصله أن المحروم يحجب حجب نقصان دون الحرمان فيكون للمرأة الثمن عنده وللام السدس وللاختين لاب الثلثان وللاختين لام الثلث ومجموع ذلك أحد وثلاثون، فإذا فرغنا من ذلك احتجنا إلى التصحيح ولا بد للتصحيح من معرفة أربعة أشياء: التماثل والتداخل والتوافق والتباين بين العددين ليتمكن من العمل في التصحيح فنقول: إن كان أحد العددين مماثلا للآخر فهي المماثلة فيكتفي بضرب أحدهما عن الآخر، وإن لم يكن مماثلا له فإن كان الاقل جزء الاكثر فهي المتادخلة، وإن لم يكن له جزء فإن توافقا في جزء فهي الموافقة، وإن لم يتوافقا في جزء فهي المباينة. ولا يخلو عددان اجتمعا من أحد هذه الاحوال الاربعة لانهما إما أن يتساويا أولا، فإن تساويا فهي المماثلة. وإما أن يتساويا فلا يخلو إما أن يكون الاقل جزء الاكثر، فإن كان جزأ له فهي المتادخلة وإلا فهي المباينة، وبيان كل واحدة مذكور في المطولات. وهذه الاربعة كلها جارية بين الرؤوس والرؤوس، وكذا بين الرؤوس والسهام إلا الداخلة فإن العلم فيها كالموافقة، فإذا كانت الرؤوس أكثر، وكالمماثلة إذا كانت السهام أكثر لانها تنقسم عليهم كما تنقسم المماثلة، وفائدة التصحيح بيان كيفية العلم في القسمة بين المستحقين من أقل عدد يمكن على وجه يسلم الحاصل لكل من الكسر ولهذا سمي تصحيحا. قال رحمه الله: (فإن انكسر حظ فريق ضرب وفق العدد في الفريضة إن وافق) أي إذا انكسر نصيب طائفة من الورثة ينظر بين رؤوسهم وسهامهم، فإن كان بينهما موافقة ضرب وفق عددهم في الفريضة وهي أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة
***
[٤١١]
فالمبلغ تصحيح لجدة وأخت لام وعشرين أخا لاب وأصلها من ستة فللجدة سهم وكذا الاخت لام وللاخوات لاب أربعة لا تنقسم عليهن وتوافق رؤوسهم بالربع فاضرب ربع رؤوسهم وهو خمسة في أصل المسألة وهو ستة تبلغ ثلاثين فمنها تصح. قال رحمه الله: (وإلا فالعدد في الفريضة فالمبلغ مخرجه) أي إن لم توافق الرؤوس السهام فاضرب عدد الرؤوس في سهام الفريضة وهي أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة فما بلغ من الضرب فهو التصحيح في المسألتين أي في المباينة والموافقة وقد ذكرنا مثال الموافقة. ومثال المباينة: زوج وسبع أخوات لاب أصلها من ستة وتعول إلى سبعة للزوج النصف ثلاثة وللاخوات الثلثان أربعة فلا ينقسم عليهن ولا يوافق فاضرب رؤوسهن في الفريضة تبلغ تسعة وأربعين فمنها تصح. قال رحمه الله: (وإن تعدد الكسر وتماثل ضرب واحد) أي إذا انكسر على أكثر من طائفة واحدة وتماثل أعداد رؤوس المنكسر عليهم يضرب فريق واحد في أصل المسألة وعولها إن كانت فما بلغ من الضرب فهو

تصحيح المسألة مثاله: ست أخوات لاب وأم وثلاث أخوات لام وثلاث جدات أصلها من ستة وتعول إلى سبعة للاخوات لاب وأم الثلثان أربعة لا تنقسم عليهن ولا توافق النصف فرد رؤسهن إلى النصف ثلاثة وللاخوات لام الثلث سهمان لا تنقسم عليهن ولا توافق وللجدات سهم لا ينقسم عليهن ولا يوافق فاجتمع معك ثلاثة أعداد مماثلة، فاضرب واحدا منهم في الفريضة تبلغ إحدى وعشرين فمنها تصح. ولو كان بعض الاعداد مماثلة دون البعض ضرب رؤوس فريق واحد من المتماثلين في عدد رؤوس الفريق المابين لهم أو في وفقة إن وافق فما بلغ ضربته في الفريضة، فما بلغ صحت من المسألة لا مثاله: ولو كان عدد الاخوات خمسا مثلا في المثال المذكور والمسألة بحالها ضربت ثلاثة في خمسة تبلغ خمسة عشر، ثم اضرب خمسة عشر في الفريضة وهي سبعة تبلغ مائة وسبعة ومنها تصح. ولو كان المباين أكثر من طائفة واحدة يضرب ما بلغ من الضرب الاول فيه وفي وفقه، ثم ما بلغ في الفريضة فما بلغ تصح منه المسألة مثاله: أربع زوجات وخمس أخوات لام وثلاث جدات وثلاث أخوات لاب أصلها من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر فلا ينقسم على الكل ولا يوافق، فعدد الاخوات لاب مماثل الجدات فتكتفي بأحدهما فتضرب ثلاثة في أربعة تبلغ اثني عشر ثم في خمسة فتبلغ ستين ثم تضرب الستين في الفريضة وهي سبعة عشر تبلغ ألفا وعشرين فمنها تصح المسألة. قال رحمه الله: (فإن توافق فالوفق وإلا فالعدد في العدد ثم وثم جميع المبلغ في الفريضة وعلوها) أي إذا توافق بين أعداد الرؤوس فاضرب وفق أحدهما في جميع الآخر ثم أضرب ما بلغ في وفق الثالثة إن وافق المبلغ الثالث، وإن لم يوافق فاضرب كله فيه فما بلغ فاضربه في الفريضة فما بلغ تصح منه المسألة. ولو كان فريق رابع ضرب فيه ما بلغ من

***

[٤١٢]

ضرب الرؤوس في الرؤوس إن لم يوافقه وإن وافقه ففي الوفق ثم ما بلغ في أصل المسألة فما بلغ منه تصح المسألة فمثال الموافقة: أربعة زوجات وثمانية عشر أختا لام واثنا عشر جدة وخمسة عشر أختا لاب، أصلها من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر فللزوجات الربع ثلاثة لا ينقسم عليهن ولا يوافق وللاخوات لام الثلث أربعة لا ينقسم عليهن ويوافق بالنصف فرد رؤوسهن إلى النصف تسع وللجدات السدس سهمان لا ينقسم عليهن وتوافق بالنصف فرد رؤوسهن إلى النصف ستة وللاخوات لاب الثلثان ثمانية لا ينقسم عليهن ولا يوافق فبين خمسة عشر والستة موافقة بالثلث فاضرب ثلث أحدهما في جميع الآخر تبلغ تسعين، ثم ما بين التسعين والاربعة موافقة بالنصف فاضرب نصف أحدهما في جميع إلا لآخر تبلغ مائة وثمانين، ثم اضرب المائة والثمانين في الفريضة وهي سبعة عشر تبلغ ثلاثة آلاف وستين فمنها تصح المسألة. ومثال المباينة: خمس أخوات لاب وثلاث أخوات لام وسبع جدات وأربع زوجات أصلها من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر، فللاخوات للاب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهن ولا توافق، وللجدات السدس سهمان لا تنقسم عليهن ولا توافق فالخمسة لا توافق فاضرب أحدهما في الاخرى تبلغ خمسة عشر، وخمسة عشر لا توافق الاربعة فاضرب أحدهما في الاخرى تبلغ ستين، والستين لا توافق السبعة فاضرب أحدهما في الاخرى تبلغ أربعمائة وعشرين، ثم اضرب أربعمائة وعشرين في الفريضة وهي سبعة عشر تبلغ سبعة آلاف ومائة وأربعين فمنها تصح، وله طرق أخرى مذكورة في المطولات. قال رحمه الله: (وما فرض يرد على ذوي القروض بقدر فروضهم إلا على الزوجين) أي يرد ما فضل من فرض ذوي الفروض إذا لم يكن في الورثة عصبة، فلو كان فيهم فالفاضل بعد الفروض للعصبة إلا على الزوجين فإنه لا يرد عليهما وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه أخذ أصحابنا. وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه: الفاضل لبيت المال وبه أخذ مالك والشافعي رحمهما الله. وقال عثمان بن عفان: يرد على الزوجين أيضا. ولنا قوله تعالى * (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) * وهو الميراث فيكون أولى من بيت المال ومن الزوجين إلا فيما ثبت لهم بالنص، وكان ينبغي أن يكون ذلك لجميع ذوي الارحام لاستوائهم في هذا الاسم إلا أن أصحاب الفرائض قدموا على غيرهم من ذوي الارحام لقوة قرابتهم ألا ترى أنهم يقدمون في الارث فكانوا أحق به. ومن حيث السنة ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على سعد يعوده فقال: يا رسول الله إن لي مالا ولا يرثني إلا ابنتي الحديث، ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم حصر الميراث على ابنته ولو له أن الحكم كذلك لانكر عليه ولم يقره على الخطأ لا سيما في مواضع الحاجة إلى البيان. وكذا روي

أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إني تصدقت على أمي بجارية فماتت أمي وبقيت الجارية
***
[٤١٣]
فقال: وجب أجرك ورجعت إليك في الميراث. فجعل الجارية راجعة إليها بحكم الميراث وهذا هو الرد، ولا أصحاب الفرائض ساووا الناس كلهم وترجحوا بالقرابة فيرجحون بذلك على المسلمين. ومسائل الباب أربعة أقسام: إن يكون جنسا واحدا أو أكثر عند عدم من لا يرد عليه أو عند وجوده فلا تخرج مسائله عن هذه الاربعة على ما يجئ في اثناء البحث. قال رحمه الله: (فإن كان من يرد عليه جنسا واحدا فالمسألة من رؤوسهم كبنتين أو أختين) لانهما لما استويا في الاستحقاق صارا كابنتين وأخوين فيجعل لمال بينهما نصفين، وكذا الجدتان لما ذكرنا، والمراد بالاختبين أن يكونا من جنس واحد بأن يكون كلاهما لام أو لاب أو لابوين. قال رحمه الله: (وإلا فمن سهامهم فمن اثنين لوسدسان وثلاثة لو ثلث وسدس وأربعة لو نصف وسدس وخمسة لو ثلثان وسدس أو نصف وسدسان أو نصف وثلث) أي إن لم يكن من يرد عليه جنسا واحدا بأن كانا جنسين تجعل المسألة من سهامهم فتجعل من اثنين لو اجتمعا سدسان لجدة وأخت لام أو من ثلاثة إذا اجتمع نصف وسدس كأم أو جدة مع من يستحق الثلثين من الاناث أو أختين لاب أو ثلاث أخوات متفرقات أو أم وأخت لام وأخت لاب أو نصف وثلث لام وأخت لاب أو أخوين لام أو أخت لابوين أو لاب، ولا يتصور أن يجتمع في باب الرد أكثر من ثلاث طوائف، فإذا جعلت المسألة من سهامهم تحقق رد الفاضل عليهم بقدر سهامهم وهذان النوعان اللذان ذكرناهما أحدهما أن يكونوا جنسا واحدا والآخر أكثر من ذلك فيما إذا لم يختلط بهم من لا يرد عليهم، وبقي النوعان الآخران وهما إذا اختلطا بكل واحد من النوعين من لا يرد عليه. قال رحمه الله: (ولو مع الاول من لا يرد عليه اعط فرضه من أقل مخارجه ثم اقسم الباقي على من يرد عليه كزوج وثلاث بنات) أي لو كان مع الاول وهو ما إذا كانوا جنسا واحدا من لا يرد عليه وهو أحد الزوجين اعط فرض من لا يرد عليه من أقل مخارج فرضه، ثم اقسم الباقي على رؤوس من يرد عليه إن استقام الباقي عليهم كزوج وثلاث بنات للزوج الربع فأعطه من أقل مخارجه الربع وهو أربعة، فإذا أخذ ربعه وهو سهم بقي ثلاثة أسهم فاستقام على رؤوس البنات. قال رحمه الله: (وإن لم يستقم فإن وافق رؤوسهم) كزوج وثلاث بنات أي لو كان مع الاول وهو ما إذا كان جنسا واحد من يرد عليه إن استقام الباقي عليهن كزوج وثلاث بنات فاضرب وفق رؤسهم (في مخرج فرض من لا يرد عليه وإلا فاضرب كل عدد رؤوسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه) على عدد رؤوس من يرد عليه (كزوج وخمس بنات) أي إن لم يستقم الباقي بعد فرض من لا يرد عليه على عدد رؤوس من يرد عليه ينظر، فإن كان بين
***
[٤١٤]
الباقي من فرض من لا يدر عليه وبين رؤوسهم موافقة (فاضرب وفق رؤوسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه) كزوج وست بنات فإن بينهما موافقة في الثلث فرد رؤوسهم إلى اثنين، ثم اضرب به في أربعة وإن لم يوافق الباقي رؤوسهم كزوج وخمس بنات فإنه لا موافقة بين الخمسة والثلاثة فاضرب جميع رؤوسهن وهو الخمسة في أربعة فالمبلغ في الوجهين تصحيح المسألة فتصح في الاول من ثمانية، وفي الوجه الثاني من عشرين لانك في الاول ضربت اثنين في أربعة وفي الثاني خمسة في أربعة فيأخذ الزوج في الاول سهمين يبقى ستة فكل واحدة من البنات سهم ويأخذ في الثمانية خمسة فيقسم الباقي على خمسة يصيب كل واحدة منهن ثلاثة أسهم. قال رحمه الله: (ولو مع الثاني من لا يرد عليه) المراد بالثاني أن يكون طائفتان أو أكثر أي لو كان مع الطائفتين أو أكثر من لا يرد عليه. قال رحمه الله: (فاقسم ما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسألة من يرد عليه) وهو سهامهم على ما بينا (كزوجة وأربع جدات وست أخوات لام) للزوجة الربع فأعطها من أقل مخارجه وهو واحد من أربعة يبقى ثلاثة تنقسم على ثلاثة لان سهامهن ثلاثة. قال رحمه الله: (وإن لم يستقم فاضرب بسهام من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه كأربع زوجات وتسع بنات وست جدات) أي إن لم يستقم الباقي من فرض من لا يرد عليه على سهام من يرد عليه أي على مسألتهم فاضرب سهام من يرد عليه في مخرج فر ض من لا يرد عليه عليه، فما بلغ يخرج منه حق كل واحد من غير كسر وهذا الضرب لبيا مخرج فرض الفريقين من أقل عدد يمكن لا للتصحيح،

فسهام من يرد عليه فيما مثل به خمسة أربعة للبنات وواحدة للجدات وما بقي من فرض من لا يرد عليه سبعة وهو لا ينقسم على خمسة فاضرب الخمسة في الثمانية تبلغ أربعين فمنه يخرج سهام كل واحد صحيحا فللزوجات الثمن خمسة والباقي لمن يرد عليه. قال رحمه الله: (ثم اضرب سهام من لا يرد عليه في مسألة من يرد عليه وسهام من يرد عليه فيما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه) وهذا البيان طريقه معرفة سهام كل فريق من هذا المبلغ، فإذا أردت معرفة سهام الزوجات في المثال الذي ضربته فاضرب سهمين في خمسة فهو نصيبهن، وإذا أردت معرفة نصيب البنات فاضرب سهامهن في خمسة وهو أربعة فيما بقي من فرض من لا يرد عليه وهو سبعة تبلغ ثمانية وعشرين فهو لهن وللجدات سهم مضروب في سبعة بسبعة. وأما إن كان الضرب على ما ذكر لان الخمسة لما ضربت في الثمانية وجب أن يضرب سهام كل فريق من الثمانية في الخمسة للزوجات واحد من الثمانية والباقي لمن يرد عليه وهو سبعة فتضرب في الخمسة
***
[٤١٥]
فتبلغ خمسة وثلاثين فصارت السبعة مضروبة في الخمسة بالنسبة إلى أصل مسألة من يرد عليه لان كل من له شئ من الثمانية مضروب في خمسة، وكذا الخمسة مضروبة في نصيب كل واحد من الثمانية لان عدد كل ضرب في عدد يكون كل واحد منهما مضروبا ومضروبا فيه ولهذا غير العبارة بقوله وسهام من يرد عليه فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه لا لتغير العمل فإذا عرف فروض الفريقين بما ذكر يحتاج إلى معرفة التصحيح ولهذا بينه. قال رحمه الله: (وإذا انكسر فصحح كما مر) أي إذا انكسر على البعض أو على الكل فصحح المسألة بالطريق المذكورة في التصحيح لان السهام إذا لم تنقسم على أربابها احتيج إلى التصحيح، وما ذكر في هذا الباب من الضرب لم يكن إلا ليخرج سهام كل فريق ممن يرد عليه وممن لا يرد عليه من عدد واحد كما ذكرنا من مخارج السهام لا لتصحيح المسألة عليهم، وقد ذكرنا طريق التصحيح وطريق معرفة سهام كل واحد من آحاد الفريق فلا نعيده. والمثال الاول الذي ذكره المصنف وهو زوجة وأربعة جدات وست أخوات لام وتصح من ثمانية وأربعين والمثال الثاني وهو أربع زوجات وتسع بنات وست جدات تصح من ألف وأربعمائة وأربعين. قال رحمه الله: (وإن مات العبض قبل القسمة) أي إذا مات بعض الورثة قبل القسمة ويسمى هذا النوع من المسائل مناسخة مفاعلة من النسخ وهو الازالة يقال نسخت الشمس الظل أي إزالته ونسخت الكتاب، واستعماله فيما إذا صار بعض الانصباء ميراثا قبل القسمة لما فيه من نقل العلم والتصحيح إلى الفريضة الثانية. قال رحمه الله: (فصحح مسألة الميت الاول واعط سهام كل وارث ثم صحح مسألة الميت الثاني وانظر بين ما في يده من التصحيح الاول وهو نصيب الميت الاول وبين التصحيح الثاني ثلاثة أحوال) أي التوافق والتباين والاستقامة (فإن استقام ما في يده من التصحيح الاول فلا ضرب وصحتا من تصحيح مسألة الميت الاول) أي صحت الفريضتان فريضة الميت الاول
***
[٤١٦]
والثاني ما صحت منه الاولى (وإن لم تستقم فإن كان بينهما موافقة) أي بين ما في يده وهو نصيبه من الاول وبين فريضته وهو التصحيح الثاني (فاضرب وفق التصحيح الثاني في كل التصحيح الاول وإن كان بينهما مباينة) أي بين ما في يده وفريضته وبين التصحيح الثاني (فاضرب كل التصحيح الثاني في التصحيح الاول فالمبالغ مخرج المسألتين) أي ما يبلغ من الضرب لتصحيح الفريضتين فريضة الميت الاول وفريضة الميت الثاني فلا ينظر بين السهام والرؤوس في الاحوال الثلاثة في تصحيح الفريضة فكذا بينهما حتى إذا اقتسم ما في يده على فريضته لا حاجة إلى الضرب كما إذا اقتسم نصيب الفريق من أصل المسألة على رؤوسهم، وإن لم ينقسم فإن وافق تضرب وفق فريضته، وإن لم يوافق تضرب كل الفريضة الثانية في الفريضة الاولى كما في الرؤوس، فإذا عرف ذلك يحتاج إلى بيان طريق معرفة نصيب كل واحد من ورثة الاول واثاني بالطريق المذكور في التصحيح وقد بينته في المختصر. قال رحمه الله: (واضرب سهام ورثة الميت الاول في التصحيح الثاني أو في وفقه) أي نصيبه وسهام ورثة الميت الثاني في نصيب الميت الثاني أو في وفقة) في الفريضة الاولى، فإن كان فيهم من يرث من الميتين ضربته من الاولى في الفريضة الثاني أو في وفقها مضروب في الاولى فنصيب كل واحد لا يكون مضروبا ضرورة فلذلك وجب ضربه فيه، وكان ينبغي أن يضرب نصيب الميت الثاني وهو الذي في يده الثانية أو في وفقها لانه من جملة ورثة الميت الاول إلا أن نصيبه لما صار ميراثا كان مستحقا لورثته وكان مقسوما بينهم فاستغنى عن ذلك بضرب

نصيب كل واحد من ورثته فيما في يده أوفي وقف ما في يده وهو نظير ما ذكر في الرد أن سهام من لا يرد عليه تضرب في سهامن يرد عليه وسهام من يرد عليه تضرب فيما بقي من فروض من لا يرد عليه، ولو مات ثالث قبل القسمة فاجعل المبلغ الثاني مقام الاول والثاني في العمل، فلو مات رابع فاجعل الثالث مقام الاول والرابع مقام الثالث وهكذا كل ما مات واحد قبل القسمة تقيمه مقام الثاني، والمبلغ الذي قبل مقام الاول إلى ما لا يتناهى. هذا إذا مات الثاني وخلف ورثة غير من كان معه ميراث الميت الاول أو كانوا هم بعينهم ولكن جهة إرثهم من الميتين مختلفة، وإن كانوهم بعينهم ولم يختلف غيرهم من الورثة وجهة إرثهم من الميتين متحدة ألغيت جميع ما مات قبل القسمة وصحت فريضة الميت الآخر فكأنه لم يمت إلا هو ولم يكن وارث غير ورثته وهذا النوع يسمى المناسخ الناقص. قال رحمه الله: (ويعرف حظ كل فريق من التصحيح بضرب ما لكل من أصل المسألة فيما ضربته في أصل المسألة) أي

***

[٤١٧]

يعرف نصيب كل فريق من التصحيح بضرب نصيب كل فريق من أصل المسألة في مبلغ الرؤوس وهو المضروب في الفريضة، فما بلغ فهو نصيب ذلك الفريق وقد بيناه من قبل في موضعه، معناه لو ترك زوجة وعشرين بنتا وأما فللزوجة ثلاثة ولكل من الاب والام أربعة وللبنات ستة عشر وهن عشرون لا تنقسم عليهن لكن بين سهامهم ورؤوسهن موافقة بالربع فتضرب وفق رؤوسهن وهو خمسة في سبعة وعشرين تبلغ مائة وخمسة وثلاثين فهذه هي جزء السهم وهي وفق الرؤوس فللزوجة ثلاثة مضروبة في خمسة وعشرين تبلغ ثمانين فهنا قد ضربت ما لكل فريق من التصحيح فيما ضربته في أصل المسألة وهو وفق الرأس. قال رحمه الله: (وحظ كل فرد بنسبة سهام كل فريق م أصل المسألة إلى عدد رؤوسهم مفردا ثم يعطى بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد) أي يعرف نصيب كل واحد من أفراد الفريق بأن تناسب سهام جميع الفرق من أصل المسألة إلى عدد رؤوس ذلك الفريق، فما وجد بنسبته أعطى لكل واحد من آحاد ذلك الفريق بمثل تلك النسبة من المضروب فيخرج نصيب كل واحد منهم. ومعنى قوله مفردا أي ينسب إلى فريق واحد من غيرهم فريق اخر عند النسبة، وهذه المسألة والتي قبلها موضعهما باب التصحيح وقد ذكرناهما هناك وطريقا آخر فلا نعيدها. قال رحمه الله: (وإن أردت قسمة التركة بين الورثة والغرماء فاضرب سهام كل فريق وارث من التصحيح في كل التركة ثم اقسم المبلغ على التصحيح) وكذا الدين بأن تضرب دين كل غريم في التركة وتقسم الخارج على مجموع الدين، وهذا إذا لم يكن بين التركة والتصحيح ولا بين التركة ومجموع الدين موافقه، وإن كان بينهما موافقة فاضرب نصيب كل واحد من الورثة ودين كل غريم في وفق التركة فما بلغ فاقسمه على وفق التصحيح أو على وفق مجموع الدين، فما خرج من القسمة فهو نصيب ذلك الوارث أو الدين لانه يجعل دين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث ومجموع الدين بمنزلة التصحيح. وهذا مبني على قاعدة ممهدة في الحساب وهي أنه متى اجتمع أربعة أعداد متناسبة وكان نسبة الاول إلى الثاني كنسبة الثالث إلى الرابع وعلم من تلك الاعداد ثلاثة وجهل واحد أمكن استخراج المجهول، وفيما نحن فيه اجتمع أربعة أعداد متناسبة أولها سهام كل وارث من التصحيح، وثانيها التصحيح، وثالثها الحاصل لكل وارث من التركة، ورابعها جميع التركة لان نسبة السهام إلى التصحيح كنسبة الحاصل من التركة إلى جميع التركة، والثالث مجهول والباقي معلوم، فإذا ضربت الطرف في

***

[٤١٨]

الطرف كان كضرب الثاني في الثالث فكذلك إذا قسمت المبلغ على الثاني خرج الثالث ضرورة أن كل مقدار تركب من ضرب عدد إذا قسم على أحد العددين خرج الآخر كخمسة عشر مثلا لما تركبت من ضرب ثلاثة في خمسة إذا قسمتها على ثلاثة خرج خمسة، وإذا قسمتها على خمسة خرج ثلاثة، وهذه القاعدة هي الاصل في معرفة نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق، فإذا اجتمع هناك أيضا أربعة أعداد متناسبة نصيب الفريق من أصل المسألة وعدد الفريق الحاصل من اصل مسالة وعدد الفريق الحاصل لكل واحد من آحاد الفريق من التصحيح ومبلغ الرؤس نسبة نصيب الفريق من اصل المبلغ الى عددهم كنسبة الحاصل الى وهو المضروب في أصل المسألة والثالث مجهول والباقي معلوم ويستخرج المجهول في مثل هذا بالطرق المذكورة في التصحيح، وكذا العمل في قضاء الدين إذا كانت التركة لا تفي به فدين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث ومجموع الدين بمنزلة التصحيح فتطلب الموافقة بين مجموع الدين وبين

التركة ثم العمل فيه على ما بيناه. قال رحمه الله: (ومن صالح من الورثة على شئ فاجعله كأن لم يكن واقسم ما بقي على سهام من بقي) لان المصالح لما أعطوه جعل مستوفيا نصيبه من العين وبقي الباقي مقسوما على سهامهم. وقوله فاجعله كأن لم يكن فيه نظر لانه قبض بدل نصيبه فكيف يمكن جعله كأن لم يكن بل يجعل كأنه مستوف نصيبه ولم يستوف الباقون أنصباءهم ألا ترى أن المرأة إذا ماتت وخلفت زوجا وأما وعما فصالح الزوج على ما في ذمته من المهر يقسم الباقي من التركة بين الام والعم أثلاثا للام سهمان وسهم للعم، ولو جعل الزوج كأن لم يكن لكان للام سهم لانه الثلث بعد خروج الزوج من البين وللعم سهمان لانه الباقي بعد الفروض ولكن تأخذ هي ثلث الكل وهو سهمان من ستة فللزوج النصف ثلاثة وقد استوفاه بأخذ بدله بقي السدس وهو سهم للعم. وكذا لو ماتت المرأة وخلفت ثلاثة أخوات متفرقات وزوجا فصالحت الاخت لاب وأم وخرجت من البين كان الباقي بينهم أخماسا ثلاثة للزوج وسهم للاخت للام وسهم للاخت لاب على ما كان لهم من ثمانية لان أصلها ستة وتعول إلى ثمانية، فإذا استوفت الاخت نصيبها وهو ثلاثة بقي خمسة، ولو جعلت كأنها لم تكن لكانت من ستة وبقي سهم للعصبة. وهذا آخر ما تيسر تأليفه بحمد الله وعونه وحسن توفيقه في هذا الكتاب، وأسأل الله العظيم أن ينفع به جميع الطلاب، ومن نظر فيه من المحبين والاصحاب، وأن يمن علينا بعفوه ويدخلنا دار السلام بكرمه وحلمه وجوده ولطفه من غير مشقة ولا حساب ولا عقاب، ولا معاتبة ولا مناقشة ولا عتاب، وأن يختم لنا بخير ويجعل لنا الجنة دار مآب، وأن يجعل مقرنا بأعلى الدرجات ويبلغنا أقصى المرادات بحرمه محمد صلى الله عليه وسلم سيد السادات، وأن

***

[٤١٩]

يشفع فينا نبيه المصطفى، ويحشرنا في زمرة من لم يعامله بمشقة ولاجفا آمين. والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب. يقول راجي غفران المساوي مصححة محمد الزهري الغمراوي: نحمدك يا من كملت لنا معالم الدين، وهيأت القلوب للاستكمال بدرر اليقين، ونشكرك على سوابغ نعم لا نحصيها وتراد ف آلاء جلت شؤون ظاهرها وخافيها، ونصلي ونسلم على سيدنا محمد الذي كملت به سبل الهداية، وخلصت باتباعه من غوائل الغواية، وعلى آله معدن الكمال، وأصحابه ذوي الفضل والافضال (أما بعد) فقد تم بحمده تعالى طبع تكمله الامام المحقق والعلامة المدقق محمد بن حسين بن علي الشهير بالطوري للبحر الرائق شرح كنز الدقائق، وهي الجزء الثامن لهذا الكتاب، فكملت به محاسنه وزها ثمر روضه وطاب، وأصبح شذا مسكه يتارج، وكل نفس تألف الاستبصار عليه تعرج، ولا غر وإن جاء بعجيب البحر من عقاب، ولا معاتبة ولا مناقشة ولا عتاب، وأن يختم لنا بخير ويجعل لنا الجنة دار مآب، وأن يجعل مقرنا بأعلى الدرجات ويبلغنا أقصى المرادات بحرمه محمد صلى الله عليه وسلم سيد السادات، وأن

***

[٤١٩]

يشفع فينا نبيه المصطفى، ويحشرنا في زمرة من لم يعامله بمشقة ولاجفا آمين. والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب. يقول راجي غفران المساوي مصححة محمد الزهري الغمراوي: نحمدك يا من كملت لنا معالم الدين، وهيأت القلوب للاستكمال بدرر اليقين، ونشكرك على سوابغ نعم لا نحصيها وتراد ف آلاء جلت شؤون ظاهرها وخافيها، ونصلي ونسلم على سيدنا محمد الذي كملت به سبل الهداية، وخلصت باتباعه من غوائل الغواية، وعلى آله معدن الكمال، وأصحابه ذوي الفضل والافضال (أما بعد) فقد تم بحمده تعالى طبع تكمله الامام المحقق والعلامة المدقق محمد بن حسين بن علي الشهير بالطوري للبحر الرائق شرح كنز الدقائق، وهي الجزء الثامن لهذا الكتاب، فكملت به محاسنه وزها ثمر روضه وطاب، وأصبح شذا مسكه يتارج، وكل نفس تألف الاستبصار عليه تعرج، ولا غر
وإن جاء بعجيب البحر من نفائس الدرر، وصاغ عسجد اكسيره سبائك الجوهر، فيا لها من هبات أسدتها يد الطباعة للطالبين فقد أحيت منه رميما كانت تعافه عين الناظرين وأعادت منه بنينا كانت قوضته يد النسيان، وأقامت عودا طالما عوجته جهاله العدوان، فأصبح بعد طول الخمول يزهو في حلل أهدتها إليه دقة التصحيح، وارتفعت عن حر محياه ربقة التحريف الصريح، وتبدت شمس نهاره تجلو نفائس التحقيقات، واستكملت محاسنة بمقابلته على جملة نسخ عديدات، وذلك بالمطبعة العلمية بجواز الازهر بمحروسة القاهرة المعزية إدارة الشيخ حسن الرشيدي وشريكيه على ذمة حضره ملتزميه السيد عمر هاشم الكتبي وأخيه السيد محمد هاشم نجح الله مسعى الجميع

ووفقهم لكل نفع يكون فيه سعادة الامة إنه قريب سميع، وذلك في غرة ذي القعدة الحرام من سنة ١٣١١ هجرية على صاحبها أفضل الصلاة وأزكى التحية آمين